



المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء
"مساواة"

العدالة والقانون

(مجلة دراساتها وأبحاثها محكمة)

العدد الرابع والأربعون

« عدد خاص »

جمعية أهلية غير حكومية مستقلة، تأسست بتاريخ 18 / 3 / 2002 بمبادرة من محامين وقضاة سابقين وشخصيات اجتماعية، اخذت على عاتقها تكريس جهدها لتعزيز ضمانات استقلال القضاء والمحاماة تشريعياً ومنهجياً وسلوكياً، عن طريق رصد وتوثيق ومراقبة ومعالجة كافة العوائق الاجتماعية والثقافية والسياسية والاقتصادية والتشريعية، التي تحول دون التطبيق السليم لمبدأ سيادة القانون، وتعيق تفعيل عناصر ومقومات ومضامين استقلال القضاء والمحاماة وذلك بالطرق والوسائل القانونية، ووفقاً للنهج القائم على حقوق الإنسان والإدارة المبنية على النتائج من منظور حقوقي وفقاً للمبادئ الدستورية الضامنة لحقوق الإنسان والممكنة للمرأة ومشاركتها على قدم المساواة، وعدم التمييز الواردة في إعلان الاستقلال والقانون الأساسي ومن بعدهما الاتفاقيات والعهود الدولية.

مجلس إدارة "مساواة"

الدكتور طالب عوض	رئيس مجلس الإدارة
الأستاذ سمير البرغوثي	نائب رئيس مجلس الإدارة
المحامية فائزة الشاويش	أمين/ة السر
المحامي يوسف بختان	أمين الصندوق
المحامي شرحبيل الزعيم	عضو
المحامية رنا واصف	عضو
المحامية شرين شعراوي	عضو
المحامي غسان مساد	عضو
المحامي فيصل جاسر	عضو

المحامي إبراهيم البرغوثي: مسؤول الشؤون السياسية والقانونية

إعداد وتنسيق: المحامية شروق أبو قرع

المكتب الرئيسي - رام الله	مكتب غزة
57 شارع المحاكم، البالوع، البيرة، ص.ب 1920	مفترق حميد، عمارة المزياني/ الطابق الأول، مقابل
تلفون: +970 (0) 2 2424870	مستشفى الحياة، النصر، ص.ب 1020
فاكس: +970 (0) 2 2424866	تلفون: +970 (0) 8 2880772

البريد الإلكتروني: musawa@musawa.ps
الصفحة الإلكترونية: www.musawa.ps

حقوق الطبع والنشر محفوظة للمركز

تموز 2023

الآراء الواردة في هذه المجلة لا تعبر بالضرورة عن رأي المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة" والجهة الداعمة لإصدارها.

العدالة والقانون

في هذا العدد

- 7 مقدمة العدد
- 7 على طريق إثراء النقاش وإغناء التجربة
- 10 قرار بقانون رقم (26) لسنة 2022م بشأن امتياز مشروع زهرة الفنجان والتعليق عليه
- 14 تمهيد
- 17 تعليق الدكتور فتحي فكري - أستاذ القانون العام / كلية الحقوق / جامعة القاهرة
- 25 تعليق المستشار الدكتور عبد العزيز محمد سالمان - نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية

العدالة والقانون

مقدمة العدد

على طريق إثراء النقاش وإغناء التجربة

تؤكد «مساواة» على أن غايتها من إصدار مجلة «العدالة والقانون» تكمن في تشجيع فكرة التعليق على التشريعات والأحكام والقرارات القضائية، وفقاً للضوابط والمعايير القانونية ذات الصلة، عملاً بالقاعدة الفقهية التي تعتبر القرارات والأحكام القضائية عنواناً للحقيقة، وإن لم تكن بالضرورة عينها.

وهدف «مساواة» تفعيل مبدأ علنية القضاء والوقوف على الوجه الأمثل لإعمال قاعدة تسيبب الأحكام والقرارات القضائية، بوصفها العمود الفقري للرقابة الشعبية والوطنية على حسن أداء الوظيفة القضائية.

وتسعى «مساواة» إلى إثراء الحوار القانوني وإغنائه بغية تحقيق العدالة، وإغناء التجربة القضائية في تفسير أحكام القانون، وإعطاء الوصف الأدق لمقاصد ومعاني النصوص والقواعد القانونية والتشريعات، وإنزال القاعدة القانونية الملائمة على وقائع النزاع المرفوع إلى القضاء. وتعتقد «مساواة» أن عملية التعليق على التشريعات والأحكام القضائية والقرارات بقوانين تلعب دوراً هاماً في لفت انتباه المجتمع القانوني إلى مواطن الخلل والضعف والتناقض في القوانين والأنظمة السارية، ليقوم بدوره لضمان إجراء التعديلات التشريعية اللازمة والضرورية لتوحيد رزمة القوانين والأنظمة، بما يضمن دستوريتها وتطابقها وانسجامها كمدخل أساس لتجسيد مبدأ سيادة القانون وحفظ الأمن المجتمعي وتعزيز نزاهة القضاء وتوطيد مبدأ استقلال القاضي، وبناء دولة المؤسسات والقانون.

و«مساواة» لا تستهدف بأي حال التجريح الشخصي أو النقد السلبي، بقدر ما تنطلق في مسعاها هذا من كافة الاعتبارات التي أجمع عليها فقهاء القانون والقضاء، والكامنة وراء التعليق على الأحكام والقرارات القضائية والقرارات بقوانين والتشريعات والإجراءات والقرارات القضائية والإدارية المتصلة بحقوق الإنسان ومبدأ الفصل بين السلطات وسيادة القانون واستقلال ونزاهة وحيدة القضاء.

ومن الطبيعي أن هذه التعليقات التي يضعها المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» بين أيدي السادة القضاة والمحامين والعاملين بالقانون، تعبر عن اجتهادات وأفكار ورؤى أصحابها

ومقدميها، وفي ذات الوقت تشكل تعميقاً وتطويراً للحوار القانوني والفكري الهام والضروري لتوحيد المفاهيم القانونية وإثراء التجربة العملية للقضاة والمحامين الفلسطينيين وكافة المشتغلين بالقانون، من رؤساء ووكلاء نيابة وأساتذة قانون وطلبة كليات الحقوق ومؤسسات المجتمع المدني والفعاليات الاجتماعية وغيرهم من المهتمين بالشأن القانوني العام.

وهذا ما يصبوا إليه المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة»، في إطار سعيه الحثيث في العمل على بناء قضاء فلسطيني مشروع، نزيه، كفؤ، قادر، وفاعل، وتعميق وتطوير دور ورسالة المحامين الفلسطينيين ونقابتهم في صيانة مبدأ سيادة القانون وسواده على الكافة كطريق مجرب للنجاح في بناء حكم فلسطيني صالح وحديث.

وهنا نحن في «مساواة» نصدر العدد الرابع والأربعون كعدد خاص من مجلة العدالة والقانون متناولاً القرار بقانون رقم (26) لسنة 2022 بشأن امتياز مشروع زهرة الفنجان والتعليق عليه من قبل الفقيه الدستوري الدكتور فتحي فكري أستاذ القانون العام في كلية الحقوق في جامعة القاهرة والمستشار الدكتور عبد العزيز محمد سالمán نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية آملين أن يحقق هذا العدد من مجلة العدالة والقانون الغاية المرجوة منه، ومساواة عاقدة العزم على الاستمرار في مواصلة إصدارها إلى جانب شقيقتها «عين على العدالة».

«مساواة»

قرارات بقانون والتعليق عليها

قرار بقانون رقم (26) لسنة 2022

بشأن امتياز مشروع زهرة الفنجان

2022/06/30

الوقائع الفلسطينية

العدد (192)

قرار بقانون رقم (26) لسنة 2022م
بشأن امتياز مشروع زهرة الفنجان

رئيس دول فلسطين
رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية
استناداً للنظام الأساس لمنظمة التحرير الفلسطينية،
وللقانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته،
وبعد الاطلاع على قانون رقم (12) لسنة 1995م بشأن إنشاء سلطة الطاقة الفلسطينية،
وعلى قانون رقم (1) لسنة 1997م بشأن الهيئات المحلية الفلسطينية وتعديلاته،
وعلى قانون رقم (1) لسنة 1998م بشأن تشجيع الاستثمار في فلسطين وتعديلاته،
وعلى قرار بقانون رقم (13) لسنة 2009م بشأن قانون الكهرباء العام وتعديلاته،
وعلى قرار بقانون رقم (14) لسنة 2015م بشأن الطاقة المتجددة وكفاءة الطاقة وتعديلاته،
وبناءً على تنسيب مجلس الوزراء بتاريخ 2022/04/27م،
وعلى الصلاحيات المخولة لنا،
وتحقيقاً للمصلحة العامة،

أصدرنا القرار بقانون الآتي:

مادة (1)

تعريف

يكون للكلمات والعبارات الواردة في هذا القرار بقانون المعاني المخصصة لها أدناه، ما لم تدل القرينة على خلاف ذلك:
الامتياز: وهو الإذن الممنوح من الحكومة لحامل الامتياز بموجب الاتفاقية، للقيام بالمشروع المحدد في هذا القرار بقانون.
منطقة الامتياز: وهي التي تشمل منطقة زهرة الفنجان المقام عليها المكب والمحددة وفقاً لاتفاقية الامتياز.
مانح الامتياز: الحكومة الفلسطينية، ويمثلها وزير المالية وفقاً لأحكام هذا القرار بقانون، وهي الضامنة للالتزامات المترتبة عليها وعلى وحدات الجهاز الإداري التنفيذي التابع لها، لحامل الامتياز.
حامل الامتياز: الشركة التي منحت الامتياز للقيام بإنشاء وإدارة وتنفيذ المشروع المحدد في هذا القرار بقانون.
الاتفاقية: اتفاقية الامتياز الرئيسية، الموقعة بين مانح الامتياز وحامله بتاريخ 2022/04/28م، والتي تنظم أحكام وشروط تنفيذ الامتياز، والالتزامات المتبادلة لكل منهما.
اتفاقيات الامتياز: مجموع الاتفاقيات الموقعة مع الجهات ذات العلاقة لتنفيذ مشروع زهرة الفنجان.
المشروع: إنشاء محطة توليد طاقة تعمل بحرق النفايات الصلبة وتحويلها إلى طاقة كهربائية، وتوريد واستلام النفايات البلدية الصلبة وفق أحكام الاتفاقية، لاستخدامها في توليد الطاقة الكهربائية، ومن ثم بيعها.
مجلس الخدمات المشترك: مجلس إدارة النفايات الصلبة للهيئات المحلية في محافظة جنين.

مادة (2)

مانح الامتياز

تعتبر الحكومة الفلسطينية هي مانح الامتياز، والضامن للالتزامات والحقوق المترتبة عليها لحامل الامتياز، وفقاً لأحكام القانون واتفاقيات الامتياز.

مادة (3)

حامل الامتياز

تعتبر "شركة صروح للطاقة المساهمة الخصوصية" المؤسسة من قبل ائتلاف الشمال المحال إليه المشروع، هي حامل الامتياز والضامنة لكافة الالتزامات والحقوق المترتبة عليها لمانح الامتياز وفقاً لأحكام القانون واتفاقيات الامتياز.

مادة (4)

موضوع الامتياز

يشمل موضوع الامتياز الآتي:

1. تصميم وبناء وتملك وتشغيل وصيانة محطة تحويل النفايات الصلبة إلى طاقة، من خلال الحرق المباشر للنفايات الصلبة.
2. استلام النفايات البلدية الصلبة لمجلس الخدمات المشترك في محافظة جنين التي توردها وزارة الحكم المحلي بشكل مباشر أو غير مباشر لحامل الامتياز.
3. بيع الطاقة المنتجة من هذه المحطة إلى الشركة الفلسطينية لنقل الكهرباء.

مادة (5)

مدة الامتياز

تكون مدة الامتياز خمسة وعشرون عاماً، تبدأ من تاريخ التشغيل التجاري للمحطة، ويجوز لمانح الامتياز ولحامله الاتفاق على تمديد هذه المدة.

مادة (6)

انتهاء الامتياز

ينتهي الامتياز بأحد الأسباب الآتية:

1. انتهاء مدة الامتياز.
2. اتفاق طرفي الامتياز.
3. حكم قضائي قطعي، أو قرار قطعي صادر عن هيئة تحكيم ذات اختصاص.

مادة (7)

منح الامتياز

1. تم توقيع اتفاقية ما بين حامل الامتياز ومانحه بتاريخ 2022/04/28م، تبين شروط الامتياز ومدته والمخطط الرئيس له، والمواصفات العامة للمشروع وكيفية إدارته وتشغيله وتطويره، والمحافظة عليه.

2. لغايات تطبيق أحكام هذه المادة، يعتبر وزير المالية ممثلاً للحكومة ومفوضاً بالتوقيع عنها، ووزير الحكم المحلي ممثلاً ومفوضاً عن وزارة الحكم المحلي وعن مجلس الخدمات، ورئيس مجلس إدارة الشركة الفلسطينية لنقل الكهرباء ممثلاً عن الشركة في التوقيع على اتفاقيات الامتياز ذات العلاقة وفق أحكام هذا القرار بقانون.

مادة (8)

حجية اتفاقيات الامتياز

1. تشمل اتفاقيات الامتياز كل من الاتفاقيات الآتية:
 - أ. اتفاقية الامتياز الرئيسية وملاحقها: المنظمة بين مانح الامتياز ويمثله وزير المالية، وحامل الامتياز والموقعة بتاريخ 2022/04/28م.
 - ب. اتفاقية شراء الطاقة: المنظمة فيما بين الشركة الفلسطينية لنقل الكهرباء وحامل الامتياز.
 - ج. اتفاقية الربط: المنظمة فيما بين الشركة الفلسطينية لنقل الكهرباء وحامل الامتياز.
 - د. اتفاقية إيجار الأرض: المنظمة بين وزارة الحكم المحلي ممثلاً عن مجلس إدارة النفايات الصلبة للهيئات المحلية في محافظة جنين.
2. تعتبر اتفاقيات الامتياز الواردة في الفقرة (1) من هذه المادة جزءاً لا يتجزأ من هذا القرار بقانون وتقرأ معه، ويعتبر إصداره مصادقة عليها.

مادة (9)

الإعفاءات والامتيازات

لا يعتبر هذا الامتياز من العقود الاحتكارية، ويستفيد حامله من كافة الإعفاءات والحوافز والامتيازات التي ينص عليها قانون تشجيع الاستثمار النافذ والقوانين ذات العلاقة، علاوة عن الإعفاءات والحوافز والامتيازات الممنوحة له بقرار من الحكومة، أو وفقاً لأحكام الاتفاقية.

مادة (10)

تغيير التشريعات

- يعتبر حامل الامتياز محمياً طوال مدة الامتياز الأولى من:
1. أي تغيير في التشريعات النافذة للامتياز أو التي يقود نفاذها إلى المساس به.
 2. أي تغيير في التشريعات قد يزيد من أعبائه الضريبية والرسوم والكلف التشغيلية.
 3. في حالة الرغبة بتمديد الامتياز يكون لمانح الامتياز وحامله مناقشة أي شروط أو أعباء ترتبها التشريعات الجديدة.

مادة (11)

ملاحق

تلتحق نسخة من اتفاقية الامتياز الرئيسية واتفاقيات الامتياز كافة، وقرارات الحكومة ووزارات الاختصاص المتعلقة بالامتياز بهذا القرار بقانون، وتعتبر جزءاً لا يتجزأ منه وتقرأ معه عند إلحاقها.

مادة (12)

الإلغاء

يلغى كل ما يتعارض مع أحكام هذا القرار بقانون.

مادة (13)

السريان والنفاذ

على الجهات المختصة كافة، كل فيما يخصه، تنفيذ أحكام هذا القرار بقانون، ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

صدر في مدينة رام الله بتاريخ: 2022/05/24 ميلادية

الموافق: 23/شوال/1443 هجرية

محمود عباس

رئيس دولة فلسطين
رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية

تمهيد

بتاريخ 2022 / 4 / 28 وقعت الحكومة الفلسطينية مع شركة صروح للطاقة اتفاقية منح امتياز توليد الطاقة من خلال حرق النفايات في مكب زهرة الفنجان جنوب جنين، حسبما أعلنت الحكومة. ومن ثم صدر القرار بقانون رقم 26 لسنة 2022 بشأن امتياز مشروع زهرة الفنجان بتاريخ 2022 / 5 / 24.

وأثارت آلية إصدار القرار بقانون المذكور جدلاً قانونياً حول تأثيره على أحكام القانون الأساسي وعمّا إذا كان موسوماً بالعوار الدستوري والقانوني خاصة وأنه انصب على حماية حقوق الشركة حاملة الامتياز على نحو يفوق حقوق الدولة وإصداره يطرح تساؤل حول الأداء القانوني للحكومة بشأن حماية مصالحها في اتفاقيات الامتياز؟

إصدار القرار بقانون المشار إليه أعلاه أثار تساؤلات عدة من بينها هل تملك الدولة حق احتكار مادة النفايات لتمنح امتيازاً فيه؟ وهل إصدار قرار بقانون هو الطريق القانوني والدستوري الصحيح للتعاطي مع حقوق الامتياز التي تملكها الدولة؟ وهل محتوى القرار بقانون متسق مع المبادئ الدستورية والقانون رقم 1 لسنة 1999 بشأن المصادر الطبيعية؟ علماً بأن ثمة تشريعات أخرى تتصل بتنظيم امتيازات مرافق عامة كقانون الاتصالات السلكية واللاسلكية رقم 3 لسنة 1996 وقانون رقم 10 لسنة 1998 بشأن المدن والمناطق الصناعية الحرة، إلى جانب القواعد العامة الناظمة لحقوق الامتياز في المرافق العامة وضوابط العقود الإدارية المبرمة بخصوصها، إضافة إلى عقد امتياز مكب نفايات المنيا في الخليل وبيت لحم.

نصت المادة السادسة من قانون رقم 1 لسنة 1999 بشأن المصادر الطبيعية على (يعتبر ملكية عامة ما يوجد من مصادر طبيعية ضمن الأراضي الفلسطينية والمياه الإقليمية والمنطقة الاقتصادية الخالصة التابعة لها ما عدا مواد البناء كالأحجار الجيرية والرملية والرمل التي توجد في المحاجر أو المقالع المملوكة للغير، ويجوز لأغراض التعدين استملاك الأراضي الخاصة للمنفعة العامة وفقاً لأحكام القانون). وحدد قرار مجلس الوزراء رقم (3) لسنة 2019 بشأن إدارة النفايات الصلبة ملكية مادة النفايات، حيث نصت المادة (4) منه على 1: تكون ملكية النفايات لمنتجها مادامت بحوزته ولا تشكل ضرراً أو خطراً على البيئة والصحة العامة 2. تكون ملكية النفايات بعد وصولها للأماكن العامة أو الحاويات لمقدم الخدمة، وله الحق بالتصرف بها 3. تكون ملكية

الحاويات ومعدات جمع النفايات ونقلها في الطرق والأماكن العامة لمقدم الخدمة، إلا إذا ثبت خلاف ذلك.

كما حدد نظام إدارة النفايات الصلبة ملكية النفايات، فهي ابتداءً ملك المنتج (أي الشخص الذي ينتجها) ومن ثم بعد وصولها للحاويات تكون ملكيتها لمقدم الخدمة الذي عرفه النظام بأنه الهيئات المحلية ومجالس الخدمات المشتركة، أو أي جهة أخرى تقع ضمن اختصاصها ومسؤولية إدارة النفايات الصلبة، أو من يفوض للقيام بذلك. كما أكد النظام على أن نقل النفايات من اختصاص مقدم الخدمة. وفي ظل وضوح ملكية النفايات بأنها ملك للمنتج وليس للدولة حسب ما ورد في نظام إدارة النفايات الصلبة، يثور التساؤل حول المبرر والمسوغ الذي ساقته الحكومة للاستناد على حقوق الامتياز وإصدار قرار بقانون خاص بالشركة حاملة الامتياز؟ ولماذا خصت وزارة الحكم المحلي مسؤولية نقل النفايات لحامل الامتياز في الوقت الذي لا تملك الوزارة هذه النفايات، وليست مسؤولة عن نقلها كما بين نظام إدارة النفايات الصلبة؟ وما الأثر المترتب على إصدار قرار بقانون بشأن امتياز مشروع زهرة الفنجان فقط، وعلى نحو مخصص لمشروع محدد في ضوء المبادئ الدستورية التي تعرف القرار بقانون بوصفه تشريعاً بأن أحكامه يجب أن تتسم بالعموم والتجرد؟ وهل في إصداره سلباً لاختصاصات وصلاحيات وسلطات الهيئات المحلية ومجالس الخدمات المشتركة بوصفها مقدم الخدمة التي تؤول ملكية النفايات إليه بعد وصولها للحاويات من المنتج؟ على نحو يهدف خلق حق للحكومة واغتصابه من من خول قانوناً ملكية ذلك الحق، وتجاوز وإلغاء للتشريعات النازمة لذلك الحق.

ومن ضمن ما أثاره القرار بقانون استخدام الحكومة ممثلة بوزارة الحكم المحلي للتفويض الذي حصلت عليه من قبل مجلس الخدمات المشترك والذي تم تقنينه في المادة 7 من القرار بقانون بشأن امتياز زهرة الفنجان لمواجهة أي اعتراض يتصل بحيلولتها محل صاحب الحق بالتفاوض على الامتياز، وما هي الكيفية التي ستتعامل معها الحكومة حال قيام هيئات محلية أخرى في محافظات أخرى بتوقيع اتفاقيات بشأن التعامل مع النفايات منفردة ودون تدخل حكومي. وما المانع من قيام مجلس الخدمات المشتركة في جنين بمنح الامتياز موضوع القرار بقانون والتعاقد مع الشركة التي يرسى عليها عطاء الامتياز لاستغلال النفايات في توليد الطاقة بصفته المالك لهذه النفايات، وهذا ما جرى في بعض المحافظات الأخرى مثل ما قام به مجلس الخدمات المشترك لإدارة النفايات

الصلبة في مدينة الخليل وبيت لحم لمكب نفايات المنيا، حيث طرح المجلس عطاء طلب خدمة توليد الطاقة عن طريق حرق النفايات. فما هو الفرق بين مكب نفايات زهرة الفنجان ومكب نفايات المنيا حتى يتم اتباع أسلوب مختلف في كل محافظة؟!

ومن جهة أخرى فإن التخلص من النفايات واستغلالها يكتسي أهمية بالغة وضوابط تحكم امتياز المرفق العام كإحدى الطرق التي تدار بها المرافق العامة مثل مرفق الكهرباء والماء والاتصالات وغيرها بوصفه عقداً إدارياً، يتصل بالتصرف بموارد الدولة ومقدراتها. ويخضع لأحكام القرارات الإدارية ويخرج من تخوم التشريعات.

أمام ذلك كله وليان القيمة القانونية للقرار بقانون بشأن مشروع زهرة الفنجان ومدى انسجامه مع قواعد المشروعية وما حمله من هنات وثغرات وما يترتب عليه من آثار قانونية وإدارية واقتصادية ولصلته المباشرة بالمبادئ والحقوق الدستورية، كلفت "مساواة" شخصية قضائية وأخرى فقهية معروفتان على المستوى الإقليمي والدولي للتعليق على القرار بقانون المذكور، وها هي تنشر تلك التعليقات في عدد خاص من مجلة العدالة والقانون، لكي يقف كل من له سلطة أو اختصاص أو مصلحة أمامها ويتخذ المقتضى الملائم حيالها.

القرار بقانون رقم (26) لسنة 2022

بشأن امتياز مشروع زهرة الفنجان

تعليق الدكتور فتحي فكري
أستاذ القانون العام بحقوق القاهرة

ينطوي أي عمل تشريعي بالمعنى العام (قانون - قرار بقانون - لائحة أو نظام) على جانبين:
- الديباجة.

- النصوص الحاكمة لموضوع التشريع.

ولم يجد القرار بقانون المائل عن ذلك، وهو ما سنعرض له بالتحليل على الترتيب المشار إليه، من منظور تحليلي نقدي.

الديباجة: مسلك مكرر، وانتقادات مستمرة:

الديباجة في أي عمل تشريعي بمثابة مفتاح للتعرف على سند الإصدار، ومن ثم الوقوف على التزام حدود اختصاص السلطة المصدرة أو تخطيطها للتخوم المرسومة لحرية حركتها. وتتضاعف تلك الأهمية في القرارات بقوانين التي توجه للمخاطبين بها خلواً من أي أعمال تحضيرية سبقت سنّها، أو مذكرات إيضاحية تُجلى بعض جوانبها، أو تُفسر ملاسبات الإقدام على وضعها. وبمطالعة ديباجة القرار بقانون محل البحث، سنلاحظ من فورنا أنها لم تتخل عن نهج مكرر "بحشو مفردات الديباجة بإشارات لا جدوى منها، حذفها أولى من الإصرار عليها، أو تدعو للحيرة بطرحها تساؤلات أكثر مما تقدم من إجابات تُعين على فهم مرادها.

فقد سلف لنا في تعليق سابق بيان أن الإشارة للنظام الأساسي لمنظمة التحرير الفلسطينية يغلب عليها الطابع السياسي⁽¹⁾، ولا صدق قانوني لها على ما سيرد من نصوص في أعقابها.

كما أن عبارة "وتحقيقاً للمصلحة العامة"، تبدو كتحصيل حاصل، فكل السلطات في الدولة يتعين عليها توخي المصلحة العامة في كافة مناحي نشاطها، وبالتالي لا يعني عدم إيراد تلك العبارة الحيدة

1 انظر تعليقنا على القرار بقانون رقم 32 لسنة 2022 بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 وتعديلاته، والمقرر نشره بالعدد 44 من مجلة العدالة والقانون.

عن المصلحة العامة، أو الجور عليها. من هنا نادينا غير مرة بتخفيف الديباجة من تلك العبارة⁽²⁾، وإزاء تجاهل نداءنا، ليس أمامنا سوى إعادة الإلحاح عليه عسى أن يجد يوماً أذاناً صاغية. ولنتنقل الآن إلى ما أوضحته الديباجة من استناد إصدار القرار بقانون للدستور، حيث يثار التساؤل عن مواد الدستور التي بررت هذا الإصدار.

بتمحيص مواد القانون الأساسي يستوقفنا نص المادة (43) الخاص بلوائح الضرورة⁽³⁾، والذي يتيح للرئيس إصدار قرارات بقوانين في تلك الحالة عند غياب المجلس النيابي. ومن المستقر أن الضرورة تعني التعرض لخطر داهم لا يكفي لمواجهته التعويل على القواعد السارية. ومن الواضح انتفاء تعرض البلاد لمثل هذا الخطر، وحتى على فرض تحققه، كان من الممكن منح امتياز مشروع زهرة الفنجان من قبل مجلس الخدمات المشترك بمحافظة جنين، على غرار ما حدث في محافظات أخرى. وهكذا لا توفر المادة 43 من القانون الأساسي غطاء قانوني لمشروعية القرار بقانون رقم 26 لسنة 2022، ليظل السؤال معلقاً حول النص الدستوري المخول لسن هذا القرار بقانون.

وجاء في عجز الديباجة أن القرار بقانون صدر "بناءً على تنسيب مجلس الوزراء بتاريخ 27 / 4 / 2022"، وهو ما يطرح سؤالاً آخر، فقد ورد في المادة الأولى من القرار بقانون أن اتفاقية الامتياز الرئيسية والمنظمة لأحكام وشروط تنفيذ الامتياز والالتزامات المترتبة عليه وقعت في تاريخ 28 / 4 / 2022. ولما كانت تلك الاتفاقية تعد جزءاً لا يتجزأ من هذا القرار بقانون⁽⁴⁾، فإن تنسيب مجلس الوزراء، وقد

2 انظر تعليقنا على القرار بقانون رقم (41) بشأن المحاكم الإدارية 2020 - مجلة العدالة والقانون - العدد 38 - ص 105 وما بعدها، والتعليق على القرار بقانون رقم 32 لسنة 2022، سبق ذكره.

3 وفقاً للمادة 43 من القانون الأساسي -1 "لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما كان لها من قوة القانون".

وبعيداً عن التعقيد الذي يلابس الوضع الحالي في فلسطين، وجواز اللجوء لتلك المادة، فإن الصياغة القائمة محل نظر، فمن ناحية، اجاز النص سن لوائح ضرورة فيما بين أدوار الانعقاد، دون ذكر للوضع في فترة حل البرلمان، وهي عادة أطول عمراً من زمن الإجازة البرلمانية. ومن ناحية أخرى، فرض النص عرض القرارات بقوانين على المجلس التشريعي ليحدد موقفه منها، دون بيان سقف زمني لهذا التحديد، وهو ما قد يفضي إلى أن يبقى مصير تلك القرارات معلقاً ربما لسنوات، وهو وضع ينعكس سلباً على مراكز المخاطبين بها.

4 طبقاً للبند (2) من المادة (8) من القرار بقانون "تعتبر اتفاقيات الامتياز الواردة في الفقرة 1 (اتفاقية الامتياز الرئيسية وملاحقها) من هذه المادة جزءاً لا يتجزأ من هذا القرار بقانون وتقرأ معه".

تم في تاريخ سابق على ذلك، يكون قد ورد على مجهول، وهو ما يهدر كل قيمة قانونية له، ويثير أيضاً انعكاس ذلك على مشروعية القرار بقانون.

ولا يقدح في ذلك أن يقال أن مجلس الوزراء كان على دراية باتفاقية الامتياز الرئيسية بحكم أن وزير المالية يمثل الحكومة في هذه الاتفاقية ومفوض منها في التوقيع عليها⁽⁵⁾، فقبل التوقيع على الاتفاقية (تم في تاريخ لاحق على تنصيب مجلس الوزراء) نحن أمام مجرد مشروع اتفاق مجرد من أي قيمة قانونية. وسوف نتطرق لاحقاً لتفويض وزير المالية في التوقيع على اتفاقية الامتياز الرئيسية ممثلاً للحكومة.

نصوص القرار بقانون: تناقضات لا تنتهي:

ستتعب تلك التناقضات من خلال عدة عناصر، كالتالي:

- نشر القرار بقانون والمآخذ عليه:

من تاريخ نشر القرار بقانون ومحتواه وبعض الأمور ذات الصلة، استقيننا ثلاث ملاحظات دعتنا أهميتها لتسجيلها والتعليق عليها:

1. نشر القرار بقانون في الوقائع الفلسطينية العدد (192) بتاريخ 30 يونيو 2022، أي بعد تاريخ صدوره في 24 مايو 2022 بأكثر من شهر، وهو ما يطرح اتفاق هذا المسلك مع نص المادة 116 من الدستور القاضي بنشر القوانين (وينسحب ذات الحكم على القرارات بقوانين لاتحاد الأثر) "فور اصدارها في الجريدة الرسمية". ولا نظن أن كلمة فوراً تحتل التراخي لفترة تتجاوز الشهر لإجراء النشر.

2. فوضت المادة الأولى من القرار بقانون وزير المالية في التوقيع على الاتفاقية ممثلاً للحكومة، وهنا تتبدى مفارقة تتسم بغرابة شديدة. فالقرار بقانون صدر في 24 مايو 2020، في حين أن الاتفاقية، وبصريح لفظ المادة المذكورة، وقعت في 28 ابريل 2020، أي قبل صدور القرار بقانون!

ومفاد ذلك ببساطة أن توقيع وزير المالية على الاتفاقية جرى قبل أن يفوض بذلك، أي أننا بصدد توقيع تم مما لا صفة له وقت حدوثه. فهل ينتج مثل هذا التوقيع أثراً يعتد به قانوناً؟

5 تنص الفقرة الثانية من المادة السابعة من القرار بقانون على: "لغايات تطبيق هذه المادة، يعتبر وزير المالية ممثلاً للحكومة ومفوضاً بالتوقيع عنها ..".

ولا نعتقد بصواب ما قد يتردد من أن القرار بقانون صحح هذا الوضع، فنحن لا نفر إصدار قرارات بقوانين بأثر رجعي⁽⁶⁾، فمثل هذا الأثر لا تملكه سوى السلطة التشريعية الأصلية المُجسدة للإرادة الشعبية⁽⁷⁾، سيما وأن ممارسة السلطة التنفيذية التشريع ترد على سبيل الاستثناء، وبالتالي تخضع لقاعدة التفسير الضيق في تحديد نطاق كل استثناء.

3. يتصل بما سبق اقتصار النشر على نصوص القرار بقانون دون اتفاقية الامتياز الرئيسية، والتي نص القرار بقانون على اعتبارها، كما سلف البيان، "جزءاً لا يتجزأ" منه "وتقرأ معه". فكيف نقرأ ونحلل ونُقيم ما ضرب عليه سياج من الكتمان؟ ولم يخرج إلى العلن بالسبل الموصوفة دستورياً (النشر في الجريدة الرسمية). والنشر المبتور، سيما إذا انصب على مسائل جوهرية، منزوع القيمة، ومن ثم لا يرتب أي أثر، ويمثل نقیصة توقعه في حومة عدم الدستورية⁽⁸⁾.

6 يرجع رأينا بعدم جواز رجعية القرارات بقوانين إلى أن تلك القرارات يرتبط صدورها بحلول خطر حال، ورد أثرها للماضي یعنی أنها صدرت لمواجهة خطر متوهم، أو خطر وقع وانقضى، وهو ما يخالف أهم ضوابط استدعاء هذه الآلية.

انظر مقالنا المعنون: لوائح الضرورة في دستور 2014: تساؤلات لا تنقطع - مقال - مجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا المصرية - العدد 32 - ص 3، وعلى وجه الخصوص ص 13.

7 من ثغرات القانون الأساسي الفلسطيني سماحه بإصدار قانون بأثر رجعي في غير المواد الجنائية، إذا كان هناك ما يقتضى ذلك (المادة 117)، وخطورة الرجعية على الحقوق والحريات واحتمال مساسها بمراكز قانونية مستقرة كانت تستدعى رهنها باستيفاء أغلبية موصوفة لأعضاء البرلمان كأغلبية أعضاء المجلس أو حتى ثلثي الأعضاء.

8 اتفاقاً مع ذلك استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن عدم نشر القاعدة القانونية من أسباب القضاء بعدم دستورتيتها، حيث "أن نشر القاعدة القانونية ضمان لعلانيتها وذبوع أحكامها واتصالها بمن يعينهم أمرها، وامتناع القول بالجهل بها، وكان هذا النشر يعتبر كافلاً وقوفهم على ماهيتها ومحتواها ونطاقها، حائلاً دون اتصالهم منها، ولو لم يكن علمهم بها قد صار يقينياً، أو كان ادراكهم لمضمونها واهياً، وكان حملهم قبل نشرها على النزول عليها - وهم من الأغيار في مجال تطبيقها - متضمناً إخلالاً بحرياتهم أو الحقوق التي كفلها الدستور لهم، دون التقيد بالوسائل القانونية التي حدد تخومها وفصل أوضاعها، فقد تعين القول بأن القاعدة القانونية التي لا تنشر، لا تتضمن إخطاراً كافياً بمضمونها ولا بشروط تطبيقها، فلا تتكامل مقوماتها التي اعتبر الدستور تحققها شرطاً لجواز التدخل بها لتنظيم الحقوق والواجبات على اختلافها، وعلى الأخص ما اتصل منها بصون الحرية الشخصية والحق في الملكية".

المحكمة الدستورية العليا (مصر) - 8 / 11 / 2014 - مجموعة الأحكام - ج 1 / 15 - ص 319، وانظر كذلك على سبيل المثال لذات المحكمة حكمها الصادر في 4 نوفمبر 2017 - مجموعة الأحكام - ج 16 / 1 - ص 379، والحكم الصادر في أول إبريل 2017 - مجموعة الأحكام - ج 16 / 1 - ص 438.

ولا يفوتنا التنويه بأن نشر الاتفاقية الرئيسية للامتياز له أهمية بالنسبة للمستفيدين من الخدمة محله. فمن المعروف أن اتفاق الامتياز يحتوي على نوعين من الشروط⁽⁹⁾، الأولى تعاقدية تتعلق بالجوانب المالية، والثانية لائحية تتصل بكيفية أداء الخدمة، وللمستفيدين من تلك الخدمة، مطالبة صاحب الامتياز، حال تقصيره، بالوفاء بالتزاماته على النحو الوارد في عقد الالتزام⁽¹⁰⁾. ولا يمكن للمستفيدين مباشرة هذا الحق في ظل خفاء اتفاقية الامتياز، أي أن عدم نشر تلك الاتفاقية يضر بحقوق هؤلاء، مما يضيف مثلباً جديداً لهذا المسلك.

جواز اختصاص الرئيس بإبرام عقود الامتياز:

أهمية عقود الامتياز تدعو الدساتير للنص عليها في صلبها⁽¹¹⁾، وتمشياً مع هذا النهج نصت المادة 94 من القانون الأساسي الفلسطيني بأن "يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الامتيازات أو الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة..".

ومفهوم النص أن ينهض البرلمان بوضع الأطر الشكلية والموضوعية لإبرام عقود الامتياز بصفة عامة، لتتولى السلطة التنفيذية إبرام هذه العقود على هدى من القواعد التي خطها المشرع، وبمراعاة الأطر التي رسمها في هذا الشأن.

وعدم خروج هذا القانون للنور بعد، لا يحول - في رأينا - دون إبرام عقود الالتزام، على أن يصدر قانون في كل حالة على حدة، فعلى هذا النحو تتحقق ضمانة تدخل السلطة التشريعية في تصرف يتعلق بمورد من موارد البلاد الطبيعية، أو إدارة مرفق يؤدي خدمات عامة للجمهور.

9 في هذا الصدد أوضحت المحكمة الإدارية العليا المصرية: "أن المسلم به فقهاً وقضاً أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين: شروط لائحية، وشروط تعاقدية. والشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الإلتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم". والشروط التعاقدية هي التي تتناول الجوانب المالية للعقد.

المحكمة الإدارية العليا (مصر) - 30 / 12 / 1977 - مجموعة الأحكام (23) - ص 27.

10 كثيراً ما يرد امتداد آثار عقد الإلتزام إلى الغير لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير المعروفة في القانون المدني. في تفاصيل ذلك والتفسيرات الأخرى المقول بها راجع: سليمان الطهاوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - 1984 - ص 681، وما بعدها.

11 لم تهمل الدساتير المصرية على تعددها النص على عقد الامتياز (المادة 137 / 2 من دستور 1923 - المادة 126 / 2 من دستور 1930 - المادة 98 من دستور 1956 - المادة 74 من دستور 1964 - المادة 123 من دستور 1971 - المادة 18 / 2 من دستور 2012 - المادة 32 من دستور 2014).

وربما توارد للذهن أن القرار بقانون يمكنه الاضطلاع بهذا الدور عند غياب السلطة التشريعية. بيد أن القرارات بقوانين المنوط بالرئيس سنّها رهينة - كما أبنا سلفاً - بوجود ضرورة يترجمها خطر جسيم وحال يتعذر التغلب عليه بالنصوص القائمة، وهو ما لا ظل له في فرضنا. وهكذا لا يملك الرئيس إصدار قرار بقانون يتعلق بعقد ما من عقود الالتزام استناداً لاختصاصاته التشريعية.

ولكن بافتراض جواز إبرام تلك العقود بقرار بقانون، فإنه لا يغرب عن البال أننا سنكون أمام قاعدة تشريعية من حيث الشكل لا المضمون، لكونها لا تتضمن قواعد عامة مجردة. والقواعد التشريعية من حيث الشكل فحسب (إقرار الميزانية⁽¹²⁾ - الموافقة على عقد قرض.. إلخ) لا تملك مخالفة القواعد التشريعية شكلاً وموضوعاً.

ومن ثم يغدو القرار بقانون محل البحث متصادماً مع تلك القاعدة بما نص عليه من إعفاء حامل الامتياز من أي تشريع ضريبي مستقبلي يزيد من أعبائه، فأى إعفاء ضريبي مقرر في الحال أو الاستقبال يجب أن يصدر به قانون شكلاً وموضوعاً، أي بقواعد عامة مجردة، احتراماً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

وبعيداً عن الافتراض السابق، والذي كشف عن صعوبة التعويل على سلطة الرئيس بإصدار قرارات بقوانين لإبرام الامتياز موضع الدراسة، فإن التساؤل يطرح عما إذا كانت صلاحيات الرئيس التنفيذية تتسع لهذا التصرف.

بمطالعة المادة 63 من القانون الأساسي نجدتها تنص في عجزها: " وفيما عدا ما للرئيس السلطة الوطنية من اختصاصات تنفيذية يحددها القانون الأساسي، تكون الصلاحيات التنفيذية والإدارية من اختصاص مجلس الوزراء".

12 تطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا (دائرة توحيد المبادئ) بمصر بخصوص قانون الميزانية : " وحيث انه لما كان القضاء الإداري قد جرى - في مجال تكييف طبيعة قانون الموازنة العامة على أنه في مرتبة القانون من حيث الشكل وفي صفوف الأعمال الإدارية من حيث المحتوى والموضوع فإنه ينبغي على ذلك أنه ولئن كانت الموازنة العامة للدولة تصدر بقانون إلا أنه لا يسوغ لها مخالفة أى قانون قائم سبق تناولته سلطة التشريع وإلا كان ذلك وضعاً للأمر في غير صحيح نصاًها تختلط به مراتب السلطة وضوابط الاختصاص ". المحكمة الإدارية العليا (دائرة توحيد المبادئ) مصر - 6 / 6 / 1996 - مجموعة مبادئ الدائرة المشكلة طبقاً للمادة (54) مكرراً من قانون مجلس الدولة - من إنشاء الدائرة وحتى أول فبراير 2002 - ص 355.

ولما كان القانون الأساسي في معرض بيانه مكنات الرئيس التنفيذية لم ينص على اختصاصه بإبرام عقود الامتياز، فإن هذا الاختصاص يقع ضمن صلاحيات مجلس الوزراء.
وبالبناء عليه يبين أن القرار بقانون رقم 26 سنة 2022 تعدى على اختصاص مجلس الوزراء، مما يثقل كفة معاييه بعيب آخر.

انقضاء عقد الامتياز وإعلاء مصالح حامل الامتياز:

تناولت المادة (6) من القرار بقانون فروض انتهاء الامتياز حاصرة إياها في:

- انتهاء الامتياز.
- اتفاق طرفي الامتياز.
- حكم قضائي قطعي، أو قرار صادر عن هيئة تحكيم ذات اختصاص.

ولنا على هذا التحديد ثلة وقفات:

- * الحالة الأولى والثانية أعلاه تفيد أن الالتزام لا ينقضي إلا بموافقة صاحب الامتياز، الأمر الذي يضعه في مركز أعلى من السلطة مانحة الامتياز.
- * أجاز البند (3) إنهاء الامتياز بقرار قطعي من هيئة تحكيمية مختصة، دون أن يزيل الغموض حول متى اللجوء لهذا السبيل، وهل سيكون التحكيم داخلياً أو خارجياً؟ ولا يغني عن ذلك القول بأن اتفاقية الامتياز فصلت كل تلك الأمور، فكما ذكر مراراً، حجبت تلك الاتفاقية من العلن، وهو ما يحرك الشكوك حول بواعث هذا الإخفاء.
- * اغفلت المادة المار بيانها رخصة إلغاء عقد الامتياز بالإرادة المنفردة للإدارة تحقيقاً للمصالح العام⁽¹³⁾.

13 تنص المادة الرابعة من القانون رقم 129 لسنة 1947 بالالتزام المرافق العامة في مصر على أنه " يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته "

ويرى فريق من الفقه أنه " إذا حدث وخلا عقد الامتياز من نصوص من هذا القبيل (استرداد المرفق) فلا شك في حق الإدارة في استرداد المرفق دون حاجة لانتظار نهاية المدة : فالإدارة تملك حقاً أصيلاً - لا يمكنها أن تتنازل عنه ، أو تقييد حريتها في استعماله - في أن تنظم المرفق العام في كل وقت بما يجعله أصح لأداء الخدمة المنوطة به ، وبالتالي فإن لها دائماً أن تلغى المرفق ، فينقضي الالتزام ، أو تستبدل بطريقة الإدارة القديمة ، طريقة جديدة ، كالأستغلال المباشر أو عن طريق مؤسسة عامة ، الخ .. ثم أن المسلم به كقاعدة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري أن للإدارة دائماً حق إنهاء العقود الإدارية قبل نهايتها الطبيعية وفقاً لمقتضيات المصالح العام. وما استرداد المرفق الذي يدار عن طريق الامتياز إلا من قبيل حق الإدارة في إنهاء العقود الإدارية " .

سليمان الطهاوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص 732 - 733 .

حماية حامل الامتياز من تغير التشريعات والمساس بسيادة الدولة:
من النصوص التي يندر مقابقتها ما جاء في المادة (10) من القرار بقانون التي قررت حماية ثلاثية الأبعاد لحامل الامتياز طوال مدة العقد الأولى، كالتالي:

- 1 . أي تغيير في التشريعات الناظمة للامتياز أو التي يقود نفاذها إلى المساس به.
- 2 . أي تغيير في التشريعات قد يزيد من أعبائه الضريبية والرسوم والكلفة التشغيلية.
- 3 . في حالة الرغبة بتمديد الامتياز يكون لمناح الامتياز وحامله مناقشة أي شروط أو أعباء ترتبها التشريعات الجديدة.

وفي تصورنا أن البندين الأول والثاني يمسان سيادة الدولة بتقييد أحد أبرز مظاهرها (سن تشريعات تسري في حق جميع المخاطبين بها)، وهو ما لا يجوز، سيما إذا تم هذا التقييد لصالح شخص خاص (الشركة حاملة الامتياز).

ولا مجال لدحض هذا النقد استناداً لتأقيته بفترة العقد الأولى، فمن زاوية تبلغ تلك الفترة خمسة وعشرين عاماً، أي ربع قرن، وهي بلا شك فترة تتسم بالطول. كما أن البند الثالث يتيح استمرار الحماية، بقدر أو بآخر، حال تجديد الامتياز، من خلال ما قرره من مناقشة حامل الامتياز أي شروط أو أعباء تسفر عنها التشريعات الجديدة، ولن تدور تلك المناقشات إلا حول توفير حماية وضمانة لحامل الامتياز في المدة المجدد لها التعاقد.

كلمة وجيزة:

انبثق عن القرار بقانون كم من التساؤلات المنطقية والمشروعة، لم يكن من نصيبها سوى التجاهل والصمت غير المشروع.

القرار بقانون رقم (26) لسنة 2022 بشأن امتياز مشروع زهرة الفنجان

تعليق المستشار الدكتور
عبد العزيز محمد سالمان
نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية

القرار بقانون المعروف للتعليق عليه صدر من رئيس دولة فلسطين، رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية وهو مكون من (13) مادة.

يتناول أحكام هذا القرار بقانون منح امتياز تصميم، وبناء، وتعميك وتشغيل، وصيانة محطة تحويل النفايات الصلبة إلى طاقة، من خلال الحرق المباشر للنفايات الصلبة. وبيع الطاقة المنتجة من هذه المحطة إلى الشركة الفلسطينية لنقل الكهرباء، مروراً باستلام النفايات البلدية الصلبة لمجلس الخدمات المشترك في محافظة جنين التي توردها وزارة الحكم المحلي بشكل مباشر أو غير مباشر لحامل الامتياز. والامتياز ممنوح لشركة صروح للطاقة المساهمة الخصوصية.

وتتناول التعليق على هذا القرار بقانون من خلال أربع نقاط:

- أولاً: إطلالة عامة حول حق امتياز المرفق العام وضوابطه.
- ثانياً: حول دستورية التنظيم بقرار بقانون ومدى توافر حالة الضرورة في إصداره.
- ثالثاً: بطلان القرار بقانون.
- رابعاً: ملاحظات عامة حول بعض المواد.

أولاً: إطلالة عامة حول حق امتياز المرفق العام وضوابطه⁽¹⁴⁾:

امتياز المرفق العام أو عقد التزام بمرفق عام هو إحدى الطرق التي تدار بها المرافق العامة، حيث ينعقد عقد بين الجهة الإدارية التابع لها المرفق وشخص من أشخاص القانون الخاص (سواء كان فرد أو شركة) بمقتضى هذا العقد تعهد الجهة الإدارية إلى هذا الفرد أن يتولى مهمة إدارة وتشغيل أحد المرافق العامة، لمدة محددة، على نفقته، وعلى مسؤوليته، في مقابل ما يحصل عليه من رسوم متفق عليها بين الطرفين، تفرض على المنتفعين بالمرفق نظير ما يقدمه لهم من خدمات. وهذه الطريقة تصلح في إدارة المرافق العامة الاقتصادية (الصناعية أو التجارية)، مثل مرفق الكهرباء أو المياه أو السكك الحديدية أو المواصلات السلكية أو مرفق النقل بالأتوبيس... إلخ.

ولقد عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية التزام أو امتياز المرافق العامة في حكمها الصادر في 25 مارس سنة 1956 بقولها... إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته، وتحت مسؤوليته المالية، بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن، والاستيلاء على الأرباح، فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محدودة، ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية، ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين.

الطبيعة القانونية لامتياز المرافق العامة⁽¹⁵⁾:

اختلفت الآراء حول الطبيعة القانونية لعقد امتياز المرفق العام، فقد ذهب بعض الفقه إلى أن الالتزام أو الامتياز هو وليد أمر انفرادي تصدره السلطة مانحة الامتياز بها لها من ولاية أمره، ويرضخ له الملتزم اختياراً لقبوله شروط الالتزام.

14 يراجع بوجه عام: الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة سنة 2008 للدكتور سليمان الطماوى . دار الفكر العربى ، ص 106 وما بعدها - ومؤلف سيادته عن مبادئ القانون الإدارى " الكتاب الثانى - سنة 1979 ، دار الفكر العربى ص 90 وما بعدها . د. ثروت بدوى : القانون الإدارى سنة 2016 ، دار النهضة العربية ، ص 449 وما بعدها.

15 في التفاصيل يراجع: د. سليمان الطماوى: مبادئ القانون الإدارى - المرجع السابق، ص 92 وما بعدها.

وقد ساد هذا الرأي فترة طويلة في الفقه الألماني، وهذا الرأي وإن كان يحتفظ للإدارة بحقها في التدخل للتعديل في قواعد الالتزام وإلغائه دون حاجة لرضا الطرف الآخر، إلا أنه يغالي في إغفال نصيب الملتزم في إبرام العقد، مغالاة قد تؤدي إلى زعزعة مركزه. ذهب رأي آخر إلى اعتبار الامتياز عقد من عقود القانون المدني، يخضع لما تخضع له هذه العقود من قواعد.

وهذا الرأي لا يمكن الأخذ به على إطلاقه لأن الأخذ به على إطلاقه يحول دون تدخل الإدارة في تعديل شروط الالتزام بمجرد إقرارها من جانب الطرفين، وهذا بدوره يؤدي إلى تعطيل القواعد الواجب تطبيقها على جميع المرافق العامة، وضرورة تعديل هذه القواعد في كل وقت لأداء خدماتها على أكمل وجه، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن الملتزم يتمتع في إدارته للمرفق العام بمزايا لا يتمتع بها الأفراد العاديون، كمشغل الدومين العام، وفرض أعباء على الأفراد تقتضيها إقامة منشآت المشروع.

وقد عدل غالبية الفقه عن هذا الرأي، ولم يعودوا يؤمنون بتكييف امتياز المرفق العام على أنه مجرد عقد⁽¹⁶⁾.

وللتوفيق بين الرأيين توصل العميد "دوجي" لنظرية جديدة مقتضاها أن امتياز المرفق العام هو عمل قانوني مركب، يحتوي على نوعين من النصوص:

1. نصوص تشمل الأعباء المالية المتبادلة بين مانح الامتياز من ناحية، وبين الملتزم من ناحية أخرى، وهي نصوص لا تهم المتفاعلين مباشرة ومثلها مدة الالتزام وكيفية استرداده، وكذلك تنفيذ الأشغال العامة التي يقتضيها الامتياز... إلخ وهي نصوص تعاقدية.
2. نصوص أخرى لا يقتصر أثرها على الملتزم، ومانح الالتزام (الامتياز)، وإنما تمتد إلى المتفاعلين وهي الخاصة بتنظيم المرفق وسيره، كتحديد الرسوم التي يجوز تحصيلها، والإجراءات الكفيلة، بحفظ سلامة المتفاعلين وشروط الانتفاع بالخدمة التي يقدمها المرفق... إلخ. وهذه نصوص لائحية أو تنظيمية.

16 تراجع د: ثروت بدوي، المرجع السابق، ص 453 وما بعدها.

لكن ما هو المعيار التي تتحدد على أساسه النصوص؟
بصفة عامة يعتبر نصاً تعاقدياً كلما أمكن الاستغناء عنه لو أن المرفق أدير عن طريق الإدارة مباشرة،
بينما تعتبر لائحية النصوص التي تبقى لو أدير المرفق العام عن طريق الإدارة العامة مباشرة، ذلك
أن طريقة الإدارة لا يمكن أن تغير من طبيعة المرفق العام⁽¹⁷⁾.

نهاية الامتياز وأثاره: ينتهي الامتياز بنهاية المدة المحددة له، أو بالقوة
القاهرة التي يستحيل معها على الملتزم تنفيذ التزاماته، أو بإنهائها من جانب الإدارة إما كعقوبة
للملتزم نتيجة إخلاله الجسيم بشروط الالتزام، وإما باسترداده عن طريق الشراء، وحينئذ تصغى
نتائج المالية وفقاً للشروط المتفق عليها. والغالب أن يؤول المشروع مجاناً إلى السلطة العامة في نهاية
المدة المحددة، لكن لابد من اتفاق مسبق على ذلك⁽¹⁸⁾.

وفي جميع الأحوال، فإن كل امتياز باستغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق
العامة يجب أن يكون لزمناً محدوداً، وأن تجري في شأنه علنية تامة في الإجراءات التمهيديّة
والمواصفات ومقوماتها في جميع المراحل، وذلك لكفالة المنافسة المشروعة، وتمكين ذوي الشأن من
الاعتراض الجدي في أوقات معقولة.

آثار الامتياز:

يترتب على منح الامتياز العديد من الآثار من ناحية السلطة مانحة الالتزام، وبالنسبة للممنوح له
الامتياز، وبالنسبة للمتفعين بالمرفق.

بالنسبة للسلطة مانحة الالتزام:

بصورة شديدة الإيجاز، يمكن حصر الحقوق التي تتمتع بها السلطة مانحة الامتياز في الأمور الآتية:

أ. حق الرقابة على إعداد المرفق وإدارته، وهو حق مستمد من طبيعة المرفق العام، ولا يمكن
للإدارة أن تنزل عنه كله أو بعضه.

ب. حق تعديل النصوص اللائحية بدون توقف على إرادة الملتزم، وهو حق مستمد أيضاً
من طبيعة المرفق العام الذي يجب أن يسائر الظروف دائماً ليؤدي خدماته على أكمل وجه.

17 د. سليمان الطهاوى: المرجع السابق، ص 94، وما بعدها.

18 د. الطهاوى: المرجع السابق، ص 103.

ج. استرداد المرفق قبل نهاية مدته:

وذلك إذا تبين للسلطة الإدارية أن طريقة الامتياز لم تعد تتفق مع المصلحة العامة التي أنشئ من أجلها المرفق، فإن لها أن تسترد المرفق بشرائه من الملتزم وتعيضه عما يلحقه من أضرار، وليس للملتزم أن يحتج قبل الإدارة بفكرة الحق المكتسب أو بقاعدة القوة الملزمة للعقود.

أما آثاره بالنسبة للملتزم (المنحوح له الامتياز).
يهيمن على آثار الالتزام بالنسبة للملتزم فكرة الربح، والحصول عليه أو تنحصر حقوقه في الآتي:

أ. اقتضاء المقابل المتفق عليه من المتفعين.

ب. الحصول على المزايا المالية المتفق عليها مع الإدارة.

ج. التوازن المالي للمشروع⁽¹⁹⁾.

الآثار بالنسبة للمتفعين:

ثمة حقوق مقررة لمصلحة المتفعين الذين لا تربطهم بالملتزم روابط مباشرة، إذ أن لهم أن يطلبوا من الإدارة التدخل لإجبار الملتزم على احترام شروط الالتزام، وأن يعمل بين المتفعين قاعدة المساواة. كما أنه قد يقوم بين المتفع والملتزم علاقة مباشرة في صورة تعاقد بحيث يلتزم الملتزم بتقديم خدمات المرفق في نظير الرسم المقرر.

ثانياً: حول دستورية التنظيم بقرار بقانون ومدى توافر حالة الضرورة:
الأصل أن المجلس التشريعي المنتخب هو المنوط به التشريع في جميع المجالات ودون تحديد، على عكس بعض الدول التي فيها يحدد الدستور موضوعات لا يجوز للتشريع تناولها، إنها متروكة للسلطة التنفيذية تتولى تنظيمها عن طريق اللوائح.

وفي النظام الدستوري الفلسطيني، المجلس التشريعي هو الذي يتولى التشريع في جميع المجالات، وإلى جانب ذلك يصدر رئيس الدولة قرارات بقوانين لتنظيم بعض الأمور، وفي حالات محدودة، ولمواجهة ظروف استثنائية، وقد سبق أن تناولنا - في تعليقين سابقين نشرنا في مجلة مساواة - فكرة

19 في التفصيلات: يراجع د سليمان الطماوى المرجع السابق، ص 108 وما بعدها.

التنظيم التشريعي عن طريق القرار بقانون، ماهي ضوابطه، وما هي شروط إعماله، والموضوعات التي يمكن للقرار بقانون أن يتناولها، وهل يصلح لتنظيم جميع الموضوعات أم ينحصر نطاقه في موضوعات دون سواها الخ⁽²⁰⁾.

وإتماماً للفائدة، نورد بعد ما عرضناه في هذا التعليق.

أولاً: حول دستورية تنظيم الموضوع المعروض بقرار بقانون. الأصل أن التشريع تتولاه السلطة التشريعية المنتخبة، وهو أصل أكدته المادة (47) من الدستور الفلسطيني التي يجري نصها على أن:

1. المجلس التشريعي هو السلطة التشريعية المنتخبة.
2. بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون يتولى المجلس التشريعي مهامه التشريعية والرقابية على الوجه المبين في نظامه الداخلي.
3.

- والاستثناء أن تتولى السلطة التنفيذية سن التشريع لمواجهة أوضاع استثنائية (حالة الضرورة) .
- وهو ما أكده القانون الأساسي الفلسطيني في المادة (43) منه بقولها " لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة بعد صدور هذه القرارات،".

وفي هذا المعنى، تؤكد المحكمة الدستورية العليا: "وحيث أن سن القوانين هو مما تختص به السلطة التشريعية تباشره وفقاً للدستور في إطار وظيفتها الأصيلة. ولأن كان الأصل هو أن تتولى السلطة التشريعية بنفسها مباشرة هذه الوظيفة التي أقامها الدستور عليها، إلا أن الدساتير المصرية جميعها كان عليها أن توازن ما يقتضيه الفصل بين السلطين التشريعية والتنفيذية من تولى كل منها لوظائفها في المجال المحدد لها أصلاً، بضرورة صون كيان الدولة وإقرار النظام في ربوعها إزاء ما قد تواجهه - فيما بين أدوار انعقاد السلطة

20 يراجع تعليقتنا على القرار بقانون رقم 39 لسنة 2020 بشأن تشكيل المحاكمة النظامية. منشور بمجلة العدالة والقانون عدد 38 "عدد خاص".

التشريعية أو حال غيابها- من مخاطر تلوح نذرها أو تشخص الأضرار التي تواجها. يستوي في ذلك أن تكون هذه المخاطر من طبيعة مادية، أو أن يكون قيامها مستنداً إلى ضرورة تدخل الدولة بتنظيم تشريعي يكون لازماً لمواجهة التزاماتها الدولية. ولقد كان النهج الذي التزمته هذه الدساتير على اختلافها- وعلى ضوء موجبات هذه الموازنة- هو تحويلها السلطة التنفيذية الاختصاص باتخاذ التدابير العاجلة اللازمة لمواجهة أو ضاع استثنائية سواء بالنظر إلى طبيعتها أو مداها. وتلك هي حالة الضرورة التي اعتبر الدستور قيامها من الشرائط التي تطلبها لمزاولة هذا الاختصاص الاستثنائي. ذلك أن الاختصاص المخول للسلطة التنفيذية في هذا النطاق، لا يعدو أن يكون استثناء من أصل قيام السلطة التشريعية على مهمتها الأصيلة في المجال التشريعي. إذ كان ذلك، وكانت التدابير العاجلة التي تتخذها السلطة التنفيذية لمواجهة حالة الضرورة، نابعة من متطلباتها، فإن انفكاكها عنها يوقعها في حومة المخالفة الدستورية. ذلك أن توافر حالة الضرورة- بضوابطها الموضوعية التي لا تستقل السلطة التنفيذية بتقديرها- هي علة اختصاصها بمواجهة الأوضاع الطارئة والضاغطة بتلك التدابير العاجلة، بل هي مناط مباشرتها لهذا الاختصاص، وإليها تمتد الرقابة الدستورية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا للتحقق من قيامها في الحدود التي رسمها الدستور، ولضمان ألا تتحول هذه الرخصة التشريعية- وهي من طبيعة استثنائية- إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليها، ولا عاصم من جموحها وانحرافها⁽²¹⁾.

وإذا كان الأمر كذلك، فإننا نتولى- بصورة موجزة- التعرض لفكرة "القرار بقانون" كأداة للتنظيم التشريعي، وهل تصلح لتنظيم جميع الموضوعات، وهل يمكن أن تتخذ كسلطة تشريعية طويلة الأجل:

1. القرار بقانون كأداة للتنظيم التشريعي⁽²²⁾:

القرار بقانون هو نظام قانوني وضعه الدستور لينظم به مواجهة الظروف الاستثنائية التي تتعرض لها الدولة:

فقد تتواجد ظروف استثنائية يكون من شأنها العصف بالدولة ذاتها من حروب وفتن أو ثورة داخلية يقتضي اتخاذ حلول سريعة وغير عادية، أو بعض تصرفات لازمة وحتمية

21 الحكم الصادر في الدعوى رقم 25 لسنة 16 قضائية "دستورية"- "جلسة 3/7/1995.

22 حول القرار بقانون بوجه عام: يراجع المستشار أحمد هبة، النظرية العامة للقرار بقانون ووسائل رقابته في الفقه والقضاء. الطبعة الثانية سنة 2000.

لعلاجها، لصون كيان الدولة وإقرار النظام في ربوعها إزاء ما تواجهه من مخاطر تلوح نذرها أو تشخص الأضرار التي توأكبها، وتتوقف فاعلية هذه الحلول والتصرفات على السرعة التي يتم تدبيرها وتطبيقها. ومما يميزها أن المجلس التشريعي بدراساته ولجانه ومناقشاته الطويلة لن يتمكن من مواجهة هذه الظروف الاستثنائية بالقدر من السرعة المطلوب.

من خلال هذه التعريف، يتضح أن القرار بقانون لا بد أن يصدر في ظل نظام دستوري قائم. أما تلك القرارات بقوانين التي تصدر إبان توقف الحياة النيابية وتعطيل العمل بالدستور فلا يصدق عليها هذا الوصف "القرار بقانون"، إذ إن رئيس الجمهورية في مثل هذه الحالات يملك زمام الأمر كاملاً فيكون هو السلطة التشريعية الكاملة، فيتولى وظيفة التشريع، ومن ثم فالقرارات بقانون التي تصدر في فترات الانتقال تعد قوانين عادية لا قرارات بقوانين.⁽²³⁾

فالقرار بقانون رهن بتوافر ظروف استثنائية طارئة ولمواجهتها، ولا يمارس رئيس الجمهورية هذا الاختصاص الاستثنائي إلا من خلال الدستور وفي حدوده. يحترم فيه مصدره لقواعد الاختصاص والشكل والإجراءات المقررة دستورياً لإصداره، فإذا خرج على هذه القواعد فهو غير موجود وغير واجب النفاذ أو التطبيق.

2. هل تصلح القرارات بقوانين لتنظيم جميع الموضوعات؟

يتعين أن تصدر القرارات بقوانين في المدى الطبيعي الذي شرعت من أجله، ولا تتجاوزه وثمة قواعد يجب ألا يتعداها القرار بقانون:

- ألا يكون القرار بقانون مخالفاً للدستور.
- وهذا أمر بدهي، ولا يحتاج إلى نص يقره، فالدستور القاعدة الأعلى في النظام القانوني، وتخضع له جميع القواعد القانونية في الدولة.
- ألا يتعدى القرار بقانون النطاق المحجوز للمشرع⁽²⁴⁾.

23 راجع المستشار/ أحمد هبة : المرجع السابق ، ص 2 .

24 راجع المستشار/ أحمد هبة : المرجع السابق ، ص 116 .

ثمة موضوعات قصرها الدستور بنص صريح على المشرع أي بأن يعهد بتنظيمها " للقانون"، وذلك لما يتوافر في السلطة المنتخبة المثلثة لجموع المواطنين من ضمانات وبعد عن الأهواء، ورغبة جماعية في تحقيق المصلحة العامة والنفعة العام.

ومن أهم هذه الموضوعات التي أوردها الدستور الفلسطيني، التجريم والعقاب (مادة 15)، إجراء التجارب الطبية أو العلمية دون رضا مسبق، وإخضاع الشخص للفحص الطبي أو العمليات الجراحية أو نقل الأعضاء (مادة 16)، إنشاء السلطة التنفيذية للشركة العامة (مادة 21)، رعاية أسر الشهداء والأسرى والمتضررين والمعاقين. وغير ذلك.

وقد ذهب جانب من الفقهاء إلى أن هناك موضوعات محددة يتضمن تنظيمها بقانون، ويمتنع - بالتالي - على السلطة التنفيذية تنظيمها ولو عن طريق القرار بقانون.

إلا أن القضاء الدستوري المصري لم يساير هذا النظر، واتجه عكس ذلك سواء في عهد المحكمة العليا أو المحكمة الدستورية العليا:

في عهد المحكمة العليا في الحكم الصادر في القضية رقم 8 لسنة 5 قضائية " دستورية- " جلسة 6/3/1976.

ومن حيث إن هذا السبب يقوم على أن قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 48 لسنة 1967 المطعون فيه قد خالف نص المادة (153) من دستور سنة 1964 (التي تقابلها المادة (167) من الدستور القائم) التي تقضي بأن يكون ترتيب جهات القضاء وتعيين اختصاصاتها بقانون، وذلك فيما رتبته هذا القرار بقانون من جهة قضاء هي " محكمة الثورة" وفيما يحوله لرئيس الجمهورية من أن يعدل بقرار منه اختصاص الجهات القضائية القائمة بما يحيله إلى محكمة الثورة من الجرائم التي تختص بها تلك الجهات، وفيما تضمنه من تعديل اختصاص النيابة العامة وهي جزء من السلطة القضائية، وفيما نص عليه من أن تكون أحكام محكمة الثورة نهائية ولا يجوز الطعن فيها مما ترتب عليه إلغاء الاختصاص المقرر لمحكمة النقض بنظر الطعن في الأحكام التي تصدرها محكمة الثورة في الجنايات.

ومن حيث إن دستور سنة 1964 الذي صدر القرار بقانون المطعون فيه في ظلله إذ نص في المادة (120) منه آفة الذكر على أن " لرئيس الجمهورية في الأحوال الاستثنائية بناء على تفويض من

مجلس الأمة أن يصدر قرارات لها قوة القانون ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن يعين موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها" فإن مؤدى ذلك: أن المشرع الدستوري أجاز للسلطة التشريعية تفويض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون بالشروط الواردة بهذا النص، وأنه بصدور هذا التفويض مستوفياً شرائطه ينتقل الاختصاص التشريعي لمجلس الأمة إلى رئيس الجمهورية في الموضوعات التي فوض فيها ويكون له حق ممارسة صلاحيات هذا المجلس في خصوص ما فوض فيه، ومن ثم تكون القرارات بقوانين التي يصدرها رئيس الجمهورية بناء على هذا التفويض لها قوة القانون وتتناول كل ما يتناوله التشريع الصادر من السلطة التشريعية بما في ذلك الموضوعات التي نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون.

ومن حيث إن استناد المدعي إلى قضاء المحكمة العليا في الدعوى رقم 4 لسنة 1 القضائية دستورية لا يسانده في التذليل على حظر التفويض التشريعي في الموضوعات التي نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون، فقد قضت المحكمة بحكمها الصادر في الدعوى المذكورة بعدم دستورية المادة (60) من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام الصادرة بقرار رئيس الجمهورية رقم 3309 لسنة 1966 المعدل بقرار رئيس الجمهورية رقم 802 لسنة 1967 فيما تضمنته من تعديل قواعد اختصاص جهات القضاء استناداً إلى أن هذا التعديل الذي تم بموجب قرار جمهوري لا يجوز إجراؤه بغير القانون طبقاً للمادة (153) من الدستور، لأن الأمور التي احتجزها الدستور بنص صريح ليكون التشريع فيها بقانون صادر من السلطة التشريعية لا يجوز تنظيمها أو تعديل أحكامها أو إلغاؤها بأداة تشريعية أدنى وإلا كانت مخالفة للدستور، والحظر المستفاد من هذا الحكم، كما هو واضح من سياقه، إنما يرد على الأداة التشريعية الأدنى مرتبة من القانون وكانت في خصوص الدعوى المذكورة المادة (60) من قرار رئيس الجمهورية رقم 3309 لسنة 1966 المعدل بقرار رئيس الجمهورية رقم 802 لسنة 1967 وهو قرار جمهوري عادي في مرتبة أدنى من القانون لم يصدر استناداً إلى المادة (119) ولا إلى المادة (120) من دستور سنة 1964 الذي صدر في ظله حتى يكون له قوة القانون، وهذا الحظر الذي قرره الحكم لا يمتد بداهة إلى قرارات رئيس الجمهورية التي لها قوة القانون طبقاً لأحكام الدستور والتي لها أن تتناول بالتنظيم الموضوعات التي تدخل في حدود التفويض ولو كانت من الموضوعات التي احتجزها الدستور للقانون في حدود الضوابط التي يصدر على أساسها التفويض.

ومن حيث إن استناد المدعى إلى الفتوى الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي في 6 من فبراير سنة 1953 لتأييد دفاعه القائم على عدم دستورية التفويض التشريعي في المسائل التي احتجزها الدستور للقانون استناداً في غير موضعه، ذلك أنه يبين من تقصي الملبسات التي صدرت فيها هذه الفتوى أنها تتعلق بتفسير المادة (13) من دستور فرنسا الصادر في سنة 1946 والتي تنص على أن تصوت الجمعية الوطنية وحدها على القانون وأنها لا تملك أن تفوض في هذا الحق، ومؤدى هذه الفتوى أنه لا يجوز للبرلمان أن يعهد للحكومة في قانون التفويض بالتشريع في مسائل محجوزة له بموجب الدستور أو بمقتضى العرف الدستوري، وإنما يجوز التفويض في الموضوعات التي حجزها البرلمان لنفسه وتدخل في تنظيمها فأصبحت محجوزة له طبقاً للقانون، وقد كشفت هذه الفتوى حكم المادة (13) من دستور 1946 التي كان نصها صريحاً في حظر التفويض التشريعي في الموضوعات المحجوزة للبرلمان، وواضح من ذلك أن الفتوى المذكورة صدرت في ظل نظام دستوري لم يكن يجيز التفويض في التشريع بحظر صريح تضمنته المادة (13) آنفة الذكر، وهو وضع يختلف عن الوضع في النظام الدستوري المصري الذي صدر في ظل قانون التفويض رقم 15 لسنة 1967 حيث أباح دستور سنة 1964 في المادة (170) منه التفويض التشريعي ومن ثم يكون الاستدلال بهذه الفتوى في غير موضعه، وقد فقدت هذه الفتوى سندها الدستوري بعد إلغاء الدستور الصادر في سنة 1946 في فرنسا وحلول الدستور الصادر سنة 1958 محله، فقد أجازت المادة (38) منه تفويض الحكومة في إصدار قرارات لها قوة القانون خلال مدة معينة على أن يتم التفويض بقانون . والتفويض المقصود بنص المادة المشار إليها هو الذي ينصب على الموضوعات المحتجزة للقانون بموجب الدستور، إذ أن الموضوعات غير المحتجزة في الدستور للقانون أصبحت طبقاً للمادة (37) من هذا الدستور ذات صفة لائحية وأصبح تنظيمها يتم بقرارات لائحية دون حاجة إلى تفويض في ذلك يصدر من السلطة التشريعية.

ومن حيث إنه متى كان لقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 48 لسنة 1967 المطعون فيه والذي صدر بناء على قانون التفويض - قوة القانون الصادر من السلطة التشريعية على ما تقدم، فإن لهذا القرار بقانون أن يتناول بالتنظيم الموضوعات التي عينها قانون التفويض الذي صدر بالاستناد إليه ولو كانت من الموضوعات التي نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون، ويدخل في ذلك ترتيب جهات القضاء وتعيين اختصاصها، ومن ثم فإن ما تنص عليه المادة الأولى من القرار بقانون المطعون

فيه من إنشاء محكمة الثورة وتعيين اختصاص لها لا يخالف المادة (153) من الدستور آنفة الذكر".
- وقد سارت على ذات النهج المحكمة الدستورية العليا، فقد أوردت في حكمها الصادر بجلسته 1986/9/21 في القضية رقم 140 لسنة 5 قضائية "دستورية".

"وحيث إنه وإن كانت المادة (167) من الدستور تقضي بأن يكون تحديد الهيئات القضائية واختصاصاتها بقانون إلا أنه لما كان القرار بقانون رقم 141 لسنة 1981 الذي نصت المادة السادسة منه على اسناد الاختصاص المشار إليه إلى محكمة القيم دون غيرها قد أصدره رئيس الجمهورية استناداً إلى المادة (147) من الدستور على ما سبق بيانه، وكانت القرارات بقوانين التي تصدر طبقاً لهذه المادة لها بصريح نصها قوة القانون، ومن ثم فإنها تتناول بالتنظيم كل ما يتناولها القانون بما في ذلك الموضوعات التي نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون ومنها تحديد الهيئات القضائية واختصاصاتها ويكون النعي على المادة السادسة المطعون عليها في هذا الشق بدوره على غير أساس متعيناً رفضه".

الخلاصة: وفقاً لهذا الرأي، أن القرار بقانون يمكن أن ينظم أية موضوعات يكون الدستور قد نص على أن تنظيمها يكون "بقانون".

لكن على الرغم من ذلك فإن القرار بقانون لا يصلح كأداة للتشريع طويلة المدى، وإنما في الفترة التي تغيب فيها السلطة التشريعية الأصلية المتمثلة في المجلس التشريعي المنتخب.

- قيود إصدار القرار بقانون ومدى توافرها:

حتى تظل سلطة إصدار القرارات بقوانين حبيسة الاستثناء، ولا تتحول إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة، أحاطت الدساتير هذا الاختصاص الاستثنائي بعدة قيود أهمها وجود البلاد - كما ذكرنا - في حالة استثنائية، ومخاطر تحيط بها، تتطلب سرعة مواجهتها، فهي محدودة بمعيار ذو شقين:

- الأول: الظروف الاستثنائية وسرعة مواجهتها.

- الثاني: غياب السلطة التشريعية الأصلية.

والمحكمة الدستورية العليا قد أبانت عن هذه القيود، حين عرضت لدستورية القرارات بقوانين الصادرة استناداً لأحكام المادة (147) من دستور 1971.

فقد أكدت في حكمها الصادر بجلسته 1999/1/2 في القضية رقم 15 لسنة 18 قضائية "دستورية" على أن "وحيث إن الدساتير المصرية المتعاقبة بدءاً بدستور سنة 1923 وانتهاءً بالدستور القائم

تفصح جميعها عن اعتناقها لنظرية الضرورة وتضمينها لأحكامها في صلبها تمكيناً للسلطة التنفيذية - حال غيبة السلطة التشريعية - من مواجهة أوضاع قاهرة أو ملحة تطرأ خلال هذه الفترة الزمنية وتلجئها إلى الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير في شأنها، ومن ثم يكون تدخلها بهذه التدابير، وتطبيقاً لها، مُبرراً بحالة الضرورة ومستنداً إليها، وبالقدر الذي يكون متناسباً مع متطلباتها، بوصفها تدابير من طبيعة استثنائية. وقد حرص المشرع الدستوري على أن يضع لهذه السلطة الاستثنائية - في مجال ممارسة الوظيفة التشريعية - من الضوابط والقيود ما يكفل عدم تحولها إلى ممارسة تشريعية مطلقة تغول بها السلطة التنفيذية على الولاية التشريعية المعقودة دستورياً لمجلس الشعب. ذلك أن نصوص الدستور إنما تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها باعتبارها أسمى القواعد الآمرة وأحقها بالنزول على أحكامها. وهذه القواعد والأصول هي التي يُرد إليها الأمر في تحديد ما تتولاه السلطات العامة من وظائف أصلية وما تباشره كل منها من أعمال أخرى لا تدخل في نطاقها بل تعد استثناء من الأصل العام الذي يقضي بانحصار نشاطها في المجال الذي يتفق مع طبيعة وظيفتها. وإذا كانت هذه الأعمال الاستثنائية قد أوردتها الدستور على سبيل الحصر والتحديد وبيّن بصورة تفصيلية ضوابط وحدود ممارستها - كقيد على مبدأ الفصل بين السلطات الذي التزمه الدستور الحالي الصادر عام 1971 منحازاً بذلك إلى القيم الديمقراطية في الدول المتحضرة - فقد تعين على كل سلطات الدولة أن تلتزم تلك الحدود الضيقة وأن تردها إلى ضوابطها الدقيقة الصارمة التي عينها الدستور، وإلا كان عملها مخالفاً للدستور مما يخضعه للرقابة القضائية التي عهد بها إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها، بغية الحفاظ على مبادئه وصون أحكامه من الخروج عليها.

وحيث أن سن القوانين عمل تشريعي تختص به السلطة التشريعية التي تتمثل في مجلس الشعب طبقاً للمادة (86) من الدستور. ولئن كان الأصل أن تتولى هذه السلطة بذاتها مباشرة هذه الوظيفة التي أسندها الدستور لها، وأقامها عليها، إلا أن الدستور قد وازن بين ما يقتضيه الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من تولى كل منهما لوظائفها في المجال المحدد لها أصلاً، وبين ضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام في ربوعها إزاء ما قد تواجهه في غيبة مجلس الشعب من مخاطر تلوح نذرها أو تشخص الأضرار التي تواكبها، يستوي في ذلك أن تكون هذه المخاطر من طبيعة مادية

أو أن يكون قيامها مستنداً إلى ضرورة تدخل الدولة بتنظيم تشريعي يكون لازماً بصورة عاجلة لا تحتمل التأخير لحين انعقاد مجلس الشعب. وتلك هي حالة الضرورة التي اعتبر الدستور قيامها من الشرائط التي تطلبها لمزاولة هذا الاختصاص الاستثنائي، ذلك أن الاختصاص المخول للسلطة التنفيذية في هذا النطاق لا يعدو أن يكون استثناء من أصل قيام السلطة التشريعية على مهمتها الأصلية في المجال التشريعي. إذ كان ذلك، وكانت التدابير العاجلة التي تتخذها السلطة التنفيذية لمواجهة حالة الضرورة نابعة من متطلباتها، فإن انفكاكها عنها يوقعها في حومة المخالفة الدستورية، ذلك أن توفر حالة الضرورة - بضوابطها الموضوعية التي لا تستقل السلطة التنفيذية بتقديرها - هي علة اختصاصها بمواجهة الأوضاع الطارئة والضاغطة بتلك التدابير العاجلة، بل هي مناط مباشرتها لهذا الاختصاص، وإليها تمتد الرقابة الدستورية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا للتحقق من قيامها في الحدود التي رسمها الدستور، ولضمان ألا تتحول هذه الرخصة التشريعية - وهي من طبيعة استثنائية - إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها وانحرافها. وحيث إن الدستور قد بين ضوابط ممارسة السلطة التنفيذية - ممثلة في رئيس الجمهورية - لجانب من الوظيفة التشريعية في أحوال الضرورة أثناء غياب مجلس الشعب، وذلك في المادة (147) منه التي تنص على ما يأتي:

"إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون.

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

وحيث إن الاستفادة من هذا النص أن الدستور وإن جعل لرئيس الجمهورية اختصاصاً في إصدار قرارات تكون لها قوة القانون في غيبة مجلس الشعب، إلا أنه رسم لهذا الاختصاص الاستثنائي حدوداً ضيقة تفرضها طبيعته الاستثنائية، منها ما يتعلق بشروط ممارسته ومنها ما يتصل بمآل ما قد يصدر من قرارات استناداً إليه. فأوجب لإعمال سلطة التشريع الاستثنائية أن يكون مجلس الشعب غائباً

وأن تطراً خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر بها حالة الضرورة التي تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير إلى حين انعقاد مجلس الشعب باعتبار أن تلك الظروف هي مناط هذه السلطة وعلّة تقريرها. وإذ كان الدستور يتطلب هذين الشرطين لممارسة ذلك الاختصاص التشريعي الاستثنائي، فإن رقابة المحكمة الدستورية العليا تمتد إليهما للتحقق من قيامهما باعتبارهما من الضوابط المقررة في الدستور لممارسة ما نص عليه من سلطات، كما تمتد هذه الرقابة أيضاً إلى التحقق من سلامة الإجراءات واحترام المواعيد التي تطلبها الدستور في عرض تلك القرارات على مجلس الشعب للنظر في إقرارها أو علاج آثارها وذلك حتى لا يتحول هذا الاختصاص التشريعي الاستثنائي إلى سلطة تشريعية كاملة مطلقة لا قيد عليها".

وفي حكم آخر، تعرضت المحكمة الدستورية العليا لحالة مماثلة للقرار بقانون المعروض للتعليق عليه هنا وكانت الأسباب الداعية إليه حاصلها مجرد الرغبة في تعديل قوانين الأحوال الشخصية بعد أن طال الأمد على العمل بها رغم حاجتها للتغيير لمعالجة بعض المسائل لا تعطي مبرراً لرئيس الجمهورية لإصدار قرار بقانون، وقضت بعدم دستوريته. فقد أوردت وحيث أن سن القوانين عمل تشريعي تختص به الهيئة التشريعية التي تتمثل في مجلس الشعب طبقاً للمادة (86) من الدستور. والأصل أن تتولى هذه الهيئة بنفسها سلطة التشريع على مقتضى القواعد المقررة من الدستور، إلا أنه نظراً لما قد يطرأ في غيبة مجلس الشعب من ظروف توجب سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير، فقد أجاز الدستور لرئيس الجمهورية في تلك الحالات أن يصدر في شأنها قرارات لها قوة القانون. وقد حرص المشرع الدستوري على أن يضع لهذه السلطة الاستثنائية في التشريع من الضوابط والقيود ما يكفل عدم تحولها - إلى ممارسة تشريعية مطلقة، موفقاً بذلك بين مقتضيات مبدأ الفصل بين السلطات وضمان مباشرة كل منها للمهام المنوطة بها، وبين الاعتبارات العملية الملحة التي تتطلب تحويل رئيس الجمهورية رخصة التشريع - على سبيل الاستثناء - لمواجهة تلك الظروف الطارئة حال غياب المجلس التشريعي المختص أصلاً بذلك. من أجل ذلك نص الدستور في الفقرة الأولى من المادة (147) على أنه "إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون" وفي الفقرة الثانية على أنه "ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا

كان المجلس قائماً، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته، فإذا لم يعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر".

وحيث أن المستفاد من هذا النص أن الدستور وإن جعل لرئيس الجمهورية اختصاصاً في إصدار قرارات تكون لها قوة القانون في غيبة مجلس الشعب، إلا أنه رسم لهذا الاختصاص الاستثنائي حدوداً ضيقة تفرضها طبيعته الاستثنائية، منها ما يتعلق بشروط ممارسته ومنها ما يتصل بمآل ما قد يصدر من قرارات استناداً إليه. فأوجب لإعمال رخصة التشريع الاستثنائية أن يكون مجلس الشعب غائباً وأن تنهياً خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر بها حالة تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير إلى حين انعقاد مجلس الشعب باعتبار أن تلك الظروف هي مناط هذه الرخصة وعلّة تقريرها. وإذا كان الدستور يتطلب هذين الشرطين لممارسة ذلك الاختصاص التشريعي الاستثنائي، فإن رقابة المحكمة الدستورية العليا تمتد إليهما للتحقق من قيامهما، باعتبارهما من الضوابط المقررة في الدستور لممارسة ما نص عليه من سلطات، شأنهما في ذلك شأن الشروط الأخرى التي حددتها المادة (147) ومن بينها ضرورة عرض القرارات الصادرة استناداً إليها على مجلس الشعب للنظر في إقرارها أو علاج آثارها.

وحيث إنه يبين من الأعمال التحضيرية للقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المطعون عليه أن الأسباب التي استندت إليها الحكومة في التعجيل بإصداره في غيبة مجلس الشعب، تتمثل فيما أوردته مذكرته الإيضاحية من "أن القانونين رقم 25 لسنة 1920 ورقم 25 لسنة 1929 الخاصين ببعض أحكام الأحوال الشخصية قد مضى على صدورهما قرابة خمسين عاماً طرأ فيها على المجتمع كثير من التغيير المادي والأدبي التي انعكست آثارها على العلاقات الاجتماعية الأمر الذي حمل القضاء عبئاً كبيراً في تخريج أحكام الحوادث التي تعرض عليهم، وقد كشف ذلك عن قصور في بعض أحكام القوانين القائمة مما دعا إلى البحث عن أحكام الأحوال التي استجدت في حياة المجتمع المصري وذلك في نطاق نصوص الشريعة دون مصادرة أي حق مقرر بدليل قطعي لأي فرد من أفراد الأسرة بل الهدف من المشروع هو تنظيم استعمال بعض هذه الحقوق..." كما أنه عند عرض القرار بقانون (محل الطعن) على مجلس الشعب للنظر في إقراره، أفصح وزير الدولة لشئون مجلس الشعب عن

ماهية الضرورة التي دعت إلى إصداره بقوله "ولا شك أن الضرورة تحتم استصدار قانون لتعديل الأحوال الشخصية... وقد طال الأمد على استصدار هذه القوانين، وطول الأمد واستطالة المدة هي حالة الضرورة، بل هي حالة الخطورة فالأسرة المصرية تنتظر هذا الإصلاح منذ عام 1905، واللجان تنعقد وتتعرض أعمالها ولكن دون جدوى ولائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والقانونان اللذان يحكمان مجال الأسرة رقم 25 لسنة 1920 ورقم 25 لسنة 1929 كلاهما يحتاج إلى تعديل منذ صدورها، أي منذ عامي 1920 و1929. أليس في هذا كله مدعاة لضرورة يقدرها ولي الأمر ليصدر قراراً ثورياً بإصلاح الأسرة؛ لو ترك الأمر لاقتراح قرار بقانون أو لمشروع بقانون وثار حول المناقشات وظل شهوراً وسنين فأين هي الحاجة التي تدعو إلى تحقيق إصلاح الأسرة بقرار ثوري مثل القرار بقانون المعروف".

لما كان ذلك، وكانت الأسباب سالفه البيان. وحاصلها مجرد الرغبة في تعديل قوانين الأحوال الشخصية بعد أن طال الأمد على العمل بها رغم ما أستجد من تغييرات في نواحي المجتمع وإن جاز أن تدرج في مجال البواعث والأهداف التي تدعو سلطة التشريع الأصلية إلى سن قواعد قانونية جديدة أو استكمال ما يشوب التشريعات القائمة من قصور تحقيقاً لإصلاح مرتجى إلا أنه لا تتحقق بها الضوابط المقررة في الفقرة الأولى من المادة (147) من الدستور، ذلك أن تلك الأسباب -تفيد أنه لم يطرأ- خلال غيبة مجلس الشعب- ظرف معين يمكن أن تتوافر معه تلك الحالة التي تحل بها رخصة التشريع الاستثنائية التي حولها الدستور لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة (147) المشار إليها ومن ثم فإن القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979- إذ صدر استناداً إلى هذه المادة، وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها، يكون مشوباً بمخالفة الدستور.

وحيث إنه لا ينال مما تقدم ما أثارته الحكومة من أن تقدير الضرورة الداعية لإصدار القرارات بقوانين عملاً بالمادة (147) من الدستور متروك لرئيس الجمهورية تحت رقابة مجلس الشعب باعتبار ذلك من عناصر السياسة التشريعية التي لا تمتد إليها الرقابة الدستورية، ذلك أنه كان لرئيس الجمهورية سلطة التشريع الاستثنائية طبقاً للمادة المشار إليها وفق ما تمليه المخاطر المترتبة على قيام ظروف طارئة تستوجب سرعة المواجهة وذلك تحت رقابة مجلس الشعب، إلا أن ذلك لا يعني إطلاق هذه السلطة في إصدار قرارات بقوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور والتي سبق أن استظهرتها المحكمة ومن بينها اشتراط ان يطرأ- في غيبة مجلس الشعب- ظروف من شأنها توفر

الحالة الداعية لاستعمال رخصة التشريع الاستثنائية وهو ما لم يكن له قائمة بالنسبة للقرار بقانون المطعون عليه الأمر الذي يجتم إخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية. وحيث إنه - من ناحية أخرى - فإن إقرار مجلس الشعب للقرار بقانون المطعون عليه لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذي نشأ عليه كقرار بقانون دون تطهيره من العوار الدستوري الذي لازم صدوره. كما أنه ليس من شأن هذا القرار في ذاته أن ينقلب به القرار بقانون المذكور إلى عمل تشريعي جديد يدخل في زمرة القوانين التي يتعين أن يتبع في كيفية اقتراحها والموافقة عليها وإصدارها القواعد والإجراءات التي حددها الدستور في هذا الصدد وإلا ترتب على مخالفتها عدم دستورية القانون.

وحيث إنه لما كان ما تقدم، وكان القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية المطعون عليه قد استهدف بتنظيمه التشريعي المترابط موضوعاً واحداً قصد به معالجة بعض مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالأسرة على ما سلف بيانه، وكان العيب الدستوري الذي شابهه قد عمه بتمامه لتخلف سند إصداره، فإنه يتعين الحكم بعدم دستوريته برمته. وحكمت المحكمة بعدم دستورية القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية⁽²⁵⁾.

- وبعد هذا العرض يحق لنا أن نتساءل، ونحن بصدد القرار بقانون رقم (26) لسنة 2022 الذي يتعلق بامتياز مشروع زهرة الفنجان، والذي تضمن ما يشبه التعاقد بين السلطة التنفيذية وإحدى الشركات... ما هي الظروف الاستثنائية التي تتطلب سرعة مواجهتها في مشروع سيستمر خمسة وعشرين عاماً، ما هي الضرورة الحتمية التي ألجأت رئيس الدولة للتدخل لإنقاذ البلاد من خطر داهم... هل هذا الامتياز يعد من التدابير العاجلة التي يجب أن تتخذها السلطة التنفيذية لمواجهة أوضاع طارئة...

الحقيقة أننا لا نملك إجابة على هذه التساؤلات، فليس بين يدينا أية أوراق ترشح لذلك، فالقرار بقانون ليس له أية مرفقات... والبادي من ظاهر الأوراق انتفاء وجود حالة الضرورة التي تجيز إصدار قرارات بقوانين.

25 الحكم في الدعوى رقم 28 لسنة 2 قضائية "دستورية" - جلسة 4/ 5/ 1985.

ثالثاً: القرار بقانون صدر باطلاً:

وحتى على افتراض توافر حالة الضرورة فان المادة (8) في بندها رقم (2) قد نصت على أن تعتبر اتفاقيات الامتياز الواردة بالفقرة (1) من هذه المادة جزء لا يتجزأ من هذا القرار بقانون وتقرأ معه، ويعتبر إصداره مصادقة عليها؛ كما أوردت المادة (11) على أن " تلحق نسخة من اتفاقية الامتياز الرئيسية واتفاقيات الامتياز كافة، وقرارات الحكومة ووزارات الاختصاص المتعلقة بالامتياز بهذا القرار بقانون، وتعتبر جزء لا يتجزأ منه، وتقرأ معه عند إلحاقها". ومعنى ذلك أن اتفاقيات الامتياز الواردة بالمادتين (8، 11) هي جزء لا يتجزأ من القرار بقانون رقم 26 لسنة 2022. فهل تم نشر جميع هذه الاتفاقيات بالجريدة الرسمية مع القرار بقانون؟

هذه الاتفاقيات جميعها تعتبر الأساس في التعريف بالقرار بقانون رقم 26 لسنة 2022 مبيته لمعالمه وصدوره، وبالتالي فإن إعلام المخاطبين بهذا القرار بقانون إعلاماً كافياً لا يتأتى إلا من خلال نشر كل هذه الاتفاقيات بذات الوسيلة التي نشر بها القرار بقانون المشار إليه، وبدون هذا النشر يظل غامضاً وخافياً ما ورد به، وكما يلزم العلم بالقرار بقانون، يلزم أيضاً العلم بهذه المرفقات، إذ أنه لا يقرأ بدونها، إنما لا بد أن تقرأ معه، فإذا كانت هذه الاتفاقيات لم تنشر مع هذا القرار بقانون فإن ركن النشر في القاعدة القانونية لا يكون متحققاً، وتكون القاعدة القانونية ذاتها فاقدة لركن من أركانها لا تقوم بدونها بما يبطلها.

-وقد سبق أن تناولت المحكمة الدستورية العليا المصرية أمر النشر للخرائط التي تبين حدود أماكن جرم فيها المشرع أفعالاً، إذ أنه جرم أفعال الاعتداد والإتلاف على المحميات الطبيعية دون تحديد لحدود هذه المحميات ومعالمها، وقد أكدت المحكمة الدستورية على عدم دستورية القرار الصادر من رئيس مجلس الوزراء فيما تضمنه من عدم تعيين حدود المحمية، ونعرض جانب موجز من حيثيات هذا الحكم⁽²⁶⁾ " وحيث إن المحميات الطبيعية التي نظمها القانون رقم 102 لسنة 1983 المشار إليه وأحاطها بالحماية الجنائية تقديراً منه لحيوية المصالح التي ترتبط بوجودها، لا ينشئها إقرار يصدر عن رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح جهاز شئون البيئة بمجلس الوزراء يكون كاشفاً عن حدودها قاطعاً بتخومها، ليكون نطاقها المكاني جلياً واضحاً توكيداً لاختلاطها

26 الحكم الصادر في الدعوى رقم 20 لسنة 15 قضائية "دستورية" جلسة 1/10/1994.

بغيرها من المناطق البحرية، وتعييناً للدائرة التي لا يتصور وقوع الأفعال التي أتمها فيها وراء محيطها، وكان إعمال أحكام هذا القانون رهناً بصدور ذلك القرار مستكملاً للعناصر التي لا يقوم إلا بها، فإن تعيين حدود المحميات البحرية التي يسري عليها، يجب أن يكون محمولاً عليه أو متسانداً إليه سواء بين مواقعها في صلبه أم أحال في شأن تجليتها إلى وثيقة أفصح عنها، لتندمج بالتالي في الأحكام التي تضمنها، وتغدو جزءاً منها يتكامل معها.

وحيث إن إعلام المخاطبين بالقانون رقم 102 لسنة 1983 آنف البيان إعلاماً كافياً *fair notice* بحدود المحميات الطبيعية لضمان حقوقهم وحياتهم التي نص عليها الدستور أو كفلتها قواعد القانون الدولي العام، لا يتأتى إلا من خلال نشرها في الجريدة الرسمية التي تتحقق بها العلانية، وكان قرار رئيس مجلس الوزراء المطعون فيه قد أحال في شأن تعيين حدود المحميات الطبيعية التي عينها إلى خريطة تبين مواقعها، إلا أنها لم تنشر، وظل خافياً بذلك النطاق المكاني الذي تمتد إليه تلك المحميات على صعيد المياه البحرية، وكان إتيان الأفعال التي أتمها قانون المحميات الطبيعية في هذا النطاق شرطاً لتجريمها على ما سلف البيان فإن القرار المطعون فيه إذ جهل بحدود المحميات الطبيعية التي يسري عليها والتي يعتبر تعيينها مفترضاً أولاً لإعمال النصوص العقابية التي تضمنها القانون المنظم لتلك المحميات من خلال ترسيم الدائرة التي تعمل فيها يكون مفتقراً إلى خاصية اليقين التي تهمين على التجريم، ويخل كذلك بالحرية الشخصية من خلال القيود التي لا يجوز أن تنال من جوهرها *essential core*، ويغدو هذا القرار بالتالي مخالفاً للمادتين (41، 66) من الدستور.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 450 لسنة 1986 بإنشاء محميات طبيعية بمنطقة جبل علبة بالبحر الأحمر وذلك فيما تضمنته من عدم تعيين الحدود التي تبين النطاق المكاني لتلك المحميات، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة

رابعاً: ملاحظات حول الأحكام التي أوردها القرار بقانون:

- أول ما يلاحظ على القرار بقانون رقم 26 لسنة 2022 بشأن امتياز مشروع زهرة الفنجان أن مدة الامتياز طويلة جداً "خمسة وعشرون عاماً" تبدأ من تاريخ التشغيل التجاري للمحطة، ويجوز تمديد هذه المدة بعد الاتفاق على ذلك.

- انتهـاء الامتياز: حدد القرار ثلاث طرق محددة ينتهي بها الامتياز دون أن يورد حق السلطة المانحة للامتياز في أن تنهيه في أي وقت ولأي سبب دون أن يسبب ذلك ضرر للجهة حاملة الامتياز وإلا كانت ملتزمة بتعويضها عن هذه الأضرار.
- وحق الجهة المانحة في الإنهاء هو حق يكاد يكون محل اتفاق على نحو ما أوردنا من قبل.
- المادة العاشرة من القرار بقانون تنص على أن "يعتبر حامل الامتياز محمياً طوال مدة الامتياز الأولى من:
1. أي تغيير في التشريعات الناظمة للامتياز أو التي يقود نفاذها الى المساس به.
 2. أي تغيير في التشريعات قد يزيد من أعبائه الضريبية والرسوم والكلف التشغيلية
 3. في حالة الرغبة بتمديد الامتياز يكون مانح الامتياز وحامله مناقشة أي شروط أو أعباء ترتبها التشريعات الجديدة".
- هذا النص من أغرب النصوص التي وردت بالقرار بقانون وفيه مغالاة في الضمانات التي منحت للشركة حاملة الامتياز ويعفيها من الخضوع لأية تعديلات تشريعية مستقبلية وأية أعباء ضريبية أو رسوم أو أية زيادة في الكلفة بوجه عام، ولمدة خمسة وعشرون عاماً، وهو أمر بعيد تماماً عن طبيعية امتيازات المرفق العام
- هذا الامتياز لم يشر ولو إشارة الى حقوق المتعاملين مع المرفق من الجمهور الذين لهم الحق في الحصول على الخدمة، ومن الممكن أن يطالب الإدارة قضائياً بتنفيذ جميع الشروط المنصوص عليها في عقد الامتياز لصالح المتفاعلين.
- وفي المجمل، فإن منح حق الامتياز من اختصاص الحكومة، لكن يلزم أن يكون هناك قانون يحدد الضوابط العامة للامتياز تلتزمه الحكومة ولا تتعدها.

