

The Islamic University of Gaza
Deanship of Research and Graduate Studies
Faculty of Sharia and Law
Master of Public Law



الجامعة الإسلامية بغزة
عمادة البحث العلمي والدراسات العليا
كلية الشريعة والقانون
ماجستير في القانون العام

أعمال السيادة وأثرها على مبدأ المشروعية في فلسطين

"دراسة تحليلية مقارنة بين النظم القانونية والشريعة الإسلامية"

**Sovereignty Acts and its Impact on the Principle of
Legitimacy in Palestine**

An Analytical Comparative Study with the "
"Positive Legal systems and Islamic Sharia law

إعداد الباحث

عبد الرحمن سالم أحمد سلامة

إشراف

د. منال محمد رمضان العشي

د. عفيف محمد أبو كلوب

قُدِّمَ هَذَا الْبَحْثُ اسْتِكْمَالاً لِمَتَطَلِبَاتِ الْحُصُولِ عَلَى دَرَجَةِ الْمَاجِسْتِيرِ
فِي الْقَانُونِ الْعَامِ بِكُلِّيَّةِ الشَّرِيعَةِ وَالْقَانُونِ فِي الْجَامِعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ بِغَزَّةِ

أغسطس / 2018م - ذو الحجة / 1439هـ

إقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

أعمال السيادة وأثرها على مبدأ المشروعية في فلسطين

"دراسة تحليلية مقارنة بين النظم القانونية والشريعة الإسلامية"

Sovereignty Acts and its Impact on the Principle of Legitimacy in Palestine

An Analytical Comparative Study with the "Positive Legal systems and Islamic Sharia law"

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل الآخرين لنيل درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

I understand the nature of plagiarism, and I am aware of the University's policy on this.

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted by others elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name:	عبد الرحمن سالم سلامة	اسم الطالب:
Signature:		التوقيع:
Date:	2018/09/01	التاريخ:

نتيجة الحكم على الأطروحة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



هاتف داخلي: 1150

الجامعة الإسلامية بغزة

The Islamic University of Gaza

عمادة البحث العلمي والدراسات العليا

الرقم ج.ب.غ/35/ Ref
التاريخ 2018/09/17م Date

نتيجة الحكم على أطروحة ماجستير

بناءً على موافقة عمادة البحث العلمي والدراسات العليا بالجامعة الإسلامية بغزة على تشكيل لجنة الحكم على أطروحة الباحث/ عبدالرحمن سالم احمد سلامة لنيل درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون/ برنامج القانون العام وموضوعها:

أعمال السيادة وأثرها على مبدأ المشروعية في فلسطين "دراسة تحليلية مقارنة بين النظم القانونية والشريعة الإسلامية"

Sovereignty Acts and its Impact on the Principle of Legitimacy in Palestine "An Analytical Comparative Study with the Positive Legal systems and Islamic Sharia law

وبعد المناقشة التي تمت اليوم السبت 20 ذو الحجة 1439هـ الموافق 2018/09/01م الساعة الثانية عشرة مساءً، في قاعة مبنى طبية اجتمعت لجنة الحكم على الأطروحة والمكونة من:

.....
.....
.....
.....

مشرفاً ورئيساً

مشرفاً

مناقشاً داخلياً

مناقشاً خارجياً

د. عفيف محمد أبو كلوب

د. منال محمدرمضان العشي

د. سالم عبد الله أبو مخدة

د. وليد عبد الرحمن مزهر

وبعد المداولة أوصت اللجنة بمنح الباحث درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون/برنامج القانون العام.

واللجنة إذ تمنحه هذه الدرجة فإنها توصيه بتقوى الله تعالى ولزوم طاعته وأن يسخر علمه في خدمة دينه ووطنه.

والله ولي التوفيق،،،

عميد البحث العلمي والدراسات العليا

أ.د. مازن إسماعيل هنية

التاريخ: 2018/9/19

الرقم العام للنسخة

3106800

اللغة

ع



الموضوع/ استلام النسخة الإلكترونية لرسالة علمية

قامت إدارة المكتبات بالجامعة الإسلامية باستلام النسخة الإلكترونية من رسالة

الطالب/ عبدالرحمن سالم الحمد

رقم جامعي 120182381 قسم: القانون والعلوم كلية: الشريعة والحكماء
وتم الاطلاع عليها، ومطابقتها بالنسخة الورقية للرسالة نفسها، ضمن المحددات المبينة أدناه:

- تم إجراء جميع التعديلات التي طلبتها لجنة المناقشة.
 - تم توقيع المشرف/المشرفين على النسخة الورقية لاعتمادها كنسخة معدلة ونهائية.
 - تم وضع ختم "عمادة الدراسات العليا" على النسخة الورقية لاعتماد توقيع المشرف/المشرفين.
 - وجود جميع فصول الرسالة مجمعة في ملف (WORD) وآخر (PDF).
 - وجود فهرس الرسالة، والملخصين باللغتين العربية والإنجليزية بملفات منفصلة (PDF + WORD)
 - تطابق النص في كل صفحة ورقية مع النص في كل صفحة تقابلها في الصفحات الإلكترونية.
 - تطابق التنسيق في جميع الصفحات (نوع وحجم الخط) بين النسخة الورقية والإلكترونية.
- ملاحظة: ستقوم إدارة المكتبات بنشر هذه الرسالة كاملة بصيغة (PDF) على موقع المكتبة الإلكتروني.

والله والتوفيق،

إدارة المكتبة المركزية

توقيع الطالب

أ. محمد صبر الراصوي
19/9/2018

عبدالرحمن سالم الحمد
2018/9/19

259

المخلص

تتناول هذه الدراسة والتي بعنوان " أعمال السيادة وأثرها على مبدأ المشروعية في فلسطين"، وتظهر مشكلة الدراسة حول ما إذا نظم المشرع الفلسطيني نظرية أعمال السيادة وهل أخذ بها القضاء الفلسطيني؟

وتكمن أهمية الدراسة في خطورة أعمال السيادة على الحقوق والحريات العامة ومصالح المواطنين، خاصة أنها لا تخضع للرقابة القضائية، كما تهدف هذه الدراسة إلى الوقوف على رأي المشرع والقضاء الفلسطيني وضوابط هذه النظرية في كل من القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.

وقد اتبع الباحث المنهج التحليلي الوصفي وذلك بهدف الإجابة على تساؤلات الدراسة والوصول إلى النتائج العلمية السلمية، كما اتبع الباحث المنهج المقارن بهدف مقارنة نظرية أعمال السيادة في القانون والقضاء الوضعي مع الشريعة القضاء الإسلامي.

وقد خلصَ الباحث إلى عدة نتائج نذكر منها: إن نظرية أعمال السيادة في القانون الوضعي لم تنشأ كمتطلب من متطلبات النشاط الإداري كما هو الأمر في الشريعة الإسلامية، وإنما جاءت نتيجة ظروف سياسية. كما خلص الباحث إلى أن الشريعة الإسلامية عرفت أعمال السيادة قبل كافة الأنظمة والقوانين الوضعية، وإن لم تكن قد وردت في كتب السير والحكم الإسلامي بهذا المصطلح، ولكن مضمونها وفكرتها وجدت في الشريعة الإسلامية. كما خلص الباحث إلى أن أعمال السيادة الإسلامية ليست استثناءً على مبدأ المشروعية؛ لأنه لا يجوز أن يكون هناك استثناء على مبدأ المشروعية، ولكن هذه الأعمال هي من صلب وأسس عمل الدول والحكومات والجهات الإدارية، فالسلطة التنفيذية يجب عليها حماية مجتمعها من الأخطار المحدقة، والنوائب الطارئة.

وقد خرج الباحث بعدة توصيات نذكر منها: يوصي الباحث القضاء الفلسطيني بضرورة هجران نظرية الباحث السياسي مطلقاً في تمييز أعمال السيادة عن غيرها، لأنها تعطي الإدارة سلطة مطلقة وصلاحيات واسعة مما يعرض الحقوق والحريات لخطر الاعتداء بحجة أعمال السيادة. كما يوصي البحث المشرع الفلسطيني بالنص على ضوابط ومحددات عامة لأعمال السيادة بحيث تكون هذه الضوابط ناظمةً لعمل القضاء، وحتى لا تكون أعمال السيادة ذريعة ووسيلة في يد السلطة التنفيذية للإستبداد والبطش بخصومها ومعارضيه، بحجة تهديد بالأمن الداخلي أو الخارجي. كما يوصي الباحث للأخذ بفلسفة الشريعة الإسلامية بالتعويض عن الأضرار التي تحلقها قرارات أعمال السيادة كلما كانت الدولة قادرة على ذلك.

Abstract

Sovereignty Acts constitute the most dangerous powers possessed by the administration because it is not subjected to both parts of administrative; cancellation and compensation. This study, entitled "Sovereignty Acts and its Relation to the Principle of Legitimacy in the Palestinian Legislation," discusses whether the Palestinian legislator regulated the theory of acts of sovereignty in its internal laws and whether the Palestinian judiciary identifies this theory like France and Egypt?

The importance of the study lies in the seriousness of the acts of sovereignty over the rights and public freedom and the interests of citizens, especially as they are not subject to judicial control. This study also aims to identify the opinion of the Palestinian legislator and judiciary and the controls of this theory in both positive and Islamic laws.

The researcher used the analytical descriptive approach in order to answer the questions of the study and reach accurate scientific findings. The researcher also followed the comparative approach to compare the theory of acts of sovereignty between the systems and the positive judiciary with Islamic law.

The researcher divided this study into three chapters; the first chapter explains the principle of legitimacy, while the second chapter explains the nature of the acts of sovereignty and its origin and justification and the standards that discriminates it from other characteristics. The third chapter explains the position of jurisprudence, legislation and judiciary from theory of acts of sovereignty. The researcher concluded a number of findings, including: The theory of acts of sovereignty in positive law did not arise as a requirement of administrative activity as is the case in Islamic law, but came as a result of political circumstances. The researcher also concluded that Islamic law defined the acts of sovereignty before all the laws and statutes. The researcher concluded that the acts of Islamic sovereignty are no exception to the principle of legitimacy because there is no exception to the principle of legitimacy, but acts are necessary function of governments and administrative bodies. The researcher made a number of recommendations the most important of which are: the researcher recommends a Palestinian judiciary to abandon the theory of political motivation at all in distinguishing the acts of sovereignty from others. He also recommends the Palestinian legislator of stipulating rules and general definitions for the acts of sovereignty so that these controls regulate the work of the judiciary. The researcher recommends adopting the philosophy Islamic law to compensate for damages caused by the decisions of acts of sovereignty whenever the state is able to do so.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونُوا لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ۗ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا﴾

[الأحزاب:36]

الإهداء

إلى من أرشد الأمة، إلى الأخذ بتلابيب العلم، إلى أكرم الخلق، وحبیب الرب، أبي القاسم محمد صلی الله علیه وآله.

إلى روح جدي رحمه الله الذي لم أعیه صغيراً، ولكنني سمعت عن عزة نفسه، وحسن خلقه، ولین جانبه وطیب عشرته، وحبه للعلم، وحثه علیه.

إلى روح جدي رحمه الله والتي كانت ملاذاً آمناً، وحصناً دافئاً، وقلباً حانياً، والتي كنتُ أملُ وُجُودَها اليوم لتشاركنا سعادتنا، لكن أمر الله غالب.

إلى والدي العزيز فضيلة الشيخ الدكتور سالم سلامة الذي له الفضل الكبير بتشجيعه لي لاكمال مسيرة العلم، كيف لا وهو رئيس الجامعة الإسلامية بغزة سابقاً وعميد كلية أصول الدين في الجامعة الإسلامية سابقاً، وقد جاهد وقطع الفياقي والقفار حتى جلب الاعتراف بالجامعة الإسلامية من جمهورية مصر العربية في أواخر الثمانينيات من القرن الماضي، حين رفض الإحتلال الصهيوني الاعتراف بها، وفي عهد رئاسته للجامعة افتتحت الجامعة الإسلامية كليتها العلمية كقسم التمريض، وكليتي الهندسة والإعلام، فالله أسأل أن يجزيه خير الجزاء عن الأجيال التي درست وتعلمت وستدرس وستتعلم في الجامعة الإسلامية بغزة، وأسأله تعالى أن يرزقني بره وأن يحفظه وأن يمتعته بالصحة والعافية.

إلى والدتي العزيزة التي منحتني الأمل والدعاء وكانت دائماً عوناً لي في كافة مراحل الدراسة والتعليم، ولم تبخل عليّ بالرشد والنصح، أدام الله عليها ثوب الصحة والعافية ورزقني الله برها.

إلى من جعلهم الله سنداً وقوة لنا فقال فيهم "سَنَشُدُّ عَضُدَكَ بِأَخِيكَ" إلى إخواني وأخواتي الأعزاء

وإلى التي صبرت عليّ شهوراً طوال في انشغالي بالدراسة، إلى زوجتي العزيزة الطاهرة الكريمة،

الصابرة على شظف العيش وضيق الحياة وتقلب الأيام، فنعم الزوجة الصالحة.

إلى فلذة كبدي ابني العزيز سالم والذي لا يزال صغيراً لا يدك هذه الكلمات، ولكنه حتماً إن شاء الله سيُدركها عندما يكبر، يا بني إن رأس مالنا نحن الفلسطينيين هو العلم، فبالعلم وتقوى الله يصل الإنسان مُرادَه، ويُهدى إلى طريق الهداية والخير الصواب، فإياك أن توقفك عقبات الحياة عن طلب العلم، والله أسأل أن يجعلك نافعاً لدينك وأهلك.

وإلى بنتي العزيزتين إيمان ورقية حفظهم الله ورعاهم

أهدي هذا الجهد المتواضع

شكرٌ وتقديرٌ

في البداية أحمد الله وأشكره، أن مَنْ عليّ بفضلِهِ وكرمهٍ لاتمام هذا البحث العلمي المتواضع، فله الحمد أولاً وآخراً ظاهراً وباطناً، أن سهل ويسر وأعانني ووفقني لذلك.

وامتثالاً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا يَشْكُرُ اللهُ مَنْ لا يَشْكُرُ النَّاسَ" فإنني أتقدم بالشكر والتقدير لمشرفيَّ الكريمين اللذين غمراني بسعة صدرهما، وطيب معاملتهما وجزارة علمهما.

فالكشر والتقدير لسعادة الدكتور **عفيف محمد أبو كلوب** أستاذ القانون الخاص المساعد ورئيس قسم الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية بغزة لقبوله للإشراف على رسالتي رغم الأعباء الكثيرة والذي لم يبخل علي في أي وقت طرقت بابه، وطلبتُ مشورته، فلمستُ فيه سعة الصدر وحسن المعاملة فأسأل الله أن يديم عليه ثوب الصحة والعافية وأن يجزيه خير الجزاء.

كما وأتقدم بالشكر والتقدير لسعادة الدكتورة **منال محمد رمضان العشي** أستاذ الفقه المقارن بالجامعة الإسلامية بغزة على قبولها للإشراف عليّ والتي أكرمتني بحسن تعاملها وجزيل نُصحها رغم انشغالاتها العلمية والأكاديمية فإله أسأل أن يُعلي شأنها وأن يرفع مكانتها وأن يمتعها بالصحة والعافية.

كما وأتقدم بجزيل الشكر للمناقش الخارجي سعادة المستشار الدكتور **وليد عبد الرحمن مزهر** أستاذ القانون العام بجامعة الأقصى بغزة وعضو بلدية النصيرات والمستشار القانوني لوزارة التربية والتعليم سابقاً والذي شرفْتُ بتدريسه لي سابقاً، فإله أسأل أن يجزيه خير الجزاء وأن يمتعته بالصحة والعافية.

كما وأتقدم بجزيل الشكر لأعضاء لجنة المناقشة الكرام المناقش الداخلي **فضيلة الشيخ الدكتور سالم عبد الله أبو مخدة** أستاذ الفقه المقارن بالجامعة الإسلامية والذي شرفني بتدريسي في مرحلة الثانوية العامة ومرحلة البكالوريوس، وأتشرف بمناقشته لي اليوم رسالة الماجستير، فإله أسأل أن يجزيه خير الجزاء وأن يمتعته بالصحة والعافية.

الباحث

فهرس المحتويات

أ.....	إقرار
ب.....	نتيجة الحكم على الأطروحة
ت.....	الملخص
ث.....	Abstract
ح.....	الإهداء
خ.....	شكر وتقدير
د.....	فهرس المحتويات
1.....	المقدمة
8.....	الفصل الأول مبدأ المشروعية
10.....	المبحث الأول ماهية مبدأ المشروعية
11.....	المطلب الأول مفهوم مبدأ المشروعية
12.....	الفرع الأول تعريف مبدأ المشروعية
16.....	الفرع الثاني التمييز بين المشروعية وغيرها من المصطلحات
19.....	الفرع الثالث خضوع الإدارة العامة لمبدأ المشروعية
27.....	المطلب الثاني مصادر مبدأ المشروعية
28.....	الفرع الأول مصادر مبدأ المشروعية في القانون الوضعي
54.....	الفرع الثاني مصادر مبدأ المشروعية في الشريعة الإسلامية
65.....	المبحث الثاني نطاق تطبيق مبدأ المشروعية
66.....	المطلب الأول نظرية السلطة التقديرية
66.....	الفرع الأول مفهوم السلطة التقديرية
71.....	الفرع الثاني السلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية
73.....	المطلب الثاني نظرية الظروف الإستثنائية
73.....	الفرع الأول ماهية الظروف الإستثنائية والأساس القانوني لها
80.....	الفرع الثاني شروط تطبيق نظرية الظروف الإستثنائية
83.....	الفرع الثالث التنظيم الدستوري والتشريعي لنظرية الظروف الإستثنائية وحالة الضرورة
86.....	الفرع الرابع النتائج المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الإستثنائية
95.....	الفصل الثاني ماهية نظرية أعمال السيادة
96.....	الفصل الثاني ماهية أعمال السيادة
98.....	المبحث الأول مفهوم أعمال السيادة
98.....	المطلب الأول مفهوم أعمال السيادة
99.....	الفرع الأول تعريف نظرية أعمال السيادة

103	الفرع الثاني خصائص أعمال السيادة
110	المطلب الثاني نشأة أعمال السيادة ومبرراتها
110	الفرع الأول أساس ونشأة أعمال السيادة
117	الفرع الثاني مبررات العمل بنظرية أعمال السيادة
125	المبحث الثاني معيار تمييز أعمال السيادة عن غيرها من النظريات
125	المطلب الأول: معيار الباعث السياسي " الشكلي "
131	المطلب الثاني معيار طبيعة العمل " المعيار الموضوعي "
139	المطلب الثالث المعيار المختلط أو " المشترك "
142	المطلب الرابع معيار القائمة القضائية
153	الفصل الثالث موقف الفقه والتشريع والقضاء من نظرية أعمال السيادة
154	المبحث الأول مشروعية أعمال السيادة في الفقه الوضعي
160	المبحث الثاني موقف التشريع من نظرية أعمال السيادة
160	المطلب الأول موقف التشريع الوضعي من نظرية أعمال السيادة
160	الفرع الأول نظرية أعمال السيادة في التشريع الفرنسي
161	الفرع الثاني نظرية أعمال السيادة في التشريع المصري
166	الفرع الثالث نظرية أعمال السيادة في التشريع الأردني
167	الفرع الرابع نظرية أعمال السيادة في التشريع الفلسطيني
174	المطلب الثاني موقف الشريعة الإسلامية من نظرية أعمال السيادة
175	الفرع الأول الشورى في النظام الإسلامي
180	الفرع الثاني الشورى بين الإعلام والإلزام
184	المبحث الثالث موقف القضاء من نظرية أعمال السيادة في القانون الوضعي
184	المطلب الأول موقف القضاء الإداري من نظرية أعمال السيادة
185	الفرع الأول أعمال السيادة في القضاء في فرنسا ومصر والأردن وفلسطين
194	الفرع الثاني التطبيقات القضائية لأعمال السيادة في الإسلام
200	المطلب الثاني تقدير نظرية أعمال السيادة
200	الفرع الأول تقدير معايير التفرقة بين أعمال السيادة وغيرها من الأعمال
201	الفرع الثاني تقدير أعمال السيادة
206	النتائج:
208	التوصيات:
210	المصادر والمراجع

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الخلق أجمعين أبي القاسم محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحابته الكرام الطاهرين وبعد

إن الدولة المعاصرة الحديثة القانونية، لا يمكن أن تظهر معالمها إلا إذا كان مبدأ المشروعية لامعاً بَرَاقاً في أروقة أجهزة الدولة الحديثة ملموساً في علاقة سلطات الدولة مع بعضها البعض.

ومبدأ المشروعية يعني سيادة حكم القانون، أي خضوع كافة الأشخاص وسائر السلطات في الدولة، للقواعد القانونية النافذة حسب قوتها القانونية، وذلك في شتي أوجه نشاطهم، إذ أن القواعد القانونية إنما تقررت ليتم احترامها والنزول على مقتضاها، وإلا غدت لغوا لا طائل من ورائه، لذلك ذهب الفكر القانوني والسياسي إلى التفريق بين الدولة الاستبدادية وغير الاستبدادية بالنظر إلى مدى خضوع الإدارة فيها لمبدأ المشروعية.

ولا شك أن إلزام الإدارة وهي تمارس وظائفها بالتقيد الحرفي بالقانون - بمبدأ المشروعية - يُعرقل نشاطها ويؤدى إلى التضحية بالمصلحة العامة من أجل مصالح الأفراد، ويجعل من هذه الإدارة آلة صماء بكفاء عمياء لا رؤية ولا تفكير ولا رأي ولا إبداع ولا ابتكار لها، ولا جدوى من وجودها إلا أن تكون آلة منفذة ما يصدر عن المجلس التشريعي فحسب، وهذا أمر لا يستقيم في علم السياسة والحكم وإدارة مصالح الأمة والعباد ، وهو تقييد مُعنت للإدارة وتَعسيرٌ لا تيسير، وتضييق لا سعة.

وتتمتع الإدارة دون غيرها من السلطات بمجموعة من الصلاحيات المهمة والخطيرة، وذلك بهدف تمكينها من أداء رسالتها والحفاظ على الأمن العام ووجود الدولة وبقائها، إلا أن هذه الصلاحيات من الخطورة بمكان، بحيث إنها تهدد عند استخدامها في غير ما وضعت له، حقوق الأفراد وحياتهم، فقد تستخدمها السلطة التنفيذية لمواجهة خصومها السياسيين، والبطش بالأحزاب السياسية المنافسة والمعارضة لسياسات الدولة ومنهجها في إدارة شؤون الدولة.

وتُعد أعمال السيادة محل الدراسة من أهم المفاهيم المعاصرة التي تتمتع بها السلطة التنفيذية وأخطرها، وذلك نظراً لعدم خضوعها لرقابة الإلغاء والتعويض، كان الخوف على الحقوق والحريات ومصالح وأموال الأفراد.

ولما تمثله نظرية أعمال السيادة من أهمية كبيرة لعمل السلطة التنفيذية وخطورة على الحقوق والحريات، فقد ارتأينا الوقوف على حقيقة هذه النظرية من خلال هذه الدراسة والتي جاءت بعنوان أعمال السيادة كاستثناء على مبدأ المشروعية في التشريع الفلسطيني.

أهمية الدراسة:

الأهمية العلمية: تكمن الأهمية العلمية في مدى تنظيم المشرع الفلسطيني كأحد أخطر الأعمال التي تخالف مبدأ المشروعية وتُعد خروجاً عليه.

الأهمية العملية: خطورة أعمال السيادة إذ تعتبر سلاحاً في يد الحكومة يهدد حقوق وحريات الأفراد ولا يجد الأفراد وسيلة للدفاع يدفعون بها هذا السلاح عن أنفسهم، لأن يد القضاء مغולה عن النظر في مثل هذه القضايا الموسومة بالسيادة ولذلك تتجلى أهمية هذا البحث في تحديد ضوابط الأعمال التي تخضع لنظرية أعمال السيادة.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في التعرف على موقف المشرع والقضاء من نظرية أعمال السيادة ومدى وجود ضوابط لهذه النظرية التي تُعتبر استثناءً على مبدأ المشروعية.

التساؤل الرئيس هو: هل أخذ المشرع والقضاء الفلسطيني بنظرية أعمال السيادة؟ ويتفرع عن هذا التساؤل الأسئلة الآتية:

- 1- هل نظم المشرع الفلسطيني أعمال السيادة؟
- 2- هل أخذ القضاء الفلسطيني بنظرية أعمال السيادة؟
- 3- ما هو موقف الفقه في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية من نظرية أعمال السيادة؟
- 4- ما هو المعيار الذي اخذ به المشرع الفلسطيني للتمييز بين أعمال السيادة وغيرها؟
- 5- ما هو الأثر المترتب على إعمال نظرية أعمال السيادة؟

أهداف الدراسة:

أولاً: تهدف الدراسة إلى الوقوف على رأي المشرع والقضاء الفلسطيني من نظرية أعمال السيادة والعمل على وضع ضوابط لها.

ثانياً: تهدف الدراسة إلى التعرف على مبدأ المشروعية في الشريعة والقانون ومصادر وحدود كل منهما والتعرف على ماهية أعمال السيادة كاستثناء على مبدأ المشروعية وتمييزها عن غيرها من أعمال الحكومة.

ثالثاً: الوقوف على المعايير التي تميز أعمال السيادة عن غيرها من النظريات، بيان الأسس القانونية والشرعية لأعمال السيادة.

فرضيات الدراسة

1- أعمال السيادة نظرية واقعية لا يستطيع قانوني انكارها رغم ما تمثله من خطورة على الحقوق والحريات العامة.

2- لم يحسم القضاء الفلسطيني معيار التمييز الذي يستند إليه في التمييز بين أعمال السيادة وغيرها من أعمال السلطة الإدارية.

3- اشكالية تنظيم المشرع الفلسطيني لنظرية أعمال السيادة تنظيمياً صريحاً وواضحاً.

4- إن التوسع في فكرة أعمال السيادة يؤدي إلى تعطيل حكم القانون وعدم خضوع هذه الأعمال لرقابة القضاء يعطى الإدارة غطاءً للاعتداء على الحقوق والحريات العامة.

حدود الدراسة:

الحدود الموضوعية: وتتمثل حدود الدراسة الموضوعية في موضوعها المتعلق بأعمال السيادة في التشريع الفلسطيني وذلك بتسليط الضوء على فتحوى النظرية من الناحية التشريعية والقضائية في فلسطين في الشريعة الإسلامية.

الحدود المكانية: يلقي الباحث الضوء على التشريعات والقضاء في كل من فرنسا ومصر والأردن وفلسطين، ومقارنتها بالشريعة الإسلامية الغراء.

منهجية الدراسة:

1- اعتمد الباحث على المنهج الوصفي التحليلي وذلك في للوقوف على النصوص القانونية ذات العلاقة والعمل على تحليلها وربطها بالموضوع والوقوف على تشابه القوانين المقارنة ذات العلاقة أو الاختلاف معها وتحليلها، للوصول إلى أهداف الدراسة والإجابة على أسئلتها، مع ايضاح الجانب التاريخي لنظرية أعمال السيادة.

2- كما اتبع الباحث المنهج المقارن بين القانون الوضعي وبين الشريعة الإسلامية وذلك في محاولة للوقوف على أصل النظرية في القانون الوضعي من الناحية النشأة والأصول ومقارنتها بالشريعة الإسلامية الغراء.

الدراسات السابقة:

لم يجد الباحث دراسة فلسطينية خاصة قد أفردت نظرية أعمال السيادة كعنوان مستقبل يُعالج الأمر في التشريع الفلسطيني، ولكن وجدت في الفقه الفلسطيني بعض الدراسات التي أشارت إلى أعمال السيادة ضمن مؤلفاتها ولكنها لم تفرد الموضوع بحثاً دقيقاً خاصاً، وقد اطلع الباحث على رسائل علمية عربية بهذا الخصوص نستعرض منها:

الدراسة الأولى: نظرية أعمال السيادة كقيد على مبدأ المشروعية وتطبيقاتها في قضاء محكمة العدل العليا دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير) جامعة مؤتة، رائد سليمان الكعابنة، 2010م.

ولقد تناولت هذه الدراسة أعمال السيادة ومفهومها وتطورها التاريخي ومعايير تمييز أعمال السيادة ورأي الفقه والقضاء فيها كما أفرد للتطبيقات القضائية الفصل الثالث كاملاً، وخلص الباحث إلى أنه لا يعتبر من أعمال السيادة ما تصدره الدولة من قرارات تنفيذاً للقانون، كما يرى الباحث أن الأخذ بفكرة القرارات القابلة للانفصال عن أعمال السيادة يمكن أن يساهم في الحد من نظرية أعمال السيادة.

الدراسة الثانية: حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة تطبيقية، محمد مفرح العتيبي (رسالة ماجستير)، منشورة على موقع جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2011.

تناول الباحث مبدأ المشروعية مفهومها ومصادرها في الشريعة والقانون، كما تناول أعمال السيادة تعريفها ونشأتها والتمييز بينها وبين غيرها من الأعمال، ومعايير أعمال السيادة وخصائصها

والأساس القانوني لها وموقف الفقه والقضاء منها، وخلص الباحث إلى أن أسس جديدة في مجلس الدولة الفرنسي تحت مفهوم مسؤولية الإدارة بدون خطأ وهما المسؤولية عن المخاطر والمساواة أمام الأعباء العامة يتم التعويض لمن لحقه ضرر من أعمال السيادة، كما خص الباحث إلى أن الشريعة لم تُقر أعمال السيادة.

الدراسة الثالثة: نظرية أعمال السيادة دراسة تحليلية في ضوء قضاء ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، أيوب الجربوع، (مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث) العدد السابع والعشرون، 2008.

تناول الباحث في هذه الدراسة نشأة نظرية أعمال السيادة في النظام السعودي والجهة المختصة بتقرير أعمال السيادة وموقف ديوان المظالم من نظرية أعمال السيادة ، وتوصل الباحث إلى أن المشرع السعودي ذهب إلى أن أعمال السيادة تعني حظر نظر القضاء فيها والتعويض عنها أيضاً، كما أن نظام المظالم السعودي توسع في مفهوم أعمال السيادة معتبراً الأوامر الملكية أعمالاً سيادية وكذلك الأوامر السامية من مجلس الوزراء أو نواب رئيس المجلس فهي أعمال سيادية، وأوصى الباحث بأن يأخذ الديوان بمفهوم السلطة التقديرية بدلاً من التوسع في أعمال السيادة خاصة في القرارات الفردية خاصة بقضايا فصل الموظفين

الدراسة الرابعة: أعمال السيادة في القضاء الإداري السعودي دراسة مقارنة تطبيقية، أحمد بن علي بن أحمد الشهري، (رسالة ماجستير) الرياض، 2015م.

تناول الباحث أعمال السيادة من الناحية الفقهية وربطها بواقع القضاء في النظام السعودي، وقد توصل الباحث أن تسمية أعمال السلطة التنفيذية الخارجة عن الرقابة القضائية لا تُعبر بدقة عن حقيقة هذه الأعمال، كما توصل إلى أن دول القضاء المزوج اتفقت على استبعاد أعمال السيادة من اختصاصات القضاء الإداري مطلقاً، كما توصل إلى أن الفقه الإسلامي لا يمنع ولي الأمر من تجريد ما اعتبر من أعمال السيادة من هذه الصفة وحالته للقضاء. وأوصى الباحث الهيئة العامة بالمحكمة الإدارية العليا في المملكة على الاستفادة من مبادئ الهامة في القانون الوضعي بعد التأكد من موافقتها لأحكام الشرع.

الفجوة البحثية بين الدراسات السابقة والدراسة الحالية:

- 1- عدم وجود رسائل علمية أو أبحاثاً فلسطينية مُحكمة خاصة ومركزة تعالج "أعمال السيادة" في التشريع والقضاء الفلسطيني، ولكن هناك أبحاث قانونية عامة تطرقت بشكل موجز لأعمال السيادة دون أن تُفرد لها ببحث دقيق ومتخصص أو متعمق.
- 2- كما عمّل الباحث على التأسيس الشرعي لنظرية عمل السيادة في الشريعة الإسلامية في مقابل التأسيس في القانون الوضعي والوقوف على الفوارق بينهما، وهو ما لم يكن في الدراسات السابقة.
- 3- عدم وضع ضوابط يمن خلالها يمكن علاج أعمال السيادة والتضييق من سلطة الإدارة فيها.

هيكلية الدراسة

الفصل الأول: مبدأ المشروعية

- المبحث الأول: مبدأ المشروعية
- المبحث الثاني: مصادر مبدأ المشروعية

الفصل الثاني: ماهية أعمال السيادة

- المبحث الأول: مفهوم أعمال السيادة
- المبحث الثاني: معيار تمييز أعمال السيادة عن غيرها من أعمال الإدارة

الفصل الثالث: موقف الفقه والتشريع والقضاء من نظرية أعمال السيادة

- المبحث الأول: مشروعية أعمال السيادة في القانون الوضعي
- المبحث الثاني: مشروعية أعمال السيادة في الشريعة الإسلامية

الفصل الأول

مبدأ المشروعية

الفصل الأول

مبدأ المشروعية

- تمهيد وتقسيم:

مما لا شك فيه أن الإدارة في قيامها بأداء وظيفتها تملك أن تنتقص من بعض حقوق الأفراد وحياتهم، وذلك لتمتعها بامتياز السلطة العامة، إلا أن حقها هذا لا يمكن تركه دون ضابط يرسم الحدود التي لا تتجاوزها مما يعرض تصرفاتها للبطلان، ولعل أهم ضابط هو قيام الإدارة بعملها في حدود القانون وهو ما يعرف بمبدأ المشروعية.⁽¹⁾

ولا يمكننا أن نتصور في عصرنا الحالي وجود دولة حديثة لا تتبنى مبدأ المشروعية الذي يمكن أن نعبر عنه بسيادة حكم القانون وتعبير آخر إخضاع الدولة للقانون في كافة صور نشاطها، ومختلف التصرفات والأعمال التي تصدر عنها، وهذا يعني أن الأنشطة والفعاليات كافة التي تقوم بها سلطات الدولة ومنها السلطة الإدارية يجب أن تحترم الشرعية القانونية، كما يجب وضع نظام قضائي كفيل برقابة أعمال الإدارة ومنعها من الخروج على الحدود المرسومة لها في القواعد القانونية⁽²⁾، ولا خلاف اليوم في أن الإلتزام بهذا المبدأ يمثل الضمانة الحقيقية والأساسية لحقوق وحيات الشعوب، لأن هذا المبدأ بإجماله يبلور كل ما استطاعت الشعوب أن تحرزه من مكاسب في صراعها مع السلطات الحاكمة عبر أجيال متعاقبة للتخلص من مظاهر الحكم المطلق⁽³⁾

"إلا أن القواعد القانونية لم تكن دائماً محل مراعاة من قبل الحكام، فقد كان من الصعب التسليم بقبول خضوع الدولة للقانون في العصور السابقة، فقد كانت شخصية الدولة تختلط بشخصية الحاكم حتى أن

(1) دور القاضي الإداري وحدود سلطاته في رقابة المشروعية، عائشة غنادة، ص 1.

ويمثل مبدأ المشروعية من جهة أخرى صمام أمان بالنسبة للحقوق وحيات الأفراد. وهو الحصن الذي يكفل صيانتها وحمايتها من كل اعتداء فلو أخذنا على سبيل المثال حق الملكية وهو حق من حقوق الإنسان كفله الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 17 منه. وثبته العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. وهو حق ثابت أيضاً في دساتير الدول على اختلاف نظامها السياسي، ومكرس في القوانين المدنية، فإن الاعتداء على هذا الحق بمباشرة إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة من قبل أحد الجهات الإدارية المخولة ودون مراعاة جوانب إجرائية، فإن قرار النزاع على النحو صدر مخالفاً لما قرره القانون، بما يصح معه نعتة بالقرار غير المشروع. ومآل القرار غير المشروع هو البطلان والإلغاء إما من جانب سلطة إدارية أو سلطة قضائية. راجع: محاضرات في القانون الإداري، مساق وحدة القضاء الإداري، عمار بوضياف، منشور، ص 3.

(2) الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، عبد الله طلبة، ص 14.

(3) القضاء الإداري في فلسطين، محمد علي أبو عمارة، ج 3/ 27.

الحكام لم يكن يجد بعض الملوك والحكام استهجاناً في قوله أنا الدولة، لذلك اعتقد الحكام والملوك بأنهم يتمتعون بالسلطة التقديرية واسعة لمقتضى المصلحة العامة، حيث كانوا يعتبرون أن ما ينطقون به وما يفعلونه هو القانون، لذلك كان من الطبيعي ألا تعرض قراراتهم للرقابة القضائية⁽¹⁾

ومبدأ المشروعية يُعبر عن حدود سلطة الدولة وخضوع جميع أجهزتها العامة لقواعده الملزمة، لذلك يُعبر عنه بأنه الضمانة الأساسية لحماية حقوق الأفراد وحياتهم من تغول الدولة وتعيديها وتعسفها، كما أنه الضابط الذي يحدد مدى التزام السلطة والدولة بالقانون.

لذلك نستطيع القول بأن " العلاقة التي تربط مبدأ المشروعية بالقانون هي علاقة الشيء بأصله أو مصدره بمعنى أن المشروعية الواجبة في كافة أعمال الإدارة تنطلق من قواعد القانون وأحكامه، وتستهدف وضع هذه الأعمال في ميزان القانون ضماناً لصحتها، ومع ذلك فإن بعض أعمال الإدارة تخرج عن نطاق مبدأ المشروعية ولا تخضع له وتشكل استثناءً حقيقياً عليه"⁽²⁾، وفي ضوء ذلك فإننا سنتناول دراسة هذا الفصل من خلال المبحثين التاليين:

- المبحث الأول: مبدأ المشروعية
- المبحث الثاني: مصادر مبدأ المشروعية

(1) القضاء الإداري في فلسطين في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطينية الجديد رقم (3) لسنة 2016، هاني غانم، ص9.

(2) القضاء الإداري في فلسطين، مشروعية أعمال الإدارة والرقابة عليها-أساليب الرقابة القضائية والتنظيم القضائي في فلسطين - دعوى الإلغاء، محمد سليمان نايف شبير، ص8.

المبحث الأول

ماهية مبدأ المشروعية

يعتبر القانون أو النظام حاجة ملحة لولادة المجتمع المنظم، "فلم يكن بمقدور الإنسان القديم أن يتجاهل حاجاته للقانون باعتبارها حاجة فطرية وضرورية لحماية حقوقه وتنظيم علاقاته بغيره داخل وخارج الجماعة التي يعيش فيها، لذلك أوجد نظامه القانوني البدائي. وما دام الحال كذلك فلا بد من اعلاء حكم القانون فوق كل سلوك؛ لأن من ارتضى به نظاماً لحياته وعلاقاته فعليه واجب احترامه والخضوع إليه تحقيقاً لمشروعية أعماله وتصرفاته"⁽¹⁾

وبعد قيام الدولة الديمقراطية المعاصرة أصبح الأخذ بمبدأ المشروعية طابعاً مميزاً للدولة الحديثة²، وأصبحت الدول ترتكز على مبدأ مهم وهو مبدأ المشروعية بمعنى أن تخضع الدولة بإدارتها المتعددة لمبدأ سيادة القانون، رغم أن هذا المبدأ لا يتم الإلتزام والتقييد المطلق به لأسباب كثيرة منها كسب الوقت والبحث عن تحقيق المصلحة العامة بالإضافة لما تواجهه الإدارة من ظروف غير عادية تجبرها أحياناً على عدم التقيد بمبدأ المشروعية، إلا أن مبدأ المشروعية هو الضامن للحفاظ على الحقوق والحريات الممنوحة للأفراد، ولقد انتهى تقريباً عهد الدولة البوليسية وجاء عهد الدولة القانونية التي يخضع فيها كل من الحكام والمحكومين للقانون ومن ثم تلتزم السلطات الحاكمة شأنها في ذلك شأن الأفراد المحكومين بإطاعة أوامره والخضوع

(1) القضاء الإداري في فلسطين، محمد سليمان شبير، ص9. "وإن مبدأ المشروعية أصبح واحداً من أهم عناصر الفكر السياسي والقانوني المعاصر رغم أن الدول الحديثة لم تعد دولاً حارسة بل امتدت سلطتها العامة إلى عناصر البيان الاجتماعي والاقتصادي والفكري بما يخدم أهداف التقدم وتوفير الرفاهية للجميع، ويلزم لكي يبقى هذا التطور شرعياً وصحيحاً أن يتطور مضمون القانون ليلحق بالعصر، بحيث تتم التحولات المستهدفة، طبقاً له، وعلى مقتضاه. راجع القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية دراسة مقارنة مصر والأردن، عبد الشخانية، ص79.

2 كما أن المسيرة التاريخية التي مر بها بمبدأ المشروعية تكشف عن " وتكشف المسيرة التاريخية التي مر بها مبدأ المشروعية عن أن تطبيقه والاعتراف به كان رهناً بيد الإدارات والأنظمة السياسية الحاكمة، وأن قوته كانت مرتبطة بمدى الدور الذي لعبه رجال القانون والمفكرين في إرساء مفهومه نظرياً وعلمياً داخل مجتمعاتهم،... ولو رجعنا إلى تاريخ الرومان نجد أن المشروعية كانت حاضرة بصورتها البدائية ونطاقها الضيق، فمن حيث الأصل فإن الإمبراطور لا يُسأل عن أعماله التي لا تخضع للقانون إلا إذا أراد ذلك وهو ما يعني أن أعمال المشروعية كانت رهناً بإرادته، ومع دخول المجتمعات في مرحلة العصور الوسطى تغير الحال قليلاً بفضل التعاليم التي أرسنتها الديانة المسيحية والتي شكّلت توجهاً نحو قبول نظرية الحاكم بإرادة شعبية لا بإرادته المقدسة، وبوجود عقد يجمع بين الحاكم والشعب، وأن القانون أساس العلاقة القائمة بينهم، وسرعان ما زال مبدأ المشروعية من جديد في ظل سيطرة الإقطاعيين على الحكم مع منهجهم الذي لا يؤمنون بالمساواة مع غيرهم وأنهم الأشراف في مجتمعاتهم إلا أنه ومع أفول هذا الحكم وتزايد اسهامات الفقه الإنجليزي في التاريخ الحيث عاد المبدأ من جديد". القضاء الإداري في فلسطين مشروعية أعمال الإدارة والرقابة عليها، محمد شبير، ص9.

لقواعده والتزام احكامه.⁽¹⁾، ويُعتبر مبدأ المشروعية مدخلاً ضرورياً لدراسة نظرية أعمال السيادة التي هي استثناء على مبدأ المشروعية ولذلك ويتناول الباحث في هذا المبحث مبدأ المشروعية في المطلبين الآتيين:

- المطلب الأول: مفهوم مبدأ المشروعية
- المطلب الثاني: خضوع الإدارة العامة لمبدأ المشروعية

المطلب الأول

مفهوم مبدأ المشروعية

ولما كانت الإدارة العامة تتمتع بامتيازات وسلطات أمره تمارسها في مواجهة الأفراد بحكم نشاطها الذي يستهدف المصلحة العامة، تولدت الخشية من تعسفها في استعمال ما تملكه على نحو يخالف القانون، ويُسبب الضرر للأفراد، وهو ما أدى إلى التسليم بضرورة إرساء مبدأ المشروعية في جميع أعمالها وتصدي القضاء لهذه المهمة، وأصبح حامياً للمشروعية، التي شكلت ضماناً حقيقية لحقوق الأفراد وحررياتهم، وللإدارة ذاتها في نفس الوقت.²

والمشروعية في علم القانون هي مبدأ يسود الأنظمة القانونية المعاصرة على اختلاف أشكالها، وهو المعيار للترقية بين الدول الاستبدادية والدول القانونية وفي هذا المطلب سنتناول مفهوم المشروعية³ ثم سنتناول الاختلافات بين المشروعية وغيرها من المصطلحات وذلك من خلال الفروع الآتية:

- الفرع الأول: تعريف مبدأ المشروعية
- الفرع الثاني: الفرق بين المشروعية وغيرها من المصطلحات
- الفرع الثالث: خضوع الإدارة العامة لمبدأ المشروعية

(1) القضاء الإداري في القانون المصري المقارن، محمود محمد حافظ، ص 21.

2 القضاء الإداري، محمد شبير، ص 19،

3 القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية دراسة مقارنة مصر والأردن، عبد الشخانة، ص 79.

الفرع الأول

تعريف مبدأ المشروعية

وسنتناول في هذا الفرع كل من مفهوم المشروعية في اللغة ومفهومها في القانون الوضعي وكذلك في الشريعة الإسلامية كالتالي:

أولاً: مفهوم المشروعية لغةً:

وأصلها في مادة شرع الوارد يشرع شرعاً وشرعاً: تناول الماء بفيه، وشرعتِ الدواب في الماء تشرع شرعاً وشرعاً أي دخلت. ودواب شروع وشرع: شرعت نحو الماء. والشريعة والشرع والمشرعة: المواضع التي يُنحدر إلى الماء منها، قال الليث: وبها سمي ما شرع الله للعباد شريعةً من الصوم والصلاة والحج والنكاح وغيره. والشريعة والشريعة في كلام العرب: مشرعة الماء وهي مورد الشاربة التي يشرعها الناس فيشربون منها وَيَسْتَقُونَ، وربما شرعوها دوابهم حتى تشرعها وتشرب منها، والعرب لا تسميها شريعةً حتى يكون الماء عدداً لا انقطاع له.⁽¹⁾

والشرع: بكسر أوله، وسكون ثانيه، وآخره عين مهملة، والشرع: الطريق، ومنه قوله تعالى لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا، وهو موضع ذكره العمراني.⁽²⁾

(شرع) الشين والراء والعين أصل واحد، وهو شيء يُفْتَح في امتدادٍ يكون فيه. من ذلك الشريعة، وهي مورد الشاربة الماء، واشتق من ذلك الشرعة في الدين⁽³⁾، والشريعة قال الله تعالى: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾⁴ وقال سبحانه (ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا)⁵، والشريعة ما شرع الله تعالى لعباده والظاهر المستقيم من المذاهب كالشرعة بالكسر فيها والعتبة ومورد الشاربة كالمشرعة (وتضم راؤها).⁽⁶⁾

(1) لسان العرب، ابن منظور، (ج8 / 175).

(2) معجم البلدان، الإمام شهاب الدين أبي عبد الله، (ج3 / 335).

(3) مقاييس اللغة، لابي الحسين أحمد بن فارس زكريا، (ج3 / 262).

⁴ المائدة: 48.

⁵ الجاثية: 18.

(6) القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، (ج3 / 44).

ثانياً: مفهوم المشروعية في القانون:

لم يكن مبدأ المشروعية معروفاً في النظم القديمة في ظل النظريات الثيوقراطية⁽¹⁾ فالملك أو الأمير لم يكن خاضعاً لأحكام القانون فقد كان يضع ما يشاء من قوانين لتطبق على الكافة إلا باعتباره لا يخطئ ولا يسأل فهو ظل الله في الأرض - على حد زعمه- ولا يطبق القانون إلا على المحكومين.⁽²⁾

ولقد تعددت تعريفات المشروعية وتباينت التعريفات في تحديد علاقته بمبادئ سيادة القانون والخضوع للقانون، إلا أن الفقه في غالبيته يتفق على أن مبدأ المشروعية يعني سيادة القانون، أو صفة التطابق مع القانون بمفهومه الواسع⁽³⁾

(1) جاءت كلمة ثيوقراطية من كلمتين يونانيتين الأولى كلمة "ثيو" وتعني إله، والثانية كلمة "قراط" وتعني حاكم، وقد اعتقد القدماء أن إلههم أو آلهتهم قد سلموا القوانين إلى حكوماتهم (نظرية التفويض الإلهي) فقد كان يُعتقد أن مدونة قوانين حمورابي قد نزلت وحياً من السماء. ومع اتفاق النظريات الثيوقراطية على أن السيادة لله وحده، إلا أنها تختلف في تفصيلاتها للسيادة الدينية، وظهرت في ثلاث صور هي نظرية الطبيعة الإلهية للحكام ونظرية الحق الإلهي المباشر ونظرية الحق الإلهي غير المباشر:

1- نظرية الطبيعة الإلهية للحاكم: وتُصفي هذه النظرية وصف الطبيعة الإلهية على الحكام، فالحاكم طبقاً لهذه النظرية إله يعيش وسط البشر ويحكمهم فهي الله ذاته على الأرض، ومضمون هذه النظرية هو وجوب تقديس الأفراد للحكام وعدم ابداء المعارضة أو المناقشة لهم وهذا مصدره نظرية التأليه، هذا المعنى كان سائداً في الممالك الفرعونية والإمبراطوريات القديمة، وكان آخرها ما هو مقرر لأباطرة اليابان حتى عام 1947م.

2- نظرية الحق الإلهي المباشر: فهذه النظرية لا تجعل من الحكام إله يُعبد، ولكنها تؤكد على أن الحاكم لا يختاره الناس، وإنما من الله بهدف مباشر شؤون السلطة فالاختيار من الله وليس بإرادة الأفراد، ولذلك لا يُسأل عما يفعل لأن المسؤولية تنقرر له أمام الله فهي الذي منحه الحكم، وقد تبينت الكنيسة هذا النظام فترة صراعها السلطة كما استخدمه ملوك أوروبا لتدعيم سلطانهم على الشعوب خاصة في القرن الخامس عشر، كما استخدمه الشيعة في ولاية الفقيه.

3- نظرية الحق الإلهي المباشر: وفي هذه النظرية لا يختار الله الحاكم وإنما يختاره البشر ولكنهم في هذه الاختيار غير مخيرين بل هم مسيروون وفق العناية الإلهية التي توجه إرادة الأفراد إلى اختيار الحكام الذي ترتضيه العناية الإلهية. انظر الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، نعمان أحمد الخطيب، ص35-36.

والثيوقراطية بشكل عام تقوم على تعليل السلطة السياسيّة لدى الجماعة على أساس الاعتقاد الدينيّ ومنها نظريّة (الحق الإلهي) في الحكم التي تعتبر أنّ الله عزّ وجل مصدر للسلطة، وأنّ الحاكم بمثابة ظلّ الله على الأرض، ولقد كان اليهود هم أول من حاول إقامة الدولة الدينية من بين الديانات السماوية الكبرى، وهم أول من صاغ مصطلح الثيوقراطية، وذلك لاعتقادهم بأن الله قد ميزهم عن الأمم الأخرى وأنهم أقرب الشعوب إلى الله وأن الشعب اليهودي هو شعب الله المختار، وتقوم الثيوقراطية على أساس العنصريّة التي اتّسمت الحضارة الأوربيّة بطابع التصدي للثيوقراطيّة، بعد أن برزت فيها قبل الثورة الفرنسية، راجع المواطنة ما بين الدولة الدينية والدولة المدنية قراءة في العلاقة بين السلطة والمجتمع، شاهر الشاهر، ص2-3.

(2) الوسيط في القضاء الإداري، محمد أحمد المسلماني، ص17.

(3) النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، سليمان الطماوي، 1957، ص9. القضاء الإداري، ماجد راغب الحلوي، ص15. والوسيط في القضاء الإداري، محمد أحمد المسلماني، ص18. ومبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة، عبد الناصر أبو سمهدانة، ص13. القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة دراسة مقارنة، عصام الدبس، ص42. القضاء الإداري دراسة مقارنة، عمر الشوبكي، ج1، ص17. والقضاء الإداري مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة دراسة مقارنة، محمد إمام، ص11. التطورات القضائية في

وقد عرفه بعض الفقه بقوله "يقصد بمبدأ المشروعية بمعناه الواسع سيادة القانون أي خضوع جميع الأشخاص بما فيها السلطة العامة بكل هيئاتها وأجهزتها للقواعد القانونية السارية المفعول بالدولة".⁽¹⁾

وعرفه آخر بأنه هو خضوع الحاكم والمحكوم للقانون أو بمفهوم آخر سيادة القانون أو سيطرة أحكام النظام.⁽²⁾

ويخلص الباحث من هذه التعريفات إلى أن مبدأ المشروعية بهذا المعنى يشمل جميع الحكام أي السلطات الحاكمة في الدولة فكل السلطات العامة تخضع للقانون، وتلتزم حدوده، ولا يقصد بالقانون هنا القانون بمعناه الضيق، أي التشريع الصادر عن السلطة التشريعية فحسب، بل يقصد به القانون بالمعنى الواسع الذي يشكل كل قواعد القانون الوضعي القائم في الدولة.

ومقتضى هذا المبدأ أن تخضع الدولة في تصرفاتها للقانون القائم وأن يُمكن الأفراد بوسائل مشروعة من رقابة الدول في أدائها لوظيفتها بحيث يمكن أن يردوها إلى جادة الصواب كلما عَن لها أن تخرج على حدود القانون عن عمد أو إهمال.⁽³⁾

=الرقابة على مبدأ التناسب في القرارات التأديبية، دراسة مقارنة، حسان عبد الله الطائي، ص366. لوسيط في قضاء الإلغاء دراسة مقارنة مدعمة بتطبيقات قضائية حديثة في كل من الجزائر - فرنسا - تونس - مصر، عمار بوضياف، ص20. القضاء الإداري ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، قضاء الإلغاء - قضاء التعويض دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، خالد خليل الظاهر، ص17.

الوجيز في المنازعات الإدارية، محمد الصغير بعلي، ص8. الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، عبد الله طلبة، ص15. مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة، محمد عبد العال السناري، ص5. رقابة المشروعية على القرار الإداري، جعبور عدلية وحيون سميرة، ص9. مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، فادي نعيم علاونة، 2011، ص13. القضاء الإداري في فلسطين في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديد رقم (3) لسنة 2016، هاني غانم، ص12. مبدأ المشروعية والمنازعة الإدارية، يوسف محسن محمد البشير، ص7. القضاء الإداري، الرقابة على أعمال الإدارة مبدأ المشروعية - تنظيم القضاء الإداري دراسة مقارنة سامي جمال الدين، ص12. حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة تطبيقية محمد مفرح العتيبي، ص14. القضاء الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، عبد مسعود الجهني، ص11، الوسيط في القضاء الإداري، محمود البناء، ص8. القضاء الإداري في فلسطين وقطاع غزة محمد عمارة، ص27. القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، فهد عبد الكريم أبو العثم، ص51. القضاء الإداري، مازن راضي، ص6. حرية الإدارة في سحب قراراتها، رحيم سليمان الكبيسي، ص63.

(1) الوجيز في المنازعات الإدارية محمد الصغير بعلي، ص8. وكذلك راجع الوسيط في المنازعات الإدارية محمد الصغير بعلي، ص8.

(2) محمد مفرح حمود العتيبي، حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة تطبيقية، رسالة ماجستير، ص6.

(3) القضاء الإداري دراسة مقارنة، عمر الشوبكي، ج1/18.

ويتعلق هذا المبدأ بحدود سلطة الدولة وخضوع جميع سلطاتها العامة لقواعد ملزمة، لذلك فهو يعتبر الضمانة الأساسية لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم من جور الدولة وتعسفها وهو الذي يميز الدولة القانونية عن الدولة البوليسية كما أنه يعد عصب الحياة القانونية والعمود الفقري لبناء النظام القانوني في الدولة.⁽¹⁾

"فالمشروعية توجب أن تتوافق أعمال وتصرفات سلطات الدولة والأفراد المقيمين فيها سواء مواطنين أم أجانب للقواعد القانونية الموضوعة في الدولة، فالأفراد يلتزمون غالباً بحكم القانون ، فالدولة بما تملكه من سلطة تستطيع اجبار الأفراد على الخضوع للقانون قسراً وبالقوة الجبرية ، إن لم يخضعوا طواعية، ولكن ليس ثمة قوة تستطيع أن تكره الدولة مادياً على الخضوع للقاعدة القانونية أو لحكم القضاء ولكن الدول تستطيع نظرياً أن تقوم هي نفسها بحصر ما وافقت عليه، عندما ترغب في ذلك فالسلطة المطلقة مفسدة مطلقة، وقد أصبح مبدأ المشروعية من المميزات الملموسة للدول الديمقراطية التي تخضع سلطاتها لحكم القانون"⁽²⁾

ثالثاً: مفهوم المشروعية في الشريعة الإسلامية

المشروعية اصطلاحاً: تُطلق المشروعية في الاصطلاح على الدليل الشرعي الذي يدل على حكم من الأحكام التكليفية الخمسة، فنقول مثلاً: الدليل على مشروعية البيع قوله تعالى: [وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ] ⁽³⁾ ولقد جاء مبدأ المشروعية في الإسلام أكثر وضوحاً من أي نظام آخر لأن قواعد الشرعية في الإسلام هي من صنع خالق العباد، وقد تعددت تعريفات الفقه للمشروعية نتناولها كالتالي:

التعريف الأول لذا فإنها تعرف بأنه " التزام كل من الحاكم والمحكوم بالمصدرين الأساسيين في الشريعة وهما القرآن والسنة النبوية، وكذلك القوانين التي تصدر بناء على إرادة الأمة فيما لم يرد فيه نص والمقيدة في ذلك بروح الإسلام ومبادئه العليا"⁽⁴⁾

(1) ضمانات تحقيق مبدأ المشروعية، عبد القادر زروقي، رسالة ماجستير، ص 6.

(2) القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديد رقم 3 لسنة 2016، هاني غانم، ص 12.

(3) [البقرة: 275].

(4) القضاء الإداري ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية قضاء الإلغاء - قضاء التعويض دراسة مقارنة، خالد الظاهر، ص 16.

التعريف الثاني: "التزام كل من الحاكم والمحكوم بالمصدرين الأساسيين في الشريعة الإسلامية وهما القرآن والسنة النبوية، وكذلك القوانين⁽¹⁾ التي تصدر بناء على حاجة الأمة فيما لم يرد فيه نص والمقيدة في ذلك بروح الإسلام ومبادئه العليا"⁽²⁾

الفرع الثاني

التمييز بين المشروعية وغيرها من المصطلحات

تتعدد الألفاظ الدالة على مبدأ المشروعية التي منها مبدأ سيادة القانون⁽³⁾ والخضوع للقانون⁽⁴⁾ والشرعية وسنتناول المصطلحات التي وننظر التفرقة بينها:

أولاً: مبدأ الشرعية والمشروعية

ويرى بعض الفقه⁵ أن الشرعية والمشروعية لفظان مشتقان من أصل واحد وهو الشرع أو الشريعة أو الشرعة وهي العادة أو السنة أو المنهاج يقول الله تبارك وتعالى (لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا)⁶ ويقصد بالشرعية كذلك الطريقة المثلى التي يجب أن ينظم على أساسها السلوك الإنساني فيقول جل شأنه (ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ)⁷

والشرعية والمشروعية وإن كانا لفظان مشتقان من أصل واحد هو الشرع أو الشريعة، غير أن هذين اللفظين يختلفان من حيث المفهوم الدقيق لكل منهما⁽⁸⁾

(1) فقد تصدر قرارات عن ولاة الأمر والخلفاء والأمراء المسلمين لتنظيم حياة الجماعة الإسلامية والمجموع الإسلامي وهذا القرارات تستند في مصدرها إلى المصلحة المعتبرة للمجموع الإسلامي، فهذه القرارات يجب التقيد بها والالتزام بها مالم تخالف الأصلين القرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة.

(2) الرقابة القضائية لضمان مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية دراسة مقارنة، خالد خليل الظاهر، ص 549-550.

(3) القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص 12. الخصومة الإدارية، عبد الحكم فودة، ص 11.

(4) القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، فهد أبو العثم، راجع ص 51.

5 القضاء الإداري، ماجد راغب الحلو، ص 18.

6 [المائدة: 48]

7 [الجاثية: 19]

(8) رقابة المشروعية على القرار الإداري، جعبور عديلة وحيون سميرة، ص 11-10.

فلفظ الشرعية والمشروعية يختلفان من حيث المفهوم الدقيق لكل منهما، فالشرعية مشتقة من الشرع بصيغة الفعلية ومعناها موافقه الشرع، والمشروعية مشتقة من الشرع بصيغة المفعولية وتفيد محاولة موافقة الشرع، والمحاولة قد تصيب وقد تخيب، فالفرق بين الشرعية والمشروعية يماثل الفرق بين الصورة الفعلية (على وزن الشرعية) والصورة المفعولة (على وزن المشروعية) لنفس الشيء، فالصورة الفعلية تصور الشيء تصويراً حقيقياً، بينما الصورة المفعولة تصور من وجهة نظر فاعلها وتختلف عادة عن الأصل في حدود معينة.⁽¹⁾ ومعناها احترام قواعد القانون القائمة فعلاً في المجتمع وبين الشرعية وهي فكرة مثالية تحمل في طياتها معنى العدالة وما يجب أن يكون عليه القانون، وبناءً على ذلك فإن مفهومها لا يعني مجرد احترام قواعد القانون الوضعي العادلة، وإنما يتسع ليشمل قواعد أخرى يستطيع عقل الإنسان المستقيم أن يكتشفها، ويجب أن تكون المثل الأعلى الذي يتوخاه المشرع في الدولة ويعمل على تحقيقه⁽²⁾

فسلطات الحاكم الاستبدادية تُشرعن تصرفاتها وعليه تعتبر أعمالها وتصرفاتها مشروعة ولا تخالف مبدأ المشروعية⁽³⁾، والشرعية تتطابق مع المشروعية في حدود ما تتضمنه هذه الأخيرة من قواعد عادلة، ولكنها تتضمن قواعد أخرى قد تتنافر معها، ومن هنا كانت شرعية الثورة على المشروعية الظالمة، والثورة بطبيعتها الحال لا يمكن أن تكون مشروعية؛ لأنها خروج على قواعد القانون المطبق التي تمثل المشروعية ولكنها قد تكون شرعية إذا اتفقت مع قواعد الشرعية القائمة على الحق والعدل.⁽⁴⁾

ثانياً: مبدأ المشروعية وسيادة القانون

يُجمع غالبية الفقه على أن مبدأ المشروعية هو خضوع الكافة حكماً ومحكومين لحكم القانون⁵، بحيث يضم لفظ الحاكم جميع سلطات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية، وإن كان التخوف دائماً من السلطة التنفيذية، وبذلك فإن مبدأ المشروعية يعني الخضوع للقانون بمعناه الواسع⁽⁶⁾. حيث شاع في الفقه الفرنسي والمصري استعمال تعبير سيادة القانون كمرادف لمبدأ الشرعية أو خضوع الدولة للقانون، فسيادة القانون في هذا

(1) القضاء الإداري، ماجد راغب الحلو، ص18.

(2) ضمانات تحقيق مبدأ المشروعية، عبد القادر زروقي، ص6.

(3) القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديدة رقم3 لسنة2016، هاني غانم، ص26.

(4) القضاء الإداري، ماجد راغب الحلو، ص19.

⁵ راجع/ القضاء الإداري، ماجد الحلو، ص15. والرقابة القضائية على الإدارة، عبد الله طلبه، ص15. الرقابة على أعمال الإدارة، سامي

جمال الدين، ص12. النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، سليمان الطماوي، ص129.

(6) القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديدة رقم3 لسنة2016، هاني غانم، ص25.

المفهوم إنما تعني سيادة أو سيطرة أحكام القانون بالمعنى الواسع بحيث تخضع السلطات العامة للقواعد القانونية القائمة وتلتزم حدودها.⁽¹⁾

إلا أن جانباً من الفقه يرى التفرقة بين مبدأ سيادة القانون ومبدأ خضوع الدولة للقانون على أساس أن هذا الأخير يعني خضوع جميع السلطات في الدولة للقانون، وهو يعتبر مبدأ قانونياً عاماً قصد به صالح الأفراد وحماية حقوقهم ضد تحكم السلطة، وأنه باستهدافه خضوع جميع السلطات العامة للقانون وتقييد الإدارة على الأخص بالقوانين واللوائح⁽²⁾

ثالثاً: الفرق بين المشروعية والشرعية في الشريعة الإسلامية

يثار سؤال عما إذا كان هناك فرق في المعنى بين مصطلح المشروعية ومصطلح الشرعية أم هما مصطلحان مترادفان في المعنى؟

ذهب البعض لقول بأنه "لا فرق بين المشروعية والشرعية من زاوية الشرعية الإسلامية الغراء، ويرجع ذلك إلى استحالة القول بثنائية القانون الإلهي، فالشريعة حتماً وبكل تأكيد عادلة تتضمن كل مفاهيم الخير والعدل، وما يراه الله حسناً فهو عند المسلمين حسن ومقبول، وهذا من ناحية ومن ناحية أخرى فالشرعية والمشروعية لفظان مشتقان من أصل واحد وهو الشرع أو الشريعة أو الشريعة وهي العادة والمنهاج حسب معاجم اللغة.⁽³⁾

إلا أن الباحث يرى أن هناك اختلاف بين المشروعية والشرعية، فالشرعية هي الأصلان الثابتان الرئيسيان الذان يُستقى منهما الأحكام الشرعية والأوامر الإلهية من الشارع الحكيم وهذين الأصلين هما القرآن الكريم وهو كلام الله تبارك وتعالى، والسنة النبوية المشرفة التي وردت عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو المعصوم من الله في ابلاغ الأحكام الشرعية وينطق بالوحي عن الله تبارك وتعالى حيث قال الله تعالى: (وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ، إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ)⁽⁴⁾

(1) الوسيط في القضاء الإداري ، محمود البناء، ص16.

(2) القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص13-14.

(3) رأي الدكتور عبد الرزاق على الفحل الذي نقله عن رأي الشيخ حمود الفانز. مشار إليه: القضاء الإداري ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية قضاء الإلغاء - قضاء التعويض دراسة مقارنة، خالد الظاهر، ص18.

(4) [النجم: 3-4]

بينما المشروعية هي الأحكام الشرعية التي فهمها الفقهاء الشرعيين والأصوليين وعلماء الشريعة من النصوص الإلهية والسنة النبوية المشرفة، فالشرعية هي الوعاء الواسع جُلُه العدل والحكمة والمثالية التي يريد الله الناس عليها، بينما المشروعية هي محاولة تطبيق الشريعة والشريعة الإسلامية في الحياة الإنسانية، فالقرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة كما أوضحنا سابقاً هما مصدرتا الشريعة، ولكن قد تُفَنِّد الدولة الإسلامية الأحكام الشرعية على شكل نصوص قانونية تحكم بها الدولة وتكون مرجعاً للمشروعية فيها، فقد تأخذ الدولة في هذا النصوص الشرعية التي هي على شكل قانون _ قانون العقوبات، قانون الأحوال الشخصية، القانون المدني_ فهذه القوانين قد تكون من مذهب واحد أو من الراجح من هذا المذهب كما هو قانون الأحوال الشخصية المطبق في غزة، فهو قانون شرعي مُستمد من الراجح لمذهب النعمان ابن ثابت " أبو حنيفة" رحمه الله تعالى، فإن خالف القاضي وهو يمارس عمله في القضاء صريح هذه النصوص فحينها نستطيع أن نصفه بأنه خرج على المشروعية؛ لأن الأصل أن يلتزم بنصوص القانون وفي بعض المسائل التي لم يذكرها القانون فقد ترك القانون مساحة للقاضي الشرعي بأن يأخذ بالراجح من مذهب أبي حنيفة النعمان وهذا أيضاً من المشروعية. **فهل قانون الأحوال الشخصية العثماني المطبق في قطاع غزة هو الشريعة الإسلامية؟**

لا نستطيع أن نقول بأن قانون الأحوال الشخصية المطبق بقطاع غزة هو الشريعة الإسلامية لأن هذا القانون، هو مأخوذ كما قلنا من مذهب النعمان بن ثابت أبو حنيفة، ومذهب أبو حنيفة هو ما استطاع أبو حنيفة فهمه من الوعاء الكبير وهو الشرعية التي هي القرآن الكريم والسنة النبوية، فهو جزء من كل وليس الكل أو الأصل، والله تعالى أعلى وأعلم.

الفرع الثالث

خضوع الإدارة العامة لمبدأ المشروعية

إن خضوع الإدارة للقانون يُعد المعيار الذي يحدد مدى التزام الدولة بمبدأ المشروعية عن غيرها من الدول الاستبدادية التي تتمرد على الإلتزام بالقانون، وسنتناول في هذا الفرع الحديث عن خضوع الإدارة في القانون الوضعي لمبدأ المشروعية وخضوع الإدارة في الشريعة الإسلامية لمبدأ المشروعية كالتالي:-

أولاً: خضوع الإدارة في القانون لمبدأ المشروعية

يدون بين الحرية والسلطة منذ عمق الزمن صراع طويل تمخض عنه ميلاد مبدأ المشروعية، والذي يوازن بين حقوق الأفراد في أن يعيشوا الحرية ويتنفسوها .. وبين حقوق السلطة في العمل والتنظيم.⁽¹⁾

وقد أشرنا سابقاً إلى أن المشروعية تعني سيادة القانون "دستورياً كان أو عادياً" بمعنى خضوع الجميع لأحكامه الحاكم والمحكوم، ولقد كان ذلك هو الحل الذي انتهت إليه البشرية بعد صراع طويل ومرير دفعت فيه الثمن الغالي العزيز.⁽²⁾ " فقد كانت شخصية الدولة تختلط بشخصية الحكام، فالحاكم هو الذي يعبر عن إرادة الدولة، وعليه لم يكن مستهجناً أن يقول بعض الملوك أنا الدولة"⁽³⁾

إن مبدأ المشروعية في معناه العام لا يعني أكثر من سيادة حكم القانون وهو ما يعني أن تكون تصرفات الإدارة في حدود القانون بالمعنى الواسع الذي يشمل جميع القواعد الملزمة سواء كانت مكتوبة أم غير مكتوبة وأياً كان مصدرها مع مراعات التدرج في قوتها (القانون الدستوري، فالقانون العادي، فاللائحة، فالقرار الفردي) وأياً كان تصرف الإدارة أي سواء كان عملها قانونياً أو مادياً.

وإذا كان المقصود بمبدأ المشروعية خضوع الإدارة للقانون، إلا أن الفقه لم يتفق على تحديد المعنى الدقيق لمصطلح الخضوع للقانون، فبداية يستخدم بعض الفقهاء تعبير المشروعية والشرعية كمترادفين، إلا أن استخدامهما كمترادفين ليس منضبطاً فمبدأ الشرعية يشير إلى خضوع الإدارة للقانون ، بينما يشير مبدأ المشروعية إلى معنى أوسع من ذلك يشمل فوق مبدأ الشرعية- بما يعنيه من خضوع الإدارة للقانون (الوضعي) أي مبادئ القانون الطبيعي بينما أشار البعض إلى أن لمبدأ المشروعية معنيان أحدهما واسع يعنى خضوع الدولة بكافة سلطاتها للقانون، والآخر يشير إلى خضوع الإدارة فقط للقانون.

كما ويذهب البعض الآخر للقول بأن مبدأ المشروعية هو مبدأ سيادة القانون أو مبدأ الدولة القانونية، بما يعنيه من خضوع الدولة بكافة سلطاتها للقانون، أي أن تتوافق كل التصرفات التي تصدر من سلطات الدولة مع أحكام القانون.⁽⁴⁾

(1) المشروعية الإسلامية العليا، علي جريشة، ص17. راجع طعيمة الجرف ص5.

(2) المشروعية الإسلامية العليا، علي جريشة، ص25.

(3) القضاء الإداري مرجع سابق، هاني غانم، ص9.

(4) مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمائنه تحقيقه، فادي علاونة، ص12

فالتخوف من الاعتداء على مبدأ المشروعية وسيادة القانون يكون غالباً من السلطة التنفيذية ولا سيما فيما يتعلق بأعمالها الإدارية، بل إن بعض الفقه غالباً قد قصر مفهوم المشروعية أو سيادة القانون على مجرد خضوع الإدارة للقانون واستبعد أن يحتمل مبدأ المشروعية بين مكوناته أعمال السلطات العامة الأخرى.⁽¹⁾ وإذا كان يجب على الإدارة احترام مبدأ المشروعية كونه يشكل إحدى الأسس التي تقوم عليها الدولة القانونية الحديثة، فكيف تعبر الإدارة عن احترامها لهذا المبدأ؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد لنا من التعرض لأراء الفقهاء التي عالجت هذه المسألة، ففي الوقت الذي يتفق فيه الفقه والقضاء على ضرورة خضوع الإدارة العامة للقانون، إلا أنه اختلف في تحديد أساس هذا الخضوع، وفي هذا الصدد انقسم الفقه إلى ثلاثة آراء نسردها فيما يلي:

الرأي الأول: مؤداه أنه لا يجوز للإدارة أن تأتي عملاً قانونياً أو مادياً مخالفاً للقانون وهذا ما يعني أن تصرفات الإدارة تكون مشروعة طالما أنها لم تخالف القانون.⁽²⁾

وكما هو واضح فإن هذا الرأي يوسع من سلطة الإدارة على حساب مبدأ المشروعية، إذ بينما يحقق للإدارة قدراً من حرية العمل ، يعطي للأفراد في ذات الوقت أقل قدر من الضمان والحرية في مواجهتها.⁽³⁾

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أن المراد بخضوع الإدارة للقانون هو ضرورة استنادها في كل تصرفاتها وأعمالها القانونية والمادية إلى أساس من القانون، فلا يكفي أن يكون عمل الإدارة وتصرفاتها غير مخالف للقانون، وإنما يجب أن يكون مستنداً ومبنياً على قاعدة قانونية قائمة تجيزه حتى يكون مشروعاً. وواضح أن هذا الرأي يفسر مبدأ الشرعية تفسيراً أوسع من الأول، وبالتالي يضيق من نطاق حرية الإدارة، ويقيد سلطاتها في مباشرة وظائفها فلا تملك وفقاً لهذا الرأي اتخاذ أي قرار أو القيام بأي عمل مادي إلا إذا كان القانون يمنحها حق القيام بذلك.⁽⁴⁾

الرأي الثالث: يرى أصحاب هذا الرأي أن أعمال الإدارة وتصرفاتها القانونية والمادية لا تكون مشروعة، إلا إذا كانت مجرد تنفيذ أو تطبيق لقاعدة تشريعية عامة قبل مباشرة التصرف.

(1) القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديد رقم 3 لسنة 2016، هاني غانم، ص 29.

(2) ضمانات تحقيق مبدأ المشروعية، عبد القادر زروقي، ص 8.

(3) مبدأ المشروعية وعناصر موازنته، رمضان بطيخ، ص 4.

(4) القضاء الإداري دراسة مقارنة، عمر محمد الشوبكي، ج 1/ ص 22.

ويرى البعض أن الإتجاه الثالث وإن كان أكثر انسجاماً مع مدلول مبدأ المشروعية والدور المفترض في بداية الأمر لسلطة التنفيذ، إلا أنه لم يعد يتفق ومقتضيات التطور الذي عرفه مفهوم السلطة التنفيذية التي لم يعد دورها يقتصر على تنفيذ القانون كما يوحي بذلك اسمها اللفظي بل أصبح لها اختصاصات واسعة منها إصدار اللوائح على اختلافها بما فيها اللوائح المستقلة أو القائمة بذاتها وسلطة تقديرية في مجالات عديدة تخولها وزن وملاءمة الأعمال التي تتخذها.(1)

ويرى البعض أن هذا الرأي يوسع من مدلول مبدأ المشروعية على حساب سلطة الإدارة وحريتها في التصرف، إذ يجعل منها مجرد أداة لتنفيذ القانون، ويجردها من كل استقلال أو قدرة على الخلق والإبداع في أدائها لوظائفها، فما لم يكون العمل الذي تأتية الإدارة تنفيذاً لقاعدة قانونية سابقة، فإنه يكون باطلاً لمخالفته لمبدأ الشرعية.(2)

ويرى الباحث أن الأصل عدم تقييد الإدارة بشكل يجعل منها آلة لتنفيذ القانون فحسب، فالإدارة يعنُ لها من المستجدات ما لم ينظمه القانون حرفياً ولكن تستطيع الإدارة معالجته أخذاً بالمبادئ العامة للقانون وبما لا يختلف وروح القانون، ولقد عبرت محكمة العدل العليا الفلسطينية عن هذا المبدأ بأنه يعني التزام الإدارة بحدود القانون وعدم الخروج عن أحكامه والتقييد بها(3)، كما أن القانون في فرنسا ومصر والأردن يأخذ بما أخذ به الرأيان الأول والثاني كمدلولين متكاملين بما يؤمن مجالاً أوسع من حرية تصرف في الحدود المرسوم لها.(4).

(1) حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة تطبيقية، محمد مفرح حمود العتيبي، ص18.

(2) القضاء الإداري دراسة مقارنة، عمر محمد الشوبكي، ج1، ص22.

(3) حيث جاء في هذا الشأن (... ، وبالتالي فإن اصدار القرار الطعين من المستدعى ضده يكون متفقاً وحكم القانون، ولا تندرج عليه أسباب الطعن ، إذ أن الإدارة بسحبها القرارات المخالفة للقانون يكون متفقاً ومبدأ المشروعية ، والذي بموجبه يتوجب على الإدارة أن تلتزم حدود القانون، وأن تنقيد بأحكامه حتى إذا صدر مخالفاً للقانون بادرت الإدارة إلى سحبه ، استناداً إلى أنه قرار غير شرعي) القضاء الإداري، محمد شبير، ص22.

(4) القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، فهد أبو العثم، ص52.

ثانياً: خضوع الإدارة للمشروعية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية

عرفنا فيما سبق أن مضمون مبدأ المشروعية بصفة عامة هو سيادة القانون في مجال القانون الوضعي وفي الشريعة الإسلامية هو سيادة حكم الشرع فهل عرفت الشريعة الإسلامية هذا المبدأ كما عرفه القانون الوضعي؟؟

زعم بعض كُتّاب القانون في ألمانيا⁽¹⁾ أن الشريعة الإسلامية لم تعرف مبدأ المشروعية بالتفصيل الوارد في النظام القانوني، وهذا كلام مناقض للحقيقة فالشريعة الإسلامية تركز على مبدأ المشروعية وهي سيادة حكم الشرع، فأوامر الشارع الحكيم وضعت منهجاً قوياً شاملاً كاملاً عادلاً يجب على الحاكم والمحكوم اتباعه ويجب عليهم ألا يتجاوزوه، فهل يستقيم القول بأن الشريعة الإسلامية لم تعرف مبدأ المشروعية؟

بالتأكيد لا يستقيم هذا القول. فالشريعة الإسلامية أكدت- قبل ذلك- على ذات المعاني فقواعد الشرعية الإسلامية تؤكد على مبدأ سيادة القانون الإلهي وتستنكر جميع صور الاستبداد في الحكم وتنفي عن الحاكم - غير الأنبياء والرسل عليهم السلام- أي صفة زائدة عن الناس إلا ما يتعلق بالصفات الواجب توافرها فيه كالعلم والرفق والقوة والأمانة إلي جانب الصفات الجسمانية، أما أن يكون له ميزة على غيره من الناس في تطبيق شرع الله عز وجل وامتنال أوامره فهذا لا يكون خاصة⁽²⁾ ، ولقد جاءت أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤكد خضوع الجميع لمبدأ المشروعية والقانون الإسلامي سواء كان حاكماً أو محكوماً فقال صلى الله عليه: " وَإِيْمُ اللَّهِ ، لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، سَرَقَتْ لَقَطَعُ مُحَمَّدٌ يَدَهَا"⁽³⁾

وإذا كان مبدأ الشرعية بصفة عامة يقصد به مبدأ سيادة القانون وإذا كان مضمونه في مجال القانون العام يعني أن تكون تصرفات السلطة العامة في الدولة متفقة مع أحكام القانون أو بمعنى آخر خضوع الحكام للقواعد القانونية السائدة في الدولة شأنهم في ذلك شأن المحكومين. فإن الشريعة الإسلامية قد عرفت هذا المبدأ منذ نزول رسالة الإسلام على الرسول صلى الله عليه وسلم حيث وجد هذا المبدأ أساسه في آيات القرآن الكريم وفي السنة النبوية الشريفة كما وجد تطبيقاً له في أعمال الخلفاء الراشدين⁽⁴⁾.

(1) منهم الفقيه الألماني " أرنتست كلمنجلر " الذي زعم أن الإسلام لم يعرف المشروعية كفكرة راجع: حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة تطبيقية، محمد مفرح حمود العتيبي، ص14.

(2) القضاء الإداري، محمد إمام، ص13

(3) صحيح البخاري، البخاري، كتاب الحدود/ كراهة الشفاعة في الحد، 306/3: رقم الحديث 6788.

(4) مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة، محمد عبد العال السناري، ص24.

إن الإدارة في الإسلام تخضع لمبدأ الشرعية الإسلامية، حيث يحترم الحكام والمحكومين في الدولة الإسلامية قواعد ونصوص الشريعة الإسلامية، وإذا ما خرجت الإدارة بأعمالها وتصرفاتها عن مبدأ الشرعية تعرضت للمساءلة من قبل القضاء العادي أو الإداري.....، ولقد جاء الإسلام بقواعد ومبادئ تنظم شؤون الأفراد والجماعات، من جهة وتخضع الإدارة ونظام الحكم في الدولة للشريعة من جهة أخرى، ولهذا فإن السيادة أولاً وأخيراً تكون للشريعة الإسلامية التي جاء بها القرآن الكريم والسنة النبوية باعتبارهما المصدرين الأصليين لهذه الشريعة وهذا ما عمل عليه الصحابة من تطبيقات عملية في إقامة الدولة وادارتها.⁽¹⁾ ونورد بعض الأدلة على التزام الإدارة في الدولة الإسلامية بمبدأ المشروعية وذلك على النحو التالي:

ولقد ورد في القرآن الكريم التأكيد ووجوب اتباع مبدأ المشروعية- أي أوامر الله وأحكامه وتشريعاته ونواهيه- وعدم تجاوزه ، ولقد وضع الله حدوداً وأمر أوامر يجب على الحاكم والأفراد عدم تجاوزها أو الاعتداء عليها قال الله تعالى: (تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا).⁽²⁾

ولقد أكد القرآن الكريم على وجود النقيض بقواعد الشرعية الغراء وسريانها على الراعي والرعية قال تعالى: (إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا)⁽³⁾

ومضمون المشروعية الإسلامية هو التضامن في تنفيذ ما أمر الله تعالى به ، وفي منع ما نهى الله تعالى عنه؛ فقد قال الله تعالى : [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ * وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ إِذْ كُنْتُمْ أَعْدَاءً فَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِكُمْ فَأَصْبَحْتُمْ بِنِعْمَتِهِ إِخْوَانًا وَكُنْتُمْ عَلَى شَفَا حُفْرَةٍ مِنَ النَّارِ فَأَنْقَذَكُمْ مِنْهَا كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ * وَلَتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ]⁽⁴⁾

فقد أوجبت الشرعية الإسلامية على المحكومين طاعة كل ما يأمر به ولي الأمر ، وذلك بشرط ألا يكون في أمر الحاكم ماي لخالف أوامر الله تبارك وتعالى، وأن تكون أوامره متفقة مع أحكام الشرع، لأنه لا طاعة

(1) القضاء الإداري وقضاء المظالم، إعاد على القيسي، ص11.

(2) [البقرة: 229]

(3) [النساء: 105]

(4) [آل عمران: 102-104]

في المعصية ومخالفة أمر الشرع _ المشروعية_ فقد قال صلى الله عليه وسلم " لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"⁽¹⁾

ولقد ورد في السير ما يدل على إلتزام الإدارة الإسلامية بمبدأ المشروعية حيث خُطت كتب التاريخ الإسلامي أروع القرارات الإدارية التي رسخت التزام الإدارة الإسلامية لأوامر الشارع الحكيم نورد منها على سبيل المثال:

1- التزام أمير المؤمنين عمر بن الخطاب بالمشروعية:

ولقد طبق الخلفية عمر بن الخطاب رضي الله عنه مبدأ المشروعية عندما كان يعس بالليل فمر بدار وسمع صوتاً وارتاب، فتسلق الجدار ووجد رجلاً وعنده خمر وامرأة فقال ظننت أن الله يستر وأنت على معصية فقال الرجل لا تعجل يا أمير المؤمنين فإن كنت قد أخطأت في واحدة فأنت أخطأت في ثلاث، إنك تجسست ولم تأت البيوت من أبوابها ولم تسلم⁽²⁾، فقد التزم أمير المؤمنين وهو أعلى هرم بالسلطة التنفيذية في الدولة الإسلامية مبدأ المشروعية وخرج من المنزل الذي دخله دون اتباع أوامر الله " المشروعية" وهكذا فإن مبدأ المشروعية كان ملازم للإدارة في الدولة الإسلامية.

2- فتح سمرقند في عهد عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه:

حيث التزم الخلافة لأوامر الدين والشرع حتى في الحرب: " لما وصل خبر تولية عمر بن عبد العزيز الخلافة إلى سكان ما وراء النهر، اجتمع أهل سمرقند وقالوا لسليمان بن أبي السري: إن قتيبة غدر بنا، وظلمنا وأخذ بلادنا، وقد أظهر الله العدل والإنصاف، فأذن لنا فليهد منا وفدٌ إلى أمير المؤمنين يشكو ظلامتنا، فإن كان لنا حق أعطينا، فإن بنا إلى ذلك حاجة، فإذن لهم سليمان، فوجهوا منهم قوماً فقدموا على عمر، فكتب لهم عمر إلى سليمان بن السري: إن أهل سمرقند، قد شكوا إليّ ظملاً أصابهم، وتحاملاً من قتيبة عليهم، أخرجهم من أرضهم، فإذا أتاك كتابي، فأجلس لهم القاضي فلينظر في أمرهم، فإن قضى لهم فأخرجهم إلى معسكرهم كما كانوا وكنتم قبل أن يظهر عليهم قتيبة، فأجلس سليمان جُمع بن حاضر

(1) سنن الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي، باب ماجاء لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، 209/4، رقم الحديث 1707.

(2) حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري، محمد مفرح حمود العتيبي، ص 16.

القاضي فقضى أن يخرج عرب سمرقند إلى معسكرهم وينابذوهم على سواء، فيكون صلحاً جديداً أو ظفراً عنوة، فقال أهل الصُّغد⁽¹⁾: بل نرضى بما كان ولا نجِدُّ حرباً، وتراضوا بذلك⁽²⁾

أية دولة اليوم بعد أن تنتصر وتحقق مرادها من الحرب دون خسائر، وتظفر بالعدو دون أن يُخدش جندي من جنودها، فتوفر على نفسها الحرب وسعيها وقتلاها وخسائرها في الأرواح والأموال، ثم تقوم بالإنسحاب من المدينة التي تم السيطرة عليها لتتذر أهل المدينة بخيارات ثلاثة إما أن يدخلوا في الإسلام أو أن يعطوا الجزية أو أن يستعدوا للحرب، فإن كان الخيار الثالث وهو محتمل كانت حرباً ضرورياً وذلك لان القوم ليس كما في السابق قد اخذوا على حين غرة ولكنهم على علم بالأمر فيستعدون وتقع المعارك الطاحنة، ولكن الدين الإسلامي هو من أمر الإدارة الإسلامية وولي الأمر بأن يخضع للعدل ولأحكام الشريعة والدين، التي توجب على قائد الجيش أن يخير الناس قبل قتالهم بين الإسلام أو الجزية أو الحرب إن رفضوا **الخيارين الأولين**، فلتكن الحرب، فلم يأت الدين الإسلامي ليقهر الناس ويجبرهم على إعتاقه وإنما منحهم الخيار في ذلك ولقد قال الله عز وجل في القرآن الكريم [وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ مِنَ فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعًا ، أَفَأَنْتَ تُكْرَهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ]⁽³⁾

وبذلك يتأكد لنا مدى تحقق مبدأ المشروعية مع وجود شريعة الإسلام التي أوجبت جبراً على الإدارة الإسلامية التقيد به حتى في أخطر الأمور والظروف كالحرب والقتال.

(1) الصُّغد: قوم يسكنون بعض بلاد ما وراء النهر .

(2) أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز معالم التجديد والإصلاح الراشدي على منهاج النبوة، علي الصلابي، ص60.

(3) [يونس: 99]

المطلب الثاني

مصادر مبدأ المشروعية

تمهيد وتقسيم:

يتطلب إعمال مبدأ المشروعية الخضوع لأحكام القانون بمعناه الواسع، أي الخضوع لكافة القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني، وذلك بغض النظر عن مصدر هذه القواعد من ناحية وبغض النظر كذلك عن وضعها في سلم تدرج القواعد القانونية من ناحية ثانية، وبغض النظر عما إذا كانت قواعد مكتوبة أو قواعد عرفية من ناحية ثالثة، فالمشروعية تتطلب احترام ومراعاة كل القواعد القانونية، سواء وردت في المواثيق أو اعلانات الحقوق، أو وردت في الدساتير أو وردت في القوانين واللوائح، أو كانت ترجع إلى المبادئ القانونية العامة أي أنها تتضمن كافة القواعد القانونية سواء كانت قواعد مكتوبة أو قواعد غير مكتوبة.¹

لقد اتضح للباحث في المبحث السابق أن مبدأ المشروعية يعني خضوع الجميع لقواعد القانون، لقد ذكرنا أن مبدأ المشروعية يراد به سيادة حكم القانون في الدولة والتزام سلطاتها للعمل بحدود القانون وضمن نطاقه، وفي ها المطلب سيتناول الباحث مصادر مبدأ المشروعية في القانون الوضعي ومصادر المشروعية في الشريعة الإسلامية في مطلبين كالتالي:-

- الفرع الأول: مصادر مبدأ المشروعية في القانون الوضعي
- الفرع الثاني: مصادر مبدأ المشروعية في الشريعة الإسلامية

1 وسيط القضاء الإداري، أنور رسلان، ص87.

الفرع الأول

مصادر مبدأ المشروعية في القانون الوضعي

خُصّ الباحث فيما تقدم إلى أن مبدأ المشروعية يُوجب على الإدارة التقيد بالقانون والخضوع له، وأنه لا يجوز للإدارة الخروج على المشروعية وإلا اعتبرت تصرفاتها غير شرعية، وقابلة للطعن أمام القضاء، ولكن هنا يثور تساؤل عن المقصود بالقانون المطلوب الإلتزام به وعدم الخروج عليه من قبل الإدارة هل هو القانون بمعناه واسع النطاق وهو يشكل كافة القواعد القانونية أياً كان مصدرها وشكلها سواء صادرة من السلطة التشريعية أو القضائية أو كانت صادرة من الإدارة نفسها، أم المقصود بالقانون الذي يجب على الإدارة الإلتزام به هو التشريع العادي الصادر من السلطة المختصة بالتشريع؟

اختلف الفقه في الإجابة على هذا السؤال على اتجاهين نستطيع أن نُجملهما كالتالي:¹

الإتجاه الأول: وقد تبناه الفقيه الفرنسي "ايزنمان" الذي يذهب إلى أن مصادر مشروعية تصرف الإدارة ينحصر فقط في القانون الصادر عن الجمعية الوطنية الفرنسية (البرلمان) فذلك التشريع هو الذي يُلزم الإدارة ويقيدها.

الإتجاه الثاني: يأخذ غالبية الفقه بالرأي الآخر الموسع والذي يوحد بين مصادر المشروعية ومصادر القاعدة القانونية ذاتها باعتبار أن المشروعية الإدارية تعني خضوع الإدارة لسائر القواعد القانونية أياً كان مصدرها؛ لأن القانون الذي تخضع له الإدارة لا يقتصر على القواعد التي تضعها السلطة التشريعية، وإنما تشمل كل قواعد القانون الوضعي أياً كان مصدرها وشكلها أي سواء كانت مكتوبة أم غير مكتوبة.²

وعليه فإن مصادر المشروعية المكتوبة هي النصوص الدستورية والقوانين الصادرة من السلطة التشريعية واللوائح، أما المصادر غير المكتوبة فتتمثل في العرف والمبادئ العامة للقانون، وسواء كان مصادر المشروعية مكتوبة أم غير مكتوبة فإنها ليست في مرتبة واحدة من حيث القوة الإلزامية، فيغلب الإلتزام بالقاعدة القانونية الأكثر قوة إذا ما تزاومت هذه القواعد عند التطبيق، وطبقاً للمعيار الشكلي أو العضوي

1 الوجيز في القضاء الإداري، علي محمد، ص16.

2 وذهب إلى هذا الرأي ماجد راغب الحلو، حيث قال: "ولذلك فإن الإدارة تلتزم في تصرفاتها باحترام القانون فالمقصود بالقانون في مجال المشروعية هو كل القواعد القانونية أياً كان شكلها أو منبعها، ومصادر المشروعية هي نفسها مصادر القانون، ويمكن تصنيفها إلى نوعين المصادر المكتوبة والمصادر غير المكتوبة. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري ص23.

تستند المفاضلة بين القواعد القانونية إلى السلطة التي صدرت عنها القاعدة وإلى الإجراءات التي أتت في إصدارها.¹

وسيتناول الباحث في هذا المطلب مصادر المشروعية في القانون الوضعي والتي تنقسم إلى مصادر مكتوبة ومصادر غير مكتوبة⁽²⁾، وسيقسم الباحث هذا الفرع مصادر المشروعية المكتوبة وغير المكتوبة.

أولاً: المصادر المدونة " المكتوبة "

تشمل المصادر المدونة جميع القواعد القانونية المكتوبة، والتي وضعتها السلطة المختصة على شكل تشريع، ومصادر المشروعية _سواء كانت المكتوبة أو غير المكتوبة_ ليس في مرتبة واحد بمعنى أن قوتها الإلزامية تختلف باختلاف السلطة أو الهيئة التي قامت بوضعها وتلجأ النظم القانونية المختلفة إلى التفرقة بين القوة الإلزامية للقواعد القانونية تبعاً للسلطة التي قامت بوضعها، والإجراءات المتبعة لإصدارها، حيث تعلق بعض القواعد فوق بعضها، وهو ما يُعبّر عنه " بتدرج القواعد القانونية" فتخضع القاعدة الأدنى مرتبة للقاعدة الأعلى منها مرتبة فلا تستطيع مخالفتها وإلا اعتبرت غير مشروعة.⁽³⁾ ولذلك سنتناولها كالتالي:

1 القضاء الإداري دراسة مقارنة، عمر الشويكي، ج24/1.

(2) راجع مصادر مبدأ المشروعية: النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، سليمان الطماوي، ص16. القضاء الإداري، ماجد راغب الحلو، ص 25. ومبدأ المشروعية وعناصر موازنته، رمضان بطيخ، ص8. والقضاء الإداري في فلسطين، محمد شبير، ص25. القضاء الإداري دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، زكي محمد النجار، ص13. القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص27. القضاء الإداري دراسة مقارنة، عمر الشويكي، ج24/1. القانون الإداري - التنظيم الإداري، محمد الصغير بعلي، ص13. القضاء الإداري اللبناني ورقابته لأعمال الإدارة دراسة مقارنة، محسن خليل، ص11. القضاء الإداري في فلسطين وقطاع غزة، محمد أبو عمارة، ج3/36. القضاء الإداري، هاني غانم، مرجع سابق، ص68. مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة، محمد السناري، ص28. القضاء الإداري مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة دراسة مقارنة، محمد إمام، ص18. الوسيط في القضاء الإداري، محمد المسلماني، ص19. القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، فهد عبد الكريم أبو العثم، ص53. القضاء الإداري، محمد عبد الوهاب وحسين عثمان، ص11. القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة دراسة مقارنة، عصام الدبس، ص45. القضاء الإداري ومجلس الدولة قضاء الإلغاء، مصطفى فهمي، ص730. الوسيط في القضاء الإداري، محمود البناء، ص18. الوسيط في قضاء الإلغاء، عمار بوضياف، ص31. القضاء الإداري، عبد الغني عبد الله، ص12. الأصول العامة للقضاء الإداري قضاء الإلغاء، ماهر نصر، ص26. القانون الإداري، محمد الشافعي أبو راس، ص54. القضاء الإداري، خالد الظاهر، ص27. القضاء الإداري وقضاء المظالم، إعاد القيسي، ص34. القضاء الإداري، محمد رفعت عبد الوهاب، ج19/1. مبدأ المشروعية وعناصر موازنته، رمضان بطيخ، ص8. القانون الإداري، مازن راضي ليلو، ص12. القضاء الإداري في فلسطين، عبد الناصر أبو سميحة، ج89/1. الوجيز في القضاء الإداري، علي عبد الفتاح محمد، ص15. مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، فادي علاونة، ص15. الوجيز في المنازعات الإدارية، محمد الصغير بعلي، ص9. القضاء الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، عيد مسعود الجهني، ص15.

(3) الوجيز في القضاء الإداري مبدأ المشروعية - دعوى الإلغاء دراسة مقارنة، علي عبد الفتاح محمد، ص16-17.

1- التشريع الدستوري " القانون الدستوري "

يوجد الدستور⁽¹⁾ على قمة النظام القانوني في الدولة، وتعتبر قواعده أعلى القواعد القانونية وأسماها داخل الدولة لذلك يسمى البعض الدستور " قانون القوانين".⁽²⁾ فالدستور كما نعلم هو الوثيقة القانونية الأساسية التي تبين نظام السلطات واختصاصاتها وشكل الحكم في الدولة.⁽³⁾

ويشكل الدستور التشريع والقانون الأساس الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية ويحمي مبدأ حرية اختيار الشعب ويضفي الشرعية على ممارسة السلطات ويكفل الحماية القانونية ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية، ويُعد مصدراً مهماً للمشروعية بصفة عامة والمشروعية الإدارية بصفة خاصة.⁽⁴⁾

ويُعد الدستور أول مصدر من مصادر المشروعية، وتليه في المرتبة القواعد القانونية الأخرى وهذا التدرج بين القواعد القانونية يؤدي إلى وجوب تقيد القاعدة القانونية الدنيا بالقاعدة العليا إذ لا يصح أن تتعارض قاعدة قانونية دنيا مع أخرى تعلوها في مرتبة التدرج حتى لا يحدث خلل في انسجام البناء القانوني للدولة.⁽⁵⁾ ولما كانت القواعد المنصوص عليها في صلب الدستور أول مصدر من مصادر المشروعية، ذلك أنها تنشئ وتنظم السلطات العامة جميعها وتحدد دائرة اختصاص كل منها، وتبين كيفية ممارسة هذه الاختصاصات، فحق على جميع السلطات احترام هذه القواعد، وممارسة وظائفها في الحدود المرسومة

(1) تطلق كلمة " دستور " في اللغة الفارسية على عدة معانٍ متقاربة، منها الإثناء الكبير " لأنه جامع يؤخذ منه وقت الحاجة، ومنها "الوزير" لأنه أساس من أسس الحكم، ومنها كذلك "الدفتر" الذي تجمع فيه قوانين الملك وضوابطه، أو تكتب فيه أسماء الجند ومرتباتهم ومن هذه المعاني أيضاً " الأساس أو الأصل"، ومعنى " الإذن أو الترخيص"، وقد دخلت هذه الكلمة في اللغة العربية في أعقاب اتصال العرب الفرس بعد الفتح الإسلامي، ثم شاع استعمال كلمة "دستور" في المصطلح السياسي والدستوري العربي، وذلك في مرحلة تاريخية لم يحدد المؤرخون على وجه منضبط، وصارت تعني " القانون الأساسي الذي يبين أصول نظام الحكم"، "..... وقد ارتبط وجود الدستور بوجود المجتمع السياسي منذ القدم فكل مجتمع سياسي يخضع أياً كان نوعه لنظام سياسي معين، يوضح نظام الحكم فيه وينظم بالتالي العلاقة بين الحكام والمحكوم موقفاً في ذلك بين السلطة والحرية. ويُعرف القانون الدستوري بأنه " مجموعة القواعد القانونية التي تنظم أسس تكوين الدولة ومقومات بنائها، والقواعد التي يقوم عليها نظامها" القانون الدستوري النظرية العامة، حسن البحيري، ص36-38.

(2) القضاء الإداري دراسة مقارنة، عمر الشوبكي، ج1/25.

(3) القضاء الإداري وقضاء المظالم، إعاد على حمود القيسي، ص35.

(4) مقومات مشروعية القرار الإداري، سلمان مسعود بن مسعود أحمد، ص13.

(5) القضاء الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، عيد مسعود الجهني، ص16.

وعلى الوجه المبين في الدستور.⁽¹⁾ وهيئات الدولة وحكامها لا يمارسون ما لهم من اختصاصات إلا بمقتضى الدستور الذي يستمدون منه سلطاتهم بل ووجودهم في الحكم في حدود ما يتضمن من مبادئ وأحكام، لذلك تعتبر التشريعات الدستورية هي أعلى تشريعات الدول وقمة نظامها القانوني، وعلى كافة سلطات الدولة التقيد بأحكامها وإلا غدت أعمالها غير مشروعية، أو غير دستورية على وجه التخصيص.⁽²⁾

ويعد القانون الأساسي الفلسطيني بمثابة الدستور، ويتوجب على جهات الإدارة الخضوع لقواعده عند مباشرتها لنشاطها حرصاً على سلامة أعمالها وتحقيقاً لمشروعيتها، وعادة ما تضع الدساتير الخطوط العريضة للنشاط الإداري والتي لا يمكن تجاوزها من قبل جهة الإدارة حرصاً على مشروعية أعمالها⁽³⁾، ومن ما يجب على الإدارة احترام الحريات وعدم القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه إلا بأمر قضائي وإلا كان هذا الفعل مخالفة دستورية.⁽⁴⁾، فالدستور بالنظر إلى مصدره (السلطة التأسيسية⁽⁵⁾) يتميز بالسمو والعلو لأنه فوق الجميع بما يتضمن من قواعد ومبادئ تعتبر أساساً يبنى عليها المجتمع في مختلف منظوماته وجوانب حياته⁽⁶⁾، وإذا كان التقيد بالتشريعات الدستورية إنما يعني الدولة التي يسود فيها نظام الدستور المدون، فإن

(1) القضاء الإداري دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، زكي محمد النجار، ص 15.

(2) القضاء الإداري، ماجد راغب الحلو، ص 25.

(3) القضاء الإداري في فلسطين مشروعية أعمال الإدارة والرقابة عليها- أساليب الرقابة القضائية والتنظيم في فلسطين - دعوى الإلغاء، محمد سليمان شبير، ص 27.

(4) تنص المادة 2/11 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 على أنه: "لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه، أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر قضائي وفقاً لأحكام القانون، ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي، ولا يجوز الحجز أو الحبس في غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون"

ويتجه القضاء المصري إلى ضرورة امتناع القضاء عن تطبيق القانون المخالف للدستور ودل على ذلك ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 1958/7/12، حين أعلنت: ((بأن القانون لا يكون غير دستوري إلا إذا خالف نصاً دستورياً قائماً أو خرج على روحه ومقتضاه، ومرد ذلك إلى أن الدستور هو القانون الأعلى فيما يقره، ولا يجوز أن تهدر أية أداة أدنى)) القانون الإداري - الرقابة القضائية على أعمال الإدارية، عبد الله طلبة، ص 17.

(5) فالسلطة التأسيسية هي التي تضع دستور الدولة وتحدد بمطلق حريتها ودون قيد ما شكل الدولة ونظام الحكم فيها، وحريات الأفراد واختصاصات السلطات العامة، وعلاقة بعضها ببعضها الآخر. وفقاً لظروف الدولة السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وإذا كان المثل الأعلى يقتضي أن يكون عمل السلطة التأسيسية صورة صادقة لرغبات الشعب فإن لا جزء حتى الآن على مخالفة السلطة التأسيسية لتلك الرغبات، إذا استثنينا ردة الفعل التي قد تتولد عن ذلك في نفوس المواطنين والشعب مما يؤدي الي سقوط الدستور بطريق سلمي أو ثوري. راجع/النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، سليمان الطماوي، ص 0.35

(6) الوجيز في المنازعات الإدارية، محمد الصغير بعلي، ص 9-10.

ذلك لا يعني عدم تقيد الإدارة بمجموعة القواعد الدستورية غير المدونة في الدول التي تأخذ نظام الدستور غير المدون.⁽¹⁾

والأصل أن ترد القواعد الدستورية في الوثيقة القانونية المعروفة باسم الدستور، غير أنه قد ترد هذه القواعد الدستورية في وثائق أخرى مثل اعلانات الحقوق والمواثيق كما قد يرد بعض هذه القواعد في مقدمات الدساتير ذاتها.⁽²⁾

وإذا كانت قيمة النصوص الدستورية كأول وأهم مصدر للمشروعية ليست محل جدل - كما يقول البعض - إلا أنه قد أحتدم الخلاف في الفقه والقضاء حول القيمة القانونية لإعلانات الحقوق المنفصلة عن الدساتير ومقدمات الدساتير التي تتضمن المبادئ والمثل العليا التي تسيّر نصوص الدستور على هديها وفي ضوئها. فما هي القيمة القانونية لإعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير، وهي هل إحدى مصادر المشروعية التي لا يجوز للسلطة الإدارية الخروج عليها أم لا؟

أ - مقدمات الدساتير " ديباجة الدساتير ":

مقدمات الدساتير: هي تلك المبادئ والأفكار والقواعد الأصولية والفلسفية النابعة من ضمير الجماعة والتي لا يمكن فصلها عن التاريخ السياسي للدولة والواردة في ديباجة الدستور، وتتصدرها عادة و هي بذلك تختلف عن النصوص والمواد القانونية الواردة في صلب الدساتير، فهي أقرب إلى الفلك السياسي منه إلى الفلك القانوني.⁽³⁾ ومن أمثلة مقدمات الدساتير مقدمة دستور الجمهورية الفرنسية الرابعة سنة 1946 ودستور الجمهورية الخامسة 1958م⁴، مرسوم دستور فلسطين الصادر عام 1922 وديباجة الإعلان الدستوري

(1) القضاء الإداري اللبناني ورقابته لأعمال الإدارة دراسة مقارنة، محسن خليل، ص12.

(2) القضاء الإداري في فلسطين وقطاع غزة، محمد علي عمارة، ج37/1.

(3) القضاء الإداري في ضوء الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديد رقم 3 لسنة 2016، هاني غانم، ص71.

وقد درجت العديد من الدول على تصدير وثائقها الدستورية أو دساتيرها بمقامات تحت مسميات مختلفة مثل ديباجة أو توطئة أو مقدمة أو تصدير كالقانون الأساسي الفلسطيني الذي يُعد بمثابة الدستور المؤقت للسلطة الفلسطينية.

⁴ وتصدر دستور الجمهورية الفرنسية الرابعة الصادر سنة 1946م، مقدمة دستورية هامة، وكذلك الشأن بالنسبة لدستور الجمهورية

الخامسة الحالي الذي صدر في الرابع من أكتوبر سنة 1958م، وقد تضمنت هاتين المقدمتين بعض الأحكام والمبادئ الدستورية

الهامة كما اشتملت على بعض التوجيهات ذات الطابع الفلسفي. القضاء الإداري ، عبد الغني بسيوني عبد الله ، ص15.

لقطاع غزة الذي وضع في عهد الإدارة المصرية عام 1962، ومقدمة القانون الأساسي¹ الفلسطيني عام 2003، ومقدمة دستور مصر لسنة 2014².

ولقد اختلف الفقه القانوني حول القيمة القانونية لديباجة الدستور " أو مقدمة الدساتير" على عدة اتجاهات نذكرها كالتالي:

الإتجاه الأول: غالى هذا الإتجاه في انكار أي قيمة قانونية للمواثيق وإعلانات الحوق ومقدمات الدساتير حيث ينكر عليها أي قيمة قانونية.

ويرى أنها مجرد اعلان عن مبادئ فلسفية أو اتجاهات سياسية عامة تتغير على آمال أو تطلعات أو أهداف، دون أن يكون لها أي قيمة قانونية، ومن ثم فإن ما ورد بها لا يلزم أي سلطة من السلطات العامة للدولة، بل يجوز مخالفتها والخروج عليها سواء من قبل السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية.³

¹ وجاء في مقدمة القانون الأساسي الفلسطيني: ((مثلما كانت ديمومة التصاق الشعب العربي الفلسطيني بأرض آبائه وأجداده التي نشأ عليها حقيقة عبرت عنها وثيقة إعلان الاستقلال الصادرة عن المجلس الوطني الفلسطيني، وأكدتها ظواهر الثبات في المكان والزمان والحفاظ على الهوية الوطنية واجتراح معجزات النضال، فإن هذه العلاقة العضوية بين الشعب والتاريخ والأرض استمرت تؤكد ذاتها خلال السعي الدؤوب والمستمر لحمل العالم على الاعتراف بحقوق الشعب العربي الفلسطيني وكيانه الوطني على قدم المساواة مع غيره من الشعوب.

إن ميلاد السلطة الوطنية الفلسطينية على أرض الوطن فلسطين، أرض الآباء والأجداد، يأتي في سياق الكفاح المرير والمستمر، الذي قدم خلاله الشعب الفلسطيني آلاف الشهداء والجرحى والأسرى من خيرة أبنائه، لأجل نيل حقوقه الوطنية الثابتة المتمثلة في حق العودة وتقرير المصير وإقامة الدولة الفلسطينية المستقلة وعاصمتها القدس الشريف بقيادة منظمة التحرير الفلسطينية الممثل الشرعي والوحيد للشعب العربي الفلسطيني أينما وجد....الخ))

² وكالدستور المصري عام 2014، حيث جاء فيه: ((مصر هبة النيل للمصريين، وهبة المصريين للإنسانية. مصر العربية بعبقرية موقعها وتاريخها قلب العالم كله، فهي ملتقى حضاراته وثقافته، ومفترق طرق مواصلاته البحرية واتصالاته، وهي رأس أفريقيا المطل على المتوسط، ومصب أعظم أنهارها: النيل.

هذه مصر، وطن خالد للمصريين، ورسالة سلام ومحبة لكل الشعوب. في مطلع التاريخ، لاح فجر الضمير الإنساني وتجلى في قلوب أجدادنا العظام فاتحدت إرادتهم الخيرة، وأسسوا أول دولة مركزية، ضبظت ونظمت حياة المصريين على ضفاف النيل، وأبدعوا أروع آيات الحضارة، وتطلعت قلوبهم إلى السماء قبل أن تعرف الأرض الأديان السماوية الثلاثة.

مصر مهد الدين، وراية مجد الأديان السماوية.

في أرضها شب كلم الله، وتجلى له النور الإلهي، وتنزلت عليه الرسالة في طور سنين...الخ))

³ وسيط القضاء الإداري، أنور رسلان، ص91.

ويترتب على ذلك عدم التزام السلطات العامة التي ينشئها الدستور بهذه المبادئ أو الأسس لأنها ليست قواعد قانونية محددة، بالرغم من صدورها عن السلطة التأسيسية إذ لو أرادت تلك السلطة أن تعتبرها من القواعد القانونية الملزمة لأدرجتها ضمن مواد الدستور.⁽¹⁾

الإتجاه الثاني: ذهب إلى أن مقدمات الدستور لها قيمة قانونية ولكنهم اختلفوا فيما بينهم على تحديد قيمة مقدمات الدساتير إلى عدة آراء:

القول الأول: إلى القول أن المبادئ المذكورة في ديباجة الدساتير - مقدمة الدستور - لها قيمة أعلى من قيمة القواعد الدستورية ذاتها، وهذا من منطلق أنها تتضمن المبادئ العامة والتوجيهات الأساسية التي بنيت عليها قواعد الدستور ذاته⁽²⁾، واستناداً على أنها تعبير عن الإرادة العليا للأمة، وتتضمن المبادئ الأساسية الدستورية المستقرة في الضمير الإنساني العالمي، والتي يتعين احترامها واعمالها بدون حاجة الى النص الصريح عليها في اعلان أو مقدمة دستورية، فضلاً عن صلب الدستور ذاته⁽³⁾، وعلى ذلك فإن سلطات الدولة الناشئة لا تلتزم بها فحسب وإنما تلتزم بها السلطة التأسيسية التي تضع الدستور.⁽⁴⁾

القول الثاني: وذهب إلى أن المبادئ والأحكام القانونية التي تتضمنها تلك المقدمة - حيث لا تختلف من الناحية القانونية عن باقي أحكام مواد الدستور -، لها قيمة النصوص الدستورية، وعليه فهي مصدر للمشروعية توجب على السلطة التشريعية ألا تخالف أحكامها كما هو الدستور وإلا اعتبر تصرفها غير دستوري، كما يجب على السلطة التنفيذية الإلتزام بها تحت رقابة القضاء وما تتضمنه من توجيهات وأبعاد فلسفية كمجرد إرشادات للمشرع فيما يسنه من قوانين حيث تختلف طبيعتها عن الأولى⁽⁵⁾.

(1) القضاء الإداري - الرقابة على أعمال الإدارة، سامي جمال الدين، ص34.

(2) الوسيط في قضاء الإلغاء، عمار بوضياف، ص32.

(3)(3) القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، محمود محمد حافظ، ص 27.

(4) القضاء الإداري مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة دراسة مقارنة، محمد إمام، ص23.

(5) ومن أنصار هذا الإتجاه الدكتور/ زكي محمد النجار في كتابه القضاء الإداري دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، ص10. والدكتور محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، ص10. كما أيده الأستاذ الدكتور عمار بوضياف حيث جاء في مؤلفه: "وبرأينا الخاص فإن هذه المبادئ العامة الواردة في ديباجة الدستور لا يمكن فصلها عن القواعد الموضوعية أو القواعد الدستورية فهي جزء أساسي في الوثيقة الدستورية وتتمتع بذات الحجية، ولا يصح بنظرنا أن تضفي عليها قيمة قانونية أعلى من الدستور، وهذا لسبب بسيط أن قواعد الدساتير تحتل قمة هرم النصوص الرسمية، ولا يصح من جهة أخرى اعتبارها في موضع القانون العادي لأن في ذلك إسقاطاً من قيمتها القانونية وتنزيلاً من مرتبتها. الوسيط في قضاء الإلغاء. عمار بوضياف، ص32.

القول الثالث: إن مقدمات الدساتير لها قيمة قانونية تساوي القيمة القانونية للتشريعات العادية " القانون".⁽¹⁾ وذلك لأنها تقر بعض الحقوق، ولكنها لا يمكن أن ترقى إلى مرتبة النصوص الدستورية الجامدة، فلو أن واضعها قد أرادوا لها سمو تلك النصوص وحصانتها لأوردوها في صلب الدستور، ولذلك يجوز للبرلمان أن يتناولها بالتعديل حسب ما يتراءى له ووفقاً لما يمليه عليه الصالح العام، أما الإدارة فإنها تلتزم باحترامها كما تلتزم باحترام القوانين العادية.⁽²⁾

الإتجاه الثالث: يميز أصحاب هذا الإتجاه بين نوعين من مضمون النصوص التي تحتويها مقدمات الدساتير⁽³⁾

النوع الأول: النصوص التي تمت صياغتها في شكل قواعد قانونية واضحة بحيث تنشئ مراكز قانونية محددة، وهذه تكون لها ذات قيمة القواعد الدستورية أو حتى أسمى منها.⁴

والنوع الثاني: النصوص التي لم تصاغ في شكل قواعد قانونية بل هي مجرد توجيهات وأهداف ومثل عليا للدولة ولا تنشئ مراكز قانونية محددة، وهذه يتعذر القول بأنها قواعد قانونية ذات قوة الزامية بل هي مجرد نصوص ذات قيمة أدبية.

ولقد أثار موقف القضاء الفرنسي الذي يقر بالاعتراف بالقيمة القانونية لمقدمة الدستور خلافاً بين من أيد هذا التوجه للقضاء، وبين من عارضه استناداً إلى أن المشرع لم يجعل هذه المقدمة ضمن النطاق الدستوري

(1) وقد رجح هذا الرأي حيث قال: "وباستقراء الإتجاهات السابقة نجد أن القيمة القانونية لمقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق لها ذات القيمة القانونية التي تتمتع بها المبادئ القانونية العامة، لان مضمون ما ورد بالمقدمات والإعلانات لو أراد المشرع الدستوري أن يُصبغ عليها القيمة القانونية الدستورية لنص عليها من خلال نصوص الدستور ذاته، وإن كانت إعلانات الحقوق تصدر عن الشعب فهي لا تغير من الأمر شيئاً وكذلك المقدمات، فهي ترد على شكل مبادئ عامة وليس على كشل نصوص محددة وقاطعة، وبذلك فإن الرأي الذي أخذ به غالبية الفقه - من وجهة نظر المؤلف- والذي اعتبر أن لها القوة القانونية للتشريع العادي، الرأي الراجع والذي أيده اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي في تقريره أن مقدمة الدستور وإعلان الحقوق الفرنسي ما هي إلا مبادئ قانونية عامة تعادل قوة التشريع العادي وهذا الرأي هو الذي نؤيده. القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة دراسة مقارنة، عصام الدبس، ص 48-49.

(2) القضاء الإداري- الرقابة على أعمال الإدارة، سامي جمال الدين، ص40.

(3) القضاء الإداري في فلسطين وقطاع غزة، محمد عمارة، ج40/3-41.

⁴ وإليه مال من الفقه الفلسطيني شريف بعلوشة راجع مؤلفه/ مبدأ المشروعية ونطاق تطبيقه أما القضاء الإداري الفلسطيني دراسة تحليلية، شريف بعلوشة، ص119.

للجنة الدستورية أثناء النظر في دستورية مشروعات القوانين، كما لم يتضمن الدستور ذاته نص واضحاً بشأن اعتبار هذه المقدمة جزء منه.⁽¹⁾

وقد طرحت مشكلة مقدمات الدساتير في فرنسا إبان البحث في قضية تتعلق بالحكم فيها على مقدمة دستور فرنسا، حيث اعترف القضاء الفرنسي بالقيمة القانونية لمقدمة الدستور سنة 1946، وذلك منذ حكم محكمة السين المدنية الصادر في 22 يناير سنة 1947، حيث قضت المحكمة بإلغاء الشرط الوارد في وصية سيدة إلى حفيدتها بإلغاء هذه الوصية إليها إذا تزوجت من يهودي، استناداً إلى أن هذا الشرط يتعارض ويخالف مخالف للفقرة الأولى من مقدمة الدستور الفرنسي 1946 والتي التي تؤكد على مبدأ المساواة بين المواطنين، حيث تنص على أن "الشعب الفرنسي يعلن مجدداً أن كل الناس دون تمييز للجنس أو الدين أو العقيدة لهم كافة الحقوق والتي تكون مقدسة وغير قابلة للتنازل"²

وكذلك ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في قضية باريل BarelK من إلغاء استبعاد هذا المذكور من الترشيح لمسابقة الإلتحاق بالمدرسة الوطنية للإدارة وذلك استناداً لمبدأ المساواة في الوظائف العامة والحرية السياسية المكفولة للجميع.³

"وأكدت محكمة النقض هذا الاتجاه بحكمها الصادر في 27 مارس سنة 1952، حيث استندت إلى الفقرة السابعة من مقدمة الدستور، وقررت أن إضراب العمال لا يعتبر بذاته سبباً لفسخ عقد العمل . وانتهى قضاء مجلس الدولة إلى نتائج مماثلة".⁴

أما في مصر: فقد حُسم **المشروع المصري** في دستور 2014 الخلاف والجدل الفقهي الدائر بين الفقهاء المصريين حول القيمة القانونية لمقدمة الدستور حيث تنص المادة 227 من دستور مصر لسنة 2014 على: "يشكل الدستور بديباخته وجميع نصوصه نسيجاً مترابطاً وكلاً لا يتجزأ، وتتكامل أحكامه في وحدة عضوية متماسكة"

وفي فلسطين فلم يتطرق القانون الأساس إلى القيمة القانونية لمقدمة الدستور الفلسطيني، إلا أن القضاء الفلسطيني، أوجب على الإدارة على الإلتزام بها، وعدم مخالفتها، حيث جاء في محكم محكمة العدل العليا

(1) القانون الدستوري والنظم السياسية، محمد عبد الله أبو مطر، ج 80/1.

² راجع / القانون الدستوري النظرية العامة، حسن مصطفى البحيري، ص 97.

³ مقدمة القانون الدستوري في ضوء الدساتير العربية المعاصرة، حمدي العجمي، ص 54.

⁴ القانون الدستوري النظرية العامة، حسن مصطفى البحيري، ص 97.

على:(ولما كان القانون الأساسي نص في ديباجته على اشتماله مجموعة من القواعد والأصول الدستورية المتطورة سواء فيما يتعلق بضمان الحقوق والحريات العامة والشخصية على اختلافها بما يحقق العدل والمساواة للجمعي دون تمييز، ولما كانت المادة 1 منه تنص على أن (حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام) وأن تعمل السلطة الوطنية الفلسطينية دون ابطاء على الانضمام على الإعلانات والمواثيق الدولية والإقليمية والدولية التي تحمي حقوق الإنسان، فيما نصت المادة 2/22 منه رعاية أسر الشهداء والأسرى ورعاية الجرحى والمتضررين والمعاقين واجب ينظم أحكامه وتكفل السلطة الوطنية لهم خدمات التعليم والتأمين الصحي والإجتماعي، ولما كانت الكرامة الإنسانية حق لكل بني البشر وأن للمعوقين الحق في اتخاذ كافة التدابير التي تهدف إلى تمكينهم من بلوغ أكبر قدر ممكن من الإستقلال الذاتي والإعتماد على النفس وتيسير مشاركتهم في المجتمع واندماجهم فيه ولما كان أمراً كهذا لم يتوافر بمعزل عن تطبيق القانون بما تضمنه من قواعد وأحكام في الوقت الذي ازدادت فيه أعداد المعوقين بخاصة من أبناء الفئات العمرية الشابة، ولما كان المستدعى ضدهم لم يقدموا ما من شأنه أن يصلح مبرراً للمعارضة في اصدار القرار القطعي أو لتنفيذ أحكام المواءمة التي نص عليها القانون واللائحة التنفيذية، المحكمة تقرر الزامهم بتنفيذ أحكام المواد من 12-15 من قانون حقوق المعوقين المتعلقة بمواءمة الأماكن العامة وكذلك اللائحة التنفيذية بالخصوص المذكور واتخاذ كافة القرارات والإجراءات التي تضمن ذلك وتحقق تطبيق أحكام المواد المذكورة)¹

ولما كانت غالبية مقدمات الدساتير تتناول تاريخ الدولة، ونضال الشعوب وكفاحها من أجل الحرية والعنق من الاحتلال، وتتضمن قيم وأهداف النظام السياسي في الدولة، وهي في الغالب ذات طبيعية سياسية تاريخية تُصاغ بطريقة إنشائية غالباً ولا تصاغ بصورة نصوص قانونية، فإن الباحث يرى أن مقدمات الدساتير ليس لها قوة قانونية ملزمة إلا إذا جاءت بصيغة نصوص وتم النص على أنها جزء من الدستور في صلب الدستور - ضمن فقراته- كما جاء في دستور مصر لعام 2014، مع مراعاة السياق العام لإصدار هذه الدساتير ومدى قابلية الديباجة للتطبيق العملي بعيداً عن العبارات الفلسفية والأدبية، وإلا- إن لم يرد نص على ذلك في صلب الدستور- فإن القيمة القانونية له تبقى قيمة أدبية فلسفية يُستأنس فيها المشرع مسترشداً بتاريخ الدولة وثوراتها وأمجادها ونضال قادتها وشعبها.

ب- اعلانات الحقوق:

¹ حكم محكمة العدل العليا في الدعوى الإدارية رقم 2005/56، الصادر بتاريخ 2005/9/6. المقتفي، مرجع سابق

المواثيق وإعلانات الحقوق: هي وثائق سياسية منفصلة عن الدستور، وتنص في الغالب على الحقوق والحريات الفردية التي يتعين على الدولة احترامها، علاوة على بعض الأسس التي يجب أن يقوم المجتمع على مقتضاها، وتحرص بعض الدول على إصدار مثل هذه الوثائق على أثر قيام نظام جديد فيها نتيجة ثورة أو حركة تحرير، حيث يهتم من يتولى الحكم بعد نجاحها، بتسجيل المبادئ والأسس والحقوق والواجبات التي ينبغي أن يقوم عليها المجتمع الجديد من الناحية السياسية والاجتماعية والاقتصادية⁽¹⁾، وذلك حتى يتاح للأفراد التعرف على فلسفة النظام الجديد وما يتجه لهم من حقوق وما يفرضه عليهم من التزامات حتى تسود الثقة والاستقرار بين الجامعة والفرد⁽²⁾. ومن أمثلة إعلانات الحقوق اعلان المجلس الوطني الفلسطيني اعلان الاستقلال وقيام الدولة الفلسطينية من تونس بتاريخ 1988/11/15، وكذلك الميثاق الوطني الفلسطيني الصادر عام 1964، والميثاق الوطني الفلسطيني المعدل عام 1968م. ومثلها في إنجلترا العهد الأعظم أو الماجنا كارتا سنة 1215، وفي فرنسا اعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عن الثورة الفرنسية سنة 1789، والإعلان الصادر عن الثورة الأمريكية عام 1776م

وهنا يثور تساؤل حول القيمة القانونية لإعلانات الحقوق المنفصلة عن الدساتير ومقدماتها هل يمكن اعتبارها مصدراً من مصادر المشروعية؟ وما هي القيمة القانونية التي تتمتع بها؟

(1) القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص33.

(2) القضاء الإداري دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، زكي محمد النجار، ص15. وقد شهد القرن السابع عشر عدة اعلانات انجليزية أهمها ملتمس الحقوق Petition of rights عام 1679م و اعلان الحقوق Bill of rights عام 1689، إلا أن الفقه الدستوري لم يؤل مثل هذه الإعلانات الأهمية الكافية بسبب اقليمية مثل تلك الإعلانات واهتماماتها بحقوق المواطن الإنجليزي دون اهتماماتها بحقوق الإنسان بشكل عام. الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، نعمان الخطيب، ص541-542.

ولكن في القرن الثامن عشر قد صدرت اعلانات نالت من الدراسة القانونية والسياسية حقها مثل الإعلان الحقوق الأمريكي الصادر في فرجينيا سنة 1776م هو أول هذه الإعلانات، وتبعه اعلان حقوق الإنسان والمواطن الذي صدر عن الثورة الفرنسية عقب قيامها سنة 1789م - ويتضمن 17 مادة -، وقد وُضع إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي في صلب أول دستور للثورة صادر سنة 1791م، بحيث يكون هذا الدستور من جزئين: الجزء الأول يتضمن إعلان حقوق الإنسان والمواطن، والجزء الثاني يشمل نصوص الدستور نفسه، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948م. راجع القضاء الإداري، عبد الغني بسيوني عبد الله، ص13-14

وفي فلسطين صدر الميثاق القومي الفلسطيني عام 1964م، ثم صدر الميثاق الوطني عام 1968، ومن اعلانات الحقوق إعلان قيام دولة فلسطين بتاريخ 1988/11/15م، الذي صدر عن المجلس الوطني الفلسطيني المنعقد بالعاصمة الجزائرية، حيث تلى نص الإعلان الرئيس ياسر عرفات.

ولقد ثار خلاف فقهي في القانون الوضعي حول القيمة القانونية لما تتضمنه اعلانات الحقوق من مبادئ سياسية واجتماعية واقتصادية في اعتبارها من مصادر المشروعية إلى عدة آراء:

الإتجاه الأول: "ينكر على نصوص الإعلانات والمواثيق كل قيمة قانونية ويجردها من كل قوة إلزامية، ولا يعترف لها إلا بقيمة أدبية لأنها مجرد آمال ومثُل وأهداف لا إلزام فيها لسلطات الدولة التي ينشئها ويحددها الدستور، وهو القانون الأعلى في الدولة، ولا يغير من ذلك صدور هذه النصوص عن الشعب أو ممثليه، إذ لو أراد الشعب - المنظم - أن يضع قواعد قانونية ملزمة للسلطات العامة في الدولة لأودعها الدستور، كما أن مثل هذه الإعلانات غالباً ما تصدر تحت تأثير هزات سياسية عنيفة، فيكون فيها اندفاع ينقصه التدبر والتروي".⁽¹⁾

الإتجاه الثاني: ويرى أن اعلانات الحقوق والحريات تتساوى مع الدستور في قيمتها وقواعدها الملزمة.⁽²⁾

الإتجاه الثالث: إن إعلانات الحقوق فيها نوعين من الأحكام وهي أحكام وضعية ملزمة وتتضمن قواعد عامة مجردة يتعين على السلطات احترامها وتطبيقها. وأحكام أخرى توجيهية تبين أهداف النظام السياسي وفلسفته وبالتالي لا تعتبر قواعد قانونية ملزمة.⁽³⁾

الإتجاه الرابع: يرى أن المبادئ التي تضمنتها اعلانات حقوق الإنسان لها قيمة قانونية أعلى من قيمة النصوص الدستورية⁽⁴⁾ لأنها تتضمن الأسس التي يجب أن تقوم عليها هذه النصوص⁽⁵⁾، استناداً على أنها تعبير عن الإرادة العليا للأمة، وتتضمن المبادئ الأساسية الدستورية المستقرة في الضمير الإنساني العالمي، والتي يتعين احترامها واعمالها بدون حاجة الى النص الصريح عليها في اعلان أو مقدمة دستورية، فضلاً

(1) القضاء الإداري ، ماجد راغب الحلو، ص28.

(2) حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري = دراسة مقارنة تطبيقية، محمد مفرح العتيبي، ص22.

(3) الهامش، القضاء الإداري وقضاء المظالم، إعاد علي حمود القيسي، بصفحة رقم 35. وقد مال إلى هذا الرأي عبد الغني عبد الله في كتابه القضاء الإداري حيث قال: "والذي أراه راجحاً هو الذي يرق بين المبادئ والأحكام القانونية التي جاءت فيها، والتوجيهات الفلسفية، حيث يعتبر الأولى مساوية لأحكام الدستور ذاته أما الثانية فهي مجرد توجيهات للمشرع فيما يصدره من قوانين مستقبلية على النحو السابق توضيحه بالنسبة لإعلانات الحقوق. القضاء الإداري ، عبد الغني بسيوني عبد الله ص15.

(4) ومن أهم أنصار هذا الرأي الفقيه الفرنسي duguit الذي قسم القواعد إلى ثلاثة درجات تأتي في الدرجة الأولى القواعد التي تتضمنها اعلانات الحقوق، ثم في الدرجة الثانية يأتي بالقواعد الدستورية، ثم في الدرجة الثالثة القوانين العادية. الهامش الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، نعمان الخطيب ص543.

(5) القضاء الإداري، ماجد راغب الحلو، ص27.

عن صلب الدستور ذاته.⁽¹⁾ وعلى ذلك تلتزم بها السلطة التأسيسية التي تضع الدستور، ومن باب أولى تلتزم بها كافة السلطات الناشئة عن هذا الدستور وهي ما تسمى بالسلطات المؤسسة وهي السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية.⁽²⁾

ولقد اعتنق القضاء المصري الاتجاه الرابع الذي يرى أن المبادئ التي تضمنتها اعلانات حقوق الإنسان لها قيمة قانونية أعلى من قيمة النصوص الدستورية، وقد اعتنقت المحكمة العليا في مصر هذا الإتجاه في العديد من أحكامها في صدد إعلانات حقوق الإنسان قضت المحكمة بأنه: "الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر سنة 1948م، ووقعته مصر لا يعدو أن يكون مجرد توصية غير ملزمة، وليست له قيمة المعاهدات الدولية المصدق عليها."⁽³⁾

قضت المحكمة العليا المصرية بأن: "مَثَلُ الميثاق فيما أسسه من مبادئ فلسفية عليا وما تضمنه من أهداف كمثل إعلانات الحقوق التي عرفتها الأمم المتقدمة والتي تقترن عادة بالثورات الناجحة، فتصدر معلنة مبادئ الحق والحرية والعدالة والمساواة، فضلاً عن أهداف المجتمع السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ويكون صدورها تمهيداً لإعداد دستور مكتوب يستمد أصوله وأحكامه من تلك المبادئ والأهداف، ويكون لهذه الأصول والأحكام التي يتبناها الشارع ويصوغها في نصوص دستورية فوة ملزمة، أما ما عداها من مبادئ وأهداف لم ينقلها الشارع إلى نصوص الدستور فيفضل مثلاً عليا ونظريات فلسفية حتى يقتضي الصالح العام للدولة تطبيقها وتنفيذها، فينقلها الشارع من مجال المبادئ العامة إلى مجال التنفيذ، وذلك بإفراغها في صورة نصوص محددة في صلب الدستور، فنكون لها القوة الملزمة."⁽⁴⁾

أما في فلسطين فقد نصت القانون الأساس على وجوب انضمام السلطة الفلسطينية إلى المعاهدات والمواثيق الدولية التي تخص حماية حقوق الإنسان، حيث نصت المادة 10 من القانون الأساسي المعدل 2003 على: "1- حقوق الإنسان وحياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام. 2- تعمل السلطة الوطنية الفلسطينية دون إبطاء على الانضمام إلى الإعلانات والمواثيق الإقليمية والدولية التي تحمي حقوق الإنسان"

(1) القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، محمود محمد حافظ، ص 27.

(2) القضاء الإداري، ماجد راغب الحلو، ص 27.

(3) القضاء الإداري - الرقابة على أعمال الإدارة، سامي جمال الدين، ص 34-35.

(4) القضاء الإداري الرقابة على أعمال الإدارة، سامي جمال الدين، ص 36.

فقد تقدم وزير العدل الفلسطيني بناءً على طلب من رئيس الوزراء في رام الله بتاريخ 2017/10/19 مقدم من وزير الخارجية والمغتربين بتاريخ 2017/9/24م، لتفسير المادة (10) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م، استناداً إلى أحكام المادة (103) من القانون الأساس والمادة 2/24، والمادة 1/30 من قانون المحكمة الدستورية العليا، وقد جاء قرار المحكمة الدستورية في فلسطين المنعقدة في رام الله في حكمها الصادر بتاريخ 2018-3-12 على أن: "وثيقة الاستقلال جزء لا يتجزأ من المنظومة الدستورية في فلسطين بل واعلاه سمواً، ويأتي بعدها القانون الأساسي الفلسطيني"¹

وبهذا يتبين أن القضاء الفلسطيني قد حسم الخلاف في هذا الأمر وقرر أن وثيقة الاستقلال جزء من الدستور الفلسطيني وقوته الإلزامية للمشرع، وبناءً عليه لا يجوز للمشرع وهو يُصدر تشريعات مخالفة ما جاء في وثيقة الاستقلال التي سبقت وجود الدستور الفلسطيني بأكثر من عقد ونصف من الزمن.

إن ما يميل إليه الباحث أن إعلانات الحقوق التي تُصدرها الدول وهي الوثائق المنفصلة عن الدستور ما هي إلا تعبيراً عن المثل العليا التي تقوم عليها الدول، وما تتضمنه من حقوق وحريات عامة وحقوق وواجبات المواطنين، لذلك فإن هذه إعلانات الحقوق ليس لها أي قيمة قانونية ما لم ينص الدستور على إلزاميتها.

المعاهدات الدولية²

عَرِّفَتْ اتفاقية فيينا للمعاهدات الدولية⁽³⁾ عام 1969م المعاهدة الدولية بأنها: "اتفاق يبرم كتاباً بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي بقصد إحداث آثار قانونية ويخضع لأحكام القانون الدولي سواء تم

1 حكم المحكم الدستورية برام الله في الدعوى الدستورية رقم 2017/5 الصادر بتاريخ 2018-3-12. موسوعة المقتفي مرجع سابق.
2 ثمة مبدأ أساسي في القانون الدولي وهو أن المعاهدات الدولية التي جرى إبرامها إبراماً صحيحاً تلزم جميع الأطراف الدولية التي أبرمتها، ويستند هذا الإلتزام إلى قاعدة عامة مستقرة في القانون الدولي وهي: "العقد شريعة المتعاقدين". للمزيد المعاهدات الدولية والقانون الوطني، دراسة مقارنة للعلاقة ما بين المعاهدات الدولية والقانون الوطني وآليات توطينها، ريم البطة، ص9.

وأخذت المعاهدات الدولية تنتشر كثيراً في أيامنا هذه، ذلك أن العالم شهد في هذا العصر انفتاحاً كبيراً بين الدول، حتى أصبحت بعض الدول تعقد الكثير من المعاهدات الدولية مما حدا بالمجتمع الدولي إلى عقد مؤتمر دولي عام 1969م في فيينا وتبنى معاهدة سميت معاهدة فيينا لقانون المعاهدات 1969م، ولم تعد الدولة في أيامنا هذه بمعزل عن غيرها من بقية دول العالم، فالعالم كما يقال أصبح قرية صغيرة وبالتالي فإن الدول قد وجدت نفسها تتأثر بالتطورات الدولية وتعيش وسط علاقات قانونية مع غيرها من الدول. مرتبة المعاهدة الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني، عمر العكور وممدوح العدوان وميساء بيضون، ص76.

(3) حيث هناك عناصر للمعاهدة الدولية: أن يكون الاتفاق بين أشخاص القانون الدولي وأن تكون المعاهدة مكتوبة وأن تخضع المعاهدة لأحكام القانون الدولي وأن ترتب المعاهدة آثاراً قانونية. للمزيد راجع مدخل إلى القانون الدولي العام، محمد النحال، ص 74-75.

هذا الإتفاق في وثيقة واحدة أو أكثر وأياً كانت التسمية التي تطلق عليه⁽¹⁾ فما هي القيمة القانونية للمعاهدات الدولية اما التشريعات الوطنية؟؟

لقد اختلف الفقه في تحديد القيمة القانونية للمعاهدات، والملاحظ أن الدساتير العربية في تحديدها للقيمة القانونية للمعاهدة كانت قد توزعت بين ثلاث إتجاهات وهي:

الإتجاه الأول: للمعاهدات الدولة قيمة قانونية أعلى من الدستور:

ومن الدساتير التي جعلت للمعاهدة قيمة أعلى من قيمة الدستور ، دستور فرنسا حيث تنص المادة 55 منه على : " المعاهدات والإتفاقيات المصدقة أو الموافق عليها وفقاً للقانون يكون لها قوة أسمى من قوة القانون مع التحفظ بالنسبة لكل معاهدة أو اتفاق بأن يطبقه الطرف الآخر"⁽²⁾

فنصت المادة 6 القسم الثاني من الدستور الأمريكي الصادر عام 1787م على " الدستور الحالي وكذلك قوانين الولايات المتحدة التي تصدر طبقاً له، وجميع المعاهدات الدولية المبرمة بواسطة الولايات المتحدة هي القانون الأعلى للبلاد، وهي ملزمة لجميع القضاة في جميع الولايات المتحدة بغض النظر عن النصوص المخالفة ، وبناءً عليه فإن القاعدة القانونية التي تحكم تنازع القوانين هي اللاحق يلغي السابق."⁽³⁾

الإتجاه الثاني: للمعاهدات قيمة قانونية مساوية للقانون العادي

وقد نصت بعض الدساتير العربية صراحة على أن للمعاهدة قيمة قانونية مساوية للقانون العادي ما يعني أن إبرام معاهدة لاحقة للتشريع المحلي ومخالفة له تنتهي بالضرورة إلى تعديله، ومن بين الدساتير التي تبنت هذا الإتجاه الدستور البحريني لسنة 2002م "يبرم الملك المعاهدات بمرسوم ويبلغها إلى مجلس الشورى والنواب فوراً مشفوعة بما يناسب من بيان، وتكون للمعاهدة قوة القانون"

ويُلحق بالتشريع في مصر وتعتبر في نفس قوته المعاهدات التي تكون الدولة طرفاً فيها، وعلى ذلك جرى النص في الدساتير المصرية المتعاقبة. فنص في المادة 143 من دستور 1956م وفي المادة 125 من الدستور المؤقت لسنة 1964م، وفي المادة 151 من دستور 1971م على أن " رئيس الجمهورية يبرم

(1) راجع اتفاقية فيينا لعام 1969م المادة 1/2أ.

(2) القضاء الإداري في ضوء الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديد رقم 3 لسنة 2016، هاني غانم، ص77.

(3) مشار إليه: مرتبة المعاهدات الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني، عمر صالح العكور وممدوح العدوان وميساء ببيضون، ص79.

المعاهدات ويرسلها لمجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة.⁽¹⁾

وكذلك الدستور الإيطالي الصادر عام 1949م في المادة 10 منه نصت على " وجوب أن يكون القانون الإيطالي متفقاً مع قواعد القانون الدولي " بمعنى أنه قد جعل المعاهدات الدولية على قدم المساواة مع القانون الداخلي.⁽²⁾

الإتجاه الثالث: لم يحدد أي قيمة قانونية للمعاهدات الدولية.

فبعض الدساتير لم تأت تبين مرتبة المعاهدات الدولية في المنظومة القانونية لها، ومن بين هذه الدساتير التي لم تحدد القيمة القانونية للمعاهدات الدولية الدستور العراقي النافذ لعام 2005م والدستور اليمني لعام 1990م والدستور الإماراتي لعام 1971م والدستور الفلسطيني لعام 2002م والدستور اللبناني لعام 1926م والدستور السوري لعام 1973م والدستور السوداني لعام 1996م و 2005، والدستور الأردني لعام 1952م والدستور المغربي لعام 1996م.

وفي مصر فقد جعل المشرع المصري الإتفاقيات الدولية بقوة القانون بعد نشرها، حيث نصت المادة 93 من دستور مصر لعام 2014 على الآتي: " تلتزم الدولة بالاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان التي تصدق عليها مصر، وتصبح لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً للأوضاع المقررة.

أما في الأردن فقد منح الإتفاقيات الدولية قوة قانونية دون أن يوضح القوة القانونية ومرتبها بشرط ألا تكلف هذه الإتفاقيات الخزنة المالية الأردنية نفقات أو تمس بحقوق الأردنيين، فقد نص الدستور الأردني في المادة 2/33 على أن: " المعاهدات والاتفاقات التي يترتب عليها تحميل خزنة الدولة شيئاً من النفقات أو مساس في حقوق الأردنيين العامة أو الخاصة لا تكون نافذة إلا إذا وافق عليها مجلس الأمة، ولا يجوز في أي حال أن تكون الشروط السرية في معاهدة أو إتفاق ما مناقضة للشروط العلنية.³

أما في فلسطين فقد خلا القانون الأساسي من نص مشابه لما هو عليه العمل في فرنسا أو مصر، فلم يحدد السلطة المختصة بالتوقيع أو التصديق على المعاهدات الدولية وكذلك لم يحدد قيمتها القانونية، إلا

(1) القضاء الإداري دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية، زكي محمد النجار، ص 21-22.

(2) مرتبة المعاهدات الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني، عمر صالح العكور وممدوح العدوان وميساء بيضون، ص 80.

3 المادة 2/33 من الدستور الأردني لسنة 1952م.

أن مجلس الوزراء أصدر قراراً تنظيمياً رقم 51/ لسنة 2004 بشأن توقيع الإتفاقيات الثنائية، حيث نصت المادة الأولى منه بأن " يمنع توقيع أي اتفاقية دولة ثنائية من قبل أي جهة رسمية فلسطينية، إلا بعد المصادقة عليها من قبل مجلس الوزراء، وهذا القرار خاص بالمعاهدات الثنائية أما المعاهدات الشارعة فيوجد بشأنها فراغ قانوني ومن الناحية العملية فإن رئيس السلطة الوطنية رئيس منظمة التحرير هو الذي يباشر هذا الإختصاص، مع الإشارة أن بعض هذه الإتفاقيات والمعاهدات عرضت على المجلس التشريعي الأول دون التزام قانوني بعرضها.⁽¹⁾

ولقد أصدرت المحكمة الدستورية العليا سمو الإتفاقيات الدولية على التشريعات الداخلية حيث جاء في حكم المحكمة الدستورية: " تُقرر المحكمة بالأغلبية الفصل في المسألة الدستورية موضوع الإجالة بتأكيد سمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الداخلية، بحيث تكتسب قواعد هذه الإتفاقيات قوة أعلى ن التشريعات الداخلية بما يتواءم مع الهوية الوطنية والدينية للشعب العربي الفلسطيني، مع تمتع الأمم المتحدة ومؤسساتها بالحصانة من الإجراءات القضائية الوطنية".²

كما اعتبرت المحكمة الدستورية في رام الله أن المعاهدات الدولية أعلى من التشريع العادي وأدنى من الدستور، حيث جاء في حكمها أن: " المحكمة الدستورية العليا في فلسطين قد أعلنت سمو المعاهدات والاتفاقيات الدولية على التشريعات الوطنية العادية (القوانين والقرارات بقوانين)، فإن المعاهدات والاتفاقيات الدولية تأتي في مرتبة أقل من القانون الأساسي ويأتي بعدها مختلف التشريعات المعمول بها في فلسطين"³

2- القوانين العادية " التشريع العادي "

ويقصد بالتشريع -بالمعنى الواسع- القانون المكتوب، أي القواعد القانونية الصادرة من سلطات الدولة أيا كان مصدرها، فهو يشمل القانون المكتوب (القانون العادي أو التشريع بالمعنى الضيق) أو كان صادراً من السلطة التنفيذية (اللوائح).⁽⁴⁾

(1) القضاء الإداري في ضوء الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديد رقم 3 لسنة 2016، هاني غانم، ص80.
2 حكم المحكمة الدستورية بزم الله في الطعن الدستوري رقم 2017/4، والصادر بتاريخ 2017/11/29 موسوعة المقتفي، مرجع سابق.
3 حكم المحكم الدستورية بزم الله في الدعوى الدستورية رقم 2017/5 الصادر بتاريخ 12-3-2018. موسوعة المقتفي، مرجع سابق.
(4) الوسيط في القضاء الإداري، محمود البناء، ص19.

ويُقصد بالقوانين العادية كمصدر من مصادر المشروعية، القواعد القانونية التي تقوم بوضعها السلطة التشريعية في الدولة مراعية في ذلك حدود النصوص الدستورية⁽¹⁾، حيث تُعد القوانين من الإختصاص الأصلي للسلطة التشريعية، وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات وبُغية عدم تركيز السلطة في يد واحدة.⁽²⁾ ويأتي هذا التشريع في المرتبة الثانية بعد التشريع الدستوري من حيث تدرج القواعد القانونية، ويعد المصدر الثاني من مصادر المشروعية، وعلى ذلك تلتزم كافة الهيئات العامة في الدولة باحترام أحكام التشريع العادي أو القانون كما يطلق عليه عادة ما لم يُلغ أو يعدل بالكيفية التي يحددها الدستور.⁽³⁾ وإلا اعتبر القانون غير دستوري⁽⁴⁾.

ويُعتبر التشريع العادي من صنع السلطة التشريعية في كافة الدول المعاصرة، ويأتي في مرتبة وسط بين الدستور والتشريع اللائحي أو الفرعي الذي تضعه السلطة التنفيذية عند قيامها بالنشاط الإداري، ولدينا يتمثل هذا التشريع في كافة القوانين التي يقرها المجلس التشريعي الفلسطيني ويصادق عليها رئيس السلطة الوطنية وتصبح نافذة على هذا الأساس وفقاً لما رسمه القانون الأساسي.⁽⁵⁾ ففي فلسطين يعتبر المجلس التشريعي هو الجهة المختصة لإصدار القوانين والتشريعات وفي الأردن مجلس النواب ويطلق عليه البرلمان وفي مصر مجلس الشعب.

والإدارة بوصفها السلطة التنفيذية تخضع لأحكام القوانين فإذا خالفت حكم القانون أو صدر عمل إداري استناداً إلى القانون غير دستوري وجب إلغاء ذلك العمل.⁽⁶⁾

-
- (1) مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة، محمد السناري، ص32. راجع القضاء الإداري، عمر الشوبكي، ج1/26. راجع القضاء الإداري دراسة لاسس ومبادئ القضاء الإداري في العراق، مازن ليلو راضي، ص10. راجع القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص51. وراجع القضاء الإداري في فلسطين وقطاع غزة، محمد أبو عمارة، ج3/42.
 - (2) القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديد رقم 3 لسنة 2016، هاني غانم، ص81.
 - (3) القضاء الإداري، ماجد راغب الحلو، ص28. مبادئ القانون الإداري، يوسف حسين البشير، ص34. راجع القضاء الإداري، عبد الغني بسيوني عبد الله، ص16. و القضاء الإداري مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة دراسة مقارنة، محمد إمام، ص27. والقضاء الإداري، عمر الشوبكي، ج1/27-26.
 - (4) مبادئ القانون الإداري، يوسف حسين البشير، ص35.
 - (5) القضاء الإداري في فلسطين - مشروعية أعمال الإدارة والرقابة عليها- أساليب الرقابة القضائية والتنظيم القضائي في فلسطين - دعوى الإلغاء، محمد شبير، ص33. راجع/ القانون الإداري المبادئ العامة، سعيد نحيلي، ج1/46.
 - (6) قد ينص الدستور صراحة على اشتراط إصدار قانون لتنظيم مسائل بعينها، على نحو لا يجوز معه تنظيم تلك المسائل إلا بقانون. كما ينص على استبعاد وسائل معينة من دائرة التنظيم التشريعي، وهي مسائل حظر على أي سلطة في الدولة تنظيمها ولو المشرع

وتطبيقاً لمبدأ المشروعية يتعين على الإدارة أن تباشر أعمالها وفق ما تقضي به القوانين العادة (التشريعات العادية) وإلا عدت هذه الأعمال غير قانونية كما أسلفنا، ويحق للقضاء الإداري إلغاء القرار المخالف للقانون بل والتعويض عنه أيضاً.⁽¹⁾ وإن الفقه الحقوقي الفرنسي والقضاء الإداري المصري يتجهان إلى ضرورة امتناع القضاء عن تطبيق القانون المخالف للدستور، وليس أدل على ذلك مما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 12/7/1958، حين أعلنت: "بأن القانون لا يكون غير دستور إلا إذا خالف نصاً دستورياً قائماً أو خرج على روحه ومقتضاه، ومرد ذلك إلى أن الدستور، هو القانون الأعلى فيما يقرره، ولا يجوز أن تهدره أية أداة أدنى، وإن وظيفة القضاء هي تطبيق القانون فيما يعرض له من القضايا."⁽²⁾

ونظراً لظروف فرنسا التاريخية التي جعلت الثورة الفرنسية تصدر قوانين 16-17 أغسطس سنة 1790م، والتي بمقتضاها مُنع القضاء الفرنسي من التصدي لفحص رقابة دستورية القوانين، فإنه لا توجد رقابة قضائية على دستورية القوانين في فرنسا على الإطلاق، ولهذا نظمت فرنسا رقابة سياسية سابقة على إصدار القوانين عن طريق المجلس الدستوري، الذي حق له النظر في القوانين التي يسنها البرلمان دون القوانين التي يتم إقرارها عن طريق الإستفتاء الشعبي.⁽³⁾

ويرجع خضوع الإدارة للتشريع العادي الصادر عن البرلمان إلى سببين رئيسيين⁽⁴⁾:

نفسه، ذلك لأن الدستور قد نظمها تنظيمياً نهائياً. القضاء الإداري دراسة لأسس ومبادئ القضاء الإداري في العراق، مازن ليلو راضي، ص10.

(1) القضاء الإداري - دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، زكي محمد النجا، ص20. ففي القضية رقم 67 /44 قضت محكمة العدل العليا أن من حقها مناقشة دستورية القوانين عند بحث شرعية القرارات الإدارية، وجاء في قرار المحكمة ما يلي " يفهم من نصوص المواد 24-27 من الدستور، أن الدستور وزع السلطات الثلاثة، التشريعية والتنفيذية والقضائية على هيئات ثلاث، فصل فيما بينها بصره جعل استعمال هذه السلطات لوظائفها ينظمه دائماً تعاون متبادل بينها على أساس احترام كل منها للمبادئ التي قررها الدستور، فإذا وضعت السلطة التشريعية تشريعاً غير دستوري لم تستطع أن تجبر السلطة القضائية على تطبيقه دون الدستور، وإلا كان هذا اعتداء من السلطة التشريعية على السلطة القضائية وكلتاها مستقلة عن الأخرى وكلتاها خاضعة للدستور. راجع القضاء الإداري دراسة مقارنة، عمر الشوبكي، الهامش، ج/28.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 12/7/1958، مشار إليه في مؤلف القانون الإداري الرقابة القضائية على أعمال الإدارية، عبد الله طلبه، ص17.

(3) القضاء الإداري عبد الغني عبد الله، ص 16

(4) القضاء الإداري، محمد رعت عبد الوهاب وحسين عثمان، ص17.

السبب الأول: ذو طابع سياسي يخلص في أن القانون هو تعبير عن إرادة الشعب حيث أنه يصدر عن ممثلي هذا الأخير الذين يملكون حق الحديث باسمه، وعلى ذلك ليس للإدارة أن تخالف هذا القانون الذي صدر باسم الشعب، فيما تصدره من لوائح واجراءات فردية حتى ولو لم تكن تنفيذاً لقانون قائم.

والسبب الثاني: هو ذو طابع فني، يتعلق بطبيعة اختصاص كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية، فالسلطة التشريعية تصدر القواعد العامة والمجردة التي تحتاج لتطبيقها، إلى قواعد تفصيلية تجعل هذا التطبيق ممكناً ووضع هذا القواعد التفصيلية هو مهمة الإدارة.

غير أن خضوع الإدارة للقانون لا يعني تقيدها بكل قاعدة قانونية بصرف النظر عن طبيعة العلاقة التي تعالجها هذه القاعدة، فمن البديهي ألا تلتزم الإدارة بالقواعد القانونية التي تخاطبها أو تتفق وطبيعة الوظيفة الإدارية وما ينشأ عن ممارستها من علاقات، وإلا فهي غير ملزمة بمراعاة أحكام القانون الخاص بصفة عامة، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، أو إذا قدرت هي بإرادتها الخضوع في نشاطها لبعض أحكام هذا القانون لأنه يتفق وتحقيق الهدف المراد إدراكه.⁽¹⁾

ولقد نصت لفقرة 2 من المادة 1 من القانون المدني الفلسطيني لعام 2012 على " إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

3- اللوائح:

تتعدد مسميات هذا التشريع، فقد يُطلق عليه التشريع الثانوي، والتشريع الفرعي أو اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية التنظيمية، وجميعها تصدرها السلطة التنفيذية بمختلف هيئاتها⁽²⁾

وتعرف اللوائح الإدارية بأنها: هي عبارة عن قرارات تنظيمية تتضمن قواعد عامة ومجردة ولا تخص مركزاً بذاته تصدر عن الجهة الإدارية المختصة⁽³⁾، أو هو التشريع الصادر عن السلطة التنفيذية الذي يتضمن

(1) القضاء الإداري - مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة دراسة مقارنة، محمد إمام، ص28.

(2) ويأتي هذا التشريع على خلاف الأصل لان مهمة التشريع من مهام السلطة التشريعية لا التنفيذية، ألا أن الدستور منح الأخيرة سلطة التشريع اللائحي في سبيل قيامها بوضع كافة القواعد القانونية اللازمة لتنفيذ نشاطها ووضع القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية موضع التنفيذ والتطبيق بشكل تفصيلي. القضاء الإداري في فلسطين - مشروعية أعمال الإدارة والرقابة عليها- أساليب الرقابة القضائية والتنظيم القضائي في فلسطين-دعوى الإلغاء، محمد شبير، ص37

(3) الوسيط في قضاء الإلغاء، عمار بوضياف، ص33.

قواعد عامة ومجردة وموضوعية وغير شخصية وملزمة⁽¹⁾، وتشارك اللائحة مع القانون في أن كلاً منها يصدر بشكل عام ومجرد، ويختلفان خاصة من زاوية التدرج أو الحجية فاللوائح تحتل مكانة أدنى من القانون العادي، وتنقسم اللوائح إلى عدة أنواع فمنها ما يصدر في الظروف العادية مثل اللوائح التنفيذية²، واللوائح المستقلة³، ويتفرع عن اللوائح المستقلة لوائح إنشاء وتنظيم المرافق العامة⁴، ولوائح الضبط الإداري⁵، وهناك لوائح تصدر في الظروف الإستثنائية مثل لوائح الضرورة⁶، واللوائح التفويضية⁷.

(1) القضاء الإداري ورقابة لإعمال الإدارة دراسة مقارنة، عصام الدبس، ص 53.

2 **اللوائح التنفيذية**: هي التي تصدرها الإدارة بغرض وضع القانون موضع التنفيذ وهي تنقيد بالقانون وتتبعه ولا تملك أن تُعدل فيه أو تضيف إليه أو تعطل تنفيذه. القضاء الإداري في فلسطين، أمجد الآغا، ص 33.

3 **اللوائح المستقلة**: وهي اللوائح التي تقوم بذاتها، وهي تلك اللوائح التي لا تقتصر على تنفيذ نصوص قانونية، وإنما تصدر لتنظيم بعض المسائل بصفة مستقلة ومن أمثلتها الواضحة اللوائح التنظيم التي تحل محل التشريع بالنسبة لتنظيم وإنشاء المرافق العامة وتنسيق سير العمل في المصالح الحكومية.

4 **اللوائح التنظيمية** هي اللوائح التي تظهر أهميتها العملية في تنظيم نشاط المرافق العامة داخل الدولة وترتيب أوضاعها وتحديد الوظائف والمهام الملقاة على عاتق شاغليها، وغالباً ما تأتي هذه اللوائح مستندة إلى القانون المنشئ للمرفق العام ذاته، ومن أشهرها لوائح تشكيل بعض مجالس إدارة المرافق العامة مثل مجلس إدارة سلطة النقد، غير أن بعضها يمكن أن يأتي بدون الإستناد لقانون عادي وتشابهه في هذه الحالة مع اللوائح المستقلة ومن أمثلتها قرار مجلس الوزراء الخاص بإصدار نظام معدل لموظفي الهيئات والمرافق المحلية وكذلك لائحة النظام المالي للوزارات والمؤسسات العام والقرار الخاص بالنظام الداخلي لسلطة المياه وغير ذلك من اللوائح الأخرى. القضاء الإداري في فلسطين مشروعية أعمال الإدارة والرقابة عليها، أساليب الرقابة القضائية والتنظيم القضائي في فلسطين ودعوى الإلغاء، محمد شبير، ص 48-49.

5 **لوائح الضبط** هي قرارات إدارية تنظيمية وعليه فهي قواعد عامة ومجردة تهدف إلى المحافظة على النظام العام بمكوناته المختلفة والتي كانت تعرف تقليدياً بالمحافظة على الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، إلا أنه أضيف إليها حديثاً احترام كرامة الإنسان. القضاء الإداري الرقابة على أعمال السلطة الإدارية في فلسطين بين النظرية والتطبيق، هاني غانم، ص 129.

6 **لوائح الضرورة**: وهي لوائح تستلزمها ظروف قاهرة غير اعتيادية تُهدد أمن الدولة وسلامتها، وقد منح الدستور الفلسطيني رئيس السلطة الفلسطينية صلاحيات لإصدار لوائح الضرورة حيث نصت المادة 43 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل 2003 على: " - لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون. " راجع القضاء الإداري، عبد الناصر أبو سهدانة، ص 112.

7 **اللوائح التفويضية**: وهي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بناءً على تفويض من السلطة التشريعية بخصوص موضوعات معينة، ولمدة زمنية محددة وتتمتع هذه اللوائح بقوة القانون ويشترط لصحة هذه اللوائح من الناحية القانونية وجود نص دستوري للمجلس التشريعي بتفويض جزء من اختصاصاته التشريعية للسلطة التنفيذية، لأنه لا يجوز التفويض إلا بموجب نص قانوني، ولم يتضمن القانون الأساسي الفلسطيني أي نص يشير إلى اللوائح التفويضية، ولعل السبب في ذلك أن المادة 43 منه تعطي الصلاحية لرئيس الدولة إصدار قرارات لها قوة القانون في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي. مبدأ المشروعية ونطاق تطبيقه أمام القضاء الإداري الفلسطيني دراسة تحليلية، شريف بلوشة، محث منشور، ص 123.

وتُعتبر اللوائح عنصراً من عناصر البناء القانوني للدولة ومصدراً من مصادر الشرعية،⁽¹⁾ وتأتي في مرتبة تالية للتشريع (القانون) - مع التحفظ للمعاهدات في فرنسا والمبادئ القانونية العامة للقانون ذات القيمة الدستورية، ولكنها تُعتبر في درجة أعلى من القرارات الفردية التي تصدرها الإدارة، لما تتسم به من العمومية والتجريد عكس القرار الإداري الذي يتسم باتجاهه إلى حالة معينة بذاتها أو شخص معين بذاته، وتسمي اللوائح بالقرارات التنظيمية.⁽²⁾

وإذا كانت السلطة التشريعية هي صاحبة الإختصاص الأصيل في مجال التشريع طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، فإن الواقع العملي قد حتم التخفيف من حدة هذا المبدأ، وتولت السلطة التنفيذية هي الأخرى وضع نوع من القواعد العامة المجردة عرف باسم اللوائح أو التشريعات الفرعية، وهذه اللوائح تعد قرارات إدارية من حيث مصدرها أي من الناحية العضوية أو الشكلية غير أنها من الناحية المادية أو الموضوعية تعتبر تشريعات بالنظر إلى موضوعها وما يتضمنه من قواعد عامة مجردة.⁽³⁾

وإذا كانت اللوائح أو القرارات الإدارية التنظيمية تصدر عن السلطة التنفيذية في الدولة، ومن ثم تفترق - والحال هكذا - عن التشريعات البرلمانية من الناحية الشكلية، إلا أنه لا فرق بينهما وبين تلك التشريعات من

وهي البعض بأنها: "هي قرارات بقوانين تصدر عن السلطة التنفيذية بناءً على تفويض من السلطة التشريعية للتشريع في موضوعات محددة وبشروط محددة، وسيط القضاء الإداري، أنور رسلان، ص 121.

(1) راجع القضاء الإداري، سامي جمال الدين ص 54، والقضاء الإداري، ماجد الحلو، ص 30. القضاء الإداري دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، زكي محمد النجار، ص 27. القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة دراسة مقارنة، عصام الدبس، ص 53. القضاء الإداري ومجلس الدولة - قضاء الإلغاء، مصطفى أبو زيد، ص 730. النظم السياسية والقانون الدستوري، إبراهيم عبد العزيز شيجا، ص 695. الوسيط في قضاء الإلغاء، عمار بوضياف، ص 33. القضاء الإداري، عبد الغني عبد الله، ص 18. الأصول العامة للقضاء الإداري قضاء الإلغاء، ماهر نصر، ص 38. الوجيز في المنازعات الإدارية، محمد الصغير بعلي، ص 12. القضاء الإداري في فلسطين، محمد شبير، ص 36. القضاء الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، عبد مسعود الجهني، ص 18. القانون الإداري الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، عبد الله طلبة، ص 20. القضاء الإداري مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة دراسة مقارنة، محمد إمام، ص 29. القضاء الإداري في فلسطين وقطاع غزة، محمد علي أبو عمارة، ص 46. القضاء الإداري، خليل الظاهر، ص 34. اللوائح التنفيذية للقوانين، معن إدعيس، ص 9. القانون الإداري، محمد الشافعي أبو راس، ص 63.

وتتميز اللوائح بصورها عن سلطة إدارية بإعتبارها ممارسة لسلطة عامة، ويُعتبر هذا العنصر المعيار المعمول عليها في التمييز بين القانون الذي يختص البرلمان بإقراره واللائحة التي تهاض السلطة التنفيذية بوضعها. راجع القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص 53.

(2) القضاء الإداري - دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، زكي النجار، ص 17-18.

(3) القضاء الإداري، ماجد راجب الحلو، ص 30.

الناحية الموضوعية، وذلك أنها تتضمن - مثلها تماماً- قواعد عامة مجردة تسري على كافة الأفراد الذين تتوافر فيهم الشروط التي وردت بها.⁽¹⁾

ويظهر التشريع الفرعي أساساً في السلطة التنظيمية المخولة لبعض هيئات الإدارة العامة، ويقصد بالسلطة التنظيمية الإختصاص المنوط بهيئات السلطة التنفيذية (الإدارة العامة) بسن قواعد قانونية عامة ومجردة لا تختلف من الناحية الموضوعية والمادية عن القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية (التشريع العادي) فالاختلاف بين السلطة التنظيمية والسلطة التشريعية إنما يبنى على أساس المعيار الشكلي - العضوي⁽²⁾، وقد ذهب الفقهاء الدستوريون في النظر إلى اللوائح على مذهبين⁽³⁾:

المذهب الأول: وهو المذهب الانجلوسكسوني وبموجبه تقوم السلطة التنفيذية بمواجهة هذه الأمور الطارئة على مسؤوليتها حتى وإن خالفت في ذلك القوانين النافذة وتحمل مسؤولية هذه المخالفة ومن حقها عرض هذه الأمور على السلطة التشريعية عند انعقادها للحصول على تشريع لاحق لإعفائها من المسؤولية.

(1) مبدأ المشروعية وعناصر موازنته، رمضان بطيخ، ص10. وعلى الرغم من أن قواعد الدستور والتشريع تفرض نفسها على الإدارة من الخارج، إلا أن اللوائح الإدارية على الرغم من صدورها عن الإدارة بالذات أي من الداخل، إلا أن مبدأ المشروعية الإدارية يوجب على الإدارة أن تتقيد بها بموجب مبدأ أولوية المعايير، فلا يمكن لأي سلطة إدارية مهما كان ممثلها- رئيس الدولة مثلاً- أن يخالف بقرار إداري فردي قراراً تنظيمياً (لائحة) وعليه يجب أن تلتزم القرارات الفردية بأحكام القرارات التنظيمية العامة، حتى ولو كانت الأخيرة صادرة عن جهات إدارية أدنى منها، فليس لرئيس الدولة أن يقوم بتعيين شخص بقرار فردي مخالف للائحة الخدمة المدنية والتي تم وضعها في فلسطين من مجلس الوزراء. القضاء الإداري في ضوء الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديد رقم 3 لسنة 2016، هاني غانم، ص84-85.

ولما كانت اللوائح الإدارية عبارة عن قرارات تنظيمية تصدرها السلطة التنفيذية فإنه يجوز الطعن فيها بالإلغاء، أي (الإبطال) أمام القضاء الإداري إذا ما خالف القانون، إذ يعلو القانون دائماً على اللائحة، ولا تستطيع اللائحة خرق المجال المحدد للقانون لأنها في النهاية قرارات تنظيمية صادرة عن السلطة التنفيذية، والوضع الذي يُسمح للسلطة التنفيذية بإصدار اللوائح المتضمنة لقواعد عامة ومجردة، يعتبر استثناءً على مبدأ الفصل بين السلطات العامة الثلاثة في الدولة. القضاء الإداري، عبد الغني بسيوني عبد الله، ص18-19.

فالإدارة لا تملك الخروج على القرارات التنظيمية السارية المفعول بقرارات فردية، وإلا كانت هذه القرارات غير شرعية قابلة للإلغاء عند الطعن فيها حتى ولو صدرت هذه القرارات الفردية من سلطة أعلى من السلطة التي أصدرت القرار التنظيمي أو اللائحة لأن القرار الفردي يجب ألا يخالف القرار التنظيمي تطبيقاً لمبدأ المشروعية الذي تعد قاعدة تدرج القواعد القانونية امتداد لها. القضاء الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، عيد مسعود الجهني، ص20.

(2) الوجيز في المنازعات الإدارية، محمد الصغير بعلي، ص12.

(3) القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، فهد عبد الكريم أبو العثم، ص66.

المذهب الثاني: وبمقتضاه يحق للسلطة التنفيذية إصدار قوانين لمواجهة هذه الموقف على أن تعرض على السلطة التشريعية لإقرارها شريطة أن تكون ضمن ضوابط وشروط لا بد من مراعاتها.

ولقد نهج المشرع الفلسطيني المذهب الثاني ومنح السلطة التنفيذية الحق في معالجة الأمور الضرورية والطارئة ومواجهتها فمنح رأس السلطة التنفيذية الحق بإصدار قرارات بقانون في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي الفلسطيني على أن تعرض كافة الإجراءات والقرارات على البرلمان بعد انعقاده⁽¹⁾، ولقد منح القانون الأساسي الفلسطيني السلطة التنفيذية الحق في إصدار اللوائح أو الأنظمة الإدارية التي تساعده في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ القانون.⁽²⁾

ويأخذ هذا التشريع المرتبة الأدنى في سلم التدرج القانوني، حيث تعلوه القوانين العادة، ومن ثم القانون الدستوري أو الأساسي، وهو ما يعني وجوب احترامه لكافة القوانين التي تعلوه.

ثانياً: المصادر غير المدونة

تتمثل المصادر غير المكتوبة أو غير المدونة لمبدأ المشروعية في العرف والمبادئ العامة للقانون وسنتناول في هذا الفرع هذين المصدرين كالتالي:

1- العرف:

ويعتبر العرف من أقدم مصادر الشرعية القانون، والشرائع الأساسية تلتها أصولاً لجميع القوانين الحديثة (وهي الشريعة الرومانية والشريعة الإسلامية والشريعة الإنجلوسكسونية) تُسلم بمكانة الأعراف،

(1) نصت المادة 43 من القانون الأساسي المعدل على: "لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون".

ونصت المادة 10 من القانون الأساسي المعدل على: " - عند وجود تهديد للأمن القومي بسبب حرب أو غزو أو عصيان مسلح أو حدوث كارثة طبيعية يجوز إعلان حالة الطوارئ بمرسوم من رئيس السلطة الوطنية لمدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً.

2- يجوز تمديد حالة الطوارئ لمدة ثلاثين يوماً أخرى بعد موافقة المجلس التشريعي الفلسطيني بأغلبية ثلثي أعضائه.

3- يجب أن ينص مرسوم إعلان حالة الطوارئ بوضوح على الهدف والمنطقة التي يشملها والفترة الزمنية.

4- يحق للمجلس التشريعي أن يراجع الإجراءات والتدابير كلها أو بعضها التي اتخذت أثناء حالة الطوارئ وذلك لدى أول اجتماع عند المجلس عقب إعلان حالة الطوارئ أو في جلسة التمديد أيهما أسبق وإجراء الاستجواب اللازم بهذا الشأن.

(2) فقد نصت المادة 70 من القانون الأساسي على أنه: "لمجلس الوزراء الحق في التقدم إلى المجلس التشريعي بمشروعات القوانين وإصدار اللوائح واتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ القوانين"

فلقد قامت الشريعة الرومانية في الأصل مرتكزة على القواعد العرفية التي دونت فيما بعد في الألواح الإثنتي عشر المعروفة⁽¹⁾

كما انه مصدر من مصادر المشروعية في القانون الفلسطيني حيث نص القانون المدني الفلسطيني على: " إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.⁽²⁾

ويُعرف العرف بصفة عامة بأنه "عادة درج الناس عليها في تنظيم علاقة من علاقاتهم إلى أن أحسوا بالزامها".⁽³⁾

ويمكن تعرف العرف الإداري بأنه سلوك الإدارة المطرد في مسألة معينة على نحو معين فترة من الزمن بحيث تصبح الإدارة والمتعاملون معها ملزمين باحترام القاعدة المتولدة عن ذلك السلوك⁽⁴⁾.

(1) القضاء الإداري دراسة مقارنة بالشرعة الإسلامية ، زكي النجار ، ص31.

(2) المادة 2/1 من القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012. والقانون المدني الفلسطيني جهد تشريعي رائع إلا أنه يطبق في قطاع غزة فقط دون الضفة الغربية ولذلك لواقع الانقسام السياسي المرير الذي وقع نتيجة تعطيل البرلمان الفلسطيني من قبل رئيس السلطة الفلسطينية.

(3) راجع: القانون الدستوري والنظم السياسية، ج99/1. والقضاء الإداري، ماجد راغب الحلو، ص33. الوجيز في القانون الإداري، إعاد القيسي، ص53.

وقد كان العرف هو المصدر الأول للقانون في المجتمعات القديمة إلى أن ظهر التشريع بمزاياه المعروفة من دقة وتحديد فكانت له الغلبة عليه غير أن العرف ظل مع ذلك بجانب القانون المكتوب مصدراً تكميلياً للقانون يفسر ما غمض من التشريع ويكمل ما نقص فيه. القضاء الإداري، ماجد راغب الحلو، ص33. القضاء الإداري في فلسطين وقطاع غزة، محمد أبو عمار، ج57/57.

(4) الوجيز في القضاء الإداري على عبد الفتاح محمد، ص38.

ويتكون العرف القانوني من عنصرين أساسيين هما: العنصر أو الركن المعنوي، والعنصر أو الركن المادي، وبمجرد توفر هذين العنصرين يصبح سلوك الإدارة في اجاز عمل معين عرفاً إدارياً، ويسمى بالقاعدة العرفية، وسنشرح هذين العنصرين:

الركن المادي: ويتمثل الركن المادي بإعتياد جهة الإدارة على اتباع سلوك معين في نشاط معين وقد يكون هذا الإعتياد إيجابياً يظهر في صورة القيام بعمل ، كما يمكن أن يكون سلبياً في صورة الإمتناع عن القيام بعمل ما، على أن يكون هذا العمل أو الإمتناع بشكل ثابت ومستقر ويتكرر في الحالات المماثلة بشرط أن يمضى الزمن الكافي لاستقراره، وتقدير ما إذا كانت هذه المدة كافية لوجود العرف من عدمه أمر مرجعه إلى القضاء، وأن يكون الإعتياد منتظماً ومستمراً وليس متقطعاً، ولفترة طويلة نسبياً من الوقت، فضلاً عن مشروعية السلوك المعتاد عليه، حتى يكتب له البقاء والإستمرار وقدرته على خلق القاعدة القانونية.

الركن المعنوي: ففي حال توافر العنصرين المادي والمعنوي في القاعدة التي سلكتها الإدارة بصدد حالة معينة تصبح عرفاً إدارياً يؤدي إلى انشاء قواعد قانونية تتسم بالعمومية والتجريد، ويشترط في العرف الإداري أن ألا يخالف نص قائم، ويترتب على ذلك ان العرف الإداري الناتج عن خطأ في فهم القانون لا يمكن التعويل عليه.

راجع / الوجيز في القانون الإداري ، إعاد القيسي، ص53. والقضاء الإداري مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة دراسة مقارنة، محمد امام، ص33. والقانون الإداري، مازن ليلو، ص14-15. ومبادئ القانون الإداري في دولة فلسطين، محمد شبير، ج166. والقضاء

غير أن التزام الإدارة باحترام العرف الذي درجت عليه لا يحرمها من امكان تعديله أو تغييره بما يتفق مع الظروف المتجددة ويزيد من كفاءة الإدارة فإذا بدأت الإدارة في تنظيم العلاقة التي يحكمها العرف بطريقة جديدة وجب عليها المضي في اتباع هذه الطريقة بصفة منتظمة، فليس لها أن ترفض تطبيق العرف بالنسبة لحالة من الحالات بحجة أنها بصدد تعديله أو تغييره ثم تقرر الأخذ بهذا العرف في حالة أخرى.⁽¹⁾

وهناك شروط لاعتبار العرف ملزماً للإدارة⁽²⁾: أولها أن يكون العرف عاماً وأن تطبقه الإدارة بصفة دائمة وبصورة منتظمة، فإذا أغفل هذا الشرط. وثانيها ألا يكون العرف قد نشأ مخالفاً لنص قائم.

2- المبادئ العامة للقانون:

تتميز هذه المبادئ بأنها مبادئ قانونية عامة موجودة في جميع فروع القانون العام والخاص، إلا أنها في القانون الإداري تعد غير مقننة، وتتعدد بشكل واسع، نظراً لطبيعة النشاط والقانون الإداريين، كما تعد مبادئ قانونية عالمية نظراً لوجودها في نعظم دول العالم، وارتباطها بفطرة الحياة الإنسانية، ومتطورة بتطور هذه الحياة، كما تحظى بإلزاميتها للمشرع والقاضي على حد سواء وتقرض نفسها أمامها، وعندما ينص عليها المشرع أو يأخذ بها القاضي فإنهما لا يخلقانهما، لأنها موجودة بأصل ولا تحتاج لنص قانوني أو حكم قضائي للإعتراف بها.

والمبادئ العامة للقانون لا يشترط ورودها في نص قانوني مكتوب فقد تكون خارجة عنه يستخلصها القاضي من طبيعة النظام القانوني وأهدافه الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والقيم الدينية والثقافية السائدة في المجتمع.⁽³⁾

والقضاء الإداري عندما يقوم بالإعلان عن وجود المبادئ القانونية العام لا يقوم بإنشائها، إذ هو ليس بمشرع تدخل في مهمته وضع القواعد القانونية ، وإنما يقوم بالكشف عنها باعتبارها مبادئ موجودة وكائنة وكامنة

الإداري ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية قضاء إلغاء قضاء التعويض دراسة مقارنة، خالد الظاهر، ص38-39. والقضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارية دراسة مقارنة، عصام الدبس، ص55.

(1) القضاء الإداري، ماجد راغب الحلو، ص35.

(2) القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص104.

(3) القضاء الإداري في فلسطين ، أمجد الأغا، ص34.

في ضمير الجماعة أو المشرع الذي لم يعمل على تدوينها في نص قانوني مكتوب، فهو يعمل على الإعلان عنها لا على انشائها.⁽¹⁾، والسؤال هنا ماهي القوة الإلزامية للمبادئ القانونية العامة؟

استقر الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر على أن للمبادئ العامة للقانون قوة قانونية ملزمة، وبالتالي يكون باطلاً كل قرار أو إجراء تتخذه الإدارة العامة بالمخالفة لمبدأ من هذه المبادئ إلا أن الخلاف قد ثار حول مدى هذه القوة الملزمة بالمقارنة بالمصادر الأخرى للمشروعية.⁽²⁾

ولنقد اختلف الفقه حول المرتبة القانونية لهذه الآراء³:

حيث ذهب رأي إلى أن المبادئ العامة للقانون هي مبادئ ذات قيمة دستورية وهي أعلى من التشريع العادي، وذهب رأي آخر إلى أن المبادئ العامة للقانون تعلو القوانين العادية وإن لم تصل إلى قوة الدستور ، وذهب رأي آخر إلى القول بأن المبادئ القانونية تعادل التشريع العادي من حيث القوة، بينما ذهب رأي إلى القول بأن المبادئ العامة أقل من التشريع العادي.

وفي فرنسا: ذهب الفقه وأيده في ذلك القضاء قبل سريان دستور 1958م، على أن القوة القانونية للمبادئ العامة تعادل مرتبة التشريعات البرلمانية مما يحتم ضرورة احترام الإدارة لتلك المبادئ عندما تقوم بإصدار لوائحها المختلفة وفي الوقت ذاته يملك المشرع تعديل المبادئ العامة للقانون تأسيساً على أن تلك المبادئ في مرتبة التشريع.⁽⁴⁾

الفرع الثاني

مصادر مبدأ المشروعية في الشريعة الإسلامية

للشريعة الإسلامية مصدران رئيسيان أمر الشارع الحكيم باستقاء الدين والأوامر والنواهي الإلهية منهما، كما أمر بوجود التمسك بهما وعدم الخروج عليهما سواء للحكام أو المحكوم، وهما المرجعان الرئيسيان للدولة

(1)(1) راجع : القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة دراسة مقارنة، عصام الدبس، ص57.

(2) الوجيز في القضاء الإداري، على عبد الفتاح محمد، ص44.

³ لمزيد من هذه الآراء انظر: حول هذه الآراء للمزيد انظر: القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم

للسنة 2016، هاني غانم، ص107-108-109

(4) مشار إليه: الوجيز في القضاء الإداري، على عبد الفتاح محمد، ص44.

الإسلامية إلى جانب المراجع الفرعية وهي الإجتهد والعرف والاجماع... الخ وسيتناول الباحث مصادر
المشروعية في الشريعة الإسلامية كالتالي:

أولاً: المصادر الأصلية

وهناك مصادر أساسية متفق عليها في الشريعة الإسلامية بين جمهور المسلمين وهي واجبة الإلتباع وهي
أربعة مصادر القرآن والسنة والإجماع والقياس.¹

1- القرآن الكريم:

ويعد القرآن الكريم المصدر الأول من مصادر المشروعية في الشريعة الإسلامية الغراء، وهو المرتكز الذي
تستند إلى الإدارة في شرعية أعمالها وقراراتها، فهو مدار الحِل والحرمة، الإجازة والمنع، التقييد والإطلاق،
الصواب والخطأ، لذلك يجب على الإدارة أن تكون قراراتها متوافقة مع القرآن الكريم.²

وقد جاء في حده أقوالٌ متقاربة، وجملتها أن نقول هو الكلام المعجز المنزل على الرسول صلى الله عليه
وسلم المكتوب في المصاحف، المنقول إلينا نقلاً متواتراً والمتعبد بتلاوته.³

والقرآن الكريم هو كتاب الله تعالى المنزل على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم المبدوء بسورة الفاتحة
المختوم بسورة الناس، المنقول إلينا نقلاً متواتراً بلا شبهة، المعجز بأقصر آية منه، وهو المصدر الأول من
مصادر الشرعية والمشروعية، وهو حجة على جميع المسلمين، لأنه من عند الله⁽⁴⁾، قال الله تعالى: (إِنَّا نَحْنُ
نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ)⁵، هو المصدر العام لهذا الدين، حتى قال بعض الفقهاء واصفاً القرآن الكريم
بقوله ((وليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا في كتاب الله الذليل على سبيل الهدى فيها))⁽⁶⁾.

1 أصول الفقه الإسلامي، ماهر الحولي، ص202.

2 ارشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ج1/119، والوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، ص152. تيسير علم
أصول الفقه، عبد الله الجديع، ص105. الإحكام في أصول الأحكام، علي الأمدي، ص228. أصول الفقه الإسلامي أمير عبد العزيز،
ص151.

3 أصول الفقه الإسلامي أمير عبد العزيز، ص152.

(4) المدخل إلى فقه المعاملات المالية، محمد عثمان شبير، ص58.

5 [الحجر: 9]

(6) تاريخ التشريع الإسلامي مناع القضان، ص372.

والقرآن الكريم حجة على الحاكم والمحكوم الراعي والرعية، تقض بالقرآن المنازعات والخلافات ويحتكم إليه عند الإشكال قال الله تعالى : (فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا)¹

2- : السنة النبوية المشرفة

وتُعد السنة النبوية المُشرفة المصدر الثاني من مصادر المشروعية في الشريعة الإسلامية، وذلك بعد كتاب الله تبارك وتعالى.

تعريفها: السنة لغة²: عبارة عن الطريقة المعتادة المحافظة عليها، التي يتكرر الفعل بموجبها قال تعالى:(سُنَّةَ اللَّهِ فِي الَّذِينَ خَلَوْا مِنْ قَبْلُ وَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّةِ اللَّهِ تَبْدِيلًا)³، أما في اصطلاح الأصوليون:" ما صدر عن النبي صلى الله عليه وسلم غير القرآن الكريم من قول أو فعل أو تقرير"⁴

حجية السنة النبوية: والسنة سواء أكانت متواترة أم آحاداً، إذا كانت صحيحة توافرت فيها العدالة وتمام الضبط، واتصال السند والسلامة من الشذوذ والعلة، وتكون حجة يجب اتباعها والعمل بها، أما السنة المتواترة فأمرها ظاهر؛ لأنها قطيعة الثبوت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، أما سنة الآحاد فإنها وإن كانت ظنية الثبوت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، إلا أن هذا الظن ترجح بما توافر في الرواية من العدالة وتمام الضبط، وغلبة الظن تكفي في وجود العمل بها، وأكثر الأحكام مبنية على الظن الراجح ولو التزم القطع في كل حكم من الأحكام العملية لتعذر ذلك وأصاب الناس الحرج.⁵

ومن الأدلة على حجية السنة النبوية المشرفة قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ)⁶، وقال الله تعالى: (فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ

1 [النساء: 59]

2 الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، ص 161.

3 [الأحزاب: 62]

4 الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، ص 161.

5 تاريخ التشريع الإسلامي، مناع القطان، ص 81-82.

6 [النساء: 59]

وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا¹، وقال الله تعالى للنبي صلى الله عليه وسلم أمراً له أن يبين للناس ما أنزل إليهم قال تعالى: (وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ)²

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي عضوا عليها بالنواجذ)³

فالقرآن الكريم والسنة النبوية مصدران أساسيان للمشروعية متلازمان لا يمكن لمسلم أن يفهم الشريعة فهماً تاماً إلا بالرجوع إليهما معاً، ولا غنى لمجتهد أو عالم عن أحدهما دون الآخر.⁽⁴⁾

3- الإجماع:

هو المصدر الثالث من مصادر التشريع المتفق عليها، وهذا الترتيب إنما هو من حيث الحجية، وأما ترتيبه الزمني فهو الرابع، وذلك لأن الإجماع لا ينعقد في زمن الرسول ولكنه ينعقد بعد النبي صلى الله عليه وسلم.⁽⁵⁾ وسنتناول تعريفه وحجيته كالتالي:

تعريف الإجماع: عرفه الفقه بأنه "اتفاق مجتهدي عصر من العصور من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته على حكم شرعي."⁽⁶⁾

فإذا وقعت نازلة وعرضت هذه الواقعة على جميع المجتهدين واتفقوا على حكم فيها فإن ذلك يسمى اجماًعاً، أما إذا اتفق البعض وخالف البعض الآخر فإن ذلك لا يسمى اجماًعاً، وهذا ولا بد للاجماع من سند يدل على حكم المجمع عليه لان الإفتاء بدون سند خطأ لكونه قولاً في الدين بغير علم، وسنده إما أن يكون

1 [سورة النساء: 59]

2 [سورة النحل: 44]

3 أبو جعفر بن محمد الطحاوي، شرح مشكل الآثار، باب مشكل ما روي عن الرسول ج3/223 رقم الحديث 1186. ومسند الأمام

أحمد، أحمد بن حنبل، باب حديث العرياض بن سارية ج4/126، حديث رقم 17184.

(4) محاضرات في المدخل لدراسة الفكر الإسلامي، أيسر فائق الحسني الألويسي، ص5.

(5) راجع دراسات في أصول الفقه - مصادر التشريع، متولى البراجيلي، ص219، و

(6) دراسات في أصول الفقه - مصادر التشريع-، متولى البراجيلي، ص219. وعرفه البعض بقوله: " هو اتفاق المجتهدين من الأمة

الإسلامية في عصر من العصور على حكم شرعي بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم" الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، ص179.

قطعيًا كالقرآن والسنة المتواترة أو ظنيًا كخبر الآحاد والقياس، وإن خالف بعض العلماء في صحة كون القياس سنداً للإجماع.⁽¹⁾، ويتبين من التعريف الاصطلاحي ما يأتي²:

أ- يجب أن يكون أهل الإجماع من المجتهدين، فاتفق غير المجتهدين لا يُعتد به

اتفاق المجتهدين يراد به اتفاق جميع المجتهدين، فلا يكفي اجماع أهل المدينة أو أهل الحرمين مكة والمدينة أو اجماع طائفة معينة، فلا تُعد واحد من الإجماعات، الإجماع المقصود، حيث أن الجمهور لا يعتد بقول الأكثر فإن خالف واحد أو اثنان فإن قول الباقي لا يعتبر اجماعاً.³

ب- الشرط في المجتهدين أن يكونوا مسلمين؛ لأن الأدلة التي دلت على حجية الإجماع أفادت أن المجمعين يجب أن يكونوا من الأمة الإسلامية... الخ.

ت- ويضيف البعض كما يجب أن يكون أهل الإجماع أحياء موجودين على قيد الحياة⁴

الإجماع متى انعقد بشروط كان دليلاً قطعيًا على حكم المسألة المجمع عليها وصار هذا الإجماع حجة قطعية ملزمة للمسلمين، لا تجوز معها المخالفة أو النقض⁵

وقد استدلت العلماء على وجوب الأخذ بالإجماع بالكتاب والسنة المشرفة قال الله تعالى: (وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا)⁶

(1) المدخل في الشريعة الإسلامية، الشحات إبراهيم محمد منصور، ص 81-82. وللأصوليين في تعريف الإجماع اتجاهان الإتجاه الأول: النظر إلى الإجماع على أنه خاص بالأحكام الشرعية، وإلى هذا ذهب عدد من الأصوليين، منهم ابن الهمام الذي عرفه بأنه: "اتفاق مجتهدي عصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على أمر شرعي، وابن قدامة عرفه بأنه: "اتفاق علماء العصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على أمر من أمور الدين" فهذه التعريفات تدل على أن الإجماع خاص بالأحكام الشرعية. الإتجاه الثاني: النظر للإجماع على أنه عام في كل شيء وإلى هذا ذهب عدد من الأصوليين منهم الرازي الذي عرفه بأنه: "اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على أمر من الأمور" وهذا يدل على أن الإجماع في كل شيء. وأميل إلى ما اتجه إليه أصحاب الإتجاه الثاني من أن الإجماع على كل الأمور وذلك لعموم لفظ النبي صلى الله عليه وسلم عندما قال لا تجتمع أمتي على ضلالة. مسائل الإجماع الأصولية الواردة في كتاب البحر المحيط للزركشي المتعلقة بالأمر والنهي والعام والخاص والتخصيص والمطلق والمقيد، جمع وتعليق، محمد شريف مصطفى، بحث منشور، ص 152

2 الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، ص 179.

3 دراسات في أصول الفقه، مصادر التشريع، متولى البراجيلي، ص 225.

4 دراسات في أصول الفقه، مصادر التشريع، متولى البراجيلي، ص 225.

5 الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، ص 183.

6 [النساء: 115]

وجه الدلالة أن من لم يتبع النبي صلى الله عليه وسلم ولم يتبع ما اجمع عليه والمسلمون فإن مصيره العذاب وجهنم عقاباً له على مخالفتهم.

وقال صلى الله عليه وسلم فيما أخرج ابن ماجة في سننه وأحمد في مسنده قال (إن أمتي لا تجتمع على ضلالة، فإن رأيتم اختلافاً فعليكم بالسواد الأعظم)¹

هذا الإجماع هو مصدر من مصادر المشروعية وتلتزم الإدارة باتباعه ولا يجوز لها مخالفته لأنه أصبح مصدراً من مصادر المشروعية أو الشرعية.

4- القياس:

والقياس⁽²⁾ هو المصدر الرابع من حيث التدرج بعد كتاب الله وسنة رسوله والإجماع وهو من الأهمية بمكان ذلك أن الأحكام الشرعية التي لم يرد فيها نص تدور مداره.

تعريف القياس: يُعرف القياس بأنه "إلحاق أمر ليس فيه حكم شرعي بآخر منصوص على حكمه لاتحاد العلة بينهما، وهذا القياس نرجع إليه إذا لم نجد نصاً على حكم مسألة من المسائل في القرآن ولا في السنة ولا في الإجماع³، وللقياس أركان وهما أصل مقيس عليه، وفرع مقيس، وحكم الأصل المنصوص عليه وعله تجمع بين الأصل والفرع⁴

1 سنن ابن ماجة، لابي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، كتاب الفتن، باب السواد الأعظم، ج5/96، حديث رقم 3950. و أخرجه أحمد (27267)، والطبراني (280/2) (2171)

(2) والقياس نوعان: القياس العقلي حجة وطريق لمعرفة العقليات عند عامة أهل القبلة وهو قول البراهمة من الفلاسفة والمقرين بالصناع المنكرين للأنبياء عليهم السلام. وقال السمنية من الدهرية: إنه لا طريق لمعرفة الأشياء إلا بالحس وأنكرت كون الخبر والعقل من أسباب المعارف وقالت الملحدة والإمامية من الروافض والمشبهة من الحنابلة والخوارج إلا النجدات منهم إن القياس ليس بحجة في العقليات ثم اختلفوا فيما بينهم: قالت الملحدة والإمامية: الحجة هو قول الإمام المعصوم ، وقالت الخوارج والمشبهة : إن حجة ه ظاهر الكتاب في العقليات دون القياس، إلا أن المشبهة من الحنابلة قالوا في الفروع: إن القياس حجة لحاجة الناس إليه ولحدوث الحادث ساعة فساعة ف لا يود حكمها في الكتاب ولا حاجة إليه في العقليات لوجودها في الكتاب.

القياس الشرعي- وهو القياس في أحكام الحوادث التي لا طريق لمعرفة سوء الشرع، وليس فيها نص ظاهر فقد اختلف العلماء فيه ، وقال أصحاب الظواهر مثل داود الأصفهاني ومن تابعه وقوم من المعتزلة مثل النظام والقاشاني والشطوي إنه ليس بحجة....الخ راجع ميزان الأصول في نتائج العقول ، محمد بن أحمد السمرقندي، ص557-558

3 الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج1/19.

4 الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج1/19.

حجية القياس: من أدلة القياس قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا يرث القاتل"¹، فانص ورد بحرمان القاتل من الميراث، وذلك لاستخدام القتل العمد والعدوان وسيلة لاستعجال الشيء قبل أوانه، فَيَرِدُ عليه مقصده السيء وذلك بأن عاقبه الشارع الحكيم فَحَرَمَهُ من الميراث، واستنتج الفقهاء منها قاعدة من استعجل الشيء قبل أوانه عُوَقِبَ بحرمانه، ولكن لم يرد حكم من الشارع الحكيم في حالة إذا قتل المُوصى إليه الموصي فاستخدم الفقهاء القياس، وقالوا بأن حكم المُوصى إليه القاتل للموصي كحكم قاتل وارثه، والجامع في كل استعجال الشيء قبل أوانه فعاقبه الشارع الحكيم بالحرمان.

ثانياً: المصادر الفرعية

لقد سبق الكلام عن مصادر المشروعية المتفق عليها لدى جمهور العلماء²، فبعد أن استعرضنا مصادر المشروعية الأصلية المتفق عليها بين الأصوليين سنتناول المصادر الفرعية والتي اختلف حولها الفقهاء من حيث اعتبارها أو عدم اعتبارها من أدلة المشروعية في الإسلام وسنتناول المصادر الفرعية كالتالي:

1- الاستحسان:

نُقل عن الإمام مالك قوله الاستحسان تسعة أعشار العلم³، ونقل محمد ابن الحسن قوله أيضاً أن أصحاب أبي حنيفة⁴ كانوا ينازعونه المقاييس، فإذا قال استحسان لم يلحق به أحد⁵، فما هو تعريف هذا المصطلح الذ شاع في كتب الفقه ودار على ألسنة الفقهاء؟

1 قال صلى الله عليه وسلم: " قَتَلَ رَجُلٌ ابْنَهُ عَمْدًا فَرَفَعَ إِلَى عَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَجَعَلَ عَلَيْهِ مَائَةً مِنَ الْإِبِلِ ثَلَاثِينَ حَقَّةً وَثَلَاثِينَ جَذَعَةً وَأَرْبَعِينَ تَنِيَّةً ، وَقَالَ : لَا يَرِثُ الْقَاتِلُ وَلَوْلَا أَنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ : لَا يُقْتَلُ وَالَّذِي بَوْلِدِهِ لِقَاتِلِكَ" مسند أحمد 1/173،

2 أصول الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، ج2/733.

3 مشار إليه: أصول الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، ج2/735.

4 اشتهر الحنفية بالأخذ بالاستحسان حتى إن القارئ في كتبهم كثيراً ما يجد هذه العبارة الحكم في هذه المسألة قياساً كذا واستحساناً كذلك وقد اعتبروه دليلاً خامساً في الشرع يترك به مقتضي القياس لأنه أحد نوعي القياس فهو قياس خفي في مقابلة القياس الجلي. أصول الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، ج2/735.

5 أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي، حمد الكبيسي، ص110.

يُعرف الاستحسان عند علماء الاصوليين بقولهم: "هو ترجيح قياس خفي على قياس جلي بدليل، أو استثناء حكم جزئي من أصل كلي أو قاعدة عامة، بناءً على دليل خاص يقتضي ذلك".¹

والمقصود بالاستحسان هو رد العدول عن قياس جلي إلى قياس خفي، أو استثناء مسألة جزئية من أصل كل دليل تظمن له نفس المجتهد يقتضي هذا الاستثناء أو ذلك العدل، ويطلق الاستحسان على ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني، وإن كان مستقبلاً عند غيره، ومنه ما يستحسنه بالمجتهد بعقله.²

حجيته: أخذ كثير من العلماء بالاستحسان واعتبروه دليلاً من أدلة الأحكام فراجع راية الاحتجاج به هو الحنفية،³، يُعتبر الإستحسان من أصول الأدلة في مذهب أبي حنيفة، وإن بالغ في الأخذ به بعض العلماء الأحناف، فقالوا: إن المجتهد له أن يستحسن بعقله، إلا أن المتأخرين منهم على أن الاستحسان عبارة عن دليل يقابل القياس الجلي الذي تسبق إليه الأفهام.⁴ وقابلهم الشافعي فأنكر ذلك بشدة، حتى نُقل عنده أنه قال "إنما الاستحسان تلذذ"⁵ وقوله "الاستحسان تلذذ وقول بالهوى" وقوله "من استحسن فقد شرع"⁶

" إن الاستحسان الذي أنكره الإمام الشافعي هو غير الاستحسان الذي يقول به غيره من الأئمة الفقهاء، والحق الذي لا شك فيه أن جميع الفقهاء متفقون مع الإمام الشافعي على ابطال هذا النوع من الإستحسان ولم يقل به أحد لأنه قول بالهوى والتشهي، ولا يجوز لأحد كائناً من كان أن يقول في شرع الله تعالى وأحكامه برأيه وهواه من غير دليل شرعي يستند إليه".⁷

1 الوجيز في أصول الفقه، وهبة الزحيلي، ص 86. وعرفه ابن العربي من المالكية بأنه "إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته كما قال في أحكام القرآن الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليل" مشار إليه: أصول الفقه الإسلامي، بدران أبو العنين بدران، ص 195.

2 الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، ص 231.

3 راجع المدخل إلى الفقه الإسلامي، محمود الطنطاوي، ص 269. وتاريخ التشريع الإسلامي، مناع القطاع، ص 332.

4 تاريخ التشريع الإسلامي، مناع القطاع، ص 332.

5 تيسير علم أصول الفقه، عبد الله الجديع، ص 180.

6 الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، ص 231، ص 234.

7 المدخل إلى الفقه الإسلامي، محمود الطنطاوي ص 269.

2- الاستصحاب:

ويُعرف الاستصحاب في اصطلاح الأصوليين: "هو الحكم بثبوت حكم في الزمان الحاضر، بناءً على أنه كان ثابتاً في الزمن الماضي إلى أن يوجد الدليل المغير"¹

فإذا حصل العلم بوجود أمر، ثم طرأ شك في عدمه: فإنه يحكم ببقائه بطريق استصحاب الوجود، وإذا حصل العلم بعدم أمر، ثم طرأ شك في وجوده فإنه يُحكم باستمرار العدم بطريق استصحاب ذلك العدم.² حجيته: إن جمهور العلماء يُعملُ أصل الاستصحاب عند فقد الدليل الخاص في المسألة فهو آخر ما يلجأ إليه الفقيه في استقادة الحكم الشرعي³

الاستصحاب عند الحنفية ومن وافقهم حجة لإبقاء ما كان على ما كان، ودفع ما يخالفه، وهو معنى قولهم: الاستصحاب حجة في الدفع لا في الإثبات، وعند غيرهم كالحنابلة والشافعية حجة للدفع وللإثبات أي لثبوت الحكم السابق وتقريره كأنه ثابت بدليل جديد حاضر؛ لأن الاستصحاب يستلزم لغلبة ظن الراجح بقاء الشيء على ما كان عليه، والظن الراجح معتبر في الأحكام الشرعية العملية.⁴

ويعتبر الاستصحاب أحد مصادر المشروعية الفرعية في الدولة الإسلامية، ولذلك لأن المجتهد وولي الأمر يلجأ إليه عندما لا يجد نصاً في الكتاب ولا السنة كما تحدثنا سابقاً.

1 أصول الفقه الإسلامي، بدران أبو العنين بدران، ص2017. أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي، حمد الكبيسي، ص138.

2 أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي، حمد الكبيسي، ص138. وقال به بعض أهل العلم بأن الحكم على الشيء بما كان ثابتاً به أو منفياً عنه، لعدم قيام الدليل على خلافه فمبناه عدم قيام الدليل على تغيير حكم سابق، ولهذا كان آخر ما يلجأ إليه المجتهد، وهو باعتبار الحكم السابق نوعان:

الأول استصحاب حكم العقل بالإباحة أو البراءة الأصلية عند عدم الدليل على خلافه، فكل طعام وشراب ليس في الشرع ما يدل على حرمة يكون مباحاً، لأن الله تعالى إنما خلق ما في الأرض لينتفع به الناس كما قال تعالى "وهو الذي خلف لكم ما في الأرض جميعاً" ولا يكون كذلك إلا إذا كان الأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم دليل على الحرمة.

الثاني: استصحاب حكم شرعي ثبت بالدليل ولم يَمُ دليلاً على تغييره، كالأحكام التي بناها الشارع على أسباب ربطها بها، فمتى وقع العلم بتحقيق السبب ترتب عليه الحكم واستمر حتى يقوم دليل على انتقائه. أصول التشريع الإسلامي، علي حسب الله، ص207.

3 تيسير علم أصول الفقه، عبد الله الجديع، ص204.

4 الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، ص269.

3- العرف:

يُعتبر العرف مصدراً من مصادر المشروعية في الشريعة الإسلامية الغراء فإليه تأوّل الكثير من الأحكام الحكم وإدارة الدولة والنظام السياسي في الإسلام.

يُعرف العرف بأنه: ما اعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا اطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة ولا يتبادر غيره عند سماعه، وهو بمعنى العادة الجماعية، وقد شمل هذا التعريف العرف العملي والعرف القولي.¹

حكم العرف: العرف الصحيح يجب مراعاته في التشريع وفي القضاء، يدلنا على ذلك كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم فقد قال الله تبارك وتعالى: (وما جعل عليكم في الدين من حرج)² وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) وهذا دليل على أن الأمر الذي اعتبره المسلمون حسناً يكون عند الله حسناً ويرجع إليه ويعمل به.³

حجية العرف: ذهب أكثر الفقهاء إلى اعتبار العرف، أي أنه دليل من الأدلة الشرعية، وواحد من الأصول التي تُعتمد بها في غير موضع النص، فإذا لم يكن ثمة نص من كتاب أو سنة، فلا جرم أن يكون العرف مصدراً شرعياً يركن إليه، وهو مصدر قد اعتبره الشرع، وجعله أصلاً من الأصول التي يرجع إليها المسلمون في قضاياهم ومعاملاتهم⁴، وقد اعتبر العلماء العرف أصلاً من أصول الاستنباط تبنى عليه الأحكام ومن

1 أصول الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، ص828. فالعرف العملي هو ما اعتاده الناس من أعمال البيع بالتعاطي وتقسيم المهر إلى معجل ومؤجل ودخول الحمامات العامة بدون تعيين مدة المكث فيها، ولا مقدار الماء المستهلك واستنحاض الأواني البيتية والأحذية واعتبار تقديم الطعام للضيف إذناً له بالتناول منه ونحو ذلك

والعرف القولي: هو ما تعارف عليه الناس في بعض ألفاظهم بأن يريدوا بها معنى معيناً غير المعنى الموضوع لها، كتعارفهم اطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، واطلاق اسم اللحم على غير السمك، وإطلاق اسم الدابة على نوات الأربع من الحيوانات مع أن هذا اللفظ في أصل وضعه اسم لما يدب على الأرض. الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيادان، ص252.

2 [الحج: 78]

3 المدخل إلى الفقه الإسلامي، محمود الطنطاوي، ص278-279.

4 حتى أن الحنفية قد نصوا على أن العرف العام يُترك القياس به، ويصلح مخصصاً للدليل الشرعي، ومن الأمثلة على ذلك عقود الإستنحاض والإجارة والنسب، والمعاطاة.. الخ. أصول الفقه الإسلامي، أمير عبد العزيز، ص505-506.

أقوالهم الدالة على حجية العرف كقاعدة (العادة محكمة) وقاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)¹،
واستدل بعض الفقه على حجية العرف بقول الله تبارك وتعالى: [خذ العفو وأمر بالعرف]²

والحق أن العرف معتبر في الشرع ويصح ابتناء الأحكام عليه، وهو في الحقيقة ليس بدليل مستقل، ولكنه يرجع إلى أدلة الشرعية المعتمدة والدليل على ما نقوله من وجوه عديدة:³

أ- وجدنا الشارع الحكيم يراعي أعراف العرب الصالحة، ومن ذلك اقراره أنواع المتاجرات والمشاركات الصحيحة عندهم كالمضاربة والبيع والإجازات الخالية من المفساد

ب- إن العرف في حقيقته يرجع إلى دليل من أدلة الشرع المعتمدة كالإجماع والمصلحة المرسله والذرائع فمن العرف الراجع إلى الإجماع والإستصناع، فقد جرى العرف بهما بلا انكار.

ت- احتجاج الفقهاء بالعرف، في مختلف العصور واعتبارهم إياه في اجتهادهم دليل على صحة اعتباره لأن عملهم به ينزل منزلة الإجماع السكوتي فضلاً عن تصريح بعضهم به، وسكوت الآخرين عنه فيكون اعتباره ثابتاً بالإجماع.

1 الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، ص254.

2 [الأعراف: 199]

3 الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، ص255.

المبحث الثاني

نطاق تطبيق مبدأ المشروعية

إن خضوع الإدارة واحترامها للقواعد النظامية لا يمكن أن يكون إلا وفقاً لمبدأ المشروعية، لأن هذه المبدأ يكفل عدم تجاوز الإدارة لحدود تلك القواعد التي تنظم نشاطها وتحدد اختصاصاتها وتبين وسائل ممارستها لسلطاتها، إلا أن هذا المبدأ يحتاج في تطبيقه إلى شيء من المرونة⁽¹⁾ وإلا فإن إلزام الإدارة باحترام مبدأ المشروعية على هذا النحو إلى عرقلة النشاط الإداري والتضحية بالصالح العام الفردي والخاص⁽²⁾، وينتهي الأمر إلى تكبيل يد الإدارة عن أن تتحين الوقت الذي تراه ملائماً لإصدار قراراتها ويؤدي ذلك إلى غل يد الإدارة عن اتخاذ اجراءات تمليها عليها الظروف الإستثنائية والطارئة مما يجعل هذه القوانين والضوابط التي كُبلت الإدارة بها إلى عدم القدرة على علاج موقف صعب وخطير أو حرج تمر به البلاد، ولقد استقر الفقه والقضاء اليوم على أن هناك من الأعمال ما تسمو على الرقابة الإدارية والقضائية لتعلقها بالسلطة التقديرية للإدارة أو ظروف الحرية أو الظروف الإستثنائية أو ما يسمى بأعمال السيادة⁽³⁾

ولما كان مبدأ المشروعية هو المرتكز الذي يجب على الإدارة عدم مخالفته إلا ان هناك حالات قد يُسمح للإدارة بمخالفة أو الخروج على مبدأ المشروعية وفي هذا المطلب سنتناول السلطة التقديرية والظروف الإستثنائية بينما أعمال السيادة وهي جوهر هذا البحث وسنفرد لها الفصل الثاني للحديث عنها بإسهاب وتفصيل إن شاء الله تعالى:-

- المطلب الأول: نظرية السلطة التقديرية

- المطلب الأول: نظرية الظروف الإستثنائية (الطارئة)

(1) القضاء الإداري ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية قضاء الإلغاء قضاء التعويض دراسة مقارنة ، خالد الظاهر ، ص45.
(2) وبناءً عليه يجب أن يترك للإدارة - والحال هكذا- قدر من الحرية في العمل تضمن به حسن سير المرافق العامة بإنتظام واضطراب ويبعد عنها أعمال سمة النمطية والروتين بل ويبعث فيها روح التطوير والإبتكار، وهذه كلها امور تعود في النهاية إلى صالح الأفراد أنفسهم. مبدأ المشروعية وعناصر موازنته، رمضان بطيخ ، ص16.
(3) راجع القضاء الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، عيد مسعود الجهني، ص31.

المطلب الأول

نظرية السلطة التقديرية

تتمتع الإدارة بامتيازات معينة تساعدها في تأدية وظيفتها العامة ، ومن هذه الإمتيازات بل وأهمها جميعاً هو تمتعها باستخدام السلطة التقديرية، وبناءً على هذه السلطة يكون للإدارة أن تعمل وفق ما تقرره هي وحسب رغبتها دون أن تكون ملزمة بالعمل أو الإمتناع عن العمل.⁽¹⁾ وسيقيم الباحث هذا المطلب إلى فروع كالتالي:

- الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية
- الفرع الثاني: السلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية

الفرع الأول

مفهوم السلطة التقديرية

ابتداءً نقول إن مناط التمييز بين الإرادة الحرة للإدارة (السلطة التقديرية) والإرادة المقيدة (السلطة المقيدة) تحددها النصوص القانونية، فقواعد القانون هي التي تبرز لنا متى نكون أمام إرادة حرة أو إرادة مقيدة، فحين يترك القانون للإدارة حرية تقدير الظروف وتكييف الوقائع المعروضة أمامها ولا يلزمها بإصدار قرار محدد بمضمون معين خلال مدة معينة، فهي في هذه الحالة تتمتع بسلطة تقديرية وأبرز مثال على ذلك القرارات الضبطية. فالدستور وكذا القانون منح جهة الإدارة (رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء أو رئيس البلدية) كامل الحرية في إصدار القرار الضبطي حسب الظروف وما تقتضيه من إجراءات⁽²⁾

وتستهدف الإدارة دائماً المصلحة العامة في ممارستها نشاطاتها المختلفة، وهي في ذلك تخضع كما قلنا لجانب القانون وهذا هو مبدأ المشروعية، ومن جانب آخر يترك لها القانون جزءاً من الحرية لتستقبل بتقدير ملائمة اصدار أعمالها وقراراتها وهذه هي السلطة التقديرية⁽³⁾

(1) رقابة القضاء على أعمال الإدارة دراسة لأنظمة كل من أمريكا وفرنسا ومصر، السيد خليل هيكل، ص84.

(2) محاضرات في القانون الإداري، عمار بوضياف، ص22.

(3) راجع: القضاء الإداري دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، زكي محمد النجار، ص85. بتصرف

أولاً: تعريف السلطة التقديرية:

تعنى السلطة التقديرية أن يترك المشرع للإدارة قسطاً من الحرية في مباشرة نشاطها، فلا يفرض عليها سلوكاً معيناً تلتزمه، وعلى ذلك فإن الإدارة في هذا المجال المتروك لها تكون حرة في اتخاذ القرار أو الإمتناع عن اتخاذه أو في اختيار الوقت الملائم والمناسب لإصداره⁽¹⁾

والسلطة التقديرية بتعبير آخر هي تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة كل من الأفراد والقضاء لتختار في حدود الصالح العام وقت تدخلها، ووسيلة هذا التدخل وتقدير خطورة بعض الحالات.⁽²⁾

ومن أمثلة السلطة التقديرية للإدارة ما تنص عليه المادة 61 من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني حيث ينص على: "يجوز بقرار من رئيس الدائرة الحكومية المختص بالتنسيق مع ديوان الموظفين ندب الموظف مؤقتاً لمدة أقصاها سنة قابلة للتجديد مرة واحدة للعمل في دائرة حكومية أخرى بنفس درجة وظيفته أو وظيفة تعلوها إذا اقتضت المصلحة العامة بذلك. وتنظيم اللائحة القواعد الخاصة بالندب.⁽³⁾

كما تنص المادة 90 من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني حيث تنص على: "1- يفقد الموظف وظيفته إذا تغيب عن عمله دون إذن مدة تزيد عن خمسة عشرة يوماً متصلة ما لم يقدم عذراً مقبولاً. 2- تحتسب مدة الغياب في هذه الحالة براتب كامل أو غير ذلك وفقاً لمقتضيات الحال.⁴

السلطة التقديرية يقابلها السلطة المقيدة أو الإختصاص المقيدة وهذه الأخيرة تتضمن الزام الإدارة في الظروف العادية والطبيعية أن تتخذ قرارات معينة متى توافرت شروط معينة، لأن الإدارة طبقاً للإختصاص المقيدة لا يكون من حقها الإمتناع عن اتخاذ القرار الواجب اتخاذه بمقتضى القانون⁽⁵⁾، فلا تملك الإدارة في هذا الحالة حرية الإختيار أو تقدير ملاءمة القرار في أي من عناصره، ويقول آخر ليس للإدارة حرية اختيار القرار الإداري أو اللحظة التي يجب اتخاذ القرار فيها أو الوسائل التي من شأنها بلوغ النتائج المستهدفة منه.⁽⁶⁾

(1) القضاء الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، عيد مسعود الجهني، ص32.

(2) القضاء الإداري، دراسة مقارنة، عمر الشوبكي، ج1/67.

(3) المادة 61 من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم 4 لسنة 1998م

⁴ المادة 90 من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم 4 لسنة 1998م.

(5) رقابة القضاء على أعمال الإدارة دراسة لأنظمة كل من أمريكا وفرنسا ومصر، السيد خليل هيكل، ص85.

(6) القضاء الإداري الرقابة على أعمال الإدارة مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري دراسة مقارنة، سامي جمال الدين، ص214.

ومن أمثلة الإختصاص المقيد أن تكون الترقية لبعض الوظائف حسب الأقدمية أو لمن أمضى مدداً معينة في سلك العمل فالمشرع في هذه الحالة لا يترك للإدارة الحرية في اختيار من يرقى بل يفرض عليها المسلك الذي يتعين عليها اتباعه في ممارسة اختصاصها⁽¹⁾ ومنها ما تنص عليه المادة 45 من قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية رقم 8 لسنة 2005 على: "تكون ترقية الملازم الفني إلى رتبة ملازم أول فني بعد مضي ثلاث سنوات على الأقل في الرتبة الأولى بشرط أن يكون قد أتم تأهيله وأمضى مدة الاختبار بنجاح"⁽²⁾

تنص المادة 73 من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني حيث ينص: "لا يجوز إحالة الموظف إلى التحقيق وفقاً لأحكام هذا القانون بسبب مخالفة تأديبية مضي على اكتشافها أكثر من ستة أشهر"⁽³⁾

وتجدر الإشارة إلى أن الإدارة وهي تتمتع بسلطة تقديرية فإن ذلك معناه أنها سلطة تحكمية إذ لا تعدو أن تكون نوعاً من الحرية تتمكن معها من تقدير خطورة بعض الحالات الناشئة واختيار وقت تدخلها وتقدير أنجع السبل لمواجهتها وهنا تكون الإدارة حرة ولكنها محاطة بسياسات ينظم أعمالها وهو الصالح العام، وقد أصدرت محكمة العدل العليا الأردنية قرارات عديدة ذهبت فيها إلى أن "سلطة مجلس الوزراء في هذا المجال ليست سلطة تحكمية لا حدود لها ولا ضابط بل تجد حدها في حدود المشروعية والصالح العام"⁽⁴⁾

(1) الوسيط في القضاء الإداري ، محمود البنا، ص32.

(2) المادة 45 من قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية رقم 8 لسنة 2005.

(3) المادة 73 من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم 4 لسنة 1998. ومن أمثلة الإختصاص المقيد في التشريع والقضاء الإداري الأردني اشتراط المشرع شروطاً معينة لمنح تراخيص لممارسة نشاطات معينة وإلزام الإدارة بمنحها بعد توافر شروطها، فإذا امتنعت الإدارة عن منح الترخيص لصاحب الشأن الذي استوفى الشروط القانونية فإن قرارها بالإمتناع يكون معيباً وقابلاً للطعن فيه بالإلغاء، وليس امام الإدارة إلا منحه الترخيص.

وكذلك المادة 5/22 من المرسوم بقانون رقم 48 لسنة 2010 البحريني حيث ينص على: "لا يجوز توقيع الجزاء على الموظف إلا بعد التحقيق معه وسماع أقواله وتحقيق دفاعه كتابة، ويجب أن يكون القرار الصادر بتوقيع الجزاء مسبباً، ويجوز بالنسبة للمخالفات التي يكون الجزاء فيها التنبيه الشفوي أو الإنذار الكتابي أن يكون التحقيق بشأنها شفاهة على أن يثبت مضمونه في القرار الصادر بتوقيع الجزاء، وتضع اللائحة التنفيذية ضوابط التحقيق الإداري والتصرف فيه.

المادة 56 من قانون الخدمة المدنية المصري رقم 18 لسنة 2015 حيث ينص على: "لا يجوز توقيع أي جزاء على الموظف إلا بعد التحقيق معه كتابةً، وسماع أقواله وتحقيق دفاعه، ويكون القرار الصادر بتوقيع الجزاء مسبباً.

(4) حكم محكمة العدل العليا الأردنية 2001/43، العدد 1، ص84، مجلة نقابة المحامين. مشار إليه: القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، فهد أبو العثم، ص100.

ويتعين على الإدارة حتى في ممارستها لسلطتها التقديرية أن تحترم جميع أوجه المشروعية فيجب أن يكون قرارها موافقاً للقانون بمعناه الواسع وأياً كان مصدره، بما في ذلك القواعد القضائية التي ينشئها القضاء الإداري فيضيق بها نطاق السلطة التقديرية للإدارة لصالح الإختصاص المقيد، ويقوم القضاء الإداري بمراقبة مشروعية القرار الإداري في أركانه الخمسة، والأصل أن القضاء الإداري لا يراقب استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية ما دام قرارها في حدود القانون وفي هذا تؤكد المحكمة الإدارية العليا أنه " ليس للقضاء الإداري سلطة التعقيب على القرار الذي تتخذه الإدارة في هذا الشأن مادام قد خلا من اساءة استعمال السلطة وابتغى وجه المصلحة العامة"⁽¹⁾

وهذا لا يعني أن تصرفات الإدارة تكون دائماً إما مقيدة أو تقديرية وإنما أغلب قرارات الإدارة تجمع بين السلطتين المقيدة والتقديرية معاً، ولكن بنسب متفاوتة مما يعني تداخل السلطة المقيدة مع السلطة التقديرية للإدارة⁽²⁾.

فالواقع أن الإختلاف بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد إما هو إختلاف في الدرجة وليس إختلافاً في الجوهر أو الطبيعة، بل إنه يمكن القول بأن الإختصاص المقيد بالكامل هو أمر في غاية الندرة وأن الأصل هو السماح للإدارة بقدر من حرية التقدير يختلف ضيقاً أو اتساعاً بحسب الظروف والإعتبارات التي يقدرها القانون بينما الإختصاص المقيد هو الإستثناء ولذلك فإن كل عمل اداري إنما يحتوى في الواقع على قدر من السلطة التقديرية والإختصاص المقيد معاً⁽³⁾

ثانياً: مبررات السلطة التقديرية

يُجمع الفقه - في أغلبه - على أهمية السلطة التقديرية للإدارة؛ لأنه مهما كانت حاجة الأفراد إلى وضع قيود على حرية الإدارة في التصرف فإن الإسراف في هذا التقيد يترتب عليه أoxم العواقب؛ لأنه يؤدي إلى شل حركة الإدارة، وإلى كبت نشاطها وإعدام روح الابتكار فيها، وبث الآلية البغيضة في انحاءها، فالسلطة

(1) وتقرر نفس المحكمة في حكم آخر " أن الرقابة القضائية على تصرفات الإدارة ليست حقيقية على قدر واحد بالنسبة لجميع التصرفات الإدارية بحسب المجال الذي تتصرف فيه ومدى ما تتمتع به من حرية وتقدير في التصرف، وهي تضيق حقيقة في مجال السلطة التقديرية حيث لا يلزم حرية تقدير السبب الذي يقوم عليه كما يدع لها أيضاً اختيار العقوبة التأديبية المناسبة من بين العقوبات التي حددها القانون وهنا تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة تفوق ما تتمتع به في الصورتين التاليتين" مشار إليه: القضاء الإداري، ماجد راغب الحلو، ص58-59 .

(2) القضاء الإداري في فلسطين، عبد الناصر أبو سمهدانة، ج1/132.

(3) القضاء الإداري الرقابة على أعمال الإدارة، سامي جمال الدين، ص217.

التقديرية لازمة لحسن سير الإدارة لزوم السلطة المحددة لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم، ومن هنا فإن جانباً من الفقه يرى أن غياب السلطة التقديرية لن يؤدي إلى انهيار الإدارة ذاتها بل أنه يعرض النظام السياسي برمته للخطر⁽¹⁾، وهناك عدة مبررات للسلطة التقديرية نذكر منها :-

1- **الناحية النظامية أو القانونية:** يُنظر للسلطة التقديرية للإدارة كضرورة لازمة لتكملة الفراغ الموجود في دائرة النظام القانون، حيث يستحيل على المنظم مهما استحاظ وتوقع مسبقاً ووضع الحلول لكل ما من الممكن أن يُستجد من متغيرات الحياة، فإنه يصعب عليه الإحاطة بها جميعاً، لذلك كانت السلطة التقديرية للإدارة بهدف تخطي هذه الفجوات ولكي تساعد الإدارة على تكملة ما تقتضيه الأمور الإدارية، أخذت بعين الاعتبار الظروف الخاصة بكل حالة على حدة.⁽²⁾، إذ لا يمكن أن تحيط الإدارة علماً بمجمل الوقائع لما تجمله من احتمالات مختلفة، وحالات متباينة وفروع وجزئيات متداخلة لذلك نجده يعترف للإدارة بقدر من الحرية اعتباراً من أنها الأقرب ميدانياً والأكثر اتصالاً بالحياة اليومية الجارية والأكثر علماً بالمعطيات والملابسات الغير مشمولة بالنص.⁽³⁾ ومن هنا يأتي دور السلطة التقديرية وضرورتها فهي لامة لحسن سير العملية الإدارية لزوم السلطة المقيدة لحقوق الأفراد وحررياتهم وعلى هذا الأساس فإن الإدارة العامة لا تستطيع أن تلزم نفسها بعدم ممارسة السلطة التقديرية لأنها إن فعلت ذلك فسوف تجرد نفسها من القدرة على الوفاء بالأهداف التي وجدت من أجلها.⁽⁴⁾

وفي هذا الإطار يقول الفقيه الفرنسي " فالين valine ": " إن القاضي وكذلك المشرع لا يقدران تناول جميع عناصر ملائمة القرار الإداري التي تمت بالفعل لأن القاضي يعتبر بعيداً جداً عن مكان الواقعة"⁽⁵⁾

2- **وسيلة لابد منها لنجاح العمل الإداري:** إن السلطة التقديرية هي الوسيلة الناجعة والفعالة التي تتيح للإدارة القيام بالتزاماتها ومواجهة الإحتياجات العامة للأفراد لأنها تستطيع بمقتضى سلطاتها التقديرية

(1) الوجيز في القضاء الإداري مبدأ المشروعية دعوى الإلغاء دراسة مقارنة، علي عبد الفتاح، ص 97- 98.

(2) القضاء الإداري ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية قضاء الإلغاء قضاء التعويض دراسة مقارنة، خالد الظاهر، ص 50.

(3) الوسيط في قضاء الإلغاء دراسة مقارنة مدعمة بتطبيقات قضائية حديثة في كل من الجزائر فرنسا تونس مصر، عمار بوضياف، ص 49.

(4) القضاء الإداري دراسة مقارنة، عمر الشويكي، ج 1/70.

(5) رقابة المشروعية على القرار الإداري، جعبور عديلة - حيون سميرة، رسالة ماجستير، ص 74.

اختيار أنسب الوسائل وأفضل الأوقات لكي تقوم بالعمل أو تمتنع عنه القيام به وتتخذ القرارات اللازمة والملائمة له.⁽¹⁾

3- المبرر الفني لفكرة السلطة التقديرية للإدارة:

فلا جدال في أن منح حرية الإدارة في ممارستها لاختصاصاتها يؤدي إلى حسن سير الإدارة ذلك لأنه يعطى الإدارة حرية التقدير ووزن الملبسات في العمل الإداري وساعد على غرس روح الابتكار، ولهذا كان من واجب المشرع أن يفسح المجال للإدارة في بعض الحالات لاستخدام سلطتها التقديرية، وكان من واجب القاضي أيضاً ألا يضيق عليها الخناق داخل هذا الإطار التقديري ولهذا حرص على الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة إلا بالقدر اللازم والضروري لتحقيق أهدافها ودون أية تضيحية بحقوق الأفراد.⁽²⁾

الفرع الثاني

السلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية

أقرت الشريعة الإسلامية السلطة التقديرية للإدارة، وقد ورد مصطلح السلطة التقديرية في مجال فقه العقوبات في الشريعة الإسلامية، حيث جعل للإمام في مجال العقوبات التي ترك الله فيها سلطة تعزيرية للإمام سلطة تقدير العقوبة بما يضمن الردع للمجرمين والمتجاوزين لأوامر الشارع الحكيم، وفي المقابل هناك احكام منع الشارع الحكيم فيها أي سلطة تقديرية، مثل المواريث حيث فصلها الشارع الحكيم في الكتاب بشكل كامل⁽³⁾، وهنا لا تكون ثمة سلطة تقديرية لولاه الأمر (الإدارة) في هذه المجالات، بل تغدو سلطتهم فيها قصيرة بعدما رسمه الشرع من أحكام.⁽⁴⁾

(1) القضاء الإداري دراسة مقارنة، عمر الشويكي، ج71/1.

(2) السلطة التقديرية للإدارة، بوعكة شهيناز، رسالة ماجستير، ص21.

(3) كما في نظام المواريث فإن الشريعة الإسلامية لم تدع مجالاً للإدارة أن يكون لها سلطة تقديرية في ذلك حيث قام الشارع الحكيم بتفصيل الإرث وتوزيعه في آيات مفصلة في القرآن الكريم مبيناً نصيب كل وارث مما ترك له ممن يرثه وذلك لان الشارع الحكيم أعلم بالبشر من أنفسهم حيث تقع الشحنة والبغضاء بينهم في جانب الأمور المالية التي حُبب الإنسان وفطر على حب المال وبذلك نرى أن الشارع ترك في جانب من المعاملات الإسلامية مساحة فيها للتقدير للإدارة وجانب آخر حَجَرَ على الإدارة فيه اعمال سلطتها في التقدير.

قال تعالى: " أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ " سورة الملك : أية14

(4) القضاء الإداري دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، زكي محمد النجار، ص96.

ولذلك يرى الباحث أن الشريعة أسبق من كل الأنظمة القانونية الوضعية الحديثة في تقرير هذه النظرية التي هي جزء من عمل الإدارة وركيزة من ركائز العمل الإداري، ونستطيع أن نقول إن الشريعة تميزت بالسبق التاريخي والإستقرار والوضوح في هذه النظرية من خلال الآتي:

أولاً: السبق التاريخي: ولقد ظهرت نظرية السلطة التقديرية وتأكدت ووضحت معالمها في القضاء الإداري الفرنسي في بداية القرن العشرين، حين بدأ كبار فقهاءه يعترفون مستلهمين اعترافهم هذا مما انتهى إليه قضائهم الإداري في مجال دعوى الإلغاء لتجاوز السلطة.⁽¹⁾

بينما الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي ترك مساحة للإدارة وسلطة تقديرية منذ ألف وأربعمائة وتسع وثلاثين عاماً مرسخة قواعد الإدارة التي يأخذ بها أرباب العلم الإداري اليوم.

ثانياً: الإستقرار والوضوح والدوام: تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بالدوام أي بالثبات والإستقرار فنصوصها لا تقبل التعديل، والتبديل مهما مرت الأعوام وطالت الأزمان وهي مع ذلك تظل حافظة لصلاحيتها في كل زمان ومكان⁽²⁾، ومن مظاهر الوضوح في الشريعة الإسلامية أن له مصادر محددة بينة، وتُستقى منها فلسفته النظرية وتشريعاته العملية⁽³⁾.

ونستطيع أن نقول إن السلطة التقديرية وإن لم ترد في النظام السياسي الإسلامي بهذا المصطلح إلا أن معناها وارد في السياسية الشرعية والتي يجب على الإدارة في الدولة الإسلامية أن تتمتع بها فمن شروط تولية الخليفة أو أمير المؤمنين أو الحاكم المسلم - الإدارة - أن يكون مجتهداً ولا يتسنى للإمام أن يكون مجتهداً إلا إذا كان عالماً، فإذا لم يكن له من العلم ما يهتدي به إلى الأحكام الشرعية⁽⁴⁾

ويرى بعض الفقهاء أن ما يبرر السلطة التقديرية للإدارة هو أن المشرع يجد أن إعطاء نوع من حرية التصرف للإدارة هو أجدى وأنفع لتحقيق الهدف من تقييد السلطة في بعض الحالات سيما وأن الإدارة هي ارادة عاقلة

(1) السلطة التقديرية مفهومها وتأصيلها دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الإداري، نذير محمد أوهاب، ص 45.

(2) التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، عبد القادر عودة، ج 1/21.

(3) الخصائص العامة للإسلام، يوسف القرضاوي، ص 182.

(4) نظام الخلافة في الفكر الإسلامي، مصطفى حلمي، ص 352.

واعية ولها خبراتها بالإضافة إلى أن الظروف والأحوال متغيرة مما ينبغي معه ترك الحرية للإدارة لمراعاة هذه المتغيرات.(1)

المطلب الثاني

نظرية الظروف الإستثنائية

اعمالاً لمبدأ المشروعية فإنه يتعين على الإدارة الإلتزام بالقانون في أي وقت وأياً كانت الظروف، بيد أن هذه المفهوم وإن كان صالحاً في ظل ظروف وأزمة اعتيادية فإنه لا يصلح للتطبيق في ظل ظروف وأزمة غير اعتيادية، وقد يترتب على الإصرار على تطبيقه استتقال الأزمة بما يؤدي إلى انهيار الدولة أو على الأقل تعريض سلامتها لمخاطر شديدة.(2)

وبناءً عليه فإننا سنتناول في هذا المطلب نظرية الظروف الإستثنائية وسأقسم هذا المطلب إلى فروع كالتالي:

- الفرع الأول: ماهية الظروف الإستثنائية
- الفرع الثاني: شروط وضوابط نظرية الظروف الإستثنائية
- الفرع الثالث: نظرية الظروف الإستثنائية في التشريع الفلسطيني
- الفرع الرابع: الآثار المترتبة على تطبيق النظرية

الفرع الأول

ماهية الظروف الإستثنائية والأساس القانوني لها

أولاً: مفهوم نظرية الظروف الإستثنائية: إن الرأي السائد في الفقه أن فكرة الضرورة هي أساس نظرية الظروف الإستثنائية ويقصد بالضرورة تلك الحالة من الخطر الجسيم الحال الذي يتعذر تداركها بالوسائل

(1) والرأي للدكتور محمد أبو عمارة، راجع القضاء الإداري في فلسطين وقطاع غزة، محمد أبو عمارة، ج1/70.

(2) الرقابة على أعمال الإدارة، فاروق أحمد خماس، ص43.

العادية مما يدفع السلطات القائمة على حالة الضرورة أن تلجأ إلى الوسائل القانونية الإستثنائية لدفع هذا الخطر ولمواجهة الأزمات⁽¹⁾.

وقد اختلف الفقه في اطلاق التسمية على هذه النظرية فمنهم من يطلق عليها نظرية الظروف الإستثنائية (Théorie des circonstances exceptionnelles)²، ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أن نظرية الظروف الإستثنائية هي نفسها نظرية الضرورة حيث أن المصطلحين مترادفين في المعنى³، بينما يطلق بعض آخر من الفقه على هذه النظرية اسم (نظرية الضرورة Théorie de la nécessité)⁴

ولم يحاول القضاء في فرنسا أو مصر أن يضع مفهوماً عاماً لنظرية الظروف الإستثنائية، وقد يكون القضاء تعمد ذلك ليصبح وحده صاحب الكلمة في تقدير وجود الظرف الإستثنائي حسب ظروف كل حالة على حدة، وحتى لا تكون سلطته هنا مقيدة بالمفهوم الذي أرساه مما قد يفق حجر عثرة في سبيل تطوره ومواجهة حل الحالات التي تعرض عليه في هذا الشأن.⁽⁵⁾

وقد عرفها جانب من الفقه: "بأنها تلك الظروف الفجائية التي تتطلب من الإدارة التدخل السريع لمجابهتها بإجراءات ضرورية لا توصل فيها القوانين القائمة إلى تلك الغاية شريطة أن تكون هذه الإجراءات مناسبة

(1) نظرية الظروف الإستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، أمير جاسم، ص240.

(2) ومن هذا الفقه: عمر الشويكي في كتابه القضاء الإداري دراسة مقارنة ج/1، ودكتور عدنان عمرو، القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة. رمضان بطيخ، الرقابة على أداء الجهاز الإداري دراسة علمية وعملية في النظم الوضعية والإسلامية. الأستاذ الدكتور عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء دراسة مقارنة مدعمة بتطبيقات قضائية حديثة في كل من الجزائر -فرنسا- تونس- مصر. دكتور: محمود عاطف البنا في كتابه الوسيط في القضاء الإداري. فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق. سليمان السعيد ، إنعكاسات نظرية الظروف الإستثنائية على عملية الرقابة القضائية. دكتور حسين عثمان في كتابه دروس في قانون القضاء الإداري في لبنان وفرنسا ومصر. الأستاذ الدكتور علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري ج/1، ص99. أمير حسين جاسم، نظرية الظروف الإستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، بحث منشور. القضاء =الإداري في فلسطين الكتاب الأول، نشأة وتطور القضاء الإداري الفلسطيني مبدأ المشروعية - الرقابة على أعمال الإداري - قضاء الإلغاء، مزودة بأحدث احكام محكمة العدل العليا الفلسطينية، ص145.

³ بينما هناك جانب من الفقه يخلط بين المصطلحين فيطلق علي النظرية (نظرية الضرورة والظروف الإستثنائية) ومنهم هاني غانم في كتابه القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016، و دكتور محمد امام القضاء الإداري مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة دراسة مقارنة. امجد الأغا، القضاء الإداري في فلسطين. سامي جمال الدين، القضاء الإداري الرقابة على أعمال الإدارة مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري دراسة مقارنة. دكتور زكي محمد النجار، القضاء الإداري دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية . ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ص51. ودكتور محمد شبير، القضاء الإداري في فلسطين، ص104.

⁴ ومن هذا الفقه : دكتور نواف كنعان في كتابه القضاء الإداري ، والدكتور محمد أبو عمارة في كتابه القضاء الإداري في فلسطين وقطاع غزة، ج/3، ص75.

(5) الوجيز في القضاء الإداري مبدأ المشروعية دعوى الإلغاء دراسة مقارنة، على بعد الفتاح محمد، ص 77.

ومؤقتة وأن تخضع اجراءات وتصرفات الإدارة في ذلك لرقابة قضاء الإلغاء بهدف حماية حقوق الأفراد وحررياتهم".⁽¹⁾ وعرفها آخر بأنها الأوضاع المادية التي تؤدي إلى وقف العمل بالقواعد العادية التي تطبقها الإدارة لتطبيق قواعد المشروعية الخاصة بالأزمات ويقوم القاضي بمقتضيات هذه المشروعية الخاصة.⁽²⁾

يمكن تلخيص هذه النظرية بأن بعض الأعمال أو التصرفات الإدارية والمعتبرة غير مشروعية في الظروف العادية، تعتبر مشروعة في الظروف الإستثنائية، إذا ما ثبت لزومها لمواجهة هذه الظروف والمحافظة بالتالي على النظام العام أو دوام سير المرافق العامة.⁽³⁾

وتبقى الإدارة ملتزمة بمبدأ المشروعية وفق القوانين المطبقة طالما بقيت الظروف القائمة داخل الدولة من قبيل الظروف العادية⁽⁴⁾، إن أن الإدارة تواجه في بعض الأوقات ظروفاً استثنائية تجبرها على اتخاذ بعض الإجراءات التي تعد غير مشروعة في الظروف العادية لحماية للنظام العام وحسن سير المرافق العامة فتضفي على إجراءاتها تلك صفة المشروعية الاستثنائية.⁽⁵⁾

ولا تعني نظرية الظروف الإستثنائية أن تقلت الأعمال الإدارية الصادرة في هذه الظروف من الخضوع لقواعد المشروعية على نحو مطلق، فتتصرف الإدارة كيفما تشاء بلا ضابط أو معيار، وإنما تعني توسيع قواعد المشروعية، أو استبدال قواعد المشروعية الإستثنائية بما تمنحه للإدارة من سلطات أوسع بقواعد المشروعية العادية التي لا تمكن الإدارة من أداء مهامها في ظل الظروف الإستثنائية.⁽⁶⁾

(1) القضاء الإداري دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ، زكي محمد النجار ص 98-99. وقد عرفها دي لوبادير بأنها: "فكرة تتضمن مفادها أن بعض الإجراءات الإدارية التي تُعد غير مشروعية في الاوقات العادة يمكن أن تعتبر مشروعية في بعض الظروف، حيث تكون ضرورة لحماية النظام العام لاستمرار المرافق العامة" الوجيز في القضاء الإداري مبدأ المشروعية دعوى الإلغاء دراسة مقارنة، على بعد الفتاح محمد، ص 77.

وذهب آخر إلى أنها: "مجموعة الحالات الواقعية التي تنطوي على أثر مزدوج يتمثل أولها في وقف سلطان القواعد القانونية العادية بمواجهة الإدارة ويتمثل ثانيها في بدء خضوع تلك القرارات لمشروعية الإستثنائية خاصة، أو استثنائية يحدد القضاء الإداري فحواها ومضمونها". موسوعة القضاء الإداري ، على خطار شطناوي، ج 1/99.

2 نظرية الظروف الإستثنائية وضوابطها في القانون الدستوري والجزائري، دراسة مقرنة، اسماعيل الجبوري، ص 34.

(3) الرقابة على أداء الجهاز الإداري دراسة علمية وعملية في النظم الوضعية والإسلامية، رمضان بطيخ، ص 120.

(4) القضاء الإداري في فلسطين ، محمد شبير، ص 96.

(5) القضاء الإداري دراسة لأسس ومبادئ القضاء الإداري في العراق، مازن ليلو راضي، ص 21.

(6) القضاء الإداري ، ماجد راغب الحلو، ص 52.

ثانياً: أساس نظرية الظروف الإستثنائية: تعتبر نظرية الظروف الإستثنائية من النظريات التي ثار حولها جدل فقهي يتعلق بأصل نشأتها التاريخية حيث انقسم الفقه إلى أكثر من رأي، فهناك جانب من الفقه⁽¹⁾ يرى بأن الأصول الأولى لنظرية الظروف الإستثنائية في القانون العام إلى الفقه الألماني²، وهناك جانب من الفقه⁽³⁾ يرى بأن نظرية الظروف الإستثنائية نظرية قانونية من أصل قضائي فهي ترجع في مهد نشأتها إلى تأصيل مجلس الدولة الفرنسي خلال الحرب العالمية الأولى⁴

(1) القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو، ص63.

2 ولقد كان رجال الفقه الألماني أول من أخذ بهذه النظرية وبرروا وجودها على أن الدولة هي التي أوجدت القانون وتخضع له لتحقيق المصالح العامة، وأنه وسيلة لا غاية فإذا لم يؤد احكامه ذلك لظروف طارئة كان لا بد من أن تضعه جانباً بصورة مرقته في سبيل مصلحة الجماعة وذهب الفقه الألماني بأن نظرية الظروف الإستثنائية قانونية داخل مبدأ المشروعية وتتمثل في ذاتها الأساس القانوني لسلطات الإدارة الإستثنائية وبناءً عليه فإن الخروج على مبدأ المشروعية في الظروف الإستثنائية هو من القانون وذلك من أجل المصلحة العامة، فقد برر الفقه الألماني - هيكل وهرنك وجلينك- خروج الدولة على القانون بأن الدولة هي التي أوجدت القانون وهي تخضع له لتحقيق مصالحها وعلى ذلك فلا خضوع عليها إذا كان تحقيق صالحها هو في عدم الخضوع إلى القانون الذي يعد وسيلة لغاية هي حماية الجماعة فإذا لم تؤدي هذه القواعد إلى هذه الغاية فلا يجب الخضوع إلى القانون، وعلى الدولة أن تضحى به في سبيل الجماعة، فإذا صادفت الحكومة ظروف خطيرة تهدد السلامة العامة وتعرض البلاد إلى اخطار ، يمكنها عندئذ مواجهة الحال باتخاذ تدابير سريعة هي اصلاً من اختصاص السلطة التشريعية ، وعلى البرلمان بعد ذلك ان يصلح الامور بتصديقه اللاحق على ما صدر مخالفاً للقانون ويُطلق البعض على النظرية الألمانية التي تؤخذ من الطبيعة القانونية لنظرية الظروف الإستثنائية بأنها لم تكن في حقيقتها نظرية قانونية بقدر ما كانت تشكل نظرية ديكتاتورية ولذلك لم تكن مقبولة لدى الفقه الفرنسي ودفع ذلك بعضهم إلى رفض الأخذ بالنظرية السياسية وفضلوا عليها النظرية القانونية. للمزيد انظر: نظرية الظروف الإستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، أمير جاسم، ص246. والقضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، فهد أبو النثم، ص69. والتنظيم القانوني لأنظمة الإستثناء دراسة مقارنة، علي هادي الشكراوي، ص37. (3) القضاء الإداري دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ، زكي محمد النجار، ص98. القضاء الإداري مبدأ المشروعية ، عدنان عمرو، ص64. موسوعة القضاء الإداري ، علي خطار شطناوي، ج1/100. الوجيز في القضاء الإداري ، علي عبد الفتاح محمد، ص75. نظرية الظروف الإستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، امير حسن جاسم، ص241. مقومات مشروعية القرار الإداري، سلمان مسعود، رسالة ماجستير، ص50.

وقال أصحاب هذا الرأي أن نظرية الظروف الإستثنائية من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي لكي يسمح باعتبار القرارات الإدارية التي تصدرها السلطة التنفيذية لمواجهة هذه الظروف مشروعة رغم ما يشوبها من عيوب تجعلها غير مشروعة في الظروف العادية، وبذلك يكون المجلس قد عمل على توسعة نطاق مبدأ المشروعية في الظروف الإستثنائية ليستوعب ما تصدره الإدارة من قرارات لمجابهة هذه الظروف ، واضفاء صفة المشروعية عليها بالرغم من عدم مشروعيتها. راجع : القضاء الإداري دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ، زكي محمد النجار، ص98. القضاء الإداري مبدأ المشروعية، عدنان عمرو، ص64. موسوعة القضاء الإداري، علي خطار شطناوي، ج1/100. الوجيز في القضاء الإداري، علي عبد الفتاح محمد، ص75. الوجيز في القضاء الإداري، علي عبد الفتاح محمد، ص76-75.

4 عندما قام بوضع الضوابط الخاصة بها بتحديد شروطها واضفاء مشروعية من نوع خاص على أعمال الإداري الصادرة في ظلها، عندما عمل المجلس على منح الإدارة سلطات استثنائية في الظروف الإستثنائية في ظل غياب النصوص الدستورية المتضمنة لهذه النظرية والعمل على تكملة هذه النصوص مما يشوبها من قصور وذلك بإعطاء الإدارة سلطات كافية لمواجهة تلك الظروف الإستثنائية على أن القضاء يعمل على تفسير النصوص الدستورية من خلال تحديد مفهومها والشروط اللازمة لتحقيقه، لكي يسمح باعتبار القرارات

ولقد انقسم الفقه الفرنسي إلى مرحلتين تاريخيتين ففي الأولى وهي القديمة اتخذ الفقه النظرة السياسية باعتباره جزءاً من المدرسة الديمقراطية ثم ما لبث أن انتقل إلى المرحلة الثانية التي اتخذ فيها النظرية القانونية لنظرية الضرورة حيث ساعدها في هذا المجال قضاء مجلس الدولة الفرنسي⁽¹⁾

ولقد استند أصحاب نظرية الضرورة باعتبارها نظرية سياسية على مبدأ سيادة القانون وعلى هذا الأساس تكون جميع الإجراءات التي تصدر عن الإدارة لمواجهة أي ظرف استثنائي مخالفة فيها القواعد القانونية بدعوى الضرورة هي اجراءات باطلة وتضل غير مشروعة قانوناً وتترتب المسؤولية على الحكومة ما لم يصححها البرلمان بقوانين التضمنينات وهو ما كان عليه الحال في بريطانيا والولايات المتحدة فقد استقرت أحكام القضاء على اعتبار نظرية الظروف الإستثنائية مجرد نظرية سياسية لا يمكن أن تكون بذاتها أساساً قانوناً للسلطات التشريعية لرئيس الدولة في الظروف الإستثنائية ففي هذه الجولة هناك ما يعر بحالة الطوارئ وهي تقابل حالة الضرورة.⁽²⁾

وذهب البعض إلى أن هذه النظرية يُستمد مدلولها من القاعدة الرومانية التي تقول " إن سلامة الشعب فوق القانون" فهي كنظرية قضائية قامت لسد العجز والقصور الذي يظهر في النصوص التشريعية القائمة في مواجهة الظروف الإستثنائية المستجدة والتي لا تجدي في مواجهتها وسائل العادية والمألوفة وهدفت إلى انشاء مبادئ قضائية يقرها القضاء بغيره تخويل الإدارة قدرأ من السلطة تتناسب وتلك المواجهة.⁽³⁾

ثانياً: موقف الشريعة الإسلامية من نظرية الضرورة أو الظروف الإستثنائية:

لقد سبقت الشريعة الإسلامية النظريات الحديثة والفقهاء الوضعيين في تقرير نظرية الظروف الإستثنائية، فقد وضعت الشريعة الإسلامية أسسها وقَعَدَ الفقهاء قواعدها وندلل على وجود هذه القاعدة من القرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة.

الإدارية التي تصدرها السلطة التنفيذية لمواجهة هذه الظروف مشروعة رغم ما يشوبها من عيوب تجعلها غير مشروعية في الظروف العادية. سلطات الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية في التشريع الفلسطيني، بشر صلاح العاور، ص69. ومقومات مشروعية القرار الإداري، سلماني مسعودة، رسالة ماجستير، ص50.

(1) نظرية الظروف الإستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، أمير جاسم، ص242. لم يعترف مجلس الدولة الفرنسي من أول وهلة بالأثر القانوني للظروف الاستثنائية، إلا أنه لجأ لفكرة الظروف الاستثنائية وحالة الأزمة بعد الحرب العالمية الأولى على هدى من نظرية سلطات الحرب والتي عممها لتشمل كافة الظروف الاستثنائية. مبدأ المشروعية والمنازعة الإدارية، يوسف حسين البشير، ص38.

(2) نظرية الظروف الإستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، أمير جاسم، ص242.

(3) نظرية الظروف الإستثنائية وضوابطها في القانون الدستوري الجزائري، اسماعيل جابوري، ص32.

ومن الدلائل القرآنية على أن نظرية الضرورة لها أصول في الشريعة الإسلامية قال الله تعالى: " (إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ) ¹

وقد تضمنت هذه الآيات استثناء حالة الضرورة وذلك من أجل الحفاظ على النفس البشرية من هلاك، وذلك لحرص الشارع الحكيم على النفس البشرية التي حرم الإعتداء عليها وجعل حرمتها عنده عز وجل أشد من حرمة الكعبة.

وقد ذهب الفقه الإسلامي وسائره القانون والفقه الوضعي إلى وضع مبررات تدفع نحو تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية والأخذ بحالة الضرورة على سبيل الخروج من قود القوانين العادية التي لا تضمن سلامة الدولة في الأوقات الصعبة التي تمر بها، ومن هذه المبررات التي وضعها الفقه الإسلامي للأخذ بنظرية الضرورة:

1- المشقة تجلب التيسير:

وتعني أن الصعوبة تصير سبباً للتسهيل ويلزم التوسيع في وقت الضيق، ويتفرع على هذا الأصل كثير من الأحكام الفقهية كالقرض والحوالة والحجر وغيرها وما جوزها الفقهاء من الرخص والتخفيفات في الاحكام الشرعية هو من هذه القاعدة⁽²⁾، والأصل في هذه القاعدة قول الله تبارك وتعالى: (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَاكُمُ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ)³

2- الضرورات تبيح المحظورات:

أي أن الأشياء الممنوعة تعامل كالأشياء المباحة وقت الضرورة ومما يتفرع على هذه القاعدة ما لو شهر رجل سلاحاً على رجل ليلاً أو نهاراً في مصر أو غيره أو شهر عليه عصا ليلاً في مصر أو نهاراً في غيره فقتله المشهر عليه عمداً وجبت الدية في ماله دون القصاص ولكن لو ضربه الشاهر ثم انصرف وكف عنه على وجه لا يريد ضربه ثانياً فقتله المشهور عليه قُتل القاتل لانه بالانصراف عادة عصمته. (4)

[البقرة: 173] 1

(2) شرح المجلة العدلية سليم رستم باز اللبناني، ج 1/27.

[البقرة: 185] 3

(4) شرح المجلة العدلية سليم رستم باز اللبناني، ج 1/29-30.

3- لا ضرر ولا ضرار:

وأصل هذه القاعدة مشتق من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث روى حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا ضرر، ولا ضرار»¹

ولا خلاف بين أهل العلم، في أن الضرورة لها أحوال خاصة تستوجب أحكاماً غير أحكام الإختيار، فكل مسلم ألجأته الضرورة إلى شيء إلهاء صحيحاً حقيقياً فهو سعة ما أمره.⁽²⁾

ولقد وردت الضرورة في المجلة العدلية التي كانت تحتكم بها مشارق ومغارب الدولة الإسلامية مترامية الأطراف ففي المادة 22 من المجلة حيث تنص على "الضرورات تقدر بقدرها"، وكذلك تنص المادة 23 حيث تنص: "ما جاز لعذر بطل بزواله" أي ما ألزمتنا إياه الضرورة في وقد معين يزول عذر الأخذ بالظرف الإستثنائي مع زوال هذه الظرف الطارئ، كما ونصت المادة 31 من المجلة على: "الضرر يدفع بقدر الإمكان"

وفي جانب الضرورة الحربية والعسكرية ذهب جانب كبير من الفقه الإسلامي إلى جواز رمي حصون العدو وقواعدهم الحربية بما يعم، إن كان فيها أسرى المسلمين، ويقصد رمي المقاتلة إذا دعت الضرورة إلى ذلك كأن يترتب على عدم رميهم ما يخشى منه على المسلمين من الإحاطة بهم واستئصالهم أو هزيمة تصيبهم أو كثرة في قتلاهم أو أي أذى يلحق بهم.⁽³⁾

ولذلك نعتبر أن الفقه الإسلامي سبق كل النظريات والمعاصرة في معالجة هذه القضية ووضع لها الأسس الراسخة التي تستطيع الإدارة الإسترشاد بها عند وقوع الأزمات والملمات الصعبة.

1 الموطأ، مالك، كتاب الأفضية/ باب القضاء في المرفق، رقم الحديث 1424، ص 455.

(2) مغني المرید الجامع لشروح كتاب التوحيد، عبد المنعم ابراهيم، ج 1/2445..

(3) التتريس وأحكامه في الفقه الإسلامي، ساجدة طه الفهداوي، ص 242.

الفرع الثاني

شروط تطبيق نظرية الظروف الإستثنائية

ونظراً لخطورة السلطات الواسعة التي تتمتع بها الإدارة في الظروف الإستثنائية لابد من تحديد هذه السلطات واخضاعها لشروط معينة⁽¹⁾، ولقد حدد القضاء الإداري حدوداً لهذه النظرية ووضع لها ضوابط تحكم سلوك الإدارة في ظل الظروف الإستثنائية فاستلزم عدة شروط لتوسيع قواعد المشروعية العادية والعمل بالمشروعية الإستثنائية⁽²⁾ وهذه الشروط هي:

أولاً: وجود خطر جسيم وحال يهدد سلامة الدولة:

يتعين في البداية لتطبيق نظرية الظروف الإستثنائية أن يكون هناك خطر جسيم وحال يهدد سلامة الدولة وأمنها وذلك بصرف النظر عن مصدر هذا الخطر والذي قد يتمثل في كوارث طبيعية - حالة حرب- اضطرابات⁽³⁾، والخطر الجسيم هو خطر استثنائي في طبيعته ومداه، وتستفاد الصفة الاستثنائية في الخطر من الواقع المادي ذاته، فيجب أن يكون الخطر غير مألوف، ولا يحدث في الغالب الأعم في مجريات الحياة اليومية، ويمس مصالح حيوية منذراً بانتهائها، ولا يمكن دفعه إلا بوسائل استثنائية⁽⁴⁾

أما كون الخطر حال فيقصد به أن يكون قد وقع بالفعل ولم ينته بعد أو وشيك الوقوع، وأخيراً يجب أن يهدد هذا الخطر أمن الدولة أي أحد من عناصرها والمتمثلة في الشعب أو الأقاليم أو السلطة السياسية.⁽⁵⁾

ويضاف إليها فلسطينياً حالات الحصار الاقتصادي والإغلاق للمدن والقرى والطوق الأمني الذي تفرضه سلطات الإحتلال الإسرائيلي وفعاليات الانتفاضة ومقاومة الاستيطان والإحتلال⁽⁶⁾

(1) الرقابة على أعمال الإدارة، فاروق خماس، ص46.

(2) القضاء الإداري مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة دراسة مقارنة، محمد امام، ص52.

(3) الرقابة على أداء الجهاز الإداري دراسة علمية وعملية في النظم الوضعية والإسلامية، رمضان بطيخ، ص125.

(4) مبدأ المشروعية والمنازعة الإدارية، يوسف البشير، ص44.

(5) الرقابة على أداء الجهاز الإداري دراسة علمية وعملية في النظم الوضعية والإسلامية، رمضان بطيخ، ص125.

(6) القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو، ص73.

ثانياً: استحالة مواجهة الظرف الإستثنائي وفقاً لقواعد المشروعية العادية:

عند تحقق الظروف الاستثنائية فعلاً، يتعين على الإدارة أن تعجز أيضاً بوسائلها القانونية العادية عن مواجهة تلك الظروف، بحيث تضطر اضطراراً إلى اللجوء إلى الوسائل الاستثنائية، التي سوف تكون في غاية الأهمية لقيامها بواجباتها تحقيقاً للمصلحة العامة أو الأمن العام، وبالعكس ذلك تكون تلك السلطة مقصرة بواجباتها⁽¹⁾

ويتحقق القضاء الإداري في إطار ممارسته للرقابة القضائية من استحالة مواجهة الظروف الإستثنائية بالإجراءات القانونية العادية سواء أكانت هذه الاستحالة مادية كانقطاع جميع سبل الاتصالات وطرقها مع السلطات الرئاسية أو لأن التأخير في اتخاذ القرار أو القيام بالتصرف ينطوي على مخاطر جسمية تلحق أضراراً بالمصلحة العامة.⁽²⁾ وهذا يعني أنه إذا وجدت وسيلة قانونية أو دستورية تستطيع الإدارة اتخاذها في مواجهة المخاطر فلا بد لها من الرجوع إلى هذه الوسيلة، أما إذا كانت هذه الوسائل عاجزة عن مواجهة المخاطر فإن الرجوع إلى نظرية الظروف الإستثنائية يصبح لا بد منه⁽³⁾، كما يجب أن يكون الظرف مستحيلاً لا صعباً وذلك حتى لا تتخذها الإدارة فرصة ووسيلة سهلة لتتخلص من قواعد المشروعية العادية متى تشاء.⁽⁴⁾

ثالثاً: تحقيق المصلحة العامة:

يجب أن تكون هناك مصلحة تفرض على الإدارة أن تجابه هذا الظرف الإستثنائي وأن تكون هذه المصلحة منبعثة من طبيعة رسالتها (المحافظة على النظام العام)⁽⁵⁾، وكما هو الشأن بالنسبة للشرطين السابقين فإنه لا يكفي ادعاء الإدارة بوجود هذا الشرط، بل إن الذي يتأكد من ذلك هو القاضي الذي يتحقق من مدى توفره على ضوء الظروف المحيطة بالواقعة المعروضة عليه، فإذا ثبت للقاضي توفر هذا الشرط - بالإضافة إلى الشروط السابقة - فإنه سيحكم بمشروعية تصرف الإدارة، أما إذا تبين بأن هذا الشرط غير متوفر حتى ولو توفر الشروط السابقة أو أن هذا الشرط متوفر ولكنه غير كافٍ لتبرير أعمال الإدارة فإنه يقضي بإلغاء

(1) التنظيم القانوني لأنظمة الإستثناء، علي الشكراوي، ص 44.

(2) موسوعة القضاء الإداري، علي خطار شطناوي، ج 1/107.

(3) راجع الرقابة على أعمال الإدارة، فاروق خماس، ص 47.

(4) القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديد رقم 3 لسنة 2016، ص 137.

(5) القضاء الإداري دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، زكي محمد النجار، ص 101.

تلك الأعمال وإذا كان القاضي الإدارة - مجلس الدولة الفرنسي على وجه الخصوص - هو الذي يحدد ما هي الأهداف التي تبرر تطبيق نظرية الظروف الإستثنائية ، فإنه مع ذلك أشار في أحكامه إلى نوع من المصالح بقوله " مصلحة مهمة مهددة بشكل خطير أو " مصلحة عامة كبيرة.(1)، ويجب أن تبقى تصرفات الإدارة محكومة بهدف تحقيق هذه المصلحة في جميع الظروف سواء في الحالة العادية أو الإستثنائية ويراقب القضاء الإداري تحقق هذا الهدف من عدمه(2)

رابعاً: أن يكون خروج الإدارة على المشروعية خروجاً مؤقتاً وبالقدر الضروري واللازم لمواجهة الظروف الإستثنائية:

ترتبط سلطة الادارة الاستثنائية بوجود الظروف الاستثنائية المتمثل بمصدر الخطر وتنفي بانقائه، لتخضع سلطة الادارة لقواعد المشروعية العادية؛ لأنه لا يجوز لها الاستمرار في ممارسة الصلاحيات المقررة للظروف الاستثنائية في هذه الحالة.(3)

فلا يجوز للإدارة أن تخالف القانون إلا إذا كان من شأن تصرفها الشاذ حماية الأمن العام من التهديد وضمان استمرارية المرافق العامة، وإن يكون خروجها عن قواعد المشروعية العادية في الحدود التي تسمح لها بمعالجة الظروف وحماية المصالح المهددة وإلا كان قراراتها قابلة للإلغاء والتعويض.(4)

إن سلطات الظروف الإستثنائية مقصورة على هذه الظروف وحدها، والقدر الضروري لمواجهةها، ولهذا حكم المجلس بعدم مشروعية قرار صادر من محافظ السين بفرض قيود على تداول المواد الغذائية " لمدة غير محدودة" كما ألغى قراراً صادراً من أحد المحافظين برفض تنفيذ حكم خلال مدة حددها المحافظ سلفاً(5)، ولا بد من انهاء العمل بنظرية الظروف الإستثنائية بمجرد زوال هذه الظروف التي دعت إلى تطبيقها.(6)

ومن أمثلة عدم التناسب بين الاجراءات المتخذة والظرف الاستثنائي، ما جاء في الحكم Canal، إذ صدر مرسوم جمهوري قضى بإنشاء محكمة عسكرية مهمتها محاكمة الضباط الذين أعدوا للقيام بانقلاب في

(1) الظروف الإستثنائية والرقابة القضائية، نقاش حمزة، رسالة ماجستير، ص24.

(2) القضاء الإداري في فلسطين ، الكتاب الأول، عبد الناصر أبو سميحة، ص145.

(3) التنظيم القانوني لأنظمة الإستثناء، علي الشكراوي، ص46.

(4) القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو، ص75.

(5) النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، سليمان الطماوي، ص123-124.

(6) الرقابة على أعمال الإدارة، فاروق خماس، ص47.

الجزائر، ومحاكمتهم محاكمة عاجلة من دون مراعاة حقوق الدفاع وضماناته الأساسية. وقد أبطل مجلس الدولة الفرنسي هذا المرسوم بعد أن تثبت من أن الظروف الاستثنائية التي كانت سائدة في تلك الحقبة لم تكن تستدعي مثل هذه الانتهاكات الصارخة للقانون الجزائري الفرنسي⁽¹⁾

فإذا ما تحققت هذه الشروط، كان للإدارة أن تخرج على أحكام القوانين التي تلتزم بالخضوع لها واحترامها في الظروف العادية، فتستطيع أن توقف تطبيقها وأن تعدلها أو تلغيها، وما يتخذ من اجراءات في هذا الصدد يكون مشروعاً شريطة أن يكون ذلك بالقدر الذي تتطلبه الظروف الإستثنائية أي أنه إذا ثبت أن الإدارة كان بمكنتها أن تتبع أحكام القوانين العادية لمواجهة ظرف معين ولكنها لم تفعل، كان تصرفها باطلاً مع أنه اتخذ في ظل ظروف استثنائية سائدة في فترة معينة.⁽²⁾

الفرع الثالث

التنظيم الدستوري والتشريعي لنظرية الظروف الإستثنائية وحالة الضرورة

لقد فرق القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م، بين الظروف الإستثنائية أو الطوارئ وبين حالة الضرورة من حيث الإجراءات المتبعة لكلٍ منهما، لذلك نتناول كلاً من حالة الظروف الإستثنائية والضرورة في التشريع الفلسطيني كالتالي:

أولاً: حالات الظروف الإستثنائية:

تستمد نظرية الظروف الإستثنائية وجودها القانوني في النظام الفلسطيني من نصوص القانون الأساسي المعدل، حيث وردت في الباب السابع تحت اسم أحكام حالة الطوارئ، ولقد وضع القانون الأساسي شروطاً وضوابط للعمل بحالة الطوارئ " الظروف الإستثنائية وهذه الشروط هي:

(1) التنظيم القانوني لأنظمة الإستثناء، علي الشكراوي، ص46.

(2) دروس في قانون القضاء الإداري في لبنان وفرنسا ومصر، حسين عثمان، ص34.

- 1- وجود تهديد للأمن القومي بسبب وقوع حرب أو تعرض البلاد لغزو أو وقع عصيان مسلح أو انقلاب عسكري⁽¹⁾
 - 2- يجب أن يُعلن الرئيس حالة الطوارئ بمرسوم رئاسي.
 - 3- يجب على الرئيس أن يحدد في مرسوم إعلان حالة الطوارئ الهدف من الإعلان والمنطقة التي يشملها إعلان حالة الطوارئ⁽²⁾
 - 4- تُعرض القرارات والإجراءات والتدابير التي صدرت أثناء حالة الطوارئ سواء كلها أو بعضها على المجلس التشريعي في أول اجتماع له بعد إعلان حالة الطوارئ⁽³⁾
 - 5- يُمنع تقييد الحقوق والحريات إلا بقدر الضرورة ومن أجل تحقيق الهدف المعلن من الطوارئ⁽⁴⁾
 - 6- يجب أن يعرض الموقوفون بمقتضى إعلان حالة الطوارئ على النائب العام أو المحاكم المختصة بذلك خلال مدة 15 يوم من تاريخ التوقيف، كما أنه يحق للموقوف أن يوكل محامياً يدافع عنه.⁽⁵⁾
 - 7- يحظر حل المجلس التشريعي أو تعطيل الأحكام الصادرة عنه في ظل إعلان حالة الطوارئ.⁽⁶⁾
- ونلاحظ** من نص المادة 110 والتي عاجلت حدوث الظروف الإستثنائية أن رئيس السلطة الوطنية وحده هو من يقرر ويقدر وجود الظرف الإستثنائي من عدمه، وأن صلاحيات رئيس السلطة الوطنية غير مقيدة بعدم انعقاد البرلمان أو انعقاده وإنما لرئيس السلطة الوطنية متى وقع تهديد للأمن القومي بسبب حرب أو غزو أو عصيان مسلم أو حدوث كارثة... الخ فإنه يستطيع أن يعين حالة الطوارئ لمعالجة الأمر الإستثنائي ولكن

(1) تنص المادة 1/110 على: "عند وجود تهديد للأمن القومي بسبب حرب أو غزو أو عصيان مسلح أو حدوث كارثة طبيعية يجوز إعلان حالة الطوارئ بمرسوم من رئيس السلطة الوطنية لمدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً"

(2) تنص المادة 3/110 على: " يجب أن ينص مرسوم إعلان حالة الطوارئ بوضوح على الهدف والمنطقة التي يشملها والفترة الزمنية"

(3) تنص المادة 4/110 على " يحق للمجلس التشريعي أن يراجع الإجراءات والتدابير كلها أو بعضها التي اتخذت أثناء حالة الطوارئ وذلك لدى أول اجتماع عند المجلس عقب إعلان حالة الطوارئ أو في جلسة التمديد أيهما أسبق وإجراء الاستجواب اللازم بهذا الشأن"

(4) تنص المادة 111 على: " لا يجوز فرض قيود على الحقوق والحريات الأساسية إلا بالقدر الضروري لتحقيق الهدف المعلن في مرسوم إعلان حالة الطوارئ."

(5) تنص المادة 112 / 2-1: " يجب ان يخضع أي اعتقال ينتج عن إعلان حالة الطوارئ للمتطلبات الدنيا التالية:

1- أي توقيف يتم بمقتضى مرسوم إعلان حالة الطوارئ يراجع من قبل النائب العام أو المحكمة المختصة خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ التوقيف.

2- يحق للموقوف أن يوكل محامياً يختاره.

(6) تنص المادة 113 على: " لا يجوز حل المجلس التشريعي الفلسطيني أو تعطيله خلال فترة حالة الطوارئ أو تعليق أحكام هذا الباب."

لمدة لا تزيد عن 30 يوماً وإلا احتاج التمديد من البرلمان، كما أن هذه القرارات لا تعرض على البرلمان كما هو الأمر بالنسبة بحالة الضرورة التي وردت في المادة 43 من القانون الأساسي.

ثانياً: نظرية الضرورة في التشريع الفلسطيني:

نظم المشرع الفلسطيني حالة الضرورة في المادة 43 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، حيث نصت المادة 43 منه على أنه: "لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون.

ويتضح لنا من هذا النص ما يلي:

- 1- إن تقدير حالة الضرورة من غيرها هو أمرٌ منوط بالرئيس وحده دون غيره، فيستطيع الرئيس اعلان حالة الضرورة دون الرجوع أو استشارة أحد، فتقدير حالة الضرورة منوط فقد برئيس السلطة الوطنية فقط دون غيره.
- 2- يستطيع الرئيس اصدار قرارات لها قوة القانون أي كأنها تصدر عن المشرع الفلسطيني وتأخذ من القوة القانونية والنفاد كالتشريع الصادر من البرلمان إلا أنه لا يجوز للرئيس أن يخالف بقراراته القواعد الدستورية " القانون الأساسي".
- 3- يجب أن تكون حالة الضرورة لا يمكن تأجيلها أو تأخيرها وذلك بأن تكون "حالة" وملحة ومن المستحيل تجاوزها إلا بالخروج على الطريقة التقليدية في أخذ القرارات اللازمة.
- 4- ألا يكون المجلس التشريعي منعقداً فإن كان منعقداً فلا يجوز لرئيس السلطة الفلسطينية اتخاذ أي اجراءات لمعالجة الطرف الملح والضروري والطارئ وعليه الرجوع للبرلمان لإصدار القرارات اللازمة لتجاوز هذه الحالة.
- 5- يجب أن تعرض القرارات الصادرة عن الرئيس على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور القرارات. فإن لم تعرض القرارات التي صدرت من الرئاسة على المجلس التشريعي في أول جلسة له فإن هذه القرارات تتعدم قيمها وتصبح كالعدم، والملاحظ أن المشرع استخدم مصطلح زال ما كان لها

من قوة القانون، أي زال بأثر رجعي، أما إذا عرضت على البرلمان ولم يقرها فتزول قوتها القانونية بأثر فوري.

ويرى الباحث أن المشرع عندما وضع هذه المادة، قد أخذ بالإعتبار تعرض الدولة لحالات لا يمكن أن تتخطاها الدولة إلا بنصوص تشريعية لمعالجتها، فقد يتعذر انعقاد المجلس التشريعي لظروف خطيرة، أو لوقوع حالة الضرورة في أوقات عدم انعقاد المجلس التشريعي، ولا يستقيم علاج حالة الضرورة والخروج منها إلا بتشريعات، لذلك منح القانون الأساسي الفلسطيني لرئيس السلطة صلاحيات اصدار قرارات بقوة القانون لمواجهة هذه الظرف الطارئ والضروري، وهي قرارات مؤقتة وقصيرة المدة وبالتالي فمن الظلم أن ترتب آثاراً قانونية بعيدة الأمد، خاصة وأن المشرع في المادة 43 اشترط عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما لها من قوة القانون، وهذا يؤكد أن لا شرعية لكل القرارات التي تصدر بحجة أو في وقت الضرورة لما لم تُعرض على البرلمان في أول جلسته له، فإن لم يُقرها المجلس التشريعي فتزول قوتها القانونية بأثر رجعي.

الفرع الرابع

النتائج المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الإستثنائية

إن من العسير وضع قواعد محددة لنظرية الظروف الإستثنائية بشكل مقيد، وذلك نظراً لمرونة النظرية والروح الواقعية التي يصدر عنها مجلس الدولة الفرنسي، والتي تكيف كل حالة وفقاً لظروفها¹، ولأن القانون وضع لعلاج الظروف الطبيعية فإن تطبيق نظرية الظروف الإستثنائية لها نتائج وآثار، ونتناول في هذا الرفع النتائج المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الإستثنائية ورقابة القضاء الفلسطيني عليها.

أولاً: النتائج المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الإستثنائية:

يترتب على أعمال وتطبيق الإدارة لنظرية الظروف الإستثنائية بعد التأكد من توافر أركانها وشروطها التي تحدثنا عنها سابقاً النتائج الآتية:

1 النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، سليمان الطماوي، ص122.

1- اتساع سلطات الإدارة

فالأصل أنه يتعين على السلطة التنفيذية وتطبيقاً لمبدأ المشروعية الإلتزام بالقانون في كل زمان ومكان أيّ كانت الظروف غير أن هذا الأصل إذا كان صالحاً في الظروف العادية فإنه ليس كذلك في الظروف الإستثنائية⁽¹⁾، فمن مظاهر السلطات الإستثنائية في الظروف غير العادية، اتساع سلطات الإدارة بحيث تتمتع بقدر من الممارسات التقديرية أوسع مما تسمح أو ترخص به القوانين واللوائح في الظروف العادية المألوفة، وقد يصل الأمر إلى حد اهدار الحريات العامة كلية ومنع ممارستها بصورة كاملة.⁽²⁾

ولا يؤدي توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الإستثنائية إلى خروج تصرفات الإدارة وأعمالها من الرقابة القضائية بل تظل رقابة القضاء الإداري على الإدارة قائمة ومستمرة سواء في ظل الظروف العادي أو في ظل الظروف الإستثنائية، فالظروف الإستثنائية ليست خروجاً على مبدأ المشروعية، ولا تُعد استثناءً على المبدأ بل هي توسيع لنطاق المشروعية كما قلنا_ بما يسمح بإعطاء سلطة أوسع للإدارة لمواجهة الظروف غير العادية بنصوص قانونية وضعت لحكم هذه الظروف، فالعادي لا يحكم غير العادي، لكن غير العادي يجب أن يحكم بنصوص غير عادية مع التقيد دائماً بهدف تحقيق المصلحة العامة.³

ومن المعلوم بأن عناصر وشروط صحة القرار الإداري في الظروف العادة هي الاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية، في حال تم الاعتداء على أي من هذه العناصر فإن تصرف الإدارة مشوبٌ بعيب عدم المشروعية وحرّيّ بالإلغاء، إلا أن القضاء الإداري اعتبر التدابير التي تتخذها السلطة الإدارية استناداً لحالة الظروف الإستثنائية أعمالاً مشروعية في حال لم تتقيد الإدارة بكل من الإختصاص والشكل والمحل فقط.⁴

لم يتردد مجلس الدولة الفرنسي في الاعتراف بشرعية القرارات الإدارية التي اتخذتها الإدارة في بعض الظروف لضرورتها لتأمين النظام العام وحماية سير المرافق العامة، حتى ولو كانت هذه القرارات تعتبر غير شرعية في ظل الظروف العادية، والسبب في ذلك أنه في ظل الظروف الإستثنائية تحل محل الشرعية العادية شرعية استثنائية من شأنها توسيع اختصاصات الإدارة⁽⁵⁾

(1) نظرية الظروف الإستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، أمير حسن جاسم، ص 245.

(2) انعكاسات نظرية الظروف الإستثنائية على عملية الرقابة القضائية، سليمان السعيد، ص 4.

³ وسيط القضاء الإداري، أنور رسلان، ص 188.

⁴ القضاء الإداري الرقابة القضائية على أعمال السلطة الإدارية بين النظرية والتطبيق دراسة تحليلية مقارنة، ج 203/1.

(5) دروس في قانون القضاء الإداري في لبنان وفرنسا ومصر، حسين عثمان، ص 31-32.

وقد رفض المجلس إلغاء قرار معيب من حيث الإختصاص رغم جسامته نظراً للظروف الإستثنائية التي صدر القرار حينها، فقد أصدرت الإدارة قراراً تضمن أمور لا يمكن أن تتم إلا عن طريق المشرع وذلك عقب غزو قوات الحلفاء لسواحل فرنسا.¹

2- العمل بكل الوسائل من أجل المصلحة العامة وحماية الإنسان:

إن على الإدارة السعي لتحقيق المصلحة العامة وعدم الانحراف عنها سواء في الأوقات العادية أو الأوقات الإستثنائية، ذلك أن المشرع عندما منحها سلطاتها في جميع هذه الأوقات كان يهدف من ذلك حماية المصلحة العامة التي يُفترض توافرها في كل ظرف وزمان ومكان، لذلك فإنه من الواجب أن يكون الإعلان عن تطبيق هذه النظرية لأجل السعي للحفاظ على هذه المصلحة والنظام العامة داخل الدولة.²

كما أن نظرية الظروف الإستثنائية تسمح للإدارة باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة من أجل الحفاظ على حياة الفرد والمواطن في الدولة من الخطر، ولقد أقر مجلس الدولة مبدأ عاماً مفاده أن حماية الأرواح والممتلكات في الوضع الإستثنائي أهم من مبدأ الشرعية في حد ذاته، واتضح هذا المبدأ من خلاف قضية Gilliot بتاريخ 3 نوفمبر 1989م حيث قامت الإدارة بعد نشوب مشادات عنيفة في كاليدونيا الجديدة بحل المجلس البلدي وتعيين مفوضية خاصة، أوكلت إليها تسيير المرفق العام، فأقر المجلس أن استتباب الأمن أهم من مبدأ المشروعية.⁽³⁾

3- الرقابة القضائية على أعمال الظروف الإستثنائية:

إن وقوع الظروف الإستثنائية أو حالة الضرورة لا يعني السماح للإدارة بالخروج على القانون، فالإدارة ملزمة باحترام أحكام التشريعات الإستثنائية المقررة لمواجهة الضرورة مع التقيد بالشروط التي عينها نص عليها المشرع والضوابط التي وضعها القضاء لتحقيق هذه الحالة وكل ذلك تحت رقابة القضاء⁴، وهناك رقابتان على أعمال الإدارة في حالة توافر شروط الظروف الإستثنائية أو الضرورة وهاتان الحالتان هما:

أ- الرقابة البرلمانية:

¹ حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 26 يونية سنة 1946م، في قضية " Viguiet " مجموعة سييري سنة 1947، القسم

الثالث ص 8 . مشار إليه النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، سليمان الطماوي، ص 122.

² القضاء الإداري في فلسطين، محمد شبير، ط1، 2015، ص 100.

(3) الوسيط في قضاء الإلغاء، عمار بوضياف، ص 48.

⁴ دروس في قانون القضاء الإداري، حسن عثمان، ص 35.

نص القانون الأساس الفلسطيني في الباب السابع منه على ضوابط يجب على الإدارة التقيد بها وهي تمارس صلاحياتها حتى أثناء اعلان حالة الطوارئ أو الظروف الإستثنائية.

وفقد نص الباب السابع من القانون الأساس على أحقية البرلمان بمراجعة كافة الإجراءات والتدابير التي أخذت ونفذت أثناء حالة الطوارئ وذلك في أول انعقاد للمجلس التشريعي الفلسطيني، حيث نصت المادة 4/110 على أنه: "يحق للمجلس التشريعي أن يراجع الإجراءات والتدابير كلها أو بعضها التي اتخذت أثناء حالة الطوارئ وذلك لدى أول اجتماع عند المجلس عقب إعلان حالة الطوارئ أو في جلسة التمديد أيهما أسبق وإجراء الاستجواب اللازم بهذا الشأن".

كما أكد القانون الأساسي عدم جواز تمديد حالة الطوارئ إلا بموافقة البرلمان الفلسطيني بأغلبية الثلثين، حيث تنص المادة 2/110 على أنه: "يجوز تمديد حالة الطوارئ لمدة ثلاثين يوماً أخرى بعد موافقة المجلس التشريعي الفلسطيني بأغلبية ثلثي أعضائه". وهذه النصوص تؤكد أن هناك رقابة برلمانية على قرارات الإدارة أثناء وبعد انتهاء حالة الطوارئ.

ب- الرقابة القضائية:

لا يعني إعلان حالة الطوارئ أو تحقق الظروف الإستثنائية وتوافر شروطها أن تتحلل الإدارة من مبدأ المشروعية بالمطلق، كما لو كان الأمر كأعمال السيادة والتي سيأتي الحديث عنها في الفصل الثاني، ولكن تستطيع الإدارة في الظروف الإستثنائية أن تتخذ تدابير تتجاوز دائرة اختصاصاتها العادية، من أجل الإستجابة بالسرعة القصوى للقضاء أو الحد من الخطر الذي يهدد سلامة الدولة وأمنها¹

لا يترتب على نظرية الظروف الإستثنائية استبعاد الإجراءات والتدابير المتخذة في تلك الفترة من ميدان الرقابة القضائية، وبهذا تختلف هذه النظرية عن نظرية أعمال السيادة، وعليه يملك الأفراد الطعن بالإجراءات والتدابير الإستثنائية بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، الذي لم يتردد مطلقاً عن إلغاء القرارات غير المشروعة خصوصاً إذا تبين له تخلف أحد شروط تطبيق هذه النظرية ولهذا تعتبر نظرية الظروف الإستثنائية نظرية مكتملة لمبدأ المشروعية وليس استثناءً عليه⁽²⁾

¹ القضاء الإداري الرقابة القضائية على أعمال السلطة الإدارية في فلسطين بين النظرية والتطبيق دراسة تحليلية مقارنة، هاني غانم، ج1/202.

(2) موسوعة القضاء الإداري، علي خنجر شطناوي، ج1/108.

كما غل القانون الأساس يد الإدارة عن التدخل في عمل المجلس التشريعي بالتعطيل أو الإلغاء خلال حالة الطوارئ كما منع تعليق أحكام الباب السابع الخاص بحالة الطوارئ حيث نصت المادة 113 على أنه: "لا يجوز حل المجلس التشريعي الفلسطيني أو تعطيله خلال فترة حالة الطوارئ أو تعليق أحكام هذا الباب"

• رقابة القضاء الفلسطيني في حالة الظروف الإستثنائية

إن رقابة محكمة العدل العليا برام الله، والمحكمة الإدارية بغزة تمتد على أعمال السلطة التنفيذية في الظروف الإستثنائية، وتبقى قائمة وذلك للتحقق من التزام الإدارة بشروط وجود الظرف الإستثنائي الذي يُهدد سلامة الدولة، وأن الظروف الإستثنائية يَسْتَحِيلُ مواجهته بالتشريعات العادية، كما يتحقق القضاء من المصلحة العامة في علاج الأمر، وألا يكون خروج الإدارة على التشريعات العادة إلا بالقدر الضرورة واللازم لمواجهة الظرف الإستثنائي.¹

فقد نص القانون الأساسي على عدة ضوابط يجب على الإدارة مراعاتها وإلا عدت أعمالهم خروجاً على مبدأ المشروعية وحرية بالإلغاء، فقد أكد القانون الأساس على أن اعلان حالة الطوارئ يكون لمدة 30 يوماً ولا يجوز أن يكون أكثر من ذلك إلا في الحالات وشروط حددها القانون، حيث نصت المادة 1/110 على: "عند وجود تهديد للأمن القومي بسبب حرب أو غزو أو عصيان مسلح أو حدوث كارثة طبيعية يجوز إعلان حالة الطوارئ بمرسوم من رئيس السلطة الوطنية لمدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً".

كما نص القانون الأساس على وجوب أن يصدر مرسوم من الإدارة تُعلن فيه حالة الطوارئ وأن تبين السبب والهدف من اعلان حالة الطوارئ والمنطقة التي يشملها اعلان حالة الطوارئ، فقد نصت المادة 3 /110 من القانون الأساس على: " يجب أن ينص مرسوم إعلان حالة الطوارئ بوضوح على الهدف والمنطقة التي يشملها والفترة الزمنية"

كما حظر القانون الأساس على الإدارة قرض قود على الحقوق والحريات الأساسية أثناء اعلان حالة الطوارئ إلا بالقدر اللازم لتحقيق الهدف من الإعلان حيث نصت المادة 111 على أنه: " لا يجوز فرض قيود على الحقوق والحريات الأساسية إلا بالقدر الضروري لتحقيق الهدف المعلن في مرسوم إعلان حالة الطوارئ"

¹ القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو، ص76.

فقد أعلنت حالة الطوارئ مرتين في عهد السلطة الفلسطينية، الأولى عام 2003 في خضم العمليات العسكرية الإسرائيلية ضد الضفة الغربية _ بهدف وقف الإنتفاضة الثانية التي اشتعلت شرارتها عام 2000 بعد دخول المجرم أرئيل شارون إلى القدس الشريف _ أعلن الرئيس الراحل ياسر عرفات رحمه الله حالة الطوارئ في المرسوم الرئاسي رقم (18) لسنة 2003، حيث أعلن فيه حالة الطوارئ كما وشكل حكومة لإدارة حالة الطوارئ برئاسة أحمد قريع أبو علاء¹. كما أعلن رئيس السلطة الوطنية مرسوم بإعلان² حالة الطوارئ، وإقالة رئيس الحكومة العاشرة³، على أثر عملية الحسم العسكري بغزة⁴، والتي أنهت التمرد الذي نفذته الأجهزة الأمنية ضد الحكومة الفلسطينية العاشرة عام 2007.⁵

أما فيما يتعلق بالمراسيم التي يتم من خلالها اعلان حالة الطوارئ، فإن قضاء محكمة العدل العليا لم ينظر أصلاً مدى الحاجة لإصدارها من عدمه، معتبراً ذلك من الصلاحيات المخولة لرئيس السلطة الوطنية

¹ راجع قرار رئيس السلطة الفلسطينية رقم 18 / 2003 بتاريخ 2003/10/5. الوقائع الفلسطينية، عدد 48، يناير، 2004، ص 42.
² مرسوم رقم (9) لسنة 2007 بشأن اعلان حالة الطوارئ، بتاريخ 2007/6/14، الوقائع الفلسطينية، عدد 71، 2007، ص 6.
³ مرسوم رقم (8) لسنة 2007، بتاريخ 2007/6/14، الوقائع الفلسطينية، عدد 71، 2007، ص 5.
⁴ فبعد أن وصلت حركة حماس للحكم عام 2006، رفضت حركة فتح التسليم لها بقيادة السلطة الوطنية الفلسطينية، ووضعت خطاً ممنهجة لإفشالها، تمثلت في الأشهر الثلاثة الأولى من افسالها وعدم تمكينها من ادخال الأموال ولا صرف الرواتب للموظفين وذلك بهدف جعل الحكومة تنهار من الداخل وتدفعها للإستقالة، ولما فشلت هذه الخطة، لجأت الإدارة الأمريكية بالإيعاز للسلطة وقيادة حركة فتح بنشر الفوضى الخلاقة، وقد صرحت بذلك وزيرة الخارجية الأمريكية في زيارتها لرام الله في حينها أنه يجب نشر الفوضى الخلاقة، حينها يرى البعض أنها بدأت الخطة الثانية وهي ادخال الأجهزة الأمنية التي هي جزء من منظومة الامن التي تتبع لوزير الداخلية في خدم المعركة بين قيادة رئاسة السلطة وقيادة الحكومة، وقد رفض قادة الأجهزة الأمنية الاستجابة لأوامر وزير الداخلية في الحكومة العاشرة سعيد صيام، ثم استخدمت حركة فتح العصيان المسلح ضد الحكومة بغزة وأمرت قادة الأجهزة الامنية بإنزال الجيش والشرطة في شوارع غزة ولذلك بهدف نشر الخوف والرعب في صفوف المواطنين واخذت الأجهزة الأمنية يعيث فساداً فأطلقت النار على ممتلكات المواطنين ويقصفوا مقر الحكومة بغزة ومجلس الوزراء بالأسلحة الثقيلة، مما اجبر قيادة الحكومة للجوء إلى الحسم العسكري لوقف نزيف الدم في الشارع الغزي.

⁵ فقد اصدر رئيس السلطة محمود عباس مرسوم رقم (9) لسنة 2007م بشأن إعلان حالة الطوارئ الذي جاء فيه: (استناداً لأحكام الباب السابع من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته، وبناءً على الصلاحيات المخولة لنا، وتحقيقاً للمصلحة العامة، رسمنا بما هو آت:

مادة (1) إعلان حالة الطوارئ في جميع أراضي السلطة الوطنية الفلسطينية بسبب الحرب الإجرامية في قطاع غزة، والاستيلاء على مقر أجهزة السلطة الوطنية الفلسطينية، والانقلاب العسكري والعصيان المسلح من الميلشيات الخارجة عن القانون على الشرعية الفلسطينية بهدف تحقيق الأمن والاستقرار للمواطنين وحماية المؤسسات الشرعية الفلسطينية ولمدة ثلاثين يوماً.

مادة (2) على الجهات المختصة كافة- كل فيما يخصه- تنفيذ أحكام هذا المرسوم، ويعمل به من تاريخ صدوره، وينشر في الجريدة الرسمية. صدر في مدينة رام الله بتاريخ: 2007/6/14 ميلادية. الموافق: 28/جمادي الأولى/ 1428 هجرية. محمود عباس رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية. الوقائع الفلسطينية، السنة الرابعة عشرة 2007 « عدد

(71) ، (13-08-2007)

الفلسطيني وفق الباب السابع من القانون الأساس الفلسطيني، كما أن اعلان الحرب والسلم والطوارئ هي من أعمال السيادة التي لا تخضع ابتداءً لرقابة القضاء.¹

واعلان حالة الطوارئ وفق القانون هي من صلاحيات الرئيس ومدتها 30 يوماً غير قابلة للتجديد إلا بعد موافقة المجلس التشريعي على ذلك، وإلا تزول ما كان لقراراتها من قوة القانون، أما الحكومة التي أعلنها رئيس السلطة الوطنية قد مكثت سنين طويلة وهي تصدر قرارات غير شرعية ولم تعرض على البرلمان وتم تحز هذه الحكومة شرعيتها بعرضها على البرلمان.

كما أصدر رئيس السلطة قراراً يوفق فيه العمل بالمادة 79 من القانون الأساسي الفلسطيني وذلك حتى يتسنى له تشكيل حكومة دون أن يعرضها على المجلس التشريعي الفلسطيني في مخالفة وخرق للدستور الفلسطيني²، كما اصدر قراراً بتعليق العمل بالمواد (65-66-67) من القانون الأساسي الفلسطيني، معطلاً العمل بهذه المواد في مخالفة واضحة وصريحة لأحكام القانون الأساسي³، كما أصدر قرارات⁴ انتقامية من رئيس السلطة الفلسطينية بحق سكان قطاع غزة وذلك مثل قرار بوقف التعيينات التي تمت في عهد الحكومة

1 انظر: حكم محكمة العدل العليا في الدعوى رقم 2010/531 الصادر بتاريخ 2010/12/13، وحكم محكمة العدل العليا رقم 1998/77 الصادر بتاريخ 1999/10/12. وحكم محكمة العدل العليا في الدعوى رقم 1998/40، الصادر بتاريخ 1999/2/13. وحكم محكمة العدل العليا في القضية رقم 2000/18، بتاريخ 2000/7/11. المقتفي، مرجع سابق.

2 مرسوم رقم (12) 2007، الصادر بتاريخ 2007/6/17، الوقائع الفلسطينية العدد رقم 71، 9 أغسطس 2007، ص9.

3 مرسوم رقم (11) لسنة 2007، الصادر بتاريخ 2007/6/15. الوقائع الفلسطينية عدد رقم 71، 9 أغسطس 2007، ص8.

⁴ فقد أصدر رئيس السلطة محمود عباس في حينها قرارات عقابية وصفت بأنها قرارات اجرامية، ضمن حملة العقاب الجماعي الذي شنته السلطة على القطاع غزة، وقد استخدمت السلطة كافة وسائلها لذلك، حيث أمرت الموظفين بعدم العمل والإستكاف والجلوس في بيوتهم، ومن خالف هذه الأوامر قُطعت رواتبهم، وقد نجحت السلطة جزئياً بشل مؤسسات القطاع التعليمية فترة قصيرة من خلال اغلاق المدارس واستكاف المدرسين عن وظيفتهم في تعليم الجيل، كما هدفت هذه القرارات لشل قطاع الصحة وعدم علاج المواطنين المرضى، حيث مر القطاع في تلك المرحلة في حالة انسانية صعبة، ويُعد هذا القرار من أخطر قرارات رئاسة السلطة ضد القطاع وهو حرمان المواطنين من حقهم في العلاج خاصة في ظل الإعتداءات المتكررة من قبل الإحتلال وقصفه للمدارس ورياض الأطفال والتجمعات السكانية ووقوع الكثير من الإصابات آلاف الإصابات كما حدث في حرب عام 2008-2009.

حيث أثرت الخلافات الحزبية داخل حركة فتح بين رئيس حركة فتح محمود عباس وعضو اللجنة المركزية السابق في الحركة والمفصول منها محمد دحلان على الحالة الدستورية والوظيفة العمومية فقد تجاوز رئيس السلطة محمود عباس _المنتهية ولايته بتاريخ 8 يناير 2009 ووفق قرار البرلمان الفلسطيني رقم (3/2/1178) _كافة القوانين والانظمة المعمول بها وفي مقدمتها الدستور الفلسطيني الذي في المادة 9 من القانون الأساس على أن" الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة) فتطع رواتب الموظفين دون مسوغات قانونية ولا تشكيل لجان تحقيق ولا تقصي لأي مخالفة منهم وكانت الحجة هي التجنح وهو مصطلح استخدمته السلطة لفصل العاملين في الوظيفة العمومية الذين تتهمهم السلطة بموالاة النائب في المجلس التشريعي محمد دحلان.

العاشرة ومنها قرار انضمام 3000 ثلاثة آلاف جندي إلى صفوف الأجهزة الأمني بموافقة الرئيس عباس، واعتبارهم مليشيات مسلحة خارجة عن القانون¹.

أعلن رئيس السلطة تشكيله حكومة غير شرعية وذلك بمرسوم رقم 10 / 2007 بشأن تشكيل حكومة مكلفة بتنفيذ أنظمة وتعليمات حالة الطوارئ²

وكذلك وقف الترقيات الموظفين والتنقلات ..الخ، حيث جاء في قرار رئيس السلطة: "استناداً لأحكام الضرورة... قررنا ما يلي: مادة1- بسحب كافة القرارات الرئاسية الصادرة في الفترة ما بين 2007/3/7ك و2007/4/15 والمتعلقة بالتعيين والترقية والترفيغ والإنتقال لموظفي الوزارات والهيئات الحكومية وسحب جميع الصلاحيات والامتيازات الممنوحة لهم بموجب القرارات الصادرة بهذه الخصوص"³

كما أعقبها قرارات بقطع رواتب الموظفين⁴، وفصلهم من وظائفهم⁵، في مخالفة لحقوق الموظفين الأساسية وفق قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية رقم 8 لسنة 2005، والذي ينص في المادة 19 منه على: (تختص لجنة الضباط بالنظر في كافة الأمور والمسائل المتعلقة بشئون الضباط وعلى وجه الخصوص الأمور والمسائل الآتية..4- الإستهناء من الخدمة)، كما أن خالفت قرارات السلطة قانون الخدمة المدنية في فصلها للموظفين المديين، وفي مخالفة صريحة لحقوق الموظفين وللقانون الأساسي الفلسطيني الذي كفل الحق والحرية لكل المواطنين في التعبير عن آراءهم ومعتقداتهم.

1 قرار رقم (5) لسنة 2007 بشأن الغاء كافة قرارات تعين القوة التنفيذية والمليشيات الخارجة عن القانون في الوظائف الحكومية وفسخ عقودهم، الصادر بتاريخ 2007/6/20، الوقائع الفلسطينية، عدد71، 2007، ص44. انظر قرار رئيس السلطة رقم 257/2007، بتاريخ 2007/6/16، الوقائع الفلسطينية، عدد71، 2007، ص33. ومرسوم رقم (17) لسنة 2007 بشأن حر كافة الميليشيات المسلحة والتشكيلات العسكرية او شبه العسكرية أياً كانت تابعيتها، بتاريخ 2007/6/26، الوقائع الفلسطينية، عدد71، 2007، ص16.

2 مرسوم رقم (10) لسنة 2007، بتاريخ 2007/6/14، الوقائع الفلسطينية، العدد71، 9 أغسطس، 2007، ص7.

3 قرار رئيس السلطة محمود عباس رقم (291) لسنة 2007م بالصادر بتاريخ 2007/8/14، منشور بالجريدة الرسمية الوقائع الفلسطينية عدد(73)، 13 أيلول سبتمبر 2007، ص83.

4 فقد أصدر السلطة قرارات لفصل الموظفين فيما عرف بمجزرة الرواتب. راجع قرار رقم 292/2007 الصادر برام الله بتاريخ 2007/8/14، الوقائع الفلسطينية، عدد 73، 13 أيلول سبتمبر 2007، ص85.

5 قرار رقم (296) لسنة 2007، بتاريخ 2007/9/1، الوقائع الفلسطينية، عدد73، 2007، ص90. قرار رقم (295) لسنة 2007، بتاريخ 2007/9/1، الوقائع الفلسطينية، العدد73، 2007، ص89. وعشرات القرارات التي لا يمكن أن نجلها في هذه الرسالة للمزيد: الوقائع الفلسطينية العدد 71 -72-73.

كما أصدر مجلس الوزراء قراراً بوقف سريان ترخيص كافة مؤسسات السلطة في قطاع غزة حيث نص القرار على: "1- وقف سريات ترخيص مركبات مؤسسات السلطة الوطنية التابعة للأجهزة الأمنية بالمحافظات الجنوبية"¹

وقد بسط القضاء الفلسطيني رقابته على أعمال الإدارة بعد حالة الطوارئ وانتهائها، خاصة في حوادث الإعتقالات دون توجه تهمة للمتهم، حيث قضت محكمة العدل العليا بأن ادعاء النيابة بأن الإعتقال مبني على حالة الطوارئ غير سليم لان حالة الطوارئ تنتهي بعد انتهاء مدة الثلاثين يوم ولا يتم التجديد لها إلا بموافقة المجلس التشريعي².

ثانياً: تقدير نظرية الظروف الإستثنائية:

لا شك أن نظرية الظروف الإستثنائية تتضمن مخاطر جسمية تُهدد حريات الأفراد ويزيد من تلك الخطورة أنه ليس ثمة معياراً قاطعاً لما يُعتبر ظرفاً استثنائياً، ولهذا عمل مجلس الدولة الفرنسي على أن يوازن هذه السلطات الخطيرة للإدارة بحقوق مقابلة للأفراد تؤمنهم من مغبرة إسراف الإدارة في استعمال تلك السلطات، ولهذا فقد حصر النظرية في قيود ضيقة منها³

1 قرار مجلس الوزراء غير الشرعي برام الله رقم (11) لسنة 2007 صدر في رام الله بتاريخ 2007/6/25. الوقائع الفلسطينية الجريدة الرسمية، العدد 71، 9 أغسطس 2007. ص 51.

² جاء في حكم محكمة العدل العليا (أما فيما يتعلق بالمراسيم التي أشار لها رئيس النيابة العامة في مرافعته فإننا نجد أنها صدرت بالإستناد للباب السابع من القانون الأساسي المتعلق بأحكام حالة الطوارئ التي نصت المادة 110 من القانون الأساسي على أنها يجب ألا تزيد عن ثلاثين يوماً يجوز تمديدها لمدة ثلاثين يوماً أخرى بعد موافقة المجلس التشريعي بأغلبية ثلثي أعضائه وحيث أن حالة الطوارئ انتهت بانقضاء ثلاثين يوماً على إعلانها فإن أحكام المراسيم المشار لها لم تعد سارية وقت توقيف المستدعيين من شهر أيار 2010، وبذلك فإن ما أثارته النيابة العامة لا يغير من الأمر شيئاً. حكم محكمة العدل العليا في الدعوى الإدارية رقم 2010/475، بتاريخ 2010/7/26. موسوعة المقتضى، مرجع سابق.

³ النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، سليمان الطماوي، ص 123.

الفصل الثاني

ماهية نظرية أعمال السيادة

الفصل الثاني

ماهية أعمال السيادة

مقدمة وتقسيم:

الأصل أن مبدأ المشروعية وجد ليبسط ولايته على جميع الأعمال التي تصدر عن جهة الإدارة العامة حرصاً على سلامتها وضمن احترامها للقانون ولتمكين القضاء من فحصها وإعمال رقابته عليها.

ولا شك أن إلزام الإدارة وهي تمارس وظائفها بالتقيد الحرفي بالقانون - بمبدأ المشروعية - وعدم السماح لها بالخروج عنه، أو على أقل تقدير عدم السماح لها بالعمل بروح القانون⁽¹⁾، يجعل من هذه الإدارة آلة صماء بكفاء عمياء لا رؤية ولا تفكير ولا رأي ولا إبداع ولا ابتكار لها، ولا جدوى من وجودها إلا أن تكون آلة جامدة لا مرونة فيها، منفذة ما يُقره البرلمان والمجلس التشريعي فحسب، وهذا أمر لا يستقيم في علم السياسة والحكم وإدارة مصالح الأمة والعباد والمحافظة عليها، وهو تقييد مُعنت للإدارة وتَعسيرٌ لا تيسير، وتضييق لا سعة.

(1) يستخدم فقهاء القانون عادة عبارة "روح القانون" كعبارة مقابلة "لنص القانون". وأول من استحدث هذه العبارة هو الفيلسوف الفرنسي مونتسكيو في عام 1748م في مقالة تتعلق بالنظرية السياسية، إذ ربط بين السياسة والقوانين ربطاً منطقياً، إذ كان يرى أن المعنى الحقيقي للقوانين.

مونتسكيو هو أول من كتب عن ضرورة كتابة الدساتير بشكل عادل وواضح، وهو أول من كتب بالتفصيل في مبدأ فصل السلطات، والسماح لمؤسسات المجتمع المدني. فهو أول من كتب عن ضرورة الفصل بين السلطة التشريعية المسؤولة عن سن القوانين؛ والسلطة القضائية المسؤولة عن تطبيق القوانين؛ والسلطة التنفيذية التي مهمتها إنفاذ أحكام السلطة القضائية. ولكن الأهم في كتاباته هو توضيح أن القوانين تستند دائماً للواقع المجتمعي وليس العكس. فالقوانين لا تشكل المجتمعات بل أنها تنشأ من حاجة هذه المجتمعات لها. ويرى مونتسكيو أن أفضل القوانين هي تلك التي تتواءم مع حاجات المحكومين بها ولا تتناقض مع طبيعتهم وقيمهم. ولكن القانونيون خاصة، والكتاب عامة توسعوا في استخدام مصطلح "روح القوانين" واستعملوه كمصطلح يناقض "نص القوانين"، أي الالتزام الحرفي بها دون الالتفات للظروف التي تطبق فيها. وأخذ مصطلح روح القوانين يتوسع بشكل كبير. روح القوانين، محمد بن عبد الله آل عبد اللطيف، مقال منشور على الرابط: <http://www.al-jazirah.com/2013/20130813/ar3.htm>.

ويستطيع الباحث أن يمثل كيفية استخدام روح القانون، لنعبر أن المشرع قد نص على عدم دخول مركبات ذات محرك كهربائي المنتزه، وجاء رجل قعيد بعربة ذات محرك كهربائي فلو نظر موظفو البلدية إلى النص الحرفي للقانون لن يسمحوا للرجل بالدخول بل سيستصدرون له مخالفة، وإن نظروا إلى روح القانون في أن المشرع قصد المركبات الكبيرة والسيارات فإنهم سيتركونه يدخل ولن تكون هناك مخالفة قانونية ولا محكمة لهذا القعيد، فالتصرف الأول بنص القانون والتصرف الأخير هو بروح القانون.

لذلك ذهب الفقه ومعه التشريع إلى إعطاء السلطة التنفيذية بعضاً من السلطة التقديرية تتفاوت اتساعاً وضيقتاً بحسب الظروف لتمكن من القيام بمهامها خير قيام⁽¹⁾، وكذلك الأمر في الظروف الإستثنائية التي تُلزم الإدارة على اتخاذ قرارات حاسمة لتجاوز الأزمة والظرف الإستثنائي، إلا أن هذه القرارات لها حد وضابط تشريعي وفق الدستور والقانون.

أما نظرية أعمال السيادة فهي تمنح الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية مجرداً من كل رقابة على الإطلاق، لذلك تُعتبر نظرية أعمال السيادة أخطر استثناء على مبدأ المشروعية، ويطلق عليها كذلك أعمال الحكومة⁽²⁾، حيث يضع المشرع بموجبها سلاحاً خطيراً بيد السلطة التنفيذية في مواجهة حقوق وحرريات الأفراد، ويصبح القاضي الإداري مكتوف الأيدي حيال وجود النص التشريعي الملزم له بعدم التعرض لأعمال السيادة بأي صورة من صور الرقابة القضائية، الإلغاء، التعويض، فحص المشروعية، أو رقابة التفسير⁽³⁾، والسؤال هنا ما معنى أعمال السيادة وما هو مصدرها ونشأتها؟

وللإجابة على هذا التساؤل سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين أتناول فيهما التعريف بأعمال السيادة ونشأتها وخصائصها ومعيار التمييز بينها وبين غيرها من المصطلحات في المباحث الآتية:

- المبحث الأول: مفهوم أعمال السيادة
- المبحث الثاني: معيار تمييز أعمال السيادة عن غيرها من أعمال الإدارة

(1) الخصومة الإدارية، عبد الحكم فودة، ص 29.

(2) القضاء الإداري، عبد الغني عبد الله، ص 55.

(3) القضاء الإداري، نواف كنعان، ص 61.

المبحث الأول

مفهوم أعمال السيادة

تعتبر أعمال السيادة أهم القيود التي ترد على مبدأ المشروعية ويطلق عليها أحياناً أعمال الحكومة وتخرج هذه الأعمال عن رقابة القضاء بموجب القانون⁽¹⁾، فأعمال السيادة سمة لطائفة من التصرفات التي تباشرها السلطة التنفيذية ولا تخضع لأية رقابة قضائية سواء من جانب القضاء العادي أو من جانب القضاء الإداري، ولا تكون في الواقع محلاً لإلغاء أو تعويض أو وقف تنفيذ أو فحص مشروعيتها، ومن ثم يقف القضاء أمامها عاجزاً معلناً فقط عدم اختصاصه بنظرها، حتى ولو كانت تمس حقوق الأفراد وحررياتهم، وهكذا ذهب البعض للقول بأن أعمال السيادة تشكل على عكس كل من نظرية السلطة التقديرية ونظرية الظروف الإستثنائية استثناءً حقيقياً وخروجاً صريحاً على مبدأ المشروعية ولهذا فقد وُصفت بأنها النقطة السوداء في جبين هذا المبدأ.⁽²⁾

وللوقوف على ماهية أعمال السيادة، سنتناول في هذا المبحث أعمال السيادة تعريفها وخصائصها ونشأتها والمبررات التي تستند إليها هذه النظرية في المطالب الآتية:-

- المطلب الأول: تعريف أعمال السيادة
- المطلب الثاني: نشأة أعمال السيادة ومبرراتها
-

المطلب الأول

مفهوم أعمال السيادة

يعد مفهوم أعمال السيادة من أهم المفاهيم في الأنظمة القانونية الحديثة، ومن أكثرها إثارة لوجهاة النظر المتباينة، وذلك لكون أعمال السيادة تتناقض إلى حد كبير مع مبدأ المشروعية أو خضوع الدولة

(1) القضاء الإداري دراسة مقارنة، محمود الجبوري، ص47.

(2) الرقابة على أداء الجهاز الإداري دراسة علمية وعملية في النظم الوضعية والإسلامية، رمضان بطيخ، ص127.

للقانون، حيث نجد أن مصطلح أعمال السيادة يمثل في حقيقة الأمر تراجعاً في خضوع الدولة لرقابة القضاء من خلال نزع صلاحياته واختصاصاته في نظر المنازعات المتعلقة بهذه الأعمال⁽¹⁾

وهذه النظرية تجعل بيد السلطة التنفيذية سلاحاً خطيراً في مواجهة حقوق وحريات الأفراد، ويصبح القاضي الإداري مكتوف الأيدي حيال وجود النص التشريعي الملزم له بعدم التعرض لأعمال السيادة بأي صورة من صور الرقابة القضائية، التعويض، فحص المشروعية، أو رقابة التفسير⁽²⁾.

ولذلك سنتناول في هذا المطلب مفهوم أعمال السيادة والأساس الذي تقوم عليه في فرعين كالتالي:

- الفرع الأول: تعريف نظرية أعمال السيادة

- الفرع الثاني: خصائص أعمال السيادة

الفرع الأول

تعريف نظرية أعمال السيادة

يُعد مصطلح أو مفهوم أعمال السيادة من المسائل المختلف عليها في عالم الفكر القانوني حيث يضيّق هذا المفهوم في الدول ذات الأنظمة العريقة في الديمقراطية التي تُرسخ فيها مبدأ سيادة القانون، ويتسع في دول أخرى حتى يكاد يشمل العديد من تصرفات الإدارة⁽³⁾، فما هو المقصود بنظرية أعمال السيادة في الفقه والقضاء؟

وجاء تعريف أعمال السيادة بقاموس المصطلحات القانونية بأنها " تلك القرارات التي يرفض القضاء الإداري والعادي النظر فيها، كالقرارات المتعلقة بعلاقات الحكومة بالبرلمان أو تلك المتعلقة بالعلاقات الدولية للدولية"⁽⁴⁾

(1) نظرية أعمال السيادة كقيد على مبدأ المشروعية وتطبيقاتها في قضاء محكمة العدل العليا دراسة مقارنة، رائد الكعابنه، ص6.

(2) القضاء الإداري، نواف كنعان، ص61.

(3) انظر/ أعمال السيادة بين الإطلاق والتجديد، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية، مسعودي حسين، ص4. ونظرية أعمال السيادة كقيد على مبدأ المشروعية وتطبيقاتها في قضاء محكمة العدل العليا دراسة مقارنة، رائد الكعابنه، رسالة ماجستير، ص6.

(4) الرقابة على أعمال الإدارة، فاروق خمّاش، ص52. ولقد تعددت مسميات أعمال السيادة في إنجلترا فتُعرف بأعمال الدولة، وفي الولايات المتحدة بالمسائل السياسية، ويطلق عليها بعض الفقه الأعمال السياسية كما يتعدد المقصود بها ومما قيل بشأنها أنها تتمثل في

ولقد تعددت الإتجاهات القانونية التي تناولت ايضاح مكنون أعمال السيادة وبنان مضمونها إلى عدة اتجاهات حيث ذهب البعض إلى النفي عنها الخضوع للقضاء، وذهب آخر إلى التركيز على الجهة التي تملك تكييف القرارات إذا ما كانت أعمال سيادة أم لا، وذهب اتجاه ثالث إلى التركيز على أن أعمال السيادة هي أعمال سياسية نتناول هذه الإتجاهات كالتالي:

الطائفة الأولى: وترکز هذه الطائفة من التعريفات على جانب نفي خضوع أعمال السيادة لرقابة القضاء بجميع صورها:

وقد ذهب جانب من الفقه للقول بأن أعمال السيادة هي طائفة من أعمال السلطة التنفيذية أخرجها القضاء الإداري من ولايته لأسباب يغلب عليها الطابع التاريخي.¹

وذهب البعض الآخر إلى أنها: " تلك الطائفة من أعمال السلطات الإدارية والتي لا يمكن أن تكون محلاً للطعن بها أمام المحاكم الإدارية والعادلة"⁽²⁾

وهذا التعريف اقتصر على ايضاح أن أعمال السيادة هي جزء من أعمال السلطة الإدارية وأنها محصنة من الرقابة القضائية، إلا أن التعريف لم يوضح أهداف هذه الأعمال ومبررات الحصانة القضائية التي منحت لها، وهل هي أعمال مطلقة حرية الإدارة على استخدامها وقتما شاءت أم لا.

وعرفه آخر بأن أعمال السيادة هي تلك الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية ولا تخضع لرقابة القضاء بجميع مظاهرها يستوي في ذلك رقابة الإلغاء أو فحص الشرعية أو التعويض⁽³⁾

ونلاحظ في هذا التعرف بأنه أغفل طبيعة هذه القرارات ولم يحدد الهدف ومن مشروعيتها وإنما اقتصر على ايضاح مُصردها وعلى عدم خضوعها لرقابة القضاء فقط مما يجعل من هذا التعريف مبتوراً ومجتزأً.

جزء من أعمال السلطة التنفيذية المحصنة من رقابة القضاء بجميع صورها بحيث لا تكون محلاً للإلغاء أو التعويض أو حتى تفسيرها وفحص مشروعيتها، أو وقف تنفيذها، سواء كان ذلك في الأوقات العادية أم الإستثنائية، ولا يملك القضاء ازانها إلا الإعلان عن عدم اختصاصه بها حتى وإن كانت ماسة بحقوق وحریات الأفراد وهو ما جعلها بمثابة نقطة سوداء في مبدأ المشروعية. القضاء الإداري، محمد شبير، ص115.

1 القضاء الإداري، ماجد راغب الحلوي، ص45.

(2) الرقابة على أعمال الإدارة، فاروق خماس، ص52.

(3) القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية دراسة مقارنة - مصر والأردن، عبد علي الشخانة، رسالة ماجستير، ص121.

وقيل بأن أعمال السيادة هي " طائفة من أعمال السلطة التنفيذية تتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء وبجميع صورها أو مظاهرها سواء في ذلك رقابة الإلغاء ورقابة التعويض أو وقف التنفيذ أو فحص الشرعية"⁽¹⁾، وأعمال السيادة هي التي تصدر من الدولة وتتعلق بصميم سيادة الحكم التي تمس مصالح عليا للبلاد مستهدفة حماية الوطن وأمنه الداخلي ودفع الأخطار عن وحدته الوطنية وسلامه الإجتماعي.⁽²⁾

والحقيقة أن هذه الطائفة تشمل الجانب الأكبر من محاولات الفقه لتعريف أعمال السيادة، إلا أن هذه التعريفات لم توضح لنا المقصود بأعمال السيادة ولم تكشف لنا حقيقة هذه الأعمال، وكل ما بينته هو تعريف عمل السيادة بطريقة سلبية معتمدة على النتيجة المتحققة من اكتساب عمل ما لصفة السيادة وهي عدم خضوعه لرقابة القضاء.³

الطائفة الثانية: وذهب القضاء في تعريفه لأعمال السيادة إلى التركيز على الجهة التي تملك تكييف العمل والحكم على ما إذا كان يُعد من أعمال السيادة أم لا وهذه الجهة تتمثل في القضاء.

وعليه فتعرف هذه الطائفة عمل السيادة بأنه: ' كل عمل يقرر له القضاء الإداري هذه الصفة"⁴، هذا التعريف أيضاً قاصر عن تحديد ماهية أعمال السيادة، بل إنه لم يتعرض لطبيعة عمل السيادة وعناصره، وكل ما قام به هو التأكيد على أن القضاء هو الجهة المخولة بتكييف عمل السيادة⁵

وذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر لتعريف أعمال السيادة بقولها " بأنها الأعمال التي تتصل بالسياسة العليا للدولة والإجراءات التي تتخذها الحكومة بما لها من السلطة العليا للمحافظة على سياسة الدولة وكيانها في الداخل والخارج".⁽⁶⁾

ولقد أوضحت محكمة العدل العليا الأردنية مفهوم أعمال السيادة في حكم لها جاء فيه: "إن أعمال السيادة هي التي تتعلق بسياسة الدولة العليا، أو العلاقات الدولية والسياسية أو علاقات الحكومة بالسلطات الأخرى،

(1) القضاء الإداري مقارنة بالشريعة الإسلامية ، زكي النجار ، ص 109.

(2) الطعن رقم 3 لسنة 1 ق. دستورية جلسة 1986/3/24. نقلاً عن كتاب مبادئ محكمة النقض في القرارات والعقود والمنازعات الإدارية، إبراهيم احمد ص 15.

3 الاعمال المستبعدة من الطعن بالإلغاء رابط: http://www.droitArab.com/2013/01/blog-post_2064.html

4 صاحب هذا التعريف هو العميد الفرنسي هوريو (نقلاً عن: د. سليمان الطماوي - مرجع سبق ذكره - ص 135)

5 الاعمال المستبعدة من الطعن بالإلغاء رابط: http://www.droitArab.com/2013/01/blog-post_2064.html

(6) رقابة القضاء على أعمال الإدارة دراسة لأنظمة كل من أمريكا وفرنسا ومصر، ص 65.

ولا تشمل الإجراءات الإدارية كتغيير اسم وخاتم قرية أو دفتر وصولات، لأن هذه الأعمال هي في منتهي البساطة من الأعمال الإدارية".⁽¹⁾

كما أوضحت محكمة العدل العليا الأردنية في حكم لها صادر بتاريخ 1985/3/20، بقولها: "إن أعمال السيادة هي الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية بصفقتها سلطة حكم لا سلطة إدارة وذلك لتحقيق مصالح الدولة العليا السياسية والسهر على احترام الدستور والهيئات العامة ولتسيير علاقاتها مع الدول الأجنبية وصيانة أمنها الداخلي والخارجي، أما الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية بصفقتها سلطة إدارية وتمارسها في التطبيق اليومي للقوانين والإشراف على علاقات الأفراد بالإدارة المركزية أو الإدارات المحلية وعلاقات الهيئات الإدارية بعضها ببعض فتخرج عن مفهوم أعمال السيادة".⁽²⁾

ولقد عرّف القضاء الفلسطيني أعمال السيادة بقوله: "إن أعمال السيادة هي تلك الأعمال أو الإجراءات التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارية تباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظيم علاقاتها بالسلطات العامة الأخرى بصفقتها ممثلة لمصالح الدولة الرئيسية لتحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها والسهر على احترام دستورها وتسيير وهيئاتها العامة والإشراف على علاقاتها مع الدول الأجنبية، أما القرارات التي تصدر عنها تطبيقاً للقوانين والأنظمة وتعبيراً للمصالح الجارية للجمهور فهي عمر إداري وليس من أعمال السيادة وبالتالي يجوز الطعن بهذه القرارات أمام محكمة العدل العليا".³

وهذه التعريفات قاصرة عن إيضاح ماهية أعمال السيادة وذلك لاقتصارها على أهداف أعمال السيادة وابرز الجهة المخولة بإصدارها، دون التعرض لطبيعة أعمال السيادة وعناصرها.

(1) قرار رقم 1952/126م، مجلة نقابة المحامين، العدد2، السنة1. مشاره إليه: القضاء الإداري دراسة مقارنة عمر الشويكي، ج1/94.
(2) قرار محكمة العدل العليا رقم 91/11 بتاريخ 1991/9/11 - مجلة نقابة المحامين لعام 1992- ص1619، مشار إليه: القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو، ص90.

3 حكم محكمة العدل العليا برام الله رقم 1998/85 م في الجلسة رقم بتاريخ 1999/11/7. راجع : منظومة القضاء والتشريع في فلسطين " المقتفي" وهو عبارة عن الموسوعة الإلكترونية لأحكام القضاء الفلسطيني المقتفي" هو أول بنك معلومات قانوني، يحتوي على كافة الأحكام القضائية التي صدرت عن المحاكم العليا الفلسطينية منذ العام 1994 وحتى اليوم، وهذه المحاكم هي الإستئناف من العام 1994 وحتى العام 2001 باعتبارها محكمة عليا حتى تأسيس محكمة النقض في العام 2001، ومحكمتي النقض والعدل العليا من العام 2001 وحتى اليوم، وهو موقع يشرف عليه معهد الحقوق بجامعة بيرزيت بالتعاون مع المكتب الفني وموقع المقتفي على الرابط الآتي: <http://muqtafi.birzeit.edu>

الطائفة الثالثة: أظهرت الجانب السياسي المرتبط بهذه الأعمال، كما تركز على تحديد الحكمة من تحصين هذه الأعمال من رقابة القضاء وهي تعلقها بمصالح الدولة العليا.

ومن أمثلة هذه الطائفة تلك التي تعرف عمل السيادة على أنه 'العمل الذي تباشره الحكومة -بمقتضى سلطتها العليا -في سبيل تنظيم القضاء والإدارة والنظام السياسي والدفاع عن كيان الدولة وسلامتها في الداخل والخارج...،' أو كما عرفته محكمة القضاء الإداري في مصر بأنه: 'العمل الذي يتصل بالسيادة العليا للدولة والإجراءات التي تتخذها الحكومة بما لها من سلطان الحكم للمحافظة على سيادة الدولة وكيانها في الداخل والخارج'(1)

وذهب بعض الفقه للقول: "بأنها العمل الصادر من الهيئات العليا للسلطة التنفيذية والذي يسري فيه المشرع أو القضاء استثناء لمبدأ سيادة سلطات القانون بسبب طبيعته السياسية من جهة أو للصبغة السياسية للهيئة التي أصدرته من جهة أخرى".(2)

وما يميل إليه الباحث في تعريف أعمال السيادة أنها: "هي مجموعة من الأعمال والإجراءات التي تصدر عن سلطة الحكم " سلطة الدولة أو الحكومة" لا سلطة الإدارة، بخلفية سياسية، وتعلق بسيادة الدولة ومصالحها وسياساتها العليا وأمنها الداخلي والخارجي، وتصدر عن السلطة التنفيذية، وتتمتع بالحصانة من الرقابة القضائية بكافة صورها، وتخرج على مبدأ المشروعية فلا تخضع لرقابة المشروعية بصورة عامة، هادفةً منها الحفاظ على كيان الدولة.

الفرع الثاني

خصائص أعمال السيادة

تتميز أعمال السيادة بعدة خصائص نستخلصها من تعريف الباحث لأعمال السيادة وهذه الخصائص وهي كالتالي:

(1) الأعمال المستبعدة من الطعن بالإلغاء إدريس معطلا على موقع: <http://mag-not.blogspot.com/2010/01/blog-post.html>

(2) وذهب إلى هذا الرأي الأستاذ حافظ هويدي، مشار إليه: القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية دراسة مقارنة - مصر والأردن ، عبد علي الشخانة، رسالة ماجستير، ص121.

1- مجموعة من الإجراءات والأعمال:

بالضرورة لا بد أن يُعبر عن أعمال السيادة بأنها إجراءات وأعمال تصدرها عن السلطة التنفيذية وتكون هذه الإجراءات ليست إدارية بل هي إجراءات تُصدرها السلطة التنفيذية بصفتها سلطة حكم تصدر أعمالاً سيادية. وهذا ما أكد عليه الفقه حيث قال: "إن معيار التمييز بين أعمال السيادة وغيرها والتي تكون إما عملاً إدارياً أو حكومياً فالعمل الإداري ليس عملاً سياسياً بينما العمل الحكومي سيادي، فيستقل كل عمل عن الآخر وبالتالي تتحقق ضمانات الأفراد ضد تعسف جهة الإدارة".⁽¹⁾، وأعمال الحكومة هي أعمال سياسية تقوم بها السلطة التنفيذية وما يؤكد ذلك أن أهداف تبني مجلس الدولة لتحسين أعمال السلطة التنفيذية بعد الثورة الفرنسية كان مصلحة ذاتية من أعضاء المجلس وهو البقاء على وجود المجلس وتحقيق الإرادة السياسية لقيادة الثورة في عدم خضوع أعمالهم وقراراتهم للقضاء⁽²⁾.

2- تصدر عن الحكومة بصفتها سلطة حكم وليس سلطة إدارية:

أن السلطة التنفيذية لا تتولى الوظيفة الإدارية فحسب وهي الوظيفة التي تتصل بتنفيذ القوانين وحماية النظام العام وإشباع الحاجات العامة وإنما تمارس كذلك وظيفة أخرى هي الوظيفة الحكومية والتي ترتبط إما بعلاقة السلطة التنفيذية بغيرها من السلطات العامة كالسلطة التشريعية باعتبارها جمعياً أي السلطات العامة، سلطات متوازنة وتقف على قدم المساواة، بحيث لا تستطيع أن تفرض إحداهما إرادتها المنفردة على الأخرى، إلا إذا نص الدستور على خلاف ذلك وفي حدود ما ينص عليه.⁽³⁾

جاء في قرار لمحكمة العدل العليا الأردنية قولها "استقر الفقه الإداري وقضاء محكمة العدل العليا على أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال أو الإجراءات التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارية، تباشرها بصفتها ممثلة لمصالح الدولة وذلك لتنظيم علاقاتها بالسلطات العامة الأخرى...."⁽⁴⁾

(1) أعمال السيادة ببيان الإطلاق والتحديد، مسعودي حسين، ص4.

(2) ولقد جاء في قرار المحكمة الدستورية المصرية أنه: ((رغم تعذر وضع تعريف جامعة مانع لأعمال السيادة فإن أهم ما يميزها عن الأعمال الإدارية العادية هو تلك الصبغة السياسية البارزة فيها...)) جلسة 1971م. مشار إليه: أعمال السيادة والإختصاص القضائي، محمد واصل، ص388.

(3) القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص177.

(4) وقد ورد بدون رقم حكم ولا تاريخ الجلسة، مشار إليه: القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، فهد أبو العثم، ص113.

وقد أخذت محكمة العدل العليا في بعض قراراتها بهذا المعيار، ويبرز ذلك في قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية حيث قررت: "أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال أو الإجراءات التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارية، تباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظيم علاقاتها بالسلطات العامة الأخرى بصفتها ممثلة لمصالح الدولة الرئيسية لتحقيق مصلحة الجامعة السياسية كلها والسهر على احترام دستورها وتسيير هيئاتها العامة والإشراف على علاقاتها مع الدول الأجنبية أما القرارات التي تصدر عنها تطبيقاً للقوانين والأنظمة وتعبيراً للمصالح الجارية للجمهور فهي عمل إداري وليس من أعمال السيادة، وبالتالي يجوز الطعن بهذه القرارات أمام محكمة العدل العليا"¹

3- تختص بسيادة الدولة ومصالحها وسياساتها العليا وأمنها الداخلي والخارجي والسلطات العامة ببعضها البعض وعلاقاتها الدولية:

إن أعمال السيادة تصدر غالباً مراعاة لمصالح الدولة العليا، والتي قد تتعدد من ناحية المضمون، فمن مصالح المجتمع أو الأمة الحفاظ على هويته الدينية والفكرية والثقافية والأخلاقية.... الخ، كما تنشأ أعمال السيادة للحفاظ على أمن الدولة الداخلي والخارجي في الأوقات التي قد تكون خطرة، كما وجدت نظرية أعمال السيادة مراعاة لمصالح المجتمع العامة وللحفاظ على كينونته.⁽²⁾

إن نظرية أعمال السيادة كانت وليدة الحاجة ومقتضيات العمل حيث يكون لبعض الأعمال التي تقوم بها الدولة أهمية خاصة فانه من مصلحة الوطن ألا تُعرض مثل هذه القضايا على القضاة كما انه قد لا يكون من مصلحة الحكومة عرضها على الجمهور⁽³⁾، فقد تكون مصلحة الدولة في بقاء بعض القضايا سرية ولذلك حتى تحقق مرادها وهدفها والنتيجة المرجوة منها.

وقد ذهبت قرارات المحاكم المصرية إلى: "أن التدابير الخاصة بالأمن من الداخلي والخارجي للدولة التي تُعتبر من أعمال السيادة طبقاً للمادة السادسة من قانون إنشاء مجلس الدولة يحرم تبعاً لذلك على محكمة القضاء الإداري التعرض لها هي تلك الإجراءات التي تتخذها الحكومة بموجب سلطتها العليا في حفظ

1 قرار محكمة العدل العليا برام الله في القضية رقم 1998/85 ، جلسة 1999/11/7 ، موسوعة المقتفي الإلكترونية، مرجع سابق (2) جاء في قرار للمحكمة الدستورية العليا في مصر أن ((إن 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 لمصالح الوطن وسلامته دون تخويل القضاء سلطة التعقيب في هذا الصدد لأن ذلك يقتضي توافر معلومات وعناصر وموازن تقدير لا تتاح للقضاء فضلاً عن عدم ملاءمة طرح هذه المسائل علناً في ساحات القضاء)) جلسة 1977/2/5 الدستورية ج 2 . انظر/ أعمال السيادة والإختصاص القضائي، محمد واصل، ص386.

(3) أعمال السيادة ببيان الإطلاق والتحديد، مسعودي حسين، ص7.

الأمن واستتبابه ورده إلى نصابه أم تلك التي تتخذها تطبيقاً لنصوص القوانين واللوائح ومباشرة لتفاصيل سلطتها في هذه الشأن فهي من القرارات الإدارية العادية التي تخضع لرقابة القضاء الإداري إلغاءً وتعويضاً⁽¹⁾

كما أن الأعمال التي لا تتصل بعلاقات السلطات العامة ببعضها أو بالعلاقات الدولية - رغم أن بعض الفقهاء يحاول اعتبارها من أعمال الحكومة - تخرج في الواقع من عداد هذه الأعمال، فإذا كان القضاء قد اتجه إلى الإبقاء على بعضها وإخراجها من نطاق اختصاصه، فإن أساس عدم الإختصاص في هذا الحالات لم يعد مرتبطاً بفكرة الأعمال الحكومية للسلطة التنفيذية، وإنما بأفكار أخرى ومثال ذلك قرارات العفو التي يصدرها رئيس الدولة أو رئيس السلطة التنفيذية، فهذه القرارات لم تعد من الأعمال القضائية وتخرج بالتالي من نطاق اختصاص القضاء الإداري بنظر مشروعية أعمال الإدارة.⁽²⁾

4- تصدر عن السلطة التنفيذية بالدولة:

إن أعمال الحكومة أو السيادة تُعتبر أعمالاً إدارية، وتُعتبر أداة ووسيلة في يد السلطة للقيام بتصرفات وأعمال قد تكون استبدادية وغير مشروعية وخاصة في مجال الحريات العامة، فباسم أعمال السيادة تتعدى السلطة العامة " السلطة التنفيذية " على مبدأ سيادة القانون وهي آمنة مطمئنة لا تخشى فضول القضاء وتصديه لهذه الأعمال، بالفحص لأنه لا يملك الرقابة عليها.⁽³⁾

لا يمكن أن تصدر أعمال السيادة إلا من السلطة التنفيذية، لأنها الجهة المنوط بها والمختصة بممارسة الوظيفة الإدارية إما عن طريق تنفيذ القوانين أو عن طريق الضبط الإداري أو المرافق العامة، وتبعاً لذلك لا يمكن تعريف أعمال السيادة دون نسبتها واتصالها بالسلطة التنفيذية، ولذلك نستبعد كل ما لا يتصل بالسلطة التنفيذية-عضوياً أو شكلياً من مجال الإدارة والعمل الإداري-من مجال أعمال السيادة، وعليه يخرج نشاط للسلطتين التشريعية والقضائية عن مدلول الإدارة.⁽⁴⁾

(1) الدعوى رقم 252 لسنة 1 ق جلسة 13/4/1948 س2 ص514، نقلاً من الخصومة الإدارية، عبد الحكم فودة، ص36.

(2) القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص185.

(3) رقابة القضاء على أعمال الإدارة دراسة لأنظمة كل من أمريكا وفرنسا ومصر، السيد هيكل، ص64.

(4) راجع/ القضاء الإداري ، سامي جمال الدين، ص200.

5- تتمتع أعمال السيادة بحصانة وتخرج عن ولاية القضاء والرقابة:

إن أعمال السيادة لا تخضع لأية رقابة قضائية سواء من جانب القضاء العادي أو من جانب القضاء الإداري، فهذه الأعمال لا تكون في الواقع محلاً للإلغاء أو تعويض أو وقف تنفيذ أو فحص مشروعيتها، ومن ثم يقف القضاء أمامها عاجزاً معلناً فقط عدم اختصاصه بنظرها حتى ولو كانت تمس حقوق الأفراد وحررياتهم، وهكذا يمكن القول إن أعمال السيادة تشكل على عكس كل من نظرية السلطة التقديرية ونظرية الظروف الإستثنائية استثناءً حقيقياً وخروجاً صريحاً على مبدأ المشروعية ولهذا فقد وُصفت بأنها النقطة السوداء في جبين هذا المبدأ.⁽¹⁾

6- نظرية أعمال السيادة نظرية بمصطلح فضفاض ومرن:

هذه النظرية فضفاضة في معانيها، مما يجعل أمرها يحتمل ويتحمل قرارات قد لا تكون بحق من صميم أعمال السيادة، ولقد لجأ مجلس الدولة الفرنسي للتوسع في هذه النظرية عندما لجأ لتحقيق أهدافه من الثورة معتمداً المعيار السياسي للوصول إلى مراده في اقضاء معارضي الثورة الفرنسية والقضاء على مراكز القوة والنفوذ عندهم، ثم كيف بدأت هذه النظرية في الضيق بعدما واجهت انتقادات كبيرة من الفقهاء الفرنسيين، كما أن أي ارتكازات لمبادئ حكومية تكون أفاضها ومعانيها فضفاضة دون قانون يصدر من السلطة التشريعية واضح المعاني، مقيد بضوابط وله تفسير من السلطة التشريعية تجعل من هذه النظرية أداة طيعة في يد السلطة التنفيذية تستخدمها وقتما شاءت من أجل البطش في خصومها ومعارضيهما بحجة المصلحة العامة وتحت غطاء أن هذه القرارات هي من أعمال السيادة التي لا يجوز الطعن فيها ناهيك عن أن تعرض على القضاء من باب أولى، كما تجعل المجتمع تحت رحمة السلطة التنفيذية، فعندما نضع المصلحة العامة هي معيار هذه النظرية فإن المصلحة أمر نسبي يختلف تفسيره من شخص لآخر، ومن

(1) الرقابة على أداء الجهاز الإداري دراسة علمية وعملية في النظم الوضعية والإسلامية، رمضان بطيخ، ص127. وما دام المشرع قد اعتبر القرار الجمهوري (رقم 31 لسنة 1963) الصادر بإجالة الموظف إلى المعاش أو الاستيداع أو بفصله بغير الطريق التأديبي من قبيل أعمال السيادة، فإن مقتضى ذلك هو عدم اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري بنظر الطلبات المتعلقة بذه الأعمال الغاء كان موضوعها أو تعويضاً لأن تعرض القضاء للنظر في طلب التعويض عن أعمال السيادة فيه استباحة لمناقشة هذه الأعمال التي أراد المشرع جعلها بمنأى عن أية رقابة قضائية ولا يغير هذا الحكم فيما يتعلق بالتعويض كون التضامن الإجتماعي أساساً للمجتمع كفكرة فلسفية عامة لا تمس ما تخصص بالنص ولا تنشئ قاعدة على خلاف الأصل في المسؤولية لم يرد في شأنها نص خاص يقررها. القضاء الإداري دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، زكي محمد النجار، ص125.

فقيه قانوني لآخر، ومن وقت إلى وقت آخر، كل ذلك يجعل من هذه النظرية أمراً مرناً يسهل استغلالها من السلطة التنفيذية لتحسين قراراتها.

7- مصدرها سياسي:

إن أعمال السيادة أو أعمال الحكومة ذات الطابع السياسي في بداية نشأتها في فرنسا على خلاف مصر، وهي تُشكل استثناءً حقيقي على رقابة المشروعية، وثغرة في صرحه، وبذلك فهي تختلف عن أعمال الإدارة الصادرة بالإستناد لنظرية السلطة التقديرية أو في الأوقات الإستثنائية لأن الأخيرة وإن كانت تخفف من حدة مبدأ المشروعية إلا أنها لا تتجاهله في نهاية المطاف، بينما أعمال السيادة فهي تخرج عن نطاقه ولا تخضع له كلياً⁽¹⁾

وجاء في قرار للمحكمة الدستورية العليا في مصر: "إن 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 في هذا الصدد؛ لأن ذلك يقتضي توافر معلومات وعناصر وموازن تقدير لا تتاح للقضاء فضلاً عن عدم ملاءمة طرح هذه المسائل علناً في ساحات القضاء"⁽²⁾

8- إن أعمال السيادة قد تخالف مبدأ المشروعية:

إن أعمال السيادة تمثل خروجاً صريحاً عن مبدأ المشروعية وتجاهلاً لأحكامه لأن السلطة التنفيذية تستطيع استغلال فكرة أعمال السيادة وتقوم بتصرفات تُسبغ عليها هذه الصفة وبالتالي تخرج عن القواعد القانونية التي يتضمنها مبدأ المشروعية ولا يكون للقضاء بصدده هذه الأعمال حق التعقيب عليها إذ تخرج عن ولايته فلا تقبل الطعون المقدمة ضدها ولا طلبات التعويض عن الأضرار التي تحدثها ولا يملك القضاء حيالها سلطة الإلغاء أو التعويض⁽³⁾. وتُعتبر نظرية أعمال السيادة أخطر استثناء على مبدأ المشروعية⁽⁴⁾، حيث يضع المشرع بموجبها سلاحاً خطيراً بيد السلطة التنفيذية في مواجهة حقوق وحرقات الأفراد، ويُصبح القاضي

(1) القضاء الإداري، محمد شبير، ص114.

(2) جلسة 5/2/1977 الدستورية ج2 انظر انظر أعمال السيادة والإختصاص القضائي، محمد واصل، ص386.

(3) أعمال السيادة ببيان الإطلاق والتحديد، مسعودي حسين، ص2.

(4) القضاء الإداري، عبد الغني عبد الله، ص55.

الإداري مكتوف الأيدي حيال وجود النص التشريعي الملزم له بعدم التعرض لأعمال السيادة بأي صورة من صور الرقابة القضائية، الإلغاء، التعويض، فحص المشروعية، أو رقابة التفسير⁽¹⁾.

9- تهدف أعمال السيادة الحفاظ على كيان الدولة:

الهدف منها الحفاظ على السلم والأمن الاجتماعي والصحة العامة وهي في الحقيقة أكثر دلالة من هذا التعريف وأكثر شمولاً.⁽²⁾

وإن أعمال السيادة هي التي تصدر من الدولة وتتعلق بصميم سيادة الحكم التي تَمَسُّ مصالح عليا للبلاد مستهدفةً حماية الوطن وأمنه الداخلي ودفع الأخطار عن وحدته الوطنية وسلامه الاجتماعي.⁽³⁾

وقد قرر مجلس الدولة ذاته لبعض الأعمال التي تباشرها السلطة التنفيذية سواء في مجال العلاقات الدولية أو في مجال الشؤون الداخلية أهمية خاصة، وجعل من المصلحة ألا تُعرض مثل هذه الأعمال على القضاء بما يستلزمه من علنية وتحقيقات، خاصة أن الحكومة قد يكون لديها من الأسباب ما تقتضي مصلحة الدولة⁽⁴⁾

(1) القضاء الإداري، نواف كنعان، ص61.

(2) أعمال السيادة ببيان الإطلاق والتحديد، مسعودي حسين، ص4. من واجبات الإدارة والسلطة التنفيذية هو المحافظة على الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة وقد أضاف بعض الفقه إليها الأخلاق العامة .

(3) العطن رقم 3 لسنة 1 ق. دستورية جلسة 1986/3/24. مشار إليه: مبادئ محكمة النقض في القرارات والعقود والمنازعات الإدارية، إبراهيم أحمد، ص15.

(4) الرقابة على أداء الجهاز الإداري دراسة علمية وعملية في التنظيم الوضعية والإسلامية، رمضان بطيخ، ص130.

المطلب الثاني

نشأة أعمال السيادة ومبرراتها

إن نشأة نظرية أعمال السيادة في النظام القانوني كان وليد القضاء في فرنسا حيث ترجع أصوله لمجلس الدولة الفرنسي مبرراً هذه النظرية بالحاجة الملحة لبقاء وجوده في وضع غير مستقر سياسياً خاصة بعد الثورة¹، ويتناول الباحث في هذا المطلب نشأة أعمال السيادة والمبررات التي تدفع السلطة للأخذ بنظرية أعمال السيادة وسنقسم الحديث فيها إلى فرعين:

- الفرع الأول: أساس ونشأة أعمال السيادة
- الفرع الثاني: مبررات العمل بنظرية أعمال السيادة

الفرع الأول

أساس ونشأة أعمال السيادة

لقد اختلف الفقه في تحديد أساس ونشأة أعمال السيادة وقد أدلى كل من الكُتاب والفقهاء القانونيون برأيه على تعدد منهم للأساس الذي ارتكزت عليه هذه النظرية والسؤال الذي يجب الإجابة عليه هل مصدر أعمال السيادة قضائي أم تشريعي؟

فقد زعم جانب من الفقه بأن أساس هذه النظرية هو قضائي مستندين إلى القول بأن أعمال الحكومة أو أعمال السيادة هي من ابتداء القضاء الإداري في فرنسا، ولذلك توصف هذه النظرية بأنها قضائية حيث أنشأها مجلس الدولة الفرنسي في النصف الأول من القرن التاسع عشر بهدف عدم الاصطدام بنظام الحكم القائم في ذلك الوقت والذي كان يتجه إلى إلغاء نظام القضاء الإداري برمته لربيته فيه ، مما دفع مجلس الدولة الى انتهاج سياسة قضائية مرنة وحكيمة في علاقته بالدولة⁽²⁾، والذي عرف يتخطى الحاجز

1 القضاء الإداري في فلسطين، محمد شبير، ص116.

(2) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، ص180.

ولم يجرؤ على إلغاء بعض الأعمال التي صدرت عن الحكومة حفاظاً على استمراريتها وبقائه⁽¹⁾، فأخذ بهذه النظرية وبمقتضاها يتم تحصين جانب من أعمال الإدارة من الرقابة القضائية على مشروعية الأعمال الإدارية بحيث تكون بمنأى عن الإلغاء أو التعرض ورغم زوال هذه الإعتبارات التاريخية، فقد استمرت النظرية قائمة حتى اليوم لاعتبارات أخرى.⁽²⁾

فعندما قامت الثورة الفرنسية عام 1789م قضت على النظام الملكي المُطلق وأعلن رجال الثورة تمسكهم بمبدأ الفصل بين السلطات، كي يتفادوا بذلك تركيز السلطة في قبضة يد واحدة، لما يُفضي إليه ذلك عادة من الإستبداد والتحكم والإفتئات على حقوق الأفراد وحررياتهم، على أن رجال الثورة فسروا مبدأ الفصل بين السلطات تفسيراً خاصاً بخلاف المعنى الحقيقي الذي وضعه من نادوا بهذا المذهب، فمفهوم الفصل بين السلطات الذي نادى وصاغه "منتسكيو"⁽³⁾، ومبدأ فصل السلطات، في تفسيره السليم هو قاعدة من قواعد فن السياسة، ومبدأ تُلميه الحكمة السياسية، لكي تسير مصالح الدولة سيراً حسناً وحتى تضمن الحريات الفردية، ونحول دون استبداد الحُكام، فإنه من اللازم ألا تُركز السلطات كلها في هيئة واحدة، ولو كانت هيئة نيابية تعمل باسم الشعب، فجوهر مبدأ فصل السلطات يتلخص في دعامين هما:⁽⁴⁾

الأولى تقسيم وظائف الدولة إلى ثلاث وظائف هي الوظيفة التشريعية والتنفيذية والقضائية.

الثانية: عدم تجميع هذه الوظائف الثلاث في هيئة واحدة على أن تقل القاعدة يتجلى في هذا الشق الثاني الذي أبرزه مونتسكيو، فاستحق أن ينسب المبدأ إليه، وبهذا المعنى لا يعد مبدأ فصل السلطات فكرة قانونية مثل سيادة الأمة، ولكنه مجرد قاعدة من قواعد الفن السياسي كما ذكرنا.

"غير أن الثوار قد ذهبوا في تفسيرهم للمبدأ المذكور خلافاً لما ذهب إليه "منتسكيو" فقد ذهب الثوار إلى جعل المراد منه منع السلطة الإدارية من التدخل في أعمال القضاء، وكذا منع المحاكم من التعرض لأعمال

(1) الوسيط في قضاء الإلغاء دراسة مقارنة مدعمة بتطبيقات قضائية حديثة في كل من الجزائر وفرنسا وتونس ومصر، عمار بوضياف، ص52.

(2) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، ص180.

(3) ارتبط اسم مبدأ فصل السلطات باسم الفيلسوف الفرنسي مونتسكيو، الذي شرح مبدأ فصل السلطات، وأبرز خصائصه وأوضح معناه في مؤلفه المشهور "روح القوانين" الذي ترك أثراً بارزاً في الفلسفة السياسية للثورة الفرنسية وأول ما يلاحظ في هذا الخصوص، أن مونتسكيو لم يكن أول من قال بهذا المبدأ، ولكن دوره الأساسي ينحصر في توضيح المبدأ وشرحه، وتدعيمه، مما انتهى بارتباط المبدأ بإسمه. السلطات الثلاثة في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، سلمان الطماوي، ص451.

(4) السلطات الثلاثة في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، سلمان الطماوي، ص451.

الإدارة، لأن إخضاع المنازعات الإدارية لرقابة القضاء يُشكل إهداراً لمبدأ الفصل بين السلطات لما ينطوي عليه من اعتداء على الاستقلال الذي يجب أن يتوافر للسلطة الإدارية وفروعها المختلفة".⁽¹⁾

فأنشأت الثورة محاكم جديدة بديلة عن المحاكم القديمة التي كانت متهمة بالفساد والتدخل المستمر في شؤون الإدارة، فضلاً عن الإستبداد، فأصدرت الجمعية التأسيسية القانون رقم 16-24 أغسطس سنة 1790م والذي نص في المادة رقم 13 على استقلال الوظائف القضائية وأن القضاة لا يستطيعون عرقلة الأعمال الإدارية، ومن ثم تقرر مبدأ الفصل بين الهيئة القضائية والهيئة الإدارية ومنع القضاء من التدخل في شؤون الإدارة.⁽²⁾

وبناءً عليه فقد قام رجال الثورة بعد عام 1789م على منع القضاء من التدخل في منازعات الإدارة بسبب المواقف التي كان يحملها رجال الثورة ضد القضاء واستندوا في ذلك لمبدأ الفصل بين السلطات فضلاً عن أن هذا المبدأ يقضي بالألا يتدخل القضاء في عمل الإدارة وفق فهمهم في ذلك الوقت، وعليه كان القضاء ممنوعاً من التدخل في الأعمال الإدارية وسميت هذه المرحلة بالإدارة القاضية حيث كانت الإدارة وحدها تفصل في المنازعات التي تنشأ بينها وبين الأفراد أي اجتماع صفة الخصم والحكم في شخص واحد وهذه مخالفة لمبادئ القانون العامة، لهذا لم تظهر نظرية أعمال السيادة في هذه المرحلة، والقاعدة السائدة بذلك الوقت هو عدم مسؤولية الإدارة عن أعمالها.⁽³⁾

واستمرت الثورة على ذلك حتى اعتلى نابليون سدة الحكم مُكملاً مسيرة الثورة إلى أن تحول حُكمه إلى حُكم ملكي بعد أن بسط سيطرته على أجزاء واسعة من أوروبا وأصبح بحق أول امبراطور لفرنسا.

ولقد كان لنابليون بونابرت الفضل في انشاء مجلس الدولة الفرنسي الذي خرجت نظرية أعمال السيادة في القانون الوضعي من تحت عباءته⁽⁴⁾، ولقد نشأ المجلس في أحضان الإمبراطورية الفرنسية الأولى⁽⁵⁾، ونشأ مجلس الدولة في فرنسا دون أن يكون له سلطة البت نهائياً في الموضوعات التي يقوم بالنظر فيها، وكان

(1) أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، صلاح عبد العليم، ص20-21.

(2) وسيط القضاء الإداري، أنور رسلان، ص228.

(3) حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة تطبيقية، محمد العتيبي، ص56.

(4) راجع/ القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديد رقم 3 لسنة 2016، هاني غانم، ص121.

(5) الوسيط في قضاء الإلغاء دراسة مقارنة مدعمة بتطبيقات قضائية حديثة في كل من الجزائر وفرنسا وتونس ومصر، عمار بوضياف، ص56.

كل ما يملكه مجرد تقديم مقترحات لرئيس الحكومة الذي يملك حق قبولها أو رفضها⁽¹⁾. إلى أن توسعت صلاحياته.

أثر سقوط إمبراطورية " نابليون بوناپرت " وبعد عودة الملكية مرة أخرى في فرنسا، وجاءت ملكية يوليو بعهد جديد⁽²⁾ سنة 1815م، كان من الطبيعي أن تنتظر تلك الملكية إلى هذا المجلس نظرة شك وريبة⁽³⁾، وبالفعل وبدأ النظام الملكي الجديد ينظر بعدم ارتياح ورضا إلى وجود مجلس الدولة الفرنسي⁽⁴⁾، لأنه من صنع نابليون عدوها اللدود، وظهرت النية في أن تقوم الحكومة بإلغاء المجلس⁽⁵⁾، فسقوط نابليون وعودة الملكية الثانية، جعل مجلس الدولة يخشى من أن تجلّه الملكية باعتباره ثمرة من ثمرات غريمها الإمبراطور السابق⁽⁶⁾

وأصبح مجلس الدولة في وضع لا يُحسد عليه، فقد تعين عليه الإختيار بين أحد خيارين، فإما أن يقرر مواجهة السلطة التنفيذية وتحديها برقابة جميع أعمالها، وإما مجاملتها ومهادنتها باستبعاد بعض أعمالها من

(1) رقابة القضاء على أعمال الإدارة دراسة لأنظمة كل من أمريكا وفرنسا ومصر، السيد هيكل، ص66. وفي النظام السعودي بعد انشاء المملكة الحديثة المعروفة باسم المملكة العربية السعودية فقبل عام 1374هـ عُرفت هذه المرحلة بمرحلة الإدارة القاضية، لان الإدارة كانت بنفسها تقضي في المنازعات التي تنشأ بينها وبين الأفراد، ففي بادئ الأمر أنشأ الملك عبد العزيز صندوقاً أسماه صندوق الشكاوى قدم فيه الناس شكاواهم ضد العاملين في الدولة وغيرهم وكانت تعالج هذه الشكاوى من قبل الملك أو من ينوب عنه، وفي عام 1373هـ صدر نظام شعب مجلس الوزراء وقضى في المادة السابعة عشر منه على تشكيل إدارة عامة بديوان مجلس الوزراء باسم ديوان المظالم، يُشرف عليها رئيس يعين بأمر ملكي وهو مسؤول أمام الملك وكانت هذه الإدارة تعمل ضمن سكرتارية رئيس مجلس الوزراء، لتمارس اختصاصها المحدد في المادة الثامنة عشر من نظام شعب مجلس الوزراء، والمتمثل في قبول جميع الشكاوى المقدمة إليها وتسجيلها، ثم التحقق في كل شكوى قدمت لها أو أحيلت إليها، وإعداد تقرير عنها مشفوع بالإجراءات المقترحة اتخاذها بشأنها ورفع التقرير المذكور إلى جلالة الملك، وفي سبيل تحقيق مهامه الأساسية منحت المادة الحادية والعشرون من النظام المذكور لرئيس الديان وموظفيه حق البحث والتعقيب وسؤال الوزارات والمصالح الحكومية، واستدعاء الموظفين المسؤولين والتحقيق معهم بعد اخطار الوزير المعني، ولم يكون للديوان في هذه المرحلة أي صفة قضائية تتطلب استقلال عن الإدارة الحكومية وكان دوره فقط ينحصر في تلقي الشكاوى ومتابعتها والتحقق فيها وكتابة التقارير عنها، واقتراح الحلول المناسبة لها دون تحديد لطبيعة تلك الشكاوى أو الموجهة ضده، وفي عام 1402هـ بدأت مرحلة القضاء الإداري المستقل بصدر نظام ديوان المظالم بالمرسوم الملكي رقم (م/51) بتاريخ 1402/7/17هـ، حيث تنص المادة الأولى منه بأن الديوان جهة قضاء اداري مستقل يرتبط بالملك، وقبل هذه المرحلة وقبل صدور نظام ديوان المظالم عام 1402هـ، الذي جعل القضاء الإداري قضاءً مستقلاً لم يعرف القانون السعودي نظرية أعمال السيادة كقيد يمنع المحاكم من النظر موضوعاً ف المنازعات الإدارية التي تندرج في مفهوم أعمال السيادة. نظرية أعمال السيادة دراسة تحليلية في ضوء قضاء ديوان الظالم في المملكة العربية السعودية، أيوب بن منصور الجربوع، ص13-14.

(2) رقابة القضاء على أعمال الإدارة دراسة لأنظمة كل من أمريكا وفرنسا ومصر، السيد هيكل، ص66.

(3) المسؤولية الإدارية للإدارة عن الأعمال الحكومية، بلعود صبرينة وأزاموم خليصة، ص7.

(4) القضاء الإداري وقضاء المظالم، إعاد القيسي، ص65.

(5) رقابة القضاء على أعمال الإدارة دراسة لأنظمة كل من أمريكا وفرنسا ومصر، السيد هيكل، ص66.

(6) الرقابة على أعمال الإدارة، فاروق خماس، ص53.

ميدان الرقابة، فاختار هذا الحل الأخير بالنظر للنتائج والآثار الجسمية التي سوف تنجم عن اختيار الحل الأول⁽¹⁾، ولذلك فقد حرص على ألا يصطدم بتلك الملكية، وأن يعمل على انقضاء شرها، بل وعلى كسب ودها وثقتها، وتحقيقاً لذلك فقد تنازل طواعية ومختاراً عن رقابة كثير من أعمال الحكومة أو السلطة التنفيذية، مقررراً أن هذه الأعمال لا يجب أن تخضع- لما يحيط بها من اعتبارات خاصة- لأية رقابة قضائية إلغاء أو تعويضاً وأطلق على هذه الأعمال اسم (أعمال السيادة أو الحكومة) وجعل من سماتها أن الحكومة تتمتع في خصوصها بحصانة مطلقة ضد أية رقابة قضائية، وهكذا استطاع مجلس الدولة الفرنسي عن طريق هذه الفلسفة أن يحافظ على نفسه وأن يقطع دابر كل شك تجاهه ولكنه أوجد في ذات الوقت النظرية التي نحن بصدددها وهي نظرية أعمال السيادة.⁽²⁾، فقد اعتقد القضاء الإداري أن مقتضيات مبدأ المشروعية ذاته تستلزم استبعاد بعض الأعمال من ميدان الرقابة القضائية التي أطلق عليها تسمية أعمال الحكومة بدلاً من إلغائه كلياً وزوال رقابته القضائية، بالتالي عن جميع أعمال السلطة التنفيذية هكذا اختار مجلس الدولة أخف الضررين⁽³⁾، ومن المؤكد أنه لو تصدى مجلس الدولة الفرنسي لكل الأعمال الصادرة عن إدارة الثورة خاصة في قمة هرمها وأخضعها إلى رقابته دون تمييز من حيث مضمونها وأبعادها لأدى ذلك حتماً إلى زواله خاصة وأن السلطة في ذات البلد أقدمت على إلغاء البرلمانات القضائية بعد أن أدركت خطورتها، من أجل ذلك حاول مجلس الدولة الفرنسي بإبداعه لفكرة أعمال السيادة تجنب الخوض في بعض الأعمال الصادرة عن الجهات الإدارية العليا والتي تنطوي على مظهر مميز غير متوفر بالنسبة لبقية الأعمال ولما لها من صلة بالأعمال السياسية أو ما يسمى بالسياسة الداخلية العليا للدولة، إذ التسليم بدور مجلس الدولة في مجال الرقابة على هذا النوع من الأعمال يعني الاعتراف له بالدور السياسي وهذا الأمر يؤدي بالضرورة إلى خروج جهاز القضاء عن المهام الموكلة له⁽⁴⁾، فكان أن عمّل مجلس الدولة على تحصين قسم من أعمال السلطة التنفيذية من مراقبة القضاء لمشروعيتها حفاظاً على جوده وبقائه⁽⁵⁾

وهكذا حرص مجلس الدولة الفرنسي على عدم قبول الطعون التي تقدم في قرارات يعلم المجلس أن الحكام الجدد يتمسكون بها كل التمسك لتعلقها بنظام حكمهم مقابل فدية بسيطة هي ألا يراقب أعمال السيادة، وقد

(1) موسوعة القضاء الإداري، علي شطناوي، ج1/84.

(2) مبدأ المشروعية وضمانات احترامه، رمضان بطيخ، ص205.

(3) موسوعة القضاء الإداري، علي شطناوي، ج1/84.

(4) الوسيط في قضاء الإلغاء دراسة مقارنة مدعمة بتطبيقات قضائية حديثة في كل من الجزائر وفرنسا وتونس ومصر، عمار بوضياف، ص52.

(5) الرقابة على أعمال الإدارة، فاروق خماس، ص53.

نجحت هذه السياسة واستقرت أقدام المجلس، وكلما ثبتت أقدامه واطمأن إلى أن وجوده قد أضحى متغلغلاً في ضمير الشعب اعاد النظر في مسألة أعمال السيادة وبدأ يضيق من نطاقها، ولكنه لم يبلغها حتى اليوم.⁽¹⁾

بينما ينظر البعض إلى أن أساس وجود هذه النظرية تشريعي وليس قضائي، بمعنى أنه أساس تشريعي يرجع إلى نصوص القانون التي تحظر صراحة النظر في هذه الأعمال بما يفيد تحصينها من رقابة القضاء، أو من خلال تفسير النصوص والقواعد التشريعية المنظمة لإختصاص جهات القضاء ومن ثم فإنه في حالة غياب مثل هذه النصوص يكون لجهات القضاء بحسب تكييفها لطبيعة المسألة محل النزاع أن تراقب هذه الأعمال وتفحص مشروعيتها وتقضي ببطلانها إن كانت مخالفة للقواعد القانونية التي تلوها.⁽²⁾

فقد يتدخل المشرع بنصوص صريحة لمنع المحاكم من النظر في منازعات تتصل ببعض الأعمال الحكومية أو السيادية، وقد يكفي في هذا الشأن بقواعد تحديد الإختصاص القضائي لجهات القضاء المختلفة.

وفي فرنسا وإن لم يوجد نص تشريعي صريح يشير إلى أعمال السيادة كما أن أحكام المحاكم لم تستعمل اصطلاح أعمال السيادة أو أعمال الحكومة، لذلك فهي في فرنسا مجرد نظرية مستمدة من أحكام القضاء⁽³⁾، إلا أن البعض حاول الإستناد إلى النصوص التشريعية في فرنسا لتأسيس عدم خضوع أعمال الحكومة لرقابة القضاء⁽⁴⁾ _ غير أن بعض الفقه يرى بأن المشرع عرض النظرية بصورة غير مباشرة⁽⁵⁾ _ في المادة 47 من القانون الصادر في 3 مارس 1849 وكذلك المادة 26 من قانون 24 مايو 1872⁽⁶⁾ بشأن تنظيم اختصاصات مجلس الدولة أساساً تشريعياً صالحاً لنظرية أعمال الحكومة وتقضي هذه النصوص بأن " للوزراء الحق في أن يرفعوا إلى محكمة تنازع الإختصاص القضايا المرفوعة أمام مجلس الدولة والتي لا تختص المحاكم الإدارية بنظرها".⁽⁷⁾

وفي مصر ورد النص على أعمال السيادة لأول مرة في المادة 11 من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة عند تعديلها سنة 1900م، كما نصت عليها المادة 15 من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية عند تعديلها سنة

(1) القضاء الإداري ومجلس الدولة قضاء الإلغاء، مصطفى فهمي، ص 402.

(2) القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص 179.

(3) القضاء الإداري مبدأ المشروعية، عدنان عمرو، ص 87-88.

(4) القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص 181-182.

(5) القضاء الإداري مبدأ المشروعية، عدنان عمرو، ص 87-88.

(6) ووردت في كتاب عدنان عمرو في 24 مايو لعام 1873م

(7) القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص 181-182.

1937 وقرر النصاب منع المحاكم من التعرض لأعمال السيادة، ثم توالى النص على هذا الحظر في قوانين تنظيم السلطة القضائية المتعاقبة⁽¹⁾

حيث نظم المشرع المصري أعمال السيادة وأعفاها من الرقابة القضائية سواء رقابة مجلس الدولة أم رقابة القضاء العادي حيث تنص المادة 11 من قانون مجلس الدولة المصري الحالي رقم 47 سنة 1972 على أنه: " لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة"

كما تنص المادة 17 من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972م على أنه: " ليس للمحاكم أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة ولها دون أن تؤول الأمر الإداري أو توقف تنفيذه أن تفصل: 1- في المنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الأفراد والحكومة أو الهيئات العامة بشأن عقار أو منقول عدا الحالات التي ينص فيها القانون على غير ذلك. 2- كل المسائل الأخرى التي يخولها القانون حق النظر فيها.

كما أن قضاء المحكمتين _الدستورية العليا والمحكمة العليا _ في مصر جريا على الأخذ بنظرية أعمال السيادة على سند من القول بأن النظرية أساسها قضائي وليس تشريعي ومن ثم يمتد سريانها إلى القضاء الدستوري، بزعم أن هذه النظرية قد استقرت في نظامنا القضائي وبموجبها فإن أعمال السيادة هي أعمال " لا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً لدعوى قضائية، مما يؤدي حتماً إلى إفلات هذه الأعمال من رقابة جميع الجهات القضائية في مصر على مشروعيتها"⁽²⁾.

وقد ذهب البعض إلى أن هناك أساساً آخر وهو سياسي: حيث ذهب الفقيه بول دويز Payl Duez إلى أن أعمال السيادة مثلها مثل غيرها من الأعمال الإدارية تخضع في الأصل للرقابة القضائية، ولكن نتيجة لأسباب خاصة بظروف صدور هذه الأعمال وهي الأسباب السياسية فإن القضاء يمتنع عن النظر فيها.⁽³⁾

كما ذهب البعض إلى أن مصلحة الدولة هو الأساس الذي جعل هذه النظرية ترى النور وتخرج إلى الوجود والواقع: ففي الواقع العملي من الصعب على الدول عرض جميع أعمالها على القانون لأن ذلك قد يؤثر على استقرار الدولة، أو على أمنها الداخلي، ولهذا - في الغالب - تلجأ هذه الدول إلى هذا الأسلوب من

(1) وسيط القضاء الإداري، أنور رسلان، ص160.

(2) القضاء الإداري، سمامي جمال الدين، ص180.

(3) رقابة القضاء على أعمال الإدارة دراسة لأنظمة كل من أمريكا وفرنسا ومصر، ص65.

القرارات التي تضمن فيها عدم الرقابة القضائية على هذه الأعمال الخطرة التي قد تضر بمصالحها العامة، وتتوسع الدولة أو تضيق من استعمال هذا الحق وفقاً للضغط الشعبي والقضائي.⁽¹⁾

وقد جاء في حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية بأن أعمال السيادة هي الأعمال التي تحقق مصلحة الجماعة السياسية كلها والسهر على احترام الدستور وتسيير الهيئات العامة والإشراف على علاقتها مع الدولة الأجنبية.²

الفرع الثاني

مبررات العمل بنظرية أعمال السيادة

لقد كان نظام الحكم في فرنسا قبل الثورة مَلَكِيًّا مستبدًا وكانت الملك يحوز جميع السلطات بل هو مصدرها وكان القضاء يقوم على أن مبدأ العدالة مصدرها الملك، وبذلك أُعْتَبِرَ أن الملك هو القاضي الأعلى الذي تخضع لرقابته جميع المنازعات⁽³⁾

وتعود نشأة أعمال السيادة في القانون الوضعي إلى موقف المجلس الفرنسي المتمثل في حاجته بإخراج بعض الأعمال الحكومية من نطاق رقابته، وذلك كعربون حسن نوايا يقدمه المجلس تجاه قيادة الثورة الفرنسية في حينها، في محاولة للبقاء والاستمرار بوجود مجلس الدولة وذلك لأن المجلس هو من صنيعه نابليون وبالتالي هو متهم بالانحياز إلى العهد البائد وبالرغم من زول وتلاشي هذه المبررات التاريخية إلى أن نظرية أعمال السيادة باقية إلى اليوم ولم تزل دوار القضاء والمحاكم تعج بالقضايا التي ترفض من النظر إليها بحجة أنها تخرج عن اختصاص القضاء؛ لأنها أعمال سيادة فما المبررات التي تجعل من هذه النظرية باقية إلى اليوم؟ هناك عدة مبررات أوجدها الفقه لبقاء هذه النظرية وهي على النحو التالي:

أولاً: المبررات القانونية:

يرى أنصار النظرية أن الأعمال الحكومية أو أعمال السيادة تركز على عدة مبادئ قانونية وهي:

(1) راجع/ موقف ديوان المظالم من أعمال السيادة، إبراهيم الحديثي، ص 2-3.

2 حكم محكمة العدل العليا بزم الله في الدعوى الإدارية رقم 85/1998م، المنعقدة بجلسة 7/11/1999م. موسوعة المقتفي مرجع سابق.

(3) راجع/ القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطينية الجديد رقم 3 لسنة 2016، هاني غانم، ص 121.

أ- مبدأ سيادة الدولة المطلق:

حيث يرى البعض أن الدولة والحكومة هي الشعب وهي قرار الشعب، فهي تستمد قوتها من تمثيلها للشعب الذي تنازل عن جزء من حقوقه مُخولاً جزءاً منه بإدارة شؤونه ورعاية مصالحه، وهذه الفكرة يُستند عليها في تبرير حق الدولة المطلق للقيام ببعض التصرفات وإصدار بعض القرارات التي لا يُعقب عليها القانون ولا يراقبها.

ومبدأ سيادة الدولة حجة قديمة جديدة، مفادها أن سيادة الدولة سلطة مطلقة لا تتقيد بقانون ولا تخضع للمحاكم ومن ثم فهي تتنافى مع امكان مطالبتها بالتعويض والتشريع هو المظهر الأساسي للسيادة وعلى ذلك فإن سيادة الدولة تعني حريتها في اصدار ما تشاء من تشريعات بحيث يجب أن تكون لها الكلمة العليا، في تنظيم المجتمع، ويجب على المواطنين تحمل أعبائها من أجل الصالح العام.⁽¹⁾

ب- مبدأ الفصل بين السلطات:

ذهب بعض الفقه إلى تأسيس نظرية أعمال السيادة على مبدأ الفصل بين السلطات لأن الهدف من وراء هذا المبدأ هو توزيع السلطة العامة، على سلطات ثلاث، حماية الحرية الفردية، والحيولة دون استبداد هيئة أو فرد، يعتبر مشرعاً أو قاضياً ومنفذاً في آن واحد⁽²⁾

إن مبدأ "الفصل بين السلطات"⁽³⁾ الذي نادى به "منسيكو" والذي تأخذ به نعظم الدول "الديمقراطية" أو الدول الحديثة أساساً لأنظمتها وذلك بأن تكون للدولة ثلاثة أجهزة وهي الجهاز التشريعي والجهاز التنفيذي والجهاز

(1) الوسيط في القضاء الإداري، محمود البناء، ص441.

(2) دعاوى الإدارية والدستورية، نبيلة عبد الحليم كامل، ص34.

(3) مونتسكيو (1689م-1755م) Montesquieu . فيلسوف فرنسي من أبرز المنادين بفصل السلطات ،وقد عرض نظريته في كتابه الشهير "روح القوانين" de l'esprit des lois الصادر سنة:1748م بجنيف في 31 جزء، وهي من ابرز المراجع في العلوم السياسية، هذا الكتاب ترك أثراً له في الثورة الفرنسية، وإن مونتسكيو ليس أول من نادى بهذا المبدأ ولكن دوره الأساسي ينحصر في توضيح المبدأ وشرحه وتدعيمه مما انتهى بارتباط المبدأ باسمه.

وقد ذهب مونتسكيو إلى تصنيف أنظمة الحكم إلى عدة أنظمة وهي وقد حدد مونتسكيو نظم الحكم في ما يلي:

النظام الملكي: ينتقل فيه الحكم عن طريق الوراثة.

النظام الجمهوري: نظام يحكم فيه الشعب أو ممثلوه، ويرتكز الحكم على الوطنية.

النظام الديكتاتوري : يقوم على أساس الحكم المطلق ،بنهج أسلوب التخويف والإرهاب في حق المدنيين.

القضائي وهذه الأجهزة أو الهيئات تختص كل منها بوظيفة مستقلة ومنفصلة عن الأخرى، فالسلطة التشريعية تختص بالقيام بدورها التشريعي وسن القوانين والتشريعات التي تعالج قضايا المجتمع وتواكب متطلباته، وتختص السلطة التنفيذية بإدارة شئون المجتمع والحفاظ على الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة والأخلاق العامة وذلك عبر أذرعها ووزرائها ، والسلطة القضائية بالفصل في الخلافات وإصدار الأحكام بين الخصوم⁽¹⁾

إن فكرة فصل السلطات هو الذي أدى إلى وجود القضاء الإداري، ولكن هذا الفصل بين السلطات لم يحل الإشكال، بل استمرت تتزاحم المحاكم الإدارية في النظر في الدعاوى المتعلقة بالإدارة فأوجد التنظيم القضائي في فرنسا عام 1872 محكمة الخلافات حيث ضمن المشرع للقضاء الإداري استقلاله من مزاحمة القضاء العادي، ولقد اعتمد الإجهاد الفرنسي على نظريتين لتوزيع الاختصاص، النظرية الأولى هي نظرية التمييز ما بين نوعين من الأعمال الإدارية والأعمال التي توصف بطابع السلطة والأعمال الإدارية الأخرى⁽²⁾

وذهب البعض إلى تبرير نظرية أعمال السيادة من الوجهة القانونية بمقولة إن عمل السيادة هو عمل مختلط " مركب" وهو أن أعمال السيادة لها طبيعتها المختلطة ليس صادر من السلطة التنفيذية وحدها، وإنما هو صادر منها في مجال علاقاتها بالسلطات الأخرى التي لا تخضع لرقابة القضاء، وعليه فهذه الأعمال تجمع بين أكثر من سلطة وهي مزيج من العلاقات بين السلطة التنفيذية والسياسية وتقوم على اعتبارات سيادية مشتركة⁽³⁾، لذلك كان ينبغي معاملها معاملة خاصة تفضي إلى إخراجها من رقابة القضاء فعلاقة السلطة التنفيذية بنظيرتها التشريعية مبنية على أعمال سيادية لها ذاتيتها المختلطة مثل دعوتها للبرلمان إلى الإنعقاد أو فضه أو دعوتها لإجراء الانتخابات، وكذلك علاقتها بالحكومات الأجنبية في حالتها السلم والحرب وتوقيع المعاهدات وإعلان الحرب وتبادل السفراء وما إلى ذلك فكلها مبنية على أعمال سيادية لها طابعها السياسي البحث وكل ذلك يدفع نحو رفض خضوعها لرقابة القضاء.⁽⁴⁾

(1) والديمقراطية: كلمة أصلها يونانية مركبة في لفظين، ونلاحظ أن هذه اللفظة قد تمت استعارتها واستعمالها في باقي اللغات الأخرى ومما العربية فكلمة "ديمقراطية" غير عربية في الأصل بل تمت عملية استعارتها من اللغة اليونانية القديمة واستخدامها في الدراسات العربية، والتعريف الكلاسيكي للديمقراطية أنها "حكم الشعب" أو حكم الشعب نفسه بنفسه لنفسه، فالسلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية منبثقة من الشعب وتحكم أيضاً باسم الشعب، والشعب باختياره يقوم بتنصيب حكامه. مبادئ ومقومات الديمقراطية، أحمد حوجو، ص321.

(2) القضاء الإداري الكامل، فوزي شعبان فباقيو ، ص8.

(3) راجع: مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، فادي علاونة، ص84. القضاء الإداري، محمد شبير، ص117.

(4) القضاء الإداري في فلسطين، محمد شبير، ص118.

ثانياً: المبررات التشريعية:

بالرغم أن الفقه القانوني أثبت أن نظرية أعمال السيادة هي ذات نشأة قضائية فرنسية كما ذكرنا سابقاً، إلا أن بعض الفقه الفرنسي حاول البحث عن نصوص قانونية ليؤسس لنظرية أعمال السيادة من الناحية التشريعية، كما أن هذه المحاولة تهدف لدحض آراء المنكرين والمعارضين لهذه النظرية وإيجاد أسس تشريعية لها بهدف إصباح الشريعة التشريعية لها وبيان أن القانون غير مخالف لها.

فقد حاول البعض في فرنسا تبرير نظرية أعمال السيادة بالإستناد إلى نص المادة 26 من قانون مجلس الدولة الصادر بتاريخ 24 مايو سنة 1872م التي تقرّر حق الوزراء في إحالة القضايا المرفوعة أمام مجلس الدولة والتي تخرج من اختصاصه إلى محكمة التنازع، وهو الأمر الذي كان من حق وزير العدل وفقاً لنص المادة 47 من القانون الصادر بتاريخ 3 مارس سنة 1849، وهذا التبرير ليس محل اتفاق بين الفقهاء حيث يرى البعض منهم أن النص المذكور لا يُقصد به أعمال السيادة، بل الهدف منه تحقيق التوازن بين جهتي القضاء الإداري والعادي وذلك فضلاً عن أن هذا النص لم يطبق لأن الوزراء لم يستخدموا حقهم في الإحالة المقررة به.⁽¹⁾

ومن الأمور التي ساعدت على رسوخ تلك النظرية كذلك أن قضاء مجلس الدولة في ذلك الحين كان قضاء مفروضاً، حيث كان معلقاً على تصديق رئيس الدولة، فكانت الحكومة تستغل ذلك الوضع وتقرر أن التصرف المطعون فيه بالإلغاء، أو المطلوب التعويض عنه من أعمال السيادة، ومن ثم فإنه يخرج عن ولاية القضاء وبهذه الوسيلة ثبتت دعائم النظرية كما ذكرنا⁽²⁾.

أما في مصر فقد قرر المشرع منذ مطلع القرن العشرين منع المحاكم العادية من النظر في أعمال السيادة، فضلاً عن منع مجلس الدولة من نظر الدعاوى المتعلقة بأعمال السيادة، أو تقرير عدم اختصاص المجلس بنظرها وذلك في كل قوانينه المتتالية.⁽³⁾

أما في فلسطين فقد وقع الخلاف حول مدى وجود أعمال السيادة من عدمها وذلك مع وجود المادة 30/2 من القانون الأساس والتي تنص على أنه: " يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري

(1) وسيط القضاء الإداري، أنور رسلان، ص 663.

(2) القضاء الإداري ومبدأ المشروعية، رمضان بطيخ، ص 123.

(3) وسيط القضاء الإداري، أنور رسلان، ص 663.

من رقابة القضاء" وقد وقع خلاف حول هذا النص إلا أن الباحث يرى أن هذه النص لا يمنع وجود أعمال السيادة وسنتناول ذلك بالتفصيل في الفصل الثالث من الدراسة.

ثالثاً: المبررات السياسية:

ذهب بعض الفقه للقول بأن نظرية أعمال السيادة تعتبر أحد مظاهر السياسة القضائية المرنة لمجلس الدولة الفرنسي حيث أخذ بها ليتقاضي اتجاه الحكومة الفرنسية نحو إلغاء المجلس بعد عودة الملكية الى فرنسا سنة 1814م، وهذا التبرير وإن كان يفسر الظهور التاريخي لنظرية أعمال السيادة في فرنسا إلا أنه لا يبرر الإبقاء عليها في وقتنا الحاضر بعد أن استقر وضع مجلس الدولة وأصبح أخذ المفاخر الفرنسية⁽¹⁾

ومما يؤكد الجانب السياسي هو دافع من دوافع ظهور هذه النظرية أن الثورة الفرنسية عندما نجحت بإزالة نابليون عن الحكم أرادت أن تنهي كل شيء له علاقة بوجود نابليون وشددت بمطاردة أسرته وشرعت القوانين التي تنص على ابعاد أسرة نابليون بونابرت من فرنسا ورماتهم من التمتع بالحقوق المدنية على اقليمها، فضلاً عن حرمانهم من امتلاك أي أموال أو سندات أو معاشات تقررت لهم على سبيل المنحة، وإلزامهم ببيع الأموال التي تملكوها -بعوض- خلال ستة أشهر، وقد كان للسيدة بولين بونابرت مرتبات مستحقة لها وكانت لم تصرفها حتى صدور هذا القانون، إلا أنها كانت قد حولت مستحقاتها لبنك لاقبت الذي طالب وزير المالية بصرفها، فتدخلت الحكومة الفرنسية في الأمر، وقررت عدم صرف هذه المستحقات وذلك استناداً إلى أن أحكام هذا القانون السياسي أحكام عامة لم تفرق بين أصول المرتبات المقررة على سبيل المنحة وبين ثمارها التي لم تحصل بعد، ولما طعن البنك في قرار الرفض رفض مجلس الدولة نظر الدعوى، وذلك على أساس أن طلب المدعي يتعلق بمسألة سياسية تختص الحكومة وحدها بقرار الفصل فيها⁽²⁾

وذهب آخر للقول بأن هذه المبررات تقوم على أن الوظيفة التي تمارسها السلطة التنفيذية قد تكون إدارية أو حكومية، وأن الأخيرة بخلاف الأولى نجدتها على اعتبارات ولغايات سياسية، ومن ثم لا تخضع لرقابة القضاء الإداري وإنما لرقابة البرلمان، أما الأعمال الإدارية فتبقى خاضعة للقضاء الإداري، وهو ما يراه

(1) وسيط القضاء الإداري، أنور احمد رسلان، ص662.

(2) وسيط القضاء الإداري، أنور رسلان، ص154.

"العلامة دوجي" الذي يُفضل أن يطلق عليها مسمى السياسية وليس أعمال السيادة¹، كما أن اعتناق القضاء لهذا المعيار فإنه يُعبر عن رغبة منه في عدم بسط القضاء لرقابته على الأعمال السياسية للحكومة على اعتبار أن رقابته على هذه الأعمال ستكون رقابة سياسية وبناءً عليه الأصل أن يُعهد إلى هيئة سياسية للرقابة على هذه الأعمال دون تدخل القضاء⁽²⁾

كما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن خروج مثل هذا الأعمال _ أعمال السيادة- من نطاق رقابة القضاء بالطبيعة السياسية لهذه الأعمال وكونها تصدر عن السلطة التنفيذية باعتبارها هيئة سياسية وبالتالي فهي أعمال لا تخضع لرقابة القضاء، وقد تبنت المحكمة الدستورية العليا في مصر هذا الإتجاه بالرغم من أن المشرع لم ينص في قانون تنظيم المحكمة العليا عام 1969م وكذلك قانون تنظيم المحكمة العليا عام 1979م على حظر النظر في أعمال السيادة كما فعل في قوانين تنظيم السلطة القضائية ومجلس الدولة على نحو ما سنبينه لاحقاً، إلا أن قضاء هاتين المحكمتين جرى على الأخذ بتلك النظرية على سند من القول بأن النظرية أساسها قضائي وليس تشريعي ومن ثم يمتد سريانها إلى القضاء الدستوري، بزعم أن هذه النظرية قد استقرت في نظامنا القضائي وبموجبها فإن أعمال السيادة هي أعمال " لا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً لدعوى قضائية، مما يؤدي حتماً إلى إفلات هذه الأعمال من رقابة جميع الجهات القضائية في مصر على مشروعيتها"⁽³⁾

ولقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكم لها إلى القول: " بأن الحكمة من استبعاد المشرع 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"⁽⁴⁾

1 وهو رأي محمد بدران من مؤلفه رقابة القضاء على أعمال الإدارة ص 106. نقلاً عن القضاء الإداري، محمد شبير، ص 121-122.

(2) مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، فادي علاونة، ص 84.

(3) ويحمل هذا الرأي الفقيه ديجي. القضاء الإداري، سماي جمال الدين، ص 180.

(4) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، في الدعوى رقم 2، السنة 1ق، تاريخ الجلسة 1977/2/5. مشار إليه في: القضاء الإداري، نواف كنعان، ص 61. وانظر أعمال السيادة والإختصاص القضائي، محمد واصل، ص 386. وأكدت على ذلك محكمة العدل العليا الأردنية على هذه الحكمة في حكم لها في هذا المجال في قولها: " وذلك لأن أعمال السيادة تقتضي طبيعتها ألا تكون محلاً للتقاضي

رابعاً: مبرر الأساس الرضائي:

ذهب جانب من الفقه للقول بأن النظرية تقوم على أساس اتفاق ضمني تم بين السلطة التنفيذية والسلطة القضائية، ومضمون هذا الإتفاق قبول السلطة التنفيذية التنازل عن امتيازاتها وخضوع أعمالها للرقابة القضائية على أن تحتفظ بجزء من هذه الأعمال بحيث تكون مطلقة الحرية بالنسبة لهذا الجزء، فلا تخضع أعمالها المتعلقة به لرقابة القضاء أياً كانت صورة الرقابة وقد ارتضى القضاء هذا الوضع مقابل بسط رقابته على أعمال السلطة التنفيذية أي يرى هذه الإتجاه في تبرير نظرية أعمال السيادة أنها تمثل مظهراً من مظاهر السياسة القضائية الحكيمة لمجلس الدولة، حيث اتخذ مجلس الدولة الفرنسي من النظرية التي ابتدئها وسيلة للحفاظ على كيانه كصمام أمان يكفل حمايته مما كان معرضاً له ومهدداً به من جانب السلطة التنفيذية.⁽¹⁾

خامساً: مبرر مصلحة الدولة

أن إلزام الإدارة وهي تمارس وظائفها بالتقيد الحرفي بالقانون-بمبدأ المشروعية- وعدم السماح لها بالخروج عنه، أو على أقل تقدير عدم السماح لها بالعمل بروح القانون، وجعل الإدارة تعمل كآلة فإن ذلك يضر بالمصلحة العامة وفي سرعة انجاز القضايا الرئيسية والمهمة والخطيرة لهذا المجتمع.

لذلك فإن من المبررات للأخذ بنظرية أعمال السيادة أن مجلس الدولة ذاته رأى أن هناك كثيراً من الأعمال مما تباشره السلطة التنفيذية سواء في مجال العلاقات الدولية أو في مجال الشؤون الداخلية يتسم بأهمية خاصة، وبناءً على ما تقدم، رأى مجلس الدولة الفرنسي أن بعض الأعمال الإدارية لها في نظر الحكومة أهمية خاصة، وأن من المصلحة ألا تعرض على القضاء بما يستلزمه من علنية وتحقيقات، وأن الحكومة قد يكون لديها من الأسباب ما تقتضي مصلحة الدولة العليا ألا يعرض على الجمهور، ولذلك فقد كان لزاماً عليه، وقد سلم بهذه الفكرة أن يضع لها حدوداً تبين كيفية التعرف على تلك الأعمال⁽²⁾

ومع ذلك ورغم هذه الأسانيد أو تلك التبريرات، فإن الفقه بصفة عامة، وفقه القانون العام بصفة خاصة، ينظر إلى هذه النظرية نظرة عدا مستحکم، معتبراً إياها بمثابة الثغرة في البناء القانوني للدولة لما تمثله

تحقيقاً لإعتبرات سياسية هي اتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالاً وثيقاً من أجل الحفاظ على كيان الدولة ورعاية مصالحها العليا" القضاء الإداري، نواف كنعان، ص 61.

(1) صاحب هذا الرأي هو العميد " هوريو" القضاء الإداري دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، زكي النجار، ص 110.

(2) القضاء الإداري دراسة مقارنة، عمر الشوبكي، ج 1/88.

من خروج صريح واعتداء صارخ على القانون، وتجاهل لأحكامه، ومن ثم عامل هدم وإهدار لحقوق الأفراد وحررياتهم، ولهذا فقد ذهب البعض إلى حد انكار هذه النظرية والمطالبة بإلغائها تماماً من عالم القانون، ويرون أنها تتعارض مع النظم الديمقراطية التي تنادي بخضوع كافة أعمال الإدارة أو السلطة التنفيذية -دون أي تفرقة بينها- لرقابة القضاء⁽¹⁾

وتتطوي هذه النظرية على افتتات واضح وصريح على مبدأ المشروعية بإنكارها له وعدم الإعتداد به، وذلك بإطلاق يد السلطة التنفيذية في بعض الميادين، هكذا تترك هذه النظرية الأفراد بلا حماية قضائية تقيهم من عبث واعتداء السلطة التنفيذية على حقوقهم وحررياتهم العامة فهم مجردون من أي وسيلة قضائية للدفاع عن حقوقهم وحررياتهم المقدسة والذود عنها قضائياً لذا قيل بالعديد من التبريرات الفقهية التي حاولت إيجاد أساس لهذه النظرية أو على أقل تقدير تبريرها⁽²⁾

وأياً كانت وجهة نظر فقه القانون العام في هذا الخصوص فإن نظرية أعمال السيادة باقية ومقررة بنصوص صريحة وإن كان اتجاه القضاء في كل من فرنسا ومصر يميل نحو التضييق في مجال أعمالها، وكذلك في التخفيف من حدة آثارها.⁽³⁾

(1) الرقابة على أداء الجهاز الإداري دراسة علمية وعملية في التنظيم الوضعية والإسلامية، رمضان بطيخ، ص 129.

(2) موسوعة القضاء الإداري، علي شطناوي، ج 1/86.

(3) الرقابة على أداء الجهاز الإداري دراسة علمية وعملية في التنظيم الوضعية والإسلامية، رمضان بطيخ، ص 131-130.

المبحث الثاني

معيار تمييز أعمال السيادة عن غيرها من النظريات

أن معيار التمييز بين أعمال السيادة وغيرها م أعمال الإدارة والتي تكون إما عملاً إدارياً أو حكومياً، فالعمل الإداري ليس عملاً سيادياً، بينما العمل الحكومي عملٌ سيادي، فهناك استقلال لكل عمل عن الآخر، وبالتالي تتحقق ضمانات الأفراد ضد تعسف جهة الإدارة.⁽¹⁾

ولم يختلف فقهاء القانون الإداري حول مسألة من المسائل القانونية قدر اختلافهم حول المعيار القانوني الذي يمكن الإستناد إليه في تمييز أعمال السيادة عن غيرها من الأعمال ليكون معياراً دقيقاً وضابطاً ومُحدداً لأعمال السيادة ويستطيع تفريقها عن غيرها من الأعمال، وفي هذا السياق طرح الفقه والقضاء الإداريين عدة معايير لتمييز أعمال السيادة عن غيرها من الأعمال فقد جعل بعض الفقه أن معيار التفرقة معيار سياسي، وادعى رأي فقهي آخر إلى الأخذ بالمعيار المختلط، وجانب من الفقه ينادي لإعمال المعيار الموضوعي، وذهب رأيٌ إلى الأخذ بمعيار القائمة قضائية يُحدد فيها القضاء الأعمال السيادية، وفي هذا المطلب ويتعرض الباحث للمعايير التي قبلت للوقوع على أعمال السيادة، ويتناول الباحث في هذا المبحث معايير التفرقة بين أعمال السيادة وغيرها من أعمال الإدارة في المطالب التالية:

- المطلب الأول: معيار الباعث السياسي " الشكلي "
- المطلب الثاني: معيار طبيعة العمل " المعيار الموضوعي "
- المطلب الثالث: المعيار المختلط
- المطلب الرابع: معيار القائمة القضائية
-

المطلب الأول:

معيار الباعث السياسي " الشكلي "

يتمثل معيار الباعث السياسي كأساس للتفرقة بين أعمال السيادة وغيرها من أعمال الإدارة العامة في البواعث التي حملت السلطة التنفيذية على اتخاذ القرار الإداري⁽²⁾، يُعتبر هذا المعيار من أقدم المعايير التي أخذ

(1) أعمال السيادة بين الإطلاق والتجديد، مسعودي حسين، ص4.

(2) موسوعة القضاء الإداري، علي شطناوي، ج1/ 88.

بها مجلس الدولة الفرنسي⁽¹⁾، حيث يصدّق على هذا المعيار المرحلة الأولى التي عاشها مجلس الدولة الفرنسي وهي مرحلة "الإختصاص المحجوز"² حيث كانت قرارات مجلس الدولة لا تُعد نهائية إلا إذ صادق عليها رئيس الدولة، وكان من الطبيعي أن يساير مجلس الدولة السلطة التنفيذية في توجهاتها العليا لمقاومة أعدائها وتثبيت أركان النظام السياسي الجديد، وإلا ما كان لتلك الأحكام العليا أن تنال موافقة رئيس الدولة ولربما أدت إلى القضاء على وجود مجلس الدولة.⁽³⁾

إن مفاد أعمال السيادة وفق هذا المعيار هو ما تصدره السلطة التنفيذية بباعث سياسي⁽⁴⁾، فتقوم الفكرة على أن السلطة التنفيذية تتولى وظيفتين أحدهما بوصفها سلطة حكم والأخرى بوصفها سلطة إدارة، وتعتبر الأعمال التي تقول بها بوصفها سلطة إدارة أعمالاً إدارية، وقد وجدت الإعتبارات التي اقتضت منع الرقابة القضائية عن هذه الأعمال لدى القضاء الدستوري في الدولة التي أخذت بنظام الرقابة على دستورية القوانين، فاستبعدت المسائل السياسية من نطاق هذه الرقابة.⁵

كما ينظر في الدافع والباعث على قيام السلطة التنفيذية بالعمل فإن كان " الباعث سياسي فإنها عمل من أعمال السيادة، ولا تخضع لرقابة القضاء، أما إذ كان الدافع والباعث على قيامها بالعمل غير سياسي فإنها تعتبر من أعمال الإدارة وتخضع لرقابة القضاء"⁽⁶⁾، أو هو كما صاغه الفقيه (Dufiur) حيث يضيفي صفة السيادة على كل عمل يصدر من السلطة التنفيذية ويكون الغرض منه " حماية الجماعة في ذاتها ومجسدة في الحكومة ضد أعدائها في الداخل أو الخارج، سواء كانوا ظاهريين أو مختفيين في الحاضر أو المستقبل"⁽⁷⁾

ولقد كان على مجلس الدولة الفرنسي أن ينظر لتحديد طبيعة العمل الصادر عن السلطة التنفيذية ما إذا كان من أعمال السيادة ولا يخضع بالتالي لرقابته أو من أعمال الإدارة التي تخضع لتلك الرقابة أن ينظر

(1) القضاء الإداري، عمر الشوبكي، ج1/89.

2 القضاء المحجوز أو المقيد: أنشأت في السنة الثامنة للثورات وأنشأت بجوار الإدارة العاملة هيئات إدارية استشارية وكان من أهمها إنشاء مجلس الدولة في العاصمة الفرنسية ومجالس الأقاليم في المحافظات الأخرى وتم ذلك بمقتضى المادة 52 من دستور السنة الثامنة، وأصبح من اختصاص تلك المجالس الفصل في التظلمات التي يتقدم بها الأفراد ضد الإدارة وقد كان مجلس الدولة إلى جانب ذلك بمثابة مستشاراً للجهات الإدارية بمعنى أنه كان يتولى الفتوى وإبداء الرأي في المسائل التي تُستشكل على الجهات الإدارية، كما كان من عمله أيضاً صياغة مشروعات القوانين قبل عرضها على البرلمان، وأخيراً كان بمثابة جهة استئنافية بالنسبة للقرارات التي تصدر من مجالس الأقاليم التي يُطعن فيها أمامه.

(3) القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو، ص94.

(4) القضاء الإداري ماجد الحلو، ص45.

5 القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية دراسة مقارنة مصر والأردن، عبد علي الزعبي، ص124-125.

(6) القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديد رقم 3 لسنة 2016، هاني غانم، ص124.

(7) النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، سليمان الطماوي، ص132.

في الباعث أو الدافع الذي دفع مصدر هذا العمل إلى اتخاذه فإذا كان سياسياً كان من أعمال السيادة وإن لم يكن كذلك كان من الأعمال الإدارية.⁽¹⁾

وقد ظهرت فكرة الباعث السياسي في قضاء مجلس الدولة في قضية "Laffite" عام 1822م بمناسبة تطبيق المادة 4 من قانون 1816/1/12 التي كانت تنص على استبعاد عائلة نابليون من فرنسا مع حرمانها من التمتع بالحقوق المدنية ومن تملك أية أموال أو سندات أو معاشات تقررت لها على سبيل المنحة فرفض مجلس الدولة الدعوى المرفوعة ضد قرار وزير المالية الراض صرف مستحقات أحد أفراد أسرة نابليون من المرتبات وأسس المجلس حكمه على أن طلب المستدعي يتعلق بموضوع سياسي مما تختص الحكومة وحدها بقرار الفصل به⁽²⁾

وفي مصر فقد استُبعدت المسائل السياسية من نطاق الرقابة القضائية معتبرين إياها صورة من صور أعمال السيادة التي لا يجوز أن يبسط القضاء رقابته عليها.³

ولقد أخذت بعض القوانين الصادرة في مصر عقب الثورة مباشرة بهذا المعيار، المرسوم بقانون رقم 277 لسنة 1952 والذي يعتبر أن من أعمال السيادة ((.. كل تدبير اتخذه أو يتخذه القائد العام للقوات المسلحة باعتباره رئيس حركة الجيش التي قامت في 23 يولية سنة 1952 بقصد حماية هذه الحركة والنظام القائم عليها...))

وكذلك الإعلان الدستوري الصادر في 15 من فبراير سنة 1953 حيث نصت المادة الثالثة منه على أن ((يتولى قائد الثورة بمجلس قيادة الثورة أعمال السيادة العليا وبصفته خاصة التدابير التي يراها ضرورية لحماية هذه الثورة والنظام القائم عليها لتحقيق أهدافه وحق تعيين الوزراء وعزلهم))

كما تبنت محكمة العدل العليا في قطاع غزة _ في عهد الإدارة المصرية للقطاع _ الباعث السياسي للتفريق بين أعمال السيادة وغيرها من الأعمال.⁴

أن القضاء الفلسطيني قد أخذ بمعيار الباعث السياسي في التفريق بين أعمال السيادة وغيرها من أعمال الإدارة في عدة أحكام قضائية حيث جاء في حكم محكمة العدل العليا بقطاع غزة: والذي جاء فيه "بخصوص اعتبار الإجراء المطعون فيه عملاً من أعمال السيادة لا يقوم على أساس من القانون أو الواقع، لأن أعمال السيادة التي تقوم بها السلطة أو الدولة يكون باعثها سياسياً وتكون متعلقة بمسائل مصيرية تمس كيان

(1) الرقابة على أداء الجهاز الإداري، رمضان بطيخ، ص131.

(2) القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو، ص94-95.

3 القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية دراسة مقارنة مصر والأردن، عبد علي الزعبي، ص124-125.

4 قرار محكمة العدل العليا رقم 1958/29، جلسة 1959/3/12، مشار إليه في مجموعة وليد الحايك. ج25/10.

الدولة ووجودها ولها صلة بتنفيذ القوانين الأساسية الدستورية وبروابط الحكومة بالمجالس النيابية وكذلك روابط الدولة مع الدول الأجنبية وتنفيذ الاتفاقيات بينهما وبين تلك الدول وبقية الأعمال التي لها مساس بالسيادة العامة للدولة ولا نرى في اجراء القبس على اشخاص واعتقالهم واستمرار توقيفهم بصورة غير مشروعة، ما يمكن معه القول أن هذا الإجراء يُعتبر عملاً من أعمال السيادة"¹

ونستطيع أن نستخلص ذلك من رد محكمة العدل العليا الفلسطينية في القضية رقم 1998/40 على اللائحة الجوابية التي تقدم بها المستدعي ضدها بواسطة مساعد النائب العام والتي جاء فيها " أن الدعوى واجبة الرد لعدم صحة الخصومة، وعدم توافر شرط المصلحة لكونها مقدمة ممن لا يملك الحق في تقديمها ولعدم اختصاص هذه المحكمة بنظرها فضلاً عن أن الجهة المستدعية لم تثبت وجود قرار بالاعتقال ولأن الأمر يتعلق بأعمال السيادة الإمر الذي يخرج عن اختصاص محكمة العدل العليا"، وقد جاء رد المحكمة على هذه الدفوع بأن "الإدعاء أيضاً بأن الأمر يتعلق بأعمال السيادة لا يتفق على الإطلاق مع ما هو وارد من وقائع وأسباب في الدعوى تجعل هذه المحكمة مختصة بنظرها وبالتالي فإننا نقرر رد كافة الدفوع"²

وقد رأى جانب من الفقه أن الأخذ بمعيار الباعث السياسي أو بأي معيار آخر كأساس لقبول الدفع بأن العمل من أعمال السيادة بهدف اخراجه من رقابة القضاء مسألة موقفية تعتمد على مسلك القضاء نفسه، فعمل السيادة في انجلترا هو العمل الذي يصدر عن التاج بوصفه عملاً سياسياً يتعلق بعلاقات الحكومة الخارجية أو بأفراد لا يحملون الجنسية الإنجليزية ولا يقيمون في انجلترا ومع ذلك محاكم القانون لا تأخذ أقوال الإدارة بهذا الشأن حجة مسلماً بها بل تفحص كل حالة على حدة لتتأكد من استيفاء العمل لمتطلبات أعمال السيادة.⁽³⁾

ولإن كان معيار الباعث السياسي يتميز بالبساطة والوضوح، إلا أن الأخذ به يمثل خطورة على الحقوق والحريات، فضلاً عن منافاته لمبدأ المشروعية ومخالفته للديمقراطية⁴

ولقد تعرض معيار الباعث السياسي كمعيار للتفرقة بين القرارات السيادية التي لا تخضع لرقابة المشروعية والقرارات الإدارية التي تخضع لرقابة المشروعية لانتقادات يذكر الباحث منها:

أولاً: عدم وضوح هذا المعيار:

¹ حكم محكمة العدل العليا برام الله في القضية رقم 1998/26، بتاريخ 1998/10/6. المقتفي مرجع سابق

² حكم محكمة العدل العليا برام الله في القضية رقم 1998/40 بتاريخ 1999/2/13.

⁽³⁾ القضاء الإداري دراسة مقارنة، عمر الشوبكي، ج1/89.

⁴ وسيط القضاء الإداري، أنور رسلان، ص154-155.

إن معيار الدافع أو الباعث السياسي لم يضع حدوداً واضحة بين الأعمال الصادرة من السلطة التنفيذية وأي منها يكون من أعمال السيادة، وبالتالي لا يخضع لرقابة القضاء بل وإنه يعتبر أداة طيعة في يد السلطة التنفيذية، تستطيع بواسطتها أن تقرر بنفسها أي الأعمال التي تقوم بمباشرتها تخضع لرقابة القضاء وأي الأعمال تستبعد من هذه الرقابة، وذلك بأن تصبغ هي نفسها هذه الأعمال بالصبغة السياسية بمجرد ادعائها بأن الباث لها على إصدار هذه الأعمال هو تحقيق هدف سياسي، وهذا ما يمثل خطورة كبيرة لأنه يجنح بالسلطة التنفيذية للاستبداد والتسلط⁽¹⁾

ثانياً: عدول الإجتهد القضاء:

تعرضت نظرية الباعث السياسي للمعارضة الشديدة من جانب الفقه الفرنسي لأن ذلك يؤدي إلى اطلاق يد السلطة التنفيذية في أعمالها فتستطيع على حساب هواها أن تصبغ الصفة الحكومة على كل عمل تريد اخراجه من رقابة القضاء.⁽²⁾

حيث تعرض معيار الباعث السياسي لهجوم عنيف من مفوض الحكومة لدى مجلس الدولة الذي استنكر تبني المجلس لهذا المعيار في الفترة السابقة قائلاً: "في الحقيقة إن المبدأ المقرر وفقاً لاجتهاد مجلس الدولة أن أعمال السيادة مثل الأعمال التشريعية لا يجوز الطعن فيها أمام القضاء ولو تعلقت بحقوق فردية، ولكن إذا كانت الأعمال التي توصف في لغة القانون بأنها أعمال سيادة أمراً تقديرياً بطبيعته فإن هذا الوصف أو هذا التكليف يجب ألا يكون بطريقة تَحْكُمِيَّة تَبَعاً لهوى الحكام ونزواتهم، فمن الطبيعي أن يكون مجال أعمال السيادة مقصوراً على الأمور التي من أجلها قرر القانون ضرورة أن تمنح الحكومة سلطاتٍ تقديرية من أجل المصالح العليا للدولة وهذه السلطات التقديرية تستمد من الحكومة من القوانين الدستورية أو من تنظيم وتنفيذ المعاهدات الدولية أو من قوانين الضبط الإداري".⁽³⁾

ولقد حكم مجلس الدولة الفرنسي بأن الباعث السياسي لا يكفي للعمل به كمعيار لأعمال السيادة لُخرج بذلك من رقابة القضاء ورأى مجلس الدولة أن أعمال السيادة ليست بطبيعتها أعمالاً سياسية، وإنما لأن المجلس نفسه هو الذي يحدد إعدادها في قائمة.⁽⁴⁾

(1) رقابة القضاء على أعمال الإدارة دراسة لانظمة كل من أمريكا وفرنسا ومصر، السيد خليل هيكل، ص68.

(2) الوسيط في القضاء الإداري، محمد المسلماني، ص45.

(3) القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو، ص95-96.

(4) الوجيز في القضاء الإداري، علي محمد، ص53-54.

ولقد عدّل مجلس الدولة الفرنسي عن معيار الباعث السياسي منذ نهاية القرن التاسع عشر خصوصاً في حكمه الصادر في 1875/2/19 في قضية (Prince Napoleon) كما هجرته محكمة التنازع أيضاً في حكمها الصادر في 1880/11/5 في قضية (مارتيني)⁽¹⁾

ولم يلبث مجلس الدولة أن أقر وجهة نظر المفوض david في هذه القضية التي هاجم فيها معيار الغرض أو الغاية " الغاية السياسية" بقوله" لا يكفي لعدم خضوع العمل الصادر من الحكومة أو أحد ممثليها للرقابة القضائية أن يكون قد صدر بناءً على مناقشة مجلس الوزراء أو أن يكون الدافع لها مصلحة سياسية بل يجب علاوة على ذلك أن يكون متعلقاً مباشرةً بإحدى الموضوعات التي منح القانون الحكومة فيها سلطات عامة فإذا كان العمل الذي يُعتبر حكومياً هو عمل تقديري بطبيعته فإن نطاقه لا يمتد إمتداداً حكيماً طبقاً لرغبة الحاكم بل إنه محدد بالموضوعات التي رأي القانون من الضروري أن يمنح الحكومة فيها سلطات عامة تتضمن خضوع حقوق الأفراد للمصلحة العليا للدولة"⁽²⁾

ثالثاً: يوسع من دائرة عدم الرقابة ولا حدود لهذا المعيار:

إن الإعتقاد على هذا المعيار في تمييز أعمال الحكومة عن غيرها من الأعمال يوسع من نطاق دائرة القرارات التي لا تخضع لرقابة القضاء، وهو بهذا يؤدي إلى تضيق سلطة القضاء في رقابته على أعمال السلطة التنفيذية وفقاً لما يقتضيه مبدأ المشروعية.⁽³⁾

كما أن هذا المعيار ينقصه التحديد، فهذا المعيار لا يضع حداً لهذه الطائفة من الأعمال بل هو في الحقيقة يكل- يترك أو يوكل- تحديدها للهيئة التنفيذية ذاتها فكل عمل يصدر عنها تستطيع أن تحوّل دون عرضه على القضاء إذا تدرعت بأن غرضه سياسي⁽⁴⁾، ويجعل حجة للسلطة التنفيذية كما أرادت أن تغلبت من رقابة القضاء أن تتذرع بأعمال السيادة، كما أن هذا الباعث يركز على أساس غير واضح، ويُعطى السلطة التنفيذية الحق في الإدعاء بأن عملها هذا قد اتخذ لاعتبارات سياسية دون أن يكون هناك معيار محدد يستند إليه القضاء في تبرير رقابته على ما تدعيه، ولذلك سرعان ما عدل عنها مجلس الدولة خاصة بعد صدور قانون 24 مايو 1972م الذي أعطاه سلطة مفوضة في اصدار أحكامه⁽⁵⁾، وقد رأينا أن مجلس

(1) موسوعة القضاء الإداري، علي شطناوي، ج1/ 89.

(2) مبدأ سيادة القانون وضمانات تطبيقه، طه السيد، ص384.

(3) الرقابة على أعمال الإدارة، فاروق خماس، ص54.

(4) النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، سليمان الطماوي، ص132.

(5) الوجيز في القضاء الإداري. على عبد الفتاح محمد، ص53.

الدولة كان مضطراً إلى هذه السياسة، لأنه ما كان يستطيع أن يجابه إدارة في غاية القوة ولذلك فما كاد الوعي القومي يكتمل وما كادت الأوضاع السياسية تستقر حتى هجره مجلس الدولة.⁽¹⁾

رابعاً: خطورة هذا المعيار على الحقوق والحريات:

وأخيراً فإنّ هذا المعيار يشكل خطورة على حقوق وحريات الأفراد إذ يعجز الأفراد عن الطعن في أعمال السلطة التنفيذية التي تمس حقوقهم وحرياتهم أمام القضاء إذا ما تذرعت السلطة بأنها أصدرت هذه الأعمال بباعث سياسي وقد هجر مجلس الدولة الفرنسي هذا المعيار منذ عام 1875م حيث قرر المجلس في ذلك الحكم بأنه " لا يكفي لإبراز الطابع الإستثنائي الذي يجعل القرار بمنأى وفوق كل رقابة قضائية أن يكون هذا القرار الصادر عن الحكومة أمله مصلحة سياسية"⁽²⁾

المطلب الثاني

معيار طبيعة العمل " المعيار الموضوعي "

إزاء الخطورة البالغة الناجمة عن الأخذ بمعيار الباعث السياسي، حيث يترتب عليه تضيق نطاق الرقابة القضائية على أعمال الإدارة وشلها بصورة شبه مطلقة⁽³⁾، ونظراً لسلبيات معيار الباعث السياسي وعدم صلاحيته كمعيار سليم للتمييز بين أعمال السيادة والأعمال الإدارية⁽⁴⁾، حيث يمكن أن يوصف العمل الواحد بوصفين مختلفين، وذلك تبعاً للباعث الذي تتدرج به الإدارة في إصداره، فيكون تارة من أعمال الحكومة وتارة أخرى من أعمال الإدارة، فقد اتجه الفقه والقضاء إلى البحث عن معيار آخر محدد قاطع⁽⁵⁾ لتمييز أعمال الحكومة يمكن بمقتضاه أن يوصف العمل بصفة واحدة وأن يتحدد نطاق هذه الأعمال في مجال معقول يتفق مع مبدأ المشروعية، حتى يمكن للقضاء أن يبسط رقابته على أعمال السلطة التنفيذية

(1) النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، سليمان الطماوي، ص132.

(2) القضاء الإداري دراسة مقارنة، حمود الجبوري، ص48.

(3) القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص188.

(4) القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو. ص96-97.

(5) أي يقطع كل خلاف في هذا الأمر ويكون من الواضح ما يجعل قارئه يستبين الأمر ويتضح له ولا يختلط عليه.

إذا ما تعسفت وجارت على حقوق الأفراد وحررياتهم⁽¹⁾، حيث بحث الفقه عن معيارٍ جديد فاهتدى بعضهم إلى المعيار الذي يحدد أعمال السيادة انطلاقاً من طبيعة العمل ذاته⁽²⁾، فما هي ماهية هذا المعيار؟

أولاً: ماهية المعيار الموضوعي:

فحوى هذا المعيار أن أعمال السيادة هي الأعمال التي تصدرها السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم وليس بوصفها سلطة إدارة⁽³⁾، وهو الرجوع إلى طبيعة العمل ذاته أو موضوعه، بمعنى أن تكون الأعمال التي تصدرها السلطة التنفيذية في ممارستها للوظيفة الحكومية بخلاف الأعمال الأخرى التي تصدرها في تأديتها للوظيفة الإدارية⁽⁴⁾، ذلك أن الأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية في إطار وظيفتها الحكومية تُعد من أعمال السيادة وتكون بمنأى عن أية رقابة قضائية أما إذا كانت تُعد بطبيعتها أعمالاً إدارية عُدت أعمالاً إدارية وخضعت بالتالي للرقابة القضائية إلغاءً وتعويضاً⁽⁵⁾، والوظيفة الحكومية في نظر البعض تنحصر في "اشباع حاجات المجتمع بأسره ورعاية الدستور، وتنظيم سير السلطات العامة الأساسية، والمحافظة على الأمن الداخلي والخارجي وعلاقة الدولة بغيرها من الدول" أما الوظيفة الإدارية فهي تتركز في "التطبيق اليومي للقوانين، وتنظيم علاقة الأفراد بالإدارة المركزية والمحلية وكذلك علاقة الإدارات بعضها ببعض"⁽⁶⁾

ولكن كيف يمكن التعرف على أن طبيعة هذا العمل أو موضوعه تضي عليه صفة عمل السيادة، أو لا تضي عليه هذه الصفة؟

لما كان كلا القرارين الحكومي أو الإداري، إنما يصدران عن السلطة نفسها، ألا وهي السلطة التنفيذية فإنه ينبغي معرفة الضوابط التي من خلالها نستطيع أن نتبين ما إذا كنا أمام قرار حكومي ومن ثم يخرج عن أية رقابة قضائية أو أمام قرار إداري اعتيادي يخضع - أعمال بمبدأ المشروعية - لرقابة القضاء خاصة وأن السلطة التنفيذية وهي تتخذ عملاً من أعمالها، ولا تعلن مقدماً أنها بصدد أداء وظيفتها الحكومية أو

(1) القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص188.

(2) القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو. ص96-97.

(3) الأصول العامة للقضاء الإداري قضاء الإلغاء، ماهر نصر، ص60.

(4) القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، فهد أبو العثم، ص108.

(5) القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو. ص96-97.

(6) القضاء الإداري دراسة مقارنة، عمر الشوبكي، ج1/90.

أنها بصدد أداء وظيفتها الإدارية⁽¹⁾، وفي محاولة لتمييز العمل الحكومي من العمل الإداري أورد الفقه ضوابط متعددة في محاولة لتحديد طبيعة أعمال الحكومة ومن هذه الآراء:

ذهب البعض للتفريق بين العمل السيادي وغيره فيكون العمل سيادياً أي من أعمال السيادة إذ ما صدر تنفيذاً لنص دستوري ويكون العمل عادياً إذا ما صدر تنفيذاً لنص قانوني أو لائحي، وقد تعرض هذا الرأي للانتقاد بأنه يجعل من النصوص الدستورية أداة ومجالاً للتهرب من الخضوع لرقابة القضاء بعنوان أعمال السيادة، ثم إن العمل الإداري قد يصدر تنفيذاً لقاعدة دستورية كما لو اعترف الدستور لرئيس الحكومة بسلطة توقيع المراسيم التنفيذية، فوفقاً لهذا الرأي لا تخضع هذه المراسيم التنفيذية للرقابة كونها صدرت تنفيذاً لقواعد دستورية، وهذا قول غير سديد وبإمكانه أن يؤدي إلى تلاشي دولة القانون²

ومن ذلك ما ذكره بعض الفقه حيث قال "تتخصر وظيفة الإدارة في التطبيق اليومي للقانون، والإشراف على علاقات الأفراد بالإدارة المركزية أو المحلية، وعلاقات الهيئات الإدارية بعضها ببعض الآخر، أما الوظيفة الحكومية فيقصد بها تحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها، والسهر على احترام دستورها وسير هيئاتها العامة والإشراف على علاقاتها مع الدول الأجنبية وعلى أمنها الداخلي"⁽³⁾

وذهب رأي فقهي آخر إلى القول: "إن المهمة الحكومية تتخصر في وضع الحلول للأمر الإستثنائية والسهر على تحقيق مصالح الدولة الرئيسية، أما الوظيفة الإدارية فتتركز في تسيير المصالح الخارجية للجمهور.⁽⁴⁾ وذهب آخر للقول بأن أعمال السلطة التنفيذية تصبح أعمالاً حكومية إذا ما كانت تنفيذاً لنص في الدستور، وأعمالاً إدارية إذ ما تعلقت بتنفيذ قانون عادي⁽⁵⁾، ومما لا شك فيه أن بعض أعمال السيادة تُعد تنفيذاً

(1) الرقابة على أعمال الإدارة، فاروق خماس، ص56.

2 علاقة مبدأ المشروعية بالدعوى الإدارية دعوة الإلغاء نموذجاً، عمار بوضياف، ص376.

(3) وصاحب هذا الرأي الفقيه ((Laferriere)) _ لافيريير مشار إليه: النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، سليمان الطماوي، ص133.

(4) وصاحب هذا الرأي هو Hauriou هوريو مشار إليه: القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص189.

(5) النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، سليمان الطماوي، ص134. ويبدو أن محكمة العدل العليا ذهبت في أحد أحكامها للأخذ بهذا المعيار وأشارت إلى أن أعمال السيادة تلك الصادرة عن الحكومة تنفيذاً للقوانين الأساسية والدستورية، حيث جاء في هذا الشأن (...، أما التطرق إلى مسألة أعمال السيادة والقول بأن القرار أو الإجراء المطعون فيه هو عمل من أعمال السيادة فإننا لا ندري كيف يمكن اعتبار اجراء اعتقال مواطن من قبل أفراد الشرطة عملاً من أعمال السيادة، التي هي بمفهومها القانوني البسيط والمختصر تتمثل في الأعمال الحكومية المتعلقة بتنفيذ القوانين الأساسية الدستورية وروابط الحكومة بالمجالس النيابية ومع الدول الأجنبية، وما تقول به من أعمال تتعلق بكيفية تنفيذ مواد الإتفاقيات والمعاهدات، وبما له مساس بالسيادة العامة للدولة...الخ) حكم محكمة العدل

لنصوص دستورية، كالإرادة الملكية والصادرة بدعوة البرلمان للإنعقاد وفض الدورة البرلمانية، وإعلان حالة الطوارئ وحالة الأحكام العرفية ولكن هناك العديد من الأعمال المعتبرة من أعمال السيادة لا تجد سنداً أو أساساً دستورياً تستند إليه وبذلك لا تعتبر بأي حال من الأحوال تنفيذاً لنص دستوري لهذا لا يمكن وصف هذه المحاولة بأنها جامعة ومانعة.⁽¹⁾

ولكن هذا الرأي² منتقد للغاية لأنه أبعد ما يكون عن المعايير ولأنه ليس جامعاً ولا مانعاً بل يؤدي إلى الخلط بين الأعمال الإدارية وأعمال السيادة، لأن كثيراً من الأعمال التي يعتبرها القضاء أعمال سيادة ليست تنفيذاً لنصوص دستورية كما ان كثيراً من الأعمال الإدارية كتعيين بعض الموظفين وإصدار اللوائح... الخ هي تنفيذ مباشر لبعض نصوص الدستور ولم يقل القضاء بأنها أعمال سيادة.⁽³⁾

كما أن هذا المعيار يهدر حقيقة النصوص الدستورية ويجعل منها باباً للسلطة التنفيذية تهرب من خلاله من رقابة القضاء على أعمالها، في حين أن هذه النصوص ما وضعت في الأصل إلا لحماية الشرعية القانونية من أن تنتهكها السلطات العامة، هذا علاوة على أن النظر على العمل من حيث كونه تنفيذاً لنص دستوري، ومن ثم يعتبر من أعمال السيادة الأمر الصادر لتنفيذ نص قانوني عادي أو لائحي، ولذا يعتبر عملاً ادارياً هذا النظر يشمل على نظرة تحكيمية، تعتبر من أعمال السيادة اعمالاً لما يعتبرها القضاء كذلك، بينما لا تعتبر من أعمال السيادة أعمالاً أقر القضاء بأنها فعلاً أعمال سيادة.⁽⁴⁾

وذهب Duguít _ديجي_ إلى تقسيم الأعمال القانونية إلى أعمال مشرعة وتتسم بصفة العمومية والتجريد كالقوانين واللوائح وأعمال شرطية تتمثل في تطبيق الأعمال المشرعة على الحالات الفردية كتعيين الموظفين مثلاً، واخيراً أعمال فردية أو شخصية، وتتصرف إلى خلف وتطبيق قواعد فردية وذلك كالأعمال التعاقدية، وبناءً على ذلك يرى Duguít أن الوظيفة الحكومية تختص بمباشرة النوع الأول من القواعد بينما تختص الإدارة بممارسة النوعين الآخرين منها.⁽⁵⁾

العليا المنعقدة برام الله في الدعوى الإدارية رقم 18 لسنة 2000م بتاريخ 2000/7/11، مشار إليه في هامش كتاب القضاء الإداري محمد شبير، ص126.

(1) موسوعة القضاء الإداري، علي شطناوي، ج/ 90.

2 الذي نادى به Ducroq - ديكروك.

(3) النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، سليمان الطماوي، ص134.

(4)(4) رقابة القضاء على أعمال الإدارة دراسة لأنظمة كل من أمريكا وفرنسا ومصر، السيد هيكل، ص69-70.

(5) الرقابة على أداء الجهاز الإداري دراسة علمية وعملية في النظم الوضعية والإسلامية، رمضان بطيخ، ص37!.

ويُعاب على هذا الإتجاه عدم الاتفاق مع قواعد القانون الوضعي الذي يقيم الفصل بين السلطات على أساس التقسيم الموضوعي للأعمال القانونية، حيث يعترف الدستور للسلطة التشريعية بممارسة بعض الأعمال الإدارية بطبيعتها كاعتماد الميزانية، كما يعترف للسلطة التنفيذية بحق ممارسة بعض مظاهر الوظيفة التشريعية بما يخوله إياها اصدار اللوائح ولذلك فإن القضاء يعتبر أن ذه اللوائح هي أعمال إدارية بطبيعتها، وأنها تخضع بهذه الصفة لرقابة القضاء بالرغم من أنها تتصف بكونها من الأعمال المشرعة.⁽¹⁾

وذهب رأي من الفقه⁽²⁾ إلى القول في هذا الخصوص بأن السلطة التنفيذية تباشر نوعين من الوظائف وظائف حكومية وفيها تتجسد أعمال السيادة ووظائف إدارية لا علاقة لها بتلك الأعمال، وللتمييز بين هذين النوعين من الوظائف أو بمعنى أدق بين السلطة التنفيذية كسلطة حكومية تباشر النوع الأول من الوظائف وبين كونها سلطة إدارية تباشر الوظائف الإدارية لهذا التمييز لجأ الفقه إلى أمرين:

الأول: المقابلة بين الهيئات والأشخاص التي تمارس كلا النوعين من الوظائف

الثاني: النظر إلى مضمون الفعل أو طبيعته الذاتية وذلك بصرف النظر عن الهيئة أو المنظمة التي صدر عنها.

وهذه التفرقة بين الوظيفة الإدارية والوظيفة الحكومية الهدف منها التفرقة بين وظيفة السلطة التنفيذية الإدارية ووظيفتها الحكومية حيث تخضع الأعمال الصادرة بناءً على استخدام الوظيفة الأولى للرقابة القضائية، بينما تخلص الأعمال الصادرة بمناسبة استخدام الوظيفة الثانية من أي رقابة قضائية.⁽³⁾

ولقد أخذ القضاء الإداري المصري بهذا المعيار فقد جاء في حكم محكمة القضاء الإداري "أن قضاء المحكمة قد جرى على أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة فتباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظيم علاقتها بالسلطات العامة الأخرى داخلية كانت أم خارجية أو تتخذها اضطراراً للمحافظة على كيان الدولة في الداخل أو للدوز عن سيادتها في الخارج، ومن ثم يغلب فيها أن تكون تدابير تتخذ في النطاق الداخلي والنطاق الخارجي إما لتنظيم علاقات الحكومة بالسلطات العامة الداخلية أو الخارجية في حالتي الهدوء والسلام، وإما لدفع الأذى والشر عن الدولة في

(1) القضاء الإداري، سامي جمال الدين، 190.

(2) مبدأ المشروعية وعناصر موازنته، رمضان بطيخ، ص 26-27.

(3) رقابة القضاء على أعمال الإدارة دراسة لأنظمة كل من أمريكا وفرنسا ومصر، السيد هيكل، ص 70.

الداخل أو في الخارج في حالتي الإضطراب والحروب وهذه وتلك إنما هي أعمال وتدابير تصدر عن سلطان الحكام لا عن سلطان الإدارة والضابط فيها معيار موضوعي يُرجع فيه إلى طبيعة الأعمال في ذاتها لا إلى ما يحيط بها من ملايسات عارضة..⁽¹⁾

فهل أخذ القضاء الفلسطيني بهذا المعيار؟ لقد تبنى القضاء في بعض احكامه المعيار الموضوعي حيث تبنت محكمة العدل العليا في رام الله المعيار الموضوعي في حكمها الذي جاء فيه "إن الفقه والقضاء قد استقر على أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال أو الإجراءات التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارية تباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظيم علاقاتها بالسلطات العامة الأخرى بصفتها ممثلة لمصالح الدولة الرئيسية لتحقيق مصلحة الجامعة السياسية كلها والسهر على احترام دستورها وتسيير هيئاتها العامة والإشراف على علاقاتها مع الدول الأجنبية أما القرارات التي تصدر عنها تطبيقاً للقوانين والأنظمة وتعبيراً للمصالح الجارية للجمهور فهي عمل إداري وليس من أعمال السيادة، وبالتالي يجوز الطعن بهذه القرارات أمام محكمة العدل العليا.²

ثانياً: الانتقادات التي وجهت للمعيار الموضوعي:

إن القضاء الإداري لم يأخذ بمعيار طبيعة العمل إلا فترة قصيرة وذلك بسبب جملة من الانتقادات التي وصف بها هذا المعيار ونستطيع أن نجمل هذا الانتقادات كالتالي:

1- عدم الثبات:

قد أدى هذا الإتجاه في تحديد طبيعة العمل الموضوعية عن طريق وصف العمل أو تحديد نطاقه إلى انتقاده بالغموض والإبهام وعدم الوضوح الكافي لتحديد أعمال الحكومة مما لا يجوز معه الإعتماد عليه في تحديد أعمال الحكومة، لما يترتب على هذا التحديد من نتيجة خطيرة وهي تحصين العمل ضد رقابة القضاء وهي نتيجة لا يصح أن نربطها بمعيار مبهم أو غامض.⁽³⁾

2- هذا المعيار يعيدنا إلى فكرة الباعث السياسي:

(1) القضية رقم 5/587ق.-بجلسة 26/6/1951م، كذلك حكمها بتاريخ 19/1/1956، مشار إليه/ الوسيط في القضاء الإداري، محمد المسلماني، ص45-46

2 قرار محكمة العدل العليا برام الله في القضية رقم 85/1998، جلسة 7/11/1999، موسوعة المقتفي الإلكترونية، مرجع سابق (3) القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص189.

كما أن هذا الغموض وعدم تحديد العيار، يؤدي إلى العودة لفكرة الباعث السياسي، فتصدق عليه جميع الإنتقادات التي وُجّهت إلى معيار الباعث السياسي⁽¹⁾، فالسلطة التنفيذية وهي تباشر وظيفتها الحكومية والإدارية وتقوم بتنفيذ النصوص الدستورية والقانونية وعملها الحكومي يتصل بعملها الإداري من حيث المصدر ولا مجال للتمييز بين الوظيفتين إلا بالرجوع إلى معيار الباعث السياسي الذي استنكره الفقه والقضاء.⁽²⁾

3- هجران القضاء لهذ المعيار:

لم يأخذ القضاء الفرنسي بهذا المعيار حيث لا يوجد أي حكم قضائي قال بالتمييز بين أعمال الحكومة وأعمال الإدارة مما يعني عدم صلاحية الاخذ به والإبقاء عليه في فرنسا كنظرية فقهية ليس إلا⁽³⁾، ولقد هجر مجلس الدولة الفرنسي هذا الباعث منذ حكم نابليون حيث تبنى وجهة نظر مفوض الحكومة دافيد David في تقريره المقدم في هذه الفرضية حيث طالب بالإعتداد بمعيار موضوعي وهجر نظرية الباعث السياسي حيث قال " .. لا يكفي لإضفاء الطابع الإستثنائي على قرار ما صادر من الحكومة أو أحد ممثليها بما يجعله بمنأى وفوق كل رقابة قضائية أن يكون قد اتُخذ بعد التداول في مجلس الوزراء أو أملهته مصلحة سياسية.⁽⁴⁾

ولقد أكدت المحكمة الإدارية المصرية الأخذ بمعيار الموضوعي بقولها " إن نظرية الباعث السياسي في تحديد أعمال السيادة نظرية مهجورة، عدل القضاء عنها نهائية"⁵

4- عدم المقدرة على التفريق بين العمل الإداري والعمل الحكومي:

صعوبة الفصل بين ما يدخل في الوظيفة الحكومية بسبب أن كلاً منهما يصدر عن سلطة واحدة كما أن القضاء نفسه يسلم بأن هذا المعيار ليس جامعاً مانعاً لأعمال السيادة لاختلاف طبيعة العمل باختلاف

(1) الرقابة على أعمال الإدارة، فاروق خماس، ص56.

(2) القضاء الإداري مبدأ المشروعية، عدنان عمرو، ص97.

(3) القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو، ص97.

(4) القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديد رقم 3 لسنة 2016، هاني غانم، ص-126
125.

5 دون ذكر رقم القضية ولا تاريخ الجلسة، مشار إليه: الدعاوى الإدارية والدستورية، نبيلة كامل، ص37.

الظروف المحيطة به.⁽¹⁾ حتى لو قلنا بأن العمل السيادي هو الذي يصدر تنفيذاً لنص دستوري ويكون العمل عادياً إذا ما صدر تنفيذاً لنص قانوني أو لائحى، فإن ذلك يجعل من النصوص الدستورية أداة ومجالاً للتهرب من الخضوع لرقابة القضاء بعنوان أعمال السيادة، ثم إن العمل الإداري قد يصدر تنفيذاً لقاعدة دستورية كما لو اعترف الدستور لرئيس الحكومة بسلطة توقيع المراسيم التنفيذية، فوفقاً لهذا الرأي لا تخضع هذه المراسيم التنفيذية للرقابة كونها صدرت تنفيذاً لقواعد دستورية، وهذا قول غير سديد وبإمكانه أن يؤدي إلى تلاشي دولة القانون²

5- فشل الضوابط التي وضعها الفقه للتمييز في الأعمال الحكومية وغيرها وفقاً للمعيار الموضوعي:

كما يعاب على هذا المعيار عدم الإتفاق مع قواعد القانون الوضعي الذي يقيم الفصل بين السلطات على أساس التقسيم الموضوعي للأعمال القانونية، حيث يعترف الدستور للسلطة التشريعية بممارسة بعض الأعمال الإدارية بطبيعتها كاعتماد الميزانية، كما يعترف للسلطة التنفيذية بحق ممارسة بعض مظاهر الوظيفة التشريعية بما يخوله إياها اصدار اللوائح ولذلك فإن القضاء يعتبر أن هذه اللوائح هي أعمال إدارية بطبيعتها، وأنها تخضع بهذه الصفة لرقابة القضاء بالرغم من أنها تتصف بكونها من الأعمال المشرعة.⁽³⁾

6- عدم وجود أساس علمي لهذا المعيار:

عدم وجود اساس علمي لهذا المعيار وهي تخالف مبدأ السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية بحيث لا يؤدي لتقسيم السلطة التنفيذية إلى قسمين إدارة وحكومة.⁽⁴⁾

(1) الوسيط في القضاء الإداري، محمد المسلماني، ص46.

2 علاقة مبدأ المشروعية بالدعاوى الإدارية دعوة الإلغاء نموذجاً، عمار بوضياف، ص376.

(3) القضاء الإداري، سامي جمال الدين، 190.

(4) حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة تطبيقية، محمد العتيبي، ص67.

المطلب الثالث

المعيار المختلط أو " المشترك "

إزاء اخفاق كل من المعايير الشكلية والموضوعية في التمييز بين العمل القضائي والعمل الإداري، ذهب بعض الفقهاء ويسندها بعض الأحكام القضائية في فرنسا ومصر إلى الاعتماد على معيار مختلط⁽¹⁾، أو ما يعرف بالضابط الشكلي لتحديد الأعمال الحكومية وذلك بالنظر إلى أطراف العلاقة التي صدر بشأنها العمل أو القرار من السلطة التنفيذية.⁽²⁾

ويقال لهذا المعيار معيار سيلييه حيث يرجع الفضل إليه في اكتشافه وعرضه بل والدفاع عنه أمام مجلس الدولة ، فقد كان Celler _سيلييه_ مفوضاً للحكومة وقد انتهاز فرصة إعداده لتقرير في إحدى القضايا المعروضة على مجلس الدولة واقترح هذا المعيار⁽³⁾، ويقوم هذا المعيار الذي أقامه مفوض الدولة Celler على أن أعمال الحكومة هي تلك الأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية بخصوص علاقتها بسلطة أخرى كالسلطة التشريعية أو سلطة دولة أخرى.⁽⁴⁾، ومفاده أن أعمال السيادة تجد مصدرها في أعمال السلطة التنفيذية التي تقوم بها بمناسبة علاقتها مع سلطات عامة أخرى أو سلطات أجنبية تخرج بذاتها من رقابة القضاء، فتصرف السلطة التنفيذية في هذه الحالات ليس تنفيذياً صرفاً ولكنه يمس بعلاقتها مع السلطات العامة الأخرى أو السلطات الأجنبية فيصبح التصرف بذاته تصرفاً مُرْكَباً أو مختلطاً، وحيث أنه لا ولاية للقضاء الإداري على غير تصرفات السلطة التنفيذية وحدها، فإن رفض الدعوى يبرر بطبيعة العمل المركب الذي لا تنفرد السلطة التنفيذية بإصداره أو تحمل نتائجه وآثاره⁽⁵⁾، ومن أمثلة ذلك علاقة السلطة التنفيذية بالبرلمان كالدعوة إلى إجراء انتخابات، دعوى المجلس لانعقاد، افتتاح الدورة البرلمانية وفضها، طرح الثقة في الحكومة، التصويت على مشروعاتها... أو ما يتعلق بعلاقة الحكومة والسلطات الأجنبية، الإعراف

(1) القرارات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية دراسة مقارنة، فؤاد عبد الكريم، ص108.

(2) القضاء الإداري ، سامي جمال الدين ، ص191.

(3) الرقابة على أداء الجهاز الإداري، دراسة علمية وعملية في النظم الوضعية والإسلامية، رمضان بطيخ، ص 138.

(4) الرقابة على أعمال الإدارة، فاروق خماس، ص57.

(5) القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو، ص99.

الدولي، التمثيل الدبلوماسي، تبادل السفراء والقناصل إعلان الحرب، عقد الصلح...، وهو ما يسميه الأستاذ
Celeir -سيليه- بالعمل المركب أو المختلط⁽¹⁾

فالشرط المعبر هنا إذن هو عدم خضوع السلطة المقابلة أو التي تتعامل معها الحكومة لرقابة القضاء
الإداري، كما أنه في نظر بعض من رجال الفقه الفرنسي، الوسيلة الوحيدة للتخلص من فكرة أعمال السيادة
كاستثناء حقيقي، أو كثغرة في مبدأ المشروعية، ذلك أن عدم خضوع تلك الأعمال للرقابة القضائية في هذه
الحالة لا يرجع إلى كونها في ذاتها أعمال سيادة، وإنما يرجع إلى سبب قانوني وهو عدم اختصاص مجلس
الدولة بنظر مثل هذه الأعمال، إذ طبقاً للقواعد العامة المقررة في قانون المرافعات والقضاء الإداري لا
يختص مجلس الدولة بنظر الأعمال التي تتعلق بالبرلمان أو السلطات الأجنبية.⁽²⁾

وسبب اعتبار هذه الأعمال المختلفة (أعمال حكومية) ومن ثم تخرج عن رقابة القضاء فتعود إلى صفة
القاضي، فالقاضي الإداري هو قاضي السلطة التنفيذية، ولما كانت السلطة التشريعية لا تخضع بحسب
الأصل إلى رقبته لذلك فإن أي قرار صادر عن السلطة التنفيذية ويمتد اثره إلى سلطة التشريع يخرج هو
ايضاً عن رقابة القضاء، كذلك يتصف القاضي الإداري بأنه قاضٍ وطني لا دولي وأنه من غير المعقول
أن تمتد رقبته لتشمل سلطة دولية، وعلى هذا فإن القرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية بصدد علاقاتها
مع سلطة أجنبية لا تكن هي الأخرى محلاً للطعن امام هذا القضاء.⁽³⁾

ولعلّ الجديد في هذه النظرية أنها أوجدت المبرر للقضاء لرفض النظر في الدعاوى المتعلقة بأعمال السيادة
استناداً لأساس مستمد من القواعد التي تحكم اختصاص القضاء الإداري، غير أنه يبقى قاصراً عن التمييز
بين أعمال السيادة والأعمال الإدارية لأن التصرف مهما كان مركباً أو مختلطاً فإنه من حيث المصدر يبقى
تنفيذياً صادراً عن الحكومة في إطار وظيفتها الخاصة بتنفيذ القوانين والأنظمة دون أن يُغيّر من هذا كون
التصرف كان بمناسبة علاقاتها مع سلطة عامة أو هيئة أجنبية.⁽⁴⁾

وفي الواقع تبدو هذا النظرية أقرب الآراء التي قيلت بصدد تمييز أعمال الحكومة إلى الصواب وأكثرها اتقافاً
مع الفهم الصحيح لمذلول الأعمال الحكومية وأساسها، فوفقاً لهذا الرأي فإن أعمال الحكومة التي يُطلق

(1) الوجيز في القضاء الإداري ، علي محمد، ص54-55.

(2) الرقابة على أداء الجهاز الإداري، دراسة علمية وعملية في النظم الوضعية والإسلامية، رمضان بطيخ، ص139.

(3) الرقابة على أعمال الإدارة، فاروق خماس، ص57.

(4) القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو، ص100.

عليها سليله "الأعمال المختلطة" ليست أعمالاً إدارية بالمعنى الدقيق، بوصفها أعمالاً مشتركة بين السلطة التنفيذية وسلطات أخرى وطنية أو أجنبية، وتبعاً لذلك تخرج عن اختصاص القضاء استناداً إلى القواعد التي تحكم اختصاص الجهات القضائية في الدولة، وهو الأساس الحقيقي لأعمال الحكومة كما سبق القول.⁽¹⁾

وإذا كان هذا المعيار قد حظي بتأييد جانب من الفقه فهو قد ظل حسب رأي جانب آخر قاصراً عن الإحاطة بكافة أعمال السيادة كما أنه يصلح لتبرير اخراج بعض أعمال الحكومة عن رقابة القضاء لها دون بعضها الآخر.⁽²⁾

ويظهر من قضاء محكمة العدل العليا أنها تأخذ بهذا المعيار إلى جانب المعيار الموضوعي السابق، ويبرز ذلك عند قيامها بتحديد الحالات التي يكون فيها العمل من قبيل أعمال السيادة، ويكون ذلك كما كان متصلاً بعلاقة السلطات العامة فيما بينها لضمان سيرها وفق الدستور، وقد جاء في هذا الشأن (... إن القرار المطعون فيه لا يدخل ضمن الحالات التي استقر القضاء على اعتبارها من أعمال السيادة فهو ليس من الأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالبرلمان، وبضمن سير السلطات العامة وفق الدستور، وهو ليس متعلقاً بسير مرفق التمثيل الدبلوماسي، ولا بالأعمال المتعلقة بالحرب كما أنه لا يدخل ضمن الأعمال المتعلقة بسلامة الدولة وامنها الداخلي... الخ)⁽³⁾

ولقد وُجّهت سهام النقد إلى هذا المعيار، على اعتبار أنه وإن كان مثل هذا العمل المختلط يحمل عناصر يمتنع على القضاء الإداري التعرض لها، إلا أن العمل التنفيذي ذاته هو الذي يعطي لهذا العمل قوة التنفيذ ونبض الحياة، وهذا العمل عمل تنفيذي بحت لا مانع من خضوعه للرقابة القضائية.⁽⁴⁾

كما أن هذا المعيار لا يستغرق إلا بعضاً من أعمال السيادة وليس كل هذه الأعمال أي أنهم لا يعتبرونه معياراً جامعاً مانعاً ويدللون على ذلك بالقول بأن هناك كثيراً من الأعمال التي تباشرها السلطة التنفيذية في مواجهة الأفراد وليس في مواجهة سلطات أخرى وتعد من أعمال السيادة، فإذا أضفنا إلى ذلك أن مجلس

(1) القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص193.

(2) الرقابة على أعمال الإدارة، فاروق خماس، ص57.

(3) حكم محكمة العدل العليا المنعقدة برام الله في الدعوى رقم 2010/531، تاريخ الجلسة 2010/12/13م، موسوعة المقتني الإلكترونية، مرجع سابق

(4) القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم 16 لسنة 2016، هاني غانم، ص127.

الدولة الفرنسي ذاته رفض مسايرة مفوض الحكومة سيليه في الأخذ بهذا المعيار، حيث حكم في القضية المثار في خصوصها دون اعتداد به، لاتضح لنا على الفور أنه معياراً غير صالح لتحديد أو لتمييز أعمال السيادة.⁽¹⁾

المطلب الرابع

معيار القائمة القضائية

نظراً لفشل محاولات الفقه الإداري تحديد معيار يفصل بين الأعمال الإدارية وأعمال السيادة وبالنظر إلى خطورة الآثار التي تترتب على عدم خضوع أعمال السيادة للرقابة القضائية إلغاءً وتعويضاً⁽²⁾، فقد أقر الفقه بأن أفضل وسيلة لذلك هي اللجوء إلى أحكام القضاء والتعرف من خلالها على أعمال السيادة،

ويقصد به ترك الأمر لتقدير محكمة الموضوع، بحسب ما يستشف لها من ظروف العمل التنفيذي، فإذا رأت المحكمة أن العمل متعلق بأقصى أمور الدولة وأشدها حساسية، بحيث يستحيل أن يكون محلاً لدعوى قضائية لاتصاله بالمسائل العليا التي لا تقبل جدلاً ويحسن عدم طرحها للنقاش لأثر ذلك البالغ على نظام الحكم وأمن الدولة الداخلي والخارجي ومصحتها العليا، بحيث يُشكل الطعن فيه مساساً بكيان الدولة الاقتصادي أو الاجتماعي أو سلامته ووحدتها الوطنية، فإنها تعتبر العمل من قبيل أعمال السيادة التي تكون بمنأى عن الرقابة القضائية.³

ومعنى ذلك أن الفقه أقر بأن أعمال السيادة هي تلك الأعمال التي يطبق عليها القضاء هذه الصفة، ومن ثم يمكن القول أن المرجع في تحديد ما إذا كان عملٌ ما يعد من أعمال السيادة أم من الأعمال الإدارية هو القضاء⁽⁴⁾، على هذا الأساس سلم الفقه الفرنسي بضرورة ترك تحديد أعمال السيادة أي الأعمال الحكومية

(1) الرقابة على أداء الجهاز الإداري، دراسة علمية وعملية في النظم الوضعية والإسلامية، رمضان بطيخ، ص139.

(2) القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو، ص101. حيث ذهب بعض الفقه المصري والفلسطيني إلى وجود معيار رابع ألا وهو القائمة القضائية ويتمثل هذا المعيار فيما استقر عليه الإجتهد القضائي في تحديد أعمال السيادة بحيث تم ادراج كل ما سبق وأقره القضاء كأعمال سيادية تخرج عن رقابته ما لم يكن حكماً مهجوراً في قائمة وهذه القائمة في مجملها لا تخرج عما قاله أصحاب معيار الأعمال المختلطة حيث لا تخرج هذه القائمة عن طائفتين من الأعمال الأولى تتعلق بعلاقة الحكومة بالبرلمان، والثانية تتعلق بعلاقة الدولة بدول أجنبية أو بمنظمة دولية. القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديد رقم 3 لسنة 2016، هاني غانم، ص127.

3 الخصومة الإدارية، عبد الحكم فودة، ص34.

(4) الرقابة على أداء الجهاز الإداري، دراسة علمية وعملية في النظم الوضعية والإسلامية، رمضان بطيخ، ص139.

وبيانها إلى القضاء ذاته، فالقضاء هو الذي يبين هذه الأعمال ويحدد نطاقها في أحكامه المختلفة، وما على الفقه إلا الرجوع إلى هذه الأحكام القضائية كي يجمعها حول مبادئ وعناصر معينة.⁽¹⁾

فحقيقة الأمر بأن القائمة القضائية ليست معياراً لتحديد متى يُعتبر العمل من أعمال السيادة ومتى لا يعتبر كذلك، فلم يلغ حكم الأمير نابليون أعمال السيادة، وإنما حد منها، حيث اقتصر على استبعاد المعيار القديم شديد الاتساع المستمد من الباعث السياسي، ولم يحل محل هذا المعيار غيره منذ ذلك الحين، فلم يضع مجلس الدولة حتى هذا التاريخ تعريفاً نظرياً عاماً لأعمال السيادة ولم يتبنَّ أي معيار للتفرقة ما بين أعمال السيادة والأعمال الأخرى للحكومة، وبالتالي لم يقيد مجلس الدولة نفسه بتعريف عام لأعمال السيادة ولا بمعيار معين، وعلى عادته في غالبية أحكامه حتى يستطيع أن يراعي التغيرات التي قد تطرأ، ولا يقيد نفسه بأحكامه السابقة إن تطلبت الضرورة الخروج عليها، وأخذ باتجاه عملي يكتفي بتقدير الأمر في كل حالة على حدة، الأمر الذي ترتب عليه وضع مجرد قائمة تُستخلص من القضاء وتُخرج كل الأعمال التي تدرج فيها من رقابة القضاء باعتبارها أعمال سيادة.⁽²⁾

ولقد تبنى القضاء الإداري المصري في هذا الصدد معيار القائمة القضائية والذي يترك أمر تحديد أعمال السيادة للقضاء ذاته، حيث قضت المحكمة الإدارية بتاريخ 10 ديسمبر 1996م بأن "معيار التفرقة بين الأعمال الإدارية وأعمال السيادة مرده إلى القضاء الذي ترك له المشرع سلطة تقرير الوصف القانوني للعمل المطروح عليه، وما إذا كان يُعد عملاً إدارياً عادياً يختص بنظرة، أو عملاً من أعمال السيادة يمتنع عليه النظر فيه .."⁽³⁾

ولقد أكدت محكمة العدل العليا الفلسطينية على أن لها الحق في تحديد أعمال السيادة وهي صاحبة الإختصاص بذلك، وليس الإدارة هي صاحبة الإختصاص على ما استقر به الأمر في القضاء الفرنسي والمصري، وجاء في قرار محكمة العدل العليا قولها: "ان اعمال السيادة هي بطبيعتها اعمال ادارية و ان الدفع بان بعض القرارات الادارية هي من اعمال السيادة يهدف لتحسين هذه القرارات من رقابة القضاء كونها مشوبة بعدم المشروعية الامر الذي أدى لان يعتبرها الفقهاء بأنها و بحق تمثل نقطة سوداء في جبين المشروعية و اصبحت لديهم رغبة شبه إجماعية بزوالها من عالم القانون في المجتمعات التي يقوم كيانها

(1) القضاء الإداري دراسة مقارنة، عمر الشوبكي، ج1/91.

(2) القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديد رقم 3 لسنة 2016، هاني غانم، ص128.

(3) السنة 12 ق لمجموعة ص380، راجع الرقابة على أداء الجهاز الإداري، رمضان بطيخ، ص144.

على مبدأ سيادة القانون.....، إن القضاء ساير توجه الفقه بالنسبة لأعمال السيادة و ضيق من نطاق تطبيقها و حصرها في مجالات محددة، ان القضاء في فرنسا و مصر استقر على انه في كل الاحوال ان عمل السيادة هو كل عمل يقرر القضاء له هذه الصفة¹

والمفحص لقرارات محكمة العدل العليا الفلسطينية يجد أن المحكمة قد حددت بعض الأعمال التي اعتبرتها أنها من أعمال السيادة فقد قضت المحكمة: " أما التطرق إلى مسألة أعمال السيادة والقول بأن القرار أو الإجراء المطعون فيه هو عمل من أعمال السيادة فإننا لا ندري كيف يمكن اعتبار اجراء اعتقال مواطن من قبل أفراد الشرطة عملاً من أعمال السيادة التي هي بمفهومها القانوني البسيط والمختصر تتمثل في الأعمال الحكومية المتعلقة بتنفيذ القوانين الأساسية الدستورية وروابط الحكومة بالمجالس النيابية ومع الدولة الأجنبية وما تقوم به من أعمال تتعلق بكيفية تنفيذ مراد الإتفاقيات والمعاهدات وبما له مساس بالسيادة العامة للدولة.....، واجملاً لأعمال السيادة التي أوردتها على أنها تلك الأعمال المتصلة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية وبعض اجراءات الأمن الداخلي كالقرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية بإعلان حالة الطوارئ والعمل بقانون الدفاع والعفو من العقوبة والأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية والدبلوماسية وبعض الأعمال الحربية))⁽²⁾

وبالرجوع إلى مجموعات أحكام المحاكم وخاصة مجلس الدولة الفرنسي أمكن للفقهاء تكوين قائمة لأعمال السيادة، وقد حدد الفقه مجموعةً من هذه الأعمال في مجموعة واحدة على سبيل الحصر وهي كما يلي:

المجموعة الأولى: الأعمال المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية (الحكومة) بالسلطة التشريعية:

1 إن القضاء ساير توجه الفقه بالنسبة لأعمال السيادة و ضيق من نطاق تطبيقها و حصرها في مجالات محددة. ان القضاء في فرنسا و مصر استقر على انه في كل الاحوال ان عمل السيادة هو كل عمل يقرر القضاء له هذه الصفة. ان القضاء الاداري في البلاد التي نصت قوانينها على اعمال السيادة حصرت هذه الاعمال في الحالات التالية: أولاً: الاعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالبرلمان و بضمان سير السلطات العامة وفق الدستور. ثانياً: الأعمال المتعلقة بسير مرفق التمثيل الدبلوماسي. ثالثاً: الاعمال المتعلقة بالحرب. رابعاً: بعض الاعمال المتعلقة بسلامة الدولة و أمنها الداخلي في نطاق الحدود و الضوابط التي بينها القانون. حكم محكمة العدل العليا في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 2010/351 بتاريخ 2010/12/13 كذلك حكم محكمة العدل العليا في القضية رقم 2010/575، تاريخ الجلسة 2010/12/13. موسوعة المقتفي، مرجع سابق. (2) قرار محكمة العدل العليا في الدعوى الإدارية رقم 2000/18، المنعقدة برام الله بتاريخ 2000/7/11.

ويأسس رفض المجلس الدولة الفرنسي النظر في الأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالبرلمان، على أساس أن هذه الأعمال تحرك المسؤولية السياسية للحكومة دون المسؤولية المدنية، ويرى المجلس أنه يتعدى حدود اختصاصه الطبيعي إذا ما تصدر للنظر في هذه الأعمال التي تمثل علاقة دستورية بين الحكومة والبرلمان.⁽¹⁾

ويقصد بهذه الأعمال تلك التي تشترك بواسطتها السلطة التنفيذية مع البرلمان في أداء هذا الأخير لوظيفته التشريعية، وكذلك قرارات السلطة التنفيذية بصدد تكوين البرلمان⁽²⁾، ويتضح مما جرى عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه أن المجلس يعتبر جميع الأعمال التي تعمل على تنظيم العلاقات بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية تعتبر من الأعمال الحكومية أو أعمال السيادة⁽³⁾

وتشترك السلطة التنفيذية مع البرلمان في أداء الوظيفة التشريعية ومن أمثلة ذلك أن السلطة التنفيذية تملك حق اقتراح القوانين، والتصديق على القوانين التي أقرها البرلمان والاعتراض عليها وإصدارها ونشرها في الجريدة الرسمية كما تملك اتخاذ العديد من الإجراءات القانونية اللازمة لتكوين البرلمان كإدارة الملكية الصادرة بإجراء الانتخابات النيابية العامة والإدارة الملكية بدعوة البرلمان للإنعقاد في الدورات العادية أو الإستثنائية أو ارجاء موعد انعقاد الدورة البرلمانية العادية أو تأجيل الجلسات أو فض الدورات العامة الإستثنائية أو تحديد مدة البرلمان وحل البرلمان قبل انتهاء مدته القانونية.⁽⁴⁾

ويندرج ضمن هذه الطائفة العلاقة التي تربط الرئيس الفلسطيني بالحكومة ومن ذلك كتاب تكليف تشكيل الحكومة الذي يوجهه الرئيس الفلسطيني إلى الحزب الفائز صاحب الأغلبية البرلمانية أو إلى غيره من الأحزاب عند عجز حزب الأغلبية عن تشكيل الحكومة، وكذلك إعلان حالة الطوارئ وإعلان الحرب والسلم من قبل الرئيس.

إن المتتبع لقضاء محكمة العدل الأردنية يجد أنها قد اعتبرت بعضاً من الأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالبرلمان من قبيل أعمال السيادة، وبالنسبة لإجراءات العملية الانتخابية وما يتعلق بها من قرارات إدارية فإنها لا تعد من قبيل أعمال السيادة، بحيث يمارس القضاء عادة رقابته على إعداد الجداول الانتخابية وقوائم

(1) الإتجاه نحو تقوية السلطة التنفيذية في الدولة المعاصرة، السيد هيكل، ص123.

(2) القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص198.

(3) رقابة القضاء على أعمال الإدارة، السيد هيكل، ص72.

(4) موسوعة القضاء الإداري، علي خطار شطناوي، ج1/91-92.

الترشيح⁽¹⁾، فقد أجازت قوانين الإنتخاب المتعاقبة لكل ناخب ورد اسمه في جداول الناخبين أن يعترض لدى الدائرة المختصة بإعداد جداول الإنتخاب خلال مدة اسبوع على تسجيل غيره في الجدول ممن له حق الإنتخاب أو على إغفال تسجيل أسماء أشخاص لهم هذا الحق على أن يعزز إعتراضه بالبيانات اللازمة.⁽²⁾ ومن ثم لم يتردد مجلس الدولة المصري في أن يعلن مبدأ مسؤولية البرلمان عن تصرفاته حيث يقول: " لا مقنع فيما يذهب إليه الحاضر عن المدعي من عدم مسؤولية الهيئات البرلمانية عن القرارات الإدارية أو التصرفات القانونية العادية التي تصدر منها وقد برر بعض الفقه ذلك بالتالي:⁽³⁾

أولاً: لأن المجالس النيابية هي مصالح عامة يجوز مقاضاتها أمام المحاكم المدنية أو الإدارية بحسب الأحوال بشأن تصرفاتها القانونية العادية والقرارات الإدارية التي تصدر منها مخالفة للقوانين.

ثانياً: لأنه لا يوجد نص في الدستور أو في أحكام أي قانون آخر يقتضي بعدم مسؤولية هذه المجالس عن تصرفاتها القانونية العادية أو عن القرارات الإدارية الصرفة التي تصدر منها على خلاف القانون.

ثالثاً: لأن البرلمان كغيره من سائر السلطات والأفراد يجب أن يعمل في حدود القانون الذي هو سيد الجميع، فإن خالفه في قرار إداري صدر منه أو في تصرف قانوني عادي تم بينه وبين الغير أمكن مقاضاته.

رابعاً: لأنه وإن كان للبرلمان عند ممارسته اختصاصه التشريعي إصدار قانون معدل أو ملغي أو مخالف لقانون قائم إلا أنه يجب عليه احترام القوانين القائمة في التصرفات القانونية التي تتم بينه وبين الغير أو عند اصدار القرارات الإدارية الخاصة بموظفيه ومستخدميه.

(1) نظرية أعمال السيادة كقيد على مبدأ المشروعية وتطبيقاتها في قضاء محكمة العدل العليا دراسة مقارنة، رائد الكعابنة، ص68.

(2) المادة 5/ج من قانون الانتخابات الاردني رقم 25 لسنة 2012.

(3) ولهذا مد المجلس رقابته إلى القرارات الصادرة من رئيس مكتب كل مجلس من مجلسي البرلمان بالنسبة إلى شئون موظفيه وخدمه، لأن قانون المجلس فيما يتعلق بالإختصاص يسمح بذلك ولم يستند إلى الظاهر من قضاء مجلس الدولة الفرنسي، إذ يأخذ بوجهة النظر العكسية وبرر مسلكه بقوله " إن المقصود بالسلطة الإدارية فيما يتعلق بالموظفين العموميين في معنى الفقرتين الأخيرتين من المادتين 6 و35 من قانون انشاء مجلس الدولة (القانون الأول سنة 1946) هي الهيئة الرئاسية للموظفين المنوط بها اصدار القرارات الإدارية في شئونهم الوظيفية وتشمل هذه الهيئة رئيس مكتب كل مجلس من مجلسي البرلمان بالنسبة الى شئون موظفيه وخدمته، ولا وجه للتحدي في هذا الصدد بما هو متبع في فرنسا من عدم جواز الطعن في القرارات الإدارية الخاصة بموظفي البرلمان ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي يبني حكمه بعدم قبول الطعن في هذه القرارات على عدم توافر الشرط الثاني من أحكام المادة التاسعة من قانون انشاءه الصادر في 24 من مايو سنة 1872م التي تشترط لقبول الطعن في القرارات لمجاورة حدود السلطة توافر شرطين الأول أن يكون موضوعها ادراياً والثاني أن تصدر من احدى السلطات الإدارية المختلفة. القضاء الإداري ، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام- سليمان الطماوي، ص30-31.

ولقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي قرار الرئيس ديغول رئيس الجمهورية باستخدام السلطات الإستثنائية التي خولها له دستور فرنسا من أعمال السيادة وقضت بعدم خضوعها للرقابة القضائية.⁽¹⁾ وهذه القرارات تنقسم إلى ثلاثة أقسام:-

1- قرارات السلطة التنفيذية في إطار مشاركتها في الوظيفة التشريعية:

أخرج مجلس الدولة الفرنسي عن رقابته وبالتالي عن رقابة مبدأ المشروع كل ما يندرج من أعمال السلطة التنفيذية في إطار المشاركة في الوظيفة التشريعية واعتبرها أعمال سيادية ومن ذلك رفض السلطة التنفيذية التقدم إلى البرلمان بمشروع قانون، وقرار إيداع المشروع أو سحبه، ورفض اتخاذ التدابير اللازمة لسرعة إقرار المشروع، ورفض رئيس الوزراء اتخاذ اجراءات اقتراح تعديل دستوري، ومرسوم اصدار القانون.⁽²⁾

2- قرارات رئيس الجمهورية المتعلقة بالعلاقة بين السلطات الدستورية وممارسة الوظيفة التشريعية:

إن للسلطة التنفيذية الحق في إصدار التشريعات، حيث منح الدستور الفلسطيني المعدل لسنة 2003 رئيس السلطة الوطنية الحق في اصدار التشريعات وذلك في حالة الضرورة وفي غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي الفلسطيني ويكون لهذا القرارات قوة القانون، ويجب عرضها على التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا فإنها تفقد قوتها القانونية.⁽³⁾

المجموعة الثانية: الأعمال التي تنظم علاقة الدولة مع بقية أشخاص القانون الدولي العام:

إن ما تقوم به الدولة من استعمال لسيادتها على المسرح الدولي كالقرار الصادر بالانضمام إلى منظمة دولية أو جمهورية أو إقليمية أو الانسحاب منها أو تجميد عضويتها، وما تقوم به الدولة من عرض لنزاع على المنظمات الدلة المتخصصة وتنفيذ أو رفض وتنفيذ القرارات الصادرة عنها، وما تقوم به الدولة من ربط علاقات أو قطعها مع دول أخرى أو اعتراف بحكومة جديدة أو سحب الاعتراف منها ، أو ما تقوم به الدولة من أعمال تتصل بنشاطها الدبلوماسي كالتعليمات التي تزود بها ممثليها الدبلوماسيين في العالم وما

(1) راجع/ رقابة القضاء على أعمال الإدارة، السيد هيكل، ص72.

(2) القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الحدي رقم 3 لسنة 2016، هاني غانم، ص129.

(3) تنص المادة 43 من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 على : " لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون".

يقوم به هؤلاء من أعمال تتعلق بوظائفهم الدبلوماسية⁽¹⁾، ويندرج ضمن هذه المجموعة الإجراءات التي تتخذها الدولة بخصوص المعاهدات والاتفاقيات الدولية كالمفاوضات والتوقيع والتحفيز والتصديق على المعاهدات الدولية وتفسيرها⁽²⁾

ولقد اعتبرت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية أن أعمال التي تتصل بالعلاقات الدولية أعمال سيادة بسبب صفتها السياسية بطبيعتها، حيث رفضت سنة 1979م نَظَرَ قرار الرئيس كارتر إنهاء معاهدة الدفاع التي كانت تربط الولايات المتحدة وتايوان⁽³⁾.

ولقد استقر القضاء الإداري الفرنسي والمصري على أن التصرفات والأعمال المتعلقة بسير مرفق التمثيل الدبلوماسي وعلاقات الدولة الخارجية تعتبر من أعمال السيادة التي لا يجوز لمجلس الدولة النظر فيها⁽⁴⁾. وقد تبنت محكمة العدل العليا في فلسطين بعض الأعمال التي تعتبر من أعمال السيادة، حيث قضت بأن من أعمال السيادة "والأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية والدبلوماسية..... الخ"⁽⁵⁾.

المجموعة الثالثة: بعض الإجراءات المتعلقة بأمن الدولة وسلامتها:

ويندرج تحت هذا الموضوع إعلان الدولة للأحكام العرفية وحالة الطوارئ ولعلاقة هذه الأعمال بحقوق وحرريات الأفراد، فإن القضاء الإداري يعمد إلى تقليصها إلى أقصى حد ويحصرها في الإجراءات التي تصدر عن السلطة التنفيذية العليا في مجال حفظ الأمن واستتبابه، أما التي تصدر عنها تطبيقاً لنصوص القوانين والأنظمة أو في نطاق اختصاصها في مجال الضبط الإداري فتعد من القرارات الإدارية التي تخضع لرقابة القاضي الإداري إلغاءً وتعويضاً⁽⁶⁾.

(1) القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو، ص101.

(2) موسوعة القضاء الإداري، علي شطناوي، ج1/92. فلقد أقرت محكمة العدل العليا الأردنية بأن كل ما يتعلق بالمعاهدات الدولية يعتبر من أعمال السيادة موسوعة القضاء الإداري، علي شطناوي، ج1/92.

(3) القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديد رقم 3 لسنة 2016، هاني غانم، ص131.

(4) الوسيط في القضاء الإداري، محمد المسلماني، ص49.

(5) قرار محكمة العدل العليا في الدعوى الإدارية رقم 2000/18، المنعقدة برام الله بتاريخ 2007/11، موسوعة المقتني، لمرجع سابق.

(6) القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو، ص103.

وجاء في قرار محكمة العدل العليا الفلسطيني قولها بأن من أعمال السيادة " اجراءات الأمن الداخلي كالقرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية بإعلان حالة الطوارئ والعمل بقانون الدفاع والعتفو من العقوبة"⁽¹⁾، وأكدت محكمة العدل العليا على ذلك في حكمها في الدعوى رقم راجع حكم محكمة العدل العليا في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 2010/575 حيث جاء فيه " ان القضاء الإداري في البلاد التي نصت قوانينها على أعمال السيادة حصرت هذه الأعمال في الحالات، رابعاً: بعض الأعمال المتعلقة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي في نطاق الحدود و الضوابط التي بينها القانون.²

المجموعة الرابعة: الأعمال المتعلقة بالعمليات الحربية:⁽³⁾

تتعلق التصرفات المتعلقة بالحرب من أعمال الحكومة وفقاً لأحكام القضاء الإداري، ومثال هذه التصرفات قرار إعلان الحرب، والإجراءات المتصلة بسير العمليات الحربية، كما يلحق بهذه التصرفات التدابير التي تتخذها الإدارة قبل رعايا الدولة المعادية كإبعادهم أو اعتقالهم أو فرض الحراسة على أموالهم، وكذلك الطلبات الناشئة عن الأضرار الحربية التي تنشأ عن أعمال القتال، بشرط أن تنشأ هذه الأضرار مباشرة عن العمليات الحربية أي كنتيجة حتمية لها، سواء تمت هذه العمليات الحربية على أرض الوطن أو خارج نطاق الإقليم.⁽⁴⁾

ولقد فرق القضاء الإداري الفرنسي بين نوعين من الأعمال المتعلقة بالحرب، النوع الأول أعمال تقع داخل حدود الدولة وتلك أعمال تخضع لرقابة القضاء بغض النظر عن الحكم في الموضوع، والنوع الثاني: أعمال تقع خارج حدود الدولة وتلك الأعمال من قبيل أعمال السيادة، بيد أن التفرقة السابقة لم يطبقها المجلس

(1) قرار محكمة العدل العليا في الدعوى الإدارية رقم 2000/18، المنعقدة برام الله بتاريخ 2000/7/11، المقتفي، مرجع سابق.
2 حكم محكمة العدل العليا في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 2010/575 بتاريخ 2010/12/13، المقتفي مرجع سابق. وتتص المادة 26 من قانون المحكمة العليا الليبية على أنه لا تختص المحكمة العليا بالطلبات المتعلقة بأعمال السيادة، وينص قانون القضاء الإداري في المادة السادسة منه على عدم اختصاص دائرة القضاء الإداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة، كما أن الإعلان الدستوري ينص في المادة 18 منه على أن مجلس قيادة الثورة هو أعلى سلطة في الجمهورية العربية الليبية. أعمال السيادة الخارجة عن اختصاص القضاء الإداري بين الإطلاق والتقييد، عبد القادر رضوان، ورقة عمل، منشور، ص3-4.
(3) وتشمل هذا الموضوع كافة القرارات التي تصدر عن السلطة التنفيذية، وغيرها وتكون لها علاقة مباشرة أو حتمية بالعمليات الحربية وقيادتها كالقرار الصادر بإعلان الحرب والتعبئة العامة والحجز على السفن والطائرات الحربية ووضع رعايا الدولة المعادية تحت الحراسة ويرها من القرارات المتعلقة بسير العمليات الحربية. القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو، ص103.
(4) القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص199.

على إطلاقها، بل اعتبر من قبل أعمال السيادة بعض الأعمال التي تتم داخل حدود الوطن ويكون لها علاقة مباشرة بالحرب مثل اعتداء بعض الجنود على أحد الأفراد في باريس خلال الحرب العالمية الأولى، أو نهبهم لشقة أحد الأفراد أثناء الحرب.⁽¹⁾

ولقد أدرج القضاء الفلسطيني الأعمال الحربية ضمن أعمال السيادة حيث جاء في حكم لها: "إن القضاء الإداري في البلاد التي نصت قوانينها على أعمال السيادة حصرت هذه الأعمال في الحالات التالية.....، ثالثاً الأعمال المتعلقة بالحرب.²

ومن المؤكد أن معيار التمييز في فقه القانون عامة وحتى في فقه القضاء يجب أن يتسم بالوضوح لا الغموض ليسهل توظيفه وإعماله وبالتالي التصريح بنجاحه وسلامته ودقته وهو ما لم يطبق بالنسبة للمعيار الموضوعي، وهكذا ظلت فكرة أعمال السيادة إلى يومنا هذا من المسائل التي يحوم حولها الغموض في فقه القانون الإداري والدستوري رغم الجهود المبذولة سواء على صعيد الفقه العربي أو الغربي على حد سواء، إلا أن ذلك لا يمنع على الإطلاق من تقسيم هذه الأعمال وتصنيفها على الأقل إلى مجموعات كاد الفقه أن يُجمع بشأنها وهي:⁽³⁾

- 1- الأعمال التي تنظم العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية ومنها دعوة الناخبين للقيام بالعملية الانتخابية ودعوة البرلمان للإنعقاد في دورة استثنائية وحل البرلمان.
- 2- الأعمال المتصلة بالشؤون الخارجية ويتعلق الأمر بجميع الأعمال المتصلة بسير مرفق التمثيل الدبلوماسي، والقرارات الصادرة عن الدولة والمتعلقة بغيرها من الدول والمنظمات الدولية، والأعمال المتعلقة بالرعايا الأجانب والأعمال المتعلقة بالاتفاقيات والمعاهدات الدولية.
- 3- الأعمال المتعلقة بإعلان الحرب، والتدابير التي تُتخذ ضد الأجانب في وقت الحرب.

(1) ومن قضاء وإفتاء مجلس الدولة المصري ما قضت به المحكم الإدارية العليا كتأكيد لما قضت به محكمة القضاء الإداري ف حكمها الصادر بتاريخ 3 من فبراير لسنة 1957م من أنه: "... من المسلم به... أن عملية تفتيش السفن، وضبط الغنائم في أوقات الحرب من أعمال السيادة لاتصالها بالإعمال الحربية التي تتخذها الدولة لصون أمنها الخارجي ... أما الخطأ الذي ترتبه الإدارة في بيع تلك الغنائم بعد مصادرتها، هو عمل إداري تسأل عنه الإدارة لا سيما متى كان هذا التصرف منطوياً علي غش" الوسيط في القضاء الإداري، محمد المسلماني، ص52-53.

2 حكم محكمة العدل العليا في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 2010/575 بتاريخ 2010/12/13، وراجع حكم محكمة العدل العليا في رام الله في الدعوى رقم 2010/531 بتاريخ 2010/12/13. المقتفي، مرجع سابق.

(3) راجع الوسيط في قضاء الإلغاء دراسة مقارنة مدعمة بتطبيقات قضائية حديثة في كل من الجزائر وفرنسا وتونس ومصر، عمار بوضياف، ص54. القضاء الإداري دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، زكي النجار، ص114.

4- قرارات العفو.

5- قرارات إعلان الأحكام العرفية (حالة الطوارئ).

6- الأعمال المتعلقة بأمن الدولة الداخلي ويدخل تحت هذا النوع من الأعمال التدابير الضبطية خاصة ذات الطابع الوطني والصادرة عن السلطة المركزية.

ويرى الباحث أن القائمة القضائية لا يمكن أن تُحصر كافة أعمال السيادة على الإطلاق، وذلك لأن مستجدات الحياة كثيرة والظروف متغيرة وما يعتبر من الأعمال الخطيرة والسيادية قد يتغير في المستقبل، ولكن القضاء يستطيع أن يضع ضوابط محددة عامة لما يمكن اعتباره من أعمال السيادة، ويبقى القضاء هو الفيصل عند الاختلاف على أعمال الإدارة إن كانت تدخل في أعمال السيادة من عدمه، لذلك إن معيار القائمة القضائية ليس كافياً لوحده وإنما يُترك الأمر فيما لم يرد في القائمة القضائية، فالقضاء هو الجهة المؤتمنة والأقدر على تحديد ذلك.

الفصل الثالث

موقف التشريع والفقہ والقضاء من نظرية

أعمال السيادة

الفصل الثالث

موقف الفقه والتشريع والقضاء من نظرية أعمال السيادة

تعترف معظم الأنظمة القضائية بوجود مسائل غير خاضعة للتقاضي بسبب طبيعتها، ونظراً لعلاقة هذه المسائل في وظائف السلطات المختلفة وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وهذه المسائل يطلق عليها في النظام الإنجلوسكسوني بـ "المسائل السياسية" إلا أنه يلاحظ أن هناك توجه عالمي نحو تقييد هذه المسائل وحصرها في مجالات محددة واستثنائية، وتحت رقابة السلطة القضائية نفسها، وتعتبر ألمانيا من الأنظمة القانونية التي لا تعترف بوجود مسائل خارج الرقابة القضائية، ولا يوجد ما يمنع القضاء من النظر في جميع المسائل⁽¹⁾

بعد أن تطرقنا في الفصل الثاني إلى مفهوم نظرية أعمال السيادة "الأعمال الحكومية" وخصائصها ومعايير تمييز أعمال السيادة، وسوف نتناول في الفصل الثالث مشروعية أعمال السيادة في القانون الوضعي ومشروعيتها في الشريعة الإسلامية، على أن الباحث سيقسم هذا الفصل على مبحثين كما يلي:

- المبحث الأول: مشروعية أعمال السيادة في القانون الوضعي
- المبحث الثاني: مشروعية أعمال السيادة في الشريعة الإسلامية

⁽¹⁾ التنظيم الدستوري في فلسطين دراسة تمهيدية لغايات اقتراح النصوص الناظمة للحقوق والحريات والسلطة القضائية في دستور دولة فلسطين المقبل، محمد خضر، ص66.

المبحث الأول

مشروعية أعمال السيادة في الفقه الوضعي

إن مبدأ "الفصل بين السلطات"⁽¹⁾ الذي نادي به "منتسيكو" والذي تأخذ به معظم الدول "الديمقراطية"⁽²⁾ أو الدول الحديثة أساساً لأنظمتها وذلك بأن تكون للدولة ثلاثة أجهزة وهي الجهاز التشريعي والجهاز التنفيذي والجهاز القضائي وهذه الأجهزة أو الهيئات تختص كل منها بوظيفة مستقلة ومنفصلة عن الأخرى، فالسلطة التشريعية تختص بالقيام بدورها التشريعي وسن القوانين والتشريعات التي تعالج قضايا المجتمع وتواكب متطلباته، وتختص السلطة التنفيذية بإدارة شؤون المجتمع والحفاظ على الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة والأخلاق العامة وذلك عبر أذرعها ووزرائها، والسلطة القضائية بالفصل في الخلافات وإصدار الأحكام بين الخصوم.

غير أن مقتضيات العمل في معظم الدول قد حالت دون أن يتطابق التقسيم العضوي والتقسيم الوظيفي: بمعنى آخر، لم يكن من الممكن أن يختص البرلمان وحده بالمهمة التشريعية، وأن يقتصر عمل الإدارة على مجرد القيام بتنفيذ القانون، وقد اعترفت محكمة القضاء الإداري المصرية بذلك في حكمها الصادر في 20 ديسمبر سنة 1954م، وجاء فيه: "ومن حيث إن إقامة الفصل بين السلطات، وفقاً لما أجمع عليه فقهاء القانون العام في العصر الحديث، وطبقاً لأسس النظام الديمقراطي والمبادئ الدستورية، تقوم على عدم فصل السلطات فصلاً تاماً، وإنما يتمثل في فصل السلطات فصلاً محدوداً وبتعاونها وتساندها تقوم السلطة التشريعية بأعمال هي من اختصاص السلطة التنفيذية، كما تقوم السلطة بأعمال هي أصلاً من اختصاص السلطة التشريعية"⁽³⁾

وقد اختلفت آراء الفقه حول نظرية أعمال السيادة أو الأعمال الحكومية حيث اتفقوا على مخالفة هذه النظرية لمبدأ المشروعية وسيادة القانون، إذ تشكل اعتداءً على حقوق الأفراد وحررياتهم باعتبارها لا تخضع لرقابة

(1) وقد سبق الحديث عن مبدأ الفصل بين السلطات، راجع ص 103-108.

(2) والديمقراطية: لفظة الديمقراطية كلمة أصلها يونانية مركبة في لفظين، ونلاحظ أن هذه اللفظة قد تمت استعارتها واستعمالها في باقي اللغات الأخرى ومها العربية فكلمة "ديمقراطية" غير عربية في الأصل بل تمت عملية استعارتها من اللغة اليونانية القديمة واستخدامها في الدراسات العربية، والتعريف الكلاسيكي للديمقراطية أنها "حكم الشعب" أو حكم الشعب نفسه بنفسه لنفسه، فالسلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية منبثقة من الشعب وتحكم أيضاً باسم الشعب، والشعب باختياره يقوم بتنصيب حكامه. مبادئ ومقومات الديمقراطية، أحمد حوحو، ص 321.

(3) النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، سليمان الطماوي، ص 173.

القضاء الإداري ولا لرقابة القضاء العادي⁽¹⁾، وعلى الرغم من اتفاقهم على أن نظرية أعمال السيادة هي مخالفة للمشروعية إلا أنهم اختلفوا في كيفية النظر لوجود هذه النظرية في الواقع العملي ومعالجتها لاشكاليات العمل الحكومي، فقد هاجم الفقه فكرة أعمال السيادة منذ ظهورها، وإن لم يكن الهجوم بدرجة واحدة، إذ انقسم الفقه إلى اتجاهات متباينة: إذ بينما اتجه البعض إلى إنكار وجودها، ووجوب خضوع جميع أعمال السلطة التنفيذية لرقابة القضاء تأسيساً على النظام الديمقراطي الذي يهدف إلى حماية الحقوق والحريات الفردية اتجه بعض آخر إلى التلطيف من حدة النظرية منادين في ذلك ببل وسط بإمكان التعويض عن أعمال السيادة دون إمكان الطعن عليها بالإلغاء وهذا ما تأخذ به معظم الدول الحديثة⁽²⁾، وسنورد هذه الآراء بالتفصيل في المطالب التالية:

- المطالب الأول: أعمال السيادة ضرورة لا استغناء عنها للدولة
- المطالب الثاني: أنكر نظرية أعمال السيادة ورفضها والتصدي لها
- المطالب الثالث: عدم الرفض التام لنظرية أعمال السيادة بشكل مطلق

المطلب الأول

أعمال السيادة ضرورة لا استغناء عنها للدولة

ذهب أنصار هذا الإتجاه إلى تأييد فكرة أعمال السيادة مبيناً أنه لا بد منها في العمل الحكومي وذلك كمساحة حرية للإدارة، أوضح أنصار هذه الرأي أن خروج مثل هذه الأعمال من نطاق رقابة القضاء بالطبيعة السياسية لهذه الأعمال وكونها تصدر عن السلطة التنفيذية باعتبارها هيئة سياسية وبالتالي فهي أعمال لا تخضع لرقابة القضاء.⁽³⁾

ويبرر بعض الفقه حصانة أعمال السيادة من الرقابة القضائية، بإرجاعها إلى فكرة الأعمال المختلطة، والتي تمثل مجموعة من الأعمال التي لا تخضع لرقابة القضاء الإداري، مبيناً أن القاضي الإداري هو قاضي

(1) المسؤولية الإدارية للإدارة عن الأعمال الحكومية، بلعود صبرينة وازاموم خليصة، ص24.

(2) القضاء الإداري دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية ، زكي محمد النجار، ص110.

(3) القضاء الإداري الرقابة على أعمال الإدارية مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري دراسة مقارنة، سامي جمال الدين ، ص180.

السلطة التنفيذية، ولما كانت السلطة التشريعية لا تخضع بحسب الأصل إلى رقابته فإن أي قرار صادر عن السلطة التنفيذية ويمتد أثره إلى سلطة التشريع يخرج أيضاً من رقابة القضاء.⁽¹⁾

وذهب البعض⁽²⁾ إلى أن وجود هذه النظرية هو بهدف حماية كيان الدولة الداخلي والخارجي والحفاظ على أمنها، مما يجعل من أعمال السيادة سياًجاً حافظاً لأمنها ومُقدراتها وضمانةً لسير العدالة وبين أنصار هذا الرأي أن نظرية أعمال السيادة كانت وليدة الحاجة ومقتضيات العمل حيث يكون لبعض الأعمال التي تقوم بها الدولة أهمية خاصة فإنه من مصلحة الوطن ألا تُعرض مثل هذه القضايا على القضاة كما انه قد لا يكون من مصلحة الحكومة عرضها على الجمهور⁽³⁾، فقد تكون مصلحة الدولة في بقاء بعض القضايا سرية ولذلك حتى تحقق مرادها وهدفها والنتيجة المرجوة منها.

واتجه البعض للقول بأن التمسك بنظرية أعمال السيادة انطلاقاً من مبدأ الفصل بين الوظيفة الحكومية والوظيفة الإدارية وأن أعمال الحكومة هي تلك التي تتصل بالوظيفة الحكومية دون الإدارية.⁽⁴⁾

ويذهب البعض إلى القول إن السلطة التنفيذية يجب أن تكون على درجة من القوة في مواجهة باقي السلطات، وذلك انطلاقاً من أنها تعيش وتواجه واقع الحياة العادية والإستثنائية، وهو ما يتطلب منها سرعة التصرف وشجاعة بإصدار القرارات اللازمة، وخاصة ما يتعلق بالمسائل الإستثنائية المهمة، والتي تستلزم سرعة التحرك والتقرير، وذا الأمر يتوافر بأعمال والتي تمثل عنصراً من عناصر تقوية السلطة التنفيذية في مواجهة باقي السلطات في الدولة.⁽⁵⁾

(1) أعمال السيادة كقيد على مبدأ المشروعية وتطبيقاتها في قضاء محكمة العدل العليا دراسة مقارنة، رائد الكعابنة، ص34.

(2) الرقابة على أعمال الإدارة، فاروق خماس، ص60.

(3) أعمال السيادة بين الإطلاق والتحديد، مسعودي حسين، ص7.

(4) الرقابة على أعمال الإدارة، فاروق خماس، ص61.

(5) نظرية أعمال السيادة كقيد على مبدأ المشروعية وتطبيقاتها في قضاء محكمة العدل العليا دراسة مقارنة، رائد الكعابنة، ص34-35.

المطلب الثاني

أنكر نظرية أعمال السيادة ورفضها والتصدي لها

ينكر أنصار هذا الإتجاه، نظرية أعمال السيادة، ويرون أن منع الولاية عن رقابة القضاء ليس له أساس قانوني على اعتبار أن حق الدولة ليس أقوى من حق الفرد وأن كلاً من الحقين مستمد من القانون، ولا يمكن التذرع بمفهوم أعمال السيادة من أجل استبعاد تطبيق حكم القانون وإبعاد تدخل القضاء، لأنه في دولة القانون لا أحد فوق القانون حُكماً كانوا أو محكومين.¹

ولما كان القضاء الإداري الفرنسي يرفض النظر إلى أعمال الحكومة أو السيادة فقد حاول بعض الفقهاء ارجاع قضاء مجلس الدولة في هذا الخصوص إلى مبادئ مسلم بها في القانون لا إلى فكرة أعمال السيادة مما يجعل هذه النظرية عديمة الفائدة.²

ويرى أصحاب هذا الرأي أن الأخذ بنظرية أعمال السيادة فيه امتهان لمبدأ المشروعية وسيادة القانون، وإذا كان المشرع لا يملك تحصين العمل الإداري من رقابة القضاء إلزاماً منه بسيادة القانون، فإنه ينبغي على السلطة القضائية أن تلتزم في عملها بسيادة القانون، ومن ثم يجب عليها فحص الشرعية الخاصة بكافة الأعمال الإدارية دون اللجوء إلى نظرية أعمال السيادة.⁽³⁾

حيث يرى جانب من الفقه أن إضافة هذه النظرية إلى أعمال السلطة سوف تؤدي إلى الريبة وإعاقة التعبير عن اتجاهات الشعب والهيئات المنتخبة، وأصحاب هذا الرأي يؤكدون أن إنكار نظرية أعمال السيادة ليس إنكاراً لحقيقة قانونية، باعتبار أن النصوص القانونية التي تشير إلى هذه الأعمال هي نصوص غير دستورية.⁽⁴⁾

ويعود التصدي لأعمال السيادة لدى هذا الجانب من الفقه في إبعاد قسم كبير من أعمال وقرارات السلطة التنفيذية عن رقابة القضاء ومنع التعرض لها ومخاصمتها قضائياً بالإلغاء أو التعويض من أي جهة كانت

1 أعمال السيادة كإستثناء عن اختصاص القضاء وتطبيقاتها في مواد الجنسية دراسة في القانون الجزائري والمقارن، مقني بن عمار، ص24.

² وعلى رأس هؤلاء الذي أنكروا وجود هذه النظرية الأستاذ (Virally)، والذي حاول تبرير جميع حالات أعمال السيادة والأعمال الحكومية في مقال له منشور في مجلة القانون العام سنة1952،

⁽³⁾ نظرية أعمال السيادة بين الإطلاق والحصص، عبد الحميد سبيلا، ورقة عمل، ص5.

⁽⁴⁾ المسؤولية الإدارية للإدارية عن الأعمال الحكومية، بلعود صبرينة وأزاموم خليصة، ص26.

بدعوى أنها تتمتع بصفة السيادة التي تحصنها من الرقابة القضائية بشكل كامل وقد كان لمحاولات التصدي والحملة الشديدة هذه أثر بالغ في السياسة القضائية والتشريعية لما تشكله أعمال السيادة من قيد على البناء القضائي السليم في الدولة القانونية الحديثة وكونها أثراً قديماً بالياً وبعثاً لنظرية الضرورة السياسية ونقطة سوداء في جبين القانون العام وامتھانا لمبدأ سيادة القانون وأخيراً سلاحاً خطراً بيد السلطة التنفيذية يمكن بواسطته أن تتخذ إزاء المواطنين سلوكاً بالغ التحكم والعسف دون خوف من أي رقابة قضائية وعدم الاعتداد بمبدأ المشروعية⁽¹⁾

ويرون أن قواعد الإختصاص القضائي تؤدي لإخضاع كافة المنازعات الإدارية للقضاء وتتصل هذه المنازعات بالأعمال الإدارية الصادرة من السلطة التنفيذية بصدد وظيفتها الإدارية، أما الأعمال المتصلة بالحكم وهي التي تتصل بالعلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطات الأخرى وطنية أو أجنبية فإنها تخرج من نطاق الإختصاص القضائي الوطني إما لكونها لا تدخل في نطاق المسئولية السياسية للحكومة أمام البرلمان، أو للإختصاص الدولي بنظر تلك المنازعات.⁽²⁾

المطلب الثالث

عدم الرضا لنظرية أعمال السيادة بشكل مطلق

يسعى هذا الإتجاه إلى التضييق من دائرة أعمال السيادة والتخفيف من حدھا وذلك بإخراج بعض الأعمال من قائمة أعمال السيادة وبسط الرقابة القضائية عليها، ومن جهة أخرى إمكانية وجود التعويض عن أعمال السيادة دون إمكان الطعن فيها بالإلغاء

وقد نادى أنصار هذا الرأي بالإستغناء عن نظرية أعمال السيادة عن طريق الإستناد إلى نظريات ومبادئ أخرة مقررّة ومستقرّة في القانون العام، كفكرة السلطة التقديرية التي يمكن أن تحل محل نظرية أعمال السيادة

(1) أعمال السيادة الخارجة عن اختصاص القضاء الإداري بين الإطلاق والتقييد ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم الإدارية، عبد القادر جمعة رضوان، ص13.

(2) حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة تطبيقية، محمد العتيبي، ص85.

بما تحققه من توازن بين اعتبارين لازمين ومتعارضين: وهما مبدأ الشرعية وسيادة القانون من ناحية وضرورة تمتع الإدارة أو الهيئة الحاكمة بقدر من حرية التقدير والتصرف من ناحية أخرى.⁽¹⁾

وأنصار هذه الرأي طالبوا بالإبقاء على هذه النظرية ولكن مع التعويض العادل للمتضررين من أعمال السيادة، فعلى الحكومة أن تعوضهم عن هذه الأضرار التي قد تلحق بهم جراء تنفيذها عليهم.

وإن ما يره الباحث أن نظرية أعمال السيادة هي حقيقة قانونية واقعية لا يمكن انكار وجودها، حتى وإن رفض بعض القانونيون وأنكروها، إلا أنها نظرية اعترف القضاء بها، كما أن هناك حاجة لها وذلك لحفظ كيان الدولة وأمنها وسياستها.

(1) القضاء الإداري دراسة مقارنة، عمر الشوبكي، ج/93.

المبحث الثاني

موقف التشريع من نظرية أعمال السيادة

يعتقد البعض أن أعمال السيادة لها في أساسها ذات نشأة تشريعية، بمعنى أنه أساس تشريعي يرجع إلى نصوص القانون التي تحظر صراحة النظر في هذه الأعمال بما يفيد تحصينها من رقابة القضاء، أو من خلال تفسير النصوص والقواعد التشريعية المنظمة لاختصاص جهات القضاء ومن ثم فإنه في حالة غياب مثل هذه النصوص يكون لجهات القضاء بحسب تكييفها لطبيعة المسألة محل النزاع أن تراقب هذه الأعمال وتفحص مشروعيتها وتقضي ببطلانها إن كانت مخالفة للقواعد القانونية التي تلوها⁽¹⁾، لذلك سنتناول في هذا المبحث كل من موقف التشريع من نظرية أعمال السيادة وكذلك موقف الشريعة الإسلامية من نظرية أعمال السيادة في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

موقف التشريع الوضعي من نظرية أعمال السيادة

لقد اعترفت بعض التشريعات الوضعية بنظرية أعمال السيادة، لذلك سيتناول الباحث في هذه المطلب موقف المشرع الفرنسي وموقف المشرع المصري والأردني ثم الفلسطيني من نظرية أعمال السيادة وقف الفروع والآتية:

الفرع الأول

نظرية أعمال السيادة في التشريع الفرنسي

إن الباحث في القانون الفرنسي لا يجد أثراً لهذا النوع من الأعمال في ظلال الثورة الفرنسية والإمبراطورية الأولى، ولعل مرجع ذلك إلى أن فكرة أعمال السيادة بوضعها الحاضر لم يكن لها أية فائدة، فالقاعدة السائدة في ذلك الوقت هي عدم مسئولية الإدارة عن أعمالها كما أن قاعدة الفصل بين السلطات، حسب التفسير الفرنسي لها كانت تمنع القاضي العادي من النظر في كل ما يتعلق بالإدارة، وتكل الأمر في ذلك كله إلى الإدارة العامة نفسها لتتصرف فيه برأيها، وبعد أن أنشأ نابليون مجلس الدولة الفرنسي، فإن هذا المجلس ما

(1) القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص 179.

كان يملك سلطة البت نهائياً فيما يعرض عليه من مسائل، بل كان يقدم مجرد اقتراحات لرئيس الحكومة وكان يحظى فوق ذلك بثقته التامة لأنه من أنشأه وصنع يده.

ورغم عدم وجود نص تشريعي صريح يشير إلى أعمال السيادة في فرنسا⁽¹⁾، إلا أن البعض حاول الإستناد إلى النصوص التشريعية في فرنسا لتأسيس عدم خضوع أعمال الحكومة لرقابة القضاء⁽²⁾ _ غير أن بعض الفقه يري بأن المشرع عرض للنظرية بصورة غير مباشرة⁽³⁾ _ في المادة 47 من القانون الصادر في 3 مارس 1849 وكذلك المادة 26 من قانون 24 مايو 1872م⁽⁴⁾ بشأن تنظيم اختصاصات مجلس الدولة أساساً تشريعياً صالحاً لنظرية أعمال الحكومة وتقضي هذه النصوص بأن " للوزراء الحق في أن يرفعوا إلى محكمة تتازع الإختصاص القضايا المرفوعة أمام مجلس الدولة والتي لا تختص المحاكم الإدارية بنظرها".⁽⁵⁾

الفرع الثاني

نظرية أعمال السيادة في التشريع المصري

لم تكن أعمال السيادة في مصر من ابتداء مجلس الدولة المصري كما كان في فرنسا، وذلك أن المشرع المصري هو الذي نص على حرمان القضاء من الفصل في المنازعات ذات الصبغة السيادية _ " أعمال السيادة" الأعمال الحكومية _ وأن كان مسلكه يتردد بين تحديد هذه الأعمال أو عدم تحديدها⁽⁶⁾.

عندما أنشأت المحاكم المختلطة سنة 1876 والمحاكم الأهلية سنة 1883 وردت لائحة الترتيب لكل منهما تخلو من أية اشارة إلى أعمال السيادة أما المحاكم الأهلية فقد أقرت بطائفة أعمال السيادة بالرغم من عدم النص عليها في لائحة ترتيبها، وأما المحاكم المختلطة فقد تعرضت لبعض أعمال السيادة وحكمت بالتعويض عنها كالأعمال الإدارية العادية، ولهذا اضطر المشرع المصري إلى أن ينتهز فرصة تعديل المادة 11 من

(1) القضاء الإداري مبدأ المشروعية ، عدنان عمرو، ص 87-88.

(2) القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص 181-182.

(3) القضاء الإداري مبدأ المشروعية ، عدنان عمرو، ص 87-88.

(4) ووردت في كتاب عدنان عمرو في 24 مايو لعام 1873م

(5) القضاء الإداري، سامي جمال الدين، ص 181-182.

(6) رقابة القضاء على أعمال الإدارة دراسة لأنظمة كل من أمريكا وفرنسا ومصر، السيد هيكل، ص 75. الإتجاه نحو تقوية السلطة التنفيذية في الدولة المعاصرة ، السيد هيكل، ص 123-124.

لائحة ترتيب المحاكم المختلطة في 26 مارس سنة 1900 لينص فيها صراحة على منع المحاكم المختلطة من التعرض لأعمال السيادة.⁽¹⁾ وكان مضمون هذه اللوائح قبل تعديلها أنه " ليس للمحاكم أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة"⁽²⁾، فكان أول التشريعات في مجال القضاء العادي التي صدرت في مصر ونصت على أعمال السيادة هي لائحة ترتيب المحاكم المختلطة الصادرة عام 1900م المعدل، وقد نص على: " ليس للمحاكم الاهلية أو "المختلطة" أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في اعمال السيادة"

فليس لها أن تنتظر في حصة تطبيق القوانين واللوائح المصرية على الأجانب ولا يجوز لها كذلك أن تنتظر في ملكية الأملاك العامة على أن تلك المحاكم دون أن يكون لها تأويل عمل اداري أو ايقاف تنفيذه⁽³⁾

وليس هذا النص هو أول التشريعات في مجال القضاء التي صدرت في مصر مُخرجةً بعض الأعمال عن رقابة القضاء فقد جاءت لائحة ترتيب المحاكم الأهلية - وتعديل المادة 15 من اللائحة سنة 1937م بحيث تصبح مطابقة للمادة 11 سابقاً وذلك بالقانون رقم 90 لسنة 1937 وجاء نص المادتين على أنه: (ليس للمحاكم الاهلية أو "المختلطة" أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة)

واستقرت تلك القواعد في التشريعات المتعاقبة حيث ورد النص كما هو في القوانين المنظمة للقضاء العادي ففي المادة 18 من القانون رقم 147 لعام 1949م وفي القانون رقم 56 لسنة 1959م نصتا على أنه: " ليس للمحاكم أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة"

كما أن التشريعات القضائية المصرية جاءت تترى وتؤكد على خروج أعمال السيادة من نطاق ورقابة القضاء، فلم يكن هذا النص هو النص الاول، فقد كان القانون مجلس الدولة الأول الصادر عام 1946م وكذلك مجلس الدولة المصري الثاني الصادر عام 1949م جاءا يقضيان بعدم قبول الطعون المتعلقة بأعمال السيادة،، حيث تنص المادة السابعة من قانون مجلس الدولة المصري رقم 9 لسنة 1949 على أنه " لا تقبل الطلبات الآتية:

(1) النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، سليمان الطماوي، ص135.

(2) قضاء الإلغاء دراسة مقارنة، محمد العبادي ، ص94-95. المادة 17 من قانون رقم 46 لسنة 1972م على أنه: " ليس للمحاكم

أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة"

(3) وسيط القضاء الإداري، أنور أحمد رسلان، ص239.

- 1- الطلبات المقدمة عن القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بمجلس البرلمان وعن التدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة وعن العلاقات السياسية أو المسائل الخاصة بالأعمال الحربية وعلى العموم سائر الطلبات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة.
- 2- الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية.

ونلاحظ هنا أن المشرع قد أورد في هذا النص طائفة محددة من أعمال السيادة حددها على سبيل الحصر لا على سبيل المثال وبناءً عليه قيد المشرع بها وغل يد السلطة القضائية والفقهاء عن التستر بأعمال السيادة خارج هذا الطائفة من الأعمال وهي الأمن الداخلي والخارجي والعلاقات السياسية والقرارات الخاصة بالحرب. كما أن عبارة " التدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة" التي أوردتها المشرع في المادة السابعة فقرة 1 فقد جاءت فضفاضة وعامة وهي ذات معنى واسع يسمح اتساعها مفهومها بتأويلها، وقد تجعل السلطة التنفيذية منها ستاراً لأعمالها وتصرفاتها بحجة أنها أعمال سيادة.

أما بالنسبة للفقهاء فكان اعتراضه على شكل التعداد؛ لأن التعداد من عمل الفقهاء لا من عمل المشرع وبما أن المشرع نفسه يُسلم بأن تحديد أعمال السيادة هي من اختصاص القضاء وبالتالي فعليه أن يترك للقضاء حريته ليرسم سياسته القضائية وفقاً للظروف والقضاء في الظروف العادية، يضيق من نطاق أعمال السيادة ويعطي الإدارة سلطة واسعة في الظروف الإستثنائية، بمعنى أن يُعلن المشرع المبدأ ويترك للفقهاء والقضاء المهمة في تحليل مضمونه وتحديد تطبيقاته.⁽¹⁾

بينما نص القانون مجلس الدولة المصري الثالث الصادر عام 1955 ومجلس الدولة الرابع الصادر عام 1959م على عدم اختصاص المجلس بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة.

كما نص دستور مصر لعام 1971م في المادة 68 منه على أنه: "... يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء"، وكذلك المشرع المصري في المادة 11 من القرار بقانون رقم 47 لسنة 1972م المنظم لمجلس الدولة المصري والذي ينص على أنه " لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة"

(1) قضاء الإلغاء دراسة مقارنة، محمد العبادي ، ص94-95.

بينما نجد دستور مصر عام 2012 لم يُحصن أي قرار أو منازعة من رقابة القضاء المصري، حيث نصت المادة 172 على: " يختص القضاء بالفصل في كافة المنازعات والجرائم عدا ما تختص به جهة قضائية أخرى ويفصل في المنازعات المتعلقة بشئون أعضائه"

ونصت المادة 174 من الدستور المصري لسنة 2012م على أن: " مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره من جهات القضاء بالفصل في كافة المنازعات الإدارية ومنازعات التنفيذ المتعلقة بأحكامه ويتولى الدعوى والطعون التأديبية، والإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون ومراجعة وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية التي تحال إليه ومراجعة العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها".

وبناءً على هذين النصين من دستور مصر لسنة 2012 يؤكدان أن القضاء المصري مخول بنظر كافة القضايا والمنازعات الإدارية وأن يده ليست مغلوطة عن نظر أي منازعة إدارية، وبناء عليه نستطيع أنه لا حصانة لأي عمل من أعمال الإدارة على الإطلاق وذلك وفق نصوص الدستور المصري لسنة 2012.

بينما دستور مصر لسنة 2014 يتفق مع نصوص دستور مصر 2012 حيث تنص المادة 188 من دستور مصر 2014 على أن: " يختص القضاء بالفصل في كافة المنازعات والجرائم عدا ما تختص به جهة قضائية أخرى ويفصل دون غيره في المنازعات المتعلقة بشئون أعضائه، ويدير شؤونه مجلس أعلى ينظم القانون تشكيله واختصاصاته"

وجاءت المادة 190 من دستور مصر 2014 تنص على أن " مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه كما يختص بالفصل في الدعاوى والطعون التأديبية، ويتولى وحده الإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون ومراجعة وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية ومراجعة مشروعات العقود التي تكون الدولة أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى.

ونجد أن المادة 190 لم تحسم الأمر بخصوص كافة المنازعات الإدارية كما كان نص المادة 174 من دستور مصر لسنة 2012 والتي خولت مجلس الدولة المصري بالفصل بكافة المنازعات الإدارية دون استثناء، مما يؤكد أن دستور مصر لسنة 2014 ترك الباب مفتوحاً لوجود أعمال للسيادة، خاصة وأن نص المادة 11 من قانون مجلس الدولة المصري رقم 46 لسنة 1972م تؤكد على استثناء أعمال السيادة من

الرقابة القضائية وخروجها عن سلطاتها. حيث تنص المادة 11 منه على أنه: "لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة".

وقد جاء هذا المسلك ايجابياً مراعيًا الانتقادات التي وجهت لنص المادة السابعة من قانون مجلس الدولة المصري رقم 9 لسنة 1949م، فلم يُقيد المشرع حرية القاضي ولم يُعَدِّد ويحصر الأعمال الخاصة بالسيادة وإنما ترك للقضاء والفقهاء تقدير ذلك.

كما أن المشرع قد أصاب عندما أكد على عبارة "لا تختص" لأن المشكلة بالنسبة لأعمال السيادة، حول قضية قبول أو عدم قبول الدعوى حيث أن مشكلة القبول تثار عندما تكون هناك شروط خارجة عن موضوع الدعوى وسابقة على الفصل في محل النزاع، فإذا رأى القضاء خروجها من سلطته وجب أن يكون حكمه بعدم الإختصاص لا بعدم القبول، أما إذا أراد المشرع إخراجها من سلطة القضاء تَعين عليه النص على عدم اختصاص القضاء بالنظر فيها كما فعل المشرع المصري في المادة 11 من قانون مجلس الدولة رقم 46 لعام 1972.⁽¹⁾

وقد انتقد الفقه القانوني هذه المحاولة لتعريف أعمال السيادة بحجة أن أعمال السيادة بطبيعتها السياسية والقضائية يجب أن تبقى خارج النصوص حتى لا تصاب بالجمود، ويجب أن تترك لها المرونة الكافية، حتى يستطيع القضاء أن يساير فيها بتقديره الكامل مقتضيات الظروف السياسية في الدولة، وقد استجاب المشرع لهذا النقد بأن عدل عن محاولته بل وحتى في مجرد ضرب الأمثلة على بعض صورها، كان ذلك فيما قرره المادة 12 من قانون رقم 165 لسنة 1955م، من أنه "لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاءه الإداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة وهو نفس الموقف الذي التزمته المادة 16 من قانون السلطة القضائية رقم 43 لسنة 1965م ثم المادة 17 من قانون السلطة القضائية لسنة 1972م.⁽²⁾

(1) راجع / قضاء الإلغاء دراسة مقارنة، محمد العبادي ، ص95.

(2) أعمال السيادة في القضاء الإداري السعودي دراسة مقارنة تطبيقية، أحمد الشهري، ص218.

الفرع الثالث

نظرية أعمال السيادة في التشريع الأردني

لم ينص المشرع الأردني في قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 26 لسنة 1952، على أعمال السيادة، إلا أن هذا القانون قد تم تعديله بموجب القانون رقم 38 لسنة 1963م، والذي اضاف البند "ط" للفقرة الثالثة من المادة العاشرة من قانون تشكيل المحاكم النظامية والتي نصت "لا تقبل الطلبات المقدمة للطعن في القرارات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة"،

وكذلك فإن قانون محكمة العدل العليا الأردنية رقم 12 لسنة 1992م نص في المادة 11/ج/1 على أنه "لا تختص محكمة العدل العليا بالنظر في الطلبات أو الطعون المتعلقة بأعمال السيادة"¹، إلا أن قانون القضاء الأردني الجديد رقم 27 لسنة 2014 والذي ألغى قانون محكمة العدل الأردنية رقم 12 لسنة 1992م ينص في المادة 5/د على أنه: "لا تختص المحكمة الإدارية بالنظر في الطلبات أو الطعون المتعلقة بأعمال السيادة".

1 نصت التشريعات الليبية على أن أعمال السيادة تخرج عن رقابة القضاء، فقد نصت المادة 6 من قانون رقم 88 لسنة 1971م في شأن القضاء الإداري على أنه "لا تختص دائرة القضاء الإداري بنظر الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة ولا تقبل الطلبات من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية مباشرة، كما ونصت المادة 20 من قانون رقم 6 لسنة 1376 و.ر.)، بشأن نظام القضاء الليبي على أنه "تختص المحكم بالفصل في كافة المنازعات والجرائم، وليس للمحاكم أن تنتظر في أعمال السيادة. وتاريخ هذا ليس هجرياً كما يُرخ المسلمون في أصابع الأرض، وإنما اخترع الزعيم الليبي معمر القذافي تاريخ جديد لليبيين يبدأ من وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذه دليل مخالفته حتى لنهج الصحابة الكبار رضى الله عنهم الذي وضعوا التاريخ لوقائع وأحداث الإسلام بدأ من هجرة رسول الله صلى الله عليه وسلم واستبشاراً بالهجرة التي فيها انتقال النبي والمسلمون من مرحلة الإستضعاف إلى القوة ومن مرحلة الدعوة إلى مرحلة الدولة، لكن القذافي أراد أن يبدأ التاريخ منذ وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكأنه يحتفل بوفاته وليته فعل كما فعل النصارى الذين أرخوا لحياتهم بميلاد السيد المسيح عليه السلام استبشاراً بمولده وقدمه وقد نص المشرع السعودي في المادة التاسعة من نظام ديوان المظالم _ الملغي _ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/51) وتاريخ 1402هـ على أنه " لا يجوز لديوان المظالم النظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة" وقد أكدت المادة الرابعة عشر من نظام ديوان المظالم الجديد عام 1428هـ على نفس المادة السابقة. كما نص المشرع السوري في المادة 12 من قانون مجلس الدولة السوري رقم 55 لسنة 1959م على أنه "لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة..."

الفرع الرابع

نظرية أعمال السيادة في التشريع الفلسطيني

يذهب بعض الفقه الفلسطيني بأن فلسطين عرفت في زمن الإحتلال البريطاني والإحتلال الإسرائيلي تحصين بعض القرارات من رقابة القضاء⁽¹⁾، أما في زمن السلطة الفلسطينية فلم ينظم المشرع الفلسطيني منذ انشاء السلطة الفلسطينية أعمال السيادة حيث بقيت التشريعات الفلسطينية خالية من ذكر أعمال السيادة، بل إن المشرع نص صراحة في القانون الأساسي على عدم جواز تحصين أي عمل أو قرار من رقابة القضاء² وإن كان المشرع الفلسطيني نص في مشروع قانون مجلس الدولة الفلسطيني الذي لم يقر إلى الآن على استبعاد اختصاص محاكم مجلس الدولة الفلسطيني من النظر في أعمال السيادة حيث نصت المادة 10 من مشروع قانون مجلس الدولة الفلسطيني على أنه " لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة".

وبناءً عليه فإن التشريعات الفلسطينية السارية جاءت خالية من قانون ينص صراحة على تنظيم أعمال السيادة على غرار ما ذهبت التشريعات العربية والغربية وكما بين الباحث سابقاً أن القانون الأساس الفلسطيني والذي هي بمثابة الدستور المؤقت_ ينص في الفقرة الثانية من المادة 30 منه على أنه: "يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء"⁽³⁾، فهل نستطيع القول ان مع هذا النص يستحيل القول بوجود أعمال سيادية لأن القانون الأساس حظر تحصين أي عمل ادري من رقابة القضاء؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد للباحث أن يستعرض أعمال السلطة الإدارية " السلطة التنفيذية: والأعمال التي تُصدها السلطة التنفيذية، ومدى خضوع هذه الأعمال لرقابة القضاء وذلك حتى نستطيع الوقوف على حقيقة الأمر بشكل قانوني، وذلك بهدف إزالة التناقض الذي قد يقع بين النصوص القانونية الذي يظهر

(1) رأي علي صادق مشار إليه: القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديد رقم 3 لسنة 2016، هاني غانم، ص122.

2 راجع نص المادة 30 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

(3) المادة 2/30 من القانون الأساس الفلسطيني المعدل 2003.

للهولة الأولى للقارئ، وإن أعمال الإدارة تنقسم إلى قسمين وهما⁽¹⁾: الأول: الأعمال الحكومية" أعمال السيادة"⁽²⁾ هي الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية بصفتها سلطة حكم لا سلطة إدارة وذلك لتحقيق مصالح الدولة العليا السياسية والسهر على احترام الدستور والهيئات العامة ولتسيير علاقاتها مع الدول الأجنبية وصيانة أمنها الداخلي والخارجي³، والثاني: والأعمال الإدارية وهي التي تباشرها الإدارة أو السلطة التنفيذية بصفها سلطة ادارية تنفذ فيها القوانين. والأعمال الإدارية هي الإجراءات المتعلقة بتطبيق القوانين العامة في البلاد ومراعاة علاقات الأفراد بالدوائر الحكومية⁴

والأعمال الإدارية قد تكون عبارة عن أعمال مادية أو أعمال قانونية، فالأعمال المادية فغالباً ما تعرض في شكل وقائع أو حوادث تضر بالأفراد فترتب لهم حقاً في التعويض وتؤدي إلى بحث ما يسمى بقضاء التعويض وهي قد تكون إرادية صادرة عن عمد من الإدارة أو أعمال مادية غير إرادية أي ناتجة عن خطأ من جانب الإدارة⁵

⁽¹⁾ وقد فرقت محكمة العدل العليا الأردنية أيضاً بين الأعمال الإدارية التي تخضع لرقابة القضاء وبين الأعمال الحكومية السياسية التي تخرج من هذه الرقابة بوصفها أعمال سيادة، والأعمال الإدارية هي الإجراءات المتعلقة بتطبيق القوانين العامة في البلاد ومراعاة علاقات الأفراد بالدوائر الحكومية أما الأعمال الحكومية السياسية فهي المتعلقة بالقوانين الأساسية الدستورية، وحركة السلطات العامة الأخرى وروابط الحكومة بالمجالس النيابية وكذلك روابط الدولة بالدول الأجنبية. قرار رقم 52/34، ص53، مجلة نقابة المحامين، العدد، السنة 1. نقلاً عن القضاء الإداري دراسة مقارنة، عمر الشوبكي، ج94/1.

ولقد ذهب بعض الفقه إلى تقسيم القرارات الإدارية من حيث رقابة القضاء عليها إلى نوعين رئيسيين هما: القرارات الإدارية التي تصدر بشأن العلاقة بين الدولة ومواطنيها وهذا النوع من القرارات يخضع لرقابة القضاء الإداري إلغاءً وتعويضاً في ضوء القواعد المقررة للطعن بالإلغاء والتعويض فضلاً عن قبولها لوقف التنفيذ ويطلق عليها اسم أعمال السلطة العامة أو أعمال الإدارة العامة.

أما النوع الثاني: في القرارات التي تخرج من رقابة القضاء لتعلقها بسيادة الدولة داخلياً وخارجياً تسمى أعمال الحكومة وهي طائفة من أعمال السلطة التنفيذية أخرجها القضاء الإداري الفرنسي من ولايته لأسباب يغلب عليها الطابع التاريخي. الوسيط في القضاء الإداري، محمد المسلماني، ص44.

⁽²⁾ أعمال السيادة هي التي تصدر من الدولة وتتعلق بصميم سيادة الحكم التي تمس مصالح عليا للبلاد مستهدفة حماية الوطن وأمنه الداخلي ودفع الأخطار عن وحدته الوطنية وسلامه الاجتماعي. الطعن رقم 3 لسنة 1 ق. دستورية جلسة 1986/3/24 مبادئ محكمة النقد في القرارات والعقود والمنازعات الإدارية، إبراهيم احمد ص15. حيث قال الفقيه لافيربير مميّزاً بين الوظيفة الإدارية والوظيفة الحكومية على أن الوظيفة الحكومية تهدف إلى تحقيق مصلحة الجامعة السياسية كلها والسهر على احترام الدستور والأمن الداخلي للدولة. قضاء الإلغاء دراسة مقارنة، محمد العبادي، ص89.

³ قرار محكمة العدل العليا رقم 91/11 بتاريخ 1991/9/11 - مجلة نقابة المحامين لعام 1992 - ص1619 نقلاً عن كتاب القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو، ص90.

⁴ قضاء الإلغاء دراسة مقارنة، محمد العبادي، ص89.

5

وأما الأعمال القانونية فهي دائماً ما تعرض في شكل أوامر أو قرارات إدارية يراد بها أحداث تغيير في المراكز القانونية القائمة بترتيب بعض الحقوق أو الإلتزامات، فهناك فرق في عمل الإدارة بين الأعمال الإدارية والأعمال الحكومية رغم صدورهما عن السلطة التنفيذية، لأنها تعكس النشاط غير الإداري لهذه السلطة "الأعمال الحكومية"، لذلك تخرج عن رقابة القضاء الإداري حتى وإن كانت ماسة بالحقوق والحريات وهو ما جعلها بمثابة نقطة سوداء في جبين المشروعية⁽¹⁾

وإن النص الذي ورد في الدستور الفلسطيني في المادة 30 من القانون الأساس والذي جاء فيه: "يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء" وهو نفس النص الذي ورد في المادة 68 من الدستور المصري لعام 1971م وغالبية الدساتير والقوانين العربية سألقة الذكر فكيف لنا أن نوفق بين النص في الوقت الذي وجدنا فيه القضاء المصري والفلسطيني قد أخذنا بنظرية أعمال السيادة ونصا عليها في أحكامهما وغيرهما في قضاء الدول الأخرى

إن النص الوارد في المادة 68 من دستور مصر عام 1971 وكذلك المطابق له من نص المادة 30 من القانون الأساسي الفلسطيني قد حظرا تحصين أي "قرار أو عمل إداري" يصدر عن السلطة الإدارية، وكما هو معلوم أن القرارات والأعمال الإدارية التي تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة إدارية لا بوصفها سلطة حكم كما بينا سابقاً تنقسم إلى قسمين وهما الأعمال الحكومية وهي الأعمال السيادية والقسم الآخر الأعمال الإدارية، وبناءً على ذلك فإن أعمال السيادة ليست ضمن الحظر التي نصت عليه المادة 68 من دستور مصر عام 1971 ولا المادة 30 من القانون الأساس الفلسطيني، وقد أكد الفقه والقضاء على هذا الرأي.²

(1) القضاء الإداري في فلسطين، محمد شبير، ص 355.

2 ولقد ورد تساؤل عن مدى دستورية نص المادة 1 من قانون مجلس الدولة التي نصت على عدم اختصاص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة في ضوء أحكام الدستور المصري سنة 1971م الذي ينص في المادة 68 على أن التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء. ومقتضى هذا التساؤل أن تختفي طائفة أعمال السيادة نهائياً من مجال الرقابة القضائية وتصبح قرارات إدارية عادية كسائر القرارات التي تصدر من السلطة التنفيذية.

وقد رفض القضاء الدستوري في مصر ذلك تماماً سواء في ظل المحكمة العليا القديمة أو في ظل المحكمة الدستورية العليا القائم، فذهبت المحكمة الدستورية العليا في أكثر من حكم لها إلى أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تجد أساساً لها كأصل عام في مبدأ الشرعية وسيادة القانون الذي ارساه الدستور غير أنه يرد على هذا الأصل ما استقر عليه القضاء والفقه من استبعاد أعمال السيادة من مجال الرقابة القضائية على أساس أن طبيعتها تأبى أن تكون مجالاً لدعوى قضائية" القضاء الإداري ومجلس الدولة، مصطفى أبو زيد فهمي، ص 427-428.

أما دستور مصر عام 2012 فإنه لم يُحصن أي قرار أو منازعة من رقابة القضاء المصري، حيث نصت المادة 172 على: "يختص القضاء بالفصل في كافة المنازعات والجرائم عدا ما تختص به جهة قضائية أخرى ويفصل في المنازعات المتعلقة بشئون أعضائه"

ونصت المادة 174 من الدستور المصري لسنة 2012م على أن: "مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره من جهات القضاء بالفصل في كافة المنازعات الإدارية ومنازعات التنفيذ المتعلقة بأحكامه ويتولى الدعوى والطعون التأديبية، والإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون ومراجعة وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية التي تحال إليه ومراجعة العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها".

إن هذين النصين من دستور مصر لسنة 2012 يؤكدان أن القضاء المصري مخول بنظر كافة القضايا والمنازعات الإدارية وأن يده ليست مغلوطة عن نظر أي منازعة إدارية، وبناء عليه نستطيع أنه لا حصانة لأي عمل من أعمال الإدارة على الإطلاق وذلك وفق نصوص الدستور المصري لسنة 2012.

بينما دستور مصر لسنة 2014 فتتص المادة 188 على أن: "يختص القضاء بالفصل في كافة المنازعات والجرائم عدا ما تختص به جهة قضائية أخرى ويفصل دون غيره في المنازعات المتعلقة بشئون أعضائه، ويدير شئونه مجلس أعلى ينظم القانون تشكيله واختصاصاته"

كما تنص المادة 190 من دستور مصر 2014م على أن "مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه كما يختص بالفصل في دعاوى والطعون التأديبية، ويتولى وحده الإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون ومراجعة وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية ومراجعة مشروعات العقود التي تكون الدولة أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى.

ونجد أن المادة 190 لم تحسم الأمر بخصوص كافة المنازعات الإدارية كما كان نص المادة 174 من دستور مصر لسنة 2012 والتي خولت مجلس الدولة المصري بالفصل بكافة المنازعات الإدارية دون استثناء، مما يؤكد أن دستور مصر لسنة 2014 ترك الباب مفتوحاً لوجود أعمال للسيادة.

إن المشرع المصري في دستور 2014 لم يتبنَ ذات المادة التي وردت في دستور 2012 الخاصة في نظر المنازعات الإدارية كافة كان عن قصد من المشرع، فلو أراد المشرع المصري أن يجعل مجلس الدولة يختص بكافة لما أعجزه النص عن ذلك خاصة وقد سبقه فيها دستور 2012.

خاصة وأن نص المادة 11 من قانون مجلس الدولة المصري رقم 46 لسنة 1972م تؤكد على استثناء أعمال السيادة من الرقابة القضائية وخروجها عن سلطاتها. حيث تنص المادة 11 منه على أنه: "لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة"¹.

وقد قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية برام الله بقولها "استقر الفقه والقضاء على أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال والإجراءات التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارية، أما القرارات التي تصدر عنها تطبيقاً للقوانين والأنظمة وتعبيراً عن المصالح الجارية للجمهور فهي عمل إداري وبالتالي يجوز الطعن فيها أمام محكمة العدل العليا"⁽²⁾

ولقد ذهبت المحكمة العليا في مصر للقول بأن "الأصل أن كل قرار إداري نهائي يصدر من السلطة التنفيذية يخضع لرقابة القضاء عملاً لمبدأ الشرعية وسيادة القانون إلا أنه يستثنى من هذا الأصل قرارات تتصل بسيادة الدولة الداخلية أو الخارجية لأنها لا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً لدعوى قضائية، ومن ثم تخرج عن ولاية القضاء وتقوم نظرية أعمال السيادة على أن السلطة التنفيذية تتولى وظيفتين احدهما بوصفها سلطة حكم والأخرى بوصفها سلطة إدارة، وتعتبر الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم من قبيل أعمال السيادة والأعمال التي تقوم بها بوصفها سلطة إدارة أعمالاً إدارية"⁽³⁾

¹ وقد جاء هذا المسلك ايجابياً مراعيًا الانتقادات التي وجهت لنص المادة السابعة من قانون مجلس الدولة المصري رقم 9 لسنة 1949م، فلم يُقيد المشرع حرية القاضي ولم يُعَدِّد ويحصر الأعمال الخاصة بالسيادة وإنما ترك للقضاء والفقه تقدير ذلك.

كما أن المشرع قد أصاب عندما أكد على عبارة "لا تختص" لأن المشكلة بالنسبة لأعمال السيادة، حول قضية قبول أو عدم قبول الدعوى حيث أن مشكلة القبول تثار عندما تكون هناك شروط خارجة عن موضوع الدعوى وسابقة على الفصل في محل النزاع، فإذا رأى القضاء خروجها من سلطته وجب أن يكون حكمه بعدم الإختصاص لا بعدم القبول، أما إذا أراد المشرع إخراجها من سلطة القضاء تُعين عليه النص على عدم اختصاص القضاء بالنظر فيها كما فعل المشرع المصري في المادة 11 من قانون مجلس الدولة رقم 46 لعام 1972. (راجع / قضاء الإلغاء دراسة مقارنة، محمد العبادي ، ص95.

(2) مشار إليه لدى القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو، ص91.

(3) حكم المحكمة العليا المصرية في الدعوى رقم 2 لسنة 1 ق عليا الصادر في 6 نوفمبر عام 1971. مشاره إليه في القضاء الإداري، ماجد راغب الحلو، ص50.

كما أكدت محكمة العدل العليا الأردنية على ذلك حين نصت بأن: "الفقه والقضاء استقرا على أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال أو الإجراءات التي تصدر عن الحكمة بإعتبارها سلطة حكم لا سلطة ادارية تباشرها بمقتضى السلطة العليا تنظيم علاقاتها بالسلطات العام الأخرى بصفتها ممثلة لمصالح الدول الرئيسية لتحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها، والسهر على احرام دستورها، وتسيير هيئاتها العامة والإشراف على علاقاتها مع الدول الأجنبية، أما القرارات التي تصدر عنها تطبيقاً للقانون والأنظمة وتعليمات الإدارة العرفية، وتعبيراً للمصالح الجارية للجمهور فهو عمل اداري وليس من أعمال السيادة وبالتالي يجوز الطعن بهذا القرارات أمام محكمة العدل العليا.⁽¹⁾

ونلاحظ أن بعض القوانين عند علاجها لأعمال السيادة قد استخدمت مصطلحين فالبعض استخدم عبارة " لا تقبل الطلبات" المتعلقة بأعمال السيادة كقانون تشكيل المحاكم النظامية الأردني المعدل رقم 38 لسنة 1963م⁽²⁾، والبعض الآخر استخدم اصطلاح " لا يجوز النظر" أو "لا تختص" المحاكم بالنظر بالأعمال المتعلقة بأعمال السيادة كالمشرع المصري⁽³⁾، والمشرع الفلسطيني في القانون الأساس⁽⁴⁾، وكذلك في مشروع

(1) عدل عليا أردني، 1986/8/12. راجع موسوعة القضاء الإداري، علي خطار شطناوي، ج1/ 91.

(2) حيث نصت المادة العاشرة من قانون تشكيل المحاكم الأردنية المعدل رقم 38 لسنة 1963 م، والذي اضاف البند "ط" للفقرة الثالثة حيث نصت على أنه " لا تقبل الطلبات المقدمة للطعن في القرارات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة"

(3) كما نص دستور مصر لعام 1971م في المادة 68 منه على أنه: "... يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء"

المادة 11 من القرار بقانون رقم 47 لسنة 1972م المنظم لمجلس الدولة المصري والتي تنص على أنه " لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة"

ونص قانون مجلس الدولة المصري الثالث الصادر عام 1955 ومجلس الدولة الرابع الصادر عام 1959م على عدم اختصاص المجلس بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة.

وكذلك قانون مجلس الدولة المصري رقم 46 لعام 1972 حيث نصت المادة 11 منه على أنه " لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة".

(4) ولقد نصت الفقرة الثانية من المادة 30 من القانون الأساسي على أنه " يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء"

قانون مجلس الدولة الفلسطيني⁽¹⁾ وكذلك المشرع السوري⁽²⁾، وكذلك قانون محكمة العدل العليا الأردنية⁽³⁾، وكذلك المشرع الليبي⁽⁴⁾، وكذلك السعودي في قانون ديوان السعودي⁽⁵⁾.

وبين النصوص التي قطعت بأن القضاء له سلطة الإلغاء لأعمال السيادة وبين النصوص التي رأت خروجها من سلطته وجب أن يكون حكم القاضي بعدم الإختصاص لا بعدم القبول، أما إذا أراد المشرع إخراجها من سلطة القضاء تعين عليه النص على عدم اختصاص القضاء بالنظر فيا كما فعل المشرع المصري في المادة 11 من قانون مجلس الدولة المصري رقم 46 لعام 1972.

فاستخدام اصطلاح "لا يجوز...النظر"، أو اصطلاح "لا تختص" هو الصحيح من وجهة الإصطلاحات القانونية لأن المشكلة بالنسبة لأعمال السيادة لا يتصور أن تكون متعلقة بقبول أو عدم قبول، إذ أن مشكلة القبول إنما تثور بصدد شروط خارجة عن موضوع الدعوى وسابقة على الفصل في موضوع النزاع، أما بالنسبة لأعمال السيادة وهي طائفة من القرارات التي تصدر عن السلطة التنفيذية فالمشكلة التي تثور هي مشكلة الإختصاص أو عدم الإختصاص بنظر الطعون أو الدعاوى أو الدفوع التي يكون محورها مثل هذا القرارات.⁽⁶⁾

(1) نصت المادة 10 من قانون مجلس الدولة الفلسطيني على " لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة".

(2) حيث نصت المادة 12 من قانون مجلس الدولة السوري رقم 55 لسنة 1959م على أنه "لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة...".

(3) فقد نص قانون محكمة العدل العليا الأردنية رقم 12 لسنة 1992م في المادة 11/ج/1 على أنه "لا تختص محكمة العدل العليا بالنظر في الطلبات أو الطعون المتعلقة بأعمال السيادة".

(4) - فقد نصت المادة 6 من قانون رقم 88 لسنة 1971م في شأن القضاء الإداري على أنه "لا تختص دائرة القضاء الإداري بنظر الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة ولا تقبل الطلبات من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية مباشرة". كما ونصت المادة 20 من قانون رقم 6 لسنة 1376 و.ر(4)، بشأن نظام القضاء الليبي على أنه "تختص المحكم بالفصل في كافة المنازعات والجرائم، وليس للمحاكم أن تنتظر في أعمال السيادة".

(5) حيث نصت المادة التاسعة من نظام ديوان المظالم _ الملغي _ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/51) وتاريخ 1402هـ على أنه " لا يجوز لديوان المظالم النظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة"، وقد أكدت المادة الرابعة عشر من نظام ديوان المظالم الجديد عام 1428هـ على نفس المادة السابقة.

(6) القرارات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية دراسة مقارنة، فؤاد عبد الكريم، ص140.

المطلب الثاني

موقف الشريعة الإسلامية من نظرية أعمال السيادة

إن الناظر المتأمل في الإسلام يجد أن أحكامه وتعاليمه شاملة تنظم شؤون الناس في الدنيا والآخرة، فهو دين شامل كامل أتم الله به النعمة على البشرية، ومن ثم تضمن الإسلام عقيدة صافية تُقَوِّمُ الفكر، وعبادات تُطَهِّرُ القلب، وأخلاقاً تُزَكِّي النفس، وأداباً وتشريعات تحمي المجتمع، ولم يهتم بجانب من الجوانب ويترك جانباً آخر، بل استوعب جميع نواحي الحياة، والسياسة ما هي إلا واحدة من هذه النواحي التي اعتنى بها الإسلام⁽¹⁾، والإسلام الذي شرعه الله تبارك وتعالى لم يدع جانباً من جوانب الحياة إلا وتعهده بالتشريع والتوجيه، فهو -بطبيعته- شامل لكل نواحي الحياة قال الله تعالى (وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَى لِلْمُسْلِمِينَ)⁽²⁾

وفي القضاء فقد وضع الإسلام نظاماً قضائياً، حيث لم يختلف الفقهاء في كلامهم عن المدعى عليه ولا يعيرون اهتماماً للتفرقة بين أن يكون المدعى عليه فرداً أو والياً أو حتى رئيس الدولة، ذلك أنه من البديهيات لديهم أن كل ظلم يجب على القاضي رفعه سواء أوقع من الأفراد أو الإدارة، وعلى ذلك فأى عمل تقوم به الإدارة سواء أكان قراراً إدارياً أو عملاً مادياً ينطوي على ظلم وفيه اعتداء على حقوق الأفراد وحررياتهم المقررة في القانون الإسلامي فإن القضاء الإسلامي يختص به والتعويض عنه، تحقيقاً للعدل الذي أمر به القرآن الكريم في مواضع عديدة ودفعاً للظلم الذي نهى عنه أيضاً.⁽³⁾

وقد تحدثنا سابقاً بأن أعمال السيادة هي أعمالٌ تخرج فيها أعمال السلطة التنفيذية عن أي رقابة قضائية، فهل يوجد في النظام السياسي الإسلامي مثل ذلك؟

إن القرارات الإدارية التي تخص إدارة الدولة والمجتمع التي تخرج من رئاسة الدولة الإسلامية تصدر بعد عملية المشاورة بين أهل الرأي أو المجلس الشورى للدولة، ولا يُعرض أمرٌ على مجلس الشورى للمناقشة إلا إذا لم يكن فيه من القرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة نص قطعي الثبوت غير منسوخ ولا مقيد بنص آخر، فإذا وجد الحكم صريحاً وقطعياً في الكتاب أو السنة وجب اتباعه، ولا مجال للإجتihad فيه، ولا طاعة لأحد

(1) الجوانب السياسية في خطب النبي صلى الله عليه وسلم / محمود عبد الهادي علي، ص44.

(2) [النحل: 89]

(3) النظام السياسي الإسلامي مقارناً بالدولة القانونية، منير البياتي، ص279.

في مخالفته، والقاعدة الشرعية لا اجتهاد مع النص، وإن لم يوجد في كتاب الله ولا في سنة رسول الله حُكْمٌ قطعي يعالج الأمر، فتُعمل الشورى فيه ويُختار الأقرب لرضى الله ومصلحة الجماعة.

إن مؤسسة الشورى في الدولة الإسلامية هي بيت القصيد في الإجابة على هذا التساؤل، ليتضح إذا ما كان هناك أعمال قد تصدر عن الإدارة لا تخضع لرقابة القضاء، لذلك لا بد للباحث من استعراض كيفية خروج القرارات الإدارية من مؤسسات الدولة الإسلامية ومدى سلطة الرقابة على قرارات الإدارة، فإن كان قرار الرئيس أو أمير المؤمنين أو الخليفة قرار مُلزم للجميع ولا مُعقب ولا رقيب عليه من مؤسسات الدولة فإنه يكون بمثابة عمل سيادي يخرج عن الرقابة في الدولة الإسلامية، وإن كان قرار الرئيس أو الخليفة أو أمير المؤمنين يخضع لرقابة مؤسسات الدولة سواء في الشورى أو غيرها، فإن الرئيس لا يستطيع أن يخرج برأي يُخالف رأي مؤسسات الدولة وإلا تم نقضه أمام القضاء، وبناءً عليه فإن السؤال الذي يدور ويحتاج إلى إجابة هو، هل رأي الشورى مُعلم أم ملزمة في الدولة الإسلامية؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تحتاج من الباحث ايضاح معنى الشورى وتسليط الضوء على كيفية صدور القرار من هذه المؤسسة، ثم التطرق إلى مدى إلزامية القرار الصادر عن هذه المؤسسة لأمر المؤمنين أو الحاكم أو الخليفة ويستعرض الباحث هذا الأمر في الفرعين التاليين:

- الفرع الأول: الشورى في النظام الإسلامي
- الفرع الثاني: الشورى بين الإعلام والإلزام

الفرع الأول

الشورى في النظام الإسلامي

يُعد مبدأ الشورى من أهم المبادئ الدستورية الإسلامية، وتكاد المصادر الإسلامية التي عنيت ببحث المسائل المتعلقة بنظام الحكم في الدولة الإسلامية تُجمع على أهمية الشورى، وسيتناول الباحث ماهية الشورى وحُكمها وأهميتها وحدودها، ويقسم الباحث هذا الفرع إلى عدة نقاط كالتالي:

1- ماهية الشورى

إن الشورى قيمة انسانية مارستها الجماعات قبائلاً وشعوباً وأما على مر تاريخها الطويل، كلٌّ بطريقته وثقافته وعقيدته وأعرافه وتقاليده، سواء في سهول سيبيريا، أو أدغال أفريقيا، أو صحراء الجزيرة العربية، أو هضاب آسيا، أو مروج أوروبا، أو غيرها من بلاد الله الواسعة، إلا أن الإسلام أضاف لها بعداً تَعْبُدياً وجعلها من القيم الإنسانية الرفيعة، ومن المقاصد الكبرى لهذا الدين، ورَتَّبَ على العمل بها ثواباً وعلى تركها عقاباً.⁽¹⁾

والشورى في اصطلاح الفقه: هي استعراض آراء أهل الإختصاص في واقعة معينة، واختيار أصلحها بحسب شرع الله تعالى وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم.⁽²⁾

وقد فرق الفقهاء بين الإستشارة والشورى، فقال: إن الإستشارة هي طلب الرأي أو المشورة ممن يكون محل ثقة الطالب، وطالب الإستشارة هو وحده صاحب الحق في اتخاذ القرار في المسألة التي يطلب الرأي فيها، أما الشورى فهي الوسيلة الجماعية الشرعية التي تصدر بها الجماعة أو الأمة قراراً في شأن من شؤونها العامة بحرية كاملة.⁽³⁾

2- حكم الشورى في الإسلام:

تُعد الشورى الأصل الثاني للنظام الإسلامي بعد النص، فالشورى بذاتها نصٌّ على الإقرار للأمة المستخلفة بحقها في المشاركة العامة في شؤون الحكم، بل إن ذلك من واجباتها، فالشورى عَلَمٌ على دولة الإسلام وأمة الإسلام، ولهذا لو قلت إنها دولة الشورى وأمة الشورى لهديت إلى الحق⁽⁴⁾، فقد كان تسيير الحكومة بالشورى قاعدة مهمة من القواعد الأساسية للدولة الإسلامية، وما كانت تؤخذ المشورة إلا ممن تتق الأمة في علمهم وتقواهم وأمانتهم وسداد رأيهم أما من كان الخلفاء الراشدون يستشيرونهم أثناء حكوماتهم فكانوا أفضل الناس

(1) الشورى فريضة اسلامية ، علي محمد الصلابي، ص6.

(2) النظم الإسلامية، السوسي وشويدح ومقداد، ص269. أي أن الرأي الأصلح الذي يجب على الشورى الأخذ به بعد المداولة واستماع آراء أهل الإختصاص يجب أن يكون الرأي لا يخالف صريح النص في الشريعة من القرآن والسنة النبوية المشرفة، وما أجمع عليه المسلمون، وكل ما نص علي هالكاتب والسنة نصاً صريحاً لا يجوز العدول عنه إلى ما يؤدي إليه الإجتهد وكذا ما أجمع عليه عليما المسلمين لا يصح لاحد أن يخالف فيه. منهج المدرسة العقلية الحديثة في التفسير، فهد بن عبد الرحمن بن سليمان الرومي، ج1/358.

(3)النظام السياسي للدولة الإسلامية، محمد سليم العوا، ص184. نقلاً عن الأستاذ الدكتور توفيق الشاوي في كتابه أحكام الشورى.

(4) الشورى في الإسلام، برهان زريق، ص7.

في الأمة يفقهون دينهم -ويشيرون في حرية تامة وشجاعة كاملة- بما يمليه عليهم علمهم وضميرهم وإيمانهم وكأن الناس جميعاً على يقين من أنهم لن يسحبوا الحكومة إلى طريق ضال أو يقودوها إلى متاهات مسدودة فكان كل فرد في الأمة يعترف بهم أهل الحل والعقد في البلاد.¹

ولقد تنفرد الشرعية الإسلامية بهذا المبدأ عن غيرها من أنظمة الحكم وفأقره الإسلام سلوكاً عاماً في المجتمع وأسلوباً في إدارة الشؤون العامة.²

والأصل في مشروعية الشورى هو أمر الله سبحانه وتعالى للنبي صلى الله عليه وسلم أن يستشير المؤمنين حيث قال الله تعالى: (فَبِمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ)⁽³⁾، وجاء وصف الله للمؤمنين بأن من صفاتهم أنهم يتبادلون الشورى فيما بينهم حيث قال الله تعالى: (وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنفِقُونَ)⁽⁴⁾

فإن كانت الشورى في حق رسول الله واجبة فهي من باب أولى وأوجب في حق غيره صلى الله عليه وسلم فيجب على القيادات والزعماء والرؤساء أن يستمعوا إلى أصوات أهل الخبرة والرأي والمشورة في دولهم وغير دولهم قبل اتخاذهم قرارات مصيرية بحق الأمة.

وإذا كانت المشاورة حقاً للأمة وواجباً على رئيس الدولة فإن التفریط بها إلى حد تركها موجب للعزل، وقال أهل العلم: (والشورى من قواعد الشريعة وعزائم الأحكام، من لا يستشير أهل العلم والدين فعزله واجب)⁽⁵⁾

وقال القرطبي بأن من لم يستشر العلماء فعزله واجب لا خلاف بين العلماء.⁶

¹ الخلافة والملك، أبو الأعلى المودودي، ص108.

² الشورى في الإسلام، برهان زريق، ص7

⁽³⁾ [آل عمران:159]

⁽⁴⁾ [الشورى: 38]

⁽⁵⁾ أصول الدعوة، عبد الكريم زيدان، ص218.

⁶ الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، ص249.

3- أهمية الشورى:

إن أهمية مبدأ الشورى في تحديد نهج حياة المسلمين ومصيرهم هو من الأمور التي لا خلاف فيه بين العامة والخاصة، وذلك لدوره العظيم في إثراء حياة الأمة ومستقبلها، وفي النهوض بمسئولياتها بما يضمن تحقيق آمالها وتطلعاتها.⁽¹⁾

1- إن مبدأ الشورى هو جزء من نظام الحكم في الشريعة وهي من أبرز خصائصه، وهي إحدى القواعد

الأساسية التي تضيء على نظام الحكم مشروعته من وجهة نظر التشريع الإسلامي²

2- إن أهمية الشورى تكمن في استخلاص آراء أهل العلم والخبرة والتخصص، فمن المستحيل أن يستجمع

وليُّ الأمر كل العلوم ولا أن يحوز العلم من جميع جوانبه، فبالشورى يستطيع ولي الأمر رؤية كافة جوانب

المسألة التي يبحث عن حل لها، كما أن الشورى تُمكن ولي الأمر من سماع زبدة عقول أهل الخبرة والعلم

وتجارب السابقين، ثم يؤول الأمر إليه بعد أن تُصبح الرؤية واضحة أمامه من كافة زواياها فيستطيع أن

يأوي للرأي السديد، ويأخذ بالمشورة التي فيها خير للأمة وتُحقق مصلحة العباد.⁽³⁾

3- إن في الشورى صوتاً وحمية لولي الأمر من تحمل مسؤولية القرارات الفردية التي قد تكون خاطئة فتؤدي

إلى ثورة وسخط عليه من كافة شرائح الشعب، ولكن عندما يكون القرار الصادر عن ولي الأمر وشاركه

فيه أهل الخبرة والعلم والرأي والمشورة، فتستخلص الإدارة الإسلامية الرأي الأقرب إلى الشرع والأصلح للأمة

من مجموع آراء النخب المجتمعية والمختصين، فإن وقع خطأ في هذا القرار وهو نادر الوقوع، فإن تبعة

هذا الخطأ ستكون محمولةً من الجميع، وذلك لأنه ليس رأيي فردي ولا رأي حاكم مستبد، ولكنه رأي الجماعة

كافة، ولنا من الشواهد التاريخية عبرة، فقد كان قرار الرئيس ياسر عرفات خاطئاً في تأييد غزو الرئيس

العراقي السابق صدام حسين رحمه الله للكويت، في الوقت الذي رفضت فيه الفصائل والنخب الفلسطينية

والكتاب وأصحاب الرأي هذا الأمر، لكن عرفات رحمه الله لم يسمع إلا صوت نفسه، فكان قراره سلبياً على

فلسطينيي الكويت والخليج، وجلب هذا القرار على المُغتربين الفلسطينيين الويلات والمطاردة والتضييق،

وذلك بعد خروج القوات العراقية من الكويت عنوة، وعودة حكم آل الصباح من جديد لحكم الكويت، فلو

(1) الشورى ومعاودة إخراج الأمة، أحمد سالم، ص3.

(2) النظم الإسلامية، ماهر السوسي، أحمد شويح، زياد مقداد، ص269.

(3) راجع سالم سلامة في محاضرة هل الشورى معلمة أم ملزمة منشور على الإنترنت برابط: رابط:

https://www.youtube.com/watch?v=I7FQeVysF_k

كان قرار الرئيس عرفات مستنداً لرأي الشورى وأهل الخبرة والرأي لما وصل الفلسطينيون إلى تلك الحالة الصعبة بعد حرب الخليج، وصدق الشاعر¹ حين قال:

رأي الجماعة لا تشقى البلاد به **** رغم الخلاف ورأي الفرد يشقيها

4- حدود الشورى:

اتفق اهل العلم على أن الشورى لا تكون فيما نزل فيه وحي، واتفقوا على تخصيص عموم كلمة الأمر في قوله تعالى (وأمرهم شورى بينهم) بما لم ينزل فيه وحي⁽²⁾، فالثابت في الدين هي العقائد والشعائر العبادية والقيم والفضائل والأحكام القطعية التي عليها تجتمع الأمة، وتتجسد فيها وحدتها العقدية والفكرية والشعورية والعملية وهي تمثل ثوابت الأمة التي لا يجوز اختراقها ولا تجاوزها، وربما كانت قليلة جداً ولكنها مهمة جداً⁽³⁾، ولكن متى تكون الشورى التي أَرادها الإسلام وأمر بها النبي صلى الله عليه وسلم المسلمين؟ ومتى تطلب من الصحابة أو أهل الشورى آرائهم؟

تطلب الشورى في كل أمر لم يرد فيه نص من الكتاب ولا من الرسول صلى الله عليه وسلم، فلا يمكن لأهل الشورى في النظام الإسلامي أن يُدلووا بآرائهم فيما فصل في الشارع الحكيم أو صدر فيه قول قطعي من النبي الكريم صلى الله عليه وسلم.

وقد أورد المودودي تعليقاً على ذلك فقال: "أما التشريع ووضع القانون في المملكة الإسلامية، فلا يكون إلا في ضمن الحدود التي أقامتها الشريعة ولا يتجاوزها أبداً، والذي أنزله الله وما جاء به الرسول صلى الله عليه وسلم من الواجب أن تتقاد لهما الأمة انقياداً كاملاً، فلا يحل لمجلس من المجالس التشريعية أن يُحدث فيهما أدنى تغيير، أما الأحكام التي تحتل وجهين فصاعداً فمن وظيفة الذين يتفقون في الدين أن يستجلبوا فيها وجه الحق والصواب ويدركوا ما أرادت من ورائها الشريعة الغراء، فهذه الأمور وما كان على نمطها ترد إلى لجنة من العلماء والفقهاء تحت مجلس الشورى، ثم نجد بعد ذلك مجموعة عظيمة للأمور التي لم تتص عليها الشريعة نصاً خاصاً، فلمجلس الشورى أن يضع لها القوانين في ضمن الحدود الشرعية⁴.

¹ / ديوان حافظ إبراهيم، ضبطه أمين والزين والابباري، ص11.

⁽²⁾ الشورى وأثرها في الديمقراطية دراسة مقارنة، عبد الحميد الأنصاري، ص8.

⁽³⁾ الدين والسياسة، يوسف القرضاوي، ص106.

⁴ نظام الحياة في الإسلام، أبو الأعلى المودودي، ص33-34.

وفي تفسير أمر الله تبارك وتعالى للنبي صلى الله عليه وسلم في القرآن الكريم في قوله تعالى: (وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ)⁽¹⁾، فقال أهل العلم: "إن أمر الله تعالى للنبي في المشاورة فيه قيدان؛ القيد الأول: أن الشورى لا تكون في أي مسألة ورد فيها نص تفصيلي قطعي الدلالة في القرآن الكريم أو السنة التي تُعد تشريعاً عاماً، فهذه الأمور خارجة بالضرورة عن نطاق الشورى، ولا يمكن أن تكون محلاً لها؛ اللهم إلا إذا كان موضوع الشورى هو تفسير النص أو تنفيذه، ولا يكون ذلك بداهة إلا فيما بعد عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم، وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم هو المخول والمُختص بالتفسير والتنفيذ خلال حياته صلى الله عليه وسلم".⁽²⁾ والقيد الثاني: "هو أنه حيث تعرض مسألة ما على الشورى فإنه لا يجوز أن ينتهي رأي المُشيرين أو المستشارين إلى نتيجة تخالف نصاً من النصوص التشريعية الواردة في القرآن الكريم أو السنة النبوية، فمثل هذه المخالفة تمنع الأخذ بالرأي الذي تنتهي إليه الشورى وتجعلها لا قيمة لها".⁽³⁾

الفرع الثاني

الشورى بين الإعلام والإلزام

إن مما لا شك فيه أن مبدأ من مبادئ الحكم في الدولة الإسلامية وأن هناك تسليمًا بأهميتها وضرورتها في النظام السياسي الإسلامي، لكن هناك خلاف وقع بين الفقهاء المسلمين حول آلية اتخاذ القرار في هذا الجهاز الرئيس من أجهزة الدولة الإسلامية، فهل رأي مجلس الشورى مُعلم أم ملزم للإمام أو الخليفة أو الرئيس؟

ونعني بالشورى معلمة أم ملزمة، أن الإمام يستشير مجلس الشورى الإسلامي "أهل الحل والعقد" فإن كان رأي الأغلبية يميل إلى رأي فهل يجب على الإمام الأخذ برأي الأغلبية فإن قلنا: نعم ووجب الأخذ برأي الأغلبية، كانت الشورى ملزمة، وإن كان الإمام غير مُلزمٍ بالأخذ برأي الأغلبية كان رأي مجلس الشورى مُعلم.

(1) [آل عمران: 159]

(2) في النظام السياسي للدولة الإسلامية، سليم العوا، ص 185.

(3) راجع/ الإسلام وأوضاعنا السياسية، عبد القادر عودة، ص 158.

وقد اختلف أهل العلم المتقدمين والمتأخرين في مدى إلزامية رأي مجلس الشورى للإمام، وهل يجب عليه العمل برأي أهل الشورى أم يعمل برأيه الخاص الذي يرضاه بعد سماعه للشورى؟

1- ذهب أصحاب هذا الرأي للقول: - وبحق- أن الشورى في الأصل مُعلِّمة وليست مُلزمة، وأن ولي الأمر مخير في قبول رأي أهل الشورى أو رفضه، والحكم الأخير له سواء وافق آراء الناس أم خالفها، وهذا الرأي هو رأي جمهور علماء السلف وبعض المعاصرين، وقد ذهب إلى هذا الرأي من المعاصرين الإمام البوطي من سوريا¹ العلامة المودودي في باكستان والشعراوي في مصر²، والشيخ عبد الكريم زيدان من العراق⁽³⁾ والدكتور أحمد شويح والدكتور زياد مقداد والدكتور ماهر السوسي من فلسطين⁽⁴⁾

2- الشورى مُلزمة وليست معلمة في هذا العصر، وقد تكون معلمة في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد ذهب إلى هذا الرأي من المعاصرين الإمام القرضاوي حيث قال: "والذي نراه ونلتزم به شرعاً: أن رأي أهل الحل والعقد ملزم للإمام فإذا شاورهم فاختلفوا عليه، فالعبرة برأي الأكثرية " ولقد أقمنا (والقول للقرضاوي) على هذه القضية أكثر من دليل فيما كتبناه من قبل⁽⁵⁾، وكذلك قال الدكتور على الصلابي من ليبيا⁽⁶⁾، ومن فلسطين سالم سلامة حيث قال: "إن ما أراه اليوم أن رأي مجلس الشورى ملزمٌ للحاكم وإن كان في السابق مُعلِّمٌ وليس ملزمٌ"⁽⁷⁾

¹ حيث قال البوطي: "إن الصحيح الذي يتفق عليه عامة الفقهاء أن هذه الشورى مشروعة ولكنها ليست بملزمة، أي إن على الحاكم المسلم أن يستشير بها في بحثه ورأيه، ولكن ليس عليه أن يأخذ بآراء الأكثرية مثلاً لو خالفوه في رأيه" فقه السيرة، محمد رمضان سعيد البوطي، ص 160.

² نقلاً عن كتاب السياسة الشرعية، يوسف القرضاوي، ص 114.

(3) أصول الدعوة، عبد الكريم زيدان، ص 221.

(4) وقد جاء في النظم الإسلامية للدكتور أحمد شويح رحمه الله والدكتور زياد مقداد والدكتور ماهر السوسي أنه: "إن كان رئيس الدولة مجتهداً فهو مخير إن رأى أن يأخذ برأي أهل الشورى له ذلك، وإن اعتقد أن رأيه هو الأقرب إلى حكم الشرع فله أن يأخذ به مهما كان عدد أهل الشورى، أما إن لم يكن الرئيس مجتهداً فليس له إلا الإلتزام بما يراه أهل الشورى، ذلك لأنه لا يجوز لأي شخص أن ينظر في أمور المسلمين التي تحتاج إلى دليل شرعي إلا إذا كان مجتهداً حتى ولو كان هذا الشخص هو رئيس الدولة الإسلامية نفسه. النظم الإسلامية، ماهر السوسي وأحمد شويح وزياد مقداد، ص 272.

(5) السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، يوسف القرضاوي، ص 114.

(6) الشورى فريضة إسلامية، على الصلابي، ص 150.

(7) راجع محاضرة بعنوان مجلس الشورى معلم أم ملزم؟ د. سالم أحمد سلامة، مسجد الدعوة في 18 رمضان 1438هـ رابط:

https://www.youtube.com/watch?v=I7FQeVysF_k

يرى أنصار هذا الرأي أن الأمر في إلزام الشورى من عدمه مفوض للأمة إن رأت أن تجعل الأمر للإمام مطلقاً فَعَلت، وإن رأت أن تقيده بآراء الأكثرية فعلت، لأن الإمام نائب عن الأمة والأمر دائر على المصلحة وهذا رأي بعض المعاصرين.⁽¹⁾

الرأي الراجح: إن ما يميل إليه الباحث أن الشورى معلمة وليست ملزمة بحق الحاكم المجتهد في الأحكام الشرعية التي لم يرد فيها نصّ قاطع من الكتاب الله تبارك وتعالى كما لم يرد فيها نص قطعي الثبوت غير منسوخ من السنة المشرفة، ويكون رأي الإمام معلّم في الأحكام الشرعية بشرط أن يكون مجتهداً، فإن لم يكن مجتهداً فيجب عليه التزام رأي مجلس الشورى ويكون في حقه حينها ملزم وليس معلّم.

أما بخصوص العلوم الدنيوية والعلمية والتقنية والتي هي ليست كالسابق من بساطة الحياة وتعيديتها كالأيوم والتي كانت تحتاج في السابق من الإمام أن يكون مجتهداً ذكياً واسع الاطلاع ، ولكن اليوم لا يستقيم هذا الأمر مع توسع العلوم والمعارف والتخصصات الدقيقة والخطيرة التي لا يمكن معها أن يكون الإمام مطلعاً ومحيطاً بكافة العلوم والفنون والتخصصات كالتطب بدقائقها وتفاصيلها والتقدم العلمي في علم التكنولوجيا والهندسة والعلوم البيولوجية وعلوم الجولوجيا وعلوم الفضاء وعلم الذرة... الخ، لذلك نحن نميل إلى أن رأي الأمام المجتهد ملزم للأمة في اطار علم الشريعة وأحكامها الشرعية التي تخص الدين حتى لو خالف رأي مجلس الشورى، ولكن رأيه في الأمور الدنيوية والعلمية التي تخص علوم وفنون دقيقة، فلا بد أن يلتزم آراء المتخصصين والمستشارين والعلماء في كافة تخصصاته.

ولذلك للأسباب الآتية:

- 1- إن رئيس الدولة في الإسلام ليس آلة جامدة منفذة لرأي المجلس الشورى والأغلبية دون أن يكون له رأي، ولو كان كذلك لما كان هناك حاجة لمنصب ولي الأمر أو الخليفة أصلاً، ولو استعاض المسلمون عنه بتنفيذ رأي الأغلبية إن كان لا عبرة لقرار رئيس الدولة.
- 2- إن رئيس مجلس الشورى فيه صفات وقدرات تفوق أعضاء مجلس الشورى، فقد قُدم لهذا المنصب لعدالته، ورجاحة عقله، وسعة أفقه، وغازرة علمه، بالإضافة على شروط الإمامة في الشريعة، لذلك فهو يستطيع أن يوازن بين الآراء التي يُدلي بها أعضاء مجلس الشورى، ويختار الأفضل للمسلمين.

(1) الشورى هل هي ملزمة أم معلمة؟ ، عبد الحميد الأنصاري، ص 187

3- إن الشورى هي أصل من أصول الحكم في الإسلام وليس حكماً فرعياً، وهي تعكس سلطان الأمة، التي قد وضعت أمانتها فيمن يدير أمرها ويرعى شئونها وخولته صلاحية تقديم المصلحة للأمة، وابعاد كل ما يضر الأمة، فإن استشار الإمام مجلس الشورى فإنه يستمع لعصارة عقول نخب المجتمع وتجاب مفكريه وآرائهم، فينتقي منها ما هو أقرب لمصلحة أمته وما فيه الخير للمسلمين.

ولكن هل يقع التعويض على كاهل الدولة عما يقع من أضرار على الغير، نتيجة أعمال السيادة التي تمارسها الدولة؟

فقد ذهب جانب من الفقهاء إلى وجوب التعويض عن الأضرار الناشئة عن أعمال الدولة السيادية، وأن التعويض مبني على قاعدة الضرر لا على أساس الخطأ.

وذهب الفقه إلى أن ما ضعه أو قننه ولاة الأمر من تنظيمات لمواجهة ما يعرض في حياة الناس لتيسير المرافق العامة هي تنظيمات تتصف بطابع العموم والشمول وتقرر على شكل أنظمة أو قرارات عامة لمواجهة ما قد يقع مستقبلاً من وقائع وما كان الشأن فيها كذلك فإنها غالباً ما تتجرد للمصلحة العامة، وتكون نتاج جهود متعددة في غالب الأحوال من ذوي الخبرة المتخصصين وتتم الموافقة عليها من ولي الأمر أو ممن يجعل له ذلك فالعمل الإجتهادي إذا تم وفقاً للأصول المقررة شرعاً وكان دائراً فيما هو محل للإجتهااد فلم يخالف نصاً أو اجماعاً فإنه لا مسئولية عما ينتج عنه من ضرر لأنه عمل لا عدوان فيه والضرر ناتج عنه بطريق التسبب حيث أنه لم يكون في مواجهة حالة بعينها وإنما هو موضوع سلفاً لمواجهة ما يقع فهو سابق على وقوع الضرر، ولم يكن مباشراً له لكن لا يفوت الإشارة إلى أنه إذا كشف التطبيق عدم ملائته ومجانبته للمصلحة العامة يتعين تعديله أو الغاءه، وبناءً عليه لم تجب المسئولية في هذه التنظيمات لأنها بنيت على أساس الصالح العام أي مصلحة العموم وليس المقصود مواجهة شخص بعينه أو قضية بعينها، كما أن فتح باب المسئولية فيه افساح المجال لادعاءات التضرر من نتائجه من قبل عدد قد لا يُصر ويحل العمل عرضه لإثارة المسئولية قد لا تنتهي ويحدث إرباك في التنظيم بلا مبرر شرعي.¹

ولما كانت النصوص الواردة في الشريعة التي تعالج قضايا السياسة والحكم وإدارة الدولة محصورة والوقائع والظروف لا متناهية، فقد كانت المصلحة هي المرتكز الذي يستند الحُكام في ادارة الدولة.

1 مسئولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الإدارية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون الوضعي محمد الفوزان، 2009م.

وإن النظرة المجردة لوجود الضرر يقتضي القول بضرورة التعويض لأن كل ضرر يقع على وجه على المتسبب التعويض عنه، ولكن الأمر في قرارات الدولة السيادية أمر مختلف، وذلك لأن قرارات الحاكم المستندة إلى المصلحة لم تجافي المشروعية كما وسبق القول بأن كل القرارات الأصل فيها ألا تخالف المشروعية، لذلك يرى الباحث أن التعويض عن أعمال السيادة في الشريعة الإسلامية متوقف على قدرة الدولة المادية فإن كانت الدولة قادرة على ذلك كان عليها تعويض من تضرر من هذه الأعمال وإلا فلا.

المبحث الثالث

موقف القضاء من نظرية أعمال السيادة في القانون الوضعي

لما كانت نظرية أعمال السيادة هي نظرية قضائية في أصلها في فرنسا وتشريعية في مصر كان لابد لنا أن نتناول موقف القضاء من نظرية أعمال السيادة، ونبين في هذا المبحث أعمال السيادة والتطبيقات القضائية لها في كل من فرنسا ومصر وفلسطين في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: موقف القضاء الإداري من نظرية أعمال السيادة

المطلب الثاني: تقدير نظرية أعمال السيادة

المطلب الأول

موقف القضاء الإداري من نظرية أعمال السيادة

ويتناول في هذا المطلب التطبيقات القضائية لأعمال السيادة في القانون الوضعي في فرنسا ومصر وفلسطين وكذلك في الشريعة الإسلامية الغراء في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

أعمال السيادة في القضاء في فرنسا ومصر والأردن وفلسطين

إن الباحث في القانون الفرنسي لا يجد أثراً لهذا النوع من الأعمال في ظلال الثورة الفرنسية والإمبراطورية الأولى، ولعل مرجع ذلك إلى أن فكرة أعمال السيادة بوضعها الحاضر لم يكن لها أية فائدة، فالقاعدة السائدة في ذلك الوقت هي عدم مسئولية الإدارة عن أعمالها، كمان أن قاعدة الفصل بين السلطات حسب التفسير الفرنسي لها كانت تمنع القاضي العادي من النظر في كل ما يتعلق بالأعمال الإدارية وتكفل الأمر في ذلك كله إلى الإدارة العامة نفسها لتتصرف فيه برأيها، وبعد أن أنشأ نابليون مجلس الدولة الفرنسي، فإن هذا المجلس ما كان يملك سلطة البت نهائياً فيما يعرض عليه من مسائل، بل كان يقدم مجرد اقتراحات لرئيس الحكومة، وكان يحظى فوق ذلك بثقته التامة لأنه من أنشأه وصنعه بيديه.⁽¹⁾

يُعتبر الإجتهد القضائي الفرنسي المصدر التاريخي لنظرية أعمال السيادة إذ عمل بمقتضاها مجلس الدولة الفرنسي منذ بداية نشأته حتى يستطيع مسايرة الظروف التي كانت تمر بها فرنسا، وبما يسمح له بالإستمرار كمحكمة قائمة فعمد على استبعاد طائفة من أعمال السلطة التنفيذية ذات الطبيعة السياسية من رقابته بعد سقوط نابليون بونابرت وعودة الملكية ثانية والتي تعتبره من صنع نابليون ولم تكن مرتاحة لوجوده فجاملها مجلس الدولة قضائياً باستبعاد الأعمال التي تثير حفيظتها السياسية من الخضوع للرقابة القضائية⁽²⁾.

أولاً: أعمال السيادة في الشؤون الخارجية لفرنسا:

فمن الأعمال الخارجية التي تخرج كذلك عن نطاق الرقابة القضائية في فرنسا بإعتبارها من أعمال السيادة الأعمال المتعلقة بالحرب، فالقضاء لا يختص بقبول دعاوى التعويض عن الأضرار المباشرة البت تترتب على اعلان الحرب ذاتها سواء استند المدعي في تأييد حقه في التعويض إلى خطأ الدولة في اعلان الحرب أو في الدخول فيها، أو في القيام بعمليات حربية، وذلك أن تقرير المسئولية على أساس الخطأ يسترعي تقرير أسباب الدخول في هذه العلاقات غير السلمية وبالتالي الحكم على موقف فرنسا أو على موقف دولة

(1) النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، سليمان الطماوي، ص 129.

(2) القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو، ص 90.

أجنبية، تبعاً لمصدر التصرف الذي أدى إلى الدخول في هذه العلاقات غير الرسمية، وهو ما يخرج عن نطاق اختصاص القضاء.⁽¹⁾

ومن أهم التطبيقات في فرنسا إبرام المعاهدات وما يتعلق بالأعمال المتعلقة بالمفاوضة والتوقع والتصديق حيث تعتبر من قبيل أعمال السيادة.²

ثانياً: أعمال السيادة في القضاء المصري

وقد اتسع نطاق أعمال السيادة في مصر اتساعاً كبيراً بعد قيام ثورة يوليو عام 1952م رغم ما ينطوي عليه ذلك من إعتداء على مبدأ المشروعية سيادة القانون، وقد أخذ مجلس الدولة في تحديد أعمال السيادة بمعايير متعددة منها معيار الباعث السياسي، والمعيار الموضوعي، واضطر المجلس إلى عدم النظر في بعض المسائل نزولاً على حكم بعض التشريعات التي حظرت عليه الفصل فيها، وذلك كالقانون رقم 31 لسنة 1962م، الذي قضى بأن "تعتبر من قبيل أعمال السيادة قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم عن غير الطريق التأديبي" واستمرت الأمور على هذا الحال إلى أن صدر دستور سنة 1971 فنصت 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 عمر أو قرار إداري من رقابة القضاء"³

ولقد قرر القضاء المصري ما يلي "إن نظرية أعمال السيادة، وإن كانت في أصلها الفرنسي قضائية النشأة ولدت في ساحة القضاء الإداري الفرنسي وتبلورت في رحابه، إلا أنها في مصر ذات أساس تشريعي يرجع على بداية نظامها القضائي الذي أقرها بنصوص صريحة في صلت تشريعاته المتعاقبة المنظمة للمحاكم ومجلس الدولة، وآخرها ما رود في قانوني السلطة القضائية ومجلس الدولة، وآخرها ما ورد في قانوني السلطة القضائية ومجلس الدولة اللذين استبعدا أعمال السيادة من ولاية القضاء العادي والقضاء الإداري على السواء، تحقيقاً لإعتبارات التي تقتضي نظراً لطبيعة هذه الأعمال النأي بها عن الرقابة القضائية وذلك

(1) الدعاوى الإدارية والدستورية، نبيلة كامل، ص 46-47.

(2) حكم المجلس الصادر في أول يونيو سنة 1943م في قضية "corbier"، مشار إليه: النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، سليمان الطماوي، ص 151.

(3) القضاء الإداري، ماجد راغب الحلو، ص 48-49.

لدواعي الحفاظ على كيان الدولة، واستجابة لمقتضيات أمنها في الداخل والخارج ورعاية لمصالحها الأساسية.⁽¹⁾

ولقد منع القضاء الإداري المصري المشرع صراحة من النظر في أعمال السيادة دون أن يقوم بتحديدتها لذلك فإن الإجتهد القضائي حاول تمييزها عن غيرها دون تحديد معيار واضح لذلك مما أبقى الباب مفتوحاً للبحث عن معيار سليم يميز أعمال السيادة عن غيرها وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية بقولها "إن المحاكم هي المختصة بتقرير الوصف القانوني للعمل الصادر من السلطات العامة وصاحبة القول الفصل في أنه من أعمال السيادة، وحينئذ لا يكون لها أي اختصاص بالنظر فيه"⁽²⁾.

كما أن قضاء المحكمتين _الدستورية العليا والمحكمة العليا _ في مصر جريا على الأخذ بنظرية أعمال السيادة على سند من القول بأن النظرية أساسها قضائي وليس تشريعي ومن ثم يمتد سريانها إلى القضاء الدستوري، بزعم أن هذه النظرية قد استقرت في نظامنا القضائي وبموجبها فإن أعمال السيادة هي أعمال " لا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً لدعوى قضائية، مما يؤدي حتماً إلى إفلات هذه الأعمال من رقابة جميع الجهات القضائية في مصر على مشروعيتها"⁽³⁾.

وفي مصر قضت محكمة النقض " أن المحاكم هي المختصة بتقرير الوصف القانوني للعمل الصادر عن السلطات العامة ما إذا كان يُعد من أعمال السيادة، وحينئذ لا يكون لها أي اختصاص بالنظر فيه، ومحكمة الموضوع تخضع في تكييفها في هذا الخصوص لرقابة محكمة النقض."⁽⁴⁾

(1) أعمال السيادة كإستثناء عن اختصاص القضاء وتطبيقاتها في مواد الجنسية دراسة في القانون الجزائري والمقارن، مقني بن عمار، ص13-14.

(2) مشار إليه لدى القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو، ص90.

(3) القضاء الإداري ، سامي جمال الدين، ص180. ورجوعاً إلى الدساتير الأربعة التي عرفتها الجمهورية الجزائرية: دستور 1963 ودستور 1676 ودستور 1989 ودستور 1996 نجدها قد خلت من الإشارة لأعمال السيادة وهذا خلافاً لدساتير دول عربية كثيرة، فالمؤسس الدستوري وكذلك قانون الإجراءات المدنية لم يُحصنا بصريح النص نوعاً معيناً من الأعمال الصادرة من السلطة التنفيذية ضد الرقابة القضائية وهكذا لا نجد لنظرية أعمال السيادة أساساً في الدستور أو القانون في الجزائر مما يدفعنا للبحث عن موقف القضاء بشأنها، ومع هذا قد نجد للمسألة تكرر في حالات أخرى خصوصاً عندما تدعو بعض النصوص إليها، مثال ذلك ما جاء في المادة 234 من الأمر المتعلق بالنزعة الزراعية حيث تنص على أنه: " لا تصبح قرارات التأمين والمنح نهاية إلا بعد المصادقة عليها بموجب مرسوم غير قابل للطعن". لرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية في التشريع الجزائري، زرايقية عبد اللطيف، ص206-207.

(4) نقض جلسة 25 ابريل 1978، الطعن رقم 545، س44ق ، مجموعة المكتب الفني رقم 29، ص1101. نقلاً عن أعمال السيادة كإستثناء عن اختصاص القضاء وتطبيقاتها في مواد الجنسية دراسة في القانون الجزائري والمقارن، مقني بن عمار، ص13.

• منح اللجوء السياسي من أعمال السيادة:

حكم القضاء المصري بأن قرار الدولة بمنح اللجوء السياسي هو من أعمال السيادة ففي حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية قضت: " أن التصرف الصادر عن الحكومة المصرية بمنح الرئيس السوداني السابق جعفر محمد النميري حق اللجوء السياسي يُعتبر بطبيعته من أعمال السيادة جعلت أن قرار الدولة بمنح اللجوء السياسي من أعمال السيادة.¹

ثالثاً: أعمال السيادة في القضاء الأردني

لقد أخذ القضاء الأردني بنظرية أعمال السيادة، حيث جاء في حكم محكمة العدل العليا الأردنية: (1- إذا كان القرار المطعون فيه متعلقاً بعمل من أعمال السيادة فلا تكون محكمة العدل العليا مختصة بنظر دعوى الطعن به، أما إذا اعتبر قراراً إدارياً فيعود النظر فيه إلى اختصاصها. 2- يظهر أساس التفرقة بين العمل الإداري وعمل السيادة في اختلاف الصفة التي تباشر بها السلطة التنفيذية كلاً منهما، فتصدر العمل الإداري، بناء على صفتها كسلطة تنفيذية تطبيقاً للقوانين بينما تصدر عنها أعمال السيادة بصفتها مختصة لمصالح الدولة الرئيسية التي ترمي إلى تحقيق مصلحة الجماعة السياسية والأشرف على علاقاتها مع الدول الأجنبية وعلى أمنها الداخلي واحترام دستورها..)²

• قرار الأردن فك الارتباط مع الأراضي الفلسطينية المحتلة "أعمال السيادة:

ومن بين الأحكام المهمة أيضاً لمحكمة العدل العليا الأردنية، حكمها الصادر في 1995/11/22، في قضية السيدة فضة حدادين حيث أقامت السيدة المذكورة دعواها أمام محكمة العدل العليا الأردنية طاعنةً

وفي لبنان: وفي الحكم الصادر عن مجلس شوري الدولة اللبناني الصادر في 1331/8/11 في الدعوى التي رفعها صاحب جريدة " زحلة الفتاة" طالباً بإلغاء القرار رقم 8139 بتاريخ 1931/6/15م القاضي بتعطيل هذه الجريدة، وأن هذا القرار يُعتبر " تدبيراً حكومياً" وقد قصد المشرع من استخدام هذه التعبير "الأعمال الحكومية بحسب تعريفها القانوني"، وقد أكد نفس القضاء السابق في حكمه الصادر في 1932/4/26 الصادر في الطعن المقدم من صاحب "جريدة الأحرار" في القرار الصادر بحجب هذه الجريدة عن الصدور إلا أن المجلس عاد وعَدّل هذا الموقف معتبراً أن تعطيل صحيفة عن الصدور لا يطبق عليه وصف العمل الحكومي إلا إذا مست المقالات، أو الأخبار أو الصور بقوة السلطة العامة. مشار إليه: دروس في قانون القضاء الإداري، حسين عثمان، ص196.

¹ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية قضية 4016 لسنة 40ق، بتاريخ 1987/3/3م، مشار إليه: القضاء الإداري سامي جمال الدين، ص204.

² محكمة العدل العليا الأردنية رقم 66/21، العدد التاسع السنة 14، ص714. مشار إليه: القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية دراسة قانونية مصر والأردن، عبد علي الشخانة، ص128.

بقانون تصديق معاهدة السلام بين حكومة المملكة الأردنية الهاشمية وحكومة الكيان الصهيوني الغاصب لفلسطين رقم 14 لسنة 1994 على أساس أن القانون المشار إليه مخالف للدستور وفيه خطأ في تفسير القانون والوثائق الدولية وميثاق الأمم المتحدة وعصبة الأمم، وأن هناك عيب جسيم في الإختصاص وعيب في الشكل وغلو في استعمال حق العرب.....، فطلبت المدعية إلغاء قانون التصديق على المعاهدات ذاتها بإعتبارها باطلة بطلاناً مطلقاً وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل مؤتمر مدريد سنة 1991م، وطلبت من المحكمة سحب قرار فك الارتباط واعتبار الضفة الغربية جزءاً لا يتجزأ من المملكة الأردنية الهاشمية، والشعب الفلسطيني سيقدر مصيره بعد تحرير الأرض الفلسطينية كما ورد في الميثاق الوطني الفلسطيني، والحكم بتقرير أن معاهدة السلام هذه فيها تنازل عن أرض المملكة الأردنية الهاشمية وعن أرض فلسطين بكاملها والتي هي أرض عربية لأجدادنا الكنعانيين والتقرير أن اليهود دين فقط وليس دولة

وقد قضت المحكمة في هذه القضية على النحو الآتي: "بعد التدقيق والمداولة نجد بداية أنه لا يمكن استخلاص الوقائع بصورة محددة وواضحة من لائحة الدعوى لأن جامعة أسباب الطعن جاءت بصورة مطولة وعلى شكل استعراض لأمر تاريخية وسياسية ودينية، وخروجاً عن المؤلف في الدعوى التي تقام لدى هذه المحكمة للطعن في القرارات القابلة للطعن لديها ولا يتفق ما ورد في لائحة الدعوى مع ما هو منصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 13 من قانون محكمة العدل العليا من شرط لاستدعاء الدعوى التي تُقدم إلى المحكمة من أن يدرج فيها موجز عن وقائع الدعوى ومضمون القرار المطعون فيه وأسباب الطعن والطلبات التي يريدها المستدعي من دعواه بصورة محددة، ومع ذلك فإن محكمتنا استخلصت أسباباً للطعن بالسببين الواردين في مطلع هذا القرار إضافة إلى طلبات المستدعيتين في المرافعات المقدمة منها في الدعوى وستجري معالجة الدعوى على أساس هذين السببين وطبقاً لتلك الطلبات.¹

¹ لقد عرّف القضاء المغربي لأول مرة نظرية السيادة، وذلك أثناء فترة الحماية وذلك من خلال حكم لمحكمة الإستئناف، بالرباط بتاريخ 21 يناير 1928 أثناء الحكم بقضية مدافع الأودية، وتتلخص هذه القضية بوجود مدافع في حدي الأودية بالرباط كانت تطلق يومياً على الساعة الثانية عشر ظهراً لإعلان سكان المدينة عن هذه الساعة وكان لهذا الضرب اليومي تأثير حاد يؤدي إلى تحطيم زجاج نوافذ المنازل المجاور لهذه المدافع، فتقدم أصحاب هذه البيوت بقضية أمام المحكمة يطالبون الإدارة بتقديم التعويضات لهم وذلك مقابل الأضرار الحاصلة لهم لكن المحكمة اعتبرت أن قرار الإدارة الذي يقضى بضرب هذه المدافع يومياً يُعتبر عملاً من أعمال السلطة العامة التي لا يمكن الطعن فيها وهي لا تخضع لرقابة المحاكم، ولكن مع أن محكمة الإستئناف بالرباط رفضت انتقاد هذه القرار فإنها حكمت بتعويض للمتضررين من جراء تطبيق هذا القرار. مشار إليه: قضاء الإلغاء دراسة مقارنة، محمد العبادي، ص 98.

رابعاً: أعمال السيادة في القضاء الفلسطيني

على الرغم من عدم النص على أعمال السيادة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 فقد اعترفت محكمة العدل العليا بهذه الأعمال فاستبعدت العديد من أعمال السلطة التنفيذية من نطاق رقابتها، الأمر الذي يجعل مصدر النظرية في فلسطين الإجتهد القضائي، ولقد قضت محكمة العدل العليا بمرام الله بقولها "استقر الفقه والقضاء على أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال والإجراءات التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارية، أما القرارات التي تصدر عنها تطبيقاً للقوانين والأنظمة وتعبيراً عن المصالح الجارية للجمهور فهي عمل إداري وبالتالي يجوز الطعن فيها أمام محكمة العدل العليا"⁽¹⁾ وسنتناول بعض القرارات التي صدرت عن السلطة التنفيذية التي لها علاقة بأعمال السيادة في فلسطين:

1- قرارات بشأن قضايا اللاجئين الفلسطينيين ذات المصلحة العامة هي أعمال سيادة:

أ- قرار الرئيس ياسر عرفات رحمه بوقف النظر في القضية الشهيرة -بقضية مخيم قدورة في رام الله- الذي جاء فيه للمصلحة الوطنية العليا وانطلاقاً من صلاحياتي المخولة لي يوقف البحث في هذه الامور ولا يتم بحث أي مواضيع مشابهة في المستقبل وحتى اشعار آخر" الملاحق (1)

وقد تم إيقاف النظر في هذه القضية في المحكمة وذلك لأنها تخص قضية وجود اللاجئين في أراضي اللجوء وفي مخيمات اللجوء في الضفة الغربية.

ب- ومخاطبة رئيس مجلس القضاء الأعلى بضرورة وقف تنفيذ قرار محكمة الصلح بدير البلح الصادر بتاريخ 2004/3/29 بناءً على صدور قرار من رئيس السلطة الفلسطينية الشهيد الراحل ياسر عرفات بوقف النظر في كافة القضايا التي تخص اللاجئين الفلسطينيين. ملحق رقم (2)

وبناءً على هذه القرار حفظ ملف القضية ولم يفتح إلى الآن في رام الله، ويعد قرار رئيس السلطة رحمه الله قراراً سيادياً وهو من أخص أعمال السيادة التي تخص المصلحة العامة والشأن العام وتخص قضية لا زال الصراع مشتتلاً بخصوصها وهي قضية اللاجئين الفلسطينيين، وقد صدر قرار بإيقاف نظر هذه القضية وحفظ الملف حتى حل قضية اللاجئين وعودتهم إلى أرضهم التي أخرجوا منها.

(1) مشار إليه لدى القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو، ص 91.

ت- قرار رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية محمود عباس بوقف النظر في القضية الخلافية بخصوص منشآت ومحلات اللاجئين الفلسطينيين في مخيم النصيرات وسط قطاع غزة، قد أشر الرئيس عباس بعدم قانونية هذه الدعاوى. ملحق رقم (3)

2- قرار مجلس الوزراء الفلسطيني بوقف الانتخابات قرار غير سيادي:

قررت محكمة العدل العليا الفلسطينية في حكم لها بتاريخ 2010/6/10، في الدعوى رقم 2010/575 على أن قرار مجلس الوزراء بوقف الانتخابات قرار غير سيادي وقد أثار ممثل المستدعي ضده دعواً لرد الدعوى بعدم الإختصاص حيث قال في مرافعته " إن القرار الطعين محصن من رقابة القضاء باعتباره عمل من أعمال السيادة لأن المصلحة العامة تتطلب اطلاق يد الحكومة بوصفها سلطة حكم في تنظيم المرافق العامة، في ادارتها على أحسن وجه وذلك باختيار اقدر الأشخاص على العمل في خدمة هذه المرافق وابعاد من ترى أنه غير صالح وأن الإجراءات التي تتخذها الحكومة والكفيلة بصيانة النظام العام وضمن سير المرافق العامة بطريقة مستمرة ومنتظمة ومنتجة تتصل بمصالح الدولة العليا.... الخ.

وفي معرض رد محكمة العدل العليا على هذا الإدعاء قررت بأن: ((القرار المطعون فيه لا يدخل ضمن الحالات التي استقر القضاء على اعتبارها من أعمال السيادة فهو ليس من الأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالبرلمان وبضمن سير السلطات العامة وفق الدستور وهو ليس متعلقاً بسير مرفق التمثيل الدبلوماسي ولا أعمال متعلقة بالحرب كما انه لا يدخل ضمن الاعمال المتعلقة بسلامة الدولة و أمنها الداخلي بعد أن ثبت أن مجلس الوزراء قرر اجراء الانتخابات للهيئات المحلية بعد مضي اكثر من عامين على الانقسام المؤسف بين شطري الوطن ثم عاد وأكد على الاستمرار على إجراءها في محافظات الضفة الغربية وتأجيلها في قطاع غزة رغم علمه بعدم تمكن لجنة الانتخابات المركزية من استكمال استعداداتها الادارية و الفنية ومتطلبات عقدها فيه وفقا لأحكام القانون هذا مع العلم بان لجنة الانتخابات المركزية قد استكملت اجراءاتها للتحضير للانتخابات في محافظات الضفة الغربية في موعدها المقرر دون عائق و دون وجود أي مظهر من المظاهر التي تتهدد الامن الداخلي و المحكمة ترى أن اجراء الانتخابات وتطبيق أحكام القانون يعزز الامن و السلم الاهلي و يبعث على الطمأنينة و الاستقرار في المجتمع كما أنها ترى في قول النيابة العامة ((ان المصلحة العامة تتطلب اطلاق يد الحكومة بوصفها سلطة حكم في تنظيم المرافق العامة و في ادارتها على احسن وجه و ذلك باختيار اقدر الأشخاص على العمل في خدمة هذه

المرافق و ابعاد من ترى انه غير صالح و ان الاجراءات التي تتخذها الحكومة و الكفيلة بصيانة النظام العام و ضمان سير المرافق العامة بطريقة مستمرة و منظمة ومنتجة تتصل بمصالح الدولة العليا)) ما يعتبر هدماً لأسس الديمقراطية التي يقوم عليها النظام السياسي و الاجتماعي في فلسطين و التي كرسها بنصوص واضحة و صريحة القانون الاساسي كما أنها تمس في الصميم قيما و مبادئ راسخة في وجدان الشعب.(1)

3- الإعتقال المعارضين للحكومة والسلطة ليس من أعمال سيادة:

تعددت أحكام المحاكم الفلسطينية التي وضعت صداً أمام الإعتقالات بحجة أنها أعمال سيادة و تارة بحجة أنها تمس الأمن، فقد أخرج القضاء الفلسطيني الإعتقالات من أعمال السيادة مؤكداً على ما حدده الفقه لهذه الأعمال، وقاطعاً الطريق على السلطة التنفيذية حتى لا تتذرع وتتستر خلف أعمال السيادة في تغولها على حقوق المواطنين والمعارضين السياسيين.

أ- فقد قررت محكمة العدل العليا في رام الله في القضية رقم 2000/18، بأن اجراءات اعتقال المستدعي عبد الستار قاسم وتوقيفه تمت خلافاً للقانون، حيث قدم وكيل المستدعي ضده بدفع شكلي أوضح فيه أن القرار المطعون ضده هو عمل من أعمال السيادة وأن قرار الإعتقال ليس قراراً إدارياً، وقد جاء رد محكمة العدل العليا على هذا الدفع بالقول: ((فإننا نرى في ذلك مغالطة تجافي الواقع والمنطق القانوني السليم، إذ بالرجوع إلى ما استقر عليه الفقه الإداري وقضاء محاكم العدل العليا نجد أن من المنطق عليه كقاعدة عامة عدم اشتراط سكب القرار الإداري في قالب معين ولهذا فقد تستدل محكمة العدل العليا على وجود القرار الإداري من تنفيذه تنفيذاً مادياً فقرار الهدم مثلاً تستدل محكمة العدل العليا على وجوده من التنفيذ المادي لهذا القرار ويستدل على وجود قرار إداري بالتوقيف من التنفيذ المادي له فالهدم والتوقيف يعتبران فعلين ماديين يُستدل منهما على أن قراراً من الإدارة صدر بشأنهما بطريق إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بقصد إحداث أثر قانوني وهذا ما يمكن القول به بالنسبة لإجراء اعتقال المستدعي هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن القرار الإداري قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً.....، أما التطرق إلى مسألة أعمال السيادة والقول بأن القرار أو الإجراء المطعون فيه هو عمل من أعمال السيادة فإننا لا ندري كيف يمكن اعتبار اجراء اعتقال مواطن من قبل أفراد الشرطة عملاً من أعمال السيادة التي هي بمفهومها

(1) قرار محكمة العدل العليا المنعقدة برام الله في الدعوى الإدارية رقم 2010/575 بتاريخ 2010/12/13.

القانوني البسيط والمختصر تتمثل في الأعمال الحكومية المتعلقة بتنفيذ القوانين الأساسية الدستورية وروابط الحكومة بالمجالس النيابية ومع الدولة الأجنبية وما تقوم به من أعمال تتعلق بكيفية تنفيذ مراد الإتفاقيات والمعاهدات وبما له مساس بالسيادة العامة للدولة.....، في ضوء ذلك لا نجد ثمة مجال على الإطلاق لإثارة ما أثاره مساعد النائب العام ممثل الجهة المستدعى ضدها بخصوص مسألة أعمال السيادة في هذه الدعوى وبالتالي فإن هذا الدفع واجب الرد كونه غير وارد وليس في محله⁽¹⁾

ب- كما أكدت محكمة العدل العليا على أن الإعتقالات ليست من أعمال السيادة ، حيث طعن فيها المستدعيين بإجراءات اعتقالهم واستمرار حجزهم وتوقيفهم دون تحقيق أو اسناد تهمة ضدهم ودون اتخاذ اجراء قانوني بحقهم، مطالبين بالإفراج عنهم، فدفع وكيل المستدعى ضده بأن الإعتقال في مثل هذه الدعوى هو عمل من أعمال السيادة وبالتالي لا يخضع للطعن أمام محكمة العدل العليا، فردت المحكمة بقولها: "إن فقه القانون والاجتهاد القضائي قد استقر على أن أعمال السيادة هي الأعمال المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية، وبعض اجراءات الأمن الداخلي كإعلان حالة الطوارئ والأعمال المتعلقة بالعلاقات الدولية والدبلوماسية وبعض الأعمال الحربية، وعليه فإن الإعتقال الإداري ليس من قبيل هذه الأعمال وهو ليس من أعمال السيادة وعليه فإن هذا الدفع حري بالرد أيضاً"⁽²⁾

4- اغلاق المؤسسات والجمعيات ليس من أعمال السيادة:

حيث طعنت جمعية النقاء النسائية الإسلامية الخيرية في بيت لحم ضد قرار واجراء إغلاق مقر الجمعية المستدعية الذي تم تنفيذه بواسطة قوة تابعة للشرطة والمخابرات العامة الفلسطينية بتاريخ 1998/11/6، وقد ادعى وكيل المستدعية بأن القرار المطعون فيه لا يستند إلى أية أسباب قانونية أو واقعية وأن القرار المذكور صدر عن جهة غير مختصة وهو قرار منعدم وحري بالإلغاء، وأن القرار المطعون فيه مشبوع بعبء اساءة استعمال السلطة والتعسف فيها.

وقدم وكيل المستدعى ضدها بقوله إن القرار المطعون فيه من أعمال السيادة وبالتالي لا يقبل الطعن أمام محكمة العدل العليا، فجاء رد المحكمة بالقول: "أننا نجد أن الفقه والقضاء قد استقر على أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال والإجراءات التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارية تباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظيم علاقاتها بالسلطات العامة الأخرى بصفتها ممثلة لمصالح

(1) قرار محكمة العدل العليا في الدعوى الإدارية رقم 2000/18، المنعقدة برام الله بتاريخ 2000/7/11.

(2) قرار محكمة العدل العليا رام الله ففي القضية رقم 1998/77، في الجلسة المنعقدة 1999/10/12. المقتني، مرجع سابق.

الدولة الرئيسية لتحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها والسهر على احترام دستورها وتسيير هيئاتها العامة والإشراف على علاقاتها مع الدول الأجنبية، أما القرارات التي تصدر عنها تطبيقاً للقوانين والأنظمة وتعبيراً للمصالح الجارية للجمهور فهي عمل إداري وليس من أعمال السيادة وبالتالي يجوز الطعن بهذه القرارات أمام محكمة العدل العليا، وحيث إن القرار المطعون فيه قد صدر عن الإدارة بصفته سلطة إدارية، فإنه يكون والحالة هذه قابلاً للطعن أمام محكمة العدل العليا.... وحيث إن أسباب الدعوى تكون والحالة هذه واردة فإننا نقرر قبولها، وتثبيت القرار التمهيدي الصادر بتاريخ 1999/2/17 وإلغاء القرار المطعون فيه¹

الفرع الثاني

التطبيقات القضائية لأعمال السيادة في الإسلام

ولقد ورد في الشريعة الإسلامية من أعمال النبي صلى الله عليه وسلم بصفته قائد وكذلك الخلفاء والأمراء من أعمال السيادة ونسوق للقارئ بعض الأمثلة كالتالي:

أولاً: تطبيقات من قرارات النبي صلى الله عليه وسلم بصفته قائد للمسلمين: أصدر النبي صلى الله عليه وسلم قرارات بصفته قائد وليس بصفته نبي مرسل ونعرض لذلك مثلاً:

1- مشورة النبي صلى الله عليه وسلم لصحابته في أسرى بدر ثم مخالفهم في الرأي:

عندما وقع مشركي مكة في الأسر نتيجة هزيمتهم في غزوة بدر الكبرى شاور النبي صلى الله عليه وسلم أصحابه في شأن الأسرى فكانت غالبية الآراء تميل للقتل إلا أن النبي صلى الله عليه وسلم خالفهم وأخذ برأي الصديق وهو الفداء²

¹ حكم محكمة العدل العليا المنعقدة برام الله في الدعوى الإدارية رقم 1998/85، الصادر بتاريخ 1999/11/17 م .
² فقد استشار النبي صلى الله عليه وسلم أبا بكر وعمر وعلياً، فقال أبو بكر: يا رسول الله هؤلاء بنو العم والعشيرة والإخوان، وإنني أرى أن تأخذ منهم الفدية، فيكون ما أخذناه قوة لنا على الكفار، وعسى أن يهدم الله فيكونوا عضداً لنا، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما ترى يا ابن الخطاب؟ قال قلت: والله ما أرى ما رأى أبو بكر، ولكن أرى أن تمكنني من فلان -قريب لعمر- فاضرب عنقه، وتمكن علياً من عقيل بن أبي طالب فيضرب عنقه، وتمكن حمزة من فلان أخيه، فيضرب عنقه حتى يعلم الله أنه ليس في قلوبنا هودة للمشركين، وهؤلاء صنائدهم وأئمتهم وقادتهم، كما أشار أبو عبيدة ابن الجراح على رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتلهم حرقاً.

وقرار رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد مشاركته لأصحابه الكرام، الذين كان رأي الغابية منهم على دم اطلاق صراحة الأسراى، ثم يخالفهم النبي صلى الله عليه وسلم ويطلق صراحهم مقابل الفدية، يؤكد أن قرارات الحرب والسلام هي من القرارات السيادية التي تختص بها قيادة الدولة والإسلامية.

2- مشاورة النبي صلى الله عليه وسلم لأصحابه في غزوة أحد:

فلم ير النبي صلى الله عليه وسلم الخروج إلى المشركين خارج المدينة المنورة، وكان رأيهم صلى الله عليه وسلم أن يتحصن المسلمون داخل المدينة ويتم القتال بين أزقتها وشوارعها، وشاور صلى الله عليه وسلم أصحابه وقال لهم: "لو أننا أقمنا بالمدينة فإن دخلوا علينا فيها قاتلناهم" (وشاورهم صلى الله عليه وسلم في ذلك) فقالوا: يا رسول الله، والله ما دخل علينا فيها في الجاهلية، فكيف يدخل علينا فيها في الإسلام؟! فقال صلى الله عليه وسلم "شأنكم إذاً فلبس لأمتهم، فقالت الأنصار: رددنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم، رأيهم فجاءوا فقالوا: يا نبي الله، شأنك إذا، فقال صلى الله عليه وسلم: "إنه ليس لنبي إذا لبس لأمتهم أن يضعها حتى يقاتل" فلبس درعين كأنه ظاهر بينهما⁽¹⁾.

والناظر في الحديث الشريف يتأكد له أن قرار النبي صلى الله عليه وسلم القتال خارج المدينة هو نزولاً على رأي الشباب من الصحابة وهم الأكثرية، فلما دخل صلى الله عليه وسلم ولبس ملابس الحرب، تشاور الشيوخ مع الشباب حتى رجع الشباب عن قولهم فحصل الإجماع من الصحابة شيوخاً وشباباً على القتال داخل المدينة المنورة، إلا أن النبي صلى الله عليه وسلم حسم رأيه بالقتال خارج المدينة ولم يترك مجالاً للنقاش في الأمر بعد ذلك بقوله: "ما كان لنبي أن يلبس لأمة الحرب أن يخلعها حتى يفصل الله بينه وبين عدوه"، فهل قوله صلى الله عليه وسلم ذلك أنه مأمور بذلك من الله أم أنه قرار سيادي؟

ما يميل إليه الباحث: أنه قرار سيادي خاصة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان رأيه القتال داخل المدينة، وإن خروجه حتى لا يُقال أن محمد صلى الله عليه وسلم جَبُن، كما أن تقلب آراء الصحابة هو الدافع وراء

حيث قال صاحب فقه السيرة على لسان عمر ابن الخطاب رضي الله عنه "فهوى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قاله أبو بكر، ولم يهو ما قلت، وأخذ منهم الفداء، فلما كان من الغد قال عمر فغدوت إلى النبي عليه السلام وأبي بكر وهما بيكيان! فقلت: يا رسول الله أخبرني....." فقه السيرة، محمد الغزالي، ص253.

وهذا دليل على أن النبي يستشير الصحابة فيختار ما يراه مناسباً ويأخذ به، وقد أخذ برأي أبي بكر الصديق رضي الله عنه في الوقت الذي فيه آراء الصحابة تميل إلى قتلهم وانتهاء قوة قريش حتى لا تستطيع مقاتلة المسلمين بعد ذلك، ولكن النبي مال إلى رأي الصديق مما يؤكد أن رأي الشورى في حق النبي صلى الله عليه وسلم مُعلمة وليست ملزمة.

⁽¹⁾ راجع دراسات في السيرة، سالم سلامة وطالب أبو شعر ونزار ريان، ص301.

حسم النبي صلى الله عليه وسلم لامره واصدار قراره بالقتال خارج المدينة، فلما جهز نفسه للحرب ارجع القوم فأخبرهم أنه ما كان له أن يلبس ملابس القتال ثم تخذلوه وإنما هو القتال حتى يفصل الله بيني وبين عدوي، وفي هذا القرار أسلوب من أساليب القيادة في إدارة المشورة بين الجند والقيادة، كما أن قرار النبي بالقتال وعدم التراجع قطعاً على الذين يريدون تقديم وتأخير القيادة حسب مزاجاتهم المتقلبة، وحتى لا تفقد القيادة هيبتها في اتخاذ قراراتها

3- ومشاورة النبي صلى الله عليه وسلم أصحابه في العمرة والاستمرار في الطريق إلى مكة:

ففي طريق رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى مكة المكرمة للعمرة بدأت قريش تهدد المسلمين فأشار النبي صلى الله عليه وسلم على أصحابه فأشاروا عليه بأن يسير إلى مكة وإن اعترضه المشركون قاتلهم إلا أنه رفض مشورتهم.¹

ويتبين للباحث من هذه الرواية أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينزل على رأي الصحابة رضي الله عنهم وقد كانت غالبيتهم ترى المضي إلى المدينة ومن اعترض طريقهم قاتله الصحابة رضي الله عنهم.

ثانياً: تطبيقات من القرارات السيادية للخلفاء الراشدين رضي الله عنهم والأمراء من بعدهم:

1- إنفاذ جيش أسامة بن زيد رضي الله عنه للخروج للحرب في الوقت الذي فيه الجزيرة العربية تموج بالمخاطر، رغم أن غالبية الصحابة رضي الله عنه عارض رأي الصديق في اخراج الجيش وطالبوه بإبقائه حافظاً لأمن مكة والمدينة المنورة خاصة مع ارتداد جزء كبير من العرب عن الإسلام.²

¹ فقد جمع أصحابه حيث يعسكر في وادي عسفان وأطلعهم على حقيقة الموقف، مشيراً إلى التطورات الخطيرة التي حدثت نتيجة تعنت قريش وإصرارها الذي تمثل بأوضح صوره بخروج حوالي ثمانية آلاف مقاتل إلى وادي بلدح تصحبهم نساؤهم وأطفالهم، وفي مرابطة مانتى فارس على مقربة من المسلمين في كراع الغميم بقيادة خالد ابن الوليد، فقام أبو بكر الصديق رضي الله عنه وقال: الله ورسوله أعلم، نرى يا رسول الله أن نمضي لوجهنا، فمن صدنا عن البيت قاتلناه.....، وتبين للنبي صلى الله عليه وسلم أن جميع المسلمين موافقون على المضي نحو غايتهم وهي زيارة البيت الحرام، وأنهم مستعدون للصدام إذا ما ألجأتهم قريش إلى ذلك بإصرارها على منعهم من دخول الحرم، إلا أنه كره الحرب مع قريش. دراسات في السيرة، سالم سلامة وطالب أبو شعر ونزار ريان، ص397-398.

² فقد خالف أبو بكر رضي الله عنه رأي الصحابة بالإحتفاظ بقوة المسلمين وجيش أسامة داخل مكة والمدينة للحفاظ عليها من الأخطار الدائرة خاصة مع ارتداد الجزيرة العربية عن الإسلام ووجود التهديدات، إلا أن أبا بكر أصر على إنفاذ جيش أسامة رضي الله عنه وعلى خروج الجيش إلى الشام مهما كانت الظروف والأحوال والنتائج ولم يسترح أسامة وهيئة أركان حربه لإصرار الخليفة على رأيه، وقد بذلوا لدى الخليفة عدة محاولات كي يقنعوه بصواب فكرتهم، وعندما كثر الإلحاح على أبي بكر دعا عامة المهاجرين والأنصار إلى اجتماع

ويرى الباحث أن هذه الروايات تؤكد أن الصديق رضي الله عنه قد شاور صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأهل الرأي والمشورة وقد كان رأيهم أن يبقى الجيش حامياً للمدينة ما دامت الأخطار تدور حول المدينة، وقد كانت الجزيرة تضج بالردة وكان الخوف على المدينة المنورة ومكة شديداً من اعتداء الأعراب والمرتدين عليها، إلا أن أبا بكر رضي الله عنه كان رأيته في ذلك سيادياً وبشكل واضح قال: والله لا أحل عقدة عقدها رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقال لهم "ولو لم يبق في القرى غيري لأنفذته"

وبذلك يتبين للباحث أن هذا القرار السيادي هو من صلب أعمال السيادة في عهد الخليفة أبي بكر الصديق.

2- قتال المرتدين دون التفرقة بين منكر للزكاة ومبين متحفظ على أدائها للدولة:

أخرج البخاري من طريق أبي هريرة حيث قال: لما توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم واستخلف أبو بكر بعده، وكفر من كفر من العرب، قال عمر لأبي بكر: كيف تقاتل الناس، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فمن قال لا إله إلا الله عصم مني ماله ونفسه إلا بحقه وحسابه على الله، فقال: والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة، فإن الزكاة حق المال، والله لو

في المجلس لمناقشة هذا الأمر معهم، وفي الاجتماع دار نقاش طويل ومتشعب، وكان أشد المعارضين لاستمرار حملة الشام عمر بن الخطاب، مبدئياً تخوفه الشديد على الخليفة وحرم رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل المدينة وأهلها من أن تقع في قبضة الأعراب المرتدين المشركين، وعندما أكثر وجوه الصحابة بهذا الصدد على الخليفة وخوفوه مما ستعرض له المدينة من أخطار جسام إن هو أصر على تحريك جيش أسامة لغزو الروم، أمر بفض الاجتماع الأول، بعد أن استمع الصديق إلى رأيهم واستوضح منهم إن كان لأحدهم ما يقول، وذلك حتى يعطي إخوانه وأهل الرأي كامل الفرصة لبيان رأيهم، ثم دعاهم إلى اجتماع عام آخر في المسجد، وفي هذا الاجتماع طلب من الصحابة أن ينسوا فكرة إلغاء مشروع وضعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بنفسه، وأبلغهم أنه سينفذ هذا المشروع حتى لو تسبب تنفيذ باحتلال المدينة من قبل الأعراب المرتدين، فقد وقف خطيباً وخاطب الصحابة قائلاً: "والذي نفس أبي بكر بيده لو ظننت أن السباع تخطفني لأنفذت بعث أسامة كما أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولو لم يبق في القرى غيري لأنفذته. أبو بكر الصديق، علي الصلابي، ص 179-180.

وعن رواية الإسلام أبي هريرة رضي الله عنه قال: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم وجه أسامة ابن زيد في سبعمائة إلى الشام، فلما نزل بدي خشب، وقبض رسول الله صلى الله عليه وسلم، وارتدت العرب حول المدينة، فاجتمع إليه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالوا: يا أبا بكر، رد هؤلاء، توجه هؤلاء إلى الروم وقد ارتدت العرب حول المدينة؟ فقال: والذي لا إله إلا هو، لو جرت الكلاب بأرجل أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم ما رددت جيشاً وجهه رسول الله، ولا خللت لواء عقده رسول الله، فوجه أسامة فجعل لا يمر بقبيل يريدون الإرتداد إلا قالوا: لولا أن لهؤلاء قوة، ما خرج مثل هؤلاء من عندهم، ولكن ندعهم حتى يلقوا الروم، فلقوا الروم، فهمزموهم وقتلوه، ورجعوا سالمين، فثبتوا على الإسلام. الآيات والأحاديث الواردة في شأن أبي بكر الصديق رضي الله عنه، سالم سلامة، ص 320-320.

منعوني عقالا كانوا يؤدونه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم على منعة فقال عمر: فو الله ما هو إلا أن رأيت الله قد شرح صدر أبي بكر للقتال فعرفت أنه الحق.⁽¹⁾

وهذا الحديث يؤكد على أن قرار قتال المرتدين من أعمال السيادة التي لم يقبل الصديق مناقشة فيه، ومضى في قتالهم ولم يفرق بين معطي زكاته للفقراء بيده دون أن يودعها خزينة الدولة وبين جاحد لهذه الفرضية.

3- عدم تقسيم عمر رضي الله عنه أرض العراق والشام ومنها فلسطين على جيوش المسلمين:

كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يُقسم ما يغنمه بعد الحرب على الجيش فيعطي للراكب سهمان وللراجل سهم واحد تشجيعاً للصحابة على اقتناء الخيل للجهاد في سبيل الله، وصح في السنة النبوية أن النبي صلى الله عليه وسلم حين غزا خيبر وافتتحها عنوة، قسمها بين المسلمين الذين شاركوا معه في فتحها، ممن كانوا معه في الحديبية، وقد أشرك معهم في الغنية بعض من كانوا قد هاجروا إلى الحبشة، عندما وصوا النبي صلى الله عليه وسلم وقد شارف النبي على فتح خيبر فأشركهم النبي في الغنيمة.²

(1) صحيح البخاري، البخاري، الإعتصام بالكتاب والسنة/ الاقتداء بسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم، 424/3: رقم الحديث -7285-7284.

² راجع: السياسية الشرعية في ضوء النصوص الشرعية ومقاصدها، يوسف القرضاوي، ص 180-189. وذكر أبو يوسف في الخراج أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجماعة من المسلمين أرادوا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن يقسم الشام كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر، وأنه كان أشد الناس عليه في ذلك الزبير بن العوام وبلال ابن رباح، فقال عمر رضي الله عنه: اذن أترك من بعدكم من المسلمين لا شيء لهم. ثم قال: اللهم اكفني بلالاً وأصحابه. فقالوا: استشر، قال: فاستشار المهاجرين الأولين، فاختلّفوا فأما عبد الرحمن ابن عوف رضي الله عنه فكان رأيه أن تُقسم لهم حقوقهم، ورأى عثمان وعلي وطلحة وابن عمر رضي الله عنهم رأي عمر. فأرسل إلى عشرة من الأنصار خمسة من الأوس وخمسة من الخزرج من كبارهم وأشرفهم، فلما اجتمعوا.....، قال: قد سمعتم كلام هؤلاء القوم الذين زعموا أنني أظلمهم حقوقهم، وأني أعوذ بالله أن أركب ظلماً، لأن كنت ظلمتهم شيئاً هو لهم وأعطيتهم غيرهم لقد شقيت، ولكن رأيت أنه لم يبق شيء يتح بعد أرض كسرى، وقد غنمنا الله أموالهم وأرضهم وعلوجهم، فقسّم ما غنمنا من أموال بين أهله وأخرجت الخمس فوجّهته على وجهه، وأنا في توجيهه، وقد رأيت أن أحبس الأرضين بعلوجها وأضع عليهم فيها الخراج وفي رقابهم الجزية يؤدونها فتكون فينا للمسلمين المقاتلة والذرية ولمن يأتي من بعدهم، أرايتم هذه الثغور.....، فمن أين يعطى هؤلاء إذا قسمت الأرضون والعلوج؟ فقالوا جميعاً الرأي رأيك، فنعم ما قلت وما رأيت، إن لم تُشحن هذه الثغور وهذه المدن بالرجال وتجري عليهم ما يتقون به رجع أهل الكفر إلى مدتهم، فقال: بان لي الأمر... الخ". الخراج، لابي يوسف القاضي، ص 25-24.

وهذه الرواية تؤكد أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه شاور الصحابة فاختلّفوا عليه، فاجتمع بسروات الصحابة وكبارهم من خمسة من الأوس وخمس من الخزرج رضي الله عنهم، وشرح لهم الأمر وبين لهم حجه فأقنعهم بمراده من الأمر فوافقوه، فهو وإن لم يكن لهذا المجلس الغالبية العددية حتى للمجلس الشورى، ناهيك عن عموم الجيش الذي يتطلع إلى الغنيمة ونصيبه منها إلا أن هذه التلة هي مدار القرار والشورى والرأي.

4- عدم إعطاء الأمان في الحرب لأعداء الدولة هو قرار سيادي

أرسل الحاكم المنصور محمد ابن أبي عامر⁽¹⁾ أمير الأندلس رحمه الله أمان جيشه لاختماد ثورة ضد الأندلس وأوصى قائد الجيش ألا يعطى الأمان لقائد الخارجين على الدولة وفي مقدمتهم الحسن بن قنون الأمان، إلا أن قائد الجيش أعطى الحسن بن قنون الأمان، فقال المنصور ابن أبي عامر: إن أمان قائد الجيش للحسن بن قنون لا يُلزمني وتبل محمد ابن أبي عامر ابن قنون².

والشاهد من هذه الرواية أن قرار الحاكم المنصور محمد ابن أبي عامر قرار سيادي، لا اعتبار مع قراره لأي قرار أُعطي فيه الأمان للحسن ابن قنون، ولا أمان إلا أمان الأمير محمد ابن أبي عامر في مثل هذه الظروف السياسية والخطيرة، وذلك لأن هذا القرار له علاقة بالمصلحة العامة التي تقتضي أن يُخمد فيها الإمام الثورات والنعرات وذلك بالقضاء على هؤلاء الخارجون على الدولة والذين قد سبق وأن منحهم الإمام العهد والأمان إلا أنهم غدروا، كما أن قراره رحمه الله استشفاف من قول النبي صلى الله عليه وسلم لأحد الأسرى بدر الكبرى وهو عمرو بن عبد الجمحي الذي أطلق النبي سراهم في بدر بعد أن استعطف النبي وقال له إن له خمس بنات ليس لهن شيء متوسلاً للرسول الله أن يتصدق عليه ويطلق سراحه، ففعل النبي على شرط ألا يقاتل في جيش يحارب ضد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى عمرو بن عبد الجمحي

(1) أبو عامر هو محمد بن عبد الله بن عامر بن أبي عامر بن الوليد بن يزيد بن عبد الملك المعافري، من أسرة يمانية، كان والده من أهل العلم والتقى عالماً بالحديث والشريعة، وكان جده عبد الملك هو أحد الوجوه الذين دخلوا الأندلس مع جيش طارق بن زياد الفاتح المجاهد في أول الداخلين من المغرب، ولد ابن أبي عامر سنة 327هـ / 939م، في السنة التي تكبد بها الخليفة الأموي عبد الرحمن الناصر الهزيمة العظيمة "الخنق" وكانت ولادته في قرية تركش، نشأ ابن أبي عامر على تقاليد أسرته، وتأثر بالمعلم والمعرفة وفد إلى قرطبة حدثاً، ودرس في معاهدها درساً مستفيضاً وبرع في الآداب والشريعة وقد أتم دراسته بجامعة قرطبة، حيث درس الحديث واللغة على أيدي كبار شيوخها أمثال: أبي علي القالي وأبو بكر القوطية وأبي بكر بن معاوية القرشي وغيرهم، ملك ابن أبي عامر الأندلس وحكمها زهاء 27 سنة خاض فيها قرابة 50 معركة لم يهزم في معركة قط، توفي عن عمر 65 سنة. راجع الفكر السياسي والعسكري للحاجب المنصور محمد ابن أبي عامر، أحمد السادة، ص 29-30.

2 فقد تعرض حُكم المنصور ابن أبي عامر في الأندلس رحمه الله إلى قلاقل في حكمه وكان منها تمرد الحسن ابن قنون وقتاله للدولة ثم المصالحة معه على أن ينزل بجوار الأمير وموادعته، إلى أن استغل الحسن ابن قنون عودة خليفة الفاطميين إلى أفريقيا، ليعلن ثورته على حاكم الأندلس المنصور محمد ابن أبي عامر رحمه الله من جديد، محاولاً الخروج من الدعوة المروانية؛ واجتمع إليه خلق من أهل الغرب، وظهر أمره، إلا أن الأمير ابن منصور جهز جيشاً كثيفاً سنة 375 هـ، وأرسله إلى الدعوة وأخبر قائد الجيش أن يأتيه بإبن قنون قتيلاً وألا يعطيه الأمان مهما كان الأمر، وحاصر جيش ابن أبي عامر الحسن ابن قنون وجنده، فلم يجد ملجأ إلا الاستسلام وطلب الأمان، فأمنه قائد الجيش. وكان قائد الجيش ابن عم المنصور محمد ابن أبي عامر-، وحمله إلى قرطبة، فلم يُضَيَّ ابن أبي عامر أمانه وأمر بقتله ليلاً في الطريق. راجع: البربر في الأندلس وموقفهم من فتنة القرن الخامس الهجري، عبد القادر بوبايه، ص 85. والبيان المغرب في أخبار الأندلس والمغرب، ابن غزاري، ص 389.

بذلك موثقه، إلا أنه حارب ضد رسول الله صلى الله عليه وسلم في احد وأمكن الله منه بأن وقع أسيراً، فقال للنبي صلى الله عليه وسلم أمنن علي يا محمد فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا والله، لا تمسح عارضيك بمكة تقول سخرت بمحمد مرتين"، قال سعيد بن المسيب فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يلدغ المؤمن من جحر واحد مرتين".¹

المطلب الثاني

تقدير نظرية أعمال السيادة

لا جدال أن نظرية أعمال السيادة تُعتبر سلاحاً خطيراً في يد السلطة التنفيذية يُمكنها من التحلل من حكم القانون والخروج كلية عليه، كما يقول بعض القانونيين، بل إن جانب من الفقه ذهب إلى أن أعمال السيادة هي ثغرة في بناء المشروعية ووصمة عار في جبين القانون العام، وهي بقية من بقايا عهود الدولة غير القانونية، لذلك بذل الفقه محاولات كثيرة في محاربة هذه النظرية وكان لمحاولاته صدر في موقف القضاء، وفي هذا المطلب نتناول تقدير نظرية أعمال السيادة في الفرعين التاليين:

- الفرع الأول: تقدير معايير التفرقة بين أعمال السيادة وغيرها من الأعمال
- الفرع الثاني: تقدير أعمال السيادة

الفرع الأول

تقدير معايير التفرقة بين أعمال السيادة وغيرها من الأعمال

إن المتتبع للأنظمة القانونية المقارنة يجد أن هناك سعياً حثيثاً وتوجهاً كبيراً نحو تحجيم سلطة الإدارة وتضييق مجال أعمالها، ولقد وضع الفقه والقضاء عدة معايير لتفرقة أعمال السيادة عن غيرها من الأعمال في محاولة لضبط الأمر وعدم ترك تقديرها للسلطة التنفيذية وذلك بهدف التضييق من اتساع سلطة الإدارة

¹ صحيح البخاري، البخاري، كتاب الأدب/باب لا يلدغ المؤمن من جحر مرتين، 164/3، رقم الحديث 5782.

هذه الأعمال وتخفيف خطورتها على الحريات والحياة السياسية والاجتماعية إلا أنه لم يسلم معيار من تلك المعايير من الانتقادات.

فمعيار الباعث السياسي تعرض لانتقادات بأنه غير واضح وأن الإجتهد القضائي قد تراجع عن الأخذ به لخطورته على الحقوق والحريات، كما أن الباعث السياسي يوسف من نطاق أعمال السيادة ويجعلها منها أداة في يد الحاكم يصدرها وقتما شاء ويبرر أنها أعمال ذات باعث سياسي.

وكذلك المعيار الموضوعي فقد تعرض لانتقادات كثيرة تمثلت في عدم اتفاهه مع قواعد قواعد القانون الوضعي الذي يقيم الفصل بين السلطات على أساس التقسيم الموضوعي للأعمال القانونية، كما قيل أنه غير واضح وأنه غامض ومتداخل وعدم المقدرة على التفريق بين العمل الإداري والعمل الحكومي ، وأنه يعيدنا إلى فكرة الباعث السياسي، كما أن القضاء هجر العمل به.

ولقد تعرض المعيار المختلط أو المشترك للانتقاد أيضاً من ناحية أن هذا المعيار لا يستغرق إلا بعضاً من أعمال السيادة وليس كل هذه الأعمال أن المعيار المختلط معياراً غير جامع ولا مانع واستشهد المنتقدون لهذا المعيار بأن هناك كثيراً من الأعمال التي تباشرها السلطة التنفيذية في مواجهة الأفراد وليس في مواجهة سلطات أخرى وتعد من أعمال السيادة

كما أن القائمة القضائية لا تستطيع أن تحتاط لكافة أعمال السيادة ولكنها تستطيع أن تضع قواعد وضوابط عامة لذلك.

الفرع الثاني

تقدير أعمال السيادة

تباينت الآراء الفقه والأنظمة القانونية المختلفة حول نظرية أعمال السيادة لذلك سنتناول في هذا الفرع تقدير أعمال السيادة في كل من فرنسا ومصر والأردني وفلسطين كالتالي:

ففي فرنسا يتخلص رأي القضاء الفرنسي من نظرية أعمال السيادة في ثلاث اتجاهات هي:

- 1- الإتجاه نحو التضييق من دائرة أعمال السيادة، وبالفعل أخرج القضاء من قائمته أعمالاً كانت يعتبرها من قبيل أعمال السيادة وبدأ يبسط رقابته عليها الغاءً وتعويضاً.

2- هناك اتجاه آخر اكتفى بتلطيف حدة هذه النظرية وأخذ بحل وسط يؤدي إلى امكانية التعويض عن أهما السيادة دون امان الطعن فيها بالإلغاء.

3- واتجاه انكر وجود هذه النظرية ونادى بأن النظام الديمقراطي يرفض وجودها وينادي بخضوع كل الاعمال لرقابة القضاء مع امكانية الطعن فيها عن طريق دعوى الالغاء ودعوى التعويض.

أما في مصر: فقد أعملَ القضاء المصري نظرية أعمال السيادة نزولاً على ما تعاقبت عليه نصوص قوانين تنظيم مجلس الدولة المصري والسلطة القضائية عموماً، كما أسند القضاء المصري معيار التفرقة بين أعمال السيادة وغيرها من أعمال الإدارة للقضاء وحده، فهو المخول بذلك، كما أعتبر القضاء المصري أن هناك أعمالاً تعد في الظروف العادية أعمال إدارية إلا أنها ترقى لان تكون أعمالاً سيادية في ظروف أخرى وذلك لارتباطها في ظل الظروف الجديد بسياسية الدولة العليا وأحوالها الإجتماعية

أما في الأردن فقد اتجه القضاء الأردني وما زال إلى التمييز بين أعمال السيادة وغيرها من أعمال السلطة الإدارية، وقد اعتمد القضاء الأردني بشكل رئيس على المعيار السياسي والذي قُتل انتقاداً من قبل الفقه، والذي هجرته الأنظمة القانونية في فرنسا ومصر، لما يشكله من خطورة على الحقوق والحريات، ولما يمثله من اطلاق ليد السلطة التنفيذية دون تقييد، ولأنه المستند والحجة والمبرر الذي ترتكز إليه الإدارة لتبرير تغولها على الحريات والأحزاب والحقوق الأفراد.¹

وفي فلسطين فإن الأمر يتجلى في أن القضاء الفلسطيني ضيق من أعمال السيادة بشكل كبير، ونص في عدة قرارات قضائية على تعداد أعمال السيادة بشكل محصور، حيث قررت محكمة العدل العليا في حكم لها على أن: (القضاء الاداري في البلاد التي نصت قوانينها على اعمال السيادة حصرت هذه الاعمال في الحالات التالية:

أولاً: الاعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالبرلمان وبضمان سير السلطات العامة وفق الدستور.

ثانياً: الأعمال المتعلقة بسير مرفق التمثيل الدبلوماسي.

ثالثاً: الاعمال المتعلقة بالحرب.

¹ نظرية أعمال السيادة كفيد على مبدأ المشروعية وتطبيقاتها في قضاء محكمة العدل العليا دراسة مقارنة، رائد الكعابنه، ص85.

رابعاً: بعض الاعمال المتعلقة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي في نطاق الحدود والضوابط التي بينها القانون).¹

وهنا نسجل للقضاء الفلسطيني أنه أحسن التصرف أخذ بنظرية أعمال السيادة إلا أنه ضيق من أعمال السيادة وحصرها في مجال معين.

ويرى الباحث: أن أعمال السيادة تستبعد طائفة من أعمال الإدارة من الخضوع لرقابة القضاء _ لا إلغاء ولا تعويضاً_، وهنا هو مكنم الخطورة، لذلك لجأ الفقه والقضاء إلى تقييد هذه النظرية والعمل على تحديدها ووضع ضوابط لها. ولكننا نؤكد أنه وإن كانت أعمال السيادة لا تخضع لرقابة القضاء الإداري _ إلغاء وتعويضاً_ إلا أن القضاء هو صاحب القول الفصل في تحديد أعمال السيادة من غيرها من أعمال الإدارة.

والناظر اليوم إلى الدول التي نشأت فيها فكرة أعمال السيادة من الناحية القانونية يرى أن هناك تحجماً وتقييداً بل انهياراً لأعمال السيادة واستبعادها كما هو الحال في فرنسا، حيث إن مجلس الدولة الفرنسي أخذ يقبل الدعاوى التي كان يمكن اعتبارها موجهة ضد أعمال تدخل في مفهوم أعمال السيادة ففي حكم له في سنة 1953م ذهب إلى أن اعلان حالة الطوارئ التي تصدره السلطة الإدارية يمكن الطعن فيه، كما أن تطبيق المعاهدات الدولية تخضع لرقابة القضاء الإداري طالما أنه لا يثير مسائل دولية.²

وقد أخذ مجلس الدولة المصري يتجه نحو التضييق من نطاق أعمال السيادة، ومثال ذلك اتجاه مجلس الدولة المصري على التضييق من اعتبار التدابير الخاصة بالأمن الداخلي من أعمال السيادة وذلك أن هذه التدابير إنما هي تدابير بوليسية من أعمال البوليس الإداري وهي أعمال تخرج كقاعدة عامة عن نطاق أعمال السيادة³

ولقد أحسن القضاء الفلسطيني عندما جعل ولاية تحديد أعمال السيادة للقضاء وحده، حيث نصت المحكمة العليا بقولها: "أما التطرق إلى مسألة أعمال السيادة والقول بأن القرار أو الإجراء المطعون فيه هو عمل من أعمال السيادة فإننا لا ندري كيف يمكن اعتبار اجراء اعتقال مواطن من قبل أفراد الشرطة عملاً من أعمال

¹ حكم محكمة العدل العليا في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 2010/575 بتاريخ 2010/12/13. وحكم محكمة العدل العليا في رام الله في الدعوى رقم 2010/531 بتاريخ 2010/12/13. المقتني، مرجع سابق.

² الوجيز في القضاء الإداري، علي محمد، ص56.

³ القضاء الإداري دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، زكي النجار، ص120.

السيادة التي هي بمفهومها القانوني البسيط والمختصر تتمثل في الأعمال الحكومية المتعلقة بتنفيذ القوانين الأساسية الدستورية وروابط الحكومة بالمجالس النيابية ومع الدولة الأجنبية وما تقوم به من أعمال تتعلق بكيفية تنفيذ مراد الإتفاقيات والمعاهدات وبما له مساس بالسيادة العامة للدولة.....، واجمالاً لأعمال السيادة التي أوردتها على أنها تلك الأعمال المتصلة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية وبعض اجراءات الأمن الداخلي كالقرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية بإعلان حالة الطوارئ والعمل بقانون الدفاع والعفو من العقوبة والأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية والدبلوماسية وبعض الأعمال الحربية))⁽¹⁾

ويرى الباحث أن أعمال الحكومة هي ليست استثناءً على مبدأ المشروعية_ لأنه لا يجوز أن يكون هناك استثناء على القانون- وإنما هذه الأعمال هي من صلب وأسس عمل الدول والحكومات والجهات الإدارية، فالسلطة التنفيذية التي يجب عليها حماية مجتمعها من الأخطار المحدقة، والنواب الطارئة، والعمل بكل قوة للحفاظ على الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة والأخلاق العامة.

لذلك يرى الباحث أنه من الضروري الإبقاء على هذه النظرية في الأنظمة الوضعية، مع وضع قيود فلا يجوز أن تبقى هذه الأعمال على اطلاقها بهذه الكيفية وإنما لابد من العمل على تقييدها والحد منها ووضع ضوابط لها، حتى لو اضطر الأمر من الناحية العملية أن يتم النص في الدستور بشكل نصوص على ضوابط تحدد وتضبط هذه النظرية بشكل عام، بما يجعل منها رحمة وليس نقمة، وبما يغل يد السلطة التنفيذية من الاعتداء على الحقوق والحريات، وذلك حتى لا تكون ذريعة ووسيلة في يد السلطة التنفيذية للإستبداد ولبطش بخصوصها، متخذة أعمال السيادة ذريعة وغطاءً لكل اختراق تخترق به المشروعية والقوانين حتى ولو لم يكن من أجل المصلحة العامة، وحتى لا يتقلت المسؤولون من الرقابة القضائية عندما يمس الأمر حريات وممتلكات المواطنين كما سبق الحديث، فإطلاق يد السلطة التنفيذية بشكل مطلق له مضار كبيرة، فالسلطة التنفيذية لولا القانون لسحقت معارضيتها ولولا الأنظمة لتوغلت في منع كل صوت يعارضها، فالسلطة المطلقة مفسدة مطلقة.

كما أن أعمال السيادة وإن كانت لا تخضع لرقابة القضاء الإداري_ لا إلغاءً ولا تعويضاً_ كما ذكرنا إلا أن ذلك لا يعني أن السلطة التنفيذية حرة طليقة في هذا الميدان تفعل ما تشاء وما تريد وما يحلو لها دون

(1) قرار محكمة العدل العليا في الدعوى الإدارية رقم 2000/18، المنعقدة برام الله بتاريخ 2000/7/11.

حسيب ولا رقيب، ولكن إن حادت عن أهداف هذه الأعمال فإن هناك رقابتين لا تقلان أهمية عن رقابة القضاء وهما الرقابة السياسية والرقابة الشعبية.

النتائج:

- 1- المشروعية مبدأ يسود الأنظمة القانونية المعاصرة على اختلاف أشكالها، فلا تجد نظام عصري إلا ويأخذ بهذا المبدأ، وهو معيار يفرق بين الدولة القانونية والدولة المستبدة.
- 2- إن مبدأ المشروعية من المبادئ الهامة والذي يجب أن يسمو ويسود إلا أنه لا وجود لهذا المبدأ إلا بوجود الدولة ذاتها فإذا انهارت الدولة انهار مبدأ المشروعية ذاته، فلا يستقيم الوضع في ظل التقيد الدقيق والحرفي بمبدأ المشروعية والتمسك به إن كان ذلك قد يؤدي إلى انهيار الدولة ويعرض سلامتها للخطر، فإن انهارت الدولة فلن يكون هناك مبدأ للمشروعية أصلاً، لذلك تهدف أعمال السيادة إلى الخروج على النظام التقليدي في إدارة الدولة والذي قد يعيق عمل الإدارة ويكبلها بالقيود التي قد تمنعها من تحقيق بعض أهدافها، والسماح لها بمعالجة القضايا المصيرية التي تهم مصلحة المجتمع بشكل عام.
- 3- إن نظرية أعمال السيادة لم تنشأ كمتطلب من متطلبات النشاط الإداري والذي يواكب تطور الدولة، وإنما جاءت نتيجة ظروف سياسية وجدت مع بدايات انشاء مجلس الدولة الفرنسي، والتي أجبرت المجلس إلى ابتداء فكرة أعمال السيادة محاباةً للحكام الجدد، واتقاءً لتهديداته من الغاء المجلس باعتباره جزءاً من بقايا الحكم البائد.
- 4- إن ترك غالبية التشريعات تعريف أعمال السيادة واسناد الأمر للقضاء ينم عن موقف متطور وواع من النظم لطبيعة هذه الفئة من الأعمال، ذلك أن هذه الأمور خارجة عن مهام واضع الانظمة، وتدخل في الوقت نفسه في مجال الفقه والقضاء، وجعل القضاء وحده المخول بتحديد هذه الأعمال مما يوفر ضمانة كافية لمنع تجاوز السلطة التنفيذية ولا سيما في مجال الحقوق والحريات.
- 5- لم يتفق الفقه والقضاء على تعريف جامع مانع لم يسلم من الانتقادات لأعمال السيادة وذلك للاختلاف حول المعيار الذي تستد إليه كما الخلاف حول المبرر لوجودها، ولأنها تنطوي النسبية في حقيقتها، فما يعتبر عمل من الأعمال السيادية في دولة فإنه لا يعتبر كذلك في أخرى، إلا أنه يمكن القول بأن أعمال السيادة هي الأعمال التي تتصل بالسياسة والمصلحة العليا للدولة وهي الإجراءات التي تتخذها الحكومة بوصفها سلطة حكم لا سلطة ادارية بهدف المحافظة على سيادة الدولة وكيانها.

6- لقد عرفت الشريعة الإسلامية أعمال السيادة قبل كافة القوانين الوضعية، وإن لم تكن قد وردت في كتب السير والحكم الإسلامي بهذا المصطلح ولكن مضمونها وفكرتها وجدت في الشريعة الإسلامية، ولقد صدرت عدة قرارات وأعمال عن الإدارة في الدولة الإسلامية وصفت بأنها أعمال سيادية.

7- استقر الفقه والقضاء في القانون الوضعي على أن القرارات والأعمال الإدارية التي تتعلق بسيادة الدولة داخلياً وخارجياً والتي تسمى بـ: "أعمال الحكومة" تخرج عن الرقابة القضائية إلغاءً وتعويضاً بشكل كامل.

8- إن خطورة أعمال السيادة تكمن في بقائها دون ضوابط مما يجعل منها سيفاً مسلطاً على الحقوق والحريات والعامّة، لأن السلطة المطلقة مفسدة مطلقة، لذلك أصبحت الأنظمة تُقيّد صلاحيات الدولة في الأخذ بأعمال السيادة بشكل مطلق، وقد أخذ بذلك الأنظمة القانونية في الدول محل الدراسة.

9- إن أعمال الحكومة ليست استثناءً على مبدأ المشروعية؛ لأنه لا يجوز أن يكون هناك استثناء على القانون ولكن هذه الأعمال هي من صلب وأسس عمل الدول والحكومات والجهات الإدارية، فالسلطة التنفيذية يجب عليها حماية مجتمعها من الأخطار المحدقة، والنائب الطارئ.

10- إن الضمانة لحماية الحقوق والحريات والحد من تجاوز السلطة التنفيذية للقانون هو استقلال القضاء فلا حماية حقيقية لسيادة القانون والمشروعية وحقوق الأفراد وحرياتهم التي يقرها لهم الدستور والقانون، إلا إذا سقطت كل الحواجز التي تمنع الأفراد من حق الإلتجاء إلى القضاء، للطعن في قرارات السلطة العامة التي تعتدي على حقوقهم.

التوصيات:

بعد أن تبين لنا أن نظرية أعمال السيادة أصبحت نظرية واقعة قانونية لا يمكن لأحد انكار وجودها فإن الباحث يوصى بالتالي:

- 1- التأكيد على الإبقاء على أعمال السيادة وذلك بهدف معالجتها للأعمال التي تتصف بأنها تعالج قضايا مصيرية تمس المصلحة العامة وسياسات الدولة العليا، كما تهدف إلى العمل على بقاء وجود الدولة ونظامها.
- 2- يوصى الباحث بالحد من أعمال السيادة وذلك بهجر الباعث السياسي مطلقاً لأن المفسدة كل المفسدة هي في الغطاء السياسي للسلطة التنفيذية في أعمالها حيث تتخذ ذريعة للبطش والغطرسة والظلم وانتهاك المبادئ المسلم بها بحجة أن أعمال السيادة ذات طابع سياسي.
- 3- يوصى الباحث المشرع الفلسطيني بضرورة النص في الدستور على ضوابط ومحددات عامة لأعمال السيادة وذلك حتى لا تكون ذريعة ووسيلة في يد السلطة التنفيذية للإستبداد والبطش بخصوصها ومعارضيتها، بحجة تهديد بالأمن الداخلي أو الخارجي.
- 4- ضرورة إقرار مشروع قانون مجلس الدولة الفلسطيني، وذلك ليتسنى له النظر في الدعاوى التي تكون الإدارة طرفاً فيها، وذلك لأن قضاته متخصصين أكثر من غيرهم في القضاء الإداري.
- 5- يوصي الباحث المشرع للأخذ بفلسفة الشريعة الإسلامية بالتعويض عن القرارات التي تصدر عن الإدارة بخصوص أعمال السيادة وتسبب ضرراً للمواطنين، وذلك اعمالاً لفكرة التعويض عن الضرر.

المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم

المراجع العربية:

- 1- صحيح البخاري، محمد ابن إسماعيل بن ابراهيم البخاري، موافقة لترقيم وتبويب الشيخ محمد عبد الباقي، دار البيان الحديثة، الطبعة الأولى، الأزهر - القاهرة، 2003.
- 2- الجامع الصحيح أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق محمد أحمد شاکر وآخرون، بيروت، دار احياء التراث العربي، د ط.
- 3- مقاييس اللغة، لابي الحسين أحمد بن فارس زكريا، بتحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، الطبعة الثانية، ج3، 1969.
- 4- شرح مشكل الآثار، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأسدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، تحقيق شعيب الأرنؤوط، ط1، مؤسسة الرسالة، 1415هـ.
- 5- سنن ابن ماجه، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، كتب حواشيه محمود خليل، الرسالة للنشر، موافق لطبعة الرسالة.
- 6- لسان العرب، أبي الفضل جمال الدين محمد مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، بيروت، مرفق بالكتاب حواشي اليازجي وجماعة من اللغويين (711هـ)، دار صادر، ط1، ج8.
- 7- الموطأ، أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبجي، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، القاهرة، 2006.
- 8- مسند أحمد، للإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني، تعليق شعيب الأرنؤوط، القاهرة، مؤسسة قرطبة، د ط، الأحاديث مزيلة بأحكام شعيب الأرنؤوط.
- 9- القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، بيروت، دار الجيل، المؤسسة العربية للنشر، ج3
- 10- الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله القرطبي، محمد بن أحمد شمس الدين القرطبي، بيروت، دار الكتاب العربي، ط3، ج4، 1948.
- 11- الإتجاه نحو تقوية السلطة التنفيذية في الدولة المعاصرة، السيد خليل هيكل، القاهرة، دار النهضة العربية، دون رقم الطبعة، بدون سنة نشر.

- 12- أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، صلاح يوسف عبد العليم، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2007.
- 13- أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ، مارسو لون، يروسيير في، جي بريبان، بيير دلتولثيه، برونو جينيفو (ترجمة: أحمد يسري) ، 1995م، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، (العمل الأصلي نشر في عام 1993م)
- 14- الإحكام في أصول الأحكام، العلامة سيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد الأمدي، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون رقم الطبعة، 1980.
- 15- ارشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، الحافظ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، تحقيق وتعليق شعبان محمد اسماعيل، طبعة محققة على نسخة المؤلف، دار السلام، ط3، 2009.
- 16- أشكال الرقابة على أعمال الإدارة، (رسالة ماجستير منشورة)، محمد وليد دبابش، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014.
- 17- أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي، حمد عبيد الكبيسي، مكتبة الفلاح، ط2، 2001.
- 18- أصول التشريع الإسلامي، علي حسب الله، دار المعارف بمصر، ط5، مزيدة ومنقحة، 1976.
- 19- أصول الدعوة، عبد الكريم زيدان، بيروت، الرسالة، ط9، 2001.
- 20- الأصول العامة للقضاء الإداري قضاء الإلغاء، ماهر جبر نصر، القاهرة، دار النهضة العربية، بدون ذكر رقم الطبعة، 1995.
- 21- أصول الفقه الإسلامي، أمير عبد العزيز، دار السلام، بدون رقم الطبعة، بدون سنة النشر.
- 22- أصول الفقه الإسلامي، بدران أبو العنين بدران، مؤسسة شباب الجامعة، بدون رقم الطبعة، 1984.
- 23- أصول الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، ج1، دار الفكر، ط1، دمشق، 1986.
- 24- أعمال السيادة الخارجة عن اختصاص القضاء الإداري بين الإطلاق والتقييد، عبد القادر جمعة رضوان، ورقة عمل مقدمة لأعمال المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم الإدارية (مجالس شورى الدولة-دواوين المظالم)، الإمارات العربية المتحدة، خلال يومي 11-12-2012م.

- 25- أعمال السيادة الخارجية عن اختصاص القضاء الإداري بين الإطلاق والتقييد، عبد القادر جمعة رضوان، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم الإدارية مجالس شورى الدولة دواوين المظالم في الدول العربية بدولة الإمارات العربية المتحدة خلال يومي 9-11-12-2012م.
- 26- أعمال السيادة بين الإطلاق والتجديد، مسعودي حسين، ورقة عمل قدمت في المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية في أبو ظبي، الجزائر 2012.
- 27- مجموعة مختارة من قرارات محكمة العدل العليا بين عام 1951-1956، وليد حلمي الحايك، قطاع غزة، مطابع منصور، ج10، 1996.
- 28- أعمال السيادة بين الإطلاق والتحديد، مسعودي حسين، المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر المنعقد في 11-12-9-2012، منشور، أبو ظبي، 2012م.
- 29- أعمال السيادة في القضاء الإداري السعودي دراسة مقارنة تطبيقية، (رسالة دكتوراه منشورة)، أحمد علي أحمد الشهري جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2015.
- 30- الاعمال المستبعدة من الطعن بالإلغاء، تاريخ الاطلاع 6 أغسطس 2018م، على الرابط: http://www.droitArab.com/2013/01/blog-post_2064.html
- 31- الإنشراح ورفع الضيق في سيرة أبو بكر الصديق، علي محمد محمد الصلابي، ط1، الأندلس الجديدة، 2008.
- 32- انعكاسات نظرية الظروف الإستثنائية على عملية الرقابة القضائية، سليمان السعيد، مداخلة أقيمت ضمن اشغال الملتقى الوطني حول دور القضاء الإداري الجزائري في حماية الحقوق والحريات بتاريخ 6-7 ديسمبر 2016، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، 2016.
- 33- الآيات والأحاديث الواردة في شأن أبي بكر الصديق رضي الله عنه، سالم أحمد سلامة، مكة المكرمة، جامعة أم القرى، 1402هـ.
- 34- البربر في الأندلس وموقفهم من فتنة القرن الخامس الهجري، عبد القادر بوبايا، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 2011.
- 35- البيان المغرب في أخبار الأندلس والمغرب، ابن عذاري المراكشي، دار الثقافة، بدون رقم الطبعة، 1985م.

- 36- تاريخ التشريع الإسلامي، مناع القطاع، مكتبة وهبة، ط4، 1989م.
- 37- تاريخ التشريع الإسلامي، مناع القطان، القاهرة، مكتبة وهبة، بدون سنة الإصدار.
- 38- التتريس وأحكامه في الفقه الإسلامي، ساجدة طه محمود الفهداوي، بحث منشور، مجلة كلية العلوم الإسلامية، ع20، 2009.
- 39- التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، عبد القادر عودة، القاهرة، ج1، مكتبة دار التراث، طبعة جديدة ومنقحة، 2005.
- 40- تشريعات الضرورة دراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والمصري، (رسالة ماجستير)، تونصير ابراهيم، جامعة محمد خيذر، بسكرة، 2014.
- 41- التطورات القضائية في الرقابة على مبدأ التناسب في القرارات التأديبية، دراسة مقارنة، حسان عبد الله الطائي، المكتب الجامعي الحديث، ط1، 2015.
- 42- التنظيم الدستوري في فلسطين دراسة تمهيدية لغايات اقتراح النصوص الناظمة للحقوق والحريات والسلطة القضائية في دستور دولة فلسطين المقبل دراسة محكمة، محمد خضر، منشورات المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء مساواة، 2015.
- 43- التنظيم القانوني لأنظمة الإستثناء دراسة مقارنة، علي هادي الشكراوي، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، ع3، السنة السادسة، بدون سنة النشر.
- 44- تيسير علم أصول الفقه، عبد الله بن يوسف الجديع، بيروت، ط4، 2006.
- 45- تيسير علم أصول الفقه، عبد الله بن يوسف الجديع، مؤسسة الريات، ط4، 2006.
- 46- الجانب الأخلاقي في الخطاب الإسلامي في ضوء عصر النبوة، يحيى الدجني، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية غزة، م23، ع1، ص317-346.
- 47- الجوانب السياسية في خطب النبي صلى الله عليه وسلم، محمود عبد الهادي علي، المنصورة، دار الكلمة للنشر، دون مكان النشر، 2011.
- 48- حرية الإدارة في سحب قراراتها دراسة مقارنة في النظم الفرنسية والمصرية والعراقية، رحيم سليمان الكبيسي، 2000، دون ذكر الناشر، دون ذكر سنة النشر.
- 49- دروس في قانون القضاء الإداري في لبنان وفرنسا ومصر، حسين عثمان محمد عثمان، بيروت، الدار الجامعية، بدون رقم الطبعة، 1989م.

- 50- حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة تطبيقية، (رسالة ماجستير منشورة)، محمد مفرح العتيبي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2011.
- 51- الخراج، أبو يوسف يعقوب ابن ابراهيم أبو يوسف، بيروت، دار المعرفة، طبعة موافقة للمخطوطة في الخزانة التيمورية رقم 674، بدون رقم الطبعة، 1979.
- 52- الخصائص العامة للإسلام، يوسف القرضاوي، القاهرة، مكتبة وهبة، ط4، 1989م.
- 53- الخصومة الإدارية بطلان وانعدام وسحب القرار الإداري - سلطة الإدارة في اصدار القرارات الإدارية والتعسف في استخدام السلطة، عبد الحكم فودة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ج2 ، دون رقم الطبعة، 1997م.
- 54- الخلافة والملك، أبو الأعلى المودودي، الكويت، تعريب أحمد ادريس، دار القلم، ط1، 1978م.
- 55- دراسات في أصول الفقه مصادر التشريع، متولى البراجيلي، القاهرة، مكتبة السنة، ط1، 2010.
- 56- دراسات في السيرة، سالم سلامة وطالب أبو شعر ونزار ريان، غزة، مكتبة الأمل التجاري، ط1، 1421هـ/2001م
- 57- الدعاوى الإدارية والدستورية، نبيلة عبد الحليم كامل، القاهرة، دار النهضة العربية، بدون رقم الطبعة، 1997م.
- 58- دور القاضي الإداري وحدود سلطاته في رقابة المشروعية، عائشة غنادرة، (رسالة ماجستير)، جامعة الوادي، 2014.
- 59- الديمقراطية والثورى في الفكر الإسلامي المعاصر دراسة في فكر الشيخ محمد الغزالي، محمد عبد الفتاح فتوح، القاهرة، الشروق الدولية، ط1، 2006.
- 60- الدين والسياسة تأصيل ورد شبهات، يوسف القرضاوي، دبلن، اصدار المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، 2007.
- 61- ديوان حافظ إبراهيم، ضبطه وصححه وفهرسه ورتبه أحمد أمين، أحمد الزين، وإبراهيم الابياري، نشر الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الثالثة، 1987.
- 62- رقابة القضاء على أعمال الإدارة دراسة لأنظمة كل من أمريكا وفرنسا ومصر، السيد خليل هيكل، دار النهضة العربية، بدون رقم الطبعة، ولا سنة الإصدار.

- 63- الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية في التشريع الجزائري، (رسالة ماجستير منشورة)، رزايقة عبد اللطيف، جامعة الوادي، 2014.
- 64- رقابة المشروعية على القرار الإداري، جعبور عدلية وحيون سميرة، (رسالة ماجستير)، جامعة عبد الرحمن، بجاية، 2015.
- 65- الرقابة على أداء الجهاز الإداري دراسة علمية وعملية في النظم الوضعية والإسلامية، رمضان محمد بطيخ، القاهرة، دار النهضة العربية، بدون رقم الإصدار، 1996م.
- 66- الرقابة على أعمال الإدارة، فاروق أحمد خماس، الموصل، دار الكتب للطباعة والنشر، دون ذكر رقم الطبعة، 1988.
- 67- روح القانون، محمد بن عبد الله آل عبد اللطيف، تاريخ الاطلاع: 17 يوليو،: <http://www.al-jazirah.com/2013/20130813/ar3.htm>
- 68- سلطات الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية في التشريع الفلسطيني، (رسالة ماجستير)، بشر صلاح العاوور، جامعة الأزهر ، غزة ، 2013.
- 69- السلطة التقديرية للإدارة ، بوعكة شهيناز ، (رسالة ماجستير)، جامعة قاصدي مرباح- ورقلة- ، 2014 .
- 70- السلطة التقديرية مفهومها وتأصيلها دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الإداري، نذير محمد أوهاب، بحث منشور، المجلة العربية للدارسات الأمنية والتدريب، م 13، ع25.
- 71- السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، يوسف القرضاوي، القاهرة، مكتبة وهبة، ط4، 2011.
- 72- شرح المجلة " المجلة العدلية، سليم رستم باز اللبناني، بيروت، مصححة ومزيد، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، ط3، دون سنة طباعة
- 73- الشورى فريضة إسلامية، علي محمد محمد الصلابي، بيروت، دار المعرفة، ط1، 2010.
- 74- الشورى في الإسلام، برهان زريق، نشر وزارة الأوقاف السورية، ط1، 2016.
- 75- الشورى هل هي ملزمة أم معلمة، حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، عبد الحميد الأنصاري، العدد الأول، مجلة منشورة، 1980م

- 76- الشورى ومعاودة اخراج الأمة، أحمد مبارك سالم، مادة علمية قدمت للفوز بمسابقة كاتب الألوكة الثانية، بحث منشور، دون سنة النشر.
- 77- ضمانات تحقيق مبدأ المشروعية، عبد القادر زروقي، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مريج ورقلة، الجزائر، 2013.
- 78- الظروف الإستثنائية والرقابة القضائية، (رسالة ماجستير منشورة)، نقاش حمزة، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2011.
- 79- الشورى وأثرها في الديمقراطية دراسة مقارنة، عبد الحميد الأنصاري، بيروت، المكتبة العكرية، ط3، 1980.
- 80- شرح قاعدة لا ضرر ولا ضرار، عبد الرحمن فهد الودعان الدوسري، رابط موقع الألوكة: <http://www.alukah.net/sharia/0/99076>
- 81- الوجيز في اصول الفقه، عبد الكريم زيدان، بيروت، الرسالة، ط6، 1997.
- 82- علاقة مبدأ المشروعية بالدعوى الإدارية دعوى الإلغاء نموذجاً، عمار بوضياف، بحث مقدم لمؤتمر القضاء الإداري الإلغاء والتعويض-المنظمة العربية للتنمية الإدارية في السعودية، الرياض، 2008.
- 83- فقه السيرة، محمد الغزالي، الدوحة، طبعة الأمير خليفة بن حمد آل ثاني، مطابع علي بن علي، بدون رقم الطبعة، بدون سنة الطبعة.
- 84- الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، مصطفى الخن، مصطفى البُغا، علي الشرجي، الجزء الأول، دار القلم، دمشق، ط10، 2009.
- 85- الفكر السياسي والعسكري للحاجب المنصور محمد ابن أبي عامر، (رسالة ماجستير منشورة)، أحمد يوسف السادة، جامعة بيروت العربية، بيروت، 2016.
- 86- القانون الإداري المبادئ العامة، سعيد نحيلي، العراق، منشورات جامعة البعث، ج1، 2013.
- 87- القانون الإداري، مازن راضي ليلو، الدنمارك، بحث منشور، منشورات الأكاديمية العربية في بدون رقم الطبعة، 2008.
- 88- القانون الإداري، محمد الشافعي أبو راس، بدون رقم طبعة، بدون ناشر، بدون سنة الإصدار.

- 89- القانون الإداري-الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، عبد الله طلبة، منشورات جامعة حلب، مديرية الكتب للمطبوعات الجامعية، بدون ذكر سنة الطباعة.
- 90- القانون الدستوري النظرية العامة، حسن مصطفى البحيري، دمشق، بدون الناشر، ط1، 2009.
- 91- القانون الدستوري والنظم السياسية_القانوني الدستوري_المبادئ الدستورية العامة تطبيقاتها في فلسطين، محمد عبد الله أبو مطر، قطاع غزة- جامعة الأزهر بغزة، مطبعة الطالب، ج1، ط1، 2016.
- 92- القرارات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية دراسة مقارنة، فؤاد محمد موسى عبد الكريم، الرياض، مكتبة الملك فهد الوطنية، بدون رقم طبعة، 2003م.
- 93- القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية دراسة مقارنة - مصر والأردن، (رسالة ماجستير منشورة)، عبد علي الشخانية، الجامعة الأردنية، عمان، 1988م.
- 94- القضاء الإداري - دراسة لاسس ومبادئ القضاء الإداري في العراق، مازن ليلو راضي، بحث منشور، بدون سنة طباعة، دون ذكر الناشر، دون سنة النشر.
- 95- القضاء الإداري - مبدأ المشروعية- تنظيم القضاء الإداري- اختصاص القضاء الإداري- ولاية القضاء الإداري- قضاء الإلغاء- قضاء التعويض- قضاء التأديب- الطعن في الأحكام، ماجد راغب الحلو، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، بدون رقم الطبعة، 1995.
- 96- القضاء الإداري- الرقابة على أعمال الإدارة مبدأ المشروعية-تنظيم القضاء الإداري دراسة مقارنة، سامي جمال الدين، الإسكندرية، بدون رقم طبعة، 2003.
- 97- القضاء الإداري الرقابة على أعمال السلطة الإدارية في فلسطين بين النظرية والتطبيق دراسة تحليلية مقارنة، هاني عبد الرحمن غانم، قطاع غزة، ج1، ط1، 2014.
- 98- القضاء الإداري الكامل، فوزي شعبان فباقيبو، اشراف عدنان العجلاني، بدون رقم الطبعة، 1954.
- 99- القضاء الإداري اللبناني ورقابته لأعمال الإدارة دراسة مقارنة، محسن خليل، بيروت، دار النهضة العربية، دون رقم طبعة، 1978.
- 100- القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، فهد عبد الكريم أبو العثم، عمان، دار الثقافة، ط1، 2010.

- 101- القضاء الإداري دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، زكي محمد النجار، الأزهر للطباعة، ط2، 1996م.
- 102- القضاء الإداري دراسة مقارنة، عمر الشوبكي، عمان، دار الثقافة، ج1، ط1، 1996.
- 103- القضاء الإداري دراسة مقارنة، محمود خلف الجبوري، عمان، دار الثقافة للنشر، ط1، 1998م.
- 104- القضاء الإداري ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، قضاء الإلغاء - قضاء التعويض دراسة مقارنة، خالد خليل الظاهر، الرياض، مكتبة القانون والاقتصاد، بدون ذكر رقم الطبعة، 2009.
- 105- القضاء الإداري في القانون المصري المقارن، محمود محمد حافظ، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ذكر رقم الطبعة، 1993.
- 106- القضاء الإداري في فلسطين في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديد رقم (3) لسنة 2016، هاني غانم، نيسان للطباعة والنشر، ط1، 2017.
- 107- القضاء الإداري الرقابة القضائية على أعمال السلطة الإدارية في فلسطين بين النظرية والتطبيق دراسة تحليلية مقارنة، هاني غانم، قطاع غزة، ط1، ج1، 2014.
- 108- القضاء الإداري في فلسطين - نشأة وتطور القضاء الإداري الفلسطيني - مبدأ المشروعية - الرقابة على أعمال الإدارة - قضاء الإلغاء - مزود بأحدث أحكام محكمة العدل العليا الفلسطينية، عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة، بدون اسم الناشر، ج1، دون رقم الطبعة، 2014.
- 109- القضاء الإداري في فلسطين وقطاع غزة، محمد عمارة، مطبعة المقداد، ج3، ط1، غزة، 1998م.
- 110- القضاء الإداري في فلسطين، أمجد نعيم الأغا، فلسطين - غزة، بدون رقم الطبعة، 2011.
- 111- القضاء الإداري في فلسطين، مشروعية أعمال الإدارة والرقابة عليها - أساليب الرقابة القضائية والتنظيم القضائي في فلسطين - دعوى الإلغاء، محمد سليمان نايف شبير، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، الطبعة الإلكترونية، منشور، 2015.

- 112- القضاء الإداري في فلسطين، مشروعية أعمال الإدارة والرقابة عليها-أساليب الرقابة القضائية والتنظيم القضائي في فلسطين - دعوى الإلغاء، محمد سليمان نايف شبير، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 2015.
- 113- القضاء الإداري مبدأ المشروعية دراسة مقارنة، عدنان عمرو، الإسكندرية، منشأة المعارف، ط2، 2004.
- 114- القضاء الإداري مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري والإختصاص القضائي لمجلس شورى الدولة، محمد رفعت عبد الوهاب، بيروت، منشورات الحلبي، ج1، ط1، 2005.
- 115- القضاء الإداري مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة دراسة مقارنة، محمد محمد عبده إمام، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2007.
- 116- القضاء الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، عبد مسعود الجهني، دون ذكر مكان الإصدار، ط1، 1984م.
- 117- القضاء الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، عيد مسعود الجهني، ط1، 1984م.
- 118- القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة دراسة مقارنة، عصام الدبس، دار الثقافة، ط1، 2010.
- 119- القضاء الإداري وقضاء المظالم، اعاد على حمود القيسي، عمان، دار وائل للنشر، ط1، 1999.
- 120- القضاء الإداري ومبدأ المشروعية، رمضان بطيخ، (مؤتمر القضاء الإداري الإلغاء والتعويض) المنظمة العربية للتنمية الإدارية في السعودية، الرياض، 2008.
- 121- القضاء الإداري ومجلس الدولة - قضاء الإلغاء، مصطفى فهمي، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ج1، بدون رقم الطبعة، 1999.
- 122- القضاء الإداري، عبد الغني بسيوني عبد الله، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1996م.
- 123- القضاء الإداري، ماجد راغب الحلو، دار المطبوعات الجامعة الاسكندرية، دون رقم طبعة، 1985.
- 124- القضاء الإداري، نواف كنعان، عمان، دار الثقافة، الإصدار3، ط1، 2009.
- 125- القضاء الإداري-قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام دراسة مقارنة، سليمان محمد الطماوي، القاهرة، دار الفكر العربي، ج2، بدون رقم الطبعة، 1986م.

- 126- قضاء الإلغاء دراسة مقارنة محمد العبادي، عمان، دار الثقافة، ط1، 1995م.
- 127- اللوائح التنفيذية للقوانين، معن دعيس، سلسلة مشروع تطوير القوانين (16)، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، منشور.
- 128- مبادئ القانون الإداري في دولة فلسطين، محمد سليمان نايف شبير، القاهرة، دار النهضة العربية، ج1، ط1، 2015.
- 129- مبادئ القانون الإداري، يوسف حسين محمد البشير، السودان، منشورات جامعة النيلين، بدون رقم الطبعة، 2011.
- 130- مبادئ محكمة النقض في القرارات والعقود والمنازعات الإدارية، إبراهيم سيد أحمد، الإسكندرية، دار المعارف، بدون رقم الطبعة، 2000م.
- 131- مبادئ ومقومات الديمقراطية، أحمد صابر حوجو، مجلة المفكرة، ع5، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، بدون سنة النشر.
- 132- مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، (رسالة ماجستير)، فادي نعيم علاونة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2011.
- 133- مبدأ المشروعية في القرار الإداري، (رسالة ماجستير منشورة)، بن كدة نور الدين، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014.
- 134- مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة، محمد عبد العال السناري، الإمارات العربية المتحدة، طباعة جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2000م.
- 135- مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في ضوء أحدث أحكام المحاكم وفتاوى مجلس الدولة، عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2014.
- 136- مبدأ المشروعية والمنازعة الإدارية، يوسف حسين محمد البشير، السودان. كتاب منشور، جامعة النيلين، دون ذكر اسم الناشر، 2009م.
- 137- مقدمة في القانون الدستوري في ضوء الدساتير العربية المعاصرة، حمدي العجمي، عمان، دار الثقافة، ط1، الإصدار الأول، 2009.

- 138- مبدأ المشروعية وضمانات احترامه، رمضان بطيخ، ورقة عمل مقدمة في ندوة دور القضاء الإداري في دعم وتعزيز الخدمة المدنية المنعقد في القاهرة، خلاف الفترة 8-12 يوليو 2007.
- 139- مبدأ المشروعية وعناصر موازنته، رمضان بطيخ، بحث مقدم لندوة القضاء الإداري قضاء الإلغاء، منشور، الرباط المغربية، 2005.
- 140- مبدأ سيادة القانون وضمانات تطبيقه دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، طه سعيد السيد، القاهرة، دار النهضة العربية، بدون رقم الطبعة، 1996.
- 141- محاضرات في القانون الإداري، طلبة الماجستير - وحدة القضاء الإداري - مبدأ المشروعية ودور القضاء الإداري في حمايته، عمار بوضياف، الدنمارك، بحث منشور، الأكاديمية العربية، بدون ذكر السنة.
- 142- محاضرات في المدخل لدراسة الفكر الإسلامي، أيسر فائق الحسني الألويسي، جامعة الأنبار، كتاب مقرر جامعي، بدون رقم الطبعة، بدون سنة الإصدار.
- 143- المدخل إلى الفقه الإسلامي تاريخ التشريع ومصادره والنظريات الفقهية، محمود محمد الطنطاوي، دبي، منشورات أكاديمية شرطة دبي، بدون رقم الطبعة، 2002.
- 144- المدخل إلى فقه المعاملات المالية المال والملكية، محمد عثمان شبير، الأردن، دار النفائس، ط2، 2010.
- 145- مرتبة المعاهدات الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني، عمر صالح العكور، وممدوح العدوان، وميساء بيضون، بحث منشور، دراسات علوم الشريعة والقانون م 40، ع1، 2013.
- 146- مرتبة المعاهدة الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني، عمر صالح العكور وممدوح حسن مانع العدوان وميساء بيضون، دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، م40، ع1، 2013.
- 147- مسائل الإجماع الأصولية الواردة في كتاب البحر المحيط للزركشي المتعلقة بالأمر والنهي والعام والخاص والتخصيص والمطلق والمقيد جمع وتعليق، محمد شريف مصطفى، بحث منشور بمجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، م20، ع2، ص145-183، 2013.

- 148- المسؤولية الإدارية للإدارة عن الأعمال الحكومية، (رسالة ماجستير منشورة)، بلعود صبرينة وأزاموم خليصة، جامعة عبد الرحمن ميرة، جايه، 2017.
- 149- المشروعية الإسلامية العليا، علي جريشة، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، ط2، 1986.
- 150- مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الإدارية دراسة مقارنة بالفقهاء الإسلامي والقانون الوضعي، محمد الفوزان، الرياض، مكتبة القانون والإقتصاد، ط1، 2009.
- 151- المعاهدات الدولية والقانون الوطني دراسة مقارنة للعلاقة ما بين المعاهدات الدولية والقانون الوطني وآليات توطئتها، ريم البطة، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء " مساواة"، منشور، 2014.
- 152- معجم البلدان، الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي، بيروت، دار صادر، دار بيروت، ج3، دون رقم الطبعة، 1984م.
- 153- مغني المرید الجامع لشروح كتاب التوحيد، عبد المنعم ابراهيم، الرياض، ج1، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط1، 2000م.
- 154- مقومات مشروعية القرار الإداري، (رسالة ماجستير منشورة)، سلمان مسعود، جامعة زيان عاشور - الجلفة، 2017.
- 155- منهج المدرسة العقلية الحديثة في التفسير، فهد بن عبد الرحمن بن سليمان الرومي، الرياض، ج1، ط2، 1983.
- 156- المواطنة ما بين الدولة الدينية والدولة المدنية، شاهر إسماعيل الشاهر، مجلة نقد وتنوير، مقاربات نقدية في التربية والمجتمع، ع2، منشور، فبراير، 2015م.
- 157- موسوعة القضاء الإداري، علي خطار شطناوي، عمان، دار الثقافة، ج1، ط3، 2011.
- 158- موقع مجلة القضاء والتوثيق رابط: <http://mag-not.blogspot.com/2010/01/blog-post.html>
- 159- موقف ديوان المظالم من أعمال السيادة، إبراهيم محمد الحديثي، ورقة علمية مقدمة لحلقة نقاش الإتجاهات الحديثة لديوان المظالم في قضاء التعويض - 1431/12/1هـ، 1431هـ.

- 160- ميزان الأصول في نتائج العقول - المختصر -، علاء الدين شمس النظر أبي بكر محمد بن أحمد السمرقندي، حققه محمد زكي عبد البر، طبعة دار إحياء التراث الإسلامي، ط1، 1984.
- 161- نظام الحياة في الإسلام، أبو الأعلى المودودي، الكويت، دار القرآن الكريم والإتحاد الإسلامي العالمي للمنظمات الطلابية، بدون رقم الطبعة، 1977م.
- 162- نظام الخلافة في الفكر الإسلامي، مصطفى حلمي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 2004م.
- 163- النظام السياسي الإسلامي مقارناً بالدولة القانونية دراسة دستورية شرعية وقانونية مقارنة، منير حميد البياتي، دار النفائس، ط4، 2013.
- 164- النظام السياسي للدولة الإسلامية، سليم العوا، القاهرة، دار الشروق، ط1، 1989.
- 165- نظرية أعمال السيادة بين الإطلاق والحصص، عبد الحميد سبيلا، ورقة علمية منشورة، المغرب، دون سنة النشر.
- 166- نظرية أعمال السيادة دراسة تحليلية في ضوء قضاء ديوان الظالم في المملكة العربية السعودية، أيوب بن منصور الجربوع، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث والقانونية، ع27، 2008م.
- 167- نظرية أعمال السيادة كقيد على مبدأ المشروعية وتطبيقاتها في قضاء محكمة العدل العليا دراسة مقارنة، رائد الكعابنه، (رسالة ماجستير) اشرف محمد الخلايله، جامعة مؤتة، 2010.
- 168- الوقائع الفلسطينية، الجريدة الرسمية للسلطة الوطنية الفلسطينية، تصدر عن ديوان الفتوى والتشريع بوزارة العدل الفلسطينية.
- 169- نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، وهبة الزحيلي، دمشق، مؤسسة الرسالة، ط4، 1985م.
- 170- نظرية الظروف الاستثنائية وضوابطها في القانون الدستوري والجزائري دراسة مقارنة، اسماعيل الجبوري، بحث منشور، دفتر السياسة والقانون، العدد الرابع عشر، ص34.
- 171- نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، أمير حسن جاسم، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، م 14، ع8، 2007.
- 172- نظرية الظروف الاستثنائية وضوابطها في القانون الدستوري الجزائري دراسة مقارنة، اسماعيل جابوربي، بحث منشور، جامعة قاصدي مرباح، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع14، 2016.

- 173- التنظيم القانوني لأنظمة الإستثناء دراسة مقارنة، على هادي حميدي الشكراوي واسماعيل صعصاع غيردان البديري، العراق، بحث منشور، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة السادسة، كلية القانون، 2014.
- 174- نظرية الظروف الإستثنائية، عاصم بن سعود السياط، موقع الجزيرة على الرابط: <http://www.al-jazirah.com/2014/20140628/rj1.htm>
- 175- النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، سليمان الطماوي، الإسكندرية، دار الفكر العربي، ط6، 1991م.
- 176- أصول الفقه الإسلامي، ماهر حامد الحولي، الطبعة الثالثة، 2004.
- 177- النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، سليمان الطماوي، دون رقم الطبعة، 1957.
- 178- النظم الإسلامية، ماهر السوسي وأحمد شويده وزياد ابراهيم مقداد، غزة، مكتبة آفاق، ط6، 2010.
- 179- النظم السياسية والقانون الدستوري، إبراهيم عبد العزيز شيحا، الإسكندرية، منشأة المعارف، بدون رقم الطبعة، بدون تاريخ النشر.
- 180- هل الشورى معلمة أم ملزمة ، سالم سلامة، تاريخ الاطلاع: 5 أغسطس 2018م، موقع: https://www.youtube.com/watch?v=I7FQeVysF_k
- 181- الوجيز في أصول الفقه، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط1، 2003.
- 182- مبدأ المشروعات ونطاق تطبيقه أمام القضاء الإداري دراسة تحليلية، شريف أحمد بعلوشة، مجلة جامعة الإسراء للعلوم الإنسانية، فلسطين- غزة، العدد الثاني، يناير، 2017.
- 183- الوجيز في القانون الإداري، إعاد علي حمود القيسي، عمان، دار وائل للنشر، ط1، 1998.
- 184- الوجيز في القضاء الإداري- مبدأ المشروعية - دعوى الإلغاء دراسة مقارنة، علي عبد الفتاح محمد، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، دون رقم الطبعة، 2009.
- 185- الوجيز في المنازعات الإدارية، محمد الصغير بعلي، عنابة، دار العلوم للنشر، بدن ذكر رقم الطبعة، 2005.
- 186- وسيط القضاء الإداري، أنور أحمد رسلان، دون مكان الطباعة، دار النهضة العربية، بدون رقم طبعة، 1999م.

- 187- الوسيط في القضاء الإداري، محمد أحمد المسلماني، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2016.
- 188- الوسيط في القضاء الإداري، محمود البنا، القاهرة، ط2، 1999م.
- 189- الوسيط في المنازعات الإدارية، محمد الصغير بعلي، دار العلوم للنشر، حي النصر عناية، دون رقم الطبعة، دون ذكر رقم الطبعة، دون ذكر سنة الطباعة.
- 190- الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، نعمان أحمد الخطيب، عمان، دار الثقافة، ط7، 2011.
- 191- الوسيط في قضاء الإلغاء دراسة مقارنة مدعمة بتطبيقات قضائية حديث في كل من الجزائر وفرنسا وتونس ومصر، عمار بوضياف، عمان، دار الثقافة، ط1، 2011.
- 192- الطعن بالإلغاء، بحث منشور، على موقع Revue، على الرابط: http://www.droitArab.com/2013/01/blog-post_2064.html تاريخ الدخول 2018/6/20.

القوانين:

- 193- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل 2003.
- 194- الدستور المصري لعام 1971م .
- 195- الدستور المصري عام 2014م.
- 196- الإعلان الدستوري الثالث دستور الثورة المصرية في 15 فبراير، 1953م.
- 197- المرسوم المصري بقانون رقم 277 لسنة 1952 في شأن التدابير المتخذة لحماية حركة 23 يولييه سنة 1952 والنظام القائم عليها.
- 198- ميثاق منظمة التحرير الفلسطينية لعام 1965
- 199- ميثاق منظمة التحرير الفلسطينية المعدل لعام 1698
- 200- اتفاقية فيينا لعام 1969م.
- 201- قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998م
- 202- مرسوم بقانون الخدمة المدنية البحريني رقم 48 لسنة 2010م
- 203- قانون الخدمة المدنية المصري رقم 18 لسنة 2015م

- 204- قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية رقم 8 لسنة 2005.
- 205- مشروع قانون مجلس الدولة الفلسطيني
- 206- قانون الانتخابات الأردني رقم 25 لسنة 2012.
- 207- الدستور المصري عام 1971م
- 208- قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972م.
- 209- قانون محكمة العدل العليا الأردنية رقم 12 لسنة 1992م
- 210- قانون محكمة العدل العليا الأردنية المعدل رقم 2 لسنة 2000م
- 211- قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردني رقم 26 لسنة 1952
- 212- قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردني رقم 26 لسنة 1952 المعدل بموجب القانون رقم 38 لسنة 1963م
- 213- قانون مجلس الدولة السوري رقم 55 لسنة 1959م
- 214- قانون " نظام " القضاء الإداري رقم 88 لسنة 1971م
- 215- قانون نظام القضاء الليبي رقم 6 لسنة 1376 و.ر.
- 216- نظام ديوان المظالم السعودي _ الملغي _ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/51) وتاريخ 1402.
- 217- نظام ديوان المظالم السعودي الجديد عام 1428هـ.

الملاحق

الملحق رقم (1)

6 '98 WED 12:35 FAX

بسم الله الرحمن الرحيم

محافظة رام الله والبيرة

PALESTINIAN NATIONAL AUTHORITY

Interior Ministry
Governor Office



السلطة الوطنية الفلسطينية

وزارة
الداخلية
مكتب محافظ

23/6/1998

الرقم: م ١/١/١٢٩٥

التاريخ: ١٩٩٨/٦/٢٣

دارد / ١٤ / ١٩٩٨
٩٨١٦١٤٥

سيادة الاخ الرئيس - حفظه الله

تحية للوطن،

أقدم لكم طية كتاب موجه من محامي قضية مخيم قدوره - رام الله، ويقترح الأخوة الحامون فيه ضرورة تدخلكم الشخصي لحل القضية جذرياً نظراً لخصوصيتها وذلك إما باتخاذ قرار استملاك هذه الأراضي لحساب الدولة، أو تنظيم عقود إيجار مابين الدولة ومالكي تلك الأراضي.

علماً أن الحامين سيقومون بتقديم طلب لاستئناف القضية غداً الأربعاء الموافق

١٩٩٨/٦/٢٤

والنمر لكم.

محافظ رام الله والبيرة

مصطفى عيسى

جانب فراس

الادع قضية
س د حيدر

المصالح أبو الهيثم لطيبا و انظارا
المدركي يوقف الحب في هذه الايام
اي صلاصع مناجير في السبيل ويستحق السهلا

٩٨١٦١٤٥

نسخة للأرشيف

ش أ

محافظة رام الله والبيرة - صندوق بريد ٦٦٥٠ - ٩٩٩٦٨٠

ملحق رقم (2)

No.: رقم ٤٠٠٢/٢٦٧
Date: تاريخ ٢٠٠٤/٣/٢٩

الأخ المستشار / زهير الصوراني - حفظه الله
ونائب مجلس القضاء الأعلى

تحية الوطن وبعد،،

الموضوع / قرار محكمة صلح دير البلح الصادر بتاريخ 2004/3/29.

بالإشارة إلى القرار المذكور أعلاه والمرفق صورة عنه وحيث أن القسيمة والمحلات الواقع عليها الخلاف تقع ضمن حدود أراضي مخيم النصيرات كما هو واضح بقرار الحاكم العام رقم 24/لسنة 1960م. وعملاً بتعليمات فخامة الرئيس الصادرة بتاريخ 1998/6/24 المرفق صورة عنها. نأمل توجيهاكم بإيقاف البت في هذه القضية والقضايا المماثلة.

شاكربين لكم جهودكم
وتفضلوا بقبول فائق الاحترام والتقدير،،

د. عبد الرحمن حمد
وزير الأشغال العامة والإسكان



نسخة

- لفخامة الرئيس - حفظه الله
- الدائرة القانونية
- الملف

المحامي
محمود حسن أبو ريان
عضو 1515
محمود حسن أبو ريان

الملحق رقم (3)

التاريخ ٢٠٠٤/١٠/٢٥

بسم الله الرحمن الرحيم

فخامة رئيس دولة فلسطين محمود عباس (أبو مازن) ... حفظه الله .
الموضوع : شهادة طارئة من لاجئين يقطنون معسكر النصيرات .

نشاهد سيادتكم باتخاذكم الإجراءات الفورية من أجل إيقاف تنفيذ قرار المحاكم في قطاع غزة والمتعلق بالاستيلاء على خمسة محلات تجارية تقع في الشارع العام بمعسكر النصيرات والواقعة ضمن أراضي مخيمات اللاجئين الفلسطينية الواقعة في قطعة رقم ٢٣٢٥ قسيمة رقم ٤ والتي حددت كما حدد غيرها من القطع والقسام على مستوى قطاع غزة من قبل المحاكم العسكرية بقرار رقم (٢٤) عام ١٩٦٠م من قبل الفريق أحمد سالم والموثق في الوقائع الفلسطينية العدد ١٦١ لسنة ١٩٦١م .

عنا أن هناك قرارات سابقة من فخامة الرئيس ياسر عرفات (أبو عمار) رحمه الله بإيقاف ومنع المحاكم من مداولة هكذا قضايا لأنها متعلقة بقضية اللاجئين الفلسطينيين وأنه إذا ما تم ذلك فإنه يشكل بادرة وظاهرة خطيرة قد يتم الإقتداء بها من قبل مالكي الأراضي الأصليين لباقي قطع الأراضي و تقسام المقامة عليها باقي معسكرات اللاجئين على مستوى القطاع غزة . لكن وبكل أسف وبناء على طلب قدمه المواطن فرحان بسلي أبو عريبان رحمه الله وجدد الطلب من قبل ابنه ناصر من بعد وفاة والده للمحاكم في غزة طلباً بدعوة رفع يد اللاجئين عن أرضه في القطعة والقسيمة المذكورة أعلاه ليستولي عليها بقوة القضاء وتنفيذ السلطة التنفيذية بالقوة لقرار المحاكم في غزة مؤخراً والقاضي بتسليم المحلات للمواطن ناصر فرحان أبو عريبان بعد الطعن عدة مرات لحين الوصول لهذا القرار من قبل محكمة الاستئناف لبقى امامنا فقط الطعن بالمحاكم العليا وهذا أمر يشكل الطعن في حجر قضية اللاجئين لأن المحلات المستهدفة من هذا القرار تتبع منذ عام ١٩٤٨م للاجئين التالية أسمائهم :

- ١- صبري عيسى إبراهيم صيدم (أبو ممدوح) رحمه الله بحيث كانت دكانه العنوان البريدي لمعسكر النصيرات سابقاً وأهل المعسكر يشهدوا بذلك وبعد وفاته يعمل ابنه ناصر حتى يومنا هذا .
- ٢- خليل إبراهيم مزهر وأبنائه .
- ٣- خالد علي أحمد وأبنائه .
- ٤- صبري عبد الحميد محمد سويدان وأبنائه .
- ٥- زكريا فارس سليم أبو كويك وأبنائه .

نرجوا من سيادتكم عمل اللازم من قبل فخامتكم لأن القضية هذه الأولى من نوعها اذا طبقت وستكون بمثابة إشعال فتيل القننة في قطاع غزة ولاسيما أن أسر بأكملها ستدمر لأنها تعتنش من خلف هذه الدكاكين منذ الهجرة الأولى لشعبنا عام ١٩٤٨م .

ودتم للوطن ...

مقدمة اللاجئين المذكورة أسمائهم أعلاه

المرفق صور لبعض الأوراق المتعلقة بالقضية

المرفق صور لبعض الأوراق المتعلقة بالقضية
٥٥٥٥/٤٥٢٨٣٢
٥٥٥٥/٤٦٧٧٥٨

P 1 / 1

10-NOV-2014 18:09