

مبدأ حق التقاضي: دراسة مقارنة لموقف القضاء من نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين (فرنسا – مصر – الكويت)

د. خالد فايز الحويلة*

الملخص:

يعد مبدأ حق التقاضي من أهم الحقوق الطبيعية للإنسان، إذ يستطيع كل فرد من خلاله صد أي اعتداء يشكل مساساً بحقوقه وحرياته، لذلك نصت الدساتير الحديثة على هذا الحق كأحد الضمانات اللازمة لتعزيز مبدأ سيادة القانون من ناحية وحماية حقوق وحرريات الأفراد من ناحية أخرى، إلا أن التشريعات العادية في بعض الدول جاءت ونالت من هذا الحق تحت مبررات ومسوغات مختلفة كما هو الحال بالنسبة لنظرية أعمال السيادة وفكرة تحصين بعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء.

في هذه الدراسة سنتناول مفهوم حق التقاضي وموقف المشرع الدستوري والعادي من هذا الحق في الكويت ومقارنته بما هو عليه الحال في فرنسا ومصر. كما سنعرض إلى موقف القضاء في هذه الدول من حق التقاضي والتعرف على أهم تطبيقاته تجاه نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين. كما ستبين هذه الدراسة في خاتمتها عدم دستورية فكرة التحصين كأحد الاستثناءات الواردة على مبدأ حق التقاضي بالإضافة إلى دعوة المشرع العادي إلى إلغاء نظرية أعمال السيادة لتعارضها مع مبدأ حق التقاضي، بالإضافة إلى إلغاء التشريعات التي تمنع رقابة القضاء (فكرة التحصين)، إذ إنها تتعارض مع نصوص الدستور.

* أستاذ القانون العام المساعد – كلية القانون الكويتية العالمية

المقدمة:

يعد حق التقاضي من الحقوق الطبيعية للإنسان؛ حيث يحق لكل فرد اللجوء إلى القضاء متى ما وقع اعتداء على حق من حقوقه، كما أنه حق مفترض أي لا يحتاج أن تنص عليه الدساتير، إذ إن هذه الأخيرة تأتي وتنص على حقوق وحرريات الأفراد، ومتى ما تم الاعتداء على تلك الحقوق والحرريات جاز للأفراد اللجوء إلى القضاء لرد ذلك الاعتداء وصدده وإلا اعتبرت تلك الحقوق والحرريات مجرد نصوص تتزين بها الدساتير ما لم توجد الوسيلة القانونية التي تضي الحماية عليها، ومبدأ حق التقاضي يعد أحد أهم الوسائل القانونية التي تحقق ذلك الأمر الذي ينعكس بالإيجاب على مفهوم مبدأ سيادة القانون.

كما أن المشرع العادي لا يملك مصادرة حق التقاضي أو الانتقاص منه، وذلك من خلال تشريعات يتم من خلالها إخراج بعض الموضوعات من رقابة القضاء، ومثل هذه التشريعات لو وجدت لاعتبرت غير دستورية، إذ تشكل خروجاً على مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ المساواة. كما أن مبدأ حق التقاضي يقتضي أيضاً تمهيد طريق اللجوء إلى القضاء وعدم وضع العراقيل والصعوبات التي من شأنها أن تحول بين الأفراد وبين اللجوء إلى القضاء. وقد حرص المشرع الدستوري الكويتي على النص على مبدأ حق التقاضي وذلك في المادة 166 منه، إذ جاء فيها إن: (حق التقاضي مكفول للناس، ويبين القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق).

ويتضح من النص السابق أن المشرع شدد على حق الأفراد في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقهم، وهو حق أصيل وواجب دستوري على السلطة القضائية ممارسته، إذ يترتب على ذلك الحق تعزيز مبدأ سيادة القانون بمعناه الواسع بالإضافة إلى تحقيق العدالة التي ينشدها المشرع الدستوري في المادة السابعة من الدستور الكويتي التي تنص على أن: (العدل والحرية والمساواة دعائم المجتمع، والتعاون والتراحم صلة وثقى بين المواطنين).

لذلك سوف نتناول في هذه الدراسة مبدأ حق التقاضي كأحد أهم الوسائل القانونية اللازمة لتعزيز مبدأ سيادة القانون؛ كما سنعرض لموقف القضاء في كل من (فرنسا - مصر - الكويت) تجاه نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين كأحد

الاستثناءات، التي وردت على مبدأ حق التقاضي، وذلك من خلال دراسة أحكامه المنشورة وفقاً للمنهج التحليلي والتأصيلي، ويقصد بأعمال السيادة الأعمال التي تصدر من السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم ولا تخضع لرقابة القضاء؛ أما فكرة التحصين فنعني بها عدم خضوع بعض القرارات الإدارية لرقابة القضاء بناء على نص قانوني يمنع القضاء من نظر تلك القرارات وبحث مدى مشروعيتها، مما يعني إغلاق باب الطعن أمام الأفراد ضد تلك القرارات، والعمل المحصن في حقيقته هو عمل من الأعمال الإدارية بطبيعته، وهي دوماً قرارات تخضع لرقابة القضاء من حيث الإلغاء والتعويض، وبالتالي فإنها تختلف عن أعمال الحكومة والتي لا تخضع لرقابة القضاء على اعتبار أنها أعمال سيادة⁽¹⁾،

وسيتم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، وذلك على الشكل التالي:

المبحث الأول - مفهوم حق التقاضي وموقف المشرع في فرنسا ومصر والكويت
المبحث الثاني: موقف القضاء في فرنسا ومصر والكويت تجاه نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين.

(1) د. محمود سامي جمال الدين - القضاء الإداري في دولة الكويت - 1998 - ص 125.

المبحث الأول مفهوم حق التقاضي وموقف المشرع في فرنسا ومصر والكويت

سوف نتناول في هذا المبحث مفهوم حق التقاضي وموقف المشرع في فرنسا ومصر والكويت من هذا الحق، وذلك في مطلبين الأول سنخصصه للحديث عن مفهوم حق التقاضي والثاني للتعرف على موقف المشرع الفرنسي والمصري والكويتي من ذلك الحق.

المطلب الأول مفهوم حق التقاضي

يعد مبدأ سيادة القانون أحد أهم الضمانات اللازمة في مجال الحقوق والحريات العامة للمحافظة عليها والذود عنها من أي اعتداء، بالإضافة إلى مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ الرقابة القضائية. ويعد مبدأ سيادة القانون من الركائز المهمة التي تقوم عليها الدولة الحديثة وأحد أهم المبادئ التي تميز ما بين الدولة الدكتاتورية والدولة الديمقراطية، إذ إن هذه الأخيرة ترتبط بسيادة القانون الذي يحمي الحقوق والحريات العامة في مواجهة الدولة، وذلك لأن السلطة تعمل وفق القانون ولا تعلق عليه⁽²⁾. ولا تكاد تخلو الدساتير المعاصرة اليوم من النص على مبدأ سيادة القانون، الأمر الذي يعكس أهمية هذا المبدأ في حياة الشعوب لما ينطوي عليه من ترسيخ لمفهوم دولة القانون⁽³⁾.

ويقصد بمبدأ سيادة القانون أن يكون القانون هو السيد الأعلى، بحيث يعلو على الجميع فتلتزم به جميع السلطات والهيئات ويخضع له كل الأفراد حكماً ومحكومين⁽⁴⁾. هذا ويذهب بعض من الفقه إلى ضرورة التمييز بين مبدأ سيادة

(2) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات - دار الشروق - القاهرة - 1999 - ص 27.

(3) د. عماد فوزي ملوخية، الحريات العامة وفق المتغيرات السياسية - منشأة المعارف - القاهرة - 2014 - ص 96.

(4) د. ماجد الحلو، القضاء الإداري - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - 2010 - ص 18.

القانون وبين مبدأ المشروعية أو مبدأ خضوع الدولة للقانون، إذ إن الأخير يعني خضوع جميع السلطات في الدولة للقانون ويشكل ضمانة لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم ضد تحكّم الدولة، وبالتالي يعد أكثر اتساعاً من مبدأ سيادة القانون، والذي يعد أضيق نطاقاً من مبدأ خضوع الدولة للقانون الهادف إلى تقييد السلطة الإدارية في الدولة فقط⁽⁵⁾.

ويعني ما سبق أن مبدأ سيادة القانون لا يطبق إلا على السلطة التنفيذية فقط، في حين أن مبدأ خضوع الدولة للقانون يقضي بإخضاع جميع السلطات العامة للقانون، فهو لا يقيد السلطات الإدارية فقط وإنما يُقيد أيضاً السلطة التشريعية⁽⁶⁾. ويذهب في هذا الاتجاه أيضاً الدكتور عاطف البنا، إذ يرى أن مبدأ سيادة القانون أضيق نطاقاً من مبدأ خضوع الدولة للقانون، وذلك لأن المبدأ الأول يعني خضوع الإدارة للتشريع البرلماني فقط، أما نظام الدولة القانونية فإنه يقضي بإخضاع جميع السلطات العامة - وليس فقط السلطة التنفيذية - للقانون بمعناه الواسع⁽⁷⁾.

إلا أن الفقه أصبح لا يُفرق بين مبدأ سيادة القانون وبين مبدأ المشروعية أو مبدأ الخضوع للقانون، إذ إن هذا الأخير يعني سيادة حكم القانون وضرورة خضوع الجميع له، سواء أكانوا حكاماً أو محكومين⁽⁸⁾، كما أن التفرقة بين مبدأ خضوع الدولة للقانون ومبدأ سيادة القانون يستند إلى اعتبارات تاريخية لم تعد قائمة اليوم، إذ كانت الفكرة السائدة في فرنسا هي سيادة التشريع باعتباره صادراً عن البرلمان الذي يمثل الإرادة العامة، وقد أدى ذلك إلى عدم وجود رقابة على دستورية القوانين قبل 1958، إلا أن التشريع اليوم أصبح يخضع لرقابة القضاء (المجلس الدستوري) في فرنسا، وبالتالي أصبحت التفرقة بين الفكرتين هي تفرقة بين مترادفين⁽⁹⁾.

(5) سامي جمال الدين، القضاء الإداري (الرقابة على أعمال الإدارة - مبدأ المشروعية - تنظيم القضاء الإداري) - دراسة مقارنة - 2003 - ص 12، 13.

(6) د. ثروت بدوي، النظم السياسية - 1989 - ص 171، 172.

(7) د. محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري - الطبعة الثانية 1999 - ص 18.

(8) انظر: د. ماجد الحلو - المرجع السابق - ص 18. ود. محمود عمر معتوق - رسالة دكتوراه بعنوان

مبدأ المشروعية وتطبيقاته في النظام الجماهيري - دراسة مقارنة - 2001 - ص 20، 21.

(9) د. محمد عبداللطيف - النظم السياسية - 1997 - ص 119، 120.

ونحن بدورنا نؤيد الرأي القائل بأنه لا يوجد مبرر للتفرقة ما بين مبدأ سيادة القانون ومبدأ المشروعية أو خضوع الدولة للقانون، إذ إنهما وجهان لعملة واحدة وهي إخضاع جميع السلطات والأفراد لأحكام القانون بمعناه الواسع، والذي يشمل مختلف القواعد القانونية بحسب تدرجها. وفي نفس الاتجاه، استقرت أحكام القضاء في مصر على استعمال تعبير سيادة القانون كمرادف لمبدأ المشروعية، ومن ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا بهذا الشأن، الذي جاء فيه إن: «مبدأ المشروعية وسيادة القانون هو المبدأ الذي يوجب خضوع سلطات الدولة للقانون والتزام حدوده في كافة أعمالها وتصرفاتها»⁽¹⁰⁾.

وبناء على ما سبق، فإننا نرى أن المقصود بمفهوم مبدأ سيادة القانون بمعناه الواسع أي نصوص الدستور والقوانين العادية، وبالتالي يجب على السلطات الموجودة في الدولة بالإضافة إلى الأفراد احترام مبدأ سيادة القانون وفق المفهوم السابق وذلك بالخضوع لأحكامه وعدم الخروج عليها.

وإذا كان مبدأ سيادة القانون يعني خضوع جميع السلطات في الدولة للقانون بالمعنى الواسع، فإن هذا المبدأ لا يكتمل تحقيقه ولا يؤول ثماره إلا إذا كفل الدستور الرقابة القضائية بصورة صحيحة على جميع أعمال السلطات العامة في الدولة⁽¹¹⁾، ويتحقق ذلك بكفالة حق التقاضي مع توفير الضمانات اللازمة لتحقيق مبدأ استقلالية القضاء أو السلطة القضائية⁽¹²⁾، وذلك تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات. ويعد حق التقاضي من الحقوق الطبيعية للصيقة بشخص الإنسان والتي لا تنفك عنه أبداً، إذ إنها مستمدة من القانون الطبيعي، والذي سبق كل القوانين الوضعية، وبالتالي لا يحق لتلك القوانين أن تأتي اليوم وتنال من ذلك الحق⁽¹³⁾ وذلك بمصادرته أو الانتقاص منه. ويقصد بحق التقاضي حق الأفراد باللجوء إلى القضاء متى ما تم الاعتداء على حقوقهم وحررياتهم وذلك لرد وصد الاعتداء عن تلك الحقوق، فحق التقاضي حق أصيل وبدون ذلك الحق لا يمكن أن

(10) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 1976/4/3.

(11) د. محمد المقاطع - الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية - الكويت - 2015 - ص 459.

(12) انظر: د. محمد المقاطع - المرجع السابق - ص 461-462.

(13) د. أنور أحمد رسلان - الديمقراطية بين الفكر الفردي والفكر الاشتراكي - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة - 1971 - ص 245.

يُعدّ نظام الحكم في دولة ما ديمقراطياً، ما لم يكفل ذلك النظام للأفراد هذا الحق حتى يطمئن الأفراد على حقوقهم ويتبدد من نفوسهم الشعور بالظلم⁽¹⁴⁾. ويعد حق التقاضي اليوم من الحقوق المفترضة والتي لا تحتاج أن ينص عليها الدستور، لأن الدستور عندما ينص على الحقوق والحريات العامة للأفراد فلا بد أن يكون في المقابل للأفراد الحق في الذود عن حقوقهم وحرياتهم متى ما تم الاعتداء عليها من قبل السلطات الموجودة في الدولة، وذلك عن طريق اللجوء للقضاء، الذي يشكل الملاذ الآمن للأفراد لنيل حقوقهم وحرياتهم، وإلا عُدت تلك الحقوق والحريات العامة مجرد نصوص تتزين بها الدساتير لا تغني ولا تسمن من جوع، لذلك فإن حق التقاضي أشبه ما يكون بالمضاد الحيوي الذي يلجأ إليه الإنسان لكي يدفع به الفيروسات التي تهاجم جسده من أجل المحافظة على صحته.

وبناء على ما سبق، فإن السلطة التشريعية لا تملك الحق في الاعتداء على ذلك الحق - حق التقاضي - وذلك بمنع القضاء من بحث نزاع معين أو التصدي لموضوع معين، وذلك من خلال تشريعات تخرج بها موضوعات من اختصاص القضاء، الأمر الذي يشكل اعتداءً على مبدأ الفصل بين السلطات من ناحية والإخلال بمبدأ المساواة بين الأفراد بشأن ذلك الحق من ناحية أخرى، بالإضافة إلى ما يشكله من اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات.

لذلك نرى أن مصادرة حق التقاضي تعد عملاً غير مشروع، ومن ثم فإن أي نص تشريعي يمس هذا الحق فهو نص باطل وغير دستوري لخروجه على النصوص الدستورية، التي تؤكد هذا الحق ومخالفته لمواد الدستور التي تحمي المساواة بين جميع المواطنين في لجوئهم إلى القضاء بلا تفرقة أو تمييز في ممارستهم لهذا الحق.

كما نعتقد أنه لا يكفي النص على حق التقاضي وإنما لا بد من تمهيد طريق اللجوء للقضاء، وذلك بتسهيل الإجراءات وعدم وضع العراقيل أمامه، وتطبيقاً لذلك ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى أن: «الالتزام الواقع على عاتق الدولة وفقاً لنص المادة الثامنة والستين من الدستور يقتضيها أن توفر لكل فرد وطنياً كان أم أجنبياً نفاذاً ميسراً إلى محاكمها بالإضافة إلى الحماية الواجبة للحقوق المقررة

(14) د. سعد عصفور - النظام الدستوري المصري - دستور 1971 منشأة المعارف - الإسكندرية - 1980 ص 417.

بتشريعاتها وبمراعاة الضمانات الأساسية اللازمة لإدارة العدالة إدارة فعالة وفقاً لمستوياتها في الدولة المتحضرة»⁽¹⁵⁾. كما نصت في حكم آخر لها بأن: «إنكار الحق في الترضية القضائية سواء بمنعها ابتداءً أو بإقامة العراقيل في وجه اقتضائها أو بتقديمها متباطئة متراخية دون مسوغ أو بإحاطتها بقواعد إجرائية تكون معيبة في ذاتها بصفة جوهرية لا يعدو أن يكون إهداراً للحماية التي يفرضها الدستور والقانون للحقوق التي وقع العدوان عليها وانكساراً للعدالة في جوهر خصائصها وأدق توجهاتها»⁽¹⁶⁾.

وللأسف فإنه رغم أهمية هذا المبدأ، إلا أنه تم النيل منه، إذ كثرت الوسائل والطرق التي استعملت لمصادرة حق التقاضي، ومن أبرز هذه الوسائل نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين؛ ونرى أن المساس بمبدأ حق التقاضي وذلك بمصادرة هذا الحق أو الانتقاص منه يشكل مخالفة للمبادئ والقواعد العامة في القانون والتي استقرت في وجدان الضمير الإنساني بالإضافة إلى ما تشكله من مخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات.

فالقانون أو القرار الذي يترتب عليه حرمان بعض الأفراد من اللجوء إلى القضاء يشكل انتهاكاً لمبدأ المساواة في الحقوق والواجبات العامة التي تنفرع عنه المساواة أمام القضاء⁽¹⁷⁾.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه: «ولما كان حق التقاضي من الحقوق العامة التي كفلت الدساتير المساواة بين المواطنين فيها فإن حرمان طائفة معينة من هذا الحق مع تحقق مناطه - وهو قيام المنازعة على حق من حقوق أفرادها - ينطوي على إهدار لمبدأ المساواة بينهم وبين غيرهم من المواطنين الذين لم يحرّموا من هذا الحق»⁽¹⁸⁾.

(15) الحكم الصادر في القضية رقم (57 لسنة 4 ق.د) بجلسة 6 مايو 1993 - مجموعة أحكام المحكمة الدستورية الجزء الخامس - المجلد الثاني - ص 150.

(16) الحكم الصادر في القضية رقم (2 لسنة 14 ق.د) بجلسة 4 إبريل 1993 - مجموعة أحكام المحكمة الدستورية الجزء الخامس - المجلد الثاني - ص 241.

(17) د. عبدالغني بسيوني - مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي - الطبعة الثانية - منشورات الحلبي الحقوقية - ص 34.

(18) الحكم الصادر في القضية رقم (67 لسنة 6 ق.د) بجلسة 16 فبراير 1985 - مجموعة أحكام المحكمة الدستورية الجزء الثالث - ص 145.

المطلب الثاني

موقف المشرّع الفرنسي والمصري والكويتي من حق التقاضي

سنتناول في هذا المطلب موقف المشرّع الفرنسي والمصري والكويتي من مبدأ حق التقاضي، حيث سنخصص الفرع الأول لموقف المشرّع الفرنسي والمصري من ذلك المبدأ وفي الفرع الثاني سنتناول موقف المشرّع الكويتي.

الفرع الأول

موقف المشرّع الفرنسي والمصري من حق التقاضي

سنتناول في هذا المطلب موقف المشرّع الفرنسي والمصري من مبدأ حق التقاضي، حيث سنتعرض أولاً لموقف المشرّع الفرنسي، وثانياً لموقف المشرّع المصري من هذا المبدأ.

أولاً - موقف المشرّع الفرنسي:

جاءت الثورة الفرنسية في أعقاب حقبة تاريخية عاشتها فرنسا طغت عليها ممارسات استبدادية من قبل السلطة في تلك الفترة، وهو ما أدى إلى حصول انتهاكات واسعة لحقوق وحرّيات الأفراد، ومن أهم هذه الانتهاكات انعدام مبدأ المساواة أمام القضاء وعدم كفالة حق التقاضي في المجتمع الفرنسي؛ لذلك عندما جاءت الثورة الفرنسية حملت على عاتقها حماية مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، إذ احتل مبدأ المساواة مكانة بارزة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن المعلن في 26 أغسطس 1789، والذي جاء في مادته الأولى أن: «الأفراد يولدون أحراراً ومتساوين في الحقوق»، ثم جاء الدستور المعلن في 24 يونيو 1793 ونص على مبدأ المساواة على رأس تلك الحقوق قبل الحرية والأمن والملكية.

هذا ولم ينص المشرّع الدستوري الفرنسي وكذلك المشرّع العادي على نظرية أعمال السيادة كإحدى الاستثناءات التي ترد على مبدأ حق التقاضي، إلا أن القضاء الفرنسي هو من ابتدع تلك النظرية كغيرها من نظريات القانون الإداري، وهو ما سوف نتعرض له لاحقاً في المبحث الثاني من البحث؛ كما أن المشرّع العادي الفرنسي نص في بعض التشريعات على فكرة التحصين، والتي ترتب عليها منع القضاء من نظر بعض التصرفات والأعمال الصادرة من قبل السلطة، وذلك في

حالات نادرة مثل المادة (18) المضافة إلى أمري أبريل لعام 1944 و 1945 بأن يكون قرار هيئة الشرف غير قابل لأي طعن، وأيضاً نص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون رقم 23 مايو 1943 التي تنص على أنه: «لا يجوز أن يكون منح التنازل محل طعن إداري أو قضائي...»، إذ كان القانون رقم 27 أغسطس لعام 1940 قد أوجب على العمدة عمل قائمة بالاستغلات المحجورة غير المزروعة منذ أكثر من سنتين، وأجاز للعمدة حتى دون انتظار نتائج هذا الحصر التنازل عن كل قطعة أرض متروكة أو غير مزروعة منذ أكثر من عامين لزراعتها فوراً؛ ثم صدر القانون رقم 23 لسنة 1943 الذي يجعل من قرارات المنح تلك قرارات نهائية غير قابلة للطعن⁽¹⁹⁾، إلا أن موقف القضاء الإداري في فرنسا كان حاسماً بشأن تلك الفكرة، إذ لم يعتد بها استناداً إلى المبادئ العامة للقانون واحترام مبدأ المشروعية.

وكان مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي قد وجد الاهتمام الكبير من الثورة الفرنسية التي كان أهم سبب لقيامها ما عاناه الشعب الفرنسي من ظلم وانعدام للمساواة بين أفراد وطوائفه في ظل النظام القديم، إذ قامت الثورة بتقويض دعائم النظام القضائي الذي كان قائماً في العهد الملكي⁽²⁰⁾ وأخذت في وضع أسس نظام قضائي جديد لتلافي مساوئ وعيوب النظام القديم تمثل في إنشاء مجلس الدولة الفرنسي الذي كان له دور مهم في مجال المنازعات الإدارية بجوار القضاء العادي من أجل تعزيز وتأكيد مبدأ المساواة وكفالة حق التقاضي في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والإدارة⁽²¹⁾.

ثانياً - موقف المشرع المصري:

نص المشرع الدستوري المصري صراحة على مبدأ حق التقاضي في دستور 1971 حيث جاء في المادة (68) منه على أن: «التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الإلتجاء إلى قاضيه الطبيعي وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء».

(19) عذاري الكندري - رسالة ماجستير بعنوان: «حدود سلطة المشرع في تنظيم جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها» - كلية القانون الكويتية العالمية - 2017 - ص 114.

(20) د. عبدالغني بسيوني - المرجع السابق - ص 117.

(21) د. محمد عطيه فودة - الحماية الدستورية لحقوق الإنسان - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة - 2011 - ص 112.

وحسناً فعل المشرّع الدستوري المصري عندما تبنى ذلك النص صراحة لتأكيد سيادة القانون والمحافظة على مبدأ المشروعية، وكذلك فعل الدستور المصري الحالي الصادر في عام 2014، إذ نصت المادة 97 منه على أن: «التقاضي حق مصون ومكفول للكافة، وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي، وتعمل على سرعة الفصل في القضايا، ويحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعي والمحاكم الاستثنائية محظورة».

ويتضح من ظاهر النص السابق أن المشرّع الدستوري لم يقف عند حد تقرير حق التقاضي للناس كافة كمبدأ دستوري أصيل، بل ذهب أبعد من ذلك عندما قرر صراحة على حظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، وهو الموقف الذي يحسب للمشرع الدستوري من حيث التأكيد على مبدأ سيادة القانون والمحافظة على مبدأ المشروعية.

أما فيما يتعلق بالمشرّع العادي، فإنه قد نص على نظرية أعمال السيادة كاستثناء يرد على مبدأ حق التقاضي في قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972، إذ تنص المادة (11) منه على أنه: «لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة».

ويلاحظ من النص السابق أن المشرّع لم يحدد معياراً لأعمال السيادة أو قائمة تضم حصراً لهذه الأعمال إنما ترك ذلك من اختصاص القضاء، فهذا الأخير هو الذي يحدد ما إذا كان العمل يعد من أعمال السيادة من عدمه. ورغم أن هذا التشريع يحسب فيه للمشرع العادي أنه يترك مهمة تحديد أعمال السيادة للقضاء، إلا أن الفقه انتقد موقف المشرّع العادي من ذلك معتبراً هذا النص غير دستوري ويجب إلغاؤه على اعتبار أن دستور 1971 كفل حق التقاضي صراحة في المادة (68) منه⁽²²⁾.

أما فيما يتعلق بفكرة التحصين فقد توسع المشرّع المصري بالأخذ بالنصوص المانعة لحق التقاضي (فكرة التحصين) بشكل غير مبرر قبل صدور دستور 1971، إذ أصدر العديد من التشريعات التي تمنع الطعن بالإلغاء على بعض القرارات الإدارية، الأمر الذي شكّل انتكاسة لمبدأ المشروعية في تلك المرحلة رغم التبريرات

(22) د. ماجد راغب الحلو - المرجع السابق - ص 42.

التي صاحبت إصدار تلك التشريعات المحصنة لبعض القرارات الإدارية كالمحافظة على مبادئ ثورة يوليو وحمايتها. وتطبيقاً لذلك صدر المرسوم بقانون رقم 277 لسنة 1952 بتعديل المادة السابعة من قانون مجلس الدولة رقم 9 لسنة 1949 بإضافة ما يلي لنص تلك المادة: «ويُعدّ من أعمال السيادة وفقاً للمادة 7 من قانون مجلس الدولة كل تدبير اتخذته أو يتخذها القائد العام للقوات المسلحة باعتباره رئيس حركة الجيش التي قامت في 23 يوليو سنة 1952 بقصد حماية هذه الحركة والنظام القائم عليها...».

ومن صور التحصين التشريعي أيضاً لبعض القرارات الإدارية نص المادة 166 من قانون تنظيم الجامعات رقم 184 لسنة 1958 التي كانت تقرر مايلي: «لا يجوز الطعن بالإلغاء أو وقف التنفيذ أمام أية هيئة قضائية في القرارات والأوامر الصادرة من الهيئات الجامعية في شؤون طلابها».

وكذلك أيضاً المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم 181 لسنة 1952 الخاص بفصل الموظفين بغير الطريق التأديبي وهي تمنع القضاء الإداري من نظر طلبات إلغاء قرارات الفصل أو وقف التنفيذ، وهذه النصوص التشريعية المحصنة لبعض القرارات الإدارية نوردها هنا على سبيل المثال وليس الحصر، إذ توجد العديد من القوانين التي تمنع سماع دعوى الإلغاء في مصر في تلك المرحلة. هذا وقد كان موقف المشرع المصري من فكرة التحصين محل نقد من قبل الفقه المصري الذي يرى أنها كانت تشكل اعتداءً على سيادة القانون وتجاوزاً للشرعية وخروجاً على متطلباتها⁽²³⁾.

إلا أن المشرع الدستوري في مصر بعد ذلك قام بحظر فكرة التحصين صراحة في دستور 1971 عندما نص في الفقرة الثانية من المادة (68) على أنه: «ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء»، وحسناً فعل عندما تبنى ذلك النص صراحة لتأكيد سيادة القانون والمحافظة على مبدأ المشروعية وكذلك الحال في الدستور المصري الحالي الصادر في عام 2014 الذي نص صراحة على حظر فكرة التحصين أيضاً في المادة (97)، إذ جاء فيها أن: «التقاضي حق مصون ومكفول للكافة. وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي،

(23) د. أنور أحمد رسلان - وسيط القضاء الإداري - دار النهضة العربية - 1999 - ص 252.

وتعمل على سرعة الفصل في القضايا، ويحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعي والمحاكم الاستثنائية محظورة».

الفرع الثاني

موقف المشرع الكويتي من حق التقاضي

سنتناول في هذا المطلب موقف المشرع الكويتي حيث سنعرض أولاً لموقف المشرع الدستوري من مبدأ حق التقاضي، ثم ثانياً لموقف المشرع العادي من هذا المبدأ.

أولاً - موقف المشرع الدستوري:

حرصت الدساتير الحديثة على النص بين طياتها على مبدأ حق التقاضي، ومن هذه الدساتير الدستور الكويتي والذي أفرد فصلاً خاصاً بمبدأ حق التقاضي وذلك في المادة (166)، التي جاء فيها أن: «حق التقاضي مكفول للناس، ويبين القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق».

وبموجب هذه المادة، فإن حق التقاضي مكفول، إذ جاء النص مستخدماً لفظ «الناس» مما يؤكد أنه حق أساسي من حقوق الإنسان؛ ونعتقد أمام صراحة هذا النص، فإن حق التقاضي مكفول لجميع الأفراد وأن أي تشريع أو تصرف يكون من شأنه منع أو حرمان الأفراد من اللجوء إلى القضاء يعد عملاً غير دستوري. ونعتقد أيضاً أن هدف نص المادة السابقة هو تسهيل وتمهيد إجراءات التقاضي للأفراد وعدم وضع العوائق والصعوبات أمامهم. ولم يكتف المشرع الدستوري بذلك النص بشأن كفالة حق التقاضي، وإنما أكد عليه كذلك في المادة (173) من الدستور، والتي جاءت لتقرر الرقابة على دستورية القوانين واللوائح من قبل جهة قضائية يعينها القانون، إذ أكدت هذه المادة على حق ذوي الشأن في الطعن أمام تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح بقولها: «يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح، وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يُعدّ كأن لم يكن».

وللأسف رغم صراحة النص على حق ذوي الشأن، وهم الأفراد باللجوء إلى الجهة القضائية للرقابة على دستورية القوانين، إلا أن المشرع العادي عندما جاء في قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 1973 حرم الأفراد من حق اللجوء مباشرة إلى المحكمة الدستورية وجعل طريق الدفع الفرعي هو الوسيلة الوحيدة إلى اللجوء لتلك المحكمة، وذلك وفقاً للمادة الرابعة من القانون سالف الذكر التي نصت على أن: «ترفع المنازعات إلى المحكمة الدستورية بإحدى الطريقتين الآتيتين: أ - بطلب من مجلس الأمة أو من مجلس الوزراء. ب - إذا رأت إحدى المحاكم أثناء نظر قضية من القضايا سواء من تلقاء نفسها أو بناء على دفع جدي تقدم به أحد أطراف النزاع، أن الفصل في الدعوى يتوقف على الفصل في دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة قبل نظر القضية، وتحيل الأمر إلى المحكمة الدستورية للفصل فيه. ويجوز لذوي الشأن الطعن في الحكم الصادر بعدم جدية الدفع، وذلك لدى لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية في خلال شهر من صدور الحكم المذكور، وتفصل اللجنة المذكورة في هذا الطعن على وجه الاستعجال».

وبذلك نجد أن المشرع العادي حرم الأفراد من الذهاب مباشرة إلى المحكمة الدستورية رغم أن الفقه أجمع على أن المشرع الدستوري أعطى للأفراد حق اللجوء مباشرة إلى المحكمة الدستورية⁽²⁴⁾. وظل الوضع كذلك إلى أن جاء المشرع العادي في عام 2014 وأصدر القانون رقم 109 لسنة 2014 بشأن التعديل على قانون المحكمة الدستورية، والذي أعطى الأفراد الحق في اللجوء إلى المحكمة الدستورية مباشرة عن طريق الدعوى الأصلية، الأمر الذي نعتقد أن من شأنه تعزيز مبدأ سيادة القانون.

هذا وقد جاء التعديل في مادة واحدة هي المادة الرابعة مكرر والتي نصت على أن: «تضاف إلى القانون رقم 14 لسنة 1973 المشار إليه مادة جديدة برقم رابعة مكررا نصها كالآتي: «لكل شخص طبيعي أو اعتباري الطعن بدعوى أصلية أمام المحكمة الدستورية في أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة، إذا قامت لديه شبهات

(24) انظر: د. يحيى الجمل - النظام الدستوري في الكويت - مطبوعات جامعة الكويت 1970-1971 - ص 149، وكذلك د. عادل الطببائي - النظام الدستوري في الكويت - دراسة مقارنة 1998 ص 931 وما بعدها، ود. عثمان عبد الملك الصالح - النظام الدستوري والمؤسسات الدستورية في الكويت - 1989 ص 687 وما بعدها، وأيضا د. عبد الفتاح حسن - مبادئ النظام الدستوري - دار النهضة العربية - بيروت 1968 ص 151.

جدية بمخالفته لأحكام الدستور، وكانت له مصلحة شخصية مباشرة في الطعن عليه، على أن تكون صحيفة الطعن موقعة من ثلاثة محامين مقبولين أمام المحكمة الدستورية. ويجب على الطاعن أن يودع عند تقديم صحيفة الطعن على سبيل الكفالة خمسة آلاف دينار؛ ولا تقبل إدارة الكتاب صحيفة الطعن إذا لم تصحب بما يثبت إيداع الكفالة. ويكفي إيداع كفالة واحدة في حالة تعدد الطاعنين إذا أقاموا طعنهم بصحيفة واحدة ولو اختلفت أسباب الطعن، ويعرض الطعن على المحكمة منعقدة في غرفة المشورة، فإذا رأت أنه يخرج عن اختصاصها أو أنه غير مقبول شكلاً أو أنه غير جدي، قررت عدم قبوله ومصادرة الكفالة بقرار غير قابل للطعن بأسباب موجزة تثبت في محضر الجلسة، وإذا رأت المحكمة غير ذلك حددت جلسة لنظر الطعن».

ثانياً - موقف المشرع العادي:

رغم صراحة المشرع الدستوري الكويتي على كفالة حق التقاضي في المادة 166 من الدستور، إلا أن المشرع العادي للأسف لم يحترم ذلك النص عندما جاء بتشريعات من شأنها حرمان القضاء من نظر بعض المنازعات، إذ تبنى المشرع العادي نظرية أعمال السيادة، وهي عبارة عن طائفة من أعمال السلطة التنفيذية لا تخضع لرقابة القضاء، وهي الأعمال التي تصدر من هذه السلطة بوصفها سلطة حكم حيث تنص المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء رقم 23 لسنة 1990 على أنه: «ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة».

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون سالف الذكر على هذه المادة ما يلي: «تؤكد 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 تعويضه».

ونلاحظ هنا أن المشرع لم يحدد ويبين ما يُعدّ من قبيل أعمال السيادة من عدمه، إذ ترك تلك المهمة للقضاء الذي يحدد إذا ما كان العمل الصادر من السلطة التنفيذية عملاً من أعمال السيادة أم لا. وتطبيقاً لذلك ذهب محكمة التمييز إلى أنه: «من المقرر - في قضاء هذه المحكمة أن المشرع إذا لم يورد تعريفاً أو تحديداً لأعمال

السيادة التي نص في المادة الثانية من تنظيم القضاء الصادر بالمرسوم بقانون رقم 23 لسنة 1990 المعدل على منع المحاكم من نظرها، فإنه يكون قد ترك أمر تحديدها للقضاء اكتفاءً بإعلان مبدأ وجودها، ومن ثم تكون المحاكم هي المختصة بتقرير الوصف القانوني للعمل الصادر من الحكومة وما إذا كان يعد من أعمال السيادة وحينئذ لا يكون للقضاء أي اختصاص بالنظر فيه»⁽²⁵⁾.

وبناء على ما سبق، نجد أن المشرع العادي أخذ بنظرية أعمال السيادة كاستثناء على مبدأ حق التقاضي، الأمر الذي يترتب عليه منع القضاء من نظر المسائل المتعلقة بشأنها حيث تنحسر رقابته عنها. وللأسف فإن المشرع العادي لم يكتفِ بنظرية أعمال السيادة كأحد الاستثناءات التي ترد على مبدأ حق التقاضي، بل ذهب أيضاً إلى تبني فكرة التحصين من خلال تشريعات تمنع القضاء من النظر في بعض القرارات الإدارية التي تصدرها السلطة التنفيذية، وهي ما يطلق عليها القرارات المحصنة وهي قرارات إدارية بطبيعتها ولكن المشرع جاء بنصوص تشريعية أخرجها من رقابة القضاء، وهو الأمر الذي يشكل مخالفة للدستور، لذلك أجمع الفقه الدستوري على عدم دستورية فكرة التحصين لما يترتب عليها من مصادرة حق التقاضي والإخلال بمبدأ المساواة ومبدأ الفصل بين السلطات⁽²⁶⁾.

ومن أبرز الأمثلة لفكرة التحصين ما نص عليه المشرع العادي في البند الخامس من المادة الأولى من المرسوم بالقانون رقم 20 لسنة 1981 بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982 إذ ورد فيها أن: «الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية عدا القرارات الصادرة في شأن مسائل الجنسية، إقامة وإبعاد غير الكويتيين، وتراخيص الصحف والمجلات ودور العبادة».

هذا وقد انتقد الفقه موقف المشرع العادي عندما أخرج بعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء، معتبراً أن ذلك النهج لا يتفق مع نص المادة (169) من الدستور الكويتي الذي أطلق اختصاص الدائرة الإدارية وجعله شاملاً لكافة المنازعات

(25) الطعن رقم 258 لسنة 2007 - إداري - الصادر بجلسة 2010/6/22.

(26) انظر: د. عثمان عبدالمك الصالح - المرجع السابق ص 630؛ د. محمد المقاطع - بيان مدى اختصاص لجنة حقوق الإنسان في مجلس الأمة الكويتي بنظر شكاوى سحب الجنسية - مجلة الحقوق - السنة السابعة عشر - العدد الأول - مارس 1993 ص 226.

الإدارية دون قيد أو شرط⁽²⁷⁾. وفي عام 2006 أخرج المشرع العادي القرارات المتعلقة بتراخيص الصحف والمجلات من دائرة القرارات المحصنة من رقابة القضاء وأجاز الطعن فيها بالإلغاء وفقاً للقانون رقم 3 لسنة 2006، وهو الأمر الذي يؤكد على أن تلك الأعمال ليست من أعمال السيادة⁽²⁸⁾.

وبناءً على كل ما سبق، فإن المشرع العادي أوجد بعض الوسائل والطرق التي تحول دون حق التقاضي وهي نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين لبعض القرارات الإدارية من خلال تشريعات متفرقة تمنع القضاء من بسط رقابته على تلك القرارات. وإذا كانت أعمال السيادة محل اختلاف الفقه بشأنها ما بين اتجاه يضيق من نطاقها واتجاه آخر منكر لوجودها، فإن فكرة التحصين لا يمكن قبولها بأي حال من الأحوال، إذ إنها تخالف نصوص الدستور وتحديداً المادة (166) التي كفلت حق التقاضي والمادة (7) التي تقرر مبدأ المساواة والمادة (50) التي أكدت على مبدأ الفصل بين السلطات، الأمر الذي يجعلنا نؤكد أن التشريعات المحصنة لبعض القرارات الإدارية تعدّ غير دستورية لمخالفتها أحكام الدستور.

وتطبيقاً لذلك ذهب المحكمة الدستورية في الكويت إلى إلغاء مثل تلك التشريعات لعدم دستوريّتها وهو ما سوف نوضحه لاحقاً في المبحث الثاني من هذا البحث. وللأسف فإنه إلى هذا اليوم وحتى لحظة كتابة البحث ما زالت السلطة التنفيذية في الكويت تعتنق وتؤمن بفكرة التحصين، ويتضح ذلك من خلال المشروع بقانون بشأن إنشاء مجلس الدولة والذي تعتزم تقديمه لمجلس الأمة، إذ جاء في مادته (16) ما يلي: «لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في: - الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة - القرارات الصادرة في كافة مسائل الجنسية والإقامة وإبعاد غير الكويتيين وإنشاء دور العبادة».

وبذلك نجد أن السلطة التنفيذية تسعى بهذا المشروع بقانون إلى تحصين القرارات السابقة من رقابة القضاء، ونعتقد أن الهدف الرئيسي من ذلك المشروع بقانون هو تحصين جميع القرارات الصادرة بمسائل الجنسية ويتضح ذلك من صياغة النص

(27) د. عثمان عبدالمك الصالح - المرجع السابق ص 630.

(28) د. يسري العصار - مبدأ المشروعية أو (الشرعية) - مذكرات لطلبة كلية القانون الكويتية العالمية لمادة رقابة قضائية 2013 ص 43.

«القرارات الصادرة في كافة...». ونعتقد أن ذلك النص جاء كرد فعل لبعض أحكام القضاء، التي ضيقّت من نطاق فكرة التحصين بشأن مسائل الجنسية وقصرتها على المنح والمنع فقط، وهو الأمر الذي دفع الحكومة إلى تبني ذلك النص، ولذلك نتمنى على مجلس الأمة ألا يقبل بذلك النص ولا يسمح بتمريره خصوصاً بعد استخدام السلطة التنفيذية لملف الجنسية في خصومات سياسية. كما أن مجلس الأمة قدم اقتراحاً بقانون يعطي الحق للقضاء ببسط رقابته على قرارات سحب أو إسقاط الجنسية، إلا أنه لم يكتب لذلك المقترح أن يرى النور، إذ حظي بموافقة 27 عضواً ورفض 36 عضواً وذلك في الجلسة المنعقدة بتاريخ 11/4/2017؛ إذ تذرّع الرافضون لذلك المقترح بأن من شأنه حماية المزوين، متجاهلين بأن من يحدد من هو المزور من عدمه هو القضاء وحده.

المبحث الثاني موقف القضاء في فرنسا ومصر والكويت من نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين

سنتناول في هذا المبحث موقف القضاء في فرنسا ومصر والكويت تجاه نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين في مطلبين الأول سنتحدث فيه عن موقف القضاء في فرنسا ومصر تجاه نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين، والثاني سنعرض فيه لموقف القضاء الكويتي.

المطلب الأول موقف القضاء في فرنسا ومصر من نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين

سوف نتناول في هذا المطلب موقف القضاء الفرنسي والمصري تجاه نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين في فرعين الأول سنتحدث فيه عن موقف القضاء في فرنسا والثاني سنتحدث فيه عن موقف القضاء المصري.

الفرع الأول موقف القضاء في فرنسا

سوف نتناول في هذا الفرع أولاً موقف المجلس الدستوري ثم لموقف مجلس الدولة تجاه نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين، وذلك على الشكل التالي:

أولاً - موقف المجلس الدستوري:

لقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي في العديد من قراراته على مبدأ حق التقاضي ومنها القرار رقم (DC 86.224) الصادر بتاريخ 23/1/1987، الذي أضفى قيمة دستورية لذلك الحق في قضية ليس لها علاقة بقضايا جزائية، بل تتعلق بحق المنافسة في الميدان التجاري واعترف باختصاص المحاكم المدنية والتجارية للنظر بالنازعات الناشئة عنه، كما أسس هذا القرار واجب احترام حقوق الدفاع كأحد الضمانات المنصوص عليها في المادة (16) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان،

والتي تضيي الطابع الدستوري على حق التقاضي والذي يُعدّ من الحقوق الملاصقة لحقوق الإنسان الأساسية⁽²⁹⁾. كما أكد المجلس الدستوري الفرنسي في قراره السابق بأن حق اللجوء إلى القضاء يطبق على المواطنين والأجانب على حد سواء وعلى الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين أيضاً، فالبرلمان عندما يصدق على المرسوم بقانون فهو لا يمس بأي شكل حق اللجوء إلى القضاء أو الحق بمحاكمة عادلة، والمجلس الدستوري يسهر على حسن تطبيق هذه الضمانات في القضايا المدنية أو الجزائية كما فعل في قراره رقم (DC 2005-5325) الصادر بتاريخ 19/1/2006⁽³⁰⁾. كما أكد المجلس الدستوري أيضاً في قراره رقم (DC 2003-484) الصادر بتاريخ 5/11/2003 أن حق اللجوء إلى القضاء يتمتع باستقلال ذاتي، إذ إن المراجعة الإدارية لا تعيق حق المراجعة القضائية، فهما حقان متوازنان حتى إذا كانت المراجعة الإدارية شرطاً من شروط إقامة الدعوى لاحقاً فذلك لا يعني تجاهل حق اللجوء إلى الوسائل القضائية⁽³¹⁾.

كما ذهب المجلس الدستوري في قراره رقم (DC 43-325) الصادر بتاريخ 13/8/1993 إلى أن حق اللجوء إلى القضاء كسائر الحقوق والحريات من الممكن تنظيمه ولكن دون المساس بجوهر هذا الحق، وأن موضوع تحصين القرارات الإدارية من خلال تحديد المهل للطعن بها بناء على مبدأ الحفاظ على استقرار العلاقات القانونية لا يصمد أمام حق اللجوء إلى القضاء فيما يتعلق بحق الإقامة على الأراضي الفرنسية عندما يتضح أن الإدارة أصدرت قراراً بإبعاد الأجنبي دون إعطائه الفرصة لممارسة حقوق الدفاع بما فيها حق اللجوء إلى القضاء⁽³²⁾.

هذا ولم يعترف المجلس الدستوري الفرنسي في مجال الرقابة الدستورية بنظرية أعمال السيادة، الأمر الذي ينم عن الفهم السليم للمجلس الدستوري لمجالات وحدود تطبيق نظرية أعمال السيادة لاسيما وأن تلك النظرية تعد استثناء من مبدأ حق التقاضي، وكما هو معلوم فقهاً وقضاً فإن الاستثناء لا يجوز القياس عليه أو التوسع في تفسيره⁽³³⁾. والواقع أن المجلس الدستوري الفرنسي يختص بالرقابة

(29) Les grands décisions du Conseil constitutionnel - Paris - 17^e édition - 2013 - p66.

(30) Ibid - p69.

(31) Ibid - p69.

(32) Ibid - p.71-70

(33) د. تركي المطيري - الجوانب الإجرائية في الدعوى الدستورية - دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر والكويت - الكويت - 2012 - ص 164.

السابقة على دستورية القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، بالإضافة إلى أن السلطة التنفيذية عندما تمارس أو تقوم بعمل أو نشاط تشريعي فعملها هنا يخضع لرقابة المجلس الدستوري، إذ إن القضاء الدستوري يختص بالتأكد من سلامة القوانين من الناحية الدستورية ويحرص على احترام المشرع وحمايته للحقوق والحريات والضوابط والحدود التي يفرضها الدستور، فالخلاصة أن الأعمال التشريعية التي تخضع لرقابة القاضي الدستوري سواء الصادرة من السلطة التشريعية أو من السلطة التنفيذية لا ينطبق عليها وصف أعمال السيادة وإنما هي قوانين وتشريعات⁽³⁴⁾.

هذا وقد شجع المجلس الدستوري على اتساع اختصاص القضاء الإداري في مجال أعمال السيادة وذلك في قراره الصادر بتاريخ 1987/11/23، إذ أكد فيه على أن: «اتساع اختصاص القضاء الإداري لمراقبة الأعمال غير المشروعة للسلطة العامة ينشئ ضماناً للدفاع عن الحقوق والحريات العامة»، وتبعاً لذلك تختلف الأعمال التي تخضع لرقابة القضاء الإداري عن تلك الأعمال التي تخضع للقاضي الدستوري، وبالتالي لا يمكن أن تخضع أعمال السيادة لرقابة القاضي الدستوري⁽³⁵⁾.

ثانياً - موقف مجلس الدولة الفرنسي:

رغم أن المشرع الفرنسي لم ينص على نظرية أعمال السيادة كأحد الاستثناءات على مبدأ حق التقاضي، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي طبق هذه النظرية في العديد من أحكامه، بل يعود له الفضل بوجودها والتي بمقتضاها أخرج طائفة من أعمال السلطة التنفيذية من رقابة القضاء لاعتبارات تاريخية وسياسية كانت تهدد وجود مجلس الدولة في تلك الفترة، الأمر الذي جعله يبتدع نظرية أعمال السيادة لضمان بقاءه واستمراره حتى لا يصطدم مع السلطة، إلا أن مجلس الدولة استطاع فيما بعد أن يتمرد على تلك النظرية، وذلك من خلال التضييق من نطاق تطبيقها، إذ نهج سياسة تهدف إلى تحقيق ذلك تدريجياً؛ حيث أصبح المجلس يقضي باختصاصاته بنظر الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية بصدد إبعاد الأجانب

(34) د. حمدي علي عمر - الاتجاهات الحديثة للقضاء في الرقابة على أعمال السيادة (دراسة مقارنة) منشأة المعارف - الإسكندرية - 2016 ص 90.

(35) د. حمدي علي عمر - المرجع السابق - ص 90.

عن الأراضي الفرنسية وإبعاد القناصل الفرنسيين المقيمين في الخارج وترحيلهم إلى فرنسا⁽³⁶⁾ بعدما كان يقضي بعدم اختصاصه بنظر الأعمال المتعلقة بالحماية الدبلوماسية الخاصة بالرعايا الفرنسيين في الخارج لأن من شأنها دخول الدولة الفرنسية في علاقات مباشرة مع الدول الأجنبية ورعاياها⁽³⁷⁾، فقد استطاع مجلس الدولة الفرنسي بسط رقابته على أغلب تلك الأعمال المتعلقة بالحماية القنصلية من خلال استخدام العمل المنفصل متى كانت هذه الأعمال قابلة للإضرار بالحقوق الأساسية للأفراد⁽³⁸⁾.

والعمل المنفصل هو العمل الذي لا يترتب على إصداره آثار أو علاقات دولية جديدة بمناسبة المعاهدة التي صدر تطبيقاً لها، وبالتالي لا يعد العمل منفصلاً إذا كان تنفيذه له جانب دولي، أما إذا كان العمل لا يثير إلا مشكلة داخلية فهو عمل منفصل⁽³⁹⁾.

وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض عن القرار الصادر من سفير فرنسا في لبنان بسحب الكفالة أو المساعدة الدراسية التي تعطى للجالية الفرنسية في لبنان⁽⁴⁰⁾. كما قضى مجلس الدولة من ناحية أخرى في حكمه الصادر بتاريخ 2000/7/5 بأن قرار رئيس الجمهورية الصادر في 24 مارس 1999 باستخدام القوات المسلحة الفرنسية في يوغسلافيا يخرج عن اختصاص القضاء الإداري للفصل فيه، إذ لم يعد ذلك القرار عملاً منفصلاً عن إدارة العلاقات الدولية لفرنسا⁽⁴¹⁾.

وبناء على السياسة السابقة التي انتهجها مجلس الدولة الفرنسي للحد من نطاق

(36) TC 2, déc. 1991, COFACE, D. 1992, j., p.237

مشار إليه لدى د. حمدي علي عمر - المرجع السابق ص 70

(37) G.E 4 Juil , 1862 Simon .Rec, p :531, C.E ler Juil , 1943 Rec, p 139

مشار إليه لدى د. حمدي علي عمر - المرجع السابق ص 69

(38) د. حمدي علي عمر - المرجع السابق - ص 70.

(39) د. عاطف البنا - المرجع السابق - ص 347.

(40) G.E. 26 mar 1980. minister C /chamber de commerce Française au li- ban. Rec. p171

مشار إليه لدى د. حمدي علي عمر - المرجع السابق - ص 169

(41) G.E 5 Juil 2002. M. Megnrt. M. Mekhantar, A.J.D.A. 2000 p. 95.

مشار إليه لدى د. حمدي علي عمر - المرجع السابق - ص 97.

تطبيق أعمال السيادة أصبحت تقتصر في الوقت الحالي على نوعين من الأعمال وهي الأعمال الصادرة عن الحكومة في علاقاتها مع البرلمان والأعمال الصادرة عنها في علاقاتها الخارجية بالدول الأخرى⁽⁴²⁾.

والمتتبع لأحكام القضاء الإداري الحديثة اليوم، يتضح له كيف نجح القضاء في التضييق من نطاق أعمال السيادة، وذلك من خلال توسيع فئة الأعمال المنفصلة عن أعمال السيادة.

أما فيما يتعلق بفكرة التحصين والمتعلقة بالنصوص المانعة من حق التقاضي، فإن مجلس الدولة الفرنسي اعتبر بأن دعوى الإلغاء لا ترتبط بقانون من القوانين، وإنما هي مجرد أداة لتحقيق المشروعية وتوكيدها، وانتهى إلى إهدار النصوص التشريعية التي تمنع القضاء من التصدي لرقابة القرارات الإدارية على أساس أنه غير معني بها⁽⁴³⁾.

وبذلك فإن المبدأ المقرر في القضاء الإداري الفرنسي هو أن الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية إنما يعد من النظام العام ولا يمكن استبعاده حتى لو جاء القانون ونصه على خلاف ذلك، وبالتالي لو جاء التشريع ونص على أن قراراً معيناً غير قابل للطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن، فإن مجلس الدولة الفرنسي يغلب المبادئ العامة للقانون على مثل هذا النص على اعتبار ألا أثر له ولا يعتد به في هذا الخصوص، إذ إن احترام مبدأ المشروعية يفتح باب الطعن بالإلغاء ضد كل القرارات الإدارية حتى لو لم ينص القانون على ذلك طبقاً للمبادئ العامة⁽⁴⁴⁾.

وبناءً على ما سبق، فإن مجلس الدولة الفرنسي جعل نفسه مختصاً بنظر الطعن في القرار الإداري رغم وجود النص التشريعي المانع من قبول الطعن فيها بحجة أن نية المشرع في هذا النص لا يتصور أن تكون قد اتجهت إلى منع دعوى الإلغاء⁽⁴⁵⁾.

(42) د. يسري العصار - دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - 1999 - ص 68

(43) د. عثمان عبدالمالك الصالح - السلطة اللائحية للإدارة في الكويت والفقهاء المقارن وأحكام القضاء - 1994 - ص 108.

(44) د. داود العيسى - تعليق على حكم محكمة الاستئناف العليا - مجلة الحقوق - السنة الثامنة عشرة - العدد الثالث - سبتمبر 1994 - ص 869.

(45) د. ماجد راغب الحلو - المرجع السابق - ص 41.

الفرع الثاني موقف القضاء في مصر

سوف نعرض في هذا الفرع لموقف القضاء في مصر تجاه نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين من خلال بندين؛ سنتحدث في الأول منهما عن موقف القضاء الدستوري والثاني عن موقف مجلس الدولة.

أولاً - موقف القضاء الدستوري:

رغم أن دستور مصر 1971 نص صراحة على مبدأ حق التقاضي في المادة 68 منه، التي جاء فيها أن: «التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة. ولكل مواطن حق الإلتجاء إلى قاضيه، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا، ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء»، إلا أن المحكمة العليا اتخذت موقفاً يتعارض مع نص المادة السابقة والتي تؤكد على خضوع كافة أعمال وتصرفات السلطة لرقابة القضاء عندما أقرت بوجود نظرية أعمال السيادة، وهو الموقف الذي انتقد من قبل جانب من الفقه⁽⁴⁶⁾.

وقد بررت المحكمة العليا استثناء أعمال السيادة من نطاق اختصاصها بأن: «الحكمة من استبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء هي أنها تتصل بسيادة الدولة في الداخل والخارج ولا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً للتقاضي لما يحيط بها من اعتبارات سياسية تبرر تخويل السلطة التنفيذية سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقاً تحقيقاً لصالح الوطن وسلامته دون تخويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه من إجراءات في هذا الصدد، لأن ذلك يقتضي توافر معلومات وعناصر وموازنين تقدير مختلفة لا تتاح للقضاء،

وذلك فضلاً عن عدم ملاءمة طرح هذه المسائل علناً في ساحات القضاء، ولما كانت هذه الاعتبارات التي اقتضت استبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء العادي والقضاء الإداري قائمة في شأن القضاء الدستوري ومن ثم يتعين استبعاد النظر في هذه الأعمال من ولاية المحكمة العليا دون حاجة إلى نص يقضي بذلك، فهي

(46) د. ماجد راغب الحلو - المرجع السابق - ص 42 - 43.

قاعدة استقرت في النظم القضائية بالدول المتحضرة وغدت أصلاً من الأصول القضائية⁽⁴⁷⁾.

وبناء على الحكم السابق نجد أن المحكمة العليا أخرجت من نطاق اختصاصها أعمال السيادة رغم خلو قانون إنشائها من أي نص يقضي باستبعاد تلك الأعمال⁽⁴⁸⁾، إلا أن ذلك لم يمنع المحكمة الدستورية العليا من الحد من نطاق تطبيق نظرية أعمال السيادة، إذ أكدت في حكمها الصادر بتاريخ 19/6/1993 أن الاتفاقات الدولية التي تبرمها الحكومة مع الدول الأخرى لا تعد من قبل أعمال السيادة».

ولئن كانت نظرية الأعمال السيادية - كقيد على ولاية القضاء الدستوري - تجد في ميدان العلاقات والاتفاقات الدولية معظم تطبيقاتها وأكثر مما يقع في المجال الداخلي نظراً لارتباط ذلك الميدان بالاعتبارات السياسية وسيادة الدولة ومصالحها العليا، إلا أنه ليس صحيحاً إطلاق القول بأن جميع الاتفاقيات الدولية - أيّاً كان موضوعها - تُعدّ من الأعمال السيادية.

كما أنه ليس صحيحاً أيضاً القول بأن الاتفاقيات الدولية التي حددتها الفقرة الثانية من المادة (151) من الدستور واستلزمت عرضها على مجلس الشعب وموافقته عليها تصبح جميعها - وتلقائياً - من الأعمال السيادية التي تخرج عن ولاية القضاء الدستوري، ذلك أن كلا القولين السابقين يتناقض والأساس الذي تقوم عليه اعتبارات استبعاد هذه الأعمال من الرقابة القضائية على دستوريته، وهي اعتبارات ترجع إلى طبيعة الأعمال ذاتها وليس إلى طريق أو إجراءات إبرامها والموافقة والتصديق عليها⁽⁴⁹⁾.

وكذلك اعتبرت المحكمة الدستورية العليا أن القوانين التشريعية التي وافق عليها الشعب في استفتاء عام لا تعد من قبيل أعمال السيادة، إذ ذهبت إلى أن: «الاستفتاء الشعبي على هذا القانون هو من قبيل استطلاع رأي الشعب فيه من الناحية السياسية وأن الموافقة الشعبية على هذا القانون لا ترقى به إلى مرتبة الدستور، وبالتالي فإنها لا تصحح ما قد يشوب نصوص هذا القانون من عيب

(47) حكم المحكمة العليا الصادر بتاريخ 5/2/1972 في الدعوى رقم 22 لسنة 6 قضائية.

(48) د. يسري العصار - دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري - مرجع سابق - ص 69.

(49) صدر هذا الحكم في الدعوى رقم 10 لسنة 14 قضائية.

مخالفة الدستور، وإنما يظل هذا القانون على طبيعته باعتباره عملاً تشريعياً أدنى مرتبة من الدستور ويخضع للرقابة على دستورية القوانين التي تباشرها المحكمة الدستورية، كما لا يُعدّ عملاً من أعمال السيادة لأنه صدر في شأن يتعلق بممارسة المواطنين لحقوقهم السياسية التي كفلها الدستور»⁽⁵⁰⁾.

أما فيما يتعلق بموقف القضاء الدستوري في مصر من فكرة التحصين، فإنه اتخذ منذ البداية موقفاً حاسماً تجاهها ونعتقد أن صراحة نص المادة (68) من دستور 1971 والتي لم تكتف بكفالة حق التقاضي، وإنما أيضاً حظرت صراحة تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء قد سهلت من مهمة القضاء الدستوري على اتخاذ ذلك الموقف، والذي يقضي بعدم دستورية التشريعات المانعة من حق التقاضي، إذ طرد قضاء المحكمة العليا على عدم دستورية فكرة التحصين وذلك ليس استناداً إلى نص المادة 68 من دستور 1971 فقط، وإنما أيضاً إلى اعتبار أن حق التقاضي يعد من المبادئ الدستورية العامة، والتي لا بد أن يكفلها الدستور صراحة أو ضمناً⁽⁵¹⁾.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا بأن: «المبدأ الذي تضمنته المادة 68 من الدستور إنما هو ترديد لما أقرته الدساتير السابقة في ضمان كفالة حق التقاضي للأفراد وذلك بتحويلهم حقوقاً لا تقوم إلا بقيام هذا الحق باعتباره الوسيلة التي يكفل حمايتها ويقرها مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات العامة»⁽⁵²⁾.

وكذلك الحال أيضاً مع المحكمة الدستورية العليا بعد إنشائها حيث اطردت أحكامها على عدم دستورية النصوص المانعة من التقاضي، إذ ذهبت في أحد أحكامها إلى أنه: «إذا استبعد المشرع في المادتين 1/83 من قانون السلطة القضائية و 1/104 من قانون مجلس الدولة والقرارات الإدارية النهائية المتعلقة بنقل وندب رجال القضاء والنيابة العامة ومجلس الدولة من ولاية تلك الدوائر فإنه يكون قد حصن

(50) حكم المحكمة الدستورية الصادر بتاريخ 21/6/1986 في الدعوى رقم 56 للسنة القضائية السادسة.

(51) د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته - دراسة تطبيقية في مصر - الجزء الأول - 2006 - ص 455 و 456.

(52) حكم المحكمة العليا في الدعوى رقم 60 لسنة 3 - جلسة يونيو سنة 1973 - مجموعة الأحكام وقرارات المحكمة العليا - ج 1 - ص 253.

هذه القرارات من الرقابة القضائية وحال بين أعضاء هاتين الجهتين القضائيتين وبين الالتجاء بشأنها إلى قاضيهم الطبيعي الذي حدده في صدر هاتين المادتين مخالفاً بذلك ما تقضي به المادة 68 من الدستور... وهذا النص ورد عاماً لا يجوز تخصيصه باستبعاد ما تعلق منها بتنظيم سير القضاء»⁽⁵³⁾.

كما ذهبت المحكمة الدستورية العليا في حكم آخر إلى أنه: «حيث إن مجلس قيادة الثورة - وبناء على الإعلان الدستوري المنشور في 18/6/1953 - كان قد أصدر بتاريخ 8/11/1953 قراراً باسترداد أموال الشعب وممتلكاته من أسرة محمد علي، وذلك بمصادرة أموالها وممتلكاتها، وكذلك مصادرة ما يكون قد انتقل من أفرادها إلى غيرهم عن طريق الوراثة أو المصاهرة أو القرابة... وحيث أن الإخلال بضمانة التقاضي المنصوص عليها في المادة 68 من الدستور قد آل إلى إسقاطها بمقتضى المادتين 1/14 و15 المطعون عليهما، وإلى حرمان السلطة القضائية - بفروعها على اختلافها - من تقديم الترضية القضائية التي يطلبها مواطنون لرد عدوان على الحقوق التي يدعونها، وعطل بذلك السلطة عن مباشرة مهامها التي ناطها الدستور بها،

وحيث إن الفقرة الثانية من المادة 14 المطعون عليها، تنال كذلك من قيمة الأحكام الصادرة عن السلطة القضائية التي اختصها الدستور بالفصل في المنازعات جميعها، ذلك أن أحكامها الصادرة قبل 8/11/1953 ضد الأشخاص المصادرة أموالهم، لا تُعدّ وفقاً لهذه الفقرة أكثر من مجرد سندات فلا تكون حجة بما تضمنتها إلا إذا كانت نهائية، ولا صورية فيها، وبشرط أن تعتمد تنفيذها اللجنة العليا المنصوص عليها في المادة 11 من القانون رقم 598 لسنة 1953 المشار إليه. ولا يعدو ذلك أن يكون امتهاناً للسلطة القضائية من خلال ازدياد أحكامها، وافتراس صوريتهما بما يصمها بالتواطؤ، وكذلك عن طريق تعليق تنفيذها على قرار يصدر عن لجنة إدارية بطبيعتها، هي اللجنة العليا التي شكلها مجلس قيادة الثورة وفقاً للمادة 11 من هذا القانون فلا تكون لها حجيتها التي تستمدّها من نصوص الدستور ذاتها تقديراً بأن تجريدها منها - ولو لم تكن نهائية - إنما يحيل

(53) حكم المحكمة الدستورية العليا - قضية رقم 55 لسنة 5 القضائية الدستورية - قاعدة رقم 14 - الأحكام التي أصدرتها المحكمة - الجزء الثالث - يناير - 1984-1986 - ص 80 وما بعدها .

الخصومة القضائية عبثاً، ويقوض مدخلها ممثلاً في حق التقاضي»⁽⁵⁴⁾.

وبناءً على كل ما سبق نجد أن قضاء المحكمة العليا وكذلك فيما بعد قضاء المحكمة الدستورية العليا استقر على عدم دستورية النصوص المانعة من حق التقاضي، فحرمان الأفراد من حق التقاضي وهو الوسيلة الوحيدة المتاحة أمامهم للحصول على حقوقهم المسلوقة مسلك معيب يهدر سيادة القانون في الدولة ويشكل انتكاسة لمبدأ المشروعية الذي يجب أن يسود.

ثانياً- موقف مجلس الدولة المصري:

لقد وسَّع مجلس الدولة المصري في بداياته من نطاق تطبيق نظرية أعمال السيادة، إذ كان يأخذ معيار الباعث على العمل أو الهدف منه (معيار الباعث السياسي)، فإذا كان الباعث على العمل الصادر عن السلطة سياسياً عُدَّ من قبيل أعمال السيادة، أما إذا لم يكن كذلك فإنه يُعَدُّ من قبيل أعمال الإدارة، التي تخضع لرقابة القضاء.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري بأن القرارات الصادرة بالاستغناء عن عدد من الضباط تُعدُّ من أعمال السيادة التي تخرج عن ولاية القضاء، وذلك لأنها اتخذت لحماية الثورة وتأمينها ولتحقيق أهدافها⁽⁵⁵⁾، وفي حكم آخر لذات المحكمة عُدَّ القرار الصادر باعتقال أحد الأشخاص من قبيل أعمال السيادة، لأنه اتخذ بقصد حماية الثورة والنظام القائم عليها⁽⁵⁶⁾، إلا أن مجلس الدولة لجأ بعد ذلك إلى معيار طبيعة العمل أو موضوعه للحد من نطاق تطبيق نظرية أعمال السيادة، والذي مؤداه أن القضاء هو المختص بتكييف العمل وطبيعته إذا ما كان يوصف بأعمال السيادة من عدمه،

إذ نص في أحد قراراته بأنه: «لا يغير من طبيعة القرار الإداري أن يصدر من رئيس الجمهورية سواء بصفته رئيساً للدولة أو للسلطة التنفيذية أو رئيساً للمجلس الأعلى للهيئات القضائية أو بصفته سلطة إحالة للقضاء العسكري - بصرف النظر عن أي من هذه الصفات ومدى إسباغها على مصدر القرار الإداري وقت

(54) حكم المحكمة الدستورية العليا في 4/10/1997 - ق13-س10 - مجموعة أحكام المحكمة - الجزء الثامن - قاعدة رقم 62 - ص906.

(55) حكم محكمة القضاء الإداري - الصادر بتاريخ 7/3/1956.

(56) حكم محكمة القضاء الإداري - الصادر بتاريخ 25/4/1956.

إصداره له، فإنه مادام أن محل القرار ذاته يدخل ضمن الأعمال الإدارية ويخرج عن كونه تصرفاً سياسياً بالمعنى القانوني والدستوري أي سيادياً أو حكومياً بمعنى اتصاله بالحكم ودخول محله مباشرة في أعمال الحكم ذاته، فإنه يخضع لرقابة المشروعية، فلا تحول أي من تلك الصفات وخضوع القرارات الإدارية التي تصدر من رئيس الجمهورية والتي يكون سند الاختصاص ومحله وغايتها المباشرة واقعاً في مجال الوظيفة والمسؤولية الإدارية والتنفيذية لرئيس الجمهورية دون المجال السياسي، أو الذي يختص به بصفته سلطة رئاسة وحكم، فليس من شأن اختصاص رئيس الجمهورية بأية صفة من الصفات السابقة بإصدار قرارات إدارية تعصمه على خلاف صريح أحكام نص المادة (68) من الدستور من رقابة القضاء»⁽⁵⁷⁾.

إلا أن هذا المعيار أيضاً لم يعد كافياً لوحده للحد من نطاق تطبيق أعمال السيادة، الأمر الذي دفع القضاء الإداري في مصر، مؤيداً في ذلك من قبل الفقه، باللجوء إلى معيار القائمة القضائية (قائمة أعمال السيادة)، مما يترتب عليه أن القضاء هو من يقرر إذا ما كان محل النزاع يُعد من قبيل أعمال السيادة أو من أعمال الإدارة الخاضع لرقابة القضاء؛ هذا ولم يُعدّ القضاء الإداري قرار وزير الداخلية بسحب رخصة السلاح من قبيل أعمال السيادة، وكذلك القرارات الصادرة بتنفيذاً لقانون الجنسية.

كما ذهب المحكمة الإدارية العليا إلى أن القرارات الصادرة تطبيقاً لإعلان حالة الطوارئ لا تعد من قبيل أعمال السيادة وإنما هي قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء، وقد جاء في أحد أحكامها: «إن نظام الأحكام العرفية في مصر - أي نظام الطوارئ - وإن كان نظاماً استثنائياً، إلا أنه ليس بالنظام المطلق، بل هو نظام خاضع للقانون أرسى الدستور أساسه وأبان القانون أصوله وأحكامه ورسم حدوده وضوابطه... وعلى ذلك فإنه لئن ساء القول بأن قرار إعلان حالة الطوارئ من أعمال السيادة التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، بحسبانه من الإجراءات العليا التي تتخذ في سبيل الدفاع عن كيان الدولة أو استتباب الأمن أو النظام العام بها، إلا أن التدابير التي يتخذها القائم على

(57) حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 515 - الصادر بتاريخ 23/5/1993 - الموسوعة الإدارية الحديثة - 1993/1985 - ص 901

إجراء النظام العرفي تنفيذاً لهذا النظام سواء كانت تدابير فردية أو تنظيمية يتعين أن تتخذ في حدود القانون وتلتزم حدوده وضوابطه ولا تتأى عن رقابة القضاء، إذ لا تجاوز دائرة القرارات الإدارية التي تخضع للاختصاص القضائي لمجلس الدولة»⁽⁵⁸⁾.

والمتتبع لموقف قضاء مجلس الدولة المصري يجده يسير على خطى مجلس الدولة الفرنسي من حيث الحد من نطاق تطبيق نظرية أعمال السيادة ولا أدل على ذلك من حكم المحكمة الإدارية العليا المتعلق بجريزتي تيران وصنافير الصادر بتاريخ 2017/1/16 والذي انتهت فيه المحكمة إلى سيادة مصر على تلك الجزيرتين، رافضة بذلك الدفع المبدئي أمامها بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى على اعتبار أنها من أعمال السيادة.

فقد أكدت المحكمة أنه: «وإذا كان من المستقر عليه فقهاً وقضاً أن أعمال السيادة تتفق مع العمل الإداري في المصدر والطبيعة وتختلف في السلطة التي تباشر بها السلطة التنفيذية العمل ذاته، مع تقرير وسائل مختلفة للحد من آثار أعمال السيادة التي قد تؤثر سلباً في حقوق الأفراد وحررياتهم، إلا أن أنجع الوسائل لرقابة أعمال السيادة هو اللجوء إلى القضاء، والقضاء هو من يحدد أعمال السيادة بحثاً عن اختصاصه للفصل في النزاع المعروض، فإذا استوى العمل من حيث سلطة إصداره وطبيعته بأنه من أعمال السيادة قضى بعدم اختصاصه.

ولا ريب أن القاضي عندما يباشر الاختصاص المعقود له بتحديد ما يُعدّ من أعمال السيادة ليلحق به حصانة تعصمه من رقابة القضاء ليس مطلق اليد حر التقدير وإلا خرج على فكرة السيادة بالمعنى المشار إليه آنفاً، وإنما يحكمه التنظيم القانوني لممارسة السلطة الموصوفة بأنها عمل من أعمال السيادة، والنزاع الذي صدر بشأنه العمل، ثم يستخلص القاضي المتروك له تحديد طبيعة العمل في إطار اختصاصه وظروف ومستندات النزاع المعروض عليه، وهو ما يقطع - بدايةً - بعدم صحة المقارنة بين مسلك المحاكم حال تحديد طبيعة العمل وكونه من أعمال السيادة في النزاعات المختلفة بحسبان سلامة الحكم ترتبط بالحالة المعروضة كل على حدة».

واستطردت المحكمة قائلة: «ولا جدال في أن هذا النص الدستوري تضمن أحكاماً

(58) المحكمة الإدارية العليا - الطعن 830 لسنة 20 ق الصادر بتاريخ 29/12/1979 - مجموعة المحكمة في 15 سنة - الجزء الأول - ص 51

بعضها له مردود سابق بالدساتير المصرية المتعاقبة، وأحكاماً جديدة على النظام القانوني المصري تستوجب - كما سلف البيان - فهماً قانونياً جديداً، فمن سابق الأحكام أن إبرام المعاهدات سلطة بين رئيس الجمهورية والسلطة التشريعية ممثلة في البرلمان - على اختلاف مسمياته - أما الأحكام الدستورية الجديدة بشأن المعاهدات فقد تجلت في أمرين:

الأول، أن معاهدات الصلح والتحالف وكل ما يتعلق بحقوق السيادة لا يتم التصديق عليها إلا بعد استفتاء الشعب - وهو أمر واجب - لا تقدير فيه لسلطة من سلطات الدولة، وهذا القيد الواجب لا يخاطب فقط السلطة التي تبرم المعاهدة أو السلطة المقرر لها الموافقة فيما يدخل في اختصاصها الدستوري، وإنما يمثل النكوص عنه حال لزمه استدعاء سلطة القضاء ولا يدفع أمامه حال تعلق الأمر بفكرة أعمال السيادة، فتلك الأعمال وإن انطبقت على الحالة الأولى من المعاهدات، ليس بها الوصف، وإنما باعتبارها أعمالاً برلمانية مقرر لرقابتها قواعد خاصة، فإن القيود الدستورية والضوابط التي حددتها الفقرتان الأخيرتان من المادة (151) ترفع عن الأعمال المتصلة بها صفة كونها من أعمال السيادة ولا تقوم له أية حصانة عن رقابة القضاء.

الثاني، الحظر الدستوري الوارد في الفقرة الثالثة من المادة (151) بأنه لا يجوز إبرام أية معاهدة تخالف أحكام الدستور أو يترتب عليها التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة، وهذا الحظر لا يشمل التنازل فقط وإنما أية مخالفة لمبدأ دستوري آخر، وهو حظر لا يقف عند سلطات الدولة فحسب وإنما يمتد إلى الشعب ذاته، والذي قيدت إرادته في التنازل عن الأراضي أو مخالفة الدستور، ويظل هذا الحظر قائماً طالما سرى الدستور استناداً لقاعدة قانونية مستقرة قوامها مبدأ سمو القواعد الدستورية، وأنها طالما ظلت سارية ولم تعدل بالآلية الدستورية التي حددها الدستور ذاته تعين احترامها والالتزام بها ليس فقط من سلطات الدولة، وإنما من سلطة الإنشاء (الشعب) وبالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للدستور تلاحظ أن لجنة الخبراء عند وضع نص المادة (1) من الدستور أشارت صراحة إلى اقتراح قديم من أحد الأعضاء بالنص صراحة أسوة بدستور عام 1923 على عدم جواز النزول عن أي من إقليم الدولة»⁽⁵⁹⁾.

(59) حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 74236 لسنة 62 قضائية عليا - الصادر بتاريخ 2017/1/16.

أما فيما يتعلق بفكرة التحصين فقد اختلف موقف مجلس الدولة المصري تجاه النصوص المانعة من حق التقاضي، وذلك عندما كان يراقب دستورية القوانين قبل إنشاء القضاء الدستوري في مصر سنة 1969، حيث كان موقف محكمة القضاء الإداري من هذه المسألة هو التفرقة ما بين إذا ما كان الحظر جزئياً أم كلياً لحق التقاضي، فبالنسبة للحظر الجزئي فإن محكمة القضاء الإداري تجيزه من الناحية الدستورية إذ إن المشرع يمنع الطعن بالإلغاء على القرارات مع إباحة الحق بالمطالبة بالتعويض عنها: «ومن المسلم به كأصل غير قابل لأي جدل أن لكل إنسان الحق في المطالبة بحقه والدفاع عنه والتقاضي بشأنه، وهذا الحق مستمد من المبادئ العليا للجماعة منذ وجدت، لم يخل دستور من دساتير العالم من النص عليه، وكل مصادرة لهذا الحق على إطلاقه تقع باطلة وغير مشروعة ومنافية للمبادئ العليا وللأصول الدستورية المرعية،

غير أن ذلك لا يغل يد المشرع عن تنظيم وسائل المطالبة به وتحديدتها بما يحفظ لصاحب الحق حقه مع مراعاة الروابط الاجتماعية ومقتضيات صالح الجماعة، وعلى أساس ذلك أُجيز نزع ملكية الفرد جبراً عنه للمصلحة العامة بشرط تعويضه عن ذلك تعويضاً عادلاً. ولا مرأ في أن المشرع لم يغب عنه صواب هذا النظر عندما أصدر المرسوم بقانون رقم 181 لسنة 1952 حتى أنه قصر حكم المادة السابعة منه على طلبات الإلغاء وحدها.. دون طلبات التعويض.. ولو أنه قصد إلى ما ذهب إليه الدفاع عن الحكومة من انسحاب أثر المنع على طلبات الإلغاء والتعويض معاً، لما أعوزته الصراحة عن النص على ذلك، فقد يمتنع طلب الإلغاء لسبب أو لآخر ومع ذلك يبقى طلب التعويض قائماً غير ممتنع. ولو صح في الجدل أن المرسوم بقانون رقم 181 لسنة 1952 استهدف منع التقاضي إطلاقاً سواء بالنسبة لطلبات الإلغاء أو بالنسبة لطلبات التعويض لأضحى قانوننا غير دستوري وجاز للمحاكم الامتناع عن تطبيقه فيما جاوز الحدود الدستورية حسبما سلف بيانه»⁽⁶⁰⁾.

أما الحظر الكلي، فإن محكمة القضاء الإداري اعتبرته مخالفاً لنصوص الدستور، إذ يترتب عليه منع الطعن على القرارات بأي طريق من طرق الطعن أي حظر الطعن على بعض القرارات الإدارية إلغاءً وتعويضاً، وقد جاء في أحد قراراتها: «وإذا

(60) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 15/3/1954 - مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري - السنة الثانية - ص 969.

كان حق الطعن هذا قد تقرر للأفراد بقانون عادي، فليس ثمة ما يمنع من تعطيل استعماله بالإدارة ذاتها.

ولا يكون مثل هذا الإجراء سبباً للدفع بعدم الدستورية، ومن ثم فإن حكم المادة الثانية من القانون رقم 600 لسنة 1953 القاضي بمنع الطعن لإلغاء أو وقف تنفيذ القرارات الصادرة بفصل الموظفين تطبيقاً لأحكامه لا يخالف أصلاً من الأصول الدستورية المرعية ويتعين القضاء بعدم قبول طلب المدعي إلغاء قرار إحالته إلى المعاش، أما ما نصت عليه المادة الثانية المذكورة من عدم جواز سماع دعاوى التعويض عن القرارات الصادرة بالتطبيق لأحكام القانون المشار إليه، فينبطوي على مخالفة للقواعد الدستورية الأصلية التي لا تجيز مصادرة الحقوق وحرمان أصحابها في الوقت ذاته من الحصول على تعويض عادل عنها، أو من اقتضاء هذا التعويض عند عدم أدائه رضاءً، ذلك أن الأصل في التعويض عن الأعمال الضارة أن يكون عينياً بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه.

وهذا التعويض العيني يتمثل بالنسبة للقرارات الإدارية المخالفة للقانون في الإلغاء، فإذا استحال التعويض العيني لأسباب مادية أو قانونية، كان للمضروور حق في التعويض بمقابل، لا يجوز حرمانه منه متى تحققت أسبابه، وإلا كان ذلك مصادرة للحقوق بغير تعويض، وهو ما يخالف المبادئ الدستورية العامة. ومن ثم، فإذا كان حظر الطعن بإلغاء القرارات الصادرة للتطبيق لأحكام القانون رقم 600 لسنة 1953 غير مخالف للدستور، فإن حظر سماع دعاوى التعويض عن هذه القرارات هو حظر غير دستوري يتعين إهماله، والمضي في سماع دعوى التعويض المرفوعة من المدعي عن قرار إحالته إلى المعاش»⁽⁶¹⁾.

أما موقف المحكمة الإدارية العليا من فكرة التحصين فقد كان امتداداً لاتجاه محكمة القضاء الإداري بشأن التفرقة بين الحظر الجزئي والحظر الكلي التي استقرت عليها محكمة القضاء الإداري، إذ ذهب في أحد أحكامها إلى أنه: «أما ما نصت عليه المادة السابعة من المرسوم بقانون المشار إليه من عدم جواز الطعن بإلغاء أو وقف تنفيذ القرارات الصادرة بالتطبيق لأحكامه، فإنه وإن جاء استثناء من الاختصاص المقرر للقضاء الإداري، إلا أنه لا تثريب على المشرع إذا ما لجأ إلى تقريره مراعاة

(61) صدر هذا الحكم بجلسة 21 نوفمبر 1956

للمصالح العام. وما دام المنع من الطعن الذي قررتة هذه المادة قد اتسم بطابع العمومية والتجريد، فلا وجه للنعي عليه بعدم دستوريته بحجة إخلاله بمبدأ المساواة أمام القانون، ذلك أن هذا القانون لا ينطوي على مصادرة مطلقة للحقوق بدون تعويض عادل أو تحريم لاقتضائها في أية صورة، بل ينظم استعمالها؛

ولا يفرق في هذا الشأن بين أفراد طائفة من الموظفين تماثلت مراكزهم القانونية واتحدت خصائصها؛ وقد كانت المحاكم المصرية قبل إنشاء مجلس الدولة ممنوعة من التعرض للقرارات الإدارية بالإلغاء أو وقف التنفيذ أو التعديل أو التأويل، وكان اختصاصها مقصوراً على نظر دعوى التعويض عن الأضرار الناشئة عن هذه القرارات. فإذا استحدث قانون مجلس الدولة دعوى الإلغاء، فليس ما يمنع دستورياً من تعطيل هذا التشريع جزئياً في وقت ما ولفترة محدودة إذا ما اقتضت المصلحة العامة ذلك»⁽⁶²⁾.

وإذا كانت المحكمة الإدارية العليا في حكمها السابق اعتنقت التفرقة التي استقرت عليها محكمة القضاء الإداري بين الحظر الجزئي والحظر الكلي، إلا أنها سرعان ما عدلت عن ذلك الموقف وذهبت إلى مشروعية تحصين بعض القرارات الإدارية من رقابة الإلغاء والتعويض (الحظر الكلي) أمام القضاء، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 1957/6/29 حيث جاء فيه: «ومن حيث إن نص المادة الثانية من القانون المذكور 600 لسنة 1953 وإن جاء مضيفاً لاختصاص القضاء مانعاً إياه من نظر هذه المنازعات إلغاءً أو تعويضاً إلا أنه لا وجه للنعي عليه بعدم الدستورية بدعوى مصادرته لحق التقاضي أو إخلاله بمبدأ المساواة أمام القانون، ذلك أنه تجب التفرقة بين المصادرة المطلقة لحق التقاضي عموماً وبين تحديده دائرة اختصاص القضاء.

وإذا كان لا يجوز من الناحية الدستورية حرمان الناس كافة من الالتجاء إلى القضاء للانتصاف، لأن في ذلك مصادرة لحق التقاضي وهو حق كفل الدستور أصله، إذ تكون مثل هذه المصادرة المطلقة بمثابة تعطيل لوظيفة السلطة القضائية، وهي سلطة أنشأها الدستور لتمارس وظيفتها في أداء العدالة مستقلة عن السلطات الأخرى، إلا أنه لا يجوز الخلط بين هذا الأمر وبين تحديد دائرة اختصاص القضاء

(62) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1957/4/27.

للتوسع أو التضييق، لأن النصوص الدستورية تقضي بأن القانون هو الذي يرتب جهات القضاء ويعين اختصاصاتها؛ وبهذا نصت المادة 135 من دستور سنة 1923 والمادة 176 من دستور سنة 1956، فكل ما يخرج القانون من ولاية القضاء يصبح معزولاً عن نظره؛ وهذا أصل من الأصول المسلمة؛ وقدما قالوا (إن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والخصومة)، وعلى هذا الأصل الدستوري صدرت التشريعات الموسعة أو المضيقه لولاية القضاء في جميع العهود؛ فلا وجه للنعي على تلك المادة بأنها تنطوي على إخلال بمبدأ المساواة أمام القانون والقضاء، لأن المقصود بالمساواة في هذا الشأن هو عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية؛ ولم يتضمن القانون المشار إليه أي تمييز من هذا القبيل بين الموظفين الذين تنطبق عليهم أحكامه»⁽⁶³⁾.

ونلاحظ أن موقف المحكمة الإدارية العليا في حكمها السابق يترتب عليه تحريم حق التقاضي ومنعه ومصادرة هذا الحق، الأمر الذي يعد إخلالاً بمبدأ حق التقاضي وهو الحق الذي كفله الدستور والمبادئ القانونية العامة. كما أن المشرع عندما يقوم بتنظيم السلطة القضائية يجب أن يكون الغرض منه تمكين المواطنين من ممارسة حرياتهم، ومن ثم فإن المشرع يملك تنظيم السلطة القضائية بشرط أن يكون هدفه هو التنظيم وليس الإلغاء،

بالإضافة إلى أن تجريد الحقوق الدستورية المختلفة من الوسيلة الفعالة لحمايتها وهي الالتجاء للقضاء من شأنه أن يجعل النص في الدستور وإعلانات الحقوق على ضمانات الأفراد وحرياتهم لا قيمة لها طالما أن المشرع يملك حرمان الأفراد من اللجوء إلى القضاء لحماية تلك الحقوق⁽⁶⁴⁾، وبذلك نجد أن حكم المحكمة الإدارية العليا الأخير كان محل نقد من قبل الفقه في مصر مما جعل الدكتور يحيى الجمل يذهب إلى أن تلك الفترة في تاريخ المحكمة الإدارية هي فترة ردة أملت سياسة قضائية معينة في وقت كان مبدأ سيادة القانون فيه مهيب الجناح رغم كل الدعاوى⁽⁶⁵⁾.

(63) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 29 يونيو سنة 1957 - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة - السنة الثانية - ص 1335.

(64) د. محمد ماهر أبو العينين - المرجع السابق - ص 401.

(65) د. يحيى الجمل القضاء الدستوري في مصر - دار النهضة العربية - 2000 - ص 108

وبعد صدور دستور 1971 أصبحت فكرة التحصين سواء كان ذلك التحصين جزئياً أم كلياً لا تثير أي مشكلة، إذ حظرت الفقرة الثانية من المادة 68 من الدستور أعلاه فكرة التحصين صراحة بنصها على أنه: «ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء»، وهو ما جاء أيضاً في الدستور الحالي الصادر في عام 2014 إذ نصت مادته 97 على عدم جواز فكرة التحصين صراحة بقولها: «التقاضي حق مصون ومكفول للكافة. وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي، وتعمل على سرعة الفصل في القضايا، ويحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعي والمحاكم الاستثنائية محظورة».

وأمام صراحة المشرع الدستوري على عدم جواز التحصين الذي يترتب عليه الإفلات من رقابة القضاء وبما أن رقابة القضاء جاءت عامة في النص الدستوري والعام في الدستور لا يقيّد ولا يحدد بنص تشريعي، بمعنى أنها تغطي رقابة الإلغاء ورقابة التعويض، وبالتالي فإن فكرة التحصين سواء كانت جزئية أو مطلقة تشكل انتهاكاً لنصوص الدستور⁽⁶⁶⁾.

المطلب الثاني

موقف قضاء التمييز والدستورية في الكويت تجاه نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين

سنتناول في هذا المطلب لموقف قضاء محكمة التمييز والمحكمة الدستورية في الكويت تجاه نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين من خلال فرعين الأول سنتحدث فيه عن موقف قضاء التمييز والثاني سنتحدث فيه عن موقف المحكمة الدستورية.

الفرع الأول

موقف قضاء محكمة التمييز

إن أقل ما يمكن أن يوصف به موقف قضاء التمييز تجاه مبدأ حق التقاضي هو أنه مضطرب، إذ لم تستقر أحكامه حتى لحظة كتابة هذا البحث بشأن بسط رقابته

(66) د. رأفت فودة - أصول وفلسفة قضاء الإلغاء - دار النهضة العربية - 2011 - ص 314 و 315.

على مسائل الجنسية بسبب الاختلاف حول نطاق نظرية أعمال السيادة وفكرة تحصين بعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء، إذ جاءت أحكامه تارة بالتوسع في تطبيق نطاق أعمال نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين وتارة أخرى بالتضييق من نطاق تطبيق تلك النظرية وفكرة التحصين.

فقد ذهب قضاء التمييز في بدايات أحكامه إلى التوسع في مد نطاق أعمال السيادة وفكرة التحصين، مما أدى إلى المساس بمبدأ حق التقاضي والنيل منه رغم صراحة المشرّع الدستوري على ذلك الحق وكفالته للأفراد، ومن ذلك حكم محكمة التمييز في أحد أحكامها بأنه: «لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه بعد أن أورد ما تنص عليه المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء من أنه ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة، وما ينص عليه قانون إنشاء المحكمة الإدارية من إخراج مسائل الجنسية من نطاق اختصاصها، أقام قضاؤها بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم اختصاص المحاكم بنظر الدعوى على قوله (... أن طلب تغيير ما ثبت في سجلات الجنسية وشهاداتها وخاصة البيان المتعلق باسم صاحب الجنسية يخرج عن اختصاص المحاكم لتعلق ذلك بالأساس الذي مُنح على مقتضاه الجنسية وما سبق ذلك من تحقیقات أجرتها اللجان المختصة في نطاق سلطتها المخولة لها وصدرت الشهادة بإثبات الجنسية بعد ذلك على أساسها)، وهي تقديرات سليمة تتفق وصحيح القانون، ومن ثم فإن الطعن برمته يكون على غير أساس»⁽⁶⁷⁾.

وبناءً على ما سبق، نجد أن محكمة التمييز وسعت من نطاق تطبيق نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين، عندما اعتبرت في حكمها السابق بأن النزاع، الذي يتعلق بتصحيح اسم والد المدعين بسجلات الجنسية، يعد من أعمال السيادة ومن المسائل التي تخرج عن اختصاص القضاء وفقاً لقانون إنشاء الدائرة الإدارية، رغم أن النزاع كان يتعلق بتصحيح خطأ باسم والد المدعين - وهو خطأ مادي - ورد في سجلات الجنسية، كما أن قضاء التمييز تجاوز كثيراً على مبدأ حق التقاضي عندما أقر بفكرة التحصين وأعطى الحق للمشرع في أن يخرج أي عمل من دائرة اختصاص القضاء لاعتبارات عملية وقانونية دون اعتبار لمبدأ حق التقاضي وهو أحد المبادئ الدستورية، إذ نصت في أحد أحكامها على أنه: «وحيث إن المحكمة

(67) الطعن رقم 18 لسنة 1987 مدني جلسة 1987/12/21. وانظر كذلك الطعن رقم 21 لسنة 1994 مدني / جلسة 1995/01/22.

وهي بصدد استبيان مبلغ الجد في هذا الدفع تشير إلى أنه وإن كان الدستور قد كفل للناس كافة حق التقاضي، إلا أن ذلك لا يغل يد المشرع عن تنظيم استعمال الحق، إذ إنه من الأصول المقررة أن تحديد الأوضاع اللازمة لممارسته وبيان وظائف المحاكم واختصاصاتها هو أمر ينظمه القانون، وهو ما قننته المادة (166) من الدستور، إذ أناطت بالقانون ترتيب المحاكم وتعيين اختصاصاتها، وعلى ذلك النسق أسندت المادة (165) من الدستور للقانون تنظيم الفصل في المنازعات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة بين القانون أيضاً حدود اختصاصها، وتبعاً لذلك فإن المشرع وهو قد رسم دائرة اختصاص القضاء، له أن يخرج منها أي عمل وفقاً لما يراه من دواع عملية وقانونية جديدة بالاعتبار⁽⁶⁸⁾.

ونلاحظ في الحكم السابق إن محكمة التمييز ذهبت إلى مشروعية فكرة التحسين استناداً إلى ظاهر نصوص الدستور، والتي أناطت بالمشرع ترتيب المحاكم وتعيين اختصاصاتها، مما يعطي الحق للمشرع العادي في حجب بعض تصرفات الإدارة من رقابة القضاء. ويبدو جلياً أن المحكمة فسرت نصوص الدستور بمعزل عن النصوص الدستورية الأخرى كنص المادة (29) من الدستور التي تنص على مبدأ المساواة وكذلك المادة (166) التي كفلت حق التقاضي، والمادة (50) والتي تنص على مبدأ الفصل بين السلطات؛

كما فات على قضاء محكمة التمييز إن المشرع يرتب جهات القضاء ويعين اختصاصاتها دون أن يمتد ذلك إلى حرمان الأفراد من حق التقاضي، والذي يشكل سلباً لاختصاص من اختصاصات القضاء، الأمر الذي يوصم بعدم الدستورية، وذلك لأن المقصود بترتيب جهات القضاء وتعيين اختصاصاتها هو أن يتم توزيع العمل بين مختلف المحاكم على أساس طبيعة المنازعة، فالقانون يجب أن يقتصر تعرضه على ترتيب أداة استعمال السلطة القضائية دون التعرض للسلطة ذاتها، وذلك يجب أن يصدر القانون الذي ينظم جهات القضاء ويحدد اختصاصاتها في حدود القيد الدستوري وإلا كان مخالفاً لأحكام الدستور⁽⁶⁹⁾.

وبناء على الحكم السابق، نجد أن قضاء التمييز وسّع من نطاق تطبيق أعمال

(68) الطعان رقما 5، 8 / 817 لسنة 2001 إداري جلسة 5/5/2003.

(69) د. فؤاد العطار - النظم السياسية والقانون الدستوري - 1974 - ص 115.

السيادة والقرارات المحصنة من رقابة القضاء رغم أنهما استثناء على مبدأ حق التقاضي، وكان الأولى بالقضاء التضييق من نطاق تطبيقهما، إذ إن الاستثناء لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، الأمر الذي ترتب عليه من وجهة نظرنا المتواضعة إهدار لمبدأ نص عليه الدستور صراحة ألا وهو مبدأ حق التقاضي، الأمر الذي يترتب عليه إهدار لحقوق وحرريات الأفراد وضياعها، إذ إن القضاء يمتنع عليه نظر بعض المنازعات المتعلقة بتلك الحقوق والحرريات متى ما تم الاعتداء عليها من قبل السلطة بسبب نظرية أعمال السيادة تارة والقرارات المحصنة تارة أخرى؛ بل نجد أن قضاء التمييز وسع من نطاق فكرة تحصين القرارات الإدارية عندما ذهب في العديد من أحكامه إلى أن القرارات الإدارية التي لم ترد ضمن اختصاص ولاية الدائرة الإدارية تخرج عن نطاق رقابة الالغاء. فالمشرع وفقاً للمادة الأولى من القانون رقم 20 لسنة 1981 المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982 حصر القرارات الإدارية التي يجوز الطعن فيها أمام الدائرة الإدارية، وبالتالي تخرج القرارات الإدارية الأخرى من رقابة الدائرة الإدارية ورقابة القضاء بصفة عامة، وذلك وفقاً لاتجاهات قضاء التمييز بناء على العديد من أحكامه الصادرة بهذا الشأن.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز على أنه: «كما تنص المادة 5 من ذات المرسوم بقانون على أن (تكون للدائرة الإدارية وحدها ولاية الحكم بالغاء القرارات الإدارية المشار إليها في البنود ثانياً، وثالثاً، ورابعاً، وخامساً في المادة الأولى)، وحيث إنه من المستقر عليه - في قضاء هذه المحكمة - أن لمحكمة الموضوع توصل إلى تحديد اختصاصها بالفصل في النزاع سلطة تكييف الطلبات في الدعوى وفهمها على حقيقتها حسبما تدل عليه وقائعها وتنزل عليها وصفها الحق دون تقييد بتكييف الخصوم ولم تستحدث طلبات جديدة لم تعرض عليها، كما أنه من المقرر أيضاً أن اختصاص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية في مجال طلبات الغاء القرارات المتعلقة بالموظفين المدنيين يقتصر على القرارات المنصوص عليها في المادة الأولى من القانون رقم 20 لسنة 1981 بإنشاء دوائر في المحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982 وهي قرارات التعيين والترقية وإنهاء الخدمة وتوقيع الجزاءات التأديبية، أما غيرها من القرارات الإدارية الأخرى الخاصة بهم التي لم تشملها، فقد ارتأى المشرع لاعتبارات صالح العمل في الجهات الإدارية وحسن سير المرافق العامة وتمكيناً للسلطة التنفيذية من الإضطلاع بمهام

وظيفتها وفقاً لما ينبغي أن يترك لها من ملاءمات تقديرية تمشيًا مع مبدأ الفصل بين السلطات أن يخرج تلك القرارات من نطاق الطعن فيها أمام القضاء بصفة عامة، وبالتالي فإن طلبات إلغائها لا تخرج فقط عن اختصاص تلك الدائرة الإدارية، بل وعن اختصاص الدوائر الأخرى بالمحكمة الكلية التي هي أصلاً محجوبة عن نظر الخصومات الإدارية⁽⁷⁰⁾.

وبناء على ما سبق نجد أن قضاء التمييز وسَّع من فكرة التحصين على حساب مبدأ المشروعية، وذلك عندما قضى بأن القرارات الإدارية الأخرى التي لم ترد في المادة الأولى من القانون رقم 20 لسنة 1981 لا تخرج فقط عن اختصاص الدائرة الإدارية، بل وعن اختصاص القضاء بصفة عامة، رغم أن هناك رأياً معتبراً من الفقه يذهب إلى أن المحاكم العادية بمقتضى التعديل الذي طرأ على قانون تنظيم القضاء وفقاً للمرسوم بقانون رقم 23 لسنة 1990 في شأن تنظيم القضاء استعادت قدرتها على مباشرة الدعوى الإدارية وخصوصاً تلك المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة.

فقد نصت المادة الثانية من المرسوم بالقانون المشار إليه على أنه: «ليس للمحاكم أن تنتظر في أعمال السيادة»، بعدما كانت تنص في السابق على أنه «ليس للمحاكم أن تنتظر في أعمال السيادة، ولها دون أن تلغي الأثر 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»، وبالتالي زال الحظر الذي كان يمنع المحاكم من إلغاء القرارات الإدارية في المادة الثانية بعد تعديلها، وبذلك تختص الدائرة الإدارية بتشكيلها المتميز من ثلاثة قضاة بالمنازعات الإدارية المنصوص عليها في المادة الأولى والثانية والخامسة من قانون إنشائها، بينما تختص الدوائر الأخرى بتشكيلها العادي من قاض واحد بالفصل في غير تلك المنازعات الإدارية المحددة حصراً⁽⁷¹⁾؛ بينما يذهب بعض الفقه خلاف الرأي السابق باعتبار الدائرة الإدارية هي صاحبة الولاية العامة فيما يخص قضاء الإلغاء وأنه لا يجوز إعطاء غيرها من الدوائر الأخرى هذه الولاية بأي شكل كان وذلك امتثالاً للنص الدستوري

(70) الطعن رقم 16 لسنة 2012 - إداري / 2 جلسة 2013/12/10 وانظر كذلك بنفس الاتجاه الطعنين رقمي 805، 817 لسنة 2001 إداري جلسة 2003/5/5 وكذلك الطعن رقم 394 لسنة 2007 إداري جلسة 2009/4/21 والطعن رقم 141 لسنة 2008 إداري جلسة 2011/1/25.

(71) د. محمود سامي جمال الدين - المرجع السابق - ص 32-33.

الذي أوجب إنشاء القضاء الإداري وإعطائه ولاية الإلغاء كاملة غير منقوصة وفقاً للمادة 169 من الدستور الكويتي⁽⁷²⁾.

ونحن بدورنا نرى خلاف الرأي الأخير وذلك بأن تخضع أعمال القرارات الإدارية للمحاكم العادية، وذلك أولى من أن تظل بمنأى عن رقابة القضاء بصفة عامة حفاظاً على مبدأ المشروعية وسيادة القانون، كما أنه صحيح أن المشرع الدستوري خص الدائرة الإدارية بالولاية العامة فيما يخص قضاء الإلغاء، إلا أن المشرع العادي للأسف تقاعس عن وضع ذلك النص موضع التطبيق، وبالتالي لا يصح إهدار حقوق الأفراد فيما يتعلق بحق التقاضي الذي كفله الدستور لهم في المادة (166) بسبب تقاعس المشرع عن دوره في وضع نصوص الدستور موضع التطبيق.

ومن ناحية أخرى، نجد أن هناك أحكاماً لقضاء التمييز أدت إلى التضييق من نطاق أعمال السيادة والقرارات المحصنة من رقابة القضاء وأهم هذه الأحكام الحكم الصادر بتاريخ 2016/3/23، والذي أكد صراحة على حق القضاء في الرقابة على مسائل الجنسية وأن نظرية أعمال السيادة وفكرة تحصين قرارات الجنسية من رقابة القضاء تعد استثناءً على مبدأ حق التقاضي، والاستثناء لا يجوز القياس عليه والتوسع في تفسير أحكامه، مما جعل قضاء تلك المحكمة ينتهي إلى أن نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين تقتصر على مسائل الجنسية فيما يتعلق بمنح الجنسية أو رفض منحها، إذ جاء في قرارها المشار إليه أنه: «لما كان ذلك، وكان المشرع، إعمالاً لنص المادتين 166 و169 من الدستور سالفتي البيان، قد أنشأ بالقانون رقم 20 لسنة 1981 المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982، دائرة إدارية بالمحكمة الكلية تختص، دون غيرها، بنظر المنازعات الإدارية المبينة به، وكان النص في البند (خامساً) من المادة 1 من هذا القانون سالفه البيان، بعد أن قرر الأصل العام في إجازة طعن الأفراد والهيئات في القرارات الإدارية النهائية الصادرة في شأنهم، استثنى من ذلك بعض القرارات الإدارية، ومنها القرارات الصادرة في مسائل الجنسية، وكان هذا الاستثناء يُعد قيداً على حق التقاضي، لما ينطوي عليه من حرمان ذوي الشأن من اللجوء إلى القضاء والطعن على القرارات الإدارية الصادرة في مسائل الجنسية، وباعتبار أن حق التقاضي هو وسيلة

(72) د. عزيز الشريف ود. محمد العتيبي - القانون الإداري 2 - الدعاوى الإدارية دعوى الإلغاء ودعوى التعويض - الطبعة الأولى - 2004 - ص 75.

حمايتها وضمنان فاعليتها، والأصل فيه - كما سبق القول - خضوع الأعمال والقرارات الإدارية لرقابة القضاء، ولذلك فإن هذا الاستثناء، يتعين قصر نطاقه على القرارات المتعلقة بمنح الجنسية أو رفض منحها، باعتبار أنها ترتبط بكيان الدولة، وحقها في اختيار من يتمتع بجنسيتها في ضوء ما تراه وتقدره في هذا الشأن، وفقاً لما استقر عليه قضاء هذه المحكمة، ومما يؤكد هذا النظر أن المادة 27 من الدستور الكويتي نصت على أن (الجنسية الكويتية يحددها القانون، ولا يجوز إسقاط الجنسية أو سحبها إلا في حدود القانون)، وهذا الأمر لا يتأتى تحققه إلا بالرقابة القضائية على عمل الإدارة، ومن ثم يجوز له الطعن عليها إلغاء وتعويضاً أمام الدائرة الإدارية في المحكمة الكلية⁽⁷³⁾.

وبذلك نجد أن قضاء التمييز في حكمه السابق ضيق من نطاق تطبيق نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين بشأن مدى رقابته على مسائل الجنسية، إذ انتصر قضاء تلك المحكمة لمبدأ حق التقاضي ولو بصورة جزئية، فأخرج من رقابته المسائل المتعلقة بمنح أو منع الجنسية ولكن مع ذلك يبقى أنه يحسب لذلك الحكم أنه ضيق من نطاق تطبيق نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين لصالح مبدأ حق التقاضي حيث أخضع القرارات التي تصدر من السلطة التنفيذية بشأن سحب أو إسقاط الجنسية من أحد المواطنين لرقابته، إذ إن الدستور الكويتي في المادة (27) نص على أنه لا يجوز إسقاط الجنسية أو سحبها إلا في حدود القانون، وهو الأمر الذي لا يتحقق إلا بإعمال الرقابة القضائية على تصرفات وقرارات الجهة الإدارية.

ثم جاء بعد ذلك حكم آخر حديث لمحكمة التمييز يتعارض تماماً مع الحكم السابق، إذ عاد ووسّع من نطاق تطبيق أعمال السيادة وفكرة التحصين مرة أخرى، وهو الأمر الذي يشكل من وجهة نظرنا انتكاسة بشأن موقف قضاء التمييز تجاه مبدأ حق التقاضي، وخصوصاً أن موضوع الطعن كان يتعلق بمدى مشروعية قرار الجهة الإدارية بسحب الجنسية من بعض المواطنين، إذ جاء فيه أنه: «لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه أورد ما تنص عليه المادة الأولى والثانية من قانون تنظيم القضاء وما ينص عليه قانون إنشاء المحكمة الإدارية من إخراج مسائل الجنسية من نطاق اختصاصها أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء مجدداً بعدم اختصاص المحاكم بنظر الدعوى تأسيساً على أن طلبات الطاعنين وفقاً لما ورد

(73) الطعن رقم 647، 659، 694 لسنة 2015 إداري/ 1 جلسة 2016/3/23.

بصحيفة الدعوى وسائر الأوراق تتحصل في إلغاء قرار مجلس الوزراء رقم 968 لسنة 2014 المتضمن سحب شهادات جنسيتهم الكويتية التي حصلوا عليها و جنسية من كسبها تبعاً لهم، استناداً إلى إقرار الطاعنين بأن والدهم لم يحصل على الجنسية الكويتية قبل وفاته، فضلاً عن أن شهادات إثبات الجنسية التي يحوزها الطاعنون قد حصلوا عليها بطريقة غير قانونية، حيث إنها صدرت بناء على شهادات شهود غير صحيحة وذلك وفقاً لإفادة وزارة الداخلية... وأن هذه الطالبات - بهذه المثابة - تخرج عن اختصاص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية إلغاءً وتعويضاً وفقاً لقانون إنشائها رقم 20 لسنة 1981 المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982.... وخلص الحكم إلى القضاء بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى.... وكان هذا الذي خلص إليه الحكم سائغاً وله أصله الثابت بالأوراق ويكفي لحمل قضائه ويؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها، ومن ثم فإن النعي عليه بسببي الطعن يكون على غير أساس ولما تقدم يتعين رفض الطعن»⁽⁷⁴⁾.

وبناء على ما سبق نجد أن محكمة التمييز في حكمها السابق ذهبت إلى إعمال نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين بصورة واسعة دون أية قيود ودون اعتبار لمبدأ حق التقاضي، والذي كفله الدستور صراحة في المادة (166)، بل نجد أن المحكمة ذهبت إلى تبرير نظرية أعمال السيادة بصورة لا تتفق مع الدستور والمبادئ العامة للقانون وما استقر عليه الفقه والقضاء المقارن فيما توسعت به بشأن مد نطاق تطبيق نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين، وذلك عندما قضت بأن خروج أعمال السيادة عن ولاية القضاء يعد أحد صور التطبيق الأمثل لإعمال المفهوم الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات، الذي يوجب إقامة توازن دقيق بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، بحيث تتولى كل منها ممارسة صلاحياتها التي خلعها عليها الدستور: «بالإضافة إلى أن خروج أعمال السيادة عن ولاية القضاء يعد أحد صور التطبيق الأمثل لإعمال المفهوم الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يوجب إقامة توازن دقيق بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، بحيث تتولى كل من هذه السلطات صلاحياتها التي خلعها عليها الدستور وفي الحدود التي رسمها دون افتئات من إحداها على الأخرى»⁽⁷⁵⁾.

(74) الطعن رقم 1713 لسنة 2015 إداري / 2 الصادر بتاريخ 2017/2/7.

(75) الطعن رقم 1713 لسنة 2015 إداري / 2 الصادر بتاريخ 2017/2/7.

وهو الأمر الذي نختلف به مع المحكمة، إذ إن نظرية أعمال السيادة تُشكل اعتداءً على مبدأ الفصل بين السلطات وفق التوسع الذي أخذت به المحكمة بشأن مد نطاق تطبيق أعمال السيادة بصورة لا تتفق مع طبيعتها كاستثناء يرد على مبدأ حق التقاضي، إذ إن منع القضاء من ممارسة دوره نتيجة تشريع صادر عن السلطة التشريعية يشكل إخلالاً بمبدأ الفصل بين السلطات وليس تطبيقاً أمثل لذلك المبدأ.

من جهته فإن القضاء المقارن عندما أعمل تلك النظرية أعملها في نطاق ضيقٍ على اعتبار أنها استثناء على مبدأ حق التقاضي، وليس كما دأبت المحكمة على إعمالها بصورة واسعة لا تتفق مع طبيعتها كاستثناء يرد على مبدأ حق التقاضي.

كما أن إخراج بعض الأعمال من رقابة القضاء يعطل صلاحية ذلك القضاء في القيام بدوره، الذي خلعه عليه الدستور وهو حماية حقوق وحرريات الأفراد وإرساء العدالة، حيث سيزرتب على ذلك التوسع في مد نطاق تطبيق نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين إهدار تلك الحقوق والحرريات وإنكار العدالة نتيجة منع القضاء من الفصل في المنازعات المتعلقة بها، كما أن مسائل الجنسية اليوم لا تعد من أعمال السيادة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري⁽⁷⁶⁾.

وبناء على كل ما سبق، نجد أن موقف محكمة التمييز تجاه مبدأ حق التقاضي يتقدم خطوة ويتراجع للوراء أكثر من خطوة، وكنا نتمنى على قضاء تلك المحكمة لو حذا حذو مجلس الدولة الفرنسي تجاه مبدأ حق التقاضي، إذ ضيق من نطاق أعمال السيادة من ناحية ووسّع من دائرة عدم الاعتراف بالنصوص المانعة لحق التقاضي من ناحية أخرى، فقد غلب قضاء مجلس الدولة الفرنسي في أحكام كثيرة مبدأ حق التقاضي على التشريعات المانعة من ذلك الحق.

الفرع الثاني

موقف قضاء المحكمة الدستورية

حذت المحكمة الدستورية في الكويت حذو المحكمة الدستورية العليا في مصر بشأن تطبيق نظرية أعمال السيادة من حيث عدم خضوعها لرقابة القضاء⁽⁷⁷⁾،

(76) د. أنور أحمد رسلان - وسيط القضاء الإداري - ص 164.

(77) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتاريخ 1977/2/5 في الدعوى رقم 22 لسنة 6 القضائية.

إن ذهبت إلى أن أعمال السيادة تخرج عن رقابة القضاء وأن المحكمة يرجع إليها أمر تحديد ما إذا كان الموضوع يُعد من أعمال السيادة من عدمه (هذه الأعمال وإن كانت لا تقبل الحصر والتحديد، إلا أن المستقر عليه أن المراد في تحديدها يرجع إلى السلطة التقديرية للقضاء وحده ليقدر ما يُعدّ من أعمال السيادة وما لا يُعدّ منها بحسب ظروف وطبيعة كل من تلك الأعمال)⁽⁷⁸⁾.

كما أن المحكمة الدستورية في الكويت وسّعت من نطاق نظرية أعمال السيادة بخلاف المحكمة الدستورية العليا في مصر والتي ضيّقت من نطاقها⁽⁷⁹⁾، وذلك عندما اعتبرت أن القرارات الإدارية التي حصّنها المشرّع بنصوص استثنائية من رقابة القضاء تعد من أعمال السيادة،

وقد نصت في أحد قراراتها على أنه: «..وحيث إنه عن الدفع المبدئي من الحكومة بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى لتعلقها بعمل من أعمال السيادة فهو في محله، ذلك أن أعمال السيادة، وكما عرّفها القضاء هي تلك الأعمال التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة فتباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظيم علاقتها بالسلطات العامة الأخرى، داخلية كانت أو خارجية، أو تجريها اضطراراً للمحافظة على كيان الدولة في الداخل أو الذود عن سيادتها في الخارج، وهذه الأعمال وإن كانت لا تقبل الحصر والتحديد، إلا أن المستقر عليه أن المراد في تحديدها يرجع إلى السلطة التقديرية للقضاء وحده، ليقدر ما يُعدّ من أعمال السيادة وما لا يُعدّ منها بحسب ظروف وطبيعة كل عمل من تلك الأعمال، والتي يجمعها إطار عام هي أنها تصدر عن الدولة بما لها من سلطة عليا وسيادة في الداخل والخارج، مستهدفة تحقيق مصلحة الجماعة، ويندرج ضمن أعمال السيادة المنظمة لعلاقة الحكومة بالسلطة التشريعية، ومنها استعمال السلطة التنفيذية لحقوقها المتعلقة بالتشريع، كاقتران القوانين، كما تدخل فيها المسائل السياسية التي تعد المجال الحيوي والطبيعي لنظرية أعمال السيادة، وهذه الأعمال قد تكون قوانين مباشرة من الهيئة التشريعية، بما ذهب معه القضاء الدستوري

(78) الطعن رقم 2/1999 دستوري - جلسة 27/4/1999.

(79) حيث طبقت المحكمة الدستورية العليا في مصر نظرية أعمال السيادة على حالات محدودة للغاية وهي قرارات رئيس الجمهورية وبعض المعاهدات المهمة بشأن الدفاع الخارجي عن الدولة. أنظر. د. يسري العصار - دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري - المرجع السابق - ص 79

المقارن إلى القول أن مجال تطبيق نظرية أعمال السيادة صار ممتدًا ليشمل النصوص التشريعية، ولم يعد يقتصر على الأعمال الإدارية⁽⁸⁰⁾.

وبناء على ما سبق، نجد أن المحكمة الدستورية وسعت من نطاق نظرية أعمال السيادة حينما أدخلت فكرة التحصين، وهي عبارة عن قرارات إدارية بطبيعتها تم إخراجها من نطاق رقابة القضاء بنصوص تشريعية في مفهوم أعمال السيادة، الأمر الذي يشكل مخالفة صريحة لمبدأ حق التقاضي والذي كفله الدستور في المادة (166) منه.

هذا ويذهب الدكتور يسري العصار إلى أن المحكمة الدستورية في كل من الكويت ومصر كان في وسعها عدم تقييد نفسها بنظرية أعمال السيادة أو الأعمال السياسية، إذ إن القوانين المنظمة لهما لم تنص على استثناء هذه الأعمال من نطاق اختصاصهما، وهو الأمر الذي يحقق مبدأ سيادة الدستور، كما أن نظرية أعمال السيادة تتنافى مع الوظيفة التي يتولاها القضاء الدستوري فيما يتعلق بمراقبة التزام السلطتين التشريعية والتنفيذية بأحكام الدستور فيما يصدر عنهما من قواعد عامة تنظم المجتمع وحقوق الأفراد وحررياتهم، فليس من المقبول في ظل مبدأ سيادة الدستور أن تفلت بعض الأعمال الصادرة عن هاتين السلطتين من رقابة القاضي الدستوري⁽⁸¹⁾، وهو الرأي الذي يؤيده الفقه أيضاً بعدم الأخذ بنظرية أعمال السيادة في مجال الرقابة الدستورية بحيث تشمل رقابتها سائر القوانين واللوائح حتى ما يتصل منها بالعلاقة بين السلطات أو بالعلاقات الدولية وذلك تأكيداً لمبدأ سيادة القانون⁽⁸²⁾.

وفي الآونة الأخيرة طرأ تحول كبير في موقف المحكمة الدستورية الكويتية تجاه نظرية أعمال السيادة، إذ ذهب قضاء تلك المحكمة إلى التضييق من نطاق تطبيق نظرية أعمال السيادة، وذلك عندما تصدت لمرسوم حل مجلس الأمة رقم 443 لسنة 2011 الصادر بتاريخ 6/12/2011 وقضت ببطلان حل مجلس الأمة وبطلان

(80) الطعن رقم 2/1999 الدستوري الصادر بتاريخ 27/4/1999.

(81) د. يسري العصار - دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري - دراسة مقارنة - المرجع السابق ص 78، 79.

(82) انظر: د. عاطف البنا - المرجع السابق - ص 163 وما بعدها. وكذلك د. رأفت فودة - المرجع السابق ص 345.

دعوة الناخبين لانتخاب أعضاء مجلس الأمة، رغم أن مسألة حل البرلمان تعد من أعمال السيادة باتفاق الفقه والقضاء، إذ جاء في منطوق أحد قراراتها ما يلي: «إذ لا يجوز أن يتخذ الحل الذي رخص به الدستور للحكومة استعماله، وحدد طبيعته وإجراءاته والغرض منه، ذريعة إلى إهدار أحكام الدستور ومخالفتها، فللدستور حرمة ونصوص يجب أن تصان وأحكامه لا بد أن تحترم،

وبالترتيب على ما تقدم، يكون إجراء هذا الحل قد جاء مشوباً بالبطلان ويحضى هو والعدم سواء، يستوجب عدم الاعتداد به، وترتيب آثاره بما يستتبعه ذلك من بطلان دعوة الناخبين لانتخاب أعضاء مجلس الأمة التي جاءت ابتناء على هذا الحل الباطل، كما تغدو معه إرادة الناخبين في هذه الحالة قد وردت على غير محل، بعد أن جاءت الانتخابات وليدة إجراءات باطلة أهدرت فيها القيود الإجرائية في الدستور على نحو ما سلف بيانه، وبالتالي يكون نعي الطاعنة بهذا السبب من طعنها قائماً على أساس سليم ولا حاجة من بعد إلى بحث باقي أسباب الطعن وحق القضاء - ومن ثم - بإبطال عملية الانتخاب برمتها التي أجريت بتاريخ 2012/2/2 في الدوائر الخمس، وبعدم صحة عضوية من أعلن فوزهم فيها مع ما يترتب على ذلك من آثار، أخصها أن يستعيد المجلس المنحل، بقوة الدستور - سلطته الدستورية كأن الحل لم يكن، ليكمل المدة المتبقية له أصلاً - ما لم يطرأ من الأمور خلال تلك المدة ما يقتضي معها إعمال الأمير صلاحيته المقررة في هذا الشأن وذلك إعلاءً لنصوص الدستور وتغليباً لأحكامه، وحفظاً لكيانه، وسلامة النظام العام الدستوري وبيانه»⁽⁸³⁾.

كما أن المحكمة الدستورية عادت مرة أخرى في حكم آخر لها وأكدت على حقها في بحث الطعون المتعلقة ببطلان مرسوم حل مجلس الأمة ومرسوم دعوة الناخبين لانتخاب أعضاء مجلس الأمة بالإضافة إلى بحث الطعن بمدى دستورية مرسوم الضرورة رقم 20 لسنة 2012 والذي ترتب عليه تعديل قانون انتخابات مجلس الأمة فيما يتعلق بألية التصويت وجعلها صوتاً واحداً بدلاً من أربعة أصوات للناخب، مما يؤكد على اتجاه المحكمة الدستورية بشأن التضييق من نطاق تطبيق أعمال السيادة⁽⁸⁴⁾.

(83) طعن رقم 6، 30 لسنة 2012 الصادر بتاريخ 2012/6/20.

(84) طعن رقم 15 لسنة 2012 دستوري، الصادر بتاريخ 2013/6/16.

وبناء على ما سبق نلاحظ أن المحكمة الدستورية اتجهت إلى التضييق من نطاق أعمال السيادة، أما موقف المحكمة تجاه تحصين بعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء وبنصوص تشريعية، فقد عمدت في السابق إلى عدم مواجهة فكرة التحصين وذلك في حكمن متتالين انتهت فيهما إلى عدم قبول الدعوى لأسباب شكلية، وذلك عندما نصت في أحدهما: «..وحيث إن المبيّن من ذلك أن دفع الطاعن بعدم دستورية البند المطعون فيه هو في حقيقته ليس دفاعاً في منازعة مثارة في شأن النص القانوني المذكور أو رداً على دفاع مناطه التمسك بإعمال ذلك النص، وإنما هو طلب أصلي بالطعن بعدم دستوريته، قُدّم إلى المحكمة مباشرة، وهي الطريقة التي استبعدها المشرّع وأثر عليها طريق الدفع الفرعي، بما تكون معه الدعوى المطروحة قد سعت إلى المحكمة الدستورية بالطريق الأصلي المباشر، وإن ألبس ثوب الدفع الفرعي بالمخالفة للأوضاع المقررة قانوناً، ومن ثم تضحى الدعوى الماثلة غير مقبولة قانوناً، وهو ما يتعين القضاء به بغير حاجة إلى بحث باقي الدفوع وأوجه الدفاع المثارة في هذه الدعوى والرد عليها، وتشير المحكمة إلى أن الدعوى الدستورية على الأسس سالف الذكر إنما أُحيلت إلى هذه المحكمة من محكمة الموضوع ليس من تلقاء نفسها وإنما بناء على الدفع المبدى أمامها من الطاعن بعدم دستورية النص المطعون عليه، ودون أن تفتن إلى حقيقة ذلك الدفع، فقامت بإحالته إلى هذه المحكمة، وحيث إن الطاعن قد أخفق في طعنه فيتعين إلزامه بالمصروفات إعمالاً لحكم المادة الأولى من المرسوم الصادر بتاريخ 8/5/84 بشأن رسوم التقاضي أمام المحكمة الدستورية، فل هذه الأسباب: حكمت المحكمة بعدم قبول الطعن وألزمت الطاعن بالمصروفات»⁽⁸⁵⁾.

وجاء في حكم آخر أنه: «..وعلى هذا الأساس يكون الطعن على قرار مجلس الوزراء المشار إليه جائزاً أمام الدائرة الإدارية، فيما يتعلق بتراخيص الصحف والمجلات ولا يحول دونه إلا الحظر الوارد في البند الخامس من المادة الأولى من القانون رقم 81/20 وتعديله، لما كان ذلك، وكان القرار المذكور لم يصدر بحق الطاعن، وإذا صدر فلن يؤثر على حق الطاعن في الطعن عليه أمام محكمة الموضوع، إن زال حكم المنع الوارد في قانون إنشاء الدائرة الإدارية، مما يعني أن لا مصلحة للطاعن في إيراد الدفع بعدم دستورية المادة 17 المطعون عليه، لأنه غير منتج في النزاع

(85) طعن رقم 93/1/93، جلسة 1994/3/26

الموضوعي وبالتالي غير مقبول،

وحيث إن المحكمة وقد خلصت - فيما تقدم - إلى عدم قبول الطعن الدستوري بشقيه، فلا تجد نفسها بحاجة إلى بحث باقي الدفوع وأوجه الدفاع المثار في الدعوى والرد عليها. وحيث إن المنازعة معفاة من الرسوم، وفقاً لحكم الفقرة الثانية من المادة الأولى من المرسوم الصادر بتاريخ 1974/5/8 بشأن رسوم التقاضي أمام المحكمة الدستورية فهذه الأسباب، حكمت المحكمة بعدم قبول الطعن وأعفت الطاعن من المصروفات»⁽⁸⁶⁾.

وبناء على ما سبق، نجد أن المحكمة الدستورية لم تبحث مسألة مدى دستورية التشريعات المحصنة لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء لأسباب تتعلق بشكل الدعوى، إلا أنه فيما بعد بحثت المحكمة الدستورية تلك التشريعات بمناسبة الدفع بعدم دستورية البند الخامس من المادة الأولى من قانون إنشاء الدائرة الإدارية والمتعلقة بتحسين القرارات المتعلقة في مسائل الجنسية وإقامة وإبعاد غير الكويتيين وتراخيص الصحف والمجلات ودور العبادات وذلك في الطعن رقم 1999/22.

فقد ذهبت المحكمة الدستورية إلى اعتبار تلك النصوص التشريعية المحصنة لتلك القرارات من قبيل أعمال السيادة كما وضحنا ذلك فيما سلف، بل إن المحكمة لم تكتف بذلك فقد أجازت عملية التحسين التشريعي لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء متى ما قدرت السلطة التشريعية ذلك حفاظاً على المصالح العليا للدولة دونما اعتبار لمبدأ حق التقاضي والذي كفله الدستور والمبادئ الأخرى كمبدأ المساواة ومبدأ الفصل بين السلطات، وهو ما جاء في أحد أحكامها التي نصت على أنه: «..وقد ترك القانون هذه المسائل خاضعة لمسؤولية الحكومة السياسية تتصرف فيها على ضوء تقديرها للمصلحة العامة وصالح المواطنين تحت رقابة السلطة التشريعية، وكل هذا يتفق مع طبيعة هذه المسائل واتصالها بالسياسة العامة للدولة، فإذا ما قدرت السلطة التشريعية أن ثمة مساساً لهذه المسألة بالمصلحة العليا للدولة استبعدت المنازعات التي تنشأ حول القرارات الصادرة بشأن تلك المسألة من نطاق الرقابة القضائية، وأن تقديرها في هذا الخصوص

(86) الطعن رقم 94/4 دستوري جلسة 1994/11/5.

غير قابل لطرحه ورقابته قضاءً دون إلزامها بالإفصاح عن السبب الذي دفعها لاستبعاد إصدار تراخيص الصحف والمجلات من اختصاص الدائرة الإدارية، إذ من المقرر أن ملاءمة التشريع والباعث على إصداره هو من إطلاقات السلطة التشريعية ما لم يقيد الدستور بحدود وضوابط معينة»⁽⁸⁷⁾.

وبذلك نجد أن المحكمة الدستورية أجازت فكرة التحصين رغم مخالفتها صراحة لنصوص الدستور، وكان الأولى بالمحكمة أن تنتصر لمبدأ حق التقاضي على حساب فكرة التحصين، ولكن ذلك لم يحدث، وهو الأمر الذي يشكل مخالفة وتجاوزاً لمبدأ سيادة القانون بمعناه الواسع.

وفي الآونة الأخيرة حدث تطور ملحوظ لقضاء المحكمة الدستورية تجاه فكرة التحصين، إذ تصدت المحكمة لبعض النصوص التشريعية المحصنة لبعض القرارات الإدارية وانتهت إلى عدم دستورية تلك التشريعات والقضاء بإلغائها، وقد جاء في أحد قراراتها ما يلي: «...وإذا كانت العبارات بنص المادة 17 قد جاءت عامة مطلقة بعدم خضوع قرارات وزارة التربية المتعلقة بإجراءات ونتائج الامتحانات من الطعن فيها أمام القضاء، بما يشمل ذلك أي قرار إداري، سواء كان القرار قراراً تنظيمياً أو قراراً فردياً، بما يستغرق أي قرار صادر في هذا الشأن يتعلق بحرمان الطلاب من أداء الامتحانات أو بإعلان نتائجها،

ومن ثم فإن إطلاق النص يمنع التخصيص المقول به أن حكم هذه المادة قد جاء مقصوراً على القرارات التنظيمية العامة دون القرارات الفردية الصادرة بناءً عليها، ولا مقنع فيما سبق في هذا الشأن من أن حكم هذا النص قد جاء حسماً للمشاكل واستقراراً للأوضاع بالنسبة إلى نتائج الامتحانات العامة، وأن هذه الاعتبارات هي التي أملت تقريره، إذ لا يتصور أن يكون سبيل ذلك هو بإغلاق طريق الطعن القضائي على هذه القرارات، أو أن المشرع قد قصد بذلك حماية أوضاع قد تكون غير مشروعة وتحصينها، إذ لا مصلحة عامة في ذلك، مما يغدو التذرع بهذه الاعتبارات لتقرير حكم هذا النص أمراً غير جائز،

كما أنه لا وجه لمظنة تدخل القضاء في مسائل هي من صلاحيات جهة الإدارة وتترخص في تقديرها، إذ إن الرقابة التي باشرها القضاء بالنسبة إلى هذه المسائل

(87) الطعن رقم 2/1999 دستوري - الصادر بتاريخ 27/4/1999.

وبخاصة فيما يتعلق بإجراء ونتائج الامتحانات - هي في الأساس رقابة مشروعية - تقف عند حدها الطبيعي كما سلف البيان - ولا تمتد إلى ما يتعلق بتحديد مواد الامتحان، أو بتصحيح إجابات الطلاب في الامتحانات أو بتقدير الدرجات أو بما يرتبط بذلك من تقييم لمستوى الأداء العلمي للطلاب وفقاً لمقتضيات سير العملية التربوية والتعليمية، إذ هي من المسائل الفنية التي تستقل بها الجهة الإدارية بأجهزتها المتخصصة وفقاً للضوابط والمعايير العلمية الفنية التي تقرها في هذا الشأن، وذلك دون أن يتدخل القضاء في النظر فيها بالموازنة والترجيح أو بالرقابة والتعقيب، وهو ما يسقط الحجة التي سيقى في هذا المقام تبريراً لما ورد بنص الطعن وترتيباً على ما تقدم، وإذا كان نص المادة (17) على ما سلف جميعه ينال من مبدأ فصل السلطات، ويخل بحق التقاضي، ويناقض مبدأ المساواة بما يصم هذا النص بمخالفته لأحكام المواد (29) و (50) و (166) من الدستور، فمن ثم يتعين القضاء بعدم دستوريته»⁽⁸⁸⁾.

وفي حكم آخر لها أيضاً ذهب إلى أنه: «..وحيث إنه من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن حق التقاضي للناس كافة مبدأ دستوري أصيل باعتباره الوسيلة التي تكفل للأفراد حماية حقوقهم والتمتع بها والذود عنها ورد الاعتداء عليها، كما أنه يدخل في عموم هذا المبدأ حظر النص في التشريعات على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء»⁽⁸⁹⁾.

وبناء على ما سبق نجد أن المحكمة الدستورية تؤكد على عدم جواز تحصين أي عمل أو قرار من رقابة القضاء، وهو الأمر الذي من شأنه تعزيز مبدأ سيادة القانون.

وأخيراً ذهبت المحكمة الدستورية إلى إرساء مبدأ جديد بشأن القرارات التي تصدر من اللجان التي يدخل ضمن تشكيلها عنصر قضائي فأكثر باعتبارها قرارات نهائية لا يجوز الطعن عليها أمام جهات التقاضي، وقد نصت في أحد قراراتها الأخيرة على أنه: «..وكان المشرع قد أنشأ بموجب القانون رقم (33) لسنة 1964 في شأن نزاع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة، لجنة أسماها «لجنة الاعتراضات» على أن يصدر بتشكيلها وإجراءاتها قرار من مجلس الوزراء، وأسند إليها الاختصاص

(88) الطعن رقم 14 لسنة 2006 جلسة 2007/4/1.

(89) الطعن رقم 34 لسنة 2014 دستوري جلسة 2014/6/22 - وأنظر كذلك الطعن رقم 38 لسنة 2014 دستوري جلسة 2015/11/4.

بنظر الاعتراضات على تقدير قيمة التعويض المقابل لنزع الملكية، وكان البين من القرار الصادر بنظام هذه اللجنة أنه قد روعي أن تجمع في تكوينها بين العنصر القضائي والعناصر الفنية، التي تمثل الجهات ذات الاختصاص والعلاقة، وكافلاً استقلالها وحيدتها من خلال توفير ضمانات التقاضي أمامها، فنص على أن تشكل من سبعة أعضاء يكون من بينهم مستشار بمحكمة الاستئناف تكون له الرئاسة، وقاض بالمحكمة الكلية يكون نائباً للرئيس، يتم تعيينهما بناء على ترشيح وزير العدل بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للقضاء».

واستطردت المحكمة «متى كان ذلك وكان مؤدى ما تقدم جميعه، أن لجنة الاعتراضات المشار إليها هي في حقيقتها هيئة ذات اختصاص قضائي، عهد إليها البت في خصومات معينة بقرارات حاسمة بعد اتباع إجراءات محددة لها كافة سمات إجراءات التقاضي وضماداته. وبالتالي فإن النص على نهائية قراراتها وعدم جواز الطعن فيها بالنسبة إلى تقدير قيمة التعويض المقابل لنزع الملكية لا يكون قد انطوى على اعتداء على حق التقاضي أو خالف مبدأ فصل السلطات، الأمر الذي تنتفي معه شبهة عدم الدستورية في هذا النطاق، ويتعين من ثم القضاء برفض الدعوى»⁽⁹⁰⁾.

وهو الأمر الذي نختلف به مع قضاء المحكمة الدستورية، إذ إن تلك الجهات يتم تشكيلها بقرار من قبل السلطة التنفيذية وتصدر قراراتها وهي بكنف تلك السلطة، كما أن ذلك سيؤدي إلى حرمان الأفراد من حق التقاضي على درجتين بالإضافة إلى أن قانون إنشاء الدائرة الإدارية نص في المادة الثامنة منها على أنه يجوز الطعن أمام الدائرة الإدارية على القرارات التي تصدرها مجالس التأديب وهي مجالس يدخل في تشكيلها العنصر القضائي ورغم ذلك أخضعها المشرع العادي لرقابة القضاء (لا تقبل طلبات الإلغاء المنصوص عليها في البنود ثانياً وثالثاً ورابعاً من المادة الأولى عدا القرارات الصادرة من مجالس تأديبية قبل التظلم منها إلى الجهة التي أصدرتها أو الجهات الرئاسية وانتظار المواعيد المقررة للبت في التظلم. ويصدر مرسوم ببيان إجراءات تقديم التظلم والبت فيه).

هذا وقد أصدرت المحكمة الدستورية فيما بعد حكماً لاحقاً لها يتناقض مع حكمها

(90) الطعن رقم 34 لسنة 2014 دستوري جلسة 2014/6/22

السابق، إذ أجازت الطعن على القرارات التي تصدر من اللجان التي يتضمن تشكيلها عنصراً قضائياً بما نصه: «...وحيث إن مبنى النعي على هذا النص - حسبما يتبين من حكم الإحالة - أن المشرع بمقتضى القانون سالف الذكر قد أنشأ بموجب أحكامه لجاناً أبان تشكيلها من ثلاثة أشخاص برئاسة قاض كويتي وعضوية اثنين من ذوي الخبرة يرشحهما وزير المالية من غير العاملين في الجهات الدائنة؛ وعهد إلى تلك اللجان النظر في التسويات المقترحة لمعالجة المديونيات المتعثرة وإقرار التسويات المناسبة بعد التحقق من الالتزام بأحكام هذا القانون، إلا أنه لم يجز الطعن على هذه القرارات أمام أي جهة من الجهات، مما يمثل ذلك إخلالاً بحق التقاضي، وبمبدأ فصل السلطات؛ وبمبدأ المساواة».

واستطردت المحكمة قائلة: «متى كان ما تقدم، وكان الثابت أن اللجان التي خصها المشرع في القانون سالف الذكر بإقرار التسويات المناسبة لمعالجة المديونيات المتعثرة يغلب على تشكيلها العنصر الإداري، ولم يتضمن القانون إلزامها باتباع إجراءات تتحقق بها ضمانات التقاضي أمامها، ومن ثم فإن هذه اللجان لا تعدو أن تكون مجرد لجان إدارية، ولا يغير من ذلك ما قد يثار من أن تشكيل هذه اللجان برئاسة قاض يضفي على عملها الطابع القضائي،

وذلك أن مشاركة أحد رجال القضاء في تلك اللجان التي يغلب على تشكيلها العنصر الإداري، لا يخلع بذاته عليها الصفة القضائية، طالما أنه ليس لها ولاية البت في خصومات تنعقد أمامها، ولا الفصل فيها، كما لا تتبع في مباشرة عملها إجراءات التقاضي وسماته وضمائنه، وإذ حجب النص الطعين القضاء عن نظر الطعن في قرارات هذه اللجان، مما يمثل إخلالاً بحق التقاضي، وخروجاً على مبدأ المساواة، وتعارضاً مع مبدأ فصل السلطات، ومجاوياً لصحيح أحكام الدستور المنصوص عليها في المواد (29)، (50)، (166)، ومن ثم فقد حق القضاء بعدم دستورية النص الطعين وذلك فيما تضمنه من عدم جواز الطعن على القرارات الصادرة من اللجان في شأن اعتماد التسويات المقترحة أمام أية جهة من الجهات»⁽⁹¹⁾.

وبناءً على ما سبق نجد أن المحكمة الدستورية أجازت الطعن على قرارات اللجان التي يدخل ضمن تشكيلها العنصر القضائي على اعتبار أنها مجرد لجان إدارية.

(91) الطعن رقم 38 لسنة 2014 دستوري بجلسة 4 / 11 / 2015.

الخاتمة:

إن المساس بحق التقاضي سواء بمصادرة ذلك الحق أو الانتقاص منه ينال من مبدأ سمو الدستور الذي كفل ذلك الحق، الأمر الذي ينعكس سلباً على مبدأ سيادة القانون. فالدستور عندما يأتي وينص على حقوق وحريات الأفراد، فإنه في المقابل ينص على حق التقاضي حتى يستطيع الأفراد اللجوء إلى القضاء لرد الاعتداء على حقوقهم التي كفلها الدستور؛ لذلك فإن تلك الحقوق والحريات لا قيمة لها طالما من الممكن المساس بها والنيل منها وفي ذات الوقت يحرم الأفراد من حق التقاضي للدفاع والذود عنها؛

لذلك نتمنى على المشرع العادي التصدي لكل محاولة للنيل من ذلك الحق، بل نطلب منه أن يبادر إلى تعديل تلك التشريعات التي تنال من ذلك الحق، كما أن هذه المناشدة لا تقتصر على السلطة التشريعية وإنما نوجهها أيضاً للقضاء لكي يقوم بدور مهم بشأن حماية حق التقاضي وأن ينتصر لأحكام الدستور، التي كفلت ذلك الحق صراحة على حساب كل ما من شأنه المساس بحق التقاضي ويحول بين الأفراد وبين ذلك الحق كما هو الحال بالنسبة لموقف مجلس الدولة الفرنسي، والذي انتهى في العديد من أحكامه إلى الحد من نطاق تطبيق نظرية أعمال السيادة، وكذلك إلى عدم الاعتراف بالنصوص التشريعية المانعة من رقابة القضاء في بعض القرارات الإدارية.

كما أن اعتبارات العدالة تستلزم أن يمارس القضاء دوره المناط به والمرسوم له وفقاً للدستور، ولا يتأتى ذلك في ظل وجود بعض التشريعات التي تصادر أو تنتقص من مبدأ حق التقاضي، وكما هو معلوم فإن فكرة التحصين تتعارض مع نصوص الدستور لأنها تشكل خروجاً واعتداءً على مبدأ سمو الدستور ويتضح ذلك من خلال ما يلي:

أولاً- كفل الدستور الكويتي حق التقاضي صراحة عندما نص على ذلك الحق في المادة (166) منه، التي جاء فيه أن: «حق التقاضي مكفول للناس. ويبين القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق»، وبذلك نجد أن فكرة التحصين تتعارض مع حق التقاضي الذي كفله الدستور. وإذا كان هذا الأخير قد عهد للمشرع العادي أمر تنظيم ممارسة الحقوق ومنها حق التقاضي، فإن ذلك لا يعني إعطاءه الحق في مصادرة ذلك الحق أو الانتقاص منه.

ثانياً – إن فكرة التحصين تتنافى مع مبدأ العدالة، التي ينشدها المشرع الدستوري ويسعى إلى تحقيقها، إذ نص على ذلك المبدأ في المادة السابعة منه بالقول إن: «العدل والحرية والمساواة دعائم المجتمع والتعاون والتراحم صلة وثقى بين المواطنين». ولا غرابة أن المشرع قدم العدالة على الحرية، إذ إنه بغياب العدالة لا يمكن الحديث عن الحرية؛ وبما أن المشرع الدستوري خص السلطة القضائية بالفصل في المنازعات القضائية لتحقيق العدالة، فإن تحصين بعض القرارات وإخراجها من رقابة القضاء يؤديان إلى إنكار العدالة وعدم تحققها الأمر الذي يؤكد لنا عدم دستورية فكرة التحصين.

ثالثاً – إن فكرة التحصين تشكل خروجاً وإخلالاً بمبدأ المساواة؛ ذلك المبدأ الذي كفلته جميع الدساتير، ومن تلك الدساتير الدستور الكويتي الذي نص على ذلك المبدأ في المادة (29) منه حيث جاء فيها إن: «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». وبما أن فكرة التحصين تعني حرمان بعض الأفراد من حق كفله الدستور ألا وهو حق التقاضي، فإن ذلك يعد إهداراً لمبدأ المساواة بين الأفراد؛ ويتحقق ذلك عندما يتحصل بعض الأفراد على أحد الحقوق بينما يحرم منها البعض الآخر ولا يستطيع اللجوء إلى القضاء لنيل ذلك الحق.

رابعاً – إن فكرة التحصين تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات ذلك المبدأ الذي ابتدع من أجل الحد من الاستبداد بالسلطة، وقد نص الدستور الكويتي على ذلك المبدأ في المادة (50) منه التي جاء فيها: «يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات مع تعاونها وفقاً لأحكام الدستور، ولا يجوز لأي سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه في هذا الدستور». فالسلطة التشريعية عندما تسن قانوناً يمنع القضاء من نظر بعض القرارات الإدارية، فإن ذلك بلا أدنى شك يُشكل اعتداءً على اختصاصات السلطة القضائية؛ إذ إن حرمان الأفراد من ممارسة وسيلة المطالبة القضائية لنيل أحد حقوقهم هو تقييد لوظيفة السلطة القضائية في مزاولة اختصاصاتها.

خامساً – إن السلطة القضائية ليست منحة من المشرع، وعليه لا يحق لهذا الأخير إلغاء تلك السلطة كلياً أو جزئياً؛ كما أن اختصاص السلطة التشريعية لتنظيم

السلطة القضائية الغرض منه هو تمكين الأفراد من ممارسة حرياتهم، وبالتالي يجب أن يكون هدفه هو التنظيم وليس الإلغاء كما أن المشرع الدستوري عندما جاء ونص في المادة (169) على إنشاء القضاء الإداري وإعطائه ولاية الإلغاء فإنه إعطاه هذه الولاية كاملة غير منقوصة عندما نص على أن: «ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملة ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون»، وترتيباً على ذلك، فإن فكرة التحسين المتمثلة بوجود تشريعات مانعة من حق التقاضي تعد مخالفة لنص المادة السابقة من الدستور الكويتي.

لذلك ندعو المشرع الكويتي إلى إلغاء نظرية أعمال السيادة التي نص عليها في المادة الثانية من المرسوم بالقانون رقم 23 لسنة 1990 في شأن تنظيم القضاء الذي يمنح المحاكم من نظر تلك الأعمال؛ إذ إن ذلك النص يتعارض مع نصوص الدستور الكويتي بالإضافة إلى إلغاء التشريعات المانعة من حق التقاضي حيث إن تلك التشريعات كما أوضحنا تتعارض أيضاً مع نصوص الدستور.

هذا وقد بينا أيضاً في هذه الدراسة موقف القضاء الفرنسي والمصري تجاه نظرية أعمال السيادة وفكرة التحسين، كما بينا موقف القضاء الكويتي تجاه تلك النظرية والفكرة من خلال موقف قضاء التمييز المضطرب بشأن بسط رقابته على مسائل الجنسية، ويتضح ذلك من خلال حكمين حديثين متناقضين عرضنا لهما في هذه الدراسة، إذ ذهب الأول إلى بسط رقابة القضاء على مسائل الجنسية باستثناء منح الجنسية أو رفض منحها، بينما ذهب الحكم الآخر إلى عدم اختصاص القضاء ولائياً بنظر تلك المسائل على اعتبار أنها من أعمال السيادة والقرارات المحصنة من رقابة القضاء.

وبناء على كل ذلك نرى أنه أصبح اليوم لزاماً ضرورة اجتماع دائرة توحيد المبادئ في محكمة التمييز لوضع حد لهذه التناقضات بين أحكام محكمة التمييز بشأن مسائل الجنسية، ونتمنى أن تأخذ بالاتجاه الذي ضيق من نطاق أعمال السيادة وفكرة التحسين، وذلك انتصاراً لمبدأ حق التقاضي الذي كفله الدستور صراحة في المادة (166). كما عرضنا لموقف قضاء المحكمة الدستورية والذي وسّع في بداياته

من نطاق نظرية أعمال السيادة ورفض التصدي لبحث مسألة فكرة التحصين لأسباب شكلية، إلا أنه كان هناك تحولٌ بموقف قضاء تلك المحكمة، إذ ضيّقت من نطاق تطبيق أعمال السيادة بالإضافة إلى إلغاء بعض التشريعات المحصنة لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء.

قائمة المراجع:

- د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - دار الشروق -1999 .
- د. أنور أحمد رسلان:
- الديمقراطية بين الفكر الفردي والفكر الإشتراكي - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة 1971
- وسيط القضاء الإداري - دار النهضة العربية -1999
- د. ثروت بدوي - النظم السياسية - 1989
- د. تركي المطيري- الجوانب الإجرائية في الدعوى الدستورية - دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر والكويت - الكويت - 2012
- د. حمدي علي عمر - الاتجاهات الحديثة للقضاء في الرقابة على أعمال السيادة (دراسة مقارنة) منشأة المعارف - الإسكندرية - 2016
- د. داود العيسى - تعليق على حكم محكمة الاستئناف العليا - مجلة الحقوق - السنة الثامنة عشرة - العدد الثالث - سبتمبر 1994
- د. رأفت فودة - أصول وفلسفة قضاء الإلغاء - دار النهضة العربية - 2011
- د. سامي جمال الدين - القضاء الإداري الرقابة على أعمال الإدارة- مبدأ المشروعية- تنظيم القضاء الإداري(دراسة مقارنة-2003
- د. سعد عصفور - النظام الدستوري المصري - دستور 1971 منشأة المعارف - الإسكندرية 1980
- د. عادل الطبطبائي - النظام الدستوري في الكويت - دراسة مقارنة 1998
- د. عاطف البنا - الوسيط في القضاء الإداري - الطبعة الثانية 1999
- د. عبد الغني بسيوني - مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي - الطبعة الثانية - منشورات الحلبي الحقوقية
- د. عبد الفتاح حسن - مبادئ النظام الدستوري - دار النهضة العربية - بيروت 1968
- د. عثمان عبد الملك الصالح:

- النظام الدستوري والمؤسسات الدستورية في الكويت - 1989
- السلطة اللائحية للإدارة في الكويت والفقهاء المقارن وأحكام القضاء - 1994
- د. عماد فوزي ملوخية - الحريات العامة وفق المتغيرات السياسية - منشأة المعارف - 2014
- عذاري الكندري - رسالة ماجستير بعنوان " حدود سلطة المشرع في تنظيم جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها - كلية القانون الكويتية العالمية - 2017
- د. عزيز الشريف ود. محمد العتيبي - القانون الإداري 2 - الدعاوى الإدارية دعوى الالغاء ودعوى التعويض - الطبعة الأولى - 2004
- د. فؤاد العطار - النظم السياسية والقانون الدستوري - 1974-
- د. ماجد الحلو-القضاء الإداري - دار الجامعة الجديدة- 2010
- د. محمد المقاطع:
- بيان مدى اختصاص لجنة حقوق الإنسان في مجلس الأمة الكويتي بنظر شكاوي سحب الجنسية - مجلة الحقوق - السنة السابعة عشر - العدد الأول - مارس 1993
- الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية - الكويت - 2015.
- د. محمد عبد اللطيف - النظم السياسية - 1997
- د. محمد عطيه فودة - الحماية الدستورية لحقوق الإنسان - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة - 2011
- د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته - دراسة تطبيقية في مصر - الجزء الأول - 2006
- د. محمود عمر معتوق - رسالة دكتوراة بعنوان مبدأ المشروعية وتطبيقاته في النظام الجماهيري - دراسة مقارنة - 2001
- د. محمود سامي جمال الدين - القضاء الإداري في دولة الكويت - 1998
- د. يحيى الجمل:
- النظام الدستوري في الكويت - مطبوعات جامعة الكويت 1970-1971

- القضاء الدستوري في مصر - دار النهضة العربية - 2000 - ص 108
- د. يسري العصار:
- مبدأ المشروعية أو (الشرعية) - مذكرات لطلبة كلية القانون الكويتية العالمية لمادة رقابة قضائية 2013.
- دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري - دراسة مقارنة - 1999 - دار النهضة العربية

الأحكام

- الموسوعة الإدارية الحديثة - 1985 / 1993
- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية - الجزء الثالث
- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية - الجزء الخامس - المجلد الثاني
- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية - الجزء الثامن
- مجموعة المحكمة الإدارية العليا في 15 سنة - الجزء الأول

المراجع الأجنبية:

- Les grands décisions du Conseil constitutionnel - Paris - 17^e édition - 2013
- C.E 4 Juil 1862, Simon, Rec., p. 531; C.E 1^{er} Juil 1943 Rec
- TC. 2 déc. 1991, COFACE, D. 1992
- C.E. 26 mar 1980, minister C /chamber de commerce Française au li-ban. Rec
- C.E 5 Juil 2002, M. Megnrt. M. Mekhantar, A.J.D.A. 2000

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
81	الملخص
82	المقدمة
84	المبحث الأول - مفهوم حق التقاضي وموقف المشرع في فرنسا ومصر والكويت
84	المطلب الأول - مفهوم حق التقاضي
89	المطلب الثاني - موقف المشرع الفرنسي والمصري والكويتي من حق التقاضي
89	الفرع الأول - موقف المشرع الفرنسي والمصري من حق التقاضي
89	أولاً - موقف المشرع الفرنسي
90	ثانياً - موقف المشرع المصري
93	الفرع الثاني - موقف المشرع الكويتي من حق التقاضي
93	أولاً - موقف المشرع الدستوري
95	ثانياً - موقف المشرع العادي
99	المبحث الثاني - موقف القضاء في فرنسا ومصر والكويت من نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين
99	المطلب الأول - موقف القضاء في فرنسا ومصر من نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين
99	الفرع الأول - موقف القضاء في فرنسا
99	أولاً - موقف المجلس الدستوري
101	ثانياً - موقف مجلس الدولة الفرنسي

104	الفرع الثاني- موقف القضاء في مصر
104	أولاً- موقف القضاء الدستوري
108	ثانياً- موقف مجلس الدولة المصري
116	المطلب الثاني- موقف قضاء التمييز والدستورية في الكويت تجاه نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين
116	الفرع الأول- موقف قضاء محكمة التمييز
124	الفرع الثاني- موقف قضاء الدستورية
134	الخاتمة
138	قائمة المراجع