المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
الجمعية العلمية القضائية السعودية

سلسلة

ملخصات الأبحاث القضائية

من مكتبة المعهد العالي للقضاء
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

إعداد
لجنة ملخصات الأبحاث القضائية
بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

العدد الثامن (٥) ملخصات
لعام ١٤٣٦ هـ

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
الجمعية العلمية القضائية السعودية

سلسلة

ملخصات الأبحاث القضائية

من مكتبة المعهد العالي للقضاء
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية
بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

العدد الثامن (٥) ملخصات
لعام ١٤٣٦ هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

ملخصات الأبحاث القضائية

(العدد الثامن)

محتويات العدد

يضم هذا العدد من السلسلة ملخصات الأبحاث الآتية:

١) **التحقيق الإداري** ١١

إعداد: عبدالله بن عبدالعزيز بن فهد العجلان

إشراف: أ.د. محمد الحسيني مصيلحي الشعراوي

العام الجامعي: ١٤٢٥-١٤٢٦هـ.

٢) **الدفوع الإدارية وتطبيقاتها القضائية من محاكم ديوان المظالم** ١٥٣

إعداد: عبدالله بن علي عبدالرحمن العليان

إشراف: د. محمد مصيلحي

العام الجامعي: ١٤٢٣هـ.

٣) **القيود على جهة الإدارة في العقود الإدارية** ٢٦٩

إعداد: يحيى بن أحمد بن محمد عبيد

إشراف: د. خالد بن خليل الظاهر

العام الجامعي:٢٨-١٤٢٧-هـ.

٤) **العرف الإداري وتطبيقاته في النظام الإداري السعودي** ٣٦٥

إعداد: عبد اللطيف بن عوض محمد القرني

إشراف: د.عبد الكريم الصايغ

العام الجامعي: ١٤٢٥هـ.

كلمة رئيس مجلس الإدارة

الحمد لله وصلاة وسلاما على رسول الهل وآله وصحبه ومن والاه،

أما بعد:

فإن من أهم أهداف الجمعية نشر العلوم القضائية، وتقديم الدراسات التي تجلي تميز القضاء الإسلامي وأصوله وقواعده وتطبيقاته وإبراز جوانب العدالة فيه والإجابة عن ما يثار حوله من شبهات،ومن وسائل ذلك نشر الأبحاث الأكاديمية المتخصصة المنتقاة من مكتبة المعهد العالي للقضاء.

وقد يسر الله إصدار سبعة أجزاء انتظمت ستة وخمسين بحثا ملخصا بأسلوب ميسر لتسهل الإفادة منها لأكبر شريحة مهتمة بالشأن القضائي ، وقد وجدنا تفاعلاً كبيراً من القراء والمهتمين.

وها هو الجزء الثامن مشتمل على خمسة أبحاث جديدة، شاكرين كل من بذل جهده فيه، سائلين المولى أن ينفع بالجهود ويحقق بها المقصود.

رئيس مجلس إدارة

الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

د.عبدالله بن منصور الغفيلي

كلمة رئيس لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

الحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن اتبعه بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فهذا هو العدد الثامن من سلسلة ملخصات الأبحاث القضائية ، والتي حرصنا فيها على تسهيل الانتفاع بالبحوث التكميلية ورسائل الدكتواره لقسمي (السياسة الشرعية ، والفقه المقارن) في مكتبة المعهد العالي للقضاء ، وذلك بتلخيصها تسهيلاً للانتفاع بها وإيصالها إلى المستفيدين بأكبر قدر ممكن.

وقد أخذت اللجنة في التلخيص منهجا حرصت فيه أن يقدم زبدة البحث بما يفيد المختص و الباحث والقارئ.

أسأل الله تعالى بمنه وكرمه أن يبارك لنا في هذا المشروع ويعيننا على إنجازه بجميع مراحله على أكمل حال وأن يجعله خالصا لوجهه الكريم ، وأن يحقق فيه الأجر والنفع للجيمع.

كما أسأله سبحانه أن يجزي بالخير الوفير القائمين على هذا العمل ، ومن بادروا بطباعة هذه السلسلة وإخراجها ونشرها. آمين آمين آمين.

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

كتبه /

رئيس لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

د. عبدالعزيز بن سليمان بن علي الغسلان

١٤٣٦/٥/٥هـ

ملخص بحث

التحقيق الإداري

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية

إعداد الطالب

عبدالله بن عبدالعزيز بن فهد العجلان

إشراف فضيلة الأستاذ الدكتور

محمد الحسيني مصيلحي الشعراوي

الأستاذ بالمعهد العالي للقضاء وعمادة البحث العلمي

١٤٢٥ - ١٤٢٦هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس ٣١٩

اليحث قبل التلخبص بدون المقدمة والفهارس ٢٤١

البحث بعد التلخيص٨٠

إعداد/

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث

تقسيمات البحث:

لقد ارتضيت أن أسير في بحثي هذا وفق التقسيم الآتي:

المقدمة:

وتشتمل على الآتي:

- تحديد موضوع البحث وعنوانه.
- أهمية الموضوع وأهدافه.
- أسباب اختيار الموضوع.
- الدراسات السابقة حول هذا الموضوع.
- منهج البحث.
- تقسيمات البحث.
- الشكر والتقدير.

التمهيد:

المبحث الأول: مفهوم التحقيق الإداري:

المطلب الأول: تعريف التحقيق الإداري في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف التحقيق الإداري في الفقه.

المطلب الثالث: تعريف التحقيق الإداري في النظام.

المبحث الثاني: تحديد الموظف العام الخاضع للتحقيق الإداري:

المطلب الأول: تعريف الموظف العام.

المطلب الثاني: تبيعة علاقة الموظف العام بالدولة.

المطلب الثالث: الموظفون الخاضعون للتحقيق الإداري.

المبحث الثالث: تمييز التحقيق الإداري عن التحقيق الجنائي:

المطلب الأول: تعريف التحقيق الجنائي.

المطلب الثاني: تبيعة التحقيق الجنائي.

المطلب الثالث: أوجه الاتفاق بين التحقيق الإداري والتحقيق الجنائي.

المطلب الرابع: أوجه الاختلاف بين التحقيق الإداري والتحقيق الجنائي.

الفصل الأول: أسس التحقيق الإداري:

المبحث الأول: المخالفات التي تستوجب التحقيق الإداري:

المطلب الأول: طبيعة المخالفات التي تستوجب التحقيق الإداري.

المطلب الثاني: المخالفات المالية.

المطلب الثالث: المخالفات الإدارية.

المطلب الرابع: الفرق بين المسؤولية الإدارية والمسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية للموظف العام.

المطلب الخامس: المخالفات التي تستوجب التحقيق الإداري في الفقه.

المبحث الثاني: الإحالة إلى التحقيق الإداري:

المطلب الأول: السلطة المختصة بالإحالة إلى التحقيق.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الإحالة إلى التحقيق.

المطلب الثالث: السلطة المختصة بالإحالة إلى التحقيق في الفقه.

المبحث الثالث: السلطة المختصة بإجراء التحقيق الإداري:

المطلب الأول: الجهة الإدارية التي يتبعها الموظف العام.

المطلب الثاني: هيئة الرقابة والتحقيق.

المطلب الثالث: السلطة المختصة بإجراء التحقيق في الفقه.

المبحث الرابع: المحقق الإداري:

المطلب الأول: تعريف المحقق الإداري في الفقه والنظام.

المطلب الثاني: الصفات الواجب توافرها في المحقق الإداري في الفقه والنظام.

المطلب الثالث: سلطات المحقق الإداري في الفقه والنظام:

الفرع الأول: الاطلاع على الوثائق الإدارية والمستندات.

الفرع الثاني: إجراء التفتيش:

الفرع الثالث: سماع أقوال الشهود.

الفرع الرابع: الاستعانة بأهل الخبرة.

الفرع الخامس: الضبط كف يد الموظف المتهم.

الفصل الثاني: ضمانات التحقيق الإداري في الفقه والنظام:

المبحث الأول: الضمانات المتعلقة بجهة التحقيق

المطلب الأول: حيدة جهة التحقيق.

المطلب الثاني: كتابة التحقيق.

المطلب الثالث: سرية التحقيق.

المبحث الثاني: الضمانات المتعلقة بالموظف العام المتهم:

المطلب الأول: حضور الموظف العام ومواجهته بالمخالفة المنسوبة إليه.

المطلب الثاني: تمكين الموظف العام من الدفاع عن نفسه.

الفصل الثالث: التصرف في التحقيق الإداري:

المبحث الأول: التصرف في التحقيق الذي تجريه الجهة الإدارية:

المطلب الأول: حفظ التحقيق.

المطلب الثاني: الإحالة إلى الرئيس الإداري.

المطلب الثالث: الإحالة إلى هيئة الرقابة والتحقيق.

المبحث الثاني: التصرف في التحقيق الذي تجريه هيئة الرقابة والتحقيق:

المطلب الأول: حفظ التحقيق.

المطلب الثاني: الإحالة إلى الجهة الإدارية التي يتبعها الموظف العام.

المطلب الثالث: الإحالة إلى ديوان المظالم.

المطلب الرابع: الإحالة إلى الجهة المختصة بالقضاء الجنائي.

المطلب الخامس: الإحالة إلى مجلس الوزراء.

المبحث الثالث: التصرف في التحقيق الإداري في الفقه.

الخاتمة: وتشتمل على أهم النتائج وتوصيات البحث.

الملاحق :

أ- نظام الخدمة المدنية.

ب- نظام تأديب الموظفين.

الفهارس:

أ- فهرس الآيات القرآنية .

ب- فهرس الأحاديث النبوية والآثار .

ج- فهرس الأعلام .

د- فهرس المصادر والمراجع .

هـ- فهرس الموضوعات .

التمهيد

ويشتمل على المباحث الآتية:

المبحث الأول: مفهوم التحقيق الإداري.

ويشتمل على المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف التحقيق الإداري في اللغة

التحقيق في اللغة: مأخوذ من الحق, وهو في اللغة خلاف الباطل, وهو مصدر حق الشيء يحق إذا ثبت ووجب, و التحقيق يطلق على التثبت من الأمر والتأكد من وجوده وصحته, فتحقيق الأمر تيقنه وجعله ثابتاً لازماً, يقال: حقق مع فلان تحقيقاً أي تثبت من صحة المنسوب إليه.

والإداري: منسوب إلى الإدارة, وهي في اللغة من دار يدور دوراً ودوراناً.

جاء في معجم القانون الصادر عن مجمع اللغة العربية أن المقصود بالتحقيق الإداري: "مجموعة الإجراءات التي تستهدف تحديد المخالفات التأديبية والمسؤولين عنها".

المطلب الثاني

تعريف التحقيق الإداري في الفقه

تعريف التحقيق: م يخرج الفقهاء في استعمالهم للتحقيق عن معناه اللغوي, فهم يطلقون التحقيق على التثبت من الأمر والتأكد من وجوده وصحته وتيقنه.وقد جاء في التعريفات أن التحقيق في الاصطلاح: "إثبات المسألة بدليلها, والتحقق بيان الشيء على وجه الحق" .

تعريف الإداري: الإداري هنا نسبة إلى الإدارة, ، والإدارة بمفهومها العام القدرة على استخدام الإمكانيات المادية والبشرية المتاحة بأقصى كفاية لتحقيق الأهداف العامة. ولم يتطرق فقهاء الشريعة المتقدمين إلى تعريف الإدارة الإسلامية ، ويمكننا تعريف الإدارة الإسلامية بأنها: **مجموعة العمليات التي تنظم القوى البشرية**

والمادية من أجل تحقيق المصالح العامة بما لا يخالف الشريعة الإسلامية

تعريف التحقيق الإداري: م يكن التحقيق الإداري معروفاً بهذا الاسم عند فقهاء الشريعة الإسلامية, كما أنهم لم يستخدموا هذا المطلح في كتبهم, مع أن أصل هذا المطلح ومفهومه موجود في الفقه الإسلامي.

ومما يدل على مشروعية التحقيق الإداري ما يلي:

١. إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً سورة النساء, الآية (٥٨).

٢. وقوله ﷺ : (من أطاعني فقد أطاع الله, ومن عصاني فقد عصى الله, ومن أطاع أميري فقد أطاعني, ومن عصى أميري فقد عصاني) أخرجه البخاري في صحيحه, حديث رقم (٦٧١٨), ومسلم في صحيحه, حديث رقم (١٨٣٥),.

٣. ولقد كان النبي ﷺ يتابع أحوال الولاة والقضاة والعمال, ويداوم الرقابة عليهم, ويسمع الشكاية ضدهم, ويعاقب من أساء منهم بعد التحقق من إساءتهم وإخلالهم

٤. وعلى هذا النهج الذي كان يتبعه رسول الله ﷺ في تتبعه أحوال الولاة والقضاة والعمال ومداومة الرقابة عليهم وسماع الشكاية ضدهم ومعاقبة من أساء منهم بعد التحقق من ذلك سار أصحابه رضوان الله عليهم من بعده, ومن ذلك أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ عزل عمار بن ياسر ﷺ عن الكوفة؛ وذلك بعد أن شكاه أهلها وقالوا: "هو والله غير كاف, ولا مجز, ولا عالم بالسياسة" , وقد أجرى معه عمر ﷺ تحقيقاً جاء فيه أن عمر قال: "علام استعملتك يا عمار؟ قال: على الحيرة وأرضها, فقال: قد سمعت بالحيرة تجاراً تختلف إليها, قال: وعلى أي شيء, قال: على بابل وأرضها, قال: قد سمعت بذكرها في القرآن... قالوا: قد أخبرناك أنه لا يدري علام بعثته, فعزله عنهم. ثم دعاه بعد ذلك فقال: أساءك حين عزلتك؟ فقال: والله ما فرحت به حيني بعثتني, ولقد سأني حين عزلتني. فقال: لقد علمت ما أنت بـ□احب عمل" .

٦ . وقد نص علماء السياسة الشرعية على مشروعية التحقيق الإداري .

وبعد أن تبين لنا فيما تقدم مشروعية التحقيق الإداري وأن أصله موجود في الفقه الإسلامي وأنه من اخت□اصات قضاء المظالم

فإنه من الممكن تعريف التحقيق الإداري بأنه: **مجموعة الإجراءات المشروعة التي يقوم بها شخص مختص أو أكثر مع عمال الدولة الإسلامية في حال مخالفتهم لأحكام الشريعة الإسلامية وإخلالهم بواجباتهم الوظيفي**

المطلب الثالث

تعريف التحقيق الإداري في النظام

تعريف التحقيق: مجموعة الإجراءات المشروعة الموصلة إلى كشف الحقيقة من قبل سلطة مختصة.

تعريف الإداري: الإداري نسبة إلى الإدارة, و يمكن تعريف الإدارة العامة بأنها: **مجموعة العمليات التي تنظم القوى البشرية والمادية من أجل تحقيق الأهداف العامة.**

تعريف التحقيق الإداري: م يحاول المنظم السعودي وضع تعريف عام وشامل يتحدد بمقتضاه.

التعريف المختار:مجموعة الإجراءات المشروعة التي تباشرها السلطة المختصة لتحديد المخالفات التأديبية والموظفين المسؤولين عنها وظروف ارتكابها.

فالتحقيق الإداري إجراء جوهري في بيان نسبة الخطأ الإداري للموظف العام من عدمه, وبالتالي تعرضه للعقوبة التأديبية أو عدم تعرضه لها, فهو يوفر الضمان والاطمئنان للموظف المحال إلى

التحقيق الإداري, وهذا ما أكدَّه ديوان المظالم في أحد أحكامه حيث جاء فيه: "ومفاد ذلك أن النظام أوجب قبل توقيع الجزاء على الموظف إجراء تحقيق معه, وسماع أقواله وتحقيق دفاعه بما يوفر له الضمان والاطمئنان " حكم ديوان المظالم رقم ٥٤/ت/١, لعام ١٤٠٥هـ, "حكم غير منشور"..

المبحث الثاني

تحديد الموظف العام الخاضع للتحقيق الإداري

ويشتمل على المطالب الآتية

المطلب الأول: تعريف الموظف العام.

الموظف في اللغة: اسم مفعول من وظف يوظف وظيفة فهو موظف, وتطلق الوظيفة على العهد والشرط, والتوظيف معناه: تعيين الوظيفة . والموظف هو الشخص الذي يقوم بأعباء الوظيفة.

والعام في اللغة: الشامل, يقال: عمَّ الشيء عموماً إذا شمل الجماعة, وبناء عليه فإن الموظف العام في اللغة هو: الشخص الذي يقوم بأعباء الوظيفة العامة, وهي بخلاف الوظيفة الخاصة.

تعريف الموظف العام في الاصطلاح: حاول بعض الباحثين المعاصرين تعريف الموظف العام في الفقه الإسلامي فعرفه بأنه: "وكيل شرعي عن ولي الأمر قامت به صفة موجبة للولاية شرعاً, مخول بالتصرف فيما أسند إليه من عمل"..

أما في النظم الحديثة فإن أنظمة الموظفين في كثير من دول العالم لم تضع تعريفاً عاماً يتحدد بمقتضاه مفهوم الموظف العام, وهذا ما سار عليه المنظم السعودي؛ومن ذلك ما ورد في نظام مكافحة الرشوة من أنه "يُعدُّ في حُكم الموظف العام في تطبيق أحكام هذا النظام:

١. كل من يعمل لدى الدولة أو أحد الأجهزة ذات الشخصية المعنوية العامة سواء كان يعمل بصفة دائمة أو مؤقتة.
٢. المحكم أو الخبير المعين من قبل الحكومة أو أية هيئة لها اختصاص قضائي.
٣. كل مكلف من جهة حكومية أو أية سلطة إدارية أخرى بأداء مهمة معينة.
٤. كل من يعمل لدى الشركات أو المؤسسات الفردية التي تقوم بإدارة وتشغيل المرافق العامة أو صيانتها أو تقوم بمباشرة خدمة عامة, وكذلك كل من يعمل لدى الشركات المساهمة والشركات التي تساهم الحكومة في رأس مالها والشركات أو المؤسسات الفردية التي تزاول الأعمال المصرفية.

رؤساء وأعضاء مجالس إدارات الشركات المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من هذه المادة" المادة (٨) من نظام مكافحة الرشوة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٦), وتاريخ ١٤١٢/١٢/٢٩هـ.

وقد حاول فقهاء النظام الإداري إيجاد تعريف جامع مانع للموظف العام, وتعددت المحاولات في ذلك, ولعل أرجح هذه المحاولات ما اختاره الكثير منهم في أن المقصود بالموظف العام: **كل شخص يعهد إليه من قبل السلطة المختصة بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام**. ومن خلال هذا التعريف تتضح العناصر الأساسية التي لا بد من توافرها في الشخص حتى يصبح موظفاً عاماً وهي كما يأتي:

١ . أن يعين بصفة دائمة في وظيفة دائمة:

٢ . أن يعمل في خدمة مرفق عام تديره الدولة عن طريق الاستغلال المباشر:

٣ . أن يعين من قبل السلطة العامة المختصة:

المطلب الثاني

طبيعة علاقة الموظف العام بالدولة

الرأي الأول: تكييف العلاقة بأنها علاقة تعاقدية.

الرأي الثاني: تكييف العلاقة بأنها علاقة تنظيمية.

وقد أفصح المنظم السعودي عن رأيه في علاقة الموظف العام بالدولة وتكييفه لهذه العلاقة بأنها تنظيمية, وذلك منذ عهد بعيد فقد ورد في أمر سامي أن "العلاقة بين الموظف والحكومة علاقة نظامية, وليست تعاقدية تتحكم فيها التعهدات" الأمر السامي رقم (١٩٤١), وتاريخ ١٣٨٢/١١/٢٠هـ..

واتفاقاً مع هذا التكيف لطبيعة العلاقة بين الموظف العام والدولة ذهبت المذكرة التفسيرية لنظام الموظفين العام السابق إلى القول باعتبار تلك العلاقة ذات طبيعة تنظيمية المذكرة التفسيرية لنظام الموظفين العام الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥), وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ.

وكذلك ذهبت هيئة التأديب إلى القول بهذا التكييف حيث اعتبرت علاقة الموظف بالدولة علاقة "تنظيمية لائحية" حكم هيئة التأديب بجلسة ١٣٩٢/٨/١هـ, في القضية رقم (٩) لسنة ١٣٩٢هـ؛

"مجموعة أحكام هيئة التأديب, المجموعة الأولى, الأحكام الصادرة حتى نهاية عام ١٣٩٤هـ, ص٣٢".

وإضافة إلى ذلك فإن القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية ممثلاً بديوان المظالم ذهب إلى القول بهذا التكييف واعتبر أن علاقة الموظف بالإدارة علاقة تنظيمية لائحية, حيث جاء في أحد أحكامه "أن مصدر الحق في تسوية الحالة الوظيفية أو التصنيف أو النقل إلى وضع وظيفي هو النظام ممثلاً في اللائحة..." حكم ديوان المظالم رقم ٧٦٩/ت/١ لعام ١٤١١هـ, "حكم غير منشور"..

ويترتب على الأخذ بهذا التكييف لطبيعة علاقة الموظف العام بالدولة وأنها علاقة تنظيمية عدة نتائج أهمها ما يلي:

١. أنه يتم شغل الوظيفة العامة بموجب قرار إداري صادر من قبل السلطة الإدارية المختصة بإرادتها المنفردة, تنص المادة (٨) من نظام الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٩), وتاريخ ١٣٩٧/٧/١٠هـ على أن "الموظف الذي لا يباشر مهام وظيفته دون عذر مشروع خلال خمسة عشر (١٥) يوماً من تاريخ إبلاغه قرار التعيين يلغى قرار تعيينه ويعتبر كأن لم يكن"..

٢. أن جميع الأحكام التي تنظم مركز الموظف العام موضوعة سلفاً قبل تعيينه.

٣. أنه يحق للإدارة تعديل الأنظمة واللوائح الوظيفية بإرادتها المنفردة وفقاً لمقتضيات الصالح العام.

٤. أنه لا يجوز إنهاء العلاقة الوظيفية من قبل الإدارة إلا في الحالات التي يجيزها النظام.

أما في الفقه الإسلامي : العلاقة بين الموظف العام والدولة من المنظور الإسلامي علاقة يحكمها التعاقد, ولكنه تعاقد له طبيعة خاصة, بحيث يجمع بين خصائص الوكالة والإجارة, وصفة التعاقد في العلاقة الوظيفية من منظور الإدارة الإسلامية لا يحول دون حق الإدارة في التصرف بإرادتها المنفردة متى ما اقتضى ذلك ضرورة معينة, أو مصلحة عامة راجحة, أو درء مفسدة, أو كان ذلك التصرف أمر يقتضيه حسن السياسة وانتظام أمر الإدارة.

المطلب الثالث

الموظفون الخاضعون للتحقيق الإداري

جميع الموظفين العموميين بالدولة يخضعون للتحقيق الإداري ما عدا الموظفين العسكريين, فإنهم لا يخضعون للتحقيق الإداري, المواد (١١٩ــ ١٢٨) من نظام قوات الأمن الداخلي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٠), وتاريخ ١٣٨٤/١٢/٤هـ؛ والمادة (١٢) و(١٣) من نظام العقوبات للجيش العربي السعودي الصادر بالإرادة السنية رقم (٩٥/٨/١٠), وتاريخ ١٣٦٦/١/١١هـ..

إذاً فالموظفون الخاضعون للتحقيق الإداري هم جميع الموظفون المدنيون بما فيهم موظفوا المؤسسات والهيئات العامة, وهؤلاء الموظفين يحكمهم نظام الخدمة المدنية ولوائحه التنفيذية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٩), وتاريخ ١٣٩٧/٧/١٠هـ, ونظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ, وهذان النظامان يعتبران بمثابة التنظيم العام للموظفين, ويقوم بجوار هذا التنظيم العام المتمثل في نظام الخدمة المدنية ولوائحه التنفيذية, ونظام تأديب الموظفين نظم خاصة تحكم بعض فئات الموظفين الذين تحيط بهم اعتبارات خاصة, ومن ذلك على سبيل المثال: الوزراء نظام مجلس الوزراء الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/١٣),

وتاريخ ١٤١٤/٣/٣هـ؛ ونظام الوزراء ونواب الوزراء وموظفي المرتبة الممتازة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٠) وتاريخ ١٣٩١/٣/١٨هـ؛ ونظام محاكمة الوزراء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٨٨) وتاريخ ١٣٨٠/٩/٢٢هـ., وأعضاء السلك القضائي نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦٤) وتاريخ ١٣٩٥/٧/١٤هـ؛ ونظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ ١٤٠٢/٧/١٧هـ., وأعضاء مجلس الشورى نظام مجلس الشورى الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/ ٩١) وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ؛ ولائحتي وقواعد مجلس الشورى الصادرة بالأمر الملكي رقم (أ/١٥) وتاريخ ١٤١٤/٣/٣هـ.

(١) انظر: نظام هيئة التحقيق والادعاء العام الصادر بالمرسوم, وأعضاء هيئة التحقيق والإدعاء العام نظام هيئة التحقيق والادعاء العام الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٦) وتاريخ ١٤٠٩/١٠/٢٤هـ؛ ولائحة أعضاء هيئة التحقيق والادعاء العام والعاملين فيها الصادرة بناء على قرار مجلس الوزراء رقم (١٤٠) وتاريخ ١٤٠٩/٨/١٣هـ., وأساتذة الجامعات نظام مجلس التعليم العالي والجامعات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٨) وتاريخ ١٤١٤/٦/٤هـ؛ واللائحة المنظمة لشؤون منسوبي الجامعات السعوديين من أعضاء هيئة التدريس ومن في حكمهم الصادرة بقرار

مجلس التعليم العالي رقم (١٤١٧/٦/٤), وتاريخ ١٤١٧/٨/٢٦هـ., فهؤلاء الموظفين يخضعون لأنظمة وظيفية خاصة بهم.

وقد نص نظام تأديب الموظفين صراحة على سريان أحكامه على "جميع الموظفين المدنيين في الدولة, عدا أعضاء السلك القضائي, كما يسري على موظفي الأشخاص المعنوية العامة" المادة (٤٨) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ: ١٣٩١/٢/١هـ., وهذا يدل بوضوح على أن نظام تأديب الموظفين يمثل التنظيم العام في مجال التأديب الوظيفي وذلك فيما لم يرد به نص خاص, وبناء على ذلك فإن جميع الموظفين العموميين الخاضعين لأنظمة وظيفية خاصة إذا لم يرد في أنظمتهم الخاصة ما يتعلق بأسس وأصول التحقيق والتأديب فإنه يطبق عليهم حينئذٍ نظام تأديب الموظفين الذي يمثل التنظيم العام في مجال التأديب الوظيفي.

وقد أشارت إلى ذلك المذكرة التفسيرية لنظام تأديب الموظفين حيث جاء فيها: "فهؤلاء يخضعون للأحكام الخاصة بهم, فإن سمحت تلك الأحكام بخضوعهم لأحكام هذا النظام كله أو بعضه كان خضوعهم بناء على ذلك, وإلا فيتبع في حقهم ما تقضي به تلك الأحكام, على أن هذا لا ينفي في كافة الحالات خضوعهم

فيما نسب إليهم من مخالفات لاختصاصات هيئة الرقابة والتحقيق, وتبعاً لما تضمنه النظام من أحكام تتعلق بالرقابة والتحقيق" المذكرة التفسيرية لنظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ. .

المبحث الثالث

تمييز التحقيق الإداري عن التحقيق الجنائي
ويشتمل على المطالب الآتية
المطلب الأول: تعريف التحقيق الجنائي.

تعريف التحقيق: لقد تقدم معنا سابقاً تعريف التحقيق في اللغة, وفي الاصطلاح الفقهي والنظامي.

تعريف الجنائي: الجنائي هنا نسبة إلى الجناية وهي في اللغة: الذنب والجرم.

وفي الاصطلاح الفقهي: الجناية: "اسم لفعل محرم شرعاً سواء وقع على نفس أو مال أو غير ذلك.

أما في المملكة العربية السعودية فإن النظام الجنائي يستمد أصوله وقواعده من الشريعة الإسلامية, وهي الحاكمة على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة كما نص على ذلك النظام الأساسي للحكم المادة (٧) من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/ ٩٠) وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ.

, لـذا فـإن الجـرائم في المملكـة تنقسـم إلى جـرائم الحـدود, وجـرائم القـاص والديـة, وجـرائم التعـازير, وذلـك وفقـاً لمـا هـو مقـرر في الشـريعة الإسـلامية. وقـد أوجـب نظـام الإجـراءات الجزائيـة علـى المحقـق أن يقـوم بالتحقيـق في جميـع الجـرائم الكبـيرة وفقـاً لمـا هـو منـصوص عليـه نظامـاً, ولـه في غـير هـذه الجـرائم أن يقـوم بالتحقيـق فيهـا إذا وجـد أن ظروفهـا أو أهميتهـا تسـتلزم ذلـك المـادة (٦٤) مـن نظـام الإجـراءات الجزائيـة الـصادر بالمرسـوم الملكـي رقـم (م/٣٩) وتاريـخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ؛ وانظـر: قـرار وزيـر الداخليـة رقـم (١٢٤٥) وتاريـخ ١٤٢٣/٧/٢٣هـ الـصادر اسـتناداً إلى المـادة (١١٢) مـن نظـام الإجـراءات الجزائيـة والـذي حـدد بموجبـه الجـرائم الكبيرة..

تعريـف التحقيـق الجنـائي:مجموعـة الإجـراءات المشـروعة الـتي تباشـرها السـلطة المختصـة للكشـف عـن الجـرائم وتحديـد مرتكبيهـا وظروف ارتكابها.

المطلب الثاني
طبيعة التحقيق الجنائي

التحقيق الجنائي يعد جزء من اختصاصات القضاء وعمل القاضي, ويؤيد ذلك ما يلي:

١. أن طبيعة عمل المحقق الجنائي هو البحث عن الحقيقة وتحديد مرتكب الجريمةوهذه أعمال قضائية .

٢. "سلطة المحقق في اتخاذ إجراءات ماسة بالحريات, وأن كل مساس بهذه الحرية يجب أن يكون من أعمال القضاء".

٣. "سلطة المحقق في التصرف في التحقيق إما بالإحالة إلى القضاء, أو بإصدار أمر بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية".

و أُسنِدَ التحقيق الجنائي إلى هيئة التحقيق والادعاء العام وأصبحت هذه الهيئة هي السلطة ذات الاختصاص العام والأصيل في مباشرة التحقيق الجنائي والادعاء العام, كما نصت على ذلك المادة الرابعة عشرة من نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ. بقولها: "تتولى هيئة التحقيق والادعاء العام التحقيق والادعاء العام طبقاً لنظامها ولائحته", وقد

نصت المادة السادسة عشرة من هذا النظام على أنه: "تختص هيئة التحقيق والادعاء العام وفقاً لنظامها بإقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها أمام المحاكم المختصة", كما نص نظام هيئة التحقيق والادعاء العام على أن:"تختص الهيئة وفقاً للأنظمة وما تحدده اللائحة التنظيمية بما يلي:

أ . التحقيق في الجرائم.

ب . التصرف في التحقيق برفع الدعوى أو حفظها وفقاً لما تحدده اللوائح..." المادة (٣) من نظام هيئة التحقيق والادعاء العام الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٦) وتاريخ: ١٤٠٩/١٠/٢٤هـ..

واستثناءً من هذا الأصل العام فإن التحقيق الجنائي قد يسند بصفة خاصة في بعض الجرائم إلى جهات أخرى نظراً لتعلق تلك الجرائم بمهامها الوظيفية, وقد نصت المادة الثانية من المرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ ١٤٠٢/٧/١٧هـ على أن "تتولى هيئة الرقابة والتحقيق بالإضافة إلى الاختصاصات المسندة إليها التحقيق في جرائم الرشوة والتزوير والجرائم المنصوص عليها في المرسوم الملكي رقم (٤٣) وتاريخ ١٣٧٧/١١/٢٩هـ". كما نصَّ نظام ديوان المظالم

على أن "تتولى هيئة الرقابة والتحقيق الادعاء العام أمام الدائرة المختصة في الجرائم والمخالفات التي تتولى الهيئة التحقيق فيها" (المادة (١٠) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ: ١٤٠٢/٧/١٧هـ .

المطلب الثالث

أوجه الاتفاق بين التحقيق الإداري

والتحقيق الجنائي

١. يتفق التحقيق الإداري مع التحقيق الجنائي في الغاية التي يهدف إليها كل منهما, وهي كشف الحقيقة وبيان العلاقة بين المتهم والتهمة المنسوبة إليه والظروف المحيطة بذلك .

٢. أن كلاً من التحقيق الإداري والتحقيق الجنائي عبارة عن مجموعة من الإجراءات التمهيدية المشروعة الموصلة إلى كشف الحقيقة.

٣. أن كلاً من التحقيق الإداري والتحقيق الجنائي يُباشَرُ من قِبَلِ سلطة مختصة نظاماً.

٤. تتميز الإجراءات في التحقيق الإداري والتحقيق الجنائي بأنها وسيلة لجمع أدلة الإثبات,.

٥. أن كلاً من التحقيق الإداري والتحقيق الجنائي يمنح سلطات معينة للمحقق, وهذه السلطات متقاربة إلى حد كبير جداً.

٦. أن كلاً من التحقيق الإداري والتحقيق الجنائي يتخذ إجراءً احتياطياً وتحفظياً في بعض الأحوال.

٧. أن كلاً من التحقيق الإداري والتحقيق الجنائي يوفر عدداً من الضمانات للمتهم في مرحلة التحقيق, وهذه الضمانات متشابهة ومتقاربة إلى حد كبير.

٨. أن كلاً من التحقيق الإداري والتحقيق الجنائي يتضمن تدويناً لمحضر التحقيق, وقد أوجب النظام أن يكون التحقيق الإداري والجنائي مكتوباً ولا يلزم أن يكون شفوياً المادة (١١) و(٣٥) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ؛ والمواد (٨٠), (٩٦), (١٠١) من نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ..

٩. أن كلاً من التحقيق الإداري والتحقيق الجنائي يتضمن ترفاً في التحقيق إما بالحفظ أو بالإحالة إلى جهة تنفيذية أو محكمة مختصة.

١٠. أن كلاً من التحقيق الإداري والتحقيق الجنائي يهدف إلى تحقيق العدالة والإنصاف في المجتمع.

المطلب الرابع

أوجه الاختلاف بين التحقيق الإداري والتحقيق الجنائي

١. أن التحقيق الإداري لا يكون إلا مع الموظف العام, أما التحقيق الجنائي فإنه لا يقتصر على الموظف العام بل إنه يكون مع الموظف العام وغيره.

٢. أن السلطة المختصة بمباشرة التحقيق الإداري إما الجهة الإدارية التي يتبعها الموظف العام أو هيئة الرقابة والتحقيق, أما التحقيق الجنائي فإن السلطة ذات الاختصاص الأصيل والعام بمباشرته هي هيئة التحقيق والادعاء العام.

٣. أن عقوبة المخالفات التي تستوجب التحقيق الإداري عدم الحصر, أما الجرائم التي تستوجب التحقيق الجنائي فهي محددة ومحصورة, فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

٤. أن التحقيق الإداري يتخذ في بعض الأحوال إجراء احتياطياً وتحفظياً, أما في التحقيق الجنائي فالإجراءات الاحتياطية متنوعة, كما نص على ذلك نظام الإجراءات الجزائية المادة (٤٣) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ؛ والفصل السابع والثامن من

الباب الرابع من نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩), وتاريخ: ١٤٢٢/٧/٢٨هـ..

أن التصرف في التحقيق الإداري يتم بحسب السلطة التي تقوم به ،أما التصرف في التحقيق الجنائي فبعد الانتهاء من التحقيق تقوم السلطة المختصة بالتصرف فيه وذلك باتخاذ أحد قرارين: إما بإصدار أمر بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة, أو إصدار أمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية وهذا ما يسمى بحفظ التحقيق الفصل العاشر من الباب الرابع من نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ.

٥. أن طبيعة القرار الصادر بشأن التصرف في التحقيق الإداري يعتبر قراراً إدارياً, أما القرار الصادر بشأن التصرف في التحقيق الجنائي فإنه يعتبر من قبيل القرارات القضائية.

٦. أن التحقيق الإداري ينظمه نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ ونظام الخدمة المدنية ولوائحه التنفيذية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٩) وتاريخ ١٣٩٧/٧/١٠هـ, أما التحقيق الجنائي فينظمه نظام الإجراءات الجزائية ولائحته التنفيذية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ, ونظام هيئة

التحقيق والادعاء العام ولائحته التنظيمية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٦) وتاريخ ١٤٠٩/١٠/٢٤هـ.

٧. أن التحقيق الإداري يستهدف حماية المجتمع الوظيفي, أما التحقيق الجنائي فهو يستهدف حماية المجتمع كله وحفظ النظام العام.

الفصل الأول

أسس التحقيق الإداري

ويشتمل على المباحث الآتية:

المبحث الأول: المخالفات التي تستوجب التحقيق الإداري.

ويشتمل على المطالب الآتية

المطلب الأول: طبيعة المخالفات التي تستوجب التحقيق الإداري.

أوجب المنظم السعودي التحقيق في جميع المخالفات التأديبية التي يرتكبها الموظف العام ونص على أنه "لا يجوز توقيع عقوبة تأديبية على الموظف إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه" المادة (٣٥) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩٧/٢/١هـ..

ومن المفضل استخدام مصطلح المخالفة التأديبية في الدلالة على الأعمال الإيجابية أو السلبية التي تصدر من الموظف العام وإن

هـذا المـصطلح هـو الأكثـر اسـتخداماً في القضـاء الإداري وفي كتـب النظـام الإداري, فضـلاً علـى اسـتخدام مـصطلح المخالفـة في الكثـير مـن الأنظمـة الإداريـة ومنهـا نظـام تأديـب المـوظفين المـواد (٥), (٣١), (٣٤), (٣٨), (٤٠), (٤١) مـن نظـام تأديـب المـوظفين الـصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩٧/٢/١هـ..

وفي المملكـة العربيـة السـعودية نجـد أن النظـام العـام قـائم علـى أحكـام الشـريعة الإسـلامية المـواد (١), (٧), (٨), (٤٨) مـن النظـام الأساسـي للحكـم الـصادر بالأمـر الملكـي رقـم (أ/٩٠) وتاريـخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ., وبالتـالي يمكـن القـول بأن كـل مـا يـصدر عـن الموظـف العـام ويكـون مخالفـاً لأحكـام الشـريعة الإسـلامية فإنـه يعتـبر مخالفة تأديبية.

ولـذلك كـان الاتجـاه السـائد في الـنظم الإداريـة عـدم حـصر المخالفـات التأديبيـة, وهـذا الاتجـاه لا يتفـق مـع مبـدأ الشـرعية المعمـول بـه في النظـام الجنـائي, فـإذا كـان المبـدأ في المجـال الجنـائي أنـه "لا جريمـة ولا عقوبـة إلا بـنص" فـإن هـذا المبـدأ يختلـف في المجـال الإداري, ليـصبح في صـيغة أخـرى يكتفـي فيهـا بحـصر العقـوبات دون المخالفـات, وهـذه الـصيغة هـي: "لا عقوبـة إلا بـنص. وتأكيـداً لهـذا المبـدأ فقـد تضـمنت

المادة الحادية والثلاثون من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ النص على استحقاق العقوبة إذا ما ارتكب الموظف مخالفةً مالية أو إدارية. ولم يحدد النظام المخالفات على وجه الحصر بل ترك ذلك للسلطة المشرفة على التأديب لتقرر ما إذا كان الفعل المنسوب للموظف العام يمكن أن يكون مخالفة تأديبية تستحق العقاب, في حين أن النظم الجنائية تذكر عادة الجرائم على سبيل الحصر, بيد أن النظم الإدارية وإن لم تعدد المخالفات الإدارية تعداداً يحصرها إلا أنها تشترك مع غيرها من النظم في تحديد الجزاءات التي يجوز توقيعها تحديداً دقيقاً لا يترك مجالاً للتقدير عند التطبيق إلا فيما يتعلق باختيار الجزاء وتشديده من عدمه", وهذا ما أخذ به النظام السعودي حيث نص على أن "العقوبات التأديبية التي يجوز أن توقع على الموظف هي:

أولاً: بالنسبة لموظفي المرتبة العاشرة فما دون أو ما يُعادِلُها:

١. الإنذار.

٢ . اللوم.

٣ـ الحسم من الراتب بما لا يتجاوز صافي راتب ثلاثة أشهر, على ألا يتجاوز المحسوم شهرياً ثلث صافي الراتب الشهري.

٤. الحرمان من علاوة دورية واحدة.

٥ . الفصل.

ثانياً: بالنسبة للموظفين الذين يشغلون المرتبة الحادية عشرة فما فوق أو ما يُعادِلُها:

١. اللوم.

٢ . الحرمان من علاوة دورية واحدة.

٣ . الفصل" المادة (٣٢) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

وتمشياً مع ما تقدم نجد أن المنظم السعودي قد أورد في نظام الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٩) وتاريخ ١٣٩٧/٧/١٠هـ بعض المبادئ والقواعد مستهدفاً وضع حدود الواجبات والمحظورات لشاغلي الوظائف العامة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر, وليترك الأمر للسلطة المختصة بمحاسبة

الموظفين لتقرير ما إذا كان التصرف المنسوب للموظف يعتبر مخالفة تأديبية تستوجب الجزاء الإداري, ولذلك نص النظام المذكور على أنه "يجب على الموظف خاصة..." (المادة ١١), كما نص على أنه "يحظر على الموظف خاصة..." (المادة١٢), وفضلاً على ذلك فقد أوردت الأنظمة الوظيفية الخاصة بياناً بواجبات الموظفين الخاضعين لأحكام تلك الأنظمة.

وتجدر الإشارة إلى أن احتجاج الموظف العام المخالف بالجهل بأحكام الأنظمة واللوائح والتعليمات لا يمنع من قيام المسؤولية الإدارية, وقد أشار ديوان المظالم في أحد أحكامه إلى ذلك حيث جاء فيه: "يجب على الموظف الالتزام بالتعليمات وتنفيذها, الجهل بالأنظمة والتعليمات لا يدرأ المسؤولية" حكم ديوان المظالم رقم ٥٦/ت/٢, لعام ١٤١٢هـ, "حكم غير منشور"..

تبين لنا أن المنظم السعودي لم يحاول وضع تعريف عام وشامل يتحدد بمقتضاه مفهوم المخالفة التأديبية ، لذا فقد تصدى القضاء الإداري وكذلك فقهاء القانون الإداري لذلك وحاولوا وضع تعريف عام وشامل يتحدد بمقتضاه مفهوم المخالفة التأديبية, وقد ورد في

أحد أحكام القضاء الإداري السعودي أن المخالفة التأديبية هي: "كل مسلك يأتيه الموظف فيه إخلال بواجبات الوظيفة حكم ديوان المظالم رقم ٢٣٧/ت/٢, لعام ١٤١٢هـ, "حكم غير منشور".. كما ورد في أحد أحكام القضاء الإداري المصري بيان مفهوم المخالفة التأديبية وأنها "إخلال الموظف بواجبات وظيفته أو إتيانه عملاً من الأعمال المحرمة عليه" حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٥٥/١١/٥م, نقلاً عن كتاب الجرائم التأديبية, لممدوح عطاوي, الطبعة الثانية, (الاسكندرية: منشأة المعارف, ٢٠٠٣م), ص٣٢٩..

أما فقهاء القانون الإداري فقد تعددت محاولاتهم في تعريف المخالفة التأديبية, وذهبوا في ذلك مذاهب شتى و يمكن تعريف المخالفة التأديبية بأنها: **كل فعل أو امتناع إرادي يصدر من قبل الموظف العام في أثناء العمل أو خارجه ويؤدي إلى الإخلال بواجبات الوظيفة العامة والخروج عن مقتضياتها.** ومن خلال هذا التعريف يتضح لنا أهم خصائص المخالفات التأديبية ومميزاتها وهي كما يأتي:

١- أن المخالفة التأديبية كما تقع بالفعل فإنها قد تقع بالامتناع عن أداء فعل يدخل في إطار الوظيفة العامة.

٢- أن للإرادة دوراً أساسياً في قيام المخالفة التأديبية.

٣- أن المخالفة التأديبية لا يمكن أن تقع إلا من قبل الموظف العام.

٤- أن المخالفة التأديبية تختلف عن الجريمة الجنائية حيث لا تخضع لمبدأ: "لا جريمة إلا بنص".

٥- أن المخالفة التأديبية لا تقتصر على ما يمكن أن يقع من الموظف العام في أثناء الوظيفة بل تشمل كل مخالفة تقع من الموظف أثناء الوظيفة وخارجها.

٦- أنه لا يقيد بالواجبات الوظيفية تلك المنصوص عليها في الأنظمة واللوائح المختلفة, بل تشمل جميع الواجبات التي يقتضيها حسن انتظام واطراد العمل في المرافق العامة.

٧- أن المخالفة التأديبية تعتبر إخلالاً بنظام المجتمع الوظيفي فقط, خلافاً للجريمة الجنائية فهي إخلال بنظام المجتمع كله.

المطلب الثاني

المخالفات المالية

تتخذ المخالفات التأديبية في المملكة العربية السعودية شكل المخالفة المالية أو الإدارية؛ ولذلك نص نظام تأديب الموظفين على أنه "يعاقب تأديبياً كل موظف ثبت ارتكابه مخالفة مالية أو إدارية" المادة (٣١) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

كما نص على أنه "لا يجوز توقيع عقوبة تأديبية على الموظف إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه" المادة (٣٥) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ.

وبناء عليه فإن المخالفات التي تستوجب التحقيق الإداري في المملكة العربية السعودية هي كل مخالفة مالية أو إدارية يرتكبها الموظف العام؛ ولذلك تختص هيئة الرقابة والتحقيق نظاماً بإجراء الرقابة اللازمة للكشف عن المخالفات المالية والإدارية, وإجراء التحقيق في المخالفات المالية والإدارية التي تكشف عنها الرقابة وفيما يحال إليها من الوزراء المختصين أو من أي جهة رسمية مختصة, وذلك مع عدم الإخلال بسلطة الجهة الإدارية المعنية في الرقابة وفحص

الشكاوى والتحقيق في ذلك المادة (٥) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

وقد قصد المنظم السعودي أن يعطي تعبير المخالفات المالية والإدارية أوسع معانيه ليشمل كافة المخالفات التي يرتكبها الموظف العام بوصفه موظفاً؛ ولذا فإن كل إهمال أو تقصير من قبل الموظف العام في أداء واجباته الوظيفية وخروجه عن مقتضياتها يندرج تحت هذا المفهوم المذكرة التفسيرية لنظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

وقد نص نظام ديوان المراقبة العامة على أنه يعتبر من المخالفات المالية ما يأتي:

١. مخالفة أي حكم من أحكام هذا النظام أو اللوائح التنفيذية التي تصدر تنفيذاً لأحكامه.
٢. مخالفة أي حكم من أحكام أنظمة الدولة ولوائحها المتعلقة بالمحافظة على أموالها المنقولة والثابتة وتنظيم شؤونها المالية كأحكام الميزانية والأنظمة المالية والحسابية ولوائح المستودعات.

٣. كل إهمال أو تقصير يترتب عليه ضياع حق من الحقوق المالية للدولة أو تعريض مصلحة من مصالحها المالية للخطر أو يكون من شأنه أن يؤدي إلى ذلك" المادة (١٥) من نظام ديوان المراقبة العامة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٩) وتاريخ ١٣٩١/٢/١١هـ..

ويمكن تقسيم المخالفات المالية إلى الأنواع الآتية:

١. مخالفات مالية بطبيعتها.
٢. مخالفات مالية ترتبط بالرقابة والإدارة المالية.
٣. مخالفات مالية من حيث آثارها مثل:

أ- مخالفات تؤدي إلى ضياع حقوق الدولة المالية أو الأشخاص العامة.
ب- مخالفات تؤدي إلى المساس بمصالح الدولة أو أجهزتها المالية المختلفة.
ج- مخالفات من شأنها أن تؤدي إلى ضياع مصالح الدولة وقنواتها المختلفة".

المطلب الثالث

المخالفات الإدارية

كل تصرف مخل بواجبات الوظيفة العامة ولا يدخل في عداد المخالفات المالية يعتبر مخالفة إدارية.

وقد حدد مرشد القواعد المنظمة للجزاءات والإجراءات للجرائم والمخالفات التي يرتكبها الموظفون بعض المخالفات الإدارية, ونص على أن المخالفات الإدارية التي يرتكبها الموظفون العموميون متعددة ومنها على سبيل المثال:

١. الإخلال بشرف الوظيفة وكرامتها سواء أثناء العمل أو خارجه.
٢. عدم مراعاة قواعد الآداب واللياقة في التصرفات مع الجمهور والزملاء والرؤساء.
٣. عدم الانضباط وتبديد الوقت في غير واجبات الوظيفة.
٤. عدم تنفيذ الأوامر بالدقة والأمانة اللازمتين في حدود النظم والتعليمات.
٥. توجيه النقد أو اللوم للحكومة بأي وسيلة من وسائل الإعلام المحلية أو الخارجية.
٦. إساءة استعمال سلطة الوظيفة.

٧. قبول الرشوة أو طلبها.

٨. قبول الإكراميات والهدايا بالذات أو بالواسطة بقصد الإغراء من أرباب المصالح.

٩. إفشاء الأسرار التي يطلع عليها الموظف بحكم الوظيفة ولو بعد تركه الخدمة.

١٠. استعمال الفظاظة مع أصحاب المصالح المتصلة بعمله من حيث عدم تسهيل معاملاتهم المطلوبة في مجال التخصص.

١١. الاشتغال بالتجارة بطريق مباشر أو غير مباشر.

١٢. الاشتراك في تأسيس الشركات أو قبول عضوية مجالس إداراتها في غير أوقات الدوام الرسمي.

١٣. المخالفات التي تتعلق بمواعيد العمل.

١٤. مخالفات تتعلق بأداء العمل كالعمل في موقع آخر دون إذن رسمي.

١٥. تجاوز أو ممارسة السلطة بقصد المنفعة للذات أو للغير, جمع النقود والتبرعات دون إذن رسمي من الجهات المختصة,.

١٦. استثمار وقت العمل في غيره.

١٧. مخالفات أخرى مثل التحريض على مخالفة التعليمات, وعدم الإبلاغ عن أي مخالفة قد تقع " مرشد القواعد المنظمة للجزاءات والإجراءات للجرائم والمخالفات التي يرتكبها الموظفون, (الرياض: الديوان العام للخدمة المدنية, ١٤١٢هـ), ص١٤ــ ١٥؛ وانظر: المواد (١١ـ ١٥) من نظام الخدمة المدنية ولوائحه التنفيذية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٩) وتاريخ ١٣٩٧/٧/١٠هـ..

المطلب الرابع
الفرق بين المسؤولية الإدارية والمسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية للموظف العام

أولاً: من حيث أساس المسؤولية: تنبني المسؤولية الإدارية على أساس إخلال الموظف العام بواجباته الوظيفية وخروجه عن مقتضياتها،أما المسؤولية المدنية فتنبني على أساس إخلال الشخص بالتزام قانوني □الما ترتب على هذا الإخلال ضرراً بالغير،في حين تنبني المسؤولية الجنائية على أساس ارتكاب الشخص فعلاً ضاراً بالمجتمع مخالفاً بذلك واجبات قانونية تكفلها أنظمة جنائية بن□وص خاصة.

ثانياً: من حيث الهدف من المسؤولية: الهدف من المسؤولية الإدارية هو ضمان حسن سير المرافق العامة،أما الهدف من المسؤولية المدنية فهو تعويض الشخص الذي أصابه ضرر الغير محافظة على الم□الح الذاتية الخاصة بالأفراد،في حين تهدف المسؤولية الجنائية إلى حفظ النظام العام ومكافحة الجريمة ومنع وقوعها وهي غاية تقررت ل□الح الجماعة.

ثالثاً: من حيث أركان المسؤولية: ترتكز المسؤولية الإدارية على ثلاثة أركان هي:

الركن المادي المتمثل في كل فعل أو امتناع يخل بواجبات الوظيفية العامة ومقتضياتها, والركن المعنوي المتمثل في توافر الإرادة الآثمة لدى مرتكب المخالفة التأديبية, بالإضافة إلى ركن الصفة المتمثل في كون مرتكب المخالفة التأديبية موظفاً عاماً،أما المسؤولية المدنية فترتكز على ثلاثة أركان هي: الخطأ الشخصي, والضرر الذي يصيب الغير, وعلاقة السببية،في حين ترتكز المسؤولية الجنائية على ثلاثة أركان هي: الركن الشرعي المتمثل في نص التجريم الذي يحظر الجريمة ويعاقب عليها فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص, والركن المادي المتمثل في إتيان العمل المكون للجريمة سواء كان فعلاً أو امتناعاً, والركن المعنوي المتمثل في القصد الجنائي ولكي يسأل الإنسان جنائياً لا بد أن تكون إرادته معتبرة ولا تكون كذلك إلا إذا كان مكلفاً أي مسؤولاً عن الجريمة.

رابعاً: من حيث نطاق المسؤولية: يتحدد نطاق المسؤولية الإدارية بارتكاب الموظف العام مخالفة تأديبية تنطوي على معنى الإخلال

بحسن سير العمل الوظيفي وانتظامه،أما نطاق المسؤولية المدنية فيتحدد بارتكاب الموظف العام خطأ شخصياً يصيب الغير بالضرر،في حين يتحدد نطاق المسؤولية الجنائية بارتكاب الموظف العام فعلاً ضاراً بالمجتمع ويكون جزاؤه عقوبة توقع عليه زجراً له وردعاً لغيره.

خامساً: من حيث طبيعة الجزاء: يتمثل الجزاء المترتب على المسؤولية الإدارية في معاقبة الموظف العام الذي يخل بواجباته الوظيفية, وهذا الجزاء لا يمس الموظف العام إلا في أوضاعه المادية: كالحسم من الراتب والحرمان من علاوة دورية, أو في أوضاعه الأدبية: كاللوم والإنذار،في حين يتمثل الجزاء المترتب على المسؤولية المدنية في تعويض الشخص الذي أصابه الضرر, وبناء عليه فإن هذا الجزاء لا يمس من يخضع له إلا في أوضاعه المالية فقط،أما الجزاء المترتب على المسؤولية الجنائية فإنه يتمثل في تقرير جزاء يوقع باسم المجتمع تنفيذاً لحكم قضائي ضد من تثبت مسؤوليته عن الجريمة, وهذا الجزاء أشد قسوة, لأنه يمس الشخص في حياته كالإعدام, أو

في حريته كالحبس, أو في ماله كالمصادرة, أو في شرفه واعتباره كالأمر بنشر الحكم الصادر بالعقوبة في الصحف.

وتأسيساً على ما سبق فإن الفعل الواحد قد يعرض الموظف العام لأنواع المساءلة الثلاثة دون تعارض أو تضارب.

ولذلك قضت هيئة التأديب بأن المحاكمة التأديبية لا تخل بمسؤولية الموظف مدنياً أو جنائياً حكم هيئة التأديب بجلسة ١٣٩٢/٨/٢٥هـ, في القضية رقم (١١) لسنة ١٣٩٢هـ؛ "مجموعة أحكام هيئة التأديب, المجموعة الأولى, الأحكام الصادرة حتى نهاية عام ١٣٩٤هـ, ص٥٠".

وذلك عن الفعل الواحد نظراً لاختلاف المسؤولية الإدارية عن المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية, كما قضت تلك الهيئة أيضاً بأنه لما كانت المخالفة التأديبية تعتبر أساساً تهمة قائمة بذاتها ومستقلة عن التهمة الجنائية فإن توقيع كل من العقوبة التأديبية والعقوبة الجنائية لا ينطوي على تعدد محظور في العقوبة حكم هيئة التأديب بجلسة

١٣٩٢/١١/٢٥هـ, في القضية رقم (٢٩) لسنة ١٣٩٢هـ, "مجموعة أحكام هيئة التأديب, المجموعة الأولى, الأحكام الصادرة حتى نهاية عام ١٣٩٤هـ, ص١٠٤"..

فالمحصلة النهائية أن الموظف العام يعاقب تأديبياً إذا أخل بواجبات الوظيفة العامة ومقتضياتها, , وهذا ما نص عليه النظام حين قضى بأنه "يعاقب تأديبياً كل موظف ثبت ارتكابه مخالفة مالية أو إدارية وذلك مع عدم الإخلال برفع الدعوى العامة أو دعوى التعويض" المادة (٣١) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

لذلك فإن "كل موظف مسؤول عما يصدر عنه, ومسؤول عن حسن سير العمل في حدود اختصاصه المادة (١٥) من نظام الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٩) وتاريخ ١٣٩٧/٧/١٠هـ., وهذا هو المبدأ العام في مسؤولية الموظف العام.

المطلب الخامس

المخالفات التي تستوجب التحقيق الإداري في الفقه

ترتكز الوظيفة العامة في الفقه الإسلامي حول مفهوم الآيتين الكريمتين:

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً (٥٨) يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً (٥٩) سورة النساء, الآيتان (٥٨. ٥٩)..

ومفهوم المسؤولية كما يعبر عنها القرآن الكريم بلفظ الأمانة يشمل جميع أفراد المجتمع المسلم قال تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ (٢٧) سورة الأنفال, الآية (٢٧)., فالولاية أمانة يجب أداؤها على الوجه المشروع.

ويفسر الحديث النبوي الذي رواه أبو ذر الغفاري ﷺ شمول مفهوم الأمانة لكل عمل من أعمال الدولة توكل مسؤوليته للفرد المسلم, فيحدد الرسول ﷺ هذا المفهوم حين نبه الصحابي الجليل أبو ذر إذ قال له: يا رسول الله ألا تستعملني؟ فقال رسول الله ﷺ: (يا أبا ذرٍّ إنك ضعيف, وإنها أمانة, وإنها يوم القيامة خزي وندامة, إلا من

أخـذها بحقهـا وأدى الـذي عليـه فيهـا) أخرجـه مسـلم في صـحيحه, حديث رقم (١٨٢٥ .

ومـن خـلال مـا تقـدم يتبـين لنـا أن كـل فـرد مـن المسـلمين أوكلـت لـه وظيفـة عامـة فقـد أوكلـت لـه أمانـة هـو مسـؤول عنهـا ومحاسـب علـى أسـلوب أدائهـا, ولـذا فـإن مـن الأمانـة المطلوبـة فـيمن ولي مـن أمـور الدولـة شـيئاً أن يراعـي الأمانـة في اختيـار العـاملين في أجهزتهـا المختلفـة, ويستشـهد بالحـديث الشـريف المـروي عـن رسـول الله ﷺ: (مـن ولي مـن أمـر المسـلمين شـيئاً فلـوى رجـلاً وهـو يجـد مـن هـو أصـلح للمسـلمين منـه فقـد خـان الله ورسولـه), وفي روايـة: (مـن ولَّى رجـلاً علـى عـابة وهـو يجـد في تلـك العـابة مـن هـو أرضـى لله منـه فقـد خـان الله ورسولـه وخـان المـؤمنين) أخرجـه الحـاكم في المسـتدرك علـى الـحيحين, حـديث رقـم (٧٠٢٣), وقـال: "حـديث صـحيح الإسـناد ولم يخرجـاه", وتعقبـه شمـس الـدين الـذهبي في مختـره وقـال: هـذا الحـديث أخرجـه الحـاكم عـن حسـين بـن قـيس الـرحبي عـن عكرمـة عـن ابـن عبـاس, وحسـين بـن قـيس ضعيف..

والجانب الآخر الذي ترتكز عليه فلسفة الوظيفة العامة في الفقه الإسلامي قاعدة المسؤولية الشخصية, قال سبحانه وتعالى: يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً (١)﴾ سورة النساء, الآية (١).

ويقول ﷺ: (ما من عبد يسترعيه الله رعية يموت يوم يموت وهو غاش لرعيته إلا حرم الله عليه الجنة) أخرجه مسلم في صحيحه, , حديث رقم (١٤٢), ؛ كما أخرج البخاري نحوه في صحيحه, حديث رقم (٦٧٣٢),..

وجماع المسؤولية الإدارية وغيرها يتمثل في قول الرسول ﷺ: (ألا كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته, فالإمام الأعظم الذي على الناس راع وهو مسؤول عن رعيته, والرجل راع على أهل بيته وهو مسؤول عن رعيته, والمرأة راعية على أهل بيت زوجها وولده وهي مسؤولة عنهم, وعبدالرجل راع على مال سيده وهو مسؤول عنه, ألا فكلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته) أخرجه البخاري في صحيحه,

حـــديث رقـــم (٦٧١٩), ج٦, ص٢٦١١؛ ومســـلم في صـــحيحه, حديث رقم (١٨٢٩), , واللفظ للبخاري.,

وبعـد أن تبـين لنـا فيمـا تقـدم أهـم الجوانـب الـتي ترتكـز عليهـا الوظيفـة العامـة في الفقـه الإسـلامي فـإن كـل خـروج مـن الموظـف العـام عـن حـدود وظيفتـه وكـل تقـصير منـه في أداء واجباتـه الوظيفيـة يعتـبر مـن المخالفات التي تستوجب التعزير في الفقه الإسلامي.

والتعزيـر في اللغـة: التأديـب, وهـو مـصدر عـزر مـن العـزر وهـو الـردُّ والمنع.

وفي الاصـطلاح: عقوبـة غـير مقـدرة شـرعاً تجـب حقـاً لله تعـالى أو لآدمـي في كـل معـصية لا حـد فيهـا ولا كفـارة. وجـرائم التعزيـر غـير واردة على سبيل الحـصر.

وترتيبـاً علـى مـا سـبق فـإنَّ كـل مـا يعتـبر في مفهـوم النظـام الإداري الحـديث مخالفـة تأديبيـة فإنـه يـدخل في الفقـه الإسـلامي ضـمن جـرائم التعزيـر, وهـي غـير واردة علـى سـبيل الحـصر, وإنمـا يـترك تقـديرها إلى الإمام أو من ينيبه وذلك حسب الظروف والمصلحة العامة.

فالأساس الشرعي للمسؤولية الإدارية للموظف العام في الفقه الإسلامي يتمثل في تهاونه وتقصيره فيما كلف به من الواجبات وخروجه عن مقتضيات المصلحة العامة في أداء مهامه الوظيفية سواء كان ذلك في أثناء العمل أو خارجه. ومن المقرر شرعاً أن واجبات الموظف العام ليست واردة على سبيل الحصر.

واجبات الموظف العام في الفقه الإسلامي:

١ . الالتزام بالشريعة الإسلامية والمساهمة في تنفيذ أحكامها:امتثالاً لقول الحق تبارك وتعالى: كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ المنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الكِتَابِ لَكَانَ خَيْراً لَّهُم مِّنْهُمُ المؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الفَاسِقُونَ (١١٠) سورة آل عمران, الآية (١١٠).

٢ . الالتزام بأداء العمل: ولا يكفي أن يقوم الموظف العام بأداء العمل بنفسه فقط بل يجب عليه أن يؤديه بكل دقة وإتقان قال سبحانه وتعالى: الَّذِينَ هُمْ لأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ (٨) سورة المؤمنون, الآية (٨

وقد كان النبي ﷺ يحث أصحابه وأتباعه أن يحسنوا العمل الذي تحت أيديهم ويتقنوه, وذلك بقوله ﷺ: (إن الله تعالى يحب إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه) أخرجه أبو يعلى في مسنده, والطبراني في المعجم الأوسـ, ج والبيهقي في شعب الإيمان, والهيثمي في مجمع الزوائد, ج٤, ص٩٨, وقال: "وفيه مـعب بن ثابت وثقه ابن حبان وضعفه جماعة".. كما رتب الإسلام أجراً عظيماً إذا أحسن الموظف في أداء عمله وأنجزه بدقة وإتقان كما قال ﷺ: (العامل بالحق على الـدقة كالغازي في سبيل الله عز وجل حتى يرجع إلى بيته) أخرجه أبو داود في سننه, حديث رقم (٢٩٣٦), ج٣, ص١٣٢؛ والترمذي في سننه, حديث رقم (٦٤٥), ماجه في سننه, رقم (١٨٠٩), ج١, ص٥٧٨؛ والإمام أحمد في مسنده, وقال الترمذي: "حديث رافع بن خديج حديث حسن صحيح".

والعمل بدقة وأمانة يستلزم ألا ينشغل الموظف العام خلال وقت الدوام الرسمي بأي عمل آخر يشغله عن أداء عمله

والشريعة الإسلامية لا تمنع الموظف العام من استغلال وقته الزائد بعد أداء الوظيفة العامة في القيام بعمل خاص, ولكن ذلك

مشروط بألا يؤدي هذا العمل إلى استنزاف كل طاقته بحيث لا يستطيع الموظف العام إنجاز عمله العام بالدقة المقررة والإتقان المطلوب,.

٣ . **الأمانة**:إن كل فرد مسلم أوكلت له وظيفة عامة فقد أوكلت له أمانة هو مسؤول عنها ومحاسب على أسلوب أدائها, قال تعالى: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً)سورة النساء, الآية (٥٨).,

والنبي ﷺ يقول: (ما من عبد يسترعيه الله رعية يموت يوم يموت وهو غاش لرعيته إلا حرم الله عليه الجنة) أخرجه مسلم في صحيحه, , حديث رقم (١٤٢), ج١, ص١٢٥؛ كما أخرج البخاري نحوه في صحيحه, , حديث رقم (٦٧٣٢),..

وفي الفقه الإسلامي يعتبر استغلال الوظيفة العامة للمصلحة الخاصة خيانة للأمانة الموكولة للموظف العام, ولقد نصت الشريعة الإسلامية بوضوح على تحريم الرشوة, بل إنها شددت في ذلك, ويظهر هذا جلياً فيما روي عن عبدالله بن عمرو أنه قال: (لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي) أخرجه أبوداود في سننه, حديث رقم

(٣٥٨٠), ؛ والترمذي في سننه, حديث رقم (١٣٣٧), وابن ماجه في سننه, حديث رقم (٢٣١٣), والإمام أحمد في مسنده, والحاكم في المستدرك على الصحيحين, حديث رقم (٧٠٦٦), وقال الترمذي: "حديث حسن صحيح", وقال الحاكم: "حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه" ووافقه الذهبي, وصححه الألباني في إرواء الغليل, ج٨, ص٢٤٤..

واستغلال النفوذ الوظيفي له صور متنوعة وأشكال متعددة, والشريعة الإسلامية تحرم استغلال النفوذ في أي صورة يتم بها.

ويدخل ضمن استغلال النفوذ الوظيفي الذي يعدُّ خيانة للأمانة تقديم منفعة لبعض الناس على أسس واعتبارات غير سليمة,.

ومن مقتضيات أداء الأمانة في الوظيفة العامة, المحافظة على الممتلكات العامة وأموالها.

٤ . **العدل**: لموظف في الإسلام يجب أن يتسم بالعدل بين الناس, والإنصاف في تصرفاته وتعامله مع الآخرين؛ ذلك أن العدل ميزان الله في الأرض وهو قوام الدين والدنيا, ويجب عليه في ذلك ألا تؤثر عليه قرابة أو صداقة أو خصومة, كما قال تعالى: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ (٩٠) سورة النحل, الآية (٩٠).

وقال ﷺ: (إن المقسطين عند الله على منابر من نور عن يمين الرحمن عز وجل وكلتا يديه يمين, الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وما ولوا) أخرجه مسلم في صحيحه, حديث رقم (١٨٢٧

٥ . **طاعة الرؤساء** :يجب على الموظف العام أن يطيع وينفذ التعليمات والأوامر التي تصدر من رؤسائه مما هو مقبول شرعاً, فالطاعة لأولي الأمر والرؤساء أمر ضروري لتنظيم الحياة وسيرها, والله تبارك وتعالى يقول: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً)النساء ايه ٥٩

والرسول ﷺ يقول: (السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره ما لم يؤمر بمعصية, فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة) أخرجه البخاري في صحيحه, حديث رقم (٦٧٢٥), ج٦, ص٢٦١٢؛ ومسلم في صحيحه, حديث رقم (١٨٣٩), واللفظ للبخاري..

٦ . **المحافظة على كرامة الوظيفة العامة ونزاهتها**: من واجبات الموظف العام في الفقه الإسلامي المحافظة على كرامة الوظيفة العامة

التي يعمل بها, فالموظف المسلم مطالب بالابتعاد عن الإتيان بأفعال وسلوكيات تتعارض مع كرامة الوظيفة العامة ونزاهتها, سواء كان ذلك داخل مقر الوظيفة أو خارجها, وعليه اجتناب مواضع الشبهات كما قال رسول الله ﷺ: (إنَّ الحلال بيِّن, وإن الحرام بيِّن, وبينهما مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس, فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه, ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام, كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه, ألا وإن لكل ملك حمى, إلا وإن حمى الله محارمه, ألا وإنَّ في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله, وإذا فسدت فسد الجسد كله, ألا وهي القلب) أخرجه البخاري في صحيحه, حديث رقم (٥٢), ومسلم في صحيحه, , حديث رقم (١٥٩٩),

المبحث الثاني

الإحالة إلى التحقيق الإداري
ويشتمل على المطالب الآتية

المطلب الأول: السلطة المختصة بالإحالة إلى التحقيق.

ولما كانت الإحالة إلى التحقيق هي أولى إجراءات التحقيق الإداري فإن تحديد السلطة المختصة بالإحالة إلى التحقيق من الأهمية بمكان, مما يجعل الإحالة من الأمور المهمة والجوهرية التي تبدأ بها إجراءات التحقيق؛ وذلك من أجل الوصول إلى الحقيقة في واقعة معينة ومعرفة الظروف والملابسات المحيطة بها, تمهيداً لاتخاذ الإجراء التأديبي الملائم, والذي يتناسب مع حجم المخالفة, مع توفير الضمانات الكافية للموظف المحال إلى التحقيق الإداري, فصدور القرار بإحالة الموظف العام إلى التحقيق الإداري من سلطة غير مختصة يترتب عليه بطلان التحقيق والآثار المترتبة عليه.

وفي المملكة العربية السعودية عندما يصدر من الموظف العام مخالفة تستوجب التحقيق الإداري معه فإنه يحال إلى التحقيق بواسطة رئيسه

الإداري, وقد تضمن نظام تأديب الموظفين النص على ذلك, حيث جاء فيه أنه مع عدم الإخلال بسلطة الجهة الإدارية المعنية في الرقابة وفحص الشكاوى والتحقيق تختص هيئة الرقابة والتحقيق بعدة اختصاصات, ومنها: "إجراء التحقيق في المخالفات المالية والإدارية التي تكشف عنها الرقابة, وفيما يحال إليها من الوزراء المختصين, أو من أي جهة رسمية مختصة" الفقرة (٢) من المادة (٥) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

وتأسيساً على ما سبق فإن صاحب السلطة في إصدار الأمر بالتحقيق مع الموظف العام هو الرئيس الإداري, وهو الوزير المختص, وقد أشارت المذكرة التفسيرية لنظام تأديب الموظفين إلى "أن الوزير هو الرئيس الإداري الأعلى لوزارته, وأن من واجباته الأساسية أن يراقب مرؤوسيه, وأن يحقق مع المخطئ منهم, كما أن حسن ممارسته لسلطاته الرئاسية يقتضي أن تترك في يده بعض الاختصاصات الجزائية", وقد نص المنظم السعودي على أن "يكون لرئيس المصلحة المستقلة وللرئيس الإداري للمؤسسة العامة بالنسبة لموظفي إدارتهم من الصلاحيات ما للوزير بالنسبة لموظفي وزارته" المادة (٤٦) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ: ١٣٩١/٢/١هـ., كما أجاز النظام للوزير أو من في حكمه تفويض بعض صلاحياته المقررة في هذه النظام

شريطة أن يكون هذا التفويض بقرار مكتوب المادة (٤٦) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ: ١٣٩١/٢/١هـ.

وكما أجاز النظام للرئيس الإداري إحالة الموظف المخالف إلى التحقيق فإنه أجاز لرئيس هيئة الرقابة والتحقيق ذلك إذا رأى أن أموراً تستوجب التحقيق, وله أن ينتدب من يراه من المحققين لإجرائه, ويجب إخطار الجهة الإدارية التي يتبعها الموظف بإجراء التحقيق قبل البدء فيه المادة (٧) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ.؛ وذلك من قبيل التنسيق بين الاختصاصات, وحتى يضمن حسن تعاون الجهات الإدارية مع هيئة الرقابة والتحقيق وتقديم المساعدات اللازمة المذكرة التفسيرية لنظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

وقد تضمنت اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق النص على أن رئيس الهيئة هو المسؤول عن الإشراف على أعمال الهيئة, وتنظيم وإدارة وتطوير أعمالها, وله سلطة وصلاحيات الوزراء ورؤساء الدوائر المستقلة في حدود النظم المعمول بها وهذه اللائحة, وله أن

ينيب عنه وكلاء الهيئة أو أحدهم في بعض صلاحياته, ومن مهامه بالإضافة إلى ما أسنده إليه نظام تأديب الموظفين: "بحث الشكاوى وإجراء التحريات واتخاذ ما يراه في أي مخالفة مالية أو إدارية من أي وحدة من وحدات الإدارة الحكومية أو أية مؤسسة أو شركة تخضع لرقابة الدولة" الفقرة (٤) من المادة (٢) من الباب الثاني من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق الصادرة بالأمر السامي رقم (٣/١٣١٣٦/ر) وتاريخ ١٣٩٢/٧/١هـ..

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا أن السلطة المختصة بالإحالة إلى التحقيق الإداري هي الجهة الإدارية التي يتبعها الموظف العام أو هيئة الرقابة والتحقيق, , وهذا ما أكد عليه النظام الأساسي للحكم حيث نص على أنه "تتم مراقبة الأجهزة الحكومية, والتأكد من حسن الأداء الإداري, وتطبيق الأنظمة. ويتم التحقيق في المخالفات المالية والإدارية, ويرفع تقرير سنوي عن ذلك إلى رئيس مجلس الوزراء. ويبين النظام الجهاز المختص بذلك, وارتباطه, واختصاصاته" المادة (٨٠) من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/٩٠) وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ., ويمكن بيان أهم أنواع تلك الرقابات فيما يلي:

أولاً: الرقابة الشعبية وشكوى الأفراد: إن للشعب بوصفه مصدر السلطات في الدولة حق الرقابة على أعمال الإدارة العامة وموظفيها.

وتعتبر البلاغات والشكاوى المقدمة من الأفراد من أكبر مصادر الإبلاغ عن المخالفات التأديبية من حيث الكم لا من حيث الكيف, سواء كانت الشكاوى المقدمة من أشخاص معلومة أو أشخاص مجهولة, هذا وقد جرى العمل على فحص كل الشكاوى التي ترد إلى الجهات الإدارية أو سلطات التحقيق سواء ما كان منها معلوماً أو مجهولاً؛ وذلك من أجل التأكد من صحتها وجديتها.

ثانياً: الرقابة الإدارية الداخلية: لا يخلو أي تنظيم داخلي لكل جهاز حكومي من تنظيم هذه المهمة, إضافة إلى التأكيد عليها بعدة أوامر سامية, ومنها ما جاء في الأمر السامي رقم (٧/م/٢٢٣٠١) وتاريخ ١٤٠١/١٠/٢هـ الذي أكد على ضرورة ترسيخ وتقوية فكرة الرقابة الداخلية لدى جميع الأجهزة الحكومية التي تمارس من قبل المسؤولين فيها على مرؤوسيهم, كما نص على إجراءات يتعين على الوزير ورئيس المصلحة ووكلاء الوزارة اتخاذها لهذا الغرض, كالقيام بزيارات مفاجئة على إدارة الجهاز وأقسامه, وتحديد

ساعة على الأقل في اليوم لاستقبال المواطنين والاستماع إلى شكاواهم, ووضع معدلات زمنية للإنجاز. كما تم التأكيد على ذلك بالأمر السامي رقم (١٠٢٥٢) وتاريخ ١٤٠٣/٥/٢هـ والذي نص على متابعة المقصرين ومحاسبتهم, وقصر المزايا الوظيفية على المجدين.

ثالثاً: الرقابة الإدارية الخارجية: يُقصد بالرقابة الإدارية الخارجية هنا: الرقابة التي تباشرها هيئات إدارية مستقلة ومنفصلة عن الأجهزة الإدارية المطلوب مراقبتها وفحص أعمالها.

وأهم أجهزة الرقابة الإدارية الخارجية في المملكة العربية السعودية ما يأتي:

١ـ هيئة الرقابة والتحقيق: قد تم إنشاء هيئة الرقابة والتحقيق بموجب نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ, فقد نص في المادة الأولى منه على أن: "تنشأ بموجب هذا النظام هيئة مستقلة تسمى هيئة الرقابة والتحقيق ترتبط مباشرة برئيس مجلس الوزراء", وتضم الهيئة جهازي الرقابة والتحقيق المادة (٣) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ /١٣٩٣/٢هـ., وتباشر هذه الهيئة اختصاصات

مختلفة وذلك مع عدم الإخلال بسلطة الجهات الإدارية المعنية في الرقابة وفحص الشكاوى والتحقيق, ويمكن إجمال هذه الاختصاصات فيما يأتي المادة (٥) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ.:

١. إجراء الرقابة اللازمة للكشف عن المخالفات المالية والإدارية.

٢. فحص الشكاوى التي تحال إليها من الوزراء المختصين أو من أي جهة رسمية مختصة عن المخالفات المالية والإدارية.

٣. إجراء التحقيق في المخالفات المالية والإدارية التي تكشف عنها الرقابة, وفيما يحال إليها من الوزراء المختصين, أو من أي جهة رسمية مختصة.

٤. متابعة الدعوى التي تحال طبقاً لنظام تأديب الموظفين إلى ديوان المظالم كانت الجهة التي تحال إليها الدعوى هي هيئة التأديب, وقد ألغيت هذه الهيئة وضمت اختصاصاتها إلى ديوان المظالم, وتحال إليه جميع القضايا التأديبية, وذلك بموجب المادة (٤) من المرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ

١٤٠٢/٧/١٧هـ, كما نصت المادة (١٠) من نظام ديوان المظالم الصادر بموجب المادة (١) من المرسوم الملكي السابق ذكره على أن "تتولى هيئة الرقابة والتحقيق الادعاء أمام الدائرة المختصة في الجرائم والمخالفات التي تتولى الهيئة التحقيق فيها"..

٥. إجراء التحقيق في جرائم الرشوة والتزوير والجرائم المنصوص عليها في المرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ: ١٣٧٧/١١/٢٩هـ المادة (٢) من المرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ ١٤٠٢/٧/١٧هـ.

ويعتبر وكيل الهيئة لشؤون الرقابة هو المشرف والمسؤول عن أعمال الرقابة وإدارتها, ويتولى تنظيم العمل وتوجيهه بواسطة المسؤولين في إدارته, وتوجه إليه المعاملات الخاصة بالرقابة؛ لاتخاذ اللازم بشأنها وفقاً لنظام تأديب الموظفين واللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق, ويقوم برفع التقارير والنتائج لرئيس الهيئة, كما يقوم بممارسة الاختصاصات والصلاحيات المفوضة له من قبل رئيس الهيئة المادة (٦) من الباب الثاني من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة

والتحقيق الصادرة بالأمر السامي رقم (٣/١٣١٣٦/ر) وتاريخ: ١٣٩٢/٧/١هـ..

وترتبط مباشرة بوكيل الهيئة لشؤون الرقابة إدارتا الرقابة الإدارية, والرقابة المالية, وتختص كل من هاتين الإدارتين بعدة اختصاصات وفيما يلي بيان ذلك:

أ . **إدارة الرقابة الإدارية**:تختص هذه الإدارة بمباشرة الرقابة على موظفي الإدارات العامة, وذلك مع عدم الإخلال بما لوزارة الخدمة المدنية والإدارة المركزية للتنظيم والإدارة من اختصاصات في مباشرة رقابتهما الإدارية على هؤلاء الموظفين, وقد فصلت المادة الثامنة من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق اختصاصات إدارة الرقابة الإدارية بما يلي:

١. الكشف عن المخالفات الإدارية واتخاذ الإجراءات اللازمة بشأنها.

٢. مراقبة تفويض الصلاحيات والمسؤوليات وفقاً للنظم المعتمدة واللوائح المقررة والقرارات الصادرة المنظمة لذلك.

٣. الكشف عن المخالفات الناتجة عن التقصير في الرقابة الداخلية في الوحدات الإدارية.

٤. اقتراح وسائل العلاج اللازمة في حالة وقوع حوادث الإهمال أو المخالفات الإدارية وإحالتها للجهات المختصة.

٥. التعاون مع وزارة الخدمة المدنية في الكشف عن المخالفات الخاصة بشؤون الموظفين فيما يتعلق بشرعيتها كالتعيين والترقية والعلاوات والبدلات وما في حكمها.

٦. إبلاغ الجهات المختصة عن موطن القصور في التنظيم التي تتكشف لها من خلال أعمالها وذلك بالاتصال بالجهات المتخصصة لإعادة التنظيم بما يكفل حسن سير العمل.

٧. التعاون مع ديوان المراقبة العامة عند اكتشافه لمخالفات إدارية أثناء مباشرته لاختصاصاته المالية.

٨. فحص الإخباريات والشكاوى المتعلقة بالنواحي الإدارية.

ب . **إدارة الرقابة المالية:** تختص هذه الإدارة بالكشف عن المخالفات المالية التي لا تخضع لرقابة الجهات الأخرى المسؤولة

عن الصرف وهي وزارة المالية وديوان المراقبة العامة, بحيث لا يكون عمل هذه الإدارة تكراراً لما تقوم به الجهتان المشار إليهما المادة (٩) من الباب الثاني من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق الصادرة بالأمر السامي رقم (٣/١٣١٣٦/ر) وتاريخ ١٣٩٢/٧/١هـ..

ومع عدم الإخلال باختصاصات وزارة المالية وديوان المراقبة العامة تختص إدارة الرقابة المالية بهيئة الرقابة والتحقيق بما يلي اختصاصات إدارة الرقابة المالية بهيئة الرقابة والتحقيق الصادرة بالأمر السامي رقم (٣/٢٩٥١٦/ر) وتاريخ ١٣٩٤/٩/٢٦هـ.:

١. دراسة القضايا التي تحال إليها وتتناول مخالفات مالية.
٢. فحص ما يحال إليها من شكاوى أو إخباريات تتناول مخالفات مالية.
٣. إجراء الفحص وفقاً لما تتطلبه أغراض التحقيق الذي تجريه الهيئة في القضايا والمعاملات المحالة إليها..

٤. التفتيش على الدور الحكومية المستأجرة وفقاً للاختصاص الموكل للهيئة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (١١٦٤) وتاريخ ١٣٩٢/١١/٨هـ.

٥. متابعة المخالفات المالية التي تثيرها أجهزة الرقابة الأخرى من خلال ما يحال إليها من صور المعاملات والتقارير.

٦. إجراء البحوث والدراسات اللازمة.

وتجدر الإشارة إلى أن الرقابة لا تجرى إلا بأمر من رئيس الهيئة في الحالات الآتية:

١. بناء على أمر من المقام السامي.

٢. بناء على طلب الوزراء ورؤساء المؤسسات العامة والهيئات الحكومية التي تسهم الحكومة في نشاطها المالي والإداري.

٣. بناء على الإخباريات والشكاوى التي تدل التحريات على احتمال صحتها.

٤. بناء على طلب الجهات المختصة بالرقابة, وبناء على تقارير مفتشي ديوان المراقبة العامة ووزارة الخدمة المدنية أثناء

جـولاتهم التفتيشـية, والـتي تنكشـف فيهـا مخالفـات تتطلـب إجراء المراقبة.

٥. بنـاء علـى طلـب التحقيـق في القضـايا الـتي يـرى لـزوم اسـتكمال إجراءاتها بغرض الرقابة.

٦. بنـاء علـى مـا يتكشـف لجهـاز الرقابـة مـن أمـور تتطلـب فـرض الرقابة.

ولا يجـوز وضـع موظـف بعينـه أو أكثـر تحـت المراقبـة إلا بعـد الحصـول علـى إذن مـن رئـيس الهيئـة أو ممـن يفوضـه, ويراعـى في الإذن تحديـد اسـم الموظـف كـاملاً ووظيفتـه ومكـان عملـه, وبيـان الغـرض مـن فـرض الرقابـة, وتحديـد مـدة الرقابـة بحيـث لا يجـوز تمديـدها إلا بإذن جديـد بنـاء علـى أسـباب تسـتدعي ذلـك المـادة (٣) مـن البـاب الثالـث مـن اللائحـة الداخليـة لهيئـة الرقابـة والتحقيـق الصـادرة بالأمـر السـامي رقم (٣/١٣١٣٦/ر) وتاريخ: ١٣٩٢/٧/١هـ..

وبعـد أن تـتم عمليـة المراقبـة ويقـدم عضـو الهيئـة الـذي قـام بهـا تقريـره يـتم التصـرف في القضـية بحسـب نتيجـة المراقبـة, فـإذا ثبـت عـدم صـحة المخالفـة يقفـل الملـف بصـفة مؤقتـة أو دائمـة حسـب توجيهـات

رئيس الهيئة بناءً على رأي المختصين, ووفقاً لظروف وملابسات كل قضية. وأما في حالة ثبوت وقوع المخالفة يقوم رئيس الهيئة بإحالة القضية إلى جهاز التحقيق؛ ليقوم بأداء وظيفته في تحقيقها, ويحتفظ جهاز الرقابة بنسخة كاملة من ملف التحريات والمعلومات المادة (٦) من الباب الثالث من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق الصادرة بالأمر السامي رقم (٣/١٣١٣٦/ر) وتاريخ ١٣٩٢/٧/١هـ..

٢ ديوان المراقبة العامة: يمارس ديوان المراقبة العامة الرقابة المالية على مختلف أجهزة الإدارة العامة, وتعود نشأة هذا الديوان إلى عام ١٣٤٥هـ عندما كان يسمى بديوان المحاسبات, وكانت وظيفته الأساسية تفتيش عموم الدوائر ذات الواردات, ومراقبة كيفية جريان المصاريف العمومية المادة (٤٤) من التعليمات الأساسية للملكة الحجازية, والمنشورة بجريدة أم القرى, العدد (٩٠) الصادر بتاريخ ١٣٤٥/٢/٢٥هـ., وبعد صدور أول نظام لمجلس الوزراء بتاريخ ١٣٧٣/٧/١٢هـ تضمنت المادة (١٩) منه اعتبار مراقبة حسابات الدولة إحدى شعب مجلس الوزراء, ثم عدلت تسميته إلى ديوان المراقبة العامة, وكانت تنحصر اختصاصاته في تدقيق جميع حسابات

الدولة, والتحقق من صحة قيود دخلها وخرجها في جميع الوزارات والمصالح التي تنفق عليها الدولة وتتحمل أعباء كل أو جزء من ميزانيتها السنوية المعتمدة والميزانيات الإضافية التي قد يقرها مجلس الوزراء أثناء السنة, ورغم أن النظام اعتبر هذا الديوان في بداية الأمر شعبة من شعب مجلس الوزراء إلا أنه قد منحه استقلالاً تميَّز به حيث كان جلالة الملك هو المرجع الأعلى له, وبصدور نظام ديوان المراقبة العامة القائم حالياً بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٩) وتاريخ ١٣٩١/٢/١١هـ تبلورت مفاهيم الرقابة على أموال الدولة وحساباتها بشكل يواكب ما حققته أجهزة الدولة من تطور في الميادين التنظيمية والمالية والمحاسبية).

وبموجب نظام ديوان المراقبة العامة المعمول به حالياً أصبح الديوان جهازاً مستقلاً مرجعه رئيس مجلس الوزراء المادة (١) من نظام ديوان المراقبة العامة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٩) وتاريخ ١٣٩١/٢/١١هـ., ويقوم بممارسة الرقابة المالية على مختلف أجهزة الإدارة العامة, كما "يختص الديوان بالرقابة اللاحقة على جميع إيرادات الدولة, ومصروفاتها, وكذلك مراقبة كافة أموال الدولة المنقولة والثابتة, ومراقبة حسن استعمال هذه الأموال واستغلالها والمحافظة

عليها" المادة (٧) من نظام ديوان المراقبة العامة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٩) وتاريخ ١٣٩١/٢/١١هـ.

وتخضع لهذه الرقابة جميع الوزارات والإدارات الحكومية وفروعها.

كما تخضع لرقابة هذا الديوان كل مؤسسة خاصة أو شركة تسهم الدولة في رأس مالها أو تضمن لها حداً أدنى من الأرباح المادة (٩) من نظام ديوان المراقبة العامة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٩) وتاريخ ١٣٩١/٢/١١هـ..

وللديوان في مباشرته لهذا الاختصاصات التحقق من أن جميع إيرادات الدولة ومستحقاتها . من أموال وأعيان وخدمات المادة (٨) من نظام ديوان المراقبة العامة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٩) وتاريخ ١٣٩١/٢/١١هـ..

هذا ويقتصر عمل الديوان على المراقبة فقط دون أن يكون لمفتشيه الحق في إجراء التحقيق مع الموظف العام الذي ارتكب إحدى المخالفات التأديبية, المادة (١٦) من نظام ديوان المراقبة العامة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٩) وتاريخ ١٣٩١/٢/١١هـ.

٣ . **مجلس الخدمة المدنية ووزارة الخدمة المدنية:** لقد تم إنشاء مجلس الخدمة المدنية بموجب نظام مجلس الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٨) وتاريخ ١٣٩٧/٧/١٠هـ, فقد نصت المادة الأولى منه على أن "يُنشأ مجلس للخدمة المدنية يتولى بالتعاون مع الجهات المختصة تخطيط وتنظيم شؤون الخدمة المدنية في جميع الوزارات, والمصالح الحكومية, والأجهزة ذوات الشخصية المعنوية العامة, والإشراف عليها بما يؤمن تطور مستوى الخدمة المدنية ورفع الكفاية الإنتاجية", ويُشكل المجلس من رئيس مجلس الوزراء رئيساً, ونائب رئيس مجلس الوزراء نائباً للرئيس, ويضم المجلس في عضويته إلى جانب وزير الخدمة المدنية سبعة أعضاء, أربعة منهم من الوزراء, والباقون من ذوي الاختصاص ويعينون بأمر ملكي لمدة ثلاث سنوات, وتعقد جلسات المجلس برئاسة رئيسه أو نائبه أو من يفوضه من بين أعضائه المادة (٥) من نظام مجلس الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٨) وتاريخ ١٣٩٧/٧/١٠هـ, والمعدلة بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٣) وتاريخ ١٤٠٢/١١/١٦هـ..

ومن خلال الاطلاع على نظام مجلس الخدمة المدنية يتضح أن هذا المجلس يمارس رقابة سابقة على شؤون الخدمة المدنية المادة (٩)

من نظام مجلس الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٨) وتاريخ ١٣٩٧/٧/١٠هـ. ومن هنا فإن مجلس الخدمة المدنية يمارس نوعاً من الرقابة السابقة واللاحقة على شؤون الموظفين العموميين.

كما أن وزارة الخدمة المدنية تعتبر الأداة التنفيذية لمجلس الخدمة المدنية, وقد تم إنشاء هذه الوزارة بموجب الأمر الملكي الكريم رقم (أ/٢٨) وتاريخ ١٤٢٠/٣/١هـ لتحل محل الديوان العام للخدمة المدنية, ولتتولى الإشراف على شؤون الخدمة المدنية في الوزارات والمصالح الحكومية العامة والأجهزة ذوات الشخصية المعنوية المادة (١٠) من نظام مجلس الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٨) وتاريخ١٣٩٧/٧/١٠هـ..

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على الإحالة إلى التحقيق

رتب النظام السعودي على إحالة الموظف العام إلى التحقيق الإداري عدة آثار, وأهمها ما يأتي:

١. عدم قبول استقالة الموظف العام المحال إلى التحقيق المادة (١/٣٠) من اللوائح التنفيذية لنظام الخدمة المدنية الصادرة بقرار مجلس الخدمة المدنية رقم (١) وتاريخ ١٣٩٧/٧/٢٧هـ..

٢. عدم جواز ترقية الموظف العام المحال إلى التحقيق الفقرة (ج) من المادة (٢/١٠) من اللوائح التنفيذية لنظام الخدمة المدنية الصادرة بقرار مجلس الخدمة المدنية رقم (١) وتاريخ ١٣٩٧/٧/٢٧هـ, وتجدر الإشارة إلى أن الموظف العام المحال إلى التحقيق أو المكفوف يده يمنع من الترقية العادية, أما الترقية بناء على مسابقة فلا يمنع منها إلا في حالة كف اليد فقط. انظر قرار مجلس الخدمة المدنية رقم (٤٤٠) وتاريخ ١٤٠١/٤/٥هـ..

٣. جواز كف يد الموظف العام المحال إلى التحقيق عن العمل, وذلك بقرار يصدر من قبل الوزير المختص إذا رأى هو أو رأت هيئة الرقابة والتحقيق أن مصلحة العمل تقتضي ذلك المادة (٤٣) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

٤. عدم استحقاق الموظف العام المحال إلى التحقيق إجازة عادية عن مدة كف اليد وما في حكمه في حال الإدانة المادة (٨/٢٨) من اللوائح التنفيذية لنظام الخدمة المدنية الصادرة بقرار مجلس الخدمة المدنية رقم (١) وتاريخ ١٣٩٧/٧/٢٧هـ..

٥. إذا بلغ الموظف العام المحال إلى التحقيق السن النظامية أثناء كف اليد يقطع راتبه منذ بلوغه السن النظامية المادة (٩/٣٠) من اللوائح التنفيذية لنظام الخدمة المدنية الصادرة بقرار مجلس الخدمة المدنية رقم (١) وتاريخ ١٣٩٧/٧/٢٧هـ..

وتطبيقاً لما تقدم فقد حصل نزاع في إحدى الجهات الإدارية وبعرض النزاع على ديوان المظالم قضى بإلغاء القرار فيما يخص الترقية بالنسبة لمن كانت ترقيته بناء على مسابقة؛ وذلك استناداً إلى أن هناك خطأ في تطبيق النظام, مرجعه أن الإدارة قد خلطت بين أحكام الترقية العادية والترقية بناء

على مسابقة حكم ديوان المظالم رقم ٧١/ت/٣, لعام ١٤٠٧هـ, "حكم غير منشور"..

المطلب الثالث

السلطة المختصة بالإحالة إلى التحقيق في الفقه

نص فقهاء السياسة الشرعية على أن من الواجبات الملقاة على عاتق رئيس الدولة الإسلامية إدارة شؤون الدولة على خير وجه؛ لتحقيق الصالح العام .

كما يجب عليه عدم الاكتفاء بمجرد اختيار عماله الأكفاء الصالحين, وإرشادهم وتوجيههم ونصيحتهم, بل لا بد من متابعة تصرفاتهم, والكشف عن أحوالهم, ومحاسبتهم بعد الانتهاء من أعمالهم.

وفي ذلك يقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (أرأيتم إن استعملت عليكم خير من أعلم ثم أمرته بالعدل, أكنت قضيت ما عليَّ؟ قالوا: نعم. قال: لا. حتى أنظر في عمله, أعمل ما أمرته به أم لا؟) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى, ج٨, ص١٦٣.).

وكما أجاز الفقه الإسلامي للرئيس الإداري إحالة الموظف المخالف إلى التحقيق فإنه أجاز لوالي المظالم ذلك إذا رأى أن هناك

أموراً تستوجب التحقيق, وقد نص علماء السياسة الشرعية على أن سلطة الإحالة إلى التحقيق الإداري تندرج ضمن اختصاصات قضاء المظالم.

المبحث الثالث

السلطة المختصة بإجراء التحقيق الإداري
ويشتمل على المطالب الآتية

المطلب الأول: الجهة الإدارية التي يتبعها الموظف العام.

حق الجهة الإدارية في التحقيق حق أصيل وثابت لها باعتبارها القائمة على شؤون المرفق العام الذي تتولى إدارته وتصريف أموره, ولقد حرص المنظم السعودي على إبراز هذا المعنى عند ذكره اختصاصات هيئة الرقابة والتحقيق, فنص على أنه "مع عدم الإخلال بسلطة الجهة الإدارية المعنية في الرقابة وفحص الشكاوى والتحقيق تختص هذه الهيئة في حدود القواعد المنصوص عليها في هذا النظام بما يلي:...." وذكر اختصاصات هذه الهيئة ومنها: "إجراء التحقيق في المخالفات المالية والإدارية التي تكشف عنها الرقابة, وفيما يحال إليها من الوزراء المختصين, أو من أي جهة رسمية مختصة" المادة (٥) من

نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ.,

وإذا كان النظام قد منح الجهة الإدارية سلطة واسعة في التأديب, وأجاز لها إيقاع جميع العقوبات المنصوص عليها نظاماً عدا عقوبة الفصل فإنه "لا يجوز توقيع عقوبة تأديبية على الموظف إلا بعد التحقيق معه كتابة, وسماع أقواله, وتحقيق دفاعه, وإثبات ذلك في القرار الصادر بالعقاب أو في محضر مرفق به" المادة (٣٥) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ.

, كما أوجب النظام تبليغ هيئة الرقابة والتحقيق وديوان المراقبة العامة ووزارة الخدمة المدنية في جميع الأحوال بالقرار الصادر من الوزير أو من هو في حكمه بالعقوبة فور صدور القرار المادة (٣٩) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ.

وتقوم الجهة الإدارية بممارسة اختصاصها الأصيل في التحقيق مع موظفيها فيما ينسب إليهم من مخالفات تأديبية وذلك بأحد أسلوبين:**الأول**: أن تقوم به الجهة الرئاسية للموظف العام عن طريق تكليف أحد الرؤساء المباشرين للموظف المتهم بالتحقيق معه.

والآخر وهو الغالب: أن يقوم بالتحقيق إدارة متخصصة ملحقة بالجهة الرئاسية.

المطلب الثاني
هيئة الرقابة والتحقيق

بموجب نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣١٩/٢/١هـ تم إنشاء هيئة الرقابة والتحقيق التي أُسند إليها مشاركة الجهة الإدارية في التحقيق الإداري في حالات محددة.

ويعتبر وكيل الهيئة لشؤون التحقيق هو المشرف والمسؤول المباشر عن جهات التحقيق, ويتولى تنظيم العمل وتوجيهه بواسطة المسؤولين في إدارته المادة (١٠) من الباب الثاني من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق الصادرة بالأمر السامي رقم (٣/١٣١٣٦/ر) وتاريخ ١٣٩٢/٧/١هـ..

وترتبط مباشرة بوكيل الهيئة لشؤون التحقيق إدارتا التحقيق, والادعاء, وتختص كل من هاتين الإدارتين بعدة اختصاصات وفيما يلي بيان ذلك المادة (١٢) من الباب الثاني من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق الصادرة بالأمر السامي رقم (٣/١٣١٦/ر) وتاريخ ١٣٩٢/٧/١هـ.

أ . إدارة التحقيق:وتختص هذه الإدارة بما يأتي:

١. التحقيق في المخالفات المالية والإدارية.

٢. رفع نتيجة التحقيق إلى رئيس الهيئة مدعمة بالأسباب التي بنيت عليها والتوصية اللازمة.

٣. تمثيل الهيئة في لجان التحقيق المشتركة.

٤. رفع تقرير دوري كل ستة شهور إلى رئيس الهيئة.

ب_ إدارة الادعـــاء: وتختص هذه الإدارة بدراسة ومباشرة القضايا أمام ديوان المظالم كانت هذه الإدارة تباشر الادعاء أمام هيئة التأديب, وقد ألغيت هذه الهيئة وضمت اختصاصاتها إلى ديوان المظالم, وتحال إليه جميع القضايا التأديبية, وذلك بموجب المادة (٤) من المرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ ١٤٠٢/٧/١٧هـ, كما نصت المادة (٥٠) من نظام ديوان المظالم الصادر بموجب المادة (١) من المرسوم الملكي السابق ذكره على أن "تلغى المواد من (١٤) إلى (٣٠) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ الخاصة بهيئة التأديب", كما نصت المادة (١٠) من ديوان المظالم على أن "تتولى هيئة الرقابة والتحقيق الادعاء

أمام الدائرة المختصة في الجرائم والمخالفات التي تتولى الهيئة التحقيق فيها".. وقد فصلت قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٩٠) وتاريخ ١٤٠٩/١١/١٦هـ.كيفية رفع الدعوى وما يتعلق بها.

ومما تقدم يتضح أن هيئة الرقابة والتحقيق تضم جهازاً مختصاً بالتحقيق المادة (٧) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ, والمذكرة التفسيرية له.

وذلك من قبيل التنسيق بين الاختصاصات المادة (٧) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ, والمذكرة التفسيرية له.

ويختص جهاز التحقيق بإجراء التحقيق في المخالفات المالية والإدارية التي تكشف عنها الرقابة, وفيما يحال إليها من الوزراء المختصين, أو من أي جهة رسمية مختصة, كما يتولى متابعة الدعوى التي تحال إلى ديوان المظالم المادة (٥) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ., كما يقوم بإجراء التحقيق في جرائم الرشوة والتزوير والجرائم المنصوص عليها في المرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ١٣٧٧/١١/٢٩هـ

المادة (٢) من المرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ ١٤٠٢/٧/١٧هـ..

ويمكن إيجاز الحالات التي تختص هيئة الرقابة والتحقيق بإجراء التحقيق فيها فيما يأتي:

أولاً: حالة ارتكاب الموظف المتهم جريمة جنائية:

المادة (١٢) من نظام تأديب الموظفين الصادرة بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ, والمذكرة التفسيرية له.**ثانياً: حالة كون العقوبة المناسبة هي الفصل:**

إذا رأت الجهة الإدارية التابع لها الموظف العام أن المخالفة التأديبية المنسوبة إلى الموظف من الجسامة بحيث تكون العقوبة المناسبة هي الفصل فإنها تلتزم بإحالة أوراق التحقيق إلى هيئة الرقابة المادة (٣٥) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (//٧١) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ.

وإذا رأت الهيئة أن المخالفة لا تستوجب الفصل فإنه تحيل الأوراق إلى الوزير المختص مع بيان الأفعال المنسوبة إلى المتهم على

وجه التحديد واقتراح العقوبة المناسبة, وللوزير توقيع هذه العقوبة أو اختيار عقوبة أخرى مناسبة من بين العقوبات التي تدخل ضمن اختصاصه المادة (٣٨) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (//٧١) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

وقد تضمنت المادة التاسعة والثلاثون من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ النص على أنه إذا رأت هيئة الرقابة والتحقيق أن المخالفة الصادر في شأنها القرار من قبل الجهة الإدارية التي يتبعها الموظف العام تستوجب الفصل "أن تبلغ الوزير بذلك وتباشر التحقيق في القضية" تمهيداً لإحالة الموظف المتهم إلى ديوان المظالم لمحاكمته تأديبياً.

ثالثاً: حالة ارتكاب الموظف مخالفة في جهة غير التي يعمل فيها:

إذا تبين للجهة الإدارية التي يتبعها الموظف العام أنه ارتكب مخالفة تأديبية في جهة إدارية أخرى غير التي يعمل فيها فإنها تلتزم بإحالة موضوعه إلى هيئة الرقابة والتحقيق لتتولى التحقيق معه المذكرة التفسيرية لنظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧)

وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ., فإذا رأت الهيئة أن الأفعال المنسوبة إلى الموظف المتهم تستوجب توقيع عقوبة تأديبية فإنها تُحيل الدعوى إلى ديوان المظالم المادة (٤٠) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

ولعل الحكمة من إسناد التحقيق في مثل هذه الحالة إلى هيئة الرقابة والتحقيق تفادي التضارب في الاختصاص بالتحقيق المذكرة التفسيرية لنظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ.

رابعاً: حالة كون المتهمين بارتكاب المخالفة أو المخالفات المرتبط بعضها ببعض تابعين لأكثر من جهة إدارية: إذا كانت المخالفة التأديبية قد اشترك في ارتكابها أكثر من موظف وكانوا عند اكتشافها تابعين لأكثر من جهة إدارية, تُحيل الدعوى إلى ديوان المظالم المادة (٤٠) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ.

خامساً: حالة اكتشاف مخالفة الموظف بعد تركه للخدمة وقبل مضي مدة عشر سنوات من تاريخ تركه لها: في هذه الحالة يجب

إحالة القضية إلى هيئة الرقابة والتحقيق فإذا اقتنعت الهيئة بوجوب معاقبته تأديبياً فإنها تحيله إلى ديوان المظالم لإيقاع العقوبة المناسبة عليه, وقد تضمنت المادة الثالثة والثلاثون من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ: ١٣٩١/٢/١هـ النص على أنه "لا يمنع انتهاء خدمة الموظف من البدء في اتخاذ الإجراءات التأديبية أو الاستمرار فيها", كما نصت المادة الثانية والأربعون من النظام المذكور سابقاً على أنه "تسقط الدعوى التأديبية بمضي عشر سنوات من تاريخ وقوعها, وتنقطع هذه المدة بأي إجراء من إجراءات التحقيق أو التأديب, وتسري المدة من جديد ابتداءً من آخر إجراء, وإذا تعدَّد المتهمون فإن انقطاع المدة بالنسبة لأحدهم يترتب عليها انقطاعها بالنسبة للباقين".

سادساً: حالة المخالفات التي تكتشفها الهيئة عند ممارستها لوظيفتها الرقابية: أوجب النظام على جهاز الرقابة أن يثبت جميع إجراءات الرقابة وجميع الاستدلالات والنتيجة التي تسفر عنها في محاضر خاصة تعد لهذا الغرض المواد (٥), (٦), (٧) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

ومما سبق يتبين أن هيئة الرقابة والتحقيق قد أُسند إليها القيام بإجراء نوعين من أنواع التحقيق هما: ١ **التحقيق الجنائي**: حيث تباشر الهيئة التحقيق في القضايا الجنائية المنسوبة إلى الموظفين العموميين.

٢ **التحقيق الإداري**: حيث تباشر الهيئة التحقيق في المخالفات المالية والإدارية المنسوبة إلى الموظفين العموميين.

ومن هنا أرى أن يُضم اختصاص التحقيق الجنائي المناط بهيئة الرقابة والتحقيق إلى هيئة التحقيق والادعاء العام باعتبارها السلطة ذات الاختصاص العام في تولي التحقيق في الجرائم؛, ثم إن نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ قد نص في المادة الرابعة عشرة منه على أن "تتولى هيئة التحقيق والادعاء العام التحقيق والادعاء العام طبقاً لنظامها ولائحته", ولم يتضمن هذا النظام ولو مجرد الإشارة إلى هيئة الرقابة والتحقيق, وهو آخر ما صدر بهذا الخصوص.

كما أرى أن يُضم اختصاص الفصل في الدعاوى الجزائية المناط بديوان المظالم إلى المحاكم الشرعية باعتبارها صاحبة الولاية العامة في القضاء بالمملكة العربية السعودية؛ إذ أن المذكرة الإيضاحية لنظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ ١٤٠٢/٧/١٧هـ قد تضمنت النص على أن الاختصاصات الجزائية لديوان المظالم مؤقتة, وذلك بقولها: "ولكن بما أن الديوان جهة قضاء إداري فإن اختصاصاته الجزائية مؤقتة إلى حين عمل الترتيبات اللازمة لقيام المحاكم بالفصل في تلك القضايا وفق نظام القضاء", والمحاكم الآن مهيأة للقيام بتلك المهمة على أكمل وجه, خصوصاً بعد اكتمال صدور الأنظمة العدلية الثلاثة, وهي: نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢) وتاريخ ١٤٢١/٥/٢٠هـ, ونظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ, ونظام المحاماة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٨) وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ.

المطلب الثالث

السلطة المختصة بإجراء التحقيق في الفقه

بالنظر فيما قرره فقهاء الأمة الإسلامية خاصة في مجال السياسة الشرعية وأصول الإدارة نجد أن السلطة المختصة بإجراء التحقيق الإداري تنحصر في السلطة التأديبية الرئاسية المتمثلة في رئيس الدولة الإسلامية أو الوالي أو الرئيس المباشر للموظف العام, والسلطة التأديبية القضائية المتمثلة في ولاية المظالم.

وقد عُرِفت ولاية المظالم في عهد الرسول ﷺ .كما تقدم معنا في قضية ابن اللتبية . ثم تطورت مع اتساع رقعة الدولة الإسلامية وتعدد وظائفها, ومع اتساع الدولة الإسلامية أنشأ الأمويون داراً للمظالم, ولما جاءت الدولة العباسية أفرد خلفاؤها مكاناً كانوا يجلسون فيه للفصل في المظالم, وهكذا تطورت هذه الولاية بتطور الدولة الإسلامية في جميع مناحي الحياة.

المبحث الرابع

المحقق الإداري

ويشتمل على المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف المحقق الإداري في الفقه والنظام.

المحقِّق في اللغة يطلق على كل من يتحقق من ثبوت الأمر, ويتأكد من وجوده وصحته, يقال: حقق مع فلان تحقيقاً أي تثبت من صحة المنسوب إليه.

أما في الاصطلاح الفقهي: كل من يعينه ولي الأمر ويعهد إليه باتخاذ كافة الوسائل المشروعة لتحديد المخالفات التأديبية والموظفين المسؤولين عنها وظروف ارتكابها.

أما في الاصطلاح النظامي: كل من عُهِدَ إليه نظاماً اتخاذ كافة الإجراءات المشروعة لتحديد المخالفات التأديبية والموظفين المسؤولين عنها وظروف ارتكابها..

شروط المحقق الإداري في الفقه:

١- الإسلام.

٢- التكليف.

٣- الحرية.

٤- العدالة

٥- الذكورة

٦- سلامة الحواس .

٧- العلم بالأحكام الشرعية

شروط المحقق الإداري في النظام:

١- أن يكون سعودي الجنسية.

٢- أن يكون قد بلغ سن السابعة عشر عاماً من العمر.

٣- أن يكون لائقاً صحياً لأداء الخدمة.

٤- أن يكون حسن السيرة والسلوك والأخلاق.

٥- أن يكون حائزاً على المؤهلات التي تتطلبها الوظيفة.

٦- أن لا يكون قد حُكِم عليه بحد شرعي أو بالسجن في جريمة مخلفة بالشرف أو الأمانة حتى يمضي على انتهاء تنفيذ الحد أو السجن ثلاث سنوات على الأقل.

٧- أن لا يكون قد فُصل من خدمة الدولة لأسباب تأديبية ما لم يكن قد مضى على صدور قرار الفصل ثلاث سنوات على الأقل المادة (٤) من نظام الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٩) وتاريخ ١٣٩٧/٧/١٠هـ؛.

ولقد نص دليل تصنيف الوظائف في الخدمة المدنية على أن من متطلبات شغل وظيفة المحقق الإداري أن يكون المتقدم حاصلاً على الدرجة الجامعية في أحد التخصصات الآتية مرتبة حسب الأفضلية: "الشريعة, أصول الدين, الدراسات الإسلامية, الحقوق, الأنظمة, الإدارة العامة, الدعوة, علم النفس, الاجتماع, الخدمة الاجتماعية" دليل تصنيف الوظائف في الخدمة المدنية, الجزء الثاني, المجموعات العامة للوظائف, ٢ــ ٤ المجموعة العامة للوظائف الإدارية والمالية, (١٤١٩هـ ١٩٩٨م), ص١٤٧/٤., ويقتصر قبول "علم النفس, والاجتماع, والخدمة الاجتماعية على وزارة الداخلية وقطاعاتها" المرجع السابق, ص٤/ ١٤٨..

المطلب الثاني

الصفات الواجب توافرها في المحقق الإداري

في الفقه والنظام

صفات المحقق الإداري في الفقهلا بد في من ولي القضاء أن يكون أميناً, ورعاً في أمور دينه ودنياه, وأن يكون ذكياً, متيقضاً, فطناً, وأن يكون متفاً بالحلم والأناة, وأن لا يكون عجولاً, وأن يكون عفيفاً, نزيهاً عما في أيد الناس, عاقلاً, مرضي الأحوال, موثوقاً باحتياله في نظره لنفسه ودينه وفيما حُمِّل من أمر من ولي النظر لهم, وأن يكون عالماً بالحديث والفقه والآثار.

وأن يتحلى بالهيبة والوقار والتواضع, وأن يكون قوياً من غير عنف, ليناً من غير ضعف, لا يطلع منه على عورة, ولا يخشى في الله لومة لائم.

صفات المحقق الإداري في النظام:

١ . التقوى:

٢ . القناعة بأهمية العمل.

٣ . قوة الملاحظة وقوة الذاكرة.

٤ . النشاط والمثابرة وسرعة التصرف.

٥ . الصبر والهدوء وضبط النفس.

المطلب الثالث

سلطات المحقق الإداري في الفقه والنظام

من المقرر نظاماً أن من أهم سلطات المحقق الإداري استجواب المتهم وسماع الشهود واستكمال جميع عناصر القضية, ولا يجوز له إبداء الرأي قبل القيام بذلك وقفل التحقيق المادة (١٣) من الباب الثالث من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق الصادرة بالأمر السامي رقم (٣/١٣١٣٦/ر) وتاريخ ١٣٩٢/٧/١هـ.., وسوف نتناول أهم هذه السلطات في الفروع الآتية:

الفرع الأول: الاطلاع على الوثائق الإدارية والمستندات: نص المنظم صراحة على أنه يجب على الجهات الحكومية تمكين المحقق من الإطلاع على ما يرى لزوم الاطلاع عليه من الأوراق والمستندات وغيرها حتى ولو كانت سرية المادة (٨) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ., كما نصت اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق

على أن للمحقق اتخاذ كافة الوسائل الكفيلة باستيفاء التحقيق وشموله, وذلك بالاستفسار من الجهة المختصة, أو بطلب تكليف مندوب عن الهيئة بالانتقال والاطلاع على الأوراق والمستندات اللازمة, وترفق بأوراق التحقيق صور المستندات التي يرى المحقق ضرورة ضمها للقضية, ويؤشر عليها من المحقق بمطابقتها للأصل مع بيان مقدمها وتاريخ تقديمها المادتين (١١), (١٨) من الباب الثالث من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق الصادرة بالأمر السامي رقم (٣/١٣١٣٦/ر) وتاريخ ١٣٩٢/٧/١هـ..

الفرع الثاني: إجراء التفتيش:

أولاً: حالة تفتيش أماكن العمل:

لقد أعطى النظام المحقق الإداري سلطة تفتيش أماكن العمل (١) وهي: الأماكن التي يعمل بها الموظف المخالف والأماكن المرتبطة بالجهة الإدارية التي يعمل بها.

وإذا امتنعت الجهات الحكومية عن تمكين عضو هيئة الرقابة والتحقيق من تفتيش أماكن العمل على النحو المتقدم بيانه ففي هذه الحالة يقوم رئيس هيئة الرقابة والتحقيق رفع الأمر إلى رئيس مجلس الوزراء لكي

يأمر بما يراه مناسباً في ذلك المادة (٨) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ.

ثانياً: حالة تفتيش غير أماكن العمل: يجوز لعضو هيئة الرقابة والتحقيق أن يطلب تفتيش الأشخاص والأماكن والمساكن الخاصة إذا كانت هناك مبررات قوية تستدعي اتخاذ هذا الإجراء, المادة (٢٠) من الباب الثالث من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق الصادرة بالأمر السامي رقم (٣/١٣١٣٦/ر) وتاريخ ١٣٩٢/٧/١هـ., وإذا رأى رئيس الهيئة لأسباب جدية أن تلك الأمور تستوجب تفتيش غير أماكن العمل فله أن يطلب إجراء ذلك من قبل السلطة المختصة نظاماً بالقيام به, وذلك وفقاً للقواعد والأنظمة المطبقة في المملكة العربية السعودية بهذا الخصوص الفصل الرابع من الباب الثالث من نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ..

ويجري تفتيش غير أماكن العمل من قبل السلطة المختصة بذلك نظاماً وبحضور المحقق, ويُحرر به محضر تُفصَّل فيه إجراءات وقائع التفتيش وما أسفر عنه, ويوقع المحضر ممثل السلطة المختصة بالتفتيش

والمحقق, ويعطى أصل المحضر لمندوب الهيئة, وتحتفظ سلطة التفتيش المختصة بصورة منه المادة (٢٢) من الباب الثالث من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق الصادرة بالأمر السامي رقم (٣/١٣١٣٦/ر) وتاريخ ١٣٩٢/٧/١هـ..

الفرع الثالث: سماع أقوال الشهود: نص المنظم على أن للمحقق الإداري سماع أقوال من يشاء من الشهود, سواء كانوا موظفين عموميين أو غير موظفين, وعليه أن يقوم بإثبات ذلك في محضر التحقيق, ويجوز له سماع أقوال المحقَّق معه ما لم تقتضِ الظروف المحيطة بالتحقيق أن يكون ذلك في غيبته المادة (١٧) من الباب الثالث من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق الصادرة بالأمر السامي رقم (٣/١٣١٣٦/ر) وتاريخ ١٣٩٢/٧/١هـ؛ والمادة (١٠) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ.

ويتنوع الشهود باعتبار المشهود به إلى نوعين:

١. شهود الإثبات.

٢. شهود النفي.

الفرع الرابع: الاستعانة بأهل الخبرة: للمحقق الإداري أثناء مباشرته للتحقيق الاستعانة بأهل الخبرة والمختصين في المسائل الفنية,

ويكون ذلك عن طريق الجهة التي يتعلق بها التحقيق, ولقد تضمنت المادة الثانية والعشرون من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق(١) الصادرة بالأمر السامي رقم (١٣١٣٦/ر/٣) وتاريخ ١٣٩٢/٧/١هـ.

الفرع الخامس: طلب كف يد الموظف المتهم:على المحقق الإداري أن لا يطلب اتخاذ مثل هذا الإجراء الخطير إلا بعد التأكد من توافر ما يبرره ويدعو إليه, ويكون كف اليد في هذه الحالة بقرار إداري يصدر من الوزير المختص إذا رأى هو أو رأت هيئة الرقابة والتحقيق أن مصلحة العمل تقتضي ذلك(المادة (٤٣) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

وتجدر الإشارة إلى أن المقصود بكف اليد بوجه عام: "إبعاد الموظف بصفة مؤقتة عن مزاولة عمله إما بقرار إدارة أو بقوة النظام, وذلك بمناسبة ارتكابه إحدى المخالفات المالية أو الإدارية, أو اتهامه في إحدى الجرائم المخلة بالشرف أو الأمانة أو حبسه احتياطياً"

. ومن خلال هذا التعريف يتضح أن كف اليد على نوعين:

النوع الأول: كف اليد بقرار إداري: وهذا النوع جوازي وهو من صلاحية الوزير المختص, إذا رأى هو أو رأت هيئة الرقابة والتحقيق أن مصلحة العمل تقتضي إبعاد الموظف العام المتهم بارتكاب مخالفة تأديبية عن العمل بصفة مؤقتة.

النوع الثاني: كف اليد بقوة النظام:وهذا النوع من وجوبي, ويتحقق بقوة النظام وبطريقة تلقائية دون الحاجة إلى صدور قرار إداري, وذلك في حالة حبس الموظف العام احتياطياً لاتهامات معينة(المادة (٤٣) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ., وهذا النوع ليس له مدة معينة, بل هو مرتبط بالبت في القضية والإفراج عنه المادة (٤٣) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ., والحالات التي يكون فيها الموظف العام محبوساً احتياطياً وفي حكم مكفوف اليد محددة في الآتي قرار مجلس الوزراء رقم (١٠٢٦) وتاريخ ١٣٩١/١٠/٢٨هـ.:

١- إذا كان متهماً بارتكاب إحدى الجرائم المتعلقة بالوظيفة العامة, كالرشوة والتزوير والاختلاس.

٢- إذا كان متهماً بارتكاب إحدى جرائم الاعتداء على النفس أو العرض أو المال.

٣- إذا كان متهماً بارتكاب إحدى الجرائم المخلفة بالشرف أو الأمانة.

٤- إذا كان متهماً بارتكاب إحدى الجرائم السياسية, ولم يسبب وزير الداخلية اعتباره في حكم مكفوف اليد.

وبعد أن تبين لنا فيما سبق أهم سلطات المحقق الإداري في النظام السعودي فإن جميع هذه السلطات قد أقرتها الشريعة الإسلامية وكفلتها مراعاة للمصلحة العامة وتحقيقاً للعدالة, فالعدل في الشريعة الإسلامية السمحة غاية لذاتها, كما قال الحق تبارك وتعالى: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ (٩٠) سورة النحل, الآية: ٩٠.

الفصل الثاني

ضمانات التحقيق الإداري

في الفقه والنظام

ويشتمل على تمهيد ومبحثين

تمهيد

يُقصد بضمانات التحقيق الإداري: مجموعة المبادئ والإجراءات الأساسية التي تحددها الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية, بحيث يجب مراعاتها والالتزام بها أثناء التحقيق مع الموظف المتهم .

لذلك لا يجوز نظاماً في المملكة العربية السعودية توقيع عقوبة تأديبية على الموظف العام إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه, وإثبات ذلك في القرار الصادر بالعقاب أو في محضر مرفق به المادة (٣٥) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ.

المبحث الأول

الضمانات المتعلقة بجهة التحقيق

ويشتمل على المطالب الآتية

المطلب الأول: حيدة جهة التحقيق

الحيـدة في اللغـة: مـأخوذة مـن حـاد عنـه يحيـد حيـدة وحيـوداً أي مال عنه وتنحى وبَعُدَ,.

أمـا في الاصـطلاح فهـي: النظـر في القضـية دون التحيـز لمـلحة أحـد أطرافهـا أو ضـد مـلحته, والتجـرد عـن الميـل والهـوى, بهـدف الوصول إلى الحقيقة.

ولمبـدأ الحيـدة طبيعـة موضـوعية قوامهـا ضـرورة الفصـل بـين سـلطتي التحقيـق والمحاكمـة, وبالتـالي فإنـه لا يجـوز لمـن باشـر التحقيـق مـع الموظف العام أن يجلس للحكم عليه.

, وهـذا مـا أكدتـه هيئـة التأديـب في الكثـير مـن أحكامهـا, ومـن ذلـك مـا جـاء في أحـد أحكامهـا مـن أن الجمـع بـين سـلطتي التحقيـق

والمحاكمة في نفس الوقت "ينطوي على تعارض واضح مع أصل من الأصول العامة في مجال التأديب من مقتضاه الفصل بين سلطة التحقيق (الاتهام) من ناحية وسلطة المحاكمة من ناحية أخرى, بل إن هذا الجمع يشكل في حقيقة الأمر تجاوزاً من جانب المجلس لاختصاصه المرسوم في نظام تأديب الموظفين, ذلك أن هذا النظام يقوم على أساس الفصل بين مهمتي التحقيق والمحاكمة أخذاً بالأصل العام المنوه عنه مما يمكن معه القول بأن قيام جهة واحدة بالجمع بين المهمتين ينطوي على تجاوز لاختصاصها الذي حددته النصوص حكم هيئة التأديب بجلسة ١٣٩٦/٤/٢٨هـ, في القضية رقم (١٥), لسنة ١٣٩٦هـ؛ "مجموعة أحكام هيئة التأديب, المجموعة الثانية, الأحكام الصادرة حتى نهاية عام ١٣٩٧هـ, ص٢٩١"..

وكما أن لمبدأ الحيدة طبيعة موضوعية قوامها ضرورة الفصل بين سلطتي التحقيق والمحاكمة فإن لهذا المبدأ أيضاً طبيعة شخصية تتمثل في ضرورة تجرد القائم بالتحقيق الإداري من كل مظاهر التحيز والميل والهوى, ولذلك فقد نصت اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق على أنه: "لا يجوز أن يتولى التحقيق من يتصل بأحد الخصوم بصلة القرابة أو النسب حتى الدرجة الرابعة" الفقرة (ج) من المادة (٩) من الباب

الثالث, من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق الصادرة بالأمر السامي رقم (٣/١٣١٣٦/ر) وتاريخ: ١٣٩٢/٧/١هـ., والأقارب حتى الدرجة الرابعة هم:

الدرجة الأولى: الآباء, والأمهات, والأجداد, والجدات وإن علوا.

الدرجة الثانية: الأولاد, وأولادهم وإن نزلوا.

الدرجة الثالثة: الإخوة والأخوات الأشقاء, أو لأب, أو لأم, وأولادهم.

الدرجة الرابعة: الأعمام والعمات, وأولادهم, والأخوال والخالات وأولادهم المادة (١/٨) من اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية والصادرة بقرار وزير العدل رقم (٤٥٦٩) وتاريخ ١٤٢٣/٦/٣هـ..

وإعمالاً لمبدأ الحيدة فإنه يتعين على المحقق الإداري عدم القيام بأي عمل من شأنه التأثير على إرادة الموظف العام المتهم, كأن يدفعه إلى قول ما لا يريد قوله, أو أن يتدخل بأي صورة في إجابته, إذ أن القاعدة التي تحكم توجيه الأسئلة للمتهم تقتضي ترك الحرية

الكاملة له في إجابته, بحيث يكون قد قد فعلاً بإرادته التامة أن يدلي بما ذكره, ولا يرجع ذلك لأي سبب آخر.

وترتيباً على ما تقدم ينبغي أن تكون إرادة الموظف العام المتهم حرة أثناء إبدائه لأقواله, ولا يجوز للمحقق الإداري تقييدها.

ولقد تضمنت اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق النص على أنه: "لا يجوز للمحقق استعمال وسائل الإكراه والضغ أو التهديد في تحقيقه, وعليه أن يقتر على التحقيق في الأمور المباشرة المتلة بالتهمة والكاشفة عن حقيقتها" الفقرة (أ) من المادة (٩) من الباب الثالث من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق الصادرة بالأمر السامي رقم (٣/١٣١٣٦/ر) وتاريخ ١٣٩٢/٧/١هـ.)

وغني عن البيان أن الشريعة الإسلامية السمحة قد كفلت هذا المبدأ وأقرته, فالشريعة جاءت لتحقيق العدل والمساواة بين الناس, والقضاء على التعسف والجور والتسل, وفي ذلك يقول الحق تبارك وتعالى: لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْ وَأَنزَلْنَا الحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ (٢٥) سورة الحديد, الآية (٢٥).

وقد أقرَّ فقهاء الشريعة الإسلامية رحمهم الله تعالى مبدأ الحيدة وقرروا أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي لمن لا تقبل شهادته له, كعمودي النسب, والزوجة, وكل من يتهم عليه.

المطلب الثاني

كتابة التحقيق

أولى المنظم السعودي اهتمامه بالتحقيق الإداري ومقوماته, وكفل له قدراً مناسباً من الضمانات الأساسية التي يجب مراعاتها, ومن الضمانات الجوهرية التي كفلها النظام وجوب كتابة التحقيق الإداري, فقد نصت المادة الخامسة والثلاثون من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١علىأنه "لا يجوز توقيع عقوبة تأديبية على الموظف إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه, وإثبات ذلك في القرار الصادر بالعقاب أو في محضر مرفق به".

. ولذا أكد ديوان المظالم على ضرورة كتابة التحقيق, حيث ورد في أحد أحكامه النص على "أن توقيع أي جزاء تأديبي بحق موظف يتطلب إجراء تحقيق مكتوب معه" حكم ديوان المظالم رقم ٥٥/ت/٣ لعام ١٤١٣هـ, "حكم غير منشور"..

ولقد أشار المنظم السعودي إلى بعض الضوابط والقواعد التي يجب على المحقق الإداري مراعاتها عند قيامه باتخاذ إجراءات التحقيق

وإعداد محاضرة, حيث نص على أن "يكون التحقيق كتابة, ويثبت في محضر أو محاضر مسلسلة يبين فيها تاريخ ومكان وساعة افتتاحه وإتمامه, وتذيل كل ورقة من أوراق التحقيق بتوقيع من تولى التحقيق, ولا يجوز الشطب أو التعديل في أوراق محاضر التحقيق" المادة (١١) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ: ١٣٩١/٢/١هـ.,

كما نص على أن "يتولى المحقق أو كاتب التحقيق إن وجد تحرير محاضر الاستجواب, ولا يجوز للمأخوذ أقواله كتابة إجاباته بنفسه, على أن له أن يقدم مذكرة بخطه وكذلك الإقرارات التي تصدر عنه في أوراق مستقلة, ويجب توقيع المحقق وكاتب التحقيق على كل صفحة من صفحات التحقيق, ويوقع المأخوذ أقواله على كل إجابة له" المادة (١٠) من الباب الثالث من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق الصادرة بالأمر السامي رقم (٣/١٣١٣٦/ر) وتاريخ ١٣٩٢/٧/١هـ.

ومن خلال استعراض واستقراء النصوص النظامية المتقدمة يتضح أنه يتعين على المحقق الإداري اتباع بعض القواعد والضوابط

عند قيامه بإجراءات التحقيق وإعداد محاضره, ويمكن إيجازها في الآتي:

١. يجب على المحقق الإداري عند افتتاحه للمحضر أن يبين اسمه ووظيفته وتاريخ ومكان وساعة افتتاحه, والأمر المستند عليه في ذلك, وموضوع القضية باختصار, وتدوين اسم المستجوب رباعياً سواء كان متهماً أو شاهداً وعمره ومهنته ومرتبته الوظيفية وجنسيته وعنوانه ورقم هويته وتاريخها ومصدرها, ويقوم المحقق بالإطلاع عليها, ويدون بأنه تم الاطلاع عليها وأعيدت لصاحبها.

٢. يتولى المحقق بنفسه أو كاتب التحقيق . إن وجد . تحرير محاضر التحقيق, ولا يجوز للمأخوذ أقواله كتابة إجابته بنفسه, وإذا كان المحقق معه لا يجيد اللغة العربية فيستعان بمترجم, ويثبت ذلك في المحضر, وتدون أقواله بلغته ثم تترجم إلى اللغة العربية, ويوقع عليها من قبله, كما يقوم المترجم بالتوقيع عليها وكذلك المحقق, وفي جميع الأحوال يجب أن يوقع المأخوذة أقواله قرين كل إجابة وفي نهاية كل صفحة

من صفحات التحقيق, كما يوقع المحقق في نهاية كل صفحة من صفحات التحقيق.

٣. ينبغي أن يكون التحقيق بخ واضح, ولا يجوز المسح أو الشطب أو التحشير أو التعديل أو إلغاء أي صفحة من صفحات المحضر, وفي حالة الخطأ في عبارة توضع بين قوسين ويكتب بجانب القوس الأخير عبارة (لاغي) وتُذيَّل بتوقيع المحقق أو كاتب التحقيق إن وجد, ويجب أن تثبت الإجابة بعباراتها دون تغيير وتنقيح؛ حتى تكون حجة للمأخوذة أقواله أو عليه.

٤. يثبت في محضر التحقيق ما يقدم من المحقق معه من أوراق أو مستندات ويوضح تاريخ تقديمها ومدى مطابقتها للأصل ومقدمها, ويؤشر عليها المحقق, ويدون عليها مقدمها ما يفيد أنها قدمت منه, ويوقع عليها ويكون ذلك تحت كلمة (ملحوظة) وبعدها (تمت الملحوظة) ويوقع عليها من المحقق ومن تم التحقيق معه.

٥. يجب قفل المحضر عقب انتهاء كل جلسة على أن تحدد الساعة التي قفل فيها المحضر والموعد المحدد لإعادة فتح التحقيق مرة أخرى إذا تطلب الأمر ذلك, ويذيل بتوقيع المحقق.

ومن المقرر نظاماً أنه يترتب على عدم كتابة التحقيق الإداري البطلان.

أما بالنسبة للإجراءات الاسترشادية الأخرى المتعلقة بكتابة التحقيق فإن إغفال المحقق الإداري لها لا يترتب عليه بطلان التحقيق.

وغني عن البيان أن أصل مبدأ كتابة التحقيق موجود في الفقه الإسلامي وهو من وسائل إظهار الحقيقة وتحقيق العدالة.

المطلب الثالث

سريـة التحقيق

السِّـرُّ في اللغـة: هـو كـل مـا يكـتم ويخفـى, وهـو خـلاف الإعـلان, والجمع أسرار.

أمــا في الاصــطلاح: المقـــود بمبـدأ سـرية التحقيـق "أن جمهـور النـاس لا يـــرح لهـم بالـدخول في المكـان الـذي يجـري التحقيـق فيـه, ولا تعـرض محاضـر التحقيـق لإـــلاع النـاس, ولا يجـوز للـــحف وغيرهـا مـن وسائل الإعلام إذاعتها".

السـرية في إجـراءات التحقيـق الإداري تعـدُّ أمـراً لازمـاً للتوصـل إلى الغايـة المنشـودة مـن التحقيـق, وهـذا المبـدأ توجبـه القواعـد العامـة وتمليـه المبـادئ النظاميـة دون الحاجـة إلى نـص يقـرره وتجـدر الإشـارة إلى أن المـنظم قـد أشـار إلى هـذا المبـدأ في المـادة (١٥) مـن اللائحـة الداخليـة لهيئـة الرقابـة والتحقيـق الـــادرة بالأمـر السـامي رقـم (٣/١٣١٣٦/ر) وتاريـخ ١٣٩٢/٧/١هـ حيـث جـاء فيهـا: "لا يجـوز الإـــلاع علـى محاضـر التحقيـق إلا بعـد إحالتهـا لهيئـة التأديـب وبمعرفتهـا".وذلـك لمـا يترتب عليه من أهداف سامية تتجلى في الآتي:

١. **الحيلولة دون العبث بالأدلة وإخفائها.**

٢. **حماية سمعة المتهم وكرامته حتى تتضح حقيقته.**

٣. **المحافظة على حيدة المحقق واستقلاله.**

ومما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية السمحة قد أقرت هذا المبدأ وكفلته, فالمحقق الإداري مؤتمن على وظيفته, وهو بحكم عمله يطلع على أسرار لا يمكن لغيره الإ□لاع عليها, وهي تعدُّ أمانة, فلا يجوز إضاعتها بإفشائها وإشاعتها, والله سبحانه وتعالى يقول: ا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ (٢٧) سورة الأنفال, الآية (٢٧).

وقد جاء في السنة النبوية المطهرة ما يدل على الأمر بحفظ السر والنهي عن إفشائه, وفي ذلك يقول الرسول ﷺ : (إذا حدَّث الرجل الحديث ثم التفت فهي أمانة) أخرجه أبو داود في سننه, , حديث رقم (٤٨٦٨), والترمذي في سننه, , حديث رقم (١٩٥٩), ج٤, ص٣٤١؛ والإمام أحمد في مسنده, ج٣, ص٣٧٩. قال الترمذي: "حديث حسن وإنما نعرفه من حديث ابن أبي ذئب".

المبحث الثاني

الضمانات المتعلقة بالموظف العام المتهم

ويشتمل على مطلبين

المطلب الأول: حضور الموظف العام ومواجهته بالمخالفة المنسوبة إليه.

نص المنظم السعودي على ذلك صراحة في المادة العاشرة من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ حيث جاء فيها: "يجرى التحقيق بحضور الشخص الذي يجري التحقيق معه ما لم تقتض المصلحة العامة إجراء التحقيق في غيبته", وهذا يعني أن النظام قد جعل الطابع الحضوري لإجراءات التحقيق هو الأصل والقاعدة الأساس, والاستثناء هو عدم الحضور, "ومن المبادئ الأصولية أن الاستثناء لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة, ولا يجوز التوسع في تطبيقه" المذكرة التفسيرية لنظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

وفي حالة تعذر حضور الشخص لمرضه أو لأسباب قهرية وكان التحقيق لا يتحمل إلا رجاء والتأخير فإنه يجوز لرئيس هيئة الرقابة والتحقيق أن يصدر أمراً بانتقال المحقق لإجراء التحقيق في مكان تواجده, على أن يصحبه كاتب التحقيق . إن وجد . وأحد أعضاء الرقابة, ويراعى إخطار مرجع المستجوب مسبقاً بذلك الفقرة (ب) من المادة (٩) من الباب الثالث من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق الصادرة بالأمر السامي رقم (٣/١٣١٣٦/ر) وتاريخ ١٣٩٢/٧/١هـ..

وبالإضافة إلى ما تقدم فقد أكدت اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق الصادرة بالأمر السامي رقم (٣/١٣١٣٦/ر) وتاريخ ١٣٩٢/٧/١هـ على جواز حضور المتهم أحد أهم إجراءات التحقيق الإداري, ألا وهو سماع الشهود, فقد نصت المادة السابعة عشرة من الباب الثالث على أنه "يجوز سماع الشهود في حضور المحقق معه ما لم تقض الظروف المحيطة بالتحقيق أن يكون ذلك في غيبته".

وامتداداً لما نص عليه المنظم السعودي من وجوب حضور الموظف العام المتهم إجراء التحقيق الإداري فقد نص على وجوب

إحاطته بالتهمة المنسوبة إليه ومواجهته بها, حيث جاء في نظام تأديب الموظفين النص على أنه "لا يجوز توقيع عقوبة تأديبية على الموظف إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه, وإثبات ذلك في القرار الصادر بالعقاب أو في محضر مرفق به" المادة (٣٥) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ., والواضح من استقراء هذا النص أن مفاد التحقيق مع الموظف وسماع أقواله وتحيق دفاعه يقتضي مواجهته بالمخالفة التأديبية المنسوبة إليه بالإضافة إلى أدلة الاتهام, وهذا ما أكدته اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق حيث جاء فيها: "يجب مواجهة الموظف المحقق معه في نهاية التحقيق بجميع الأدلة والقرائن المقامة ضده وأن يطلب منه الرد على كل منها على حده" المادة (١٦) من الباب الثالث من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق الصادرة بالأمر السامي رقم (٣/١٣١٣٦/ر) وتاريخ ١٣٩٢/٧/١هـ..

والمواجهة بهذا المعنى تعدُّ أمراً سابقاً على ضمان حق الموظف العام من الدفاع عن نفسه مجدياً, وهذا ما أكده ديوان المظالم في أحد أحكامه حيث جاء فيه: "وبديهي أن من الضمانات التي يجب

مراعاتها في التحقيق الإداري المواجهة, وذلك بإيقاف المتهم على حقيقة التهمة المسندة إليه وإحاطته علماً بمختلف الأدلة التي تشير إلى ارتكابه المخالفة حتى يستطيع أن يدلي بأوجه دفاعه" حكم ديوان المظالم رقم ٢/د/ف/٣٩ لعام ١٤١٥هـ, "حكم غير منشور"..

ولكي تكون مواجهة الموظف العام بالتهمة المسندة إليه صحيحة ومجدية وبالتالي يكون الدفاع ممكناً ومفيداً فإنه يلزم توافر الشروط الآتية:

١. أن يكون علم الموظف بالأفعال المنسوبة إليه محدداً ودقيقاً).

٢. أن تكون المواجهة شاملة لجميع الأفعال المنسوبة للموظف العام المتهم والمكونة للمخالفة التأديبية بالإضافة إلى أدلة الاتهام المؤيدة لذلك.

٣. أن تتم مواجهة الموظف بالتهمة المنسوبة إليه على وجه يستشعر معه الموظف أن الإدارة بسبيل مؤاخذته إذا ما ترجحت لديها أدلة إدانته؛ وذلك حتى يكون على بينة من خطورة موقفه فينشط للدفاع عن نفسه.

٤. أنه لا بد من مواجهة الموظف العام بالتهمة المنسوبة إليه صراحة ومساءلته عن الجواب, أما المواجهة الضمنية فإنها لا تصح.

وتطبيقاً لما تقدم فقد قضى ديوان المظالم في أحد أحكامه بأنه "من الضمانات الجوهرية التي يجب مراعاتها في التحقيق الإداري المواجهة, وذلك بإيقاف الموظف على حقيقة التهمة المسندة إليه وإحاطته علماً بمختلف الأدلة التي تشير إلى ارتكابه المخالفة؛ حتى يستطيع أن يدلي بأوجه دفاعه, ويلزم حتى تؤدي مواجهة الموظف بالتهمة غايتها .كضمانة أساسية له . أن تتم على وجه يستشعر معه الموظف أن الإدارة بسبيل مؤاخذته إذا ما ترجحت لديها أدلة إدانته حتى يكون على بينة من خطورة موقفه فينشط للدفاع عن نفسه, وليس يغني عن هذه المواجهة أن تكون المخالفة ثابتة ثبوتاً مادياً لا شبهة فيه, ذلك أن الحكم على ثبوت المخالفة أو انتفائها مرده إلى ما يسفر عنه التحقيق الذي يعتبر توجيه التهمة وسؤال المخالف عنها وتحقيق دفاعه بشأنها أحد عناصره الجوهرية" حكم ديوان المظالم رقم ٨٦/٢٩ لعام ١٤٠٠هـ, "حكم منشور في مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها هيئات ولجان ودوائر الديوان خلال عام ١٤٠٠هـ, (الرياض: إدارة وتصنيف ونشر الأحكام بديوان المظالم, ١٤٠٦هـ), ص٣٢٤. ٣٢٧".

كما ذهب ديوان المظالم إلى أن المواجهة الضمنية لا تصح, حيث جاء في أحد أحكامه: "وأنه بالاطلاع على هذا التحقيق ومحتوياته يتضح أنه لم يواجه باتهام صريح باستيلائه على تلك الأشياء, في حين أن الاتهام قد وجه إليه ضمنياً ولكن الاتهام الضمني لا يعول عليه في مثل هذه الأشياء, بل لا بد من توجيه الاتهام صراحة ومساءلته عن الجواب" حكم ديوان المظالم رقم ٩/ت/٣ لعام ١٤٠٦هـ, "حكم غير منشور..

ومما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية السمحة قد أقرت هذا المبدأ الجوهري وكفلته, ومما يدل على ذلك قول الحق تبارك وتعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْماً بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ (٦) سورة الحجرات, الآية (٦).

ولقد كان أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ يكفل لعماله وولاته حق حضور إجراءات التحقيق ومواجهتهم بالتهم المنسوبة إليهم, وكان إذا شكي إليه عامل جمع بينه وبين من شكاه, فإن صح عليه أمر يجب أخذه به أخذه .

المطلب الثاني

تمكين الموظف العام من الدفاع عن نفسه

نص المنظم السعودي على أنه "لا يجوز توقيع عقوبة تأديبية على الموظف إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه, وإثبات في القرار الصادرة بالعقاب أو في محضر مرفق به" المادة (٣٥) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

وهذا ما أكده ديوان المظالم, حيث جاء في أحد أحكامه: "ومفاد ذلك أن النظام أوجب قبل توقيع الجزاء على الموظف إجراء تحقيق معه, وسماع أقواله وتحقيق دفاعه بما يوفر له الضمان والاطمئنان, ذلك أن القرار التأديبي هو في واقع الأمر قضاء عقابي في خصوص الذنب الإداري, وذلك يقتضي وجوب استدعاء الموظف موضوع المسألة وسؤاله عما هو مأخوذ عليه من أعمال, وتمكينه من الدفاع عن نفسه وإتاحة الفرصة له لمناقشة شهود الإثبات وسماع من يرى الاستشهاد بهم من شهود النفي وغير ذلك من مقتضيات الدفاع التي تكفل تحقيق الضمان وتوفير الاطمئنان للموظف المذكور, وهو أمر تمليه المصلحة العامة؛ حتى يصدر الجزاء

مستنداً إلى السبب المبرر له بما يكفل الاطمئنان إلى صحة ثبوت الوقائع المستوجبة لهذا الجزاء" حكم ديوان المظالم رقم ٥٤/ت/١ لعام ١٤٠٥, "حكم غير منشور"..

ومن الأمور الهامة التي تتصل بحق الدفاع حق الموظف العام المتهم في سماع أية شهادة يطلب الاستماع لها, فسماع شهود الموظف المتهم أمر يجب على المحقق القيام به, وهذا ما أكدته اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق حيث نصت على أنه "لا يجوز للمحقق إبداء الرأي قبل استجواب الموظف وسماع الشهود واستكمال جميع عناصر القضية وقفل التحقيق" المادة (١٣) من الباب الثالث من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق الصادرة بالأمر السامي رقم (٣/١٣١٣٦/ر) وتاريخ ١٣٩٢/٧/١هـ.

ومن أبرز دواعي كمال حقوق الدفاع للموظف العام المتهم وتوفير أكبر قدر له من الحرية أثناء التحقيق معه واستجوابه وجود محام بجانبه يبعث الهدوء والاطمئنان في نفسه, ويجعله يحسن الرد والمناقشة, ويضمن له سلامة الإجراءات المتخذة من قبل سلطة التحقيق وتجدر الإشارة إلى أن مهنة المحاماة وشروط مزاولتها يحكمها حالياً نظام المحاماة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٨) وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ..

إنَّ حق استعانة الموظف المتهم بمحام يعدُّ أمراً اختيارياً له في مرحلتي التحقيق الإداري والمحاكمة التأديبية, وغني عن البيان أن حق الموظف العام المتهم في الاستعانة بمحام في مرحلة المحاكمة التأديبية مكفول بنص المادة التاسعة عشرة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم والصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٩٠) وتاريخ ١٤٠٩/١١/١٦هـ, والتي جاء فيها: "يحضر المتهم جلسات المحاكمة بنفسه في الدعاوى التأديبية والجزائية, ويبدي دفاعه كتابة أو مشافهة, وله أن يستعين بمحام, وأن يطلب استدعاء الشهود لسماع شهادتهم, فإذا لم يحضر المتهم في الدعوى التأديبية بعد إبلاغه إبلاغاً صحيحاً فعلى الدائرة أن تمضي في إجراءات المحاكمة.

وتجدر الإشارة إلى أنه متى ما مكَّن المحقق الإداري الموظف العام المتهم من الدفاع عن نفسه فامتنع عن إبداء دفاعه وأقواله فإنه يتعين على المحقق الإداري في هذه الحالة أن يثبت ذلك في المحضر, وأن يقوم بأخطار الموظف عن طريق مرجعه بالعدول عن موقفه, بحيث إذا أصر على الامتناع جاز له السير في إجراءات القضية على ضوء الوقائع الثابتة فيها المادة (١٤) من اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة والتحقيق والصادرة

بالأمر لسامي رقم (٣/١٣١٣٦/ر) وتاريخ ١٣٩٢/٧/١هـ., وبذلك فإن الموظف العام يكون قد فوت على نفسه حق الدفاع.

أما في الفقه الإسلامي فقد اتفق فقهاء الشريعة على أنه لا يجوز حرمان المتهم من حقه في الدفاع عن نفسه لأي سبب من الأسباب.

وقد استدل الفقهاء على كفالة الشريعة الإسلامية حق المتهم في الدفاع عن نفسه بعدة أدلة ومنها ما يلي:

١. قول الرسول ﷺ : (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه) أخرجه البخاري في صحيحه, حديث رقم (٤٢٧٧), ومسلم في صحيحه, حديث رقم (١٧١١), , واللفظ لمسلم..

ومما تقدم يتضح أن حق المتهم في الدفاع عن نفسه حق أصيل كفلته الشريعة الإسلامية, كما أن للمتهم الاستعانة بمن يدافع عنه,ومما يدل على جواز استعانة المتهم بمحام يدافع عنه ما يلي:

١. قوله تعالى: قَالَ رَبِّ إِنِّي قَتَلْتُ مِنْهُمْ نَفْساً فَأَخَافُ أَن يَقْتُلُونِ (٣٣) وَأَخِي هَارُونُ هُوَ أَفْصَحُ مِنِّي لِسَاناً فَأَرْسِلْهُ مَعِيَ رِدْءاً يُصَدِّقُنِي إِنِّي أَخَافُ أَن يُكَذِّبُونِ (٣٤) قَالَ سَنَشُدُّ عَضُدَكَ بِأَخِيكَ وَنَجْعَلُ لَكُمَا سُلْطَاناً فَلاَ يَصِلُونَ إِلَيْكُمَا بِآيَاتِنَا أَنتُمَا وَمَنِ اتَّبَعَكُمَا الغَالِبُونَ (٣٥) سورة القصص, الآيات (٣٣. ٣٥).

٢. أن رسول الله ﷺ قال: (إنما أنا بشر, وإنكم تختصمون إليَّ, ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض, فأقضي على نحو ما أسمع, فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه؛ فإنما أقطع له قطعة من النار) أخرجه البخاري في صحيحه, حديث رقم (٦٧٤٨), ؛ ومسلم في صحيحه, حديث رقم (١٧١٣),..

الفصل الثالث

التصرف في التحقيق الإداري

ويشتمل على المباحث الآتية:

المبحث الأول: التصرف في التحقيق الذي تجريه الجهة الإدارية.

ويشتمل على المطالب الآتية

المطلب الأول: حفظ التحقيق

المقصود بحفظ التحقيق الإداري بأنه: **إجراء إداري تتخذه السلطة المختصة بالتحقيق وبمقتضاه تقرر عدم السير في الإجراءات التأديبية لتوافر سبب من الأسباب التي تحول دون ذلك.**

والقرار الصادر بحفظ التحقيق الإداري ينتمي إلى أحد النوعين الآتيين:

أ . **الحفظ المؤقت**:ويستند إلى سببين هما: عدم معرفة الفاعل, أو عدم كفاية الأدلة.

ب . **الحفظ القطعي**:وهذا النوع من الحفظ تكون له حجيته بحيث لا يمكن متابعة الموظف العام ويكون الحفظ القطعي لأسباب عديدة وحالات مختلفة ويمكن بيان أهمها فيما يأتي:

١. **عدم الصحة**
٢. **عدم المخالفة**.
٣. **عدم الأهمية**.
٤. **سبق الفصل في الموضوع**.
٥. **امتناع المسؤولية**.
٦. **امتناع العقاب** وهذا ما نصت عليه المادة (٣٤) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ, حيث جاء فيها: "يعفى الموظف من العقوبة بالنسبة للمخالفات العادية أو الإدارية أو المالية إذا ثبت أن ارتكابه للمخالفة كان تنفيذاً لأمر مكتوب صادر

إليه من رئيسه المختص بالرغم من مبارحة الموظف له كتابة بأن الفعل المرتكب يكون مخالفة".

٧. **سقوط الدعوى التأديبية** المادة (٤٢) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

٨. **وفاة الموظف** حكم هيئة التأديب, بجلسة ١٣٩٨/٧/٢٢هـ, في القضية رقم (٨٢) لسنة ١٣٩٨هـ؛ "مجموعة أحكام هيئة التأديب, المجموعة الثالثة, الأحكام الصادرة في عامي ١٣٩٨. ١٣٩٩هـ, ص٤٧".

المطلب الثاني

الإحالة إلى الرئيس الإداري

وتتمثل الرئاسة الإدارية التي لها صلاحية توقيع الجزاءات التأديبية على الموظفين العموميين في الوزير المختص, ومن في حكمه وهو رئيس المجلس المستقلة, والرئيس الإداري للمؤسسة العامة, وكذلك كل من يفوض لمباشرة هذه السلطة بقرار مكتوب يصدر من الوزير المختص أو ممن في حكمه المادة (٤٦) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

ولقد حدد المنظم السعودي العقوبات التأديبية التي يمكن توقيع أي منها على الموظف العام حال ارتكابه إحدى المخالفات المالية أو الإدارية, وهذه العقوبات هي: الإنذار, واللوم, والحسم من الراتب بما لا يتجاوز صافي راتب ثلاثة أشهر على ألا يتجاوز المحسوم شهرياً ثلث صافي الراتب الشهري, والحرمان من علاوة دورية واحدة, والفصل من الوظيفة, وتوقع على الموظفين الذين يشغلون المرتبة العاشرة فما دون, كما توقع على الموظفين الذين يشغلون المرتبة الحادية عشرة فما فوق ما عدا عقوبتي: الإنذار, والحسم من الراتب,

فلا توقع عليهما المادة (٣٢) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ.؛ وذلك تشديداً منه على شاغلي هذه المراتب الحساسة. وقد أجاز النظام للوزير المختص أو من في حكمه أن يوقع جميع هذه العقوبات السابقة على الموظف المخالف ما عدا عقوبة الفصل من الوظيفة العامة المادة (٣٥) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ., والتي حدد الاختصاص فيها بيد سلطة قضائية مستقلة؛ نظراً لخطورتها وشدتها.

ولقد منح المنظم السعودي السلطة التأديبية المختصة حرية اختيار العقوبة, إلا أنه قيد هذه الحرية بأن تكون العقوبة مناسبة للمخالفة, حيث نص على أنه "يراعى في توقيع العقوبة التأديبية أن يكون اختيار العقوبة متناسباً مع درجة المخالفة, مع اعتبار السوابق والظروف المخففة والمشددة الملابسة للمخالفة وذلك في حدود العقوبات المقررة في هذا النظام" المادة (٣٤) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

ومن الجدير بالذكر هنا أن الجهات الإدارية ملزمة بإبلاغ هيئة الرقابة والتحقيق وديوان المراقبة العامة ووزارة الخدمة المدنية في جميع

الأحوال بالقرار الصادر من الوزير أو من في حكمه بتوقيع الجزاء التأديبي فور صدوره, كما يلزمها تزويد هيئة الرقابة والتحقيق بصورة من جميع أوراق التحقيق, وتتولى الهيئة مراقبة هذه القرارات ولها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمها للقرار وصور أوراق التحقيق إذا رأت أن المخالفة الصادر في شأنها القرار تستوجب توقيع عقوبة الفصل من الوظيفة أن تبلغ الوزير المختص بذلك, وأن تقوم بمباشرة التحقيق في المخالفة تمهيداً لإحالة الموظف المتهم إلى ديوان المظالم لمحاكمته تأديبياً المادة (٣٩) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

وتجدر الإشارة إلى أن من أهم ضمانات الموظف العام في مواجهة سلطة التأديب الرئاسية حق الطعن أمام ديوان المظالم في القرار الصادر بتوقيع الجزاء التأديبي, وقد نصت الفقرة (ب) من البند (١) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ ١٤٠٢/٧/١٧هـ على أن من اختصاصات الديوان الفصل في "الدعاوى المقدمة من ذوي الشأن بالطعن في القرارات الإدارية متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص, أو وجود

عيب في الشكل, أو مخالفة النظم واللوائح, أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها, أو إساءة استعمال السلطة".

وتمشياً مع ما تقدم فقد نصت المادة الثالثة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٩٠) وتاريخ ١٤٠٩/١١/١٦هـ على أن يسبق رفع دعوى الإلغاء التظلم إلى الجهة الإدارية المختصة خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بهذا القرار. ويستفاد من ذلك أن على الموظف العام التظلم من قرار الجزاء التأديبي إلى الإدارة قبل رفع دعوى الإلغاء يطالبها فيه بإعادة النظر في القرار التأديبي وما بني عليه من تحقيقات, وهذا من شأنه إعطاء الإدارة فرصة كافية للتأكد من مدى وقوعها في الخطأ, وبالتالي إصلاح هذا الخطأ إن كان له وجود باعتقادها عن طريق سحب قرارها أو تعديله. غير أن حق التظلم كضمانة للموظف لا يعادل حق الطعن القضائي؛ لأن الإدارة تمثل في التظلم دور الخصم والحكم في ذات الوقت.

وتطبيقاً لما تقدم فقد قضي بديوان المظالم بإلغاء قرار صادر من جهة إدارية كان قد تضمن حسم خمسة أيام من راتب موظف عام, حيث

انتهى الديوان إلى أنه ليس في تصرف المدعي ما يشكل في حقيقة الأمر مخالفة إدارية, ولعدم ثبوت الوقائع التي استند إليها القرار؛ لأن اتهام المدعي بتلفظه على رئيسه بألفاظ غير لائقة قد ورد مرسلاً لا بينة له, فضلاً على أن قرار تشكيل لجنة التحقيق مع المدعي قد نص على إجراء التحقيق مع المدعي في واقعة التلفظ بألفاظ غير لائقة على رئيسه, مما يتضح منه انتفاء الركن المادي للمخالفة, وبالتالي عدم وجود هذه المخالفة التي استند إليها القرار محل الطعن حكم ديوان المظالم رقم ٣/د/ف/٢ لعام ١٤١١هـ, "حكم غير منشور".).

وفي حكم آخر لديوان المظالم أكد الرقابة على ملاءمة القرار التأديبي حيث جاء فيه: "وعلى هدي الأصول والمبادئ العامة التي تحكم شؤون الوظيفة العامة وفي مجال التأديب بصفة خاصة لا بد من ضرورة تناسب الجزاء ونوعه مع درجة خطورة الذنب الإداري, إذ يجب أن يكون الجزاء عادلاً, بأن يخلو من الإسراف في الشدة أو الإمعان في استعمال الرأفة" حكم ديوان المظالم رقم ١٢٢/ت/٣ لعام ١٤٠٧هـ, "حكم غير منشور"..

وتجدر الإشارة إلى أن رقابة ديوان المظالم على ملاءمة القرار التأديبي لا تعني أن الديوان يحل محل الإدارة في تقدير الجزاء, وهذا ما أكده الديوان في أحد أحكامه حيث نص على أن "الديوان لا يحل محل الإدارة عند نظر دعوى الإلغاء وإنما يقتصر في هذا الخصوص على الحكم بالإلغاء أو الرفض, ولا يكون له أن يتناول القرار ذاته بالتعديل أو الإضافة . قضاء الدائرة بإلغاء عقوبة الحسم من الراتب الموقعة على الموظف وتجاوز ذلك إلى الحكم بمعاقبة المدعي بالإنذار عن المخالفة يجعلها متجاوزة لاختصاص الديوان في نظر دعوى الإلغاء" حكم ديوان المظالم رقم ٧٥/ت/٢ لعام ١٤١٣هـ, "حكم غير منشور"..

المطلب الثالث

الإحالة إلى هيئة الرقابة والتحقيق

يتعين على الجهة الإدارية التي يتبعها الموظف العام إحالة أوراق التحقيق إلى هيئة الرقابة والتحقيق في الحالات الآتية:

١ . **حالة كون العقوبة المناسبة هي الفصل:** فإذا رأت الجهة الإدارية التابع لها الموظف العام أن المخالفة التأديبية المنسوبة إلى

الموظف المتهم من الجسامة بحيث تكون العقوبة المناسبة هي الفصل فإنها تلتزم بإحالة أوراق التحقيق إلى هيئة الرقابة والتحقيق لتتولى التحقيق في المخالفة, وذلك لأن الوزير المختص أو من في حكمه لا يملك إيقاع عقوبة الفصل على الموظف التابع له المادة (٣٥) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

٢ . **حالة ارتكاب الموظف المتهم جريمة جنائية:** فإذا اتضح للجهة الإدارية أن الموظف المتهم ارتكب جريمة جنائية فإنها تلتزم بإحالة أوراق التحقيق إلى هيئة الرقابة والتحقيق؛ لتتولى التحقيق مع الموظف المتهم, مع العلم بأن هذا الاختصاص مقيد بضرورة إحالة التحقيق إلى الجهة المختصة بالفصل فيه إذا أسفر التحقيق عن وجود جريمة جنائية المادة (١٢) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ والمذكرة التفسيرية له..

٣ . **حالة بلوغ الموظف سن التقاعد أثناء التحقيق:** فإذا بلغ الموظف العام المتهم المحقق معه من قبل الجهة الإدارية التابع لها السن المقررة نظاماً لترك الخدمة وتجدر الإشارة أن المادة (٨/٣٠) من اللوائح التنفيذية لنظام الخدمة المدنية والمعدلة بقرار مجلس الخدمة

المدنية رقم (١/١٣٤) وتاريخ ١٤٠٧/١/٢٠هـ قد نصت على أنه "مع مراعاة ما صدر من قرارات خاصة يحال الموظف على التقاعد بقوة النظام عند إكماله سن الستين, ويجوز لمجلس الخدمة المدنية في الحالات التي يقدرها مد خدمته مرة أو مرات حتى إكمال سن الخامسة والستين", وهذه هي القاعدة العامة, وفي الوقت نفسه هناك أنظمة وظيفية خاصة حددت سناً معيناً للتقاعد, كما في نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦٤) وتاريخ ١٣٩٥/٧/١٤هـ, حيث نصت المادة (٥١) منه على أن عضو السلك القضائي يحال إلى التقاعد إذا بلغ سن السبعين, وكذلك نظام هيئة التحقيق والادعاء العام الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٦) وتاريخ ١٤٠٩/١٠/٢٤هـ, حيث نصت المادة (١٢/ب) منه على أن عضو الهيئة يحال إلى التقاعد إذا بلغ سن الخامسة والستين. فإنه يتعين على جهته الإدارية إيقاف إجراءات التحقيق, وإحالة أوراق القضية وما تم بشأنها من تحقيق إلى هيئة الرقابة والتحقيق؛ لتتولى التحقيق معه, فانتهاء خدمة الموظف العام لا يمنع من الاستمرار في الإجراءات التأديبية المادة (٣٣) من نظام

تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

٤ . حالة ارتكاب الموظف مخالفة في جهة غير التي يعمل فيها: فإذا أسفرت نتيجة التحقيق الإداري عن ارتكاب الموظف العام المتهم مخالفة تأديبية في غير الجهة التي يعمل فيها فإن ذلك يستلزم إحالة أوراق التحقيق إلى هيئة الرقابة والتحقيق؛ لتتولى التحقيق في ذلك المادة (٤٠) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

٥ . حالة كون المتهمين بارتكاب المخالفة أو المخالفات المرتبط بعضها ببعض تابعين لأكثر من جهة إدارية: المادة (٤١) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

المبحث الثاني

التصرف في التحقيق الذي تجريه هيئة الرقابة والتحقيق

ويشتمل على المطالب الآتية

المطلب الأول: حفظ التحقيق

بعد انتهاء عضو هيئة الرقابة والتحقيق من إجراءات التحقيق مع الموظف العام يتعين عليه القيام بعرض أوراق التحقيق على رئيس الهيئة مبيناً فيها نتيجة التحقيق والتوصية بالتصرف النظامي فيها المادة (١٢) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

المقصود بحفظ التحقيق: إجراء إداري تتخذه السلطة المختصة بالتحقيق وبمقتضاه تقرر عدم السير في الإجراءات التأديبية لتوافر سبب من الأسباب التي تحول دون ذلك. كما تقرر معنا أيضاً أن القرار الصادر بحفظ التحقيق ينتمي إلى أحد النوعيين الآتيين:

أ . الحفظ المؤقت. ب . الحفظ القطعي.

المطلب الثاني

الإحالة إلى الجهة الإدارية التي يتبعها الموظف العام

إذا انتهت هيئة الرقابة والتحقيق من إجراءات التحقيق الإداري مع الموظف العام المتهم بارتكاب مخالفة مالية أو إدارية ورأت أن نتيجة التحقيق مع الموظف المخالف لا تستوجب توقيع عقوبة الفصل من الوظيفة العامة فإنها تلتزم بإحالة أوراق التحقيق إلى الرئيس الإداري المتمثل في الوزير المختص أو من في حكمه؛ ليقوم بتوقيع عقوبة تأديبية على الموظف المخالف دون الفصل من الوظيفة العامة،ومع ذلك فإن الوزير المختص أو من في حكمه لا يجب عليه التقيد باقتراح الهيئة, وله توقيع هذه العقوبة المقترحة أو اختيار عقوبة أخرى ملائمة من بين العقوبات التي تدخل ضمن اختصاصه المادة (٣٧) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

المطلب الثالث

الإحالة إلى ديوان المظالم

إذا باشرت هيئة الرقابة والتحقيق إجراءات التحقيق الإداري وأسفرت نتيجة التحقيق عن وجود ثمة دلائل كافية على وقوع المخالفة التأديبية ونسبتها إلى فاعلها أو فاعليها فإن الهيئة تلتزم بإصدار قرار بإحالة الموظف العام المتهم أو الموظفين المتهمين إلى ديوان المظالم, وذلك في الحالات الآتية:

١- إذا رأت هيئة الرقابة والتحقيق أن المخالفة التأديبية المنسوبة إلى الموظف العام من الجسامة بحيث تكون العقوبة التأديبية المناسبة هي الفصل. المادة (٣٦) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٧/١هـ والمذكرة التفسيرية له.

٢- إذا بلغ الموظف العام المتهم سن التقاعد النظامي في أثناء مرحلة التحقيق الإداري فإنه يحال إلى ديوان المظالم لإيقاع العقوبة التأديبية المناسبة عليه تنص المادة (٣٣) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ على أنه "لا يمنع انتهاء خدمة الموظف من

البدء في اتخاذ الإجراءات التأديبية أو الاستمرار فيها, ويعاقب الموظف الذي= = انتهت خدمته قبل توقيع العقوبة عليه بغرامة لا تزيد على ما يعادل ثلاثة أمثال صافي آخر راتب كان يتقاضاه, أو بالحرمان من العودة للخدمة مدة لا تزيد على خمس سنوات, أو بالعقوبتين معاً", وتأسيساً على ذلك فإن من بلغ سن التقاعد لا يكون أمام ديوان المظالم سوى إيقاع عقوبة الغرامة عليه؛ وذلك لانتفاء أثر عقوبة الحرمان من العودة للخدمة, أما من انتهت خدمته بأي سبب من أسباب انتهاء الخدمة سوى بلوغ السن النظامي للتقاعد فإنه يكون أمام الديوان إيقاع العقوبتين معاً أو إحداهما عليه..

٣- إذا كان الموظف العام المتهم قد ارتكب المخالفة التأديبية المنسوبة إليه في جهة إدارية أخرى غير التي يعمل فيها فإنه يحال إلى ديوان المظالم (المادة (٤٠) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩٧/٢/١هـ والمذكرة التفسيرية له.

٤- إذا كانت المخالفة التأديبية قد اشترك في ارتكابها أكثر من موظف وكانوا عند اكتشافها تابعين لأكثر من جهة إدارية, أو كانت هناك عدة مخالفات تأديبية مرتبة بعضها ببعض وقد ارتكبها موظفون من جهات إدارية مختلفة فإن ذلك يستلزم إحالة الدعوى إلى ديوان المظالم لتوقيع العقوبة المناسبة على مرتكبي المخالفة أو المخالفات التأديبية المادة (٤١) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩٧/٢/١هـ. والمذكرة التفسيرية له..

ويتعين على هيئة الرقابة والتحقيق إذا رأت أن المخالفة التأديبية تستوجب الإحالة إلى ديوان المظالم أن تصدر قراراً بإحالة الموظف المتهم إلى الديوان لإجراء المحاكمة التأديبية, متضمناً اسم الموظف المتهم ووظيفته ومقر عمله ومرتبته الوظيفية ومحل إقامته والتهم المنسوبة إليه, ومكان وزمان وقوع المخالفة وبيان الوقائع ووصف الاتهام وأدلته, والنصوص النظامية المنطبقة على المخالفة . إن وجدت ـ مع ذكر ما يرتبط بها من ظروف مشددة أو مخففة, كما يتعين على الهيئة أن ترفق بالقرار كامل ملف الدعوى, ويقيد به كل ما يتصل بالدعوى منذ البدء فيها وحتى نهاية رفع الدعوى المادة (٨) من

قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٩٠) وتاريخ ١٤٠٩/١١/١٦هـ..

وهذا ما أكدته قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم حيث جاء فيها: "تفصل الدائرة في الوقائع التي وردت بقرار الاتهام, ومع ذلك يجوز لها بناء على طلب هيئة الرقابة والتحقيق الحكم في وقائع لم ترد في قرار الاتهام أو على متهمين جدد كانت أوراق القضية تتضمن ذلك, بشرط أن يمنح المتهم أجلاً مناسباً لتحضير دفاعه, وللدائرة من تلقاء ذاتها التصدي لذلك بقرار تصدره بإحالة القضية إلى هيئة الرقابة والتحقيق لكي تتولى تحقيقها ثم اتخاذ ما يجب نظاماً كأية قضية أخرى, وإذا أعيدت القضية إلى الديوان وجب إحالتها إلى دائرة أخرى غير تلك التي تصدرت لها, فإذا كانت تلك الدائرة لم تفصل في الدعوى الأصلية وكانت هذه مرتبطة بالدعوى الجديدة ارتباطاً لا يقبل التجزئة وجب إحالة القضية كلها إلى الدائرة التي نظرت الدعوى أساساً المادة (٢٨) من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٩٠) وتاريخ ١٤٠٩/١١/١٦هـ..

ومن الجدير بالذكر أيضاً أن المادة السابعة والعشرين من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٩٠) وتاريخ ١٤٠٩/١١/١٦هـ قد منحت الدائرة التأديبية الحق في "أن تغير الوصف النظامي للفعل المسند إلى المتهم أو أن تعدل التهمة بإضافة الظروف المشددة التي تثبت للدائرة من التحقيق أو من المرافعة في الجلسة ولو كانت لم تذكر في قرار الاتهام, وعلى الدائرة أن تنبه المتهم إلى هذا التغيير, وأن تمنحه أجلاً مناسباً لتحضير دفاعه بناء على الوصف أو التعديل الجديد إذا طلب ذلك".

وغني عن البيان أن للدائرة التأديبية إجراء التحقيق التكميلي مع الموظف العام المتهم وسماع أقوال الشهود وإجراء المعاينة متى ما تطلب الأمر ذلك, وهذا ما أكدته المادة الثالثة والعشرون من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٩٠) وتاريخ ١٤٠٩/١١/١٦هـ حيث نصت على أنه "إذا رأت الدائرة أثناء المرافعة ضرورة إجراء معاينة أو تحقيق تكميلي باشرت ذلك بنفسها, أو ندبت من يقوم به من أعضائها, وللدائرة من تلقاء ذاتها أو بناء على طلب ممثل الادعاء أو المتهم أن تكلف بالحضور من تراه لازماً لسماع أقواله من الشهود, وعلى الدائرة أن

تمنع توجيه أسئلة إلى الشاهد لا تتعلق بموضوع الدعوى, أو تؤدي إلى اضطرابه أو تخويفه".

المطلب الرابع

الإحالة إلى الجهة المختصة بالقضاء الجنائي

إذا انتهت هيئة الرقابة والتحقيق من إجراءات التحقيق الإداري مع الموظف العام وأسفرت نتيجة التحقيق عن وجود جريمة جنائية فإنه يجب إحالة القضية إلى الجهة المختصة بالفصل فيها المادة (١٢) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

وفي هذه الحالة توقف جميع الإجراءات التأديبية ضد الموظف العام المتهم إلى أن يصدر حكم نهائي من الجهة المختصة بالمحاكمة الجنائية, ثم تعاد أوراق التحقيق بعد ذلك إلى هيئة الرقابة والتحقيق لتقرير ما يجب واتخاذ اللازم بشأنها, ومؤدى ذلك أن التصرف الإداري في الأفعال المنسوبة للموظف العام يعلق إلى أن يتم الفصل جنائياً في تلك الأفعال المذكرة التفسيرية لنظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ..

المطلب الخامس

الإحالة إلى مجلس الوزراء

إذا باشرت هيئة الرقابة والتحقيق إجراءات التحقيق الإداري مع الموظف العام المتهم بارتكاب مخالفة تأديبية وأسفرت نتيجة التحقيق "عن وجود شبهات قوية تمس كرامة الوظيفة أو النزاهة أو الشرف أو حسن السمعة جاز لرئيس الهيئة بعد أخذ رأي الوزير المختص اقتراح فصل الموظف بقرار من مجلس الوزراء" المادة (١٣) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ. وتجدر الإشارة إلى أن المادة (١٧/٣٠) من اللوائح التنفيذية لنظام الخدمة المدنية الصادرة بقرار مجلس الخدمة المدنية رقم (١) وتاريخ ١٣٩٧/٧/٢٧هـ قد نصت على أنه "يجوز بأمر ملكي أو بقرار من مجلس الوزراء فصل الموظف إذا قضت المصلحة العامة بذلك, ويعتبر هذا الفصل لأسباب تأديبية إذا نص على ذلك في الأمر أو القرار, ولا يجوز عودة الموظف إلى الخدمة إلا بأمر ملكي أو بقرار من مجلس الوزراء"..

وتأسيساً على ما سبق فإنه يجوز لرئيس هيئة الرقابة والتحقيق أن يقترح على مجلس الوزراء بعد أخذ رأي الوزير المختص فصل الموظف العام من الخدمة إذا كشف التحقيق عن وجود ثمة شبهات قوية تجعله غير صالح للاستمرار في الوظيفة العامة؛ "وذلك معالجة لحالات يحسن فيها اتخاذ مثل هذا الإجراء, دون الخوض في إجراءات المحاكمة" المذكرة التفسيرية لنظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ.

المبحث الثالث

التصرف في التحقيق في الفقه

إذا ثبت ارتكاب الموظف العام مخالفة تأديبية وتوافرت لديه أركان المخالفة فعلى السلطة التأديبية المختصة توقيع إحدى العقوبات التأديبية المناسبة عليه، وترتيباً على ما سبق يمكن بيان أهم العقوبات التأديبية التي كانت توقع على الموظف العام داخل الدولة الإسلامية إذا ثبت ارتكابه مخالفة تأديبية فيما يأتي:

١ــ اللوم والتوبيخ: ولقد عزر رسول الله ﷺ بالتوبيخ, ومن ذلك ما رواه أبو ذر رضي الله عنه قال: إني سابت رجلاً فعيرته بأمه, فقال لي النبي ﷺ : (يا أبا ذر أعيرته بأمه؟ إنك امرؤ فيك جاهلية أخرجه البخاري في صحيحه, حديث رقم (٣٠), ومسلم في صحيحه, حديث رقم (١٦٦١),..

٢ــ التشهير: ويقصد بالتشهير الإعلام عن مخالفة المحكوم عليه، ويستند الفقهاء على عقوبة التشهير بما جاء في الصحيحين عن أبي حميد الساعدي رضي الله عنه أن النبي ﷺ استعمل رجلاً من الأزد يقال له:

ابن اللُّتبِيَّة على الصدقات فلما رجع حاسبه, فقال: هذا لكم, وهذا أهدي إلي, فقال النبي ﷺ: (ما بال الرجل نستعمله على العمل مما ولانا الله فيقول هذا لكم وهذا أهدي إلي! أفلا قعد في بيت أبيه وأمه حتى ينظر أيهدى إليه أم لا؟ والذي نفس مُحَمَّد بيده لا ينال أحدكم منها شيئاً إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبته, إن كان بعيراً له رغاء, أو بقرة لها خوار, أو شاة تيعر) ثم رفع يديه حتى رأينا عفرتي إبطيه, ثم قال: (اللهم هل بلغت؟) قالها مرتين أو ثلاثاً أخرجه البخاري في صحيحه, حديث رقم (٦٧٧٢), ومسلم في صحيحه, حديث رقم (١٨٣١),.

٣ـ الهجر: الهجر في اللغة: ضد الوصل, يقال: هجرت الشيء هجراً إذا تركته وأغفلته.

وقد عزر الرسول ﷺ بالهجر وذلك في حق الثلاثة الذين خلفوا عن غزوة تبوك, وظلوا خمسين ليلة لا يكلمهم أحد, أو يسلم عليهم, أو يتصل بهم, حتى تابوا ونزل فيهم قول الحق تبارك وتعالى: وَعَلَى الثَّلاثَةِ الَّذِينَ خُلِّفُوا حَتَّى إِذَا ضَاقَتْ عَلَيْهِمُ الأَرْضُ بِمَا رَحُبَتْ وَضَاقَتْ عَلَيْهِمْ أَنفُسُهُمْ وَظَنُّوا أَن لاَّ مَلْجَأَ مِنَ اللَّهِ إِلاَّ إِلَيْهِ ثُمَّ تَابَ عَلَيْهِمْ لِيَتُوبُوا إِنَّ اللَّهَ هُوَ التَّوَّابُ الرَّحِيمُ (١١٨) سورة التوبة, الآية (١١٨)..

٤. المصادرة: ولقد سبق رسول الله ﷺ هذه العقوبة التعزيرية ..

٥ـ الحرمان من بعض الحقوق: يقصد بذلك حرمان الموظف المخالف من بعض الحقوق المقررة له شرعاً, كالحرمان من تولي الوظائف العامة, أو الحرمان من الأجر, والحرمان من سلب القتيل, والحرمان من سهم الغنيمة.

٦ . العزل من الوظيفة: عقوبة العزل من الوظيفة العامة لا تكون إلا بيد الإمام الأعظم, فهو الذي يتولى هذا الإجراء, أما باقي العقوبات التعزيرية التأديبية فإنه يصح توقيعها من قبل السلطة التأديبية المختصة.

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا مُحَمَّد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين

ملخص بحث
الدفوع الإدارية وتطبيقاتها القضائية
من محاكم ديوان المظالم

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في سياسة شرعية

إعداد الطالب
عبدالله بن علي عبدالرحمن العليان

إشراف فضيلة الشيخ الدكتور
محمد مصيلحي

١٤٢٣هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس ٢٢٩
البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس ١٨٨
البحث بعد التلخيص ٨٩

إعداد/
لجنة ملخصات الأبحاث القضائية
بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث

المقدمة: – وتشتمل على ما يلي: –

- أهمية الموضوع.
- أسباب اختيار الموضوع.
- الدراسات السابقة.
- منهج البحث.
- تقسيمات البحث.

التمهيد: – ويشتمل على التعريف بمفردات البحث:

المبحث الأول: – تعريف الدفوع، ويشتمل على مطلبين: –

المطلب الأول: تعريف الدفوع لغة.

المطلب الثاني: تعريف الدفوع في الفقه والنظام.

المبحث الثاني: – تعريف (الدعوى الإدارية)، ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الدعوى الإدارية لغة.

المطلب الثاني: تعريف الدعوى الإدارية في الفقه والنظام.

المبحث الثالث: تعريف الدفوع الإدارية، ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الدفوع الإدارية في الفقه.

المطلب الثاني: تعريف الدفوع الإدارية في النظام.

الفصل الأول: مشروعية الدفوع الادارية وأنواعها ووقتها وشروطها وأثرها في الفقه والنظام وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: مشروعية الدفوع الادارية في الفقه والنظام .

المبحث الثاني: أنواع الدفوع الادارية في الفقه والنظام .

المبحث الثالث: الوقت الذي يجوز فيه إبداء الدفع في الفقه والنظام.

المبحث الرابع: شروط الدفوع الإدارية في الفقه والنظام.

المبحث الخامس: أثر الدفوع الإدارية في الفقه والنظام.

الفصل الثاني: الدفوع الشكلية فقهاً ونظاماً وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: أقسام الدفوع الشكلية.

المبحث الثاني: الدفع بعدم الاختصاص في الفقه والنظام .

المبحث الثالث: الدفع بعدم قبول صحيفة الدعوى في الفقه والنظام .

المبحث الرابع: أحكام الدفوع الشكلية.

الفصل الثالث: الدفع بعدم القبول في الفقه والنظام وفيه ثمانية مباحث:

المبحث الأول: طبيعة الدفع بعدم القبول .

المبحث الثاني: شروط قبول الدعوى الادارية في الفقه والنظام .

المبحث الثالث: حالات الدفع بعدم القبول.

المبحث الرابع: علاقة الدفع بعدم القبول بعدم سماع الدعوى.

المبحث الخامس: الدفع بالتقادم في الفقه والنظام .

المبحث السادس: الدفع لرفعها بعد الميعاد أو دون سلوك سبيل التظلم في الفقه والنظام .

المبحث السابع: الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها في الفقه

والنظام.

المبحث الثامن: آثار الحكم بعدم قبول الدعوى في الفقه والنظام .

الفصل الرابع: الدفوع الموضوعية في الفقه والنظام وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الفرق بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية.

المبحث الثاني: أحكام الدفوع الموضوعية .

المبحث الثالث: الدفع بالتزوير في الفقه والنظام .

الفصل الخامس: تطبيقات قضائية من أحكام ديوان المظالم ويتضمن:

المبحث الأول: تطبيقات قضائية على الدفوع الشكلية.

المبحث الثاني: تطبيقات قضائية على الدفوع بعدم القبول .

المبحث الثالث: تطبيقات قضائية على الدفوع الموضوعية.

الخاتمة: وتشتمل على أهم النتائج والتوصيات.

الفهارس: وتشتمل على الفهارس الآتية: –

أولاً: فهرس الآيات القرآنية.

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية.

ثالثاً: فهرس الآثار.

رابعاً: فهرس الأعلام.

خامساً: فهرس المصادر والمراجع.

سادساً: فهرس الموضوعات.

المبحث الأول: تعريف الدفوع، ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الدفوع لغة (الدفوع) جمع مفردها (دفع) بمعنى المنع والرد والدرء و الإزالة.

المطلب الثاني: تعريف الدفوع في الفقه والنظام فيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الدفوع في اصطلاح الفقهاء:

وقد ورد تعريف الدفع عند المتأخرين من الفقهاء فممن عرف الدفع:

- مجلة اللأحكام العدلية: " الدفع هو أن يأتي المدعى عليه بدعوى تدفع دعوى المدعي.

الفرع الثاني: تعريف الدفع في اصطلاح القانونيين :

لم يتضمن نظام القضاء السعودي الصادر سنة ١٣٩٥هـ، ولانظام تركيز مسئوليات القضاء الشرعي الصادر سنة ١٣٧٢هـ، ولا نظام الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية الصادر سنة ١٣٧٢هـ، ولانظام ديوان المظالم الصادر سنة ١٤٠٢هـ، و لاقرار مجلس الوزراء الصادر سنة١٤٠٩هـ بشأن قواعد المرافعات والاجراءات أمام ديوان المظالم، ولانظام المرافعات الشرعية الصادر سنة ١٤٢١هـ تعريفاً للدفع وهذا يفيد أن المنظم لم يرد الدخول في التعريفات النظامية، وجميلٌ فعل.

التعريف المختار للدفع: بعد النظر في تعريفات الفقهاء والقانونيون للدفع نجد أنها غير جامعة، ويمكن أن يعرف الدفع من خلال النظر في نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ وكذلك من خلال النظر في أحكام ديوان المظالم في هذا الصدد بأنه (وسائل الدفاع التي يمكن اثباتها، يثيرها المدعى عليه أو المحكمة أو من له شأن في الدعوى لاسقاط الخصومة وردها أو عدم قبولها أو تأخير الحكم فيها).

المبحث الثاني: تعريف الدعوى الإدارية، ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الدعوى الإدارية لغة:-

الدعوى مأخوذة من الفعل ادعى يدعي ادعاءً، فالدعوى اسم من الادعاء وهو المصدر، أي أنها اسم لما يُدعى.

المطلب الثاني: تعريف الدعوى الإدارية في الفقه والنظام:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الدعوى الإدارية في الفقه الإسلامي:

لم يعرف الفقه الإسلامي (الدعوى الإدارية) على وجه الخصوص كما هو الحال في النظام.

التعريف المختار للدعوى: هي (قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله، أو حمايته).

الفرع الثاني: تعريف الدعوى الإدارية في النظام:

ويعرف ديوان المظالم الدعوى الإدارية بأنها: هي تلك التي تكون إحدى جهات الإدارة طرفاً فيها، حيث جاء في حكم له ما نصه: ((أن ديوان المظالم بمقتضى نظامه الأساسي هو جهة القضاء الإداري التي أناط النظام ولاية النظر والفصل في كافة المنازعات الإدارية. ومن المعلوم أن المنازعة

الإدارية هي تلك التي تكون إحدى جهات الإدارة طرفاً فيها. وعلى هذا المقتضى إذا لم تكن إحدى الجهات الإدارية طرفاً في المنازعة المعروضة انتفى عن تلك المنازعة وصف المنازعة الإدارية، وبالتالي تنحسر عنها ولاية الديوان)) قرار رقم ١٣/ ٨٦ لعام ١٤٠٠هـ في القضية رقم ١/٢٣٣/ ق لعام ١٤٠٠هـ منشور في مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية، ذات المجلد، ص (١١)..

وقد جاء في حكم آخر للديوان ما نصه (... مع أن المنازعة لا تكتسب وصف المنازعات الإدارية إلا إذا كانت الإدارة طرفاً فيها بل إن كثيراً من الآراء الفقهية ترى – فوق ما تقدم – أن وجود الإدارة طرفاً في المنازعة ليس شرطاً كافياً لوصفها بأنها إدارية بل يجب أن تكون كذلك بحكم موضوعها) حكم رقم ١٥١/ت/ ٣ لعام ١٤٠٩هـ في القضية رقم ٩/ ٣/ ق لعام ١٤٠٧هـ (لم ينشر)..

وعرف ديوان المظالم الدعوى الإدارية تعريفاً آخر ولكنه قريب من الأول ولا يخرج عنه حيث قال عن الدعوى الإدارية بأنه (هو النزاع الذي يثور بين جهات الإدارة المختلفة والأفراد) القضية رقم ٢٦٦/ ١/ ق لعام ١٣٩٩هـ، والقضية رقم ١/ق لعام ١٣٩٨هـ..

وفي رأي أن تعريف الدعوى الإدارية يرتبط بما تتميز به هذه الدعوى من خصائص، تميزها عن الدعوىالعادية التي تخضع للقانون الخاص أمام القضاء العادي، وتتميز الدعوى الإدارية عن الدعوى المدنية بعدة مميزات تميزها عن سائر الدعاوى، وأهم هذه المميزات هي:

١) أن أحد أطراف الدعوى الإدارية شخص من أشخاص القانون العام.

٢) وتتميز أيضاً الدعوى الإدارية من ناحية الحق (موضوع الدعوى) أي الشيء المدعى به، إذ يجب أن يكون حقاً من الحقوق الإدارية.

٣) تخضع الدعوى الإدارية في غالب الأحيان لأحكام القانون العام.

٤) الدعوى الإدارية يختص بنظرها القضاء الإداري.

٥) وأخيراً: تتميز الدعوى الإدارية، بأنها محددة على سبيل الحصر.

المبحث الثالث: تعريف الدفوع الإدارية ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الدفوع الإدارية في الفقه:

لم يعرف الفقه الإسلامي الدعوى الإدارية وبالتالي لم يكن هناك ما يسمى "بالدفوع الإدارية" في الفقة الإسلامي.

ويمكن أن يقال أن الدفوع الإدارية في الفقه الإسلامي تدخل تحت منظومة الدفوع بشكل عام في الفقه الإسلامي وخاصة أنه لا فرق بين دفع الدعوى الإدارية وغيرها.

المطلب الثاني: تعريف الدفوع الإدارية في النظام:

الدفوع الإدارية في النظام هي (وسائل الدفاع التي يمكن اتباعها، يثيرها المدعى عليه أو المحكمة أو من له شأن في الدعوى لإسقاط الخصومة وردها أو عدم قبولها أو تأخير الحكم فيها).

الفصل الأول

مشروعية الدفوع الإدارية وأنواعها ووقتها وشروطها وأثرها في الفقه والنظام:

المبحث الأول: مشروعية الدفوع الإدارية في الفقه والنظام:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مشروعية الدفوع الإدارية في الفقه

صرّح الفقهاء بمشروعية الدفع، حيث اجمعوا على صحة الدفع، وجوازه بين المتخاصمين، وجعلوا ذلك من العدل الواجب الاتباع من جهة القاضي، سواء أكان الدفع من المدعى عليه، أم من المدعي في جوابه الذي يقصد به رد دفع المدعى عليه.

والأصل في مشروعية الدفع:

- قوله تعالى: {لأُعَذِّبَنَّهُ عَذَاباً شَدِيداً أَوْ لأَذْبَحَنَّهُ أَوْ لَيَأْتِيَنِّي بِسُلْطَانٍ مُبِينٍ} سورة النمل آية ٢١..

– وقال ﷺ فيما يرويه ابن عباس رضي الله عنهما: ((لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه. وقال ﷺ: ((البينة على المدعي، واليمين على من أنكر)) أي المدعى عليه)) مشكاة المصابيح/ التبريزي: تحقيق الألباني. سنن النسائي: مطبوع بشرح السيوطي وحاشية السندي. صحيح مسلم برقم ١٧١١تحقيق عبد الباقي. صحيح مسلم بشرح النووي: مجمع الزوائد/ الهيثمي: سبل السلام: جمع الفوائد من جامع الأصول ومجمع الزوائد: (في الدعاوى والبينات) حديث رقم: ٤٩٢٩..

ويرى الفقهاء أن القاضي يعذر المدعى عليه ويرجئ الحجة للغائب، أو المختفي والممتنع عن الحضور، حتى يدفع عن نفسه الخصومة قبل أن يحكم عليه القاضي، كما أن المدعى عليه الحاضر إذا ثبت عليه الحق، فإن القاضي يعلمه بأن القضاء توجه عليه، فإن كان له حجة أتى بها.

ولذا فإنه يجب على القاضي أن يسأل المدعى عليه قبل الحكم عليه بقوله: ((أبقيت لك حجة)) ؟ فإن قال: نعم بقيت لي حجة أنظرهُ القاضي حتى يأتي بها.

وقد ذكر بعض فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة: أن القاضي يمهل من ادعى الدفع ثلاثة أيام، إذا ذكر في جوابه على الدعوى بأن له دفعاً غير حاضر، ويريد أن يأتي بدفعه.

أمّا المالكية فقالوا: قد يطول الأجل، وقد يقصر، وقد يصل إلى الشهر في بعض القضايا إذا احتاج الأمر إلى ذلك، وقد يقصر إلى ثلاثة أيام أو أسبوع.

وضرب الأجل الذي يعطي لمن يدعي سبباً في طلب التأجيل أمر موكول إلى القاضي، فقد يطول الأجل في القضايا التي تحتاج إلى ذلك، وقد يقصر بحيث يؤجل القاضي الدعوى إلى جلسة أخرى، وقد يفصل في الدعوى في جلسة الحكم الأولى.

- قال عمر بن الخطاب في رسالته إلى أبي موسى الأشعري عندما وجهه للقضاء: ((ومن ادعى حقاً غائباً أو بينة فاضرب له أمداً ينتهي إليه، فإن بيَّنَه، أعطيته بحقه، وإن أعجزه ذلك استَحْلَلْتَ عليه القضية، فإن ذلك هو أبلغ في العذر، وأجلى للعماء ((للعمى)) السنن الكبرى: ١٠/ ١٨٢..

المطلب الثاني: مشروعية الدفوع الإدارية في النظام:-

يتفق الفقه والنظام في حماية حق الدفع لجميع المتخاصمين حيث نطقت جميع القوانين بمشروعية الدفع، وأجمعوا على صحة الدفع وجوازه بين المتخاصمين لأن ذلك من باب تحقيق العدل بين المتخاصمين.

وقد نظمت المادة ١٩ من نظام الأعمال الإدارية أمام الدوائر الشرعية الصادر سنة ١٣٧٢هـ هذه المسألة بشكل جيد حينما نصت على أن:

((يكلف الحاكم المدعى عليه بالجواب حالاً، فإذا كان الجواب يعسر عليه في المجلس كاحتياج المدعى عليه لمراجعة دفاتره أو استحضار وثائقه أو تحرير كشف حسابي، يمهل مدة كافية في نظر القاضي).

وكذلك تنص المادة ٢١ من نظام الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية على أنه ((إذا دفع أحد الطرفين بدفع صحيح وطلب الجواب من الطرف الآخر فاستمهل لأجله لا يسمح له الحاكم إلا في الحالات التي يرى فيها ضرورة إملاله)).

ونصت المادة ٧٣ من نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ على أنه ((تحكم المحكمة في هذه الدفوع على استقلال ما لم تقرر ضمه إلى موضوع الدعوى، وعندئذٍ تبين ما حكمت به في كل من الدفع والموضوع)) ويقول ديوان المظالم في هذا الصدد : (... ولهذا فإن قضاءها ... قد جاء مخالفاً للقواعد الأساسية للتقاضي وما يتطلبه من حق أطراف الخصومة في إبداء دفاعهم وتحقيق دفوعهم نزولاً على كفالة ضمانات القضاء ومتطلبات سلامة أحكامه شكلاً وموضوعاً..) حكم رقم ٢٤٦/ت لعام ١٤١٠هـ في القضية رقم ١٢١/ ٤/ ق لعام ١٤٠٩هـ..

المبحث الثاني: أنواع الدفوع الإدارية في الفقه والنظام:-

المطلب الأول: أنواع الدفوع الإدارية في الفقه:

يفهم مما ذكره الفقهاء من مفهوم الدفع أنه يشمل تحته نوعين من الدفوع:

النوع الأول: الدفع الموضوعي للدعوى: ويقصد به إبطال نفس دعوى المدعي.

النوع الثاني: دفع الخصومة: ويقصد به أن يدفع المدعى عليه الخصومة دون التعرض لصدق المدعي أو كذبه في دعواه.

المطلب الثاني: أنواع الدفوع الإدارية في النظام:

١- الدفوع الشكلية (الإجرائية): ((الوسيلة التي بمقتضاها يستطيع المدعى عليه – دون تعرضه لموضوع الدعوى أو شروط قبولها – تأجيل النظر في المطالبة القضائية))..

٢- الدفع بعدم القبول: هي كل الوسائل التي يهدف من ورائها الخصم إلى عدم قبول الدعوى لعدم توافر الشروط العامة أو الخاصة اللازمة لسماعها أو قبولها دون تعرض لموضوع النزاع..

وعليه فإن هذا النوع من الدفوع يوجه إلى الحق في الدعوى عند تخلف أحد شروط قبولها، كالدفع بانعدام المصلحة أو الصفة ونحو ذلك. وفي هذا يقول ديوان المظالم في حكم له ما نصه: ((... ذلك أن عدم القبول هو

نتيجة يرتبها النظام على تخلف كل أو بعض الشروط أو الإجراءات أو الأوضاع التي عينها النظام لاعتبار الدعوى مقبولة أي صالحة للفصل في موضوعها ...)) الحكم رقم١٠/ت /٣ لعام ١٤١١هـ..

وورد أيضاً في حكم آخر ما نصه: ((حيث أن عدم قبول الدعوى يرجع إلى عدم توافر أحد الشروط اللازمة لنظر الدعوى بحالتها الراهنة ...)) الحكم رقم ٣٢٣/ت/ ٣ لعام ١٤٠٩هـ في القضية رقم ١/١٤٠٣/ق لعام ١٤٠٧هـ..

٣- الدفوع الموضوعية: ويقصد بها وسائل الدفاع الموجهة بشكل مباشر ضد ادعاء المدعي بهدف بيان أنه لا يقوم على أساس ومن ثم لا يقضى له بطلبه.

ومبنى الدفوع الموضوعية عدم أحقية المدعى في الادعاء، ويصدر الحكم والحالة هذه برفض الدعوى لعدم أحقيته.

وفي نهاية هذا المبحث نذكر العلاقة بين تقسيم الفقهاء للدفع وتقسيم شراح القوانين:-

فمن خلال دراستنا لأنواع الدفوع في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية فإنه يمكن أن نلحظ بعض الملاحظات التالية:-

١. أن الدفع الذي يقصد به إبطال نفس دعوى المدعي في الفقه الإسلامي لا يختلف في شيء عن الدفوع الموضوعية في القانون.

٢. أن الدفع بعدم الخصومة في الفقه الإسلامي يدخل في الدفع بعدم القبول في القانون إذ أن الدفع بعدم القبول يشمل الدفع بعدم الخصومة ودفوع أخرى غيرها،.

٣. يلاحظ أيضاً أن الفقه الإسلامي لا يوجد فيه ما يسمى (بالدفوع الشكلية) المقرر في القوانين.

المبحث الثالث: الوقت الذي يجوز فيه إبداء الدفع في الفقه والنظام وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الوقت الذي يجوز فيه إبداء الدفع في الفقه الإسلامي:-

أولاً: الوقت الذي يجوز فيه إبداء الدفع الذي يقصد به إبطال دعوى المدعي:

نص فقهاء الحنفية – رحمهم الله – على أن الدفع الذي يقصد به إبطال دعوى المدعي يصح إبداؤه في أية مرحلة تكون عليها الدعوى فيصح قبل البينة كما يصح بعدها. وكما يصح قبل الاستمهال يصح بعده. وهذا متفق عليه عندهم قبل الحكم أما بعده فقد اختلفوا فيه على رأيين:

الرأي الأول: يصح إبداؤه قبل الحكم وبعده إلا أنهم ذكروا شرطين من أجل جواز سماع الدفع بعد الحكم وهما:

الشرط الأول: أن يتضمن هذا الدفع إبطال الحكم الأول إذا ثبت.

الشرط الثاني: ألا يمكن التوفيق بين دفع المدعى عليه الذي أتى به بعد الحكم والدعوى الأصلية، فإن كان التوفيق ممكناً لم يقبل هذا الدفع بعد الحكم.

وهذا الرأي هو المعتمد في المذهب الحنفي، ووافقهم على ذلك بعض المالكية.

الرأي الثاني: يجوز إبداء الدفع قبل الحكم ولا يجوز إبداؤه بعد الحكم، وذلك تمشياً مع القاعدة الشرعية القاضية بأن الدعوى متى فصلت بالوجه الشرعي مستوفية شروطها الشرعية لا تنقض ولا تعاد.

وهذا رأي بعض الحنفية ووافقهم على ذلك البعض الآخر من المالكية، ونص بعض المالكية على أنه لا يقبل أي نوع من البينات من المحكوم عليه بعد فصل الدعوى حتى ولو كانت خفية، خصوصاً إذا كان القاضي الذي حكم في الدعوى من أهل العمل والعدل.

وانتقد بعض الباحثين هذين الرأيين وقدم رأياً آخر وهو أنه:

إذا كان ما يستند عليه الدافع خفياً ولم يكن الحصول عليه وقت السير في الدعوى كان الدفع مقبولاً، وإذا كان الشيء الذي يستند عليه غير خاف فلا يقبل منه.

ثانياً: الوقت الذي يجوز فيه إبداء الدفع الذي يقصد به دفع الخصومة عن المدعى عليه:

يستفاد مما ذكر في كتب الحنفية أنه يصح إبداء هذا الدفع قبل الحكم في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، فيصح قبل البينة كما يصح بعدها وكما يصح قبل الاستمهال يصح بعده، إلا أنهم صرحوا بعدم قبوله إذا أبدي بعد الحكم.

وقالوا في تعليل هذا الاختلاف بين النوعين السابقين من الدفوع بأن تأخر المدعى عليه في دفع الخصومة عن نفسه إلى ما بعد الحكم يجعل

الدعوى صحيحة في جميع مراحلها، لأنها قامت على خصم حسب الظاهر، وبالتالي يكون الحكم فيها قد صدر صحيحاً، لأنه صدر على خصم شرعي.

ويرى بعض الباحثين إلى أن هذا الدفع يجوز إبداؤه قبل الحكم وبعده وذلك لأن التعليل السابق ليس كافياً، لأنه بثبوت الدفع يتبين أن الدعوى رفعت في وجه غير خصم شرعي، وإنها لم تكن مستوفية لجميع شروطها الشرعية، فتكون غير صحيحة، وبالتالي يكون الحكم فيها غير صحيح وبذا يتبين أن هذا الدفع يظهر بطلان القضاء السابق، وعليه ينبغي أن يكون مقبولاً.

والشافعية – رحمهم الله – لا يرون جواز إبداء هذا الدفع إلا قبل الشروع في إقامة البينة من قبل المدعي.

ثالثاً: وقت الدفع الشكلي: الفقهاء – رحمهم الله – لم يذكروا أحكاماً له لضيق نطاقه في النظام الإسلامي للمرافعات.

المطلب الثاني: الوقت الذي يجوز فيه إبداء الدفع في النظام:

يختلف وقت إبداء الدفع في النظام باختلاف أنواع الدفوع، وفيما يلي تفصيل ذلك:-

أولاً: وقت إبداء الدفوع الموضوعية: تكاد قوانين ونظم المرافعات وشراحها تتفق على أن هذا الدفع يجوز إبداؤه في أي مرحلة من مراحل الدعوى أثناء نظرها إلى حين إقفال باب المرافعة فيها، بل يجوز إبداؤها بعد الحكم في الاستئناف إذا قام به صاحب الشأن في موعده وبشروطه.

ويتفق الفقه الإسلامي والنظام في جواز إبداء هذا الدفع بعد الحكم.

غير أن هذا الاتفاق ليس من كل وجه فهناك بعض الوجوه التي يختلفان فيها وهي:- ١- أن هذا الدفع عند فقهاء المسلمين يجوز أن يكون عند نفس القاضي الذي أصدر الحكم الأول، بينما لا يصح الدفع بعد الحكم في النظام إلا بعد أن يطعن المدعى عليه بالحكم الصادر عليه أمام محكمة أخرى وهي في ديوان المظالم هيئة تدقيق الأحكام وفي المحاكم العامة محكمة التمييز وبشروط معينة ووقت محدد لا يصح تجاوزه.

٢- أن إبداء هذا الدفع بعد الحكم لم يرد له تقييد بمدة معينة في الفقه الإسلامي وإنما ذكروا جوازه مطلقاً من غير تقيد بزمن وإن كانوا قيدوه بشروط أخرى سبق ذكرها، بينما هذا الدفع مقيد بمدة معينة بعد الحكم فإن مضت دون أن يستخدم الطاعن حقه في الطعن والدفع سقط حق الدفع

عنه إلى الأبد لانتهاء وقته القانوني مهما كانت الأسانيد التي يعتمد عليها الدافع.

ثانياً: وقت إبداء الدفع بعدم قبول الدعوى: اختلفت الآراء في الوقت الذي ينبغي إبداء هذا النوع من الدفوع فيه على الأقوال التالية:

القول الأول: ذهب إلى أن الدفع لعدم قبول الدعوى يصح إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى، سواء كان ذلك أمام محكمة الدرجة الأولى أم كان أمام محكمة الدرجة الثانية.

القول الثاني: أن كافة الدفوع بعدم قبول الدعوى يتعين للتمسك بها إبداؤها قبل التكلم في موضوع الدعوى.

القول الثالث: إن الدفوع بعدم القبول نوعان:

النوع الأول: دفع يتعلق بموضوع الدعوى، كالدفع بانتفاء المصلحة، والدفع بحجية الشيء المحكوم به. وهذا يلحق من حيث الوقت الذي يجب أن يبدى فيه بالدفوع الموضوعية وهو صحة إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو بعد التكلم في الموضوع.

النوع الثاني: دفع لا يمس موضوع الدعوى من حيث أنه يتعلق بأمور خارجة عنه كالدفوع التي تستند إلى السقوط بانقضاء المدة أو الميعاد، وهذا يلحق

من حيث الوقت الذي يجب أن يبدى فيه بالدفوع الشكلية وهو وجوب إبداؤها قبل التكلم في موضوع الدعوى ولا يجوز التراخي في الإدلاء بها.

القول الرابع: وهو قريب من الرأي السابق يرى أنه لا بد من تحديد نطاق الدفع بعدم القبول بصورة دقيقة فما له شبه بالدفع الموضوعي فإنه يلحق به من حيث الوقت الذي يجب أن يبدي فيه وهو قاصر عندهم على الدفع بانتفاء مصلحة المدعي. وما له شبه بالدفع الشكلي فإنه يلحق به من حيث الوقت الذي يجب أن يبدى فيه وهو عندهم ينتج في كل دفع يوجه إلى شرط من شروط الدعوى ما عدا شرط المصلحة. ويستثنى من هذا ما كان متعلقاً بالنظام العام فإنه يقبل في أية مرحلة تكون عليها الدعوى.

وقد أخذ ديوان المظالم بالاتجاه الأول حيث أصدر ديوان المظالم في هذا الصدد حكماً جاء فيه ما نصه ((المرحلة الثانية: هي مرحلة بحث شروط قبول الدعوى المقررة نظاماً وهي شروط متعلقة بالنظام العام ويتعين على القاضي بحثها قبل التعرض للموضوع. فإن ثبت توافرها حكم بقبول الدعوى شكلاً، وانتقل بعد ذلك لبحث الموضوع، وإن تخلف شرط منها قضى بعدم قبول الدعوى دون خوض أو تعرض لموضوع النزاع...)) الحكم رقم ٣٣٣/ ت/٣ لعام ١٤٠١هـ في القضية رقم ٢١٥/ ٢/ ق لعام ١٤٠٦هـ (لم ينتشر)..

ثالثاً: وقت إبداء الدفوع الشكلية: الأصل في هذه الدفوع ألا تقبل إلا إذا تمسك بها الدافع قبل الدخول في موضوع الدعوى إلا أن هذا الأصل يرد عليه استثناءان، فيجوز التمسك بالدفع الشكلي بعد الدخول في موضوع الدعوى وهما:

١- الدفوع الشكلية التي تتعلق بالنظام العام، فيجوز إثارة هذا الدفع في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ولا تتقيد إثارتها في وقت معين.

٢- حالة طلب تأجيل الدعوى من أجل الاطلاع على مستندات قدمها الخصوم، فإن الحق في هذا الدفع لا ينشأ إلا بعد تقديم تلك المستندات ولكن إذا بادر الخصم بالرد على ما جاء في هذه المستندات أسقط حقه في هذا الدفع.

ويترتب على إبداء الدفوع الواجب إبداؤها قبل التعرض لموضوع الدعوى جزءاً قانونياً وهو سقوط الحق فيما لم يبدُ منها. وهذا ما نصت عليه المادة الحادية السبعون من نظام المرافعات الصادر عام ١٤٢١هـ بقولها [الدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو بعدم الاختصاص المحلي أو بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام النزاع ذاته أمامها أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها يجب إبداؤه قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى، وإلا سقط الحق فيما لم يبدُ منها].

وإذا ما نظرنا إلى نظام ديوان المظالم ولائحة المرافعات أمامه فإننا لا نجد معالجة لأحكام الدفوع – بما فيها هذا النوع – ولكن للديون بشأنها على العموم اجتهادات كثيرة تجيز لنا التسليم بهذا الحكم. منها: حكم للديوان ورد ما نصه: (أنه من المبادئ المستقرة في فقه أصول المرافعات والإجراءات أن الفصل في الدفوع – نطاقها وأنواعها– يسبق الفصل في موضوع الدعوى. إذ أن الفصل في الدفوع قد ينهي النزاع ولا يعود بعد الفصل فيها حاجة لبحث الموضوع...) حكم رقم ٣٦٢/ ت/٣ لعام ١٤١٠هـ في القضية رقم ١٠٨/ ٢/ ق لعام ١٤٠٥هـ (لم ينشر).

وفي حكم لها آخر ورد ما نصه: (وحيث أن النظر في الدفوع الشكلية المتعلقة بقبول الدعوى والفصل فيها يعد من المسائل الأولية التي يتعين على الدائرة التي تنظر في الدعوى التصدي لها أولاً وقبل النظر في الموضوع...) الحكم رقم ١٤/ ٥/ أ/ ٣ لعام ١٤١٢هـ صادر عن الدائرة الثالثة في القضية رقم ١٢٦١/ ١/ ق لعام ١٤١٢هـ والمزيد بحكم التدقيق رقم ١٥/ ب/ ٢ لعام ١٤١٣هـ بجلسة ١١/ ٢/ ١٤١٣هـ..

وفي حكم آخر ورد ما نصه (... إنه وإن كان القرار محل التدقيق قد سكت وأعرض عن هذا الدفع، وتناول موضوع الدعوى مباشرة، فإن ذلك إنما يعد رفضاً ضمنياً للدفع لا يؤثر على القرار محل التدقيق...) حكم رقم ٣٦٢/ ت/ ٣ لعام ١٤١٠هـ في القضية رقم ١٠٨/٢/ ق لعام ١٤٠٥هـ (لم ينشر)..

المبحث الرابع: شروط الدفوع الإدارية في الفقه والنظام وفيه مطلبان:

المطلب الأول: شروط الدفوع الإدارية في الفقه:-

١) ينبغي أن يراعى وقته عند إبدائه.

٢) أن يوجه إلى دعوى صحيحة.

٣) عدم التناقض في الدفع.

٤) أن تتعارض دعوى الدفع مع الدعوى المدفوعة بحيث لا يمكن الجمع بينهما.

٥) أن تكون دعوى المدعي قضائية.

المطلب الثاني: شروط الدفوع الإدارية في النظام:

نص المادة الحادية والسبعون من نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ حيث نصت على أن ((الدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو بعدم الاختصاص المحلي أو بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام النزاع ذاته أمامها أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها يجب إبداؤه قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى، وإلا سقط الحق فيما لم يبدُ منها)) المادة الحادية والسبعون من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٢١بتاريخ ١٤٢١/٥/٢٠هـ. ، وهذه القاعدة النظامية أخذ بها أيضاً ديوان المظالم. وعلى هذا يشترط:-

١- أن يكون الدفع قانونياً.

٢- أن يكون الدفع جوهرياً.

٣- الصفة في الدفع.

٤- عدم سقوط الحق في الدفع.

المبحث الخامس: أثر الدفوع الإدارية في الفقه والنظام ويتضمن على مطلبين:-

المطلب الأول: أثر الدفوع الإدارية في الفقه:

إذا كان الدفع دعوى ، فحينئذٍ يسير القاضي مع الخصوم في هذا الدفع كسيره في الدعوى الأصلية، ، فإن أقر بما دفع به خصمه لزمه ذلك، ودُفِعَت دعواه، ومنع من المطالبة والتعرض، وإن أنكره كلف الدافع إثبات دفعه، فإن أثبته بحجة شرعية اندفعت دعوى المدعى، وإن عجز عن الإثبات وطلب يمين المدعي الأصلي أجيب إلى طلبه، ووجه القاضي اليمين إليه، فإن نكل عن اليمين ثبت الدفع عند من يقولون بالنكول، وعند الآخرين يحلف الدافع يمين الرد فإن فعل ثبت الدفع واندفعت الدعوى. وأما إذا حلف المدعي الأصلي عادت دعواه الأصلية.

وأما إذا طلب الدافع إمهاله ليحضر بينة على الدفع وجب إمهاله، والقاضي يقدر زمن الإمهال.

إذا عجز الدافع عن إثبات دفعه وحلف المدعي، عادت دعواه الأصلية كما ذكرنا، ولكن ينظر بعد ذلك إلى طبيعة الدفع الذي كان المدعي عليه قد أبداه:

أ- فقد يكون هذا الدفع متضمناً للإقرار بالمدعى به فإذا عجز المدعى عليه عن إثباته اعتبر مقراً بالدعوى، وأُلزم بإقراره.

ب- وقد لا يكون الدفع متضمناً إقرار الدافع بالحق المدعى به،فإنه لو عجز عن إثبات ذلك وحلف المدعي على عدمه، لم يعتبر ذلك منه إقرار بالحق المدعى ولا يحكم به للمدعى إلا بالإثبات منه، أو بالنكول من الخصم..

المطلب الثاني: أثر الدفوع الإدارية في النظام:

يترتب على الدفع في التنظيمات الإجرائية آثار تختلف باختلاف أنواعه.

١- أثر الدفع الموضوعي: يترتب على الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به،.

٢- أثر الدفع الشكلي: أما الدفع الشكلي فالحكم الصادر بقبوله لا يمس أصل الحق المدعى به، ولا يترتب عليه إنهاء النزاع، وإنما يترتب عليه إنهاء الخصومة أمام المحكمة ولكن لا يؤدي إلى ضياع الحق المدعى، وكل النتيجة أنه قد يضطر الخصم إلى تأخير دعواه ثم تجديدها،

٣- أثر الدفع بعدم قبول الدعوى: يترتب على الحكم بعدم قبول الدعوى زوال إجراءات الخصومة، وزوال سائر الآثار القانونية المترتبة على قيامها، كقطع مدة التقادم.

الفصل الثاني

الدفوع الشكلية فقهاً ونظاماً ، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: أقسام الدفوع الشكلية في الفقه والنظام: وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أقسام الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي:-

سبق أن ذكرنا أن الفقه الإسلامي لا يوجد فيه مصطلح الدفع الشكلي، وبالتالي فلا يكون فيه ذكر لأقسام الدفوع الشكلية ومع ذلك نجد في الفقه الإسلامي معالجة لبعض أنواع الدفوع الشكلية التي ذكرها القانونيون كالدفع بعدم الاختصاص والدفع بالإحالة.

المطلب الثاني: أقسام الدفوع الشكلية في النظام:

يمكن تقسيم الدفوع الشكلية أقساماً متعددة تبعاً لوجهة النظر في التقسيم:

الفرع الأول: أقسام الدفوع الشكلية من حيث تعلقها بالنظام العام أو عدمه:

١- دفوع شكلية تتعلق بالنظام العام، ويترتب على كون الدفع الشكلي من النظام العام ما يلي:

أ- يجوز إثارة هذا الدفع في أي مرحلة تكون عليها الدعوى.

ب- لا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة القاعدة التي يتولد عنها الدفع الشكلي.

ج- يجوز للمدعي أو المدعى عليه إثارة الدفع المتعلق بالنظام العام.

د- يتعين على هيئة الرقابة والتحقيق أن تتمسك بالدفع المتعلق بالنظام العام.

هـ- على المحكمة أن تثير هذا الدفع من تلقاء نفسها.

٢- دفوع شكلية لا تتعلق بالنظام العام، ويترتب على كون الدفع الشكلي ليس من النظام العام ما يلي:

أ- يصح اتفاق الخصوم على مخالفة القاعدة التي يتولد عنها الدفع الشكلي.

ب- إن حق إثارة الدفع هو خاص للمدعى عليه فلا يجوز للمدعي إثارته.

ج- يجب أن تثار هذه الدفوع قبل الإجابة على موضوع الدعوى.

د- لا يحق للمحكمة أن تثير هذا الدفع من تلقاء نفسها.

الفرع الثاني: أقسام الدعوى الشكلية من حيث إنهاء الخصومة أو عدمه:

يمكن أن نقسم الدفوع الشكلية من حيث إنهاء الخصومة أو عدمه إلى قسمين:

الأول: دفوع شكلية تنهي الخصومة في الدعوى كالدفع بعدم الاختصاص.

الثاني: دفوع شكلية لا تنهي الخصومة في الدعوى كالدفع ببطلان أوراق التبليغ.

الفرع الثالث: أقسام الدفوع الشكلية من حيث هدف الخصم من إثارتها:

١- نوع يقصد منها خروج النزاع من ولاية المحكمة كالدفع بعدم الاختصاص والدفع بإحالة الدعوى.

٢- دفوع يقصد منها تأخير البت في الدعوى، كالدفع ببطلان أوراق التبليغ.

المبحث الثاني: الدفع بعدم الاختصاص في الفقه والنظام:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الدفع بعدم الاختصاص في الفقه الإسلامي:-

الاختصاص في اللغة: الانفراد بالشيء دون الغير، أو إفراد الشخص دون غيره بشيء ما.

واصطلاحاً: ((الحدود التي تباشر الجهة القضائية أو المحكمة ولايتها القضائية فيها)).

وأنواع الاختصاص التي يخصص ولي الأمر القضاء هي: الاختصاص الولائي أو (الوظيفي)، والاختصاص النوعي، والاختصاص القيمي، والاختصاص المكاني، والاختصاص الزماني، الاختصاص المحلي.

لكن ماذا يترتب على مخالفة هذا الاختصاص في الفقه الإسلامي؟

أولاً: الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي أو (الولائي):-

يقصد بالاختصاص الوظيفي هو توزيع ولاية القضاء بين جهات متعددة فلا يجوز لجهة أن تقضي فيما هو من اختصاص الجهة الأخرى.

وذلك لأن القاضي في الفقه الإسلامي هو نائب عن الأمام في فصل الخصومات، والنيابة نوع وكالة. والوكيل مقيد بحدود ما وكل به، فإذا حدد له الإمام أنواعاً من القضايا خصه بالفصل فيها فقط فهو صاحب الولاية في

الفصل في هذه القضايا، وهو ممنوع من الفصل في غيرها لقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ} سورة النساء آية رقم (٥٩)..

و يمكن القول أن الاختصاص الوظيفي في الفقه الإسلامي يعتبر من النظام العام تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، ويحق للخصوم أن يتمسكوا به فيدفعوا بعدم الاختصاص الوظيفي.

ثانياً: الدفع بعدم الاختصاص المكاني:

لقد عرفت الشريعة الإسلامية الاختصاص المكاني في القضاء منذ عهد النبوة،

وما دام الأمر كذلك فما هو موقف الفقه الإسلامي إذا وقعت خصومة بين شخصين كل شخص يتبع ولاية قاضي يختلف عن الآخر، فمن هو القاضي صاحب الاختصاص في نظر هذه الدعوى؟

لقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب أبو يوسف من الحنفيةوالمالكية والشافعية في وجه والحنابلة إلى أن المدعي هو الذي يختار القاضي، وذلك لأن المدعي هو المنشئ للخصومة وهو لا يجبر على الخصومة بحيث إذا تركها ترك فيعطي الخيار.

القول الثاني: ذهب مُحَمَّد بن الحسن من الحنفية والشافعية في وجه إلى أن المدعي عليه هو صاحب الحق في تعيين القاضي الذي ينظر الدعوى، وبهذا الرأي يفتى في المذهب الحنفي، ويعللون ذلك بأن المدعى عليه دافع للخصومة والأصل براءة ذمته، والظاهر يشهد له.

ثالثاً: الدفع بعدم الاختصاص القيمي:-

ذكر بعض الباحثين أن الفقه الإسلامي ممثلاً بالقضاء الإسلامي لم يتعرض لبحث الاختصاص القيمي، وأن الفقهاء اكتفوا بالنص على جواز تخصيص القضاء بالمكان والزمان والنوع من قبل ولي الأمر.

إلا إنني لا أتفق مع هؤلاء الباحثين مع احترامنا وتقديرنا لهم على أن الإسلام لم يعرف الاختصاص القيمي، بل إن القضاء الإسلامي قد عرف هذا النوع من الاختصاص منذ عهد الخلافة الراشدة فقد عمل عمر بن الخطاب – ﷺ – بهذا التنظيم القضائي في الاختصاص، فقد ولى أحد قضاته بأن يقضي بمبالغ معينة من المال لا يتجاوزها، من ذلك ما روي عن عمر بن الخطاب – ﷺ – أنه قال لأحد قضاته وهو يزيد بن أخت النمر ((رد عني الناس في الدرهم والدرهمين)).

وبناء على ذلك فلو نظر القاضي في مبالغ ليست داخلة في اختصاصه فإنه يمكن للخصم أن يدفع بعدم اختصاص القاضي بنظر هذه الدعوى.

رابعاً: الدفع بعدم الاختصاص النوعي:

يجوز لولي الأمر أن يخصص ولاية القاضي بالنظر في نوع معين من المنازعات والخصومات فتقيد ولايته مثلاً بالنظر في القضايا المدنية دون

القضايا الجزائية ومن أنواع القضايا المدنية: كدعاوى العقار، أو دعاوى وضع اليد، أو دعاوى الأسرة كالنكاح، والطلاق، أو أي نوع منها.

المطلب الثاني: الدفع بعدم الاختصاص في النظام:-

يقصد بالدفع بعدم الاختصاص هو الدفع الذي يثار بهدف منع المحكمة من الفصل في الدعوى المعروضة أمامها بخروجها عن حدود ولايتها طبقاً لقواعد الاختصاص.

وبهذا المعنى نطق حكم ديوان المظالم حيث ورد ما نصه: (... أن الدائرة قد خلطت في حكمها بين عدم القبول وعدم الاختصاص، .....، أما عدم الاختصاص فهو إجراء يتعين الحكم به في حالة طرح النزاع على هيئة أو محكمة لا ولاية لها في حسمه) حكم رقم ٣٢٣/ت/٣ لعام ١٤٠٩هـ في القضية رقم ١٤٠٣ /١/ق لعام ١٤٠٧هـ (لم ينشر).

وفي حكم آخر ورد ما نصه: ((وحيث أن الاختصاص بنظر الدعوى مسألة أولية يتعين التصدي لها قبل الفصل في موضوعها إذ لا يجوز للدائرة نظر موضوع الدعوى قبل أن تتأكد من اختصاصها بالفصل فيها حسبما هو وارد في قواعد الاختصاص الصادر في هذا الشأن ...) الحكم رقم (٦/ت/٣ لعام ١٤٠٨هـ في الدعوى رقم (١/٥٠٦/ق لعام ١٤٠٦هـ) (لم ينشر) وفي

ذات المعنى الحكم رقم ٥/ت/٣ لعام ١٤٠٨هـ في الدعوى رقم (١٠٦٧/١/ق لعام ١٤٠٦هـ) (لم ينشر)..

الفرع الأول: الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي:

يقصد بالاختصاص الوظيفي هو قيام المنظم بتوزيع ولاية القضاء بين جهات متعددة عن طريق قواعد وضوابط تنظم ولاية كل جهة وتوجه الخصوم إلى المحكمة التي ينبغي أن يختصموا إليها.

وقد نصت المادة السادسة والعشرين من نظام القضاء السعودي الصادر عام ١٣٩٥هـ على أن ((تختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات والجرائم إلا بما استثنى بنظام...)).

الدعاوى الداخلة في اختصاص ديوان المظالم: .

أولاً: أختصاصات الديوان بالفصل في المنازعات الإدارية:

بصدور نظام الديوان الجديد في عام ١٤٠٢هـ دخل ديوان المظالم فيما يمكن تسميته بمرحلة (القضاء المفوض) إذ نصت المادة (١) من ذلك النظام على أن:

((ديوان المظالم هيئة قضاء إداري مستقل ترتبط مباشرة بجلالة الملك)). ثم جاءت المادتان ٨، ٩ لتحدد اختصاصات الديوان. نبدأ أولاً باستعراض تلك الاختصاصات لننتقل بعد ذلك إلى توضيح مدى ولاية الديوان بالفصل في المنازعات الإدارية.

(١) استعراض اختصاصات الديوان الإدارية (م٨):

وبقراءة نص فقرات المادة (٨) من نظام الديوان نجد أن:

أ- ((الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة في نظم الخدمة المدنية والتقاعد لموظفي ومستخدمي الحكومة والأجهزة ذوات الشخصية المعنوية العامة المستقلة أو ورثتهم والمستحقين عنهم)).

هذه الفقرة تنطبق على موظفي ومستخدمي أجهزة الدولة المركزية واللامركزية، الإقليمي منها والمرفقي.

ويندرج ضمن الفئات الخاضعة لتطبيق هذه الفقرة أئمة ومؤذني وخدم المساجد المنظمة شؤونها الوظيفية بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/ ١/ ١٣٩٢هـ فضلاً عن العمد ونوابهم الخاضعين لنظام العمد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١٠/ ٤/ ١٤٠٦هـ وذلك باعتبارهم موظفين عموميين. والمستخدمون يختلفون عن الموظفين بطبيعة عملهم غير المكتبي. وتحكمهم اللائحة بقرار مجلس الخدمة المدنية رقم٣ في ٢٠/ ٩/ ١٣٩٧هـ وهي لا تنفرد إلا ببعض القواعد الخاصة وتقترب في مجملها من قواعد نظام الخدمة المدنية.

ويخرج عن نطاق تطبيق هذه الفقرة العاملون لدى الأشخاص المعنوية الخاصة أياً كانت أهميتها.

كما يخرج أيضاً عن نطاقها عمال الحكومة لخضوعهم لنظام العمل والعمال وانعقاد الاختصاص بالفصل في المنازعات الخاصة بهم للجان العمل وتسوية الخلافات العمالية ففي حكم للديوان جاء ما نصه (... وكان المدعى آنذاك من عمال الحكومة المخاطبين بأحكام نظام العمل والعمال طبقاً لحكم المادة (٢/م) منه ولائحة المعينين على بند الأجور الصادر بقرار مجلس الخدمة المدنية رقم (١٤١) وتاريخ ١٣٩٩/٥/٢٧هـ. ولما كان قرار مجلس الوزراء رقم (٢١٢) وتاريخ ١٤٠٦/١١/٢١هـ قد قرر بأن يظل الاختصاص ينظر الخلافات العمالية المتعلقة بعقود عمال الحكومة للجان العمل وتسوية الخلافات العمالية...). الحكم رقم (٧٥/ت/٣) لعام ١٤٠٧هـ في الدعوى رقم (٩٨/٢/ق) لعام ١٤٠٤هـ (لم ينشر)..

والملاحظ بشأن الفقرة (أ) أنه يتعين إجراء التفرقة بين الحقوق المقررة في أنظمة الخدمة المدنية وبين تلك المقررة في أنظمة التقاعد حيث خصصت الأولى (بالمدنية) بينما أطلقت الثانية (التقاعد)، الأمر الذي يترتب عليه استبعاد منازعات العسكريين بشأن حقوقهم المتعلقة بالمرتبات وغيرها من قضاء الحقوق (التسوية) باستثناء ما يتعلق منها بالتقاعد. وفي هذا المعنى

يقول الديوان في حكم له (وحيث إنه باستظهار نص الفقرة (أ) من المادة الثامنة من نظام الديوان يلاحظ أنها أشارت إلى نوعين من الدعاوى الحقوقية هما:

الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة في نظم الخدمة المدنية، والدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة في نظم التقاعد. والبادئ من ظاهر العبارة التي استعملها النص في هذا الشأن والتي تقول ((... الحقوق المقررة في نظم الخدمة المدنية والتقاعد...)) إن النص قد وصف نظم الخدمة بأنها مدنية، أما بالنسبة لنظم التقاعد فقد أطلقت من كل وصف ولم تخصص بأي خاصية بل جاء النص عليها عاماً بحيث تنصرف إلى عموم نظم التقاعد المدنية منها والعسكرية ولو شاء المنظم غير ذلك لما أعوزه النص الصريح، فعل ما فعل بالنسبة للحقوق المقررة في نظم الخدمة بأن نعتها بكونها نظم الخدمة المدنية، أما ((التقاعد)) الواردة في المتن فالمقصود بها عموم نظم التقاعد جمعاً لا إفراداً، تعميماً لا تخصيصاً حكم هيئة تدقيق القضايا رقم (٥٦/ت/١) لعام ١٤١٠هـ في القضية رقم (٧١٥/١/ق) لعام ١٤٠٩هـ (لم ينشر)..

أما الحقوق فتشمل بطبيعة الحال الحقوق المالية وفقاً لنظام التقاعد.

وتخضع هذه الحقوق لمدد التقادم المحددة وفقاً للمادة (٢) القرار رقم (١٩٠) لعام ١٤٠٩هـ والخاص بقواعد التقاضي أمام ديوان المظالم. والتي جاء فيها ما نصه: (... ١- مطالبة الجهة الإدارية المختصة خلال خمس سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به ما لم يكن ثمة عذر شرعي حال دون المطالبة يثبت لدى الدائرة المختصة بالديوان ...). ومن اجتهادات الديوان في هذا الصدد: ((اعتبار الابتعاث في دورة تدريبية في الخارج عذراً مشروعاً)). القرار رقم (٩٨/ت/٣) لعام ١٤٠٨هـ في القضية رقم (١/٧٨٣/ق) لعام ١٤٠٦هـ (لم ينشر). وفي حكم آخر ورد أيضاً: ((كثرة الورثة وتعبهم يعتبر عذراً مشروعاً يمنع سقوط الحق في المطالبة)). القرار رقم (٧٥/ت/٣) لعام ١٤٠٨هـ في الدعوى رقم (١/١٥٦٨/ق) لعام ١٤٠٧هـ (لم ينشر)..

ومن حقوق الموظف أو المستخدم أيضاً إجازاته الاعتيادية، والمرضية، والاستثنائية، وكذلك التعيين والترقية عند توافر الشروط المقررة نظاماً، تخضع للفقرة (ب) من المادة الثامنة من نظام الديوان.

(ب) ((الدعاوى المقدمة من ذوي الشأن بالطعن في القرارات الإدارية، متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص، أو وجود عيب في الشكل، أو مخالفة النظم واللوائح والخطأ في تطبيقها أو تأويلها وإساءة استعمال السلطة.

ويعتبر في حكم القرار الإداري رفض السلطة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح)).

والإشارة إلى ((ذوي الشأن)) تنصرف إلى الأفراد العاديين والمؤسسات الخاصة، كما تنصرف أيضاً إلى طعون الموظفين فيما يخص القرارات النهائية التي تضيرهم في مصلحة شخصية مباشرة. والقرار الإداري هو (الذي يتم بمجرد إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى الأنظمة واللوائح، بقصد إحداث أثر قانوني يكون ممكناً نظاماً...) لقرار رقم(٣/٤/١٣٩٨هـ) في القضية رقم(٢٣/ق)لعام ١٣٩٨هـ المنشور في مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها هيئات ولجان الديوان في المدة من ١٣٩٧هـ حتى ١٣٩٩هـ، ص(٦٢٦)..

(ج) ((دعاوى التعويض الموجهة من ذوي الشأن إلى الحكومة والأشخاص ذوي الشخصية العامة المستقلة بسبب أعمالها)).

والأصل أن مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية أو المادية تقوم على خطأ وضرر بينهما علاقة سببية. وفي هذا الشأن يقول الديوان (... طبقاً لمبدأ المطالبة بالتعويض يلزم توافر عناصر ثلاثة: الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، فإذا تخلف عنصر من تلك العناصر الثلاثة فلا محل للمطالبة بالتعويض ...) لقرار رقم (٣/ت/٣٥١) لعام ١٤٠٩هـ في القضية رقم

(٤/١٨/ق) لعام ١٤٠٨هـ (لم ينشر). وفي مجال مسئولية الإدارة عن قراراتها الإدارية بقول الديوان (إن أساس مسؤولية الحكومة عن القرارات الإدارية التي تصدرها هو وجود خطأ من جانبها بأن يكون =القرار الإداري غير مشروع، وأن يترتب عليه ضرر، وأن تقوم علاقة سببية بين الخطأ والضرر ...). القرار رقم (١٨/ت) لعام ١٤٠١هـ القضية رقم (٢/٢١٨/ق) لعام ١٣٩٩هـ المنشور في مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا خلال عام ١٤٠١هـ، ص(١٠٦).

ويأخذ الديوان لانعقاد مسئولية الإدارة بالتفرقة المعروفة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي حيث جاء في حكم له (... فإنه لما كان من أركان المسئولية ثبوت الخطأ من جانب الإدارة والثابت من الوقائع أن السائق ارتكب حادث الدهس في يوم ..... بسيارته الخاصة حال كونه منقطعاً عن العمل..... وغير مكلف بمهمة لصالح الوظيفة ومن ثم لا يكون لجهة عمله أ ي صله بهذا الحادث، ولم تسهم بنصيب ولو يسير في وقوعه وبهذا ينتفي كل خطأ مرفقي من جانبها ... ويكون خطأ المتظلم من الأخطاء الشخصية التي يتحمل نتائجها المدنية والجنائية ولا وجه لمساءلة جهة العمل عما أصاب المتظلم من أضرار...) لقرار رقم (٢٦/٨) لعام ١٣٩٩هـ في القضية رقم (١/٨/ق) لعام ١٣٩٩هـ المنشور في مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية... في المدة من ١٣٩٧ – ١٣٩٩هـ، ص(٤٠٧)..

وتنعقد مسؤولية الإدارة أيضاً – ولكن بشكل استثنائي – على أساس المخاطر (التبعة) ، وتقبل طلبات التعويض بالاستناد إلى هذه النظرية أو على حد قول الديوان (... إن قضاء الديوان قد استقر على تطبيق هذه النظرية وبمقتضاها تتحقق المسؤولية الموجبة للتعويض بتوافر ركن الضرر وعلاقة السببية فقط والضرر في مفهوم هذه النظرية يشترط فيه أن يكون خاصاً وجسيماً ودائماً،...) الحكم رقم (٤١٨/ت/٣) لعام ١٤١٠هـ في القضية رقم(٩١١/١/ق) لعام ١٤٠٤هـ (لم ينشر)..

وأساس هذه النظرية كما هو واضح يتمثل في فكرة العدالة ولقد صدرت من المقام السامي قرارات في هذا الشأن، منها الأمر السامي رقم(٢٢٠٠٣٧) وتاريخ ٢٢/ ٩/ ١٣٩٨هـ.

(د) ((الدعاوى المقدمة من ذوي الشأن في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها)).

يكتسب العقد الطبيعة الإدارية (... لوجود الإدارة طرفاً فيه، وتعلقه بمرفق عام... وتضمنه شروطاً استثنائية...) الحكم رقم (٢٥٦/ت/٣) لعام ١٤٠٩هـ في القضية رقم (٣/١٠/ق) لعام ١٤٠٨هـ (لم ينشر). وانظر أيضاً: ندوة العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة، الرياض، ١٤١٠هـ. ص(٢٠)..

والظاهر من عموم الفقرة هو اختصاص الديوان بالمنازعات المتعلقة بعقود الإدارة كافة: انعقادها، صحتها، تنفيذها أو انقضاؤها. وبرغم شمول اختصاص ديوان المظالم لكل المنازعات العقدية بما فيها العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها بصفتها شخصاً معنوياً عادياً، بالمعنى القانوني أم عقداً خاصاً بما في ذلك عقود العمل)) انظر المذكرة الإيضاحية لنظام ديوان المظالم الصادر في ١٤٠٢هـ، ص(٢٤).

. فإنه يجب ألا يغيب عن الذهن خضوع هذا الاختصاص من ناحية للقيود الواردة في المادة (٩) من نظام الديوان والخاصة بأعمال السيادة وما تصدره المحاكم والهيئات القضائية من أحكام وقرارات. ومن ناحية أخرى اللبس الذي يثيره الاستمرار في تطبيق قرار مجلس الوزراء رقم(٨١٨) لعام ١٣٩٦هـ الخاص بالمسئولية العقدية القرار رقم(٣/ت) لعام ١٤٠١هـ في القضية رقم (٢/٢٩١/ق) لعام١٣٩٥هـ المنشور في مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية...خلال عام١٤٠١هـ، ص(٢١). ووجه اللبس في الموضوع أن القرار رقم ٨١٨ لعام ١٣٩٦هـ يورد قيداً على عموم المادة (٨/١/د) من نظام الديوان وهو أمر فيه تعارض مع مبدأ علو أحكام النظام، وما يترتب عليه من خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلي..

والسؤال الذي يثار: هل امتداد ولاية ديوان المظالم إلى العقود الخاصة التي تكون الإدارة طرفاً فيها يعني في الوقت نفسه تطبيق النظام الإداري عليها؟

اعتقادنا أن إرادة ولي الأمر انصرفت إلى إخراج عقود الإدارة الخاصة من ولاية المحاكم العادية ورد الفصل في المنازعات الناشئة عنها إلى ديوان المظالم، دون أن يعني ذلك تطبيق قواعد القانون الإداري عليها. والقول بغير ذلك يعني إسباغ الطبيعة الإدارية عليها، ونفياً للتفرقة الواضحة في مذكرة النظام الإيضاحية.

(هـ) ((الدعاوى التأديبية التي ترفع من هيئة الرقابة والتحقيق))

كان الاختصاص في تأديب الموظفين ينعقد لهيئة التأديب، أما الادعاء فتضطلع به هيئة الرقابة والتحقيق. وهذا النظام لا يحجب بطبيعة الحال اختصاص الوزير أو من يقوم مقامه في مسألة الموظف وإنزال العقوبة التأديبية المناسبة به باستثناء عقوبة الفصل ((المادة ٣٥ من نظام تأديب الموظفين)).

ونظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١/ ٢/ ١٣٩١هـ يسري على جميع الموظفين المدنيين في الدولة، عدا أعضاء السلك القضائي (م ٤٨) لأنظمة خاصة كأعضاء هيئة التدريس في الجامعات. ولا يعد انتهاء خدمة الموظف مانعاً من البدء في اتخاذ إجراءات التأديب ضده والاستمرار فيها ومعاقبته بغرامة لا تزيد على ما يعادل ثلاثة أمثال صافي آخر

راتب كان يتقاضاه أو بالحرمان من العودة للخدمة مدة لا تزيد على خمس سنوات أو بالعقوبتين معاً (م٣٣).

والجريمة التأديبية تعني كل مخالفة مالية أو إدارية مع التوسع في فهم ذلك.

أما العقوبات التأديبية فهي محددة على سبيل الحصر – (م ٣٢/ نظام التأديب..

(٢) مدى ولاية الديوان بالفصل في المنازعات الإدارية:

الاتجاه الأول (عموم ولاية الديوان):

ويتمثل هذا الاتجاه من ناحية في المذكرة الإيضاحية لنظام الديوان، ومن ناحية أخرى في بعض أحكام الديوان.

وفي هذا الشأن تقول المذكرة الإيضاحية لنظام ديوان المظالم ما نصه (ويلاحظ أن الاختصاصات التي نص عليها النظام جاءت من الشمول بحيث أصبح لديوان المظالم الاختصاص العام للفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، سواء كان مفادها قرار ((أم عقد)) أم واقعة) المذكرة الإيضاحية لنظام ديوان المظالم لعام ١٤٠٢هـ، ص ص٢٤ ، ٢٥.. وفي موضوع آخر من نفس المذكرة جاء (ولا يحد من الشمول الذي تضمنه النص على اختصاص الديوان بنظر المنازعات الإدارية إلا ما عنته المادة التاسعة من النظام من عدم جواز نظر الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة أو بالتصدي لما

تصدره المحاكم الشرعية من أحكام وقرارات داخلة في ولايتها نفس المرجع السابق..

وفي نفس السياق صدرت أحكام عن الديوان تؤكد عموم اختصاصه بالمنازعات الإدارية. ففي حكم للديوان جاء ما نصه (... إن قضاء الديوان قد استقر على أنه جهة القضاء الإداري بالمملكة التي أناط بها النظام النظر والفصل في كافة المنازعات الإدارية إلا إذا وجد نص خاص في نظام معين تسند ولاية القضاء، في بعض تلك المنازعات إلى جهة أخرى إعمالاً للقاعدة الشرعية التي تقضي بأن الخاص يقيد العام ...) الحكم رقم (٣١٧/ت/٣) لعام ١٤١٠هـ في القضية رقم (٣٨/٤/ق) لعام ١٤٠٨هـ (لم ينشر)..

وفي حكم آخر أيضاً قال الديوان (ولما كان الأصل في القضاء الإداري وما تفرع عنه من منازعات من اختصاص ديوان المظالم طبقاً لما نصت عليه المادة الثامنة من نظامه.. إلا ما استثنى بنص في نظام معين خول جهة ولاية القضاء في بعض تلك المنازعات ...) الحكم رقم (١٥٨/ت/٣)لعام ١٤٠٧هـ في القضية رقم (٦٢٠/١/ق) لعام ١٤٠٥هـ (لم ينشر)..

الاتجاه الثاني (اختصاص الديوان محدد على سبيل الحصر):

ويتمثل هذا الاتجاه من ناحية بما كتبه جانب من الفقه ومن ناحية أخرى ببعض أحكام الديوان.

يرى جانب من الفقه أن اختصاص الديوان محدد على سبيل الحصر لأنه مقيد بما جاء ببنود المادتين ٨، ٩ من نظامه.

وذهب رأي آخر إلى أنه بالمقارنة بين ما نصت عليه المادة ٢٦ من نظام القضاء والمادة ٨ من نظام ديوان المظالم يتضح أنه بينما الاختصاص العام ينعقد للمحاكم العادية فإن اختصاص الديوان في المنازعات الإدارية يكون محدداً على سبيل الحصر.

وعلى نهج مماثل تسير بعض أحكام الديوان التي تعرضت لاختصاصاته. ففي حكم للديوان جاء ما نصه (...وتشير هيئة التدقيق في هذا الصدد إلى أن المادة المذكورة (٨) حددت اختصاص الديوان على سبيل الحصر ولا يستفاد مما نص في فقراتها الثمانية اختصاص الديوان بكافة الدعاوى التي يقيمها الأفراد ضد الجهات الحكومية... وإنما يتحقق المناط في الاختصاص للديوان بالفصل في المنازعة إذا كان موضوعها يتدرج فيما نصت عليه الفقرات الثمانية المذكورة ...) الحكم رقم (٤٤٢/ت/٣)لعام ١٤١٠هـ في القضية رقم (٢٥٧/٣/ق) لعام ١٤٠٨هـ (لم ينشر).

وفي حكم آخر ورد ما نصه (... وننوه في هذا الصدد إلى أن اختصاص الديوان محدد على سبيل الحصر في المادة الثامنة من نظامه وليس له أن يخرج

عن النطاق المرسوم لهذا الاختصاص ... وإنما يتعين على الديوان أن يلتزم حدود الاختصاص المعقود له بموجب النص فلا ينظر كهيئة قضاء إداري سوى دعاوى الحقوق والإلغاء والتعويض التي توجه إلى الإدارة ...) الحكم رقم (٦/ت/٣) لعام ١٤٠٧هـ في القضية رقم(١٠/٢/ق) لعام ١٤٠٦هـ (لم ينشر)..

وبعد استعراض هذين الاتجاهين يمكننا أن نلحظ الملاحظتين التاليتين:

الملاحظة الأولى: لو أن المنظم السعودي أضاف عندما عدد اختصاصات الديوان في الفقرات (أ، ب، ج، د، هـ) ((سائر المنازعات الإدارية)) لما كان هناك محل لتعارض أحكام الديوان في هذا الشأن.

الملاحظة الثانية: بعض الفقرات المحددة لاختصاص الديوان الإداري ونعني بها (ب، ج، د) يمكن وصفها منفردة بأنها اختصاصات عامة وليست محددة على سبيل الحصر. فالفقرة (ب) – على سبيل المثال – يستفاد منها إمكان الطعن بالإلغاء في مختلف القرارات الإدارية التي لا يستثنيها نص. والفقرة (د) على سبيل التمثيل مرة أخرى يقول عنها ديوان المظالم في حكم له ما نصه: (واضح من النصوص والأحكام المتقدمة أن ديوان المظالم يختص بهيئة قضاء إداري بنظر المنازعات العقدية بشكل عام سواء كانت ناشئة عن عقود إدارية بطبيعتها أو عقود خاصة متى كانت الحكومة أو أحد الأشخاص

المعنوية العامة طرفاً فيها...) الحكم رقم (٦/ت/٣) لعام ١٤٠٧هـ في القضية رقم (١٠/٢/ق) لعام ١٤٠٦هـ (لم ينشر).

وعلى خلاف الفقرات آنفة الذكر، فإنه يمكن أن يقال عن الفقرة: (أ) إن شيئاً من التخصيص يعتريها وذلك على الوجه الذي سبق أن أشرنا إليه.

ثانياً: أنواع الدعاوى الإدارية الداخلة في اختصاص الديوان:

(أ) التقسيم الأقرب إلى اجتهادات الديوان:

يأخذ هذا التقسيم بعين الاعتبار سلطان القاضي عند الفصل في النزاع فضلاً عن طبيعة المسألة المتنازع عليها.

والتقسيم التقليدي يبدو جلياً أمام الديوان لاعتماده سلطة القاضي للتفرقة بين قضاء الإلغاء (٨/١/ب) والقضاء الكامل (٨/١/أ ، ج ، د). فالديوان – عند فصله في منازعات الإلغاء – تقتصر سلطته على الحكم بإلغاء القرار المطلوب أو الحكم بإلغائه لعدم مشروعيته أو رفض ذلك الطلب لمشروعية القرار. ففي حكم للديوان نص على (... فإنها لا تتفق مع ما استقرت عليه أحكام القضاء الذي يجب أن تنطوي على حكم قاطع الدلالة على مشروعية أو عدم مشروعية الإجراء المطعون فيه، إما أن تتضمن توجيهات إلى جهة الإدارة في ضوء ما تبحثه من قضايا فهذا أمر غير جائز ...) القرار رقم (٣٤٥/ت/٣) لعام ١٤٠٩هـ في القضية رقم (٤٩/٤/ق) لعام ١٤٠٦هـ (لم ينشر)..

أما في منازعات القضاء الكامل، فإن سلطان القاضي في الديوان يشتمل على القضاء بالحقوق مع ما ينشأ عنها من نتائج. وفي هذا الشأن يقول ديوان المظالم: (... فإن الدعوى تدخل – بهذه المثابة – في نطاق دعاوى التعويض .. ومن المستقر عليه أن الديوان يملك – طبقاً لنصوص وأحكام نظامه بالنسبة لهذا النوع من القضايا – ولاية القضاء الكامل والتي يكون بمقتضاها حسم النزاع من جميع جوانبه..) الحكم رقم (٣٣٦/ت/٣) لعام ١٤١٠هـ في القضية رقم (٣٣٢/١/ق)لعام١٤٠٩هـ (لم ينشر)..

وفي حكم آخر جاء نصه (.. وبهذا التكييف تكون الدائرة قد اعتبرت الدعوى من دعاوى الإلزام، وهي التي تثير ولاية القضاء الكامل، أي ولاية الإلغاء والتعويض معاً. ولا يصح نظاماً وصف الدعوى بأنها من دعاوى الإلزام إلا إذا كانت تشتمل على طلب تعويض..) الحكم رقم (٢٩٥/ت/٣) لعام١٤١٠هـ في القضية رقم(٧٤١/١/ق) لعام ١٤٠٧هـ (لم ينشر)..

وإذا رجعنا إلى التقسيم الحديث فإننا نرى أن قضاء الإلغاء يقابل القضاء الكامل أو قضاء الحقوق.

ولعل الحكم الصادر عن الديوان بشأن الحقوق المقررة في نظم الخدمة المدنية والذي اعتبرت بموجبه تلك الحقوق من منازعات القضاء الكامل

وقضاء الحقوق خير دليل على تبني الديوان لهذه التفرقة. الحكم هيئة تدقيق القضايا رقم (٥٦/ت/١) لعام ١٤١٠هـ في القضية رقم (١/٧١٥/ق) لعام ١٤٠٩هـ (لم ينشر)..

(٢) استعراض أنواع الدعاوى الإدارية السائدة أمام الديوان:

أ- بالنسبة لدعوى الإلغاء فقد نص عليها في الفقرة (ب) من المادة الثامنة السابق الإشارة إليها، وفي المادة (٣) من لائحة المرافعات أمام الديوان.

. ولعله من الجدير بالذكر أن هناك منازعات لا تندرج أصلاً في الاختصاصات المقررة للديوان في المادة (٨). ومع ذلك فإنها تخضع لفقرة (ب)، بمعنى أنه إذا صدر بشأنها قرار إداري، فإنه يمكن الطعن عليه بالإلغاء. ومن هذه المنازعات ما يثار بشأن الجنسية السعودية إذا كان في صورة قرار إداري فقد قضى الديوان في الحكم رقم (٣٠/ت/٣) لعام ١٤٠٧هـ في القضية رقم (١/٧٠٥/ق) لعام ١٤٠٥هـ (غير منشور) باختصاصه بالنظر في القرارات الإدارية المتعلقة بالجنسية، وذلك استناداً إلى المادة (٨) فقرة (ب) من نظام الديوان، برغم دفع إدارة الأحوال المدنية بعدم اختصاصه مدعية أن هذه المسائل ضمن ما تعالجه وزارة الداخلية وفق الأنظمة واللوائح، وأنه ليس من حق أي شخص التقدم بشكواه في هذا المجال للديوان. =وننوه في هذا المجال بأن للديوان اجتهاداً سابقاً يتمثل في تكييف القرارات الخاصة بالجنسية على أنها تدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة. القرار رقم (٨٦/٢٥) لعام ١٤٠١هـ في القضية رقم (١/٣٦٠/ق) لعام ١٤٠١هـ

المنشور في مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها هيئات ... الديوان خلال عام ١٤٠١هـ، ص ص ٧٣ – ٧٧.

ب- وبالنسبة لقضاء التفسير وتقدير المشروعية، فالمادة الثامنة من نظام الديوان لا يوجد بها ما يسعف للقول باختصاص الديوان بهذا النوع من القضاء.

ج- أما بالنسبة لقضاء الزجر والعقاب الذي يختص بصوره المتعددة فإن ديوان المظالم لا يختص إلا بصورة واحدة منه، وهي قضاء التأديب، وذلك طبقاً لما نصت عليه المادة الثامنة التي تناولت اختصاصات الديوان حيث تضمنت الفقرة هـ ((الدعاوى التأديبية التي ترفع من هيئة الرقابة والتحقيق)). (رفض طعن أحدهم على قرار فصله بقوة النظام)) القرار رقم (١٣٩/ت/٣) لعام ١٤٠٩هـ في القضية رقم (١٩١/٢/ق) لعام ١٤٠٨هـ (لم ينشر). وكذلك ((طعن أحدهم على قرار الحسم من مرتبه لوجوده خارج مقر العمل بموجب تكليف رئيسه)) القرار رقم (٧٥/ت/٣) لعام ١٤٠٩هـ في القضية رقم (٥٢٢/١/ق) لعام ١٤٠٧هـ (لم ينشر)..

ومن الأمثلة في هذا الصدد قضاء الديوان بالاختصاص بنظر الدعوى المرفوعة بشأن قرار بلدية وفي هذا الشأن يقول الديوان (... أحيلت الدعوى إلى هيئة التدقيق فأصدرت القرار ... باختصاص ديوان المظالم بنظر الدعوى ...

والفصل في موضوعها على اعتبار أن مسلك البلدية التمثل في تكليف المدعى بأداء تكاليف إصلاح الكابل هو في حقيقته قرار إداري توافرت له كافة مقومات القرارات الإدارية، وقصد به إزالة أثر تعدي المدعى على الأملاك العامة) القرار رقم (٣٥٤/ت/٣) لعام ١٤٠٩هـ في القضية رقم(١٢١/٤/ق) لعام ١٤٠٤هـ (لم ينشر)..

وفي مجال قضاء الزجر والعقاب – وبالتحديد ما يختص بالمال العام تدخل ضمن اختصاصات دوائر الديوان الجنائية التي حددها رئيس الديوان بقراره رقم١١ لعام ١٤٠٦هـ، وذلك ما لم تندرج ضمن اختصاصات هيئات قضائية أخرى.

فعلي سبيل المثال تدخل حالات الاعتداء على المرافق (م/٢ فقرة أ ، م٥) من نظام المرافق المتوج بالمرسوم الملكي رقم (م/٦٢) وتاريخ ١٤٠٥/١٢/٢٠هـ وكذلك الجرائم المنصوص عليها في نظام مباشرة الأموال العامة (م٧٧) وتاريخ ١٣٩٥/١٠/٢٣هـ في اختصاص دوائر الديوان الجنائية، بينما لا تدخل في هذه الاختصاصات حالات الاعتداء على الآثار حيث يحاكم المتهمون بها أمام هيئة مشكلة من ثلاثة أعضاء تشكل بقرار من رئيس مجلس الوزراء وتعتبر قراراتها نهائية بعد مصادقة رئيس مجلس الوزراء عليها (المادة٧٧ من نظام الآثار الصادر برقم (م/٦) وتاريخ ١٣٩٨/٢/٢٦هـ) وكذلك لا تدخل ضمنها المخالفات لنظام حماية السكك الحديدية (المتوج بالمرسوم الملكي رقم(٢١) وتاريخ ١٣٨٢/٤/٣هـ) حيث

يختص بها القضاء العام نظراً لعدم تعرض نظام السكك الحديدية للجهة المختصة نظاماً، وذلك طبقاً للمادة ٢٦ من نظام القضاء رقم (٦٤) الصادر بتاريخ ١٣٩٥/٧/١٤هـ.

د- وبخصوص المنازعات الضريبية، فقد رسم المنظم السعودي لها طريقاً خاصاً بها يتمثل في:

١- لجنة الاعتراض الابتدائية.

٢- لجنة الاعتراض الاستئنافية التي يعتبر قرارها نهائياً وبالتالي لا مجال للطعن فيه بالإلغاء طبقاً للمذكرة الإيضاحية لنظام ديوان المظالم.

هـ- أما بالنسبة لدعاوى القضاء الكامل فالذي يعنينا هي (الحقوق المقررة في نظم الخدمة المدنية، والتعويض والعقود) نص عليها في الفقرة (أ، ج، د) من المادة الثامنة من نظام الديوان السابق الإشارة إليها.

وتحسن الإشارة إلى أن هناك فرق بين دعوى الإلغاء، ودعوى التعويض (التسوية

والذي يبدو لي من أحكام الديوان هو اتجاهه بأن منازعات الموظفين ذات الصيغة المالية تعد من دعاوى الحقوق (القضاء الكامل)،

. ولقد تعددت أحكام الديون التي تؤكد هذا الاتجاه، ففي حكم له بشأن مطالبة مدع بصرف مكافأته السنوية كيف الديوان الدعوى على الوجه التالي ((أنها في حقيقتها وحسب تكييفها النظامي الصحيح في ضوء ما تكشفت

عنه الأوراق وما تشهد به وقائعها أنها دعوى حقوقية يهدف بها المدعى إلى الحكم بإلزام ... بصرف استحقاقه في المكافأة السنوية المشار إليها بعد أن توافر مناط الاستحقاق ...)) الحكم رقم (٢٣١/ت/٣) لعام ١٤٠٩هـ في القضية رقم (٨٦٨/١/ق)لعام ١٤٠٧هـ (لم ينشر)..

وفي منازعة أخرى بشأن مرتبات قضى الديوان بأحقية المدعى في اقتضاء حقوقه مستنداً إلى نفس التكييف الحكم رقم (٩٣/ت/٣) لعام ١٤٠٧هـ في الدعويين رقم(١٢٠/٢/ق) لعام ١٤٠٥هـ ورقم (١٨٥/ ٢/ق) لعام ١٤٠٥هـ (لم ينشر)..

وقد أرسى الديوان في اجتهاد مبدئي له، معياراً للتفرقة بين قضائي الإلغاء والحقوق (مرتبات، مكافآت، تقاعد ...) مؤداه أن منازعات الموظفين بشأن الحقوق ذات الصبغة المالية تندرج بشكل عام في القضاء الكامل، وذلك في حكم له جاء فيه ما نصه: ((وفيصل التفرقة بين الدعاوى الحقوقية ودعاوى الإلغاء هو أن الدعوى الحقوقية تتعلق بحق ناشئ بموجب أحكام النظام مباشرة، ولا يعدو دور لجهة الإدارية في توصيله ...)) حكم هيئة تدقيق القضايا رقم (٥٦/ت/١) لعام ١٤١٠هـ، سبق الإشارة إليه..

ولا بد أن نشير قبل الانتهاء من الاختصاص الوظيفي إلى نقطة مهمة وهي بيان الجهة المختصة في فصل النزاع حول الاختصاص الوظيفي بين المحاكم وهو ما يسمى بتنازع الاختصاص أو تدافع بعض الجهات القضائية النظر في بعض القضايا.

الجهة المختصة بالنظر في النزاع: نص نظام القضاء الصادر عام ١٣٩٥هـ على تأليف لجنة لهذا الغرض من ثلاثة أعضاء، اثنان من أعضاء مجلس القضاء الأعلى (المتفرغين) ويكون أقدمهما رئيساً، والثالث رئيس الجهة الأخرى أو من ينيبه المادة (٢٩) من نظام القضاء الصادر عام ١٣٩٥هـ.

إجراءات الفصل في تنازع الاختصاص:

بعد أن يُرفع الطلب لحل التنازع بعريضة تقدم إلى الأمانة العامة لمجلس القضاء الأعلى، يترتب على ذلك وقف السير في الدعوى في الجهتين المتنازعتين كما يجب على المحكمة وقف الدعوى في قضية مرفوعة أمامها إذا دفع أحد الخصوم باختصاص جهة قضائية أخرى في جزء من النزاع المادة (٢٨) من نظام القضاء المشار إليه آنفاً.

وإذا كان التنازع في صدور الحكم متأخر لحكم سابق فإن لرئيس لجنة تنازع الاختصاص أن يأمر بوقف تنفيذ الحكمين أو أحدهما حتى تفصل اللجنة في الطلب المادة (٣٠)، (٣١) من نظام القضاء الصادر عام ١٣٩٥هـ.

وتفصل لجنة تنازع الاختصاص في الطلب غير قابل للطعن المادة (٣٢) من نظام القضاء الصادر عام ١٣٩٥هـ..

الفرع الثاني: الدفع بعدم الاختصاص المكاني:

بينت المادة الأولى من قرار مجلس الوزراء الصادر عام ١٤٠٩هـ بشأن قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الاختصاص المكاني حيث نصت على أنه ((يحيل رئيس الديوان الدعوى إلى الدائرة المختصة التي يقع في دائرة اختصاصها المركز الرئيسي للجهة المدعى عليها أو الدائرة المختصة التي يقع في دائرة اختصاصها فرع هذه الجهة إذ طلب المدعى ذلك وكانت الدعوى متعلقة بهذا الفرع)).

واستثناء من الأصل المتقدم، فإنه يمكن لرئيس الديوان أو من ينيبه إحالة الدعوى لا إلى الدائرة التي يتبع اختصاصها المكاني المركز الرئيسي وإنما إلى الدائرة التي يتبع اختصاصها المكاني فرع الجهة المدعى عليها، ويشترط في هذه الحالة توافر شرطين متكاملين:

أولهما: تعلق الدعوى بهذا الفرع.

ثانيهما: أن يطلب المدعي إحالة الدعوى إلى تلك الدائرة.

ويعتبر الدفع بعدم الاختصاص المكاني من النظام العام يثيره ديوان المظالم من تلقاء نفسه حتى وإن لم يثره الخصوم ويدل على هذا ما حكمت به الدائرة الإدارية في ديوان المظالم حيث ورد ما نصه ((وحيث أنه يتعين قضاء على ناظر القضية أياً كان نوعها بحث مدى اختصاصه بالفعل فيها قبل التعرض لموضوع الدعوى وملابساتها. ومن ثم فإن هذه الدعوى تعتبر من دعاوى

المنازعات الجنائية وعليه فإن الاختصاص بنظرها والفصل فيها معقود للدوائر الجزائية بالديوان تطبيقاً لقرارات تحدد اختصاصات دوائر الديوان القضائية النوعية منها والمكانية حكم رقم (٨/د/١/٢) وتاريخ ٢٠/ ٣/ ١٤٠٦هـ في القضية رقم (٣٦١/ ١/ ق) لعام ١٤٠٦هـ.

للخصوم أن يتمسكوا بهذا الدفع أيضاً ويدل على هذا ما حكمت به الدائرة الإدارية في ديوان المظالم حيث ورد ما نصه ((... وأنه بالتأسيس على طلب المدعيين إحالة دعواهما إلى فرع ديوان المظالم بجدة لقربه من مقر النزاع ... مما يعني أن المنازعة متعلقة بفرع المركز الرئيسي للمدعى عليها الكائن في مدينة الطائف ومن ثم فإن الاختصاص المكاني ينعقد لفرع ديوان المظالم بجدة مما تنتهي معه الدائرة الإدارية ... إلى عدم اختصاصها مكانياً بنظر الدعوى ...)) حكم رقم (٢٥/د/١) لعام ١٤١٨هـ في الدعوى رقم (٧٤١/١/ق) لعام ١٤١٨هـ.

الفرع الثالث: الدفع بعدم الاختصاص النوعي:-

يعتبر الدفع بعدم الاختصاص النوعي من النظام العام الذي يثيره القضاء الإداري من تلقاء نفسه حتى وإن لم يثره الخصوم ويدل على هذا ما حكمت به الدائرة الإدارية في ديوان المظالم حيث ورد نصه: ((... وحيث أنه وفقاً لما تقدم وكانت طلبات المدعي تنحصر في إيقاع الجزاء الرادع على المدعى عليه. وعليه فإن دعواه والحال كما ذكر تعتبر من قبيل الدعاوى الجنائية وبالتالي فالاختصاص بنظر مثلها معقود للدوائر الجزائية بالديوان الرأي: لما تقدم حكمت الدائرة: بعدم اختصاص الدوائر الإدارية بالفصل في هذا النوع من الدعاوى لما هو مبين بالأسباب)) قرار رقم (١/٢/د/١٥) وتاريخ ١٤٠٥/٧/١٩هـ في القضية رقم (١/١٨٥/ق) لعام ١٤٠٥هـ..

الخلاصة: يتضح مما سبق أن الدفع بعدم الاختصاص بجميع أنواعه منهي للخصومة في الفقه الإسلامي والنظام ولكن ما الحكم إذا حكم ديوان المظالم بعدم اختصاصها هل يجب إحالة القضية إلى الجهة أو الدائرة المختصة ؟

إن الناظر في نظام ديوان المظالم ولائحة المرافعات أمامه لا يجد معالجة لأحكام الدفوع ولكن غالباً ما تشير إلى الجهة المختصة في فضل النزاع وبذلك يكون على المدعى أن يقوم بالمطالبة أمام الجهة المختصة حيث ورد حكم نصه: ((من حيث أن النزاع يتعلق بتطبيق نظام التأمينات الاجتماعية

وحق المدعى عليها في اتخاذ الإجراءات اللازمة بموجب نظامها للحصول على مستحقاتها. وحيث أن المادة(٢/٥٨) من نظام التأمينات الاجتماعية قد نصت على أنه (يمكن لأصحاب العمل والعمال ولمن يقوم مقامهم الذين لم يقبل اعتراضهم الذي قدموه عن طريق التسلسل أن يتقدموا إذا اقتضى الحال بشكوى أمام اللجان المنصوص عليها في نظام العمل لفض المنازعات). ومقتضى ذلك أن هذا النزاع الماثل تختص بالفصل فيه اللجان المشار إليها في المادة سالفة الذكر) حكم رقم (١/ د/ إ/ ١) لعام ١٤١٩هـ في الدعوى رقم (١٢٢٣/ ١/ ق) لعام ١٤١٨هـ..

هذا في حالة الدفع بعدم الاختصاص الولائي (الوظيفي)، وبالدفع بعدم الاختصاص المكاني أما إذا كان الدفع بعدم الاختصاص النوعي فإنه يجوز للدائرة أن تقوم بإحالة الدعوى، ويدل على هذا ما ورد فيها من أحكام فقد ورد حكم من ديوان المظالم بدفع الدعوى لعدم الاختصاص النوعي وإحالة القضية إلى الدائرة المختصة حيث ورد ما نصه ((... ومن حيث أن هذه المطالبة داخلة في عموم دعاوى الأعذار التي هي الغالبة،*ومن حيث أن دعاوى إقرار الأعذار وما* في حكمها من القضايا المتعلقة بثبوت الحق أو سقوطه بمضي المدة المحددة نظاماً من اختصاص الدوائر الفرعية.

الحكم: لكل ما تقدم من أسباب حكمت الدائرة بما يلي:- أولاً: عدم اختصاص الدائرة بنظر هذه القضية.

ثانياً: إحالة القضية إلى إحدى الدوائر الفرعية حكم رقم (٢٠/د/٢/١) وتاريخ ٢٥/ ٨/ ١٤٠٦هـ في القضية رقم (١٠٥٥/١/ق) لعام ١٤٠٦هـ. وفي المعنى ذاته والحكم رقم (٨/د/٢/١) وتاريخ ١٤٠٦/٣/٢٠هـ في القضية رقم (٣٦١/١/ق) لعام ١٤٠٦هـ..

لكن هل يوجد حل لهذه المسألة في نظام المرافعات الشرعية الجديد الصادر عام ١٤٢٠هـ؟ نعم يوجد حل لهذه المسألة في نظام المرافعات الجديد حيث نصت المادة الرابعة والسبعون على أنه ((يجب على المحكمة إذا حكمت بعدم اختصاصها أن تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة وتعلم الخصوم بذلك)).

المبحث الثالث: الدفع بعدم قبول صحيفة الدعوى في الفقه والنظام.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الدفع بعدم قبول صحيفة الدعوى في الفقه الإسلامي:-

الظاهر من كلام الفقهاء – رحمهم الله – أن الذي يريد أن يرفع الدعوى وهو (المدعي) يقوم بالتوجه إما إلى القاضي مباشرة، ويطلب منه أن يعديه على خصمه، وأن يأمره بالحضور إلى مجلسه من أجل مقاضاته وإما أن يتوجه إلى خصمه يطلب منه الإتيان معه في موعد يتفقان عليه إلى القاضي المختص، وذلك قبل إعلام القاضي بذلك.

والأصل في ذلك أن يكون شفوياً ويصح أن يكون مكتوباً على صحيفة يقدمها المدعي إلى القاضي يقرأها على مسمع منه ومن المدعى عليه إذا حضر، كما تصح من الأخرس إشارته المعهودة إذا كان عاجزاً عن الكتابة.

يتضح من هذا أن الشكلية التي تتطلبها صحيفة الدعوى لا مجال لها في الفقه الإسلامي، بناء عليه لا يترتب على تخلفه نشوء حق الدفع ببطلان صحيفة الدعوى وهذا لسببين اثنين:-

الأول: أن الإجراءات المعقدة لا وجود لها في النظام الإسلامي للمرافعات.

الثاني: إن مخالفة الإجراء الشكلي لا تجوز في النظام الإسلامي للمرافعات أن تكون سبباً لرد الدعوى أو لتأخير الفصل فيها.

المطلب الثاني: الدفع بعدم قبول صحيفة الدعوى في النظام: يقصد بصحيفة الدعوى: هو الطلب الذي يرفع المدعي بموجبه دعواه، مثيراً ادعاءاته أمام القاضي، أي أنه الطلب الذي ينشئ الخصومة.

وبهذا المعنى استقر الوضع أمام ديوان المظالم، سواء من حيث النصوص النظامية أو من حيث اجتهاداته. فبالنسبة للنصوص الأمر صريح وقاطع طبقاً للمادة الأولى من القرار الخاص بالتقاضي أمامه قرار مجلس الوزراء رقم (١٩٠) لعام ١٤٠٩هـ الخاص بقواعد المرافعات أمام ديوان المظالم.، حيث تنص على أن ((ترفع الدعوى الإدارية بطلب يقدم إلى رئيس الديوان أو من ينيبه ...)). وبالنسبة لاجتهادات الديوان فإن الأمر أيضاً مماثل، حيث ورد في حكم له ما نصه: ((افتتحت المدعية هذه الدعوى باستدعاء أودع ديوان المظالم ...)) حكم رقم (٢٨٨/ت/٣)لعام١٤١٠هـ في القضية رقم (١٠٩٢/١/ق) لعام١٤٠٨هـ (لم ينشر). كما ورد أيضاً في حكم آخر له ما يلي: ((أقام المدعي هذه الدعوة باستدعاء أودع ديوان المظالم)) حكم رقم (٣٢٧/ت/٣) لعام ١٤١٠هـ في القضية رقم (٢٤١/١/ق) لعام ١٤٠٧هـ (لم ينشر).

ولقد اقتضى التنظيم القضائي في المملكة أن تكون المطالبة مكتوبة وباللغة العربية حيث نصت المادة التاسعة والثلاثون من نظام المرافعات الصادر عام ١٤٢١هـ على أن ((ترفع الدعوى إلى المحكمة من المدعى بصحيفة تودع

لدى المحكمة من أصل....)) ونصت أيضاً المادة الأولى من قرار مجلس الوزراء الصادر عام ١٤٠٩هـ بشأن قواعد المرافعات أمام ديوان المظالم على أن ((ترفع الدعوى الإدارية بطلب من المدعي يقدم إلى رئيس ديوان المظالم أو من ينيبه ...)) ونطقت المادة ٣٦ من نظام القضاء بخصوص كون رفع الدعوى باللغة العربية على أن ((اللغة العربية هي اللغة الرسمية للمحاكم)).

وجاء في القرار المشار إليه آنفاً في المادة الثالثة عشرة منه على أن ((اللغة العربية هي اللغة الرسمية المعتمدة في إجراءات نظر الدعوى...))

ويطلق على صحيفة الدعوى إطلاقات متعددة، فيطلق عليها (صحيفة) كما ورد في الحكم الصادر عن ديوان المظالم رقم (٤٥٦/ ت/ ٣) لعام ١٤١٠هـ في القضية رقم (٣٩/ ٣/ ق) لعام ١٤١٠هـ (لم ينشر). ، و(عريضة) كما ذكر في القرار رقم (٢٥/ت/٣) لعام ١٤٠٩هـ في القضية رقم (١/٩٤٥٤/ق) لعام ١٤٠٨هـ (لم ينشر). ، و(استدعاء) وهو المصطلح الأكثر شيوعاً والأوسع استعمالاً، كما جاء في الحكم رقم (٢٧٤/ت/٢) لعام ١٤١٠هـ في القضية رقم (١/٢١٣/ق) لعام ١٤٠٩هـ وكذلك في الحكم رقم (٢٧٣/ت/٣) لعام ١٤١٠هـ في القضية رقم (١/٢٨٧/ق) لعام ١٤٠٨هـ (لم ينشر). وهذه الصحيفة تتضمن بيانات ألزم المنظم إثباتها ويمكن

استخلاصها من المادة الأولى من قرار مجلس الوزراء رقم (١٩٠) والصادر عام ١٤٠٩هـ على النحو الآتي:-

١- أسماء أطراف الخصومة (المدعى، والمدعى عليه)، وعناوينهم وصفاتهم:.

٢- موضوع الدعوى:

يقصد بموضوع الدعوى، محلها، ويتعين أن تتضمن العريضة ((عرضاً موجزاً للوقائع والقانون)) طبقاً للمادة ٤٠ من مرسوم يوليو١٩٤٥م. ، أو موضوع الدعوى ((طبقاً للمادة الأولى من قواعد المرافعات أمام الديوان رقم (١٩٠) العام ١٤٠٩هـ.،. وفيما يلي نبين ما يشتمل عليه موضوع الدعوى:-

أ- عرض الوقائع:

ب- الأسانيد أو بعبارة أخرى (الأسباب القانونية):-

ج- الطلبات: وهي من أهم بيانات العريضة، ولقد استقرت اجتهادات ديوان المظالم على ذلك حيث ورد في حكم له ما نصه: (ومن حيث أن هيئة التدقيق تلاحظ أن تكييف الدعوى منوط بالدائرة المكلفة بنظرها، إذ عليها بما لها من هيمنة على تكييف طلبات الخصوم أن تتقصى هذه الطلبات وأن تستظهر مراميها وما قصده الخصوم من وراء إبدائها ...) قرار رقم (٣/٧/١٧) لعام ١٤٠٦هـ في القضية رقم (٤/٦٦/ق) لعام ١٤٠٤هـ (لم ينشر)..

٣- تاريخ التظلم أو المطالبة الإدارية ونتيجة هذا التظالم:

يشترط لقبول دعوى إلغاء القرار الإداري أن يسبقه تظلم أو مطالبة موجه إلى الإدارة ، وسند هذا الإجراء أو التظلم الإداري هو ما نصت عليه المادة الثالثة من المرافعات أمام ديوان المظالم حيث يقول الديوان في حكم له (حيث أنه إعمالاً للمادتين سالفتي الذكر ((م٢،٣ من قواعد المرافعات)) يتعين على المدعي التقدم إلى الجهة مصدرة القرار بتظلم من ذلك القرار قبل رفع دعواه أمام الديوان، وأن يضمن الدعوى تاريخ التظلم ونتيجته خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بهذا القرار ... وحيث أن اتباع ذلك الإجراء يعتبر وفقاً لصريح قواعد مرافعات الديوان شرطاً لقبول الدعوى، وبما أن المدعى لم يتبع ذلك مما تخلص معه الدائرة إلى عدم قبول نظر دعوى المدعي باعتبارها مصيبة من ناحية الشكل) قرار رقم (١٢/د/ن/٣) لعام ١٤١٠هـ في القضية رقم (١٥٧/١/ق) لعام ١٤١٠هـ..

٤- التوقيع على الاستدعاء: لا خلاف على أن توقيع صاحب الشأن أو من يمثله على الاستدعاء أمر ضروري لا يمكن إغفاله.

لكن ما الذي يترتب عند إهمال أو إغفال شيء من البيانات الإلزامية التي طلب استيفائها المنظم عند تحرير الدعوى؟

بالنسبة للقاضي الإداري السعودي فإنه من السابق لأوانه التحدث عن التزام قائم ومستقر، ومع ذلك فالذي يظهر من اجتهادات ديوان المظالم أنه يتجه

إلى تكوين مثل هذا الالتزام ولعل سنده في هذا يكمن في الطبيعة غير الشكلية في الفقه الإسلامي للمرافعات باعتباره الشريعة العامة للبلاد.

ويتضح هذا الاتجاه من عدة أحكام:

١-بالنسبة للوكالة استقر اجتهاده على أن لا يقضي بعدم القبول إلا بعد إعطاء مهلة قضائية لصاحب الشأن لتصحيح العيب الذي يشوب وضعه في هذا الصدد. ولقد جاء في حكم له ما نصه: (ومن حيث أنه بالبناء على ما تقدم، وكان الثابت من الأوراق أن مكتب ... لم يقدم توكيلاً صادراً عن المدعين أصحاب الشأن رغم منح الدائرة له مهلة لتقديم ذلك، ، الأمر الذي يتعين معه القضاء، بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة) قرار رقم (١٠٣/ت/٣) لعام ١٤٠٧هـ في القضية رقم(١١٤٩/١/ق)لعام ١٤٠٥هـ (لم ينشر).

٢-وفي حكم آخر ورد ما نصه أيضاً: (... وأن إقامة الدعوى وانعقاد الخصومة موضوع خاص متعلق بالمالك، إذ هو صاحب الصفة عند تقديمها وله المصلحة بانعقادها، ولهذا لزم أن يكون التوكيل بإقامة دعوى صريحاً لا يداخله الشك أو يخامره الاحتمال. أن ما قضت به الدائرة من عدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة يتفق والتطبيق للقواعد الشرعية) قرار رقم (١٥٩/ت/٣)لعام ١٤١٠هـ في القضية رقم (١٢٣٩/١/ق)لعام ١٤٠٨هـ (لم ينشر)..

٢- فيما يتعلق بالجهالة التي تلحق بالموضوع وإمكان تصحيحها، جاء في حكم للديوان ما نصه: (إن المدعية لم تحدد طلباتها في هذه الدعوى على وجه الدقة، وبتاريخ... ونظراً إلى أن أوراق القضية خلو من بيان الأساس الذي تستند إليه المدعية في طلباتها أو تحديد لهذه الطلبات، فمن ثم تكون الدعوى غير مقبولة...) قرار رقم (٧/د/٣/١٣٩٩هـ) في القضية رقم (٩٢/ق) لعام ١٣٩٩هـ المنشورات في مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية لعام ١٣٩٧هـ - ١٣٩٩هـ، ص(٨٨)..

٣- وفي حكم للديوان أيضاً من حيث صفة الدعي وإمكانية التصحيح أمام الديوان ورد ما نصه: (، أن الثابت أن المدعى قد وكل ولده ... بموجب توكيل رسمي بالوكالة رقم ... وتاريخ ... من كاتب عدل ... وهو الذي حضر عنه جلسات نظر الدعوى، ومن ثم يكون المدعى قد صحح شكل الدعوى، الأمر الذي رأت معه الدائرة رفض الدفع وقبول الدعوى ...) حكم رقم(٢٥٧/ت/٣)لعام ١٤١٠هـ في القضية رقم (١٠٤٦/١/ق)لعام ١٤٠٦هـ (لم ينشر)..

ويعتبر الدفع ببطلان صحيفة الدعوى من الدفوع الشكلية التي لا تتعلق بالنظام العام.

والناظر في نظام الديوان ولائحة المرافعات أمامه يجده خلو من معالجة الدفوع – بما فيها هذا النوع ففي حكم للديوان ورد ما نصه: (إنه من المبادئ المستقرة في فقه أصول المرافعات والإجراءات أن الفصل في الدفوع قد ينهي النزاع ولا يعود بعد الفصل فيها حاجة لبحث الموضوع) حكم رقم (٣٦٢/ت/٣) لعام ١٤١٠هـ في القضية رقم (١٠٨/٢/ق) لعام ١٤٠٥هـ (لم ينشر)..

وفي حكم آخر ورد ما نصه (... إنه وإن كان القرار محل التدقيق قد سكت وأعرض عن هذا الدفع، وتناول موضوع الدعوى مباشرة، فإن ذلك إنما يعد رفضاً ضمنياً للدفع لا يؤثر على القرار محل التدقيق ...) الحكم السابق..

ونص نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ على أن الدفع ببطلان صحيفة الدعوى يجب إبداؤه قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى، وإلا سقط الحق فيما لم يبدُ منها المادة (٧١) من نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ..

ونصت أيضاً على أنه على المحكمة أن تحكم في هذه الدفوع على استقلال ما لم تقرر ضمه إلى موضوع الدعوى، وعندئذٍ تبين ما حكمت به في كل من الدفع والموضوع المادة (٧٣) من نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ..

المبحث الرابع: أحكام الدفوع الشكلية:

١- يجب إبداء الدفوع الشكلية في مستهل الخصومة.

وعلة هذه الخاصية: هو ما تقضي به قواعد العدالة في ألا يبقى المدعي مهدداً بالدفوع الشكلية في جميع مراحل الدعوى، فيتراخى خصمه في إبدائها أو لا يتمسك بها إلا وقد قطعت شوطاً طويلاً.

٢- يجب إبداء الدفوع الشكلية معاً دفعة واحدة.

٣- تهدف الدفوع الشكلية إلى تفادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة، فالحكم بقبول الدفع الشكلي لا يمس أصل الحق موضوع الدعوى وبالتالي لا يترتب عليه إنهاء النزاع

٤- الأصل أن تفصل المحكمة في الدفع الشكلي قبل البحث في الموضوع المادة (٧٣) من نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ..

٥- الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يستنفد سلطة الدائرة الإدارية بالنسبة للموضوع،وعلى هذا النهج ولنفس الأسباب استقر اجتهاد الديوان، ففي حكم له ورد ما نصه: ((... وبالتالي، فإنه يحق للهيئة وقد انتهت في حكمها هذا أن تعيد الدعوى إلى الدائرة الإدارية الأولى لتقضي في موضوعها حتى لا يفوت على المدعي درجة من درجات التقاضي تطبيقاً للأصول العامة في التقاضي) الحكم رقم ١٠/ ت/ ٣ لعام ١٤١١هـ في القضية رقم ٤٠٣/ ١/ ق لعام ١٤٠٧هـ (لم ينشر)..

الفصل الثالث

الدفع بعد القبول في الفقه والنظام:

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: طبيعة الدفع بعدم القبول:

اختلف الشراح في طبيعة الدفع بعدم القبول على آراء متعددة:

فبعضهم يرى أن هذا النوع يعتبر نوعاً مستقلاً من الدفوع قائماً بذاته.

ويرى قسم آخر أن هذا النوع من الدفوع يدخل في طائفة الدفوع الشكلية.

ويذهب آخرون – وهو الصواب – إلى أنها دفوع ذات طبيعة مختلطة.

والذي يبدو لي أن ديوان المظالم يميل إلى الأخذ بالاتجاه الأخير، حيث ورد في حكم له ما نصه: (... المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن الصفة شرط أساسي لقبول الدعوى، وليس هذا الشرط مجرد شرط شكلي وإنما هو من الشروط التي يختلط فيها الشكل بالموضوع) الحكم رقم (٤١٢/ ت/ ٣) لعام ١٤١٠هـ في القضية رقم (٧١٦/ ١/ ق) لعام ١٤٠٧هـ (لم ينشر).

ولعل سبب اختلاف آراء الشراح في هذا الصدد راجع إلى وجوه الشبه التي يشبه بها هذا الدفع، الدفع الشكلي، ووجوه الشبه التي يشبه فيها هذا الدفع، الدفع الموضوعي.

فهو يشبه الدفع الشكلي من وجوه أهمها:

١- إن الدفع بعدم القبول يشبه الدفع الشكلي من حيث أنه لا يتناول موضوع الحق.

٢- ويشبه الدفع الشكلي من حيث أن الحكم به لا يحوز حجية الحكم المقضي به.

ويختلف الدفع بعدم القبول عن الدفع الشكلي ويشبه الدفع الموضوعي من وجوه أهمها:

١. يشبه الدفع الموضوعي من حيث أنه لا يتناول إجراءات الخصومة التي يتناولها الدفع الشكلي.

٢. يجوز إبداء الدفع بعدم القبول في جميع مراحل الدعوى، وهو بهذا يشبه الدفع الموضوعي ويختلف عن الدفع الشكلي..

٣. إن الحكم بقبول الدفع بعدم القبول من محكمة الدرجة الأولى ينهي ولايتها في نظر الدعوى وإذا استؤنف الحكم، وفسخت محكمة

الاستئناف الحكم، فإنها تفصل في موضوع الدعوى ولا تعيده إلى محكمة الدرجة الأولى.

المبحث الثاني: شروط قبول الدعوى الإدارية في الفقه والنظام:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: شروط قبول الدعوى الإدارية في الفقه الإسلامي:

الشرط الأول: الأهلية: والأهلية في اللغة: الجدارة والكفاية بأمر من الأمور..

اتفق فقهاء الشريعة على اشتراط الأهلية في الخصوم على الجملة، ولكنهم اختلفوا في الأهلية المعتبرة.

فالحنفية يشترطون بأن يكون المدعي عاقلاً، فلا تصح دعوى المجنون والصبي غير المميز، أما الصبي المميز المأذون له بالخصومة ممن له الولاية عليه، فيصح أن يكون مدعياً ومدعاً عليه.

أما المالكية، فيجيزون للمحجور عليه لسفه أو صغر المطالبة بحقه، ولا يمنع من ذلك في حضور وصيه أو غيبته.

أما إذا كان المحجور عليه لسفه أو صغر مدعاً عليه فقد قسموا الدعوى عليه إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: أن يدعي عليه بما لا يلزمه، ولو قامت البينة، ، فهذه الدعاوى لا يسمعها القاضي ولا يسمع البينة عليها.

القسم الثاني: ما يلزم المحجور عليه في ماله إذا قامت به البينة، ولا يلزمه بإقراره.

القسم الثالث: ما يلزم المحجور عليه إذا أقر به، فهذا تسمع الدعوى فيه، ويكلف الإجابة على الدعوى بالإقرار والإنكار.

أما الشافعية فيشترطون أن يكون المدعي والمدعى عليه مكلفاً ملتزماً للأحكام، فالأصل عندهم أن الدعوى لا تصح على صبي ومجنون وهذا عند حضور وليهما، فتكون الدعوى على الولي، أما عند غيبة الولي فالدعوى عليهما ، غير أنهم أجازوا الدعوى على المحجور عليهم فيما يصح إقرارهم به فتسمع دعوى.

أما الحنابلة، فقالوا إن الدعوى تصح على السفيه بما يؤخذ به حال سفهه، وبعد فك الحجر ويحلف إذا أنكر.

الشرط الثاني: الصفة: هي مجموعة الأوصاف التي تعطي الشخص الذي يتصف بها الحق في إقامة الدعوى على الآخر.

إذن هذا الشرط له شقان: الأول: يتعلق بالمدعي، الثاني: يتعلق بالمدعى عليه،.

الشق الأول: شرط الصفة في المدعي:

يشترط الفقه الإسلامي توافر شرط الصفة بالمدعي ويكون الشخص ذا صفة في رفع الدعوى في الحالات التالية:-

١- أن يطالب الحق لنفسه.

٢- أن يطالب الحق لغيره: إذا كان نائباً عنه كالوكيل والوصي والولي ويلحق بهم من يمثل الشخصية الاعتبارية.

٣- أن يطالب بتحقيق مصلحة عامة له ولغيره.

٤- لكل شخص أن يخاصم في دعوى الحسبة التي يتعلق بها حق الله أو يكون حق الله فيها غالب على حق العبد.

الشق الثاني: شرط الصفة في المدعى عليه:-

إن الفقه الإسلامي يشترط توافر الصفة بالمدعى عليه، وهو يعني صحة اعتبار المدعى عليه خصماً في الدعوى.

ولقد اهتم الفقهاء – رحمهم الله – في وضع الضوابط والمعايير لمعرفة من هو الخصم في الدعوى ويجمع هذه الضوابط والمعايير جميعها ضابط واحد عام وهو (أن من ادعى على إنسان شيئاً، فإن كان المدعى عليه لو أقر يصح إقراره فيترتب عليه حكم، فإنه يكون بإنكاره خصماً في الدعوى، وتصح توجيهها إليه،

ويستثنى من هذا الضابط الوصي، والولي والمتولي، فإن إقرارهم على من يمثلونهم غير معتبر.

وإذا أردنا أن نطبق هذا الضابط على أنواع الدعوى فإنه يكون:-

١=الخصم في دعوى العين هو من تكون العين تحت يده..

٢-لخصم في دعوى الدين هو من يكون بذمته الدين.

٣-الخصم في دعوى الفعل هو الفاعل.

٤-الخصم في دعوى القول هو القائل.

٥-الخصم في دعوى العقد هو المباشر له، أو من قام مقام المباشر.

٦-الخصم في دعوى الحقوق: هو الذي ينازع المدعي في حقه.

٧-الخصم في دعوى النسب: إذا رفعت على شخص وكان هذا لو أقر بما ادعي عليه، رتب على إقراره حكم، صحت الدعوى، وكانت مقبولة لدى القاضي وإلا فلا.

الشرط الثالث: المصلحة المشروعة:

لم ينص فقهاء الشريعة على اشتراط هذا الشرط، غير أن مضمونه ومعناه متفق عليه عند جميع فقهاء الشريعة، فنجد أن الحنفية يشترطون في الدعوى أن لا تكون عبثاً، والمالكية اشترطوا أن تكون الدعوى ذات غرض صحيح صحيح). والشافعية يشترطون في المدعى به أن يكون حقاً أو ما ينفع في الحق، وأن يكون هذا الحق قد تعرض لأضرار الخصم، ويصرح بعضهم بأن الدعوى تسمع إذا كان للمدعي غرض فيها، حتى ولو لم يكن الحق للمدعي فيها يخص المدعي مباشرة.

إذا يقصد بالمصلحة المشروعة أن يكون المدعى في ذاته مصلحة مشروعة، ويهدف من المطالبة به تحصيل مصلحة مشروعة.

أوصاف المصلحة المعتبرة في الشريعة:

يشترط في المصلحة المعتبرة في الدعوى أن تتصف بما يلي:

١- أن يكون المدعى به مصلحة: وتعرف المصالح بمقدار ما تفيده لتلك الضروريات الخمس.

٢- أن تكون هذه المصلحة محمية من قبل الشارع.

٣- أن تكون المصلحة معتبرة شرعاً، فالدعوى في مصلحة غير معتبرة لا تكون مقبولة.

٤- أن تكون المصلحة مما ينتفع به المدعي لو أقر به خصمه.

الشرط الرابع: معلومية المدعى به:

والمراد بعلم المدعى به تصوره، أي تميزه في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي، ويستثنى من شرط المعلومية فيجوز فيها الدعوى بالمجهول وفقاً للقاعدة التالية: أن الدعوى بالمجهول تقبل إذا كان المدعى به فيها مما يصح وقوع العقد عليه مبهماً، كالوصية.

وإن كان من الفقهاء من ذكر غير هذه القاعدة من الضوابط التي تستثنى من شرط المعلومية فيجوز فيها الدعوى بالمجهول.

المطلب الثاني: شروط قبول الدعوى الإدارية في النظام:

الشرط الأول: المصلحة:

من المسلم فقهاً وقضاءاً أن (لا دعوى بلا مصلحة وأن المصلحة مناط الدعوى)

وقد اشترطت القوانين أن تتوافر في المصلحة الصفات التالية:-

١- أن تكون المصلحة قائمة ومحققة، وليست محتملة الوقوع ، ويستثنى من هذا الشرط حالتان:

أ- إذا كان الغرض من الدعوى الاحتياط لدفع ضرر محدق.

ب- إذا قصد بها الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع.

٢- أن تكون حالة غير مستقبلة، أي ليست مؤجلة.

٣- أن تكون قانونية، أي مشروعة يقرها القانون.

٤- أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة:

وهي لا تكون كذلك إلا إذا كان رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني محل النزاع أو نائبه.

وبالنسبة لديوان المظالم، فإنه برغم حداثة عهده وبالتالي صعوبة التحدث عن اجتهادات واضحة له ومستقرة، يمكن في هذا الخصوص الإشارة إلى:

١- أنه قد ورد في الفقرة (ب، ج، د) من المادة (٨) من نظام الديوان الصادر عام ١٤٠٢هـ ما يلي: (الدعاوى المقدمة من ذوي الشأن للطعن في القرارات الإدارية ... دعاوى التعويض الموجهة من ذوي الشأن .... الدعاوى المقدمة من ذوي الشأن في المنازعات المتعلقة بالعقود....). ويلاحظ أن "ذوي الشأن" أي ذوي العلاقة تفيد بذاتها التوسع في تحديد من لهم صفة في رفع الدعوى الإدارية وبالتالي فلا وجه لقصر تلك الصفة على أصحاب الحقوق المعتدى عليها، ويشمل هذا التعبير أيضاً رفع الدعوى دفاعاً عن المصلحة العامة (مبدأ المشروعية) وبالتالي يسمح بإدخال المحتسبين ضمن من لهم صفة في رفع الدعوى، لكن أحكام ديوان المظالم قصرت هذا العموم والشمول فاشترطت المصلحة في ذلك.

٢- يتضح من أحكام الديوان المتوافرة لدي اشتراطه لقبول الدعوى الإدارية توافر مصلحة شخصية ومباشرة، ففي حكم له نص على: ((إن القضاء برفضه الدعوى على النحو الذي انتهى إليه الحكم محل التدقيق لا يتعارض مع قواعد قبول الدعوى التي توجب أن يكون المدعي في مركز خاص تجاه القرار المطعون فيه يؤدي إلى توافر شرط المصلحة اللازمة لقبول الدعوى، بأن تكون شخصية ومباشرة، ذلك لأن السماح للمدعى وغيره من المواطنين بالاشتراك في اختيار موقع المدرسة في مكان متوسط بين ... واتفاقها معهم ومعه على هذا الموقع ثم عدولها عنه إلى موقع مؤقت لعدم

وجود مبنى ملائم ... فقد جعل من المدعى صاحب مصلحة شخصية ومباشرة في الطعن على القرار الإدارة الصادر باختيار موقع المدرسة المؤقت مما يكسبه صفة في الدعوى ويحول دون الحكم بعدم قبولها ...) الحكم رقم (٣٤/ت/٣) لعام ١٤١١هـ في القضية رقم (١٣٢/٤/ق) لعام ١٤٠٩هـ (لم ينشر)..

الشرط الثاني: الصفة:

الصفة هي السلطة التي بمقتضاها يمارس شخص ما حقه في إقامة الدعوى أمام القضاء.

. وبيَّن ديوان المظالم مفهوم الصفة حيث ورد في حكم ما نصه: (... ونظراً لمضي أكثر من سنة على ذلك التاريخ ولم يقدم المذكور ما طلبته منه الدائرة وهو ما يثبت وكالته في الدعوى وصفته في المرافعة عن أصحاب الشركة، فقد أصدرت الدائرة قرارها المعني بالتدقيق وذكرت فيه أنه يشترط لصحة الدعوى أن ترفع من ذي صفة وهو صاحب الحق المدعى به أو ممثله الشرعي طبقاً لقواعد الوكالة الشرعية، وإذا لم يكن كذلك، فإن الدعوى تفقد شرطاً من شروط صحتها، ويتعين على الدائرة عدم سماعها لرفعها من غير ذي صفة...) قرار رقم (١٠٣) لعام ١٤٠٧هـ في القضية رقم (١١٤٩/١/ق) لعام ١٤٠٥هـ (لم ينشر)..

ويرى بعض شراح القانون أن شرط الصفة داخل بشرط المصلحة.

بينما يذهب رأي آخر إلى اقتضاء الفصل بينهما.

ويذهب البعض إلى القول بأن سبب الخلاف يكمن في المقصود بالصفة، فالرأي الأول يعني الصفة في الدعوى، أما الرأي الثاني فإنه يقصد به الصفة في التقاضي.

ولكنا إذا دققنا النظر فإننا نجد أن الصفة وإن اتفقت مع المصلحة الشخصية المباشرة إلا أنها تختلف عنها، ويظهر هذا الاختلاف في أمرين:

١- إن هناك من تجوز دعواهم ولو لم يكن لهم مصلحة شخصية مباشرة.

٢- إن اشتراط الصفة بالمدعى عليه يدل على أنها تختلف عن المصلحة إذ أنه لا مصلحة للمدعى عليه.

وبالنسبة لديوان المظالم فإن أحكامه نطقت بوجوب توافر الصفة في المدعي والمدعى عليه حيث جاء في حكم ما نصه: (... من المقرر قضاء أنه يتعين لقبول نظر الدعوى أياً كان نوعها توافر الصفة والمصلحة في أطرافها، ومن مقتضى ذلك لازمه أنه إذا لم يكن أحد أطراف الدعوى صاحب صفة فيها أو مصلحة، فإنه يتحتم على الجهة المعروض أمامها النزاع الالتفات عنها وعدم قبولها) القرار رقم (١١٩/ت/٣) لعام ١٤٠٨هـ في القضية رقم(١١٩٩/١/ق)لعام١٤٠٥هـ (لم ينشر)..

ومن هذا الحكم نستنتج أيضاً أن ديوان المظالم يتجه إلى الأخذ بالفصل بين مفهومي الصفة والمصلحة آخذاً بذلك بالرأي الراجح والسائد بين الشراح، وبهذا الرأي أخذ نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ في مادته الثانية والسبعين حيث نصت على أن (الدفع بعدم الاختصاص المحكمة النوعي أو الدفع به بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو لأي سبب آخر...).

الشرط الثالث: الأهلية:

أولاً: أهلية التقاضي بالنسبة للشخص الطبيعي: تثبت أهلية التقاضي له عند بلوغه سن الرشد، ، ويضاف إلى بلوغه سن الرشد ضرورة أن يكون عاقلاً قادراً على الاختيار، وإذا لم يتوافر في المدعي أهلية التقاضي أو رغب عن مباشرة الدعوى بنفسه، فإنه بالإمكان أن يتم التقاضي بواسطة من يمثله تمثيلاً نظامياً صحيحاً وذلك طبقاً للقواعد العامة المواد: ٤٨، ٥٩، ٨٨ من نظام تنظيم الأعمال الإدارية أمام الدوائر الشرعية الصادر عام ١٣٧٢هـ..

ثانياً: أهلية التقاضي بالنسبة للشخص الاعتباري:وذلك عن طريق ممثلها القانوني المحدد في النظام الداخلي لها وطبقاً للإجراءات المقررة لها فيه. وتذهب اجتهادات ديوان المظالم إلى ما يلي (عدم الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركة في مواجهة الغير يستتبع عدم جواز الإنابة عنها أمام القضاء

والمصالح والوزارات والمؤسسات العامة وتعتبر الطلبات التي تحمل اسمها غير مقبولة) القرار رقم (٧٨/١٣) لعام ١٤٠٠هـ القضية رقم (١/٢٢١/ق) لعام ١٤٠٠هـ منشور في مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية لعام ١٤٠٠هـ إدارة تصنيف ونشر الأحكام، ديوان المظالم، ص(١٥٦)..

المبحث الثالث: حالات الدفع بعدم القبول:

تمهيد:

تضمنت المادة (٧٢) من نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ بعجزها أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو لأي سبب آخر... تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به في أي مرحلة تكون فيها الدعوى.

ويمكن التوصل إلى النتيجة ذاتها أمام ديوان المظالم، والاجتهادات التي تمكنت من العثور عليها في حدود ما هو متوافر لدي في هذا الشأن حيث وردت الإشارة إلى أنه (من المبادئ المستقرة في فقه وأصول المرافعات والإجراءات ...) الحكم رقم (٣٦٢/ت/٣) لعام ١٤١٠هـ في القضية رقم(١٠٨/٢/ق)لعام ١٤٠٥هـ (لم ينشر).

المطلب الأول: الحالة الأولى: انعدام الصفة:

يرى فريق من شراح القانون أن انتفاء أو انعدام الصفة في الدعوى يولد دفعاً بعدم القبول، ، ويرى فريق آخر منهم أن انتفاء الصفة في الدعوى يولد دفعاً موضوعياً.

أما بالنسبة لتعلق هذا الدفع بالنظام العام فيرى بعض شراح القانون أن هذا الدفع يعتبر من النظام العام تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، ويرى فريق آخر أن هذا الدفع ليس من النظام العام إلا إذا كان موضوع الدعوى من النظام العام.

المطلب الثاني: الحالة الثانية: انعدام الأهلية: الذين اعتبروا الأهلية شرطاً من شروط قبول الدعوى، فإن انتفاء هذا الشرط يولد دفعاً بعدم القبول، أما من اعتبره شرطاً لصحة إجراءات الدعوى، فإن الدفع بانتفاء شرط الأهلية في أحد الخصوم يكون دفعاً بالبطلان.

المطلب الثالث: الحالة الثالثة: انعدام المصلحة:-

يرى بعضهم أن الدفع الذي يتولد عن فقدان المصلحة هو دفع بعدم القبول، ويرى فريق آخر أن الدفع الذي يتولد نتيجة فقدان المصلحة هو دفع موضوعي.

ويعتبر هذا الدفع من النظام العام تقضي به، المحكمة من تلقاء نفسها. والذي يبدو من نظام المرافعات الشرعية الجديد الصادر عام ١٤٢١هـ، ومن أحكام ديوان المظالم أن هذه الحالات الثلاث السابقة الذكر تعد من قبيل الدفع بعدم القبول، يتضح هذا من نص المادة الثانية والسبعين من نظام المرافعات المشار إليه آنفاً أما ديوان المظالم فيأخذ نفس الاتجاه ومما يدل على ذلك ما ورد في بعض أحكامه والذي سبق بعض منها بأن انتفاء شرط من شروط قبول الدعوى يعد من قبيل الدفع بعدم قبول الدعوى.

المطلب الرابع: الحالة الرابعة: أي سبب آخر خلاف ما تقدم:

إن الواضح من نص المادة (٧٢) من نظام المرافعات الشرعية، أن المنظم لم يشأ حصر جميع الصور التي تؤدي إلى الدفع بعدم القبول (... الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو لأي سبب آخر ... تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به في أي مرحلة تكون فيها الدعوى.

المبحث الرابع: علاقة الدفع بعدم القبول بعدم سماع الدعوى: يقصد بالدفع بعدم سماع الدعوى هو وسيلة دفاع يهدف بها الخصم إلى منع سماع الدعوى لمحكمة عُرض النزاع أمامها إما لأن المنظم منع سماعها في حالات معينة أو لفوات الميعاد الذي يحدده لرفعها، أو لعدم توافر الشروط التي يستلزمها.

وقد أصدر المنظم السعودي عدة أنظمة يمنع بها سماع بعض الدعاوى تحقيقاً لمصلحة عامة، أو لوضع حد لإهمال أصحاب الحقوق، محافظة على استقرار الأوضاع.

منها الأمر الملكي رقم (٢٤٢٧) في ٧/ ٤/ ١٣٥٢هـ والذي يمنع سماع دعوى الميراث في العقار من الأجانب حتى يصدر بها أمر خاص.

وأمر وزير الداخلية رقم (١٠٣٢) في ١٢/ ٨/ ١٣٥٢هـ والقاضي بعدم سماع أية دعوى تقام من أحد الأفراد على أي أمير من أفراد أمراء الملحقات المفصولين من وظائفهم حتى يحال إلى المحاكم من المقامات العالية.

ومنها الأمر الملكي الصادر في ٢٠/ ١/ ١٣٤٦هـ وجاء فيه أن (الدعاوى والمطلبات الراجعة إلى ما قبل خمسة وعشرين سنة إذا كان التعقيب والنظر جاء فيها ولم يحسم بالوجه الشرعي فهي التي يسوغ للمحاكم النظر في أمرها وإكمالها. أما إذا لم يكن جاء فيها تعقيب وقضت المادة المذكورة مسكوتاً عنها فلا ينظر فيها أصلاً، وكذلك الدعاوى التي فصلت أو نظرت في زمن الأتراك لا محل للبحث عها مرة ثانية بالكلية).

ومنها ما نصت المادة الرابعة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الصادر عام ١٤٠٩هـ على أنه (فيما لم يرد به نص خاص لا تسمع الدعاوى المنصوص عليها في الفقرتين (ج، ر) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم بعد مضي خمس سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به ما لم يكن ثمة عذر شرعي حال دون رفع الدعوى يثبت لدى الدائرة المختصة بالديوان. وبالنسبة إلى الحقوق التي نشأت قبل نفاذ هذه اللائحة فتبدأ المدة المحددة لسماع الدعاوى بها من تاريخ نفاذها).

ويقصد من الفقرتين (ج، د) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم أي: دعاوى التعويض الموجهة من ذوي الشأن إلى الحكومة والأشخاص ذوي الشخصية العامة المستقلة بسبب أعمالها.

والدعاوى المقدمة من ذوي الشأن في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها.

المبحث الخامس: الدفع بالتقادم في الفقه والنظام، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الدفع بالتقادم في الفقه الإسلامي:-

التقادم لغة: مصدر تقادم. يقال: تقادم الشيء أي قدم وطال عليه الأمد.

واصطلاحاً: مضي مدة معينة شرعاً على وجوب أداء الحق يمنع سماع الدعوى أمام القاضي بعد مرورها، إذا لم يكن للمدعي عذر في عدم إقامتها. .

ومدة التقادم المانع من سماع الدعوى متروكة على الصحيح لولي الأمر بما يرى أنه مصلحة،ويجوز للإمام أن يمنع القاضي عن النظر في بعض القضايا، بناء على قاعدة (جواز تخصيص القضاة بالزمان والمكان والحادثة).

وقد فعل هذا أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه: إذ رُوي عنه عدة آثار منع القضاة فيها عن نظر القضية، وأحياناً منعهم عن تنفيذ الحكم حتى يرجع إليه، أسوق طرفاً من هذه الآثار:-

١- عن عبدالرحمن بن زيد قال: قال سليمان: أما الدَّمُ فيقضي فيه عمر رواه ابن أبي شيبة في الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، (٤١٥/٩)..

كثيراً من الفقهاء يعتبرون هذا لدفع من قبيل الدفع بعدم الاختصاص، وإذا كان الأمر كذلك وكان الدفع بعدم الاختصاص يعتبر من الدفوع الشكلية، فيكون الدفع بالتقادم من وجهة نظر الفقه الإسلامي من الدفوع الشكلية .

ويرى بعض الباحثين أن دفع الدعوى بسبب تقادم الحق المدعى به أنه من قبيل دفع الخصومة من قبيل دفع الخصومة في الفقه الإسلامي، وهذا الرأي له وجاهته وقوته فلا يقل درجة عن الرأي الأول.

المطلب الثاني: الدفع بالتقادم في النظام:

يعرّف التقادم بالقانون بأنه: مدة محدودة تسقط بانقضائها المطالبة بالحق أو بتنفيذ الحكم.

بالنسبة للدفع بالتقادم في الدعوى الإدارية، فإن سقوط الحق في رفع الدعاوى المنصوص عليها في المادة الثامنة فقرة (أ)، (ج)، (د) من نظام ديوان المظالم الصادر عام ١٤٠٢هـ.، يكون بمضي خمس سنوات محتسبة من تاريخ نشوء الحق كقاعدة عامة وذلك طبقاً للمواد ٢، ٤ من قواعد التقاضي أمام الديوان الصادر بالقرار رقم (١٩٠) لعام ١٤٠٩هـ..

ولكن احتساب هذه المدة، ومدى ورود استثناء على هذه القاعدة يخضع لتفصيل فقد ميزت المادة الرابعة من اللائحة المذكورة بين الحقوق التي نشأت قبل نفاذ اللائحة والحقوق التي نشأت بعد نفاذ اللائحة.

القاعدة العامة: القاعدة العامة بشأن مدى سماع دعاوى التعويض ومنازعات العقود الإدارية التي نشأ الحق فيها بعد نفاذ لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، هي أن هذه الدعاوى لا تسمع بعد مضي خمس سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به،والمقصود ليس تاريخ الصدور وإنما تاريخ نفاذ اللائحة أو العمل بها، أي أن المدة تحتسب ابتداء من ٦ من المحرم ١٤١٠هـ لمن نشأ حقه في إقامة الدعوى في ذلك اليوم، ومن نشأ حقه في أول شهر صفر ١٤١٠هـ بدأت مدة عدم السماع وهي خمس السنوات من ذلك التاريخ، أي أن صاحب الشأن يحق له رفع دعواه حتى نهاية شهر المحرم ١٤١٥هـ.

الاستثناء: ومراعاة من اللائحة لكافة مقتضيات قواعد العدالة فإن الدعوى تسمع مهما كان تاريخ نشوء الحق في رفعها إذا أثبت صاحب الشأن أن لديه عذراً شرعياً حال بينه وبين رفع الدعوى، ويتعين على صاحب الشأن أن يثبت ذلك العذر للدائرة المختصة بديوان المظالم.

ثانياً: الحقوق التي نشأت قبل نفاذ اللائحة: رأت اللائحة إسقاط هذه المدة كاملة فلا تحتسب ضمن مدة عدم السماع وإنما يبدأ احتساب المدة المحددة لسماع الدعوى من تاريخ نفاذ اللائحة، وهي خمسة أعوام كاملة اعتباراً من ٦ محرم ١٤١٠هـ.

والأحكام الصادرة عن الديوان بخصوص التقادم تتعامل مع الدفوع الناشئة عنه على اعتبار أنها دفوع بعدم القبول وأُشير إلى هذا المبدأ في الحكم رقم ٣٤/ت/٣ لعام ١٤١٠هـ في القضية رقم (١/٩٠١/ق) لعام ١٤٠٦هـ (لم ينشر). وكذلك في الحكم رقم (٩/ت/٣) لعام ١٤١١هـ في القضية رقم (٤/٨٨/ق) لعام ١٤٠٨هـ.

أما بالنسبة لدعوى الإلغاء فإن القضاء الإداريين: المصري والسعودي يتفقان مع مجلس الدولة الفرنسي بشأن تحديد ميعاد نظامي يلزم احترامه تحت طائلة السقوط، ويقبل هذا الميعاد – خلافاً للقواعد التي تحكم السقوط ولكن يتعين، بصدد التظلمات الإدارية وميعاد رفع الدعوى المنصوص عليها في المادة ٣ من قواعد المرافعات أمام الديوان دون المواعيد المقررة بأنظمة خاصة، التنبه إلى أثر الصفة الوجوبية لتلك التظلمات من حيث استقلالها بمواعيد خاصة بها، ومن ثم عدم مساسها بالميعاد المخصص للدعوى.

المبحث السادس: الدفع لرفعها بعد الميعاد أو دون سلوك سبيل التظلم في الفقه والنظام، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الدفع لرفعها بعد الميعاد أو دون سلوك سبيل التظلم في الفقه الإسلامي:

لايجوز لولي الأمر أن يحدد ميعاداً معيناً لرفع الدعوى لا تقبل الدعوى بعدها إلا لعذر شرعي، وذلك تأسيساً على قاعدة جواز تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة.

و موقع هذا الدفع من أنواع الدفوع من خلال منظور الفقه الإسلامي فإنه يمكن القول بأنه من الدفوع الشكلية ،وبناء عليه فيمكن للمحكمة أو الخصم أن يثيره متمسكاً بأن الدعوى لم ترفع في الزمان المحدد لها من قبل ولي الأمر..

المطلب الثاني: الدفع لرفعها بعد الميعاد أو دون سلوك سبيل التظلم في النظام:

يقصد بميعاد رفع الدعوى: المدة الزمنية التي ترفع الدعوى خلالها.

ولقد درجت أنظمة القضاء الإداري المختلفة على تحديد ميعاد لرفع الدعوى الإدارية – بخلاف ما كان عليه النظام الإداري السعودي خلا القضاء الإداري السعودي منذ نشأته عام١٤٠٢هـ حتى صدور القرار

رقم(١٩٠) بتاريخ ١٦/ ١١/ ١٤٠٩هـ من تحديد ميعاد لرفع الدعوى الإدارية

بالنظر في المادة الثانية والثالثة والرابعة من نظام قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الصادر عام ١٤٠٩هـ نجد أنه بين مواعيد رفع الدعوى الإدارية لديوان المظالم للفصل فيها، وكذلك بين مواعيداً أخرى تسبق رفع الدعوى لديوان المظالم يجب مراعاتها، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:-

أولاً: مواعيد رفع دعاوى المطالبة بالحقوق المترتبة على نظام الخدمة المدنية والتقاعد:

من نص البنود الأربعة الواردة بالمادة الثانية يتضح أن هناك أموراً يجب مراعاتها قبل رفع الدعوى أو الدعاوى إلى ديوان المظالم إذا كانت تلك الدعاوى متعلقة بما هو منصوص عليه في الفقرة (أ) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم آنفة الذكر وهي:

أولاً: مطالبة الجهة الإدارية بالحق

القاعدة العامة: يجب على الموظف أو المستخدم قبل أن يرفع دعواه إلى ديوان المظالم، أن يطالب الجهة الإدارية التي يتبعها بالحق الذي يدعيه، خلال مدة معينة هي خمس سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به.

الاستثناء: يجب سماع الدعوى، رغم عدم مطالبة الجهة الإدارية بالحق خلال تلك السنوات الخمس، إذا كان هناك عذر شرعي حال دون تلك المطالبة.

ثانياً: التظلم إلى الديوان العام للخدمة المدنية

التظلم ومواعيده: قد يطالب الموظف أو المستخدم الجهة الإدارية المختصة بالحق خلال المدة المحددة، وفي هذه الحالة فإن الجهة الإدارية يمكنها أن تتخذ أحد موقفين:

أولهما: إصدار قرار برفض المطالبة خلال مدة التسعين يوماً المشار إليها.

ثانيهما: عدم البت في المطالبة خلال تلك المدة، وبالتالي انقضاء هذه المدة دون أن تقول الجهة الإدارية كلمتها في الموضوع.

تسبيب قرار الجهة الإدارية ييسر بَتَّ الديوان العام للخدمة المدنية في التظلم خلال الميعاد:

تقضي الفقرة الثانية من البند الثاني من المادة الثانية من اللائحة بأنه ((يجب أن يكون القرار الصادر من الجهة الإدارية برفض المطالبة مسبباً، وعلى الديوان العام للخدمة المدنية أن يبت في التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه)).

المرحلة الثانية التي تجتازها المطالبة بالحق قبل رفع الدعوى إلى الديوان، هي التظلم من قرار الجهة الإدارية برفض المطالبة أو عدم البت فيها، إلى الديوان

العام للخدمة المدنية، الذي يتعين عليه أن يبت في التظلم خلال ستين يوماً، وتحتسب هذه المدة من تاريخ تقديم التظلم له.

ثالثاً: رفع الدعوى إلى ديوان المظالم خلال تسعين يوماً:

إذا اختار ذو المصلحة سبيل التداعي أمام ديوان المظالم، كان عليه أن يرفع الدعوى خلال تسعين يوماً من تاريخ العلم بقرار الرفض، أو من تاريخ انقضاء الستين يوماً المشار إليها دون بتّ في التظلم، فإن كان ما تبقى من خمس السنوات الواردة في الفقرة الأولى (المقصودة هو البند الأول) من المادة الثانية من هذه القواعد أطول من التسعين يوماً، رفعت الدعوى خلال هذه المدة الأطول.

وهذا ما نصّ عليه البند الثالث فقرة أولى من المادة الثانية من هذه القواعد بقوله: ((إذا صدر قرار الديوان العام للخدمة المدنية برفض التظلم أو مضت المدة المحددة في الفقرة السابقة دون البت فيه، جاز رفع الدعوى إلى ديوان المظالم خلال تسعين يوماً من تاريخ العلم بالقرار الصادر بالرفض، أو انقضاء الستين يوماً المذكورة دون البت في التظلم، أو خلال ما تبقى من خمس السنوات المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة، أيهم أطول)).

أما الفقرة الثانية من هذا البند فاستلزمت ((أن يكون القرار الصادر من الديوان العام للخدمة المدنية برفض التظلم مسبباً)).

رابعاً: جواز رفع دعوى أمام ديوان المظالم بطلب تنفيذ ما ثبتت الأحقية فيه إذا استمر عدم تنفيذ ذلك القرار ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه، فإنه يجوز لذي الشأن، أن يتقدم إلى ديوان المظالم، لرفع دعواه، أي دعوى طلب تنفيذ ما ثبتت فيه الأحقية، ويشترط أن يتم رفع الدعوى خلال ستين يوماً، من تاريخ انقضاء الثلاثين يوماً المشار إليها، أو خلال ما تبقى من خمس السنوات المذكورة في البند الأول من المادة الثانية من هذه القواعد أيهما أطول.

ثانياً: مواعيد رفع دعوى الإلغاء: رسمت المادة الثالثة من لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الأصول الإجرائية التي يتعين مراعاتها قبل رفع دعوى الإلغاء وهي:

أولاً: التظلم من القرار خلال ستين يوماً من تاريخ العلم به:

ويجب أن يتم هذا التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بهذا القرار، وهذا العلم يتحقق بأحد سبيلين:

أولهما: الإبلاغ بالقرار.

ثانيهما: النشر في الجريدة الرسمية إذا تعذر الإبلاغ بالقرار.

بدء سريان ميعاد التظلم من تاريخ العلم بالقرار: يتحقق العلم بالقرار إما بالإبلاغ أو بالنشر في الجريدة الرسمية عند تعذر الإبلاغ.

أ- الإبلاغ كوسيلة أساسية للعلم بالقرار:

ب- النشر كوسيلة احتياطية للعلم بالقرار عند تعذر الإبلاغ:

ثانياً: بت الجهة الإدارية في التظلم خلال تسعين يوماً:

قيام تلك الجهة الإدارية بالبت في التظلم خلال تسعين يوماً وتبدأ هذه المدة من تاريخ تقديم التظلم إلى الجهة الإدارية.

ثالثاً: رفع الدعوى خلال ستين يوماً وذلك على تفصيل:

١- فإن كانت الدعوى غير متعلقة بشئون الخدمة المدنية، فإن صاحب الشأن يكون ملزماً برفعها إلى ديوان المظالم خلال ستين يوماً من تاريخ علمه بالقرار الصادر برفض تظلمه.

٢- وإن كانت الدعوى متعلقة بشئون الخدمة المدنية، فإنه لا يجوز لصاحب الشأن رفعها إلى ديوان المظالم إلا بعد أن يتظلم إلى الديوان العام للخدمة المدنية وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار الذي أصدرته الجهة الإدارية برفض التظلم إن كان قد صدر قرار بالرفض، أو من تاريخ انقضاء مدة التسعين يوماً المحددة للجهة الإدارية إذا لم تقم تلك الجهة خلالها بالبت في التظلم:

أ- واجب الديوان العام للخدمة المدنية بالبت في التظلم خلال ستين يوماً وإلا جاز رفع الدعوى لديوان المظالم.

ب- جواز رفع دعوى تنفيذ الحق الذي أقره ديوان المظالم:

ويترتب على انقضاء ميعاد رفع الدعوى الإدارية الآثار التالية:

أولاً: أن يحكم بعدم قبول الدعوى شكلاً، وفي هذا يقول ديوان المظالم في حكم له ما نصه: (حيث أن المدعية لم تقم دعواها إلا بتاريخ ٢/ ٨/ ١٤١٢هـ تاريخ إيداعها صحيفة الدعوى لدى الديوان بعد أن تجاوزت مدة الستين يوماً بواحد وعشرين يوماً فمن ثم تكون دعواها غير مقبولة شكلاً ...) الحكم رقم (١٤/د/١/٣)لعام١٤١٢هـ في القضية رقم(١٢٦١/١/ق)لعام ١٤١٢هـ..

ثانياً: لا يجوز تقديم طلبات جديدة أو تعديل الطلبات السابقة، كما لا يجوز أيضاً تقديم أدلة جديدة من حيث السبب القانوني الذي ترتكز عليه الأدلة.

ثالثاً: تحصن القرار الإداري المعيب ومعاملته كما لو كان سليماً بحيث يمتنع الطعن فيه بالإلغاء.

المبحث السابع: الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها في الفقه والنظام: وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها في الفقه الإسلامي: أي أنه لا يجوز للمدعي رفع دعوى بت فيها القضاء مرة أخرى، وإن رفعها وجب على المحكمة الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها.

وعليه فلو دفع المدعي الدعوى بأنه قد حلفه عند قاضي آخر فله ذلك بحيث إذا أثبته أو نكل المدعي عن الحلف عليه إن طلبه الدافع رُدت دعواه.

المطلب الثاني: الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها في النظام:

وبهذا يتبين لنا أن فكرة هذا الدفع يقوم على اعتبارين:

الاعتبار الأول: ضرورة وضع حد للمنازعات.

الاعتبار الثاني: تجنب تناقض الأحكام.

ويشترط للتمسك بهذا الدفع ما يأتي:

١- اتحاد الخصوم.

٢- وحدة المحل.

٣- وحدة السبب.

ولم تخرج أحكام ديوان المظالم عن ما هو متفق عليه بين الشراح ففي حكم له نص على أنه (وما دام الحال ما ذكر من أن الدعوى الماثلة نفس الدعوى التي سبق الفصل فيها فإنه تبعاً لذلك يمتنع نظر الدعوى الماثلة لسبق الفصل فيها.

لذلك فقد حكمت الدائرة ... بعدم جواز نظر الدعوى ذات الرقم ... المقامة من ... ضد ... لسبق الفصل فيها) حكم رقم (٩/د/إ/١) لعام ١٤١٩هـ في القضية رقم (١٩٦/١/ق) لعام ١٤١٩هـ..

ويشترط ديوان المظالم للتمسك بهذا الدفع نفس الشروط السابقة الذكر وهي اتحاد الخصوم، ووحدة المحل، ووحدة السبب حيث جاء في حكم له ما نصه (...ومن حيث أنه من المستقر عليه فقهاً وقضاء أن الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون لها حجية فيما فصلت فيه، وأنه لا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة... ولكن يشترط لتطبيق هذه القاعدة أن يثور النزاع الجديد بين الخصوم أنفسهم... ودون أن تتغير صفاتهم، وأن يتعلق بذات الحق محلاً وسبباً ...) الحكم رقم (٥٨/ت/٣) لعام ١٤٠٩هـ في القضية رقم (٤٨٤/١/ق) ١٤٠٦هـ

(لم ينشر)..

أما بالنسبة لديوان المظالم فالذي اعتقده – برغم أنني لم أعثر على أحكام مباشرة في هذا الشأن الحكم رقم (١٧١/٤)لعام ١٤٠٠هـ في القضية

رقم(١/٣٠٠/ق)لعام١٣٩٩هـ والمنشور في مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية لعام ١٤٠٠هـ، ص(١٣٣).

المبحث الثامن: آثار الحكم بعدم قبول الدعوى في الفقه والنظام:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: آثار الحكم بعدم قبول الدعوى في الفقه الإسلامي:-

يقصد بدفع الخصومة وهو دفع المدعى عليه في دعوى العين بأن يده على العين المدعاة ليست يد خصومة، لأنها ليست له، وإنما هي لشخص آخر بعينه.

إذا ادعى شخص ملكاً في يد إنسان، فقال المدعى عليه ليس هو لي ولا لك ففي ذلك أحوال مختلفة:

الحالة الأولى: أن يضيف العين المدعاة إلى شخص ثالث حاضر، فيرجع إليه فإن صدقه سلمت العين إلى ذلك الشخص ، وإن كذبه فقيه ثلاثة وجوه: أصحها أن القاضي يحفظ العين ،وأضعفها أنها تسلم إلى المدعي ووجه ثالث أن تترك في يد ذي اليد.

الحالة الثانية: إذا أضاف العين المدعاة إلى غائب، فتصرف الخصومة إلى الغائب .

الحالة الثانية: إذا قال هذه العين لرجل لا أسميه، المذهب أن الخصومة لا تنصرف عنه.

الحالة الرابعة: أن يقول هي وقف على ولدي أو على الفقراء، انصرفت الخصومة عنه إليهم، ولم يبق على المقر إلا التحليف للتغريم).

المطلب الثاني: آثار الحكم بعدم قبول الدعوى في النظام:

يترتب على الحكم بعدم قبول الدعوى زوال إجراءات الخصومة، وزوال سائر الآثار القانونية المترتبة على قيامها، كقطع مدة التقادم.

الفصل الرابع

الدفوع الموضوعية في الفقه والنظام، ويتضمن ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الفرق بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية:

تختلف الدفوع الشكلية عن الدفوع الموضوعية من عدة نواحي من أهمهما:-

١- من ناحية الهدف منهما: يهدف الخصم من إثارة الدفع الشكلي إلى تأخير البت في القضية، بينما يهدف الدفع الموضوعي إلى إنهاء الخصومة نهائياً.

٢- من وقت إبدائهما: الأصل أن تثار الدفوع الشكلية قبل التكلم في موضوع الدعوى، أما الدفوع الموضوعية فيجوز إثارتها في أي حال تكون عليها الدعوى.

٣- من ناحية الفصل فيهما: الأصل أن يفصل في الدفوع الشكلية قبل البحث في موضوع الدعوى ، لكن نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ نص في مادته الثالثة والسبعون على أنه (تحكم المحكمة في هذه الدفوع على استقلال، ما لم تقرر ضمه إلى موضوع الدعوى، وعندئذٍ تبين ما حكمت به في كل من الدفع والموضوع)، وبالنسبة لديوان المظالم فقد نص في بعض أحكامه على أنه يفصل في الدفوع قبل النظر في موضوع الدعوى، إذا قد يغني ذلك عن بحث موضوع الدعوى.وفي هذا الشأن يقول ديوان المظالم (... أن الفصل في الدفوع – بكافة أنواعها – يسبق الفصل في موضوع الدعوى،) الحكم رقم (٣٦٢/ت/٣) لعام ١٤١٠هـ (لم ينشر). (... أنه ولئن كان الأصل أن يتم بحث الدفع بعدم القبول والفصل فيه قبل التعرض لموضوع الدعوىالحكم رقم (٣٦٢/ت/٣) لعام ١٤١٠هـ. (لم ينشر)..

٤- من ناحية قبولهما: إذا حكمت المحكمة برد الدعوى فإن ذلك ينهي الخصومة مؤقتاً ، أما إذا حكمت المحكمة برد الدعوى فإنه ينهي النزاع والخصومة معاً.

المبحث الثاني: أحكام الدفوع الموضوعية:

١- للخصم إبداء الدفوع الموضوعية في أي وقت أثناء نظر الدعوى وحتى ختام المحاكمة.

٢- يعتبر الحكم بقبول الدفع الموضوعي حكماً فاصلاً في موضوع الدعوى.

٣- يستنفد الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي سلطة محكمة أول درجة بالنسبة لموضوع الدعوى.

المبحث الثالث: الدفع بالتزوير في الفقه والنظام:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الدفع بالتزوير في الفقه الإسلامي:

التزوير في اللغة: التكذيب وعدم الصحة.

في هذا الدفع يتعرض المدعي عليه إلى أن المدعي كاذب في دعواه لتمسكه بأسانيد ووثائق مزورة غير صحيحة.

فإذا ثبت التزوير بعد أن دفع المدعى عليه بأن الأسانيد التي تمسك بها المدعي مزورة وغير صحيحة فإن الدعوى بذلك تنتهي ويمنع المدعي من التعرض ثانية للمطلوب.

المطلب الثاني: الدفع بالتزوير في النظام:

من خلال مواد نظام مكافحة التزوير السعودي يمكن القول بأن التزوير هو (تغيير الحقيقة في محرر بإحدى الطرق المقررة نظاماً تغييراً من شأنه إحداث ضرر بالغير مع اقتران هذا التغيير بنية استعمال المحرر المزور فيما زور من أجله).

ويقصد بالدفع بالتزوير هو وسيلة دفاع تنصب على مستندات الدعوى بقصد جني منفعة ومصلحة في رد ودفع دعوى الخصم.

وينقسم التزوير إلى قسمين:

١- التزوير المادي .

٢- التزوير المعنوي.

ويرد الادعاء بالتزوير على الأوراق الرسمية والعرفية على السواء المادة (١٣٨) من نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ.

واختلف الشراح في طبيعة هذا الدفع، والرأي الذي نؤيده هو الرأي القائل بأنه دفع موضوعي وذلك لخضوعه لأحكام الدفوع الموضوعية، وبالتالي تفترق عن أحكام الطلب سواء أكان الطلب أصلياً أو عارضاً وذلك على النحو الآتي:-

١- موضوع دعوى التزوير الفرعية لا يجوز أن ترفع به دعوى أصلية، متى كانت الورقة المطعون فيها مقدمة في دعوى قائمة.

٢- لا يجوز الادعاء بالتزوير من غير الخصوم في الدعوى المقدمة فيها الورقة.

٣- تتأثر دعوى التزوير الفرعية بموقف الخصم، الذي يملك إنهاء إجراءاتها بمجرد نزوله عن التمسك بالورقة المطعون فيها.

٤- إغفال المحكمة الفصل في الادعاء بالتزوير، سبيله سلوك طريق التصحيح أما في الطلب فالمحكمة ملزمة بالفصل في الطلب المرفوع إليها أصلياً كان أو عارضاً.

٥- تملك المحكمة الحكم بتزوير الورقة، ولو لم يدع أمامها بتزويرها.

٦- لا تأثير لدعوى التزوير الفرعية على الاختصاص القضائي، حيث تتبع في ذلك الدعوى الأصلية، وتقع دائماً في اختصاص المحكمة المختصة نظر الدعوى الأصلية.

٧- جواز تقديم دعوى التزوير الفرعية أمام محكمة الدرجة الثانية لأول مرة، في حين لا يقبل تقديم الطلب العارض أمام محكمة الدرجة الثانية وتحكم المحكمة الاستئنافية من تلقاء نفسها بعدم قبوله على خلاف الدفوع الموضوعية.

٨- المقرر قانوناً عدم جواز الحكم بصحة الورقة أو تزويرها وفي موضوع الدعوى معاً.

ويجب على مدعي التزوير أن يبين موضع التزوير ويصفه وصفاً دقيقاً ويبين ما فيه من تحريف أو تحشية أو حك أو تمزيق أو نحو ذلك، ويحفظ كل ذلك في ملف القضية حيث نصت المادة (١٤٣) من نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ على أنه ((يحرر محضر في دفتر الضبط يبين فيه حالة الورقة وأوصافها بياناً كافياً ويوقع عليه القاضي والكاتب والخصوم)).

و نصت المادة (١٥١) من النظام السابق على أنه ((إذا كان الادعاء بالتزوير منتجاً في النزاع ولم تف وقائع الدعوى ومستنداتها لاقتناع المحكمة بصحة الورقة أو تزويرها ورأت أن إجراء التحقيق الذي طلبه الطاعن في تقريره منتج أمرت بالتحقيق)).

ويجوز إبداء الدفع بالتزوير في أي حالة تكون عليها الدعوى سواء أمام محكمة الدرجة الأولى أو أمام محكمة الدرجة الثانية حيث نصت المادة (١٤٩) من النظام السابق على أنه ((يجوز الادعاء بالتزوير في أي حالة تكون عليها الدعوى باستدعاء يقدم إلى إدارة المحكمة تحدد فيه كل مواضع التزوير المدعى به وإجراءات التحقيق التي يطلب إثباته بها ويجوز للمدعى عليه بالتزوير وقف سير التحقيق فيه في أي حال كان عليها بنزوله عن التمسك بالورقة المطعون فيها وللمحكمة في هذه الحال أن تأمر بضبط الورقة أو حفظها إذا طلب مدعي التزوير ذلك لمصلحة مشروعة)). المادة الثانية والتسعون بعد المائة من نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ

ويجب على مدعي التزوير أن يسلم إدارة المحكمة الورقة المطعون فيها إن كانت تحت يده أو صورتها المبلغة إليه. المادة (١٥٠) من نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ..

وإذا ثبت تزوير الورقة فعلى المحكمة أن ترسلها مع صور المحاضر المتعلقة بها إلى الجهة المختصة لاتخاذ الإجراءات الجزائية اللازمة المادة (١٥٢) من نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ..

وإذا وجد في الورقة الرسمية أو العادية كشط أوغير ذلك من العيوب المادية فالمحكمة تقدر ما يترتب عليه من إسقاط قيمتها في الإثبات من عدمه. المادة (١٣٩) من نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ..

ولا يقبل الطعن في الأوراق الرسمية إلا بادعاء التزوير ما لم يكن ما هو مذكور فيها مخالفاً للشرع المادة (١٤٦) من نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ..

فالورقة الرسمية لها قوتها في الإثبات وكذلك الورقة المصورة عنها أو المنقولة خطياً عنها وصدق عليها موظف عام في حدود اختصاصه المادة (١٤٦) من نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ..

وإذا كانت الورقة عرفيه (عادية) وأنكر المدعي عليه خطه أو إمضاءه فللمحكمة إجراء المقارنة تحت إشرافها بوساطة خبير أو أكثر تسميهم في قرار المقارنة المادة (١٤١) من نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ..

وتكون مقارنة الخط أو الإمضاء أو البصمة أو الختم الذي حصل إنكاره على ما هو ثابت من نسبت إليه الورقة المادة (١٤٢) من نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ..

يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم عند الاقتضاء أن تقرر جلب مستندات في المملكة إذا تعذر ذلك على الخصوم المادة (١٥٣) من نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ..

ويجوز للمحكمة ولو لم يدع أمامها بالتزوير أن تحكم باستبعاد أي ورقة إذا ظهر لها من حالتها أنها مزورة أو مشتبه فيها وفي هذه الأحوال يجب على المحكمة أن تبين في حكمها الظروف والقرائن التي استبانت منها ذلك المادة (١٥٣) من نظام المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١هـ..

الفصل الخامس

تطبيقات قضائية من أحكام ديوان المظالم:

ويتضمن على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تطبيقات قضائية على الدفوع الشكلية:

أولاً: تطبيقات قضائية للدفع بعدم الاختصاص:

النوع الأول: تطبيقات قضائية على الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي (الولائي).

يقول حكم صادر عن ديوان المظالم ما نصه: ((وحيث أن الاختصاص بنظر الدعوى مسألة أولية يتعين التصدي لها قبل الفصل في موضوعها إذ لا يجوز للدائرة نظر موضوع الدعوى قبل أن تتأكد من اختصاصها بالفصل فيها حسبما هو وارد في قواعد الاختصاص الصادر في هذا الشأن ...)) الحكم رقم (٦/ت/٣) لعام ١٤٠٨هـ في الدعوى رقم (٥٠٦/١/ق) لعام ١٤٠٦هـ (لم ينشر)..

و يقول ديوان المظالم في حكم آخر له: ((وحيث أن مسألة الاختصاص من المسائل الأولية التي يتعين على الدائرة بحثها قبل الدخول في موضوع

الدعوى)) حكم رقم (٢٢/د/١/١)لعام ١٤١٧هـ في القضية رقم ١٣١٩/٢/ق) لعام١٤١٧هـ. (لم ينشر)..

ولقد جرت العادة أن يذكر في الحكم الصادر بعدم الاختصاص الجهة المختصة بنظر النزاع مع عدم الإحالة إلى تلك الجهة ومن أمثلة ذلك ما يلي:-

حكمت الدائرة الإدارية الأولى في ديوان المظالم بحكم نصه (... وحيث أن المادة [٢/٥٨] من نظام التأمينات الاجتماعية قد نصت على أنه: ((يمكن لأصحاب العمل والعمال ولمن يقوم مقامهم أن يتقدموا إذا اقتضى الحال بشكوى أمام اللجان المنصوص عليها في نظام العمل لفض المنازعات)).

لذلك فقد حكمت الدائرة الإدارية الأولى بديوان المظالم بالرياض بعدم اختصاص ديوان المظالم بنظر الدعوى...) حكم رقم(١/ د/ إ/ ١)لعام ١٤١٩هـ في الدعوى رقم١٢٢٣/ ١/ ق)لعام ١٤١٨هـ (لم ينشر)..

▫وفي حكم آخر جاء ما نصه: (وحيث أنه بعرض هذه الدعوى على نصوص نظام ديوان المظالم سالف الذكر لم نجد أي نص يشملها من حيث الاختصاص فلا هي داخلة ضمن القرارات الإدارية لدعوى المخالفة للنظم ولا ضمن العقود الإدارية، كما أنها ليست من دعاوى التعويض.

لذلك فقد حكمت الدائرة بعدم اختصاص ديوان المظالم بنظر القضيتين...) حكم رقم(٨/ د/ ١/ ١)لعام ١٤١٧هـ في الدعوى رقم ٧٤٧/ ١/ ق)لعام ١٤١٦هـ والدعوى رقم (١٤١٠/ ١/ ق) لعام ١٤١٦هـ (لم ينشر)..

النوع الثاني: تطبيقات قضائية على الدفع بعدم الاختصاص المكاني:

نصت عليه الدائرة الإدارية حيث ورد ما نصه: ((إصدار الأمر بمنع توزيعها. ومن ثم فإن هذه الدعوى تعتبر من دعاوى المنازعات الجنائية وعليه فإن الاختصاص بنظرها والفصل فيها معقود للدوائر الجزائية بالديوان تطبيقاً لقرارات تحديد اختصاصات دوائر الديوان القضائية النوعية منها والمكانية حكم رقم (٨/ د/ ٢/ ١) وتاريخ ٢٠/ ٣/ ١٤٠٦هـ في القضية رقم (٣٦١/ ١/ ق) لعام ١٤٠٦هـ (لم ينشر)..

وللخصوم أن يتمسكوا بهذا الدفع أيضاً ويدل على هذا ما حكمت به الدائرة الإدارية الأولى في ديوان المظالم حكم رقم (٦/ د/ أ/ ١) لعام ١٤١٧هـ في القضية رقم(٢٧٥/ ١/ ق)لعام ١٤١٧هـ (لم ينشر)..

وقد توصي الدائرة الإدارية إذا حكمت بعدم الاختصاص المكاني بإحالة الدعوى إلى الدائرة الإدارية المختصة مكاناً توحيداً للإجراء، وفي هذا ورد حكم صادر من الدائرة الإدارية بديوان المظالم حكم رقم(٢٠/ د/ أ/ ١)لعام ١٤٢٠هـ في الدعوى رقم(٤٣٩/١/ق)لعام ١٤٢٠هـ.

الفرع الثالث: تطبيقات قضائية على الدفع بعدم الاختصاص النوعي:

يقول ديوان المظالم في حكم له ما نصه: ((وحيث أنه ولما كان الأمر كما سبق البيان من اختصاص كل دائرة من دوائر الديوان بأنواع معينة من القضايا لما تقدم من أسباب حكمت الدائرة: بعدم اختصاصها بنظر هذه القضية وأن الاختصاص بنظرها معقود للدوائر الفرعية بالديوان لما هو مبين بالأسباب)) حكم رقم(١٣/ د/ ٢/ ١)لعام ١٤٠٦هـ في القضية رقم ١/٦٦٨/ق) لعام ١٤٠٦هـ..

ويجوز للدائرة الإدارية – متى ما رأت – أن تحيل الدعوى إلى الدائرة المختصة بالنوع ويدل على هذا ما ورد من حكم في هذا الصدد حكم رقم (٢٠/ د/ ٢/ ١) وتاريخ ٢٥/ ٨/١٤٠٦هـ في القضية رقم(١/١٠٥٥/ ق) لعام ١٤٠٦هـ (لم ينشر).

ثانياً: تطبيقات قضائية للدفع بعدم قبول صحيفة الدعوى: يقول ديوان المظالم في حكم له ما نصه: ((وحيث أن المادة الأولى من قواعد المرافعات والإجراءات قد نصت على أن الدعوى الإدارية ترفع بطلب من المدعي يقدم إلى رئيس الديوان أو من ينوب عنه

لذلك فقد قررت الدائرة عدم قبول الدعوى رقم (٦٣٧/ ١/ ق) لعام ١٤١٨هـ) قرار رقم ١٣/ د/ أ/ ١) لعام ١٤١٨هـ في القضية رقم (١/٦٣٧/ق)لعام ١٤١٨هـ (لم ينشر)..

وفي حكم آخر يتعلق بالجهالة التي تلحق بالموضوع وإمكان تصحيحها حيث جاء في حكم للديوان ما نصه: ((نظراً إلى أن أوراق القضية خلو من بيان الأساس الذي تستند إليه المدعية في طلباتها أو تحديد لهذه الطلبات فمن ثم تكون الدعوى غير مقبولة...) قرار رقم (٧/ د) ١٣٩٩هـ في القضية رقم (٩٢/ ق) لعام ١٣٩٩هـ المنشور في مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية لعام ١٣٩٧– ١٣٩٩هـ، ص(٨٨).

المبحث الثاني: تطبيقات قضائية على الدفع بعدم القبول:

يقول ديوان المظالم في حكم صادر عنه ما نصه: ((المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن الصفة شرط أساسي لقبول الدعوى، وليس هذا الشرط مجرد شرط شكلي وإنما هو من الشروط التي يختلط فيها الشكل بالموضوع) الحكم رقم(٤١٢/ ت/٣)لعام ١٤١٠هـ في القضية رقم (٧١٦/١/ق)لعام ١٤٠٧هـ..

وقد أصدر ديوان المظالم في هذا الصدد حكماً جاء فيه ما نصه: ((المرحلة الثانية: هي مرحلة بحث شروط قبول الدعوى المقررة نظاماً وهي شروط متعلقة بالنظام العام وإن تخلف شرط منها قضى بعدم قبول الدعوى دون خوض أو تعرض لموضوع النزاع...)) الحكم رقم (٣٣٣/ت/٣) لعام ١٤٠١هـ في القضية رقم(٢١٥/٢/ ق)لعام ١٤٠٦هـ (لم ينشر)..

وفي حكم آخر ذكر أن من شروط قبول الدعوى لنظرها والفصل فيها توافر المصلحة والصفة في أطراف الخصومة حيث جاء في حكم ما نصه: ((... من المقرر قضاء أنه يتعين لقبول نظر الدعوى أياً كان نوعها توافر الصفة والمصلحة في أطرافها، ، فإنه يتحتم على الجهة المعروض أمامها النزاع الالتفات عنها وعدم قبولها)) القرار رقم (١١٩/ ت/٣)لعام ١٤٠٨هـ في القضية رقم (١١٩٩/١/ق) لعام١٤٠٥هـ (لم ينشر)..

ويترتب على عدم مراعاة مواعيد رفع الدعوى الإدارية عدم قبول الدعوى شكلاً، وفي هذا يقول ديوان المظالم في حكم له ما نصه: (حيث أن المدعية

لم تقم دعواها إلا بتاريخ ٢/ ٨/ ١٤١٢هـ تاريخ إيداعها صحيفة الدعوى لدى الديوان بعد أن تجاوزت مدة الستين يوماً بواحد وعشرين يوماً فمن ثم تكون دعواها غير مقبولة شكلاً...) الحكم رقم(١٤/د/١/ ٣)لعام ١٤١٢هـ في القضية رقم(١٢٦١/١/ق)لعام١٤١٢هـ. (لم ينشر)..

ومن جملة دفوع هذا النوع، الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها،.

وفي هذا يقول ديوان المظالم في حكم له ما نصه: ((وما دام الحال ما ذكر من أن الدعوى الماثلة نفس الدعوى التي سبق الفصل فيها فإنه تبعاً لذلك يمتنع نظر الدعوى الماثلة لسبق الفصل فيها، لذلك فقد حكمت الدائرة الإدارية ... بعدم جواز نظر الدعوى ذات الرقم.... المقامة من ... ضد ... لسبق الفصل فيها)) حكم رقم ٩/ د/ إ/ ١لعام ١٤١٩هـ في القضية رقم ١٩٦/ ١/ ق لعام ١٤١٩هـ (لم ينشر)..

ويشترط ديوان المظالم للتمسك بهذا الدفع اتحاد الخصوم، ووحدة المحل، ووحدة السبب حيث جاء في حكم له ما نصه ((... ومن حيث انه المستقر من عليه فقهاً وقضاءاً أن الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون لها حجية فيما فصلت فيه، وأنه لا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة)) الحكم

رقم (٥٨/ت/ ٣) لعام ١٤٠٩هـ في القضية رقم ٤٨٤/ ١/ ق لعام ١٤٠٦هـ (لم ينشر)..

المبحث الثالث: تطبيقات قضائية على الدفوع الموضوعية:

لم أجد من خلال بحثي واطلاعي على أحكام ديوان المظالم وسؤال بعض الأعضاء من ديوان المظالم وبعض قضاة هيئة التدقيق عن حكم تطبيقي للدفع بالتزوير.

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا مُحَمَّد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

القيود على جهة الإدارة في العقود الإدارية

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية

إعداد الطالب :

يحيى بن أحمد بن محمد عبيد

إشراف :

الشيخ الدكتور / خالد بن خليل الظاهر

الأستاذ المشارك بقسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء

لعام ١٤٢٧ / ١٤٢٨ هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس ٢٥٦

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس٢٢٣

البحث بعد التلخيص ٦٧

إعداد/

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث

خطة البحث :

وقد قمت بتقسيم بحثي هذا الى مقدمة وثلاثة فصول على النحوالتالي :

مقدمة

الفصل الأول : التعريف بمفردات العنوان وبيان حقيقة العقد الإداري .

المبحث الأول : التعريف بمفردات العنوان .

المبحث الثاني : حقيقة العقد الإداري .

المطلب الأول : نشأة العقد الإداري في الفقه والنظام .

المطلب الثاني : تمييز العقد الإداري في الفقه والنظام .

المطلب الثالث : أركان العقد الإداري في الفقه والنظام .

المطلب الرابع : أهم العقود الإدارية .

الفصل الثاني : القيود التي تحكم جهة الإدارة قبل التعاقد في الفقه والنظام .

المبحث الأول :القيود التي تحكم جهة الإدارة قبل التعاقد في النظام .

المطلب الأول : الإذن المالي .

المطلب الثاني : الإذن القانوني .

المطلب الثالث : الاستشارات السابقة .

المطلب الرابع : الإعلان عن العقد .

المبحث الثاني : القيود التي تحكم جهة الإدارة قبل التعاقد في الفقه الإسلامي .

الفصل الثالث : القيود التي تحكم جهة الإدارة أثناء التعاقد في الفقه والنظام .

المبحث الأول : القيود التي تحكم جهة الإدارة أثناء التعاقد في النظام .

المطلب الأول : المساواة بين كافة الراغبين في التعاقد مع الإدارة .

المطلب الثاني : التعاقد بموجب الأسعار العادلة والسائدة في السوق .

المطلب الثالث : اجراءات اختيار المتعاقدين مع الإدارة .

المطلب الرابع : أولوية المؤسسات والمنتجات الوطنية .

المبحث الثاني : القيود التي تحكم جهة الإدارة أثناء التعاقد في الفقه .

الخاتمة .

الفهارس .

الفصل الأول

التعريف بمفردات العنوان وبيان حقيقة العقد الإداري

تمهيد :

ويشتمل هذا الفصل الأول على مبحثين اثنين هما :

١. المبحث الأول : التعريف بمفردات العنوان .

المطلب الأول : تعريف مصطلح (قيود) :

الفرع الأول : التعريف بمصطلح (قيود) في اللغة :

يقال : قيود وأقياد ، وهي جمع قيد ، ومنه تقييد الألفاظ بما يمنع الاختلاط ويزيل الالتباس. وقيَّد الكتاب أيضاً شكله.

الفرع الثاني : التعريف بمصطلح (قيود) في النظام :

ما يسبق إبرام العقد من إجراءات وتدابير تمهد لمولد ذلك التصرف ، وتعقبه بطائفة أخرى من إجراءات وتدابير الاعتماد بهدف إعمال أحكام العقد.

الفرع الثالث : تعريف كلمة (قيود) في الفقه الإسلامي :

لم يعرف الفقهاء مصطلح " قيود " وذلك فيما يخص العقود ، ولكن كما سوف أبين لاحقاً وضعوا شروطاً تحيط بالعقد المبرم بشكل عام.

ولذلك سوف أبين معنى مصطلح (شرط) في الفقه الإسلامي :

لعل التعريف المشهور هو : ما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته.

المطلب الثاني : التعريف بمصطلح (جهة الإدارة)

الفرع الأول : تعريف مصطلح (الإدارة) في اللغة :

أولاً : تعريف كلمة (جهة) في اللغة :

الجهة بالكسر والضم الناحية جمعها : جهات ، والجهة : الجانب والناحية والموضع الذي تتوجه إليه وتقصده.

ثانياً : تعريف كلمة (الإدارة) في اللغة :

الإدارة في اللغة : من دار يدور ، وهو أصل يدل على إحداق الشيء بالشيء من حواليه.

الفرع الثاني : تعريف مصطلح (جهة الإدارة) في النظام :

يمكن تعريف جهة الإدارة في النظام بأنها : ذلك الشخص المعنوي ، أو العضو في المنظمة ، أو الهيئة الحكومية المسؤولة عن تحقيق الأهداف التي وجدت من أجلها ، وهي لا تخرج عن كونها أشخاص النظام العام الداخلي.

الفرع الثالث : تعريف مصطلح (جهة الإدارة) في الفقه الإسلامي :

لم يعرف الفقهاء مصطلح (جهة الإدارة) بل هو مصطلح حادث وجديد استحدثه أهل القانون ،إلا أن الفقهاء عرفوا في مقابله مصطلحات أخرى تعني نفس المعنى لمصطلح (جهة الإدارة) .

ومن هذه المصطلحات مصطلح : الإمامة ، ومصطلح أولو الأمر .

تعريف مصطلح الإمامة :

الإمامة هي : النيابة عن النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا به.

تعريف مصطلح أولوا الأمر:

أي : أصحاب التصرف في شأن الأمة ، الذين يملكون زمام الأمور وبيدهم قيادة الأمة.

ولعل أقرب المصطلحين لمعنى مصطلح (جهة الإدارة) من الناحية النظامية هو مصطلح (أولو الأمر) ، وذلك لأن مصطلح الإمامة يراد به الإمام الأعظم ومن يتولى أمر الرعية بشكل عام ، لكن مصطلح (أولو الأمر) يطلق على ما دون ذلك من الولايات .

وقد ورد هذا المصطلح في كتاب الله عز وجل فقال سبحانه : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً (٥٩)﴾ سورة النساء آية (٥٩) ..

وقد اختلف أهل العلم من المفسرين وغيرهم في المراد بأولي الأمر في الآية على أقوال هي :

الأول : أنهم الأمراء ، قاله جمع من السلف منهم أبو هريرةوابن عباس ورجحه الإمام الطبري ، قال النووي وهو قول جمهور السلف والخلف.

الثاني : أنهم أصحاب مُحَمَّد .

الثالث : قال ابن كثير والظاهر ـ والله أعلم ـ أنها عامة في كل أولي الأمر من الأمراء والعلماء.

وقد اختار هذا الرأي جمهرة من أهل التحقيق منهم ابن القيم والشوكاني ، وعبد الرحمن بن سعدي.

الرابع : أنهم أبو بكر وعمر ـ رضي الله عنهما. قاله عكرمة.

ويرى ابن تيمية أن المراد بهم ما هو أعم من العلماء والأمراء من زعماء ووجهاء وكل من كان متبوعاً.

وبعد هذا العرض لأقوال العلماء يتبين لنا أن هذا المصطلح أقرب من غيره لمراد شراح النظام .

المطلب الثالث : تعريف العقد الإداري

الفرع الأول : تعريف العقد الإداري في اللغة :

أولاً : تعريف العقد : لفظ العقد يطلق على معان كثيرة منها : وجميع هذه المعاني مدارها على الربط ، والشد ، والتوثيق .

ثانياً : تعريف كلمة (إداري) : سبق تعريفها في مصطلح " إدارة " .

الفرع الثاني : تعريف العقد الإداري في النظام :

عقد يبرمه شخص معنوي عام بقصد تنظيم مرفق عام أو تسييره مستخدماً وسائل القانون العام.

العقد الإداري يشتمل على ثلاثة عناصر أساسية هي :

١. أن تكون الجهة الإدارية طرفاً في العقد .

٢. أن يكون العقد متصلاً بتسيير مرفق عام .

٣. أن تستخدم الإدارة وسائل القانون العام .

الفرع الثالث : تعريف العقد الإداري في الفقه :

يطلق الفقهاء العقد على معنيين : عام وخاص:

المعنى العام : هو كل ما يعقد الشخص أن يفعله هو على وجه إلزامه إياه كما يقول الجصاص.

المعنى الخاص : وبهذا المعنى يطلق العقد على ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل .

وتعريف العقد بالمعنى الخاص هو الالتزام الشائع المشهور عند الفقهاء فعلى المعنى الخاص يكون العقد كل التزام تم بين الأفراد أو تم بين الأفراد والحكومة أو بين الجهات الإدارية بعضها مع بعض ، أو بين الدولة ودول أخرى ، أو بين الدول مع بعضها ، أو بين رعايا الدولة ودولة أخرى.

المبحث الثاني : حقيقة العقد الإداري

المطلب الأول : نشأة العقد الإداري في الفقه والنظام

الفرع الأول : نشأة العقد الإداري في النظام :

تمهيد :

أولاً : نشأة نظرية العقد الإداري في فرنسا :

ترجع نشأة العقد الإداري من الناحية التاريخية إلى فرنسا ، إلا أن هذه النشأة لا تكاد تتجاوز مطلع القرن الماضي الميلادي ، فلقد كان المعيار المتبع في توزيع الاختصاص بنظر المنازعات بين المحاكم القضائية والقضاء الإداري ، يرتكز على فكرة السيادة أو السلطة ، فكل منازعة تتعلق بأعمال السلطة هي وحدها التي يختص بنظرها القضاء الإداري أما التصرفات العادية التي تنزل فيها الإدارة إلى مرتبة الأفراد فهي تترك لاختصاص المحاكم العادية ..

واستثناء من هذه القاعدة فإن المنظم الفرنسي نص في حالات معينة _ أوردها على سبيل الحصر _ على اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في المنازعات الخاصة ببعض العقود التي تبرمها الإدارة .

ولقد عدل الفقه والقضاء الفرنسيين عن معيار السلطة العامة ، الذي كان يعتمد عليه في توزيع الاختصاص بنظر منازعات عقود الإدارة ، إلى معيار المرفق العام **ثانياً : نشأة العقد الإداري في مصر :**

الفترة الأولى : وهي الفترة السابقة على نشأة مجلس الدولة والمصري ــ بموجب القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٦م . لم تكن تعرف المحاكم الأهلية والمختلطة القواعد التي شيدها مجلس الدولة الفرنسي لحكم العقود الإدارية.

الفترة اللاحقة :حيث أنشئ مجلس الدولة المصري بموجب القانون رقم ١٢٢ /١٩٤٦ م ، وأنشئت محكمة القضاء الإداري التي حددت المسائل التي تدخل في اختصاصها على سبيل الحصر ، والتزم المنظم هذا المسلك حتى عام ١٩٧٢م ولم يتضمن القانون رقم ١٢٩ / ١٩٤٧م شيئا عن العقود الإدارية ، وفي عام ١٩٤٩م ، حدد القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩م الذي حل محل القانون ١١٢ / ١٩٤٦م والذي نص في المادة الخامسة منه على اختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر في العقد.

وأخيراً وبصدور قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م جاء نص المادة (١٠) منه بذات الصياغة التي تضمنتها المادة (١٠) من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ، وبموجب هذا النص اتسع اختصاص القضاء الإداري المصري ليشمل كافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية أياً كانت ، وليس فقط العقود الثلاثة المشار إليها سالفاً ، ومن هذا التاريخ أصبح مجلس الدولة المصري هو جبهة الاختصاص الطبيعي بنظر كافة منازعات العقود الإدارية.

أما الكويت فإنه بلد لا يوجد فيه ازدواج في جهات القضاء ، بل توجد فيه جهة قضائية واحدة تتولى الفصل في كل المنازعات.

أما في العراق : فإن الفقه الإداري مجمع على وجود العقود الإدارية ، وأن القضاء العراقي يسلم بالطبيعة الإدارية لتلك العقود ويطبق عليها أحكاماً خاصة.

وفي الأردن : فإن المحاكم العادية لا زالت هي صاحبة الاختصاص والولاية العامة في النظر في كل المنازعات القضائية إلا ما أستثنى بنص خاص.

و في المملكة العربية السعودية :في عام ١٣٦١هـ صدر نظام المناقصات العلنية ليضع قواعد خاصة لعقود الإدارة ، وتلاه نظام المشتريات العامة في عام ١٣٦٤هـ ، وعدلت هذه القواعد بصدور نظام الممثلين الماليين بالمرسوم الملكي رقم ٨٥ وتاريخ ١٣٨٠/٩/٢٠هـ ، ثم نظام المناقصات والمزايدات الذي صدر بالمرسوم الملكي رقم ٦ وتاريخ ٢٤ / ٢ / ١٣٨٦هـ ، ثم صدر نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ أعمالها بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٧/١هـ ، وتلاه بعض الأوامر السامية والتعاميم التي نظمت بصورة شاملة كيفية اختيار الإدارة للمتعاقد معها وطرق إبرام عقودها وأحكام وآثار هذه العقود

وقد صدر بعد ذلك نظام المنافسات والمشتريات الحكومية بالمرسوم الملكي رقم م/ ٥٨ في ١٤٢٧/٩/٤هـ ، وأعلن في الجريدة الرسمية (جريدة أم القرى

) بتاريخ ١٤٢٧/١٠/١٩هـ ، ونص النظام على أن يبدأ سريان النظام بعد (١٢٠) يوماً من إعلانه في الجريدة الرسمية.

الفرع الثاني : نشأة العقد الإداري في الفقه : .

يرى بعض الباحثين أن أول ما عرف البشر من التعامل هو التبادل الفوري ، ، أما التعاقد على الالتزامات التي يكون الإنسان مسؤولاً عن تنفيذها في المستقبل فلم يكن معهوداً في العهود الغابرة .

وقد اعترت العقد أطوار مختلفة في تاريخ التشريع من حيث النشوء والشكلية والحرية وقوة الاعتبار.

فمن حيث النشأة نشأت فكرة المقايضة أو المبادلة أولا.

وبعد تطور الحياة أكثر فأكثر لجأ البشر إلى ابتكار طريقة ثانية تضاف إلى الأولى ،فاخترعوا النقد الذي تعتبر له ثمنية صالحة لأن توضع في مقابل سائر الحاجات.

ومن حيث الشكل فقد كان العقد لدى بعض الأمم قبل الإسلام مطوق ومثقلاً بالشكليات ، ولم ينتقلوا عنها إلى الرضائية إلا للضرورة على أثر اتساع الحياة الاقتصادية وكاستثناء من القاعدة .

وفي جاهلية العرب كانت هناك بيوع تطغى فيها الشكلية على حرية الإرادة العقدية.

وجاء التشريع الإسلامي ، واعتبر التراضي هو الأساس في تكوين العقود دون الأشكال والمراسم.

والتشريع الإسلامي لم يتقيد بشيء من الشكليات إلا إذا كان لها مسار بالغاية المقصودة من العقد.

وفي هذا الدليل القاطع على استقلالية التشريع الإسلامي وأنه لم يأخذ عن التشريع الروماني كما زعم المفترون عليه من أعدائه .

وقد اشتمل القرآن الكريم على الآيات التي تلزم المسلمين بالوفاء بالعقود فقال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الأَنْعَامِ إِلاَّ مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ (١)﴾ المائدة رقم ١ ..

كما ألزم القرآن الكريم المسلمين بأن تقوم معاملاتهم على التراضي الكامل فقال جل من قائل : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلاَ تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً (٢٩)﴾ النساء رقم ٢٩.

كما حرم القرآن الكريم العقود القائمة على الربا فقال تعالى : ﴿ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لاَ يَقُومُونَ إِلاَّ كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ المسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا البَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ البَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَن جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ (٢٧٥)﴾ البقرة رقم ٢٧٥ ..

وقد نسجت السنة الشريفة على منوال القرآن الكريم فنهت عن جميع العقود التي يحصل بها غرر أو خداع .

المطلب الثاني : تمييز العقد الإداري في الفقه والنظام

الفرع الأول : تمييز العقد الإداري في النظام:

أولا : الحاجة التي تمييز العقد الإداري في النظام :

من المتفق عليه أن التصرفات التي تبرمها الإدارة ليست كلها عقود إدارية تخضع إلى قواعد قانونية متميزة تحفظ مصالح السلطة العامة، وهي قواعد القانون الإداري .

حيث يرى كثير من الشراح أن هناك حاجة ماسة لوجود معيار للعقد الإداري ، وذلك يظهر جلياً في عدم اتفاقهم على معيار محدد ومنضبط.

وفي بعض الأحيان يتجاوز المنظم فكرة البحث عن معيار للتمييز بين نوعي العقود التي تبرمها الإدارة فيحدد طبيعة بعض العقود.

أو يحدد الجهة التي تختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقد معين.

على أن هذا لا ينفي البحث عن معيار يفرق بين عقود الإدارة المدنية والعقود الإدارية.

في حين يرى البعض أن إيجاد معيار للعقد الإداري ليس له حاجة ملحة في الدول التي تأخذ بمبدأ القضاء الموحد وكذلك الدول التي تأخذ بالقضاء المزدوج والذي يسند ولاية الفصل في الدعاوى الناشئة عن العقود الإدارية إلى القضاء الإداري ، وله تطبيق مميز في العالم حالياً وهو الوضع في المملكة العربية السعودية فتحديد المحكمة المختصة أمر حسم بالمرسوم الملكي الكريم

رقم م /٥١ الصادر بتاريخ ١٧ / ٧ /١٤٠٢هـ والذي تضمن نظام ديوان المظالم النظام الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٥١ في ١٧ /٧/ ١٤٠٢هـ ،.

ثانياً : معيار تمييز العقد الإداري في النظام :

المعيار الأول : أن تكون الجهة الإدارية طرفاً في العقد :

وعلى هذا الأساس فإنه كشرط أساسي وأولي يشترط وجود شخص عام معنوي كطرف في العقد حتى يكون عقداً إدارياً يتوافر فيه بقية الشروط الأخرى.

والعبرة في تحديد صفة الشخص العام ترجع إلى وقت إبرام العقد لا قبل ذلك

وفي المملكة العربية السعودية نلاحظ أن ديوان المظالم يؤكد على عنصرين متلازمين بخصوص هذا المعيار ، وهما العنصر الذي يتطلب أن تكون الإدارة طرفاً في العقد والعنصر الآخر الذي يتطلب أن يكون العقد متصلاً بأحد المرافق العامة وبشكل يضمن سير هذا المرفق بانتظام واطراد .

وتتضح المعاني السابقة في العديد من قرارات ديوان المظالم ، نذكر منها علي سبيل المثال ، فيما يخص العنصر الأول (أي وجود الإدارة كطرف في العقد) القرار رقم ١٣ / ٨٦ لعام ١٤٠٠هـ ، حيث يقول : " يتبين من استعراض النظام الأساسي لديوان المظالم أن الديوان هو جهة القضاء الإداري التي أناط بها النظام ولاية النظر والفصل في كافة المنازعات الإدارية ومن المعلوم أن المنازعة الإدارية هي تلك التي تكون إحدى جهات الإدارة طرفاً

فيها القضية رقم ٢٣٣ / ١ /ق لعام ١٤٠٠هـ ، مجموعة المبادئ الشرعية النظامية التي قررتها لجان ودوائر ديوان المظالم خلال عام ١٤٠٠هـ ، ص ١٢ ." .

المعيار الثاني : اتصال العقد بتسيير مرفق عام : للمرفق العام مدلولين : أحدهما شكلي ويقصد به المنظمة أو الهيئة التي تمارس نشاطاً عاماً وتكون تابعة للدولة ، ومدلول موضوعي ويقصد به النشاط الذي يشبع حاجات عامة ويؤدي إلى تحقيق منافع عامة.

والمقصود أن يرتبط العقد بالمرفق العام سواء من حيث انشاؤه أو تنظيمه أو استغلاله أو ادارته أو تنفيذه والإشراف عليه أو المساهمة في تسييره .

وفي المملكة العربية السعودية صدرت قرارات عديدة من ديوان المظالم تؤكد وبما لا يدع أي مجال للشك مدى ضرورة اتصال العقد الإداري بالمرفق العام ، ومنها قرار لجنة تدقيق القضايا رقم ٧ /ت لعام ١٤٠٠هـ قولها : " ومن هنا فإن الديوان أراد بهذا القضاء أن يوفق بين اعتبارات المصلحة ومتطلبات حسن الإدارة من ضرورة ضمان سير المرفق العام الذي تقوم عليه الوزارة بانتظام واطراد دون توقف لسد الحاجات العامة التي يؤديها ، وبين رعاية المصلحة الخاصة للمدعي ، وإلا اختل سير المرفق الذي كان يشغل الدار ، وهو من المرافق التي تؤدي خدمات حيوية ومباشرة للمواطنين ، وأن شغل الوزارة للعقار خلال تلك المهلة هو وضع مؤقت تقتضيه الضرورة الملحة ، وضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد دون توقف ..... " .

وفي قرار آخر للجنة تدقيق القضايا رقم ٥٢ / ت لعام ١٤٠٠هـ جاء فيه : " ولقد كان من شأن هذا الإخلال الإضرار بالمصلحة العامة لما ترتب عليه من تعطيل المستشفى وهي تقوم على مرفق عام من مرافق الدولة الحيوية والهامة المتصلة بعلاج المرضي عن تأدية خدماته بالكفاءة المطلوبة لجمهور المرضى والمتطلعين للعلاج ، وبالتالي الإخلال بحسن سير هذا المرفق بانتظام واطراد طوال مدة التأخير" مجموعة قرارات لجنة التدقيق ، ص ٣٣٣ ..

المعيار الثالث : استخدام أسلوب القانون العام (تضمين العقد شروطاً استثنائية) :الصحيح والذي عليه غالبية الشراح تضمين العقد الإداري شروطاً استثنائية والتي لا يجوز قانوناً للأفراد في القانون الخاص ارتضاؤها وقبولها، أو حتى إذا لم تكن محرمة في القانون الخاص إلا أنها نادرة في عقود الأفراد الخاصة وغير مألوفة لديهم.

وفي المملكة العربية السعودية فإن القرارات الصادرة عن ديوان المظالم ليست كافية حتى نستطيع أن نرسم فكرة واضحة وكاملة عن موقف ديوان المظالم من هذا المعيار ، وبالأخص مدى أهميته ، أو تحديد متى تعتبر الشروط خارجة عن المألوف في الروابط بين الأفراد ، هذا فضلاً عن ندرة الحالات التي تطرق فيها الديوان إلى الشروط الاستثنائية .

ولعل أبرز الحالات المذكورة ، ما جاء في القرار رقم ٤ / د / ٢ لعام ١٤٠٠هـ والذي يقول : " ومن حيث أن هذه بصفة عامة هي أحكام غرامة التأخير في العقود الإدارية ، مؤسسة على قاعدة أصلية في النظام الإداري

هي ضرورة استمرار المرافق العامة بانتظام واطراد ، ما اقتضى إيجاد وسائل تخالف وسائل الأفراد في عقودهم ، منها غرامة التأخير والتنفيذ على الحساب بهدف حث المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزامه في موعده " . القضية ٢١٢ / ١ عام ١٣٩٩هـ ، مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها هيئات ولجان ودوائر الديوان خلال عام ١٤٠٠هـ ، ص ٤٦

الفرع الثاني : معيار تمييز العقد الإداري في الفقه :

أولاً : الحاجة التي تمييز العقد الإداري في الفقه

يقول الله سبحانه وتعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ (٩٠)﴾

سورة النحل ، آية ٩٠ ..

من هنا نقول بأنه إذا وجدت المصلحة فثم شرع الله ، وحكمه ، ولا يهم أن يكون هناك أمور أو قوالب جامدة متى تحققت أو وجدت قواعد وأحكام بتطبيقها تحقق العدالة ، ويتحقق الغرض المنشود من إبرام العقد بشكل يحقق التوافق والتوازن بين مصالح الأفراد ومصلحة الجماعة ، وليس هناك في الفقه الإسلامي تفريق في الاصطلاح بين العقود الإدارية، وبين عقود الإدارة الخاصة لأن المسميات تتغير بتغير الظروف ، والأحوال ،والأزمان , والبلدان .

ومما يؤكد أن بحث معيار العقد الإداري في الفقه الإسلامي ليس له أهمية كبرى أن الأمور التي يبرر بها شراح النظم الحاجة لإيجاد معيار لتمييز العقد الإداري من عقود الإدارة الخاصة هي : تحديد الإختصاص القضائي وتحديد القواعد المطبقة ، وعند التأمل في ذلك يتضح عدم الحاجة له وبيان ذلك فيما يلي

أولاً : تحديد الاختصاص القضائي:

لا تثور مشكلة تحديد الاختصاص القضائي إلا في حالة وجود ازدواج في جهات القضاء ، أما إذا كان القضاء موحداً وهذا متروك لولي الأمر فله في هذا الشأن سلطة كبيرة ، وهذا أمر سهل ليس في حسمه صعوبة تمنع من ذلك ، وخير دليل على ذلك أن النظام في المملكة العربية السعودية حسم هذا الأمر بأن جعل الاختصاص بنظر القضايا الناشئة عن العقود الإدارية ، أو عقود الإدارة الخاصة ، للقضاء الإداري المادة ٨/أ من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم م / ٥١ وتاريخ ١٧ / ١٤٠٢/٧هـ ومذكرته التفسيرية..

ثانياً : تحديد القواعد المطبقة :

القواعد المطبقة في الفقه الإسلامي في الجملة واحدة تلك التي تسري على الأشخاص أو على الإدارة بما فيها الأحكام التي تبنى على المصلحة فمتى تحققت المصلحة في تطبيق حكم معين في أي عقد سواء كان عقداً إدارياً أو عقد إدارة خاص أو عقود عامة بين الأفراد وجب تطبيقها.

ثانياً : معيار تمييز العقد الإداري في الفقه :

من المناسب القول بأن الفقه الإسلامي لا يعرف معياراً لتمييز العقد الإداري وليس هناك حاجة ملحة لإيجاد ذلك المعيار لا سيما وأن الفقهاء قرروا عدم الكلام عن أمر لا تدعو الحاجة إليه . بخاصة وأنه يتم تطبيق القواعد العامة المعمول بها في الفقه الإسلامي من ضرورة الوفاء بالعقود والعهود كما سبق أن وضحنا ذلك عند كلامنا عن الوضع في المملكة العربية السعودية التي جعلت من الكتاب الكريم والسنة النبوية المصدران الأساسيان لكل نظام يصدر في المملكة كنص المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم وهو المعمول به أمام الدوائر القضائية سواء كان قضاء إدارياً أم قضاء عادياً.

المطلب الثالث : أركان العقد الإداري في الفقه والنظام

الفرع الأول : أركان العقد الإداري في النظام :

يقوم العقد الإداري على ثلاثة أركان هي : الرضا والمحل والسبب .

أولاً : الرضا : يقصد بالرضا في العقود الإدارية : اتجاه إرادتين واتفاقهما نحو إحداث أثر قانوني.

ولسلامة الرضا الصادر من الإدارة ، يتعين أن يتوفر فيه الشروط الآتية :

١. أن يصدر رضا الإدارة ، من جهة الإدارة المختصة ، وفقاً للأوضاع المقررة من حيث الشكل والاختصاص.

٢ . أن يكون رجل الإدارة المتعاقد باسم الإدارة أهلاً للتعاقد.

٣. أن يخلو رضا الإدارة من عيوب الرضا وهي :

أ . الغلط : فيبطل العقد إذا أخطأت الإدارة في شخص المتعاقد أو في مجال التعاقد أو طبيعة العقد أو غيره.

ب . التدليس : وهو استعمال المتعاقد مع الإدارة طرقاً احتيالية لتضليلها ودفعها إلى التعاقد.

ج . الإكراه : ولما كانت الإدارة طرفاً في العقود الإدارية فإنه من النادر أن يقع إكراه في التعاقد.

ثانياً : المحل : يعرف المحل في الإلتزام بأنه الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به أو بعدم القيام به،ويشترط في محل الالتزام التعاقدي شروطاً ثلاثة :

١ . أن يكون موجوداً إذا كان شيئاً ، أو ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعا عن العمل

٢ . أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين .

٣ . أن يكون صالحاً للتعامل فيه .

ثالثاً : السبب : من النادر أن تتعاقد الإدارة دون سبب أو بسبب باطل ، ذلك أن هدف الإدارة في العقد الإداري هو تحقيق مصلحة عامة .

الفرع الثاني : أركان العقد الإداري في الفقه الإسلامي :

اتفق الفقهاء على أنه لابد في العقد من وجود صيغة وعاقدان ومحل معقود عليه ، كما اتفقوا على أن الصيغة من أركان العقد واختلفوا في كون العاقدان والمحل المعقود عليه من الأركان على قولين :

القول الأول : العاقدان والمعقود من الأركان ، وهذا قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة .

القول الثاني : أن العاقدان والمعقود عليه ليس من الأركان وهذا هو قول الحنفية.

لكننا نجد أن الخلاف بينهم لفظي ليس له تأثير في النتيجة وسوف أسير هنا على رأي الجمهور في أن للعقد ثلاثة أركان ، على النحو التالي :

الركن الأول : **الصيغة (الإيجاب والقبول)** : يراد بالإيجاب والقبول الصيغة الصادرة من المتعاقدين والدالة على توجه إرادتهما الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه سواء كان ذلك بالقول أو الكتابة المستبينة أو الإشارة المفهمة أو الفعل كما في التعاطي.

ويرى الحنفية أن ما صدر أولاً من كلام أحد المتعاقدين ، والقبول : ما صدر ثانياً عن أحد المتعاقدين دالاً على موافقته بما أوجبه الأول.

ويرى غير الحنفية وهم الجمهور أن الإيجاب ما صدر ممن يكون منه التمليك ، والقبول هو ما صدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولاً ، وهم يشترطون شروطاً هي على سبيل الإجمال :

١. وضوح دلالة الإيجاب والقبول .

٢. موافقة القبول للإيجاب .

٣. اتصال القبول بالإيجاب .

الركن الثاني : العاقدان :

العاقد هو الذي يباشر العقد ويصدر عنه بالإيجاب أو القبول، ويشترط إجمالا في العاقدين ما يلي :

١. صلاحية العاقد لإنشاء العقود ويعني هذا أن يكون بالغاً عاقلاً .

٣. أن يكون العاقد مختاراً مريداً للتعاقد .

الركن الثالث : محل العقد (المعقود عليه) : محل العقد هو ما يقع عليه العقد وتظهر فيه أحكامه وآثاره ، وقد اشترط الفقهاء في محل العقد شروطاً منها على سبيل الإجمال :

١- قابلية المحل لحكم العقد .

٢- أن يكون المحل معلوماً لكلا الطرفين .

٣- أن يكون المحل مقدوراً على تسليمه .

٤- أن يكون المحل موجوداً .

المطلب الرابع : أهم العقود الإدارية

الفرع الأول : عقد الامتياز :

تعريفه : هو عقد إداري يتولى الملتزم فرداً كان أو شركة بمقتضاه وعلى مسئوليته إدارة مرفق عام اقتصادي ، واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين ، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز.

و عقد التزام المرافق العامة يتميز بالخصائص الآتية :

١. أنه عقد إداري من طبيعة خاصة .
٢. أن موضوعه غالباً مرفق عام من المرافق الاقتصادية التي تحقق عائداً.
٣. أن مدته محدودة.
٤. أن الملتزم يتحمل بمقتضاه نفقات المرفق وأخطاره المالية.
٥. أن الإدارة لا تتولى بنفسها إدارة المرفق العام ولا تقدم الأموال اللازمة لإدارته.

وعقد الامتياز يخول فرداً عادياً أو شركة للحلول محل السلطة العامة في أمر هو من أخص خصائصها ،وينشئ عقد الالتزام نوعين من العلاقات النظامية :

١. علاقة بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم .
٢. وعلاقة بين الملتزم والمنتفعين بالمرفق العام .

وأشير إلى أنه لا يجوز منح التزام لمرفق من المرافق العامة إلا وفقاً للنظام كما نصت على ذلك المادة الخامسة عشرة من النظام الأساسي للحكم النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم أ/ ٩٠ وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ ..

وبالنسبة للطريقة التي يتم بها منح الامتياز أو تجديده في المملكة فقد نصت المادة (السبعون) من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/ ٩٠) وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ على أن (تصدر الأنظمة والمعاهدات والاتفاقيات الدولية والامتيازات ويتم تعديلها بموجب مراسم ملكية) . كما تنص المادة (٢٠) من نظام مجلس الوزراء الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/١٣) وتاريخ ١٤١٤/٣/٣هـ على أنه (مع مراعاة ما ورد في نظام مجلس الشورى تصدر الأنظمة والمعاهدات والاتفاقيات الدولية والامتيازات وتعدل بموجب مراسيم ملكية بعد دراستها من جلس الوزراء) .

كما تنص المادة الثامنة عشرة من نظام مجلس الشورى الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/٩١) وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ على أن (تصدر الأنظمة والمعاهدات والاتفاقيات الدولية والامتيازات وتعدل بموجب مراسم ملكية بعد دراستها من مجلس الشورى) .

الفرع الثاني : عقد الإشغال العامة:

تعريفه : هو عبارة عن اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات ، بقصد القيام ببناء ، أو ترميم ، أو صيانة عقارات ، لحساب شخص معنوي

عـام ، وبقصـد تحقيـق منفعـة عامـة ، وفي نظـير المقابـل المتفـق عليـه ، ووفقـاً للشروط الواردة بالعقد.

عناصر عقد الأشغال العامة :

١. يجب أن ينصب موضوع العقد على عقار.

٢. يجب أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام.

٣. يجب أن يكـون الغـرض مـن الأشـغال تحقيـق نفـع عـام نظـام تأمـين مشـتريات الحكومـة الصـادر بالمرسـوم الملكـي رقـم م/ ١٤ وتاريـخ ١٣٩٧/٤/٧هـ

ونـص النظـام الجديـد علـى أن تلتـزم الجهـات الحكوميـة عنـد إعـداد عقودها باستخدام نماذج العقود التي تعتمد وفقاً لهذا النظام المادة التاسعة والعشرون من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ..

الفرع الثالث : عقد التوريد:

تعريفه : هـو اتفـاق بين شـخص معنوي مـن أشـخاص النظـام العـام وفـرد أو شـركة ، يتعهـد بمقتضـاه الفـرد أو الشـركة بتوريـد منقـولات معينـة للشـخص المعنوي ، لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين .

ما يتميز به عقد التوريد :

١. إنه يرد دائماً على منقول.

٢. أن التوريد يتم برضا الطرفين.

الفرع الرابع : عقد النقل:

تعريفه : هو اتفاق بمقتضاه يتعهد فرد ، أو شركة بنقل أشياء منقولة للإدارة، أو بوضع وسيلة نقل تحت تصرف الإدارة .

وعقود النقل قد تختلط في بعض الأحيان مع عقود أخرى : كعقد الامتياز ، وذلك إذا كان موضوع عقد الامتياز ينصب على نقل الأشياء.

ولكن الفرق واضح بينهما ، حيث أن الغالب أن يكون ثمة عقد امتياز إذا كان النقل منتظماً ، ويكون عقد نقل إذا كان النقل مقصوراً على مرة واحدة ، أو على مرات غير محدودة مقدماً وغير مسموح به للأفراد .

وكذلك فإنه في عقد الامتياز يتولى صاحب الامتياز إدارة المرفق العام (مرفق النقل) بنفسه لحسابه بدلاً من جهة الإدارة ، أما في عقد النقل فلا شأن للناقل في المرفق.

الفرع الخامس : عقد إيجار الخدمات العامة:

تعريفه : هو عقد يقدم بمقتضاه أحد الأشخاص خدماته لشخص إداري مقابل عوض يتفق عليه .

وعقد العمل : الأصل فيه أن يتعهد أحد الأشخاص للإدارة بتقديم خدمات شخصية ، وهذا هو الغالب ولكن قد يكون على عكس ، وذلك بأن تقدم الإدارة للأفراد خدمات بعض الأشخاص التابعين لها في مقابل عوض معلوم.

والأصل في شغل الوظائف أن يتم ذلك في العادة بقرار إداري هو قرار التعيين إلا أن العلاقة الوظيفية قد تبدأ أحياناً بمقتضى عقد هو (عقد التوظيف).

وقد صدر مرسومان ملكيان بنموذج لكل من العقدين المذكورين،

المرسوم الملكي رقم ٣ / ٧ / ٥٨٤٦ في ١٣٧٤/٣/١هـ في شأن عقد استخدام الموظفين الأجانب .

والمرسوم الملكي رقم م/٣٠ في ١٣٨٥/٩/١٢هـ في شأن العقد النموذجي للوظائف المؤقتة .

وخلاصة القول :

أن التوظيف في أنظمة المملكة بالنسبة للسعوديين إنما يصدر عن جهة الإدارة بقرار منها حيث يعتبر هذا القرار هو الأداة لتعيينهم في الوظائف العامة ، وتجيز هذه الأنظمة استثناء توظيفهم بموجب عقود، لاعتبارات وظروف معينة في حالات العمل المؤقت والتعاقد مع المتعاقدين ، وكذا في حالة تعاقد الممثليات ومكاتب الملحقين في الخارج مع السعوديين أو غيرهم طبقاً لنص المادة (٦/٤) من اللوائح التنفيذية لنظام الخدمة المدنية ..

وبالنسبة لغير السعوديين فإنه يتم تعيينهم عن طريق التعاقد ، وينظم أحكام هذا التعاقد حالياً لائحة توظيف غير السعوديين في الوظائف العامة الصادرة من مجلس الخدمة المدنية بالقرار رقم (٤٥) وتاريخ ١٣٩٨/٨/١هـ وصادق

عليها المقام السامي بموجب خطابه رقم ٢٠٧٠١/٦/٧ وتاريخ ١٣٩٨/٨/١هـ ،وهذا العقد إداري لأنه ذو شقين.

الفرع السادس : عقد القرض العام:

تعريفه : هو عقد بمقتضاه يقرض أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة (كالبنوك) للدولة أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة مبلغاً من المال على أن تسدد هذه المبالغ وفقاً للشروط والآجال المحددة .

وقد يكون الشخص العام في هذا العقد مقرضاً ، كأن تقرض الحكومة السعودية دولة أخرى أو أحد الأفراد أو مؤسسة عامة ، أو أن تقرض مؤسسة عامة مؤسسة عامة أخرى .

وقد نص نظام المجلس الوزراء في المملكة على ما يأتي :

١. ((لا يجوز للحكومة أن تعقد قرضاً إلا بعد موافقة مجلس الوزراء،وصدور المرسوم الملكي الذي يتضمن الإذن لها بذلك)) المادة رقم (٣٣) من نظام مجلس الوزراء الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/١٣) وتاريخ ١٤١٤/٣/٣هـ . .

وأخيراً : فإن القروض تتنوع فمنها : القروض التجارية والصناعية والعقارية والزراعية وقروض التسليف .

الفصل الثاني

القيود التي تحكم جهة الإدارة قبل التعاقد في الفقه والنظام

المبحث الأول : القيود التي تحكم جهة الإدارة قبل التعاقد في النظام

المطلب الأول : الإذن المالي

الفرع الأول : توفر الإذن المالي :

في المملكة العربية السعودية لا يجوز البدء في اتخاذ أي إجراءات من شأنها أن ترتب التزامات تعاقدية على الحكومة إلا إذا كان هناك اعتماد مالي في ميزانية الجهة الحكومية مخصص للغرض الذي يراد من أجله التعاقد .

وفي هذا الصدد تنص المادة (٧٣) من النظام الأساسي للحكم النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم أ/٩٠ وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ . على أنه : ((لا يجوز الالتزام بدفع مال من الخزانة العامة إلا بمقتضى أحكام الميزانية فإن لم تتسع له بنود الميزانية وجب أن يكون بمرسوم ملكي)) .

كما تنص المراسيم الملكية التي تصدر بالمصادقة على ميزانية الدولة في كل عام على أنه (لا يجوز استعمال الاعتماد في غير ما خصص له أو إصدار

أمر بالصرف بما يجاوز الاعتماد أو الارتباط بأي مصروف ليس له اعتماد في الميزانية).

الفرع الثاني : الآثار المترتبة على عدم توفر الإذن المالي :

إن تعاقد الإدارة رغم عدم وجود اعتماد مالي يغطي التزاماتها التعاقدية يعتبر تعاقداً صحيحاً ، ومن ثم فإن العقد يكون صحيحاً وملزماً لجهة الإدارة ، سواءً أكان الاعتماد المالي غير موجود كلية أم كانت الالتزامات التعاقدية تحمل الإدارة أعباء مالية أكثر مما هو مسموح به في الاعتمادات المالية الواردة في الميزانية ،

ومما يجدر أن نشير إليه أن وجود الاعتماد المالي المخصص لجهة الإدارة لا يلزم الإدارة بالتعاقد سواء كان هذا الاعتماد في شكل قرار أو قانون، بل ولجهة الإدارة الحق في أن تعدل عن إبرام العقد إذا رأت في ذلك تحقيقاً لمصلحة عامة

المطلب الثاني : الإذن القانوني

الفرع الأول : توفر الإذن القانوني وصوره :

في المملكة العربية السعودية اشترط المنظم بأن تحصل الجهة الإدارية على الإذن المسبق أو الموافقة المسبقة من جهة معينة قبل البدء بإجراءات التعاقد لعقود معينة سواء من حيث الأهمية لتلك العقود أو من حيث قيمتها أو مدة تنفيذها وما يترتب على ذلك من آثار .

ولذا فقد صدرت بعض القواعد الخاصة بهذا القيد ومن ذلك :

١. في عقود الاقتراض يلزم الحصول على موافقة مسبقة من مجلس الوزراء وصدور مرسوم ملكي بذلك المادة الخامسة والعشرون من نظام مجلس الوزراء الصادر بالأمر الملكي رقم أ/١٣ وتاريخ ١٤١٣/٣/٣هـ ..

٢. أكدت التعاميم السامية التعميم السامي رقم ١٧٠٨/٣ وتاريخ ١٤٠٥/٢/١١هـ وكذلك التعميم السامي رقم ٣١٧٣ وتاريخ ١٤٠٥/٣/١٧هـ .

٣. يقضي قرار مجلس الوزراء قرار مجلس الوزراء رقم ٣٣٥ وتاريخ ١٣٨٨/٣/٢٧هـ .كما صدر قرار مجلس الوزراء رقم ٤٩ وتاريخ ١٤٠٦/٣/٦هـ ويقضي بتطبيق قرار مجلس الوزراء رقم ٣٣٥ وتاريخ ١٣٨٨/٣/٢٧هـ على المؤسسات العامة وغيرها من الأشخاص المعنوية العامة الأخرى . كما صدر قرار مجلس الوزراء رقم ٦٢

وتاريخ ١٤١٤/٦/٩هـ بالتأكيد على تطبيق قرار مجلس الوزراء رقم ٤٩ وتاريخ ١٣٠٦/٣/٦هـ على جميع المؤسسات العامة بما في ذلك المؤسسة العامة للخطوط الجوية العربية السعودية ،رقم ٣٣٥ وتاريخ ١٣٨٨/٣/٢٧هـ بأن تقوم كل وزارة بتزويد وزارة المالية والاقتصاد الوطني عند عزمها على إبرام عقد طويل الأجل (أكثر من سنة) بصورة من ذلك العقد لإبداء ملاحظاتها حياله فإذا لم يأت الرد خلال أسبوعين اعتبرت وزارة المالية والاقتصاد الوطني موافقة وليس لديها أي ملاحظات ، أو أن تطلب من وزارة المالية بعث مندوب من قبلها للاشتراك في إبرام العقد .

وكما يظهر من التعليمات السابقة فإن بعضها يشترط الموافقة المسبقة بسبب أهمية ونوعية والآثار المترتبة على التعاقد كما في عقد الاقتراض والبعض الآخر يتعلق بالقيمة .

وأما النظام الجديد فقد نص صراحة في المادة الثانية والثلاثون على أنها يجب أن تلتزم جميع الجهات الحكومية بعرض عقودها التي تزيد مدة تنفيذها على سنة وتبلغ قيمتها خمسة ملايين ريال فأكثر على وزارة المالية لمراجعتها قبل توقيعها وعلى وزارة المالية إنهاء المراجعة خلال أسبوعين من تاريخ ورود العقد ، فإن لم ترد الوزارة خلال هذه المدة عدت موافقة .نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

الفرع الثاني : الآثار المترتبة على عدم توفر الإذن القانوني :

سبق وأن ذكرت في المطلب السابق أن مخالفة الإدارة للقواعد التي تنظم ضرورة وجود اعتماد مالي قبل التعاقد ، أو القواعد التي تحدد إجراءات صرفه لا تؤثر على العقد الإداري وأن العقد على الرغم من مخالفة الإدارة في مثل هذه الحالة يظل صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية سواء في مواجهة الإدارة أو في مواجهة المتعاقد معها .

إلا أن الأمر مختلف تماماً في حالة إبرام الإدارة للعقد دون الحصول على الإذن القانوني بذلك ، فوجود الإذن ضروري لقيام الرابطة العقدية ، فتعاقد الإدارة دون حصولها على هذا الإذن يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً.

والحال في المملكة العربية السعودية كالحال في مصر ، فإنه في حال عدم الحصول على الموافقة المسبقة يعتبر التعاقد باطلاً ، ولا يستطيع المتعاقد أن يتمسك بالعقد في مواجهة الإدارة لأداء التزامها على أن هذا لا يسقط حقه في المطالبة بالتعويض عما لحقه من خسائر .

أما ما يتعلق بعدم تزويد وزارة المالية والاقتصاد الوطني بصورة من العقود التي تزيد مدة تنفيذها عن سنة فإن قرار مجلس الوزراء رقم ٣٣٥ وتاريخ

١٣٨٨/٣/٢٧هـ قرار مجلس الوزراء رقم ٣٣٥ وتاريخ ١٣٨٨/٣/٢٧هـ. لم يشر إلى الآثار المترتبة على عدم الالتزام بذلك.

والذي يظهر أنه ليست هناك آثار معينة تؤثر على سلامة وبقاء تلك العقود واستمرار الرابطة العقدية وما يترتب عليها من آثار .

المطلب الثالث : الاستشارات السابقة

الفرع الأول : توفر الاستشارات السابقة :

يفرض النظام أحياناً على جهة الإدارة أن تستشير جهة معينة قبل أن تبرم عقودها وذلك تحقيقاً لاعتبارات يقدرها .

ومن أمثلة الحالات التي تفرض فيها الأنظمة في المملكة أخذ رأي جهة معينة قبل التعاقد ما نص عليه نظام التعدين في المادة (١٣) و(١٤) من أن رخص الكشف تمنح ويتم تجديدها بقرار من الوزير بناء على توصية لجنة الشؤون التعدينية نظام التعدين الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم م/٢١ وتاريخ ١٣٩٢/٥/٢٠هـ ..

الفرع الثاني : صور الاستشارات السابقة وأثر عدم توفرها :

الاستشارات السابقة للتعاقد تأخذ صورتين ، صورة تكون فيها الاستشارة ملزمة والأخرى لا تكون فيها الاستشارة ملزمة كما يلي :

١. **الصورة الأولى** : أن تكون غير ملزمة ، وهذا هو الأصل في كل حالة لا ينص فيها المنظم على غير ذلك ، وهي الاستشارات التي لا ينص المنظم على وجوب الأخذ بموضوعها .

٢. **الصورة الثانية** : أن تكون الاستشارة الزامية وذلك من حيث اللجوء إليها والأخذ بمضمونها ومن ثم يترتب على مخالفتها كما يذهب الرأي الراجح لدى شراح الأنظمة إلى انعدام العقد.

المطلب الرابع : الإعلان عن العقد

الفرع الأول : أسلوب الإعلان عن العقد :

لقد نص المنظم على وجوب إصدار إعلان عن العقد الذي ترغب الإدارة إبرامه ، وذلك حتى يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة ، لأن بعض الراغبين في التعاقد قد لا يعلم بحاجة الإدارة إلى ذلك .

في المملكة العربية السعودية لا يختلف الوضع كثيراً عما سنه المنظم في مصر .

فالمنظم هنا قد ألزم الإدارة بالإعلان العام عن رغبتها في التعاقد لتنفيذ أعمال تأمين خدمات أو احتياجات معينة حسب شروط ومواصفات موحدة وتطلب من جميع من تنطبق عليهم الشروط التقدم بعروضهم ، ومن ثم تلتزم الإدارة بالتعاقد مع صاحب العطاء الذي يمثل أفضل الأسعار والمطابقة للشروط والمواصفات .

ولذا فقد نصت المادة (٢/أ) من نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها على أن : ((يخطر المتنافسون إما عن طريق الإعلان في الجريدة الرسمية مرتين على الأقل وإما عن طريق توجيه كتب رسمية إلى من يدعون للمنافسة في حالة قصرها على عدد معين منهم)) نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ ..

وقد نص على هذا أيضاً نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد في المادة السابعة فقرة (أ) حيث قالت : ((يعلن عن جميع المنافسات الحكومية في الجريدة الرسمية ، وفي صحيفتين محليتين ، وبالوسائل الإعلامية الإلكترونية وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا النظام ، ويجب أن يحدد في الإعلان عن المنافسة موعد تقديم العروض وفتح المظاريف ومكانها)) .

كما نصت الفقرة (ب) من ذات المادة على أن : ((الأعمال والمشاريع ذات الطبيعة الخاصة التي لا يتوفرلها متعهد أو مقاول داخل المملكة يتم الإعلان عنها خارج المملكة بالإضافة إلى الإعلان عنها في الداخل وفقاً لما تضمنته الفقرة السابقة)) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ ، ونشر في الجريدة الرسمية في ١٠/١٩ / ١٤٢٧هـ ويبدأ العمل به بعد ١٢٠ يوما من نشره في الجريدة الرسمية .

كما نصت المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة على أن يكون الإعلان أو الإخطار عن المنافسة بطريق الإعلان في الجريدة الرسمية مرتين على الأقل أو بتوجيه كتب رسمية إلى من يدعون إليها ، ويجب أن يسبق الإعلان الأول أو الإخطار ميعاد تقديم العروض بمدة شهر على الأقل ما لم ينص النظام على غير ذلك اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة الصادرة بأمر وزير المالية رقم (١٧/١٢٣١) وتاريخ ١٣٩٧/٥/٥هـ .

وبمرور الزمن فقد تطورت وسيلة الإعلان وشروطه وذلك استجابةً لما يصدر من توجيهات سامية في هذا المجال ، حيث يقضي التعميم السامي البرقي رقم ٤٧٦/ب/٣ وتاريخ ١٤١٠/١/١٢هـ بأن يتم الإعلان عن المنافسة العامة في كل من صحيفة أم القرى وكافة الصحف المحلية اليومية وذلك لمرتين على الأقل ، ويمكن الاكتفاء بما ينشر إذا كان عدم النشر لا يتعدى صحيفتين على أن تكون صحيفة أم القرى من الصحف التي نشرت الإعلان تعميم سامي رقم ٤٧٦/ب/٣ وتاريخ ١٤١٠/١/١٢هـ . .

ويجب ألا تقل المدة بين الإعلان الأول الذي يصدر في صحيفة أم القرى والتاريخ المحدد كآخر موعد لقبول العروض عن شهر على الأقل وفقاً لما نصت عليه المادة (٤) من اللائحة التنفيذية .

وإذا كانت القيمة التقديرية للمنافسة تزيد على خمسين مليون ريال فيجب ألا تقل المدة المشار إليها عن شهرين وذلك وفقاً لما نص عليه قرار مجلس الوزراء رقم ٢٤٧ وتاريخ ١٤٠٣/١١/٧هـ قرار مجلس الوزراء رقم ٢٤٧ وتاريخ ١٤٠٣/١١/٧هـ ..

ومما يجدر التنبيه إليه أن الفقرة (ب) من المادة الثانية من النظام القديم نصت على جواز الإعلان على مرحلتين حيث قالت :

((للجهة الإدارية أن تدعو إلى المنافسة على مرحلتين :

الأولى : توجيه الدعوة لمن يريد التنافس فيما يلزمها من مشتروات أو تنفيذ أعمال من العاملين في النشاط المطلوب ليختار من بينهم المنافسون المقبولون .

الثانية : أن تطلب من هؤلاء تقديم عروضهم وللجهة الإدارية أن تختار من يدعون إلى المنافسة بناء على ما يتوفر لديها من معلومات إذا كان موضوع العمل داخلاً ضمن اختصاصها أما إذا لم يكن داخلاً ضمن اختصاصها فتتم الدعوة بناء على ترشيح إحدى الجهات المتخصصة في الحكومة وفي حالة عدم توفر هذه المعلومات لدى جهة حكومية يجوز الاستعانة بإحدى المؤسسات المتخصصة أو الهيئات الدولية)) .

ويلاحظ على نص الفقرة (ب) أنها نصت أن للجهة الإدارية أن تدعو للمنافسة على مرحلتين :

المرحلة الأولى : توجيه الدعوة لمن يريد التنافس لتختار الجهة الإدارية من بينهم المنافسين المقبولين .

المرحلة الثانية : تطلب الجهة الإدارية من هؤلاء المتنافسين الذين تختارهم تقديم عروضهم .

ويتم الترشيح بناء على ما يتوفر لدى الجهة من معلومات سواء كان موضوع العمل :

١. يدخل ضمن اختصاص الوزارة .

٢. لا يدخل ضمن اختصاصها واستعانت بإحدى الوزارات المتخصصة.

٣. لا يدخل ضمن اختصاص الوزارات والمصالح الحكومية وقررت الاستعانة بإحدى المؤسسات الدولية أو المؤسسات المتخصصة الغير حكومية .

ومعنى ذلك أن من حق أي وزارة الاستعانة بالفنيين وأصحاب الآراء المتخصصة في وضع المواصفات سواء أكانت حكومية أو أهلية وهذا هو ما أكدته وزارة المالية لوزارة البترول في خطابها في ١٣٩٧/٦/١٠هـ نظام تأمين مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية وما ورد حوله من قرارات أو تعاميم أو استفسارات ، ص ٢٣ .

الفرع الثاني : إعداد الشروط والمواصفات :

بعد التأكد من الحاجة الفعلية للشراء أو تنفيذ الأعمال ، وقبل طرح ما يراد تأمينه ، فإنه يجب على الجهة الإدارية أن تضع مواصفات تفصيلية وافية له ، وكذلك وضع الشروط العامة للعقد التي سوف يتقدم على أساسها المتعاقدون.

ويجوز أن يتم تسليم الوثائق الخاصة بالشروط والمواصفات التي تعدها الإدارة قبل الإعلان عن المنافسة للراغبين في التقدم للمنافسة مجاناً ، كما يجوز أن يكون ذلك بمقابل ، وفي هذه الحالة يوضع لها قيمة تعادل تكاليفها ويتم ترقيمها وختمها بختم الجهة الإدارية وتحصيل قيمة ما يباع منه ، وهو ما تضمنه تعميم وزارة المالية والاقتصاد الوطني رقم ٧٨١٣/١٧ وتاريخ ١٣٩٨/٥/١هـ تعميم وزارة المالية رقم ٧٨١٣/١٧ . وتاريخ ١٣٩٨/٥/١هـ . نظام تأمين مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية وما صدر بشأنهما من أوامر وتعميمات ص ٦٣ . .

وقد نص أيضاً نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد في المادة الرابعة منه على وجوب توفير المعلومات للمتنافسين حيث قال : ((توفر للمتنافسين المعلومات الواضحة الكاملة والموحدة عن العمل المطلوب ، ويمكنون من الحصول على هذه المعلومات ، في وقت محدد ، كما توفر نسخ كافية عن وثائق المنافسة لتلبية طلبات الراغبين في الحصول عليها)) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ وتاريخ ٩/٤ /١٤٢٧هـ.

ولذا فقد نصت المادة (١/أ) من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة على وجوب وضع الشروط والمواصفات لما تريد الإدارة التعاقد بشأنه على أن تراعي تجنب الإشارة إلى النوع أو الوصف أو الرقم الوارد في قوائم المنتجين أو ذكر علامات معينة أو وضع مواصفات مما تنطبق على ماركات

اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة الصادرة بأمر وزير المالية رقم (١٧/١٢٣١) وتاريخ ١٣٩٧/٥/٥هـ ..

ومن جهة أخرى فإن للجهة الإدارية تضمين الشروط والمواصفات ما يفيد بإعطاء الأولوية للمنتجات الوطنية طبقاً للقواعد المنظمة لذلك وفقاً لما نصت عليه المادة (١/ هـ) من نظام تأمين مشتريات الحكومة والمادة (١/ب) من اللائحة التنفيذية للنظام .

ولم يغفل النظام الجديد هذه الأمور فقد نص في المادة الخامسة منه على أنه : ((تكون الأولوية في التعامل للمصنوعات والمنتجات والخدمات الوطنية وما يعامل معاملتها)) .

كما نص في المادة الثانية على أنه لا يجوز قبول العروض والتعاقد بموجبها إلا طبقاً للشروط والمواصفات الموضوعة لها .

وعليه نصت أيضاً المادة الرابعة والستون بقولها : ((يجب أن يكون التعاقد على أساس شروط ومواصفات فنية دقيقة ومفصلة مطابقة للمواصفات القياسية المعتمدة ، أو المواصفات العالمية فيما ليس له مواصفات معتمدة)) .

وقيد النظام الجديد الإدارة بأن يكون هدفها عند التعاقد هو تحقيق المصلحة العامة وذلك في المادة الخامسة والستون بقولها : ((يجب على الجهة الحكومية عند إعداد مواصفات وشروط المنافسة أن تكون محققة للمصلحة

العامة ، وألا تكون معدة لتتطابق مع منتجات أو خدمات مماثلة لشركات أو موردين بعينهم)) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ وتاريخ ٩/٤/ ١٤٢٧هـ ..

ويحق للإدارة عند وضعها للشروط والمواصفات أن تنص على أن لها الحق في تجزئة الترسية على أكثر من عرض وفقاً لما تراه الجهة الإدارية من مصلحة في تحقيق ذلك ، وكذلك جواز أن يكون التوريد طبقاً لعينة تحددها الجهة الإدارية أو يقدمها صاحب العرض طبقاً لما نصت عليه المادة (٢) من اللائحة التنفيذية لنظام المشتريات .

المبحث الثاني : القيود التي تحكم جهة الإدارة قبل التعاقد في الفقه

المطلب الأول : قاعدة تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة :

الفرع الأول : معنى القاعدة وأصلها :

أولاً : معنى القاعدة : تفيد القاعدة أن نفاذ تصرف الراعي على الرعية ولزومه عليهم شاؤوا أوأبوا معلق ومتوقف على وجود الثمرة والمنفعة في تصرفه دينية كانت أو دينوية ، فإن تضمن منفعة ما وجب عليهم تنفيذه وإلا رد لعدم المصلحة.

ثانياً : أصل القاعدة :

١. إن مما يعتبر أصلاً لهذه القاعدة هو مقاصد الشريعة .

٢. قول عمر بن الخطاب ﷺ : ((إنني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة والي اليتيم أن احتجت أخذت منه فإذا أيسرت رددته ، فإن استغنيت استعففت)) السنن الكبرى للبيهقي (٦/٤) وكذلك في (٣٥٤/٦) ..

٣. ما ذكره أبو يوسف ـ رحمه الله ـ في كتاب الخراج حيث قال : ((بعث عمر بن الخطاب ـ ﷺ ـ عمار بن ياسرعلى الصلاة والحرب وبعث عبد الله بن مسعود على القضاء وبيت المال ، وبعث عثمان بن حنيف على مساحة الأرضين ، وجعل بينهم شاة كل يوم في بيت المال شطرها وبطنها لعمار ، وربعها لعبد الله بن مسعود ، وربعها الأخر لعثمان بن حنيف وقال : إني أنزلت نفسي وإياكم من هذا المال بمنزلة ولي اليتيم ، فإن الله تبارك وتعالى قال: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا

إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلاَ تَأْكُلُوهَا إِسْرَافاً وَبِدَاراً أَن يَكْبَرُوا وَمَن كَانَ غَنِياً فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيباً (٦) ﴾ سورة النساء آية ٦ . والله ما أرى أرضاً يؤخذ منها شاة كل يوم إلا استسرع خرابها.

٤. قول الشافعي . رحمه الله . ((منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم .

الفرع الثاني : أدلة القاعدة وفروعها :

أولاً : الأدلة على هذه القاعدة :

للقاعدة سند في كتاب الله فمن ذلك :

١. قول الله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً ﴾ سورة النساء آية ٥٨ ..

٢ـ عن معقل بن يسار ﷺ قال سمعت النبي ﷺ يقول : [ما من عبد يسترعيه الله رعية فلم يحطها بنصحه لم يجد رائحة الجنة] صحيح البخاري ، برقم (٧١٥٠) ..

ثانياً : الفروع والأمثلة على القاعدة :

١. إذا قسم الإمام المال على المستحقين يحرم عليه التفضيل مع تساوي الحاجات لأن عليه التعميم .

٢. لا يجوز للإمام أن يقدم في مال بيت المال الغني على الفقير ، أو ذي القرابة على البعيد ، أو غير المحتاج على المحتاج .

٣. لا يجوز للقاضي أو الناظر أو الوصي أن يهب أموال الوقف أو أموال الصغير ، لأن تصرفه فيها يجب أن يكون مقيداً بالمصلحة .

٤. لا يجوز لأحد من ولاة الأمور أن ينصب إماماً لأحد الصلوات فاسقاً وإن صحح بعضهم الصلاة خلفه ، لأنها مكروهة ، وولي

الأمر مأمور بمراعاة المصلحة ، ولا مصلحة في حمل الناس على فعل المكروه .

٥. كما أنه ليس لولي الأمر أن يزوج امرأة ليس لها ولي بغير كفء إن رضيت لأن حق الكفاءة للمسلمين وهو نائب عنهم فلا يقدر على إسقاطه.

٦. لو عفها السلطان عن قاتل من لا ولي له ، لا يصح عفوه ولا يسقط القصاص لأن الحق للعامة ، والإمام نائب عنهم فيما هو أنظر لهم ، وليس من النظر إسقاط حقهم مجاناً وإنما له القصاص أو الصلح.

٧. لو أراد الحاكم إسقاط بعض الجند من الديوان بسب جاز ،وبغير سبب لا يجوز .

٨. أنه إذا تخير الحاكم في الأسرى بين القتل والرق والمن والفداء ، لم يكن له ذلك بالتشهي بل بالمصلحة ، حتى إذا لم يظهر وجه المصلحة يحبسهم إلى أن يظهر .

٩. أنه لا يجيز وصية من لا وارث له بأكثر من الثلث.

المطلب الثاني : قاعدة تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة :

الفرع الأول: معنى القاعدة :

المقصود من هذه القاعدة أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة عند التعارض ، حيث أنه قد تقرر عند علماء الشريعة أنه في كل موضع تعارضت فيه مصلحة عامة مع مصلحة خاصة فإن المصلحة العامة تقدم.

الفرع الثاني : الأمثلة على هذه القاعدة :

١. تقديم إنقاذ الغرقى المعصومين على أداء الصلوات ، لأن إنقاذ الغرقى المعصومين عند الله أفضل من أداء الصلاة ، والجمع بين المصلحتين ممكن بأن ينقذ الغريق ثم يقضي الصلاة ، ومعلوم أن ما فاته من مصلحة أداء الصلاة لا يقارب مصلحة إنقاذ نفس مسلمة من الهلاك .

٢. لو رأى الصائم في رمضان غريقاً لا يتمكن من إنقاذه إلا بالفطر أو رأى مصولاً عليه لا يمكن تخليصه إلا بالتقوي بالفطر فإنه يفطر وينقذه

٣. مسألة تترس الكفار بالمسلمين : فإنه يجوز قتلهم إذا علمنا قطعاً إننا لو لم نفعل ذلك لحصل فساد عظيم واستئصال لأهل الإسلام.

٤. تقديم مصلحة أرباب السلع على مصلحة بعض الصناع الذين يمكن أن يكون هلاك السلع بدون تعد أو تقصير منهم ، فقالوا بتضمين

الصناع إذا غلب التعدي والتقصير على مجموع الصناع كما حكم بذلك الخليفتان الراشدان عمر وعلي رضي الله عنهما .

٥. نزع ملكية عقار أحد الأشخاص للمصلحة العامة كبناء مسجد أو قنطرة أو غير ذلك ، بشرط صيانة الفرد في حقه المنزوع وذلك بتعويضه التعويض الفوري العادل .

ومن أمثلة ذلك : شراء النبي ﷺ أرض المسجد النبوي عند بروك راحلته ﷺ في موضع المسجد اشتراها من سهل وسهيل صاحبي الأرض صحيح البخاري ، برقم (٣٩٠٦) ..

الفصل الثالث

القيود التي تحكم جهة الإدارة أثناء التعاقد في الفقه والنظام

المبحث الأول : القيود التي تحكم جهة الإدارة أثناء التعاقد في النظام

المطلب الأول : المساواة بين كافة الراغبين في التعاقد مع الإدارة :

تمهيد :

تحقيقاً لهذا المبدأ . مبدأ المساواة . فقد نصت المادة الأولى من نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها في فقرة (أ) على أن : ((لجميع الأفراد والمؤسسات الراغبين في التعامل مع الحكومة ممن تتوفر فيهم الشروط التي تؤهلهم لهذا التعامل فرص متساوية ويعاملون على قدم المساواة نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ ..

كما نصت الفقرة (ب) من تلك المادة على أن ((توفر للمتنافسين معلومات كاملة وموحدة عن العمل المطلوب ويمكنون من الحصول على هذه المعلومات في وقت واحد وميعاد واحد لتقديم العروض)) نظام تأمين

مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ ..

والنظام الجديد (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية) لم يهمل هذا الجانب ، وأيضاً لم يأت بجديد فيه فقد نص على إتاحة فرص متساوية لجميع الأفراد والشركات التي ترغب في التعامل مع الإدارة ممن تتوافر فيهم الشروط التي تؤهلهم لهذا التعامل ، وعلى أن توفر للمتنافسين المعلومات الواضحة والكاملة عن العمل المطلوب المادة (٣) والمادة (٤) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ وتاريخ ١٤٢٧/٥/٢هـ .

الفرع الأول : تحديد طريقة اختيار المتعاقد :

في المملكة العربية السعودية فإن المنظم سلك مسلك التضييق على حرية لإدارة في حال دون حال فالتعاقد يتم إما عن طريق المنافسة العامة في المناقصات والمزايدات حيث سيتم تطبيق قاعدة المساواة بين الراغبين في التقدم بشكل كبير .

وإما أن يتم التعاقد بطريقة المنافسة المحدودة أو الممارسة أو الشراء المباشر وفي هذه الحالة يقل مجال إعمال قاعدة المساواة بين الراغبين في التقدم بدرجات متفاوتة في المنافسة المحدودة والممارسة ، أما في الشراء المباشر فتتمتع الإدارة بحرية كاملة في اختيار المتعاقد.

كما نصت المادة السادسة من النظام الجديد (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية) على أن أسلوب التعاقد قد يكون بطريق المنافسة العامة إلا ما يستثني هذا النظام من أعمال نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد ..

الفرع الثاني : اشتراط توفر الترخيص في مجال العمل :

في هذا الصدد تنص المادة الأولى من نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها في الفقرة (ج) على : ((أن تتعامل الحكومة في سبيل تأمين مشترياتها وتنفيذ مشروعاتها وما تحتاجه من أعمال مع الأفراد والمؤسسات المرخص لهم بممارسة العمل الذي يقع في نطاقه الأعمال أو المشتريات اللازمة طبقاً للأنظمة والقواعد المتبعة)) نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ .

كما نصت المادة الثانية من النظام الجديد على اشتراط أن تكون المؤسسات والشركات حاصلة على ترخيص بمزاولة العمل الذي تقع في نطاقه الأعمال نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد ..

وقد أشارت إلى هذا وزارة المالية والاقتصاد الوطني في خطابها إلى أن التعامل مع الأفراد والمؤسسات والشركات يكون بعد تسجيلها والترخيص لها بمزاولة العمل الذي تخصصت فيه بموجب السجل التجاري ، ويسري ذلك على عموم الأفراد والمؤسسات الوطنية والمختلطة (سعودية . أجنبية) والموجودة فعلاً في المملكة ولها مراكز أو فروع قائمة بمزاولة الأعمال في

الداخل بناء على أحكام نظام استثمار رأس المال الأجنبي خطاب وزارة المالية والاقتصاد والوطني رقم ٢٧٤٤/١٧ وتاريخ ١٣٩٨/٢/٢٧هـ وتعميمها رقم ٧٩٤٢/٧ وتاريخ ١٣٩٨/٥/٣هـ والتعميم رقم ١٧٨٨/١٧ وتاريخ ١٣٩٩/٢/٣هـ . انظر : نظام تأمين مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية وما صدر بشأنهما من أوامر وتعميمات ..

أما الشركات الأجنبية التي تدعى لتقديم عروضها أو تقدمها هي في أية دعوة للمنافسة فحيث أن مثل هذه الشركات لا تعطى سجلاً تجارياً أو شهادة من الغرفة التجارية خطاب وزير التجارة رقم ٥٦٦ وتاريخ ١٣٩٨/٧/٦هـ . ، فإن نص الفقرة (ج) من المادة الأولى من نظام تأمين مشتريات الحكومة والمادة الثانية من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الخاص بوجوب إرفاق ما يدل على الترخيص بالسجل التجاري وشهادة الغرفة التجارية لا ينطبقان عليها وإنما يطلب منها شهادة من وزارة التجارة يبين فيها الجهة المتعاقدة معها ومدة العقد وقيمته ومكان العمل ، وينتهي مفعول هذه الشهادة بانتهاء العقد الموضح فيها ذلك طبقاً لتعميم وزارة التجارة خطاب وزير التجارة رقم ٥٦٦ وتاريخ ١٣٩٨/٧/٦هـ .

وقد تضمنت الأوامر السامية خطاب وزير التجارة رقم ٥٦٦ وتاريخ ١٣٩٨/٧/٦هـ . المعلومات والمستندات التي يجب أن تقدمها الشركات والمؤسسات الأجنبية التي تتعامل مع الحكومة إلى جانب ما يتطلبه نظام تأمين مشتريات الحكومة من شروط .

وتتمثل هذه المعلومات والمستندات في الآتي :

١. شهادة من بنك معروف ومقبول لدى مؤسسة النقد العربي السعودي.
٢. بيان عن الأعمال التي قامت بها الشركة خارج المملكة.
٣. شهادات الإنجاز التي حصلت عليها الشركة عن الأعمال التي قامت بتنفيذها.
٤. صورة من ميزانية الشركة وحساب الأرباح والخسائر عن السنتين الأخيرتين مصدقة من مكتب محاسب قانوني معترف به.

ورداً عن الاستفسارات الواردة إلى وزارة المالية والاقتصاد الوطني عن المقصود بالأنظمة والقواعد المتبعة المذكورة في المادة الأولى فقرة (ج) من نظام تأمين مشتريات الحكومة بأن المراد بذلك هو خطاب وزير التجارة رقم ٥٦٦ وتاريخ ١٣٩٨/٧/٦هـ.:

١. نظام السجل التجاري حيث ينص على أنه لا يجوز لأحد أن يعمل بصفته مستورد أو مصدر أو مقاول أو سمسار أو وكيل بالعمولة إلا بعد الحصول على رخصة بذلك من مكتب السجل التجاري الذي يقع في دائرة إقامته أو مركز نشاطه في المملكة .
٢. نظام الزكاة والدخل حيث نص القرار الوزاري رقم (٣٤٠) في ١٣٧٠/٧/١هـ على توقيع جزاء المنع من مزاولة العمل في البلاد السعودية لكل من يمتنع عن دفع الضريبة ، لذا يلزم تقديم شهادة

تفيد تسديد الضريبة عن السنة السابقة حتى يتم التحقق من أن الشخص الذي يقدم عرضه غير موقع عليه هذا الجزاء .

٣. نظام الغرفة التجارية والصناعية الذي يقضي بأنه لا يقبل في المزايدات والمناقصات الحكومية والبلدية في البلدان التي بها غرفة تجارية إلا أن يكون مشتركاً فيها ، سواء كان من التجار أو المقاولين أو السماسرة .

٤. نظام استثمار المال الأجنبي بالنسبة للشركات الأجنبية .

٥. قواعد تصنيف المقاولين .

لهذا يجب مراعاة انطباق ما تقضي به هذه الأنظمة والقواعد على العروض المقدمة والتأكد منها .

ولعله يضاف إلى هذا نظام التأمينات الاجتماعية نظام التأمينات الاجتماعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٣٣ وتاريخ ١٤٢١/٩/٣هـ . ، حيث نصت المادة (٦/١٩/ب) بأن : ((على الجهات الحكومية والمؤسسات والهيئات العامة والشركات المساهمة مطالبة صاحب العمل الذي يتعامل معها بأن يقدم شهادة صادرة من مكتب التأمينات المختص يثبت فيها أن منشأته مسجلة في المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية وأنه قد قام بجميع التزاماته تجاهها ، أو أنه لا يخضع لأحكام النظام وذلك في حالة التقدم بأي عطاء لتنفيذ أي من مشروعات الأشغال أو التوريد أو التشغيل

والصيانة بحيث يجب مراعاة انطباق ما تقضي به هذه الأنظمة والقواعد على العروض المقدمة والتأكد منها)) .

وعن مدى جواز منح مهلة لتجديد شهادات السجل التجاري والغرفة التجارية والزكاة إذا قدمت في العروض وكانت منتهية مدتها ، أجابت وزارة المالية والاقتصاد الوطني بأنه خطاب وزارة المالية والاقتصاد الوطني رقم (٧٩٩٩/١٧) وتاريخ ١٣٩٨/٥/٣هـ ، وخطابها رقم (٩٠/١٧) وتاريخ ١٤٠٠/١/١٠هـ . انظر : نظام تأمين مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية وما صدر بشأنهما من أوامر وتعميمات ، ص ١٤.

الفرع الثالث : اشتراط توفر الخبرة الفنية :

إن اشتراط توفر الخبرة الفنية يعني وجوب أن يحصل المتعاقد على الشهادات الفنية كشهادة التصنيف .

وقد نصت على هذا المادة الأولى الفقرة (ج) من نظام تأمين مشتريات الحكومة نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ .

حيث قالت : ((تتعامل الحكومة في سبل تأمين مشترياتها وتنفيذ مشروعاتها وما تحتاجه من أعمال مع الأفراد والمؤسسات المرخص لهم بممارسة العمل الذي تقع في نطاقه الأعمال أو المشتريات اللازمة طبقاً للأنظمة والقواعد المتبعة)) ، ونصت المادة الثانية من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على نفس الأمر .

كما نصت المادة الثالثة من ذات النظام على أنه بالنسبة للأعمال الإنشائية يدعى ما لا يقل عن خمسة مقاولين مصنفين رسمياً في الفئة المطلوب العمل لها وبالنسبة للأعمال الأخرى يشترط أن يكونوا متخصصين في مجال العمل ، وهو أمر ينصرف إلى ضرورة توفر التصنيف حيث أنه هو الأداة التي يتم بها تحديد التخصص وحدوده ومجالاته(نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ .

إلى جانب هذا فقد صدرت العديد من التعاميم السامية تؤكد على ضرورة توفر شهادات التصنيف لمن يرغب التعامل مع الحكومة ، وأنه يجب التأكيد

على المختصين بعدم قبول الدخول في المنافسة إلا لمن تتفق مؤهلاته حسب التصنيف المقرر من الجهات المختصة نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ ..

كما أنه لا يجوز مطالبة المقاولين بإجراءات معينة بغرض قيام كل جهة بالتأهيل إلى جانب شهادة التصنيف وإنما يجب الاكتفاء بشهادة التصنيف التي يقدمها المقاولون وعدم مطالبتهم بإجراءات للتأهيل غير ذلك نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ .

ورداً من وزارة المالية والاقتصاد خطاب وزارة المالية والاقتصاد الوطني رقم (٣٤٠٤/١٧) وتاريخ ١٤٠٠/٢/١١هـ ، وخطابها رقم (١٨٦٣٠) وتاريخ ١٣٩٩/١١/٢٥هـ ، وخطابها رقم (١٣٥٥١/١٧) وتاريخ ١٣٩٧/٩/٨هـ . انظر : نظام تأمين مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية وما صدر بشأنهما من أوامر وتعميمات ، ص ١٤ . على ما ورد إليها من استفسارات في مسألة التصنيف أجابت موضحة ما يلي :

١. إن مسألة التصنيف قاعدة أساسية للتعامل مع أي مؤسسة على أساس أنه ترخيص لمزاولة العمل تمشياً مع نص الماة (١/ج) من نظام تأمين مشتريات الحكومة.

٢. أما إذا كانت قيمة المشاريع أكبر من المبالغ المصنف بها فإنه لا يقبل.

٣. وأما عن شهادات الخبرة فإن تقديمها ليس أمراً جوهرياً من شأنه استبعاد العرض لو لم تقدم لأنها لمجرد الاسئناس فقط.

ولأهمية موضوع اشتراط التصنيف اشير إلى نقطتين :

الأولى : يعتبر كل من يصنف من المقاولين في مجال من المجالات الإنشائية مصنفاً في الصيانة والتشغيل في ذلك المجال وبالدرجة نفسها أوضح هذا وزارة الأشغال العامة والإسكان رقم (١٤٢٠) وتاريخ ١٤٠٢/٦/٢٦هـ وخطابها رقم (١٢٣١) وتاريخ ١٤٢١/٤/٦هـ ..

الثانية : إنه قد تم تحديد مجالات التصنيف للمقاولين السعوديين وغير السعوديين والحدود المالية لكل درجة من درجات التصنيف من قبل وزارة الأشغال العامة والإسكان تعميم وزارة الأشغال العامة والإسكان رقم (٢٥٥/ح ر) وتاريخ ١٤١٣/٤/٢١هـ .

٣ـ تم تعديل الحد الأعلى للمشروع الواحد الذي يمكن إسناده إلى المقاول بدون تصنيف إلى ثلاثة ملايين ريال لكل مجال من مجالات التنفيذ ، ومليون ريال لكل مجال من مجالات الصيانة والتشغيل وذلك بتعميم وزارة الأشغال العامة والإسكان رقم ١٠٦ وتاريخ ١٤١٦/١/١٤هـ تعميم وزارة الأشغال العامة والإسكان رقم ١٠٦ وتاريخ ١٤١٦/١/١٤هـ .

الفرع الرابع : منع التعامل مع بعض الأشخاص :

لما كانت العقود الإدارية مرتبطة أشد الارتباط بالمصلحة العامة ، فإن من واجب الإدارة أن تتأكد مقدماً من صلاحية المناقصين أو المزايدين ، حيث

يتم في هذه الحالة عدم قبول عروض من أشخاص معينين والتعاقد معهم بسبب عدم صلاحيتهم للتعامل مع الجهة الإدارية نتيجة إخلالهم بالتزامات تعاقدية سابقة بشكل جسيم أو استعمالهم الغش والتلاعب في تعاملهم مع الجهات الإدارية ، وثبوت قيامهم بأعمال تجرمها الأنظمة والقوانين .

وقد أخذ مجلس الوزراء في المملكة العربية السعودية بهذا المبدأ وسلك هذا المسلك ، حيث أصدر القواعد الخاصة بمن يمنع تعامله مع الحكومة في سبع مواد ونصت المادة الأولى منه على منع التعامل مع موظفي الحكومة والمسجونون بجرم أثناء اتخاذ إجراءات التعاقد ومن تقضي الأنظمة بمنع التعامل معهم حتى يرد لهم اعتبارهم والمفلسون ومن لم يبلغ من العمر ثمانية عشر عاماً ومن سحب منه العمل لسبب صدور قرار من جهة قضائية مختصة ومن ثبت التجاءه إلى الغش والتحايل والتلاعب في تعامله مع الوزارات والأجهزة الحكومية ذوات الشخصية المعنوية المستقلة بقرار مجلس الوزراء رقم (١١) وتاريخ ١٤٠٠/٢/٢٦هـ . انظر : نظام تأمين مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية وما صدر بشأنها من الأوامر السامية والتعاميم ، ص ١٥ ..

المطلب الثاني : التعاقد بموجب الأسعار العادلة والسائدة في السوق :

نص نظام تأمين مشتريات الحكومة في الفقرة (و) من المادة الأولى على أنه : ((أنه يجب أن يتم الشراء أو تأمين الأعمال بأسعار عادلة لا تزيد عن الأسعار السائدة وتعتبر المنافسة بين العاملين في هذا المجال وفقاً للأنظمة

الوسيلة العملية للوصول إلى ذلك)) نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر المرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ .

كما نصت المادة (١٧) من اللائحة التنفيذية على أنه ((يجب على لجنة فحص العروض أو تسترشد في توصياتها بالأثمان الأخيرة السابق التعامل بها محلياً أو خارجياً وأسعار السوق)) اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة الصادرة بالأمر الوزاري رقم ٢١٣١/ ١٧ وتاريخ ١٣٩٧/٥/٥هـ .

والنظام الجديد لم يغفل هذا فقد نص في المادة التاسعة منه على أنه : ((يجب أن يتم الشراء وتنفيذ الأعمال والمشاريع بأسعار عادلة لا تزيد على الأسعار السائدة ، وتعد المنافسة الوسيلة العملية للوصول إلى ذلك وفق الأحكام الواردة في هذا النظام)) .

وعلى هذا الأساس نص نظام تأمين مشتريات الحكومة في الفقرة (ز) من المادة الأولى على أنه : ((لا يجوز قبول العروض والتعاقد بموجبها إلا طبقاً للشروط والمواصفات الموضوعة)) نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ .

وقد أوضحت اللائحة التنفيذية في الفقرة (أ) من المادة الأولى أنه ((على الجهة الإدارية قبل طرح توريد الأصناف ومقاولات الأعمال أو غير ذلك مما ترغب في تأمينه ، أن تضع مواصفات تفصيلية وافية له على أن تراعي تجنب الإشارة إلى النوع أو الصنف أو الرقم في قوائم المنتجين (كتالوجات) أو ذكر علامات (ماركات) معينة أو وضع مواصفات مما تنطبق على شركات معينة

اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة الصادرة بالأمر الوزاري رقم ٢١٣١ / ١٧ وتاريخ ١٣٩٧/٥/٥هـ ..

وعلى هذا فإنه يتعين أن تكون هذه المواصفات متفقة مع المواصفات القياسية التي تضعها الهيئة العربية السعودية للمواصفات والمقاييس ، ذلك أن نظام الهيئة قد نص في المادة السادسة منه على أن ((على الوزارات والدوائر المستقلة والمؤسسات الحكومية التقيد بالمواصفات القياسية الوطنية الإلزامية في مشترياتها وجميع أعمالها)) نظام الهيئة العربية السعودية للمواصفات والمقاييس الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٠ وتاريخ ١٣٩٢/٣/٣هـ .

وقد نصت المادة الخامسة من ذات النظام على أن تطبيق المواصفات والمقاييس يكون إلزامياً حيث قالت : ((يكون تطبيق المواصفات والمقاييس إلزامياً ، ويجوز بقرار من مجلس إدارة الهيئة أن يكون تطبيق مواصفات قياسية وطنية معينة أو فئات منها اختيارياً ، وتراعي الهيئة عند قرارها بالتطبيق الاختياري عدم الإخلال باعتبار أو أكثر من الاعتبارات التالية :

١. المحافظة على السلامة والصحة العامة .
٢. حماية المستهلك .
٣. ضمان المصلحة العامة)) نظام الهيئة العربية السعودية للمواصفات والمقاييس الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٠ وتاريخ ١٣٩٢/٣/٣م ..

كما يجب أن تكون المواصفات متفقة مع طبيعة ونوعية الإنتاج المحلي تطبيقاً للنص الملزم بإعطاء الأولوية عند وضع المواصفات للمنتجات الوطنية متى كانت تحقق الغرض المنشود ، طبقاً لما نصت عليه المادة (١) الفقرة (ب) من اللائحة التنفيذية لنظام الهيئة العربية السعودية للمواصفات والمقاييس اللائحة التنفيذية لنظام الهيئة العربية السعودية للمواصفات والمقاييس ..

وقد جاء نص الفقرة (ز) من المادة الأولى من نظام تأمين مشتريات الحكومة المشار إليها سلفاً عاماً وشاملاً لهذه الناحية.

وفي هذا الشأن نصت المادة (٢) من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة على هذا حيث قالت : ((..... ويجوز أن يكون التوريد طبقاً لعينة تحددها الجهة الإدارية أو يقدمها صاحب العرض)).

وسأستعرض فيما يلي هنا بعض الجوانب التطبيقية التي انتهت إليها وزارة المالية والاقتصاد الوطني حيال مبدأ وجوب الالتزام بالشروط والمواصفات :

١. أكدت وزارة المالية والاقتصاد الوطني في خطاباتها ذات الأرقام ١٠٠٠٩/٢١ وتاريخ ١٣٩٧/٦/٢٦هـ ، ٢٧/٣١٠٣ وتاريخ ١٣٩٧/٧/٢هـ ، ١٠٣٨٢/١٧ وتاريخ ١٣٩٩/٦/١٢هـ وجوب الالتزام بالشروط والمواصفات التي وضعتها الجهة الإدارية ولا يجوز أن تتم الترسية بالمخالفة لذلك . نظام تأمين مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية وما صدر بشأنهما من أوامر وتعميمات ، ص ٢٠ .

٢. لا يجوز استبعاد العرض الأقل المطابق للشروط والمواصفات بحجة أن قيمته تقل عن التقديرات السرية أو أسعار السوق وقد أكدت وزارة المالية والاقتصاد الوطني على ذلك بخطابها رقم ٧٢٥٦/١٧ وتاريخ ١٤٠٤/٣/٢١هـ نظام تأمين مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية وما صدر بشأنهما من أوامر وتعميمات .

المطلب الثالث : إجراءات اختيار المتعاقدين مع الإدارة :

تمهيد :

نص المنظم السعودي على هذه المبادئ الهامة وذلك من خلال نظام تأمين مشتريات الحكومة حيث قال في المادة الأولى فقرة (أ) : ((لجميع الأفراد والمؤسسات الراغبين في التعامل مع الحكومة ممن تتوفر فيهم الشروط التي تؤهلهم لهذا التعامل فرص متساوية ويعاملون على قدم المساواة)) نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ ..

ولم يغفل هذه المبادئ النظام الجديد (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية) حيث بدأ أكثر حرصاً في بيان هذه المبادئ وتقريرها حيث نص في المادة الأولى في فقراتها الأربع على هذه المبادئ حيث قال : ((يهدف هذا النظام إلى :

أ/ تنظيم إجراءات المنافسات والمشتريات التي تقوم بها الجهات الحكومية.

ب/ تحقيق أقصى درجات الكفاية الاقتصادية.

ج/ تعزيز النزاهة والمنافسة.

د/ تحقيق الشفافية في جميع مراحل إجراءات المنافسات والمشتريات الحكومية

)) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ ..

في المملكة العربية السعودية سلك المنظم مسلك تحديد الطرق التي من خلالها يتم اختيار المتعاقد مع الإدارة ،وقد حدد ثلاث طرق هي : المناقصة والمزايدة ، والممارسة ، والتأمين المباشر.

الفرع الأول : طرق اختيار المتعاقد مع الإدارة :

أولاً : المناقصات والمزايدات العامة أو المحدودة :

المناقصة طريقة للتعاقد تقوم على المنافسة ، تسعى الإدارة بمقتضاها إلى الحصول على أداء معين بأقل مقابل تتحمله الإدارة بدون مساس بجودة الأداء ومواعيده ، وتلتزم الإدارة باختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل عطاء من حيث الشروط المالية والفنية .

والمناقصات نوعان : المناقصة العامة ، والمناقصة المحدودة .

أ/ المناقصة العامة : يمكن تعريفها بأنها : " مجموعة من الإجراءات النظامية التي تتبعها جهة الإدارة وتهدف إلى تحقيق المصلحة المالية للدولة ، وذلك عن طريق الوصول إلى أفضل العطاءات ، وهو أرخص العطاءات الذي وفى بالشروط والمواصفات ".

وتهدف المناقصة العامة إلى تحقيق جملة من الأهداف من أهمها :

١. مبدأ إتاحة الفرصة المتساوية والعادلة أمام أكبر عدد من المتعاقدين للدخول في المناقصة ، أوجب نظام تأمين مشتريات الحكومة الإعلان في (م/١/أ من النظام) بينما أوجب الإعلان نظام المنافسة والمشتريات الحكومية في المادة الثالثة منه ..

٢. تحقيق مبدأ المنافسة وذلك عن طريق الإعلان عن إرادة الإدارة في التعاقد فقد نص نظام تأمين مشتريات الحكومة في المادة الثانية منه على أنه يجب أن يخطر المتنافسون عن طريق الإعلان في الجريدة الرسمية مرتين على الأقل ونصت على ذلك أيضاً المادة السابعة من النظام الجديد (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية) نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ ، ونظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ ..

ب/ المناقصة المحدودة : وهي المناقصة التي يقتصر الاشتراك فيها على عدد معين من المناقصين الذين تتوفر لديهم الكفاية المادية والفنية ، وهي تهدف إلى الوصول إلى أفضل عطاء ، وتلتزم الإدارة بالتعاقد مع صاحب أفضل العطاءات أي أقل العطاءات سعراً مع مطابقته للشروط والمواصفات .

وعلى هذا فقد حدد نظام تأمين مشتريات الحكومة أسلوب المناقصة المحدودة وسيلة للتعاقد لتأمين كثير من متطلبات الجهات الإدارية بمختلف أنواعها وأغراضها حيث أجازت المادة الثالثة في فقراتها (أ ، ب ،

ج ، د ، هـ ، و ، ط ، ك ، م ، ن) اللجوء إلى أسلوب الدعوة المحدودة لتأمين الأعمال والخدمات والمواد المشار إليها في تلك الفقرات عندما تجاوز قيمتها المليون ريال

إلا أن النظام الجديد (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م /٥٨ وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ .ألغى هذه القاعدة ، وذلك بإلزامه جهة الإدارة أن تطرح جميع أعمالها أو مشترياتها في منافسة عامة حيث قال في المادة السادسة : ((تطرح جميع الأعمال والمشتريات الحكومية في منافسة عامة عدا ما يستثنى من المنافسة بموجب أحكام هذا النظام)) م٦ من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ..

وقد فصل النظام في المادة السابعة والأربعون ما أجمله هنا ، حيث شرع في تعداد المستثنيات من المادة السادسة على النحو التالي :

١. أجاز شراء الأسلحة والمعدات العسكرية وقطع غيارها بالشراء مباشرة من قبل لجنة وزارية تكون بأمر ملكي.
٢. الأعمال الاستشارية والفنية والدراسات يتم التعاقد بشأنها عن طريق المناقصة المحدودة .
٣. قطع غيار الآلات الميكانيكية يتم تأمينها عن طريق المناقصة المحدودة .

٤. السلع أو الإنشاءات أو الخدمات التي لا تتوافر إلا لدى متعهد واحد يتم تأمينها عن طريق الشراء المباشر مادة ٤٧ من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية

ثانياً : الممارسة :

وهي طريقة استثنائية للشراء وتنفيذ الاعمال يتم بمقتضاها دعوة عدد من الموردين أو المقاولين ومفاوضتهم علناً على ما يتقدمون به من أسعار وشروط حتى يتم اختيار أفضلهم ، وهذا يعني أن الأسعار وتفاصيل العروض مكشوفة أمام جميع المتنافسين وبالتالي يمكن للمشارك ان ينزل بتسعيرته عن الآخرين لتنفيذ العقد.

وقد أجاز نظام تأمين مشتريات الحكومة إتباع هذا الأسلوب في المادة الثالثة في الفقرتين (ب) و (ج) .

حيث نصت فقرة (ب) على أن : ((المعدات بمختلف أنواعها ومنها السيارات بأنواعها بما في ذلك سيارات الركاب والشحن والتفريغ وذات الاستعمال الخاص كالحريق ونقل النفايات ، والمعدات الثقيلة المتحركة والثابتة مثل المعدات الزراعية ومعدات الطرق والرافعات ، والمعدات الكهربائية كالمولدات والمحولات ومضخات المياه والأسلاك والكوابل عن طريق اختيار ثلاثة أنواع مقبولة تفي بالغرض المطلوبة له ، ويدعى وكلاء هذه المعدات السعوديون المرخص لهم بوكلاتها ليقدم كل منهم بعد إخطارهم بالمواصفات المحددة عرضاً مفتوحاً خلال ثلاثة أيام على الأقل وعشرين يوماً على الأكثر

وفقاً لما تحدده الجهة الإدارية ، فإذا لم يكن لهذه المعدات وكيل رسمي في المملكة جاز الشراء من الشركات الصانعة)).

ونصت فقرة (ج) على أن : ((الأدوات المكتبية وتشمل أدوات التصوير والآلات الكاتبة والحاسبة والدواليب الخاصة بحفظ الأوراق وأثاث الجلوس والستائر وفرش الأرضية وآلات القص والربط والتدبيس والمطبوعات وغيرها من الأوراق وأعمال الديكور الداخلي وذلك بالطريق المباشر مع من يتعامل فيها إذا لم تتجاوز قيمتها مليون ريال ، فإذا زادت عن ذلك تطلب عروض مفتوحة من ثلاثة على الأقل من المشغلين في هذه الأدوات)) نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ . .

ثالثاً : التأمين المباشر :

المنظم أجاز اللجوء إلى هذا الأسلوب وذلك عندما تكون قيمة العقد غير مرتفعة .

وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من نظام تأمين مشتريات الحكومة في الفقرة (هـ) حيث أجازت اللجوء إلى أسلوب الشراء المباشر لكافة الأعمال والخدمات التي تحتاجها إذا كانت قيمتها لا تجاوز المليون ريال المادة ٣ فقرة (هـ) من نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ . .

وقد وضعت قيود على الأجهزة الحكومية في مثل هذه الحالات تتمثل فيما نصت عليه المادة الرابعة من ذات النظام حيث قالت : ((على الجهات الإدارية أن تفسح المجال في تعاملها لأكبر عدد ممكن من المؤهلين العاملين في النشاط الذي يجري التعامل فيه بحيث لا يقتصر تعاملها مع أشخاص أو مؤسسات معينة)) المادة ٤ من نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ ..

والنظام الجديد (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية) نص بداية على أن أسلوب المنافسة العامة هو القاعدة الأساسية عندما تريد أن تؤمن الجهات الحكومية احتياجاتها ، إلا ما استثناه النظام المادة ٦ من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ

واستثنى هذا النظام حالات يجوز التعاقد فيها عن طريق الشراء المباشر ، فأجاز أن يتم توفير احتياجات الجهة الحكومية بهذا الأسلوب إذا كانت قيمة العقد لا تتجاوز المليون ريال المادة ٤٤ من نفس النظام ..

ثم في المادة الخامسة والأربعون بين قواعد استخدام هذا الأسلوب فقال: ((أ / عند تنفيذ الأعمال والمشتريات عن طريق الشراء المباشر يجب الحصول على ثلاثة عروض على الأقل ، وتفحص هذه العروض لجنة يكونها الوزير المختص أو رئيس الدائرة المستقلة على ألا تتجاوز التكاليف السعر السائد في السوق .

ب/ تكون صلاحية البت في الشراء المباشر للوزير أو رئيس الدائرة المستقلة ، ولا يجوز له التفويض إلا في حدود خمسمائة ألف ريال .

ج/ الأعمال والمشتريات التي لا تزيد قيمتها على ثلاثين ألف ريال يتم توفيرها وفق الأسلوب الذي تراه الجهة الحكومية مناسباً .

د/ يجوز للجهة الحكومية توفير احتياجاتها التي تتم بالشراء المباشر عن طريق الوسائل الإلكترونية)) المادة ٤٥ من نفس النظام ..

إضافة لذلك نص هذا النظام على حالات معينة يجوز فيها تأمين احتياجات الحكومة عن طريق الشراء المباشر كالتالي المادة ٤٧ من ذات النظام .:

١. الأسلحة والمعدات العسكرية وقطع غيارها .

٢. السلع أو الإنشاءات أو الخدمات التي لا تتوافر إلا لدى متعهد أو مقاول أو منتج واحد ، ولم يكن لها بديل مقبول .

٣. المستلزمات الطبية المطلوبة عاجلاً في حالات ظهور الأوبئة .

ويتميز هذا النظام (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية) عن سالفه بالنص على عدم جواز تجزئة المشتريات أو الأعمال من أجل الوصول بها إلى صلاحية الشراء المباشر حيث قال : ((لا تجوز تجزئة المشتريات أو الاعمال من أجل الوصول بها إلى صلاحية الشراء المباشر ، كما لا تجوز تجزئة هذه الأعمال من أجل الوصول بها إلى صلاحية المسئولين المفوضين)) المادة ٤٦

من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم : م/٥٨ وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ ..

الفرع الثاني : مراحل وإجراءات التعاقد مع الإدارة :

تمر إجراءات التعاقد مع الإدارة بمراحل عديدة هي على النحو التالي :

أولاً : تقديم العروض :

١. مدة تقديم العروض :

سبق وأن أشرنا في الفصل الماضي أن المنظم السعودي أوجب على جهة الإدارة أن تعلن عن رغبتها في التعاقد في الجريدة الرسمية للبلاد المادة (٢) من نظام تأمين مشتريات الحكومة ، والمادة (٧) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

وتأسيساً على هذا فقد حرص المنظم على تحديد مدة كافية لتقديم العروض . وحددها المنظم بما لا يقل عن شهر من تاريخ الإعلان المادة (٤) من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة ..

ويستثنى من هذا ما نص النظام على استثنائه ومن ذلك :

- ما نصت عليه المادة الثالثة فقرة (ب) من أن تأمين المعدات المختلفة والسيارات عن طريق إخطار وكلاء ثلاث أنوع مقبولة منها ، ليقدم كل واحد منهم عرضاً مفتوحاً خلال ثلاثة أيام على الأقل وعشرين يوماً على الأكثر وفقاً لما تحدد الجهة الإدارية .

- ما نصت عليه المادة الثالثة فقرة (د) من أن أعمال التشغيل والصيانة يتم تأمينها عن طريق دعوة ثلاثة متعهدين متخصصين على الأقل ليقدم كل منهم عرضه بظرف مختوم خلال مدة تحددها الإدارة .

وبناءاً على ما تقدم فإنه لا تقبل العروض التي تقدم أو تصل إلى الجهة الإدارية بعد فتح أي مظروف من مظاريف المنافسة ، وهو ما نصت عليه المادة السادسة من اللائحة التنفيذية لهذا النظام.

ويرد هنا تساؤل حول جواز قبول العرض المقدم بعد انتهاء الموعد المحدد لتقديم العروض وقبل قيام لجنة فتح المظاريف بمزاولة مهمتها خطاب وزارة العمل والشئون الاجتماعية رقم ١٣٨٥/ ٨ وتاريخ ١٤٠٠/٥/٢٠هـ . انظر : نظام تأمين مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية وما ورد بشأنهما من قرارات وتعميمات ، ص ٦٣ ..

فأجابت عن هذا التساؤل وزارة المالية بقولها : بأن تحديد موعد نهائي لقبول العطاءات إنما هو إجراء خاص بالجهة الإدارية لضمان وصول العطاءات في موعدها المحدد ، غير أن المعول عليه في عدم قبول أي عطاء يرد هو وقت فتح المظاريف الذي تعلن فيه أسعار العطاءات لجميع المتنافسين وقد حددت ذلك المادة (٦) من اللائحة التنفيذية خطاب وزارة المالية رقم ١٠٦٣/١٧ وتاريخ ١٤٠٠/٥/٢٣هـ . نفس المرجع ص ٦٣ ..

ومما يجدر أن أشير إليه أن النظام الجديد (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية) لم ينص صراحة على مدة معينة يتقيد بها المتنافسون في تقديم

عطاءاتهم والذي يظهر أنه أوكل ذلك إلى اللائحة التنفيذية التي لم تصدر إلى وقت كتابة هذه السطور ، وقد أوضح هذا في المادة العاشرة حيث قال : ((تقدم العروض في مظاريف مختومة في الموعد والمكان المحددين بقبولها ..... ويجوز تقديم العروض وفتحها عن طريق الوسائل الإلكترونية وفقاً لما تحدد اللائحة التنفيذية لهذا لنظام .....)) المادة (١٠) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ . .

٢. كيفية تقديم العروض :

نصت اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ أعمالها ومشروعاتها في المادة الخامسة على أن تقدم العروض بالبريد المسجل أو مناولة إلى الجهة الإدارية المعلنة عن المنافسة ، وذلك في مقابل إيصال يثبت فيه تاريخ وساعة التقدم ، ويكون تقديم العطاءات على النموذج المعد لذلك الذي يتسلمه مقدمه من الجهة الإدارية مقابل أداء قيمته وفي مظروف يختم بالشمع اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة ..

وفي حال ما إذا رغبت الجهة الإدارية جعل أوراق العطاءات بقيمة فيجب أن يوضع لها قيمة تعادل تكاليفها ومن ثم ترقم وتختم بختم الجهة الإدارية وتحصل قيمة ما يباع منها وتقيد تعميم وزارة المالية رقم ٧٨١٣/١٧ وتاريخ ١٣٩٨/٥/١هـ . انظر : نظام تأمين مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية وما صدر بشأنهما من أوامر وتعميمات ، ص ٦٣ ..

والنظام الجديد (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية) بين كيفية تقديم العروض في المادة العاشرة منه ، حيث أوضحت بأن تقدم العروض في مظاريف مختومة في الموعد المحدد ، وكذلك فإنه يمكن أن تقدم عن طريق الوسائل الإلكترونية الحديثة المادة (١٠) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ.

.

٣. الشروط الواجب مراعاتها في العروض :

أشارت المادة (٧) من اللائحة التنفيذية لنظام المشتريات الحكومية إلى أهم تلك الشروط التي يجب مراعاتها في العروض المقدمة وإلى كيفية معالجة بعض الأخطاء التي قد ترد في تلك العروض والصلاحيات الممنوحة للجهة صاحبة المنافسة حيالها ، وأورد فيما يلي تلك الشروط اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة الصادرة بالأمر الوزاري رقم ٢١٣١/ ١٧ وتاريخ ١٣٩٧/٥/٥هـ .:

- يجب أن تكتب أسعار العرض بالمداد بالعملة السعودية رقماً وكتابة.

وفيما يخص الدفع بعملة أخرى غير الريال السعودي صدر الأمر السامي رقم ٨/١٤٣ وتاريخ ١٣٩٩/٩/٧هـ القاضي بالموافقة على أن تقوم وزارة المالية والاقتصاد الوطني بدفع قيمة العقود التي تجاوز قيمتها ثلاثمائة مليون ريال بالدولار الأمريكي وإعطائها الحق في الاستثناء من ذلك نظام تأمين

مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية ما صدر بشأنهما من أوامر وتعميمات ص ٦٣ ..

وجاء تعميم وزارة المالية والاقتصاد الوطني رقم ٩٩/٥٧٥٢ وتاريخ ١٣٩٩/١٢/٢هـ متضمناً القواعد التنفيذية بصرف قيمة العقود التي تزيد قيمتها عن ثلاثمائة مليون ريال بالدولار الأمريكي وتتمثل تلك القواعد في الآتي تعميم وزارة المالية رقم ٩٩/٥٧٥٢ وتاريخ ١٣٩٩/١٢/٢هـ . انظر : نظام تأمين مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية وما صدر بشأنهما من أوامر وتعميمات ص ٦٤ :

أولاً : تطبق هذه القاعدة على جميع العقود التي تبرم مع مؤسسات أجنبية أو مؤسسات سعودية أجنبية مشتركة .

ثانياً : عند إعلان الدعوة لتنفيذ مشروع تبلغ قيمة الاعتماد المخصص له ثلاثمائة مليون ريال فأكثر فإنه يلزم تضمين الشروط نصاً يوجب على مقدمي العطاءات أو المؤسسات الأجنبية أو المؤسسات السعودية الأجنبية تقديم عروضهم بالدولار الأمريكي فقط .

ثالثاً : بالنسبة للمشاريع التي طرحت في المناقصة أو صدرت الدعوة لتقديم عطاءات بتنفيذها قبل تاريخ هذا التعميم ، فعلى الجهة المختصة المبادرة إلى إبلاغ المؤسسات المدعوة لتقديم العطاءات بهذه القاعدة .

رابعاً : يتم إبرام العقد بالدولار الأمريكي .

خامساً : ترحل حسابات المشروع بالريال السعودي.

سادساً : أما بالنسبة للمقاولين السعوديين أي المؤسسات التي تكون مملوكة بالكامل للسعوديين وقائمة ومسجلة في المملكة فإن لهم حق طلب التعاقد بالريال أو الدولار الأمريكي وعليهم تحديد العملة المطلوبة في عطائهم .

سابعاً : جميع العقود التي تقل قيمتها عن ثلاثمائة مليون ريال يتم توقيعها بالريال السعودي ويدعى لتقديم عطاءاتها بالريال أيضاً .

ثامناً : بالنسبة للحالات الاستثنائية بإمكان الجهة الإدارية التعاون مع وزارة المالية حولها .

- يجب أن يبين في قائمة الأسعار ما إذا كان الصنف المراد توريده من مصنوعات أو منتجات المملكة أو إحدى دول الجامعة العربية أو إحدى البلاد الأجنبية الأخرى .
- يجب أن يوقع العرض من مقدمه نظام تأمين مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية وما صدر بشأنهما من أوامر وتعميمات ، ص ٦٥ ..
- لا يجوز الكشط أو المحو في قائمة الأسعار.

وقد بينت المادة ذاتها أن من حق الجهة الإدارية مراجعة جدول الأسعار المقدم إليها سواء من ناحية مفرداتها أو مجموعها ، وإجراء التصميمات المادية اللازمة في العرض وإذا وجد اختلاف بين السعر المبين بالكتابة والسعر المبين بالأرقام كانت العبرة بالسعر الموضح كتابة ، وإذا وجد اختلاف بين سعر

الوحدة وسعر مجموعها كانت العبرة بسعر الوحدة المادة السابعة الفقرة (هـ) من اللائحة التنفيذية .

- يجب أن تكون الفئات الواردة بقائمة الأسعار شاملة ومغطية لجميع ما يتحمله المقاول من المصاريف.
- يجب ألا يكون العرض مبنياً على تخفيض نسبة مئوية أو قدر معين من أقل العروض .
- يجب على المتقدمين بعطاءاتهم تقديم ضمان ابتدائي يتراوح ما بين ١% ، و٢% من قيمته المادة الثانية فقرة (د) من نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ . .
- والنظام الجديد (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية) اشترط أن يقدم مع العرض ضمان ابتدائي يتراوح ما بين (١%) و(٢%) من قيمة العرض وفقاً لشروط المنافسة المادة (١١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ وتاريخ ١٤٢٧/٥/٥هـ .

كما اشترط أن تحدد الأسعار الإجمالية وما يرد عليها من زيادة أو تخفيض في خطاب العرض الأصلي ، كما منع من تعديل أسعار العرض بالزيادة أو التخفيض بعد تقديم العرض المادة (١٣) من ذات النظام ..

ولم يشترط النظام الجديد غير هذين الشرطين ، والذي يظهر أنه أوكل للائحة التنفيذية النص على بقية الشروط حينما تصدر.

ثانياً : فحص العروض :

١. أثر التقدم للمناقصة :

أ/ الالتزام : من القواعد المسلم بها في جميع الأنظمة التزام المناقصين بعطاءاتهم، وهذا هو ما أكده المنظم السعودي في نظام تأمين مشتريات الحكومة نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ . في المادة الثانية فقرة (و) على أنه لا يجوز للمتنافسين في غير الحالات التي يجوز فيها التفاوض وفقاً لأحكام هذا النظام تعديل أسعار عروضهم بالزيادة أو النقصان بعد تقديمها .

وقد أوضحت وزارة المالية في خطابها الموجه إلى وزارة الشئون البلدية والقروية رقم ٧٤٠٣/١٧ وتاريخ ١٤٠١/٥/٢٤هـ . انظر : نظام تأمين مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية وما صدر بشأنهما من أوامر وتعاميم ، ص ٢٧ أن نص المادة (٢/و) صريح في عدم قبول أي تعديل للعروض بعد تقديمها بالزيادة أو النقصان ، خلافاً لما كانت تقضي به المادة ٣٧ من نظام المناقصات والمزايدات نظام المناقصات والمزايدات الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٦ وتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٤هـ والذي ألغي بصدور نظام تأمين مشتريات الحكومة بتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ .

وقد سلك النظام الجديد نفس المسلك ، فمنع تعديل الأسعار بعد تقديم العروض للجهة المختصة ، نص على هذا المادة الثالثة عشرة حيث قالت : ((..... ولا يجوز للمتنافسين في غير الحالات التي يجوز التفاوض فيها وفقاً لأحكام هذا النظام تعديل أسعار عروضهم بالزيادة أو التخفيض بعد تقديمها)) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٥٨ وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ ..

ب/ التمديد : في هذا الصدد نصت المادة العاشرة من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة على أن العطاء يبقى سارياً وغير جائز الرجوع فيه إلى التاريخ المحدد للبت في العروض ، وللجهة الإدارية أن تطلب من مقدم العرض تمديد مدة سريانه ، ويعتبر صاحب العرض قابلاً استمرار الارتباط بعرضه إذا لم يطلب بعد انتهاء تاريخ الضمان سحب عرضه واسترداد ضمانه اللائحة التنفيذية لنظام تأمين المشتريات الحكومة الصادرة بالأمر الوزاري رقم ١٧/٢١٣١ وتاريخ ١٣٩٧/٥/٥هـ ..

ج/ جزاء سحب العطاء : وقد نص على هذا المادة العاشرة من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة نفس المرجع ..

والنظام الجديد (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية) نص على هذا بشكل صارم فقال في المادة الثانية عشرة : ((.... فإن سحب مقدم العرض عرضه قبل انتهاء هذه المدة فلا يعادله ضمانه الابتدائي)) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ..

٢. فتح المظاريف :

أ/ تشكيل لجنة فتح المظاريف : نص نظام تأمين مشتريات الحكومة نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ في المادة الثانية فقرة (هـ) على أن يتم فتح العروض المودعة بمظاريف مختومة بمعرفة لجنة تنعقد في الميعاد المحدد لفتح المظاريف ، وتعلن على من حضر من المتنافسين أو مندوبيهم الأسعار الواردة في العروض ، وتشكل لجنة فتح المظاريف من ثلاثة أعضاء على الأقل يرأسهم موظف لا تقل مرتبته عن العاشرة .

أما بالنسبة لرئيس لجنة فتح المظاريف في غير المقر الرئيسي للوزارة فإنه من غير الممكن أن تقل مرتبته عن العاشرة لأن المادة (٢) فقرة (هـ) من النظام قضت بهذا ولا مجال للاستثناء منها ، تعميم وزارة المالية والاقتصاد الوطني رقم ٥٩٩٣/١٧ وتاريخ ١٣٩٩/٤/٥هـ . انظر : نظام تأمين مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية وما صدر بشأنهما من أوامر وتعميمات ، ص ٢٦ ..

ومن ناحية أخرى فإن لكل لجنة شروطاً خاصة برئيسها من حيث المرتبة الوظيفية وكذلك الصلاحيات والاختصاصات الخاصة بكل منهما والتي لا يجوز أن تتداخل كما ذكر ذلك في المواد من (١٢ إلى ١٥) من اللائحة التنفيذية والمادة (٥/ج ، د) من النظام والمواد من (١٦ ـ ١٧) من اللائحة التنفيذية .

إلى جانب أن وجود لجنتين على مستويين مختلفين يعطي دوراً رقابياً على إجراءات الدعوة التنافسية فيما لو أخطأت اللجنة الأولى في إجراء معين خطاب وزارة المالية الموجه إلى ديوان المراقبة العامة رقم ٦٤٣٦/١٧ وتاريخ ١٤٠٠/٣/٢٣هـ .

وقد نص النظام الجديد (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية) في المادة الرابعة عشرة منه على أنه تكون لجنة أو أكثر لدى الجهة الحكومية مختصة بفتح المظاريف على أن لا يقل عددها عن ثلاثة إضافة إلى رئيسها الذي لا تقل مرتبته عن العاشرة أو ما يعادلها ، على أن يعين أيضاً عضواً احتياطي يكمل النصاب عند غياب أحد الأعضاء ويعاد تكوين اللجنة كل ثلاث سنوات .

بقي أن أشير هنا أن النظام الجديد سار على ما سار عليه النظام السابق من الفصل بين لجان فتح المظاريف ولجان فحص العروض وذلك بمدلول المادة السادسة عشرة من النظام الجديد المادة (١٤) و(١٦) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ ..

ب/ موعد فتح المظاريف وإجراءاته : نصت اللائحة التنفيذية من خلال المادة الرابعة عشرة على أن لجنة فتح المظاريف تنعقد في الميعاد المحدد لفتح المظاريف ، ويجب أن يكون فتح المظاريف في الساعة واليوم المحددين لذلك.

وعلى لجنة فتح المظاريف التوقيع على العينات او الكتالوجات التي تقدم مع العروض أو خطابات الضمان التي تقدم في أثناء جلسة فتح المظاريف وتحرير كشف بكل منها أو إدراجها في المحضر طبقاً لما نصت عليه المادة الثانية عشر والثالثة عشر من اللائحة التنفيذية المادة (١٢) والمادة (١٣) من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة الصادرة بالأمر الوزاري رقم ٢١٣١/ ١٧ وتاريخ ١٤٢٧/٥/٥هـ ..

وقد أوضحت وزارة المالية أن النص المتقدم من اللائحة عام لجميع العينات المقدمة مع العروض دون استثناء ، أما العينات مثل الأثاث والطوب والبلوك وغيرها فإنه يمكن أن يوضع عليها بطاقة لايسهل نزعها توقع عليها اللجنة خطاب وزارة المالية والموجه لوزارة الزراعة رقم ٩٧/٣٦٣٤ في ١٣٩٧/٧/٢٧هـ ..

ونصت المادة الخامسة عشرة على أن تسلم العروض ومحضر لجنة فتح المظاريف والعينات إلى الجهة الإدارية المختصة لتحليل العينات إن لزم الأمر تمهيداً لعرضها على اللجنة المختصة بفحص العروض لإكمال شئونها ، ويجب أن يتم ذلك في أسرع وقت ممكن بحيث تتمكن لجنة فحص العروض من التوجيه بما تراه وعرضها على صاحب الصلاحية في البت قبل الميعاد المحدد لذلك المادة (١٥) من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة ..

هذا وقد نصت المدة الخامسة عشرة من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد على أن تفتح المظاريف بحضور جميع أعضاء لجنة فتح المظاريف في الموعد المحدد لذلك ، وتعلن على من حضر من المتنافسين أو مندوبيهم الأسعار الواردة في العروض ، ويجب على هذه اللجنة إحالة محضرها وأوراق المنافسة إلى لجنة فحص العروض خلال سبعة أيام من تاريخ فتح المظاريف المادة (١٥) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ ..

ولم ينص النظام على تفاصيل أكثر والذي يظهر أنه تركها للائحة التنفيذية التي سوف تصدر بعد نشر النظام بـ ١٢٠ يوم .

٣. لجنة فحص العروض وقواعد البت فيها : بين النظام ولائحته التنفيذية تشكيل هذه اللجنة وإجراءاتها وما يجب أن تتقيد به من قواعد:

أ/ تشكيل لجنة فحص العروض وإجراءات جلساتها :

تشكل لجنة أو أكثر من ثلاثة أعضاء على الأقل في كل وزارة أو مصلحة لفحص العروض ، ويرأس هذه اللجنة موظف لا تقل مرتبته عن المرتبة الثانية عشرة طبقاً لما نصت عليه المادة الخامسة فقرة (أ) نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ ..

ويصدر قرار تشكيل هذه الدائرة بأمر من الوزير أو رئيس الدائرة المستقلة طبقاً لما نصت عليه المادة الحادية عشر من اللائحة التنفيذية اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة ..

ولا يكون شرطاً ملزماً أن يرأس هذه اللجنة موظف لا تقل مرتبته عن المرتبة الثانية عشرة إذا كانت هذه اللجنة مشكلة في غير المقر الرئيسي للوزارة أو المصلحة ، طبقاً لما نصت عليه المادة الخامسة فقرة (ب) من نظام تأمين مشتريات الحكومة .

وتتخذ اللجنة توصياتها بحضور كامل أعضائها ، فإن تغيب أحدهم يحل محله من يندب لأداء وظيفته ، المادة الخامسة فقرة (ج) من نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ . .

والنظام الجديد (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية) سار على ما سار عليه سابقه في الجملة ، إلا أنه اشترط أن يرأس لجنة فحص العروض موظف لا تقل مرتبته عن المرتبة الثالثة عشرة أو ما يعادلها على أن يعاد تشكيل هذه اللجنة كل سنة المادة السادسة عشرة الفقرتين (أ ، ب) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ ..

وقد أفصح النظام الجديد (على خلاف سابقه) عن جواز أن يرأس هذه اللجنة موظف بالمرتبة العاشرة أو ما يعادلها إذا كانت مشكلة في غير مقر الجهة الرئيس.

ب/ عمل اللجنة : على اللجنة التأكد من مطابقة العروض للشروط والمواصفات المادة (١٥) من نظام تأمين مشتريات الحكومة ، والمادة (١٦)

من اللائحة التنفيذية له ، والمادة (١٦) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد ..

ويجب على لجنة فحص العروض أن تسترشد في توصياتها بالأثمان الأخيرة السابق التعامل بها محلياً وخارجياً وأسعار السوق المادة (١٧) من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة الصادرة بالأمر الوزاري رقم ١٧/٢١٣١ وتاريخ ١٣٩٧/٥/٥هـ ..

والمنظم قد أعطى هذه اللجنة العديد من الصلاحيات من أهمها صلاحية التفاوض مع صاحب العطاء الأقل إذا كان مطابقاً للشروط والمواصفات المادة الخامسة فقرة (د) من نظام تأمين مشتريات الحكومة ، والمادة (٢١) فقرة (أ ، ب) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية . على النحو التالي :

١. في حالة ارتفاع العروض عن أسعار السوق بشكل ظاهر يطلب من صاحب العطاء الأقل تخفيض سعره ،.
٢. في حالة اقتران العطاء الأقل بتحفظات يتم التفاوض مع صاحبه لسحب تحفظاته كلياً أو جزئياً.

ونص النظام الجديد (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية) على أنه إن لم تصل اللجنة إلى السعر المحدد فإنه تلغى المنافسة، ويعاد طرحها من جديد المادة (٢١) فقرة (أ) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية .

ج/ إلغاء المنافسة : أجاز نظام تأمين مشتريات الحكومة لجهة الإدارة إلغاء المنافسة إذا زالت الحاجة أو كانت العروض غير مناسبة.

ونص النظام الجديد (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية) في المادة الخامس والعشرين فقرة (أ) على : ((أنه لا يجوز إلغاء المنافسة إلا للمصلحة العامة ، أو لمخالفة إجراءاتها أحكام النظام ، أو لوجود أخطاء جوهرية مؤثرة في الشروط أو المواصفات وتكون صلاحية الإلغاء للوزير المختص أو رئيس الدائرة المستقلة)) .

٤. البت في العروض المقبولة ورد ضمانات العروض غير المقبولة :

نص النظام القديم والجديد المادة (٦) من نظام تأمين مشتريات الحكومة ، والمادة (٢٦) من نظام المنافسة والمشتريات الحكومية . على أن صلاحية البت في الشراء وتنفيذ العقد هي للوزير المختص فيما تزيد قيمته على ثلاثة ملايين ريال ، وفيما قل عن ذلك يجوز للوزير التفويض فيه لأحد مسئولي وزارته .

وعن العروض غير المقبولة ، فإنه يجب رد ضماناتها إلى أصحابها دون حاجة إلى طلب يقدم منهم المادة (٢٠) من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة ، والمادة (٢٠) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ..

وقد نصت تعاميم وزارة المالية على سرعة الإفراج عن الضمانات المؤقتة المرفقة بالعطاءات التي لم يحصل الترسية عليها تعميم وزارة المالية رقم

١٤٣٣١/١٢ في ١٣٩٩/٨/٢١هـ . انظر : نظام تأمين مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية وما صدر بشأنهما من أوامر وتعميمات ، ص ٧٢ ..

ويجدر أن نشير إلى أنه لا يجوز الإفراج عن الضمانات المؤقتة خلال مدة سريان العروض كقاعدة عامة ، إلا أن وزارة المالية تعميم وزارة المالية رقم ١٣٠٨٠/١٧ وتاريخ ١٤٠٠/٧/٤هـ . استثنت من هذه القاعدة ما لو تبين للجهة الإدارية بعد الإعلان عن أسعار العروض أن هناك عروضاً مرتفعة أسعارها أو أنها مخالفة لبعض الشروط المتعلقة بالترسية والتي تحول دون الترسية عليها ، فإنه يجوز للجهة الإدارية والحالة هذه بناء على طلب صاحب العرض الإفراج عن الضمان الابتدائي في أثناء مدة سريان العرض بناءاً على سلطتها التقديرية .

ثالثاً : إبرام العقد :

١. تقديم الضمان النهائي وجزاء عدم تقديمه :

يجب أن يقدم من يتعاقد مع الحكومة ضماناً نهائياً بواقع ٥% من قيمة العقد بموجب نص المادة السابعة فقرة (أ) نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ ..

، و يجب الاحتفاظ بالضمان النهائي إلى أن يتم تنفيذ التزامات المتعاقد المادة (٢٤) من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة ..

إلا أنه لا يلزم تقديم الضمان النهائي في حالات التعاقد على الأعمال الاستشارية ، أو الشراء المباشر ، وشراء قطع الغيار طبقاً لما نصت عليه المادة السابعة الفقرة (ب) من ذات النظام .

ومن الجدير بالذكر أنه يضاف إلى الأعمال الاستشارية السالفة الذكر أعمال الإشراف كذلك ، ذلك أن الإشراف وإن كان عملية مستقلة عن وضع التعاميم والدراسة إلا أنه يعتبر من الأعمال الاستشارية ، ذلك أن دور المشرف هو متابعة سير العمل وفق الدراسات والتصاميم فإذا وجد مخالفة لذلك أعطى الرأي بشأنها إلى الجهة صاحبة العملية ، لهذا فإن الإشراف يدخل في مضمون الأعمال الاستشارية ولهذا لا يلزم تقديم ضمان نهائي عن عملية الإشراف خطاب وزارة المالية الموجه إلى المصانع الحربية رقم ٢٩٠١/١٧ وتاريخ ١٣٩٨/٢/١٥هـ ..

ويجب أن أشير إلى أن النص المتقدم وما ورد فيه حول عدم وجوب تقديم الضمان في حالة الشراء المباشر فإنه ليس خاصاً بشراء الأدوات والمواد والمهمات . بل عام لكل شراء مباشر خطاب وزارة المالية الموجه إلى وزارة الصحة رقم ١٩٥٩٢/١٧ وتاريخ ١٣٩٩/٢/٢٤هـ ..

ويأخذ الضمان النهائي أشكالاً عدة نصت عليها المادة التاسعة المعدلة من اللائحة التنفيذية والتي تم تعديلها بقرار معالي وزير المالية رقم ١٤٨٦/١٧ وتاريخ ١٣٩٨/٣/٢٥هـ حيث يأخذ الأشكال التالية :

- خطاب من بنك محلي .

- خطاب ضمان من بنك في الخارج يقدم بواسطة بنك يعمل في السعودية.
- تعهد من شركة تأمين متخصصة وهنا يجب ألا يقل قيمة الضمان عن ٢٥% من قيمة العقد المادة السابعة فقرة (د) من نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ ..

كما أنه يجوز تخفيض الضمان النهائي في عقود التشغيل والصيانة تدريجياً حسب تنفيذ الأعمال شريطة ألا يقل عن الضمان اللازم لقيمة الأعمال المتبقية من العقد ، طبقاً لنص المادة (٧) فقرة (ج) من نظام تأمين مشتريات الحكومة.

ولم يختلف النظام الجديد عن سالفه في الجملة حيث حددت المادة (٣٣) في الفقرات (أ ،ب ، ج ، د) أحكام الضمان النهائي .

فقد نصت على أن يكون الضمان بنسبة ٥% من قيمة العقد ، وأن يقدم خلال عشرة أيام من الترسية.

ونصت كذلك على جواز تخفيض الضمان النهائي في العقود ذات التنفيذ المستمر سنوياً بحسب تنفيذ الأعمال ، بشرط ألا يقل الضمان عن ٥% عن قيمة الأعمال المتبقية من العقد المادة ٣٣ الفقرات (أ ، ب ، ج) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ..

وقد حددت اللائحة التنفيذية للنظام القديم نظام تأمين مشتريات الحكومة . مدة معينة لتقديم الضمان فإذا لم يقدمه خلال ذلك كان للجهة الإدارية الخيار بين مصادرة الضمان المؤقت أو أن تنفذ ما رسى على صاحب العرض على حسابه وترجع عليه بالتعويض المادة (٢١ ، ٢٣) من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة

ونحى النظام الجديد (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية) هذا المنحى، حيث حدد مدة لتقديم الضمان وأوقع عقوبة على التأخير .

فقد حدد النظام مدة أقصاها عشرة أيام لتقديم الضمان من وقت الترسية.

٢ـ انعقاد العقد : نصت اللائحة التنيفيذية المادة (٢٧) من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة . لنظام تأمين مشتريات الحكومة على أنه يتم انعقاد العقد بالمكاتبات المتبادلة وأنه يكتفى بذلك متى ما كانت قيمة الالتزام مائة ألف ريال فأقل ، أما إذا زادت القيمة عن مائة ألف ريال فإنه يجب أن يحرر عقد بين الجهة الإدارية والمقاول أو المتعهد فور إخطاره بالترسية وتقديم الضمان النهائي .

وسلك النظام الجديد هذا المسلك إلا أنه اشترط في قيمة الالتزام ألا تزيد عن ثلاثمائة ألف ريال حتى ينعقد العقد بالمكاتبات المتبادلة بدلاً من تحرير العقد المادة (٣١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ..

المطلب الرابع : أولوية المؤسسات والمنتجات الوطنية

الفرع الأول : أولوية المؤسسات والأشخاص الوطنيين :

وقد أكد نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها على هذا المبدأ ، فقد نصت المادة الأولى منه في فقرة (د) على أن : ((للأفراد والمؤسسات السعودية المرخص لهم بالعمل طبقاً للأنظمة والقواعد المتبعة أولوية في التعامل مع الحكومة ، ومن بعدهم تكون الأولوية للمؤسسات المكونة من سعوديين وغير سعوديين متى بلغ نصيب الأولين ٥٠% فأكثر من رأس مال المؤسسة)) نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٧هـ.

وعلى نفس المبدأ سار المنظم السعودي في النظام الجديد (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية) فقد نص في المادة الخامسة منه على أن : ((تكون الأولوية في التعامل للمصنوعات والمنتجات والخدمات الوطنية وما يعامل معاملتها)) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ..

بالإضافة إلى هذا فقد صدرت في المملكة العربية السعودية العديد من القرارات والتعاميم التي تؤكد أو تنظم المبدأ المشار إليه والمنصوص عليه من المادة الأولى من نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها في فقرة (د) على النحو التالي :

١. صدر الأمر السامي رقم ٣/هـ ٢٦٠١ وتاريخ ١٤٠١/٢/١٠هـ ويقضي بأن تقتصر مقاولات الطرق والجسور العادية والمباني الصغيرة والمتوسطة على المقاولين السعوديين فقط دون غيرهم وأن تلاحظ

ذلك جميع الأجهزة الحكومية تأكيداً للأمر السامي رقم ٧/د/٤٤٠١ وتاريخ ١٣٩٩/٢/٢٥هـ ..

٢. كما تضمن الأمر السامي رقم ٣/و / ٢٣٤٠١ وتاريخ ١٤٠١/١٠/١٨هـ الآتي :

أ/ بذل أقصى جهد في سبيل إتاحة الفرصة للمقاولين السعوديين لتنفيذ المشاريع الحكومية.

ب/ تجزئة المشاريع إن أمكن ذلك.

ج/ مراقبة التزام المقاولين الأجانب بالمادة التي تضمنتها العقود.

د/ قصر المقاولات غير الإنشائية على المقاولين السعوديين.

٣. أكد التعميم السامي البرقي رقم ٣/ب/ ١٠٠٧١ وتاريخ ١٤٠٥/٨/٢٥هـ على التزام الجهات الحكومية بما ورد بالتعميم السامي رقم هـ/و/ ٢٦٠١وتاريخ ١٤٠١/٢/١٠هـ وكذلك الأمر السامي رقم ٣/و/ ٢٢٤٠١ وتاريخ ١٤٠١/١٠/١٨هـ وتشكيل لجنة دائمة من بعض الجهات المختصة لمتابعة تنفيذ قواعد تشجيع المقاولين السعوديين.

٤. أكد التعميم السامي البرقي رقم ١٦٠٤٩/٣ وتاريخ ١٤١٠/١٠/١٣هـ على أهمية تطبيق قواعد تشجيع المقاولين السعوديين.

٥. تضمن تعميم وزارة المالية والاقتصاد الوطني رقم ٤٠٥/٤٨٠٦ وتاريخ ١٤٠٥/١١/٢٠هـ بأن يلاحظ عند دراسة طلبات المقاولين بالتعاقد من الباطن مع مقاولين لتنفيذ بعض الأعمال.

٦. تضمن التعميم السامي رقم ٦٧١/٧/م وتاريخ ١٤٠٤/٣/٧هـ قصر الأعمال الخاصة بالطباعة على المطابع المحلية وقد أشار التعميم إلى ما سبق أن صدر حول الموضوع من مجلس الوزراء من قرارات ومنها قرار المجلس رقم ٦٨٧ وتاريخ ١٣٨٠/١١/٢٥هـ ورقم ١٠٥٢ وتاريخ ١٣٩٢/١٠/٩هـ ورقم ٢٠ وتاريخ ١٣٩٥/١/١٧هـ .

٧. تضمن تعميم وزارة المالية والاقتصاد الوطني رقم ٢٣٤/١٢ وتاريخ ١٤٠٨/١٢/١٧هـ قصر التعاقد في أعمال التأمين المجازة التي تحتاجها الأجهزة الحكومية على الشركة الوطنية للتأمين التعاوني بناء على قرار مجلس الوزراء رقم ١٢٤ وتاريخ ١٤٠٢/٥/٢٩هـ والمادة ٥/١٢ من عقد الأشغال العامة الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ١٣٦ وتاريخ ١٤٠٨/٦/١٢هـ والمادة (١/د) من نظام تأمين المشتريات الحكومية وكونها الشركة الوحيدة المرخصة لممارسة أعمال التأمين التعاوني في المملكة .

٨. بناء على الاتفاقية الاقتصادية الموحدة لدول مجلس التعاون الخليجي المصادق عليها بالمرسوم الملكي رقم م/١٣ وتاريخ ١٤٠٢/٣/٢١هـ وقرار المجلس الأعلى في دورته الثامنة عام ١٤٠٣هـ بالسماح لمواطني

دول المجلس الطبيعيين والاعتباريين ممارسة النشاط الاقتصادي فإن بإمكان مقاولي دول المجلس التقدم في المنافسات الخاصة بالمقاولات في المملكة ومعاملتهم بمثل ما يعامل به المقاولون السعوديون . وقد أكدت وزارة المالية والاقتصاد الوطني على ذلك بخطابها رقم ١٧٠٨٩/١٢ وتاريخ ١٤١٨/٤/٢٢هـ .

٩. تضمن قرار مجلس الوزراء رقم ١٩٧ وتاريخ ١٤٢٢/٧/٧هـ إعطاء الأولوية في الحوافز وفي المناقصات والمزايدات والمشاريع الحكومية لمنشآت القطاع الخاص بما لا يتعارض مع نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها .

الفرع الثاني : أولوية المنتجات الوطنية :

المنظم في المملكة العربية السعودية في نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها في المادة الأولى في الفقرة (هـ) نص على أن : ((تفضل المصنوعات والمنتجات ذات المنشأ السعودي على غيرها من مثيلاتها الأجنبية متى كانت محققة للغرض الذي تقرر التأمين من أجله ولو كانت تقل في المواصفات عن مثيلاتها الأجنبية ، ومتى توافرت مصنوعات أو منتجات من هذا النوع جاز شراؤها بالطريق المباشر إذا كانت من إنتاج مصنع واحد ، فإن تعددت مصانع إنتاجها تعين إجراء منافسة بينها على أن تحدد وزارة الصناعة في كلتا الحالتين السعر المناسب للشراء ، ولا تعتبر أي مصنوعات أو منتجات ذات منشأ سعودي إلا إذا كانت من إنتاج منشأة

صناعية مرخص لها تعمل داخل المملكة وقدمت هذه المنشأة شهادة من وزارة الصناعة والكهرباء بأن المواد الأولية المحلية أو اليد العاملة المحلية قد ساهمت بنسبة معقولة في إنتاج هذه المصنوعات أو المنتوجات)) نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها الصادر بالمرسو الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ ..

إضافة إلى هذا فقد صدرت العديد من التعايم والقرارات بعد صدور النظام التي تؤكد هذا المبدأ المشار إليه في الفقرة (هـ) من المادة الأولى المشار إليها على النحو التالي :

١. تضمن قرار مجلس الوزراء رقم ١٢٩١ وتاريخ ١٣٩٤/٩/١٥هـ بأن على جميع المؤسسات العامة والشركات التي تتعاقد مع الجهات الحكومية المختلفة ألا تلجأ إلى الاستيراد من الخارج إلا إذا كان السوق المحلي لا يمكن من توريد ما تحتاجه هذه المؤسسات.
٢. كما تضمن التعميم السامي رقم ١٨٣٠١ وتاريخ ١٣٩٧/٧/٢٧هـ تعميد الجهات الفنية والشركات الاستشارية العاملة مع الدولة عند وضع مواصفات المشاريع الحكومية إعطاء الأولوية للمنتجات الصناعية الوطنية والتقيد بما نصت عليه الفقرة (هـ) من المادة الأولى لنظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها .
٣. تضمن التعميم السامي رقم ٢٤٨٥١ وتاريخ ١٣٩٧/١٠/١٥هـ بأن تضمن العقود والاتفاقيات التي تبرم مع الشركات التي يتعاقد معها

لتنفيذ المشروعات عدم قيام هذه الشركات بإنشاء أي مصنع مهما كان حجمه إلا بإذن مسبق من وزارة الصناعة والكهرباء.

٤. كما أكد قرار مجلس الوزراء رقم ٣٧٧ وتاريخ ١٣٩٨/٤/١٨هـ بأن تضمن جميع العقود التي تبرمها الجهات الحكومية نصاً يقضي بالتزام الشركة أو المؤسسة المتعاقد معها بأن تشتري المنتجات الوطنية.

٥. تضمن التعميم السامي رقم ٦٥١/٧/م وتاريخ ١٤٠٥/٤/٣هـ التأكيد على جميع الأجهزة الحكومية تأمين احتياجاتها من الإنتاج الوطني مع إلزام الشركات التي تتعامل معها بذلك.

المبحث الثاني : القيود التي تحكم جهة الإدارة أثناء التعاقد في الفقه الإسلامي

المطلب الأول : قيود التعاقد المتعلقة بالصيغة

الفرع الأول : موافقة القبول للإيجاب :

اتفق الفقهاء على أنه لابد لانعقاد العقد من توافق الإيجاب والقبول.

ويشترط الفقهاء لانعقاد العقد توافق الإيجاب والقبول في المعنى.

الفرع الثاني : اتصال القبول بالإيجاب :

يشترط لانعقاد العقد أن يكون القبول متصلاً بالإيجاب ، ويحصل هذا الاتصال باتحاد مجلس العقد ، وإذا كان من وجه إليه الإيجاب غائباً فيشترط أن يحصل القبول في مجلس العلم بالإيجاب.

ومقتضى هذا الشرط أن يكون الموجب باقياً على إيجابه إلى أن يتصل به القبول في المجلس، ويتحقق هذا الاتصال بأمرين هما :

أولاً : عدم رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول الآخر :

ويثور هنا تساؤل : هل يملك الموجب حق الرجوع عن إيجابه ما دام أن الآخر لم يقبل ؟

انقسم الفقهاء حول هذا المسألة إلى رأيين :

الرأي الأول : هو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن للموجب حق الرجوع عن إيجابه ما دام الآخر لم يقبل.

وأستدل أصحاب هذا القول : بأن الموجب هو الذي أثبت للمخاطب ولاية القبول ، فله أن يرفعها كعزل الوكيل.

الرأي الثاني : وهو رأي المالكية حيث يرون أنه لو رجع أحد المتابيعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه الآخر لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعد.

والراجح في هذا والله أعلم هو رأي الجمهور ، وذلك لأن الإيجاب بحد ذاته لا يثبت به حكم العقد ، وإذا كان الأمر كذلك لم يكن في رجوع الموجب عن إيجابه إبطال حق للقابل وبالتالي جواز الرجوع دون أن يترتب عليه شيء ، والله أعلم .

ثانياً : عدم صدور ما يدل على الإعراض من قبل العاقدين أو أحدها :

يشترط لتحقيق الاتصال بين الإيجاب والقبول أن لا يصدر من الموجب أو الطرف الآخر أو كليهما ما يدل على الإعراض عن انعقاد العقد

المطلب الثاني : قيود التعاقد المتعلقة بالعاقدين

الفرع الأول : الولاية :

يقال في اللغة: ولي الشيء ولياً إذا دنا منه أو اتصل به ، ويقال : ولي فلاناً ولاية إذا نصره وأعانه ، وولي الأمر وولي عليه ولاية إذا ملك أمر التصرف فيه.

وفي الاصطلاح : سلطة تمكن صاحبها من مباشرة العقود وترتيب آثارها دون توقف على رضا غيره.

أقسام الولاية :

١. **ولاية على النفس** : تتمثل في المحافظة على نفس الصغير ومن في حكمه.

٢. **ولاية على المال** : وهي سلطة المرء على المال بشكل عام.

وهي نوعان :

أ/ سلطة قاصرة : وهي سلطة المرء على مال نفسه.

ب/ سلطة متعدية : وهي سلطة الإنسان على مال غيره . وهي نوعان :

الأول : سلطة أصلية وهي تثبت بإثبات الشرع وتنحصر في ولاية الأب والجد على مال ولدهما القاصر.

الثاني : سلطة نيابية : وهي التي يستمدها صاحبها من شخص آخر.

وينبغي أن يعلم أن الولايات الصادرة عن الإمام أربعة أقسام :

أحدها : من تكون ولايته عامة في الأعمال العامة ، وهم الوزراء.

الثاني : من تكون ولايته عامة في أعمال خاصة : وهم الأمراء.

الثالث : من تكون ولايته خاصة في الأعمال العامة ، وهم قاضي القضاة.

الرابع : من تكون ولايته خاصة في أعمال خاصة .

ولعل ولاية المال العام والاختصاص بإبرام العقود تدخل تحت النوع الثالث وهو من تكون ولايته خاصة.

ولقد اشترط العلماء في هذه الولاية وغيرها شرطان هما :

١. القوة وهي في كل ولاية بحسبها .

٢. الأمانة .

وهذا استخلاصاً من قوله سبحانه وتعالى : ﴿ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الأَمِينُ (٢٦)﴾ سورة القصص آية (٢٦) ..

الفرع الثاني : الرضا والاختيار :

اتفق الفقهاء رحمهم الله تعالى على أن رضا العاقدان أساس في العقود ، يقول الله سبحانه وتعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلاَ تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً (٢٩)﴾ سورة النساء آية (٢٩) .

وقال ﷺ : [إنما البيع عن تراض] أخرجه ابن ماجه ، برقم (٢١٨٥) ..

المطلب الثالث : قيود التعاقد المتعلقة بالمحل المعقود عليه

الفرع الأول : وجود المحل المعقود عليه : يختلف اشتراط هذا الشرط باختلاف العقود ، ففي عقد البيع اتفق الفقهاء في الجملة على وجود المحل فلا يجوز بيع ما لم يوجد لقوله ﷺ : [لا تبع ما ليس عندك] أخرجه الترمذي برقم (١٢٣٢) .

واستثنى الفقهاء من بيع المعدوم عقد السلم ، وذلك لحاجة الناس إليه كما أستثنى الحنفية من ذلك عقد الاستصناع للدليل نفسه . .

وعقد الإجارة قد أجازه الفقهاء لاعتبارات مختلفة .

الفرع الثاني : قابلية المحل لحكم العقد : اتفق الفقهاء على اشتراط هذا الشرط وهو أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد ، فما لم يكن مالاً بالمعنى الشرعي لا يصح بيعه ، وكذا إذا لم يكن متقوماً أي منتفعاً به شرعاً ، كما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ : [حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام] صحيح البخاري ، برقم (٢٢٣٦) . .

الفرع الثالث : معلومية المحل للعاقدين :

يشترط في المحل أن يكون معيناً معلوماً للعاقدين علماً قاطعاً للخصومة والنزاع نافياً للجهالة والغرر .

والفقهاء متفقون على اشتراط هذا الشرط في التصرفات التي هي من قبيل المعاوضات .

أما التصرفات التي هي من قبيل التبرعات ، فالفقهاء ليسوا على اتفاق في هذا الشرط ، فالشافعية يشترطون معلومية المعقود عليه في جميع التصرفات سواء كانت من قبيل التبرعات أو المعاوضات .

وأما الجمهور فإنهم قد اشترطوا معلومية المعقود عليه في عقود المعاوضات فقط.

الفرع الرابع : القدرة على التسليم :

اتفق الفقهاء رحمهم الله تعالى على اشتراط كون المعقود عليه مقدوراً على تسليمه.

هذا ما يتعلق بعقود المعاوضات ، أما ما يتعلق بعقود التبرعات فقد حصل الخلاف بينهم فيها .

فذهب الجمهور إلى اشتراط القدرة على التسليم في عقود التبرعات.

وذهب المالكية إلى أنه لا يشترط القدرة على التسليم في عقود التبرعات.

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا مُحَمَّد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث
العرف الإداري وتطبيقاته في النظام الإداري السعودي
بحث في السياسة الشرعية

إعداد
عبد اللطيف بن عوض محمد القرني

إشراف
الشيخ الدكتور عبد الكريم الصايغ

للعام الجامعي ١٤٢٥هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس ٢٠٧
البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس ١٥٤
البحث بعد التلخيص ٣٥

إعداد/
لجنة ملخصات الأبحاث القضائية
بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث

وهذا البحث يتكون من مقدمة ، وتمهيد ، وستة فصول ، وخاتمة :

المقدمة ، **وتشتمل على الآتي :**

١. الافتتاحية

٢. أهمية الموضوع

٣. أسباب اختيار الموضوع

٤. الدراسات السابقة

٥. خطة البحث

٦. منهج البحث

٧. شكر وتقدير

التمهيد ، **ويشتمل على التعريف بمصطلحات البحث ، وفيه خمسة مباحث**

المبحث الأول : تعريف العرف الإداري باعتباره منفرداً (وفيه ستة مطالب)

المطلب الأول : **مفهوم العرف في اللغة**

المطلب الثاني : **مفهوم العرف في الفقه**

المطلب الثالث : **مفهوم العرف في النظام**

المطلب الرابع : **مفهوم الإداري في اللغة**

المطلب الخامس : **مفهوم الإداري في الفقه**

المطلب السادس : **مفهوم الإداري في النظام**

المبحث الثاني : مفهوم العرف الإداري باعتباره مركباً (وفيه مطلبان) :

المطلب الأول : **مفهوم العرف الإداري العام**

المطلب الثاني : **مفهوم العرف الإداري الخاص**

المبحث الثالث : تاريخ العرف الإداري ودوره كمصدر للقانون الإداري

المبحث الرابع : أهمية العرف الإداري وضرورته (وفيه مطلبان) :

المطلب الأول : **أهمية العرف الإداري في الفقه**

المطلب الثاني : **أهمية العرف الإداري في النظام**

المبحث الخامس : مقارنة العرف الإداري ببعض القواعد النظامية الآخرى (وفيه أربعة مطالب) :

المطلب الأول : **مقارنة العرف الإداري بالإجماع**

المطلب الثاني : **مقارنة العرف الإداري بالعادة**

المطلب الثالث : **مقارنة العرف الإداري بالتسامح الإداري**

المطلب الرابع : **مقارنة العرف الإداري بالإستعمال المتكرر للسلطة التقديرية**

الفصل الأول ، **أنواع العرف الإداري وأركانه وشروطه (وفيه ثلاثة مباحث)** :

المبحث الأول : أنواع العرف الإداري (وفيه مطلبان) :

المطلب الأول : **أنواع العرف الإداري في الفقه (وفيه مسألتان)** :

المسألة الأولى : أنواع العرف الإداري باعتبار الصحة والفساد

المسألة الثانية : أنواع العرف الإداري باعتبار سببه

المطلب الثاني : **أنواع العرف الإداري في النظام (وفيه ثلاثة مسائل)** :

المسألة الأولى : العرف الإداري المكمل

المسألة الثانية : العرف الإداري المفسر

المسألة الثالثة : العرف الإداري المخالف

المبحث الثاني : أركان العرف الإداري (وفيه مطلبان) :

المطلب الأول : **أركان العرف الإداري في الفقه**

المطلب الثاني : **أركان العرف الإداري في النظام (وفيه مسألتان)** :

المسألة الأولى : العنصر المادي

المسألة الثانية : العنصر المعنوي

المبحث الثالث : شروط العرف الإداري (وفيه مطلبان) :

المطلب الأول : **شروط العرف الإداري في الفقه**

المطلب الثاني : **شروط العرف الإداري في النظام**

الفصل الثاني ، **حجية العرف الإداري وآثاره (وفيه ثلاثة مباحث) :**

المبحث الأول : حجية العرف الإداري في الفقه ومدى إلزامية العمل به

المبحث الثاني : حجية العرف الإداري في النظام ومدى إلزامية العمل به في النظام السعودي.

المبحث الثالث : آثار العرف الإداري (وفيه ثلاثة مطالب) :

المطلب الأول : **آثار العرف الإداري في السلطة الإدارية**

المطلب الثاني : **آثار العرف الإداري في الأفراد**

المطلب الثالث : **آثار العرف الإداري في الدولة**

الفصل الثالث: **تطبيقات العرف الإداري في النظام الإداري السعودي (وفيه مبحثان) :**

المبحث الأول : نطاق تطبيقات العرف الإداري

المبحث الثاني : تطبيقات العرف الإداري (وفيه مطلبان) :

المطلب الأول : **تطبيقات العرف الإداري في الفقه**

المطلب الثاني : **تطبيقات العرف الإداري في النظام**

الخاتمة ، فهرس الآيات ، فهرس الأحاديث ولآثار ، فهرس الأعلام ، فهرس المصادر والمراجع ، فهرس الموضوعات

التمهيد

(وفيه خمسة مباحث)

المبحث الأول

(وفيه ستة مطالب)

المطلب الأول : **مفهوم العرف في اللغة :**

العرف والعارفة والمعروف ضد النكر وهو كل ما تعرفه النفس من الخير

المطلب الثاني :مفهوم العرف في الفقه

ما اعتاده جمهور قوم مما لا ترده الشريعة في جميع البلدان أو في بعضها وهذا التعريف هو الراجح .

أسباب إختيار التعريف :.

١) أنه أطلق العرف على اعتبار الأكثرية ولم يخصصها باعتياد الجميع لأن العرف يكفي في إثباته اعتياد الأكثرية .

٢) أنه فرق بين العرف والعادة .

٣) أنه جعل العرف مقبولاً إذا كان لا يخالف الشريعة الإسلامية .

المطلب الثالث : مفهوم العرف في النظام

هو مصدر ينشئ القاعدة القانونية عن طريق إعتياد الناس على متابعة سلوك معيّن وإستقرار الإيمان في نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزماً

المطلب الرابع :مفهوم (الإداري) في اللغة

(الإداري) كلمة منسوبة إلى الإدارة والإدارة أصلها الثلاثي(دار) وألفه منقلبة عند واو. بمعنى إحداق الشيء بالشيء من حواليه.

أما الإدارة فهي منها . وهي مصدر الرباعي (أدار) يدير إدارةً ، يقال أدار حول الشيء أي دار ، وأداره عن الأمر أي طلب منه أن يتركه ، وأدار فلاناً على الأمر أي طلب منه أن يفعله ، وأدار الشيء أي جعله يدور

المطلب الخامس :مفهوم (الإداري) في الفقه

والإدارة في الفقه الإسلامي تطلق على : "تنظيم ورعاية القوى البشرية لتحقيق أهداف الدولة الإسلامية في إطار أحكام الشرع " .

المطلب السادس :مفهوم الإداري في النظام :هي علم إنساني يبحث في طريقة معالجته العلاقة بين الرئيس والمرؤوس وتجمع بين الإنسان والمادة كدراسة العلاقة بين العامل وما يستخدمه من مواد مادية أثناء تأديته للعمل ونذكر بعض التعريفات للإدارة : ـاستخدام جهد مشترك لتحقيق هدف واحد.

وهوالراجح لأنه يتسم بالوضوح والتحديد .

فالإداري هو الشخص الذي يحتل أعلى مركز في المنظمة ولديه من الإختصاصات والسلطات ما تمكنه من ممارسة عمله كقائد ومعلم للجماعة

ولـه مـن الصـفات الجسـمية والعقليـة والخلقيـة مـا يمكنـه مـن قيـادة المنظمـة واستغلال جميع طاقات العاملين بها بأقصى كفاية ممكنه .

المبحث الثاني

(وفيه مطلبان)

المطلب الأول : **مفهوم العرف الإداري العام**

تكرار العمل الإداري الملزم.

المطلب الثاني :مفهوم العرف الإداري الخاص

" هو القاعدة التنظيمية الناشئة من تكرار السلطة الإدارية المختصة لأعمال إدارية فردية ، و اقتران هذه القاعدة بإلتزام الإدارة بها وقبول الأفراد لحكمها.

وهذا التعريف في نظري أنه هو المختار وذلك لما يلي :.

١) الأخذ بمعيار الإدارة كسلطة عامة صاحبة اختصاص.

٢) إبراز العمل الإداري الفردي في إنشاء العرف الإداري .

٣) إبراز التزام الإدارة بالقاعدة المستخلصة من التكرار.

٥) إبراز قبول الأفراد بالقاعدة الناشئة من التكرار .

ويمكن أن يقسم العرف الإداري إلى عام وخاص من حيث نطاق إنتشاره

فالعرف الإداري العام هو العرف الثابت في جميع مناطق الدولة أو في جميع الأنظمة الإدارية .

والعرف الإداري الخاص هو العرف الذي يكون مخصوص ببلد معيّن أو جهة إدارة معينة.

المبحث الثالث

تاريخ العرف الإداري ودوره كمصدر للقانون الإداري

إن المؤرخين لمصادر القانون يذكرون أن العرف من أقدم المصادر لإثبات الحق.

فكثير من المجتمعات كانت تحكم الأعراف والعادات السائدة في مجتمعهم.

أما في العصر الجاهلي فقد كان الناس يتقاضون إلى رجل ذي عقل وروية ودربة وبعد نظر ليفصل بينهم في منازعاتهم وخصوماتهم.

ولما جاء الإسلام نظر في هذه العادات والأعراف فما كان صحيحاً أقره وما كان فاسداً أنكره، وكان هذا المفهوم الإسلامي للعرف هو السائد في المجتمع الإسلامي منذ بزوغ فجر الإسلام إلى سقوط الدولة العثمانية وبعدها نشأت القوانين الوضعية.

ويظل دور العرف في القانون الإداري دور تكميلي ثانوي ومع أنه له هذا الدور إلا أنه يقوم بدور بارز في نطاق القانون الإداري وذلك بسبب عدم كمال هذا القانون نظراً لعدم قدرة المشرع الإحاطه بكافة الأمور الحاضرة والمستقبلة.

ونخلص من كل ما تقدم فيما يتعلق بمرتبة العرف الإداري بالنسبة للتشريع إلى أنه لا يجوز للقاضي الإلتجاء إلى العرف الإداري إلا عند عدم وجود النص الشرعي أو النظامي.

المبحث الرابع

أهمية العرف الإداري وضرورته

(وفيه مطلبان)

المطلب الأول : **أهمية العرف الإداري في الفقه**

أناط الشارع بها كثيراً من الأحكام .

منها مقدار النفقة ، فقد أحال الله فيها الأمر إلى العرف كما في قوله تعالى : ﴿ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ سورة البقرة ، آية (٢٣٣) ..

كما أحال الرسول ﷺ على العرف في قوله لهند رضي الله عنها : " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف " أخرجه البخاري في صحيحه ٧٦٩/٢. وأخرجه مسلم في صحيحه، ١٣٣٨/٣.

وبالجملة فإن كل ما ورد في الشرع مطلقاً غير محدود بحد فإنه يرجع في تحديده إلى العرف.

ولما للعرف من أهمية عظيمة فقد اشترط في المفتي أن يكون عالماً بأعراف المستفتين وعاداتهم،كما اشترط في القاضي أن يكون على علم تام بعادات المجتمع الذي يتولى الفصل في خصوماته ومنازعاته.

هذا بالنسبة للعرف عموماً ومعلوم أن العرف الإداري يدخل في هذا من حيث المفهوم العام للعرف.

المطلب الثاني

أهمية العرف الإداري في النظام

إن علماء القانون الوضعي يعتبرون العرف مصدراً من مصادر القانون ، ولذلك يذكرون محاسنه كما يذكرون مساوئه ، أما محاسنه فتتلخص في أمرين :ـ **أولاً)** : أن العرف الأصل فيه أنه لا يتكون إلا بعد مضي زمن طويل فيكون غالباً قد استقرَّ وأطَّرد ورضيت عنه الجماعة.

ثانياً) : أن التشريع لديهم ناقص ، فلذلك يلجأون إلى العرف.

وأما عيوبه فتتلخص في ثلاثة أمور :

أولاً) : أن العرف بطيء التكوين.

ثانياً) : صعوبة إثباته وذلك ينبثق من صعوبة تحقيق شروطه .

ثالثاً) : اختلاف العرف من إقليم لإقليم في الدولة الواحدة ، وهذا مما يضعف كيان الدولة وتماسكها .

و أيًّا كان الأمر فإن للعرف منزلة عظيمة لدى رجال القانون فهم يعتبرونه المصدر الثاني من مصادر القانون .

وفي النظام السعودي منزلة لا تخفى للعرف وقد يغني عنها الحديث عن منزلته في الفقه الإسلامي ، لأن المصدر الوحيد للنظام السعودي هو الشريعة الإسلامية ويدخل فيه ما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة ، فقد نص النظام الأساسي للحكم على الآتي :.

" يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة " **المادة (٧) من النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم أ/٩٠ في ١٤١٢/٨/٢٧هـ . .**

ونصّت على الآتي : " تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة ، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة " **المادة (٤٨) من النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم أ/٩٠ في ١٤١٢/٨/٢٧هـ . .**

وعلى ضوء ما سبق يظهر لنا موقع العرف في الهرم النظامي للمملكة العربية السعودية ومعرفة هذا الموقع مفيدة جداً ، وذلك لمعرفة الأعلى مرتبة فيقدم على الأولى منه عند التعارض

وتصور الهرم النظامي في المملكة العربية السعودية يكون على النحو الآتي :.

١) نصوص الكتاب والسنة .

٣) ما يصدره ولي الأمر من أنظمة مما لا يتعارض مع نصوص الكتاب والسنة ، ويشمل :أ ـ الأنظمة (تصدر بمراسيم ملكية) .

ب ـ اللوائح .

ج ـ التعميمات.

٣) القواعد العرفية .

المبحث الخامس

مقارنة العرف الإداري ببعض القواعد النظامية الأخرى

(وفيه أربعة مطالب)

المطلب الأول : **مقارنة العرف الإداري بالإجماع**

ونستطيع أن نفرق بين العرف والإجماع بعدة وجوه منها : .

١) أن الإجماع لا ينعقد إلا بإتفاق مجتهدي أمة مُحَمَّد ﷺ في عصر من العصور بخلاف العرف فإنه لا يشترط فيه ذلك.

٢) أن الإجماع لابد أن يكون له مستند ولم يشترط ذلك في العرف.

٣) أن الإجماع دليل شرعي معتبر لا يعتريه البطلان بخلاف العرف فإنه قد يكون باطلاً.

٤) أن الإجماع القطعي لا تجوز مخالفته أما العرف فمن الجائز أن يتغيّر أو يتبدل.

٥) أن الإجماع لا ينعقد عند مخالفة أحد من المجتهدين أما العرف فلا يؤثر فيه شذوذ طائفة من العمل .

٦) أن الإجماع يتحقق بمجرد إتفاق مجتهدي أمة مُحَمَّد ﷺ على الحكم ، أما العرف فلا يتحقق إلا بعد الإستمرار والدوام عليه.

المطلب الثاني : مقارنة العرف الإداري بالعادة

أولاً) : مقارنة العرف بالعادة عند الفقهاء :

لقد تعددت إتجاهات الأصوليين في التفريق بين العرف والعادة ، وقد حُصرت في أربع اتجاهات :.

الإتجاه الأول :. أن العرف والعادة لفظان مترادفان .

الإتجاه الثاني :. أن العادة هي عرف عملي والعرف يكون عملياً ويكون قولياً ، فيكون العرف أعم من العادة.

الإتجاه الثالث :. أن العرف مخصوص بالقول ، والعادة مخصوصة بالفعل

الإتجاه الرابع :. أن العادة قد تكون فردية ، ولكن العرف لا يكون إلا من الجماعة..

ثانياً) : مقارنة العرف الإداري بالعادة عند القانونيين :

١) العرف قانون ، أما العادة الإدارية ، فهي بند من بنود العقد لا يطبقها القاضي إلا بناءً على طلب صاحب المصلحة .

٢) العرف الإداري قانون ويفترض في القاضي العلم به ، أما العادة فتدخل في نطاق الوقائع ، ويجب على من يتمسك بها إثبات وجودها.

٣) العرف الإداري قانون ولا يمكن لأحد الإعتذار بالجهل به ، أما العادة فلا يجوز تطبيقها عند الجهل بها.

٤) العرف الإداري قانون ، وتراقب المحكمة صحة تطبيقه ، أما العادة فهي واقع ، ولا رقابة للمحكمة على حسن تطبيقها .

المطلب الثالث

مقارنة العرف الإداري بالتسامح الإداري

المقصود من التسامح الإداري بأنه التساهل في تطبيق قاعدة قانونية دون الإلتزام بالقاعدة الناشئة من التطبيق المخالف للقانون .

ويمكننا أن نلخص الفرق بين العرف الإداري والتسامح الإداري على النحو التالي :.

١) أن تسامح الإدارة قد يتسم بالعرضية والتوقيت ، بخلاف العرف الإداري الذي يتصف بالإستمرار والدوام .

٢) قد يطول التسامح الإداري ويمتد إلى سنوات ومع هذا فالتكرار لا ينشئ القاعدة العرفية .

المطلب الرابع

مقارنة العرف الإداري بالإستعمال المتكرر للسلطة التقديرية

العرف الإداري يقوم على تكرار الأعمال الإدارية الفردية ثم تستخلص القاعدة والإلتزام بها من الأنظمة السابقة ، فإذا لم يقم دليل آخر يناقض النظام السابق ، بقي هذا النظام الدليل الوحيد على نشوء العرف الإداري ، والمقارنة فيها غموض إذ يتعلق بفحص ظروف كل حالة .

الفصل الأول

أنواع العرف الإداري وأركانه وشروطه (وفيه ثلاثة مباحث) :

المبحث الأول : أنواع العرف الإداري

(وفيه مطلبان)

المطلب الأول : أنواع العرف الإداري في الفقه

الفرع الأول : أنواع العرف الإداري في الفقه بإعتبار الصحة والفساد :

أولاً): العرف الإداري الصحيح :ـ هو ما تعارفت عليه أكثر الجهات الإدارية من قول أو فعل ولم يخالف الشريعة الإسلامية .

ثانياً): العرف الإداري الفاسد :هو ما تعارفت عليه أكثر الجهات الإدارية مما يخالف الشرع.

وهذا النوع من العرف الإداري غير معتبر في الشرع وتجب مخالفته ، لأنه مصادم للنصوص الشرعية ؛ولذلك هذا النوع من العرف الإداري في الأصل

غير معتبر في نظام المملكة العربية السعودية لأن النظام يعتمد على الشريعة الإسلامية .

الفرع الثاني : أنواع العرف الإداري في الفقه بإعتبار سببه :.

أولاً): العرف الإداري القولي :ـهو ما شاع بين الجهات الإدارية من استعمال ألفاظ وتراكيب في معنى خاص ، ولم يكن ذلك لغة ، بحيث يصبح ذلك المعنى هو المتبادر منها إلى الذهن عند الإطلاق بلا قرينة ولا علاقة عقلية .

ثانياً): العرف الإداري العملي :وهو ما جرى عليه عمل أكثر الجهات الإدارية والقطاعات الحكومية وتعارفوه في معاملاتهم وتصرفاتهم .

المطلب الثاني

أنواع العرف الإداري في النظام

المسألة الأولى : العرف الإداري المكمل :.

يعرفه القانونيون بأنه الذي يسد النقص في النصوص النظامية وصورة ذلك " اعتياد الإدارة اعتياداً ملزماً على تنظيم مسألة من المسائل لم تتناولها النصوص بالتنظيم

وللعرف الإداري المكمل حالات ينشأ بها وهي :.

١. سد النقص في النظام الإداري :. أي سد النقص والثغرات المتروكة بدون تنظيم قد يتركها المنظم قاصداً ، أو توجد نتيجة النقص أو عدم الكمال في النصوص كما أن الأعراف قد يكمل بعضها بعضاً .

٢. التنفيذ العام لمواد النظام :. لا يقصد هنا بالتنفيذ تنفيذ المواد مادة مادة ، وإنما التنفيذ بالمعنى الواسع ، أي بالنظر إلى النظام كمجموعة مترابطة يراد بها حفظ النظام وإدارة المرافق العامة ، وتوفير الضرورات للمحافظة على استمرار الحياة القومية .

٣ـ في حال الاختصاص المشترك :ـ والمنظم هنا يقوم بمنح الإدارة اختصاصين :.(عام من قبل سلطة عليا على مستوى الدولة ، وخاص تمارسه سلطة دنيا) .

فالسلطة الدنيا لا تستطيع مخالفة القواعد التي تضعها السلطة العليا ولكنها بالمقابل تستطيع أن تشدد في الشروط والإجراءات التي تضعها السلطة العليا ، ومن ثم فالأعراف يمكن أن تنشأ في حدود هذه الإضافات .

المسألة الثانية : العرف الإداري المفسر : المقصود من التفسير هو تلك العملية الذهنية التي غايتها الاستدلال على حكم القانون من واقع الألفاظ ، أو تحديد شرط الفرض في القاعدة ، وبيان حدود الحكم الذي يترتب من واقع الألفاظ.

وجرى معظم القانونيون على اعتبار العرف المفسر مصدراً من مصادر القانون ، وهو بهذا الوصف ينشئ قواعد قانونية تتوفر بها كافة مقومات القاعدة الوضعية.

المسألة الثالثة : العرف الإداري المخالف :ـيمكن أن نلخّص أوجه مخالفة العرف الإداري للنظام في الحالات الآتية :.

الحالة الأولى : الخطأ في تفسير وتطبيق النصوص :.

في حالة الخطأ في التفسير ، فالإدارة لا تتنكر للنص ، ولكنها تحمله على غير معناه الصحيح .

إذا ما أخطأت في التطبيق وانساقت وراءه ثم شاع الخطأ وانتشر بين الناس فإن هذا الاطراد ، لا يشكل قاعدة قانونية عرفية لافتقاره إلى شرط أساسي هو المطابقة مع أحكام القانون .

الحالة الثاني : المخالفة الإيجابية للنظام :ـفي هذه الحالة لا تكتفي الإدارة بالإمتناع عن التطبيق وإنما تقيم تنظيماً قانونياً جديداً يتعارض مع الأحكام القانونية القائمة .

الحالة الثالثة : المخالفة السلبية :ـ تكون في الاعتياد على عدم استعمال نص قانوني ، بحيث تجري الإدارة العامة قصداً في بعض الأحيان على عدم تطبيق تنظيمات معينة مدة طويلة ، رغم توافر ظروف انطباقها ، مما يوجد ما يمكن أن يسمى تجاوزاً العرف الإداري السلبي وهو العرف الذي يقوم على عدم استعمال بعض التنظيمات من جانب الإدارة على النحو المتقدم .

المبحث الثاني

أركان العرف الإداري

(وفيه مطلبان)

المطلب الأول : **أركان العرف الإداري في الفقه**

أولاً): الركن المادي :ـ ويقصد بهذا الركن الدلالة على أن العرف يتكون من عمل معين ويطرد هذا العمل بنفس الطريقة وينتشر ويتواتر .

فيؤخذ بالعرف هنا إذا كان عاماً ولم يخالف الشريعة الإسلامية ولهذا وجب على القاضي والمفتي النظر إلى العرف وسببه فما كان صحيحاً لا يتعارض مع النصوص أقر ورتب الحكم على وفقه ، وما كان غير صحيح أنكره ورتب الفتوى أو الحكم على الوجه المشروع .

ثانياً): الركن المعنوي :ـ وهو ركن نفسي غير مادي ويقصد به إحساس الأفراد الذين يتبعون السلوك المعتاد بأن هذا السلوك ملزماً لهم وهذا الركن هو الذي يحول واقعة السلوك المعتاد إلى قاعدة يلزم العمل بها ولذلك كانت القاعدة الفقهية (العادة محكّمة) ، و (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) .

وهذا الركن صعب ودقيق ، حيث أن إثبات توافره ليس بالأمر اليسير ، حيث إنه لا ينشأ فجأة ولكنه ينمو شيئاً فشيئاً في الجماعة ويتدرج مع الزمن

المطلب الثاني : أركان العرف الإداري في النظام

المسألة الأولى : العنصر المادي :ـ يقصد به جري الإدارة العامة على إتباع قاعدة معينة في خصوص تصرفات إيجابية أو تصرفات سلبية تتمثل في الترك وهو الأمر الذي يترتب عليه في الحالتين نشوء عادة إدارية من جراء تكرار هذه التصرفات أو تلك .

والمراد بالتكرار في هذا المجال هو ممارسة تصرف معين في حالة ثم العودة إلى ممارسته في الحالات الجديدة المماثلة للحالة الأولى ، وذلك تحقيقاً لمعنى الاعتياد القائم على التطبيق الموحّد .

المسألة الثانية : العنصر المعنوي :ـ يقصد بالعنصر المعنوي بالنسبة للعرف كمصدر للقانون الإداري هو توافر الإعتقاد بإلزامية القاعدة المتبعة عادة ، كلما تجددت الحالة التي كانت فيها من قبل أي توافر عقيدة الإلزام أو ما يسمى بالشعور القانوني ..

ومن أهم الآثار التي تترتب على توافر عقيدة الإلزام بالنسبة للأعراف الإدارية ، أن تكون هذه الأعراف ملزمة للإدارة.

ومن هذه الآثار كذلك إلتزام الأفراد بإحترام الأعراف الإدارية.

المبحث الثالث

شروط العرف الإداري

(وفيه مطلبان)

المطلب الأول : **شروط العرف الإداري في الفقه**

الشرط الأول : أن يكون العرف الإداري مطرداً أو غالباً :ومعنى كونه مطرداً أن يستمر العمل به في جميع الحوادث أو أغلبها بين الذين تعارفوه فإذا اضطرب العمل به ولم يكن مطرداً ، أو غالباً فلا عبرة به.

الشرط الثاني : أن يكون العرف الإداري عاماً : والمراد بهذا الشرط أن يكون العرف الإداري شائعاً ومستفيضاً بين الجهات الإدارية التي تعارفت عليه بحيث لا يتعلق بقلة منهم.

الشرط الثالث : أن يكون العرف الإداري قائماً وقت إنشاء التصرف المراد تحكيمه : ويعني هذا الشرط أن يكون العرف سابقاً على التصرف ومقارناً له وعلى ذلك فلا عبرة بالعرف الذي يطرأ بعد إنشاء تصرف ما .

الشرط الرابع : أن لا يعارض العرف الإداري نص بخلافه : يشترط في العرف الإداري ألا يوجد تصريح من الجهة الإدارية بخلاف مضمون العرف الإداري.

الشرط الخامس : أن لا يكون العرف الإداري مخالفاً لنص شرعي :يشترط في العرف أن لا يكون مخالفاً لنص من القرآن أو السنة.

الشـرط السـادس : أن يكـون العـرف الإداري ملزمـاً : الإلـزام هنـا لـيس معناه أن يُثبت شيئاً في الذمة بنفسه كما هو المتبادر من معنى الإلزام وذلك لأمرين وهما :

١. أن ما يبنى على العرف لا يُثبّت في ذمة الإنسان.

٢. أنه يصح التصريح بخلاف العرف ولو كان ملزماً ما صح التصريح بخلافه.

المطلب الثاني

شروط العرف الإداري في النظام

الشرط الأول : أن يكون العرف الإداري عاماً : والمراد بالعموم هنا أن لا يتعلق بفئة من الإدارة قليلة ، ولكن بكثرة منهم، وليس معنى العموم هنا أن يكون العرف الإداري شاملاً لجميع الأقاليم في الدولة ، بل يكون كذلك ويكون خاصاً بإقليم أو بلدة وهو ما يسمى بالعرف الإداري الخاص .

الشرط الثاني : أن يكون العرف الإداري قديماً : والمقصود بذلك أن يمضي على اتباعه فترة طويلة ، بحيث يمكن أن يقال إن الأمر قد استقر في جهة الإدارة وأصبح عند أفراد الإدارة شعور باحترامه ،

الشرط الثالث : أن يكون العرف الإداري ثابتاً :ومعنى ذلك أن تتبعه جهة الإدارة بانتظام بطريقة لا تتغير مع الزمن ولا تنقطع.

الشرط الرابع : أن يكون هناك إعتقاد سائد بين الأفراد بضرورة إحترام العرف الإداري :ومعنى ذلك أن العرف الإداري شأنه شأن القاعدة القانونية لابد أن يشعر أفراد الإدارة بضرورة احترامه واعتباره ملزماً .

الشرط الخامس : أن لا يخالف العرف الإداري النصوص الإدارية الآمرة :

إعمال هذا المبدأ يترتب عليه أن العرف الإداري لا يجوز أن يخالف قاعدة من قواعد النظام الإداري ، وتحقق هذا الشرط يكسب العرف الإداري صفة الإلزام في نفوس أفراد الجهة الإدارية .

مقارنة بين الشروط في الفقه والنظام : العموم والقدم والثبات والإلزام هي شروط متفق عليها في الفقه وفي النظام وكذلك اشتراط الفقهاء في العرف الإداري عدم مخالفته لنص شرعي ويقابله في النظام عدم مخالفة العرف الإداري لنصوص إدارية آمرة ، وبقي اشتراط الفقهاء للعرف عدم التصريح بخلافه فهو وإن لم ينص القانونيون على اشتراطه إلا أنه متفق على العمل به ، فمتى ما صرح المتعاقدان في أي عقد من العقود الإدارية بخلاف ما دل عليه العرف الإداري فالعبرة بما صرحا به ، وبهذا يظهر ما بين الشروط من اتفاق .

الفصل الثاني

حجية العرف الإداري وآثاره

(وفيه ثلاثة مباحث)

المبحث الأول

حجية العرف الإداري في الفقه ومدى إلزامية العمل به

أولاً) : أدلة حجية العرف الإداري من القرآن الكريم : .

١. قال الله تعالى:﴿ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ سورة البقرة آية (٢٣٣).

ثانياً) : أدلة حجية العرف الإداري من السنة : .

١. حديث عائشة . ﷺ . قالت : قالت هند أم معاوية للنبي ﷺ إن أبا سفيان رجل شحيح فهل علي جناح أن آخذ من ماله سراً ؟ قال : خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف " سبق تخريجه .

ثالثاً) : أدلة حجية العرف الإداري من الإجماع : .الإجماع من الأدلة التي يستند عليها العرف الإداري في إثبات حجيته ، فإذا تعارف الناس في عصر

من العصور على أي عمل ، ولم ينكر عليهم أحد من العلماء مع علمهم به ، بل ربما عملوا به . فهذا يسمى بالإجماع العملي .

المبحث الثاني

حجية العرف الإداري في النظام

ومدى إلزامية العمل به في النظام السعودي

١) نص نظام العمل والعمال السعودي على الآتي : ـ لا يجوز المساس بأحكام هذا النظام ولا بما اكتسبه العامل من حقوق آخرى بمقتضى أي نظام آخر أو اتفاقيات الامتياز أو أي عقد من عقود العمل أو أي اتفاقية آخرى أو قرارات التحكيم أو الأوامر الملكية أو ما جرى به العرف أو اعتياد صاحب العمل على منحه للعمال في منطقة أو مناطق معينة **نظام العمل والعمال السعودي ، الصادر بمرسوم ملكي رقم (٧٤٥) بتاريخ ١٣٨٩هـ , المادة (٦) . .**

٢) نص نظام العمل والعمال السعودي على الآتي : يلزم صاحب العمل أن يدفع للعامل أجرته في الزمان والمكان الذين يحددهما العقد أو العرف مع مراعاة ما تقتضي به الأنظمة الخاصة بذلك **نظام العمل والعمال السعودي، الصادر بمرسوم ملكي رقم (٧٤٥) بتاريخ ١٣٨٩هـ ، المادة (٧٤) . .**

٣) نظام المحكمة التجارية عدد أنواع الشركات ثم أحال بعد ذلك إلى العرف التجاري والإداري في تأسيس الشركات وإحالته تلك تمثل قاعدة تدل على الحجية **نظام المحكمة التجارية السعودية ، الصادر بمرسوم ملكي رقم (٣٢) بتاريخ ١٣٥٠هـ ، المادة (١٦) ، وقد ألغيت منه المواد**

المتعلقة بالدفاتر التجارية والتحكيم وبعض الأحكام الأخرى وذلك بصدور عدت أنظمة منها : نظام الدفاتر التجارية ، ونظام التحكيم ..

٤) نص نظام الشركات السعودي : ـ" ... تسري أحكام هذا وما لا يتعارض معها من شروط من الشركاء وقواعد العرف على الشركات الآتية .. " **نظام الشركات السعودي ، الصادر بمرسوم ملكي رقم (١٨٥) بتاريخ ١٣٨٥هـ ، المادة (٨)** .

٥. هذا ما ورد عن العرف في فروع النظام التي لها نصوص مكتوبة في المملكة العربية السعودية ، أما المحاكم الشرعية وهي الجهة ذات الولاية العامة إلا ما استثني بنص خاص فإننا نجد مجالاً واسعاً لتطبيق العرف

المبحث الثالث

آثار العرف الإداري

(وفيه ثلاثة مطالب)

المطلب الأول

آثار العرف الإداري في السلطة الإدارية

للعرف الإداري أثر بالغ الأهمية في تصرفات السلطة الإدارية . وذلك في أعمالها سواءً في إصدار قرار أو الغاءه وأيضاً في إبرام العقود الإدارية المختلفة وأيضاً في مجال الحلول والتأديب والتفويض والتعويض .

فالعرف الإداري له أثر في مجال الحلول من حيث لو تغيّب الرئيس فإن تكرار قيام المرؤوس بأعمال رئيسه يعد تكرار للأعمال الإدارية الفردية التي تؤثر في النظام القانوني وهذا التكرار يعد عرفاً إدارياً .

وللعرف الإداري أثر في مجال التفويض حيث أن التفويض بالسلطة يعد عملاً إدارياً يعهد أحد أعضاء السلطة الإدارية إلى عضو آخر ببعض اختصاصاته بصورة عامة ومجردة فإن هذا العمل الإداري يعد عرفاً إدارياً .

وللعرف الإداري أثر في إلغاء القرار وذلك حين تنص الجهة الإدارية على أن آخر موعد للطعن في القرار ثلاثين يوماً وبعدها يكون الطعن غير مقبول .

وللعرف الإداري أثر في التأديب وذلك لأن أغلب النصوص التي تحدد الجريمة التأديبية مرنة ولا شك أن العرف الإداري يجد المجال المناسب لنشوئه في

النصوص النظامية المرنة والسلطة الإدارية هي جوهر النظام التأديبي وتتمتع بسلطة تقديرية واسعة في إقامة هذا النظام .

وللعرف الإداري أثر في الوظيفة العامة .

المطلب الثاني

آثار العرف الإداري في الأفراد

أثر العرف الإداري في الأفراد يتمثل في اعتقاد أفراد الإدارة في أهمية هذه القاعدة وإلزاميتها ومن ثم وجوب تنفيذها ولا يستطيع أحد أن يدّعي الجهل بالعرف الإداري فالعلم به منذ نشوئه صحيحاً أمر مفترض تطبيقاً لمبدأ عدم العذر بجهل النظام .

المطلب الثالث

آثار العرف الإداري في الدولة

الدولة حينما تقوم بسن نظام ما فإنها تحرص دائماً على مراعاة القواعد العرفية التي هي ملزمة بالنسبة لأفراد الدولة .

وسلطة الدولة يمكن أن تنظم موضوع العرف الإداري وتحدد دوره وقوته النظامية بحيث يكون له قوته المستقلة عن مصادر النظام الآخرى .

.

الفصل الثالث

تطبيقات العرف الإداري في النظام الإداري السعودي

(وفيه مبحثان

المبحث الأول

نطاق تطبيق العرف الإداري

أولاً) : نطاق تطبيق العرف الإداري من حيث الأشخاص : -التعرف على أشخاص العرف الإداري يجب أن ينطلق من التصرف الفردي المنشيء للعرف ، ومن ثم فأشخاص التصرف الفردي هم أشخاص القاعدة العرفية باعتبار أن العرف امتداد لهذا التصرف .

ولا يشترط في أشخاص العرف الإداري أن يكونوا عادلين بل قد تكون سلطة إدارية.

فالقرار الإداري يطبق على فرد معيّن ، ولكن آثاره قد تمتد إلى الغير الذين ينالهم منه ضرر ، ومن ثم فالعرف الإداري الناشيء من تكراره يخلق لنا دائرة آخرى من الأشخاص تتأثر مصالحها بالقاعدة العرفية الناشئة .

ثانياً) : نطاق تطبيق العرف الإداري من حيث المكان : عنصر المكان بالنسبة للعرف الإداري لا يعدو أن يكون الوعاء المادي الذي يتحدد داخله أشخاص القاعدة الإدارية العرفية .

والمقصود من العمومية في العرف الإداري العموم في التطبيق وليس العموم في النطاق المكاني .

ولا يشترط في السلطة التمتع بالشخصية المعنوية ، بل يكفي أن تكون صاحبة اختصاص في اصدار العمل الإداري ، وبذلك يكون عنصر المكان تابعاً لعنصر السلطة ، وهذا العنصر هو الحاسم في تكوين العرف الإداري ومد أثره إلى هذا النطاق أم ذاك .

ثالثاً) : نطاق تطبيق العرف الإداري من حيث الزمان : ـهذا النطاق يبحث بدء سريان القاعدة الإدارية العرفية وإلغاء القاعدة الإدارية العرفية .

فأما بدء سريان العرف الإداري فمثله مثل أي عمل قانوني يسري بأثر مباشر منذ لحظة نشوئه ، وفضلاً عن ذلك وبسبب نشوئه البطيء وطبيعة الصياغة فيه لا يمكن له أن يسري بأثر رجعي ، أو أن يحدد مدة معينة لشرعيته والعرف الإداري يقوم على رضا الإدارة وقبول الأفراد .

ومتى استقر العرف في ضمير الأفراد تحقق من خلال القبول علم الأغلبية به . وإذا تحققت هذه الأغلبية فلا يجوز لأحد الاعتذار بالجهل بالقاعدة العرفية .

والعرف الإداري يمتاز بمرونته وقابليته للتطور.

والجهة الإدارية التي أنشأت العرف الإداري هي التي تستطيع إلغاءه بعمل عرف آخر مضاد وهذا الإلغاء إلغاء ضمني .

المبحث الثاني

تطبيقات العرف الإداري

(وفيه مطلبان)

المطلب الأول : تطبيقات العرف الإداري في الفقه

التطبيق الأول : التدريس في مدارس الأوقاف يكون صباحاً للعرف الإداري :ـ

إذا كان الوقف على التدريس ، فإن ذلك يحمل على أن يكون في وقت الصباح ، لجريان العرف بذلك ، إلا أن يتغير العرف فيتغير الحكم تبعاً له.

التطبيق الثاني : أعمال القاضي العام :ـ إذا ولي القاضي ولاية عامة بحيث يكون قاضي في محكمة عامة فما الأعمال التي يتولاها ؟

الراجح أنه لم يرد دليل من الشارع بتحديد أعمال القاضي في المحاكم العامة فيرجع إلى العرف الإداري في المحكمة العامة في تلك المنطقة .

المطلب الثاني

تطبيقات العرف الإداري في النظام

التطبيق الأول :. ما ورد في حكم هيئة التأديب بالمملكة العربية السعودية حيث أوضحت أن المتبع في العمل عند فحص الطرود البريدية هو عدم إجراء الوزن وتطبيقه على بيانات التصدير إلا في حالة الاشتباه في أختامها أو غير ذلك ، فإنه يلزم في هذه الحالة تنظيم محضر يثبت فيه الوضع الحقيقي للطرد ، ولا يوجد أي نظام أو تعليمات إدارية تقضي بخلاف هذا العرف ولذلك قرر المجلس تبرئة المتهمين في هذه القضية على أساس أن ما جرى عليه العمل واستقر يعتبر عرفاً يأخذ حكم النظام عند عدمه من حيث تحديد المسئولية أو عدمها .

هذا الحكم صدر عام ١٣٩٦هـ بجلسة ١٣٩٦/٦/٨هـ .

التطبيق الثاني : ـما ورد في ديوان المظالم في قضية رجل يعمل في إحدى الدوائر الحكومية ويستعمل سيارته الخاصة في التنقل بين وزارته ، ولكنه طلبه إعطائه سيارة خاصة لتنقلاته مع أن النظام لا يخول ذلك إلا لكبار الموظفين ومن هم في دائرة مسمى " سائق " إلا أن العرف الجاري باستخدام سيارات الوزارة لأغراض قصيرة ومتقطعة يومياً ساهم في إصدار حكم بصرف سيارة رسمية له كي يتنقل بها أثناء تأديته لعمله قرارات هيئات ولجان ودوائر ديوان المظالم خلال عام ١٤٠١هـ القضية رقم ٨٦/٤٩ لعام ١٤٠١هـ . .

التطبيق الثالث :ـ ما ورد في نظام المرافعات الشرعية من قيام القاضي بالاستعانة بالخبير وتحمل أتعابه ومصروفاته حسب ما يقرره العرف الإداري في ذلك ويكون قرار ما يقدره القاضي من أتعاب الخبير ومصروفاته ملزماً نظام المرافعات الشرعية الصادر في ١٤٢١/٥/٢٠هـ ، مادة ١٣٥ .

التطبيق الرابع :ـ العرف الإداري الذي اطرد على إلزام سائقي السيارات السير على اليمين : وهذا العرف ليس عرفاً اجتماعياً ، وإنما هو عرف تتوفر به مقومات العرف الإداري .

التطبيق الخامس : ـما جرى عليه عرف الإدارة في قيام المرؤوس بأعمال رئيسه عند تغيبه حتى ولو لم يوجد نص نظامي يقتضي ذلك في بعض الأحيان .

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا مُحَمَّد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين

وفي الختام:

نسأل الله أن تعالى أن يكون هذا العمل قد تحقق فيه النفع المرجوا منه , كما نسأله سبحانه أن يجزي القائمين – من فريق إعداد ومتابعة وطباعة وإشراف وأمانة الجمعية وكل من أسهم فيه – خيراً وأن يرزقهم سعادة الدنيا والآخرة وأن يجعلهم مباركين في كل شؤونهم.

(إن ربنا سميع قريب مجيب)

إخوانكم لجنة ملخصات الأبحاث القضائية.

للتواصل مع اللجنة:

- جوال

+٩٦٦٥٦٩٧٧٠٠٧٧

- البريد الإلكتروني:

Asag770077@gmail.com

0538999887
0538999886
qdha.ksa@gmail.com
@Qdha
facebook.com/qdha.ksa