

تعليق على حكم محكمة الاستئناف العليا

دائرة التمييز - تجاري

الصادر في جلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٨٧/١١/٢٥

الدكتور/ داود سليمان العيسى
قسم القانون العام
كلية الحقوق - جامعة الكويت

كان المفروض أن تنشر هذه المناقشة للحكم المذكور في حينها إلا أن الأحداث التي مرت بها البلاد وما تلا ذلك حال دون مثل هذا النشر.

ثم جاءت مبادرة أستاذة كلية الحقوق لإحياء ذكرى عميدها المرحوم الأستاذ الدكتور عثمان عبد الملك الصالح رحمه الله، فرأينا فيها مناسبة للمساهمة في هذا الجهد المشكور والوقف النبيلة من الزملاء أعضاء هيئة التدريس في الكلية.

ولم نجد ما يمكن المساهمة به أفضل من مناقشة هذا الحكم الذي يتناول موضوعاً دقيقاً من موضوعات القانون العام. هذا الموضوع الذي أثار ولا يزال يثير جدلاً فقهيًا وقضائياً في الأوساط القانونية قضاة كانوا أو أستاذة للقانون.

أما الوقائع التي أدت إلى صدور هذا الحكم فتتصل في أن المدعين قد أقاما دعواهما ضد الإدارة لرفضها منحهما شهادتي جنسية كويتية وجوازات سفر كويتية رغم حصولهما على حكم الأحوال الشخصية بإضافتهما إلى ورثة والدهما المتوفى وإذ كان والدهما كويتي الجنسية فيحق لهما الحصول على الجنسية الكويتية بحكم القانون.

وقد دفعت الإدارة بعد اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى وطلبت احتياطياً رفضها تأسيساً على أن مسائل الجنسية تدخل ضمن أعمال السيادة. فقضت المحكمة بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى.

استأنف الطاعنان هذا الحكم لدى محكمة الاستئناف العليا طالبين إلغاءه والقضاء لهما بطلباتها. وبتاريخ ١٩٨٧/٣/١٠ حكمت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف فطعن الطاعنان في هذا الحكم بطريق التمييز ابتغاء تمييزه والحكم لهما بطلبتهما وعلى سبيل الاحتياط إحالة

الأمر إلى المحكمة الدستورية لنظر الطعن في دستورية المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء رقم ١٩/١٩٥٩ والفقرة الخامسة من المادة الأولى من قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢. وذلك استناداً إلى الأسباب الآتية.

١ - أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ في تطبيق القانون وذلك لأن المسائل المتعلقة بالجنسية ليست من أعمال السيادة وإنما تعتبر من قرارات الإدارة العامة التي تخضع لرقابة القضاء، وعلى فرض أن القرارات المتعلقة بمنح الجنسية أو سحبها تدخل ضمن أعمال السيادة، فإن موضوع المنازعة الحالية لا يدور حول جنسيتها الكويتية ولكنه قاصر على طلب تزويدهما بشهادتي الجنسية وجوازي السفر ومن ثم تختص المحاكم بنظرهما. وإذا كان قانون إنشاء الدائرة الإدارية قد استبعد المنازعات المتعلقة بالجنسية من اختصاصها فذلك لإبقائها للقضاء العادي، إذ إن الحصانة التي أحاط بها قانون تنظيم القضاء القرارات الإدارية قد تجاوزها المشرع بسماعه بالطعن عليها بموجب قانون إنشاء الدائرة الإدارية، وفضلاً عن ذلك فإن حق الطاعنين في الحصول على شهادة الجنسية وجواز السفر مستمد من القانون مباشرة ويقتصر دور الإدارة على مجرد عمل مادي فلا يكون القضاء بطلبتهما منظوياً على تعرض لقرار إداري، وإذ قضى الحكم المطعون فيه رغم ذلك بعدم الاختصاص فإنه يكون قد أخطأ تطبيق القانون.

٢ - إن ما نصت عليه المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء من منع المحاكم من التعرض للأمر الإداري بالإلغاء أو وقف التنفيذ أو التأويل، وما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة الأولى من قانون إنشاء الدائرة الإدارية من استبعاد القرارات الصادرة بشأن الجنسية من اختصاص هذه الدائرة، يؤدي إلى حجب اختصاص القضاء بنظر المنازعات المتعلقة بالجنسية مما ينطوي على مصادرة لحق المواطنين في الطعن فيما يصدر في حقهم من قرارات أو التقاضي بشأنها وإهدار لمبدأ المساواة بين المواطنين في الحقوق مما يخالف المادتين ٢٩، ١٦٤ من الدستور.

وقد ردت المحكمة العليا على حجج الطاعنين وذلك بتنفيذها على الوجه التالي:

فيما يتعلق بالسبب الأول انتهت المحكمة إلى «أن المشرع وقد نص على منع المحاكم من التعرض لأعمال السيادة لكنه لم يحدد المقصود منها تاركاً هذه المهمة للقضاء، والمحاكمة إذ ترى أن هذا الوصف ينطبق على الأعمال المتصلة بالسياسة العليا للدولة وما تتخذه الحكومة من إجراءات، بمالها من السلطة العليا للمحافظة على سيادة

الدولة وكيانها في الداخل والخارج، وما يصدر عنها من أعمال باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، كل ذلك مع مراعاة الظروف التي تصدر فيها تلك الأعمال أو تتخذ فيها تلك الإجراءات حيث يتأثر هذا الوصف سلباً أو إيجاباً بعامل الظروف والاعتبارات المذكورة. وبالرجوع إلى قانون الجنسية رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ ومذكرته الإيضاحية تبين أن الظروف والاعتبارات التي أخذها المشرع الكويتي عند إصداره للقانون المذكور تدل على أن الأمور المتعلقة بالجنسية تعتبر في دولة الكويت من المسائل المتصلة بالسياسة العليا للدولة وأن ما يصدر عن الحكومة في شأنها من أعمال يعتبر من أعمال السيادة التي تخرج عن نطاق الرقابة القضائية وتلك مسألة تتعلق بالنظام العام».

كما أن نص المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ ونص الفقرة الخامسة من المادة الأولى من قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ جاء تأكيداً من المشرع على اعتبار المسائل المتعلقة بالجنسية من أعمال السيادة.

أما فيما يتعلق بالسبب الثاني فإن المحكمة استناداً إلى الفقرة (ب) من المادة الرابعة من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية قد رأت عدم جدية الدفع بعدم دستورية كل من المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩، والفقرة الخامسة من المادة الأولى من قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢. وذلك لعدم مخالفتها لنصوص المواد ٢٩، و١٦٤ من الدستور.

فوفقاً للمادة ١٦٩ من الدستور الكويتي التي تناولت أعمال تنظيم الفصل في الخصومات الإدارية للقانون، تأكيداً على أن «القانون ينشئ المحاكم بمختلف أنواعها ودرجاتها ويحدد ما يدخل في اختصاصها بوجه عام وما يختص به كل نوع من أنواعها وكل درجة من درجاتها... بما يبنى عليه أن كل ما يخرج القانون من ولاية القضاء يصبح محجوباً عن نظره، وهو أصل من الأصول المسلمة، فالقضاء يتخصص بالزمان والمكان والخصومة. وإذا كان استبعاد أعمال السيادة، والتي تدخل فيها مسائل الجنسية... من اختصاص القضاء مرتكزاً على تلك القواعد الأصولية، ولم يميز القانون بشأنه بين المواطنين الذين يوجدون في ظروف موضوعية واحدة، فإن الدفع بعدم دستورية النصين السابق ذكرهما يكون عارياً عن الجدية».

يمكن القول بأن الحكم قد تناول ثلاث مسائل قانونية، يعيننا التعليق عليها:

المسألة الأولى: استبعاد المشرع لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء:

إن ظاهرة منع المشرع القضاء من التعرض لبعض القرارات الإدارية قد امتدت إلى الأنظمة القانونية في عدد من الدول، سواء تلك التي أخذت أنظمتها القانونية بنظام القضاء الموحد، أو تلك التي تأخذ الأنظمة القانونية فيها بنظام القضاء المزدوج.

ويبدو أن السبب الرئيسي في ظهور مثل هذا التقليد، تاريخياً، يرجع إلى مبدأ عدم مسئولية الدولة، كقاعدة عامة، وإلى مسئوليتها على سبيل الاستثناء.

ولما كان من المبادئ التي تقوم عليها الدولة الحديثة ما ينكر على الأفراد اقتضاء حقوقهم بأنفسهم، كما ينكر عليهم الامتناع عن تنفيذ أوامر السلطات العامة، بحجة عدم مشروعيتها ومخالفتها للقوانين، كان من الطبيعي أن ينظم القانون وسائل قانونية يمكن للأفراد من خلالها اقتضاء حقوقهم المشروعة تجاه التصرفات الباطلة، وذلك بتقرير الرقابة على أعمال السلطات العامة. بل إن الأمر لم يقف عند هذا الحد، وإنما تعداه إلى قلب مبدأ عدم مسئولية السلطات العامة رأساً على عقب، بحيث أصبحت مسئوليتها مبدأ وعدمها استثناء. ومن هنا برزت ظاهرة تمرد السلطات الإدارية على رقابة القضاء، ليس في الدول التي لم تألف هذه الرقابة إلا حديثاً فحسب، بل حتى في تلك التي ألفت الإدارة فيها تلك الرقابة منذ زمن بعيد، مثل فرنسا وإنجلترا.

وإذا كانت مشروعية مثل هذه الحماية لا تثور إذا وردت في نص دستوري^(١). فإن مثل هذه المشروعية قد ثارت عندما ورد النص على مثل تلك الحماية في تشريع عادي في دولة ذات دستور جامد. بل إن مثل هذا التساؤل قد ثار حول مشروعية مثل هذا التقليد في تشريع دولة ذات دستور مرن كالمملكة المتحدة، حيث ثار الفقه والرأي العام ضد مثل هذه الحماية^(٢).

(١) المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في ٢٧ مارس سنة ١٩٨٢، مجموعة أحكام المحكمة - السنة السابعة والعشرون - ص ٣٩٣.

(٢) الدكتور سليمان محمد الطماوي: في بحث له بعنوان «مشكلة استبعاد المشرع لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء» له منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الأول - السنة الثالثة، يناير سنة ١٩٦١ ص ١١٧ وما بعدها وكذلك المراجع التي أشار إليها في هذا الخصوص.

فعندما طرحت مسألة شرعية مثل هذه الحماية، أمام القضاء الإداري الفرنسي، الذي كان يرفض باستمرار بحث دستورية القوانين، أكد مبدأ رقابة القضاء على شرعية كافة أعمال الإدارة^(١). ويعترف هذا المبدأ لكل مواطن تضرر من عمل إداري، بحق الطعن فيه أمام مجلس الدولة، وقد قبل مجلس الدولة مثل هذه الطعون استناداً إلى أن الطعن بالإلغاء هو مبدأ من المبادئ العامة للقانون، يقبل عند عدم وجود نص لتأكيد ضد كل عمل إداري، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي، فيما بعد، هذا القضاء حين قبل الطعن بالقرار الذي أعلن أسماء الفائزين في الانتخابات لعضوية مجلس القضاء الأعلى على الرغم من أن القانون قد نص على أن هذه القرارات لا تقبل الطعن بأي وجه من وجوه الطعن^(٢).

إذن، فالمبدأ المقرر في القضاء الإداري الفرنسي، هو أن الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية إنما يعد من النظام العام، ولا يمكن استبعاده، حتى ولو نص القانون على ذلك، فإذا نص القانون على أن قراراً معيناً غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، فإن مجلس الدولة الفرنسي يغلب المبادئ العامة للقانون على مثل هذا النص على اعتبار ألا أثر له ولا اعتداد به في هذا الخصوص. لأن باب الطعن بالإلغاء إنما يفتح حتى بدون نص ضد كل القرارات الإدارية ليضمن، طبقاً للمبادئ العامة للقانون، احترام مبدأ المشروعية.

كما طرحت المسألة ذاتها على بساط البحث أمام مجلس الدولة المصري، فاتخذ إزاء النصوص المانعة لحق التقاضي، موقفين مختلفين: فقد كان موقف محكمة القضاء الإداري من هذه المسألة هو التفرقة بين الحظر الجزئي لهذا الحق والحظر الكلي له.

فبالنسبة للحظر الجزئي فإنه جائز دستورياً في نظر المحكمة، كأن يمنع المشرع

(١) انظر أحكام مجلس الدولة الفرنسي الآتية:

- Conseil d'etat francais: 7 fevrier, 1949, D'Aillieres, Rec. Lebon, 1947, P. 50.
- Conseil d'Etat francais: 17 Fevrier, 1950, DAME Lamotte, Rec. Lebon, 1950, P. 110.
- Conseil d'Etat francais: 12 juillet 1969, L'Etang, Rec. Lebon, 1969, P. 388, R.D.P., 1970 P. 387, Note WALINE.

(٢) انظر حكم مجلس الدولة الفرنسي التالي:

- Conseil d'Etat francais, 17 fevrier 1953, Falco et Vidalliac, G.A., No. 89, D., 1953, J. 683, Note. Eisenmann., S., 1954-3-33. Note Mathiot, J.C.P., 1953-2-7598, Note Vedel, R.D.P., 1953, P. 448, Note WALINE.

الطعن بالإلغاء مع إياحة حق المطالبة بالتعويض^(١). أما الحظر الكلي أي الذي يمنح الطعن بأي طريق من طرق الطعن، في القرارات الإدارية، فقد اعتبرته المحكمة غير دستوري، مستندة في ذلك إلى المبادئ العامة والدستور والمبادئ الدستورية العامة^(٢).

أما المحكمة الإدارية العليا فقد ذهبت، في هذا الشأن، إلى أبعد من ذلك. إذ أقرت المشرع على منعه لكل رقابة قضائية على القرارات الإدارية سواء كان ذلك بالنسبة لطلبات الإلغاء أو طلبات التعويض^(٣).

وقد كان موقف القضاء الإداري المصري هذا محل نقد ومعارضة من قبل الفقه في مصر^(٤).

(١) انظر أحكام محكمة القضاء الإداري الآتية:

حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٤/٣/١٥ - المنشور في مجموعة أحكامها عن السنة الثامنة - ص ٩٦٩، وحكمها الصادر في ١٩٥٤/١١/٢٣ - نفس المجموعة - السنة التاسعة - ص ٤٢، وحكمها الصادر في ١٩٥٧/١/٣٠ - نفس المجموعة - السنة الحادية عشرة - ص ١٩٠. وقد أرق المحكمة الإدارية العليا هذا القضاء في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٤/٢٧ المنشور في مجموعة أحكامها - السنة الثانية - العدد الثاني - ص ٩٧٥.

(٢) انظر أحكام محكمة القضاء الإداري التالية:

حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ١٩٥٢/٦/٣٠ - المنشور في مجموعة مجلس لأحكام القضاء الإداري - السنة السادسة - ص ١٢٦٦، وحكمها بتاريخ ١٩٥٢/٦/٢١ - نفس المجموعة السابقة ص ١٣٥٧، وحكمها بتاريخ ١٩٥٦/٥/٢٠ - منشور في مجموعة أحكامها عن السنة العاشرة - ص ٣٣٤، وحكمها بتاريخ ١٩٥٤/٣/١٥ - نفس المجموعة - السنة الثامنة نص ٩٦٩، وحكمها بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢٥ - نفس المجموعة - السنة الحادية عشرة - العدد الثاني - ص ٥٩٠.

(٣) أحكام المحكمة الإدارية العليا الصادرة بالتواريخ الآتية:

حكمها الصادر في ١٩٥٧/٦/٢٩ - المنشور في مجموعة أحكامها - السنة الثالثة - العدد الثالث - ص ١٦٩١ - وحكمها في ١٩٦٣/٦/٢٩ - نفس المجموعة - السنة الثامنة - العدد الثالث - ص ١٤٤٨ - وحكمها في ١٩٦٤/٦/٢١ - نفس المجموعة - السنة التاسعة - العدد الثالث - ص ١٣٠٠ - وحكمها في ١٩٦٤/١٢/٢٧ - نفس المجموعة - السنة العاشرة - العدد الأول - ص ٢٧٧ - وحكمها في ١٩٦٥/٣/٢١ - نفس المجموعة - السنة العاشرة - العدد الثاني - ص ٨٨٤.

(٤) الدكتور عثمان خليل: في مقال له بعنوان «تطور القضاء الإداري في الجمهورية العربية المتحدة» منشور في مجلة العلوم الإدارية - السنة الأولى - ص ١٢٣. ذكره ياقوت المشماوي وعبدالحاميد عثمان في الجزء الأول من أحكام المحكمة العليا - الدعاوى الدستورية - ١٦٨ الهامش (١).

- والدكتور سليمان الطماوي: في مقاله المشار إليه سابقاً ص ١٣٤ وما بعدها.

- والدكتور فؤاد العطار: في بحث له بعنوان «كفالة حق التقاضي» منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة الأولى - العدد الثاني - يولييه - ١٩٥٩ - ص ٦٢١ وما بعدها.

- الدكتور محمد فؤاد مهنا: القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني - الطبعة الثالثة ١٩٦٧ ص ٨٠.

- الدكتور محمود حافظ: القضاء الإداري - الطبعة الثالثة ١٩٦٦ ص ٤٨٢ وما بعدها.

- الدكتور محمد كامل ليله: الرقابة على أعمال الإدارة - الكتاب الثاني ١٩٦٧ - ١٩٦٨ ص ٤٤٨ وما بعدها.

إلا أن موقف المحكمة المصرية العليا من هذه المسألة، جاء صريحاً وقاطعاً في عدم دستورية النصوص التي تمنع الطعن في القرارات الإدارية استناداً إلى الدستور الذي نص على حق التقاضي. وحظر النص على تحصين أي عمل أو قرار إداري ضد رقابة القضاء لانطوائه على إهدار لمبدأ المساواة، وعزل القضاء عن نظر منازعات معينة، وذلك احتراماً لمبدأ المشروعية وضماناً لسيادة حكم القانون^(١).

ولما أثبتت هذه المسألة أمام محكمتنا العليا حكمت بدستورية النصوص المانعة لحق التقاضي استناداً إلى نص المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ والقوانين المعدلة له والفقرة الخامسة من المادة الأولى من قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢. وبذلك تكون المحكمة قد وقفت من هذه المسألة موقفاً مشابهاً لموقف المحكمة الإدارية العليا في جمهورية مصر العربية منها. وهو الموقف الذي كان محللاً للمعارضة الإجماعية - على ما رأينا - من قبل الفقه في مصر. والذي لا نستطيع معه إلا الاختلاف مع محكمتنا العليا فيما ذهبت إليه في حكمها سالف الذكر، ذلك أن المجلس التأسيسي الكويتي قد غني منذ البداية، وفي إطار المهمة التي أنيطت به، بوضع دستور لنظام الحكم في الكويت قائم على أساس المبادئ الديمقراطية مستلهماً التجارب السابقة في هذا المجال، ومستوحياً واقع البلاد وما يهدف إليه شعبها من خلق حياة ديمقراطية سليمة في ظل دولة قانونية يسودها مبدأ المشروعية وتظلها سيادة حكم القانون وقد جاء الدستور الكويتي الصادر عام ١٩٦٢ معبراً عن ذلك الهدف في نصه وروحه، متخذاً منه منهجاً للعمل الوطني وطريقاً لتحقيق رغبات الشعب الكويتي وآماله في إعادة صياغة الحياة على أرضه بالمزيد من الحرية السياسية والمساواة والعدالة الاجتماعية، إعزازاً لكرامة الفرد ورعاية لمصالح المواطنين جميعاً دون تفریق أو تمييز وفقاً للمبادئ الدستورية العامة. وباعتبار الدستور القانون الأساسي للدولة، فإنه

= - الدكتوران بكر القباني وعاطف البنا: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة - المجلد الأول - الطبعة الأولى - ١٩٧٠ ص ٣١١ وما بعدها.

- الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة - الطبعة الثالثة ١٩٦٦ ص ٤٨٢ وما بعدها.
- الدكتور ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري - الطبعة الأولى ١٩٧٧. ص ٣٧ وما بعدها.

(١) انظر في ذلك: حكم المحكمة العليا المصرية الصادر بتاريخ ١٩٧١/١١/٧ في الدعوى الدستورية رقم (٦) لسنة (١) قضائية - منشور في مجموعة أحكام وقرارات المحكمة - إعداد ياقوت العشماوي وعبدالحمد عثمان - الجزء الأول في الدعوى الدستورية. سنة ١٩٧٣ ص ١١٠ وما بعدها. وحكمها الصادر بتاريخ ١٩٧١/١٢/٤ في الدعوى الدستورية رقم (٥) لسنة (١) قضائية - نفس المجموعة. ص ١٨١ وما بعدها.

يحتوي القواعد التي تنظم وتبين شكل الدولة، وتركيبها، وتحديد السلطات فيها، واختصاصات كل منها، وطبيعة عملها وعلاقاتها ببعضها، وحقوق وواجبات الأفراد إزاءها، فإنه يعتبر مصدر توزيع العامة فيها. كما أن الدستور قد أقام نظام الحكم في الكويت على أساس مبدأ الفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية وأفرد لها الفصل الخامس منه.

وإذا اعتبرنا أن الدساتير العرفية لا تثير قانوناً مسألة سمو الدستوري، فإن الدساتير المكتوبة الجامدة تفرض احترامها على جميع السلطات في الدولة نظراً لما تتمتع به قواعدنا من سمو على باقي القواعد القانونية فيها. ومن المنطق والحال هذه، أن سمو الدستور يفترض أن قواعده تتمتع بقوة تفوق قوة القواعد القانونية الأخرى في الدولة باعتباره أساس المشروعية فيها. وهذا يعني وجوب تقيد السلطات العامة في الدولة، بما في ذلك السلطة التشريعية، بما جاء في الدستور من قواعد لأنها محكومة، مثل باقي السلطات العامة بأحكام الدستور.

وإذا كان الدستور قد أوكل، في المادة ١٦٤ منه أمر ترتيب المحاكم وتبيان وظائفها واختصاصاتها إلى المشرع العادي فإن على هذا الأخير أن يتقيد بحدود هذا التفويض ولا يتجاوزها إلى ما وراءه. فيقول على السلطة القضائية بحرمانها من وظيفتها الطبيعية التي تستمدّها من المبادئ العامة التي قام عليها الدستور. فبدلاً من أن يرتب جهات القضاء ويبين وظائفها يعزلها عن نظر بعض المنازعات.

ويرتب على ذلك أن السلطة القضائية تستمد سلطتها في مباشرة عملها من الدستور الذي أنشأها واستناداً إلى المبادئ القانونية العامة التي قام عليها، وهذا ما لا يستطيع المشرع العادي تغييره. فالقانون العادي لا يستطيع تعديل الدستور أو مخالفته، وذلك لأن السلطات العامة مقيدة في نشاطها وأعمالها بالحدود التي رسمها لها، ولا تملك إلا الخضوع لأحكامه، غير متجاوزة لها تحت أي ستار، ما دام الدستور مطبقاً، وإلا كان عملها مخالفاً لمبدأ المشروعية متعيناً إلغاؤه.

ولضمان سمو الدستور وهيمنة قواعده، عملياً، على سائر قواعد النظام القانوني في الدولة، والتي يجب أن تدور في فلكه متقيدة من حيث صدورها ومضمونها، بما تقضي به أحكامه، قررت الدساتير الرقابة على دستورية القوانين واللوائح وعلى مشروعية هذه الأخيرة والقرارات الإدارية من قبل القضاء كما فعل الدستور الكويتي في المواد ١٦٩، ١٧١، ١٧٢، ١٧٣، منه.

ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل إننا نجد أن بعض الدول ذات الدساتير الجامدة، والتي لم تأخذ القوانين فيها بأي طريقة من طرق الرقابة على دستورية القوانين، قد اعترفت محاكمها باختصاصها في مراقبة دستورية القوانين، كما هي الحال بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية اعتباراً من عام ١٨٩٣ وجمهورية مصر العربية اعتباراً من عام ١٩٤٨، على اعتبار أن ذلك من المهام الطبيعية والمرتبطة بوظيفتها القضائية.

ولما كنا لا نعيش في عالم خال من الأخطاء، فإن السلطات كثيراً ما ترتكب المخالفات عمداً أو سهواً، ولكن على الرغم من هذه المخالفات، التي تعتبر اعتداء على قواعد المشروعية، فإنها لا تستطيع هدم هذه القواعد أو النيل منها أو التخلص نهائياً من تبعاتها، وذلك بإحاطتها برقابة القضاء كسياج مانع من محاولات الإخلال بقواعد النظام في المجتمع فيستقيم أمر المشروعية وتتأكد سيادة القانون حماية لحقوق الأفراد وصيانة لحرياتهم والتي بدونها لا يستقيم أمر النظام القانوني في أي مجتمع، وذلك لأنه أياً كانت القيمة النظرية لمبدأ المشروعية، فإنه يظل عديم القيمة عملياً، إن لم يقترن بجزاء فعال يكفل امتثال السلطات العامة لمضمونه والتقيده بحدوده، بالقدر الذي يتحقق به الصالح العام، فإنه بغير ذلك لا نكون أمام دولة قانونية.

والمشاهد أنه في ظل الدولة القانونية يصبح الحق في طلب تدخل القاضي، فيما ينشأ بين الدولة والأفراد والوصول إليه، حقاً معترفاً به للجميع. ولما كان من المبادئ التي قام عليها الدستور مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات، ومنها المساواة أمام القانون والقضاء، فإن حق التقاضي يعتبر أخصها، لا سيما وأن نظام التقاضي في نظامنا القانوني لم يأخذ بنظام المحتسب المقرر في الفقه الإسلامي، وإنما انتظار القاضي حتى ترد إليه الخصومة من ذوي الشأن. فتدخله لا يمكن أن يتم تلقائياً، عن طريق تصد مباشر منه، بل لا يتم إلا بناء على دعوى من صاحب المصلحة في ذلك.

وقد أصبحت إمكانية ممارسة حق التقاضي متأصلة في النفوس. ولم يعد مقبولاً لدى الضمير الإنساني وجود مجتمع على وجه الأرض لا يضمن هذا الحق ولا يكفل وسيلة التمتع به، إذ كيف يمكن المساس بالحماية القانونية للحقوق المتعددة عليها وفقاً للقانون؟ ليس هذا فحسب بل أصبح مبدأ عدم المسؤولية استثناء من مبدأ المسؤولية، ولم يتردد القضاء في التوسع في تقرير مسؤولية السلطات العامة، ليس فقط على أساس الخطأ، وإنما على أساس المخاطر مؤسساً أحكامه على مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة. فمنذ

نهاية الحرب العالمية الثانية، أصبح القضاء يستند على هذا المبدأ في تأصيل أحكامه^(١)، وذلك عن طريق تحليل عمل السلطة للوصول إلى معرفة مدى مشروعيتها^(٢). ومن ثم لتقرير مسئولية السلطات العامة على ضوء ذلك^(٣).

وخلاصة ما تقدم تبدو في الاختلاف بين مدلول المبادئ التي تناولها الحكم موضوع التعليق وما ارتكبت إليه المحكمة من حجج وأسانيد تبريراً لموقفها من تلك المبادئ. وكنا نؤثر أن تبني محكمتنا العليا موقف القضاء الإداري الفرنسي من مسألة النصوص المانعة من التقاضي، إلا أنها لم تفعل وسأيرت في هذا الشأن اتجاه المحكمة الإدارية العليا في مصر. ذلك الاتجاه الذي لم يلق تأييد الفقه في جمهورية مصر العربية بل أثار اعتراضه ونقده وتفنيد حججه وأسانيده^(٤). هذا الموقف الذي لا نستطيع معه إلا الاختلاف مع ما ذهب إليه المحكمة في حكمها سالف البيان.

وإذا كانت المحكمة لم تتمكن، في ظل النصوص القائمة، من تبني موقف القضاء الإداري الفرنسي من هذه المسألة فلا أقل، والحال هذه، من أن تعتنق موقف القضاء الإداري المصري منها والمتمثل في قضاء محكمة القضاء الإداري المصرية السالف الذكر، لا سيما وأن النصوص القائمة لا تحول دون ذلك. فلقد كان قضاء التعويض قبل إنشاء الدائرة الإدارية (بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢) من اختصاص دوائر ومحاكم القضاء الكويتي الأخرى، التي كان لها حق النظر في دعاوى التعويض عن القرارات الإدارية استناداً إلى نص المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء (رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٠) ولكنها لم تكن تملك إزاء هذه القرارات سلطة الإلغاء أو وقف التنفيذ أو التفسير، بل كل ما كانت تملكه بشأنها هو أن

(١) انظر في ذلك أحكام مجلس الدولة الفرنسي الآتية:

- Conseil d'Etat: 26 Octobre 1945, BAZAINE Publicite, Rec. Lebon, 1945, P. 211.

- Conseil d'Etat: 29 Octobre 1948, Millons des Maiquests, Rec., Lebon 1948, P. 399.

- Conseil d'Etat: 16 Decembre 1949, Semonet, Rec. Lebon, 1949, P. 553.

(٢) انظر حكم مجلس الدولة الفرنسي الآتي:

- Conseil d'Etat: 7 Novembre 1962, Caisse general de perequation de la papeterie, Rec. Lebon, 1962, P. 592.

(٣) انظر حكم مجلس الدولة الفرنسي الآتي:

- Conseil d'Etat: 22 fevrier 1963, Commune de gavernie, Rec. Lebon, 1963, P. 113.

(٤) راجع في ذلك مؤلفات الفقه المصري سالف الذكر.

تحكم بالتعويض لمن أصيب بضرر من جراء قرار إداري غير مشروع، وهذا ما أفصحت عنه المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ في تعليقها على المادة السابعة عشرة منه بقولها: «ويدهي أن القرارات الإدارية التي صدرت قبل العمل بهذا القانون لن تكون محلاً للرقابة القضائية بطريق الإلغاء المستحدث بموجب هذا القانون. إذ إن هذه القرارات وقد صدرت حصينة من الطعن بالإلغاء فإن إباحة الطعن بالإلغاء لا تسري إلا على القرارات التي صدرت في ظل هذه الإباحة وهذا أمر مستقر».

وبناء عليه يكون الأمر مستقراً أيضاً على جواز الطعن بالتعويض عن القرارات الإدارية الصادرة قبل العمل بهذا القانون وبعده. وذلك لأن ولاية التعويض المقررة للدائرة الإدارية ليست ولاية عامة شاملة، بل ولاية محدودة محصورة في دائرة ضيقة، هي دائرة القرارات الإدارية التي تختص الدائرة بطلبات، إلغائها. فلا يدخل في اختصاصها الفصل في طلبات التعويض عن الأضرار المترتبة على الأعمال تنفيذاً لقرار إداري، وإنما يدخل الفصل في طلبات التعويض التي لا تختص الدائرة الإدارية بنظرها في اختصاص محاكم ودوائر القضاء الكويتي الأخرى طبقاً لنص المادة الثانية من قانون القضاء (الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٩ سنة ١٩٥٩ المعدل، بالمرسوم بقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢).

وإذن يكون القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ بإنشاء الدائرة الإدارية قد ربط في المادة الخامسة منه بصورة سلبية وبطريقة إيجابية بين ولاية الدائرة وبين طلبات الإلغاء وطلبات التعويض التي تنظر هذه الدائرة الطعون بشأنها. كما يكون القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٠ قد ربط في المادة الثانية منه، بطريقة سلبية بين طلبات الإلغاء واختصاص دوائر ومحاكم القضاء الكويتي الأخرى بها، وربط بين طلبات التعويض واختصاص هذه الدوائر والمحاكم بها بصورة إيجابية.

ولم تكتف المحكمة بإعلان عدم اختصاصها ولائياً بنظر موضوع النزاع المطروح أمامها استناداً إلى نص المادة الثانية من القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٠، ونص الفقرة الخامسة من المادة الأولى من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢، كما فعلت محكمة الاستئناف العليا في نزاع مماثل حول الجنسية حين قالت: «... ومتى كان ذلك، وكانت الدعوى الماثلة ترمي إلى إلغاء

قرار إداري صادر عن وزير الداخلية في شأن مسألة الجنسية، فإن جميع الدوائر بالمحكمة الكلية بما فيها الدوائر الإدارية تكون غير مختصة ولائياً بنظرها، وذلك من دون حاجة إلى بحث ما إذا كانت القرارات الصادرة في شأن الجنسية تعتبر من أعمال السيادة أو لا^(١) بل إنها كيفت موضوع النزاع بأنه من أعمال السيادة حيث قالت: «... لما كان ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة الأولى من قانون أنشأ الدائرة الإدارية من استبعاد القرارات الصادرة في مسائل الجنسية من اختصاص تلك الدائرة لا يعدو أن يكون تأكيداً من الشارع باعتبار تلك المسائل من أعمال السيادة التي تخرج عن ولاية المحاكم...».

فإذا كان النقد قد وجه إلى موقف المحكمة الإدارية العليا من النصوص المانعة من التقاضي بشأن بعض القرارات رغم أن المشرع في مصر قد وصفها بأنها من قبيل أعمال السيادة، فإن مثل هذا النقد يوجه إلى موقف محكمتنا العليا من هذه المسألة من باب أولى، خاصة وأن المشرع الكويتي لم يصف مثل هذا الوصف على المسائل المتعلقة بالجنسية. وقد نظر فقه القانون العام والإداري على وجه الخصوص إلى هذا النوع من الأعمال بعدم الارتياح، كما عمل القضاء الإداري من جانبه على التضييق من نطاقها وذلك بإخراجه كثيراً من الأعمال التي كانت توصف بهذا الوصف من نطاق تطبيق هذه النظرية، مما أدى إلى حصر نطاقها في أضيق الحدود الممكنة.

المسألة الثانية: أعمال السيادة:

لا ريب في أن يثور الخلاف غالباً بين الفقه والقضاء حول بعض المسائل القانونية، إذ القانون، كما يقول البعض، علم خلافي بيد أنه لم يحدث أن كان هذا الخلاف بالدرجة والحدة والاطراد التي هو عليها حول تعبير أعمال السيادة^(٢).

فمن حيث التسمية تثير هذه النظرية اللبس والغموض، إذ إنه لا علاقة بين فكرة السيادة وما يسمى بأعمال السيادة باعتبارها أعمالاً إدارية غير خاضعة لرقابة القضاء، ولو أن المشرع في العالم العربي يستخدم تعبير أعمال السيادة للدلالة على هذه الأعمال. مما دعا الفقه العربي والقضاء إلى الاقتداء بالتشريع في هذا المجال.

(١) راجع:

Rene Capitant: De la nature des actes de gouvernement, Etudes Juridiques offertes a Leon Julliot de la Morandiere, 1964, p. 99.

أما تعبير «أعمال الحكومة» الشائع استخدامه فقها وقضاء في فرنسا، فإنه بدوره لا يؤدي إلى إزالة ما لحق بتسميتها «أعمال الحكومة».

ورغم أن المشرع الفرنسي لم يستخدم تعبير «أعمال الحكومة» قط للدلالة على هذه الأعمال فإن البعض يقول: إنه إذا كان المشرع لم يستخدم هذا التعبير صراحة، فإن فحوى بعض النصوص يدل على أن نيته اتجهت إلى ذلك^(١).

ويدلل هذا البعض على رأيه بنص م ١٦ : ١١ مقدمة المرسوم بقانون الصادر في ١٨٥٢/٣/٢٥^(٢) والمادة (٩) من قانون مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٨٧٢، الذي أعاد تنظيم مجلس الدولة الفرنسي. والتي تقضي باختصاص المجلس بالنظر في طلبات الإلغاء بالنسبة لجميع أعمال السلطات الإدارية إذا ما طعن عليها أمامه^(٣). كما

(١) راجع : Ducrocq: Cours de droit administratif et de Legislation française des finances, 1er ed, T. 2, p. 87.

- Belboeuf: Conclusion sur l'affaire "Jecker" Conseil d'Etat, 18-11-1869, Sirey, 1870 - 2 - 303.

- Pranard: De la Nature de l'acte de gouvernement, These - Paris p. 61.1902.

- Laferriere: Traite de la juridiction administrative et des recours contentieux, T. 2, 2 ed, 1896, p. 32.

- Le Courtois: Des actes de gouvernement, these Poitier 1899, p. 53.

- Jacquelin: Les principes dominants du contentieux administratif, Paris, 1899, p. 302.

- PAUL Christiaens: La Theorie des actes de gouvernement et le droit a la reparation de dommages de guerre these - paris, 1917, p. 20 ets, p. 20 et, 20 et s.

- Bequet: Repertoire general du droit administratif, ve Contentieux Administratif, Des Actes de gouvernement Tome e, 1891, P. 232 et s.

- Gros: Survivance de la raison d'Etat - These, Paris, 1932 P. 31-32.

(٢) نص مقدمة المرسوم بقانون الصادر في ١٨٥٢/٣/٢٥ بالفرنسية:

- Considerant qu' on peut gouverner le loin, mais qu' on "N" administre bien que de pres, qu'en consequence autant il "inverites

- De centraliser l'action gouvernementale de l'Etat, autant" il est"

- Necessary de decentralier l'action purement "administrative"

(٣) - وهذه نصوص المادتين (٩) و(٢٦) من القانون الصادر في ١٨٧٢/٥/٢٤ بالفرنسية أيضاً.

(أ) - نص المادة (٩):

O "Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours O" En matiere contentieuse administrative et sur le demandes o" D'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes o" Des diverses autorites administratives et qui m'appartiendraient pas au contentieux administratif.

(ب) - نص المادة (٢٦):

les ministres ont le droit de revendiques devant le tribunal des conflits le affaires portees a la section du contentieux.

أضاف هؤلاء إلى ذلك نص المادة (٢٦) من القانون المذكور والتي تعتبر ترديداً لنص المادة (٤٧) من القانون الصادر في ١٨٤٩/٣/٣ مع فارق وحيد وهو أن المادة (٢٦) من القانون الصادر في ١٨٧٢/٥/٢٤ تتكلم عن حق جميع الوزراء في الاعتراض، أمام محكمة التنازع على اختصاص مجلس الدولة ببعض الأمور التي لا يبدو أن له اختصاصاً بنظرها. في حين أن المادة (٤٧) من القانون الصادر في ١٨٤٩/٣/٣ تقصر هذا الحق على وزير العدل دون غيره.

إلا أن كثيراً من الفقهاء الفرنسيين قد نازعوا في ذلك، ونفوا تكريس المشرع الفرنسي لأعمال السيادة من خلال النصوص السالفة الذكر، بحجة أن النص الأول يتناول مميزات اللامركزية. أما المادة الثانية (أي التاسعة من قانون ١٨٧٢) فهي تعني بخضوع جميع أعمال السلطة التنفيذية لرقابة القضاء، أما المادة (٢٦) من القانون نفسه فإنها تتعلق بما كان يعرف بالأعمال التقديرية، وهي التي كانت معروفة في القرن التاسع عشر والتي حلت محلها في الوقت الحاضر السلطة التقديرية^(١).

ليس هذا فحسب بل إن تبرير وجود مثل هذه النظرية في القانون العام، قد أثار ولا يزال يثير خلافاً بين الفقه والقضاء. فمن الفقهاء من قال بأن أعمال السيادة بسيطة للغاية لأنها غير موجودة، ولم توجد قط في مجال القانون العام^(٢). ومنهم من قال: إنه بعد

(١) راجع:

Michoud: Des actes de gouvernement, annales du l'enseignement superieur de GRENOBLES T. 1, n. 1. 1899, p. 295 ET S.

Bremond: Des actes de gouvernement, R.D.P. 1896, P. 38 et s Beguin: Des actes des autorites administratives - , qui echappent au recours pour excès de pouvoir, These Paris, 1911, p. 40 et s.

Doucet: Etude critique de la notion d'acte de, gouvernement et son application aux matieres internationales these Grenoble, 1910, p. 61 et s.

Fabre: Des actes de gouvernement, These Montpellier, 1908 p. 47 et s.

Lonze: Les actes de gouvernement, These, Paris 1898 p. 59 et s.

Nezard: Le controle juridictionnel des reglements d'administration publique, Revue generale d'administration T. 3, p. 283 et s , 1909.

Berthelemy: Traite elementaire de droit - administratif, 13e ed, Paris, 1933, p. 135.

Jacques Donnedieu de Vabres: La protection des droits de l'homme par la jhuridiction administrative (٢) en France E.D.C.E, 1949, p. 44.

البحث عنها في فروع القانون العام لم يعثر لها على أثر إطلاقاً^(١).

في حين قال آخرون إنها على العكس من ذلك موجودة في القانون وموجودة في الواقع وإنها ضرورية ومفيدة^(٢).

إلا أن من الفقهاء من يعترف بوجود نظرية أعمال السيادة في نطاق القانون العام من حيث الواقع^(٣)، أو من حيث القانون فقط^(٤) ولكنه بعد ذلك يدينها بشدة ويحمل عليها على اعتبار أنه لا يمكن تبرير وجودها خاصة وأنها تشكل نقطة سوداء في جبين المشروعية، وكأنها من الآثار البالية في مدينة جديدة^(٥).

ومن الفقهاء من استعرضها، فما إن فرغ من استعراضها تمنى لها الزوال العاجل باعتبارها مخالفة للمنطق، ومفارقة تاريخية يجدر استبدالها بغيرها كنظرية السلطة التقديرية^(٦).

(١) Virally: L'introuvable acte de gouvernement - R.D.P. 1952, p. 317 et s. راجع:

(٢) Hauriou. M. Note au Sirey, 1893 - 3 - 129. راجع:

(٣) Jeze: Les Principes generaux de droit administratif, 3e ed, Paris, 1925, P. 392 et s.

Theorie des pouvoirs de guerre et theorie des actes de gouvernement, R.D.P., 1924, P. 572 et s.

Waline: Precis de droit administratif, 1969, P. 163 et s.

VEDEL: Droit Administratif. Themis, 1973, p. 305 et. s.

Duez: Rapport sur les actes de gouvernement, Annuaire de l'institut international de droit public, 1931,

T.2, P. 38.

Benoit: Le droit administratif Francais, Paris, 1968 - N. 716, et s, P. 418 et s

(٤) راجع:

Odent: Contentieux administratif, 1979 - 1980 - Fascicule 1, P. 393.

De Laubadere: Traite de droit administratif, 6ed - Paris, 1973, P. 273.

Mignon: Une emprise nouvelle du principe de la legalite. Les actes de gouvernement, Dalloz, 1951,

Chronique P. 54 et s. L'amenuisement de l'emprise de la theorie des actes de gouvernement. Rev. Adm.

1951, P. 32.

Puisoye: L'Etat actuel de la jurisprudence de l'acte de gouvernement, J.C.P., 1965 - 1 - 1939.

Pour une conception plus restrictive de la notion d'acte de gouvernement, A.J. 1965, P. 211 et s.

(٥) راجع:

BOSC: Les actes de gouvernement et la theorie de s - pouvoir de guerre, R.D.P., 1926, 186 et s.

Duez: Les actes de gouvernement, Paris, 1935, P. 194 e -

(٦) راجع:

VEDEL: Droit Administratif. Themis, 1973, p., 305 et. 3.

ومع ذلك فهناك من يرى أن أعمال السيادة ليست شبيهاً مخيفاً في ذاتها، بل هي ضحية غير مسئولة عن مثالب أصولها^(١) وهناك من اعتبرها أعمالاً تقديرية على غرار ما كان معروفاً في القرن التاسع عشر^(٢) أو أنها أعمال سياسية^(٣) تصدر عن السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة^(٤).

والواقع أن الخلاف بين المؤيدين والمنكرين لوجود أعمال السيادة في القانون هو خلاف ظاهري أكثر منه حقيقي، وذلك لأن كلا منهما يعترف بأن هناك بعض الأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية غير خاضعة لرقابة القضاء، خلافاً لساتر أعمال هذه السلطة التي تخضع جميعها لهذه الرقابة، ولكنهم يختلفون في تعليل ذلك مما أدى بالبعض منهم إلى إنكار وجودها، والبعض الآخر إلى محاولة تبريرها وإقامتها على أسس قانونية.

ويبدو أن الدافع للفقهاء على اتخاذ مثل هذه المواقف المتناقضة هو حرصهم على حماية الحقوق والحريات العامة في مواجهة النتائج المترتبة على وجود هذه النظرية في القانون، وعلى الأخص عدم خضوعها لرقابة القضاء، فضلاً عما دار حول موضوع أعمال السيادة من غموض، وما ساد من اعتقاد بأن الإجراءات المتخذة تطبيقاً للقانون يمكن أن تتشع بوشاح أعمال السيادة، ومن ثم تفلت من رقابة القضاء، مما دعا البعض إلى إنكارها، وجعل البعض الآخر يجتهد في إيجاد الأساس أو المعيار الذي يسمح بالتعرف عليها وإقامة الفروق بينها وبين غيرها من أعمال السلطة التنفيذية الخاضعة لرقابة القضاء.

ومن هنا قال البعض بمعيار الباعث السياسي ومؤداه أن العمل يعد من أعمال السيادة

(١) راجع:

Chapus: L'acte de gouvernement, Monstre ou victime - Dalloz, 1958, Chronique, P. 5 et s.

(٢) راجع:

Laun: Rapport sur les actes de gouvernement, Annuaire de l'institut international de droit public, 1931, T. 2, P. 87 et s.

(٣) راجع:

Duguit: Traite du droit constitutionnel, T, 3e ed Paris, 1928, P. 306 et s, et T. 3, 1930, 737 et S.

(٤) راجع:

Laferrere: Op. cit., P. 33.

Le Courtois: Op. cit., P. 39.

Ducrocq: Op. cit, T.I, P. 11.

Aucoc: Conferences sur l'administration et droit administratif, 3 ed, T.I, Paris, 1885, P. 11 - 12.

إذا كان الدافع على اتخاذه باعثاً سياسياً، مستنداً في ذلك إلى تعريف أحد الفقهاء لعمل السيادة^(١) وكذلك لبعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن^(٢).

وعندما بان ضعف معيار الباعث السياسي، قال البعض: إن السيادة تستمد معيارها من طبيعة العمل ذاته "La nature de l'acte" أي أن وسيلة تصنيف العمل هي في الرجوع إلى طبيعته، وذلك باللجوء إلى تقسيم وظيفة السلطة التنفيذية إلى وظيفة حكومة ووظيفة إدارة. فهي عندما تحكم لا تدير، والعكس صحيح، فما صدر عنها من أعمال بصفتها الأولى اعتبر من أعمال السيادة، وما صدر عنها بصفتها الثانية عد أعمالاً إدارية عادية^(٣).

(١) Dufour: Traite generale de droit administratif applique, Tome. 4e, 2e ed, Paris, 1855, P. 599 et s.

"Ce qui fait l'acte de gouvernement, C'est le but que propose son auteur. L'acte qui a pour but de defendre la" Societe prise en elle - meme ou personnifiee dans le gouvernement.

Contre ses ennemis interieurs ou exerieurs, avoues aucaches.

Presentes ou a venir, voila l'acte de gouvernement".

(٢) Conseil d'Etat: 1er mai 1822, Laffitte, Rec. Lebon, 1822 P. 571 Conseil d'Etat; 23 juillet 1823, Vevue

Joachin Murat, Rec. Lebon, 1823, P. 544, Sirey, 1823 - 2 - 246.

Conseil d'Etat: 5 decembre 1838, Famille Napoleon Bonapart, Rec. Lebon, 1838, P. 641.

Conseil d'Etat: 22 aout 1839, Heritiers de Napoleon Bonapart, Rec. Lebon 1839, P. 459.

Conseil d'Etat: 22 aout 1844, Prince Louis Napoleon Rec. Lebon 1844, P. 508.

Conseil d'Etat: 18 juin 1852, Famille d'Orleans, Rec Lebon, 1852, P. 252, Sirey, 1852-2-307 et Dalloz, 1852-3-17 Conclu. Maigne.

Conseil d'Etat: 9 mai 1867, Duc d'Aumale et Michel Levy, Rec Lebon 1867, P. 472, Sirey, 1867 - 3 - 22 et Dalloz; 1867-3-49, Conclu Aucoc.

(٣) راجع:

Ducrocq: Op, cit., P. 23.

Le Courtois: Op, cit., P. 49.

Carre de Malberg: Contribution a la theorie generale de l'Etat, Tome. 1, Paris, 1920, P. 523 et s.

Bequet: op., cit., P. 234, No. 285.

Darest: La Justice Administrative, Paris, 1962, P. 221.

Aucoc: Op. cit., P. 92.

Hauriou: Precis de droit administratif et public, 11e ed 1927, P. 397.

Laferriere: Op., cit., P. 33.

Jacquelin: Op., cit., P. 310.

Pranard: Op, cit., P. 140.

غير أن هذين المعيارين، في تمييز أعمال السيادة عن غيرها من أعمال السلطة التنفيذية لم يصمدا للنقد، ولذلك لجأ بعض الفقهاء^(١) إلى ما يسمى بقائمة أعمال السيادة "la list des acte de gouvernement" التي استنتجها حصراً من أحكام القضاء.

ولما تعرض هذا المعيار بدوره للنقد الشديد، لجأ البعض لمعيار العمل المختلط "L'acte mixte" وبموجبه يقوم عمل السيادة على ازدواج مصدره، فهو عمل مختلط ثنائي المصدر، أي أنه يصدر عن السلطة التنفيذية بمناسبة علاقتها بسلطة لا تخضع أعمالها لرقابة القضاء. وهذه السلطة لا تعدو أن تكون البرلمان تارة، أو حكومة أجنبية أو منظمة دولية تارة أخرى^(٢).

وهذا المعيار الأخير، وإن لم يكن صحيحاً على إطلاقه، فإنه ليس مجرداً من الصحة. ذلك أن الفقه الحديث يحصر أعمال السيادة في نوعين من الأعمال وهما الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية بمناسبة علاقتها بالسلطة التشريعية وتلك التي تصدر عنها بمناسبة علاقتها بسلطة أجنبية أو منظمة دولية.

هذا وقد تعددت تعريفات أعمال السيادة بتعدد المؤلفين حتى ليخيل إليك أن هذه التعاريف تفوق في عددها عدد القائلين بها.

لذلك فقد رأينا أن المشرع الفرنسي لم يصف هذه النظرية في نص من النصوص السالفة الذكر، بل إن القضاء الفرنسي قد تحاشى ذكرها في أحكامه التي رفض فيها النظر في الدعوى إلا ما ندر وإزاء ما سبق ذكره كان الوضع الطبيعي أن يترك المشرع الكويتي أمر تحديد أعمال السيادة للقضاء. وهذا ما حدث فعلاً حيث نص قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ في المادة الثانية منه على أن «ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة ولها، دون أن تلغي الأمر الإداري أو توقف تنفيذه أو تؤوله، أن تفصل في المنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الأفراد والحكومة عدا الحالات التي ينص فيها القانون على غير ذلك».

وإذا كان من المسلم به أن للمحاكم سلطة إضفاء الوصف القانوني على العمل محل

(١) راجع:

Hauriou: Precis precite, P. 397.

(٢) راجع:

Celier: Conclusion sous l'arret "Gombert, C.E. F., 28-3-2947.

النزاع المطروح أمامها، فإن المشرع الكويتي، عندما نص في المادة الثانية من قانون القضاء على أن «ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة» يكون قد أطلق هذه دون تحديد تاركاً أمر تقرير وصفها وتكييفها لسلطة القضاء التقديرية، وما يترتب على ذلك من تقرير اختصاصه من عدمه بنظر العمل المطروح أمامه.

ولم تقف المحكمة عند مجرد وصف المسائل المتعلقة بالجنسية بأنها من أعمال السيادة، وإنما ذهبت إلى أبعد من ذلك حين أقامت المعايير التي تبرر بها وصفها لهذه الأعمال بأنها من أعمال السيادة، فقالت بأنها «تتسم بطابع سياسي، أملت اعتبارات خاصة تتعلق بكيان الدولة ذاته...» وأنها... تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة... وهذا يفيد بذاته أن المحكمة والحال هذه قد أخذت بمعيارين في آن معا هما معيار الباعث السياسي، ومعيار طبيعة العمل لتمييز أعمال السيادة عن غيرها من أعمال السلطة التنفيذية، بل إن المحكمة قد حاولت إن تبدي أن معيار هذا التمييز قد يتغير تبعاً للظروف حين قالت «... ذلك أن ما يعتبر عادة عملاً إدارياً قد يرقى في ظروف سياسية في دولة ما إلى مرتبة أعمال السيادة كما أن ما يعتبر عملاً من أعمال السيادة قد يهبط في ظروف أخرى إلى مستوى أعمال الإدارة»...

ولو حاولنا الرجوع إلى التاريخ البعيد لوجدنا أن أول من قال بمعيار الباعث السياسي من الفقهاء هو «ديفور»^(١) وذلك في معرض تعريفه لعمل السيادة حيث قال: «إن ما يميز عمل السيادة هو الباعث على اتخاذه، فهو عمل يهدف إلى المحافظة على كيان الدولة ذاتها أو ممثلة في حكومتها ضد أعدائها السريين أو العلنيين في الداخل أو في الخارج في الحاضر أو المستقبل»^(٢) ويبدو أن صاحب هذا الرأي قد استقاه من بعض أحكام القضاء في تلك الفترة من تاريخ فرنسا، والتي امتازت بعدم الاستقرار السياسي. فقد امتازت الأنظمة السياسية التي أعقبت الثورة الفرنسية بعدم الاستقرار والخلاف العميق في المجتمع حول الأسس الرئيسية التي يقوم عليها، من شرعية السلطة السياسية والنظرة المستقبلية

(١) راجع ذلك في مؤلفه الآن:

Dufour G. Traite generale de droit administratif applique Tome 4e ed, Paris, 1855, P. 599 et s.

(٢) راجع تعريف ديفور لعمل السيادة في مؤلفه سالف الذكر.

Ce qui fait l'acte de gouvernement c'est le but que se propose son auteur, l'acte qui pour but de defendre la societe prise en elle - meme ou personnifie dans le gouvernement contre ses ennemis interieurs ou exterieurs, avoues au caches presents ou a venir, voila l'acte de gouvernement.

لتطور النظام السياسي والاجتماعي إلى العلاقة بين السلطتين الزمنية والروحية (أي سلطة الكنيسة) في إطار الدولة^(١). فقد مر النظام السياسي في فرنسا خلال الفترة الواقعة بين عامي ١٧٨٩ و ١٨٧٢ بعدة أنظمة سياسية، فمن النظام الملكي إلى النظام الامبراطوري ومنه إلى النظام الجمهوري مما كان له الأثر العميق على نوعية أحكام القضاء^(٢).

والذي يبدو من الأحكام الصادرة في تلك الآونة أن لفظ «السياسية» لم يرد إلا في مدونات الأحكام التي صدرت بحق أعضاء العائلات التي تعاقبت على حكم فرنسا خلالها. وذلك على ما يبدو محاولة من مجلس الدولة بأن ينأى بالقضاء عن الدخول في دائرة الصراع على السلطة، إدراكاً منه لعدم استقرار هذه الأنظمة المختلفة وزوالها لعدم قيامها على أساس يدعم الالتفاف حولها، بدليل أنه لم يورد مثل هذا الاصطلاح في أحكامه التي صدرت متعلقة بغير أعضاء العائلات السابقة في نفس الفترة^(٣) أضف إلى ذلك أنه لم يقل بمثل هذا المعيار من الفقهاء غير (ديفور)، بل إن البعض قد نفى وجود

(١) Sauvel. T: La justice retenue de 1806 a 1872 - R.D.P., 1970, P. 237.

Wright, V.: Le Conseil d'Etat et l'affaire de la confiscation des bien d'Orlean en 1852., E.D.C.E. 61968 P. 231, et S.

Hauriou A.: Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, 1970, P. 678.

C.E.F.: 1-5-1822, Laffitte, Rec. Lebon, 1822, P. 571. (٢)

C.E.F.: 23-3-2823, Veuve Joachin Murat, Rec., Lebon, 1823 P. 544, Sirey, 1823, 2 - 246.

C.E.F.: 5-12-1838, Famille Napoleon Bonaparte, Rec Lebon, 1838, P. 641.

C.E.F.: 22-8-1839, Heritiers de Napoleon Bonaparte, Rec Lebon, 1839, P. 459.

C.E.F.: 22-8-1844, Prince Louis Napoleon, Rec, Lebon, 1844 P. 508.

C.E.F.: 18-6-1852, Famille d'Orleans, Rec. Lebon, 1852, P. 252.

Sirey, 1852-2-307 et Dalloz, 1852-3-17, conclu. Maigne.

C.E.F.: 9-542-1867, Duc d'Aumale et Michel Levy, Rec Lebon. 1867, P. 472, Sirey, - 1867-3-22, et

Dalloz, 1867-3-49, Conclu. Aucoc.

(٣) راجع أحكام مجلس الدولة الفرنسي التالية:

C.E.: 1-2-1851, Lucas Rec, Lebon, 1851, P. 86.

C.E.: 5-1-1855, Boule, Rec. Lebon, 1855, P. 18.

C.E.: 10-1-1858, Dautreville, Rec. Lebon, 1858, P. 29. Conclu Foucarde et la Note.

C.E.: 31-5-1866, le journal "Courier du dimanche" Rec Lebon, 1866, P. 560, Sirey, 1867-2-244 et Dalloz: 1866-3-65.

مثل هذا المعيار خلالها^(١). مما حدا بالفقه إلى القول بمعيار طبيعة العمل. ويقوم هذا المعيار الأخير على أن وسيلة تصنيف العمل بالرجوع إلى طبيعة، أي باللجوء إلى تقسيم وظيفة السلطة التنفيذية إلى وظيفة حكومة ووظيفة إدارة، فهي عندما تحكم لا تدير والعكس صحيح. فما صدر عنها من أعمال بصفتهما الثانية عد أعمالاً إدارية عادية. ويعتبر زعماء الفقه التقليدي الثلاثة^(٢) من أول من قال بهذا المعيار.

وعلى الرغم من المحاولات التي بذلها القائلون بهذا المعيار، لوضع الحد الفاصل بين الحكومة والإدارة، فإنها لم تفلح في تعيينه بشكل قاطع ومطلق فكل المعايير التي قيل بها في هذا الخصوص لم تكن جامعة ولا مانعة، هذا من ناحية، بل إن القانون والفقه وأحكام القضاء جميعاً لم تحسم هذه المسألة بصورة قاطعة. فلو حاولنا جعل هذا المعيار عضوياً، أي من حيث الأعضاء، لوجدنا أن كلا من الحكومة والإدارة يدخل في تكوين السلطة التنفيذية لأن رجال الحكومة هم في نفس الوقت على رأس رجال الإدارة، فهناك إذن خضوع عضوي بين رجال الحكومة ورجال الإدارة حيث يتمتع الأولون بسلطة تعيين رجال الإدارة وبالسلطة الرئاسية عليهم.

أما لو حاولنا إقامة هذه التفرقة على أساس معيار وظيفي، وجدنا أن الحكومة تمثل الجزء الأعلى للسلطة التنفيذية، بينما تمثل الإدارة الجزء الأدنى لها، فالإدارة تابعة والحكومة متبوعة، فهي التي ترسم السياسة العامة الداخلية والخارجية، وتتابع تنفيذها، وتشرف على سير عمل الإدارة في تنفيذ واجبات الدولة في إشباع الاحتياجات العامة للمواطنين مما يترتب عليه خضوع وظيفي بين رجال الحكومة ورجال الإدارة حيث يخضع هؤلاء في ممارستهم لنشاطهم لما يضعه أولئك من سياسة.

ويتضح من كل ما تقدم أن كل المحاولات التي بذلت لوضع الحد الفاصل بين الحكومة والإدارة ما هي إلا تقديرات نسبية تجعل من هذا الفصل مسألة تبدو صعبة بل مستحيلة إذ أين ينتهي عمل الحكومة وأن يبدأ عمل الإدارة؟ مما يستلزم استعمال هذين

Reverchon: Les decrets du 22 janvier 1852, P. 85. cite dans Dalloz, 1880-3-59.

(١) راجع:

Rolland: Precis de droit administratif, Paris, 1951, P. 70.

(٢) راجع:

Laferriere: Op., cit., P. 33-34.

Ducrocq: Op., cit., P. 19.

Aucoc: Op., cit., P. 11-12.

اللفظين كمترادفين وذلك لاشتراك كل من الحكومة والإدارة في الوسائل التي يؤديان بها وظيفتهما، وهذا ما يستتبع استحالة التمييز بين أعمال الحكومة وأعمال الإدارة، وبالتالي بين أعمال السيادة والأعمال الإدارية طبقاً لهذا المعيار، وهو ما أدى إلى هجره فقها وقضاء.

والواقع أن إجماع الفقه منعقد على أن هناك بعض الأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية غير خاضعة لرقابة القضاء ولكنهم يختلفون في تعليل ذلك. ورغم أن أحداً من الفقهاء لم يقل بأن القرارات الصادرة تطبيقاً للقوانين واللوائح من قبيل أعمال السيادة عدا الاستاذ برتليمي BERTHELEMY كما أن القضاء لم يعتبر قط أيًا من هذه الإجراءات عملاً من أعمال السيادة. فالأستاذ برتليمي^(١) يرى أن أعمال السلطة التنفيذية المتخذة تطبيقاً لنص دستوري يمكن اعتبارها من قبيل أعمال السيادة ويقصد بها الأعمال المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية، مما يدفعنا إلى عدم الاتفاق مع محكمتنا العليا في اعتبارها القرارات الصادرة تطبيقاً لقانون الجنسية من قبيل أعمال السيادة وإقامتها ذلك على أساس التمييز بين الحكومة والإدارة، وبالتالي بين أعمال هذه وتلك على هذا الأساس، لا سيما وأن المشرع لم يخلع على تلك القرارات مثل هذا الوصف. كما أن الفقه والقضاء يحصر، في الوقت الحاضر، أعمال السيادة في نوعين من الأعمال هما الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية بمناسبة علاقتها بالبرلمان أو بمناسبة علاقاتها الدولية سلمية كانت هذه العلاقات أو حربية.

المسألة الثالثة: نظرية الظروف الاستثنائية أو الضرورة.

وأخيراً تعرضت المحكمة لنظرية الظروف الاستثنائية أو الضرورة التي بدت من خلال استناد المحكمة إلى قانون الجنسية الكويتي وظروف صدوره، والاعتبارات التي دعت إلى إصداره، ومدى علاقة ذلك بالنزاع الذي طرح أمامها عندما قالت: «إن الأمور المتعلقة بالجنسية تعتبر في دولة الكويت من المسائل المتصلة بالسياسة العليا للدولة وأن ما يصدر عن الحكومة في شأنها من أعمال تعتبر من أعمال السيادة التي تخرج عن نطاق الرقابة القضائية وتلك مسألة تتعلق بالنظام العام».

ومما لاشك فيه أن مبدأ المشروعية، على الأقل في الدول القانونية، يعبر عن

Berthelemy: Traite elementaire de droit administratif, 13e ed, Paris, 1933, P. 120 et S.

(١)

خضوع جميع أعمال وتصرفات السلطة الإدارية لمجموع القواعد القانونية القائمة، وذلك بالتزام أحكام هذه القواعد عند كل عمل تجريه^(١) ولكنه قد اتفق على أن الدور الذي يلعبه هذا المبدأ في الظروف العادية لا يمكن أن يلعبه، وبنفس الدرجة، في الظروف غير العادية^(٢) مما حدا بغالبية الفقهاء إلى القول بأن قيام الظروف غير العادية يسمح بالاعتراف للسلطات الإدارية بوسائل ملائمة للتصدي لتلك الظروف وتستطيع بواسطتها أن تتخذ ما هو ضروري لمواجهتها^(٣). وحتى لا يؤدي عدم الاعتراف للإدارة بذلك، أي إعاقها عن اتخاذ مثل هذه الإجراءات في مواجهة الظروف الاستثنائية، إلى شل حركتها أو جعلها تتصرف على عكس هدفها الأصلي وهو المحافظة على المصلحة العامة^(٤).

وإذا كانت نظرية الظروف الاستثنائية بناء قانونياً شديداً قضاء مجلس الدولة الفرنسي في بداية هذا القرن، فإن المشرع. في كثير من الدول قد تولى تنظيم نشاط السلطات الإدارية في مثل هذه الظروف، كقانون الأحكام العرفية رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٧ الصادر بتاريخ ١٩٦٧/٦/٥ وقانون التعبئة العامة رقم ٦٥ لسنة ١٩٨٠ والصادر بتاريخ ١٩٨٠/٩/٢٨ في الكويت. ولكن مهما تكن السلطات الاستثنائية التي تمارسها الإدارة استناداً إلى قوانين الظروف الاستثنائية فإنها لا تداني في فعاليتها تلك التي تستند فيها إلى النظرية القضائية للظروف الاستثنائية، لأن هذه الأخيرة توفر علاجاً لكل الحالات التي يمكن أن تجد في مثل هذه الظروف وتلبي دواعي المصلحة العامة في مثل تلك الحوال، وذلك بعكس الحال بالنسبة للقوانين التي لا تلبي إلا دواعي ظروف الحالات التي أتى النص عليها فيها.

ورغم التأكيد على نسبية هذا البناء القانوني، إن صح التعبير، فإن الفقه بصورة عامة يرى أن قيام الظروف الاستثنائية يؤدي إلى مرونة الشرعية بالنسبة للظروف العادية ويسمح باتساع اختصاصات السلطة الإدارية في مثل هذه الظروف، حتى إن خروجها على بعض القواعد الشكلية يمكن تبريره بحالة الضرورة.

(١) راجع في ذلك:

Vedel G.: Droit Administratif, Paris, 1973, P. 266-267.

Waline M.: Traite de droit administratif, 9e ed Paris, 1963.

Moreau J.: Les polices administratives, Theorie generale, Juris - classeur administratif, Fascicule, 200 No. 199.

Revero J.: Droit Administratif, Precis Dalloz, 9e ed., 1980, PP. 88-89.

(٤)

إلا أننا لا نغفل أن من الفقهاء من انتقد مثل هذا النظر، ورأى أن قيام مثل هذه الظروف ليس من نتائجه اتساع سلطات الإدارة في هذه الحالات، وإنما تتمتع الإدارة في ظلها باختصاصات جديدة تنشأ بقيام الظروف الاستثنائية^(١)، وهناك من يرى أن السبب فيما تتمتع به السلطات الإدارية من اختصاصات ليس هذا وذلك وإنما يمكن الوصول إلى ما يجب أن تتمتع به الإدارة في مثل هذه الظروف عن طريق تفسير إرادة المشرع^(٢).

ومهما يكن من أمر فإن السبب الذي أملى على القضاء الإداري تشييد هذه النظرية هو قيام حالة الضرورة وظروفها والتي سمحت له بأن يرد على ما تطلبته بعلاج قضائي يخفف من وطأتها، والذي سلم للإدارة بموجبه بأن تخرج على حدود اختصاصاتها في الظروف العادية لكي تتمكن من مواجهة ما تفرضه متطلبات الضرورة العاجلة من حلول وذلك بتجاوزها على اختصاصات السلطات الأخرى، سواء في ذلك على قواعد الاختصاص أو على^(٣) قواعد الشكل^(٤)، وفقاً لشروط حددها كي يراقب على ضوئها عمل الإدارة في مثل هذه الظروف ومن ذلك أن يكون هناك خطر حقيقي يهدد المجتمع، وأن يتصف الإجراء المتخذ بصفة الاستعجال والضرورة القصوى الناتجان من ظروف الزمان والمكان الدالة على طبيعتها الاستثنائية الأكيدة، وأن يكون الإجراء المتخذ محدوداً بما

(١) راجع في ذلك:

Nizard. L: La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la legalite, Biblio. droit public., Tome XL Paris, 1962, P. 226 et S.

Waline. M.: Traite de droit administratif, 9e ed Paris, 1963, P. 656 et S.

(٢)

(٣) راجع أحكام مجلس الدولة الآتية:

Conseil d'Etat, 26 juin 1946, Vigier, Rec. Lebon 1946. P. 179.

Conseil d'Etat: 7 janvier 1944, Lecoq et autres, Rec, Lebon 1944, P. 322, Conclusion Leonard, J.C.P., 1944-11-2663., Note Chailier.

Conseil d'Etat: 28 juin 1918, Heyrles, Rec. Lebon 1918 P. 651, Sirey, 1922-3-49, Note Hauriou.

Conseil d'Etat: 6 Aout 1915, Delmotts et Senmartin Rec., Lebon 1915, P. 275, Sirey: 1916-3-9, Note Hauriou Dalloz, 1916-3-1, R.D.P., 1915, P. 701, Note Jeze.

Conseil d'Etat, 19 fev. 1947, Bosquain, Rec. Lebon 1947, P. 63.

Conseil d'Etat: 7 novembre 1947 Alexis et Wolff, Rec lebon, 1947, P. 416, Sirey, 1948-3-101.

(٤) راجع الأحكام الآتية لمجلس الدولة الفرنسي:

Conseil d'Etat: 16 mai 1941, Courrent Rec. Lebon, 1941, P. 89.

Conseil d'etat: 16 mai 1947, Coulou, Rec. Lebon, 1947 - P. 202.

تقضي به الضرورة، واستحالة دفع هذا الخطر باستعمال الوسائل القانونية العادية التي يجب على السلطة استعمالها في مثل هذه الظروف.

وإذا كان مسلك القضاء الإداري تجاه هذه المسألة هو رفض الطعون الموجهة ضد القرارات التي تتخذ في ظل الظروف الاستثنائية سواء ما كان منها متعلقاً بطلب إلغائها أو كان متعلقاً بالتعويض عنها، والناتجة إما من تجاوز قواعد الاختصاص أو قواعد الشكل، فإنه ظل حريصاً على الدفاع عن حقوق المواطنين وحرياتهم تطبيقاً لمبدأ المشروعية - ذلك أن الإدارة، ولو أنها تتمتع بسلطات واسعة في مثل هذه الظروف، تبقى خاضعة في تصرفاتها هذه لرقابة القضاء، لأن هذه السلطات الواسعة لم توجد إلا لغاية وهي المحافظة على النظام العام وحماية المجتمع.

ولا نعتقد أن الأساس الذي قامت عليه هذه النظرية وشروط تطبيقها متوافران في النزاع الذي طرح أمام المحكمة. كما أن تطبيقها خاضع لرقابة القضاء، ولم يقل أحد بغير ذلك خاصة في الدول ذات الأنظمة الديمقراطية كالكويت وفقاً لدستورها الصادر في عام ١٩٦٢.

وعلى ضوء ذلك لا يمكننا الاتفاق مع المحكمة حينما ذهبت إلى أن ظروف صدور العمل يمكن أن ترتفع به إلى مصاف أعمال السيادة، كما يمكن أن تنزل به إلى مصاف الأعمال الإدارية العادية كالظروف التي صدر بها قانون الجنسية، مما حدا بها إلى اعتبار القرارات الصادرة تطبيقاً له من أعمال السيادة، فضلاً عن أن هذا التكييف يفتح الباب واسعاً لتدخل من خلاله في رحابها أعمال ليست منها أو لا تمت لها بصلة، فإن مؤدى الالتزام به أن يصبح الأخذ به وسيلة طيعة في يد المشرع كلما أراد أن ينقص من ولاية القضاء أو يعتدي على حقوق الأفراد وحرياتهم وهو في مأمن من رقابة القضاء، وفي هذا ما فيه من الخروج على أحكام الدستور وإهدار للمبادئ العامة التي يقوم عليها، مما يشكل انتهاكاً لمبدأ المشروعية ولضمانات سيادة حكم القانون، وهذا ما تأباه النظم الديمقراطية كما هي الحال في النظام الديمقراطي لدولة الكويت.

وعلى ذلك لا يجوز الانتقاص من حق التقاضي بدعوى حماية النظام الاجتماعي، لأنه ليس هناك من خطر يهدد نظام الجماعة ويجب دفعه في مواجهة طلب إلغاء قرار إداري، لأن النظام الاجتماعي أضيق في مداه من النظام العام، فلا يدخل فيه النظام السياسي الذي يقتضى المحافظة عليه صوناً للدولة، وتحقيقاً لأمنها وسلامة كيانها في

الداخل. والقول بغير ذلك في الكويت معناه أن نظامنا القانوني لن يتطور، لأن أي محاولة يقصد بها الطعن في النصوص المانعة للتقاضي، بقصد مسيطرة التطور العالمي في هذا الخصوص، ستعتبر متناقضة مع ظروفنا الاجتماعية، مما يؤدي إلى جمود نظامنا القانوني وحماية النصوص المانعة من استعمال حق التقاضي وهذا ما لا يمكن التسليم به في الأنظمة القانونية المعاصرة.

والخلاصة:

إنه لكل ما تقدم، فإنه لا يمكن أن نقر محكمتنا العليا على ما ذهبت إليه في حكمها موضوع التعليق ونتمنى منها أن تعدل عن قضائها هذا حول موضوع أعمال السيادة. ذلك أن هذه النظرية قضائية النشأة وهي استثناء لا يجوز التوسع فيه، علاوة على ما فيها من مخالفة لمبدأ المشروعية والمبادئ العامة للقانون، وخصوصاً مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة وحق التقاضي وهذا ما يسعى الفقه وأحكام القضاء إلى تحقيقه. ندعو محكمتنا العليا إلى مواكبته.

والله ولي التوفيق والسداد.