

المحامون

علاء الدين عبد التواب	محمد عبد العظيم سليمان
محمد عادل سليمان	ملاك مصطفى علسى
مصطفى محمود محمد	أحمد عبد النبي مصطفى
محمود بلال حسين	هند سيد احمد
خالد جاد سالم جاد	نبيلة أحمد بشير
محمد أنور عباس	خالد جاد سالم الجمال
محمد طارق عبدالجليل	اسراء حمدي محمد
احمد صالح عبدالحميد	سامح سمير عبد الحميد

ECE SR

المركز المصري للحقوق الاقتصادية والاجتماعية
EGYPTIAN CENTER FOR ECONOMIC & SOCIAL RIGHTS

مكتب الأستاذ/ خالد على عمر المحامى بالنقض

مكتب الأستاذ/ شعبان كامل ابو زهرة المحامى بالنقض

طعن بعدم دستورية المادتين الأولى والثانية من قرار رئيس الجمهورية بالقانون 32 لسنة 2014 لمخالفتها لنصوص المواد 4 ، 32 ، 34 ، 53 ، 94 ، 97 ، 100 ، 190 ، 225 من دستور 2014

والمقام من:

السيد/ عماد عبد الكريم أحمد الشباسى وآخرين طاعنين

ضد

السيد / رئيس مجلس الوزراء وآخرين مطعون ضدهم

بموجب تصريح من دائرة الإستثمار بمحكمة القضاء الإدارى بالقاهرة

فى الطعن 52137 لسنة 66 قضائية

السيد المستشار/ رئيس المحكمة الدستورية العليا.

تحية احترام وتقدير , , ,

مقدمه لسيادتكم:

1. عماد عبد الكريم أحمد الشباسي
بموجب التوكيل الرسمي العام فى القضايا رقم 2339 ع لسنة 2014 مكتب توثيق محرم بك
2. علاء خضر يوسف إسماعيل
بموجب التوكيل الرسمي العام فى القضايا رقم 435 أ لسنة 2014 مكتب توثيق العامرية
3. هاني صلاح الدين عبد العزيز
بموجب التوكيل الرسمي العام فى القضايا رقم 3768 ب لسنة 2014 مكتب توثيق أبو المطامير
4. محمود محمد محمود أبو طاحون
بموجب التوكيل الرسمي العام فى القضايا رقم 3768 ب لسنة 2014 مكتب توثيق أبو المطامير
5. سليمان فلاق خير الله أحمد
بموجب التوكيل الرسمي العام فى القضايا رقم 3768 ب لسنة 2014 مكتب توثيق أبو المطامير
6. فايز فتوحه فنوش شعيب
بموجب التوكيل الرسمي العام فى القضايا رقم 560 ط لسنة 2014 مكتب توثيق الأسكندرية ثان
7. صبحى عبد السلام محمد الجندي
بموجب التوكيل الرسمي العام فى القضايا رقم 3768 ب لسنة 2014 مكتب توثيق أبو المطامير
8. أوسامه حلمى عبد المؤمن محمد
بموجب التوكيل الرسمي العام فى القضايا رقم 4309 أ لسنة 2014 مكتب توثيق النوبارية
9. محمد سالم أحمد السيد
بموجب التوكيل الرسمي العام فى القضايا رقم 4309 أ لسنة 2014 مكتب توثيق النوبارية

ومحالهم المختار :

مكتب الأستاذ/ خالد على عمر المحامى بالنقض والكائن 3 أ ش سليمان الحلبي -وسط البلد- القاهرة- الدور السادس
ومكتب الأستاذ/ شعبان كامل محمد أبو زهرة المحامى بالنقض والكائن بمدينة الزهراء - الثامنة بذور محطة 2 النصر- أبو المطامير - بحيرة.
والمركز المصرى للحقوق الاقتصادية والاجتماعية الكائن 1 شارع سكة الفضل - من طلعت حرب - وسط البلد - القاهرة.

ضد

"بصفته"

1. رئيس مجلس الوزراء

2. وزير الإستثمار "بصفته"

3. وزير الزراعة واستصلاح الأراضي "بصفته"

ويعلنوا بمقر هيئة قضايا الدولة الكائن بمجمع التحرير بميدان التحرير بالقاهرة
مخاطبا مع/

4. الممثل القانوني للشركة القومية للتشييد والتعمير - بصفته - والمندمج فيها الشركة القابضة للتجارة - والمندمج فيها سابقاً الشركة القابضة للتنمية الزراعية.

ويعلن بمقر الشركة الكائن بمبنى السوق التجاري لمشروع مصر للتعمير بجوار شيراتون المطار - مصر الجديدة
مخاطبا مع/

5. الممثل القانوني للهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية "بصفته"

ويعلن بمقر الهيئة الكائن 1 شارع نادي الصيد - الدقي - الجيزة

مخاطبا مع/

6. الممثل القانوني للشركة المصرية السعودية للإستثمار الصناعي والعقارى - شركة مساهمة مصرية - طبقاً للقانون 159 لسنة 1981

"بصفته"

ويعلن بمقر الشركة الكائن شارع الجيش برج الدلتا - أمام مبنى محافظة الدقهلية - المنصورة

مخاطبا مع/

7. الممثل القانوني لشركة التجارة والتسويق السعودية الدولية المحدودة "بصفته"

ويعلن بمقر الشركة الكائن 3 شارع السد العالي - دقي - الجيزة

مخاطبا مع/

الإجراءات

أقيمت الدعوى رقم 52137 لسنة 66 قضائية، وذلك بموجب صحيفة موقعه من محام مقبول أمام قلم كتاب محكمة القضاء الإداري بتاريخ 2012/7/19 من كلاً من:-

أولاً: العاملين بشركة النوبارية لإنتاج البذور وهم:

1. عماد عبدالكريم أحمد الشباسبى
2. علاء خضر يوسف إسماعيل
3. هاني صلاح الدين عبدالعزيز
4. محمود محمد محمود أبو طاحون
5. سليمان فلاق خير الله أحمد
6. محمد عبد العاطي عبدالعزيز
7. وائل سعيد راغب عبديريه
8. جبر محمد ابو شعيشع عبيد
9. فايز فتوحة فنوش شعيب
10. صبحى عبدالسلام محمد الجندي
11. عطية أحمد عطية عفيفي
12. جاب الله محمود جاب الله
13. محمود جبريل ضيف الله
14. أوسامة حلمى عبد المؤمن محمد
15. محمد سالم أحمد السيد

ثانياً: اللجنة النقابية المستقلة للعاملين بشركة النوبارية لإنتاج البذور (نوباسيد)

طالبين في ختامها الحكم بقبول الدعوى شكلاً وبصفة مستعجلة وقف تنفيذ قرار اللجنة الوزارية للخصخصة في 7 / 2 / 1999 وقرار الجمعية العامة غير العادية للشركة القابضة للتنمية الزراعية في 27 / 2 / 1999 فيما تضمناه من بيع 100% من أسهم الشركة النوبارية لإنتاج البذور (نوباسيد) وفى الموضوع بإلغاء تلك القرارات بما ترتب علي ذلك من آثار أخصها بطلان عقد بيع الأسهم المؤرخ في 14/3/1999 والمبرم بين كلاً من الشركة القابضة للتنمية الزراعية والشركة المصرية السعودية الدولية المحدودة (50%) وبطلان التسجيلات العقارية التي تمت للأراضي التي تخص هذا العقد وإعادة الحال إلي ما كان عليه قبل التعاقد وإسترداد الدولة لجميع الأملاك والأموال مطهرة من أية حقوق عينية أو تبعية .

وتدولت الدعوى بالجلسات أمام محكمة القضاء الإدارى بالقاهرة لنظر الشق العاجل من الدعوى، وأثناء نظر الطعن صدر قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 32 لسنة 2014 بشأن تنظيم بعض إجراءات الطعن علي عقود الدولة، الصادر بتاريخ 2014/4/22 والمنشور بالجريدة الرسمية العدد 16 مكرر (ح) والذي نص علي :

المادة (1)

"مع عدم الإخلال بحق التقاضي لأصحاب الحقوق الشخصية أو العينية على الأموال محل التعاقد، يكون الطعن ببطلان العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أجهزتها من وزارات، ومصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة، ووحدات الإدارة المحلية، والهيئات والمؤسسات العامة، والشركات التي تمتلكها

الدولة أو تساهم فيها، أو الطعن بإلغاء القرارات أو الإجراءات التي أبرمت هذه العقود استناداً لها، وكذلك قرارات تخصيص العقارات من أطراف التعاقد دون غيرهم، وذلك ما لم يكن قد صدر حكم بات بإدانة طرفي التعاقد أو أحدهما في جريمة من جرائم المال العام المنصوص عليها في البابين الثالث والرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وكان العقد قد تم إبرامه بناءً على تلك الجريمة".

المادة (2)

"مع عدم الإخلال بالأحكام القضائية الباتة، تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعاوى أو الطعون المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون والمقامة أمامها بغير الطريق الذي حددته هذه المادة بما في ذلك الدعاوى والطعون المقامة قبل تاريخ العمل بهذا القانون".

المادة (3)

ينشر هذا القرار بقانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشره".

ولما كان هذا القرار بقانون الطعين قد حال بين المدعين وإستكمال دعواهم، حيث تعين علي محكمة القضاء الإداري بناء علي المادة الثانية من هذا القانون أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوي لإقامتها بغير الطريق الذي حدده القانون، وهو ما دفع المدعين للطعن بعدم دستورية المادتين الأولى والثانية من هذا القانون بجلسة 3/ 5/ 2014 أمام محكمة القضاء الإداري.

حيث حضر الأستاذ/ خالد على عمر المحامي بالنقض -بالدعوى 52137 لسنة 66 قضائية- موكلاً عن كلاً من : المدعى الأول: عماد عبد الكريم أحمد الشباسي، والمدعى الثاني: علاء خضر يوسف إسماعيل، والمدعى الثالث: هاني صلاح الدين عبد العزيز، والمدعى الرابع: محمود محمد محمود أبو طاحون، والمدعى الخامس: سليمان فلاق خيرالله أحمد، والمدعى التاسع: فايز فتوحه فنوش شعيب، والمدعى العاشر: صبحي عبد السلام محمد الجندی، والمدعى الرابع عشر: أوسامه حلمي عبد المؤمن محمد، المدعى الخامس عشر: محمد سالم أحمد السيد، ودفع بعدم دستورية المادتين الأولى والثانية من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 32 لسنة 2014 لمخالفته نصوص مواد الدستور أرقام (4، 34، 53، 97، 190، 225) من دستور 2014، وطلب التصريح له بإتخاذ إجراءات الطعن علي المادتين الأولى والثانية من هذا القانون أمام المحكمة الدستورية العليا، وقدم مذكرة شارحة للدفع، فضلاً عما أبداه من مرافعة أمام محكمة القضاء الإداري حول هذا الشأن.

كما حضر الأستاذ أحمد جمال الدين المحامي عن الأستاذ محمد أحمد راشد المحامي ممثلاً عن المدعين السادس، الثامن، الحادي عشر، والثاني عشر، والثالث عشر وتنازل عن الإستمرار في الدعوى 52137 لسنة 66 قضائية بموجب توكيل خاص تم إيداعه بملف الدعوى بذات الجلسة برقم 1247 ب لسنة 2014 أبو المطامير.

وبعد أن إستمعت محكمة القضاء الإداري لدفاع كل أطراف الدعوى، قررت التأجيل لجلسة 1/ 9/ 2014، وصرحت للمدعين الذين دفعوا بعدم الدستورية بإتخاذ إجراءات الطعن أمام المحكمة الدستورية العليا طعناً علي المادتين الأولى والثانية من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 32 لسنة 2014 في ضوء المواد (4، 34، 53، 94، 97، 190، 225) من دستور 2014 وعلى النحو الوارد تفصيلاً بمذكرة الدفاع المقدمة من وكيل المدعين.

ولما كان ذلك، وتنفيذاً لقرار محكمة القضاء الإداري (الدائرة السابعة) فاننا نقيم هذا الطعن أمام المحكمة الدستورية العليا عن المدعين (الأول، والثاني، والثالث، والرابع، والخامس، والتاسع، والعاشر، والرابع عشر، والخامس عشر) وهم من المدعين في الدعوي 52137 لسنة 66 ق والحاصلين من الدائرة السابعة بمحكمة القضاء الإداري بالقاهرة علي التصريح بذلك إستنهاضاً للإختصاص الإستثنائي للمحكمة الدستورية العليا بالرقابة على دستورية القوانين،

وإعمالاً لصحيح أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا وفقاً لنص المادة 29 / (ب) التي قررت بأن " تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي:

(أ) (ب) إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

مضمون الطعن

أولاً: مدى صلاحية المحكمة للنظر في دستورية القانون الطعين:

لاشك أن الطعن المائل له طبيعة خاصة تجعله يختلف عن كافة الطعون التي سبق للمحكمة الدستورية بسط رقابتها عليها، وهذا الإختلاف لا يتأتى من طبيعة النصوص الطعينة أو محتواها أو مدى مناهضتها للدستور من عدمه، ولكنه يتأتى بالأساس من ممثل السلطة التنفيذية الذي أصدر القانون الطعين وهو المستشار عدلى منصور رئيس الجمهورية المؤقت، والذي أصدره أثناء إدارته لشئون، حيث صدر هذا التشريع فى 2014/4/22 ونشر بالجريدة الرسمية بالعدد 16 مكرر (ح) .

واليوم ، ونحن نودع الطعن المائل، وقد إنتهت المرحلة الإنتقالية، وتم تسليم مقاليد السلطة لرئيس جديد، وعاد المستشار عدلى منصور لرئاسة المحكمة الدستورية العليا التي ستنتظر الطعن المائل.

حيث "أنهى المستشار عدلى منصور عهده الرئاسى بعد 11 شهرا و4 أيام من أدائه اليمين الدستورية فى قلب المحكمة الدستورية العليا كرئيساً مؤقتاً للبلاد على خلفية إعلان 3 يوليو 2013 الذى عزل الرئيس الأسبق محمد مرسى.

وخلال هذه الفترة امتلك رئيس الجمهورية المؤقت بموجب هذا الإعلان ثم الإعلان الدستورى الذى أصدره فى 8 يوليو 2013 ، ثم دستور 18 يناير 2014، السلطة التشريعية مؤقتاً فى غياب برلمان منتخب بعد حل مجلس الشورى، لكنه لم يكن القائم على وضع واقتراح مشروعات القوانين بناء على هذه الوثائق الدستورية، حيث تولت الحكومة هذه المهمة، وتولى هو مهمة إصدار القوانين بعد فحصها والموافقة عليها.

وبناء على ذلك ووفقاً لقرارات الرئيس المؤقت المنشورة فى الجريدة الرسمية على مدى عهده، تبين أنه أصدر 147 قراراً بقانون، منها 51 قانوناً لربط الموازنات الخاصة بالهيئات الحكومية، و3 قوانين باعتماد الموازنة العامة وفتح حساب إضافى لها، و21 قانوناً بالترخيص لوزارة البترول فى التعاقد مع شركات للتقيب عن البترول فى الصحراء الشرقية والغربية وسيناء، و 72 قانوناً باستحداث تشريعات أو تعديل تشريعات قائمة، من بينها 5 تعديلات على قانون مباشرة الحقوق السياسية، آخرها إعادة صياغة القانون كاملاً، وتعديلان على كل من قانون المعاشات العسكرية والصحافة والطعن على العقود الإدارية والمناقصات والمزايدات وضريبة الدخل وتنظيم الجامعات"¹.

¹ راجع محمد بصل -رئيس القسم القضائى بجريدة الشروق- 10 يونيو 2014 من خلال الرابط التالى:

¹<http://www.shorouknews.com/news/view.aspx?cdate=10062014&id=d1ba0baf-772d-495b-8f41-f21392d2c769>

وبعد القرار بقانون 32 لسنة 2014 والذي أصدره المستشار عدلى منصور هو أول قانون يتم الطعن عليه بعدم الدستورية، ويصدر التصريح باتخاذ إجراءات الطعن عليه من محكمة مختصة، وتم إيداعه الطعن اليوم بقلم كتاب المحكمة الدستورية العليا أثناء رئاسته لها، وإن كان هذا الأمر يمثل سابقة تعد الأولى من نوعها ومفارقة تاريخية وسياسية هامة فهو في ذات الوقت يطرح العديد من التساؤلات القانونية والدستورية ليس فقط حول مدى صلاحية المستشار عدلى منصور لرئاسة المحكمة الدستورية أثناء نظر الطعن موضوع الدعوى، ولكن أيضا يطرح السؤال حول مدى صلاحية كل أعضاء المحكمة في نظر الطعن المائل، وهذا التساؤل بالتأكيد ليس المقصود منه النيل من الهيئة الموقرة أو رئيسها أو التعريض بهما فتقديرنا واحترامنا للمحكمة الدستورية وكل أعضائها بصفاتهم وشخصهم لا جدال فيه، ولكن التساؤل هنا يرتبط بضمانات التقاضى/ المحاكمة العادلة والمنصفة، وبالنصوص التى وضعها المشرع فى الباب الثامن من الكتاب الأول من قانون المرافعات بعنوان "عدم صلاحية القضاة وردهم وتحتيهم"

فقد نصت المادة 146 على:

"يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها ولو لم يرده أحد من الخصوم في الأحوال الآتية:

- (1) إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة.
- (2) إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى ومع زوجته.
- (3) إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخصوصية أو وصياً عليه أو قيماً أو مظنوناً وراثته له، أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصي أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية في الدعوى.
- (4) إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيماً عليه مصلحة في الدعوى القائمة.

(5) إذا كان قد أفتى أو ترفع عن أحد الخصوم في الدعوى، أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء، أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً، أو كان قد أدى شهادة فيها."

ونصت المادة 147 على:

"يقع باطلا عمل القاضي أو قضاؤه في الأحوال المتقدمة الذكر ولو تم باتفاق الخصوم.

وإذا وقع هذا البطلان في حكم صدر من محكمة النقص جاز للخصم أن يطلب منها إلغاء الحكم وإعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى"

ونصت المادة 148 على:

يجوز رد القاضي لأحد الأسباب الآتية:

- (1) إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها، أو إذا جدت لأحدهما خصومة مع أحد الخصوم، أو لزوجته بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المطروحة عليه.
- (2) إذا كان لمطلقة التي له منها ولد أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي بقصد رده.
- (3) إذا كان أحد الخصوم خادماً له، أو كان هو قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكنته، أو كان تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده.
- (4) إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل."

ونصت المادة 149 على:

"على القاضي في الأحوال المذكورة في المادة السابقة أن يخبر المحكمة في غرفة المشورة أو رئيس المحكمة الابتدائية - على حسب الأحوال - بسبب الرد القائم به وذلك للإذن له بالتتحي، ويثبت هذا كله في محضر خاص يحفظ بالمحكمة".

ونصت المادة 150 على:

"يجوز للقاضي في غير أحوال الرد المذكورة، إذا استشعر الحرج من نظر الدعوى لأي سبب، أن يعرض أمر تنحيه على المحكمة في غرفة المشورة، أو على رئيس المحكمة للنظر في إقراره على التنحي."

وفي هذا الإطار نتمسك بأمرين:

الأمر الأول: فيما يتعلق بالمستشار عدلى منصور:

فإننا نتمسك بعدم صلاحيته لنظر الطعن على المادتين الأولى والثانية من القرار بقانون 32 لسنة 2014 لأنه هو من قام بإصدار هذا القانون أثناء توليه شئون البلاد، وبالتالي ينطبق عليه نص البندين الرابع والخامس من المادة 146 من قانون المرافعات، فالبنـد (4) يجعل القاضي غير صالح لنظر الدعوى القائمة إن كان له مصلحة فيها، والبنـد (5) يجعله غير صالح لنظر الدعوى إذا كان قد أفتى أو ترفع عن أحد الخصوم في الدعوى، أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء، أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً، أو كان قد أدى شهادة فيها.

ونرى أن للمستشار عدلى منصور مصلحة في أن تقضى المحكمة بدستورية تلك النصوص، والمصلحة هنا ليست مادية لكنها معنوية ومهنية، فكيف له وهو رئيس للمحكمة الدستورية العليا، أعلى هيئة قضائية بالبلاد أن يصدر تشريعاً يتضمن نصوصاً غير دستورية، والذي لا خلاف عليه أن الطاعنين ومعهم العديد من فئات المجتمع ينتظروا قضاء المحكمة الدستورية في هذا الطعن، ولسان حال المجتمع حال القضاء بعدم دستورية هذه النصوص سيقول إن كان لا يعلم أن هذا النصوص غير دستورية فهذه كارثة، وإن كان يعلم أنها غير دستورية ومع ذلك ضمنها للقانون الطعين فالكارثة أعظم، لذلك فللمستشار عدلى منصور مصلحة شخصية ومباشرة في القضاء بدستورية هذه النصوص مما يجعله غير صالحاً للفصل في هذه القضية.

الأمر الثانى: فيما يتعلق بالسادة المستشارين أعضاء المحكمة الدستورية العليا:

نؤكد على أن الواقعة محل هذا الدفع هي السابقة الأولى من نوعها التي تعرض على المحكمة الدستورية العليا، بأن تنتظر في مدى دستورية قانون أصدره رئيسها، والذي مازال وحتى تقديم الطعن هو رئيسها، ليس هذا فحسب بل إننا نزعم بأن نصوص قوانين المرافعات، والمحكمة الدستورية العليا، والسلطة القضائية لم يسبق لها وضع أى نصوص تتناول تنظيم هذه الحالة ولم يكن في ذهن المشرع تصورها حدوثها. وبالتالي يقع علينا جميعاً عبء البحث عن الغايات التي قصدتها المشرع في النصوص سالفة الذكر لضمان حيـدة القاضي ونزاهته وأن يكون بعيد عن أى هوى أو ميل سواء جاء ذلك من عداوة أو محبة أو منفعة، وربما نجد نص المادة 150 قد فتح الباب للقاضي متى استشعر الحرج لأي سبب أن يتنحي عن نظر القضية، ولكن هذا النص مكن القاضي من هذه الرخصة ولا يوجد في القانون نص غير الحالات الواردة على سبيل الحصر في المادتين 146 و 147 من قانون المرافعات تمكن أطراف الدعوى من مجابهة مثل هذه الحالة التي بدعوانا، والتي نتمسك فيها بعدم صلاحية كل أعضاء هيئة محكمة الدستورية من نظر الطعن المائل لكون رئيس المحكمة له مصلحة شخصية ومباشرة في الحكم بدستورية النصوص الطعينة وإذا نظرنا إلى البندين الثالث والرابع من المادة 148 من قانون المرافعات قد أتاحا رد القاضي إذا كان أحد الخصوم خادماً له، أو كان هو قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكنته، أو كان تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده، أو إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل.

ومن الملاحظ هنا أن البندين يتناولوا الرد وليس عدم الصلاحية هذا من ناحية، ومن أخرى فكلى البندين يتحدث عن الخصوم، ولا يتناول من لهم مصلحة في الدعوى، ولذلك فقد تمسكنا بدفع عدم الصلاحية، كما تمسكنا بغياب النص الذي يحكم الواقعة محل الدفع، وأكدنا على ضرورة الإجتهد والبحث عن غايات المشرع من تلك النصوص التي تضمن حيـدة القاضي وبعده عن أى هوى.

فمن الأكيد، وكما سبق وأن أوضحنا أن للمستشار عدلى منصور مصلحة شخصية ومباشرة في القضاء بدستورية تلك النصوص، ومن الأكيد أيضا أن علاقة رئيس المحكمة بأعضائها فضلاً عن كونها علاقة مهنية ووظيفية لكن لا يمكن إنكار بعدها الإنساني أو الشخصى الذى لا يمنعه بالطبع من مؤاخذتهم أو مسألتهم أو منحهم هدايا وتلقيها منهم فذلك من طبائع الأمور بين من يعملون فى مهنة واحدة ، وفى مكان واحد، بل وفى دائرة قضائية واحدة، مما يخلق مودة بينه وبينهم الأمر الذى قد يؤثر فى حيدتهم أو يجعل فى النفس هوى عند النظر فى القضية، لمؤازرته، والتأكيد على صدق قراءته للنص عند إصداره، وعلى حرصه على عدم الخروج على الدستور .

وفضلاً عن أنه مازال حتى الآن هو رئيس المحكمة الدستورية العليا، الأمر الذى يدفعنا بالتمسك بالدفع بعدم صلاحية كل أعضائها من نظر هذه القضية.

وأخيراً: ومنعاً للتأويلات، فإذا كنا نتمسك بدفعنا، فإننا نؤكد مرة أخرى على تقديرنا لكل أعضاء الهيئة الموقرة، فإن طرح الدفع والتمسك به هو مسئولية أخلاقية ومهنية تصب بالضرورة فى صالح الوطن، وفى صالح ضمانات المحاكمة العادلة والمنصفة، فإن ترى للمحكمة الإنتفات عن الدفع فإننا ندعوها أن تتأشد المشرع بأن يضع تشريعاً يتعلّق برئيس المحكمة الدستورية حال توليه شؤون البلاد لفترة إنتقالية وينظم الإجراءات الواجب إتباعها بعد تسليمه للسلطة، ونرى أنه من صالح العدالة فى هذا المجتمع وإحتراماً لسيادة القانون ، ولقدسية ما تقدمه المحكمة الدستورية لهذا الوطن باعتبارها الجهة المنوط بها الرقابة على دستورية القوانين، وهى الحارس الأمين على حماية نصوص الدستور من أى إنتهاك تشريعى أو لائحى سواء وقع من السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية فى الأحوال التى حددها الدستور، أن تدعو المشرع إلى النص على تقاعد رئيس المحكمة الدستورية عن العمل بعد تسليمه مقاليد الحكم بالبلاد مع الحصول على جميع مستحقاته كما لو كان فى الخدمة حتى بلوغه السن القانونى للتقاعد شأن باقى نظرائه فى المحكمة، أو على الأقل أن ينقل للعمل فى جهة قضائية أخرى، فليس من المنطق أن يظل رئيسا للمحكمة الدستورية العليا، والتي قد تنتظر فى مدى دستورية القوانين التى أصدرها.

ثانياً: الإطار الدستوري للنزاع (دستور 2014):

المادة (4)

"السيادة للشعب وحده، يمارسها ويحميها، وهو مصدر السلطات، ويصون وحدته الوطنية التي تقوم على مبادئ المساواة والعدل وتكافؤ الفرص بين جميع المواطنين، وذلك على الوجه المبين في الدستور".

المادة (32)

موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب، تلتزم الدولة بالحفاظ عليها، وحسن استغلالها، وعدم استنزافها، ومراعاة حقوق الأجيال القادمة فيها

المادة (34)

للملكية العامة حرمة، لا يجوز المساس بها، وحمايتها واجب وفقاً للقانون.

المادة (53)

"المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين، أو العقيدة، أو الجنس، أو الأصل، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الإعاقة، أو المستوى الاجتماعي، أو الإئتماء السياسي أو الجغرافي، أو لأي سبب آخر"

المادة (94)

"سيادة القانون أساس الحكم في الدولة.

وتخضع الدولة للقانون، وإستقلال القضاء، وحصانته، وحيدته، ضمانات أساسية لحماية الحقوق والحريات".

المادة (97)

"النقاضي حق مصون ومكفول للكافة. وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي، وتعمل على سرعة الفصل في القضايا، ويحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعي، والمحاكم الاستثنائية محظورة".

المادة (100)

"تصدر الأحكام وتتخذ باسم الشعب، وتكفل الدولة وسائل تنفيذها على النحو الذي ينظمه القانون. ويكون الإمتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين، جريمة يعاقب عليها القانون، وللمحكوم له في هذه الحالة حق رفع الدعوى الجنائية مباشرة إلى المحكمة المختصة. وعلى النيابة العامة بناء على طلب المحكوم له، تحريك الدعوى الجنائية ضد الموظف الممتنع عن تنفيذ الحكم أو المتسبب في تعطيله"

المادة (156)

"إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه. وإذا كان مجلس النواب غير قائم، يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين، على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار"

المادة (184)

السلطة القضائية مستقلة، تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون، ويبين القانون صلاحياتها، والتدخل في شؤون العدالة أو القضايا، جريمة لا تسقط بالتقادم.

المادة (190)

مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، كما يختص بالفصل في دعاوى الطعون والتأديبية، ويتولى وحده الإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون، ومراجعة، وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية، ومراجعة مشروعات العقود التي تكون الدولة، أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى.

المادة (225)

تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إصدارها، ويعمل بها بعد ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ نشرها، إلا إذا حددت ذلك ميعاداً لذلك ميعاداً آخر.

ولا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية والضريبية، النص في القانون على خلاف ذلك، بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب.

ثالثاً: ندفع بعدم إرتكان القانون على سبب صحيح لإصداره:

الأصل في الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا على دستورية النصوص التشريعية أنها رقابة شاملة تتناول كافة المطاعن الموجهة إليها أيًا كانت طبيعتها، و أنها بالتالي لا تقتصر على العيوب الموضوعية التي تقوم على مخالفة نص تشريعي للمضمون الموضوعي لقاعدة واردة في

الدستور، و إنما تمتد هذه الرقابة - و بوصفها رقابة مركزية قصرها الدستور و المشرع كلاهما على هذه المحكمة - إلى المطاعن الشكلية التي تقوم في مبنائها على مخالفة نص تشريعي للأوضاع الإجرائية التي تتطلبها الدستور سواء في ذلك ما كان منها متصلاً بإقتراح النصوص التشريعية أو إقرارها أو إصدارها حال إنعقاد السلطة التشريعية، أو ما كان منها متعلقاً بالشروط التي يفرضها الدستور لمباشرة الإختصاص بإصدارها في غيبة السلطة التشريعية أو بتفويض منها، و ذلك لورود النصوص المنظمة لهذه الرقابة في صيغة عامة مطلقة، ولأن قصرها على المطاعن الموضوعية الموجهة إلى النصوص التشريعية، إنما يخرج عيوبها الشكلية عن ولاية هذه المحكمة و يعود بالرقابة عليها إلى رقابة الإمتناع عن إعمال النصوص التشريعية المخالفة للدستور، و هي رقابة كانت تفتقر إلى مناهج موحدة في تقرير ضوابطها، إذ كان زمامها بيد المحاكم على إختلافها، و كان لكل منها فهمها الخاص لأحكام الدستور مما أسفر عن تناقض أحكامها في الدعاوى المتماثلة، و أخل بالوحدة العضوية للنصوص الدستورية، و حال دون إتساق مفاهيمها و تجانسها، و هو ما حدا بالدستور و قانون هذه المحكمة إلى إبدالها برقابة البطلان - و بها يفقد النص المحكوم بعدم دستورية قوة نفاذه - لتقوم عليها محكمة عليا تتحصر فيها الرقابة على دستورية النصوص التشريعية جميعها أياً كانت المطاعن الموجهة إليها كي تتولى غيرها صون أحكام الدستور و حمايتها.

(المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم 31 - لسنة 10 قضائية - تاريخ الجلسة 7-12-1991 - مكتب فني 5 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 57)

دخلت مصر منذ يوليو 1952 عهداً جديداً من التطور السياسي والدستوري حيث تتباعت بعد سقوط دستور 1923 الوثائق الدستورية لتنظيم الحياة السياسية والدستورية وكان أغلبها في صورة إعلانات دستورية شديدة الإيجاز، أو دساتير مؤقتة حرصت جميعها في تنظيمها لسلطات الحكم علي تقوية مركز السلطة التنفيذية في مواجهة السلطات الأخرى، وقد صدر دستور 1971 متأثراً بهذا الإتجاه الشمولي في الحكم، ولم ينجح في الانفصال عنه كلية، إذ احتفظ بهيمنة السلطة التنفيذية علي ما عداها من سلطات الدولة كإطار للنظام السياسي في مصر.²

ويذهب المستشار طارق البشري إلي أنه إذا ما سيطرت السلطة التنفيذية علي وظيفة التشريع فإنها تكون قد استوعبت الجهاز القضائي، واحتوته بالضرورة والواقع، ويكون الحديث عن استقلاله محض حديث، ويكون احترام الدولة لاستقلاله محض أريحية³

وإذا كان الاختلال في التوازن بين السلطات علي وجه العموم، من شأنه أن يؤدي إلي نتائج خطيرة، فإن الواقع المصري ومنذ يوليو 1952 يؤكد تعول السلطة التنفيذية علي السلطة التشريعية، سواء من حيث انتخاب أعضائها، ومرورا بممارسة اختصاصاتها المنوطة بها دستوريا، وهي وظيفة التشريع والرقابة علي السلطة التنفيذية.

وبرزت هيمنة السلطة التنفيذية علي السلطة التشريعية في ظل دستور 1971 في وجهين:

الوجه الأول لهيمنة السلطة التنفيذية علي السلطة التشريعية هو ما نص عليه دستور 1971 من امكانية تفويض مجلس الشعب لرئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القوانين علي الرغم من انعقاد المجلس وذلك طبقاً لنص المادة 108 والتي نصت علي "الرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية وبناء علي تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها، ويجب عرض هذه القرارات علي مجلس الشعب في أول جلسة بعد إنتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون.

² د. جابر جاد نصار - الأداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة علي دستورية القوانين في مصر - مجلة القانون والاقتصاد - العدد 69 - ص 412

³ المستشار طارق البشري - الديمقراطية والناصرية - دار الثقافة الجديدة 1975 ص 205

وبموجب هذه المادة أعطي دستور 1971 الحق لرئيس الجمهورية بناء علي تفويض أن يصدر قرارات لها قوة القانون ، علي الرغم من انعقاد المجلس وقيامه بدوره التشريعي دون وجود مانع قانوني أو ظرف قهري وهو ما يعني أن الدستور سمح لرئيس الجمهورية بممارسة التشريع جنباً إلي جنب مع مجلس الشعب، وقد نص الدستور علي عرض هذه القرارات بعد إنتهاء التفويض وليس إنتهاء حالة الضرورة أو الأحوال الاستثنائية، كما لم يضع الدستور سقف زمني لهذا التفويض وهو ما جعل لرئيس الجمهورية -وطبقاً لهذا النص- يتقاسم السلطة التشريعية مع إختصاصها الأصلي، وهو ما شكل اعتداءً صارخاً علي السلطة التشريعية وهيمنة واضحة عليها .

الوجه الثاني لهيمنة السلطة التنفيذية علي السلطة التشريعية هو ما نص عليه دستور 1971 من إعطاء سلطة التشريع لرئيس الجمهورية في حالة غيبة مجلس الشعب وذلك طبقاً لنص المادة 147 والتي نصت علي " إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في إتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون .

ويجب عرض هذه القرارات علي مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وتعرض في أول إجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب علي آثارها بوجه آخر ."

وطبقاً لهذه المادة أعطي دستور 1971 لرئيس الجمهورية الحق في التشريع، علي الرغم من انها جاءت بألفاظ مطاطة غير محددة، وبدون ضوابط ومعايير تحدد ما هي هذه الحالة التي يترتب عليها حدوث ما يوجب الإسراع في إتخاذ تدابير، ومن جهة أخرى سمحت لرئيس الجمهورية بإصدار تشريعات حتي وإن كان سبب غيبة المجلس هو إنتهاء دور الإنعقاد وليس حل المجلس أو إنتهاء دورته، وكان من باب أولي في هذه الحالة دعوة المجلس للإنعقاد وليس التصدي لسلطة التشريع، ولكن وكما أوضحنه فإن دستور 1971 جاء متأثراً بالإتجاه الشمولي للحكم، فاحتفظ بهيمنة السلطة التنفيذية علي ما عداها من سلطات الدولة .

وبقيام ثورة 25 يناير 2011 ، شهدت البلاد تغيراً كبيراً في نظامها الدستوري حيث اعتمدت دستوراً جديداً في ديسمبر 2012 ، والذي غير كثيراً من شكل نظام الحكم وقلل من بعض سلطات رئيس الجمهورية إلي حد ما ، وخلا كلاً من دستور 2012 ، والدستور المعدل الصادر في يناير 2014 من نص مماثل في الأثر القانوني لنصي المواد 108 و147 من دستور 1971 وذلك علي النحو التالي:

أولاً: لا يوجد بدستور 2014 المعدل أي نص مقابل لنص المادة 108 من دستور 1971، وهو ما يعني عدم وجود أي نص دستوري يخول للسلطة التشريعية (مجلس النواب) تفويض رئيس الجمهورية للقيام بأي مهام تشريعية، بناء علي تفويض من أي نوع، كما كان الأمر في الدستور السابق.

ثانياً: تقليد صلاحيات رئيس الجمهورية بإصدار تشريعات في حالة عدم انعقاد مجلس النواب حيث لم يمنح دستور 2014 لرئيس الجمهورية سلطة التشريع في حالة عدم إنعقاد المجلس إلا لو كان سبب عدم إنعقاده هو إنقضاء الدورة البرلمانية، أو حل البرلمان وليس نهاية دور الإنعقاد ، كما كان الحال في الدستور السابق. فنص دستور 2014 في المادة رقم 156 علي أن " إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في إتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه. وإذا كان مجلس النواب غير قائم، يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين، علي أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار" . وهو ما يوضح أن الدستور الجديد رفع يد السلطة التنفيذية عن السلطة التشريعية وبالتالي عن السلطة القضائية ولم يمنح السلطة التنفيذية حق التشريع إلا في حالة واحدة هي إنقضاء الدورة البرلمانية أو حل البرلمان وبشروط حدوث ما يوجب الإسراع في إتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير .

ومما سبق نجد أن المشرع الدستوري بعد ثورة يناير 2011 قد وضع القيود التي تكفل الفصل بين السلطات وخاصة فيما يتعلق برفع يد رئيس الجمهورية عن التشريع، وذلك بتقليل الحالات القانونية التي يخول فيها لرئيس الجمهورية إصدار قرارات لها قوة القانون.

والسبب في القانون إذا قارناه بالقرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع لصدوره، وإذا تصورنا في مجال المقارنة بين القرار الإداري و القانون مدي ما يتمتع به رجل الإدارة والمشرع من تقدير في هذا

الركن نجد أنه يظهر الفارق الحقيقي في السلطة التقديرية التي للمشرع في خصوص قانونيته فالسلطة التقديرية سواء بالنسبة للقرار الإداري أو القانون تكمن في هذا الركن⁴

وطبقا لنص المادة 156 من الدستور فإن رئيس الجمهورية لا يملك إستعمال سلطته في إصدار التشريع، في غيبة البرلمان إلا إذا توافرت الظروف الإستثنائية التي جعلها الدستور سبباً لإصدار القرار بقانون وإذا لم تتوافر فقد القرار بقانون شرطه المقرر بالدستور ووقع باطلاً والقضاء هو الذي يتحقق من توافر هذا الركن - ركن السبب- وموافقة البرلمان علي القرار بقانون لا تظهره من عيبه اللاحق به وإنما يصبح القرار الجمهوري بقانون بعد موافقة البرلمان عليه فاقداً ركن السبب فالعيب اللاحق به لن تستطيع موافقة البرلمان أن تزيله عنه نظراً لأن كل ما يترتب علي باطل فهو باطل، والقرار الجمهوري صدر مخالفاً للدستور فتظل هذه المخالفة لاحقه به والقول بغير ذلك معناه الترخيص للبرلمان بالخروج علي أحكام الدستور.⁵

وقد مدت المحكمة الدستورية العليا رقابتها الجادة إلي وقائع القرارات بقانون التي تصدر في غيبة مجلس الشعب وأعملت في شأنها صحيح حكم الدستور حيث راقبت مدي توافر الوقائع المبررة لصدور القرار بقانون في غيبة مجلس الشعب فهي قد بسطت رقابتها علي وجود الوقائع وعلي تكيفها ولكن تم ذلك في نطاق السلطة المقيدة التي للمشرع بنصوص الدستور، وذهبت المحكمة الدستورية العليا إلي: "أن المستفاد من نص المادة 147 من الدستور أنه لإعمال الرخصة الاستثنائية التي أولهاها الدستور لرئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون في غيبة مجلس الشعب أن تنتهياً خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر بها حالة تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير إلي حين انعقاد مجلس الشعب باعتبار أن تلك الظروف هي مناط هذه الرخصة وعلّة تقريرها وتمتد رقابة المحكمة الدستورية إلي هذا الشرط لتتحقق من قيامه باعتباره من الضوابط المقررة في الدستور لممارسة ما نص عليه من سلطات شأنه في ذلك شأن الشروط الأخرى التي حددتها المادة 147 .

(حكم المحكمة الدستورية العليا - في 4 / 5 / 1985 رقم 28 لسنة 2 دستورية)

ولما كان الحكمة من صدور القرارات بقوانين مرتبطة، ليس فقط بغياب البرلمان ولكن بإستحالة انعقاده ، سواء كان السبب انقضاء الدورة البرلمانية أو حل البرلمان، ولا يترتب علي انقضاء دور الانعقاد إصدار رئيس الجمهورية لقرارات بقوة القانون بل يجب عليه دعوة البرلمان للإنعقاد لإتخاذ التدابير المناسبة، وبناء عليه فإن سلطة رئيس الجمهورية بالتشريع سلطة استثنائية، والأصل فيها ألا تستعمل إلا عند غياب البرلمان من ناحية، ووجود ما يوجب الإسراع في إصدار هذا القرار بقانون من ناحية أخرى، وبالطبع الشرط الثاني مجال سريانه هو فترة غياب البرلمان فقط.

ومن جماع ما سبق فإن إصدار السيد عدلي منصور رئيس الجمهورية المؤقت لأي تشريعات لغير مواجهه حالة تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير، هي تشريعات لا تتركّن لسبب صحيح لإصدارها ولاسيما أن الدستور قد نظم هذا الحق بإعتبار رئيس الجمهورية شخص تم إنتخابه من الشعب بشكل مباشر وليس معين للقيام بدور محدد هو إدارة المرحلة الانتقالية بما يسمح بنقل سلس للسلطة بعد الموجة الثورية التي شهدتها البلاد في 30 يونيو .

ولا يقدر في ذلك القول بأن الإعلان الدستوري الذي أصدره رئيس الجمهورية المؤقت في 8 يوليه 2013 ونشر بالجريدة الرسمية بالعدد 27 مكرر (أ) في مادته 25 البند (1) قد منحه سلطة التشريع بعد أخذ رأى مجلس الوزراء، فهو قول مردود عليه بأن رئيس الجمهورية المؤقت هو الذي أصدر الإعلان الدستوري المشار إليه، والذي يستمد منه صلاحياته، وهو الذي منح نفسه سلطة التشريع فكان الأولى به أن يكون شديد الحرص فيما يصدره

⁴ المستشار محمد ماهر ابو العنين- الانحراف التشريعي والرقابة علي دستورية القوانين في مصر الجزء الاول - طبعه 2006 ، ص 201

⁵ المستشار محمد ماهر ابو العنين- الانحراف التشريعي والرقابة علي دستورية القوانين في مصر الجزء الاول - طبعه 2006 ، ص 203- 204

من تشريعات، وألا يستخدم هذه الصلاحية إلا في أضيق نطاق، ووفقا لحالات الضرورة، وبما يتناسب مع كونه يدير شئون البلاد بشكل مؤقت في مرحلة إنتقالية شديدة الحساسية، وألا يجاوز ذلك بإصدار تشريعات تفتقد لركن السبب أو يتجاهل طبيعتها الجدلية التي تحتاج لبرلمان منتخب لحسمها وترجيح الرأي بشأنها، ويتضح ذلك بجلاء من الأثر الرجعي لإعمال هذا القانون والذي أوردته رئيس الجمهورية في المادة الثانية من القانون الطعين عندما ألزم كل المحاكم ودون الإخلال بالأحكام القضائية الباتة، أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعاوى أو الطعون المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون والمقامة أمامها بغير الطريق الذي حددته هذه المادة بما في ذلك الدعاوى والطعون المقامة قبل تاريخ العمل بهذا القانون.

رابعاً: مخالفة المادة الثانية من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 32 لسنة 2014 للمادة 225 من الدستور:

نصت المادة الثانية من القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014 علي تطبيق هذا القانون علي كافة الدعاوي والطعون المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون والمقامة أمامها بغير الطريق الذي حددته هذه المادة بما في ذلك الدعاوي والطعون المقامة قبل تاريخ العمل بهذا القانون". وهو الأمر الذي نري مخالفته لأحكام المادة 225 من الدستور المصري والتي نصت علي أنه لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، وأجازت في غير المواد الجنائية والضريبية، النص في القانون على خلاف ذلك، ولكن بشرط موافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب.

فالأصل في القوانين انها لا تسري علي الماضي حتي لا تمس الحقوق المكتسبة وقاعدة الحقوق المكتسبة هي قاعدة تمتد في جذورها إلي أعماق القانون الطبيعي والمبادئ الأساسية للعدالة ويلاحظ أن الإسراف في النص علي الأثر الرجعي للقوانين في هذا النص الطعين يعتبر إنحرافاً في إستعمال السلطة التشريعية فالقاعدة أن الإسراف في تقدير الأثر الرجعي يعد إنحرافاً في إستعمال سلطة التشريع، وأحد تطبيقات هذا الفرض هو إصدار البرلمان تفسيراً تشريعياً بأثر رجعي⁶

وقد نصت الدساتير المصرية المتعاقبة علي هذا المبدأ الذي تم إستحداثه في دستور الجمهورية المصرية الصادر في 1956 حيث نص في المادة (186) علي أن " لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها. ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب" وبقي هذا النص كما هو في الدساتير المصرية المتعاقبة (1958 ، 1964 ، 1971) إلي أن تم استحداثه في دستور 2012 بأن أضاف المواد الضريبية إلي المواد الجنائية المنصوص وهو ما أقره الدستور القائم حيث نص في المادة (225) علي أن " تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إصدارها، ويُعمل بها بعد ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ نشرها، إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر. ولا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية والضريبية، النص في القانون على خلاف ذلك، بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب".

⁶ د. السنهوري – المرجع السابق ص 81

ويذهب⁷ المستشار الدكتور عمر حماد في تقريره بهيئة مفوضى المحكمة الإدارية العليا الذى أوصى فيه بإحالة القانون الطعين للمحكمة الدستورية العليا إلى:

"ومن حيث إن من المبادئ المقررة فى التشريع الحديث أن القانون لا تجرى أحكامه إلا على ما يقع من تاريخ نفاذه ولا تجرى على ما يكون قد وقع قبله ويعرف هذا المبدأ فى الفقه بمبدأ عدم سريان القانون على الماضى أو عدم رجعية القوانين فالأصل فى كل قانون أنه لا يسرى على الماضى وإن كان هذا الأصل فإنه يجوز أن يسرى القانون بأثر رجعى شريطة ألا يؤدي ذلك إلى المساس بحق أو حقوق مكتسبة فالقاعدة العامة أن النصوص التشريعية التى تقيد قاعدة عدم سريان القوانين على الماضى لم تفرق بين القوانين بعضها البعض وإن كان سريانها على الماضى جائز فإنه مشروط بعدم مساسها بحق مكتسب فإذا كان فى سريانها على الماضى مساس بحق مكتسب فهى لا تسرى إلا على المستقبل فإذا صدر قانون يلغى طريق من طرق الطعن كان مقررراً فى القانون القديم فهو يسرى على الدعاوى القائمة التى لم يفصل فيها لأن حق الخصم فى الطعن فى الحكم إنما ينشأ بصور الحكم وطالما أن الحكم لم يصدر فلا حق لأحد فى الطعن فيه فسريان القانون على هذه الدعاوى ليس فيه مساس بحق مكتسب ولكن القانون الجديد لا يسرى على الأحكام التى صدرت قبل نفاذه ولو لم يكن الطعن قد رفع لأن فى سريانه عليها مساساً بحق مكتسب إذ بصور الحكم ينشأ للمحكوم عليه حق الطعن فيه وتطبيق القاعدة المتقدمة مشروط بصور الحكم قبل العمل بالقانون الجديد ولا يكفى أن تكون الدعوى قد رفعت فى ظل القانون القديم إذا لم يصدر الحكم إلا بعد العمل بالقانون الجديد.

(د/رمزى سيف _ الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - 1967 ص 908)

وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على تأكيد هذا المعنى بقولها الأصل فى القواعد القانونية الإجرائية التى يسنها المشرع محدداً بها وسائل إقتضاء الحقوق المتنازع عليها أنها تتصل فى عمومها بمراكز قانونية تقبل بطبيعتها التعديل والتغير دون أن يرمى عمل المشرع بشأنها برجعية الأثر ومن ثم كان سريانها بأثر مباشر فى المسائل التى تناولتها وهذه هى القاعدة التى رددتها المادة الأولى من قانون المرافعات بنصها على سريان أحكام هذا القانون على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من إجراءاتها قبل العمل به لا إستثناء من هذه القاعدة إلا فى أحوال حددتها هذه المادة حصراً هو تلك التى يكون فيها القانون الجديد معدلاً لميعاد كان قد بدأ قبل العمل به أو كان ملغياً أو منشئاً لطريق طعن فى شأن حكم صدر قبل نفاذه أو كان معدلاً لإختصاص قائم وبدأ العمل به بعد إستواء الخصومة للفصل فى موضوعها.

(القضية رقم 73 لسنة 19 قضاياه دستوريه بجلسه 1998/2/7 ج 8 دستوريه ص 1098)

وإستقر أيضاً قضاء محكمه النقض على الإلتزام بهذا المعنى بقولها أن القاعدة العامة فى سريان القوانين الإجرائية هو سريانها بأثر فوري من حيث الزمان ما لم ينص على خلاف ذلك سواء وردت تلك القواعد فى قانون المرافعات أو فى قانون إجرائى آخر أو فى قانون موضوعى فالقاعدة الإجرائية تسرى بأثر فوري ولا يمتد حكمها بأثر رجعى وتطبق بأثر فوري على الدعاوى التى ترفع فى ظلها ولو نشئت هذه الدعاوى عن وقائع سابقة كما تطبق على الدعاوى القائمة عند صدورها مادام لم يكن قد فصل فيها، كما تطبق القواعد الإجرائية على الإجراءات التى تتخذ فى ظلها عن الدعاوى التى تكون قد رفعت قبل العمل بها مادام لم يكن قد فصل فيها فى هذا الوقت ولا تمتد بأثر رجعى إلى الإجراءات التى تمت قبل العمل بهذا القانون بل تظل هذه الإجراءات خاضعة للقانون الذى تمت فى ظلها وفى بيان المقصود بالدعاوى التى فصل فيها والوارده فى صدر المادة الأولى من قانون المرافعات قال

⁷ تقرير مفوضى المحكمة الإدارية العليا فى الطعن 27384 لسنة 60 قضائية والذى أعده المستشار الدكتور عمر حماد والذى أوصى فى تقريره بإحالة القانون الطعين للمحكمة الدستورية العليا للفصل فى مدى دستورية المادتين الأولى والثانية من القانون الطعين

مندوب الحكومة الدكتور / محمد حامد فهمي أمام لجنة المرافعات بمجلس الشيوخ عند مناقشة مشروع تقنين القانون أن المقصود بها يكون قد فصل في الدعوى ولو لم يحكم فيها نهائياً وقد وافقت اللجنة على هذه الملاحظة في 1947/4/17

(الطعن رقم 320 لسنة 11ق-جلسه 21 /5/1975 مجموعه النقض المدني السنة 18 ص 1552)

ومن حيث انه وبالإحالة إلى ما تقدم ولما كان الثابت أن القرار بقانون 32 لسنة 2014 هو في حقيقته قانون إجرائي بتنظيم طرق الطعن على عقود الدولة وبالتالي فإنه وفقاً للقواعد العامة للقانون فإن حكمه ينسحب بحكم طبيعته على الوقائع والمراكز التي تكون قد تكونت بعد العمل به وسريان مفعوله ولا يطبق على الدعاوى التي أقيمت قبل العمل به وفصل فيها بأحكام نهائية والتي جاءت ضمن عبارات المادة الثانية منها بلفظ الطعون - وبالتالي فإن إنسحاب حكم هذا القانون على ما فصل به من دعاوى يخالف القواعد الدستورية المستقر عليها وهو ما يوصمه بشبهه عدم الدستورية إعمالاً لحكم المادة 100 من الدستور.

(راجع بحافظة مستدانتنا تقرير مفوضي الدولة بالمحكمة الإدارية العليا في الطعن 27384 لسنة 60 قضائية- المستشار عمر حماد)

ومن جماع ما سبق نجد أن المشرع قد ناهض الأحكام الدستورية المستقرة والتي نصت عليها المادة 225 من الدستور، والتي نصت على " ... ولا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية والضريبية، النص في القانون على خلاف ذلك، بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب"

ففي حين قدر المشرع الدستوري خطورة الأثر الرجعي للقوانين وربطها بضرورة موافقة ثلثي أعضاء البرلمان المنتخب، طبقاً لنص المادة 225 من الدستور الصادر في 2014 وهو ما يعنى أن رئيس الجمهورية فيما يتعلق بسلطته الإستثنائية في إصدار القوانين خلال هذه المرحلة لا يملك أن يجعل لهذه النصوص أثر رجعي لأن الدستور ربطها بموافقة ثلثي أعضاء البرلمان ولا يقدر في ذلك الإدعاء بعدم وجود البرلمان فذلك ادعى لأن يلتزم رئيس الجمهورية بالضمانات الواردة بنصوص الدستور وألا يخالف مضمونها أو يفرغها من جوهرها ويصدر تشريع سيرتب آثار قانونية ربما لا يمكن تداركها حال نشأة البرلمان المنتخب حيث ألزم القانون كل المحاكم بأن تحكم بعدم قبول الدعاوى التي أمامها في شأن تلك العقود.

ومما سبق نجد أن المشرع وقع في حومة الإنحراف التشريعي حيث انطبق على هذا التشريع ثلاث فروض من الفروض الموضوعية الخمسة التي اشترطها الفقيه الكبير المستشار السنهوري رحمه الله وه ما دفعنا الي الطعن في دستورية هذا القانون.

خامساً: ندفع بإهدار القانون الطعين لمبدأ المشروعية (سيادة القانون):

مبدأ المشروعية (سيادة القانون)

سيادة القانون هي التعبير القانوني الصادق عن معاني الديمقراطية. لأنها هي التي تصبغ على سلطة الحكم وصف الديمقراطية والتي تقوم على أساس من الرضا المجتمعي والمشاركة الشعبية. فهي ليست مجرد قوياً مادية مفروضة لغير المحكومين . ولا يعتبر خضوع المواطنين لها إذلالاً، وإنما هو خضوع حر لسلطة يسهم كل فرد في تكوينها حقيقة لا فرضاً. وهذا التأكيد لديمقراطية السلطة وشرعيتها ينفي عنها كل شبهه للإستبداد. ويزيد في هذا التأكيد أن سيادة القانون تتعارض مع التسليم بأن تكون سلطة الحكم مطلقة، وإنما تفرض على هذه السلطة -أياً كان مصدرها- حدوداً لا تملك تجاوزها، فهي لا تملك مثلاً أن تهدر بقرارات فردية ما أقامه نظام قانوني. وهي لا تملك - حتى عن طرق سلطة التشريع- إضفاء المشروعية على ما هو ظالم واستبدادي أو تجريم ما يعد حقاً للإنسان، فمهما بلغ سلطان الدولة من القوة فإنها لا تستطيع أن تهدر قيم الناس فيما هو

حق وعدل .وهي حتي إذا اعتدت أو ظلمت فسيظل عملها -في ضمير الناس كلهم- عملاً من أعمال العنف مجرداً من المشروعية . إن سيادة القانون تعني -علي نحو ما- توفير الضمان والأمان والحرية للفرد بإخضاع السلطة للقانون (8)

إن هناك أخطاراً تهدد الفرد العادي من عامة الشعب لو أن ضمانا مثل ضمان سيادة القانون أهدر .. هل هناك خطر يفوق عدم الأمان والخوف والفرح من أن يحاسب الناس علي ما كان إتيانه حقاً . وأن يُنزع الشخص من قاضية الذي كان - من قبل- موثله . وأن يُسلب طمأنينه الضمانات الي كان يوفرها له النظام القانوني القائم(9)

ويمثل مبدأ المشروعية في الوقت الراهن، قمة الضمانات الأساسية - الجدية والحاسمة - لحقوق وحرية الشعب ، إذ يبلور هذا المبدأ كل ما استطاعت الشعوب أن تحرزه من مكاسب في صراعها مع السلطات الحاكمة ، لإجبارها علي التنازل عن كل مظاهر الحكم المطلق وذلك عقب أجيال متعاقبة مرت علي الإنسانية حتي عصرنا الحالي (10)

سيادة القانون في الدستور المصري

كان الوضع في مصر قبل دستور 1971 لا يعني كثيراً بالجانب القانوني للحرية . وكان يمكن أن تتم كثيراً من الأمور دون أن تلقي إهتماماً كبيراً لما يقضي به القانون . فأجهزة الحكم يمكن أن تتصرف وهي (تعطي القانون إجازة)(11)

واستمر الوضع كذلك إلي أن حدثت هزيمة 1967 التي كانت في شدتها وقسوتها أبعد ما تكون عن توقعات الجميع، وقد نتج عن هذه الهزيمة العديد من الآثار الهامة التي كان من بينها إدراك الجميع أن القانون ليس طرفاً ذهنياً يمكن الإستغناء عنه أو إعطاؤه إجازة أو عطلة . أن الحرية لا تقوم بحماية البشر تجاه سلطة رأس المال فقط ، بل ينبغي أن تقوم كذلك بحماية البشر من سلطة عاتية قوية هي سلطة الدولة وأجهزتها الإدارية المختلفة(12)

وجاء بيان 30 مارس 1968 مهتماً بالجانب القانوني للحرية وأبرزه إبرازاً واضحاً، ووضع من بين المهام الرئيسية في المرحلة القادمة ضمان حماية الثورة في ظل سيادة القانون ، والنص في الدستور علي حصانة القضاء وكفالة حق النقاضي، وعدم تحصين أي إجراء للسلطة من الطعن فيه أمام القضاء، وهي المبادئ التي نص عليها دستور مصر الدائم الصادر في 1971 حيث قرت المادة 64 أن " سيادة القانون أساس الحكم في الدولة " وأكدت المادة 65 هذا المبدأ حين نصت علي "تخضع الدولة للقانون، وإستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحرية" وقد نص دستور 1971 علي مبدأ سيادة القانون لأول مرة فلم يرد هذا المبدأ في أي دستور مصري سابق وهو المبدأ الذي استقر في الدساتير المصرية اللاحقة سواء كان دستور 2012 أو التعديلات التي أدخلت عليه في 2014 .

حماية مبدأ الشرعية وسيادة القانون

8. د. محمد عصفور ، ضمانات الحرية ، مجلة المحاماة ، مارس سنة 1968 ، ص 40

9 المرجع السابق

10 . فاروق عبد البر - دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحرية طبعه 2004 ص 161

11 . مصطفى أبو زيد فهمي - النظام الدستوري المصري - طبعه 1984 ص 180 - 183

12 . فاروق عبد البر - المرجع السابق

تصدت المحكمة العليا لحماية مبدأ الشرعية حيث جاء في أحكامها حيث قضت:

"ان مبدأ المشروعية وسيادة القانون، هو المبدأ الذي يوجب خضوع سلطات الدولة للقانون والتزام حدوده في كافة أعمالها وتصرفاتها، لن ينتج أثره إلا بقيام مبدأ آخر يكمله ويعتبر ضرورياً مثله لأن الإخلال به يؤدي بمبدأ المشروعية ويسلمه إلى العدم ، ذلك هو مبدأ الرقابة القضائية علي دستورية القوانين من جهة، وعلي مشروعية القرارات من جهه أخرى، لأن هذه الرقابة القضائية هي المظهر العملي الفعال لحماية الشرعية، فهي التي تكفل تقييد السلطات العامة بقواعد القانون، كما تكفل رد هذه السلطات إلي حدود المشروعية إن هي تجاوزت تلك الحدود. وغني عن البيان أن أي تضيق في تلك الرقابة ولو اقتصر هذا التضيق علي دعوي الإلغاء ، سوف يؤدي حتما إلي الحد من مبدأ الشرعية وسيادة القانون . ولذا يتعين أن تقف سلطة المشرع إزاء حد التقاضي عند حد التنظيم فلا تجاوزه إلي الحذر أو الإهدار "

(حكم المحكمة العليا في 1976/4/3 ، ق 11 ، س 5 مجموعه أحكام المحكمة – الجزء الأول ، قاعدة رقم 38 ، ص 442)

وهو ما أكدته أحكام المحكمة الدستورية العليا حيث قضت :

"وقد أفرد الدستور بابه الرابع للقواعد التي صاغها في مجال سيادة القانون وهي قواعد تتكامل فيما بينها ويندرج تحتها نص المادة 68 التي كفل بها حق التقاضي للناس كافة ، دالاً بذلك علي أن التزام الدولة بضمان هذا الحق هو فرع من واجبها في الخضوع للقانون، ومؤكداً بمضمونه جانباً من إنفاذ سيادة القانون التي جعلها أساساً للحكم في الدولة علي ما تنص عليه المادتان 64 و 65 منه . وإذ كان الدستور قد أقام من استقلال القضاء وحصانته ضمانين أساسيين لحماية الحقوق والحريات، فقد أضحى لازماً – وحق التقاضي هو المدخل لهذه الحماية- أن يكون هذا الحق مكفولاً بنص صريح في الدستور كي لا تكون الحقوق والحريات التي نص عليها مجردة من وسيلة حمايتها، بل معززة بها لضمان فاعليتها"

(حكم المحكمة الدستورية العليا في 1993 / 5 / 15 ، ق 15 ، س 14 ، مجموعة أحكام المحكمة الجزء الخامس – المجلد الثاني ، قاعدة رقم 27

، ص 315)

ومن جماع ما سبق نجد أن المشرع بإقراره للقرار بقانون الطعين قد إعتدي علي مبدأ المشروعية إعتداءً بواح من عدة أوجه:

الوجه الأول: لإهدار مبدأ المشروعية: المادة الأولى من القانون الطعين أهدرت حق التقاضي :

أن الدساتير السابقة قد تضمنت كل منها نصاً علي أن المواطنين لدى القانون سواء وأنهم متساوون في الحقوق و الواجبات العامة كما ورد في الدستور القائم هذا النص في المادة 97 منه ونصت علي أن "التقاضي حق مصون ومكفول للكافة..... ويحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعي، والمحاكم الاستثنائية محظورة، و ظاهر من هذا النص أن الدستور لم يقف عند حد تقرير التقاضي للناس كافة كمبدأ دستوري أصيل، بل جاوز ذلك إلى تقرير مبدأ حظر النص في القوانين علي تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء. وقد خص الدستور هذا المبدأ بالذكر رغم أنه يدخل في عموم المبدأ الأولى الذي يقرر حق التقاضي للناس كافة. و ذلك رغبة من المشرع الدستوري في توكيد الرقابة القضائية علي القرارات الإدارية و حسماً لما ثار من خلاف في شأن عدم دستورية التشريعات التي تحظر حق الطعن في القرارات. و قد ردد النص المشار إليه ما أقرته الدساتير السابقة ضمناً من كفالة حق التقاضي للأفراد، و ذلك حين خولتهم حقوقاً لا تقوم و لا تؤتي ثمارها إلا بقيام هذا الحق بإعتباره الوسيلة التي تكفل حمايتها والتمتع بها و رد العدوان عليها.¹³

¹³ في هذا المعني حكم المحكمة الدستورية العليا – الطعن رقم 1 – لسنة 8 قضائية – تاريخ الجلسة 4-4-1987 – مكتب فني 4 – رقم

وبناء علي ما تقدم فإن نص المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 32 لسنة 2014 وما تضمنته من تقييد حق التقاضي على العقود الإدارية وقرارات تخصيص العقارات وقصرها على أطراف العها فقط قد جاء مخالفاً لأحكام المواد (4، 94، 97، 190) الدستور المصري، حيث قيدت الحق في التقاضي، وانتقصت منه ، وبل واعتدت بغير حق علي ثوابت قضائية ومراكز قانونية مستقرة فجاء القانون الطعين وعصف بها، وتجاهل ما أكدت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا حيث منحت أحكامها الحق للمواطنين في التصدي لأعمال الإدارة والطعن علي تعاقدها أو بالأحرى القرارات التي يترتب عليها إبرام الإدارة لتعاقدها، وذلك بأن أقرت لهم مصلحة في هذه الطعون علي الرغم من كونهم ليسوا طرفاً في هذه العقود وحيث إعتبرت أن مفهوم المصلحة في المنازعات الإدارية يتسع بحيث لا تنقيد فيها المصلحة حرفياً بحق أو مركز قانوني ذاتي أو شخصي لرافع الدعوى، وصار مجلس الدولة المصري علي نهج مجلس الدولة الفرنسي حيث تخفف في تطلب شروط المصلحة فيما يتعلق بهذه المنازعات، إذ يستوى في توافر المصلحة لرافع الدعوى أن يكون المساس بمصلحته في تاريخ رفع الدعوى أو في تاريخ لاحق ومهما كانت الدرجة التي يكون عليها المساس بالمصلحة طالما قدرت المحكمة كفاية هذه الدرجة.

كما أن من المستقر عليه إندماج الصفة في المصلحة في الدعاوى الإدارية وهو ما يعبر عنه بالمصلحة المانحة للصفة في التقاضي. ولما كانت هذه الأحكام في شأن المصلحة في الدعاوى الإدارية قد أوجبتها الطبيعة القانونية لهذه الدعاوى ، كما فرضه هدفها الأسمى الذي استنتت من أجله هذه الوسيلة القضائية لتكون ضماناً لمبدأ المشروعية الذي يركز علي بناء الدول المتحضرة، والذي يؤسس علي البنية التحتية التي يؤسس عليها بناء الحقوق والحريات المكفولة دستورياً ودولياً الأمر الذي لا يجوز معه تطبيق نص المادة (3) من قانون المرافعات المدنية والتجارية معدلة بالقانون رقم (81) لسنة 1996 في النزاع المائل وعلى النحو الذي طلبته الجهة الإدارية المدعى عليها والشركة المتدخلة انضمامياً إلى جانبها في مذكرات دفاعهما سنداً لدفعهما بإنشاء مصلحة وصفة المدعيين لما يمثله في ذلك من تعارض مع طبيعة المنازعات الإدارية مما يفقد النص المشار إليه شرط إنطباقه وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا . دائرة توحيد المبادئ في حكمها الصادر في الطعن رقم 1522 لسنة 27 ق.ع جلسة 9 / 4 / 2007.

(في هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقمي 5546 و 6013 لسنة 55 ق.ع جلسة 27 / 2 / 2010).

الوجه الثاني لإهدار مبدأ المشروعية: المادة الأولى من القانون الطعين حالت بين مجلس الدولة ودوره الرقابي على أعمال الإدارة

قصرت المادة الأولى من القانون الطعين حق التقاضي فيما يتعلق بالتعاقدات التي تبرمها الدولة أو أحد أجهزتها علي طرفي التعاقد دون غيرهم، وهو الأمر المخالف لأحكام المواد (4، 34، 53، 190) من الدستور حيث يحد هذا القيد من دور القضاء ولا سيما قضاء مجلس الدولة من الرقابة علي أعمال الإدارة وقراراتها، ومدى ملائمتها لظروف اصدارها، كما يحد من دور القضاء في الرقابة علي مدي قانونية هذه القرارات، وكما هو معلوم للكافة فإن السلطات التي نص عليها الدستور المصري هي ثلاث سلطات تنفيذية وتشريعية وقضائية ، ورسم الدستور لكلاً منهم دوره بوضوح، وضمن إستقلال كلاً من السلطتين التشريعية والقضائية عن السلطة التنفيذية بل ذهب الدستور لأكثر من ذلك فبسط رقابة السلطة التشريعية والسلطة القضائية، علي السلطة التنفيذية، وتظهر رقابة الأولى في قيام البرلمان بالرقابة علي أعمال الحكومة، وهي الرقابة التي يتم أعمالها منذ لحظة تأسيس البرلمان وبقوة الدستور، وذلك من خلال الأدوات التي نص عليها الدستور للقيام بهذا الدور بداية من توجيه الأسئلة ومرورا باستجواب الحكومة ونهاية بسحب الثقة منها، أما رقابة القضاء علي أعمال الإدارة فهي أحد المهام الموكولة إلي مجلس الدولة المصري منذ إنشائه ولكنها رقابة معلقة علي شرط وهو تحريك الدعوي القضائية فإذا أحيل بين المواطنين وبين حقهم في تحريك الدعوي القضائية أمام مجلس الدولة فإن ذلك يترتب عليه تقويض دور المجلس والحيلولة بينه وبين دوره الرقابي.

يذهب الدكتور فاروق عبد البر إلي أنه في أي حكم ديمقراطي هناك رقابة سياسية وأخري إدارية وثالثة قضائية . ويقدر ما تكون الصور

السابقة للرقابة فاعلة يكون نجاح الحكم في تحقيق أهدافه .

والدول التي يتوفر لشعوبها النضج السياسي، تكون فيها الرقابة السياسية هي البارزة بالنسبة للرقابتين الآخرين ، وإذ يكون للرأي العام قوة تفرض نفسها على أدوات الحكم وتهيمن على المجالات كافة، وتجعل الحاكمين في حذر دائم من تتكبد جادة الدستور والقانون وفي سعي دائم لإقناع المحكومين بحرصهم على أداء الرسالة المنوطة بهم. وإذ تبرز الرقابة السياسية في مجتمع ناضج فإنها تكون خير ضمان لقيام السلطة التنفيذية بمباشرة الرقابة الإدارية على أكمل وجه خشية إغضاب الرأي العام أو إثارة استيائه وإستتكاره .

أما الدول التي تنفق شعوبها إلى الوعي السياسي أو تكون حديثة العهد بالديمقراطية، فإنها تكون في حاجة إلى الرقابة القضائية فليس من سبيل إلى التعويل على الرأي العام كقوة واعية في ذاتها أو قوة ذات تأثير على الحاكمين أو أدوات الحكم، وإزاء تخلف هذه القوة يشتد ميل الحاكمين إلى تركيز السلطة في أيديهم ، والتمادي في إستعمالها ولو على حساب السلطتين التشريعية والقضائية¹⁴)

وفي حين أن الرقابة السياسية تقوم بمجرد وجود الهيئات المنتخبة المخولة بالقيام بهذا الدور، كما أن الرقابة الإدارية تقوم بها الإدارة من ذات نفسها وطبقاً للقوانين والقرارات المنظمة لعمل الإدارة إلا أن الرقابة القضائية لا تكون موجودة إلا بطريق واحد وهو كفالة حق النقاضي فإن نصت الدساتير على كفالة حق النقاضي وقربت جهات النقاضي ونظمت العمل في مرفق القضاء، ولكنها في النهاية أغلقت الطريق إلى أمام هذه الرقابة بأن منعت من توافرت لهم الصفة والمصلحة من الطعن على القرارات فإننا نكون بصدد تشريع يحد من الدور الرقابي للقضاء عموماً وقضاء مجلس الدولة خصوصاً وهو ما ينحدر بهذا التشريع إلى مرتبة العدم .

وهو ما يمثل عدواناً صريحاً على مجلس الدولة المصري واختصاصاته الواردة بالمادة 190 من الدستور التي جعلت منه المختص الوحيد بالفصل في المنازعات الإدارية.

الوجه الثالث لإهدار مبدأ المشروعية: المادة الأولى من القانون الطعين ترهق الحق في النقاضي وتمثل انتقاصاً من الاختصاص المقرر دستورياً لمجلس الدولة:

نصت المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 32 لسنة 2014 على قصر الحق في الطعن على العقود التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفاً فيها على طرفي التعاقد، واستثنت الطعن للغير في حالة واحدة وهي إذا صدر حكم بات بإدانة طرفي التعاقد أو أحدهما في جريمة من جرائم المال العام المنصوص عليها في البابين الثالث والرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وكان العقد قد تم إبرامه بناءً على تلك الجريمة

وقد جاء هذا النص مشوباً بعد الدستورية لمخالفته أحكام مواد الدستور (94، 97، 184، 190) ، حيث علق هذا النص مجلس الدور عن القيام بدوره المنصوص عليه في المادة 190، على شرط وهو تحريك الدعوي الجنائية أولاً، وهو الامر المخالف لأحكام الدستور حيث عمد الدستور إلى مجلس الدولة دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، كما اختصه بالفصل في الدعاوى والطعون التأديبية وأن النص على تعليق هذا الحق على شرط اضافي هو أمر مخالف لأحكام الدستور .

وحيث إن المشرع الدستوري قصد بنص المادة (172) من دستور 1971 ويقابها المادة 190 من الدستور القائم إلى دعم مجلس الدولة فأصبح منذ إستحداث هذا النص جهة قضائية قائمة بذاتها مُحَصَّنة ضد أي عدوان عليها أو على اختصاصها - المقرر دستورياً - عن طريق التشريع العادي، ولم يقف المشرع الدستوري في دعمه لمجلس الدولة عند هذا الحد بل جازوه إلى إلغاء القيود التي كانت تقف حائلاً بينه وبين ممارسته لاختصاصاته، فاستحدث في المادة (68) من دستور 1971 ويقابلها المادة 97 من الدستور القائم نصاً يقضي بأن النقاضي حق مكفول للناس كافة، وأن لكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقرب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا، ويُحظر النص على

¹⁴ د. فاروق عبد البر - المرجع السابق ص 1101

تحسين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء. وبذلك سقطت جميع النصوص القانونية التي كانت تحظر الطعن في القرارات الإدارية، وأزيلت جميع العوائق التي كانت تحول بين المواطنين والالتجاء إلى مجلس الدولة بوصفه القاضي الطبيعي للمنازعات الإدارية. وإذا كان الدستور القائم بما نص عليه في المادة 97 من أن لكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، قد دلّ - على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - على أن هذا الحق في أصل شرعته هو حق للناس كافة تنكافاً فيه مراكزهم القانونية في سعيهم لرد العدوان على حقوقهم دفاعاً عن مصالحهم الذاتية، وأن الناس جميعاً لا يتمايزون فيما بينهم في مجال حقهم في النفاذ إلى قاضيهم الطبيعي، ولا في نطاق القواعد الإجرائية أو الموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية، ولا في مجال التداعي بشأن الحقوق المدعى بها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروطها، إذ ينبغي دائماً أن يكون للخصومة الواحدة قواعد موحدة سواء في مجال اقتضاها أو الدفاع عنها أو الطعن في الأحكام التي تصدر فيها.¹⁵

"وكان مجلس الدولة - بنص المادة (172) من الدستور - هو قاضي القانون العام في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية، ما فتى قائماً عليها، باسطاً ولايته على مختلف أشكالها وتعدد صورها. لما كان ذلك، وكان الدستور قد نص في المادة (165) على أن السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على إختلاف أنواعها ودرجاتها، فإنه إذا ما قدر المشرع ملاءمة إسناد الفصل في بعض المنازعات الإدارية إلى محاكم السلطة القضائية، فإن سلطته في هذا الشأن تكون مقيدة بعدم الخروج على نصوص الدستور، وعلى الأخص تلك التي تضمنتها نصوص المواد (40، 68، 165، 172)، ويتعين عليه التأليف بينها في مجموعها، وبما يحول دون تناقضها فيما بينها أو تهادمها، ومن ثم فلا يجوز إيلاء سلطة في منازعات بعينها إلى غير قاضيها الطبيعي إلا في أحوال استثنائية تكون الضرورة في صورتها الملجئة هي مدخلها، وصلتها بالمصلحة العامة - في أوثق روابطها - مقطوعاً بها، ومبرراتها الحتمية لا شبهة فيها. وهذه العناصر جميعها ليست بمنأى عن الرقابة القضائية لهذه المحكمة، بل تخضع لتقييمها، بما لا يُخرج نص أي من المادتين (68، 172) من الدستور عن أغراضها التفافاً حولها، بل يكون لمضمونها مجاله الطبيعي الذي حرص المشرع الدستوري على عدم جواز إهداره، ذلك أن ما يقرره الدستور في المادة (167) من النص على أن يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها، لا يجوز اتخاذه موطئاً لاستتزاز اختصاص المحاكم أو التهوين من تخصيص الدستور بعضها بمنازعات بذواتها باعتبارها قاضيها الطبيعي، وصاحبة الولاية العامة بالفصل فيها، إذ إن الاختصاص المقرر دستورياً لأية جهة من جهات القضاء، ليس محض حق لهذه الجهة أو تلك وإنما هو ولاية حولها إياها الدستور باعتبارها الجهة القضائية التي ارتأى أنها الأجدر بنظر نوع معين من المنازعات، والأصلح في التدقيق في الحقوق المتنازع عليها أمامها."

(المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم 101 - لسنة 26 قضائية - تاريخ الجلسة 1-2-2009 - مكتب فني 12 - رقم الجزء 2 - رقم

(الصفحة 1274)

الوجه الرابع لإهدار مبدأ المشروعية: القانون الطعين يساوي بين العقد الإداري والعقد المدني :

وحيث إن قضاء المحكمة الإدارية العليا قد تواتر على أن العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء إلتزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية، بيد أنه متميز بأن الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وإمتيازات لا يتمتع بمثلا المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، كما أنه يفترق عن العقد المدني في كون الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله إما بتضمينه شروطاً إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء كانت هذه الشروط واردة في ذات العقد أو مقررة بمقتضى القوانين واللوائح أو بمنح المتعاقد مع الإدارة فيه

¹⁵ في هذا المعنى حكم المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم 101 - لسنة 26 قضائية - تاريخ الجلسة 1-2-2009 - مكتب فني 12 - رقم الجزء 2 - رقم الصفحة 1274

حقوقاً لا مقابل لها في روابط القانون الخاص بسبب كونه لا يعمل لمصلحة فردية، بل يعاون السلطة الإدارية ويشترك معها في إدارة المرفق العام أو تسييره أو إستغلاله تحقيقاً للنفع العام بينما يجعل مصالح الطرفين في العقد المدنى متساوية ومتوازنة إذ أن كفتى المتعاقدين غير متكافئة في العقد الإدارى تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ولها حق توقيع الجزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إدارى دون رضا هذا المتعاقد ودون تدخل القضاء ، وعلى ما تقدم فإن العقد الإدارى هو العقد الذى تكون الإدارة طرفاً فيه ، ويتعلق بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجه مراعاة لوحدة المصلحة العامة ، وتأخذ فيه الإدارة بأسلوب القانون العام بما تضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فإذا توفرت لتلك العناصر الثلاثة فى العقد أضحى عقد إدارياً تختص بنظر المنازعات الناشئة عنه محاكم مجلس الدولة دون غيرها طبقاً لنص البند الحادى عشر من المادة (10) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم (47) لسنة 1972.

“حكم المحكمة الإدارية العليا . طعن رقم 4151 لسنة 38 ق.ع . جلسة 4 / 9 / 2004

الوجه الخامس لإهدار مبدأ المشروعية : حقيقة القانون هي تحصيل لقرارات إدارية لا يجوز تحصيلها:

وحيث إن القرار الذي يصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود يمثل إفصاح الإدارة عن إرادتها بقصد إحداث أثر قانوني. وتحليل العملية القانونية التي تنتهى بإبرام العقد إلى الأجزاء المكونة له، يتضح أن القرارات السابقة أو اللاحقة على العقد، كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة، وقرارات لجنة فحص العطاءات، وقرارات لجنة البت، والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة، هي بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة، ويمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها إن كان لهذا التعويض محل.

(محكمة القضاء الإداري. الدعوى رقم 734 لسنة 7 ق. جلسة 1956/1/8. س 10 ص 135. والمحكمة الإدارية العليا . الطعن رقم 24/666 ق . جلسة 1979/4/14 . م 15 سنة ص 178)

وحيث إنه ينبغي التمييز في مقام التكيف بين العقد الذي تبرمه جهة الإدارة، وبين الإجراءات التي يمهدها لإبرام هذا العقد أو تهيئ لمولده، ذلك أنه يقطع النظر عن كون العقد مدنياً أو إدارياً فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة له خصائص القرار الإداري ومقوماته من حيث كونه إفصاحاً عن إرادتها الملزمة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة يتعيها القانون. ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه، فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً كان أو إدارياً وتنفصل عنه، ومن ثم يجوز لذوى الشأن الطعن فيها استقلالاً، ويكون الاختصاص بنظر طلب الإلغاء والحال كذلك معقوداً لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها، ذلك أن المناط في الاختصاص هو التكيف السليم للتصرف.

(المحكمة الإدارية العليا. الطعان رقما "456 و 320" لسنة 17 ق. جلسة 1975/4/5. س 20 ص 307)

الوجه السادس لإهدار مبدأ المشروعية: القانون الطعين أهدر حق العمال في الشركات التي تعرضت للخصخصة باعتبارهم طرف في التعاقد:

في حين توسع قضاء مجلس الدولة في إعطاء الصفة والمصلحة للمواطنين بشكل عام في التصدي للفساد الإداري الذي ترتب علي اهدار المال العام أثناء تطبيق برنامج الخصخصة حيث منحت المحكمة الحق للمواطنين في التدخل بجانب العمال في الدعاوي المتعلقة ببطلان إجراءات بيع شركاتهم حيث قضى في الدعوى رقم 34248 لسنة 65 قضائية بجلسته 21 / 9 / 2011 علي "وحيث إنه بالنسبة لطلب التدخل الانضمامي إلى المدعين المبدى من حمدي الدسوقي محمد الفخراني بمحضر الجلسة في مواجهة الخصوم وبعد اتخاذ الإجراءات المقررة قانوناً للتدخل ، فإنه ومتى كانت شركة مصر النصر للمراجل البخارية وأوعية الضغط هي من الأموال المملوكة للدولة ملكية عامة والتي أوجب الدستور ومن بعده المادة (6) من الإعلان الدستوري

على كل مواطن حمايتها ودعمها والذود عنها ضد كل من يحاول العبث بها أو انتهاك حرمتها، فقد أصبح على كل مواطن، بما في ذلك الخصم المتدخل، واجب حمايتها بالمطالبة بالتحقق من مشروعية الإجراءات التي اتخذت للتصرف فيها ومدى صحة عقد بيع أصولها وتأجير أراضيها، ومن ثم يتوافر للمتدخل إنضمامياً للمدعين الصفة والمصلحة في تأييد المدعين في طلباتهم والإنضمام إليهم للقضاء بهذه الطلبات ، ومن ثم فإن تدخله يكون قد تم من ذي صفة ومصلحة وبالإجراءات المقررة قانوناً بما يتعين معه قبول تدخله انضمامياً إلى المدعين".

ومما سبق نجد أن القانون الطعين قد قوض حق العمال العاملين في المصانع التي تعرضت للخصخصة في التناضي من أجل الحفاظ على مراكزهم القانونية التي تأثرت بشكل مباشر بسبب هذه التعاقدات التي لم يحترمها المستثمر في معظم الأحيان وقام بفصلهم فصلاً تعسفياً أو بإجبارهم على الخروج للمعاش المبكر ، وهو ما يعتبر اهدار لمبدأ مشروعية وسيادة القانون حيث أغلق المشرع بهذا النص أي باب شرعي أمام العمال للفاع عن حقوقهم.

سادساً: ندفع بعدم دستورية القانون الطعين حيث وقع في حومة الغلط البين في تطبيق نصوص الدستور، وحصن أعمالاً إدارية بالمخالفة لأحكامه :

السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق مقيدة بالتخوم التي فرضها الدستور حداً لها، ومن بينها ألا يكون التنظيم التشريعي للحق مؤدياً إلى مصادرتة ومنطويها على اغتيال وجوده¹⁶)

قررت المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن أنها لن تنقيد - وهي بصدد أعمال رقابتها علي دستورية التشريعات - بالوصف الذي يخلعه المشرع علي القواعد التي يسنها متي كان تطبيقها يتنافي مع هذا الوصف وتنطوي علي إهدار حق من الحقوق التي كفلها الدستور

(القضية رقم 1 لسنة 1 ق دستورية ، المجموعه ، الجزء 3 ، ص 162 جلسة 2 / 3 / 1985)

وعلي الرغم من أن الدستور يحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء إلا أن القانون الطعين في حقيقته قد حظر الطعن، علي تعاقدات الدولة أو أحد أجهزتها وكذلك حظر الطعن علي قراراتها التي يترتب عليها إبرام تعاقدتها، كما حصن قرارات تخصيص العقارات وذلك بأن قصر الحق في الطعن عليها علي طرفي العقد وهو ما يمثل إخلالاً بأحكام الدستور كما أوضحنا في دفوعنا السابقة، والمشرع بهذا المسلك إنما يحصن أعمالاً إدارية لا يجوز تحصينها طبقاً لأحكام الدستور، وهو ما قرره المحكمة الإدارية العليا في أحكامها.

وحيث إن القرار الذي يصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود يمثل إفصاح الإدارة عن إرادتها بقصد إحداث أثر قانوني وتحليل العملية القانونية التي تنتهي بإبرام العقد إلي الأجزاء المكونة له، يتضح إن القرارات السابقة أو اللاتحة علي العقد، كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة، وقرارات لجنة فحص العطاءات، وقرارات لجنة البت، والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة، وقرارات إدارية منفصلة عن العقد، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالالغاء بسبب تجاوز السلطة، ويمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها إن كان لهذا التعويض محل .

(محكمة القضاء الإداري- الدعوي رقم 734 لسنة 7 ق- جلسة 1956/1/8 - س 10 ص 135 - والمحكمة الإدارية العليا- الطعن رقم 666/24 ق - جلسة 1979/4/14 - م 15 سنة ص 178)

وحيث أنه ينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقد الذي تبرمه جهة الإدارة ، وبين الإجراءات التي يمهدها لإبرام هذا العقد أو تهيبه لمولده ، ذلك أنه يقطع النظر عن كون العقد مدنياً أو إدارياً فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة له خصائص القرار الإداري ومقوماته من حيث كونه إفصاحاً عن إرادتها الملزمة بناء علي سلطتها العامة بمقتضي القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة يبتغاها

¹⁶ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم 18 لسنة 13 ق

القانون . ومثل هذه القرارات وان كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه , فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً كان أو إدارياً وتتفصل عنه , ومن ثم يجوز لذوي الشأن الطعن فيها استقلالا , ويكون الاختصاص بنظر طلب الإلغاء والحال كذلك معقودا لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها , ذلك إن المناط في الاختصاص هو التكييف السليم للتصرف .

(المحكمة الإدارية العليا . الطعان رقما 456 و 320 لسنة 17 ق . جلسة 1975/4/5 من 20 ص 307)

وبمراجعته نصوص الدستور وأحكام المحكمة الإدارية العليا التي قامت بتطبيق هذه النصوص نجد أن المشرع العادي بقصره حق الطعن علي طرفي التعاقد قد حظر الطعن علي قرارات إدارية بالمخالفة للدستور ولعل أبرز ما تأثر من هذا التشريع هي الشركات التي تم بيعها بالمخالفة للقانون والدستور فيما سمي ببرنامج توسيع قاعدة الملكية العامة (برنامج الخصخصة) وعمليات تخصيص الأراضي التي قامت بها بعض الهيئات التابعة للدولة وسنوضح الحالتين مع توضيح رأي القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا في الحالتين وذلك علي الوجه التالي :

الحالة الأولى: تحصيل القانون الطعن للقرارات الإدارية التي ترتب عليها إبرام تعاقدات الدولة المتعلقة بتنفيذ برنامج الخصخصة، وطرحها خارج دائرة

رقابة القضاء الإداري على مشروعية قرارات الإدارة

لم تترك الدولة أمر الخصخصة وتحديد المشروعات والشركات التي تطرح للخصخصة وتلك التي تبقى تحت سيطره الدولة، وتنفذ خططها، لتوسيع قاعدة ملكية شركات قطاع الأعمال العام من خلال تنفيذ برنامج الخصخصة والتحول إلى القطاع الخاص وتطوير أداء الشركات في إطار السياسة العامة للدولة، لشركات قطاع الأعمال ذاتها سواء كانت من الشركات القابضة أو التابعة لتقرر بشأنها ما تشاء من قرارات. وإنما حرصت على أن يكون تنفيذ هذه الخطة من إختصاص الدولة ووزاراتها ولجانها وأجهزتها الإدارية بموجب قرارات تصدر عنها وتحت رقابتها وإشرافها، ومن ثم فقد أشركت معها الشركات القابضة في عمليات الخصخصة وإبرام عقد البيع وفقاً لقرارات تنظيمية صادرة عن الدولة ليتم ذلك تحت إشراف ومراقبة ومتابعة وموافقته وإعتماد الجهات الإدارية المنوط بها تنفيذ برنامج الخصخصة، ومن ثم لا تكون الشركات القابضة حين تمارس وتباشر هذا الإختصاص المفوض به من قبل الجهات الإدارية، مباشرة له بصفتها شخص من أشخاص القانون الخاص، وإنما تباشره بصفتها مفوضه من الدولة في إتخاذ إجراءات محددة ضمن برنامج الخصخصة وفقاً لمواصفات سابقة وأخرى لاحقة وإعتماد من الجهات الإدارية المسؤولة عن الخصخصة للخطوات التمهيديّة والنهائيّة، ومن ثم فقد صدر بتاريخ 2000/8/20 قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1765 لسنة 2000 بتشكيل اللجنة الوزارية للخصخصة (العدد رقم 197 من الوقائع المصرية بتاريخ 2000/8/30)، ونصت المادة الثانية منه على أن (تختص اللجنة بدراسة كل ما يتعلق بموضوعات الخصخصة في مختلف المجالات، ولها على الأخص:

*تحديد المشروعات والشركات التي يمكن طرحها للخصخصة، ومايتعين أن يبقى منها تحت سيطرة الدولة .

*وضع خطة شاملة للخصخصة مدعّمه ببرنامج زمني في ضوء ما تقدمه الجهات المختصة من بيانات أو تقارير .

*اقترح المعايير والضوابط التي تتم على أساسها الخصخصة.

*اقترح أوجه صرف أو استثمار ناتج الخصخصة .

*اعتماد توصيات الوزراء المعنيين بشأن قيمة الشركات والأصول المطروحة والجدول الزمني لطرح هذه الشركات والأصول).

ونصت المادة الرابعة من ذات القرار على أن (ترفع اللجنة تقاريرها وتوصياتها شهرياً إلى مجلس الوزراء).

فالشركات القابضة لا تملك وحدها أي حق في بيع أي قدر من المال العام إلا وفقاً لقرارات إدارية تصدر من السلطات الإدارية بالدولة ضمن برنامج الخصخصة لذلك كانت اللجنة العليا للخصخصة المشار إليها هي وحدها ودون غيرها صاحبة الاختصاص في تحديد المشروعات والشركات التي يمكن

طرحها للخصخصة، وما يتعين أن يبقى منها تحت سيطرة الدولة ، ووضع خطه شاملة للخصخصة مدعاه ببرنامح زمنى فى ضوء ما تقدمه الجهات المختصة من بيانات او تقارير، واقتراح المعايير والضوابط التى تتم على أساسها الخصخصة ، وتوجيه صرف أو إستثمار ناتج الخصخصة ، ثم اعتماد توصيات الوزراء المعنيين بشأن قيمة الشركات والأصول، ثم تتولى اللجنة رفع تقريرها وتوصياتها شهرياً إلى مجلس الوزراء الذى يتعين عليه اعتماد أو رفض اعتماد عملية البيع التى تتم فى إطار برنامج الخصخصة.

وقد أكد البند (2) من المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم 231 لسنة 2004 بتنظيم وزارة الإستثمار على قيام الوزارة بالعمل على تنمية وتشجيع الاستثمار من خلال (توسيع قاعده ملكيه شركات قطاع الأعمال العام من خلال تنفيذ برنامج الخصخصة والتحول إلى القطاع الخاص وتطوير أداء الشركات فى إطار السياسة العامه للدولة). كما أكد البند (2) من المادة الثانية من قرار رئيس الجمهورية المشار إليه اختصاص وزارة الاستثمار بتنفيذ كافة الإختصاصات والمسئوليات المنصوص عليها فى قانون شركات قطاع الأعمال العام الصادر بالقانون رقم 203 لسنة 1991 ولائحته التنفيذية، وبصفه خاصة إتخاذ القرارات اللازمه للمحافظة على حقوق الدولة فى شركات قطاع الأعمال العام، والإشراف على تنفيذ برنامج نقل الملكية للقطاع الخاص وأسلوب البيع وبرامح إعادة هيكلة الشركات التابعه وهيكلة العماله، واقتراح أوجه إستخدام عوائد البيع، والإشراف على الاستفادة من المنح المقدمه للمساعدة فى تنفيذ برنامج نقل الملكية للقطاع الخاص ، وبرنامح إعادة هيكلة الشركات التابعه.

وجاء قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1506 لسنة 2005 لينظم حصيلة برنامج إداره الأصول المملوكه للدولة ليجب إيداع حصيله بيع الحصص فى حساب أمانات بالبنك المركزى، وذلك خلال سبعة أيام عمل من تاريخ تحصيلها، ول يتم تحويل حصيله البيع إلى حساب الجهات المشار إليها حسب مساهمه كل منها بعد إستكمال إجراءات البيع وموافقه وزارتي المالىه والإستثمار كتابياً، طبقاً للقواعد المعمول بها، وذلك فيما عدا حصيله بيع شركات قطاع الأعمال العام أو أصولها الانتاجيه أو مساهمتها فى الشركات المشترکه فيتولى البنك بمجرد إخطاره من قبل وزارة الإستثمار قيدها لحساب وزارة المالىة بعد خصم تكاليف ومصروفات البيع المعتمده من الجهات القائمة بالبيع".

وبعد ذلك جاءت نصوص قرار وزير الإستثمار رقم 342 لسنة 2005 (الوقائع المصريه - العدد 251 فى 6 نوفمبر 2005) قاطعه الدلالة على أن قيام بعض الجهات ومنها الشركات القابضة ببيع مساهمات المال العام والأصول المملوكه للدولة، إنما يتم بتفويض من وزارة الاستثمار ولحساب الدولة وليس لحساب تلك الجهات. فقد نصت المادة الثانية من القرار المشار إليه على أن (تلتزم كافة الجهات التى تقوضها وزارة الإستثمار فى بيع مساهمات المال العام المملوكه للدولة والبنوك وشركات قطاع الأعمال العام والأشخاص الإعتباريه العامة بإيداع حصيلة البيع فى حساب يُفتح بالبنك المركزى المصرى بإسم "حصيله بيع الأصول المملوكه للدولة" وذلك خلال سبعة أيام عمل من تاريخ التحصيل).

ونصت المادة الثالثة من ذات القرار المشار إليه على أن (على الجهة المفوضه بالبيع موافاة إدارة الأصول بوزارة الإستثمار بصورة كاملة من مستندات البيع وما يفيد تحويل الحصيلة لحساب " حصيله بيع الأصول المملوكه للدولة " المخصص لذلك بالبنك المركزى فور إتمام عملية البيع).

ونصت المادة الرابعة من القرار المشار إليه من القرار على أن (تقوم إدارة الأصول بوزارة الإستثمار بإخطار وزارة المالىة بإتمام إجراءات البيع وتوريد حصيلة البيع خلال سبعة أيام عمل من تاريخ إستلامها للمستندات المشار إليها فى المادة السابقة).

وفى ذات السياق جاءت المادة (26 مكرراً) من اللائحة التنفيذية لقانون شركات قطاع الأعمال العام الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1590 لسنة 1991 والمضافة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 980 لسنة 2006 لتوجب أن يتم طرح الشركات التابعة برنامج إدارة الأصول المعتمد أياً كانت وسيله البيع ، وليكون طرح الشركة التابعة بالكامل أو بأغلبية الأسهم فيها بطريق الاكتتاب أو بنظام عروض الشراء من خلال بورصة الأوراق المالىة - بعد عرض الوزير المختص على المجموعة الوزاريه للسياسات الاقتصادية بحضور وزير القوى العاملة والهجرة التى تشكلت بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 127 لسنة 2006 بشأن تشكيل المجموعات الوزاريه، على أن يتم العرض على المجموعه المشار عليها لاستكمال إجراءات البيع لمستثمر

رئيسي أو أكثر بصفة نهائية، ومن ثم فإن إجراء خصخصة أى مشروع أو بيع أى من الشركات التابعة وباعتبار أن رأس مالها مملوك بالكامل للدولة يمر بمجموعة من المراحل الإدارية المميزه:

أولهما-مرحلة تقرير البيع بتحديد الشركة محل البيع لتكون محلاً للخصخصة وخروجها من تحت سيطرة الدولة ، واقتراح المعايير والضوابط التي تتم على أساسها خصخصة تلك الشركة ، واقتراح أوجه صرف أو إستثمار ناتج خصخصة الشركة، وهو ما تتولاه "اللجنة الوزارية للخصخصة" المشكلة والمحدد اختصاصها بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1765 لسنة 2000 والتي تعتمد توصيات وزير الإستثمار المختص بشأن قيمة الشركة والأصول المطروحة، ثم تحيله لمجلس الوزراء لإعتماده .

وثانيهما-مرحلة تفويض وزير الاستثمار للشركة القابضة المختصة لإتخاذ إجراءات طرح الشركة للخصخصة وإجراءات إبرام عقد البيع نيابة عن الدولة مالكة رأس مال الشركة بالكامل وفقاً لقرار رئيس الجمهورية رقم 231 لسنة 2004 بتنظيم وزارة الاستثمار ، وقرار وزير الإستثمار رقم 342 لسنة 2005 .

وثالثهما-مرحلة موافقة المجموعة الوزارية للسياسات الاقتصادية المشكله بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 127 لسنة 2006 برئاسة وزير الماليه على إستكمال إجراءات بيع الشركة تنفيذاً لحكم ماده (26) مكرراً من اللائحه التنفيذية للقانون رقم 203 لسنة 1991 المضافه بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 980 لسنة 2006 التي أوجبت موافقه المجموعه الوزاريه للسياسات الاقتصاديه على إستكمال بيع الشركات التابعه لمستثمر رئيسي قبل العرض على الجمعيه العامه للشركه القابضه للتجارة .

ورابعهما-مرحلة موافقة الجمعية العامة للشركة القابضة على البيع وفقاً لقانون شركات قطاع الأعمال العام الصادر بالقانون رقم 203 لسنة 1991.

وخامسها-عرض تفصيلات عملية بيع الشركة على اللجنة الوزارية للخصخصة ومجلس الوزراء لإقرار واعتماد البيع.

وسادسها-قيام الجهة المفوضة بالبيع من وزير الاستثمار(الشركة القابضة المختصة) بموافاه إدارة الأصول بوزارة الاستثمار بصورة كاملة من مستندات البيع وما يفيد تحويل الحصيلة لحساب "حصيلة بيع الأصول المملوكة للدولة" المخصص لذلك بالبنك المركزى فور إتمام عملية البيع وفقاً لقرار وزير الاستثمار رقم 324 لسنة 2005 لتقيد فى خزانه الدولة ولحسابها ممثلة فى وزارة المالية بعد خصم تكاليف ومصروفات البيع المعتمدة من الجهة القائمة بالبيع وفقاً لقرار رئيس الوزراء رقم 1506 لسنة 2005 بشأن تنظيم حصيلة برنامج إدارة الأصول المملوكة للدولة.

وحيث إن مفاد ما تقدم أن الجهات التي تتولى بيع مساهمات المال العام المملوكة للدولة والبنوك وشركات قطاع الأعمال العام والأشخاص الاعتبارية العامة، ومنها الشركة القابضة للتجاره إنما تقوم بإجراءات البيع نيابة عن الدولة وأشخاصها الإعتباريه العامة، وتفويض منها ، ومن ثم فإن القرارات التي تصدرها تلك الجهات فى هذا الشأن ما هى فى حقيقه الأمر إلا تعبيراً عن الإدارة الملزمة للدولة بقصد تنميه وتشجيع الاستثمار من خلال توسيع قاعدة ملكية شركات قطاع الأعمال العام تحقيقاً للمصلحة العامة، وتعد بهذه المثابة صادرة عن هذه الجهات باعتبارها سلطة عامة ، وتكون موافقه عليها من المجموعه الوزارية للسياسات الاقتصادية ثم إعتمادها من كل من اللجنة الوزارية للخصخصة ومجلس الوزراء قرارات إدارية مما يندرج الطعن عليها ضمن اختصاص مجلس الدولة بهيئه قضاء إدارى.

أما عن الأموال التي تتولى تلك الجهات بيعها، نيابة عن الدولة، فهي وإن كانت من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة، وفقاً لما تقضى به المادة (12) من قانون قطاع الأعمال العام التي تنص على أن "تعتبر أموال الشركة من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة". إلا أن ذلك لا يمنع من إضفاء صفة القرار الإدارى على القرارات التي تصدرها تلك الجهات للتصرف فى هذه الأموال ، إذ يتعين فى هذا الشأن التمييز بين نوعين من الأعمال :

النوع الأول: ويشمل الأعمال التي تؤدي إلى اكتساب الدولة لملكية أموالها الخاصة أو التصرف فيها بأى تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة ، أو مقيد لها ككتفريق حق من الحقوق العينيه التبعيه كالرهن الرسمي أو حقوق الإمتياز . وتصدر هذه الأعمال عن الدولة بإعتبارها "سلطه عامه" وفقاً للقوانين واللوائح التي تنظم كيفية قيامها بهذه الأعمال والإجراءات والقواعد التي يتعين عليها الإلتزام بها عند إجرائها لهذه التصرفات ، كقوانين ولوائح المناقصات والمزايدات، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين في شأن المال المملوك لها ملكية خاصة، بغية تحقيق مصلحة عامة . وبهذه المثابة تعتبر هذه الإجراءات قرارات إدارية مما يختص قضاء مجلس الدولة بالفصل في المنازعات المتعلقة بوقف تنفيذها وإلغاءها والتعويض عن الأضرار الناتجة عنها.

النوع الثاني: ويشمل الأعمال التي بموجبها تمارس الدولة الحق في إدارة واستعمال وإستغلال الأموال المملوكة لها ملكية خاصة والإنتفاع بها ، مثلها في ذلك مثل عموم الأفراد العاديين من الأشخاص الطبيعيين أو الإعتباريين . ومن ثم لا يصدق على هذه الأعمال وصف القرار الإداري، وتخرج المنازعات التي تنشأ بشأنها عن الإختصاص الولاى لمحاكم مجلس الدولة لتختص بها جهة القضاء العادى . وقد اشترط قضاء مجلس الدولة الفرنسى لعدم إضفاء صفة الأعمال الإدارية على القرارات غير اللاتحيه التي تتعلق بإدارة الأموال المملوكة للدولة وأشخاصها الإعتبارية العامة ملكية خاصة **Les**

decisions non reglementaires relatives a la gestion du domaine prive

منفصله "detachable" عن إدارة المال الخاص ، أو تتعلق بتسيير مرفق عام "se rattache al`execution d`un service public"

ومن ثم قضى مجلس الدولة الفرنسى بإعتبار القرار الصادر بالترخيص بقطع الأخشاب بإحدى الغابات المملوكة للدولة ملكية خاصة قراراً

إدارياً لارتباطه بمرفق حمايه الغابات Rene chapus droit Administratif General,tom1,11 edition,p-480

(482)

وفي هذا الإطار قضت محكمة القضاء الإداري بأنه "وحيث إنه في ضوء ما تقدم ، فإن القرار المطعون فيه ، ولئن تعلق ضمن مراحلها بإجراءات خصخصة وبيع شركة عمر أفندى كمال مملوكة للدولة ملكية خاصة التي تولتها الشركة القابضة للتجارة رغم كونها شخص من أشخاص القانون الخاص ، إلا أنه يعد قراراً إدارياً بإمتياز، بإعتبار أنه جاء تعبيراً أن الإرادة الملزمة لجهة الإدارة التي حددت شركة عمر أفندى ضمن برنامج الخصخصة وقررت المعايير وضوابط خصصتها ، وأنابت وفوضت الشركة القابضة المذكوره في التعبير عن هذه الإرادة بل وإعتمدت تلك الإجراءات وأقرت بما انتهت إليه بموافقته المجموعة الوزارية للسياسات الاقتصادية بتاريخ 2006/9/5 على بيع أسهم شركة عمر أفندى ثم تم عرضه على كل من اللجنة الوزارية للخصخصة ومجلس الوزراء ، وتضمن تصرفاً ناقلاً للملكية ببيع 90% من أسهم شركة عمر أفندى . ومن ثم لا يكون ثمة شك في الطبيعة القانونية للقرار المطعون فيه، وبالتالي تختص هذه المحكمة بالفصل في طلب إلغاءه ، كما يتوافر بوجوده شرطاً لازماً لقبول الدعوى"

(حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم11492لسنة65 قضائيه بجلسة 2011/5/7- حكم بطلان شركة عمر أفندى)

الحالة الثانية: تحصيل القانون الطعين لقرارات الدولة التي ترتب عليها ابرام التعاقدات التي تبرمها الهيئات العامة (هيئة المجتمعات العمرانية نموذجاً)

بالمخالفة لنص المادة 32 من الدستور

حصن القانون الطعين قرارات وتعاقدات الهيئات العامة ومنها علي سبيل المثال لا الحصر هيئة المجتمعات العمرانية في التصرف في الأراضي الموكول لها إدارتها طبقاً للقانون، وهي الأراضي التي تعتبر من الموارد الطبيعية التي هي حق للأجيال القادمة ويجب إدارتها بما يضمن تحقيق أفضل العوائد حيث نص الدستور القائم في المادة 32 علي أن " موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب، تلتزم الدولة بالحفاظ عليها، وحسن استغلالها، وعدم استنزافها، ومراعاة حقوق الأجيال القادمة فيها"

وهو ما تصدت له المحكمة الإدارية العليا واعتبرته قراراً أدارياً ترتب عليه إبرام عقد إداري بين الهيئة وبين أحد أفراد القانون الخاص وتواتر قضائها علي هذا الأمر حيث بات من المستقر عليه قضاء وإفتاء أن العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد بمناسبة ممارستها لنشاطها في إدارة المرافق العامة وتسييرها ليسا سواء فمنها ما يعد عقوداً إدارية تأخذ فيها الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد وقد تنزل، ومناطق العقد الإداري أن تكون الإدارة أحد أطرافه وأن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام بما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررمة بمقتضى القوانين واللوائح.

ومن حيث أنه لا مرأ في أن الهيئات العامة هي من أشخاص القانون العام وأن ما تبرمه من عقود تتصل بنشاط وتسيير المرافق القائمة تعد عقوداً إدارية متى اخذت فيها بأسلوب القانون العام بأن تضمنها شروطاً إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

ومن حيث أن المشرع بموجب القانون رقم 59 لسنة 1979 في شأن إنشاء هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة وتميمتها من كافة النواحي الاجتماعية والاقتصادية والعمرانية وناط بها في المادة 28 من هذا القانون بحث واقتراح وتنفيذ ومتابعة خطط وسياسات وبرامج إنشاء المجتمعات العمرانية الجديدة وفي سبيل تحقيق الهيئة أغراض المرفق القائمة على أمره أبرمت العقد محل التداعي لإقامة مشروع للإسكان الحر على الأرض محل هذا العقد على وفق الاشتراطات والقواعد البنائية المعمول بها في الهيئة مما يقطع وبما لا يدع مجالاً للشك أن هذا العقد والذي أبرمته هيئة عامة يتصل بنشاط المرفق القائمة عليه هذه الهيئة وتسييره وتحقيق أغراضه إذا ما يقصد إليه المشرع محل هذا العقد هو عين ما تهدف إليه الهيئة وتسعي إلى تحقيقه.

ومن حيث إن الثابت مما تقدم أن الشروط التي تضمنها العقد محل التداعي هي بعينها الشروط الاستثنائية غير المألوفة في روابط القانون الخاص ومن ثم يكون قد توافر لهذا العقد مما يجعله بيقين لا يخالطه شك عقداً إدارياً مما يعقد الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة به لمحاكم مجلس الدولة .

ومن حيث إنه في خصوص مدي توافر شروط الصفة والمصلحة في المدعين في الدعوي المطعون في الحكم الصادر فيها بموجب الطعن المائلين فإنه لما كانت المادة 30 من الدستور الحالي تنص على أن : الملكية العامة هي ملكية الشعب وتتمثل في ملكية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة". كما تنص المادة (33) منه على أن : " للملكية العامة حرمة وحمايتها ودعمها واجب على كل مواطن وفقاً للقانون " .

ومن حيث أن مفاد ذلك أن الملكية العامة تتمثل في الأموال المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ومنها الهيئات العامة وأن هذه الأموال ملك الشعب بكل أفراد ملكية شيوخ الأمر الذي يجعل لكل مواطن من أفراد هذا الشعب حقا في هذه الأموال ، بل عليه أن يهب للدفاع عنها على وفق ما يقرره القانون أي بإتباع الإجراءات والرخص و الوسائل التي قررها القانون لكفالة هذه الحماية ومنها اللجوء إلي القضاء لإستصدار حكم قضائي يكون بمثابة السند التنفيذي الذي تتحقق به الحماية المنشودة ولما كان ذلك وكانت الدعوي الصادرة فيها الحكم المطعون فيه تنصب على طلب الحكم ببطلان عقد بيع هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة إلى الشركة العربية للمشروعات والتطوير العمراني قطعة أرض مساحتها ثمانية آلاف فدان لإقامة مشروع " مدينتي " عليها بناء على ما ساقه المدعيان من أسانيد حاصلها أن هذا البيع تم بمقابل بخص ، وجاء ثمرة إجراءات غير صحيحة فمن ثم فلا محيص من القول – بالنظر إلى حجم الأرض محل التصرف المطلوب الحكم ببطلانه وماله من انعكاس على حقوق المتعاقدين وغيرها في تراب هذا الوطن – بأن لكل مواطن مصري صفة ومصلحة في النعي على مثل هذا التصرف ولوج سبيل الدعوي القضائية دفاعاً عن حقه في هذا المال من دون أن تختلط دعواه في هذه الحالة بدعوي الحسبة وبناء عليه يكون للمدعين مصلحة حقيقية – وليست نظرية – في دعواهما التي طلبا فيها الحكم ببطلان عقد البيع المشار إليه بسند من أن إبرام العقد قد تم بخروج بواح على القانون أهدرت فيه قواعد المساواة وتكافؤ الفرص التي بمرعاتها يتمكنان وغيرهما من التنافس في الفوز بقطع من أرض الدولة تلك و لا ينال من ذلك القول – بأن هذا من شأنه السماح بدعاوي الشهرة والابتزاز ذلك أن قبول الدعوي إنما هو بملك يد القضاء الإداري الذي يستطيع أن يميز الخبيث من الطيب والغث من السمين من الدعوي التي نطرح في ساحته على وفق ما يميله صحيح حكم القانون ويظهره واقع الحال في الدعوي.

(حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقمي 30952 ، 31314 لسنة 56 ق ع الصادر بجلسة 14 / 9 / 2010 - حكم بطلات عقد مدينتي)

موقف محكمة القضاء الإداري من مدي دستورية حظر النقاضي الوارد في بعض القوانين المتعلقة بالحقوق العامة

تناولت محكمة القضاء الإداري مدي دستورية القانون رقم 50 لسنة 1950 وذهبت في هذا الشأن إلي القول بأن:

"ان منع سماع الدعوي في أي تصرف أو أمر أو قرار صدر عن السلطة القائمة علي إجراء الأحكام العرفية ، كما تقضي بذلك المادة الثانية من القانون رقم 50 لسنة 1950 هو إعفاء لهذه السلطة من أيه مسئولية ترتبت علي تصرفاتها المخالفة لقانون الأحكام العرفية ذاته ، وإعفاء سلطة عامة إعفاء مطلقاً من كل مسئولية تحققت فعلاً في جانبها من شأنه أن يخل إخلالاً تاماً بحقوق الأفراد في الحرية في المساواة وفي التكاليف والواجبات، وهي المبادئ الأساسية التي نص عليها الباب الثاني من دستور 1923 ، والذي صدر في ظل القانون رقم 50 لسنة 1950 ، كما نصت عليها المبادئ العامة في كل من الإعلان الدستوري الصادر في 10 من فبراير سنة 1953 والصادر في 18 يونيو سنة 1953 ، وتقضي بأن المصريين لدي القانون سواء فيما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات، وأن الحرية الشخصية وحرية الرأي مكفولة في حدود القانون، وأن للملكية وللمنزل حرمة وفق أحكام القانون. وكذلك نص الباب الثالث من مشروع دستور الجمهورية المصرية سنة 1956 علي أن الدولة تكفل الحرية والأمن والطمأنينة وتكافؤ الفرص لجميع المصريين الذين هم لدي القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ، وأن القانون يكفل حق الدفاع أصاله أو بالوكالة ، وبذلك يكون القانون رقم 50 لسنة 1950 السالف الذكر قد جاء مخالفاً - فيما تضمنه من نص المادة الثانية منه - لأحكام الدستور الذي صدر ذلك القانون في ظله ، بل هو مخالف أيضاً لجميع المبادئ والأحكام الدستورية التي صدرت خلال فترة الانتقال، بل وتلك التي جاء بها مشروع دستور الجمهورية المصرية المعلن في 16 من يناير سنة 1956

(ق . د في 20 / 5 / 1956 ، ق 1408 ، س 5 ، مجموعه السنة 10 ، بند 346 ، ص 334) ¹⁷

وفي حكم آخر

"من المسلم به كأصل غير قابل للجدل أن لكل إنسان الحق في المطالبة بحقه والزود وحمايته وحق الدفاع عنه بالنقاضي بشأنه . وهذا الحق مستمد من المبادئ الأولية للجماعة منذ وجدت ولم يخل دستور من دساتير العالم من النص عليه وتوكيده (المادتان 3 و 22 من دستور سنة 1923 والمواد 31 و 35 و 62 من دستور جمهورية مصر المعلن في يناير سنة 1956) . وكل مصادره لهذا الحق علي إطلاقه تقع باطله وغير مشروعة ومنافية للمبادئ العليا لحقوق الإنسان ومخالفة للأصول الدستورية وقواعدها العامة . وإعفاء أيه سلطة عامة إعفاء مطلقاً من كل مسئولية تتحقق فعلاً من جانبها من شأنه أن يخل إخلالاً تاماً بحقوق الأفراد في الحرية وفي المساواة في التكاليف والواجبات ، وهي المبادئ الأساسية التي نص عليها دستور سنة 1923 كما نصت عليها المبادئ العامة في الإعلان الدستوري الصادر في 10 فبراير سنة 1953، وفي دستور جمهورية مصر الصادر في سنة 1956 ومن ثم فإن القانون رقم 50 لسنة 1950 الخاص برفع الأحكام العرفية اذ قضي في مادته الثانية بعدم قبول الطعن في التدابير التي أصدرتها السلطة القائمة علي إجراء الاحكام العرفية يكون قد خالف أحكام الدستور الذي صدر في ظله ، فضلاً عن مخالفته لجميع المبادئ والأحكام التي صدرت خلال فترة الانتقال وتلك التي جاء بها دستور جمهورية مصر المعلن في 16 يناير سنة 1956 "

(ق . د في 11 / 11 / 1956 ، ق 1508 ، س 7 ، مجموعه السنة 11 ، بند 11 ص 15) ¹⁸

¹⁷ دكتور فاروق عبد البر - دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات ص 594 و 595

¹⁸ دكتور فاروق عبد البر - دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات ص 595 و 596

سابعاً: النص الطعين يهدر مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص:

نصت المادة 3 من دستور 1923 علي أن "المصريون لدي القانون سواء وهم متساوون في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وفيما عليهم من الواجبات والتكاليف العامة لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الأصل أو اللغة و الدين ، وإليهم وحدهم يعهد ابلوظائف العامة مدنية كانت أو عسكرية ولا يولي الأجانب هذه الوائف إلا في أحوال أستثنائية يعينها القانون"

ونصت المادة 31 من دستور 1956 علي أن "المصريون لدي القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة " ونصت المادة 6 من ذات الدستور علي "تكفل الدولة الحرية والأمن والطمأنينة وتكافؤ الفرص لجميع المصريين"

ونصت المادة 7 من دستور 1958 علي أن " المواطنون لدي القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة "

ونصت المادة 24 من دستور 1964 علي أن " المصريون لدي القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة " ونصت المادة 8 من ذات الدستور علي أن "تكفل الدولة تكافؤ الفرص لجميع المصريين"

ونصت المادة 40 من دستور 1971 علي أن " المصريون لدي القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة " ونصت المادة 8 من ذات الدستور علي أن "تكفل الدولة تكافؤ الفرص لجميع المصريين"

وتنص المادة (4) من دستور 2014 علي أن "السيادة للشعب وحده، يمارسها ويحميها، وهو مصدر السلطات، ويصون وحدته الوطنية التي تقوم على مبادئ المساواة والعدل وتكافؤ الفرص بين جميع المواطنين، وذلك على الوجه المبين في الدستور".

كما تنص المادة (53) من ذات الدستور علي أن " المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والحرريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين، أو العقيدة، أو الجنس، أو الأصل، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الإعاقة، أو المستوى الاجتماعي، أو الانتماء السياسي أو الجغرافي، أو لأي سبب آخر."

أوردت الدساتير المصرية جميعاً، بدءاً بدستور 1923 وانتهاها بالدستور القائم مبدأ المساواة أمام القانون، وكفلت تطبيقه علي المواطنين كافة باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي، وعلي تقدير أن الغاية التي يستهدفها تتمثل أصلاً في صون حقوق المواطنين وحررياتهم، وفي مواجهه صور التمييز التي تنال منها أو تقيد ممارستها. وأضحى هذا المبدأ -في جوهره - وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر نطاق تطبيقها علي الحقوق والحرريات المنصوص عليها في الدستور، بل يمتد مجال إعمالها كذلك إلي تلك التي كفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية ، وعلي ضوء ما يرتبته محققاً للصالح العام

(حكم المحكمة الدستورية العليا في 4 / 2 / 1995 ، ق 39 ، س 15 ، مجموعه أحكام المحكمة - الجزء السادس ، قاعدة رقم 35 ، ص 511)

وحيث أن الدساتير المصرية المتعاقبة تضمنت كلا منها نصاً علي أن المواطنين لدي القانون سواء ، وأنهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ، كما ورد في الدستور القائم هذا النص في المادة 40 منه . ولما كان حق التفاضل من الحقوق العامة التي كفلت الدساتير المساواة بين المواطنين فيها ، فإن حرمان طائفة معينة من هذا الحق مع تحقق مناطه - وهو قيام المنازعة في حق من حقوق أفرادها - ينطوي علي إهدار لمبدأ المساواة بينهم وبين غيرهم من المواطنين الذين لم يحرموا من هذا الحق

(حكم المحكمة الدستورية في 5 / 2 / 1983 ، ق 7 ، س 2 ، مجموعه أحكام وقرارات المحكمة - الجزء الثاني قاعدة رقم 14 ، ص 86)

وقد ذهب المستشار الدكتور عمر حماد فى تقرير هيئة مفوضى المحكمة الإدارية العليا فى الطعن 27384 لسنة 60 قضائية والذى أوصى بإحالة القانون الطعين للمحكمة الدستورية العليا إلى:

"ومن حيث أنه ومن المقرر أن العقد الإدارى يتميز عن العقد المدنى من ثلاثة وجوه يتكرر ذكرها فى كتب الشراح وبحوث الفقه والفتاوى وأحكام المحاكم بما لا حاجة معه للتفصيل والبيان إنما ترد الإشارة المجملة عنها فى الموضوع المعروض للتذكير بها وللبدء بها فى استخلاص الدلالات، فالعقد الإدارى أولاً: تبرمه هيئة عامة من أشخاص القانون العام ، ثانياً: لا تنزل فيه منزلة الأفراد أو أشخاص القانون الخاص من بيع وإيجار ونحوه ولكنها تبرمه فى إطار إستخدامها لسلطتها وما نيظ بها من أمانات إدارة المصالح العامة وإنشاء المرافق العامة وتنظيمها وتسييرها أى أنها تبرمه بمناسبة تصديها للشأن العام للجماعة وممارستها لوسائل الرعاية والتنظيم والظبط التى قامت به الهيئات العامة وما تبوّأت مكانتها فى المجتمع على رأس الجماعة إلا للقيام بها، والعقد الإدارى ثالثاً: وبموجب الأمرين السابقين يتضمن شروطاً استثنائية مما لا يعتاد عليها فى العقود المدنية التى تبرم بين طرفين ندين وهنا تختلط علاقات التعاقد التى يعرفها فقه القانون الخاص بأوضاع الإدارة والسلطة التى ترتد فى مرجعيتها ليس فقط إلى الرضا الاتفاقى فى صياغة عقد ما ولكنها ترتد فى بعض وجوه مرجعيتها إلى قوامه الدولة على المجتمع وسلطانها عليه لحماية الجماعة وتنظيم شئونها العامة.

ونظراً لتلك الطبيعه المنفردة للعقد الإدارى فإنه ومن المقرر فى القانون الإدارى أن العقد الإدارى يتم على مرحلتين الأولى تتم فيها الأعمال التمهيدية، والثانية يتم فيها إبرام العقد والأعمال التمهيدية من وضع شروط المناقصة والإعلان عنها، وتلقى العطاءات المتقدمة فيها، وتحقيق شروط المناقصة ثم المفاضلة بين العطاءات فأرساء المناقصة بعد ذلك بقرارات إدارية تتخذها جهة الإدارة للإفصاح عن إرادتها هى وحدها فكل ما يصدر من هذه القرارات يجب أن تسيّر فيه جهة الإدارة على مقتضى التنظيم الإدارى المقرر لذلك - وتعرف تلك القرارات السابقه على عملية إبرام العقد بأنها القرارات الإداريه المنفصلة التى تصدرها جهة الإدارة أثناء المراحل التمهيدية لإبرام العقد وهى قرارات إدارية نهائية تخضع لكل الأحكام العامة للقرارات الإدارية لان لها كل خصائص ومقومات القرارت الإداريه.

(حكم المحكمة الاداريه العليا فى الطعن رقم 966 لسنة 14 ق.ع. جلسته 1979/4/14 مجموعة 15 عاما عليا ص 178)

وتلك القرارات تختلف عن القرارات الإدارية التى تصدرها جهة الإدارة تنفيذاً لعقد من العقود الإدارية إستناداً لنص من نصوصه كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقدها أو القرار الصادر بمصادرة التأمين أو بإلغاء العقد ذاته فهذه القرارات يختص بها القضاء الإدارى لا على أساس اختصاصه بنظر المنازعات إنما على أساس إعتباره صاحب ولاية عامة بالنظر للمنازعات الناشئة عن العقد الإدارى النهائي ولقد أقر مجلس الدولة الفرنسى منذ فجر ولايته القضائية وسابره فى ذلك مجلس الدولة المصرى إلى أحقيه الطعن فى القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإدارى من غير المتعاقد لأنه يرى فى تحليل العملية القانونية التى تنتهى بإبرام العقد إلى الأجزاء المكونة له من كون القرارات السابقة على العقد كوضع الإدارة لشروط المناقصة والمزايدة، وكذلك قرارات لجنة فحص العطاءات، وقرار لجنة البت ، والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة هى بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد ويجوز الطعن عليها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة ويمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها - وتجد تلك القاعدة دلالاتها فى أن طلبات الإلغاء لا تقبل إلا ضد القرارات الإدارية وإن اعمال الإدارة التعاقدية إذا تتم بتوافق إرادتين إرادة الإدارة وإرادة الطرف الآخر لا تصلح للطعن فيها بالإلغاء - وحيث أنه لا مصلحة للغير فى النعي على عقد ليس طرفاً فيه فانه لا يملك دعاوى العقد ومن ثم يكون له أن يطعن فى القرارات الإدارية المتصلة به - إلا أن القضاء الفرنسى قد إستشعر ضرورة حماية الغير ممن قد تصاب مصالحهم بالضرر من جراء القرارات الإدارية المتصلة بالعقد وحيث أن هؤلاء لا يملكون دعاوى العقد لأنهم ليسوا أطرافاً فيه لذلك قرر مجلس الدولة الفرنسى ومن بعده مجلس الدولة المصرى فى ذات المعنى "أن من العمليات التى تباشرها الإدارة ماقد يكون مركباً لها جانبان احدهما تعاقدى بحيث تختص به المحكمة الادارية أو المدنية و الآخر إدارى يجب أن تسيّر فيه الإدارة على مقتضى النظام الإدارى المقرر لذلك فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد تتوافر فيه جميع خصائص القرارات الإدارية وتختص محكمة القضاء الإدارى بإلغاء هذه القرارات "

C.E CHabut- 7-8 - 1903- Hauriou - la - Jurisprudence -)

الجرف - رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة - 1970 ص 277 (Administrative - Op - Cit- tl p 180 ce- Hereil - 1- 24 - 1947 " مشار إليه في مؤلف د / طعيمة

ومن حيث إن المادة الأولى من القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014 قد حظرت الطعن على القرارات الإدارية التي تبرمها الدولة أو أحد أجهزتها الاعتبارية العامة على النحو المبين بما في ذلك الطعن على القرارات الإدارية السابقة على إبرام تلك العقود في مخالفة صريحة لمبدأ المساواة في المراكز القانونية المتساوية ذلك أن من المفترض أن جميع المتناقصين والمتنافسين منذ إعلان الجهة الإدارية رغبتها في التعاقد متساوون في القانون قد حدد حصراً أساليب التعاقد وهي: المناقصة العامة، والمناقصة المحدودة، والمناقصة المحلية، والممارسة، والمزايدة، والأمر المباشر، ورسم لكل منها حدوده، وبين حالاته، والإجراءات التي يقتضيها الأخذ بها ومن خلاله ومن ثم يكون لكل من هذه الأساليب مجال تطبيقه ونطاق إعماله، وبالتالي فإن الأساس الذي يقوم عليه تعاقد الإدارة عن طريق أسلوب المناقصات أن يخضع هذا التعاقد لإعتبارات تتعلق بمصلحة المرفق المالية التي تتمثل في إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً ولا يتحقق ذلك إلا إذا أحيطت بالسرية التامة وجعل مبدأ المساواة بين المتناقصين هو المبدأ السائد دون تمييز لأحد أو إستثناء وإلا إختل التوازن واضطرب حبل المنافسة الذي يقوم على تكافؤ الفرص مما يخرج المناقصة عن الهدف الذي تقررت من أجله ويفوت الغرض من عقدها وإتساقاً مع هذا المبدأ المستقر والثابت فإن مبدأ المساواة ينسحب بحكم طبيعته وباعتباره حقاً من الحقوق الأساسية على حماية المتناقصين والمتنافسين من عسف السلطة وحرقهم في الطعن على ما لحق بإجراءات العقد التمهيدية من أوجه بطلان أو مخالفة.

وبالتالي فشيء من عدم الدستورية في تلك المادة إنما تركز بصفة أساسية في أن القرار بقانون قد ساوى بين القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد والسابقة على عملية إتمام التعاقد وبين العقد ذاته فحينما يكون الطعن على العقد بين طرفيه أمراً مقبولاً إعمالاً لمبدأ نسبية آثار العقد فإن تلك القاعدة لا تستقيم بالنسبة للقرارات الإدارية السابقة على إتمام العقد ففي تلك الحالة يكون لكل ذي مصلحة شخصية ومباشرة من المتنافسين بشأن الفوز بإبرام العقد أن يطعن على تلك القرارات إستقلالاً إستناداً إلي دعوى الإلغاء إذا ما رأى له أن تلك الإجراءات قد تمت بالمخالفة لأحكام القانون، ومن ثم فإن حظر الطعن على كليهما إلا من أطراف العقد دون الإعتداد بأصحاب المصلحة الشخصية والمباشرة في الطعن على القرارات السابقة على عملية التعاقد يعد مخالفاً لمبدأ المساواة بين المتنافسين وأصحاب المراكز القانونية الواحدة.

وبالتالي فإنه ويمقتضى القيد الذي أوجده حكم المادة الأولى من القرار بقانون 32 لسنة 2014 بأن جعل الطعن على القرارات الإدارية المنفصلة قاصراً على طرفي العقد بما يجعل التعاقد مع الدولة أو أحد أجهزتها في مركز قانوني متميز دون أن تستند في ذلك التمييز إلي مصلحة تبرره، و أوجد من ناحية أخرى تفرقة بين المتنافسين أصحاب المراكز القانونية المتساوية وأهل مبدأ التنافس كل ذلك رغم ما هو مقرر من أن الناس جميعاً متساوون لا يتميزون فيما بينهم في مجال حقوقهم وقدرتهم إلي النفاذ إلي قاضيهم الطبيعي في نطاق القواعد الإجرائية التي تحكم الخصومة القضائية .

(راجع تقرير هيئة مفوضي المحكمة الإدارية العليا في الطعن 27384 لسنة 60 قضائية- المستشار الدكتور عمر حماد)

ومن جماع ما سبق وبإنزال مواد الدستور وأحكام المحكمة الدستورية العليا، علي القانون الطعين نجده أهدر مبدأ المساواة حيث ترتب عليه إنشاء مراكز قانونية مختلفة لمواطنين كانوا قبل هذا القانون في مراكز قانونية متساوية ، فمن حكمت المحكمة لهم - سواء مواطنين أو عمال - وكانوا من الطاعنين علي قرارات الخصخصة قبل صدور هذا القانون أصبحوا في مراكز أفضل من الطاعنين في الطعن المائل والذين تنتظر دعواهم الآن أمام نفس الدوائر ولنفس الأسباب، حيث صدرت أحكام باته ونهائية في السابق وبعد إصدار القانون الطعين أصبحت المحاكم ملزمة بالحكم بعدم قبول الدعاوى المتداولة أثناء سريان القانون أو التي ستربع بعد إصداره.

ثامناً: وقوع المشرع في حومة الغلط البين في التقدير وذلك فيما نصت عليه المادة الأولى من قصر الطعن على طرفي التعاقد وكذلك تعليق تحريك الدعوى الإدارية على الفصل في الدعوى الجنائية:

رقابة القضاء الدستوري للغلط البين في التقدير، ضرورة ملحة:

تعد رقابة القضاء الدستوري للغلط البين في التقدير مطلباً جوهرياً، وضرورة حتمية كمظهر من مظاهر مبدأ "خضوع الدولة للقانون" بما يكفل الإحتفاظ للنظام الدستوري بالتوازن الذي أقامه بين السلطات، ومن ثم الحيلولة دون هيمنة بعضها على بعض، بالنظر إلى تزايد دور الحكومة في التشريعات.

وعلي ذلك، فإنه لا يحول دون الأخذ بالتوسع في رقابة دستورية القوانين/ من خلال رقابة الغلط البين في التقدير التشريعي، حداثة الفكرة أو غموضها في التقدير والتحقق منه يخضع لتقدير موضوعي، وإن الموضوعية (هنا) لا تعني الثبات أو التحديد للمعيار ذاته، وإنما تعني موضوعية التقدير، والكيفية التي يراد بها الاستدلال علي الغلط البين، وبيان أن هذا الاستدلال لا يخضع لتقدير ذاتي (أو تحكمي) للقاضي، وإنما عماده تقدير موضوعي يستخلص من ملف الدعوى وأوراقها بل يمكننا القول بأن اللجوء إلي رقابة الغلط البين في التقدير في المجال الدستوري تعد مبرراً لرقابة تمنع مسئولية القاضي أن يتصرف - علي نحو آخر - إلا بواسطة قواعد عامة، بمعنى أن هذه الرقابة ليست وسيلة رقابة تحكمية.¹⁹

دور القاضي الدستوري، في ظل وجود المعايير والضوابط الدستورية يبقى مهماً لضبط هذه المعايير، وقياسها بقياس موضوعي

يذهب أستاذنا الدكتور محمد ماهر أبو العنين إلي أن دور القاضي الدستوري، في ظل وجود المعايير والضوابط الدستورية يبقى مهماً في ضبط هذه المعايير، وقياسها بقياس موضوعي، وليس وفقاً لمعاييرها الخاصة التي أنشأتها. فنتهض فكرة الغلط البين في التقدير لرقابة الإختلال والتفاوت بين النص الدستوري والتقدير التشريعي (الحل الذي أختاره المشرع) وخاصة عندما يكون الغلط ظاهراً وجسماً ومجاوزاً حدود المعقول، أو عندما يكون الغلط مما لا تخطئه العين من جانب عقل مستنير بمعنى أن يكون الحل الذي أخذ به المشرع، يؤدي إلي تصادم جسيم مع المبادئ الدستورية.²⁰

ومن ثم يبقى مهماً التأكيد علي دور القاضي الدستوري في كشف الغلط البين من خلال تحققه من مدي توافق الحل الذي لجأ إليه المشرع والضوابط والمعايير الدستورية عند تطبيقها، أو للتحقق من أن تقديرات المشرع تتفق وأحكام الدستور. ومن ثم الحكم بإلغاء التشريع في كل حالة يشوب تقدير المشرع فيها غلطاً بيناً يفسد هذا التقدير، وهذا هو مسلك قضاء المجلس الدستوري الفرنسي.

ونؤكد علي الطبيعة الموضوعية لمعيار الغلط البين في التقدير، علي أن الأخذ بهذه الطبيعة الموضوعية لا يحول دون الاستناد إلي الاعتبارات العلمية أو الاعتبارات السياسية، باعتبار أنه ينظر في تفسير الدستور إلي هذه الاعتبارات جميعها. وما نظرية الغلط البين في التقدير في المجال الدستوري إلا نتيجة طبيعية للأخذ بمنهج التوسع في تفسير النصوص الدستورية وهو المنهج الذي يأخذ به كل من المجلس الدستوري الفرنسي، والمحكمة الدستورية العليا في مصر علي السواء.²¹

رقابة الغلط البين في التقدير وشرعية الخلق القانوني للقاضي (أو الخلق القاعدي للقاضي)

¹⁹ د. محمد ماهر أبو العنين - مرجع سابق ص 31

²⁰ د. محمد ماهر أبو العنين - مرجع سابق ص 32

²¹ د. محمد ماهر أبو العنين - مرجع سابق ص 34

إذا كان تصور إنحراف السلطة التشريعية عن الصالح العام أمر ممكن من الناحية العملية، طبقاً لطبيعة تكوين البرلمان والقوى المؤثرة في عمله، وأن تعدد وكثرة أعضاء البرلمان ليس بمانع له من الإنحراف²² فإن تصور وقوع المشرع في غلط بين في التقدير، أمر لا يرقى إليه شك لذات الاعتبارات، وهو ما أقرته أحكام المحكمة الدستورية العليا في أكثر من حكم صادر منها وكنتيجة منطقية فإن الأخذ برقابة الغلط البين في التقدير في القضاء الدستوري طبقاً لمعايير موضوعية، تمنع مسئولية القاضي أن يتصرف - علي نحو آخر - إلا بواسطة قواعد عامة، ليس فقط بإثارة اختياره الخاص، ولكن أيضاً بالتأكيد علي ضرورة الحل²³

وهو ما يعني السماح بمشروعية الخلق القانوني أو القاعدي من قبل القاضي بمعنى أنه يجب علي القاضي - في مجال الأخذ بهذه الفكرة - أن يرتبط بأساس مقنع لخلقه المستقل، ويكون باستقائه من المعايير التي يوضحها، والتي يكون لها التأكيد اللازم الذهني والمعنوي، والذي يبدو كمصادر مادية راسخة للقانون، ويكون من غير الموفق عدم ظهور هذه الرقابة (المهمة) في الحياة القانونية²⁴. وبناء علي ذلك فإن طبيعة المحكمة الدستورية العليا كسلطة مشرعة تتحدد من خلال رقابة الغلط البين في التقدير والتي تتم من خلال التفسير الدستوري، ومن ثم إرسال الضوابط الدستورية التي تستخلصها من النصوص الدستورية والتي يتعين علي المشرع الالتزام بها بكل صراحة، وإلا بطل عمله .²⁵

وعليه تغدو رقابة الغلط البين في المجال الدستوري استيراداً ناجحاً من القضاء الإداري، كما تعد نتيجة للفضائل الكبيرة للتقارب الشكلي بين نوعي المنازعات الإدارية والدستورية.

وعلي ذلك، فلا توجد حساسية مطلقاً من أن يثار فرض وقوع المشرع في غلط بين في التقدير (أو وقوعه في إنحراف تشريعي)، من قبل القضاء الدستوري، بل ولا ينبغي تشديد حرم Tabou حول نطاق ضيق للرقابة علي الدستورية، إذ يغدو الاتجاه نحو التوسع في نطاق هذه الرقابة أمراً ضرورياً ومطلوباً، وما رقابة الغلط البين في التقدير إلا وسيلة جيدة لإزاحة الحرم الضيق في مجال الرقابة²⁶

الغلط البين يمثل عيباً - مستقلاً - من عيوب عدم الدستورية الموضوعية:

حالات الإنحراف التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا هي حالات قليلة، بينما حالات الغلط البين أكثر بكثير. ومن ثم فإن الغلط البين في التقدير يؤدي إلي بطلان التشريع ولو لم يتعلق الأمر بالإنحراف في إستعمال السلطة التشريعية، إذ يكفي أن يقع المشرع في غلط بين في التقدير، لتقرير عدم الدستورية، إذ لكل من العيبين مجاله، مع ملاحظة أن ذلك لا يمنع من وجود علاقة قوية بينهما، فالمصلحة العامة كمعيار للدستورية (أي كشرط

²² راجع الدكتور محمد ماهر ابو العنين الانحراف التشريعي، مرجع سابق ص 348 بحث الدكتور وجدي ثابت غبريال، بعنوان: "حماية الحرية في مواجهة التشريع"

²³ راجع الدكتور محمد ماهر ابو العنين الانحراف التشريعي الجزء الثاني ص 35

²⁴ د. محمد ماهر ابو العنين - مرجع سابق ص 35

²⁵ راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 3 لسنة 10 ق دستورية في 2 / 1 / 1993 . حيث قضت بعدم دستورية المادة 5 من المرسوم بقانون رقم 4 لسنة 1945 بشأن المتشردين والمشتبه فيهم، لمخالفة الوسائل القانونية المتوافقة مع أحكام الدستور في جوانبها الموضوعية والإجرائية لتقييد الحرية الشخصية، وعدم التزام المشرع بالضوابط التي أرسنها هذه المحكمة في شأن المحكمة المنصفة

²⁶ د. محمد ماهر ابو العنين - مرجع سابق ص 36

لدستورية التشريع) يستلزم تعرض القاضي لرقابة الغاية من التشريع وهو ما يثير بالتبعية فكرة الإنحراف التشريعي، ويدعم من هذه العلاقة موضوعية المعيار في كلاً من العيبين، وعلي ذلك فإن استهداف المشرع المصلحة العامة، كمبدأ دستوري - لا تعتبر كافية في حد ذاتها، كقيد علي المشرع - بل يجب ألا يشوب تقدير المشرع غلط بين في التقدير في تحقيق هذه الغاية، حتي يمكن الطعن علي التشريع بعدم الدستورية.²⁷

ويبني علي ذلك أن الغلط البين في التقدير في المجال الدستوري لا يعد عيباً إحتياطياً، شأن عيب الإنحراف التشريعي، بل يعد الغلط البين في التقدير عيباً مستقلاً، من شأنه أي يؤدي إلي بطلان التشريع، شأنه في ذلك شأن عيب عدم الاختصاص، وعيب الشكل، وعيب المحل، إذ هو عيب ينطوي علي رقابة الملاءمة بين اختيار الحلول من جانب المشرع، ولتلك أهمية عظمي تنبدي في مجال إثبات هذا العيب، فلا يكون إثباته أمر دقيق وصعب، مثلما نراه في إثبات عيب الانحراف، بل يعد إثبات الغلط البين في التقدير أمراً ميسوراً، إذ يكفي في ذلك أن ندلل علي نص معين في الدستور، أو مبدأ من المبادئ العليا للدستور، يجعل السلطة التشريعية ذات سلطة محددة (يستوي أن يتعلق بمجال يتمتع فيه المشرع بسلطة تقديرية أو تكون سلطته مقيدة) ويكون التشريع قد تصادم بشدة مع هذا النص أو مع هذا المبدأ، نتيجة وقوع المشرع في غلط بين في تقديره للحل الذي اختاره بما يتنافي - وبشكل واضح - مع المبادئ الدستورية ويتم التعرف علي "الغلط البين في التقدير" في التشريع من خلال الوقوف علي أسبابه التي يبني عليها، أو من ديباجته أن كان له ديباجة أو في الأعمال التحضيرية أو من المذكرة الإيضاحية أو في مناقشات الأعضاء أو البيانات التي تلقها الحكومة في شأن التشريع أو في مبررات حالة الاستعجال في سن التشريع المشوب بغلط بين في تقدير وقائعه²⁸

أهمية الغلط البين في التقدير كعيب دستوري و أختلافه عن عيب الانحراف بالتشريع

رقابة الغلط البين في التقدير تسعف في حالة مخالفة المشرع للمبادئ الدستورية العليا، أو في حالة غموض النص الدستوري، إذ يمثل الغلط البين في التقدير توسيعاً لنطاق الرقابة القضائية علي ملائمة التشريع، والوقوف بدقة علي توافقه والمبادئ الدستورية، فضلاً عن مدي ملائمته سياسياً واجتماعياً، فلا شك أن إختلاف الرقابة لا يبرر إلا بأسباب علمية وخاصة سياسية، فضلاً عن المعايير القانونية.

ونشير إلي أن أسباب التشريع ربما تكشف عن الغاية منه، بل وهذا أمر واقع فعلا، وقد تكون الغاية متفقة مع الدستور أو مبادئه العليا، أو ينحرف المشرع بهذه الغاية عن المبادئ العليا للدستور، فإن كانت الغاية منحرفة عن مبادئ الدستور، كان التشريع باطلاً. كما لو تبين علي وجه موضوعي إن الحق العام الذي ينظمه التشريع قد أصبح بعد هذا التنظيم منتقاصاً من أطرافه بحيث لا يحقق الغاية التي قصدها الدستور ولا يلزم لإثبات الإنحراف التشريعي الكشف عن الأغراض والنوايا المستترة التي اقترنت بالتشريع وقت صدوره²⁹

²⁷ د. محمد ماهر ابو العنين - مرجع سابق ص 37

²⁸ راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 8 لسنة 5 دستورية في أول مارس سنة 1986 ، .

²⁸في هذا الحكم أستندت المحكمة الدستورية العليا علي وقوع المشرع في غلط بين في التقدير من المذكرة الإيضاحية للقانون محل الطعن بعدم الدستورية، فقالت أن المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون المطعون فيه(رقم 13 لسنة 1964 بشأن تحضير الأدوية والمستحضرات بالصيدليات) وإن كانت قد أشارت إلي أن استمرار إنتاج الصيدليات للأدوية بهدف تحقيق أقصى ربح يعرض صحة المواطنين للضرر، كما يهدد صناعه الدواء بوجه عام، إلا أنها أفصحت من ناحية آخر عن حقيقة الدوافع لهذا القانون وهو الرغبة في قصر نشاط تصنيع وإنتاج الأدوية علي شركات القطاع العام وإذ نصت المادة الثانية من هذا القرار بقانون المشار إليه علي أولولة ملكية الأدوات والمستحضرات التي يتم تصنيعها بالصيدليات إلي المؤسسة العربية العامة للأدوية بدون مقابل تكون قد خالفت المبادئ الدستورية في صون الملكية المنصوص عليه في المواد 34 / 36 من الدستور .

²⁹ راجع حكم محكمة القضاء الإداري رقم 2516 لسنة 41 ق في 1989/3/31 غير منشور

وهذا ما ينفق والأخذ بالمعيار الموضوعي في إثبات عيب الإنحراف التشريعي، أما إذا كانت الغاية تتفق ومبادئ الدستور فلن يكون التشريع سليماً، إلا إذا كانت الأسباب التي بني عليها التشريع - هي الأخرى - سليمة، بمعنى ألا يشوب تقدير المشرع للمصلحة العامة غلط بين، وإلا حق عليه رقابة الدستورية.

وهكذا يتبدى وجه آخر للفرقة بين عيب الإنحراف التشريعي، وعيب الغلط البين في التقدير، فلا ينحصر وجه الخلاف بينهما في تعلق الأول بالسلطة التقديرية للمشرع، بينما الغلط البين في التقدير يتناول السلطة المقيدة له على السواء، كذلك يتعلق عيب الإنحراف التشريعي بركن الغاية في التشريع، أم الغلط البين في التقدير فينطوي على رقابة واسعة (لازمة وضرورية) لركن السبب في التشريع، ولا يعد الغلط البين طريقاً للطعن احتياطياً على العكس من عيب الإنحراف التشريعي الذي هو دائماً عيب احتياطي أو هو مصدر للدستورية الاحتياطية، ولا يغير من ذلك قيام كل من العيبين على معيار موضوعي، أو وحدة الجزاء المترتب على تحقيق أيهما في التشريع وهو البطلان أو الإلغاء³⁰

إثبات الغلط البين في التقدير :

عند إثبات الغلط البين في التقدير، لا يجب الوقوف عند الإثبات بطريق الدليل الداخلي والتي تتبدى في نصوص التشريع ذاته أو ديباجته أو أعماله التحضيرية أو مذكراته الإيضاحية أو المناقشات البرلمانية في شأنه، بل يلجأ في إثبات الغلط البين في المجال التشريعي، إلى الإثبات بالطريق الخارجي أيضاً والذي يتمثل في الإثبات بطريق القرائن، وهو ما يعني البحث فيما إذا كان المشرع قد أخفي الأسباب الحقيقية للتشريع، وذكر للتشريع أسباب غير صحيحة وأن الأسباب الحقيقية والصحيحة التي توخاها دل عليها القرائن الخارجية أكثر مما تبين من خلال الأسباب الظاهرية فليست هناك قرينة قاطعة على أن القانون يتغى حتماً المصلحة العامة. ومن هنا ليس ثمة ما يمنع أن يكون التشريع مشوباً بعيب الغلط البين في التقدير خاصة مع ما نلاحظه من تمتع المشرع بسلطة تقديرية في تحديد المصلحة العامة.

فكثيراً ما تكشف القرائن الخارجية (والدوافع في إصدار التشريع) عن الأسباب الحقيقية للتشريع، ولا مانع في تحقق تعارض هذه القرائن مع الأسباب التي ذكرها المشرع، بل أن هذا أمر متصور، بالنظر إلى طبيعة السلطة التشريعية والقوى المؤثرة في عملها.

وبمراجعته ما سبق، وبإنزاله على القرار بقانون محل الطعن نجد أن القانون يشوبه البطلان لوقوع المشرع في حومة الغلط البين في التقدير، ويظهر ذلك في وجهين: يظهر الأول، في مخالفة الحلول التي وضعها المشرع للدستور، و يظهر الثاني: عند تحري الأسباب التي دفعت بالمشرع لإصدار هذا القانون.

(يرجى مراجعة مذكرة الدفاع المقدمة منا في هذا الدفع)

تاسعاً: المادة الثانية من القانون الطعين يناهض نص المادتين 94 و100 من الدستور:³¹

"ومن حيث إن نص المادة "94" من الدستور تنص على أنه "سيادة القانون أساس الحكم في الدولة وتخضع الدولة للقانون واستقلال القضاء وحصانته وحيدته ضمانات أساسية لحماية الحقوق والحريات".

³⁰ د. محمد ماهر ابو العنين - مرجع سابق ص 40

³¹ تقرير مفوضي المحكمة الإدارية العليا في الطعن 27384 لسنة 60 ق- المستشار الدكتور عمر حماد

وتنص المادة "100" من الدستور على أنه "تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب وتكفل الدولة وسائل تنفيذها على النحو الذى ينظمه القانون ويكون الامتثال عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين جريمة يعاقب عليها القانون".

ومن حيث أن مفاد ما تقدم وطبقا لما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا من أن "مبدأ الشرعية وسيادة القانون هو المبدأ الذى يوجب خضوع سلطات الدولة للقانون واحترام حدوده فى كافة أعمالها وتصرفاتها، هذا المبدأ لن ينتج أثره إلا بقيام مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين من جهة وعلى شريعة القرارات الإدارية من جهة أخرى، لأن هذين المبدأين يكمل أحدهما الآخر، ولأن الإخل بمبدأ الرقابة القضائية من شأنه أن يهدر مبدأ الشريعة وسيادة القانون، ولما كانت الرقابة القضائية هى الوسيلة الحاسمة لحماية الشريعة فى التى تكفل تقييد السلطات العامة بقواعد القانون كما تكفل رد هذه السلطات إلى حدود المشروعة وإن هى تجاوزت تلك الحدود، وغنى عن البيان أن أى تضيق فى تلك الرقابة -ولو اقتصر هذا التضيق على دعوى الإلغاء- سوف يؤدى حتماً إلى الحد من مبدأ الشرعية وسيادة القانون.

(القضية رقم 13 لسنة 7 قضائية دستورية بجلسه 1978/4/16 ج2 عليا ص48)

ومن حيث أن المادة (52) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم 47 لسنة 72 تنص على أن تسرى فى شأن جميع الأحكام القواعد الخاصة بقوة الشئ المحكوم فيه

ومن حيث إن مفاد ما تقدم أن الأحكام التى تصدر من محاكم مجلس الدولة تطبق فى شأنها القواعد الخاصة بقوة الشئ المحكوم فيه فيما فصلت فيه وهى حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيها باعتبارها عنوان الحقيقة صدرت باسم الشعب ويجب تنفيذها باسمه وإهدارها بالإمتناع عن تنفيذها أو تعطيلها فضلا عن تعارضها وتصادمها مع أحكام الدستور ومروفاً منها يمثل جريمة جنائية وإفتئاتا على سلطة القضاء والإستهانة بأحكامه وتعطيلاً لحسن سير العدالة ويكون حتماً مقضياً الامتثال لتلك الأحكام وتنفيذها حسبما قضت به فى منطوقها والأسباب المكمله له.

والقول بغير ذلك يفرغ المبادئ الدستورية من مضمونها ومنها حق النقاضى وإستقلال القضاء وحجيه الأحكام وسيادة الشعب وغيرها، وهو أمر يتعين على الجهات الإدارية أن تتأى عنه إعلاء للشرعية وسيادة القانون.

(فى هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا فى طعن رقم 303 لسنة 5 ق ع جلسه 2010/6/2)

ومن حيث أن المستقر عليه فى قضاء المحكمة الإدارية العليا أن الأحكام التى تقرها العدالة صدوراً عن محاكم القضاء الإدارى لم يترك المشرع أمرها سدى ولم يدع ما تنطق به من حق وعدل، هباء وإنما أسبع عليها طبقاً لحكم المادة (52) من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 بعبارة جلية المعنى صريحة الدلالة، قوة الشئ المحكوم فيه بما يقتضيه ذلك من تطبيق القواعد الخاصة بالحجية التى لا تنفك عن الحكم بحال ونظراً لقدسية الأحكام القضائية وضرورة المبادرة إلى تنفيذها متى كانت واجبة النفاذ فقد تضمن الدستور أن الإمتناع عن تنفيذ الحكم القضائى أو تعطيل تنفيذه من جانب الموظف المختص يعد بمثابة جريمة جنائية يعاقب عليها بالحبس والعزل وفقاً لقانون العقوبات، بحسبان أن الحكم القضائى هو عنوان الحقيقة القانونية وأنه لا يجوز المجادلة فيما فصل فيه الحكم إلا عن طريق ولوج الطعن الذى يقرره القانون فى هذا الشأن بحيث إذا كان الحكم واجب النفاذ تعين على جهة الإدارة المبادرة إلى تنفيذه، إحتراماً للحجية القضائية المقررة له تلك الحجية التى تعد على القمة فى مدارج النظام العام لا يعولها اعتبار ولا تسمو عليها مصلحة، فإن امتنعت الإدارة عن تنفيذ الحكم دون وجه حق أو تمدت تعطيل تنفيذه كان مسلكها مخالفاً للقانون وإعتبر ذلك بمثابة قرار سلبى يمس الحجية القضائية المقررة للحكم، مما يحق معه لذوى الشأن الإلتجاء إلى القضاء الإدارى لوقف تنفيذه وإلغائه والتعويض عنه وفقاً لما إستقر عليه قضاء هذه المحكمة.

(فى هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا فى 18669 لسنة 52 ق.ع جلسه 2009/12/2)

ومن حيث أنه وبالإحالة إلى ما تقدم فإن البين من نص المادة الثانية من القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014 وفقاً لوضوح ألفاظه وقوة عباراته أنه جاء إفتتاحاً على حجية الأحكام القضائية النهائية مهدياً إياها مخالفاً بذلك ما أسبغه المشرع الدستوري والقانوني من حماية مانعة على الأحكام القضائية ومنع العبث بها أو النيل من حجيتها على نحو يخالف القانون فلم يفرق النص بين الدعاوى المرفوعة إبتداء ولم يصدر فيها أية أحكام قضائية وبين الدعاوى التي فصل فيها بأحكام قضائية وإن لم تكن باته فهي أحكاماً نهائية فجاء النص من العموم والشمول بما يجمع بين النوعين ومن ثم فإنه وعلى ما جرى عليه نص المادة الثانية والذي ألزم المحاكم ومنعها من نظر الطعون المقامة أمامها طعناً على الأحكام النهائية والصادرة من محاكم القضاء الإداري ورتب لذلك نتيجة مفادها زوال كل أثر قانوني لتلك الأحكام على الرغم من أن تلك الأحكام وإن لم تكن باته فهي أحكام نهائية واجبة النفاذ وإن حتى الطعن عليها لا يوقف تنفيذها إلا إذا قررت المحكمة الأعلى وقف تنفيذه، فالقانون يرسم طريقاً واحداً لإزالة آثار الحكم بالطعن عليه وفق أحكامه وإجراءاته وبالتالي فلا يجوز لقانون أيا كان شكله أو مصدره أن يلغى حكماً قضائياً صادراً من هيئة قضائية مستقلة مختصة بل نذهب إلى أبعد من ذلك إذا ما قولنا أن القانون لا يستطيع أن يوقف تنفيذ حكماً قضائياً - فهذا النص فضلاً عما اكتنفه من شبهة عدم دستورية من إهداره للأحكام القضائية النهائية واقتتات وتدخل في عمل السلطة القضائية فهو يشكل أيضاً إخلالاً بمبدأ هام لا يقل أهمية عن سابقه هو إخلال كذلك بالمراكز والحقوق القانونية المكتسبة إستناداً إلى تلك الأحكام.

فمن المقرر أنه وفي نطاق القانون العام قد يؤدي المركز القانوني إلى حق مكتسب فالمراكز القانونية يجوز المساس بها بتعديلها بخصوص قرار فردي أو لائحي أو قانون أما الحقوق المكتسبة فلا يجوز المساس بها حتى بمقتضى قانون صادر من السلطة التشريعية.

وفي هذا المعنى ذهبت المحكمة الإدارية العليا بقولها أن القانون بوجه عام يحكم الوقائع والمراكز القانونية التي تتم تحت سلطانه أي في الفترة ما بين تاريخ العمل به وإلغائه وهذا هو مجال تطبيقه الزمني فيسرى القانون الجديد بأثره المباشر على الوقائع والمراكز القانونية التي تقع أو تتم بعد نفاذه ولا يسرى بأثر رجعي على الوقائع أو المراكز القانونية السابقة عليه.

(في هذا المعنى حكم الإدارية العليا في 1767 لسنة 2 ق.ع جلسته 1957/3/30)

بل ان المحكمة الدستورية العليا نفسها قد قيدت الأثر الرجعي لأحكامها بعدم دستورية نص تشريعي بألا يمس حقاً أو مركزاً قانونياً إستقر بحكم نهائي أو بات أو بمقتضى التقادم بما يعني أن هذه المراكز القانونية أصبحت حقوقاً مكتسبة لأصحابها _ وفي ذلك ذهبت محكمة النقض إلى أنه يُترتب على الحكم بعدم دستوريته نص قانوني أو لائحة عدم نفاذها من تاريخ نشر هذه الأحكام في الجريدة الرسمية وتكون ملزمة لجميع جهات القضاء منذ هذا التاريخ ليس في المستقبل فحسب إنما بالنسبة إلى الوقائع السابقة على صدور الحكم بعد دستورية النص ويستثنى من ذلك الأثر الحقوق والمراكز القانونية التي تكون قد إستقرت عند صدورها بحكم حائز قوة الأمر المقضى به وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون 48 لسنة 1979 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا إعمالاً لنص المادة 3/49 من القانون.

(في هذا المعنى حكم محكمه النقض في الطعن رقم 1118 لسنة 49 ق جلسته 1986/4/30 مكتب فني السنة 37 ص 503)

عاشراً: مخالفة المادتين الأولى والثانية من القانون الطعين للمواد 32، 33، 34 من الدستور:³²

³² راجع المستشار الدكتور عمر حماد- تقرير هيئة مفوضي المحكمة الإدارية العليا في الطعن 27384 لسنة 60 ق والذي أوصى بإحالة المادتين الأولى والثانية من القانون الطعين للمحكمة الدستورية العليا

"ومن حيث أن المادة 32" من دستور جمهورية مصر العربية 2014 تنص علي أنه "موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب وتلتزم الدولة بالحفاظ عليها وحسن إستغلالها وعدم إستنزافها ومراعاة حقوق الأجيال القادمة فيها.

ولا يجوز التصرف في أملاك الدولة"

وتنص المادة 33 منه علي أن " تحمي الدولة الملكية بأنواعها الثلاثة الملكية العامة والملكية الخاصة والملكية التعاونية"

وتنص المادة 34 من علي أن "الملكية العامة حرمة، ولا يجوز المساس بها، وحمايتها واجب وفقاً للقانون" ومن حيث ان مفاد ما تقدم أن الوثيقة الدستورية التي وضعت بعد ثورتين مجيدتين حرصت من خلال نصوصها ومبادئها الدستورية التأكيد علي حماية الملكية العامة وصيانتها وجعل ذلك واجباً والتزام علي الدولة. وهذا الخطاب الدستوري كما أنه يخاطب الأفراد بعدم العبث أو التعدي علي الملكية العامة فهو في ذات الوقت خطاباً أشد توجيهها وإلزاماً للدولة وأجهزتها القوامة علي إدارة المال العام – نابعاً من ضرورة العمل علي تنظيمها بما يحقق المقاصد الشرعية المتوخاه منها وهي مقاصد ينفاهها ويناقضها إهدار المال العام وإدارته عبثاً أو متخذاً طرائق تناقض مصالح الجماعة .وفي ذات الوقت فإن النص الدستوري يتضمن إلزاماً أخلاقياً لا يقل أهمية عن إلتزامها المادي بأن تكون يدها علي المال العام هي يد أمينة تعود بالخير علي المجتمع وإنها مستخلفة فيه بما يضمن عدم المساس به أو إهداره.

وفي هذا المعني تقول المحكمة الدستورية العليا بأن "الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تبدل فيها الأصل فيها أن الأموال جميعها مردها إلي الله تعالي إنشائها وبسطها وإليه معادها ومستخلفا فيها من عهد إليهم بعمارة الأرض وجعلهم مسئولين عما في أيديهم من الأموال لا يبدونها أو يستخدموها إضراراً . يقول تعالي " وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه " وليس ذلك إلا نهياً عن الولوع بها في الباطل، وتكليفها لولي الأمر أن يعمل علي تنظيمها بما يحقق المقاصد الشرعية المتوخاه منها، وهي مقاصد ينفاهها أن يكون إنفاق الأموال وإدارتها عبثاً أو إسرافاً أو عدواناً أو متخذاً طرائق تناقض مصالح الجماعة أو تخل بحقوق للغير أولي بالاعتبار .

(في هذا المعني حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوي رقم 6 لسنة 9 ق دستورية – جلسة 18 / 3 / 1995 .)

ومن حيث ان دستور جمهورية مصر العربية وإن كان لم ينص علي اعتبار أن الملكية العامة هي ملك للشعب إلا إن هذا المفهوم ظهر جليا واضحا من الدخول بعمق وتفسير نصوصه في ضوء إرتباطها وتكاملها مع بعضها البعض بما يحقق الإنسجام فيما بينها فعندما ينص في مادته (32) بأن موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب ويستكمل في ذات المادة النص علي أنه لا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة، ثم يعقب ذلك النص في المادة 34 منه علي أن الملكية العامة غير قابلة للتصرف فيها أو المساس بها فإن هذا يعني أن المشرع الدستوري أخرج كل مال يصدق عليه لفظ المال العام أو الملكية العامة من دائرة التصرف وأصبح بحكم هذا الوصف مالا غير قابل للتعامل فيه، ومن ثم تكون يد الدولة علي هذا المال هي يد الوكيل والمفوض فقط من قبل جموع أفراد الشعب في إدارة هذا المال دون التصرف فيه .

وتلك القاعدة لها أصل شرعي في مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء – فلقد إتفق الفقهاء علي أن وظيفة ولي الأمر في المال العام وظيفة النائب، وهي فرع وظيفته العامة علي شؤون المسلمين، قال ابن العربي: الأمير نائب عن الجميع في جلب المنافع ودفع المضار. وقال ابن تيمية: وليس لولاة الأمور أن يقسموها بحسب أهوائهم كما يقسم المالك ملكه، فإنما هم أمناء ونواب.. ليسوا ملاكاً. وقال ابن رجب: والإمام هو النائب لهم والمجتهد في تعيين مصالحهم. وقال الدسوقي: الإمام... إنما هو نائب عن المسلمين، وربما عبر بعض أهل العلم عن تلك الوظيفة بتعبير مقارب، وهو أنه وكيل عن المسلمين، أو وصي، وهذه الألفاظ الثلاثة وإن قدر أن بينها إختلافاً في الأحكام، غير أنها تشترك في الدلالة علي أمر هو مقصود – هنا – وهو أن ولي الأمر حين يتصرف في المال العام فإنه لا يتصرف فيه بالأصالة، وإنما بالنيابة، أو الوكالة .

ومن الأدلة علي أن مالك المال العام للمسلمون، وأن وظيفة ولي الأمر فيه وظيفة النائب لا المالك:

الدليل الأول: قال الله - عز وجل :- (مَا أَقَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَاللرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَإِذَا السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ) لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا وَيُنصِرُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ هُمُ الصَّادِقُونَ وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَجِدُونَ فِي صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِمَّا أُوتُوا وَيُؤْتُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَنْ يُوقِ شَحْنًا نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ وَلَا تَجْعَلْ فِي قُلُوبِنَا غِلًّا لِلَّذِينَ آمَنُوا رَبَّنَا إِنَّكَ رَءُوفٌ رَحِيمٌ) (الحشر 7 - 10) بين الله - عز وجل - في هذه الآيات مصارف الفئ وهو من مواد المال العام فاستوعب المسلمين جميعاً، وعلل صرفه إلي هؤلاء بقوله: (كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم) .

ومن هذا البيان أمرين :

1- أن الفئ ليس بملك فرد، ولا يجوز لفرد ولا طائفة الاختصاص بملكه أو الإنتفاع بشئ منه دون المسلمين سواء أكان هذا الفرد ولي الأمر أم غيره .

2- أن مالك الفئ المسلمون جميعاً، لأن مصرفه إليهم جميعاً ويدل على هذا أن عمر لما قرأ هذه الآيات قال: استوعبت هذه الآية الناس، فلم يبق أحد من المسلمين إلا له فيها حق - أو قال حظ - إلا بعض من تملكون من أرقامكم وإن عشت - إن شاء الله - ليؤتئين كل مسلم حقه - أو قال حظه - حتي يأتي الراعي بسرو حمير ولم يعرق فيه جبينه.

الدليل الثاني: عن أبي هريرة رضي الله عنه - قال : قال رسول الله صلي الله عليه وسلم : ما أعطيك، ولا أمنعكم، أنا قاسم أضع حيث أمرت وفي لفظ إن أنا إلا خازن ، ووجه الدلالة من الحديث .

دل الحديث علي عدم ملك رسول الله صلي الله عليه وسلم المال العام بنفسه ملك إعطاء أحد، أو منعه، وأن وظيفته فيه الحفظ والقسم، إذ لو كان ملكه لملك حق الإعطاء والمنع كسائر المالكين .

قال ابن تيمية - بعد إيراد هذا الحديث : فهذا رسول رب العالمين قد أخبر أنه ليس المنع والعطاء بإرادته أو اختياره كما يفعل المالك الذي أبيض له التصرف في ماله... فإذا كان رسول الله صلي الله عليه وسلم - علي عظم منزلته ، لا يملك المال العام، كان من بعده من ولاة الأمور أولي بذلك لأن غاية منزلتهم أن يكونوا خلفاءه .

الدليل الثالث : عن حولة الأنصارية قالت : سمعت رسول الله يقول : إن رجالاً يتخوضون في مال الله بغير حق، فلهم النار يوم القيامة، وفي رواية: إن هذا المال خضرة حلوة، من أصابه بحقة بورك له فيه، ورب متخوض فيما شاعت نفسه من مال الله ورسوله ليس له يوم القيامة إلا النار .

وجه الدلالة من الحديث: المراد بالمال هنا المال العام، لأنه يسمى مال الله وتوضح ذلك رواية الترمذي من مال الله ورسوله، إذ هذه الإضافة خاصة بالمال العام الذي لا يملكه فرد بعينه، والمراد بالتخوض: أخذه وتملكه والتصرف فيه تصرف المالكين، ففي الحديث الوعيد الشديد للمتخوضين في المال العام، وأولي من يتوجه له هذا الوعيد ولي الأمر، إذ الغالب أنه لا يقدر علي التخوض في المال العام إلا هو، أو من له به صلة، فلو كان المال ماله لما توجه إليه الوعيد، ولجاز له التصرف فيه، كما يتصرف المالك في ملكه، فلما كان ممنوعاً من ذلك دل علي أنه لا يملكه .

الدليل الرابع : أدلت سيرة الخلفاء الراشدين في المال العام علي أنهم لم يكونوا يرون لهم فيه حقاً دون المسلمين، فضلاً عن أن يروه ملكهم، ومما جاء في هذا:

1-عن عائشة - رضي الله عنها - قالت : لما استخلف أبو بكر قال : قد علم قومي أن حرفتي لم تكن تعجز عن مؤونة أهلي، وشغلت بأمر المسلمين، فسيأكل آل أبي بكر من هذا المال، وأحترف للمسلمين فيه وجه دلالة من الأثر: أفاد إعتذار أبي بكر عن الأخذ من المال الذي وليه للمسلمين بانشغاله بأمرهم، واحترافه لهم فيه أمرين:

الأول: أنه ليس بماله، إذ لو كان ماله لما احتاج أن يعتذر عن الأخذ منه.

الثاني: أنه مال المسلمين، لأنه علل الأخذ منه بانشغاله بأمرهم، وإلا لم تظهر مناسبة بين العلة والمعلول، فكأنه قال :

(إنما أخذت من مالهم عوض عملي لهم)

2-عن يرقاً قال: قال عمر بن الخطاب: إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة ولي اليتيم إن إحتجت أخذت منه، فإذا أيسرت رددته، وإن إستغنيت إستعفتت (30) وفي رواية: وإنما أنا ومالك كولي اليتيم (31) وفي هذا الأثر دالتان :

الأولي: في قوله مالك فأضافه إليهم، فدل علي ملكهم له، والمراد بالمال - هنا - المال العام، الذي وليه لهم، لا الخاص بهم، لأنه لا ولاية له عليهم فيه .

الثانية: في قوله بمنزلة ولي اليتيم نص علي وظيفة الإمام في مال المسلمين العام ، التي تشبه وظيفة ولي اليتيم في مال اليتيم، وولي أمر اليتيم نائب عن اليتيم، فكذاك ولي الأمر نائب عن المسلمين .

3-عن عبيد بن عمير أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال: والله لأزيدن الناس ما زاد المال... هو مالهم يأخذونه"، فسماه مالهم لا ماله .

4-عن ناشر بن سمي قال: سمعت عمر بن الخطاب يقول يوم الجابية - وهو يخطب الناس: إن الله جعلني خازناً لهذا المال وقاسماً له فنص علي أن وظيفته فيه حفظه وقسمه بين أهله علي وفق شرع الله لا وظيفة المالك الذي يصرفه كيف شاء .

5-وعن المسألتين، فمالك مال المسلمون، ونائبهم عليه ولي الأمر.

6-عن مالك بن أوس قال: كان عمر يحلف علي أيمان ثلاث: والله ما أحد أحق بهذا المال من أحد، وما أنا أحق به من أحد. الربيع بن زياد الحارثي أنه وفد علي عمر.. وفيه قال عمر: ألا أخبرك بمثلي ومثل هؤلاء، إنما مثلنا كمثل قوم سافروا، فجمعوا مالاً، وسلموه إلي واحد ينفقه عليهم، فهل يحل لذلك الرجل أن يستأثر عنهم من أموالهم ؟

وتلك قاعدة شرعية صريحة في أن ولي الأمر بمنزلة فرد في رعيته في الاستحقاق من المال العام.

وبعد هذه النصوص الصريحة الصحيحة لا تبقى شبهة في أن المال العام هو حق لجميع المسلمين، ليس لأحد منهم أن يختص به دون الآخر، وأن وظيفة ولي الأمر فيه وظيفة النائب .

كما أكد علي هذا المعني في إفصاح جهير بأن الملكية العامة هي ملك للشعب وأن الحكومة ما هي إلا نائبة في إدارة هذا المال إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع بقولها " العقد الإداري أولاً تبرمه هيئة عامة من أشخاص القانون العام والهيئة العامة تبرمه ثانياً لا فيما تنزل فيه منزلة الأفراد وأشخاص القانون الخاص من بيع و إيجار ونحوه، ولكنها تبرمه في إطار إستخدامها لسلطتها وما نيظ بها من أمانات إدارة المصالح العامة وإنشاء المرافق العامة وتنظيمها وتسييرها أي أنها تبرمه بمناسبة تصديها للشأن العام للجماعة وممارستها لوسائل الرعاية والتنظيم والضبط التي ما قامت الهيئات العامة وما تبوأت مكانتها في المجتمع علي رأس الجماعة إلا للقيام بها. والعقد الإداري ثالثاً وبموجب الأمرين السابقين يتضمن شروطاً إستثنائية مما لا يعتاد في العقود المدنية التي تبرم بين طرفين ندين، وهنا تختلط علاقات التعاقد التي يعرفها فقه القانون الخاص تختلط بأوضاع الإمارة والسلطة التي ترصد في مرجعيتها ليس فقط إلي الرضاء الإتفاقي في صياغة عقد ما ولكنها ترصد في بعض وجوه مرجعيتها إلي قوامه الدولة علي المجتمع وسلطانها عليه لحماية الجماعة وتنظيم شئونها العامة وتسيير مصالحها العامة. ومن قوامه الدولة علي الشأن العام تتفرغ التفاريع إلي الهيئات والمصالح وسائر الوحدات العامة التي تنقسم نوع نشاط ومكان وإقليم ومجال تخصص. ومن جهة فإن الشأن العام هو شأن الجماعة مصالح وأوضاعاً ومقاصد منشودة. والجماعة تشخصها الدولة وتقوم عليها من الناحية المؤسسية التنظيمية، والدولة التي يدرسها القانون الدولي العام بوصفها شعباً علي إقليم عليه حكومة هذه الدولة يرسم الدستور كيانها التنظيمي العام وهي لا تتشكل من هيئة واحدة ولكنها تتكون من الناحية التنظيمية من هيئات كبري تتوزع عليها مراحل تشكيل العمل العام وذلك بما عرف من سلطات التنفيذ والتشريع والقضاء وهي تشكلها بالتنسيق بين هذه الجهات فهو تنسيق يحفظ قدرأ من التوازن لا يمكن أحداها من إستيعاب مكنة القيام وحدها بالعمل العام فالدولة كتنظيم مشخص للجماعة يستمد من هذا التشخيص مبرر قيامه ويستمد من شرعية نفاذ القول علي الغير بشأن أوضاع الجماعة حفظاً وضبطاً وتسييراً وتنمية في كل المجالات هذه الدولة تقوم علي مفهوم النيابة عن الجماعة والتمثيل لها وهو تمثيل يخضع لأصول ثلاثة أولها: تعدد التنظيمات الأساسية التي تشكل منها الدولة فلا تكون كياناً تنظيمياً واحداً، وثانيها: اختلاف أساليب التشكيل لهذه التنظيمات وفقاً لإختلاف المهام الموزعة عليها باعتبار أن سلطة التقرير تكون بالإنتخاب، وسلطة التنفيذ ذات القوة المادية تكون بالتعيين من أعلى مع خضوعها لقرارات السلطة الأولى، وسلطة الرقابة علي الشرعية تقوم إستقلالاً بمراعاة توازن السلطين الأوليين وكل ذلك هو الدولة. وثالثها: أن وظائف التقرير والتنفيذ لا تستمد أي من الجهات شرعية ممارستها إلا بوصف هذه الجهة ممثلة أو نائبة عن غيرها فلا يوجد من يتصرف في شأن عام إلا وهو مفوض بذلك لا أصيلاً عن نفسه ولا صاحب شأن بذاته هيئة كان أو مجلساً أو فرداً إنما هو قوام علي شأن عام. بموجب وصف تمثيلي وصفة تفويضية أتته من مستند عام دستوراً كان أو قانوناً أو لائحة أو قراراً فردياً، وهو ما يعبر عنه بالإختصاص في مجال القانون العام لهيئة أو فرد هو تفويض تستمد من الجهات المختصة هيئة كانت أو فرداً صلاحيتها في إصدار العمل العام أو التصرف في شأن عام.

ومن جهة أخرى فإن أي تصرف يصح وينفذ علي نفس المتصرف وما له بموجب توافر شروط أهلية المتصرف التي تمكنه من إلزام نفسه بقول يصدر عنه وأي تصرف يصح وينفذ في حق غير المتصرف بموجب ما يتوافر للمتصرف من ولاية إمضاء القول علي هذا الغير والولاية خاصة أو عامة وهي خاصة إن كانت توافر فيها مكنة غمضاء قول علي الغير إذا كان شخصاً معيناً أو جماعة محصورة وقابلة للتعيين كل بذاته. وهذه الولاية إما أن تكون نيابة مصدرها القانون كالولي الشرعي علي طفله أو مصدرها القضاء كالوصي المعين علي الصبي أو مصدرها الإتفاق كالوكالة أو التفويض ونحوه. وإنما أن تكون ولاية عامة أن توفر لها مكنة إمضاء القول علي غير ليس محددأ ولا محصورأ ولا معيناً وهي ما يتعلق بالدولة في الشئون العامة وما يتفرع عن أجهزتها وتنظيماتها وهيئاتها ووحداتها وأفرادها. وهو لا تقوم ولا بمستند شرعي من دستور أو قانون أو لائحة أو قرار فردي. والأصل المرجوع إليه حالة عدم وجود النص وهو الإباحة فيما يتعلق بتصرف الشخص في شئون ذاته وماله اما في أحوال الولاية خاصها وعامها فإن الأصل الرجوع إليه بشأنها إذا لم يوجد مستند شرعي الأصل ساعتها هو المنع لأنه لا مضاء قول لشخص علي غيره إلا بمستند يجيز هذا المضاء ولا سلطان لأحد علي غيره ولا أمرة لشخص علي من سواه إلا بحكم شرعي يجيز هذا النفاذ علي الغير فليس من سلطة عامة إلا وهي مقيدة ومحدودة بمستند شرعيتها. والعقد الإداري ثاني وسيلتين للجهات القوامه علي العمل العام في التصرف وتسيير المصالح العامة وإدارة الشئون العامة وأولي الويلتين هو القرار الاداري وهما يتفقان في ضوابط إعمالهما باعتبارهما صادرين عن ولاية تستند

لاختصاص مفوض بإجراء التصرف في شأن يتعدي ذات مصدر القرار إلي مال ومصالح وشئون هو أمين عليها بموجب حكم شرعي وفي نطاق ما جري شرعاً تخويله به وتفويضه فيه ويقدر ما تكون السلطة ويقدر ما تتفصح المكنة بقدر ما ترد القيود والضوابط وقد تسنح الروادع والسلطة المكفولة للإدارة العامة في العقد الإداري تقابلها القيود التي ترد علي إرادتها في التعاقد وممارسة الشؤون العامة وملكية الدولة للمال العام والخاص الذي تشرف عليه أشخاص القانون العام وإدارة وإستغلالاً وتصرفاً إنما ترد عليه من القيود والضوابط ما تصل مخالفة بعضه إلي حد الجريمة وكل ذلك بحسبان أن مال الدولة عام كان أو خاصاً مملوك لمن يديره ولمن هو مخول مكنة إستغلاله أو التصرف فيه إنما هو للدولة كشخص إعتباري عام والدولة لا تستوعب إرادتها كاملة في إرادة أي من مكوناتها العامة أو الوحدات التي تنقسم إليها الوظائف المؤداه والإدارة العامة للدولة هي جماع ما توزعت عليه أعباء القيام بالعمل العام بحكم الدستور والتشريعات والقرارات وتصح إرادة أي من الوحدات العامة في استغلال والتصرف بإعتبار ما هي مفوضة فيه من إختصاص زمان أو مكان أو مجال عمل وتخصص وبحسبانها أمينة ونائبة فيما تقوم به من أعمال وهذا هو مفهوم الإختصاص الحاكم لوجوه نشاط الأشخاص العامة ولا تصح إرادتها مفوضة في العمل إلا بشروط التفويض الصادر إليها والمنظم لإرادتها من أحكام موضوعية وإجراءات وردت بالتشريعات وهذا هو أساس الإلتزام بأحكام التشريع والإجراءات المرسومة عند إعمال إرادة أي من الجهات العامة والأمر أمر ولاية عامة ولا تمارس ولاية عامة إلا بشرطها المضروب وفي نطاقها المعين وبالقيود الضابطة لها وهو أمر نيابة لا تمارس إلا بشرطها المضروب وفي نطاقها المعين وبالقيود الضابطة لها. وعلى أي من وصفى الولاية أو الإثابة فليس للولى غيره فيما ولى عليه إلا بإذن من ولاه وليس لنائب أن ينيب غيره فيما فوض فيه إلا بإذن من أنابه ومن هنا تظهر قاعدة أن التفويض لا يرد على تفويض والعقد الإداري يرد في نطاق الإختصاص المعين للجهة العامة المتعاقدة فلا يجاوز هذا الإختصاص وليس لجهة عامة مسئولة عن مرفق معين أن تنزل عنه لغيرها على خلاف ما أجازته التشريع الذي أقامها على هذا المرفق وليس لها أن تعدل من أسلوب الإدارة والتسيير بما يجاوز ما رخص التشريع لها به ولا أن تفوض غيرها في شأن لم يجز لها التفويض فيه صراحة وجهة الإدارة العامة أيضاً مقيدة في تعاقدها بما رسمه التشريع من إجراءات تتعلق بطريقه إختيار المتقاعد معها وطريقه إتمام التقاعد معه وشروط ذلك وضوابطه وأحواله كما إنها مقيدة بأوضاع ورسوم تتعلق بممارستها لسلطاتها التعاقدية واستيفاء حقوقها العقدية من الطرف المتعاقد معها وأسلوب استخدامها لإمكانات إنهاء العلاقة العقدية أو فسخها أو غير ذلك.

(في هذا المعنى فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فتوى رقم 160 بتاريخ 1997/2/22 جلسة 1996/12/18 رقم 54 / 239)

ومن حيث إن النصوص الدستورية المشار إليها ولئن نصت صراحة على التأكيد على حماية الملكية العامة إلا أنها لم توضح وسائل تلك الحماية ومن ثم فإن المصادر الأخرى للقانون قد تكلفت بسداد هذه الثغرة أخذاً بالمبدأ العام بضرورة إطراد سير المرافق العامة وعدم قابليتها للتصرف فيها بيد أن وسائل الحماية هذه وإن كانت تسرى لردع تعدى أفراد المجتمع على المال العام فإنها تسرى أيضاً لمواجهة تصرفات الدولة الخاطئة إذا ما أبرمت تصرفاً زال معه مضمون الحماية الدستورية التي كفلها القانون له وتحقق أوجه الحماية في هذا الصدد بتقرير قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام بحيث إذا تم ذلك التصرف عد باطلاً ويشمل ذلك التصرف بمقابل كالبيع أو بدون مقابل أي مجاناً بطريق الهيئة بإعتبار أن المال العام ليس مملوكاً للدولة بذات السلطات التي يمتلكها الأفراد بالنسبة لما يملكونه لأن المال العام خارج إطار التعامل بموجب تخصيصه للنفع العام، ويد الدولة عليه أقرب إلى يد الأمانة والرعاية منها إلى يد المتصرف.

وتتحقق وسائل حماية الملكية العامة في مواجهة تصرفات الدولة بحق الأفراد أصحاب الصفة والمصلحة الأصلية والأصيلة في إلتجانهم إلى القضاء فحق النقاضي في تلك الحالة هو وسيلة لغاية أسمى وأهم مناطها الحفاظ على الملكية العامة ، من ناحية ومن أخرى تفعيل دور الرقابة الشعبية ضد مظاهر إعتداء الدولة ذاتها على الملكية العامة إذا ما أساءت التصرف والإدارة على نحو مخالف للقانون أو يهدد حقوق المجتمع، ومن ناحية ثالثة إقامة نوع من التوازن بين سلطات الدولة في إدارة المال العام وبين حق الأفراد في الدفاع عن الملكية العامة وما يقتضيه ذلك الحق من مراقبه تصرفات الإدارة المسؤولة والقوامة على إداره المال العام.

وهذا الحق إنما هو مشتق من مضمون النصوص الدستورية والتي تؤكد على هذا المعنى حال إستنباطها الهدف من خلال ما تقره تلك النصوص من مبادئ دستورية استقرت وعلت وتأكدت طبيعتها حتى لو لم ينص عليها الدستور صراحة فهي مبادئ دستورية انبثقت من أصل الحق وطبيعته ومن مدى إرتباط النصوص الدستورية بنصوص أخرى أكثر قوة في عباراتها ومن خلالها يمكن تخريج استنباط المعنى من خلال الدلالات القانونية وما يعنيه ترتيب النصوص الدستورية إستنادا إلى وحدة الموضوع ونوع الحق المنصوص عليه ويفهم من ذلك أنه ومن أجل إستخلاص هدفا معينا ومقصد بذاته في نص من النصوص الدستورية إذا كانت عباراته حمالة لأوجه متعددة فإنه يمكن البحث عن هذا الهدف في نصوص أخرى قاطعة الدلالة على مراد المشرع الدستوري متى كانت النصوص ذات إرتباط عضوي وموضوعي أو متصله بذات الهدف ولبيان ذلك فإن الدستور وإن كان في نصوصه 32 و 33 و 34 لم يشر إلى حق الأفراد في حماية المال مثلما فعل في دستور 1971 و 2012 إلا أن هذا الحق هو حقا إستفاد ضمينا من طبيعه الملكية العامة وما قصده المشرع في تلك النصوص من إخراج هذا المال من دائرة التعامل وعله إخراجها منها باعتبار أنه مال مملوك على الشيوخ لكل أفراد الشعب لذلك فهو مفهوم مستقر وثابت لا يتغير بتغير النصوص الدستورية سواء تم النص عليه إن لم يتم لأنه مشتق من أصل الحق ومضمونه.

ولما كان ذلك وحيث إن المادة الأولى من القرار بقانون رقم 32 لسنة 2011 وفقا لما جرى عليه نصها فإنها لم تستبعد الملكية العامة والأموال العامة من دائرة التصرفات التي يمكن أن ترد ضمن عقود الدولة بحيث أنه وبموجب هذه المادة أضحى من حق الولة أو أحد أجهزتها العامة التصرف في الملكية العامة أو إهدى أصول الدولة وهو الذي يعد في حد ذاته مخالفاً لأحكام الدستور - فالمخالفة هنا لا تتعلق بتحسين عقود الدولة أو حتى إدراج شروط معينة بقدر ما تتعلق بنوعية المال محل التعامل وعدم استبعاد الملكية العامة والمال العام من دائرة التصرفات وإحترام الحماية الدستورية لتلك الأموال وما يستتبعه ذلك من غل يد الدولة عن التصرف في الملكية العامة.

(راجع تقرير هيئة مفوضي الإدارية العليا في الطعن 27384 لسنة 60 قضائية- المستشار الدكتور عمر حماد)

حادى عشر: المادتين الأولى والثانية من القانون الطعين يشوبهما عيب الإنحراف بالسلطة التشريعية:

الأصل أن السلطة التشريعية عندما تقوم بواجبها الدستوري في سن القواعد القانونية فإنها ترنو إلى إشباع حاجات المجتمع وتلبية متطلباته التشريعية، فهي لا تمارس العملية التشريعية تشهيا، وإنما سعيا وراء تحقيق أغراض تحددها سلفا، فتكون القاعدة القانونية هي نتيجة لدوافع وجهت السلطة التشريعية إلى إصدارها سعياً لتحقيق أغراض مقصودة وأهداف معينة غايتها المصلحة العامة، والمفترض كذلك في المشرع أنه لا يستهدف غير تلك الأغراض التي يأذن الدستور بها أو تلك التي لا يعارضها، فلا يجوز له مطلقا حال القيام باختصاصاته أن تكون له غاية أخرى غير تحقيق الصالح العام، ولا يكفي أن يصدر التشريع مراعيًا لما جاء في الدستور من قواعد وقيود ومتوافقا معها، وإنما يجب أيضا أن يكون هذا التشريع متلائما مع روح الدستور وما أستهدفه من مقاصد وغايات، لذا يحرص المشرع في كل قاعدة تشريعية يقوم بسنها علي توكيد أنه من ناحية لم ينتهك نصا من نصوص الدستور أو ينل من أحد ضماناته، ومن ناحية أنه ما استهدف من وراء التشريع إلا تحقيق الصالح العام.³³

ويتعلق عيب الانحراف التشريعي بالغاية من التشريع وتقوم رقابته علي دراسة حقيقة الهدف الذي استهدف المشرع تحقيقه من وراء القانون، فإذا ما تبين لجهة الرقابة أن المشرع لم يستهدف من وراء النص التشريعي المطعون عليه المصلحة العامة بوجه عام أو المصلحة العامة المخصصة التي حددها له الدستور وأن أصدره لم يكن سوي استهداف لتحقيق مصلحه أو جلب ضرر لشخص أو جماعه معينة ، أو طائفة خاصة ولم يكن استهدافا للصالح العام

³³ د.جابر محمد حجي - السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - الطبعة الاولى 2012 ص 419، 420

فإنها تقضي بعدم دستورية هذا القانون لانطوائه علي عيب الانحراف التشريعي لذلك يلزم التأكيد علي أن البحث في توافر هذا العيب من عدمه هو البحث في ركن الغاية في التشريع دون أن يتعداه إلي غيره إلا بالقدر اللازم لاستجلاء حقيقة توافره من عدمه³⁴

وحتى لو أصدر المشرع تشريعا قصد به أن يضر أو أن يفيد بعض الأفراد أو الهيئات -ويقع ذلك في بعض الأحيان- فإنه يحرص دائما علي أن الباس هذا التشريع ثوبا من المصلحة العامة ولا يذكر له من الأسباب إلا ما يمت لهذه المصلحة فالتشريع الذي صدر بانقاص سن الاحالة إلي المعاش للمستشار بمحكمة النقض من الخامسة والستين إلي الستين وكان سببا في إحالة بعض مستشاري هذه المحكمة إلي المعاش والتشريع الذي صدر بخفض درجات النجاح في الامتحانات الجامعية وكان سببا في انجاح بعض الطلبة الراسبين كل هذه التشريعات قيل في شأنها انها تمت للمصلحة العامة يصعب اذن اتخاذ معيار للانحراف في استعمال السلطة التشريعية ينطوي ولو في شق منه علي عنصر ذاتي.

ويذهب المرحوم الدكتور السنهوري إلي أنه يجب عند القول بانحراف المشرع في استخدام سلطته الإعتماد بشكل كامل علي معياراً موضوعياً محضاً لا يدخله أي عنصر ذاتي وحدد المستشار السنهوري خمس فروض موضوعية للانحراف بالسلطة التشريعية.³⁵

وينطبق علي القانون الطعين ثلاث فروض موضوعية من الفروض الخمسة التي تكلم عنها الدكتور السنهوري

الفرض الأول: مجاوزة القانون الطعين الغرض المخصص الذي رسم له :

بمطالعه المذكرة الإيضاحية للقانون الطعين نجد أن القانون الطعين قد تم إصداره خصيصاً للتصدي للدعاوي القضائية المرفوعة أمام محكمة القضاء الإداري للنظر في صحة عقود البيع التي تبرمها الحكومة فيما يتعلق بتطبيق برنامج الخصخصة أو تخصيص الأراضي الخاضعة لهيئة المجتمعات العمرانية الجديدة ، والتي صدر بعض الأحكام النهائية فيها وقضت جميعها ببطان عقود البيع التي أبرمتها جهة الإدارة مع المستثمرين، ولما كانت السلطة التنفيذية تهيم علي مفردات التشريع في هذه المرحلة الانتقالية ، فإنها قامت بتحصين تعاقدها بأعتراف أن هذا الطريق هو الأسهل بالنسبة لها لضمان استمرار تعاقدها ، بدلا من قيامها بتحديث طرق الإدارة داخل دولا العمل الخاص بأجهزتها الإدارية المختلفة لضمان عدم ابرام تعاقدها بالمخالفة للنصوص القانونية ، وبتحصين أعمالها من شبهات الفساد التي سيطرت علي أداء عمل الحكومة طوال السنوات الماضية قبل ثورة 25 يناير المجيدة ، التي ضحي شهدائها بكل غالي ونفيس من أجل تحرير الدولة المصرية من براثن الفساد، وتقوية هذه الدولة بوضع سياسات جديدة وسن مجموعة من التشريعات التي تكافح الفساد وتحافظ علي الأموال العامة للدولة وتحفظ حقوق الأجيال القادمة في مقدرات هذا الوطن، فالأثر المباشر المترتب علي تطبيقها للقانون هو إنقضاء دعاوي القضائية التي حركها عمال العديد من الشركات التي تعرضت للخصخصة وأهدرت أموالها وخالف المستثمرين العقود التي أبرمت بينهم وبين الدولة .

الفرض الثاني: كفالة الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضوعية

يتمتع المشرع بسلطة عامة من تنظيم عديد من الحريات والحقوق العامة حيث نص الدستور علي تنظيم هذه الحقوق والحريات بقانون وعليه يجب ألا ينحرف عن الغرض الذي قصد إليه الدستور وهو كفالة هذه الحريات العامة.

³⁴ د.جابر محمد حجي - المرجع السابق ص 412، 422

³⁵ د. السنهوري - مقل الانحراف في استعمال السلطة التشريعية - مجلة مجلس الدولة - السنة الثانية ص 68

فاذا نقضها المشرع أو انتقص منها وهو بصدد تنظيمها كان تشريعه مشوباً بالإنحراف فالمشرع بدلاً من أن ينظم الحق نقضه أو انتقص منه تحت ستار التنظيم فكل حق وكل الدستور إلي المشرع تنظيمه بقانون قد رسم الدستور للقانون الذي ينظمه غاية مخصصة لا يجوز الإنحراف عنها وهي تنظيم هذا الحق علي وجه لا ينتقض³⁶ معه الحق

وبمراجعته القانون الطعين نجده قد صادر الحق في النقاضي، كما إعتدي علي حق مجلس الدولة في قيامه بدوره الرقابي علي أعمال الإدارة مما يشوب التشريع بإنحرافه واعتدائه علي الحقوق التي كفلها الدستور.

حيث جاء القانون الطعين مخالفا لمواد الدستور أرقام 94، 97، 184، 190، حيث تولت السلطة التنفيذية سلطة التشريع بالمخالفة للدستور، واعتدت علي حق المواطنين في اللجوء إلي قاضيهم الطبيعي، كما اعتدي التشريع علي اختصاص مجلس الدولة وأحال بيه وبين القيام بدوره الرقابي الذي خوله له الدستور

الفرض الثالث: احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها في غير ضرورة أو من غير تعويض

أن الأصل في القوانين أنها لا تسري علي الماضي حتي لا تمس الحقوق المكتسبة وقاعدة الحقوق المكتسبة هي قاعدة تمتد في جذورها إلي أعماق القانون الطبيعي والمبادئ الأساسية للعدالة ويلاحظ أن الاسراف في النص علي الأثر الرجعي للقوانين في القانون يعتبر إنحرافا في استعمال السلطة التشريعية فالقاعدة أن الإسراف في تقدير الأثر الرجعي يعد إنحرافا في استعمال سلطة التشريع، وأحد تطبيقات هذا الفرض هو إصدار البرلمان تفسيرا تشريعياً بأثر رجعي³⁷ ومن شأن ذلك المساس بالمراكز القانونية المستقرة فإذا أضفنا إلي الفرض الذي عرضه الفقيه الكبير الدكتور السنهوري أن التفسير التشريعي قد تضمن أحكاما جديدة تجاوز نطاق التفسير فضلا عن أنه تضمن مساساً بالأحكام القضائية وصدر للإلتفاف علي هذه الأحكام لأن من شأن صدور هذا التفسير أن يطبق بأثر رجعي ويهز المراكز القانونية كلها إزاء هذا التفسير ومن هنا كان الانحراف التشريعي هو العيب الذي يصيب التشريع لأن الظاهر أن هذا التشريع صدر في إطار السلطة التقديرية للمشرع وتحت ستار أنه تفسير لنص غامض في تشريع فينتطلب الأمر توضيح ما غمض من نصوصه فهو ظاهره صدر صحيحاً وفي إطار سلطة المشرع ولكن الإطلاع علي ضوابط هذا التفسير التشريعي وما يستهدفه في حقيقة الأمر والأثر المترتب عليه يكشف مخالفته للضوابط المقررة للتفسير التشريعي الصحيح ويجعله معيباً بالانحراف عن الصالح العام.³⁸

وهو ما ذهب إليه المحكمة الدستورية العليا في أحكامها المختلفة حيث قضت في القضية الدستورية رقم 34 لسنة 13 القضائية بجلسة 20 يونيو 1994 والتي تتلخص وقائعها في أنه علي أثر صدور القانون رقم 107 لسنة 1987 بتعديل بعض أحكام قانون التأمين الاجتماعي برفع معاش الأجر المتغير 50% من أجر تسوية هذا المعاش، تقدم بعض المحالين إلي المعاش في الفترة من أول أبريل 1984 إلي 30 يونيو 1987 إلي هيئة التأمين والمعاشات والتأمينات الاجتماعية طالبين رفع معاش الأجر المتغير إلي 50% تطبيقاً لأحكام هذا القانون، ولما رفضت الهيئة طلبهم لجأوا إلي المحاكم العادية والإدارية التي أصدرت الكثير من الأحكام لصالحهم. وعندئذ قامت هيئة التأمين والمعاشات باستصدار القانون رقم 1 لسنة 1991 ووضعت بمقتضاه شروطاً تؤدي إلي حرمان هؤلاء الأشخاص من هذه الزيادة، فطعنوا بعدم دستورية هذا القانون تأسيساً علي ما شابه من إنحراف

³⁶ د. السنهوري المرجع السابق ص 75

³⁷ د. السنهوري – المرجع السابق ص 81

³⁸ د. محمد ماهر أبو العنين – المرجع السابق ص 525، 526

تشريعي يتمثل في صدوره بمناسبة قضية منظورة أمام المحاكم لا ينطبق إلا عليها وتعديله في أحكام تشريع سابق عليه بحجة تفسيره علي خلاف ما هو مسلم به بصدد حدود التفسير التشريعي، فضلا عن مخالفته لأحكام المواد 40 ، 68 ، 69 ، 166 من الدستور .

وقضت المحكمة الدستورية العليا في هذه القضية بأحقية المحالين إلي المعاش في الفترة من أول أبريل 1984 إلي 30 يونيو 1987 في رفع معاش الأجر المتغير إلي 50% من أجر تسوية هذا المعاش، وبعدم دستورية القانون رقم 1 لسنة 1991 بشأن الأجر المتغير الذي أوجب استحقاق هذه النسبة للمؤمن عليهم الموجودين بالخدمة من أول يوليو 1987 لمخالفته نص المادتين 34، 40 من الدستور .

وتتضح بجلاء ظواهر الإنحراف التشريعي بالنظر للطابع الإجرائي للقانون الطعين من ناحية، وللغاية المعلنة من إصدار هذا القانون بمذكرته الإيضاحية من ناحية ثانية، وللأثار الكارثية -سواء القانونية أو الدستورية أو الاقتصادية الاجتماعية- التي سيرتبها إنفاذ هذا القانون من ناحية ثالثة فمن نافلة القول أن نشير إلى أنه وبالإطلاع على المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون أنها ذكرت أن هدف القانون هو تشجيع الإستثمار والحد من إبطال العقود التي تبرمها الدولة عن طريق إعادة ثقة المستثمرين في الدولة.

فقد ذهب المستشار الدكتور عمر حماد إلى ³⁹: 'فهذا القول والإيضاح له وجاهته وأهميته فما من دولة تستطيع النهوض في أى مجال من المجالات دون النمو اقتصاديا وفتح أسواقها ولكن وفي المقابل فإن تهيئة مناخ الإستثمار لن يتأتى أو يزدهر بتحسين العقود السليم منها والباطل وإهدار الأحكام القضائية أو إهدار أى ضمانات لمراقبة الأجهزة المسئولة فيها يتعلق بإدارة المال العام والملكية العامة إنما يأتي ذلك عبر إقرار منظومة متكاملة من القوانين والسياسات الإقتصادية التي تؤثر في ثقة المستثمر وتقعته بتوجيهه إستثماراته إلى مصر ومن ثم فإن مناخ الإستثمار إنما يكون في مجمل الأوضاع والظروف المؤثرة في إتجاهات تدفق رأس المال وتوظيفه فالوضع السياسي للدول ومدى ما يتسم به من إستقرار بتنظيماتها الإداريه وما تتميز به من فاعليه وكفائه ونظامها القانوني ومدى وضوحه وثباته وتوازن ما ينطوي عليه من حقوق وأعباء وسياسات الدول الإقتصادية وإجراءاتها وطبيعة السوق وآلياتها وإمكاناتها من بنى تحتية وعناصر الإنتاج وما تتميز بها الدول من خصائص جغرافية وديموغرافية على ذلك بشكل ما اصطلح على تسميته بمناخ الاستثمار يلاحظ من خلال هذا التعريف أن مناخ الاستثمار يعبر عن مفهوم شامل للأوضاع والظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والامنية والقانونية والتنظيمات الإدارية التي يجب أن تكون ملائمة ومناسبة لجذب وتشجيع الإستثمارات المحلية والأجنبية ويجب التأكيد هنا على أن السلامة قبل الربح مبدأ أساسى يحكم القرارات الإستثمارية في كل زمان ومكان.

وبالتالى فإن الحماية القانونية للمستثمر هي من أبرز الضمانات التي يعد تحدد بالمستثمرين إلى أن يقرروا إتخاذ قرار الإستثمار ومن ثم يكون تحفيز المستثمر الجاد بمنحه ضمانات الحماية من التعرض لمخاطر البلد المضيف كالحروب أو التأميم أو المنع من تحويل ناتج الإستثمار إلى الخارج هذه المخاطر لا تتعلق بالتعامل التجارى للمستثمر وسبل حصوله على تعاقداته فى الدولة المضيفة ومدى حرصه على مصالحه الوطنية والاقتصادية ومن ثم فإن المستثمر المخطئ والذي تعثرى تعاقداته شبهات الفساد لا يمكن اعتباره مستثمر حسن النية سيما عندما يكتشف الغرض من النقاد وأساليبه فى إنتهاك قوانين الدولة المضيفة وعدم المحافظة على النشاط محل الإستثمار والتعاقس عن تطويره ورعاية العاملين به، ومدى الإفساد والتخريب والتدمير الذى ألحقه بالمشروع المسند إليه، وعندما تشوب عملية التعاقد الفاسد الفاحش، فإن صمت القضاء عن هذه الجرائم وعدم القضاء بما هو حق بداع الحفاظ على المستثمر، أو بذريعه الحفاظ على مناخ الإستثمار لا يكون إلا إنكاراً للعدالة يعاقب عليه القاضى ومعاقبة من جانب القضاء لكل من يدافع عن المال العام ويطالب بمستثمر حريص على حماية ورعاية مصالح الدولة المضيفة والمشاركة فى تنميتها وفى ذات الوقت ساع للحصول على ربحه المشروع متمتعاً بجميع حوافز الإستثمار وضمائنه، ومن ثم لا يكن القضاء بالحق والعدل إلا حمايه للمستثمر الجاد وتشجيعاً للإستثمار وتنقيّة لمناخ الإستثمار من المتسلفين والساعين لتدمير اقتصاديات الدولة المضيفة للإستثمار، ومن هنا فإنه يقع على عاتق الدولة ممثلة فى السلطة التنفيذية تخير المستثمر الجاد ومنحه أقصى الضمانات، وألا تسمح للمنتمين إليها أن يتريحوها على حساب الدولة والإستثمار بأى إسهام فى تخير مستثمر غير جاد،

³⁹ راجع تقرير هيئة مفوضى المحكمة الإدارية العليا فى الطعن 27384 لسنة 60 قضائية الذى أوصى بإحالة القانون الطعين للمحكمة الدستورية العليا

وأن تسارع إلى اتخاذ القرارات اللازمة والسريعة والحاسمة لمتقية أجواء الإستثمار من الغث والخييب، قبل أن تصل المنازعات إلى القضاء، وأن تنفذ ما يصدر من الأحكام القضائية التي تصدر لمواجهة ذلك الفساد وأن يطمئن المستثمر الجاد أنه في حماية الدولة المضيفة وحماية قضاء المشروعية لا يضيع له حق ولا يحرم من حافز أو ميزه أو ضمان طالما إنتم القانون وإحترم حقوق العمل وحقوق الدولة المضيفة.

وحيث إنه ليس من شك في أن المستثمر الحق هو من يسهم في تنمية المجتمع الذي يستثمر أمواله فيه ويعمل على النهوض بالمشروع المكلف بتنميته وتطويره وليس فقط تنمية أمواله واستثماراته على حساب التعاقدات التي إنتم بها ففضيلة الاستثمار الحق إنما تتمثل في قدره من التوازن بين رؤية جادة للدولة المضيفة للاستثمار بالحرص على رعاية مصالحها الوطنية وعلى رأسها الحفاظ على الممتلكات العامة وعلى العاملين بها وحقوقهم يقابلهم مسلك جاد من المستثمر في تعاوده مع سلطات الدولة المضيفة مسلك يخلو بالأقل من شبهات الفساد أو الإفساد فضلاً عن تنفيذ الالتزامات بحسن نية.

وهذا الأمر يتطلب أن يكون هناك نوعاً من التوازن بين المصلحة العامة وبين المصلحة الخاصة للمستثمر لا أن تقف الدولة موقف العاجز قليل الحيلة عن حمايه إقتصادها تحت دعوى حماية المستثمر أمام تصفية أملاكها العامة وشركاتها العامة منها والاقتصادية وتسريح عمالها المهرة والمدربين. فهل هذا الإستثمار الذي قصده المشرع من القانون، وهل تحصين عقود بيع أصول وممتلكات الدولة وشركات القطاع العام وقطاع الأعمال العام في صفقات مشبوهة ترتب عليها إهدار مليارات الجنيهات من أموال الشعب كما أثبت ذلك العديد والعديد من تقارير الأجهزة الرقابية في مصر ومنها الجهاز المركزي للمحاسبات بما أدى إلى تجريف الإقتصاد المصري، فهل هو الاستثمار الجدير بالحماية، وهل ما ترتب على تلك الصفقات من رهن وبيع المال العام لأكثر من مشتري، وتوقف تلك الصروح الاقتصادية التي تغياها المشرع من إصدار القانون وحصين عقود الدولة تأتي فيما إذا أقدمت أي حكومة من الحكومات على بيع قناة السويس أو رهنها أو تأجيرها بمقابل إنتفاع لمدد طويلة أو بيع السد العالي أو بيع الموانئ والمطارات أو تأجيرها أو بيع مرفق المياه أو الكهرباء تحت مسميات اقتصادية مبهمه أو ملكت الأجانب لمرافق حيوية في البلاد ، فهل تشجيع الإستثمار مفضل على الأمن القومي المصري، وهل يمكن التذرع في تلك الحالة بحماية المستثمر في مقابل ضياع تلك المشروعات القومية.

وعليه فالبيان من نصوص القرار بقانون أنه أهدر كل معنى للمصلحة العامة وإن صدر في قواعد قانونية عامة مجرد إلا أن الوقوف على قصد المشرع وغايته أنه فضل مصلحة المستثمر الخاص ولو تولدت عقودهم نتيجة إجراءات باطلة بطلاناً مطلقاً أو شابها شبه الفساد وإهدار للمال العام عن مصلحة حماية المال العام والملكية العامة كما أنه لم يراعى مصلحة الأمن القومي بعدم إستبعاده المرافق العامة والحيوية من دائرة تصرفات الدولة في إستهانة بالغة بحماية اقتصاد البلاد.

وأخيراً: ومما تجدر الإشارة إليه أن استناد مصدر القانون إلى أن المصلحة تجدر تحصين تلك العقود خوفاً من قضايا التحكيم المرفوعة على مصر من قبل المستثمرين فهذا قول مبتور تماماً وعار الصحة ذلك أن الثابت من مطالعة جميع الأحكام التي أبطلت تلك العقود في السابق أنها تصدت لهذا الأمر و فندته على نحو يتسق و يتفق ليس مع القوانين المحلية و لكن أيضاً مع القوانين و الإتفاقات الدولية المعمول بها في هذا الشأن ذلك أن المستقر عليه في نزاعات التحكيم أمام مركز تسوية منازعات الإستثمار بواشنطن (الأكسيد) ، أن العقد المتحصل عليه بطريق الفساد غير جدير بالحماية الدولية المقررة للإستثمارات الأجنبية و التي يغطيها و ينظر منازعاتها مركز تسوية منازعات الإستثمار في واشنطن ، لما فيها من مخالفات للنظام العام الدولي **order public international** ، و للنظام العام الداخلي في جمهورية مصر العربية .

و يؤكد ذلك و يدعمه السوابق التحكيمية الصادرة عن هيئات التحكيم وفقاً لأحكام الإتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار بين الدول و رعابا دول أخرى (ICSID) الموقع عليها بواشنطن بتاريخ 11 فبراير 1972 ، و منها ما صدر عن مركز تسوية منازعات الإستثمار بواشنطن (الأكسيد) ، من هيئة التحكيم في القضية التحكيمية رقم (7/00/ICSID Case No. ARB) ، و بتاريخ 2006/10/4 في النزاع القائم بين شركة **World Daty Free Limited** ضد الجمهورية الكينية حول قيام الحكومة الكينية بفسخ عقد التزام تطوير مطار كينيا الدولي ،

فقد بينت هيئة التحكيم فى الفقرة 157 من الحكم أنه :

In light of domestic laws and international conventions relating to corruption , and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals , this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most , if not all , States or , to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or "on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this arbitral Tribunal

"هديا بما ورد فى كل من القوانين الداخلية و الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالفساد, و فى ضوء الأحكام الصادرة فى الخصوص من المحاكم و هيئات التحكيم, فإنه يكون قد وقر فى ضمير هذه الهيئة أن جريمة الرشوة تخالف النظام العام الدولى فى معظم, إن لم يكن فى جميع دول العالم. و لهذا فإن الدعاوى المبنية على عقود الفساد أو على عقود تم التحصيل عليها بطريق الفساد , لا يمكن أن تحظى بتأييد هيئة التحكيم الماثلة ."

الأمر الذى خلصت معه هيئة التحكيم فى نهاية حكمها إلى أن :

The Claimant is not legally entitled to maintain any of its pleaded claims in these (3' proceedings as a matter of order public international and public policy under the contract's applicable laws ."

و بالتالى فإن علاج تلك المشكلة كان يجبر الحكومة أن تتقدم ببلاغات إلى النائب العام للتحقيق فى تلك الجرائم و إتخاذ الإجراءات القانونية حيالها فهذا أفضل من أن تصدر قانونا أهدر العديد و العديد من النصوص الدستورية و شابهه إنحراف تشريعى واضح المعالم و بين الأركان ."

(راجع بحفاظة المستندات تقرير هيئة مفوضى الادارية العليا فى الطعن 27384 لسنة 60 قضائية- المستشار الدكتور عمر حماد)

وذلك كله فضلا عن الإنحراف التشريعى البين فى العصف بالمادة 225 من الدستور التى نصت على " ... ولا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية والضريبية، النص فى القانون على خلاف ذلك، بموافقة أغلبية ثلثى أعضاء مجلس النواب"

ففى حين قدر المشرع الدستورى خطورة الأثر الرجعى للقوانين وربطها بضرورة موافقة ثلثى أعضاء البرلمان المنتخب، طبقا لنص المادة 225 من الدستور الصادر فى 2014 وهو ما يعنى أن رئيس الجمهورية فيما يتعلق بسلطته الاستثنائية فى إصدار القوانين خلال هذه المرحلة لا يملك أن يجعل لهذه النصوص أثر رجعى لان الدستور ربطها بموافقة ثلثى أعضاء البرلمان ولا يقدح فى ذلك الإدعاء بعدم وجود البرلمان فذلك ادعى لأن يلتزم رئيس الجمهورية بالضمانات الواردة بنصوص الدستور وألا يخالف مضمونها أو يفرغها من جوهرها ويصدر تشريع سيرتب آثار قانونية ربما لا يمكن تداركها حال نشأة البرلمان المنتخب حيث ألزم القانون كل المحاكم بأن تحكم بعدم قبول الدعاوى التى أمامها فى شأن تلك العقود.

بناء عليه

يلتمس المدعين الحكم لهم: بعد قبول الطعن شكلاً ، الحكم بعدم دستورية المادتين الأولى والثانية من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 32 لسنة 2014 لمخالفته لنصوص المواد 4، 32، 33، 34، 53، 94، 97، 100، 190، 225 من دستور 2014

وكلاء المدعين

خالد على عمر المحامى بالنقض

شعبان كامل أبو زهرة المحامى بالنقض

محمد عادل سليمان المحامى