
اعمال السيادة في ظل التطور التشريعي والقضائي في النظم المقارنة

د. وسام صبار العاني
كلية القانون – جامعة بغداد

المقدمة

يقصد بأعمال السيادة طائفة من الاعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية ولا تخضع لرقابة القضاء الغاءاً او تعويضاً".

ولذلك فقد اعتبرت اعمال السيادة – بهذا الوضع – خروجاً على مبدأ المشروعية وتعرضت لنقد شديد في الفقه الفرنسي ومن ثم في الفقه المصري على اساس ان السلطة التنفيذية تستطيع ان توظف فكرة اعمال السيادة لصالحها فتنخذ من الاجراءات والتصرفات ما تشاء وتسبغ عليها صفة السيادة فيكفي ذلك لتخرج بها عن قواعد المشروعية واحكام القانون، فلا يكون للقضاء بصدده هذه الأعمال والتصرفات حق التعقيب، حيث تخرج من ولايته فلا يختص بنظر الطعون المقدمة ضدها ولا طلبات التعويض عن الأضرار التي تنتج عنها. ومن هنا تبدو خطورة هذه النظرية التي كان للقضاء الفرنسي السبق في ابتداعها وصياغتها.

وقد لعبت اعمال السيادة دوراً مهماً في التنازع بين سلطات الدولة وسلطاتها بما اثارته من خلافات ومناقشات فقهية الأضواء على اهمية مبدأ المشروعية ومدى قانونية الدولة.

وإذا كانت هذه النظرية قد نشأت وترعرعت في ظل القضاء الإداري الفرنسي، إلا انها استطاعت ان تنتسل وتأخذ طريقها الى أنظمة قضائية في دول اخرى من بينها مصر والعراق.

وبالرغم مما اصاب هذه النظرية من وهن وضعف، إلا انها استطاعت البقاء حتى يومنا هذا، بل انها حظيت بسطوة بالغة في عدد من الانظمة القانونية السائدة. ولعل غياب القضاء الإداري في العراق كان سببا يحول دون اندفاع الباحثين لولوج كنه هذه النظرية وتسليط الضوء على تطبيقاتها في النظام القانوني في العراق. حتى صدر قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩، معلنا ولادة القضاء الإداري بإستحداث محكمة له - لأول مرة - في مجلس شورى الدولة إضافة الى التطور الدستوري الذي شهده العراق بعد سنة ٢٠٠٣ تتولى الطعن في صحة الاوامر والقرارات التي تصدر عن الموظفين والهيئات الادارية اضافة الى التطور الدستوري الذي شهده العراق بعد عام ٢٠٠٣ فأصبحت الحاجة ملحة لبحث هذه النظرية. ولقد اعتمدنا في دراسة نظرية " اعمال السيادة " المنهج المقارن فعرضنا في المطلب الأول من هذه الدراسة لأصول النظرية وتطورها في التشريع والقضاء الفرنسيين ثم تناولنا في مطلبين متعاقبين موقف التشريع والقضاء في كل من مصر والعراق من هذه النظرية.

المطلب الأول

أعمال السيادة في فرنسا

في التعريف بأعمال السيادة:

إذا كنا قد اجملنا تعريف اعمال السيادة بأنها طائفة من الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية ولا تخضع لرقابة القضاء الغاءاً" او تعويضاً"، فإن الفقه في فرنسا بالذات قد جهد نفسه للوصول الى تعريف محدد لهذه النظرية، وصاغ في هذا الإطار عدة محاولات أهمها:

- ان اعمال السيادة هي اعمال سياسية وان كانت صادرة عن السلطة التنفيذية. تجريها الأخيرة بوصفها حكومة لأغراض سياسية عامة تتناول مصالح الدولة في شؤونها العامة او انها الأعمال التي تحكم روابط ذات صبغة سياسية ظاهرة، او انها اعمال صادرة عن هيئات سياسية وتعالج موضوعات سياسية^(١).

- ان اعمال السيادة هي اعمال تقديرية او صادرة عن السلطات التقديرية. وكل من الاعمال التقديرية والسلطة التقديرية لا تخضع لرقابة القضاء مما يترتب عليه عدم خضوع اعمال السيادة للرقابة القضائية، على العكس تماما من اعمال السلطة التنفيذية الاخرى التي تصدر بناءا على اختصاص مقيد.
- ان اعمال السيادة بنتيجتها او اثرها القانوني، طائفة من الأعمال والإجراءات صادرة عن السلطة التنفيذية، ولا تقبل الطعن أمام المحاكم ولا تخضع لأي نوع من انواع الرقابة القضائية.(٢)
- بعد ما وجه الى التعريف السابقة من نقد شديد، اتجه عدد غير قليل من الفقه الى ترك مهمة تحديد أعمال السيادة الى القضاء، فقرر انها الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية السياسية والتي يقرر لها القضاء هذه الصفة.(٣)

الفرع الأول

اصل نشأة نظرية أعمال السيادة

توصف هذه النظرية كغيرها من نظريات القانون الإداري بأنها نظرية قضائية فهي من صنع القضاء الإداري الفرنسي. فأثر عودة الملكية الى فرنسا بعد سقوط نابليون استشعر مجلس الدولة الفرنسي نية الحكومة الجديدة على الغائه بقصد التخلص من رقابته، فبدأ ينهج سياسة يهدف من ورائها تحاشي الاصطدام بالسلطة الملكية ضمانا" لبقائه وحماية لكيانه. ولجأ مجلس الدولة الى التصالح مع الحكومة مقابل الاطمئنان على نفسه وضممان بقاءه رقبيا على سائر الاعمال الإدارية الأخرى، فوجدت الحكومة في هذا المنحى ما يبهر لها تحصيل بعض تصرفاتها من بسط الرقابة القضائية عليها إلغاء" او تعويضا".

وهكذا كان استسلام المجلس وسيلة للحفاظ على كيانه من بطش السلطة التنفيذية. ومما ساعد على رسوخ هذه النظرية ان قضاء مجلس الدولة انذاك كان قضاء" معلقا" على تصديق رئيس الدولة فكانت الحكومة تستغل هذا الوضع وتقرر ان التصرف المطعون فيه إلغاء" او تعويضا" هو من اعمال السيادة وبالتالي فإنه يخرج عن ولاية القضاء وبذلك ثبت دعائم هذه النظرية.

وبالرغم من ان قانون ٢٤ مايو (ايار) لسنة ١٨٧٢ الذي صدر بعد سقوط الملكية وعودة الإمبراطورية قد خلق تحولا" بمركز مجلس الدولة بان اصبح قضاؤه باتا" او مفوضا"، إلا ان هذا التحول لم يغير من موقف المجلس تجاه

نظرية اعمال السيادة، الأمر الذي دعا البعض لوصف موقف مجلس الدولة هذا بأنه الثمن الذي قدمه الأخير مقابل منحه سلطة القضاء البات او المفوض.

ولاشك ان فكرة اعمال السيادة ظهرت لأول مرة في التشريع الفرنسي، بمقتضى المادة (٤٧) من قانون ٣ مارس (اذار) لسنة ١٨٤٩، وكذلك مادة (٢٦) من قانون ٢٤ مايو (أيار) لسنة ١٨٧٢ الخاص بتنظيم مجلس الدولة وضبط اختصاصاته، والتي تعتبر ترديدا للمادة السابقة والتي لم تصادف الفرصة للتطبيق، وتنص على " حق الوزراء في ان يحيلوا الأمر الى محكمة التنازع بشأن القضايا المرفوعة أمام القسم القضائي بمجلس الدولة والتي تخرج عن اختصاصه.

فذهب البعض الى ان المقصود بالقضايا المذكورة في النص المتقدم، تلك المتعلقة بأعمال السيادة.^(٤) في حين ذهب خصوم النظرية الى ان النص المذكور لا يراد منه تقرير فكرة اعمال السيادة ومنع المجلس من التعرض للقضايا المذكورة وبسط رقابته عليها، وإنما يهدف الى منع مجلس الدولة من التعرض للمنازعات التي تدخل ضمن اختصاص القضاء العادي. وأي يكن تفسير النص المذكور، فإنه لم يصادف حظه في التطبيق بأي من المعنيين، فلم يستعمل الوزراء الرخصة المقررة به سواء في مجال اعمال السيادة، أو اعمالاً لقواعد توزيع الإختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري.

الفرع الثاني

تبرير نظرية اعمال السيادة

حاول الفقهاء الفرنسيين وهم بصدد دراسة نظرية اعمال السيادة الكشف عن اساس يصلح مبررا لها. لكنهم لم يتفقوا على اساس واحد، ولذلك تعددت الآراء في هذا الخصوص.

- فذهب "هوريو" ومعه بعض الفقه الى القول بان هذه النظرية تمثل احد مظاهر السياسة القضائية المرنة والحكيمة لمجلس الدولة الفرنسي، وقامت على اساس اتفاق ضمني بين السلطة التنفيذية ومجلس الدولة، بمقتضاه يتنازل الأخير عن حقه في بسط رقابته على بعض اعمال السلطة التنفيذية ذات الاعترافات الخاصة لكونها تتعلق بالسيادة والمصلحة العليا وتكون السلطة التنفيذية في مجال هذه الاعمال مطلقة الحرية دون ان يكون للمجلس

حتى مجرد التعقيب عليها، مقابل ان يكون له بقاء سلطته في الرقابة على سائر الاعمال الادارية الاخرى.^(٥)

• وحاول البعض اسناد نظرية اعمال السيادة الى اعتبارات سياسية خلال الفترة التي كان القضاء فيها يأخذ بمعيار الباعث السياسي لتمييز اعمال السيادة عن غيرها من الأعمال الإدارية الأخرى. ذلك ان اعتناق القضاء لهذا المعيار يكشف عن رغبته في الإحجام عن التدخل في أعمال الحكومة "السياسية" اذ ان هذه الأعمال بموجب طبيعتها السياسية تتطلب ان يعهد برقابتها الى هيئة سياسية.

وبهذا الصدد ذهب لافريير الى ان السلطة التنفيذية تمارس في الواقع وظيفتين اساسيتين مختلفتين هما وظيفة حكومة ووظيفة ادارة، وعليه فان جميع ما يصدر عنها من قرارات وما تتخذه من اجراءات انما يخضع لإحدى هاتين الوظيفتين. فالاعمال التي تأنتها السلطة التنفيذية بمقتضى وظيفتها الأولى (الحكومية)، يغلب عليها الطابع السياسي وبالتالي فإنه ينبغي ان تخرج من رقابة القضاء لتخضع لرقابة البرلمان بإعتباره هيئة سياسية على خلاف الأعمال الاخرى التي تصدر عن السلطة التنفيذية بمقتضى وظيفتها الثانية (الادارية)، اذ تظل خاضعة لرقابة القضاء.^(٦)

• ويذهب " دوجي " الى رأي مشابه للرأي السابق، ويعلل خروج اعمال السيادة على رقابة القضاء بالطبيعة السياسية لهذه الأعمال وكونها تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها هيئة سياسية لا بوصفها هيئة ادارية، وخروجها هذا عن رقابة القضاء سببه ان التنظيم القضائي لم يصل حتى الآن الى سحب رقابة القضاء عليها، فهي - اعمال السيادة - على حد قوله، لاتخضع للمحاكم لا لأنها بطبيعتها تتنافى مع الرقابة القضائية، بل لأن التنظيم القضائي في الدول المختلفة لم يصل بعد الى سحب هذه الرقابة عليها.^(٧)

• ولقد حاول بعض الفقهاء تبرير نظرية اعمال السيادة بالاستناد الى اساس من القانون، خصوصا بعد عدول القضاء عن تطبيق المعيار السياسي.

وقد استند هؤلاء الفقهاء بهذا الخصوص الى نص المادة (٤٧) من قانون ٣ مارس (اذار) سنة ١٨٤٩، وكذلك المادة (٢٦) من قانون ٢٤ مايو (أيار) سنة ١٨٧٢ والتي تعتبر ترديدا للمادة السابقة. وقد اختلف الفقهاء بخصوص

تفسير النص المذكور لانه لم يورد صراحة ذكر اعمال السيادة كما سبقت الاشارة اليه انفا^(٨) وفي نطاق محاولة اسناد نظرية اعمال السيادة الى اساس من القانون ذهب البعض الى تبريرها على اساس فكرة العمل المختلط. فعمل السيادة وفقا لهذا الرأي يصدر من السلطة التنفيذية في مجال علاقاتها بالسلطات الأخرى التي لا تخضع لرقابة القضاء، فالقضاء الفرنسي بجهته العادي والاداري لا يبسط رقابته على اعمال السلطة التشريعية ولا اعمال الدول الاجنبية، وفي هذا ما يفسر عدم خضوع القرارات التي تصدرها الحكومة في مجال علاقاتها بالمجلس النيابي لرقابة القضاء، وفيه ما يبرر ايضا خروج المنازعات المتعلقة بالمعاهدات من اختصاصه. ونظرا " لضعف هذا الرأي، اضطر اصحابه الى ان يضيفوا اليه، بان تخلي القضاء عن رقابة أي عمل من اعمال السيادة يفسر بخوفه من النتائج السياسية التي قد تترتب على تلك الرقابة.^(٩)

• وثمة رأي اخر حاول تبرير نظرية اعمال السيادة بالاستناد الى الاعتبارات العملية، فيذهب اصحابه الى انه يجب التضحية بالقانون اذا كان التمسك به على حساب مصالح الدولة وسلامة كيانها، فالقانون بحد ذاته وسيلة لا غاية، وسيلة للحفاظ على سلامة الدولة ورعاية مصالحها وصيانة كيانها وعليه ينبغي الاعتراف للسلطة بالخروج على القانون كلما حتمت الظروف ذلك تحقيقا لتلك الغاية التي تعلقو على القانون. كما انه ينبغي ان تتوفر لدى الحكام الشجاعة والجرأة لاتخاذ ما تتطلبه سلامة الدولة من اجراءات، دون التخوف من التعرض للمسؤولية نتيجة الخضوع للرقابة القضائية إذ أن التعرض للمسؤولية قد يقعد الحكام ويعيقهم عن التصرف وتنفيذ ما تتطلبه الظروف منهم.^(١٠)

ويتضح من عرض الآراء الفقهية المختلفة انها في مجملها تستند الى اسباب سياسية واعتبارات عملية، وان محاولة ردها الى اساس قانوني لم تفلح، ذلك انه من الصعوبة ان لم يكن من المحال العثور على سند لها من القانون ولذلك وصفت وبحق بأنها تمثل خروجا صريحا عن مبدأ المشروعية وثغرة خطيرة في البناء القانوني.^(١١)

الفرع الثالث

معيار التمييز بين اعمال السيادة واعمال الادارة

لم يستقر الفقه على معيار واحد يصلح لتحديد اعمال السيادة وتمييزها بوضوح عن سائر الاعمال الاخرى للادارة، وإنما اختلف الفقهاء اختلافا كبيرا بهذا الشأن مثلما اختلفوا حول اساس النظرية ووجدوا صعوبة بالغة بصدد الإتفاق على معيار محدد، الأمر الذي ادى الى تعدد المعايير التي اقترحت لتمييز اعمال السيادة عن سائر الاعمال الأخرى للإدارة.

١- معيار الباعث السياسي:

مقتضى هذا المعيار ان العمل يعتبر من اعمال السيادة اذا كان الباعث عليه سياسيا، فإذا لم يكن كذلك اعتبر عملا " إداريا " يخضع لرقابة القضاء.

وعلى ذلك يجب طبقا لهذا المعيار البحث عن الباعث الذي دفع السلطة التنفيذية وحملها على التصرف المراد تحديده، فإذا اتضح ان الباعث على هذا التصرف كان سياسيا، ادرج العمل في دائرة اعمال السيادة وتمتع بناءا عليه بالحصانة القضائية المقررة لهذا النوع من الأعمال.^(١٢) ويلاحظ على هذا المعيار خطورته البالغة بسبب مرونته الشديدة فهو يعطي الفرصة للسلطة التنفيذية للهروب من الرقابة القضائية بذريعة الباعث الذي تخلقه او تدعيه وتعطيه صفة سياسية بقصد تحصين عملها تجاه الرقابة القضائية.

وقد كان مجلس الدولة الفرنسي يتبع هذا المعيار في بداية عهده بنظرية اعمال السيادة، لكن سرعان ما تخلى عنه وهجره بعدما ادرك خطورته واتجه نحو معيار موضوعي جديد، وتبعته في ذلك محكمة التنازع الفرنسية.^(١٣)

٢- معيار طبيعة العمل او موضوعه - المعيار الموضوعي:

ومضمونه، انه لتحديد نوع العمل وفيما اذا كان من اعمال السيادة ام لا. فإن العبرة بطبيعة العمل ذاته او موضوعه بدون اي اعتبار للباعث عليه، اذ لا يصح كما رأينا الاعتماد على الباعث في تكييف نوع العمل.

واستنادا لما تقدم فثمة اعمال تصدر عن السلطة التنفيذية تعتبر بحكم طبيعتها وموضوعها من اعمال السيادة، وتختلف عن سائر الاعمال الادارية

الآخري. لكن المشكلة تثور مجددا في كيفية تمييز ما يعتبر من اعمال السيادة تبعا لطبيعته او موضوعه، وما لا يعتبر كذلك.

حاول البعض الاجابة عن ذلك عن طريق التفرقة بين وظائف السلطة التنفيذية، فيكون العمل من اعمال السيادة اذا كان صادرا" عن السلطة بوصفها حكومة، ويكون عملا" اداريا" اذا كان صادرا" عنها بوصفها ادارة. اذ يعتقد انصار هذا الرأي بأن السلطة التنفيذية تنقسم الى ادارة وحكومة وعملها في كل من المجالين يختلف عن الآخر من حيث طبيعته وبالتالي من حيث القواعد القانونية التي تحكم كل منهما. ولا شك ان امكانية اعمال هذا المعيار تصطدم بصعوبة التمييز بين الحكومة والادارة، ولما كانت هذه المشكلة لم تجد لها حلا" دقيقاً"، فإن الاستناد الى هذا المعيار لا يكون منتجا".

وذهب البعض أيضا في مجال تمييز اعمال السيادة عن سائر الاعمال الآخري للادارة، وفقا لمعيار طبيعة العمل او موضوعه، الى ان العمل يكون من اعمال السيادة اذا كان تنفيذا" لنص دستوري، ويكون من قبيل اعمال الادارة العادية اذا كان تنفيذا" للقوانين العادية وعليه فإن مؤدي هذا المعيار، ان اساس التمييز بين اعمال السيادة وسائر اعمال الادارة الآخري هو النصوص التي يخضع لها كل من النوعين. وبالرغم من ذلك فقد اختلف اصحاب هذا الرأي وهم بصدد محاولتهم هذه، ففريق يرى ان ما يعتبر من اعمال السيادة هو ما يأتي تنفيذا لنصوص الدستور الصريحة فقط، في حين يرى فريق ثانٍ ان الاعمال الحكومية التي تعتبر اعمال سيادة لا تتحدد بالنصوص الدستورية فقط بل وبنصوص بعض القوانين الاساسية ايضا.^(١٤)

ويعيب هذا الرأي، الذي لجأ الى النصوص الدستورية ليجد فيها مخرجا" للنجاة من رقابة القضاء انه رأي تحكمي ايضا"، اضافة الى ان نصوص الدستور هي معقل ضمان حقوق الافراد وحماية حرياتهم والحسن الذي يحتمون به من تعسف السلطة وانحرافها، فكيف تكون الأعمال والتصرفات التي تصدر تنفيذا" لهذه النصوص بمنأى عن رقابة القضاء وولايته؟ زد على ذلك انه لا يتفق وما ذهب اليه القضاء بالنسبة لتحديد اعمال السيادة حيث انه يخرج احيانا" ما اعتبره القضاء في نطاق هذه الأعمال، ويدخل في هذا النطاق ما لم يعده القضاء كذلك.^(١٥)

٣- التمييز على اساس القائمة القضائية:

ترتب على عدم سلامة المعيارين السابقين، وفشل المحاولات المختلفة التي بذلها الفقه للوصول الى معيار واضح ومحدد يمكن الاطمئنان اليه والاعتماد عليه في تحديد صفة العمل الذي تأتيه السلطة التنفيذية، ومعرفة ما اذا كان من اعمال السيادة ام لا، ان اتجه الفقه الى الاحكام القضائية بغية استقرارها واستخراج من بين ثناياها ما يعد من اعمال السيادة، واستنادا الى احكام مجلس الدولة، ومحكمة التنازع استطاع الفقهاء تكوين قائمة بأعمال السيادة اطلق عليها اسم "القائمة القضائية" واهم ما تضمنته هذه القائمة على سبيل المثال لا الحصر. (١٦)

أ - الاعمال المنظمة لعلاقة السلطة التنفيذية بالبرلمان.

ب - الاعمال المتصلة بالعلاقات الدولية والاعمال الدبلوماسية.

ت - بعض الاعمال الحربية.

ث - الاعمال المتعلقة بالسيادة الاقليمية.

ج - الاعمال التي تأتيها السلطة التنفيذية للمحافظة على الأمن والنظام العام.

ح - الاعمال المتصلة بسيادة الدولة الخارجية وعلاقتها بمستعمراتها.

خ - حق العفو الذي تستعمله السلطة التنفيذية.

ومما يلاحظ بهذا الصدد ان القائمة القضائية التي توصل اليها الفقه تعتبر في الواقع وسيلة انسب من المعايير السابقة لتحديد اعمال السيادة، ذلك ان القضاء اذ يقرر لعمل ما صفة السيادة، انما يراعي اعتبارات تحيط بالعمل وتبرر تحصينه ضد الرقابة القضائية. ومن جهة اخرى فان نظرة القضاء للاعمال التي تعرض عليه تتطور تبعا لتطور الاعتبارات والظروف التي تحيط بها، وبذلك يستطيع تحديد اعمال السيادة على اساس متغير تبعا لتغير الأوضاع، ومن ثم تتاح له الفرصة لحصر هذه الاعمال في حدود ضيقة.

وكان "هوريو" اول من نادى بفكرة ترك تحديد اعمال السيادة للقضاء، وذلك بعد ان عدل عن رأيه السابق الذي كان يقوم على اساس التفرقة بين اعمال الادارة واعمال الحكومة وإخضاع الاولى لرقابة القضاء خلافا للثانية.

وتبعاً لهذا الرأي يقوم القضاء المدني والقضاء الإداري بتحديد أعمال السيادة، تحت رقابة محكمة التنازع وعملية تكيف العمل لمعرفة ما إذا كان من أعمال السيادة أم لا، ومن ثم إخضاعه لرقابة القضاء أو عدمه، تقع على كاهل مجلس الدولة وهو بدوره يخضع بخصوص هذا التكيف لرقابة محكمة التنازع.^(١٧) ويعتبر هذا الخضوع صمام أمان وضماناً للحكومة ضد تعسف المجلس، إلا أن ما يجدر ملاحظته هو أن الحكومة لم تستعمل هذا الضمان ابداً.^(١٨)

وإذا كان الفقهاء قد حصرُوا ما استقر عليه القضاء بشأن أعمال السيادة، إلا أن هذا لم يمنع وجود خلاف بينهم، فما يعتبره البعض من أعمال السيادة قد لا يعتبره البعض الآخر منها، وإن كانت هناك بعض أعمال صفة السيادة لها محل إجماع بين الفقهاء ويبدو الخلاف واضحاً بالنسبة للإجراءات الخاصة بالمحافظة على الأمن الداخلي، كما يبدو الاتفاق بالنسبة للمسائل الخاصة بعلاقة الحكومة بالبرلمان وعلاقتها بالدول الأجنبية.^(١٩)

وقد تعرض معيار القائمة القضائية هو الآخر إلى النقد على أساس أن هذه القائمة لا تحدد الطابع الذاتي للعمل، وأن مضمونها محل خلاف بين الفقهاء كما أن فكرة القائمة ليست معياراً "قانونياً" عاماً، وإنما هي وليدة السياسة القضائية التي انتهجها مجلس الدولة وبذلك لا نستطيع أن نستخلص من القائمة نظرية محددة توضح لنا حقيقة عمل السيادة وما يتميز به عن غيره من الأعمال. وبالرغم من صحة هذه الانتقادات وقوتها فإن معيار القائمة القضائية في رأينا يعتبر أنسب المعايير ذلك أن القضاء يبقى رغم كل شيء وفي كل الظروف الموئل الذي يلتجئ إليه الأفراد لحماية حقوقهم وبه يحتمون من جور السلطة التنفيذية وتعسفها.

الفرع الرابع

تطور موقف الفقه الفرنسي من أعمال السيادة

لقد حمل الفقه الفرنسي على نظرية أعمال السيادة منذ نشأتها حملة شديدة، تهدف إلى القضاء عليها تماماً، فكان يعتبرها ثغرة في بناء المشروعية، واثراً من آثار الدولة غير القانونية.

وقد بذل هذا الفقه جهوداً كبيرة ومحاولات كثيرة بهذا الشأن اخذت اتجاهات ثلاث:

الأول: الاتجاه نحو تضيق نطاق اعمال السيادة وتقليص دائرتها، مما كان له أثر في موقف القضاء الفرنسي الذي اخرج من قائمته اعمالاً كان يعتبرها من اعمال السيادة. فبسط رقابته عليها كما هو الحال بالنسبة لموقف مجلس الدولة من حق العفو المقرر للسلطة التنفيذية حيث اخرج القرارات المتعلقة باستعمال هذا الحق من عداد اعمال السيادة، وحصره للتدابير الخاصة بأمن الدولة الداخلي في اضيق الحدود بعد أن كان يعتبرها جميعاً من اعمال السيادة.

والثاني: تمثل بالعمل على الحد من الاثار الخطيرة التي تترتب على نظرية اعمال السيادة وذلك بقصر اثارها على الحصانة ضد الالغاء وفحص المشروعية فقط دون التعويض، وبدأ يحكم بالتعويض في قضايا عديدة من اعمال السيادة مؤسساً قضاءه، هذا استناداً الى نظرية تحمل التبعة مرة، وتطبيقاً لمبدأ مساواة الأفراد امام الأعباء العامة مرة اخرى.

والاتجاه الثالث: ما ذهب اليه طائفة من الفقهاء صوب القضاء نهائياً على هذه النظرية والتخلي عنها تماماً. فثمة نظريات ومبادئ اخرى مستقرة في القانون العام يمكن ان تغني عنها دون ان تشرخ بناء المشروعية او تتجاهل النظام القانوني. ومن ذلك فكرة السلطة التقديرية التي تحقق التوازن بين مبدأ المشروعية وسيادة القانون من جهة وضرورة تمتع السلطة الحاكمة بقدر من حرية التقدير والتصرف من جهة اخرى.

كما فسر البعض حديثاً "تنحي المحاكم الادارية والعادية عن نظر المنازعات المتعلقة باعمال السيادة، تفسيراً" يجعل هذه النظرية غير ذات موضوع ومعدومة الفائدة والقيمة فبسبب خضوع العلاقات الدولية مثلاً لقواعد القانون الدولي، ومن ثم تكون المحاكم الدولية هي المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بها، ينعقد اختصاص القضاء الوطني بنظر تلك المنازعات. وكذلك تخلي القضاء عن نظر الطعون الموجهة للاعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالبرلمان كون هذه الاعمال مما يدخل في نطاق العلاقات الدستورية ومن ثم يخضع لرقابة البرلمان ذاته. وبالرغم من محاولات الفقه هذه، وما تركته من اصداء في موقف القضاء الاداري الفرنسي عموماً" ومجلس الدولة على وجه

الخصوص كان من أهمها ما خلص اليه مجلس الدولة بشأن دستورية القوانين التي تحرم القضاء من رقابة بعض القرارات الادارية على الرغم من عدم اختصاصه ببحث دستورية القوانين باعتبار مثل هذه القوانين عديمة الاثر ذلك ان دعوى الالغاء تعتبر دعوى مفتوحة في مواجهة كل قرار اداري بصرف النظر عن النصوص لانها تهدف الى تحقيق احترام مبدأ المشروعية طبقاً للمبادئ العامة للقانون^(٢٠)، فأن نظرية اعمال السيادة مازالت على قيد الحياة، ومازال القضاء الفرنسي يأخذ بها ويستعمل اصطلاح "اعمال السيادة" في العديد من احكامه.

المطلب الثاني

اعمال السيادة في مصر

اذا كانت نشأة نظرية اعمال السيادة وتطورها في فرنسا، ترجع الى القضاء الاداري الفرنسي فالامر بالنسبة لها مختلف في مصر حيث اضطلع المشرع المصري بالمهمة التي اضطلع بها القضاء الفرنسي. فالمشرع المصري هو الذي صاغ احكامها في نصوصه، ثم ترك الباب بعده مفتوحاً للقضاء لكي يبين ويحدد ما يعتبر من اعمال السيادة دون غيره من الاعمال الاخرى التي تصدر عن الادارة.

الفرع الأول

اعمال السيادة في التشريع المصري

جاء اول نص تشريعي على اعمال السيادة في مصر سنة ١٩٠٠ بمناسبة تعديل لائحة المحاكم المختلطة (م/١١) التي اصبحت م/٤٣ في تعديل سنة ١٩٤٣) ومثله في لائحة ترتيب المحاكم الأهلية عند تعديلها سنة ١٩٣٧ (م/١٥).^(٢١)

وينبغي الاشارة الى ان المحاكم الأهلية، كانت تأخذ بالنظرية قبل النص في لائحتها على اعمال السيادة، تشبهاً بالقضاء الفرنسي والقضاء المصري المختلط، واستناداً الى القواعد العامة. بل كانت اكثر حرصاً على الأخذ بها من المحاكم المختلطة التي كانت في احيان كثيرة ترفض الأخذ بفكرة اعمال السيادة بسبب حرصها على حقوق الاجانب ومصالحهم تجاه الحكومة المصرية.

وبعد ذلك نقل النص المذكور حرفيا الى المادة (١٨) من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩. ثم نقل حرفيا" كذلك الى المادة (١٥) من قانون السلطة القضائية للجمهورية العربية المتحدة رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩، ثم نقل الى المادة (١٦) من القانون الاخير بعد تعديله سنة ١٩٦٥.

ومن جهة اخرى فان المشرع المصري قد تمسك بالنص على حصانة اعمال السيادة في جميع القوانين المنظمة لمجلس الدولة.

ففي المادة (٦) من القانون رقم (١١٢) لسنة ١٩٤٦ القانون الاول لمجلس الدولة والمادة (٧) من القانون رقم (٩) لسنة ١٩٤٩، ورد النص على اعمال السيادة على النحو الاتي...

" لا تقبل الطلبات الاتية:

١-الطلبات المقدمة عن القرارات المتعلقة بالاعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بمجلس البرلمان، وعن التدابير الخاصة بالامن الداخلي والخارجي للدولة، وعن العلاقات السياسية، والمسائل الخاصة بالاعمال الحربية، وعلى العموم سائر الطلبات المتعلقة بعمل من اعمال السيادة.

٢- ... "

ويلاحظ على النص المذكور في قانوني مجلس الدولة الاول لسنة ١٩٤٦ والثاني لسنة ١٩٤٩، انه يعتبر تغيرا" في مسلك المشرع المصري الذي سار عليه منذ اقراره لفكرة اعمال السيادة في لائحتي ترتيب المحاكم المختلطة والمحاكم الاهلية اللتان اشرنا اليها سابقا"... فبعد ان كان ينص على اعمال السيادة ويترك تحديدها للقضاء... نراه في النص الوارد في قانوني مجلس الدولة يلجأ الى ايراد امثلة لاعمال السيادة، ويورد طائفة من هذه الاعمال لا على سبيل الحصر بل على سبيل المثال ويجعل الحصانة شاملة لأي عمل من اعمال السيادة.(٢٢)

لكن المشرع المصري سرعان ما هجر هذا المسلك بسبب الانتقادات الشديدة والمحقة في نظرنا التي وجهت اليه، فنراه في القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٥ المعدل لقانون مجلس الدولة، والقانون التالي له رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩،(٢٣) وكذلك في القانون الحالي لمجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، قد

تخلى عن ذكر الأمثلة واقتصر على تقرير الحصانة لأعمال السيادة تجاه رقابة القضاء. (٢٤)

والمسلك الأخير هو الأصح لأن أصول الفن التشريعي تقتضي إقتصار التشريع على المبادئ والأساليب العامة والقواعد الأصولية والابتعاد عن ضرب الأمثلة والاعراق في ذكر الحالات الخاصة. ومن جهة أخرى، يلاحظ أن المشرع المصري جرى في قانوني سنة ١٩٤٦ وسنة ١٩٤٩، على استعمال اصطلاح "عدم قبول" الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة، بينما حرص في قانوني سنة ١٩٥٥ وسنة ١٩٥٩ وكذلك في القانون الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، على استعمال اصطلاح عدم اختصاص مجلس الدولة بنظر تلك الطلبات...

وقد انعكس هذا التباين في مسلك المشرع المصري على الفقه فانقسم بين مناصر لاصطلاح "عدم القبول" وبين مناصر لاصطلاح "عدم الاختصاص" ... فيرى أصحاب الاتجاه الأول أن أعمال السيادة هي أعمال إدارية صادرة من السلطة الإدارية وكان يمكن الطعن فيها بالإلغاء لولا بعض الاعتبارات الخاصة، فمجلس الدولة كان من شأنه أن يختص بها لأنه قاضي المنازعات الإدارية ولكنه قضى فيها بعدم القبول نظراً لطبيعتها الخاصة. (٢٥)

في حين يرى أصحاب الاتجاه الثاني وبحق أن المفضل استعمال اصطلاح عدم الاختصاص لأن المشكلة ليست قبول أو عدم قبول الدعوى، لأن عدم القبول يتعلق بشروط سابقة على الفصل في محل النزاع، بينما المشكلة التي تثور بالنسبة لأعمال السيادة هي مدى صلاحية المجلس في نظر دعوى موضوعها يتعلق بعمل سيادة أي أن الأمر يتطلب فحص العمل محل الدعوى بعد قبولها شكلاً (. ٢٦) والحقيقة أن التباين المذكور في مسلك المشرع المصري هو صدقٌ للتخبط الذي وقع فيه القضاء الفرنسي بين الاصطلاحين. وسواء أكان الأمر يتعلق بعدم القبول أو عدم الاختصاص فإن النتيجة النهائية واحدة، وهي رفض الطعن بالإلغاء دون الدخول في الموضوع.

الفرع الثاني

أعمال السيادة في القضاء المصري

أولاً: في القضاء العادي:

كثيرا ما استندت الحكومة المصرية الى نظرية اعمال السيادة لتمنع القضاء من التعقيب عليها في بعض تصرفاتها، بحجة ان تلك التصرفات مما يتصل بسلطانها ويعتبر تأكيدا لسيادتها العليا في الحفاظ على مصالح الدولة الامر الذي يحظر على القضاء التعرض لها او بسط رقابته عليها.^(٢٧)

وقد حاولت المحاكم المختلطة قبل صدور لائحة ترتيبها في سنة ١٩٠٠ ان تتصدى ما في وسعها لفكرة اعمال السيادة... على اساس ان تحصين القرارات والتصرفات التي تصدر عن الحكومة قد يكون من شأنها ان يتعارض مع مصالح الاجانب وامتيازاتهم، التي ما نشأت هذه المحاكم إلا لحمايتها، الأمر الذي دفع الحكومة الى تعديل لائحة ترتيب المحاكم المختلطة وتضمينها النص على اعمال السيادة، وعدم اختصاص المحاكم بنظرها. ومع ذلك فقد " هادنت " هذه المحاكم الحكومة في بعض الاحكام التي اصدرتها، ورفضت دعاوى على اساس نظرية اعمال السيادة، مقرررة ان العمل الحكومي السياسي يخرج من اختصاص السلطة القضائية ورقابتها^(٢٨)

اما المحاكم الاهلية، فأنها لم تجاري المحاكم المختلطة بشأن موقفها من اعمال الحكومة المتعلقة بالسيادة حتى قبل تعديل لائحة هذه المحاكم سنة ١٩٣٧ لذا يمكن القول بان النص الذي اورده التعديل لم يضيف جديدا" الى قضاء المحاكم الاهلية. واحكام القضاء الأهلي التي تعرضت لأعمال السيادة، كانت متأثرة بموقف الفقه والقضاء الفرنسيين من اعمال السيادة، وحاولت ان تتجنب كل مواطن النقد التي تعرضا لهما، ومن ذلك رفضها الاخذ بمعيار الباعث السياسي في مجال تمييز عمل السيادة عن غيره من اعمال السلطة التنفيذية، لانه معيار موسع لأبعد الحدود ويعتبر سلاحا" خطيرا" في يد الحكومة يهدد المشروعية،^(٢٩) واتجهت للاخذ بالمعيار المقبول من غالبية الفقه والسائد في القضاء، وهو معيار طبيعة العمل. وقد حاولت المحاكم الاهلية في المناسبات التي عرضت لها للنظرية - تعريف اعمال السيادة، وتحديد نطاقها فلجأت الى القوائم الفقهية التي تضم اعمال السيادة المستخلصة من قرارات القضاء واحكامه. ومع ما تقدم، فأن اعتراف المحاكم الأهلية بالنظرية، وترتيب اثارها كاملة، لم يصل بهذه المحاكم الى مجارة الحكومة في ادعاءاتها ومحاولاتها توسيع دائرة اعمال السيادة لتحصين اعمالها قدر الإمكان ضد الرقابة القضائية

عليها فقد اعترفت بالنظرية "بصورة معتدلة" وحاولت حماية الافراد من تعسف الحكومة الذي حاولت تغليفه بفكرة "اعمال السيادة"^(٣٠)

ثانياً: في القضاء الاداري:

اثرت نظرية اعمال السيادة امام القضاء الاداري المصري منذ نشأته وفي مناسبات كثيرة وكان موقف مجلس الدولة الناشيء يتسم بالصلابة، فلم يقبل ادعاءات الحكومة على علاتها وانما تشدد في اضافة صفة السيادة على اعمال الحكومة انطلاقاً من خطورة هذه المسألة واثرها على مبدأ المشروعية وما يمكن ان تلحقه بالحقوق والحريات وقد استفاد القضاء الاداري المصري من التطور الذي تحقق لقرينه في فرنسا فبدأ من حيث انتهى الأخير.

وقد درج هذا القضاء منذ البداية على الاخذ بمعيار طبيعة العمل او ذاته في مجال تمييز اعمال السيادة عن سائر الاعمال التي تصدر عن الادارة، مستبعداً بذلك معيار الباعث السياسي الذي إعتنقه القضاء الفرنسي في بداية عهده بأعمال السيادة. فعلى اساس المعيار الموضوعي عرفت محكمة القضاء الاداري اعمال السيادة بأنها " تلك الاعمال التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة ادارة، فتباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا." ^(٣١)

وفي مجال التفرقة ايضا بين اعمال السيادة والاعمال الادارية، ذهبت محكمة القضاء الاداري الى ان " معيار التفرقة بين اعمال السيادة والاعمال الادارية (سواء كانت اوامر ادارية ام اعمالاً مادية) هو معيار مادي اساسه كنه العمل وطبيعته، فأعمال السيادة هي تلك التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة عامة في نطاق وظيفتها السياسية والاعمال الادارية هي تلك التي تقوم بها عادة في حدود وظيفتها الادارية." ^(٣٢)

وبعد تطور قضاء المحاكم الادارية المصرية، انتهى الامر به الى ما انتهى إليه القضاء الاداري الفرنسي، فاستقر على الأخذ بمعيار مفاده، ان عمل السيادة هو كل عمل يقرر له القضاء هذه الصفة وفي هذا ذهبت المحكمة الادارية العليا الى ان " الأصل ان معيار التفرقة بين الاعمال الادارية التي تباشرها الحكومة في حدود وظيفتها الادارية وبين اعمال السيادة التي تباشرها باعتبارها سلطة حكم، مرده الى القضاء الذي ترك له المشرع سلطة تقرير الوصف القانوني للعمل المطروح عليه وما اذا كان يعد عملاً " ادالياً " عادياً " يختص بنظره، او

عملا" من اعمال السيادة يمتنع عليه النظر فيه، وان ما يعتبر في بعض الظروف عملا" اداريا"، قد يرقى في ظروف اخرى الى مرتبة اعمال السيادة، لإرتباطه في ظل الظروف الجديدة بسياسة الدولة العليا او باحوالها الاجتماعية او الاقتصادية المتطورة". (٣٣)

- ويلاحظ أن مشروع قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢م قد قرر تحصين اعمال السيادة بنصه على أن "لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري بالنظر في الطلبات المتعلقة باعمال السيادة" بالرغم من ان المشرع الدستوري قد حظرفي المادة (٦٨) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١، النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار أداري من رقابة القضاء، وفي (١١) سبتمبر سنة ١٩٧١ صدر دستور جمهورية مصر العربية، مستوحيا" في المادة (٧٤) منه الاحكام التي تضمنتها المادة (١٦) من الدستور الفرنسي الذي وضعه "ديغول" وتنص هذه المادة على انه " لرئيس الجمهورية اذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية او سلامة الوطن او يعوق مؤسسات الدولة عن اداء دورها الدستوري، ان يتخذ الاجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ويوجه بيانا "الى الشعب، ويجري الاستفتاء على ما اتخذه من اجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها ". وقد صادفت هذه المادة حظها في التطبيق لمناسبة احداث ١٨ و ١٩ يناير (كانون الثاني) ١٩٧٧، وقد اصدر رئيس الجمهورية عدة قرارات وتدابير منها قرار بقانون يقضي بالسماح بتكوين الاحزاب وحظر التنظيمات السرية المعادية لنظام المجتمع او ذات الطابع العسكري، ومعاقبة كل من تجمهر بقصد تخريب او اتلاف الاملاك العامة او التعاونية او الخاصة بالاشغال الشاقة المؤبدة، وإلزام كل مواطن بأن يتقدم ببيان عن ثروته مهما تنوعت واينما تكون، ومعاقبة كل من دبر او شارك في تجمهر يؤدي الى إثارة الجماهير بدعوتهم الى تعطيل تنفيذ القوانين واللوائح بهدف التأثير على ممارسة السلطات لأعمالها، ومعاقبة الذين يضربون عن عملهم عمدا"، وقرارات اخرى عديدة غير ذلك. وقد اثارت هذه القرارات خلافا" شديدا" حول مشروعيتها، واقامت بشأنها دعاوى عديدة امام محكمة القضاء الاداري تستهدف الطعن بها الغاء" او طلبا" لوقف تنفيذها. ومن ابرز هذه الدعاوى، الدعوى المرقمة ٣١٣٢ لسنة ٣٥ القضائية، والتي تضمنت وقف تنفيذ والغاء كافة القرارات الصادرة عن رئيس الجمهورية، استنادا الى حكم المادة (٧٤) من الدستور. (٣٤)

وقد قدمت ادارة قضايا الحكومة مذكرة بدفاعها طالبت فيها بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى تأسيسا" على اعتبار قرارات رئيس الجمهورية الصادرة وفقا" للمادة (٧٤) من اعمال السيادة. وذهبت الى ان " القرارات الجمهورية الاخرى المطعون فيها عرضت على الشعب في الاستفتاء ووافق عليها وبعد هذه الموافقة فلا معقب على رأي الشعب بإعتباره مصدر السلطات وبالتالي لا يختص القضاء بطلب إلغاء هذه القرارات. وقد ذهب الفقه^(٣٥) الى ان رئيس الجمهورية حين اصدر القرارات المشار اليها في المادة (٧٤) من الدستور متروكة للاستفتاء الشعبي فإذا وافق عليها تحولت الى اجراءات شرعية بحسب طبيعتها أي بحسب ما اذا كانت فردية او تنظيمية وتتخذ باعتبار ان الشعب هو مصدر السلطات ولا معقب على رأيه. وان ما يتخذه رئيس الجمهورية طبقا للمادة (٧٤) من الدستور يمثل نموذجا لا شبهة فيه لأعمال السيادة العليا ومن ثم لا يخضع في ممارسته لرقابة القضاء او مجلس الشعب وانما يخضع لرقابة شعبية مباشرة تتمثل بالاستفتاء".

وجاء في تقرير هيئة مفوضي الدولة الصادر في شأن تحديد طبيعة قرارات رئيس الجمهورية المشار اليها، بعد ان اسهب التقرير في عرض نظرية اعمال السيادة اساسها ومعيارها واتجاهات الفقه الفرنسي نحو تطويرها وموقف القضاء الفرنسي والمصري منه، ان اعمال السيادة هي طائفة من اعمال السلطة التنفيذية تتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء بجميع صورها او مظاهرها سواء في ذلك رقابة الإلغاء او رقابة التعويض او رقابة فحص المشروعات، وانتهى الى ان قرارات رئيس الجمهورية المذكورة لا تعتبر من قبيل اعمال السيادة وبالتالي اوصى برفض الدفع بعدم الاختصاص والحكم باختصاص المحكمة بنظرها وقبول الدعوى شكلا^(٣٦).

وانتهت المحكمة في حكمها الصادر في ١٩٨١/١٢/٢٢ الى ان " ينبغي اللجوء بشأن ما أصدره رئيس الجمهورية استنادا" الى المادة (٧٤) من الدستور، الى المعيار السائد فقها" وقضاء" في التمييز بين اعمال السيادة واعمال الادارة وهو معيار طبيعة العمل المتخذ". وعلى هذا الاساس قضت بأن قرار رئيس الجمهورية بتشكيل وتحديد اختصاصات اللجنة العليا للوحدة الوطنية، يعتبر بطبيعته عملا" سياسيا" عاما" يستهدف الحفاظ على كيان الدولة ومصالحها العليا الاساسية وبالتالي يعد من اعمال السيادة. وكذلك الامر بالنسبة

لقرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين الى الاستفتاء على القرارات الصادرة فيه استناداً" الى المادة (٧٤) من الدستور. في حين قضت بان قرار رئيس الجمهورية بنقل بعض الصحفيين ونقل بعض اعضاء هيئة التدريس بالجامعات وبحل بعض الجمعيات وبالتحفظ على اموال بعض الهيئات والمنظمات والجماعات، هي قرارات ادارية، " واستناد رئيس الجمهورية الى المادة (٧٤) من الدستور في اصدارها لا يغير من طبيعتها ولو كان الباعث عليها سياسياً". وانتهت المحكمة في الدعوى المتقدمة، وفي العديد من الدعاوى المماثلة لها، الى الحكم برفض الدفع بعدم اختصاصها بنظر الطعن على قرارات رئيس الجمهورية الصادرة استناداً" الى المادة (٧٤) من الدستور وباختصاصها.

ومنه يتضح ان القضاء الاداري في مصر هو الذي يتولى اسباغ صفة السيادة من عدمها على الاجراءات والقرارات التي تصدر عن السلطة التنفيذية، وهو بهذا الشأن قد استقر على اعتماد معيار موضوعي بحت لتمييز عمل السيادة عن غيره من الاعمال التي تصدر عن الادارة.

ورغم ان المشرع الدستوري قد حسم موقفه من تحصين أي عمل أو قرار اداري من رقابة القضاء بحظره في المادة (٦٨) _ مثل هذا التحصين على النحو الذي اسلفنا فان المشرع المصري قد عاود النص في قانون مجلس الدولة لسنة ١٩٧٢ على عدم اختصاص القضاء الاداري بالنظر في الطلبات المتعلقة باعمال السيادة _ بل أن هذا القضاء _ ذاته كان يتجه الى تقرير دستورية التشريع الذي يغلق طريق الطعن بالالغاء ويفتح باب الطعن بالتعويض على خلاف التشريع الذي يحرم جميع سبل الطعن في القرار الاداري فإنه يعد تشريع غير دستوري ويجوز للمحكمة أن تمتنع عن تطبيقه. (٣٧)

والامل معقود بأن يهجر المشرع المصري هذا المسلك ويتخلى عن التمسك بتحصين اعمال السيادة من رقابة القضاء خصوصاً بعد صدور الدستور الجديد لسنة ٢٠١٤ الذي حظر النص في المادة (٩٧) منه على تحصين اي عمل أو قرار من رقابة القضاء، وبعد التطورات السياسية التي شهدتها مصر بعد سنة ٢٠١١.

المطلب الثالث

اعمال السيادة في العراق

لم تحظ نظرية اعمال السيادة في العراق بذات الاهتمام الذي يتناسب وخطورتها مثلما حظيت به في فرنسا ومصر، سواء على صعيد الفقه او القضاء. والحقيقة ان هذا الامر يكاد ينصرف الى اغلب مسائل القانون الاداري ومجالاته، ولا يقتصر على هذه النظرية فحسب. ولعل ذلك مرده الى غياب القضاء الاداري الذي يضطلع بمهمة وضع الحلول الناجعة والصيغ الخلاقة من خلال تطبيقاته لحل المشكلات والمعضلات التي تثور في نطاق اختصاصه. وهو بدوره ما يدفع الفقه نحو التصدي لتلك الحلول بالبحث والدراسة فينتهي لمناصرتها او مناهضتها وفي كلا الحالين فهو اسهام لا غنى عنه في تطوير القواعد القانونية والتطبيقات القضائية.

الفرع الاول

اعمال السيادة في التشريع العراقي

لم يظهر نص تشريعي صريح يشير الى اعمال السيادة، وتحسينها من رقابة القضاء قبل صدور قانون السلطة القضائية رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٣. وكان الامر بشأنها متروك للقضاء نفسه فهو الذي يقرر طبيعة هذه الاعمال ومدى لزوم استبعادها من الرقابة القضائية تبعا لتلك الطبيعة مستهديا" في ذلك باراء الفقه والسوابق القضائية.^(٣٨)

وعلى ذلك فإن نص المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٣ يعتبر اول نص تشريعي يشير صراحة الى اعمال السيادة في العراق اذ جاء فيه " ليس للمحاكم ان تنتظر في كل ما يعتبر من اعمال سيادة الدولة "^(٣٩)

وبهذا النص اورد المشرع قيذا" صريحا" على سلطة القضاء وولاية المحاكم بالكف عن نظر المنازعات المتعلقة باعمال السيادة، والتي اشارت اليها المادة الثالثة من القانون نفسه، والمادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ الذي صدر فيما بعد.

وقد حذا المشرع العراقي في النص المتقدم حذو المشرع المصري في قوانين مجلس الدولة المتعاقبة رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥، (٥٥) لسنة ١٩٥٩، و(٤٣) لسنة ١٩٦٥، و(٤٧) لسنة ١٩٧٢، بأن اكتفى بتقرير حصانة اعمال السيادة من رقابة القضاء وإخراجها من ولايته، تاركاً للقضاء نفسه تفحص موضوع العمل وطبيعته وتقدير فيما اذا كان يعتبر من اعمال السيادة فيخرج من ولايته، او العكس فيدخل ضمن ولايته، وهو مسلك محمود على ما سبق ذكره. ثم حل نص المادة العاشرة من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ محل نص المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية المذكور، ومقتضاه " لا ينظر القضاء في كل ما يعتبر من اعمال السيادة"، ولم يخرج المشرع في هذا النص عن خطته السابقة بشأن تركه للقضاء مهمة تحديد ما يعتبر من اعمال السيادة دون غيره من الاعمال الاخرى. ثم صدر قانون تعديل قانون مجلس شورى الدولة رقم (١٧) لسنة ١٩٨٨ واعقبه قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ والذي قضى بإنشاء محكمة للقضاء الاداري لأول مرة في العراق، فنص في الفقرة (خامسا) من المادة (٧) منه على أن... " لا تختص محكمة القضاء الاداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما يأتي:

أ - اعمال السيادة وتعتبر من اعمال السيادة المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية.

ب - القرارات الادارية التي تتخذ تنفيذا لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقا لصلاحياته الدستورية.

ت - ...

ث - ... الخ".

ويلاحظ على النص المتقدم، ما يأتي:

أولاً: ان المشرع في النص المتقدم قد خرج عن خطته في الاكتفاء بتقرير الحصانة لأعمال السيادة وترك ما يعتبر من قبيل تلك الاعمال او العكس، للقضاء ذاته، حيث جاء النص متضمناً "لأمثلة مما يعتبر من اعمال السيادة (المراسيم والقرارات). وقد سبق ان بينا ان هذا المنحى يمثل مسلكاً منتقداً، وبسبب شدة الانتقادات التي وجهت اليه فان المشرع المصري قد تخلى عنه بعد ان كان قد اعتمده في قانوني مجلس الدولة الاول لسنة ١٩٤٦، والثاني لسنة

١٩٤٩. ووجه الانتقاد في هذا المجال، ان اصول الفن التشريعي تقتضي اقتصار التشريع على المبادئ والاساليب العامة، والقواعد الاصولية والابتعاد عن ضرب الامثلة والاغراق في ذكر الحالات الخاصة. ومن جهة اخرى، فأن اقحام المشرع نفسه في محاولة تحديد ما يعتبر من اعمال السيادة، يعتبر بحد ذاته اتجاهاً" نحو توسيع نطاق هذه الاعمال، في الوقت الذي تتعاضم فيه جهود الفقه للحد من نطاقها بل ومحاولة الغائها تماما"، وترسيخ قواعد الحماية للأفراد تجاه تعسف السلطة.

ثانياً: ولقد توضح الاتجاه المتقدم، للمشرع جلياً، حين عاد ونص على تحصين القرارات الادارية التي تتخذ تنفيذا لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية والغريب في هذا النص ان المشرع قد حصن هذه القرارات دون ان يعتبرها من اعمال السيادة بدليل انه لم يضمنها بنص البند (أ) من الفقرة خامساً، انفة الذكر، كما انه لم يذكر مسوغاً لإخراجها من ولاية القضاء.

إن نص المادة (٧/خامساً/ب) القاضي بعدم اختصاص محكمة القضاء الاداري بالنظر في الطعون المتعلقة بالقرارات الادارية التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية يمثل منحى خطيراً" لانه يؤدي الى استبعاد طائفة كبيرة من القرارات الادارية التي تصدر بناءً على توجيهات رئيس الجمهورية من رقابة المحكمة دون أن يذكر المشرع اي سبب لتحسينها، فإذا كان المشرع قد برر تحصين المراسيم والقرارات الجمهورية من اعمال السيادة فإنه لم يذكر اي مبرر لتحسين القرارات التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية، وهو لم يعدها من اعمال السيادة لانه لو كان الامر كذلك لنص عليها في الفقرة (١) من البند ثانياً من المادة (٧) التي حدد فيها اعمال السيادة واما اذا كان المشرع يقصد تحصين هذه الطائفة من القرارات لمجرد كونها صادرة استناداً لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية، فذلك لا يغير من الطبيعة الادارية لهذه القرارات، وقد رأينا كيف انتهى القضاء المصري الى قبول الطعن في القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية حتى لو كان الباعث عليها سياسياً". واذا ما عرفنا سعة الصلاحيات الدستورية التي يمارسها رئيس الجمهورية فلنا ان نتصور كثرة

القرارات التي تصدر بناءاً على توجيهاته او بزعم انها تنفيذاً لتوجيهاته، والتي يمتنع على القضاء فحص مشروعيتها بموجب النص السابق.

وما زاد الامر سوءاً ما قضى به التعديل الاخير لدستور سنة ١٩٧٠ في ١٩٩٣/١/٢٨ بأضافة الفقرة (ج) الى المادة (٥٧) من الدستور والتي تنص على أن "الرئيس الجمهورية عند الاقتضاء إصدار قرارات لها قوة القانون" وبذلك تكون جميع اعمال رئيس الجمهورية محصنة ضد الرقابة القضائية بالرغم من كونه رئيساً للسلطة التنفيذية. ويلاحظ على هذا النص انه لا يقتصر على حالة الضرورة كما هو الحال بالنسبة للمادة (١٦) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨، او المادة (٧٤) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ الملغي. ذلك ان مفهوم "الاقتضاء" اوسع نطاقاً من حالة الضرورة او الخطر. وقدمارس رئيس الجمهورية فعلاً هذه الصلاحيات في غير حالات الضرورة أو الخطر. (٤٠)

واذا كان قصد المشرع ان مسوغ تحصيل هذه القرارات هو كونها صادرة استناداً للتوجهات المستمدة من الصلاحيات الدستورية، فان ذلك لا يصلح مبرراً كافياً لإخراج هذه القرارات من سلطة رقابة القضاء، فقد سبق ان اوضحنا ما انتهت اليه محكمة القضاء الاداري بمجلس الدولة المصري في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨١/١٢/٢٢ بشأن الطعون الموجهة الى قرارات رئيس الجمهورية استناداً الى المادة (٧٤) من الدستور المصري حيث قضت بأنه ينبغي اللجوء في تحديدها بالنسبة لتلك القرارات الى المعيار السائد فقهاً وقضاءاً في التمييز بين اعمال السيادة واعمال الادارة وهو معيار طبيعة العمل المتخذ، وبحسب هذا المعيار، فان اعمال السيادة هي الاعمال التي تصدر من السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة حكم لا سلطة ادارة، فإذا كانت صادرة منها باعتبارها حكومة كانت اعمال سيادة، اما اذا كانت صادرة منها باعتبارها "ادارة" كانت اعمالاً ادارية، وان الاعمال الاخيرة لا يغير من طبيعتها "الادارية" استناد رئيس الجمهورية في اصدارها الى المادة (٧٤) من الدستور، حتى لو كان الباعث عليها سياسياً.

ثالثاً: ان المشرع في النص المتقدم قد اقحم الدستور الذي يفترض انه موئل الحريات والحسن المنيع لحقوق الافراد، في تبرير اخراج اعمال معينة عن ولاية القضاء... في الوقت الذي كفل فيه الدستور ذاته حق التقاضي لكل

الافراد، وفي جميع الظروف والاحوال، ونص على خضوع جميع الاشخاص – طبيعية ومعنوية – لسلطة القانون وولاية القضاء.

ورغم الخطوة البارزة والمتقدمة التي خطاها المشرع الدستوري في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ بحظره النص في القوانين على تحصيل اي عمل او قرار اداري من الطعن^(٤١)، فإن نص الفقرة (خامسا) من المادة (٧) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة لم يلغى حتى الان. فقد ظل نص المادة (٧/خامسا) قائما" لم يلغى حتى صدور قانون التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ لقانون مجلس شوري الدولة والذي جاء خلوا" من اي نص يحصن أي عمل او قرار اداري من رقابة القضاء. وبذلك حقق المشرع العراقي سبقا" في التخلص من "اعمال السيادة" وهو ما لم يستطع نظيره الفرنسي والمصري من تحقيقه حتى الان.

الفرع الثاني

اعمال السيادة في القضاء العراقي

نظرا لحدثة القضاء الاداري في العراق، وشحة تطبيقاته – تبعا لذلك – فاننا لم نجد ما يعيننا على استخلاص موقف محدد لهذا القضاء من اعمال السيادة^(٤٢) ان لم يكن على ما نعتقد يصعب ذلك بالنسبة لموقفه من مسائل عديدة اخرى. ويبقى الامل معقودا" على محكمة القضاء الاداري التي انشأت اخيرا" كيما تكون بحق نواة القضاء الاداري العراقي – في ان تغني التطور الفقهي والتشريعي بتطبيقاتها الرائدة في هذا المجال... ولا شك ان هذا الامر سيكون ذا اثر أعمق اذا ما اردف المشرع خطوته الموفقة هذه بالخطوة الكبرى المنتظرة وهي انشاء مجلس الدولة في العراق وإكمال تشكيلات القضاء الاداري، لكي يضطلع بدوره المهم والخطير في النظام القانوني من خلال خلق وتطوير القواعد والنظريات في حقل اختصاصه. وبناءا" على ما تقدم، فلم يكن بوسعنا سوى العودة الى احكام القضاء العادي لاستخلاص موقفه من اعمال السيادة.

وقبل النص على اعمال السيادة في التشريع العراقي وعلى وجه التحديد قبل إلغاء القانون الاساسي لسنة ١٩٢٥، لم يكن ممكنا" للمحاكم العادية ان تمت اختصاصها الى حق تمحيص اعمال الحكومة الادارية والسياسية ومراقبة مدى انطباقها على القانون، في ظل المادة (٧٣) من ذلك القانون، لان هذه الاعمال لا

تخضع للسلطة القضائية استنادا الى مبدأ بتر بين السلطات وان كانت تخضع للرقابة السياسية.^(٤٣)

وبعد إلغاء القانون الاساسي بسقوط النظام الملكي وقيام النظام الجمهوري، كان امر تحديد ما يعتبر من اعمال السيادة متروكا للقضاء نفسه، فهو الذي يقرر طبيعة العمل موضوع النزاع المعروض عليه، وفيما اذا كان ذلك العمل يتطلب بطبيعته ان يستبعد من ولاية القضاء ام لا... مستهديا في ذلك بأراء الفقه والسوابق القضائية في هذا المجال.

وبعد صدور قانون السلطة القضائية رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٣، الذي نص صراحة في المادة الرابعة منه على اعمال السيادة، تصدت المحاكم العراقية لبعض المنازعات التي كان موضوعها عمل يتعلق بالسيادة. وبإستقراء احكام القضاء العراقي - على ندرتها - في هذا المجال، وخصوصا قضاء التمييز، فإنه يمكن القول بان هذا القضاء قد استقر على الاخذ بالمعيار الموضوعي - معيار طبيعة العمل - في تحديد ما يعتبر من اعمال السيادة وما يعتبر غير ذلك. وبهذا الخصوص ذهبت محكمة التمييز في حكم لها الى ان " اعمال السيادة حسبما جرى به الفقه والقضاء هي تلك الاعمال التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة فتباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظيم علاقتها بالسلطات العامة الاخرى داخلية كانت ام خارجية او تتخذها اضطرارا للمحافظة على كيان الدولة في الداخل او الذود عن سيادتها في الخارج ومن ثم يغلب فيها ان تكون تدابير تتخذ في النطاق الداخلي او في النطاق الخارجي... الخ" ^(٤٤)

واذا ما قرر القضاء صفة السيادة لعمل معين كان موضوعا لدعوى بشأن نزاع معروض عليه بناءا" على طبيعة ذلك العمل - فليس له إلا ان يقضي بعدم اختصاصه بنظر تلك الدعوى ايا كانت طلبات المدعي وسواء كانت تستهدف الإلغاء او التعويض. ويلاحظ في هذا الشأن، ان القضاء العراقي قد تجنب التخبط الذي وقع فيه القضاء المصري بشأن ما ينبغي ان يقضي به اذا ما تبين له ان موضوع النزاع المعروض عليه عمل يتصف بالسيادة، وفيما اذا كان ذلك القضاء بعدم قبول الدعوى ام بعدم اختصاص المحكمة بنظرها... فكان قضاؤه دائما بعدم الاختصاص - وهو الاصح بإعتقادنا... لان عدم القبول يتعلق بشروط سابقة على الفصل في موضوع الدعوى كما سبق ان اشرنا - ذلك ان

نصوص التشريع العراقي بشأن اعمال السيادة جاءت متوافقة مع هذا الاتجاه، وخصوصاً النص الذي تضمنته المادة (٧ق٥) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩، حيث كان صريحا ومباشرا".

ويذهب بعض الفقه، الى انه لا يوجد في العراق، معيارا " محددًا" لتمييز اعمال السيادة عن سائر الاعمال الاخرى للادارة، وحتى النصوص التشريعية التي قضت باستبعاد هذه الطائفة من الاعمال من الرقابة القضائية، لم تحدد المقصود بأعمال السيادة تحديدا واضحا، ولذلك يجب الرجوع في تحديدها الى القواعد العامة، ومبادئ القانون العام، واحكام القضاء المستقرة.^(٤٥)

واي يكن الامر فان ما نستطيع تقريره بشأن موقف القضاء العراقي – وخصوصا قبل صدور قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة – انه اقرب الى موقف القضائيين الفرنسي والمصري من حيث اعتماده معيار طبيعة العمل – المعيار الموضوعي – مثلما يمكن القول بنفس الامر ايضا بالنسبة لموقف الفقه العراقي من حيث تبنيه معيار القائمة القضائية وهو المعيار السائد في الفقه الفرنسي والفقه المصري. (٤٦)

خاتمة

راينا ان المقصود باعمال السيادة طائفة من الاعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية ولا تخضع لرقابة القضاء إلغاء" او تعويضا". وان فكرة اعمال السيادة قد ابتكرها القضاء الاداري الفرنسي، وكان يحدوه في ذلك التشبث بالبقاء والحفاظ على وجوده، وكانت جزء من السياسة القضائية المرنة التي انتهجها المجلس المذكور. ولقد بذل الفقه جهودا" كبيرة للبحث عن معيار لتحديد اعمال السيادة وتمييزها عن الاعمال الاخرى، ولعدم كفاية المعايير التي توصل اليها، اهتدى في النهاية الى التوجه صوب احكام القضاء ليستخلص قائمة منها تمثل معيارا" يستند اليه ويكاد يكون هذا المعيار انسب المعايير في مجال تحديد اعمال السيادة بالرغم مما يعتريه من عدم الدقة اللازمة والوضوح الكامل، نظرا لما يتمتع به القضاء من حيده واستقلال تجعله ضمانا لحقوق الافراد وحررياتهم.

وقد عرفت " نظرية اعمال السيادة" طريقها الى انظمة قانونية عديدة، من بينها مصر والعراق وراينا كيف ان المشرع والقضاء المصريان افادا من التطور الذي لحق بموقف قرينيهما في فرنسا، فبدأ من حيث انتهى الاخيران.

وفي العراق، فان الامر لا يختلف كثيرا عما هو عليه في فرنسا ومصر من حيث موقف التشريع والقضاء والفقه من نظرية اعمال السيادة، بالرغم من حداثة القضاء الاداري فيه، وبالرغم من الثغرات التي اعترت مسلك المشرع الجديد في قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة من حيث المعيار المعتمد لتحديد اعمال السيادة والتوسيع من نطاق تلك الاعمال.

وننتهي الى ان فكرة اعمال السيادة لا تجد سندا" لها في القانون... وقد فشلت جميع المحاولات لبنائها على اساس منه، اضافة الى انها بتحسينها بعض اعمال " الحكومة " من الرقابة القضائية تمثل خطرا" على حقوق الافراد وحررياتهم... ولذلك فأنها تشرخ - حقا - مبدأ المشروعية... الامر الذي حمل الفقه في فرنسا وفي مصر على التصدي لهذه النظرية منذ نشأتها وفي اتجاهات ثلاث اولها، التضييق من نطاقها بقصرها على الاعمال التي تتصل بالسيادة العليا للدولة فعلا، والثاني يتمثل بقصر اثارها على الحصانة ضد الإلغاء دون

التعويض، اما الثالث فيذهب الى لزوم القضاء على هذه النظرية نهائيا" لوجود ما يغني عنها من المبادئ والنظريات المستقرة في نطاق القانون العام، دون ان تمثل انتهاكا" لمبدأ المشروعية او فكرة " الدولة القانونية " كنظرية السلطة التقديرية، او نظرية الضرورة، او نظرية الظروف الاستثنائية.

ويكاد يكون التبرير الوحيد لفكرة اعمال السيادة يتمثل في بنائها على اساس "الاعتبارات العملية" تلك الاعتبارات التي قد تجد موقعا وصدى لها في علوم اخرى - علوم السياسة - غير العلوم القانونية...

والله الموفق...

مراجع البحث

اولاً: الكتب والمؤلفات:

- ١- حمدي ياسين عكاشة - القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة - منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٧
- ٢- سليمان محمد الطماوي - القرار الاداري امام مجلس الدولة والمحاكم القضائية، القاهرة، ١٩٨٠
- ٣- ضياء خطاب شيت - شرح المرافعات المدنية، بغداد، ١٩٧٣
- ٤- عثمان خليل عثمان - مجلس الدولة - دراسة مقارنة، ط ٤ سنة ١٩٥٦
- ٥- محمد زهير جرانة - مبادئ القانون الاداري - القاهرة
- ٦- محمد كامل ليله - الرقابة على اعمال الادارة - القاهرة
- ٧- محمود محمد حافظ - القضاء الاداري - ط ٥ - القاهرة، ١٩٧٢
- ٨- مصطفى ابو زيد فهمي - القضاء الاداري ومجلس الدولة - ط ٣، ١٩٦٦
- ٩- مالك دوهان الحسن - المدخل لدراسة القانون، ج ١ - بغداد - ١٩٧٢
- ١٠- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الاداري، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية، ١٩٨٥.
- ١١- د. وسام صبار العاني، الاختصاص التشريعي للادارة في الظروف العادية، مطبعة الميناء، بغداد، ٢٠٠٣.

ثانياً: الأطاريح:

- ١٢- عبد الفتاح ساير داير - نظرية اعمال السيادة (اطروحة دكتوراه) - كلية الحقوق - بجامعة القاهرة - ١٩٥٢
- ١٣- عبد الرحمن نورجان الايوبي - القضاء الاداري في العراق، حاضره ومستقبله (اطروحة دكتوراه) - كلية الحقوق - بجامعة القاهرة.

ثالثاً: البحوث والمحاضرات:

- ١٤- عثمان خليل عثمان - القضاء الاداري في البلاد العربية - مجلة القضاء - العدد الثالث والعدد الرابع - بغداد, ١٩٦١
- ١٥- وحيد رأفت - رقابة القضاء لاعمال الادارة - مجلة القانون والاقتصاد, العدد الاول س, ٣٨
- ١٦- وحيد رأفت - محاضرات في رقابة القضاء لاعمال الدولة - كلية الحقوق بجامعة القاهرة, ١٩٥١
- ١٧- محمود محمد حافظ - القرار الاداري, محاضرات لطلبة الدراسات العليا - كلية الحقوق بجامعة القاهرة - ١٩٧٣.

رابعاً: المجموعات والدوريات:

- ١٨- مجموعة قضاء محكمة التمييز.
- ١٩- مجموعة احكام مجلس الدولة, القاهرة.
- ٢٠- مجموعة احكام المحكمة الادارية العليا بمجلس الدولة - القاهرة.
- ٢١- مجلس القضاء - بغداد.
- ٢٢- مجلة القانون والاقتصاد, القاهرة.
- ٢٣- مجلة المحاماة, القاهرة.
- خامساً: التشريعات والقوانين:
- ٢٤- مجموعة الدساتير العراقية.
- ٢٥- قانون السلطة القضائية رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٣
- ٢٦- قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩,
- ٢٧- قانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته.
- ٢٨- قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩,
- ٢٩- مجموعة قوانين مجلس الدولة المصري.
- ٣٠- مجموعة الدساتير المصرية.

Abstract

Acts of sovereignty means a group of acts performed by the executive authority, and shall not be subjected to the Judicial review by cancelation or compensation.

Therefore, the acts of sovereignty – in such situation – considered to be out of legitimacy, and have been subjected to a great criticism by the French jurisprudence and then the Egyptian jurisprudence on the bias that the executive authority may employ the idea of acts of sovereignty in its favor, by performing whatever acts in the form of sovereignty, that shall be sufficient to make such acts out of legitimacy and law rules, in such case the judiciary shall not have the right of cassation, or contestations against such acts nor the seeks of compensation because of the damages resulted by such acts. Hence the seriousness of this theory appears which was created by the French judiciary.

The idea of acts of sovereignty has played an important role in the conflict of the state authorities, and highlighted the importance of the legitimacy principle, and the legality of the state through theJurisprudential disagreements and discussions.

Although that such theory was created in the French administrative judiciary, it could be found in other judicial systems of other countries such as Egypt and Iraq. And although the weakness of such theory, it could be alive until now, furthermore, it could have a power in many common legal systems. Because of the absence of the administrative judiciary in Iraq, the researchers could not practice such theory with its activities. As the second amendment law was issued of the law of council of state No. (106) in 1989, announcing the administrative judiciary by establishing a court (for the first time) in which the cassation in the trueness of the orders and decisions issued by the employees and administrative bodies shall be performed.

الهوامش

- ١- محمد زهير جرانة، مبادئ القانون الإداري، القاهرة - ١٩٤٤، ص ٢٠٨
 - ٢- وحيد رأفت، رقابة القضاء لآعمال الدولة، مجلة القانون والاقتصاد، ع ١ س ٣٨ ص ٤٣
 - ٣- سليمان محمد الطماوي، القرار الإداري امام مجلس الدولة والمحاكم القضائية، القاهرة ١٩٥٠، ص ٥٠
 - ٤- وحيد رأفت، محاضرات في رقابة القضاء لآعمال الدولة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ١٩٥١، ص ٢٥
 - ٥- محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، الطبعة الخامسة، القاهرة ١٩٧٢، ص ٤٩
 - ٦- وحيد رأفت، المرجع السابق، ص ١٤٠
 - ٧- محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص ٥١
 - ٨- محمد كامل ليله، الرقابة على اعمال الادارة، القاهرة، ص ١٠١
 - ٩- محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص ٥٢
 - ١٠- عثمان خليل، مجلس الدولة (دراسة مقارنة)، ط ٤ سنة ١٩٥٦، ص ١٤٠
 - ١١- ويرى البعض ان هذه النظرية تمثل " وصمة في جبين القانون واعتداء صارخ عليه بل تجاهلا له "، محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص ٥٤
 - ١٢- عبد الفتاح ساير داير، نظرية اعمال السيادة، (اطروحة دكتوراه) - كلية الحقوق بجامعة القاهرة ١٩٥٢، ص ٢٦٠
 - ١٣- عدل مجلس الدولة الفرنسي عن تطبيق المعيار المذكور، في حكمه الصادر في ١٩ فبراير (شباط) سنة ١٨٧٥، استنادا الى مرافعة مفوض الدولة " دافيد" الذي طالب بعدم الاعتراف بمعيار الباعث السياسي وطرحه جانبا عند بحث اعمال السيادة، وبذلك انتهى عهد ذلك المعيار.
 - ١٤- لقد شرح مفوض الدولة " دافيد" في حكم مجلس الدولة المشار اليه سابقا هذا الرأي وبين ان العمل الحكومي وان كان تقديريا بطبيعته، الا ان نطاقه لا يمتد امتدادا تحكيميا تبعا لرغبة الحكام فلا يكفي انه صدر بناء على مصلحة سياسية بل يجب ان يتصل اتصالا مباشرا بالموضوعات التي منح القانون فيها الحكومة سلطات عامة وهذه السلطات التقديرية التي تملكها الحكومة اما ان تستمدتها من الدستور خاصة فيما يتعلق بعقد وتنفيذ الاتفاقيات الدولية او من قوانين البوليس وخاصة قانون الاحكام العرفية او من القوانين الاستثنائية التي تمس افراد العائلة المالكة المخلوعة وما عدا ذلك لا يعتبر من الاعمال الحكومية. انظر عبد الفتاح ساير المرجع السابق - ص ٣٠٩
 - ١٥- محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص ٥٦
 - ١٦- محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص ١٠٩
 - ١٧- حكم مجلس الدولة في قضية " جومبيرد" في ٢٨ مايو (أيار) ١٩٢٧
 - ١٨- عبد الفتاح ساير داير، المرجع السابق، ص ٣٢٠
 - ١٩- محمود محمد حافظ، القرار الإداري، دراسة مقارنة، محاضرات لطلبة الدراسات العليا بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ١٩٧٣
 - ٢٠- انظر حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "lamotte" سنة ١٩٥٠: E17fevrier1950,DomeLamotte,R. D. p. ,1951. p. 478,conctus. _C DeLvoLe,not waLine.
- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعة، الاسكندرية، ١٩٨٥، ص ٢٧٧. ولمزيد من التفاصيل حول اصداء جهود الفقه في تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي بشأن هذه المسألة راجع مؤلفنا "الاختصاص التشريعي للادارة في الظروف العادية" مطبعة الميناء، بغداد ٢٠٠٣، ص ٢٦٦ وما بعدها.

- ٢١- تنص المادة (٤٣) من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة، وكذلك المادة (١٥) من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية، على انه... ليس للمحاكم ان تنظر بطريقة مباشرة او غير مباشرة في اعمال السيادة...
- ٢٢- محمود محمد حافظ، القرار الاداري، المرجع السابق، ص، ٦٠
- ٢٣- تنص المادة (١٢) من قانون مجلس الدولة رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥، والمادة (١٢) من قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ على ان " لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري بالنظر في الطلبات المتعلقة باعمال السيادة".
- ٢٤- تنص المادة (١١) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على ان "لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة باعمال السيادة".
- ٢٥- مصطفى ابو زيد فهمي - القضاء الاداري ومجلس الدولة - ط ٣ - ١٩٦٦، ص ٢٣٧، ٢٣٨
- ٢٦- محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص، ٥٦
- ٢٧- وحيد رأفت، المرجع السابق، ص ٢٢٧، محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص، ٦٩٧
- ٢٨- من ذلك حكم محكمة الاستئناف المختلطة في قضية "بول فريد مان" محمد عبد الحافظ هريدي - اعمال السيادة في القانون المصري المقارن (اطروحة دكتوراه) - كلية الحقوق بجامعة القاهرة سنة ١٩٥٢، ص، ٨٢
- ٢٩- حكم محكمة مصر الكلية الاهلية في ١٤/٢/١٩٣٦ - مجلة المحاماة - السنة الخامسة، القاهرة - ص، ٤٢٥
- ٣٠- محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص، ٧١٨
- ٣١- حكم محكمة القضاء الاداري في ١٩٦١/٦/٢٦ - مجموعة احكام مجلس الدولة - س ٥ ص ١٠٩٩ وما بعدها، وفي نفس المعنى حكمها الصادر في جلسة ١٩٥٧/٦/١٣ حيث ذهبت الى ان "قضاء هذه المحكمة قد جرى على ان اعمال السيادة هي تلك الاعمال او الاجراءات العليا التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة ادارة... " مجموعة احكام المجلس س ١١ ص، ٥٦٦
- ٣٢- حكم محكمة القضاء الاداري في ١٩٥٦/١/١٩ - مجموعة احكام المجلس، س ١٠ ص ١٥٨
- ٣٣- حكم المحكمة الادارية العليا - الطعن رقم ١٠/٨٠٧ في ١٠/١٢/١٩٦٦ - مجموعة احكام المحكمة الادارية العليا - س ١٢ ص، ٣٦٥
- ٣٤- حمدي ياسين عكاشة - القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة - منشأة المعارف بالاسكندرية سنة ١٩٨٧، ص ١٩٤، ١٩٥
- ٣٥- استندت المذكرة في مجال تدعيم رأيا فقهيا"، برأى الدكتور فؤاد مهنا (مبادئ واحكام القانون الاداري) ط ١٩٧٥، والدكتور سايمان الطماوي (نظرية القرارات الادارية) ط ١٩٦٧ والدكتور طعيمة الجرف (مبدأ المشروعية) ط ١٩٧٣، والدكتور يحيى الجمل نظرية الضرورة في القانون الدستوري.
- ٣٦- حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص، ١٩٥
- ٣٧- انظر على سبيل المثال قرار رئيس الجمهورية رقم (٦) بتاريخ ١٣/٣/١٩٩٣، القاضي بعدم جواز ممارسة اي مهنة في سوق الصفارين بمدينة بغداد غير مهنة الصفارة وذلك بهدف الحفاظ على هذه المهنة والابقاء على الطابع التراثي لهذا السوق وحمائته من غزو المهن والانشطة الاخرى. جريدة الجمهورية (البغدادية)، العدد/٥٢١٥ في نيسان، ١٩٩٣
- ٣٨- ومع ذلك فإن المادة (٧٣) من القانون الاساسي العراقي لسنة ١٩٢٥، كانت تحصن اعمال الحكومة " الادارية " و " السياسية " من الرقابة القضائية، وتخضعها للرقابة السياسية، استنادا لمبدأ الفصل بين السلطات.
- ٣٩- قد يتدخل المشرع احيانا ليضفي صفة - عمل السيادة - على طائفة معينة من القرارات الادارية في ظروف معينة وخصوصا ابان الثورات ونحوها، كما حدث في مصر في ٢٣ يوليو (تموز) سنة ١٩٥٢، وفي العراق في ١٤ تموز سنة ١٩٥٨، و ٨ شباط سنة ١٩٦٣، و ١٨ تشرين الثاني سنة ١٩٦٣، انظر بهذا الشأن: عبد الرحمن نورجان الايوبي - القضاء الاداري في العراق (حاضره ومستقبله) - (اطروحة دكتوراه) كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ص، ٢٣٦

٤٠ - انظر حكم محكمة القضاء الاداري في القضية رقم (٦٣٦) لسنة ٧٧ حيث ذهبت الى أن اغلاق طريق الالغاء واجازة الطعن بالتعويض يعتبر تنظيماً " لاستعمال حق التقاضي لانه "لا ينطوي على مصادرة مطلقة للحقوق بدون تعويض عادل. مجموعة احكام مجلس الدولة، السنة الثانية، ٩٦٩ وبنفس المعنى حكمها في القضية رقم ٥٠٣ لسنة ٧٧ ف، ص، ٤٢

٤١ - انظر المادة (١٠٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥،

٤٢ - لقد كان صدور قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ لقانون مجلس شوري الدولة ايذانا لولادة القضاء الاداري الذي طال انتظاره في العراق، اذ قضت المادة (٧) منه باستحداث محكمة للقضاء الاداري - لأول مرة - في العراق، تتولى النظر في صحة الاوامر والقرارات الادارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي التي لم يعين مرجع للطعن فيها. والحقيقة ان فكرة نظام القضاء الاداري في العراق عميقة الجذور اذ تعود الى عهد هيمنة الدولة العثمانية على العراق والتي كانت قد اسست سنة ١٨٦٥ مجلس شوري القوانين (مجلس شوري الدولة) راجع بهذا الشأن: عبد الرحمن نورجان الايوبي، المرجع السابق، ص ٢٥٢ وما بعدها. ومن جهة اخرى فيلاحظ ان هنالك وجه شبه قوي بين تاريخ تطور ديوان التدوين في العراق وادارة قضايا الحكومة في مصر من حيث الاختصاص، والاهداف، لكن التطور في مصر اكتملت حلقاته سنة ١٩٤٦ بإنشاء مجلس الدولة. اما في العراق فقد تعددت المحاولات واعد مشروع بل اكثر لتحويل الديوان الى مجلس دولة او مجلس شوري، او مجلس قضاء اداري، ولكن لم تكمل هذه المحاولات بالنجاح للأسف الشديد. عثمان خليل عثمان (القضاء الاداري في البلاد العربية) مجلة القضاء، العدد الثالث، الرابع لسنة ١٩٦١ ص ٥٠٨. وقد كان الامل يحدونا بأن يتبنى دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ولادة مجلس الدولة في العراق الا ان هذا الدستور اكتفى بالنص على جواز انشاء هذا المجلس دون وجوبه. انظر المادة (١٠١) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥،

٤٣ - وقد قضت محكمة التمييز - في هذا الشأن - بأنه " اذا استعمل مجلس الوزراء صلاحياته التي اجازها القانون فلا سلطان للمحاكم للتدخل في هذا الجواز القانوني عملاً بقاعدة الفصل بين السلطات " القرار التمييزي رقم ح/١٩٥٤ في ١٩٥٤/٦/٢٦ ... ومع ذلك فالمحكمة تستطيع مناقشة عمل الحكومة فيما اذا كان موافقاً للقانون ام لا، لا لغرض اقرار العمل او الغائه، وانما لغرض الوصول نتيجة ذلك الى تقرير حق مدني تكون مكلفة بالفصل فيه. حتى ان المحكمة في هذه الحالة تستطيع ايقاف العمل الاداري المتصل بحق مدني الى نتيجة الدعوى. انظر بهذا الخصوص عبد الرحمن نورجان الايوبي، المرجع السابق، ص، ٢٣٣

٤٤ - القرار التمييزي رقم ١٩٤٨/ح/٦٥ بتاريخ ١٩٦٦،/٥/٩

٤٥ - مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ج - ١، بغداد ١٩٧٢، ٣٥١،

٤٦ - ضياء شيب خطاب، شرح المرافعات المدنية، بغداد ١٩٧٣، ص ١٣٨