بسم الله الرحمن الرحيم

مجلس الدولة
الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

رقم التبليغ :	٤٧٢
بتاريخ :	٢٠١٤/٦/٣٠

ملف رقم : ٥٨ / ١ / ٢٩٧

السيد الأستاذ المستشار/ نائب رئيس مجلس الدولة

رئيس قسم التشريع

تحية طيبة وبعد...

اطلعنا على كتاب سيادتكم رقم (٢٣٩) المؤرخ ٢٠١٣/٥/١٩ بشأن تحديد الأداة القانونية اللازمة لإنشاء ميناء بورتو مارينا العلمين السياحى.

وحاصل الوقائع – حسبما يبين من الأوراق – أنه سبق أن ورد إلى قسم التشريع كتاب وزير النقل رقم (٦١٧٨) المؤرخ ٢٠١٢/١٠/١ بشأن طلب مراجعة مشروع قرار رئيس الجمهورية بإنشاء ميناء بورتو مارينا العلمين السياحى حيث راجعه القسم بجلسته المنعقدة فى ٢٠١٢/١١/٣ وأرسل المشروع إلى الوزارة المذكورة ، وبتاريخ ٢٠١٣/٤/١٧ ورد إلى القسم كتاب وزير النقل رقم (٢٩٣٥) المؤرخ ٢٠١٣/٤/١٥ والذى أشار فيه أن الوزارة بعد مراجعة مشروع القرار المشار إليه بمعرفة قسم التشريع، عرضت مشروع القرار ومذكرته الإيضاحية على السيد رئيس مجلس الوزراء للسير فى إجراءات استصداره إلا أن تلك الإجراءات استطالت حتى أدركها دستور عام٢٠١٢ لذا طلب وزير النقل بكتابه المشار إليه إعادة عرض الموضوع مجدداً على قسم التشريع للتوجيه بما يراه فى هذا الشأن وإعمال شئونه فيما يلزم من مراجعة مشروع القرار لتحديد الأداة القانونية التى يتم على أساسها إنشاء الميناء وذلك حتى يتسنى للوزارة استكمال الإجراءات المطلوبة.

وبعرض الموضوع على قسم التشريع بجلسته المنعقدة بتاريخ ٢٠١٣/٥/١٢ تبين للقسم أن دستور عام ٢٠١٢ نص فى المادة (١٦٣) منه على أن: "يصدر رئيس مجلس الوزراء اللوائح اللازمة لإنشاء المرافق والمصالح العامة وتنظيمها بعد موافقة مجلس الوزراء فإذا رتب ذلك أعباء جديدة

على الموازنة العامة للدولة وجبت موافقة مجلس النواب" وهو ما يعنى بحسب ظاهر النص أن السلطة المختصة بإنشاء وتنظيم المرافق العامة أصبحت بموجب هذا الدستور معقودة لمجلس الوزراء الذى يتعين موافقته على إنشاء المرافق أو المصالح العامة ثم يتولى رئيس مجلس الوزراء إصدار اللوائح اللازمة لهذا الإنشاء بيد أن الأمر فى خصوص الموضوع المعروض تعالجه نصوص أخرى تتمثل في المادة (٢٢٢) من دستور عام ٢٠١٢ التى يجري نصها على أن: "كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور الدستور يبقى نافذاً ولا يجوز تعديلها أو إلغاؤها إلا وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة فى الدستور" فضلا عن نصوص القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ بشأن الموانئ التخصصية المعدل بالقانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٨ التى ناطت برئيس الجمهورية سلطة أنشاء الموانئ التخصصية.

وفى ضوء ذلك ثار التساؤل حول تحديد الأداة القانونية اللازمة لإنشاء الميناء المذكور وهل يصدر بذلك قرار من رئيس مجلس الوزراء أم من رئيس الجمهورية ، لذا تطلبون الإفادة بالرأي في الموضوع الماثل.

ونفيد: أن الموضوع عُرض على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة فى ٧ من يونيو عام ٢٠١٤ م الموافق ٩ من شعبان عام ١٤٣٥ هـ؛ فاستبان لها أن المادة (١٧١) من الدستور المعدل الصادر فى ١٨ من يناير عام ٢٠١٤ – المعمول به حاليا – تنص على أن: "يصدر رئيس مجلس الوزراء القرارات اللازمة لإنشاء المرافق والمصالح العامة وتنظيمها بعد موافقة مجلس الوزراء"، وتنص المادة (٢٢٤) منه على أن: "كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور الدستور يبقى نافذاً ولا يجوز تعديلها ولا إلغاؤها إلا وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في الدستور. وتلتزم الدولة بإصدار القوانين المنفذة لأحكام هذا الدستور".

وتنص المادة الأولى من القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ بشأن الموانئ التخصصية على أن: "تسري أحكام هذا القانون على موانى الصيد والتعدين والبترول والسياحة وغيرها من الموانى ذات الطبيعة التخصصية الواقعة على السواحل المصرية. ويصدر بتحديد هذه الموانى وكذلك الشروط والإجراءات اللازمة لإنشاء تلك الموانى قرار من رئيس الجمهورية بناء على عرض وزير النقل والمواصلات بالتنسيق مع الجهات المعنية"، وتنص المادة الثانية منه على أن: "على الجهة الراغبة في إنشاء ميناء تخصصي أن تتقدم بطلب بذلك إلى وزارة النقل والمواصلات وترفق بطلبها خطة إنشاء الميناء وتقوم الوزارة بإجراء الدراسة الفنية لتقدير مدى صلاحية إنشاء الميناء المطلوب من حيث الموقع وإقامة المنشآت والتسهيلات الأرضية والمساعدات الملاحية اللازمة لخدمته. وتخطر وزارة النقل والمواصلات الجهة الطالبة بالقرار الصادر

بإنشاء الميناء وتتولى الوزارة الإشراف الفني على تنفيذ الميناء خلال فترة التنفيذ"، وتنص المادة الرابعة مكررا من هذا القانون – المضافة بالقانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٨– على أنه: "مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على المياه الإقليمية والأنظمة الخاصة بأمن الموانى والسفن يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم أشخاص طبيعيين أو اعتباريين في الداخل والخارج لإنشاء موانى عامة أو تخصصية أو أرصفة متخصصة في الموانى القائمة وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل استخدامها وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز وبمراعاة القواعد والإجراءات الآتية : (أ) أن يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية.... ويصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها – في حدود القواعد والإجراءات السابقة – قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص".

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم أن المشرع أفرد للموانئ التخصصية بموجب القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ المشار إليه تنظيماً خاصاً استهله بحصر الموانئ التى تطبق عليها أحكام هذا القانون وهى موانئ الصيد والتعدين والبترول والسياحة وغيرها من الموانئ ذات الطبيعة التخصصية الواقعة على السواحل المصرية، ونظم كيفية إنشاء تلك الموانئ وإدارتها والإشراف عليها، ونظراً لأهمية الموانئ التخصصية باعتبارها من المرافق العامة الحيوية فقد حرص المشرع على أن يصدر بتحديد هذه الموانئ وشروط وإجراءات إنشائها قرار من رئيس الجمهورية وقد استخدم المشرع عبارة (ويصدر بتحديد هذه الموانى وكذلك الشروط والإجراءات اللازمة لإنشاء تلك الموانى قرار من رئيس الجمهورية) وهذه العبارة تعني أن رئيس الجمهورية هو الذي يصدر القرار اللازم لإيجاد المرفق العام (الميناء التخصصي) في الواقع القانوني وهو ما يطلق عليه قانونا – الإنشاء – ويحدد في هذا القرار شروط وإجراءات تنفيذ الميناء في الواقع المادي وأكد المشرع ذاته هذا التفسير في المادة الثانية من القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ المشار إليه حيث ألزم المشرع الجهة الراغبة في إنشاء ميناء تخصصي أن تتقدم بطلب بذلك إلى وزارة النقل وترفق بطلبها خطة إنشاء الميناء (أي خطة تنفيذ الميناء ماديا) وتقوم الوزارة بإجراء الدراسة الفنية لتقدير مدى صلاحية إنشاء الميناء المطلوب من حيث الموقع وإقامة المنشآت والتسهيلات الأرضية والمساعدات الملاحية اللازمة لخدمته. وتخطر وزارة النقل الجهة الطالبة بالقرار الصادر بإنشاء الميناء وهذا القرار هو قرار رئيس الجمهورية الذي نص عليه المشرع في المادة الأولى من القانون والذي يتضمن على نحو ما تقدم الشروط والإجراءات اللازمة لتنفيذ الميناء في الواقع المادى.

واستثناءً من الأصل العام بأن يكون إدارة واستغلال المرافق العامة بالطريق المباشر؛ أجاز المشرع لمجلس الوزراء بناء على اقتراح من الوزير المختص منح التزامات المرافق العامة بالنسبة للموانئ العامة والتخصصية والأرصفة المتخصصة فى الموانئ القائمة للمستثمرين المصريين وغيرهم أشخاص طبيعيين أو اعتباريين فى الداخل والخارج وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨ بشأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز شريطة أن يتم التعاقد فى إطار من المنافسة والعلانية لتحقيق أفضل فرص الجيدة والنزاهة تحقيقاً للمصلحة العامة المرجوة ، وهو ما يستفاد منه أن رئيس الجمهورية ينشأ الميناء التخصصي ليوجد الميناء بذلك في الواقع القانوني ويحدد في قرار الإنشاء الشروط والإجراءات اللازمة لإنشاء الميناء أي خطة تنفيذ الميناء ماديا ويمنح التزام المرافق العامة بالنسبة لهذا الميناء بقرار يصدر من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص بالضوابط الواردة بالمادة الرابعة مكررا من القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ المشار إليه ليتولى الملتزم إنشاء(تنفيذ) الميناء التخصصي – إن لم يكن منفذا فعلا – طبقا للشروط والإجراءات الواردة ابتداء بقرار رئيس الجمهورية المنشأ للميناء وإدارته واستغلاله وصيانته وتحصيل مقابل استخدامه.

كما استظهرت الجمعية العمومية أيضا – وعلى ما جرى عليه إفتاؤها بجلسة ٢٠١٣/١/٢٣ وما جرى به قضاء المحكمة العليا (في القضية رقم (١١) لسنة ٥ قضائية دستورية بجلسة ١٩٧٦/٤/٣)، ومن بعده قضاء المحكمة الدستورية العليا (في القضية رقم (٣٤) لسنة ١٧ قضائية دستورية بجلسة ١٩٩٧/١/٤) بشأن تفسير حكم المادة (١٩١) من دستور ١٩٧١ التي تطابق في الشق الأول منها حكم المادة (٢٢٤) من الدستور الجديد – أن المشرع الدستورى رغبة منه فى تجنب حدوث فراغ تشريعى يؤدى إلى الاضطراب والإخلال بسير المرافق العامة إذا سقطت جميع القوانين واللوائح السابقة على صدور الدستور الجديد فور صدوره – نزولا على القواعد العامة – قرر صراحة فى المادة (٢٢٤) منه استمرار نفاذ كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور الدستور ولم يكتف بذلك وإنما قرر فى المادة ذاتهاعدم جواز تعديل هذه القوانين واللوائح ولا إلغائها إلا وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة فيه وذلك لإتاحة الفرصة المناسبة للمشرع فى أن يتدخل – تبعاً لأولوياته – بتعديل أو سن ما يراه من قوانين أو لوائح تتوافق مع الدستور الجديد.

وترتيباً على ما تقدم فإن جميع القوانين واللوائح السابقة على العمل بأحكام الدستور القائم – ومن بينها القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ بشأن الموانئ التخصصية – تظل نافذة إلى أن يتم تعديلها أو إلغاؤها وفقاً لأحكام هذا الدستور وهو ما يستفاد منه لزوما استمرار العمل بأحكام هذا القانون وعدم جواز الامتناع عن تطبيقه إعمالاً لصريح نص المادة (٢٢٤) من الدستور وبما مؤداه أنه يتعين

لإنشاء الميناء – أي إيجاده في الواقع القانوني – محل طلب الرأي صدور قرار من رئيس الجمهورية طبقاً لحكم المادة (٢٢٤) من الدستور المعمول به حاليا والمادة الأولى من القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ سالف الذكر.

لذلك

انتهت الجمعية العمومية، إلى وجوب إصدار قرار من رئيس الجمهورية لإنشاء الميناء فى الحالة المعروضة طبقاً لحكم المادة (٢٢٤) من الدستور والمادة الأولى من القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ بشأن الموانئ التخصصية، وذلك على النحو المبين بالأسباب.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

تحريرا في: ٢٠١٤/٦/٣٠

رئيس
المكتب الفنى
المستشار/
شريف الشاذلى
نائب رئيس مجلس الدولة

رئيس
الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع
المستشار/
عصام الدين عبد العزيز جاد الحق
النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

معتز/