

جامعة النجاح الوطنية  
كلية الدراسات العليا

# مسؤولية الدولة عن أعمال السيادة "دراسة مقارنة"

إعداد

حاتم رشيد عبد المجيد فتياي

بإشراف

د. حسن فلاح

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام بكلية

الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين

2018م

# مسؤولية الدولة عن أعمال السيادة

## "دراسة مقارنة"

إعداد

حاتم رشيد عبد المجيد فتياي

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 2018/5/10م، وأجيزت.

### أعضاء لجنة المناقشة

- د. حسن فلاح

/ مشرفاً ورئيساً

- د. عبد الملك الريماوي / ممتحناً خارجياً

- د. محمد شراقة

/ ممتحناً داخلياً

### التوقيع

د. حسن فلاح / مشرفاً ورئيساً

د. عبد الملك الريماوي / ممتحناً خارجياً

د. محمد شراقة / ممتحناً داخلياً

## الإهداء

إلى التي حملتني تسعاً .. إلى الذي كدّ من أجل هذا اليوم .. أمي .. أبي .  
إلى من هم مني وأنا منهم ... أخوتي .  
إلى أصدقائي الأوفياء .  
إلى زملائي المحامين و زملائي من طلبة الدراسات العليا .  
إلى كل من علمني حرفاً من معلمين وأساتذة .  
إلى الشموع خلف القضبان .. أسرانا .  
إلى من هم أكرم منا جميعاً إلى شهدائنا .

## الشكر والتقدير

كل الشكر والتقدير والعرفان لمن ساهم في إخراج هذا العمل إلى النور ...  
كل الشكر والعرفان لأستاذي ومشرفي د. حسن فلاح الذي كان موجهي ومنارتي التي أنارت لي  
دربي..

الشكر لأستاذي د. محمد شراقة الذي لم يبخل علي يوماً بنصيحة أو توجيه..  
كل الشكر والتقدير للأستاذ د. عبد الملك الريماوي الذي أثنى مناقشة هذه الدراسة.  
الشكر لرفيق الدراسة و زميلي الأستاذ بوجهاد فتياي  
الشكر للأساتذة الكرام الذين كانوا وما زالوا بيارق نيرة في أروقة العلم ..  
والشكر لكل الزملاء من رفاق الدرب طلاب العلم الذين ساعدوني لإخراج هذا العمل فلهم كل الشكر  
..

## الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان

### مسؤولية الدولة عن أعمال السيادة "دراسة مقارنة"

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

### Declaration

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

Student's Name:

اسم الطالب:

Signature

التوقيع:

Date

التاريخ:

## فهرس المحتويات

|                                                   |    |
|---------------------------------------------------|----|
| الإهداء .....                                     | ت  |
| الشكر والتقدير .....                              | ث  |
| فهرس المحتويات .....                              | ح  |
| الملخص .....                                      | س  |
| المقدمة .....                                     | 1  |
| أهمية الدراسة .....                               | 2  |
| أسئلة الدراسة: .....                              | 2  |
| منهجية الدراسة .....                              | 3  |
| الدراسات السابقة .....                            | 3  |
| إشكالية الدراسة .....                             | 4  |
| الفصل الأول .....                                 | 5  |
| مبدأ المشروعية وأعمال السيادة .....               | 5  |
| المبحث الأول: مفهوم مبدأ المشروعية .....          | 6  |
| المطلب الأول: تعريف مبدأ المشروعية ومدلولها ..... | 6  |
| المطلب الثاني: مصادر المشروعية .....              | 8  |
| الفرع الأول: مصادر القانون المكتوبة .....         | 8  |
| أولاً: الدستور .....                              | 8  |
| ثانياً: القوانين العادية .....                    | 9  |
| ثالثاً: القرارات التنظيمية والأنظمة .....         | 10 |
| رابعاً: المعاهدات .....                           | 13 |

|    |                                                                             |
|----|-----------------------------------------------------------------------------|
| 14 | خامساً: الأحكام القضائية .....                                              |
| 15 | الفرع الثاني: مصادر القانون غير المكتوبة.....                               |
| 15 | أولاً: العرف .....                                                          |
| 16 | ثانياً: المبادئ العامة للقانون .....                                        |
| 17 | المطلب الثالث: موازنة مبدأ المشروعية .....                                  |
| 18 | الفرع الأول: السلطة التقديرية .....                                         |
| 19 | الفرع الثاني: الظروف الاستثنائية .....                                      |
| 22 | المبحث الثاني: أعمال السيادة .....                                          |
| 23 | المطلب الأول: تعريف أعمال السيادة .....                                     |
| 26 | المطلب الثاني: نشأة وتطور أعمال السيادة .....                               |
| 28 | المطلب الثالث: معايير أعمال السيادة .....                                   |
| 29 | الفرع الأول: معيار الباعث السياسي .....                                     |
| 30 | الفرع الثاني: معيار طبيعة العمل .....                                       |
| 31 | الفرع الثالث: القائمة القضائية .....                                        |
| 33 | أولاً: الأعمال المنظمة للعلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية ..... |
| 34 | ثانياً: الأعمال المتعلقة بالعلاقات الدبلوماسية والدولية .....               |
| 37 | ثالثاً: الأعمال الحربية .....                                               |
| 39 | رابعاً: بعض إجراءات الأمن الداخلي .....                                     |
| 41 | المطلب الرابع: التمييز بين أعمال السيادة وغيرها من الأعمال .....            |
| 41 | الفرع الأول: أعمال السيادة والسلطة التقديرية .....                          |
| 42 | أولاً: الرقابة القضائية .....                                               |

|    |                                                                         |
|----|-------------------------------------------------------------------------|
| 42 | ثانياً: الأسباب الموجبة لكل من النظريتان .....                          |
| 43 | الفرع الثاني: أعمال السيادة والظروف الاستثنائية .....                   |
| 43 | أولاً: من ناحية الرقابة على كل منهما .....                              |
| 44 | ثانياً: من حيث وقت التطبيق .....                                        |
| 44 | ثالثاً: من ناحية التنفيذ .....                                          |
| 44 | رابعاً: من ناحية الشكل .....                                            |
| 45 | المبحث الثالث: تقدير أعمال السيادة في الأنظمة التشريعية والقضائية ..... |
| 45 | المطلب الأول: الاتجاهات الفقهية لتحديد أعمال السيادة .....              |
| 47 | المطلب الثاني: الرقابة القضائية على أعمال السيادة .....                 |
| 48 | الفرع الأول: الرقابة الدستورية .....                                    |
| 55 | الفصل الثاني .....                                                      |
| 55 | الأسس القانونية لمسؤولية الدولة عن أعمال السيادة .....                  |
| 57 | المبحث الأول: ماهية المسؤولية الإدارية .....                            |
| 57 | المطلب الأول: مفهوم المسؤولية الإدارية .....                            |
| 58 | المطلب الثاني: خصائص المسؤولية الإدارية .....                           |
| 59 | الفرع الثاني: التدرج في تقرير في المسؤولية الإدارية .....               |
| 60 | الفرع الثالث: السمة القضائية للمسؤولية الإدارية .....                   |
| 60 | المبحث الثاني: الأسس القانونية للمسؤولية الإدارية .....                 |
| 61 | المطلب الأول: الخطأ كأساس للمسؤولية الإدارية .....                      |
| 61 | الفرع الأول: مفهوم الخطأ وصوره .....                                    |
| 62 | أولاً: الخطأ الشخصي .....                                               |



|    |                                                                              |
|----|------------------------------------------------------------------------------|
| 63 | الفرع الثاني: الضرر .....                                                    |
| 64 | أولاً: مفهوم الضرر وشروطه .....                                              |
| 66 | ثانياً: صور الضرر الموجب للمسؤولية .....                                     |
| 66 | الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر .....                         |
| 67 | المطلب الثاني: المسؤولية بدون اشتراط الخطأ (نظرية المخاطر) .....             |
| 68 | الفرع الأول: مفهوم المخاطر كأساس قانوني للمسؤولية الإدارية .....             |
| 69 | الفرع الثاني: الأسس القانونية لنظرية المخاطر .....                           |
| 69 | أولاً: مبدأ الغنم بالغنم .....                                               |
| 70 | ثانياً: مبدأ المساواة أمام الأعباء .....                                     |
| 70 | ثالثاً: مبدأ التكافل الاجتماعي .....                                         |
| 70 | رابعاً: العدالة والإنصاف .....                                               |
| 71 | المطلب الثالث: تقدير أعمال السيادة وفق أسس المسؤولية الإدارية .....          |
| 76 | المبحث الثالث: الأعمال الإدارية القابلة للانفصال عن أعمال السيادة .....      |
| 77 | المطلب الأول: مفهوم الأعمال القابلة للانفصال .....                           |
| 78 | المطلب الثاني: معايير الإجراءات القابلة للانفصال .....                       |
| 80 | المطلب الثالث: صور الأعمال القابلة للانفصال .....                            |
| 80 | أولاً: المنازعات المتعلقة بأنشطة مرافق عامة التي نشأت بموجب اتفاق دولي ..... |
| 81 | ثانياً: الإجراءات المنظمةة بالقوانين والأنظمة .....                          |
| 82 | المبحث الرابع: الأثر المترتب على المسؤولية الإدارية (التعويض) .....          |
| 82 | الفرع الأول: مفهوم التعويض .....                                             |
| 83 | الفرع الثاني: خصائص دعوى التعويض .....                                       |

|    |                                                                |
|----|----------------------------------------------------------------|
| 83 | أولاً: من ناحية الموضوع.....                                   |
| 83 | ثانياً: من حيث الجهة القضائية المختص.....                      |
| 85 | ثالثاً: من حيث سلطة القاضي .....                               |
| 85 | رابعاً: من حيث الوقت المقرر لرفع الدعوى .....                  |
| 85 | الفرع الثالث: شروط قبول دعوى التعويض .....                     |
| 86 | الفرع الرابع: صور التعويض. ....                                |
| 86 | المطلب الثاني: أسس تقدير التعويض وإسناد العبء التعويضي. ....   |
| 87 | الفرع الأول: قواعد تقدير التعويض.....                          |
| 87 | أولاً: يجب أن يغطي التعويض كل الضرر الذي لحق بالمضرور .....    |
| 87 | ثانياً: لا يجوز للقاضي أن يحكم بما يزيد عن طلبات المتضرر ..... |
| 87 | ثالثاً: الاشتراك في المسؤولية.....                             |
| 88 | رابعاً: التعويض الودي .....                                    |
| 88 | خامساً: إن القاعدة في تقدير الأضرار المعنوية تخضع للقضاء ..... |
| 88 | سادساً: لا يجوز أن يحصل المتضرر على أكثر من تعويض. ....        |
| 88 | سابعاً: تاريخ تقدير التعويض.....                               |
| 89 | الفرع الثاني: المسؤولية عن عبء التعويض.....                    |
| 90 | أولاً: الضمان.....                                             |
| 90 | ثانياً: الحلول .....                                           |
| 91 | ثالثاً: الرجوع المباشر .....                                   |
| 91 | المطلب الثالث: تقادم دعوى التعويض .....                        |
| 93 | الفرع الأول: مدد التقادم .....                                 |

|     |                             |
|-----|-----------------------------|
| 93  | أولاً: التقادم الطويل       |
| 93  | ثانياً: التقادم القصير      |
| 95  | الفرع الثاني: عوارض التقادم |
| 96  | أولاً: وقف التقادم          |
| 96  | ثانياً: انقطاع التقادم      |
| 98  | الخاتمة                     |
| 99  | النتائج                     |
| 101 | التوصيات                    |
| 103 | المصادر والمراجع            |
| B   | Abstract                    |

## مسؤولية الدولة عن أعمال السيادة - دراسة مقارنة

إعداد

حاتم رشيد عبد المجيد فتياني

بإشراف

د. حسن فلاح

### الملخص

تناولت هذه الدراسة التي تحمل عنوان "مسؤولية الدولة عن أعمال السيادة" ماهية هذه الأعمال من خلال الوقوف على مفهومها ومدلولها، ومن ثم تناولت الدراسة قواعد المسؤولية القانونية التي تؤسس عليها أنشطة الدولة السيادية.

إن الإدارة وفي معرض ما تدعيه من سيادة بعض الأنشطة تحاول بذلك أن تتأى بنفسها عن مقصلة الرقابة القضائية بالمطلق، وفي ظل هذا المسلك يثور تساؤل حول كيفية التعامل مع الضرر الذي قد تخلفه هذه الأنشطة السيادية، وما هي أسس مسؤولية الدولة عن هذه الأعمال وخاصة في ظل التوجه التقليدي الذي يسعى لاستبعاد تحميل الدولة المسؤولية عن الأعمال التي يقرر لها القضاء الصفة السيادية.

إن الخطأ هو أساس تقليدي بموجبه يتم تحميل الدولة عبء المسؤولية إذا ما توافرت أركانه وشروطه، ولكن تتطور الحياة اليومية واتساع رقعة النشاط الإداري جعلت هذا الأساس غير ملائم لخصوصية بعض الأعمال ولا يحقق العدالة المطلوبة، كل ذلك مهد لظهور فكرة المخاطر بهدف تحقيق التوازن بين أنشطة الدولة و حقوق الأفراد وسد الثغرة فيما بينهما .

ستحاول هذه الدراسة في ظل المفاهيم السابقة أن تبحث في الأسس الملائمة والتي من الممكن بناء عليها تأسيس مسؤولية الدولة وخاصة أن فرصة إلغاء أعمال السيادة بالمطلق ما زالت مستبعدة، ولا يعني ما سبق عدم إمكانية الخوض في القواعد التي تعالج ما تخلفه أعمال السيادة من آثار وصولاً لتحقيق العدالة والمساواة .

هذه الدراسة لا تسعى لخلق قواعد جديدة، وإنما تهدف لطرح فكرة تتمثل في توظيف الأسس القانونية الموجودة وإعمال مبادئها على الآثار التي قد تخلفها الأعمال السيادية، تجسيدا للمبادئ السامية المتمثلة بسيادة القانون والعدالة والمساواة، بالإضافة لتزايد الاتجاهات التي تصف أعمال السيادة بوصمة العار في جبين المشروعية.

## المقدمة

الدولة بمفهومها الحديث تركز على مجموعة من المبادئ الأساسية التي تهدف لتمكينها من الاضطلاع بمهامها ووظائفها، ويملك الأفراد بالمقابل الحق في مراقبة تصرفاتها بالوسائل التي تحددها التشريعات وهذا هو جوهر سيادة القانون والذي يعتبر من أسمى المبادئ التي كرسها القضاء<sup>1</sup>، فكل من الحاكم والمحكوم يخضعون للقانون وينزلون للحكم الذي يقرره ويرسمه<sup>2</sup>، ومن سيادة القانون ينبثق مبدأ المشروعية والذي يعني خضوع السلطة التنفيذية للقانون في أعمالها وأنشطتها وقراراتها<sup>3</sup>، فالمشروعية هي الضامن الأساسي لسيادة القانون في الأنظمة الإدارية على اختلاف توجهاتها. ولتحقيق التوازن بين المصلحة العامة التي تسعى لها كل دولة وبين حقوق أفرادها يتطلب ذلك وجود ضوابط وأدوات رقابية على أنشطة الإدارة، فالرقابة ضرورة حتمية تتطلبها طبيعة العمل الإداري، ففي ظل تطور النشاط البشري وتنوع مجالاته تكون الإدارة عرضة للوقوع بالأخطاء أو التسبب بالأضرار مما يستدعي معالجة هذه الآثار.

إن فرض الرقابة على أنشطة الإدارة يتنافى مع بعض التطبيقات التي تحتم موازنة المشروعية ومتطلبات العمل الإداري، وتندرج أعمال السيادة تحت هذه الاستثناءات، بل وتعتبر أخطرهما. فأعمال السيادة تعتبر وسيلة خطيرة ذات بُعدين فهي من جهة تخول الإدارة الصلاحية لممارسة أعمالها بعيداً عن رقابة القضاء، ومن جهة أخرى تعتبر انتكاسة تمس المشروعية<sup>4</sup>.

وفي هذه الدراسة سيتم مناقشة المشروعية في الفصل الأول بماهيتها ومصادرها وذلك لربط هذه المفاهيم مع الاستثناءات الواردة عليها وخاصة أعمال السيادة حيث أن نقاش المعايير المرتبطة بهذه الطائفة من الأعمال يحدد ما هو الميزان الذي من خلاله يمكن اعتبار عمل معين عملاً سياسياً،

<sup>1</sup> الطماوي، سليمان: مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية، الطبعة الثالثة. القاهرة: دار الفكر العربي، 1955، ص7

<sup>2</sup> حلو، ماجد: القضاء الإداري. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1995، ص15

<sup>3</sup> بسيوني، عبد الغني: القضاء الإداري، بلا طبعة. الإسكندرية: منشأة المعارف. 1996، ص11

<sup>4</sup> أبو سميحة، عبد الناصر: موسوعة القضاء الإداري في فلسطين، بلا طبعة، الجزء الأول، القدس: دار الفكر. 2011،

وستحاول الدراسة بيان ما يميز هذه الأعمال السيادية عن غيرها من المفاهيم التي قد تبدو متشابهة وهي حالة السلطة التقديرية والظروف الاستثنائية لتقديرها لاحقاً.

ويتناول الفصل الثاني ماهية المسؤولية التي تقع على عاتق الدولة وإدارتها، من خلال معالجة مفهوم المسؤولية الإدارية وخصائصها، وثم تنتقل الدراسة لنقاش الأسس التي تبنى عليها المسؤولية الإدارية سواء أكانت ناتجة عن الخطأ أو بدون اشتراط الخطأ (المخاطر)، لتقدير أي من القواعد القانونية أنسب لتأسيس المسؤولية عن الأعمال السيادية، وكما تم طرح مفهوم الأعمال القابلة للانفصال من أجل الوصول لأساس المسؤولية الإدارية للأعمال السيادية التي قد تنفصل عن الأنشطة الإدارية، وبالتالي الانتقال لمعالجة آثارها.

### أهمية الدراسة

تتجلى أهمية الدراسة في الموضوعات التي تطرحها وتسعى لمعالجتها وفي مقدمتها أعمال السيادة، فهذه الأنشطة صحيح أنها عولجت بالتحليل والمقارنة في العديد من الدراسات السابقة، إلا أن قلة قليلة من الدراسات تعرضت للآثار الناتجة عنها، ففي ظل التوجهات تقليدية التي تسعى لسحب رقابة القضاء على هذه الأعمال، وما يقابلها من توجهات تهدف لإلغاء النظرية بالكامل، يظهر اتجاه عقلائي يسعى لعلاج آثار هذه الأعمال من خلال قضاء التعويض، وبالتالي تظهر الحاجة للبحث عن أسس قانونية تبنى عليها المسؤولية .

### أسئلة الدراسة:

- 1- ما هي أعمال السيادة وكيف نشأت و تطورت في الأنظمة المقارنة .
- 2- هل حقاً ما زالت هنالك حاجة لأعمال السيادة للموازنة المشروعية .
- 3- كيف يتعاطى الفقه مع أعمال السيادة وما هي توجهاته ومبرراته.
- 4- ما هو الأساس القانوني للمسؤولية عن أعمال السيادة .
- 5- هل يتنافى التعويض مع أعمال السيادة وكيف يمكن الموازنة بين تقرير هذه الأعمال وبين جبر الضرر .

6- من هي المرجعية القضائية صاحبة الاختصاص في التعويض عن آثار أعمال السيادة.

### منهجية الدراسة

ومن أجل الإجابة على هذه الأسئلة والإشكاليات فإن الباحث سيتبع المنهج الوصفي التحليلي المقارن، بحيث سيتم الاعتماد على جمع المعلومات من المصادر والكتب والدراسات والأبحاث السابقة، وكما سيتم الاعتماد على المجالات العلمية المحكمة والقرارات القضائية، فالبحث العلمي هو تراكمي الصفة، والخبرات والتجارب السابقة تفتح المجال نحو البحث المتقدم من حيث انتهى الآخرون.

### الدراسات السابقة

- تحتوت، أحمد: المسؤولية الإدارية عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة (رسالة دكتوراه). جامعة عين شمس. القاهرة. مصر. 2007، تكمن أهمية هذه الدراسة في معالجتها لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة وهو أحد المبادئ التي ترتبط بشكل وثيق بنظرية المخاطر كأساس تكميلي لنظرية الخطأ التقليدية، فهذه الدراسة عالجت أعمال السيادة من منطلق جديد يتمثل في تطبيق نظرية المخاطر على الأعمال الإدارية .
- خاطر، شريف: مسؤولية الدولة عن القوانين المخالفة للدستور والاتفاقيات الدولية .(بحث أكاديمي منشور):مجلة البحوث القانونية والاقتصادية. العدد الرابع والخمسون. 2013، عالجت هذه الدراسة مسؤولية الدولة عن أعمال المشرع وبينت الدراسة ما هي الأسس القانونية التي تقوم عليها المسؤولية وناقشت المفاهيم المرتبطة بالخطأ والمخاطر كأسس قانونية للمسؤولية وهذا سيسعف الباحث عند تناول الأسس القانونية لمسؤولية الدولة عن أعمال السيادة.
- العتيبي، محمد مفرح: حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة (رسالة ماجستير منشورة ): جامعة نايف للعلوم الأمنية .الرياض.السعودية 2011، عالجت الدراسة السابقة أعمال السيادة في القضاء الإداري السعودي مستندة على مقارنة المبادئ القضائية بالشرعية الإسلامية، وأهم ما جاءت به هذه الدراسة أنه من الممكن الأخذ بفكرة



التعويض عن أضرار أعمال السيادة، وأهم ما يميز هذه الدراسة أن ركزت على الجانب التطبيقي

- النهري، مجدي مدحت: **مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية**، دار النهضة العربية، 1997، عالجت هذه الدراسة الأسس القانونية لمسؤولية الدولة عن الأعمال التي تباشرها بصورة شاملة حيث تعرضت للأعمال التشريعية ومسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، و أشار النهري لأعمال السيادة وأساس التعويض عنها من خلال مفهوم المخاطر .

يتضح من خلال المقارنة بالدراسات السابقة أنها تتشارك مع هذه الدراسة من ناحية الطرح و الأسس وإن كانت الموضوعات التي عالجتها الدراسات السابقة أكثر عمومية أو خاصة بنظام تشريعي محدد، ومن هذا المنطلق تأتي هذه الدراسة لتتخصص بموضوع محدد وفي إطار تشريعي معين يلائم خصوصية أعمال السيادة في النظام الفلسطيني ويقارنه بالنظم المجاورة .

#### إشكالية الدراسة

تم تقسم الدراسة للفصلين، فكان الفصل الأول لنقاش مبدأ المشروعية وماهيته و عناصره ومصادره والموازنة بينه وبين والامتيازات الممنوحة للإدارة ومنها أعمال السيادة، تأسيساً للحديث في الفصل لثاني عن إشكالية الدراسة الجوهرية وهي ما مدى مسؤولية الدولة عن أعمال السيادة وما هو أساسها القانوني .

## الفصل الأول

### مبدأ المشروعية وأعمال السيادة

تباشر الدولة وإداراتها مهامها وفق مبدأ الفصل بين السلطات، وتعتبر السلطة التنفيذية المحرك الأساسي في أي نظام ولذلك فلا يستبعد أن تقع بالخطأ أو أن يتضرر المتعاملين معها، كونها الأكثر تماساً مع الأفراد لطبيعة المهام الموكلة لها، فالإدارة تقدم الخدمات للمواطنين وفقاً لرؤية الدولة ومن خلال ما يضعه ممثلو الشعب في البرلمان<sup>1</sup>.

وعلى المؤسسة الإدارية أن تراعي القانون أثناء تأديتها لوظائفها، ولهذا أناط المشرع العمل الإداري بالقانون كمفهوم عام، لتتقيد الإدارة به ابتداء من الدستور والتشريعات العادية وليس انتهاء بالأنظمة الفرعية كتشريعات تفصيلية، وهذه القوانين منظومة متكاملة تسعى لتأكيد سيادة القانون .

إن الرقابة ضرورة حتمية تسعى لها كل الأنظمة لتؤكد من عدم مخالفة القانون بمعناه الواسع، فمنطق الأمور يستدعي أن لا يترك أي عمل من دون رقابة أو معيار محدد لفرضها أو جهة معينة تسند لها هذه المهمة لتجسيد دولة القانون واقعياً<sup>2</sup>، حيث أن الاستغناء عن الرقابة سيؤدي لإهدار المبادئ الأساسية التي وضعها المشرع وفي مقدمتها العدالة والمساواة مما قد يعنى والحالة السابقة أن الإدارة لا تقوم على مفهوم حكم القانون وستكون أقرب للدولة البوليسية<sup>3</sup>.

فالمشروعية تحدد متى يكون العمل متفق والقانون أو أنه يمثل خروجاً عنه، ولهذا سنعالج في هذا الفصل مفهوم المشروعية ومصادرها والاستثناءات الواردة عليها.

<sup>1</sup> شطناوي، علي خطار: القانون الإداري الأردني، الطبعة الأولى، عمان: المركز العربي. 1995، ص27

<sup>2</sup> بوضياف، عمار: علاقة مبدأ المشروعية بالدعوى الإدارية دعوى الإلغاء نموذجاً، مؤتمر الإلغاء والتعويض في القضاء الإداري، القاهرة: منشورات المنظمة العربية للتنمية البشرية. 2009م/ ص356

<sup>3</sup> أبو العثم، فهد: القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، بلا طبعة، عمان: دار الثقافة. 2005، ص42

## المبحث الأول: مفهوم مبدأ المشروعية

المشروعية هي الإطار الذي يحيط بأعمال الإدارة ويضمن عدم غلوها أو تعسفها أثناء قيامها بالأعمال الموكلة لها، وهذا هو الإطار العام لها، فالمشروعية مبدأ يتجسد من مصادر متنوعة ويرتبط بدلالات محددة .

### المطلب الأول: تعريف مبدأ المشروعية ومدلولها

تعرف المشروعية لغة بأنها: "شرع شرعاً أي تم تحديد الطريق به، وهي أيضاً ما سُن، والشرعي هو ما يطابق ما شرع"<sup>1</sup>، ويرى البعض أن كلمة شرعية ومشروعية هما مترادفتان في المعنى والدلالة<sup>2</sup>، بينما يرى البعض الآخر أن المشروعية تحمل معنى يفوق ويجاوز ما تحمله الشرعية من دلالة بحيث أن المشروعية هو لفظ أكثر عمومية لأنها تشمل القانون بمعناه الواسع بينما الشرعية تقتصر على التشريعات الوضعية فقط<sup>3</sup>.

أما اصطلاحاً فالمشروعية: هي سيادة القانون، والذي بدوره يقصد به خضوع كل من السلطات والأفراد لحكم القانون، فالقواعد القانونية مهما كان مصدرها يلتزم بها الحاكم والمحكوم، والدولة هي شخص من أشخاص القانون تخضع له في كل أنشطتها وأعمالها<sup>4</sup>، وهذا يقود للقول بأن السلطات العامة عليها أن تكون على ذات المستوى مع الأفراد في احترام القانون.

فالإدارة وهيئاتها لا تكون أعمالها وقراراتها النهائية صحيحة إلا إذا كانت وفقاً للقانون بمعناه الواسع، ولكل فرد الحق في طلب إلغاء أو وقف تنفيذ هذه الأعمال إذا خالفت القانون وللمتضرر الحق في طلب جبر الضرر والتعويض عنه إذا ما أسند للأعمال أو القرارات التي تتخذها الإدارة<sup>5</sup>.

فالمشروعية هي مجموعة من القواعد والأسس التي يتم اللجوء إليها لتقرير مدى مراعاة الأعمال والأنشطة والقرارات الإدارية لها، وذلك من خلال أدوات رقابية ويترتب على مخالفة تلك القواعد اعتبار

<sup>1</sup> ابن منظور، جمال الدين: لسان العرب، الطبعة بلا، بيروت: دار صادر، ج 8، ص175

<sup>2</sup> العتيبي، محمد مفرح: حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية (رسالة ماجستير منشورة) . جامعة نايف للعلوم الأمنية . الرياض . السعودية . 2011. ص13

<sup>3</sup> طاجن، رجب محمود: القضاء الإداري ومبدأ المشروعية، بدون طبعة . القاهرة: دار النهضة العربية . 2005. ص 9

<sup>4</sup> بوضياف، عمار: علاقة مبدأ المشروعية بالدعوى الإدارية دعوى الإلغاء نموذجاً، مرجع سابق. ص353

<sup>5</sup> الشوبكي، عمر محمد: القضاء الإداري دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع . 2006. ص17

قرارات أو أعمال الإدارة غير مشروعة وقد يترتب البطلان عليها كجزاء لمخالفتها القانون، فدون وجود جزاءات لا سبيل لدفع الإدارة للتقيد بالمشروعية ولهذا يقال أنه "لا معنى للمشروعية بدون جزاء"<sup>1</sup>. أما فيما يتعلق بمدلول المشروعية فإنه من المعروف أن المدلول يرتبط بالعناصر المكونة للمفهوم، ولكن أحياناً يختلف الفقه برسم هذه الدلالة فهناك اتجاه يرى بأنه لا يحق للإدارة أن تأتي بعمل قانوني أو مادي يخالف القانون بمعناه الواسع فتكون أعمال الإدارة مشروعة طالما لم تأتي بمخالفة لأحكام القانون<sup>2</sup>، وسيؤدي تبني هذا الاتجاه لنتيجة مفادها أنه يحظر على الإدارة أن تخالف القواعد القانونية، ولكن يميل الاتجاه نفسه لتوسيع سلطات الإدارة لأنه يمنحها صلاحيات واسعة لممارستها طالما أنها لم تخالف القانون<sup>3</sup>، وبالتالي يشكل هذا المدلول التزاماً سلبياً بالامتناع عن مباشرة أي عمل أو اتخاذ أي قرار إذا كان يتعارض مع القانون بمعناه الواسع.

الاتجاه الثاني يرى أن مدلول المشروعية يأتي من خلال خضوع الإدارة للقانون بإسناد جميع قراراتها وأعمالها للقانون وإلا عد تصرفها غير مشروع، فلا يكفي الالتزام بعدم مخالفة القواعد القانونية وإنما يجب الاستناد لقاعدة قانونية لإتيان أي تصرف سواء أكان عمل مادي أم قرار إداري<sup>4</sup>، وهذا الاتجاه يؤدي لتوسيع مبدأ المشروعية وتضييق نطاق حرية الإدارة في التصرف، وبالتالي إذا لم تؤسس الإدارة عملها على قاعدة قانونية سترتب البطلان على تصرفها، مما يؤدي لعرقلة العمل الإداري. وهناك اتجاه ثالث يرى بأن أعمال الإدارة لا تكون مشروعة إلا إذا كانت أعمال أو تطبيق لقاعدة قانونية قائمة مسبقاً، أي أن الإدارة هي فقط أداة لتنفيذ القانون فإذا لم يكن العمل الذي تأتبه الإدارة هو تنفيذ لقاعدة قانونية فيعتبر تصرفها غير مشروع<sup>5</sup>.

فالالاتجاه السابق يتشدد في تحديده لمدلول المشروعية فيعتبر الإدارة أداة لتنفيذ القانون ويجردها من أي سلطة تقديرية أو قدرة على الإبداع، وكما يتعارض مع مفاهيم الدولة الحديثة ضرورة توسيع

<sup>1</sup> <http://www.cours-de-droit.net/les-actes-de-gouvernement-a130123370>

<sup>2</sup> مختار، وهبي: دور القاضي الإداري في دعم وتعزيز مبدأ المشروعية. مؤتمر الإلغاء والتعويض في القضاء الإداري، القاهرة: منشورات المنظمة العربية للتنمية البشرية. 2009، ص 20

<sup>3</sup> بطيخ، رمضان: مبدأ المشروعية وضمانات احترامه. ندوة دور القضاء الإداري في دعم الخدمة المدنية. القاهرة: منشورات المنظمة العربية للتنمية البشرية. 2007، ص 4

<sup>4</sup> العتيبي، محمد مفرح: حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية (رسالة ماجستير منشورة). مرجع سابق. ص 18

<sup>5</sup> بطيخ، رمضان: مبدأ المشروعية وضمانات احترامه. مرجع سابق، ص 4

صلاحياتها، حيث أصبحت السلطة التنفيذية تباشر دوراً تشريعياً بصياغة الأنظمة واللوائح، كما أن هذا الاتجاه يتنافى مع فكرة القانون الواسع الذي لا يقتصر على التشريع العادي، بل يمتد للمصادر الأخرى غير مكتوبة كالعرف ومبادئ العدالة .

ويرى الباحث ومن خلال استعراض الاتجاهات السابقة بأنه يمكن أن يتم دمجها باتجاه منطقي متوافق لمفهوم المشروعية بشكل سليم، وذلك بأن يكون المدلول يدل على أن الإدارة تباشر تصرفاتها وأعمالها من خلال الرجوع للقانون بمعناه الواسع وذلك بجمع الاتجاهين الأول والثاني كونهما متكاملين، فالإدارة يجب عليها ألا تخالف قاعدة قانونية وأن تستند بأعمالها بشيء من القانون، وهنا يرى البعض أن الاتجاه الأول يمثل التزاماً سلبياً وأن الاتجاه الثاني يمثل التزاماً إيجابياً مما يحقق التكامل بين الاتجاهين<sup>1</sup>.

#### المطلب الثاني: مصادر المشروعية

لكل تشريع مصدر، فالأنظمة التشريعية تستقي تشريعاتها من مصادر مختلفة، فالقانون بمعناه الواسع الذي لا يشمل القانون الدستوري والتشريعات العادية وحسب بل يمتد ليشمل الأنظمة الفرعية والمصادر غير المكتوبة كالعرف والمبادئ.

وتقسم القواعد القانونية لطائفتين من حيث تدوينها:

- مصادر القانون المكتوبة
- مصادر القانون غير المكتوبة

#### الفرع الأول: مصادر القانون المكتوبة

##### أولاً: الدستور

الدستور هو الوثيقة الأساسية التي تتضمن نصوصاً تحدد طبيعة العلاقة بين سلطات الدولة من جهة، ومن جهة أخرى بين الدولة ومواطنيها، وكما تناقش النصوص الدستورية الموضوعات الجوهرية

---

1 الشوبكي، عمر محمد: القضاء الإداري دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص23

ذات الطابع السياسي واجتماعي كتحديد شكل الدولة ونظام الحكم فيها، فالدستور هو الضامن الأساسي للحقوق والحريات العامة ويتربع على رأس الهرم التشريعي و القانوني<sup>1</sup>.

القواعد الدستورية هي فيصل إذا ما دب خلاف حول أيا من الحقوق الأساسية، وبهذا فتكون النصوص الدستورية هي الأساس التشريعي للقواعد القانونية كونها صادرة عن السلطة التأسيسية الأصلية ومعبرة عن إرادة الشعب<sup>2</sup>، وهذا سيرتب نتيجة بغاية الأهمية وهي عدم مشروعية أي نص قانوني أو تصرف يخالف أو يعارض قواعد وأحكامه.

وقد صدرت العديد من الأحكام التي اعترفت للدستور بهذه المكانة حيث كرست محكمة العدل العليا الأردنية هذا المبدأ بقولها: "إن الرقابة الدستورية تهدف للحماية من الخروج عن القانون الأساسي من خلال فرض الرقابة على النصوص القانونية"<sup>3</sup>.

## ثانياً: القوانين العادية

تعرف القوانين العادية أو التشريعات بأنها مجموعة من القواعد القانونية التي تقرها السلطة التشريعية، وتهدف لبيان الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية في الدولة من خلال ما تعالجه من موضوعات<sup>4</sup>.

والتشريع هو المصدر الثاني من مصادر المشروعية بعد الدستور<sup>5</sup>، بل ويعتبر من أهم المصادر كونه يحوي على تفصيلات الحياة اليومية التي تمس حقوق المواطنين وتنظم علاقاتهم، فإذا كان النص الدستوري هو الأسمى إلا أنه لا يحوي سوى القواعد الأساسية التي تمثل خطوطاً عريضة لا تكون قادرة على تنظيم العلاقات القانونية بالتفصيل، لذا فإن التشريع هو مرآة الدولة في المجالات التي ينظمها لأنه يعكس السياسة العامة للدولة من خلال قواعد تشريعية مكتوبة.

---

<sup>1</sup> نصار، وليم: الدستور الذي نريد لفلسطين . الطبعة الأولى . رام الله: المؤسسة الفلسطينية للدراسات الديمقراطية – مواطن، 2004.ص8

<sup>2</sup> بسيوني، عبد الغني: القضاء الإداري، مرجع سابق، ص13

<sup>3</sup> أبو العثم، فهد: القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص47

<sup>4</sup> الشهري، احمد بن علي: أعمال السيادة في القضاء الإداري السعودي دراسة مقارنة تطبيقية ( رسالة دكتوراه منشورة ) .مرجع سابق.ص126

<sup>5</sup> حلو، ماجد: القضاء الإداري .مرجع سابق،ص 28

وبالرجوع لمدى رقابة القضاء على التشريعات فمن المستقر فقهاً وقضائياً أن القضاء الإداري لا يملك صلاحية إبطال التشريعات المخالفة للدستور لأن صلاحية القضاء الإداري محصورة في بسط الرقابة على القرارات الإدارية وأعمال الإدارة ولا يملك صلاحية إبطال هذه التشريعات مباشرة<sup>1</sup>، ولكن إذا ما صدر قرار إداري بموجب قانون مخالف لنص دستوري فيكون للقضاء البحث في دستوريته من خلال الدفع الفرعي<sup>2</sup>.

وقد نصت المادة 27 من قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية في الفقرة الثالثة بأن "للخصوم الحق في الدفع بعدم دستورية نص قانوني أو مرسوم أو لائحة"<sup>3</sup>، وفي إحدى قرارات القضاء الفلسطيني قضت المحكمة بإحالة نص المادة 5/389<sup>4</sup> من قانون العقوبات الأردني الساري إلى المحكمة العليا بصفتها الدستورية للنظر في احتمال مخالفة المادة لأحكام القانون الأساسي المعدل لسنة 2003<sup>5</sup>.

### ثالثاً: القرارات التنظيمية والأنظمة

القرارات التنظيمية والأنظمة وتسمى أيضاً باللوائح أو التشريعات الفرعية هي عبارة عن مجموعة من القرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية بوظيفتها التشريعية، وتتضمن هذه اللوائح قواعد عامة ومجردة ومحددة وملزمة لتطبق على الأفراد، فهي تتشابه مع القوانين من حيث الموضوعات التي تناقشها وشكل قواعدها ولكنها تختلف بأن مشرعها هو السلطة التنفيذية وليس البرلمان، وأنها تفصيلية أكثر من التشريعات العادية<sup>6</sup>.

وقد تضمنت المادة 33 من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطينية رقم 5 لسنة 2001 "تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي .. وجاءت الفقرة الثانية لتؤكد بسط رقابة المحكمة على القرارات الصادرة بمقتضى اللوائح والأنظمة"، وفي هذا قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية: "أن التعليمات

<sup>1</sup> خليل، محسن: القضاء الإداري، الطبعة بلا. بيروت: الدار الجامعية. بلا سنة نشر، ص 64

<sup>2</sup> بسيوني، عبد الغني: القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 17

<sup>3</sup> المادة 27 من القانون الأساسي الفلسطيني

<sup>4</sup> تنص المادة 389 فقرة 5 من قانون العقوبات الأردني الساري بالصفة الغريبة على معاقبة الفاعل بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاث أشهر "من وجد متجولاً في أي ملك أو على مقربة منه أو في أية طريق أو شارع عام أو في مكان لهما أو في أي محل عام آخر في وقت وظروف يستنتج منه بأنه موجود لغاية غير مشروعة أو غير لائقة"

<sup>5</sup> الأشقر، أحمد: الحماية القضائية للحقوق والحريات العامة في فلسطين، مرجع سابق، ص 89

<sup>6</sup> حلو، ماجد: القضاء الإداري . مرجع سابق، ص 30

واللوائح الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية لا يجوز أن تخالف أحكام القانون الذي يسمو عليها<sup>1</sup>.

وتقسم اللوائح لقسمين رئيسيين هما:

- اللوائح العادية.
- اللوائح الاستثنائية أو ما يسمى بالقرار بقانون.

#### • اللوائح العادية

أما اللوائح العادية فهي اللوائح والأنظمة الصادرة عن السلطة التنفيذية بما خولها به القانون وتشارك هذه اللوائح بكونها أداة تشريعية هامة بيد السلطة التنفيذية مُنحت لها لتنفيذ القانون أو لتنظيم العمل الإداري<sup>2</sup>.

وتقسم هذه اللوائح بحسب طبيعة الموضوع الذي تعالجه إلى لوائح التنفيذية و المستقلة، فاللوائح التنفيذية تصدر عن السلطة التنفيذية لتنفيذ الأحكام التي تتضمنها القوانين العادية، وهذه هي الصورة الأصلية للوائح لأنها هي غاية المشرع من منح هذه الصلاحية للسلطة التنفيذية، فالتشريع العادي غير قادر لوحده أن يؤدي دوره لما يحتوي من أحكام تحتاج للآليات تنفيذية تفصيلية، وهذه اللوائح تحوي على نصوص تنفيذية محضة لا تزيد أو تحد من ذات القانون<sup>3</sup>، وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا الفلسطينية في إحدى قراراتها<sup>4</sup>.

والنوع الثاني من الأنظمة هي اللوائح المستقلة والتي تعرف بأنها مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم مسائل غير منصوص عليها في التشريعات العادية، وهي مستقلة بذاتها وتصدر في مجالات محددة على سبيل الحصر بموجب نص دستوري ولا يجوز أن تتناول الأنظمة المستقلة أي أمر خلاف ما ينص عليه الدستور<sup>5</sup>.

---

1 منظومة القضاء والتشريع الفلسطيني قرار محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، رقم 2005/113 والصادر بتاريخ 2006/5/13، ص3

<sup>2</sup> شطناوي، علي خطار: القانون الإداري الأردني، مرجع سابق، ص50

<sup>3</sup> أبو العثم، فهد: القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص80

4 منظومة القضاء والتشريع الفلسطيني قرار محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، رقم 2007/145 والصادر بتاريخ 2008/5/14، ص3

5 ذنبيات، محمد جمال: موجز في القضاء الإداري الأردني، الطبعة الأولى، عمان: دار العلوم للنشر والتوزيع. 2005، ص19



## • اللوائح الاستثنائية أو القرار بقانون

تتعدد تسمية هذه الطائفة من التشريعات باختلاف الأنظمة التشريعية وإن كانت هي ذاتها من ناحية المفهوم والعناصر وتعرف: بأنها مجموعة من القواعد والتشريعات التي تصدر عن السلطة التنفيذية ممثلة برئيس الدولة في الأحوال التي تكون فيها ظروف استثنائية تحول دون انعقاد البرلمان وتقتضي معالجة سريعة للحفاظ على سلامة الدولة ووحدة أراضيها<sup>1</sup>.

وعالج القانون الأساسي هذه الأنظمة في المادة 43 التي تحدثت عن صلاحية رئيس السلطة الفلسطينية بإصدار لوائح في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي في حال كانت هنالك ظروف تستلزم إصدار مثل هكذا تشريعات وفق شروط معينة<sup>2</sup>، وهذه المادة هي النسخة الفلسطينية من المادة 154 من الدستور المصري<sup>3</sup> الذي تعود أصوله التشريعية للمادة 16 من الدستور الفرنسي التي تنص على: "حينما تصبح مؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة وحدة أراضيها في خطر .. فإن لرئيس الجمهورية أن يتخذ من الإجراءات ما تتطلبه هذه الظروف"<sup>4</sup>.

وتثير هذه الطائفة من التشريعات العديد من الإشكاليات لأنها تعتبر استثناءً على الدور التشريعي للبرلمان وكما أن الموضوعات التي تنظمها هي ذاتها الموضوعات التي كان يفترض أن تنظم بتشريع عادي، ولهذا وضعت الدساتير مجموعة من القيود التي تنظم هذه الطائفة من التشريعات. وتفضيلاً للقيود السابقة جاء الفقه الدستوري ليقسم القيود لأربعة قيود وهي:

• **القيد الزمني:** هو القيد الذي يرد على صلاحية السلطة التنفيذية بمباشرة إصدار قوانين مؤقتة في أوقات معينة حصراً وهي الفترة التي لا تكون فيها السلطة التشريعية منعقدة أو في غير أدوار انعقادها<sup>5</sup>.

---

1 الشهري، احمد بن علي: أعمال السيادة في القضاء الإداري السعودي دراسة مقارنة تطبيقية (رسالة دكتوراه منشورة)، مرجع سابق، ص146

2 المادة 43 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003:

3 دستور جمهورية مصر العربية 2014، المادة 154:

4 الشهري، احمد بن علي: أعمال السيادة في القضاء الإداري السعودي دراسة مقارنة تطبيقية (رسالة دكتوراه منشورة)، مرجع سابق، ص146

5 ذنبيات، محمد جمال: موجز في القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، ص23

- **قيد الضرورة:** لا يجوز أن تباشر السلطة التنفيذية إصدار هذه القوانين إلا بالأحوال الاستثنائية التي لا تحتل التأخير<sup>1</sup>، والصلاحيات بتحديد توافر حالة الضرورة من عدمها يعود بالمقام الأول لرأس السلطة التنفيذية في الدولة، وهذا لا يمنع بأي حالة من الأحوال فرض الرقابة القضائية من خلال المحكمة الدستورية إذا ما تم تقديم طعن لتحديد مدى احترام الرئيس للشروط الدستورية<sup>2</sup>.
- **القيد الإجرائي:** يقصد بهذا القيد الإجراءات المنظمةة لإقرار القانون المؤقت بعد وضعه من قبل السلطة التنفيذية، فالإجراءات هي نفسها إجراءات إقرار القانون.
- **القيد الموضوعي:** لقد سبق أن بينا أن هرمية القوانين تقتضي أن تراعى السلسلة التراتبية للتشريعات فلا قانون يخالف الدستور ولا نظام يخالف القانون، فلا يجوز أن يتضمن القرار بقانون أحكام تخالف الدستور أو التشريعات العادية<sup>3</sup>، وقد استقر اجتهاد محكمة العدل العليا الأردنية على أن القانون المؤقت يعالج ما يعالجه القانون العادي<sup>4</sup>، لذلك يصفها البعض بأنها قوانين كاملة الدسم<sup>5</sup>.

#### رابعاً: المعاهدات

تعتبر المعاهدات من مصادر المشروعية في غالبية الأنظمة القانونية إذا أنها وبعد التصديق عليها من البرلمان تصبح كالتشريع العادي وجزء من المنظومة القانونية للدولة<sup>6</sup>، فتصبح ضمن ذات الرتبة في سلم المشروعية.

إن المبادئ الأساسية في القانون الدولي تعتبر أن المعاهدات الدولية المبرمة تلزم أطرافها وفقاً للقاعدة المستقرة وهي أن العقد شريعة المتعاقدين ولهذا نظمت معظم الدساتير آليات وإجراءات إقرار وتصديق المعاهدات ففي المادة 33 من الدستور الأردني نصت على أن الملك يبرم المعاهدات والاتفاقيات ولا

<sup>1</sup> أبو العثم، فهد: القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 68

<sup>2</sup> خليل، عاصم: دراسات في النظام الدستوري الفلسطيني، الطبعة الأولى. رام الله: منشورات جامعة بيرزيت. 2015، ص 29

<sup>3</sup> أبو العثم، فهد: القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 68

<sup>4</sup> قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 31 لسنة 1972 مشار إليه لدى الشوبكي، عمر محمد: القضاء الإداري دراسة مقارنة،

مرجع سابق، ص 34

<sup>5</sup> خليل، عاصم: دراسات في النظام الدستوري الفلسطيني، مرجع سابق، ص 30

<sup>6</sup> الشوبكي، عمر محمد: القضاء الإداري دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 35

تكون نافذة إلا إذا وافق عليها مجلس الأمة<sup>1</sup>، وفي القانون الأساسي الفلسطيني جاءت المادة 10 منه لتقرر أن السلطة الفلسطينية تعمل على الانضمام للإعلانات والمواثيق الدولية، ولكن الإشكالية هي أن القانون الأساسي لم يعالج مسألة تنظيم علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي حيث لم يتضمن القانون الأساسي على أي مادة تشير إلى آليات توطين المعاهدات أو علاقتها بالقانون الداخلي على خلاف ما تبنته دول أخرى<sup>2</sup>.

ويرى الباحث أن القانون الأساسي الفلسطيني لم يشر إلى آلية التعامل مع المعاهدات أو توطينها داخلياً وهذا خلل حاد فمن الضرورة أن يتم تعديل نصوص القانون الأساسي لمعالجة هذه المسألة، فلا يكفي تفعيل النشاط الدبلوماسي وتكثيف الجهود للانضمام للمعاهدات إذا لم تكن هنالك رؤية مستقبلية للفائدة المرجوة منها وآلية إنفاذها داخلياً وتحديد مكانتها<sup>3</sup>.

#### خامساً: الأحكام القضائية

إن الأحكام القضائية هي نتاج الجهد القضائي الذي يتوج بصور قرار يكون عنواناً للمبادئ التي تم معالجتها، فالتشريع يبقى قاعدة مكتوبة لا تخرج من دفتي الكتاب إذا لم يعبر القضاء في أحكامه عن روح هذه القواعد.

والأحكام القضائية تقف إلى جانب المصادر السابقة كمصدر هام من مصادر المشروعية سواء في الأنظمة التي تأخذ بالسوابق القضائية أو حتى بالأنظمة التي لا تأخذ بها، فلا شك بأن الأحكام القضائية على اختلاف الأنظمة القضائية لها مكانة في سلم المشروعية.

فالأنظمة القضائية التي تأخذ بأسلوب السوابق القضائية تجعل من أحكام المحاكم العليا سابقة ملزمة للمحاكم الأدنى درجة<sup>4</sup>، ولهذا فإن الأحكام القضائية لها مكانة مميزة في ظل الأنظمة التي تأخذ بها كالنظام الإنجليزي .

<sup>1</sup> شطناوي، علي خطر: القانون الإداري الأردني، مرجع سابق، ص50

<sup>2</sup> البطمة، ريم: المعاهدات الدولية والقانون الوطني، الطبعة الأولى، رام الله: منشورات مركز مساواة. 2014، ص46

<sup>3</sup> وهنا يشار إلى القرار الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في القرار التفسيري رقم 2017/5 الصادر بتاريخ 2018/3/12، حيث أعتبر القرار أن مكانة الاتفاقيات الدولية هي أقل من الدستور وفي ذات الوقت تسمو على التشريعات الوطنية، وأشار القرار أن القانون الأساسي لا يتضمن نصوص لآليات إنفاذ المعاهدة وأن المعاهدة لا تعتبر بذاتها قانون طالما لم تمر بإجراءات إقرارها لتكتسب القوة التشريعية .

<sup>4</sup> <https://www.hg.org/case-law.html>

أما الأنظمة التي لا تأخذ بنظام السوابق القضائية فيختلف الأمر، فتعتبر الأحكام التي يقررها أحكاماً يستدل بها تفسيرياً دون أن يكون الاستدلال ملزماً، وهذا هو النهج الذي تتبناه معظم الأنظمة القانونية العربية ومنها القضاء الفلسطيني<sup>1</sup>، بمعنى أن القضاء يطبق القواعد القانونية الموجودة فعلاً دون أن يصدر تشريعات جديدة.

## الفرع الثاني: مصادر القانون غير المكتوبة

تعتبر المصادر غير المكتوبة المجموعة الثانية لمصادر المشروعية وتشمل هذه الطائفة كلاً من العرف والمبادئ القانونية العامة.

### أولاً: العرف

العرف بشكل عام هو عادة درج الناس عليها في معاملاتهم حتى أصبحوا يستشعروا بإلزامها، فهو المصدر الأول للتشريع في المجتمعات القديمة قبل تقنين القواعد بشكلها الحالي، ليتحول العرف إلى قواعد تكميلية تعمل بجانب التشريعات العادية<sup>2</sup>، فالقواعد العرفية هي مصدر من مصادر المشروعية وتشمل هذه القواعد كل من القواعد العرفية الدستورية والقواعد العرفية الإدارية . فالعرف الدستوري: فهو مجموعة من القواعد التي درجت الهيئات الحاكمة في الدولة على إتباعها في موضوع من موضوعات القانون الدستوري ليستقر في وجدانها إلزام هذه القواعد<sup>3</sup>، والعرف الدستوري قد يكون مفسراً أو مكملاً للقواعد الدستورية، وأما في حالة العرف المعدل فإن تعديل الدستور لا يكون إلا بالإجراءات التي رسمها الدستور نفسه .

---

<sup>1</sup> علاونة، فادي نعيم: مبدأ المشروعية وضمانات تحقيقه. ( رسالة ماجستير ). جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين 2011. ص 47

<sup>2</sup> حلو، ماجد: القضاء الإداري . مرجع سابق، ص 33

<sup>3</sup> بوضياف، عمار: علاقة مبدأ المشروعية بالدعوى الإدارية دعوى الإلغاء نموذجاً، مرجع سابق، ص 361

أما العرف الإداري فيعرف: بأنه مجموعة من القواعد غير المكتوبة التي جرت على إتباعها السلطة الإدارية أثناء قيامها بواجبها بخصوص حالة معينة وذلك بشكل منتظم ومطرّد ليرسخ في وجدانها أن هذه القاعدة ملزمة قانونياً<sup>1</sup>.

وبالتالي فإن العرف الإداري يتكون من عنصرين: عنصر معنوي مقتضاه أن يقوم في ضمير الأفراد وضمير الجهات الإدارية أن القاعدة القانونية ملزمة والثاني مادي يرتبط بالممارسة العملية والاعتقاد على تكرار هذه القاعدة<sup>2</sup>، ويجب أن يكون الاعتقاد متبعاً من غالبية الأفراد والجماعات التي يخصها الأمر، ويرتبط الاعتقاد أيضاً بالانتظام والاستقرار بحيث يقتضي أن تكون القاعدة قديمة ومستقرة من أجل ثبات القاعدة في ضمير ووجدان الجماعة وألا تخالف نص تشريعي قائم<sup>3</sup>.

إن تطبيق العرف في المجال القضائي يتسم بالمحدودية وذلك يعود لمجموعة من العوامل أهمها قدرة الإدارة على صياغة متطلباتها بشكل أنظمة ولوائح، كما أن الإحاطة بالقواعد العرفية ليس بالأمر السهل كون أن القاعدة العرفية تطلب مجموعة من الأركان<sup>4</sup>، ويبقى أن نشير إلى ضرورة احترام مبدأ التراتبية الهرمية لمصادر المشروعية بأن يكون العرف في مرتبة أدنى من التشريع العادي.

## ثانياً: المبادئ العامة للقانون

إن مبدأ المشروعية وعناصره لا تعني الخضوع للقواعد المكتوبة أو العرفية فقط وإنما يمتد مبدأ المشروعية ليشمل القانون بمعناه العام والواسع، ليصبح مدلوله الخضوع لكل قاعدة قانونية مهما كان مصدرها طالما أنها لم تخالف قاعدة تعلوها درجة، وإلى جانب الدستور والتشريعات واللوائح والعرف تأتي المبادئ القانونية .

<sup>1</sup> بطيخ، رمضان: مبدأ المشروعية وضمانات احترامه. ندوة دور القضاء الإداري في دعم الخدمة المدنية. القاهرة: منشورات المنظمة العربية للتنمية البشرية. 2007، ص 14

<sup>2</sup> حلو، ماجد: القضاء الإداري . مرجع سابق 1995، ص 34

<sup>3</sup> حكم محكمة العدل العليا الأردنية الصادر بتاريخ 1981/6/13 مشار إليه لدى شطناوي، علي خطار: القانون الإداري الأردني، مرجع سابق، ص 55

<sup>4</sup> عبد الوهاب، محمد: القضاء الإداري، الطبعة الأولى، بيروت: منشورات الحلبي، 2005، ص 37

فهذه المبادئ تتبع من روح القانون نفسه قبل أن يخط بصحف وبهذا يكاد لا يخرج أمر دون تنظيم قانوني، وتصبح المبادئ القانونية خط الدفاع الأول والأخير في هرم المشروعية، وبهذا تكتسب المبادئ أهميتها كعنصر من عناصر المشروعية .

وتعرف المبادئ العامة بأنها: تلك المبادئ التي استقر عليها وجدان القضاء الذي يقررها أو يستتبها أو يكشفها، فتكسب قوتها الإلزامية لتصبح جزء من عناصر مبدأ المشروعية<sup>1</sup>، و يترتب على مخالفة هذه المبادئ انتهاك أحد عناصر المشروعية مما سيؤدي لأن يكون القرار الإداري أو العمل المادي مخالف للقانون ومستوجب الطعن.

فالمبادئ القانونية تنظم العديد من المجالات، فهناك العديد من المبادئ التي كرسها القانون ولا يمكن تجاوزها كاستقرار المعاملات أو المساواة أمام الأعباء العامة والعدالة والإنصاف<sup>2</sup>. أما عن قيمة هذه المبادئ على سلم المشروعية فإن الرأي الأقرب للصواب يربط بين أصل هذه المبادئ وقيمتها وبالتالي إذا كان مصدر هذه المبادئ دستوري فيكون لها ذات قوة النص الدستوري وإذا كانت المبادئ مستتبطة من النصوص التشريعية فتكون لها قوة أدنى من النص التشريعي<sup>3</sup> .

### المطلب الثالث: موازنة مبدأ المشروعية

إن موازنة مبدأ المشروعية أو الاستثناءات الواردة عليها يرتبط باعتبارات تقتضي المرونة في النشاط الإداري، حيث تحتاج الإدارة للمزيد من الصلاحيات لتباشر عملها دون أي عوائق، فأقر الفقه والقضاء للإدارة مجموعة من الصلاحيات التي تهدف لموازنة مبدأ المشروعية ومنها أعمال السيادة. وقد تجسدت هذه الاستثناءات في ثلاث صور وهي:

- نظرية السلطة التقديرية
- نظرية الظروف الاستثنائية

<sup>1</sup> بسيوني، عبد الغني: القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 31

<sup>2</sup> حلو، ماجد: القضاء الإداري . مرجع سابق، ص 37

<sup>3</sup> علاونة، فادي نعيم: مبدأ المشروعية وضمانات تحقيقه. ( رسالة ماجستير ). مرجع سابق. ص 42

## - نظرية أعمال السيادة

ولأن هذه الدراسة ترتبط بشكل مباشر بأعمال السيادة فسيقتصر هذا المطلب على معالجة السلطة التقديرية و نظرية الظروف الاستثنائية، على أن يخصص المبحث الثاني للحديث عن نظرية أعمال السيادة موضوع هذه الدراسة.

### الفرع الأول: السلطة التقديرية

يسعى المشرع عند تنظيمه صلاحيات الإدارة وواجباتها إعطاؤها اختصاصات مقيدة وأخرى تقديرية حسب الحالة المطروحة، فإذا ما منح المشرع الإدارة صلاحية بضوابط وحدد شروط فنكون حينها أمام سلطة مقيدة<sup>1</sup>، أما إذا ترك المشرع الخيار للإدارة في تحديد الإجراء المتخذ سواء القيام بعمل أو الإمتناع فنكون أمام سلطة تقديرية<sup>2</sup>.

فالسلطة التقديرية: هي المساحة الممنوحة للإدارة في مواجهة كل من الأفراد والقضاء للاختيار في حدود الصالح العام وقت التدخل وأسلوبه<sup>3</sup>، وهذه الحرية التي تتمتع بها الإدارة ترتبط بمتطلبات النشاط الإداري<sup>4</sup>.

فالمشرع إذا ما حدد للإدارة عقوبة معينة توقعها على الموظف المخالف فإن الإدارة تلتزم بالجزاء المحدد وفق الأنظمة وهذا ما يسمى بالمجال المقيد، وبالمقابل يمكن أن يكون الجزاء ضمن مجموعة جزاءات للإدارة الحق في اختيار أي منها فيسمى ذلك بالمجال التقديري<sup>5</sup>.

أما عن مبرراتها فأسلوب السلطة التقديرية هو الأسلوب الأمثل لحماية الحقوق للأفراد طالما التزمت الإدارة بالضوابط التشريعية وتم مراعاة الصالح العام في قراراتها، فالإدارة هي الأكثر قرباً للأفراد وبالتالي يكون من الأمثل منحها صلاحيات تقديرية لتحقيق أهدافها، وكما أن الإدارة لها خبرة واسعة

---

<sup>1</sup> بسيوني، عبد الغني: القضاء الإداري، مرجع سابق، ص38

<sup>2</sup> بن كده، نور الدين: مبدأ المشروعية في القرار الإداري (رسالة ماجستير) جامعة محمد خيضر. 2015. ص17

<sup>3</sup> شطناوي علي خطار: القانون الإداري الأردني، مرجع سابق، ص68

<sup>4</sup> رزوقي، عبد القادر: ضمانات تحقيق مبدأ المشروعية (رسالة ماجستير) جامعة قاصدي ورقلة. 2013، ص21

<sup>5</sup> مخاشف، مصطفى: السلطة التقديرية في إصدار القرارات الإدارية. (رسالة ماجستير) جامعة أبو بكر بلقايد. الجزائر

2007. ص8

في حقل العمل الإداري تخولها اختيار الأسلوب الأمثل وتوقيته، فمهما تطورت التشريعات لن تكون قادرة على توقع الاحتمالات التي يمكن أن تتعرض لها الإدارة في معرض عملها<sup>1</sup>.

وتخضع السلطة التقديرية للرقابة القضائية، ولكن هذه الرقابة تقتصر على رقابة المشروعية، بمعنى أن القضاء يختص في البحث إذا ما كانت الإدارة قد التزمت بالنص القانوني، ولا يختص القضاء فيما إذا كان التصرف ملائم أم لا، فالمشرع حينما يمنح الإدارة صلاحية وامتيار في الاختيار من بدائل كلها مشروعة لا يكون للقضاء فرض رقابته على خيار الإدارة و إلا كان ذلك عيباً يمس استقلالية السلطات<sup>2</sup>.

ويرى الباحث أن السلطة التقديرية لا تمثل خروجاً عن المشروعية طالما التزمت الإدارة بالضوابط والحدود الممنوحة لها ووضعت نصب أعينها الحفاظ على الصالح العام وراقب القضاء مشروعية هذه التصرفات، فهي قيد يوازن المشروعية لتحقيق الملائمة بين النص والواقع العملي وهي تخضع للرقابة الحقيقية فلا تشكل أي خطورة طالما كان هنالك رقابة حقيقية سواء ذاتية من الإدارة نفسها أو لاحقة من القضاء حينما يصل إليه الأمر .

### الفرع الثاني: الظروف الاستثنائية

إن هذه النظرية ابتكار قضائي بالأساس، حيث تم وضع بعض الإجراءات الإدارية التي تعتبر غير مشروعة في الأحوال العادية في خانة المشروعية بأحوال أخرى لخلق توازن بين المشروعية وبين الظروف غير العادية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> الشهري، احمد بن علي: أعمال السيادة في القضاء الإداري السعودي مرجع سابق.ص174

<sup>2</sup> علاونة، فادي نعيم: مبدأ المشروعية وضمانات تحقيقه. مرجع سابق.ص 62

<sup>3</sup> حلو، ماجد: القضاء الإداري . مرجع سابق ص 51



إن القضاء الإداري الفرنسي هو الذي ابتكر هذه النظرية ولم يتم بوضع تعريف محدد لها، والسبب يرجع لما بينه مفوض الحكومة الفرنسية بأن هذه الفكرة غير واضحة المعالم ولا يمكن تقيدها بمفهوم محدد لما تتطلبه من مرونة وهي تختلف باختلاف الحالات<sup>1</sup>.

ويمكن تعريف الظروف الاستثنائية: أن بعض الأعمال والتصرفات والقرارات غير المشروعة بالأحوال العادية تصبح مشروعة في حال وجود ظروف تقتضيها للحفاظ على النظام العام وإطراد سير المرافق العامة.

والظروف الاستثنائية لا تعني أن الإدارة لها مطلق الحرية في الخروج عن المشروعية بدون ضوابط أو قيود، ولكن يتم التعامل معها بنوع خاص من المشروعية يلبي احتياجات المرحلة الاستثنائية<sup>2</sup>، فمنطق الأمور يقضي بأن تعالج الأزمة بطرق تواكبها فتكون الإجراءات العادية غير مناسبة للتعامل مع ظروف غير عادية<sup>3</sup>، فالنص القانوني وجد ليتعامل مع حالة نموذجية عادية، بينما الأحوال التي قد تمر بها الدولة من كوارث أو حروب أو عصيان مسلح سيؤدي لعجز النص القانوني عن معالجة هذه الأزمات مما يتطلب نصوص أخرى تتلاءم مع هذه الظروف.

وتم تقييد هذه النظرية بضوابط محددة لضمان عدم تغول الإدارة أو المساس بالمشروعية وهي:

- توافر حالة من حالات الضرورة: يجب أن يوجد الظرف الاستثنائي ابتداء لإعمال الظروف الاستثنائية فلا يجوز أن يصار لهذه النظرية دون مسوغ حقيقي وإلا كان ذلك خروجاً جسيماً على مبدأ المشروعية دون مبرر .
- أن تكون الوسائل العادية غير كافية لمواجهة هذه الظروف .
- تقدر الضرورة بقدرها، وهذا هو الأساس في تحديد مدى ونطاق حالة الضرورة .
- أن تكون الغاية هي تحقيق الصالح العام .

<sup>1</sup> نقاش، حمزة: الظروف الاستثنائية والرقابة القضائية (رسالة ماجستير) جامعة منتوري، قسنطينة. الجزائر. 2010 ص15

<sup>2</sup> حلو، ماجد: القضاء الإداري . مرجع سابق، ص 52

<sup>3</sup> أبو العثم، فهد: القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص85

أما عن آلية العمل بهذه النظرية فالنص الدستوري هو المرجع، حيث لا يكاد يخلو دستور من الإشارة إلى هذه المسألة، بل إن بعض التشريعات توضح بآليات تفصيلية كيفية التعامل مع هذه الظروف، مثل الدستور المصري الذي يخول الرئيس باتخاذ إجراءات لمواجهة الخطر<sup>1</sup>.

وفي القانون الأساسي الفلسطيني نصت المادة 110 منه صراحة على هذه النظرية من خلال تنظيمها لحالة الطوارئ، حيث تحدثت المادة عن الحالات التي يكون فيها تهديد للأمن القومي وأجازت للرئيس إعلان حالة الطوارئ مدة لا تتجاوز الثلاثين يوم وحددت المادة آلية تمديد المدة وذلك لمرة واحدة بعد أخذ موافقة ثلثي المجلس التشريعي.

أما مصير الإجراءات التي تمت خلال حالة الطوارئ فتنتهي بزوالها فلو مثلاً تم تعليق بعض النصوص القانونية فينتهي التعليق بزوال وانتهاء حالة الطوارئ .

ونظم الدستور الأردني هذه الحالة في المادة 125 منه حيث أن الإرادة الملكية تعلن حالة الطوارئ بناء على قرار من مجلس الوزراء ولكن مسألة تقدير وجود طارئ من عدمه لا يدخل ضمن صلاحية محكمة العدل الأردنية، أما بالنسبة للقرارات والأنظمة الصادرة بمقتضى قوانين الدفاع فقد استقر اجتهاد محكمة العدل أنها خاضعة لرقابة القضاء الإداري وقابلة للإلغاء والتعويض إذا كانت مشوبة بعيب من عيوب البطلان، ففي قرار لمحكمة العدل العليا الأردنية اعتبرت أنه لا يجوز اللجوء لقرار الحاكم العسكري للاستيلاء على مأجور وتسليمه للمالك استناداً لحالة الطوارئ<sup>2</sup>، وهذا ما أكدته أيضاً المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن القضاء لا يمنع من الرقابة على أعمال الإدارة التي اتخذت في حالة الضرورة لفحص القرار الإداري والتأكد من عدم تعسف الإدارة في استعمال السلطة<sup>3</sup>.

ويبقى أن نشير إلى أن مسألة الرقابة على حالة الطوارئ تكون على مستويين المستوى الأول وهو الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية وهذا يدخل ضمن رقابة القضاء الإداري، أما مسألة مدى الانسجام بين القوانين والإجراءات مع النصوص الدستورية فهذا يدخل ضمن رقابة المحكمة الدستورية .

<sup>1</sup> المادة 154 والمادة 156 من الدستور المصري لسنة 2014

<sup>2</sup> الشوبكي، عمر محمد: القضاء الإداري دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 87

<sup>3</sup> مختار، وهبي: دور القاضي الإداري في دعم وتعزيز مبدأ المشروعية . مرجع سابق، ص 19

### المبحث الثاني: أعمال السيادة

تعتبر نظرية أعمال السيادة من المفاهيم التي تثير العديد من الإشكاليات بمجرد طرحها، فهذه الأعمال نشأت على يد مجلس الدولة الفرنسي وترسخت في التطبيق القضائي حتى أضحت عند البعض حقيقة لا تنكر ولا تنتقد .

ترتبط أعمال السيادة بمعايير محددة تميز بينها وبين المفاهيم والنظريات المتشابهة لذا من الضرورة البحث في هذه المعايير لتحديد الأعمال السيادية وبعدها الانتقال لدراسة آثارها.

### المطلب الأول: تعريف أعمال السيادة

إن الرومان هم أوائل من نظّر لمفهوم السيادة حتى وصل إلينا بصورته الحالية<sup>1</sup>، ومن هذا المفهوم انبثق مصطلح أعمال السيادة أو أعمال الحكومة "Act Of Sovereignty"، ولتحديد هذا المفهوم علينا الرجوع لمصطلح السيادة المجرد، فتعرف السيادة اصطلاحاً: "بأنها السلطة أو الصلاحية العليا والمطلقة التي تستأثر بالحق في إنشاء الخطاب الذي يلزم المكلف و المرتبط بالحكم على الأشياء والأعمال"<sup>2</sup>، كما تعرف بأنها "السلطة العليا التي يخضع لها المواطنون والأعمال والأنشطة وتكون غير مقيدة بقواعد"<sup>3</sup>، فالسيادة ترتبط بمفهوم السيطرة الداخلية وعدم الخضوع للقوى الخارجية<sup>4</sup>.

وفي حكم محكمة الإدارية العليا المتعلق بالطعن الذي قدمته الحكومة المصرية في قضية جزيرتي تيران وصنافير<sup>5</sup>، وقفت المحكمة على تعريف السيادة حيث قسمت السيادة إلى معنيين سلبي وآخر

---

<sup>1</sup> Merriam, CE: **History of the theory of sovereignty since Rousseau**. first published.

Kitchener, Ontario: Batoche books .2001,pag5.

<sup>2</sup> ماخيان، ماهر مرادخان: **التوازن بين الضبط الإداري والحريات العامة**، الطبعة الأولى، الإسكندرية: منشأة المعارف .2015، ص 148

<sup>3</sup> Merriam, CE: **History of the theory of sovereignty since Rousseau**. first published.

Kitchener, Ontario: Batoche books .2001,pag 7.

<sup>4</sup> ليله، كامل: **النظم السياسية**، بلا طبعة . الإسكندرية: دار الفكر العربي، بلا سنة نشر، ص161

<sup>5</sup> في العام 2016 تم توقيع اتفاقية بين جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية تم بموجبها ترسيم الحدود البحرية الواقعة في البحر الأحمر مما أدى لضم جزيرتي تيران وصنافير للإقليم البحري للمملكة العربية السعودية فثار جدال سياسي وقانوني في مصر حول دستورية هذا الإجراء وتم الطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 43709 لسنة 70 قضائية وصدر حكم المحكمة برفض دفع ممثل الحكومة بعدم اختصاص المحكمة كون العمل والحالة هنا سيادي وحكمت المحكمة بإلغاء الاتفاقية وبطلان توقيع ممثل الحكومة واعتبرت أن الجزيرتين ضمن الإقليم المصري لما ثبت للمحكمة من ذلك في أوراق الدعوى ولم يلق هذا الحكم قبولاً للمثلي الحكومة فتقدموا بطعن لدى المحكمة الإدارية العليا للطعن في الحكم السابق وصدر حكم المحكمة في الطعن رقم 74236 لسنة 62 قضائية عليا برفض الطعن المقدم والتأكيد على الحكم السابق ويشار إلى أن هذه القضية أخذت صدى إعلامي وسياسي وقانوني ورسخت مفاهيم دستورية وقانونية في غاية الأهمية.

إيجابي، حيث اعتبرت المحكمة أن المعنى السلبي يتجه نحو الامتناع عن الخضوع لسلطة أخرى وعدم وجود سلطة تتازع سلطة الدولة في داخل حدودها، أما المعنى الإيجابي فينصرف نحو سلطة الأمر والنزج داخل حدود الدولة وترتيب حقوق لها وواجبات عليها، ولا يستقيم معنى دون الآخر، ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن يطغى معنى على آخر ولا يبرر الأخذ بسيادة الدولة استثار هيئاتها على مقاليد الحكم لأن الشعب هو صاحب السيادة والدولة وأجهزتها وكيلا للشعب<sup>1</sup>.

أما تعريف أعمال السيادة كاستثناء على مبدأ المشروعية فتعرف بأنها: تلك الأعمال والإجراءات والأنشطة التي تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم<sup>2</sup>، وتتمتع بحصانة من رقابة القضاء بجميع صوره سواء إلغاء أو تعويض كونها تخرج عن رقابة المشروعية<sup>3</sup>، وكما يحاول البعض صياغة مفهومها من خلال الحديث عن أن هذه الأعمال هي أعمال حكم لا أعمال إدارة<sup>4</sup>، ويشير المعنى باللغة الإنجليزية (Act Of Sovereignty) على حق الدولة بالتمسك بالحصانة السياسية لأفرادها من رقابة القضاء في الدولة التي يباشروا أعمالهم فيها بصفتهم الدبلوماسية<sup>5</sup>، وكما هو الحال مع مفهوم (Act Of State) الذي قد يشير لمعنى محدد وهو الحصانة التي تتمتع بها بعض الأنشطة الحكومية التي تباشر في دولة أخرى وتخرج عن اختصاص المحاكم الوطنية التي ارتكبت فيها<sup>6</sup>.

ويلاحظ على التعريفات السابقة أنها لم تتطرق لجوهر هذه الأعمال بقدر ما حاولت وضع مبررات أو بعض الصور دون معايير دقيقة فما هو معيار أعمال الحكم، وما هي أساساً هذه الأعمال وما مبرر عدم خضوعها للرقابة القضائية وما هي شروطها وأسسها.

<sup>1</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، رقم 74236 لسنة 62 قضائية عليا، صادر بتاريخ 2017/1/16، ص 8

<sup>2</sup> ابن الهندي، مفتاح: نظرية أعمال السيادة،: مجلة الجامعة الأسرية .زليتين، عدد 2008/10، ص395

<sup>3</sup> <https://www.universalis.fr/encyclopedie/acte-de-gouvernement>

<sup>4</sup> الخطيب، نعمان: مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة العدل العليا، الطبعة الأولى، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001، ص 126

<sup>5</sup> DOUGLAS.ZACHARY: **STATE IMMUNITY FOR THE ACT OF STATE OFFICIALS:**

OXFORD UNIVERSITY JOURNAL The British Yearbook of International Law, 2012 ,pag1

<sup>6</sup> G.COOPER .CHRISTINE: **ACT OF STAT AND SOEREIGN IMMUNITY A FURTHER INQUI:**

LOYALLA UNIVERSITY CHICGO LAW JOURNAL, 11/1980, pag194

الحقيقة أن المشرع ليس من وظيفته وضع المفاهيم فهذه الوظيفة يضطلع بها الفقه والقضاء، ولكن لا يجوز أن يبقى المفهوم شائك مما يؤدي لإحداث إشكاليات، والقضاء سيضطلع بمهمة وضع تعريف لهذه الأعمال للوقوف على آثارها، من خلال البحث في طبيعتها وليس من خلال مسمياتها. وفي أحد أحكامها عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية أعمال السيادة: "هي تلك الأعمال التي تباشرها الدولة باعتبارها سلطة حكم في نطاق وظيفتها السياسية، وأن عدم خضوعها للرقابة القضائية ليس لأن هذه الأعمال فوق الدستور والقانون وإنما لأن ضوابط ومعايير الفصل في مشروعيتها لا تستقيم للقضاء، بالإضافة إلي عدم ملائمة طرح هذه المسائل في العلن وفي حال انتفي هذا الضابط وجب الالتزام بالأصل المشار إليه وهو خضوعها لرقابة القضاء"<sup>1</sup> ويلاحظ أن تعريف المحكمة لم يصنع ما هي هذه الاعتبارات وكيف تستوي مع الاعتبار الأسمى وهو سيادة القانون الذي يعتبر الأساس الأول .

وتقول محكمة العدل العليا الأردنية: " أن الأعمال الحكومية تخرج عن رقابة القضاء الإداري كونها ترتبط بالسياسة العليا للملكة والتي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا إدارة لتنظيم العلاقات بين السلطات وتنظيم علاقات الدولة بغيرها من الدول الأجنبية، أما الأعمال الإدارية التي تباشرها الحكومة تحقيقاً لصالح العام والسهل على خدمة المواطنين فهي أعمال إدارية تخضع لرقابة محكمة العدل العليا"<sup>2</sup>، و يلحظ أن مفهوم السياسة العليا أيضا أمر مرن لا يمكن الإحاطة به دون جهد قضائي.

وسلكت محكمة العدل العليا الفلسطينية ذات الاتجاه في تحديد أعمال السيادة حيث عرفت بأنها تلك الطائفة من الأعمال التي تصدرها الحكومة بوصفها سلطة حكم لا سلطة إدارة تباشرها بموجب السلطة العليا لتنظيم علاقاتها مع غيرها من السلطات وتنظيم العلاقات مع الدول الأجنبية وتسير الهيئات العامة أما القرارات التي تصدر تطبيقاً للقانون فهي عمل إداري"<sup>3</sup>، وهنا نرى كيف تأثر القضاء الفلسطيني عند صياغة التعريف بأقرانه من الأنظمة القضائية .

<sup>1</sup> حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم 43709 لسنة 70 قضائية، و الصادر بجلسة 2016/6/21.

<sup>2</sup> خلا، محمد: المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، عمان: وكالة التوزيع الأردنية. 1991، قرار رقم 85/168 صفحة 543، ص 65

<sup>3</sup> أبو سمهدانة، عبد الناصر: موسوعة القضاء الإداري في فلسطين، مرجع سابق، ص 139

إن أعمال السيادة تتمتع بطبيعة إدارية بالأصل ولكنها مع ذلك تستثنى من الرقابة، ويستوي ذلك صدور هذه الأعمال في الظروف العادية أو الاستثنائية<sup>1</sup>، وهذا ما يميزها عن غيرها من النظريات كالظروف الاستثنائية .

وهذه الطائفة من الأعمال تعتبر وسيلة ذات خطورة عالية لها بعدين فهي من جهة وسيلة تمنح الإدارة صلاحية واسعة في ممارسة أعمالها والتحلل من رقابة القضاء، وفي المقابل يعتبرها البعض بأنها تشكل اعتداء سافر يمس المشروعية كونها تسحب الصلاحية من القضاء الإداري وتمنعه من الرقابة عليها<sup>2</sup>، كما أن الأخذ بها سيفتح الباب على مصارعيه نحو الخروج عن مبدأ المشروعية وضماناته<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني: نشأة وتطور أعمال السيادة

ظهرت هذه النظرية في الحياة السياسية والقضائية ضمن ظروف تاريخية وسياسية عصفت بالحياة العامة في فرنسا<sup>4</sup>، ولذلك لا يمكن فهم النظرية بمعزل عن عوامل نشأتها فلا بد من معرفة الاعتبارات التي كانت قائمة آنذاك، ولهذا سنناقش نشأة وتطور هذه النظرية حتى تعطى الشرعية فيما بعد لتقديرها والوقوف على مبرراتها ومعاييرها .

أعمال السيادة كنظرية هي من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي حيث كان نظام الحكم الفرنسي قبل الثورة ملكياً، فكانت جميع الصلاحيات تستمد من الملك تجسداً لعبارة العدالة مصدرها الملك، فالملكية كانت هي الشرعية ومنها تستمد باقي السلطات شرعيتها<sup>5</sup>.

وبعد الثورة الفرنسية 1789 عمل رجال الثورة على منع السلطة القضائية في التدخل في منازعات الإدارة بسبب عدم ثقتهم بالقضاء الذي اعتبروه من بقايا الملكية السابقة وكما اعتبروا تدخل القضاء

---

<sup>1</sup> خليل، محسن: القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 92

<sup>2</sup> ماخيان، ماهر مرادخان: التوازن بين الضبط الإداري والحريات العامة، مرجع سابق، ص 156

<sup>3</sup> النهري، مجدي: مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، الطبعة الثانية، القاهرة: مكتبة النهضة العربية. 1997م، ص 134

<sup>4</sup> <http://www.cours-de-droit.net/les-actes-de-gouvernement-a130123370>

<sup>5</sup> فهمي، مصطفى: القضاء الإداري ومجلس الدولة، الطبعة العاشرة، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 1999 ص

مساس بمبدأ فصل السلطات<sup>1</sup>، وقد ساعدهم طبيعة القضاء المحجوز آنذاك بمعنى أن مجلس الدولة لم يملك سلطة إصدار الأحكام بشكل نهائي إلا بعد مصادقة رئيس الدولة<sup>2</sup>، وفي هذه المرحلة لم يكن هنالك حاجة لنظرية أعمال السيادة ولا مبرر ليقوم مجلس الدولة بتقرير حماية من نوع خاص لبعض أعمال السلطة التنفيذية، فالقضاء المحجوز لم يكن يسبب إشكاليات في العلاقة بين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية.

وبعد عودة الملكية الفرنسية ظهرت بوادر الخلاف بينها وبين مجلس الدولة، فسعت السلطة التنفيذية للحد من صلاحياته وهذا ما دفع مجلس الدولة للتنازل عن رقابة المشروعية للأعمال التي يعتبرها ضمن السياسة العليا للدولة وذلك لتجنب الاحتكاك مع الإدارة<sup>3</sup>.

ونتيجة لهذه الظروف السياسية ظهرت أعمال السيادة ضمن تسلسل كان سمته الصراع السياسي بين الإدارة وبين القضاء، فالأخير يرغب في الحفاظ على كينونته لهذا تم إيجاد صيغة لضمان حماية المؤسسة القضائية من خلال توزيع المهام مع الحكومة ليتم التنازل عن بعض صلاحياته الرقابية لضمان بقاءه واستمراره شريطة أن يبقى الجهة المخولة في الرقابة على باقي الأعمال الإدارية، فأعمال السيادة هي الثمن الذي قدمه مجلس الدولة لقاء منحه القضاء المفوض<sup>4</sup>.

وكانت من أولى القضايا التي واجهت مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال هي قضية Laffite عام 1822 والتي تتعلق بأسرة نابليون، حيث رفض النظام الحاكم تسليم أموال تم التبرع بها لأسرة نابليون وقرر حرمانهم منها، فعرض الأمر على مجلس الدولة فقرر عدم اختصاصه بالمسألة لتعلقها بالسياسة العليا للدولة<sup>5</sup>، وهذا يدل على التوجه الحقيقي لمجلس الدولة في السعي للحد من الدخول في صراعات مع السلطات وإتباع سياسة الحكمة والمناورة في سبيل عدم الاصطدام مع الحكومة.

ولاحقاً وبعد عودة الإمبراطورية الفرنسية استرد مجلس الدولة الفرنسي مكانته ولكنه بقي محافظ على الإرث القديم ولم يتخلى عن النظرية بالكلية حتى الوقت الحاضر لتصبح هنالك قناعة مفادها أنه

<sup>1</sup> خليل، محسن: القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 64

<sup>2</sup> حرزالله، توفيق: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في فلسطين، مرجع سابق، ص 99

<sup>3</sup> بوضياف، عمار: علاقة مبدأ المشروعية بالدعاوى الإدارية دعوى الإلغاء نموذجاً، مرجع سابق، ص 29

<sup>4</sup> ابن الهندي، مفتاح: نظرية أعمال السيادة، مرجع سابق، ص 397

<sup>5</sup> حرزالله، توفيق: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في فلسطين، مرجع سابق، ص 98



يوجد أمور تقتضى فعلاً عدم المجازفة في الرقابة عليها، فأضحت أعمال السيادة حقيقة قانونية و اكتُفي بالسعي لتضييقها للحد الأدنى دون التوسع فيها<sup>1</sup>.

ويرى الباحث أنه لا يمكن الفصل بين الظروف السياسية التي ظهرت في كنفها نظرية أعمال السيادة وبين السيادة نفسها كفكرة، وأن التنظير لها يختلف باختلاف الرؤية والتوجه إزاءها، حيث تسعى السلطة التنفيذية لاستبعاد الرقابة والحد منها، وفي المقابل هنالك ضرورة حتمية لفرض الرقابة على أعمال الإدارة وبين هاتين الفكرتين يكمن النقاش، وبهذا يحق القول بأن أعمال السيادة سياسية الدوافع وقضائية المنشأ<sup>2</sup>.

### المطلب الثالث: معايير أعمال السيادة

استتبع موقف مجلس الدولة الفرنسي عند تبنيه أعمال السيادة محاولته لموازنتها مع سيادة القانون وذلك بصنع تركيبة متوازنة تضمن الحد الأدنى من الخروج عن المشروعية لصالح هذه النظرية، فتم صياغة العديد من المعايير لتمييز بين الأعمال السيادية وغيرها من الأعمال للحد من غلو السلطات<sup>3</sup>.

يبقى القضاء الإداري هو الفيصل في تحديد المعيار من خلال ما تتبناه أحكامه، وفي هذا تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية: إن أنجع الوسائل للرقابة على الأعمال السيادية هو استنهاض القضاء، فهو الوحيد القادر على تحديد ما هو سيادي من أجل الفصل في النزاع، وتستخلص المحكمة هذا التقرير حسب طبيعة العمل وظروفه ومستندات النزاع كل على حدة<sup>4</sup>، وبذلك يكون ترك أمر تحديد معايير هذه الأعمال للقضاء هو الحل الأمثل لأن القضاء سيعمل على تطوير المعايير واعتباراتها وبالتالي لن تكون هنالك ثوابت بل ستكون مسألة الإدخال ضمن طائفة أعمال السيادة أو إخراج بعض الأعمال متوقعة في ظل الجهد القضائي الإبداعي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> طلبه، عبد الله: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، الطبعة الخامسة، دمشق: منشورات جامعة دمشق. 1996، ص 211

<sup>2</sup> حرزالله، توفيق: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في فلسطين، مرجع سابق، ص 100

<sup>3</sup> بسيوني، عبد الغني: القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 57

<sup>4</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، رقم 74236 لسنة 62 قضائية عليا، صادر بتاريخ 2017/1/16، ص 9

<sup>5</sup> ابن الهندي، مفتاح: نظرية أعمال السيادة، مرجع سابق ص 398

## الفرع الأول: معيار الباعث السياسي

معيار الباعث السياسي هو أول وأقدم المعايير بل و أساسها، فالفكرة التقليدية كانت قائمة على أن الحكومة وفي معرض عملها تمارس أنشطة سياسية تتعلق بالحكم وليس الإدارة<sup>1</sup>، وبناء على هذا المعيار لا تخضع أعمال الحكومة لرقابة القضاء الإداري إذا كان دافعها سياسي وذلك لحماية الدولة من أعداءها في الداخل والخارج، أما إذا كان الباعث من هذه الأعمال غير سياسي فحينها يخضع العمل لرقابة القضاء الإداري<sup>2</sup>.

فالمعيار السابق يركز على الدافع المفترض وليس على ذاتية الباعث<sup>3</sup>، ولهذا يوصف بأنه معيار تحكيمي وليس موضوعي<sup>4</sup>، ففي ذلك الوقت من السهل أن تتعوى الحكومة بأن باعثها سياسي إذا كانت تستهدف دفع أي رقابة من أي جهة كانت، لذلك فهذا المعيار خطير جداً يقوم على ما تريده الحكومة إذا لم يكن هنالك جهة للرقابة على ما تدعيه، وكما أنه يوسع من نطاق الأعمال السيادية<sup>5</sup>.

فمعيار الباعث السياسي وجد ليقدم حلاً في الوقت الذي كان فيه مجلس الدولة الفرنسي أضعف من أن يواجه الإدارة القوية في حينه ولهذا حينما اشتد نفوذ مجلس الدولة الفرنسي تخلص عن هذا المعيار لصالح معايير جديدة توائم متطلبات الرقابة<sup>6</sup>.

وأخذ بمعيار الباعث السياسي في بعض الأحكام لدى محكمة العدل العليا الأردنية ففي إحدى قراراتها جاء فيه " إذا هدفت سياسة المملكة العليا نصرته جمهورية العراق الشقيق في رد الاعتداءات الإيرانية تنفيذاً لميثاق الدفاع العربي المشترك فإن هذه السياسة تعتبر عملاً من أعمال السيادة التي لا تقبل الطعن أمام القضاء الإداري"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> <https://www.universalis.fr/encyclopedie/acte-de-gouvernement>

<sup>2</sup> الشوبكي، عمر محمد: القضاء الإداري دراسة مقارنة، مرجع سابق ص 89

<sup>3</sup> النهري، مجدي: مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، مرجع سابق، ص 138

<sup>4</sup> رسلان، أنور: مسؤولية الدولة غير التعاقدية، مرجع سابق، ص 130

<sup>5</sup> [http://fr.jurispedia.org/index.php/Acte\\_de\\_gouvernement\\_\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/Acte_de_gouvernement_(fr))

<sup>6</sup> طلبه، عبد الله: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 207

<sup>7</sup> حكم محكمة عدل عليا أردنية رقم 42 لسنة 1981 ص 960 مشار إليه لدى الخطيب، نعمان: مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة العدل العليا، الطبعة الأولى: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001، ص

إن خطورة هذا المعيار تستدعي أن لا يأخذ بما تدعيه الإدارة كمسلمات بل تفحص كل حالة لتأكد من حقيقة الباعث<sup>1</sup>، وعلى الرغم من أن هذا المعيار أصبح غير كافٍ لوحده نتيجة تطور مفهوم الدولة الحديثة إلا أنه شكل بيئة خصبة للأنظمة التي تريد سحب رقابة القضاء عن أعمالها من خلال توسع ما هو سيادي<sup>2</sup>، ولهذا تم هجر هذا المعيار في ظل تطور الأنظمة القضائية وتوجهها نحو عدم الركون إلى ما تدعيه الإدارة .

### الفرع الثاني: معيار طبيعة العمل

يقوم هذا المعيار على التمييز بين أعمال السلطة التنفيذية بصفقتها سلطة حكم أو بصفقتها إدارة<sup>3</sup>، وأساس الفرق بين هذا المعيار والمعيار السابق هو أن المعيار الموضوعي يقوم على أساس طبيعة العمل نفسه وليس الباعث من العمل.

ويرى الفقيه لافير أن العمل يعد حكومياً إذا قصد منه تحقيق مصلحة جماعية سياسية ويكون ذلك من خلال تنظيم علاقة الدولة بالدول الأخرى وهذا يندرج ضمن أعمال السيادة، أما تفاصيل العمل اليومي فتدخل ضمن الأعمال الإدارية والتي تشمل علاقة الأفراد بالهيئات وعلاقة الهيئات ببعضها البعض<sup>4</sup>، ولكن وبالرغم مما سبق فإن هذا المعيار يواجه إشكالية تتعلق بصعوبة وضع حد فاصل وواضح بين العمل الحكومي والعمل الإداري مما يجعله معيار مبهم<sup>5</sup>، فالنشاط صادر عن ذات الجهة وكما أن هنالك صعوبة في التمييز بين هذا المعيار ومعيار الباعث لأنه من الصعب تحديد الفارق بين طبيعة العمل وبين الباعث كون أن ذاتية للعمل هي امتداد للباعث.

ويرى الباحث أن الفرق بين المعيارين الأول والثاني يرتبط أساساً بأمر معنوي، فالمعيار الأول يعتبر أن الباعث هو سياسي دوماً وهذا يشكل خطورة حقيقية لصعوبة اكتشاف ما خلف هذا الإدعاء إذا لم

<sup>1</sup> <http://www.juristudiant.com/forum/dissertation-les-actes-de-gouvernement-t28225.html>

<sup>2</sup> النهري، مجدي: مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، مرجع سابق، ص 139

<sup>3</sup> بطيخ، رمضان: مبدأ المشروعية وضمانات احترامه . مرجع سابق، ص 31

<sup>4</sup> [http://fr.jurispedia.org/index.php/Acte\\_de\\_gouvernement\\_\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/Acte_de_gouvernement_(fr))

<sup>5</sup> خليل، محسن: القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 98

تقم جهة معينة بفرض رقابتها وفق أسس محددة، أما المعيار الثاني جاء تلبية لفكرة ارتباط المعيار بشيء ملموس كفكرة طبيعة العمل، إلا أن طبيعة العمل أيضاً لا يمكن الكشف عنها بسهولة وخاصة أن الإدارة تباشر أعمالاً متداخلة، فالمعيارين السابقين لم يتمكنوا من الوقوف وبشكل واضح على أهم ما يميز هذه الأعمال عن غيرها خاصة وبوجود تداخل بين الأنشطة الإدارية والحكومية.

### الفرع الثالث: القائمة القضائية

إن المعيارين السابقين لم يضعوا أساساً دقيقاً لتحديد ما إذا كان العمل سيادياً أم لا، مما استدعى تطوير مفهوم جديد من خلال القضاء الذي بدوره وضع مجموعة من الأنشطة تحدد سلفاً لتمييز الأنشطة المختلفة، وهذا الأسلوب يسمى القائمة القضائية، فالقضاء هو الجهة الأكثر قدرة على تحليل طبيعة الأعمال واستخلاص المبادئ ووضعها في قوائم<sup>1</sup>، وتضمن القائمة القضائية كلاً من:

- الأعمال المنظمة لعلاقة بين السلطتين التنفيذية التشريعية.

- الأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية والدبلوماسية.

- بعض إجراءات الأمن الداخلي.

- بعض الأعمال الحربية.

وهذا الاتجاه تتبعه الأنظمة القضائية العربية في كل من مصر و الأردن وفلسطين حيث كشفت محكمة العدل العليا الفلسطينية توجهها باعتبار أن حصر الأعمال وتعدادها هو الأكثر تقبلاً<sup>2</sup>، فوجود عناصر حددت سلفاً يسهل على المحكمة حصر المسائل، لكن من الضرورة أن تقوم المحكمة بفحص كل مسألة على حدة .

وصاحب تبني أسلوب القائمة القضائية الأخذ بما يسمى بالتحصين التشريعي للأعمال السيادية، فأخذ بهذا الأسلوب في التشريع المصري حيث نصت المادة 11 من قانون مجلس الدولة المصري لسنة

---

<sup>1</sup> Merriam, CE: **History of the theory of sovereignty since Rousseau**. first published.

Kitchener, Ontario: Batoche books .2001,pag 75

<sup>2</sup> منظومة القضاء والتشريع الفلسطيني، حكم محكمة العدل العليا رقم 85 لسنة 1998 والصادر بتاريخ 1999/11/7ص، 2

1972 على عدم اختصاص المحاكم في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة<sup>1</sup>، وكذلك تبني المشرع الأردني تحصين أعمال السيادة تشريعياً في قانون القضاء الإداري الأردني المعدل رقم 27 لسنة 2014<sup>2</sup>.

فالتشريعات في كل من مصر والأردن تتبع أسلوب التحصين التشريعي لأعمال السيادة دون أن يتم حصرها بأمثلة معينة وتركت الحرية للقضاء لتقرير إذا ما كانت المنازعة المطروحة هي من أعمال السيادة أم لا ولهذا فإن جانب من الفقه أيد ذلك انطلاقاً من أن هذا الاتجاه من شأنه ألا يقيد سلطة القاضي ويعطيه مزيداً من الحرية في ظل التطور الطبيعي لأعمال السلطة التنفيذية<sup>3</sup>.

ويرى الباحث أن أسلوب التحصين التشريعي يتنافى مع أبسط القواعد الدستورية فالآراء التي تتبنى هذا الطريق لم تناقش صلب الموضوع وهو هل يستوي أن يتم النص بقانون على تحصين أعمال معينة، فالتركيز على فكرة عدم حصر هذه الأعمال مما يؤدي إلى تقليص الأخذ بأعمال السيادة للحد الأدنى، ولكنه غير كافٍ لوجود حصانة تشريعية للأعمال السيادية فيعود الأمر لتوجه القضاء نفسه، فإسقاط التحصين التشريعي هو أولوية أساسية يتم البدء منها في طريق تقليص أعمال السيادة، ولهذا انتقد نواب في البرلمان المصري عبارة التدابير الأمنية الداخلية والخارجية الواردة في التشريعات لأنهم اعتبروها سلاحاً خطيراً بيد السلطة التنفيذية<sup>4</sup>، فهذه العبارة فضفاضة، وخاصة في ظل عدم الاستقرار السياسي أو الانتقال سلمي للسلطة لأنها ستوفر ملجأ للسلطات لتنفيذ السياسة الأمنية الخاصة بها .

وبالرجوع لعناصر القائمة القضائية سابقة الذكر نلاحظ بأنها تتكون من أربع طوائف من الأعمال كالتالي:

---

<sup>1</sup> مجلس الدولة المصري .مبدأ المشروعية والحد من أعمال السيادة في القضاء الإداري المصري: <https://carjj.org/sites/default/files>، وهذا النص له جذور تاريخية في التشريعات المصرية لمجلس الدولة المتعاقبة وبالتحديد في ما يسمى بلائحة ترتيب المحاكم المختلطة سنة 1900 وتكرر في كل من قانون مجلس الدولة المصري رقم 112 لسنة 1946 و 9 لسنة 1949 وقانون 165 لسنة 1955 وقانون 55 لسنة 1959 حتى القانون الحالي رقم 47 لسنة 1972 الخاص بمجلس الدولة المصري.

<sup>2</sup> قانون القضاء الإداري رقم 27 لسنة 2014 الأردني المادة 5/د: لا تختص المحكمة الإدارية بالنظر في الطلبات أو الطعون المتعلقة بأعمال السيادة

<sup>3</sup> النهري، مجدي: مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، مرجع سابق، ص 146

<sup>4</sup> فهمي، مصطفى: القضاء الإداري ومجلس الدولة، مرجع سابق، ص 405

## أولاً: الأعمال المنظمة للعلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية

تشمل هذه الطائفة الأنشطة المنظمة للروابط بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية<sup>1</sup>، ولكن هل جميع علاقات السلطتين تدخل ضمن أعمال السيادة وما هو المعيار لمعرفة الفرق بين العلاقات العادية والعلاقات السيادية .

لقد استقر الفقه بأن العلاقات السيادية بين السلطتين التنفيذية والتشريعية هي الإجراءات التي المرتبطة بتسيير الجلسات وانعقادها، كتنظيم دورات وانعقاد المجالس التشريعية والمراسيم الخاصة بتنظيمها<sup>2</sup>، وفي فرنسا تعتبر كل من إجراءات إقفال الجلسات أو حلها وقرار إيداع أو سحب مشروع قانون و مرسوم تقديم مشروع قانون للاستفتاء من الأعمال التي تدخل ضمن هذه الطائفة<sup>3</sup>، وفي الأردن يعتبر قرار الملك بدعوة مجلس الأمة للانعقاد وافتتاح دورته وتأجيل جلساته من أعمال السيادة<sup>4</sup>.

و التشريع الفلسطيني يتشابه من حيث الصلاحيات الممنوحة للرئيس مع التشريعات السابقة حيث أشارت المادة 52 من القانون الأساسي بأن الرئيس هو من يفتتح الدورة الأولى للمجلس التشريعي وهو من يدعو المجلس للانعقاد في الدورة العادية<sup>5</sup>، وكذلك هو الحال في مصر حيث تتضمن هذه الطائفة من الأعمال كل ما يتعلق بالقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية لدعوة مجلس الشعب للانعقاد وفض دورته وحل المجلس نفسه وكذلك تشمل القرارات المتعلقة بالنشر والتصديق<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> <https://www.universalis.fr/encyclopedia/acte-de-gouvernement>

<sup>2</sup> [http://fr.jurispedia.org/index.php/Acte\\_de\\_gouvernement\\_\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/Acte_de_gouvernement_(fr))

<sup>3</sup> <https://www.universalis.fr/encyclopedia/acte-de-gouvernement>

<sup>4</sup> ابن الهندي، مفتاح: *نظرية أعمال السيادة*، مرجع سابق، ص 399

<sup>5</sup> المادة 52 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003: "يفتح رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية الدورة العادية الأولى للمجلس، ويلقي بيانه الافتتاحي"

<sup>6</sup> عبد الباسط، محمد: *أعمال السلطة الإدارية*، مرجع سابق ص 142

## ثانياً: الأعمال المتعلقة بالعلاقات الدبلوماسية والدولية

هذه المجموعة من الإجراءات تتعلق بمجال بعيد عن الأعمال اليومية التي تبشرها الإدارة في علاقاتها مع المواطنين فينعتد اختصاصها في الدخول في علاقات دولية ودبلوماسية مع أطراف خارجية سواء كانت دولاً أو منظمات في شتى المجالات والتخصصات<sup>1</sup>.

إن تنظيم هذه العلاقات يتصل أساساً بطبيعة النشاط الدبلوماسي للدولة وطبيعة علاقاتها مع الدول، وهذا ما يسمى بالسياسة الخارجية للدولة، ولأن هذا القطاع يختلف معايير وتوجهاته بما يتناسب مع الرؤية السياسية فقد اتجه العديد من الفقهاء إلى ضرورة استبعاد هذه الأعمال من رقابة القضاء الإداري لما لها من طبيعة وخصوصية<sup>2</sup>، وفي المقابل يرى البعض بأنه يمكن إخضاع هذه الطائفة من الأعمال للرقابة بصورة تتلاءم مع خصوصياتها وذلك بفصل هذه الأعمال الإدارية عن الأعمال الدبلوماسية المركبة<sup>3</sup>، وهذا ما سوف نتحدث به لاحقاً عند مناقشة الأعمال القابلة للانفصال عن أعمال السيادة .

وبالرجوع لمفهوم هذه الأعمال والمتعلقة بالعملية الدبلوماسية فهي تشمل إقامة العلاقات الدبلوماسية وقبول الممثلين والتبادل الدبلوماسي وكما تشمل الاعتراف بالدول والدخول في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية الجماعية والثنائية<sup>4</sup>، وتعتبر المنازعات الناشئة حول تحديد نطاق الالتزامات الدولية المنبثقة عن المعاهدة وتفسير بنودها وتطبيقها وفقاً لهذا المعيار عملاً من أعمال السيادة لا ينظر القضاء الإداري فيه، كما تعتبر الإجراءات التنفيذية التي تتخذها الدولة في علاقاتها مع دولة أجنبية أو منظمة دولية أعمالاً سيادية<sup>5</sup>.

ولا يثور النزاع إلا حينما يتم التطرق إلى الالتزامات التي ستفرض على الدولة نتيجة هذه المعاهدات والتي ستؤدي لتحمل مواطني الدولة مزيداً من القيود، ولهذا تلجأ بعض النظم السياسية إلى البرلمان

<sup>1</sup> حرزالله، توفيق: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في فلسطين، مرجع سابق، ص108

<sup>2</sup> العتيبي، محمد مفرح: حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة، مرجع سابق. ص 70

<sup>3</sup> طلبه، عبد الله: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مرجع سابق، 210

<sup>4</sup> OUGLAS.ZACHARY: **STATE IMMUNITY FOR THE ACT OF STATE OFFICIALS**: OXFORD

UNIVERSITY JOURNAL The British Yearbook of International Law,2012 ,pag338

<sup>5</sup> <https://www.universalis.fr/encyclopedie/acte-de-gouvernement>

من أجل توطين المعاهدة من خلال إقرارها والتصديق عليها لتصبح بمثابة تشريع وطني، ففي الدستور الأردني وفي المادة 33 منه نصت صراحة على أن المعاهدة التي تحمل الخزينة نفقات أو تمس بحقوق الأردنيين لا تكون سارية إلا بعد مصادقة البرلمان عليها<sup>1</sup>، وهذا توجه صائب للحفاظ على الحقوق الأساسية للمواطنين، وليس في القانون الأساسي الفلسطيني أي نص مماثل مما يخلق جدلية حول قيمة المعاهدات وآلية توطينها<sup>2</sup>.

وفي إحدى قرارات محكمة العدل العليا الأردنية اعتبرت المحكمة أن كل قرار صادر تطبيقاً لاتفاقية دولية هو من الأمور السياسية التي تخرج عن رقابة المحكمة وقررت أن القضاء الإداري لا يختص بنظر الطعون المتعلقة بتنفيذ المعاهدات أو الالتزامات المترتبة عليها أو تفسيرها<sup>3</sup>.

ويثور تساؤل حول إذا ما خالفت هذه الأعمال نصوصاً دستورية كيف سيتم فرض الرقابة عليها، وفي حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في قضية جزيرتي تيران وصنافير تم مناقشة هذه المسألة، حيث اعتبرت المحكمة بأن المواد 97 و151 و190 من دستور 2014 حظرت إبرام أي معاهدة أو اتفاقية من شأنها التنازل عن أي جزء من الإقليم المصري<sup>4</sup>، وحكم القضاء الإداري ببطالان توقيع ممثل الحكومة المصرية لمخالفته نصوص الدستور وقضت المحكمة برفض الدفع بعدم الاختصاص

---

<sup>1</sup> المادة 33 من الدستور الأردني 1952: "1- الملك هو الذي يعلن الحرب ويعقد الصلح ويبرم المعاهدات والاتفاقيات.  
2- المعاهدات والاتفاقيات التي يترتب عليها تحميل الخزينة شيئاً من النفقات أو تمس حقوق الأردنيين العامة أو الخاصة لا تكون نافذة إلا إذا وافق عليها مجلس الأمة".

<sup>2</sup> البطمة، ريم: **المعاهدات الدولية والقانون الوطني**، مرجع سابق، ص 54

<sup>3</sup> أبو العثم، فهد: **القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق**، مرجع سابق، ص 105

<sup>4</sup> المادة 97 من الدستور المصري 2014: "النقاضي حق مصون ومكفول للكافة وتلتزم الدولة بتقريب جهات النقاضي، و تعمل على سرعة الفصل في القضايا، ويحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعي والمحاكم الاستثنائية محظورة".

المادة 151: "يمثل رئيس الجمهورية الدولة في علاقاتها الخارجية ويبرم المعاهدات، ويصدق عليها بعد موافقة مجلس النواب وتكون لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً لأحكام الدستور ويجب دعوة النخب للاستفتاء على معاهدات الصلح والتحالف وما يتعلق بحقوق السيادة، ولا يتم التصديق عليها إلا بعد إعلان نتيجة الاستفتاء بالموافقة وفي جميع الأحوال لا يجوز إبرام أية معاهدة تخالف أحكام الدستور أو يترتب عليها التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة".

المادة 190: "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 الصلة التشريعية ومراجعة مشروعات العقود التي تكون الدولة أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى".



بموجب أعمال السيادة التي أثارها ممثل الحكومة، وأضاف الحكم أن معاهدات الصلح والتحالف وكل ما يتعلق بالحقوق السيادية لا يتم التصديق عليها إلا بعد استفتاء الشعب مما يعني وحالة هنا من عدم التفات الدولة عن هذا الواجب استنهاض القضاء الإداري، لاسيما أن الضوابط التي وضعها الدستور المصري ترفع الحصانة عن هذه الأعمال ويحق للقضاء الرقابة عليها<sup>1</sup>.

وسلكت المحكمة الدستورية المصرية العليا طريقاً مغايراً في الطعن المقدم لديها من قبل ممثلي الدولة المصرية والمتعلق بذات الموضوع السابق والمتمثل في اتفاقية ترسيم الحدود البحرية بين مصر والسعودية، حيث أوردت المحكمة القول أن الفصل في الدعوى يتوقف على تحديد طبيعة العمل وهل هو سيادي أم عمل إداري، واعتبرت المحكمة أن اتفاقية ترسيم الحدود هي عمل سياسي لا يخضع لرقابة القضاء، وكما قضت بأن المادة 151 من الدستور المصري تخول البرلمان فرض رقابته على السلطة التنفيذية عند إبرامها للمعاهدات المرتبطة بالإقليم المصري وأنه لا أحد يشارك البرلمان بصلاحياته وأن الرقابة الدستورية على المعاهدات لا تعدو سوى الرقابة على الشروط الشكلية للمعاهدات والرقابة على دستورية المعاهدة لا مشروعيتها، ولهذا حكمت المحكمة الدستورية بعدم الاعتداد بالأحكام الصادرة عن القضاء الإداري والمتعلقة ببطلان اتفاقية ترسيم الحدود بين مصر والسعودية<sup>2</sup>.

ويرى الباحث في الحكمين السابقين أهمية بالغة كونهما ناقشا مسألة في غاية الخطورة وهي خرق النص الدستوري عند إبرام عملاً له صبغة سيادية، فالحكم الصادر عن القضاء الإداري اعتبر أن المخالفة الدستورية تستوجب استنهاض رقابة القضاء الإداري وإن كانت الذريعة سيادية ففي الحالة السابقة لم يمنع وجود معاهدة سياسية من فرض رقابة المحكمة الإدارية العليا وهي تتربع على قمة هرم القضاء الإداري في مصر حينما خالفت الحكومة النصوص الناظمة لتلك الطائفة من المعاهدات وهذا يكرس مبدأ سمو الدستور على جميع القواعد الأخرى كما جاء في الحكم: " لا يسوغ والحالة هنا للسلطة التنفيذية إجراء أي عمل أو تصرف محظور دستورياً ومن ثم تتدثر بغطاء الأعمال السيادية لحجب الرقابة القضائية لما في ذلك إهدار لإرادة الشعب مصدر السلطات وسبيل منحرف للخروج على الدستور"<sup>3</sup>، وفي المقابل عالجت المحكمة الدستورية العليا ذات الموضوع برؤية مختلفة وأصدرت

<sup>1</sup> حكم محكمة الإدارية العليا المصرية رقم 74236 لسنة 7062 قضائية عليا، و الصادر بجلسة 2017/1/16، ص7

<sup>2</sup> حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 12 لسنة 39 قضائية والمنشور في الجريدة الرسمية عدد9 مارس 2018، ص47

<sup>3</sup> حكم محكمة الإدارية العليا المصرية رقم 74236 لسنة 7062 قضائية عليا، و الصادر بجلسة 2017/1/16، ص15.

حكمها بشكل يخالف أحكام القضاء الإداري واعتبرت أن أعمال السيادة هي استثناء مطلق للرقابة القضائية وأن صلاحية المحكمة الدستورية تنصب في البحث عن الخرق الدستوري للشروط الشكلية لا على فرض رقابة المشروعية، وبهذا نرى مقدار عدم الاستقرار القضائي الذي تثيره هذه الأعمال.

### ثالثاً: الأعمال الحربية

كرس مجلس الدولة الفرنسي صفة الأعمال السيادية للأنشطة الحربية وخاصة فيما يتعلق بإعلان حالة الحرب والإجراءات المرتبطة بالعملية العسكرية<sup>1</sup>، وأخذ الفقه الإداري بهذا المفهوم كونه جزء من القائمة القضائية بل وقد يعتبر جوهر الأعمال السيادية للدولة لما له من طابع حساس يتعلق بالعمليات العسكرية .

وهنا فرق مجلس الدولة الفرنسي بين نوعين من الأعمال الحربية:

- **الأعمال التي تقع داخل إقليم الدولة:** يعتبر القضاء هذه الأعمال من قبيل الأعمال العادية، وبالتالي تكون الدعاوى مقبولة فيها سواء بالإلغاء أو التعويض<sup>2</sup>، كما يرى البعض أن الأعمال التي تتم داخل الدولة تنتفي مسؤولية الدولة عنها بموجب فكرة القوة القاهرة وليس فكرة أعمال السيادة<sup>3</sup>.

- **الأعمال الحربية خارج إقليم الدولة:** اعتبرها الفقه من الأعمال السيادية كإعلان الحرب ومهاجمة الأعداء والاستيلاء على ممتلكات العدو، ولا شك بأن المرحلة التاريخية التي كانت قائمة في تلك الحقبة التاريخية ساهمت في صياغة هذا المفهوم، أما حديثاً فأصبح التوجه يأخذ بمفهوم رقابة القضاء على هذه الأعمال وإن كانت رقابة تعويض أكثر منها رقابة مشروعية متى أمكن ذلك. وهنالك اتجاه لا يفرق بين الأعمال الحربية سواء كانت داخل حدود الإقليم أم خارجه فتعتبر هذه الأعمال سيادية إذا كانت تتصل مباشرة بالحرب، وفي هذا قرر القضاء المصري ضرورة أن يكون

---

<sup>1</sup> Merriam, CE: **History of the theory of sovereignty since Rousseau**. first published.

Kitchener, Ontario: Batoche books .2001,pag 75

<sup>2</sup> العتيبي، محمد مفرح: **حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة**، مرجع سابق. ص73

<sup>3</sup> أبو العثم، فهد: **القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق**، بلا طبعة، عمان: دار الثقافة .2005 مرجع سابق، ص106

النشاط متصل مباشرة بالعمليات الحربية فدهس سيارة حربية لمواطن غير مرتبط بالعملية الحربية ذاتها لعدم اتصال هذا الفعل مباشرة بالأعمال الحربية<sup>1</sup>.

وهنا يرى الباحث أن هذه الطائفة من الأعمال والمتعلقة بالعمليات العسكرية يجب أن تدار بحكمة ومسؤولية ووفقاً لقواعد الدولية والتشريعات الوطنية ذات العلاقة، فالعملية العسكرية قد تتطلب قرارات استثنائية وحاسمة كإعلان الحرب هو قرار سياسي بامتياز تحكمه توجهات الدولة وسياساتها الخارجية، ولكن العمليات التي تتم أثناء النزاع يجب أن تدار وفق القواعد المشروعية وخاصة وأن هذه العمليات على درجة عالية من الخطورة ولا سبيل لدربها، ولهذا فإن العديد من الأنظمة تبنت قوانين وتشريعات تضمن تعويضات للمتضررين من الحرب حيث جاءت مقدمة الدستور الفرنسي 1946 لتكرس هذا المبدأ من خلال إعلان التضامن والمساواة بين جميع الفرنسيين أمام الأعباء العامة الناشئة عن المحن الوطنية<sup>2</sup>، وبهذا تم كسر قيد أعمال السيادة بشقها الحربي نسبياً من خلال إعلان مبدأ التضامن الاجتماعي، وكذلك فعل المشرع المصري في قانون رقم 88 لسنة 1942 الخاص بتعويض التلف الذي تتعرض له المباني والمنشآت أثناء الحرب وقانون 47 لسنة 1974 بعد حرب أكتوبر الذي أعطى الحق بالتعويض للمتضررين من العمليات الحربية وقانون رقم 89 لسنة 1989 بشأن المسؤولية عن الأضرار النووية<sup>3</sup>، فهذه التشريعات تبين أن الحكومات تسعى من أجل التضيق على الاعتبارات السيادية لصالح مزيد من تحمل المسؤولية وإن كان تقرير المسؤولية في مصر لا يقوم على المخاطر إلا بنص استثنائي .

<sup>1</sup> عبد الباسط، محمد: أعمال السلطة الإدارية، مرجع سابق، ص144

<sup>2</sup> تحتوت، فوزي: المسؤولية الإدارية عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، (رسالة دكتوراه). جامعة عين شمس القاهرة 2007، ص417

<sup>3</sup> خاطر، حلمي: مسؤولية الدولة عن القوانين المخالفة للدستور والاتفاقيات الدولية، مجلة البحوث القانونية - كلية حقوق جامعة المنصورة، عدد 2013/54، ص219

#### رابعاً: بعض إجراءات الأمن الداخلي

تعتبر إجراءات الأمن الداخلي من الموضوعات التي قد تدخل ضمن مفهوم أعمال السيادة<sup>1</sup> فهذه المجموعة هي من أكثر المجموعات إثارة للجدل القانوني وذلك لأن الأمن الداخلي هو الأكثر مساساً بحريات الأفراد من غيره، فالعلاقات الدولية واعتباراتها قد تكون مقبولة كفكرة سيادية نوعاً ما، كذلك الأمر مع الأعمال الحربية وحتى مع العلاقات بين السلطات التشريعية والتنفيذية، ولكن ربط الأنشطة الأمنية بأعمال السيادة سيؤدي لإحداث لبلة قانونية ولاسيما في ظل مجتمع يعيش حالة من عدم الاستقرار السياسي والأمني كالمجتمع الفلسطيني، وتزداد الأمور صعوبة حينما تكون المنظومة الأمنية حديثة النشأة مما سيؤدي لخلق حالة من التضارب بين وجهة النظر الأمنية وحقوق المواطنين وهنا يجب أن تكون الكلمة الفصل للقضاء حينما يرفع النزاع إليه .

إن الأخذ بمعيار القائمة القضائية سيضع بعض إجراءات الأمن الداخلي ضمن الأعمال التي توصف بالسيادية<sup>2</sup>، ولا تعتبر جميع الإجراءات الأمنية سيادية بل جزء منها وهي ما يتصل بالسياسة العليا للدولة<sup>3</sup>، ولكن ما هي هذه السياسة العليا.

يعتبر القضاء إجراءات الأمن الداخلي التي تعنى بالإشراف على الأمن الداخلي للدولة عملاً من أعمال السيادة<sup>4</sup>، ولكن ما هي هذه الإجراءات وماذا يميز هذه الأعمال عن بعض الإجراءات الأمنية التي لا تدخل ضمن أعمال السيادة، حيث أن الفقه اعتبر بعض الإجراءات الأمنية سيادية فكيف لنا أن نعرف البعض الآخر والذي يفترض به ألا يدخل ضمن طائفة أعمال السيادة، وهل يصح بأن نقول أن الأمن الداخلي يعتبر عملاً سيادياً وخاصة أن طابع هذه الإجراءات يمكن أن يصنف ضمن أعمال أخرى كالضبط الإداري أو القضائي.

---

<sup>1</sup> Merriam, CE: **History of the theory of sovereignty since Rousseau**. first published.

Kitchener, Ontario: Batoche books .2001,pag67

<sup>2</sup> الشهري، احمد بن علي: أعمال السيادة في القضاء الإداري السعودي دراسة مقارنة، مرجع سابق ص235

<sup>3</sup> عبد الباسط، محمد: أعمال السلطة الإدارية، الطبعة الأولى . مرجع سابق ص145

<sup>4</sup> ابن الهندي، مفتاح: **نظرية أعمال السيادة**، مرجع سابق، ص400

استقر الفقه و القضاء على اعتبار إعلان حالة الطوارئ عملاً من أعمال السيادة وخاصة وأن الدستور يخول رئيس النظام السياسي إصدار مرسوم الطوارئ، دون فرض رقابة على ظروف إصداره حيث اعتبرت المحكمة الإدارية العليا المصرية أن قرار إعلان حالة الطوارئ هو عمل سيادي لا يخضع لرقابة القضاء الإداري<sup>1</sup>، أما بالنسبة لبقية الإجراءات بعد إصدار مرسوم حالة الطوارئ فإنها تخضع للرقابة القضائية، وقد ثار تساؤل حول مدى مشروعية تمديد حالة الطوارئ بعد إعلانها وهل تدخل ضمن الأعمال السيادية، الحقيقة بأن المشرع قد نظم في كل التشريعات المقارنة إعلان حالة الطوارئ وتمديداتها فجعل الصلاحية بمدها في يد البرلمان وبالتالي فإن تمديد حالة الطوارئ لا يجوز بالمطلق دون التقيد بالضوابط المتعلقة بها وإلا كان الإعلان مشوباً بالبطلان لمخالفته قواعد دستورية<sup>2</sup>.

إن إجراءات الأمن الداخلي السيادية لا تشمل سوى إعلان حالة الطوارئ والأعمال التي تكون الغاية منها الدفاع عن سلامة أراضي الدولة، ومن بعدها يأتي دور القضاء للبحث هل هذه الأعمال كانت صادرة لغايات الدفاع أم تعليمات إدارية لا تمنع الحكم بعدم مشروعيتها<sup>3</sup>، ولقد سبق للمحكمة العدل العليا الأردنية أن قررت في حكم لها أن الحكومة الأردنية ملزمة وفي معرض استخدامها لتعليمات الدفاع تحقيق الغايات من قانون الدفاع ولا يصح تجاوزها إلى غيرها من الغايات حتى لو كانت الغاية المصلحة العامة<sup>4</sup>.

ويمكن البحث في ماهية الإجراء الأمني للتمييز بين ما قد يعتبر سيادي أو إجراء عادي إذا كان هنالك تشريع ينظم المسألة، حيث اعتبرت محكمة العدل العليا الفلسطينية في إحدى قراراتها بأن القرار الصادر بإغلاق مؤسسة كان يفترض بأن يستند إلى قانون الجمعيات والهيئات الاجتماعية رقم 33 لسنة 1966 الساري، وبالتالي لا يكون قرار الإغلاق مبني على إجراءات سيادية تمس الأمن الداخلي وإنما على قانون ينظم عمل هذه المؤسسات<sup>5</sup>، وفي قرار لمحكمة العدل العليا الفلسطينية

---

<sup>1</sup> حكم محكمة الإدارية العليا المصرية رقم 20 لسنة 20 قضائية عليا، صادر بتاريخ 1979/2/2 مشار إليه لدى، حرزالله،

توفيق: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في فلسطين، مرجع سابق، ص 109

<sup>2</sup> الأنصاري، محمد: تمديد حالة الطوارئ ما بين الرقابة القضائية وأعمال السيادة:

<http://legal-agenda.com/article.php?id=561&lang=ar>

<sup>3</sup> عبد الباسط، محمد: أعمال السلطة الإدارية، مرجع سابق، ص 146

<sup>4</sup> الشويكي، عمر محمد: القضاء الإداري دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 97

<sup>5</sup> منظومة القضاء والتشريع الفلسطيني قرار محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله 1998/85 والصادر بتاريخ 1998/11/7

ردت دفع ممثل الدولة بالتذرع بكون اعتقال أحد المواطنين عملاً سيادياً حيث جاء في حكمها: " لا ندري كيف يمكن أن يتم اعتبار اعتقال مواطن من قبل قوة شرطية عملاً من أعمال السيادة والتي بمفهومها لا تشمل إلا بعض الحالات التي حصرها القضاء كتنفيذ النصوص الدستورية وروابط الحكومة مع السلطة التشريعية وإبرام المعاهدات مع الدول والقرار الصادر بإعلان حالة الطوارئ وبالتالي ترى المحكمة بأنه لا محل لهذا الدفع وأنه واجب الرد "<sup>1</sup>.

ويرى الباحث أن الحالة الفلسطينية كنتيجة للأوضاع السياسية والأمنية تتطلب عدم التمسك بالأعمال المتعلقة بإجراءات الأمن الداخلي فالقانون عالج الإجراءات الأمنية وحدد جزاءات للمخالفين فليس هنالك حاجة للتمسك بنظرية أعمال السيادة في الشق الأمني ويكفي التمسك بالنصوص القانونية في التشريعات واللوائح ذات العلاقة كونها كفيلة لتحقيق الغاية منها .

#### **المطلب الرابع: التمييز بين أعمال السيادة وغيرها من الأعمال**

في هذا المطلب سوف نحاول أن نقف على طبيعة العلاقة بين أعمال السيادة وباقي النظريات التي قد تتقارب مع أعمال السيادة .

أعمال السيادة تتشارك مع باقي نظريات موازنة مبدأ المشروعية وهي نظرية السلطة التقديرية ونظرية الظروف الاستثنائية بأن ثلاثتهم من النظريات القضائية التي وجدت لتحقيق التوازن لمبدأ المشروعية بين الإطلاق و التقيد بما يلزم متطلبات العمل الإداري وهذا هو مفهوم نطاق مبدأ المشروعية أو كما يسميه البعض الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية والذي سبق بيانه، وحيث أن لكل نظرية مفهوم ومدلول فيتوجب الوقوف على هذه المفاهيم لمعرفة الفوارق والروابط بينها .

#### **الفرع الأول: أعمال السيادة والسلطة التقديرية**

مما لا شك فيه أن كلتا النظريتان هما استثناء لمبدأ المشروعية وبالرجوع لمفهومهما نلاحظ بأنهما تصدران عن السلطة التنفيذية ولكن تختلفان بمدى الرقابة المفروضة عليهما وذلك على النحو التالي:

---

<sup>1</sup> منظومة القضاء والتشريع الفلسطيني قرار محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله رقم 2000/18 والصادر بتاريخ

## أولاً: الرقابة القضائية

تعرف السلطة التقديرية بأنها هي الحرية الممنوحة للإدارة في مواجهة كل من الأفراد والقضاء للاختيار في حدود الصالح العام وقت تدخلها وإعطائها مجالاً واسعاً لاختيار آلية التدخل ووقته<sup>1</sup>، بمعنى أن هذه الأعمال محددة سلفاً بقواعد قانونية يجب إتباعها ويبقى للقضاء الصلاحية في فرض رقابة المشروعية على عناصرها، ولكن ينسحب اختصاص القضاء من ناحية فرض الرقابة على الملائمة أو طريقة تطبيق القانون، أما أعمال السيادة كنظرية فإن مضمونها يجب الرقابة القضائية بالمطلق .

## ثانياً: الأسباب الموجبة لكل من النظريتان

تختلف دوافع وأسباب وجود النظريتان فنظرية السلطة التقديرية لها أسباب فنية وعملية ترتبط بسير المرافق العامة وفق رؤية الدولة ووفق أسس قانونية تتمثل في الاختيار بين بدائل مشروعة، أما أعمال السيادة تنبثق عن أسباب قانونية وسياسية ترتبط بالاختصاص وتمس بحقوق الأفراد والمواطنين بشكل مباشر .

وحاول البعض استبدال نظرية أعمال السيادة بالسلطة التقديرية باعتبار الأخيرة مستساغة قانونياً أكثر من الأولى، حيث يرى أنصار هذه الاتجاه بأن أعمال السيادة جزء من السلطة التقديرية لأن المشرع لم يحصر أعمال السيادة، ولهذا فإن هنالك متسع من الصلاحية التقديرية للإدارة في اختيار بديل مشروع بين عدة بدائل وهذا هو جوهر السلطة التقديرية دون تحصين هذه الأعمال من الرقابة القضائية من ناحية المشروعية، ولكن يبقى التحصين من ناحية الرقابة على الملائمة<sup>2</sup>.

ويرى الباحث أن الآراء السابقة لم تحقق التوازن بين الاعتبارات العملية، حيث يمكن للإدارة اللجوء في بعض إجراءاتها للسلطة التقديرية بين حدين كبديل لأعمال السيادة، ولكن ذلك لم يحل الإشكالية الأساسية وهي البدائل وكيف يمكن صياغتها، وكما أن الرأي السابق لم يناقش غاية الدولة في الأخذ بأعمال السيادة والتي تتمثل في النأي عن الرقابة بالمطلق.

<sup>1</sup> حرزالله، توفيق: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في فلسطين، مرجع سابق، ص 47

<sup>2</sup> الشهري، احمد بن علي: أعمال السيادة في القضاء الإداري السعودي دراسة مقارنة مرجع سابق. ص 182

وكما يرى البعض أن السلطة التقديرية يمكن أن تحل محل أعمال السيادة لأن السلطة التقديرية ضاقت أم اتسعت فمردها للقضاء مما يؤدي بأجهزة الدولة لتردد في اتخاذ القرار نتيجة الخشية من الوقوع في الخطأ في ظرف يحتاج للسرعة والحسم<sup>1</sup>.

ويرى الباحث أن كل من السلطة التقديرية وأعمال السيادة تشتركان بكونهما من الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية، ولكنهما تختلفان في المفهوم وفي الإطار وفي الأسلوب وفي الرقابة، ففي حين تبقى السلطة التقديرية وبالرغم من كونها استثناء خاضعاً للرقابة وإن كانت رقابة مشروعية لا ملائمة، إلا أن أعمال السيادة تقلت من الرقابة إذا ما تم تقريرها وهذا هو جوهرها، أما بالنسبة لإمكانية حلول السلطة التقديرية مكان أعمال السيادة فالإجابة تكون ليس بالمعنى البسيط فحلول نظرية بديلاً لأخرى ليس بالأمر اليسير لاختلاف الدوافع والأهداف مختلفة فمن الصعب أن تحل السلطة التقديرية محل أعمال السيادة ويكون اللجوء للسلطة التقديرية في الحدود التي رسمها القانون.

#### الفرع الثاني: أعمال السيادة والظروف الاستثنائية

لقد سبق أن بينا مفهوم حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية بأنها خروج بعض الأعمال والتصرفات والقرارات غير المشروعة في الظروف العادية لتصبح مشروعة في حال وجود ظروف تقتضيها ضرورات الحفاظ على النظام العام واستمرار المرافق العامة<sup>2</sup>، أما أعمال السيادة هي تلك الطائفة من الأعمال التي تخرج بالمطلق من رقابة القضاء .

#### أولاً: من ناحية الرقابة على كل منهما

إن حالة الضرورة تخالف مبدأ المشروعية في الجانب المادي فهي تجعل من الأعمال التي تعتبر غير مشروعة في الأوقات العادية أعمالاً مشروعة في الأحوال غير العادية، وتبقى خاضعة لرقابة القضاء على القرارات و الأعمال الصادرة بموجبها كإعلان حالة الطوارئ، فتكون هذه التصرفات قابلة للإلغاء في حال مخالفتها للقانون، أما ما يخرج عن الرقابة هو إعلان حالة الطوارئ نفسه وهذا ما استقرت عليه محكمة العدل العليا الأردنية حيث جاء في قرارها أن الملك وحده من يقرر تقدير

<sup>1</sup> عبد الباسط، محمد: أعمال السلطة الإدارية، مرجع سابق، ص154

<sup>2</sup> بطيخ، رمضان: مبدأ المشروعية وضمانات احترامه . مرجع سابق، ص 25



وجود حالة ضرورة من عدمها ولا تستطيع المحكمة أن تتصدى من تلقاء نفسها لهذه المسألة<sup>1</sup>، وفي هذا يرى البعض أن تقدير الحاكم لتوافر الضرورة من عدمه لا يمنع ممارسة الرقابة الدستورية لتحديد مدى احترام الشروط التي نص عليها القانون<sup>2</sup>.

### ثانياً: من حيث وقت التطبيق

حالة الضرورة مؤقتة بالمدة التي يحددها القانون حيث نصت المادة 110 من القانون الأساسي الفلسطيني أنه لا يجوز أن تزيد مدة فرض حالة الطوارئ عن ثلاثين يوم قابلة للتمديد مرة واحدة من خلال السلطة التشريعية، أما أعمال السيادة لا ترتبط بمدد محددة، بل هي مطلقة من ناحية التأقيت<sup>3</sup>.

### ثالثاً: من ناحية التنفيذ

إن أعمال السيادة لا تحتاج سوى للدفع بها وبالتالي مباشرة الأنشطة بناء على هذا الدفع وبعدها يأتي دور القضاء للبحث في حقيقتها إذا ما طعن بها أما حالة الضرورة لا تباشر إلا بعد إعلان حالة الطوارئ وفقاً للقانون<sup>4</sup>.

### رابعاً: من ناحية الشكل

تعلن حالة الطوارئ بموجب مرسوم رئاسي، ومن ثم تأتي الأنظمة واللوائح بعدها، وبالتالي يغلب عليها الطابع التشريعي بينما أعمال السيادة يغلب عليها الطابع المادي كونها أعمال وإجراءات ترتبط بالممارسة العملية، كما أن الأنظمة الصادرة بموجب حالة الطوارئ تكون خاضعة للرقابة الدستورية، بينما تكون الأعمال المادية المرافقة لأعمال السيادة بمنأى عن أي رقابة .

وبالتالي يتضح مدى الفرق بين النظريتين من عدة جوانب سواء من ناحية المفهوم أو حتى من ناحية النطاق وبهذا يتبين أن النظريتين لا تتشاركان سوى أنهما استثناء على مبدأ المشروعية ويقل خطورة هذا الاستثناء فيما يتعلق بحالة الضرورة لما أحاطه المشرع من ضمانات، إلا أن هذه الضمانات تقل حينما يكون الحديث عن أعمال السيادة كونها تمس بشكل مباشر بمبدأ المشروعية لهذا يقال أن

<sup>1</sup> الشويكي، عمر محمد: القضاء الإداري دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 97

<sup>2</sup> خليل، عاصم: دراسات في النظام الدستوري الفلسطيني، الطبعة الأولى. رام الله: منشورات جامعة بيرزيت. 2015 ص30

<sup>3</sup> تحتوت، فوزي: المسؤولية الإدارية عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، مرجع سابق. ص389

<sup>4</sup> الشهري، احمد بن علي: أعمال السيادة في القضاء الإداري السعودي دراسة مقارنة مرجع سابق. ص197

الضمانة الوحيدة في حال ادعت الدولة أن عملها سيادي فعلى القضاء تكليف الدولة إثبات صحة ما تدعيه<sup>1</sup>.

### المبحث الثالث: تقدير أعمال السيادة في الأنظمة التشريعية والقضائية

بعد نقاش أهم محاور نظرية أعمال السيادة والتميز بينها وبين أهم النظريات التي قد تتداخل معها يصبح من الضروري الحديث عن تقدير هذه النظرية. فتقدير أعمال السيادة يرتبط بالتساؤل التالي، هل متطلبات أعمال السيادة ترقى للحد الذي يبدو معه الخروج عن الاستثناء مقبول ومبرر، وما هو المستوى الذي يمكن معه الخروج عن الأصل وكيف يمكن أن نوائم بين سيادة القانون وأعمال السيادة .

#### المطلب الأول: الاتجاهات الفقهية لتحديد أعمال السيادة

للفقه دور هام في تقدير أعمال السيادة، وخاصة أن الفقه الإداري ساهم بصياغة النظرية وطورها مع القضاء لتصل إلى ما هي عليه، وتتعدد الآراء حول تقدير أعمال السيادة على النحو التالي:

- **الاتجاه الأول:** يضيق هذا الاتجاه من أعمال السيادة حتى أنه أخرج منها بعض الأعمال التي كانت تعتبر سابقاً سيادية ويرى أنصار هذا الرأي ضرورة إخضاع جميع الأعمال للرقابة إلغاءً وتعويضاً للحفاظ على سلامة مبدأ المشروعية وسيادة القانون<sup>2</sup>، وهذا الاتجاه وبالرغم من أهميته إلا أنه لا يحدد الآليات التي من خلالها يمكن إخضاع هذه الطائفة من الأعمال وما هي أسس إلغاءها أو التعويض عليها .

<sup>1</sup> نقاش، حمزة: الظروف الاستثنائية والرقابة القضائية (رسالة ماجستير) جامعة منتوري .قسنطينية .الجزائر .2010ص33

<sup>2</sup> علاونة، فادي نعيم: مبدأ المشروعية وضمانات تحقيقه، مرجع سابق، ص 90

- **الاتجاه الثاني:** يرى بأن صيانة مبدأ المشروعية تتطلب فرض رقابة التعويض دون الإلغاء للاعتبارات السيادية<sup>1</sup>، وبهذا يحاول أصحاب هذا الاتجاه التخفيف من حدة النظرية بتقرير التعويض دون المساس بحصانة أعمال السيادة، ويتبنى هذا الرأي توجهاً تقليدياً يبرر أعمال السيادة انطلاقاً من تقوية مركز السلطة التنفيذية في مواجهة بقية السلطات<sup>2</sup>، وهذا الطرح لم يعالج مشروعية أعمال السيادة كما أنه لم يحدد الأسس التي سيتم تقرير التعويض بناء عنها.

- **الاتجاه ثالث:** يرى بأنه لسلامة مبدأ المشروعية يجب التخلص من أعمال السيادة نهائياً والاستعانة بنظريات أخرى في القانون العام كالسلطة التقديرية لإحداث التوازن بين المشروعية وبين الأحوال التي تتطلب مرونة في العمل ويجعل هذا الاتجاه المسائل الدولية خارج رقابة القضاء الإداري، أما على الصعيد المحلي فيتم فرض الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة كبديل للرقابة القضائية وخاصة فيما يتعلق بالعلاقات بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية<sup>3</sup>، وهنا يلحظ مدى أهمية هذا الطرح حيث أنه حاول تقسيم الأعمال حسب طبيعتها ليتم التعامل معها، ولكن الصعوبة تكمن بأن النظريات الأخرى قد لا تلائم هذه الأعمال وبحاجة لتطوير هذه النظريات لتتلاءم مع الأعمال المستجدة.

ويرى الباحث أنه لا يوجد رأي واحد يمكن الأخذ به دون غيره، فيحق القول بأن كل رأي يركز على النظرية من منظور ويغفل باقي الزوايا، وتحليل الآراء يمكن صياغة وتقدير أعمال السيادة ليس كمفهوم وحسب بل كممارسة على أرض الواقع فحينما يكون الأمر متعلق بأعمال دبلوماسية بحته فلا خلاف بأن هذه المسائل ذات طبيعة مغايرة ترتبط بالرؤية السياسية وبالتالي يسهل الحكم على آثارها من خلال فرض رقابة سياسية عليها، ولكن الأمر يختلف حين يدخل مفهوم الأمن الداخلي على الأنشطة السيادية لتصبح الموازنة بين مفهوم الأمن وسيادة القانون رهناً بالتشريعات المنظمة لهذا القطاع.

---

<sup>1</sup> العقيلي، إبراهيم: إساءة استعمال السلطة في القرارات الإدارية، الطبعة الأولى. عمان: دار قنديل للنشر والتوزيع 2008، ص 224.

<sup>2</sup> عبد الباسط، محمد: أعمال السلطة الإدارية، مرجع سابق، ص 153

<sup>3</sup> العتيبي، محمد مفرح: حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة، مرجع سابق. ص 83

ويختلف الأمر إذا كان العمل هو عمل ينظم علاقة البرلمان بالسلطة التنفيذية طالما كان القانون الأساسي ينظم هذه العلاقة دستورياً.

إن تقدير أعمال السيادة يجب أن يرتبط بمستوى معين فلا يجوز دمج مجموعة ذات طبيعة مختلفة ضمن مستوى واحد، فكل مستوى تنظمه إجراءات وقوانين محددة، وبالنسبة للرقابة على هذه الأعمال فلا يجوز تجزئة الرقابة بين إلغاء وتعويض، فالتعويض هو حق لمن أصابه الضرر ولا يتنافى هذا الحق حتى لو كان الفعل صادر من عديم المسؤولية فكيف إذا كان صادر من كيان سيادي كدولة. يرى الباحث أن الأخذ بفكرة أعمال السيادة يتنافى مع إسقاط التحصين التشريعي، فالمرشح الدستوري يلغى التحصين فكيف يمكن النص بعدها في تشريعات عادية على حصانة بعض الأعمال تحت بند أعمال السيادة ليخرجها من الرقابة مما يخلق نوع من التناقض، فكلمة الفصل يجب أن تكون للممارسة القضائية، فالقضاء يسعى لتجسد القانون بمعناه الواسع كممارسة أكثر منها كنص ولهذا سننتقل للمطلب الثاني وهو موقف القضاء من نظرية أعمال السيادة .

### المطلب الثاني: الرقابة القضائية على أعمال السيادة

بالرجوع لنشأة أعمال السيادة يتضح أنه ظهرت تجسداً لحاجيات ترتبط بتقاسم السلطات، وهذا يؤكد أن الظروف السياسية هي المحرك الأول في نشأة النظرية، ولكن استمرار العمل بهذه النظرية أصبح يرجع لما توفره من مرونة قصوى للسلطات الإدارية .

إن الجانب الإيجابي الوحيد في هذه المسألة هو أن صلاحية تقرير هل أن هذا العمل سيادي أم لا هو للقضاء نفسه، فالدولة مهما نعت بأن عملها هو من أعمال السيادة فذلك لا يعني أن القضاء يتمسك بما تنعاه الدولة فالقضاء يفحص إذا ما توافرت شروط العمل السيادي<sup>1</sup>، وهذا يعتبر انجاز فسبقاً كان يكفي أن تعتبر الدولة أن باعثها سياسي لتتأى بنفسها عن الرقابة القضائية، ليصبح مرجع التفرقة بين العمل الإداري والعمل السيادي هو القضاء الذي أعطاه المشرع سلطة تقدير الوصف

<sup>1</sup> عبد الباسط، محمد: أعمال السلطة الإدارية، مرجع سابق، ص155

القانوني للعمل المطروح عليه<sup>1</sup>، وهذا التوجه يعول عليه ويمكن أن نبني عليه إذا ما أردنا أن نجد حلاً عملياً .

إن تتطور الممارسة القضائية يقتضي مزيداً من التضيق على أعمال السيادة فأصبح الاتجاه القضائي يسير نحو فرض مزيد من القيود باستبعاد العديد من الإجراءات والأعمال من النطاق السيادي، فالقضاء يتجه نحو تقليص المفهوم السيادي تدريجياً من خلال الممارسة دون الإعلان بشكل مطلق عن إلغاء النظرية، وهذا التطور القضائي سيؤدي بالنتيجة للتخلص كلياً من أعمال السيادة وفقاً للمعطيات السابقة التي تعطي امتيازاً للمشروعية على حساب النظريات القديمة ومنها أعمال السيادة .

ساهم التطور القضائي بشكل كبير في نشأة أعمال السيادة وفي التعامل مع تطبيقاتها ولن يكون تقليص هذه الأعمال بمنأى عن هذا التطور القضائي، لهذا يصح القول بأن القضاء هو معمل هذه النظرية ومختبر تطورها .

### الفرع الأول: الرقابة الدستورية

إن القضاء الدستوري هو حامي الحقوق والحريات وذلك بفرضه لرقابته على دستورية التشريعات والأنظمة، فمبدأ المشروعية الذي ينبثق من مبدأ سيادة القانون هو الأساس الأول لأي تصرف أو عمل تتخذه الإدارة وكما أن القضاء الإداري يبحث في مدى مشروعية الإجراء وفق القواعد القانونية، فالقضاء الدستوري يبحث في مشروعية هذه الإجراءات والأعمال وفق رؤية دستورية .

إن بعض الأعمال التي تدخل ضمن القائمة القضائية لأعمال السيادة كالدخول في معاهدات قد تتضمن إجراءات تؤدي لفرض رقابة من نوع آخر كالرقابة البرلمانية، حيث أن إبرام معاهدة يتطلب مصادقة البرلمان وبالتالي ستخرج المعاهدة للعلن تشريعياً وبالتالي على قواعدها مراعاة الدستور، وبالرغم من أن القانون الأساسي الفلسطيني لم يشر إلى هذه المسألة ولا لآلية توطين المعاهدات<sup>2</sup>،

<sup>1</sup> العتيبي، محمد مفرح: حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة، مرجع سابق. ص 86

<sup>2</sup> البطمة، ريم: المعاهدات الدولية والقانون الوطني، مرجع سابق، ص 46

إلا أن معظم الدساتير تجعل من المعاهدة بمثابة تشريع وبالتالي يخضع للرقابة الدستورية حينما يتم مصادقته .

أما بالنسبة لباقي مفردات القائمة القضائية قد لا تفرض عليها أي رقابة، كون الرقابة الدستورية ترتبط بالتشريعات ذات العلاقة، فالقانون الدستوري يحدد اختصاصات محكمته وفق غايته التي يريد أن يحميها ولذا نجد العديد من الدساتير تحوي في مقدمتها على اختصاصها .

ففي مصر نص قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 في المادة 11 منه أن المحاكم لا تختص بالنظر بأعمال السيادة إذا ما تم تقريرها، فبالرغم مما جاء في المادة 25 من قانون المحكمة الدستورية المصرية بأن اختصاصات المحكمة هي الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة إلا أن المادة السابقة تتعارض معها وبهذا الخصوص قالت المحكمة الدستورية العليا أن أعمال السيادة وإن كانت نظرية تبلورت على يد مجلس الدولة الفرنسي إلا أنها ذات أساس تشريعي في مصر<sup>1</sup>، وبهذا يلحظ مدى رسوخ هذه الطائفة في القضاء المصري، وثار هذا الجدل عندما صدر حكم جزيرتي تيران وصنافير، فحينما قدم ممثل الدولة الحكومة المصرية طعناً بحكم المحكمة العليا الذي قرر إبطال توقيع ممثل الدولة على الاتفاقية الموقعة مع السعودية، وجاء في متن الحكم أن دستور مصر 2014 جاء معبراً عن إرادة شعبية انعكست على صياغة نصوصه ومنها نص المادة 151 التي حظرت التنازل عن أي جزء من الإقليم المصري بموجب أي معاهدة أو اتفاقية ورسم النص الدستوري إجراءات معينة لإبرام المعاهدات ونص صراحة على عدم مشروعية أي عمل من شأنه التفريط بالإقليم المصري وبهذا تكون اتفاقية ترسيم الحدود البحرية بين مصر والسعودية بما خلفته من إلحاق جزء من الإقليم المصري كما ثبت في أوراق الدعوى للإقليم السعودي هو تنازل صريح مخالف لنصوص الدستورية وردت المحكمة دفع أعمال السيادة لمخالفته صريح النص الدستوري<sup>2</sup>، بينما جاء منطوق حكم المحكمة الدستورية العليا معارضاً لما توصلت إليه محكمة القضاء الإداري في ذات الشأن، حيث اعتبرت المحكمة الدستورية أن محل الطعن يرتبط بأعمال سيادية لا تفرض الرقابة عليها قضائياً وأن نص المادة 151 يخضع لرقابة دستورية لا رقابة مشروعية وذلك بفحص إذا ما

<sup>1</sup> تحتوت، فوزي: المسؤولية الإدارية عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، مرجع سابق. ص 385

<sup>2</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، رقم 74236 لسنة 62 قضائية عليا، صادر بتاريخ 2017/1/16، ص 12

كانت الحكومة والبرلمان قد اتبعا الشرائط الشكلية المنصوص عليها دستورياً، وهذا الاختصاص تستأثر به المحكمة الدستورية دون غيرها<sup>1</sup>

أما في الأردن فإن المادة 5 فقرة د من قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014 جاء فيها لا تختص محكمة العدل العليا في النظر بالطلبات والدفع المتعلقة بأعمال السيادة ولا تملك الرقابة على دستوريته وأصل هذا النص يعود لقانون تشكيل المحاكم النظامية الأردني رقم 38 لسنة 1963 وبهذا يكون الوضع في الأردن مطابقاً للتشريع المصري من حيث الأصل التشريعي لأعمال السيادة<sup>2</sup>، حيث أن كلا من النظامين المصري والأردني قد أخذوا التحصين التشريعي لأعمال السيادة وهذا يدفعنا لطرح تساؤل لماذا يضع المشرع العربي نصوص تستثني صراحة أعمال السيادة بالرغم من عدم وجود نص تشريعي في فرنسا<sup>3</sup>، لعل إجابة هذا التساؤل تكشف لنا أن فلسفة المشرع التي تنعكس على النصوص فكما سبق فإن أعمال السيادة كنظرية ظهرت في فرنسا باجتهاد قضائي وانتقلت للتشريعات العربية لما لها من مزايا في تثبيت دعائم الحكم ولهذا أحيطت بهالة من القدسية وتم تحصينها تشريعياً .

وبالرجوع للقانون الأساسي الفلسطيني نرى أن المادة 30 منه نصت صراحة على حظر تحصين أي قرار أو عمل من رقابة القضاء وفي ذات الوقت لم يتطرق قانون المحكمة الدستورية لأي استثناءات تخرج عن رقابته كما فعل المشرعين الأردني والمصري<sup>4</sup>، وهذا المسلك حميد على مستوى عدم وجود نص تشريعي يخرج أي عمل من رقابة القضاء .

ويحسب لمحكمة العدل العليا الفلسطينية موقفها من الدفع بأعمال السيادة ما جاء في احد قراراتها: " إن الأعمال السيادية هي بطبيعتها أعمال إدارية الهدف منها تحصين القرارات من رقابة القضاء كونها مشوبة بعدم المشروعية الأمر الذي يعتبره الفقه بأنه يمثل ندبة في جبين المشروعية ولأن التوجه الحديث للفقه يمل إلى إلغاء هذا التحصين لصالح سيادة القانون ولأن المشرع الفلسطيني في

<sup>1</sup> حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 12 لسنة 39 قضائية والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 9 مارس 2018، ص 47

<sup>2</sup> شطناوي، علي خطار: دراسات في القرارات الإدارية، الطبعة الأولى، عمان: منشورات الجامعة الأردنية. 1998، ص 60

<sup>3</sup> ابن الهندي، مفتاح: نظرية أعمال السيادة، مرجع سابق، ص 408

<sup>4</sup> علاونة، فادي نعيم: مبدأ المشروعية وضمانات تحقيقه. مرجع سابق، ص 96

المادة 30 من القانون الأساسي حظر النص على تحصين أي قرار أو عمل مما يواكب روح العصر<sup>1</sup>، وعلى الرغم من أن المحكمة قد أشارت في الحكم السابق لمسألة مهمة وهي إلغاء التحصين التشريعي في القانون الفلسطيني إلا أنه يثور تساؤل وهو كيف يستوي إلغاء التحصين مع الأخذ بأعمال السيادة علماً بأنه لا يوجد نص تشريعي فلسطيني يستثنيها وفي ذات الوقت أكدت المحكمة على الأخذ بفكرة القائمة القضائية .

وبالعودة إلى ما أثارته المحكمة بإلغاء المشرع الفلسطيني للنصوص المحصنة يثور تساؤل حول مدى رقابة القضاء الدستوري الفلسطيني على أعمال السيادة وهنا يرى البعض أن إلغاء التحصين الوارد في المادة 30 من القانون الأساسي ينسحب فقط على القرارات الإدارية العادية ولا يمتد للأعمال السيادية التي تحدد فيما بعد بالقائمة القضائية<sup>2</sup>، ويرى الباحث أن هذا لا يستوي مع الغاية التي أرادها المشرع من إلغاء التحصين فما فائدة هذه المادة إذا ما قرر القضاء أن العمل هو سيادي وبالتالي والحالة هنا سنعود للمربع الأول وهو أن العمل السيادي لا يطعن به مما يجعله محصن بالمطلق.

فالمادة 30 هي النسخة الفلسطينية من المادة 68 من دستور 1971 المصري التي نصت على حظر النص على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء والتي كررت بالمادة 97 من دستور 2014<sup>3</sup>، أما بالنسبة هل ينسحب أثر المادة 30 من القانون الأساسي الفلسطيني على المبادئ غير المدونة كالقائمة القضائية فالأصل أن ذات العلة متوافرة وبالتالي يكون إخضاع النص على جميع القرارات والأعمال حتى ولو لم تكن واردة بقانون<sup>4</sup>.

وهنا يرى الباحث بأن محكمة العدل العليا الفلسطينية قد سلمت بالنظرية وهذا ما كشفه من خلال التوجه نحو التأكيد على فكرة القائمة القضائية، ولم تعالج بحكمها الرقابة الدستورية بقدر بحثها عن

---

<sup>1</sup> منظومة القضاء والتشريع الفلسطيني، قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية 531 / 2010، والصادر بتاريخ 2010/6/10، ص6

<sup>2</sup> الاشقر، أحمد: الحماية القضائية للحقوق والحريات العامة في فلسطين، مرجع سابق، ص 129

<sup>3</sup> المادة 97 من الدستور المصري 2014: "النقاضي حق مصون ومكفول للكافة وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي و تعمل على سرعة الفصل في القضايا ويحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعي والمحاكم الاستثنائية محظورة"

<sup>4</sup> المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، العدالة والقانون، رام الله العدد 16 آب 2011 ص 203



ملائمة القرار الإداري لمعايير القائمة، فالتوجه الحالي لا يحقق رقابة دستورية فعالة وخاصة إذا ما عدنا لقانون المحكمة الدستورية الذي لم يشر مباشرة لحصانة أعمال السيادة .

### الفرع الثاني: رقابة القضاء الإداري على أعمال السيادة.

إن رقابة المشروعية ترتبط بالقضاء الإداري الذي يبحث فيما إذا كان الإجراء أو القرار أو العمل الإداري يتفق مع مبدأ المشروعية أم لا من خلال البحث عن شروط صحة الإجراء وتوافقها مع القانون بمعناه الواسع وفي حال المخالفة سيكون العمل حرياً بالإلغاء، ولكن التطور القضائي أصبح يأخذ بمفهوم القضاء الكامل، فلا يكفي إلغاء الإجراء الصادر بل يجب أيضاً أن يتم التعويض عن الضرر الذي أحدثه<sup>1</sup>.

ويعتبر القضاء الشامل أكثر عدالة من قضاء الإلغاء ولهذا تلجأ العديد من الدول لتبنيه كونه أكثر حماية للحقوق والحريات العامة<sup>2</sup>، فقضاء الإلغاء على مميزاته يبقى قاصراً عن تحقيق العدالة، فكيف سيؤدي إعدام قرار إداري أو عمل على تحقيق العدالة دون معالجة آثاره التي أحدثها .

إن القضاء الفلسطيني ما زال يتبنى بصورة غير مباشرة قضاء الإلغاء فقد كشفت العديد من الأحكام هذا التوجه حيث اكتفت محكمة العدل العليا الفلسطينية بإلغاء القرارات الإدارية أو تعديلها ولم تعالج التعويض أو المراكز القانونية التي أنشأها القرار المعيب إلا في أحوال استثنائية وهي دعاوي التقاعد حيث تتبنى المحكمة صلاحية تحديد الراتب الصحيح لوضع حل نهائي للنزاع المتعلق بالحقوق التقاعدية<sup>3</sup>، وكما ينعقد الاختصاص للمحكمة العليا في شأن الطعون التي يقدمها القضاة بخصوص القرارات التي تمس حياتهم الوظيفية<sup>4</sup>، فالاختصاص ينعقد للمحكمة كقضاء كامل فيما يخص القضاة ويرى البعض أن هذا النص يهدف لزيادة ضمانات القضاة وعدم حملهم للجوء للقضاء العادي حفاظاً على هيبة القضاء وخصوصية المتخاصمين<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> شطناوي، علي خطر: القانون الإداري الأردني، مرجع سابق، ص 209

<sup>2</sup> الأشقر، أحمد: الحماية القضائية للحقوق والحريات العامة في فلسطين، مرجع سابق، ص 141

<sup>3</sup> حرز الله، توفيق: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في فلسطين، مرجع سابق، ص 302

<sup>4</sup> قانون السلطة القضائية الفلسطيني رقم 1 لسنة 2002 المادة 46: " تختص المحكمة العليا دون غيرها في طلبات الإلغاء والتعويض ووقف التنفيذ التي يرفعها القضاة على القرارات القضائية المتعلقة بأي شأن من شؤونهم "

<sup>5</sup> تكروري، عثمان: الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001، الجزء الأول، الطبعة

الثالثة، القدس، دار الفكر. 2013، ص 54

وبالرجوع لقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 1 لسنة 2002 الذي نظم إجراءات المحاكمة أمام محكمة العدل العليا نجد أن المادة 291 منه نصت على أن تصدر المحكمة حكمها على وجه السرعة في الطلب المقدم لديها إما برفضه أو بإلغاء القرار المطعون فيه أو بتعديله مع ما يترتب على حكمها من آثار فالنص أشار صراحة على مسألة تعديل ما يترتب على القرار من آثار وبالتالي يمكن أن تشمل الآثار القانونية على المراكز وما يترتب على القرار المعيب من آثار بما فيها الضرر الناشئ عنه<sup>1</sup>.

ويرى الباحث أن الباب مازال مفتوحاً لتقرير التعويض في القضاء الفلسطيني كونه لا يتعارض مع النصوص السابقة ولكنه فقط يحتاج لإرادة قضائية جادة.

فالقضاء الإداري المصري والأردني يتبنيا فكرة القضاء الشامل حيث أن المحاكم الإدارية تضطلع بدورها الكامل إلغاءً وتعويضاً، ففي قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 وفي المادة 10 تم تحديد الاختصاصات ويتضح من المادة أن المشرع المصري اتبع أسلوب القضاء الكامل وكذلك الأمر في قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014<sup>2</sup>، علماً بأن القانون الأساسي الفلسطيني وفي المواد 102 و103 و104 تناول فيها إنشاء محكمة القضاء الإداري وجعل الاختصاص مؤقتاً للمحكمة العليا لحين تشكيل محكمة القضاء الإداري، فالمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية تشكلت وفق هذا النص مما ينبأ بأن تشكيل محكمة قضاء إداري هو مسألة وقت ليس أكثر.

وتجدر الإشارة إلى أن النيابة العامة الفلسطينية ما زالت تبأشر اختصاصها في الشق الإداري وفقاً لنص المادة 68 من قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2000<sup>3</sup> حيث تبأشر النيابة المسماة بـ النيابة العدل العليا اختصاصها من خلال تمثيل الدولة أمام محكمة العدل العليا في الدعاوي الإدارية، وعلى

<sup>1</sup> الأشقر، أحمد: الحماية القضائية للحقوق والحريات العامة في فلسطين، مرجع سابق، ص 140

<sup>2</sup> قانون القضاء الأردني رقم 27 لسنة 2014، المادة 5 فقرة 9/ب: " تختص المحكمة الإدارية بالنظر في طلبات التعويض عن الأضرار اللاحقة نتيجة القرارات والإجراءات المنصوص عليها في الفقرة أ من هذه المادة إذا رفعت إليها تباعاً لدعوى الإلغاء. قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972، المادة 10 فقرة 10: " تختص المحكمة عن طلبات التعويض الناشئة عن القرارات التي رفعت عليها بصورة أصلية أو تبعية ".

<sup>3</sup> قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2000 المادة 68 /4: - لا يجوز أن يؤدي وظيفة النيابة العامة لدى المحكمة العليا من تقل درجته عن رئيس نيابة.

الرغم من هذه التسمية إلا أن هذا المفهوم لا يحل محل نيابة إدارية بالمعنى الدقيق فكوادرها البشرية محدودة جداً لا تتناسب مع ضغط العمل الملقى على كاهلها<sup>1</sup> وكما أن هنالك تقارير ميدانية ألفت الضوء على إشكالية البنية التحتية لمباني النيابة العامة من حيث ضعفها وعدم استيعابها للمراجعين<sup>2</sup> مما يحتاج والحالة هنا لإيجاد هيكلية إدارية لنيابة متخصصة والنظر في بنيتها التحتية من مرافق ومباني.

فيرى الباحث أن الرقابة القضائية هي ضرورة حتمية سواء كانت رقابة دستورية أم إدارية من أجل تقويم قرارات الإدارة وأعمالها وخاصة الاستثنائية منها، فبالرغم من أن أعمال السيادة ما زالت تتمتع بحصانة كقاعدة عامة وتعتبر حقيقة واقعية<sup>3</sup>، إلا أن الحد منها أصبح تحدٍ حقيقي.

---

<sup>1</sup> نيابة العدل العليا: النيابة العامة الفلسطينية:

<http://www.pgp.ps/ar/SP/Pages/BehalfofCassationandJustice.as>

<sup>2</sup> المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء. المرصد القانوني الثالث لبيان الثابت والمتغير في وضع العدالة في فلسطين . رام الله، 2014.

<sup>3</sup> طلبه، عبد الله: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، الطبعة الخامسة، دمشق: منشورات جامعة دمشق. 1996، ص 211

## الفصل الثاني

### الأسس القانونية لمسؤولية الدولة عن أعمال السيادة

بقيت الدولة بشكل عام والإدارة بصفة خاصة ولعقود طويلة من الزمن غير مسؤولة عن أعمالها وأنشطتها المختلفة بل وعن أخطاء موظفيها، حيث كان مبدأ عدم مسؤولية الدولة هو قاعدة مستقرة<sup>1</sup>، وذلك يرجع لفكرة هيمنة مبدأ سيادة الدولة الذي كان يعتبر منافياً لمبدأ المسؤولية الإدارية<sup>2</sup> فالتوجه السائد قديماً يعتبر الدولة كيان معنوي يتجسد في شخص الملك والذي لا يمكن أن يخطئ أبداً. أدى تطور مفاهيم المسؤولية مع بداية القرن العشرين لظهور توجه يدعو لفرض مزيد من الرقابة على أعمال الإدارة وخاصة مع اتساع مجال تدخل الدولة مما نتج عنه تفاقم الأضرار الواقعة على الأشخاص والأموال، فأصبحت فكرة عدم المسؤولية هي الاستثناء والقاعدة هي تقرير المسؤولية<sup>3</sup>، فتطور الأنشطة الإدارية استتبع معه تطور النظريات التي تحاول إيجاد أساس قانوني للمسؤولية الإدارية و من بينها نظرية الدولة المدينة و نظرية المرفق العام، ولكن دون أساس قانوني واضح يبنى عليه ودون أن يطبق هذا الأساس على إطلاقه<sup>4</sup>.

لم تخضع الدولة وإداراتها بما لها من سلطات و امتيازات للقضاء العادي أو الإداري دفعة واحدة وإنما تم تدريجياً وخاصة مع تمتع الإدارة امتيازات واسعة، وأدى تسارع الأحداث و الثورات الشعبية في فرنسا لظهور مبدأ الفصل بين السلطات مما أعطى دافعاً قوياً لتكريس مبدأ مسؤولية الإدارة<sup>5</sup>، وهو

<sup>1</sup> الطماوي، سليمان: مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية، الطبعة الثالثة. القاهرة: دار الفكر العربي، 1955، ص9

<sup>2</sup> خاطر، حلمي: مسؤولية الدولة عن القوانين المخالفة للدستور والاتفاقيات الدولية، مجلة البحوث القانونية - كلية حقوق جامعة المنصورة، عدد 2013/54، ص121

<sup>3</sup> ليله، كامل: نظرية التنفيذ المباشر، بلا طبعة، الإسكندرية: دار الفكر العربي، بلا سنة نشر، ص477

<sup>4</sup> خاطر، حلمي: مسؤولية الدولة عن القوانين المخالفة للدستور والاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص123

<sup>5</sup> بوراس، ياسمين: المسؤولية الإدارية (رسالة ماجستير). الكلية العليا للقضاء. الجزائر. 2004. ص 8

ما نتج عنه منح القاضي الإداري المزيد من الصلاحيات التي تسهل عليه مهمة الفصل في القضايا التي تكون الإدارة خصماً فيها .

إن الحديث عن الأسس القانونية التي يبنى عليها مفهوم التعويض هو ضرورة جوهرية في أي نظام قانوني، فهذه الأسس تشكل القاعدة التي يتم الانطلاق منها لحل للإشكاليات المرتبطة بالآثار المترتبة على الأنشطة الإدارية الضارة، فالمنطق السليم يقتضي بأن كل ضرر يجب أن يجبر وفق قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" .

ويزداد الأمر صعوبة حينما يرتبط مفهوم المسؤولية الإدارية بالأعمال الاستثنائية كأعمال السيادة كونها استثناء على مبدأ المشروعية، حتى أصبح المبدأ المستقر هو مسؤولية الدولة عن جميع أعمالها باستثناء أعمال السيادة<sup>1</sup>، فكيف سيتم التعامل معها في ظل أحكام المسؤولية الإدارية وأسسها . سيتناول هذه الفصل تعريف المسؤولية الإدارية وخصائصها لربطها مع أعمال السيادة وذلك للبحث لاحقاً في الأسس القانونية لدعوى التعويض لمعالجة الآثار التي ترتبها المسؤولية الناشئة عن الأعمال السيادية.

---

<sup>1</sup> ليله، كامل: نظرية التنفيذ المباشر، المرجع السابق، ص477

## المبحث الأول: ماهية المسؤولية الإدارية

إن مفهوم مسؤولية الدولة عن أعمال السيادة يرتبط بشكل مباشر بمفهوم المسؤولية غير التعاقدية، فالمسؤولية بصفة عامة تعرف بأنها "التركيبة القانونية التي تتكون من تدخل إرادي ينقل بمقتضاه عبء الضرر الذي وقع على شخص آخر على مسبب الضرر والذي عليه أن يتحمل هذا العبء"<sup>1</sup>، وكما تعرف بأنها الالتزام النهائي الذي يفرض على عاتق جهة ما لجبر الضرر الذي ألحقته بنشاطها اتجاه أشخاص آخرين<sup>2</sup>، ويلاحظ على التعاريف السابقة أنها تتكون من ثلاث عناصر وهي النشاط والنتيجة والعلاقة السببية، وبهذا يصلح هذا المفهوم لنسقطه على جميع الحالات دون تمييز.

## المطلب الأول: مفهوم المسؤولية الإدارية

يقصد بالمسؤولية الإدارية: التزام الدولة أو إحدى هيئاتها بدفع التعويض لمن يصيبه ضرر ناجم عن ممارستها لنشاط أو لعمل وفق أحكام المسؤولية الإدارية المعمول بها ومن خلال الأوضاع المقررة قانوناً وباللجوء للقضاء المختص<sup>3</sup>، بعبارة أخرى مسؤولية الدولة عن أعمالها تقتضي تصويب الأوضاع وإعادتها لحالتها الأولى قبل وقوع النشاط المستوجب للتعويض .

ومن خلال التعريف السابق يمكن ربط المسؤولية الإدارية مع الأنشطة السيادية ليصبح مفهوم المسؤولية: تقرير مسؤولية الدولة وإداراتها عن الآثار التي رتبها الأخذ بالأعمال التي تقرر سيادتها، وإلزام الدولة بالتعويض عن الأضرار التي أحدثها هذا النشاط من خلال أسس المسؤولية القانونية . أما أثر تقرير المسؤولية فهو الالتزام بجبر الضرر الذي لحق بالغير سواء الكلي أو الجزئي وهو بذلك يعني الضمان أو التضمين<sup>4</sup>، أما طريقة الحصول عليه فتكون من خلال دعوى يتم رفعها لدى

<sup>1</sup> النهري، مجدي: مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، مرجع سابق، ص 156

<sup>2</sup> تحتوت، فوزي: المسؤولية الإدارية عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، مرجع سابق، ص 29

<sup>3</sup> النهري، مجدي: مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، مرجع سابق، ص 156

<sup>4</sup> عويس، حمدي: مسؤولية الدولة عن أعمالها القانونية والمادية، مرجع سابق، ص 13

المحكمة المختصة بهدف المطالبة بالعرض عن ضرر أصاب الشخص نتيجة عمل أو نشاط صادر عن جهة إدارية.

### المطلب الثاني: خصائص المسؤولية الإدارية

إن للمسؤولية الإدارية خصائص تميزها عن غيرها فهي تختلف عن القواعد العادية في المسؤولية المدنية، ولهذا سنتحدث عن مزايا المسؤولية الإدارية .

القضاء الإداري ومنذ نشأته ومروراً بمراحل تطوره أخذ على عاتقه تطوير قواعد المسؤولية بشكل إبداعي لتتناسب مع متطلبات العمل من جهة وحقوق وضمانات الأفراد الذين تتعاظم الإدارة معهم من جهة أخرى، فقواعد المسؤولية الإدارية مرنة وذلك يرجع لصعوبة الإحاطة بها لوجود مشقة في البحث عن أسسها مما يحتاج معه لمجهود قضائي مضاعف<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: استقلالية قواعد المسؤولية الإدارية

تمتاز قواعد المسؤولية الإدارية باستقلاليتها عن قواعد المسؤولية المدنية لحد ما، حيث أن القاضي الإداري وفي معرض حكمه ليس ملزم بقواعد المسؤولية المدنية، وعلة ذلك عدم تلائم القواعد العادية بصورتها التقليدية مع الأنشطة المختلفة التي تباشرها الدولة، فالمسؤولية الإدارية لها نظام وضوابط خاصة والتي تتسجم مع أهدافها<sup>2</sup>، وهذا ما أكدته القضاء الفرنسي في القضية الشهيرة (Rotschild) والمعروفة باسم بلانكو عام 1873، والتي قرر فيها القضاء الفرنسي مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تلحق بالأفراد والناجمة عن تصرفات موظفي الدولة والعاملين بالمرافق العامة، وأشارت المحكمة أنه من الصعب تطبيق القواعد الخاصة بالقانون المدني على هذه المنازعات وأن أحكام المسؤولية المدنية عامة وأن هنالك ضرورة ولوجود أحكام خاصة تتلاءم مع خصوصية الأنشطة الإدارية التي من الضرورة أن توفق بين حاجات المرفق ومصالح الأفراد<sup>3</sup> وذلك تحقيقاً للعدالة الإدارية.

<sup>1</sup> النهري، مجدي: مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، الطبعة الثانية، القاهرة: مكتبة النهضة العربية. 1997م، ص

<sup>2</sup> . ANABA MBO Alexandre: LA RESPONSABILITE SANS FAUTE DE LA PUISSANCE

ولكن استقلالية هذه القواعد لا يقصد بها استبعاد قواعد المسؤولية المدنية بالمطلق، ففي بعض الأحيان يقتصر دور القاضي على الأخذ بالقواعد العادية في الحالات التي تناسبها مع بعض التعديلات<sup>1</sup>، كما أنه وفي بعض الحالات يكون المشرع قد حدد النصوص التي على القضاء إتباعها فيلزم القاضي بالنص التشريعي، ومثال ذلك النصوص الخاصة بالتقادم المتعلق بالتعويض<sup>2</sup>، ويتضح مما سبق أن المسؤولية الإدارية لها طابع قضائي متميز حيث ينشط دور القاضي في إيجاد وخلق قواعد تلائم الحالة المعروضة أمامه وهذا ما يسمى بالدور الإبداعي للقاضي الإداري .

### الفرع الثاني: التدرج في تقرير المسؤولية الإدارية

إن التدرج في تقرير المسؤولية هي ميزة ترتبط بالمسؤولية الإدارية فقواعد هذه المسؤولية كغيرها من القواعد تأثرت بمراحل متعاقبة مرت على الدولة حيث كان القضاء يتشدد في تقرير مسؤولية الدولة على اعتبار أن الدولة وفي معرض عملها هي من ترعى الصالح العام ولهذا كان معيار الخطأ الجسيم هو المعيار الأنسب<sup>3</sup>، ولكن التطور المتسارع لمفاهيم الحقوق والحريات وتطور مفهوم الدولة وظهور مفاهيم العدالة كمبدأ المساواة بين المواطنين أمام الأعباء العامة أدى لظهور تيار فقهي ينادي لإيجاد توازن بين اعتبارات الصالح العام وبين اعتبارات العدالة ولهذا أصبح من الضروري البحث عن أسس تتلاءم مع هذه التطورات، ويتجلى ذلك بظهور مفهوم المساواة أمام الأعباء العامة كأساس تكميلي قضائي<sup>4</sup>.

ويرى الباحث وفي ظل التطور التدريجي لقواعد المسؤولية الإدارية فإنه من غير المستبعد التخلي عن نظرية أعمال السيادة التي وإن ما زالت تعتبر حقيقة قانونية لحد ما إلا أنه من غير المستبعد تركها وإن كان ذلك ليس بالمدى القريب.

---

<http://www.ntpu.edu.tw/files/event/20081127144718.pdf>

<sup>1</sup> المجني، محمد: *المحاكم الإدارية وقضاء التعويض*: مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية .المغرب، عدد4/2013،ص152

<sup>2</sup> عبد اللطيف، محمد: *قانون القضاء الإداري ومسؤولية السلطة العامة*، مرجع سابق، ص80

<sup>3</sup> النعيمات، أحمد: *التعويض الإداري بين القانونين المدني والإداري*: مجلة علوم الشريعة والقانون .عمان، عدد 4/2014،ص930

<sup>4</sup> تحتوت، فوزي: *المسؤولية الإدارية عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة*، مرجع سابق.ص32



### الفرع الثالث: السمة القضائية للمسؤولية الإدارية

أن استقلالية قواعد المسؤولية والتطور التدريجي للقواعد لم يأتي إلا من خلال جهد قضائي تكريساً لفكرة خصوصية المسؤولية الإدارية وذلك من خلال أحكام إنشائية أوجدت الحلول العملية عند طرح المنازعات الإدارية للقضاء.

إن فكرة سير المرافق العامة وحل المنازعات بين الدولة والأفراد قضائياً تحتاج إلى أن يوائم القضاء بين متطلبات العمل الإداري وبين حقوق الأفراد ولا يتأتى ذلك إلا بممارسة دور قضائي إبداعي وتحمل مشقة للوصول لحلول متزنة.

إن المسؤولية الإدارية متميزة بخصائصها فهي تضع في اعتبارها الموازنة بين المصالح المتعارضة وموائمة الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية ولهذا تتسم بخصوصية تغلفها المرونة والتطور والاستقلالية .

### المبحث الثاني: الأسس القانونية للمسؤولية الإدارية

يقصد بالأسس القانونية للمسؤولية الإدارية تلك القواعد التي من خلالها تبني المسؤولية وذلك بربط أعمال الإدارة مع النتائج المترتبة عليها، وهذه الأسس ترتبط بقواعد الاختصاص والمبادئ التي كرسها

القضاء للإجابة عن السؤال الأساسي وهو هل يمكن أن تشكل هذه القواعد أساساً يصلح لترتيب المسؤولية على الإدارة .

إن فرادة خصائص المسؤولية الإدارية استتبعتم تميز الأسس التي تبنى عليها أيضاً، فهذه الأسس هي خاصة بالقضاء الإداري وتتميز عن الأسس العادية التي تحكم المسؤولية في القضاء المدني وذلك يرجع لاعتبارات خاصة بالقانون الإداري والتي تتطلب أن يتمتع القضاء بالمرونة الكافية لمواجهة المتغيرات المتعلقة بالنشاط الإداري للدولة<sup>1</sup>.

فالمسؤولية الإدارية كقاعدة عامة تقوم على أساس عنصر الخطأ أما الأساس الثاني والمتمثل بفكرة المخاطر أو المسؤولية بدون اشتراط الخطأ فيعتبر أساساً تكميلي<sup>2</sup>.

### المطلب الأول: الخطأ كأساس للمسؤولية الإدارية

إن الخطأ كأساس للمسؤولية يمثل قاعدة عامة ومشتركة لكافة فروع القانون على حد سواء، فالخطأ هو المعيار الأول والأصل العام لترتيب المسؤولية .

### الفرع الأول: مفهوم الخطأ وصوره

يقصد بالخطأ كأساس قانوني للمسؤولية بأنه كل تصرف يقع مخالفاً لأحكام القانون سواء أكان ايجابياً أم سلبياً، ينشأ نتيجة عدم الانصياع لما أوجبه القانون، وهذا الخطأ قد يكون مرفقياً أو شخصياً<sup>3</sup>. وهذه الأخطاء قد تقع حينما تباشر الأعمال من قبل الموظفين، فقد يكون العمل قد صبغ بصبغة شخصية أو قد يكون الخطأ مرفقياً وربما يكون مشترك بين الاثنين أي بين الموظف وبين المرفق العام<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> الطماوي، سليمان: مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية، مرجع سابق، ص 83

<sup>2</sup> أبو شادي، أحمد وآخرون: مجموعة المبادئ التي اقترتها المحكمة الإدارية العليا، بلا طبعة. القاهرة: دار القاهرة للطباعة، قرار رقم 1519/1956 صفحة 215، ص 352

<sup>3</sup> النعيمات، أحمد: التعويض الإداري بين القانونين المدني والإداري، مرجع سابق، ص 927

<sup>4</sup> بوضياف، عمار: دعوى التعويض في القانون الجزائري، مؤتمر الإلغاء والتعويض في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص

## أولاً: الخطأ الشخصي

يقصد بالخطأ الشخصي: الخطأ الذي يصدر عن شخص تابع لجهة إدارية دون أن يكون للإدارة دور فيما وقع، ولذا الموظف مسئولية الخطأ الذي وقع فيه ويكون مسؤول رغم ارتكابه أثناء عمله<sup>1</sup>، وهذا منطقي ولكن أحياناً لا يمكن الكشف بسهولة عن المعيار الفارق بين الخطأ الشخصي وبين غيره .

ولذلك وضعت عدة معايير لتمييز بين الخطأ الشخصي والمرفقي، ومنها معيار (لافييري) الذي يميز إذا كان الخطأ مطبوع بطابع شخصي أم لا<sup>2</sup>، فإذا اتجهت إرادة الموظف نحو تحقيق مآرب شخصية يعتبر الخطأ شخصي، وهناك معيار يعتمد على فكرة جسامة الخطأ فكلما كان الخطأ جسيماً كان ذو طابع فردي<sup>3</sup>، وتوجه القضاء الإداري المصري يأخذ بمعيار الصبغة الشخصية التي تكشف عن الإنسان بوهنه وشهوته وعدم تبصره<sup>4</sup>، أما إذا كان غير مجبول بهذا الطابع ويعبر عن موظف معرض للخطأ والصواب فإن الخطأ يكون مرفقياً، كما وضعت بعض المعايير التي لها علاقة بإمكانية أن يندمج الخطأ الصادر من الموظف في أعمال الوظيفة بحيث لا يمكن فصله وبالتالي يخرج من إطار الخطأ الشخصي ويعتبر خطأ مرفقي<sup>5</sup>.

## ثانياً: الخطأ المرفقي

انطلاقاً من مفهوم المخالفة يمكن تعريف الخطأ المرفقي بأنه الخطأ الذي يصدر عن الأشخاص التابعين للإدارة، ولكن في نفس الوقت يصعب نسبة هذه الأخطاء لشخص الموظف حيث لا يمكن اعتبارها أخطاء شخصية وهذا ما يطلق عليه المسؤولية على أساس الخطأ المرفقي<sup>6</sup>، فالخطأ المرفقي

<sup>1</sup> الطماوي، سليمان: قضاء التعويض وطرق الطعن بالأحكام، مرجع سابق، ص124

<sup>2</sup> الطماوي، سليمان: مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية، مرجع سابق، ص88

<sup>3</sup> وزارة المالية المصرية، مصلحة الضرائب . عاملون مدنيون بالدولة - الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي. القاهرة. 2003.

<sup>4</sup> أبو شادي، أحمد وآخرون: مجموعة المبادئ التي اقترتها المحكمة الإدارية العليا، بلا طبعة. القاهرة: دار القاهرة للطباعة، قرار رقم 1959/928 صفحة 1435، ص355

<sup>5</sup> عويس، حمدي: مسؤولية الدولة عن أعمالها القانونية والمادية، مرجع سابق، ص94

<sup>6</sup> الطماوي، سليمان: قضاء التعويض وطرق الطعن بالأحكام، مرجع سابق، ص142

يرتبط بالتقصير في الأداء الذي يرتكبه واحد أو أكثر من العاملين بالمرفق دون أن يكون هذا التقصير سببه خطأ شخصي من العامل نفسه.

ويعود الفضل في ظهور اصطلاح الخطأ المرفقي إلى مفوضي الحكومة الفرنسية، حيث وضعوا هذا المصطلح وتبناه مجلس الدولة ابتداءً من 1904<sup>1</sup>، أما عن السبب الذي يجعل نسبة هذه الأخطاء تتجه نحو المرفق فهي راجعة لطبيعة الخطأ الذي وقع به الموظف أثناء تأديته عمله والتي لا يد للموظف بها، فهو حتماً وقع به لكنه بذات الوقت لا يسأل شخصياً به.

وقد تبنت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا التوجه حيث اعتبرت الخطأ الذي وقع فيه موظف العمومي أثناء عمله خطأ مرفقي إذا كان لا يد للموظف به ويتحمل المرفق العام الخطأ طالما كان عمل الموظف يندمج في أعمال الوظيفة الإدارية وكان يسعى لتحقيق الأهداف التي تسعى إليها الإدارة<sup>2</sup>.

ويرى الباحث بأنه لا معيار واضح لتمييز بين الخطأ الشخصي والمرفقي بقدر ما هي اجتهادات الفقه و القضاء، فلا يمكن تبني معيار واحد عند البحث في مرجعية الخطأ، بل يجب دراسة كل حالة من كافة جوانبها حيث إذا ما اتضح أن الخطأ كان نتيجة لنكايه أو عداوة لتحقيق منفعة شخصية كان ذلك لازماً أن يكون خطأ شخصي، بينما إذا كان الخطأ قد وقع من الموظف نتيجة عمله الذي يهدف منه تحقيق الصالح العام يكون هذا الخطأ مرفقي.

## الفرع الثاني: الضرر

بعد أن تحدثنا عن الخطأ كأساس للمسؤولية الإدارية يأتي الضرر كنتيجة منطقية للخطأ الذي وقع، فلا بد أن يترتب ضرر حتى تقوم المسؤولية الإدارية، فالخطأ المعتبر هنا هو الخطأ الذي يلحق به ضرر ويرتبطان بعلاقة سببية، فإذا انتفى أي من الأركان الثلاث انتفت المسؤولية الإدارية المبينة

<sup>1</sup> الطماوي، سليمان: مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية، مرجع سابق، ص 100

<sup>2</sup> أبو شادي، أحمد وآخرون: مجموعة المبادئ التي اقترتها المحكمة الإدارية العليا، بلا طبعة. القاهرة: دار القاهرة للطباعة، قرار رقم 1517/1957 صفحة 886، ص 354

على الخطأ وهذا ما قررتة محكمة العدل العليا الأردنية بقولها "إن لم يقد دليل على وقوع الضرر المطالب بالتعويض عنه فلا مجال للمطالبة بالتعويض مما يستدعى أن تكون الدعوى واجبة الرد"<sup>1</sup>، وسنتحدث تباعاً عن مفهوم الضرر وشروطه وصوره .

### أولاً: مفهوم الضرر وشروطه

يعرف الضرر: بأنه الأثر الناجم عن الاعتداء على حق شخصي أو مالي أو الحرمان من هذا الحق وبهذا يصنف الضرر بأنه مادي أو معنوي<sup>2</sup>، حيث أن الضرر المادي هو الأثر الذي يلحق بالشخص في حق أو مصلحة مالية كخسارة أو تقويت لكسب مالي أما الضرر المعنوي فهو الأثر الذي يمس بمصلحة غير مادية بل يمس بالوجدان أو السمعة<sup>3</sup>، ولا يكفي وجود الضرر بحد ذاته لنعتبره الركن الثاني للمسؤولية بل يجب أن يرتبط الضرر بشروط معينة ليصبح ركناً للمسؤولية وهذه الشروط هي:

- يجب أن يكون الضرر ناجماً عن عمل من أعمال الإدارة العامة.

يتوجب لتقرير مسؤولية الدولة عن الضرر أن يكون الفعل أو العمل المسبب له ينسب للإدارة ، فحتى تسأل الدولة عن الضرر يجب أن يكون هذا الضرر قد نتج عن عمل أو نشاط أو تصرف بأشترته الدولة أو إحدى إداراتها<sup>4</sup>.

### • يجب أن يكون الضرر مباشراً

ويقصد بهذا الشرط أن الضرر يجب أن يرتبط مباشرة مع نشاط الدولة كنتيجة حتمية ولازمة للنشاط الإداري المسبب له، وفي هذا اعتبر القضاء الفرنسي أن تحليق الطائرات الحربية أدى لوقوع أضرار بمتلكات الأفراد بشكل مباشر، وفي المقابل اعتبر القضاء أن حصول شخص على ترخيص بحيارة

<sup>1</sup> الشطناوي، علي: مسؤولية الدولة عن أعمالها الضارة، مرجع سابق، ص 282

<sup>2</sup> عبد اللطيف، محمد: قانون القضاء الإداري ومسؤولية السلطة العامة، مرجع سابق، ص 77

<sup>3</sup> الشطناوي، علي: مسؤولية الدولة عن أعمالها الضارة، مرجع سابق، ص 284

<sup>4</sup> البارودي، مصطفى: الوجيز في الحقوق الإدارية، الطبعة الثالثة، دمشق مطبعة الجامعة السورية. 1956، ص 598

سلاح ناري وقتله لأحد الأشخاص لا يجعل من الضرر الذي وقع من مسؤولية الدولة كون النتيجة غير مباشرة<sup>1</sup>.

#### • يجب أن يكون الضرر محققاً

ويقصد بهذا أن يكون الضرر مؤكداً وليس محتمل أو مفترضاً فالعبرة بالضرر تكون بالضرر الواقع فعلاً وليس على أساس الافتراض<sup>2</sup>، وهنا يجب أن نفرق بين الضرر غير المحقق وبين الفرصة الأكيدة حيث أن القضاء الإداري يعوض على فوات الفرصة المؤكدة "الأضرار المستقبلية" شريطة أن تتضمن فرصة محققة كأن تقوت فرصة مؤكدة في تعيين بالوظيفة أو تفويت فرصة مؤكدة للحصول إعفاءات ضريبية<sup>3</sup>.

#### • يجب أن يكون الضرر محدداً وخصاً

ويقصد بهذا الشرط بأن الضرر يجب أن يكون محدد النطاق بأشخاص محددين أما إذا كان قد أصاب عدد غير محدد فإنه يكون من قبيل الأعباء العامة<sup>4</sup>.

#### • يجب أن يقع الضرر على حق مشروع

حتى يقوم التعويض يجب أن يكون الضرر قد وقع على حق مشروع لصاحبه أي أن يكون موافق للقانون، وفي هذا قرر القضاء الفرنسي رفض طلب التعويض الذي تقدمت به عشيقة لمقتل عشيقها كونه مخالف للقانون والآداب العامة<sup>5</sup>.

#### • يجب أن يكون الضرر من الممكن تقيمه بالنقد.

حيث أن الضرر المادي هو الضرر الذي يمكن تقيمه بالنقد بسهولة وفي المقابل فإن الضرر المعنوي من الصعب تقيمه بالنقد، حيث كان القضاء الفرنسي قديماً لا يحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي، ولكن لاحقاً تراجع القضاء الفرنسي عن موقفه وبدأ يأخذ بالتعويض عن هذه الأضرار<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> الشطناوي، علي: مسؤولية الدولة عن أعمالها الضارة، مرجع سابق، ص 294

<sup>2</sup> عويس، حمدي: مسؤولية الدولة عن أعمالها القانونية والمادية، مرجع سابق، ص 174

<sup>3</sup> الشطناوي، علي: مسؤولية الدولة عن أعمالها الضارة، مرجع سابق، ص 296

<sup>4</sup> العتيبي، محمد مفرح: حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة مرجع سابق. ص 100

<sup>5</sup> البارودي، مصطفى: الوجيز في الحقوق الإدارية، مرجع سابق، ص 597

<sup>6</sup> الطماوي، سليمان: قضاء التعويض وطرق الطعن بالأحكام، مرجع سابق، ص 451

## ثانياً: صور الضرر الموجب للمسؤولية

يتخذ الضرر الموجب للمسؤولية صورتين إما أن يكون ضرر مادي وإما ضرر معنويًا، ويتمثل الضرر المادي في الخسارة التي تصيب الشخص أو أمواله والتي تؤدي لخسارة مالية، أما الضرر المعنوي فهو الضرر الذي يصيب الشخص في نفسه أو مشاعره، وفي الماضي كان القضاء الإداري يرفض فكرة التعويض عن الأضرار المعنوية بحجة أن هذه الأضرار لا يمكن أن تقوم بالمال، ولكن مع التطور المفاهيمي لقواعد المسؤولية الإدارية أصبح التعويض عن هذه الأضرار ممكناً وذلك بعد قضية (LETISSERAND) حيث عوضت الحكومة الفرنسية شخص بعد أن قامت سيارة حكومية بدهس أفراد من عائلته<sup>1</sup>.

وفي مصر فإن القضاء يحكم بالتعويض على الأضرار المادية والمعنوية على حد سواء وذلك تطبيقاً لنص المادة 222 من القانون المدني<sup>2</sup>، وفي الأردن أجاز المشرع تعويض الأضرار المعنوية أسوة بالأضرار المادية إعمالاً لنص المادة 267 من القانون المدني الأردني<sup>3</sup>، حيث قضت محكمة العدل العليا الأردنية بتعويض أفراد تم توقيفهم دون سند قانوني حيث لحق بهم ضرر مادي ومعنوي من جراء توقيفهم، وفي قضية أخرى حكمت التمييز الأردنية بمسؤولية الدولة عن الأضرار التي لحقت بالمواطنين نتيجة قيادة مركبة عسكرية واصطدامها بمركبات مدنية<sup>4</sup>.

## الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

لا يكفي لقيام مسؤولية الدولة أن ينسب لها خطأ بل يجب أن يكون هنالك علاقة سببية بين الخطأ وبين الضرر، وبالتالي يترتب على عدم وجود هذه الرابطة انتفاء المسؤولية<sup>5</sup>، وكما تنتفي العلاقة

<sup>1</sup> عويس، حمدي: مسؤولية الدولة عن أعمالها القانونية والمادية، مرجع سابق، ص 178

<sup>2</sup> حسين، محمد: مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، مرجع سابق، ص 188

<sup>3</sup> القانون المدني الأردني، المادة 267: "...كل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو شرفه أو في مركزه الاجتماعي يجعل المعتدي مسؤولاً عن الضمان.."

<sup>4</sup> الشطناوي، علي: مسؤولية الدولة عن أعمالها الضارة، مرجع سابق، ص 290

<sup>5</sup> حسين، محمد: مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، مرجع سابق، ص 195

السببية بقيام قوة قاهرة<sup>1</sup>، وفي حال اشتركت الإدارة في الخطأ مع الغير فلا يعفيها ذلك من مسؤوليتها فتتحمل عبء الضرر بالقدر الذي ساهمت فيه، واعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن ملاحقة الموظف شخصياً لا تعني انتفاء مسؤولية الدولة<sup>2</sup>.

ويرى الباحث أنه وبالرغم من أن المسؤولية الإدارية ترتبط بمفهوم المسؤولية بشكل عام في حدود الأطر العامة، ولكن للمسؤولية الإدارية ما يميزها من خصائص على مستوى عناصر المسؤولية بما ينسجم مع خصوصية العمل الإداري.

### المطلب الثاني: المسؤولية بدون اشتراط الخطأ (نظرية المخاطر)

إن المسؤولية الإدارية الموجبة للتعويض تتعدّد بالأساس وفق الخطأ الصادر بصورة السابقة والذي يُلحق ضرر يستوجب التعويض، كما ويلزم أن تكون هنالك علاقة سببية بين النشاط وبين النتيجة، وبناء على ذلك تنشأ المسؤولية الإدارية التي تفرض على الدولة جبر الضرر الناشئ عن نشاطها وهذا الأصل العام في جميع فروع القانون، ولكن تثور إشكالية غاية في الصعوبة تتمثل فيما لو فقدت إحدى عناصر المسؤولية المبنية على الخطأ.

إن تتطور قواعد المسؤولية الإدارية جعلت المشرع يتدخل لإحداث نقلة نوعية تسد الثغرة التي قد تحدث في بعض الحالات التي لا تنشأ المسؤولية عن الخطأ وفي ذات الوقت يكون هنالك ضرر واجب التعويض إحقاقاً للعدالة، فمجلس الدولة الفرنسي اعتبر تقرير المسؤولية على الخطأ كأساس وحيد تهدد لمبادئ العدالة والمساواة، ولهذا أقر المسؤولية على أساس المخاطر إلى جانب الخطأ<sup>3</sup>. فالقضاء الإداري سعى لمحاولة استيعاب التطورات المرتبطة بالعمل الإداري لتحقيق العدالة والإنصاف، فالإبداع وخلق المبادئ لمواكبة هذه التطورات هو أهم ما يميز القضاء الإداري وذلك من

<sup>1</sup> القانون المدني الأردني، المادة 261 رقم 43 لسنة 1976: "إذا ثبت أن الضرر ناشئ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير لازم عليه الضمان ما لم يقض القانون بغير ذلك أو بالاتفاق بغير ذلك"

<sup>2</sup> البارودي، مصطفى: الوجيز في الحقوق الإدارية، مرجع سابق، ص 602

<sup>3</sup> النعيمات، أحمد: التعويض الإداري بين القانونين المدني والإداري مرجع سابق، ص 938



أجل إيجاد حلول قانونية ملائمة لحل المنازعات الإدارية، فكان من الضروري إيجاد أساس قانوني يتناسب مع التطورات المتسارعة التي لا تتناسب مع نظرية الخطأ التقليدية<sup>1</sup>. إن فقهاء القانون المدني هم أوائل من نظّر للمسؤولية دون اشتراط الخطأ على أساس نظرية المخاطر وذلك حينما حاولوا أن يسدوا الثغرة القانونية في القضايا العمالية نتيجة الأضرار المهنية التي تصيب العمال<sup>2</sup>، إلا أن هذه النظرية انتقلت بمفهومها وأطروحتها إلى الميدان الإداري لما لها من إمكانيات وحلول للحالات التي من الصعب إثبات وجود خطأ أو في الحالات التي لا يكون هناك خطأ ولكن الضرر واقع وبذلك ولدت هذه النظرية لدى مجلس الدولة الفرنسي في العام 1895 حينما اقر بمسؤولية الدولة عن أعمالها حتى لو لم ترتكب خطأ<sup>3</sup>، وانطلاقاً من المبررات السابقة نشأت فكرة المسؤولية بدون اشتراط الخطأ أو ما يعرف بنظرية المخاطر، فيكفي وجود عنصر الضرر دون خطأ لتنشأ مسؤولية الدولة عن نشاطها<sup>4</sup>.

### الفرع الأول: مفهوم المخاطر كأساس قانوني للمسؤولية الإدارية

يقصد بنظرية المخاطر انعقاد المسؤولية عن مجرد حصول ضرر دون الحاجة إلى نسبة ارتكابه لخطأ معين<sup>5</sup>، وهذا امتداد طبيعي لنظرية الخطأ فتطورت فكرة الخطأ الشخصي الموجب للمسؤولية إلى فكرة الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس إلى خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس ثم لخطأ مجهول وأخيراً لفكرة المخاطر وتحمل التبعة<sup>6</sup> وهذا التطور منطقي يرتبط بتطور النشاط الإداري مما يستلزم تتطور مفاهيم وأسس المسؤولية .

<sup>1</sup> حمومي، هناء: *التأصيل الفقهي لمسؤولية الدولة عن الضرر البيئي*: مجلة الفقه والقانون .المغرب، عدد 2015/33، ص85

<sup>2</sup> بوضياف، عمار: *دعوى التعويض في القانون الجزائري*، مرجع سابق، ص343

<sup>3</sup> خاطر، حلمي: *مسؤولية الدولة عن القوانين المخالفة للدستور والاتفاقيات الدولية*، مجلة البحوث القانونية -كلية حقوق جامعة المنصورة، عدد 2013/54، ص154: سعت العديد من الأنظمة لسن تشريعات تقوم أساساً على هذه النظرية ومنها التشريعات المصرية فتم سن قانون رقم 29 لسنة 1944 بشأن تعويض أطقم السفن عن أضرار الحرب وقانون رقم 28 لسنة 1981 بشأن التعويض عن أضرار الناتجة عن حوادث الطائرات وقانون رقم 30 لسنة 1977 بخصوص صرف تعويضات أثناء حالات الكوارث العامة .

<sup>4</sup> تحتوت، فوزي: *المسؤولية الإدارية عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة*، مرجع سابق، ص156

<sup>5</sup> البارودي، مصطفى: *الوجيز في الحقوق الإدارية*، مرجع سابق، ص 604

<sup>6</sup> الشطناوي، علي: *مسؤولية الدولة عن أعمالها الضارة*، مرجع سابق، ص244

ونظرية المخاطر لم تخرج من دفتي كتب الفقه بشكل ملموس في القضاء العادي كون أن الأحكام القضائية المدنية لم تتقبل هذه الفكرة ولم تجري عليها في أحكامها بالرغم من أن منشأها كان في الفقه المدني<sup>1</sup>، وانتقلت النظرية إلى القضاء الإداري وسبب تقبل القضاء لهذه النظرية قائم بالأساس على حاجة القضاء الإداري لمواكبة التسارع في الحياة السياسية والاقتصادية والحاجة لإيجاد توازن بين العمل الإداري وبين ضمان حقوق الأفراد .

### الفرع الثاني: الأسس القانونية لنظرية المخاطر

إن التعريف السابق لنظرية المخاطر ومبرراتها تثبت إمكانية أن تكون هي الأساس المكمل لنظرية الخطأ، وتحليل المفهوم يتضح بأن نظرية المخاطر تجمع عدة أسس ومبررات فهي لا تقوم على أساس قانوني واحد فتتعدد القواعد القانونية التي تقوم عليها .

#### أولاً: مبدأ الغنم بالغنم

مضمون هذا المبدأ يقوم على أساس تبادلي، فالجهة التي تنثرى من مكاسب أنشطة معينة تتحمل في المقابل جبر الأضرار التي تنتج جراء هذه الأنشطة أيضاً، وبإسقاط هذه الفكرة على النشاط الإداري ستصبح الدولة مسؤولة حينما تباشر أعمالها تحقيقاً لصالح العام وملزمة بالتعويض إذا ما حدث إضرار بالغير ولو بغير خطأ إعمالاً لقاعدة "من خلف تبعات يستفيد من مغانمها وجب عليه أن يتحمل عبء مغارمها"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> العتيبي، محمد مفرح: حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة، مرجع سابق. ص 106

<sup>2</sup> الشطناوي، علي: مسؤولية الدولة عن أعمالها الضارة، مرجع سابق، ص 246

## ثانياً: مبدأ المساواة أمام الأعباء

هذا الأساس يرتبط بمبدأ دستوري سامي تنص عليه الدساتير والمواثيق الدولية<sup>1</sup> ولا يجوز لأي جهة انتهاكه فهو الضامن الأساسي لحقوق الأفراد من عسف الدولة وإداراتها، وتصل أهميته في أن البعض اعتبر أن مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة هو الأساس الأول للمسؤولية بدون خطأ<sup>2</sup>، فهو صمام الأمان لحقوق الأفراد .

فالأنشطة والأعمال التي تباشرها الدولة وإن كانت تهدف لتحقيق الصالح العام ففي المقابل على المواطنين أن يساهموا بتحمل الأعباء كصف واحد دون أن تتحمله فئة قليلة وهذه هي فلسفة هذه النظرية وغايتها .

## ثالثاً: مبدأ التكافل الاجتماعي

أصبح جلياً أن جميع الأسس السابقة تقود لتحقيق التوازن بين الصالح العام وبين مصالح الأفراد، وذلك بجبر الآثار التي قد تحدث حينما تباشر الدولة أنشطتها، وبهذا يتضح أن هنالك مصلحة اجتماعية في جبر وتعويض الضرر من مبدأ تضامني<sup>3</sup> .

## رابعاً: العدالة والإنصاف

لا يخلو أي أساس من القواعد السابقة من فكرة العدالة والإنصاف، فالمبرر الرئيس لنظرية المخاطر هو تحقيق التوازن بين الصالح العام ومصالح الأفراد، فكل فرد أصابه ضرر ينبغي أن يعرض وهذا في مجال معاملات الأفراد، فمن باب أولى أن تعرض الإدارة الأفراد عن آثار تصرفاتها، فهي الجهة الضامنة لصالح العام ولهذا قرر القضاء الإداري الفرنسي هذا المبدأ<sup>4</sup>.

ويرى الباحث أن المخاطر كنظرية لها مبرراتها فالإدارة تباشر أعمال وأنشطة على درجة عالية من الخطورة، فإذا كان النشاط العادي المتمثل بإدارة المرفق كالأشغال العامة قد يحدث فيه خطأ أو قد

<sup>1</sup> خاطر، حلمي: *مسؤولية الدولة عن القوانين المخالفة للدستور والاتفاقيات الدولية*، مرجع سابق، ص 225

<sup>2</sup> تحتوت، فوزي: *المسؤولية الإدارية عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة*، مرجع سابق، ص 156

<sup>3</sup> قادة، شهيدة: *الإقرار بمسؤولية الدولة عن الحوادث*: مجلة القانون المغربي. المغرب، عدد 16/2010، ص 195

<sup>4</sup> الشطناوي، علي: *مسؤولية الدولة عن أعمالها الضارة*، مرجع سابق، ص 248

يسبب ضرر، فمن باب أولى أن تقوم المسؤولية على الدولة في معرض قيامها بأنشطة غير عادية أو استثنائية على قدر عالي من الخطورة ومنها أعمال السيادة وما يرافقها من أنشطة وإجراءات<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث: تقدير أعمال السيادة وفق أسس المسؤولية الإدارية

بعد التطرق للأسس القانونية للمسؤولية الإدارية بشكل عام أصبح من الممكن إفراد النقاش لإحدى هذه الصور وهي الأعمال السياسية، فكيف يمكن أن نصنفها، وعلى أي أساس ستقوم مسؤولية الدولة هل على أساس الخطأ أم على أساس نظرية المخاطر فأى أساس أنسب لأن نسقطه على هذه النظرية وما هي النتائج المترتبة على ذلك .

إن تقرير الصفة السيادية لنشاط معين سيجعل هذا العمل بمنأى عن رقابة الإلغاء وبذلك لا يجوز الطعن بمشروعية أعمال السيادة، ولكن هل تمتد هذه الحصانة لقضاء التعويض، أي هل أعمال السيادة تتمتع بحصانة تجعل من غير الممكن رفع دعوى التعويض عن الأضرار التي سببتها أعمال قرر القضاء بأنه سيادية .

أمام التسليم بوجود هذه الأعمال حتى وصفها البعض بالحقيقة القانونية<sup>2</sup>، ونتيجة لتشدد الأنظمة القضائية في مسألة إلغاء هذه الأعمال بل ووجود أنظمة تنص في تشريعاتها على حصانة الأعمال السياسية كما فعل المشرعين المصري والأردني<sup>3</sup> نجد أنفسنا أمام نظرية متجذرة في الأنظمة على اختلاف مشاربها .

---

<sup>1</sup> أبو شادي، أحمد وآخرون: مجموعة المبادئ التي اقترتها المحكمة الإدارية العليا، بلا طبعة . القاهرة: دار القاهرة للطباعة، قرار رقم 1956/1519 صفحة 215، ص352: ومنها القانون المؤقت رقم 88 لسنة 1943 بشأن تعويض التلف الذي يصيب المباني والمنشآت بسبب الحرب .

<sup>2</sup> الشهري، احمد بن علي: أعمال السيادة في القضاء الإداري السعودي دراسة مقارنة تطبيقية، مرجع سابق. ص317

<sup>3</sup> المادة 11 من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972: "لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة "

والمادة 17 من قانون السلطة القضائية المصري رقم 46 لسنة 1972 تنص: " ليس للمحاكم أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة .. "

والمادة 5 فقرة 9/د من قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014: " لا تختص المحكمة الإدارية بالنظر في الطلبات أو الطعون المتعلقة بأعمال السيادة "

بقيت أعمال السيادة تتمتع بحصانة مطلقة من رقابة القضاء في فرنسا لغاية 1966 بالتحديد حينما بدأ القضاء يجيز التعويض عن أعمال السيادة وخاصة الأعمال المرتبطة بالمعاهدات الدولية<sup>1</sup>، لكن مسألة الرقابة على مشروعية أعمال السيادة ما زالت غير مطروحة فالقضاء يقتصر دوره في البحث فيما إذا كانت هذه الأعمال هي حقاً سيادية، ولهذا وأمام صعوبة طرح هذه النظرية تحت مقصلة الإلغاء في الظروف الحالية فمن الضرورة استنهاض رقابة التعويض على الأقل، فالعدالة تقتضي إخضاع هذه النظرية للمساءلة وفق المبادئ التي تتيح ذلك.

إن الإشكاليات التي تثيرها أعمال السيادة استدعت استدعاء رقابة القضاء الإداري للبحث عن حلول مقبولة لمعالجة آثار أعمال السيادة وترافق ذلك الجهد مع تتطور نظرية المخاطر التي أصبحت تشكل أساس عادل يمنح المضرور تعويض عما أصابه من ضرر جراء تلك الأعمال السياسية وفق فكرة تضامنية<sup>2</sup>.

والفقه الفرنسي يعد من أوائل من نادى بضرورة تعويض المضرور من أعمال السيادة حيث اعتبر أن التعويض لا يتنافى مع تقرير أعمال السيادة ذاتها بل ينسجم مع العدالة وهذا جوهر وأسس نظرية المخاطر وتحمل التبعة<sup>3</sup>، فتخفيف حدة أعمال السيادة يقتضي التعويض عنها على أساس المخاطر .

وبالتدقيق بالأسس السابقة نستطيع أن نقول أن مسؤولية الدولة عن أعمال السيادة ترتبط بنظرية المخاطر ومساواة الأفراد أمام الأعباء العامة أكثر منها بارتباطها بالمسؤولية الناتجة عن الخطأ لما تفرضه الأخيرة من شروط قد لا تتوافر في الظروف الاستثنائية، حيث أن الخطأ في الظروف غير العادية يجعل القضاء يتشدد في شروط الضرر<sup>4</sup>.

وفي المقابل إن تقرير المسؤولية بناء على المخاطر يتطلب فقط إثبات وجود الضرر ونسبته للإدارة، فإقرار مسؤولية الدولة لا يتعارض مع فكرة أعمال السيادة نفسها فهو لم يتدخل في مضمونها بقدر ما يبحث في كيفية معالجة آثار الأعمال نفسها، وهذه الميزة في نظرية المخاطر تتلاءم مع فكرة أعمال

<sup>1</sup> الشطناوي، علي: مسؤولية الدولة عن أعمالها الضارة، مرجع سابق، ص 70

<sup>2</sup> خليل، محسن: القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 281

<sup>3</sup> تحتوت، فوزي: المسؤولية الإدارية عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، مرجع سابق، ص 375

<sup>4</sup> عمرو، عدنان: المسؤولية الشرطية: منشورات الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان. رام الله، عدد 2/1998، ص 59 .

السيادة إذا تم الأخذ بها، فنظرية المخاطر لا تبحث عن ذاتية العمل بقدر ما تبحث في كيفية التعويض عنه<sup>1</sup>.

فالقضاء الإداري في الوقت الراهن لا يلغي أعمال السيادة ولا يجتثها بل يعمل في ظل تتطور مفاهيمي لمحاولة تقليص آثارها للحدود الدنيا ليصبح مفهوم موازنة المصالح عنوان وغاية القضاء الإداري . وبالرغم من كل ما سبق ما زال القضاء المصري وهو أعرق قضاء إداري عربي يتمسك بعدم التعويض عن أعمال السيادة ولا يقبل إثارة هذا الدفع، فقد كشفت العديد من الأحكام هذا التوجه الذي ما زال معمولاً بها حتى أضحى المبدأ المستقر في القضاء المصري هو عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السيادة بالمطلق<sup>2</sup>، وكما لا يمكن مساءلة الدولة عن أعمالها وفق نظرية المخاطر إلا استناداً إلى نص خاص في التشريعات ذات العلاقة<sup>3</sup>، أو في حالات خاصة، ومنها التعويض عن فصل الموظف العام إذا ما نجم عنه ضرر والتعويض عن امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية<sup>4</sup>.

كما أن الوضع الفلسطيني لا يختلف عن نظيره المصري حيث أنه قد أستبعد تطبيق نظرية المخاطر<sup>5</sup>، وتجدر الإشارة أنه قد صدر قرار بقانون يحمل رقم 12 لسنة 2013 خاص بإنشاء صندوق لدرة مخاطر الكوارث والتأمينات الزراعية وهذا يدل أن المشرع الفلسطيني يميل إلى فكرة المخاطر المقننة ولم يجعل النظرية مفتوحة كأساس قانوني قضائي.

ويرى الباحث أن نظرية المخاطر تصلح لأن تكون الحل المؤقت والعملي للتعاطي مع أعمال السيادة لحين اجتثاثها بالكامل، فنظرية المخاطر قد حلت نظرية المخاطر إشكالية أساس المسؤولية الإدارية عن أعمال السيادة، وهذا سيؤدي تدريجياً لسحب الحصانة عن هذه الأعمال يوماً ما بالكلية، ولكن ليس على المدى القريب .

<sup>1</sup> رسلان، أنور: مسؤولية الدولة غير التعاقدية، مرجع سابق، 1980، ص134

<sup>2</sup> مجلس الدولة المصري .مبدأ المشروعية والحد من أعمال السيادة في القضاء الإداري المصري: <https://carjj.org/sites/default/files>

<sup>3</sup> خاطر، حلمي: مسؤولية الدولة عن القوانين المخالفة للدستور والاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص123

<sup>4</sup> رسلان، أنور: مسؤولية الدولة غير التعاقدية، مرجع سابق، ص257

<sup>5</sup> سليم، عماد: مسؤولية الإدارة بدون خطأ: المؤتمر السابع لرؤساء المحاكم الإدارية .بيروت، 2017، ص13:

وهذا ما تم التطرق إليه في مؤتمر قضاء الإداري ففي الورقة التي تقدم به رئيس مجلس القضاء الأعلى الفلسطيني التي كانت تحمل عنوان مسؤولية الإدارة بدون خطأ تحدثت الورقة صراحة أن القضاء الفلسطيني لا يتبنى نظرية المخاطر وأن أساس المسؤولية الإدارية يقوم على الخطأ، وكما أشارت الورقة لضرورة تبني تشريعات خاصة تكون المخاطر أساسها.

وتبقى الإشكالية الجوهرية وهي مساس أعمال السيادة كنظرية بالمشروعية نفسها قائمة طالما لم ينص صراحة على إلغائها، فالمرحلة الحالية تتطلب تقرير التعويض عن هذه الأعمال طالما كان من الصعب البحث في مشروعيتها .

وباستعراض مفردات القائمة القضائية وعرضها على نظرية المخاطر يلحظ كيف أن هذه النظرية تلبي خصوصية هذه الأعمال، ففي مجال الأضرار الناشئة عن المعاهدات أقر مجلس الدولة الفرنسي إمكانية المطالبة بالتعويض على أساس مبدأ المسؤولية بدون خطأ حيث اعتبرت أن جسامه الضرر كافية للمطالبة بالتعويض على أسس المساواة أمام الأعباء العامة<sup>1</sup>.

أما بخصوص الأعمال الحربية فهناك العديد من التطبيقات التي جعلت من الممكن التعويض عن الأضرار الناتجة عنها وفق نظرية الخطأ أو المخاطر إذا لم يكن هنالك خطأ ابتداءً، فعلى سبيل المثال تقوم مسؤولية الدولة عن زراعة الألغام إذا ثبت أن الدولة قد وقعت بخطأ في عملية زرعها أو لم تقم بما يوجب به القانون من حصر الأماكن الملوثة<sup>2</sup>، وكما تقوم مسؤولية الدولة على أساس المخاطر في حال عدم وجود خطأ متى كان الضرر جسيماً على أساس مخاطر العملية العسكرية<sup>3</sup>. وأعتبر مجلس الدولة الفرنسي إطلاق صواريخ من طائرات عسكرية مما أدى لتدمير ممتلكات الأفراد بأنه يقع ضمن الحوادث التي على الدولة أن تتحمل عبء التعويض عنها<sup>4</sup>، كما أن مجلس الدولة الفرنسي أعتبر تخزين المتفجرات في مخازن مجاورة للسكان وإن كان عمل عسكري إلا أنه يستتبع قيام مسؤولية الدولة وفقاً لمخاطر الجوار وتكون الدولة مسؤولة عن التعويض وإن لم يكن هنالك خطأ<sup>5</sup>.

ويرى الباحث أن العمليات الحربية أيا كان هدفها فإنها يجب أن تبقى خاضعة لرقابة القضاء لأنها تمس بشكل مباشر بالأفراد ولما تنطوي عليه هذه الأنشطة من مخاطر لا سبيل لدورها بسهولة،

---

<sup>1</sup> تحتوت، فوزي: المسؤولية الإدارية عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، المرجع السابق، ص381  
<sup>2</sup> الكندري، فايز: المسؤولية المدنية للدولة عن تعويض أضرار مخلفات الحرب، مجلة الحقوق، الكويت، عدد 2004/4، ص113

<sup>3</sup> محمد، عثمان: الألغام الأرضية والمسؤولية الدولية بين القانون الدولي العام والشرعية الإسلامية: مجلة الشريعة والقانون، القاهرة عدد 2011/4، ص283

<sup>4</sup> البارودي، مصطفى: الوجيز في الحقوق الإدارية، مرجع سابق، ص 611

<sup>5</sup> الطماوي، سليمان: قضاء التعويض وطرق الطعن بالأحكام، مرجع سابق، ص237

وبالتالي تكون نظرية الأنشطة الخطرة الأقرب للعدالة من أجل مساءلة الدولة على ما رتبته النشاط العسكري من ضرر قد يلحق الأفراد وممتلكاتهم .

أما بالنسبة للإجراءات الأمنية التي قد توصف بالسيادية فالوضع مشابه لحد ما بالأنشطة العسكرية من حيث جسامة الخطر، حيث ترتب الملاحقة الأمنية بعض الأضرار التي تدخل ضمن خانة المخاطر فلو كانت هنالك سيارة حكومية تطارد أحد الأشخاص وتسببت الملاحقة بدهس أحد المارة فتسأل الدولة على هذا الأساس وإن لم يكن هنالك خطأ<sup>1</sup>، حيث غالباً ما تكون هذه الإجراءات على درجة عالية من الخطورة مما يعني ضرورة توزيع الأعباء وتحمل الدولة مسؤوليات أعمالها الأمنية<sup>2</sup>، كما تثار في الآونة الأخيرة ظاهرة ما يسمى بمحاربة الإرهاب والتي تتخذ صور إجراءات أمنية بالأساس قد تؤدي إلى إحداث ضرر سواء من جهة أجهزة الدولة أو من جهة الأطراف الملاحقة وبغض النظر عن مسبب الضرر يحاول الفقه أن يجد أساساً قانونياً يتم جبر الضرر من خلاله وفق أسس تعويض تأميني يهدف بالأساس إلى جبر الضرر وفق فلسفة اجتماعية<sup>3</sup>، وذلك بإيجاد صندوق تأمين يكفل الأضرار التي تصيب الأفراد من الإجراءات الأمنية<sup>4</sup>، وهذا الرأي معتبر كونه يساهم في إيجاد أساس تشريعي وعملي لتعويض المتضررين وخاصة أن هنالك تطبيقات عديدة وإن كانت في مجالات متفرقة.

ويمكن أن ندرج في خانة الإجراءات الأمنية العديد من الأنشطة التي تمارسها الدولة ممثلة بأجهزتها المختلفة، فحجز حرية مواطن والتسبب له بضرر يؤدي لقيام مسؤولية الدولة وفق المخاطر الاجتماعية غير المتوقعة وتحمل التبعة إذا لم يوجد خطأ<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> العتيبي، محمد مفرح: حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة، مرجع سابق. ص 107

<sup>2</sup> عثمان، جمال: مسؤولية رجال الشرطة، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2009، ص 312

<sup>3</sup> أبو خطوة، عمر: تعويض الأضرار الناجمة عن جرائم الإرهاب: المؤتمر العلمي السنوي الثالث مواجهة التشريعية للإرهاب على الصعيدين المحلي والدولي. القاهرة: جامعة المنصورة 553-582/1998

<sup>4</sup> السيد، عمران: مدى التعويض عن الأضرار الناتجة عن أفعال الإرهاب: مجلة الحقوق للبحوث القانونية. مصر، عدد 1/2010، ص 57

<sup>5</sup> الأعرج، محمد: مسؤولية الدولة وحق التعويض عن الاعتقال التعسفي: المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية. المغرب، عدد 111/2013، ص 184



ويرى الباحث أن تحديد الأساس القانوني لمسؤولية الدولة عن أعمال السيادة يتطلب ابتداء فحص هذه الأعمال بدقة وعدم صبغها بصبغة سيادية دون تمحيص وهذا هو دور القضاء بأدواته الرقابية، وكما يتضح بأن الخطأ كأساس قانوني تقليدي غير كافي للتعامل مع هذه الأعمال التي تعتبر سيادية وأن الأسس القانونية المتمثلة بنظرية المخاطر والمساواة أمام الأعباء العامة هي الأسس الأقرب لتحقيق العدالة في التعامل مع هذه الأعمال لما لها من مزايا ومرونة .

### المبحث الثالث: الأعمال الإدارية القابلة للانفصال عن أعمال السيادة

أدى ظهور نظرية الأعمال القابلة للانفصال في العملية العقدية لنقل هذا المفهوم وتطبيقاته على الأعمال الإدارية الأخرى ومنها انتقل للأعمال سيادية، فالعمليات الإدارية مرتبطة بمكونات قانونية

وسياسية معقدة أصبح بالإمكان فصلها دون تأثير على باقي المكونات وهذا هو جوهر النظرية<sup>1</sup>، فالعمليات والإجراءات والقرارات المتداخلة يمكن فصلها لمكوناتها الأساسية وبالتالي البت فيها بالإلغاء والتعويض دون التأثير على باقي المكونات العمل.

ساهم تتطور نظريات المسؤولية الإدارية ونضج نظرية المخاطر ومبدأ المساواة أمام الأعباء العامة في الانتقال من مرحلة السيادة المطلقة إلى مرحلة التضييق على أعمال السيادة، وبالتالي الحد من آثارها، وأصبح من الممكن اللجوء لدعوى التعويض التي كانت غير متاحة في ظل عدم الأخذ بفكرة الأعمال القابلة للانفصال.

ظهرت العديد من الأحكام التي ناقشت أعمال السيادة من منطلق الأعمال القابلة للانفصال، ومنها حكم لمجلس الدولة الفرنسي الذي اعتبر أن القرار الصادر عن الحكومة الفرنسية و القاضي بحظر توريد معدات تتعلق بالطاقة النووية مخصصة للاستخدام المدني ينفصل عن مفهوم العلاقات الدولية ويعتبر قرار إداري قابل للطعن<sup>2</sup>.

فمن الضروري البحث عن المزيد من المعايير من أجل معرفة المواضيع التي من الممكن أن تستقل عن الأعمال السيادية لتحديد مسؤولية الدولة لاحقاً.

### المطلب الأول: مفهوم الأعمال القابلة للانفصال.

إن العملية الإدارية عبارة عن منظومة من العمليات المتداخلة والمركبة التي تكون القرار الإداري أو العمل المادي<sup>3</sup> ومن خلال هذا التعرف يمكن أن نعرف الأعمال المستقلة عن أعمال السيادة بأنها: الأعمال التي ترتبط بالإجراءات تعتبر سيادية ولكنها هي بالأصل أعمالاً إدارية من الممكن أن تستقل عن الإجراءات السيادية.

---

<sup>1</sup> إكرام، طالب: القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها على الصفقات العمومية، (رسالة ماجستير). جامعة أبو بكر بالقائد تلمسان 2016. ص 20

<sup>2</sup> تحتوت، فوزي: المسؤولية الإدارية عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، مرجع سابق. ص 381

<sup>3</sup> إكرام، طالب: القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها على الصفقات العمومية، مرجع سابق. ص 8

ولقد ظهر هذا المفهوم نتيجة سعي مجلس الدولة الفرنسي لبسط رقابته على المزيد من الأعمال التي ترتبط بالقرارات أو الأنشطة والتي قد تكون مركبة من عدة عمليات قانونية ومادية للوصول للقرار النهائي<sup>1</sup>.

وتكمن أهمية الأخذ بفكرة الأعمال القابلة للانفصال حينما يتم ربط أنشطة عادية بأخرى تعطى الوصف السيادي لتجنب فحص مشروعيتها من قبل القضاء أو لاعتبارات معينة، إلا أن لهذه الأعمال شق إداري من الممكن أن فحص مشروعيتها، وبالتالي تقوم مسؤولية الدولة عن هذا العمل لتحقيق التوازن وفق لنظرية المخاطر.

### المطلب الثاني: معايير الإجراءات القابلة للانفصال

إن هذه الفكرة ظهرت بالأساس لدى مجلس الدولة الفرنسي من خلال استبعاد إعلان مرسوم الطوارئ من الأعمال السيادية حيث بدأ القضاء الفرنسي بالتضييق على أعمال السيادة فأضحت التطبيقات القضائية تمكن الفصل بين الإجراءات العادية والأعمال السيادية<sup>2</sup>، ولهذا تم وضع مجموعة من المعايير تستهدف هذه الغاية .

#### • معيار طبيعة الإجراء .

ذهب جانب من الفقه لوضع معيار يرتبط بالأعمال الدبلوماسية التي لها طابع سيادي لتفريق بينها وبين ما يعتبر عملاً إدارياً، حيث يعتبر العمل الذي يتجه نحو تنظيم دولي عملاً سيادياً قد يستقل عما يرتبط به من إجراءات داخلية لذا قرر مجلس الدولة الفرنسي أن الإجراءات التنفيذية التي تسهم في تكوين عمل سيادي تتدرج ضمن الأعمال الإدارية إذا ما أمكن فصلها عن العمل السيادي نفسه<sup>3</sup>، ولكن صعوبة هذا المعيار تكمن في صعوبة تحديد متى يكون الإجراء داخلي أو دولي فليس من

---

<sup>1</sup> L'application de la théorie des opérations complexes: **admission de l'exception d'illégalité**  
<http://www.adden-d'un-arrete-d'insalubrite-lors-d'un-recours-contre-une-dup-leblog.com/?p=6790>

<sup>2</sup> تحتوت، فوزي: المسؤولية الإدارية عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، مرجع سابق، ص 380

<sup>3</sup> جمعة، محمد: مدى مقبولية الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي والمصري:  
<http://scc.mans.eun.eg/faclaw/arabic/megala/documents/1/8.pdf>

السهل تحديد ذلك كما أن هذه المسألة ترتبط بمدى علاقة الدول ببعضها البعض لهذا فإن هذا المعيار ليس دقيق لأنه يرتبط أيضا بمعيار آخر وهو السياسة الخارجية للدولة وهذا المعيار سياسي أكثر من كونه معيار موضوعي.

#### • معيار مدى ارتباط الإجراء الإداري بالعمل السيادي.

أن هذا المعيار يقوم على التمييز بين الأعمال السيادية وغيرها على أساس مدى ارتباط الإجراء الإداري بالعمل السيادي نفسه، لذا تعد إجراءات تنفيذ المعاهدات الدولية من الإجراءات القابلة للانفصال عن أعمال السيادة إذا لم تكن تتعلق بعلاقة الدولة بالدول الأجنبية أو إذا لم تكن تتعلق بمسائل تتعلق ممن صميم القانون الداخلي، حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي تعويض أضرار ناجمة عن تدمير ممتلكات أجنبية استناداً لاتفاق مبرم بين فرنسا وبريطانيا والذي لا يستلزم تقدير الأعمال التي اتخذتها الحكومة الفرنسية<sup>1</sup> حيث أن طلب التعويض يرجع إلى مسؤولية الدولة الفرنسية بموجب اتفاق دولي .

#### • معيار مدى استقلال الإدارة في اتخاذ الإجراءات.

يعتبر جانب من الفقه أن معيار الإجراءات القابلة للانفصال عن أعمال السيادة هو مدى استقلالية الإدارة في اتخاذها، وعليه نكون بصدد إجراء من الإجراءات القابلة للانفصال إذا كانت الدولة تتمتع باستقلالية في اختيار الأساليب التي من خلالها تقوم بتنفيذ التزاماتها الدولية<sup>2</sup>. ولهذا تعتبر إجراءات طرد الأجانب المقيمين من الإجراءات القابلة للانفصال عن أعمال السيادة<sup>3</sup>، كون أن الدولة اتخذت في معرض تطبيق سياستها أساليب ووسائل كان لها استقلالية في اختيارها.

<sup>1</sup> الشطناوي، علي: مسؤولية الدولة عن أعمالها الضارة، مرجع سابق، ص 73

<sup>2</sup> العتيبي، محمد مفرح: حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة مرجع سابق. ص 114

<sup>3</sup> الشطناوي، علي: مسؤولية الدولة عن أعمالها الضارة، مرجع سابق، ص 74

## المطلب الثالث: صور الأعمال القابلة للانفصال

أولاً: المنازعات المتعلقة بأنشطة مرافق عامة التي نشأت بموجب اتفاق دولي .

تعتبر المنازعات التي تنشأ نتيجة تسيير المرافق من الأعمال التي تستقل عن أعمال السيادة بحيث يختص القضاء الوطني بنظر هذه المنازعات إذا كانت المسألة تتعلق بالقانون الوطني الذي يحكم هذه المرافق، وبالتالي تطبق قواعد المسؤولية الإدارية فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أن قرار الحكومة باختيار مدينة بدلاً من أخرى لتكون مركزاً علمياً يتبع منظمة دولية هو شأن داخلي لا يتصل بالمعاهدة ويختص به القانون الوطني<sup>1</sup>.

وفي قضية تم رفعها من قبل سيدة كانت تعمل لدى سفارة دولة الكويت بباريس وتم فصلها تعسفياً من العمل، وصدر الحكم القضائي لصالحها لتفاجئ المدعية بأن الحكم لا ينفذ ولا يمكن الحجز على أرصدة أو ممتلكات السفارة لأنها تتمتع بالحصانة الدبلوماسية<sup>2</sup>، ونتيجة لذلك فقد تم نقض الحكم أمام مجلس الدولة الفرنسي والذي أصدر حكمه موازناً بين التقاليد العرفية للقانون الدولي التي لا تجيز بالقيام بإجراءات التنفيذ الجبري وبين مسؤولية الدولة وفقاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة ليقضي بحق السيدة بالحصول على التعويض<sup>3</sup>.

ويختص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بنشاط السفارات والقنصليات في خارج الوطن حين تباشر هذه المرافق بعض صور الضبط الإداري والأعمال الإدارية و تسأل هذه المرافق وفق القانون الوطني ويحاسب موظفيها على أعمالهم كون هذه الأعمال لا تتصل بالأعمال السيادية المرتبط بالقانون العام كالحماية الدولية والقنصلية<sup>4</sup>، كما يعتبر قرار تسليم أو رفض تسليم الوثائق الإدارية كجوازات السفر من القرارات الإدارية التي تستقل عن الأعمال السيادية وإن كانت صادرة عن القنصلية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> تحتوت، فوزي: المسؤولية الإدارية عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، مرجع سابق، ص381

<sup>2</sup> خاطر، شريف: مسؤولية الدولة عن القوانين المخالفة للدستور والاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص388

<sup>3</sup> <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000025741052>

<sup>4</sup> العتيبي، محمد مفرح: حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة مرجع سابق، ص114

<sup>5</sup> جمعة، محمد: مدى مقبولية الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي والمصري:

<http://scc.mans.eun.eg/faclaw/arabic/megala/documents/1/8.pdf>

## ثانياً: الإجراءات المنظمة بالقوانين والأنظمة

يختص القضاء الإداري بأي إجراء يعتبر تنفيذاً للقانون حتى ولو كان مبنياً على عمل سيادي، وتطبيقاً لما سبق اعتبر القضاء الإداري المصري تعطيل إحدى الصحف أو منع إصدارها من الأعمال القابلة للانفصال عن أعمال السيادة كونها تنظم بقانون وذلك بقوله " إن القرارات الإدارية طالما تتخذ تنفيذاً للقوانين والأنظمة ليس من أعمال السيادة في شيء ما دام هنالك نص يتضمن ما يجب أن يتضمن اتخاذه من إجراءات وشروط"<sup>1</sup>، وهذا أيضاً ما أكدته محكمة العدل العليا الفلسطينية في حكم لها حينما تطرقت لمسألة إغلاق إحدى الجمعيات حيث اعتبرت " أن القرار الصادر بإغلاق مؤسسة كان يفترض بأن يستند إلى قانون الجمعيات والهيئات الاجتماعية رقم 33 لسنة 1966 الساري وبالتالي لا يكون قرار الإغلاق مبنى على إجراءات سيادية تمس الأمن الداخلي وإنما على قانون ينظم عمل هذه المؤسسات<sup>2</sup>، وفي حكم لمحكمة العدل العليا الأردنية اعتبرت أن الأعمال التي تصدر عن الدولة تطبيقاً للقانون والتعليمات لا تعتبر من قبل الأعمال السيادية وبالتالي يجوز الطعن بها حيث جاء في الحكم إن القرارات المتعلقة بأعمال السيادة هي قرارات تصدر عن سلطة تنفيذية تتصل بالسيادة العليا للدولة ولا يعتبر القرار الإداري الصادر تنفيذاً للقوانين والأنظمة عملاً سيادياً<sup>3</sup>. ويتضح أن النشاط إذا صدر استناداً لنص قانوني فلا يعتبر عملاً سيادياً ويبقى خاضعاً لرقابة القضاء، فالنشاط إذا اتخذ تنفيذاً لمعاهدة يبقى خاضعاً للقضاء إذا قرر أنها قابلة للانفصال عن أعمال السيادة<sup>4</sup>، وبالرغم من سهولة هذا المعيار إلا أنه لا يبحث في مضمون العمل بالقدر الذي يركز فيه على شكله الخارجي.

و يرى الباحث أن نظرية الأعمال القابلة للانفصال عن أعمال السيادة ظهرت لحل إشكالية تداخل الأنشطة السيادية مع الأنشطة الإدارية، وكما يلاحظ أن تطبيق هذه النظرية تركز في مجال العلاقات الدولية أكثر من غيرها كون هنالك تداخل بين ما هو وطني وبين ما يوصف بأنه التزام دولي ويحاول القضاء إيجاد الفاصل بين الاثنين لفرض رقابته، بالرغم من أن مسألة القابلية للانفصال من عدمها موقوفة على ظروف كل قضية وملابساتها .

<sup>1</sup> حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1950/12/26 مشار إليه لدى العتيبي، مرجع سابق، ص 115

<sup>2</sup> منظومة القضاء والتشريع الفلسطيني قرار 1998/85 والصادر بتاريخ 1999/11/7، ص3

<sup>3</sup> الخطيب، نعمان: مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة العدل العليا، مرجع سابق، ص 127

<sup>4</sup> الشهري، أحمد بن علي: أعمال السيادة في القضاء الإداري السعودي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 262

## المبحث الرابع: الأثر المترتب على المسؤولية الإدارية (التعويض)

بعد الحديث عن مفهوم مسؤولية الإدارة يأتي الدور لمناقشة أثر تقرير المسؤولية على الأعمال السيادية، حيث سيتناول هذا المبحث مفهوم التعويض وصوره وآليات تقديره والآثار التي تترتب عليه وذلك للوقوف على دعوى التعويض في جميع مراحلها.

### المطلب الأول: ماهية دعوى التعويض الإدارية

ينبثق من مفهوم التعويض العديد من الموضوعات سواء المتعلقة منها بذاتية التعويض أو التعويض كدعوى تنظر أمام القضاء الإداري، كما يرتبط التعويض بالعديد من الأسس والقواعد، ولهذا سيكون حديثنا وفق هذه الموضوعات .

### الفرع الأول: مفهوم التعويض

ويعرف التعويض لغة بأنه العوض أي البذل وجمعه أعواض فهو البذل وعاض الشيء أو عاوضه بمعنى أعطاه بدلاً<sup>1</sup>، أما التعويض اصطلاحاً فهو الالتزام بإصلاح الضرر الذي لحق بالغير من تلف المال أو ضياع المنافع، وهو جبر الضرر الجزئي أو الكلي الذي تعرضت له النفس الإنسانية وهو بمعنى الضمان<sup>2</sup>.

وينبثق من التعريف السابق مفهوم دعوى التعويض الإدارية حيث تعرف: بأنها الوسيلة القانونية التي من خلال يتم اللجوء للقضاء المختص، وتكون بين طرفين أحدهما الدولة أو إدارتها وبين المتعاملين معها، وهذه الدعوى ينتج عنها إلزام الإدارة بعمل أو الامتناع عن عمل وقد ينتج عنه إلزام الإدارة بتعويض الطرف المضرور .

وتعرف دعوى التعويض بأنها الدعوى الإدارية التي يرفعها صاحب الشأن بهدف المطالبة بالتعويض عن ضرر نتيجة عمل صادر عن جهة إدارية ولا يشترط في رفعها في بعض الحالات ثبوت خطأ

<sup>1</sup> ابن منظور، جمال الدين: لسان العرب، الطبعة بلا، بيروت: دار صادر، ج 8، ص 423

<sup>2</sup> العتيبي، محمد مفرح: حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة، مرجع سابق. ص 98

الإدارة<sup>1</sup>، ويلاحظ في هذا التعريف أنه أشار إلى إمكانية المطالبة بالتعويض دون وجود خطأ، وهذا يعيدنا لمفهوم نظرية المخاطر السابقة كأساس قانوني لمسؤولية الدولة.

### الفرع الثاني: خصائص دعوى التعويض

أن دعوى التعويض ترتبط بخصائص مميزة تختلف عن أي دعوى أخرى وخاصة دعوى الإلغاء، وهنا سنناقش أهم ما يميز هذه الوسيلة عن غيرها من الدعاوي الإدارية .

#### أولاً: من ناحية الموضوع

إن دعوى التعويض تتميز أنها دعوى شخصية تستهدف الحصول على تعويض لجبر الضرر الذي لحق برافع الدعوى، وبذلك لا يستهدف المدعي في بحث مشروعية العمل الإداري أو إلغائه أو تفسيره<sup>2</sup>، فحصول المدعي على حكم ضد الجهة المستدعي ضدها سيعود بإثراء له.

كما أن المدعي في دعوى التعويض الإدارية لا يستهدف دوماً إلغاء القرار الإداري الذي رتب الضرر، إلا أنه قد يضطر لرفع دعوى إلغاء لفحص مشروعية القرار الإداري ومن ثم يطالب بالتعويض عن الضرر وخاصة في الأنظمة التي لا تتبنى القضاء الشامل، وهذا ما يطبق حتى اللحظة في القضاء الفلسطيني<sup>3</sup> .

#### ثانياً: من حيث الجهة القضائية المختص.

كما سبق فإنه لتحديد الجهة القضائية المختصة يجب الرجوع لنصوص التشريعات في كل نظام قضائي، ففي حين أن الأنظمة التي تأخذ بالنظام الشامل تجمع بين قضاء الإلغاء والتعويض، بينما هناك أنظمة لا تتبنى هذا التوجه وما زالت ترى بأن دعوى التعويض مستقلة عن دعوى الإلغاء وهذا ما يسمى بقضاء الإلغاء، وبالرجوع لقانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني يتضح ما هي

<sup>1</sup> العتيبي، محمد مفرح: حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة مرجع سابق. ص 98

<sup>2</sup> بوضياف، عمار: دعوى التعويض في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 331

<sup>3</sup> حرزالله، توفيق: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في فلسطين، مرجع سابق، ص 302



الموضوعات التي يطعن فيها بالإلغاء<sup>1</sup> وكشفت العديد من الأحكام القضائية أن قضاء محكمة العدل العليا الفلسطينية ما زال يتبنى قضاء الإلغاء وأن الاختصاص في التعويض ينعقد للمحاكم العادية<sup>2</sup>.

ويرى الباحث أن القضاء الإداري الفلسطيني يعيش حالة من عدم الوضوح في الصلاحيات سببتها التشريعات المتعاقبة، وخاصة وأن قانون الإجراءات المدنية الفلسطينية المنظم للإجراءات المتبعة أمام محكمة العدل العليا لم يتطرق للموضوع بل قد يفهم من نصوصه إمكانية التعويض، فعبارة "تصدر المحكمة قرارها إما بالرفض أو بالإلغاء أو بتعديل مع ما يترتب على حكمها من آثار قانونية"<sup>3</sup>، وليس التعويض هو أثر قانوني فما المانع من أن تنظر المحكمة بطلبات التعويض، وخاصة في الحالات المعروضة أمامها حيث أنها الأقدر لما لها من صلاحيات وكونها أقرب لظروف وملابسات الدعوى وتملك أوراقها مما سيؤدي لأن يكون حكمها أقرب للحقيقة .

---

<sup>1</sup> المادة 33 من قانون تشكيل المحاكم الفلسطينية رقم 5 لسنة 2001:

تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي:

- 1 - الطعون الخاصة بالانتخابات.
- 2- الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام بما في ذلك النقابات المهنية.
- 3- الطلبات التي هي من نوع المعارضة في الحبس التي يطلب فيها إصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع.
- 4- المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين أو الترقية أو العلاوات أو المرتبات أو النقل أو الإحالة إلى المعاش أو التأديب أو الاستبعاد أو الفصل، وسائر ما يتعلق بالأعمال الوظيفية
- 5- رفض الجهة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها .
- 6- سائر المنازعات الإدارية.
- 7- المسائل التي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أي محكمة تستوجب الضرورة الفصل فيها تحقيقاً للعدالة.
- 8- أية أمور أخرى ترفع إليها بموجب أحكام القانون.

<sup>2</sup> سليم، عماد: *مسؤولية الإدارة بدون خطأ*: المؤتمر السابع لرؤساء المحاكم الإدارية، بيروت، 2017، ص13

<sup>3</sup> قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية رقم 2 لسنة 2001، المادة 291

### ثالثاً: من حيث سلطة القاضي

إن سلطة القاضي في دعوى الإلغاء مقيدة حيث له أن يحكم بإلغاء القرار الإداري إذا شابته أي عيب من العيوب التي تمس المشروعية، وله أن يرد الدعوى إذا تبين له خلاف ذلك، بينما يكون القاضي في دعوى التعويض أكثر صلاحية في تقدير الضرر ومن ثم تحميله للجهة المسؤولة قانونياً عنه حتى ولو تمسكت بالمشروعية<sup>1</sup>، حيث للقاضي الإداري في دعوى التعويض أن يبحث ويدقق في كل الأركان والوقائع للوصول لقراره، كما يمكنه الحكم بالتعويض حتى ولو لم يكن هنالك خطأ مرتكب من جهة الإدارة<sup>2</sup>.

### رابعاً: من حيث الوقت المقرر لرفع الدعوى

تمتاز دعوى التعويض بأنها لا تخضع لذات الإجراءات المقيدة التي تخضع لها دعوى الإلغاء ففي حين أن المشرع قد رسم إجراءات رفع دعوى الإلغاء وقيدتها بمدد زمنية معينة، إلا أن دعوى التعويض لا تخضع لذات هذه المدد فهي تسير مع الحق ذاته<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: شروط قبول دعوى التعويض

يشترط لقبول دعوى التعويض أن يتم تقديمها من قبل شخص طبيعي أو معنوي، وبالرجوع لقانون الإجراءات المدنية الفلسطينية فإنه اشترط أن يكون المدعي صاحب مصلحة ليتمتع بحق التقاضي<sup>4</sup>، ويشترط أيضاً لقبول دعوى التعويض أن يصدر القرار الإداري أو العمل المادي عن جهة إدارية وهذا هو مبرر رفع الدعوى، فقضاء التعويض أوسع وأشمل من قضاء الإلغاء<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> بوضياف، عمار: *دعوى التعويض في القانون الجزائري*، مرجع سابق، ص 332

<sup>2</sup> عبد اللطيف، محمد: *قانون القضاء الإداري ومسؤولية السلطة العامة*، مرجع سابق، ص 511

<sup>3</sup> الطماوي، سليمان: *قضاء التعويض وطرق الطعن بالأحكام*، مرجع سابق، ص 501

<sup>4</sup> المادة 3 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 الفلسطينية:

1- لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون.

2- تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطالب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه.

3- إذا لم تتوافر المصلحة وفقاً للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى.

<sup>5</sup> الطماوي، سليمان: *قضاء التعويض وطرق الطعن بالأحكام*، مرجع سابق، ص 433

#### الفرع الرابع: صور التعويض.

بالرجوع لقواعد التعويض العامة نجد أن التعويض يأخذ إحدى الصورتين فهو قد يكون عينياً وهو الأصل في الالتزامات التعاقدية، وقد يكون نقداً تبعاً للظروف، فالمحكمة تطلب من الطرف المتسبب بالضرر بإعادة الحال لما كانت عليه أو بأداء أمر معين وهذا هو جوهر التعويض، وفي القضاء الإداري قد يأخذ التعويض إحدى الصورتين ولكن قد يستبعد التعويض العيني لعدة أسباب عملية وقانونية<sup>1</sup>، أما بالنسبة للتعويض الأدبي فهو غير مستبعد في القضاء الإداري<sup>2</sup>. ويرى الباحث أن صور التعويض سواء أكانت عينية أو نقدية أو حتى معنوية لا تستبعد بالكلية وقد يأخذ القضاء بها في الأحوال التي تناسبها ووفقاً للحكم الصادر من المحكمة والذي يحدد بدوره صورة التعويض وفقاً لظروف الحالة المطروحة .

#### المطلب الثاني: أسس تقدير التعويض وإسناد العبء التعويضي.

إن مسألة تقدير التعويض ترتبط بمجموعة من الأسس التي من خلالها يتم تحديد مقدار التعويض وفق قواعد مرسومة مسبقاً، والأصل أنه طالما رسم القانون آلية لتقدير التعويض فيتم الالتزام بهذه الآلية، وفي حال عدم وجود نصوص قانونية تبين أسس تقدير التعويض فإن القضاء هو الذي يأخذ على عاتقه هذا الدور وفقاً لسلطته التقديرية. و ينص القانون المدني الأردني على أن التعويض يغطي الضرر ويدفع التعويض للمضرور بناء على ما لحقه من ضرر سواء خسارة أو فوات للكسب<sup>3</sup> ، ولهذا تم وضع مجموعة من الأسس والاعتبارات النازمة لمسألة تقدير التعويض .

<sup>1</sup> عويس، حمدي: مسؤولية الدولة عن أعمالها القانونية والمادية، مرجع سابق، ص 195

<sup>2</sup> ليله، كامل: نظرية التنفيذ المباشر، المرجع السابق، ص 478

<sup>3</sup> القانون المدني الأردني، المادة 266: " يقرر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار "

## الفرع الأول: قواعد تقدير التعويض

هنالك مجموعة من الأسس المرتبطة بآلية التعويض وكيفية تقديره وهي تشكل اعتبارات مهمة ويأخذ بها عند تقدير التعويض وتسمى بقواعد تقدير التعويض .

### أولاً: يجب أن يغطي التعويض كل الضرر الذي لحق بالمضرور

وهذا ما يسمى بالتعويض الكامل ولهذا إذا ما ثبت بأن هنالك ضرر جسيم لحق بالمضرور فإن التعويض يقدر بجسامة هذا الضرر حيث يجب أن يغطي كافة الأضرار، لكن دون أن يزيد عن الضرر الفعلي<sup>1</sup>.

### ثانياً: لا يجوز للقاضي أن يحكم بما يزيد عن طلبات المتضرر

هذه القاعدة من القواعد الآمرة، فإذا ما طلب المستدعي مبلغاً من النقد كتعويض له فليس للقاضي أن يحكم بأكثر من هذا المبلغ، ولكن للقاضي أن يحكم بأقل مما طلب أو أن يقوم بتوزيع عبء التعويض على عدة أطراف، ويترتب على مخالفة ذلك إبطال الحكم<sup>2</sup>.

### ثالثاً: الاشتراك في المسؤولية

يتم تقدير التعويض حسب نسبة مساهمة كل من اشترك بالخطأ ونتج عنه إحداث الضرر<sup>3</sup>، كما أن أحكام مجلس الدولة الفرنسي أخذت بهذا المبدأ واعتبرت أنه وفي حال وجود تبعتين تتحمل الدولة إلى جانب الموظف عبء الضرر<sup>4</sup> وبالرجوع للقانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944 الساري نصت المادة 10 منه على ذلك في مجال المسؤولية التقصيرية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> عبد اللطيف، محمد: قانون القضاء الإداري ومسؤولية السلطة العامة، مرجع سابق، ص 541

<sup>2</sup> أبو الهوى، نداء: مسؤولية الإدارة بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة. (رسالة ماجستير). جامعة الشرق الأوسط عمان. 2010. ص 125

<sup>3</sup> عويس، حمدي: مسؤولية الدولة عن أعمالها القانونية والمادية، مرجع سابق، ص 203

<sup>4</sup> البارودي، مصطفى: الوجيز في الحقوق الإدارية، مرجع سابق، ص 602

<sup>5</sup> قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944 الساري، المادة 10: " إذا اشترك شخصان أو أكثر في تبعة فعل بمقتضى أحكام هذا القانون وكان ذلك الفعل يؤلف مخالفة مدنية يتحمل ذلك الشخصان أو أولئك الأشخاص تبعة ذلك الفعل بالتضام، وتجوز إقامة الدعوى عليهما أو عليهم مجتمعين أو منفردين ."

#### رابعاً: التعويض الودي

في حال قيام الإدارة بالاتفاق مع المتضرر بدفع مبلغ التعويض فيعتبر تعويض معتبر، ولكن يجب أن يكون كاملاً بمعنى أنه في حال دفع الإدارة جزء من هذا التعويض فإن يحق للمتضرر المطالبة باستكمال دفع الباقي .

#### خامساً: إن القاعدة في تقدير الأضرار المعنوية تخضع للقضاء

بخلاف الأضرار المادية تتسم الأضرار المعنوية بشيء من الصعوبة في تقديرها لذا يكون القاضي هو المتحكم في تقديرها استناداً لعدم وجود قيم ثابتة وواضحة فهي مسألة نسبية تختلف من حالة لأخرى ولهذا تحتاج لخبرة لتقديرها<sup>1</sup>.

#### سادساً: لا يجوز أن يحصل المتضرر على أكثر من تعويض.

لا يجوز الجمع بين أكثر من تعويض لذات الضرر حتى ولو تعدد الفاعلين فإن حساب التعويض يدخل ضمن منظومة مشاركة يتحمل كل طرف وزره من الضرر وبناء عليه تحدد نسبته من التعويض النهائي الذي يكون بالمجمل، وبالتالي لا يكون التعويض إلا مرة واحدة<sup>2</sup>، ونص قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944 الساري صراحة على عدم جواز الجمع بين التعويضات<sup>3</sup>.

#### سابعاً: تاريخ تقدير التعويض

إن العبرة في تحديد قيمة التعويض لا تكون باليوم الذي وقع فيه وإنما بيوم صدور الحكم أو الاتفاق عليه<sup>4</sup>، وعلة ذلك تغير الظروف الاقتصادية بين الفترتين مما يؤدي لزيادة القيمة الفعلية للضرر، وهذا إعمالاً لمبدأ التعويض الكامل .

<sup>1</sup> الشطناوي، علي: مسؤولية الدولة عن أعمالها الضارة، مرجع سابق، ص 304

<sup>2</sup> ليله، كامل: نظرية التنفيذ المباشر، المرجع السابق، ص 484

<sup>3</sup> قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944 الساري، المادة 61 قرة 1: " مع مراعاة أحكام المادة الرابعة والستين لا يحق للشخص الذي نال تعويضاً أو نصفه أخرى عن مخالفة مدنية، ولا لشخص يدعي عن طريق ذلك الشخص، أن ينال تعويضاً آخر عن تلك المخالفة المدنية ."

<sup>4</sup> عبد اللطيف، محمد: قانون القضاء الإداري ومسؤولية السلطة العامة، مرجع سابق، ص 523

كان مجلس الدولة الفرنسي يضع دائماً تاريخ وقوع الضرر كمرجع لحساب التعويض مستنداً على أن الحكم بالتعويض ليس منشأ وإنما كاشف للحق<sup>1</sup>، ولكن عدل مجلس الدولة عن هذا الاجتهاد بعد الحرب العالمية الثانية إنصافاً للمضرور في مواجهة الإدارة<sup>2</sup>، ولكن إذا تأخر المضرور بلا أي مبرر في طلب التعويض فتكون العبرة باليوم الذي كان سيصدر فيه الحكم وذلك علته عدم تحميل الجهة مرتكبة الخطأ عبء إهمال المضرور، وتأخذ كل حالة على حدة حيث يملك القضاء سلطة تقديرية لتحديد سبب التأخر ومن يتحمل تبعته<sup>3</sup>.

ولقد استقر القضاء المصري على تطبيق المادة 170 من القانون المدني مراعيّاً ملاسبات كل حالة من الحالات المعروضة<sup>4</sup>، فالأصل العام هو أن يتم تحيد وقت تقدير التعويض عند صدور الحكم إذا لم يتم الاتفاق، وقد قرر القضاء الإداري ذلك في أحد أحكامه حيث أعتبر أن وقت تقرير التعويض يكون يوم صدور الحكم وليس وقت الاستيلاء<sup>5</sup>.

### الفرع الثاني: المسؤولية عن عبء التعويض

لا يستبعد أن تشترك أكثر من جهة بإلحاق الضرر إلى جانب الإدارة وقد يكون المضرور نفسه قد ساهم إلى جانب نشاط الإدارة في إلحاق الضرر، فالقاعدة العامة بأن كل من ساهم في الضرر يساهم في التعويض بنسبته .

فالقضاء يضع في ذهنه دوماً أن الموظف كشخص لا ينفصل نشاطه عن النشاط الوظيفي وأنه يمارس عمله ضمن منظومة المرفق العام فلا يمكن الفصل بسهولة بين شخص الموظف وبين

<sup>1</sup> الطماوي، سليمان: قضاء التعويض وطرق الطعن بالأحكام، مرجع سابق، ص 500

<sup>2</sup> عويس، حمدي: مسؤولية الدولة عن أعمالها القانونية والمادية، مرجع سابق، ص 206

<sup>3</sup> أبو الهوى، نداء: مسؤولية الإدارة بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة. (رسالة ماجستير). مرجع سابق. ص

125

<sup>4</sup> القانون المدني المصري، المادة 170: " إذا قَدَّر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين 221 و 222 مراعيّاً في ذلك الظروف والملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يُعَيَّن مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير "

<sup>5</sup> عبد اللطيف، محمد: قانون القضاء الإداري ومسؤولية السلطة العامة، مرجع سابق، ص 526

المرفق، كما أن اعتبارات العدالة الإدارية تتطلب حماية الطرف المتضرر من إمكانية إعسار الموظف إذا ما تم الرجوع عليه كمتسبب للضرر<sup>1</sup>.

التزام الإدارة بأداء التعويض لا يعني أنه من غير الممكن لها أن ترجع على المتسبب بالضرر لأن ذلك يرتب هدراً للمال العام وفرصة يتقلت المتسبب بالضرر من تحمل المسؤولية مما لا يجعله يرتدع من الوقوع في الخطأ مرة أخرى .

وتعتبر قواعد نقل العبء التعويضي وسيلة قانونية لتمكين الإدارة من استرداد المبالغ المالية التي دفعتها للأفراد المتضررين بدلاً من موظفيها، ولهذا اجتهد الفقه لوضع أساليب ووسائل للرجوع على الموظفين أو الأشخاص الذين للإدارة رقابة عليهم .

### أولاً: الضمان

إن الإدارة هي الضامنة كلياً أو جزئياً للتضمينات التي يحكم بها على الموظف، وهذه الوسيلة لا يمكن الرجوع إليها إلا إذا ثبت عدم قدرة الموظف على تحمل المسؤولية وإعساره، وبالتالي يرجع المتضرر أولاً على الموظف المتسبب بالضرر فإذا اتضح بأنه معسر بموجب حكم قضائي تصبح الإدارة مسؤولة عن ضمان أخطاء موظفيها وقد تبنى القضاء الفرنسي هذه الوسيلة في البدايات<sup>2</sup>، ولكن هذه الوسيلة معقدة وذات إجراءات طويلة .

### ثانياً: الحلول

سعى القضاء الفرنسي إلى إيجاد وسيلة تتخطى سلبات وسيلة الضمان وذلك بهدف التخفيف على الأفراد المتضررين وتيسير إجراءات التقاضي<sup>3</sup>، فتحل الإدارة محل المضرور فيما حكم أو يحكم به على الموظف المخطئ من تضمينات مالية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> الشطناوي، علي: مسؤولية الدولة عن أعمالها الضارة، مرجع سابق، ص 307

<sup>2</sup> الشطناوي، علي: مسؤولية الدولة عن أعمالها الضارة، مرجع سابق، ص 308

<sup>3</sup> أبو الهوى، نداء: مسؤولية الإدارة بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة .(رسالة ماجستير).المرجع السابق، ص

<sup>4</sup> الشطناوي، علي: مسؤولية الإدارة عن أعمالها الضارة، مرجع سابق، ص 309

وتسترد الإدارة التضمينات التي دفعتها للمضرور بدلاً من الموظف المخطئ من خلال رفع المتضرر دعوى أمام القضاء النظامي ضد الموظف للحصول على حكم بالإدانة وتقرير مسؤولية الموظف حيث يحل المدين وهو الدولة محل المضرور للمطالبة بالحقوق في مواجهة المسؤول عن الضرر<sup>1</sup>، ولكن الإشكالية في هذا الدعوى أنها لاحقة للدعوى الأصلية والتي يكون المدعي قد حصل بموجبها على حقوقه، وبالتالي لا يكون هنالك حافز منه لاستكمال الإجراءات حتى يحل المدين محله، فبالرغم من أن هذه الطريقة أسلس من سابقتها إلا أن نجاحها مرهون بمدى رغبة المضرور في التوجه للقضاء النظامي لإكمال سلسلة نقل العبء عن التعويض ولتتمكن الإدارة من استرداد ما ضمنته.

### ثالثاً: الرجوع المباشر

هذه الوسيلة تضمن رجوع الإدارة بشكل مباشر على الموظف المخطئ دون الحاجة إلى أي وسيلة أخرى، وبالتالي نتلافى سلبات الوسائل السابقة حيث تضمن الإدارة إمكانية الرجوع لأن الموظف يرتبط بالالتزامات فرضها القانون عليه، كما أنه يسهل توزيع عبء التعويض بين الإدارة وبين الموظف حسب نسبة المساهمة .

ويتم الرجوع على الموظف مباشرة بدعوى أمام القضاء الإداري لمطالبته بأداء المبالغ التي دفعت نيابة عنه، وبهذا يتضح أن هذه الوسيلة توفر الإجراءات والوقت كما أنها أقل تعقيداً من سابقتها كون أن جوهرها يقضي بحق الدولة في الرجوع مباشرة على مسبب الضرر دون التفات لأي وسيلة أخرى .

### المطلب الثالث: تقادم دعوى التعويض

دعوى التعويض الإدارية تقام ضمن مرجعية قضائية ولهذا وجدت قواعد تنظم إجراءاتها والمدة المرتبطة بها، فالقواعد الخاصة بالتقادم والمنصوص عليها في القوانين المدنية تطبق على دعاوي

---

<sup>1</sup> عبد اللطيف، محمد: قانون القضاء الإداري ومسؤولية السلطة العامة، مرجع سابق، ص 672



المسؤولية الإدارية متى لم يوجد نص يعارضها<sup>1</sup> حيث أن المحاكم ملزمة بهذه القواعد وهذا ما أكدته القضاء الإداري المصري حيث تم اعتبار ديون الدولة اتجاه الغير تخضع لقواعد التقادم الواردة بالقانون المدني ما لم يوجد تشريع آخر ينظم ذلك<sup>2</sup>.

وفي الحالة الفلسطينية لا يوجد قانون خاص ينظم هذه المسألة، وكما لا يوجد تشريع مدني ينظم قواعد التقادم وبالتالي المرجعية القانونية تكون محصورة بالأحكام العامة في مجلة الأحكام العدلية ويضاف إليها قانون المحالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944 الساري بالإضافة للقوانين الخاصة إن وجدت.

وفي القضاء الفرنسي تنظم قواعد التقادم بنصوص خاصة، وحُدِّدت مدة واحدة للتقادم تسمى التقادم الرباعي تختلف قواعده عن التقادم العادي، وتتقادم ديون الدولة بمرور أربع سنوات ابتداء من اليوم الأول للسنة التالية التي استحققت فيها هذه الحقوق<sup>3</sup>، وتعرضت هذه القاعدة للانتقاد كونها لا تحقق العدالة إلا أن القانون الفرنسي متمسك بها<sup>4</sup>.

وبالعودة لمفهوم التقادم في مجال دعوى التعويض الإدارية فيعرف بأنه: مرور الزمن الذي يحدده القانون والذي لا يحق للمضروور بعده المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر، وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة 1660 عليه<sup>5</sup>، وهذا ما يعرف بالتقادم الطويل والذي يشمل الحقوق المالية المنبثقة عن المسؤولية الإدارية، فمرور الزمن يؤدي إلى سقوط الحق في المطالبة ولا يؤدي لسقوط الحق نفسه<sup>6</sup>، والمدد التي حددها القانون لرفع دعوى الإلغاء لا تنطبق على دعوى التعويض لأن الحق المطالب به في دعوى التعويض لم يسقط بالتقادم<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> أبو الهوى، نداء: مسؤولية الإدارة بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة. (رسالة ماجستير). مرجع سابق، ص 136

<sup>2</sup> الطماوي، سليمان: قضاء التعويض وطرق الطعن بالأحكام، مرجع سابق، ص 501

<sup>3</sup> عبد اللطيف، محمد: قانون القضاء الإداري ومسؤولية السلطة العامة، مرجع سابق، ص 654

<sup>4</sup> <http://www.avodroits-public.com/fr/actualites/id-30-prescription-quadriennale-l-erreur-de-l-administration-ne-suffit-pas>

<sup>5</sup> مجلة الأحكام العدلية المادة 1660: " لا تسمع الدعاوي غير العائدة لأصل الوقف للعموم كالدين والوديعة والعقار الملك والميراث والمقاطعة في العقارات الموقوفة أو التصرف بالإجارتين والتولية المشروطة والغلة بعد تركها بخمسة عشر سنة".

<sup>6</sup> كسواني، عامر: أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2010، ص 293

<sup>7</sup> عويس، حمدي: مسؤولية الدولة عن أعمالها القانونية والمادية، مرجع سابق، ص 213

## الفرع الأول: مدد التقادم

### أولاً: التقادم الطويل

وهو الأصل العام في التقادم ومدته خمسة عشر عاماً فنصت المادة 374 من القانون المدني المصري على "يتقادم الالتزام بمرور خمس عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون" وتقابلها المادة 272 من القانون المدني الأردني<sup>1</sup>، وبالتالي يجري هذا النص على أي حالة لا نص عليها، ويجب التفرقة بين الحالات التي تكون دعوى المسؤولية فيها بناء على جريمة أو مخالفة للقانون وبين الحالات التي تنشأ فيها المسؤولية بناء على خطأ عادي، حيث أن التقادم الطويل ينظم الحالات التي تكون المسؤولية مبنية على خطأ ناشئ عن غير جريمة .

### ثانياً: التقادم القصير

يحدد القانون المدني ثلاث أنواع للتقادم فقد يكون خمسياً أو ثلاثياً أو حولياً، حيث يطبق التقادم الثلاثي على المسؤولية في المجال الإداري فنص المادة 172 من القانون المدني المصري " تسقط مدة التقادم الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم به المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه، وتسقط هذه الدعوى في كل حال بمرور خمسة عشر سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع "، وتضيف المادة "على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة فإن الدعوى لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية" .

أما التقادم الخمسي فيتعلق بالحقوق المتجددة المنصوص عليها في المادة 376 من القانون المدني المصري<sup>2</sup>، والتقادم الثلاثي نظم بنصوص خاصة تتعلق بتقادم الضرائب والرسوم في المادة 377

---

<sup>1</sup> المادة 272 من القانون المدني الأردني 1976 - 1 - لا تسمع دعوى الضمان الناشئة عن الفعل الضار بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالمسؤول عنه.

<sup>2</sup> - على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجنائية ما تزال مسموعة بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة فإن دعوى الضمان لا يتمتع سماعها إلا بامتناع سماع الدعوى الجنائية.

3 - ولا تسمع دعوى الضمان في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار.

<sup>2</sup> المادة 376 من القانون المدني المصري: "تقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيدالة والمحامين..."

من التشريع المدني المصري<sup>1</sup>، و المادة 180 فهي تتعلق بالدعاوي الناشئة عن الإثراء بلا سبب والمادة 187 من ذات التشريع فهي تنظم تقادم دعاوي استرداد ما دفع بغير حق<sup>2</sup>، وتقابل هذه المواد نصوص التشريع المدني الأردني في المواد 450 وما بعدها<sup>3</sup>، أما قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944 الساري في فلسطين وفي المادة 68 منه جعلت مدة التقادم سنتين حيث جاء في المادة 68 منه أن مدة التقادم تبدأ من تاريخ وقوع الفعل أو الإهمال المشكو منه أو من وقت توقف الضرر إذا كان الضرر يأتي من حين لآخر.<sup>4</sup>

وتجدر الإشارة أن المدد السابقة لا تسري على انتهاكات الحقوق الدستورية، ففي الدستور المصري وفي المادة 57 تحدثت عن أن كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرية الحياة الخاصة بالمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات جريمة لا تسقط بالتقادم وتكفل الدولة تعويض عادلاً لمن وقع عليه ضرر من جراء الاعتداء عليها، وهذا النص على درجة عالية من الأهمية كون أن كثير من الأضرار

---

<sup>1</sup> المادة 377 من القانون المدني المصري: 1- تتقادم بثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة ..".

<sup>2</sup> المادة 180 من القانون المدني المصري: "تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض، وتسقط الدعوى، كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق".

والمادة 187: "تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد، وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم ينشأ فيه هذا الحق".

<sup>3</sup> المواد 450 و451 من القانون المدني الأردني لسنة 1976: "لا تسمع الدعوى المطالبة بأي حق دوري متجدد كأجرة المباني والأراضي الزراعية والمرتببات والمعاشات بانقضاء خمس سنوات على تركها بغير عذر شرعي أما الربيع المستحق في ذمة المشرف أو المتولي على الوقف أو في ذمة الحائز سيء النية فلا تسمع الدعوى به على المنكر بعد تركها بغير عذر شرعي مدة خمس عشرة سنة .

المادة 451: "لا تسمع الدعوى عند الإنكار وعدم قيام العذر الشرعي إذا انقضت خمس سنوات على الحقوق الآتية: حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين .."، 2- "ما يستحق رده للأشخاص من الضرائب والرسوم إذا دفعت بغير حق دون الإخلال بالأحكام الواردة في القوانين الخاصة".

<sup>4</sup> قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944: " لا تقام الدعوى لمخالفة مدنية، إلا إذا ابتدأت الدعوى خلال سنتين من وقوع الفعل أو الإهمال أو التقصير المشكو منه أو خلال سنتين من توقف الضرر إذا كانت المخالفة المدنية تسبب ضرراً يستمر من يوم إلى آخر أو خلال سنتين من التاريخ الذي لحق فيه الضرر بالمدعي إذا لم يكن سبب الدعوى ناشئاً عن إتيان فعل أو التقصير في إتيان فعل بل عن ضرر ناجم عن إتيان فعل أو عن التقصير في إتيان فعل، أو خلال سنتين من تاريخ اكتشاف المدعي للمخالفة المدنية أو من التاريخ الذي كان من وسع المدعي أن يكتشف فيه المخالفة لو أنه مارس القدر المعقول من الانتباه والمهارة، إذا كان المدعى عليه قد أخفى المخالفة بطريق الاحتيال".

التي تكون ناتجة عن ممارسات تعتبرها الدولة سيادية تمس حقوق أساسية للأفراد، وهذا النص يقابله المادة 32 من القانون الأساسي الفلسطيني<sup>1</sup>.

فالدعاوي التي تقام على الدولة للتعويض عن أي اعتداء من قبل السلطات على الحرية العامة كاعتقال شخص أو الإضرار به لا تسقط المسؤولية بالتقادم مهما طال الزمن، وفي قرار للمحكمة الإدارية المصرية قالت: "إن حقوق المدعى عليه في التعويض عن القرار الإداري الطعين الصادر باعتقاله لا يلحقه لا تقادم ثلاثي ولا أي تقادم في ظل المادة 57 من الدستور"<sup>2</sup> وحكمت المحكمة له بتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية المترتبة على اعتقاله.

ويرى الباحث أن المدد المنصوص عليها في التشريعات يجب أن تدرس وفقاً للحالة المطروحة أمام القضاء دون حكم مسبق حول أي نص قانوني سيتم إعماله، ففي حال كان الضرر ناشئ عن فعل غير مشروع فتكون المدة هي المدد التي حددها المشرع ضمن الحد الأدنى في التقادم القصير والقاعدة العامة ضمن التقادم الطويل إلا أنه إذا كان النشاط الإداري يخالف الدستور ويعتدي اعتداء صارخاً على الحقوق الأساسية فلا تقادم لهذه المسؤولية.

### الفرع الثاني: عوارض التقادم

يقصد بعوارض التقادم الأسباب التي تنشأ أثناء سريان مدة التقادم أو قبلها فتؤدي لتعديل فيها وفي طريقة احتسابها<sup>3</sup>، وأهم هذه العوارض هي تلك التي تسبب في وقف التقادم أو في انقطاعه أو تعليقه، وتسري قواعد القانون المدني على وقف التقادم في دعوى المسؤولية الإدارية وانقطاعه .

---

<sup>1</sup> القانون الأساسي الفلسطيني 2003، المادة 32: " كل اعتداء على أي من الحريات الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للإنسان وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها القانون الأساسي أو القانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتضمن السلطة الوطنية تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الضرر".

<sup>2</sup> الدستور المصري لسنة 1971، المادة 57: " كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء".

<sup>3</sup> عويس، حمدي: مسؤولية الدولة عن أعمالها القانونية والمادية، مرجع سابق، ص 218

## أولاً: وقف التقادم

يقصد به أن يتوقف حساب مدة التقادم التي يحددها القانون، فإذا زال سبب الوقف فإن التقادم يسري من جديد مع احتساب المدة التي سبقت الوقف ضمن مدة التقادم<sup>1</sup>، وتقرر المادة 382 من القانون المدني المصري ذلك بقولها: " لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً"، وكما تنص المادة 457 من القانون المدني الأردني: " يقف مرور الزمان المانع من سماع الدعوى كلما وجد عذر شرعي يتعذر معه المطالبة بالحق"، أما عن أسباب الوقف فقد تكون راجعة لظروف مادية كقوة قاهرة أو أسباب جنائية كوقف سير الإجراءات الإدارية لحين البت في الإجراءات الجزائية أو قد تكون أسباب تتعلق بالتوفيق في المنازعات الدولية<sup>2</sup>. وتطبق جميع هذه القواعد على التعويض الإداري، حيث قررت محكمة القضاء الإداري المصري "إن اعتقال العامل سياسياً يترتب عليه وقف سريان التقادم في حقه لأن هذا الاعتقال يعتبر مانع مادي يتعذر معه المطالبة بحقه ومن ثم يقف سريان التقادم خلال مدة الاعتقال<sup>3</sup>.

## ثانياً: انقطاع التقادم

يقصد به: قطع المدة المقررة في القانون، فلا تحتسب من مدة التقادم ويبدأ باحتساب المدة من جديد بزوال أسباب الانقطاع<sup>4</sup>، حيث جاء بالمادة 383 من القانون المدني المصري: "ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة بالتنبيه أو بالحجز وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه" ونص المادة 460 من القانون المدني الأردني: "تقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية أو بأي إجراء قضائي يقوم به الدائن للتمسك بحقه"، حيث أن رفع الدعوى ولو كان لجهة غير مختصة يدل على التمسك بالحق والجدية في المطالبة مما يببر قطع التقادم<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> الطماوي، سليمان: قضاء التعويض وطرق الطعن بالأحكام، مرجع سابق، ص 523

<sup>2</sup> عبد اللطيف، محمد: قانون القضاء الإداري ومسؤولية السلطة العامة، مرجع سابق، ص 665

<sup>3</sup> عويس، حمدي: مسؤولية الدولة عن أعمالها القانونية والمادية، مرجع سابق، ص 219

<sup>4</sup> كسواني، عامر: أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2010، ص 299

<sup>5</sup> الشوبكي، عمر محمد: القضاء الإداري دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 242

وتضيف المادة 383 من القانون المدني المصري: "إن التقادم يقطع إذا أقر المدين بحق الدائن إقرار صريحاً أو ضمنياً" وهذا ما كانت أكدته أحكام المجلة العدلية في المادة 1674 "لا يسقط الحق بتقادم الزمن إذا أقر أو اعترف المدعى عليه صراحة في حضور القاضي بأن للمدعى عنده حقاً"<sup>1</sup> وفي حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية جاء فيه أن المطالبة التي تقطع التقادم هي المطالبة القضائية دون غيرها إلا أن متطلبات النظام الإداري وتيسيراً في علاقة الحكومة بموظفيها تعتبر المطالبة من خلال التظلم سبباً يقطع التقادم<sup>2</sup>.

وحيث تنطبق هذه القواعد على دعوى المسؤولية الإدارية فيقطع التقادم برفع الدعوى ولو كان ذلك لجهة غير مختصة أو أي عمل يقوم به المضرور للتمسك بحقه كما ينقطع التقادم بإقرار الجهة الإدارية بحق المضرور إقرار صريح أو ضمنى، حيث أن القضاء الإداري قد حدد أن الحقوق المالية تسقط بمرور المدة ما لم تنقطع بأحد الأسباب<sup>3</sup> التالية:

- التقاضي بشأن الحق المتنازع عليه.
  - اعتراف الحكومة بهذا الحق .
  - المطالبة بهذا الحق إدارياً .
  - إذا أتت الحكومة بأفعال يترتب عليه عدم تمكين صاحب الحق من المطالبة به قضائياً .
- ويرى الباحث أن قواعد التقادم في دعوى المسؤولية الإدارية تخضع لذات قواعد التقادم في الدعوى المدنية، يضاف إليها بعض خصوصيات الدعوى الإدارية والمتعلقة بالعمل الإداري نفسه أو ما وجد به نص خاص أو استثنائي، أما فيما يتعلق بقواعد التقادم الخاصة بدعاوي تعويض الأضرار الناشئة عن أعمال السيادة فيحال ذلك إلى طبيعة النشاط نفسه، فكل حالة يجب البحث فيها استقلالاً للوصول لأي قاعدة سيتم إعمالها.

<sup>1</sup> مجلة الأحكام العدلية المادة 1674

<sup>2</sup> أبو شادي، أحمد وآخرون: مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا، بلا طبعة. القاهرة: دار القاهرة للطباعة،

قرار رقم 138/1956 صفحة 855، ص 123

<sup>3</sup> النهري، مجدي: مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، مرجع سابق، ص 393

## الخاتمة

تناولت هذه الدراسة موضوع الأعمال السيادية من منظور آخر وذلك من خلال معالجة مسؤولية الدولة الناشئة عن أعمال السيادة وفق أسس قانونية تتماشى مع خصوصيتها لمعالجة الآثار التي قد تترتب عليها.

إن أعمال السيادة كنظرية هي بحد ذاتها إشكالية ولطالما كانت وستبقى، فالفقه يكاد أن يجمع على أنها انتكاسة لمبدأ المشروعية وأنها استثناء خطير يمس بسيادة القانون ويشكل تهديداً حقيقياً له. حاولت الدراسة مناقشة المفاهيم المرتبطة بهذه الطائفة من الأعمال وذلك بالرجوع لعوامل نشأة النظرية وتطورها تاريخياً فاتضح أنها مرت بصراعات وظروف مختلطة بين السياسة والقانون وهذه العوامل هي التي صاغت مفهوم النظرية ورسمت ملامحها .

إن الإبقاء على أعمال السيادة هو امتهان لأسمى الحقوق وهو حق التقاضي وانتكاسة لمبدأ المشروعية ووسيلة لتقلت الإدارة من رقابة القضاء، لتأتي فكرة التعويض القضائي تلطيفاً لحدة أعمال السيادة وبحثاً عن العدالة المفقودة، ولكن تقرير التعويض عن هذه الأعمال سيخلق إشكالية جديدة تتمحور حول أي أساس قانوني سيؤخذ به لتقرير المسؤولية .

حاولت الدراسة من خلال طرح فكرة المخاطر كنظرية تكميلية سد الفراغ الناشئ عن طبيعة هذه الأعمال، فبدون الخطأ لم يكن من الممكن مساءلة الدولة عن أنشطتها وخاصة إذا كانت هذه التصرفات استثنائية كأعمال سيادية .

اتضح من خلال الدراسة كيف أصبح من الممكن ربط آثار هذه الأعمال بالمسؤولية الإدارية من خلال مفهوم المساواة أمام الأعباء العامة فكل فرد يتحمل قدراً من المسؤولية لا يجوز أن يزيد عن أقرانه وإلا كان من الضروري أن تتدخل الدولة لتعيد الأمور إلى نصابها من خلال فكرة تكافلية تضامنية تعم الأفراد ككل .

تناولت الدراسة الأعمال القابلة للانفصال وناقشت تطبيقاتها على الأعمال السيادية من خلال فصل الأعمال المركبة وبسط الرقابة القضائية ليتضح أنه من الممكن فصل أعمال السيادة وفرض الرقابة عليها، وكما تناولت الدراسة الآثار المترتبة على هذه الأعمال والمرتبطة بالتعويض .

## النتائج

بعد أن قام الباحث بدراسة الموضوع وهو "مسؤولية الدولة عن أعمال السيادة" متطرقاً للتشريعات والأحكام القضائية المقارنة وبالإضافة لآراء الفقه في هذا المجال وصولاً لوضع أهم النتائج التي تمخضت عن الدراسة والتي كانت كالتالي:

- إن مبدأ المشروعية هو حجر الزاوية لأي نظام قانوني وإن المساس بهذا المبدأ يؤدي لإهدار مبادئ الدولة القانونية ويرتب عدم مشروعية القرار أو النشاط ويجعله حرياً بالإلغاء أو التعويض .
- لا تترك الأمور على إطلاقها عند مباشرة أي قرار أو نشاط أو عمل أو تصرف لأن مبدأ المشروعية لا يؤخذ على إطلاقه فوجود بعض الاستثناءات يهدف لإحقاق التوازن بين غايات المشروعية من جهة وبين طبيعة النشاط ومتطلباته من جهة مقابلة .
- إن السلطة التقديرية والظروف الاستثنائية كنظريات توازن بين المشروعية وبين النشاط الإداري تلقياً قبولاً لما توفره من ضمانات تمنع المساس بالمشروعية إلا أن أعمال السيادة لا تلقى قبولاً مماثلاً كونها لا تحوي ضمانات كافية.
- ما زالت العديد من الأنظمة القضائية تعتبر أعمال السيادة استثناء على رقابة القضاء بالمطلق.
- إن لنظرية أعمال السيادة بُعد تاريخي وسياسي ساهم وما زال في التمسك بها ولذا من الصعب استبعادها مطلقاً على المدى القريب لأنها توفر البيئة الخصبة للأنظمة التي تسعى للنفوذ المطلق المغلف باعتبارات سيادية لما يحققه ذلك من مزايا للمناورات السياسية.
- تلقى أعمال السيادة كنظرية قبولاً تشريعياً في القوانين المقارنة حيث مازالت بعض التشريعات ومع تعديلاتها تتمسك بعدم اختصاص القضاء بالرقابة عليها، ومثال ذلك القانون الأردني للقضاء الإداري رقم 27 لسنة 2014، فبعد حوالي ثلاث وعشرون سنة ومن بعد قانون المحكمة العليا الأردنية رقم 12 لسنة 1992 لم تتغير قناعة المشرع الأردني رغم العديد من المطالبات بإلغائها بل بقي النص على حرفيته وكذلك فعل المشرع المصري مما يؤكد عدم رغبة المشرع العربي بالتخلي عنها قريباً .



- توالىت المجهودات الفقهية في البحث عن حلول ملائمة تعالج مساوئ هذه النظرية من خلال حث المشرع لاستبعاد وضع معايير ثابتة لها في النصوص التشريعية وترك ذلك للقضاء لأنها الأقدر لهذه الوظيفة لما يملكه من أدوات.
- ساهمت نظرية المخاطر في إيجاد أساس قانوني لربط الدولة بمسؤولياتها إن لم يكن النشاط مبني على خطأ وبهذا يتضح أن المخاطر كنظرية أقرب للتطبيق عند البحث عن أسس المسؤولية لأعمال السيادة.
- ما زالت الأنظمة القضائية العربية تتوجس من تقرير نظرية المخاطر كأساس قانوني إلا في حالات التقنين التشريعي لها.
- إن مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة ساهم بشكل جوهري في إيجاد حلول متزنة للتعويض المتضررين من الأعمال التي قد توصف بأنها سيادية دون البحث في ذاتية العمل تحقيقاً للعدالة .
- شكلت نظرية الأعمال القابلة للانفصال أرضية قوية لفك الارتباط بين الأعمال الإدارية والسياسية مما يتيح المجال لفرض الرقابة عليها .
- ما زالت التطبيقات القضائية العربية تتوجس من فرض رقابة حقيقية على الأعمال السيادية حتى في مجال التعويض ومنها القضاء المصري .
- القضاء الإداري الفلسطيني يشكل صورة استثنائية وغير نموذجية نتيجة الاضطرابات التشريعية وعدم استقرار الأوضاع السياسية ولذا من الصعب التكهّن بمستقبله في ظل الأوضاع الحالية، فالقضاء الإداري الفلسطيني يتجه نحو الإلغاء فقط دون أن يمدّ صلاحيته للتعويض، كما أنه على درجة تقاضي واحدة .
- لم يوضح القانون الأساسي الفلسطيني قيمة المعاهدات أو آلية توطينها محلياً وهذا يشكل تساؤلاً حقيقياً حول قيمتها .
- إن القضاء الإداري هو من يحدد توجهه بممارسته لصلاحياته التي حددها القانون، وتوجه القضاء نحو فرض رقابة شاملة والأخذ بالمبادئ التي تحقق العدالة يؤشر على تقدم القضاء ومؤسساته، فالممارسة العملية للقضاء هي من تستطيع أن تعالج الإشكاليات السابقة.

## التوصيات

بعد أن تم عرض النتائج التي تمخضت عنها الدراسة فسيأتي الدور هنا لإبراز أهم التوصيات التي توصلت إليها الدراسة كالتالي .

- ضرورة التحضير لمشروع دستور فلسطيني يلبي الأهداف الأساسية ويعالج الثغرات الموجودة حالياً في القانون الأساسي المعدل كتنظيم القرارات بقانون والتشريعات الصادرة بمقتضاه ومستقبلها في ظل انسداد الأفق التشريعي نظراً لغياب المجلس التشريعي وتحضيراً لانتخابات عامة قد تشهدها البلاد.
- ضرورة البدء بصياغة التشريعات والوطنية التي تنظم عمل المحكمة العليا الفلسطينية لتصبح محكمة قضاء إداري كامل ومتخصص وعدم الاكتفاء بالنصوص الحالية كونها لا تلبي الأهداف والرؤية المستقبلية، وإنشاء محكمة إدارية هو مطلب وطني .
- العمل على سن قانون إجراءات محاكمات أمام القضاء الإداري وعدم الاكتفاء بالنصوص الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية في بعض المواد المتفرقة .
- العمل على أن يكون التقاضي أمام القضاء الإداري على درجتين وليس على درجة واحدة على غرار التشريعات المقارنة في كل من الأردن ومصر، وهذا يستدعي خلق نصوص قانونية لذلك والعمل على إيجاد بنية تحتية وموازنة مالية لهذه المحكمة.
- ضرورة البحث عن هوية القضاء الإداري الفلسطيني لإزالة الغموض الذي يكتنف طبيعة اختصاص القضاء الإداري الفلسطيني من ناحية هل القضاء الإداري في فلسطين هو قضاء إلغاء أم قضاء كامل وذلك من خلال تبني القضاء الإداري الفلسطيني لنموذج القضاء الكامل صراحة .
- البدء بتحضير هيكلية إدارية تتولى مهمة النيابة الإدارية بشكل واضح لما للمنازعات الإدارية من خصوصية وحتى تكون مختصة وتخفف العبء من على كاهل النيابة العامة صاحبة الاختصاص .
- ضرورة تبني نظرية المخاطر في القضاء الإداري وما ينبثق عنها من توجهات كونها أقرب لتحقيق العدالة الإدارية .

- السعي من أجل سحب صفة أعمال السيادة تكريساً لسيادة القانون وبالأخص سحب التحصين السيادي عن العمليات الأمنية كونها لا تتعلق بالسيادة بالمعنى الاستثنائي، وكون التشريعات الأمنية كافية لتحقيق أهدافها، فالحالة الفلسطينية تعيش وضعاً استثنائياً معقد لا يستوي معه إعمال نظرية السيادة على الشق الأمني .
- تفعيل نظام الصناديق التأمينية التي تتكفل بتغطية التعويض عن الأضرار الناتج عن الأنشطة التي قد توصف بالسيادية على غرار صناديق التأمين لدرء المخاطر رقم 12 لسنة 2013 الفلسطيني بحيث تمول هذه الصناديق من خلال فرض رسوم معينة تحقق الغاية من المساواة أمام الأعباء العامة وتخفف من العبء المالي على الدولة .

## المصادر والمراجع

### أولاً: المصادر

- القرآن الكريم .
- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.
- قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني رقم 5 لسنة 2001 م .
- قانون السلطة القضائية الفلسطيني رقم 1 لسنة 2002.
- قانون السلطة القضائية الفلسطيني رقم 15 لسنة 2005.
- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم " 2 " لسنة 2001 م .
- مجلة الأحكام العدلية .
- قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944م.
- دستور المملكة الأردنية الهاشمية 1952م.
- قانون محكمة العدل العليا الأردني رقم 12 لسنة 1992م.
- قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014م.
- القانون المدني الأردني 1976م.
- قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960م.
- دستور جمهورية مصر العربية 1971م.
- دستور جمهورية مصر العربية 2014 م.
- قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972م.
- قانون السلطة القضائية المصري رقم 46 لسنة 1972 م.
- القانون المدني المصري 131 لسنة 1948 م.

## ثانياً: المراجع

### - المراجع العربية:

- ابن منظور، جمال الدين: لسان العرب، الطبعة بلا، الجزء الثامن، بيروت: دار صادر، بلا سنة نشر.
- أبو العثم، فهد عبد الكريم: القضاء الإداري. الطبعة الأولى. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2005 م .
- أبو سمهدانة، عبد الناصر عبدالله: الخصومة الإدارية ومستقبل القضاء الإداري في فلسطين. القدس، الطبعة الأولى: دار النهضة العربية، 2010م.
- أبو سمهدانة، عبد الناصر عبدالله: موسوعة القضاء الإداري في فلسطين، بلا طبعة. القدس: دار الفكر. 2011م.
- أبو شادي، أحمد وآخرون: مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا، بلا طبعة. القاهرة: دار القاهرة للطباعة 1956 م.
- الأشقر، أحمد: الحماية القضائية للحقوق والحريات العامة في فلسطين، الطبعة الأولى، رام الله: منشورات الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، 2013م.
- البارودي، مصطفى: الوجيز في الحقوق الإدارية، الطبعة الثالثة، دمشق: مطبعة الجامعة السورية . 1956 م .
- بسيوني، عبد الغني: القضاء الإداري، بلا طبعة، القاهرة: منشأة المعارف، 1996م.
- البطمة، ريم: المعاهدات الدولية والقانون الوطني، الطبعة الأولى، رام الله: منشورات مركز مساواة، 2014م
- تكروري، عثمان: الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، القدس: دار الفكر، 2013م .
- حرز الله، توفيق: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في فلسطين، الطبعة الأولى، رام الله: منشورات جامعة بيرزيت، 2015 م .

- حسين، محمد: مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، الطبعة الأولى، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2007م.
- الحلو، ماجد راغب: القضاء الإداري . بدون طبعة، الإسكندرية: مطبوعات منشأة المعارف. 2000 م.
- الخطيب، نعمان: مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة العدل العليا، الطبعة الأولى، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001م.
- خلاد، محمد: المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، عمان: وكالة التوزيع الأردنية . 1991م.
- خليل، عاصم: دراسات في النظام الدستوري الفلسطيني، الطبعة الأولى .رام الله: منشورات جامعة بيرزيت . 2015م .
- خليل، محسن: القضاء الإداري، بلا طبعة، بيروت: الدار الجامعية، بلا سنة نشر .
- الذنبيات، محمد جمال مطلق: موجز في القضاء الإداري الأردني . الطبعة الأولى. عمان: دار العلوم. 2005 م.
- رسلان، أنور: مسؤولية الدولة غير التعاقدية، بلا طبعة، القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، 1980.
- الشطناوي، علي: مسؤولية الدولة عن أعمالها الضارة، الطبعة الأولى، القاهرة: دار وائل، 2008م.
- الشطناوي، علي خطار: دراسة في القرارات الإدارية، الطبعة الأولى، عمان: الجامعة الأردنية، 1998م.
- الشوبكي، عمر محمد: القضاء الإداري دراسة مقارنة، الطبعة الأولى . عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006م.
- طاجن، رجب محمود: القضاء الإداري ومبدأ المشروعية، بدون طبعة،: دار النهضة العربية، القاهرة . 2005م.

- طلبه، عبد الله: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، الطبعة الخامسة، دمشق: منشورات جامعة دمشق، 1996م .
- الطماوي، سليمان: القضاء الإداري - قضاء التعويض، دار الفكر العربي، بلا طبعة، القاهرة: دار الفكر العربي، 1986م.
- الطماوي، سليمان: مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية، الطبعة الثالثة. القاهرة: دار الفكر العربي، 1955م
- العبادي، محمد: قضاء الإلغاء دراسة مقارنة، بلا طبعة، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1995م.
- عبد اللطيف، محمد: قانون القضاء الإداري ومسؤولية السلطة العامة، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، القاهرة: دار النهضة العربية، 2004 م.
- عبد الوهاب، محمد: القضاء الإداري، الطبعة الأولى: بيروت، منشورات الحلبي، 2005م
- عثمان، جمال: مسؤولية رجال الشرطة، الطبعة الأولى، الإسكندرية: دار الفكر 2009 م.
- عثمان، حسن عثمان محمد: دروس في قانون القضاء الإداري في لبنان وفرنسا ومصر الطبعة الأولى. بيروت: الدار الجامعية . 1989 م .
- العقيلي، إبراهيم سالم: إساءة استعمال السلطة في القرارات الإدارية. الطبعة الأولى. عمان: دار قنديل للنشر . 2008 م .
- عويس، حمدي: مسؤولية الدولة عن أعمالها القانونية والمادية، الطبعة الأولى، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2011 م.
- فهمي، مصطفى: القضاء الإداري ومجلس الدولة، الطبعة العاشرة، القاهرة: دار المطبوعات الجامعية، 1999م.
- كسواني، عامر: أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010م.
- ليله، كامل: النظم السياسية، بلا طبعة . الإسكندرية: دار الفكر العربي، بلا سنة نشر.
- ليله، كامل: نظرية التنفيذ المباشر، بلا طبعة . الإسكندرية: دار الفكر العربي، بلا سنة نشر.

- ماخيان، ماهر مرادخان: التوازن بين الضبط الإداري والحريات العامة، الطبعة الأولى، القاهرة: منشأة المعارف، 2015م.
- نصار، وليم: الدستور الذي نريد لفلسطين . الطبعة الأولى . رام الله: المؤسسة الفلسطينية للدراسات الديمقراطية -مواطن، 2004 .
- النهري، مجدي مدحت: مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، الطبعة الثانية . القاهرة: دار النهضة العربية، 1997.

#### - المراجع الأجنبية

- DOUGLAS.ZACHARY: **STATE IMMUNITY FOR THE ACT OF STATE OFFICIALS:** OXFORD UNIVERSITY JOURNAL The British Yearbook of International Law,2012.
- G.COOPER .CHRISTINE: **ACT OF STAT AND SOEREIGN IMMUNITY A FURTHER INQUI:** LOYALLA UNIVERSITY CHICGO LAW JOURNAL,1980.
- Merriam, CE: **History of the theory of sovereignty since Rousseau.** first published. Kitchener, Ontario: Batoche books .2001.

#### ثالثاً: الرسائل العلمية

- أبو الهوى، نداء: مسؤولية الإدارة بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة (رسالة ماجستير).جامعة الشرق الأوسط.الأردن . 2010 م.
- إكرام، طالب: القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها على الصفقات العمومية، (رسالة ماجستير ).جامعة أبو بكر بالقائد .تلمسان 2016م.
- بن كده، نور الدين: مبدأ المشروعية في القرار الإداري (رسالة ماجستير ) جامعة محمد خيضر .2015م.



- بوراس، ياسمينية: المسؤولية الإدارية ( رسالة ماجستير ) .الكلية العليا للقضاء .الجزائر . 2004م.
- تحتوت , فوزي أحمد إبراهيم: المسؤولية الإدارية عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.( رسالة دكتوراه منشورة). جامعة عين شمس. القاهرة . مصر. 2007م.
- رزوقي، عبد القادر: ضمانات تحقيق مبدأ المشروعية (رسالة ماجستير ) .جامعة قاصدي ورقلة .2010م.
- الشهري، احمد بن علي: أعمال السيادة في القضاء الإداري السعودي دراسة مقارنة تطبيقية ( رسالة دكتوراه منشورة ) .جامعة نايف للعلوم الأمنية .الرياض .السعودية .2015م.
- العتيبي، محمد مفرح: حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري، (رسالة ماجستير منشورة ) .جامعة نايف للعلوم الأمنية .الرياض .السعودية .2011.
- علاونة، فادي نعيم: مبدأ المشروعية و ضمانات تحقيقه. ( رسالة ماجستير ) . جامعة النجاح الوطنية .نابلس .فلسطين .2011.
- مخاشف، مصطفى: السلطة التقديرية في إصدار القرارات الإدارية.(رسالة ماجستير)جامعة أبو بكر بلقايد .الجزائر .2007م.
- نقاش، حمزة: الظروف الاستثنائية والرقابة القضائية (رسالة ماجستير ) .جامعة منتوري قسنطينية .الجزائر .2010م.

#### رابعاً: وقائع المؤتمرات

- أبو خطوة، عمر: تعويض الأضرار الناجمة عن جرائم الإرهاب: المؤتمر العلمي السنوي الثالث مواجهة التشريعية للإرهاب على الصعيدين المحلي والدولي .القاهرة: جامعة المنصورة 1998م.
- الإلغاء والتعويض: قضاء الإلغاء والتعويض، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، الرباط، المغرب .2005م.
- بطيخ، رمضان: مبدأ المشروعية و ضمانات احترامه .ندوة دور القضاء الإداري في دعم الخدمة المدنية .القاهرة.2007م.

- بوضياف، عمار: علاقة مبدأ المشروعية بالدعاوي الإدارية دعوى الإلغاء نموذجاً، مؤتمر الإلغاء والتعويض في القضاء الإداري، القاهرة. 2009م.
- سليم، عماد: مسؤولية الإدارة بدون خطأ: المؤتمر السابع لرؤساء المحاكم الإدارية، بيروت، 2017 م.
- مختار، وهبي: دور القاضي الإداري في دعم وتعزيز مبدأ المشروعية . مؤتمر الإلغاء والتعويض في القضاء الإداري، القاهرة. 2009م.
- منير، محمد كمال: دور القضاء الإداري في ترسيخ مبدأ المشروعية . مؤتمر الإلغاء والتعويض في القضاء الإداري، القاهرة: 2009م.

#### خامساً: المجالات العلمية .

- ابن الهندي، مفتاح: نظرية أعمال السيادة: مجلة الجامعة الأسرية، | زليتين، العدد العاشر 2008م.
- عمرو، عدنان: المسؤولية الشرطية: منشورات الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان . رام الله، عدد الثاني 1998 م.
- الأعرج، محمد: مسؤولية الدولة وحق التعويض عن الاعتقال التعسفي: المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية .المغرب، العدد 111، 2013م.
- حمومي، هناء: التأصيل الفقهي لمسؤولية الدولة عن الضرر البيئي: مجلة الفقه والقانون .المغرب، العدد الثالث والثلاثون، 2015م.
- خاطر، حلمي: مسؤولية الدولة عن القوانين المخالفة للدستور والاتفاقيات الدولية، مجلة البحوث القانونية – كلية حقوق جامعة المنصورة، العدد الرابع والخمسون، 2013م.
- السيد، عمران: مدى التعويض عن الأضرار الناتجة عن أفعال الإرهاب: مجلة الحقوق للبحوث القانونية .مصر، العدد الأول، 2010 م.
- قادة، شهيدة: الإقرار بمسؤولية الدولة عن الحوادث: مجلة القانون المغربي .المغرب، العدد السادس عشر، 2010م.

- الكندري، فايز: المسؤولية المدنية للدولة عن تعويض أضرار مخلفات الحرب، مجلة الحقوق الكويت، عدد الرابع، 2004م.
- المجني، محمد: المحاكم الإدارية وقضاء التعويض: مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية المغرب، العدد الرابع، 2013م.
- محمود، عثمان: الألغام الأرضية والمسؤولية الدولية. (بحث أكاديمي منشور): مجلة الشريعة والقانون . العدد السابع والأربعون . 2011.
- المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، العدالة والقانون، رام الله العدد السادس عشر، 2011م.
- المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء . المرصد القانوني الثالث لبيان الثابت والمتغير في وضع العدالة في فلسطين . رام الله. 2014م.
- النعيمات، أحمد: التعويض الإداري بين القانونين المدني والإداري: مجلة علوم الشريعة والقانون . عمان، العدد الواحد والأربعون، 2014م.
- وزارة المالية المصرية، مصلحة الضرائب . عاملون مدنيون بالدولة – الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي . القاهرة . 2003م.

#### سادساً: الأحكام القضائية .

- الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية: الحكم في القضية رقم 39 قضائية، العدد (9) 7 مارس 2018 .
- مجلس الدولة المصري: الحكم في الطعن رقم 62/ 74236 قضائية، بتاريخ 2017/1/16.

#### سابعاً: مواقع الكترونية .

## أعمال السيادة في القانون الفرنسي:

- [http://fr.jurispedia.org/index.php/Acte\\_de\\_gouvernement\\_\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/Acte_de_gouvernement_(fr))
- <http://www.cours-de-droit.net/les-actes-de-gouvernement-a130123370>
- <http://www.juristudiant.com/forum/dissertation-les-actes-de-gouvernement-t28225.html>
- <https://www.hg.org/case-law.html>
- <https://www.universalis.fr/encyclopedie/acte-de-gouvernement>
- ANABA MBO Alexandre: **LA RESPONSABILITE SANS FAUTE DE LA PUISSANCE . PUBLIQUE**: <http://barreaucameroun.org/fr/pdf>
- <http://www.avodroits-public.com/fr/actualites/id-30-prescription-quadriennale-l-erreur-de-l-administration-ne-suffit-pas>
- <https://carjj.org/sites/default/files> مجلس الدولة المصري: (مبدأ المشروعية والحد من أعمال السيادة في القضاء الإداري المصري )
- <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000025741052>
- L'application de la théorie des opérations complexes: **admission de l'exception d'illégalité d'un arrêté d'insalubrité lors d'un recours contre une DUP**: <http://www.adden-leblog.com/?p=6790>
- Mar Pontier Jean: **LA RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE**: <http://www.ntpu.edu.tw/files/event/20081127144718.pdf>
- جمعة، محمد: مدى مقبولية الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي والمصري: <http://scc.mans.eun.eg/faclaw/arabic/megala/documents/1/8.pdf>

- الموقع الرسمي للنيابة العامة الفلسطينية: نيابة العدل العليا:  
<http://www.pgp.ps/ar/SP/Pages/BehalfofCassationandJustice.as>
- الأنصاري، محمد: تمديد حالة الطوارئ ما بين الرقابة القضائية وأعمال السيادة:  
<http://legal-agenda.com/article.php?id=561&lang=ar>

**An- Najah National University**  
**Faculty of Graduate Studies**

# **State responsibility for acts of sovereignty A comparative study**

**By**  
**Hatem Rashid Fityani**

**Supervisor**  
**Dr. Hassan Falah**

**This Thesis is Submitted in Partial Fulfillments of Requirement for the  
Degree of Master of Public Law, Faculty of Graduate Studies, An-Najah  
National University, Nablus, Palestine.**  
**2018**

**State Responsibility for Acts of Sovereignty  
A Comparative Study**

**By  
Hatem Rashid Fityani  
Supervisor  
Dr. Hassan Falah**

**Abstract**

This study, entitled as "Responsibility of the State for the Acts of Sovereignty," dealt with two main problems, the first was being the nature of these acts and the second was handling the rules of legal responsibility underlying the activities of the sovereign state by regulating the concept of the rule of law.

The acts of sovereignty are the most important exceptions which impinge legality. In fact, sovereign activities are considered one of the most sensitive privileges granted to the State, especially in the light of the trends that it calls a disgrace to the rule of law and a violation of the principle of legality.

The Department, in its alleged sovereignty of certain activities, is trying to distance itself from the guillotine of judicial oversight. In this context, the question arises as to how to deal with the damage that may be caused by what is described as sovereign action and what is the basis of the responsibility of the State for such activities, which may cause damage, especially in the traditional tendency of the State not to assume administrative responsibility for acts to which the judiciary determines its sovereign status.

The error is a traditional and a general basis under which the state bears the burden of administrative responsibility, but the development of daily life and the breadth of administrative activity with its complexities and requirements

led to this foundation becoming insufficient and inappropriate to the specificity of some administrative work and not achieving justice. All of this paved the way for the emergence of a new idea commensurate with the activities of the state and the rights of individuals and fill the gap between them which is the theory of risk.

This study will attempt, under the previous concepts, to examine the appropriate foundations for establishing responsibility, especially since the opportunity to abolish acts of sovereignty in absolute terms is still excluded, but this does not mean that it is not possible to seek solutions that can address the effects and consequences of acts of sovereignty that can be remedied and redressed to achieve justice and equality.

This study does not seek to create new rules but aims to present the idea of employing the existing legal foundations, which the jurisprudence and the elimination worked to develop and may apply its principles on the effects that may be left behind by the acts described as sovereign, especially that the supreme principles of rule of law, justice and equality are the basis of governance.