

الضمانات الدستورية للحريات الاقتصادية وأثرها في تشجيع الاستثمار في فرنسا ودولتي الكويت ومصر

أ. د. يسري العصار

أستاذ القانون العام

نائب العميد للشؤون العلمية

كلية القانون الكويتية العالمية وجامعة القاهرة

الملخص:

يقوم الاستثمار بدور رئيسي في تحقيق التنمية الاقتصادية، ويتحدد دور كل من الاستثمار العام الذي تتولاه الدولة والاستثمار الخاص الذي تقوم به المشروعات الخاصة وفقاً للسياسة العامة التي تطبقها الدولة، والتي تجد أساسها في نصوص الدستور، وتتضمن الدساتير عادة أسس النظام الاقتصادي للدولة، وتحدد الحكومة على أساسه سياستها في المجالين الاقتصادي والاجتماعي. وقد تبني الدستور في كل من فرنسا ودولة الكويت نظام الاقتصاد الحر مع إلزام الدولة في الوقت ذاته بالتدخل من أجل تقديم خدمات اجتماعية أساسية للأفراد، أما مصر فقد مرت بمراحل مختلفة في هذا الشأن: من مرحلة الحرية الاقتصادية، إلى التدخل الواسع للدولة في الاقتصاد، وعادت من جديد لتبني نظام الاقتصاد الحر بدءاً من عام 1974 وإلى الآن.

ويكفل الدستور في الدول الثلاث الحقوق والحريات الاقتصادية، وعلى رأسها حق الملكية وحرية ممارسة الأنشطة والمبادرات أو حرية المشروعات، و يتيح للأفراد الاستثمار في جميع المجالات فيما عدا الأنشطة التي قصر على الدولة وحدها الحق في مباشرتها، كما يكفل الدستور حرية التجارة والصناعة والحريات النابعة منها أو المرتبطة بها، وهي الحرية التعاقدية وحرية المنافسة والمساواة بين المشروعات. وقد أرسى القضاء الدستوري مبادئ عامة في حماية الحريات الاقتصادية بمناسبة رقابته على دستورية التشريعات المنظمة لها.

ويهدف البحث إلى تحليل نصوص الدساتير في كل من فرنسا والكويت ومصر التي أقرت الحريات الاقتصادية والمقارنة بينها في الحماية الدستورية لهذه الحريات في مواجهة أي اعتداء عليها أو انتقاص منها، وانعكاس ذلك في التشريعات المنظمة لهذه الحريات، والمقارنة بين الضمانات التي كفلتها هذه التشريعات للمشروعات، واتجاهات القضاء الدستوري في رقابة دستورية التشريعات التي وضعت الضمانات الدستورية

موضع التنفيذ، والمبادئ التي أرساها في هذا المجال.

وتظهر أهمية البحث في بيان الحماية الواسعة والضمانات القوية التي كفلها الدستور في الدول محل الدراسة للحريات الاقتصادية، وعلى رأسها الحق في الملكية، وحرية ممارسة النشاط والمبادرات الخاصة، وحرية التجارة والصناعة والحرية التعاقدية وحرية المنافسة والمساواة بين المشروعات، ومدى تطبيق هذه الضمانات في القوانين المنظمة لإنشاء المشروعات الاستثمارية في المجالات المختلفة.

وتعد تشريعات تشجيع الاستثمار من الأدوات الرئيسية التي تضع السياسة الاقتصادية للدولة موضع التنفيذ، وبالفعل صدر في الدول محل المقارنة العديد من القوانين في مجال تشجيع الاستثمار تضمنت وسائل كثيرة لتشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية، وكفلت لها الحماية في مواجهة أية إجراءات مقيدة لحق الملكية وحرية ممارسة الأنشطة والمبادرات الخاصة، وحرية التجارة والصناعة، ومنحتها مزايا وإعفاءات متنوعة.

ولكن النصوص الدستورية التي أسبغت الحماية على الحريات الاقتصادية، والمزايا والإعفاءات التي كفلتها تشريعات تشجيع الاستثمار للمشروعات المنشأة وفقاً لها لا تكفي وحدها لتحقيق التنمية في الواقع العملي في دولتي الكويت ومصر؛ ولذلك فإننا نوصي بتطبيق سياسات تشريعية وإدارية تحقق قدراً أكبر من التنافسية في الاقتصاد، وتوجيه المزايا والإعفاءات التي تنص عليها قوانين الاستثمار للمشروعات الإنتاجية التي يمكن أن تزيد الدخل الوطني، والاقتداء بالتجارب الناجحة في الدول التي حققت معدلات عالية من التنمية، وتطبيق سياسة فعالة للإصلاح الإداري، وتفعيل الوسائل السريعة لحسم منازعات الاستثمار.

هذه هي الموضوعات محل الدراسة في هذا البحث، والتي نعرضها في مبحثين: نخصص الأول منهما للحماية الدستورية لحق الملكية، وحرية ممارسة النشاط والمبادرات الخاصة، والمبحث الثاني لحرية التجارة والصناعة، والحريات النابعة منها أو المرتبطة بها، وهي الحرية التعاقدية، وحرية المنافسة، والمنافسة بين المشروعات.

كلمات دالة: حق الملكية، حرية ممارسة الأنشطة، المبادرات الخاصة، حرية التجارة والصناعة، الحرية التعاقدية، حرية المنافسة.

المقدمة:

يعد الاستثمار العامل الرئيسي في تحقيق التنمية الاقتصادية، ويتحدد دور كل من الاستثمار العام الذي تتولاه الدولة والاستثمار الخاص الذي تقوم به المشروعات الخاصة وفقاً للسياسة العامة التي تطبقها الدولة، وهل هي سياسة الحرية الاقتصادية؟ أم سياسة تدخل الدولة في الاقتصاد؟ أم هي مزيج بينهما؟ وتستند السياسة العامة للدولة في هذا المجال على توجهات الدستور في المجال الاقتصادي، باعتباره القانون الأعلى في تدرج القواعد القانونية، وتتضمن الدساتير عادة أسس النظام الاقتصادي للدولة، حيث تفرض بعض الدساتير على الدولة واجب توجيه الاقتصاد وتوفير خدمات عامة أساسية بواسطة مشروعاتها العامة، ولكن بعض الدساتير تتضمن نصوصاً محايدة في المجال الاقتصادي، ولا تلزم الدولة بأية التزامات إيجابية في هذا المجال، وتتخذ بعض الدساتير موقفاً وسطاً، وتنص على التعاون والتكامل بين الاستثمارات العامة والاستثمارات الخاصة.

ويمكن أن تتعرض الدساتير للتغيير إذا تغير النظام السياسي للدولة، وينعكس هذا بدوره على النظام الاقتصادي، وعلى سياسة الدولة في المجالين الاقتصادي والاجتماعي، ولكن هذا التغيير لا يؤثر عادة على الضمانات التي تكفلها الدساتير للحقوق والحرريات الأساسية للأفراد، ومن بينها الحريات الاقتصادية، وفي القلب منها الحق في الملكية أو حرية التملك وحرية ممارسة النشاط، أو حرية المشروعات.

وقد مرّ دور الدولة في الاقتصاد بتطورات عديدة في معظم الدول، حيث تعاضم عقب الحرب العالمية الأولى ومن بعدها الحرب العالمية الثانية من أجل تعمير ما خربته الحرب، ومن أجل توفير الخدمات الأساسية للأفراد نتيجة لانتشار الأفكار الاشتراكية والتدخلية. ولكن العالم شهد تطوراً عكسياً منذ الربع الأخير من القرن العشرين، حيث عادت مفاهيم الحرية الاقتصادية إلى التأثير بقوة على سياسات الدول المختلفة، واتجهت دول كثيرة إلى الانسحاب من العديد من مجالات النشاط الاقتصادي، وعهدت إلى القطاع الخاص بمهمة الاستثمار في هذه المجالات، واتخذت إجراءات عديدة من أجل تشجيع الاستثمار الخاص الوطني والأجنبي.

وانعكست هذه السياسة الجديدة على التشريعات باعتبارها الأداة الرئيسية التي تضع السياسة العامة للدولة موضع التنفيذ، وصدر الكثير من القوانين في مجال تشجيع الاستثمار تضمنت وسائل عديدة لتشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية، وكفلت لها الحماية في مواجهة أية إجراءات مقيدة لحق الملكية وحرية ممارسة الأنشطة والمبادرات

الخاصة، ومنحتها مزايا وإعفاءات متنوعة، وكل ذلك في إطار نصوص الدستور والمبادئ التي أرساها القضاء الدستوري في مجال حماية حق الملكية الخاصة وحرية ممارسة الأنشطة والمبادرات الخاصة وحرية الاستثمار.

هدف البحث:

يهدف البحث إلى الإجابة عن التساؤلات بشأن موقف الدستور في كل من فرنسا ودولتي الكويت ومصر من النظام الاقتصادي والضمانات الدستورية للحريات الاقتصادية وأثرها في تشجيع الاستثمار في هذه الدول، ومناقشة اتجاهات الفقه بشأن الأصل في هذه الحريات، وهل هي حرية ممارسة النشاط، أو حرية المبادرات الخاصة أو حرية المشروعات، أم هي حرية التجارة والصناعة؟ أم أن حق الملكية أو حرية التملك هي الأصل الأول لهذه الحريات؟ وبيان الارتباط بين جميع الحريات الاقتصادية، وعرض نصوص الدستور في الدول محل المقارنة التي تكفل الحريات الاقتصادية، والمبادئ التي أرساها القضاء الدستوري بمناسبة رقابته على دستورية التشريعات المنظمة لهذه الحريات، ومدى الحماية الدستورية لحق الملكية، ومجالات المبادرات الخاصة، ومجالات تدخل الدولة في ضوء المبادئ الدستورية، وما هي الأنشطة التي قصر الدستور حق ممارستها على الدولة وحدها؟ وضوابط التنظيم التشريعي للملكية الخاصة، والقيود التي يجوز فرضها عليها؟ ومدى المساواة بين الملكية العامة والملكية الخاصة في الحماية الدستورية؟ والأساس الدستوري والضوابط التشريعية لحرية التجارة والصناعة والحريات النابعة منها أو المرتبطة بها، وهي الحرية التعاقدية، وحرية المنافسة، ومبدأ المساواة بين المشروعات. وسوف نخرج من دراسة هذه الموضوعات بعدد من التوصيات في مجال السياسة التشريعية والسياسات الإدارية في دولتي الكويت ومصر من أجل نجاح سياسة الاستثمار في تحقيق التنمية.

منهج البحث:

لن تقتصر الدراسة على عرض النصوص الدستورية المتعلقة بكفالة الحريات الاقتصادية، وإنما سوف يتم تحليل هذه النصوص والضمانات التي قررتها، وبيان اتجاهات القضاء الدستوري في تطبيقها، والمبادئ التي قررها في هذا المجال، ومدى الالتزام بهذه الضمانات في التشريعات المنظمة للاستثمار، وذلك في إطار الدراسة المقارنة بين أنظمة الدول الثلاث موضوع الدراسة.

ويتطلب هذا أن نبين نصوص الدستور التي كفلت الحماية لحق الملكية، وحرية مباشرة النشاط أو المبادرات الخاصة والمشروعات، والنقاش الفقهي بشأنها، والمبادئ التي

أرساها القضاء الدستوري في حمايتها، وبتناول بعد ذلك حرية التجارة والصناعة، وقيمتها الدستورية، والضوابط التي تضمنتها التشريعات المنظمة لها، والمزايا والضمانات التي قررتها للمشروعات الاستثمارية، والحريات النابعة من حرية التجارة والصناعة أو المرتبطة بها، وهي الحرية التعاقدية، وحرية المنافسة، والمساواة بين المشروعات، ونحلل اتجاهات القضاء الدستوري في رقابته على دستورية التشريعات المنظمة لهذه الحريات.

خطة البحث:

في ضوء ما سبق، فإننا سوف ندرس هذه الموضوعات في بحثين، على النحو الآتي:
المبحث الأول: الحماية الدستورية لحق الملكية وحرية ممارسة النشاط والمبادرات الخاصة

المبحث الثاني: حرية التجارة والصناعة والحريات النابعة منها أو المرتبطة بها

المبحث الأول

الحماية الدستورية لحق الملكية وحرية ممارسة

النشاط والمبادرات الخاصة

نبيّن في البداية النصوص الدستورية بشأن طبيعة النظام الاقتصادي للدولة في الدستور في كل من فرنسا ودولتي الكويت ومصر، ثم نعرض المبادئ التي أرساها القضاء الدستوري في مجال حماية الملكية وحرية مباشرة النشاط، والمبادرات الخاصة أو حرية المشروعات، وتتضمن الوثائق ذات القيمة الدستورية في فرنسا مبادئ عامة عن الحرية بجميع صورها، وتكفل الحق في الملكية وتعتبره حقاً مقدساً، وتفرض على الدولة في الوقت ذاته التزامات إيجابية في المجالين الاقتصادي والاجتماعي؛ مما يؤدي إلى ضرورة تدخل الدولة في هذين المجالين، ويجيز لها تقييد الملكية الخاصة والأنشطة الخاصة بضوابط معينة⁽¹⁾.

تنص المادة (4) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في فرنسا عام 1789 الذي يعد جزءاً من المنظومة الدستورية على حماية الحرية، بما يكفل لكل إنسان حقوقاً طبيعية، ومنها حرية ممارسة النشاط والمبادرات الخاصة أو المشروعات *d'entreprendre liberté*، وفقاً للتفسير الواسع الذي تبناه المجلس الدستوري لمفهوم الحرية، وتكفل المادة (17) من الإعلان الحق في الملكية، ووصفته بأنه حق مقدس *droit sacré* لا يجوز المساس به إلا لضرورة عامة ومقابل تعويض عادل⁽²⁾. وتنص ديباجة دستور 1946 التي أشار إليه الدستور الحالي الصادر في عام 1958 على أنّ المرافق العامة القومية والاحتكارات الفعلية ينبغي أن تظل في ملكية الدولة.

(1) راجع بشأن تطور دور الدولة في فرنسا في المجال الاقتصادي:

Pierre Rosanvallon, *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Editions du Seuil, collections Points, Paris, 1990, p. 209 et p. 218.

وفيما يتعلق بالحريات الاقتصادية، يرى جانب من الفقه الفرنسي أنّ حرية ممارسة النشاط والمبادرات الخاصة هي الأصل الذي تنبع منه جميع الحريات الاقتصادية، ويرى جانب آخر من الفقه أنّ حرية التجارة والصناعة هي الأصل الذي تنبع منه هذه الحريات، ونعتقد أنّ حرية التملك مع حرية ممارسة النشاط والمبادرات الخاصة هما الأصل الذي تنبع منه باقي الحريات الاقتصادية، بما في ذلك حرية التجارة والصناعة والحريات الأخرى المرتبطة بها. راجع بشأن هذا الخلاف الفقهي: مقدمة المبحث الثاني.

(2) انظر بشأن تفسير المجلس الدستوري لمفهوم الحرية: المطلب الثاني من المبحث الأول، وراجع بشأن القيمة الدستورية لإعلان حقوق الإنسان والمواطن: Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 10ème éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 96.

وقد سمح هذا للحكومات المتعاقبة بتطبيق السياسة التي تتفق مع برنامج كل حكومة والفكر السياسي الذي تضعه موضع التطبيق، ففي بعض الفترات تم تطبيق سياسة الحرية الاقتصادية بشكل واسع، وفي فترات أخرى تم تطبيق سياسة اشتراكية تقوم على توسيع نطاق المشروعات العامة وتقليص حجم المشروعات الخاصة، وتم تأميم عدد من المشروعات الخاصة عدة مرات، في عام 1936، وعقب الحرب العالمية الثانية في عام 1945، وفي عام 1981، وتم اتخاذ إجراءات عكسية في فترات أخرى، تمثلت في خصخصة ملكية عدد من المشروعات المملوكة للدولة في عام 1986، كل ذلك في إطار القواعد الدستورية ذاتها، وقد أرسى المجلس الدستوري مبادئ بشأن التأميمات، كما أرسى مبادئ بشأن الخصخصة⁽³⁾.

وفي دولة الكويت تضمن الباب الثاني من الدستور الصادر في عام 1962 والمخصص للمقومات الأساسية للمجتمع نصوصاً يستفاد منها أنّ النظام الاقتصادي للدولة هو نظام الاقتصاد الحر الذي يقوم على كفالة الحق في الملكية الخاصة والمبادرات الخاصة، وفي الوقت ذاته أضيف الدستور طابعاً اجتماعياً على دور الدولة، حيث ألزمها بالتدخل لتوفير خدمات اقتصادية واجتماعية أساسية، مثل التعليم، والصحة، والتأمينات الاجتماعية، وغيرها. ومن أهم مواد الدستور التي تحدد طبيعة النظام الاقتصادي: المادة (16) التي تنص على أنّ الملكية ورأس المال والعمل مقومات أساسية لكيان الدولة، والمادة (18) من الدستور التي تنص على أنّ: «الملكية الخاصة مصونة، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً.....»، والمادة (20) التي تنص على أنّ: «الاقتصاد الوطني أساسه العدالة الاجتماعية، وقوامه التعاون العادل بين النشاط العام والنشاط الخاص، وهدفه تحقيق التنمية الاقتصادية، وزيادة الإنتاج ورفع مستوى المعيشة، وتحقيق الرخاء للمواطنين.....»⁽⁴⁾.

وفي مصر تضمنت الدساتير المتعاقبة من 1923 إلى 2014 نصاً مماثلاً لنص المادة (18) من دستور دولة الكويت بشأن حماية الملكية الخاصة، وذلك على الرغم من تباين النظم الاقتصادية من دستور لآخر. لم يتضمن دستور 1923 نصوصاً بشأن الحقوق

(3) راجع بشأن التأميم: المطلب الثاني من المبحث الحالي، وراجع بشأن الخصخصة: المطلب الثالث، وراجع كذلك: Lucien Rapp, Le secteur public français entre nationalisations et privatisations, AJDA, Paris, 1987, p.303.

(4) راجع المواد الآتية من الدستور بشأن التزامات الدولة في مجال التعليم والصحة ورعاية الأمومة والطفولة والتأمينات الاجتماعية والتضامن الاجتماعي في مواجهة الأزمات والكوارث العامة: (7، 9، 11، 13، 15، 25).

والحريات الاقتصادية والاجتماعية، ونص فقط على الحقوق والحريات التقليدية، الشخصية والسياسية والفكرية، ونص في المادة (9) على أن: «للملكية حرمة، فلا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً». وتكرّر هذا النص في المادة (11) من الدستور الصادر في عام 1956، والمادة (16) من دستور 1964، والمادة (34) من دستور 1971، والمادة (35) من دستور 2014.

ويعد دستور 1956 أول دستور مصري كفل الحقوق والحريات العامة الاقتصادية والاجتماعية، وألزم الدولة بالتزامات إيجابية في هذا المجال، ونص في المادة (7) على أن: «ينظم الاقتصاد القومي وفقاً لخطط مرسومة تراعى فيها مبادئ العدالة الاجتماعية، وتهدف إلى تنمية الإنتاج ورفع مستوى المعيشة»، ونصت المادة (8) على أن: «النشاط الاقتصادي الخاص حر، على ألا يضر بمصلحة المجتمع، أو يخل بأمن الناس، أو يعتدي على حريتهم أو كرامتهم».

ونصت المادة (9) على أن: «يستخدم رأس المال في خدمة الاقتصاد القومي، ولا يجوز أن يتعارض في طرق استخدامه مع الخير العام للشعب»، ونصت المادة (10) على أن: «يكفل القانون التوافق بين النشاط الاقتصادي العام والنشاط الاقتصادي الخاص تحقيقاً للأهداف الاجتماعية ورخاء الشعب».

وقد حدث تطور مهم في السياسة العامة للدولة في ظل دستور 1964 ودستور 1971، واتسع مجال تدخل الدولة في المجالين الاقتصادي والاجتماعي، وزاد حجم القطاع العام بشكل غير مسبوق، نظراً لتبني هذين الدستورين النظام الاشتراكي بنصوص صريحة⁽⁵⁾، ولكن هذا لم يمنع الدولة من تطبيق سياسة الحرية الاقتصادية بشكل واسع اعتباراً من عام 1974⁽⁶⁾، وتم بعد ذلك إلغاء النصوص التي تشير إلى النظام الاشتراكي في التعديل الدستوري الذي تم في عام 2007، وأصبحت المادة (4) تنص على أن:

(5) نصت المادة (9) من دستور 1964، والمادة (4) من دستور 1971 على أن: «الأساس الاقتصادي للدولة هو النظام الاشتراكي، بما يضمن بناء المجتمع الاشتراكي بدعامتيه من الكفاية والعدل»، ونصت المادة (10) من دستور 1964، والمادة (23) من دستور 1971، على أن: «يكون توجيه الاقتصاد القومي بأكمله وفقاً لخطة التنمية التي تضعها الدولة»، ونصت المادة (12) من دستور 1964، والمادة (24) من دستور 1971، على أن: «يسيطر الشعب على كل أدوات الإنتاج، وعلى توجيه فائضها وفقاً لخطة التنمية التي تضعها الدولة لزيادة الثروة وللنهوض المستمر بمستوى المعيشة»، ونصت المادة (13) من دستور 1964، والمادة (30) من دستور 1971 على ثلاث صور للملكية: الملكية الخاصة، والملكية التعاونية، والملكية العامة، وعهدت إلى القطاع العام بقيادة التقدم في جميع المجالات، وتحمل المسؤولية الرئيسية في خطة التنمية.

(6) د. د. سعد الشرقاوي، تحرير الاقتصاد ودستور 1971، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

«يقوم الاقتصاد في جمهورية مصر العربية على تنمية النشاط الاقتصادي، والعدالة الاجتماعية، وكفالة الأشكال المختلفة للملكية.....».

وتضمن الدستور الحالي الصادر في عام 2014 ست مواد في مجال حماية الملكية الخاصة وتشجيع الاستثمار والمبادرات الخاصة من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية. تنص المادة (28) على أن: «الأنشطة الاقتصادية الإنتاجية والخدمات والمعلوماتية مقومات أساسية للاقتصاد الوطني، وتلتزم الدولة بحمايتها وزيادة تنافسيتها، وتوفير المناخ الجاذب للاستثمار، وتعمل على زيادة الإنتاج»، وتنص المادة (36) على أن: «تعمل الدولة على تحفيز القطاع الخاص لأداء مسؤوليته في خدمة الاقتصاد الوطني».

وقد وضع القضاء الدستوري هذه النصوص الدستورية موضع التطبيق، وأرسى مبادئ مهمة في مجال حماية الملكية، وحرية ممارسة النشاط الاقتصادي، أهمها: شمول المبادرات الخاصة جميع المجالات ما عدا الأنشطة التي يقصر الدستور على الدولة الحق في احتكار ممارستها، عدم جواز المساس بالملكية الخاصة إلا لضرورة ومقابل تعويض عادل، المساواة في الحماية بين الملكية العامة والملكية الخاصة، كما قرّر عدم دستورية المساس بحق الملكية الخاصة بأثر رجعي إعمالاً لمبدأ الأمن القانوني.

وسوف نخصص لكل مبدأ من هذه المبادئ مطلباً مستقلاً، على الوجه الآتي:

المطلب الأول: شمول المبادرات الخاصة جميع المجالات ما عدا الأنشطة التي تحتكرها الدولة

المطلب الثاني: عدم المساس بالملكية الخاصة إلا لضرورة ومقابل تعويض عادل

المطلب الثالث: المساواة بين الملكية العامة والملكية الخاصة في الحماية الدستورية

المطلب الرابع: دور مبدأ الأمن القانوني في حظر المساس بحق الملكية الخاصة بأثر رجعي

المطلب الأول

شمول المبادرات الخاصة جميع المجالات

ما عدا الأنشطة التي تحتكرها الدولة

بيّننا أن الدستور في كل من دولتي الكويت ومصر، وكذلك الوثائق ذات القيمة الدستورية في فرنسا تكفل للأفراد الحق في الملكية الخاصة وحرية ممارسة النشاط، وتفتح المجال للمبادرات الخاصة في المجالات الاقتصادية، وفي الوقت ذاته تفرض على الدولة التزامات

إيجابية لصالح الأفراد، كما تلزمها بممارسة أنشطة معينة بواسطة مرافقها العامة، بعض هذه المرافق يقتصر الحق في تولي القيام بها على الدولة وحدها، بحيث تحتكر الحق في إنشائها وإدارتها، والبعض الآخر يجب على الدولة إنشاؤها وتولي القيام بها ولكن يجوز أيضاً للأفراد والمشروعات الخاصة إنشاؤها وإدارتها تحت رقابة الدولة.

ويطلق الفقه على هذين النوعين من المرافق العامة مصطلح المرافق العامة الدستورية؛ لأنّ التزام الدولة بالقيام بها يجد أساسه في الدستور ذاته، وفيما عدا هذا فإنّ مجال الاستثمار متاح للمبادرات الخاصة بشكل كامل في جميع المجالات. ونبين فيما يلي مفهوم المرافق العامة الدستورية وأنواعها، والوضع القانوني لها.

يقصد بالمرافق العامة الدستورية المرافق التي تستمد أهميتها من قواعد الدستور أو من المبادئ الدستورية العامة، وفي هذا الصدد تنص ديباجة الدستور الفرنسي الصادر عام 1946، والتي استند إليها كذلك الدستور الحالي الصادر عام 1958، على أنّ: «كل مال أو مشروع يكتسب وصف المرفق العام على المستوى القومي أو وصف الاحتكار الفعلي أو الواقعي ينبغي أن تؤول ملكيته إلى الجماعة، أي يجب أن تشمله ملكية الدولة. ويعني الاحتكار الفعلي أو الواقعي انفراد المشروع بإنتاج إحدى السلع، أو تقديم إحدى الخدمات مع انتفاء المنافسة بينه وبين أي مشروع آخر فيما يخص تقديم هذه السلعة أو الخدمة⁽⁷⁾».

وينص كل من الدستور الكويتي الصادر عام 1962، والدستور المصري الصادر عام 2014 على ضرورة تولي الدولة لمرافق عامة معينة، إمّا لأنها ترتبط بسيادة الدولة، وإمّا لأهميتها البالغة للمجتمع؛ ونتيجة لذلك فإنّ الدولة تلتزم بمباشرة هذه الأنشطة، ولا يجوز لها أن تتخلى عنها وتعهد بها للقطاع الخاص. وقد بيّنت المحكمة الدستورية المصرية أمثلة للأنشطة التي يجب على الدولة أن تتولاها، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 1 فبراير 1997، الذي بيّنت فيه أنّ الاستثمار العام: «يمتد إلى مواقع رئيسية تعمل الدولة من خلالها على تنفيذ مهامها السياسية والاجتماعية، ويندرج تحتها متطلباتها في مجال الدفاع والأمن والعدل والصحة والتعليم وحماية بيئتها ومواردها، وصون بنيتها الأساسية، والحد من نمو سكانها، وأداء خدماتها بوجه عام لغير القادرين، ولازمها أن

(7) راجع بشأن فكرة المرافق العامة الدستورية في القانون الفرنسي:

Pierre Esplugas Le conseil constitutionnel et le service public, LGDJ, Paris, 1994, p.17.

L. Favoreu, Le service public et la constitution, AJDA, Paris, 20 juin 1997, p. 16. J.F.

Lachaume et autres, Droit des services publics, éd., LexisNexis, 2ème éd., 2015, p. 160.

قرار المجلس الدستوري بتاريخ 25-26 يونيو 1986 (رقم 207)، مجموعة قرارات المجلس الدستوري، ص

61، وانظر تعليقا على هذا القرار للأستاذ ريفيرو في مجلة AJDA، بتاريخ 20 أكتوبر 1986، ص 575.

تعزز قيادتها هذه بدعمها لأعباء يقصر الاستثمار الخاص عن تحملها»⁽⁸⁾.

ومما لا شك فيه أنّ الأنشطة التي وردت في هذا الحكم والتي يجب على الدولة أن تتولاها جاءت على سبيل المثال وليس الحصر، ويدل على ذلك المفهوم الواسع لعبارة: «أنّ الاستثمار العام ينبغي أن يمتد لأداء الخدمات بوجه عام لغير القادرين، والقيام بالأعباء التي يقصر الاستثمار الخاص عن تحملها».

ويمكن تقسيم المرافق العامة الدستورية إلى نوعين: النوع الأول هو المرافق العامة السيادية التي ينبغي على الدولة احتكار الحق في مباشرتها دون أن تشاركها أية جهة أخرى في ذلك، نظراً لارتباط هذه المرافق بسيادة الدولة، والنوع الثاني هو المرافق العامة التي تباشرها الدولة دون أن تحتكر مباشرة الأنشطة التي تقوم عليها هذه المرافق، وتسمح للمشروعات الخاصة بممارسة الأنشطة ذاتها التي تباشرها هذه المرافق.

(أ) وأهم الأمثلة على المرافق العامة السيادية:

1. **مرفق الدفاع:** والسند في اعتبار هذا المرفق من المرافق السيادية هو النصوص الدستورية التي تقصر على الدولة وحدها حق إنشاء القوات المسلحة، وتحظر على أية جهة أو هيئة أخرى تكوين قوة عسكرية أو شبه عسكرية، وتعهد كذلك برئاسة القوات المسلحة إلى رئيس الدولة⁽⁹⁾.

2. **مرفق الأمن:** يستفاد من نصوص الدستور في دولتي مصر والكويت أن الدولة وحدها هي التي تملك الحق في إنشاء هيئات الأمن العام⁽¹⁰⁾، ويرتبط مرفق السجون بمرفق الأمن ارتباطاً عضوياً؛ نظراً لتبعية السجون لوزارة الداخلية في دولتي مصر والكويت. أما في فرنسا، فإنّ المشرع أصدر قانوناً بشأن السجون بتاريخ 12 يونيو 1987 أجاز فيه للدولة أن تعهد بإدارة السجون إلى شخص معنوي عام آخر غير الدولة أو إلى شخص معنوي خاص، وذلك ما عدا وظائف

(8) حكم المحكمة الدستورية المصرية في القضية رقم 7 للسنة القضائية السادسة عشرة، الجريدة الرسمية، العدد 7، بتاريخ 13/2/1997. انظر بشأن فكرة المرافق العامة الدستورية في القانونين المصري والكويتي: د. محمد عبد المحسن المقاطع، الأسس الدستورية لخصخصة المشروعات العامة ورقابة الدولة عليها، بحث مقدم لمؤتمر الجوانب القانونية لخصخصة المشروعات العامة، الكويت، 2-3 مارس 1997؛ د. محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخصخصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 42؛ د. يسري العصار، القانون الإداري، النشاط الإداري، مطبوعات كلية القانون الكويتية العالمية، 2012، ص 41 وما بعدها.

(9) المادتان (67) و(159) من الدستور الكويتي، والمادة (152) من الدستور المصري الحالي.

(10) المادة (159) من الدستور الكويتي، والمادة (206) من الدستور المصري.

- القيادة والرقابة التي يجب أن تظل بيد الدولة⁽¹¹⁾.
3. **مرفق القضاء:** يعد هذا المرفق سلطة من السلطات العامة للدولة تنص الدساتير المختلفة على ضرورة ضمان الدولة لاستقلاله⁽¹²⁾.
4. **مرفق الضرائب:** تظهر الدولة في مجال فرض الضرائب بمظهر السلطة صاحبة السيادة والسلطان، فهي تفرض على كل شخص طبيعي أو معنوي تتوافر لديه شروط استحقاق الضريبة أداء مبلغ مالي إليها دون أي مقابل مباشر يعود عليه. وينص الدستور في كل من مصر والكويت على أن أداء الضرائب والتكاليف العامة واجب وفقاً للقانون⁽¹³⁾.
5. **مرفق إصدار النقد والرقابة على الائتمان:** يمثل هذا المرفق وظيفة من الوظائف الأساسية للدولة يتولاها البنك المركزي⁽¹⁴⁾.
- (ب) ومن الأمثلة على النوع الثاني من المرافق العامة الدستورية: وهو الذي تتولاه الدولة دون أن تحظر على المشروعات الخاصة مباشرة الأنشطة التي يقوم عليها: مرفق التعليم، ومرفق الصحة، ومرفق التأمين الاجتماعي والرعاية الاجتماعية التي تشمل الشيخوخة والبطالة والعجز عن العمل. والقاعدة بالنسبة لهذه المرافق هي أن الدولة تلتزم بمباشرتها في الحدود التي تسمح بها مواردها المالية، ومؤدى هذا أن التزام الدولة بإشباع الحاجات العامة في هذه المجالات، وقيامها بتوفير هذه الخدمات يرتبط بوجود إيرادات لديها تكفي لتمويل النفقات اللازمة لتقديم هذه الخدمات.
- وفي خصوص التعليم تنص مقدمة دستور عام 1946 في فرنسا على أن: «تنظيم التعليم العام والمجاني والعلمي في جميع المراحل واجب على الدولة». وقد حكم المجلس الدستوري بتاريخ 23 نوفمبر 1977 بأن هذا النص لا يترتب عليه ضرورة

(11) راجع:

Université AIX-Marseille, Colloque sur " Les prisons privées", des 23-24 janvier 1987, éd. Economica, 1987.

(12) المادة (163) من الدستور الكويتي، والمواد من (184 إلى 186) من الدستور المصري.

(13) المادة (48) من الدستور الكويتي، والمادة (38) من الدستور المصري، كما نص إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في فرنسا عام 1789 على أن: «الضريبة العامة ضرورية للمحافظة على القوة العامة ومواجهة النفقات الإدارية».

(14) تنص المادة (77) من الدستور الكويتي على أن: «العملة تسك باسم الأمير»، وتنص المادة (220) من الدستور المصري على سلطة البنك المركزي في وضع السياسات النقدية والائتمانية والمصرفية والإشراف على تنفيذها ومراقبة أداء الجهاز المصرفي، وإصدار النقد.

احتكار الدولة لمرفق التعليم⁽¹⁵⁾.

وتنص المادة (19) من الدستور المصري على أن: «التعليم حق لكل مواطن..... وهو إلزامي حتى نهاية المرحلة الثانوية، ومجاني في مؤسسات الدولة التعليمية وفقاً للقانون». ويقرر الدستور الكويتي في المادة (13) أن: «التعليم ركن أساسي لتقدم المجتمع، تكفله الدولة وترعاه»، كما يقرر في المادة (40) أن: «التعليم حق للكويتيين، تكفله الدولة وفقاً للقانون وفي حدود النظام العام والآداب، والتعليم الإلزامي مجاني في مراحل الأولى وفقاً للقانون.....».

وفي مجال الصحة تنص المادة (18) من الدستور المصري على كفالة الدولة للرعاية الصحية لكل مواطن وفقاً لمعايير الجودة، والتزام الدولة بالحفاظ على مرافق الخدمات الصحية العامة ودعمها ورفع كفاءتها وانتشارها الجغرافي العادل. وتقضي المادة (15) من الدستور الكويتي بأن: «تعنى الدولة بالصحة العامة وبوسائل الوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة»، كما تقرر ديباجة الدستور الفرنسي الصادر عام 1946 أن «الأمّة تكفل للكافة حماية الصحة».

وفيما يتعلق بمجال الرعاية الاجتماعية ينص الدستور المصري في المادة (17) على أن: «الدولة تكفل خدمات التأمين الاجتماعي، وتضمن الدولة أموال التأمينات والمعاشات». وتنص المادة (11) من الدستور الكويتي على أن: «تكفل الدولة المعونة للمواطنين في حالة الشيخوخة أو المرض أو العجز عن العمل، كما توفر لهم خدمات التأمين الاجتماعي والمعونة الاجتماعية والرعاية الصحية».

وبالإضافة لذلك يمكن للمشروع العادي أن يفرض على الدولة أن تباشر مرفقاً عاماً معيناً، ومن أمثلة ذلك أن القانون رقم 37 لسنة 2010 بشأن تنظيم برامج وعمليات التخصيص في دولة الكويت ينص في المادة الرابعة على عدم جواز خصخصة قطاع إنتاج النفط والغاز الطبيعي، ومصافي النفط، ومرفقي التعليم والصحة.

وإذا كانت الدولة تلتزم بمباشرة المرافق العامة الدستورية، فإنّ الأنشطة الاقتصادية الأخرى متاحة للأفراد والمشروعات الخاصة، كما يجوز للدولة خصخصة أي مشروع مملوك لها لا تتوافر فيه طبيعة المرفق العام الدستوري، بمعنى نقل ملكية المشروعات العامة التي لا تكتسب هذه الصفة إلى القطاع الخاص، ومن أمثلتها المشروعات التي تباشر نشاطها في مجال إنتاج الكهرباء والماء، وتوزيعها، وتوزيع النفط والغاز، ومجال الاتصالات، ومجال النقل بجميع صورته (سواء أكان برياً أم بحرياً أم جويّاً)، ومجال الاتصالات السلكية واللاسلكية، وغيرها من المجالات.

(15) مجموعة قرارات المجلس الدستوري الفرنسي لعام 1977، ص 42.

المطلب الثاني

عدم جواز المساس بالملكية الخاصة إلا لضرورة

ومقابل تعويض عادل

تنص المادة (18) من الدستور الكويتي، والمادة (35) من الدستور المصري على أن: «الملكية الخاصة مصونة، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل». ويعتبر تنظيم حق الملكية ومسؤولية الدولة عن أداء التعويض لكل من فرضت قيود على ملكيته من الموضوعات المحجوزة للسلطة التشريعية، وبناءً على ذلك لا يجوز تنظيمها إلا بقانون. ويستند اختصاص المشرع في القانون الفرنسي في هذا المجال إلى المادة (34) من الدستور الصادر عام 1958، التي تنص على أن: «القانون يحدد المبادئ الأساسية الخاصة بالالتزامات المدنية والتجارية»، ولم يثر شك في انطباق هذا النص على إلزام الدولة بتعويض المضرور من الأعمال الصادرة عن السلطة العامة، ومن بينها فرض القيود على الملكية الخاصة. وقد أكد كل من المجلس الدستوري ومجلس الدولة على أن مسؤولية الدولة تدخل في مفهوم الالتزامات المدنية التي قصر الدستور على السلطة التشريعية الحق في تنظيمها، بمقتضى المادة (34) من الدستور⁽¹⁶⁾.

وتستند سلطة المشرع في دولتي الكويت ومصر في تنظيم الملكية ومسؤولية الدولة عن أداء تعويض المالك عن الضرر الذي يلحق به من القيود التي تفرضها الدولة على ملكيته، على أن اختصاص السلطة التشريعية في البلدين اختصاص شامل، وتردد المحكمة الدستورية في البلدين مبدأً عاماً بمقتضاه أن المشرع يملك سلطة تقديرية واسعة في تنظيم الحقوق والحريات، على ألا يتجاوز حدود هذه السلطة بأن يحظر أحد الحقوق والحريات، أو يفرض قيوداً شديدة تجعل ممارسة الحق أو الحرية عسيرة⁽¹⁷⁾. أمّا جهة

(16) قضى المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ 24 أكتوبر 1980 بأنّ المشرع يختص وحده بتنظيم مسؤولية الدولة في المجال الضريبي.

Décision du conseil constitutionnel en date du 24 octobre 1980, n. 1161, code général d'impôt, RDP, p. 639.

وسبق لمجلس الدولة أن قضى بتاريخ 7 ديسمبر 1962 بإلغاء مرسوم صادر من الحكومة يمنح لجهة الإدارة حق إلغاء التراخيص الممنوحة لأية منشأة دون تعويض، وأسس المجلس حكمه على المادة (34) من الدستور التي تقصر على المشرع تنظيم الالتزامات المدنية، بما فيها مسألة التعويض.

Conseil d'Etat, 7 décembre 1962, Association des forces motrices autonomes, Recueil, p. 664.

(17) راجع: حكم المحكمة الدستورية المصرية بتاريخ 14 يونيو 2012 في القضية رقم 20 لسنة القضائية الرابعة والثلاثين بعدم دستورية بعض مواد المرسوم بقانون رقم 108 لسنة 2011 والمرسوم بقانون

الإدارة، فإنَّ سلطتها في مجال تقييد الحقوق والحريات تقتصر على تنفيذ القوانين، ولا يجوز لها تقييد الحقوق والحريات، ومن بينها حق الملكية، بواسطة قرارات إدارية لائحية⁽¹⁸⁾.

وبالإضافة إلى ذلك، فإنَّ المادة (128) من الدستور الحالي في مصر تنص على أنَّ: «يبين القانون قواعد تحديد المرتبات والمعاشات والتعويضات والإعانات والمكافآت التي تتقرر على الخزانة العامة للدولة، ويحدد حالات الاستثناء منها والجهات التي تتولى تطبيقها».

وتجدر الإشارة إلى أنَّ المحكمة الدستورية المصرية وسَّعت من تفسير حق الملكية، ولم تقصره على الحقوق العينية، وإنما جعلته يشمل جميع الحقوق المالية شخصية كانت أم عينية أم حقوق ملكية أدبية وفنية أو صناعية، وذلك لكي تشمل جميع هذه الحقوق بالحماية الدستورية. كما قضى المجلس الدستوري الفرنسي بأنَّ حقوق الملكية الفكرية تتمتع بالحماية الدستورية التي أسبغها الدستور على الملكية بوجه عام⁽¹⁹⁾.

وقد قرر المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية المصرية عدداً من المبادئ بمناسبة الرقابة على دستورية التشريعات التي تضمنت قيوداً على حق الملكية الخاصة، أهمها أنه لا يجوز المساس بالملكية الخاصة إلا لضرورة ترجع إلى المصلحة العامة، وبشرط أداء تعويض عادل للمالك، مع مراعاة المساواة بين المضرورين من القيود التي فرضت على ملكيتهم. وقد أضافت المحكمة الدستورية أساساً آخر لسلطة الدولة في وضع قيود على الملكية الخاصة هو أنَّ الملكية وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية لها وظيفة

رقم 123 لسنة 2011، تأسيساً على مخالفة مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المرشحين للانتخابات البرلمانية، لتجاوز المشرع حدود تنظيم الحق في الترشح، وحكم المحكمة الدستورية الكويتية بتاريخ 23 مارس 2016 في الدعوى رقم 20 لسنة 2015 بعدم دستورية نص في القانون رقم 14 لسنة 1964 في شأن الأندية وجمعيات النفع العام لتجاوز المشرع حدود تنظيم حرية الجمعيات والحق في التقاضي.

(18) حكم المحكمة الدستورية المصرية بتاريخ 7 فبراير 1998 بعدم دستورية قرارين لائحين، أحدهما صادر من رئيس مجلس الوزراء والآخر من وزير المالية، بإخضاع بعض البضائع للضريبة الجمركية بأثر رجعي دون سند تشريعي، القضية رقم 40 للسنة القضائية الخامسة عشرة، مجموعة المحكمة الدستورية، الجزء الثامن، ص 1189، وحكمها بتاريخ 9 سبتمبر 2000 بعدم دستورية قرار لائحي صادر من وزير الزراعة بتحديد شروط بيع الأراضي الزراعية مع قصر الحق في شراء الأرض على أحد الزوجين فقط، القضية رقم 189 للسنة القضائية العشرين، مجموعة المحكمة الدستورية، الجزء التاسع، ص 732.

(19) حكم المحكمة الدستورية المصرية بتاريخ 7 سبتمبر 1996 في القضية رقم 9 للسنة القضائية السابعة عشرة، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية، الجزء الثامن، ص 87. وراجع قرار المجلس الدستوري رقم 580DC، الصادر بتاريخ 10 يونيو 2009.

اجتماعية، مع موازنة سلطة الدولة في هذا المجال بحق المالك في التعويض الذي تشمله الحماية التي أسبغها الدستور على حق الملكية⁽²⁰⁾.

ونعرض فيما يلي أمثلة للضوابط التي قرّرها القضاء الدستوري على سلطة المشرع في فرض قيود على الملكية الخاصة⁽²¹⁾:

القاعدة الأولى: عدم جواز المساس بالملكية الخاصة إلا لضرورة ترجع إلى تحقيق المصلحة العامة: وتطبيقاً لذلك قضى المجلس الدستوري بتاريخ 16 يناير 1982 بدستورية قانون التأميم الذي أقرّه البرلمان بتاريخ 18 ديسمبر 1981، والذي نقل إلى ملكية الدولة عدداً كبيراً من المشروعات الخاصة في المجالين الصناعي والمالي، بهدف منح الحكومة الوسائل الضرورية لمواجهة الأزمة الاقتصادية ومكافحة البطالة ورفع معدل النمو الاقتصادي، وقرر المجلس أنّ قانون التأميم لم يفرض قيوداً تحكّمية أو تعسفية على حرية مباشرة النشاط أو المشروعات والمبادرات الخاصة *d'entreprendre liberté*، التي أسندها المجلس إلى المادة (4) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في عام 1789، التي تكفل الحرية بجميع صورها، وأنّه لا يتضمن خطأً ظاهراً *erreur manifeste* في ممارسة البرلمان لسلطته التقديرية في التشريع لوضع السياسة العامة للحكومة موضع التنفيذ⁽²²⁾.

القاعدة الثانية: عدم جواز تقييد سلطات المالك على ملكه، حتى ولو كان ذلك بناءً على قانون، وبهدف تحقيق منفعة عامة، إلا مقابل تعويض: وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية بتاريخ 2 مايو 1999 بعدم دستورية المادة (13) من قانون حماية الآثار رقم 117 لسنة 1983، فيما لم تتضمنه من تعويض المالك عن اعتبار ملكه أثراً؛ نظراً لأنّ اعتبار الدولة عقاراً مملوكاً لفرد عادي أثر يترتب عليه فرض قيود واسعة على سلطات المالك، مما يوجب منحه تعويضاً مقابل هذه القيود، التي تتمثل فيما يلي:

(20) حكم المحكمة الدستورية المصرية بتاريخ 14 مارس 1992 في القضية رقم 36 للسنة القضائية التاسعة، مجموعة أحكام المحكمة، الجزء الخامس، ص 244.

(21) راجع بشأن القيمة الدستورية لحق الملكية الخاصة: د. يحيى الجمل، الحماية الدستورية لحق الملكية الخاصة، مجلة المحكمة الدستورية المصرية، السنة الثانية، العدد الرابع، ص 4. ويرى د. عوض المر الذي شغل منصب رئيس المحكمة الدستورية المصرية من عام 1990 إلى عام 1997 أنّ الحق في الملكية الخاصة من الحقوق التي تعلق في قيمتها القانونية على نصوص الدستور ذاته. راجع مؤلفه: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مطبوعات مركز جان دبوي للقانون والتنمية، القاهرة، 2003، ص 589 وما بعدها.

(22) راجع:

Décision du conseil constitutionnel en date du 16 janvier 1982, n. 81- 132 DC. P. Gaia et autres, Les grandes décisions du conseil constitutionnel, 18^{ème} éd. 2016, Dalloz, Paris, p. 442.

1. عدم جواز هدم العقار كله أو بعضه أو إخراج جزء منه من مصر .
 2. عدم جواز نزع ملكية الأرض أو العقار، أمّا الأراضي المتاخمة له، فيجوز نزع ملكيتها بعد موافقة الوزير المختص بشؤون الثقافة، بناءً على اقتراح مجلس إدارة هيئة الآثار .
 3. عدم جواز ترتيب أي حق ارتفاق للغير على العقار .
 4. عدم جواز تجديد العقار أو تغيير معاملة على أي وجه إلا بترخيص من رئيس هيئة الآثار بعد موافقة اللجنة الدائمة المختصة، ويكون إجراء الأعمال التي رخص بها تحت الإشراف المباشر لمندوب الهيئة. وإذا أجرى مالك العقار عملاً من الأعمال بغير الترخيص المشار إليه قامت الهيئة بإعادة الحال إلى ما كانت عليه على نفقة المخالف، مع عدم الإخلال بالحق في التعويض، وعدم الإخلال بالعقوبات المقررة في القانون .
 5. التزام المالك بالحصول على موافقة كتابية من الهيئة عن كل تصرف يرد على العقار مع ذكر اسم المتصرف إليه ومحل إقامته، وعليه عند التصرف فيه إبلاغ من حصل التصرف له أنّ العقار مسجل، وعلى الهيئة أن تبدي رأيها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغها بطلب التصرف، ويعتبر انقضاء هذا الميعاد بغير رد بمثابة قرار بالرفض .
 6. وللهيئة أن تباشر في أي وقت على نفقتها ما تراه من الأعمال لازماً لصيانة الأثر، وتظل هذه الأحكام سارية ولو أصبح ما بالعقار من أثر منقولاً .
- وقدرت المحكمة أنّ النص المطعون فيه فرض قيوداً على الملكية الخاصة يصل مداها إلى حد تقويض دعائمها، فلا يكون الانتفاع بها ممكناً وميسوراً، ودون أن يرتبط ذلك بتعويض مقابل تلك القيود، حيث إنّ هذا النص عطلّ - دون تعويض - كل خيار لمالك العقار في توجيهه الوجهة التي يُقدّر أنّها في صالحه، حائلاً بذلك دون الانتفاع به اقتصادياً في الأغراض المقصودة منه، وبذلك فإنّه يؤدي إلى تدمير للملكية الخاصة لا تسامح فيه أياً كان نطاق المصالح التي يتذرّع بها المشرع، ذلك أنّ مشروعية المصلحة حدّها قواعد الدستور، إذ هي مدخلها وقاعدة بنيانها، ولا يتصور أن تقوم مصلحة على خلافها .
- وبناء على ذلك قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص المادة (13) من قانون حماية الآثار لمخالفته للمادتين (32 و34) من الدستور اللتين كفلتا صون الملكية الخاصة، ولكونه أقرب إلى المصادرة بالمخالفة للمادة (36) من الدستور التي لا تجيز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي .

القاعدة الثالثة: هي أنّه لا يكفي أن تستند القيود على الملكية الخاصة إلى توافر الضرورة، وأن يقرر المشرع مبدأ التعويض للمالك عن القيود التي تفرض على ملكه، وإنما ينبغي أن يكون التعويض عادلاً يتناسب بدرجة كاملة مع الضرر الذي لحق بالمالك: وتطبيقاً لذلك قضى المجلس الدستوري في قراره الصادر بتاريخ 16 يناير 1982، الذي سبقت الإشارة إليه، بعدم دستورية نص في قانون التأمين، الذي كان البرلمان قد أقرّه بتاريخ 18 ديسمبر 1981، فيما تضمنه هذا النص من عدم منح حائزي الأسهم في المشروعات التي خضعت للتأمين تعويضاً عادلاً يساوي القيمة الكاملة لهذه الأسهم⁽²³⁾. وأصدرت المحكمة الدستورية المصرية عدة أحكام أسندت فيها هذه القاعدة إلى نصوص الدستور التي تلزم الدولة بكفالة حصول كل من تعرض لتقييد حق من حقوقه أو حرية من حرياته على تعويض عادل. ومن أهم التطبيقات القضائية في هذا المجال الأحكام التي قضت بعدم دستورية القوانين التي نقلت إلى الدولة ملكية الأموال التي كانت قد خضعت لنظام الحراسة، والقوانين التي وضع بمقتضاها المشرع حداً أقصى لتعويض أصحاب الأراضي الزراعية التي خضعت لقانون الإصلاح الزراعي، وأصحاب المشروعات التي خضعت للتأمين، بما يقل عن القيمة الحقيقية لهذه الأموال، وبما ينطوي على اعتداء على حق الملكية الخاصة الذي صانه الدستور.

ومن أمثلة ذلك الحكم الصادر بتاريخ 2 مارس 1985 بعدم دستورية القرار بقانون رقم 134 لسنة 1964، الذي قرر حداً أقصى لتعويض أصحاب المشروعات التي خضعت لقوانين التأمين الصادرة عام 1961، وقرر استيلاء الدولة بغير مقابل على سندات التعويض التي تجاوز قيمتها الحد الأقصى الذي حدده هذا القرار بقانون للتعويض، والتي كانت الدولة قد منحتها لأصحاب المشروعات الخاضعة للتأمين عام 1961. وقد أسست المحكمة قضاءها على ما يلي⁽²⁴⁾:

«حيث إنّ الدساتير المصرية المتعاقبة قد حرصت جميعها منذ دستور سنة 1923 على النص على مبدأ صون الملكية الخاصة وعدم المساس بها إلا على سبيل الاستثناء، وفي الحدود وبالقيود التي أوردتها، وذلك باعتبارها في الأصل ثمرة النشاط الفردي، وحافزه إلى الانطلاق والتقدم، فضلاً عن أنّها مصدر من مصادر الثروة القومية التي تجب تنميتها والحفاظ عليها لتؤدي وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي،

(23) راجع:

D. Linotte, Les nationalisations de 1982, RDP, Paris, 1982, p. 435. F. Colly, Le conseil constitutionnel et le droit de propriété, RDP, Paris, 1988, p. 135.

(24) صدر هذا الحكم في القضية رقم 1 للسنة القضائية الأولى، الجريدة الرسمية، العدد 12، بتاريخ 21 مارس 1985.

ومن أجل ذلك حظرت الدساتير نزع الملكية الخاصة جبراً على أصحابها إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقاً للقانون (المادة 9) من كل من دستور سنة 1923، ودستور سنة 1930، والمادة (11) من دستور سنة 1956، والمادة (5) من دستور سنة 1958، والمادة (16) من دستور سنة 1964، والمادة (34) من دستور سنة 1971، كما نص الدستور القائم صراحة على حظر التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام، بقانون ومقابل تعويض (المادة 35)، وحظر المصادرة العامة حظراً مطلقاً، ولم يجز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي (المادة 36).

لما كان ذلك، وكانت ملكية السندات الاسمية التي تحولت إليها القيمة الكاملة لأسهم ورؤوس أموال الشركات والمنشآت المؤممة قد استقرت لأصحابها بموجب قوانين التأميم، بما تخوّله لهم ملكية هذه السندات من حقوق كالتصرف فيها بالبيع بتداولها في البورصة، أو كوسيلة للوفاء بالتزاماتهم قبل الدولة بقدر قيمتها، أو الانتفاع بما تغله من ربح، فإن مقتضى تطبيق الفقرة الأولى من المادة الأولى من القرار بقانون رقم 134 لسنة 1964 المطعون عليه من وضع حد أقصى للتعويض المستحق لأصحاب المشروعات المؤممة بما لا يتجاوز 15 ألف جنيه، استيلاء الدولة دون مقابل على السندات الاسمية المملوكة لهم والزائدة على هذا الحد وتجريدهم بالتالي من ملكيتها؛ الأمر الذي يشكل اعتداء على الملكية الخاصة، ومصادرة للأموال بالمخالفة لحكم المادة (34) من الدستور التي تنص على أنّ الملكية الخاصة مصونة، والمادة (36) منه التي تحظر المصادرة العامة ولا تجيز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي، فضلاً عن أنّ النص التشريعي - محل الطعن - بوضعه حداً أقصى لما يملكه أصحاب المشروعات المؤممة من السندات الاسمية التي تحولت إليها حصصهم وأنصبتهم في هذه المشروعات - وإن تعددت - يكون قد انطوى على مخالفة لأحكام الدستور الذي لا يجيز حداً أقصى إلا بالنسبة للملكية الزراعية طبقاً للمادة (37) منه؛ الأمر الذي يتضمن بدوره مساساً بالملكية الخاصة بالمخالفة لحكم المادة (34) من الدستور ...

وحيث إنّه لا ينال مما تقدم ما ذهب إليه الحكومة من أنّ القرار بقانون رقم 134 لسنة 1964 بتعويض أصحاب أسهم رؤوس أموال الشركات والمنشآت التي آلت ملكيتها إلى الدولة وفقاً لأحكام القوانين أرقام 117، 118، 119 لسنة 1961 والقوانين التالية لها تعويضاً إجمالياً، قصد به تعديل التعويض المستحق لأصحاب المشروعات المؤممة، وأنّ تقدير التعويض ابتداءً أو تعديله يعد من الملاءمات السياسية التي يستقل بها المشرع دون تعقيب، ذلك أنّ المحكمة لا تنقيد - وهي بصدد أعمال رقابتها على دستورية التشريعات - بالوصف الذي يخلعه المشرع على القواعد التي يبيّن أنها متى كانت بطبيعتها تتنافى مع هذا

الوصف، وتنطوي على إهدار حق من الحقوق التي كفلها الدستور، وإذا كانت المحكمة قد انتهت إلى أنّ النص التشريعي المطعون عليه لا يقوم على تعديل التعويض المستحق عن التأميم، وإنما يستهدف مصادرة ملكية السندات المستحقة لأصحاب المشروعات والتي تزيد على الحد الأقصى المنصوص عليه فيه، فإنّه يكون قد تعرض للملكية الخاصة التي صانها الدستور، ووضع لحمايتها ضوابط وقواعد محددة؛ الأمر الذي يحتم إخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية».

القاعدة الرابعة: من الضوابط التي أرساها القضاء الدستوري كذلك المساواة في استحقاق التعويض بين من ينتمون إلى مركز قانوني واحد، بما في ذلك المساواة بين التعويض الذي يستحقه من تم المساس بملكيته من جانب الدولة، ومن تم المساس بملكيته من جانب الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة، باعتبارهم ينتمون جميعاً إلى مركز قانوني واحد. ومن تطبيقات ذلك حكم المحكمة الدستورية بتاريخ 11 مايو 2003، الذي قضت فيه بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة (80) من قانون ضريبة الدمغة رقم 11 لسنة 1980 فيما تضمنه من فرض ضريبة دمغة نسبية وإضافية على مبالغ التعويضات المحكوم بها على الجهات الحكومية، والتي يعفى منها المحكوم لهم بالتعويض على الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة⁽²⁵⁾.

وأست المحكمة حكمها على ما يلي:

«حيث إنّ الفقرة الأولى من المادة (80) من قانون ضريبة الدمغة الصادر بالقانون رقم 111 لسنة 1980 تنص على أن: «فيما عدا المرتبات والأجور والمكافآت وما في حكمها والإعانات تستحق على كل مبلغ تصرفه الجهات الحكومية من الأموال المملوكة لها، وسواء تم الصرف مباشرة أو بطريق الإنابة علاوة على الضريبة المبينة في المادة السابقة ضريبة إضافية مقدارها ثلاثة أمثال الضريبة المشار إليها».

وحيث إنّ النعي بمخالفة النص الطعين لحكم المادة (40) من الدستور سديد، ذلك أنّ مبدأ المساواة أمام القانون يستهدف صون حقوق المواطنين وحرياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال من هذه الحقوق أو تقيده ممارسة تلك الحريات، كما أنّ الحماية القانونية المتكافئة التي يفرضها هذا المبدأ لا يقتصر تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، بل ينسحب مجال أعمالها كذلك إلى الحقوق التي يكفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية، وعلى ضوء السياسة التشريعية التي يراها محققة للمصلحة العامة.

(25) صدر هذا الحكم في القضية رقم 51 للسنة القضائية الثامنة والعشرين.

وحيث إنّ نص الفقرة الأولى من المادة (80) من قانون ضريبة الدمغة قضى بخضوع كافة المبالغ، التي تقوم الجهات الحكومية بصرفها من الأموال المملوكة لها، لنوعين من ضريبة الدمغة، هما الضريبة النسبية والضريبة الإضافية، حتى ولو كانت هذه المبالغ تمثل تعويضات محكوم بإلزام تلك الجهات بأدائها من جرّاء الأفعال الضارة التي يرتكبها تابعوها، حال أن هذه المبالغ وبحسبان أنّها تمثل تعويضاً قضائياً مكافئاً للأضرار التي لحقت بالغير يجب أن تخضع للمعاملة القانونية ذاتها التي تخضع لها مبالغ التعويضات التي يقضى بها ضد الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة، فمستحقو هذه التعويضات في مركز قانوني واحد، فهم جميعاً مضرورون صدرت أحكام بأحقيتهم في تعويضات عن أفعال ألحقت بهم ضرراً، ومن ثم لزم أن يعاملوا معاملة قانونية متكافئة. وإذ خالف النص الطعين هذا المبدأ، بأنّ اختص طائفة منهم بحكمه دون أن يستند في هذا التمييز إلى أسس موضوعية تبرره، فإنّه يكون قد أقام تحكيمياً غير مبرر بالمخالفة لنص المادة (40) من الدستور».

وتجدر الإشارة إلى أنّ قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر بتاريخ 16 يناير 1982 بشأن قانون التأميمات، الذي سبقت الإشارة إليه، طبّق مبدأ المساواة بين البنوك الخاصة والبنوك التعاونية بطريقة مطلقة لم يراع فيها الاعتبارات العملية، وكان قانون التأميم قد ميّز بين البنوك الخاصة المملوكة للأفراد والبنوك التعاونية، وأخضع القانون الأولى للتأميم ولم يقرر تأميم الثانية، ولكن المجلس الدستوري قضى بعدم دستورية التمييز بين البنوك الخاصة والبنوك التعاونية التي يتوافر فيها المعيار الذي حدّده القانون للخضوع للتأميم، وهو أن تتجاوز قيمة الودائع لدى البنك مليار فرنك، مما جعل البرلمان يقرر عقب صدور قرار المجلس الدستوري إخضاع البنوك التعاونية هي الأخرى للتأميم.

ونعتقد أنّ المجلس الدستوري طبّق في هذا القرار مبدأ المساواة بطريقة جامدة ولم يراع الاعتبارات الواقعية؛ لأنّ المساواة بين هذين النوعين من البنوك ليست في محلها فيما يتعلق بالتأميم، حيث إنّ التأميم يهدف لنقل ملكية مشروعات خاصة إلى الدولة لكي تكون وسيلة من الوسائل التي تستخدمها في تحقيق المصلحة العامة، وهذا ينطبق على البنوك المملوكة للأفراد وحدها، حيث لن يكون هدفها بعد التأميم تحقيق مصالح خاصة لأصحاب رؤوس أموال هذه البنوك، أمّا البنوك التعاونية فإنّها في مركز قانوني مختلف، لأنّها لا تهدف أصلاً لتحقيق الربح، وإنّما تهدف لتقديم خدمة اجتماعية عامة بعيدة عن هدف تحقيق الأرباح لفئة معينة؛ ولذلك فإنّها لا تنتمي إلى المركز القانوني الذي تنتمي إليه البنوك الخاصة.

المطلب الثالث

المساواة بين الملكية العامة والملكية الخاصة في الحماية الدستورية

شهد العالم زيادة في عدد المرافق والمشروعات العامة منذ نهاية الحرب العالمية الأولى من أجل تعمير ما خربته الحرب، ونتيجة لانتشار الأفكار الاشتراكية، وحتى الربع الأخير من القرن العشرين، أدارتها كثير من الدول وفقاً لطريقة الإدارة الحكومية، وألزمته بتوزيع السلع وتقديم الخدمات بأسعار تقل في كثير من الأحيان عن أسعارها الحقيقية، ونتج عن ذلك زيادة كبيرة في النفقات العامة وعجز في الموازنة العامة، مما دفع الدول المختلفة إلى تطبيق السياسة المعروفة باسم سياسة الخصخصة، التي تقوم على نقل ملكية جزء من المشروعات العامة للقطاع الخاص (ويطلق على هذا الأسلوب خصخصة الملكية) وإدارة المشروعات التي تظل في نطاق الملكية العامة وفقاً للأساليب المتبعة في إدارة المشروعات الخاصة على أساس القانون التجاري وقوانين السوق (ويطلق على هذا الأسلوب خصخصة الإدارة).

ولا يمنع الدستور في كل من فرنسا ودولتي الكويت ومصر - من حيث المبدأ - خصخصة المشروعات والمرافق العامة، إلا أن السؤال يثور حول الضوابط القانونية للخصخصة، التي تكفل حماية الملكية العامة للدولة، وقد أجاز الدستور الفرنسي الصادر عام 1958 في المادة (34) للدولة أن تنقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص⁽²⁶⁾، أما الدستور المصري والدستور الكويتي فلا يتضمن أي منهما نصاً يحظر نقل ملكية عدد من المشروعات العامة إلى القطاع الخاص، مما يعني أن سياسة الخصخصة لا تخالف الدستور في البلدين.

وقد أثرت أمام المحكمة الدستورية في مصر مسألة دستورية إجراءات خصخصة المشروعات العامة، وذلك بصدد طعن أمام المحكمة في المادة (20) من قانون قطاع الأعمال العام رقم 203 لسنة 1991 التي أجازت تداول أسهم شركات القطاع العام وفقاً للأحكام الواردة في اللائحة العامة لبورصة الأوراق المالية الصادرة بالقانون رقم 161 لسنة 1957، وقانون شركات المساهمة رقم 159 لسنة 1981.

واستند الطعن بعدم دستورية نص هذه المادة إلى أن من شأن إجازة نقل ملكية المشروعات العامة إلى القطاع الخاص أن يتقلص دور وأهمية القطاع العام في الاقتصاد

(26) أجازت هذه المادة ذاتها للدولة أن تطبق سياسة التأمين، بمعنى أن تنقل ملكية عدد من المشروعات من القطاع الخاص إلى القطاع العام.

الوطني، مما يخالف نصوص دستور 1971 التي تسند إلى القطاع العام الدور الرئيسي في خطة التنمية⁽²⁷⁾.

وقد قضت المحكمة الدستورية باتفاق سياسة تخصيص المشروعات العامة مع نصوص الدستور التي لا يجوز تطويعها وإخضاعها لفلسفة اقتصادية بذاتها، وأكدت المحكمة أنّ الاستثمار العام الذي يتمثل في المشروعات والمرافق العامة، يتكامل مع الاستثمار الخاص الذي يتمثل في المشروعات الخاصة من أجل تحقيق التنمية، فهما شريكان متكاملان، فلا يتزاحمان أو يتعارضان أو يتفرقان، بل يتولى كل منهما مهام يكون مؤهلاً لها وأقدر عليها⁽²⁸⁾.

ونلاحظ على هذا الحكم أنّه أجاز للدولة خصخصة المرافق والمشروعات العامة دون أي قيد، ودون أن يلزمها بأية ضوابط تهدف لحماية الملكية العامة. أمّا المجلس الدستوري الفرنسي، فقد قرّر عدداً من الضوابط على خصخصة المشروعات العامة، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 25-26 يونيو 1986، والذي سبقت الإشارة إليه، وهذه الضوابط قابلة للتطبيق في دولتي مصر والكويت، بل إنّ الأخذ بها يعتبر ضرورياً من أجل حماية أموال المرافق والمشروعات العامة التي يتقرر تخصيصها والتي تعدّ أموالاً عامة.

وأهم هذه الضوابط ما يلي :

1. ضرورة تدخل السلطة التشريعية في مجال الخصخصة بإصدار قانون يحدد القواعد التي يتم بناء عليها نقل ملكية المشروعات العامة إلى القطاع الخاص. ويستند اختصاص المشرع في فرنسا في مجال الخصخصة إلى نص صريح في دستور 1958 هو نص المادة (34)⁽²⁹⁾. وقد قضى المجلس الدستوري الفرنسي بأنّ هذا النص لا يستلزم أن يتدخل المشرع مباشرة بصدد كل إجراء يستهدف نقل ملكية أحد المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وإنّما يكفي أن يضع المشرع القواعد المنظمة لعملية التخصيص، ويعهد إلى سلطات أو جهات أخرى بمهمة وضع هذه القواعد موضع التنفيذ⁽³⁰⁾.

(27) تجدر الإشارة إلى أنّ الدستور الصادر في عام 1971 تم وقف العمل به في عام 2011.

(28) سبقت الإشارة إلى هذا الحكم عند دراسة فكرة المرافق العامة الدستورية.

(29) تشترط المادة (34) من الدستور الفرنسي صدور تشريع كذلك في حالة التأميم.

(30) راجع: القرار رقم 139 الصادر عن المجلس الدستوري بتاريخ 16 يناير 1982 الذي سبقت الإشارة إليه. وتجدر الإشارة إلى أن المجلس الدستوري قد اشترط تدخل المشرع كذلك لرفع وصف المرفق القومي عن مرفق عام معين إذا أرادت الدولة خصخصة هذا المرفق، وذلك بالإضافة إلى اشتراط ألا يكون هذا المرفق محتكراً للنشاط الذي يمارسه. انظر: القرار رقم 380 الصادر عن المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ 23 يوليو 1996، مجلة AJDA، 1996، ص 696.

أما في دولتي مصر والكويت، فإنَّ اختصاص المشرع بتقرير الخصخصة يستند إلى أنَّ السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص العام في التشريع، وأنَّ الدستور قد حدد للسلطة التنفيذية أنواع اللوائح التي تملك إصدارها على سبيل الحصر، بما يعني أنَّ اختصاصها في مجال التشريع هو اختصاص استثنائي لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره. يُضاف إلى ذلك فيما يخص القانون الإداري أنَّ جزءاً كبيراً من المشروعات العامة قد تملكته الدولة عن طريق التأميم، الذي تم بقانون؛ ولذلك لا يجوز نقل ملكية المشروعات العامة للقطاع الخاص إلا بهذه الأداة القانونية ذاتها عملاً بقاعدة توازي الأشكال والإجراءات.

2. والقيد الثاني الذي يجب أن تلتزم به الدولة في تنفيذها لسياسة الخصخصة هو ضرورة الحفاظ على الاستقلال الوطني، وتطبيقاً لذلك وضع القانون المنظم لعمليات الخصخصة في فرنسا، الصادر بتاريخ 6 أغسطس 1986، حداً أقصى للنسبة التي يجوز للأجانب تملكها من أسهم المشروعات التي تنقل الدولة ملكيتها من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وهي نسبة 20% من مجموع هذه الأسهم⁽³¹⁾.

3. والقيد الثالث الذي قرره المجلس الدستوري بالنسبة لعمليات الخصخصة هو أن يتم نقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص نظير ثمن عادل لا يقل عن القيمة الحقيقية لهذه المشروعات، ويجب أن يتم تحديد هذا الثمن العادل استناداً إلى تقييم شامل للمشروعات والأصول التي تملكها، وقيمة الأرباح التي تحققها، وفرص الاستثمار المتاحة أمامها، كما ينبغي أن تعهد الدولة بمهمة التقييم الشامل لهذه المشروعات إلى خبراء متخصصين مستقلين عن الأشخاص الذين يحتمل أن يشتروا المشروعات المعروضة للبيع⁽³²⁾.

(31) لضمان أكبر حماية ممكنة للاستقلال الوطني، أجاز هذا القانون لوزير الاقتصاد تخفيض النسبة التي يجوز للأجانب تملكها في أسهم المشروعات التي تنقل الدولة ملكيتها إلى القطاع الخاص عن 20% إذا قدر أنَّ هذا الإجراء ضروري من أجل المحافظة على المصالح الوطنية، وقد قضى المجلس الدستوري بأنَّ هذا القانون لا يخالف مبدأ المساواة، كما لا يخالف حرية التجارة والصناعة، وذلك في قراره رقم 254 الصادر بتاريخ 4 يوليو 1989، مجلة Dalloz، 1990، ص 209.

(32) فيما يتعلق بالعلاقة القانونية بين الدولة والمرافق العامة بعد تخصيصها، ينبغي التمييز بين المشروعات التي لا تكتسب وصف المرفق العام وتلك التي تكتسب هذه الصفة. من أمثلة النوع الأول من المشروعات: البنوك والشركات الصناعية والتجارية، وهذه المشروعات تصبح بعد تخصيص مشروعات خاصة عادية تخضع، كغيرها من المشروعات الخاصة، لقواعد القانون الخاص دون أن تتميز بخصائص معينة تميزها عن غيرها من المشروعات الخاصة. ومن أمثلة النوع الثاني من المشروعات والتي تكتسب صفة المرفق العام: المشروعات التي تعمل في مجال إنتاج وتوزيع الكهرباء وتوزيع الغاز، أو في مجال النقل، أو في مجال الاتصالات، هذه المشروعات تظل بعد تخصيصها محتفظة بطبيعتها كمرافق عامة. وقد رتب المجلس الدستوري نتيجة هامة على ذلك، في قراره الصادر بتاريخ 23 يوليو 1996، والذي

وفيما يتعلق بتنفيذ سياسة خصخصة المشروعات العامة في مصر، فقد تمت خصخصة عدد من الشركات المملوكة للدولة وفقاً للقانون رقم 203 لسنة 1991 بشأن شركات قطاع الأعمال العام الذي أجاز في المادة (20) تداول أسهم هذه الشركات في البورصة، والمادة (27) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون التي أجازت للجمعية العمومية غير العادية إصدار قرار بطرح أسهم الشركة في البورصة، كما تمت خصخصة بعض المشروعات العامة بقرار مباشر من الحكومة إلى مستثمر وحيد⁽³³⁾. أمّا في دولة الكويت فإنّ خصخصة المشروعات العامة تخضع للقانون رقم 37 لسنة 2010 الذي نص على إنشاء مجلس أعلى للتخصيص برئاسة رئيس مجلس الوزراء، يختص بوضع السياسة العامة لعمليات الخصخصة وإعداد برنامج زمني بالمشروعات التي يتقرر نقل ملكيتها للقطاع الخاص، ويعرضه على مجلس الوزراء لاعتماده، وعهد القانون للمجلس الأعلى للتخصيص باختيار مؤسسات مستقلة متخصصة لتقييم قيمة المشروعات التي سيتم تخصيصها، ونص على إنشاء شركة مساهمة تؤول إليها أصول المشروعات التي يتقرر تخصيصها، وتوزيع أسهمها على النحو الآتي:

35% من الأسهم يتم طرحها في أسواق المال .

20% للجهات الحكومية التي يحددها المجلس الأعلى للتخصيص .

5% للعاملين في المشروع .

40% من الأسهم تطرح للاكتتاب العام .

ونص القانون على تملك الدولة لسهم ذهبي في كل مشروع يتقرر تخصيصه، كما تضمن عدة ضمانات لحماية حقوق العاملين في المشروعات التي يتقرر تخصيصها .

سبقت الإشارة إليه، هي أن هذه المشروعات تظل ملتزمة باحترام المبادئ الدستورية التي تتقيد المرافق العامة بضرورة اتباعها، ومثال ذلك مبدأ المساواة بين الأفراد أمام الخدمات التي تقدمها المرافق العامة، وكذلك مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وأكد المجلس أن السلطتين التنفيذية والقضائية تملكان، كل واحدة منهما في مجال اختصاصها، مراقبة مدى التزام المشروعات التي تتولى القيام بمهام المرفق العام بالمبادئ الدستورية التي يخضع لها هذا المرفق .

ومن ناحية أخرى، فإنّ الدولة يمكن أن تحتفظ لنفسها بملكية عدد معين من أسهم المشروعات التي تنتقل ملكيتها من القطاع العام إلى القطاع الخاص، تعطيها حقوقاً أوسع من الحقوق التي يملكها المساهم العادي، من أجل ضمان الهيمنة على هذه المشروعات، ولذلك يطلق على الأسهم التي تحتفظ بها الدولة من أجل تحقيق هذا الهدف الأسهم الذهبية، وأهم الحقوق التي تخولها هذه الأسهم للدولة: الحق في الاعتراض على امتلاك فرد واحد أو مجموعة أفراد نسبة معينة من رأس مال المشروع، والحق في تعيين مندوبين عن الدولة لرقابة المشروع، وكذلك الحق في الاعتراض على تنازل المشروع عن أصوله إذا كان من شأن ذلك تهديد المصالح الوطنية .

(33) راجع: المادة رقم (20) من القانون رقم 203 لسنة 1991 بشأن شركات قطاع الأعمال العام، والمادة (27) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون. وراجع بشأن هذا القانون: د. رضا السيد عبد الحميد، شرح قانون شركات قطاع الأعمال العام، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1992 .

المطلب الرابع

دور مبدأ الأمن القانوني في حظر المساس

بحق الملكية الخاصة بأثر رجعي

من المبادئ الدستورية التي لا تختلف من نظام قانوني لآخر أنّ مبدأ عدم رجعية القوانين يقتصر على نصوص التجريم والعقاب التي تطبق دائماً بأثر مباشر، ولا يجوز أن تسري على وقائع حدثت قبل صدورها ونشرها، إلا إذا كانت أصلح للمتهم، أما نصوص القوانين غير الجنائية فيجوز للسلطة التشريعية أن تقرر سريانها بأثر رجعي بشرط موافقة أغلبية خاصة لأعضاء البرلمان، هي أغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم مجلس الأمة وفقاً للدستور الكويتي، وأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب وفقاً للدستور المصري الحالي⁽³⁴⁾.

ولكن ضرورة مراعاة الأمن القانوني، والحفاظ على الحقوق المكتسبة، واستقرار المراكز القانونية، دفعت القضاء الدستوري إلى القضاء بعدم دستورية نصوص قانونية غير جنائية قرر المشرع سريانها بأثر رجعي حينما يقدّر القضاء أنّ تطبيقها بأثر رجعي يهدر الحقوق أو الحريات العامة التي كفل الدستور حمايتها.

من تطبيقات ذلك في فرنسا قرار المجلس الدستوري بتاريخ 28 ديسمبر 1995 بعدم دستورية إصدار قانون يقرر التصحيح التشريعي بأثر رجعي لقرارات إدارية سابقة من أجل مراعاة المصالح المالية للدولة⁽³⁵⁾، وقرار المجلس بتاريخ 18 ديسمبر 1998 بعدم دستورية إصدار قانون يقرر التصحيح التشريعي بأثر رجعي لقرار إداري يتعلق بطريقة احتساب وعاء ضريبة معينة كان قد صدر حكم قضائي بإلغائه⁽³⁶⁾.

ومن التطبيقات في قضاء المحكمة الدستورية الكويتية حكمها الصادر بتاريخ 11 يوليو 1981 بعدم دستورية المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم 63 لسنة 1980 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 18 لسنة 1969 في شأن تحديد أملاك الدولة خارج خط التنظيم العام،

(34) راجع: المادة (179) من الدستور الكويتي، والمادة (225) من الدستور المصري الصادر في عام 2014. أما في فرنسا فقد اقتصر إعلان حقوق الإنسان والمواطن على النص على مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي (في المادة 8 من الإعلان).

(35) راجع:

Décision du conseil constitutionnel en date du 28 décembre 1995, n. 369 DC, Recueil, p. 269.

(36) راجع:

Décision du conseil constitutionnel en date du 18 décembre 1998, n. 404 DC, Recueil, p. 315.

فيما تضمنته هذه المادة من إلغاء القاعدة التي قررها الأمر الأميري الصادر بتاريخ 23 يناير 1956 والتي تفيد أن كل من وضع يده على أرض تدخل ضمن تحسين المدينة أو لاصقة مباشرة ببيوت إحدى القرى المعروفة، فإنه يعد مالكا لها وينشأ له الحق في الحصول على وثيقة تملك لها. وأسست المحكمة قضاءها بعدم دستورية المادة المطعون فيها على أنها قررت سريانها بأثر رجعي على المنازعات القائمة أمام القضاء، مما يترتب عليه حرمان واضعي اليد على الأراضي المشار إليها من الحصول على وثائق تملك رغم اكتمال المدة اللازمة لتملك هذه الأراضي⁽³⁷⁾.

وطبقت المحكمة الدستورية المصرية هذه المبادئ في عدة أحكام قضت فيها بعدم دستورية نصوص تشريعية في مجال الضرائب والرسوم قرر المشرع سريانها بأثر رجعي، وأسست المحكمة قضاءها على أن الأثر الرجعي لهذه النصوص يتضمن اعتداءً على حق الملكية، الذي وسعت المحكمة الدستورية من مفهومه، وجعلته يشمل جميع الحقوق المالية، شخصية، أو عينية، أو حقوق ملكية أدبية، أو فنية، أو صناعية، بالإضافة إلى مخالفة الأثر الرجعي لمبدأ العدالة الاجتماعية والتوقع المشروع للأفراد.

ومن تطبيقات ذلك في مجال الضرائب حكم المحكمة الدستورية بتاريخ 2 من يناير 1993 بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة (56) من القانون رقم 46 لسنة 1978 بشأن تحقيق العدالة الضريبية فيما قررت من زيادة ضريبة الأرباح التجارية والصناعية بأثر رجعي على تصرفات تمت قبل صدور هذا القانون، وأسست المحكمة قضاءها على أن النص المطعون فيه يخالف المادة (38) من الدستور بشأن عدالة الضريبة، حيث إنه لم يصدر بناء على وجود ضرورة اجتماعية تبرره، كما أنه فاجأ الممولين الخاضعين لأحكامه والذين لم يتوقعوا زيادة الضريبة التي قررها هذا النص⁽³⁸⁾.

وقد أرست المحكمة المبدأ الآتي في هذا الحكم: «ولئن كان الأصل هو ألا يلجأ المشرع إلى تقرير رجعية الضريبة إلا إذا أملت مصلحة اجتماعية لها وزنها، وذلك بالنظر إلى الآثار

(37) صدر هذا الحكم في القضية رقم 1 لسنة 1981، الجريدة الرسمية، العدد 1366، السنة 27، بتاريخ 19 يوليو 1981.

(38) القضية رقم 23 لسنة القضائية الثانية عشرة، الجريدة الرسمية، العدد 3، بتاريخ 21 يناير 1993. وراجع بشأن دور مبدأ الأمن القانوني في حماية الملكية الخاصة: د. فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، مؤسسة النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2004، ص. 753 وما بعدها؛ د. يسري العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 256. وراجع للمؤلف ذاته: الحماية الدستورية لمبدأ الأمن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة المحكمة الدستورية، العدد 3، القاهرة، يوليو 2003.

الخطيرة التي تحدثها الرجعية في محيط العلاقات القانونية، وما يلابسها بوجه خاص في أغلب الأحوال وأعمها من إخلال بالاستقرار وإهدار للثقة المشروعة في التعامل ومساس بالحقوق، وكان من المقرر كذلك أن توزيع الأعباء المالية للدولة توزيعاً منصفاً من خلال الضريبة عملية بالغة التعقيد تكتنفها مخاطر عديدة مترامية في مداها، إلا أن ممارسة السلطة التشريعية لولايتها في هذا النطاق لا يجوز إنكارها أو غل يدها عنها، بل يتعين أن يتوافر لهذه السلطة المرونة الكافية عند مراجعتها لقوانين ضريبية سابقة على ضوء ما أسفر عنه تطبيقها، وانطلاقاً من ضرورة مواجهة الأعباء المتزايدة التي تتحملها الدولة في مجال نهوضها بالمرافق العامة، وبمراعاة عدم الإخلال بالمراكز القانونية المتماثلة، إذ لا يجوز بحال أن يمايز قانون الضريبة - في غاياته أو آثاره - بين المخاطبين بالضريبة على غير أسس موضوعية، وإلا كان هذا التمييز تحكيمياً ومنهياً عنه بنص المادة (40) من الدستور .

وحيث إنّه في مجال تقييم المصلحة المشروعة التي يركن إليها قانون الضريبة الجديدة التي فرضها المشرع بمناسبة أعمال قانونية أبرمها المكلفون بها قبل صدوره، ليس كافياً لانتفاء هذه المصلحة أن يكون تحقيق الواقعة المنشئة لهذه الضريبة سابقاً على صدور قانونها، إذ لا يعدو سريان هذا القانون عليها أن يكون هو الأثر الرجعي بعينه - وهو جائز طبقاً للدستور، وإنما يتعين لتقرير زوال المصلحة المشروعة أن يكون قانون الضريبة منسحباً بأثره الرجعي إلى واقعة تتمخض تصرفاً قانونياً وناقلاً للملكية، وذلك إذا كان تكوينه قد اكتمل قبل صدور قانون الضريبة الجديد، وكان المكلف بأدائها قد استحال عليه - بالنظر إلى طبيعتها أو مبلغها - أن يتوقعها عقل حين نقل بإرادته ملكية هذا المال إلى غيره، بل باغتته ولم يكن يحسب لها حساباً، إذ يناقض فرض الضريبة على هذه الأحوال مفهوم العدالة الاجتماعية الذي يقوم عليه النظام الضريبي على ما تقضي به المادة (38) من الدستور باعتبار أنّ العدالة الاجتماعية ينافيها أن يعدل المشرع أسس ضريبة قائمة قدر الممول تبعة تصرفاته القانونية التي أبرمها عند سريانها على ضوء أحكامها، وذلك كلما قام الدليل على أن الظروف المحيطة بالضريبة الجديدة التي قرر المشرع سريانها بأثر رجعي لتحكم الممول في تصرفاته القانونية السابقة عليها، النافذة قبل تقريرها والتي لا يمكن الرجوع فيها، كانت غير ماثلة في تقديره حين تعامل في إطار الضريبة القديمة وما كان بوسعه عقلاً أن يتوقعها، وآية ذلك أنه لو كان بإمكانه أن يكون على بينة منها لأدخلها في اعتباره عند تصرفه في ماله، أو اختار إبقاء هذا المال في ذمته توكياً لأية مخاطر ضريبية لا يأمن عواقبها» .

وفيما يتعلق بالرسوم أصدرت المحكمة الدستورية في مصر عدداً من الأحكام قضت

فيها بعدم دستورية نصوص تشريعية كانت تعطي لمصلحة الشهر العقاري سلطة فرض رسوم تسجيل إضافية إذا اتضح لها، في تاريخ لاحق على إشهار التصرفات العقارية، أن قيمة العقارات التي تم إشهار التصرفات القانونية الخاصة بها تزيد على القيمة التي تم تحديدها وقت التسجيل.

وقد قضت المحكمة الدستورية بعدم الدستورية استناداً على تفسير واسع لبعض نصوص دستور 1971، أهمها نص المادتين (32، 34) بشأن حماية الملكية الخاصة، والمادة (38) الخاصة بعدالة الضريبة، والمادة (65) الخاصة بخضوع الدولة للقانون، وأرست المبادئ الآتية:

1. إنَّ إلزام أطراف التصرفات القانونية بأداء رسوم إضافية بعد انتهاء توثيق هذه التصرفات يتضمن اعتداءً على حق الملكية الخاصة الذي يتمثل في أي حق مالي شخصي، أو عيني، أو حق أدبي، أو فني، أو صناعي.
 2. إنَّ سريان الرسوم بأثر رجعي يصدّم التوقع المشروع للأفراد ويباغتهم برسوم إضافية تقررها مصلحة الشهر العقاري بناء على نظام التحري عن القيمة الحقيقية للعقار بعد انتهاء إجراءات شهر التصرف القانوني الذي تقررت عليه الرسوم.
 3. إنَّ الرسوم وغيرها من التكاليف المالية التي فرضها الدستور على الأفراد بموجب المادة (119) ينبغي أن تتسم بالعدالة التي نصت عليها المادة (38) من الدستور.
 4. لا يجوز للمشرع المغالاة في تقدير الرسوم لمجرد توفير موارد مالية للدولة على غير أسس موضوعية.
- ومن الأحكام التي قضت بعدم دستورية بعض الرسوم:

1. الحكم الصادر بتاريخ الأول من فبراير 1997 بعدم دستورية البند (ج) من المادة (21) من القرار بقانون رقم 70 لسنة 1964 في شأن الأراضي الزراعية الكائنة في ضواحي المدن، ورفعت عنها الضريبة لخروجها من نطاق الأراضي الزراعية، من تقدير قيمتها بحيث لا تقل عن مائة وخمسين جنيهاً للمتر المربع في المناطق السياحية، وخمسين جنيهاً للمتر المربع في غيرها كحد أدنى، وبعدم دستورية نظام التحري عن القيمة الحقيقية لهذه الأراضي وتحصيل رسم تكميلي - بعد اتخاذ إجراءات الشهر العقاري - عن الزيادة التي تظهر في هذه القيمة⁽³⁹⁾.

(39) القضية رقم 65 للسنة القضائية السابعة عشرة، الجريدة الرسمية، العدد 7 (تابع)، في 13 من فبراير 1997.

2. الحكم الصادر بتاريخ 2 من أكتوبر 1999 بعدم دستورية ما تضمنته الفقرة (ج) من المادة (21) من القرار بقانون رقم 70 لسنة 1964 بشأن رسوم التوثيق والشهر، فيما يتعلق بالأراضي الفضاء والمعدة للبناء، من تقدير قيمتها بحيث لا تقل عن مائة وخمسين جنيهاً للمتر المربع في المناطق السياحية، وخمسين جنيهاً للمتر المربع في غيرها كحد أدنى، وبعدم دستورية نظام التحري عن القيمة الحقيقية لهذه الأراضي وتحصيل رسم تكميلي بعد اتخاذ إجراءات الشهر عن الزيادة التي تظهر في هذه القيمة⁽⁴⁰⁾.

3. الحكم الصادر بتاريخ 3 من يونيو 2000 بعدم دستورية البند (ب) من المادة (21) من القرار بقانون رقم 70 لسنة 1964 بشأن التوثيق والشهر فيما يتعلق بالعقارات المبنية، وبعدم دستورية نظام التحري عن القيمة الحقيقية للعقارات المبنية وتحصيل رسم تكميلي - بعد اتخاذ إجراءات الشهر - عن الزيادة التي تظهر في هذه القيمة⁽⁴¹⁾.

(40) القضية رقم 126 للسنة القضائية العشرين، الجريدة الرسمية، العدد 41، في 14 من أكتوبر 1999.

(41) القضية رقم 116 للسنة القضائية الواحدة والعشرين، الجريدة الرسمية، العدد 24، في 17 من يونيو 2000.

المبحث الثاني

حرية التجارة والصناعة والحريات النابعة منها أو المرتبطة بها

ثار نقاش في الفقه بشأن حرية التجارة والصناعة، وذهب اتجاه في الفقه الفرنسي إلى أنّ هذه الحرية هي أصل الحريات الاقتصادية، وأنّها تتضمن حرية ممارسة النشاط أو حرية المبادرات الخاصة وحرية المنافسة⁽⁴²⁾، وأيد بعض الكتاب في الفقه المصري هذا الاتجاه وأضافوا الحرية التعاقدية إلى الحريات التي تتضمنها حرية التجارة والصناعة⁽⁴³⁾، وذهب اتجاه ثان في الفقه الفرنسي إلى أنّ حرية مباشرة النشاط أو المبادرات الخاصة هي أصل الحريات الاقتصادية، وأنّ حرية التجارة والصناعة تعدّ عنصراً في حرية مباشرة النشاط، أو المبادرات الخاصة⁽⁴⁴⁾. وقد أبدينا في المبحث السابق رأينا في أنّ أصل الحريات الاقتصادية هو حق الملكية الخاصة وحرية ممارسة النشاط أو المبادرات الخاصة، وتعدّ حرية التجارة والصناعة عنصراً في حرية مباشرة النشاط أو المبادرات الخاصة، وتعدّ كل من الحرية التعاقدية وحرية المنافسة مرتبطة بحرية التجارة والصناعة، ويعدّ مبدأ المساواة بين المشروعات من عناصر حرية المنافسة، وشرطاً ضرورياً لضمان الممارسة الفعالة للحريات بوجه عام.

ولهذا السبب عرضنا في المبحث الأول الحماية الدستورية لحق الملكية وحرية ممارسة النشاط أو حرية المبادرات الخاصة باعتبارهما أصل الحريات الاقتصادية. ونعرض في المبحث الحالي حرية التجارة والصناعة والحريات النابعة منها أو المرتبطة بها. ونعرض فيما يلي حرية التجارة والصناعة والحريات النابعة منها أو المرتبطة بها في أربعة مطالب على الوجه الآتي:

المطلب الأول: حرية التجارة والصناعة

المطلب الثاني: الحرية التعاقدية

المطلب الثالث: حرية المنافسة

المطلب الرابع: المساواة بين المشروعات والأشخاص القانونيّة الخاصة

(42) من أنصار هذا الاتجاه:

H.Y. Chérot, Droit public économique, éd. Economica, 2001, n°. 19. J.Ph. Colson et P.

Idoux, Droit public économique, 6ème éd., LGDJ, Paris, 2012, p. 127.

(43) د. محمد محمد عبد اللطيف، القانون العام الاقتصادي: دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، 2012، ص 182.

(44) من أنصار هذا الاتجاه:

P. Delvolvé, Droit public de l'économie, éd. Dalloz, Paris, 1998, p. 105. S. Nicinski, Droit public des affaires, 3ème éd., Montchrestien, Paris, 2012, p. 45.

المطلب الأول

حرية التجارة والصناعة

لا يتضمن الدستور في فرنسا أو في دولتي الكويت ومصر نصاً يشير بشكل مباشر إلى حرية التجارة والصناعة، ولكن يمكن أن نجد في بعض النصوص الدستورية أساساً غير مباشر لهذه الحرية، فالمادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في فرنسا في عام 1789 تكفل الحرية بوجه عام لكل فرد، ولا يرد على الحرية إلا قيد واحد هو عدم الإضرار بغيره من الأفراد، والمادة الخامسة تنص على أنه: «لا يجوز للقانون أن يمنع أي نشاط إلا إذا كان هذا النشاط ضاراً بالمجتمع». وقد أسس المجلس الدستوري القيمة الدستورية لحرية مباشرة النشاط أو المبادرات الخاصة، والتي يعتبرها جانب من الفقه الفرنسي أصل الحريات الاقتصادية، على المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 16 يناير 1982 بمناسبة رقابته على دستورية قانون التأميم، والذي سبقت الإشارة إليه في المطلب الثاني من المبحث الأول.

ويتضمن الدستور الكويتي نصوصاً يمكن أن نؤسس عليها الحماية الدستورية لحرية التجارة والصناعة، مثل المادة (16) التي تنص على أن: «الملكية ورأس المال والعمل مقومات أساسية لكيان الدولة الاجتماعي، وللثروة الوطنية، وهي جميعاً حقوق فردية ذات وظيفة اجتماعية ينظمها القانون»، والمادة (20) التي تنص على التعاون بين النشاط العام والنشاط الخاص بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية وزيادة الإنتاج ورفع مستوى المعيشة وتحقيق الرخاء للمواطنين.

وتضمن الدستور المصري الحالي نصوصاً أكثر تفصيلاً، حيث نصت المادة (27) على التزام النظام الاقتصادي «بمعايير الشفافية والحوكمة ودعم محاور التنافس وتشجيع الاستثمار.... وتكافؤ الفرص»، وألزمت المادة (28) الدولة بحماية الأنشطة الاقتصادية وزيادة تنافسيتها، وتوفير المناخ الجاذب للاستثمار، وألزمها المادة (36) بتحفيز القطاع الخاص لأداء مسؤوليته الاجتماعية في خدمة الاقتصاد.

إن هذه النصوص تعد في مجموعها أساساً لحرية الاستثمار باعتبارها عنصراً في حرية مباشرة النشاط والمبادرة الخاصة، وما يرتبط بها من حريات، من أهمها حرية التجارة والصناعة، كما أنها تلزم الدولة بكفالة ممارسة الأفراد والمشروعات الخاصة لهذه الحريات وتحفيز القطاع الخاص وتشجيعه على الاستثمار⁽⁴⁵⁾.

(45) راجع بشأن دور الدولة في الاقتصاد في ظل سياسة الحرية الاقتصادية: د. عبد الستار عبد الحميد سلمى، حدود تدخل الدولة في المجال الاقتصادي في ظل اقتصاد السوق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

أما القضاء الدستوري في فرنسا وفي دولتي الكويت ومصر فلم يصدر حكماً يحدد الطبيعة القانونية لحرية التجارة والصناعة، ولكن مجلس الدولة الفرنسي قرّر في حكمه الصادر بتاريخ 22 يونيو 1951 في قضية Daudignac أنّ حرية التجارة والصناعة تعد مبدأً قانونياً عاماً مستمداً من القانون، وقضى بناء على ذلك بإلغاء قرار لائحي صادر من عمدة إحدى البلديات كان قد فرض على كل من يمارس مهنة التصوير في الأماكن العامة الحصول على ترخيص مسبق، دون أن يستند هذا القرار اللائحي على أساس تشريعي، فضلاً عن مخالفته لحرية التجارة والصناعة⁽⁴⁶⁾.

وتأسيساً على أنّ حرية التجارة والصناعة تعد حرية عامة، فإنّ السلطة التشريعية وحدها وليس السلطة التنفيذية هي التي تملك الحق في تقييدها وتحديد الشروط اللازمة لممارسة الأفراد لها، وقد أكدت على هذا المبدأ المادة (34) من الدستور الفرنسي الحالي الصادر في عام 1958، وعهدت إلى المشرع بوضع القواعد الأساسية الخاصة بالحرية العامة.

وتطبيقاً لذلك قضى المجلس الدستوري بدستورية نص تشريعي تضمن فرض أسلوب الترخيص لمزاولة زراعة منتجات معدلة وراثياً، وذلك بهدف المحافظة على الصحة العامة⁽⁴⁷⁾، ولكنه قضى بعدم دستورية نص تشريعي حدد على سبيل الحصر الحالات التي يجوز فيها لرب العمل فصل العمال لأسباب اقتصادية، وأسس قراره على أنّ المشرع تجاوز في هذا النص حدود سلطته التقديرية في تنظيم حالات إنهاء خدمة العمال، وأهدر صلاحيات رب العمل في مباشرة النشاط⁽⁴⁸⁾.

وتعد تشريعات تشجيع الاستثمار وحمايته من أهم صور التنظيم التشريعي لحرية التجارة والصناعة، وتتفق تشريعات الدول الثلاث موضوع الدراسة على خضوع الاستثمار، وخاصة الاستثمار الأجنبي لأسلوب الترخيص من جانب الإدارة، مع بعض اختلافات فيما بينها. والقاعدة العامة في القانون الفرنسي هي الدور المهم الذي تتولاه وزارة الاقتصاد في توجيه حركة الاستثمار الأجنبي واتجاهاته، وينبغي على المستثمر الذي لا يحمل جنسية إحدى دول الاتحاد الأوروبي الحصول على ترخيص

(46) راجع:

M. Long et P. Weil et autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 21ème éd., Dalloz, Paris, 2017, p. 390.

وأعاد مجلس الدولة التأكيد على القيمة القانونية لحرية التجارة والصناعة باعتبارها مبدأً قانونياً عاماً في حكم لاحق أصدره بتاريخ 28 أكتوبر 1960.

Conseil d'Etat, 28 octobre 1960, Martial de Laboulaye, Recueil, p. 570.

راجع أيضاً: J.Ph. Colson et P. Idoux, Droit public économique, op. cit. p. 128.

(47) Décision du conseil constitutionnel en date du 19 juin 2008, DC, Recueil, p.313.

(48) Décision du conseil constitutionnel en date du 12 janvier 2002, 455 DC, Recueil, p. 49.

مسبق من وزارة الاقتصاد إذا أراد الاستثمار في مشروع ينتمي إلى بعض الأنشطة وثيقة الصلة بالمصلحة العامة، بنسبة تجاوز 25% من رأسمال المشروع، وهذه الأنشطة هي: صناعة المواد الخاصة بالأمن والدفاع، الصناعات الإلكترونية، الذكاء الاصطناعي، قطاع الاتصالات، وقطاع الإعلام، ويوجه عام الأنشطة المتصلة بالمصالح الوطنية. أما بعد حصول المستثمر على الترخيص اللازم لمباشرة النشاط، فإنه يخضع للقواعد الموضوعية المطبقة على هذا النشاط في إطار مبدأ المساواة والمنافسة الحرة⁽⁴⁹⁾.

وأصدرت دولتا الكويت ومصر تشريعات لتشجيع الاستثمارات الأجنبية، بدأت في مصر بالقانون رقم 43 لسنة 1974 في شأن استثمار المال العربي والأجنبي، وتضمن مزايا وإعفاءات للمشروعات العربية والأجنبية التي تنشأ وفقاً لأحكامه، ولم يمنح القانون هذه المزايا للمشروعات الوطنية، إلا بدءاً من عام 1989؛ حيث أصبحت المزايا والإعفاءات حقاً لجميع المشروعات الاستثمارية والأجنبية، واستمر هذا الوضع في ظل قانون الاستثمار الحالي رقم 72 لسنة 2017⁽⁵⁰⁾.

وفي دولة الكويت صدر القانون رقم 8 لسنة 2001 لتشجيع الاستثمار الأجنبي، ولكنه أجاز للمشروعات الوطنية الإفادة من المزايا التي تضمنها إذا كانت تمارس الأنشطة ذاتها التي منحها القانون للاستثمار الأجنبي، وفي عام 2013 نظم المشرع الكويتي جميع المشروعات الاستثمارية، وطنية وأجنبية، في قانون واحد هو القانون رقم 116 لسنة 2013، وهذا اتجاه محمود ويتفق مع مبدأ المساواة؛ نظراً لأن المشروعات الاستثمارية تعد جميعها في مركز قانوني واحد.

وأهم المزايا التي قررتها تشريعات تشجيع الاستثمار في دولتي الكويت ومصر للمشروعات التي تنشأ وفقاً لأحكامها هي:

- الإعفاء من الضرائب والرسوم.
- اكتساب المشروعات التي تنشأ وفقاً للقانون الكويتي لحق الانتفاع على الأراضي التي تخصص لها بقرار من مجلس الوزراء، وحق المشروعات التي تنشأ وفقاً للقانون المصري في ملكية الأراضي التي يخصصها لها مجلس الوزراء من دون مقابل.

(49) راجع:

N. Brice et S. Bardasi et P. Barthélemy, Investissements étrangers en France: Renforcement du contrôle et extension des secteurs stratégiques. <https://www.jonesday.com/fr>. B. Martor et G. Louvel et autres, Le contrôle des investissements étrangers en France. <https://www.twobirds.com/fr>.

(50) راجع التشريعات واللوائح المنظمة للاستثمار في مصر في «موسوعة الاستثمار» للدكتور عبد الفتاح مراد، الإسكندرية، 2017 (دون دار نشر).

- حرية المشروعات في تحديد أسعار المنتجات التي تقوم بإنتاجها دون رقابة من جانب الدولة.
- عدم فرض أية رقابة على تحويل أرباح المشروعات إلى خارج الدولة.
- تطبيق شرط الثبات التشريعي، بمعنى استمرار خضوع المشروعات للقوانين التي نشأت في ظلها، وإعفاؤها من الخضوع للقوانين الجديدة التي تصدر بعد إنشائها.
- حظر تأميم المشروعات وحظر مصادرة الدولة لأموالها.
- عدم نزع ملكية الأموال المملوكة للمشروعات الاستثمارية إلا لضرورة ترجع للمصلحة العامة، ومقابل تعويض عادل⁽⁵¹⁾.
- تطبيق وسائل سريعة لحسم منازعات الاستثمار، من أهمها في مصر إنشاء دائرة في محاكم القضاء الإداري متخصصة في المنازعات الإدارية بشأن الاستثمار، وإنشاء محاكم اقتصادية لحسم صور منازعات الاستثمار الأخرى⁽⁵²⁾، بالإضافة إلى أن القانونين الكويتي والمصري أقرّا كلا من أسلوب التحكيم والوساطة والتوفيق لحسم منازعات الاستثمار.
- يُضاف إلى ذلك أنّ قانون المناقصات العامة في كل من دولتي الكويت ومصر أجاز إبرام عقود إدارية بين الدولة وشركات أجنبية دون اشتراط وجود شريك وطني⁽⁵³⁾، كما لا يتضمن القانون الفرنسي مثل هذا الشرط.

(51) راجع بشأن المزايا المقررة للمشروعات الاستثمارية: رجب عبد الحكيم سليم، شرح أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، 4، دون دار نشر، القاهرة، 2000، القاهرة، ص 326 وما بعدها. وراجع بشأن تقييم تشريعات تشجيع الاستثمار في مصر: أحمد رجب قرشم، تطور التشريع الاستثماري في مصر وأثره في جذب الاستثمار المباشر، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ديسمبر 2020، ص 1096، د. حسام الدين كامل الأهواني، المعاملة القانونية للاستثمارات في القانون المصري: سبل تشجيع الاستثمار وإزالة ما يعترضه من عقبات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، يناير 1996، ص 21.

(52) د. محيي محمد مسعد، دور المحاكم الاقتصادية في تنمية الاستثمار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، يناير 2008، ص 277.

(53) القانون رقم 182 لسنة 2018 في شأن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر. وراجع: المادتين (31 و 87) من القانون رقم 49 لسنة 2016 في شأن المناقصات العامة في دولة الكويت. وتجدر الإشارة إلى أن القانون رقم 116 لسنة 2013 في شأن الاستثمار في دولة الكويت أجاز لمجلس الوزراء استبعاد بعض مجالات النشاط من نطاق تطبيقه، وبناء على ذلك فقد تقرر استبعاد إنتاج النفط والغاز من مجال تطبيق هذا القانون. وأشرنا فيما قبل إلى أنّ القانون رقم 37 لسنة 2010 في شأن الخصخصة استبعد من نطاق تطبيقه كلا من قطاع إنتاج النفط والغاز والتعليم والصحة.

وتجدر الإشارة كذلك إلى أنّ الدول الثلاث محل المقارنة أصدرت قوانين لتنظيم عقود بين الدولة والقطاع الخاص، تتضمن مشاركة رأس المال الخاص في مشروعات تنموية، ومن أهم هذه القوانين:

- القانون رقم 591 الصادر بتاريخ 2003/7/2 في فرنسا، والذي فوّض الحكومة في إصدار لائحة تفويضية Ordonnance لتنظيم عقود المشاركة مع القطاع الخاص، وقد صدرت اللائحة التفويضية بتاريخ 2004/6/17.
- القانون رقم 67 لسنة 2010 في مصر بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.
- القانون رقم 116 لسنة 2014 في دولة الكويت بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

المطلب الثاني

الحرية التعاقدية

أشرنا من قبل إلى الخلاف الذي نشأ في الفقه بشأن العلاقة بين الحريات الاقتصادية، وهل الأصل فيها حرية مباشرة النشاطات والمبادرات الخاصة أو حرية التجارة والصناعة، وبيّنا رأينا في أنّ الأصل في الحريات الاقتصادية هو الحق في الملكية وحرية مباشرة النشاط، أو حرية المبادرات الخاصة، وتترتب الحريات الأخرى على هذا الأصل. وهذا مع التسليم بأن جميع الحريات الاقتصادية مرتبطة فيما بينها ارتباطاً وثيقاً. وفيما يتعلق بحرية التجارة والصناعة، فقد اعتبرها مجلس الدولة الفرنسي مبدأً قانونياً عاماً، وأنها إحدى الحريات العامة التي لا يجوز تقييدها إلا بواسطة قانون، عملاً بالمادة (34) من الدستور الفرنسي الحالي. أما في دولتي الكويت ومصر، فإننا نعتقد أنّ لها قيمة دستورية بناء على تفسير النصوص الدستورية التي أشرنا إليها.

وفيما يتعلق بالحرية التعاقدية، فقد مرّ قضاء المجلس الدستوري الفرنسي بمرحلتين: في المرحلة الأولى لم يكن يقضي بعدم دستورية قانون مجرد مخالفته للحرية التعاقدية وحدها، لأنّه لم يقر لها بقيمة دستورية في ذاتها، ولكنّه عدل عن هذا الاتجاه اعتباراً من عام 2000، وأصبح يعترف بالقيمة الدستورية للحرية التعاقدية، وأسندها على المادة (4) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في عام 1789، والتي تكفل الحرية بوجه عام⁽⁵⁴⁾.

(54) راجع بشأن هذا الموضوع:

F. Moderne, La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle?
RFDA, Paris, 2006, p.2.

ومن أمثلة الاتجاه الأول للمجلس الدستوري قراره الصادر بتاريخ 26 يناير 1995، بمناسبة رقابته على دستورية قانون أقره البرلمان وتضمن تعديلاً لأحكام عقد امتياز ميرم بين شركة كهرباء فرنسا وشركة أخرى بهدف تمويل إنشاء قناة، وذلك دون الاعتداد بإرادة طرفي العقد، وقد قضى المجلس بدستورية القانون تأسيساً على أن المشرع يجوز له التدخل في هذه العلاقة التعاقدية لحماية المصلحة العامة خروجاً على قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن هذا لا يعد مخالفاً للحقوق أو المبادئ الدستورية⁽⁵⁵⁾.

ومن أمثلة الاتجاه الثاني للمجلس الدستوري قراره الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 2000، الذي أعلن فيه أن الحرية التعاقدية تجد أساسها في المادة (4) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في عام 1789، والتي تكفل الحرية لكل فرد بشرط ألا يضر بحريات غيره من الأفراد⁽⁵⁶⁾، وكذلك قراره الصادر بتاريخ 30 مارس 2006، الذي قضى فيه بدستورية قانون يمنح لرب العمل سلطة إنهاء عقد العامل خلال مدة سنتين من إبرام العقد دون حاجة لإعلان سبب إنهاء العقد، وأكد المجلس أنه لا توجد أية قاعدة أو مبدأ دستوري يلزم رب العمل بإعلان سبب إنهاء عقد العامل، وأن سلطة رب العمل في هذا المجال تستند إلى الحرية التعاقدية التي تجد أساسها في المادة (4) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن⁽⁵⁷⁾.

أما المحكمة الدستورية المصرية فقد سبقت المجلس الدستوري الفرنسي في الإقرار بالقيمة الدستورية للحرية التعاقدية، واعتبرتها المحكمة عنصراً من عناصر الحرية الشخصية التي كفلها الدستور، وحقاً طبيعياً لازماً لكل فرد، كما أسندتها إلى الحق في الملكية الذي فسرتة المحكمة تفسيراً واسعاً يشمل - كما بيّنا من قبل - جميع الحقوق المالية شخصية أو عينية، أو حقوق ملكية أدبية أو فنية أو صناعية⁽⁵⁸⁾.

ومن أهم تطبيقات الحماية الدستورية للحرية التعاقدية في أحكام المحكمة الدستورية الأحكام التي قضت فيها بعدم دستورية بعض نصوص القوانين المنظمة للعلاقة بين

(55) Décision du Conseil constitutionnel en date du 26 janvier 1995, n. 358 DC, Journal officiel du 1er février 1995, p. 1706.

(56) Décision du conseil constitutionnel en date du 19 décembre 2000, n. 437 DC, Recueil, p. 176.

(57) Décision du conseil constitutionnel en date du 30 mars 2006, n. 535 DC, Journal officiel du 2 avril 2006, p. 4964.

(58) راجع بشأن القيمة الدستورية للحرية التعاقدية: د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها العامة، مرجع سابق، ص 858 وما بعدها؛ د. محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998. د. شريف خاطر، مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد: دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2013.

المؤجر والمستأجر التي صدرت في فترة تطبيق النظام الاشتراكي، وقررت الامتداد القانوني لعقد الإيجار مع تثبيت قيمة الأجرة، وكان الهدف مراعاة الاعتبارات الاجتماعية، واستقرار المركز القانوني لمستأجري العقارات، ولكن هذا الوضع استمر لفترة طويلة بحيث أصبح غير عادل بالنسبة لمؤجري العقارات.

ومن أمثلة ذلك حكم المحكمة الدستورية بتاريخ 1997/2/1، الذي قررت فيه أن: «الأصل في النصوص القانونية التي اقتضتها الضرورة أن يكون إعمالها مشروطاً بتوافر موجباتها وبقدرها، ولا يجوز بالتالي أن تعتبر التدابير الاستثنائية التي تدخل بها المشرع في مجال العلائق الإيجارية - من أجل ضبطها - حلاً نهائياً ودائماً لمشكلاتها، فلا يتحول المشرع عنها، بل عليه أن يعيد النظر فيها، وأن يعدل عنها عند زوال مبرراتها، وأن تخلي هذه التدابير عندئذ مكانها لحرية التعاقد بوصفها الحرية الأصل في العقود جميعها، وكما قدّر المشرع إنهاء التدابير الاستثنائية التي كان قد فرضها في شأن الأعيان المؤجرة، دل ذلك على أن شروط التعاقد لتأجيرها أضحّت عملاً اتفاقياً يكفي لانعقاده أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتهما مع تطابقهما»⁽⁵⁹⁾.

ورفضت المحكمة الدستورية اعتبار العدالة الاجتماعية أساساً للامتداد القانوني لعقود الإيجار بما يجاوز المدة المعقولة، ويهدر حق الملكية، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 1997/8/2، الذي قررت فيه أن: «العدالة الاجتماعية، وإن كانت من القيم التي تبناها الدستور، إلا أن مفهومها لا يناقض بالضرورة حق الملكية، ولا يجوز أن يكون عاصفاً بفحواه، وعلى الأخص في نطاق العلائق الإيجارية التي تستمد مشروعيتها الدستورية من التوازن في الحقوق التي كفلها المشرع لأطرافها؛ ذلك أن الملكية - بما يتفرع عنها من الحقوق - ينبغي أن تخلص لأصحابها، فلا ينقض المشرع على أحد عناصرها، ليقيم بنيانها على غير القواعد التي تنهياً بها لوظيفتها الاجتماعية أسبابها، ولئن جاز القول بأن لكل حق وظيفة يعمل في إطارها ليتحدد مدها على ضوءها، إلا أن لكل حق كذلك دائرة، لا يجوز اغتيالها حتى يظل الانتفاع به ممكناً. وكما فرض المشرع على الحق قيوداً جائرة تنال من جدواه، فلا يكون بها إلهشياً، فإن التذرع بأن لهذه القيود دوافعها من وظيفته الاجتماعية يكون لغواً»⁽⁶⁰⁾.

(59) صدر هذا الحكم في القضية رقم 78 للسنة القضائية السابعة عشرة، مجموعة أحكام المحكمة، الجزء 8، ص 324.

(60) القضية رقم 116 للسنة القضائية الثامنة عشرة، مجموعة المحكمة الدستورية، الجزء 8، ص 789. راجع بشأن تطبيقات مبدأ العدالة الاجتماعية في قضاء المحكمة الدستورية: د. يسري العصار، الحماية الدستورية لمبدأ العدالة الاجتماعية في قضاء المحكمة الدستورية العليا، بحث مقدم إلى مؤتمر المحكمة الدستورية بمناسبة مرور 40 عاماً على إنشاء القضاء الدستوري، القاهرة، مارس 2009.

وأكدت المحكمة الدستورية على العلاقة الوثيقة بين الحرية التعاقدية وكل من الحرية الشخصية وحق الملكية في حكمها الصادر بتاريخ 2003/11/2، الذي جاء فيه أن: «القيود التي فرضها المشرع على الإجارة، واقتضتها أزمة الإسكان وحدة ضغوطها، وضرورة التدخل لمواجهتها بتدابير استثنائية، تعتبر من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها، وقد أصابها التنظيم الخاص في كثير من جوانبها، مقيداً عمل الإرادة في مجالها، وعلى الأخص في مجال امتداد العقد بقوة القانون، إلا أن الإجارة تظل - حتى مع وجود هذا التنظيم الخاص - تصرفاً قانونياً ناشئاً عن حرية التعاقد، وهي أحد روافد الحرية الشخصية التي كفلها الدستور في المادة (41) منه، فوق كونها متفرعة كذلك عن حق الملكية المكفول بنص المادتين (32، 34) من الدستور، لتحيطها من جوانبها المختلفة المبادئ التي أقامها الدستور صوتاً للحقوق والحريات التي احتضنها، وقيداً على كل تنظيم يتناول أيّاً منها، أو يمسخها في أحد عناصرها»⁽⁶¹⁾.

ومن تطبيقات الحماية الدستورية للحرية التعاقدية كذلك الحكم بعدم دستورية قصر ميزة الحصول على وكالات تجارية في مجال الطيران على مؤسسة الطيران المملوكة للدولة، والذي أصدرته المحكمة الدستورية بتاريخ 2 أغسطس 1997، وقضت فيه بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة (35) من قانون رسوم الطيران المدني، ومقابل استغلال حقول النقل الجوي، واستغلال مباني وأراضي الموانئ الجوية والمطارات رقم 119 لسنة 1983، فيما نصت عليه من تولى مؤسسة مصر للطيران - دون غيرها - الوكالة أو الكفالة عن الشركات الأجنبية⁽⁶²⁾، وأقامت المحكمة قضاءها على مخالفة نص هذه المادة لعدة مبادئ دستورية، منها الحرية التعاقدية، فضلاً عن اعتدائه على حق الملكية الخاصة، والذي يتسع لكي يشمل الحقوق المالية بجميع صورها.

وعبرت المحكمة الدستورية عن القيمة الدستورية للحرية التعاقدية بالعبارات الآتية: «إن حرية التعاقد فوق كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية، فإنها كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية، وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، أيّاً كان المدين بأدائها. ولئن جاز القول بأن تأمين الجماعة لمصالحها في مجال الصحة والأمن ودعم آدابها ورخائها العام، قد يقتضيها إلغاء عقود لا اعتبار لها، كتلك التي تدعو للجريمة وتنظيمها، أو تعرقل دون حق تدفق التجارة في سوق مفتوحة تحكمها قوانين العرض والطلب، وكانت السلطة التشريعية وإن ساع لها استثناءً أن تتناول أنواعاً من العقود لتحيط بعض جوانبها بتنظيم أمر يكون مستندا إلى مصلحة مشروعة، إلا أن

(61) القضية رقم 187 للسنة القضائية العشرين، مجموعة المحكمة الدستورية، الجزء 11، ص 35.

(62) القضية رقم 35 للسنة القضائية السابعة عشرة، الجريدة الرسمية، العدد 33 في 14 من أغسطس 1997.

هذه السلطة ذاتها لا يسعها أن تهدم الدائرة التي تباشر فيها الإرادة حركتها، فلا يكون لسلطانها بعد هدمها من أثر؛ ذلك أن الإرادة وإن لم يكن دورها كاملاً في تكوين العقود وتحديد الآثار التي ترتبها، بل يجوز أن يتدخل المشرع ليحملها ببعض القيود التي لا يجوز الاتفاق على خلافها، إلا أن الدائرة المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها..... لا يجوز اغتيالها بتمامها، وإلا كان ذلك إنهاءً لوجودها ومحوراً كاملاً للحرية الشخصية في واحد من أكثر مجالاتها تعبيراً عنها، ممثلاً في إرادة الاختيار استقلالاً عن الآخرين، بما يصون لهذه الحرية مقوماتها ويؤكد فعاليتها.

وحيث إن التطور الراهن للحقوق الأساسية للإنسان، قد جعل منها جزءاً لا يتجزأ من المعايير الدولية التي تبنتها الأمم المتحدة كقاعدة للتعامل مع غير المواطنين المقيمين بها، وكان التمييز غير المبرر في مجال مباشرتها - ولو كان مبناه كون من يطلبها أجنبياً - يعتبر نقضاً لها يخل بالحماية المقررة على صعيد تطبيقها، وكانت المعايير الدولية لا يجوز تفسيرها بأنها تخول أحداً أو جماعة أو تنظيمًا سياسياً، أن ينال من الحقوق التي تقارن سواها بمحوها أو بإيراد قيود في شأنها تزيد عن تلك التي ترضيها الدول الديمقراطية في مجتمعاتها، وكانت الحرية الشخصية وما يتصل بها من إرادة الاختيار - وعلى ضوء الضوابط الموضوعية التي يحيطها المشرع بها - تقعان في نطاق الحقوق التي تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين، وكان الحق في إدارة أعمال بذواتها، فرعاً من جواز مباشرتها قانوناً، ويفترض أن يخلص لأصحابها تنظيم شؤونها، بما في ذلك اختيار وكلائهم أو كفلائهم في مجال تسييرها، فلا ينهض بمسؤولياتها غير من يصطفونهم لثقتهم في قدراتهم، وكان لا يجوز للمدعية (وهي شركة طيران أجنبية) - وفقاً للنص المطعون فيه - أن تباشر عملياتها في مصر إلا من خلال شركتها الوطنية التي تمثلها مصر للطيران دون غيرها، ولو كانت الدولة الأجنبية - التي تباشر مصر للطيران نشاطها فيها - لا تقتضي مثل هذا الشرط منها، فإن النص المطعون فيه يكون بذلك قد نقض مبدأ المعاملة بالمثل المقرر بصدر فقرته الأولى، وجاوز كذلك الحدود المنطقية التي تعمل فيها إرادة الاختيار، وهي فرع من الحرية الشخصية تقيمها على سواها، فلا تنفصل عنها، وأهدر بالتالي نص المادة (41) من الدستور .

وحيث إن اتصال الحرية الشخصية - في دائرة العقود بما ينشأ عنها من الحقوق لأطرافها - بالحق في الملكية، مؤداه أن تحدد المدعية بنفسها نطاق حقوقها والتزاماتها من خلال انتقائها - من بين الوكلاء أو الكفلاء الذين يتزاحمون فيما بينهم لمباشرة أعمالها في مصر - واحداً من مجموعهم يكون اختياره وفق تقديرها ميسراً لمصالحها على ضوء ما تراه من الشروط ملبياً لها، فإن حرمانها من هذا الحق - عن طريق إلزامها

بأن تكون مصر للطيران دون غيرها وكياً أو كفياً عنها - إنما ينافي الحق في الملكية الخاصة التي صانها الدستور بنص المادتين (32، 34)».

المطلب الثالث

حرية المنافسة

تستند حرية المنافسة إلى نظام الاقتصاد الحر الذي تبناه الدستور، كأصل عام، في كل من فرنسا والكويت ومصر، وهي وثيقة الصلة بحرية التجارة والصناعة التي تتمتع بها المشروعات الاقتصادية. وحيث إن الهدف الرئيسي للمشروعات الاقتصادية هو تحقيق الربح، أو على الأقل التوازن المالي، فإن التنافس فيما بينها في توزيع المنتجات أو تقديم الخدمات بأفضل جودة ومقابل أسعار تسمح لها بتحقيق أهدافها، يعد عنصراً من عناصر حرية التجارة والصناعة التي تتمتع بها.

وقد نص الدستور المصري الحالي الصادر في عام 2014 في المادتين (27 و28) على كفالة المنافسة بين المشروعات ومنع الاحتكار، وألزم الدولة بالعمل على ذلك. نصت المادة (27) على أن: «..... يلتزم النظام الاقتصادي بمعايير الشفافية والحوكمة، ودعم محاور التنافس وتشجيع الاستثمار، والنمو المتوازن جغرافياً وقطاعياً وبيئياً، ومنع الممارسات الاحتكارية، مع مراعاة الاتزان المالي والتجاري والنظام الضريبي العادل، وضبط آليات السوق، وكفالة الأنواع المختلفة للملكية، والتوازن بين مصالح الأطراف المختلفة، بما يحفظ حقوق العاملين ويحمي المستهلك.....».

ونصت المادة (28) على أن: «الأنشطة الاقتصادية الإنتاجية والخدمية والمعلوماتية مقومات أساسية للاقتصاد الوطني، وتلتزم الدولة بحمايتها وزيادة تنافسيتها، وتوفير المناخ الجاذب للاستثمار.....».

وتقبل حرية المنافسة التنظيم بواسطة القانون، مثل أي حرية عامة أخرى، بل إن التنظيم التشريعي للمنافسة يعد ضرورياً لحماية المنافسة ذاتها ومنع التصرفات التي تحد من نطاقها، أو ينتج عنها احتكار أحد الأفراد أو المشروعات نشاطاً معيناً، إلا إذا أجاز القانون منح احتكار بهدف تحقيق مصلحة عامة معتبرة. وقد نص الأمر Ordonnance رقم 1161 لعام 2008 في فرنسا، والذي أضيف إلى تقنين التجارة على أن أسعار المنتجات والخدمات تخضع لقواعد المنافسة. ونصت المادة الأولى من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في مصر، رقم 3 لسنة 2005، والمادة الثانية من قانون حماية المنافسة في دولة الكويت، رقم 10 لسنة 2007 على أن ممارسة النشاط الاقتصادي لا يجوز أن تؤدي إلى منع حرية المنافسة أو الإضرار بها.

ومن أمثلة النصوص التشريعية التي تجيز تقييد المنافسة في فرنسا المادة (410) من تقنين التجارة التي تمنح للحكومة سلطة تنظيم الأسعار في بعض المناطق أو القطاعات، أو اتخاذ تدابير مؤقتة لمكافحة الارتفاع في أسعار المنتجات. وكذلك المادة (10) من قانون حماية المنافسة في مصر التي تجيز لمجلس الوزراء إصدار قرار بتحديد سعر بيع منتج أساسي أو أكثر لفترة زمنية محدودة، بعد أخذ رأي جهاز حماية المنافسة.

وفيما يتعلق بمدى خضوع النشاط الاقتصادي للأشخاص الاعتبارية العامة لقواعد المنافسة، يوجد خلاف جوهري بين القاعدة المتبعة في فرنسا والنظام المطبق في كل من دولتي الكويت ومصر، ففي فرنسا تنص المادة (410) من تقنين التجارة في فقرتها الأولى على خضوع أنشطة الإنتاج والتوزيع والخدمات لقواعد حرية الأسعار والمنافسة، بما فيها الأنشطة التي تقوم بها الأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يقتصر تطبيق هذا النص على المرافق العامة الاقتصادية، بل ينطبق أيضاً على المرافق العامة الإدارية، وقد أجاز لها القانون التقدم في المنافسة مع المشروعات الأخرى من أجل التعاقد مع جهات إدارية أخرى، ولا يجوز لها أن تستفيد في تحديد الأسعار التي تقدمها من الوسائل الممنوحة لها لأداء مهمة المرفق العام التي تتولاها، وذلك وفقاً للفتوى التي أصدرها مجلس الدولة بتاريخ 8 نوفمبر 2000⁽⁶³⁾.

أمّا في القانونين الكويتي والمصري، فإنّ النشاط الاقتصادي للأشخاص الاعتبارية العامة لا يخضع للمنافسة، وفي هذا الشأن تنص المادة (10) من قانون حماية المنافسة في دولة الكويت على عدم سريان أحكام هذا القانون على المرافق والمشروعات التي تمتلكها أو تديرها الدولة، وتنص المادة (9) من القانون رقم 3 لسنة 2005 في شأن حماية المنافسة في مصر على عدم سريان أحكام هذا القانون على المرافق العامة التي تديرها الدولة، كما تجيز لجهاز المنافسة إعفاء المرافق العامة التي تتولى إدارتها شركات خاضعة للقانون الخاص من الخضوع لبعض نصوص قانون حماية المنافسة، إذا كان من شأن ذلك تحقيق المصلحة العامة أو منافع للمستهلك.

وفيما يتعلق باتجاه القضاء الدستوري في مصر في شأن تطبيق أحكام المنافسة بين المشروعات العامة والمشروعات الخاصة، نجد تبايناً بين اتجاه المحكمة العليا، التي أنشئت

(63) Conseil d'Etat, avis, 8 novembre 2000, Société Jean- Louis Bernard Consultants, AJDA, Paris, 2000, p. 1066.

راجع بشأن حرية المنافسة في القانون الفرنسي وخضوع المرافق العامة لها:

J.F. Lachaume et autres, Droit des services publics, op.cit., p. 209 et s; S. Nicinski, Droit public des affaires, op.cit., p. 57 et s.

في عام 1969، والمحكمة الدستورية التي حلت محلها في عام 1979، حيث قضت المحكمة العليا بدستورية إعفاء المشروعات العامة من الخضوع لنظام الإفلاس الذي تخضع له المشروعات الخاصة، بما يجعلها في مركز أفضل من المشروعات الخاصة في المنافسة.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا، في حكمها الصادر بتاريخ الأول من يوليو 1972 برفض الدعوى بعدم دستورية المادة (76) من قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام رقم 60 لسنة 1971، التي استثنت شركات القطاع العام من الخضوع لنظام الإفلاس وقصرت تطبيق هذا النظام على الشركات الخاصة⁽⁶⁴⁾، وأسست قضاءها على أنّ هذه المادة لا تنطوي على مخالفة للدستور؛ لأنّ: «المشرع يملك بسلطته التقديرية لمقتضيات الصالح العام وضع شروط تحدد المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون، فإذا اختلفت هذه الظروف بأن توافرت الشروط المذكورة في البعض دون البعض الآخر انتفى مناط التسوية بين الفريقين، والتجاء المشرع إلى هذا الأسلوب لا يخل بشرطي العموم والتجريد الواجب توافرها في القاعدة القانونية؛ لأنه إنّما يخاطب الكافة من خلال هذه الشروط»، وقضت بناء على ذلك برفض الدعوى بعدم دستورية قصر نظام الإفلاس على الشركات الخاصة واستثناء الشركات العامة من هذا النظام.

كما قضت المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ الأول من مارس 1975، برفض الدعوى بعدم دستورية المادة (7) من القانون رقم 12 لسنة 1964 بإنشاء المؤسسة العامة للنقل البحري التي منحت المؤسسات العامة والشركات التي لا تقل ملكية الدولة في رأس مالها عن الربع - والمقيّدة في السجل الذي تعده المؤسسة العامة للنقل البحري - الحق في احتكار مزاولة أعمال النقل البحري والشحن والتفريغ والوكالة البحرية وتموين السفن وإصلاحها والتوريدات البحرية⁽⁶⁵⁾.

وأكدت المحكمة أنّ احتكار مؤسسات النقل البحري المملوكة للدولة للأنشطة المذكورة لا يتضمن إخلالاً بتكافؤ الفرص بينها وبين الشركات الخاصة؛ لأنّه لا محل للقول بعدم تكافؤ الفرص حينما تختلف المراكز القانونية، وأقامت المحكمة قضاءها على أنّ: «المشرع في المادة (20) من الدستور قد خص القطاع العام بالدور الأعظم في النهوض بالتنمية الاقتصادية، فألقى عليه عبء المسؤولية الرئيسية عنها، وجعل له قيادة التقدم في جميع المجالات، كما قضى بأن يكون تأكيد الملكية العامة بالدعم المستمر للقطاع العام، ومن ثمّ يمتنع إعمال مبدأ تكافؤ الفرص بين القطاع العام والقطاع الخاص، ولا تثريب على

(64) الدعوى رقم 4 لسنة القضائية الثانية، مجموعة أحكام المحكمة العليا، القسم الأول، الجزء الأول، ص108.

(65) الدعوى رقم 7 لسنة القضائية الثانية، مجموعة أحكام المحكمة العليا، القسم الأول، الجزء الأول، ص245.

الشارع إذا عهد إلى القطاع العام دون القطاع الخاص الإشراف على مرفق من المرافق العامة مثل مرفق النقل البحري لتنظيمه تنظيمًا يكفل النهوض به دعماً للاقتصاد القومي، وضماناً لحقوق العاملين فيه» .

أما المحكمة الدستورية فقد تبنت اتجاهًا مناقضاً للاتجاه الذي تبنته المحكمة العليا، وقررت أنه لا يجوز دستورياً منح المشروعات العامة الحق في احتكار نشاط معين، وتطبيقاً لذلك قضت بعدم دستورية منح مؤسسة الطيران الوطنية - دون غيرها - الحق في تولي أعمال الوكالة أو الكفالة عن الشركات الأجنبية، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 2 أغسطس 1997، الذي عرضناه في المطلب السابق، وأسست حكمها على أن النص الذي قرر هذا الاحتكار يتعارض مع الحرية التعاقدية.

المطلب الرابع

المساواة بين المشروعات والأشخاص القانونية الخاصة

يعد مبدأ المساواة من المبادئ الأساسية التي تنص عليها الدساتير في الدول المختلفة. ففي فرنسا تنص المادة الأولى من إعلان حقوق الإنسان والمواطن على أن: «الناس يولدون ويستمرون أحراراً ومتساوين في الحقوق». وتنص المادة الثانية من الدستور الحالي الصادر في عام 1958 على أن: «تكفل فرنسا مساواة جميع المواطنين أمام القانون دون تمييز بسبب الأصل أو السلالة أو العقيدة». وفي دولة الكويت ورد النص على مبدأ المساواة في ديباجة الدستور وفي المادتين السابعة والتاسعة والعشرين⁽⁶⁶⁾، وفي مصر نص الدستور الحالي على هذا المبدأ في المادة (53)⁽⁶⁷⁾.

ومن تطبيقات حماية مبدأ المساواة في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي قرار المجلس بتاريخ 16 يناير 1982 في شأن قانون التأميمات، الذي سبقت الإشارة إليه، والذي قضى فيه المجلس بعدم دستورية بعض نصوصه فقط، وكان من بين النصوص التي شملها الطعن النص الخاص باستثناء البنوك التي لا تزيد الودائع فيها عن مبلغ مليار فرنك من نطاق التأميم، وكان وجه الطعن أن هذا النص يخالف مبدأ المساواة، ولكن المجلس قضى

(66) تنص المادة (7) على أن: «العدل والحرية والمساواة دعائم المجتمع...». وتنص المادة (29) على أن: «الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس، أو الأصل، أو اللغة، أو الدين».

(67) تنص المادة (53) من الدستور على أن: «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 الانتماء السياسي، أو الجغرافي، أو لأي سبب آخر.....».

بدستورية هذا الاستثناء تأسيساً على وجود اختلاف بين المركز القانوني للبنوك التي لا تتجاوز قيمة الودائع فيها عن هذا المبلغ، والبنوك التي تتجاوز الودائع فيها هذه القيمة .

كما كان الطعن موجهاً ضد نص آخر يستثني من التأميم البنوك التي يملك أغلبية رأسمالها أشخاص مقيمون خارج فرنسا، حتى لو كانت قيمة الودائع لديها تتجاوز مليار فرنك، وذلك من أجل تجنب المشكلات الدولية التي يسببها تأميم هذه البنوك، وقد قضى المجلس بدستورية هذا النص أيضاً تأسيساً على أن استثناء هذه البنوك من التأميم تبرره المصلحة العامة، وبالمقابل قضى المجلس الدستوري بعدم دستورية التمييز بين البنوك التعاونية والبنوك الخاصة، وإخراج البنوك التعاونية من نطاق التأميم، كما قضى بعدم دستورية التعويض المقرر لأصحاب رؤوس الأموال في الشركات الخاضعة للتأميم استناداً إلى أنه يقل عن قيمتها الحقيقية مما يضمنه بعدم العدالة⁽⁶⁸⁾.

وقضى المجلس الدستوري كذلك بأن مبدأ المساواة وعدم التمييز لا يحول دون أن يقرر القانون إجراءات خاصة لمساعدة فئة اجتماعية معينة، أو لتطوير وتنمية منطقة معينة⁽⁶⁹⁾. وغني عن البيان أن هذه الحالات تعد تطبيقاً لمبدأ التمييز الإيجابي، ولكن المجلس الدستوري قضى بعدم دستورية قانون قرر فرض ضريبة على الانبعاثات الكربونية الناتجة عن بعض الصناعات الملوثة للبيئة، وأسس المجلس قضاءه على إخلال القانون بمبدأ المساواة؛ لأنه ألقى من هذه الضريبة عدداً كبيراً من الأنشطة الملوثة للبيئة أكثر من غيرها وفقاً لما هو ثابت علمياً⁽⁷⁰⁾.

وأرست المحكمة الدستورية المصرية بدورها عدداً من المبادئ بشأن حدود مبدأ المساواة بين الطوائف المختلفة للمشروعات والأشخاص القانونية الخاصة، وأكدت المحكمة على سمو مبدأ المساواة على أي اعتبار آخر استند عليه المشرع للتمييز بين بعض طوائف المشروعات والأشخاص القانونية الخاصة، وبناء على ذلك قضت بعدم دستورية منح امتيازات القانون العام لأشخاص قانونية خاصة، وعدم دستورية المعاملة التفضيلية للجمعيات التعاونية، وعدم دستورية التمييز بين المشروعات الاستثمارية والمشروعات الخاصة الأخرى، وعدم دستورية المعاملة التفضيلية للمنظمات النقابية، وعدم دستورية المعاملة التفضيلية للهيئات الخاصة ذات النفع العام. ونعرض فيما يلي المبادئ التي قررتها المحكمة في هذه الأحكام:

(68) قرار المجلس الدستوري بتاريخ 16 يناير 1982، الطعن رقم 132 لسنة 1981، سبقت الإشارة إليه.

(69) Décision du conseil constitutionnel en date du 26 juin 1995, n°. 358 DC, Recueil, p. 183.

(70) Décision du conseil constitutionnel en date du 29 décembre 2009, n°. 599 DC, RFDC, 2010.p. 397.

أولاً: عدم دستورية منح امتيازات القانون العام لأشخاص قانونية خاصة

أصدرت المحكمة الدستورية حكماً قضت فيهما بعدم دستورية منح بنوك القطاع العام سلطة الحجز الإداري. صدر الحكم الأول بتاريخ 9 من مايو 1998، بعدم دستورية البند (ط) من المادة الأولى من القانون رقم 308 لسنة 1955 في شأن الحجز الإداري⁽⁷¹⁾، التي تجيز اتباع إجراءات الحجز الإداري لاستيفاء المبالغ التي تستحقها البنوك التي تساهم الدولة في رؤوس أموالها بما يزيد على نصفها، وأسست المحكمة قضاءها على أن النص المطعون فيه خالف المادة (65) من الدستور التي تقضي بخضوع الدولة للقانون نظراً لأنه منح لبنوك القطاع العام سلطة من سلطات القانون العام، هي سلطة الحجز الإداري، ولم يقيدها باتباع وسائل القانون الخاص مثل غيرها من أشخاص القانون الخاص.

ونورد فيما يلي الحجج التي أسست عليها المحكمة قضاءها بوجوب خضوع بنوك القطاع العام للقواعد التي تنقيد بها أشخاص القانون الخاص، وأن الحجز الإداري من صلاحيات جهة الإدارة وحدها: «إن القواعد التي تضمنها قانون الحجز الإداري، غايتها أن تكون بيد أشخاص القانون العام وسائل مُيسرة تمكنها من تحصيل حقوقها - وعلى الأخص تلك التي تقابل أعمالاً بذاتها أو تدابير اتخذتها - فلا يتقيد اقتضاؤها جبراً على مدينيها بالقواعد التي فصلها قانون المرافعات المدنية والتجارية في شأن التنفيذ الجبري، وإنما تعتبر استثناءً منها، وامتيازاً مقررراً لصالحها يجعلها دائماً في مركز المدعى عليه، ذلك أن قرار جهة الإدارة بإسناد ديون تدعيها إلى آخرين، يفيد أن قولها بوجودها وتحديد مقدارها، يعتبر سنداً تنفيذياً بها، يغنيها عن اللجوء إلى القضاء لإثباتها، فلا يبقى مركزها مساوياً لمركز مدينيها. بل يكون قرارها بالديون التي تطلبها منهم، سابقاً على التدليل من جهتها، وناقلاً إليهم مهمة نفيها».

كما قضت المحكمة الدستورية في حكمها الصادر بتاريخ 4 من مارس 2000، بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة (19) من القانون رقم 117 لسنة 1976 في شأن البنك الرئيسي للتنمية والائتمان الزراعي، فيما تضمنته من حق البنوك التابعة له في تحصيل مستحقاتها لدى الغير بطريق الحجز الإداري⁽⁷²⁾، واستندت المحكمة على الأسانيد ذاتها التي أقامت عليها حكمها بعدم دستورية نص قانون الحجز الإداري الذي منح بنوك القطاع العام سلطة الحجز الإداري.

(71) القضية رقم 41 لسنة القضائية التاسعة عشرة، الجريدة الرسمية، العدد 21 في 21 من مايو 1998.

(72) القضية رقم 172 لسنة القضائية العشرين، الجريدة الرسمية، العدد 11 في 20 من مارس 2000.

ثانياً: عدم دستورية المعاملة التفضيلية للجمعيات التعاونية

أولى المشرع الدستوري عناية كبيرة بالمؤسسات ذات الطابع التعاوني وللجمعيات التعاونية، وفي هذا الشأن نصت المادة (31) من دستور 1971 على أن: «الملكية التعاونية هي ملكية الجمعيات التعاونية، ويكفل القانون رعايتها ويضمن لها الإدارة الذاتية». ونزولاً على حكم الدستور نظم القانون الجمعيات التعاونية بجميع صورها، وأسبغ حماية مدنية وجنائية على أموالها، ومنحها حق ممارسة بعض سلطات وامتيازات القانون العام، ومن أمثلة ذلك نص المادة الرابعة من القانون رقم 14 لسنة 1981 بشأن التعاون الإسكاني الذي قضى بأنه: «تمتع الملكية التعاونية بكافة الضمانات المدنية والجنائية المقررة للملكية العامة، ولا يجوز تملك أموال الجمعيات التعاونية أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم، ويجوز بعد موافقة الجهة الإدارية المختصة دفع التعدي الذي يقع على أموال هذه الجمعيات بالطريق الإداري».

وقد نظرت المحكمة الدستورية العليا طعناً بعدم دستورية هذا النص فيما تضمنه من حظر الحجز على أموال الجمعيات التعاونية للبناء والإسكان. وبتاريخ 4 مارس 2000 قضت المحكمة بعدم دستورية هذا النص لاعتدائه على الملكية الخاصة التي نصت المادة (34) من الدستور على حمايتها، ولمخالفته لمبدأ المساواة الذي نصت عليه المادة (40) من الدستور، ولبدءاً خضوع الدولة للقانون الذي نصت عليه المادة (65) من الدستور، وللحق في التقاضي الذي نصت عليه المادة (68) من الدستور، ولبدءاً استقلال القضاء الذي نصت عليه المادة (165) من الدستور⁽⁷³⁾.

وأستت المحكمة قضاءها بعدم دستورية حظر الحجز على أموال الجمعيات التعاونية على الأسباب الآتية: «حيث إن من المقرر أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وأن الدائنين جميعهم متكافئون في هذا الضمان - عدا من كان منهم مؤخلاً حق التقدم على غيره طبقاً للقانون - وكان الأصل جواز التنفيذ على أموال المدين بأكملها، وأن يتخذ الدائن بشأنها ما يراه من الطرق التحفظية والتنفيذية، وكانت دستورية النصوص القانونية، مناطها ارتباطها عقلاً بالأغراض التي تتوخاها والتي تبلور إطاراً لمصلحة مشروعة تحيط بها.

فإذا كان اتصال هذه النصوص بالأغراض التي تبتغيها - وبافتراض مشروعيتها - مفتقداً أو واهياً، كان إبطال هذه النصوص لازماً، ولما كانت الأموال التي يملكها المدين - سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً - يشملها الضمان العام لدائنيه، فإن ردهم عنها

(73) القضية رقم 55 لسنة القضائية العشرين، الجريدة الرسمية، العدد 11 في 20 من مارس 2000.

بنص تشريعي - دون مسوغ - مؤداه أن يكون هذا النص باطلاً من زاوية دستورية باعتباره عدواناً بئيساً على حق التقاضي، وتدخلاً غير مباشر في شؤون العدالة مما يناقض متطلباتها، وإفراداً للجمعية التعاونية للبناء والإسكان - دون مبرر - بمعاملة تفضيلية تختص بها دون غيرها من أشخاص القانون الخاص في مجال الرجوع عليها بالديون المترتبة في ذمتها، ومن ثم إخلالاً بأحكام المواد (34، 40، 65، 68، 165) من الدستور».

يتبين من أسباب هذا الحكم أن المحكمة الدستورية توسعت في رقابتها على السلطة التقديرية للمشرع، وقررت أن حظر الحجز على أموال الجمعيات التعاونية يقربها من الأشخاص القانونية العامة، بما يخالف الدستور، حيث إنها ينبغي أن تظل على طبيعتها باعتبارها أشخاصاً قانونية خاصة تتساوى مع بقية أشخاص القانون الخاص. ونعتقد أن ما قرره المحكمة الدستورية يقبل النقاش؛ لأن الحماية التي أسبغها المشرع على أموال الجمعيات التعاونية هو مما يدخل في نطاق سلطته التقديرية على حسب ما يراه محققاً للصالح العام.

ولا نعتقد أن الجمعيات التعاونية توجد بشكل مطلق في المركز القانوني ذاته الذي توجد فيه المشروعات الخاصة حتى نطلب المساواة المطلقة بين هاتين الطائفتين في السلطات التي تتمتع بها كل واحدة منهما، وقد طبقت المحكمة الدستورية في هذا الحكم مبدأ المساواة في صورته المجردة التي لم تراعى فيها المحكمة الاعتبارات العملية للسياسة التي طبّقها المشرع تقديراً منه للمصلحة العامة.

كما نلاحظ أن المحكمة الدستورية ساوت بين جميع الجمعيات التعاونية، على الرغم من اختلاف طوائفها، والمشروعات الخاصة مع أنه توجد بعض الجمعيات التعاونية ترتبط بالمصلحة العامة ارتباطاً وثيقاً قد لا يقل في بعض الحالات عن ارتباط جهة الإدارة ذاتها بالمصلحة العامة.

ثالثاً: عدم دستورية التمييز بين المشروعات الاستثمارية والمشروعات الخاصة الأخرى

بدأ تطبيق سياسة الانفتاح الاقتصادي في مصر بصور القانون رقم 43 لسنة 1974 بشأن الاستثمار والمناطق الحرة، وقد منح المشرع بمقتضى هذا القانون والقوانين المعدلة له، مزايا مالية وإدارية متعددة للمشروعات التي تنشأ بموجب أحكام هذا القانون، بما أوجد نوعاً من الثنائية أو الازدواجية داخل الاقتصاد؛ نظراً لأن المزايا والإعفاءات التي منحها المشرع للمشروعات التي نشأت وفقاً لقوانين الاستثمار لم تمنح للمشروعات

الخاصة أو العامة القائمة من قبل، وفي مرحلة لاحقة قررت الحكومة بما لها من سلطة لائحية تحميل المشروعات التي أنشئت وفقاً لقوانين الاستثمار بعض الأعباء المالية بنسبة أكبر من الأعباء المالية التي تتحملها المشروعات العامة والمشروعات الخاصة العادية التي لم تنشأ وفقاً لقوانين الاستثمار، ومن أمثلة ذلك:

1. القرار اللائحي الصادر من نائب رئيس مجلس الوزراء للإنتاج ووزير البترول رقم 42 لسنة 1981، الذي قضى بمحاسبة مشروعات الاستثمار الخاضعة لأحكام القانون رقم 43 لسنة 1974 على المنتجات البترولية التي تستهلكها على أساس رفع السعر المحلي (الذي تدعمه الدولة) تدريجياً حتى يصل إلى السعر العالمي لهذه المنتجات خلال خمس سنوات.

2. قرار محافظ الإسكندرية رقم 274 لعام 1991، وقراره رقم 33 لعام 1995 اللذان فرض بهما المحافظ زيادة في تعريفه بيع المياه لشركات الاستثمار عما هو مقرر للشركات والمحلات التجارية العادية، وقد طعن بعض شركات الاستثمار بعدم دستورية هذه القرارات لمخالفتها لمبدأ المساواة الذي نصت عليه المادة (40) من الدستور، ولما نظرت المحكمة الدستورية هذه الطعون قضت بالفعل بعدم دستورية القرارات المطعون فيها لمخالفتها، من ناحية، للمساواة الواجب توافرها بين المشروعات الاستثمارية وغيرها من المشروعات، ولاعتدائها، فوق ذلك، على حق الملكية الخاصة الذي يتسع بحيث يشمل جميع الحقوق المالية، وفقاً لما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية.

وقد أصدرت المحكمة الدستورية في هذا الصدد ثلاثة أحكام:

أ. صدر الحكم الأول بتاريخ 3 مايو 1997 بعدم دستورية المادة الأولى من قرار نائب رئيس مجلس الوزراء للإنتاج ووزير البترول رقم 42 لسنة 1981، بشأن رفع أسعار المنتجات البترولية، وذلك في مجال تطبيقها بالنسبة إلى شركات الاستثمار التي تباشر نشاطاً فندقياً⁽⁷⁴⁾.

ب. وصدور الحكم الثاني بتاريخ 6 مايو 2000 بعدم دستورية قرار محافظ الإسكندرية رقمي 274 لسنة 1991 و33 لسنة 1995 فيما تضمناه من زيادة تعريفه بيع المياه لشركات الاستثمار عما هو مقرر للشركات الأخرى⁽⁷⁵⁾.

ج. وصدور الحكم الثالث بتاريخ 2 من ديسمبر 2000 بعدم دستورية المادة الأولى من قرار نائب رئيس مجلس الوزراء للإنتاج ووزير البترول رقم 42 لسنة

(74) القضية رقم 17 للسنة القضائية الثامنة عشرة، الجريدة الرسمية، العدد (20) في 15 مايو 1997.

(75) القضية رقم 87 للسنة القضائية العشرين، الجريدة الرسمية، العدد (20) في 18 من مايو 2000.

1981، وذلك في مجال تطبيقها بالنسبة إلى شركات الاستثمار التي تبشر نشاطاً صناعياً⁽⁷⁶⁾.

ونبين أهم الأسباب التي أسست عليها المحكمة قضاءها بعدم دستورية المادة الأولى من القرار رقم 42 لسنة 1981 الذي فرض به نائب رئيس مجلس الوزراء ووزير البترول محاسبة شركات الاستثمار على مسحوباتها من المنتجات البترولية بالسعر العالمي، وذلك في مجال تطبيق هذه المادة على الفنادق، وقد رددت المحكمة الدستورية هذه الأسباب ذاتها في أحكامها الأخرى في هذا المجال: «إن إرساء الدستور بنص المادة (40) منه لمبدأ المساواة أمام القانون، ضمانة جوهرية لتحقيق العدل والحريّة والسلام الاجتماعي، ولا يقتصر نطاق تطبيقها على الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، وإنما تتعلق كذلك بما يكون منها قد تقرر بقانون في حدود السلطة التقديرية التي يملكها المشرع، فلا يجوز بعدئذ تقييدها بما يعطلها أو ينال من ممارستها، بل يتعين أن تنتظمها أسس موحدة لا تمييز فيها بين المؤهلين قانوناً للانتفاع بها، وكما كفل المشرع لمشروعات بذواتها مزايا تفضيلية قدر ضرورتها لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية من خلال رؤوس الأموال الوافدة إلى مصر، وكان أصحابها قد قدروا عائد استثمار هذه الأموال فيها على ضوء هذه المزايا، فإنها تغدو حقوقاً لا يجوز تهوينها ولا موازنتها بأعباء تحد منها.

وحيث إن الحماية التي كفلها الدستور لحق الملكية الخاصة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تمتد إلى كل حق ذي قيمة مالية، سواء أكان هذا الحق شخصياً أم عينياً أم كان من حقوق الملكية الفنية أو الأدبية أو الصناعية، وهو ما يعني اتساعها للأموال بوجه عام، وكان النص المطعون فيه - بالأعباء التي فرضها - قد انتقص من عائد استثمار الأموال العربية والأجنبية عن طريق الأسعار الأعلى التي ألزمها بأدائها عن مسحوباتها من المواد البترولية، فإن هذا القرار يكون كذلك متضمناً عدواناً على الملكية، ومخالفاً بالتالي لنص المادتين (32 و34) من الدستور».

وأكدت المحكمة الدستورية على عدم وجود اختلاف بين المركز القانوني لمشروعات الاستثمار والمركز القانوني للمشروعات الاقتصادية الأخرى، وقررت أن: «القول بأن المزايا التي كفلها المشرع للمشروعات الخاضعة لنظام استثمار رأس المال العربي والأجنبي، تعطى مركزاً واقعيّاً شديداً التمييز يسوغ الرجوع عنها، من خلال موازنتها بأعباء جديدة يفرضها عليها.

(76) القضية رقم 227 للسنة القضائية الواحدة والعشرين، الجريدة الرسمية، العدد 50، في 14 من ديسمبر 2000.

- **مردود أولاً:** بأنّ تقرير هذه المزايا يتصل بضمان تدفق رؤوس الأموال العربية والأجنبية إلى مصر لتمويل قاعدة أعرض للتنمية الاقتصادية والاجتماعية. وعلى ضوء تنوع هذه المزايا وأبعادها، تحدد رؤوس الأموال العربية والأجنبية موقفها من الاستثمار فيها، فإذا أتت إليها بعد اعتمادها على تلك المزايا، فإنّ تقليصها من خلال فرض أعباء جديدة تحد من نطاقها، لا يكون جائزاً، وعلى الأخص كلما كان من شأن الأعباء التي فرضها المشرع على المشروعات الاستثمارية، إرهاق نشاطها. فلا يكون تنافسها متكافئاً مع غيرها ممن يباشرون معها - وإلى جانبها - ذات مجال عملها.
- **ومردود ثانياً:** بأنّ المنشآت الفندقية جميعها لا تملك تحديد أسعار خدماتها وفقاً لتكلفتها الفعلية، ولا على ضوء نطاق الطلب عليها، بل يختص وزير السياحة دون غيره بتقدير هذه الأسعار لتلك المنشآت جميعها وفق حقيقة مستوياتها، حتى وإن طلب مستغلوها إعادة النظر في درجة المنشأة أو أسعار خدماتها؛ ذلك أنّ تعديلها مما يدخل في اختصاص هذا الوزير دون غيره.....
- **ومردود ثالثاً:** بأنّ معدل عائد الاستثمار في بلد معين، يرتبط بالتدابير التي تتخذها الدولة وتؤثر في مداها في شأن هذا الاستثمار وتؤثر في مجراه؛ فكلما كان من شأنها اعتصار هذا العائد، أو فرض أوضاع جديدة لا يكون معها مجزياً، كان ذلك منهيّاً لفرص الاستثمار.....
- **ومردود رابعاً:** بأنّ مؤدى النص المطعون فيه، التمييز في الأعباء بين الشركات التي يحكمها قانون الاستثمار، وتلك التي تخرج عن مجال تطبيق هذا القانون، وذلك في مجال القواعد التي فرضها لمحاسبة كل منها عن مسحوباتها من المواد البترولية، فعلى نقيض الأولى التي تحمل بالسعر العالمي عن البترول المورد إليها، فإنّ الثانية لا تتقيّد بغير السعر المحلي عن هذه المواد ذاتها، ويعتبر هذا التمييز - بمحتواه - مقصوداً ومخالفاً كذلك للدستور في أثره.
- **ومردود خامساً:** بأنّ المزايا التفضيلية التي كفلها المشرع لاستثمار الأموال العربية والأجنبية، هي علة وجودها في مصر، وهي التي حركتها من مواقعها في بلدانها، فلا يجوز نقضها أو تقييدها بعد أن تعلق الاستثمار بها.
- **ومردود سادساً:** بأنّ القول بأنّ المزايا التفضيلية التي ربطها المشرع باستثمار رؤوس الأموال العربية والأجنبية ينبغي مقابلتها ببعض الأعباء التي توازنها، مؤداه أن المزايا التي قدر المشرع ضرورتها لتدفق هذه الأموال إلى مصر، جاوزت

حدودها المنطقية، وهو ما لا دليل عليه، بعد أن كفلتها قوانين الاستثمار على تعاقبها دون انتقاص منها، وبما لا يجاوز نطاق السلطة التقديرية للمشرع».

يتبين من الأسباب التي استندت إليها المحكمة الدستورية للقضاء بعدم دستورية التمييز في المعاملة بين مشروعات الاستثمار وغيرها من المشروعات، أنّ المحكمة وسّعت من رقابتها على السلطة التقديرية للمشرع، فقد ميّز المشرع، منذ بداية تطبيق سياسة الحرية الاقتصادية بين المشروعات التي أنشئت وفقاً لقانون الاستثمار والمشروعات الأخرى، وأسبغ على الطائفة الأولى مزايا مالية وضريبية عديدة لم يمنحها للمشروعات القائمة، ولما استقرت المشروعات الجديدة وأراد المشرع إلزامها بشراء بعض المنتجات وفقاً لسعرها الحقيقي، بناء على قواعد عامة مجردة طبّقها المشرع بأثر فوري دون أي أثر رجعي، قضت المحكمة الدستورية بأنّ هذا يعد تمييزاً يتعارض مع مبدأ المساواة، كما ينطوي على اعتداء على حق الملكية، وقررت أنّه لا يجوز للمشرع أن يقيّد المزايا التفضيلية التي كفلها لمشروعات الاستثمار.

رابعاً: عدم دستورية المعاملة التفضيلية للمنظمات النقابية

قضت المحكمة الدستورية في حكمها الصادر بتاريخ 4 أبريل 1998، بأنّه لا يجوز دستورياً للمشرع أن يعتبر أموال النقابات العمالية أموالاً عامة في غير مجال قانون العقوبات، ولا يجوز له أن يميز في المعاملة بين أموال هذه النقابات وأموال غيرها من أشخاص القانون الخاص، وقضت بناء على ذلك بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة (54) من قانون النقابات العمالية رقم 35 لسنة 1976، وذلك فيما نصت عليه من اعتبار أموال المنظمة النقابية العمالية أموالاً عامة في غير مجال تطبيق قانون العقوبات، وبعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (54)، فيما نصت عليه من عدم جواز الحجز على مقر النقابات أو الأثاث أو المعدات أو الأموال اللازمة لمباشرة المنظمة النقابية العمالية لنشاطها⁽⁷⁷⁾؛ وذلك لمخالفة هذين النصين لمبدأ المساواة، ومبدأ خضوع الدولة للقانون، وللحق في التقاضي، ومبدأ استقلال القضاء.

وأقامت المحكمة حكمها على أن الفقرتين المطعون فيهما من المادة (54) تحولان «دون الحجز على مقر المنظمة النقابية وأثاثها ومعداتّها، وكذلك أموالها اللازمة لمباشرة نشاطها، وكانت الأغراض التي تقوم المنظمة النقابية عليها - مع تعددها وتنوعها واتساعها - تقتضيها أن تعمل على إشباعها بكل الوسائل التي تملكها، ومن بينها استخدامها لأموالها في مجموعها بما يعود بالفائدة على أعضائها، سواء تعلق الأمر بصونها لعناصر هذه

(77) القضية رقم 37 لسنة القضائية الثامنة عشرة، الجريدة الرسمية، العدد 16 في 16 من أبريل 1998.

الأموال أو إنمائها، فإن أموالها تلك، تكون بأكملها ضرورية لمباشرتها لنشاطها، فلا يبقى بعدئذ شيء منها لدائنيها، ولن تكون الأحكام القضائية الصادرة لصالحهم غير أوراق مهملة لا قيمة لها، بما يجرّد الحقوق التي كفلتها من قوة نفاذها.

ولا يعدو ذلك أن يكون عدواناً بئساً على حق التقاضي، وتدخلاً غير مباشر في شؤون العدالة بما يناقض متطلباتها، وإفراداً لأي منظمة نقابية - ودون مسوغ - بمعاملة تفضيلية تختص بها دون غيرها من أشخاص القانون الخاص في مجال الرجوع عليها بالديون المترتبة في ذمتها، ومن ثم إخلالاً بأحكام المواد (40، 65، 68، 165 من الدستور).

وبناء على هذه الأسباب قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية حظر الحجز على مقار المنظمات النقابية وأثاثها وأموالها اللازمة لمباشرتها لأنشطتها، ويعني هذا أن المحكمة الدستورية تعتبر أن نصوص الدستور تتطلب تطبيق المساواة بشكل مطلق بين المنظمات النقابية والمشروعات الخاصة، ولا نحتاج هنا للتدليل على أن المحكمة الدستورية قد طبقت مبدأ المساواة بشكل مطلق لم تراعى فيه أية اعتبارات عملية مستمدة من حقيقة أنّ المشرع - بما له من سلطة تقديرية - قد ارتأى إسباغ حماية مدنية على مقار النقابات وأثاثها والأموال اللازمة لمباشرتها لنشاطه، لكي تستمر هذه المنظمات في أداء مهامها الاجتماعية، حيث إنّ هذه النقابات تختلف عن المشروعات الخاصة في أنها لا تهدف إلى تحقيق أرباح، وإنما تهدف إلى تقديم خدمات اجتماعية للمنتسبين إليها، والدفاع عن مصالحهم، ولم تأخذ المحكمة الدستورية في حسابها أن السياسة التي طبّقها المشرع في هذا المجال هي جزء أساسي من السياسة العامة للدولة في المجال الاجتماعي.

خامساً: عدم دستورية المعاملة التفضيلية للهيئات الخاصة ذات النفع العام

اتساقاً مع الاتجاه الذي اعتنقته المحكمة الدستورية في تطبيق مبدأ المساواة بطريقة مطلقة بين المشروعات الخاصة من ناحية، والمشروعات العامة والمشروعات التعاونية والمنظمات النقابية من ناحية أخرى، فإنّ المحكمة الدستورية قضت كذلك بأنّ الهيئات الخاصة ذات النفع العام، والتي تعتبر من الأشخاص القانونية الخاصة ينبغي أن تتساوى مساواة مطلقة مع المشروعات الخاصة العادية، وبناءً على ذلك قضت بتاريخ 3 أبريل 1993 بعدم دستورية البند (أ) من المادة (15) من قانون الهيئات الخاصة لرعاية الشباب والرياضة رقم 77 لسنة 975، وذلك فيما تضمنته من عدم جواز الحجز على أموال هذه الهيئات⁽⁷⁸⁾.

(78) القضية رقم 2 لسنة القضائية الرابعة عشرة، الجريدة الرسمية، العدد (15) في 15 من أبريل 1993.

وأُسست المحكمة الدستورية قضاءها على مخالفة النص المطعون فيه لمبدأ المساواة، ومبدأ سيادة القانون، وللحق في التقاضي، وللاستقلال القضاء. ونحن لا نوافق المحكمة الدستورية فيما ذهبت إليه، ونعتقد أنّ المركز القانوني للهيئات الخاصة ذات النفع العام يختلف عن المركز القانوني للمشروعات الخاصة، بل إنّ الهيئات التي استندت عليها المحكمة الدستورية لإصدار حكمها تضمنت الإشارة إلى بعض خصائص مميزة للجمعيات والهيئات الخاصة ذات النفع العام، يستشف منها وجود اختلاف بين المركز القانوني لهذه الجمعيات والهيئات والمركز القانوني للمشروعات الخاصة، وإن كانت المحكمة الدستورية لم تقرر صراحة بوجود اختلاف بين هذين المركزين، بل قررت -على العكس من ذلك- اتحاد هذين المركزين.

فقد أشارت المحكمة الدستورية في هذه الهيئات إلى أنّه: «وإذ كان ملحوظاً أنّ غرض الجمعية قد يتمخض عن مصلحة عامة يكون نشاطها دائراً في فلكها، مرتبطاً بها، موجهاً لتحقيقها دون سواها، فقد قرّر المشرع أنّ قيامها على هذه المصلحة وتكريسها لجهودها من أجل الوفاء بها، يقتضيها التمتع بقدر أكبر من الحقوق تعينها على أداء هذا الغرض، دون ما إخلال بحقيقتها بوصفها من أشخاص القانون الخاص الاعتبارية ...

وحيث إنّ من أجل دعم الهيئات العاملة في ميدان رعاية الشباب والرياضة باعتبارها من الهيئات الخاصة ذات النفع العام ... صدر القانون رقم 77 لسنة 1975 متضمناً تنظيمياً شاملاً لهذه الهيئات، مقررراً عدم سريان أحكام القانون رقم 32 لسنة 1964 في شأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة عليها، ومحدداً قواعد شهرها، ومؤكداً بصريح نص المادة (15) منه أنّ الهيئات الأهلية لرعاية الشباب والرياضة تعتبر «من الهيئات الخاصة ذات النفع العام»، وأنّ كلاً منها يتمتع - وبنص القانون - بامتيازات السلطة العامة الآتية:

أ- عدم جواز الحجز على أموالها إلا استيفاء للضرائب والرسوم المستحقة للدولة.

ب- عدم جواز تملك هذه الأموال بمضي المدة.

ج- جواز نزع الملكية للمنفعة العامة لصالحها.

كما نص هذا القانون على أن أموال هذه الهيئات تعد من الأموال العامة في تطبيق أحكام قانون العقوبات».

وتأسيساً على وجود اختلاف بين الخصائص المميزة لكل من الجمعيات والهيئات الخاصة ذات النفع العام والمشروعات الخاصة، وهو الأمر الذي أكدته المحكمة الدستورية ذاتها

في حيثيات الحكم المشار إليه، فإننا نعتقد أنّ المشرع يملك، بما له من سلطة تقديرية، إخضاع هذه الجمعيات والهيئات لبعض القواعد التي تختلف عن تلك التي تخضع لها المشروعات الخاصة، ومن ذلك تحريم الحجز على أموالها لكي تتمكن من القيام بالمهام المناطة إليها، دون أن تعد هذه مخالفة لأحكام الدستور؛ ولذلك فإننا نرى أنّ المحكمة الدستورية تأثرت بالاعتبارات القانونية المحضة، وطبقت مبدأ المساواة بطريقة مجردة حينما قضت بعدم دستورية التمييز، بشكل مطلق، بين الهيئات الخاصة ذات النفع العام والمشروعات الخاصة.

الخاتمة:

تناولنا في هذا البحث الضمانات الدستورية للحريات الاقتصادية في كل من فرنسا والكويت ومصر وأثرها في تشجيع الاستثمار، وبيّنا موقف الدستور في الدول الثلاث من النظام الاقتصادي، والحريات الاقتصادية التي كفلها الدستور، وعرضنا الخلاف بين الكتاب حول الأصل في هذه الحريات، وهل هي حرية التجارة والصناعة؟ أم حرية مباشرة النشاط والمبادرات الخاصة أو المشروعات؟ وعبرنا عن رأينا في أنّ أصل هذه الحريات هو الحق في الملكية وحرية مباشرة النشاط والمبادرات الخاصة أو المشروعات، وتترتب على هذا الأصل حرية التجارة والصناعة والحريات النابعة منها والمرتبطة بها، وأهمها الحرية التعاقدية وحرية المنافسة، والمساواة بين المشروعات. وبيّنا المبادئ التي أرساها القضاء الدستوري بمناسبة رقابته على دستورية التشريعات المنظمة لهذه الحريات.

أولاً: نتائج الدراسة

1. أولى الدستور في الدول محل المقارنة أهمية كبيرة للحريات الاقتصادية، وأرسى القضاء الدستوري مبادئ أساسية في حماية هذه الحريات، وعلى رأسها حرية التملك. ووسّعت المحكمة الدستورية المصرية من مفهوم حق الملكية ولم تقصره على الحقوق العينية، وجعلته يشمل جميع الحقوق المالية، شخصية، أو عينية، أو حقوق ملكية فنية، أو أدبية، أو صناعية. وهذا التفسير القضائي لحق الملكية يسمح بإسباغ الحماية الدستورية على جميع الحقوق المالية، ويعد ضماناً أساسية لمن يباشر الأنشطة، ووسيلة لتشجيع الاستثمار، كما وسّعت المجلس الدستوري هو الآخر من مفهوم حق الملكية الذي كفله إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في عام 1789، ولم يقصره على الحقوق العينية.

2. يشمل مجال حق الملكية الخاصة وحرية المبادرات الخاصة أو المشروعات جميع الأنشطة فيما عدا الأنشطة التي قصر الدستور على الدولة وحدها الحق في القيام بها، وتتولاها المرافق العامة السيادية، وهي أهم مجالات الاستثمار العام، وليست متاحة للاستثمار الخاص، وفقاً لنصوص الدستور في الدول محل الدراسة، وهي مرافق: الأمن والدفاع، والقضاء، وإصدار النقد، والرقابة على الائتمان، ومرافق الضرائب، ولا يجوز للأفراد مباشرتها لتعلقها بسيادة الدولة، كما لا يجوز نقل ملكيتها إلى القطاع الخاص، ولكن يوجد نوع آخر من المرافق العامة يجوز للأفراد، من الناحية الدستورية، إنشاء مشروعات في المجالات التي

تتولاها هذه المرافق، مثل مجالات التعليم والصحة والتأمين الاجتماعي، وإنتاج الكهرباء والماء وتوزيعها، وتوزيع النفط والغاز ومجال الاتصالات.

وأكد البحث على أنّ المبادئ التي استقر عليها القضاء في فرنسا ومصر قابلة للتطبيق في دولة الكويت، نظراً لاتفاقها مع الدستور الكويتي الذي تبنى من حيث الأصل نظام الحرية الاقتصادية، ونص في الوقت ذاته على التعاون بين الاستثمار العام والاستثمار الخاص.

3. يملك المشرع سلطة تقديرية في تنظيم حق الملكية تخول له تحديد شروط ممارسة الأفراد لهذا الحق دون أن يتجاوز حدود التنظيم، أو يمس بالملكية إلا لضرورة ومقابل تعويض عادل، كما لا يجوز له المساس بالملكية الخاصة بأثر رجعي مراعاة للحقوق المكتسبة واستقرار المراكز القانونية. وقد ساوى القضاء الدستوري بين الملكية العامة والملكية الخاصة في الحماية الدستورية. وقرّر المجلس الدستوري الفرنسي مجموعة من الضوابط على إجراءات خصخصة المشروعات العامة من أجل حماية المال العام، أهمها أن يتم تقييم المشروعات التي يتقرر نقل ملكيتها للقطاع الخاص بواسطة جهة محايدة ومستقلة عن المشتريين، وأن تحصل الدولة على مقابل عادل يتفق مع القيمة الحقيقية للمشروعات، وتستمر الدولة في توجيه المشروعات بعد نقل ملكيتها للقطاع الخاص بما يحقق المصلحة العامة. وهذه الضوابط تتفق مع نصوص الدستور في دولتي الكويت ومصر التي تقضي بحماية المال العام، وتعتبر ذلك واجباً على كل من الدولة والأفراد. وبالفعل فإن القانون رقم 37 لسنة 2010 في دولة الكويت المنظم لبرامج وعمليات التخصيص طبق هذه الضوابط. ونأمل صدور قانون في مصر ينظم عمليات الخصخصة، ويتبنى الضوابط التي قرّرها المجلس الدستوري من أجل حماية المال العام.

وقد حدّدت المحكمة الدستورية المصرية مجالات كل من الاستثمار الخاص والاستثمار العام وفقاً لتفسيرها للمبادئ الدستورية للسياسات الاقتصادية التي تكفل تحقيق التنمية، وقضت بدستورية القانون الذي أجاز نقل ملكية المشروعات العامة إلى القطاع الخاص فيما عدا المرافق العامة التي قصر الدستور حق ملكيتها على الدولة، وكنا نتمنى أن تقرر ضوابط للخصخصة مماثلة للضوابط التي قررها المجلس الدستوري الفرنسي.

4. تعد تشريعات تشجيع الاستثمار من الأدوات الرئيسية التي تضع السياسة

الاقتصادية للدولة موضع التنفيذ، وهذه التشريعات تقرر مزايا و ضمانات للاستثمارات الوطنية والأجنبية، وتكفل لها الحماية في مواجهة أية إجراءات مقيدة للملكية الخاصة. وأهم هذه التشريعات في مصر القانون رقم 43 لسنة 1974، الذي أتاح لرأس المال الخاص الاستثمار في جميع مجالات النشاط الاقتصادي، ولكنه قصر على المشروعات الأجنبية المزايا والإعفاءات التي تضمنها، ثم قرّر المشرع منح هذه المزايا لجميع المشروعات الاستثمارية وطنية أو أجنبية في عام 1989، واستمر هذا الوضع في القانون الحالي رقم 72 لسنة 2017. أمّا في دولة الكويت، فقد ساوى القانون رقم 8 لسنة 2001، والقانون رقم 116 لسنة 2013 بين المشروعات الوطنية والأجنبية في المزايا والحوافز، وأتاحت هذه القوانين للمشروعات الخاصة الاستثمار في جميع مجالات النشاط، ولكن القانون الكويتي أجاز لمجلس الوزراء استبعاد الاستثمار الأجنبي من بعض القطاعات.

وكفلت قوانين تشجيع الاستثمار في دولتي مصر والكويت للمشروعات المنشأة وفقاً لأحكامها ضمانات عديدة، مثل حظر التأميم والمصادرة، وعدم الخضوع للقوانين التي تصدر بعد تأسيسها، وحريتها في تحديد أسعار منتجاتها، وتحويل أرباحها للخارج، والإعفاء من الضرائب والرسوم، وتطبيق وسائل سريعة لحسم منازعات الاستثمار. ومن تطبيقات ذلك في مصر إنشاء دائرة محكمة القضاء الإداري لحسم المنازعات الإدارية المتعلقة بالاستثمار، وإنشاء محاكم اقتصادية متخصصة في صور منازعات الاستثمار الأخرى، كما أجازت الدول الثلاث محل المقارنة اللجوء إلى التحكيم والوساطة والتوفيق لحسم المنازعات، وقد قضت المحكمة الدستورية المصرية بأن هذه المزايا والضمانات تعد حقوقاً مكتسبة للمشروعات الاستثمارية لا يجوز للمشرع المساس بها أو الحد من نطاقها.

وتخضع المشروعات الاستثمارية في القانون الفرنسي لقواعد واحدة، سواء أكانت وطنية أم أجنبية، فيما عدا أنّ المستثمر الأجنبي في بعض القطاعات وثيقة الصلة بالمصلحة العامة ينبغي عليه الحصول على ترخيص من وزارة الاقتصاد إذا تجاوزت نسبة مساهمته في رأسمال أحد المشروعات في هذه القطاعات 25%.

5. يطبق القانون الفرنسي حرية المنافسة بين المشروعات الخاصة والمشروعات المملوكة للدولة بما في ذلك المرافق العامة التي تمارس نشاطاً تجارياً، بينما يعفي القانون في كل من دولتي الكويت ومصر المرافق العامة من الخضوع لمبدأ المنافسة. وقد قضت المحكمة الدستورية المصرية بعدم دستورية تمييز شركة

الطيران الوطنية (مصر للطيران) في ممارسة نشاط الوكالات التجارية وإعفاؤها من الخضوع لقواعد المنافسة، بالإضافة لمخالفة هذا التمييز للحرية التعاقدية ومبدأ المساواة، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 2 أغسطس 1997.

6. أرست المحكمة الدستورية المصرية عدداً من المبادئ بشأن المساواة بين الطوائف المختلفة للمشروعات الخاصة والأشخاص القانونيّة الخاصة، وأكدت المحكمة على سمو مبدأ المساواة على أي اعتبار آخر استند عليه المشرع للتمييز بين بعض المشروعات أو القطاعات، ويلاحظ على اتجاه المحكمة في هذا الشأن أنها طبقت مبدأ المساواة بين الأشخاص الاعتبارية الخاصة بمختلف أنواعها بطريقة مطلقة، وبناء على ذلك قضت بعدم دستورية منح امتيازات القانون العام لأشخاص قانونية خاصة، وعدم دستورية المعاملة التفضيلية للجمعيات التعاونية، وعدم دستورية التمييز بين المشروعات الاستثمارية والمشروعات الخاصة الأخرى، وعدم دستورية المعاملة التفضيلية للمنظمات النقابية، وعدم دستورية المعاملة التفضيلية للهيئات الخاصة ذات النفع العام.

ثانياً: التوصيات

في نهاية هذا البحث نقدم عدداً من التوصيات في مجال كل من السياسة التشريعية والسياسات الإدارية في دولتي الكويت ومصر:

1. إصدار قانون شامل في مصر ينظم عمليات الخصخصة، ويتضمن ضوابط مماثلة للضوابط التي قررها المجلس الدستوري الفرنسي، وللضوابط التي نص عليها القانون رقم 37 لسنة 2010 في دولة الكويت بشأن تنظيم برامج وعمليات التخصيص. كما نوصي بتعديل القانون رقم 3 لسنة 2005 في مصر بشأن حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، والقانون رقم 10 لسنة 2007 في دولة الكويت في شأن حماية المنافسة، بحيث يتم إخضاع النشاط التجاري للمرافق العامة لقواعد المنافسة، وهو المبدأ الذي قرره المحكمة الدستورية المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 2 أغسطس 1997، وهو مطبق أيضاً في القانون الفرنسي.

2. إنّ النصوص الدستورية التي أقرت الحماية للحريات الاقتصادية، والمزايا والإعفاءات التي منحتها تشريعات تشجيع الاستثمار للمشروعات المنشأة وفقاً لها لا تكفي وحدها لزيادة حجم الاستثمار وتوجيهه لتحقيق التنمية في الواقع العملي في دولتي الكويت ومصر؛ ولذلك فإننا نعتقد بضرورة اتباع سياسات

إدارية متعددة الجوانب، تهدف لتوجيه الاستثمار نحو التنمية، وتتضمن الإجراءات الآتية:

- أ. توجيه القدر الأكبر من المزايا والإعفاءات التي تنص عليها قوانين الاستثمار للمشروعات الإنتاجية التي يمكن أن تزيد الدخل الوطني، وتقلل الاعتماد على الاستيراد من الخارج.
- ب. الاقتداء بتجارب الدول التي حققت تقدماً عظيماً في مجال التنمية، وتطبيق السياسات الإدارية والاقتصادية التي ساعدتها في تحقيق التنمية.
3. تطبيق سياسة فعالة للإصلاح الإداري، وتيسير الإجراءات الإدارية، ووضوح القواعد القانونية واللوائح المتبعة في الجهات الإدارية، وجعلها متاحة للكافة، وتحقيق الاستقرار في هذه القواعد، والالتزام بقواعد الحوكمة والشفافية.
4. تفعيل الطرق السريعة لحسم منازعات الاستثمار، وخاصة التحكيم والوساطة والتوفيق، وتيسير لجوء المشروعات إلى هذه الوسائل.

المراجع:

أولاً: المراجع العربية

- د. أحمد رجب قرشم، تطور التشريع الاستثماري في مصر وأثره في جذب الاستثمار المباشر، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ديسمبر 2020.
- د. حسام الدين كامل الأهواني، المعاملة القانونية للاستثمارات في القانون المصري: سبل تشجيع الاستثمار وإزالة ما يعترضه من عقبات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، يناير 1996.
- د. يحيى الجمل، الحماية الدستورية لحق الملكية الخاصة، مجلة المحكمة الدستورية المصرية، السنة الثانية، العدد الرابع.
- د. يسري العصار:
 - دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
 - الحماية الدستورية لمبدأ الأمن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة المحكمة الدستورية، العدد 3، يوليو 2003.
 - الحماية الدستورية لمبدأ العدالة الاجتماعية في قضاء المحكمة الدستورية العليا، بحث مقدم إلى مؤتمر المحكمة الدستورية بمناسبة مرور 40 عاماً على إنشاء القضاء الدستوري، القاهرة، مارس 2009.
- د. محيي محمد مسعد، دور المحاكم الاقتصادية في تنمية الاستثمار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، يناير 2008.
- د. محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998.
- د. محمد عبد اللطيف،
 - النظام الدستوري للخصخصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
 - القانون العام الاقتصادي: دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، 2012.

- د. محمد عبد المحسن المقاطع، الأسس الدستورية لخصخصة المشروعات العامة ورقابة الدولة عليها، بحث مقدم لمؤتمر الجوانب القانونية لخصخصة المشروعات العامة، الكويت، 2-3 مارس 1997.
- د. سعاد الشرقاوي، تحرير الاقتصاد ودستور 1971، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- د. عبد الستار عبد الحميد سلمى، حدود تدخل الدولة في المجال الاقتصادي في ظل اقتصاد السوق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- د. عبد الفتاح مراد، موسوعة الاستثمار، دون دار نشر، الإسكندرية، 2017.
- د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مطبوعات مركز جان دبوي للقانون والتنمية، القاهرة، 2003.
- د. فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، مؤسسة النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2004.
- رجب عبد الحكيم سليم، شرح أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، ط4، دون دار نشر، القاهرة، 2000.
- د. رضا السيد عبد الحميد، شرح قانون شركات قطاع الأعمال العام، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1992.
- د. شريف خاطر، مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد. دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2013.

ثانياً: المراجع الفرنسية

- B. Martor et G. Louvel et autres, Le contrôle des investissements étrangers en France. <https://www.twobirds.com/fr>.
- D. Linotte, Les nationalisations de 1982, RDP, Paris, 1982.
- D. Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 10 ème éd., LGDJ, Paris, 2013.
- F. Colly, Le conseil constitutionnel et le droit de propriété, RDP, Paris, 1988.

- F. Moderne, La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle? RFDA, Paris, 2006.
- J. Ph. Colson et P. Idoux, Droit public économique, 6^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2012.
- J.F. Lachaume et autres, Droit des services publics, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2015.
- L. Favoreu, Le service public et la constitution, AJDA, Paris, 20 juin 1997.
- L. Rapp, Le secteur public français entre nationalisations et privatisations, AJDA, Paris, 1987.
- M. Long et P. Weil et autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 21^{ème} éd., Dalloz, 2017.
- N. Brice et S. Bardasi et P. Barthélemy, Investissements étrangers en France: Renforcement du contrôle et extension des secteurs stratégiques. <https://www.jonesday.com/fr>.
- P. Delvolvé, Droit public de l'économie, éd. Dalloz, Paris, 1998.
- P. Esplugas, Le conseil constitutionnel et le service public, éd. LGDJ, Paris, 1994.
- P. Gaia et autres, Les grandes décisions du conseil constitutionnel, 18^{ème} éd. Dalloz, Paris, 2016.
- P. Rosanvallon, L'Etat en France de 1789 à nos jours, Editions du Seuil, collections Points.
- S. Nicinski, Droit public des affaires, 3^{ème} éd., Montchrestien, 2012.
- Université AIX-Marseille, Colloque sur " Les prisons privées", des 23-24 janvier 1987, éd. Economica, 1987.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
17	الملخص
19	المقدمة
22	المبحث الأول: الحماية الدستورية لحق الملكية وحرية ممارسة النشاط والمبادرات الخاصة
25	المطلب الأول: شمول المبادرات الخاصة لجميع المجالات ما عدا الأنشطة التي تحتكرها الدولة
30	المطلب الثاني: عدم المساس بالملكية الخاصة إلا لضرورة ومقابل تعويض عادل
38	المطلب الثالث: المساواة بين الملكية العامة والملكية الخاصة في الحماية الدستورية
42	المطلب الرابع: دور مبدأ الأمن القانوني في حظر المساس بحق الملكية الخاصة بأثر رجعي
47	المبحث الثاني: حرية التجارة والصناعة والحريات النابعة منها أو المرتبطة بها
48	المطلب الأول: حرية التجارة والصناعة
52	المطلب الثاني: الحرية التعاقدية
57	المطلب الثالث: حرية المنافسة
60	المطلب الرابع: المساواة بين المشروعات والأشخاص القانونية الخاصة
62	أولاً: عدم دستورية منح امتيازات القانون العام لأشخاص قانونية خاصة
63	ثانياً: عدم دستورية المعاملة التفضيلية للجمعيات التعاونية

الصفحة	الموضوع
64	ثالثاً: عدم دستورية التمييز بين المشروعات الاستثمارية والمشروعات الخاصة الأخرى
68	رابعاً: عدم دستورية المعاملة التفضيلية للمنظمات النقابية
69	خامساً: عدم دستورية المعاملة التفضيلية للهيئات الخاصة ذات النفع العام
72	الخاتمة
77	المراجع

