



المجلد ٦، العدد ١، ٢٠٢٥

تحسين عقود الدولة من طعن الغير فيها: تنظيم للحق في التقاضي أم حرمان منه؟

معرف الوثيقة الرقمية (DOI): 10.21608/IJDJL.2024.316935.1260

الصفحات ١١٤ - ١٣٩

أحمد عبد الجواد

مدرس القانون العام بالجامعة البريطانية بمصر، مدير المشاريع البحثية بمركز القانون
والتكنولوجيا المتجددة

المراسلة: أحمد عبد الجواد، مدرس القانون العام بالجامعة البريطانية بمصر، مدير المشاريع البحثية بمركز القانون
والتكنولوجيا المتجددة.

البريد الإلكتروني: ahmedabdelgawad@utexas.edu

تاريخ الإرسال: ٣٠ أغسطس ٢٠٢٤، تاريخ القبول: ٢١ سبتمبر ٢٠٢٤

نسق توثيق المقالة: أحمد عبد الجواد، تحسين عقود الدولة من طعن الغير فيها: تنظيم للحق في التقاضي
أم حرمان منه؟، المجلة الدولية للفقهاء والقضاء والتشريع، المجلد ٦، العدد ١، ٢٠٢٥، صفحات (١١٤ - ١٣٩).



Volume 6, Issue 1, 2025

**Immunizing State Contracts from Legal Challenges by Non-parties: Abolishing
the Citizens' Right to Protect the Public Property or Organizing It**

DOI:10.21608/IJDJL.2024.316935.1260

Pages 114 - 139

Ahmed Abdelgawad

**Assistant Professor of Public Law at the British University in Egypt, Head of Research
Projects at the Center of Law and Emerging Technologies**

Correspondance: Ahmed Abdelgawad, Assistant Professor of Public Law at the British University in Egypt, Head of Research Projects at the Center of Law and Emerging Technologies.

E-mail: ahmedabdelgawad@utexas.edu

Received Date: 30 August 2024, **Accept Date :** 21 September 2024

Citation: Ahmed Abdelgawad, Immunizing State Contracts from Legal Challenges by Non-parties: Abolishing the Citizens' Right to Protect the Public Property or Organizing It, International Journal of Doctrine, Judiciary and Legislation, Volume 6, Issue 1, 2025 (114-139).

الملخص

تقوم هذه الدراسة بالتعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في القضية رقم ١٢٠ لسنة ٣٦ قضائية «دستورية» - جلسة السبت ١٤ يناير سنة ٢٠٢٣، وكانت برئاسة السيد المستشار بولس فهمي إسكندر، رئيس المحكمة، وعضوية السادة المستشارين: رجب عبد الحكيم سليم، والدكتور محمد عماد النجار، والدكتور طارق عبد الجواد شبل، وخالد أحمد رأفت دسوقي، والدكتورة فاطمة محمد أحمد الرزاز، ومحمد أيمن سعد الدين عباس، نواب رئيس المحكمة. وحضور السيدة المستشار شيرين حافظ فرهود رئيس هيئة المفوضين، وحضور السيد محمد ناجي عبد السميع، أمين السر. تعتمد الدراسة على تحليل الأسباب التي استندت عليها المحكمة الدستورية العليا للخلوص إلى رفض الدعوى بعدم دستورية القانون المطعون عليه والمتعلق بتخصيص عقود الدولة من الطعن عليها من غير أطرافها. ينتهج هذا التحليل القواعد الفقهية والمقاصدية باعتبارها معايير وأدوات منهجية تبنى عليها أحكام الشريعة الإسلامية، والتي تمثل، أي هذه القواعد المقاصدية والفقهية في مساحة منها، وفقاً للمادة الثانية من الدستور والتي تنص فيما تنص عليه على أن «مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع»، مبادئ دستورية تعلق على القواعد القانونية التي لا يجوز مخالفتها. ورغم أن المحكمة قد تطرقت في نطاق ضيق في حكمها إلى أحد الطعون الذي دفع به الطاعنون بعدم الدستورية، وهو مخالفته لقاعدة فقهية تنص عليها الشريعة الإسلامية متعلقة بطبيعة تصرف الحاكم على المال العام، إلا أن باقي ما تطرقت إليه المحكمة في حكمها من تسبيب يعبر عن رؤية فلسفية قانونية تبنتها المحكمة فيما ذهبت إليه، يثير بطبيعته مبادئ وقواعد نصت عليها النظرية القانونية للفقهاء الإسلامي.

الكلمات المفتاحية: المحكمة الدستورية العليا؛ مبادئ الشريعة الإسلامية؛ الرؤية الدستورية الاقتصادية؛ الدستور المصري.

Abstract

This study analyzes the Supreme Constitutional Court's ruling in Egypt no. 120 for judiciary year 36 on Saturday, January 14, 2023, headed by Chief Justice Bolous Fahmy Iskandr. This paper aims to analyze the legal reasons the Supreme Constitutional Court relied on to conclude its ruling considering the statutes that immunize state contracts from legal challenges by non-parties constitutional. Furthermore, this paper considers Islamic legislative norms as methodological tools and criteria for analyzing the court's ruling. These norms, according to Article 2 of the Egyptian constitution that states "... Principles of Islamic law are the main source of legislation", are considered constitutional principles to which all legal acts and statutes must be adhered. Therefore, any violation or contradiction of these norms invalidates the statute.

Even though the court did not give significant space to one of the appellant arguments that these statutes violate the second article in the constitution, as it violates one of the significant Islamic legislative norms, the court's legal reasoning in this ruling triggered certain principles of Islamic legal theory. The Court's legal reasoning in this ruling represents an explicit vision

of mixed economics, politics, legal philosophy, and law. This paper interacts with this vision based on Islamic legal philosophy, showing the differences.

key Words: Supreme Constitutional Court, Principles of Islamic Law, The Economical Constitutional Vision , The Egyptian Constitution.

تمهيد وتقسيم

أصدر رئيس الجمهورية المؤقت الرئيس الأسبق المستشار عدلي منصور قرارًا بالقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة^(١)، والذي يحصر إمكان الطعن على العقود التي تكون الدولة أحد أطرافها على أطراف العقد فقط بما يعني منع المواطنين من حق الطعن (أو تنظيمه وفقًا لعقيدة المحكمة التي انتهت إليها) على هذه العقود أمام محاكم القضاء الإداري تنفيذًا للحق الدستوري في حماية الملكية العامة والمال العام. وهو ما يناقشه هذا المبحث حيث يتضمن تحليل الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا سنة ٢٠٢٣ القاضي بدستورية القانون الصادر بتحسين عقود الدولة من إمكان الطعن عليها من غير أطرافها المنصوص عليها في العقود المذكورة بما يعني إزالة أو تقييد أو تنظيم «بتعبير المحكمة» حق المواطنين والمجتمع من إمكان الطعن على هذه العقود من خلال الرقابة القضائية التي كان يقوم بها قضاء مجلس الدولة المصري استنادًا على معيار الصفة والمصلحة^(٢).

يحتوي التعليق على ذكر وقائع الدعوى، ثم بيان النص المطعون عليه بعدم الدستورية، ثم ذكر وجه الطعن بعدم الدستورية، ثم مناقشة وتحليل المبادئ والأسباب التي استندت عليها المحكمة للحكم برفض الدعوى.

أولاً: وقائع الدعوى^(٣)

١. تتلخص وقائع الدعوى^(٤)، كما أوردتها المحكمة الدستورية العليا في حكمها، «أن المدعين^(٥)، وآخرين، كانوا قد أقاموا أمام محكمة القضاء الإداري بالقاهرة الدعوى رقم ٥٢١٣٧ لسنة ٦٦ قضائية، ضد المدعى عليهم^(٦)

^(١) انظر: الجريدة الرسمية، العدد (١٦) مكرر (ح)، (٢٢ أبريل ٢٠١٤).

^(٢) وأوصت هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا في تقريرها الصادر يوم ٢٥ مارس ٢٠١٧، في هذه القضية بقبول الطعن بعدم دستورية النص ككل. كتب هذا التقرير المستشار الدكتور حسام فرحات أبو يوسف، والذي جاء في ١٧٨ ورقة، فصل فيها أسبابه للقول بعدم دستورية النصوص المطعون عليها. وقد جاء تسبيبه مفصلاً دقيقاً، استند في كثير منه على مخالفات إجراءات لقواعد إجرائية نص عليها الدستور، ولم تُراع في إصدار القانون. ورغم رصانة التقرير وأهميته البالغة، إلا أن الباحث في تناوله بالتحليل يتطرق إلى نطاقات موضوعية يناقش فيها المفاهيم الفلسفية والمبدئية التي شكلت الخيارات القانونية التي انتهت إليها هيئة المحكمة الموقرة.

^(٣) الجريدة الرسمية - العدد ٢ مكرر (هـ) في ١٧ يناير سنة ٢٠٢٣، ص ٣٢.

^(٤) المصدر السابق، ص ٣٤-٣٥.

^(٥) المدعون الطاعون بعدم الدستورية كما وردت أسماؤهم بالحكم المنشور بالجريدة الرسمية هم: عماد عبد الكريم أحمد الشباسي، علاء خضر يوسف إسماعيل، هاني صلاح الدين عبد العزيز، محمود محمد محمود أبو طاحون، سليمان فلاق خير الله أحمد، فايز فتوحه فتوش شعيب، صبحي عبد السلام محمد الجندي، أسامة حلمي عبد المؤمن محمد، محمد سالم أحمد السيد. المصدر السابق، ص ٣٢.

^(٦) المدعى عليهم كما هو وارد بالحكم المنشور بالجريدة الرسمية: رئيس مجلس الوزراء، وزير الاستثمار، وزير الزراعة واستصلاح الأراضي، الممثل القانوني للشركة القومية للتشييد والتعمير، الممثل القانوني للهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية، الممثل القانوني للشركة المصرية السعودية للاستثمار الصناعي والعقاري، الممثل القانوني لشركة التجارة والتسويق السعودية الدولية المحدودة. المصدر السابق، ص ٣٢-٣٣.

في الدعوى المعروضة، طلبًا للحكم بوقف تنفيذ، ثم إلغاء، قرار اللجنة الوزارية للخصخصة الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٢/٧، فيما تضمنه من بيع ١٠٠٪ من أسهم شركة النوبارية لإنتاج البذور، وقرار الجمعية العامة غير العادية للشركة القابضة للتنمية الزراعية الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٢/٢٧، بالموافقة على البيع، مع ما يترتب على ذلك من آثار، أخصها بطلان عقد بيع الأسهم المؤرخ ١٩٩٩/٣/١٤، المبرم بين الشركة القابضة للتنمية الزراعية، والشركتين المدعى عليهما السادسة والسابعة، وبطلان التسجيلات التي تمت لأراضي الشركة نفاذًا لهذا العقد، وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، واسترداد الدولة لجميع الأملاك والأموال مطهرة من أي حقوق عينية، وذلك على سند من أن القرارين المطعون عليهما، اللذين تم البيع استنادًا إليهما، شابههما عيوب جسيمة تنحدر بهما إلى درجة الانعدام.

٢. بجلسة ٢٠١٤/٥/٣ - وعلى إثر صدور قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة - دفعت الشركتان المدعى عليهما السادسة والسابعة، بعدم قبول الدعوى لرفعهما بغير الطريق الذي رسمه قرار رئيس الجمهورية بالقانون المشار إليه، ودفع المدعون بعدم دستورية المادتين الأولى والثانية من القرار بقانون المار ذكره.

٣. وإذ قدرت المحكمة جديّة الدفع، وصرحت للمدعين بإقامة الدعوى الدستورية، أقاموا الدعوى المعروضة. حيث إنه بتاريخ السابع من يوليو سنة ٢٠١٤، أودع المدعون صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا، طالين الحكم بعدم دستورية المادتين الأولى والثانية من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة. وتم إصدار الحكم من المحكمة الدستورية بتاريخ يناير ٢٠٢٣^(٧).

ثانيًا: النص المطعون عليه بعدم الدستورية

يتمثل النص المطعون عليه بعدم الدستورية في نص المادتين الأولى والثانية من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة، وللتين تنصان على التالي:

المادة الأولى: «مع عدم الإخلال بحق التقاضي لأصحاب الحقوق الشخصية أو العينية على الأموال محل التعاقد، يكون الطعن ببطلان العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أجهزتها من وزارات، ومصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة، ووحدات الإدارة المحلية، والهيئات والمؤسسات العامة، والشركات التي تمتلكها الدولة أو تساهم فيها، أو الطعن بإلغاء القرارات أو الإجراءات التي أبرمت هذه العقود استنادًا لها، وكذلك قرارات تخصيص العقارات من أطراف التعاقد دون غيرهم، وذلك ما لم يكن قد صدر حكم بات بإدانة طرفي التعاقد أو أحدهما في جريمة من جرائم المال العام المنصص عليها في البابين الثالث والرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، وكان العقد قد تم إبرامه بناء على تلك الجريمة».

المادة الثانية: «مع عدم الإخلال بالأحكام القضائية الباتة، تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول

(٧) انظر بتصرف: الجريدة الرسمية، ص ٣٤-٣٦.

الدعاوى أو الطعون المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون والمقدمة أمامها بغير الطريق الذي حددته هذه المادة بما في ذلك الدعاوى والطعون المقامة قبل تاريخ العمل بهذا القانون»^(٨).

ثالثاً: وجه الطعن بعدم الدستورية

أقام المدعون دعواهم بالنعي على القرار بقانون المتضمن النصين المطعون فيهما، من حيث «انتفاء حالة الضرورة المبررة لإصداره في غيبة السلطة التشريعية، وإهداره مبدأ المشروعية وسيادة القانون، لانطوئه على أثر رجعي، دون اتباع الإجراءات الدستورية اللازمة لذلك، والإخلال بحق التقاضي؛ بقصر الحق في الطعن ببطان تلك العقود والإجراءات التي أبرمت استناداً إليها على أطرافها، وتحسين أعمال إدارية لا يجوز تحسينها، وتسييل القضاء الجنائي على القضاء الإداري؛ بتعليق دعوى الإلغاء على صدور حكم في الدعوى الجنائية، وإهدار مبدأي المساواة وتكافؤ الفرص؛ بحرمان المنافسين لأطراف التعاقد من الطعن على القرارات السابقة على إبرامه، وغل يد المجتمع عن دوره في الدفاع عن الملكية العامة، وصدور القرار بالقانون المطعون فيه مشوباً بعيب الانحراف التشريعي»^(٩).

رابعاً: المبادئ والأسباب التي استندت إليها المحكمة الدستورية للحكم برفض الدعوى ومناقشتها

أولاً: السياق التاريخي للحق والواجب الدستوري في حماية المال العام

يعود أصل وسياق هذه القضية إلى الدساتير المصرية المتعاقبة ودورها في النص على حماية الملكية العامة ودور المجتمع والمواطنين في ذلك، وفقاً للنصوص الدستورية المتعاقبة. ففي دستور ١٩٥٦، نصت المادة (٢٧) منه على أن «للأموال العامة حرمة، وحمايتها واجب على كل مواطن»^(١٠). وفي دستور عام ١٩٦٤، نصت المادة ١٤ على أن «للأموال العامة حرمة، وحمايتها واجب على كل مواطن. وعلى المواطنين حماية ودعم ملكية الشعب، باعتبارها أساساً للنظام الاشتراكي، ومصدراً لرفاهية الشعب العامل، وقوة الوطن»^(١١). وفي دستور ١٩٧١، نصت المادة (٣٣) منه على أن «للملكية العامة حرمة، وحمايتها ودعمها واجب على كل مواطن وفقاً للقانون، باعتبارها سنداً لقوة الوطن وأساساً للنظام الاشتراكي ومصدراً لرفاهية الشعب»^(١٢).

استمر هذا الحق والواجب الدستوري حتى دستور ٢٠١٢، الذي نص في مادته (٢٢) على أن: «للأموال العامة حرمة، وحمايتها واجب وطني على الدولة والمجتمع»^(١٣). بمعنى أوضح، فإنه لم يخلُ دستور مصري منذ دستور ١٩٥٦ وحتى دستور ٢٠١٢ من مبدأ دستوري ينص على حق وواجب المجتمع أو المواطن في حماية المال العام أو الملكية العامة. خلال هذه الفترة طوّر مجلس الدولة المصري فقهاً خاصاً بمعيار المصلحة العامة الذي يُخول للمواطن الحق في الطعن على عقود الدولة التي تقوم بها بصفتها أحد أفراد القانون العام، وتقوم من خلالها

^(٨) الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٣٦.

^(٩) الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٣٧.

^(١٠) المادة (٢٧) دستور ١٩٥٦، الجريدة الرسمية.

^(١١) المادة (١٥) دستور ١٩٦٤، الجريدة الرسمية في ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤ - العدد ٩ تابع (أ).

^(١٢) المادة (٣٣) دستور ١٩٧١، الجريدة الرسمية - العدد ٣٦ مكرر (أ) الصادر في ١٢ سبتمبر سنة ١٩٧١.

^(١٣) المادة (٢٢) دستور ٢٠١٢، الجريدة الرسمية - العدد ٥١ مكرر (ب) في ٢٥ ديسمبر سنة ٢٠١٢.

ببيع أي من أصول الدولة، أو الملكيات العامة التي تمتلك الدولة فيها نسبةً وحصصاً تقوم ببيعها في عقود، سواء كانت أراضي أو شركات، أو ما شابه. وكان هذا الحق القضائي في تفعيل رقابة قضاء مجلس الدولة على تصرفات الدولة في الملكية العامة بمثابة الأداة الأهم والأكثر فعالية، إن لم تكن الأوحده، للمواطنين والمجتمع، والتي تجسد هذا الحق والواجب الدستوري المنصوص عليه في نصوص الدساتير المصرية المتعاقبة كما سبق بيانه.

ثانياً: السوابق القضائية التي أبطل فيها القضاء الإداري بعض عقود الدولة تفعيلاً لهذا الحق

استناداً إلى النصوص الدستورية المشار إليها سابقاً، سجل قضاء مجلس الدولة المصري العديد من الأحكام التي انبرى فيها المواطنون بصفتهم المجردة عن شيء سوى كونهم مواطنين في الدولة المصرية لحماية المال العام والملكية العامة. وسجل قضاء مجلس الدولة أحكاماً تاريخية في هذا الصدد. فقضت المحكمة في ٢٤ سبتمبر ٢٠١٠ بالحكم ببطلان عقد بيع أراضي مدينتي المبرم بين هيئة المجتمعات العمرانية، وبين رجل الأعمال المصري هشام طلعت مصطفى^(١٤). وفي عام ٢٠١١، حكمت المحكمة الإدارية العليا كذلك ببطلان عقد بيع شركة عمر أفندي^(١٥)، وعقد بيع شركة المراجل البخارية^(١٦)، وخصخصة طنطا للكتان^(١٧)، وخصخصة غزل شبين^(١٨)، وكذلك بطلان عقد بيع أراضي بالم هيلز^(١٩). وكانت كل هذه الأحكام تستند في تسيبها - كما سيرد ذكره تفصيلاً لاحقاً - إلى هذا الحق والواجب الدستوري، الذي يُخوّل المواطنين الحق في طلب بطلان هذه العقود لوجود شبهات فساد تضر بالمال العام، مما يُعطي لمحاكم القضاء الإداري الحق في التصدي لهذه الطعون، ومن ثم الحق في مباشرة الرقابة عليها، والتحقق فيها، ومن ثم الحكم بصحتها أو ببطلانها، حسب كل حالة.

ثالثاً: إزاحة مادة حماية المال العام من الدستور وإصدار قانون تحصين عقود الدولة

خلال الجلسات التحضيرية لدستور عام ٢٠١٤، وكما يذكر الأستاذ محمد بصل^(٢٠)، الباحث القانوني، فإن لجنة الخبراء العشرة لإعداد التعديلات الدستورية في يوليو ٢٠١٣، اقترحت التوجه نحو تعديل الفلسفة الدستورية، وعلى رأسها، إزاحة المادة الدستورية المشار إليها، من باب التخلّص مما سموه «ببقايا الفلسفة الاشتراكية في

^(١٤) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا ببطلان عقد بيع أرض مدينتي المنشور لدى المركز المصري للحقوق الاقتصادية والاجتماعية:

حكم بطلان عقد أرض مدينتي | المركز المصري للحقوق الاقتصادية والاجتماعية (ecesr.org)

^(١٥) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا بخصوص بطلان عقد بيع شركة عمر أفندي في ١٨ سبتمبر ٢٠١١، والمنشور لدى المركز المصري للحقوق

الاقتصادية والاجتماعية: حكم بطلان عقد بيع عمر أفندي | المركز المصري للحقوق الاقتصادية والاجتماعية (ecesr.org)

^(١٦) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا بخصوص بطلان عقد بيع المراجل البخارية بتاريخ ٢٦ سبتمبر ٢٠١١، والمنشور لدى المركز المصري للحقوق

الاقتصادية والاجتماعية: الحكم الخاص ببطلان عقد بيع المراجل البخارية | المركز المصري للحقوق الاقتصادية والاجتماعية (ecesr.org)

^(١٧) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا بخصوص بطلان خصخصة طنطا للكتان بتاريخ ٢٦ سبتمبر ٢٠١١، والمنشور لدى المركز المصري للحقوق

الاقتصادية والاجتماعية: الهيئات الكاملة حكم بطلان خصخصة طنطا للكتان | المركز المصري للحقوق الاقتصادية والاجتماعية (ecesr.org)

^(١٨) انظر حكم محكمة القضاء الإداري بخصوص بطلان خصخصة غزل شبين بتاريخ ٢٦ سبتمبر ٢٠١١، والمنشور لدى المركز المصري للحقوق

الاقتصادية والاجتماعية: الهيئات الكاملة لحكم بطلان خصخصة غزل شبين | المركز المصري للحقوق الاقتصادية والاجتماعية (ecesr.org)

^(١٩) انظر حكم محكمة القضاء الإداري بخصوص بطلان عقد بالم هيلز بتاريخ ٢٦ أبريل ٢٠١١، والمنشور لدى موقع منشورات قانونية:

بطلان عقد بالم هيلز | منشورات قانونية (manshurat.org)

^(٢٠) انظر: محمد بصل، فلسفة دستورية جديدة وراء تأييد قانون تحصين عقود الدولة، جريدة الشروق المصرية، السبت ١١ فبراير ٢٠٢٣. انظر كذلك

مضابط الاجتماع الرابع للجنة العشرة، بتاريخ ٢٤ يوليو ٢٠١٣، <https://node.org.manshurat/12418/>

الدستور»^(٢١)؛ نظراً «لخطورة خضوع الملكية لرقابة الشعب»^(٢٢) كما تشير مضابط تلك الجلسات، استناداً إلى ما نقله الأستاذ محمل بصل. وتشير المضابط -نقلاً عن الأستاذ محمد بصل- أن جميع الخبراء العشرة، باستثناء واحد فقط، قد طلبوا تعديل هذه المادة، وكان من بينهم نواب سابقون لرئيس مجلس الدولة، ونواب رئيس محكمة النقض، وأساتذة قانون. ولم يعترض على تغيير هذه المادة، وأصر على إبقائها كما هي، سوى المستشار محمد خير طه، النائب الأول السابق لرئيس المحكمة الدستورية العليا، الذي أصر على إبقاء المادة معللاً بأن «الاقتصار على دور الدولة وحدها لا يكفي؛ لأن الدولة قد تتغاضى لأسباب خاصة بها عن القيام بدورها (في الحماية)، وهنا يجب أن يقوم الفرد باعتباره جزءاً من الشعب -الذي هو صاحب الملكية- بدوره في دعم هذه الملكية وحمايتها»^(٢٣). وبقية المادة المعدلة وفقاً للجنة الخبراء العشرة بهذه الصيغة «للملكية العامة حرمة لا يجوز المساس بها، وحمايتها واجب وفقاً للقانون»^(٢٤).

ويشير بصل إلى أن لجنة الخمسين المسؤولة عن وضع دستور ٢٠١٤، شهدت نقاشاً حول هذه المادة المعدلة، إذ إن رئيس لجنة الخمسين، الأمين العام الأسبق لجامعة الدول العربية عمرو موسى، ونقيب المحامين الأسبق سامح عاشور، كانا قد رأيا حذف جملة «وفقاً للقانون»، بحيث تبقى المادة الدستورية على إطلاقها «وحمايتها واجب»، مما قد يفتح الباب لتفسيرات أوسع تتيح للمواطنين دوراً في هذه الحماية^(٢٥). غير أن أستاذ القانون الدستوري أ.د. جابر نصار، والمحامية المعروفة مالكة شركة ذو الفقار وشركاه للمحاماة، منى ذو الفقار، أصرا على الإبقاء على هذه المادة، للتأكد تماماً من التخلص من أي دور للمواطنين في ممارسة أية رقابة على عقود الدولة بشكل مباشر من خلال قضاء مجلس الدولة. وعللت ذلك بأنه «لا بد من تنظيم القانون لهذه الحماية .. كيف؟ وما هي الحالات التي تستوجب تنظيم أو تغيير صفة الملكية .. كل هذا يجب أن ينظمه القانون. وفي حالات كثيرة جداً عندما لا نشير للقانون، المحاكم تأخذ موقفاً متشدداً»^(٢٦).

بعد إقرار دستور عام ٢٠١٤، متضمناً هذه المادة الدستورية بهذه الصيغة المشار إليها، أصدر الرئيس المؤقت المستشار الدكتور عدلي منصور، رئيس المحكمة الدستورية الأسبق، بعد أربعة أشهر من إقرار الدستور، أثناء غياب البرلمان، مشروع قانون تحسين عقود الدولة، ليقتصر إمكانية الطعن على هذه العقود على أطراف العقد ذات المصالح المباشرة، مع إمكان وإتاحة الطعن عليها من غير هذه الأطراف في حال ثبوت وقائع فساد من خلال الجهات الرقابية والجهات القضائية المختصة بعد صدور أحكام قضائية باتة، يمكن على إثرها الاستناد إلى الطعن على هذه العقود من قبل غير ذوي الصفة. وكما عبر الأستاذ محمد بصل، فإنه «إذا كان المواطن مواطناً فحسب، فلا صفة له للطعن على تلك التصرفات، مع منع المحاكم من تبني هذا الاتجاه المتوسع في المصلحة مرة أخرى»^(٢٧).

^(٢١)المصدر السابق.

^(٢٢)المصدر السابق.

^(٢٣)المصدر السابق.

^(٢٤)المصدر السابق.

^(٢٥)انظر في هذا ما دار من نقاشات مدونة في مضابط لجنة الخمسين، مضبطة الاجتماع الخامس والعشرين للجنة الخمسين، في ٢٥ نوفمبر

٢٠١٣، ص ٦٩-٧٦.

^(٢٦)المصدر السابق.

^(٢٧)المصدر السابق.

رابعاً: توافر حالة الضرورة: هل توافرت شروط قواعد الضرورة؟

استندت المحكمة الدستورية العليا في تسببها للحكم برفض الطعن بعدم دستورية النص المشار إليه، وفي سياق تناولها للدفع التي استند إليها الطاعنون للقول بعدم الدستورية، وعلى رأسها «الدفع بعدم توافر حالة الضرورة» التي تجيز لرئيس الجمهورية -رأس السلطة التنفيذية- ممارسة مهام السلطة التشريعية في حال غياب البرلمان، الجهة المسؤولة عن السلطة التشريعية. فبدأت المحكمة تسببها بذكر الأسباب الرئيسية التي قد تجيز لرئيس الجمهورية القيام بذلك الدور حال غياب البرلمان وفقاً للنص الدستوري رقم (١٥٦)، المتمثلة في «الاحتياجات التي يوجبها صون مقومات المجتمع الأساسية»، و«المسائل التي ترتبط بمسئولية الدولة قبل مواطنيها»، وتحفظ «سير المرافق العامة على نحو يتوخى الصالح العام». والمحكمة في ذلك تنص على النظرية العامة لحالة الضرورة التي تُجيز لرئيس الجمهورية التدخل التشريعي، تمهيداً منها لتطبيق هذه النظرية العامة على القضية محل النظر فيما يخص الضرورة الملحة لإصدار قانون «تحسين عقود الدولة»، فذكرت المحكمة الدستورية في حكمها أنه وإن كان «المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن حالة الضرورة التي يجوز بمقتضاها لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين -طبقاً للشطر الثاني من المادة (١٥٦) من الدستور- إنما ينضبط مفهومها بالتماهي مع الاحتياجات التي يوجبها صون مقومات المجتمع الأساسية، وتتقيد حدودها بالمسائل التي ترتبط بمسئولية الدولة قبل مواطنيها، وتلتزم تخومها بضمان سير المرافق العامة على نحو يتوخى الصالح العام، ويقارنها حتمًا الاستجابة لما تمليه الاستحقاقات الدستورية في الدولة المدنية، وذلك كله بمراعاة أن تتخذ التشريعات الصادرة في ظل حالة الضرورة من كفالة الحقوق والحريات العامة سبباً لأهدافها، ومن سيادة القانون ملاذاً يعصمها من الخروج على مقتضيات الشرعية الدستورية. ولا يعزب عن نظر أن تحقق حالة الضرورة تلك، مع لزوم ما تقدم من ضماناتها، رهن بوجود واقع دستوري مؤقت، ينشأ عن كون السلطة التشريعية الأصلية غير قائمة -مهما كان سبب ذلك أو مدته- فلا يكامل في غيبتها البناء الدستوري لنظام الحكم، بالمفهوم الموافق لأحكام الباب الخامس من الدستور، مما يستنهض تدخلاً استثنائياً من رئيس الجمهورية، بإصدار قرارات بقوانين، تلازمها شرعية دستورية مؤقتة، حتى تخضع لرقابة مجلس النواب الجديد، في المواعيد وبالإجراءات المقررة في نص المادة (١٥٦) من الدستور...»^(٢٨).

وتنزيلاً لهذه النظرية العامة لحالة الضرورة والاستثناء على القضية محل النظر، فقد نصت المحكمة في حكمها هذا على حالة محددة ذكرتها، رأت فيها توافر شروط حالة الضرورة التي تجيز لرئيس الجمهورية هذا التدخل التشريعي. وهي في الوقت ذاته، أعني المحكمة، قد قامت بتشريع مصلحي قررت فيه أن نوعاً معيناً من المصالح جدير بالاعتبار، وجدير بأن يمثل حالة استثناء، يتم تجاوز الأصل فيه، من وجوب انتظار عودة أو انعقاد البرلمان لممارسة دوره التشريعي، إلى غيره، ممثلاً في قيام رئيس الجمهورية بإصدار التشريع استثنائياً. تمثلت هذه الحالة -وفقاً لرأي المحكمة- في أن «الاقتصاد القومي، في تاريخ إصدار القرار بقانون المطعون عليه، قد مر بمرحلة دقيقة، احتاج فيها إلى العمل على جذب الاستثمارات الأجنبية، وتشجيع ضخ رأس المال الأجنبي لتعزيز قدرة اقتصاد البلاد على مواجهة التحديات في تلك المرحلة، وحجب كل ما يزعزع الثقة في سلامة البناء

^(٢٨) الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٣٨

الاقتصادي للدولة»^(٣٩). وعلقت المحكمة على ذلك بأن هذا «مما يقيم حالة الضرورة المبررة لإصدار القرار بقانون المطعون فيه، والذي يدخل -بهذه المثابة- في مدلول تدابير الضرورة التي لا تحتل التأخير، وقد صادف احتياجاً حالاً، قدر رئيس الجمهورية، بما له من سلطة تشريعية استثنائية، ضرورة إصداره، وكان تقديره محمولاً على أسباب سائغة تبرره»^(٤٠).

ونظراً لأن نظرية الضرورة وما تتضمنه من قواعد منظمة لها هي نظرية أصيلة في الفقه الإسلامي وتراثه الأصولي، فإنه حريٌّ بالباحث أن يقوم بمناقشة المحكمة فيما ذهبت إليه على أرضية القواعد الفقهية وفي نظرها، لا سيما أن المحكمة قد أبانت بوضوح عن مقصد هذا التشريع وما تضمنه من استثناء مَثَل حالة ضرورة أجازته.

تعريف الضرورة

عرف أئمة الفقه الإسلامي الضرورة بأنها «بلوغه حدًّا إن لم يتناول الممنوع هلك، أو قارب، وهذا يبيح تناول الحرام»^(٤١). وهي الحالة التي «تطراً على الإنسان بحيث لو لم تراعى لجزم أو خيف أن تضع مصالحه الضرورية»^(٤٢). وعرفها الإمام الجصاص بأنها «خوف الضرر بترك الأكل إما على نفسه أو على عضو من أعضائه»^(٤٣). وعرفها المالكية بأنها «الخوف على النفس من الهلاك علماً أو ظناً»^(٤٤). وقد عرفها الشيخ محمد أبو زهرة بأنها «الخشية على الحياة إن لم يتناول المحظور أو يخشى ضياع ماله كله»^(٤٥)، وفي موضع آخر عرفها بأنها: «يكون الشخص في حالة تهدد مصلحته الضرورية، ولا تدفع إلا بتناول محظور يمس حق غيره»^(٤٦). كما تضمن الفقه الإسلامي مجموعة من القواعد المنظمة لعمل نظرية الضرورة، مثل: «الضرورات تبيح المحظورات»^(٤٧)، و«الضرورة تقدر بقدرها»^(٤٨)، وأن «حكم الضرورة لا يتعداها»^(٤٩)، وأن «ما أبيض للضرورة يقدر بقدرها»^(٥٠)، و«ما جاز لعذر بطل

^(٣٩) الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٣٩

^(٤٠) الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٣٩.

^(٤١) جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ج ١، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م، ص ٨٥.

^(٤٢) يعقوب عبد الوهاب الباحسين، القواعد الفقهية: المبادئ، المقومات، المصادر، الدليلية، التطور، دراسة نظرية، تحليلية، تأصيلية، تاريخية، الرياض، مكتبة الرشد، ط ١، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م، ص ٤٨٢.

^(٤٣) أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، ج ١، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ص ١٦٠.

^(٤٤) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٢، بيروت: دار الفكر، ط ١، ٢٠٠٦ م، ص ١١٥.

^(٤٥) انظر: محمد أبو زهرة، أصول الفقه، القاهرة: دار الفكر العربي، ط ١، ١٩٥٨ م، ص ١٤٠.

^(٤٦) المرجع السابق، ص ١٤٠.

^(٤٧) انظر: زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، الأشباه والنظائر، ج ١، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٩ هـ، ص ٨٥، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، الأشباه والنظائر، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، ج ١، بيروت، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م، ص ٤٥، ومعنى هذه القاعدة: أن الأشياء الممنوعة شرعاً تعامل كالأشياء المباحة وقت الضرورة، فحالات الاضطرار تجيز ارتكاب المحظور، أي المنهي شرعاً عن فعله، فكل ممنوع في الشرع يستباح فعله عند الضرورة إليه. انظر: وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، بيروت: دار الفكر، ص ٢٢٦.

^(٤٨) محمد بن أحمد المقرئ، القواعد، ج ١، مكة المكرمة: منشورات جامعة أم القرى، ط ١، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م، ص ٣٠٠، أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ج ٣، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م، ص ١٥٤-١٦٦، محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، ج ٢، تونس: الدار التونسية للنشر، ١٩٨٤ م، ص ٢٧٠.

^(٤٩) كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن الهمام، فتح القدير، ج ٣، القاهرة: مطبعة مصطفى الحلبي، ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م، ص ٦٢.

^(٥٠) الزركشي بدر الدين محمد بن عبد الله الشافعي، المنتور في القواعد الفقهية، ج ٢، الكويت: منشورات وزارة الأوقاف الكويتية، ط ٢، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م، ص ٣٢٠، السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص ٨٢. وتعتبر هذه القاعدة الفقهية مقيدة لقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات»، ومعنى ذلك أن جواز ارتكاب المحرم عند الضرورة ليس على إطلاقه، بل هو مقيد بحال الضرورة وحجمها ومقدار خطرها. ومما يدفع في تقدير الضرورة بقدرها أنها إذا زالت واندفعت وجب أن يرتفع حكم الإباحة ويصير إلى الأصل وهو الحرمة؛ لأن علة الإباحة هي وجود الضرورة فمتى

بزواله»^(٤١)، و«إذا زال المانع عاد الممنوع»^(٤٢).

ضوابط الضرورة في الفقه الإسلامي

غير أن الفقه الإسلامي قد أحاط نظرية الضرورة وقواعدها بمجموعة من الضوابط المنظمة لعملها، التي تضمن قدر المستطاع عدم الانحراف عن مبادئ المشروعية تحت ذريعة الضرورة، بحيث تضمن هذه المبادئ مراعاة واستيعاب الظروف الاستثنائية التي توقع في الحرج والمشقة، ولكن في الوقت ذاته تقيم هذه الضرورة في حالها زماناً ومكاناً، بحيث يعود الحكم إلى أصله فور زوال حالة الاستثناء الملجئة لمثل هذه الضرورة. وتتمثل هذه الضوابط في:

(١) أن تكون الضرورة محققة غير متوهمة، وهذا يعني أن يكون الضرر متحققاً وواقعاً، لا متوهماً ولا نادراً، فإذا وقع الضرر وتحقق عياناً أو بالظن الغالب، خرج عن كونه وهمياً، وتوافر هذا الشرط من شروط توافر حالة الضرورة، قال الإمام الشاطبي رحمه الله: «وأسباب الرخص أكثر من أن تكون مقدرة ومتوهمة لا محققة، فرمما عدّها شديدة، وهي خفيفة في نفسها، فأدى ذلك إلى عدم صحة التعبد، وصار عمله ضائعاً وغير مبني على أصل، وكذلك ما يشاهد الإنسان ذلك، فقد يتوهم الأمور صعبة وليست كذلك إلا بمحض التوهم، ولو تتبع الإنسان الوهم لرمى به في مهاد بعيدة ولأبطل عليه أعمالاً كثيرة، وهذا مضطرد في العادات والعبادات وسائر التصرفات»^(٤٣).

(٢) ألا تؤدي إزالة الضرر إلى ضرر أكبر منه، وأصل هذا الضابط قاعدة «الضرر لا يزال بمثله»^(٤٤)، وذلك أنه إذا كانت إزالة الضرر بمثله ممنوعة، فمن باب أولى منع إزالة الضرر بضرر أكبر منه. وبناء على هذا الضابط، نجد أن الفقهاء وضعوا عدة قواعد فقهية تنظم مسألة إزالة الضرر منها: «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفهما». وقاعدة «يختار أهون الشرين»، وقاعدة «درء المفسد أولى من جلب المنافع». وبناء عليه، إذا تعارضت مفسدة ومصلحة، فإنه يتم تقديم رفع المصلحة؛ لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات، ويتفرع على هذه القاعدة أن الرجل يمنع من التصرف في ملكه، إذا كان تصرفه يضر بجاره ضرراً فاحشاً؛ لأن درء المفسد عن جاره أهون من جلب المنافع لنفسه^(٤٥).

(٣) كذلك ضابط أن الضرورة تقدر بقدرها، ومعنى هذا الضابط أن الحكم الثابت لأجل الضرورة إنما يرخص منه القدر الذي تندفع به الضرورة فقط، فلا يتجاوز الحد الأدنى الذي يرفع آثار الضرورة، فإذا زالت الضرورة

اندفعت الضرورة ارتفعت الإباحة، حيث إن الضرورة المبيحة للمحرم لا تبيح منه إلا بمقدار ما تنفع به وتزول، فإذا زال الخطر واندفع الهلاك أو المشقة عاد المحرم إلى أصله وهو عدم جواز ارتكابه. انظر: معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، المجلد ٧، أبو ظبي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية، ط ١، ٢٠١٨ م، ص ٢٦٨-٢٦٩، و سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، ج ١، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ٥٢.

^(٤١) السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص ٨٦، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص ٩٥.

^(٤٢) أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ج ١، دار القلم، ط ٢، ص ١٩١.

^(٤٣) أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، تحقيق عبد الله دراز، ج ١، بيروت: دار المعرفة، ط ١، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤، ص ٣٣٢-٣٣١.

^(٤٤) المرجع ذاته.

^(٤٥) سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، ج ١، مرجع سابق، ص ٣٢-٣١.

واندفعت عاد الحكم إلى ما كان عليه قبلها^(٤٦). قال الشاطبي: «وكون هذا المشروع لعذر مستثنى من أصل كلي، يبين أن الرخصة ليست بمشروعة ابتداء؛ ولذلك لم تكن كليات في الحكم، وإن عرض لها فبالعرض، فالمسافر إذا أجزنا له القصر والفطر، فإنما كان ذلك بعد استقرار أحكام الصلاة، وكذلك أكل الميتة للمضطر في قوله تعالى: {فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه} (البقرة: ١٧٣)»^(٤٧).

(٤) وكذلك أن تكون هذه الضرورة محققة لمقصد من مقاصد الشرع، ذكر الإمام الغزالي مفهوم هذا الضابط، فقال: «فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع، وكانت من المصالح التي لا تلائم تصرفات الشارع، فهي باطلة ومطرحة، ومن صار إليها فقد شرع، كما أن من استحسّن فقد شرع، وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعي علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع»^(٤٨). وقال أيضاً: «فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، ولكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، ونسلهم، وعقلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة... وهذا الأصول الخمسة حفظها في رتبة الضرورات فهي أقوى المراتب في المصالح»^(٤٩). ويجب ألا يخالف المضطر للضرورة مبادئ الشريعة الأساسية من حفظ حقوق الآخرين، فتحقيق العدل وأداء الأمانات، ودفع الضرر، والحفاظ على مبدأ التدين وأصول العقيدة الإسلامية»^(٥٠).

(٥) كذلك يجب أن يتعين على المضطر مخالفة الأوامر أو النواهي الشرعية، وهذا يعني أنه لا يوجد لدفع الضرر أية وسيلة أخرى من المباحات إلا المخالفة، وذلك على سبيل المثال بأن يوجد في مكان لا يجد فيه إلا ما يحرم تناوله، ولم يكن هناك شيء من المباحات يدفع به الضرر عن نفسه حتى ولو كان مملوكاً للغير، فلو وجد مثلاً طعاماً عند غيره فله أن يأخذ منه بقدر ما يسد جوعه على أن يأخذ بقيمته، وعلى صاحب الطعام أن يبذله له، وعند مخالفة الأوامر ينبغي أن يؤذن شرعاً للمضطر التحلل من الواجب»^(٥١).

(٦) وكذلك أن يتقيد الإذن في ارتكاب المحظور بزمن بقاء العذر، ومعنى هذا أن العمل بالضرورة مرتبط ارتباطاً قائماً بوجود العذر، وهو قيام الضرر وبقاؤه، فإذا زال العذر عمل بالأصل، ولا يجوز حينئذ العمل بالخلف والبدل، فلا يجمع بين البدل والمبدل منه، وهذا ما تؤيده قاعدة «ما جاز لعذر بطل بزواله»^(٥٢)، فالذي جاز للضرورة يكون مقيداً بزمانها»^(٥٣).

وبناء عليه، فإن ما ذكرته المحكمة من توافر حالة الضرورة الموجبة والملجئة لقيام رئيس الجمهورية آنذاك في

^(٤٦) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، بيروت: دار الفكر المعاصر، ٢٠١٢م، ص ٦٧.

^(٤٧) الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ٣٠٣-٣٠٢/٢.

^(٤٨) أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، دراسة وتحقيق: محمد بن سليمان الأشقر، ج ١، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م، ص ٣٩٢.

^(٤٩) الغزالي، المستصفى، مرجع سابق، ٢٧٨/١.

^(٥٠) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة بالقانون الوضعي، مرجع سابق، ص ٦٦.

^(٥١) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة بالقانون الوضعي، مرجع سابق، ص ٦٦.

^(٥٢) سبق تخريجها.

^(٥٣) محمد بن حسن الجيزاني، الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، الرياض: مكتبة دار المنهاج، ط ١، ١٤٢٨ هـ، ص ٧١-٧٢.

عام ٢٠١٤ بإصدار هذا التشريع المطعون عليه بعدم الدستورية، يمكن عرضه وقراءته على معيار ضوابط قواعد الضرورة وضوابطها في التصور الفقهي، للنظر بمدى صحة الحكم من عدمه، ومدى جواب المحكمة عن هذه الضوابط للنظر باستيفائها من عدمه كذلك.

تنزيل قواعد وضوابط الضرورة على النص محل النظر

وتنزيلاً لهذه الضوابط والمعايير على الحكم محل النظر، فالمحكمة ولا المذكرة التوضيحية للنص التشريعي المطعون عليه بعدم الدستورية لم يذكرنا وبيننا بطريق منهجي واضح كيف أن هذه المصلحة المرعية التي عبرت عنها المحكمة بقولها إن الاقتصاد القومي في تاريخ إصدار القرار من قبل رئيس الجمهورية «كان يمر بمرحلة دقيقة احتاج فيها إلى العمل على جذب الاستثمارات الأجنبية، وتشجيع رأس المال الأجنبي لتعزيز قدرة اقتصاد البلاد على مواجهة هذه التحديات في تلك المرحلة، وحجب كل ما يزعزع الثقة في سلامة البناء الاقتصادي للدولة»^(٥٤) تمثل مصلحة حقيقية غير متوهمة. فقد خلا كل من التشريع الصادر وحكم المحكمة من أية إحصاءات أو دراسات اقتصادية تشير إلى ضرورة وحتمية «جذب الاستثمارات الأجنبية وتشجيع رأس المال الأجنبي»^(٥٥)، وأن هذا الإجراء في ذلك التوقيت مثل ضرورة عاجلة لا تقبل التأخير تستوجب القيام بممارسة هذه السلطة الاستثنائية من قبل رئيس الجمهورية ممثلة في إصدار التشريع. كما لم تبين المحكمة وتحسم أن هذا الإجراء قد خلا من ترتب ضرر أكبر عليه باعتبار المآل، فضلاً عن آثاره على الاقتصاد الوطني ذاته وإن كان هذا سناقشه في خطوة لاحقة في تحليلنا للحكم.

كما لا يتبين من منظور مقاصد الشريعة الإسلامية كيفية أن «جذب الاستثمارات الأجنبية، وتشجيع رأس المال الأجنبي» يمثل إجراءً محققاً لمقاصد الشريعة الإسلامية، بشكل قاطع وغالب، كي تمثل ضرورة توجب الخروج عن الأصل في قيام رئيس الجمهورية بممارسة سلطة التشريع على وجه الاستثناء. كما أن المحكمة -ولا التشريع ذاته- قد بينت وأفصح أنه لا توجد أية وسائل أخرى للقيام بهذا القصد، وأنه لم يكن ثمة وسيلة سوى هذا التشريع. فهذا البيان ينبغي أن يتضمن إحصاءات ودراسات بيانية واضحة يقوم بها مختصون من أهل الخبرة والثقة، للخلوص إلى هذه القناعة. وسيلي نقاش تطبيق هذه المعايير بشكل متعلق بمحتوى ومضمون التشريع ذاته أكثر في قادم نقاش الحكم، حيث إن النقاش هناك متعلق أكثر بالشكل الإجرائي والهيكل المتماثل في توافر حالة الضرورة التي تجيز لرئيس الجمهورية ممارسة صلاحيات السلطة التشريعية في حال غيبة البرلمان.

خامساً: الحق في التقاضي: تنظيم أم إلغاء؟

فيما يتعلق بالنعي على القانون مخالفته «مبدأ المشروعية، وسيادة القانون، والإخلال بحق التقاضي، والانتقاص من اختصاص مجلس الدولة» وذلك باعتبار أن هذا التنظيم القانوني الصادر من رئيس الجمهورية يمثل اعتداءً ومصادرةً لحق العاملين في الشركات المملوكة للدولة في الطعن على العقود التي تتضمن تصرفاً في أمور هذه الشركات، كما أنه قد حال بين مجلس الدولة وبين حقه في مراقبة تصرفات جهة الإدارة، وهو الضابط والمعيير

^(٥٤) الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٣٩.

^(٥٥) الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٣٩.

الذي تضمنته معايير وضوابط الضرورة المذكورة أعلاه، من عدم تسبب هذه الضرورة في الإخلال بالحقوق، أو التسبب بضرر أكبر منه، فقد أجابت المحكمة على هذا الطعن، مستخدمة قواعد الموازنة بين المصالح والمفاسد، مرجحة في نظرها ما ذهب إليه القانون في ضوء المصلحة الحالية. فوصفت المحكمة هذا الطعن بأنه «مردود»، حيث إنه «من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في سلطة المشرع في تنظيم الحقوق -ومن بينها الحق في التقاضي المنصوص عليه بالمادة (٩٧) من الدستور- هو إطلاقها، ما لم يكن الدستور قد فرض في شأن ممارستها ضوابط محددة، باعتبار أن جوهر هذه السلطة هو المفاضلة بين البدائل التي تتصل بالموضوع محل التنظيم، موازناً بينها، مرجحاً ما يراه أنسب لمصالح الجماعة، وأدناها إلى كفاية أثقل هذه المصالح وزناً^(٥٦). ثم تابعت المحكمة تسببها في التنظير للعلاقة بين تأصيل وتشريع أصل الحق، وبين تنظيم تفعيله، فذكرت المحكمة أنه «ليس ثمة تناقض بين الحق في التقاضي كحق دستوري أصيل وبين تنظيمه تشريعياً، بشرط ألا يتخذ المشرع من هذا التنظيم وسيلة إلى حظر هذا الحق أو إهداره. ونتيجة لذلك فإن المشرع -في مجال ضمانه حق اللجوء إلى القضاء- لا يتقيد بأشكال محددة تمثل أمطاً جامدة لا تقبل التغيير أو التبديل، بل يجوز أن يختار من الصور والإجراءات -لنفاذ هذا الحق- ما يكون في تقديره الموضوعي أكثر انفتاحاً مع طبيعة المنازعة التي يعهد بالفصل فيها إلى محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي؛ دوماً لإخلال بضماناتها الرئيسية التي تكفل إيصال الحقوق لأصحابها، وفق قواعد محددة تكون منصفة في ذاتها وغير متحيزة»^(٥٧).

وتنزيلاً لهذه النظرية العامة التي أصلتها المحكمة على الواقعة محل النظر، فإن المحكمة رأت أن «تحقق الصفة والمصلحة في رفع دعاوى إبطال العقود التي يكون محلها أموالاً مملوكة للدولة، والطعن على الأحكام غير الباتة الصادرة فيها، إنما يتحدد على ضوء ما نصت عليه المادة (٣٤) من الدستور من أن «الملكية العامة حرمة، لا يجوز المساس بها، وحمايتها واجب وفقاً للقانون». وكانت الأعمال التحضيرية للدستور -ومن بينها المناقشات التي دارت في الاجتماع الثالث للجنة الخبراء بجلستها المعقودة في ٢٤ يوليو سنة ٢٠١٣- قد أفصحت عن توافق واضعي الدستور على أن صفة المواطنة وحدها، لا تقيم لصاحبها الحق في المخاصمة القضائية للتصرفات التي ترد على أملاك الدولة الخاصة، وأن تحديد من له حق إقامة الدعاوى والطعون القضائية لمواجهة تلك التصرفات، منوط بالمشرع وحده، وذلك على نحو يغيّر ما كان يجري به نص المادة (٣٣) من دستور ١٩٧١، من أن «الملكية العامة حرمة، وحمايتها ودعمها واجب على كل مواطن وفقاً للقانون...»، مما مؤداه تحويل الدستور القائم المشرع سلطة تنظيم شروط قبول الدعاوى والطعون المشار إليها، بما لا يمس المصلحة العامة، أو ينال من جوهر الحقوق التي كفلها الدستور^(٥٨).

متى كان ذلك، وكان نص المادة الأولى من القرار بقانون الفئات ذكره، في مقام تعيين من له الحق في إقامة الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة -في النطاق المبين سلفاً- قد حدد حصراً الأشخاص ذوي المصلحة الذين يجوز لهم إقامة تلك الدعاوى طعنًا عليها، وتضمن نص المادة الثانية منه أن تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعاوى والطعون التي يقيمها غير من عينهم النص الأول، الذي اتخذ من معيار المصلحة

^(٥٦) الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٤٠.

^(٥٧) الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٤١.

^(٥٨) الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٤١-٤٢.

الشخصية أساساً له، حاجباً عن تلك المنازعة من ليس لهم مصلحة شخصية مباشرة تعود عليهم بالنفع من القضاء فيها، قاصراً الحق في إقامة هذه الدعاوى على الأطراف المتعاقدة، وكل من له حق شخصي أو عيني على الأموال محل التعاقد، واستثنى من هذا القيد حالة صدور حكم بات في جريمة من جرائم المال العام المنصوص عليها في البابين الثالث والرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، إذا أبرم العقد بناء على تلك الجريمة، فأجاز -في هذه الحالة- إقامة الدعوى أمام القضاء المختص، من غير من عينهم نص المادة الأولى السالف البيان. ومن ثم، فإن المشرع بهذا التنظيم المتكامل يكون قد أعمل سلطته التقديرية في تنظيم الحق في التقاضي، على نحو لا يخلّ بكفالة هذا الحق في جوهره، دافعاً عن مجال التقاضي، في هذه الطائفة من الدعاوى، أولئك الذين ليس لهم مصلحة شخصية مباشرة تعود عليهم من القضاء في موضوعها، صارفاً بذلك عن الخصومة القضائية من توهم ضرراً أراد دفعه، وغيرهم ممن توسل بتلك الخصومة لفرض سياسات اقتصادية لا تتفق مع توجهات الدستور القائم...»^(٥٩).

خطأ المحكمة في تطبيق القواعد الفقهية: التعسف في إثبات ملائمة القواعد للوقائع

وتعليقاً على توجه المحكمة في هذا التسبيب، فإن عقيدة المحكمة التي ذكرتها، قد تضمنت، بل وابتنت، على قواعد فقهية أصيلة، ابتدأتها بقواعد الموازنة بين المصلحة والمفسدة، التي سبق ذكرها مراراً في هذا البحث، من حالات التعارض بين المصالح بعضها ببعض، والمفاسد بعضها ببعض، وبين المصالح والمفاسد. فذكر المحكمة أن جوهر السلطة التقديرية للمشرع هو «المفاضلة بين البدائل التي تتصل بالموضوع محل التنظيم، موازناً بينها، مرجحاً ما يراه أنسب لمصالح الجماعة، وأدناها إلى كفالة أثقل هذه المصالح وزناً» هو تعبير أصيل عن هذه القواعد.

كذلك، فإن قول المحكمة إنه «ليس ثمة تناقض بين الحق في التقاضي كحق دستوري أصيل وبين تنظيمه تشريعياً، بشرط ألا يتخذ المشرع من هذا التنظيم وسيلة إلى حظر هذا الحق أو إهداره» هو تعبير أصيل عن قاعدة «كل فرع عاد على أصله بالبطلان فهو باطل»^(٦٠). وكذلك ما تابعت فيه المحكمة من حديثها عن أن ضمانات حق اللجوء إلى القضاء «لا يتقيد بأشكال محددة تمثل أمطاً جامدة لا تقبل التغيير أو التبديل، بل يجوز أن يختار من الصور والإجراءات -لنفاذ هذا الحق- ما يكون في تقديره الموضوعي أكثر اتفاناً مع طبيعة المنازعة التي يعهد بالفصل فيها إلى محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي؛ دونما إخلال بضماناتها الرئيسية التي تكفل إيصال الحقوق لأصحابها، وفق قواعد محددة تكون منصفة في ذاتها وغير متحيزة» هو أيضاً تعبير عن قاعدة «الوسائل تأخذ حكم المقاصد»^(٦١).

غير أن الباحث يرى أن المحكمة في تنزيلها لهذه القواعد الفقهية المشككة لعقيدتها القضائية على القضية محل النظر، قد تعسفت في تفسيرها وتنزيلها لهذه العقيدة القضائية، محاولةً إثبات ملاءمة الواقعة محل النظر لضوابط عقيدتها القضائية، بدلاً من تقييم مدى توافر وملائمة هذا التنظيم القانوني بشكل موضوعي

^(٥٩) الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٤٢-٤٣.

^(٦٠) أبو الحسين عبيد الله بن الحسين بن دلال الكرخي، أصول الكرخي، مطبعة جاويد بريس، بدون طبعة وبدون تاريخ، ص ١١٥..

^(٦١) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، ج ٥، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م، ص ٢٠٠.

لمعايير هذه القواعد الفقهية. فإذا كانت القاعدة الفقهية «كل فرع عاد على أصله بالبطلان فهو باطل»^(٦٣) تقرها المحكمة في عقيدتها، إلا أنها في تنزيلها لهذه القاعدة على عمل التنظيم القانوني محل الطعن قد أوقفت فعالية القاعدة. حيث إن المشرع بما تضمنه تنظيمه القانون محل النظر، قد جرد المواطنين تمامًا من الحق في التقاضي فيما يتعلق بالمال العام الذي تتصرف فيه الدولة ممثلة بالعقود التي تكون أحد أطرافها. بل إن المحكمة افترضت أن المواطنين ليس لهم مصلحة مباشرة في المال العام، وذلك على وصف المحكمة لهم بـ «أولئك الذين ليس لهم مصلحة شخصية مباشرة تعود عليهم من القضاء في موضوعها»^(٦٤). وبناء عليه، فإن الباحث يرى أن المشرع في هذا التنظيم القانوني محل النظر، لم يصف فقط بعض الضوابط المنظمة لحق المواطنين في مراقبة المال العام ممثلًا في الحق في التقاضي عند وجود شبهة الفساد، بل إن هذا التنظيم قد جرد المواطنين من هذه الحق الأصل على سبيل الأصل، فأبطل هذا الحق تمامًا. ولا ينال من ذلك ما ذكرته المحكمة من أن هذا الحق قد تم ترتيبه تقييدًا، ليكون في الحالات التي يصدر فيها حكم قضائي بات بتهمة جنائية على أحد طرفي العقد، بناء على الدور الرقابي الذي تقوم به الجهات الرقابية الرسمية، حيث تقوم بتقديم هذه الأدلة للجهات القضائية. حيث إن هذا المنع والتقييد - وليس فقط الترتيب - قد أزاح تمامًا أي حق للمواطنين والمجتمع - ابتداءً - للقيام بممارسة الحق في الرقابة على المال العام وحمايته، حيث أصبح ممارسة هذا الحق وإنشاؤه - ابتداءً - مملوكًا حصراً للدولة ومؤسساتها، بحيث لا يستطيع المواطن ولا مؤسسات المجتمع أن تمارس هذا الحق ابتداءً بأي صيغة. إضافة لذلك، فإن ما جرت عليه العادة عملاً بالقاعدة الفقهية «العادة محكمة»^(٦٥) في حالات التقاضي التي نال فيها المواطنون أحكامًا ببطلان العقود التي أبرمتها الدولة، والتي سلف الإشارة إليها، مثل بطلان عقد بيع أراضي مدينتي، وبالم هيلز، وعمر أفندي، والمراجل البخارية، وغزل شين، وكتان طنطا، قد تمت وأُبرمت - رغم كل ما فيها من مخالفات فادحة تضمنتها أحكام المحكمة الإدارية العليا في تسببها بعبارات واضحة صريحة تشير إلى العوار ودلائل وقرائن الفساد فيها - في ظل وجود المؤسسات الرقابية للدولة، ولم تحرك هذه المؤسسات أية دعاوى جنائية ضدها. وهذا مصادم وفيه عدم اعتبار من قبل المحكمة للقاعدة الفقهية التي سبق ذكرها بأن «المصالح والمفاسد الدنيوية اعتبارها على العادات والتجارب»^(٦٥)، وما سبق ذكره من سوابق قضائية في العديد من العقود التي أبطلها قضاء مجلس الدولة، وما نصت عليه من أدلة تؤكد وجود فساد حقيقي في التفريط وإهدار المال العام، يؤكد أن مثل هذه الوسيلة المعبرة عن حق المواطنين والمجتمع في حماية المال العام ذات جدوى ومحقة لمقصد حفظ المال. كما أن تصور أوجه الفساد في مثل هذه الصفقات والعقود، لا يشترط فيه الأخطاء التقليدية للفساد، مثل الرشوة أو غيرها. وإنما قد يتضمن مخالفة تقديرات الخبراء المختصين في تقييم الملكية العامة، أو تقدير ثمنها الذي يجب أن تباع به، وذلك يصعب إثباته حيث يخلو من الصور التقليدية للفساد، الممثل بتوافره سببًا لإحالة صاحبه للمحاكمة الجنائية التي يشترط القانون الحالي الحصول على حكم بات بالإدانة من خلالها، لإمكان الطعن على أحد هذه العقود أمام قضاء مجلس الدولة من غير أطراف العقد. وبناء عليه، يكون التنظيم القانوني الحالي قد جرد المواطنين من حق أصيل لهم، وليس أنه قد قام بتنظيم ممارسة هذا الحق.

^(٦٣) سبق تخريجها في (٦٠).

^(٦٤) الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٤٢.

^(٦٥) السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص ٨٩، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص ٩٣.

^(٦٥) سبق تخريجها.

كما أن المحكمة كذلك لم تبيّن الوجه الذي قررت من خلاله أن هذا التنظيم القانوني يمثل أحد أوجه «المفاضلة بين البدائل التي تتصل بالموضوع محل التنظيم» في ضوء الموازنة بين هذه البدائل «مرجحًا ما يراه أنسب لمصالح الجماعة، وأدناها إلى كفالة أثقل هذه المصالح وزناً». فلم يبيّن النص التشريعي، ولم توضح المحكمة في حكمها، كيف أن هذا التنظيم القانوني يعد أنسب لمصالح الجماعة، وأكفل لتحقيق «أثقل هذه المصالح وزناً». في حين أن ما جرت عليه العادة أن ما نتج عنه ممارسة هذا الحق في التقاضي، قد استرد للملكية العامة مالها، وقد كشف عن فساد وسوء تقدير في التصرف في هذا المال العام، مما يمثل ردعاً حقيقياً للمستثمرين ومطامعهم في بخس قيمة هذه الأمور حال التعاقد حرصاً منهم على صون وتأمين هذه العقود مستقبلاً، وفي الوقت ذاته كذلك، يعد رادعاً لجهات الإدارة بالامتناع عن ممارسة أي عقود بناء على مصالح ذاتية أو شبهات فساد أو مخالفة للتقديرات المالية الملائمة لقيمة هذه الأموال. وهذا النظر ليس له علاقة بما ذكرته المحكمة من رغبة بعض الأشخاص في فرض أيديولوجيتهم الاقتصادية، وهو ما يعضده ما ذكرته لجنة الخبراء التي أشارت إليها المحكمة في تسببها من تنقية الدستور من بقايا الفلسفة الاشتراكية، فإن هذا الحق لم يكن «يمنع الدولة من بيع بعض الأملاك العامة أو التصرف فيها»، وإنما يعطي المواطنين الحق في الرقابة على هذه التصرفات لضمان أنها قد تمت على الوجه الأمثل الذي يليق بقيمتها المالية، مما يمثل حماية للمال العام المملوك للمواطنين بمختلف أجيالهم، السابقة، والحالية، والمستقبلية. فلم توضح المحكمة، ولا المشرع، كيف أن ترتيب وتنظيم هذا الحق على هذا الوجه -أو منعه- يحقق مصلحة أولى بالاعتبار من مصلحة الحفاظ على المال العام، وتمكين الدور الرقابي الذي تقوم به إحدى أعلى الهيئات القضائية في مصر، بما يمثل ردعاً حقيقياً وضمانة لصون الملكية العامة. وكان يمكن للمشرع أن يضع بدائل يمكن اعتبارها بحق بدائل تنظم الحق لا تلغيه، مثل أن يقيد جواز الطعن بفترة زمنية محددة، أو أن يشترط فيه أن يقوم به عدد من نواب البرلمان خلال فترة زمنية محددة باعتبار أن نواب البرلمان يمثلون المواطنين بشكل ما، أو في اشتراط توافر عدد معين من النقابات ومؤسسات المجتمع المدني، في التقديم بهذه الطعون.

سادساً: الافتئات على الملكية العامة وعلى مبادئ الشريعة الإسلامية

وفيما يتعلق بنعي المدعين الطاعنين على نصي القرار بالقانون بمخالفتها نصوص المواد الدستورية (رقم ٣٢^(٦٦)، ٣٣^(٦٧)، ٣٤^(٦٨))، وذلك من خلال نقطتين أساسيتين: (١) ما يمثله هذان النصان من افتئات على «أحكام حماية الملكية العامة في الدستور، التي جعلت موارد الدولة الطبيعية ملكاً للشعب، يلتزم بالحفاظ عليها، بما مفاده عدم جواز التصرف فيها»^(٦٩). (٢) ما يمثله هذان النصان من مخالفة «مبادئ الشريعة الإسلامية

^(٦٦)المادة (٣٢): موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب، تلتزم الدولة بالحفاظ عليها، وحسن استغلالها، وعدم استنزافها، ومراعاة حقوق الأجيال القادمة فيها. كما تلتزم الدولة بالعمل على الاستغلال الأمثل لمصادر الطاقة المتجددة، وتحفي الاستثمار فيها، وتشجيع البحث العلمي المتعلق بها. وتعمل الدولة على تشجيع تصنيع المواد الأولية، وزيادة قيمتها المضافة وفقاً للجدوى الاقتصادية. ولا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة، ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية، أو التزام المرافق العامة بقانون، ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عاماً. ويكون منح حق استغلال المحاجر والمناجر الصغيرة والملاحات، أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عاماً بناء على قانون. ويحدد القانون أحكام التصرف في أملاك الدولة الخاصة، والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك.

^(٦٧)المادة (٣٣) تحمي الدولة الملكية بأنواعها الثلاثة: الملكية العامة، والملكية الخاصة، والملكية التعاونية.

^(٦٨)المادة (٣٤) للملكية العامة حرمة، لا يجوز المساس بها، وحمايتها واجب وفقاً للقانون.

^(٦٩)الجريدة الرسمية - العدد ٢ مكرر (هـ) في ١٧ يناير سنة ٢٠٢٣، ص ٤٣.

التي تخرج المال محل الملكية العامة من دائرة التعامل»^(٧٠)، فقد قدمت المحكمة ردوداً على ذلك، يقع بين أهمها الردود التالية:

أولاً: أنه في إطار ترسيم معالم النظام الاقتصادي للدولة، حدد الدستور في المادتين (٢٧^(٧١)، ٢٨^(٧٢)) منه «هدفاً أسمى للنظام الاقتصادي للبلاد، حاصله تحقيق الرخاء، متخذاً من التنمية المستدامة، التي تكفل رفع معدل النمو الحقيقي المتوازن جغرافياً، وقطاعياً، وبيئياً للاقتصاد، وكفالة الأنواع المختلفة للملكية، وتشجيع الاستثمار وتوفير المناخ الجاذب له، وآليات وسبل بلوغ غايته النهائية، وحماية سائر الأنشطة الاقتصادية الإنتاجية والخدمية والمعلوماتية. وكان الاستثمار بوصفه قاطرة التنمية الاقتصادية، يتسع لمساهمة الوحدات الإنتاجية للدولة والقطاع الخاص، بما مؤداه: أن لكل من الاستثمارين العام والخاص دوره في التنمية، وليس لازماً أن يتخذ هذا الاستثمار شكل وحدة اقتصادية تنشئها الدولة أو توسعها، ولا عليها أن تبقىها كلما كان تعثرها بادياً، أو كانت الأموال المستثمرة فيها لا تغل عائداً مجزياً، أو كان ممكناً إعادة تشغيلها تحت يد القطاع الخاص، لتحقيق عائد أفضل، فكلما رأت الدولة مصلحة عامة في ذلك، فلا مخالفة في توجيهها لدعم الاستثمار من خلال القطاع الخاص لنصوص الدستور، بل هو تكريس للقيم الاقتصادية التي يدعو إليها، وفي مقدمتها أن الاستثمار الأفضل والأجدر بالحماية، يرتبط دومًا بالدائرة التي يعمل فيها، وعلى تقدير من أن الاستثمارين العام والخاص شريكان متكاملان، لا يتزاحمان أو يتعارضان، بل يتولى كل منهما مهامًا يكون مؤهلاً لها وأقدر عليها. وإذ تغيا القرار بقانون المطعون فيه وضع ضوابط للتقاضي بشأن تلك العقود، مستهدفاً إضفاء الاستقرار على معاملات الدولة، وحماية الاستثمارين العام والخاص، فإنه يكون واقعاً في إطار التزام الدولة بتوفير المناخ الجاذب للاستثمار»^(٧٣).

ثانياً: «إن القول بأن الشريعة الإسلامية جعلت يد الحاكم على المال العام يد أمين، مما يحول دون إمكانية تصرفه فيه، هو قول عارٍ من السند؛ ذلك أن الشريعة الإسلامية الغراء قد خلت من نص قطعي الثبوت والدلالة يمنع ولي الأمر من التصرف في المال العام، إذا ما تغيا مصلحة عامة، أو منفعة فضلى للمجتمع. وغاية الأمر تقرير مسئوليته الشرعية أمام الله عن حسن تصرفه فيه، وأمام المجتمع وفقاً لقواعد المسئولية المقررة في الدستور والقانون، الأمر الذي يكون معه هذا النعي - في جميع أوجهه - غير قائم على سند صحيح، مما يتبعن معه عدم الاعتداد به»^(٧٤).

^(٧٠) المرجع السابق.

^(٧١) (المادة ٢٧): يهدف النظام الاقتصادي إلى تحقيق الرخاء في البلاد من خلال التنمية المستدامة والعدالة الاجتماعية، بما يكفل رفع معدل النمو الحقيقي للاقتصاد القومي، ورفع مستوى المعيشة، وزيادة فرص العمل وتقليل معدلات البطالة، والقضاء على الفقر. ويلتزم 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. ويلتزم النظام الاقتصادي اجتماعياً بضمان تكافؤ الفرص والتوزيع العادل لعوائد التنمية وتقليل الفوارق بين الدخل والالتزام بحد أدنى للأجور والمعاشات ضمن الحياة الكريمة، وبعده أقصى في أجهزة الدولة لكل من يعمل بأجر، وفقاً للقانون.

^(٧٢) (المادة ٢٨): الأنشطة الاقتصادية الإنتاجية والخدمية والمعلوماتية مقومات أساسية للاقتصاد الوطني، وتلتزم الدولة بحمايتها، وزيادة تنافسيتها، وتوفير المناخ الجاذب للاستثمار، وتعمل على زيادة الإنتاج، وتشجيع التصدير، وتنظيم الاستيراد. وتولي الدولة اهتماماً خاصاً بالمشروعات المتوسطة والصغيرة ومتناهية الصغر في كافة المجالات، وتعمل على تنظيم القطاع غير الرسمي وتأهيله.

^(٧٣) الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٤٤-٤٥.

^(٧٤) الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٤٥.

تعليق الباحث

وتعليق الباحث على ما سبق إيراده من تسبب للمحكمة، كالتالي:

حفظ المال وتنميته مقصد أصيل من مقاصد الشريعة الإسلامية

ذكرت وحددت المحكمة مقصدًا أسمى نصّ عليه الدستور باعتباره هدفًا أسمى للنظام الاقتصادي، ولا جدال في أن حفظ المال مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية الرئيسية، وضرورة من الضرورات الخمس التي يجب حمايتها، بل إن أساس مناقشة هذا الحكم، وسبب وجوده، هو ضمان مقصد حفظ المال، الذي بلا شك تدعمه نصوص الدستور التي نصت -سابقًا قبل تعديلها- ولا يزال المتبقي منها -مما سبق الإشارة إليه- يدعم وجودها ويؤكد ضمانها. وهو ما عبّر عنه الطاهر بن عاشور على وجه يمتاز عن سبقه، حيث قال إن «من أكبر مقاصد الشريعة الانتفاع بالثروة العامة بين أفراد الأمة على وجوه جامعة بين رعي المنفعة العامة ورعي الوجدان الخاص، وذلك بمراعاة العدل مع الذي كد لجمع المال وكسبه، ومراعاة الإحسان للذي بطأ به جهده، وهذا المقصد من أشرف المقاصد التشريعية»^(٧٥). وفي هذا الإطار، كانت قراءة تعزيز دور المواطن والمجتمع في حماية المال العام بالنص على وجود دورٍ لكلٍّ من المجتمع والدولة في سبيل حفظ المال العام بما يعد وسيلة قوينة لتحقيق مقصد حفظ المال في نظر الشريعة الإسلامية، إذا رأى المكلف -بالتعبير الفقهي- أو المواطن/المجتمع بالتعبير القانوني المعاصر خطرًا أو ضررًا يحيق بهذه الملكية. فضلًا عن مبدأ تغيير المنكر الذي يعد أصلًا أصيلًا في نظر العقيدة الإسلامية، باعتبار أن ما يضر بالمصالح الشرعية المعتبرة يعتبر منكرًا يجب رده ودفعه^(٧٦). وفي النظرية العامة لمقاصد الشريعة الإسلامية، فإن حفظ المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، وفي القلب منها مقصد حفظ المال، يتضمن مستويين: حفظ وجود، وحفظ نماء. فأما حفظ الوجود، فهو حماية هذه المقاصد من كل ما يؤدي إلى الإضرار بها، أو التسبب في أي خلل بأدائها، سواء على سبيل تعطيل فعاليتها، أو إلى إزالتها على وجه العدم. وأما حفظ النماء، فهو ما يؤدي إلى تنمية هذه المقاصد، وتطويرها، والترقي بها في مدارج الكمال والإحسان^(٧٧). وبناء عليه، فما ذكرته المحكمة من مضمون النصوص الدستورية التي تؤكد حفظ وتنمية الاقتصاد، لا خلاف عليها، سواء عند المحكمة، التي أصدرت الحكم، ولا عند الطاعنين الذين كان غرضهم من الطعن حفظ المال العام، وهو معضد بلا شك لمقصد حفظ المال. حيث تقع مسئولية الدولة على فعل كل ما يؤدي إلى التنمية الاقتصادية وحفظ المال العام وتحقيق الاستثمار المؤدي إلى زيادة فرص العمل، وتحسين مستوى الدخل، وغير ذلك كله، دون أن يكون «لازمًا أن يتخذ هذا الاستثمار شكل وحدة اقتصادية تنشئها الدولة أو توسعها» كما ذكرت المحكمة في تسببها. فلا خلاف حول هذا المستوى التأسيسي من اعتبار هذا المقصد مقصدًا شرعيًا يمثل مصلحة شرعية جديدة بالحماية والرعاية.

^(٧٥) الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٣٢.

^(٧٦) للمزيد: انظر: خالد الماجد، التصرف في المال العام: حدود السلطة في حق الأمة، بيروت: الشبكة العربية للأبحاث والنشر.

^(٧٧) انظر في هذا: مقاصد الشريعة الإسلامية: دراسات في قضايا المنهج ومجالات التطبيق، تحرير: محمد سليم، لندن: مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، مركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية، ص ٣٥١.

مدى مشروعية الوسيلة التي ادعاها المشرع، وأقرتها المحكمة، لتحقيق هذا المقصد؟

نتقل إلى السؤال عن مدى جواز أن تقوم الدولة -ممثلة في السلطة التنفيذية- في التصرف في المال العام المملوك للدولة، وهو ملكية عامة بما يعني أنه أيضاً مملوك للمواطنين، والدولة وكيلة ونائبة عن المجتمع في رعاية هذا المال وحمايته؛ إذ إن هذه هي أساس النظرية الدستورية القائمة على فكرة التفويض والتمثيل، وصولاً إلى بيع هذا المال والتصرف فيه. حيث يمكن أن يكون السؤال هنا: هل يمكن أن تكون الوسيلة لحفظ المقصد الشرعي متمثلة في تصرف ظاهره العدم، ولكنه في حقيقته تطوير للاستثمار بصيغ مختلفة، مثل بيع هذه الملكية للقطاع الخاص؟ معللة ذلك بما ذكرته المحكمة في حالات ثلاث: (١) «ولا عليها أن تبقى كما كان تعثرها بادياً»^(٧٨)، أو «كانت الأموال المستثمرة فيها لا تغل عائداً مجزياً»^(٧٩)، أو «كان ممكناً إعادة تشغيلها تحت يد القطاع الخاص لتحقيق عائد أفضل»^(٨٠). وفي هذه الحالة، يرى الباحث أن تمييز المحكمة التي أكدت فيه ما ذكره الدستور من التمييز فيما يتعلق بملكية الشعب أو بالملكية العامة بين: الموارد الطبيعية التي لا يجوز تحت أي احتمال التصرف فيها لاحترام حقوق الأجيال القادمة فيها، وأملاك الدولة العامة -مثل المرافق العامة- التي لم يجر الدستور التصرف فيها، وبين أموال الدولة الخاصة التي أجاز التصرف فيها وفقاً لضوابط يحددها القانون^(٨١). فإخراج التصنيفين الأولين من دائرة إمكان البيع محمود ومعزز لثوابت حفظ المال والثروة كمقصد شرعي، مع التأكيد على أن تصنيف هذه الأموال على أنها أملاك الدولة الخاصة، لا يخرجها عن دائرة ملكية الشعب، ولا عن تصنيفها بأنها ملكية عامة، وإنما هو تصنيف له انعكساته في القانون الإداري على الإجراءات التي يجب على الدولة الالتزام بها حال الرغبة في إدارة هذه الملكيات، أو التصرف فيها. لكن يبقى السؤال الأكبر هنا: هل بالفعل ما تقوم الدولة ببيعه والتصرف فيه من الملكيات العامة ممثلة في الشركات العامة التي مثل كثير منها صلب الصناعة المصرية المنتجة، والتي سبق الإشارة إليها أعلاه، كان تعثرها بادياً؟ أو كانت لا تغل عائداً مجزياً؟ أو أثبتت التجربة أن القطاع الخاص في إدارته له يحدد عائداً أفضل^(٨٢)؟ كما ذكرت المحكمة؟ يجد الباحث إشكالاً كبيراً في سهولة الجواب بنعم. وذلك من عدة اعتبارات:

إهمال التجارب السابقة

أولها: أن ما أثبتته التجارب السابقة من تجربة خصصة شركات القطاع العام، أنه قد تم التصرف في شركات كانت تحقق عائد الربح الأكبر في شركات القطاع العام المملوكة للدولة. ولهذا السبب حرص المستثمرون الأجانب على شراء هذه الشركات.

إعلاء مقصد الربح والعائد

ثانياً: يجد الباحث إشكالاً موازياً في المعيار الذي ينتهجه المشرع، والذي دعمته المحكمة في تسببها بذكر

^(٧٨) الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٤٦.

^(٧٩) الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٤٦.

^(٨٠) الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٤٦.

^(٨١) أشارت المحكمة لهذا، الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٤٤.

^(٨٢) الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٤٤.

الحالات الثلاث، التي انحصرت واقتصرت بشكل مركزي على مفهوم «العائد» و«الربح». أخذًا بالاعتبار أنه حتى بمعيار العائد والربح، فإن هناك العديد من أصوات الخبراء الاقتصاديين، الذين صرحوا للمجال العام بأن قيمة هذه الشركات أكبر بكثير مما بيعت به. ولكن هناك معايير واعتبارات تعكس فلسفة رؤية الاقتصاد، مثل تدعيم الصناعات الوطنية التي تكون مملوكة للدولة والتي تقوم بتعزيز الصناعات الإنتاجية، حتى ولو كان معيار عائد الربح فيها قليلًا، ولكن قيامها بتدعيم الصناعات الوطنية وتعزيزها يعد معيارًا جديرًا بالاعتبار. كما في اعتبار حماية الأمن الوطني للاقتصاد، في وقت يشهد العالم فيه حربًا اقتصادية، قد تكون أشد ضراوة من الحروب العسكرية. ومن ثم فإن حصر الاقتصاد فقط على «معايير الربح» وأنه «لا صوت يعلو فوق صوت العائد» هو نظر قد لا يتفق مع رؤية الفقه الإسلامي ومبادئ النظرية العامة للاقتصاد في المنظور الفقهي، الذي يندرج عمله تحت عمل المادة الثانية من الدستور. ويمكن الجواب على هذا بأنه يمكن للدولة أن تنظر بدائل تعزيز هذه الصناعات عن طريقة إيجاد رؤية حقيقية للصناعات الإنتاجية المتكاملة، وفتح خطوط للتصدير، وتدريب العمالة بشكل حرفي، وحسن اختيار هذه العمالة بشكل مسبق، وتطوير تقنيات التصنيع المستخدمة، وغير ذلك، مما يؤدي إلى تعزيز الربح، وإدارة هذه الشركات بعائد أفضل، وتجنب تعثرها. فالدولة كانت مسئولة عن هذه الشركات سواء التي تعثرت أو التي نجحت.

أين معيار المصلحة؟

ثالثًا: وهي نقطة مركزية تم ذكرها في هذا الحكم، وفي غيره من الأحكام السابقة، وهو خلو مقصد المصلحة العامة من معايير واضحة متماسكة، يجعلها أقرب للمصلحة المتوهمة منها للمتيقنة أو الغالبة، مع غياب -تحديدًا في هذه الحالة- معيار وفلسفة واضحة لمضمون هذه المصلحة؟ فهل هي مصلحة للمستثمر؟ أم مصلحة للمواطن؟ أم مصلحة للاقتصاد النوعي والإنتاجي؟ أم مصلحة للاستثمار الريعي؟ خلا حكم المحكمة، كما خلت المذكرة الإيضاحية لنص القانون، من إثبات أن بيع هذه الشركات على هذا الوجه يحقق ما ذكرت المحكمة «أنه مصلحة عامة» ينبغي للدولة تحقيقها «في توجيهها لدعم الاستثمار من خلال القطاع الخاص». فإذا بينَّ المشرع ذلك، ومعه المحكمة، من خلال دراسات منهجية إحصائية تدرس التجارب التي تعثرت فيها هذه الشركات وأسبابها، ونماذج لشركات حققت نجاحًا، مع استحضار المعايير الشاملة التي لا تقتصر على مفهوم الربح والعائد، فقد تكون حينها هذه المصلحة متيقنة جديرة بالاعتبار. وفي هذا جواب على مبدأ «يد ولي الأمر يد أمانة»، وجواب المحكمة بأن تصرفه منوط بالمصلحة، استحضارًا للقاعدة الفقهية «تصرف الحاكم على الرعية منوط بالمصلحة»^(٨٣). فأين معيار المصلحة؟ ومن قال بأن هذه هي المصلحة العامة التي يجوز للسلطة التنفيذية أن تتصرف في ملكية هي مفوضة برعايتها وتنميتها نيابة عن الشعب، باعتباره صاحب الموكل والأصيل؟ علمًا بأن القاعدة الفقهية أنه لا يجوز لولي الأمر اختيار الصالح، مع وجود الأصلح. فابتغاء المصلحة الأثقل والأجدر بالحماية التي تعزز المقاصد الشرعية المعتمدة، هو ما يجب ويلزم على السلطة التنفيذية -وعلى رأسها ولي الأمر- اعتبارها ورعايتها.

^(٨٣) قطب الريسوني، قاعدة تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة وتطبيقاتها المعاصرة في المجال البيئي، القاهرة: دار الكلمة، ط ١، ٢٠١٣، ص ٣٠-٣٢.

إهمال الأبعاد المستقبلية لكثير من المقاصد التي لا تُكفي بشكل مادي

وبعيداً عن الجدل حول جواز بيع «أملك الدولة الخاصة» والطريقة الأمثل لتحقيق التنمية الاقتصادية في إطارها الهيكلي وطرق الاقتصاد الكلي ودور الدولة فيه -والذي يجد له داخل الفقه الإسلامي مدارس قد تؤيده وقد تعارضه-، يتحفظ الباحث على قطع المحكمة بأن «قانون تحسين عقود الدولة» هو وسيلة حقيقية جديدة بالاعتبار والتبني، لتعزيز هذه المقاصد الاقتصادية. فبعد أن عززت المحكمة هذا المقصد، وأشارت إلى جدوى بيع أملك الدولة الخاصة، وخضوعها لمبدأ الجدوى الاقتصادية، قامت المحكمة بذكر مقصد آخر منبثق عن هذا المقصد السابق، ومعزز له، وهو «إضفاء الاستقرار على معاملات الدولة، وحماية الاستثمارين العام والخاص، وتوفير المناخ الجاذب للاستثمار»، وذلك عن طريق «وضع ضوابط للتقاضي بشأن تلك العقود». فمع التأكيد الذي سبق الإشارة إليه، أنها ليست بضوابط منظمة للتقاضي، بقدر ما أنه في حقيقة الأمر «والقاعدة الفقهية تقول: العبرة بالمعاني لا بالمباني»^(٨٤)، ليس إلا تجريدًا للحق في التقاضي بشأن هذه العقود، فإن إرساء هذا المقصد «إضفاء الاستقرار» -والذي يعتبر بلا شك مقصدًا حرص عليه الفقه الإسلامي من خلال كثير من فروع الفقهية في أبواب المعاملات لمنع التنازع وحفظ المصالح بين المتعاقدين- ولكن تغليبه في هذه الحالة على مقصد حفظ المال العام من خلال وسائل رقابية تؤكد عدم الإضرار بهذه الملكية العامة، وحق المواطنين/المجتمع/الأمة في مسائل هذه العقود مرة واحدة، تكون بعدها هذه العقود محصنة بشكل تام وبات-إذا خلت من أي شبهات فساد أو إضرار بالمال العام- محل تساؤل. إن كثيراً من الإجراءات القانونية واتباع الوسائل القانونية والإجراءات الشكلية التي ينص عليها القانون تؤدي إلى كلفة زمنية ومالية، غير أن أحدًا لم يقل بأن إتباع هذه القوانين، والأشكال الإجرائية الهيكلية -والتي تعد في قلب نظام سيادة القانون وفلسفة الشرعية القانونية- تؤدي إلى زعزعة استقرار المراكز القانونية، أو زيادة كلفة حقيقية على الاقتصاد القومي. إن أساس فكرة التقاضي عبر درجاته المتعددة، مع ما تؤدي إليه من كلفة مالية وزمنية، إلا أنها تؤدي إلى تحقيق شافٍ لمعايير العدالة. وهذا ما يقصده الباحث من أن اعتبار معايير العدالة، وتحقيق الرضاء العام الناتج عن الوثوق بتصرفات الدولة باعتماد مؤسسات القضاء لها، وإتاحة فرص الطعن عليها -لمرة واحدة يستطيع المشرع تقييدها بعدة أشهر بعد الإعلان عن الصفقات، وبإمكان الأنظمة القضائية أن تكون ناجزة للفصل فيها بأمد زمني ليس بالطويل- يحقق رضاءً أكثر عمقاً في المجتمع، وثقة في الأنظمة الاستثمارية، بما يحقق تنمية اقتصادية -وأتماطاً أخرى لازمة وواجبة من التنمية كذلك- أكثر اتساعاً من معايير العائد والربح. إن ترسيخ وتحسين مقصد «رغبة الدولة في استعادة الثقة في العقود التي تبرمها، وطمأنة المستثمرين الممولين وغيرهم من الراغبين في التعاقد مع الدولة باستقرار معاملاتهم وحمايتهم، في إطار من المشروعية وسيادة القانون...»^(٨٥) كما نصت المحكمة، وإعلاءه على غيره من المقاصد نظر لا يتفق معه الباحث ويرى في تبنيه مخالفة لمقاصد الشريعة الإسلامية، ولمنهجية عمل القواعد الفقهية ونسقتها، لما سبق بيانه.

^(٨٤) سبق تخريجها.^(٨٥) الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٤٧.

سابعًا: قواعد فقهية حاكمة لتصرفات الحاكم: توصيف العلاقة بين الحاكم والمحكوم: البعد الغائب في فقه المحكمة

يرى الباحث ضرورة الحديث عن توصيف العلاقة بين الحاكم والمحكوم، حيث ذكرت المحكمة - كما سبق بيانه - طعن الطاعن باعتبار يد الحاكم يد أمانة، وبناء عليه تقييد سلطة الحاكم في التصرف في المال العام. حيث إن المحكمة بقرارها قد أسقطت حق المجتمع باعتبارها صاحب الحق الأصيل في المال العام، وقيدته بكل القيود التي سبق ذكرها ومناقشتها، وجعل الحاكم، السلطة التنفيذية، صاحب الحق الأصيل بالتصرف في المال العام، دون أي سلطة للمجتمع في الرقابة.

وبناء عليه، يأتي السؤال عن صفة الحاكم في تصرفاته، وعلاقته بالشعب، هل هي علاقة نيابة؟ أم وكالة؟

تجيب بعض القواعد الفقهية التي تمثل ضوابط لعمل الحاكم عن هذه المساحة الفقهية، والتي من المهم تناولها نظرًا لما تمثله من أدوات فعالة في الإجابة على سؤال توصيف علاقة الحاكم بالمحكوم وترسيم الحدود التي تنظم العلاقة بين الأمة من جهة والسلطة التنفيذية، لتكون هذه العلاقة فعّالة. ويستحضر الباحث في هذا المجال ما يأتي من قواعد:

أ. قاعدة «ولاية الأمور نواب ووكلاء وليسوا ملائكة»

عدت معلمة القواعد الفقهية والمقاصدية قاعدة «ولاية الأمور نواب ووكلاء وليسوا ملائكة»^(٨٦) باعتبارها قاعدة فقهية، تضبط العلاقة بين ولي الأمر وبين الأمة باعتبارها علاقة وكالة، وتفويض نيابة، فولاة الأمر من أعضاء السلطة التنفيذية، كالوزراء ومساعدتهم، وأعضاء السلطة القضائية، وأعضاء السلطة التشريعية، ينوبون عن الأمة فيما خاطبها الله تعالى به من التكاليف العامة، كحماية الأوطان، وحفظ الحقوق العامة، وحفظ المقاصد الرئيسية، ووضع التشريعات لحفظ كيان الأمة وتحقيق نهضتها، ووقايتها من النزاع المفضي للفشل والتشتت^(٨٧).

ورئيس الدولة، وفقًا لهذا التصور، يمارس السلطة بتفويض الأمة من خلال الانتخاب، أو أي من الوسائل التي تحقق الرضا المثبت للشرعية، لما تقتضيه من إقامة العدل، وحماية النظام العام. وعليه، فإن رئيس الدولة، وفقًا لهذا التصور كذلك، هو كأي حاكم مدني يمثل الأمة التي اختارته ويستمد منها سلطته المحدودة. فحين يمارس رئيس الدولة - في المفهوم الشيوكراتي - سلطته على الرعية بمقتضى الإيمان، فإنه يمارسها بشخصيته الذاتية^(٨٨).

كما تفيد هذه القاعدة - التي تعد بمثابة الضابط لعمل رئيس الدولة - أن للوظيفة العامة شخصيتها المعنوية المنفصلة عن شخصية من يمارسها بما يستدعي منع التعسف في استعمال السلطة، ومنع استغلال المنصب العام لمصالح شخصية، وهذا من تقييد التصرف بغايته، انسجامًا مع مقصد الشارع من التشريع دون تعسف أو

^(٨٦) انظر: أحمد عبد الحليم بن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية لابن تيمية، مراجعة وتحقيق علي سامي النشار وأحمد زكي عطية، الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، ط ١، ١٩٥٢م، ص ٢٩.

^(٨٧) انظر بتصرف: معلمة القواعد الفقهية والمقاصدية، المجلد ٢٦، منظمة التعاون الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ص ٢٦٧، ٢٦٨.

^(٨٨) عبد الرزاق السنهوري، فقه الخلافة، ترجمة نادية عبد الرزاق السنهوري، تعليق توفيق الشاوي، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١، ٢٠٠١م، ص ٧٢.

انحراف، وإلا بطل التصرف أصلاً^(٨٩).

وبناء عليه، فإن الوكيل ينبغي أن يمارس صلاحياته داخل حدود السلطة المتفق عليها، بحيث لا يتجاوز حدودها. كما أن ممارسة الوكيل لاختصاصته لا يعني نقض أو إلغاء دور الموكل/الأصيل.

فالقاعدة أن الوكيل لا يلغي دور الموكل؛ إذ إنه نائب عنه ومتصرف بإذنه، ومن حق الموكل أن يرفض تصرفه أو يوقفه أو يلغيه. والوكيل كذلك يجب عليه أن يتصرف وفقاً للمصلحة وبشرط ألا يخرج تصرفه عما أذن فيه موكله، وبالتالي فإنه لا يجوز له التصرف بما يخل بما أوكل إليه.

والوكيل كوكيل الأيتام مؤتمن، حيث إن يده يد أمانة، تتصرف بالرعاية والحفظ، لا البيع والعطاء والهبة والتنازل أو الإقراض، وهو ضامن لما أفسده وما تم ائتمانه عليه. قال الإمام النووي: «للكوالة حق الأمانة، فيد الوكيل يد أمانة»^(٩٠). وقال الرملي: «معلوم أن الولي أو الوكيل لا يفعل إلا ما فيه المصلحة»^(٩١). فإذا تصرف الوكيل بخلاف مصلحة موكله فتصرفه باطل، ومن صور تلك التصرفات الباطلة أن يخالف الوكيل شرط موكله أو أن يبيع بالنسيئة دون إذنه أو أن يبيع بغبن فاحش أو غير ذلك مما يضر بمصلحة الموكل^(٩٢).

ب. ليس للوكيل أن يبيع بدون ثمن المثل ولا يشتري بأكثر من ثمن المثل

وتتلاقى هذه القاعدة التي نص عليها ابن قدامة في «المغني» مع القانون محل النظر، حيث إنه يقيد سلطة المجتمع (الموكل) في الرقابة على العقود التي تبرمها الدولة (الوكيل)، إذا ثبت أنها قد باعت بما دون ثمن المثل، إذا سلمنا بجواز البيع، أو اشترت بأكثر من ثمن المثل، حيث لا يحق للمجتمع أن يختصم الدولة أمام القضاء الإداري، للمطالبة ببطالان العقد، كما حدث بالعقود التي قد سبقت الإشارة إليها، وقد أبطلتها المحكمة الإدارية العليا مثل عقد أراضي مدينتي، وبالم هيلز، وشبين للغزل، وغيرها.

حيث ذكر ابن قدامة أن الوكيل «ليس له أن يبيع ثمن المثل، أو دون ما قدره له، ولا يشتري بأكثر من ثمن المثل أو أكثر مما قدر له. وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: إذا أطلق الوكالة في البيع فله البيع بأي ثمن كان لأن لفظه في الإذن مطلق فيجب حمله على إطلاقه. ولنا أنه توكيل مطلق في عقد معاوضة، فاقتضى ثمن المثل كالشراء، فإنه وافق عليه، وما ذكره ينتقض بالشراء، فإن باع بأقل من ثمن المثل أو اشترى بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله أو باع بدون ما قدره له، أو اشترى بأكثر منه، فحكمه حكم من لم يؤذن له في البيع والشراء وهذا قول الشافعي. وعن أحمد أن البيع جاز دون الشراء ويضمن الوكيل النقص؛ لأن من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمريض. فعلى هذه الرواية يكون البيع صحيحاً، وعلى الوكيل ضمان النقص»^(٩٣).

^(٨٩) انظر بتصرف: معلمة القواعد الفقهية والمقاصدية، مرجع سابق، ص ٢٦٨.

^(٩٠) أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج ٤، بيروت: المكتب الإسلامي، ط ٣، ١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م، ص ٣٢٥.

^(٩١) شهاب الدين الرملي، حاشية الرملي على أسنى المطالب، ج ٢، القاهرة: المطبعة الميمنية، بدون طبعة، ١٣١٣ هـ، ص ٤٦.

^(٩٢) انظر: شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٣، بيروت: دار الكتب العلمية، بدون طبعة، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م، ص ٢٤٣.

^(٩٣) أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج ٧، طبعة مكتبة القاهرة، بدون تاريخ، ص ٢٥٥.

ج. قاعدة «تصرف الإمام في بيت المال مقيد بشرط النظر»^(٩٤)

حيث تعتبر هذه القاعدة ضابطاً أساسياً في التصرفات المالية للحاكم. وللقاعدة صيغ أخرى مثل «تصرف السلطان لبيت المال إما يكون بوجه المصلحة»^(٩٥)، و«التصرف في بيت المال من ولي الأمر منوط بالمصالح العامة للمسلمين ومقيد بها»^(٩٦)، و«الإمام في مال بيت المال ملحق بالوصي»^(٩٧)، و«منزلة الإمام الأعظم في مال بيت المال منزلة ولي اليتيم»^(٩٨).

ومعنى هذه القاعدة أن الولاية ونوابهم لا يجوز لهم لهم بحال أن يتصرفوا في الأموال العامة بغير مصلحة راجحة، فالإمام ومن ينوب عنه بالنسبة للمال العام كولي اليتيم؛ لا يجوز لهم التصرف في شيء مما جعل تحت أيديهم من أمور الأمة إلا بالتي هي أحسن وأصلح^(٩٩). وقد اتفق الفقهاء على هذا المعنى، وإن اختلفوا في عباراتهم المفيدة لهذا المعنى^(١٠٠)، فليس للإمام في شيء من مجاري الأحكام أن يتحكم في فعل ما يشتهي ويتمنى، ولكنه يبنى أموره كلها، دقها وجلها، عقدها وحلها، على وجه الرأي والصواب في كل باب^(١٠١).

د. مبدأ «تخير الحاكم» في التصرفات المالية

مما يشاع في الجدل الفقهي مبدأ أن الحاكم مخيرٌ بسلطات واسعة في التصرفات المالية، ويرى الباحث أن المحكمة في جوابها على طعن الطاعن قد أصابت بعضاً من ذلك. وحيث أطلق الفقهاء التخيير للإمام في تصرفه في الأموال العامة، كقول بعضهم «تفريق أموال بيت المال موكول إلى خيرته»، فإن معناه: أنه يجب على الإمام أن ينظر في المصالح العامة التي تعود على المجتمع من وراء هذا الإنفاق العام، ويجب عليه تقديم أهمها، وبذل وسعه وطاقته في تحقيق ما فيه أعظم النفع والخير لرعيته، ويحرم عليه العدول عن هذا المسلك، وليس اختيار ترك العمل بمقتضى ذلك، فإذا فكر واستوعب فكره في وجوه المصالح العامة، ووجد بعد ذلك أن المصلحة المتحققة في الإنفاق في مجال معين هي الأرجح والأأنفع؛ فإنه يجب عليه فعلها، ويأثم بتركها؛ إذ الإمام ونوابه وكلاء عن أفراد المجتمع في تحقيق مصالحهم، وليس من حقوقهم المشروعة التصرف في الأموال العامة على سبيل الإباحة والتخيير، لا يحق له ذلك قبل الاجتهاد، وبذل الوسع في الوصول إلى أعظم المصالح ولا بعده^(١٠٢).

^(٩٤) عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٣، القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية، ط ١، ١٣١٤هـ، ص ٥٧.

^(٩٥) مخلوف الميناوي، المقارنات التشريعية تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك، تحقيق محمد أحمد سراج، وعلي جمعة، ج ٢، دار السلام، ط ٢، ٢٠٢٠م، ص ٤٩٣.

^(٩٦) انظر: فتاوى دار الإفتاء المصرية ٧/ ٢٥٩٨.

^(٩٧) محمد أمين، الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار: شرح تنوير الأبصار، ج ٣، القاهرة: مطبعة مصطفى الحلبي، ط ٣، ص ١٦٤.

^(٩٨) محمد أمين بن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج ٥، بيروت: دار المعرفة، بدون طبعة وبدون تاريخ، ص ٢٩٦.

^(٩٩) انظر: محمد بن محمد بن عبد الله البلاطسي، تحرير المقال فيما يحل ويحرم من بيت المال، ط ١، ١٩٩٨م، ص ١٤٠-١٤١.

^(١٠٠) انظر: شهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، ج ١، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م، ص ٣٦٩. محمد أمين بن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، مرجع سابق، ٢١٤/٢، أبو الوليد سليمان بن أيوب القرطبي الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج ٣، القاهرة: مطبعة السعادة، صورتها دار الكتاب الإسلامي، ط ١، ١٣٣٢هـ، ص ٢٠٠، السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص ١٢١، محمد بن يوسف أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد، ط ٣، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م، ص ٣٢٦، الزركشي، المنتور، مرجع سابق، ٣٠٩/١.

^(١٠١) انظر: أبو المعالي عبد الملك الجويني، الغيائي غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق عبد العظيم الديب، السعودية: دار المنهاج، ط ١، ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١م، ص ٢٧١-٢٧٠.

^(١٠٢) انظر بتصرف: معلمة القواعد الفقهية والمقاصدية، مجلد ٢٦، ص ٣٧٧ - ٣٨١.

وبيان ذلك:

١- أن الإمام قبل الاجتهاد في تحقيق أعلى المصالح العامة ممنوع من التصرف في الأموال العامة؛ إذ الاجتهاد في ذلك واجب على الإمام ونوابه، ولا تخير لهم في هذا المقام ولا إباحة.

٢- أن الإمام بعد الاجتهاد في تحقيق المصالح العظمى لرعيته يجب عليه العمل بالراجح من تلك المصالح، ولا خيرة له أيضاً في ذلك، ولو ترك الإمام ونوابه العمل بذلك؛ فإنهم يأثمون^(١٠٣).

وأما تسمية بعض الفقهاء ذلك: «خيرة»، فإنما يريدون به أنه لا يتحتم على الإمام قبل إعمال الفكر فعل خصلة من الخصال، بل يجتهد في تحقيق ما هو الأصلح، فإذا تعين له الأصلح وجب عليه العمل به، ولا يجوز العدول عنه بحال^(١٠٤).

ومقتضى هذا أن يكون الأئمة ونوابهم معزولين عن أربعة أمور:

- ١- ما فيه مفسدة راجحة.
- ٢- ما فيه مصلحة مرجوحة، أي: ما تكون فيه مصلحة أخرى هي أرجح من تلك التي أخذ بها.
- ٣- ما فيه مصلحة مساوية لتركها.
- ٤- ما لا مفسدة فيه ولا مصلحة.

وسبب عزلهم عن هذه الأمور الأربعة: أنها ليست مما هو أحسن وأصلح للأمة؛ وبناء عليه فإن ولايتهم إنما تنحصر في أربعة أمور على سبيل الإجمال: جلب المصالح الخاصة، أو الراجحة، أو درء المفسدة الخالصة، أو الراجحة^(١٠٥).

وبناءً على ذلك، حكمت المحكمة برفض الدعوى.

^(١٠٣) محمد بن محمد بن عبد الله البلاطسي، تحرير المقال فيما يحل ويحرم من بيت المال، ص ١٤٠، ١٤٢.

^(١٠٤) انظر: محمد البلاطسي، تحرير المقال، مرجع سابق، ١٤١-١٤٢.

^(١٠٥) البلاطسي، تحرير المقال، مرجع سابق، ص ١٤٣، العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج ٢، القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، ط ٢، ١٤١٤هـ-١٩٩١م، ص ٨٩.