



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد خيضر - بسكرة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

**الفساد الإداري
في مجال الصفقات العمومية**

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم

تخصص: القانون الجنائي

إشراف الأستاذ الدكتور:

مالكي محمد الأخضر

إعداد الطالب:

زواوي عباس

السنة الجامعية: 2012-2013

الملخص

لقد تطرقنا من خلال موضوع أطروحتنا للفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية الذي يعتبر أحد مواضيع الساعة نظرا لانتشار ممارسات الفساد بشكل كبير في هذا المجال لدرجة تولد اقتناع لدى الموظفين العموميين و المتعاملين مع الإدارة بمشروعية هذه السلوكيات رغم تعارضها مع القوانين و التشريعات المعمول بها في هذا المجال.

فالفساد الإداري في هذا المجال يقوم على أساس استغلال موظفي الدولة لمناصبهم و لمقتضيات الوظيفة العامة للحصول على مكاسب غير مشروعة أو منافع بطرق غير تلك المفترضة، حيث يقوموا الموظفون القائمين على عملية إبرام الصفقات العمومية بالتلاعب فيها بالاتفاق مع المتعاملين على نحو يمكن الطرفين من التربح على حساب المال العام، فيتم الاعتداء عليه عن طريق عدة أفعال مجرمة كالرشوة أو الاختلاس أو الاستيلاء أو استغلال النفوذ أو منح امتيازات غير مبررة قانونيا وغيرها من الصور التي تهدف لنفس الغاية وهي تحقيق المصلحة الخاصة على حساب المصلحة العامة.

فتطرقنا في دراستنا لفصل تمهيدي بنا فيه الإطار المفاهيمي للدراسة، حيث بدأنا أولا بتعريف الفساد عموما و بيان أسبابه المتمثلة في التفاعل بين مجموعة من الظروف الاقتصادية والاجتماعية و السياسية والإدارية، ثم بنا أهم صورته بما فيه الفساد الإداري، ورأينا أنه ظاهرة عالمية لا تربط بمكان أو زمان ولا بمجال أو قطاع فهي عامة تمتد لعدة جوانب من الحياة.

ووقفنا بعد ذلك على تحديد ماهية الصفقات العمومية التي تعتبر وسيلة من وسائل التعاقد الإداري تلجأ لها الإدارة في سبيل تحقيق سياستها و المتمثلة في التنمية الشاملة، هذا ما جعلها ترتبط ارتباطا وثيقا بالخزينة العامة و المال العام لذلك كانت مجالا خصبا لنمو الفساد الإداري منذ بدايتها بالعرض و إلى غاية انتهاء بالتنفيذ و الصرف.

بعد ذلك خصصنا الباب الأول من الدراسة لتحديد الأطر النظرية للفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية، بدأ بالتحديد الدقيق للمقصود بالفساد الإداري وبيان لأهم أسبابه وصوره وخصائصه، ووجدنا أن له مجموعة من الصور العامة المعروفة في قانون العقوبات و تتم ممارستها أيضا في مجال الصفقات العمومية كالرشوة و الاختلاس و الاستيلاء على المال العام و تزوير المحررات الرسمية، حيث بنا كيفية ممارستها عبر مراحل إبرام الصفقة.

وتطرقنا أيضا للوسائل الخاصة بمجال الصفقات العمومية و التي تضمنها قانون مكافحة الفساد و بين العقوبات المقررة لها كاستغلال النفوذ و إساءة استعمال الوظيفة و منح امتيازات بطرق غير قانونية و تعارض المصالح.

أما الباب الثاني من الدراسة فقد خصصناه لدراسة آليات مكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية بدءا بالوسائل النظرية العامة كتفعيل مبدأ المشروعية وإعمال مسؤولية الدولة و التأكد من توفر الشروط الأساسية اللازمة في الطاقم الإداري سواء بالنسبة للرئيس أو المرؤوس، ثم فكرة الرقابة التي تلعب دورا فعالا في الحد من ممارسات الفساد الإداري بكل أنواعها سواء الإدارية و التي تنحصر في اللجان المستحدثة على مختلف المجالات المحلية والوطنية، أو الرقابة المالية التي تعتبر رقابة حمائية سواء قام بها المراقب المالي أو المحاسب العمومي، دون أن ننسى الرقابة التقنية و دورها الفعال كونها تنصب على الجانب التقني للصفقة، و أخيرا الرقابة القضائية التي تعتبر رقابة علاجية كونها تشمل الحل الغير السلمي لمنازعات الصفقات العمومية.

وأنهينا دراستنا بخاتمة ضمناها أهم النتائج و التوصيات المتوصل إليها من الدراسة والتي نرى أنها ضرورية لفرض حماية قانونية فعالة للصفقات العمومية من ممارسات الفساد الإداري.

Résumé

J'ai abordé, dans ma thèse, le thème de la corruption administrative dans le domaine des marchés publics, ce qui est une actualité en raison de la propagation de la corruption de manière significative dans ce domaine, et de sorte qu'il est généré la convection, chez les fonctionnaires et les concessionnaires de l'administration, de la légitimité de ces comportements malgré l'incompatibilité avec les lois et règlements en vigueur.

La corruption administrative dans ce domaine est basée sur l'exploitation par les employés de l'État de leurs postes et les exigences de la fonction publique pour des gains illégaux par des moyens autres que ceux prévus. Les fonctionnaires chargés de la procédure de conclusion des transactions publiques, en manipule d'un accord mutuel avec les concessionnaires de manière que les deux côtés de l'éolien, au détriment du fonds public. Celui-ci est violé par plusieurs actes réprimés par la loi ; tels que la corruption ou le détournement de fonds, la saisie, l'usage du pouvoir ou l'octroi des concessions légalement non justifiés et autres formes qui visent le même objectif : l'intérêt particulier au détriment de l'intérêt public.

Nous avons mis en évidence dans notre étude dans le chapitre introductif le cadre conceptuel de l'étude, où nous avons commencé d'abord par définir la corruption en général et les raisons de l'interaction de plusieurs circonstances économiques, sociales, politiques et administratives, puis nous avons passé aux formes les plus importantes, y compris la corruption administrative. Nous avons vu qu'il s'agit d'un phénomène mondial n'associe pas le lieu, le moment ou le champ ou du secteur, il s'étend à plusieurs aspects de la vie.

Et nous avons ensuite déterminé l'objet des marchés publics qui sont des moyens de conclusion administrative, auxquels procède l'administration en vue de réaliser sa politique de développement global, ce qui en fait étroitement liée au trésor et fonds public. Il était donc un terrain fertile pour la croissance de la corruption administrative depuis le début de l'offre et jusqu'à l'achèvement et la mise en œuvre de l'échange.

Après que nous avons consacré la première partie de l'étude afin de déterminer les cadres théoriques de la corruption administrative dans les transactions publiques, depuis la définition précise de la corruption administrative par inadvertance administrative, la déclaration de ses principales causes, formes et spécificités, nous avons constaté qu'il a plusieurs aspects connues dans le Code pénal est également pratiqués dans le domaine des transactions publiques telles que la corruption, détournement de fonds, de saisir des deniers publics et falsification de documents officiels, où nous avons indiqué la façon d'exercer à travers les étapes de conclure le marché.

On a également discuté des moyens dans le domaine des transactions publiques dont porte la loi anti-corruption et les sanctions y associées; tels que l'abus de pouvoir et de détournement de l'emploi et des concessions illégales qui contredisent aux intérêts.

La deuxième partie de l'étude a été consacrée aux mécanismes d'étude pour lutter contre la corruption dans le domaine des marchés publics, en commençant par les moyens de théorie générale, tel que la mise en œuvre du principe de légalité, la réalisation de la responsabilité de l'État et assurance de la disponibilité de conditions de base nécessaires au personnel administratif à la fois pour le président ou au subordonné, puis l'idée de la censure, qui joue un rôle actif en la réduction de corruptions administratives de toutes sortes, qu'elles soient administratives limitées aux comités créés dans les divers domaines du contrôle local et national, ou financier, qui est de nature protective, soit qu'il est réalisé par le contrôleur ou par un comptable public, sans oublier la surveillance technique et le rôle effectif étant axés sur l'aspect technique du marché. Enfin, un contrôle judiciaire qui représente la surveillance thérapeutique étant une solution pacifique aux litiges de marchés publics.

Et nous avons terminé notre étude par une conclusion comprenant les résultats et les recommandations les plus importantes parvenus par l'étude, que nous considérons nécessaires pour imposer une protection juridique efficace pour les marchés publics contre les pratiques de corruption administrative.

الفصل التمهيدي

الإطار المفاهيمي للفساد في مجال الصفقات العمومية

الفصل التمهيدي

الإطار المفاهيمي للفساد في مجال الصفقات العمومية

مما لا جدال فيه أن الفساد هو الجانب السلبي للتطورات المتتالية التي شهدتها التنمية في السبعينات من القرن العشرين، فهو نتاج تردي الأوضاع الدولية عموماً ولاسيما الإدارية منها، هذا ما جعله محل اهتمام الباحثين والدارسين لاستراتيجيات وخطط التنمية وتطوير الأوضاع الإدارية داخل الدولة من جهة، ومحل اهتمام المواطنين العاديين من جهة أخرى نظراً لما له من تأثير على حياتهم اليومية وتعطيل لمصالحهم.

لذلك كان لزاماً التطرق قبل الخوض في موضوعنا لمفهوم الفساد عموماً ومفهوم الصفقات العمومية باعتبارهما يمثلان مجال دراستنا، فخصنا هذا الفصل التمهيدي لتحديد هذه المفاهيم من خلال المباحث الآتية.

المبحث الأول

ماهية الفساد

وهنا وقبل البدء بتعريفات الفساد نشير إلى أن أغلبها لجأ إلى محاولة، تعريف هذه الظاهرة قبل الخوض في دراستها، في حين ذهب قلة إلى تأخير التعريف إلى نهاية الدراسة كالفيلسوف الألماني "ماكس فيبر" الذي اقترح تأجيل مسألة التعريف نظراً لكبر الموضوع ونطاقه الواسع، وهو ما ذهب إليه أيضاً فقيه ألماني آخر يدعى "تتشه" TITCHIH حيث ارتأى أن المصطلحات التي يمكن إخضاعها لتعريف هي تلك التي لا تاريخ لها.¹

وإن كان رأي الفقه الألماني يجد تبريره في عدم وجود اتفاق حول وضع تعريف مانع جامع للفساد ومع كثرة الحديث عنه والدراسات الموجهة له، إما أننا نفضل البدء أولاً بتعريف المصطلح لنستطيع الوقوف على أهم معالمه التي تسمح لنا بتوجيه الدراسة توجيهها سليماً لذلك سنقوم باعتباره أهم عائق أمام التقدم والتنمية من خلال التطرق للمطالب الآتية:

¹ عامر الكبيسي، الفساد والعولمة-تزامن لا توأمة-، المكتب الجامعي الحديث، د. د. ن ، 2005، ص63.

المطلب الأول

مفهوم الفساد

سنخصص هذا المطلب للوصول لأمكانية تحديد المفهوم الدقيق للفساد الذي يعتبر النقطة الأولى لتحديد معالمه على نحو يمكننا من الإحاطة بكل أطره القانونية والسبل الكفيلة للحد منه، لذلك سندرس في هذا المطلب جملة من العناصر نجملها في الفروع الآتية:

الفرع الأول

تعريف الفساد

لتعريف الفساد تعريفا مانعا وجامعا ملما بكل العناصر والخصائص الأساسية له على نحو يمكننا من تحديد كل مجالاته و يوضح لنا السبل الأولى لكيفية الحد من انتشاره، لذلك لا بد من الإحاطة بكل الجوانب المعرفة له بدءا بالتعريف اللغوي، الاصطلاحي، ثم الشرعي وصولا إلى التعريف القانوني.

أولا: التعريفات اللغوية للفساد

إن الفساد مشتق من "فسد" فالفاء والسين والذال هي كلمة واحدة تدل على خروج الشيء عن الاعتدال قليلا كان الخروج عنه أو كثيرا¹ ، والفساد «يقال فسد الشيء بالضم أو فسد يفسده فسادا، وهو فاسد أي بطل وضمحل وهو نقيض الصلاح حيث يقال أفسد الشيء بعد إصلاحه والمفسدة ضد المصلحة، والاستفساد خلاف الاستصلاح»².
وقيل أيضا «هذا الأمر مفسدة لكذا أي فيه فساد وهو التلف والعطب والاضطراب والخلل والجذب والقحط وإلحاق الضرر»³.

هذا بالإضافة إلى وجود معان لغوية للفظ الفساد وكل ما يشتق منه من ألفاظ كالمفسدة وأفسده وأباره أي جعله يفسد، ويقال افسد المال أي أخذه بغير حق و استفسد هذا استصلاح وتقاسد القوم أي تدابروا وقطعوا الأرحام.¹

¹ أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، باب الفاء والسين وما تليها، الجزء 2، ص 354،355.

² أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب، باب الدال فصل السين، الجزء 3، ص 355.

³ المرجع السابق، ص 335.

ويقال أيضا أن الأمر فيه مفسدة أي فساد كالبيت الشعري الذي جاء فيه:²
 إن الشباب والفراغ والجدة مفسدة للمرء أي مفسدة
 وهناك أيضا من يقول: « إفساد الصبي أي أن المرأة المرضع إذا حملت فسد لبنها
 ونسمي العتيلة». ³

هذا وقد ذكر الفساد في معجم الوسيط بأنه الخلل والاضطراب⁴ ، وعرف أيضا بأنه
 خيانة الأمانة والابتعاد عن الاستقامة أو الفضيلة وعن المبادئ الأخلاقية، كما انه يشمل كل
 تحريض عن الخطأ باستخدام وسائل غير سليمة أو غير قانونية أي أنه كل بعد عن كل ما هو
 أصلي وصحيح.⁵

عرف الفساد أيضا بأنه أخذ المال ظلما أو التلف أو القحط أو اغتصاب المال⁶ ، وهو
 لغة يعني أيضا بالنسبة للمجتمع فساد تنظيم ما أو قواعده الأساسية وانحرافها عن وظيفتها
 الأصلية أو انحلال العلاقات واختفاء القيم الأساسية فيه كالعدل والتعاون والحرص على
 المصلحة العامة.⁷

من خلال استقراء التعريفات اللغوية السابقة نجد أنها تصب في فلك واحد يدور بالأساس
 حول فكرة المصلحة وفسادها فكل ما خالفها وناقضها دخل في ظل الفساد محل دراستنا بغض
 النظر عن طبيعة هذه المصلحة وحجمها، فكل خروج عنها يعتبر فسادا.

ثانيا: التعريفات الاصطلاحية للفساد

أعطيت للفساد عدة تعريفات اختلفت باختلاف وجهات نظر كل معرف والزاوية التي ينظر
 لها من خلالها فهناك من عرفه بأنه: "استخدام السلطة العامة من أجل كسب أو ربح شخص أو

¹ رضا أحمد، معجم متن اللغة، الجزء 4، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1960، ص 409-410، مأخوذ عن أبو
 الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب المحيط، دار الجيل، بيروت، 1988.

² ابن منظور، لسان العرب، باب الدال، فصل السين، مرجع سابق، ص 410.

³ ابن منظور، مرجع سابق، ص 356.

⁴ يوسف خليفة اليوسف، دراسة حالة الإمارات العربية المتحدة-كتاب الفساد والحكم الصالح في البلاد العربية-،
 مركز دراسات الوحدة العربية بالتعاون مع المعهد السويدي بالإسكندرية، بيروت، 2004، ص 577.

⁵ جواد رشمي، الفساد المؤسسي هل يصبح وسيلة لتحقيق الحوكمة في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، مركز
 الدراسات مركز المشروعات الدولية الخاصة، واشنطن، 2004، ص 1.

⁶ عماد الشيخ داود، الشفافية ومراقبة الفساد، كتاب الفساد والحكم الصالح في البلاد العربية، مركز الدراسات
 الوحدة العربية بالتعاون مع المعهد السويدي، الإسكندرية، بيروت، 2004، ص 136.

⁷ أحمد محمود نهار أبو سويلم، مكافحة الفساد، دار الفكر، عمان، الطبعة الأولى، 2010، ص 13.

من أجل تحقيق هيبة أو مكانة اجتماعية، أو من أجل تحقيق منفعة لجماعة أو طبقة ما بالطريقة التي يترتب عليها خرق القانون أو مخالفة التشريع ومعايير السلوك الأخلاقي.¹ إن الناظر لهذا التعريف يجد أنه يركز على الوسيلة التي يتم بها الفساد وهي السلطة العامة، وعلى الغاية المرجوة منها وهي تحقيق الربح غير مشروع من خلال خرق القوانين والعادات والأخلاق السائدة داخل المجتمعات فهذا التعريف أصلح لتعريف الفساد الإداري وليس الفساد عموماً الذي قد يتم باستخدام عدة وسائل أخرى غير مشروعة، فنحن نرى أنه لا يجوز ربط الفساد عموماً بفكرة السلطة العامة.

فالتعريف السابق هو تعريف يركز على الوسائل غير المشروعة الشائعة في مجال الوظيفة العامة كالرشوة ويمكن إيجاده في أي مكان يوجد فيه شخص مسؤول يشغل نفوذه لتحقيق مصالحه الخاصة.

هذا وعرف بأنه: "كل فعل فاسد لا يحصر بفترة تاريخية معينة أو مكان ما ينطوي على خرق للقانون ومساس بالتنظيمات ومصالح الأفراد وقد يتخذ عدة صور كالخيانة، الرشوة، الخديعة، التحايل وغيرها من الصور."²

هذا التعريف أوسع من التعريف السابق حيث ركز على الفعل واعتبر أن كل سلوك مخالف للقانون والأخلاق فهو فاسد يدخل في إطار الفساد محل الدراسة.

كما عرف الفساد أيضاً بأنه: "إساءة استخدام السلطة من قبل شخص في وظيفة عامة، بهدف تحقيق نفع شخصي أو فتوى أو ما إليها."³

هذا التعريف يركز بدوره على الجانب الإداري للفساد ويهمل جوانب أخرى سياسية كانت أو اقتصادية أو اجتماعية وغيرها من الصور المتعددة التي قد يتخذها الفساد.

عرفه أيضاً "فيتونا تري" « VITOUNA TREE » بأنه: "تعمد مخالفة مبدأ التحفظ والحرص على تطبيق قواعد العمل في التعامل مع كافة الأطراف بهدف الحصول على مزايا شخصية أو مزايا لذوي الصلة."⁴

¹ السيد علي شتا، الفساد الإداري ومجتمع المستقبل، مكتبة الإشعاع، مصر، الطبعة الأولى، 1999، ص 44، 43.

² المرجع السابق، ص 44، 45.

³ محمود محمد، معابرة، الفساد الإداري وعلاجه في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة بالقانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2011، ص 73.

⁴ بوريس بيجو فينش، آراء في الفساد الأسباب والنتائج، مركز المشروعات الدولية الخاصة، واشنطن، 2004، ص 23.

لقد حظي هذا التعريف باهتمام الباحثين والدارسين في هذا المجال لأنه لم يحصر الفساد بالقطاع العام وتجاهل تأثيراته الاقتصادية الممارسة من قبل مؤسسات القطاع الخاص التي تحقق من وراءه أكبر منافع ممكنة.

و يرجع نجاح هذا التعريف دون غيره لتضمنه ميزتان أساسيتان للفساد يمكن ذكرهما فيما يلي:¹

- عنصر التحفظ الذي يقضي أن لا يكون للعلاقات الشخصية أي دور في اتخاذ قرارات اقتصادية تؤثر على مصالح الأفراد لأن تساوي المعاملة هو أساس نجاحها.

- عنصر التعمد في انتهاك مبدأ التحفظ السابق.

باستقراءنا للتعريف السابق ووجهة النظر الموجهة له نجد أنه تعريف اقتصادي بحت يركز على الفساد من الناحية الاقتصادية وإن كان لا يظهر ذلك مباشرة وهذا ما يجعلنا نرى عدم إمكانية التعميل عليه بشكل مطلق لافتقاده للجوانب الأخرى للفساد كالقانونية والاجتماعية وغيرها.

هذا وعرف الفساد أيضا بأنه: "أزمة لا أخلاقية أو سلوك لا أخلاقي للموظف العام"،² هذا التعريف أيضا هو تعريف ضيق يحصر الفساد بالجانب الإداري وبالموظف العام مهملا بقية الجوانب الأخرى له مادية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية، كما أن فكرة الفساد قديمة أكثر من فكرة الموظف العام، فأصحاب النوايا سيئة تسعى دائما لتحقيق أرباح غير مشروعة بطرق غير مشروعة.

هناك أيضا من عرف الفساد بأنه: "الرشوة نظرا لكونه يتفق معها في مبادئها الأساسية وشروطها كونه يهدف للوصول لمال نقدي غير مشروع يتم تداوله بين طرفين بهدف تسهيل أمر أو جلب منفعة غير مشروعة أو استغلال منفعة غير مشروعة أو استغلال نفوذ لتحقيق باطل".³

إن هذا التعريف أيضا هو تعريف ضيق لأنه ربط الفساد بالرشوة التي يعتبر مجرد صورة أو آلية من آلياته خاصة في عالمنا المعاصر الذي ظهرت فيه عدة صور ووسائل لارتكاب الفعل الفاسد تخرج عن المفهوم الضيق والتقليدي للمال والتي قد تكون في شكل

¹ هاشم الشمري، إيثار الفتلي، الفساد الإداري والمالي وأثاره الاقتصادية والاجتماعية، دار اليازوري، عمان، الطبعة الأولى، 2011، ص20.

² ناصر عبيد الناصر، ظاهرة الفساد، دار الهدى، دمشق، 2002، ص68، هاشم الشمري-إيثار القبيلي، مرجع سابق، ص21.

³ منير الحمش، الاقتصاد السياسي للفساد-الإصلاح-التنمية، اتحاد الكتاب العرب، دمشق، 2006، ص16.

تسهيلات معينة كالحفلات التكريمية، دفع تكاليف رحلات وغيرها من الأساليب التي لا يمكن حصرها في وقتنا الحالي.

- وعرفه الفقيه يولاكوم « YOULAKOM » بأنه: "يشمل نوعين من الانحراف هما:¹
- سلوك من صاحب سلطة في إطار وظيفة عامة أو خاصة لحسابه أو لحساب شخص آخر أو منظمة أخرى.
 - التحريف أو التحايل على قاعدة مهنية أو مبدأ أخلاقي".

لقد عرف الفساد أيضا في الفقه الفرنسي عدة تعريفات منها أنه خروج الموظف العمومي عن القواعد المتعود عليها في الأعمال العامة بغرض تحقيق ربح خاص سواء اقتصادي أو سياسي.²

فالملاحظ على هذا التعريف أنه يركز على الموظف العمومي و الغرض الذي يسعى له سواء كان هو استغلال الوظيفة لتحقيق أرباح خاصة أو لتحقيق أغراض سياسية، فالأمر سواء وكل منهما يعتبر فسادا، هنا نقول أيضا أن هناك نوع من اللبس عند التعامل مع تعريفات الفقه الفرنسي لأنها عادة ما تقصد الرشوة و ليس الفساد، و هذا نتيجة الترجمة للمصطلح من اللغة الفرنسية للعربية، فمصطلح « Corruption » يعني باللغة العربية الرشوة : "وهي جريمة تقوم على اتفاق بين شخصين موظف يطلب أو يقبل جعلا أو فائدة ما مقابل قيامه بعمل أو امتناعه عن عمل من أعمال وظيفته، و صاحب مصلحة يقبل أداء ما يطلبه الموظف أو يتقدم بالعبء إليه."³

هنا نلاحظ التشابه بين التعريفين لذلك فالتعريفات الموجودة في الفقه الفرنسي هي أقرب للرشوة لا الفساد، في حين أن الرشوة هي صورة من الفساد الإداري الذي يعتبر في حد ذاته صورة من الفساد عموما.

¹ يولاكوم ترجمة سوزان خليل، الفساد، عين للدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية، مصر، ط1، 2003، ص28.

² La définition de la corruption est un exercice incontournable, mais aucun critère ne fait l' unanimité, et la plus par d'auteurs partent d'une conception centrée sur l'abus, et parmi les définitions alors la corruption est : « la rupture , par un agent public, des règles de conduite des affaires publiques prévalant dans une sociétés à un moment donné, en vue de la satisfaction d'un intérêt financier privé ou dans un but politique. », PIERRE LASCOUMES, **une démocratie corruptible- arrangement, favoritisme et conflits d'intérêts**, édition du SEUIL et la République des idées, PARIS ,2010,p21,- PIERRE LASCOUMES, **Favoritisme et Corruption à la Françaises** , presses de sciences, PARIS , 2010, p73 .

³ I.NAJJAR , A.Z . BADAIOU, Y. CHELLALHA, **Dictionnaire juridique Français -Arabe**, librairie de LIBAN ,7 édition, 2000, p80.

من خلال ما تقدم يتضح لنا عدم التوصل لوضع تعريف عام مانع وجامع للفساد وذلك لتعدد جوانبه ومجالاته التي يصعب حصرها أو النظر إليها من جانب واحد لذلك فقد ارتأينا تعريفه بأنه كل سلوك مخالف للقواعد القانونية والأخلاقية و غيرها من القواعد السائدة داخل المجتمع أيا كانت طبيعتها يصدر عن أي شخص أو هيئة عامة لتحقيق مصلحة خاصة على حساب المصلحة العامة.

ثالثا: التعريفات الشرعية للفساد

لقد عرف الفساد من وجهة نظر الشرع بأنه جميع المحرمات والمكروهات شرعا¹ ، فالفساد هو ما كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه كما لو اختل ركن من أركان العقد فتتخلف بذلك كل آثاره الشرعية ويكون مرادفاً للبطلان وهذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء خلافاً للحنفية الذين يعتبرونه قسماً ثالثاً للصحة والبطلان.²

والمفاسد شرعا منها الحقيقة والمجازية والأخروتية والدنيوية، وهناك ما اتفقت عليه كل الشرائع كسفك الدماء والاعتداء على الأموال والأعراض، كما أنها متفاوتة في درجاتها منها العليا والدنيا.³

فالتعريف الشرعي يركز على الفساد في حد ذاته بغض النظر عن المجالات المختلفة التي يسمها، فالمهم الدعوة للإبتعاد عنه مهما كان شكله أو صفته.⁴ فالفساد هو كل فعل أو قول سخطه الله وكرهه فهو قبيح وإثم ومعصية وخطيئة وفاحشة وجريمة، فكل منهى عنه فيه مفسدة نهت عنها الشريعة وطلبت درأها وإزالتها.⁵ ولفظ الفساد كما سبق القول مشتق من فسد ظهر منذ أقدم العصور وأخذ في التباين والتفاقم واتخذ عدة صور وأساليب وورد في القرآن الكريم والسنة على نحو نبينه فيما يلي:

1- ورد لفظ الفساد في القرآن الكريم

لقد ورد لفظ الفساد في أكثر من خمسين موضعا، حيث وردت عدة آيات قرآنية تنهى عن الفساد كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْنُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ﴾¹.

¹ ابن عبد السلام عز الدين عبد العزيز، القواعد الكبرى، الجزء الثالث، ص 11، 19.

² المناوي محمد عبد الرؤوف، التوفيق على مهمات التعريف، ص 556.

³ محمد مدني أبو ساق، التعريف بالفساد وصوره من الوجهة الشرعية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 6.

⁴ بلقاسم سلاطينية، سامية حميدي، ثقافة الفساد في المجتمع الجزائري، مقالة مقدمة في الملتقى الوطني الثاني حول الفساد واليات معالجته، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012، ص 13.

⁵ المرجع السابق، ص 6.

وقوله: ﴿وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾ ٢٠٥ ﴿٢﴾ 2

ولقد شدد الله سبحانه وتعالى في النهي عنه لدرجة أنه ساوى بين القائمين به وبين محاربة الله ورسوله وأوقع عليهم القتل والصلب أو القطع وتوعدهم بعذاب عظيم في قوله تعالى ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جَزَاءُ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ ١٢٣ ﴿٣﴾ 3.

وقد ورد في القرآن لفظ الفساد بعدة معان منها المعصية في قوله تعالى ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ لَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ قَالُوا إِنَّمَا نَحْنُ مُصْلِحُونَ﴾ ١١١ ﴿٤﴾ ، ألا إنهم هم المفسدون ولكن لا يشعرون ﴿١٢﴾ ﴿٥﴾ فكل من ارتكب معصية على النحو السابق اعتبر ذلك فسادا و معصية لله في الأرض أو أمر بمعصية، لأن الفساد هو عكس الإصلاح الذي يعتبر من قبيل الطاعة. 4

كما ورد أيضا بمعنى الظلم في قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾ ٢٠٥ ﴿٥﴾ ، وقد فسر الفساد بأنه إذا أولى فعل ما يفعل ولاية السوء وأنه كل سعي للتعدي والظلم، فيحسب الله للشؤم ظلمه الفطر فيحملك الحرث والنسل، والآية عامة تستوعب كل أنواع الفساد سواء في الأرض أو المال أو الدين. 6

هذا وقد ورد الفساد بمعنى التخريب في قوله ﴿قَالَتْ إِنَّ الْمُلُوكَ إِذَا دَخَلُوا قَرْيَةً أَفْسَدُوهَا وَجَعَلُوا أَعْرَآةَ أَهْلِهَا آذِنًا وَكَذَلِكَ يَفْعَلُونَ﴾ ٢٤ ﴿٦﴾ 7. وفسرت الآية على أنها تشمل فساد الملوك عندما يدخلون عنوة وغلبة لبلد ويخربوه ويذلون أهله بالاستعبار والاسترقاق. 8

وورد الفساد بمعنى القتل في قوله تعالى ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾ ٢٠٥ ﴿٩﴾ 9.

1 الآية 183 سورة الشعراء.

2 الآية 205 سورة البقرة.

3 الآية 33 سورة المائدة.

4 إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، الجزء 1، ص 79، 80.

5 الآية 205 سورة البقرة.

6 ابن كثير، مرجع سابق، ص 334 - محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 3، ص 18.

7 آية 34 سورة النمل.

8 ابن كثير، مرجع سابق، ج 3، ص 48.

9 آية 30 من سورة البقرة.

فكل من قتل نفس بغير حق أو قصاص يعتبر فسادا في الأرض واستحل به قتله.¹

وورد أيضا بمعنى الهلاك في قوله: ﴿وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ بَلْ أَنْتَبَاهُمْ بِذُرِّهِمْ فَهُمْ عَنْ ذُرِّهِمْ مُعْرِضُونَ﴾² ، لأن الناس لو اتبع أهواءهم لبطل نظام العالم نظرا للاختلاف والتضاد بينهم وسبيل الحق أن يكون متبوعا وسبيل الناس لانقياد للحق.³

كما ورد أيضا بمعنى المنكر في قوله تعالى: ﴿فَلَوْلَا كَانَ مِنَ الْقُرُونِ مِنْ قَبْلِكُمْ أُولُوا بَقِيَّةٍ يَنْهَوْنَ عَنِ الْفَسَادِ فِي الْأَرْضِ إِلَّا قَلِيلًا مِمَّنْ أَنْجَيْنَا مِنْهُمْ وَاتَّبَعَ الَّذِينَ ظَلَمُوا مَا أُتْرِفُوا فِيهِ وَكَانُوا مُجْرِمِينَ﴾⁴ ، وقد فسرت "أي هل وجد من القرون الماضية بقايا من أهل الخير ينهون لما كان يقع بينهم من الشرور، والمنكرات، والفساد في الأرض؟ وقوله إلا قليلا، أي قد وجد من هذا الضرب قليل لم يكونوا كثيرا وهم الذين أنجاهم الله عن حلول غضبه وفجأة نقصته، ولهذا أمر الله تعالى هذه الأمة أن يكون فيها من يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر".⁵

يتضح من خلال الآيات السابقة التي تعتبر من بعض المواضع فقط التي ذكر فيها الفساد في القرآن الكريم أنه قديم قدم العصور وأنه لا يرتبط فقط بعالمنا المعاصر وبمصطلح العولمة، فهو موجود منذ الأزل ولكنه تطور وتعمق وأخذ عدة مفاهيم وأشكال أخرى، وأن معنى الفساد في الآيات السابقة عام يستوعب كل الصور التي ظهرت في الماضي والتي شاعت في حياتنا اليومية كما يستوعب أي صور أخرى قد تظهر مستقبلا.

كما يتضح لنا أيضا أن الله عز و جل نهى عن الفساد في الأرض عموما ونهى عن أي سلوك للمفسدين وتوعدهم بالعقاب والعذاب الشديد عاجلا أم آجلا.

2- ورود لفظ الفساد في السنة النبوية

¹ ابن كثير، مرجع سابق، ج2، ص 66.

² آية 71 من سورة المؤمنون.

³ القرطبي، مرجع سابق، ج12، ص140.

⁴ الآية 116 من سورة هود.

⁵ ابن كثير، مرجع سابق، ص 610.

مما لا شك فيه أنه بعد ورود لفظ الفساد بشكل واضح وعام في القرآن الكريم نجد أيضا أحاديث كثيرة خصصت للفساد والمفسدين ولبيان أسبابه ودوافعه وأنواعه، نذكر منها حديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الحلال بين والحرام بين وبينهما مشبهات لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى المشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات كراع يرعى حول الحمى، يوشك أن يوقعه، ألا وإن لكل ملك حمى، ألا إن حمى الله في أرضه محارمه، ألا وإن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله وإذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهي القلب».¹

وحديث معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إنما الأعمال كالوعاء إذا طاب أسفله طاب أعلاه وإذا فسد أسفله فسد أعلاه»² ، وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «التمسك بسنتي عند فساد أمتي له أجر شهيد»³ ، وقوله ﷺ: «ألا أخبركم بأفضل من درجة الصلاة والصيام والصدقة قالوا: بلى يا رسول الله قال: إصلاح ذات البين، فإن فساد ذات البين هي الحالقة».⁴

كما ورد في حديث سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الإسلام بدأ غريبا وسيعود غريبا، فطوبى للغرباء، قالوا يا رسول الله وما الغرباء قال: الذين يصلحون عند فساد الناس».⁵

باستعراض الأحاديث السابقة يتبين لنا أيضا أن مفهوم الفساد في السنة لا يخالف ما ورد في القرآن الكريم في عموميته ومدلولاته التي تركز أساسا في إتلاف شيء وإخراجه عن ما هو معتاد، ومخالفة الإصلاح وتخريب وقطع العلاقات، وهذا ما يؤكد قدم مصطلح الفساد وارتباطه بوجود الإنسان والمجتمعات وفكرة تلبية المصلحة الخاصة على حساب الصالح العام.

رابعا: التعريفات القانونية للفساد

¹ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه، حديث 52.

² الألباني محمد ناصر الدين، صحيح السنن ابن ماجه، مكتب التربية العربي لدول الخليج، بيروت، ط1، ص315.

³ الهيثمي علي بن أبي بكر، مجمع الزوائد، 176/1، دار الريان للتراث، دار الكتاب العربي، القاهرة، د.س.ن، ص212.

⁴ المرجع السابق، 212.

⁵ محمد بن عيسى بن سورة بن موسى الترمذي، الإيمان، باب ما جاء أن الإسلام بدأ غريبا.

بعدما تطور الفساد¹ أخذ أشكالاً متنوعة و أصبح ظاهرة عالمية سريعة الانتشار تثير القلق والمخاوف للدول والشعوب في مختلف أنحاء العالم، ازدادت أضراره واتسعت ميادينه ومجالاته، هذا ما أدى إلى اهتمام رجال القانون به ومحاولتهم التصدي له ووضع تعريف جامع يحدد كل معالم المفهوم القانوني له.

فالفساد حسب "ولغويتز" "Wolfowitz" هو: "السبب الرئيسي وراء فشل الحكومات، إذ يشكل الفساد اليوم أحد اكبر مهددات التنمية في كثير من دول العالم، لأنه يضعف النظم الأساسية ويشوه الأسواق ويشجع الناس لاستخدام مهاراتهم وطاقتهم بطرق غير منتجة".²

ورد هذا التعريف ضمن التعريفات القانونية إلا أنه يركز على الفساد باعتباره ظاهرة سياسية واقتصادية تؤدي إلى عدة نتائج وخيمة على المستوى المحلي أو الدولي وله ارتباط بعدة جرائم أخرى منظمة كالاتجار في المخدرات والإرهاب وغسيل الأموال.

وعرف الفساد أيضا بأنه: "مجموعة من الأعمال المخالفة للقوانين، والهادفة إلى التأثير على سير الإدارة العامة أو قراراتها أو أنشطتها، بهدف الاستفادة المادية المباشرة أو الانتفاع غير المباشر".³

هذا التعريف يعد من التعريفات الضيقة التي تحصر الفساد بالجانب الإداري وأهمل جوانبه الأخرى المتعددة كالاقتصادي والسياسي و الديني غيرهم.

كما عرف أيضا بأنه: "سلوك بيروقراطي منحرف يستهدف تحقيق منافع شخصية بطريقة غير شرعية".⁴

¹ Car le terme de Corruption n'est pas un phénomène nouveau dans les pays membres du conseil de l'Europe ni même ailleurs, car elle à toujours existé dans l'administration publique comme par ex en Espagne, M . CARLOS CASTRESANA FERNANDEZ , R.G présenté dans la 2 C.E .S .L .C , Conseil de L'Europe,1997, p15 .

² محمد الأمين البشري، الفساد والجريمة المنظمة، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007، ص 38.

³ سليمان محمد الجريش، الفساد الإداري وجرائم اساءة استعمال السلطة الوظيفية، مكتبة الفهد الوطنية، د.ب.ن، 2003، ص 113.

⁴ عامر الكبسي، الفساد الإداري رؤية منهجية للتشخيص والتحليل والمعالجة، المجلة العربية للإدارة، يونيو 2000، ص 1-2.

هناك عدة تعريفات أخرى قانونية للفساد تعتبره جريمة ناتجة عن ظاهرة اجتماعية تتمثل في الإستخدام لأجهزة السلطة العامة من قبل الموظف لتحقيق مصالح ذاتية بشكل غير مشروع وغير قانونية.¹

باستقراء هذا التعريف نجد أنه يتسم بعدم عموميته وتركيزه أيضا على الفساد الإداري دون غيره من الأنواع والصور الأخرى الشائعة كما أنه ربط فكرة الفساد بالموظف العام وما يقوم به من استغلالات مغروضة لأجهزة الإدارة.

ومن التعريفات القانونية الشائعة للفساد تعريف المنظمة الدولية للشفافية بأنه: "إساءة استعمال السلطة التي أوتمن عليها لمكاسب شخصية".²

هذا وقد فرقت المنظمة بين نوعين من الفساد هما:

- الفساد بالقانون وعرفته بأنه مدفوعات التسهيلات كالرشوة التي يطلبها مقدم خدمة وفقا للقانون لمجرد تسهيلها.

- الفساد ضد القانون كالحصول على رشوة مقابل تقديم خدمة غير مشروعة أصلا. إن تعريف المنظمة قد ميز بين نوعين من الفساد أحدهما مشروع والثاني غير مشروع لكننا نرى رغم دقة هذا التعريف وإيجازه خاصة أنه لم يحدد طبيعة السلطة القائمة به هل هي عامة أم خاصة، إلا أن التفريق دون جدوى كون الغرض منهما واحد وهو الإثراء غير المشروع فهي في كلتا الحالتين تتوافر بنية استغلال السلطة لتحقيق مكاسب شخصية وخاصة.

هذا وعرفته الورقة المرجعية لوزارة التنمية الإدارية بأنه: "عمل يقوم به موظف عام أو خاص، أو مواطن يتم من خلاله خرق القواعد والأنظمة والإجراءات والمبادئ المعمول بها، أو الانحراف عنها والتي تحكم الانجاز المقبول للواجبات الوظيفية بقصد الحصول أو توقع الحصول على عائد أو ربح شخصي أو جماعي".³

¹ أحمد محمود نهار أبو سويلم، مرجع سابق، ص 15.

² محمد الأمين البشري، مرجع سابق، ص 41.

³ محمود محمد عمارة، مرجع سابق، ص 74 مأخوذ عن الورقة المرجعية لوزارة التنمية الإدارية حول الفساد الإداري مقدمة إلى ندوة إستراتيجية لمكانة الفساد بالأردن في 26-27/11/1995، ص 1.

إن هذا التعريف هو من التعريفات الموسعة التي تستوعب الفساد الإداري وكل الأنواع والصور الأخرى الممكنة له كما أنه لم يحصره بالموظف العام، بل يمكن أن يتم من كل من يملك حق تقديم خدمات ويستغلها لتحقيق مصالح خاصة على حساب المصلحة العامة.

لقد اهتم البنك الدولي « B.E .R.D » بدوره بتعريف الفساد بأنه: "يشمل كل إساءة استعمال الوظيفة العامة للكسب الخاص، وأنه يتحقق بمجرد قبول موظف طلب ابتزاز أو رشوة للتسهيل عقد أو إجراء أي خدمة على نحو غير مشروع لتحقيق أرباح غير مشروعة، كما أنه قد يتحقق باستغلال الوظيفة العامة دون تحقق شروط الرشوة كتعيين الأقارب دون كفاءة علمية وإهمال أصحاب الكفاءة."¹

وعرف أيضا بأنه: "كل طريقة بديلة لأداء الأشياء تغيّر الطريقة المألوفة أو الطريقة "المحددة رسمياً".²

هذا التعريف موجز وعام وقادر على استيعاب كل أنواع وصور الفساد ومجالاته المختلفة ولم يقع فيما وقعت فيه بقية التعريفات من حصر للجانب الإداري والموظف العام، كما أنه من ناحية أخرى يؤدي إلى استيعاب عدة أفعال قد لا تشكل صوراً للفساد فرغم ما يتسم به من شمولية إلا أنه تعريف مرن و واسع.

إلى جانب ما سبق ذكره نجد أيضاً أن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2004³، حيث تضمنت عدة نصوص خاصة بالفساد اتسمت بالعمومية و عدم وضع تعريف لها حيث جاء في بعض منه ترويج وتدعيم التدابير الرامية إلى منع و مكافحة الفساد بصورة أكفاً وأنجع⁴، كما جاء فيها أيضاً التأكيد على منع الفساد و التحري عنه وملاحقة مرتكبيه⁵. والناظر إلى المادة 2 من الاتفاقية يجد أنها تضمنت تعريفات لبعض المصطلحات كالموظف العمومي، الممتلكات، العائدات المتأتية من الأفعال الإجرامية و غيرها.

¹ أحمد محمود نهار أبو سويلم، مرجع سابق، ص 15.

² عادل السن، آليات حماية المال العام والحد من الفساد الإداري، ورقة عمل مقدمة في الملتقى العربي الأول واجبات ومسؤوليات الموظف العام وحماية المال العام، آليات مكافحة الفساد والرشوة في الاجهزة الحكومية العربية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2010، ص 195.

³ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي اعتمدت في أكتوبر 2003 .

⁴ الفقرة أ المادة 1 من الاتفاقية السابقة.

⁵ الفقرة 1 المادة 3 من الاتفاقية السابقة.

حيث كان الأولى أن نتطرق أولاً إلى تحديد مفهوم الفساد حتى يكون ذلك تمهيداً للأحكام التي تضمنتها كالفصل الثاني الذي يشير إلى التدابير الوقائية الواجب اتخاذها في مكافحة الفساد.

من خلال استعراضنا للتعريفات السابقة نجد عدم وجود تعريف متفق عليه بين رجال القانون يحدد معالم وأسس الفساد حيث يركز أغلبها على تعريف الفساد الإداري بصفة خاصة وعلى فكرة الموظف العام وما يرتكبه من اختراقات وأعمال غير مشروعة كالرشوة والاختلاس والاحتيال والابتزاز واستغلال النفوذ.

ويرجع أساس هذا الاختلاف إلى تعدد صور الفساد ومجالات ممارسته فضلاً عن عدم وضوح معالمه التي لا تزال غامضة وغير واضحة شأنها شأن مفاهيم بعض المصطلحات الشائعة في المجتمع الدولي كالإرهاب، الجريمة المنظمة، غسيل الأموال نظراً لخطورتها ولاستهدافها لأكثر من مجال في آن واحد، فهذه الأفعال بما فيها الفساد ليست جرائم عادية نظراً لخطورة مرتكبيها من تأثير على المجتمعات وعلى الصالح العام.

لذلك ارتأينا أن التعرف القانوني للفساد يشمل كل سلوك يقوم به مقدم خدمة ما بطريقة غير مشروعة ومخالفة للقواعد القانونية السارية و النظام العام لتحقيق مصالح خاصة على حساب المصلحة العامة.

الفرع الثاني

أسباب عدم وضوح مفهوم الفساد

رغم الاتفاق على خطورة الفساد باعتباره ظاهرة عالمية واسعة الانتشار، فإن كل الدارسين والباحثين في هذا المجال لم يستطيعوا وضع مفهوم واضح ومحدد له يشمل كل معالمه ومبادئه الأساسية.

لذلك فقد ارجع هذا الاختلاف الفقهي والقانوني لجملة من العوامل يمكن إجمالها فيما يلي

1 :

- غياب منهج موحد لدراسة الفساد لاختلاف الجهات المعنية بدراسته سواء كانت سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية.

¹ محمد علي إبراهيم الخصبة، الفساد المالي والإداري وسبل مكافحته، آليات حماية المال العام والحد من الفساد الإداري، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2009، ص 140-141.

- اختلاف المعايير المعتمدة في الدراسة وفي مفهوم الفعل الفاسد الذي يختلف باختلاف المجتمعات والثقافات.
- تعدد مظاهر الفساد وانتشارها بشكل واسع ويومي يصعب تحديدها وحصرها.
- تعدد مجالات الفساد بتعدد أنشطة الإنسان التي يمكن أن يظهر فيها.
- إن هذه الأسباب أثرت على وضع تعريف واضح لمفهوم الفساد وتحديد إطاره المفاهيمي والقانوني، لأن تحديد صورته ومظاهره وأساليبه مكافحته يتأثر تأثراً كلياً بتحديد مفهومه الواضح والذي ينقص من احتمالات الاختلاف فيه.

المطلب الثاني

أنواع الفساد

تتعدد أنواع الفساد بحسب الاعتبارات المختلفة التي ينظر إليها كل باحث، فإن نظرنا لجانب المصلحة و الإعتداءات الواردة عليها نجد جملة من الأشكال، وإن نظرنا لأسلوب ممارسته وجدنا صور أخرى، وسنتولى من خلال ما يلي استعراض أهم أنواعه بدءاً بصوره الشرعية ثم الحديثة وذلك باعتباره مصطلح قديم ظهر على مر العصور وتبلور وتطور ليتخذ عدة أشكال أخرى تعتبر حديثة مقارنة بغيرها.

الفرع الأول

أنواع الفساد في الفقه الشرعي

لقد اتفق فقهاء الشرع على الفساد أو المفسدة كما يطلقون عليه، و هو يعني الأثم وكل ما يمكن أن يكون وسيلة إليها حسياً أو معنوياً، حيث يعتبر العقل مفسدة بغلبة جهة الفساد عليه، وقد اشتملت الشريعة الإسلامية على جميع المفاصد وطلبت رفعها والنهي عنها.¹

فالمفاصد كبيرة وأخرى صغيرة، فالأولى هي كل ما نص القرآن الكريم على تحريمه وارتبطت بحد أو وعيد أو لعن وغيره من غضب الله تعالى²، وقد نصت السنة صراحة على سبع كبائر في قوله ﷺ: «اجتنبوا السبع الموبقات قيل ما هن يا رسول الله؟ قال: الشرك بالله،

¹ محمد المدني بوساق، مرجع سابق، ص 14.

² المرجع السابق، ص 15.

والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات».¹

أما الثانية و هي الصغيرة فقد عرفت بأنها كل ما نهى عنه رسول الله ﷺ ولم ترد في القرآن، وهي كل نهى لم يرد فيه حد.²

هذا وقد قسم أيضا فقهاء الشرع الفساد حسب أنواع الحكم التكليفي والوضعي إلى نوعين أيضا المحرم الذي نهى عنه الشارع نهيا جازما، والمكروه الذي نهى عنه نهيا غير جازم، أما فقهاء التشريع الجنائي فقد قسموه لنوعين هما:³

- الفساد الذي لم تقدر له عقوبة دنيوية من حد أو قصاص أو تعزير، وهو لا يعتبر جريمة في نظرهم، فكل جريمة عندهم فساد ولكن ليس كل فساد جريمة.
- الفساد الذي يعتبر جريمة ويشمل في حد ذاته ثلاث أنواع الأول مقرون بعقوبة مقدرة في القرآن الكريم أو في السنة ويشمل جرائم الحدود⁴، والجرائم الواقعة على النفس، والمفاسد التي لا حد فيها كفارة كانتهاك حرمة رمضان، والنوع الثاني يشمل المفاسد التي لا حد فيها و لا كفارة وتتفرع إلى:⁵
 - مفاسد شرع فيها الحد وامتنع الحد فيها.
 - مفاسد شرع في جنسها الحد ولا حد فيها.
 - مفاسد لم يشرع لا فيها ولا في جنسها الحد.

أما النوع الثالث فيضع فساد مضر بمصلحة الجماعة ويشمل أفعال لا تعتبر مفاسد في حد ذاتها ولكنها تتحول لها متى ارتبطت بنفع خاص أو شخصي ويتعين دفعها وإلغائها.⁶

¹ متفق عليه.

² المرجع السابق، ص16، 17.

³ محمد المدني بوساق، اتجاهات السياسة الجنائية المعاصرة في الشريعة الإسلامية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 2002، ص 173، 174.

⁴ الحد في اللغة الفصل والتمييز بين الشئيين ومعناه العقوبات المقدرة حقا لله تعالى كالزنا، القذف، السرفه، البغي والردة، المرجع السابق، ص174.

⁵ محمد المدني بوساق، التعريف بالفساد وصوره من الوجهة الشرعية، مرجع سابق، ص19.

⁶ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية، ط1، د. س. ن ، ص203.

الفرع الثاني

أنواع الفساد في الثقافة المعاصرة

هناك عدة أنماط من الفساد شاعت بين الفقهاء والباحثين في هذا المجال وتختلف باختلاف وجهة نظر كل منها والمحل الذي ينصب عليه، والمجال الذي يدور حوله ومن أشهر هذه الأنواع نذكر ما يلي:

أولاً: الفساد العقدي الديني

ويشمل هذا النوع كل انحراف أو الابتعاد عن الحق الثابت بقطعيات المنقول إلى ضلالات العقول كالتطرف والتعصب سواء كان ذلك لسبب مرضي أو غيره.¹ إن هذا النوع من صور الفساد يعتبر من أخطرها لما قد يؤدي إليه من نتائج وخيمة تولد العنف والإرهاب داخل المجتمعات.

ثانياً: الفساد الأخلاقي

ويشمل انحطاط الأخلاق الحميدة والقيم والمبادئ المتعود عليها داخل المجتمعات واستبدالها بعبادات وأخلاق أخرى غير حميدة مما يؤدي إلى انتشار سلوكيات مخالفة للأداب العامة بين الأفراد كانهراف الشباب، المخدرات وغيرها من أنواع الرذيلة.²

ثالثاً: الفساد السياسي

وهو ذلك النوع من الفساد الذي يصيب الأمة بالفوضى والاضطراب وعدم الاستقرار من خلال المساس بكل ما يخدم مصالح الأمة، وهو قديم وثابت في القرآن الكريم في قوله تعالى:

﴿الَّذِينَ يُجَادِلُونَ فِي آيَاتِ اللَّهِ بِغَيْرِ سُلْطَانٍ أَتَاهُمْ كَبِيرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ وَعِنْدَ الَّذِينَ آمَنُوا كَذَلِكَ يَطْبَعُ اللَّهُ عَلَى كُلِّ قَلْبٍ مُتَكَبِّرٍ جَبَّارٍ﴾³ ، وَقَالَ فِرْعَوْنُ يَا هَامَانَ ابْنِ لِي صَرْحًا لَعَلِّي أَبْلُغُ الْأَسْبَابَ

فهذه الآية تتحدث عن الطغيان والاستبداد من طرف الحاكم وتعتبره من أخطر صور الفساد التي شاعت على مر العصور.

¹ محمد مدني بوساق، مرجع سابق، ص 20.

² محمد الأمين الشبيري، مرجع سابق، ص 47.

³ الآيتين 35، 36 من سورة غافر، و تفسيرها انظر الإمام الطبري لأبي يحيى محمد بن صمادح التجيبي، معنى مختصر تفسير، دار الفجر الإسلامي، دمشق، طبعة 6، 1998.

هذا وقد عرفت منظمة الشفافية الدولية الفساد السياسي بأنه: «إساءة استخدام سلطة مؤتمنة من قبل مسؤولين سياسيين من أجل مكاسب خاصة بهدف زيادة السلطة أو الثروة ولا يشترط أن يشمل تبادلاً للمال، فقد يتخذ شكل تبادل النفوذ أو منح تفضيل معين».¹

يتضح مما تقدم أن الفساد السياسي هو استغلال السلطة العامة لتحقيق مكاسب خاصة، وهذا النوع بالذات يعتبر دافع وحافز فعال لنشر واستفحال الأنواع الأخرى من الفساد لأن النظام السياسي للدولة هو الذي يحدد درجة الفساد داخلها من خلال قدرة الأجهزة الحكومية والرقابية على وضع آليات قادرة عن مكافحته والحد من انتشاره.

وفي هذا الصدد ذهب الفقيه "fismai" إلى التأكيد على العلاقة الطردية بين الفساد السياسي من جهة وبين ارتفاع معدلات الفساد في الحكومات والقطاعات العامة من جهة أخرى، وبين النظم السياسية التي تتسم بالاعتدال وانخفاض الفساد وحرية الصحافة بهدف كشف المفسدين ومساءلتهم.²

وفي نفس الصياغ يشير الفقيه "Knach" إلى العلاقة أيضاً بين قيم الشخص والمجتمع الذي يعيش فيه لحد كبير بنظام العدالة والنظم السياسية السائدة بداخله التي يسيطر عليها أفراد سيسيؤون استغلال نفوذهم وسلطاتهم لحسابهم الخاص مهملين بذلك الصالح العام.³

فالفساد السياسي إنما هو كل فساد للزعماء والتشريع والقضاء والأحزاب السياسية وما شمله من مخالقات للقواعد والأحكام التي تنظم المسار السياسي داخل الدول.⁴

هذا وقد ذهب بعض رجال الفقه السياسي إلى محاولة لتحديد صور الفساد السياسي وإجمالها الآتي:

- فساد القمة ويقصد به فساد الهرم السياسي داخل الدولة من خلال الخروج عن حكم القانون لصالح المكاسب الشخصية والخاصة.

¹ محمود محمد معابرة، مرجع سابق، ص 80 مأخوذ عن رمزي محمود حامد ردايدة، أثر العولمة على الفساد السياسي والاقتصادي، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، 2006، ص35.

² محمد الأمين البشري، مرجع سابق، ص52، مأخوذ عن

FISMAN, RAYMOND and ROBERTA GATTI, decentralization and corruption : evidence a cross, journal of public economics, 83 3 , 2002, p45-325.

³ المرجع السابق، 52، 53، مأخوذ عن

-KNAK, STEVER and PHILIP KEFER, does social have on Economic pay off A Cross Country investigation , the Quarterly journal of economic , 112 4 , 1997, PP 88, 125.

⁴ نادر فرجاني، الحكم الصالح: رفقة العرب، في صلاح الحكم في البلدان العربية، مجلة المستقبل العربي، العدد 256، 2000، ص5.

- فساد الهيئات التشريعية والتنفيذية.
- فساد الأحزاب السياسية ومحيط الانتخابات.

يتضح من خلال ما تقدم خطورة الفساد السياسي وتأثيره على بقية المجالات الأخرى للحياة اليومية نظرا لارتباطه بشكل الحكم في الدولة وأساليب ممارسة السلطة وما يترتب من نتائج وخيمة ترجع بالدرجة الأولى على المجتمعات والشعوب.

رابعاً: الفساد الاقتصادي

لقد عرف الفساد الاقتصادي بأنه: "كل حصول على منافع مادية وأرباح عن طريق المال منافية للقيم والأخلاق والقانون كالغش التجاري وافتعال أزمات الأسواق والتلاعب في الأسعار".

1

كما عرف بأنه: "استخدام الوظيفة العامة لتحقيق منافع خاصة تتخذ أشكالاً متعددة منها الحصول على الرشوة أو العمولات من خلال تقديم خدمة، أو عرض عقود المشتريات والخدمة الحكومية أو إنشاء معلومات عن تلك العقود، أو المساعدة على التهرب من دفع الضرائب والرسوم الجمركية وغيرها من الممارسات".²

يتضح من خلال استقراء التعريفات السابقة أن كل الممارسات غير المشروعة الشائعة في المجال الاقتصادي والتي تسعى لتحقيق الربح السريع بأسهل السبل وتتجاهل الصالح العام لاقتصاد الدولة تعتبر من قبيل الفساد الاقتصادي.

والفساد الاقتصادي قديم قدم الإنسان وثابت في الشريعة الإسلامية والقرآن الكريم في قوله: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾³. وقوله: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴾⁴.

¹ فائزة فوزي محمد، الفساد وأثره على الجهازين الأمني والقضائي، ندوة علمية حول دور الشرطة في مكافحة الفساد الإداري، مركز الدراسات والبحوث الأمنية، أبو ظبي، 2004، ص 155.

² محمود محمد معاصرة، مرجع سابق، ص 81، 82.

³ آية 188 من سورة البقرة.

⁴ آية 278 من سورة البقرة.

هذا وقد حاول الفقيه "EDELHERTY" تصنيف الفساد الاقتصادي إلى 4 فئات يمكن إجمالها فيما يلي:¹

- جرائم شخصية كالتهرب الجمركي ورشوة موظفي الجمارك للتلاعب في التقديرات.
- جرائم يرتكبها أشخاص موظفون يستغلون مناصبهم للتلاعب لصالح أشخاص آخرين في إطار الرشوة والمحسوبية.
- جرائم ضد الحكومة والمصلحة العامة كغش السلع والخدمات.
- جرائم كبار الموظفين في المؤسسات الحكومية باستغلال ما يتمتعون به من سلطات وعلاقات لمصالحهم الخاصة.

يتضح من خلال ما تقدم أن الفساد الاقتصادي هو كل سلوك إجرامي يتم بغرض تحقيق مصالح اقتصادية خاصة عن طريق ممارسة أي نمط من أنماط الفساد الشائعة كالرشوة والاختلاس والتزوير وغيرها من الصور الأخرى، وهو لا يقل خطورة أو أهمية عن بقية الأنواع الأخرى نظرا لما له من تأثير على اقتصاد السوق.

خامسا: الفساد الثقافي

يشمل الفساد الثقافي كل خروج عن الثوابت العامة والأساسية للأمة على نحو يؤثر على هويتها ويفككها ويجعلها عرضة للإطاحة بقيمتها ومبادئها.² وعرف أيضا هذا النوع من الفساد بأنه: "استغلال كل الوسائل المتاحة للإطاحة بفكرة الأمة، ويعتبر وجهتها الأصلية على نحو يؤدي إلى تغيير أفكار وعادات وسلوكيات الأفراد داخلها وإبعادهم عن أخلاقهم وعاداتهم الأصلية، من خلال تغيير ثقافة الفرد يمكن تغيير ثقافة الأمة ككل.

ومن أهم سمات الفساد الثقافي ما يعرف بحرية الرأي وحرية الإبداع التي قد تؤدي إلى هدم القيم والمبادئ التي أعدتها أجيال في أوقات وفترات قياسية من خلال محاولة التأثير على الرأي العام.¹

¹ محمد الأمين البشير، مرجع سابق، ص 48، 49 مأخوذ عن:

HERBERT EDELHERTY and THOMAS AVERCAST, **White collar crime**, an Agenda for research, lexington Books, 1983.

² المرجع السابق، ص 49، محمود محمد معاصرة، مرجع سابق، ص 83.

والفساد الثقافي بدوره ثابت في القرآن الكريم والسنة النبوية اللذين أكد على ضرورة المحافظة على المكانة الثقافية للأمة لأنها أساس الأخلاق والمبادئ الحميدة، وهذا ما نلمسه في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا انظُرْنَا وَاسْمَعُوا وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾².

كما أكد رسول الله ﷺ على ضرورة تمسك الأمة بمبادئها وعدم تأثرها بالغير في قوله: ﴿لَتَتَّبِعَنَ سَنَنَ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ شَبِيرًا شَبِيرًا وَذَرَعًا ذَرَعًا بِذَرَعٍ حَتَّىٰ لَوْ دَخَلُوا حِجْرًا ضَبَّ قَلْنَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ؟ قَالَ: فَمَنْ؟﴾³.

يتضح من خلال ما تقدم خطورة الفساد الثقافي أيضا الذي يعمل أساسا بالتأثير على الرأي العام ومحاولة جلب الأفراد وإبعادهم عن أخلاقهم ومبادئهم الأساسية من خلال التأثير عليهم بعبادات وأخلاق أخرى مغايرة لهم ولا تتفق مع الصالح العام بهدف الإطاحة بأمتهم ككل.

سادسا: الفساد الاجتماعي

يشمل الفساد الاجتماعي أي خلل في القيم الاجتماعية يهدف لنشر الرذيلة وسوء الأخلاق داخل المجتمعات على نحو يرتب انتهاك الحرمات والإخلال بالاستقرار الاجتماعي وانتشار الفواحش بأشكالها المتنوعة كالمخدرات كالدعارة وغيرهم.

وأسباب الفساد الاجتماعي عديدة ومتنوعة منها التفكك الأسري وكثرة البطالة وانحراف الأحداث وغيرها من الظواهر المنتشرة في المجتمعات الحديثة⁴، وقد عرف هذا النوع من الفساد بأنه: «مجموعة من السلوكيات التي تحطم أو تكسر مجموعة القواعد والتقاليد المعروفة أو المقبولة، أو المتوقعة من النظام الاجتماعي القائم»⁵، وعرف أيضا بأنه: «الأفعال الخارجة عن قيم الجماعة الإنسانية التي تترسخ بفعل الظروف البنائية التاريخية التي تمر بها المجتمعات البشرية»⁶.

وقد ثبت الفساد الاجتماعي كغيره من الصور الأخرى في القرآن الكريم في عدة مواضع تبين لنا فساد الأخلاق وشيوع الرذيلة منها قوله تعالى: ﴿وَلَوْطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا

¹ عبد الله الحسن أبو نعامة، الفساد وأثره في القطاع الخاص، بحث المؤتمر الدولي لمكافحة الفساد، المجلد الثاني، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية الرياضية، 2003، ص 588-589.

² آية 104 من سورة البقرة.

³ البخاري، الاعتصام بالكتاب والسنة، باب قول النبي ص ، حديث 6775.

⁴ محمد المدني بوساق، مرجع سابق، ص 21.

⁵ محمود محمد معابرة، مرجع سابق، ص 82.

⁶ المرجع السابق، ص 82.

مَنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ ﴿٨٠﴾ إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِّنْ دُونِ النِّسَاءِ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُّسْرِفُونَ ﴿٨١﴾ وَمَا كَانَ جَوَابَ قَوْمِهِ إِلَّا أَنْ قَالُوا أَخْرِجُوهُمْ مِّنْ قَرْيَتِكُمْ إِنَّهُمْ أَنَاسٌ يَّتَطَهَّرُونَ ﴿٨٢﴾ 1

وقوله أيضا بشأن امرأة العزيز التي دعت صراحة للزنا من غير حياء: **قَالَتْ فَذَلِكُنَّ الَّذِي لُمْتُنَّنِي فِيهِ وَلَقَدْ رَاودْنَاهُ عَنْ نَفْسِهِ فاستَعَصَمَ وَلَمَّا لَمْ يَفْعَلْ مَا أَمَرَهُ لِيُسْجَنَ وَلِيَكُونَ مِنَ الصَّاعِرِينَ ﴿٢٢﴾** 2 .

يتضح من خلال ما تقدم أن الفساد الاجتماعي لا يقل خطورة عن سابقه كونه يستهدف الأخلاق والسلوك داخل المجتمع ويسعى للتأثير عليه من خلال نشر الرذيلة والجرائم الأخلاقية داخله، وأنه يجد مجاله وينتشر بسرعة بحسب درجة المشاكل الاجتماعية داخل المجتمع.

سابعا: الفساد البيئي

إن الفساد البيئي هو كل ما يلحق البيئة من عطل يؤدي إلى التأثير على وظيفتها الايجابية للبشرية،³ فالبيئة هي من خلق الله تعالى أعدها على نحو يعيش فيه الإنسان في صحة جيدة خالية من كل الشوائب التي قد تؤثر على حياته الطبيعية لذلك لا بد من الحفاظ عليها وعدم إتلافها وتعريضها لكل ما من شأنه نشر الأوبئة والأمراض بين الأفراد. فكل تخريب في الأراضي أو الأتربة أو المياه أو الهواء يعتبر فسادا بيئيا يستهدف صحة الأفراد.

وقد نهت الشريعة الإسلامية عن الفساد البيئي في القرآن الكريم في قوله تعالى: **وَإِذِ اسْتَسْقَى مُوسَى لِقَوْمِهِ فَقُلْنَا اضْرِبْ بِعَصَاكَ الْحَجَرَ فَانفَجَرَتْ مِنْهُ اثْنَتَا عَشْرَةَ عَيْنًا قَدْ عَلِمَ كُلُّ أُنَاسٍ مَّشْرِبَهُمْ كَلُوا وَاشْرَبُوا مِنْ رِّزْقِ اللَّهِ وَلَا تَعْتَوُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ ﴿١٣١﴾** 4 . وقوله تعالى: **كُلُوا وَاشْرَبُوا مِنْ رِّزْقِ اللَّهِ وَلَا تَعْتَوُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ ﴿٢٠٥﴾** 5 . وقوله تعالى: **وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ** 6 .

1 الآيات 80، 81، 82 من سورة الأعراف.

2 الآية 32 من سورة يوسف.

3 المرجع السابق، ص 84.

4 الآية 60 من سورة البقرة.

5 الآية 85 من سورة الأعراف.

6 الآية 205 من سورة البقرة.

كما أمر تعالى بالاستمتاع بكل ثمار الأرض ونهى عن إهلاكها وإتلافها وأرجع كل مفسدة للأفعال غير مشروعة التي يرتكبها الإنسان حيث قال تعالى: ﴿ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ لِيُذِيقَهُمْ بَعْضَ الَّذِي عَمِلُوا لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ﴾¹.

و الفساد البيئي ثابت أيضا في السنة لقوله صلى الله عليه وسلم: «اتقوا الملاعن الثلاث: البراز في الموارد وقارعة الطريق والطل»².
 إذن فالفساد البيئي يؤثر بالدرجة الأولى على صحة الإنسان ويرتب نشر الأمراض والأوبئة داخل المجتمعات لذلك لابد من الالتزام بالشروط الضرورية لسلامة البيئة وضمان عدم تلوثها والإضرار بها وبما تشتمل عليه من موارد ضرورية للحياة.
 من خلال استعراض كل الأنواع السابقة نجد أن مفهوم هذا الأخير قد تطور ليشمل عدة مجالات في الحياة وأنه مصطلح واسع متعدد الجوانب يمس كل جوانب الحياة اليومية داخل المجتمعات وهذا ما أدى إلى صعوبة وإشكالية في وضع تعريف موحد له نظرا لاختلاف وجهات نظر الباحثين والدارسين له وتخصص كل منهما، فالفساد لا يقتصر على مجتمع واحد أو ثقافة واحدة بل هو عام ومتعدد الأوجه بتعدد مجالات النشاط الإنساني، كما أننا لم نتطرق للفساد الإداري بين الصور السابقة لأنه موضوع دراستنا وسنخصه باهتمام خاص وندرسه دراسة معمقة في حينها.

المطلب الثالث

خصائص ودوافع الفساد

سنحاول من خلال هذا المطلب الإحاطة بخصائص الفساد و أدواته باعتبارها من العناصر المهمة و اللازمة للوقوف على مفهوم دقيق له يساعدنا في البحث عن الوسائل الكفيلة بالوقاية منه، لذلك سنبين كل منهما في مايلي:

الفرع الأول

خصائص الفساد

للفساد عموما جملة من الخصائص المتعددة بتعدد مفاهيمه السابق بيانها وسنحاول الإمام بأهمها من خلال ما يلي:¹

¹ الآية 41 من سورة الروم.

² سنن أبي داود، مرجع سابق، ص101.

- الفساد عبارة عن وباء سريع الانتشار في المجتمعات غير مرئي كونه يستمد السرية التي يتميز بها من عناصره وأدواته.
 - يتميز الفساد بتباين وسائله وأساليبه فهو غالبا ما يتم في ظل المصلحة العامة ويتخذ عدة صور كالتزوير والتدليس و التعزير.
 - ويتميز الفساد أيضا بسرعة تفاعلها مع الظروف البيئية المعاشية واستغلالها لانتشاره وتطوره كالتسبب وعدم الانضباط في العمل وإهدار الوقت والبطالة.
 - يتم الفساد غالبا عبر وسطاء مجهولين يساعدون في انتشاره دون أن يعرف أي طرف فيهم الآخر وهذا ما يزيد من خطورته وصعوبة الحد منه.
 - الفساد يتم بواسطة التخطيط والتنظيم من طرف جماعات محترفة يصعب الكشف عنها.
 - الفساد أيضا ظاهرة دولية عابرة للحدود موجودة في كافة المجتمعات بغض النظر عن تطورها أو تخلفها.
 - الفساد يستغل كل التغيرات التي تمر بها المجتمعات بما في ذلك الكوارث الطبيعية والأزمات الاقتصادية.
- من خلال عرض أهم خصائص الفساد بصفة عامة يتضح لنا أنها هي السبب الرئيسي وراء خطورته وصعوبة الحد منه كونه ظاهرة لا تعترف بالحدود والمسافات ولا تقف أمام أي ظاهرة أو كارثة اجتماعية أو ثقافية بل على العكس من ذلك فهي تستغل كل هذه الظروف السيئة والصعبة لزيادة تطورها ونموها، ولذلك فهي ظاهرة أكثر انتشارا في الدول النامية.

الفرع الثاني

دوافع الفساد

إن الفساد عموما بصوره المختلفة السابق بيانها يتم من خلال استخدام جملة من الأدوات التي تعتبر أساسه ومحوره رغم تعددها بتعدد مظاهر الحياة اليومية، حيث يمكن إجمال أهم دوافعه فيما يلي:²

أولا: هوى النفس

¹ عادل عبد العزيز السن، مكافحة أعمال الرشوة، ورقة عمل مقدمة في ندوة المال العام ومكافحة الفساد الإداري والمالي، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2007، ص 106، -عادل السن، آليات حماية المال العام والحد من الفساد الإداري، مرجع سابق، ص 196، 197.

² محمود محمد معاينة، مرجع سابق، ص 85، 86.

إن هوى النفس يعتبر من أهم أدوات الفساد، لأن الإنسان إن اتبع هواه وغرائزه فلن يردعه أي رادع عن الشر وعن الوقوع في المعاصي، فالإنسان هو المسؤول عن كل فساد في المجتمع وهذا ما ينطبق مع قوله تعالى:

﴿وَمَنْ أَعْرَضَ عَنْ ذِكْرِي فَإِنَّ لَهُ مَعِيشَةً ضَنْكًا وَنَحْشُرُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَعْمَى﴾ ¹ قَالَ رَبِّ لِمَ حَشَرْتَنِي أَعْمَى وَقَدْ كُنْتُ بَصِيرًا ¹²⁴ قَالَ كَذَلِكَ أَتَتْكَ آيَاتُنَا فَنَسِيتَهَا وَكَذَلِكَ الْيَوْمَ تُنسى ¹²⁶

فألوازع الديني عند الإنسان الذي يجعله يتبع هواه هو السبب وراء كل أنواع الفساد سواء الاقتصادي أو المالي أو الاجتماعي أو الديني.

ثانيا: حب المال

إن حب المال والحصول على أكبر كم منه وبأي طريقة هو السبب الرئيسي والهدف من الفساد، فحب المال متأصل في النفوس وهذا ما نستشفه من قوله تعالى:

﴿وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا﴾ ²

فالإنسان يلجأ للفساد في شتى المجالات من أجل تحقيق مصالحه الخاصة على حساب المصلحة العامة والتي تتمحور في الغالب في الحصول على مال غير مشروع أو ليس من حقه من خلال اللجوء لأساليب الفساد وصوره المختلفة.

ثالثا: وسائل الإعلام

إن أهمية وسائل الإعلام في التأثير على الرأي العام لا يمكن إغفالها، فهي سلاح ذو حدين ظلت تستخدم على مر التاريخ كوسيلة لإضفاء الشرعية على ظاهرة الفساد ³ ، فكل من أراد الترويج لشيء معين كان عليه نشره في أسرع وقت وتحقيق ربح سريع من وراء ذلك بغض النظر عن قيمة هذا الشيء ونوعيته يلجأ لاستخدام وسائل الإعلام ومحاولة التأثير على الكافة.

رابعا: الحكم والسيادة

¹ سورة طه، آية 124 - 126.

² سورة الفجر آية 20.

³ عبد الله الجبوسي، الفساد مفهومه وأسبابه وأنواعه وسبل القضاء عليه رؤية قرآنية ، مركز البحوث والدراسات، 2005، ص 182.

لقد ارتبط الفساد بمصطلح الحكم الصالح الذي استخدم منذ عقدين من الزمن من قبل مؤسسات الأمم المتحدة لإعطاء حكم قيمي على ممارسة السلطة السياسية لإدارة شؤون المجتمع بهدف التطوير والتنمية، فالحكم الصالح هو كل حكم تقوم به قيادات سياسية منتخبة لتطوير نوعية حياة الأفراد وتوعيتهم ودعم مشاركتهم في السلطة،¹ فالفساد والحكم الصالح مصطلحان مرتبطان ببعضهما ارتباطا وثيقا فكلما زاد الثاني ونجح نقص الأول والعكس صحيح فهما متناظران من حيث طبيعة كل منهما ومتلازمان في التحليل ويتوقف تحديد طبيعة العلاقة بينهما على المعيار الأخلاقي الذي يختلف باختلاف الثقافات في المجتمعات.²

خامسا: الجهل

يعتبر الجهل أيضا أداة من أدوات الفساد لأن العلم هو أساس صحة الأعمال فلا ينفع أي عمل بلا علم، فكل مجتمع يسوده الجهل يكون مجالا واسعا للفساد بمختلف صورته الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإدارية، لذلك فلكافة الفساد لا بد أولا من مكافحة الجهل ومحاولة الحد منه قدر المستطاع.³

وهذا ما ينطبق مع قوله تعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُو الْأَلْبَابِ﴾⁴ ، فالعلم هو أيضا شعار الدين الإسلامي حيث قال رسول الله ﷺ: «طلب العلم فريضة على كل مسلم».⁵

فالعلم هو أساس للقضاء على الفساد والحد من انتشاره، فمن خلال الإحاطة بخطورة الفساد وأبعاده ومظاهره ودراستها تمكننا من وضع آليات والسبل الفعالة لمكافحته. من خلال استعراضنا لدوافع و خصائص الفساد السابقة يمكننا أن نقول أن هذه هي أساس كل الأساليب التي يتم من خلالها الفساد وإن تعددت بتعدد مظاهر الحياة إلا أنها لا تخرج في نطاقها العام عن هذه الأدوات الأساسية.

¹ حسن كريم، مفهوم الحكم الصالح في الفساد والحكم الصالح في البلاد العربية، المعهد السويدي بالإسكندرية، مركز دراسة الوحدة العربية، بيروت، ط2، 2006، ص 95.

² محمود محمد معاصرة، مرجع سابق، ص 22.

³ المرجع السابق، ص 90.

⁴ سورة الزمر آية 9.

⁵ أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة، السنة، باب فضل العلماء، حديث 224.

المبحث الثاني

ماهية الصفقات العمومية

بما أن دراستنا تنصب على الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية كان لزاما قبل الخوض في غمار الموضوع التطرق لماهية الصفقات العمومية، كونها تمثل محل الفساد الذي سنبينه في موضوعنا.

فالإدارة تقوم بممارسة عدة أنشطة في سبيل تحقيقها للأهداف المسطرة لها و التي يأتي على رأسها إبرام العقود مع الآخرين سواء تعلق الأمر بعقود القانون الخاص أو العقود الإدارية، و تعتبر الصفقات العمومية إحدى العقود التي تبرمها الإدارة و التي أثارت عدة اختلافات فيما يتعلق بطبيعتها و تصنيفها، فهل تعتبر من عقود القانون الخاص أم عقودا إدارية؟

فلحل هذا الإشكال لا بد من تحديد ماهية الصفقات العمومية بدءا بتعريف العقود الإدارية ثم تعريف الصفقات العمومية ثم تحديد سبل إبرامها للوقوف السليم على تحديد طبيعتها القانونية وذلك بالتطرق للمطالب الآتية:

المطلب الأول

مفهوم العقد الإداري

إن الإدارة كما سبق القول تلجأ في ممارستها لأنشطتها إلى عدة وسائل قد تكون تصرفات قانونية تخضع لإرادتها المنفردة والتي تعرف بالقرارات الإدارية، و قد تكون عقود تخضع للأحكام العامة للعقود و لإرادة الطرفين و هذه الأخيرة بدورها قد تخضع للقانون الخاص و قد تكون عقدا إداريا تسري عليه أحكام القانون العام .

و العقود الإدارية هي الشق الذي يهتما في موضوع دراستنا، لذلك سنحاول تسليط الضوء على العقد الإداري و بيان أهم أطره القانونية لإسقاطها على الصفقات العمومية وتحديد مدى استيفائها لها، حيث سنبدأ أولا بتعريفه ثم التطرق لعناصره الأساسية من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول

تعريف العقد الإداري

إن فكرة العقد الإداري نشأت في كنف القانون المدني كونه عقد يستوفي الشروط الأساسية العامة للعقود من حيث شروط انعقاده و صحته و آثاره،¹ فلصحة العقد الإداري لا بد أيضا من توفر الرضا و المحل و السبب رغم خصوصية النظام القانوني الذي يخضع له.

فالعقد الإداري « Contrat administratif »² هو عقد يستمد قواعده من نصوص تشريعية تنظم جانبا أو أكثر من جوانبه أو من أحكام القضاء الإداري التي لها دور فعال في تجسيد أحكام و مبادئ العقود الإدارية.³

وقد اهتم فقهاء القانون الإداري بتعريف هذا العقد، فمثلا عرفه الفقيه "LAUBADER" بأنه: "توافق إرادتين على إنشاء التزام و ليس كل توافق يعتبر عقدا فهو ينكر الصفة العقدية على التصرفات الفردية ذات المظهر التعاقدية التي تجريها الإدارة".⁴

فهذا التعريف يؤكد على ضرورة توفر الإرادة من جانبيين لقيام العقد الإداري، ويستبعد من نطاقه كل التصرفات التي تقوم بها الإدارة بإرادتها المنفردة حتى لو اتخذت في مظهرها الشكل التعاقدية.

وعرفه أيضا الفقيه "DUGUIT" بقوله: "العقد الإداري شأنه شأن العقود الأخرى له ذات الخصائص و الآثار القانونية، و إذا كان الاختصاص المتعلق به للمحاكم الإدارية فإن ذلك مرده إلى غاية العقد ذاته مثل العقود التجارية على سبيل المثال".¹

¹ سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد الأول، (د.د.ن)، (د.ب.ن)، 1987، ص7-7- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر-المحلة الكبرى، 2005، ص7.

² Le contrat administratif est un moyen utilisé par l'administration comme un procédure sous deux formes : contrats identiques à ceux que concluent les particuliers entre eux ou contrats administratifs, MARIE- CHRISTINE ROUAULT, **l'essentielle du droit administratif générale, série les carrés**, édition GUALINO lextensio, 9 édition, 2012, p59.

³ ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، (د.ب.ن)، 1991، ص12.

⁴ مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية و أحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية،

هذا التعريف لم يعرف في الحقيقة العقد الإداري بل ركز على منازعات العقود الإدارية التي تخضع للقانون الإداري و تعود للقضاء الإداري على أساس أن الغاية المرجوة من العقد هي تحقيق الصالح العام و هي تختلف عن الغاية المرجوة من الأفراد و المتمثلة في تحقيق المصلحة الخاصة.

كما عرف بأنه: "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، و تظهر فيه الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، و مناط ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام."²

من خلال ما تقدم يمكن القول أن العقد الإداري هو ذلك العقد الذي يقوم به شخص معنوي عام لتسيير مرفق عام بشروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص سعيا لتحقيق المصلحة العامة، فهذا التعريف يلم بكل عناصر العقد سواء الأطراف المبرمة له أو الوسائل اللازمة للإبرام أو الغاية المرجوة منه.

الفرع الثاني

عناصر العقد الإداري

باستقراء التعريف السابق للعقد الإداري يمكن القول أنه عقد تتوفر فيه الشروط العامة للعقود المعروفة في القانون المدني فضلا عن تمتعه بطبيعة خاصة مردها إلى ما يتمتع به من عناصر، سنقوم ببيانها من خلال ما يلي:

أولاً: أن يكون أحد أطراف العقد شخصا معنويا عاما

إن هذا العنصر يمثل مبدأ عاما معروفا يعبر عنه بالمعيار العضوي أيضا كونه يركز على أطراف العقد، حيث نكون أمام عقد إداري إذا كان أحد أفراده شخصا من أشخاص

¹المرجع السابق، ص 15 مأخوذ عن L.DUGUIT , *Traite de droit constitutionnel*, 2em édition, 1923, p41.

²عمر حلمي فهمي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1993، ص 31.

القانون العام بغض النظر عن صفة الطرف الثاني.¹

فهذا العنصر يشكل شرطا ثابتا لإضفاء صفة العقد الإداري على العقد المبرم يخضع للقانون الإداري و تخضع المنازعات الناتجة بشأنه للقضاء الإداري، فالقول بهذا يعني التوجه نحو الأخذ بالمعيار العضوي الذي تبنته عدة تشريعات في هذا المجال.²

والقاعدة السابقة تنطبق على الصفقات العمومية التي تعتبر عقدا مبرم بين الإدارة من ناحية وبين المتعاملين معها من ناحية أخرى، قد توجه المشرع الجزائري إلى الأخذ بالمعيار العضوي وأكد ذلك في قانون تنظيم الصفقات العمومية في المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 02-250،³ التي حددت الهيئات التي تخضع لأحكام هذا القانون و هي⁴:

1- الإدارات العمومية:

وتشمل هذه الفئة مختلف الإدارات العمومية على إختلافها بدءا بمصالح رئاستي الجمهورية و الحكومة والوزارات وما يرتبط بها من أجهزة بغض النظر عن تمتعها بالشخصية المعنوية من عدمه.

2- الهيئات الوطنية المستقلة

هذه الفئة الخاضعة أيضا للمرسوم الرئاسي الخاص بتنظيم الصفقات العمومية تشمل كل الهيئات العمومية الوطنية المتمثلة في:

¹ محمد عبد العال السناري، مبادئ و أحكام العقود الإدارية في مجال النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية القاهرة، (د.س.ن)، ص11، - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، مرجع سابق، ص21. - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 15.

² كالمشرع المصري و المشرع الجزائري في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث اعتبرت عقدا إداريا كل عقد يكون أحد أطرافه الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.
³ المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012 الموافق ل 24 صفر 1433 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 الموافق ل 28 شوال 1431، الجريدة الرسمية العدد 04، حيث تضمن تعديل المادة الثانية من المرسوم 10-236 في الفقرة 4 فيما يتعلق بمسألة اعتماد الصفقات العمومية حيث كلفت المادة 2 من المرسوم 12-23 القيام به داخل هيئاتها المؤهلة عكس المادة 2 من المرسوم 10-236 التي أضافت استثناءا يتعلق بأحكام المراقبة الخارجية .

⁴ محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005.

- السلطات الأخرى الخارجة عن السلطة التنفيذية كالبرلمان و المحكمة العليا و مجلس الدولة...و غيرها.
- الهيئات الداخلة في إطار السلطة التنفيذية المتمتعة بالشخصية المعنوية كالمجالس العليا على إختلافها.

3- الولاية:

هي وحدة إدارية محلية منظمة بموجب القانون رقم 07-12 المتعلق بالولاية،¹ فالولاية حسب المادة الأولى من هذا القانون هي الجماعة الإقليمية للدولة و هي تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة.

4- البلدية:

وهي الجماعة الإقليمية القاعدية في الإدارة المحلية المنظمة بموجب القانون رقم 11-10² و هي بدورها تتمتع بالشخصية المعنوية و الذمة المالية المستقلة حسب المادة الأولى من هذا القانون.

5- المؤسسات العمومية:

وتشمل كل أنواع المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و العلمي و التكنولوجي والعلمي و الثقافي و المهني و الصناعي و التجاري.

من خلال ما تقدم نلاحظ أن هناك نوع من التداخل و التشابك في الأخذ بالمعيار العضوي خصوصا بين المادتين 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و المادة 2 من المرسوم الرئاسي 12-23، حيث أن الأولى حددت المؤسسات العمومية و قيدها بالصيغة الإدارية، أما الثانية فقد وسعت في المؤسسات العمومية و مدتها لكافة المجالات السابق بيانها.

ثانيا: أن يتصل العقد بمرفق عام

¹ القانون رقم 07-12 المؤرخ في 21 فبراير 2012 الموافق ل 28 ربيع الأول 1433، الجريدة الرسمية العدد 12.

² القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية .

بعد أن بينا ضرورة إبرام العقد الإداري بين طرفين أحدهما شخص معنوي عام، هناك شرط آخر من شروط هذا العقد هو ضرورة اتصال محله بمرفق من المرافق العامة من حيث تنظيمه وتسييره لأنها هي التي تقتضي ضرورة الخضوع لقواعد قانونية خاصة ومتميزة عن قواعد القانون العادي.¹

والهدف من إضافة هذا الشرط أن الإدارة أو أي شخص معنوي عام قد يلجأ إلى القيام بتصرفات قد تبرم عقوداً أخرى لا تدخل في نطاق العقود الإدارية ولا تكون مبرر للخضوع للقواعد الخارجة عن تلك المألوفة في القانون العادي، وهذا دائماً مناطه هو تحقيق المصلحة العامة و تغليبها على المصلحة الخاصة.²

ذهب البعض إلى تسمية هذا الشرط بالمعيار الموضوعي لتحديد مجال العقد الإداري، ففكرة المرفق العام رغم عدم وضوح مفهومها و عدم الاعتماد عليها بصفة منفردة في تحديد مفهوم القانون الإداري إلا أن لها دوراً فعال في هذا المجال.³

ثالثاً: فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة

إضافة إلى الشرطين السابقين يضاف شرط آخر على درجة من الأهمية يتمثل في ضرورة تضمين العقد المبرم بين الإدارة و أي طرف آخر المتعلق بالمرفق العام شروط استثنائية غير مألوفة في القانون العادي و العقود المدنية، و التي تركز بالأساس على منح الإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد كحق تعديل شروط العقد و توقيع الجزاءات و إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لها.⁴

يتضح من خلال ما تقدم استيفاء الصفقات العمومية للشروط الثلاث السابق بيانها لذلك فهي تعتبر عقداً إدارياً يهدف لتحقيق المصلحة العامة من خلال استغلال المال العام في

¹ جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 23. - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 23.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 27.

³ و هنا يكون الحديث عن مفهوم المرفق العام بشقيه العضوي الذي يركز على الأجهزة و الهيئات و التنظيمات الإدارية المختلفة القائمة خاصة داخل السلطة التنفيذية، و المفهوم الموضوعي الذي يركز على الخدمات العامة المقدمة في سبيل تحقيق المصلحة العامة للمواطنين، محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 18.

⁴ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 32.

ذلك، هذا ما دفعنا إلى ضرورة إحاطتها بكل السبل القانونية اللازمة لتحقيق الهدف المرجو منها عبر كل مراحل إبرامها، لذلك وقبل الخوض في مسألة الحماية القانونية لها سوف نحاول أولاً الوقوف على مفهومها.

المطلب الثاني

مفهوم الصفقات العمومية

كان لزاماً قبل الحديث عن صور الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحتها التطرق أولاً لتحديد مفهوم الصفقات العمومية التي تعتبر محلاً للفساد الإداري وطريقاً للتربح من طرف أصحاب النوايا السيئة على حساب المال العام.

و للوقوف على مفهوم الصفقات العمومية سوف نتطرق إلى تعريفها في التشريعات الجزائرية المتتالية على مرحلتين أساسيتين نظراً لندرة التعريفات الفقهية لها، ثم إلى إجراءات إبرامها باعتبار أنها أهم المراحل التي يتم فيها التلاعب و ينتشر الفساد الإداري من خلال استغلال تداخلها و تشابكها.

الفرع الأول

تعريف الصفقات العمومية قبل 1989

لتعريف الصفقات العمومية سنبين التعريف القانوني لها عبر جميع المراسيم والأوامر الصادرة في الجزائر¹ قبل 1989، فكل التعريفات المقدمة لها هي تعريفات قانونية تضمنت تعريف للمصطلحات الخاصة بها، لذلك سنقوم باستعراضها على النحو الآتي:

أولاً: تعريف الصفقات العمومية في الأمر 67-190

¹ لقد اهتمت أيضاً بقية التشريعات بتعريف الصفقات العمومية كالمشرع التونسي في الأمر 1638 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية حيث عرفها بأنها: " عقود مكتوبة تبرم لإنجاز أشغال أو للتزود بمواد أو لتقديم خدمات أو لإنجاز دراسات تحتاجها الإدارة".

حيث عرفت الصفقات بموجب هذا الأمر بأنها: "الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات أو المكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون."

إن المادة السابقة عرفت الصفقات العمومية من خلال الاعتماد على معيارين أساسيين يتمثل الأول في المعيار العضوي حيث حددت أطراف الصفقة، و الثاني هو المعيار الموضوعي حيث حددت المادة طرق إبرام الصفقات العمومية، كما أكدت على أنها عقود شكلية لا بد من استيفائها لشروط الكتابة.

ثانيا: تعريف الصفقات العمومية في المرسوم 82-145²

عرف هذا المرسوم بدوره الصفقات العمومية في المادة 04 منه حيث جاء فيها: "صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات."

إن الناظر إلى هذا التعريف من الوهلة الأولى يجد أنه حافظ على الشرط الشكلي المتعلق بالكتابة، و يتضح و كأنه تخلى عن المعيار العضوي كونها لم يحدد الهيئات كما فعل سابقة، لكن و بالرجوع للمادة 5 منه نجد أنه يقصد من مصطلح المتعامل العمومي الاحتفاظ

¹ هو أول تشريع للصفقات العمومية في مرحلة الاستقلال الذي صدر بموجب الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 في الجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 1967 و الذي تضمن عدة أحكام خاصة بالصفقات العمومية كالباب الثاني الذي تضمن قواعد إبرام الصفقة و الباب الخامس الذي تضمن الأحكام المتعلقة باللجان الخاصة بعملية الرقابة، و قد خضع لعدة تعديلات كان آخرها الأمر 76-11 المؤرخ في 20 فبراير 1976، و قد كان هذا الأمر مسبوفاً بنصوص أخرى خاصة بالصفقات في الفترة الاستعمارية نذكر منها:

- المرسوم الصادر في 30 أكتوبر 1953 المتعلق بتمويل صفقات الدولة و الجماعات العمومية.
- المرسوم رقم 53-405 المعدل للمرسوم السابق.
- المرسوم رقم 54-496 المؤرخ في 11 جوان 1954 الخاص بتبسيط الإجراءات المفروضة على المؤسسات المشتركة في صفقات الدولة و القرار التطبيقي له.
- المرسوم رقم 65-256 المؤرخ في 13 مارس 1956 المعدل و المحدد لقواعد إبرام صفقات الدولة.

² هذا المرسوم المؤرخ بتاريخ 10 أبريل 1982 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 1982 الصادر من طرف رئيس الجمهورية ألغى بموجب المادة 162 منه عدة مواد من المرسوم السابق، كما ألغى عدة أوامر، و قد اتسم بالوجهة الاشتراكية التي ظهرت من خلال استناده على الميثاق الوطني و الدستور .

بالمعيار العضوي حيث قام في هذه المادة بتفصيل الهيئات، كما أنه أضاف المؤسسات الاشتراكية و الوحدات الاقتصادية.

الفرع الثاني

تعريف الصفقات العمومية بعد 1989

سنبين من خلال هذا الفرع تعريف الصفقات العمومية بعد 1989، حيث أراد المشرع الجزائري التماشي مع التحولات السياسية للبلاد بعد تبني نظام التعددية الحزبية.

أولاً: تعريف الصفقات العمومية في المرسوم التنفيذي 91-434¹

حيث عرف بدوره الصفقات العمومية بأنها: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود و مبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال و اقتناء المواد و الخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة."

ومن خلال قراءة هذا المرسوم نجد أنه حافظ على المعايير السابقة سواء الشكلي أو الموضوعي و أيضا العضوي حيث ذكر الهيئات في المادة 2 منه و اقصراها على الدولة والولاية والبلدية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والهيئات الوطنية مستبعدا بذلك المؤسسات العمومية الاقتصادية.

وهذا التغيير بفعل التأثير بالتحولات السياسية التي تمر بها البلاد خصوصا إقرار التعددية الحزبية .

¹ هذا المرسوم التنفيذي المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 موقع من قبل رئيس الحكومة الذي يعتبر منصب مستحدث في التعديل الدستوري 1989 في المادة 89 منه و قد تضمن 157 مادة ، تطرق فيهم لتعريف الصفقات العمومية وبيان طرق إبرامها والاستثناءات المتعلقة بتنفيذها و كل المسائل القانونية الأخرى الخاصة بها، و أقر مبدأ أساسيا من المبادئ الخاصة بها يتمثل في المساواة بين المتعاملين .

ثانيا: تعريف الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 02-250¹

عرفها هذا المرسوم الرئاسي بأنها: "الصفقات عمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال وإقتناء المواد و الخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة".
 هذه المادة بدورها تؤكد على عنصر الكتابة، فضلا عن المادة 2 من ذات المرسوم التي حددت الهيئات الخاضعة لهذا التنظيم، حيث أضيفت المؤسسات التجارية والصناعية، وهذا ما جعل هذه المادة تتعارض مع المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية السابق فأثير إشكال بشأن بعض العقود التي تبرمها هذه الأخيرة.

ثالثا: تعريف الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 10-236²

عرفها هذا المرسوم بدوره في المادة 4 منه بأنها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال وإقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة".
 هذا التعريف لم يختلف عن سابقه فقد حافظ على المعيار الشكلي المتعلق بالكتابة وكذلك المعيار الموضوعي، أما المعيار العضوي فقد ورد في المادة الثانية منه بذكر للهيئات التي تدخل عقودها في إطار الصفقات المنظمة بموجب هذا المرسوم، وهذه المادة وقعت بدورها في التعارض مع المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي اكتفت بالطابع الإداري للمؤسسات العمومية.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 02_250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 2002، والذي جاء بعد استعادة رئاسة الجمهورية عدة صلاحيات خولت فيما قبل للحكومة كصلاحية إصدار التنظيم المخصص للصفقات العمومية، فالملاحظ على مجال الصفقات العمومية هو التداول من المراسيم الرئاسية ثم التنفيذية في 1991 ثم العودة للرئاسية في 2002، ولكنها تتفق رغم ذلك في صدورها من السلطة التنفيذية مما يسهل أمر تعديلها أكثر من تلك الصادرة عن السلطة التشريعية.

² المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن الصفقات العمومية المنشور في الجريدة الرسمية العدد 58 لسنة 2010.

رابعاً: تعريف الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 12-23¹

هذا المرسوم لم يحدث المادة 4 المتضمنة تعريف الصفقات العمومية بل اقتصر التحديث على المادة 2 من المرسوم رقم 10-236 لكنه لم يمس الهيئات المذكورة حيث حافظ على المعيار العضوي كما هو دون أي تعديل.

يتضح من خلال ما تقدم أن المشرع الجزائري قد اهتم على مر التطور القانوني السابق الخاص بالصفقات العمومية بمسألة تعريف هذا المصطلح رغم الاختلافات البسيطة بين التعريفات إلا أنها اعتمدت على ثلاث معايير أساسية لا يمكن الاستغناء عنها في هذا المجال هي:

- المعيار الشكلي.
- المعيار العضوي.
- المعيار الموضوعي.

وهو ذاته ما سارت عليه عدة تشريعات أخرى كالتشريع الفرنسي أيضا الذي عرف الصفقات العمومية بأنها هي العقود المكتوبة المبرمة بين الهيئات العمومية المذكورة في المادة 2 من ذات القانون فضلا عن المؤسسات الاقتصادية العامة أو الخاصة.²

¹ المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

² Article 1 « ...les marchés publics sont les contrat conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoin en matière de travaux, de fournitures ou de services... », ALAIN MENEMENIS, **Code des marchés publics et autres contrats**, commenté, 5 édition, DALLOZ, 2012, p7. - JEROME MICHON, **les marchés publics en 100 questions**, guide pratique à l'usage des acheteurs et des prestataires, édition le moniteur, paris, 2009, p11.

المطلب الثالث

طرق إبرام الصفقات العمومية

إن الملاحظ على التشريعات المتعاقبة المنظمة للصفقات العمومية من الأمر 67-90 إلى غاية المرسوم الرئاسي 12-23 يجد أن المناقصة كأصل عام و التراضي كإستثناء هما طريقا إبرام الصفقات العمومية، لذلك كان لزاما التطرق و لو بإيجاز لتعريفهما و بيان أهم أشكالهما، في ظل المرسومين الرئاسيين 10-236 الذي يعتبر ما قبل الأخير و المرسوم 12-23 الأخير في هذا الشأن و الذي تضمن بعض التحديثات في بعض المواضع التي سنبينها من خلال هذا العنصر.

الفرع الأول

المناقصة

إن المناقصة على خلاف الصفقات العمومية قد حظيت بعدة تعريفات سواء فقهية أو قانونية، سنركز على التعريفات القانونية¹ في مجال دراستنا لنقف على التغيرات التي مر بها هذا المصطلح من خلال التطرق للعناصر الآتية:

¹ لقد مر تعريف المناقصة شأنه شأن تعريف الصفقات العمومية بعدة تعريفات قانونية بدءا بالمرسوم 82-145 الذي تضمن أول تعريف للمناقصة في المادة 33 منه على أنها: " إجراء يسمح بمنح الصفقة للعارض الذي يطلب أقل الأثمان . وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي و لا تخص إلا المترشحين المواطنين ."، حيث أن الأمر 67-90 لم يتضمن تعريفا لها ، و يتضح من التعريف السابق أن الإدارة مقيدة في اختيار المتعاقد بالمعيار المالي المتمثل في أفضلية العرض من خلال تقديم أفضل الشروط المالية، و عرفها بعد ذلك المرسوم التنفيذي 91-434 في المادة 24 منه بأنها: " إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة عارضين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض

أولاً: تعريف المناقصة

سنقوم بتعريفها في المرسوم الرئاسيين الأخيرين من خلال ما يلي:

1-تعريف المناقصة في المرسوم الرئاسي 250-02

لقد عرفها المرسوم الرئاسي 250-02 في المادة 21 على أنها: "المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض."

لقد سايرت هذه المادة سابقتها و لم تربط مسألة اختيار المتعهدين المتنافسين بالمعيار المالي بل ربطته بالأفضلية فاتحة المجال أمام الإدارة في أعمال سلطتها في تقدير معايير الأفضلية، هذا و قد انتقد جانب من الفقه مصطلح المناقصة على أساس أن مصطلح طلب العروض هو الأفضل و الأكثر تناسب مع المصطلح الفرنسي Appel d'offres¹.

2-تعريف المناقصة في المرسوم الرئاسي 236-10

لقد عرف هذا المرسوم أيضا المناقصة في المادة 26 بذات التعريف الوارد في المرسوم السابق دون أي تعديل و هذا هو المعمول به لأن المرسوم الرئاسي أيضا 23-12 لم يحدث هذه المادة.

ثانياً: أشكال المناقصة

للمناقصة أشكال متعددة بينها المادة 28 من المرسوم الرئاسي 236-10 سواء كانت وطنية أو دولية يمكن إجمالها فيما يلي:

الذي يقدم أفضل العروض"، فالملاحظ أن هذا الأخير قد ربط العرض بالأفضلية و ليس بأقلية الأثمان من أجل منح الإدارة نوع من الحرية في اختيار المتعاقد وعدم ربطها بالمعيار المالي فقط.
¹ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، (د.د.ن)، الجزائر 2006، 279.

1- المناقصة المفتوحة

يعبر عنها باللغة الفرنسية بـ « **Appel d'offre ouvert** »¹ و هي حسب المادة 29 من المرسوم السابق إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا.

2- المناقصة المحدودة

يعبر عنها بالفرنسية بـ « **Appel d'offre restreint** »² و هي حسب المادة 30 فقرة 1 إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا.

وحددت الفقرة الثانية من المادة أعلاه هذه الشروط والمتمثلة في مجال التأهيل والتصنيف والمراجع المهنية المتناسبة مع طبيعة المشروع ومتطلباته.

3- الاستشارة الانتقائية

يعبر عنها باللغة الفرنسية بـ « **Consultation sélective** »³

حيث عرفتها المادة 31 المعدلة والمتممة بموجب المادة 6 من المرسوم الرئاسي 12-23 بأنها إجراء يكون المرشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعوون خصيصا للقيام بذلك بعد انتقاء أولي.⁴

هنا نلاحظ من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري قد منح للإدارة قدر واسع من الحرية من خلال السماح لها الاتصال بالمتعاملين و انتقاءهم بكل حرية.

¹ Un appel d'offre ouvert est la procédure de passation qui offre à tout candidat, sans distinction, la possibilité de soumissionner, ce qui permet d'assurer une concurrence étendue, M.SABRI , K . AOUZIA , M .LALLEM , **guide de gestion des marchés publics**, édition du sahel, 2000, p76 .

²Un appel d'offre restreint est la procédure selon laquelle seuls les candidats agréés par le service contractant sont admis à remettre une offre, op,cit, p77.

³ La consultation sélective est la procédure selon laquelle seuls les candidats répondant à certaines conditions préalablement définies par le service contractant et spécifiquement invités sont autorisés à soumissionner , Et pour la mise en œuvre il convient de signaler que le service contractant peut à l'occasion d'opérations d'ingénierie complexes et /ou d'acquisition de fournitures spécifiques à caractère répétitif, procéder à une consultation directe d'entreprises qualifiées inscrites sur une short-list sur la base d'une présélection renouvelable tout les trois ans, ex : la réalisation de barrage, d'ouvrages souterrains, d'ouvrage d'art à grande portée, ici l'appel à la présélection est assuré par publicité d'annonce légale, ce mode est plus retenu pour M .P conclus par les wilayas et les communes, op , cit, 78.

⁴التعديل المحدث في المرسوم الرئاسي 12-23 في بموجب المادة 6 لم يمس التعريف بل الإجراءات فقط.

4- المزايدة

يعبر عنها بالفرنسية ب « Adjudication »¹ و هي حسب المادة 33 من ذات المرسوم إجراء لمنح الصفقة للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمنًا، وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي و لا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.

لقد ذهب البعض إلى القول بأن اللجوء لهذه الطريقة نادر و يتعلق بشراء اللوازم والخدمات البسيطة والمحددة، لأنه رغم ما يتضح من سرعتها إلا عادة أنها ما تكون أقرب للجانب الاقتصادي.²

فالمزايدة تقيد الإدارة في اختيارها للعارضين بمراعاة تقديم أقل الأثمان و هذا ما يعني التقيد بالمعيار المالي وحده و إهمال بقية المعايير الأخرى.

5- المسابقة

يعبر عنها بالفرنسية « CONCOURS »³ ، عرفت المادة 34 المعدلة و المتممة بموجب المادة 6 من المرسوم الرئاسي 12-23 بأنها ذلك الإجراء الذي يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة.⁴

و هي تتم بموجب جملة من الإجراءات المنظمة بموجب المادة أعلاه التي يتبن من خلال استقرؤها بأن المسابقة إجراء مخصص للأشخاص الطبيعيين دون المعنويين لأنه يركز على الجانب الفني مما يجعل المادة مقيدة جدا مقارنة بالغرض المرجو من الإجراء والمتمثل في إبرام المناقصة التي قد تتم من طرف أشخاص طبيعيين أو معنويين.

¹ L'adjudication est un mode d'attribution de marchés se caractérise par un appel à la concurrence effectué suivant un formalisme précis et porte sur des opération simples de type courant, il ne concerne que les candidats installés en algerie, op, cit, p79.

² Op, cit, p81.

³ Cet procédures met en compétition des hommes de l'art est utilisée lorsque des motifs d'ordre technique, esthétique, économique , ou artistique justifient des recherches particulières, le concours peut porter soit sur :

- la conception d'un projet .
- l'exécution d'un projet préalablement établi.
- la conception d'un projet et son exécution.

⁴التعديل هنا أيضا لم يمس التعريف بل الإجراءات التي أصبحت تنسم بالدقة أكثر من السابقة و الهدف دائما هو تقييد الإدارة قدر الإمكان بهدف تفعيل حماية الصفقات العمومية من الاعتداءات و صور الفساد التي تتعرض لها و التي سنبينها في حينها.

ثالثا: إجراءات المناقصة

إن مبدأ المساواة يعتبر من أهم المبادئ المكرسة في القانون الإداري خاصة إذا ما تعلق الأمر بتسيير المرافق العامة،¹ لذلك حرص المشرع الجزائري عند تنظيمه لقانون الصفقات العمومية مراعاة هذا المبدأ و غيره من المبادئ الكفيلة بضمان مشروعية الصفقات و حمايتها حماية قانونية فعالة خاصة عبر مراحل إبرامها و مباشرة إجراءاتها و ما تتسم به من تعقيد وتداخل، و يتضح من خلال استقراء نصوص المرسومين الرئاسيين 10-236 و 12-23 أن إجراءات المناقصة هي الأساس في إبرام الصفقات العمومية و السبيل لتحقيق المصلحة العامة المرجوة من وراءها، كما أن هذه المراحل هي نفسها المجال الخصب لارتكاب عدة صور من الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية التي سنبينها في حينها لذلك كان لزاما ذكر هذه الإجراءات بإيجاز لتنف على المجال العملي لانتشار الفساد الإداري من خلالها.

1- إعداد دفتر الشروط

يعتبر دفتر الشروط² أول مرحلة من مراحل إبرام المناقصة نص عليها المرسوم الرئاسي رقم 10-236 في المادة 10 منه على أنه ذلك الدفتر الذي يعد دوريا و يتضمن كل الشروط اللازمة لسير الصفقة و تنفيذها .

و بالرجوع للمادة أعلاه فهناك ثلاث أشكال من دفاتر الشروط مذكورا حصرا هي:

- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على كل صفقات الأشغال و اللوازم و الدراسات و الخدمات و الموافقات عليها بموجب مرسوم تنفيذي.³
- دفاتر التعليمات المشتركة، التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال و اللوازم و الدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.
- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة.

¹ محمد أنور حمادة، قواعد و إجراءات تنظيم المناقصات و المزايدات و العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003، ص29.
² Cahier des charges qui doit être minutieusement préparé par le service contractant pour faire connaître aux candidats intéressés la nature et la consistance des prestations qui feront l'objet du marché, il doit définir les épreuves, normes et méthodes qui seront employées pour jugé de la conformité du produit à la livrés et des ouvrages à réaliser, définition présenté dans le guide de gestion des M .P , op,cit, p91.

³ إن المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 في هذه الفقرة كانت تكتفي بالقرار الوزاري المشترك، و في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 اشترطت المادة 10 المرسوم التنفيذي في هذه الحالة.

2- إعلان المناقصة

على الإدارة أثناء إبرامها للصفقات أن تراعي إجراء جوهري في كل أشكال المناقصة السابق بيانها للحفاظ على مبدأ العلنية يتمثل في الإعلان¹ عن طريق الإشهار تحت طائلة البطلان، حيث نظم المشرع الجزائري هذا الإجراء بموجب المادة 45 من المرسوم 10-236، و أُلزم كل الهيئات المذكورة في المادة 2 من ذات المرسوم بالالتزام بهذا الإجراء.

ومن خلال استقراء المواد الخاصة² بالإعلان الواردة في المرسوم السابق يمكن التطرق لبيان أحكامه من خلال ما يلي:

2-1- البيانات الوجوبية في الإعلان:

لا بد أن يتضمن الإعلان بالمناقصة جملة من البيانات التي يمكن إجمالها فيما يلي:

- تسمية المصلحة المتعاقدة و عنوانها و رقمها الجبائي.
- كيفية المناقصة.
- شروط التأهيل و الانتقاء الأولي.
- موضوع العملية.
- قائمة بالمستندات المطلوبة.
- مدة تحضير و صلاحية العروض.
- إلزامية كفالة التعهد.
- ظرف مزدوج.
- ثمن الوثائق إذا اقتضى الأمر ذلك.

2-2- شروط الإعلان

¹ Avant tout appel à la concurrence, un avis est établi , op,cit, p94.

²المواد 46-49 من المرسوم الرئاسي 10-236.

لقد أورد المشرع أيضا جملة من الشروط الواجب توفرها في الإعلان كضرورة تحريره باللغة الوطنية و بلغة أجنبية، و أن ينشر على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين وأن ينشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومية.

3- إيداع العروض أو التعهدات

لقد نظمت المادة 51 المعدلة و المتممة بموجب المادة 6 من المرسوم الرئاسي 12-23 هذه المرحلة والتي تتمثل بالأساس في تقديم المتنافسين لعروضهم حسب جملة من الشروط والإجراءات الواردة تفصيلا في المادة، حيث اشترط المشرع ضرورة احتواء التعهدات على عروض تقنية¹ وأخرى مالية².

فالهدف من هذه المرحلة و تقييدها بالتعهدات هو التأكد السليم من قدرات المتعهد وإمكانياته في القيام بالصفقة على أكمل وجه لضمان تحقيق المصلحة المرجوة من وراءها، فضلا عن توفير حماية قانونية للصفقات و حمايتها من أي تلاعب قد تتعرض له في هذه المرحلة.

4-مرحلة الدراسة و التقييم

تسمى هذه المرحلة أيضا بمرحلة فحص العطاءات وذلك بهدف معرفة الفائز بالصفقة من خلال التدقيق في العروض المقدمة و ما تتضمنه من وثائق و أوراق، و باستقراء نصوص المرسومين الرئاسيين 10-236 و 12-23 نجد أن هذه المرحلة تتم على درجتين هما:

4-1- لجنة فتح الأظرفة

¹تتضمن حسب المادة 51 تصريح بالاككتاب، كفالة تعهد تفوق واحد في المائة من مبلغ العرض لصفقات الأشغال واللوازم الخاضعة لاختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية التي لم تكن موجودة في المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

² تتضمن حسب ذات المادة رسالة تعهد، جدول الأسعار بالوحدة، تفصيل تقديري و كمي على أن تحدد النماذج بقرار من الوزير المكلف بالمالية.

لقد قيد المشرع الجزائري الإدارة في هذه المرحلة من إبرام الصفقة لضمان حيادها وارتباطها بالهدف الأساسي المرجو منها و المتمثل في تحقيق المصلحة العامة دون أي اعتبارات أخرى، ففرض عليها تشكيل لجنة متعددة الأطراف تتولى مهمة الدراسة والتقييم لاختيار أفضل العروض، و هذا يعتبر في حد ذاته نوع من الحماية القانونية للصفقات وآلية لمحاولة مكافحة صور الفساد الإداري الظاهرة في مجالها من خلال اللجوء إلى تعدد الأطراف القائمة على هذه المرحلة، لذلك فهو لم يعهد بهذه المهمة لشخص واحد بل إلى اللجنة لضمان الحياد.

نظمت المادة 121 من المرسوم الرئاسي 10-236 هذه اللجنة في إطار الرقابة الداخلية داخل المصلحة المتعاقدة كما سنبين ذلك في حينه، و جاء في المادة 12 من المرسوم الرئاسي 12-23 تحديث في المادة 122 في مهام هذه اللجنة و المتمثلة في:

- إثبات صحة تسجيل العروض.
- إعداد قائمة المتعهدين.
- إعداد وصف للوثائق المكونة للعرض.
- إعداد محضر الجلسة.
- دعوة المتعهدين عند الضرورة لاستكمال ملفاتهم¹.

هذه هي ذات المهام الواردة في المادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، لكن المادة 122 المحدثة في المرسوم الرئاسي 12-23 أضافت مهمة جديدة وهي إرجاع الأطراف غير المفتوحة إلى المتعاملين الاقتصاديين في حالة عدم جدوى المناقصة، وأخضعت المحضر المحرر من طرفها إلى أحكام الاستشارة الانتقائية و المسابقة والتراضي المنصوص عليهم على التوالي في المواد 31-34-44 من ذات المرسوم.

أما بالنسبة لدور اللجنة و اجتماعاتها فسنبينه عند الحديث عن الرقابة الداخلية التي تعتبر هذه الأخيرة جزء منها، وهنا نقول أن المشرع و إن كان قد فرض حماية قانونية حيادية من خلال تنظيمه لهذه اللجنة إلا أنه قد أغفل الحديث و بدقة عن أعضاءها والشروط الواجب توفرها فيهم لتفعيل الحماية التي أقرها.

¹ ما عدا التصريح بالاكتتاب وكفالة التعهد و العرض التقني وذلك خلال 10 أيام و إلا رفضت العروض من طرف اللجنة المختصة بتقييمها.

4-2- لجنة تقييم العروض

لزيادة تفعيل الحماية المقررة للصفقات العمومية من صور الفساد التي تتعرض لها نص المشرع الجزائري على لجنة تقييم العروض التي تعتبر مرحلة موائية لعمل اللجنة السابقة وأوجب تنصيبها في كل الإدارات و المصالح المعنية، كما أنه لم ينص على أي شروط فيما يتعلق بأعضاءها سوى التأهيل للقيام بمهمة تقييم و دراسة العرض وعدم الجمع بين عضويتها و عضوية لجنة فتح الاظرفة لضمان الحياد دائما.

وقد نظمت هذه اللجنة الدائمة في المادة 12 من المرسوم الرئاسي 12-23 التي حدثت المادة 125 و حافظت على نفس أحكام المادة 125 من المرسوم 10-236 مع إضافة عنصر الخبرة في الأسعار الاختيارية التي خول المشرع للمصلحة المتعاقدة إدراجها في دفتر الشروط ضمن أحكام المادة 6 في تحديث للمادة 11 فقرة 6 من المرسوم الرئاسي 12-23، حيث لم تكن موجودة في ذات المادة من المرسوم 10-236.

وبالنسبة لعمل اللجنة و اجتماعاتها سنبينه في حينه لأنه يدخل في إطار الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية، و هنا نقول أيضا أن المشرع قد أغفل النص على بعض الإجراءات التي تعتبر دقيقة في تفعيل الحماية القانونية للصفقات العمومية كمكان انعقادها و طبيعة جلساتها وهذا ما يعطي للإدارة السلطة التقديرية في هذا المجال.

5-إرساء الصفقة

بعد الانتهاء من الدراسة و التقييم تأتي مرحلة إرساء الصفقة التي يتم فيها اختيار العارض الذي تتوفر فيه كل الشروط القانونية التي تضمن تحقيق المصلحة العامة وتتماشى مع المقننات القانونية المفروضة في هذا المجال، من خلال إعلام المتنافسين بكل معايير الاختيار المعتمد عليها و قيمته والتنقيط المقرر له لتجسيد مبدأ العلنية والشفافية التي تعتبر من أهم مبادئ القانون الإداري.

6- إعتامد الصفقة

هناك إجراء آخر يأتي بعد إرساء الصفقة وهو الاعتماد من طرف الجهات الإدارية المعنية و المخولة قانونا بذلك كنوع من الرسمية التي ينبغي إضفاءها على النتائج، وسنتطرق بالتفصيل لذلك عند الحديث على الرقابة لأنها تعتبر نوعا من أنواعها.

من خلال ما تقدم نخلص إلى أن المناقصة تعتبر ذات أهمية كبيرة باعتبارها أساس إبرام الصفقات العمومية إلى درجة التداخل و التشابك أحيانا بين المصطلحين، لذلك يمكننا القول أن المناقصة لا تعني الصفقة بل هي الأداة أو الوسيلة الأصلية لإبرامها، وإن كانت هناك وسيلة أخرى تتمثل في التراضي الذي سنبينه من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني

التراضي

يعتبر التراضي أسلوبا استثنائيا من أساليب إبرام الصفقات العمومية يختلف عن الرضى الذي يعتبر شرطا لإبرام العقود، فالتراضي هنا هو مصطلح فرنسي تم استبداله بمصطلح التعاقد بناء على مفاوضة « les marchés négociés »¹، و الذي يهمننا هو تعريف هذا المصطلح في التشريع المعمول به في مجال الصفقات العمومية، لذلك سنحاول من خلال العناصر الآتية الوقوف على تعريفه و بيان أنواعه و أهم إجراءاته.

أولا: تعريف التراضي في المرسوم 10-236

لقد اهتم المشرع الجزائري بتعريف التراضي المعبر عنه بالفرنسية بـ « Gré à gré »² عبر المراحل التشريعية المختلفة للصفقات العمومية،³ إلى أن عرفه في المادة 27 من المرسوم الرئاسي 10-236 بأنه ذلك الإجراء الهادف لتخصيص الصفقة لمتعامل متعاقد

¹ JAQUELINE LORAND DEVILLER , **cours de droit administratif**, 6 édition, Montchrestiem, 1999, p407.

² Pour la définition le gré à gré est la procédure qui permet au service contractant d'engager des négociations avec les entreprises ou fournisseurs de son choix , sans appel d'offres formel et d'attribuer librement le marchés au candidat qu'il a retenu, M. SABRI , K. AOUDIA , M. LALLEM , op,cit, p83.

³ بدءا بالمادة 60 من الأمر 67-90، المادة 27 من المرسوم 82-145، المادة 23 من المرسوم التنفيذي 91-434، المادة 22 من المرسوم الرئاسي 02-250.

واحد دون المرور بالإجراءات الشكلية التي سبق الحديث عنها في المناقصة، كما أن المشرع اعتبره طريقاً استثنائياً مقيداً بحالات حددها حصراً في المادة 43 من ذات المرسوم.

ثانياً: أشكال التراضي

إن التراضي الذي يعتبر طريقاً استثنائياً لإبرام الصفقات العمومية، حتى لا تلجأ الإدارة إليه كسبيل للتخلص من القيود القانونية المفروضة عليها في اختيار المتعاقد عن طريق المناقصة، يتخذ حسب نص المادة 27 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 10-236 شكلين أساسيين هما:

1- التراضي البسيط

يعبر عنه بالفرنسية بـ « Gré à gré simple »¹ وهو الأساس بالنسبة لإبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي حيث اهتم المشرع ببيان حالاته في بدقة في المرسوم الرئاسي 12-23 في المادة 6 التي عدلت و أتمت المادة 43 من المرسوم الرئاسي 10-236 بإضافة الفقرتين 1 و 2، و المادة 4 من المرسوم الأول التي عدلت المادة 7 من المرسوم الثاني، حيث لا يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء لهذا الطريق إلا في الحالات الآتية:

- قبل الشروع في تنفيذ الخدمات في حالة وجود خطر يهدد استثماراً أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي.²
- في حالة تتم تنفيذ خدمات على وجه الاستعجال تتعارض في طبيعتها مع إجراءات إبرام الصفقة على أن تتم الموافقة على ذلك أثناء اجتماع الحكومة.
- عند عدم إمكانية تنفيذ الخدمة إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتكر هذا النشاط لمقتضيات فنية أو تكنولوجية.
- عند الاستعجال الملح نتيجة خطر داهم يهدد ملكاً أو استثماراً.

¹ Est la procédure exceptionnelle d'attribution d'un marché à un cocontractant donné sans mise en concurrence aucune, définition, op.cit, p84.

² هنا حسب المادة 7 المعدلة بالمرسوم الرئاسي الأخير لا بد من ترخيص بقرار معطل من مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني على أن ترسل نسخة إلى الوزير المكلف بالمالية و مجلس المحاسبة، على أن تعد صفقة تسوية خلال 6 أشهر ابتداءً من توقيع المقرر المذكور أعلاه، مع مراعاة مقتضيات الرقابة الخارجية التي سنبينها في حينها.

- في حالة تمويل مستعجل التي تشبه لحد بعيد الحالة السابقة ما عدا في تخصيصها للتمويل.
- في حالة مشروع ذي أهمية وطنية مع ضرورة الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، و هنا تم إضافة تقييد آخر يتمثل في المعيار المالي حيث لا بد أن يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000) د.ج، و إذا كان المبلغ أقل من ذلك فلا بد من الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة.
- في حالة منح هذا الحق لمؤسسة عمومية بموجب نص تشريعي أو تنظيمي محددة في ضمن المؤسسات العمومية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني.
- في تعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج مع تطبيق نفس الأحكام الواردة في الحالة السادسة من الحالات السابقة.

من خلال ما سبق نلاحظ أن التعديلات التي أضفاها المشرع الجزائري بموجب المرسوم الرئاسي 12-23 على المادتين 43 و7 الهدف منها هو تقييد الإدارة أكثر عند لجوءها لهذا الطريق حيث أضفيت حالات محددة وأضيف المعيار المالي على النحو السابق بيانه و هذه تعتبر خطوة إيجابية من المشرع لمكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية من خلال تقييد الإدارة أكثر حتى لا تلجأ للتراضي البسيط كوسيلة للتحايل والهروب من قيود المناقصة.

2- التراضي بعد الاستشارة

يعبر عنه باللغة الفرنسية ب¹ « Gré à gré après consultation » وهو طريق لإبرام الصفقة العمومية عن طريق التراضي تفرضه اعتبارات فنية و إقتصادية على الجهة الإدارية المختصة بإبرام الصفقة العمومية حيث تلجأ إلى إجراء استشاري لتفادي المخاطر أو السلبات، فحسب المادة 44 المعدلة بموجب المادة 6 من المرسوم الرئاسي 12-23 للإدارة أن تلجأ لهذا الأسلوب في الحالات الآتية:

- في حالة عدم جدوى الدعوى للمنافسة إما لعدم وجود العروض أو لوحدة التأهيل التقني المقدم.

¹ La gré à gré après consultation est la procédure permettant de conclure un marché sur simple consultation restreinte par des moyens écrits appropriés, sans autre formalités, définition, op,cit, p83 .

- في حالة صفقات الدراسات و اللوازم و الخدمات الخاصة التي لا تستلزم اللجوء للمناقصة.

من خلال ما تقدم يتبين لنا أن المشرع قد حاول تقييد الإدارة قدر الإمكان عند إبرامها للصفقات العمومية، فحول لها طريقين الأول أصلي يتمثل في المناقصة التي وضع لها إجراءات قانونية صارمة لضمان تحقيق المصلحة العامة و حماية الصفقات المبرمة في سبيل ذلك، فضلا عن التراضي الذي يعتبر طريقا استثنائيا تلجأ له الإدارة في حالات محددة قانونا و حددها أكثر وبصورة دقيقة المرسوم الرئاسي 12-23 من خلال ما تضمنه من تعديلات وتحديثات وإضافات على النحو السابق بيانه، و لكن و حتى تكون هذه التعديلات ذات فائدة و جدوى لابد من تفعيل حماية لها لضمان عدم التلاعب بها و ذلك من خلال محاولة تحديد كل الأفعال والانتهاكات التي تسجل عبر هذه المراحل و تجريمها فضلا عن تحديد لآليات مكافحتها، هذا ما سنتولى القيام به من خلال البابين التاليين.

الباب الأول

الإطار النظري للفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية

لقد أضحى الفساد اليوم ظاهرة عالمية واسعة الانتشار بين مختلف دول العالم بغض النظر عن التقدم أو التخلف، اشتباكا وتداخلا يوما بعد يوم على نحو يؤثر بدرجة كبيرة على أوضاع الدول في شتى المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإدارية وغيرها.

فالفساد هو مؤشر فعال للكشف عن وجود ممارسات غير أخلاقية وغير شرعية تتعدد بتعدد أبعادها ومظاهرها وتنعكس على كل مخططات التنمية ومصالح الدول وأفرادها، هذا ما جعل كل التقارير المعدة من الخبراء الدوليين تجمع على ضرورة الإلمام بها ومحاولة تحديد مفهومها بطريقة واضحة ودقيقة تسمح بالوقوف على أهم سبل مكافحتها وتحديد أهم مظاهرها ومعالمها.

وما يهمنا في موضوعنا هو الفساد الإداري الذي يعتبر نوعا من أنواعه و الذي اجتاح مجال الصفقات العمومية بقوة، لذلك سنحاول من خلال هذا الباب الوقوف على مفهومه قبل بيان صورته في هذا المجال.

هذا ما سنحاول الإحاطة به من خلال هذا الباب بالتطرق للفصلين الآتيين:

الفصل الأول

ماهية الفساد الإداري

بعدما تطرقنا لمفهوم الفساد بصورة عامة، كان لزاما بيان مفهوم الفساد الإداري الذي يعتبر محور دراستنا والوقوف على كل عناصر ماهيته، لذلك سنحاول من خلال هذا العنصر التطرق لمفهوم هذا النوع من الفساد وبيان خصائصه وأنواعه وأساليبه من خلال التعرض للعناصر الآتية:

المبحث الأول

مفهوم الفساد الإداري

إن أول خطوة لدراسة الفساد الإداري تبدأ بتحديد مفهومه و بيان أهم معالمه التي تمكننا من تحديد أبعاده وخطورته وبالتالي بيان أفضل السبل لمكافحته والحد من انتشاره، لذلك سنبين من خلال هذا المبحث تعريف الفساد الإداري و خصائصه.

المطلب الأول

تعريف الفساد الإداري

سنخصص هذا المطلب تعريف الفساد الإداري الذي أضحى اليوم يشكل خطراً كبيراً على عدة مجالات في الحياة اليومية كمجال الصفقات العمومية التي يقوم على أساس فكرة استغلال المال العام لتحقيق المصلحة العامة، مما يجعلها مجالاً خصباً له، لذلك و قبل الخوض في غمار دراستنا التي تنصب على صور هذا الفساد و آليات الحد منها كان لزاماً تحديد مفهومه و بيان أم معالمه بالتطرق للتعريفات الشرعية والاصطلاحية و القانونية له، و ذلك بالتطرق للفروع الآتية.

الفرع الأول

التعريفات الشرعية للفساد الإداري

لقد لجأ فقهاء الشرع في سبيل تعريف الفساد الإداري إلى تجزئة المفهوم إلى جزأين أساسيين هما الفساد والإدارة، وقد بينا عند تعريفنا للشق الأول أنه يشمل كل المعاصي والمخالفات لأحكام الشرع، أما الإدارة فقد عرفت شرعاً بأنها: «تنظيم وإدارة القوى البشرية لتحقيق أهداف الدولة الإسلامية في إطار أحكام الشرع»¹، يتضح من خلال هذا التعريف أن كل مخالفة لهذا التنظيم ولأهدافه ومصالحه العامة يعد فساداً إدارياً بالمعنى الأول. وقد اتفق فقهاء الشرع على تعريف الفساد الإداري بأنه: «عدول الموظف العام عن الاستقامة لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها في إطار الوظيفة العامة»².

¹ كمال أدهم فوزي، الإدارة الإسلامية، دراسة مقارنة بين النظم الإسلامية والوضع الحديثة، دار النفائس، عمان، ط1، 2001، ص 22.

² محمود محمد معابرة، مرجع سابق، ص 99.

باستقراء التعريف السابق نجد أنه تعريف خاص بالفساد الإداري يركز على شخص القائم به وهو الموظف العام الذي يشغل مهامه خلافا لمقاصد الشرع ويعمل بها في غير ما أعدت له وهو خدمة الصالح العام.

ومن خلال التعريف أعلاه يمكن أن نقول أن فقهاء الشرع وضعوا عناصر معينة لتكون أمام فساد إداري حقيقي يمكن إجمالها فيما يلي:¹

- العدول عن الحق الواجب إتباعه من قبل الموظف العام.
- الموظف العام المكلف للقيام بمصلحة عامة من مصالح الأمة.
- الاستقامة وهي الطريق الواجب سلوكه من طرف الموظف العام.
- أحكام الشريعة الإسلامية وتشمل ما أمر به الشارع أو نهى عنه من أحكام.
- الوظيفة العامة وتشمل كل عمل مشروع يعهد به لشخص طبيعي مؤهل للقيام به لتقديم خدمة عامة في مشروع عام تديره الدولة.

من خلال ما تقدم نقول أنه متى توافرت العناصر الخمسة السابقة نكون أمام مفهوم شرعي كامل للفساد الإداري يدور في مجمله عن انحراف الموظف العام في سلوكاته الوظيفية عن ما هو مقرر شرعا لخدمة وتحقيق المصلحة العامة.

الفرع الثاني

التعريفات الاصطلاحية للفساد الإداري

إن مفهوم الفساد الإداري هو مفهوم واسع ومركب يختلف باختلاف النظرة للسلوكات المكونة له ونظرة المجتمعات لها، هذا ما انعكس على السعي وراء وضع تعريف موحد له وجعله من الأمور التي يصعب التوصل لها بسهولة.

وفي سبيل السعي المستمر لتعريف هذا المفهوم المركب ظهرت عدة معايير ومناهج تتفق في جوانب معينة وتختلف في أخرى تبعا لاختلاف المعايير الاجتماعية والقانونية داخل المجتمعات، وسنحاول من خلال ما يلي التطرق لنظرة الباحثين في هذا المجال من خلال التطرق لمعايير التعريف الاصطلاحية للفساد الإداري، ثم للمناهج المعتمدة في ذلك.

أولاً: معايير التعريف الاصطلاحية للفساد الإداري

يمكن تقسيم اتجاهات تعريف الباحثين للفساد الإداري في أربعة معايير هي:

¹ المرجع السابق، ص 99، 100.

1- المعيار القيمي

لقد عرف أنصار هذا المعيار الفساد الإداري بأنه: «فساد للاستقامة والفضيلة أو المبادئ الخلقية أو الحث على العمل الخاطئ بواسطة الرشوة أو الوسائل غير القانونية الأخرى».¹ هذا التعريف يركز على المعايير الأخلاقية والقيم السائدة في المجتمعات وفي مجال تقديم الأعمال ويعتبر أن كل خروج عنها يعد فسادا إداريا.

كما عرف أيضا بأنه: «هبوط السلوك الإداري والتنظيمي عن مستوى أخلاقيات الوظيفة العامة إلى مستوى التحلل من القيم والمبادئ والأعراف التي تعارفت عليها الجماعة، والخروج بالوظيفة عن إطارها الشرعي في تحقيق المصلحة العامة إلى إطار ذاتي يساء فيه استخدامها لتحقيق المصلحة الذاتية لشخص شاغلها».²

من خلال هذا التعريف يتضح أن الفساد الإداري هو عبارة عن انحراف أخلاقي عن السلوكيات المفروضة في الوظيفة العامة، فأصحاب هذا المعيار يركزون على الجانب الأخلاقي في تعريفهم وعن السلوكات وانحرافات وخروجها عن ما يليق بالأفراد، وهذه أمور نسبية يصعب التأكد منها وإثباتها نظرا لتغيرها من مجتمع إلى آخر بحسب السلوكات السائدة فيها.

2- المعيار المصلحي

لقد عرف أنصار هذا المعيار الفساد الإداري بعدة تعريفات منها تعريف "KUPER" بأنه: «سوء استخدام الوظيفة العامة أو السلطة للحصول على مكاسب شخصية أو منفعة ذاتية غير شرعية».³

إن هذا التعريف يركز على الغاية أو الهدف من الفساد الإداري والمتمثل في الحصول على مصلحة خاصة غير شرعية أساسا من خلال استغلال الوظيفة العامة.

¹ المرجع السابق، ص 92.

² عبد الله علي عكايلة، الرقابة الإدارية ودورها في مكافحة جريمة الرشوة، أبحاث الندوة العلمية الخاصة بالرشوة وخطورتها على المجتمع، دار النشر بالمركز العربي، (د.ب.ن)، ص 122.

³ بوادي حنين المحمدي، الفساد الإداري (لعنة المصالح)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 17.

وعرفه كلارك "CLARK" بأنه: «إساءة استعمال الوظيفة الإدارية للحصول على منافع شخصية أو فئوية»¹، وهو تعريف كسابقيه يركز على الغاية المرجوة من وراء الاستخدام السيئ للوظيفة الإدارية.

هذا وعرفه أيضا أبو سن بأنه: «يعد الموظف فاسدا إذا قبل مالا أو هدية ذات قيمة مالية (رشوة) مقابل أداء عمل هو ملزم بأدائه رسميا بالمجان أو ممنوع عن أدائه رسميا إذا مارس سلطاته التقديرية بطريقة غير مشروعة من خلال استخدام المنصب الإداري»².
 إن هذا التعريف الأخير يبين أداة من أدوات الفساد الإداري وهي الرشوة التي يتقاضاها الموظف العام مقابل قيامه بعمل من الأعمال المنوطة به أو التي تخرج عن نطاق اختصاصه على نحو يحقق من خلاله مصلحته الخاصة على حساب المصلحة العامة.
 لم يسلم أصحاب هذا المعيار بدورهم من الانتقادات كونه يحدد نطاقه وأبعاده ويحصر السلوكات التي تدخل في مجال الفساد الإداري دون تقديم تعريف له.

3- المعيار القانوني

إن المعيار القانوني أو كما يسميه البعض المعيار التشريعي يركز على فكرة القانون والشرعية للحكم عن الأفعال والسلوكات وحصر ما يعد منها فسادا إداريا، حيث عرفه "كليتارد" بأنه: «سلوك ينحرف عن الواجبات الرسمية لموظف عام بسبب مكاسب شخصية أو قرابة عائلية أو عصبية خاصة- مالية أو لمكانة خاصة، أو سلوك يخرق القانون عن طريق ممارسة بعض أنواع السلوك الذي يراعي المصلحة الخاصة»³.
 فهذا التعريف يعتبر أن كل سلوك يخترق القانون وقواعده في سبيل تحقيق مكاسب ومصالح خاصة يعتبر فسادا إداريا يخرج به سلوك القائم به من دائرة المشروع إلى نطاق عدم المشروعية.

¹ المرجع السابق، ص 73.

² محمود محمد معبرة، مرجع سابق، ص 93 مأخوذ عن أحمد إبراهيم أبو سن، استخدام أساليب الترغيب والترهيب لمكافحة الفساد الإداري، المجلة العربية للدراسات والتدريب، الرياض، 1413، ص 92-93.

³ المرجع السابق، ص 92، 93.

عرفه أيضا الأكرمي بأنه: « السلوك المنحرف عن الواجبات الرسمية محاباة لاعتبارات خاصة كالأطماع المالية والمكاسب الاجتماعية وارتكاب مخالفات ضد القوانين لاعتبارات شخصية».¹

يتفق هذا التعريف مع سابقه في اعتبار كل سلوك مخالف للقواعد القانونية الرسمية المفروضة داخل الدول ينطوي على فساد إداري يستوجب مكافحته ومحاولة الحد منه قدر الإمكان بالنظر للتعريفات السابقة نرى أنها لا تركز فقط على المعيار القانوني كما جاء فيها بل هي تجمع بينه وبين المعيار المصلحي حيث ترتبط دائما فكرة انتهاك القواعد القانونية بفكرة تحقيق مكاسب شخصية خاصة.

4- معيار الرأي العام

إن أنصار هذا المعيار يربطون فكرة الفساد الإداري وتحديد السلوكات والأفعال المندرجة ضمنه بفكرة البناء الاجتماعي السائد داخل المجتمعات، حيث يستغل كل الثغرات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية ويحاول استغلالها للانتشار من خلالها². كما أن ما قد يعتبر فاسد في مجتمع ما قد لا يعتبر كذلك في مجتمع آخر يختلف الأمر باختلاف العادات والسلوكات المتعود عليها.

ومن أنصار هذا المعيار "هايد نهايمر" الذي قسم الفساد الإداري إلى ثلاث أنواع يمكن إجمالها فيما يلي:³

- السلوكات التي يتفق كل أفراد المجتمع على اعتبارها فسادا ويطلق عليها " الفساد الأسود".
- السلوكات التي يتفق على إمكانية تجاوز عنها وعدم معاقبة مرتكبيها ويطلق عليها "الفساد الأبيض".
- السلوكات التي يختلف الأفراد على اعتباره فسادا أم لا ويطلق عليه "الفساد الرمادي".

¹ عاصم الاعربي، دراسات معاصرة في التطوير الإداري منظور تطبيقي، دار النشر والتوزيع، عمان، 1995، ص16.

² بوادي حسنين المحمدي، مرجع سابق، ص 18، 19.

³ يولاكوم، مرجع سابق، ص 10، محمود محمد معابرة، مرجع سابق، ص 95، 96.

من خلال ما تقدم نرى أنه رغم واقعية هذا المعيار إلا أنه يبقى أيضا من المعايير التي لا يمكن التعويل عليها بصفة مطلقة، لأن الرأي العام غير ثابت ونسبي ويتغير بمتغيرات الزمنية ومن مجتمع إلى آخر ويتأثر بعدة عوامل اجتماعية واقتصادية وثقافية، حيث يتغير من دولة لأخرى بل ومن طبقة لأخرى داخل نفس الدولة، كما أن الأخذ بهذا المعيار يتنافى مع مبدأ المشروعية حيث لا يمكن اعتبار أي سلوك مخالف لقاعدة قانونية مشروع وإلا سنعتبر بذلك مشجعين لانتشار فكرة الفساد الإداري.

ثانيا: مناهج التعريف الاصطلاحي للفساد الإداري

هناك اجتهادات لمحاولة وضع تعريف موحد وشامل للفساد الإداري لدى الباحثين الإداريين تشير إلى أن هناك بالإضافة للمعايير السابقة منهجين يبينان مقومات هذا النوع من الفساد هما:¹

1- منهج المعدلين أو العمليين

يعرف أنصار هذا المنهج الذي ظهر في ستينات القرن العشرين وهم "NAOMI.GERLDTE CAIDEN" الفساد الإداري بأنه: « الحالة التي يدفع فيها الموظف نتيجة لمحفزات مادية أو غير مادية، غير قانونية للقيام بعمل لصالح مقدم المحفزات وبالتالي إلحاق الضرر بالمصلحة العامة».²

من خلال التعريف السابق يتضح لنا أن أنصار هذا المنهج ينظرون للفساد الإداري على أنه مجرد حالة قد تتغير من مكان لآخر ومن زمان لآخر، كما أنه ربطه بالمحفزات والمغريات المقدمة من قبل الغير، لكنه في الحقيقة يرتبط أكثر بشخصية الموظف العام الذي قد يقوم بطلب مقابل لخدماته بغرض تلبية مكاسب وحاجات خاصة على حساب المصلحة العامة.

2- المنهج المعاصر أو منهج اللامعدلين

¹ هاشم الشمري، ايثار الفتلي، مرجع سابق، ص 27، 28.

² المرجع السابق، ص 27، مأخوذ عن جاسم محمد الذهبي، التطوير الإداري مداخل ونظريات-عمليات واستراتيجيات، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 2001، ص 242.

- يرى أصحاب هذا المنهج أن الفساد ظاهرة سلبية ويلجئون إلى ضرورة مكافحته من خلال تنمية الوعي العام بخطورته، كما أنه لا يعتبره مجرد عمل فردي بل يتخذ شكلا تنظيميا، ويتصنف تعريف الفساد الإداري في نظرهم إلى ثلاث مجموعات أساسية هي:¹
- المجموعة الأولى تعرفه باعتباره انحراف عن الواجبات الإدارية والقانونية لتحقيق مصالح شخصية خاصة.
 - المجموعة الثانية تركز على الفساد الإداري باعتباره داخل ضمن الفساد الاقتصادي حيث تعتبره نوع من التجارة يتم من خلال تقديم مكاسب مالية مقابل لخدمات خاصة وفق لقانون العرض والطلب.
 - المجموعة الثالثة تعتبره تضليلا إداريا تقدم من خلاله المصلحة الخاصة على المصلحة العامة.

الفرع الثالث

التعريفات القانونية للفساد الإداري

إن الناظر إلى التعريفات القانونية للفساد الإداري يجد أنها قليلة جدا لصعوبة وضع تعريف مانع وشامل له، ومن أشهرها تعريف منظمة الشفافية الدولية له بأنه: «إساءة استعمال السلطة لأغراض خاصة».²

إن هذا التعريف واسع حيث يعتبر أن الفساد الإداري يشمل كل السلوكات والأفعال التي يقوم بها موظف عام في سبيل تحقيق مصالحه الخاصة على حساب المصلحة العامة، وهذا ما يفتقر للتحديد حيث يصعب تصنيف السلوك واعتباره مخالف للمصلحة العامة.

فكل تصرف يقوم به الموظف العام ويستخدم من خلاله وظيفته لتحقيق مكاسب خاصة سواء قام بها بمفرده كالاختيال والاختلاس أو تشارك فيها مع طرف آخر كالرشوة والابتزاز يدخل في إطار الفساد الإداري الذي نحن بصدد دراسته.

هذا وعرفه البنك الدولي «B.E.R.D» بأنه: «الاستغلال المقصود لتحريف التطبيق المخول به للقوانين وللقواعد والأنظمة الواجب مراعاتها، من أجل تحصيل منفعة للعمال

¹ عياد محمد علي باش، الآثار الاقتصادية والاجتماعية للفساد الإداري والتهرب الضريبي في الدول النامية، بحث مقدم في المؤتمر العلمي الضريبي الأول، وزارة المالية، الجزء الثالث، العراق، 2001، ص46.

² موجود على موقع المنظمة، www.transparency.org

الحكوميين وغير الحكوميين عن طريق الإمداد المحظور وغير الصريح بالمكاسب الشخصية للموظفين العموميين»¹.

باستقراء هذا التعريف نجد أنه يعتبر كل فعل أو سلوك مخالف للقواعد القانونية فسادا إداريا وهذا ما ينطبق مع المعيار القانوني السابق بيانه مهماً بذلك الجانب الآخر للفساد الذي يتم من خلال الامتناع عن تطبيق القانون فهو يعتبر الفساد مجرد سلوك ايجابي ويهمل السلوك السلبي.

يتضح لنا من خلال ما تقدم صعوبة التوصل لوضع مفهوم موحد وشامل للفساد الإداري باعتباره مفهوم متغير يتغير من مجتمع إلى آخر كما أنه سري يصعب كشفه والإحاطة بكل معالمه وهذا ما يجعل من مسألة مكافحته والحد منه صعبة ومستحيلة أحيانا. لكن هذا الخلاف والتعدد في الآراء لم يمنع من محاولتنا وضع تعريف للفساد الإداري يشمل على كل عناصره الأساسية التي يمكن حصرها فيما يلي:

- السلوك المخالف للقواعد القانونية.
- صفة الموظف العام.
- المصلحة الخاصة المراد تحقيقها سواء كانت مكاسب شخصية أو معنوية.
- إلحاق الضرر بالمصلحة العامة.

فمتى توافرت العناصر الأربع السابقة كنا أمام تعريف شامل للفساد الإداري لذلك يمكننا أن نعرفه بأنه: "السلوك المنحرف المخالف للقواعد القانونية السائدة الذي يرتكبه الموظف العام في سبيل تحقيق منافع شخصية مادية أو معنوية إخلالا بأخلاقيات الوظيفة العامة وعلى حساب المصلحة العامة".

ورغم محاولتنا وضع تعريف للفساد الإداري إلى أن إسقاط هذا التعريف على أرض الواقع ليس بالأمر الهين نظرا لكون المعايير المعتمدة فيه نسبية ومتغيرة يصعب ضبط وحصر الأفعال والأعمال التي تدخل في نطاقها فمثلا تحديد ما يعد خرقا للمصلحة العامة صعب ولا يمكن ضبطه بصفة مطلقة فهو متغير مكاني وزماني.

المطلب الثاني

¹ محمود محمد معابرة، مرجع سابق، ص 94.

خصائص الفساد الإداري

يتضح من خلال التعريف السابق للفساد الإداري جملة من الخصائص يمكن إجمالها فيما يلي¹:

- سرية الأعمال والسلوكات التي تعتبر فسادا إداريا كونها تتم مخالفة للقواعد القانونية والأخلاقية في المجتمعات، كما أنه يصعب الكشف عنها لسهولة طمسها وإخفائها، فالسرية هي خاصية هامة جداً من خصائص الفساد الإداري كونه لا يمكن ملاحظته بسهولة على أرض الواقع.

- تتعدد أطراف الفساد الإداري الذي يتم بين الموظف العام الذي يستغل وظيفته لتقديم مصالح لأطراف أخرى مقابل مكاسب مادية أو معنوية، كما أنه غالبا ما يتم عن طريق وسطاء بين الطرفين دون أن يعرف أي طرف آخر.

- يعتبر الفساد الإداري سريع الانتشار كونه يتم من موظفين مسؤولين يستغلون وظائفهم كما أنه يستغل كل الظروف الصعبة التي تمر بها المجتمعات سواء اقتصادية أم ثقافية أم اجتماعية.

- يرتبط الفساد الإداري بالعادات الإدارية السيئة التي تنتشر في أغلب الإدارات كالتأخير وسوء استخدام الوقت والتراخي وغيرها من المشاكل التي تؤثر على العمل الإداري وتجعله عرضة للاستغلال من قبل أصحاب النوايا السيئة.

من خلال استقراء الخصائص السابقة للفساد الإداري يتضح لنا أنه مفهوم غامض وليس سهل حيث يصعب تحديده والكشف عنه وعن مؤشراتهِ وحتى عن الأطراف القائمين به مما يجعل مسألة وضع إستراتيجية فعالة لمكافحة أمر ليس بالهين ويحتاج إلى عدة دراسات وبحوث للتمكن من بلورة إطار عام قانوني قادر عن تغطية كل معالمه.

المطلب الثالث

أنواع الفساد الإداري

¹ المرجع السابق، ص ص، 101، 102.

هناك عدة أنواع من الفساد الإداري تختلف باختلاف وجهة نظر الباحثين الإداريين والزاوية التي ينظر منها كل منهم، لذلك ظهرت عدة تقسيمات لأنواعه سنبين كل منها من خلال التطرق للعناصر الآتية:

الفرع الأول

أنواع الفساد الإداري من حيث النطاق الجغرافي

- يقسم الفساد الإداري من حيث انتشاره والنطاق الجغرافي إلى ثلاث أنواع أساسية هي¹:
- الفساد المحلي وهو ذلك النوع الذي يسود داخل الدولة الواحدة من طرف الموظفين وذوي المناصب داخل المجتمعات دون أن يكون له أي امتداد خارجي.
 - الفساد الإقليمي وهو ذلك النوع الذي يمتد ليشمل إقليم عدة دول مرتبطة ببعضها إقليمياً.
 - الفساد الدولي وهو أكثر أنواع الفساد الإداري خطورة لما له من أبعاد عالمية كبيرة حيث يربط موظفون عموميون داخل دولة ما بشركات أجنبية تابعة لدول أخرى لتبادل منافع ذاتية مشتركة، وقد يتم في شكل رشاوى في إطار التجارة الدولية كالاتجار بالمخدرات وغسيل الأموال وغيرها من الصور الإجرامية التي أصبحت منتشرة بشكل واسع في عالمنا المعاصر.

الفرع الثاني

أنواع الفساد الإداري من حيث القطاع

- يقسم الفساد الإداري من حيث القطاع إلى نوعين أساسيين، ويرجع هذا التقسيم للباحثين في الشؤون الاقتصادية، حيث يرون أن هناك نوعين من الفساد هما⁽²⁾:
- فساد القطاع العام الذي يعتبر مجالاً حيويًا للانحرافات الإدارية والاختلاسات، حيث يلجئوا بعض الموظفين العاميين إلى استغلال مناصبهم لتلبية حاجاتهم الخاصة على حساب المصلحة العامة، وعلى حساب تحقيق الأغراض والأهداف المرجوة من الوظيفة العامة التي يتقلدها، وغالباً ما نسمع كثرة الحديث عن انتشار الانحرافات في مؤسسات الدولة خصوصاً أمام كثرة نفقاتها والتزاماتها المالية.

¹ هاشم الشمري، ايثار الفتلي، مرجع سابق، ص 48، 49، -عامر الكبيسي، مرجع سابق، ص 80.

² هاشم الشمري، ايثار الفتلي، مرجع سابق، ص 49.

- فساد القطاع الخاص الذي يعتبر أيضا نوعا من أنواع الفساد الذي حقق أرباح مالية خيالية لا يمكن حتى تصورها، والذي يتم من خلال ممارسة أعمال غير مشروعة من قبل الشركات العالمية الكبرى حيث يلجئوا مسيروها إلى تقديم مبالغ مالية كأجور منتظمة لكبار الموظفين داخل الدول المختلفة لتسهيل تسيير خدماتهم ومصالحها داخلها.

الفرع الثالث

أنواع الفساد من حيث الحجم

يقسم الفساد الإداري من حيث الحجم بدوره إلى نوعين أساسيين هما⁽¹⁾:

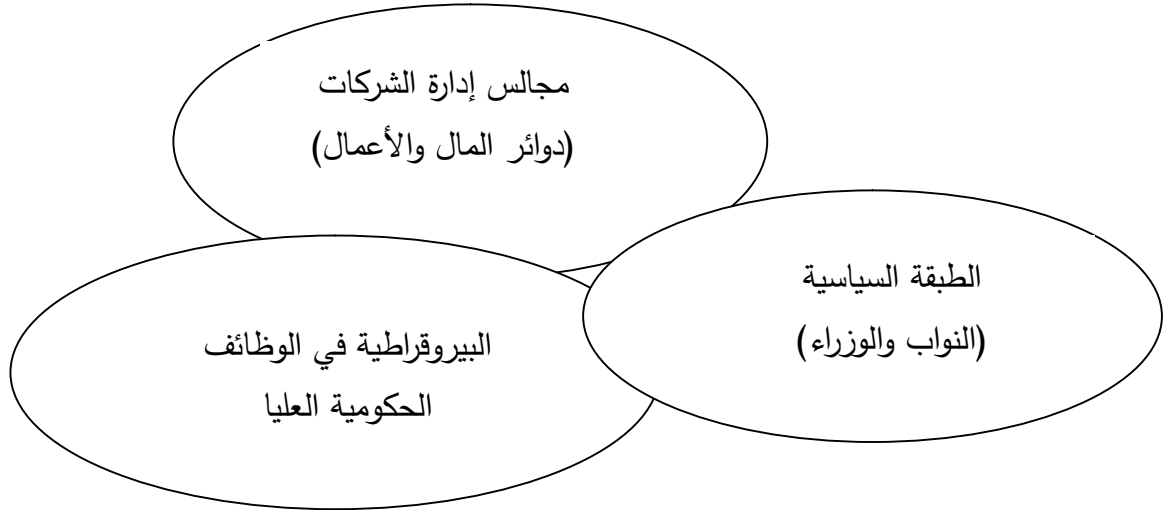
- الفساد الصغير أو الأفقي كما يسمى أيضا وهو أكثر صور الفساد الإداري انتشارا حيث يشمل كل الانحرافات والسلوكات الروتينية المتكررة بشكل دوري من قبل الموظفين العامين في القطاعات المختلفة كالرشوة مقابل تسهيل الخدمات في شتى القطاعات كالجمارك ورجال الشرطة وغيرها من المصالح الإدارية المختلفة أو الاختلاس وغيرها من الأفعال غير المشروعة.
- الفساد الكبير أو العمودي كما يطلق عليه وهو أخطر من سابقه كونه يتم من قبل كبار الموظفين والمسؤولين داخل الدول لتحقيق مصالح مادية كبيرة تفوق المصالح المحققة من قبل النوع الأول حيث يزيد حجم الفساد الإداري هنا كلما زاد المنصب وحساسيته.

من خلال التقسيم السابق نرى أن النوع الثاني أكثر خطورة من النوع الأول نظرا لما له من أبعاد سياسية كما أنه يهدف للتأثير على الوظائف البيروقراطية الكبرى داخل الدول ومحاولة السيطرة عليها مقابل المصالح المادية الكبرى لأصحابها وهذا ما يفسر الثراء الفاحش الذي يشهده عدة موظفين كبار في عدة دول في يومنا المعاصر.

وقد عبر البعض عن العلاقة بين أطراف الفساد الإداري عن طريق تداخل بين حائزي الوظائف والمناصب العليا داخل الدول سواء إدارية أو سياسية وبين مجالس إدارة شركات الأعمال الكبرى والأنشطة التجارية، من خلال وضع بيان يشمل ثلاث دوائر كما هي مبينة بالمخطط الآتي²:

¹ منير الهشمي، مرجع سابق، ص 23، -هاشم الشمري، إيثار الفتلي، مرجع سابق، ص 45.

² عياد محمد علي الباش، مرجع سابق، ص 45.



التداخل والتشابك بين حلقات الفساد

من خلال ما تقدم نرى أن الفساد الإداري الكبير أو العمودي مرتبط أساساً بفكرة أخرى وهي البيروقراطية، حيث يتم من خلال استخدام أموال خيالية في إطار ما يعرف بالرشوة التي تختلف في مفهومها عن ما هو متعود عليه من قبل الموظفين العاديين، حيث يكلف هذا الأخير الدول مبالغ مالية كبيرة من خلال إبرام صفقات كبرى غير شرعية كالاتجار في المخدرات أو السلاح وغيرها من الصور الغير مشروعة للفساد.

الفرع الرابع

أنواع الفساد من حيث الانحرافات السلوكية الإدارية

يقسم أصحاب هذا التقسيم الفساد الإداري إلى أربع أنواع يمكن التطرق لكل منها فيما يلي:

يلي:

أولاً: الانحرافات التنظيمية

- وتسمى أيضاً بالفساد التنظيمي وتشمل المخالفات المتكررة واليومية التي تصدر عن الموظف العام أثناء تأديته لوظائفه وتشمل عدة أنواع من الممارسات يمكن إجمالها فيما يلي¹:
- عدم احترام أوقات العمل كالتأخر عن الحضور والخروج مبكراً قبل أوقات العمل وغيرها من الصور المنتشرة في حياتنا اليومية.
 - امتناع وتهرب الموظفين عن القيام بما يكلفون به مهام خوفاً من تحمل المسؤولية.

¹ محمد خالد المهاني، آليات حماية المال العام من الفساد الإداري، بحث مقدم للملتقى العربي الثالث بعنوان آليات حماية المال العام والحد من الفساد الإداري، المنظمة العربية للقيمة الإدارية، 2009، ص 38، 39.

- التهرب من الإمضاءات والتوقيعات لعدم تحمل مسؤولية الأعمال الإدارية.
- عدم الالتزام بأوامر وتعليمات الرؤساء وإيجاد الأعذار والمنافذ لذلك.
- الممارسات بالعمل اليومي الروتيني.

من خلال ما تقدم يتضح لنا أن هذه السلوكيات رغم تفاقمها وعدم اعتبارها أعمال غير مشروعة ومخالفة للقواعد القانونية إلا أنها تمثل صور للفساد الإداري تؤدي إلى ظهور صور أخرى أكثر خطورة وتساعد على انتشاره ونموه بسرعة في الوسط الإداري.

ثانياً: الانحرافات السلوكية

وتشمل الانحراف في سلوك الموظف العام وكل ما يرتكبه من مخالفات تؤثر على الوظيفة التي يتقلدها ومن أهم هذه السلوكيات نذكر¹:

- ارتكاب أي فعل من الأفعال غير مشروعة والتي تؤثر على صمعة الوظيفة كالأفعال المخلة بالحياء أو الاتجار بالمخدرات وغيرها من الجرائم.
- سوء استعمال السلطة واستغلالها لتحقيق مكاسب شخصية عن طريق ابتزاز أصحاب الخدمات والتسلط عليهم وتجاوز اعتبارات العدالة لحساب الأقارب أو المعارف.
- تشجيع المحسوبية والمحاباة من خلال التحايل في تقليد الأشخاص للوظائف العامة ومنحها للغير مؤهلين على حساب أصحاب الحق من المؤهلين على أساس القرابة والمعرفة أو مقابل مادي.
- اللجوء للوساطة التي تعتبر من أكثر الظواهر الاجتماعية انتشاراً في المجال الإداري وخاصة في الدول النامية التي أصبحت فيها مثل هذه الممارسات عادية ومفروغ منها، حيث تتم من خلال التأثير على الموظف و العمل الإداري الذي يقوم به ليتمه لحساب الشخص الآخر، وهناك عدة أسباب وراء انتشار هذه الظاهرة هي²:
 - التنظيمات البيروقراطية الرسمية وواجباتها.
 - التفاوت الاجتماعي والاقتصادي والثقافي للأفراد داخل المجتمعات.
 - قلة الكفاءة الإدارية.
 - سوء استخدام السلطة واستغلالها لصالح الأقارب والمعارف.

¹ هاشم الشمري، ايثار الفتلي، مرجع سابق، ص 52، 53.

² فايز المجالي، معنى الوساطة وأسبابها لدى الشباب في المجتمع الأردني، دراسة تحليلية من منظور علم اجتماعي، مجلة مؤتة، الأردن، المجلد 21، العدد 3، 1996، ص 88.

ومن أكثر المجتمعات التي تسود فيها الوساطة الدول النامية كما سبق القول وذلك يرجع لجملة من العوامل تتمثل فيما يلي¹:

- الثغرات والغموض الموجود في القوانين والتنظيمات.
 - صعوبة الإجراءات وجهل المواطنين لها.
 - عدم توعية المواطنين وثقتهم في الجهات الإدارية المتعامل معها.
 - عدم العدالة في تقديم الخدمات الإدارية.
 - انتشار البيروقراطية بين الموظفين العموميين.
 - شيوع فكرة أن الوساطة هي الاستثناء عن القاعدة الأساسية.
- يتضح لنا من خلال ما تقدم أن الانحرافات السلوكية تشمل عدة عادات وتقاليد شاع استعمالها في الوسط الإداري على أساس أنها لا تتضمن أي اعتراف ونهك لقواعد قانونية معمول بها بل هي مجرد ممارسات يقوموا بها الموظفون لحساب مصالحهم وأقاربهم دون أن تتضمن أي مساس للمصلحة العامة، لكن الحقيقة غير ذلك لأن مثل هذه الممارسات تؤدي إلى صور أكبر من الفساد الإداري وأخطر لذلك لا بد من البدء بالنص على عدم مشروعيتها وعلى ضرورة القضاء عليها لمكافحة حقيقية لصور الفساد الأكبر منها، فلا يمكن الحديث عن محاربة الفساد الإداري الذي يكلف الدولة مبالغ مالية ضخمة والسكوت عن هذه السلوكيات التي تعتبر مجرد بداية لصور أخرى لا يمكن تداركها فيما بعد.

ثالثاً: الانحرافات المالية

يشمل هذا النوع من الفساد الإداري كل الانحرافات المالية والإدارية التي تتصل بعمل الموظف ومن أهمها نذكر ما يلي²:

- مخالفة القواعد المالية السائدة داخل الدولة واعتبار ذلك نوع من التباهي بالسلطة والنفوذ كالاختيال والتهرب الضريبي اللذين يؤثران بشكل ملحوظ على ميزانيات الدول.
- استخدام الإمكانيات المادية والبشرية الخاصة بالوظيفة في مصالح خاصة وأمر شخصية وفي غير ما أعدت له.

¹ المرجع السابق، ص 90.

² محمد خالد المهاني، مرجع سابق، ص 40، هاشم الشمري، إيثار الفتلي، مرجع سابق، ص 55، 56.

• الإسراف في المال العام وتبديد أموال الدولة كمنع الإعفاءات الجمركية والضريبية لأشخاص لا يستحقونها والمبالغة في استخدام المقتنيات العامة في الأمور الشخصية والإكثار من الحفلات والدعايا والإعلانات وغيرها من الأمور التي تؤدي إلى تبذير المال العام.

يتضح من خلال ما تقدم أن هذا النوع من الفساد الإداري ينصب على عنصر حساس وفعال في الدولة وهو المال العام حيث يتم من خلال استغلاله لحساب مصالح خاصة وشخصية بعيدة كل البعد على تحقيق المصلحة العامة مما يؤدي للتأثير على ميزانية الدولة و الإلتعاض منها مقابل الثراء الفاحش لكبار المسؤولين داخلها، هذا ما يستدعي الوقوف عند هذه النقطة ومحاولة الحد منها ومكافحتها هذا ما سنتحدث عنه عند دراستنا للمال العام باعتباره الحل الأساسي للفساد الإداري.

رابعاً: الانحرافات الجنائية

وهي كل السلوكات الغير مشروعة والمخالفة للقواعد القانونية السائدة داخل الدولة وتشمل جملة من الأفعال الجنائية التي سننتظر لها عند دراستنا لحالات الفساد الإداري بصورة موسعة أكثر ومنها:

- الرشوة.
- التزوير.
- استغلال النفوذ.
- الاختلاس.

نخلص من خلال ما تقدم أن هذه هي أنواع الفساد الأكثر انتشار والتي جاءت في دراسات الباحثين مقسمة حسب الزاوية والمعيار الذي يعتمد عليه كل نوع، وهي ذات السلوكات التي أضحت اليوم شيئاً ملموساً في أعمال أغلب الموظفين العموميين في التعامل مع أفراد المجتمع من خلال استغلال السلطة والوظيفة لحساب مصالح شخصية مادية أو معنوية واعتبارها مجرد هدايا أو مساعدات إكرامية إلى درجة أنهم اقتنعوا بأنها مشروعة وغير مخالفة لمبادئ الأخلاق والآداب العامة وهذا ما يزيد من خطورتها وسهولة انتشارها، لذلك لابد من اتخاذ كل التدابير اللازمة لوضع إستراتيجية فعالة للقضاء على هذه السلوكات التي تبدو وكأنها أمور بسيطة وتافهة مقارنة بنتائجها الوخيمة على المجتمعات والأفراد.

المطلب الرابع

أسباب الفساد الإداري

مما لا جدال فيه أن ظاهرة الفساد الإداري هي ظاهرة سرية يصعب الكشف عنها، نشأ وتطور نتيجة لمجموعة من الأسباب المتداخلة فيما بينها من عدة نواحي سواء الثقافية أو الاجتماعية أو الاقتصادية لدرجة أنه لا يمكن التركيز على مجال واحد لمكافحته بل لابد من دراسته من عدة نواحي ومجالات.

وإن كان السبب الرئيسي في الفساد الإداري هو الحصول على أرباح خاصة غير مشروعة إلا أن هناك جملة أخرى من الأسباب المتفاعلة وراء انتشاره يمكن التطرق لها من خلال الفروع الآتية.

الفرع الأول

الأسباب السياسية

إن الفساد الإداري يرجع انتشاره بالدرجة الأولى إلى التغيرات والتقلبات السياسية داخل المجتمعات التي تؤدي إلى ضعف الانتماء لدى الأفراد فيميلون لتغليب مصالحهم الخاصة على المصلحة العامة مما يؤثر على قيم النزاهة والشفافية وسيادة القانون داخل المجتمعات على نحو يؤدي إلى إضعافها تدريجياً هذا ما جاء في ديباجة اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في الفقرة الأولى: "إن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية نظراً لخطورة ما يطرحه الفساد من مشاكل ومخاطر على استقرار المجتمعات وأمنها، مما يفوض مؤسسات الديمقراطية وقيمتها والقيم الأخلاقية والعدالة، ويعرض التنمية المستدامة وسيادة القانون للخطر"¹.

يتضح من خلال هذا النص أن إضعاف القيم الأخلاقية السابقة يؤثر بشكل منطقي على فكرة الديمقراطية ويؤدي إلى إضعافها والتأثير على ثقافة المجتمعات وعلى مسار التنمية داخل الدولة وانتهاك مبدأ أساسي لسيادتها وهو مبدأ المشروعية، هنا نلاحظ أن النتائج المترتبة على بعض السلوكات والممارسات التي تبدو وللوهلة الأولى وكأنها أمور عادية بسيطة لا تعارض المصلحة العامة بشكل خارق ولا تضر بها.

فعدم الاستقرار السياسي المترتب عن التقلبات في أنظمة الحكم وتغيرها من ديمقراطية إلى دكتاتورية أو العكس يعتبر سبباً فعالاً في انتشار الفساد الإداري، حيث يستغل أصحاب

¹ المشاريع الدولية لمكافحة الفساد والدعوة للإصلاح السياسي والاقتصادي في الأقطار العربية، بحوث ومناقشات إقامتها المنظمة العربية لمكافحة الفساد، الدار العربية للعلوم، ص61.

النوايا السيئة هذه الأزمات التي تمر بها الأنظمة لتلبية مصالحهم الخاصة من خلال ممارسة سلوكيات غير مشروعة تصنف ضمن أساليب وصور الفساد.

ومن الأسباب السياسية التي يشهدها العالم لانتشار الفساد الإداري تقشي ظاهرة البيروقراطية والمغالاة في مركزية الإدارة على نحو يرتب إضعاف دور السلطات الثلاث التنفيذية والتشريعية والقضائية¹.

وهناك من حاول حصر الأسباب السياسية للفساد الإداري في العناصر الآتية²:

- غياب القدرة السياسية لدى كبار المسؤولين.
- تقشي البيروقراطية.
- المغالاة في نظام المركزية الإدارية.
- تقلص وضعف دور السلطات الثلاث.

هذا أيضا ما ذهبت له المنظمة العربية لمكافحة الفساد حيث اعتبرته يضم كل ما يتعلق بالاختلالات والانحرافات في توزيع السلطة التي تؤثر بشكل مباشر على حريات المشاركة والتعبير والتنظيم والرقابة الممارسة من قبل المواطنين حيث يترتب على هذا الاختلال لجوء الطبقات السياسية للبحث عن المنافع الشخصية على حساب المصلحة العامة³.

كذلك يعتبر ضعف الأجهزة المتخصصة لمكافحة الفساد الإداري ونقص خبراتها وضعف مؤسسات المجتمع المدني الخاصة بالرقابة على الأعمال الإدارية دور فعالا في انتشار هذا النوع من الفساد⁴.

يتضح لنا من خلال ما تقدم خطورة الوضع السياسي السائد داخل المجتمعات وتأثيره على انتشار الفساد الإداري ونموه بشكل ملحوظ نتيجة ماله من تأثير على الثقافة الديمقراطية للمجتمع التي تأثرت لحد كبير بانتشار ظاهرة البيروقراطية وآثارها على العلاقة بين المواطنين باعتبارهم أصحاب خدمات وبين المواطنين العموميين من ذوي النوايا السيئة الذين يسعون لتحقيق الثراء الفاحش والمصالح الشخصية على حساب المصلحة العامة رامين وراءهم كل القيم

¹ ناصر عبيد الناصر، ظاهرة الفساد مقارنة سوسولوجية اقتصادية، دار الهدى للثقافة والنشر، دمشق، سوريا، 2002، ص ص 67، 68.

² المرجع السابق، ص 67.

³ المشاريع الدولية لمكافحة الفساد، مرجع سابق، ص 67.

⁴ أحمد أبو رية، الفساد سبله وآليات مكافحته، منشورات الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة، القدس، 2004، ص 4.

الأخلاقية من شفافية ونزاهة وإخلاص في أداء الوظيفة العامة، إذن فلكفاحه مثل هذا النوع من الفساد لابد أولاً من الاهتمام بالوضع السياسي ومحاولة حمايته من التغيرات المؤثرة فيه.

الفرع الثاني

الأسباب الاجتماعية

مما لا شك فيه أن الحياة الاجتماعية للأفراد داخل المجتمعات تلعب دوراً هاماً وأساسياً في انتشار ظاهرة الفساد الإداري، فكلما نقص الاهتمام بالقيم والأخلاق وبعثها في نفوس الأفراد زاد الفساد من خلال إتباع الشهوات لتحقيق المصالح الخاصة⁽¹⁾.

وحسب الباحثين الاجتماعيين فإن هناك نوعين من القيم الأولى اجتماعية وتشمل الأفراد والعادات والتقاليد التي تعودوا عليها والأخرى تنظيمية رسمية تشمل توقعات المؤسسات عن سلوك الموظفين وأن التعارض بين هذين النوعين يؤدي غالباً لتغلب الأولى على الثانية كالوساطة التي تعتبر سلوك عادي مقبول اجتماعياً انطلاقاً من فكرة التعاون في حين أنه من الناحية القانونية غير مقبول كونه يمس بمبدأ أساسي وهو المساواة بين الجميع أمام القانون⁽²⁾.

إذن فالعوامل الاجتماعية تساهم بدورها في نشر الفساد الإداري وتوسيع نطاقه، ومن أهم هذه العوامل يمكن أن نذكر⁽³⁾:

- قوة العلاقات والروابط بين أفراد المجتمع الذي يؤدي إلى زيادة الوساطة والمحاباة من خلال تفضيل الأقارب والمعارف على حساب المؤهلات والخبرات.
- صعوبة القوانين الضريبية وخضوعها للسلطة التقديرية.
- انخفاض عدد الأفراد المتابعين بجرائم الفساد الإداري.
- عدم التطابق بين العقوبات القانونية المقررة للفساد الإداري والجزاءات والعقوبات الفعالة.
- وصول الفساد لساحات القضاء ومساسه بالحق في المحاكمة العادلة⁽⁴⁾.

¹ محمد محمود معابرة، مرجع سابق، ص 114.

² المرجع السابق، ص 114 - 115.

³ المبرس السيد حجازي، التكاليف الاجتماعية للفساد، مجلة المستقبل العربي، بيروت، العدد 266 لسنة 23 أفريل 2001، ص 21.

⁴ هذا ما جاء في تقرير الفساد العالمي لسنة 2007 الخاص بفساد النظام القضائي الصادر عن منظمة الشفافية الدولية بأن: "المساواة أمام القانون هي دعامة المجتمعات الديمقراطية عندما تقسد المحاكم بسبب الجشع والانتهازية السياسية،

يتضح من خلال ما تقدم العلاقة الوثيقة بين انتشار الفساد الإداري وبين الممارسات اليومية الناتجة عن العادات والتقاليد الاجتماعية التي أصبحت راسخة في الأذهان والتي تؤدي إلى انحياز الموظف العام لا محال لأقاربه ومعارفه بحجة احترام العلاقات والولاء لانتماءاته على حساب كرامة الوظيفة العامة وما تقتضيه من الحياد لتحقيق الصالح العام.

الفرع الثالث

الأسباب الاقتصادية

تعتبر العوامل الاقتصادية أحد أكثر الأسباب الكامنة وراء انتشار الفساد الإداري خصوصا اليوم وبالتحديد في الدول النامية التي أصبحت فيها رواتب وأجور الموظفين تستهدف نقص كبير مقارنة بمتطلباتهم التي ازدادت بتطور الحياة في شتى المجالات الاقتصادية والثقافية والاجتماعية، فأصبح الموظف العام يعاني من عدم القدرة على الوفاء بمتطلبات المعيشة مما يجعله يضطر غالبا لقبول الهدايا والرشاوي كمساعدات لتجاوز الوضع الاقتصادي الحالي منكرين كل النكر أن يكون ذلك صورة من صور الفساد الإداري بل ومقتنعين بذلك.

حيث أضحى الغنى عاملا قويا ومشجع على انتشار الفساد وهذا ما نشهده بوضوح في جرائم الاختلاسات وتقاضي العمولات وغسيل الأموال، وهذا ما نلاحظه بشكل واضح ومتزايد لاسيما في المجتمعات التي تمر بتحويلات اقتصادية حيث تنتشر فيها الممارسات غير المشروعة تحت غطاء السيرالية الاقتصادية وما توفره من فرص وإغراءات¹.

فالفساد هنا يستغل ضعف الرقابة على المؤسسات سواء كانت تابعة للقطاع العام أو الخاص مما يجعلها عرضة للفساد وتبديد مواردها لحساب المصالح الخاصة لأصحاب النوايا السيئة، فهذا الفساد لا يقتصر على السلطة الاحتكارية فحسب وإنما يشمل الثقة والضوابط والقواعد المتعارف عليها².

ومن أهم العوامل الاقتصادية المدعمة للفساد الإداري نذكر³:

تجنح موازين العدالة ويعاني المواطنون العاديون "كلمة "هوجيت لا بيل" رئيسة المنظمة- هاشم الشمري، إيثار الفتلي، مرجع سابق، ص 43.

¹ أحمد محمود نهار أبو سويلم، مرجع سابق، ص 19.

² المشاريع الدولية لمكافحة الفساد، مرجع سابق، ص 62.

³ المرسي السيد حجازي، مرجع سابق، ص 21، هاشم الشمري، إيثار الفتلي، مرجع سابق، ص 38-39.

- اتساع الدور الاقتصادي للدولة مما يجعل أصحاب المصالح يحاولون تخطي القواعد والإجراءات بعرض الرشاوي والهدايا وغيرها من أساليب الفساد الإداري.
- السياسات الدولية المفروضة على الصناعات المحلية والتراخيص.
- الإعانات الحكومية حيث كلما زادت زاد مؤشر الفساد.
- التحكم في الأسعار فكلما انخفضت هذه الأخيرة كلما زادت حوافز الأفراد في رشوة المسؤولين للمحافظة على تدفق السلع والحصول على أرباح أكبر.
- الفقر وتدني الأجور.

إذن يتضح من خلال ما تقدم أهمية الأسباب الاقتصادية في استفحال ظاهرة الفساد الإداري فكلما تعقدت الظروف الاقتصادية وزادت متطلبات المعيشة كلما أصبح الموظف العام في حالة نفسية صعبة بين تلبية متطلباته اليومية وبين أجره الذي يعجز عن مسايرتها فيطمح إلى تكوين أرباح خاصة والحصول على مصادر أخرى للمال غير أجره الذي يتقاضاه عن الوظيفة العامة بكل السبل المتاحة والتي تشكل فسادا إداريا كالرشوة وقبول الهدايا واستغلال النفوذ ولكن هذا يبقى غير مطلق فلكل قاعدة استثناء فهناك موظفون لا يستجيبون لهذه المغريات على الرغم من صعوبة الأوضاع الاقتصادية المعاشية، كما أن أغلبهم لا يرون في الأفعال التي يرتكبونها أي مخالفة قانونية لدرجة أنهم يتمتعون بذلك.

الفرع الرابع

الأسباب الثقافية

إن المستوى الثقافي للأفراد داخل المجتمعات بما فيهم الموظفون العموميون يلعب دورا هاما في انتشار الفساد الإداري فكلما زاد اقتناعهم بعدم مشروعية هذه الممارسات الشائعة كلما نقصت درجة الفساد والعكس صحيح.

لذلك لابد من الإكثار من البرامج التعليمية لتوعية وتدريب الأفراد على خطورة الفساد الإداري وضرورة اتخاذ كل السبل اللازمة للحد منه وهذا ما جاء في المادة 07 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي نصت: "على الدول أن تشجع على وضع برامج تعليمية وتدريبية لتمكين أولئك الموظفين من الوفاء بمتطلبات الأداء الصحيح والمشرف والسليم للوظائف العمومية، وتوفير لهم التدريب المتخصص والمناسب من أجل إنكفاء وعيهم بمخاطر الفساد اللازمة لأداء وظائفهم، ويجوز أن تبني هذه البرامج إلى مدونات أو معايير سلوكية في

المجالات التي تنطبق عليها"¹. فالتوعية لها دور فعال في تكوين وعي ثقافي لدى الموظفين العاملين القائمين بمتطلبات الوظيفة العامة وكرامتها وبضرورة تجنب كل الممارسات الشائعة وما قد تؤدي له من زيادة في نطاق الفساد الإداري.

الفرع الخامس

الأسباب القانونية

مما لا جدال فيه أن القانون هو أساس حماية حقوق الأفراد وحررياتهم العامة داخل المجتمعات من خلال ما يهدف له من تحقيق المساواة بين جميع السلطات داخل الدولة وبين الأفراد من ناحية، على اعتبار أنها الطرف الأقوى ولا بد من تقيدها بالقواعد القانونية التي تضمن عدم الاعتداء عليهم والبطش بحقوقهم.

هذا ما يتحقق في ظل مبدأ أساسي وهو مبدأ المشروعية الذي يقيد الدولة فيما تتمتع به من سلطات لحساب الأفراد لتضمن لهم الحماية الكافية في مواجهتها، لذلك فإن انعدام الوسائل والسبل وحتى الأجهزة اللازمة لمكافحة الفساد الإداري وعدم فعاليتها إن وجدت يعتبر سببا رئيسيا من أسباب انتشار الفساد الإداري وحافز من حوافزه، لأن هذا الفراغ القانوني يؤدي إلى تشجيع المسؤولين والموظفين على الاستمرار في ممارسة الفساد دون أدنى اهتمام للقانون وقواعده، لذلك لا بد من التصدي لذلك بوضع سياسة جنائية فعالة قادرة على مكافحته بدءًا بالتجريم والعقاب إلى غاية التنفيذ.

يتضح من خلال ما تقدم أن كل سبب من الأسباب السابق بيانها يشكل منظومة متداخلة من العوامل والمحفزات التي تؤدي إلى تشجيع الفساد الإداري ونموه، لذلك لا بد من الاهتمام بهذه الأسباب والمشاكل التي تثيرها ومحاولة معالجتها قدر الإمكان قبل البدء في التفكير بمكافحة الفساد على اعتبار أنها تشكل القاعدة الأساسية للفساد.

المبحث الثاني

تطور مفهوم الفساد الإداري

لقد رأينا عند دراستنا لمفهوم الفساد الإداري بأنه مفهوم قديم ظهر منذ القدم ويشمل كل انحراف في السلوك عن الطريق المستقيم المتعود عليه في القيم الأخلاقية كالأمانة والإخلاص والشفافية والنزاهة، والتي أضحت اليوم مجرد مفاهيم قيمية تتعرض لعدة انتهاكات على أرض

¹ المشاريع الدولية لمكافحة الفساد، مرجع سابق، ص 63.

الواقع وفي شتى المجالات الاجتماعية أو الاقتصادية والثقافية في إطار الفساد الذي أصبح مرض خطير يهدد المجتمعات.

وسنحاول من خلال هذا المبحث التطرق لتطور هذه الظاهرة تاريخيا ودوليا وإسلاميا من خلال ما يلي:

المطلب الأول

التطور التاريخي للفساد الإداري

إن فكرة الفساد الإداري قديمة قدم الإنسان وترجع بدايتها إلى أول قصة عرفتها البشرية وهي قصة إبن آدم قابيل وهابيل، فالفساد كظاهرة ولدت مع الإنسان ومع ما يملكه من رغبات إنسانية للاستيلاء على ما للغير، لتتطور بتطور الحاجات والخدمات داخل المجتمعات، وبالرجوع للتاريخ نجد عدة جذور لهذه الظاهرة فمثلا كانت أو لقطعة نقدية مزورة هي قطعة سكها "بوليكراتس" حاكم جزيرة ساموس في اليونان سنة (535 ق.م) حيث كانت مصنوعة من الرصاص ومغطاة فقط بالذهب¹.

هذا وقد وجد فريق الآثار الهولندي في سنة 1997 في راکا في سوريا حوالي 150 كتابة مسمارية خاص بالحضارة الآشورية يرجع إلى القرن (13 ق.م) يتضمن أرشيفات خاصة بجهات مسؤولة عن الأمن آنذاك مملوء بقضايا عن الرشاوى التي قام بها كبار المسؤولين بما فيهم أميرة آشورية وعدة صور للفساد الإداري التي ترجع لآلاف السنين².

توجد أيضا بعض الممارسات كانت واقعة من قبل دارس المقابر الفرعونية واللصوص لسرقة الحلبي والنهب كما جاء في إحدى البرديات الفرعونية: "اختلت الموازين واختفى الحق حيث يحاول البعض خداع الآلة، يذبحون (الأوز) كقوانين ويقدمونها للآلهة زاعمين إنها ثيران"³.

والمتمسك للكتب التاريخية يجد أن الألواح السومرية ومحاضر جلسات مجلس "أرك" والصين القديمة في تعاليم "كونفوشيوس" تضمنت الدعوة لمكافحة الفساد الإداري من خلال تكريس سيادة القانون وضبط أعمال موظفي الدولة⁴.

¹ هاشم الشمري، ايثار الفتلي، مرجع سابق، ص 62.

² علي أحمد فارس، حل الازمات "الفساد الإداري نموذجا"، اللجنة العربية لحقوق الإنسان، مركز المستقبل للدراسات والبحوث، 2008، ص1، موجود على www.nesr.net

³ المشاريع الدولية لمكافحة الفساد، مرجع سابق، ص 63.

⁴ منير الهش، مرجع سابق، ص 11.

وقد نصت شريعة حمورابي على معاقبة كل من يرتكب السرقة أو التزوير وغيرها من ممارسات الفساد التي سادت آنذاك¹، فضلا عن ما جاء في كتاب أرسطو في (322م-384م) وما تضمنه من بيان للصور غير الشرعية لكسب النقود وتحقيق الأرباح، وما أشار إليه أيضا ابن خلدون في القرن (14م) من حديث عن سلبيات هذه الظاهرة وآثارها حيث قال أن: "يقع تخريب العمران فتبقى تلك المأمنة كأنها فوضى، أو مس أبدى لبعضها على بعض فلا يستقيم لها عمران، وتخرّب سريعا"².

فأشكال ظاهرة الفساد الإداري ظلت موجودة على مر العصور من خلال تقديم العمولات مقابل الحصول على خدمات ومنافع حيث قال "أدموند بورك" وهو احد رجال السياسة الانجليزي الأصلي في 1777: "لا تستطيع الحرية أن تستمر طويلا بين شعب فاسد بشكل عام"³. يتضح من خلال ما تقدم أن ظاهرة الفساد الإداري ظاهرة قديمة في المجتمعات بغض النظر عن الغنى أو الفقر والتخلف أو التقدم، فهو مرتبط بالإنسان وما يملكه من رغبات داخلية سعى من خلالها إلى الحصول على ما هو لدى الغير أو تحقيق أرباح ومصالح خاصة على حساب المصلحة العامة.

المطلب الثاني

الفساد الإداري في العهد الإسلامي

لقد ارتأينا من خلال ما سبق أن الفساد الإداري يعتبر من الأمور المنكرة والمحرمة في الإسلام أيضا حيث ثبت ذلك في عدة مواضع في القرآن الكريم والسنة النبوية اللذين تضمن عدة إرشادات وتوصيات يجب على الكافة العمل بها من أجل إقامة مجتمع ثابت يقوم على أساس العدالة والمساواة بين الكافة.

فقد حرم الله سبحانه وتعالى كل أنواع الفساد والإفساد وكل ما قد يؤدي لهما من غش ورشوة وهدية لدرجة أنه أدخلها في باب السحت الذي عبر عنه النبي ﷺ بقوله: "إن السحت هو الرشوة في الحكم"⁴.

¹ محمود محمد معاصرة، مرجع سابق، ص 104

² هاشم الشمري، ايثار الفتلي، مرجع سابق، ص 62.

³ عياد محمد علي باش، مرجع سابق، ص 44.

⁴ هاشم الشمري، ايثار الفتلي، مرجع سابق، ص 64.

وقد ربط الإسلام أيضا بين السلطة والفساد حيث اعتبر أن الأولى توجب حصول الثاني عندما تصبح مطلقة ولا تقوم على مشاركة الشعب فيها وهذا ثابت في القرآن الكريم في قوله تعالى ﴿كَلَّا إِنَّ الْإِنْسَانَ لِرَبِّهِ لَكَنَّاظِرٌ ﴿١﴾ أَنْ رَأَاهُ اسْتَغْنَى ﴿٢﴾ ١، والسنة النبوية حيث يقول الإمام علي: "من ملك استأثر"².

فمتى وجدت السلطة وكانت مطلقة وتبعها الإنسان وفقا لأهوائه وخبايا النفس البشرية التي جاءت ثابتة في القرآن الكريم في قوله تعالى ﴿إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا ﴿٣﴾ ٣، وقد فسر الهلع هنا بأنه الطمع الشديد وحرص الإنسان على الاستحواذ الذي يلجأ له من خلال امتيازات السلطة التي اعتبرت سببا للفساد في الأرض⁴.

فالفساد الإداري يتعارض مع الدين الإسلامي ومع ما ينادي به من مبادئ وأخلاق سامية كالنزاهة والشفافية والعدالة والمساواة وغيرها من مقومات السلوك الإنساني اللازم لبناء شخصية إنسانية قوية ومتكاملة تساهم في تكوين مجتمع إسلامي قائم على الرقي والاستقرار. فهاهو الدين يثبت قدرته على تكوين حضارة إنسانية راقية يشهد بها الكافة وفي هذا يقول "ريتشارد ينكون" وهو من أعداء الأمة الإسلامية أن "الإسلام ليس مجرد دين بل هو أساس الحضارة الكبرى"⁵.

يتضح من خلال ما تقدم الارتباط بين السلطة والنفس البشرية والفساد الذي جعله مفهوم قديم ثابت حتى في العهد الإسلامي من خلال عدة ممارسات في انتقاء الموظفين وتسلط الحكام.

المطلب الثالث

الفساد الإداري من الناحية الدولية

لقد انتشر الفساد الإداري بشكل واضح على المستوى العالمي حيث اعتبر من آثار العولمة التي اجتاحت العالم في شتى المجالات وجعلت أصحاب النوايا السيئة يستغلونها

¹ الآيتين (6-7) من سورة العلق.

² هاشم الشمري، ايثار الفتلي، مرجع سابق، ص 66.

³ الآية 19 من سورة المعارج.

⁴ محمد جواد ارسطا، السلطة السياسية في الإسلام، كتاب مدخل إلى الفكر السياسي في الإسلام، ترجمة خليل العصامي، مؤسسة الهدى، إيران، 2007، ص 276.

⁵ سعدون سلمان نجم الحلوسي، العولمة من وجهة نظر إسلامية، مجلة الأجيال العدد1، نيسان 2002، ص 170.

لتحقيق الثراء والأرباح المادية على حساب الصالح العام، مما جعل الدول تدرك حقيقة وخطورة هذه الظاهرة الإجرامية وتحاول مكافحتها على جميع الأصعدة الدولية والإقليمية والمحلية. وفي إطار مكافحة الفساد الإداري تبلورت الجهود الدولية بصدور عدة قرارات للجمعية العامة للأمم المتحدة في السنوات التوالي: 1985 و 1996 و 1998 و 2000 شكلوا لجنة للتفاوض لإعداد اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والرشوة والذي صادق عليها بقرار الجمعية العامة رقم 169/57 لسنة 2003 تضمنت 71 فصلا ووقع عليها في المكسيك في ميريدا سنة 2003 والتي لم تتضمن تعريفا للفساد بل تكرر أنواعه ودعت الدول لضرورة مكافحته وتجريمه من خلال أعمال التعاون الدولي باعتباره ظاهرة عالمية عابرة للحدود، وقد وقعت على هذه الاتفاقية في سنة 2006 -140 دولة من بينها 21 دولة عربية هي: الأردن، جيبوتي، عمان، مصر، الإمارات، السعودية، فلسطين، المغرب، البحرين، السودان، قطر، موريطانيا، تونس، سوريا، الكويت، اليمن، الجزائر، الصومال، لبنان، العراق، ليبيا وصدقت عليها 25 دولة من بينها الجزائر¹.

هذا وقد اهتمت منظمة الشفافية الدولية وهي منظمة غير حكومية أنشأها فريق برئاسة "بيتر اينجن" "PETER EINGEN" في ماي 1993 لتكون هيئة للإعلام ولمكافحة الممارسات الفاسدة بموضوع الفساد الإداري والبحث على الحلول اللازمة للحد منه من خلال التأكيد على ضرورة التعاون الدولي²، وهو ذات ما لجأت المؤسسات والمنظمات الدولية الأخرى كالبنك الدولي وصندوق النقد الدولي ومنظمة التجارة العالمية³.

وهذه الجهود لم تقتصر على المستوى الدولي بل امتدت أيضا على المستوى الإقليمي ففي 1992 أنشأ المجلس الأوروبي فريق التخصصات يعنى بالفساد، كما قامت المنظمة الاقتصادية للتعاون والتنمية "OECD"⁴ بإصدار توصيات في 1994 بضرورة اتخاذ الإجراءات

¹ فتحي بن حسن السكري، أسس وأساليب مقاومة الفساد الإداري، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أعمال المؤتمرات، 2008، ص 151.

² بيرلاكوم، مرجع سابق، ص 5.

³ خير الله داود، الفساد كظاهرة عملية وآليات ضبطها، بذور الفساد والحكم الصالح في البلاد العربية مركز دراسات الوحدة، المعهد السويدي، الإسكندرية، بيروت، ط2، 2006، ص 439.

⁴ L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE, en anglais Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD) est une organisation internationale d'études économiques, dont les pays membres - des pays développés pour la plupart - ont en commun un système

الأزمة للقضاء على ما يعرف بثروة المسؤولين خارج دولهم إلى أن تبنت 1997 اتفاقية محاربة رشوة موظفي القطاع العام الأجانب التي دخلت حيز التنفيذ في 1999. كما قامت أيضا منظمة الدول الأمريكية بالتوقيع على اتفاقية مناهضة الفساد في 1996 تهدف لنشر الأطر القانونية وتطويرها داخل الدول الأعضاء لمنع كل صور الممارسات غير المشروعة¹.

أما على الصعيد العربي فقد ظهرت أيضا عدة محاولات جديدة لمكافحة الفساد كمشروع اتفاقية عربية لمكافحة الفساد ومشروع القانون العربي النموذجي لمكافحة الفساد أو مشروع المدونة العربية لقواعد سلوك الموظفين العموميين، فمثلا عن جهود جامعة الدول العربية والمتمثلة في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود المنعقدة في باليرمو بايطاليا عن 2000 حيث جرمت الفساد في المادة 8 منها².

من خلال ما سبق نلمس جدية الجهود الدولية والإقليمية وحتى العربية لمكافحة الفساد باعتباره ظاهرة إجرامية عابرة للحدود لا بد للحد منها من خلال إعمال فكرة التعاون الدولي إلى جانب الجهود الداخلية للدول التي تعتبر غير كافية وحدها لتحقيق الهدف المرجو، لكن رغم هذه الجدية إلا أن الأمر يتطلب المزيد نظرا لتوسع المفهوم واتخاذ عدة أشكال وصور تغلغلت داخل المجتمعات وفي مجال الوظيفة العامة لدرجة أنه أصبح مثل أي ممارسة يومية مشروعة.

الفصل الثاني

صور الاعتداء على المال العام في مجال الصفقات العمومية

إن الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية يشمل كل اعتداء على المال العام يقوم به الموظف العام المكلف بتنظيم وإعداد الصفقة في أي مرحلة من مراحل إبرامها إخلالا بوظيفته أو بارتكابه أي فعل من الأفعال غير مشروعة أو امتناعه عن ما أمره به القانون. ويتخذ إخلال الموظف العام عدة صور منها ما يشكل جرائم معاقب عليها بموجب قانون العقوبات كالرشوة والاختلاس والتزوير في المحررات الرسمية، وسنتولى من خلال هذا العنصر باستعراض أكثر صور الفساد الإداري انتشارا في مجال إبرام الصفقات العمومية والتي أصبحت

de gouvernement démocratique et une économie de marché. Elle joue essentiellement un rôle d'assemblée consultative voir : <http://fr.wikipedia.org>

¹ بيرلاكوم، مرجع سابق، ص5، محمود محمد معابرة، مرجع سابق، ص 106.

² محمود محمد معابرة، مرجع سابق، ص106.

اليوم تؤثر على حسن سير الأجهزة الإدارية على نحو يؤدي إلى تأخرها في أداء أعمالها وبالتالي التأثير على عجلة التنمية، لذلك ولحد من هذه الممارسات التي اجتاحت المجتمع الإداري في مختلف الدول سنحاول الوقوف على الوجهة القانونية لهذه الصور لمحاولة الحد منها قدر الإمكان.

المبحث الأول

الصور العامة للفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية

سنخصص المبحث الأول من الدراسة لصور الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية لبيان الصور العامة التي تظهر في هذا المجال و غيرها من المجالات الأخرى، والتي تعد صوراً عامة للجرائم تمارس أيضاً في مجال إبرام الصفقات العمومية من قبل الموظفين العموميين، حيث يأتي على رأسها الرشوة و التي تعتبر الصورة الرائدة في هذا المجال حتى أنه كثيراً ما يختلط مفهومها بمفهوم الفساد نتيجة الترجمة الغير صحيحة لمصطلح الفساد، ثم الاختلاس وبعده التزوير الذي ينصب على المحررات الرسمية المستخدمة في إبرام الصفقات العمومية.

المطلب الأول

الرشوة كصورة للفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية

تعتبر الرشوة أكثر صور الفساد الإداري وأبشعها انتشاراً بين الموظفين العموميين في شتى المجالات الإدارية بما فيها مجال الصفقات العمومية، الذي يحاولوا الموظفون استغلاله قدر الإمكان لتحقيق أرباح خاصة.

فقد أصبح الموظف اليوم يحاول قدر الإمكان استغلال وظيفته للحصول من صاحب الخدمة أو المقدم في الصفقة على مقابل لقضاء حاجته هذا ما يؤثر بشكل كبير ويعرقل سيرها ويشكك في نزاهتها مما يؤدي إلى اقتصار المصالح على أفراد المجتمع القادرين على تلبية حاجات الموظف دون غيرهم، لهذا اعتبرت الرشوة من أخطر صور الفساد الإداري الذي يتم بين طرفين أحدهما الموظف والآخر صاحب الحاجة واهتمت مختلف التشريعات العقابية بتجريمها وبيان أركانها وتقرير عقوبة على مرتكبيها.

وسنحاول من خلال هذا العنصر بمحاولة لبيان الإطار القانوني لهذه الصورة السيئة من الفساد الإداري من خلال التطرق للعناصر الآتية:

الفرع الأول

مفهوم الرشوة

سوف نقوم بتحديد مفهوم الرشوة باعتبارها سلوك إداري فاسد اجتاحت المجتمعات وأثر على تقديم الخدمات الإدارية وعلى سير التنمية داخل الدول بدءًا بتعريفها لغة واصطلاحًا وشرعًا وتعريفها في القانون الإداري من خلال التطرق للعناصر الآتية:

أولاً: التعريف اللغوي للرشوة

إن كلمة الرشوة عند سيبويه في الأصل مأخوذ من رشا الفرخ أي مد رأسه لأمه لنزقه أي تطعمه¹.

فأصل الكلمة في الفقه مشتق من الرشا ويقصد به ذلك الحبل الذي يربط بالدلو ويستخدم لجلب الماء، وعرفها الزبيدي بأنها الجعل وهو إغراء الشخص الحاكم أو غيره ليحمله على ما يريد².

هذا بالنسبة للتعريف اللغوي للرشوة والذي تأثرت به كل التعريفات الاصطلاحية كما سنبين لاحقاً.

ثانياً: التعريف الشرعي للرشوة

مما لا جدال فيه أن الرشوة تعتبر من صور الفساد الإداري المحرمة شرعاً باعتبارها تشمل كل دفع للمال مقابل قضاء مصلحة فالعلة من تحريمها أن دفع المال يكون بفرض إبطال حق أو إحقاق باطل³.

وسنقوم بمحاولة لتعريف الرشوة شرعاً من خلال التطرق لتعريفها في القرآن الكريم ثم السنة النبوية، ثم تعريفها عند جمهور الفقهاء.

1- تعريف الرشوة في القرآن الكريم

إن الرشوة في القرآن الكريم هي نوع من أنواع الفساد العظيم والإثم الكبير لما تتضمنه من عواقب وخيمة لذلك نهى الله سبحانه وتعالى عنها في عدة مواضع من كتابه الكريم كقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ

¹ ابن منظور، مرجع سابق.

² محمد أحمد غانم، الإطار القانوني، للرشوة عبر الوطنية، دار الجامعة الجديدة، الازارطية، 2008، ص 321.

³ موسى بودهان، النظام القانوني للرشوة، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 9.

بِحُمْ رَجِيمًا ﴿٢١﴾¹ ، وقوله سبحانه ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْنُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ ﴿٣٨٨﴾² . والرشوة باعتبارها تقوم على أساس فكرة دفع مال إلى الغير قصد الحصول منه على حق ما فإنها تدخل في أكل المال بالباطل الذي جاء في الآيتين السابقتين .

كما قال تعالى: ﴿ سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّخْتِ فَإِنْ جَاؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ ﴿٤٢﴾³ ، وقال أيضا: ﴿ وَتَرَى كَثِيرًا مِّنْهُمْ يُسَارِعُونَ فِي الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَأَكْلِهِمُ السُّخْتِ لَبِئْسَ مَا كَانُوا يَفْعَلُونَ ﴾ ﴿١٢﴾⁴ لَوْلَا يَنْهَاهُمُ الرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَحْبَارُ عَنْ قَوْلِهِمُ الْإِثْمَ وَأَكْلِهِمُ السُّخْتِ لَبِئْسَ مَا كَانُوا يَفْعَلُونَ ﴾ ﴿١٢﴾⁴ .

حيث يتضح من الآيات السابقة أنها تحرم كل أكل للأموال الباطل وكل محاولة من الإنسان للحصول على حق غيره من خلال تقديم المال لمقدم الحق وهذا ما ينطبق على أحكام الرشوة التي تعتبر محرمة وغير مشروعة في القرآن الكريم .

فقد وردت الرشوة في الآيات السابقة في عدة معاني كالإدلاء أي لا تدلوا بها بمعنى لا ترشوا بها حيث جاء مفهوم الرشوة للإدلاء بوجهان أحدهما رشاء الحاجة الذي يجعل البعيد قريب شبه بالدلو المملوء بالماء والذي يصل بدورة بين البعيد والقريب، أما الوجه الثاني أن الحاكم بسبب أخذ الرشوة يمضي في ذلك الحكم من غير ثبت كمضي الدلو في الإرسال⁵ .

كما وردت أيضا الرشوة بمعنى السحت الذي لا يكون إلا لمن ارتكب المحرم وهو يستلزم التحريم فأكله محرم وهو يدل على الرشوة كما ورد في بعض الأقوال، وقد جاء في روح المعاني: "أي الحرام من سحته إذا استأصله وسمي الحرام سحتا عند الزجاج لأنه يعقب عذاب الاستئصال"⁶ .

2- تعريف الرشوة في السنة النبوية

لقد حاربت السنة النبوية الشريفة أيضا في عدة مواضع منها فقد روى الإمام أحمد بن حنبل عن الصحابي ثوبان رضي عنه أن النبي ﷺ: « لعن الله الراشي والمرتشي في الحكم »⁷ .

¹ الآية 29 من سورة النساء .

² الآية 188، من سورة البقرة .

³ الآية 42 من سورة المائدة .

⁴ الآيتين 62، 63 من سورة المائدة .

⁵ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 325 .

⁶ المرجع السابق، ص 326 .

⁷ أخرجه الترمذي وقال حديث حسن .

وفي حديث آخر قال صلى الله عليه وسلم: «لعن الراشي والمرتشي والرائش»، وعن عبد الله بن عمر: «لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي»، فالراشي هو مقدم الرشوة والمرتشي هو من يأخذها والرائش هو كل من يمشي بينهما¹.

وقد جاء أيضا تحريمها صريحا فيما رواه أبو حميد الساعدي أن النبي ﷺ استعمل رجلا على صدقات بني سليمان جاء إلى رسول الله ﷺ قال: «هذا لكم وهذه هدية أهديت لي» فقال ﷺ: «فهل جلست في بيت أبيك وأمك حتى تأتيتك هديتك إن كنت صادقا؟!» ثم قام رسول الله ﷺ فخطب في الناس وقال: «من استعملناه على عمل ورزقناه رزقا فما أخذ بعد ذلك فهو غلول»². فهذا الحديث جاء نصا على هدايا العمال كما ترجم له البخاري إلا أنه يدخل في قبيل الرشوة حيث ذكر صاحب الاوطار هذا الحديث وقال والظاهر أن الهدية التي تهدى للقضاء ونحوهم هي من نوع الرشوة لأن الأصل فيها عدم إعتبار الاهداء وغرضها هو التقرب والتوصل إلى الحق وهذا ما قصده النبي ﷺ في الحديث بقوله في بيت أبيه وأمه فينظر أتهدى له أم لا³.

وقد جاء أيضا في باب الرشوة ما رواه ابن جرير عن أبي عمر رضي الله عنهما النبي ﷺ قال: «كل لحم أنبته السحت فالنار أولى به» قيل وما السحت؟ قال: «الرشوة في الحكم»، وروى الطبراني عن ابن مسعود قال السحت: الرشوة في الدين⁴.

يتضح من خلال ما تقدم أن الرشوة جريمة محرمة في السنة النبوية الشريفة بكل المقاييس والموازين لما فيها من فساد في النفوس وتلاعب بالحقوق ومساس بمبادئ الأخلاقية الأساسية كالمساواة بين الناس والنزاهة والشفافية كما أنها تمس بهيئة الدولة وتؤدي إلى انتشار عدة ممارسات غير مشروعة كالابتزاز والافتراءات واقتصار الخدمات على طبقة من المجتمع التي تتمتع بالنفوذ والمال، ومن ما جاء في أحكام السنة على الرشوة أنها اعتبرت الهدية للعمال التي تهدى لهم لصفاتهم تدخل في قبيل الرشوة.

3- تعريف الرشوة عند فقهاء الشريعة الإسلامية

¹ فادية قاسم بيضون، من جرائم أصحاب الياقات البيضاء- الرشوة وتبييض الأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2008، ص31.

² المرجع السابق، ص31.

³ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص328، 329.

⁴ موسى بودهان، مرجع سابق، ص12.

لقد عرف فقهاء المذاهب الرشوة بدورهم واهتموا ببيان عناصرها وأهم معالمها وسنبن كل منهما من خلال التطرق لما يلي:

3-1- تعريف الحنفية للرشوة: لقد عرفها الشريف الجرجاني بأنها: «ما يعطي لإبطال حق أو لاتفاق باطل والوصول إلى ظلم»¹، إن هذا التعريف يعتبر تعريف مضيق للرشوة حيث قصرها على الحصول على ما ليس للإنسان حق فيه، أي أنه إذا كان دفع المال مقابل تسهيل ما هو من قبيل الحق لصاحبه فإن ذلك يخرج عن نطاق الرشوة المجرمة.

لذلك حاول بعض فقهاء الحنفية توسيع التعريف وجعله أعم وأشمل فعرّفها ابن نجيم المصري بأنها: «ما يعطيه الشخص للحكام وغيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد»². هذا التعريف أعم ويشمل كل الصور التي قد تتخذها الرشوة حيث يعتبرها مقابل يدفع للحصول على خدمة بغض النظر عن الأحقية من عدمها، فهو يستوعب الهدايا التي وردت في تعاريف السنة النبوية السابقة أيضا.

3-2- تعريف المالكية للرشوة

لقد سائر المالكية تعريف الجرجاني السابق، حيث عرفها الرهوني بأنها: «كل ما أعطيت لتحقيق باطل أو لإبطال حق»³، وهو أيضا من التعاريف المضيقة التي لا يعتبر أن دفع المال للوصول للحق وتسهيل ذلك يعتبر من قبيل الرشوة، فهو فعل جائز. ولكننا بدورنا نرى أنه رغم أن المسألة محل خلاف بين الفقهاء إلا أن الأولى إتباع التعريفات العامة حتى لا يبقى مجالاً لأصحاب النوايا السيئة لتبرير سلوكياتهم وأفعالهم، لأن مثل هذه الأفعال وإذا كان غير باطلة إلا أنها تشجع على انتشار الرشوة داخل المجتمعات بحجية مشروعيتها.

3-3- تعريف الشافعية للرشوة

¹ ورد هذا التعريف للشريف الجرجاني في كتابه: "التعريفات الجرجانية"، محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 322.
² وهذا التعريف جاء متأثراً بتعريف فقيه شافعي وعالم لوي وهو القيومي صاحب المصباح المنير في اللغة مأخوذ من المرجع السابق، ص 332.
³ حسن مذكور، الرشوة في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، ص 68.

لقد عرف البجوري الرشوة بأنها: «ما يبذل للقاضي ليحكم بغير الحق، أو ليمتنع عن الحكم بالحق».

هذا أيضا من التعريفات المضيقه حيث حصر الرشوة في المقابل الذي يدفع للحصول على غير الحق، كما أنه قصرها على القاضي دون غيره من أصحاب الوظائف العامة.

3-4- تعريف الحنابلة للرشوة

لقد عرفها المرادوي بأنها: «ما يعطي بعد طلبه والهدية الدفع إليه ابتداءً وهي حرام»¹. هذا التعريف عام للرشوة أكثر من سابقه حيث اعتبر أن كل ما يدفع بمقابل الحصول على خدمة أو تسهيلها فعل محرم، لكنه أضاف عبارة بعد طلبه، أي أنه ليعتبرها رشوة لا بد من طلبها من المرتشي مقابل ما يؤديها من أعمال للراشي.

من خلال ما تقدم نخلص أن الرشوة هي نوع من أنواع الفساد في الأرض ثبت تعريفها في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وبإجماع فقهاء المسلمين باعتبارها آفة اجتماعية خطيرة تؤدي إلى انتشار عدة ممارسات سيئة وغير مشروعة لا بد من مكافحتها و الحد منها قدر الإمكان من خلال التفقه في أحكام الدين والشريعة الإسلامية حتى تسود الطمأنينة والعدالة، وهي تضم كل أكل للأموال بالمال والحصول على خدمات دون وجه حق من خلال الإغراءات التي تقع على القائم بالخدمات لإشباع حاجاته الخاصة و تلبية مطالبه على حساب الصالح العام.

ثالثا: التعريفات القانونية للرشوة

لقد عرفت الرشوة من الناحية القانونية عدة تعريفات باعتبارها من أقدم الجرائم التي ارتبطت بفكرة السلطة ومن أكثر صور الفساد انتشارا في الإدارات ومؤسسات الدولة لدرجة أنها أصبحت جريمة عالمية يصعب مكافحتها والحد من انتشارها السريع.

وهناك من ذهب إلى اعتبارها آفة من الآفات و الأمراض المجتمعية التي تعتبر ذات منشأ نفسي ينمو في ظل فساد إداري بعيد عن الرقابة التي قد تفرضها القوانين وغيرها من المتابعات الإدارية الأخرى،² فالرشوة هي كل ما يسعى به أصحاب المصالح والخدمات لإغراء الموظف تجنباً لتعسفه أو لزيادة انتشار مثل هذه السلوكيات، وقد عرفت أيضا الرشوة بأنها

¹ المرجع السابق، ص 323.

² محمد خالد، مرجع سابق، ص 170.

مرحلة متطورة من مراحل الوساطة التي تعتبر أيضا سلوك إداري قائم على أساس المحاباة على حساب الأنظمة والقوانين التي تترتب عن ضعف الوازع الديني و الأخلاقي لدى الأفراد.¹ يتضح من خلال التعريف السابق أن تعسف الموظف و طمعه هو السبب الحقيقي وراء الرشوة وهو الذي دفع الأفراد إلى اللجوء إلى هذا السلوك سواء كان أصحاب حق أم لا نتيجة الخوف من ضياع مصلحتهم لحساب من يدفع أكثر.

كما عرفت أيضا هذه الصورة الخطيرة من الفساد الإداري بأنها: " دفع مبلغا من المال نقدا أو لقاء تسيير أمر ومعاملة قانونية أو غير قانونية لدى الموظف العام".² باستقراء التعريف نجد أن رجال القانون قد اعتبروا أن الرشوة تكون قائمة سواء كانت المصلحة الموجودة مشروعة أم مخالفة للقانون وهذا خلافا لما جاء في التعريفات الشرعية السابقة، كما نلمس من خلال التعريف الارتباط الوثيق بينها وبين النظام القائم حيث أصبحت شيء مستلزم من مستلزمات الوظيفة لدرجة أنه ساد اقتناع لدى الموظفين بأنها أمر عادي مشروع يتم في إطار المساعدات على متاعب الحياة خصوصا أمام نقص الدخل والأجور وتطور أساليب الحياة اليومية.

وعرفت أيضا بأنها: " اتجار الموظف العام (أو القائم بخدمة عامة) بوظيفته أو استغلالها بأن يطلب أو يقبل أو يحصل على عطية أو وعد بها لأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنها أو الإخلال بواجباتها".³

باستقراء هذا التعريف الذي اعتبر الرشوة هي صورة من صور المتاجرة بالوظائف نجد أنه اعتبرها سلوك ذو وجهين ايجابي من خلال تقديم الخدمات بمقابل أو سلبي يتمثل في الامتناع عن ذلك بهدف ابتزاز للأفراد وأصحاب المصالح ، كما أنها تشتمل على ثلاث عناصر هي:

- الموظف وهو المرشحي.
- الراشي وهو طالب الخدمة أو المصلحة.
- المقابل أو الوعد.

¹ المرجع السابق، ص 170-171.

² المرجع السابق، ص 171.

³ علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم الخاص - جرائم الإعتداء على المصلحة العامة، منشورات بيروت الحقوقية، لبنان، الطبعة 1 ، ص 20- شريف طه، جريمة الرشوة معلقا عليها بأحكام محكمة النقض، دار الكتاب الحديث، (د.ب.ن) ، 1999، ص 3.

ويعتبر المرشحي من أخطر هذه العناصر لأنه الطرف القوي والذي يتولى عملية الابتزاز نظرا لما يملكه من امتيازات وسلطات الوظيفة.

هذا وعرفت الرشوة بأنها: " عبارة عن اتفاق بين الموظف أو عضو الإدارة وبين صاحب الحاجة وهو الراشي على قيام الأول بالتدخل لإصدار قرار أو عمل إداري أو الامتناع عن القيام بالعمل مقابل عطية يقدمها له هذا الأخير"¹.

نلاحظ من هذا التعريف أنه اعتبر أن الرشوة هي اتفاق أي أنها تقوم على أساس توافق إرادة الطرفين على القيام بهذا السلوك الإداري الغير مشروع، أي أن أساسها هو الرضا من طرف صاحب الخدمة وليس الإجبار.

لهذا اهتمت التشريعات الدولية أيضا بوضع تعريف قانوني للرشوة يعتبر الخطوة الأولى لمكافحتها حيث عرفت الفقرة الأولى والثانية من المادة 2 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بأنها: " كل وعد موظف بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها ، بشكل مباشر أو غير مباشر سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر، لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما، أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية"²، و" التماس موظف عمومي أو قبوله، بشكل مباشر أو غير مباشر مزية غير مستحقة سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر، لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية"³.

يتضح من خلال الفقرتين أن الرشوة تؤخذ بشكلين الأول يبادر فيه الراشي بعرضها أو الواعد بها لصالح الموظف أو غيره ممن يختاره والثاني يبادر فيه المرشحي بطلبها سواء مباشرة أو غير مباشرة من خلال ارتكابه بعض السلوكيات الدالة على ذلك وتعطيل الخدمة والتماطل وغيرها من الأساليب التي باتت اليوم بمثابة أعراف وعادات متفق عليها داخل المجتمعات. كما عرفت أيضا اتفاقية مجلس أوربا⁴ التي اهتمت بتحديد مجالات الرشوة وهي⁵:

• الرشوة الإيجابية للموظفين العموميين الوطنيين.

¹ بلال أمين زين الدين ، مرجع سابق، ص 102.

² الفقرة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة السابقة.

³ الفقرة الثانية من اتفاقية الأمم المتحدة.

⁴ اتفاقية مجلس أوربا CONSIEL DE L'EUROPE المبرمة في ستراسبورغ في 27-01-1999 والخاصة بتحديد مجالات الرشوة.

⁵ موسى بودحمان، مرجع سابق، ص 18.

- رشوة أعضاء الجمعيات العمومية الوطنية.
- رشوة أعضاء الجمعيات العمومية الأجنبية.
- رشوة الموظفين العموميين الأجانب.
- الرشوة الإيجابية في القطاع الخاص.
- الرشوة السلبية في القطاع الخاص.
- رشوة الموظفين الدوليين.
- رشوة أعضاء الجمعيات البرلمانية الدولية.
- رشوة القضاة والموظفين في المحاكم الدولية.
- استغلال النفوذ.
- عائدات جنح الرشوة.
- المخالفات المتعلقة بالحسابات.

إن الناظر إلى هذه الاتفاقية يجد أنها لم تعرف الرشوة بل اهتمت بحصر حالاتها حتى لا تترك مجالاً لتقديرات أصحاب النوايا السيئة ، كما أنها وسعت من نطاقها ولم تقتصر على الجانب القانوني الداخلي بل اعتمدت الشق الدولي لهذه الجريمة شاملة بذلك الموظف العام في دول أخرى وأي تعامل للموظف العام الوطني مع جهات أجنبية أخرى سواء كانت مؤسسات دولية أو شركات.

فهذه الاتفاقية تطرقت للرشوة بشكلها في القطاع العام والقطاع الخاص الذي يعتبر بدوره مجالاً رحباً لهذا السلوك من الفساد الإداري ويحتاج لضرورة الاهتمام به واتخاذ التدابير اللازمة لمكافحة الرشوة فيه، وقد اهتمت أيضاً منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية المعبر عنها ب : (O.C.D.E .¹)

¹ Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 17.12.1997, p 1-8, Le siège social de O.C.D.E est au château de la muette PARIS XVI , la plus part des gents qui connaissent cette convention sont très peu nombreux parce son sujet et technique et ne concerne que les entreprises opérant à l'international, mais encore moins nombreux sont ceux qui on pris conscience de la révolution copernicienne qu'elle entraine .PHILIPPE MONTIGNY, L'entreprise face à la corruption internationale, Elipses édition marketing S.A, 2006, p47.

حيث اهتمت بهذه الآفة وبالفساد بوجه عام وحرصت على توعية المجتمع الدولي بالعلاقة بين هذه الجريمة وغيرها من الجرائم المنظمة مما يجعل لها أعباء مالية واقتصادية واجتماعية خطيرة، فهذه الأخيرة أكدت على التداخل بين هذه الصورة وغيرها من صور الإجرام الأخرى. وقد استجابت التشريعات الوطنية لهذه الاتفاقيات والجهود الدولية فمثلا عندنا فقد نص المشرع الجزائري في قانون مكافحة الفساد¹ في المادة 25 منه بأن: « يعاقب بالحبس من ستة إلى عشر سنوات و بغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج.

- كل من وعد موظفا عموميا بميزة غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياه بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء كان ذلك لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر لكي يقوم بأداء العمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته.
- كل موظف عمومي طلب أو قبل بشكل مباشر أو غير مباشر مزية غير مستحقة، سواء لنفسه أو لصالح شخص آخر أو كيان آخر، لأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته".

هذا ذات ما قضى به المشروع في المادة 126 من قانون العقوبات² حيث لم يضع تعريف قانوني واضح للرشوة واكتفى بذكر أنواعها والنص عليها في أكثر من مادة. وهو ذات النهج الذي انتهجه المشرع الفرنسي استجابة لاتفاقية "O.C.D. E" السابقة بعد دخولها حيز التنفيذ 29 سبتمبر 2000، حيث وافق البرلمان على تعديل قانون العقوبات وقانون الإجراءات المدنية حيث عدلت بعض المواد كالمادة 432 و 434 حيث تم تجريم أفعال جديدة كالوعد بفائدة غير مستحقة.³

¹ القانون رقم 06-01 الصادر في الجريدة الرسمية 14 في 21 محرم 1427 الموافق لـ 20 فبراير 2006.

² الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر الموافق لـ: 8 يونيو 1966 المعدل بالقانون 04-16 المؤرخ في 27 رمضان 1425 الموافق لـ 10 نوفمبر 2004 و القانون 06-23 المؤرخ في 29 ذي القعدة 1427 الموافق لـ 20 ديسمبر 2006.

³ Loi du 30 juin 200 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale, **relative à la lutte contre la corruption**, - cette loi a apporté quelques modifications à des articles existant déjà et à créé dans le titre 3 du livre 5 du code pénal un chapitre intitulé de façon explicite « des atteintes à l'administration publique des communautés européenne, des états membres de l'union européenne, des autres états et des organisation internationales publiques », PHILIPPE MONTIGNY, op,cit, p86-87.

ونظرا لغياب تعريف قانوني موحد للرشوة يمكننا أن نقول أنها سلوك إداري وصورة من الفساد الإداري يتم بين شخص أحدهما هو المرتشي يطالب أو يقبل مقابل هدايا أو وعد من شخص آخر هو الراشي مقابل تأدية خدمات في إطار وظيفته سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة، هذا التعريف ينطبق كل السلوكيات التي يقوم بها الموظف العام في مجال الصفقات العمومية من خلال التلاعبات لحساب أطراف ما على حساب المصلحة العامة.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لجريمة الرشوة

لقد جرت العادة في قانون العقوبات في جميع الأنظمة التشريعية تقسيم الجرائم إلى طوائف تشترك كل منها في المصلحة أو الحق محل الحماية الجنائية تخضع لنفس الأحكام والمبادئ الأساسية، وجريمة الرشوة التي تعتبر أخطر صور الفساد الإداري جاءت ضمن الجرائم الماسة بالمصلحة العامة كونها تمس بحقوق المجتمع ككل.

ورغم هذا الاتفاق بين مختلف التشريعات في اعتبار جريمة من الجرائم الماسة بالمصلحة العامة إلا أن هناك اختلاف حول طبيعة هذه الجريمة أدى إلى ظهور نظامين أساسيين هما:

أولاً: نظام وحدة جريمة الرشوة

يرى أنصار هذا النظام أن الرشوة هي جريمة واحدة يرتكبها الموظف العام متاجرة بوظيفته و يؤخذ وصف الفاعل الأصلي ليكون بذلك الراشي مجرد شريك أو متدخل أو محرض متى توافرت الشروط المساهمة في الجريمة.¹

ورغم ما يتضح من موافقة هذا النظام للمنطق إلا أنه يواجه صعوبات من الناحية العملية هما:

- في حالة ما زاد طلب الموظف من صاحب الخدمة ولم يستجب له نكون أمام جريمة غير تامة يفلت صاحبها من العقاب.
- في حالة ما إذا عرض صاحب الخدمة المقابل على الموظف ورفضه فهو أيضا يفلت من العقاب على أساس أنه لا عقاب على الشروع في الاشتراك.

¹ علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 22- فاديا قاسم ببيزون، مرجع سابق، ص 33. -محمد احمد غانم، مرجع سابق، ص 165.

• ولمحاولة تقاضي هذين الإشكاليين فلا بد من النص على العقاب على بعض السلوكيات المصاحبة لجريمة الرشوة حتى ولو لم تتم الجريمة فعليا وهذا ما لجأ له عدة تشريعات كالتشريع الجزائري الذي نص في قانون مكافحة الفساد على صور أخرى من الفساد الإداري كتلقي الهدايا، استغلال النفوذ، إساءة استغلال الوظيفة.¹

ومن التشريعات التي أخذت بمبدأ وحدة الجريمة التشريع الايطالي والدانمركي والسوري واللبناني والمصري و المملكة العربية السعودية.²

يتضح لنا من خلال ما تقدم عدم منطقية هذا النظام لأنه لا يخدم السياسة الجنائية لمكافحة الرشوة والحد منها من خلال تحقيق الردع بمعانئة كل من يحاول ارتكاب هذا السلوك فلا يمكن اعتبارها مجرد جريمة ايجابية فقط.

ثانيا: نظام مبدأ ثنائية الرشوة

يأخذ أنصار هذا النظام بمبدأ ثنائية الرشوة و يعتبرونها جريمة تتكون من سلوكين هما:

- السلوك السلبي أو الارتشاء كما يعبر عنه الذي يقوم به المرششي عندما يطلب مقابل أو يأخذه مستغلا بذلك وظيفته.³
- السلوك الايجابي وهي الجريمة التي يقوم بها الراشي بإعطاء مقابل للخدمة التي يتلقاها من الموظف العام أو بوعده بذلك أو عرضه عليه.⁴

وقد أخذ بهذا الاتجاه عدة تشريعات كالفرنسي و الألماني والروسي و العراقي، فمثلا عن قانون العقوبات الدولي الذي نص على كل سلوك على حدى باعتباره جريمة مستقلة عن الأخرى في المسؤولية و العقاب حيث يمكن أن تقوم أحدهما دون الأخرى.

هذا النظام لم يسلم بدوره من النقد حيث اعتبره الفقيه الغربي "جارو" مخالف للفعل والمنطق على اعتباره أن الراشي والمرششي طرفان في جريمة واحدة، هذا النظام يقسم واقعة واحدة إلى جريمتين مستقلتين.⁵

¹ ظهر ذلك في عدة مواد مثل 27،30،24 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته.

² محمد احمد غانم، مرجع سابق، ص 166.

³ فادية قاسم بيضون، مرجع سابق، ص122.

⁴ علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 21.

⁵ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 169.

وأمام عدم رجوع أي من النظامين فقد ثار خلاف فقهي كون أن الأخذ بأي نظامين يؤدي لعدة نتائج هي:

- إن الأخذ بمبدأ ثنائية الرشوة قد يؤدي أحيانا إلى اعتبار أحد الأطراف شريك في الجريمة رغم أنها غير تامة ولم تقع فعلا سواء بالنسبة للمرتشي أو الراشي.
- إن الأخذ بمبدأ وحدة الرشوة قد يؤدي إلى تشجيع انتشار هذا السلوك و يخدم السياسة الجنائية التي تهدف إلى الرجوع و التي لا يجب بأي حال من الأحوال أن ننتظر وقوع الجريمة تامة بل يجب أن تمتد للسلوكيات الممهدة لها.

لذلك ولحل هذا الخلاف الفقهي يتعين الرجوع لتشريعات العقابية ولمبدأ المشروعية الذي ينص على أنه لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن من بغير قانون فمتى كان السلوك شكل جريمة في نظر القانون العقابي الداخلي استحق فاعله العقاب. فمثلا في التشريع الجزائري نصت المادة 25 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته على الأخذ بمبدأ الثنائية حيث نصت الفقرة الأولى على الجريمة الايجابية التي يقوم بها الراشي مباشرة أو غير مباشرة وسواء تمت الجريمة أم لا، وفي الفقرة الثانية على الجريمة السلبية التي يقوم بها المرتشي سواء أخذ المقابل أو اقتصر على طلبه.

الفرع الثالث

أركان جريمة الرشوة

لقد بينا من خلال ما تقدم أن الرشوة هي اتجاه الموظف العام بوظيفته بأن يطلب أو يقبل أي عطية أو هدية أو وعد يعرض عليه لأداء عمل ما من أعماله أو الامتناع عنه أو الإخلال به.

فهي تشمل كل استغلال يقوم به الموظف لامتيازات وظيفية في سبيل تحقيق مصالحه الخاصة على حساب المصلحة العامة.

ومن خلال التمعن في مفهوم الرشوة يجد أنها تشمل على ثلاث أركان وليس ركنين فقط كغيرها من الجرائم، يتعلق الأول بالصفة الخاصة بالمرتشي الذي يجب أن يكون موظف عاما لقيام هذه الجريمة، وركن مادي يتمثل في الطلب أو القبول أو الأخذ لمقابل لقاء القيام بالعمل أو الامتناع عنه، ركن معنوي يتمثل في القصد الجنائي، الذي لا بد أن يتوافر لدى الموظف العام.

وسنتناول كل هذه الأركان الثلاث لنقف على الإطار القانوني لهذه الجريمة، وهنا نشير إلى أن هناك من يرى أن جريمة الرشوة لا تقتصر فقط على هذه الأركان ويضيفوا ركناً رابعاً كونها تشمل مساهمة أشخاص آخرين مع الراشي والمرتشي ويصطلحون على تسميتهم بالمساهمة التبعية، لذلك سوف نتطرق لهذا الأخير ضمن الأركان.

أولاً: الركن المفترض

إن جريمة الرشوة من جرائم ذوي الصفة الخاصة التي اشترط القانون لقيامها أن تتوفر في فاعلها صفة معينة وهي صفة الموظف العام المختص بالعمل الذي سيتلقى مقابل للقيام به أو الامتناع عنه، فهذه الجريمة تتطلب إلى جانب توافر الأركان الأساسية المتعود عليها لصفة العمومية للفاعل بالإضافة للاختصاص، ويعتبر هذا الركن أيضاً مفترضا في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية (المادة 27) لذلك وقبل دراسة هذا الركن لابد أولاً من تحديد مفهوم الموظف العام وشروطه لنستطيع بذلك رسم الحدود القانونية و المعالم الكبرى لهذه الجريمة من خلال التطرق لتعريفه فقهاً و قانوناً و قضاءً ثم لفئاته ثم لاختصاصاته.

1- التعريف الفقهي للموظف العام

لقد اهتم فقهاء القانون الإداري بتعريف الموظف العام تعريفاً محدداً أكثر من تعريفه في القانون الجنائي الذي يعتبر تعريفه موسع يهدف من خلاله المشرع لحماية الثقة العامة و المصلحة العامة قدر الإمكان حيث اقتضى ذلك معاقبة أشخاص يقدمون خدمات عامة حتى وإن كانوا لا يعتبرون موظفين عموميين في نظر القانون الإداري.¹

وقد وردت تعريفات عديدة للموظف العام في الفقه الإداري حيث اعتبروه أحياناً من عمال المرافق العامة، و أحياناً أخرى من الأشخاص الخاضعين في علاقتهم مع الدولة لأحكام القانون العام و أحياناً كل من يتقاضى أجراً من الخزينة العامة للدولة.²

لقد اهتم الفقه الفرنسي بتعريف الموظف العام و انقسم إلى اتجاهين، الأول من أنصار الفقيه " هوريو " الذي عرفه بأنه: " شخص معين من طرف السلطة العامة في مرفق عام تديره الدولة أو الإدارات العامة الأخرى أي كانت صفته".³

¹ علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 28.

² نوفان العجرامة، سلطة تأديب الموظف العام - دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، الطبعة الأولى 2007، ص 29.

³ HAURIO MOURICE, *précis élémentaire de droit administratif*, Paris , 1925 , p 274.

ومن خلال استقراء هذا التعريف نجد أنه موسع فلا يقتصر على الموظف العام فقط بل ينطبق على مستخدم أو عامل أو مساعد في المرافق العامة وهذا ما يتضح من خلال عبارة أي كانت صفته.

هذا وعرفه أيضا الفقيه " رولان " بأنه الشخص الذي يشغل إحدى الوظائف في الإدارات الدائمة للمنشأة لضمان السير المنظم للمواقف العامة.¹

من خلال هذا التعريف نجد أن الموظف العام كل من يساهم في إدارة المرافق العامة وبصفة دائمة فهو يشترط استمرارية الشغل للوظيفة.

أما الاتجاه الثاني في الفقه الفرنسي فمن أنصاره " دي لوبادير " الذي عرف الموظف العام بأنه كل من يتولى وظيفة دائمة داخل المرفق العام،² وقد اشترط أيضا الأستاذ " بيكمال " وهو من أنصار هذا الاتجاه ضرورة توافر عناصر ثلاث في الشخص حتى يمكن اعتباره موظف عام هي:³

- أن يشغل وظيفة إدارية.
- أن تكون هذه الوظيفة دائمة.
- التثبيت في درجة من درجات السلم الإداري.

باستقراء الاتجاهين السابقين نجد أن الاتجاه الثاني الذي نادى به الفقهاء المعاصرين يعتبر أكثر تحديد كونه ربط مفهوم الموظف العام بشروط أساسها الدوام في الوظيفة و التثبيت.

هذا وقد عرف أيضا بأنه: " كل من يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة، أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى، بالطريق المباشر"،⁴ أو " كل من يعهد إليه بشكل دائم في خدمة مرفق عام يديره أحد أشخاص القانون العام".⁵

¹ ROLAND HONIS, **précis de droit administratif**, Paris 2eme édition, 1928, p56.

² DE LAUBADEVE ANDRE, **manual de droit administratif**, Paris 4 eme édition, 1955, p250-351.

³ PIQUEMENAL MARCEL , **le fonctionnaire droit et garanties**, Paris, 1973, p50.

⁴ محمود عاطف البنا، مبادئ القانون الإداري، أساليب النشاط الإداري ووسائله، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1979 ، ص 98.

⁵ فؤاد العطار، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1979 ، ص 429. -سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص 429.

إن هذه التعريفات تعتبر أيضا من التعريفات الموسعة لم تقيّد مفهوم الموظف العام بشروط معينة مكتفين بدوام الوظيفة لدى الدولة إلى أحد مرافقها وهذا ما يوسع من المفهوم وبالتالي من الحماية الجزائية المقررة ضد جريمة الرشوة.

ومن التعريفات أيضا من يعتبر الموظف العام " كل شخص يساهم في عمل دائم في مرفق عام تديره الدولة أو غيرها من الوحدات الإدارية، بأسلوب الاستغلال المباشر، و تكون مساهمة في ذلك العمل عن طريق إفساد المشروع لوظيفة ينطوي على قرار بالتعيين من جانب الإدارة.¹ من خلال استقراء هذا التعريف نجد أنه يحاول أن يحدد مفهوم الموظف العام أكثر من سابقه حيث يرى بضرورة توافر جملة من الشروط القانونية اللازمة هي:

- ديمومة الوظيفة.
- الخدمة في مرفق عام لدى الدولة سواء مباشرة أو بطريقة غير مباشرة.
- صدور قرار قانوني بتعيين الموظف.

يتضح لنا من خلال التعريفات الفقهية السابقة صعوبة وضع تعريف مانع وجامع لمفهوم الموظف العام نظرا لاعتباره من المفاهيم المرتبطة بأركان الوظيفة العامة التي لها معطيات ومعالج مختلفة باختلاف الأنظمة السياسية والاجتماعية والاقتصادية داخل المجتمعات لذلك يمكننا أن نقول أن الموظف العام هو كل من يشغل وظيفة عامة في مرفق عام بشكل دائم أو مؤقت مدار من الدولة أو أحد أشخاص القانون العام بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

2-التعريف القانوني للموظف العام

إن الناظر لمختلف التشريعات القانونية التي تنظم الوظيفة العامة و الموظف العام لا يجد تعريفا للموظف العام موحد وجامع لكل عناصره الأساسية، حيث يهتمون بوضع أطره القانونية تاركيين التعريف للفقه و القضاء.

فالقانون الإداري ينظر للموظف العام نظرة تتغير بتغير المفاهيم السائدة داخل المجتمعات ويتفق على اعتباره " كل شخص عهد إليه القانون بأداء عمل في مرفق عام تملكه الدولة أو شخص معنوي عام على نحو من الانتظام و الاعتياد في مقابل راتب معين".²

¹ توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1955، ص 467.

² محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 176.

الملاحظ على هذا التعريف أنه تعريف ضيق يهتم فقط بالجانب الإداري وكفالة الحماية الإدارية لكنه لا يواكب متطلبات الحماية الجزائية من الرشوة التي تقتضي توسيع التعريف ومدّه لكل من يعمل في مرافق الدولة سواء بشكل دائم أم لا وسواء كان المقابل راتب شهري أو أي مقابل آخر.

بما أن هذه الفئة أيضا يمكنها استغلال الوظيفة لحسابهم الخاص و ارتكاب جريمة الرشوة والقول بالتعريف السابق يؤدي إلى إسقاط صفة الموظف العام التي تعتبر الركن المفترض لقيام الجريمة واستحقاق العقاب.

أما التشريعات في مختلف الدول كالتشريع الفرنسي أو الجزائري فلم يضعوا تعريفا واضحا للموظف العام ومباشرا بل تطرقوا للأمر بطريقة غير مباشرة فمثلا المشرع الفرنسي نص في المادة 2 من قانون التوظيف العام رقم 16 لسنة 1984 على أن: " تسري أحكام هذا الباب على الأشخاص المعيّنين بوقت كامل لشغل وظيفة دائمة و مرتب في درجة في الهرم الوظيفي لدوائر الدولة المركزية و المرافق الخارجية التابعة لها أو في مؤسسات الدولة العامة.¹

إن هذه المادة لم تتضمن تعريفا للموظف العام بل شروط لا بد أن تتوفر في الشخص لقيام هذه الصفة و هي:

- ديمومة الوظيفة.
- الخدمة في مرفق عام و إداري.
- التثبيت في السلم الإداري.

فمتى توافرت هذه الشروط في الشخص اعتبر موظفا عاما وركنا مفترضا لقيام جريمة الرشوة، وهذا ما سار عليه القضاء الفرنسي أيضا حيث اعتمد مجلس الدولة الفرنسي على رأيه معايير لتحديد مفهوم الموظف العام هي:²

- طبيعة الشخصية القانونية التي يتمتع بها المرفق.
- طبيعة المهام المسندة إلى الشخص.
- طبيعة نشاط المرفق.
- طبيعة العلاقة الموجودة بين الشخص والمرفق.

¹ المادة 2 من القانون رقم 84/16 الصادر في 11/01/1984 المتعلق بالتوظيف العام.

² MERCI . J, litiges avec le personnel et compétence administratif dans la jurisprudence récente du conseil d'état , E.D.C.T, 1953, p36 .

فبالنسبة للمعيار الأول يشترط على الشخص ليطمتم بصفة الموظف العام أن يعمل في إحدى المرافق المسيرة من قبل أشخاص قانون العام ووفقا للقواعد القانونية السائدة في الدولة، أما المعيار الثاني فإنه يوسع من هذه الصفة لتشمل كل الأشخاص الذين يسيرون المرافق الاقتصادية والتجارية كالمدرء والمحاسبين باعتبارها الوظائف التي يباشرونها والمعيار الثالث الذي يركز على طبيعة نشاط المرفق متى توافرت هذه الصفة في الأشخاص الموظفين في المصالح التي تسير وفقا لقواعد القانون الخاص.¹

أما المعيار الرابع و الأخير فالهدف منه البحث في طبيعة العلاقة بين الشخص و المرفق بعد توفر الشروط السابقة وذلك لأن تحديد هذه الطبيعة يترتب عليه جملة من النتائج يمكن إجمالها فيما يلي:²

- الموظف العام يعين وفقا لقواعد السلطة العامة مما يجعله في وضعية تنظيمية .
- الموظف العام يشغل منصب دائم في المرفق العام.
- الموظف العام تختلف حقوقه وواجباته عن العامل فهو مقيد أكثر منه.

أما المشرع الجزائري فهو أيضا لم يعرف الموظف العام في المرسوم رقم 85-89 المتضمن القانون الأساسي لعمال المؤسسات و الإدارات العامة و اكتفى بتحديد القواعد العامة التي تخضع لها هذه الفئة حيث جاء في المادة 2 من المرسوم السابق تحديد هذه الفئات وهي:

- المصالح التابعة للدولة والمؤسسات والأجهزة والمنظمات الجماهيرية التابعة لحزب جبهة التحرير الوطني.
- الجماعات المحلية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها.
- مصالح المجلس الشعبي الوطني و المجلس الأعلى للمحاسبة.
- الهيئات العمومية الخاصة لقواعد المحاسبة العامة.
- رجال القضاء باستثناء قواعد التعيين و النقل و الترفيه و الانضباط.

لكنه في القانون رقم 66-133 الصادر في 1966 المتضمن الوظيفة العامة حاول تعريفه حيث نص في المادة الأولى: على " يعتبر موظفين عموميين الأشخاص المعيين في وظيفة دائمة، الذين رسموا في درجة من درجات التدرج الوظيفي في الإدارات المركزية التابعة للدولة،

¹ كمال رحماوي، تأديب الموظف العام في القانون الجزائري، دار هومة ، الجزائر ، 2004 ، ص 22.

² المرجع السابق، ص 23.

وفي المصالح الخارجية التابعة لهذه الإدارات المركزية وفي الجماعات المحلية و كذلك في المؤسسات والهيئات العامة.¹

إن هذه المادة بدورها لم تعرف الموظف العام بل حددت الشروط الواجب توافرها فيه كغيرها من التشريعات وركزت على الوظيفة و تبعيتها للدولة و التثبيت فيها، حسب هذه المادة فالموظفين المتربصين الذين لم يثبتوا في الوظيفة يكونوا بمنى عن الحماية الجزائية لجريمة الرشوة.

من خلال ما تقدم نلاحظ غياب تعريف تشريعي جامع مانع للموظف العام في أغلب التشريعات كالتشريع الفرنسي و الجزائري، وإن وجدت في بعض منها كالتشريع الأردني،² فإنها لا تعتبر تعريفات بل مجرد تحديد لفئات الموظفين العموميين و الشروط الواجب توافرها فيهم.

لذلك يمكن القول أن الموظف العام هو كل من شغل وظيفة عامة لدى الدولة أو إحدى مؤسساتها وينوب عنها في إدارة المرافق العامة وتقديم الخدمات للأفراد، فهذا التعريف لا يتضمن شرط ديمومة الوظيفة أو المقابل لمحاولة تجنب كل الانتقادات الموجهة للتعريفات السابقة ولمحاولة توسيع مجال الحماية الجزائية و تجنب إفلات المجرمين من العقاب تحت ظل ضيق النص القانوني المحدد لمفهوم الموظف العام.

3- شروط الموظف العام

من خلال التعريفات السابقة يتضح لنا أنه لا بد لكي يعد الشخص موظفا عاما أن تتوفر جملة من الشروط على رأسها:³

3-1- المساهمة المباشرة في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو احد أشخاص القانون

العام:

حتى يكتسب الشخص صفة الموظف العام يتعين أن يعمل في مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، و المرفق العام هو " كل مشروع تنشئه الدولة يعمل باضطراب و انتظام تحت إشرافها وسلطتها أو الهيئات التابعة لها بقصد أداء خدمة للجمهور مع خضوع

¹ المادة الأولى من المرسوم 66-133 السابق.

² المادة 169 من قانون العقوبات الأردني رقم 66-1960 التي جاء فيها: " موظفا بالمعنى المقصود في هذا الباب (باب الجرائم التي تقع على الإدارة العامة) كل موظف عمومي في السلك الإداري أو القضائي وكل ضابط من ضباط السلطة المدنية أو العسكرية أو فرد من أفرادها، وكل عامل أو مستخدم في الدولة أرقه في إدارة عامة...".

³ سعيد مقدم، الوظيفة العمومية بين التطور و التحول من منظور تسيير الموارد البشرية و أخلاقيات المهنة، ديوان المطبوعات الجامعية، (د.ب.ن)، 2010، ص15.

القائمين بإدارته لضوابط وقواعد قانونية محددة و مجموعة من اللوائح التي تهدف لخدمة الجمهور بقدر من المرونة و السرعة ووضوح المخالفين لها تحت وطأة الجزاءات التأديبية.¹ يتضح لنا من خلال تعريف المرفق العام السابق أن الأشخاص الذي يعمل في مرفق خاص أو مشروع خاص لا يتخذون وصف الموظف العام، كذلك الأشخاص الموظفين في الشركات المساهمة لأنها لا تعتبر من أشخاص القانون العام ولا تديرها الدول مباشرة.²

3-2- أن يكون عمل الموظف بصفة دائمة:

إن صفة الموظف العام تثبت لكل من يشغل الوظيفة العامة بصفة دائمة و مستمرة حيث يرسم فيها وينقطع و يتفرغ للخدمة فيها، لذلك تنتزع هذه الصفة على كل من يشتغل في المرفق العام بصفة مؤقتة كالعمال الذين نستعين بهم لإتمام أشغال مؤقتة.³ نفهم من هذا الشرط أن العلاقة بين الموظف العام و الإدارة لا بد أن تكون تنظيمية وليس تعاقدية و أن أي صورة للتعاقد تؤدي إلى انتقاء الصفة.

3-3- أن يكون الموظف معينا بأداة قانونية سليمة:⁴

حتى يعتبر الشخص المعين في مرفق عام بصفة دائمة موظفا عاما لا بد أن يتم تعيينه بطريقة قانونية سليمة كالمسابقات و الامتيازات على أساس المؤهلات و الخبرات و غيرها من الشروط الشكلية للتعيين، أي أن تعيينه لا بد أن يتم بموجب قرار إداري سليم مستوف كل الشروط القانونية اللازمة و إلا اعتبر قرار معيبا عديم المآثر يترتب عليه البطلان.

من خلال ما تقدم بينا الشروط الأساسية التي لا بد من توافرها لاكتساب صفة الموظف العام وقد رأينا غياب الحديث عن الأجر أو المقابل بينهما لأنه لا يعتبر شرطا ضروريا لاكتساب الصفة كما لم يتم تحديد طبيعة العمل الذي يقوم به الشخص فالمهم استثناء الشروط، و نلاحظ أنه لا يجب التشديد في الشروط لأن ذلك كما سبق القول يتعارض مع مقتضيات الحماية الجزائية الفعالة التي تقتضي توسيع المفهوم لتتماشى مع الهدف من السياسة

¹ بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 18-، -19 سعد نواف العنزي، النظام القانوني للموظف العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 29.

² سعد نواف العنزي، مرجع سابق، ص 30.

³ بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 20.

⁴ المرجع السابق ص 20-21.

الجنائية و المتمثل في الردع للحد من سلوكيات الرشوة لاسيما في مجال الصفقات العمومية باعتباره من صور الفساد الإداري.

4- فئات الموظف العام¹:

كان لزاما لخدمة الحماية الجزائية وضمان فعاليتها توسيع المفهوم التشريعي للموظف العام عند الحديث عن جريمة الرشوة و الجرائم اللاحقة بها لذلك ألحقت به فئات أخرى يعتبرون في حكمه من أجل تفعيل القواعد القانونية الخاصة بالفساد الإداري ووضعها موضع تنفيذ، وهذه الفئات هي:

4-1- الموظف الحكمي:

إن الموظف الحكمي هو كل من اعتبره المشرع في حكم الموظف العام الحقيقي في جريمة الرشوة على الرغم من أنه لا يعد كذلك وفقا للمفهوم الإداري الدقيق.²

ومن الفئات التي اعتبرت في حكم الموظف نذكر ما يلي:³

- المستخدمون في المصالح التابعة للدولة أو الموضوعة تحت رقابتها.
- أعضاء المجالس النيابية العامة أو المحلية.
- المكلفون بخدمة عامة سواء بالانتخاب أم التعيين.
- ضباط السلطة المدنية أو العسكرية.
- المكلفون بخدمة رسمية كمساعدي القضاة و الحراس القضائيين و المحامون.

فكل هذه الفئات وإن لم يكونوا موظفون عموميين وفقا للمفهوم الإداري السابق بيانهم إلا أنهم موظفين حكمين يخضعون لأحكام جريمة الرشوة وهذا يدخل في باب تفعيل الحماية الجزائية وبسطها على أكبر مجال ممكن.

4-2- الموظف الفعلي:⁴

¹ سعيد مقدم، مرجع سابق، ص 17.

² علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، 31 - محمد احمد غانم، مرجع سابق، 177 - بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 22.

³ بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 23.

⁴ هاشمي خرفي، الوظيفة العمومية على ضوء التشريعات الجزائرية و بعض التجارب الأجنبية، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 93.

إن كل شخص يشغل منصب الموظف العام ولم يصدر قرار بتعيينه أو صدر لكنه يشوبه عيب يستوجب البطلان يعتبر موظفا فعليا يخضع للنصوص القانونية المنظمة لجريمة الرشوة لحماية المصالح والأعمال التي قام بها على رأس الوظيفة العامة وما ترتب من آثار وحقوق.¹ فالعبرة هنا في إعمال أحكام الرشوة ليس بالتعيين بل بالعمل الوظيفي، متى قام الشخص به أعتبر موظفا عاما يخضع للتأديب عند إخلاله به و للعقاب عند ارتكابه جريمة من الجرائم الماسة بالمصلحة العامة كجريمة الرشوة.

إذن نخلص مما سبق أنه يتعين علينا الأخذ بالمفهوم الجنائي للموظف العام بدلا من الإداري من أجل ضمان فعالية السياسة الجنائية و تحقيق الردع وهذا ما يجعلنا ندخل عدة فئات داخل هذا المفهوم على النحو السابق بيانه.

5- اختصاص الموظف العام:

إن توفر الشروط السابقة بيانها لا يكفي للتمتع بصفة الموظف العام بل لا بد لذلك من اختصاص الموظف بالعمل الذي طلب منه أداءه مقابل ما سيتحصل عليه من الرأشي سواء كان ذلك حقيقيا أو مزعوما².

مما لا شك فيه أن الأصل في الاختصاص لا بد أن يكون القانون أو أي نص لائحي تنظيمي كما يمكن أن يكون الجهة الإدارية التي تعين فيها الموظف بموجب قرار إداري، وهذا لا ينفي أن يكون مصدر الاختصاص هنا تكليف شفوي من الرئيس المختص للموظف.³ من خلال ما تقدم يتضح لنا أن مجال الاختصاص واسع أيضا وهذا ما يخدم الحماية الجزائية التي يمكن فرضها على أبعد الحدود حيث يمكن متابعة الموظف العام بجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية بناء على الأعمال التي يطلب منه أدائه والتي لها علاقة مباشرة أو غير مباشرة بالوظيفة التي أوكلت له بموجب القانون أو التنظيم أو تكليف من الرئيس، فالمهم هنا أن يكون هو وحده المختص بتقديم الخدمة التي يسعى لها الرأشي أو له جزء من الاختصاص بغض النظر عن مصدر ذلك الاختصاص.

و لزيادة فعالية الحماية الجزائية من الفساد الإداري فقد لجأت أغلب التشريعات إلى المساواة بين أنواع الاختصاص على النحو الآتي:¹

¹ علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 33.

² شريف طه، مرجع سابق، ص 10.

³ علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 35.

- المساواة بين الاختصاص الكلي و الاختصاص الجزئي بالعمل أو الخدمة التي يسعى المرتشي للحصول عليها مقابل ما سيدفعه للراشي ويكفي لقيام جريمة الرشوة أن يكون اختصاصه قادرا على التأثير على النتيجة.
- المساواة بين الاختصاص الكلي و الإدعاء بذلك حيث تقوم جريمة الرشوة حتى ولو كان الموظف العام يدعي اختصاصه بالعمل للحصول على مقابل حتى لو كان ذلك مجرد إدعاء مزعوم دون وجه حق مادامت هناك علاقة بين عمله و العمل المراد على نحو يمكن معه إقناع الراشي بقدرته على تسهيل الخدمة أو الحاجة.

من خلال ما تقدم نخلص إلى أنه لقيام جريمة الرشوة لا بد من توافر الركن المفترض و المتمثل في صفة الموظف العام من الناحية الجنائية وليس الإدارية التي تأخذ بالمفهوم الواسع و تضيفي هذه الصفة على كل شخص يشغل وظيفة عامة لدى الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة وكل من يعد في حكمه سواء صدر قرار معين بتعيينه أو انتحل الصفة ففي كل الأحوال الجريمة قائمة بهدف بسط الحماية الجزائية على أوسع الحدود و تحقيق الهدف من السياسة الجنائية التي ترمي للردع و الحد من انتشار الفساد الإداري.

ثانيا: الركن المادي

إن جريمة الرشوة كغيرها من الجرائم لا بد أن تتوافر على ركن مادي يتمثل في قيام الموظف العام بأخذ أو قبول أو طلب مقابل للقيام بأعمال تدخل في نطاق وظيفته أو الامتناع عنها² فهذه الأفعال سواء كانت منفردة أو مجتمعة تكفي لقيام الجريمة في مجال الصفقات العمومية.

فالنشاط الإجرامي في جريمة الرشوة نشاط مشترك يتضمن الأخذ والعطاء من جهة والوعد من جهة أخرى والطلب أيضا، فكل ما يقع على العمل الوظيفي في أي مرحلة لإبرام الصفقات العمومية الذي يقدمه الموظف كمقابل تعتبر سلوكا إجراميا في جريمة من جرائم الفساد الإداري وهي الرشوة في مجال الصفقات العمومية، وهذا ما أخذت به معظم التشريعات القانونية لمكافحة الفساد بما فيها التشريع الجزائري حيث جاء في المادة 27 من قانون الوقاية

¹ المرجع السابق، ص 36-37.

² محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 180- بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 104.

من الفساد و مكافحته ما يلي: " كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة....".

فالركن المادي لجريمة الرشوة يشمل عنصرين هما:

1- النشاط الإجرامي:

فالنشاط الإجرامي المكون للركن المادي في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية يتخذ صور ثلاثا، نبين كل منها فيما يلي:

1-1- الطلب:

إن الطلب الذي يعتبر صورة من صور النشاط الإجرامي المشكل للركن المادي لجريمة الرشوة يشمل كل تغيرات تصدر عن الإرادة المنفردة للموظف العام إما إيجابا لصاحب الحاجة ولو لم يقترن بقبول كمقابل لأداء العمل الوظيفي أو مستعمليه، فالجريمة واقعة ولو رفض الطرف الآخر الاستجابة لطلبات الراشي.¹

فكل موظف عمومي يطلب مقابل لأداء خدمة من أعمال وظيفته في مجال الصفقات العمومية لنفسه أو لغيره وسواء بطريقة مباشرة أو عن طريق التلميح أو التعطيل وغيرها من الأساليب غير المباشرة للابتزاز سواء بمناسبة التحضير للصفقة أو بإجراء مفاوضات الإبرام أو التنفيذ فالعبرة تشمل أكبر مجال ممكن من التجريم و العقاب، فالهدف هو الحد من الفساد الإداري، وليس معاقبة الموظف فالردع أهم من العقاب.

وتسليم المقابل عن العمل الوظيفي للموظف العام ليس من أركان جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية بل هو من آثارها القانونية.²

والطلب الذي يقوم به الموظف العام لا يشترط فيه أية شروط قانونية أو شكلية فقد يكون شفاهيا أو كتابيا أو صرامة أو ضمنا حيث تتحدد مسؤوليته حسب وقائع و ظروف كل دعوى على حدى وبحسب قيام الركن المعنوي من عدمه كما سنرى لاحقا.³

يتضح من خلال ما تقدم ضرورة توسيع مفهوم النصوص العقابية وعدم تقديمها لأن ذلك يهدف إلى تفعيلها و جعلها متماشية من التطور الحاصلة في المجتمع المعاصر وانعكاساتها

¹ علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 41.

² محمد خالد المهاني، مرجع سابق، ص 173.

³ بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 108-حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص، الإسكندرية، 1978، ص 27.

السلبية وما ولدته من صورة متعددة للفساد الإداري، فتوسع التجريم في مجال الصفقات العمومية يعتبر خطوة فعالة للحد من السلوكيات الإدارية السيئة التي أصبحت اليوم من مقتضيات الحياة في الإدارة.

1-2-القبول:

يتحقق أيضا النشاط الإجرامي المكون للركن المادي لجريمة الرشوة في حالة القبول الذي يفترض صدور إيجاب من الراشي يتعهد فيه بتقديم هدية أو أي منفعة كانت للموظف العام مقابل منفعة ترتبط بأداء عمله الوظيفي أو الامتناع عنه.¹

و يشترط لصحة القبول أن يكون مطابقا للعرض وأن يكون جديا صادر عن إرادة خالية من العيوب و مدركة وواعية أن ما يقوم به هو متاجرة بالوظيفة على حساب المصلحة العامة،² فلو انتفى العرض الجدي فالجريمة لا تقوم إذا كان الهدف هو الهزل أو الإيقاع بالراشي، و الجدية تبقى قائمة سواء تم التعبير شفويا أو كتابيا، و صراحة أو ضمنا وفي هذه الحالات لا بد من إعمال القواعد العامة للإثبات في المواد الجنائية.³

فجريمة الرشوة تقوم في حق الموظف العام متى تحققت علة التجريم وهي إهدار الثقة في الوظيفة العامة و نزاهتها، ووقت حصولها وقت القبول وليس التنفيذ، ويستوي في ذلك أن تنفذ أم لا.⁴

يتضح من خلال ما تقدم أيضا أن القبول أخذ فيه بالمفهوم الموسع تماشيا مع السياسة الجنائية فهو لا يشترط تنفيذ الجريمة بعد ذلك، فالمهم هو الرضى على القيام بها وبأي طريقة قبل بها الموظف، ويبقى أمر الإثبات متروكا للمبادئ العامة السائدة في القانون الجنائي كتفسير الشك لصالح المتهم الذي يعتبر برئ حتى تثبت إدانته.

1-3-الأخذ:

إن الأخذ هو أكثر النشاط الإجرامي تكوينا لجريمة الرشوة و أكثرها انتشارا و شيوعا في المجتمع الإداري وهو يتحقق باستلام الموظف العام أو انتفاعه بالمقابل للعمل الوظيفي الذي

¹ علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 42- محمد احمد غانم، مرجع سابق، ص 182

² فادية قاسم بيضون، مرجع سابق، ص 40.طنطاوي حامد إبراهيم، جرائم الاعتداء على الوظيفة و المال العام- الرشوة والتريح، المكتبة القانونية، الطبعة الأولى، 2000 ص 91.

³ علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 44

⁴ محمد احمد غانم، مرجع سابق، ص 182-183.

سيؤديه أو يتمتع عنه، وهذه الصورة ترد مباشرة على المقابل سواء سبقت بالوعد أو لا، وقد وصفت بأنها من الصور السابقة كون الجريمة فيها تامة حيث يقبض الموظف المقابل المتفق عليه لذلك اصطلاح على تسميتها بالرشوة المعجلة.¹

فهذه الصورة تشكل حقيقة اتجار بالوظيفة العامة ويظهر فيها الفساد الإداري بشكل واضح ضاربا بذلك بكل المبادئ أو القيم و الأخلاق في المجتمعات، ولا فرق عنها في أن يؤخذ الموظف العام المقابل بنفسه أو عن طريق شخص آخر يتوسط بين الطرفين وسواء كان له أو لغيره.²

و الأخذ المكون للركن المادي لجريمة الرشوة يتحقق بانتقال حيازة المال من الراشي إلى المرتشي بنية تملكه سواء كان التسليم حقيقا أو فعليا بوضعه تحت تصرفه، إذا كان المقابل مادي أما إذا كان منفعة أو خدمة أخرى فيتم التسليم بتمام المنفعة.³

فالأخذ كغيره من الوقائع المادية يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات التي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي، ولكن رغم ذلك هناك اختلافا فقهي حول مدى صحة الإجراءات التي يقوم بها رجال الضبط القضائي لاستدراج الموظف العام وإيقاعه في جريمة الرشوة لإثباتها، حيث ذهب جانب من الفقهاء إلى صحة هذا الإجراء لأنه يهدف للكشف عن سلوك إجرامي موجود فعلا لدى الموظف، لكن انتقد هذا الرأي على أساس أنه لا يكشف سلوكا قائما كحيازة السلاح دون ترخيص و لكنه يشارك في خلق السلوك الإجرامي و تكوينه وهذا ما يخالف المبادئ العامة كونه يعد من قبل الترخيص على ارتكاب الجريمة.⁴

أما الاتجاه الثاني فيرى عدم جواز هذا الإجراء وإن وقع يقع باطلا لأنه يخالف المبادئ العامة ويؤدي إلى خلق السلوكات الإجرامية فضلا عما يرتبه من إيقاع بالأشخاص ودفع لارتكاب الجرائم.⁵

وإن كان الاتجاه الغالب و الراجح فقها هو الاتجاه الثاني الذي يؤخذ ببطلان هذا الإجراء، إلا أننا نرى أنه لا يوجد مانع من القيام بمثل هذه الإجراءات من قبل رجال الضبط

¹ محمد خالد المهاني، مرجع سابق، ص 173 - 174.

² بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 105.

³ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 181.

⁴ بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 106.

⁵ المرجع السابق، ص 106.

القضائي لأنها لا تستهدف أشخاص عاديين بل تأتي بعد التأكد من أخلاق الموظف العام ومن قيامه الفعلي بمثل هذه السلوكات الإجرامية و المراد منها هو الإثبات فقط لذلك يمكن اعتبارها من قبل الضبط الوقائي على ارتكاب الجرائم و الذي يتماشى مع الحماية الجزائية لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية و التوسيع في مثل هذه الإجراءات تخدم السياسة الجنائية. وقد أخذت معظم التشريعات بهذه الصور للركن المادي لجريمة الرشوة كالتشريع الجزائري في قانون الوقاية من الفساد و مكافحة في المادة 27 حيث جاءت فيها: " كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره، بصفة مباشرة أو غير مباشرة" وهذه المادة تطبق على الرشوة في مجال الصفقات العمومية وفي أي مرحلة من مراحل إبرامها بدءا بالتحضير ووصولاً للتنفيذ، وهذا ما جاء أيضا في المادة 25 من ذات القانون فقرة 2 حيث جاء فيه: " كل موظف عمومي طلب أو قبل، بشكل مباشرة أو غير مباشر مزية مستحقة سواء لنفسه أو لصالح شخص آخر، لأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته".

والمادة الثانية أعم لأنها تخص الرشوة بصفة عامة ولا تقتصر على الصفقات العمومية كالمادة 27.

بعد أن بينا من خلال ما تقدم الصور الثلاث للسلوك الإجرامي المكون للركن المادي لجريمة الرشوة ورأينا كيف أن التوسيع في المفهوم يتماشى مع الهدف من السياسة الجنائية والمتمثل في الردع و الحد من الانتشار السريع للفساد الإداري ولاسيما في مجال الصفقات العمومية نظرا لكونها تنصب على المال العام الذي يعتبر محل نظر من طرف أصحاب النوايا السيئة الذي يحاولون استغلاله لتحقيق الثراء الفاحش والمصالح الخاصة.

2-مقابل الرشوة أو محل النشاط الإجرامي:

بعد أن بينا الشق الأول من الركن المادي لجريمة الرشوة و المتمثل في النشاط الإجرامي سنحاول الآن الإحاطة بالشق الثاني و المتمثل في محل النشاط الإجرامي، حيث يتضح من خلال العناصر السابق دراستها أن المحل هو المقابل الذي سيتلقاه الموظف العمومي لقاء أدائه لعمله الوظيفي أو امتناعه عن القيام به و لأي إخلال بواجباته. والمحل هنا قد يكون هدية أو مال أو وعدا أو خدمة أو أية منفعة كانت المهم أن تكون مقابل للعمل الوظيفي الذي يرجوه الراشي.

فالمقابل في جريمة الرشوة قد يكون مادي كالنقود والشيكات أو سداد دين أو دفع مصرفي أو فتح اعتماد، كما قد يكون معنوي يؤدي إلى تحسين حالته عن ما كانت عليه قبل أو

ترقية احد أقاربه أو إعارته أي شيء يستفيد منه ثم يعيده، كما أن المنفعة قد تكون غير مشروعة أو مخالفة للقانون.¹

ولقد ذهب جانب من الفقهاء إلى ضرورة توافر التناسب بين المنفعة والعمل المرجو لقيام الجريمة، في حين ذهب البعض الآخر إلى عدم جواز تقييد ذلك وترك المسألة للسلطة التقديرية للقاضي ليحكم على توافر أركان الجريمة من عدمه من خلال الظروف والوقائع،² بالإضافة للشروط السابقة الواجب توافرها في المقابل ليكون كالنشاط الإجرامي المكون للركن المادي لجريمة الرشوة، فلا بد من توافر علاقة سببية بين المقابل و العمل الوظيفي المرجو من الموظف العام الذي يقوم به مخالفة للقانون ولواجبات الوظيفة العامة سواء تمثل ذلك في القيام بعمل داخل في اختصاصاته أو ليتغاضى عن بعض الأمور فيها، أو القيام بعمل مناف للوظيفة وسواء كان بغرض تسهيله أو تأخيرها أو إهماله.³

يتضح من خلال ما تقدم أن محل النشاط الإجرامي أيضا لم يتم تقيده بشروط خاصة وذلك بهدف توسيع التجريم و دائرة الحماية الجزائية بهدف القضاء على جريمة الرشوة في شتى المجالات بما فيها مجال الصفقات العمومية، حيث يشمل كل مقابل يتلقاه الموظف العام من طرف أصحاب الحاجة للقيام بأحد الأفعال الآتية:

- أداء العمل الذي يدخل في اختصاصاته سواء كان محدد أو قابل للتحديد.
- الامتناع عن أداء العمل المكلف به كونه لا يخدم مصلحة الراشي.
- الإخلال بواجبات الوظيفة كأداء عمل كلي على غير حق أو التراخي في القيام به أو إساءة استعمال سلطته التقديرية.

أما بالنسبة للمقابل فهو يتخذ عدة صور حسب ما جاء في أغلب التشريعات الخاصة بالفساد كالتشريع الجزائي في المادة 25 و المادة 27 حيث اعتبره كل مزية غير مستحقة وكل أجرة أو منفعة تقدم كمقابل لإبرام الصفقات العمومية وفي أي مرحلة من مراحل إبرامها.

3- الشروع في الركن المادي لجريمة الرشوة:

لقد بينا من خلال ما تقدم أن الركن المادي في جريمة الرشوة هو البدء في تنفيذ الجريمة وبالنظر للصور الثلاث السابق بيانها للنشاط الإجرامي، نجد أنه و إن كان يمكن تصور

¹ علي عبد القادر القهواجي، مرجع سابق، ص 48.

² فادية قاسم ببيضون، مرجع سابق، ص 41.

الشروع في حالة الطلب ثم العدول بعد ذلك نتيجة حلول أسباب و ظروف إما أن تكون خاصة، أو في مرحلة التحضير والإعداد،¹ فالطلب لا يتحقق إلا بوصله لعلم طالب الخدمة، فإن حدث وطلب الموظف العام مقابل لأداء الوظيفي ولم يعلم صاحب الخدمة بذلك الطلب بجريمة الرشوة لا تتم وتتوقف عند الشروع فيها.²

من خلال ما تقدم نخلص إلى أن الشروع في جريمة الرشوة بصفة عامة و الرشوة في مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة يتحقق في الطلب متى ثبت أن الموظف العام طلب ممن له مصلحة مقابل لأداء عمله الوظيفي أو الامتناع أو الإخلال به بقصد الاتجار بالوظيفة العامة حتى ولو لم يصل ذلك لعلم المعني، لأي سبب من الأسباب.

ثالثا: الركن المعنوي في جريمة الرشوة

إن جريمة الرشوة هي جريمة عمدية يتطلب لقيامها تحقق الركن المعنوي الذي يتطلب توافر القصد الجنائي لدى الموظف العام أو المرتشي باعتباره فاعلا في الجريمة، والقصد الجنائي اتجاه إرادة الجاني لإتيان النشاط الإجرامي مع علمه بجميع العناصر المادية المشكلة له، وقد يكون خاصا باتجاه النية لارتكاب الجريمة و تحقيق النية المرجوة من وراءها.³ ولدراسة القصد الجنائي لجريمة الرشوة سوف نتطرق أولا لبيان عناصره ثم وقت توافره من خلال العناصر الآتية:

1- عناصر القصد الجنائي:

إن القصد الجنائي المكون للركن المعنوي لجريمة الرشوة يتكون من عنصرين هما العلم والإرادة، حيث يجب أن يتجه علم المرتشي و الراشي للإلزام بكل عناصر الجريمة و أداء المقابل الذي سيقدم لقاء العمل الوظيفي الذي سيؤديه الموظف العام على خلاف القانون أو سيمنع عنه أو سيخل به لمصلحة الراشي.⁴

¹ علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 46- محمد احمد غانم، مرجع سابق، ص 183.

² محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات- القسم الخاص، دار النهضة، القاهرة، 1988، ص 14.

³ محمد خالد، مرجع سابق، ص 175.

⁴ محمد احمد غانم، مرجع سابق، ص 187.

وهذا العلم ينتقى بالجهل أو الغلط سواء إنصب ذلك على صفة الموظف العام أو اختصاصه أو أي علاقة بين المقابل و العمل الوظيفي، كأن لم يتم تبليغ الموظف العام بقرار تعيينه أو لم يكن مختص بالعمل المقصود.

أما بالنسبة للعنصر الثاني من عناصر القصد الجنائي وهو الإرادة التي يجب أن تكون سليمة و صحيحة، و أن تكون خالية من أي عيب من عيوبها كالغلط أو التدليس أو الإكراه، كأن يتظاهر الموظف العام بقبول الرشوة للإيقاع بالراشي.¹

بالإضافة إلى عنصري القصد الجنائي في جريمة الرشوة فقد ظهر خلاف فقهي حول ما إذا كانت الجريمة تتطلب قصدا خاصا إلى جانب القصد العام يتمثل في ضرورة توفر نية الاتجار بالوظيفة العامة حيث ذهب البعض إلى ضرورة توفر ذلك لقيام الجريمة، في حين يرى البعض الآخر من الفقه أنه لا ضرورة للقصد الخاص بل يكفي توفر عنصري العلم والإرادة اللذين يتم إثباتهما بكل طرق الإثبات التي تنفع للسلطة التقديرية للقاضي.²

2- وقت توفر القصد الجنائي:

إن القصد الجنائي الذي يعتد به لقيام جريمة الرشوة لا بد أن يعاصر لحظة ارتكاب النشاط الإجرامي الذي يتكون منه الركن المادي للجريمة فلا يعتد بالقصد اللاحق،³ وهذا مبدأ من المبادئ العامة في القانون الجنائي حيث يجب إثبات قصد المرتشي وقت طلبه أو قبوله أو أخذه للمقابل على أنه أحد صور الاتجار بالوظيفة العامة.

وتبقى مسألة إثبات القصد الجنائي خاضعة لطرق الإثبات والسلطة التقديرية للقاضي الجنائي حسب وقائع وظروف كل دعوى على حدى.

¹ علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 62. محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 187.

² أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم الخاص، النهضة، القاهرة، ط 3، 1985، ص 156.

³ علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 65.

المطلب الثاني

جريمة اختلاس المال العام

يعد الاختلاس من صور الفساد المالي الأكثر انتشارا في مجال الصفقات العمومية عبر جميع مراحل كونه ينصب على اختلاس الأموال العامة و محاولة الاستحواذ عليها بكل الطرق والأساليب المتاحة لحيازتها كاملة و حرمان الدولة منها.

حيث بات الاختلاس في وقتنا الحاضر من الانحرافات الشائعة و المتزايدة في الوظيفة العامة يلجأ له الموظفون القائمون على عمليات إبرام الصفقات العمومية من خلال استغلال وظائفهم و إساءة استعمالها على نحو يحقق لهم مصالح مادية هائلة.

هذا ما جعل هذه الجرائم من أكبر الجرائم الماسة بالمال العام الذي يعد عهدة للموظف الذي أصبح يعتقد انه حق من حقوقه لابد من الاستفادة منه قدر الإمكان لمواجهة متطلبات الحياة اليومية وما طرأ عليها من تغيرات تكنولوجية ومادية لابد من مواكبتها على حساب المصلحة العامة و أموال الدولة، هذا بدوره ولد لدى الأفراد داخل المجتمعات عدم ثقة في أجهزة الدولة نتيجة شيوع الفساد الإداري بما فيه ظاهرة اختلاس المال العام.

وسوف نقوم من خلال هذا العنصر بمعالجة هذه الجريمة التي تقوم على أساس خيانة الموظف العام لأمانته الوظيفية باستحواذه على المال العام المخصص لإبرام الصفقات العمومية من خلال التحايل و التلاعب في مراحل إبرام هذه الأخيرة.

لذلك سنخصص هذا المطلب لدراسة هذه الجريمة و بيان أهم معالمها من خلال التطرق للفروع الآتية:

الفرع الأول

تعريف جريمة الاختلاس

لدراسة تعريف الاختلاس الذي ينصب على المال العام سوف نقوم بالتطرق لتعريفه اللغوي ثم تعريفه في الشريعة الإسلامية ثم تعريفه الاصطلاحي ثم التعريف القانوني له لنستطيع الوقوف على أهم المبادئ و المعالم التي تنظمه، فالاختلاس في مجال الصفقات العمومية

يخضع لنفس المبادئ العامة للاختلاس عموماً لذلك سوف نقوم بدراستها من خلال هذا العنصر لنسقطها على هذا المجال.

أولاً: التعريفات الشرعية لجريمة الاختلاس

لقد عرفت جريمة الاختلاس بأنها جريمة خيانة الأمانة من قبل الموظف العام و اختلاس أموال الدولة أياً كانت وجهتها سواء الصفقات العمومية أو أي وجهة أخرى ما دامت مقترنة بجريمة خيانة الأمانة التي نهت عنها الشريعة الإسلامية، حيث حرمت أي اعتداء على المال العام بأي وجهة من الوجوه حيث كانت تطلق عليه لفظ المال الأميري،¹ فاختلاس الأموال العامة محظور في عدة نصوص قرآنية و أحاديث نبوية مطهرة مهما كانت قيمة هذا المال وفي أي صورة تم بها الاختلاس²، لذلك هذه الجريمة صنفت ضمن خيانة الأمانة تحت جرائم التعزير التي ترجع للسلطة التقديرية لولي المسلمين في تقنينها و تقرير العقاب المقرر لها حسب مقتضيات الزمان و المكان و التقاليد و الظروف السائدة.³

وقد عرف الاختلاس شرعاً عدة تعريفات منها أنه : « أخذ الشيء بحضرة صاحبه على غفلة منه و فرار صاحبه بسرعة ».⁴

فالمختلس حسب هذا التعريف هو المختطف للشيء من البيت ويذهب به أي يخرج من يد المالك و يأخذه على حين غفلة منه هو وغيره،⁵ هذا وقد عرف ابن تيمية المختلس بأنه: « الذي يجتذب الشيء فيعلم به من قبل أخذه ».⁶

مما تقدم نلاحظ أن الشريعة الإسلامية و بالتحديد الفقه الإسلامي عند تعريفه للاختلاس لم يفرق بين القائم به سواء الأفراد أو الموظف العام، حيث ركز على المحل وهو المال الذي يؤخذ على غير دراية صاحبه، فكل فعل يعتبر خيانة أمانة يستوجب العقاب وقد يؤدي إلى تشديد العقوبة في حالة إتيانها من شخص تتوافر فيه صفة الموظف العام فالأمر متروك لتقدير ولي المسلمين.

¹ بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 178.

² محمود محمد معاصرة، مرجع سابق، ص 217.

³ بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 178.

⁴ محمود محمد معاصرة، مرجع سابق ص 218 مأخوذ عن عليش، منح الجليل، ج9، ص292.

⁵ ابن القيم أبو عبد الله محمد بن أب بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل بيروت، 1973، ص80.

⁶ ابن تيمية أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الجليل، السياسة الشرعية في إصلاح الراس و الرعية، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2003.

كذلك بالنظر للتعريفات السابقة نجد هناك نوع من التداخل بين المفاهيم و خاصة الشريعة الإسلامية و القانون، فمفهوم الاختلاس شرعا ينطبق على مفهوم السرقة قانونا، و الاختلاس قانونا ينطبق بدوره على خيانة الأمانة في الشريعة الإسلامية.

إن هذا التداخل السابق يدفعنا إلى ضرورة تعريف المصطلحات الثلاث لتحديد الفرق بينها، فالاختلاس هو أخذ الشيء بسرعة خظفا و نهباً، أما السرقة فهي أخذ مال الغير على وجه الخفية و الاستقرار، أما خيانة الأمانة فهي أخذ ما في اليد على وجه الأمانة.¹

وقد حاول ابن القيم التصدي لهذا الإشكال حيث اعتبر أن السارق لا يمكن الاحتراز منه كونه يقوم بفعله خفية فقد يلجأ للكسر و غيرها من الوسائل و الأساليب المادية الأخرى على خلاف المختلس الذي يأخذ المال جهرة بمرأى الناس وعلى غفلة من صاحبه فهو أقرب للخائن من السارق حيث يستغل الغفلة وعدم التيقظ للحصول على مال الغير.²

لذلك فالاختلاس قانونا هو صورة لخيانة الأمانة في الشريعة الإسلامية كونه ينصب على مال عهد به للموظف العام فاختمسه فهو لم يؤخذ مالا من حيازة شخص آخر خفية بل استغل ما هو بين يده في إطار مباشرة وظيفته وهذا ما أخذ فيه أغلبية الفقهاء و القانونيين.

ليكتمل التعريف الشرعي لجريمة الاختلاس كان لزاما الإشارة إلى مواضعها في القرآن الكريم و السنة النبوية من خلال العنصرين الآتيين:

1- الاختلاس في القرآن الكريم:

إن الاختلاس ثابت في القرآن الكريم في عدة مواضع منه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾³.

وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾⁴.

¹ محمود محمد معاصرة، مرجع سابق، ص 218.

² ابن القيم، مرجع سابق، ص 80-81.

³ سورة البقرة الآية 188.

⁴ الآية 29 من سورة النساء.

فوجه الدلالة في هاتين الآيتين أن الله سبحانه حرم أخذ مال الغير بغير وجه حق، كأن يأخذه بغير طيب نفس مالكة ورضاه، فلا يجوز نهبه ولا سرقة ولا خيانتة فكل ذلك داخل في إطار أخذ المال بالباطل وهو ينطبق على الاختلاس الذي نحن بصددده.¹

وقال تعالى أيضا: ﴿وَمَا كَانَ لِنَبِيِّ أَنْ يُغْلَ وَمَنْ يُغْلَلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ثُمَّ تُوَفَّى كُلُّ نَفْسٍ مَّا كَسَبَتْ وَهُمْ لَا يُظْمَئُونَ﴾²، فوجه الدلالة هنا هو نهي الله سبحانه وتعالى عن خيانة الأمانة وشدد في عقوبتها يأتي يوم القيامة حاملا له على رقبته و ظهره معذبا بحمله موبخا بخيانتة على رؤوس الإشهداد.³

وخيانة الأمانة التي تعتبر الاختلاس صورة منها ثابتة في عدة مواضيع أخرى من القرآن الكريم كقوله تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾⁴.

2- الاختلاس في السنة النبوية:

إن الاختلاس ثبت أيضا في السنة النبوية في عدة أحاديث كحديث عدي بن غميرة الكندي رضي الله عنه قال: (سمعت رسول الله ﷺ يقول: " من استهلناه منكم على عمل فكتمنا مخيطا فما فوقه كان غلولا يأتي به يوم القيامة". قال فقام إليه رجل أسود من الأنصار كأنه انظر إليه، فقال: يا رسول الله أقبل عني عملك، قال: " فمالك؟" قال: سمعتك نقول كذا و كذا. قال: " وأنا أقوله الآن من استهلناه منكم على عمل بقليله و كثيره، فما أوتي منه أتى وما نهى عنه انتهى".⁵

¹ القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، ج 2، دار الحياء التراث العربي، بيروت، 1985، ص 338.

² آية 161 من سورة آل عمران.

³ القرطبي، مرجع سابق، ص 254.

⁴ الآية 58 من سورة النساء.

⁵ محمد محمود معايرة، مرجع سابق، ص 221 مأخوذة عن مسلم في كتاب، الإمارة، باب تحريم هدايا العمال، (حديث(1833)، (107/1).

يتضح من خلال الحديث السابق أن اختلاس المال العام يدخل في نطاق الائتمان على العمل الذي جاء به الحديث، فكل من أذل بما أوكل له وحاول استغلاله لصالحه يعتبر خائناً مختلساً بمعنى الحديث.

وقد جاء أيضاً في حديث لأبي هريرة رضي الله عنه قال: (قام فينا النبي ﷺ ذات يوم فذكر الغلول فعظمه و عظم أمره ، فقال: " لا ألفين أمدكم يوم القيامة على رقبتك شاة لها ثغاء، على رقبتك فرس لها حممة، يقول: يا رسول الله أغثني، فأقول لا أملك لك شيئاً قد أبلغتك، وعلى رقبتك صامت فيقول: يا رسول الله أغثني، فأقول لا أملك لك شيئاً قد أبلغتك، أو على رقبتك رقاغ تخفق، فيقول: يا رسول الله أغثني، فأقول لا أملك لك شيئاً قد أبلغتك ")².

فالرسول الله ﷺ نفى وأكد في النهي عن خيانة الأمانة وشدد على عقوبتها وأكد على الناس من بعده وهذا ينطبق على مفهوم الاختلاس السابق بيانه، كما يتضح من الأحاديث السابقة أن هناك اتفاق شرعي على تحريم خيانة الأمانة والتي عبر عنها بالغلول ، حيث يعتبر الاختلاس غلولا لاتفاقه معه في الأحكام والمبادئ.

إذن نخلص مما تقدم أن الشريعة الإسلامية قد حرمت خيانة الأمانة وقدرت لها عقوبات مشددة نظرا لما ترتبه من زعزعة للثقة والائتمان والاستقرار داخل المجتمعات ، وهي لم تحدد نوع الأمانات أو مقدارها مما يجعله مفهوماً واسعاً قادراً على استيعاب عدة صور من الاعتداءات على الأموال كالاختلاس الذي ينصب على المال العام الذي يقوم به الموظف لما أوتمن عليه في سبيل مباشرة وظيفته.

ثانياً: التعريفات الفقهية لجريمة الاختلاس

للوصول لتعريف مانع وشامل لجريمة الاختلاس اجتهد الفقهاء لمحاولة تحديد المقصود بفعل الاختلاس خاصة وأن التشريعات المقارنة لم تحدد ذلك واقتصرت على ربطه بفعل الأخذ ترجمته للكلمة الفرنسية «soustraction».

² المرجع السابق ، ص 222 مأخوذ عن البخاري ، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل في كتاب الجهاد باب الغلول ، حديث 3073.

فكلمة "soustraction" الفرنسية أصلها روماني يعود لكلمة "coutrectatio" وهي تعني اغتيال مال الغير وهو مفهوم واسع يتسع ليشمل عدة أفعال وسلوكات تشبه فعل الاختلاس كالسرقة مثلا والنصب وخيانتة الأمانة¹.

وإن الأخذ بهذا المفهوم الواسع لا يتماشى مع السياسة الجنائية التي تهدف لتحديد الأفعال التي تعتبر مجرمة تحديدا واضحا محددة شروط وأركان كل جريمة على حدى وتقرير العقوبات اللازمة لها.

وفي سبيل تحديد مفهوم الاختلاس ظهرت عدة نظريات فقهية سنحاول توضيح مضمون كل واحدة منهم على النحو التالي:²

1- النظرية التقليدية:

اعتبر أنصار هذه النظرية أن الاختلاس هو أخذ مال الغير دون رضاه واستندوا في ذلك على حكم أصدرته المحكمة الفرنسية في 1817، حيث حاول هذا التعريف التمييز بين السرقة وبين الاختلاس وإساءة الائتمان، حيث يعتمد على الحيلة في الحصول على مال الغير وفي إساءة الائتمان على ثقة الغير أما في الاختلاس فالأمر ينصب على عدم رضا الغير به أصلا كما يركز على فكرة أخرى هي فكرة الحيازة أي بإخراج المال من حيازة الغير دون رضاه.

ورغم وضوح هذه النظرية وتميزها بين الاحتيال وإساءة الائتمان والاختلاس، إلا أنها تخلط بين الاختلاس والسرقة وتعتبرهما فعلا واحدا ولا تميز بين الفاعل في الحالتين حيث تركز فقط على فكرة الحيازة والتي وإن كانت تصلح دائما في حالة السرقة فهي لا تصلح في حالة الاختلاس بما أنها تكون تحت تصرف الفاعل أو الموظف العام.

2- النظرية التقليدية الجديدة:

ظهرت هذه النظرية لمحاولة تدارك الانتقادات الموجهة للنظرية السابقة حيث لجأت إلى فكرة عبرت عنها بالتسليم الاضطراري مقتضاها أن المال يسلم للجاني ضمن مقتضيات التعامل فيستولي عليه ويمتتع عن رده ليقوم في حقه فعل الاختلاس ويسأل عنه¹.

¹ المرجع السابق، ص 282.

² المرجع السابق، ص 282.

فهذه النظرية وإن كانت قد حاولت التخلص من فكرة الحيابة كأساس لقيام الاختلاس إلا أنها مازالت تخلط بين الاختلاس والسرقة فهي من الناحية القانونية أقرب لتعريف السرقة وليس الاختلاس إلا أنها لم تحدد صفة الفاعل ولا محل الاختلاس رغم أنها تستعمل عبارة " السرقة والاختلاس " وكأنهما مترادفين لهما معنى واحد وهذا أمر غير مسلم به قانونا في التشريعات المقارنة.

3- النظرية الحديثة:

كما يعبر عنها بنظرية " GARCON " في الأخذ أو الاختلاس نسبة إلى الأستاذ الفرنسي صاحب النظرية الذي يربط فكرة الاختلاس بفكرة الحيابة في القانون المدني أي السيطرة المادية والفعلية للشخص على شيء يجوز التعامل فيه، أي أنه أخذ بالحيابة الكاملة التي تقتضي السيطرة الفعلية على الشيء وربطها بعدم رضا المالك أو الحائز².

من خلال ما تقدم يتضح لنا أن النظرية الحديثة تركز على عناصر الاختلاس أو الأخذ وتربطهم بعنصرين هما:

- الاستيلاء على المال بالحيابة الكاملة.
- عدم رضا المالك أو الحائز السابق بالاستيلاء.

فالملاحظ على هذه العناصر أنها تصلح لتعريف السرقة أو الأخذ كما عبر عنها لكنها لا تستوي مع المفهوم القانوني للاختلاس رغم أن أنصار النظرية عبروا عنها بالاختلاس إلا أنها تعريفات و عناصر تنطبق على السرقة فقط، حيث يتضح من خلال ما تقدم سيطرة فكرة السرقة على التعريفات الفقهية التي لم تضع تعريفا واضحا لفعل الاختلاس رغم استخدامهم للمصطلح هذا ما يدفعنا للبحث في التعريف القانوني للوقوف على عناصر وشروط جريمة الاختلاس.

ثالثا: التعريفات القانونية للاختلاس

لقد عرف الاختلاس قانونا بأنه: " أن يدخل الموظف العام في ذمته مالا وجد في حيازته بحكم وظيفته، سواء كان مملوكا للدولة، أو لأحد الناس، أو أموالا تعود لخزائن، أو

¹ المرجع السابق، ص 284

² المرجع السابق، ص 285، 286.

صناديق البنوك، أو مؤسسات الإقراض المتخصصة، أو الشركات المساهمة العامة¹، وهذا تعريف خاص بالاختلاس عموماً وليس اختلاس المال العام.

يتضح من خلال التعريف أن الاختلاس لا يقوم دائماً إلا إذا قام به موظف عام وهنا يبرز الفرق بينه وبين السرقة ويتضح اللبس الذي وقعت فيه التعريفات الفقهية السابقة، والموظف هنا هو كل من يقوم بوظيفته عامة بمقتضى القوانين و الأنظمة ويستوي أن يكون المال عاماً أو خاصاً، عقاراً أو منقولاً فالمهم أن ينصب على كل شيء ذي قيمة يوجد بين يدي الموظف، كما لا يشترط أن تحدد وظيفته بمقتضى المال بل أي نشاط يدخل في إطار الوظيفة العامة وهذا ما ينطبق على الموظفين القائمين على إبرام الصفقات العمومية محل دراستنا.

إذن يتضح من خلال ما تقدم أن فعل الاختلاس يتحقق بتوافر ما يلي:

- الفاعل موظف عام في مؤسسة حكومية.
- يعتبر من جرائم الاعتداء على المال أي كانت طبيعته.
- أن يكون من مقتضيات وظيفته.

وجريمة الاختلاس جريمة عمدية تتحقق بتوافر الفعل الذي تتوافر فيه الشروط السابقة التي تتحقق الجريمة بتوافرها بغض النظر عن البواعث و الدوافع وعن رد المال من عدمه.²

إذن فالعلة من تجريم فعل الاختلاس هي سبب تميزه عن فعل السرقة و إحاطته بأحكام خاصة وتتمثل في الاعتداء على المال من قبل الموظف العام الذي يمثل الدولة و يعبر عن إرادتها ويقترض فيه الثقة اللازمة لتوليه هذه الوظيفة، فالفعل هنا ينطوي على خيانة الأمانة التي حملتها الدولة للموظف و عهدت له بها على أساس ما يتمتع به من صفات تجعل منه أقدر من غيره على المحافظة على المال العام وعلى مقتضيات الوظيفة وأهلاً لحماية المصلحة العامة دون أي تقصير أو إهمال.

الفرع الثاني

¹ المشهداني محمد أحمد، الوسيط في شرح قانون العقوبات، مؤسسة الوراق للنشر و التوزيع، عمان، ط1، 2003، ص 534.

² محمود محمد معايرة، مرجع سابق، ص 214. - المشهداني محمد احمد، مرجع سابق، ص 377-379.

شروط اختلاس المال العام

مما لا جدال فيه أن جريمة اختلاس المال العام من الجرائم الخاصة التي تشترط توفر صفة خاصة في الفاعل الذي يجب أن يكون موظفا عاما، و عضوا من أعضاء الجهاز الإداري باعتباره ممثلا للدولة، فضلا عن ارتباطه بمحل الجريمة الذي يجب أن يكون مالا عاما.¹

لذلك يمكن إجمال شروط جريمة اختلاس المال العام في شرطين مقترضين هما:

أولا: صفة الموظف العام

تعتبر صفة الموظف العام شرط مفترضا لقيام جريمة الاختلاس تطبق نفس المبادئ العامة والأحكام السابق بيانها عند حديثنا عن جريمة الرشوة بهدف توسيع نطاق الحماية، حيث يعتبر موظفا عاما كل ما يدخل في المفهوم السابق بيانه فضلا عن كل الفئات التي تعد في حكمه بموجب القانون.

ثانيا: صفة المال العام

لقيام جريمة اختلاس المال العام في حق الموظف العام لا بد أن ينصب فعله المجرم على مال عام متصف بالعمومية أي أن يكون مملوكا للدولة أو أحد المؤسسات العامة التابعة لها دون تمييز بين ما هو مخصص للمنفعة العامة وبين ما هو مخصص لإدارة حساباتها،² لأن تكون محلا لحق من الحقوق المالية له قيمة مادية أو اعتبارية وسواء كانت القيمة كبيرة أم صغيرة.³

ثالثا: العلاقة بين الموظف و المال العام

يشترط أيضا لقيام جريمة اختلاس المال العام قيام العلاقة بين الموظف و المال العام الذي يجب أن يدخل في حيازته بسبب مباشرته لوظيفته، و الحيازة هنا هي حيازة ناقصة حيث

¹ أحمد فتحي سرور، القسم الخاص من قانون العقوبات، القاهرة، (د.د.ن)، ط3، 1985، ص 235.

- محي الدين عوض، القانون الجنائي جرائمه الخاصة، (د.د.ن)، (د.ب.ن)، 1978، ص 599.

² بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 158.

³ المرجع السابق، ص 160.

يوجد المال تحت تصرف الموظف العام على نحو يكفل له التصرف فيه ماديا أو قانونيا دون التملك حيث يبقى ملكا للدولة.¹

فالجريمة إذن لا تقوم إذا كان المال في الحيازة الكاملة للموظف العام حيث يعتبر مالكا له و عنصرا من عناصر نمته المالية ليبقى بذلك فعل الاختلاس أي أخذ المال دون علم مالكة. فمن شروط قيام جريمة الاختلاس أن يكون المال محل الجريمة مسلم للموظف العام في إطار مباشرته لوظيفته وهذا ما لجأت له غالبية التشريعات كالمشرع الفرنسي الذي استعمل عبارة: "... أن يكون الشيء بين يدي الموظف بمقتضى وظيفته..."².

فمن خلال النصوص يتضح أنه يشترط لقيام فعل الاختلاس أن يكون المال سلم إليه تسلمًا ماديا أو وجد بين يديه بمقتضى وظيفته وهذا هو الشرط المفترض الثالث لقيام الجريمة.

نخلص مما تقدم أن جريمة اختلاس المال العام لا تتحقق إلا بتوافر الشروط الثلاث المفترضة السابقة بدءا بالفاعل الذي يجب أن يكون موظفا عاما و المحل الذي ينصب على المال العام فضلا عن توافر علاقة السببية بين الشرطين السابقين أي حصول على المال بمناسبة وظيفته.

هذه الشروط تجعلنا نميز بين جريمة الاختلاس التي تنصب على المال العام وجريمة خيانة الأمانة التي تنصب على المال الخاص.

الفرع الثالث

أركان جريمة اختلاس المال العام

لقيام جريمة اختلاس المال العام لأبد أن يقوم الجاني بفعل يعبر عن اتجاه إرادته مع علمه الكامل لحيازة المال الذي تحت يديه بمقتضى وظيفته من الحيازة الناقصة إلى الحيازة الكاملة وهذا ما يتحقق بتوافر الركن المقترض على النحو السابق بيانه من خلال توفر الشروط الثلاثة السابقة، وركنين أساسيين كغيره من الجرائم هما:

أولا: الركن المادي

¹ المرجع السابق، ص 161.

² المادة 169 من قانون العقوبات الفرنسي.

إن حيازة الموظف العام للمال هي حيازة ناقصة من حيث الأصل بمقتضى وظيفته حيث يكون له الحق في استعماله واستغلاله دون التصرف فيه فالسيطرة هنا مادية بحتة ليقوم بعد ذلك بمحاولة الحيازة الكاملة له من خلال ارتكاب فعل الاختلاس الذي يخوله حقوق الاستعمال والاستغلال فضلا عن التصرف الذي يظهر بمظهر المال الأصلي.¹

فالموظف القائم على عملية إبرام الصفقات العمومية الذي يحوز أوراقا خاصة بالجهة الإدارية في إطار مباشرة وظيفته ثم يحاول التصرف فيها لحسابه الخاص باعتبارها مالكا له تقوم في حقه جريمة اختلاس المال العام باعتبار الأوراق حقا من الحقوق المالية لها قيمة مالية معينة، ويستوى في ذلك أن يقوم بهذا التصرف بأي طريقة كانت سواء للبيع أو غيره، كما لا يهم الانتقال الفعلي للحيازة بل تكفي توافر نية التصرف فيها لحسابه الخاص، فكل فعل يقوم به الموظف العام ويستغل المال كأنه ملك له ولحسابه يعد كافيا لقيام جريمة الاختلاس محل الدراسة وبالتالي يستوجب العقاب المقرر في النصوص العقابية ولا يمكن إسقاط العقاب بإرجاع المال المختلس.

ثانيا: الركن المعنوي

لا يكفي مجرد تحقق الركن المادي لقيام جريمة اختلاس المال العام بل لابد من توافر القصد العام بشقيه العلم والإرادة، و العلم هنا يتجه أولا إلى صفته و انتماءه إلى الوظيفة العامة و أن المال الذي يحوزه مال عام سلم إليه بمقتضى ممارسة وظيفته، كما يمتد العلم إلى حدود حيازته حيث يعلم أن الحيازة ناقصة وليست كاملة ومع ذلك تتجه إرادته ونيته إلى ارتكاب فعل الاختلاس والتصرف في المال تصرف المالك ولحسابه الخاص، كما يشترط أيضا أن تكون إرادته سليمة وغير معدومة.²

الفرع الرابع

أساليب ممارسة الاختلاس في مجال الصفقات العمومية

بعدما تطرقنا للقواعد العامة التي تحكم جريمة اختلاس المال العام باعتبارها نفس الأحكام التي تطبق في مجال الصفقات العمومية سوف نحاول من خلال هذا الفرع بيان مواضع ممارستها عند إبرام الصفقة.

¹ بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 166- سماتي الطيب، المواجهة التشريعية لظاهرة الفساد في الجزائر، مقالة مقدمة في الملتقى الوطني الثاني حول الفساد وآليات معالجته، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012، ص 136.

² فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 123.

حيث يتم ممارسة جريمة اختلاس المال العام بصورة واضحة في عدة أنواع من الصفقات عبر بعض مراحل إبرامها التي تكون إما في بدايتها أو في وسطها لذلك ارتأينا تقسيم هذا الفرع إلى الآتي:

أولاً: صور ممارسة جريمة اختلاس المال العام في بداية الصفقة العمومية

يظهر اختلاس المال العام في بداية إبرام الصفقات العمومية وبالتحديد في صفقة تقديم وإنجاز الدراسات المبرمة بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل الاقتصادي حيث نميز في هذه الحالة بين نوعين من الجرائم:

-تواطؤ الموظف العام ممثلاً للمصلحة المتعاقدة في اختلاس المال العام.

-إنفراد المتعامل الاقتصادي بالاعتداء على المال العام.

1- اختلاس المال العام من قبل الموظف العام:

في هذه المرحلة يتجسد الاختلاس بمعناه الحقيقي حيث تتوفر فيه كل الشروط المفترضة من صفة الموظف، والمال العام و علاقة السببية التي تربط بينهما، حيث سيقوم بالأخذ من مال مملوك للدولة وضع يده عليه بمناسبة ممارسة وظيفته.

كما تتوفر في هذه الصورة الأركان الخاصة بالجريمة بنوعها المادي حيث يستغل الموظف المال استغلالاً مادياً بحتاً ليحولهُ لخدمة مصالحه الخاصة، والركن المعنوي المتمثل في القصد الجنائي بشقيه العلم والإرادة، حيث يعلم الموظف أن المال الذي بين يديه بمناسبة ممارسة وظيفته هو مال عام واتجاه إرادته السليمة دون أي إكراه للأخذ والاستفادة منه لحسابه الخاص أو لحساب أي جهة أخرى.

وهنا يتم الاتفاق بين الموظف العام باعتباره ممثلاً للمصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي، فمثلاً يقوم مكتب الدراسات بتقديم غلاف مالي حقيقي يتضمن مبلغ صوري يفوق بكثير المبلغ الحقيقي للمشروع على أنواعه.

كما يمتد أيضاً الاتفاق إلى إعداد دفتر الشروط حيث يتم وضع صفقات ومواصفات غير دقيقة فيما يتعلق بالنوعية والكمية من أجل التلاعب في أثمانها على سبيل المثال في

صفقة اقتناء اللوازم والمواد لا يتم تحديد الموصفات تحديدا دقيقا كتجهيز المكاتب من مكيفات هوائية إلى الكراسي دون تحديد نوعيتها مع ما قد يرتب ذلك من فارق في الأسعار.

كما قد تحدث جريمة اختلاس المال من الموظف العام في حالة أخرى إذا ما تبقت مبالغ مالية كنتيجة للفارق في الغلاف المالي الذي أحدثه التلاعب في دفتر الشروط عند وضع مبلغ صوري يفوق القيمة الحقيقية للصفقة حيث يتم تحويله إلى جهة أخرى قصد تسديد مستحقات متعامل آخر لكن هذا الأخير استفاد منها بموجب إسناد صفقة له بطريقة غير قانونية هذا من جانب، ومن جانب آخر تسديد مستحقات متعامل آخر ليس في نفس المحرر.

2- انفراد المتعامل الاقتصادي بالاعتداء على المال العام:

لقد ارتأينا تسمية هذه الجريمة بالاعتداء على المال العام بدلا من الاختلاس لأنها تضم في حد ذاتها نوعين من الجرائم نبين كل منهما على حدى:

2-1- إذا كان المتعامل الاقتصادي ينتمي إلى القطاع العام:

فهذه الحالة لا تختلف عن سابقتها حيث تمثل جريمة اختلاس للمال العام تخضع لذات الأحكام وتتم بنفس الطرق.

2-2- إذا كان المتعامل الاقتصادي ينتمي إلى القطاع الخاص:

هنا تختلف الجريمة عن جريمة اختلاس المال العام لتخلف شرط من الشروط المفترضة المتمثلة في صفة الموظف العام لذلك تكون أحكام هذه الجريمة أقرب إلى السرقة منها إلى الاختلاس.

ثانيا: أثناء تنفيذ الصفقة

تظهر هنا جريمة اختلاس المال العام في ثلاث أنواع من الصفقات هي:

1. صفقة البناء والأشغال العمومية.
2. صفقة اقتناء اللوازم و المواد.
3. صفقة تقديم الخدمات.

فاختلاس المال العام في هذه الأنواع من الصفقات يظهر في مرحلة تنفيذ الصفقة من خلال التلاعب في وضعية الأشغال المقدمة من طرف المتعامل الاقتصادي إلى المصلحة العامة الممثلة في الموظف العام بإدراج نسب للانجاز مخالفة للواقع، بهدف خلق فوارق مالية لمصلحة الطرفين.

الفرع الخامس

عقوبة اختلاس المال العام

لقد ألزمت اتفاقية الأمم المتحدة الدول الأطراف ضرورة اتخاذ التدابير اللازمة لتجريم الاختلاس المرتكب من الموظف حيث نصت في المادة 17 منها على: "تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم قيام موظف عمومي عمداً، لصالحه هو، أو لصالح شخص، أو كيان آخر، باختلاس أو تبديد أي ممتلكات أو أموال، أو أوراق مالية عمومية، أو خصوصية، أو أي أشياء أخرى ذات قيمة عهد بها إليها بحكم موقعه، أو تشريعها بشكل آخر".¹

لقد عاقبت التشريعات العقابية المقارنة على جريمة الاختلاس بعقوبات مختلفة من تشريع إلى آخر رغم أن هناك اتفاق بينهم في تقسيم العقوبة، إلا أنه نظراً لاختلاف التشريعات في تقدير العقوبة و اتفاقها في المبدأ العام سنتطرق للعقوبات في التشريع الجزائري كمثال:

أولاً: العقوبة البسيطة

لقد عاقب المشرع الجزائري كل شخص تابع للقطاع الخاص أو يعمل فيه تعمد أثناء مزاولته لنشاطه الاقتصادي أو المالي أو التجاري اختلاس ممتلكات أو أموال أو أوراق أو أية أشياء لها قيمة عهدت إليه بحكم مهامه بالحبس من 06 أشهر إلى 05 سنوات وبغرامة مالية من (50.000) ألف دينار جزائري إلى (500.000) ألف د.ج.²

الملاحظ أن هذه المادة جمعت بين العقوبتين الحبس و الغرامة معا وهذا من اجل تفعيل السياسة الجنائية، وهذه المادة تنطبق على حالة المتعامل الاقتصادي السابق بيانها قصد قيامها بالجريمة دون علم الموظف العام التابع للمصلحة المتعاقدة.

¹ المادة 17 من اتفاقية الأمم المتحدة.

² المادة 41. من قانون الفساد السابق.

ثانيا: العقوبة المشددة

لقد عاقب المشرع الجزائري كل موظف عمومي يختلس أو يتلف أو يبدد أو يحتجز عمدا أو يستعمل على نحو غير شرعي لصالحه أو لصالح شخص آخر أي منقولات ذات قيمة مالية ما عهد إليه بحكم وظيفته بالحبس من (02) سنتين إلى (10) سنوات وبغرامة من (200.000 دج) إلى (1.000,000 دج).¹

ولزيادة تفعيل السياسة الجنائية وتوسيع دائرة الحماية فقد عاقبت المادة 15 مكرر من قانون العقوبات كل موظف يتسبب بإهماله في السرقة أو الاختلاس أو ضياع الأموال العمومية مهما كانت طبيعتها، بالحبس من 06 أشهر إلى " 03 سنوات" وبغرامة مالية من (50.000 دج) إلى (200.000 دج)، فقد وسع المشرع من دائرة العقاب ليشمل حتى التسبب في الجريمة نتيجة الإهمال.

المطلب الثالث

جريمة التزوير في المحررات الرسمية

يعتبر التزوير من أخطر صور الفساد الإداري انتشارا في مجال الصفقات العمومية حيث يمس بالأعمال الإدارية وما تفرزه من محررات رسمية فيهدر الثقة فيها و ينقص من هيبة الوظيفة العامة، حيث يلجأ الموظف العام إلى التلاعب في المحررات المتعلقة بإبرام الصفقات بنية إجرامية بغرض تحقيق مصالح خاصة على حساب المصلحة العامة.

فالتزوير أيضا منتشر إلى جانب الرشوة و اختلاس المال العام داخل الأجهزة الإدارية فهو جريمة جنائية شأنها شأن جرائم الفساد الإداري الأخرى له أركان معينة، و قررت له التشريعات المقارنة عقوبات لمحاولة الحد منه و تحقيق السياسة الجنائية الموجودة، لذلك سنبين من خلال هذا المطلب التزوير ثم نتطرق للتزوير في القواعد العامة لنسقطه بعد ذلك على التزوير في المحررات الرسمية الإدارية ثم إلى عقوبته.

الفرع الأول

ماهية التزوير

¹ المادة 29، من القانون السابق.

لنقف على خطورة جريمة التزوير في المجال الإداري ومدى فعالية العقوبات المقررة لها لا بد أولاً من تحديد مفهوم الفعل المكون لهذه الجريمة من خلال تعريفه شرعاً وقانوناً وبيان العلة من تجريمه، هذا ما ستولى بيانه من خلال الآتي:

أولاً: التعريفات الشرعية للتزوير

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالتزوير و اعتبره فعلاً مجرماً نظراً لخطورته على كل المجالات بما فيها مجال الوظيفة العامة الذي نحن بصدد دراسته، وقد عرف التزوير شرعاً بأنه: " تحسين الشيء ووضعه بخلاف صفته، حتى يتخيل إلى من سمعه أو رآه بخلاف ما هو به، فهو تمويه الباطل بما يوهم أنه حق".¹

وعرف أيضاً بأنه: " الزور و الباطل و الكذب و التقليد و المحاكاة و البعد عن الحق ويعتبر الحقيقة".²

فالتزوير هو عبارة عن تغير الحق و الحقيقة على نحو يجعلها باطلاً فهي صنف من أصناف الغش حرماً الشرع سواء أحدثت ضرراً بالآخر أم لم تحدث، ومهما كانت طبيعتها قولاً أو فعلاً أو كتابة.

فهو نوع من تصوير الحق على أنه باطل وهذا ما يجعل منه فعلاً خطيراً يرتب أثراً كبيرة مخالفة للحقيقة.³

وتجريم فعل التزوير ثابت في القرآن الكريم و السنة النبوية في عدة مواضع كقوله تعالى ﴿قَوْلٌ لِلَّذِينَ يَكْتُوبُونَ الْكِتَابَ بِأَيْدِيهِمْ ثُمَّ يَقُولُونَ هَذَا مِنْ عِنْدِ اللَّهِ لِيَشْتَرُوا بِهِ ثَمَنًا قَلِيلاً قَوْلٌ لَهُمْ مِمَّا كَتَبَتْ أَيْدِيهِمْ وَوَيْلٌ لَهُمْ مِمَّا يَكْسِبُونَ﴾⁴ و قوله: ﴿ذَلِكَ وَمَنْ يُعْظِمِ حُرْمَاتِ اللَّهِ فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ عِنْدَ رَبِّهِ وَأَحْلُتْ لَكُمْ الْأَنْعَامُ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾⁵.

¹ صحيح مسلم أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري اليسابوري، شرح صحيح مسلم، ج2، دار الحياء التراث العربي، بيروت، 1954، ص84.

² بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 150.

³ محمد محمود معاصرة، مرجع سابق، ص 210- بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 150.

⁴ الآية 79 من سورة البقرة.

⁵ الآية 30 من سورة الحج.

فالأيات عامة تحدثت عن التزوير دون تحديد لوسائله أو طبيعته فقد يكون قولاً أو فعلاً أو كتابة فهو ليس مرتبط بالدعامة الكتابية أو الورقية بل هو أعم من ذلك.

فتحريم التزوير أيضاً ثابت في السنة النبوية في قول رسول الله ﷺ: " من غشنا فليس منا"،¹ وقوله ﷺ: " أكبر الكبائر: الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وشهادة الزور، ثلاثاً- أو قول الزور. فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت".²

وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أن التزوير محرم مهما كان الدافع له سواء الانتفاع بالمزور أو الإضرار بالغير بغير حق، فكل أثر يترتب على هذا الفعل لا بد أن يكون مصيره البطلان وهذا ما ينطبق على القرارات الإدارية التي تصدر نتيجة الغش و التدليس.³

يتضح من خلال ما تقدم أن جرائم التزوير من جرائم التعازير التي وصفت لها الشريعة الإسلامية المبادئ و القواعد اللازمة لتحريمها وترك أمر تنظيمها وشروطها و أركانها و عقابها لولى المسلمين مثلاً مثل جريمتي الرشوة و اختلاس المال العام و غيرهم من الجرائم التي قد تظهر مع التطورات المهم أن الأصل فيها التحريم ثابت في القرآن الكريم و السنة النبوية.⁴

ثانياً: التعريفات القانونية للتزوير

إن التزوير كما سبق بيانه مفهوم واسع قد يمتد ليشمل عدة تصرفات مادية كالمحركات والأوراق أو معنوية كالأقوال، لكن الذي يهمنا في الجريمة التي نحن بصدد دراستها في مجال الصفقات العمومية هو التزوير المرتبط بالدعامة الورقية والكتابية عندما يلجأ الموظف العام القائم على إبرام الصفقات العمومية بالتلاعب في المحررات وتزويرها على نحو يحقق مصلحة لأحد ما أو يضر بأحد آخر في سبيل تحقيق مصلحته الخاصة وتحقيق الربح على حساب الصالح العام.

فالتزوير في المحررات له أهمية خاصة أكثر من غيره من أنواع التزوير لأن الحقوق المسجلة على الورق و المستوفية للشروط القانونية أقوى من غيرها من الحقوق الغير مدونة من

¹ مسلم، كتب الإيمان باب قول النبي صلى الله عليه وسلم، (حديث 102) (99/1).

² المرجع السابق، باب بيان الكبائر و أكبرها، (حديث 126) (240/1).

³ محمود محمد معاينة، مرجع سابق، ص 211.

⁴ بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 151.

حيث الثقة و الاستمرار ، هذا ما جعل السياسة الجنائية تحاول توفير أكبر قدر من الحماية لهذه المحررات من خلال النص على جريمة التزوير في المحررات الرسمية ولاسيما الإدارية محل دراستنا وقبل دراسة القواعد العامة لهذه الجريمة كان لزاما أن نحاول تعريف التزوير المقصود هنا.

فالتزوير قانونا: " هو كل تعريف مفتعل للحقيقة في الوقائع الثابتة و البيانات المثبتة كتابيا على نحو يترتب أضرار مادية أو معنوية أو اجتماعية".¹

يتضح من خلال التعريف أن كل فعل يهدف لتغيير الحقيقة الثابتة في المحررات رسمية كانت أم عرفية تعتبر تزويرا أيا كانت الآثار والأضرار المترتبة عليه، لأن هذا التغيير و التحريف سيؤدي إلى خلط العلاقات بين الأفراد وانعدام الثقة في المعاملات.

هذا وقد ذهب جانب الفقه القانوني إلى التمييز بين جرائم التزوير و العقوبات المقررة لها بالنظر إلى معيارين هما:²

- المعيار الأول يقوم على أساس مقدار الثقة المقدر للمحررات، حيث تزداد خطورة الجريمة بزيادة قيمة المحرر سواء كان رسميا أو عرفيا.
- المعيار الثاني يقوم على أساس مسؤولية المزور في حماية الثقة، فإذا وقع التزوير من الموظف العام المختص بتحريرها زادت خطورة الجريمة و شددت العقوبة.

من خلال ما تقدم نخلص إلى أن التزوير الذي يقوم به الموظف العام المكلف و القائم على إبرام الصفقات الرسمية تعتبر صورة من صور الفساد الإداري الخطير أكثر من غيره من صور التزوير كونه يمس محررات رسمية إدارية موجهة لتحقيق المصلحة العامة والمنصبه على المال العام، وأن الموظف مسؤولا عن الحفاظ عن الثقة في هذه المحررات باعتباره ممثلا للدولة وللجهاز الإداري، هذا ما يدعونا إلى إحاطته بنصوص قانونية خاصة تشدد عقوبته وتفرض حماية جنائية فعالة على مثل هذه المحررات الإدارية، لأن التزوير هنا مهدر للثقة في الدولة ومصالحها، فهو يمس بمحررات كتابية صادرة عن موظفيها لم يعد الناس أو بقية الأفراد يولوا لها اهتماما لعدم تصديقهم لصحة البيانات و الوقائع التي تتضمنها مما يؤدي إلى

¹ المرجع السابق، ص 201.

² نجم محمد صبحي، قانون العقوبات القسم الخاص، الجرائم المتعلقة بالمصلحة العامة و للثقة العامة و الجرائم الواقعة على الأموال و ملحقاتها، دار الثقافة، عمان، ط1، 2006، ص 54.

اضطراب التعامل بين الأفراد و الدولة على أساس شيوع فكرة الفساد الإداري واقتناع الأفراد بانتشارها و سيادتها.

الفرع الثاني

أركان جريمة التزوير في المحررات الرسمية

قبل التطرق لأركان جريمة التزوير في المحررات الرسمية في مجال دراستنا وهو الصفقات العمومية و التي تشكل صورة خطيرة من صور الفساد الإداري الشائعة في وقتنا الحاضر، سوف نبين أولاً أركان التزوير بصفة عامة لنقوم بإسقاطها على موضوعنا.

فجريمة التزوير كغيرها من الجرائم الجنائية لها ركن أحدهما مادي و الآخر معنوي سنبين كل منهما من خلال ما يلي:

أولاً: الركن المادي لجريمة التزوير

من المتفق عليه أن التزوير هو تغيير للحقيقة في محرر بقصد الغش بإحدى الطرق المنصوص عليها قانوناً على نحو من شأنه أن يرتب ضرراً للغير، هذا ما يعني أن الركن المادي لهذه الجريمة المتمثل في النشاط الإجرامي يتكون من ثلاث عناصر أساسية هي:

1- تغيير الحقيقة:

إن جريمة التزوير تتحقق بتغيير الحقيقة بمعناها الضيق، فليس كل تغيير يعاقب عليه القانون ما لم يرتب اعتداء على حقوق الغير، فإذا اقتصر الاعتداء على حقوق الفاعل فلا عقاب على هذا التغيير، فلا يعاقب الشخص الذي يضع إمضاءاً بناءً على إذن صاحبه.¹

فالمقصود بتغيير الحقيقة كعنصر من عناصر الركن المادي لجريمة التزوير في المحررات فهو تحريفها واستبدالها وذلك بإحلال أمر غير صحيح مكان آخر صحيح²، فلا تزوير بدون تغيير الحقيقة وهنا أيضاً لا بد من التفريق بين ما يعرف بالحقيقة الواقعية المطلقة

¹ بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 124.

² علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على المصلحة العامة، منشورات العلي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010، ص 153.

والقانونية النسبية فالأولى تساير الواقع وتتماشى معه، أما الثانية فتتطابق مع القانون وهي التي يقوم فعل التزوير بمعارضتها أما الأولى فلا يقوم بها هذا الفعل.¹

والحقيقة تكون مطابقة للقانون في حالتين هما²:

- عندما تكون معبرة عن إرادة أصحاب الشأن.
- عندما تبين قرينة قانونية يفرضها القانون.

فمثلا من يقوم بتحرير وثيقة ما و ينسبها لموظف مختص زورا ويقلد إمضاءه يعتبر مرتكب لجريمة التزوير على أساس مساهمة بالحالة الأولى لأنه وضع إمضاء الموظف دون أن تتجه إرادة هذا الأخير لوضعه، أما القرارات الفردية التي يقوم بها أحد الأشخاص ويثبت فيها أمورا متعلقة به وتكون مغايرة للحقيقة فهي لا تعد من قبل التزوير إلا إذا أفرغ في محرر رسمي.³

2- المحرر:

يعتبر المحرر العنصر الثاني من عناصر الركن المادي لجريمة التزوير الذي لا يتحقق بمجرد تغيير الحقيقة بل لابد أن ينصب هذا التغيير على محرر له قوة إثباتيه و يرتب آثارا قانونية على أساس قابليته للاحتجاج به و التمسك.⁴

وعند حديثنا عن المحرر لابد من الأخذ بالمفهوم الموسع له الذي يأخذ بعين الاعتبار المحررات المرتبطة بالدعامة الورقية و أيضا الإلكترونية، وذلك للتماشي مع التطورات التكنولوجية التي اجتاحت العالم المعاصر.

¹ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، دار النهضة، القاهرة، 1988، ص 219.

² علي عبد القادر القهواجي. مرجع سابق، ص 156.

³ بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 126.

⁴ علي عبد القادر القهواجي، مرجع سابق، ص 161.

فالمحرر هو محل الجريمة سواء كان موجودا من قبل و تعرض للتغيير أو التعديل أو الإتلاف أو أنشئ من جديد على نحو مغاير لحقيقته وأي كانت قوته باعتباره محررا رسميا أو عرفيا.¹

فالناظر للتشريعات المقارنة لا يجد تعريفا جامعا للمحرر لذلك حاول الفقهاء تعريفه حيث عرفه البعض بأنه: " كل مكتوب منسوب إلى شخص معين يتضمن إثباتا لوقائع أو إعلانا عن إرادة".²

كما عرفه محمود محمود مصطفى بأنه: " كل مسطور يتضمن علامات ينتقل بها الفكر لدى النظر إليها من شخص إلى آخر".³

الملاحظ على هذا التعريف الأخير أنه يتحدث عن تغير الحقيقة وعن كل ما من شأنه أن يؤثر في الغير و ببعض منها، كما أنه يشير إلى ما يعرف بالتزوير المفضوح وليس تعريف للتزوير، أي التزوير الذي يستطيع الرجل العادي اكتشافه دون أي ذكاء أو خبرة وفقا لمعيار موضوعي هو الرجل العادي، فهناك من ذهب إلى أن التزوير المفضوح الذي لا يصعب اكتشافه من الرجل العادي لا يعد تزويرا معاقبا عليه بل هو أقرب للعبث.⁴

يشترط أيضا في المحرر محل التزوير أن يكون معروف المصدر و أن يكون دالا دلالة كافية على المعنى الذي حرر من أجله أي أن يكون مكتوبا بخطوط واضحة ومعبرة بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في ذلك انطلاقا من مبدأ التعادل الوظيفي بين المحررات الورقية و المحررات الالكترونية.

3- الضرر:

لقد جرت العادة أن يتم التطرق للضرر عند دراسة الركن المادي لجريمة التزوير، لكن ثار خلاف فقهي حول اعتباره ركنا من أركان الجريمة أم عنصرا من عناصر أركانها المادي،

¹ المرجع السابق، ص 161-162.

² بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 128.

³ محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، (د.ب.ن)، ط8، ص 198 .

⁴ علي عبد القادر القهواجي، مرجع سابق، ص 164.

فهناك من اعتبره ركنا مستقلا إلى جانب الركنين الأساسيين المادي والمعنوي،¹ وهم أنصار النظرية الموضوعية.

في حين يعتبره البعض الآخر خاصية من خصائص النشاط الإجرامي، المكون للركن المادي لجريمة التزوير وهم أنصار النظرية الموضوعية وبالتالي لا تقوم الجريمة عند غياب الضرر، في حين ظهر اتجاه ثالث اعتبره عنصر من عناصر الركن المعنوي وليس المادي باعتباره قصدا خاصا يقوم إلى جانب القصد العام والمتمثل في نية الإضرار بالغير وهم أنصار النظرية الشخصية.²

والراجح فقها وقضاء هو ضرورة توفر الضرر المحقق أو المحتمل الوقوع وقت ارتكاب الفعل المادي وتغيير الحقيقة أي أنه عنصر من عناصره سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، وسواء لحق بشخص محدد أو مجموعة من الأشخاص.³

ثانيا: الركن المعنوي في جريمة تزوير المحررات الرسمية

إن جريمة التزوير هي جريمة من الجرائم العمدية التي يتطلب لقيامها توفر القصد الجنائي العام بشقبة العلم و الإرادة، فلا بد من علم الجاني بتجريم الفعل الذي يقبل عليه مع اتجاه إرادته السليمة والحرّة للقيام به رغم ذلك و إلا سقطت الجريمة لتخلف أحد الأركان أو لإصابة الإرادة بأي عيب من عيوب الأهلية.⁴

فضلا عن ضرورة توفر قصد جنائي خاص يتمثل في اتجاه نية الجاني إلى استعمال المحرر المزور للإضرار بالغير مما يؤكد عزمه على إتمام النشاط الإجرامي، وإحداث النتيجة المرجوة.⁵

لقد بينا من خلال ما تقدم المبادئ العامة لجريمة التزوير التي تنصب على المحررات العرفية أو الرسمية.

¹ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 217.

² المرجع السابق، ص 218.

³ المرجع السابق، ص 218.

⁴ المرجع السابق، ص 218.

⁵ المرجع السابق، ص 218.

وبعد تعرضنا للأركان العامة للجريمة بصفة موجزة سنحاول إسقاطها بعد ذلك على ما يهمننا في موضوعنا هو تزوير المحررات العمومية أو الرسمية من خلال أو بالتواطؤ مع الموظفين العموميين القائمين على عملية إبرام الصفقات العمومية كالتزوير الذي يشوب محاضر فتح الأظرفة المدونة في السجلات الخاصة، لذلك لا بد من التطرق للتزوير في المحررات الرسمية كصورة للفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية من خلال العنصر الموالي.

الفرع الثالث

التزوير في المحررات الرسمية الخاصة بالصفقات العمومية

مما لا جدال فيه أن التزوير في المحررات الرسمية الذي سنقوم بدراسته من خلال هذا العنصر لا يختلف عن التزوير ومبادئه العامة السابق بيانه إلا فيما يتعلق بصفة الشخص القائم به والمجال الذي يتم فيه، فهو تزوير في محرر رسمي يتم من طرف موظف عام مفترض فيه تمثيل الدولة وفي مجال الصفقات العمومية الذي يهدف لتحقيق المصلحة العامة لذلك فهو صورة أخرى واضحة من صور الفساد في المجال الإداري الذي يحتاج لحماية جنائية فعالة ودقيقة عبر مراحل إبرام الصفقة وتعقيد إجراءاتها.

لذلك سنخصص هذا الفرع لبيان المقصود أولاً بالمحرر الرسمي محل التزوير ثم طرق التزوير والعقوبات المقررة له.

أولاً: مفهوم المحرر الرسمي

إن المحرر الرسمي محل جريمة التزوير في مجال الصفقات العمومية هو محرر رسمي عادي كغيره من المحررات الرسمية من أحكام ومحاضر ودفاتير وأوراق، والناظر للتشريعات الجنائية يجد أنها جاءت خالية من أي تعريف له وأرجعت ذلك للقواعد العامة في التشريعات المدنية واهتمت فقط بمسألة فرض حماية جنائية قادرة على الحد من الاعتداءات والتزويرات التي تتعرض لها المحررات وتؤدي إلى إهدار الثقة فيها و إضعاف حجة البيانات والمعلومات التي تحتويها.

ومن بين التعريفات الفقهية للمحرر الرسمي أنه: " المحرر الذي يصدر أو الذي ينسب إلى موظف عام مختص بتحريره".¹

فهذا التعريف هو تعريف واسع المحرر الرسمي يعتمد على المعيار العضوي حيث يعتبر أن كل محرر صادر عن موظف عام هو محرر رسمي خاضع للحماية الجنائية دون تحديد أي شروط في المحرر وهذا ينطبق أيضا على المحررات الصادرة عن الموظفين القائمين على إبرام الصفقات العمومية من محاضر و بنود الاتفاقية على حد سواء.

كما عرف أيضا بأنه: " كل محرر يصدر أو من شأنه أن يصدر من موظف عام مختص بتحريره، وإعطائه الصفة الرسمية".²

من خلال التعريفات السابقة نستنتج أن المحرر الرسمي يتوافر على جملة من الشروط هي:³

- أن يحزر المحرر من ممثل الدولة سواء شخص أو موظف أو عضو الإدارة بصفة كلية أو جزئية يملك هذه الصفة وقت تحرير المحرر.
- أن يكون الموظف مختص بإصدار المحرر.
- أن يصدره الموظف بصفته ممثلا للدولة في القيام بأعمالها الإدارية وغيرها من التصرفات القانونية والاجتماعية.

إن هذه الشروط السابقة متوفرة فيما يصدره الموظف العام في مجال الصفقات العمومية من محاضر فتح الأظرفة و المحاضر النهائية للصفقات لذلك فهي محررات رسمية خاضعة للحماية الجنائية من التزوير التي نظمتها معظم التشريعات العقابية المقارنة كالتشريع الجزائري في المادة 214 من قانون العقوبات التي نصت في الفقرة الأولى منها على: " يعاقب بالسجن المؤبد كل قاض أو موظف أو قائم بوظيفة عمومية ارتكب تزويرا في المحررات العمومية أو الرسمية أثناء تأديته وظيفته...".

ثانيا: طرق التزوير في المحررات الرسمية الخاصة بالصفقات العمومية

¹ عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، (د.ب.ن)،(د.س.ن)،1986، ص 177.

² محمود محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 166.

³ السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص 17.

هناك نوعان من طرق التزوير هما:

1- التزوير المادي:

وهو الطريقة الأولى للتزوير التي نصت عليها أغلبية التشريعات المقارنة والتي تشمل كل تغير للحقيقة بطريقة مادية تتبين بالحواس المجردة أو بالاستعانة بالخبرة الفنية،¹ فهي تشمل كل ما يترك على المحرر أثرا ماديا يؤدي إلى تشويه بياناته كالشطب أو المحو أو الطمس أو التقليد.²

فقد حددت أغلب التشريعات العقابية، المقارنة طرق التزوير المادية كالتشريع الفرنسي والمصري واللبناني والجزائري³ وبالنظر لهذه التشريعات فطرق التزوير تتمثل فيما يلي:

- وضع توقيعات مزورة.
- تغيير المحررات أو الخطوط أو التوقيعات.
- الحذف أو الإضافة أو التغيير.
- إتلاف المحررات وإخفائها.

وهذه الطرق أصبحت اليوم من صور الفساد الإداري المنتشرة داخل الأجهزة الإدارية وفي شتى المجالات بما فيها مجال الصفقات العمومية حيث أصبح الموظفين يستخفون بقوة المحررات الرسمية التي كلفوا بالسهر عليها و إعدادها و تنظيمها خدمة للمصلحة العامة من خلال التلاعب فيها بكل بساطة بتقليد الإمضاءات و حذف و تعديل مضمونها، ولا يخفى ما قد يرتبه ذلك من آثار وخيمة خاصة من ناحية إضعاف الثقة في مصالح الدولة، والتزوير الذي نحن بصدد دراسته يقوم حتى ولو لم يكن الموظف مختص بالتحضير بل أن المحرر يقع بين يديه في إطار ممارسته لوظيفته لكنه يستغله في تغيير الحقيقة على نحو مضر بالغير.

2- التزوير المعنوي

¹ المرجع السابق، ص 13- نجم محمد ضحي، مرجع سابق، ص 63.

² عبد المنعم سليمان، أوعامر محمد زكي، قانون العقوبات اللبناني، القسم الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ط1، 1996، ص 496.

³ المادة 441 من قانون العقوبات الفرنسي، المادة 262 من قانون العقوبات اللبناني، المادة 214 من قانون العقوبات الجزائري.

أما بالنسبة لطرق التزوير المعنوية فهي تلك الوسائل الرامية لتغيير الحقيقة بصورة غير مادية لا تترك أي أثر حسي يمكن لمسه واقعياً.¹

فهو تزوير ينصب على البيانات وتغييرها بغير ما اتجهت إليه إرادة من وجه له المحرر، فهو تزوير جوهري ينصب على المضمون و المحتوى دون الشكل فهو لا يظهر للغير بشكل مرئي واضح.

ومن صور هذا التزوير إساءة استعمال ورقة ممضية على بياض أو إثبات وقائع كاذبة أو اغفال أمر أو إبرازه على خلاف ما أعد له،² وهذا ما نصت عليه أغلبية التشريعات العقابية كالمادة 215 من قانون العقوبات الجزائري، وهذا الطريق من التزوير يظهر بشكل واضح أيضا في مجال الوظيفة العامة عندما يقوم الموظف بالإدلاء بإقرارات غير صحيحة أو وقائع مخالفة للواقع أو اغفال أمر من الأمور التي من شأنها تغيير الحقيقة أو إبراز واقعة على وجه غير صحيح، هذا ما يتحقق أيضا بصورة جلية وواضحة في مجال إبرام الصفقات العمومية عندما يقوم الموظف بتغيير مضمون أو محتوى المحاضر والاتفاقيات بإضافة بند أو حذف آخر على نحو مغاير للحقيقة وهذا صورة من صور الفساد التي أصبحت اليوم من الأمور العملية العادية التي تتم بشكل روتيني من قبل الموظفين لتلبية مصالح خاصة على حساب المصلحة العامة والمال العام.

وهنا نشير أيضا إلى أن التزوير في المحررات الرسمية الذي يقوم به أفراد آخرون غير الموظفين العموميين صورة أيضا من صور الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية ، حتى لو كان هؤلاء لا ينتمون للجهاز الإداري ولا يبتون له بصلة سواء كان مادي من خلال التلاعب بالإمضاءات والمحررات أو من خلال الإدلاء للموظف بما يخالف الحقيقة في حالة التزوير المعنوي.

المطلب الرابع

جريمة الاستيلاء على المال العام

¹ السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص 41- محمود محمد معابرة، مرجع سابق، ص 204- علي عبد القادر القهواجي، مرجع سابق، ص 165.

² المادة 263 من قانون العقوبات اللبناني، المادة 215 من قانون العقوبات الجزائري.

إن جريمة الاستيلاء على المال العام تعتبر أيضا صورة جنائية للفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية لا بد من دراستها إلى جانب اختلاس المال العام بهدف توسيع دائرة الحماية الجنائية وبسطها على أبعد الحدود، خاصة في وقتنا الحاضر الذي أصبحت تمتد فيه أيدي الموظفين إلى الأموال العامة دون أي خوف أو تردد.

لذلك فقد ارتأينا دراسة هذه الجريمة من خلال هذا المطلب من خلال محاولة تحديد مفهومها لنقف على الفرق بينهما وبين جريمة اختلاس المال العام والتعرض لأركانها والشروط المفترضة فيها.

الفرع الأول

مفهوم جريمة الاستيلاء على المال العام

إن الناظر لمختلف التشريعات المقارنة يجد أنها لم تعرف هذه الجريمة تاركة الأمر للاجتهادات الفقهية لمحاولة وضع تعريف مانع جامع له، لذلك سنحاول من خلال هذا العنصر التطرق أولا للتعريف الشرعي لهذه الجريمة لأن الشريعة الإسلامية أولتها اهتماما واسعا وبينت قواعدها الأساسية ثم التعريف القانوني لها.

أولا: التعريفات الشرعية لجريمة الاستيلاء على المال العام

إن جريمة الاستيلاء على المال العام المعروفة في التشريعات العقابية تقابل جريمة السرقة في الشريعة الإسلامية التي لم تفرق في هذا الفعل بين الموظف أو الأفراد وبين طبيعة المال عام أو خاص وتخضعهم لنفس الحد.

هنا ظهرت عدة تعريفات شرعية للسرقة عموما، فهناك من عرفها بأنها: " الاستيلاء

والأخذ لمال الغير مستترا من غير أن يؤتمن عليه".¹

فهذا التعريف هو تعريف عام للسرقة دون أي بيان لشروط مفترضة أو خاصة وهذا ما

لا يمنع من تطبيقه على فعل الاستيلاء على المال العام مع مراعاة طبيعته الخاصة وما تحمل

¹ المرجع السابق، ص 372.

في طياتها من شروط، ورغم تعدد التعريفات الشرعية، إلا أنها تتفق في اعتبار السرقة هي كل أخذ للشيء من الغير على وجه الخفية والاستتار فالسارق لا يكون المال مملوكا له وليست تحت حيازته بل يحصل عليه خفية ودون علم صاحبه وهذا ما يشبه فعل المستلي على المال مع مراعاة بعض الشروط التي سنبينها لاحقا.

فمحل جريمة الاستيلاء على المال العام شرعا هو نفسه محل جريمة السرقة نظرا لاتفاقهم في التعريف و المبادئ العامة، حيث اشترطت في المحل أربع شروط هي:

- أن يكون منقولاً و متقوما¹ .
- أن يكون محرزا².
- أن يكون مالا مملوكا للغير.

وجريمة الاستيلاء على المال العام تتحقق فيها هذه الشروط العامة لجريمة السرقة بالإضافة إلى شروطها الخاصة فهي تنصب على مال عام مملوك للدولة ومحفوظ في خزائنها فهو منقول بالحماية المقررة لملك الغير عموما.

¹ بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 195-196-197.

² أي أنه لا يشترط فيه أن يكون مالا بل يكفي أن يكون شيء ممتلك يمكن تقويمه نقدا.

إذن يتضح من خلال ما تقدم أن جريمة الاستيلاء على المال العام محرمة شرعا في إطار جريمة السرقة لانفاقها معها في الأركان والمبادئ، فهي جريمة من جرائم التعزير التي يتوكل أمر عقابها للسلطة التقديرية لولي المسلمين.

ثانيا: التعريفات الفقهية للاستيلاء على المال العام

إن التعريف الفقهي للاستيلاء على المال العام أيضا ورد ضمن تعريفات السرقة باعتبار الاستيلاء عنصر من عناصرها وقد عرف بأنه: " حيازة الجاني للمنقول حيازة كاملة بعد إن كان في حوزة الغير قبل الاستيلاء".¹

فهذا التعريف رغم ارتباطه أكثر بجريمة السرقة إلا أنه يمكن تطبيقه على جريمة الاستيلاء على المال العام الذي يعتبر منقولا في حيازة الدولة يستولي عليه الموظف ليحوز عليه حيازة كاملة، و لا تقوم هذه الجريمة إلا إذا كان المال في حيازة الدولة قبل الاستيلاء أما إذا كان في حيازة الموظف منذ بدايته فلا محل لهذه الجريمة.

¹ مشتقة من حرز وهي كل ما يحفظ فيه المال عادة كالدار و الخونة أو الحرز بالحافظ كالشخص الذي يجلس على الطريف ومعه متاعه فيكون المتاع محرزا به، بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 198.

فلا يعد مستوليا الحائز للمال لأنه لا يعقل قانونا أو منطقا أن يتولى ما في حوزته على أساس أنه لم ينشئ حيازة جديدة بل استبقى لنفسه حيازة قائمة.¹

فالاستيلاء لا يتحقق إذا انتقلت حيازة الشيء في لحظة سابقة أو معاصرة للاستيلاء عليه بلا لا بد أن تنتقل بالتسليم،² إذن فالاستيلاء في مجال الصفقات العمومية هو ذلك الفعل الذي يقوم به الموظف العام للحصول على المال العام بسبب وظيفته وليس بمناسبة حيث لا يرتبط المال هنا بطريقة مباشرة بوظيفته بل يكون مثلا في حوزته موظف آخر ثم يستولي عليه بعد ذلك، وهذا ما يثبت في عدة نصوص تشريعية عقابية كنص المادة 119 مكرر من قانون العقوبات الجزائري التي جاء فيها "...سواء بمقتضى وظيفته أو سببها" فالشق الأول للاختلاس و الثاني للاستيلاء.

إن الشروط المفروضة في جريمة الاستيلاء على المال العام كصورة للفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية هي نفسها شروط جريمة الاختلاس مع الاختلاف في الشرط الأخير المتعلق بالعلاقة بين الموظف و المال العام.

فشروط جريمة الاستيلاء على المال العام هي أيضا:

- صفة الموظف العام.
- صفة المال العام.³
- العلاقة بين الموظف العام و المال.

لقد تم التطرق للشرطين الأولين عند دراسة بقية الجرائم، أما العلاقة بين الموظف العام و المال فهي تشكل الفرق بين هذه الجريمة و جريمة الاختلاس، فالاستيلاء يقتضي عدم وجود المال في حوزة الموظف العام لكنه يستولي عليه بسبب وظيفته كأن يوجد في جهة أخرى داخل الوظيفة العامة غير تلك التي يعمل بها، عكس الاختلاس الذي يأخذ فيه الموظف من المال الذي يعرض إليه بمناسبة مباشرة وظيفته.

الفرع الثاني

¹ علي عبد القادر القهوجي، جرائم الاعتداء على الإنسان و المال ، مرجع سابق، ص 288.

² عوض محمد عوض، مرجع سابق، ص 70- محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 68.

³ المال يشمل كل الأشياء المنقولة للدولة أو تحت رقابتها أو إشرافها، بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 184.

أركان جريمة الاستيلاء على المال العام

يلزم لقيام جريمة الاستيلاء على المال العام ثلاث أركان الركن المفترض المتمثل في الموظف العام و المال العام و العلاقة بينهما و الذي لن نكره فقد سبق بيانه، فضلا عن ركنان أساسيان أحدهما مادي و الآخر معنوي، سنبين كل منهما فيمايلي:

أولاً: الركن المادي

إن الركن المادي المكون لهذه الجريمة يتمثل في إتيان النشاط الإجرامي المتمثل في فعل الاستيلاء من قبل الموظف العام على المال أو الأوراق الخاصة بالجهات الإدارية التي يعمل بها أو تسهيل الاستيلاء عليها لموظفين آخرين أو أفراد عاديين.¹

فالنشاط الإجرامي لجريمة الاستيلاء على المال العام في الصفقات العمومية يختلف عن الاختلاس لأنه يتكون من عنصرين أو فعلين، الاستيلاء من الموظف بحيازة كاملة بعد أن كانت عارضة كأن يطلع الموظف على الأوراق خاصة بصفقة ما ثم يقوم بالاستيلاء عليها لحسابه الخاص، والفعل الثاني يتمثل في تسهيل ذلك للغير سواء كان ذلك لموظف آخر أو فرد من الأفراد العاديين ويعد فاعلا أصليا، وفي الحالتين وليس مجرد شريك سواء كان عمله ايجابيا كأن يقوم الغير على محاضر الصفقات و الأوراق المتعلقة بها أو سلبيا كأن يترك مكان حفظ الأوراق و المحاضر مفتوح ليتمكن الغير من الإطلاع عليه.

ثانياً: الركن المعنوي لجريمة الاستيلاء على المال العام

يختلف مضمون الركن المعنوي لجريمة الاستيلاء على المال العام بحسب وجود نية التملك من عدمه ففي حالة وجود نية التملك لا بد أن يكون الجاني عالم بأنه يستولي على مال من أموال الدولة ومع ذلك تتجه إرادته السليمة و الخالية من أي عيب من العيوب كالإكراه المادي أو النوعي للقيام بالفعل حيث يمتد العلم فيها للشروط المفترضة الثلاث للجريمة السابق بيانها، أما في الحالة الثانية وبغياب نية التملك فقد ذهب البعض إلى عدم المساواة بينها وبين الحالة الأولى و إخراجها من دائرة العقاب على أساس أنها قد تكون نتيجة لغلط أو سهو أو نسيان.²

¹ بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 186.

² المرجع السابق، ص 189-190.

ونحن بدورنا نرى أنه لا بد من توضيح النصوص العقابية على نحو بين الحالتين كل على حدى وأن يميز بين وقوع الفعل بنية الانتفاع أو الاستعمال من عدمه، حيث يوجب هنا العقاب حتى ولو لم يكن بنية التملك، فلو أخذ الموظف مثلا أوراق خاصة بمحاضر الصفقة ليطلع على ما تحتويه من معلومات ثم يعيدها بعد ذلك فالنية الإجرامية هنا متوفرة وتستوجب العقاب سواء أخذها بغرض التملك أم لا فالمهم أنه يستغلها لصالحه.

المبحث الثاني

صور الفساد الإداري الخاصة بمجال الصفقات العمومية

بعد أن بينا في المبحث الأول الصور العامة للفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية و التي تشمل جملة من الجرائم العامة المعروفة في قانون العقوبات، سنخصص هذا المبحث لدراسة صور الجرائم الخاصة بمجال الصفقات العمومية و التي نص عليها صراحة قانون مكافحة الفساد من خلال التطرق للمطالب الآتية:

المطلب الأول

جريمة استغلال النفوذ

تعتبر أيضا جريمة استغلال النفوذ صورة من صور الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية التي تستوجب التجريم ففي الحالة التي يقوم فيها الموظف العام باستغلال نفوذه للحصول على أي مزية من المزايا لمصلحته الخاصة على حساب أحكام ومقتضيات وظيفته.

لذلك فرغم ما قد يظهر للموظف من بساطة في تصرفاته إلا أن الاتجار بالنفوذ يشكل جريمة خطيرة من جرائم الفساد الإداري سواء كان النفوذ حقيقيا أو مزعوما فالأمر سواء، لكن الثاني يؤدي إلى ازدواجية الجرائم حيث تقوم إلى جانب الجريمة الأولى جريمة أخرى تتمثل في الإدعاء الكاذب والغش على نحو يضر بالسلطة العامة.¹

لهذا فقد لجأت معظم التشريعات المقارنة وخاصة المتعلقة بالفساد لتجريم استغلال النفوذ وتحديد العقوبة اللازمة له كالتشريع الجزائري الذي نص عليها في المادة 32 من قانون مكافحة الفساد السابق ورغم أن المادة تنسم بالعمومية إلا أنها تطبق أيضا على كل شكل لاستغلال

¹ بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 210.

النفوذ الذي قد يقع في مجال إبرام الصفقات العمومية، لذلك سنبين أركان هذه الجريمة والمتمثلة في الركن المفترض الذي بيناه في الجرائم السابقة و توفر ركنيها المادي والمعنوي الذين سنبينهم من خلال الآتي:

الفرع الأول

الركن المادي لجريمة استغلال النفوذ

بالنظر للتشريعات المقارنة الخاصة بالفساد¹ كالمادة 32 من قانون 01/06 التي جاء فيها: " كل من وعد موظفا عموميا أو شخص آخر بأية مزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منح إياها بشكل مباشر أو غير مباشر، لتحريض ذلك الموظف العمومي أو الشخص على استغلال نفوذه الفعلي أو المفترض بهدف الحصول من إدارة أو من سلطة عمومية على مزية غير مستحقة لصالح المحرض الأصلي على ذلك الفعل أو لصالح أي شخص آخر.

- كل موظف عمومي أو أي شخص آخر يقوم بشكل مباشر أو غير مباشر، بطلب أو قبول أية مزية غير مستحقة لصالح أو لصالح شخص آخر لكي يستغل ذلك الموظف العمومي أو الشخص نفوذه الفعلي أو المفترض بهدف الحصول من إدارة أو سلطة عمومية على منافع غير مستحقة".²

من خلال ما تقدم نجد أن الركن المادي لهذه الجريمة يقوم على عنصرين أساسيين هما:

- الوعد بميزة غير مستحقة لصالح المحرض.
- طلب أو قبول مزية غير مستحقة من الموظف العام.

¹Comme La convention pénal du Conseil de l'Europe présidentes qui présente un instrument ambitieux qui vise à incriminer de manière coordonnée un large éventail de conduite de corruption , et parmi les formes de corruption qu'elle couvre : trafic d'influence, PHILLIPE MONTIGNY , op,cit, p121.

²هذا أيضا ما لجأ إليه المشرع الفرنسي في تعديل قانون العقوبات في المواد 11-423 و 1-433 و 2-433 على التوالي:

-De la corruption passive et du trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique. »

- De la corruption passive et du trafic d'influence commis par les particuliers. »

يتضح من خلال ما تقدم أن المشرع الفرنسي قد أخذ بوجهين للجريمة متى ارتكبتها الموظف العام و هنا لا بد من الركن المفترض، و متى ارتكبتها أشخاص عادييين و هنا يكفي توافر الركنان المادي و المعنوي.

فإذا قام أي شخص صاحب مصلحة بوعده الموظف العام الذي يشرف على عملية إبرام الصفقات العمومية بتقديم أية مزية مهما كانت طبيعتها مقابل أي مصلحة له فهنا تقوم جريمة استغلال النفوذ حتى ولو لم يقدمها فعلا فمجرد الوعد يحقق الركن المادي للجريمة، ونفس الشيء إذا طلب الموظف ذلك من أصحاب المصلحة أو قبل عروضهم دون إتمام ويستوي الأمر سواء كان النفوذ حقيقي أو مزعوم فالمهم توافر الخطورة الإجرامية لدى الطرفين ويعتبر الواعد هنا محرزا أصليا على ارتكاب الجريمة نتيجة المغريات التي يعرضها على الموظف ودائرة استغلال النفوذ واسعة حيث تمتد إلى كل من له علاقة بالموظف تسمح بالتأثير عليه لأداء المصلحة الموجودة كأن تكون بينهما صلة من القرابة أو صداقة، وهذه الجريمة لا يشترط لقيامها صفة الموظف العام وهذا ما نلمسه من خلال المادة¹ من عبارة: "لكي يستغل ذلك الموظف العمومي أو الشخص" وأيضا: "كل من وعد موظفا عموميا أو أي شخص آخر".

الفرع الثاني

الركن المعنوي في جريمة استغلال النفوذ

إضافة إلى الركن المادي السابق لابد من توافر ركن معنوي عام لقيام جريمة استغلال النفوذ يتمثل في ضرورة توفر القصد الجنائي العام بشقيه العلم أو الإرادة، أي أن يعلم الشخص بأن ما يقدم عليه من أفعال تعتبر جريمة منصوص عليها في التشريعات الجنائية العقابية ويستوي الأمر أن يكون عالما يتوفر النفوذ أو كان يعتقد توفره لأن العبرة بالخطورة الإجرامية، ومع ذلك تتجه إرادته إلى إتيان تلك الأفعال والسلوكات.

المطلب الثاني

جريمة إساءة استغلال الوظيفة

تعتبر جريمة إساءة استغلال الوظيفة أيضا جريمة من جرائم الفساد الإداري التي تختلف عن سابقتها كونها تشترط لقيامها صفة مقترضة هي صفة الموظف العام وهذا ما نلمسه من خلال النصوص العقابية الخاصة بالفساد كالمادة 33 من القانون 06-01 التي جاء فيها: "كل موظف عمومي أساء استغلال وظائفه أو منصبه عمدا".

¹ المادة 32 من قانون مكافحة الفساد السابق.

وهذه الجريمة كغيرها فضلا عن الركن المفترض¹ تتطلب لقيامها توافر ركنين هما:

الفرع الأول

الركن المادي لجريمة إساءة استغلال الوظيفة

إن الركن المادي لهذه الجريمة يتكون من النشاط الإجرامي المتمثل في إساءة استغلال الوظيفة و هو يتضمن جانبين السلبي والإيجابي حيث يتكون من عنصرين هما:

- القيام بعمل غير مشروع في إطار ممارسة وظيفته.
- الامتناع عن القيام بما كلف به في إطار ممارسته وظيفته.

فكل موظف عام مكلف بالإشراف على إبرام الصفقات العمومية وفي أي مرحلة يقوم بعمله على وجه مخالف للقانون و التنظيمات المعمول بها بغرض الحصول على مقابل سواء لمصلحته أو لمصلحة شخص آخر يعتبر مرتكب لجريمة إساءة استغلال الوظيفة ويستحق العقاب ونفس الشيء إذا ارتكب سلوكا سلبيا بالامتناع عن القيام بما كلف به لصالح أطراف أخرى ومن أجل الحصول على منافع خاصة.

الفرع الثاني

الركن المعنوي لجريمة إساءة استغلال الوظيفة

إن جريمة استغلال الوظيفة هي جريمة عمدية تشترط لقيامها توفر الركن المعنوي المتمثل في القصد الجنائي العام بشقيه العلم والإرادة، حيث يجب أن يكون الموظف عالما بأن قيامه بعمل مخالف للقانون أو امتناعه عن ما أمره به القانون يعتبر جريمة جنائية معاقب عليه، وعلى الرغم من ذلك تتجه إرادته السليمة دون أي إكراه أو ضغط بالسلوك المجرم.

الفرع الثالث

عقوبة جريمة إساءة استغلال الوظيفة

¹ المتمثل هنا في صفة الموظف العام التي بينها بالتفصيل عند حديثنا عن الرشوة، دون شرط المال العام و العلاقة بينهما كما هو مبين في جريمة اختلاس المال العام.

لقد عاقبت التشريعات المقارنة المتعلقة بالفساد على هذه الجريمة فهناك من عاقب بالعقوبة البدنية أو بالغرامة المالية، وهناك أيضا من جمع بينهما كالمشرع الجزائري في المادة¹ 33 من حيث جاء فيها: " يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل موظف عمومي أساء استغلال وظائفه أو منصبه عمدا".

المطلب الثالث

جريمة الامتيازات الغير مبررة في مجال الصفقات العمومية

تعتبر هذه الجريمة صورة منتشرة جدا للفساد الإداري التي تستدعي حماية جزائية فعالة قادرة على الحد منها و تحقيق الهدف من السياسة الجنائية المتمثل في الردع وليس العقاب، وقد نصت على هذه الجريمة المادة 21/26 من قانون مكافحة الفساد حيث اعتبرتھا كل: "اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفا بذلك الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير.

- كل تاجر أو صانع أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم، ولو بصفة عرضية، بإبرام عقدا أو 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 الأعوان والهيئات المذكورة من اجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو حال التسليم أو التمويل."

فباستقراء نص المادة يتضح لنا أن هذه الجريمة كغيرها من الجرائم يلزم لقيامها توافر ركنان أساسيان لهما:

الفرع الأول

الركن المادي لجريمة الامتيازات غير المبررة

¹ من القانون 01\06 السابق.

يتضح من خلال المادة أن السلوك الإجرامي المكون للركن المادي لجريمة الامتيازات الغير مبررة يشمل جملة من الأفعال الواردة على سبيل المثال و التي تكون مخالفة للقوانين المعمول بها وهي:

- إبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة مخالفة للقانون.
- التأثير على العقد أو الاتفاقية أو الصفقة بصفة مخالفة للقانون.
- مراجعة العقد أو الصفقة أو الاتفاقية على نحو مخالف للقانون.
- التأثير على هيئات الدولة ومصالحها المختلفة.

فهذه الجريمة لا تشترط صفة الموظف العام فقط فالإلى جانب هذا الأخير قد ترتكب هذه الجريمة من طرف القطاع الخاص¹، سواء كان تاجرا أو من خلال التواطؤ مع الموظفين العموميين أو من خلال محاولة التأثير حتى ولم يتم الاتفاق بعد ذلك لأن العبرة دائما بالخطورة الإجرامية وذلك بهدف بسط حماية جزائية واسعة للحد من انتشار الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية.

الفرع الثاني

الركن المعنوي لجريمة الامتيازات الغير مبررة

إن هذه الجريمة هي جريمة عمدية تتطلب لقيامها توفر القصد الجنائي العام بشقيه العلم والإرادة، وهذا ما يتحقق من خلال :

- علم الموظف العام بخطورة أفعاله وبأن ما يقوم به وعود و تأثيرات وصفقات هي أفعال مخالفة للقواعد والتنظيمات واتجاه إرادته السليمة رغم ذلك للقيام بها وتحقيق مصالحه الخاصة.

¹ PHILLIPE MONTGNY , op,cit, p88.

- علم التجار أو الصناعيين أو الحرفيين أو المقاولين بأن ما يقدمون عليها من إجراءات غير سليمة في إبرام العقود و الاتفاقات و الصفقات هي أفعال مجرمة معاقب عليها قانونا واتجاه إرادتهم السليمة إلى إتيانها من أجل التلاعب في الأسعار ونوعية المواد والخدمات وآجال التسليم لتحقيق أغراض خاصة على حساب المال العام.
- فكل أرباح مالية يحصل عليها الموظفون أو أصحاب القطاع الخاص مقابل التلاعب ومخالفة القوانين في إجراءات و امتيازات العقود تعتبر أموالا غير مشروعة وإثراء على المال العام يدخل في إطار جريمة اختلاس المال العام السابق بيانها.

الفرع الثالث

عقوبة جريمة الامتيازات الغير مبررة في مجال الصفقات العمومية

نصت المادة 26 من القانون 06-01 على أن: " يعاقب بالحبس من سنتين 02 إلى عشرة 10 سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج " .

هنا أيضا جمع المشرع بين العقوبة البدنية والغرامة المالية معا لتفعيل السياسة الجنائية، وهي نفس العقوبة المقررة في أغلب الجرائم الخاصة بمجال الصفقات العمومية.

المطلب الرابع

جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

إن جريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية هي أيضا جريمة خاصة من الجرائم المنتشرة في مجال الصفقات العمومية نصت عليها المادة 35 من القانون 06-01 حيث جاء فيها: "كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى إما مباشرة أو بعقد صوري وإما عن طريق شخص آخر".

فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكابها الفعل مديرا لها أو مشرفا عليها بصفة كلية أو جزئية وكذلك من يكون مكلفا بأن يتصدر إذنا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أيا كانت".

فباستقراء المادة يتضح لنا هذه الجريمة كغيرها من الجرائم الجنائية تستوجب لقيامها ضرورة توافر الركن المفترض المتمثل في الموظف العام و ركنين مادي و معنوي، فضلا عن جملة من الشروط التي يمكن أن نستشفها من خلال النص.

لذلك سنطرق من خلال ما هذا المطالب لبيان الشروط اللازمة لقيام الجريمة ثم لأركانها مقتصرين على الركن المادي و المعنوي لعدم تكرار الركن المفترض السابق بيانه.

الفرع الأول

شروط جريمة أخذ فوائد بصفة قانونية

إن هذه الجريمة تتطلب لقيامها شرطا مفترضا يتمثل في صفة الموظف العام حيث لا تقوم هذه الأخيرة إلا إذا ارتكب السلوك الإجرامي من شخص تتوافر فيه هذه الصفة وفقا للشروط القانونية اللازمة لذلك و التي سبق التعرض لها.

فضلا عن ضرورة توافر جملة أخرى من الشروط هي:

- أن يكون إبرام الصفقة من مقتضيات ممارسته لوظيفته بأن يكون مديرا فعليا للمصلحة المتعاقدة يترأس كل أو بعض مراحل إبرامها فيرتكب الركن المادي الذي يتحقق عندما يقوم بالإشراف على إبرامها و أن يكون له دخل في ذلك سواء بصفة كلية أو بصفة عارضة فقط تمكنها من التفاوض على وظيفته على نحو يحقق له مصالح خاصة.
- أن تكون الفائدة المرجوة غير مشروعة أي أنها غير داخلية فيما يتلقاه الموظف من أجر عن وظيفته فهذه الشروط السابقة هي شروط لقيام الجريمة وليست أركان لها لأنها لا تدخل في تكوين النشاط الإجرامي الذي يعتبر أساس الركن المادي بل هي ظروف وحالات لا بد من وجودها لتمام الجريمة واستحقاق العقاب.

الفرع الثاني

أركان جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

إن هذه الجريمة كغيرها من الجرائم الجنائية لا بد فضلا عن الركن المفترض لقيامها من توافر ركنان أساسيان هما:

أولا: الركن المادي لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

يتكون السلوك الإجرامي¹ المكون للركن المادي لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية من فعلين أساسيين هما:

1- الأخذ أو التلقي:

أي أن يأخذ الموظف العام أو يتلقى من شخص آخر فوائد قانونية غير مشروعة أي غير مستحقة مقابل المساعدة في إبرام الصفقة التي تعتبر من مقتضيات وظيفية سواء حصل عليها بطريقة مباشرة أو من خلال التلاعب في العقود وتقرير مبالغ صورية لأخذ الفارق لمصلحته.

فالركن المادي يتحقق سواء قام الموظف العام بهذه الأفعال بنفسه أو عن طريق وساطة شخص آخر بينه وبين بقية أطراف المناقصة.

2- التكليف:

أي أن يكون الموظف العام هو مكلف إما بإصدار إذن بالدفع في أي عملية من عمليات إبرام الصفقة أو مكلف بالتصفية في أي أمر من الأمور ثم يؤخذ فوائد مقابل ذلك فالموظف هنا قد يكون صاحب اختصاص فعلي كأن يكون مديرا أو مكلفا من طرف شخص آخر أو رئيسه ففي الحالتين تقوم الجريمة متى قام بالحصول على فوائد غير مستحقة، كما أن المشرع لم يحدد طبيعة الفوائد وهذا ما نلمسه من عبارة: "فوائد أيا كانت" فقد تكون مالية يحصل عليها مباشرة

¹ C'est dans cet esprit que l'article 435-1 de la loi du 31-07-2000 précédente à ajouté cette crime dans l'article 435-1 : « Fait pour un fonctionnaire communautaire ou un fonctionnaire d'un autre état membre de l'union européenne ou par un membre de la commission des communautés européennes de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offre, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction.... ».

من صاحب المصلحة أو يأخذها من الفارق بين السعر الحقيقي والصوري في حالة التلاعب في المبالغ، أو قد تكون فائدة معنوية ترجع عليه أو على أي شخص آخر يعينه فالمهم فيها أن تكون غير مشروعة.

ثانيا: الركن المعنوي لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

إن جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية هي جريمة تتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي العام بشقيه العلم والإدارة، أي أن يكون الموظف العام عالما بأن الفوائد التي يحصل عليها هي فوائد غير مشروعة لقاء ما يقوم به من أعمال تدخل في إطار وظيفة إما بصفة كلية أو عارضة و اتجاه إرادته رغم ذلك إلى القيام به، وهنا نقصد الإرادة السليمة الخالية من أي عيب من العيوب وخاصة الضغط والإكراه.

فهنا تتوفر لدى الموظف العام النية الإجرامية والمتمثلة في التبرج على حساب المصلحة العامة ومقتنيات الوظيفة العامة وما تتطلبه من ثقة ودعم.

وقد تتطلب هذه الجريمة قصدا خاصا يتمثل في ضرورة تحقيق النية وتقديم الخدمة المتمثلة في تسهيل إبرام الصفقة أو التلاعب في أي مرحلة من مراحل إبرامها مقابل الحصول على الفائدة الغير مشروعة.

الفرع الثالث

عقوبة جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

لقد قرر المشرع عقوبة لهذه الجريمة كالعقوبات المقررة للجرائم الخاصة بمجال الصفقات العمومية المتمثلة في عقوبة الحبس من (02) سنة إلى (20) سنوات و الغرامة من 20.000 دج على 1.000.000 دج، حيث يتبع المشرع دائما نفس السياسة الجنائية والمتمثلة في الجمع بين العقوبتين الجسدية و المالية.

المطلب الخامس

جريمة تعارض المصالح

لقد نص أيضا قانون مكافحة الفساد رقم 06-01 على جريمة أخرى من الجرائم المنتشرة في مجال الصفقات العمومية هي جريمة تعارض المصالح وهي تلك الجريمة التي

نصت عليها المادة 34 و التي جاء فيها: " كل موظف عمومي خالف أحكام المادة 9 من هذا القانون " .

فينظر للمادة نجد أن المشرع قد اعتبر أن كل من خالف أحكام المادة 9 يعتبر مرتكباً لجريمة تعارض المصالح التي سنبين من خلال هذا العنصر شروط قيامها و أركانها

الفرع الأول

شروط جريمة تعارض المصالح

يشترط لقيام جريمة تعارض المصالح فضلا عن الشرط المفترض المتمثل في صفة الموظف العام ضرورة المساس بإجراءات المادة 9 المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية حيث نصت على ما يلي:

" يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية.

ويجب أن تكون هذه القواعد على وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية.
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الانتقاء.
- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.
- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية".¹

¹ لقد نظم أيضا المشرع الفرنسي جملة من القواعد و اعتبر أن كل مساس بها أو تغيير يعد تلاعبا في مجال إبرام الصفقات العمومية على النحو السابق، و من هذه الاعتداءات نذكر:

–Modification des condition générales des marchés publiques.

–Modification des directives relatives à la passation des marchés et à l’emploi de consultants .

–Modification des modèles de dossier d’appel d’offres et de documents de marché.

M.CHRISTIAN H.WALSER , **Sanctions prévues contre les soumissionnaires**

coupables de corruption dans les directives de la banque mondiale en matières de passation des marchés, rapport présenté dans la 2 C.E de la lutte contre la corruption dans les marchés publics , C.E , 1997, p107–108.

يتضح باستقراء نص المادة أن هذه الجريمة هي جريمة خاصة بمجال إبرام الصفقات العمومية أكثر من غيرها كونها تمتد لتشمل كل الأفعال الغير مشروعة التي تمس الإجراءات منذ بداية إبرام الصفقة وحتى بعد تمامها من خلال فتح المجال للطعن و تجريم كل فعل يحول دون ذلك.

إذن يتضح من خلال ما تقدم أن شروط قيام جريمة تعارض المصالح هي:

- صفة الموظف العام.
- المساس بأي قاعدة أو إجراء خاصة بإبرام الصفقة.
- المساس بطرق الطعن المكفولة في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقة.

الفرع الثاني

أركان جريمة تعارض المصالح

لهذه الجريمة بدورها ركن مفترض يتمثل في صفة الموظف العام فضلا عن ركنان أساسيان هما:

أولا: الركن المادي

يتكون السلوك الإجرامي المكون للركن المادي لجريمة تعارض المصالح من جملة من الأفعال التي تؤدي للمساس بقواعد الشفافية والمنافسة الشريفة والمعايير الموضوعية اللازمة لصحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

فكل إجراء غير مشروع ومخالف للقانون وما تقتضيه قواعد الشفافية تقوم به المصلحة المتعاقدة ممثلة في الموظف العام يدخل في إطار هذه الجريمة، باعتبارها المختصة قانونا بالإشراف على إجراءات إبرام الصفقات .

فالركن المادي لهذه الجريمة يشمل جملة من الأفعال التي تمس حالة من الحالات المبينة في المادة 9 و التي سنبين كل منها في الآتي:

1- المساس بالعلانية:

حيث يعتبر كل فعل ماس بعلانية إبرام الصفقات العمومية مكونا للركن المادي لجريمة تعارض المصالح، ويتحقق هذا الفعل بمخالفة أحكام المادة 45 من المرسوم 10-236 التي جاء فيها: " يكون اللجوء للإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات الآتية:

- المناقصة المفتوحة.
- المناقصة المحدودة.
- الدعوة إلى الانتقاء الأولي.
- المسابقة.
- المزيدة.

ففي حالة القيام بأي إجراء خاص بحالة من الحالات الواردة في المادة أعلاه دون اللجوء للإشهار الصحفي بصفة إلزامية يعتبر ذلك مساسا بالعلانية المفترضة في إجراءات إبرام الصفقات المنصوص عليها في المادة 9 والتي تستوجب العقاب الوارد في المادة 34 من القانون 06-01 هذه جريمة من جرائم تعارض المصالح.

هذا و يعتبر أيضا عدم تحرير إعلان المناقصة باللغة الوطنية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل من المنصوص عليها في المادة 49 من المرسوم 10-236 جريمة من الجرائم الماسة بالعلانية، وكذلك عدم نشر بيانات المتعامل العمومي في النشرات الرسمية وفي جريد سنن يومين وطنيين من هذه الجرائم.

- عدم إدراج إعلان المنهج المؤقت للصفقة في نفس الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة مع تحديد كل المعلومات الخاصة بالسعر والأجال و أسباب الاختيار.
- عدم إعلان والإشهار المحلي للمناقصات الخاصة بالولاية والبلدية وغيرهما من المؤسسات ذات الصيغة العمومية المتعلقة بالتوريدات أو الخدمات المتعلقة بالمبالغ التي تساوي خمسين مليون دينار 50.000.000 دج أو يقل عنها وعشرين مليون دينار 20.000.00 دج أو يقل عنها.

- عدم إلصاق إعلان المناقصة بالمقررات المعنية.
- عدم تحديد تاريخ إيداع العروض في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وفي إعلان الصحافة حسب المادة 48 من المرسوم 10-236.

فارتكاب أي فعل من هذه الأفعال يعتبر مجرماً في كونه يشكل جريمة تعارض المصالح المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد ولكونها تدور حول العلانية و المنافسة الشريفة المفترضين في إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

2- التلاعب في شروط المشاركة و الانتقاء :

إن أي تلاعب في شروط المشاركة والانتقاء والمعايير اللازمة عند الإعداد لإبرام الصفقات العمومية من طرف الموظفين أو المصلحة المتعاقدة يعتبر سلوكاً إجرامياً كافي لتكوين الركن الإداري لجريمة تعارض المصالح، فلا بد أن يتم الانتقاء وفقاً للأحكام المحددة قانونياً في الباب الخامس والقسم الرابع من الباب الثاني من المرسوم 10-236 ومن هذه الأفعال نذكر:

- عدم تحديد المعايير اختيار المتعامل المتعاقد في دفتر الشروط.¹
- عدم تحديد الضمانات النقدية والمالية.
- عدم ذكر الأسعار والنوعية وأجال التنفيذ.
- عدم تحديد شروط التمويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية والضمانات التجارية وشروط دعم المنتجات.
- عدم مراعاة شروط المنافسة عند اختيار مكاتب الدراسات.

هذه بالنسبة لمجمل الاختراقات التي قد تقع على إجراءات المشاركة والانتقاء حيث يتعين تحديد المعايير تحديداً دقيقاً حتى لا يفتح أي مجال للتلاعب وفي حالته وجود أي شروط متعلقة باختيار المتعامل المتعاقد في دفتر الشروط و إلا اعتبر ذلك مخالفاً لقواعد الشفافية والمنافسة وتلاعب في المعايير يدخل في إطار جريمة تعارض المصالح.

ثانياً: الركن المعنوي

¹ المادة 48 من مرسوم 10-236.

يجب أن تكون معايير اختيار المتعاقد ووزن كل منهما مذكورة إجبارياً في دفتر الشروط الخاصة بالمناقصة

إن جريمة تعارض المصالح هي جريمة عمدية تتطلب لقيامها توفر القصد الجنائي العام بشقيه العلم و الإرادة حيث يكون الموظف عالم بصفته وبأن ما يقوم به من أفعال تعتبر جرائم في نظر القانون، واتجاه إرادته رغم ذلك لارتكابها لتحقيق مصالحه الخاصة على حساب المصلحة العامة، مع ضرورة توفر قصد خاص يتمثل في تحقق المصلحة المتمثلة في التلاعب في الصفقة و إرسائها لمصلحة أحد الأطراف على حساب الآخر مقابل الفائدة التي سيحصل عليها الموظف.

الفرع الثالث

عقوبة جريمة تعارض المصالح

حسب المادة 34 من القانون 06-01 يعاقب على هذه الجريمة بالحبس من 06 أشهر إلى سنتين و بغرامة من 50.000 إلى 20.000.00 دج نلاحظ أن المشرع خفف العقوبة في هذه الجريمة مقارنة بغيرها من جرائم الصفقات العمومية، رغم أنها جريمة خطيرة كونها تمس بالإجراءات الدقيقة المتعلقة بأهم مرحلة من مراحل الصفقة والخاصة باختيار المتعامل المتعاقد.

وبعد تطرقنا لهذه الجريمة فإننا لم نجد تفسيراً لتسميتها بتعارض المصالح فهي جريمة إجرائية تنصب بالأساس بالتلاعب في إجراءات إبرام الصفقة وذلك يحتاج لخبرة من الموظف حتي يتمكن من القيام بذلك، وكان أولى بالمشرع أن يحدد أكثر الأفعال الداخلة في نطاق هذه الجريمة حتى يغلق الباب أمام المجرمين الذين قد يحاولون استغلال الغموض الوارد في المادتين 34 و 9 .

الباب الثاني

آليات مكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية

الباب الثاني

آليات مكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية

إن القضاء على الفساد الإداري باعتباره ظاهرة عالمية منتشرة في كل المجتمعات وخاصة العربية منها، تحتاج إلى البحث عن طرق ووسائل فعالة قادرة على مكافحتها لمحاولة الحد منها على، فهذه الظاهرة أضحت اليوم في المجتمعات النامية ميزة من ميزات أجهزتها و سلطاتها لا بد من القضاء عليها بكل الطرق و الأساليب المتاحة.

فهذه الحاجة الملحة للحد قدر الإمكان من الفساد الإداري هي التي جعلتنا نحاول البحث عن الحلول المتاحة مهما كان مجالها سواء في الجانب القانوني التشريعي و التنفيذي والتطبيقي العملي، لهذا سنحاول التطرق من خلال هذا الباب لأساليب مكافحة الفساد الإداري.

الفصل الأول

الوسائل العامة لمكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية

سنحاول من خلال هذا الباب التطرق للوسائل العامة لمكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية، حيث تعتبر هذه الوسائل نظرية وواسعة غير خاصة فقط بمجال الصفقات بل تعتبر مفيدة لكل المجالات الأخرى.

لذلك سنخصص هذا الفصل للتطرق لهذه الوسائل من خلال المباحث الآتية نظرا لفعاليتها في مجال الحد من الفساد الإداري عموما و في مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة.

المبحث الأول

الوسائل التشريعية لمكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية

سنخصص هذا المبحث لدراسة الوسائل التشريعية للحد من الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية من خلال التطرق للمطالب الآتية:

المطلب الأول

تفعيل مبدأ المشروعية

يعتبر مبدأ المشروعية هو النقطة الأساسية الأولى لمكافحة الفساد الإداري رو غيره من الصور الإجرامية و السلوكات السيئة المنتشرة داخل المجتمعات، فكلما زاد احترام هذا المبدأ داخل المجتمعات كلما توسع مفهوم الشرعية داخلها و ازداد احترام القانون و تطبيقه السليم من قبل السلطات الثلاث داخل الدولة و بالتالي احترام أكبر لحقوق و حريات الأفراد والمساواة في تقديم الخدمات .

فبالوصول لتحقيق احترام مبدأ المشروعية من قبل السلطات الثلاث داخل الدولة والتزامها به فيما تقدمه من خدمات نكون قد حققنا جانبا كبيرا من مكافحة للفساد الإداري الذي ينتشر بسرعة من خلال استغلال خروج هذه السلطات عن مبدأ المشروعية.

لذلك سنحاول من خلال مايلي دراسة هذا المبدأ باعتباره القاعدة القانونية لمكافحة الفساد الإداري.

الفرع الأول

مفهوم مبدأ المشروعية

قبل الحديث عن مفهوم مبدأ المشروعية لا بد أولا من الإشارة إلى أن هناك جانب من الفقه يميز بين مصطلحي الشرعية و المشروعية، فيرى أنهما لفظان مشتقان من أصل واحد هو الشرع أو الشرعية، فالشرعية تعني احترام القانون بكل قواعده الفعلية أما المشروعية فتعني ما

يجب أن يكون عليه القانون، فالثانية أوسع من الأولى حيث تشمل ضرورة احترام كل القواعد و المبادئ والقيم و المثل العليا للإنسان.¹

فمبدأ المشروعية كان في بدايته في الفقه الفرنسي يختلط مع مبدأ سيادة القانون بمفهومه الضيق الذي كان يخص القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية، ليتبلور بعد ذلك بمفهومه الحالي بعد الحربين العالميتين الأولى و الثانية عندما ازداد تدخل الدولة في العديد من أوجه الحياة الخاصة، فهنا أصبح مبدأ المشروعية يعني احترام الجميع للقواعد القانونية السائدة داخل الدولة سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة و مهما كان مصدرها.²

فمبدأ المشروعية هو: "احترام القواعد القانونية القائمة بأن تكون جميع تصرفات السلطات العامة في الدولة سواء التنفيذية أو القضائية أو التشريعية و كذلك الأفراد متفقة وأحكام القانون بمدلوله العام المجرد."³

فهذا التعريف هو تعريف يأخذ بالمعنى الواسع للمبدأ حيث يعتبره هو أساس كل التصرفات في الدولة على نحو يحقق التوازن بين السلطات الثلاث التي تقدم الخدمات وتسعى لتحقيق المصلحة العامة من جهة و الأفراد و ما يتمتعون به من حريات و حقوق لا بد من احترامها من جهة أخرى، فالكل داخل الدولة ملزم باحترام القانون.

فلمبدأ المشروعية أهمية كبيرة في القضاء على الفساد الإداري بصفة خاصة و كل صور الفساد الأخرى داخل المجتمعات، وهذا ما يتضح من خلال ما يتمتع به المبدأ من أهمية تتمثل في كونه يبين الحدود الفاصلة بين حقوق الدولة و حقوق الأفراد و بالتالي وضع تنظيم للإطار العام للنظام القانوني في الدولة.⁴

وفي هذا الصدد وللحفاظ على حقوق الأفراد و حرياتهم ودعم الدولة فيما تقوم به من صلاحيات لتحقيق المصلحة العامة كان لزاما تكريس ذلك دستوريا لكفالة احترامه.

¹ ماجد الحلو، القضاء الإداري، (د.د.ن)، الاسكندرية، 1988، ص10-11.

² بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص429.

³ المرجع السابق، ص429.

⁴ المرجع السابق، ص430.

وبالرجوع لمفهوم مبدأ المشروعية فلقد اختلف الفقهاء بتحديد المقصود باحترام الدولة ممثلة في الإدارة للقانون عند مباشرتها لأعمالها، فظهرت ثلاث اتجاهات تحاول حل الغموض المحيط بالمفهوم يمكن إجمالها فيما يلي:

- يذهب أنصار الاتجاه الأول إلى أن تحقيق مبدأ المشروعية يقتضي ضرورة الاتفاق الكامل بين أعمال الإدارة سواء القانونية أو المادية مع القانون السائد داخل الدولة حتى تتصف بالمشروعية.¹

فأصحاب هذا الاتجاه يوسعون من مفهوم مبدأ المشروعية على نحو يجعله يمتد لكل أعمال الإدارة وسلطاتها وهذا ما يعتبر فعالا في مكافحة الفساد الإداري المنتشر بصورة كبيرة بين موظفي الإدارة.

- أما أصحاب الاتجاه الثاني فيرون ضرورة استناد الإدارة في تصرفاتها لقاعدة قانونية، فهذا الاتجاه يقيد الإدارة فيما تقوم به من تصرفات وتلزمها بأن يكون كل تصرف بموجب قاعدة قانونية، فيعد وفقا لهذا المفهوم كل خروج للإدارة في تصرفاتها عن تلك القاعدة فسادا إداريا.

- أما الاتجاه الثالث فيرى أنصاره ضرورة التوسيع أكثر من مفهوم مبدأ المشروعية على حساب تصرفات الإدارة، حيث يرون أن العمل الإداري الصادر عن الموظف لا بد أن يكون عملا آليا و مجرد أداة لتنفيذ القواعد القانونية.³

فهذا الاتجاه و إن كان فعالا في القضاء على الفساد الإداري كونه لا يترك أي مجال للموظفين لتحقيق مصالحهم الخاصة على حساب المصلحة العامة إلا أنه يلغي كل سلطات الإدارة ويجردها من كل ما يلزمها من امتيازات و صلاحيات قد تقتضيها أحيانا المصلحة العامة.

باستقراء الاتجاهات الثلاث السابقة نجد أن الاتجاه الثالث هو أقدر و أنجح الاتجاهات في القضاء على الفساد الإداري لما يوفرها من ضمانات للأفراد، إلا أنه اتجاه لا يمكن التعويل عليه لأنه يعرقل الإدارة و يمنعها من استخدام سلطاتها التقديرية في حالات قد تقتضي فيها

¹ عبد الحميد حشيش، مبادئ القضاء الإداري، (د.د.ن)، القاهرة، المجلد الأول، 1981، ص83.

² المرجع السابق، ص73.

³ DE LQUBQDERE, Traite de droit administratif , PARIS, 1984, p259 .

المصلحة العامة ذلك لمواجهة الظروف و المستجدات، فوفقا لهذا الاتجاه يتم إلغاء كل اللوائح التنظيمية و الفردية الخاصة بالعمل الإداري، لذلك لا بد من الأخذ بالاتجاه الأول و الثاني من خلال تقييد الإدارة بالقانون للحد من الفساد الإداري و في نفس الوقت الاعتراف بسلطتها التقديرية التي قد تقتضيها الضرورة و الظروف أحيانا.

من خلال ما تقدم نجد أنه كلما زاد تقييد العمل الإداري الصادر عن موظفي الإدارة من خلال تفعيل مبدأ المشروعية كلما زادت مكافحة الفساد الإداري و ضيقنا من مجالاته، فتوسيع مبدأ المشروعية هو الخطوة الأولى للقضاء على كل صور الفساد مهما كانت صورته و مجالاته.

الفرع الثاني

مصادر مبدأ المشروعية

إن المصدر الأساسي لمصدر المشروعية الذي يعتبر وسيلة فعالة لمكافحة الفساد الإداري هو الثورة الفرنسية التي أفرزت هذا المبدأ إلى جانب جملة من المبادئ القانونية الكبرى، والتي تعتبر نتيجة حتمية للتعبير عن إرادة الشعب التي نادى بها جان جاك روسو، فالقانون هنا أصبح هو المعبر الوحيد عن الإرادة العامة والوسيلة الفعالة لحماية حقوق وحرريات الأفراد من كل الاعتداءات والانتهاكات التي تتعرض لها من طرف السلطة أو الجهة الحاكمة.¹

فمبدأ المشروعية وما يلحقه من مبادئ قانونية أساسية كمبدأ سيادة و سمو الأعمال التشريعية الصادرة عن البرلمان تعتبر وسائل قانونية فعالة للحد من الفساد الإداري كونها تغلق المجال أمام موظفي الإدارة وأصحاب النوايا السيئة الذين يحاولون استغلال امتيازات الوظيفة العامة لتحقيق مصالحهم و مأربهم الخاصة لتحقيق الثراء على حساب المال العام.

إلا أن الأخذ بمفهوم مبدأ المشروعية الذي أفرزته الثورة الفرنسية بصفة مطلقة غير ممكن من الناحية العملية، فلا يمكن الإكتفاء بالقانون الصادر السلطة التشريعية كمصدر وحيد للمشروعية متجاهلين مصادر أخرى كالتنظيم و ما يصدر عن السلطة التنفيذية من قوانين كتلك الصادرة عن السلطة التشريعية في حالات معينة، كالظروف الاستثنائية التي تقتضي التدخل

¹ المرجع السابق، ص 74.

السريع للسلطة التنفيذية لمواجهتها و تحقيق المصلحة العامة، فهنا نقول أنه لا بد من الأخذ بالمفهوم الموسع للمبدأ حيث تعتبر كل القواعد القانونية المكتوبة مهما كان مصدرها الدستور أو التشريع أو التنظيم، و غير المكتوبة كالعرف و المبادئ العامة للقانون مصادر للإدارة في كل ما تقوم به من تصرفات و صلاحيات تعتبر كل مخالفة لها فسادا إداريا يستوجب المكافحة و المتابعة القضائية.¹

الفرع الثالث

تطبيق مبدأ المشروعية

مما لا جدال فيه أن عدم التزام الإدارة بالقواعد القانونية القائمة في الدولة و العمل في نطاقها وفي حدود السلطات المخولة لها يعتبر فسادا إداريا محل الدراسة يستوجب العقاب، فتطبيق مبدأ المشروعية بصفة مستمرة يحقق مكافحة للفساد و حماية لحقوق الأفراد و حرياتهم الأساسية، إلا أن الأخذ المطلق به قد يؤدي إلى تجميد الإدارة و جعلها مجرد أداة عاجزة عن مواكبة الظروف و إختيار الوسائل الملائمة للقيام بالصلاحيات المخولة لها قانونا و تحقيق التوازن بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة.²

لذلك و في سبيل السماح للإدارة في الموافقة و تحقيق التوازن السابق عند قيامها بمهامها لا بد من السماح لها بالخروج عن المبدأ في بعض الأحوال والظروف لتحقيق المصلحة العامة، وهذا ما أقره القانون في إطار ما يعرف بالقيود أو الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية والمحددة قانونا كالسلطة التقديرية و أعمال السيادة و الظروف الاستثنائية.

وهنا نشير إلى نقطة أخرى أساسية و هي ضرورة تفعيل هذا المبدأ و إخراجها من إطاره النظري إلى الإطار الواقعي العملي حتى يكون فعالا في مكافحة الفساد الإداري، لذلك فلا بد من كفالة مبدأ المشروعية من طرف الدولة بكل الأساليب القانونية اللازمة التي تضمن نفاذه في مواجهة الإدارة و تقييد مهامها لأن القاعدة القانونية لا تكون فعالة ما لم يتم رسم الحدود اللازمة لتطبيقها.

¹ كامل ليله، الرقابة على أعمال الإدارة، (د.د.ن)، بيروت، 1970، ص91- مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء

الإداري و مجلس الدولة، (د.د.ن)، الاسكندرية، 1975، ص205.

² بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص435.

حيث يترتب عن الحماية المقررة للأعمال الإدارية من كل صور الفساد أن كل تصرف صادر عن موظفي الإدارة مخالفا لمبدأ المشروعية يعتبر فسادا إداريا يترتب عليه بطلان العمل وبالتالي إلغاء القرار أو العمل الإداري الغير مشروع و التعويض عن كل الأضرار التي رتبها، فضلا عن ضرورة معاقبة الفاعل جنائيا متى اعتبر سلوكه جريمة في نظر قانون العقوبات كالرشوة و الاختلاس و غيرها من صور الفساد الإداري السابق بيانها، و كل هذا من أجل تحقيق عنصر الردع الذي يعتبر الهدف الحقيقي من المكافحة و العنصر الفعال فيها .

المطلب الثاني

مبدأ إعمال مسؤولية الدولة

إن هذا المبدأ يعتبر نتيجة حتمية لمبدأ المشروعية، حيث يترتب على اختراق الموظف للقواعد القانونية التي تفرضها عليه مقتضيات الوظيفة العامة إعمال مسؤولية الإدارة عن أعمالها و تصرفاتها الغير المشروعة و التي تعتبر شكلا من أشكال الفساد الإداري .

وهنا نشير أن مسؤولية الإدارة قد تقرر سواء كانت هي صاحبة الاختصاص من حيث الأصل عن العمل غير المشروع أي السلطة التنفيذية، أو كانت من الأعمال الصادرة عن إحدى السلطتين التشريعية أو القضائية، و سنيين من خلال العناصر الآتية كل حالة من الحالات فيما يلي:

الفرع الأول

مسؤولية الإدارة عن الأعمال التنفيذية

في البداية لم يكن لمبدأ مسؤولية الإدارة عن ما تقوم به من أعمال أي أساس قانوني، حيث كان السائد هو عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها انطلاقا من اعتبار الملك هو صاحب السيادة ولا يمكن نسبة الأخطاء إليه، و ظل الخال على ما هو إلى غاية ظهور مبدأ سيادة الأمة الذي أفرزته الثورة الفرنسية، فلم يكن أمام المضرور آنذاك سواء مقاضاة الموظف القائم بالعمل الإداري وقد كان ذلك كفيل بحماية حقوق و حريات الأفراد آنذاك.¹

¹ المرجع السابق، ص 439 مأخوذ عن DUEZ .P, la responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat, PARIS, 1927 , p1.

ورغم ما يتضح من خلال عدالة الطريق السابق وفعاليته في تعويض المضرور عن ما لحقه من ضرر من طرف الإدارة إلا أن هذا الطريق قد أحيط بجملته من القيود ترتب عليها عدم فعاليته في تحقيق الهدف المرجو منه، ككون التعويض محدود القيمة مقارنة بالأضرار، وضرورة الحصول على الإذن المسبق من الإدارة التي يعمل بها الموظف، ونظر الدعاوي من قبل القضاء العادي و ما يتضمنه ذلك من تدخل في عمل السلطة التنفيذية.¹

واستمر الوضع على ما هو عليه إلى غاية صدور الحكم الشهير في قضية بلانكو²، وهنا توالت أحكام مجلس الدولة و تم إعمال مسؤولية الإدارة عن الأخطاء التي يرتكبها موظفوها تطبيقاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، إلى جانب المسؤولية الشخصية للموظف إذا ما ارتكب أي صورة من صور الفساد الإداري .

رغم التسليم بمسؤولية الدولة ممثلة في الإدارة عن كل صور الفساد الإداري التي يرتكبها موظفوها، إلا أن هناك مشكلة تتعلق بالامتيازات العامة التي تملكها الإدارة و التي يجوز لها من خلالها الخروج عن مبدأ المشروعية و هي أعمال السيادة التي تشكل خطورة كبيرة على حقوق وحرريات الأفراد، فهذه الأعمال تمارسها السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة وليس مجرد إدارة تقدم خدمات للأفراد و لها آثار قد تكون في غاية الخطورة على الحريات والممتلكات الفردية.³

الفرع الثاني

أعمال السيادة

¹ المرجع السابق، ص 440.

² تتلخص وقائع القضية في المقطورة التابعة للدولة التي أصابت الطفلة بجراح فرفع والدها دعوى تعويض ضد المدير أمام القضاء العادي مطالباً بتقرير مسؤولية الدولة عن الأضرار وفقاً لأحكام القانون المدني، لكن ارتأى المدير اختصاص مجلس الدولة فأحيل الأمر إلى محكمة التنازع، و هنا تم الظهور الفعلي لازدواجية القضاء بعد تقرير محكمة التنازع أن مسؤولية الإدارة الناجمة عن المرفق العام تنظم بموجب أحكام القانون الإداري بواسطة القضاء الإداري و ليس العادي.

³ رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، (د.د.ن)، القاهرة، 1989، ص 102.

لقد عرفت أعمال السيادة بأنها: "مجموعة الأعمال والإجراءات الصادرة عن السلطة التنفيذية باعتبارها جهة حكم و ليست جهة إدارة ولا تخضع لرقابة القضاء".¹

من خلال التعريف يتضح لنا خطورة هذه الأعمال لارتباطها بالسلطة من ناحية ولعدم خضوعها للرقابة من ناحية أخرى، حيث يمكن للإدارة الخروج عن مبدأ المشروعية دون وجود أي ضوابط تحول دون اعتدائها على حقوق و حريات الأفراد، وهذا ما يفتح المجال لارتكاب عدة صور من الفساد الإداري، فهنا يمكن اعتبار أعمال السيادة من الدوافع الحقيقية لانتشار الفساد في مجال الإدارة.

والذي يهمنا هو مدى مسؤولية الإدارة عن أعمال السيادة حيث انقسم الفقه إلى للإجابة على هذا الإشكال إلى اتجاهين هما:²

- الاتجاه الأول يذهب إلى عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السيادة باعتبارها تدخل في إطار سلطتها التنفيذية و أن أي رقابة عليها من سلطة أخرى سيؤدي إلى المساس بمبدأ الفصل بين السلطات.
- الاتجاه الثاني و يمثل الجانب الغالب من الفقه و يذهب إلى ضرورة إعمال مسؤولية الدولة عن أعمال السيادة التي تقوم بها و تلحق ضررا بالأفراد، حيث لا يجوز التملص منها بحجة مبدأ الفصل بين السلطات، بل لا بد من إخضاعها للرقابة لحماية الحقوق والحريات الفردية ورسم كل معالمها وفقا للقانون.

ولعل أكبر مبرر للأخذ بالرأي الثاني هو مرجع نظرية أعمال السيادة و السبب الرئيسي في ظهورها، فهي تعود للقضاء الإداري الفرنسي حيث لجأ لها مجلس الدولة في البداية خوفا من إلغاءه حيث قام برفض كل الطعون التي تتصل بنظام الحكم، فتبلورت على إثر ذلك نظرية أعمال السيادة التي تقتضي عدم تدخل القضاء في أعمال الجهة الحاكمة، فهي حجة وجدها مجلس الدولة كفدية لبقاءه ووجوده.³

ولقد أخذت معظم التشريعات المقارنة بأعمال السيادة كقيد من القيود الواردة على مبدأ المشروعية كالتشريع الجزائري.

¹ رمزي الشاعر، القضاء الإداري، (د.د.ن)، القاهرة، 1989، ص242.

² بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص443.

³ المرجع السابق، ص443.

إذن فلا بد من تحديد المقصود بأعمال السيادة تحديدا دقيقا حتى لا تكون مجالا ومبررا لارتكاب وانتشار الفساد الإداري، و هذا ما لجأ إليه الفقه من خلال محاولة تحديد معيار لحصر هذه الأعمال و تحديد ما يكون منها بمنأى عن الرقابة، و كان المعيار المعول عليه في البداية هو معيار الباعث السياسي حيث يعتبر بمقتضاه كل عمل صادر عن السلطة التنفيذية بدافع سياسي من أعمال السيادة و لا يخضع لرقابة القضاء، و هذا المعيار لم يسلم من الانتقاد على أساس أنه يوسع من نطاق أعمال السيادة و بالتالي من مجال الفساد الإداري الذي يمارس تحت غطاء غياب الرقابة القضائية، ليحل بعد ذلك محله معيار آخر هو معيار طبيعة العمل¹، و مفاد هذا المعيار هو التمييز بين العمل في حد ذاته فهو إما أن يكون إداريا أو عملا من أعمال السلطة، إلا أن هذا المعيار أيضا تعرض للانتقاد على أساس أنه معيار غامض حيث يصعب التمييز بين العاملين و أن ذلك أيضا يحتاج بدوره إلى معايير أخرى².

ولتفادي هذه الجدالات الفقهية فقد ذهبت أغلب التشريعات إلى محاولة التحديد القانوني لما يعتبر من قبيل أعمال السيادة حيث تعتبر كل الأعمال التي تدخل في نطاق العلاقة بين السلطة التشريعية و التنفيذية، و الأعمال المتعلقة بالعلاقات الدولية والمعاهدات من أعمال السيادة الخارجة عن نطاق مبدأ المشروعية، فما عدى هذه الأعمال يعتبر كل عمل إداري صادر عن الإدارة مشمول بمبدأ المشروعية و عند أي مخالفة أو انتهاك له من قبل الموظفين فإن ذلك يعد فسادا إداريا يستوجب إعمال مسؤولية الإدارة.

الفرع الثالث

أساس مسؤولية الإدارة عن الفساد الإداري

إن أساس مسؤولية الإدارة عن الفساد الإداري بصوره المختلفة هو الخطأ، وهذا الخطأ يختلف عن ما هو متعود عليه في القانون المدني و القضاء الإداري لأن الإدارة هي أقدر من غيرها على تحديد حدود و نطاق مسؤوليتها على أساس أنها الجهة التي تسعى دوما

¹ حيث ظهر هذا المعيار في نهاية القرن التاسع عشر إثر حكم صادر عن محكمة التنازع في 19 فبراير 1875 في قضية الأمير نابليون، - سعد عصفور، القضاء الإداري، الاسكندرية، 1981، ص171.

² DUGUIT, traite de droit constitutionnel, PARIS, 1921, p131.

لتحقيق المصلحة العامة، لذلك فالمسؤولية هنا لا بد أن تكون منظمة بموجب قواعد خاصة تختلف عن ما هو معمول به في القانون المدني.

فلتحديد مسؤولية الإدارة لا بد من التفريق بين الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي، لأن الأول لا يدخل في نطاق الفساد الإداري الذي نحن بصدد دراسته، و هنا ظهرت عدة اتجاهات فقهية لمحاولة التمييز بين الخطأين يمكن إجمالها في خمس اتجاهات هي:¹

- الاتجاه الأول يأخذ أنصاره و على رأسهم الفقيه "الافير" بمعيار الخطأ العمدي حيث يعتبر الفساد الذي يقوم به الموظف العام بسوء نية من الفساد الشخصي الذي يسأل عنه بصفة منفردة و لا يترتب عليه أعمال مسؤولية الإدارة، أما ما يقوم به بحسن نية يعتبر خطأ مرفقيا يدخل في إطار الفساد الإداري الذي يرتب مسؤولية الإدارة على أساس أنه من الأخطاء المرفقية التي تنسب إلى المرفق العام .
- الاتجاه الثاني و الذي يتزعمه الفقيه " هوريو" يذهب أنصاره إلى الاعتماد على معيار الخطأ المنفصل، حيث يعتبر العمل الغير المشروع الذي يقوم به الموظف العام و يكون مرتبط ماديا و معنويا بالوظيفة العامة من الفساد الإداري الذي يؤدي إلى أعمال مسؤولية الإدارة، أما إذا كان منفصلا عن الوظيفة و ليس من مقتضياتها فهو فساد شخصي خارج عن الفساد الإداري محل الدراسة ولا يستوجب مسؤولية المرفق العام.
- الاتجاه الثالث و يتزعمه الفقيه " جيز" فقد ذهب أنصاره إلى الاعتماد على معيار الخطأ الجسيم، فكلما كان الخطأ الذي قام به الموظف العام على درجة من الجسامة لا يمكن اعتبارها من قبيل المخاطر العادية التي قد يتعرض لها في قيامه بوظيفته فإن ذلك يعتبر خطأ شخصيا لا يؤدي إلى أعمال مسؤولية الإدارة، وعلى العكس من ذلك فإذا كان الخطأ من الأخطاء العادية التي قد يرتكبها أي موظف في إطار ممارسته لوظيفته العامة فإن ذلك يعتبر فسادا إداريا يستوجب أعمال مسؤولية الإدارة لمواجهته.
- الاتجاه الرابع الذي يتزعمه الفقيه " دوجي" يأخذ بمعيار الغاية من العمل الإداري الغير مشروع، فإذا كانت الغاية هي شخصية للموظف العام لا علاقة لها

¹ بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 449-450-451.

بمقتضيات العمل الإداري فالخطأ هنا هو خطأ شخصي لا يؤدي إلى أعمال مسؤولية الإدارة، و العكس إذا كانت الغاية منه هي تحقيق مصالح و أهداف للإدارة فالعمل هنا يعتبر فسادا إداريا يستوجب أعمال مسؤولية الإدارة لمواجهته.

- الاتجاه الخامس الذي نادى به "دوك راسي" فهو يأخذ بمعيار الالتزام الذي أخل به الموظف العام، فإذا العمل الإداري يشكل إخلالا بالالتزام من الالتزامات العامة التي تقع على جميع المواطنين فإن ذلك يعتبر خطأ شخصيا لا يستوجب إلا المسؤولية الشخصية للموظف، أما إذا كان الخطأ مرتبط بالالتزام من الالتزامات التي تقتضيها الوظيفة العامة فإنه يعد خطأ مرفقيا داخلا في إطار الفساد الإداري الذي يستوجب أعمال مسؤولية الإدارة .

يتضح من خلال ما تقدم أنه رغم تعدد الزوايا التي يعتمد عليها كل معيار إلا أن الأخذ بكل منهم على حدى لا يمكننا من التفريق بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، لذلك كان لزاما التطرق لموقف القضاء من تحديد مسؤولية الإدارة عن الفساد الإداري والتميز بين الخطأين، وهنا اتجه القضاء الفرنسي و سايره القضاء الجزائري إلى المزج بين المعايير وعدم الاكتفاء بأي منهم على حدى، فقد فرق بين نوعين من التصرفات تلك التي تتخذ خارج نطاق الوظيفة وتدخل في نطاق الخطأ الشخصي الذي يتحمل الموظف العام وحده مسؤوليته، أما التصرفات التي يقوم بها في إطار مباشرة وظيفته فتعتبر خطأ مرفقيا يستوجب أعمال مسؤولية الإدارة، وتطور الأمر بعد ذلك فأصبح يؤخذ بعد ذلك بالمسؤولية المزدوجة للإدارة و الموظف.¹

المطلب الثالث

القضاء على العوامل المؤدية للفساد الإداري

في سبيل مكافحة الفساد الإداري و القضاء عليه لا بد من القضاء على مصدر هذا الأخير و المتمثل في الظروف و الأسباب التي قد تؤدي له، فلا يمكن القضاء على ظاهرة دون الحد أولا من أسباب انتشارها .

¹ بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 455.

فظاهرة الفساد الإداري هي ظاهرة اجتماعية تتأثر بالمجتمعات وبالظروف السائدة داخلها، لذلك سنحاول من خلال هذا العنصر دراسة بعض الأسباب والعوامل المؤدية إلى تفشي هذه الظاهرة كخطوة أولى في مجال مكافحتها.

الفرع الأول

أثر التقلبات الاقتصادية

عند الحديث عن الحد من الفساد الإداري لا بد أولاً من التطرق للتقلبات الاقتصادية التي تفسح المجال لانتشار صور متعددة من الفساد، فالتقلبات الاقتصادية هي تلك التغيرات التي تطرأ على النظم الاقتصادية و تتميز بصفتها المؤقتة حيث لا تكون بأي حال من الأحوال دائمة¹، ومن هذه التقلبات الأكثر انتشاراً خاصة في الدول النامية زيادة الأسعار و ما يقابلها من قلة في الدخل مما يدفع بالموظف لمحاولة تدارك هذا التفاوت من خلال التبرج على حساب وظيفته في سبيل تحقيق مصلحته الخاصة.

و من بين التقلبات الاقتصادية التي تؤدي إلى رفع مؤشر الفساد الإداري نذكر:²

- زيادة الأسعار التي تؤدي بالضرورة إلى ارتفاع معدل الجريمة داخل الأجهزة الإدارية.
- تقلبات الدخل و ما يرتبه من تغير في المستوى المعيشي للموظف العام.
- الدورات الاقتصادية وما تحمله في طياتها من تغيرات من الانتعاش والرخاء إلى حركة الهبوط والكساد، حيث يرتفع الفساد الإداري في الحالة الثانية و ينخفض معدله في الحالة الأولى.

الفرع الثاني

زمالة العمل

إن الموظف العام يختلط مع غيره من الموظفين و يتبادلون العادات و التقاليد فيما بينهم، وهذا ما قد يكون له أحيانا أثر سيئ نتيجة لانتشار بعض الأفكار

¹ المرجع السابق، ص480.

² المرجع السابق، ص481-482.

والسلوكات التي تشكل في حد ذاتها فسادا إداريا، و من هذه السلوكات اللامبالاة بالعمل و التقصير في أداء مهام الوظيفة، فهذه السلوكات السيئة سهلة الانتشار بين الموظفين¹.

المطلب الرابع

الشروط الواجب توافرها في الإدارة

هناك بعض الوسائل الضرورية لمكافحة الفساد الإداري و إن كانت تبدو غير هامة إلا أن لها دورا فعالا في الحد منه لذلك ارتأينا التطرق لها من خلال استعراض العناصر الآتية:

الفرع الأول

الشروط الواجب توافرها في الرئيس

لا بد أن توافر في الإدارة جملة من الشروط العامة و التي و إن كانت تظهر غير هامة إلا أن لها دورا فعالا في مكافحة الفساد الإداري، فعلى الإدارة أن تدرك أنها مسؤولة عن القيام بكل المهام الموكلة إليها في سبيل تحقيق المصلحة العامة، و حتى تحقق الهدف المرجو منها لا بد أن تتخذ كل المعايير اللازمة في اختيار موظفيها ليكونوا أهلا للقيام بالوظيفة التي أوكلت لهم على أكمل وجه، و يمكن إجمال أهم القواعد التي يتعين على الإدارة إعمالها في هذا المجال فيمالي: ²

أولا: الأمانة

إن أولى الشروط التي يجب توافرها في الموظف العام المتقدم للوظيفة هي الأمانة حتى يدرك حقيقة وأهمية وظيفته و أهمية العمل الذي كلف به، و قدر المسؤولية الملقاة على عاتقه، و الأمانة ثابتة حتى في الشريعة الإسلامية في قوله تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾³، و قوله ﷺ: " لا تزول

¹ المرجع السابق، ص 488.

² محمود محمد معبرة، المرجع السابق، ص 227-228-229.

³ سورة الأحزاب الآية 72.

قدم عبد يوم القيامة حتى يسأل عن عمره فيما أفناه؟ و عن علمه فيما فعل؟ وعن ماله من أين اكتسبه و فيما أنفقه؟ و عن جسمه فيما أبلاه".

فالأمانة من المقتضيات الأساسية للوظيفة و متى كانت راسخة في نفس الموظف العام كانت حائلا بينه و بين ارتكابه لأي صورة من صور الفساد الإداري، لذلك لا بد من التأكيد عليه كشرط من الشروط القانونية لتولي الوظائف العامة في الدولة.

ثانيا: القوة

يقصد بالقوة هنا أن يكون الموظف العام الذي سيتم اختياره لتولي الوظيفة من الأشخاص الذين لهم درجة من القوة و القدرة التي تتناسب مع مقتضيات الوظيفة التي ستوكل له، و نقصد هنا بالقوة المؤهلات اللازمة للقيام بالعمل المسند إليه.

لذلك لا بد للإدارة عند اختيار موظفيها مراعاة القوة على القيام بها و التي يمكن أن نستشفها من خلال مايلي:¹

- المؤهلات العلمية والفنية و الشخصية اللازمة لتولي الوظيفة العامة لأن نقص أي منها قد يؤدي إلى اختلال الوظيفة و عجزها عن تحقيق الأهداف المرجوة منها .
- اللياقة الصحية فضلا عن المؤهل العلمي لا بد أن يكون الموظف متمتع بدرجة معينة من اللياقة الصحية التي تمكنه من أداء وظيفته على أكمل وجه، فهناك بعض المهام التي لا يمكن القيام بها من طرف بعض الموظفين نتيجة عدم قدراتهم الجسدية أو العقلية.

ثالثا: اختيار الموظف المناسب للمكان المناسب

هناك أيضا قاعدة أخرى لا بد على الإدارة من أخذها بعين الاعتبار عند اختيار موظفيها فرغم بساطتها إلا أن لها دورا فعالا في مكافحة صور الفساد الإداري التي تنتشر بشكل كبير في المجتمعات المعاصرة نتيجة لعدم التوافق بين الموظف و الوظيفة التي يتولاها.

¹ المرجع السابق، ص 233-234.

فالمناسبة و الصلاحية هي أساس تولي الوظائف العامة، فالوظيفة العامة ليست مجرد وسيلة قانونية لتنفيذ السياسة العامة للدولة بل هي معيار حقيقي لتقدمها، فالموظف هو الممثل الحقيقي والمعبر القانوني عن الدولة.¹

فوضع الموظف المناسب في المكان المناسب هو قاعدة أساسية من القواعد المقررة في نظام الإدارة كونه مشتق من مبدأ الاختبار الذي يعني اختيار الأقدر على تولي الوظيفة العامة و على حسن التصرف في معالجة كل متطلبات الوظيفة التي تعرض أمامه.²

و اختيار الموظف المناسب قد يتم بعدة صور حسب النظام الداخلي لكل إدارة، وعلى العموم فهو قد يتخذ إحدى الأشكال الآتية:³

- الاختبار الشفهي عن طريق المقابلة الشخصية.
- الاختباري الكتابي.
- الاختبار العملي في حالة الوظائف المهنية.
- التجربة لفترة زمنية معينة تحدد قبل توقيع أية التزامات.

و هنا نشير إلى أن الاختبار لا بد أن يتسم بالشفافية و النزاهة و أن يختار لكل وظيفة أكفأ الأشخاص المتقدمين لها دون أي وساطة أو محاباة أو رشوة، و غيرها من أساليب الفساد الإداري التي أضحت اليوم من مستلزمات الاختبارات و ميزة أساسية من ميزاتها.

يتضح من خلال ما تقدم أنه لمكافحة الفساد الإداري لا بد من التركيز على بعض النقاط الأساسية المحيطة بالوظيفة و التي تبدو للوهلة الأولى و كأنها من العموميات التي لا تؤثر في الأمر، لكن الحقيقة أن إهمالها و عدم الجدية فيها قد يؤدي إلى فتح المجال أمام انتشار الفساد الإداري، إذن فلا بد كخطوة أولى لمكافحة الفساد الإداري أن يتم مراعاة بعض الشروط الأساسية في الموظف العام الذي يتقلد الوظائف العامة في الدولة كالكفاءة و القوة والأمانة والصلاحية، لأن هذه الصفات هي التي تحول بينه و بين الاستجابة لمتطلبات

¹ أبو يونس محمد باهي، الاختيار على أساس الصلاحية للوظيفة العامة في النظام الإداري الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 1999، ص7.

² محمود محمد معابرة، المرجع السابق، ص238.

³ المرجع السابق، ص238.

وظروف الحياة المتقلبة التي تدفعه للوقوع في دائرة الفساد الإداري، فكلما زادت القيم والكفاءة المهنية و الأخلاقية للموظف زادت قوته في مواجهة الفساد بكل صورته.

الفرع الثاني

الصفات الواجب توفرها في المرؤوس

إن الفساد الإداري لا يعني بالضرورة أن القائم به هو الموظف الذي يعمل في الإدارة فقد يقع من المرؤوس أو الجهة العليا داخلها، فالرئيس هو جهة مؤثرة داخل الإدارة تصلح بصلاحه و تقسده بفساده، لذلك فقد ذهبت معظم الأنظمة الإدارية إلى ضرورة تمتع الرئيس بجملة من الصفات تجعله قادرا على المحافظة على الوظيفة العامة و على دفعها دوما لتحقيق الهدف الأساسي المسطر لها وهو المصلحة العامة.

و أهم هذه الصفات تتمثل في قدرة الرئيس الإداري في قيادة إدارته و مواجهة كل صور الفساد التي قد تظهر بها من خلال أساليب الترغيب و التحفيز التي يمارسها على الموظفين الذين يعملون تحت يديه، و يقصد بالتحفيز هنا: " استخدام أساليب التحفيز المختلفة التي من شأنها أن تجعل الموظفين يقبلون على عملهم بنفس راضية و بحماس متدفق، فينجزون إنجازا عاليا و ينتجون إنتاجا بعيدا عن مواطن الزلل و الانحراف"¹.

فالتحيز هو وسيلة فعالة للتأثير على نفوس الموظفين سواء كانت مادية أو معنوية، و سببين من خلال هذا العنصر أنواع الحوافز من خلال مايلي:

أولا: الحوافز المعنوية

إن الحوافز المعنوية تعتبر من الوسائل الفعالة لمكافحة الفساد الإداري التي يمارسها الرئيس على الموظفين التابعين له لمحاولة الحد بينهم و بين الانحرافات داخل الوظيفة، وترجع فعالية هذه الحوافز في ارتباطها المباشر بالموظف و نفسيته فهو يمثل العنصر الأساسي و الفعال داخل الإدارة و إذا صلح صلحت الإدارة ككل و العكس صحيح.

¹ أبو سن أحمد إبراهيم، استخدام أساليب الترغيب و الترهيب لمكافحة الفساد الإداري، الرياض، المجلة العربية للدراسات الأمنية و التدريب، ص97.

و قد عرف الحافز المعنوي بأنه: " الحافز الذي يعتمد على غرس الثقة في نفس الموظف من أجل اتخاذ القرارات و حسن التعامل بين الرؤساء و المرؤوسين في موقع العمل".¹

يتضح من خلال التعريف أن الحوافز المادية هي عامل مشترك بين الرئيس والمرؤوس تؤدي إلى رفع العلاقة بينهما و الارتقاء بها على نحو يؤثر بصورة إيجابية على الوظيفة العامة و يجعلها على درجة كبيرة من القوة لا يمكن أن تهتز في إطار ممارسات الفساد الإداري المختلفة، و الحوافز إما أن ترتبط بصفات خاصة بالرئيس في حد ذاته أو ببعض العوامل التي يقدمها للمرؤوس، و سنبين كل منهم من خلال مايلي:

1- الحوافز المرتبطة بصفات الرئيس الإداري

قد يتمتع الرئيس الإداري بجملة من الصفات تؤدي إلى رفع مستوى الإدارة التي يعمل بها من خلال دفعها للتحقيق السريع و السليم للأهداف التي وضعت لها، من خلال جو التعاون الذي يخلقه بين مختلف الموظفين العاملين تحت يديه، هذا ما يتحقق من خلال محاولته الدائمة إلى رفع المعنويات الفردية داخل الإدارة و بين الأفراد العاملين بها .

هذا ما لا يتحقق إلا من خلال حصول الرئيس على حب و احترام كل أفراد الطاقم الإداري التي تعتبر نتيجة حتمية لما يتمتع به من صفات حميدة تحول بينه و بين انتشار الفساد الإداري داخل إدارته.

و من أم الصفات التي يتعين توافرها في الرئيس الإداري نذكر:²

- القدوة الحسنة و هي ثابتة بقوله تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِّمَن كَانَ يَرْجُو اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ وَذَكَرَ اللَّهَ كَثِيرًا﴾³، فعلى كل رئيس إداري أن يكون قدوة حسنة لغيره من الموظفين فلا يأمرهم بأمر يخالفه أو ينهاهم عن أمر و يفعله.
- الرفق و الإحسان الذي يعتبر من أهم الصفات التي نادت بها الاتجاهات العلمية المعاصرة، فقد أصبح الاهتمام بشؤون الموظفين من النظريات العلمية الحديثة في التنظيم الإداري على أساس فعاليتها في مكافحة كل صور الفساد الإداري، فليس هناك

¹ المرجع السابق، ص 97.

² محمد محمود معابرة، مرجع سابق، ص 244- 245- 246.

³ سورة الأحزاب الآية 21.

من طريقة فعالة للسيطرة على سلوك الموظفين داخل الإدارة أكثر من كسب الرئيس لاحترامهم و حسن تعاملهم اللذين يدفعهم للتفاني في العمل بإخلاص و يحول دون وقوعهم في شبكة الفساد الإداري أيا كانت صورته.

• العدل و المساواة فمما لا شك فيه أن مراعاة العدل و المساواة بين جميع الموظفين من الصفات الحميدة التي يتمتع بها الرئيس الإداري و التي تؤدي إلى خلق جو من العمل خالي من عدة شوائب قد تقود به إلى الفساد الإداري كالغيرة و الحقد، فلا يجب على الرئيس الإداري بأي حال من الأحوال الوقوع في دائرة التحيز و المجاملة بل لا بد أن يطبق اللوائح و القوانين على أساس العدل و المساواة بين الكافة بهدف رفع الحالة المعنوية داخل الإدارة، حيث تعتبر هذه الصفة أيضا من الحوافز المعنوية التي تساهم بشكل كبير في القضاء على الفساد الإداري.

• الاتصال مع المرؤوسين تعتبر أيضا من الحوافز المعنوية فعلى الرئيس الإداري أن يمنح من تحت رئاسته ما يتطلبه العمل من مقتضيات لازمة للتقدم به و تحسینه قدر المستطاع من خلال التوجيه الدائم و المستمر، فضلا عن تبادل المعلومات اللازمة من أجل تطوير مهارات الموظفين من خلال التأكيد على مبدأ التواصل و الاتصال .

2- الحوافز المعنوية التي يقدمها الرئيس الإداري للمرؤوسين

لا بد على الرئيس الإداري للحفاظ على إدارته من كل صور الفساد التي تنتشر يوما بعد يوما أن يثمن و باستمرار الجهد المبذول من الموظفين لتشجيعه على العطاء الدائم و إبعاده قدر الإمكان عن الفساد .

فمتى شعر الموظف بأن عمله سيكون محل تقدير يدفعه للإنجاز، فلا يجب المساواة بين الموظف الذي يبذل جهدا و يحقق منافع و بين غيره من الموظفين المهملين، و التثمين يكون من خلال الحوافز المعنوية التي تقدم إلى الموظف و التي قد تتخذ إحدى الأشكال

الآتية:¹

- رسائل الشكر و التقدير
- لوحات الشرف
- الدورات التدريبية و التكوينية
- تنظيم الرحلات

¹ المرجع السابق، ص 259.

هنا نشير إلى نظام الحوافز المعنوية الذي يهدف إلى تشجيع الموظفين على العمل و إبعادهم عن الفساد، لا يجب المبالغة فيها إلى أن تتقلب إلى عكس ما وجدت له بل لا بد من اختيار الموظف الأجدر بالحصول عليها و عدم منحها على أساس المجاملة أو التحيز أو الوساطة، وإلا انقلب دورها من مانع للفساد إلى مشجع و دافع له.

ثانيا: الحوافز المادية

لقد عرف الحافز المادي بأنه: "الحافز ذو الطابع المالي أو النقدي أو الاقتصادي، و يتمثل فيما يحصل عليه العاملون من مزايا أو حقوق تحمل هذا الطابع، كالرواتب و الأجور و العلاوات و البدلات المالية و التعويضات و المكافآت و المعاشات التقاعدية."¹

من خلال التعريف السابق يتضح أن الحوافز المادية لها دور فعال في مكافحة الفساد الإداري أكثر من الحوافز المعنوية، كونها تمس الذمة المالية للموظف العام و تحقق له مكاسب مادية يستفيد منها في حياته وفي تلبية متطلباته مما يحول بينه و بين الاعتداء على المال العام و محاولة التريخ على حساب مقتضيات الوظيفة التي عهدت إليها، فالعلاقة بين الفساد الإداري و الذمة المالية للموظف هي علاقة عكسية، فكلما زادت ذمة الموظف نقص الفساد الإداري و العكس صحيح.

لذلك فالحوافز المادية لا بد أن لا تكون مجرد حوافز رمزية، فكلما زادت قيمتها وكانت قادرة على تحسين المستوى المعيشي للموظف العام كلما كانت أكثر فعالية في مكافحة الفساد الإداري.

يتضح من خلال ما تقدم أن هناك بعض المبادئ الأساسية التي يتعين على الإدارة أن تتبعها في أنظمتها و تراعيها في اختيار موظفيها، لأنها رغم بساطتها إلا أن إهمالها وعدم الاهتمام بها له دورا أساسيا في انتشار الفساد الإداري و تغلغه داخل الأجهزة الإدارية.

المبحث الثاني

تفعيل الرقابة في مجال الصفقات العمومية

¹ المرجع السابق، ص 262.

تعتبر الرقابة هي الوسيلة القانونية الأكثر فعالية في مكافحة الفساد الإداري لذلك سنقوم من خلال هذا العنصر بدراسة ماهية الرقابة التي من شأنها الحد من الفساد الذي اجتاح مجال إبرام الصفقات العمومية من خلال التطرق للمطالب الآتية.

المطلب الأول

مفهوم الرقابة عموماً

سننتظر من خلال هذا المطلب لدراسة ماهية الرقابة التي تعتبر آلية فعالة في مكافحة الفساد الإداري من خلال بيان تعريف الرقابة عموماً ثم أهدافها التي تعتبر ذات أهمية في موضوعنا، و ذلك باستعراض الفروع الآتية:

الفرع الأول

تعريف الرقابة

فقد عرفت الرقابة بأنها: "الأداة الرئيسية في عملية الكشف عن الفساد و تحديد حجمه، و هي بهذا تعد أولى حلقات الإصلاح الإداري. فمهمة الرقابة تنصب إلى حد كبير على مكافحة الفساد الإداري و العمل على الحيلولة دون وقوعه."¹

كما عرفت الرقابة أيضاً بأنها: "مجموعة الإجراءات التي توضع للتأكد من مطابقة التنفيذ الفعلي للخطط الموضوعة و دراسة أسباب الانحراف بهدف مساءلة المتسبب و منع تكرار الخطأ."²

يتضح من خلال التعريفات السابقة أن الرقابة هي عملية إجرائية فعالة للقضاء على الفساد الإداري، من خلال ما تقوم به من تسليط للضوء على العمل الإداري منذ بدايته بالتحضير لإبرام الصفقة العمومية إلى غاية نهايته بتنفيذها و تسديد كل نفقاتها من المال العام.

الفرع الثاني

¹ الطيب حسن أبشر، الإصلاح الإداري في الوطن العربي بين الأصالة و المعاصرة، المنظمة العربية للعلوم الإدارية، الأردن، ط1، (د.س.ن)، ص978.

² عبد العزيز إمام، الرقابة على الأموال العامة، مكافحة الفساد في الوطن العربي، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2009، ص455.

أهداف الرقابة

فالرقابة بصفة عامة تتم بهدف التأكد من جملة من الأمور الأساسية التي يمكن إجمالها فيمايلي:¹

- التأكد من إنجاز الأهداف المسطرة في السياسة العامة بأسرع الأوقات و أقل الأثمان.
 - التأكد من مطابقة التصرفات الإدارية أثناء عمر الصفقة العمومية لمبدأ المشروعية.
 - التأكد من مسايرة الأنظمة و القوانين في كل إجراء من إجراءات التنفيذ.
- فالمتابعة و المراقبة المستمرة تضمن عدم وقوع الأخطاء سواء كانت بطريقة عفوية أو متعمدة و بالتالي تحول دون الوقوع في شباك الفساد الإداري أو على الأقل الحد منه قدر المستطاع.
- لذلك سنبين من خلال الفصل الموالي كل صور الرقابة التي تفرض على مجال الصفقات العمومية التي من شأنها القضاء كل صور الفساد الإداري التي تزداد انتشارا يوما بعد يوم.

المطلب الثاني

مفهوم الرقابة الإدارية

سنحاول من خلال هذا المطلب تحديد مفهوم الرقابة الإدارية التي تعتبر أهم أنواع الرقابة في مجال الصفقات العمومية التي تلعب دورا أساسيا في القضاء على الفساد الإداري قدر الإمكان كونها تنبثق من داخل الجهاز الإداري في حد ذاته، لذلك كان لزاما تحديد مفهومها من خلال محاولة الإلمام بالعناصر الآتية:

الفرع الأول

تعريف الرقابة الإدارية

لقد عرفت الرقابة الإدارية بأنها: " تلك الرقابة التي تمارسها هيئات الإدارة العامة على بعضها البعض، فهي إذن رقابة تتم داخل السلطة التنفيذية."²

¹ محمود محمد معايرة، المرجع السابق، ص265.

² بوكساني رشيد، تخطيط و استخدام المال و مراقبته، دراسة حالة الجزائر، آليات مكافحة الفساد و الرشوة في الأجهزة الحكومية العربية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2010، ص333.

حيث يتضح من خلال التعريف أن الرقابة الإدارية هي رقابة داخلية و ذاتية تهدف بالأساس إلى حماية العمل الإداري، و سنخصص هذا العنصر لدراسة هذه الرقابة من خلال التطرق أولاً لماهية الرقابة الإدارية ثم للرقابة الإدارية في مجال الصفقات العمومية. إن أغلب حالات الفساد الإداري في الأجهزة الإدارية المختلفة هي نتاج عدم التحكم في الرقابة الإدارية، لذلك سنحاول من خلال هذا العنصر الوقوف على أسس هذه الرقابة وأنواعها لنسقط ذلك على مجال الصفقات العمومية محل الدراسة.

الفرع الثاني

أسس الرقابة الإدارية

إن الرقابة الإدارية السليمة تتركز على أساسين هما:¹

- ضرورة وضع كل الأساليب و الإجراءات اللازمة لتنظيم العمل الإداري ومنع كل الانحرافات التي قد تؤدي إلى انتشار الفساد الإداري.
- عدم الاكتفاء بالإجراءات التنظيمية و وضع كل اللوائح التي تضمن ضبط العمل من الناحية القانونية، مع تحديد كل السلوكات التي تعد انحرافات و تحديد العقوبات اللازمة لها.

الفرع الثالث

أنواع الرقابة الإدارية

إن الرقابة الإدارية التي تسود داخل الأجهزة الإدارية بهدف مكافحة الفساد الإداري تتخذ شكلين أساسيين هما:²

أولاً: الرقابة الذاتية

كما يطلق عليها أيضاً بالرقابة الداخلية التي تصدر من الجهاز الإداري نفسه، وهي رقابة رئاسية يمارسها الرؤساء على المرؤوسين و قد تكون إما رقابة على الأشخاص أو الأعمال،³ حيث تعتمد هذه الرقابة على خلق آليات و قواعد داخل الجهاز الإداري نفسه من أجل المحافظة عليه من كل ما من شأنه أن يدفع به إلى الفساد الإداري.

¹ محمد محمود معايرة، المرجع السابق، ص 273-274.

² بوكساني رشيد، مرجع سابق، ص 333.

³ محمود محمد معايرة، مرجع سابق، ص 275.

ثانيا: الرقابة الحمائية

أو كما يعبر عنها بالرقابة الخارجية فهي تلك الرقابة التي تأتي من خارج الجهاز الإداري،¹ لفرغم استقلال بعض الهيئات الإدارية و تمتعها بالشخصية المعنوية إلا أن هذا الاستقلال لا يكون مطلق فهي تبقى خاضعة لقدر معين من الرقابة و الإشراف من طرف السلطة الوصية وهذا دائما بهدف الحفاظ على مبدأ و مكافحة الفساد الإداري قدر الإمكان.

الفصل الثاني

كيفية ممارسة الرقابة في مجال الصفقات العمومية

سنبين من خلال هذا الفصل كيفية ممارسة صور الرقابة في مجال الصفقات العمومية التي تمارس بهدف القضاء على الفساد الإداري قدر الإمكان و ذلك من خلال التطرق للرقابة الذاتية ثم الرقابة الحمائية من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول

الرقابة الذاتية

إن الرقابة الذاتية هي تلك الرقابة الإدارية في مجال الصفقات العمومية و هي تلك الآلية التي تقوم بها الهيئات المتخصصة بالإشراف على مراحل إبرامها منذ بدايتها إلى غاية نهايتها، فهذه الرقابة تهدف إلى التأكد من التطبيق الفعلي لمبدأ المشروعية من خلال المطابقة بين الإجراءات و التشريعات المعمول بها في هذا المجال.

هناك صورتين أساسيتين للرقابة الإدارية، الأولى على مستوى المصالح المتعاقدة و الهيئات المحيطة بها المحلية والمركزية، و الثانية على مستوى اللجنة الوطنية للصفقات العمومية، لذلك سنخصص هذا المبحث لدراسة كل منهم من خلال دراسة النظام الداخلي أولا للجان الصفقات العمومية و الذي يطبق عليهم بصفة عامة، ثم دراسة كل لجنة على حدى.

المطلب الأول

النظام الداخلي للصفقات العمومية

لقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 11-118 يتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية،² بهدف وضع الإطار التنظيمي للجان السابق بيانها،

¹ بوكساني رشيد، مرجع سابق، ص 334.

² المرسوم التنفيذي رقم 11-118 المتضمن الموافقة على النظام النموذجي للجنة الصفقات العمومية، المؤرخ في 16 مارس سنة 2011 الموافق ل 11 ربيع الثاني عام 1432، الجريدة الرسمية، العدد 16.

لذلك سنحاول من خلال هذا المطلب بيان أهم الأسس التنظيمية التي جاء بها هذا المرسوم التنفيذي.¹

الفرع الأول

تعيين أعضاء اللجان

يتم تعيين أعضاء اللجان السابق بيانها وفقا لثلاث طرق أساسية وهي:²

أولا: إما بمقرر من رئيس اللجنة

هناك بعض اللجان التي يعين أعضاءها بموجب مقرر من رئيس اللجنة، و ذلك بالنسبة للجان الآتية:

- اللجنة الوزارية للصفقات.
- اللجنة الولائية للصفقات.
- اللجنة البلدية للصفقات.

ثانيا: بمقرر من سلطة الوصاية

يتم أيضا تعيين الأعضاء في بعض اللجان بمقرر من سلطة الوصاية و ذلك بالنسبة للجان الآتية:

- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية و مركز البحث و التنمية الوطني والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، والمؤسسة العمومية الاقتصادية.
- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية و الهيكل الغير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري .

ثالثا: قرار من الوزير المكلف بالمالية

¹لقد نظم أيضا المشرع الفرنسي مسألة الرقابة من طرف اللجان و هذا ما نلمسه في عدة دراسات جاء فيها:
–Les marchés publics font l’objet de nombreux contrôles, le code des M.P dans la version initiale de plusieurs articles il fait des C .S .M , C.LAJOYE , **Droit des marchés publics**, berti édition, 2007, p137.

²المادة 4 من المرسوم السابق.

هناك أيضا بعض أعضاء اللجان يتم تعيينهم بقرار من الوزير المكلف بالمالية، و ذلك بالنسبة للجان الآتية:

- اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال.
- اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم.
- اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات و الخدمات.

الفرع الثاني

تشكيلة لجان الصفقات العمومية

تتكون لجان الصفقات العمومية من رئيس و مقرر و كتابة دائمة، سنحاول دراسة صلاحيات كل منهم من خلال مايلي:

أولا: رئيس لجنة الصفقات العمومية:¹

فضلا عن رئاسة اللجان يقوم الرئيس بجملة من الصلاحيات التي يتولاها النائب في حالة غيابه يمكن إجمالها فيما يلي:²

- السهر على تطبيق النظام الداخلي.
- السهر على حسن سير مداوات اللجنة وفقا لأحكام النظام الداخلي.
- السهر على المشاركة الشخصية للأعضاء في الاجتماعات و محاولة تجنب التمثيل.
- ضمان السير الحسن للمناقشات.
- توزيع الوقت بصورة عادلة بين الأعضاء في الاجتماعات.
- تعيين المقرر المكلف بإعداد الملف.
- استدعاء اللجنة للانعقاد خلال 8 أيام .
- تحديد جدول أعمال اللجنة.
- إمضاء مقررات اللجنة .

¹ La composition de la C.M .E , C.LAJOYE,op,cit, p140.

²المادة 7 من المرسوم السابق.

من خلال ما تقدم نجد أن مهمة الرئيس لا تتوقف فقط على رئاسة اللجنة بل له صلاحيات واسعة فيما يتعلق بتسييرها و تنظيمها، لذلك فاختيار الرئيس الأنسب للقيام بهذه المهام له دور فعال في تفعيل عملية الرقابة ومكافحة الفساد، لذلك كان أولى أن يتضمن هذا النظام وغيره من التشريعات الخاصة الشروط الواجب توافرها في رئيس اللجنة ليستطيع القيام بالمهمة الموكلة إليه و على أحسن وجه.

ثانيا: المقرر في لجان الصفقات العمومية

يتم تقديم التقارير التحليلية للملفات التي ستدرسها اللجنة من قبل المقرر يعينه الرئيس خصيصا لكل ملف على حدى من بين أعضاء اللجنة دون أي شروط لهذا التعيين.¹

إلا بالنسبة للجان الوطنية الثلاث وتتبعها اللجان القطاعية لا بد أن يكون المقرر من بين موظفي وزارة المالية أو خبير متخصص²، وذلك نظرا للقيمة المالية الكبيرة التي تتسم بها المشاريع التي تدخل في نطاق اختصاص هذه اللجان.

و يتعين على المقرر الذي سيتغيب أو يتعذر عليه القيام بمهمته أن يبلغ الرئيس و في وقت كافي ليتمكن من استبداله، حيث لا بد من تعويضه بأخر في أجل لا يتعدى 8 أيام من غيابه حتى لا تتعطل الملفات.³

لقد إرتأينا من خلال ما تقدم أنه كان لزاما وضع شروط تتعلق بالكفاءة و التأهيل يجب توفرهم في المقرر، فضلا عن بعض الشروط الأخلاقية التي تضمن حياده و عدم اختلاطه بأصحاب المصالح، وذلك لما للتقرير الذي يعده من تأثير على عملية الرقابة.

ثالثا: الكتابة الدائمة للجان الصفقات العمومية

لكل رئيس لجنة كتابة دائمة تعمل تحت سلطته، ما عدا اللجان الوطنية للصفقات التي تسيير كتاباتها مباشرة من المصالح المختصة لوزارة المالية.⁴

وتتولى الكتابة الدائمة القيام بجملة من الصلاحيات يمكن إجمالها فيمايلي:¹

¹ المادة 8 فقرة 1 من المرسوم السابق.

² المادة 8 فقرة 2 من المرسوم السابق.

³ المادة 10 من المرسوم السابق.

⁴ المادة 11 من المرسوم السابق.

- التأكد من أن الملف المقدم كامل .
- تسجيل كل ملفات المشاريع و الملاحق مع الإشعار بالتسليم.
- إعداد جدول الأعمال.
- استدعاء الأعضاء و ممثلي المصالح المتعاقدة و المستشارين المحتملين.
- إرسال الملفات المقررين.
- إرسال المذكرة التحليلية للصفقة و التقرير التقديمي إلى أعضاء اللجنة.
- تحرير التأشيرات و المذكرات و محاضر الجلسة.
- إعداد التقارير الفصلية عن النشاط.
- تمكين أعضاء اللجنة من الإطلاع على المعلومات و الوثائق الموجودة لديها.
- مسك أرشيف اللجنة و تنظيمه.

يتضح من خلال ما تقدم أن الكتابة الدائمة تقوم أيضا بدور فعال في عملية الرقابة فهي التي تهيأ كل الظروف و الملفات لممارسة الرقابة، فكلما كانت الكتابة منظمة و يديرها أشخاص كفؤ كلما كانت عملية الرقابة أنجع.

الفرع الثالث

مراحل سير أعمال لجان الصفقات العمومية

تمر عملية الرقابة على مشروعية الصفقات العمومية التي تقوم بها اللجان الخاصة بالصفقات بمجموعة من المراحل يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً: اجتماع اللجان:²

تجتمع اللجان بمبادرة من رئيسها كلما اقتضت الضرورة ذلك بتوفر النصاب القانوني، لتبدأ الاجتماعات السرية .

¹المادة 169 من القانون 10-236 السابق و المادة 12 من المرسوم السابق.

²المواد 13-14 من المرسوم السابق.

وفي حالة عدم توفر النصاب القانوني يعلن الرئيس ذلك بعد نصف ساعة من الوقت الرسمي المقرر لانعقاد الاجتماع.

ثانيا: إعداد جدول الأعمال:¹

لكل لجنة من اللجان السابقة جدول أعمال يتضمن كل المشاريع و الصفقات والملاحق ودفاتر الشروط و الطعون مرتبة بحسب وصولها، ليتم دراستها بحسب الترتيب المقرر إلا إذا دعت الضرورة للرئيس أن يقدم ملفا من الملفات على حساب الآخرين.

عندما يتم ترتيب الملفات فإن الأولوية تعطى للطعون التي يتعين الرد عليها خلال 15يوما من تاريخ تقديم المصلحة المتعاقدة المعنية الرد على الاستفسار الموجه لها.

وجداول الأعمال ليس فقط تحت تصرف الرئيس وحده بل يمكن لأي عضو من الأعضاء أن يطلب تسجيل مسألة متعلقة بصفقة من الصفقات.

ثالثا: مداوات لجان الصفقات العمومية²

تتعقد اللجان بحضور الأغلبية المطلقة لأعضائها، و في حالة عدم اكتمالها يؤجل الاجتماع لمدة 8 أيام الموالية حيث يستدعى الأعضاء من جديد لينعقد الاجتماع مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين بعد ذلك.³

حيث تسير الاجتماعات من طرف الرئيس الذي يعطي لأي عضو حق المناقشة متى طلب ذلك، و يكون لكل الأعضاء صوت تداولي ماعدا الأعضاء في اللجان الوطنية الثلاث يكون صوتهم استشاري، حيث تكون الأولوية للتدخلات المتعلقة بالنظام الداخلي على حساب الأخرى.⁴

¹ المواد 15-16-17 من المرسوم السابق.

² Le fonctionnement de la C.M .E , C.LAJOYE,op,cit, p141.

³ المادة 18 من المرسوم السابق.

⁴ المادتين 19،20 من المرسوم السابق.

بعد انتهاء الاجتماعات و تقديم الاقتراحات تتم الإشارة بكل الاعتراضات و الطلبات في المحضر المعد، و يتم التصويت بالأغلبية البسيطة و في حالة تعادل الأصوات يرجح صوت الرئيس ليتم بعد ذلك التوقيع من قبل الحاضرين.¹

رابعاً: مقرر التأشيرة

إن الفائدة المرجوة من اجتماع اللجان و إعمال الرقابة الخارجية القبلية هي صدور التأشيرة التي تعتبر دليل على مشروعية الصفقة و خلوها من أي صورة من صور الفساد الإداري السابق بيانها في الباب الأول من الدراسة.

و اللجان قد تتخذ بعد مباشرتها لعملية الرقابة إحدى الحلول الآتية:²

- قبول التأشيرة.
- رفض التأشيرة مع تعليل ذلك.
- منح التأشيرة و إرفاقها بتحفظات توقف سريانها إذا تعلق بموضوع الصفقة، و لا توقفه إذا تعلقت بشكلها.
- عدم إصدارها خلال الأجل المقررة لذلك، و هنا على المصلحة المتعاقدة المعنية تبليغ رئيس اللجنة ليعيد الاجتماع خلال 8 أيام من إخطاره.

المطلب الثاني

رقابة اللجان المحلية و المركزية على الصفقات العمومية

لقد ارتأى المشرع الجزائري أن تخصص أجهزة للرقابة الإدارية على الصفقات العمومية على كل المستويات تتدرج بدأ بالمصالح المتعاقدة مروراً بالهيئات المحلية وصولاً إلى الهيئات المركزية، و هذا بهدف الإشراف على كل مراحل إبرامها و تقييد أصحاب النوايا السيئة الذين يستغلون وظائفهم لمحاولة التربح على حساب المصلحة العامة من خلال استغلال المراحل المختلفة لإبرام الصفقة العمومية.

لذلك سوف نقسم هذه الرقابة الإدارية إلى نوعين أساسيين، ندرس كل منهما في العناصر الآتية بدءاً بالرقابة الداخلية وصولاً للرقابة الخارجية.

الفرع الأول

¹ المادة 21 من المرسوم السابق.

² المواد 23-24-25 من المرسوم السابق.

الرقابة الداخلية

لقد نصت على الرقابة الداخلية مختلف التشريعات المقارنة المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية كالمادة 120 من المرسوم الرئاسي 10-236 التي جاء فيها: "تمارس الرقابة الداخلية في مفهوم هذا المرسوم وفق النصوص التي تتضمن تنظيم مختلف المصالح المتعاقدة، و قوانينها الأساسية دون المساس بالأحكام القانونية المطبقة على الرقابة الداخلية، ويجب أن نبين الكيفيات العملية لهذه الممارسة على الخصوص محتوى مهمة كل هيئة رقابة و الإجراءات اللازمة لتناسق عمليات الرقابة و فعاليتها عندما تكون المصلحة المتعاقدة خاضعة لسلطة وصية فإن هذه الأخيرة تضبط تصميميا نموذجيا يتضمن تنظيم رقابة الصفقات و مهمتها".¹

يتضح من خلال المادة أعلاه أن المشرع الجزائري نص على الرقابة الداخلية² داخل المصالح المتعاقدة دون أن يحدد طرقها و أساليبها تاركا ذلك للتنظيم الداخلي المعمول به داخل كل مصلحة، فالمهم هو عدم التعارض بين التنظيمات الداخلية و بين قانون الصفقات العمومية.

فالهيئات المختصة بالرقابة الداخلية على مستوى المصالح المتعاقدة تتمثل في لجنتين هما:³

أولا: لجنة فتح الأظرفة

لقد خصت هذه اللجنة للقيام بمهمة الرقابة على المراحل السابقة على التعاقد لما لها من الأهمية البالغة، كونها تنصب على الإلمام بالشروط الإجرائية اللازمة لإبرام الصفقات العمومية . و من أهم المراحل التي تحتاج للرقابة هي مرحلة التعهدات التي تثير عدة إشكالات قانونية من أهمها عدم التزام المناقص بتعهده طيلة مدة العطاء، لهذا ذهب الفقهاء إلى ضرورة وضع تكييف قانوني للعطاء حيث ذهب البعض إلى أن إعلان المصلحة المتعاقدة عن المناقصة يعد إيجابا و التعهد يعتبر قبولا كافيا لانعقاد العقد.⁴

¹ المادة 106 من المرسوم 02-250 المتضمن الصفقات العمومية.

² La législation et la réglementation en vigueur prévoient un dispositif juridique approprié afin de garantir un contrôle rigoureux des M.P qui permet d'atteindre les objectifs d'efficacité, M.SABRI , K.AOUDIA, M.LALLEM, **op,cit**, p111.

³ MOULIUD SABRI, **Les marchés publics** , séminaire sur les marchés publics, BISKRA, 24-25 juin 2009, p38.

⁴ محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1998، ص 57-58.

فلجنة فتح الأظرفة هي لجنة تتكون من موظفين فنيين يتم تعيينهم بمقرر من قبل المسؤول داخل المصلحة المتعاقدة، تجتمع هذه الأخيرة لممارسة مهامها في آخر يوم من الأجل المحدد لإيداع العروض حيث جاء في نص المادة 121 من المرسوم الرئاسي 10-236 أن: "تحدث في إطار الرقابة الداخلية لجنة دائمة لفتح الأظرفة لدى كل مصلحة متعاقدة"¹، والمادة 122 من المرسوم الرئاسي 12-23 التي حددت مهام اللجنة دون تدقيق في كيفية سير الاجتماعات.

يتضح من خلال المادة أعلاه أن المشرع الجزائري قد جعل مسألة أعمال الرقابة الإدارية الداخلية متوقف على استدعاء المسؤول المعني لدى المصلحة المتعاقدة، كما أن المشرع لم يحدد المبادئ اللازمة لصحة اجتماعات اللجنة والمتمثلة في مبدأ العلنية والحضور الوجوبي للعارضين، كما أن النصين أعلاه لم يحددا شروط خاصة لصحة الاجتماعات كالنصاب و لعل ذلك بهدف عدم تقييد الرقابة و جعلها مرنة لتكون لها فعالية أكثر في مكافحة الفساد الإداري.

واجتماع لجنة فتح الأظرفة هو بمثابة مرحلة جديدة من مراحل إبرام الصفقة العمومية كونه يؤدي إلى توقف التفاوض مع المتعهدين و هذا ما ذهب له المشرع الجزائري حيث لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين بعد فتح العروض و أثناء تقييم العروض لاختيار الشريك المتعاقد.²

يتضح باستقراء ما سبق أن التفاوض ينتهي بانتهاء أجل تقديم العروض، لأن الأجل المحدد لذلك يفترض فيه أنه كان كافيا لضمان المنافسة الشريفة حيث تقوم المصلحة المتعاقدة على ما تقتضيه المصلحة العامة.

لذلك فالمشرع الجزائري قد غلق المجال أمام إضافة أي وثيقة أو ملف لم يتمكن صاحبها من تقديمها قبل انتهاء أجل العروض عكس بعض التشريعات التي أجازت ذلك كالمشرع الفرنسي الذي أجاز ذلك في حالات الضرورة متى لم يتمكن صاحبها من تقديمها سهواً، و لزيادة التوسيع فقد أجبر أيضا هذا الأخير المصلحة المتعاقدة أن تقدم في كل سنة

¹ المادة 108 من المرسوم التنفيذي 91-434.

² La C.O.P se réunit en séances publiques sur convocation, M.SABRI , K.AOUDIA, M.LALLEM, *op,cit*, p112.

مالية إعلان عن كل الصفقات المعتمز إصدارها في أجل لا يتجاوز الثلاثة أشهر ولى من كل سنة مالية على وجه الإيجار.¹

و إن كان المشرع الجزائري قد شدد في هذه المسألة إلا أن ذلك قد يكون من الأمور الإيجابية التي تعتبر فعالة في مكافحة كل صور الفساد الإداري، لأن السماح بتقديم الوثائق بعد انتهاء الأجل قد يحمل في طياته عدة صور من التلاعبات و التحيزات التي تؤدي إلى المساس بشرعية الصفقة العمومية.

وما يهمنا في دراستنا كيف تمارس هذه اللجنة الرقابة الإدارية التي تؤدي تهدف من خلالها لمحاربة كل صور الفساد الإداري، فمهمة اللجنة تحدد حسب كل تشريع للصفقات فالمشرع الجزائري قد نص على ذلك في المادة 122 من المرسوم 12-23 على مهام اللجنة المتمثلة في:²

- إثبات صحة تسجيل العقود على سجل خاص.
- إعداد قائمة التعهدات حسب ترتيب وصولها مع توضيح المبالغ المقترحة.
- إعداد وصف مختصر للوثائق المرفقة بالتعهد.
- تحرير محضر انعقاد اللجنة ليوقع عليه الحاضرين.
- إرجاع الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الاقتصاديين.

ولقد انتقدت هذه المادة على أساس أنها تتسم بالعمومية بالنسبة للعنصر الثاني من مهام اللجنة فهي لم تميز بين الأظرفة التي يتم فتحها هل هي التقنية أو المالية؟، لذلك تصدت اللجنة الوطنية للصفقات لمحاولة حل هذا الإشكال في قرار لها نصت في مادته الأولى على أن: "تفتح لجنة فتح العروض الأظرفة التقنية بتاريخ آخر أجل لإيداع العروض."³

ثم نصت المادة الثالثة من القرار على أن: "تفتح الأظرفة المالية من طرف لجنة فتح العروض."⁴

بعد إعداد المحضر و التوقيع عليه من الحاضرين بالإجماع نكون قد انتهينا من الشق الأول للرقابة الإدارية الداخلية الذي تقوم به لجنة فتح الأظرفة، والذي يهدف إلى القضاء على

¹ محمود خلف جبوري، مرجع سابق، ص 23.

² المادة 108 من المرسوم 02-250 السابق.

³ القرار رقم 02-215 المؤرخ في 30 سبتمبر 2009 الصادر عن اللجنة الوطنية للصفقات العمومية.

⁴ المادة 3 من القرار السابق الذي تضمن 4 مواد.

كل صور الفساد الإداري داخل المصلحة المتعاقدة، و مما يزيد من فعالية هذه الرقابة أن المشرع قد أجاز لكل عضو من أعضاءها حق تقديم تحفظات على العملية إن اقتضى الأمر ذلك.¹

ثانيا: لجنة تقييم العروض

إن لجنة تقييم العروض هي الشق الثاني من الرقابة الإدارية القائمة داخل المصالح المتعاقدة، و التي تلعب دورا فعالا في عملية مكافحة الفساد الإداري، كونها تنصب على المرحلة الإجرائية لإبرام الصفقة العمومية الموالية لاختتام فترة تقديم العروض.

و هذه اللجنة نصت عليها التشريعات و القوانين الخاصة بالصفقات العمومية، فالمشرع الجزائري استحدثها بموجب المادة 125 من المرسوم الرئاسي 12-23 حيث جاء: "تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة دائمة لتقييم العروض. "

فأعضاء هذه اللجنة أيضا يتم تعيينهم من قبل مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر، ولا يشترط فيهم أية شروط خاصة إلا أن لا يكون من أعضاء لجنة فتح الأظرفة فضلا عن الخبرة التي تؤهلهم للقيام بالتقويم السليم و الصحيح للعروض، لأن أي خطأ في ذلك تترتب عليه نتائج وخيمة قد تؤدي إلى تقدم أحد المتعهدين على حساب الآخر.²

فالعمل الأساسي الذي تقوم به اللجنة هو عمل فني يحتاج إلى أشخاص قادرين على المراجعة الفنية لكل عرض على حدى، و لكل ما يشتمل عليه من شروط و تحفظات والتأكد من مطابقتها للشروط الواردة في دفتر المناقصة.³

¹ C.O.P Séminaire précédent, p28.

² C.E.O qui doit être composée de membres qualifiés, compétents et expérimentés ayant une capacité d'analyse et de synthèses, , M.SABRI , K.AOUDIA, M.LALLEM, **op,cit**, p113.

³ La C.O.D est chargée de procéder à l'analyse des offres sous leurs différentes aspects techniques, en effet la commission ne doit pas être limiter systématiquement à orienter le choix du partenaire cocontractant ,**op,cit**, p133.

وحسب المادة أعلاه فكل عرض يتضمن شرطا مخالفا لدفتر المناقصة لا بد من إلغاءه، مع مراعاة طبيعة الأخطاء فإذا كانت غير مؤثرة و لا تمس بالشروط الجوهرية و لا تغير من الإلتزام، ليبدأ بعد ذلك عمل اللجنة بعد استبعاد كل العروض الغير المطابقة.¹

1- كيفية عمل لجنة تقييم العروض

بعد انتهاء اللجنة من اختيار العروض و استبعاد الغير المطابق منها لدفتر المناقصة، تبدأ عملها بالدراسة التقنية للعروض لتتمكن من التقييم الفعلي لها، و تباشر اللجنة عملها على مرحلتين أساسيتين نبين كل منهما فيمايلي:²

• **المرحلة التمهيديّة** و هي تلك المرحلة التي يتم من خلالها ترتيب العروض المطابقة وفقا لأرقام استدلاية محددة في دفتر الشروط، و يتم إقصاء العروض التي لم تحصل على العلامات.

• **المرحلة التقنيّة** و هي المرحلة الحساسة والعملية في تقييم العروض حيث يتم من خلالها المراجعة المالية مع عملية تصحيح الأخطاء إن وجدت .

يتضح لنا أن المرحلة الثانية هي المرحلة الحاسمة في عملية التقييم لأنها تركز على الجانب المالي للصفقة، ومحل الإلتزام هو المال العام الذي يستوجب الحماية من كل أصحاب النوايا السيئة الذين يحاولون الاعتداء عليه من خلال التلاعب بالإجراءات والأثمان، لذلك ولتحقيق مكافحة فعالة من الفساد الإداري لا بد من إحاطة هذه المرحلة بالحماية قدر الإمكان .

فالمهمة الأساسية للجنة تنصب على الجانب المالي، حيث تقوم بعملية مقارنة بين التقديرات المالية المعدة للمشروع وبين العطاءات المقدمة لإعداد ما يعرف بالكلفة التخمينية. وهذا لا يعني أن الرقابة الإدارية التي تقوم بها لجنة تقييم العروض تقتصر على الجانب المالي فقط، بل هي تقوم أيضا بالتأكد من كل الوثائق المقدمة كشهادات التأهيل والتصنيف المهني، و حتى تكون الرقابة فعالة أكثر لا بد من عدم الإكتفاء بالجانب المقدم فقط من الوثائق بل لا بد من الزيارة الميدانية للتأكد من صحة الوثائق.³

¹ المادة 2 من القرار 02-215 الصادر عن اللجنة الوطنية للصفقات العمومية السابق.

² محمد الجبوري، مرجع سابق، ص111.

³ C.E .O Séminaire précédent, 28-29.

و إن كان المتفق عليه أن اللجنة تقوم بمهمة الرقابة الإدارية الداخلية لتقييم العروض فالسؤال الذي يطرح نفسه هو حول كيفية التقييم و على أي أساس يتم إختيار أحد المتقدمين على حساب الآخر؟

هنا نقول أن الأمر يختلف من تشريع إلى آخر فالمشرع الجزائري ركز على معيارين أساسيين وثبت ذلك في عدة نصوص قانونية هي:¹

- معيار الأقل سعرا.
- معيار الأحسن من الناحية الاقتصادية

بالنظر للمعيارين المعول عليهما يتضح أن المشرع الجزائري لم يحدد شروط كبيرة يتم على أساسهم الاختيار من بين المتقدمين مخالفا بذلك بقية التشريعات كالتشريع الفرنسي الذي نص على عدة معايير أخرى نذكر منها:²

- كفاءات الاستعمال أو التطبيق.
- قيمة العرض التقني.
- الخصائص الفنية للعرض.
- فعالية المواد في حماية البيئة.
- أجل التنفيذ.
- الجودة الإحصائية والمهنية.
- التكنولوجيا الحديثة.
- خدمة ما بعد البيع والصيانة التقنية.
- تاريخ بداية التموين.
- الأقل سعرا.

إذن فقد كان أولى بالمشرع أن يشدد في المعايير و لا يكتفي بمعيارين عامين يمكن لكل لجنة أن تتعامل معهم على طريقتها، لذلك و لضمان رقابة أكثر فعالية لا بد من التشديد في معايير الانتقاء لغلق المجال أمام انتشار الفساد الإداري.

2- نتائج عملية تقييم العروض

¹ المادة 125 من المرسوم 12-23.

² المادة 53 من المرسوم الفرنسي رقم 15-2004 .

إن عملية الرقابة الإدارية الداخلية التي تقوم بها لجنة تقييم العروض تنتهي عملها بإصدار توصية من التوصيات التي نجملها فيما يلي:¹

- إرساء المناقصة على العرض الأقل ثمنا
- الإحالة إلى أحد التعهدات الأحسن من الناحية الاقتصادية.
- التوصية بإلغاء المناقصة إذا كان القيام بالمشروع قد يتعارض مع المصلحة العامة لأي سبب من الأسباب.²

إذن من خلال ما تقدم نكون قد تطرقنا للرقابة الإدارية³ الداخلية على عملية إبرام الصفقات العمومية و التي تتم من طرف لجان متخصصة داخل المصالح المتعاقدة، و من طرف أشخاص مؤهلين لدراسة العروض المقدمة من المتقدمين، فهذه الرقابة فعالة في الحفاظ على شرعية الصفقات العمومية و عدم خروجها عن الإطار المخصص لها و المتمثل في تحقيق المصلحة العامة و بأحسن الشروط المفترضة لذلك.

فالرقابة الإدارية الداخلية تمثل الخطوة الأولى في مجال مكافحة الفساد الإداري المنتشر في هذا المجال، لذلك لا بد من اختيار الأشخاص الذين تتوفر فيهم الصفات السابق بينها لضمان عدم التلاعب بإجراءات الرقابة و الابتعاد عن كل صور الانحياز والتحايل في اختيار المتعاقدين، فلا بد أن يتمتع أعضاء اللجان بدرجة من الثقة و الأمانة التي تؤهلهم للقيام بهذه الرقابة نظرا لخطورة الآثار التي تترتب عليها و القرارات التي تصدرها كقرار عدم جدوى التعاقد أو إلغاء الصفقة لعدم توفر الشروط.

الفرع الثاني

الرقابة الخارجية

¹ مجدي متولي، التعليق على قانون المناقصات و المزايدات الجديد الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998، (د.د.ن)، دار الفكر و القانون، ط1، 2000، ص67.

² كالخوف من هيمنة المتعاقدين على السوق الوطنية أو المساس بالقواعد العامة المعروفة في المنافسة، و هنا لا بد من أن يكون حق الرفض منصوص عليه في دفتر الشروط حسب ما جاء في المادة 111 من المرسوم الخاص بالصفقات العمومية.

³ إن المشرع الفرنسي قد نظم عملية الرقابة الإدارية و ربطها باللجنة الوزارية التي سنبينها لاحقا على النحو الآتي:
Au titre des contrôles administratifs, on se bornera à mentionner ici les contrôles exercé par M.I.E.M, article 1 loi n 91-3 du 3 janvier 1991, voir C.M.P précédent .

لتفعيل الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية كان لزاما فرض رقابة أخرى خارجية وعدم الاكتفاء بالرقابة الداخلية كونها تتم داخل المصالح المتعاقدة و من طرف أشخاص يعينهم مسؤوليها، لذلك وحتى يتحقق الهدف المرجو و المتمثل في قمع صور الفساد الإداري التي تزداد يوما بعد يوم فلا بد من اللجوء إلى فرض رقابة أخرى تكمل الأولى و تتم من طرف أشخاص لا علاقة لهم بالمصالح المتعاقدة يتدرجون من المستوى المحلي إلى المستوى المركزي.

لذلك لجأت معظم التشريعات إلى استحداث أجهزة و لجان للرقابة الخارجية¹ على مختلف المستويات تنحصر مهمتهم الأساسية في مراعاة مدى موافقة الصفقات المرجو إبرامها للبرنامج المسطر من الحكومة و مدى تحقيقها الفعلي المصلحة العامة و مقتضياتها. فقد أصبح الهدف من الرقابة الخارجية هو ضمان اتفاق تنفيذ الصفقات مع الخطط الموضوعة لمسايرة البرنامج الحكومي، فهي إذن رقابة علاجية ترتبط بالتأكد من الكفاءة والفعالية اللازمة لتنفيذ المخطط الحكومي.²

فالغاية من الرقابة الخارجية هي تحقيق الهدف من العمل الحكومي و التحقق من مطابقة الصفقات العمومية للتشريع و التنظيم المعمول بهما في هذا المجال، فضلا عن التأكد من مطابقة المصلحة المتعاقدة لبرنامجها المسطر لتحقيق الصالح العام.³ يتضح مما تقدم أن الرقابة الخارجية مزدوجة الهدف فهي تهدف إلى الحفاظ على المال العام و منع المتعاقدين من الأفراد من التبرج على حسابهم من جهة، وفي نفس الوقت تراقب حتى الإدارة لتمنعها من أي تلاعبات قد تؤدي إلى خروجها عن الهدف المسطر لها. فهيئات الرقابة في التشريعات المقارنة⁴ تتدرج من المستوى المحلي إلى المستوى المركزي. فالمشرع الجزائري قد نص على الرقابة الخارجية في المرسوم الرئاسي 10-236 و المرسوم الرئاسي 12-23 على حسب التعديلات و الاستحداثات الموجودة.

¹ Contrôles a priori ou externe vise principalement à vérifier la conformité des M.P à la législation et à la réglementation en vigueur , M.SABRI , K.AOUDIA, M.LALLEM, op,cit, p113.

² رمضان محمد بطيخ، الرقابة على أداء الجهاز الإداري، دار النهضة العربية، بيروت، 1998، ص16.

³ المادة 126 من المرسوم الرئاسي 10-236 السابق.

⁴ Pour la loi françaises voir le titre v chapitre unique section i art 119-126, code M.P précédent.

و يرجع سبب لجوء أغلب التشريعات المقارنة إلى استحداث لجان تتولى عملية الرقابة على الصفقات العمومية على مستويات مختلفة في السعي لضمان فعاليتها و الحد من الفساد الإداري من خلال إقرار مبدأ التدرج في الرقابة الخارجية من المستوى المحلي إلى الوطني.

فالمشروع الجزائري مثلا نص في المادة 128 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 12-23 على أن: "تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة، لجنة للصفقات تكلف بالرقابة القبلية للصفقات العمومية في حدود مستويات الاختصاص المحددة في المواد 136 و 146 و 147 و 148 أدناه."

فالمشروع الجزائري بدوره قد وزع الهيئات المختصة بالرقابة الخارجية¹ على ثلاث مستويات

هي:

- الرقابة على المستوى البلدي
- الرقابة على المستوى الولائي
- الرقابة على المستوى الوزاري

أولا: اللجنة البلدية للصفقات العمومية

في سبيل مكافحة الفساد الإداري و بشتى الطرق القانونية المتاحة لذلك فقد قررت التشريعات المقارنة أعمال رقابة خارجية على الصفقات العمومية على المستوى المحلي و بالتحديد البلدي الهدف منها ضمان عدم ضياع المال العام . لذلك فقد نص المشروع الجزائري على هذه الرقابة في قوانين البلدية المتلاحقة فضلا عن المرسوم الرئاسي المتضمن الصفقات العمومية، و سندرس هذه الرقابة في القانون 90-80²، واللجنة البلدية للصفقات العمومية المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 10-236 السابق.

1- الرقابة على الصفقات في ظل القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية³

تعتبر الرقابة على المستوى البلدي للصفقات العمومية من صور الرقابة الخارجية التي تهدف لمكافحة الفساد الإداري الذي يزداد انتشارا يوما بعد يوما، و قد أكد المشروع الجزائري على هذا النوع من الرقابة و نظمه في القانون السابق و أكد عليه في القانون الجديد حيث

¹ Les organes de contrôle externe, Séminaire M .P précédent, p 38.

² القانون 90_80 المؤرخ في 07\04\1990 المتعلق بالبلدية.

³ القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية المؤرخ في 22 جوان 2011.

نصت المادة 189 على أن: "يتم إبرام صفقات اللوازم و الأشغال أو تقديم الخدمات التي تقوم بها البلدية و المؤسسات العمومية البلدية ذات الطابع الإداري طبقا للتنظيم الساري المفعول المطبق على الصفقات العمومية".

حيث يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع قد أخضع الصفقات العمومية التي تبرم على المستوى البلدي لقانون الصفقات العمومية و لكل أنواع الرقابة الواردة فيه بهدف محاولة الحد بصفة قانونية صريحة حيث خصص لها عدة مواد من المادة 189 إلى 194.

هذا و لزيادة التأكيد على ضرورة الحد من الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية فقد نص المشرع على إنشاء اللجنة البلدية للصفقات لتتولى مهمة الرقابة في هذا المجال، و أحال كل ما يتعلق بتنظيمها لقانون الصفقات العمومية كما سنبين ذلك لاحقا.¹

لذلك سنحاول من خلال هذا العنصر تحديد النظام القانوني للجنة البلدية للصفقات العمومية وذلك من خلال عرض النقاط الآتية:

2-التعريف باللجنة البلدية للصفقات العمومية:

إن اللجنة البلدية للصفقات العمومية هي هيئة من هيئات الرقابة تتولى عملية الرقابة على إبرام الصفقات على المستوى البلدي حيث تقوم بدراسة المشاريع الخاصة بالبلدية.

3-تشكيل اللجنة البلدية للصفقات العمومية

تتشكل اللجنة البلدية للصفقات العمومية من مجموعة من الأعضاء تتولى مهمة الرقابة على الصفقات المتعلقة بمشاريع البلدية وهم حسب المادة 191 من القانون 10-11:

- الرئيس وهو ذاته رئيس المجلس الشعبي البلدي.
- عضوين منتخبين من المجلس الشعبي الوطني.
- الأمين العام للبلدية.
- ممثل مصالح أملاك الدولة.

أما بالرجوع إلى أحكام المادة 190 من قانون البلدية نجد أن المشرع أحال في كل ما يتعلق بتنظيم اللجنة لقانون الصفقات العمومية¹، الذي نص بدوره على تشكيل اللجنة في المادة 137

¹ المادة 191 من قانون البلدية السابق.

من قانون الصفقات حيث جاء فيها: "تتكون اللجنة البلدية للصفقات المختصة بدراسة مشاريع الصفقات التي تبرمها البلدية ضمن حدود المستويات المنصوص عليها في المادة 136 أعلاه²، من:

- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله، رئيساً،
- ممثل المصلحة المتعاقدة،
- منتخبين اثنين (2) يمثلان المجلس الشعبي البلدي،
- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية و مصلحة المحاسبة)،
- ممثل المصلحة التقنية المعنية بالخدمة."

من خلال استقراء هذه المادة و مقارنتها بالمادة 191 نجد أن هناك فارق كبير في تشكيل اللجنة بين القانونين، ففي قانون البلدية تتشكل من 5 أعضاء عضوين منهما منتخبين من المجلس و الأمين العام للبلدية و الرئيس أي أن أغلب الأعضاء من البلدية، أما المادة 137 من قانون الصفقات فقد أقرت أن اللجنة تتشكل من 7 أعضاء ثلاثة منهم من البلدية و البقية من ممثلي المصلحة المتعاقدة و قطاعات حساسة مختلفة، كما أن الأعضاء في قانون الصفقات يعينون بطريقتين هما:

- الانتخاب من أعضاء المجلس.
- التمثيل من وزارة المالية و المصلحة التقنية.

إذن من خلال ما سبق يمكن القول أن تشكيلة الأعضاء المنصوص عليها في المادة 137 من قانون الصفقات تتسم بالتنوع حيث تمس فئات متعددة و لا تنحصر في المجال

¹نقصد القانون 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية لأن هذه المادة 137 المعنية لم يمسه التعديل الأخير.

²المادة تحدثت عن المادة 136 من المرسوم الرئاسي 10-236 التي استحدثت في المرسوم الرئاسي 12-23 بموجب المادة 128 حيث تغير الحد المالي من لصفقات إنجاز الأشغال و اللوازم من 50.000.000 دج إلى 200.000.000 دج ، و تم الفصل بين صفقات الخدمات التي حددت ب 50.000.000 دج و صفقات الدراسات ب 20.000.000 دج.

البلدي، حيث تنوع الأعضاء فيها بين البلدية و وزارة المالية و المصلحة التقنية فضلا عن المصلحة المتعاقدة.¹

فنحن بدورنا نرى هذا التنوع يخدم فكرة الرقابة الخارجية و يزيد من نجاعتها وفعاليتها، مما يساعد في الحد من الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية لأن التنوع يؤدي إلى ضمان نزاهة اللجنة و حيادها حيث يؤكد ذلك على عدم انحيازها لأي طرف كان.

لكن الإشكال الذي يطرح نفسه الآن أي التشكيلتين تطبق فعليا على أرض الواقع؟ وما هو الأساس القانوني لذلك؟ وهل هذا الفرق يعتبر تعارض بين قانون البلدية و قانون الصفقات؟ أو حتى تعارض بين المادة 190 من قانون البلدية و المادة 191 من ذات القانون؟.

ثانيا: اللجنة الولائية للصفقات العمومية

لقد تناولت مختلف التشريعات الداخلية المنظمة لموضوع الصفقات العمومية و كفيات إبرامها سواء بصفة عامة و بصفة خاصة موضوع اللجنة التي تختص بعملية الرقابة الخارجية على المناقصات التي يتم إبرامها على المستوى الولائي، و من ذلك المادة 135 من قانون الولاية² التي جاء فيها أن: " تبرم الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريدات للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري طبقا للقوانين و التنظيمات المعمول بها و المطبقة على الصفقات العمومية ."

حيث يتضح من خلال هذه المادة أن قانون الولاية لم ينص بطريقة مباشرة و واضحة على فكرة الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية حيث أحال إلى قانون الصفقات العمومية، و اكتفى بتحديد المعيار الذي يعول عليها لإعمال هذه الرقابة، حيث يتضح من خلال المجالات التي حددها أنه يعتمد على المعيار الموضوعي، فكل الصفقات التي تمس إحدى المجالات المذكورة في المادة أعلاه تخضع لرقابة اللجنة الولائية .

¹ لقد نص أيضا المشرع الفرنسي باللجان و نظمها في إطار :

Les comités régionaux ou interrégionaux de règlement amiable des différends ou litiges, qu'ils sont constitués auprès du préfet désigné par l'arrêté qui les crée et qui fixe leurs ressort , C.LAJOME, **op,cit**, p200-201.

² القانون رقم 07-12 المتضمن قانون الولاية، المؤرخ في 12 فبراير 2012 الموافق ل 7 ربيع الثاني 1433 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 12.

هذا وقد نصت المادتين 136 و 137 من قانون الولاية أيضا على ضرورة أن تبرم الصفقات الخاصة بالولاية أو المؤسسات العمومية الولائية ذات الطابع الإداري من طرف موظف متخصص على أن يساعده ثلاث أعضاء منتخبين من تشكيلات سياسية مختلفة يعينهم المجلس الشعبي الولائي.¹

يتضح مما تقدم أن قانون الولاية لم ينص بصورة صريحة على لجنة الصفقات الولائية كما هو الحال بالنسبة لقانون البلدية الذي نظمها بشكل صريح و مفصل، حيث أن قانون الولاية اكتفى بالنص العام و الإحالة على قانون الصفقات العمومية، كما أنه أكد على ضرورة المزج فيما يتعلق بمن يتولى الرقابة بين أعضاء الولاية المعينين و بين أعضاء المجلس الشعبي الولائي المنتخبين لزيادة فعاليتها و ضمان مشاركة الأفراد في قمع الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية من خلال من يختارونهم لتمثيلهم .

والآن سنقوم بدراسة لجنة الصفقات العمومية الولائية لنحاول الوقوف على مختلف جوانبها التنظيمية² في قانون الصفقات العمومية من خلال مايلي:

1-تشكيل لجنة الصفقات العمومية الولائية

تتشكل لجنة الصفقات العمومية الولائية حسب المادة 135 من قانون الصفقات العمومية³ من الأعضاء التالية:

- الرئيس و هو الوالي أو ممثله.
- ثلاثة أعضاء منتخبين من المجلس الشعبي الولائي.
- عضوين لتمثيل الوزير المكلف بالمالية أحدهما من مصلحة الميزانية و الآخر من مصلحة المحاسبة .
- مدير التخطيط و تهيئة الإقليم للولاية.

¹المادتين 136-137 من القانون السابق.

² Pour sa composition et organisation et compétence et fonctionnement, C.LAJOME, **op,cit**, p202-203.

³ سنعتمد في دراسة تشكيل اللجنة على المادة 135 من القانون رقم 10-236 لأن هذه المادة لم تعدل في المرسوم الأخير.

- مدير الري للولاية.
- مدير الأشغال العمومية للولاية.
- مدير التجارة للولاية .
- مدير السكن والتجهيزات العمومية للولاية.
- مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة الولائية .

يتضح مما تقدم أن اللجنة تتسم بالتنوع في أعضائها بين ممثلين من مختلف التشكيلات السياسية التي تمس المصالح الحساسة داخله الولاية، و هذا ما يتفق مع المادة 136 من قانون الولاية السابقة الذي يهدف إلى توسيع مجال الرقابة و ضمان حيادها لأبعد الحدود من خلال فرض عنصر التنوع في الاختصاص والمجال بين مختلف أعضاءها .

2- إختصاص لجنة الصفقات الولائية:

حسب المادة 136 من المرسوم الرئاسي 12-23 فإن إختصاص لجنة الصفقات الولائية يمكن تقسيم إختصاصاتها إلى نوعين منها ما يعود لها بصفة أصلية و منها ما يعود لها كإستثناء عن إختصاص اللجنة البلدية و سنبين كل منهما فيمايلي:

2-1-الاختصاصات الأصلية للجنة الولائية للصفقات العمومية:

تختص اللجنة الولائية للصفقات العمومية بدراسة جملة من المشاريع التي تبرمها الولاية و المصالح غير الممركزة التابعة للدولة و التي حددت حصريا و يمكن إجمالها فيمايلي:¹

- صفقة الأشغال التي يقل مبلغها أو يساوي مليار دينار(1.000.000.000).
- صفقة اللوازم يقل مبلغها أو يساوي ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000).
- صفقة خدمات يقل مبلغها أو يساوي مائتي مليون دينار (200.000.000).
- صفقة دراسات يقل مبلغها أو يساوي ستين مليون دينار(60.000.000).

كما يدخل أيضا في إختصاص هذه اللجنة مايلي:¹

¹ المواد 136_146-147-148-148 مكرر من القانون 12-23 السابق.

- كل مشروع ملحق بالصفقات السابق بيانها .
 - كل مشروع يدخل في إطار الصفقات السابق يحتوي على بند يمكنه رفع المبلغ الأصلي إلى ما يقل أو يساوي المبالغ السابقة.
- لذلك و من خلال ما تقدم لا بد من تحديد شروط الملحق الذي يدخل في الإختصاص السابق بيانها، لأن عدم توفرها سيؤدي إلى إخراج الملاحق أصلا من مجال الرقابة الخارجية القبلية، وتتمثل هذه الشروط في ما يلي:²

- أن يكون الملحق يهدف إلى زيادة الخدمات أو تقليلها.
- أن يعدل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة.
- أن يتضمن تغطية لعمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي.
- تبرير المصلحة المتعاقدة لظروف الملحق الممد لمدة لا تتجاوز 4 أشهر.
- أن لا يؤثر الملحق على توازن الصفقة.
- أن يتضمن الملحق تعديلا لتسمية الأطراف المتعاقدة و الضمانات التقنية والمالية و أجل التعاقد .
- أن لا يتجاوز مبلغ الملحق أو المبلغ الإجمالي للملاحق زيادة أو نقصانا 20° من المبلغ الأصلي للصفقة للصفقات التي تدخل في إختصاص المصلحة المتعاقدة.

إذا هذا بالنسبة للصفقات التي ترجع إلى إختصاص لجنة الصفقات الولائية بصورة أصلية و التي حددت حصرا بموجب المواد القانونية السابق بيانها، حيث تم تحديدها بالاعتماد على المعيار الكمي الذي يتم من خلال تحديد المبلغ الأصلي للصفقة و المبلغ المخصص للملاحق التي قد تلحق بها، حيث تحدد نوعي الرقابة المرفوضة و الجهة التي تقوم بها بناء على المبلغ المحدد و قيمته.

2-2- الإختصاصات الاستثنائية للجنة الصفقات العمومية الولائية:

بعد ما بينا كيف تختص اللجنة الولائية للصفقات العمومية بصفة أصلية بإبرام الصفقات الخاصة بالولاية و المؤسسات العمومية التابعة لها ذات الطابع الإداري، فهذه اللجنة تختص

¹ المادة 106 من القانون السابق.

² المادة السابقة و المادة 103 من القانون السابق.

استثناءا ببعض الصفقات الخاصة بالبلدية و المؤسسات العمومية المحلية التي تدخل في إحدى الفئات التالية:¹

- صفقات إنجاز الأشغال و اللوازم التي تساوي أو تفوق مائتي مليون دينار (200.000.000).
- صفقات الخدمات التي تساوي أو تفوق خمسين مليون دينار (50.000.000).
- صفقات الدراسات التي تساوي أو تفوق عشرين مليون دينار (20.000.000).

فكل صفقة تنطوي تحت إحدى الفئات السابقة تخضع في عملية الرقابة للجنة الولائية و ليس للجنة البلدية رغم ارتباطها بالبلدية، و يرجع ذلك إلى مبلغها الذي بلغ حدا معيناً يقتضي خضوعها لجهة رقابة أعلى من المستوى البلدي.

هنا نشير أيضا أن المادة 136 من المرسوم الرئاسي 10-236 و الخاصة باختصاص اللجنة الولائية للصفقات قد خضعت للتعديل بموجب المادة 15 من المرسوم الرئاسي 12-23، حيث قسم الأول الصفقات عند تحديده للاختصاص لفئتين فقط و جمع بين الدراسات و الخدمات و حدد المبلغ اللازم لإعمال اختصاص اللجنة الولائية بدلا من اللجنة البلدية ب (20.000.000) د.ج بالنسبة لهما و ب (50.000.000) د.ج لصفقات إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم، عكس المرسوم الرئاسي 12-23 الذي قسمهم على النحو السابق بيانه، حيث نلاحظ رفع الحد المالي المقرر لإعمال اختصاص اللجنة الولائية و لعل الهدف من ذلك هو التخفيف عنها في عملية الرقابة و جعلها مرتبطة فقط بالصفقات الكبرى التي تكلف مبالغ كبيرة، و توسيع اختصاص اللجنة البلدية في الصفقات التي ترتبط بها وبمؤسساتها المحلية.

ثالثا: لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية ومركز البحث و التنمية الوطني والهيكل الغير مركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري والمؤسسة العمومية الاقتصادية

تختص هذه اللجنة بالرقابة على الصفقات التي تخرج عن ما هو محدد في المواد 146-147-148-148 مكرر و التي تعود لاختصاص اللجان الوطنية التي سنبينها

¹ المادة 136 فقرة 2 من القانون السابق.

لاحقا، وعن ما هو مبين في الصفحة 36 من المذكرة والذي يدخل في اختصاص اللجنة الولائية.

فكل الصفقات التي لا تدخل في النطاقين السابقين و التي تبرمها إحدى الهيئات الآتية تعد من اختصاص اللجنة محل الدراسة:¹

- الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية الوطنية .
- الصفقات التي يبرمها مركز البحث و التنمية الوطني.
- الصفقات التي يبرمها الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري و التي تحدد بقائمة بناء على قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني.
- الصفقات التي تبرمها المؤسسة العمومية الاقتصادية .

حيث تتشكل هذه اللجنة حسب مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 134 من المرسوم الرئاسي 12-23 من الأعضاء الآتيين:

- الرئيس و يكون من ممثل السلطة الوصية.
- المدير المعني.
- عضوين ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية من مصلحتي الميزانية و المحاسبة.
- ممثل عن وزير الموارد المائية.
- ممثل وزير التجارة.
- ممثل وزير السكن و العمران.

فالملاحظ هنا أن هناك نوع من التداخل و عدم الوضوح في تحديد الاختصاص بين اللجان الوطنية التي سنبينها في حينها و بين اللجنة الولائية و اللجنة التي نحن بصدد، فإذا كان الأمر واضح بالنسبة للأولى و الثانية حيث تعتبر الحدود المبينة في المواد 146-147-148 مكرر هي الفاصل في تحديد اختصاص كل منهم، فالأمر يبقى غامض بالنسبة لهذه اللجنة.

¹المادة 134 من القانون السابق.

رابعا: لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية المحلية و الهيكل الغير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير المذكور في المادة 134 السابقة

لقد نصت على هذه اللجنة المادة 138 من القانون 10-236 و التي لم يمسهما التعديل، حيث تنشأ على المستوى المحلي و هي تقابل اللجنة الوطنية السابقة حيث تختص بالرقابة على مشاريع الصفقات التي لا تدخل في اختصاص اللجنة الولائية المحدد في المادة 136 من المرسوم الرئاسي 12-23 السابق بيانه و بالتفصيل و التي تبرمها إحدى الفئات الآتية:

- المؤسسة العمومية المحلية.
- الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري و التي لا تدخل في الفئة المبينة في اللجنة السابقة.

و تتشكل هذه اللجنة من مجموعة من الأعضاء يمكن إجمالهم فيمايلي:¹

- الرئيس وهو ممثل السلطة الوصية.
- المدير المعني.
- ممثل منتخب من مجلس الجماعة الإقليمية المعنية.
- ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية من مصلحة الميزانية و مصلحة المحاسبة.

إذن من خلال ما تقدم يتضح لنا أن اللجان قد استحدثت على كل المستويات الوطنية والمحلية بهدف توسيع الرقابة على عملية إبرام الصفقات العمومية إلى أبعد الحدود وقمع الفساد الإداري في هذا المجال، لكن هذا التعدد له أيضا جانب سلبي يتمثل في تداخل الاختصاص والغموض في تطبيق النصوص القانونية السابق بيانها. **فما المطبق على أرض الواقع؟**

خامسا: اللجنة الوزارية للصفقات العمومية

يوجد أيضا على المستوى المركزي لجنة للرقابة الخارجية تسمى باللجنة الوزارية للصفقات العمومية¹، نظمتها المادة 133 من المرسوم الرئاسي 12-23، و التي سنبين إختصاصها وتشكيلتها من خلال مايلي:

¹ المادة 138 من القانون 10-236 السابق .

1- اختصاص اللجنة الوزارية للصفقات العمومية

أوكلت اللجنة الوزارية للصفقات العمومية مهمة الرقابة على المشاريع التي تبرمها الإدارة المركزية مع مراعاة المواد 146-147-148-148 مكرر و التي تبين اختصاص اللجان الوطنية و القطاعية، ففي ما عدا الصفقات المحددة بهذه المواد ترجع تلك التي تبرمها الهيئات المركزية للجنة الوزارية.

2- تشكيل اللجنة الوزارية للصفقات العمومية

تتشكل اللجنة الوزارية للصفقات العمومية من مجموعة من الأعضاء هم:²

- الرئيس وهو الوزير المعني أو ممثله.
- ممثل من المصلحة المتعاقدة.
- ممثلين عن وزير المالية من مصلحة الميزانية و المحاسبة.
- ممثل عن وزير التجارة.

نلاحظ دائما أن المشرع يحافظ على التنوع في تشكيل اللجان و ذلك بهدف ضمان الحياد ومحاربة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية قدر الإمكان، لكن السؤال الذي يطرح نفسه مدى تطبيق ذلك واقعيًا؟

سادسا: اللجان الوطنية³ واللجان القطاعية للصفقات العمومية:

لقد نظم المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن الصفقات العمومية اللجان الوطنية للصفقات وبين صلاحياتها وحدود اختصاصاتها، حيث قسمها إلى ثلاث لجان أساسية هي:⁴

- اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال

¹ M .I.E.M Ses enquêtes concernes aussi bien la préparation, la passation et l'exécution des M.P et conventions de délégations de services publics, , C.LAJOME, **op,cit**, p142.

² المادة 133 من المرسوم الرئاسي 12-23 السابق .

³ C.N.M c'est des organes centraux présidé par le ministère concerné, , M.SABRI , K.AOUDIA, M.LALLEM, **op,cit**, p114.

⁴ المادة 142 من القانون 10-236 السابق .

- اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم.
- اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات.

فبعد أن نظم القانون السابق هذه اللجان في القسم الفرعي الثاني تحت عنوان اختصاص اللجان الوطنية للصفقات و تشكيلها، جاء المرسوم الرئاسي 12-23 وعدل هذا العنوان حيث أضاف إلى اللجان السابقة ما يعرف باللجان القطاعية للصفقات التي تخضع لنفس تنظيم و أحكام الأولى.¹

لذلك سنحاول من خلال هذا العنصر دراسة كل منهما من خلال التطرق للأحكام المشتركة لهما ثم للأحكام الخاصة بكل منهما.

1-الصلاحيات العامة للجان الوطنية و القطاعية:²

تشارك اللجان الوطنية واللجان القطاعية في القيام بجملة من الصلاحيات العامة التي يمكن إجمالها فيما يلي:³

- مساعدة المصالح المتعاقدة في التحضير للصفقات العمومية.
- المساهمة في تنظيم الصفقات العمومية.
- مراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

حيث يتضح من خلال ما تقدم أن صلاحيات هاته اللجان يشمل كل مراحل إبرام الصفقة العمومية بدءا بالمرحلة التحضيرية التي استحدثها المرسوم الرئاسي 12-23 ولم ينص عليها القانون 10-236، مرورا بمرحلة التنظيم و وصولا إلى مراقبة صحة الإجراءات التي تم إتباعها، و هذا بهدف تفعيل مهمة الرقابة في مجال مكافحة الفساد الإداري الذي طغى على ميدان إبرام الصفقات العمومية.

1-1-صلاحيات اللجان الوطنية و القطاعية في مجال التنظيم:⁴

¹المادة 16 من القانون 12-23 السابق، حيث أصبح عنوان القسم الفرعي الثاني هو اختصاص اللجان الوطنية و اللجان القطاعية للصفقات و تشكيلتها.

² , M.SABRI , K.AOUDIA, M.LALLEM, op,cit, p114

³المادة 143 من القانون السابق.

⁴ MOHAMED KOBTANE, Les marchés de l'opérateur public ou la réforme du droit des marchés publics, office des publications universitaires, alger, p38-39-40.

تقوم هذه اللجان بدور فعال في مجال التنظيم السابق على إبرام الصفقات العمومية، فلها أن تتخذ أي إجراء من الإجراءات الآتية:¹

- المبادرة بأي اقتراح من شأنه أن يحسن من ظروف إبرام الصفقة.
- إعداد و اقتراح نظام داخلي نموذجي للجان الصفقات السابق بيانها.

1-2-صلاحيات اللجان الوطنية و القطاعية في مجال الرقابة على إجراءات إبرام الصفقات

حيث تقوم اللجان الوطنية و القطاعية بمهمة الرقابة بعد إبرام الصفقة لتراقب مدى صحة و مشروعية الإجراءات المتبعة في ذلك، حيث خول لها قانون الصفقات العمومية أن تقوم بدراسة ما يأتي:²

- مشاريع دفاتر الشروط الداخلة في نطاق اختصاصها.
- مشاريع الصفقات والملاحق الداخلة أيضا في اختصاصها.
- أيضا دراسة الطعون المرفوعة من المتعهدين المعارضين للإجراء الذي قامت به المصلحة المتعاقدة سواء في المناقصة أو التراضي بعد الاستشارة.
- و كل الطعون المرفوعة من المتعاملين المتعاقدين قبل أي دعوى قضائية بشأن النزاعات المترتبة عن تنفيذ الصفقة.

الملاحظ هنا هو أن المادة 144 المعدلة في المرسوم الرئاسي 12-23 قد حذفت اختصاصين هما:

- الإخطار بالصعوبات الناجمة عن تطبيق قراراتها.
- السهر على التطبيق الموحد لأحكام هذا المرسوم.

والسؤال الذي يطرح نفسه دائما يدور حول الهدف من وراء حذف هذين الاختصاصين فما المطبق واقعيا؟

ويرأس هاته اللجان الرؤساء الذين سيتم بيانهم لاحقا حسب كل لجنة، و في حالة غيابهم يتولى النائب مهمة الرئاسة، حيث يعين أعضاء اللجان الوطنية للصفقات و مستخلفهم

¹المادة 145 من القانون السابق.

²المادة 144 من القانون السابق.

بأسمائهم من طرف الوزير المكلف بالمالية، بناء على اقتراح الوزير المعني، أما أعضاء اللجان القطاعية فيعينون مباشرة من الوزير المعني.¹

حيث يعين الأعضاء لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد، على أن يجدد الثلث كل 3 سنوات و أن لا يتجاوز عدد العهد الثلاث.²

نلاحظ هنا أن الأعضاء كلهم معينين فهل يصلح الانتخاب أم لا؟

2-الاختصاصات الخاصة باللجان الوطنية للصفقات

بعد ما تطرقنا إلى الاختصاصات العامة للجان الوطنية للصفقات و اللجان القطاعية، سوف نين الآن الاختصاصات الخاصة باللجان الوطنية بنوع مت التفصيل و التحديد حسب التقسيم الثلاثي للجان الذي بينه سابقا، و ذلك من خلال التطرق للعناصر الآتية:

2-1-اختصاص اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال:

تختص اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال بعملية الرقابة على مشروعية الصفقات التي تنطوي تحت فئة من الفئات التالية:³

- الصفقة الخاصة بالأشغال التي تفوق قيمتها مليار دينار (1.000.000.000).
- كل مشروع ملحق بالصفقة السابقة متى توافرت فيه الشروط السابق بيانها الواردة في المادة 106 من القانون 12-23، أي أن يكون مبلغ الملحق لا يتجاوز زيادة أو نقصانا 10° من المبلغ الأصلي للصفقة.
- كل صفقة تتضمن بندا من شأنه رفع المبلغ الأصلي إلى مقدار المبلغ المحدد أعلاه.

¹المادة 153 من القانون السابق فقرة 1-2.

²المادة 153 السابقة فقرة 2-4.

³المادة 146 من القانون السابق.

مما تقدم يتضح لنا أنه تم رفع قيمة المبلغ المحدد في هذه المادة من (600.000.000) دج في ظل القانون 10-236 إلى (1.000.000.000) دج في ظل المرسوم الرئاسي 12-23 .

2-2- اختصاص اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم:

خصصت هذه اللجنة لتولي عملية الرقابة متى كان موضوع الصفقة يدور حول اللوازم التي تمس مشروعاً من المشروعات الآتية:¹

- مشروع إبرام صفقة لوازم يفوق مبلغها ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000) دج.
 - كل مشروع ملحق بالصفقة السابقة وفقاً لنفس شروط الملحق المبينة سابقاً و المنظمة بموجب المادة 106 من المرسوم الرئاسي 12-23.
 - كل صفقة تحتوي بنداً من شأنه رفع مقدارها إلى المبلغ المحدد أعلاه أو أكثر.
- هنا نلاحظ أن المشرع رغم أنه رفع من المبلغ في صفقات الأشغال، ففي صفقات اللوازم قد رفعه أيضاً من (150.000.000) دج إلى (300.000.000) دج.

2-3- اختصاص اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات و الخدمات:

خصصت أيضاً لجنة وطنية للقيام بالرقابة على إبرام صفقات الدراسات والخدمات، متى كانت الصفقة تتضمن مشروعاً من المشروعات الآتية:²

- كل صفقة للخدمات يفوق مبلغها مائتي مليون دينار (200.000.000) دج .
- كل مشروع ملحق بالصفقة السابقة.
- كل صفقة للدراسات يفوق مبلغها ستين مليون (60.000.000) دج.
- كل مشروع ملحق بالصفقة السابقة.

¹المادة 147 من القانون السابق.

²المادة 148 من القانون السابق.

- كل صفقة خدمات أو دراسات تتضمن بندا من شأنه رفع المبلغ إلى المبالغ المحددة أعلاه أو أكثر منها.

الملاحظ أن المشرع فرق بين صفقات الخدمات و الدراسات و لم يجمع بينهما، حيث رفع في المبلغ المخصص لصفقة الخدمات من (100.000.000) دج إلى (200.000.000) دج، أما بالنسبة للمبلغ الخاص بصفقة الدراسات فقد حافظ عليه كما هو.

3- اختصاص اللجان القطاعية للصفقات

لقد استحدث المرسوم الرئاسي 12-23 في المادة 142 مكرر اللجان القطاعية للصفقات، حيث خول لكل دائرة وزارية إنشاء لجنة قطاعية تتصب بموجب قرار من الوزير المعني.

و تمارس اللجان القطاعية ذات الاختصاصات المخولة للجان الوطنية الثلاث المبيين في العنصر السابق، حيث يعد تنصيب لجنة قطاعية مانعا لاختصاص اللجان الوطنية، حيث تحل محلها في ممارسة عملية الرقابة.¹

حيث تعتبر اللجان القطاعية للصفقات هي صاحبة الاختصاص للقيام بالصلاحيات السابق بيانها في حالة تعلق الصفقة بإحدى الهيئات الآتية المذكورة على سبيل الحصر و هي:²

- الإدارة المركزية.
- المصالح غير الممركزة للدولة.
- المؤسسات الوطنية التابعة لها.
- الجماعات المحلية و المؤسسات المحلية التابعة لها.
- التصرف في أي ملف خاص بقطاع آخر عندما تقوم دائرة وزارية بالتصرف لحساب أخرى.

¹ المادة 148 مكرر و142 مكرر فقرة 3 من القانون السابق.

² المادة 148 مكرر 1 من القانون السابق.

من خلال ما تقدم نجد أن هناك جملة من التساؤلات التي تبقى مطروحة عن الهدف من استحداث هذه اللجان؟ و هل هي تلغي اللجان الأخرى تماما عند إنشائها؟ و هل هي مطبقة على أرض الواقع؟.

4- نتائج رقابة اللجان الوطنية و القطاعية للصفقات

يمكن إجمال النتائج فيما يلي:

4-1- التأشير

تخضع هذه اللجان في تنظيمها إلى النظام الداخلي المعد بالمرسوم التنفيذي السابق بيانه، حيث تعقد اللجان الوطنية و القطاعية اجتماعات بصفة منتظمة بمبادرة من رئيس كل منها، و بحضور ممثل المصالح المتعاقدة المعنية التي يكون حضورها بصفة استشارية لتقديم المعلومات اللازمة عن الصفقة.¹

يعين رئيس كل من اللجنتين أحد الأعضاء غير الرئيس و نائبه، الذي يكون من موظفي الوزارة المكلفة بالمالية أو خبيرا مؤهلا بالنسبة للجان الوطنية، أو عضوا أو خبيرا بالنسبة للجان القطاعية ليقدموا تقريرا تحليليا عن الصفقة قبل 8 أيام من انعقاد الاجتماع.²

تتوج الاجتماعات بصدور تأشيرة خلال أجل 45 يوما على الأكثر من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابات اللجان، التي تسلم إلى المصلحة المتعاقدة التي يتعين عليها طلبها إجباريا، كما تفرض أيضا على المراقب المالي والمحاسب المكلف، هذا و يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تسلم نسخة من التأشيرة إلى المصالح المختصة إقليميا في الإدارة الجبائية و الضمان الاجتماعي المعنية خلال 15 يوما من صدورها و مقابل وصل الاستلام، لتقوم هذه الهيئات بتقديم تقارير دورية كل 3 أشهر إلى المصالح المعنية.³

4-2- رفض تسليم التأشيرة

¹ المادتين 154-157 من القانون السابق.

² المادة 162 من القانون السابق.

³ المادة 166 من القانون السابق.

في حالة رفض تسليم التأشيرة من طرف اللجان الوطنية و اللجان القطاعية يمكن للمسؤول المعني أو الوزير المعني بناء على تقرير المصلحة المتعاقدة أن يتجاوز ذلك، بمقرر التجاوز الذي يرسل إلى كل من:¹

- الوزير المكلف بالمالية.
- اللجنة الوطنية أو اللجنة القطاعية للصفقات.
- مجلس المحاسبة.

من خلال ما تقدم يتضح لنا أن هناك عدة إجراءات معقدة لعملية الرقابة التي تقوم بها اللجان الوطنية و القطاعية وذلك دائماً بهدف تفعيل الرقابة على عملية إبرام الصفقات العمومية و إلى أبعد الحدود، فما مدى فعالية ذلك على أرض الواقع؟

سابعاً: مرصد الطلب العمومي

لتدعيم و تفعيل عملية الرقابة على الصفقات العمومية و مكافحة الفساد الإداري بكل صوره في هذا المجال نص أيضا القانون 10-236 على إنشاء ما يعرف بالمرصد والإحصاء الاقتصادي الطلب العمومي لدى الوزير المكلف بالمالية للقيام بالإحصاء الاقتصادي السنوي و التقني بهدف توجيه الحكومة في برامجها من خلال ما يقدمونه من توصيات.²

يتضح من خلال هذه المادة أن مهمة المرصد لا تتعلق بالرقابة في حد ذاتها بطريقة مباشرة، فهي نوع من الرقابة الغير مباشرة حيث تبحث عن الاحتياجات الاقتصادية و تحاول توجيه الصفقات العمومية على نحو يخدمها، فهو يبحث في مدى فعالية الصفقة على الجانب الاقتصادي للبلاد و هذا فعال أيضا في عملية الرقابة لأنه يحدد الاحتياجات اللازمة و يقدم توصيات بذلك للحكومة التي يتعين عليها أخذها بعين الاعتبار لمحاولة الحد من الفساد الإداري.

¹ المادة 171 من القانون السابق.

² المادة 175 من القانون 10-236 السابق.

وعيب على هذا القانون أنه ركز مهمة المرصد في الجانب الاقتصادي¹، و هذا العيب تداركه المشرع في المرسوم الرئاسي 12-23 حيث عدل التسمية إلى مرصد الطلب العمومي حيث حذف عبارة الإحصاء الاقتصادي².

ونصت أيضا المادة 175 المعدلة بالمرسوم الرئاسي 12-23 على أن مهمة المرصد هي تحليل المعطيات المتعلقة بالجوانب الاقتصادية و التقنية و القانونية، فالمشرع قد وسع من مهمة المرصد لتشمل عدة جوانب أخرى غير الجانب الاقتصادي.

ويعمل المرصد بالتعاون مع المصالح المتعاقدة من خلال البطاقات الإحصائية التي ترسلها إليه هذه الأخيرة، وفق إجراءات و طرق يحددها الوزير المكلف بالمالية³.

يتضح من خلال ما تقدم أن المشرع يحاول قدر الإمكان تفعيل وسائل الوقاية من الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية من خلال استحداث هيئات مثل المرصد.

المبحث الثاني

الرقابة الحمائية

تشمل هذه الرقابة⁴ عدة صور أخرى للرقابة التي تخرج عن الطابع الإداري و تدخل في مجالات أخرى سواء المالي و القضائي و يكون الهدف منها هو زيادة تفعيل الرقابة والقضاء على الفساد الإداري، فهي رقابة تقوم بها جهات أخرى بعيدة كل البعد عن الجانب الإداري، لذلك سنتولى بيانها من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

الرقابة المالية على الصفقات العمومية

¹ هذا و لم يتضمن القانون السابق الحديث عن المرصد الوطني لمكافحة الرشوة و الفساد الذي تم الإعلان عنه من طرف رئيس الجمهورية في مارس الذي يتولى عملية الرقابة و الوقاية من الفساد.

² المادة 24 من القانون 12-23 السابق.

³ المادة 176 من القانون السابق.

⁴ Le contrôles de tutelle qui vise principalement à vérifier la conformité des M.P aux objectifs d'efficacité, M.SABRI , K.AOUDIA, M.LALLEM, *op,cit*, p120.

إن الرقابة الإدارية لا تعتبر وحدها كافية للقضاء على الفساد الإداري بل لا بد من إنشاء أجهزة خاصة بالرقابة على المال العام الذي يعتبر محل الفساد، فالهدف من ممارسات الفساد السابق بيانها هو التبرج من المال العام و تحقيق المصلحة الخاصة على حساب المصلحة العامة.

لذلك أنشأ المشرع أجهزة تختص بعملية الرقابة المالية بعد البدء في تنفيذ الصفقات العمومية، لأن عملية الرقابة على إجراءات إبرام الصفقة و مشروعيتها لا يعد فعالا إن اقتصر فقط على مرحلة الإبرام بل لا بد أن تمتد إلى مرحلة التنفيذ أيضا التي تمس بطريقة مباشرة المال العام.

إذن يمكن القول أن الرقابة المالية¹ هي مرحلة لاحقة للرقابة الإدارية السابق بيانها ومكملة لها في آن واحد تهدف لمحاربة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية عن طريق التركيز على حكاية المال العام المخصص لتنفيذ الصفقات.

والرقابة المالية على الصفقات العمومية يمكن تقسيمها إلى مرحلتين أساسيتين هما: ²

الفرع الأول

الرقابة المالية المحلية على الصفقات العمومية

إن الرقابة الإدارية السابق بيانها على مراحل إبرام الصفقات العمومية و التأكد من مشروعيتها تتوج بمنح التأشيرة التي تعتبر دليلا على مطابقة الصفقة للتشريعات المعمول به، فهنا لا بد من فرض نوع آخر من الرقابة على المال العام المخصص لتنفيذ الصفقة بهدف ضمان ضياعه و توجيهه في صفقات لا تخدم المصلحة العامة .

وهذه الرقابة قد تكون وقائية أي سابقة على صرف المال، و هي رقابة تتم على عدة مستويات كما سبق بيانه عند دراسة الرقابة الإدارية، فمنها الرقابة المحلية و منها الرقابة المركزية.

¹ C.f Le contrôles financier pour contrôlé les dépenses engagées, M.SABRI , K.AOUDIA, M.LALLEM, **op,cit**, p117.

² MOULOUD SABRI , Séminaire précédent, p 40.

وعموما هذه الرقابة المالية الوقائية يمكن إجمالها في ثلاث أنواع من الرقابة حسب تدرجها وهي:

أولا: المراقب المالي

إن الرقابة المالية السابقة على عملية إبرام الصفقات العمومية ينظمها المرسوم التنفيذي رقم 92-414 و المرسوم التنفيذي 90-334،¹ و وفقا لهذين المرسومين و غيرهم من القوانين المتعلقة بالمالية، فالرقابة المالية مرتبطة بالمراقب المالية الذي يتولى مهمة الرقابة المالية السابقة على تنفيذ الصفقات العمومية.

اهتم المشرع الجزائري بالمراقب المالي² و عرفه بأنه موظف سامي تابع لوزارة المالية يوجد على المستوى المحلي في الولايات، ليتولى و بصفة أساسية مهمة الرقابة المالية السابقة على تنفيذ الصفقات العمومية و كل ما يتعلق بنفقات المؤسسات و إدارات الدولة و كل ما يتعلق بميزانيات الولايات و الهيئات العمومية ذات الطابع الإداري.³

سنحاول من خلال هذا العنصر دراسة المراقب المالي باعتباره عنصرا فعالا في مهمة الرقابة المالية السابقة من خلال التطرق لمهامه و لنتائج عملية الرقابة التي يقوم بها من خلال العناصر الموالية.

1- مهام المراقب المالي⁴

¹ المرسوم 92-414 المتضمن الرقابة السابقة على النفقات، المؤرخ في 14-11-1992 -المرسوم التنفيذي 90-334 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالعمال التابعين للأسلاك الخاضعة للإدارة المكلفة بالمالية.

² Il peut être secondé par des C.F adjoint , M.SABRI, K.AOUDIA, M.LALLEM, op,cit, p117.

³ المادتين 2-3 من المرسوم التنفيذي 92-414 السابق.

² المادة 4 من المرسوم السابق.

⁴ MOULOU SABRI, Séminaire précédent, p42.

يلعب المراقب المالي دورا فعالا و حيويا في عملية الرقابة على المال العام و على النفقات العامة و بالتالي محاربة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية، حيث تعتبر المصاريف الموجهة لتنفيذها جزءا من المال العام الذي يستوجب الحماية.

ويمكن إجمال مهام المراقب المالي في نوعين من الصلاحيات، الأولى أصلية تتعلق بالرقابة المالية والثانية استشارية.

2-الصلاحيات الأساسية للمراقب المالي¹

تتمثل المهمة الأساسية للمراقب المالي في الرقابة المالية السابقة على الإنفاق من المال العام، و يساعده في هذه المهمة مراقبين ماليين يعينهم الوزير المكلف بالمالية.²

يمارس المراقب المالي مهمته الأساسية و المتمثلة في الرقابة على النفقات الموجهة للصفقات العمومية من خلال مراجعة الشروط اللازمة لصحتها و تقديم التأشيرة التي تعتبر دليلا على الصحة.

2-1-المجالات التي تشملها مهمة المراقب المالي

ومهمة المراقب المالي تشمل مجموعة من المجالات التي ترتبط بالرقابة السابقة على النفقات يمكن إجمالها فيما يلي:²

- الشروط اللازمة لمنح التأشيرة.
- آجال تنفيذ الرقابة على النفقات.
- الأمر بالتعاضي.
- محاسبة الالتزامات.
- مسؤولية المراقب المالي.
- مسؤولية المراقب المالي المساعد.

فهذه العناصر السابقة تبين لنا حدود الرقابة التي يقوم بها المراقب المالي والمسائل التي تشملها الرقابة المالية، فمهمة المراقب المالي هي البحث في هذه المجالات ودراساتها.

¹ M.SABRI, K.AOUDIA, M.LALLEM, op,cit, p118.

³ المادة 1 من المرسوم السابق.

فالرقابة التي يقوم بها المراقب المالي تشمل النفقات المخصصة للصفقات العمومية على اختلاف أنواعها من نفقات التسيير و التجهيز و الاستثمار وغيرها من الالتزامات المرفقة ببطاقة الطلب و الفواتير الشكلية على أن لا تتعدى المبلغ الإجمالي للصفقة، فكل الوثائق والملفات المتعلقة بالمصاريف السابقة ترسل إلزاماً إلى المراقب المالي وفي الآجال المحددة في التنظيمات الخاصة بالصفقات العمومية.¹

2-2- مضمون مهمة المراقب المالي:

بعد أن يتأكد المراقب المالي من صحة الوثائق المرسلة إليه و المبينة لكل النفقات الخاصة بالصفقات يبدأ بعملية الرقابة المالية، حيث يتعين عليه التأكد من صحة مجموعة من العناصر يمكن إجمالها فيما يلي:²

- التأكد من وجود الإمضاء من طرف الجهة الآمرة بالصرف المعنية بذلك.³
- مطابقة الالتزام بالنفقة المحدد في الصفقة العمومية للقوانين و التنظيمات المعمول بها.
- التأكد من الإعتمادات المالية الضرورية لتنفيذ الصفقة.
- التأكد من توافر التأشير الخاصة باللجان السابق بيانها في العنصر السابق.

فالعناصر السابقة تحدد مجموعة الأمور والمسائل التي يتعين على المراقب المالي مراعاة توفرها عند قيامه بعملية الرقابة المالية، فعمله لا يخرج عن مراعاة أي نقطة من النقاط السابق بيانها.

3- الصلاحيات الاستشارية للمراقب المالي

يقوم المراقب المالي بدور مزدوج ففضلا عن مهمته الأساسية المتمثلة في الرقابة المالية السابقة على النفقات العمومية، يقوم أيضا ببعض المهام الاستشارية

يمكن إجمالها فيما يلي:⁴

¹ المادة 8 من المرسوم السابق.

² M.SABRI, K.AOUDIA, M.LALLEM, op,cit, p119.

³ المادة 23 من القانون 90-21 السابق.

⁴ المادة 36 من القانون 90-21 السابق.

- إعلام وزير المالية بأرائه عن مشاريع القوانين و المراسيم و المناشير و كل القرارات التي لها الطبيعة المالية.
- يمثل وزير المالية في مختلف الصفقات العمومية التي تكون من اختصاص هذا الأخير.
- مساعدة الأمرون بالصرف في حدود اختصاصاته في حسن تنفيذ الميزانية السنوية.

4- نتائج الرقابة المالية السابقة للمراقب المالي

بعد تسلم الملفات و الوثائق المتعلقة بالنفقات المخصصة للصفقات العمومية يبدأ المراقب المالي في عملية الرقابة المالية السابقة، حيث يتعين عليه دراستها خلال مدة محددة تتراوح من 10 أيام إلى 20 يوما.¹

و يتم غلق باب الالتزام بالنسبة للنفقات وفقا لقاعدتين هما:²

- يغلق في 10 ديسمبر بالنسبة لنفقات التسيير.
- يغلق في 20 ديسمبر بالنسبة لنفقات التجهيز و الاستثمار.

وعموما فعلمية الرقابة تنتهي بثلاث نتائج أساسية هي:

4-1- القبول بمنح التأشيرة:

بعد أن يتأكد المراقب المالي من صحة النفقات محل الصفقات العمومية تتوج عملية الرقابة التي قام بها بمنح التأشيرة التي تعتبر دليلا على الصحة من حيث النفقات، فالتأشيرة التي يمنحها هذا الأخير تتعلق بجانب المال العام فقط و لا تتعداه إلى كل وثائق الصفقة التي سبق و أن درستها اللجان السابق بيانها، و هذا بهدف تقادي التداخل في الاختصاص.

4-2- الرفض

إذا اتضح للمراقب المالي عدم صحة العناصر السابق بيانها عند دراسة ملف الصفقات العمومية، فله الامتناع عن منح التأشيرة، و هذا يعد رفضا للصفقة يتخذ إحدى الصورتين:

¹ M.SABRI , K.AOUDIA, M.LALLEM, *op,cit*, p118.

² *op,cit*, p119.

أ- الرفض المؤقت

والذي يكون في الحالات الآتية:¹

- وجود التزام يتضمن مخالفات غير قابلة للتصحيح تتعلق بالجانب الموضوعي.
- نسيان بيانات أساسية في الوثائق الثبوتية.

مما تقدم يتضح لنا أن المقصود بالرفض المؤقت غير واضح و يحتاج إلى تحديد أكثر، من حيث قابليته للتصحيح من عدمه، فهل يمكن للمراقب التراجع عن الرفض عند تصحيح الخطأ و بعد إعلان ذلك للأمر بالصرف؟

ب- الرفض النهائي

لقد منح المشرع للمراقب المالي حق الرفض النهائي للإلتزام بالنفقة المخصصة للصفقات العمومية، و ذلك متى توافرت حالة من الحالات الآتية:²

- عدم شرعية الإلتزام و موافقته للتشريعات المعمول بها.
- عدم توافر الاعتمادات المالية لإبرام الصفقة.
- عدم احترام الأمر بالصرف للإلتزامات الموجودة في الرفض المؤقت.

3-4- حالة التغاضي

تعتبر هذه النتيجة في حد ذاتها نتيجة حتمية لحالة الرفض النهائي من قبل المراقب المالي، و قد عرفت هذه الحالة بأنها تقنية مالية يمنحها المشرع للأمر بالصرف عند الرفض النهائي عن طريق ما يعرف بمقرر التغاضي.³

مما تقدم نرى أنه هذا التغاضي يؤدي إلى إضعاف الرقابة المالية السابقة التي يقوم بها المراقب المالي، فهل يعقل أن نعتبره مرحلة من مراحل الرقابة و نعطيه حق دراسة الملف و رفضه في حالات محددة قانونا ترتبط بعدم فائدة الإلتزام بالنفقة، ثم منت جهة أخرى نعطي للأمر بالصرف حق التغاضي عن القرار الرفض النهائي، فما الجدوى أساسا من أعمال رقابة

¹المادة 11 من المرسوم 92-414 السابق.

²المادة 12 من المرسوم السابق.

³المادة 18 من المرسوم السابق.

المراقب المالي إن كان رفضه يمكن التغاضي عنه، و إرسال الملف مباشرة إلى المرحلة الموالية و المتمثلة في المحاسب العمومي الذي سنبينه في العنصر الموالي، فحسب نظرنا هذا يعد بمثابة تجاوز لمرحلة من مراحل الرقابة المالية و اعتبارها كأن لم تكن.

هذا ما حاول المشرع تداركه من خلال تحديد بعض الحالات التي لا يجوز فيها التغاضي و التي يمكن إجمالها فيما يلي:

- غياب صفة الأمر بالصرف.
- عدم كفاية الاعتمادات المالية.
- غياب تأشيرة اللجان المتخصصة بالرقابة الإدارية.
- التخصيص الغير القانوني للالتزام.

كما منح أيضا المشرع للمراقب المالي في مثل هذه الحالات حق إصدار ما يعرف بتأشيرة الأخذ بالحسبان لتبرئة نفسه والتأكيد على موقفه من عملية الرقابة التي قام بها، وإرسال مقرر بذلك إلى وزير المالية.

وهذا برأينا و إن كان يؤدي إلى إعفاء المراقب المالي من المسؤولية إلا أنه لا يغير الانتقاد الذي سبق و بيناه بالنسبة لإضعاف الرقابة المالية و فتح ثغرات قانونية تشجع مرتكبي الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية وتقف حجرة عثرة أمام مواجهتهم.

ثانيا: المحاسب العمومي

يعتبر المحاسب العمومي هو المرحلة الثالثة بعد الرقابة الإدارية و الرقابة التي يقوم بها المراقب المالي التي بينها في العنصر السابق، و قد نظمت هذه المرحلة بموجب القانون 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية.¹

¹ القانون 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية، المؤرخ في 15 أوت 1990.

وقد عرفت المادة 33 من القانون 90-21 بأنه كل شخص معين قانونا للقيام بجملة من الصلاحيات المحددة في ذات القانون و التي سنبينها في حينها، وهو يؤدي وظيفته بشكل مرتبط بالأمر بالصرف.¹

سنحاول من خلال هذا العنصر دراسة هذه المرحلة من الرقابة لنقف على مدى فعاليتها في مكافحة الفساد الإداري، حيث سنبين صلاحياته ثم العناصر التي يركز عليها في مهمته ثم نتائج الرقابة التي يقوم بها.

1- صلاحيات المحاسب العمومي

يقوم المحاسب العمومي بجملة من الصلاحيات في سبيل إعمال الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية، يمكن إجمالها فيما يلي:²

- التسيير المالي من خلال تحصيل الإيرادات و دفع النفقات.
- حفظ الأموال و السندات و القيم المنقولة.
- متابعة حركة الحسابات و القيام بمختلف العمليات الحسابية اللازمة.

نلاحظ من خلال ما تقدم أن مهمة المحاسب العمومي تتجاوز الرقابة فهو يقوم بعملية التسيير المالي، و هذا ما يدخل في عملية التنفيذ فعليا.

2- مهمة المحاسب العمومي في الرقابة على الصفقات العمومية³

فضلا عن الصلاحيات العامة التي يقوم بها المحاسب العمومي، فهو يلعب أيضا دورا أساسيا في عملية الرقابة على الصفقات العمومية بعد أن يصله الملف الموافق عليه من المراقب المالي، أو في إطار حالة التغاضي من الأمر بالصرف مباشرة.

¹ حيث نصت المادة 53 من القانون السابق على أنه لا يجوز الجمع بين وظيفة الأمر بالصرف و المحاسب العمومي نتيجة العلاقة و الترابط بينهما.

² المواد من 18 إلى 20 من القانون السابق.

³ Le contrôles de la régularité, M.SABRI , K.AOUDIA, M.LALLEM, op,cit, 121-122.

وينحصر دوره الرقابي في جملة من المهام هي:¹

- التأكد من مطابقة النفقة للقوانين المعمول بها وذلك يشمل كل الوثائق من فواتير وحوالة الدفع والأمر بالدفع.
- التأكد من صحة الأمر بالصرف و استفتاءه لكل الشروط القانونية الواجب توافرها فيه.
- براءة الذمة المالية للمستفيد أيا كانت صفته.
- التأكد من مشروعية التأشيرت سواء الخاصة باللجان أو المراقب المالي.

من خلال ما تقدم يتضح لنا أيضا أن دور المحاسب العمومي فعال في إطار الرقابة المالية على الصفقات العمومية، و أنه مكمل لعمل المراقب المالي على نحو يحقق حماية من الفساد الإداري، فإذا غفل المراقب على شق ما فهناك فرصة أخرى لتداركه في مرحلة أخرى من الرقابة المالية يقوم بها المحاسب العمومي.

3- نتائج الرقابة المالية للمحاسب العمومي

بعد القيام بالمهام الموكلة للمحاسب العمومي و محاولته تحقيق رقابة مالية فعالة على النفقة الموجه للصفقات العمومية بمحاولة استكمال الرقابة التي سبقته، فهو يتوج عمله بنتيجة من ثلاث نتائج هي:

- الموافقة على صحة النفقة محل الصفقة العمومية.
- الرفض المسبب للصفقة .
- إجراء التسخير من طرف الأمر بالصرف بعد رفضه تصحيح الأخطاء التي أشار إليها المحاسب، يطالبه فيها بإلغاء قرار الرفض، وهنا تتبع من قبل المحاسب العمومي نفس الإجراءات التي يقوم بها المراقب حيث يبلغ وزير المالية لإبراء ذمته.

من خلال ما تقدم نلاحظ أن المشرع وقع في نفس الخطأ الذي سبق بيانه عند حديثنا عن حالة التفاضي، و هذا يؤثر سلبا على عملية الرقابة المالية للمحاسب العمومي ويجعلها دون فائدة مادام الأمر بالصرف يمكنه تجاوزها و اعتبارها كأن لم تكن من خلال إجراء التسخير الذي يقوم به.

¹المادة 36 من القانون السابق.

الفرع الثاني

المفتشية العامة المالية

لزيادة تفعيل الرقابة المالية لم يكتفي المشرع بإعمالها على المستوى المحلي، بل قرر إعمالها على المستوى المركزي أيضا، حيث نص على إنشاء هيئة تتولى مهمة الرقابة المالية تتمثل في المفتشية العامة للمالية.

وتنظم هذه الهيئة بموجب المرسوم رقم 92-78 المتعلق بصلاحيات المفتشية العامة للمالية¹، حيث عرفها بأنها الهيئة التي تتولى المراقبة المالية على كافة المؤسسات تحت سلطة وزير المالية و تشمل رقابتها كل المؤسسات ذات الطابع الإداري والاشتراكي². وسنحاول دراسة هذه الهيئة الرقابية في هذا العنصر من خلال التطرق لطرق ارتباطها بالرقابة ثم لصلاحياتها من خلال العناصر الآتية.

أولا: طرق ارتباط المفتشية العامة للمالية بالرقابة

ترتبط المفتشية العامة للمالية بعملية الرقابة المالية بطريقتين هما:

- البعثة التفتيشية التي تقوم بدراسة الفائدة في الصفقات العمومية الوطنية.
- الفرقة التفتيشية التي تتولى عملية مراجعة عمليات المحاسبين و التأكد من مشروعيتها.

ثانيا: مهام المفتشية العامة للمالية في الرقابة على الصفقات العمومية³

تقوم المفتشية العامة للمالية بعملية الرقابة المالية للصفقات العمومية على المستوى المركزي من خلال نقطتين أساسيتين هما:

- مراقبة الشروط الشكلية للصفقات و ذلك من خلال:
 - جمع المعلومات الأساسية عن الصفقات العمومية .
 - دراسة طرق إبرام الصفقة و التأكد من مطابقتها للتشريعات المعمول بها.

¹ I.G.F Contrôles de l'inscription générales des finances, M.SABRI , K.AOUDIA, M.LALLEM, **op,cit**, p122.

² المادة 1 من المرسوم 92-78 المتعلق بصلاحيات المفتشية العامة للمالية، المؤرخ في 22-02-1992.

³ M.SABRI , K.AOUDIA, M.LALLEM, **op,cit**, p123.

- التأكد من فائدة الصفقة وتحقيقها للمصلحة العامة لضمان عدم ضياع المال العام.
- التأكد من صحة دفاتر الشروط من الناحية القانونية.
- مراقبة الشروط الموضوعية للصفقة العمومية وذلك من خلال:
 - التأكد من شرعية تشكيلة لجنة فتح الأطراف و تقييم العروض.
 - التأكد من مراعاة الأفضلية للمنتج الوطني.
 - معاينة محاضر اللجان.
 - مراجعة أسعار الصفقة والتأكد من مشروعيتها.
 - مراقبة مختلف عمليات الصفقة.
 - معاينة عمليات الاستلام المؤقت و النهائي.

يتضح من خلال ما تقدم أن دور المفتشية العامة للمالية يسجد الرقابة على الصفقات العمومية بشكل فعال و مهم، و رغم ارتباط عملها بالرقابة المالية إلا أنه باستقراء الاختصاصات السابقة يتضح لنا أن عملها في الرقابة تجاوز الجانب المالي، حيث امتد ليشمل حتى الرقابة الإدارية التي سبق بيانها، و كأن عمل المفتشية يتمثل في إلقاء نظرة على كل مراحل إبرام الصفقة منذ بدايتها و إلى نهاية و هذا يعتبر فعال في مجال مكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية بكل صورها، فأى مسألة يتغاضى عنها في الرقابة الإدارية أو المراحل السابقة للرقابة المالية يمكن للمفتشية تداركها نتيجة التنوع في اختصاصاتها بين الجانب الشكلي و الموضوعي للصفقة العمومية.

المطلب الثاني

الرقابة التقنية على الصفقات العمومية

إضافة للرقابة المالية التي تنصب على التنفيذ المالي للصفقات العمومية فقد أضاف أيضا المشرع رقابة تقنية لضمان مكافحة الفساد الإداري عند عملية تنفيذ الصفقة، حيث يقصد بها الرقابة التي تنصب على الجانب التقني للصفقات العمومية و التي تختلف باختلاف طبيعة الصفقة سواء كانت صفقة أشغال أو لوزم أو دراسات أو خدمات.

لذلك سنحاول من خلال هذا العنصر دراسة الرقابة التقنية على الصفقات العمومية لنقف على مدى فعاليتها في الحد من الفساد الإداري، حيث سنتطرق لمفهوم هذه الرقابة أولاً ثم طرق ممارستها ثم للقائم بها .

الفرع الأول

مفهوم الرقابة التقنية

هي تلك الرقابة التي تتصب على الجانب التقني لتنفيذ الصفقة العمومية من طرف السلطات الأصلية للإدارة التي تشرف على عملية التنفيذ¹.

فممارسة الرقابة التقنية لا يقتضي بالضرورة أن يكون هناك نص قانوني أيا كانت طبيعته ينص عليها أو حتى الاتفاق التعاقدي، فهي رقابة مفترضة تقتضيها ضرورة سهر الإدارة على السير الحسن للمرفق العام و تحقيق المصلحة العامة، فالجانب التقني هو جانب مهم لا بد من مراعاته في تنفيذ الصفقات.

أما في حالة وجود نص قانوني أو إتفاق ينص على الرقابة التقنية على تنفيذ الصفقات العمومية فإن ذلك ينظم كل جوانب أعمالها من تحديد السلطة القائمة بها ووسائل مباشرتها و ضمانات المتعامل المتعاقد².

الفرع الثاني

أنواع الرقابة التقنية على الصفقات العمومية

من خلال تحديد مفهوم الرقابة التقنية السابق يتضح لنا أن هناك نوعين أساسيين منها

هما:3

- الرقابة التقنية القانونية التي تستمد من القانون و تباشرها الإدارة بقرارات إدارية عادية.

¹ يوسف سعد الله الخوري، مرجع سابق، ص478.

² إبراهيم طه الفياض، مرجع سابق، ص167.

³ M^{ed} KOBTANE , Le régime juridique des contrats du secteur publique, op cit, p65 .

- الرقابة التقنية التعاقدية أساسها العقد حيث يتم الاتفاق على كيفية ممارسة الإدارة لهذا النوع من الرقابة ضمن بنود العلاقة التعاقدية التي تربط بينها وبين المتعامل المتعاقد.¹

إرتأينا من خلال ما تقدم أن الرقابة التقنية هي رقابة تتسم بالغموض خصوصا فيما يتعلق بطبيعتها القانونية، فقد تكون رقابة قانونية كغيرها من الأنواع السابقة منظمة بموجب القانون، و قد تكون رقابة تعاقدية تستمد من إرادة الطرفين .

فإذا كان النوع الأول من هذه الرقابة يعتبر فعال كونه منظم بموجب القانون، فالنوع الثاني لا نظن أنه يكون فعال كونه يستمد من إرادة الأطراف فالأولى في الرقابة حتى تكون فعالة و قادرة على مكافحة الفساد الإداري إلى أبعد الحدود أن تكون منظمة بموجب قانون لا دخل لإرادة الأطراف المتعاقدة فيه.

الفرع الثالث

وسائل مباشرة الرقابة التقنية

قبل الحديث عن وسائل مباشرة هذا النوع من الرقابة لابد وأن نشير إلى أنه يمارس بشكل كبير في عقد الأشغال العامة حيث نظمها القرار الوزاري المشترك رقم 02،² فهذه الرقابة حسب القرار تمارس من قبل أشخاص مؤهلين بممارستها كالمهندسين داخل المصالح المتعاقدة.

و من وسائل ممارسة هذه الرقابة يمكن أن نذكر:³

- السهر على احترام المقاول لكل بنود الصفقة العمومية.
- ضمان احترام المخطط التنفيذي و المتابعة المستمرة للتنفيذ.
- برمجة اجتماعات دورية لضمان المتابعة الدورية لمجرى الأشغال.
- تقديم اقتراحات اللازمة عن المشروع لرب العمل.

¹ صنفت هذه الرقابة ضمن الشروط الغير المألوفة على العلاقة التعاقدية التي تضيفي عليه الصفة الإدارية. مورييس نخلة، المختار في الإجتهد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص342.

² المؤرخ في 04-07-2001 المعدل و المتمم للقرار المؤرخ في 15 ماي 1988 .

³ المادة 10 من القرار السابق.

- محاولة القضاء على الصعوبات التي تعترض المقاولين حتى لا تتعطل عملية تنفيذ المشاريع.
- تحرير أوامر الخدمة و إرسالها إلى المقاولين .
- إعداد جداول التسديدات بمعية المقاولين المعنيين.
- إعداد التحفظات اللازمة عن عيوب العمل التي تؤثر سلبا على سير الصفقة.
- اقتراح رفع اليد على الكفالة على رب العمل .
- إعداد مخططات الكشف عن الاتصال بالمقاول .
- إعداد كل وضعيات الأشغال .
- دراسة كل احتجاجات المقاولين .

من خلال ما تقدم يتضح لنا أن الرقابة التقنية تركز بالأساس على تنفيذ الصفقة حيث تراعي إحاطة المقاولين بكل الظروف المناسبة و تذليل الصعاب التي تعترضهم من أجل ضمان عدم تراخيهم في تنفيذها .

وهنا نشير إلا أن فعالية الرقابة التقنية و تحقيقها للفائدة المرجوة منها تقتضي عدم الجمع في مهام بين المهندسين المختصين بهذه الرقابة و بين المهندسين المختصين بدراسة التصاميم، فلا يجوز الجمع بين الرقابة و المتابعة في آن واحد.¹

أولا: المراقب التقني القائم بالرقابة التقنية²

إن المراقب التقني الذي يتولى عملية الرقابة التقنية هو شخص مؤهل على معرفة و دراية و تخصص في هذا المجال حتى يتمكن من مراقبة تنفيذ الصفقة.

فنظرا لما يتمتع به المراقب من تخصص و مؤهلات فقط أضفى عليه المشرع مسؤولية تختلف في قواعدها عن الأحكام العامة للمسؤولية العقدية، حيث حدد مسؤوليته تحديدا دقيقا ينصب على تطابق الإنجاز للدراسة.³

¹ المادة 13 من القرار السابق.

² MOULOU SABRI, Séminaire précédent, p40 .

³ المادة 21 من القرار السابق.

فرغم اختلاف الفقه الفرنسي في اعتبار مسؤولية المراقب هي بذل العناية أو تحقيق النتيجة، إلا أن المشرع الجزائري قد حسم الأمر حماية للمصلحة العامة و اعتبره مسؤولية بتحقيق النتيجة و ليس مجرد بذل عناية أو بذل ما يبذله الرجل العادي.¹

ونحن بدورنا نرى أن موقف المشرع الجزائري هو الأصوب فلا بد من جعل المسؤولية هي مسؤولية بذل العناية و تحقيق النتيجة، وذلك لخطورة مهمته و ما قد يترتب إهماله من أضرار قد تهدد حتى حياة الناس، فهذه الرقابة التقنية تعتبر فعالة حيث تكفل سلامة المباني و المنشآت و مطابقتها لكل شروط الصحة و الأمان.

إذن فالمراقب التقني ملزم بمهمة الإشراف على الأشغال و مراقبتها طيلة الفترة المقررة لذلك وحتى إذا تقرر مد هذه المدة فهو ملزم بمواصلة مهمته خلالها، لذلك لا بد أن يكون المراقب ممن تتوفر فيهم شروط التأهيل و الخبرة و الكفاءة اللازمة للقيام بمثل هذه المهمة.

ثانيا: الرقابة التي يقوم بها مجلس المحاسبة

إن مجلس المحاسبة هو تلك المؤسسة العليا المنشأة بموجب دستور 1976 في المادة 190 منه و المنظم بموجب الأمر 95-32،² فهو تلك المؤسسة العليا للرقابة البعدية لأموال الدولة و الجماعات الإقليمية و المرافق العمومية، حيث يتمتع بكل المؤهلات المادية والبشرية التي تضمن أداءه لمهمته على أكمل وجه.

يتكون مجلس المحاسبة من قضاة يتولون مهمة الرقابة مقابل مرتبات و تعويضات تضمن أداءهم لمهمتهم على الوجه الأحسن، فضلا عن الحماية من كل الضغوطات والتهديدات التي قد تؤثر عليهم.

1- أنواع الرقابة التي يقوم بها مجلس المحاسبة

يقوم مجلس المحاسبة باعتبارها هيئة للرقابة المالية على تنفيذ الصفقات العمومية بنوعين من الرقابة، تنصب الأولى على المطابقة و الثانية على عملية التسيير، لذلك سنبين كل منهما فيما يلي:

¹ عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص 107.

² الأمر 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة، المؤرخ في 17-07-1995.

1-1- رقابة المطابقة:

يقصد برقابة المطابقة التي يمارسها مجلس المحاسبة على عملية تنفيذ الصفقات العمومية التأكد من شرعية الإجراءات المتبعة في إبرام و تنفيذ الصفقة منذ بدايتها إلى غاية وصولها أمامه، وذلك من خلال مقارنتها بالنصوص القانونية المعمول بها في هذا المجال للتأكد من عدم خروجها عن مبدأ المشروعية.

فالهدف الأول و الأساسي من الرقابة التي يقوم بها مجلس المحاسبة هو المحافظة على النفقات العمومية و التأكد من توجيهها لإشباع الحاجات العامة و خدمة الصالح العام، أي التأكد من الحفاظ على المال العام و عدم تبذيره.

وقد اهتم الأمر 20-95 بتنظيم رقابة المطابقة التي يقوم بها مجلس المحاسبة في مجال الصفقات العمومية من خلال قيامه بمطابقة العمليات لهذه الهيئات المالية و المحاسبية للقوانين والتنظيمات المعمول بها.¹

ويمكن لمجلس المحاسبة في سبيل قيامه بمهمته الاستعانة بما قامت به الهيئات الرقابية السابقة دراستها باعتبارها أقل درجة منه، فله أن يطلب منها إفادته بالمعلومات والتقارير والوثائق أو حتى الحسابات التي تسهل له مهمته و تمكنه من التحقق من مطابقتها للقوانين المعمول بها.²

وتظهر رقابة المطابقة بشكل واسع عندما حدد المشرع التصرفات التي تعتبر مخالفات تجوز المعاقبة عليها وهي:³

- استعمال النفقات العامة في غير الهدف المسطر لها.
- الالتزام بالنفقات دون توفر الصفة أو السلطة اللازمة للقيام بذلك.
- الرفض الغير مسبب للتأشيرات من طرف هيئات الرقابة.
- التسبب في دفع الدولة لغرامات تهديدية أو تعويضات.
- اختراق القوانين المعمول في مجال الصفقات العمومية في أعمال التسيير.

¹المادة 2 من الأمر السابق.

²المادة 57 فقرة 2 من الأمر السابق.

³المادة 88 من الأمر السابق.

من خلال ما تقدم نخلص إلى أن المشرع الجزائري قد فعل الصواب بمنحه لمجلس المحاسبة باعتباره هيئة دستورية عليا رقابة المطابقة على إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية لأن هذا يجعل من الرقابة المالية أكثر فعالية، دون أن يعتبر ذلك تدخل في الرقابة التي تقوم بها الهيئات السابقة، بل هو تقييد لها من هيئة أعلى منها تتولى عملية التأكد من مشروعية الصفقة وحتى من عمليات الرقابة التي خضعت لها، وهذا ما يساعد أكثر في مكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية.

1-2- رقابة التسيير:

إن الرقابة المالية التي يقوم بها مجلس المحاسبة لا تكون فعالة إذا اقتصر على جانب المطابقة فقط، بل كان من الضروري أن تمتد إلى جانب التسيير الاقتصادي للمال العام، فرقابة التسيير هي تلك الرقابة التي تنصب على الجانب الاقتصادي لتضمن استخدام الموارد والأموال العمومية فيما خصصت له و تحقيق المصلحة العامة.

وقد نظم الأمر 20-95 هذا النوع من الرقابة أيضا إلى جانب رقابة المطابقة، وقد اتخذ المشرع هذا الاتجاه بعد توصيات المنظمات الدولية و الإقليمية للرقابة في إطار التعاون الدولي لحماية المال العام من الفساد الإداري و الاعتداءات التي يتعرض لها.

أ- مجالات رقابة التسيير:

تنصب رقابة التسيير التي يقوم بها مجلس المحاسبة في إطار ممارسته للرقابة المالية في مجال الصفقات العمومية على عملية التسيير التي تقوم بها الهيئات الآتية:¹

- الدولة و المؤسسات العمومية والمرافق التابعة لها.
- المرافق العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري و غيرها من الهيئات مهما كانت طبيعة نشاطها إذا كانت نفقاتها و مواردها من المال العام.
- مراقبة الأسهم العمومية أينما كانت.
- مراقبة تسيير هيئات الرقابة الداخلية و الخارجية السابق بيانها.

¹المادة 69 من الأمر السابق.

يتضح من خلال ما تقدم أن الرقابة التي يقوم بها مجلس المحاسبة في مجال التسيير هي رقابة واسعة، حيث تمس كل الهيئات العمومية للدولة و المرافق أيا كانت طبيعتها، فالمعيار المعول عليه في أعمال الرقابة ليس المعيار العضوي بل الموضوعي و هو أن تكون النفقة من المال العام أيا كانت الجهة المنفقة له.

ب- عناصر رقابة التسيير:

إن رقابة التسيير التي يقوم بها مجلس المحاسبة في المجالات السابق بيانها تركز على ضرورة توافر أربع عناصر أساسية هي:¹

- مراعاة الجانب الاقتصادي للصفقة من خلال محاولة مراعاة أقل تكلفة للقيام بالصفقة العمومية و تحقيق التوازن بينها و بين الجودة المطلوبة في الإنجاز و أقصر مدة لازمة لتحقيق المشروع.
- مراعاة نجاعة الصفقة و هي ما يعبر عنها بالمردودية أي استعمال أقل سقف مالي للحصول على الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات.
- المقارنة بين الأهداف المسطرة للصفقة و بين الأهداف الفعلية المحققة .
- مراعاة البعد البيئي للصفقة .

من خلال العناصر السابق بيانها نرى أن رقابة التسيير تتطلب التخصص للقيام بها، كونها تنصب على الجانب الاقتصادي للصفقة و ليس القانوني كرقابة المطابقة، لذلك ولضمان فعاليتها و تحقيقها للهدف المسطر لها و المتمثل في الحد من الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية كان لزاما إحاطتها بالوسائل المادية و البشرية الكافية لإعمالها على نحو سليم.

2-الصعوبات التي تواجه رقابة مجلس المحاسبة:

يتضح من خلال ما تقدم أن الجانب النظري للرقابة المالية التي يقوم بها مجلس المحاسبة فعال لدرجة كبيرة في القضاء على الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية، حيث يجمع بين الجانب القانوني الذي يتجسد في رقابة المطابقة و الجانب الاقتصادي الذي يتبلور في رقابة التسيير .

¹المادة 69 من الأمر السابق.

كما أنه يعتبر حتى جهة رقابة دستورية على هيئات الرقابة الداخلية و الخارجية السابق دراستها في هذا الباب وهذا ما يؤكد على فعاليته أكثر في هذا المجال، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو ما مدى تطبيق هذه الرقابة من الناحية الواقعية؟ و ما الصعوبات التي تقف حائلاً أمام التجسيد الفعلي لها؟

هنا نقول أن مجلس المحاسبة لا يمكنه تطبيق الجانب النظري السابق دراستها بكل حذافيره فأول ما يحول دون تحقيقه لذلك هو تشكيلته التي تتكون من قضاة ينقصهم الجانب الاقتصادي في التكوين، فإن نجحوا في تحقيق الشق الأول من الرقابة المتعلق بالمطابقة فهم يواجهون عدة صعوبات في الشق الثاني المتعلق بالتسيير خصوصاً أمام غياب معايير واضحة لإعمال هذه الرقابة.

هذا فضلاً عن رفض هيئات الرقابة السابقة التعاون مع المجلس، و اعتبار الرقابة التي يقوم بها نوع من التداخل في الاختصاص و تكرار لعملية الرقابة التي قاموا بها أو حتى أنها تشكيك في عملهم.

لذلك لا بد من تجاوز هذه العراقيل التي تؤثر على نجاعة و فعالية الرقابة من خلال التأكيد على عنصر التخصص في عملية التسيير من خلال تكوين القضاة و فتح المجال لهم للاستعانة بذوي الخبرة في هذا المجال، فضلاً عن ضرورة التحديد القانوني الدقيق للرقابة وتوضيح حدودها و النص على ضرورة التنسيق و التعاون بين الهيئات السابقة و رقابة مجلس المحاسبة.

المطلب الثالث

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية

إن عملية الرقابة الفعالة التي تستطيع الحد من الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية لا تكون فعالة إذا اقتصر على إبرام الصفقة و تنفيذها، بل لا بد أن تمتد لتشمل المنازعات التي تثور بشأن الصفقات العمومية و متابعة المجرمين الذين يرتكبون صور الفساد الإداري السابق بيانها في الباب الأول.

فلا بد من اللجوء إلى نوع آخر من الرقابة يتولى مهمة البت في المنازعات المتعلقة بالحقوق و الالتزامات المترتبة عن الصفقة باعتبارها عقد إداري بين المصلحة المتعاقدة

والمتعامل، خصوصا أمام ما تتمتع به الإدارة من سلطات في مواجهة الطرف الآخر كالمراقبة والتوجيه والتعديل و إنهاء التعاقد.

هذا ما يتحقق في ظل ما يعرف بالرقابة القضائية¹ على الصفقات العمومية التي تتولى الفصل في المنازعات الناشئة بشأن تنفيذ الصفقات و التي تواصل عملية الرقابة الإدارية و المالية السابقة بهدف تحقيق الصالح العام وعدم السماح للخلافات بين الطرفين أن تقف حجرة عقبة أمام ذلك.

لذلك سنحاول التطرق من خلال هذا العنصر للرقابة القضائية بالتطرق لطرق تسوية المنازعات في مجال الصفقات العمومية و بيان القضاء المختص بها و القانون المطبق عليها.

الفرع الأول

تسوية المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية

لقد نظم المرسوم 12-23 تسوية المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية في القسم الفرعي الثالث بعنوان "تسوية النزاعات" حيث أضاف فضلا عن طرق الطعن أمام القضاء، طريقا بديلا لحل المنازعات يتمثل في التسوية الودية.

فقد أجاز المرسوم السابق لكل متعهد يعترض على طرق الاختيار التي قامت بها المصالح المتعاقدة في إطار مناقصة أو إجراء تراضي رفع طعن أمام لجنة الصفقات المختصة خلال 10 أيام من نشر الإعلان المتضمن المنح المؤقت للصفقة، أما في حالة المسابقة و الاستشارة الانتقائية فهنا لا يرتبط الطعن بالإعلان بل يمكن القيام به بمجرد الانتهاء من الإجراء.²

¹ C.D.C : C'est une institution constitutionnel supérieure de contrôle à postériori des finances publics, MOULOUD SABRI, Séminaire précédent, p 42.

² المادة 114فقرة 1-2 من المرسوم الرئاسي 12-23 السابق.

و يتضح من خلال نص المادة أن طريق التسوية البديلة للمنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية هو طريق اختياري و ليس إلزامي وهذا ما نلمسه من صياغة المادة حيث جاء فيها: "يمكن للمتعهد"، فكلما يمكن تعني أن له الاختيار و ليس مجبرا على اللجوء لهذا الطريق. مما تقدم فالتسوية البديلة تتم أمام لجنة الصفقات المختصة بعمليات الرقابة الإدارية على النحو السابق بيانه، كما أن هذه اللجنة ملزمة بإصدار رأيها خلال 15 يوما يبدأ سريانها من تاريخ انتهاء أجل الطعن أمامها.¹

وفي حالة تقديم المتعهد للطعن فيما يتعلق بالمنح المؤقت للصفقة أمام اللجنة المختصة فإن ذلك يؤدي إلى إيقاف عملية الرقابة التي لا يمكن إعمالها إلا بمرور 30 يوما من تاريخ الإعلان على إعتبار أن هذه المدة هي المدة المحددة لرفع الطعن و دراسته.² كما أن اللجنة المختصة بدراسة الطعن تعين إلزاما ضمن إعلان المنح المؤقت ليتم اللجوء لها في حالة المنازعة.³

أولا: الاستثناءات الواردة على الاختصاص في التسوية البديلة⁴

إذا كان الأصل العام أن اللجنة المختصة بالصفقات هي التي تتولى عملية الفصل في المنازعات التي تنور بين الأطراف بشأن تنفيذ الصفقة كطريق بديل قبل اللجوء للقضاء، فقد استثنى المشرع الجزائري بعض الصفقات التي لا يمكن أن يحدد فيها إجراء المنح اللجنة المختصة وهي:⁵

- الصفقات التابعة لاختصاص لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية.
- الصفقات التابعة لمراكز البحث والتنمية.
- الصفقات التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية.

¹ المادة 114 فقرة 3 السابقة.

² المادة 114 فقرة 4 السابقة.

³ المادة 114 فقرة 5 السابقة.

⁴ C.LAJOYE, op,cit, p202-203.

⁵ المادة 114 فقرة 6 السابقة.

حيث تخضع الصفقات السابقة في تقديم الطعون المتعلقة بمنازعاتها الخاصة بإجراء المنح المؤقت إلى إختصاص اللجان الآتية حسب اختصاص كل منها:

- اللجنة البلدية للصفقات.
- اللجنة الولائية للصفقات.
- اللجنة الوزارية للصفقات.
- اللجان الوطنية للصفقات.

ولزيادة فعالية الرقابة و تقييد المصلحة المتعاقدة فقد أخضع المشرع أي محاولة من قبلها لإلغاء إجراء إبرام الصفقة أو منحها المؤقت إلى ضرورة الموافقة الإلزامية حسب الاختصاص ل:¹

- مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة.
- الوزير المعني.
- الوالي المعني.

يتضح من خلال تقدم أن هذا الحل الذي نظمه المشرع الجزائري هو حل بديل للمنازعات التي تنشأ بين طرفي الصفقة العمومية فيما يتعلق بإجراء المنح المؤقت لها، يؤدي إلى تجنب اللجوء للقضاء مباشرة، حيث يضمن حل النزاع من طرف جهة محايدة و بعيدة عن الطرفين هي اللجنة المختصة التي تحدد في إجراء المنح، كما أن مهمتها في التسوية هي مهمة مستقلة تماما على عملية الرقابة التي تقوم بها، حيث يعتبر اختصاصها الأصلي هو الرقابة على الصفقات العمومية والثانوي هو النظر في الطعون المرفوعة من المتعهدين فيما يتعلق بإجراء المنح المؤقت للصفقة.

ثانيا: التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية

فضلا عن الحل البديل الذي تناولناه في العنصر السابق، فقد نص أيضا المشرع في المرسوم 12-23 على ضرورة سعي المصلحة المتعاقدة إلى التسوية الودية للمنازعات التي تواجهها عند تنفيذ الصفقات العمومية و تجنب اللجوء للقضاء إلا إذا اقتضت ذلك، و هذا تحت طابع التأكيد الذي نلمسه في عبارة "غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة".

² المادة 114 فقرة 8 السابقة.

وعلى المصلحة المتعاقدة أن تراعي عند تسويتها الودية للمنازعات أن تحاول قدر الإمكان مراعاة العناصر الآتية:¹

- المحافظة على التوازن بين التكاليف المترتبة على الطرفين.
- مراعاة ضرورة التوصل الأسرع لإنجاز الصفقة.
- السعي للحصول على التسوية النهائية بأسرع الطرق وأقل التكاليف.

يتضح من خلال العناصر السابقة أنها تسعى لتحقيق التوازن بين المصلحة العامة وما تقتضيه من ضرورة السرعة في الإنجاز و بأقل التكاليف، وبين مصلحة المتعامل المتعاقد التي ينبغي للمصلحة المتعاقدة أن تأخذها بعين الاعتبار.

تتوج عملية التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية التي تواجه عملية تنفيذها بصدور مقرر في حالة الاتفاق بين الطرفين من إحدى الجهات الآتية حسب الاختصاص وحسب طبيعة النفقة:²

- مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة.
- الوزير المعني.
- الوالي المعني.
- رئيس المجلس الشعبي البلدي.

يعتبر المقرر المتضمن التسوية الودية للمنازعات دليل على الاتفاق حيث ينفذ بمجرد صدوره بغض النظر عن اقترانه بالتأشير التي تصدرها لجان الرقابة من عدمه.

نخلص مما تقدم إلى أن هناك طريقتين لتسوية المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية تتمثل الأولى في التسوية البديلة التي تتم من طرف اللجنة المختصة و الثانية في التسوية الودية التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة.

و نحن بدورنا نرى أن الطريقة الأولى هي الأنجع في التسوية كونها تتم من طرف جهة محايدة بعيدة عن الطرفين مما يجعلها فعالة أكثر و يبعث الطمأنينة في أنفس المتعاملين في

¹ المادة 115 فقرة 2 من المرسوم السابق.

² المادة 115 فقرة 3 السابقة.

الحل المتوصل إليها، و هذا ما لا يتحقق في الطريقة الثانية كون المصلحة المتعاقدة ستكون خصما و حكما في آن واحد.

الفرع الثاني

الاختصاص القضائي في منازعات الصفقات العمومية

إذا لم تحقق الطرق السابقة الفائدة المرجوة منها في حل المنازعات الناشئة عن الصفقات العمومية، فلا بد من اللجوء إلى القضاء لحلها.

والقضاء المختص بمنازعات الصفقات العمومية هو القضاء الإداري حسب قواعد الاختصاص النوعي الواردة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹ في المادة 800 السابق بيانها.

فباستقراء هذه المادة نجد أنها اعتمدت على المعيار العضوي في تحديد المنازعات حيث اعتبرت أن كل المنازعات التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها تدخل في اختصاص القضاء الإداري.

وبالنسبة لمنازعات الصفقات العمومية فهي تدخل في نطاق الاختصاص النوعي السابق بيانه لكن لا يمكن الاعتماد عليها بصفة مطلقة، فباعتبار أنها منازعات تنصب على العقد الإداري و ليس القرار فلا بد من إضافة معيار آخر لتحديد الاختصاص و معيار النفقة العامة فكلما ارتبطت الصفقة كلها أو جزء منها بنفقة الدولة إضافة إلى القواعد السابق بيانها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كانت من اختصاص القضاء الإداري.

فإلى جانب المادة 800 السابقة لا بد أيضا من تطبيق المادة 2 من المرسوم 12-23 التي بينت الصفقات التي يكون محلها نفقات عامة وتخضع لأحكام المرسوم، فالصفقات المرتبطة بالهيئات الآتية تدخل في اختصاص القضاء الإداري:

- الإدارات العمومية.
- الهيئات الوطنية المستقلة.
- الولايات و البلديات.

¹ القانون رقم 08_09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المؤرخ في 22 فيفري 2008 .

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري .
- مراكز البحث و التنمية.
- المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي و المهني.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري.
- المؤسسات العمومية الاقتصادية.

فكل المنازعات التي تثور بشأن الصفقات العمومية التي تكون إحدى الهيئات السابقة طرفا فيه و يدخل في إطار المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يدخل في اختصاص القضاء الإداري مع مراعاة القواعد الخاصة بالاختصاص الإقليمي أيضا.

الفرع الثالث

أنواع منازعات الصفقات العمومية

تتمحور منازعات الصفقات العمومية في نوعين أساسيين من المنازعات التي تدخل في اختصاص القضاء الإداري و تنصب على عقد إداري، لذلك سنحاول التطرق في العنصر الأول لمنازعات القضاء الكامل ثم في العنصر الثاني لمنازعات الإلغاء.

أولا: منازعات القضاء الكامل

تعتبر منازعات القضاء الكامل من أهم منازعات العقود الإدارية التي تدخل في اختصاص القضاء الإداري، كما تعتبر أساس منازعات الصفقات العمومية التي تتجسد فيها بشكل كبير أكثر من الإلغاء الذي عادة ما يرتبط بمبدأ المشروعية، أما القضاء الكامل فيرتبط بالتعويض عن الأخطاء المرتكبة في مجال تنفيذ الصفقات العمومية.

إذن فمنازعات الصفقات العمومية تتجسد بشكل كبير في دعاوى القضاء الكامل و ليس الإلغاء، لذلك سنحاول من خلال ما يلي بيان أهم الدعوي التي تثار في هذا الشأن.

تتخذ دعاوى القضاء الكامل في مجال المنازعات الإدارية عدة أشكال لا يمكن حصرها و لعل من أهمها:¹

¹ محمد فؤاد مهنا، مرجع سابق، ص 776. - يوسف سعد الله الخوري، مرجع سابق، ص 768.

- دعوى بطلان العقود الذي ينصب على عقد إداري و ليس قرار فلا مجال لدعوى الإلغاء هنا.
- دعوى تعويض عن الالتزام المالي المتفق عليه أو الضرر اللاحق و الذي يختلف تماما عن الغرامة التهديدية التي يجوز فرضها على الإدارة نتيجة تأخير الأشغال.
- دعوى إبطال تصرف من تصرفات المصلحة المتعاقدة جاء مخالفا لما التزمت به سواء كان مادي أو قانوني.
- دعوى فسخ العقد من قبل المتعامل المتعاقد إما بسبب القوة القاهرة التي تحول دون قيامه بالتزاماته أو لقيام المصلحة المتعاقدة بتعديل العقد على نحو يحول بينه و بين تنفيذ الالتزام الذي تعهد به.
- طلب التعويض عن الأضرار الواقعة في إطار صفقات الأشغال العامة.

من خلال ما تقدم يتضح لنا أن منازعات الصفقات العمومية تتجلى بشكل كبير في دعاوى القضاء الكامل كونها تنصب على العقد الإداري و ليس القرار لذلك فإن المحاكم الإدارية تنظر فيها و تتمتع بصلاحيات واسعة في مجال الحكم بالتعويضات التي تراها لازمة لتصحيح الأضرار و هذا في حدود قواعد الاختصاص النوعي و الإقليمي السابق بيانهم.

ثانيا: دعاوي الإلغاء في مجال الصفقات العمومية

إن الإلغاء الذي نحن بصدد دراسته هو ذلك المنصب على القرارات الإدارية التي تصدر في إطار تنفيذ الصفقة العمومية أي في إطار عملية التعاقد، فالقرار الذي يكون محلا لهذه الدعوى هي تلك التي لا تكون غاية في حد ذاتها بل تندمج في عملية التعاقد في أي مرحلة من المراحل.

فالقرارات الإدارية التي تصدر عن المصلحة المتعاقدة من بداية إبرام الصفقة و إلى غاية تنفيذها فضلا عن قرارات الجان المختصة بالرقابة كقرار المنح أو التأشير سواء بالقبول أو الرفض يمكن أن تكون محلا لدعوى الإلغاء التي نحن بصدددها.

فهذه القرارات رغم تبعيتها للعقد الإداري المبرم للصفقة العمومية إلا أنها تتمتع بنفس خصائص و مميزات العقود الإدارية و لا بد أتم في إطار مبدأ المشروعية، لذلك فإن أي عيب يشوبها يجعلها محلا للطعن بالإلغاء وفقا للقواعد العامة للاختصاص المبينة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

حيث يجوز للمتعاملين المتعاقدين الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تصدر عن الإدارة باعتبارها صاحبة السلطة العامة و ليس مصلحة متعاقدة، فكل القرارات التي تصدر بشأن تنفيذ العقد بناء على ما ورد في دفتر الشروط تعتبر غير قابلة للطعن بالإلغاء استقلالا عن العقد.¹

مما لاجدال فيه أن إلغاء القرار الإداري المرتبط بالصفقة العمومية لا ينعكس على القرار في حد ذاته بل على عملية التعاقد المرتبطة به، حيث سيعتبر على الإلغاء إعدام كل آثار القرار وبصورة رجعية.

والمتفق عليه فقها أن إلغاء القرار لا يعني بالضرورة إلغاء العقد الإداري المرتبط به نظرا لاستقلالية كل منهما عن الآخر، ففي حالة إلغاء القرار يبقى العقد ساريا لكن يصبح لكل ذي مصلحة حق المطالبة بإبطاله أيضا لأن إلغاء القرار قد يؤدي إلى استحالة المضي في تنفيذ العقد.²

كما أن إلغاء القرار الإداري يخول للمتعامل المتعاقد حق إلزام الإدارة بتنفيذ قرار الإلغاء و إلا فله أن يثبت امتناعها و يرفع دعوى المسؤولية للمطالبة بالتعويض عنة الأضرار التي قد تلحقه جراء هذا الامتناع، و هذا ما يؤدي إلى ضياع الوقت و التأخر في مباشرة إجراءات الصفقة نتيجة الدخول في متاهات أخرى ودعاوي قضائية بعيدة كل البعد عن الهدف الأساسي والتمثل في تنفيذ الصفقة العمومية و إنجازها في أسرع وقت وبأقل التكاليف.

¹نواف كنعان، القانون الإداري، (د.د.ن)، (د.ب.ن)، 2003، ص364.

²محمد عبد العال السناري، مرجع سابق، ص102.

الخاتمة

من مجمل الدراسة السابقة يمكننا القول أن الفساد الإداري أضحي اليوم ظاهرة عالمية خطيرة لا يمكن حصرها في شكل أو صورة معينة، فهو يختلف باختلاف الجهة القائمة به ويتفق في الغاية منه والمتمثلة في تحقيق الأغراض و المصالح الخاصة على حساب المصلحة العامة.

فالقضاء على الفساد الإداري مرتبط بتوفر الإدارة الواعية القادرة على مواجهة هذه الظاهرة و محاصرة مرتكبيها مهما كانت وظائفهم و مناصبهم، دون أن ننسى ضرورة رفع مستوى الوعي لدى الأفراد باعتبارهم أيضا أطراف مساعدين في انتشار الفساد الإداري.

فالفساد الإداري كما سبق بيانه أصبح يستهدف و بشكل كبير مجال الصفقات العمومية الذي يعتبر من الأعمال التعاقدية التي تقوم بها الإدارة في سبيل تحقيق التنمية الشاملة، فهي تتمحور حول استخدام المال العام لتحقيق المصلحة العامة، هذا ما جعلها محل أنظار أصحاب النوايا السيئة أيا كانت صفتهم سواء موظفين عموميين أو متعاملين مع الإدارة للسعي للتربح من هذا المال بكل الطرق مشروعة كانت أم لا.

إذن لقد توصلنا من خلال دراستنا بالنسبة للفساد عموما

إن الفساد عموما يقوم على فكرة أساسية تتمثل في استغلال السلطة العامة لتحقيق المصالح الفردية الخاصة على حساب سيادة القانون و مبدأ المشروعية وهذا ما ينطبق على الفساد الإداري الممارس في مجال الصفقات العمومية، فهو سلوك منحرف عن السلوكات الأخلاقية المتعود عليها في تقلد الوظائف العامة و حتى السلوكات الفردية داخل المجتمعات.

كما أن صعوبة مكافحة الفساد والقضاء عليه تنبثق بالدرجة الأولى عن صعوبة وضع تعريف دقيق له، فضلا عن صعوبة حصر الأسباب الكامنة وراء انتشاره لأنه نتاج لتفاعل مجموعة من العوامل الاقتصادية والاجتماعية و السياسية و الإدارية، و له آثار خطيرة تشمل بدورها عدة قطاعات مما يجعل مسألة مكافحته مرتبطة بضرورة خلق إستراتيجية تأخذ بعين الاعتبار هذا التفاعل و التنوع في الأسباب و الآثار، و هذا لا يعتبر بالأمر الهين فهو يحتاج إلى تكثيف جهود الباحثين في هذا المجال مع مراعاة عنصر التنوع في الاختصاص لنستطيع الإلمام بكل معالم الفساد.

فما يزيد من خطورة هذه الظاهرة التي يصعب تصنيفها أو حصرها تفاعلها مع الظروف و المتغيرات المختلفة في الحياة الفردية، فضلا عن اختلاف الجهات القائمة به التي قد تكون جهات بسيطة أو شبكات تخطيط محكمة تعتمد على متمرسين محترفين يسعون لنشر ممارسات الفساد المختلفة لذلك فأساليب مكافحته لا بد أن تتم من طرف دارسين وشبكات على نفس الدرجة من الأهمية لتحقيق الأهداف المرجوة منها.

أما بالنسبة للصفقات العمومية

فقد رأينا أن الصفقات العمومية كنوع من أنواع التعاقد الإداري قد كانت مجالا رحبا مستهدفا من قبل ممارسي الفساد عموما و الفساد الإداري بصفة خاصة نظرا لما تتميز به من أهمية كبيرة في تحريك دواليب التنمية الشاملة كونها تتم من خلال تسخير المال العام لخدمة المصلحة العامة، كما أنها كانت محلا لصدور عدة نصوص تشريعية تتضمن في مجملها جملة من الثغرات القانونية أتاحت الفرصة لمستهدفي المال العام لاستغلالها في ممارسات الفساد الإداري بصوره المختلفة، هذا ما حول الصفقات من وسيلة للتنمية إلى وسيلة للثراء الفاحش على حساب المال العام و المصلحة العامة، كما أن تعقيد إجراءات ومراحل إبرام الصفقات العمومية كان له دورا فعالا في المساهمة في انتشار مثل هذه الصور الغير المشروعة.

بيننا أيضا من خلال هذه الدراسة تنظيم الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 10-236 و المرسوم الرئاسي 12-23 التي تضمن عدة تعديلات و تحديثات في عدة مواد بدءا بالمادة 2 التي تضمنت المعيار العضوي و حددت الهيئات الخاضعة لهذا القانون.

فالارتباط الوثيق بين الصفقات العمومية و الخزينة العامة يجعلها مجالا خصبا للفساد الإداري لذلك كان لزاما محاولة الحد منه قدر الإمكان من خلال إخضاعها لأطر رقابية محددة تحديدا قانونيا دقيقا، وهذا ما تبلور في صدور النصوص التشريعية الأخيرة التي سبق بيانها و ما تضمنته من تعديلات.

أما بالنسبة للفساد الإداري

فقد رأينا أنه يتمحور حول فكرة أساسية و هي الجهاز الإداري للدولة القائم بتنفيذ السياسة العامة في مجالاتها المختلفة، فلا بد من تطوير الأجهزة الإدارية على نحو يمكننا من القضاء على الفساد الإداري بصفة عامة و في مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة.

وقد تنوعت ممارسة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية بشكل كبير بين الوسائل العامة المعروفة أيضا في غيرها من المجالات كالرشوة و الاختلاس والتزوير في المحررات الرسمية و استيلاء على المال العام، فهذه الأخيرة تشكل جرائم معروفة في قانون العقوبات الخاص لها أركان و عقوبات وهي تمارس أيضا في مجال الصفقات العمومية وبشكل كبير من قبل الموظفين العموميين والمتعاملين الاقتصاديين بهدف الحصول على أموال غير مشروعة و جهت بالأساس لخدمة الصالح العام.

فالمشكلة السابقة تمارس في مجال الصفقات العمومية بأساليب أخرى و طرق ابتدعها الموظفون العموميون على نحو يستغلون فيه الثغرات القانونية الموجودة في تنظيمها وعمومية نصوصها العقابية لارتكاب أفعال غير مشروعة بطرق تحايلية تؤدي إلى الإفلات من العقاب، لذلك كان لزاما أن نلجأ إلى تخصيص هذه النصوص في شتى المجالات التي طالها الفساد كمجال الصفقات العمومية لغلق الباب أمام أصحاب الممارسات الغير مشروعة.

فمثلا رأينا من خلال دراستنا ارتباط مفهوم الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية بالرشوة وهذا ما دفع المشرع إلى تخصيص نص خاص لذلك في قانون مكافحة الفساد، حيث أصبحت الكثير من السلوكيات التي تدخل في مفهوم الرشوة في يومنا الحاضر تعتبر سلوكيات مشروعة و عادية يمارسها الموظف و كأنها حق من حقوقه يستعين بها لمواجهة أعباء الحياة اليومية المتزايدة يوما بعد يوم، فأصبح الموظفون يبررون تصرفاتهم بالحاجة فالراشي يدفع ما يلزم لإنهاء أعماله أو الحصول على أعمال من حق غيره والمرتشي يتحصل على حق طبيعي له استباحه بمناسبة ممارسة وظيفته.

فما يزيد من خطورة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية هو اقتناع ممارسيه بصحة سلوكياتهم الغير مشروعة هذا ما ساعد في انتشارها بشكل رهيب من خلال شيوخ الواسطات وتمرس أصحاب النفوذ الاجتماعي في استغلال علاقاتهم الشخصية لإنجاز أعمالهم ومصالحهم المتعارضة أصلا مع القوانين و الماسة بالمصلحة العامة، فضلا عن التمسك

ببعض المبادئ و العادات التي أصبحت بمثابة أعراف جديدة تقوم على أساس التستر على المخالفين والتغاضي عن التجاوزات والتساهل مع حالات التزوير و الرشوة والاختلاس واستغلال النفوذ وغيرها من الممارسات التي دخلت تحت غطاء المباحات في إطار زيادة أعباء الحياة اليومية.

كما بينا أيضا من خلال دراستنا الصور الخاصة بالفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية التي نظمها المشرع الجزائري في القانون رقم 06-01 المتعلق بمكافحة الفساد كاستغلال النفوذ و إساءة استغلال الوظيفة العامة و منح امتيازات قانونية غير مبررة وتعارض المصالح حيث بينا أركان هذه الجرائم والعقوبات المقررة لها، لكن رغم هذا التنظيم القانوني إلا أن هناك عدة سلوكيات تمارس من قبل الموظفين و المتعاملين غير منظمة بموجب هذا القانون رغم خطورتها فمركبيها بعيدا كل البعد عن دائرة العقاب، لذلك لا بد من التدقيق في هذا القانون على نحو يركز على التخصيص في الجرائم العامة السابق بيانها كالاختلاس والاستيلاء على المال العام و ربطها بمجال الصفقات العمومية ربطا دقيقا واقعيًا يركز على الأفعال الممارسة في أرض الواقع، و تحديد أركانها و شروط قيامها والعقوبات المقررة لها.

أما بالنسبة لآليات مكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية

فقد اتضح لنا من خلال الدراسة أن هناك وسائل نظرية عامة لمكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية و إن كانت تبدو أنها عامة إلا أنها تعتبر الأساس أو القاعدة التي تنطلق منها آلية المكافحة تتمثل في تفعيل مبدأ المشروعية من خلال محاولة حصر الممارسات الغير مشروعية في مجال الصفقات العمومية و النص على تجريمها و تقرير العقوبات المحددة لها مما يضيق المجال أمام مستغلي الثغرات القانونية للإفلات من العقاب.

بالإضافة إلى التأكيد على بعض المبادئ الأساسية كمبدأ إعمال مسؤولية الدولة و عدم السماح لها بالاحتجاج ببعض المبادئ و النظريات للخروج عن ذلك كأعمال السيادة، بالإضافة إلى التأكيد على عنصر الوعي الإداري و محاولة الالتزام بالشروط الأساسية الواجب توافرها في الطاقم الإداري سواء بالنسبة للرئيس كالقوة و الأمانة و القدرة على التعامل مع مرؤوسيه، أو بالنسبة للمرؤوسين الذي يجب أن تتوفر فيهم كل مقتضيات الخبرة والتأهيل و تجنب الوساطات و المحسوبية في مجال انتقاءهم.

فضلا عن الوسائل العامة السابقة لا يجب أن ننسى الدور الرقابي في مجال القضاء على الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية، و هنا نشير إلى أن الرقابة لا تكون فعالة إلا بتنوعها وقد تطرقنا من خلال دراستنا إلى الرقابة الإدارية الذاتية و رأينا امتدادها إلى كل مراحل إبرام الصفقة بدأ بمرحلة العروض إلى آخر مرحلة من الإبرام.

فقد رأينا استحداث عدة نصوص تشريعية في مجال الرقابة الإدارية حيث تم رفع الحد الأدنى لإبرام الصفقات فيما يخص صفقات الأشغال و اقتناء اللوازم، وكذلك الحد الخاص باختصاص اللجنة الوطنية للصفقات بهدف تخفيف العبء على اللجان المحلية لما قد يولده من عدم الدقة في أعمال عملية الرقابة، كما رأينا التنوع في الرقابة الإدارية من خلال تخصيص عدة لجان محلية كاللجنة البلدية والولائية ووطنية كاللجنة الوزارية، فهناك لجان صفقات خاصة بمختلف الهيئات العمومية بما فيها الطابع الإداري و الصناعي و التجاري ومراكز البحث والتنمية.

والهدف من هذا التنوع في اللجان هو دائما تخفيف العبء على اللجنة الولائية وتحري الفعالية في العملية الرقابية، و إن كان هذا التنوع له أيضا وجه سلبي يتمثل في كثرة النصوص والتنظيمات مما يثير صعوبة في تطبيق بعض النصوص التي يبدو أحيانا وكأنها هناك تعارض بينها.

كما بينا أيضا امتداد الرقابة للجانب المالي و عدم الاكتفاء بالرقابة الذاتية من أجل التأكيد الدائم على عنصر الفعالية الرقابية من خلال عرض الصفقات العمومية على المراقب المالي والمحاسب العمومي وانتظار التأشيرة للسريان في بقية الإجراءات الأخرى، ثم الرقابة التقنية التي تعتمد على الجانب التقني الذي لا يمكن للأنواع السابقة الإحاطة به، ولجأنا في الأخير إلى نوع من الرقابة العلاجية التي تتمثل في الرقابة القضائية التي تفتح المجال للمنازعات في حالة فشل الطرق السابقة في تحقيق الهدف المرجو منها، فهذا التنوع الرقابي إذا تمت ممارسته على النحو القانوني المخصص له لعله يكون قادرا على الحد من الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية وعلى حماية المال العام من الانتهاكات والاعتداءات التي يتعرض لها.

من خلال ما تقدم يمكننا الإشارة لبعض النقاط التي تساعد من وجهة نظرنا في انتشار الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية سواء ما تعلق منها بالتجريم أو بالرقابة المعملة في هذا المجال، حيث يمكن إجمالها فيما يلي:

- قلة الجرائم المتعلقة بالفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية المنظمة بموجب قانون مكافحة الفساد.
- عدم تخصيص الجرائم الخاصة بالصفقات العمومية و مراحل إبرامها و تنفيذها في قانون الفساد.
- عدم تجريم عدة أفعال و سلوكات تدخل في إطار الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية رغم توفرها على الخطورة الإجرامية.
- عدم تحديد القوانين و التشريعات المعمول بها للشروط الواجب توفرها في الرئيس الأنسب لتولي رئاسة اللجان المعنية بالرقابة رغم أهمية ذلك في تفعيل عملية الرقابة ومكافحة الفساد.
- لم يتم تحديد وضع شروط تتعلق بالكفاءة و التأهيل يجب توفرها في المقرر في اللجان الذي يعتبر عمله تنويع لعملية الرقابة، فضلا عن بعض الشروط الأخلاقية التي تضمن حياده و عدم اختلاطه بأصحاب المصالح، وذلك لما للتقرير الذي يعده من تأثير على عملية الرقابة.
- إن المشرع الجزائري قد جعل مسألة إعمال الرقابة الإدارية الداخلية متوقف على استدعاء المسؤول المعني لدى المصلحة المتعاقدة، كما أن المشرع لم يحدد المبادئ اللازمة لصحة اجتماعات اللجنتين سواء فتح الأظرفة أو تقييم العروض و المتمثلة في مبدأ العلنية والحضور الوجوبي للعارضين، كما أن النصوص المعنية لم تحدد شروط خاصة لصحة الاجتماعات كالنصاب و لعل ذلك بهدف عدم تقييد الرقابة وجعلها مرنة لتكون لها فعالية أكثر في مكافحة الفساد الإداري.
- إن الرقابة الإدارية الداخلية على عملية إبرام الصفقات العمومية و التي تتم من طرف لجان متخصصة داخل المصالح المتعاقدة، و من طرف أشخاص مؤهلين لدراسة العروض المقدمة من المتقدمين، فهذه الرقابة فعالة في الحفاظ على شرعية الصفقات العمومية وعدم خروجها عن الإطار المخصص لها و المتمثل في تحقيق المصلحة العامة وبأحسن الشروط المفترضة لذلك.

- إن لجوء التشريع الجزائري إلى استحداث لجان تتولى عملية الرقابة على الصفقات العمومية على مستويات مختلفة يعتبر سعياً لضمان فعاليتها و الحد من الفساد الإداري من خلال إقرار مبدأ التدرج في الرقابة الخارجية من المستوى المحلي إلى الوطني، لكن التنظيم التشريعي تشوبه بعض الغموضات و التداخلات في عمل اللجان المختصة يحتاج لنوع من التوضيح من أجل ضمان فعالية الرقابة.
- إن قانون الولاية لم ينص بصورة صريحة على لجنة الصفقات الولائية كما هو الحال بالنسبة لقانون البلدية الذي نظمها بشكل صريح ومفصل، حيث أن قانون الولاية اكتفى بالنص العام و الإحالة على قانون الصفقات العمومية، كما أنه أكد على ضرورة المزج فيما يتعلق بمن يتولى الرقابة بين أعضاء الولاية المعينين و بين أعضاء المجلس الشعبي الولائي المنتخبين لزيادة فعاليتها و ضمان مشاركة الأفراد في قمع الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية من خلال من يختارونهم لتمثيلهم.
- وجود جملة من التساؤلات تبقى مطروحة و تحتاج لإجابة كالمهدف من استحداث اللجان الجديدة القطاعية و تداخل المهام الموكلة لها بموجب المرسوم الرئاسي 12-23 مع مهام اللجان الأخرى القائمة، و هل هي تلغي اللجان الأخرى تماماً عند إنشائها؟، فهنا لا بد من قانون تفسيري يتولى التفسير الدقيق لمهام اللجان القطاعية على نحو يسد الثغرات القانونية أمام أصحاب النوايا السيئة.
- إن المشرع يحاول قدر الإمكان تفعيل وسائل الوقاية من الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية من خلال استحداث هيئات جديدة مثل المرصد العمومي والمرصد الوطني لمكافحة الفساد، لكنها هيئات ما زالت في مهدها و تحتاج للدعم والتتبع القانوني المستمر لعملها.
- عند الحديث عن الرفض المؤقت الذي قد يسفر عليه عمل المراقب المالي الذي ينطوي تحت ظل الرقابة المالية فهو غير واضح و يحتاج إلى تحديد أكثر، من حيث قابليته للتصحيح من عدمه، فهل يمكن للمراقب التراجع عن الرفض عند تصحيح الخطأ و بعد إعلان ذلك للأمر بالصرف؟
- إن حالة التغاضي أيضاً تؤدي إلى إضعاف الرقابة المالية السابقة التي يقوم بها المراقب المالي، فهل يعقل أن نعتبره مرحلة من مراحل الرقابة و نعطيه حق دراسة الملف و رفضه في حالات محددة قانوناً ترتبط بعدم فائدة الالتزام بالنفقة، ثم من جهة

أخرى نعطي للأمر بالصرف حق التعاضى عن قرار الرفض النهائي، فما الجدوى أساسا من أعمال الرقابة المالية هنا؟.

● كذلك فإن دور المحاسب العمومي فعال في إطار الرقابة المالية على الصفقات العمومية، وأنه مكمل لعمل المراقب المالي على نحو يحقق حماية من الفساد الإداري، فإذا غفل المراقب على شق ما فهناك فرصة أخرى لتداركه في مرحلة أخرى من الرقابة المالية يقوم بها المحاسب العمومي، لذلك فهو يحتاج إلى التنظيم التشريعي بدقة أكثر على نحو يركز على التكامل بين المهمتين دون ترك فراغات وفرص يستغلها القائمين بالفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية.

● إن الرقابة التقنية هي رقابة تتسم بالغموض خصوصا فيما يتعلق بطبيعتها القانونية، فقد تكون رقابة قانونية كغيرها من الأنواع السابقة منظمة بموجب القانون، وقد تكون رقابة تعاقدية تستمد من إرادة الطرفين.

● إرتكاز الرقابة التقنية بالأساس على تنفيذ الصفقة حيث تراعي إحاطة المقاولين بكل الظروف المناسبة و تدليل الصعاب التي تعترضهم من أجل ضمان عدم تراخيهم في تنفيذها، لذلك فهي رقابة تنفيذ لا بد من تفعيلها لضمان مكافحة الفساد حتى بعد منح الصفقة للمتعامل.

● إن مجلس المحاسبة لا يمكنه تطبيق الجانب النظري الخاص بالرقابة المبينة سابقا بكل حذافيره فأول ما يحول دون تحقيقه لذلك هو تشكيلته التي تتكون من قضاة ينقصهم الجانب الاقتصادي في التكوين، فإن نجحوا في تحقيق الشق الأول من الرقابة المتعلقة بالمطابقة فهم يواجهون عدة صعوبات في الشق الثاني المتعلق بالتسيير خصوصا أمام غياب معايير واضحة لأعمال هذه الرقابة. لذلك لا بد من مراعاة التعاون في الهيكلة على أساس الاختصاص.

● إن الرقابة القضائية تجسدت في وجود طريقتين لتسوية المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية تتمثل الأولى في التسوية البديلة التي تتم من طرف اللجنة المختصة والثانية في التسوية الودية التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة.

فالطريقة الأولى هي الأنجع في التسوية كونها تتم من طرف جهة محايدة بعيدة عن الطرفين مما يجعلها فعالة أكثر و يبعث الطمأنينة في أنفس المتعاملين في الحل المتوصل إليها.

انطلاقاً مما تقدم نحاول الإشارة لبعض الاقتراحات التي نرى أنها ضرورية لمعالجة هذا المرض الخطير الذي بات اليوم يجتاح مجال الصفقات العمومية و يهدد المال العام بالضياع والتي يمكن أن نجملها فيمايلي:

- التأكيد على الإصلاحات الإدارية داخل الأجهزة و مراعاة ضرورة توفر عناصر الكفاءة والأمانة و الأخلاق في تولي المناصب و الوظائف العامة.
- إعادة النظر في الظروف الاجتماعية للموظفين العموميين ورفع الأجور لتحقيق التوازن بينها و بين أعباء الحياة اليومية على نحو يحول بين الموظف و بين ممارسات الفساد الإداري.
- تدعيم أخلاقيات المهنة و الوظيفة العامة و إعادة النظر في الإجراءات التأديبية وتوقيع عقوبات صارمة على مرتكبي المخالفات.تدعيم الوحدات الرقابية و ضمان استقلاليتها من خلال منحها تفويضاً لمراقبة أداء الأجهزة الإدارية.
- تنظيم التشريعات الصادرة في مجال الصفقات العمومية تنظيماً دقيقاً يضمن عدم التداخل بينها و يقضي على الثغرات القانونية.
- النص الصريح في قانون مكافحة الفساد على السلوكيات المنتشرة في مجال الصفقات العمومية والتي تعتبر خطيرة و لكنها لم ترقى بعد إلى دائرة التجريم و تقرير عقوبات فعالة لها.
- تضمين التشريعات الخاصة بالرقابة على الصفقات العمومية الشروط الواجب توافرها في رئيس اللجنة ليستطيع القيام بالمهمة الموكلة إليه و على أحسن وجه.
- مراعاة التنظيم والتكامل بين النصوص القانونية المنظمة لعملية الرقابة على نحو يضمن فعاليتها ويجنب الوقوع في الغموض و التداخل.
- إضافة نصوص خاصة واضحة و مفسرة للنصوص الخاصة بالصفقات والتي تتسم بالغموض مقارنة بغيرها لما تتميز به من أمور تقنية.
- تفعيل الرقابة القضائية من خلال التأكيد على عنصر التكوين في مجال الصفقات العمومية.

الفهرس

الصفحة	الموضوع
أ	مقدمة
الفصل التمهيدي	
الإطار المفاهيمي للفساد في مجال الصفقات العمومية	
12	المبحث الأول ماهية الفساد
13	المطلب الأول: مفهوم الفساد
13	الفرع الأول: تعريف الفساد
25	الفرع الثاني: أسباب عدم وضوح مفهوم الفساد
26	المطلب الثاني: أنواع الفساد
26	الفرع الأول: أنواع الفساد في الفقه الشرعي
28	الفرع الثاني: أنواع الفساد في الثقافة المعاصرة
34	المطلب الثالث: خصائص ودوافع الفساد
34	الفرع الأول: خصائص الفساد
35	الفرع الثاني: دوافع الفساد
38	المبحث الثاني: ماهية الصفقات العمومية
38	المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري
39	الفرع الأول: تعريف العقد الإداري
40	الفرع الثاني: عناصر العقد الإداري

44	المطلب الثاني: مفهوم الصفقات العمومية
44	الفرع الأول: تعريف الصفقات العمومية قبل 1989
46	الفرع الثاني: تعريف الصفقات العمومية بعد 1989
49	المطلب الثالث: طرق إبرام الصفقات العمومية
49	الفرع الأول: المناقصة
58	الفرع الثاني: التراضي

الباب الأول

الإطار النظري للفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية

الفصل الأول

ماهية الفساد الإداري

64	المبحث الأول: مفهوم الفساد الإداري
64	المطلب الأول: تعريف الفساد الإداري
64	الفرع الأول: التعريفات الشرعية للفساد الإداري
65	الفرع الثاني: التعريفات الاصطلاحية للفساد الإداري
70	الفرع الثالث: التعريفات القانونية للفساد الإداري
72	المطلب الثاني: خصائص الفساد الإداري
73	المطلب الثالث: أنواع الفساد الإداري
73	الفرع الأول: أنواع الفساد الإداري من حيث النطاق الجغرافي
73	الفرع الثاني: أنواع الفساد الإداري من حيث القطاع

74 الفرع الثالث :أنواع الفساد من حيث الحجم
75 الفرع الرابع :أنواع الفساد من حيث الانحرافات السلوكية الإدارية
79 المطلب الرابع :أسباب الفساد الإداري
79 الفرع الأول :الأسباب السياسية
81 الفرع الثاني :الأسباب الاجتماعية
82 الفرع الثالث : الأسباب الاقتصادية
84 الفرع الرابع :الأسباب الثقافية
84 الفرع الخامس :الأسباب القانونية
85 المبحث الثاني :تطور مفهوم الفساد الإداري
85 المطلب الأول :التطور التاريخي للفساد الإداري
87 المطلب الثاني : الفساد الإداري في العهد الإسلامي
88 المطلب الثالث :الفساد الإداري من الناحية الدولية

الفصل الثاني

صور الاعتداء على المال العام في مجال الصفقات العمومية

90 المبحث الأول :الصور العامة للفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية
91 المطلب الأول :الرشوة كصورة للفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية
91 الفرع الأول :مفهوم الرشوة
101 الفرع الثاني :الطبيعة القانونية لجريمة الرشوة
103 الفرع الثالث :أركان جريمة الرشوة
122 المطلب الثاني :جريمة اختلاس المال العام
122 الفرع الأول :تعريف جريمة الاختلاس

130 الفرع الثاني:شروط اختلاس المال العام
131 الفرع الثالث:أركان جريمة اختلاس المال العام
133 الفرع الرابع:أساليب ممارسة الاختلاس في مجال الصفقات العمومية
135 الفرع الخامس:عقوبة اختلاس المال العام
136 المطلب الثالث:جريمة التزوير في المحررات الرسمية
137 الفرع الأول: ماهية التزوير
140 الفرع الثاني:أركان جريمة التزوير في المحررات الرسمية
144 الفرع الثالث: التزوير في المحررات الرسمية الخاصة بالصفقات العمومية
148 المطلب الرابع: جريمة الاستيلاء على المال العام
148 الفرع الأول: مفهوم جريمة الاستيلاء على المال العام
152 الفرع الثاني:أركان جريمة الاستيلاء على المال العام
153 المبحث الثاني:صور الفساد الإداري الخاصة بمجال الصفقات العمومية
153 المطلب الأول:جريمة استغلال النفوذ
154 الفرع الأول: الركن المادي لجريمة استغلال النفوذ
155 الفرع الثاني:الركن المعنوي في جريمة استغلال النفوذ
156 المطلب الثاني:جريمة إساءة استغلال الوظيفة
156 الفرع الأول:الركن المادي لجريمة إساءة استغلال الوظيفة
157 الفرع الثاني:الركن المعنوي لجريمة إساءة استغلال الوظيفة
157 الفرع الثالث:عقوبة جريمة إساءة استغلال الوظيفة
157 المطلب الثالث:جريمة الامتيازات الغير مبررة في مجال الصفقات العمومية
158 الفرع الأول:الركن المادي لجريمة الامتيازات غير المبررة
159 الفرع الثاني:الركن المعنوي لجريمة الامتيازات الغير مبررة
159 الفرع الثالث:عقوبة جريمة الامتيازات الغير مبررة في مجال الصفقات العمومية ...

160	المطلب الرابع:جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية
160	الفرع الأول: شروط جريمة أخذ فوائد بصفة قانونية
161	الفرع الثاني:أركان جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية
162	الفرع الثالث:عقوبة جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية
163	المطلب الخامس:جريمة تعارض المصالح
163	الفرع الأول: شروط جريمة تعارض المصالح
164	الفرع الثاني: أركان جريمة تعارض المصالح
167	الفرع الثالث:عقوبة جريمة تعارض المصالح

الباب الثاني

آليات مكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية

الفصل الأول

الوسائل العامة لمكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية

171	المبحث الأول: الوسائل التشريعية لمكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية
171	المطلب الأول: تفعيل مبدأ المشروعية
171	الفرع الأول: مفهوم مبدأ المشروعية
174	الفرع الثاني:مصادر مبدأ المشروعية
175	الفرع الثالث:تطبيق مبدأ المشروعية
176	المطلب الثاني:مبدأ إعمال مسؤولية الدولة
176	الفرع الأول:مسؤولية الإدارة عن الأعمال التنفيذية
178	الفرع الثاني:أعمال السيادة
180	الفرع الثالث:أساس مسؤولية الإدارة عن الفساد الإداري
182	المطلب الثالث:القضاء على العوامل المؤدية للفساد الإداري

182 الفرع الأول:أثر التقلبات الاقتصادية
183 الفرع الثاني:زمالة العمل
183 المطلب الرابع: الشروط الواجب توافرها في الإدارة
183 الفرع الأول:الشروط الواجب توافرها في الرئيس
186 الفرع الثاني:الصفات الواجب توفرها في المرؤوس
190 المبحث الثاني:تنفيذ الرقابة في مجال الصفقات العمومية
190 المطلب الأول: مفهوم الرقابة عموما
190 الفرع الأول:تعريف الرقابة
191 الفرع الثاني:أهداف الرقابة
191 المطلب الثاني: مفهوم الرقابة الإدارية
192 الفرع الأول:تعريف الرقابة الإدارية
192 الفرع الثاني:أسس الرقابة الإدارية
192 الفرع الثالث:أنواع الرقابة الإدارية

الفصل الثاني

كيفية ممارسة الرقابة في مجال الصفقات العمومية

193 المبحث الأول: الرقابة الذاتية
194 المطلب الأول: النظام الداخلي للصفقات العمومية
194 الفرع الأول:تعيين أعضاء اللجان
195 الفرع الثاني:تشكيله لجان الصفقات العمومية
197 الفرع الثالث:مراحل سير أعمال لجان الصفقات العمومية
199 المطلب الثاني: رقابة اللجان المحلية والمركزية على الصفقات العمومية
200 الفرع الأول:الرقابة الداخلية

207 الفرع الثاني: الرقابة الخارجية
226 المبحث الثاني: الرقابة الحماية
227 المطلب الأول: الرقابة المالية على الصفقات العمومية
227 الفرع الأول: الرقابة المالية المحلية على الصفقات العمومية
236 الفرع الثاني: المفتشية العامة المالية
238 المطلب الثاني: الرقابة التقنية على الصفقات العمومية
238 الفرع الأول: مفهوم الرقابة التقنية
239 الفرع الثاني: أنواع الرقابة التقنية على الصفقات العمومية
239 الفرع الثالث: وسائل مباشرة الرقابة التقنية
246 المطلب الثالث: الرقابة القضائية على الصفقات العمومية
247 الفرع الأول: تسوية المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية
250 الفرع الثاني: الاختصاص القضائي في منازعات الصفقات العمومية
251 الفرع الثالث: أنواع منازعات الصفقات العمومية
255 الخاتمة
264 قائمة المراجع