

## أعمال السيادة ومبدأ المشروعية وتطبيقاتها في المملكة «دراسة مقارنة»

الدين الجليلي بوزيد

أستاذ القانون العام المشارك كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الملك سعود

(قدم للنشر في ١٣ / ١١ / ١٤٣٢هـ، وقبل للنشر في ٢٧ / ٤ / ١٤٣٣هـ)

ملخص البحث. البحث يتناول أحد أكثر الموضوعات مثارا للجدل وهي نظرية أعمال السيادة وتطبيقاتها في المملكة. وقد توزع موضوع البحث على أربعة مباحث تناولت في المبحث الأول تعريف أعمال السيادة ومعياريها والإشكالية التي واجهت الفقه والقضاء في الاتفاق على تعريف موحد أو معيار يمكن أن يسعف القاضي في ضبط العمل السيادي. وفي المبحث الثاني تعرضت لموقف الفقه والقضاء المقارن من النظرية وركزت على موقف ديوان المظالم، حسب نص المادة ١٤ من نظامه الجديد، ومن خلال بعض القضايا التي عرضت عليه. والمبحث الثالث خصصته لمناقشة مدى إمكانية التعويض عن أعمال السيادة، والذي انتهت إليه أنه لا مانع من إقرار التعويض، وهو مبدأ لا يتنافى مع الشريعة، بشرط تعديل المادة ١٤ من نظام الديوان، التي تحول دون ذلك بصيغتها الحالية. وفي المبحث الرابع قيمت النظرية وانتهت إلى أنها نظرية تجدها في أنظمة السلطة القضائية في كافة الدول بما فيها المملكة وهي نظرية تقتضيها وظيفة الحكم في حدود يرسمها القضاء.

### مقدمة

من اختصاص القضاء، شكل في نظر البعض خرقا لهذا المبدأ وانتهاكا لمبادئ أساسية، ورد النص عليها في كل الدساتير، كالحق في اللجوء إلى القاضي، بل ذهب البعض إلى حد القول بعدم دستورية القوانين التي تحصن بعض أعمال السلطة التنفيذية وطالبوا بإلغائها، ورغم الأساس القانوني (التشريعي) الذي أصبح يسند هذه النظرية في كثير من القوانين، وتطبيقاتها القضائية، إلا أنها لا زالت في نظر الكثير وصمة عار في جبين المشروعية.

لقد اعتبر مبدأ المشروعية أو خضوع السلطة العامة (الإدارة) والأفراد للقانون، من أهم المبادئ التي وضعت حدا للاستبداد وتجاوزات الإدارة، وعلو حكم القانون ورفع شعار «القانون فوق الجميع». ونظرا لكون السلطة التنفيذية أكثر السلطات احتكاكا بالحقوق والحريات الفردية، انصب مبدأ المشروعية في الأساس على خضوع أعمال هذه السلطة للقانون، غير أن تحصين بعض أعمال السلطة التنفيذية وإخراجها

خروجاً على مبدأ المشروعية، وتعطيلاً للمبدأ الدستوري القاضي بالحق في اللجوء إلى القضاء، وفي المقابل هناك من يقر بوجود النظرية ويدعو إلى وضع ضوابط لوصف العمل بالسيادي للحد من إساءة استعماله، ثم ظهرت إشكالية أخرى تتعلق بمعيار أعمال السيادة. وقد انصب البحث على معالجة هذه الإشكاليات على ضوء التطبيقات القضائية في المملكة والتطبيقات المقارنة. ثم تعرض البحث لدراسة مدى إمكانية التعويض عن أعمال السيادة وهل هناك مبادئ من الشريعة والقانونية تدعم هذا التوجه في الفقه المعاصر.

#### أهداف الدراسة

تتمثل أهداف الدراسة فيما يلي:

- ١- تحديد مفهوم العمل السيادي وضوابطه.
- ٢- التعرض بالدراسة والنقد لأهم المعايير التي قيل بها لتمييز أعمال السيادة عن أعمال السلطة التنفيذية الأخرى.
- ٣- التعرض لتطبيقات قضاء ديوان المظالم لنظرية أعمال السيادة والمعيار الذي اعتمده القضاء السعودي.
- ٤- دراسة مدى إمكانية التعويض عن أعمال السيادة وتحديد الأساس الشرعي والقانوني.

#### منهجية الدراسة

تعتمد هذه الدراسة على الأسلوب التحليلي والنقدي، وذلك باستعراض النظريات والمبادئ القانونية، والتطبيقات القضائية وتحليلها ونقدها.

#### خطة البحث

قسمت البحث إلى أربعة مباحث تناولت في المبحث الأول تعريف أعمال السيادة ومعيارها وفي المبحث الثاني تعرضت لموقف الفقه والقضاء المقارن من النظرية والمبحث الثالث خصصته لمناقشة مدى إمكانية

وفي المقابل يرى البعض الآخر أن نظرية أعمال السيادة لا تتعارض مع مبدأ دولة القانون، وهي حقيقة يقتضيها مبدأ الفصل بين السياسة والقضاء، فهي ليست خروجاً على مبدأ المشروعية بقدر ما هي مرونة فيه تحفظ للحاكم مكانته في مواجهة سلطة القاضي، وتعطي شرعية لتصرفاته، ذلك أن الحاكم لا بد أن يتمتع بنوع من الحرية في اتخاذ ما يلزم من قرارات باعتباره حاكماً، وفي هذا الاتجاه يرى البعض أنه لا تعارض بين الشريعة ونظرية أعمال السيادة. وعلى العموم لا زالت، نظرية أعمال السيادة أو أعمال الحكومة من أكثر موضوعات القانون الإداري مثاراً للجدل والخلاف، وحتى مع التسليم بوجودها لم يفلح القضاء الإداري في مسيرته الطويلة في إيجاد معيار موحد لهذه الطائفة من أعمال السلطة التنفيذية التي أخرجت من اختصاص القضاء بنوعه الإلغاء والتعويض، بموجب نصوص قانونية. وفي توسع مثير لتطبيقات هذه النظرية تم توظيفها لإخراج بعض القوانين من رقابة القضاء الدستوري (المحكمة الدستورية)، رغم عدم وجود النص على تحصين بعض القوانين من الرقابة الدستورية، بعكس أعمال الحكومة التي تجد سنداً في كثير من القوانين المنظمة لأعمال السلطة القضائية.

وفي ظل هذا التباين في الآراء ارتأيت الخوض في الموضوع محاولاً البحث في حقيقة هذه النظرية وبيان موقف الفقه والقضاء المقارن من النظرية وتطبيقاتها في النظام السعودي وقضاء ديوان المظالم.

#### أهمية الدراسة

تتجلى أهمية الدراسة في أنها تتناول موضوعاً محل جدل وتباين في الآراء الفقهية والتطبيقات القضائية، وهو نظرية أعمال السيادة، فهناك من يرفض النظرية ويعتبرها

تبنته المحكمة الأمريكية العليا في تبرير استبعاد بعض أعمال الحكومة من رقابتها، والحقيقة أن الطابع السياسي للعمل الحكومي هو الذي شكل المعيار الأول بين معايير تمييز أعمال الحكومة كما سنرى لاحقاً في ثنايا هذا البحث (حافظ، ١٩٨٣).

كما ينبغي التمييز بين الأعمال الحكومية *Actes de gouvernement* وأعمال الحكومة *Actes de gouvernement*، فالأعمال الحكومية أشمل من أعمال الحكومة، فأعمال الحكومة جزء من الأعمال الحكومية، والمعنى الصحيح هي أعمال الحكم (*actes de gouverner*). والحقيقة أن الإشكالية ليست في تعريف أعمال الحكومة وإنما في تحديد معيارها أو حصرها لذا ذهبت التعريفات في ذلك مذاهب شتى كل يحاول أن يعكس تعريفه حقيقة النظرية، وفيما يلي بعض التعريفات (Carpentier, 2006).

١- هو العمل الذي تباشره الحكومة - بمقتضى سلطتها العليا في سبيل تنظيم القضاء والإدارة والنظام السياسي والدفاع عن كيان الدولة وسلامتها في الداخل والخارج، (المليجي، دون سنة طبع).

٢- أعمال الحكومة هي العمل الذي يتصل بالسيادة العليا للدولة والإجراءات التي تتخذها الحكومة بما لها من سلطات الحكم للمحافظة على سيادة الدولة وكيانها في الداخل والخارج<sup>(٢)</sup>.

٣- هي الأعمال التي تباشرها سلطة الحكم في الدولة من أجل الحفاظ على كيان الدولة واستقلالها (ساير داير، ١٩٧٥).

التعويض عن أعمال السيادة وفي المبحث الرابع قيمت النظرية ثم خاتمة بينت فيها نتائج الدراسة.

### المبحث الأول: تعريف أعمال الحكومة

قبل أن نتعرض للتعريفات نرى ضرورة رفع الالتباس في التسمية، فالبعض يسميها أعمال السيادة والبعض الأخر يسميها أعمال الحكومة، جاء في المادة الرابعة عشر من نظام ديوان المظالم عبارة أعمال السيادة، والحقيقة أن هناك التباس وقع في الترجمة من الفرنسية إلى العربية فالكلمة في أصلها الفرنسي *Actes de gouvernement* والترجمة الحرفية لها هي أعمال الحكومة وليس أعمال السيادة، فأعمال السيادة هي من موضوعات القانون الدستوري والدولي، وهي حسب الفقيه بودان سلطة عليا على المواطنين والراعا لا يحدها القانون (الصاوي، ١٤١٢هـ) والسيادة بهذا المعنى هي للشيعة الإسلامية في المملكة حسب النظام الأساسي للحكم «يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية من كتاب الله وسنة رسوله. وهما الحكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة» المادة السابعة وبالتالي فالصحيح هو أعمال الحكومة وأساس ذلك أنها، طائفة من أعمال السلطة التنفيذية تحديداً، تخرج عن رقابة القضاء، فهي لا تعني سوى السلطة التنفيذية. وحتى الاشتقاق اللغوي بعيد عن المعنى اللغوي، فالسيادة مصدرها في اللغة العربية<sup>(١)</sup> ساد أو ساد على أو ساد في، وهي تعني الهيمنة والغلبة أو السيطرة، وليس هذا هو المقصود بالمعنى الاصطلاحي لأعمال الحكومة. كما أطلق على هذه الطائفة من أعمال السلطة التنفيذية «الأعمال السياسية»، وهذا المصطلح الأخير

(٢) المحكمة الدستورية العليا، في القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ ق وتاريخ ٢١/١/١٩٩٤ م، المجموعة ص ٦٦٩.

(١) ابن منظور، لسان العرب.

ثالثاً: المقصود بالسلطة التنفيذية الأجهزة التنفيذية وعلى رأسها رئيس الدولة (الملك) والحكومة (مجلس الوزراء) والوزراء ومن في حكمهم (رئيس الدائرة المستقلة في النظام السعودي). ولا يمكن وصف العمل بأنه من أعمال الحكومة إذا كان صادراً من من هو أقل من الوزير، والسبب أن لفظ الحكومة لا يشمل ما دون الوزير، في مفهوم القانون الدستوري. والقاعدة أن كل ما تدرجنا من رئيس الدولة إلى أدنى تضييق دائرة أعمال الحكومة وتكاد تنحصر في أعمال رئيس الدولة ومجلس الوزراء.

رابعاً: رقابة القضاء: الحصانة من رقابة القضاء حصانة شاملة تشمل رقابة الإلغاء والتعويض وتقدير المشروعية والتفسير، ولا يمكن للقضاء أن يختص بأي وجه من الرقابة. وقد أكد ديوان المظالم على هذا المبدأ بقوله في أحد الأحكام «من غير الجائز نظاماً للديوان النظر في طلبات التعويض عن أعمال السيادة باعتبار أنه غير مختص بالنظر في أصل النزاع، فمن ثم وتبعاً لذلك لا يكون مختصاً بما يتفرع عن هذا الأصل وهي طلبات التعويض عن هذه الأعمال»<sup>(٥)</sup>.

خامساً: وبما أننا بصدد قرارات إدارية فلا وجه للكلام عن الرقابة الدستورية، فهي لا تنعقد سوى بصدد القوانين، ولا تعارض بين أعمال الحكومة والرقابة على دستورية القوانين، رغم أن بعض التطبيقات الحديثة سحبت نظرية أعمال الحكومة (السيادة) على القوانين لتخرجها من رقابة القضاء الدستوري<sup>(٦)</sup>.

٤- وعرفها البعض بأنها الأعمال الصادرة من السلطة التنفيذية المحصنة من رقابة القضاء<sup>(٣)</sup>. والحقيقة أن كل التعريفات تدور حول حقيقة واحدة، وهي أن أعمال الحكومة طائفة من أعمال السلطة التنفيذية تخرج من اختصاص القضاء، لكنها اختلفت في إسناد إخراجها من سلطة القضاء. والتعريف الذي نراه، ويضمن الحد المتفق عليه، هو أن أعمال الحكومة هي طائفة من أعمال السلطة التنفيذية لا تخضع، بطبيعتها، لرقابة القضاء (إلغاء وتعويضاً)<sup>(٤)</sup>.

وما يمكننا استنتاجه من التعريفات السابقة ما يلي: أولاً: أن أعمال الحكومة (السيادة) لا تخرج عن أعمال السلطة التنفيذية، فهي لا تشمل أعمال السلطتين القضائية والتشريعية، كما لا تشمل الأعمال التشريعية الصادرة من السلطة التنفيذية في حدود اختصاصاتها الدستورية (Olivier, 1994). ولا ينبغي الخلط بينها وبين أعمال السيادة التي تصدر باسم الدولة من سلطاتها الثلاث وهي سلطة الدولة في إصدار القوانين (الأنظمة) والفصل في المنازعات المتعلقة بتطبيقها، كما أنها لا تشمل ما يصدر من السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية (اللوائح التفويضية) (العجمي، ١٩٩٧).

ثانياً: ليست كل أعمال السلطة التنفيذية تتمتع بهذه الحصانة، بل جزء قليل منها، وقد حاول الفقه والقضاء وضع معيار للتمييز بين طائفة الأعمال المحصنة وتلك التي يمكن الطعن فيها أمام القضاء.

(٥) حكم ديوان المظالم رقم ٢٧٤/ت/١ لعام ١٤١٧ في القضية

رقم ٨٠٩/١/ق لعام ١٤١٥.

(٦) «لا تعارض بين الرقابة على دستورية القوانين وأعمال =

(٣) Certains actes pris par des autorités administratives bénéficient d'une immunité absolue

(٤) Ils échappent à tout contrôle juridictionnel. CE. 23

.1995/septembre 1992, GISTI et MRAP; Ass. 29/9

ولكن الجدل حول النظرية لم ينته وانتقل إلى البحث في مدى دستورية النصوص التي أقرت حصانة بعض أعمال السلطة التنفيذية، وحتى مع التسليم بوجودها بقيت إشكالية وضع معيار لها يهتدي به القاضي لتحديد اختصاصه.

### المبحث الثاني: نشأة نظرية أعمال الحكومة (السيادة) ومعيارها

أعمال الحكومة بنيت على موقف سياسي اتخذه القضاء الفرنسي (مجلس الدولة) تاريخياً وهي ليست نظرية قانونية في أساسها، وكل محاولات البحث عن معيار لهذه الطائفة من أعمال السلطة التنفيذية كان هدفها إيجاد تبرير قانوني لموقف سياسي (Michel, 1952)، وحسب البعض (Houriou, 1895) من غير المجدي البحث عن تبرير قانوني، فاعترف القاضي يرجع إلى اعتبار عملي وسياسي، بل أبعد من ذلك أن النظرية أحد الإشكاليات التي واجهت مبدأ الفصل السلطات، وهذا ما يبرر فشل كل المعايير التي حاولت تبرير هذه النظرية (واصل، ٢٠٠٦)، وعلى حد قول ديلو بادير «إن ميدان أعمال السيادة يتسم بالمرور من التعريف العقلي إلى المفهوم التجريبي، والذي لم يسلم بدوره من التضييق الدائم. أو هي أعمال بطبيعتها يمكن النظر فيها من قبل القاضي وهي ليست كذلك استثناء». (de laubadere, 1988 De) وقبل استعراض المعايير ومناقشتها نعرض للنشأة التاريخية للنظرية في القانون الفرنسي.

### المطلب الأول: النشأة التاريخية لنظرية أعمال الحكومة

عمد رجال الثورة الفرنسيين إلى تطويع مبدأ المشروعية ففسروه تفسيراً خاصاً وخاطبوا بهدف إبعاد القضاء أو البرلمانات التي كانت في نظرهم تمثل عائقاً

سادساً: الأعمال المقصودة هي الأعمال القانونية أي القرارات الصادرة من السلطة التنفيذية (الأمر الملكي، الأمر السامي)، ولا تشمل الأعمال المادية، فهي تعبير عن إرادة السلطة بهدف إحداث تغيير في المراكز القانونية (Devolve, 1983)، كما لا تشمل العقود التي تكون الإدارة العامة طرفاً فيها (الدغثير، ١٩٩٠).

سابعاً: مراعاة الظروف الذي صدر فيها العمل، قد يوصف العمل في ظروف (سياسية) ما بأنه من أعمال الحكومة بينما قد تزول عنه هذه الصفة في ظروف أخرى وعلى حسب قول محكمة القضاء الإداري في مصر «لم يتيسر وضع تعريف حاسم أو وصف دقيق لأعمال السيادة إذ أن ما يعتبر عملاً إدارياً عادياً قد يرقى في ظروف وملاسات سياسية في دولة ما إلى مرتبة أعمال السيادة، وقد يهبط في ظروف إلى مستوى الأعمال الإدارية». ويضطلع القاضي بمهمة إعطاء التكييف المناسب للعمل.

ثامناً: أعمال الحكومة تختلف من حيث طبيعتها عن أعمال الإدارة، فأعمال الحكومة هي أعمال تصدر من الحاكم فيما يضطلع به من سلطة الحكم، ولا يمكن أن تخضع لرقابة القاضي حتى لا يتحول القاضي إلى حاكم فعلي.

الحقيقة أن نظرية أعمال الحكومة تجاوزت مرحلة الاعتراف بها وأصبح لها سند في قوانين السلطة القضائية في كثير من دول العالم وفي نظام ديوان المظالم،

= السيادة - ولا تلازم بينها - أساس ذلك أن الرقابة على دستورية القوانين تهدف إلى إعلاء كلمة الدستور باعتباره أعلى القواعد القانونية بينما أعمال السيادة هي نوع من الأعمال تخرج من رقابة القضاء لاعتبارات سياسية ورقابة القضاء عليها لا تتفق وطبيعة ولاية السلطة القضائية». المحكمة الإدارية بمصر حكم رقم ١٠٣٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٢/١٢/١٩٨٧.

بأنها ثغرة في بناء دولة القانون، التي هي هدف الدولة الديمقراطية (Chevalier, 2003)<sup>(٧)</sup>.

### المطلب الثاني: معيار أعمال السيادة

لقد قيل بعدة معايير أهمها معيار الباعث السياسي ومعيار طبيعة العمل ومعيار القائمة القضائية، والمشكلة التي واجهت هذه المعايير هو تمييز أعمال الحكومة عن باقي أعمال السلطة التنفيذية، ولما كان مصدر الأعمال جهة واحدة كان لا بد من البحث عن معيار موضوعي يفرز طائفة أعمال الحكومة عن باقي أعمال السلطة التنفيذية، إذ لا جدوى من المعيار الشكلي أو العضوي (حافظ، ١٩٨٣).

### أولاً: معيار الباعث السياسي

يعتبر هذا المعيار أول ما ظهر في أحكام مجلس الدولة الفرنسي في الفترة ما بين ١٨٦٧ و ١٨٩٢ ومضمون المعيار أن العمل يعتبر من أعمال الحكومة متى كان الباعث على إصداره تحقيق مقصد سياسي هدفه حماية الحكومة من أعدائها في الداخل والخارج. وقد تكرر استعماله في أحكام مجلس الدولة ابتداء من ١٨٢٢<sup>(٨)</sup>.

(٧) Immunité juridictionnelle accordée aux actes de gouvernement apparaît donc comme une faille dans la construction d'un Etat de droit pose en objectif de l'Etat démocratique.

(٨) من أشهر هذه القضايا مطالبة السيد Jacques Laffitte بدفع مؤخرات ريع حصل عليها من الأميرة Borghese أخت نابليون الأول وكان تبرير المجلس أن طلب السيد لافيت يتعلق بمسألة سياسية يرجع الفصل فيها حصرياً للحكومة.

«la réclamation du sieur Laffitte tient à une question politique dont la décision appartient exclusivement au Gouvernement». C.E.1 MAI 1822 ; Laffitte. Rec.1821-1825.p.202

وفي قضية أخرى أكد مجلس الدولة الفرنسي على معيار الباعث السياسي بقوله "des actes politiques qui ne sont pas de nature à être déferés pour excès de pouvoir en notre Conseil d'Etat par la voie contentieuse C.E.9 mai 1867. Duc d'Aumale et Michel Levy.Leb.p472

أمام الإصلاحات التي يريدون إدخالها، فاعتبروا تعرض القضاء للفصل في المنازعات التي تنشأ بين الإدارة والإفراد تدخلاً في شؤون الإدارة (Blancpain, 1979) خلافاً لما يقضي به مبدأ فصل السلطات، حيث تختص كل سلطة بالعمل الذي خصها به الدستور، ولا تتدخل في شؤون السلطة الأخرى، ولم يكن القضاء قادراً على مواجهة الإدارة (رجال الثورة) فسلم بهذا التفسير، الخاطيء وأصبح القضاء يحكم بعدم الاختصاص إذا ما عرضت عليه منازعة الإدارة طرفاً فيها، وظهرت في مرحلة أولى نظرية الإدارة القاضية وفي مرحلة لاحقة أنشئ مجلس الدولة كمستشار للإدارة، ولكن بعد عودة الملكية إلى فرنسا سنة ١٨١٤ اعتبر مجلس الدولة من مخلفات النظام البائد وعملوا على التخلص منه أو تقليص اختصاصاته خاصة في مواجهة الإدارة القاضية، فتنبه مجلس الدولة لما يحاك ضده وانتهج سياسة مرنة اتجاه الإدارة للإبقاء على نفسه وقبل بإخراج طائفة من أعمال السلطة من اختصاصه تحت مسمى أعمال الحكومة. وباتتقال مجلس الدولة إلى مرحلة القضاء المفوض سنة ١٨٧٢ استقرت نظرية أعمال الحكومة. ولأن هذه النظرية جاءت تحت ظرف سياسي لم يضع لها المجلس نفسه معياراً وإنما ترك الأمر للقاضي نفسه ليتكيف مع السياسة، وهي النظرية التي كانت، (Rivero, 1951) ولا زالت، محط اختلاف دائم بين الفقه والقضاء الفرنسيين، خاصة أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لم تدن النظرية بل على العكس انتهجت سياسة مرنة في المسائل التي ترى فيها بعض الدول الأعضاء حساسية معينة تتعلق بالسيادة (ABRAHAM, 1990). ولم تفلح كل المحاولات التي حاولت تبرير أعمال الحكومة قانونياً الأمر الذي أدى إلى وصفها من بعض الفقه

شيء من الحاكم لمصلحة يراها وإن لم يرد بهذا دليل جزئي»<sup>(١٠)</sup>.

وجهت انتقادات شديدة لهذا المعيار لأنه لا يضع ضابطاً محدداً يمكن القاضي من تحديد العمل الحكومي، بل يجعل ذلك في يد السلطة التنفيذية التي تستطيع أن تخرج بعض الأعمال من رقابة القضاء بدعوى الباعث السياسي<sup>(١١)</sup>.

والحقيقة أن هذا النقد لا ينال من هذا المعيار لما يلي: إن الذي ينتهي إليه أمر تكييف التصرف هل هو من أعمال الحكومة أم لا هو القاضي وليس السلطة التنفيذية، فلا خوف من ادعاء الحكومة فهو من حيث المبدأ لا يلزم القاضي ويمكن للقاضي أن يرفض ادعاء الحكومة وهذا ما حصل بالفعل في قضية مشهورة عرضت على مجلس الدولة الفرنسي رفض فيها ادعاء ممثل الحكومة حيث دفع بالباعث السياسي<sup>(١٢)</sup>. كما أكد ديوان المظالم هذا المبدأ بقوله «إن القضاء هو الجهة المختصة في تقرير الوصف النظامي للعمل المطروح عليه هل هو عمل إداري من أعمال الحكومة يختص بنظره باعتباره من

والحقيقة أن هذا المعيار ظهر في سياق تاريخي معين حيث كان مجلس الدولة لا زال متأثراً بفكرة القضاء المحجوز، حيث كانت أحكامه خاضعة لتصديق رئيس السلطة التنفيذية، وبعد أن تحول إلى قضاء مفوض كان لا بد أن يساير الحكومة ولا يتعرض لقراراتها (السياسية) فابتدع معيار الباعث السياسي (Serrand, 1996).

وفي تطور لاحق حور مجلس الدولة المعيار بحيث أصبحت أعمال الحكومة هي الأعمال السياسية بالنظر إلى المجال الذي اتخذت فيه وقصرها على الأعمال بين السلطات العامة، وكان لا فريير<sup>(٩)</sup> من أكبر المدافعين عن الاتجاه حيث ذهب إلى القول بأن السلطة التنفيذية تتولى في الواقع وظيفتين أساسيتين هما الحكم والإدارة وبناء على ذلك فإن ما تصدره من قرارات وما تتخذه من إجراءات قد تقوم بها باعتبارها حكومة، وقد يصدر منها بوصفها إدارة، والطائفة الأولى من الأعمال يغلب عليها الطابع السياسي، ومن ثم تخرج من رقابة القضاء وتخضع لرقابة الهيئات السياسية، وهي المجالس النيابية، فالمبادئ العامة للقانون وطبيعة الأشياء تقضي بضرورة التمييز بين العمل الحكومي والعمل الإداري.

ودعمت هذه النظرية نظرية أخرى سادت في الفقه الفرنسي، وهي نظرية أو مبدأ الضرورة السياسية (Raison d'Etat) والتي تقضي بضرورة احترام سياسة الحاكم وعدم التعرض للقرارات التي يتخذها لحماية الأمة، فقد تقتضي المصلحة العليا التضحية بالقانون ومبدأ المشروعية في حدود معينة. ومن هذا المعنى يقترب تعريف ابن نجيم للسياسة الشرعية بأنها «فعل

(١٠) ابن نجيم، البحر الرائق، شرح كتر الدقائي، ص ١١/٥

(١١) «Desormais, les actes de gouvernement sont uniquement les actes politiques en raison des matieres dans lesquelles ils sont accomplis»  
Conseil d'Etat .ass.72008/11/ Comite national des interprofessions des vins ( appellation d'origine).

(١٢) هي قضية الأمير نابليون بمناسبة دعوى رفعت ضد قرار وزير الحرب بحرمان الأمير نابليون من درجة جنرال مقاطعة (General de Division) ودفع الوزير بأن القرار الباعث عليه سياسي غير أن مجلس الدولة رفض هذا الدفع وتصدى لموضوع الدعوى.

C.E.19 Fevrier 1875 .Prince Napoleon.Rec.p155

ونفس الموقف اتخذته المجلس في قضية:

Duc d'Aumale et Prince Murat .Srey.1889 3p.19

(٩) P.Serrand .bacte de gouvernement .contribution a la theorie des fonctions juridiques de l'Etat.Th.Parie2 1996.

وهناك من يرى أن أعمال الحكومة هي الأعمال التي تندرج تحت مفهوم الدستور أو الاختصاصات التي تقوم بها الحكومة تنفيذاً للدستور، وهي ما يتعلق بتنظيم وسير السلطات العامة والإجراءات المرتبطة بالأمن الخارجي والداخلي وعلاقة الدولة بغيرها من الدول. أما الوظيفة الإدارية فهي التطبيق اليومي للأنظمة واللوائح وما يتصل بعلاقة الأفراد بعضهم البعض.

هذا المعيار هو الآخر ينقصه الوضوح، فهو محل المشكلة بمشكلة أخرى أكثر تعقيداً، فمجلس الوزراء في المملكة مثلاً يصدر قرارات إدارية باعتباره جهة تنفيذية وأيضاً يمارس وظيفة الحكومة بلا منازع، نهيك عن سلطاته التنظيمية (التشريعية) وعليه يصعب التمييز بين ما يعتبر منها من قبيل أعمال الحكومة وما هو من أعمال الإدارة، كما أنه من الصعب التمييز بين ما يعتبر تنفيذاً لنصوص دستورية، وخاصة في مجال الحريات الفردية، وما لا يعتبر كذلك، بل أن مجلس الوزراء يصدر قرارات لها وظيفة النظام تعرف في المملكة بمسمى التنظيم.

#### ثالثاً: معيار القائمة القضائية

لم تفلح المعايير السابقة في تمييز أعمال الحكومة، ففضل البعض استقراء أحكام القضاء، وخاصة مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع، ووضعوا بذلك قائمة اعتبرت من أعمال الحكومة وهي تمثل الحد الأدنى المتفق عليه، وتتبع أعمال القضاء نجد أنها شملت ثلاثة محاور أساسية وهي:

١- العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية (البرلمان) من أهمها قرارات السلطة التنفيذية التي تساهم بها في العملية التشريعية (التنظيمية) كتقديم

القرارات الإدارية التي يختص بنظرها وفقاً لأحكام المادة الثامنة من نظامه أو عملاً من أعمال السيادة يمتنع عليه النظر فيه وفقاً لأحكام المادة التاسعة من نظامه»<sup>(١٣)</sup>.

هذا المعيار جاء في سياق البحث عن معيار للتمييز بين أعمال الحكومة والأعمال الإدارية الأخرى القابلة للطعن أمام القضاء، فهو محاولة لتسهيل مهمة القاضي. ولكن المشكلة الحقيقية التي واجهت هذا المعيار وإصابته في الصميم هي إشكالية التمييز أو تحديد الباعث السياسي، فالسلطة التنفيذية تمارس وظيفة الإدارة والحكومة والباعث أو النية لا يمكن التعويل عليها في تحديد طبيعة العمل، فضلاً عن عدم إمكانية كشفه وتحديد موضوعياً.

#### ثانياً: المعيار الموضوعي

كان هذا المعيار محاولة لتجاوز النقد الذي وجه لمعيار الباعث السياسي بتركيزه على موضوع العمل، وليس الباعث عليه، وفرق بين الموظفتين الحكومية والإدارية، واعتبر من أعمال الحكومة كل الأعمال التي تصدر من السلطة التنفيذية باعتبارها حكومة غير أن مسألة تحديد طبيعة الوظيفة الحكومية لم تكن واضحة وكانت هناك محاولات لتحديد طبيعة هذه الأعمال منها ما قال به العميد هوريو الذي يرى بأن «يحكم يعني صلاحيات اتخاذ الإجراءات أو القرارات المهمة في المجالات الرئيسية في الدولة»<sup>(١٤)</sup> وأن وظيفة الحكم تعني حسب هوريو حل المشاكل الاستثنائية التي تهم الوحدة السياسية والصهر على المصالح العليا للأمة.

(١٣) الحكم رقم ٣٠/ت/٣ لعام ١٤٠٧

(١٤) «Gouverner consiste a prendre les grandes mesures dans les domaines essentiels»

واللجوء إلى القضاء الدولي والتفاوض في بعض القضايا الدولية وجميع ما يصدر من ممثلي الدولة المعتمدين بصفتهم الرسمية.<sup>(١٧)</sup> ومن أحدث هذه القضايا في القضاء الفرنسي الدعوى التي رفعتها الجمعية المعارضة للحرب في العراق (Comite contre la guerre en Irak)، والتي طالبت فيها بإلغاء قرار وزير الدفاع المبلغ من وزير الخارجية، الذي يسمح للقوات الجوية الأمريكية البريطانية باستعمال المجال الجوي الفرنسي للعبور إلى ساحة العمليات، وادعت الجمعية أن القرار معيب بتجاوز للسلطة (exces de pouvoir). غير أن مجلس الدولة حكم بعدم الاختصاص لأن القرار متعلق بإدارة<sup>(١٨)</sup> العلاقات الدولية لفرنسا، وهو بذلك من أعمال السيادة التي لا تقبل الطعن أمام المجلس<sup>(١٩)</sup>.

كما اعتبر من أعمال الحكومة الأعمال الصادرة من الهيئات الدبلوماسية في حماية رعايا الدولة في الخارج<sup>(٢٠)</sup> وكذا آثار الحرب.

٣- التدابير الخاصة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي والخارجي، فكل الأعمال التي تلزم للمحافظة على كيان الأمة وأمنها يجب إخراجها من اختصاص القضاء، من ذلك إعلان الأحكام العرفية وإعلان حالة الطوارئ، وقد ورد النص على ذلك في المواد ٦١، ٦٠،

مشروع قانون للبرلمان أو الامتناع عن تقديمه<sup>(٥)</sup> كما تشمل هذه الطائفة قرارات التصديق على القانون أو الامتناع، وكذلك كل الصلاحيات التي لرئيس الدولة في مواجهة السلطة التشريعية<sup>(٦)</sup> بموجب الصلاحيات الدستورية كحل البرلمان وتعيين الحكومة وحلها (المواد ٥٧ و ٥٨ من النظام الأساسي للحكم).

٢- الأعمال المتصلة بالشؤون الخارجية: تشمل هذه الطائفة أكثر أعمال الحكومة لاتصالها بمجال يهيمن عليه مبدأ سيادة الدولة، والذي يعني عدم خضوع الدولة في إدارة علاقتها الخارجية لأية سلطة أخرى بما فيه القضاء الوطني من أهم هذه الأعمال الاتفاقيات الدولية من تصديق وانضمام وانسحاب وقطع العلاقات الدبلوماسية وإعلان الحرب والانضمام إلى الأحلاف العسكرية،

(١٥) في قضية عرضت على مجلس الدولة عرفت بقضية تالغران (Tallagrand) طلب فيها المدعي التعويض عن نزع ملكية مدرسته من طرف الحكومة الجزائرية بعد الاستقلال، وكان هناك قانون يقضي بأنه سيصدر لاحقا قانون يحدد كيفية التعويض ومقداره، غير أن الحكومة الفرنسية لم تقدم للبرلمان مثل هذا القانون مما دفع بالشخص إلى رفع دعوى أمام مجلس الدولة طالبا بإلغاء قرار الحكومة السليبي بعد تقديم مشروع القانون، فرفض المجلس الدعوى على أساس أن القرار (السليبي) يدخل في علاقة الحكومة بالبرلمان وهو من أعمال الحكومة. Conseil d'Etat. novembre 1968. Tallagrand. Rec.p.607

(١٦) من ذلك أيضا في القائمة الفرنسية:

- قرار رئيس الجمهورية بدعوة لانعقاد أو إغلاق الدورة البرلمانية في الدورات الاستثنائية.
- مبادرة الحكومة باقتراح القوانين
- سلوك أعضاء الحكومة في مناقشة البرلمان
- تعيين أعضاء المجلس الدستوري
- قرار رئيس الجمهورية بإحالة مشروع قانون على الاستفتاء
- قرار الرئيس وفقا لأحكام المادة ١٦ من الدستور.

(١٧) C.E. Ass.72008/11/.Comite national des interprofessions des vins a appellation d'origine.

(١٨) Tribunal Supreme, chambre de contentieux administratif, session pleniere, 4Avril 1997 (declassification du CESID).

(١٩) C.E.30 decembre 2003

(٢٠) «Ces questions se rattachent a l'exercice du pouvoir du Gouvernement dans les relations internationales ;ils ne peuvent pas etre atakes devant le Conseil.» Conseil d'Etat 12 fevrier1976 Dupuy.Rec.p.47

وليس موضوعات. وهي في الحقيقة تشكل الحد الأدنى المتفق عليه.

رابعاً: معيار الاختصاص: يرى أصحاب هذا المعيار أن مسألة الاختصاص كفيلة بتحديد مجال أعمال الحكومة، حيث يخرج من اختصاص القضاء المسائل المتعلقة بالسلطة التشريعية وأعمال المتعلقة بالعلاقات الدولية، وهذا هو مجال أعمال الحكومة، فالقانون المطبق على هذه الأعمال يختلف عن القانون الذي تخضع له أعمال السلطة التنفيذية العادية (القانون الإداري)، فالعلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية يحكمها القانون الدستوري وهذه ليست من اختصاص القضاء، كما علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة الأجنبية تخضع للقانون الدولي العام وهو ليس قانون وطني. وعليه فإن القضاء الوطني (القضاء الإداري) غير معني بأعمال السيادة بسبب الاختصاص. وقد قال بهذا المعيار مفوض الحكومة أمام مجلس الدولة الفرنسي (سيليه) بمناسبة عرضه لتقريره في أحد القضايا أمام مجلس الدولة الفرنسي<sup>(٢٣)</sup>.

#### نقد المعيار:

رغم أن هذا المعيار حاول حل الإشكالية على أساس الاختصاص، لكنه لم يستطع تفسير تحصيل أعمال معينة من أعمال السلطة التنفيذية دون غيرها من أعمال نفس السلطة، فارتباط التصرف بعلاقة معينة ليس كافياً لتبرير هذه الحصانة. بل أن بعض الأعمال ذات العلاقة بهذه الأعمال اعتبرت من الأعمال التنفيذية العادية كتفسير الاتفاقيات الدولية وقواعد تنفيذها وفق قاعدة الأعمال القابلة للانفصال.

٦٢ من النظام الأساسي للحكم في المملكة<sup>(٢١)</sup>. وتبرير تحصيل هذه الإجراءات أنها تتعلق بمصالح عليا وتتطلب السرية ولا يمكن أن يطلع عليها القضاء. من ذلك ما أقرته المحكمة العليا الإسبانية (قسم المنازعات الادارية) حيث رفضت المحكمة طلب إلغاء قرار مجلس الوزراء الذي رفض إعادة تصنيف بعض الوثائق التي اعتبرت سرية، بناء على طلب قاضي في إطار التحقيق في قضايا جنائية. وعللت المحكمة ردها بأن إعادة تصنيف هي من صميم اختصاص الوظيفة السياسية التي أسندها الدستور إلى الحكومة باعتبار الأمر له علاقة بالأمن والدفاع عن الدولة<sup>(٢٢)</sup>.

#### نقد المعيار:

١- القائمة القضائية غير مستقرة وغير شاملة، بمعنى أن القاضي هو الذي يحدد طبيعة العمل كل مرة يعرض عليه، وقد ثبت أن كثيراً من الأعمال التي اعتبرت من أعمال الحكومة تراجع عنها القضاء في مناسبة أخرى، وأدرج أخرى لم تكن لها هذا الوصف، ونعتقد أن هذا شيء طبيعي ولكن من يضمن حياد القاضي وعدم انزلاقه نحو السياسة وعرقلة الحكومة؟

٢- القائمة طويلة فهي تشمل جزء كبيراً من أعمال السلطة التنفيذية، فتشمل علاقتها بالسلطة التشريعية وإدارة العلاقات الخارجية وما تعلق بالمصالح العليا وسلامة الدولة وأمنها، وهذا الأخير من أكثرها تأثيراً على الحريات، فهي عبارة عن عناوين

(٢١) الصادر بموجب الأمر الملكي رقم أ/ ٩٠ بتاريخ

١٤١٢/٨/٢٧

(٢٢) Chaire.M.A.D.P. Seminaire :les actes publics non justiciable en droit administratif compare,europeen et global.7 mars 2008.p

- عدم قابلية النظرية للتبرير القانوني.  
- وجود النظرية على التماس بين السياسة والقانون.

هذا الغموض الذي رافق النظرية منذ نشأتها عبر عنه الفقيه Rene Chapus بقوله «أعمال الحكومة الوحش أو الضحية» (Chapus, 1958). والإشكالية التي واجهت الفقه هو كيفية التوفيق بين مبدأ خضوع الإدارة للقانون ورقابة القضاء الإداري، واستثناء بعض أعمال السلطة التنفيذية من هذا المبدأ (Melleray, 2001).

لقد أيد بعض الفقه في البداية نظرية أعمال السيادة، خاصة الفقه الفرنسي وبنا موقفه على نص المادة ٢٦ من قانون ٢٤ ماي ١٨٧٢ الخاص بمحكمة التنازع والذي بموجبه «من حق الوزراء، أن يثيروا أمام محكمة التنازع (فرع المنازعات)، القضايا التي تخرج من اختصاص المحاكم الإدارية»<sup>(٢٤)</sup>. واعتبروا هذا النص سندا صريحا لأعمال الحكومة، غير أن هذا السند لم يكتب له النجاح وذهب المؤيدون إلى البحث عن سند آخر، وكان أقواها التمييز بين أعمال الإدارة وأعمال الحكومة، وقالوا أن السلطة التنفيذية تضطلع بوظيفتين الحكم والإدارة، فما يصدر منها باعتبارها حكومة لا يخضع لرقابة القضاء، بوصفها هيئة سياسية، وهذا لا يعني حسب دوجي أن هذه الأعمال غير قابلة لرقابة القضاء بطبيعتها، بل لأن تنظيم القضائي في الدول المختلفة لم يصل بعد إلى سحب هذه الرقابة عليها. (Auvret-Fink, 1995).

كما امتدت نظرية أعمال الحكومة إلى مجالات غير تلك التي حددها المعيار كمجال التدابير التي تتخذها السلطة التنفيذية لحماية أمنها الداخلي والمحافظة على سلامة الدولة، بل امتدت إلى حالات لا علاقة بكل هذه المسائل، كالمسائل المتعلقة بالنظام العام.

### المبحث الثالث: موقف الفقه والقضاء

#### من نظرية أعمال السيادة

لقد اعتبر أغلب الفقه نظرية أعمال السيادة استثناء حقيقيا على مبدأ المشروعية، أو تحايل على خضوع السلطة العامة للقانون، واعتداء على حقوق الأفراد وحريةهم وبالذات حق اللجوء إلى القاضي، وهو من حقوق الإنسان الأساسية التي تضمنتها الدساتير، من ذلك ما جاء في المادة ٤٧ من النظام الأساسي للحكم «حق التقاضي مكفول بالتساوي للمواطنين والمقيمين في المملكة ويبين النظام الإجراءات اللازمة لذلك». غير أن القضاء لم يجار الفقه في هذا الموقف الرافض للنظرية إذ انه محكوم بالنصوص التي تحكم اختصاصه والتي أخرجت أعمال السيادة من ولايته وأنصب جهد القضاء على محاولة التضييق من مجال النظرية للحد من آثارها.

#### المطالب الأول: الفقه

تباينت آراء الفقهاء بين معارض ومؤيد، ويرجع هذا الاختلاف، في تقديرنا، إلى عدة عوامل يمكن إجمالها فيما يلي:

- التطور الذي عرفه مبدأ المشروعية ومسؤولية الإدارة.

- عدم وجود معيار موحد للنظرية.

- عدم استقرار الاجتهاد القضائي على أساس موحد للنظرية.

(٢٤) Les ministres ont le droit de revendiquer devant le tribunal des conflits les affaires portées a la section du contentieux et qui n'appartiennent pas aux tribunaux administratifs».

في حقيقتها استجابة لضرورة سياسية عملية يستلزمها الدفاع والحرص على الصالح العام. وأخيرا هناك من يرى أن أعمال السيادة هي أعمال الحكم التي تختلف عن أعمال الإدارة، وعلى القاضي (الإداري) أن يمتنع عن نظر الأعمال التي ليست من أعمال الإدارة، على أساس أن القاضي الإداري هو قاضي الإدارة ولا يمكنه التصدي لأعمال أو أنشطة خارجة نشاط عن الإدارة (الإداري).

على نقيض الرأي الأول شن أغلب الفقه هجوما عنيفا على نظرية أعمال الحكومة باعتبارها خروجاً على مبدأ المشروعية، وتعدي على اختصاص السلطة القضائية بمنعها من النظر في بعض منازعات أعمال السلطة التنفيذية، كما أنها تعطل النصوص الدستورية التي تكفل حق التقاضي، واعتبر البعض النظرية متعارضة مع دولة القانون. (Duez, 2006) ويعتقد هؤلاء أن القول بالنظرية من شأنه أن يثير الريبة والسخط على الحكومة لموقفها المتعارض مع سيادة القانون وتمنعها من الخضوع للقانون في بعض أعمالها، واستشهد بعضهم بنص المادة ٦٨ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ «التقاضي حق مصون ومكفول للناس ولكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقرب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا. ويحظر النص في القوانين على تحصيل أي عمل أو قرار من رقابة القضاء». وقد قالوا أن النص في القوانين على تحصيل بعض من أعمال السلطة التنفيذية يعتبر غير دستوري (الحل، ١٩٨٥). وعاب هذا الفريق على المحكمة الدستورية في مصر اعترافها بأعمال السيادة في أحد أحكامها<sup>(٢٦)</sup>.

(٢٦) حكم المحكمة الدستورية (مصر) في الدعوى رقم ٢ لسنة ١ ق عليا الصادر في ٦ نوفمبر عام ١٩٧١.

ونشير في هذا الصدد إلى أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (Cour de Strasbourg) لم تدين النظرية ولم تر فيها تعارضا مع المادة ٦١ من الاتفاقية حقوق الإنسان (Abraham, 1990)<sup>(٢٥)</sup>.

وقد ساق أنصار النظرية مجموعة من المبررات منها أن الحكومة حسب لفريرار يجب أن تكون «قادرة على اتخاذ إجراءات مهمة في المجالات الأساسية أو الرئيسية» وهي حسب هوريو «تملك القدرة على حل المسائل الاستثنائية التي تهم الوحدة الوطنية والأهداف العامة الوطنية». كما يرى البعض بأنها حقيقة قانونية وإنكارها فيه خلط بين الأمان والحقائق القانونية، وأن وجود النظرية حسب هؤلاء يكتسي بعض الأهمية للحفاظ على كيان الدولة الداخلي والخارجي.

وادعى البعض أن النظرية يسندها مبدأ الاختصاص الذي يحكم السلطات فقواعد الاختصاص كفيلا بإخراج ما عرف بأعمال السيادة من رقابة القضاء، لأن هذه الأعمال قد تتصل بعلاقات السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية، كقرار حل البرلمان، وهي من اختصاص المجلس الدستوري أو من ضمن المسؤولية السياسية للحكومة، أو أنها تتصل بإدارة العلاقات الدولية وتثير مسائل تتعلق بالقانون الدولي كالحرب وهي مسائل بطبيعتها لا تدخل في مدلول المنازعات الادارية التي يختص القضاء بنظرها. وهي

(٢٥) Aucune disposition de la Convention européenne des droits de l'homme ne consacre de manière générale l'existence d'un droit de recours des particuliers contre les actes de l'administration. «Tout régime qui a l'ambition de réaliser l'Etat de droit doit biffer de ses institutions ce symbole defectueux qu'est l'acte de gouvernement. A la solution simpliste et rudimentaire qu'il consacre en vafeur de la liberté de l'Exécutif.»

بحد من التقدير فيما تستوجه سلطة الحكم، وكما أكدنا أن تكييف العمل يتأثر بظروف الحال فما يعتبر من أعمال السيادة قد لا يعتبر كذلك في ظرف آخر، وفي نفس الوقت لا ينبغي استغلال هذه النظرية لإخراج أعمال السلطة التنفيذية من رقابة القضاء وهناك آليات يمكن أن تحد من التعسف ستعرض لها لاحقاً.

#### المطلب الثاني: القضاء

لا جدال في أن النظرية قضائية المنشأ، ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي، بل هي حسب البعض جسدت سياسة حكيمة لمجلس الدولة تحاشي عن طريقها مواجهة النظام الجديد -بعد عودة الملكية- وتجنب بذلك إمكانية سحب رقابة أعمال السلطة التنفيذية من بين يديه. غير أن زوال السبب التاريخ لم يفض إلى إلغاء النظرية، وأصبح لها أساس من النصوص القانونية في الدول المختلفة، والقضاء ليس له حق استبعاد نص تشريعي<sup>(٢٧)</sup> وانصب جهد القضاء في مسيرته الطويلة على وضع ضوابط لهذه النظرية لتقليل من آثارها على الحقوق والحريات الفردية.

#### أولاً: القضاء المقارن

الخطوة الأولى التي خطاها القضاء هي الاعتراف لنفسه بحق إضفاء صفة أعمال الحكومة على العمل من عدمه، وهذه الخطوة يجب أن توضع في سياقها التاريخي حتى تظهر أهميتها، ذلك أن السلطة التنفيذية كثيراً ما

كما طالب البعض بإلغاء هذه النظرية من النظام القانوني والاستعاضة عنها بنظريات أخرى تستوعب حاجة الإدارة إلى بعض الصلاحيات الاستثنائية من ذلك نظرية الضرورة والسلطة التقديرية.

وهناك رأي ثالث، يسلم أصحابه بأنه لا يمكن إنكار نظرية أعمال السيادة والدور الذي تؤديه في حماية كيان المجتمع والدولة، ولكن في نفس الوقت لا بد من احترام حق التقاضي ويمكن حسب هذا الرأي التوفيق بين الإبقاء على النظرية وكفالة حق التقاضي على النحو التالي:

أولاً: يجب إقرار حق التعويض عن أعمال الحكومة في حالة الضرر، وهذا لا يعطل نشاط الحكومة وفي نفس الوقت يحقق مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة. ثانياً: حصر أعمال السيادة حصراً دستورياً بنص صريح في الدستور، وهذا من شأنه أن يقيد المشرع العادي أو السلطة التشريعية ويجول دون تحصين أي عمل، ولن يكون في وسع السلطة التنفيذية الادعاء بأن عمل ما من أعمال السيادة إذا لم يكن ضمن القائمة المحددة.

رأيي الخاص: الدعوة إلى إنكار أعمال السيادة قائمة على رفض التمييز بين أعمال الحكم وأعمال الإدارة، ونعتقد أن هذا الرأي ربما بني على سوء فهم للنظرية وسوء تطبيقها أو الانحراف في تطبيقها، وهذا لا ينال من النظرية فكل مبدأ قانوني يمكن أن يساء تطبيقه أو فهمه، فنظرية أعمال السيادة في حقيقتها تعبر عن ممارسة الحاكم لبعض الأعمال التي تستوجبها سلطة الحكم أي باعتباره حاكماً، ولا ينبغي أن يكون ذلك للقاضي، وإلا أصبح القاضي هو الحاكم، ولا يمكن حصر ذلك في قائمة، لأن سلطة الحكم تستوجب أن يتمتع الحاكم

(٢٧) نص المادة ٢ من قانون تنظيم القضاء الكويتي رقم ١٩ - ١٩٩٥ جاء في المادة «ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة، ولها دون أن تلغي الأمر الإداري أو توقف تنفيذه أو تؤوله -أن تفصل في المنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الأفراد والحكومة، عدا الحالات التي ينص فيها القانون على غير ذلك».

الخطوة الثانية هي سعي القضاء إلى تقليص مجال النظرية فابتدع نظرية الأعمال القابلة للانفصال (actes detachables)، ومفاد النظرية أن هناك حالات، في مجال العلاقات الدولية، يمكن فيها فصل القرار، لعدم ارتباطه المباشر بالعلاقات الدولية، وبالتالي التمييز بين العمل السيادي وما يلزم لتنفيذه من إجراءات داخلية، فتفسير اتفاقية دولية وتطبيقها يمكن فصله عن إبرام الاتفاقية وبالتالي يمكن للقضاء النظر في الإجراءات التنفيذية استناداً إلى نظرية الأعمال القابلة للانفصال<sup>(٢٩)</sup>، من ذلك تحديد السلع المعفاة من الضرائب تطبيقاً لنص في اتفاقية دولية يعطي للدولة حق تحديد هذه السلع فهذا عمل يمكن فصله، وضع معايير لتوزيع التعويضات التي دفعتها دولة لضحايا دولة أخرى بموجب اتفاقية دولية بين الدولتين<sup>(٣٠)</sup>. غير أن هذه الخطوة، لم يكتب لها النجاح بل عرفت انتكاسة في تطبيقات أخرى، من ذلك أن مجلس الدولة رفض إلغاء قرار وزير الدفاع المبلغ عن طريق وزير الخارجية، والقاضي بالسماح لقوات التحالف في الحرب على العراق باستعمال المجال الجوي الفرنسي، واعتبر القرار غير قابل للانفصال عن إدارة العلاقات الخارجية، الذي اعتبر دائماً من أعمال السيادة<sup>(٣١)</sup>.

أما الخطوة الثالثة تتمثل في محاولة إيجاد سند لقبول طلبات التعويض دون الإلغاء، ويستند إلى أساس اعتمده القضاء في بعض أحكامه في قبول التعويض عن الأعمال الإدارية المشروعة، وهو المساواة أمام الأعباء العامة، غير أن هذا الاتجاه اعترضته النصوص التشريعية

استبعدت بعض الأعمال من الخضوع لرقابة القضاء بمجرد الادعاء بأنه عمل سيادي أو أن الباعث عليه هو باعث سياسي، وقد عبرت عن ذلك المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها «الأصل أن معيار التفرقة بين الأعمال الإدارية وبين أعمال السيادة مرده إلى القضاء الذي ترك له المشرع سلطة تقرير الوصف القانوني للعمل المطروح عليه، وما إذا كان عملاً إدارياً عادياً يختص بنظره أو عملاً من أعمال السيادة يمتنع عن النظر فيه»<sup>(٢٨)</sup> فالقضاء هنا أعطى لنفسه سلطة رسم حدود اختصاصه في مراقبة أعمال الحكومة، وله سلطة تقديرية في ذلك (De Malberg, 2004). ومن أكثر الأمثلة إثارة للجدل في الوطن العربي موقف القضاء المصري من الدعوى التي رفعت للمطالبة بفتح معبر رفح ورفضت من قبل القضاء (المحكمة الإدارية) على أساس أنها من أعمال السيادة.

وانتهى الاجتهاد القضائي إلى الاتفاق على مجموعة من الأعمال تعتبر من أعمال السيادة وهو ما عرف بالقائمة القضائية، غير أن الأعمال الواردة في القائمة المذكورة لم تكن مانعة بل تمثل الحد الأدنى الذي يمكن اعتباره محل إجماع في رأي القضاء، وفيما عدا هذه القائمة يترك الأمر لقاضي الموضوع لتحديد طبيعة العمل وهل هو من الأعمال التي تخرج من ولايته.

غير أن هذه الخطوة، مع عدم كفايتها، مرهونة بالاستقلالية التي يتمتع بها القضاء، وخاصة أنه سيكون على تماس مع السياسة، وربما فتحت الباب للصراع بين الحاكم والقضاء، وهي إحدى الإشكاليات التي قد تنتج عن الفصل الجامد للسلطات.

(٢٩) Conseil d'Etat. 29 juin 1990

(٣٠) Conseil d'Etat 29 juin 1924 Goldschmidt. Rec. p.607

Conseil d'Etat 13 juillet 1967 Commune d'Aubue.

Rec. p.308

(٣١) C.E.30 Decembre 2003. Comite contre la guerre en Irak

(٢٨) حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٠/١٢/١٩٦٦

«أن المادة التاسعة من نظام الديوان قد نصت على عدم اختصاص الديوان بنظر كافة الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة بصفة عامة ومطلقة مما يجعلها تشمل طلبات الإلغاء والتعويض.....»

ويقول أيضا «.....وحيث أن مما يخرج عن اختصاص الديوان النظر في الدعاوى المقامة ضد الأوامر الملكية إلغاء وتعويضا.....الأمر الذي يكون معه الفصل في موضوع الدعوى خارجا عن الاختصاص الولائي لديوان المظالم باعتباره من أعمال السيادة المذكورة في المادة التاسعة من نظام ديوان المظالم»<sup>(٣٤)</sup>.

وفي حكم آخر يرى الديوان أنه «ومما يتعين معه الجزم باعتبار القرار الإداري القاضي بمصادرة القروء موضوع النزاع متخذاً لأمر سياسية، وعليه فإن القرار المذكور يعد والحال هذه واقعا ضمن ما يسمى بأعمال السيادة في اصطلاح هذا العصر مما يتعين مع ذلك الحكم بعدم اختصاص الديوان.....»<sup>(٣٥)</sup>

ويقول أيضا «أنه يخرج من اختصاص ديوان المظالم جميع القضايا المتعلقة بما يطلق عليه في اصطلاح العصر الحاضر اسم القرارات الادارية المرتبطة بأعمال السيادة.....»

خلاصة هذه الأحكام أن ديوان المظالم لا يمكنه النظر في أعمال السيادة بموجب نظامه الحالي، أما تخريج ذلك، من الناحية الشرعية، بالنسبة للديوان، ومن الناحية الإجرائية فإنه «من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الجهة القضائية إنما تلي من القضاء ما كان داخلا في نطاق ما وليت عليه من ذلك دون ما هو خارج عنه،

التي تمنع القضاء من التعرض لأعمال السيادة إلغاء وتعويضا، كما هو الحال في نص المادة ١٤ من نظام ديوان المظالم، كما سنبين لاحقا في ثنايا هذا البحث<sup>(٣٢)</sup>. ولم يصدر من القضاء، خاصة القضاء الفرنسي، أي حكم يقر للعمل بصفته كعمل من أعمال الحكومة ثم عوض عنه وهو نفس الوضع في القضاء السعودي والسبب كما ذكرت هو وجود النص النظامي الذي يحول دون ذلك.

### ثانياً: قضاء ديوان المظالم

لقد وردت الإشارة إلى نظرية أعمال الحكومة (أعمال السيادة) في المادة ٩ من نظام ديوان القديم والمادة ١٤ من نظامه الجديد «لا يجوز لمحاكم ديوان المظالم النظر في الدعاوى المتعلقة بأعمال السيادة أو النظر في الاعتراضات على ما تصدره المحاكم غير الخاضعة لهذا النظام - من أحكام داخلة في ولايتها أو ما يصدره المجلس الأعلى للقضاء ومجلس القضاء الإداري من قرارات». ونشير هنا إلى أن هذا الحظر يسري أيضا على محاكم القضاء العام، ليس على أساس النص المذكور وإنما كون القضاء العام ليس مختصا بنظر المنازعات التي تكون جهة إدارية عامة طرفا فيها (المادة الأولى من نظام ديوان المظالم).

كما أكد ديوان المظالم على عدم اختصاصه بنظر أعمال السيادة في كل المناسبات وهذه بعض الأحكام: «تنسب رقابة الديوان على الجهات الإدارية من قرارات وتشمل الرقابة مدى نظامية القرار وأسبابه وغاياته لا يستثنى من ذلك إلا أعمال السيادة»<sup>(٣٣)</sup>. وفي هذا السياق تؤكد الهيئة:

(٣٢) (Companie generale d'energie radioelectrique) C.E. Ass, 301966/3/

(٣٣) حكم الديوان رقم ٨/ت/١ وتاريخ ١٤١٢هـ مجموعة القضاء ص ٢٥٢

(٣٤) الحكم رقم ٣٥/د/ف لعام ١٤٢٨هـ في القضية رقم

١٧٠٧/١/ق لعام ١٤٢٨.

(٣٥) حكم هيئة التدقيق رقم ٢٧٤/ت/١ لعام ١٤١٥هـ.

فإنه يتعين اعتبار ما اصطلاح على تسميته قرارات الدولة السياسية المرتبة بعلاقتها الخارجية بأعمال السيادة أمرا غير خارج عن مبادئ الشريعة الإسلامية وتعاليمها السامية..... ولا فرق في فقه الشريعة الإسلامية أن يعهد ولي الأمر لجهة القضاء الإداري عند توليتها جميع القرارات التي تخرج من ولايتها وبين أن يأتي مصطلح يدل على جميع تلك القرارات ..»<sup>(٣٨)</sup>

والذي نراه أن عدم اختصاص ديوان المظالم بأعمال السيادة أمر محسوم بالنصوص (ذنيات، ١٤٣١هـ)، ولكن الإشكالية التي قد تواجه القضاة في ديوان المظالم هي معيار أعمال السيادة وكما أشرنا أعلاه هناك عدة معايير يهتدي بها القاضي في تحديد طبيعة العمل وهل هو من أعمال السيادة أم لا. ولا يوجد معيار محدد يلزم القاضي، وقد أشار الديوان في بعض أحكامه إلى بعض المعايير المعتمد في الفقه والقضاء المقارن من ذلك معيار القائمة القضائية جاء في الحكم «من المعروف في اصطلاح أهل العصر، أن من ضمن الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة تلك الطلبات الناشئة عن القرارات الادارية المرتبطة بالسيادة العليا للدولة التي تدخل ضمن إطار علاقتها بالدول الأخرى والمنظمات الإقليمية والدولية ونحوها». ونفس الحكم يشير إلى معيار الباحث السياسي بقوله «ومما يتعين معه الجزم باعتبار القرار الإداري القاضي بمصادرة القروء موضوع النزاع متخذاً لأمر سياسية، وعليه فإن القرار المذكور يعد والحال هذه واقعا ضمن ما يسمى بأعمال السيادة في اصطلاح هذا العصر مما يتعين مع ذلك الحكم بعدم اختصاص الديوان.....»

بحيث لا يجوز لها شرعا أن تقبل نظر أي دعوى لم يجعل ولي الأمر لها في نظرها ولاية، فإنه يتعين على الدائرة بادئ ذي بدء النظر في مدى ولاية ديوان المظالم في قبول سماع موضوع الدعوى والفصل فيها قبل الدخول في ذلك...»<sup>(٣٦)</sup>. ذلك أن من حق ولي الأمر، صاحب الولاية العامة أن يولي القضاء عاما من حيث النوع والمكان أو أن يحدد ذلك من حيث الأمرين أو احدهما ولا جدال في أن ما لم تول عليه الجهة القضائية أصلا لا يجوز لها شرعا أن تنظره لعدم ولايتها عليه. فالمسألة في تقديري محسومة شرعا ونظاما من حيث مدى اختصاص الديوان بأعمال السيادة.

وجاء في حكم آخر للديوان «وحيث أن ولي الأمر وكذا نائبه هو ولي المظالم والذي يستمد منه الديوان ولاية الفصل فيما يعرض عليه من منازعات ومن ثم فإنه إذا ما تصدى ولي الأمر أو نائبه لنزاع أو أصدر بشأنه قرارا فإن هذا القرار يعد صادرا من الأصيل وبالتالي فإنه لا يجوز للنائب أو الوكيل - وهو ديوان المظالم - أن يعقب على مثل هذا القرار... فضلا عما تقدم فإن ما يصدر عن ولي الأمر أو نائبه في شؤون الرعية يعتبر من قبيل أعمال السيادة التي تخرج من اختصاص ديوان المظالم وفقا لنص المادة التاسعة من نظامه...»<sup>(٣٧)</sup> وقد أكد الديوان في بعض أحكامه على أن نظرية أعمال السيادة لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية فجاء في الحكم «وحيث لا يوجد في فقه الشريعة الإسلامية ما يمنع من إطلاق هذه التسمية (أعمال السيادة) على نوع معين من القرارات الادارية في الاصطلاح.... لذا

(٣٨) حكم ديوان المظالم رقم ١٨/١/٣/د/أ/١٩ لعام ١٤١٥هـ مدقق من هيئة التدقيق بموجب الحكم رقم ٢٥/٢/ت لعام ١٤١٦هـ (غير منشور).

(٣٦) حكم الديوان رقم ١٤/د/١/٣ لعام ١٤١٧هـ.

(٣٧) الحكم رقم ٤٤/د/ف/٣ لعام ١٤١١هـ في القضية رقم ٢٠٢٤/١ لعام ١٤١٢هـ (غير منشور).

من احترام تطبيق النصوص النظامية. ولكن قد يكون الأمر السامي لا علاقة له بذلك بل قرار حكم، فقد يرى الحاكم إعفاء الضابط من الخدمة لأسباب قد تتعلق بأسرار الدولة وأمنها، وفي هذه الحالة لا يمكن للقاضي أن يتعرض لهذا النوع من الأعمال باعتبارها من أعمال الحكم وليس أعمال الإدارة، لأنه لو تصدى القاضي للنزاع لأصبح هو الحاكم، وهو الذي تصير إليه أمور الحكم عمليا، إذ بإمكانه إلغاء قرارات الحاكم. وأعمال السيادة بهذا المفهوم لها تطبيقات في كل الأنظمة الدستورية بصيغ مختلفة، ولا بد من الفصل بين الحاكم والقاضي، ولا يمكن أن يجمع القاضي بين السلطة القضائية، التي هي الفصل في الخصومات، وبين السلطة الحكم التي هي تدبير شؤون الدولة، ولا بد أن تكون الكلمة الأخيرة للحاكم في شؤون الحكم وليس من حق القاضي التعقيب على قراره، وأعطى لذلك مثلا من الولايات المتحدة، كم مرة عزل الرئيس الأمريكي وزراء الدفاع وقادة الجيوش الأمريكية في العراق وأفغانستان وغيرها، هل تصدى القضاء الأمريكي لقرارات الرئيس في هذه الحالات؟

ومن الناحية التطبيقية في النظام السعودي تعتبر من أعمال الحكم، ومن ثم من أعمال السيادة، من حيث المبدأ، الأوامر الملكية، والأوامر السامية وقرارات مجلس الوزراء، وسبب ذلك أنها من أعمال الحكم وليس من أعمال الإدارة، أما قرارات الوزراء فيجب النظر إلى القرار ومدى ارتباطه بأعمال الحكم في كل حالة على حدا والأمر متروك لتقدير قاضي الموضوع، وخاصة القرارات الصادرة من وزارة السيادة. وعلى العموم يجب على القاضي النظر في مدى ارتباط العمل القانوني بسلطة الحكم. ولا ينبغي الخلط بين أعمال السيادة وما

وفي حكم آخر أشار إلى المعيار الموضوعي، جاء في الحكم «أعمال السيادة التي تخرج عن اختصاص الديوان هي الأعمال والتدابير التي تصدر من ولي الأمر باعتباره سلطة حكم لا سلطة إدارة»<sup>(٣٩)</sup> وفي تعليقنا على مسلك قضاء الديوان أقول أن اجتهادات الديوان لم تخرج عن ما هو سائد في القضاء المقارن، وقضاؤه لا يمكن أن يخرج من مقتضى النصوص المنظمة لاختصاصه وهي المادة ١٤ من نظامه. والمؤكد أن قاضي الموضوع هو الذي يحدد طبيعة العمل وله الاستعانة بأي معيار يراه مناسباً لتكييف العمل حسب ظروف الحال.

ونعتقد أن الفاصل في اعتبار العمل من أعمال السيادة هو مدى ارتباط العمل بأعمال الحكم ويرجع للقاضي سلطة تحديد مدى ارتباط العمل بأعمال الحكم، وهذا المعيار يستوعب كل المعايير الأخرى، ونقصد بأعمال الحكم كل ما يصدر من الحاكم بهذه الصفة، وتفسير ذلك أن إخضاع أعمال الحكم لرقابة القاضي تجعل من القاضي حاكماً، وأضرب لذلك مثالا لو صدر أمر ملكي بعزل وزير أو ضابط سامي هل يمكن القول باختصاص القضاء بتقدير مدى مشروعية القرار (الأمر الملكي)؟ الجواب، ينبغي النظر إلى طبيعة العمل ومدى علاقته بممارسة الحكم، فقد يكون الأمر السامي مجرد قرار تنفيذي للنظام الذي يحكم المركز القانوني للضباط من حيث الترقية وإنهاء الخدمة وفق الشروط المنصوص عليها في النظام ففي هذه الحالة هو عمل إداري تنفيذي يمكن أن تشوبه بعض العيوب ويمكن للقاضي التأكد

(٣٩) حكم الديوان رقم ١٤٩/ت/٢ وتاريخ ١٤١٣هـ، مجموعة القضاء الإداري في خمس سنوات، المستشار حسن توفيق حسونة، ص ٢٤.

إلى القضاء، ذلك أن تنظيم السلطات في الإسلام ومبدأ الولاية العامة يعطي لولي الأمر (الملك) سلطة التصدي للنزاع بنفسه كما له التعقيب على أحكام القضاء باعتباره المرجع الأعلى أو قاضي القضاة، أو النظر فيما يرد إليه من تظلمات ضد أحكام القضاة باعتباره ناظر المظالم. ولا يعتبر ذلك تدخلاً في عمل القضاء أو النيل من استقلاله، لأن ولي الأمر يمارس اختصاصاً أصيلاً استناداً إلى مبدأ الولاية العامة. (الجربوع، ١٤٣٢هـ).

وعليه فإن نظرية أعمال السيادة تبدو قليلة الأهمية في ظل مفهوم صاحب الولاية العامة في المنظور الإسلامي، باعتباره مرجع السلطات كلها.

وأشير بهذا الصدد إلى تطبيقات ناظر المظالم في التاريخ الإسلامي، فهي تجربة رائدة عاجت سلبيات الفاصل الجامد بين السلطات فصاحب الولاية العامة يمكنه التصدي للشكاوى ورفع الظلم، إن وجد، ولا يتقيد بالشكليات الإجرائية التي تحول بينه وإنصاف المظلومين، فهي لا تعني سوى القاضي، ونعتقد أن هذا الطريق يمكن أن يحد من آثار التحصين الذي يحد من سلطة القاضي في التعامل مع أعمال السيادة، إلغاءً وتعويضاً، ويفتح طريقاً موازياً يمكن أن يسلكه المتضرر، جاء في المادة الثامنة من النظام الأساسي للحكم «يقوم الحكم في المملكة العربية السعودية على أساس العدل والشورى والمساواة وفق الشريعة الإسلامية».

أما من حيث تبريرها النظري أو الفلسفي، فالقول بأن الشريعة الإسلامية لا تقر هذه النظرية لأنها تخضع كل من الحاكم والمحكوم لأحكامها، وأن السيادة للشريعة (الفوزان، دون سنة طبع)، وأن حق التقاضي من الحقوق الأساسية التي كفلتها الشريعة الإسلامية

تتخذ السلطات الأمنية من إجراءات مقيدة للحريات فهذه المسائل من صميم اختصاصها للمحافظة على النظام العام ولا يجوز للقاضي التدخل في سلطتها التقديرية، وكل ما يضبط عملها هو احترام النصوص الإجرائية التي تضبط ممارستها لنشاطها، ولا يجوز لها إساءة استعمال السلطة، كما أن ذلك لا يمنع الأفراد من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض في حالة الضرر على أساس الخطأ المرفقي، إن وجد، أو المساواة أمام الأعباء العامة في حالة خلو العمل الإداري من أي خطأ، فقد يستهدف الإجراء المصلحة العامة، ومع ذلك يفتح الحق في التعويض بشرط توفر الضرر الخاص والجسيم واليد النظيفة.

أعمال السيادة هي طائفة من أعمال السلطة التنفيذية، تقتضيها المصلحة، والحاكم عندما يتصرف بهذه الصفة ينبغي ألا يخرج عن هذا الهدف، فكثير من القضايا التي أخرجت على أنها من أعمال السيادة كان بالإمكان أن يصل القاضي إلى نفس النتيجة فقط بالإشارة إلى الأساس النظامي أو القانوني للعمل، أو لمخالفته النظام العام، كما أن كثيراً من هذه الأعمال مبني على السلطة التقديرية أو نظرية الظروف الاستثنائية التي تعدل في شروط المشروعية العادية.

وهناك ملاحظة مهمة يجب الإشارة إليها وهي أن أعمال السيادة إنما تخرج من اختصاص القضاء فقط ويمكن التظلم منها دائماً إلى الجهة التي اتخذت القرار، بل ويمكن لولي الأمر، بناء على تظلم أو من تلقاء نفسه، تكليف القضاء، بالنظر في قضية معينة حتى لو كانت من أعمال السيادة والقاضي هنا يستند إلى إرادة ولي الأمر، ذلك أنه ليس هناك مانع شرعي يمنع ولي الأمر من تجريد ما اعتبر من أعمال السيادة من هذه الصفة وإحالتها

كما أن إخراج أعمال الحكومة من رقابة القضاء لا يعني تحصنها من أي رقابة بل هناك الرقابة السياسية أو رقابة ولي الأمر ذاته الذي بإمكانه التصدي للنزاعات أو إحالتها إلى القضاء، كما فعل الخليفة عمر بن عبد العزيز في قضية جيوش فتح سمرقند، علماً أن الخليفة سمع الشكوى أو التظلم من أهل سمرقند باعتباره ناظر المظالم وأحالها إلى القضاء.<sup>(٤٠)</sup> والاحتجاج بتعويض الرسول صلى الله عليه وسلم الذين قتلهم خالد بن الوليد رضي الله عنه، لا يتعارض مع أعمال السيادة فقط سبق القول أن يمكن لصاحب الولاية العامة التصدي للعمل السيادي بإلغائه، أو الاكتفاء التعويض عنه متى قدر ذلك.

#### المبحث الثالث: التعويض عن أعمال السيادة

لا زالت قواعد تنظيم السلطة القضائية في معظم الدول تحول دون القول بإمكانية التعويض عن أعمال السيادة بحكم من القاضي، كما هو الحال في المملكة بموجب نص المادة ١٤ من نظام ديوان المظالم، بينما يرى البعض أنه لا يوجد مبرر مقنع يمنع التعويض عن أعمال السيادة، خاصة في الشريعة الإسلامية التي تحرم أكل أموال الناس بالباطل قال تعالى ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُ بِحُكْمٍ عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ٢١﴾.<sup>(٤١)</sup> ويؤيد بعض من الفقهاء المعاصر مبدأ التعويض عن أعمال السيادة، وذلك للحد من آثارها الضارة.

(٤٠) استشهد بها الدكتور محمد بن براك الفوزان في إنكاره لأعمال السيادة، انظر: مؤلفه مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الادارية، مرجع سابق ص ٤٧٧ وما بعدها.

(٤١) الآية ٢٩ من سورة النساء

لجميع، فهذا متفق عليه، لكن النظرية لا علاقة لها بذلك فهي أيضاً تقر سمو الشريعة ومبدأ المشروعية، والنظرية لا ترد إلا على بعض أعمال الحاكم (السلطة التنفيذية) فيما يلزم لو وظيفة الحكم، وبما لا يخالف الشريعة أو تقتضيه الضرورة، ولا تعني أبدا الخروج عن الشريعة أو تكريس الاستبداد. وربما وقع الالتباس عند البعض من الترجمة فوق الخلط بين أعمال الحكومة وبين مفهوم السيادة في القانون الدستوري والدولي، والصحيح هو أنها أعمال الحكم، ومن المؤكد أن الشريعة لا تجعل من القاضي حاكماً، وأن القاضي مفوض من الحاكم وتابع له وهو الذي يعينه، وإذا كان للقاضي سلطة التعقيب على قرارات الحاكم المتعلقة بالحكم، أصبح هو الحاكم الفعلي إذ بإمكانه إلغاء أي قرار يتخذه الحاكم ولن يستطيع ولي الأمر تدبير أمور الدولة إلا بموافقة القضاء، وهذا غير معقول، فالقاضي تابع للحاكم وليس العكس، وهذا لا يعني تبرير للاستبداد، وإنما هو تأصيل لوظيفة الحاكم، الذي يحكم في إطار مشروعية نافذة، وهي الشريعة الإسلامية وقد أكد النظام الأساسي على هذا المعنى فجاء في مادته الأولى «المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية ذات سيادة تامة دينها الإسلام ودستورها كتاب الله وسنة رسوله ولغتها هي اللغة العربية.. وعاصمتها مدينة الرياض». وأضافت المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم: «يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية من كتاب الله وسنة رسوله وهما الحكمان على هذه النظام وجميع أنظمة الدولة». كما أن حق التقاضي كفهله النظام الأساسي أيضاً جاء في المادة ٤٧ من النظام الأساسي «حق التقاضي مكفول بالتساوي للمواطنين والمقيمين في المملكة ويبين النظام الإجراءات اللازمة لذلك».

أمام الأعباء، لكن هذا الحكم الوحيد لم يكن كافياً للقول بإقرار مبدأ للتعويض عن أعمال السيادة<sup>(٤٣)</sup>. وقد كان القانون الإسباني رائداً في هذا الاتجاه بالنسبة لدول الاتحاد الأوروبي، حيث صدر القانون رقم ٢٩ بتاريخ ١٣ جويلية ١٩٩٨، المتضمن إصلاح القضاء الإداري، فقد تضمن القانون المذكور نصاً صريحاً في مادته الثانية فقرة «أ» بموجبه ينعقد الاختصاص لجهة القضاء الإداري بنظر التعويض عن أعمال السيادة مهما كانت طبيعة القرار المنتج للضرر.<sup>(٤٤)</sup> والملاحظ أن القانون الإسباني لم يبلغ أعمال السيادة وإنما أعطى للقضاء صلاحية النظر في التعويض المرتبط بأعمال السيادة. وبالرجوع إلى بعض الأحكام التي صدرت بعد القانون المذكور نجد أن القضاء ركز بالدرجة الأولى على مسألة عدم الشرعية كشرط لإقرار التعويض ولم يقر التعويض بمجرد الضرر وأكد على السلطة التقديرية للحكومة وأنه لا ينبغي التمسك بالمطالبة ما دامت أن الحكومة احترمت الإجراءات الواجب اتخاذها وفقاً للقانون<sup>(٤٥)</sup> وتأكد ذلك في الكثير من القضايا التي عرضت على القضاء الإسباني، حتى الآن، وكلما احترمت الحكومة القيود الدستورية أعتبر عملها مشروعاً ولا تعويض

لقد كان المدخل لرفض التعويض في البداية المبدأ القائل حسب Lafferriere «مفهوم السيادة أن تسود أو تفرض على الكل دون أن تطالب بأي مقابل». (Lafferriere, 1896)<sup>(٤٦)</sup> وقد أسند هذا المبدأ عدم مسؤولية الدولة نهاية القرن التاسع عشر، ثم بدأت القوانين الغربية، ابتداءً من حكم بلانكو الشهير سنة ١٨٨٣، تعترف تدريجياً بمسؤولية الدولة، مع الإقرار باختلاف قواعدها عن قواعد المسؤولية في القانون المدني ثم تطور أساسها من الخطأ إلى المسؤولية الموضوعية (دون خطأ) وبقيت نظرية أعمال السيادة استثناءً يجد سنده في النصوص.

كما أن هناك جانب من الفقه يرى أنه لا تعارض بين أعمال السيادة ومبدأ التعويض، فإذا كان الإلغاء غير ممكن أليس من الإنصاف تعويض المتضرر من أعمال السيادة؟ فهذه تحصيل العمل السيادة هو الإبقاء على الإجراء الذي اتخذته الحاكم بما تقتضيه المصلحة العامة، ولا يجوز ذلك دون تحمل الجماعة نتائج الضارة إعمالاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة وبالتالي يمكن أن ينعقد الاختصاص للقاضي بموضوع التعويض فقط دون الإلغاء.

لقد لقي مبدأ المطالبة بالتعويض عن أعمال السيادة ترحيباً من خصوم النظرية ورأوا فيه خطوة نحو إلغائها، ولكن هذا المكسب لم يتحقق حتى الآن ولا زالت أعمال السيادة في منأى من أية رقابة أو تعويض، وفي قضية معزولة قبل مجلس الدولة الفرنسي التعويض عن اتفاقية دولية على أساس الإخلال بمبدأ المساواة

(٤٣) C.E.Ass.30 mars 1966. Compagnie generale d'energie radioelectrique.leb.p257.G.AJA.N 90

(٤٤) Reguladora de la jurisdiccion contencioso-administrativa»

Article 2 -a.»ordre juridictionnel administratif contentieux connaitra des questions sucitees en ce qui concerne;la protection des droits fondamentaux ,les competences liees et la determination des indimnisations correspondantes ,en relation avec les actes de gouvernement(...)quelle que soit la nature des dites actes»

(٤٥) قرار قرار المحكمة العليا الإسبانية رقم (200/R1064) بتاريخ ٢٧ ماي ٢٠٠٣. (نقلا عن النص الفرنسي).

(٤٦) «Le propre de la souverainete est de s'imposer a tous sans qu'on puisse reclamer d'elle aucune compensation.»

عليه، بمعنى أن القضاء الاسباني ربط مسألة التعويض بمخافة القانون أو الخطأ المرفقي، كما أنه توسع كثيرا في مسألة السلطة التقديرية لتجنب إدانة الحكومة<sup>(٤٦)</sup>.

غير أن هذه المبادرة الاسبانية لم تقنع باقي دولة الاتحاد وخاصة فرنسا بالتخلي عن فكرة الحصانة المطلقة، ففي ايطاليا في قضية Markovic رفض القضاء الايطالي وكذا محكمة العدل الأوروبية التعويض على أساس نظرية أعمال الحكومة<sup>(٤٧)</sup>.

وفي قضاء الديوان وردت الإشارة إلى مسألة التعويض عن أعمال السيادة في أحد أحكام الديوان «وتشير الهيئة في هذا الصدد إلى أن ما انتهى إليه حكم الدائرة المؤيد من التدقيق على النحو السالف بيانه من عدم اختصاص ديوان المظالم لا يحول دون تعويض المدعية من قبل المدعى عليها عما لحقها من خسائر وأضرار نتجت بسبب المصادر.....، وتوصي الهيئة بضم حكمها هذا إلى حكم الدائرة المؤيد وإبلاغها معا<sup>(٤٨)</sup>».

ما ورد في هذه الفقرة من حكم هيئة التدقيق اعتبره البعض تحولا واضحا في قضاء ديوان المظالم نحو التعويض عن أعمال السيادة، بل اعتبره البعض إقرارا من الديوان لمبدأ التعويض عن أعمال السيادة، الفوزان (دون سنة طبع)، ويرى هؤلاء أن التعويض عن أعمال السيادة تسنده الشريعة الإسلامية وتحتمله قاعدة لا ضرر ولا ضرار الواردة في الحديث الشريف، ولكن قبل التطرق إلى هذه النقطة أود الإشارة إلى سوء فهم هذه الفقرة:

أولاً: إن القاضي في قضية الحال وهي قضية شركة روابي، لم يشير إلى اختصاص الديوان بنظر التعويض، وليس له ذلك، بل عاب على الدائرة الادارية تصديها للتعويض ونقض حكمها واعتبر ذلك مخالفا للنظام.

ثانياً: أشار الحكم إلى إمكانية تعويض المدعية من المدعى عليها، ولم يحكم القاضي بالتعويض، ولا ينبغي أن يفهم من الفقرة الواردة في الحكم أن القاضي أمر الجهة الإدارية المدعى عليها، فمن مبادئ القضاء الإداري أن القاضي لا يمكنه توجيه أوامر إلى الإدارة. فالذي يفهم من الفقرة الواردة في حكم هيئة التدقيق أن القاضي ربما أراد الإشارة إلى ما ورد في الأمر

(٤٦) في إحدى القضايا طعن شخص في قرار مجلس الحكومة الذي رفض بموجبه طلب الشخص المذكور استفادته من إجراءات العفو من عقوبة جنائية وتعويضه عن ذلك فرفضت المحكمة وأكدت المحكمة العليا أن المسألة تتعلق بسياسة الحكومة العقابية وبالتالي تخرج من اختصاص القضاء الإداري R.J 2001 / 6227 المحكمة العليا الاسبانية. نقلا عن النص الفرنسي «les actes publics non justiable en droit administratif compare, europeen et global.7 mars 2008. Chaire.M.A.D.P

(٤٧) تتلخص وقائع هذه القضية في أن الحكومة الايطالية شاركت في حرب كوسوفا التي أعلنتها حلف OTAN سنة ١٩٩٩ وسمحت باستعمال قواعدها الجوية لطائرات الحلف وفي ٢٣ أبريل ١٩٩٩ أدت ضربات جوية، انطلاقا من ايطاليا، إلى تحطيم عمارة فيها إذاعة وتلفزيون صربية (Radio-Televizije) وقتل بعض أفراد عائلة وأقارب المدعي فرفع دعوى أمام القضاء الايطالي لمطالبة بالتعويض، وعندما عرض النزاع على محكمة النفض الايطالية سنة ٢٠٠٢ في القضية رقم ٨١٥٧ حكمت بعد الاختصاص مستندة إلى نظرية أعمال الحكومة وجاء في الحكم (ترجمة النص الفرنسي) «إن اختيار خطوط إدارة المعارك الحربية من أعمال السيادة وعليه لا يمكن لأي قاضي مراقبة الطريقة التي تمت بها إدارة العمليات».

Le choix d'une ligne de conduit des hostilities fait partie des actes de gouvernement.....Par rapport a des actes de ce type, aucun juge n'a pas le pouvoir de controller la facon dont Fonction a ete exercee. Arrêt Markovic.par.114

(٤٨) حكم هيئة التدقيق الإداري «الدائرة الأولى رقم ٢٧٤/ت/١ لعام ١٤١٧هـ في القضية رقم ٨٠٩/١/ق لعام ١٤١٥هـ.

التعويض لتصدى للنزاع وحكم بالتعويض وهذا لم يحصل في قضية الحال، ولو تم ذلك لكانت فيه مخافة ظاهرة لنص المادة ١٤ من نظام الديوان.

كما يمكن أن نفهم من حكم التدقيق أن القاضي يحيل المدعية إلى الطريق الآخر الذي يمكن أن تعوض عن طريقه وهو التظلم إلى ولي الأمر، وهذا الطريق لا يحتاج إلى إجراءات خاصة وهو من باب رد المظالم وليس ذلك للقاضي، بل ربما أراد القاضي أيضا تنبيه الجهة الإدارية التي أصدرت قرار المصادرة أنه لا مانع من النظر في تعويض المدعية خارج ساحة القضاء حتى لو كان العمل سياديا.

وعليه فديوان المظالم لم يحكم باختصاصه بنظر أعمال السيادة سواء تعلق الأمر بإلغاء أو التعويض. ولا يمكن القول بإمكانية نظر طلبات التعويض دون الإلغاء، إلا بتعديل المادة ١٤ من نظام ديوان المظالم. وربما شكلت إشارة ديوان المظالم إلى مسألة التعويض على النحو المذكور أعلاه، دافعا للمطالبة بإقرار التعويض عن أعمال السيادة، كما سنين لاحقا.

ونؤكد أن المنع لا يسري سوى في مواجهة القضاء وطريق التظلم إلى ولي الأمر لطلب التعويض يظل مفتوحا حسب نص المادة ٤٣ من النظام الأساسي للحكم «مجلس الملك ومجلس ولي العهد مفتوحان لكل مواطن ولكل من له شكوى أو مظلمة ومن حق كل فرد مخاطبة السلطات العامة بما يعرض له من الشؤون.» بل أن عبارة عدم الاختصاص ديوان المظالم تفيد ضمنا بأن هناك طريقا آخر يمكن أن يسلكه المدعي. (Cayla, 1994) (٤٩)

السامي رقم ٣٧٩/٤ م في ١٤١٦/٢/٥ حيث جاء فيه «الموافقة على الإجراء (القرار) المتخذ بمصادرة القروود أما بالنسبة لمطالبة الشركة بالتعويض عن قيمتها وما خسرت في تدريبها وتأهيلها فتقرير ذلك يعود إلى القضاء...».

والذي يمكن فهمه من الفقرة الأخيرة في الأمر السامي أنه لا يعترض على التعويض، ولكنه أحال النظر في هذا الشق إلى القاضي الذي عليه أن ينظر في مدى ولايته بنظر التعويض. وإعمالا لنص المادة ١٤ من ديوان المظالم لا يمكن القاضي النظر في التعويض عما اعتبر من أعمال السيادة. والذي زاد الالتباس أن القضاة في الدائرة الادارية تصدوا لموضوع التعويض وتم رفض الدعوى لعدم مشروعية الطلب باعتباره مخالفا للشريعة، وبمفهوم المخالفة لو كان لا يخالف الشريعة كان بإمكانهم الحكم بالتعويض. علما أن الحكم نقض على مستوى هيئة التدقيق. بل أن الهيئة لم تجار الدائرة فيما انتهت إليه واعتبرت فهمها للنص مخالف للنظام ولما استقر عليه الفقه والقضاء الإداريين من عدم اختصاص الديوان بنظر أعمال السيادة إلغاء وتعويضا.

والحقيقة أن ما انتهت إليه هيئة التدقيق في حكمها يتماشى مع صحيح نص النظام (المادة ١٤ من نظام ديوان المظالم) ولكن الفقرة الأخيرة في الحكم هي التي أثارت الالتباس، ولا اعتقد أن القاضي استثنى التعويض وأعطى لنفسه حق النظر في طلبات التعويض، ولكن القاضي أراد الإشارة إلى أنه لا مانع، وفقا لقواعد العدل والإنصاف وعلى أساس الضرر يزال، أن تعوض المدعي عن الضرر الذي لحقها من جراء المصادرة من طرف المدعى عليها، ولكن يقينا ليس ذلك من صلاحية القاضي، فلو قدر القاضي أنه مختص بنظر طلبات

(٤٩) La declaration d'incompetence est une signe au requérant qu'il peut s'adresser ailleurs»

ومن ثم فأساس تحصين أعمال السيادة من التعويض هو نفس أساس تحصين القوانين (الأنظمة) من التعويض. ومع ذلك يمكننا القول أن مبدأ التعويض عن الضرر من أعمال السيادة، لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، فأكل أموال الناس بالباطل مرفوض، وإصلاح الضرر الناتج عن العمل السيادي واجب إذا تسبب في ضرر لفرد بعينه أو مجموعة معينة بشروط محددة، فالقاعدة أن الضرر يزال، وكما جاء في الحديث الشريف «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(٥٢)</sup> ونفترض التالي:

١- تعديل نص المادة ١٤ من نظام ديوان المظالم بحيث يخرج من اختصاص الديوان الإلغاء دون التعويض، وفق ضوابط يتضمنها التعديل استناداً إلى مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، وهو المبدأ الذي طبقه ديوان المظالم في كثير من أحكامه، فهو يستند إلى أساس من العدل والإنصاف، وخاصة عندما يكون المتضرر نضيف اليد واكتسى ضرره بعض الجسامة والخصوصية، فلا مانع من تعويضه تحقيقاً للمساواة بينه وبين باقي المتفعين من العمل السيادي مصدر الضرر، وهو المبدأ الذي يسند إصلاح الضرر في كل الحالات التي يكون الإجراء المتخذ من الحاكم (الدولة) يتم للصالح العام، وحتى لو كان مشروعاً، ودون تعدي من المتضرر.

٢- في غير حالات التعويض، أي الإلغاء، يرفع الأمر، بطلب من المتضرر، إلى صاحب الولاية العامة، باعتباره ناظر المظالم، فهو طريق مفتوح لكل

والذي ننتهي إليه أن القول بالتعويض عن أعمال السيادة في النظام السعودي لا أساس له في ظل المادة ١٤ من نظام الديوان في وضعها الحالي.

كما أن القول بالتعويض عن أعمال السيادة قد يتعدى إلى القول أيضاً بالتعويض عن التشريع (الأنظمة)، خاصة أن ولي الأمر في المفهوم الإسلامي يضطلع بالوظيفة التنظيمية (التشريعية) أيضاً (المدرس، ١٤٢٣هـ) ولم يقر أي قانون التعويض عن التشريع، وهناك حالة وحيدة عوض فيها القضاء الفرنسي عن التشريع كما ذكرنا.<sup>(٥٠)</sup> وفي النظام السعودي معظم حالات أعمال السيادة تتم بموجب أمر ملكي وهو تعبير عن إرادة الملك باعتباره رئيساً للدولة أو صاحب الولاية العامة، وقد يكون بقرار مجلس الوزراء، باعتباره سلطة حكم. وكما يقول الفقيه Chapus إن حصانة أعمال السيادة لا تبرر فقط، بأن أعمال الحكومة تختلف عن أعمال الإدارة، وإنما بموجب العملية التشريعية نفسها، فهي الأعمال التي تشاك بها السلطة التنفيذية في سلطة إماء القانون أو التشريع (ediction de La loi) (Chapus, 2000)<sup>(٥١)</sup> وعليه يجب أن تتمتع أعمال السيادة بنفس الحصانة التي تتمتع بها القوانين (الأنظمة) فأعمال السيادة هي تعبير عن وجه من أوجه السيادة إلى جانب التشريع، وإذا رجعنا إلى النظام الإسلامي يبدو ذلك واضحاً في مبدأ صاحب الولاية العامة (ولي الأمر)، وهي السلطة التي تشتق منها باقي السلطات، وتستمد منها الوظائف أو السلطات تفويضاً لا تقاسماً في ظل سمو الشريعة.

(٥٢) عن أبي سعيد سعد بن سنان الخدري رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا ضرر ولا ضرار)، حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً، ورواه مالك في الموطأ مرسلًا: عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم، فأسقط أبا سعيد، وله طرق يقوي بعضها بعضاً.

(٥٠) C.E..Ass.14 janfier1938 societe la Fleurette

(٥١) «immunité juridictionnelle des actes de gouvernement se justifie par le fait „non pas qu'ils relèvent d'une fonction gouvernementale distincte de la fonction administrative „mais directement de la fonction législative elle-meme.»

المشروعية إلى الشرعية وهذه النظرية قضائية في أصلها ظهرت في القضاء ثم الفقه الفرنسيين، وبصرف النظر عن الاعتبار التاريخي، لم يحكم مجلس الدولة الفرنسي في كل تاريخه ببطلان النظرية أو اعتبرها خرقاً لمبادئ حقوق الإنسان، أو أنها تنتهك مبدأ فصل السلطات أو مبدأ استقلالية القضاء.

وهذه بعض المبررات التي استند إليها الفقه الفرنسي:

١- المصالح العليا للدولة (la raison d'état) وبمقتضى ذلك أنه يمكن في حالات معينة تبرير تجاوز القانون والمشروعية للمحافظة على كيان الدولة، وخاصة في مجال العلاقات الخارجية والحرب.<sup>(٥٥)</sup> ورغم أن بعض هذه الصلاحيات يمكن أن تغطيها حالة الضرورة أو السلطة التقديرية، إلا أن هناك ظروف قد تحيط بالعمل الحكومي لا يمكن إدخالها في إحدى الحالتين وقد ترتبط بموقف سياسي تراه الحكومة يخدم المصلحة العامة العليا، كما يرى Chapus ينبغي أن نفهم أن قد يحصل في مجال أعمال الحكومة، أن السلطة العامة (الحكومة) قد تحتاج أن تطلق يدها ويكون ذلك شرعياً (legitime)، ولا ينبغي التسليم بجنون الرقابة، كما ينبغي أن نعلم أنه لا تعارض بين أعمال الحكومة ودولة القانون<sup>(٥٦)</sup>.

٢- مبدأ فصل السلطات، الذي يرسم الحدود بين السلطات الثلاث يفرض على القاضي نوع من الحياد

من له مظلمة أو شكوى، وهو طريق موازي لا ينبغي التقليل من شأنه، خاصة أن ولي الأمر هو مرجع جميع السلطات، وهو مطالب حسب الشريعة بتحقيق العدالة ورفع الظلم، ومن الناحية الإجرائية<sup>(٥٣)</sup> له صلاحية التصدي للخصومات والفصل فيها ولا يشكل ذلك تعدياً على القضاء كما أشرنا أعلاه، وحسب الماوردي من اختصاصات الناظر المظالم «النظر في تعدي الولاة على الرعية وأخذهم بالعسف في السيرة، فهذا من لوازم النظر في المظالم الذي لا يقف على ظلامة متظلم، فيكون لسيرة الولاة متصفحا عن أحوالهم مستكشفا ليقويهم إن أنصفوا ويكفهم إن عسفوا ويستبدل بهم إن لم ينصفوا.....»

٣- كل الأنظمة الديمقراطية وغير الديمقراطية تحتفظ للحاكم (رئيس الدولة) بصلاحيات لا يراقبه فيها القاضي، ولا يعتبر ذلك خروجاً على القانون، من ذلك حقه في حل البرلمان وحل الحكومة وإعلان حالة الطوارئ وغيرها، إذن فالقول بعدم مشروعية أعمال السيادة مطلقاً غير صحيح، وكل ما في الأمر ينبغي ألا يتعسف الحاكم في استخدامها.

### المبحث الرابع: أعمال السيادة في الميزان

نظرية أعمال الحكومة، أو السيادة، من النظريات التي أسسها فهمها، (Chapus, 2000)<sup>(٥٤)</sup> كما أسسها تطبيقها في كثير من الحالات، وهي في اعتقادي تتجاوز مسألة

(٥٥) «La theorie des actes de gouvernement presente un caractere necessaire ineluctable»elle correspond en effet a un certain raison d'Etat qui est dans la nature des choses politiques et gouvernementales»

(٥٦) «tout autant qu'il ne fait pas ceder a la folie des controles, il faut bien voir qu'il n'y a pas incompatibilite entre acte de gouvernement et «Eat de droit»

(٥٣) الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، الأحكام السلطانية ط ٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة ١٣٨٦ هـ ص ٨٠ وما بعدها.

(٥٤) «Entorse au principe de la soumission de la puissance publique au droit»

من أعمال السلطة التنفيذية<sup>(٥٨)</sup> من ذلك نص المادة ١٤ من نظام ديوان المظالم، والقاضي عندما يمتنع عن نظر الدعوى المتعلقة بأعمال السيادة فهو يطبق النص المنظم لاختصاصه، وكان من الأخرى أن ينصب النقاش على مدى دستورية النص المحصن لهذه الطائفة من الأعمال. ٢- الحق في اللجوء إلى القاضي يشكل دعامة

أساسية في الحصول على العدالة، وهو حق نصت عليه كل الدساتير، غير أن تنظيم ممارسة هذا الحق لا تلغيه إلا في الحدود التي تهدد وجوده ذاته، فقد يرسم النظام طريقاً آخرًا لحماية الحق غير طريق القضاء كما هو الحال في اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي، وبعض المجالس (المجلس الدستوري الذي يختص في بعض الدول بالطعون الانتخابية) بإعطاء العدالة ليس حكرًا على القاضي، بل يمكن أن تقوم بذلك أجهزة يحددها النظام، كما أن الحاكم نفسه يمكنه تحقيق العدالة.

٣- إن إخراج أعمال السيادة من رقابة القضاء لا يعني عدم خضوعها لأي رقابة فيمكن التظلم منها إلى السلطة أصدرتها (ولي الأمر) وإثارة أوجه التجاوز فيها، كما أن الرقابة السياسية يمكن أن تساهم في توجيه أعمال السلطة التنفيذية، ونعتقد أن هدف تحصين هذه الأعمال هو الحيلولة دون أن يتحول القاضي إلى حاكم، أي يسلب السلطة التنفيذية سلطة القرار (السياسي) الذي هو من صميم اختصاصها كحكومة.

(٥٨) انظر على سبيل المثال:

في مصر المادة ١٧ من نظام السلطة القضائية في الأردن المادة ١٣ لسنة ١٩٩٢ من قانون محكمة العدل العليا - في سوريا نص المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة عمان: قانون محكمة القضاء الإداري المادة ٧، الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم ٩٩/٩١/٩٩ بتاريخ ١٢/١١/١٩٩٩ السودان: المادة ٨ من قانون السلطة القضائية لسنة ١٨٨٤ هـ

أو عدم التدخل حتى يحافظ على التوازن بين السلطات ولا ينبغي أن يكون مرجحاً لسلطة على أخرى أو أن يحل محل أحد السلطات<sup>(٥٧)</sup>. وتجسيدا لهذا المبدأ عمد الدستور الفرنسي إلى إخراج رقابة دستورية القوانين من سلطة القضاء حتى يبقى القاضي بعيداً عن السياسة وأسندت لهيئة مستقلة هي المجلس الدستوري.

٣- الباعث السياسي: ذلك أن كثيرا من قرارات الحكومة تكون ذات طابع سياسي ظاهر وعليه من الصعب رسم الحدود بين السياسة والمشروعية، مثال ذلك من صلاحيات رئيس الدولة التعيين في المناصب العليا، فلو كان للقاضي مراقبة أو إلغاء هذه التعيينات يكون القاضي هو الحاكم وهذا غير منطقي، فلا بد إذا من الاعتراف بحدود لا يمكن للقاضي تجاوزها في مواجهة الحاكم.

وأخيراً نقول أن نظرية أعمال السيادة تستند إلى حقائق لا يمكن القفز عليها أو إنكارها وهي نابعة من ضرورة أن تظل السلطة التنفيذية هي المسؤولة عن إدارة شؤون الدولة وقد يستوجب الحفاظ على مصلحة الدولة أن تأتي أعمالاً ولا يمكن للقاضي أن يتعرض لهذه الأعمال وإلا أصبح هو الحاكم، ونوضح ذلك بما يلي:

١- من الناحية الشكلية الإجرائية النظرية ليست خروجاً على المشروعية (الإدارية)، التي تقضي بخضوع الإدارة للقانون، والسلطة التنفيذية عندما تصدر أعمالاً من هذا النوع فهي تستند في تحصينها إلى القانون ذاته، ذلك أن معظم قوانين الدول تنص صراحة في أنظمتها القضائية على تحصين هذه الطائفة

(٥٧) من ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي قضى بعد اختصاصه للنظر في صفة الأشخاص الذين تعينهم الحكومة في المجلس الدستوري. C.E.1999 (Madame.Ba).

يجب تعريف أعمال الحكومة في طبيعتها الفلسفية التي تعتمد على الفصل بين وظيفة القاضي والحاكم، فالحاكم لا ينبغي أن يكون تابعا بيننا القاضي دائما تابع للحاكم فهو الذي يفوضه، وعليه فالحاكم يمكن أن يكون قاضيا كذلك، ومن غير المنطقي أن يحاكم التابع المتبوع بينما يمكن أن يحل المتبوع محل التابع بناء على تفويض. فالحاكم لا بد أن يضطلع بمسؤوليتها في إدارة شؤون الدولة ولا بد أن يكون سيد قراره، ولا ينبغي أن تعلق إرادته سلطة أخرى بما يجرده من هذه السلطة، وعليه يمكننا القول بأن أعمال السيادة هي الأعمال التي تصدر من رئيس الدولة باعتباره الحاكم وأعماله هي أعمال الحكم، وليس أعمال الحكومة، ذلك أن الحكومة قد تقوم بأعمال من طبيعة غير أعمال الحكم، وأعمال الحكم هي حسب الموردي كل ما يلزم لحراسة الدين وسياسة الدنيا ذلك «أن تدبير الأمة موكول إليه وعلى اجتهاده محمول» وهكذا لا بد أن يكون الإمام قويا لكي يحرس الدين ويقود الدولة ويوجهها ويباشر أمورها، والقوة هنا عند الإمام، في فهمي، لها معنى نفاذ حكمه او قراره وعدم الخضوع لجهة تراقب أعماله. وهذا المعنى لا يؤدي إلى الاستبداد، فالاستبداد هو عدم الخضوع لأي مرجعية ملزمة تحد سلطة الحاكم وينبغي أن يضطلع الحاكم بمسؤولية الحفاظ على المجتمع أو الأمة وحمايتها، ولا ينبغي له أن يخرج عن الشريعة أو القانون النافذ إلا في حدود الضرورة التي تقدر بقدرها. يقول أحد الفقهاء الفرنسيين (Carre de Malberg) «تتميز الوظيفة الإدارية ويجب أن تعرف بتبعيتها للقانون (التشريع) وعليه كلما تصرفت السلطة الإدارية بناء على صلاحيات تشريعية، لا يوجد مبرر، مهما اتسعت أعمالها أو استندت إلى السلطة التقديرية، إسنادها إلى نظرية أعمال الحكومة،

٤- ليست كل أعمال السلطة التنفيذية تخرج من رقابة القضاء، بل أن نسبتها بين القضايا الادارية التي ترفع ضد الدولة لا تكاد تذكر، وربما حمل البعض على النظرية لتحقيق أهداف سياسية.

٥- تخضع أعمال السيادة لنوع من رقابة المشروعية فالقاضي عليه التأكد من وجودها القانوني فمثلا اتفاقية دولية يجب أن تتم المصادقة عليها حتى يمكن اعتبارها من الأعمال المحصنة تم الاستناد إليها من طرف الحكومة فالقاضي يتأكد من مسألة وجود التصديق، ويقدر الملابس التي اتخذ فيها العمل حتى اعتبرت من أعمال السيادة.

٦- نعتقد أن إخضاع كل أعمال كل السلطة التنفيذية للقضاء قد تجعل من القاضي حاكما، إذ باستطاعتها إبطال أي إجراء أو قرار يتخذه الحاكم (الملك) بدعوى عدم المشروعية، وهذا فيه دمج بين السلطتين (التنفيذية والقضائية). علما أن الدساتير الغربية أعطت لرئيس الدولة حق مباشرة بعض مظاهر السلطة القضائية ففي حكم شهير لمجلس الدولة الفرنسي اعتبر قرار رئيس الجمهورية بإصدار العفو من أعمال القضاء بمعنى أن الرئيس يتصرف باعتباره مرجع أعلى للسلطة القضائية<sup>(٥٩)</sup>. وعليه ينبغي أن يبقى الحاكم في منأى من أن يراقبه القاضي في شؤون الحكم، ولا بد أن يتحرر، ولا ينبغي المبالغة في الرقابة، ولا تعارض بين أعمال السيادة وسيادة القانون.<sup>(٦٠)</sup>، وأعتقد أنه

(٥٩) p.89.3/C.E 28 mars 1947 Gombert;Sirey1947

(٦٠) «...les pouvoirs public aient legitiment besion d'avoir les mais libres .et tout autant qu'il ne fait pas ceder a la folie des controles ,il faut bien voir qu'il n;a pas incompatibilite entre acte de gouvernement et «etat de droit».

٨- إن مبدأ الفصل بين السلطات في الشريعة يتسم ببعض المرونة نتيجة الأخذ بمبدأ «صاحب الولاية العامة» وأعتقد أن أعمال السيادة في النظام الإسلامي ليست لها ذات الأهمية التي لها في النظام الغربي، الذي يعتمد في بعض تطبيقاته الفصل الجامد بين السلطات، ذلك أن صاحب الولاية العامة هو المرجع الأعلى لجميع السلطات، بما في ذلك السلطة القضائية، في ظل مرجعية عليا هي الشريعة.

٩- إن الكلمة الفصل في اعتبار العمل من أعمال السيادة من عدمه تكون للقاضي، وعليه يمكن للقاضي نزع صفة «السيادي» عن التصرف إذا قدر أنه ليس كذلك، وبهذا يمكن للقاضي حماية المشروعية بطريقة غير مباشرة، وعلى حسب محكمة التنازع الفرنسية «لا ينبغي أن تتخذ أعمال السيادة غطاء لعدم المشروعية الفاضحة»<sup>(٦١)</sup>.

وكما أسلفت الرقابة القضائية ليست هي الرقابة الوحيدة على أعمال الحاكم بل هناك رقابة أخرى من طبيعة وظيفة الحاكم وهي الرقابة السياسية بالصيغ التي تنظمها الدساتير المختلفة. وأعتقد أن نظرية أعمال السيادة وجدت مخرجا لصراع محتمل بين السلطة التنفيذية (الحاكم) والسلطة القضائية، بحيث منعت هذه الأخيرة من التصدي لما يعتبر من أعمال الحكم، ولكنها لا تحصن أعمال السيادة إلا في مواجهة القاضي، بمعنى أنها لا تمنع من أن يسلك المتضرر طريقا آخر.

وفي الأخير نرى أن أعمال السيادة تبقى ضرورية تقتضيها بعض ضرورة المصلحة العليا التي هي من

بالعكس عندما تتصرف السلطة التنفيذية استنادا إلى الدستور مباشرة تكون في مجال أعمال الحكومة وتخرج أعمالها من رقابة القضاء». (de Malberg, 2004) كما أن إعطاء القاضي سلطة مراقبة أعمال الحاكم من شأنه أن يوجد ازدواجية فعلية في الحكم، فإذا اسر الحاكم على موقفه من مسألة معينة وعارض القضاء فمن تكون له الكلمة الفاصلة؟ بطبيعة الحال الحاكم وليس القاضي، فالوظيفة الأساسية للقاضي هي الفصل في الخصومات وليس الحكم، وأوضح ذلك بالمثال التالي: لو أن الحاكم (الملك) أقال وزيرا من مهامه أو اتخذ قرارا بغلق الحدود مع دولة مجاورة، فهل يمكن القول بإحالة الأمر للقضاء للنظر في إلغاء قرار الحاكم؟ ولو فرضنا أن القضاء تصدى للدعوى ألا يكون القاضي هو الحاكم؟ ويصبح القاضي هو الذي يدير الحكم من خلال قبوله الطعن في كل قرارات الحاكم، إذن لا بد من التسليم بأن هناك طائفة من أعمال الحاكم (أعمال الحكم) لا تخضع لرقابة القضاء. والمؤكد أن حتى الذين هاجموا النظرية يسلمون بوجودها، فلو سألت أحدهم هل يمكن للوزير أن يتظلم للقاضي من قرار إعفائه من مهامه؟ بالتأكيد سيجب بلا، فما هو المبرر؟ (بصرف النظر عن وجود النص القانوني).

٧- يمكن تجنب الاستناد إلى أعمال السيادة بطريقة قانونية أسهل في كثير من الحالات، بإعمال مبدأ السلطة التقديرية، فمثلا اعتبر قرار منع الجنسية من أعمال السيادة (في الكويت) بينما اعتبر في المملكة من السلطة التقديرية، علما أن الإدارة ليست ملزمة بتسبب قراراتها إلا حيث يشترط القانون ذلك، كما أن القرار المبني على السلطة التقديرية قد يشوبه عيب الانحراف أو إساءة استعمال السلطة ومن ثم يكون عرضة للإلغاء القضائي.

(٦١) «des actes de gouvernement ne saurait en aucun cas servir de couverture a une illegalite flagrante». Rec.C.E.p183et Revue Administrative.1951 p.44.

طبيعة السياسة والحكم وكل ما في الأمر ينبغي عدم المبالغة أو التعسف في توظيفها، وهذه مسؤولية سياسية وأخلاقية، ولا مانع من إقرار مبدأ التعويض عن أعمال السيادة وفق ضوابط واضحة كما بينا.

### الخاتمة

لقد شكلت أعمال الحكومة أو أعمال السيادة موضوع خلاف واعتبرها البعض ثغرة في بناء المشروعية، وتعديا على حق اللجوء إلى القاضي، ورغم الانتقادات التي وجهت للنظرية، إلا أنها بقيت قائمة تجد سندها القانوني في معظم القواعد المنظمة لاختصاصات السلطة القضائية، ومنها نظام ديوان المظالم الجديد (والقديم).

وما يمكن قوله بعد استعراضنا لأقوال المؤيدين والمعارضين، والتطبيقات القضائية أن النظرية لا يمكن إلغاؤها لاختلاف سلطة الحكم عن الإدارة، فالسلطة التنفيذية تضطلع بالوظيفتين وكان لا بد أن تخرج أعمالها المتعلقة بالحكم من رقابة القضاء، وذلك لسبب فني وهو أن إعطاء القاضي سلطة رقابة كل أعمال الحكم يحوله إلى حاكم فعلي وينهار مبدأ فصل السلطات، خاصة بين السلطتين التنفيذية والقضائية، وهذا ما يفسر لنا وجود تطبيقات للنظرية في كل الدول بصرف النظر عن طبيعة الحكم فيها، سواء بالنص عليها في أنظمة السلطة القضائية، أو منح رئيس الدولة الحق في اتخاذ بعض القرارات دون إمكانية رقابة القضاء عليها وأضرب لذلك مثلا من الولايات المتحدة الأمريكية التي يعطي دستورها الحق لرئيس الدولة باستعمال حق الفيتو ضد أي قانون يوافق عليها الكونغرس، كما يضطلع بتعيين وإعفاء ضباط القوات المسلحة من مهامهم دون رقابة القضاء. كما نعتقد أن النظرية لا تخالف الشريعة الإسلامية وأن

خضوع الحاكم للشريعة لا يعني أن يصبح القاضي هو الحاكم، بل أن النظرية تفقد أهميتها في ظل تنظيم السلطات في النظام الإسلامي، فصاحب الولاية العامة (رأس الدولة) يعتبر المرجع الأعلى لجميع السلطات، ولا يمكن القول بتقاسم السلطات بما في ذلك السلطة القضائية، وهذا لا يعني المساس باستقلالية القضاء التي يعني ألا يتدخل الحاكم في شؤون القضاء عند الفصل في القضايا، ولكن بإمكانه التعقيب على أحكام القضاء إما باعتباره قاضي الأول أو باعتباره ناظر المظالم.

مع ذلك يمكننا القول أن هناك حالات كثيرة استغلت فيه النظرية لإخراج بعض أعمال السلطة التنفيذية المتعلقة بشؤون الإدارة من سلطة القضاء وهذا شيء طبيعي أيضا إذ لم يخلو أي مبدأ قانوني من التجاوز أو الانحراف في استعماله، بدرجات متفاوتة، ولكن الحل ليس في الإلغاء النظرية، فذلك غير ممكن ونوصي بما يلي:

١- القول بإلغاء نظرية أعمال السيادة أمر غير واقعي، ويؤدي إلى الخلط بين وظيفة الحكم والقضاء، ومن شأن ذلك أن يتحول القاضي إلى حاكم. والنظرية كما بينا لا تخالف أحكام الشريعة، لكن يمكن أن يحدث تعسف في استعمالها يستوجب الحد منه، إما عن طريق القضاء وذلك بنزعه صفة أعمال السيادة عن العمل (الحكومي) والتقليص من حالات التستر وراء النظرية، كما يجب تفعيل الرقابة السياسية في مواجهة الحكومة وحثها على الأخلاق السياسية، والكف عن الظلم.

٢- النظر بجدية في إقرار التعويض عن أعمال الحكومة دون إلغائها واعتقد أن هذا أمر ممكن ويتمشى مع مبادئ العدل والإنصاف التي تدعها الشريعة الإسلامية واستنادا إلى مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

ساير داير، عبد الفتاح. «نظرية أعمال السيادة: دراسة مقارنة». رسالة دكتوراه. القاهرة: د.د.، ١٩٧٥م. الصاوي، صلاح. نظرية السيادة وأثرها على شرعية الأنظمة الوضعية. د.م.د.، د.ن.، ١٤١٢هـ. العجمي، ذهيان. «القيود الواردة على حق التقاضي ومدى مخالفتها لنصوص الدستور». رسالة ماجستير. كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٩٧م.

الفوزان، محمد بن براك. مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الإدارية. الرياض: مكتبة الاقتصاد والقانون، د.ت.

الماوردي، علي بن محمد بن حبيب. الأحكام السلطانية. ٢. القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ١٣٨٦هـ.

المدرس، مروان محمد محروس. مسؤولية رئيس الدولة في النظام الرئاسي والفقهاء الإسلاميين: دراسة مقارنة. الأردن: دار الإعلام، ٢٠٠٢م.

مليجي، أحمد. نطاق ولاية القضاء. القاهرة: دار النهضة العربية، د.ت.

واصل، محمد. «أعمال السيادة والاختصاص القضائي». مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية. المجلد الثاني، ٢٠٠٦م.

ثانياً: المراجع الأجنبية

Abraham.(Ronny). Les incidences de la convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif Francais R.F.D.A.1990 A. de laubadere J.-CI.Venezia,Y.Guademet.;traite de droit administratif,tome1,10 edi.1988.

Auvret-Fink (J), Les actes de gouvernement, irreductible peau de chagrin?.R.D.P 1995.

Blancpain.(F),La formation historique de la notion d'acte de administratif unilateral.th.Paris 2.1979.

٣- في المملكة نقترح تعديل المادة ١٤ من نظام ديوان المظالم بحيث يمنح ديوان المظالم ولاية النظر في التعويض عن أعمال السيادة، واعتقد أن هذا الأمر سيلقى قبولا من المنظم السعودي، فهناك أنظمة في المملكة يتم بموجبها التعويض حتى عن الكوارث الطبيعية فمن باب أولى، إذا كان الضرر ناتجا عن فعل السلطة العامة بهدف حماية المجتمع أو لحسابه، ونتج عنه ضرر خاص وجسيم.

٤- إصدار قواعد تحدد شروط التعويض وحدوده، حيث يجب أن يكون الضرر فعلي أو حقيقي (مادي أو معنوي) وأن يمس شخصا بعينه أو عددا محددًا من الأفراد، ولا تعويض إذا كان الضرر عاما، بل يعتبر ذلك من باب الأعباء العامة كفرض الضرائب والرسوم، وأن يكون المتضرر نضيف اليد، إذ لا تعويض لمن شكل فعله، الذي استوجب إصدار العمل السيادي، جريمة أو يهدد أمن الدولة وسلامة المجتمع. والله ولي التوفيق

## المراجع

أولاً: المراجع العربية

الجربوع، أيوب بن منصور. «اختصاص ديوان المظالم بوصفه جهة قضاء إداري». مجلة العدل. العدد (٥١)، لسنة ١٤٣٢هـ.

حافظ، محمود. أعمال السيادة في التشريع المصري. القاهرة: عالم الكتاب، ١٩٨٣م.

الحلو، ماجد راغب. القضاء الإداري. د.م: دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٥م.

الدغيشر، فهد بن عبد العزيز. رقابة القضاء على أعمال الإدارة: ولاية الإلغاء أمام ديوان المظالم. د.م: دار النهضة العربية، ١٩٩٠م.

- Melleray (Fabrice) L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question. R.F.D.A. sept-oct. 2001.
- Michel (Virally). L'introuvable acte de gouvernement. R.D.P. 1952.
- Paul Duez. Les actes de gouvernement. Dalloz. 2006
- Rene Chapus. Droit administratif general. tome 1. 14 ed. Montchrestien. 2000.
- Rivero (Jean); Apologie pour les 'faiseurs de systeme. Dalloz 1951.
- Serrand (P.). L'acte de gouvernement. contribution a la theorie des fonctions juridiques de l'Etat. Th. Paris 2. 1996.
- Carre De Malberg (Raymond) Contribution a la theorie generale de l'Etat. tome 1 Dalloz. 2004.
- Carpentier (Elise), l'acte de gouvernement n'est pas insaisissable. RFDA 2006.
- Cayla. Olivier; le controle des mesures d'execution des traites reduction ou negation de la theorie des actes de gouvernement. R.F.D.A. 1994.
- Chevalier (Jaques); l'Etat de droit. coll. Clefs. politique. Montchrestien. Paris. 4 ed. 2003.
- Devolve (Pierre). L'acte administratif. coll. Droit public, Sirey. Paris 1983.
- Houriou (Mourice). Droit Administratif. Sirey 1895. 3
- Laferriere (V); traite de la jurisdiction administrative et de recours contentieux. t. 2. Berger-Levrault. Paris. 2 ed. 1896.

**The Acts of Government and the Principle of  
Legality and Its Application in the Kingdom  
"A Comparative study"**

**Dine Bouzid**

*Associate Professor Department of Public Law  
College of Law and Political Science, King Saud University*

(Received 13/11/1432H.; accepted for publication 27/4/1433H.)

**Abstract.** The research deals with one of the most controversial subjects, which is the theory of sovereignty acts and its applications in the Kingdom. The subject is divided into four sections. The first section deals with the definition of sovereignty acts, their criterion and the problem faced by the jurisprudence and the judiciary with regard to a common definition or standard which can help the judge to control the sovereign act. The second section studies the position of comparative jurisprudence towards the theory. It focuses on the attitude of Grievances council, with towards Article 14 of its new statute through some of the issues that were brought before it. The third section discusses the possibility of compensation for the acts of sovereignty and concludes, that there is no objection to the adoption of compensation and that it is a principle compatible with Shari'a, provided that Article 14, which prevents compensation in its current form, is amended. The fourth section evaluates the theory and concludes that it is based on the judicial authority in all countries including Saudi Arabia; and that it is a theory required by governance within the limits determined by the judiciary.