عنوان البحث

مفهوم نظرية أعمال السيادة وتطورها التأريخي

مقدمة

مقدمة

الواقع أنَّ الدولة المُعاصرة هي في الأساس دولةٌ دستوريَّة تجعل من الدستور قاعدة القانون الأعلى واجبة الاتِّباع في مواجهة الكافَّة حكامًا ومحكومين على السواء؛ منه تستمدُّ السلطاتُ العامَّة سندَها الشرعيَّ في الحكم، كما تتوحد في ضوئه النظريَّة العامَّة للقانون التي تنظِّم كافة علاقات المحكومين، ولذلك يأتي مبدأ سيادة الدساتير في القمة من تدرُّج النظام القانونيّ في الدولة الجديدة.

وتتحدَّد وظيفة الدولة أساسًا في العمل على تحقيق القانون، وهي تفعل ذلك بما تملكه من وظائفَ قانونيَّة معروفةٍ، هي الوظيفة التشريعيَّة والوظيفة القضائيَّة والوظيفة التنفيذيَّة[1].

فوفقًا لمبدأ سيادة القانون، يجب أنْ تلتزمَ السلطاتُ الثلاثُ بأحكام الدستور، فجميع السلطات تخضع للدستور، لذا فمن الضروريّ أنْ تخضع السلطة التنفيذيَّة فيما تُصدره من أعمالٍ للقواعد التي كفلها الدستور.

والسلطة التنفيذيَّة هي منذ عُرِفَ شكل الدولة المعاصرة كظاهرةٍ قانونيَّةٍ وسياسيَّةٍ مكمنُ الخطر الذي يتأتَّى منه التغوُّل على الحقوق الأساسيَّة والحريات الفرديَّة.

والواقع أنَّ تحديد الأعمال الصادرة من السلطة التنفيذيَّة التي تخضع لرقابة القضاء الإداري هو أمرٌ له أهميةٌ بالغةٌ خاصة من حيث بيان نطاق اختصاص القضاء الإداري، لا سيما وأنَّ القضاء الإداري لم ينشأ إلا للفصل في المنازعات التي تتعلَّق بالأعمال الإداريَّة الصادرة عن السلطة التنفيذيَّة.

وبجانب الأعمال أو الأنشطة الإداريَّة التي تقوم بها السلطة التنفيذيَّة توجد أعمالٌ أو أنشطةٌ غير إداريَّةٍ يُطلق عليها أعمال السِّيادة أو أعمال الحكومة.

ويُقَرِّرُ القضاء ويُجمع الفقه على أنَّ نظريَّة أعمال السِّيادة هي نظريَّةٌ واقعيةٌ وليدة السياسة القضائيَّة لمجلس الدولة الفرنسي، بمعنى أنَّ مجلس الدولة الفرنسي كان أولَ من أنشئ وقرَّر أحكامها وأرسى قواعدها، ولا يعني ذلك أنَّ الفقه قد وقف بعيدًا عن المشكلة ودون أن يُسهم فيها بنصيب؛ إذ إنَّ قيامه باستخلاص المبادئ والقواعد التي أرساها القضاء في شأن هذه النظريَّة وتعليقه عليها كان له شأنٌ كبيرٌ في تحديد نطاقها[2].

([1]) د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعيَّة وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربيَّة، 1976، ص42.

([2]) راجع في ذلك د. حمدي علي عمر، الاتِّجاهات الحديثة للقضاء في الرقابة على أعمال السِّيادة، دار النهضة العربيَّة، 2016، ص6.

وعلى الرغم من اتِّساع رقابة القضاء على كافة أنشطة الدولة الحديثة وامتدادها إلى الغالب الأعظم من أعمال السلطة التنفيذيَّة فإنَّ أعمال السِّيادة ما زالت تخرج من نطاق الرقابة القضائيَّة.

فأعمال السِّيادة هي بطبيعتها أعمالٌ إداريَّةٌ، ولا تختلف في شكلها عن أيِّ عملٍ إداريٍّ آخرَ، ولكنها تخرج عن ولاية القضاء إلغاءً وتعويضًا، وتصبح بعيدةً عن الخضوع للرقابة القضائيَّة، ولذلك تعدُّ أعمال السِّيادة خروجًا صريحًا على مبدأ المشروعيَّة أو استثناءً يَرِدُ عليه، وسلاحًا خطيرًا في يد السلطة التنفيذيَّة، إذ تستطيع عن طريقه اتِّخاذ إجراءاتٍ والقيام بتصرفاتٍ تخرج فيها على القواعد القانونيَّة التي يتضمَّنها مبدأ المشروعيَّة، ولا يجد الأفراد وسيلةً يدرءون بها هذا السلاح الخطير؛ لعدم اختصاص القضاء بالتعرُّض لها إلغاءً أو تعويضًا[3].

فنظريَّة أعمال السِّيادة في فرنسا نظريَّةٌ قضائيَّةٌ، وبها تكتسب بعض أعمال السلطة التنفيذيَّة حصانةً قضائيَّةً بحيث تخرج عن نطاق رقابة قاضي المشروعيَّة[4]، وفي مصر تجد نظريَّة أعمال السِّيادة مصدرًا تشريعيًّا يتمثَّل في نصِّ المادة (11) من القانون رقم 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة المصريِّ على أن "لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلِّقة بأعمال السِّيادة".

وإذا كانت أعمال السِّيادة هي مجرد عملٍ أو قرارٍ صادرٍ عن السلطة التنفيذيَّة، فكيف يمكن تحصينه من رقابة القضاء الإداري وفقًا للمادة (11) من قانون مجلس الدولة، وتحصينه من رقابة القضاء العادي وفقًا للمادة (17) من قانون السلطة القضائيَّة، في الوقت الذي يحظر فيه الدستور المصري الصادر في 2014 في المادة (97) منه تحصين أيِّ عملٍ أو قرارٍ من رقابة القضاء.

ولذا يمكن أنْ نبرز موقف الفقه المصريِّ من القوانين التي أدخلت نظريَّة أعمال السِّيادة في التنظيم القانوني المصريِّ والذي أكَّد على أنها تحمل في طيَّاتها انتقاصًا وهدمًا لحقٍّ أساسٍ مُقَدَّسٍ كفله الدستور، ألا

([3]) د. رمزي طه الشاعر، مسئوليَّة الدولة عن الأعمال غير التعاقديَّة، قضاء التعويض، 1995، ص239.

([4]) ورغم إجماع الفقه الفرنسي على أنَّ نظريَّة أعمال السِّيادة هي نظريَّة قضائيَّة، فإنَّ البعض يرى أنَّ لهذه النظريَّة مصدرًا شرعيًّا يتمثَّل في المادة (26) من القانون الصادر في 24 مايو 1873 التي تنصُّ على أن للوزراء الحق في رفع النزاع إلى محكمة التنازع، إذ نظر مجلس الدولة في عمل لا يدخل في اختصاصه، وطلب الوزير من المجلس أنْ يمتنع عن نظره، فرفض طلبه.

وهو حقُّ التقاضي، ونبرز أيضًا ضرورة تدخُّل المشرِّع المصريّ بإلغاء نصّ المادتين (11) من قانون مجلس الدولة، و (17) من قانون السلطة القضائيَّة.

ولذا فإنَّ مُصادرة أصل حقّ التقاضي بالنسبة لطائفةٍ معينةٍ من قرارات الإدارة وتصرفاتها وتحصين تلك الطائفة تحصينًا مطلقًا إنما هو هدمٌ لفكرة الدولة بكلّ أركانها، وهي الصورة التي ترفضها أحكام المحكمة الإداريَّة العليا.

وقد تعدَّدت وجهات النظر في النظامَيْنِ الفرنسيّ والمصريّ بصدد مسألة التعريف عن أعمال السِّيادة وتمييزها عن غيرها، لا سيما في ظلّ عدم وجود نصوصٍ قانونيَّةٍ صريحةٍ تُحدد معيار أعمال السِّيادة وتُبين عناصرها، ولتمييزها عن غيرها من الأعمال الإداريَّة الخاضعة للرقابة القضائيَّة، ظهرت عدة معاييرَ لتحديد نطاق أعمال السِّيادة ورسم الخطِّ الفاصل بينها وبين الأعمال الأخرى التي تخضع للرقابة القضائيَّة[5].

وقد عبَّرت المحكمة الإداريَّة العليا عن هذه المعايير بقولها: إنَّ "نظريَّة أعمال السِّيادة – كمعظم نظريَّات القانون الإداري – هي من وضع مجلس الدولة الفرنسيّ؛ اتخذ لها – في بادئ الأمر– معيار الباعث السياسي، إذ تذرَّعت بأنَّ باعثه سياسيٌّ، ومن ثمَّ انتقدهُ الفقه، وهجرهُ القضاء، ونادى الفقهاء بمعيار طبيعة العمل ذاته، فهو إمَّا إداريٌّ وإمَّا حكوميٌّ وفق ما يستبين من طبيعته، فيعدُّ عملاً إداريًّا ما تُصدره السلطة التنفيذيَّة من أعمال إلى مباشرة وظيفتها الإداريَّة، وعملاً حكوميًّا ما تُصدره من أعمال لأداء وظيفتها الحكوميَّة، وهو معيارٌ لا جدوى منه إلا بالتمييز بين الوظيفتين الإداريَّة والحكوميَّة للسلطة التنفيذيَّة.

وفي هذا الصدد لم تُثمر محاولات الفقهاء في وضع معيارٍ دقيقٍ، وكلُّ ما كشف عنه هو أنَّ بعض وظائف السلطة التنفيذيَّة أكثرُ أهميةً من بعضها الآخر، ولكنها لا تنفصل عن الوظيفة الإداريَّة، ومن ثمَّ لم يتوصَّل الفقه إلى وضع معيارٍ جامعٍ مانعٍ لأعمال السِّيادة يكشف عن طبيعةٍ ذاتيَّةٍ لها تُميزها عن الأعمال الإداريَّة العاديَّة، وانتهى الأمر باتِّجاهٍ فقهيّ إلى القول بأنَّ العمل الحكوميَّ هو كلُّ عملٍ يُقَرِّرُ له القضاء هذه الصفة، هذا وقد تردَّد في أحكام القضاء الإداري المصريّ أنَّ أعمال السِّيادة هي تلك الأعمال التي تصدر من

([5]) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، مبدأ المشروعيَّة وتنظيم القضاء الإداري، 2017، دار المطبوعات الجامعيَّة، الإسكندريَّة، ص187.

الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، أو أنها أعمالٌ وتدابيرُ تصدر عن سلطة حكم لا سلطة إدارة، وأنَّ الضابط لها معيارٌ موضوعيٌّ يرجع فيه إلى طبيعة العمل في ذاته لا إلى ما يحيط به من ملابساتٍ عارضة، إلا أنَّ مؤدَّى ذلك أنَّ أعمال السِّيادة – في القضاء المصريّ كما هو الشأن في القضاء الفرنسي – هي كلُّ عمل يُقرر له القضاء هذه الفرصة[6].

ولعلَّ من أسمى مهامِّ الدولة في العصر الحديث بثَّ الطمأنينة في نفوس جميع المواطنين وحماية حقوقهم وحرياتهم، وأنه لا سبيلَ لتحقيق تلك الغاية إلاَّ بالاحتكام إلى سيادة القانون باعتباره الضمان الأول لحقوق الأفراد وحرياتهم.

وعندما يتعلَّق الأمر بحقوق وحريات المواطنين، فإنَّ دور القاضي الإداري الآن أصبح أكثرَ أهميةً ممَّا مضى، ففي الماضي كانت الأعمال المتعلقة بالعلاقات الدوليَّة في مجملها تتعلَّق بأعمال السِّيادة، وكذلك الأعمال المتعلقة بالعلاقة بين السلطة التنفيذيَّة والبرلمان، وبالتالي كانت نادرًا ما تُحال للقاضي، وأيضًا كان من النادر جدًّا ممارسة الرقابة عليها من جانب القاضي الإداري.

وهذه الأعمال ظلت فترةً طويلةً غيرَ خاضعةٍ لأيِّ رقابةٍ قضائيَّةٍ، ولا شكَّ في أنَّ ذلك أثار حفيظة كثيرٍ من رجال الفقه، على اعتبار أنَّ الرقابة القضائيَّة على قرارات أو أعمال السلطة التنفيذيَّة في دعوى الإلغاء تُمَثِّلُ ضمانةً مهمةً وأساسيَّةً لتحقيق مشروعيَّة تصرفات الإدارة وخضوعها لحكم القانون؛ ذلك أنَّ رجل الإدارة في ممارسته للاختصاصات المنوطة به يجب ألاَّ يخضع في تصرُّفاته وقراراته لِمَا تُمليه عليه الأهواء والميول، وإنما يلزم أنْ يستند في كلِّ ما يصدره من قراراتٍ ويُمارسه من نشاطٍ إلى أسبابٍ واقعيةٍ تسوغ له ذلك، ذلك أنَّ الإدارة ليست هوًى أو تحكمًا، وإنما هي نشاطٌ يُمَارَسُ بقصد تحقيق الصالح العام، وهو ما يستلزم بالضرورة أنْ يكون تدخُّل رجل الإدارة مبررًا بقيام الأسباب التي تكفل اتِّجاهه لتحقيق هذا الصالح[7].

([6]) حكم المحكمة الإداريَّة العليا الصادر في 1990/2/4، الطعن رقم 4189 لسنة 35ق.

([7]) د. محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، 1971، ص1 من المقدمة.

المبحث الأول

مفهوم نظرية أعمال السيادة

تعدَّدت تعريفات الفقهاء لنظريَّة أعمال السِّيادة ومحاولة تفسيرها وبيان أساسياتها والوقوف على الطريق الصحيح الذي يبيِّن ويكشف لنا غموض هذه النظريَّة التي خلقها مجلس الدولة الفرنسي، لتنتهك أهمَّ مبدأ للإنسانية؛ وهو مبدأ المشروعيَّة الذي ورد سالفًا، وسوف نبيِّن ذلك بالتفصيل في مطلبين؛ الأول: تعريف نظريَّة أعمال السِّيادة، والثاني: تطورها التاريخي والدول التي تبنَّته.

المطلب الأول

تعريف نظرية أعمال السيادة

يعدُّ مصطلح أو مفهوم "أعمال السِّيادة" من المسائل المختلف عليها في عالم الفكر القانوني، حيث يَضِيقُ هذا المفهوم في الدول ذات الأنظمة العريقة في الديمقراطيَّة التي ترسَّخ فيها مبدأ سيادة القانون، ويَتَّسِعُ في دول أخرى حتى يكاد يشمل العديد من تصرفات الإدارة، وأنَّ المسألة تثير نزاعًا بين أجهزة الدولة القائمة على سلطة الحكم التي ترغب دائمًا في أنْ تبقى تصرُّفاتها وأعمالها بعيدةً عن رقابة القضاء وبين القضاة في المحاكم الذين يرغبون في أنْ يبسطوا سلطتهم على جميع تصرفات الإدارة على اعتبار أنَّ حق الدولة ليس أقوى من حقِّ الفرد، وأنَّ كلاًّ من الحقين مستمدٌّ من القانون، ولا يمكن التذرُّع بمفهوم أعمال السِّيادة من أجل استبعاد تطبيق حكم القانون؛ لأنه في دولة القانون لا أحدَ فوق القانون، وفي الشريعة الإسلاميَّة كلٌّ من الفرد والدولة يتلقَّى الحق من الله، وليس حق الدولة أقوى من حق الفرد، وإنَّ تدخُّل الدولة في حريات الأفراد وحقوقهم إنما يكون في حدود الضرورة والصالح العام وتطهير المجتمع من الاستغلال والفساد[8]. وسوف نبيِّن في هذا المطلب التعريفات التي وردت في نظريَّة أعمال السِّيادة والتي ستكون مبينةً على نوعين من التعريفات: التعريفات الفقهيَّة والتعريفات القضائيَّة، والتي سنقسِّمها إلى فرعين تاليين، هما:

الفرع الأول: التعريفات الفقهيَّة.

الفرع الثاني: التعريفات القانونيَّة والقضائيَّة.

([8]) د. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1984، ص73.

الفرع الأول

التعريفات الفقهية

تعدَّدت الجوانب والآراء للفقهاء في تفسير وتعريف نظريَّة أعمال السِّيادة والتي سوف نبيِّنها فيما يلي:

ذهب الجانب الأول في تعريف نظريَّة أعمال السِّيادة في الفقه الفرنسي إلى أنَّ أعمال السِّيادة "طائفة من أعمال السلطة التنفيذيَّة التي لا تكون خاضعةً للرقابة القضائيَّة سواء كان القضاء العادي أو القضاء الإداري، فهي لا تكون محلاً للطعن بالإلغاء أو بالتعويض ولا حتى وقف التنفيذ، سواء كان ذلك في وضع الظروف العاديَّة أو الظروف الاستثنائيَّة"[9].

وأيضًا عرف الفقيه (Virally) أعمال السِّيادة بأنها "هي نظريَّة قضائيَّة من صنع مجلس الدولة الفرنسي، ومضمونها أنَّ هناك من الأعمال ذات الطبيعة والأهميَّة الخاصَّة والخطورة ممَّا يستلزم معه عدم طرحها على الهيئات القضائيَّة. وتأسيسًا على ذلك فإنَّ أعمال السِّيادة هي تلك الأعمال التي تتمتَّع بحصانةٍ مطلقةٍ، حيث لا يجوز رفع دعوى إلغاء حيالها أو دعوى تعويض، ومن باب أولى وقف تنفيذها"[10].

كما عرَّفها الفقيه (Paul Duez) بالقول: "إنَّ أعمال السِّيادة هي أعمالٌ تخضع بشكلٍ مبدئيٍّ لرقابة القضاء الإداري، لكنَّ هذا القضاء – ولوجود أسبابٍ سياسيَّةٍ – امتنع – ومنذ البداية – عن النظر في هذه الأعمال"، ومعنى هذا من وجهة نظر الفقيه (Paul Duez) أنَّ أعمال السِّيادة مثلها مثل أيِّ عملٍ إداريٍّ يصدر من السلطة التنفيذيَّة يكون في الأصل خاضعًا للرقابة القضائيَّة، ولكنَّ تغيَّر ذلك الوضع لوجود أسبابٍ خاصةٍ بظروف صدور تلك الأعمال، وهي – كما بيَّناها مسبقًا – أسبابٌ سياسيَّةٌ، فبذلك يمتنع القضاء عن النظر فيها[11].

([9])André de Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif ,5e éd, LGDJ, 1980, P 243

[10]Michel VIRALLY, L'introuvable acte de gouvernement, RDP 1952. P.31

([11]) د. السيد خليل هيكل، رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة – دراسة مقارنة، بدون ناشر، بدون سنة، ص73.

كما يعرِّفها الأستاذ Colin Frédéric والأستاذ Debbach Charles بقولهما: "أعمال الحكومة هي أعمالٌ تخرج عن رقابة القضاء الإداري أو العاديّ، فهي لا تخضع لأيّ رقابةٍ قضائيَّة"[12].

فما سبق من تعريفات هو رأي عددٍ من الفقهاء الفرنسيين في تعريفهم لنظريَّة أعمال السِّيادة، هذا من جهة، ومن جهةٍ أخرى ردَّد الفقه المصري تعريفاتٍ تكاد تكون مُطابقةً لما جاء في الفقه الفرنسي.

فعلى مستوى الفقه المصريّ نجد أنَّ جانبًا منهم عرَّف أعمال السيادة بقولهم: "هذه الأعمال هي بطبيعتها أعمالٌ إداريَّة، ولكنها بمنجاةٍ من كلّ رقابةٍ قضائيَّةٍ مهما كانت درجة عدم مشروعيتها، أو الآثار الضارَّة المترتبة عليها، وهي بهذه المثابة تُمثل نقطةً سوداءَ في جبين المشروعيَّة" [13].

وعرَّفها أيضًا جانبٌ آخر بأنها: "أعمال السِّيادة هي طائفةٌ من أعمال السلطة التنفيذيَّة تتمتَّع بحصانةٍ ضد رقابة القضاء بجميع صورها، سواء في ذلك رقابة الإلغاء ورقابة التعويض ورقابة فحص الشرعيَّة"[14].

وأيضًا فئة أخرى من الفقه عرَّفت أعمال السِّيادة بأنها "وتُسَمَّى في فرنسا بأعمال الحكومة Actes de gouvernement، وهي مجموعةٌ من القرارات والأعمال التي تكون صادرةً من السلطة التنفيذيَّة، ولكنها تكون بمنأى من الخضوع لأية رقابةٍ قضائيَّةٍ، لا رقابة القضاء الإداري ولا رقابة القضاء العادي، فتعدُّ هذه الأعمال متمتعةً بحصانةٍ عامةٍ ضد كلّ رقابةٍ قضائيَّةٍ، ومن حيث مدى تلك الحصانة فهو شاملٌ مطلقٌ لا يقتصر على استبعاد قضاء الإلغاء فقط، بل أيضًا قضاء التعويض"[15].

وأيضًا ذهب جانبٌ آخر من الفقه بالقول بأنه: "يُقصد بأعمال السِّيادة أنَّ هناك طائفةً من أعمال السلطة التنفيذيَّة تخرج عن اختصاص المحاكم بصفةٍ عامةٍ، بحيث لا يمكن الطعن فيها أمام أية جهةٍ من جهات القضاء، الأمر الذي يستتبع عدم خضوع هذه الأعمال لأية رقابةٍ قضائيَّةٍ سواء كان ذلك في ظلّ الظروف العاديَّة أو في ظلّ الظروف الاستثنائيَّة، وبذلك تخرج هذه الطائفة من الأعمال عن ولاية القضاء

([12])Charles Debbasch ,Droit administratif ,7 ème édition ,Economica, 2002, p.110

([13]) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، طبعة ثانية، دار الفكر العربي، 1972، ص260.

([14]) د. محمود محمد حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، ، دار النهضة العربيَّة، القاهرة، 1993، ص53-54.

([15]) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص224.

كليَّةً وتصبح بعيدةً عن الخضوع للرقابة القضائيَّة بحيث لا يمكن أنْ تكون محلاً للطعن سواء عن طريق الطعن بالإلغاء أو التعويض"[16].

وعليه؛ يمكن القول: إنه على الرغم من التعريفات السابقة من الفقه والتي شملت الجانب الأكبر لتعريف أعمال السِّيادة فإنها لم تبيّن المقصود بأعمال السِّيادة من حيث حقيقة هذة الأعمال سوى إظهار الجانب السلبيّ منها معتمدة على النتيجة المتحقِّقة من اكتساب أعمال السِّيادة حصانةً في عدم خضوعها للرقابة القضائيَّة.

حيث جاء جانبٌ ثانٍ مغايرٌ من الفقه بتعريف أعمال السِّيادة على أنها أعمالٌ تقديريَّة أو أعمالٌ صادرةٌ بناءً على ما للسلطة التنفيذيَّة من سلطةٍ تقديريَّة محصنةٍ من الرقابة القضائيَّة.

فذهب هذا الرأي إلى تعريف نظريَّة أعمال السِّيادة بأنها "أعمال السِّيادة هي أعمالٌ تصدر من السلطة التنفيذيَّة وفقًا لِمَا لها من سلطةٍ تقديريَّة لا تخضع بطبيعتها إلى الرقابة القضائيَّة، وهذا الرأي مبيَّن في تقارير مفوض الحكومة التي قدَّمها إلى مجلس الدولة الفرنسي في قضايا عديدة" [17].

وهذا ما ذهب إليه جانبٌ من الفقه المصريّ بالقول: "ربما كان العمل الإداري الوحيد الذي يعتبر عملاً تقديريًّا في كلِّ عناصره هو طائفة أعمال السِّيادة" [18].

يرى الباحث أنه في الحقيقة لو كانت أعمال السِّيادة هي أعمالاً تقديريَّة بالمعنى الواسع كان لا بدَّ أنْ تخضع أعمال السِّيادة للرقابة القضائيَّة، كما يحصل في الرقابة على أعمال السلطة التنفيذيَّة لممارستها الأعمال التقديريَّة، وبحسب الرأي السابق فإنَّ ذلك لا يمنع المحاكم من رقابة أعمال السِّيادة، وهذا ما لم يحصل أبدًا.

([16]) د. محسن خليل، المشروعيَّة وتنظيم القضاء الإداري، بدون ذكر الناشر، 1993، ص113.

([17]) تقرير مفوض الحكومة **(David)** المقدَّم في قضية الأمير نابليون في سنة 1875، وأيضًا في التقرير المقدَّم من مفوض الدولة **(Marqueric)** في القضية **(memeersdo)** عن د. عبد الفتاح ساير داير، نظريَّة أعمال السِّيادة في القانون المصري – دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، مطبعة جامعة القاهرة، 1955، ص346.

([18]) د. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، الكتاب الثاني، دار النهضة العربيَّة، بيروت، 1967–1968، ص93.

وذهب جانبٌ ثالثٌ من الفقه إلى تعريف أعمال السِّيادة في فرنسا بأنها "أعمالٌ سياسيَّة، ويُعنى بالأعمال السياسيَّة أنها تصدر من السلطة التنفيذيَّة، حيث تكون الحكومة عند إصدارها لهذا النوع من الأعمال أن تكون في أمسِّ الحاجة لإصدارها لهذه الأعمال بحريةٍ كاملةٍ، حيث إنَّ العمل الحكومي طبقًا لهذا الرأي هو إمَّا سياسيٌّ في أصله أو ما استهدفت به الحكومة أغراضًا سياسيَّة عامة أو أنه يعالج أمورًا ذات صبغةٍ سياسيَّةٍ أو أنه متعلقٌ بالنظام السياسيّ أو نتيجة ما يجب أنْ تتمتَّع به الحكومة من سلطةٍ تقديريَّة سياسيَّةٍ أو ما تباشره هيئاتٌ سياسيَّةٌ أو ما يعالج موضوعاتٍ سياسيَّةً، وبالتالي لا يمكن خضوع هذه الأعمال للرقابة القضائيَّة، إذ ينتج عن ذلك مضارٌ خطيرة". [19]

وذهب أيضًا الفقيه **(أبلتون)** إلى التأييد بإضفائه صفة السياسيَّة على أعمال السِّيادة التي تصدر من السلطة التنفيذيَّة، فقد اعترف بجعله السياسة أساسًا لكون العمل يأخذ هذه الصفة ليكون من أعمال السِّيادة أمرًا في غاية الخطورة، ورأى أنه لا توجد أسبابٌ قانونيَّةٌ كافيةٌ لجعل هذه الأعمال تفلت من الرقابة القضائيَّة[20].

وبعد أن فشلت التعريفات السابقة فضَّل البعض ترك مَهَمَّة تحديد أعمال السِّيادة إلى القضاء، فقرَّر أنه يعدُّ أعمال سيادة بعض أعمال السلطة التنفيذيَّة السياسيَّة التي يقرِّر لها القضاء بصفة أعمال السِّيادة، وقد قال بهذه الفكرة هوريو، وأيّد هذا الرأي في مصر بعض الفقهاء كالدكتور سليمان محمد الطماوي وإنْ كانت الحقيقة أن ليس معنى تعريف عمل السِّيادة بأنه العمل الذي قرَّر له القضاء هذه الصفة إلا امتناعًا عن التعريف؛ لأنَّ إدراج أعمال السِّيادة في قائمة ليس تعريفًا في ذاته، إذ القائمة ما هي إلا تعدادٌ حصريٌّ وليس تعريفًا، كما أنَّ هذه القائمة القضائيَّة نفسها مختلفٌ على ما يصحُّ أن يدرج فيها وما لا يدرج، فهي أيضًا غيرُ مجمع عليها ومحلُّ خلاف.

فذهب العلامة (Hauriou)[21] إلى تعريف أعمال السِّيادة بأنها (بعض أعمال السلطة التنفيذيَّة السياسيَّة التي يقرِّر لها القضاء هذه الصفة).

([19]) انظر د. محمد بن براك الفوزان، مسئولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الإداريَّة – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبالقانون الوضعي، الطبعة الثانية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2014، ص332.

([20]) نفس المصدر السابق، ص 333.

([21]) انظر مؤلفه: الموجز في القانون الإداري، طبعة 1933، ص418، نقلاً عن الدكتور سليمان محمد الطماوي، النظريَّة العامة للقرارات الإدارية – دراسة مقارنة، طبعة خامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984، ص127.

ويرى الباحث أنَّ هذا التعريف يرتكز على الجانب القضائيّ في تحديد الأعمال والأحكام الصادرة من السلطة التنفيذيَّة ما إذا كانت أعمال سيادة أم لا.

ويتبيَّن أيضًا أن هذا التعريف قاصرٌ عن وضع تعريفٍ دقيقٍ لأعمال السِّيادة؛ حيث لم يتطرق لعناصر وطبيعة أعمال السِّيادة، وكل ما قام به هو أنه بيَّن أنَّ القضاء هو الجهة المقررة لأعمال السِّيادة، ولم يبيِّن التفاصيل والشروط التي يجب أن تتوافر في العمل الذي تصدره الإدارة من أعمال السِّيادة من عدمه لتكون الرؤية واضحةً، ولا تختلط أعمال السِّيادة بباقي الأعمال العاديَّة.

الفرع الثاني

التعريفات القانونية والقضائية

تعدَّدت محاولات الفقهاء الفرنسيين في تعريف نظريَّة أعمال السِّيادة في جميع مجالاتها، في حين لم يَرِدْ في نصوص التشريع تعريفٌ لهذه النظريَّة، كما لم تَجْرِ أحكام المحاكم على عبارة أعمال السِّيادة أو أعمال الحكومة، ونستوضح من ذلك أنَّ هذه النظريَّة هي من خلق الفقه استنبطها شراح القانون العام من أحكام مجلس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص[22]، فتكون بذلك المحاكم الإداريَّة الفرنسية هي من أسهمت وبشكلٍ ومجهودٍ كبيرٍ وقسطٍ وفيرٍ في إرساء نظريَّة أعمال السِّيادة[23].

فيتبيَّن هنا وجود جانبين في تعريف نظريَّة أعمال السِّيادة؛ الجانب الأول: النص التشريعي أو القانوني لأعمال السِّيادة، والجانب الثاني: تعريفها في الجانب القضائي، فمن الناحية القانونيَّة أو التشريعية، وَجدت نظريَّة أعمال السِّيادة أساسًا تشريعيًّا لأول مرةٍ في فرنسا بالمادة (47) من قانون (3) مارس عام 1849 ثم تلتها المادة (26) من قانون (24) ماي عام 1872، فجاء فيهم ما يلي: "للوزراء الحقُّ في أن يرفعوا إلى محكمة التنازع كل القضايا المرفوعة إلى القسم القضائي في مجلس الدولة والتي نصَّ بها القضاء الإداري إلى محكمة التنازع .... والقضايا التي لا يختصُّ مجلس الدولة النظر فيها، هي بالرجوع إلى الأعمال التحضيريَّة لهذا القانون (أعمال سيادة)، إذا ادَّعى مجلس الدولة عدم اختصاصه

([22]) د. طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة، مكتبة القاهرة الحديثة، بدون سنة النشر، ص331.

([23]) د. إسماعيل البدوي، القضاء الإداري – دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، حقوق النشر لدى المؤلف، 1992، ص92.

بالنظر في هذه الأقضية يستطيع الوزراء الطلب منه عدم النظر فيها بواسطة دعوى أمام محكمة التنازع" [24].

فبالرغم من أنَّ النصوص القانونيَّة سابق الإشارة إليها والتي لم تُشر بصراحةٍ إلى مصطلح الأعمال الحكوميَّة أو أعمال السِّيادة فإنَّ بعض الفقهاء يفسِّرون هذه المادة على أنها تجسيدٌ لنظريَّة أعمال السِّيادة، وعلى رأسهم الفقيه (أندريه دي لوبادير) الذي عَدَّ نصَّ المادة (26) سابق الذكر النصَّ الوحيد الذي يمكن أنْ يكون أساسًا تشريعيًّا للنظريَّة، وعنى المشرع الفرنسيُّ بهذا النصِّ تقرير نظريَّة أعمال السِّيادة تشريعيًّا بعد أن أنشأها القضاء الفرنسي [25].

وأيضًا يؤيد الفقيه (فيفيان) (vivien) الرأي السابق الذي يرى أنَّ القضايا المقدَّمة لمجلس الدولة الفرنسي والتي لا يختصُّ القضاء الإداري بنظرها، هي تلك التي تستند إلى الأعمال الحكوميَّة؛ أي أعمال السِّيادة، ولا سيما أنَّ المادة (26) من قانون (24) نُقلت بالحرف الواحد من المادة (47) من قانون (3) مارس 1849 [26].

أمَّا على الجانب الثاني – وهو الجانب القضائي – فقد ظهرت نظريَّة أعمال السِّيادة في أحكامٍ عديدةٍ صدرت من مجلس الدولة الفرنسي التي سنوضِّحها بالتفصيل في المطلب التالي، لتكون تلك الأحكام السببَ الرئيسَ في ترسيخ هذه النظريَّة في القضاء الفرنسي.

فكان مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع الفرنسية يتجنبان ذكر لفظ أعمال الحكومة أو أعمال السِّيادة في الأحكام التي يصدرها في هذا النطاق، بل كانَا يعبِّران بقولهما: "إنها أعمالٌ لا تخضع بطبيعتها لرقابة المحاكم"، أو "أنَّ التدبير المطعون فيه يخرج عن صلاحية مجلس الدولة"، ولم يستعمل مجلس الدولة

([24]) د. عبد الباقي نعمة عبد الله، نظريَّة أعمال السِّيادة في القانون المقارن، مجلة القانون المقارن، مطبعة دار الحرية، العددان 6–7، السنة السادسة، بغداد، 1977، ص32.

([25]) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبدأ المشروعيَّة كضابط لصحة الأعمال الإداريَّة، دار المطبوعات الجامعيَّة، الإسكندريَّة، 2017، ص187.

([26]) علام لياس، الأعمال الحكوميَّة بين الحصانة المطلقة والرقابة القضائيَّة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسيَّة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص16.

الفرنسي مصطلح العمل الحكومي إلاَّ في قراره الصادر بتاريخ 2 مارس 1962 والذي تحدَّد بمقتضاه طبيعة القرار الذي صدر من رئيس الجمهورية الفرنسيَّة وفقًا للمادة 16 من دستور الجمهوريَّة الخامسة 1958 التي تُخول له اتِّخاذ التدابير التي توجبها الظروف الاستثنائيَّة[27].

أمَّا على الجانب المصريِّ فقد ردَّد بعض التعريفات القانونيَّة والقضائيَّة لأعمال السِّيادة، وسنبيِّن ذلك فيما يلي:

من الناحية القانونيَّة، كان من الطبيعيِّ أنْ تُثار مسألة أعمال السِّيادة، فنصَّ عليها صراحةً في المادة السادسة من القانون رقم 112 لسنة 1946 بضرب أمثلةٍ لأعمال السِّيادة، إذ يقول: "لا تقبل الطلبات المقدَّمة عن القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بمجلسي البرلمان، وعن التدابير الخاصَّة بالأمن الداخليِّ والخارجيِّ للدولة، وعن العلاقات السياسيَّة أو المسائل الخاصَّة بالأعمال الحربيَّة، وعلى العموم سائر الطلبات المتعلِّقة بعملٍ من أعمال السِّيادة"[28]. والحقيقة أنَّ التعداد – على سبيل التمثيل – ليس عمل المشرِّع، بل هو عمل الفقيه، والتجاء المشرِّع إليه ضرره أكثر من نفعه[29].

ويرى الباحث من هذا التعريف أنه على الرغم من وجود الأمثلة المبيَّنة في مضمونه فإنه لم يُلِمّ بكامل نظريَّة أعمال السِّيادة وحصرها على الشكل الدقيق والمفصل من الناحية القانونيَّة، فبهذا يكون التعريف غيرَ كافٍ وناقصًا من الناحية القانونيَّة، فكان الأجدر بنظرنا أن يقتصر على بيان المبدأ بحدِّ ذاته دون الحاجة إلى ضرب الأمثلة، وندع الأمر للقضاء لبيان ذلك.

فمن الناحية القضائيَّة، وضعت محكمة القضاء الإداري تعريفًا في غاية القوة لأعمال السِّيادة؛ إذ اشتمل على أمثلةٍ لها، فضلاً عن تحديد المعيار الفاصل بينها وبين أعمال الحكومة العاديَّة، ففي حكمها الصادر بتاريخ 26 من يونيه سنة 1951 أعلنت المحكمة أنَّ أعمال السِّيادة "هي تلك الأعمال التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، فتباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظيم علاقاتها

([27]) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبدأ المشروعيَّة كضابط لصحة الأعمال الإداريَّة، ، مرجع سابق ، ص184 هامش رقم (2).

([28]) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص267.

([29]) نفس المرجع السابق، ص268.

بالسلطات العامة الأخرى داخليَّة كانت أو خارجيَّة، أو تتخذها إلزامًا للحفاظ على كيان الدولة في الداخل أو للذود عن سيادتها في الخارج – وأضافت المحكمة قائلة: – ومن ثم يغلب فيها أن تكون تدابير تتخذ في النطاق الخارجي أو في النطاق الداخلي؛ إمَّا لتنظيم علاقات الحكومة بالسلطة العامة الخارجيَّة أو الداخليَّة في حالتي السلام والهدوء، أو لدفع الأذى والشر عن الدولة في الداخل أو في الخارج في حالتي الاضطرابات والحروب، فهي مرةً تكون أعمالاً منظِّمة لعلاقة الحكومة بمجلس البرلمان أو منظِّمة للعلاقات السياسيَّة بالدول الأجنبية، وهي مرةً تكون تدابيرَ تتخذ للدفاع عن الأمن العام من الاضطرابات الداخليَّة، أو التأمين على حفظ سلامة الدولة من أيِّ عدوان خارجي، وذلك كإعلان الأحكام العرفيَّة وإعلان الحرب أو المسائل الخاصَّة بالأعمال الحربيَّة، وهذه وتلك إنما هي أعمالٌ وتدابيرُ تصدر عن سلطة حكم لا عن سلطة إدارة". [30]

ويرى الباحث أنَّ التعريف الذي عرَّفته محكمة القضاء الإداري هو أفضلُ من التعريف القانونيِّ المذكور سابقًا الذي كان من المفروض وجوب الابتعاد عن ضرب الأمثلة وتركها للقضاء ليحدِّدها كما جاء في التعريف القضائي، ويكتفي بذكر المبدأ فقط.

فبعد ذلك عدل المشرِّع هذا النصَّ حين أصدر القانون 165 لسنة 1955، واستبعد الأمثلة واكتفى بالمبدأ العام فقط، فنصَّ في المادة 12 على أنه (لا يختصُّ مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السِّيادة)، وعلى هذا النحو فإنَّ المشرِّع في قانون مجلس الدولة 55 لسنة 1959 أيضًا اتَّبع نفس الأسلوب الذي اتبعه بالنسبة لقانون السلطة القضائيَّة، وألقى على عاتق القضاء تحديد متى يعدُّ العمل عملاً من أعمال السِّيادة، وبالتالي يخرج عن نطاق اختصاصه[31].

كما عرَّفت المحكمة الدستوريَّة العليا أعمال السِّيادة بأنها "هي التي تصدر عن السياسة العليا للدولة بما لها من سلطةٍ عليا وسيادة في الداخل والخارج، مستهدفة تحقيق مصلحة الجماعة السياسيَّة كلها، مع احترام الحقوق التي كفلها الدستور"[32].

([30]) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 587 لسنة 5ق، بجلسة 1951/6/26م، منشور في مجموعة المبادئ القانونيَّة في خمسة عشر عامًا، الجزء الأول، القاهرة، 1964–1965، ص394.

([31]) د. محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري)، دار النهضة العربيَّة، 1987، ص 97.

([32]) حكم المحكمة الدستوريَّة العليا في الدعوى رقم 48 لسنة 4 ق.د، بجلسة 1984/1/21م، منشور في مجموعة المبادئ التي قرَّرتها المحكمة العليا والمحكمة الدستوريَّة العليا في أربعين عامًا 1969–2009، ص210.

وتوالت بعد ذلك القوانين، فقد نصَّت المادة (11) من قانون مجلس الدولة المصريّ الحالي رقم 47 لسنة 1972 على أنه "لا تختصُّ محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السِّيادة"، كذلك نصت المادة (17) من قانون السلطة القضائيَّة رقم 46 لسنة 1972 على أنه "ليس للمحاكم أنْ تنظرَ بطريقةٍ مباشرةٍ أو غير مباشرةٍ في أعمال السِّيادة" [33].

وانتقد جانبٌ من الفقه نظريَّة أعمال السِّيادة بالاستناد إلى النصوص القانونيَّة بالقول: "لا شكَّ في تقديرنا أنَّ هذه النصوص تعدُّ مخالفةً لنصِّ المادة 68 من الدستور، إذ إنَّ منع أيٍّ من جهتي القضاء من نظر الطعون المتعلقة ببعض الأعمال باعتبارها من – أعمال السِّيادة – رغم كونها من المنازعات التي تدخل في اختصاصه طبقًا لقواعد الاختصاص العاديَّة له، يعدُّ في حقيقة الأمر وواقعه تحصينًا لهذا العمل من رقابة القضاء. وعليه؛ فإنَّ هذه النصوص تعدُّ نصوصًا غير دستوريَّة يتعيَّن إلغاؤها، وهو ما لم يحدث حتى اليوم، ممَّا يجعلنا نأمل في أنْ يحرص القضاء على عدم اعتبار أيِّ عملٍ أو قرارٍ إداريٍّ من أعمال السِّيادة"[34].

ويرى الباحث تأييد هذا الرأي في كون أعمال السِّيادة تعدُّ قراراتٍ مخالفةً لما جاء به الدستور سنة 1971 في نصِّ المادة 2/68 من أنه "يُحظر النصُّ في القوانين على تحصين أيِّ عملٍ أو قرار إداريٍّ من رقابة القضاء"، فيجب الاستغناء عنها بأسرع وقتٍ كونها تعدُّ انتهاكًا لمبدأ المشروعيَّة وتجاوزًا على حقوق الأفراد بعذر ما يُسمى بأعمال السِّيادة، فما ورد من نصوصٍ قانونيَّةٍ وقراراتٍ صادرةٍ من المحاكم تعدُّ غيرَ صحيحةٍ ومخالفةً لنصِّ المادة الدستوريَّة المذكورة سلفًا، ويجب الابتعاد عن هذه النظريَّة وعدم تحصين أعمالها؛ كونها تعدُّ انتهاكًا لمبدأ سيادة القانون.

([33]) د. محمد عبد العال السناري، مبدأ المشروعيَّة والرقابة على أعمال الإدارة– دراسة مقارنة، بدون ذكر الناشر، بدون ذكر سنة الطبع ، ص120.

([34]) د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة (مبدأ المشروعيَّة – تنظيم القضاء الإداري)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريَّة، بدون ذكر السنة، ص278.

أمَّا في العراق: فقد نُصَّ صراحةً على أعمال السِّيادة لأول مرةٍ في قانون السلطة القضائيَّة رقم (26) لسنة 1963 الذي نصت المادة منه على أنه "ليس للمحاكم أنْ تنظر في كلِّ ما يعتبر من أعمال السِّيادة" [35].

وقد عرَّفت محكمة التمييز أعمال السِّيادة في حكمها الصادر في 1966/5/9 الذي جاء فيه: "إن أعمال السِّيادة – حسبما جرى به الفقه والقضاء – هي تلك الأعمال التي تصدر باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، فتباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظيم علاقاتها بالسلطات العامَّة الأخرى داخليَّة كانت أو خارجيَّة أو تتخذها اضطرارًا للمحافظة على كيان الدولة في الداخل والذود عن سيادتها في الخارج، ومن ثم يغلب عليها أنْ تكون تدابيرَ تُتخذ في النطاق الداخليِّ أو في النطاق الخارجيِّ، إمَّا لتنظيم علاقات الحكومة بالسلطة العامة، أو لدفع الأذى والشر عن الدولة في الداخل أو في الخارج، وهي تارةً تكون أعمالاً منظِّمة لعلاقة الحكومة بالمجلس الوطنيِّ أو مجلس الدفاع الأعلى، وهي طورًا تكون تدابيرَ تُتخذ للدفاع عن الأمن العام من اضطرابٍ داخليٍّ بإعلان الأحكام العرفية أو إعلان حالة الطوارئ" [36].

ويرى الباحث أنَّ التعريف السابق الذي أصدرته محكمة تمييز العراق جاء ترديدًا لما جاء في حكم محكمة القضاء الإداري المصري في القضية رقم 587 لسنة 1951/6/26 المشار لها سابقًا، ويتبيَّن للقارئ أنه تمَّ نقله بالحرف الواحد. وبنظرنا نرى أنه يجب على القضاء العراقيِّ أن يبديَ ويبدعَ بما هو جديدٌ في تعريف وتفسير نظريَّة أعمال السِّيادة ووضع القيود لهذه النظريَّة وتحديدها بشكلٍ أدقَّ، لا أنْ يُردد ذلك في أحكامه القضائيَّة.

ثم جاء قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 الذي نصت المادة (10) منه على أنه (لا ينظر القضاء في كلِّ ما يعتبر من أعمال السِّيادة) [37]، وفي قرار صادر عن محكمة التمييز حمل الرقم (39/هيئه عامة/1992) في1992/5/30 ذكرت المحكمة أنَّ "أعمال السِّيادة هي الأعمال التي تصدر

([35]) د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، طبعة أولى، دار السنهوري، بغداد، 2015، ص66.

([36]) قرار محكمة التمييز المرقم 1948/د 65/ في، 1966/5/9، نقلاً عن: مراد شاكر خورشيد المولى، أعمال السِّيادة في القانون العراقي – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2009، ص12.

([37]) د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص66.

من الحكومة بوصفها سلطة حكم لا سلطة إداريَّة ..... ويعرِّف فقهاء القانون الإداري أعمال السِّيادة بأنها عملٌ يصدر من السلطة التنفيذيَّة وتحيطه اعتباراتٌ خاصَّة بسلامة الدولة وأمنها الداخليّ أو الخارجي، ويخرج عن رقابة المحاكم من قرَّر القضاء له هذه الصفة" [38].

الخلاصة إذن في تعريف أعمال السِّيادة أنها لا تُعرف إلا بالنفي مقابلة بالأعمال التي تخضع لرقابة القضاء، فهي أعمالٌ تنتفي بصددها كلُّ رقابةٍ قضائيَّة، وتكون السلطة الإداريَّة أو التنفيذيَّة عند اتِّخاذها لعمل من هذه الأعمال بمعزلٍ كليٍّ عن أيّ رقابةٍ قضائيَّة، ولا يحدها تبعًا لذلك قانون أو دستور، فتكون بذلك سلطةً مطلقةً مستقلةً عضويًّا وموضوعيًّا عن سائر السلطات الأخرى في الدولة عضويًّا لكونها لا تقع تحت طائلة ورقابة أيّ سلطةٍ أخرى عاملة في الدولة، بل ولا يشاركها في هذه الأعمال أيُّ جهةٍ أخرى سواء كانت سلطةً قضائيَّةً أو تشريعيَّة، وموضوعيًّا لكونها تستقلُّ بمفردهما في تحديد مضمون العمل السياديّ من حيث موضوعه ونطاقه المكاني والزمان، إضافةً إلى تحديد أطرافه والمتأثرين به أيضًا دون أدنى مسئوليةٍ قانونيَّةٍ أو دستوريَّة [39].

ويرى الباحث أنَّ محاولات تعريف نظريَّة أعمال السِّيادة لم تتمّ بالشكل المطلوب من ناحية الدقة والإلمام الكافي من قبل الفقهاء وحتى القضاء، بوضع تعريفٍ جامعٍ مانعٍ له، ووضع الحدود القانونيَّة لرسم المسار القانونيّ السليم لتعريف نظريَّة أعمال السِّيادة ليوضع حدٌّ لها من الخروج على مبدأ المشروعيَّة والتعدِّي على سيادة القانون والاعتداء على حقوق الأفراد وحرياتهم التي كفلتها معظم دساتير العالم وخصوصًا الدول التي في محض بحثنا (فرنسا ومصر والعراق)، فالهدف من هذا الدراسة كلها إيجاد الطريقة للاستغناء عن نظريَّة أعمال السِّيادة لكونها أخطر سلاح تتملَّكه الإدارة أو السلطة التنفيذيَّة بيدها في ممارسة أعمالها، ولكن يُشكر للفقه والقضاء محاولاتهم تعريف أعمال السِّيادة وتضييق النطاق عليها من التعسُّف في استعمال السلطة.

([38]) مراد شاكر خورشيد المولى، أعمال السِّيادة في القانون العراقي – دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص13.

([39]) د. رأفت فودة، مصادر المشروعيَّة الإداريَّة ومنحنياتها– دراسة مقارنة، دار النهضة العربيَّة، 1994، ص196.

المطلب الثاني

النشأة و التطور التاريخي لنظرية أعمال السيادة [40]

تعدُّ نظريَّة أعمال السِّيادة من أشدِّ الانتهاكات الواردة على مبدأ المشروعيَّة التي تمتلكها يد السلطة التنفيذيَّة، وهي تَرِدُ تحت مسمى أعمال الإدارة التي تكون بمنجاةٍ من أيّ رقابةٍ قضائيَّةٍ، والأصحُّ القول: إنها تكون محصنةً قضائيًّا مهما كانت الآثار الضارَّة المترتّبة عليها.

ولكي نفهم هذه النظريَّة كليًّا لا بدَّ أنْ نعرف بداية وجودها ومكان نشأتها وموطن ظهورها الأول في فرنسا، والدول التي أخذت بهذه النظريَّة بعدها وسارت على خطاها مثل مصر والعراق، لذلك سنلقي الضوء على تطوُّرها التاريخي في ثلاثة مطالب:

الفرع الأول: النشأة والتطور التاريخي لنظريَّة أعمال السِّيادة في فرنسا.

الفرع الثاني: النشأة والتطور التاريخي لنظريَّة أعمال السِّيادة في مصر.

الفرع الثالث: النشأة والتطور التاريخي لنظريَّة أعمال السِّيادة في العراق.

([40]) يرجح جانبٌ من الفقه أنَّ نظريَّة أعمال السِّيادة ظهرت أولاً في إنكلترا بسبب ما كان فيها للتاج من سلطان مطلق وسلطان عادي، ثم حاربها القضاء طويلاً فلم تَعُدْ تشغل من جهده غير النزر القليل، ثم بعد ذلك في فرنسا تطورت تطويرًا محسوسًا على مدى الأيام بفضل حكمة قضاء مجلس الدولة الفرنسي وألمعية فقهاء القانون العام، انظر: د. حافظ هريدي، أعمال السِّيادة في القانون المصري المقارن، أطروحة دكتوراه، طبعة أولى، لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1952، ص5.

الفرع الأول

النشأة والتطور التاريخي لنظرية

أعمال السيادة في فرنسا

مرحلة الثورة الفرنسية والإمبراطورية الأولى:

في العهد القديم كان نظام الحكم في هذا العهد استبداديًّا مطلقًا، وكان الملك وحده مصدر السلطات، فإنْ عَهِدَ إلى بعض موظفيه بمهمة الفصل بين الناس فهذا لا يمنعه باعتباره القاضي الأكبر أنْ يتدخَّل في أعمالهم فيسلب من أيديهم القضايا التي يرى الفصل بنفسه فيها ويحملهم على إنكار العدالة بمنعهم من سماع ما يشاء من الدعاوى؛ لأنه بتفويضه غيره بإقامة القضاء فهذا لا يعني أنْ يتخلَّى عن حقِّه في إقامته هو بنفسه، ففي ظلِّ مثل هذا النظام من القضاء تصبح جميع أعمال السلطة التنفيذيَّة أعمالاً حكوميَّة ليس للقضاء عليها ثمت سبيل[41]، فعندما ثار الشعب الفرنسيُّ ثورته الشهيرة عام 1789 على نظام الحكم المطلق أو **(السِّيادة بمعناها السلبي)** الذي استفحل طوال قرون عديدة كان أول ما نفذته الثورة هو الفصل التام بين السلطات، فالسلطة القضائيَّة مستقلةٌ في عملها عن السلطة التشريعيَّة والتنفيذيَّة، كما أنه ليس لأيِّ سلطةٍ الحقُّ في التدخُّل في أعمال سلطةٍ أخرى[42]، وإنَّ الباحث في القانون الفرنسيِّ لا يجد أثرًا لهذا النوع من الأعمال في ظلال الثورة الفرنسيَّة والإمبراطوريَّة الأولى، ولعلَّ مرجع ذلك إلى أنَّ فكرة أعمال السِّيادة بوضعها الحاضر لم يكن لها أية فائدة[43]، فالمنازعات التي تكون الإدارة طرفًا فيها تخرج عن ولاية القضاء ليفصل فيها الوزير المختص تطبيقًا لنظام **(الإدارة القاضية) أو (الوزير القاضي)**، وكان اختصاص الوزير في هذا الشأن شاملاً للأعمال الإداريَّة والأعمال الحكوميَّة على حدٍّ سواء، ومن ثمَّ لم تكن هناك حاجةٌ إلى قيام نظريَّة خاصة من شأنها منع القضاء من نظر الأعمال الحكوميَّة [44].

([41]) د. عبد الفتاح ساير داير، نظريَّة أعمال السِّيادة في القانون المصري، مرجع سابق، ص46.

([42])Marcel Waline ,Droit administratif ,9e édition Sirey, 1963, P. 25 ets. Georges. Vedel et Pierre. Delvolvé , Droit administratif, PUF,1988 , P. 126..

([43]) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص260.

([44]) د. عبد الفتاح ساير داير، نظريَّة أعمال السِّيادة، مرجع سابق، ص47.

وفي ظلِّ الإمبراطورية الأولى أنشأ نابليون بونابرت مجلس الدولة الفرنسي ليقوم بوظائفَ ومهامَّ تساعد الإدارة في عملها، ومن أهمِّ هذه المهام هو الفصل في الطعون والتطلعات التي تقدَّم ضد القرارات التي تكون صادرةً من الإدارة [45].

وأنْ يكونَ المجلس مستشارًا للحكومة في صياغة القوانين وإصدار الفتاوى وإبداء الرأي والمشورة في المسائل القانونيَّة، ولم يكن من سلطة المجلس البتُّ نهائيًّا فيما يعرض عليه من منازعاتٍ إداريَّةٍ، وإنما كان قضاؤه مقيدًا أو محجوزًا؛ ولذا كانت قرارات المجلس معلقةً على إقرار رئيس الدولة الذي كان له سلطة البتِّ النهائيِّ فيها سواء بإقرارها وإعطائها الصفة التنفيذيَّة النهائيَّة أو عدم الموافقة عليها، وفي هذه الفترة لم يكن توجد ضرورةٌ لأنْ يقرِّر مجلس الدولة حماية بعض أعمال السلطة التنفيذيَّة؛ لأن المجلس من ناحية هو تابعٌ للسلطة التنفيذيَّة، كما أنَّ الكلمة النهائيَّة في قرارات المجلس بيد رئيس الدولة والذي له أنْ يرفض التصديق على أحكام مجلس الدولة، إضافةً إلى أنَّ مجلس الدولة في تلك الفترة كان يتمتَّع بثقة الإمبراطور نابليون[46].

مرحلة ما بعد الثورة الفرنسية الإمبراطورية الثانية:

بعد سقوط نابليون أعيدت الملكيَّة مرةً ثانيةً إلى فرنسا، وهنا بدأت نظريَّة أعمال السِّيادة في الظهور، إذ أراد مجلس الدولة أنْ يُبقي على وجوده، وألاَّ يصطدم بهذه الملكيَّة التي كانت لا تنظر إليه بعين الارتياح ما دام من صنع غريمها الإمبراطور السابق[47]، واكتفى بالرقابة على أعمالها الإداريَّة الأخرى حتى يمكنه البقاء وتثبيت أقدامه في مواجهة التيار المضاد[48].

من هنا بدأت نظريَّة أعمال السِّيادة لتحصين بعض تصرُّفات الحكومة ضد رقابة مجلس الدولة إلغاءً وتعويضًا، وأُطلق على هذه الأعمال اسمُ أعمال السِّيادة أو أعمال الحكومة[49].

([45]) د. فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظريَّة والتطبيق، دار الثقافة والتوزيع، عمان، 2005، ص94.

([46]) د. إبراهيم محمد علي و د. جمال عثمان جبريل، الوسيط في القضاء الإداري، بدون ذكر الناشر، 1996، ص192.

([47]) د. محسن خليل، المشروعيَّة وتنظيم القضاء الإداري، مرجع سابق، ص114.

([48]) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، الطبعة الخامسة، بدون ذكر الناشر، 2010، ص 56.

([49]) د. إبراهيم محمد علي و د. جمال عثمان جبريل، الوسيط في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 193.

ومن الصدف الغريبة التي واجهت مجلس الدولة الفرنسي وقت إقرار هذه النظريَّة، أنه اعترف بها في قضيةٍ تتعلق بأسرة بونابرت، صاحب الفضل في وجوده، وموضوعها رفض النظام الحاكم تسليم أموال تمَّ التبرع بها لعائلة بونابرت وتقريره حرمانها كليَّةً من هذه الأموال، وعرض النزاع على مجلس الدولة ليقول كلمته في مدى مشروعيَّة هذا التصرُّف الحكومي، وفي أحقيَّة الأسرة المدعية في هذه الأموال، وكان رأي المجلس أنَّ هذه المطالبة تتعلَّق بمسألةٍ سياسيَّةٍ لا يختصُّ هو بالفصل فيها، وإنما يكون التقرير فيها أصلاً للحكومة [50].

وكان من الطبيعيّ – وقد حظي مجلس الدولة بهذا التأييد الكبير – أنْ يعمل على حماية بعض أعمال وتصرفات السلطة التنفيذيَّة من كلِّ طعن قضائي، لذلك عمل على استمرار تقرير نظريَّة أعمال السِّيادة، فبعد سقوط الملكيَّة وعودة الإمبراطورية مرةً ثانيةً استرجع مجلس الدولة الثقة من العهد الجديد أن يعدل عن النظريَّة باعتبارها أثرًا من آثار الحكم الملكيّ وما تُمثله من تهديدٍ خطيرٍ لحقوق وحريات الأفراد بتحصين بعض أعمال الحكومة من رقابة القضاء، إلاَّ أنَّ مجلس الدولة عمل على استمرار نظريَّة أعمال السِّيادة، وقد ذكر البعض أنَّ مجلس الدولة قد وافق على ذلك في مقابل أنْ يبقى قضاؤه مفوضًا بالنسبة لبقية أعمال الإدارة[51].

فاستردَّ مجلس الدولة مكانته في عهد الإمبراطوريَّة الثانية، وثقته بنفسه، وبدأ يدعم قضاءَه إلى أن صدر قانون مايو 1872 الذي منحه سلطة القضاء المفوض، وأصبحت أحكامه نافذةً ونهائيَّةً[52].

ويمكن القول: إنَّ أعمال السِّيادة قد استقرَّت في فرنسا ليس بأحكام مجلس الدولة فقط، بل استقرت في النصوص القانونيَّة بمقتضى المادة (26) من قانون (24) أيار سنة 1872.

فالمادة 26 سالفه الذكر، كانت تنصُّ على "أن للوزراء الحق في أن يرفعوا إلى محكمة تنازع الاختصاص القضايا المقدَّمة لمجلس الدولة والتي لا تختصُّ بنظرها المحاكم الإداريَّة"، وهذا النصُّ هو ترديدٌ لما تضمَّنه نص المادة 47 من قانون عام 1849[53].

([50]) د. رأفت فودة، مصادر المشروعيَّة الإداريَّة ومنحنياتها، مرجع سابق، ص202.

([51]) د. إبراهيم محمد علي و د. جمال عثمان جبريل، الوسيط في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص193.

([52]) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص226.

ورغم زوال هذا التبرير التاريخي، ورسوخ أقدام مجلس الدولة الفرنسي في النظام القانونيّ الفرنسي، فإنَّ مجلس الدولة الفرنسيَّ مستمرٌّ في تطبيق نظريَّة أعمال السِّيادة حتى وقتنا الحاضر لاعتباراتٍ أخرى، وإن كان المجلس المذكور قد عمل على الحدِّ من خطورة آثارها، وذلك بحصر مجالها في أضيق نطاقٍ إلا أنها موجودةٌ ليومنا هذا [54].

الفرع الثاني

النشأة والتطور التاريخي لنظرية

أعمال السيادة في مصر

إذا كان القضاء الفرنسيُّ هو المصدر الحقيقي لأعمال السِّيادة في فرنسا، فإنَّ هذه الأعمال قد وجدت أساسها في مصر في النصوص التشريعيَّة التي نصَّت صراحةً على منع المحاكم من التعرض لها[55]. فقد مرَّت أعمال السِّيادة في مصر بمرحلتين مهمتين قبل إنشاء مجلس الدولة سنة 1946 وبعد إنشاء مجلس الدولة سنة 1946 والتي سوف نلقي الضوء عليها فيما يلي:

قبل إنشاء مجلس الدولة سنة 1946:

عندما أنشئت المحاكم المختلطة سنة 1876، والأهلية سنة 1883، وردت لائحة الترتيب لكلٍّ منهما خلوًا من أيّ إشارةٍ إلى أعمال السِّيادة: فأمَّا المحاكم الأهليَّة، فقد أقرَّت بطائفة أعمال السِّيادة بالرغم من عدم النصِّ عليها في لائحة ترتيبها، وأمَّا المحاكم المختلطة، فقد تعرَّضت لبعض أعمال السِّيادة، وحكمت بالتعويض عنه، كالأعمال الإداريَّة العاديَّة. ولهذا اضطر المشرِّع المصري إلى أن ينتهز فرصة تعديل المادة 11 من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة سنة 1900 لينصَّ فيها صراحةً على منع المحاكم المختلطة من التعرُّض لأعمال السِّيادة[56].

([53]) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبدأ المشروعيَّة كضابط لصحة الأعمال الإداريَّة، مرجع سابق، ص187.

([54]) د. إبراهيم محمد علي و د. جمال عثمان جبريل، الوسيط في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص194.

([55]) د. محسن خليل، المشروعيَّة وتنظيم القضاء الإداري، مرجع سابق، ص116.

([56]) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص266.

فازداد موقف المشرِّع بالنسبة لهذه النظريَّة على مدى الأيام حزمًا، ولا أدلَّ على ذلك من صيغة النصِّ المشترك الوارد في المادتين 43 من اللائحة الجديدة لترتيب المحاكم المختلطة الصادرة في 1937 و15 من لائحة ترتيب المحاكم الأهليَّة عقب تعديلها بالمرسوم بقانون 90 سنة 1937 الذي نصَّ على أنه **"ليس لهذه الحاكم أنْ تنظرَ بطريقةٍ مباشرةٍ أو غير مباشرةٍ في أعمال السِّيادة"** [57].

بعد إنشاء مجلس الدولة سنة 1946:

وبعد ذلك أُنشئ مجلس الدولة في مصر 1946 بالقانون رقم 112، وتضمَّن هذا القانون النصَّ في المادة السادسة على أن لا تُقبل الطلبات المقدَّمة عن القرارات المتعلقة بالأعمال المنظِّمة علاقة الحكومة بمجلس البرلمان، وعن التدابير الخاصَّة بالأمن الداخليّ والخارجيّ للدولة، وعن العلاقات السياسيَّة أو المسائل الخاصَّة بالاعمال الحربيَّة، وعلى العموم سائر الطلبات المتعلِّقة بعملٍ من أعمال السِّيادة [58].

ثم جاءت المادة السابعة من قانون رقم 9 لسنة 1949 بتنظيم مجلس الدولة مطابقةً لنصِّ المادة السادسة من القانون رقم 112 لسنة 1946 السابق الإشارة إليه[59].

فالمشرِّع بعد أنْ عدَّد بعض الأعمال التي تعدُّ من قبيل أعمال السِّيادة، إذ به يرجع إلى مسلكه القديم فينصُّ على المبدأ ذاته، وقد أثار تعداد هذه الأمثلة ريبة بعض النواب، فارتفعت أصواتهم مطالبةً بالاقتصار على إعلان المبدأ في حدِّ ذاته دون حاجةٍ إلى ضرب الأمثلة؛ لأنَّ المرجع الأخير في ذلك إلى القضاء، ما دامت الأمثلة التي وردت بالنصِّ لا تستغرق جميع أعمال السِّيادة. وأثير الاعتراض ذاته في مجلس الشيوخ، ذلك أنَّ عبارة **"التدابير الخاصَّة بالأمن الداخليّ والخارجيّ للدولة"** من الاتِّساع بحيث يخشى أن تستتر خلفها الحكومة لتضفيَ صفة عمل السِّيادة على أعمالٍ إداريَّةٍ عادية[60].

([57]) عبد الفتاح ساير داير، نظريَّة أعمال السِّيادة – دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، مرجع سابق، ص76.

([58]) د. محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري)، مرجع سابق، ص 96.

([59]) د. إبراهيم محمد علي و د. جمال عثمان جبريل، الوسيط في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 214.

([60]) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص267-268.

ونظرًا للانتقادات التي وُجهت لهذا النص، فقد عدل المشرِّع هذا النص حين أصدر القانون 165 لسنة 1955، واستبعد الأمثلة واكتفى بالمبدأ العامِّ، فنصَّ في المادة الثانية عشرة على أنه لا يختصُّ مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السِّيادة [61].

فالمشرِّع يكتفي بوضع المبدأ تاركًا للقضاء الإداري تحديد الأعمال التي تدخل في نطاق أعمال السِّيادة، وقد نقل ذلك النصّ بتمامه إلى المادة 12 من قانون مجلس الدولة التالي رقم 55 لسنة 1959، واستمرَّ هذا النصُّ في قانون مجلس الدولة الحالي رقم 47 لسنة 1972، حيث نصت المادة 11 من هذا القانون على أنه "لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السِّيادة" [62].

ومع ذلك فعلى الرغم من صدور النصِّ الدستوريِّ الذي يمنح للمحاكم الحقَّ في النظر في كافة الدعاوى المقامة أمامه، فإنَّ السلطة التنفيذيَّة في مصر ذهبت إلى خلاف ذلك في محاولةٍ منها للتوسُّع في إضفاء صفة أعمال السِّيادة على بعض أعمالها؛ لإعفائها من رقابة القضاء، من ذلك حكم للمحكمة العليا حيث ردَّت في حكم بتاريخ 1998/6/6 طعنًا بعدم دستوريَّة المادة (17) من قانون السلطة القضائيَّة رقم (46) لسنة 1972، "عدم جواز نظر المحاكم في أعمال السِّيادة سواء بطريق مباشر أو غير مباشر، وكان ذلك أمرًا طبيعيًّا ومنطقيًّا؛ لأنَّ المحكمة الدستوريَّة العليا ذاتها قد اعتمدت في مجال عملها نظريَّة أعمال السِّيادة، فلم يكن لها سوى رفض الطعن بعدم دستوريَّة النصوص المانعة للقضاء من نظر أعمال السِّيادة" [63].

([61]) د. محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري)، مرجع سابق، ص97.

([62]) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص227–228.

([63]) حكم محكمة الدستوريَّة، قضية 39 لسنة 17 ق دستوريَّة، 1998/6/6، الجريدة الرسميَّة، العدد 25، تابع في 1998/6/18، ص22.

الفرع الثالث

النشأة والتطور التاريخي لنظرية

أعمال السيادة في العراق

يعدُّ العراق أحد الدول التي أخذت بفكرة أعمال السِّيادة؛ وذلك باستبعاد بعض القرارات والأعمال التي تدخل ضمن مفهوم (أعمال السِّيادة) من رقابة القضاء، ويُذكر أنَّ التنظيم القضائيَّ العراقيَّ قد مرَّ بمرحلتين مهمتين، هما: النظام القضائيُّ الموحد والنظام القضائيُّ المزدوج. ولغرض تفرقة مراحل تطور أعمال السِّيادة سنحاول التطرق لها في كلتا الحالتين فيما يلي:

أولاً- مرحلة القضاء العادي (الموحد):

لم تَعرف الدولة العراقيَّة الحديثة التي نشأت عام 1921 نظريَّة أعمال السِّيادة على مستوى التشريع إلا بعد صدور قانون السلطة القضائيَّة رقم (26) لسنة 1963، فقد كان الأمر قبل هذا التاريخ متروكًا لتقدير القضاء كما قال به معظم الفقهاء في العراق [64]؛ وذلك لأنَّ المشرِّع لم يورد أيَّ نصوصٍ قانونيَّةٍ من أعمال السِّيادة، ومن ثمَّ تخضع لاختصاصه أو العكس؛ وذلك لأنَّ الفقه والقضاء كانَا متفقين على أنَّ القضاء هو الهيئة القادرة على هذا التمييز؛ نظرًا لمكانته وطبيعة وظيفته [65].

إلاَّ أنَّ القضاء متمثلاً في محاكمه المختلفة – وعلى رأسها محكمة التمييز بما لها من ولايةٍ عامةٍ – قد مارست النظر في جميع النزاعات القانونيَّة سواء تعلق الأمر بإلغاء القرارات أو طلب التعويض عنها بما

([64]) يعدُّ العراق من الدول التي كانت تأخذ بنظام القضاء العادي (الموحد)، حيث يتفق مع النظام الأنكلوسكسوني بهذا الأمر، ويتميَّز هذا النظام بوجود قضاء واحد فقط وهو القضاء المدني (العادي) بمختلف محاكمه المتنوِّعة، والمتخصِّصة والمتدرِّجة، وعلى رأسها محكمة التمييز، وتختصُّ بالنظر في قضاء المنازعات كافة سواء مدنيةً كانت أم إداريَّة، وسواء تمت المنازعة بين الأفراد أنفسهم أو بين الأفراد والجهات الإداريَّة الحكوميَّة، انظر: د. شاب توما منصور، القانون الإداري – دراسة مقارنة، الجزء الأول، دار الطبع للنشر والأهلية، 1970–1971، ص35، وكذلك د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، الرقابة القضائيَّة على أعمال الإدارة، محاضرات مطبوعة بالرونيو، كلية القانون، جامعة بغداد، 1983، ص111.

([65]) د. عبد الباقي نعمة عبد الله، نظريَّة أعمال السِّيادة في القانون المقارن، مرجع سابق، ص37.

في ذلك القرارت التي تعدُّ من أعمال السِّيادة، فليس هناك مانعٌ قانونيٌّ يمنع القضاء الإداري العراقي متمثلاً بمحاكمه من إلغاء القرار الإداري المعيب عن طريق قبول دعاوى الإلغاء إلى جانب قضاء التعويض.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز في قرارها المرقم (1464) في 1957/7/26 بالقول: "إنَّ القول بأنَّ القضاء لا يملك إلغاء القرار الإداري غيرُ وارد؛ إذ إنَّ القضاء له الولاية العامة، وهو الحارس على حقوق الناس إلاَّ في المجالات الممنوعة فيها قانونًا، فلذلك إذا ثبت للقضاء أنَّ القرار الإداري لا سندَ له في القانون يدعمه، ولا يوجد قانونٌ خاصٌّ يمنعه من ممارسة اختصاصه فيه، فله أن يصدر من الأحكام ما يُعيد الحقَّ إلى نصابه"[66].

كما نصت المادة (29) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 النافذ على أنه "تسري ولاية المحاكم المدنيَّة على جميع الأشخاص الطبيعيَّة والمعنويَّة بما في ذلك الحكومة، وتختصُّ بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثني بنصّ خاصّ" [67].

ولكن تطبيقًا لما جاء في حكم محكمة التمييز السابق ونصِّ المادة (29) من قانون المرافعات المدنيَّة العراقي رقم (83) لسنة 1969 النافذ لا يوجد أثرٌ له على أرض الواقع.

ويرى الباحث أنَّ المحاكم العراقيَّة – وعلى رأسها محكمة التمييز – تتردَّد في إلغاء القرارات الإداريَّة، وتكتفي بدعوى (عدم المعارضة)، وتطبيقًا لذلك ما جاء في الحكم الوارد أعلاه.

أمَّا المادة الرابعة من قانون تنظيم السلطة القضائيَّة لسنة 1963، والتي نصت على القيد الآتي: (ليس للمحاكم أنْ تنظر في كلِّ ما يعتبر من أعمال السِّيادة)، فهذا النصُّ قيَّد من ولاية المحاكم أن تنظر في كلِّ المنازعات المنصوص عليها في المادة الثالثة من القانون المذكور والمادة (29) من قانون المرافعات المدنيَّة رقم (83) لسنة 1969[68].

([66]) القرار التمييزي المرقم (1464) الصادر في 1957/7/26، مجلس ديوان التدوين، العدد 12، ص171.

([67]) مراد شاكر خورشيد المولى، أعمال السِّيادة في القانون العراقي – دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص31.

([68]) نفس المصدر السابق، ص 31.

ومن الأحكام الصادرة في زمن القضاء الموحَّد على أعمال السِّيادة نذكر منها حكم محكمة التمييز رقم (35/ حقوقية ثانية/70) الصادر في 1970/1/22 الذي عدَّ قرار منح الجنسية من أعمال السِّيادة، إذ جاء فيه: "مع ملاحظة أنَّ المادة السابعة من قانون الجنسية جوازيَّةٌ تركت لوزير الداخليَّة حقَّ منح الجنسية العراقيَّة متى توافرت شروطها، ولا يترتب على الجواز إلزام؛ لأنَّ منح الجنسية يعتبر من أعمال السِّيادة التي لا تخضع لولاية المحاكم بموجب المادة (4) من قانون السلطة القضائيَّة ....."[69].

ثم تلاه قانون التنظيم القضائيّ رقم (160) لسنة 1979 الذي نصت المادة (10) منه على أنه (لا ينظر القضاء في كلِّ ما يعتبر من أعمال السِّيادة) [70].

ثانيًا- مرحلة القضاء الإداري (المزدوج) :

بعد صدور القانون رقم (106) لسنة 1989، قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979؛ خرج النظام القضائيُّ العراقيُّ من دائرة النظام القضائيّ الموحَّد ليذهب إلى النظام القضاء المزدوج[71].

وقد جاء في هذا القانون ذكر أعمال السِّيادة في الفقرة الخامسة من المادة السابعة التي تنصُّ على أنه: لا تختصُّ محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما يأتي[72]:

1. أعمال تعدُّ من أعمال السِّيادة وهي المراسيم والقرارات التي يصدرها سيادة رئيس الجمهوريَّة.
2. القرارات الإداريَّة التي تُتخذ تنفيذًا لتوجيهات رئيس الجمهوريَّة وفقًا لصلاحياته الدستوريَّة.
3. القرارات التي رسم القانون طريقًا للتظلم منها أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها.

([69]) حكم محكمة التمييز في الإضبارة/ 35/ حقوقيَّة/ 1972 في 1970/1/22. انظر النشرة القضائيَّة، العدد الأول، مطبعة الحكومة، 1970، ص185.

([70]) د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص66.

([71]) أنشأ بموجب القانون رقم 65 لسنة 1979 بالقرار رقم (715) في 1979/6/3، حيث نصت المادة الأولى منه (تأسيس مجلس الدولة يُسَمَّى مجلس شورى الدولة يرتبط إداريًّا بوزارة العدل ويكون مقره بغداد)، جريدة الوقائع العراقيَّة، العدد 2714 في 1979/6/11.

([72]) د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص66.

حيث إنَّ المشرِّع العراقيَّ أخرج أعمال السِّيادة عن رقابة القضاء دون أنْ يُورد تعريفًا أو معيارًا لِمَا يُعَدُّ من أعمال السِّيادة باستثناء ما نصت المادة السابعة عليه في قانون 106 من لسنة 1989 والذي أضاف – كما أشرنا مسبقًا – المراسيم والقرارات التي يُصدرها رئيس الجمهوريَّة والتي عدَّها بمثابة أعمال للسيادة، وبذلك ترك أمر تحديد أعمال السِّيادة إلى القضاء[73].

إذ ضمَّن المادة (7) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة، أمثلةً وتطبيقاتٍ لِمَا يعدُّ من أعمال السِّيادة كالمراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية، وهو مسلكٌ منتقدٌ ولا شكَّ (كما رأينا سابقًا)، وبسبب شدَّة الانتقادات الموجَّهة إليه فقد تخلَّى عنه المشرِّع المصريُّ في قانوني تنظيم مجلس الدولة الأول لسنة 1946 والثاني لسنة 1949؛ بسبب ما يؤدِّي إليه من توسيع لدائرة أعمال السِّيادة في الوقت الذي يبذل فيه الفقه – في معظم الدول – جهودًا حثيثةً للقضاء على هذه النظريَّة أو – على الأقل – التضييق من نطاقها والحد من آثارها الخطيرة[74].

إلاَّ أنَّ هذا الأمر قد تغيَّر برمَّته بعد صدور دستور العراق الدائم لعام 2005 الذي حظر النصَّ في القوانين على تحصين أيِّ عملٍ أو قرارٍ إداريٍّ من الطعن، وعلى هذا فإنه يُمكن الطعن قضائيًّا بأيِّ عملٍ أو قرارٍ إداريٍّ مهما كانت جهة إصداره، ومهما علت مرتبة مصدره في الدولة بما في ذلك المراسيم والقرارات المتعلقة بأعمال السِّيادة[75].

وهذا ما جاء بنصِّ المادة 100 من دستور جمهوريَّة العراق لسنة 2005 (يحظر النص في القوانين على تحصين أيِّ عملٍ أو قرارٍ إداريٍّ من الطعن)[76].

([73]) مقالة إلكترونيَّة بعنوان: أعمال السِّيادة في العراق والأنظمة المقارنة، اسم الناشر (نيزك)، تاريخ النشر 2010/4/2 الساعة 03:21 am، تاريخ الزيارة 2019/1/14، عنوان الرابط:
(www.iraq-angel.com/vb/showthread.php?t=187146)

([74]) د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص67.

([75]) د. نجيب خلف أحمد الجبوري، القضاء الإداري، بدون ذكر الناشر، 2018، ص51.

([76]) د. غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري، الطبعة الثالثة، مكتبة دار السلام القانونيَّة، 2017، ص86.

وجاء لاحقًا تعزيزٌ للنصّ القانونيّ رقم 100 من دستور 2005 بإصدار قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم 17 لسنة 2013 من الوقائع العراقيَّة – رقم العدد 4283 بتاريخ 2013/7/29 الذي ألغى البند خامسًا من المادة السابعة من قانون مجلس شورى الدولة سالف الذكر[77].

ويرى الباحث من القانون الأخير أنَّ المشرّع كان هدفه أنْ يُعزز دور الفرد ويحمي حقوقه وحريته من عبث السلطة التنفيذيَّة وإيقاف الاعتداء عليها والتي تكون تحت غطاء ما يُسَمَّى بأعمال السِّيادة، فهذا ما نتمناه لكلِّ الأنظمة التي سلكت خطى هذه النظريَّة وتبنت أفكارها من التخلص والحد منها؛ لأنها انتهاكٌ واضحٌ لمبدأ المشروعيَّة وسمو القانون فوق أيّ إرادة.

([77]) د. مازن ليلو راضي، أصول القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعيَّة، بدون ذكر السنة، ص59.

الخاتمة

إلى هنا انتهينا من بحثنا المُعنون بـ **(مفهوم نظرية أعمال السيادة وتطورها التأريخي)** الذي أوردنا فيه مبحثين المبحث الاول مفهوم نظرية أعمال السيادة والمبحث الثاني تطور نظرية أعمال السيادة ، وأوضحنا أنَّ هذه النظريَّة أنشأها وخلقها مجلس الدولة الفرنسي نتيجة الظروف التاريخيَّة والسياسيَّة التي مرَّ بها هذا المجلس، وهناك كثيرٌ من الأنظمة التي احتوت وتبنَّت نظريَّة أعمال السِّيادة أساسًا في نظامها القانونيّ، وأخذنا نموذجًا من هذه الدول مصر والعراق لتكون دراسةً مقارنةً بين الدولة التي خلقت النظريَّة والدول التي احتوتها وطبَّقتها، وتبيَّن لنا من خلال بحثنا المذكور أنَّ نظريَّة أعمال السِّيادة هي من أخطر الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعيَّة المتمثلة بسيادة القانون وخضوع الحكام والمحكومين له، ، ولذا لا بدَّ من أن نتطرق إلى أهمِّ النتائج التي توصَّلنا إليها من خلال بحثنا هذا وأهم المقترحات التي يمكن أن تُعالج ما سبق، وذلك على النحو التالي:-

أولاً- النتائج:

1. لم يستقرّ الفقه والقضاء على وضع تعريفٍ جامعٍ مانعٍ لنظريَّة أعمال السِّيادة؛ وذلك لأنَّ نظريَّة أعمال السِّيادة هي في أساسها نظريَّةٌ تتسم بالغموض وعدم الوضوح، ولا تقوم على أساسٍ قانونيٍّ سليم، كما أنها تنطوي بشكلٍ كبيرٍ على النسبية بحيث إنَّ ما يعدُّ عملاً إداريًّا عاديًّا قد يرقى في ظروفٍ سياسيَّةٍ معينةٍ ليكون عملاً من أعمال السِّيادة.
2. ارتبط نشوء نظريَّة أعمال السِّيادة بنشأة وتطوُّر مجلس الدولة في فرنسا، فهي نظريَّة من خلق القضاء، وبالتحديد القضاء الإداري الفرنسي، حيث أنشأ نابليون بونابرت مجلس الدولة الفرنسي ليقوم بالفصل في الطعون والتظلمات التي تُقَدَّمُ ضدَّ تصرفات وأعمال الإدارة، ولم تكن الأحكام التي يصدرها المجلس نهائيةً ونافذةً إلا بعد تصديق رئيس الدولة عليها، وبعد سقوط الإمبراطورية الأولى وعودة النظام الملكيّ إلى فرنسا عمل النظام الملكي على الحد من صرامة مبدأ الفصل بين السلطات كما طبقته الثورة، وذلك بنزوله عن بعض اختصاصاته مختارًا للقضاء العاديّ، وإلى جانب ذلك أظهر فكرة عمل السِّيادة الذي ينجو من كلِّ رقابةٍ قضائيَّةٍ؛ كسبًا لثقة الحكومة، وبذلك يعدُّ مجلس الدولة الفرنسي المسئول الأول عن منع القضاء من النظر في أعمال السِّيادة، وأمَّا في مصر والعراق فتمَّ تأسيس نظريَّة أعمال السِّيادة على أساسٍ تشريعيٍّ تمثَّل في نصوصٍ صريحةٍ وردت في قوانينَ متعاقبة، وذلك بهدف التخلُّص من رقابة القضاء على بعض القرارات وإعفائها من قيد الخضوع لها.

ثانيًا– الاقتراحات:

1. ش
2. ي
3. ي

وبهذا نكون قد انتهينا من بحث موضوع " مفهوم نظرية أعمال السيادة وتطورها التأريخي "، فإنْ تحقَّق الهدف بتمامه من الدراسة فهو بفضل وتوفيق من الله – عزَّ وجلَّ –، وإنْ تحقَّق جزء منه تحقق الهدف منه؛ فما لا يُدرك كله لا يُترك جُله، وإن لم يتحقق ذلك كله فيكفينا شرف الصدق في المحاولة والمثابرة، نسأل الله – تعالى مجده – التوفيق والسداد، وأخيرًا أسأله – تعالى – أن يبارك لي في عملي هذا، وأسأله العفو والمغفرة لي ولكلِّ من وقف بجانبي وآزرني وساعدني في هذا البحث، وآخر دعوانا أن الحمد لله ربِّ العالمين، وصلى الله على أشرف الخلق سيدي ومولاي في الدنيا والآخرة رسول الله محمد (صلى الله عليه وآله وسلم).

قائمة المراجع

مراجع الكتب القانونيَّة:

1- د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعيَّة وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربيَّة، 1976.

2- د. حمدي علي عمر، الاتِّجاهات الحديثة للقضاء في الرقابة على أعمال السِّيادة، دار النهضة العربيَّة، 2016.

3- د. رمزي طه الشاعر، مسئوليَّة الدولة عن الأعمال غير التعاقديَّة، قضاء التعويض، 1995.

4- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، مبدأ المشروعيَّة وتنظيم القضاء الإداري، 2017، دار المطبوعات الجامعيَّة، الإسكندريَّة.

5- د. محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، 1971، ص1 من المقدمة.

6- د. السيد خليل هيكل، رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة – دراسة مقارنة، بدون ناشر، بدون سنة.

7- د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، طبعة ثانية، دار الفكر العربي، 1972.

8- د. سليمان محمد الطماوي، النظريَّة العامة للقرارات الإدارية – دراسة مقارنة، طبعة خامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984.

9- د.محمود محمد حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربيَّة، القاهرة، 1993.

10- د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.

11- د. محسن خليل، المشروعيَّة وتنظيم القضاء الإداري، بدون ذكر الناشر، 1993.

12- د. عبد الفتاح ساير داير، نظريَّة أعمال السِّيادة في القانون المصري – دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، مطبعة جامعة القاهرة، 1955.

13- د. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، الكتاب الثاني، دار النهضة العربيَّة، بيروت، 1967-1968.

14- د. محمد بن براك الفوزان، مسئولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الإداريَّة – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبالقانون الوضعي، الطبعة الثانية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2014.

15- د. طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة، مكتبة القاهرة الحديثة، بدون سنة النشر.

16- د. إسماعيل البدوي، القضاء الإداري – دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، حقوق النشر لدى المؤلف، 1992.

17- د.إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبدأ المشروعيَّة كضابط لصحة الأعمال الإداريَّة، دار المطبوعات الجامعيَّة، الإسكندريَّة، 2017.

18- د. محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري)، دار النهضة العربيَّة، 1987.

19- محمد عبد العال السناري، مبدأ المشروعيَّة والرقابة على أعمال الإدارة – دراسة مقارنة، بدون ذكر الناشر، بدون ذكر سنة النشر.

20- د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة (مبدأ المشروعيَّة – تنظيم القضاء الإداري)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريَّة، بدون ذكر السنة.

21- د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، طبعة أولى، دار السنهوري، بغداد، 2015.

22- د. رأفت فودة، مصادر المشروعيَّة الإداريَّة ومنحنياتها – دراسة مقارنة، دار النهضة العربيَّة، 1994.

23- د. حافظ هريدي، أعمال السِّيادة في القانون المصري المقارن، أطروحة دكتوراه، طبعة أولى، لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1952.

24- د. فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظريَّة والتطبيق، دار الثقافة والتوزيع، عمان، 2005.

25- د. إبراهيم محمد علي و د. جمال عثمان جبريل، الوسيط في القضاء الإداري، بدون ذكر الناشر، 1996.

26- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، الطبعة الخامسة، بدون ذكر الناشر، 2010.

27- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبدأ المشروعيَّة كضابط لصحة الأعمال الإداريَّة، دار المطبوعات الجامعيَّة، الإسكندريَّة، 2017.
28- د. شاب توما منصور، القانون الإداري - دراسة مقارنة، الجزء الأول، دار الطبع للنشر والأهلية، 1970-1971.
29- د. نجيب خلف أحمد الجبوري، القضاء الإداري، بدون ذكر الناشر، 2018.
30- د. غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري، الطبعة الثالثة، مكتبة دار السلام القانونيَّة، 2017.
31- د. مازن ليلو راضي، أصول القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعيَّة، بدون ذكر السنة.

الرسائل والأطاريح الجامعيَّة:

1- مراد شاكر خورشيد المولى، أعمال السِّيادة في القانون العراقي - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2009.
2- علام لياس، الأعمال الحكوميَّة بين الحصانة المطلقة والرقابة القضائيَّة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسيَّة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

الأبحاث العلمية والدوريات:

1- د. عبد الباقي نعمة عبد الله، نظريَّة أعمال السِّيادة في القانون المقارن، مجلة القانون المقارن، مطبعة دار الحرية، العددان 6-7، السنة السادسة، بغداد، 1977.
2- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، الرقابة القضائيَّة على أعمال الإدارة، محاضرات مطبوعة بالرونيو، كلية القانون، جامعة بغداد، 1983.

الأحكام والقرارات القضائيَّة:

1- حكم المحكمة الإداريَّة العليا الصادر في 1990/2/4، الطعن رقم 4189 لسنة 35ق.
2- القرار التمييزي المرقم (1464) الصادر في 1957/7/26، مجلس ديوان التدوين، العدد 12.
3- الجريدة الرسميَّة، العدد 25، تابع في 1998/6/18.

4- النشرة القضائيَّة، العدد الأول، مطبعة الحكومة، 1970.

5- جريدة الوقائع العراقيَّة، العدد 2714 في 1979/6/11.

المصادر الإلكترونيَّة:

1- أعمال السِّيادة في العراق والأنظمة المقارنة، اسم الناشر (نيزك)، تاريخ النشر 2010/4/2 الساعة 03:21 am، تاريخ الزيارة 2019/1/14، عنوان الرابط:

(www.iraq-angel.com/vb/showthread.php?t=187146).

المصادر الأجنبيَّة:

1- André de Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif ,5e éd, LGDJ, 1980.
2- André de Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif ,5e éd, LGDJ, 1980.
3- Charles Debbasch ,Droit administratif ,7 ème édition ,Economica, 2002.
4- Marcel Waline ,Droit administratif ,9e édition Sirey, 1963, P. 25 ets. Georges. Vedel et Pierre. Delvolvé , Droit administratif, PUF,1988.