IUGJEPS
Vol 28, No 3, 2020, pp 398 - 413

ISSN 2616-2148

مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية

تاريخ الإرسال (2019-02-08)، تاريخ قبول النشر (2019-04-06)

نظرية أعمال السيادة ومدى مخالفتها لحق التقاضي في النظام القانوني الكويتي

اسم الباحث: أ. خالد عبد الكريم الميعان

اسم الجامعة والبلد: كلية الحقوق-الجامعة الأردنية-عمان

* البريد الالكتروني للباحث المرسل:

E-mail address: Khaled.type@gmail.com

الملخص:

نتناول في هذا البحث نظرية أعمال السيادة من خلال دراسة تحليلية لمفهوم النظرية ومعايير تمييزها، وموقف المشرع الدستوري والعادي في دولة الكويت، كما سنستعرض في هذا البحث موقف الفقه الكويتي من نظرية أعمال السيادة، وتسليط الضوء على أهم المواثيق الدولية في حقوق الانسان والتي تكرس مبدأ حق التقاضي وحق الأفراد في محاكمة عادلة.

وقد خلصت الدراسة الى مجموعة من النتائج أهمها:

أن الدستور الكويتي كفل حق التقاضي صراحة في المادة (166) وبذلك نجد أن تحصين أعمال السيادة من رقابة القضاء تتعارض مع حق التقاضي الذي كفله الدستور. وقدمت مجموعة من التوصيات أهمها: تقليص نطاق نظرية أعمال السيادة واقرار حق التعويض عن هذه الأعمال.

كلمات مفتاحية: نظرية أعمال السيادة–حق التقاضي–الرقابة القضائية.

The theory of sovereignty and the extent of violation to the right of litigation in the Kuwaiti Legal System

Abstract:

This study tackles the theory of sovereignty acts through analytical study for the theory's concept and Criteria for distinguishing it, the study also tackles the position of the normal or constitutional legislative in Kuwait. Through this study, we will review the position of Kuwaiti jurisprudence on theory of sovereignty, we will also shed the light to the most important international conventions on human rights, which enshrines the principle of the right to Litigation and the right of individuals to a fair trial. The study concluded with a number of results, principally: The Kuwaiti Constitution guaranteed the right to litigation explicitly in Article No. 166 and thus we find that the fortification of acts of sovereignty from the control of the judiciary runs counter to the right of litigation guaranteed by the Constitution. A number of recommendations were produced, including: reducing the scope of the theory of acts of sovereignty and establishing the right to compensation for such acts.

Keywords: Theory of sovereignty-right of litigation-judicial control**.**

المقدمة:

حقوق الإنسان ذات قيمة إنسانية كبيرة بمقتضاها يستطيع الانسان أن يتمتع بحقوق ترتبط ارتباطاً وثيقاً بأدميته ومن هذه الحقوق حق التقاضي الذي يعد من الحقوق الدستورية التي تنص عليها كافة دساتير العالم، كذلك قرره الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وكافة المواثيق الدولية، والحقيقة أنه حق به يطمئن الأفراد على حقوقهم ويضمنوا رد ما يقع عليهم من إعتداء، ولا شك أن المساس بحق التقاضي سواء بانتقاصه أو حجبه لا يشكل عدواناً على حقوق المواطنين فحسب، وإنما اخلالاً بمبدأ المساواة أمام القانون.

والواقع أنه يتم النظر لتقدم الدولة وتحضرها بمقدار احترامها لحق التقاضي، وعليه فان الدول التي تحترم حقوق الانسان يحضر عليها النص في تشريعات على مصادرة حق التقاضي أو المساس به وإلا كان في الأمر مخالفة دستورية، وإهداراً للحقوق، وضياعها لعدم وجود وسيلة التقاضي التي تمكن كل ذي مظلمة من اللجوء إلى القضاء لرفع الظلم الواقع عليه وعلى حقوقه.

وهكذا فانه لا يجوز للمشرع وهو بصدد تنظيم القضاء أن يهدر حق التقاضي لانه بذلك يعطل وظيفة أساسية للسلطة القضائية، فضلاً على ما يشكله من إهدار لمبدأ المشروعية الذي يعد من اسمى المبادئ للدولة المتحضرة والعادلة.

وأخيراً فإن فرض الرقابة على أعمال الإدارة بكفالة حق التقاضي لضمان عدم خروج أعمالها عن أحكام القانون يتأسس على أساس المشروعية الذي يؤكد على دعامات العدل والمساواة والحرية والاستقرار وتكافؤ الفرص بين أفراد الشعب، فضلاً على منع التعسف في استعمال السلطات.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في نص المشروع الكويتي على حصانة اعمال السيادة من الرقابة القضائية، ومدى اعتبار هذا النص خرقاً واعتداءً صارخا على حق التقاضي الذي كفله الدستور الكويتي – والذي يشكل احد دعامات مبدأ المساواة امام القضاء – والذي يمنح الفرد الحق في اللجوء للقضاء وعدم حرمان اي فرد من استعماله او تقييد استعماله.

خصوصاً وان الدستور الكويتي أَقرّ مبدأ المساواة في المادة (29) وقرر أن الناس سواسيه في الكرامه الانسانية وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم ...))

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى بيان مفهوم نظرية عمال السيادة ومدى تبني المشرّع الكويتي لها، وبيان موقف القضاء ومدى تقبله لها، والأخذ بها، ومحاولة بيان الصورة الصحيحة للأخذ بنظرية اعمال السيادة دون الاعتداء على حق التقاضي اهمية البحث.

أهمية البحث:

همية البحث تنبثق عن أهمية الموضوع ذاته ومدى اتصاله بالافراد وتأثر حقوقهم به، وهذا يجعل من الأهمية ايجاد الحلول المبتكرة في ظل احترام مبدأ المساواة وحق التقاضي المتفرع عنه، مع احترام ارادة المشرع في النص على اعمال السيادة في القوانين، التي تقوم على مصالح عليا للدولة يصعب التضحية بها.

منهجية البحث:

يتبع الباحث منهج الدراسة المقارنة والتي تتميز بقدرتها على كشف بواطن الضعف والقوة، مع الاستفادة مما قررته التشريعات المقارنة في هذا النطاق والاجتهادات القضائية . فضلاً على المنهج التحليلي لتحليل نصوص التشريعات واراء الفقه والقضاء.

وهذا كله لايجاد الحلول المقبولة لنظرية اعمال السيادة دون المساس بحق التقاضي.

*** – أسئلة البحث:**

1– ما المقصود بأعمال السيادة؟

2– ماهي مميزات أعمال السيادة؟

3- ماهي معايير أعمال السيادة؟

4- مامدى مخالفة نظرية أعمال السيادة لنصوص الدستور والقانون الدولي؟

تقسيم البحث:

- **ينقسم البحث الى المطلبين التاليين:**

المطلب الأول: ماهية أعمال السيادة

الفرع الأول: تعريف نظرية أعمال السيادة

الفرع الثاني: معايير تمييز أعمال السيادة

المطلب الثاني: نظرية أعمال السيادة في دولة الكويت

الفرع الأول: نظرية أعمال السيادة في التشريع والقضاء الكويتي

الفرع الثاني: مدى مخالفة نظرية أعمال السيادة للدستور والقانون الدولي

المطلب الأول: ماهية أعمال السيادة:

ومن خلال هذا المطلب سنحاول التعرف على ماهية نظرية اعمال السيادة وأبرز آراء الفقه بخصوصها، كما وسنتعرف على المعايير التي تبناها الفقه في تمييز الأعمال السيادية عن غيرها من الأعمال.

الفرع الأول: تعريف نظرية أعمال السيادة:

تعددت التسميات للأعمال الصادرة من السلطة التنفيذية والتي تخرج عن اختصاص المحاكم بصفة عامة، إذ استخدمت تسمية "الأعمال الحكومية" و"أعمال السيادة" في الفقه والقضاء الفرنسي، كما وأطلق على هذه الطائفة من أعمال السلطة التنفيذية "الأعمال السياسية" وهذا المصطلح تبنته المحكمة الأمريكية العليا في تبريرها لاستبعاد بعض أعمال الحكومة من رقابتها.[1]

في حين يرى البعض أن التسمية الصحيحة هي "الأعمال الدبلوماسية" باعتبار أن هذه الخاصية أو الاعفاء من الرقابة القضائية، لم يقررها مجلس الدولة الفرنسي إلا للأعمال الدبلوماسية، وبصفة أعم، للأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية بصفتها ممثلة للدولة وباعتبارها أحد أشخاص القانون الدولي العام.[2]

وأياً كان التعبير المستخدم سواء أعمال السيادة "وهو التعبير الغالب في التشريع والقضاء" أو التعبيرات الأخرى فهو للدلالة عن معنى واحد وهي طائفة أعمال السلطة التنفيذية التي تخرج عن اختصاص المحاكم بصفة عامة.

أما مفهوم أعمال السيادة فقد تعددت واختلفت التعاريف الفقهية باختلاف نظرة كل فقيه والمعيار الذي استند إليه.

فهناك طائفة تستبعد خضوع أعمال السيادة لأي نوع من أنواع رقابة القضاء فعرفها الأستاذان Frédéric Colin et Charles Debbasch": أعمال الحكومة هي أعمال تفلت من رقابة القضاء الإداري أو العادي فهي لا تخضع لأي رقابة قضائية [3]".

كما عرفت أعمال السيادة بأنها طائفة من أعمال السلطة التنفيذية التي تخرج عن رقابة القضاء بجميع صورها أو مظاهرها، اذ لا يمكن الطعن بها أمام أي جهة قضائية سواء كان ذلك بالإلغاء أم بالتعويض.[4]

وتمثل هذه الطائفة أغلب محاولات الفقهاء في تحديد مفهوم أعمال السيادة، الا أن هذا المفهوم لم يبين لنا سوى النتيجة المتحققة من اكتساب العمل الاداري لصفة السيادة وهو عدم خضوعها لرقابة القضاء.

([1]) حافظ، أعمال السيادة في التشريع المصري، القاهرة، (ص26).

([2]) عمر، الاتجاهات الحديثة للقضاء في الرقابة على اعمال السيادة، (ص67-69).

([3]) Charles Debbasch, Frédéric Colin ,Droit administratif,7 édition, (P110).

([4]) العاني، القضاء الاداري، (ص56).

وقد ركز بعض الفقهاء في تعريف أعمال السيادة على الجهة التي تملك تكييف العمل فيما إذا كان من أعمال السيادة أم لا، وهذه الجهة تتمثل في القضاء. وعليه فقد عرف أعمال السيادة بأنها" كل عمل يصدر من السلطة التنفيذية، وتحيط به اعتبارات خاصة كسلامة الدولة في الخارج والداخل، وتخرج عن رقابة المحاكم متى قرر له القضاء هذه الصفة".[5] كما عرفها البعض بأنها " كل عمل يقرر له القضاء الإداري هذه الصفة"[6].

ويلاحظ كذلك أن تلك التعريفات لم تبين لنا ماهية أعمال السيادة بل اكتفت بالتأكيد على أن القضاء هو الجهة المختصة بتقرير فيما إذا كان العمل سيادي أم لا.

أما الاتجاه الثالث فقد ركز على الجانب السياسي المرتبط بهذه الأعمال والغاية من جعل هذه الأعمال لا تخضع للرقابة القضائية لارتباطها بالمصالح العليا.

اذ عرفها الاستاذان (Martine Lombard et Gilles Dumont) بأنها "أعمال تصدرها السلطة التنفيذية يرفض القاضي الإداري أن يراقبها لتعلقها باعتبارات سياسية ومصالح عليا للدولة"[7]

وهو تعريف منتقد ولا يمكن التعويل عليه في تعريف نظرية أعمال السيادة لاعتماده على مفردات فضفاضة تفتقر للدقة والتحديد.

كما عرفها البعض بأنها "العمل الصادر من الهيئات العليا للسلطة التنفيذية والذي يرى فيه المشرع استثناء لمبدأ سيادة سلطات القانون بسبب طبيعته السياسية من جهة أو للصبغة السياسية للهيئة التي أصدرته من جهة أخرى[8] "

ويعاب على هذا التعريف أن أعمال السيادة لا تخضع لرقابة القضاء ولو لم ينص المشرع على تحصينها فهي مستقرة في اجتهاد القضاء قبل المشرع.

أيضاً كان للقضاء مساهمات في تعريف أعمال السيادة فجاء مجلس الدولة المصري وعرفها بأنها" الأعمال التي تتصل بالسيادة العليا للدولة والاجراءات التي تتخذها الحكومة بما لها من سلطان حكم للمحافظة على سيادة الدولة وكيانها في الداخل والخارج"[9]

كما عرفت المحكمة الادارية العليا في سوريا أعمال السيادة بأنها: "كل الأعمال والتصرفات الصادرة عن السلطات العليا في الدولة والتي يرتئي القضاء الاداري ذاته، أنها يجب أن تبقى بمنأى عن الرقابة القضائية، بسبب عدم الملائمة أو مصلحة عليا للدولة يراها"[10]

ومما سبق يتأكد لنا بأن أغلب التعريفات كانت تعتمد على عبارات ومفردات مرنة يوسع إلى حد كبير من نطاق هذه الأعمال مما ينطوي ذلك على تمكين السلطة التنفيذية من تقييد الحقوق والحريات الفردية أو مصادرتها بصورة مؤقتة.

وهذا ما أشارت اليه محكمة القضاء الإداري في مصر حيث قضت بأنه "...لم يتيسر وضع تعريف حاسم أو حصر دقيق لأعمال السيادة، إذ أن ما يعتبر عملاً ادارياً عادياً قد يرقى في ظروف وملابسات سياسية في دولة ما إلى مرتبة أعمال سيادة، كما أن ما يعتبر من أعمال السيادة قد يهبط في ظروف أخرى إلى مستوى الأعمال الادارية.."[11]

([5]) الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية (دراسة مقارنة)، (ص115).

([6]) صاحب هذا التعريف هو العميد الفرنسي هوريو وقد ذكره في كتابه الموجز في القانون الإداري – طبعة 1933 – ص418. نقلاً عن: د.سليمان الطماوي – مرجع سبق ذكره – (135).

([7]) Martine Lombard, Gille Dumont, Droit administratif,(p.84).

([8]) هريدي، 1952. *اعمال السيادة في القانون المصري والمقارن*، (رسالة دكتوراه)، جامعة القاهرة، (ص135).

([9]) حكم صادر عن مجلس الدولة، 25/02/1952، قضية رقم 588، مجموعة س6، ص.416، نقلا عن: العتيبي، مرجع سابق، (ص55) .

([10]) حكم صادر عن المحكمة الادارية العليا، لسنة 1979، قرار رقم 277، الطعن 33، نقلاً عن: واصل، "اعمال السيادة والاختصاص القضائي"، (مج٢٢ /368).

كما أكد الفقيه Gustave. Pesier على ذلك بقول:

"لم يوجد أبداً تعريف لأعمال الحكومة"[12]

ومما لا شك فيه بأن السبب في فشل الفقه والقضاء في تقديم تعريف محدد ودقيق لأعمال السيادة هو غموض النظرية وعدم وضوحها، بالإضافة الى ذلك تشكل نظرية أعمال السيادة تعدي صارخ لمبدأ المشروعية وسيادة القانون وانتقاص من حق الأفراد في اللجوء إلى القضاء.

ومن جانبنا نميل بعد أن تعذر وضع تعريف جامع ومانع في تحديد المقصود بأعمال السيادة إلى عدم وضع تعريف محدد لها، وترك مهمة تحديد أعمال السيادة إلى القضاء، باعتبار أن ما يعتبر عملاً من أعمال السيادة قد يهبط في ظروف أخرى إلى مستوى الأعمال الإدارية.

- **وتتميز أعمال السيادة بالآتي:**

١-أنها أعمال تصدر عن السلطة التنفيذية:

فهي أعمال صادرة عن السلطة التنفيذية، وبالتالي لا تشمل الأعمال الصادرة من السلطة التشريعية ولا الأعمال الصادرة من السلطة القضائية، كما لا يمكن الخلط بينها وبين الأنظمة واللوائح الصادرة من السلطة التنفيذية.

وعلى الرغم من التشابه بين العمل الإداري وعمل السيادة في المصدر والطبيعة، فإن الخلاف بينهما يتركز في الصفة التي تباشر بها السلطة التنفيذية العمل، وبناء على هذه الصفة يترتب الخلاف في توافر الرقابة القضائية أو عدمها.[13]

٢- أنها أعمال لا تخضع لرقابة القضاء:

تعتبر أعمال السيادة خارجة عن ولاية القضاء فإن لها حصانة مطلقة تشمل الالغاء والتعويض وكافة صور المنازعات من تقدير المشروعية أو تفسير، وهو دفع متعلق بالنظام العام وليس مجرد رخصة.

٣- أنها أعمال قانونية:

فهي أعمال قانونية صادرة بالإرادة المنفردة للسلطة التنفيذية وبالتالي لا تشمل هذه الأعمال العقود الإدارية التي تكون السلطة التنفيذية طرفاً فيها، كما لا تمتد أعمال السيادة إلى الأعمال المادية والتي هي مجرد واقعة مادية أو اجراءات تنفيذية لا تسمو لمرتبة القرار الاداري، ولا يقصد بها تحقيق أثار قانونية معينة.

الفرع الثاني: معايير تمييز أعمال السيادة

أعمال السلطة التنفيذية لا تتمتع كلها بأعمال السيادة بل جزء منها، وقد حاول الفقه والقضاء وضع معايير للتمييز بين أعمال السلطة التنفيذية المحصنة من رقابة القضاء وتلك الاعمال التي يفرض القضاء رقابته عليها من الغاء وتعويض، وكانت نتيجة الاجتهاد في هذا المجال أن ظهرت المعايير التالية:

1 - **معيار الباعث السياسي:** يعتبر أول المعايير التي حدد بها مضمون نظرية أعمال السيادة، فيندرج تحت هذه النظرية وفقا لهذا المعيار، كل عمل يصدر عن الحكومة بدافع سياسي، ولقد تبنى مجلس الدولة سابقاً اعتبار الباعث السياسي معياراً لأعمال

([11]) محكمة القضاء الإداري – حكم بتاريخ 19-1-1956 نقلاً عن: الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة العامة للقانون، (ص 109).

([12]) Gustave peiser,Contentieux administratif, (p.109).

([13]) داير، نظرية أعمال السيادة دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، (ص35).

السيادة أي الأعمال التي تنأى عن كل رقابة وذلك عام 1822 في قضية المصرفي لافيت Laffitte[14]، وكذلك في ظل الامبراطورية الثانية سنة 1867 في قضية الدوق دومال DAumale[15].[16]

وكان معيار الباعث السياسي يجد مسوغه في حقيقة الوضع الذي كان يشغله مجلس الدولة في المرحلة الأولى من بدء نشاطه القضائي، ذلك أن المجلس كان لا يزال محكوماً بفكرة القضاء المحجوز، وكانت قراراته خاضعة لتصديق رئيس الدولة، ومن ثم كان طبيعياً أن يساير الحكومة في اتجاهاتها العليا، وخاصة بالنسبة للإجراءات التي تتخذها لمقاومة أعدائها وللحد من نشاطهم، حتى تدعم وجودها وتثبت أركان النظام الجديد.[17]

وقد تبنى القضاء الاداري المصري في أحكامه معيار الباعث السياسي في تحديد أعمال السيادة إذ أشارت محكمة النقض في حكمها الصادر ١٩٣٣/٥/٤ على ما يلي:

"وحيث أن هذا القرار لا يمكن اعتباره قانون، حتى يطعن عليه بعدم توفر جميع الشروط الشكلية التي يجب توافرها في القوانين، بل هو أمر إداري، بل عمل حكومي من أخص أعمال السيادة العليا، أصدرته الحكومة في ظروف تعددت فيها الحوادث السياسية، التي يترتب عليها صدور أوامر الاعتقالات"[18]

كما ذهبت محكمة القضاء الإداري المصري إلى أن "قرار تجميد أرصدة المنظمة الغربية للتنمية والزراعة التابعة للجامعة العربية هو من أعمال السيادة لأن الدولة اتخذته في نطاق مسئوليتها السياسية مراعاة لحالة الضرورة ولتأمين اقتصاديات البلاد ويتعلق بالتدابير التي اتخذتها الحكومة وعلاقتها السياسية بجامعة الدول العربية باعتبارها من المنظمات الدولية".[19]

أما القضاء الكويتي فقد استعبد معيار الباعث السياسي من مجمل أحكامه فيما يتعلق لأعمال السيادة واستقرت أحكامه بالأخذ بالمعيار الموضوعي كما سيتبين لدنيا لاحقاً.

وقد كان معيار الباعث السياسي محل انتقاد من جانب الفقه إذ يعتبر هذا المعيار واسع وفضفاض، إذ أن السلطة التنفيذية تقوم بتحديد أعمال السيادة بنفسها، مما يمكن من اتساع دائرة أعمال السيادة.[20]

وحسنا فعل مجلس الدولة الفرنسي بالتخلي عن نظرية الباعث السياسي إذ أن الأخذ بهذا المعيار فيه خطورة كبيرة فيكفي أن تبين السلطة الإدارية بأن الباعث سياسياً وراء إصدار قرارها الإداري لتحصن قرارها من الرقابة القضائية مما يعد خطراً على الحريات الفردية وحقوق الأفراد.

2 – معيار طبيعة العمل الذاتية أو الموضوعية:

بعد أن تبين فشل معيار الباعث السياسي، بحث الفقه عن معيار جديد يختلف عن المعيار السابق الذي كان ذاتيا وشخصياً، وهو المعيار الموضوعي.[21]

---

(14) رفض مجلس الدولة بعد عودة البوربون طعن المصرفي لافيت بطلب آداء عوائد الدخل، تنازلت عنه إليه الأميرة بوجيزى عضو أسرة بونابرت استناداً إلى أن "مطالبة السيد لافيت تتعلق بمسألة سياسية تملك الحكومة وحدها الفصل فيها".

CE. 1 mai. 1822, Laffitte. Rec. 1821-1825.202.

(15) في ظل الامبراطورية الثانية أعتبر الإستيلاء على مؤلف الدوق دومال، رفض إعادة النسخة المستولى عليها إليه حيث اعتبرها "أعمالاً سياسية ليس من طبيعتها أن تحال إلينا في مجلس الدولة لتجاوز السلطة بالطريق القضائي".

CE. 9 mai. 1867, Duc d'Aumale et Michel Lévy. Rec. 472, concl. Aucoc; S. 1867.2.124, concl. Aucoc, note Choppin.

(16) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري، (ص137).

(١٧) الجرف، مرجع سابق، (ص96).

(18) حكم صادر عن محكمة النقض في ١٩٣٣/٥/٤، نقلا عن: داير، مرجع سابق، (299).

(١٩) حكم صادر عن محكمة القضاء الاداراي في الدعوى رقم ٣١٢٣ لسنة ٣٥ق في ١٩٨١/١٢/٢٢، نقلا عن: أبو العنين، الموسوعة لشاملة في القضاء الإداري، (ص174).

(20) حكم محكمة النقض في ١٩٣٣/٥/٤، نقلا عن: جمال الدين، أصول القانون الاداري، (ص٤١٦-٤١٧).

(21) تقية، محمد، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء على الأعمال الإدارية، (ص144).

ويستند هذا المعيار في تحديده لأعمال السيادة على التفرقة بين نوعين من أعمال السلطة التنفيذية فإذا كان العمل الصادر من الإدارة تنفيذا لأداء وظيفتها الحكومية كان العمل سيادياً، أما إذا كان العمل تنفيذاً لأعمالها الإدارية فانه بذلك يكون عملا إدارياً وخاضعاً لرقابة القضاء.

وكانت هناك محاولات فقهيه لتحديد طبيعة هذه الأعمال منها ما جاء به العميد هوريو الذي أكد بأن "المهمة الحكومية تنحصر في وضع الحلول للأمور الاستثنائية، والسهر على تحقيق مصالح الدولة الرئيسية. أما الوظيفة الإدارية فتتركز في تسيير المصالح الجارية للجمهور"[22]. في حين يرى اخر بأن العمل الصادر من الإدارة يكون سيادياً إذا كان تنفيذاً لنص دستوري، ويكون عملاً إدارياً إذا كان تنفيذاً لنصوص القوانين العادية.[23]

وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي في فترة معينة بالمعيار الموضوعي ثم تم العدول عنه بعد ذلك، إذ قام مجلس الدولة بهجر نظرية الباعث السياسي منذ حكم الأمير نابليون[24]، حيث تبنى وجه نظر مفوض الحكومة دافيد "David" في تقريره المقدم في هذه الفرضية حيث طالب بالاعتداد بمعيار موضوعي وهجر نظرية الباعث السياسي حيث قال "... لا يكفي لإضفاء الطابع الاستثنائي على قرار ما صادر من الحكومة أو أحد ممثليها بما يجعله بمنأى وفوق كل رقابة قضائية أن يكون قد اتُخذ بعد التداول في مجلس الوزراء أو أملته مصلحة سياسية".[25]

كما تبنى القضاء الكويتي المعيار الموضوعي إذ أشارت محكمة التمييز بأن أعمال السيادة هي تلك" القرارات التي تصدرها الحكومة باعتبارها سلطة حكم وليس بصفتها سلطة ادارة، وتصدر في إطار وظيفتها السياسية كسلطة عليا تتخذ ما ترى فيه امن الوطن وسلامته وللمحافظة على سيادة الدولة وكيانها ووحدتها الوطنية، أما القرارات الادارية التي تصدر بصفتها سلطة ادارة فإنها يجب ان تصدر في طار القانون المنظم لها وتلتزم ضوابطه وحدوده وتخضع بالتالي لرقابة القضاء".[26]

كما أشارت في حكم أخر لها بأنه "ولئن كان يتعذر وضع تعريف جامع مانع لأعمال السيادة أو حصر دقيق لها إلا أن ثمة عناصر تميزها عن الأعمال الإدارية العادية أهمها تلك الصبغة السياسية لما تحيطها من اعتبارات سياسية فهي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم وليس بوصفها صفة إدارة فينعقد لها في نطاق وظيفتها الأساسية سلطة عليا في اتخاذ ما ترى منه صلاحاً للوطن وأمنه وسلامته دون تعقيب من القضاء أو بسط الرقابة عليها منه".[27]

أيضاً تبنى القضاء الاداري المصري هذا المعيار في بعض أحكامه، حيث قررت محكمة القضاء الإداري أن "أعمال السيادة هي الأعمال التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارية...، والضابط في تلك الأعمال معيار موضوعي يرجع فيه إلى طبيعة الأعمال في ذاتها، لا إلى ما يحيط بها من ملابسات عارضة، أما القرارات الادارية العادية التي تتخذها لتنفيذ القوانين واللوائح فليست من أعمال السيادة في شيء".[28]

كما تبنت محكمة العدل العليا في فلسطين ذات المعيار حيث قررت بأن "... الفقه والقضاء قد استقرا على أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال أو الإجراءات التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارية، تباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظيم علاقاتها بالسلطات العامة الأخرى، بصفتها ممثلة لمصالح الدولة الرئيسية لتحقيق مصالح الجماعة السياسية كلها

([22]) الطماوي، النظرية العامة في القرارات الإدارية، (ص136، 305).
(٢٣) العاني، القضاء الإداري، (ص61).
[24] CE. 19 févr. 1875, Prince Napoléon, Rec. 155, concl. David; D. 75.3.18 concl. David.
([25]) غانم، مرجع سابق، (ص137)
([26]) حكم محكمة التمييز بتاريخ 2016/3/23 بالطعن 647 و 659و694 لسنة 2016 اداري/1.
(٢٥) حكم محكمة التمييز بتاريخ ٢٠١٢/١٠/١٠ بالطعن رقم ٣٩٩ لسنة ٢٠١٢، الدائرة المدنية.
[28] محكمة القضاء الإداري في 26 يونيو سنة 1951، نقلا عن: أبوراس، القضاء الاداري، (ص59).

والسهر على احترام دستورها، وتسيير هيئاتها العامة والإشراف على علاقاتها مع الدول الأجنبية، أما القرارات التي تصدر عنها تطبيقاً للقوانين والأنظمة فهي عمل إداري وليس من أعمال السيادة، وبالتالي يجوز الطعن بهذه القرارات أمام هذه المحكمة".[29]

ختاماً لم يسلم معيار طبيعة العمل من الانتقادات حيث يصعب التفرقة بين العمل الحكومي والعمل الإداري، كما أن هنالك أعمال قرر القضاء بانها عملا سياديا ولم تكن تنفيذا لنصوص دستورية. وعلى الرغم من الجهود الفقهية المبذولة لترسيخ هذا المعيار إلا أن القضاء الفرنسي لم يأخذ به، في المقابل كان لهذا المعيار قبول واسع لدى الفقه والقضاء المصري.

3 - معيار القائمة القضائية:

لم توفق المعايير السابقة في تمييز أعمال السلطة التنفيذية، فدأب اتجاه من الفقه وتحديدا الفرنسي الى استقراء الأحكام القضائية الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع الفرنسي واستخلاص ما يعد من أعمال السيادة ووضع قائمة بهذه الأعمال. وبمقتضى هذا المعيار يكون القضاء هو المرجع لتحديد أعمال الحكومة، وذلك من خلال رجوع الفقهاء لأحكامه، والقيام بجمعها في مجموعة محددة.[30]

وأهم ما تضمنته هذه القائمة:

1 - **الأعمال المنظمة للعلاقة بين الحكومة والبرلمان:** وتشمل هذه القائمة الأعمال الصادرة من السلطة التنفيذية والتي تساهم بها في العملية التشريعية، وكذلك صلاحيات رئيس الدولة في مواجهة البرلمان كحل المجلس وتعيين الحكومة.

ومن تطبيقات فكرة أعمال السيادة في القضاء الإداري الفرنسي، استعمال رئيس الجمهورية الفرنسية لحقه في دستور سنة 1958 (دستور ديجول) بطرح مشروع قانون على (الاستفتاء الشعبي).[31]

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد طور في الفترة الأخيرة من رقابته على هذه الأعمال، فالآن لم يعد مجلس الدولة الفرنسي يخشى من التعرض لطائفة أعمال السيادة أو أعمال الحكومة، كما كان يخشاها في الماضي، حيث أتيحت للمجلس خلال السنوات الأخيرة، الفرصة لإبداء رأيه في طبيعة أعمال السيادة، كأعمال يمكن أن تخضع لرقابته، وذلك لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم من الاعتداء عليها، واللجوء الى فكرة القرار المنفصل، لإمكانية إلغاء هذه الأعمال وقبول الطعن عليها.[32]

2 - **الأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية والدبلوماسية وشؤون الدولة الخارجية:** كالقرارات الصادرة من الحكومة بشأن ممثليها الدبلوماسيين في الخارج، والقرارات الصادرة بضم أقاليم جديدة الى الدولة، ومثال على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 20 فبراير سنة 1953 في قضية weiss بشأن رفض السلطات الفرنسية المختصة تأييد ترشيح فرنسي لإحدى وظائف منظمة دولية اذ اعتبر هذا القرار عملا من أعمال السيادة.[33]

وأيضاً ما أشارت إليه محكمة القضاء الإداري المصري بأنه "يعد من أعمال السيادة قرار رئيس الجمهورية بعقد اتفاقية السلام بكامب ديفيد".[34]

ومن الجدير بالذكر أنه في الآونة الأخيرة لم تعد جميع الأعمال المتعلقة بالعلاقات الدولية أعمالا سيادية ويرجع ذلك الى تطبيق مجلس الدولة الفرنسي لنظرية العمل المنفصل بشأن هذه الأعمال.[35]

---

[29] قرارها برام الله رقم 98/85، جلسة 1999/11/7، جمعية النقاء النسائية ضد قادة شرطة بيت لحم، نقلا عن: صادق، مرجع سابق، (ص56).

[30] الشوبكي، القضاء الإداري، (ص91).

[31] الطماوي، مرجع سابق، (ص147).

[32] عمر، الاتجاهات الحديثة للقضاء في الرقابة على أعمال السيادة، (ص107 – 108).

(٣٣) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٥٣/٢/٢٠ نقلا عن: الطماوي، مرجع سابق، (ص148 – 150).

[34] الدعوى رقم ٢٨٧ لسنة ٣٣ق – جلسة ١٩٧٩/٥/١. نقلا عن: أبو العنين، مرجع سابق، (ص169)

(٣٥) انظر في ذلك السكسيوي، 2016، نظرية أعمال السيادة كقيد مانع لاختصاص القضاء الإداري: محاولة في تحديد المفهوم، (ص142).

3 - **الأعمال المتعلقة بالحرب:** يضفي مجلس الدولة الفرنسي صفة أعمال السيادة على كثير من الإجراءات المتعلقة بالحرب، وذلك كقرار اعلان الحرب والإجراءات الخاصة بسير العمليات الحربية المتصلة بها، والتدابير التي تتخذها الدولة قبل الرعايا الأعداء كإبعادهم واعتقالهم، ووضع أموالهم تحت الحراسة، وكذلك الطلبات الناشئة عن الأضرار الحربية التي تنشأ عن أعمال القتال، حيث يرفض مجلس الدولة النظر في طلبات التعويض عنها، كما يتصل بأعمال الحرب ما تسببه الجيوش الأجنبية من أضرار أثناء إقامتها بإقليم دولة أخرى.[36]

4 - **بعض الأعمال والإجراءات الخاصة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي:** وتشمل هذه القائمة كل الأعمال التي تتخذها الحكومة للمحافظة على كيان الدولة وأمنها، من ذلك اعلان الأحكام العرفية وإعلان حالة الطوارئ.

والحقيقة أن بعض التدابير الخاصة بسلامة الدولة وزمنها الداخلي تعرضت لهجوم كبير من جانب الفقه الفرنسي، حتى أنكر عليها البعض كليه انتمائها إلى أعمال السيادة.[37]

ويتبين لنا من خلال أحكام مجلس الدولة الفرنسي، أنه عمل على اخراج العديد من الأعمال من قائمة الأعمال الحكومية، فمن الثابت أن عدد الأعمال الحكومية أخذ بالنقصان ولائحة هذه الأعمال تضمر تدريجيا بفضل نمو المذهب الليبرالي في الاجتهاد الإداري.[38]

إلا أن هذا الاتجاه لا يضع معياراً ثابتاً ودقيقاً في تحديد أعمال السيادة، بل مجرد حصر لأعمال اعتبرها القضاء أعمالاً سيادية دون أن يتضمن كشفاً عن طبيعة هذه الأعمال بناء على قاعدة قانونية موضوعية، بل أن القاضي هو من يحدد طبيعة الأعمال المعروضة عليه.

4 - **معيار العمل المختلط:** نادى بهذا المعيار مفوض الحكومة الفرنسي cèlier وهو بصدد اعداد تقريره الذي قدمه لمجلس الدولة الفرنسي في قضية Gombert، فبمقتضى هذا المعيار يعتبر العمل حكومياً(سيادياً)، إذا اتخذته السلطة التنفيذية بمناسبة علاقتها مع سلطة أخرى لا تخضع لأي رقابة قضائية، أي عمل مشترك بين سلطتين سواء كانت هذه السلطات على المستوى الداخلي، مثل علاقة الحكومة بالبرلمان أو على المستوى الخارجي كتبادل السفراء.[39]

ولم يسلم معيار العمل المختلط من النقد، فيرى الأستاذ "Virally" بأن على الرغم من أن أساس النظرية – وهو وجود سلطة أخرى مع الحكومة– سليم. إلا أن هذا الأساس وحده لا يكفي لإيجاد نظام قانوني خاص للأعمال الحكومية، وذلك لأن العمل الصاد من السلط؛ التنفيذية في علاقتها مع البرلمان أو مع دولة أجنبية، لا يختلف في عناصره المادية عن الأمر الإداري؛ فغالباً ما تكون هذه الأعمال أما قرارات تنفيذية أو فردية أو لائحية.[40]

المطلب الثاني: نظرية أعمال السيادة في دولة الكويت:

بالرغم من أن نظرية أعمال السيادة نظرية قضائية وليدة اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي، الا أنها في الكويت ليست كذلك، ذلك أن المشرع الكويتي أورد نظرية أعمال السيادة في نص تشريعي خاص. وهذا ما سنتناوله في الاتي مع بيان مدى مخالفة نظرية أعمال السيادة في الدستور الكويتي والقانون الدولي.

الفرع الأول: نظرية أعمال السيادة في التشريع والقضاء الكويتي.

أورد المشرع الكويتي النص على حصانة أعمال السيادة من الرقابة القضائية لأول مرة في قانون تنظيم القضاء رقم 19-1959م، ثم جاء المرسوم بقانون قم 23/ 1990 بشأن تنظيم القضاء ليلغي المرسوم السابق ونص بالمادة الثانية على أنه "ليس

([36]) خليل، القضاء الإداري، (ص101).

([37]) الشوبكي، مرجع سابق، (79).

([38]) Auvert-Fink Josiane,les actes de gouvernement,irréductible pequ de chgrin, (p131).

([39]) جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة،(ص77 – 78) وداير، مرجع سابق، (ص324-325).

(٤٠) داير، مرجع سابق، (ص331).

للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة" وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمرسوم تعليقاً على هذا النص الآتي: "وتؤكد المادة الثانية خروج أعمال السيادة من ولاية القضاء عموماً لاتصالها بسيادة الدولة، وهو مبدأ مستقر في الفقه والقضاء منذ أمد بعيد، ومن ثم فليس للقضاء أن ينظر طلباً يمس أعمال السيادة سواء قصد به إلغاء العمل أو تفسيره أو وقف تنفيذه أو التعويض عنه."

ويتضح مما سبق بأن المشرع الكويتي قد نص على نظرية أعمال السيادة وقرر منع القضاء من التعرض لهذه الأعمال وحصنها بشكل كامل من ولاية القضاء واختصاصه.

وهذا ما أشار إليه حكم محكمة التمييز بأن "نظرية أعمال السادة وإن كانت في أصلها قضائية النشأة...ألا أنها في الكويت ذات أساس تشريعي... وقد ترك المشرع بما نص عليه في المادة الثانية من القانون رقم 1990/23 ومذكرته الإيضاحية الصادر بشأن تنظيم القضاء أمر تحديدها للقضاء اكتفاء بإعلان مبدأ وجودها".[41]

ويلاحظ بأن المادة الثانية من المرسوم بقانون لم تبين ما المقصود بأعمال السيادة، ولم تحدد معيارا لتمييز هذه الأعمال، وإنما أوكل تلك المهمة بشأن ما يعد عملا سياديا أم لا الي القضاء. وعلى ما جرى عليه قضاء محكمة التمييز بشأن المقصودة بأعمال السيادة هي تلك التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم وليس بصفتها سلطة إدارة وتصدر عنها في نطاق وظيفتها السياسية كسلطة عليا تتخذ ما ترى فيه أمن الوطن وسلامته وللمحافظة على سيادة الدولة وكيانها.[42]

كما أقرت محكمة التمييز بأنه "ولئن كان يتعذر وضع تعريف جامع مانع لأعمال السيادة أو حصر دقيق لها إلا أن ثمة عناصر تميزها عن الأعمال الإدارية العادية أهمها تلك الصبغة السياسية البارزة فيها لما تحيطها من اعتبارات سياسية فهي تصدر من الحكومة بوصفها سلطة حكم وليس بوصفها سلطة إدارة فينعقد لها في نطاق وظيفتها الأساسية سلطة عليها في اتخاذ ما ترى منه صلاحاً للوطن وأمنه وسلامته دون تعقيب من القضاء أو بسط الرقابة عليه منه، كما أن ما يعتبر عملاً من أعمال السيادة قد يهبط في ظروف أخرى الى مستوى الأعمال الإدارية"[43]

ويتبين لنا من خلال الرجوع الى الأحكام الصادرة من محكمة التمييز الكويتية أن القضاء استقر على المبادئ التالية لتحديد أعمال السيادة:

1 – القضاء هو الفيصل في تحديد أعمال السيادة الخارجة عن رقابته، إذ أناط المشرع للمحكمة سلطة تقرير الوصف القانوني للعمل المطروح أمامها.

2 – أعمال السيادة هي تلك الأعمال والإجراءات العليا التي تتخذها الحكومة باعتبارها سلطة حكم وليس سلطة إدارة.

3 – أن هناك معايير تميز أعمال السيادة عن الأعمال الإدارية ومن أهم هذه المعايير التي أخذ بها القضاء الكويتي هو المعيار الموضوعي أو طبيعة العمل الذاتية، فهي تصدر عن السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة حكم وليس بصفتها سلطة ادارة، وذلك في إطار وظيفتها السياسية كسلطة عليا تتخذ ما ترى فيه امن الوطن وسلامته وللمحافظة على سيادة الدولة وكيانه ووحدته.

ولم يكتف المشرع بالنص السابق فيما يتعلق بتحصين أعمال السيادة من رقابة القضاء بل جاء بنص الفقرة الخامسة من المادة الأولى من قانون انشاء الدائرة الإدارية وحدد على سبيل الحصر بعض الأعمال الخارجة عن ولاية القضاء، إذ جاء النص في الفقرة الخامسة كما يلي (الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية عدا القرارات الصادرة في شأن مسائل الجنسية وإقامة وإبعاد غير الكويتيين وتراخيص إصدار الصحف والمجلات ودور العبادة.)[44]

(41) حكم محكمة التمييز رقم 15/1713 الصادر بتاريخ 2017/2/7.
(42) انظر حكم محكمة التمييز رقم ٢٩٤ لسنة ٢٠٠٥.
(43) حكم محكمة التمييز. الطعن رقم ٢٠١٢/٣٩٩ مدني بتاريخ ٢٠١٢/١٠/١٠
(44) مرسوم بالقانون بشأن إنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية (20 / 1981).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن تحصين مسائل الجنسية وتراخيص الصحف ودور العبادة من رقابة القضاء واعتبارها من أعمال السيادة يشكل خروجاً عما استقر عليه الفقه والقضاء بشأن الأعمال الواردة في معيار القائمة القضائية والمعيار المختلط.

إلا أن محكمة التمييز قد أكدت على أن تلك الأعمال الواردة بالنص على أنها من أعمال السيادة حيث أشارت إلى أن "استقراء نص المادة الثانية من المرسوم الأميري رقم 19 لسنة 1959 وتعديلاته والفقرة خامسا من المادة الأولى من القانون رقم 20 لسنة 1981 المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1961 فلا يبدو فيما تضمنه هذان النصان مخالفة لظاهر النصوص الدستورية سالفة البيان وذلك أن نظرية أعمال السيادة تعتبر حقيقة قانونية مستقرة في كثير من النظم الدستورية وتستهدف التوفيق بين اعتبارات مختلفة، فإذا كان مبدأ المشروعية يعني خضوع تصرفات الإدارة للرقابة القضائية فإن هذه التصرفات قد تحيط بها من الاعتبارات مما يجعل من المصلحة عدم عرضها على القضاء فيكون من قبيل التوفيق بين هذه الضروريات استبعاد هذه التصرفات التي تتصل بالمصالح العليا والمحافظة على كيانها في الداخل والخارج من نطاق اختصاص المحاكم بدوائرها ودرجاتها المختلفة تطبيقا للظاهر من نصوص الدستور التي أناطت بالقانون ترتيب المحاكم وتعيين اختصاصاتها..."[45]

فالأصل العام في قانون انشاء الدائرة الإدارية هو إجازة طعن الأفراد والهيئات في القرارات الصادرة بشأنهم إلا أن المشرع استثنى بعض هذه القرارات واعتبرها عمل من أعمال السيادة، مما يعد هذا الحضر قيد على حق التقاضي فلا يجوز التوسع فيه.

فالأصل الدستوري–هو أن حق التقاضي مكفول للناس كافة، فيكون لكل ذي شأن اللجوء الى قاضيه الطبيعي بما في ذلك حق التقاضي في المنازعات الإدارية على القرارات الإدارية النهائية واخضاعها لرقابة القضاء–لذلك كان الأصل في حق التقاضي هو خضوع الأعمال والقرارات الإدارية لرقابة القضاء وحضر تحصين أي منها من هذه الرقابة وان وجد مثل هذا الحظر فهو استثناء وقيد على أصل الحق فلا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه، بما يمحو الأصل أو يجور عليه أو يعطله ويتغول عليه، فيقتصر أثره على الحالات وفي الحدود التي وردت به".[46]

وعلى ذلك يمكن القول بأن أعمال السيادة في الكويت مصدرها التشريع اذ أقر المشرع الحصانة لأعمال السيادة وترك أمر تحديدها للقضاء وذلك وفق قانون تنظيم القضاء ثم أضاف مجموعة من الأعمال الخارجة عن رقابة القضاء الاداري على سبيل الحصر وفقا لما جاء بقانون انشاء الدائرة الإدارية.

الفرع الثاني: مدى مخالفة نظرية أعمال السيادة في الدستور الكويتي والقانون الدولي.

حرص دستور دولة الكويت كأغلب الدساتير الحديثة أن ينص على مبدأ حق التقاضي إذ أفرد في المادة (166) على أن "حق التقاضي مكفول للجميع، ويبين القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق"، فالتقاضي حق أَصيل مستمد من الأصول الدستورية لا يمكن أي سلطة أخرى التعدي على هذا الحق وحرمان الأفراد منه كليا أو جزئيا، اذ يعتبر ذلك منافيا للأصول الدستورية.

ولما كان الدستور قد نص على الحقوق وكفلها ووضع الضمانات المقررة لها، ومؤدى ذلك أن تتمتع هذه الحقوق بالحماية القانونية التي تتمثل في تمكين الأفراد من التقاضي بشأنها، وتقرير الدستور لهذه الحقوق يعد خطابا موجها الى المشرع العادي بضرورة احترامها وكفالة أصولها...فإذا نص الدستور بعد ذلك على منح المشرع سلطة تنظيم تلك الحقوق فهو تنظيم مقيد حتما بضرورة كفالة الحق وصيانته دون الاعتداء عليه واهدار أصله.[47]

وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية في حكمها الصادر في الطعن رقم 14 لسنة 2006 حيث جاء بحكم المحكمة المشار اليه: "إن مبنى النعي على نص المادة أنه قد أنطوى على اخلال بحق التقاضي الذي كفله الدستور في المادة (166) منه...وحيث أن

([45]) الشريف، القانون الإداري٢، (ص69).

([46]) حكم محكمة التمييز الطعن رقم ٢٠٠٤/٢٩٤ اداري بتاريخ ٢٠٠٥/٣/٢٨

([47]) الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطة التشريعية والقضائية، (ص137) وما بعدها.

هذه المحكمة لدي إعمال ولايتها وممارسة اختصاصها في تقرير قيام المخالفة الدستورية التي علقت بالنص التشريعي أو نفي هذه المخالفة، عليها في إطار ما وسده اليها الدستور وقانون انشاءها أن تقيم المخالفة الدستورية – إذا ما ثبت صحتها – على ما يتصل بها من نصوص الدستور. لما كان ذلك، وكان من المسلم به – كأصل عام لا يدع مجالا للجدل فيه – أنه لا يكفي تقرير الحقوق والحريات للأفراد دون أن يقرن ذلك بحقهم في المطالبة بها والذود عنها وحمايتها وحق الدفاع عنها بالتقاضي بشأنها. وأن هذا الحق مستمد من المبادئ الأولية للجماعة منذ أن انتظمتها نظم وأوضاع قانونية وقد تضمنه الإعلان العالمي لحقوق الانسان. كما لم يخل دستور من دساتير العالم من النص عليه وتوكيده، وبالتالي فإن كل مصادرة لحق التقاضي تقع باطلة، ومنافية لمبادئ حقوق الانسان، ومخالفة للأصول الدستورية وقواعدها العامة. هذا وقد حرص الدستور الكويتي بالنص في المادة (166) منه على كفالة حق التقاضي للناس كافة، كمبدأ دستوري أصيل، والمستفاد من هذا النص هو حظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو تصرف أو أي قرار اداري تتخذه الجهة الإدارية في إطار مباشرتها لنشاطها العام من رقابة القضاء، وأنه وإن كان لا تناقض بين هذا الحق وبين جواز تنظيمه تشريعيا إلا أن ذلك مشروط بألا يتخذ المشرع من هذا التنظيم وسيلة إلى حظر هذا الحق أو اهداره هذا من ناحية، كما أنه من ناحية أخرى فقد تضمن الدستور النص في المادة (29) منه على أن الناس لدى القانون سواء، وأنهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، ولما كان حق التقاضي من الحقوق العامة التي كفل الدستور المساواة فيها بين الناس أجمعين، فإن حرمان طائفة معينة من هذا الحق مع تحقق مناطه وهو قيام المنازعة علي حق من حقوق أفرادها ينطوي على اهدار لمبدأ المساواة بينهم وبين غيرهم من الأفراد الذين لم يحرموا من هذا الحق، ولا ريب في أنه إذا حدد الدستور وسيلة معينة هي المطالبة القضائية للوصول الى الحق تعين التزام هذه الوسيلة، ولا يجوز للسلطة التشريعية أن تهدرها، فالدستور وإذ أنشأ السلطة القضائية وأسند اليها الفصل في الخصومات القضائية وإقامة العدل بين الناس في حيادة وتجرد مستقلة عن باقي السلطات الأخرى، فإنه لا يأتي للسلطة القضائية أن تباشر هذه الوظيفة التي أسند اليها الدستور إلا اذا تمكن الأفراد من ممارسة وسيلة المطالبة القضائية.."[48]

ولم يخلو القضاء المقارن من ترسيخ هذه المبادئ إذ أكدت محكمة القضاء الإداري المصري في حكم لها بتاريخ ٢٦ يونيو 1951على هذه المبادئ اذ أشارت الى أن "الدستور قد أفرد بابا خاصا يقرر فيه حقوق المصريين العامة وواجباتهم، وهو من أهم ما اشتمل عليه من أحكام. وقد قصد به–كما جاء في التقرير المرفوع من لجنة الدستور– أن يكون وضعا قانونيا له حكم الدستور وعلوه على القوانين العادية، وحتى يكون قيدا للشارع المصري لا يتعداه فيما يسنه من الأحكام."[49]

أما في فرنسا، فعلى الرغم من أن القضاء الإداري يأخذ بمبدأ سيادة القانون العادي لا القانون الدستوري، فإنه قرر– في صدد نص يمنع المحاكم على اختلاف أنواعها من نظر المنازعات التي تنشأ عن موضوع معين – اختصاصه بنظر هذه المنازعات، وجاء في أسباب حكمه أن الشارع، وإن نص على منع المحاكم من نظر نوع من هذه المنازعات، إلا أنه لا يتصور أن تكون نية الشارع قد انصرفت الى منع دعوى الإلغاء وإلا لنص على ذلك صراحة.[50]

فحق التقاضي من الحقوق الجوهرية التي كفلها الدستور لمراقبة كل تجاوز وتعسف من شأنه المساس بالحقوق والحريات الفردية والجماعية، وعليه فإن أي تحصين للقرارات الإدارية بإصدار تشريعات تقيد هذا الحق فان ذلك يشكل مخالفة للنصوص الدستورية.

كما نصت المادة (50) من الدستور الكويتي على أن "يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات وتعاونها وفقا لأحكام الدستور. ولا يجوز لأي سلطة النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه في هذا الدستور"

([48]) حكم المحكمة الدستورية الصادر في الطعن رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٦ بجلسة ٢٠٠٧/٤/١

([49]) حكم رقم ٣٥٧، مجموعة مجلس الدولة، السنة الخامسة، (ص١١١٢).

([50]) العطار، كفالة حق التقاضي، (ص٦٥٦)

ووفقا للنص السابق يقتضي أن تستقل كل سلطة في مباشرة الوظيفة التي أسندها إليها الدستور، ولا يحق لأي سلطة أن تعتدي على وظيفة سلطة أخرى الا بنص دستوري صريح.

ويترتب على ذلك أن تقتصر وظيفة السلطة التشريعية على الاختصاصات الممنوحة لها من الدستور وبالتالي لا يجوز أن تنتقص ولاية القضاء جزئيا أو كلياً.

وحيث أنه لا يأتي للقضاء أن يباشر وظيفته التي أسندها الدستور إلا إذا تمكن الأفراد من ممارسة وسيلة المطالبة القضائية، مادام أن القضاء لا يختص بإنزال كلمة القانون إلا في المنازعات التي ترفع اليه من أصحاب الشأن. وينبني على ذلك أن كل تقييد لوسيلة المطالبة القضائية هو في حقيقته تقييد لوظيفة القضاء في مزاولة اختصاصه، بما ينطوي عليه ذلك من تعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، واهدار للحقوق ذاتها التي كفلها الدستور.[51]

كما تشكل نظرية أعمال السيادة خروجا على مبدأ المساواة ذلك المبدأ الذي أقره دستور دولة الكويت في المادة (29) إذ نص على " الناس سواسية في الكرامة الإنسانية وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين" فحرمان الأفراد من حق التقاضي يعتبر إهداراً لمبدأ المساواة بين الأفراد، فحصول بعض الأفراد على حق من الحقوق في حين يحرم بعض الأفراد منها ولا يتمكن من اللجوء الى القضاء يشكل تعدي صارخ على مبدأ المساواة ومخالفة لنصوص الدستور.

انطلاقا لما سبق تعرضت نظرية أعمال السيادة في التشريعات الكويتية للنقد الشديد من قبل فقهاء القانون الدستوري الكويتي، حيث ذكر الدكتور عثمان عبد الملك الصالح فيما ما يتعلق بتحصين أعمال السيادة من رقابة القضاء "أن ترد مثل هذه الحماية في تشريع عادي في دولة ذات دستور جامد فلا تتردد بتقرير عدم دستوريته، ففي تقديرنا أن نص المادة من قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ السالفة الذكر يتعارض تطبيقه في الوقت الحاضر مع نص الدستور وروحه. ومن ثم يجب اهماله وعدم الالتفات اليه على اعتبار أنه غير معني به".[52]

أما عن موقفه فيما يتعلق من نص الفقرة (خامساً) من المادة (1) من المرسوم بالقانون رقم 20 لسنة (1981) بإنشاء الدائرة الإدارية يرى الدكتور "أن ولاية القضاء الإداري وفقا لما يقضي به نص المادة (169) من الدستور هي ولاية كاملة تشمل قضاء الإلغاء والتعويض، كما أنها ولاية عامة تشمل كافة المنازعات ذات الطبيعة الإدارية...هذا فضلا عن أن عبارات هذا النص قد جاءت بصورة عامة مطلقة دون قيد أو تحديد. مما يعني أنه لا يجوز للقانون الذي يصدر بإنشاء تلك الغرفة أو المحكمة أن يتضمن أحكاما تنتقص من ولايتها العامة الكاملة...والحقيقة أن وضع نص المادة (169) من الدستور الى جانب باقي نصوص الدستور وعلى الأخص المواد (6، 52، 166) منه وتفسرها تفسيراً شمولياً سوف يبين لنا بوضوح أن النظام الدستوري الكويتي لا مجال فيه للتشريعات المانعة من التقاضي أو النصوص المحصنة لبعض القرارات الإدارية من الطعن فيها أمام القضاء، والتي تمنعه من أن يمارس عليها ولاية الإلغاء أو التعويض.[53]

كما أيد البعض الاتجاه القائل بأن حرمان الأفراد من حق التقاضي سواء بحظر حق الطعن مع بقاء حق التعويض أو الاثنين معاً، هو مسلك غير دستوري مما يتعين ادانته نظراً لما يمثله من اعتداء على حق التقاضي الذي كفله الدستور.[54]

في حين يرى اخر أن حرمان الأفراد من الطعن في بعض القرارات التي تم تحديدها بموجب الفقرة (خامساً) من المادة (1) مسلك خاطئ فيه مخالفة للدستور ولابد من إعادة النظر فيه ليتم تعديله على نحو يجيز الطعن القضائي بشأن هذه القيد. [55]

([51]) عبدالبر، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، (ص615).

([52]) الصالح، السلطة اللائحية للإدارة في الكويت والفقه المقارن وأحكام القضاء. (ص107).

([53]) الصالح، التنظيم الدستوري للرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الكويت ومحاولات وضعه محل التنفيذ، (ص١٨)

([54]) الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت دراسة مقارنة، (ص١٠١٧).

([55])المقاطع، بيان مدى اختصاص لجنة حقوق الانسان في مجلس الأمة الكويتي بنظر شكاوي سحب الجنسية، (مج١٧/ ص٢٢٦).

مما تقدم وما يستخلص من الأحكام والآراء الفقهية بشأن نظرية أعمال السيادة نجد أنها استقرت على عدم دستورية هذه النصوص المانعة من حق التقاضي.

فلكل انسان المطالبة بحقه والدفاع عنه والتقاضي بشأنه، اذ لا يشكل المساس بحق التقاضي عدوانا على حقوق الأفراد التي كفلها الدستور فحسب، وإنما يعد ذلك أيضاً تعدياً على سلطة القضاء وانتقاص من ولايته وحرمانه من مباشرة اختصاصاته الدستورية.

وباعتبار ضمانات الرقابة القضائية قواعد دستورية استمدت شرعيتها من نصوصه فان من واجب الرقابة على دستورية القوانين حماية هذه القواعد من الاعتداء لتظل قواعد واجبة النفاذ والاحترام.

أما على الصعيد الدولي رسخت المعاهدات والمواثيق الدولية مبادئ أساسية لاحترام حقوق وحريات الانسان والتزامات تتقيد الدول باحترامها من خلال التشريعات الداخلية وتصرفات السلطة العامة وتمكين الرقابة القضائية من بسط ولايتها عليها، ولضمان فاعلية الرقابة القضائية في حماية حقوق وحريات الأفراد وفقا للمعايير الدولية لابد أن تقوم الرقابة على عناصر جوهرية تتمثل في كفالة حق التقاضي؛ واستقلال القضاء؛ والمساواة أمام القانون والقضاء.

ففي عام 1948 اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والذي يعتبر الأساس الذي انبثقت منه الاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان وخارطة الطريق لحماية حرية الأفراد وحقوقهم، إذ أولى الإعلان حق التقاضي أهمية بالغة، فنجد المادة (10) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان قد نصت على أن "لكل إنسان، وعلى قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة، نظراً منصفا وعلنيا، للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أي تهمة جزائية توجه إليه".[56]

كما نصت المادة (8) من الإعلان على أن: "لأي شخص حق اللجوء الى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه الفعلي من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها الدستور أو القانون."

وفي 21 ديسمبر عام 1965 اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية القضاء على التمييز العنصري المنضمة اليها دولة الكويت عام 1968 وفقا للقانون رقم (33) لسنة 1968 حيث أشارت المادة الخامسة من الاتفاقية على حق كل انسان دون تمييز بسبب العرق أو اللون أو الأصل القومي أو الإثني، في المساواة أمام القانون، لا سيما الحق في المعاملة على قدم المساواة أمام المحاكم وجميع الهيئات الأخرى التي تتولى إقامة العدل.

كما نصت المادة السادسة من الاتفاقية على أن "تكفل الدول الأطراف لكل إنسان داخل في ولايتها حق الرجوع إلى المحاكم الوطنية وغيرها من مؤسسات الدولة المختصة لحمايته ورفع الحيف عنه على نحو فعال بصدد أي عمل من أعمال التمييز العنصري يكون انتهاكاً لما له من حقوق الإنسان والحريات الأساسية ويتنافى مع هذه الاتفاقية، وكذلك حق الرجوع إلى المحاكم المذكورة التماساً لتعويض عادل مناسب أو ترضية عادلة مناسبة عن أي ضرر لحقه كنتيجة لهذا التمييز".

وقد جاء العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المعتمد من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1966 والذي تم الموافقة عليه بموجب قانون رقم 12 لسنة 1996 بشأن انضمام الكويت لهذا العهد جملة من الضمانات المتعلقة بحق التقاضي، اذ أشارت الفقرة الأولى من المادة (14) من العهد ذاته الى أن "الناس جميعا سواء أمام القضاء. ومن حق كل فرد، لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون".

(56) مشار إليه في الموقع الإلكتروني: http://www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights/

وعلى الصعيد الإقليمي تضمن الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي تم الموافقة عليه من قبل المشرع الكويتي بالقانون رقم 84 لسنة 2013 عددًا من المبادئ المتعلقة بحق التقاضي فنص على أن: "جميع الأشخاص متساوون أمام القانون، ولهم الحق في التمتع بحمايته من دون تمييز...، وجميع الأشخاص متساوون أمام القضاء. وتضمن الدول الأطراف حق التقاضي بدرجاته لكل شخص خاضع لولايتها...، ولكل شخص الحق في محاكمة عادلة تتوافر فيها ضمانات كافية، وتجريها محكمة مختصة ومستقلة ونزيهة ومنشأة سابقا بحكم القانون، وذلك في مواجهة أي تهمة جزائية توجه إليه، أو للبت في حقوقه أو التزاماته، وتكفل كل دولة طرفًا لغير القادرين مالياً الإعانة العدلية؛ للدفاع عن حقوقهم. وتكون المحاكمة علنية إلا في حالات استثنائية، تقتضيها مصلحة العدالة في مجتمع يحترم الحريات وحقوق الإنسان".

على ضوء ما سبق نجد أن القانون الدولي لحقوق الإنسان قد رسخ حق التقاضي في العديد من المواثيق الدولية والإقليمية وأكد على أهمية تمتع الأفراد بالمحاكمة العادلة والمساواة أمام القانون، كما شدد على تعهد الدول الأطراف بضمان هذه الحقوق المكفولة في المعاهدات واستنادا لنص المادة (70) من دستور دولة الكويت التي نصت بأن للمعاهدات قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية مما يستوجب الالتزام بالمواثيق الدولية التي أصبحت جزء من النظام القانوني لدولة الكويت.

الخاتمة

أورد المشرع الكويتي النص على حصانة أعمال السيادة من الرقابة القضائية وأنه ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة مما يشكل اعتداء خطيراً على مبدأ المشروعية ومساساً بحق التقاضي المنصوص عليه في الدستور حماية لحقوق وحريات الأفراد، وفيه أيضا مخالفة لدولة القانون والمؤسسات التي يشكل بها مبدأ حق التقاضي معياراً أساسياً فيها، فلا وجود لدولة القانون في ظل غياب الرقابة القضائية.

ومن خلال الدراسة التي قمنا بها وبيان مفهوم نظرية أعمال السيادة ومعايير تمييزها وموقف كل من التشريع والقضاء الكويتي منها، توصلنا إلى النتائج التالية:

1- أعمال السيادة في الكويت مصدرها التشريع إذ أقر المشرع الحصانة لأعمال السيادة وترك أمر تحديدها للقضاء وذلك وفق قانون تنظيم القضاء ثم أضاف مجموعة من الأعمال الخارجة عن رقابة القضاء الاداري على سبيل الحصر وفقا لما جاء بقانون انشاء الدائرة الإدارية.
2- لم يحدد التشريع الكويتي معيارا محددا لتمييز أعمال السيادة بل أوكل للقضاء سلطة تقرير الوصف القانوني للعمل المطروح أمامها فيما إذا كان من أعمال السيادة أم عملا إدارياً.
3- نص الدستور الكويتي على حقوق وحريات الأفراد ومؤدى ذلك أن تتمتع هذه الحقوق بالحماية القانونية وذلك بتمكين الأفراد من التقاضي بشأنها، وبالتالي فان تحصين بعض أعمال السلطة التنفيذية من الرقابة القضائية يشكل مخالفة لنصوص الدستور.
4- إن نظرية أعمال السيادة تتعارض مع الإعلانات العالمية لحقوق الأنسان وفي المواثيق والعهود والاتفاقات المنظمة لحقوق الانسان التي رسخت مبدأ حق الانسان في محاكمة عادلة.

بناء على ما سبق يوصي الباحث بما يلي:

1- تقليص نطاق نظرية أعمال السيادة لتقتصر فقط على تلك الأعمال المتصلة بشئون الدولة الخارجية، والأعمال المنظمة للعلاقة بين السلطات العامة في الدولة، والأعمال المتعلقة بالحرب.

2- يجب على القضاء تكريس مبدأ حق التقاضي وتضييق نطاق الأعمال التي تعد من أعمال السيادة، ويكون ذلك عن طريق توفير الضمانات الضرورية التي تكفل للقاضي الاستقلالية والحياد أثناء اداء وظيفته.

3- أن تقتصر حصانة أعمال السيادة من الرقابة القضائية على الإلغاء دون التعويض إذ يكفل ذلك للسلطة التنفيذية من ممارسة أعمالها ومن جانب آخر حماية حقوق الأفراد.

المصادر والمراجع

أبو العنين، محمد ماهر (٢٠١٦)، الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري. المركز القومي للإصدارات القانونية.

الجرف، طعيمة (١٩٧٦)، *مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون*، القاهرة، دار النهضة العربية.

السكسيوي، أحمد محمد (٢٠١٦). نظرية أعمال السيادة كقيد مانع لإختصاص القضاء الإداري: محاولة في تحديد المفهوم. المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية. ع١٠.

الشريف، عزيزة (2000). *القانون الإداري (2)*، الكويت، مؤسسة دار الكتب.

الشوبكي، عمر محمد (2006)، *القضاء الإداري*، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة.

الصالح، عثمان عبدالملك (1994). *السلطة اللائحية للإدارة في الكويت والفقه المقارن وأحكام القضاء*. الطبعة الثانية. جامعة الكويت.

الطبطبائي، عادل (٢٠٠٠). *الحدود الدستورية بين السلطة التشريعية والقضائية*. منشورات مجلس البحث العلمي، جامعة الكويت.

الطماوي، سليمان (2006)، *النظرية العامة للقرارات الإدارية*، دراسة مقارنة، القاهرة، دار الفكر العربي.

العاني، وسام صابر (٢015)، *القضاء الإداري*، بغداد، دار السنهوري.

العطار، فؤاد (1959)، كفالة حق التقاضي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية.

تقيه، محمد (1992)، *مبدأ المشروعية ورقابة القضاء على الأعمال الإدارية*، الديوان الوطني للأشغال التربوية، مجلة ملتقى قضاء الغرف الإدارية.

جمال الدين، سامي (2004)، *أصول القانون الإداري*، الاسكندرية، دار المعارف.

حافظ، محمود (1983)، *أعمال السيادة في التشريع المصري*، القاهرة، عالم الكتاب.

خليل، محسن. *القضاء الإداري*، بيروت، الدار الجامعية.

عبدالبر، فاروق (1991)، *دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة*، ج2.

عمر، حمدي علي (2016)، *الإتجاهات الحديثة للقضاء في الرقابة على أعمال السيادة*، دراسة مقارنة، طبعة 2016، الاسكندرية، منشأة المعارف.

غانم، هاني عبد الرحمن (٢٠١٧). الوسيط في أصول القضاء الإداري، مكتبة نيسان للطباعة والنشر.

مسعود، دبراسو (2013)، *حدود الرقابة على أعمال السيادة*، رسالة ماجستير، بسكرة، جامعة محمد خضير.

هريدي، محمد عبدالحافظ (1952)، *أعمال السيادة في القانون المصري والمقارن*، رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى، مصر، جامعة القاهرة.

المحكمة الإدارية العليا (1979). *قرار رقم 277، الطعن 33*. مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية.

محكمة التمييز الكويتية (2005). *حكم رقم 294*.

محكمة التمييز الكويتية (2012). *طعن رقم 2012/399 مدني*.

محكمة التمييز الكويتية (2005). *طعن رقم 2004/294 إداري*.
المحكمة الدستورية الكويتية (2007). *طعن رقم 14 لسنة 2006*.
Charles Debbasch. 2004. *Frédéric Colin.* Droit administratif,7 édition. Paris. Economica.
Martine Lombard, 2009. *Gille Dumont*, Droit administratif, 8ème édition, Paris. Dalloz.
Gustave peiser, 1995. *Contentieux administratif*, 9eme édition, Paris. Dalloz.