الحماية الدستورية لمبدأ حرية المشروعات

"دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة"

اعداد

الدكتور/ إبراهيم عطيه محمود المهدي

مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية – كلية الحقوق – جامعة دمياط

العدد السادس يوليو - ٢٠٢٢

مقدمة

- موضوع الدراسة:

إن دراسة الأسس القانونية للاقتصاد توصي بها الدراسات القانونية الحديثة في مجال القانون العام الاقتصادي[١]، فلا يوجد الأن نشاطًا يخرج عن التنظيم القانوني سواء كان هذا النشاط سياسيًا أو اقتصاديًا أو ثقافيًا؛ وتندرج بالضرورة القواعد القانونية أيًا كان الموضوع الذي تتعلق به ضمن تسلسل هرمي تحتل فيه القواعد الدستورية أعلى مرتبة، وأن جميع القواعد التشريعية أو اللائحية أو الفردية المُطبقة على الأنشطة الاقتصادية هي في نهاية المطاف تحددها قواعد ذات قيمةٍ دستورية.

وتأكيدًا على هذا المعنى، فقد حرصت معظم الدساتير على توفير الحماية

---

(١) **د/ محمد محمد عبد اللطيف**، القانون العام الاقتصادي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤م، ص ١٥ وما بعدها؛ أيضًا **انظر:**

CHÉROT (J.-Y.), Droit public économique, Économica, Paris, ٢٠٠٢, p. ١٣ et sui.; **KERNINON (J.)**, Droit public économique, Montchrestien, Paris, ١٩٩٩, p. ٩ et sui.; **LINOTTE (D.), GROBESCO (A.-G.)**, Droit public économique, Dalloz, Paris, ٢٠٠١, p. ١٥ et sui.; **TALAPINA (E.)**, Contribution à la théorie du droit public économique par l'analyse comparative du droit français et du droit russe, Thèse, Universite de la Reunion, France, ٢٠١٣, p. ١٦ et sui.

الدستورية للنشاط الاقتصادي؛ وفي ضوء تلك الحماية ظهر ما يُسمى بـ" الدستور الاقتصاديLa Constitution économique". ويتولى هذا النوع من الدساتير دعم الحقوق والحريات الاقتصادية، التى تتضمن مبادئ اقتصاد السوق والعدالة الاجتماعية والملكية الخاصة وإدارة الموارد الطبيعية والحفاظ على العمالة ورأس المال، فضلًا عن أنه يُنظم القرارات الاقتصادية وسياسات الدولة فى التدخل والدعم والرقابة، بهدف تحقيق فاعلية النظام القانوني، وحماية حقوق وحريات الأفراد في ظل العديد من الضمانات التي يكلفها الدستور الاقتصادي لتحقيق غاياته.

ويُبرز مفهوم الدستور الاقتصادي مجموعة الحقوق والحريات الأساسية في المجال الاقتصادي؛ ولاسيما في مقدمتها "حرية المشروعات La liberté d'entreprendre". وفي الوقت الحاضر، تُشكل هذه الحرية – فعليًا – حرية القانون العام؛ فهي مشتقة من المبدأ العام للحرية، وهذا المبدأ تمت صياغته بموجب المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في عام ١٧٨٩م. ومن ثم، يبدو دور المشرع الدستوري واضحًا في تكريسه لمبدأ حرية المشروعات.

كما ساهم أيضًا القضاء الدستوري – بحقٍ – مساهمة بالغة الأهمية في إرساء المبدأ الدستوري لحرية المشروعات(١)؛ فمنذ حكم المجلس الدستوري الفرنسي

(١) **Cons. Const.**, Décision n° ٨١-١٣٢ DC, ١٦ janv. ١٩٨٢, Loi de nationalisation.

الشهير بتاريخ ١٦ يناير ١٩٨٢م بشأن قانون التأميم، أصبحت حرية المشروعات إحدى الحريات الاقتصادية التي تتمتع بالقيمة الدستورية، والتي تفرض على المشرع احترامها وكفالتها، وعدم اتخاذ أي إجراء من شأنه النيل من هذه الحرية، وإلا كان هذا الإجراء غير مشروع لمخالفته الواضحة للمبدأ الدستوري بشأن حرية المشروعات.

- أهمية الدراسة:

تُعد حرية المشروعات إحدى الحريات الاقتصادية العامة؛ فهي بمثابة الشريان الحيوي لممارسة الأنشطة الاقتصادية والمهنية للأفراد؛ ونظرًا لأهمية مبدأ حرية المشروعات في تكوين الهوية الاقتصادية للدولة فقد حرص كل من الفقه والتشريع والقضاء نحو كفالة هذا المبدأ لما له من أهميةٍ بالغة؛ حيث ترتكز عليه حرية ممارسة الأفراد لنشاط معين أو عمل معين، بل لا نبالغ القول بأن مبدأ حرية المشروعات أحد مقومات الدستور الاقتصادي.

وعلى الرغم من القيمة الدستورية التي يتمتع بها مبدأ حرية المشروعات إلا أنها ليست عامة ولا مطلقة؛ فيجوز تقييد ممارستها بما لا يتعارض مع الهدف المنشود لتحقيقها، طالما كان هذا التقييد قد جاء من جانب المشرع لمتطلباتٍ دستورية أو لاعتبارات المصلحة العامة.

ولهذا تبدو أهمية دراسة هذا الموضوع؛ نظرًا لأن هذه الحرية يلزم تدخل الدولة لتنظيم ممارستها، حيث قد يُشكل هذا التدخل – في بعض الأحيان – اعتداءً

على حقوق وحريات الأفراد؛ تبريرًا لفكرة المصلحة العامة.

وفي جميع الأحوال، فإن مبدأ حرية المشروعات لا يمنع تدخل الدولة في المجال الاقتصادي، ولذلك يجب أن تخضع هذه الحرية للرقابة في سبيل التحقق من الامتثال للوائح المعمول بها، وكذلك الأداء السليم والمنتظم للأنشطة المتعلقة بهذا المبدأ.

- نطاق الدراسة:

تتنوع الحريات الاقتصادية وتتفرع عنها بعض الحريات الفردية كحرية المشروعات. وقد ارتقى مفهوم حرية المشروعات إلى قيمة دستورية مُعترف بها في الدساتير المعاصرة. وقد ارتبطت حرية المشروعات بالعديد من الحقوق والحريات الاقتصادية مثل حرية التجارة والصناعة، وحرية الاستثمار، وحرية المنافسة، والحق في الملكية. وعلى ذلك تقتصر دراستنا في هذا الموضوع على بيان أوجه الحماية الدستورية لمبدأ حرية المشروعات من حيث الموقف الدولي من هذا المبدأ، وإيضاح موقف المشرع الدستوري منه، وكذلك أيضًا دور القاضي الدستوري في الرقابة على القوانين واللوائح التي قد تمثل انتهاكًا لحرية المشروعات، وفحص مدى ملائمة القيود المفروضة عليها.

وتتم دراسة هذا الموضوع من خلال دراسة دستورية في نطاق بعض الدساتير المقارنة التي تناولت المبدأ الدستوري لحرية المشروعات، فضلًا عن بيان الأسانيد الذي ارتكز عليها في المواثيق الدولية.

- إشكالية الدراسة:

ثَمة اعتباراتٌ عده تساهم في خلق إشكالية الدراسة، والتي يمكن ذكرها على النحو التالي:

أولًا- غموض مفهوم حرية المشروعات، واختلاف الفقه في تفسير اصطلاحه ومضمونه.

ثانيًا- موقف المشرع الدستوري من مبدأ حرية المشروعات؟ وعلاقته بغيره من الحقوق والحريات الاقتصادية.

ثالثًا- عدم الموازنة الدستورية بين حماية حرية المشروعات وغيرها من الأهداف الدستورية.

رابعًا- اختلاف السياسة الاقتصادية لواضعي الدساتير من دولةٍ لأخرى. ومن ثم، وجود بعض المشكلات العملية في ممارسة حرية المشروعات بوصفها الإطار العام للنشاط الاقتصادي والمهني.

خامسًا- عدم التناسق بين التزام الدولة بحماية حرية المشروعات وبين تدخلها في المجال الاقتصادي.

سادسًا- تأثير المدلول السياسي أحيانًا على المدلول الدستوري فيما يتعلق بممارسة حرية المشروعات.

سابعًا- إساءة استخدام التدابير المُتخذة بشأن حماية حرية المشروعات.

ثامنًا– التوسع في القيود الواردة على حرية المشروعات من شأنه الإضرار بالهوية الاقتصادية للدولة، فضلًا عن الاعتداء على حقوق وحريات الأفراد.

تاسعًا– أن أساليب التفسير من جانب القاضي الدستوري قد تؤدي في بعض الظروف إلى الاعتداء على حرية المشروعات.

عاشرًا– في الآونة الأخيرة، أصبح مبدأ حرية المشروعات من المبادئ التي يمكن التشكيك فيها في ظل اعتداءات مستمرة عليها دون داعٍ؛ بحجة إمكانية تقييدها لاعتبارات النظام العام أو المصلحة العامة أو لمتطلباتٍ دستورية.

- تساؤلات الدراسة:

فرضت علينا هذه الدراسة ضرورة الإجابة عن بعض التساؤلات، والتي من بينها ما يلي:

أولًا– ما هو مفهوم مبدأ حرية المشروعات في ضوء ما استقر عليه الفقه والقضاء الدستوري؟

ثانيًا– مدى شرعية تبني الدستور لسياسة اقتصادية معينة على مبدأ حرية المشروعات؟

ثالثًا– ما هي الحقوق والحريات الأساسية المرتبطة بحرية المشروعات؟

رابعًا– مدى التوفيق بين حرية المشروعات وبين دور الدولة تنظيم ممارسة الأنشطة الاقتصادية والمهنية؟

خامسًا– هل يمكن اعتبار حرية المشروعات من الحقوق الأساسية لمشغلي الاقتصاد؟

سادسًا– هل تتمتع الأشخاص العامة بحرية المشروعات بموجب القانونين المصري والفرنسي؟

سابعًا– ما هي المعايير التي يُعول عليها القاضي الدستوري في ضوء حمايته لمبدأ حرية المشروعات؟

ثامنًا– ما هي سلطات القاضي الدستوري في الرقابة على القيود الواردة على مبدأ حرية المشروعات؟

تاسعًا– هل حرية المشروعات مبدأ دستوري قائم على أسس ثابتة أم أنها حرية يمكن التشكيك فيها؟

- منهج الدراسة:

اعتمدت دراستنا في موضوع " **الحماية الدستورية لمبدأ حرية المشروعات** " على المنهج التأصيلي التحليلي المقارن؛ فهو من ناحيةٍ، منهج تأصيلي؛ حيث يقوم على بيان المصادر الأصلية التي استقى منها مبدأ حرية المشروعات قيمته الدستورية والتشريعية والقضائية، فضلًا عن الأسس التي ارتكز عليها مضمونه، ومراحل تطوره في القضاء الدستوري. وكذلك مظاهر الحماية الدستورية في هذا الشأن.

كما أنه من ناحيةٍ أخرى، منهج تحليلي؛ يعتمد على تناول النصوص القانونية والأحكام القضائية والآراء الفقهية بالفحص والدراسة، وعرض المعوقات والإشكاليات التي تواجه حرية المشروعات، في ضوء ما علق عليه الفقه، وقضت به المحاكم في هذا الصدد.

ومن ناحيةٍ أخيرة، فهو منهج مقارن؛ حيث تقوم الدراسة على المقارنة بين الأنظمة الدستورية فيما يتعلق بحرية المشروعات، ومتابعة الأسس والمعايير التي سار عليها كل نظامٍ قانوني، والحكمة التشريعية التي انتهجها المشرع. واستخلاص أفضل النتائج التي يمكن الاعتماد عليها في توفير الضمانات اللازمة لممارسة النشاط الذي يراه الفرد ملائمًا له، استنادًا إلى القيمة الدستورية لمبدأ حرية المشروعات.

خطة الدراسة

لقد آثرنا تقسيم دراستنا في موضوع الحماية الدستورية لمبدأ حرية المشروعات إلى ثلاثة فصول، يسبقهم مقدمة عامة، ويعقبهم خاتمة نعرض فيها للنتائج المستخلصة، ثم التوصيات، وأخيرًا قائمة المراجع، وذلك على النحو التالي:

مقدمة عامة.

الفصل الأول: ماهية حرية المشروعات.

المبحث الأول: مفهوم حرية المشروعات.

المبحث الثاني: التكريس الدستوري لمبدأ حرية المشروعات.

المبحث الثالث: نطاق حرية المشروعات وطبيعتها.

المبحث الرابع: القيود الواردة على مبدأ حرية المشروعات.

الفصل الثاني: الحقوق والحريات المرتبطة بحرية المشروعات.

المبحث الأول: ارتباط حرية المشروعات بحرية التجارة والصناعة.

المبحث الثاني: ارتباط حرية المشروعات بحرية المنافسة.

المبحث الثالث: ارتباط حرية المشروعات بالحرية التعاقدية.

المبحث الرابع: ارتباط حرية المشروعات بحرية الاستثمار

المبحث الخامس: ارتباط حرية المشروعات بحق الملكية الخاصة.

الفصل الثالث: دور القاضي الدستوري في حماية حرية المشروعات.

المبحث الأول: تقدير القاضي الدستوري لمدى انتهاك حرية المشروعات.

المبحث الثاني: ملائمة التدخل التشريعي لتقييد حرية المشروعات.

المبحث الثالث: تقدير المسألة الدستورية الآولية بشأن انتهاك حرية المشروعات.

المبحث الرابع: مبدأ حرية المشروعات قائم على أسس غير ثابتة.

الخاتمة.

قائمة المراجع.

قائمة المحتويات.

الفصل الأول

ماهية حرية المشروعات

تمهيد وتقسيم:

يُعد مبدأ حرية المشروعات إحدى المبادئ التي اكتسبت القيمة الدستورية، ويمثل تطورًا عظيمًا نحو إرساء حرية ممارسة الأنشطة الاقتصادية والمهنية؛ حيث يسعى هذا المبدأ نحو التغلب على التحديات التي تواجه الفاعلين الاقتصادين في السوق، وذلك بموجب الحماية الدستورية التي يكفلها كل من المشرع والقضاء الدستوري لمبدأ حرية المشروعات.

ولذلك، فقد تناول الفقه الدستوري هذا المبدأ باعتباره الإطار العام لممارسة حرية التجارة والصناعة خاصة، وممارسة النشاط الاقتصادي عامة. فظهر مبدأ حرية المشروعات على المستويين الدولي والداخلي، حيث حظى باهتمامٍ بالغٍ من جانب المتخصصين في مجال القانون العام الاقتصادي.

وإذا كان مفهوم حرية المشروعات قد يمتد ليشمل مجالاتٍ متعددة، غير أنه يجد أساسه في الإطار القانوني المُنظم لمضمونه، والذي يحدد معالمه الأساسية، والتي من خلالها يراقب القاضي الدستوري مدى ملائمة التشريعات المتعلقة بهذا الشأن، ومدى احترامها لمبدأ حرية المشروعات.

وتفرض علينا دراسة مفهوم حرية المشروعات تقسيم هذا الفصل على النحو

التالي:

المبحث الأول: مفهوم حرية المشروعات.

المبحث الثاني: التكريس الدستوري لحرية المشروعات.

المبحث الثالث: نطاق حرية المشروعات.

المبحث الأول

مفهوم حرية المشروعات

تقسيم:

تنقسم دراستنا في هذا الموضوع إلى مطلبين: نتناول تعريف حرية المشروعات في "**مطلب أول**". ثم نعرض بعد ذلك للتمييز بين حرية المشروعات وحرية العمل في "**مطلب ثانٍ**". كما نتناول تطور حرية المشروعات في القضاء الدستوري في "**مطلب ثالث**". وأخيرًا، نعرض للعلاقة بين موضوعات الدستور الاقتصادي وحرية المشروعات في "**مطلب رابع**". وذلك بمزيدٍ من التفصيل المناسب على النحو التالي:

المطلب الأول

تعريف حرية المشروعات

ظهرت حرية المشروعات la liberté d'entreprendre في فرنسا باسم حرية المبادرة[١]. وهي عبارة عن نظام اقتصادي تصبح فيه ملكية وسائل الإنتاج

---

(١) يتعين علينا لاستيضاح هذا المضمون تناول مدلول حرية المبادرة في اللغة ثم نعرض لمدلولها الاصطلاحي، وذلك على النحو التالي:

فبالنسبة للمدلول اللغوي لحرية المبادرة: ذهبت معظم معاجم اللغة العربية إلى أن كلمة " المُبادَرة " في اللغة تأتي من مصدر الفعل بَادَرَ؛ فالمُبادَرة: سبْق إلى اقتراح أمرٍ أو تحقيقه، وهي تتمثل في القدرة أو الميل المطلوب لبدء شيء ما مثل تجارة ، أو عمل يقرره الشخص. **انظر:** معجم المعاني الجامع، ابحث في مادة "**بادر**"، ولمزيدٍ من التفصيل، انظر الرابط التالي:

https://www.almaany.com, ٣٠-٨-٢٠٢١.

أما القواميس الفرنسية، فقد ذهبت إلى أن " المُبادَرة Entreprendre " تعني: البدء في تنفيذ عمل، والبعض الأخر يعرفها بأنها عبارة عن إنشاء شركة؛ **انظر:**

Dictionnaire Larousse, Recherche Par Mot "Entreprendre", **Voir**: https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/entreprendre/٣٠٠٦٥, ٣٠-٨-٢٠٢١.

وبالنسبة للمدلول الاصطلاحي لحرية المبادرة: يُقصد به حرية ممارسة النشاط الاقتصادي بمختلف صوره وأشكاله. ومن ثم، فهي بمثابة الإطار العام لممارسة كافة الأنشطة الاقتصادية. وبهذا المعنى يمكن تعريف حرية المبادرة بأنها حق كل شخص في أن يزاول أي مهنة أو نشاط اقتصادي يراه مناسبًا له، بشرط عدم الإضرار بالغير.

=

=

وقد أشارت العديد من دساتير العالم إلى حرية المبادرة أو حرية المشروعات، ومن هذه الدساتير ما يلي:

- الدستور المصري: نص في المادة (٢٨) منه على أن « الأنشطة الاقتصادية الانتاجية والخدمية والمعلوماتية مقومات أساسية للاقتصاد الوطني وتلتزم الدولة بحمايتها وتنافسها وتوفير المناخ الجاذب للاستثمار وتعمل على زيادة الانتاج وتشجيع التصدير وتنظيم الاستيراد. وتولى الدولة اهتماماً خاصاً بالمشروعات المتوسطة والصغيرة ومتناهية الصغر فى كافة المجالات، وتعمل على تنظيم القطاع غير الرسمى وتأهيله....».
- الدستور البرتغالي: المادة نص في (٦١) منه على أن « تمارس المبادرة الاقتصادية بكامل الحرية في إطار الدستور والقانون مراعاة للمصلحة العامة ».
- الدستور السويسري: المادة نص في (٢٧) منه على أن « الحرية الاقتصادية مضمونة وتتضمّن حرية اختيار المهنة وحرية ممارسة الأنشطة».
- الدستور السينغالي: نص في المادة (٨) منه على أن « حرية المبادرة والمقاولة مضمونة ».
- الدستور المغربي: نص في المادة (٣٥) منه على أن « تضمن الدولة حرية المبادرة والمقاولة والتنافس الحر».
- الدستور الجزائري: نص في المادة (٤٣) منه على أن « حرية الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون. تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال وتشجيع ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية».
- الدستور الفنلندي: نص في المادة (١٨) منه على أن « لكل مواطن الحق في القيام بالأنشطة المهنية الذي يختارها ».

=

ملكية خاصة، وقرارات الإنتاج والأسعار تحكمها عوامل السوق؛ أي أن الأسعار لا تحددها سوى منافسة السوق. ولا تتدخل الأشخاص العامة إلا للتنظيم فقط في أضيق الحدود.

وإذا كان الفقه العربي والفرنسي قد اتفقا سويًا على مضمون حرية المشروعات بأنه يتمثل في حرية ممارسة النشاط الاقتصادي أو المهني، إلا أن الفقه العربي قد اختلف في ترجمة الاصطلاح القانوني لهذا المعنى.

فذهب رأي أول إلى أن هذا المصطلح يُقصد به "حرية المشروعات"[١]،

=

- الدستور البلجيكي: نص في المادة (٢٣) منه على أن «... تتضمن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية... حرية اختيار الأنشطة المهنية».
- الدستور الإيطالي: نص في المادة (٤١) منه على أن « المبادرة الاقتصادية الخاصة حرة...».

وفي نفس السياق نصت المادة (١٥) من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي على أن " ١- لكل إنسان الحق في الارتباط بعمل وممارسة مهنة يختارها أو يقبلها بحرية..... ". كما نصت المادة (١٦) منه أيضًا على أنه " يتم إقرار حرية إدارة عمل تجاري وفقًا لقانون المجتمع والقوانين والممارسات المحلية ".

(١) **د/ محمد محمد عبد اللطيف**، الدستور والمنافسة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق – جامعة المنصورة، العدد (٣٨)، أكتوبر ٢٠٠٥م، ص ٩٦ وما بعدها.

ورأي ثانٍ يذهب إلى أنه يعني "حرية العمل"[١]، بينما ذهب رأي ثالث إلى أن هذا المصطلح يُقصد به " الحرية المهنية أو حرية الشراكة "[٢]. واعتبره رأي رابع أن هذا المصطلح إنما يعني "حرية التجارة"[٣]. في حين أن الرأي الخامس يذهب إلى أن هذه الحرية يُطلق عليها "حرية المبادرة الخاصة"[٤]، إلا أننا نفضل استخدام

---

(١) **LYON-CAEN (A.)**, Le droit du travail et la liberté d'entreprendre, Droit Social, ٢٠٠٢, p. ٢٥٨.

(٢) **د/ شريف يوسف خاطر**، مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد "دراسة مقارنة"، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص ٩٢ وما بعدها.

إلا أن بعض الفقه الفرنسي قد رأى أن حرية ممارسة النشاط المهني هي أيضًا وبذاتها مشتقة من حرية المشروعات. **انظر:**

FAVOREU (L.) et autres, Droit des libertés fondamentales, Dalloz, ٢٠٠٢, ٢e éd., n° ٢٧٩, p. ٢١١.

(٣) **د/ محمد عزت فاضل**، حرية التجارة " دراسة دستورية مقارنة "، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون – جامعة بغداد، العراق، المجلد (٣٢)، العدد الثاني، ٢٠١٧م، ص ٤٣٤ وما بعدها.

(٤) فقد ذهب معظم الفقه في دول تونس والجزائر والمغرب نحو إطلاق مصطلح "حرية المبادرة الخاصة". **انظر: بن ساحة يعقوب& بن الأخضر محمد**، إشكالية مفهومية مبدأ حرية الاستثمار والتجارة في القانون الجزائري، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، المجلد (٣)، العدد (٤)، الجزائر، ديسمبر ٢٠٢٠م، ص ١٢٢. متاح على الرابط التالي:

https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/٦٣٢/٣/١٢/١٣٧٨٨٧, ١٢-٩-٢٠٢١.

الاصطلاح الأقرب ملائمةً واتساقًا مع مضمونه، ألا وهو اصطلاح "حرية المشروعات".

ولعل ذلك يعزي إلى أن الصياغة جاءت واسعة بما يكفي لتعمم على أي حرية، حيث تشمل حرية التجارة والصناعة وحرية الممارسة المهنية ككل. وقد اعترف القاضي بأن حرية المشروعات إنما هي حرية أساسية. ومن ثم، فهو يسعى نحو ترسيخ مفهوم أصلي لمجموع الحريات مما ينعكس على خصوصية حرية المشروعات(١).

ومن الجدير بالذكر أن حرية المشروعات كانت قد ظهرت في أعقاب الثورة الفرنسية التي قامت مبادئها على احترام حقوق الإنسان والمواطن، والتي من بينها حرية التجارة والصناعة، وهو ما يعني أن حرية المشروعات تنبع من خلال التفسير الواسع لإعلان حقوق الإنسان والمواطن (DDHC) الصادر في عام ١٧٨٩م(٢).

(١) **JACQUINOT (N.)**, La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ?, A.J.D.A., ٢٠٠٣, p. ٦٥٨.

(٢) **CHAZAL (J.-P.)**, Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie, Recueil Dalloz, ٢٠١٤, p. ١١٠١; **AUDUBERT (V.)**, La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel : un principe réellement tout puissant ?, Revue des droits de l'homme, OpenEdition Journals, Paris, ٢٠٢٠, n° ١٨.

وتستند هذه الحرية تقليديًا إلى مرسوم ألارد Allarde الصادر في ٢-١٧ مارس عام ١٧٩١م، ولا يزال هذا المرسوم ساريًا حتى الآن، حيث نص في مادته السابعة على أنه " لكل شخصٍ الحرية في أن يزاول أية تجارة أو يمارس أية مهنة أو فنًا أو حرفةً يراها مناسبة "[١].

ووفقًا لما نص عليه هذا المرسوم فإن حرية المشروعات يُقصد بها الحق في إنشاء وممارسة نشاط اقتصادي بحرية في المجال الذي يختاره الفرد، وكما يراه مناسبًا له. وقد عرَّف بعض الفقه حرية المشروعات بأنها هي عبارة عن " معيار من بين معايير أخرى للرقابة على التجاوزات الناتجة عن التشريعات الاقتصادية

(١) وقد أشار الفقيه De Laubadere إلى أن مرسوم "ألارد" قد تضمن النص على أنه: "ابتداء من أول أبريل القادم، يكون كل شخص حرًا في التفاوض أو ممارسة أي مهنة أو نشاط فني، أو حرفة يراها مناسبة له، بعدما يلتزم بدفع ضريبة المهن التجارية"، ولمزيد من التفاصيل، **انظر**:

"C'est de manière assez curieuse, une simple loi fiscale, la loi des ٢-١٧ mars ١٧٩١, connue sous le nom de décret d'Allarde, qui est considérée comme le texte sur lequel repose la liberté du commerce et de l'industrie. Il est ainsi libellé:" a compter du ١er Avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon, mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente", **Voir**: **DE LAUBADERE (A.)**, Droit public économique, ٢è édition, Dalloz, Paris, ١٩٧٦, p. ٢٣٦.

".[١]

كما ذهب بعض الفقه إلى تعريف حرية المشروعات بأنها " تلك الحرية التي تحمي قبل كل شيء استقلالية رجال الأعمال، وقدرتهم على اتخاذ الخيارات التي يرونها جيدة فيما يتعلق بالإدارة والتخطيط والحوكمة "[٢].

أما القضاء الدستوري الفرنسي فقد تناول مفهوم حرية المشروعات انطلاقًا من المعنى العام الذي يغطي جميع أوجه النشاط الاقتصادي. وتأسيسًا على ذلك، ذهب بعض الفقه إلى أن حرية المشروعات إنما " هي الحرية الأكثر اتساعًا، والأعلى مستوى من الحريات الأخرى. وإن الحريات الأخرى ليست سوى مجرد حرياتٍ تابعة تدور في فلك حرية المشروعات "[٣].

كما أشار مجلس الدولة الفرنسي إلى حرية المشروعات واصفًا إياها بأنها حرية عامة، ويحدد القانون القواعد المتعلقة بالضمانات الأساسية الممنوحة

(١) " La liberté d'entreprendre constitue un étalon, parmi d'autres, de contrôle des excès de la législation économique "; **Voir**: **D'AVOUT (L.)**, La liberté d'entreprendre au bûcher ?, Recueil Dalloz, Paris, ٢٠١٤, p. ١٢٨٧.

(١)Cette liberté « protège avant tout l'autonomie des entrepreneurs, leur aptitude à effectuer eux-mêmes les choix de gestion, de stratégie et de gouvernance qu'ils jugent bons »**Voir**: **DENYS (D.)**, « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n°٤٩, oct. ٢٠١٥, p. ٧.

(٣) **د/ محمد محمد عبد اللطيف**، الدستور والمنافسة، المرجع السابق، ص ٩٩.

للمواطنين لممارسة الحريات العامة، وبالتالي فإن " حرية المواطنين في القيام بنشاط مهني لا تكون محلاً لقيودٍ قانونية "[١].

وبهذا المفهوم ترتكز حرية المشروعات على محورين رئيسيين، يُشير إليهما قضاء المجلس الدستوري الفرنسي باستمرار. أما المحور الأول فينصب على حرية الإنشاء أو التأسيسla liberté d'établissement: وتعني أنه يجوز لأي شخص إنشاء شركة وبدء النشاط الاقتصادي الذي يختاره. بينما يتمثل المحور

(١) ويُستخلص ذلك من القرار الذي اتخذه مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٨٨م، حيث ذهب المجلس إلى أن: " المادة ٣٤ من دستور ٤ أكتوبر ١٩٥٨م تنص على أن التشريع يُحدد القواعد المتعلقة بالضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين لممارسة الحريات العامة، والتي من ضمنها حرية ممارسة جميع الأنشطة المهنية التي لم تكن محلًا لأي قيد، لذلك لا يجوز للحكومة المساس بحرية المواطنين في ممارسة أي نشاطٍ مهني، ما لم يتم تقييدها بموجب القانون ". **انظر:**

"Considérant que la Constitution du ٤ octobre ١٩٥٨ dispose dans son article ٣٧, ١er alinéa, que "les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi, ont un caractère réglementaire" et, dans son article ٣٤, que "la loi fixe les règles concernant ... les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques" ; qu'au nombre des libertés publiques dont, en vertu de cette dernière disposition, les garanties fondamentales relèvent du domaine de la loi figure le libre accès à l'exercice par les citoyens de toute activité professionnelle n'ayant fait l'objet d'aucune limitation légale"; **Voir**: **C.E.**, Assemblée, du ١٦ déc. ١٩٨٨, no ٧٥٥٤٤, publié au recueil Lebon.

الثاني في حرية الممارسة la liberté d'exercice: والتي تتضمن أن يُدير صاحب المشروع عمله بالشكل الذي يراه مناسبًا، ووفقًا لإرادته. وانطلاقًا من هذين المحورين تبدو حرية المشروعات أساسية في اقتصاد السوق، فضلًا عن دعم حقوق وحريات الأفراد في المجال الاقتصادي.

إلا أننا من جانبنا نُفضل استخدام مصطلح "حرية المشروعات"؛ لارتباطه الواضح بالمعايير التي أرساها القضاء الدستوري الفرنسي بشأن حماية ممارسة الأنشطة الاقتصادية والمهنية؛ حيث ذهب في العديد من أحكامه إلى إمكانية تدخل الدولة بالتنظيم أو التقييد لأي نشاط مهني أو اقتصادي، فضلًا عن إمكانية مزاحمة الدولة للأفراد في ممارسة النشاط الاقتصادي، وبالتالي تبدو حرية المشروعات بوصفها علاقة بين الفرد والدولة، وهو ما يتفق مع المفهوم الحديث لحرية المشروعات.

في حين أن مصطلح "حرية المبادرة" يعني أنها تقتصر على جانب واحد فقط يتمثل في الفرد، أي أن له الحرية في أن يُبادر بممارسة أي نشاط، وهذا هو المفهوم التقليدي لحرية المشروعات. وهو ما لا يتفق مع مفهوم ومضمون هذه الحرية في الوقت المعاصر؛ حيث لم تعد تقتصر على الأفراد بل امتدت أيضًا لتشمل الأشخاص العامة.

واهتداءً على ما تقدم، يمكننا تعريف حرية المشروعات بأنها: حق كل شخص طبيعي أو اعتباري في إنشاء أو تأسيس أي نشاط اقتصادي أو مهني

وفقًا لإرادته، وإمكانية تنظيمه وممارسته على النحو الذي يراه مناسبًا له، مع إمكانية تقييده لاعتبارات النظام العام أو المصلحة العامة أو ما تقتضيه الأهداف الدستورية.

المطلب الثاني

التمييز بين حرية المشروعات وحرية العمل

قد يبدو للوهلة الأولى أن حرية المشروعات La liberté d'entreprendre هي ذاتها حرية العمل Liberté du travail ، إلا أنها في الواقع ليست كذلك؛ حيث تُشكل حرية العمل إحدى جوانب الحرية المقررة لكل شخص في القيام بممارسة النشاط المهني الذي يختاره، أو ربما الامتناع عن ممارسته. ولكن هذا المصطلح ينطبق أساسًا على العمل مدفوع الأجر؛ ولذلك فهو يُشير إلى حرية قبول أو رفض العمل الذي يتم تنفيذه تحت سلطة الآخرين(١).

وكان المجلس الدستوري قد أدراج حرية العمل ضمن مبدأ حرية المشروعات(٢)؛ ويُلاحظ أن الهدف من حرية العمل ليس حماية العمل في حد

---

(١) **SAVATIER (J.)**, Répertoire de droit du travail "Liberté du travail", Dalloz, paris, Janvier ٢٠٠٥, n° ١.

(٢)حيث أعلن أن " الحرية تلك التي تتمثل، وفقًا للمادة الرابعة من الإعلان، في القدرة على فعل كل ما لا يضر بالآخر، لا يمكن الحفاظ عليها في حد ذاتها إذا تم فرض قيود تعسفية ومسيئة على حرية المشروعات". **انظر:**

=

ذاته، بل حماية الحرية الفردية للعمال عند ممارسة عملهم. وكما تحمي حرية المشروعات حرية صاحب المشروع أو النشاط، فإن حرية العمل تحمي حرية العامل. وهذه الملاحظة تؤكدها الاجتهادات القضائية للمجلس الدستوري، حتى وإن كانت تُشير بشكلٍ ضمني إلى حرية العمل(١).

وفي قضاء المجلس الدستوري، غالبًا ما يتم التوفيق بين حرية المشروعات وبين "حق كل فرد في الحصول على وظيفة"(٢)، وهو ما يُقصد به "الحق في العمل Droit au travail"، وهو حق مقرر لكل فرد سواء كان صاحب عمل أو عامل، في أن يعمل أو لا يعمل. وعلى الرغم من أن ديباجة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦م تُشكل أساس "الحق في العمل"(٣)، إلا أنها لا تذكر صراحةً حرية العمل. ومع ذلك، لا يُشير مجلس الدولة إلى "الحق في العمل"، ولكنه يُشير صراحةً إلى "حرية العمل".

وقد حرص الدستور المصري لعام ٢٠١٤م على التأكيد على القيمة الدستورية للحق في العمل؛ فنص في المادة (١٢) منه على أن " العمل حق،

=

Cons. Const., ١٦ janv. ١٩٨٢, D. ١٩٨٣.١٦٩, note L. Hamon.

(١) **RENEAUD (F.)**, Une renaissance de la liberté du travail? Droit social, ٢٠٠٥, p. ٦٠٨.

(٢) **Cons. Const.**, ١٢ janv. ٢٠٠٢, Décision n° ٢٠٠١-٤٥٥ DC, « loi de modernisation sociale », considérant n° ٤٦.

(٣) « Chacun à le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi ».

وواجب، وشرف تكفله الدولة. ولا يجوز إلزام أي مواطن بالعمل جبراً، إلا بمقتضى قانون، ولأداء خدمة عامة، لمدة محددة، وبمقابل عادل، ودون إخلال بالحقوق الأساسية للمكلفين بالعمل ".

كما نص أيضًا في مادته (١٣) على أن "تلتزم الدولة بالحفاظ على حقوق العمال، وتعمل على بناء علاقات عمل متوازنة بين طرفي العملية الإنتاجية، وتكفل سبل التفاوض الجماعي، وتعمل على حماية العمال من مخاطر العمل وتوافر شروط الأمن والسلامة والصحة المهنية، ويحظر فصلهم تعسفياً، وذلك كله على النحو الذي ينظمه القانون ".

وتنطوي فكرة الحق في العمل من جانب الدولة على سياسة توظيف أنشطة تسمح للأشخاص الذين يرغبون في العمل بالعثور على وظيفة بالفعل(١). وفي ذات السياق، فإن حرية المشروعات تعني الاختيار الحر لصاحب العمل للأشخاص الذين يرغب في التعاون معهم، أي أنه يملك حرية التوظيف وأيضًا حرية الفصل. ويجب أن يكون صاحب العمل قادرًا على الحفاظ على "تقديره ... فيما يتعلق بالاختيارات بين مختلف الحلول الممكنة"، أي أن يكون قادرًا على تقرير ما إذا كان سيلجأ إلى الفصل أم لا(٢).

---

(١) **LYON-CAEN (A.)**, Op. Cit., p. ٢٥٨.

(٢) **Cons. Const.**, ١٢ janv. ٢٠٠٢, Décision n° ٢٠٠١-٤٥٥ DC, considérant n° ٤٩.

ولا يعترف المجلس الدستوري صراحةً بحرية العمل. ومع ذلك، فإنه يكرس حرية مماثلة للغاية، وهي "الحرية الشخصية للعامل". حيث قضى بأنه " بالنظر إلى أن أحكام المادة ١٥ من المحتمل أنها تنطوي على خطر بشأن حرية صاحب العمل، الذي يجب أن يكون قادرًا بصفته مسؤولاً عن المشروع على اختيار موظفيه؛ في حين أنها قد تؤثر أيضًا – في بعض الحالات – على الحرية الشخصية لصاحب العمل والعاملين في الشركة بإلزامهم بحضور أماكن عمل مرتكبي الأفعال التي كانوا ضحايا لها "(١).

(١) « Considérant que les dispositions de l'article ١٥ risquent de mettre en cause la liberté d'entreprendre de l'employeur qui, responsable de l'entreprise, doit pouvoir, en conséquence, choisir ses collaborateurs ; que, dans certains cas, elles peuvent également affecter la liberté personnelle de l'employeur et des salariés de l'entreprise en leur imposant la fréquentation, sur les lieux de travail, des auteurs d'actes dont ils ont été victimes ».

ومن هذا التشابه في التفكير، هل يمكن أن نستنتج أن الحرية الشخصية للعامل التي كرسها المجلس الدستوري وحرية العمل التي أقرها مجلس الدولة يمكن أن تتداخل؟ بالنسبة للمضمون، فقد تكون الإجابة بالإيجاب. وتهدف الحرية الشخصية للعامل وحرية العمل إلى حماية حرية العامل في ممارسته لعمله. ويتمثل الهدف في منع العامل من التعرض «لمشقة مفرطة بشكل واضح في عمله.

MATHIEU (B.) ET VERPAUX (M.), « Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux », L.G.D.J., ٢٠٠٢, p. ٧٠٠.

أما بالنسبة للقيمة القانونية، فالجواب أقل تأكيدًا. ويذكر مفوض الحكومة في =

وكان مجلس الدولة الفرنسي[١] قد ذهب إلى الفصل بوضوح بين حرية المشروعات وحرية العمل من ناحيتين؛ فمن ناحية، تتمثل حرية المشروعات في حرية القيام بنشاط اقتصادي لحساب الفرد نفسه، أما حرية العمل فهي حرية القيام بعمل لصالح الآخرين. ومن ناحية أخرى، من شأن حرية المشروعات أن تحمي صاحب المشروع في خياراته الإدارية، وتحمي حرية العمل اختيار العمال أثناء ممارسة عملهم.

إلا أنه قد تتعارض حرية المشروعات مع حرية العمل؛ نظرًا لأن صاحب العمل له الحرية في اختيار موظفيه، بصفته رئيس المشروع أو النشاط. ويستطيع أن يحكم على قدرة الموظف على أداء الوظيفة التي عينه من أجلها. وبالتالي،

=

استنتاجاته( )، كما هو واضح، أن ديباجة عام ١٩٤٦م تعمل كأساس لحرية العمل. حيث رأت محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر عنها في ١١ يوليه ٢٠٠٠م، فيما يتعلق بهذه الديباجة، أن "الشرط الذي يتعهد بموجبه العامل بتخصيص نشاطه حصريًا لرب العمل ينتهك حرية العمل". **انظر:**

Cass. Soc., ١١ juill. ٢٠٠٠, Droit social, ٢٠٠٠, p. ١١٤٠, obs J. Mouly.

ومع ذلك، بالنسبة للمجلس الدستوري، إذا كانت ديباجة عام ١٩٤٦م بمثابة أساس "للحق في الحصول على وظيفة"، و"الحق في العمل"، فإن المادة ٤ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن هي بمثابة أساس "الحرية الشخصية" للعامل.

(١) **C.E.**, ٤ oct. ٢٠٠٤, ٨ème et ٣ème sous-sections réunies, N° ٢٦٤٣١٠, publié au recueil Lebon.

سيكون غير دستوريًا وضع أي قاعدة قانونية من شأنها أن تعرض للخطر حرية المشروعات المكفولة لصاحب العمل(١).

وكثيراً ما تخلط محكمة النقض بين حرية العمل وحرية التجارة والصناعة(٢). ففي بعض الأحيان، تذهب إلى أن "حرية العمل مضمونة بالدستور"(٣). وأحيانًا أخرى أنها مضمونه بموجب قانون ٢-١٧ مارس ١٩٩١م(٤).

وفي الواقع، فإن تأكيد القيمة الدستورية لمبدأ حرية العمل لا يفيد إلا في تحديد حدود السلطات التشريعية أو اللائحية للدولة. وفيما يتعلق بالأفراد، يكفي الاعتراف بالمبدأ باعتباره مسألة تتعلق بالنظام العام، لتحديد الأفعال غير المشروعة بسبب الاعتداء الذي قد يمس هذا المبدأ(٥).

وبالتالي، فإن بإمكان المشرع أن يفرض قيودًا على حرية العمل يجب ألا تكون "تعسفية أو تحكمية" تحت رقابة المجلس الدستوري. لكن هذا يترك للمشرع سلطة واسعة للغاية، لأن "حرية المشروعات، ليست عامة ولا مطلقة، حيث تُمارَس

(١)**Cons. Const**., ٢٠ juill. ١٩٨٨, D. ١٩٨٩,٢٦٩, note F. Luchaire.
(٢) **Cass. Com.,** ٨ janv. ١٩٩١, Bull. civ. IV, n° ٩.
(٣)**Cass. Soc.**, ١٩ nov. ١٩٩٦, Bull. civ. V, n° ٣٩٢, Dr. soc. ١٩٩٧, p. ٩٥.
(٤) **Cass. Soc**. ١٨ déc. ١٩٩٧, Bull. civ. V, n° ٤٥٩, Dr. soc. ١٩٩٨, p.١٩٤.
(٥) **SAVATIER (J.)**, Op. Cit., n° ٣١.

في إطار اللوائح التي يحددها القانون"[١].

وعلى ذلك، فحرية المشروعات تمثل صلاحية صاحب العمل في إدارته لمشروعه، وهي ليست سوى تطبيقًا لهذه الحرية، وتتمتع بقيمةٍ دستورية. ومن ثم، فلا يمكن تقييدها إلا من قِبل المشرع من أجل التوفيق بينها وبين غيرها من المبادئ الأخرى ذات القيمة الدستورية [٢].

المطلب الثالث

تطور حرية المشروعات في القضاء الدستوري

تقسيم:

تتناول الدراسة في هذا المبحث الجذور التاريخية الأولى لنشأة مبدأ حرية المشروعات، وذلك من خلال مطلبين: نعرض في "**الفرع الأول**" للتدرج التاريخي لظهور مبدأ فريد من نوعه ممثلًا في مبدأ حرية المشروعات، ثم نبين كيف اقترن تطور هذا المبدأ بتطور مختلف أجيال الحقوق والحريات، وذلك في "**الفرع الثاني**".

وترتيبًا على ذلك، نعرض دراستنا في هذا الموضوع بشيء من التفصيل على النحو التالي:

---

(٦)**Cons. Const.** n° ٨٥-٢٠٠ DC du ١٦ janv. ١٩٨٦, Dr. soc. ١٩٨٦, p. ٣٧٦.

(١)**LANGLOIS (PH.)**, La doctrine de la chambre sociale de la Cour de cassation, Droit social, ٢٠٠٦, p. ١٠٨٤.

الفرع الأول: التدرج التاريخي لظهور حرية المشروعات.

الفرع الثاني: اقتران حرية المشروعات بتطور مختلف أجيال الحقوق والحريات.

الفرع الأول

التدرج التاريخي لظهور حرية المشروعات

تاريخيًا، يستمد مبدأ حرية المشروعات أساسه من خلال التفسير الواسع لإعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩م. ثم إلى مرسوم ألارد Le décret d'Allarde [١]، والذي نص في مادته السابعة على أنه: " اعتبارًا من الأول من أبريل المقبل، سيكون لكل شخص الحرية في أن يزاول أية تجارة أو يمارس أية مهنة أو فنًا أو حرفة على النحو الذي يراه مناسبًا؛...."[٢].

---

(١) مرسوم ألارد هو قانون فرنسي صدر يومي ٢ و١٧ مارس ١٧٩١م، من قبل بيير ألارد Pierre d'Allarde، وبموجبه أصبح لكل فرد حرية ممارسة أي تجاره أو مهنة أو حرفة بشرط الحصول على ترخيص مُسبق، ودفع مبلغ من المال وفقًا للأسعار المحددة في المرسوم، والامتثال للوائح الضبط التي يتم وضعها أو التي قد يتم إجراؤها. ولمزيد من التفاصيل؛ **انظر:**

Voir: Le Décret d'Allarde des ٢ et ١٧ mars ١٧٩١ ou la matérialisation des idées libérales de la Révolution française.

(٢) « A compter du ١er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle =

ومن المُلاحظ أن ميلاد هذا المبدأ قد تزامن مع رقابة الدولة على قانون يُنظم المسائل الاقتصادية من خلال تأميم العديد من الشركات الخاصة التي تعتبر استراتيجية في ذاتها. ولعل أصل وجود مبدأ حرية المشروعات يكمن في أنه جاء من أجل الإشراف على التنظيم الاقتصادي، ثم في وقتٍ لاحقٍ للحد منه، بل ومنعه.

وقد اعترف المجلس الدستوري لأول مرة بالقيمة الدستورية لمبدأ حرية المشروعات في قراره الصادر بتاريخ ١٦ يناير ١٩٨٢م، والذي فرض الرقابة على بعض أحكام قانون التأميم بشأن حكومة Pierre Mauroy، وفي هذا القرار قرر القاضي الدستوري استنادًا إلى نص المادتين (٢-١٧) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن والمتعلقتين بالحق في الملكية، وكذلك المادة (٤) المتعلقة بالحرية أن " الحرية بموجب المادة (٤) من الإعلان هي التي تتألف من القيام بكل فعلٍ بما لا يُلحق ضررًا بالآخرين، ولا يمكن صونها إذا فُرضت قيودًا تحكمية أو تعسفية على حرية المشروعات "[١].

= trouvera bon ; ..... »; **Voir**: Art. (٧) de la Loi du ٢-١٧ mars ١٧٩١ portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente.

(١) **Cons. Const.**, Décision n° ٨١-١٣٢ DC, ١٦ janv. ١٩٨٢, Loi de nationalisation, cons. ١٦.

ويبدو أن هذه الحرية تُستخدم بشكلٍ متكررٍ للحد من تدخل السلطات العامة في القطاع الاقتصادي الخاص، وذلك على الرغم من وجود بعض المبادئ بحكم طبيعتها ذات قيمةٍ دستورية مثل الحق في الصحة أو السكن اللائق، ومكافحة التهرب الضريبي، أو الحق في الحصول على عمل أو وظيفة، إلا أن المجلس الدستوري لم يُحددها بشكلٍ واضح لا بوصفها مبدأً ذا قيمةٍ دستورية، ولا حتى هدفًا ذا قيمة دستورية(١).

غير أن البعض كان قد شكك في تفوق إعلان حقوق الإنسان والمواطن (DDHC)، وفيما تضمنه من الحريات الفردية والخاصة على ما يسمى "بحقوق الجيل الثاني"(٢)، وهي " مطالبات الحقوق Droits Créances "، والتي تجسدت في أعقاب الحرب.

إلا أن المجلس الدستوري قضى بأنه " وحيث أنه على النقيض، فقد وافق الشعب الفرنسي في الاستفتاءين اللذين أُجريا في ١٣ أكتوبر ١٩٤٦م، وفي ٢٨ سبتمبر ١٩٥٨م على بعض النصوص التي تُضفي قيمةً دستوريةً على المبادئ

(١) فمنذ عام ١٩٨٣م اعتبر المجلس الدستوري أن " المشرع ملتزم بوضع القواعد المناسبة لضمان حق كل فرد في الحصول على فرصة عمل، بما يسمح بممارسة هذا الحق في العمل لأكبر عدد من الأشخاص المعنيين ". وللمزيد من التفاصيل، **انظر:**

Cons. Const., ٢٨ mai ١٩٨٣, Décision n° ٨٣-١٥٦ DC.

(٢) **انظر:** لاحقًا ص ١٩.

والحقوق المُعلنة في عام ١٧٨٩م؛ وفي الواقع، فإن ديباجة دستور عام ١٩٤٦م تؤكد بشكلٍ رسمي على حقوق وحريات الإنسان والمواطن المنصوص عليها في إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩م، وتميل فحسب إلى استكمالها من خلال صياغة المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية الضرورية بشكلٍ خاص في عصرنا. وأنه بموجب ديباجة دستور عام ١٩٥٨م، أعلن الشعب الفرنسي رسميًا تمسكه بحقوق الإنسان ومبادئ السيادة الوطنية على النحو الوارد في إعلان ١٧٨٩م الذي أكدته واستكملته ديباجة دستور عام ١٩٤٦ "[١].

وفي الواقع، يبدو أن المجلس الدستوري يُقلل من قيمة ديباجة الدستور

(١) « Considérant qu'au contraire, par les référendums du ١٣ octobre ١٩٤٦ et du ٢٨ septembre ١٩٥٨, le peuple français a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en ١٧٨٩ ; qu'en effet, le préambule de la Constitution de ١٩٤٦ réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de ١٧٨٩ et tend seulement à compléter ceux-ci par la formulation des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps ; que, aux termes du préambule de la Constitution de ١٩٥٨, le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de ١٧٨٩, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de ١٩٤٦ »; **Voir**: **Cons. Const.**, Décision n° ٨١-١٣٢ DC, ١٦ janvier ١٩٨٢, Loi de nationalisation.

الفرنسي لعام ١٩٤٦م مقارنةً بإعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م؛ حيث يعتبر أن الأول مُكمل للثاني فقط. وهذا ما تصوره القاضي الدستوري في حكمه الشهير في عام ١٩٨٢م في البند الخامس عشر منه بشأن التأميم.

الفرع الثاني

اقتران تطور حرية المشروعات بتطور أجيال الحقوق والحريات

يُقسم الفقهاء الحقوق الدستورية إلى ثلاثة أجيال[١]، وتتمثل في حقوق الجيل الأول: مثل حرية الحديث أو الاجتماع، وتكفل هذه الحقوق الحماية في مواجهة التدخل الحكومي، أما حقوق الجيل الثاني، فتشمل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، وتتطلب هذه الحقوق نشاطًا من جانب الحكومة لتنفيذها. وأخيرًا، حقوق الجيل الثالث، وتتطلب هذه الحقوق سلوكًا متعاونًا بين الجميع حتى تتسم هذه الحقوق بالفاعلية[٢].

---

(١) حيث يُمثل الجيل الأول: إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩م، أما الجيل الثاني فيمثل: ديباجة دستور ١٩٤٦م، وأخيرًا الجيل الثالث المتمثل في: ميثاق البيئة لعام ٢٠٠٥م.

(٢) **د/ وليد محمد الشناوي & المستشار الدكتور/ مصطفى صلاح الدين عبد السميع هلال**، نحو تكريس دستوري للحق في البيئة في الدستور المصري الجديد، بحث مقدم بالمؤتمر الدولي الرابع عشر لكلية الحقوق – جامعة المنصورة تحت عنوان " مستقبل =

وكما رأينا، أن حرية المشروعات التي يربطها القاضي الدستوري الفرنسي ارتباطًا مباشرًا بإعلان حقوق الإنسان والمواطن، قد مُنحت نظامًا وقائيًا للغاية؛ نظرًا لاستنادها للأساس الدستوري اللازم لحمايتها بشكلٍ فعال.

وإذا كانت حقوق وحريات الجيل الأول – إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩م – تتمتع بمركز دستوري مُلائم نسبيًا، فيثور التساؤل بشأن إمكانية دسترة "الجمهورية الاجتماعية"، ومع ذلك فهي تجد أساسها في المادة الأولى من دستور ١٩٥٨م، والتي تُشكل بالنسبة للبعض "الهوية الدستورية"(١) لفرنسا. وعلى الرغم من أن المجلس الدستوري يجمع بين الحقوق والحريات في إطار معياري واحد، من حيث الأجيال الأولى والثانية والثالثة – المتمثلة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩م، وديباجة دستور ١٩٤٦م، وميثاق البيئة لعام ٢٠٠٥م– إلا أنه في الممارسة العملية يُعارض مختلف أجيال القانون.

=

النظام الدستوري للبلاد "، المنعقد في كلية الحقوق – جامعة المنصورة، في الفترة من ١٧ : ١٨ أبريل ٢٠١٢م، ص ١٠.

(١) ويمكن تعريف الجمهورية الاجتماعية من مفهوم متميز وفقًا لمفهوم Sozialstaat في القانون الألماني، الذي يُتيح "الربط بين الحقوق والواجبات في المجالين الاقتصادي والاجتماعي، وكذلك في المجال البيئي". **انظر:**

LAURÉLINE (F.), ALAIN (S.), « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction sociale ? », Droit social, sep. ٢٠١٧, n° ٩, p. ٧٥٤ et sui.

ويجوز للقاضي الدستوري الفرنسي أن يسمح بالتجاوز في بعض الحقوق والحريات الأساسية؛ وذلك حينما يتم التذرع بالمبادئ المقررة في ديباجة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦م، مثل الحق في حماية الصحة أو الحق في سكن لائق.

وبوجهٍ عام، يبدو من السوابق القضائية التي وضعها المجلس الدستوري أنها تسعى نحو التوفيق بين حقوق وحريات الجيل الأول وغيره، دون أن يُشكل ذلك "انتهاك غير متناسب" للحريات الأساسية، وفي مقدمتها "حرية المشروعات"، حيث ذهب المجلس إلى أنه من أجل وضع قواعد تكفل حماية أفضل للعاملين أو الموظفين، نصت الفقرة الخامسة من ديباجة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦م على حق كل فرد في الحصول على عمل، ويجوز فرض بعض القيود المتعلقة بهذا المطلب الدستوري، شريطة ألا ينتج عن ذلك ضررًا غير متناسبٍ مع الهدف المنشود(١).

ومن الجدير بالذكر أن المجلس الدستوري قد حدد في صياغةٍ مبدئية شروط الرقابة على التناسب في قراره الصادر بتاريخ ١٦ يناير ٢٠٠١م، حيث قضى بأنه " يجوز للمشرع فرض قيودٍ على حرية المشروعات، المستمدة من المادة (٤) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م، والتي ترتبط بمتطلباتٍ دستورية أو لاعتبارات المصلحة العامة، شريطة ألا يؤدي هذا إلى ضررٍ غير مُتناسبٍ مع

(١) **Cons. Const.**, Décision n° ٢٠٠١-٤٥٥ DC, ١٢ janv. ٢٠٠٢, Loi de modernisation sociale, cons. ٤٦.

الهدف المنشود ". ونتيجةً لذلك، رأى المجلس الدستوري أن حرية المشروعات قد تكون مُقيدة بمتطلباتٍ دستورية أو لاعتبارات المصلحة العامة(١).

وفي الواقع، فإن المجلس الدستوري – عادةً – يكون أكثر يقظةً عندما يتعلق الأمر بحماية الحقوق والحريات الواردة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن (DDHC)بشكلٍ أكبر من الحقوق الناتجة عن ديباجة دستور عام ١٩٤٦م، وبالتالي، فإن العديد من هذه الحقوق، مثل الحق في الصحة، والحق في السكن، وكذلك أحكام الفقرتين (١٠-١١) من الديباجة ليست سوى "أهداف ذات قيمةٍ دستورية"، لها قيمة أقل مقارنةً بالمبادئ الأساسية المُعترف بها بموجب قوانين الجمهورية(٢) أو المبادئ الدستورية(٣).

وقد ذهب بعض الفقه إلى أن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية لا تشكل فئةً متجانسةً، ولا يمكن أن تخضع لرقابة واسعة النطاق(٤). وستكون هناك فئتان من

(٢) **Cons. Const.**, Décision n° ٢٠٠٠-٤٣٩ DC, ١٦ janv. ٢٠٠١, Loi relative à l'archéologie préventive.

(١) Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR).

(٣) **Cons. Const.**, « Le contrôle de constitutionnalité des normes juridiques par le Conseil constitutionnel », rapport présenté par la délégation française à la VIIe conférence des Cours constitutionnelles européennes, Lisbonne, ٢٦-٣٠ avril ١٩٨٧, Revue française de droit administratif, ١٩٨٧, p. ٨٥١.

(٤) **LAURENCE (G.)**, Les "droits-créances" constitutionnels, =

الحقوق: أولهما، مطالبات الحقوق. وثانيهما، أهداف ذات قيمةٍ دستوريةٍ، والتي ستكون بمثابة إرشادات وتوجيهات أكثر للمشرع. ولم يرى القاضي الدستوري أنه من المناسب تكريس جميع الحقوق بوصفها أهدافًا ذات قيمة دستورية، وذلك باستثناء حماية الصحة العامة[١] أو الحصول على سكنٍ لائقٍ[٢].

ولقد ترتب على منح مثل هذا الوصف لهذه الحقوق إضعاف نطاقها، وذلك على الرغم من التأكيد المستمر على مستواها الدستوري. ويجب اعتبارها أنها ليست ذات طابعٍ مطلق، وليست ذات تطبيقٍ مباشرٍ، كما أنها ليست موجهةً للأفراد، بل إلى المشرع الذي يضع بالنسبة لهم الالتزاماتِ المعلقة بالوسائل وليس بالنتيجة[٣].

ولهذا تندرج الحقوق الاقتصادية والاجتماعية في طائفة الجيل الثاني من

= Bruxelles, Bruylant, « Collection de droit public comparé et européen », ٢٠٠٧, p. ٨٢٦.

(١) **Cons. Const.**, Décision n° ٢٠١٢-٢٤٨ QPC, ١٦ mai ٢٠١٢, M. Mathieu E., cons. ٦.

(١) **Cons. Const.**, Décision n° ٩٤-٣٥٩ DC, ١٩ janv. ١٩٩٥, Loi relative à la diversité de l'habitat, cons. ٧.

(٢) **PIERRE (M.)**, « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », conférence donnée en : ٢٩ sep. – ٢ oct. ٢٠٠٥ à Erevan, Arménie, p. ٣ et sui.; **Voir** :

http://constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/٢٠٠٥١٠٠١erevan.pdf, ١٨-٦-٢٠٢١.

الحقوق الدستورية[١]، ولعل هذا هو ما يكشف عن ضعف الحماية المكفولة لها مقارنةً بحقوق الجيل الأول، والتي تُوصف الأولى بأنها حقوق إيجابية؛ وذلك إنطلاقًا مما يستوجبه إنفاذها من فرض التزامات على الدولة، وذلك في مجال

(١) وفي الواقع، كانت هناك محاولة في بلجيكا لإدراج حرية المشروعات ضمن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المنصوص عليها في المادة ٢٣ من الدستور البلجيكي، ولكن هذا الاقتراح البرلماني لم ينجح. وبالتالي، فإن أساس حرية المشروعات في القانون الوضعي البلجيكي ظل تشريعيًا، ويتم استنتاجه بشكلٍ أساسي من المادة (٧) من مرسوم ألارد، الذي تم استبداله الآن بالمادتين (II.٣ – II.٤) من القانون الاقتصادي. **انظر:**

HERBIET (M.) et **DURVIAUX (A.-L.)**, Droit public économique, Bruges, La Charte, ٢٠٠٨, p. ١٤; **QUERTAINMONT (PH.)**, Droit public économique, L'interventionnisme économique des pouvoirs publics, Waterloo, Kluwer, ٢٠٠٧, p. ٤٧; **NIHOUL (P.)**, «L'intervention des pouvoirs publics dans l'économie et la liberté d'entreprendre», in Liberae Cogitationes. Liber amicorum Marc Bossuyt, Cambridge, Intersentia, ٢٠١٣, p. ٤٤٩; **YERNAULT (D.)**, L'État et la propriété – Le droit public économique par son histoire (١٨٣٠-٢٠١٢), Bruxelles, Bruylant, ٢٠١٣, p. ٢٠٧.

وتؤكد الوثائق البرلمانية لقانون ٢٨ فبراير ٢٠١٣م أن "إدراج [المادة II.٣] في القانون لن يُضفي عليها صفة الحق الأساسي؛ لأن مكان هذه القاعدة في التسلسل الهرمي للقواعد هو لقانون عادي مع جميع العيوب المتأصلة فيه، ومن بينها، بشكلٍ أساسي، حقيقة أنه لا توجد عقبة (بموجب القانون الوطني) تحول دون التقيد بنص المادة (II.٢) من القانون بموجب نص قانوني محدد "، ويسرد هذا النص أهداف التقنين، من بينها ضمان حرية المشروعات؛ **انظر:**

Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. ٢٠١٢-٢٠١٣, n° ٢٥٤٣/١, p. ٢٣.

المقابلة بينها وبين حقوق الجيل الأول، والتي تفرض على الدولة التزام بعدم التدخل فيها، ولذلك وُصفت الأخيرة بأنها حقوق سلبية كالحقوق المدنية والسياسية(١).

وفي الحالات التي قد تؤدي إلى انتهاك حقوق العمال وحرياتهم، يكتفي المجلس الدستوري بالتحقق مما إذا كانت الوسائل المُطبقة من شأنها أن تحقق الهدف المنشود(٢). ولذلك، فإن إمكانية التقاضي بشأن هذا النوع من الحقوق الأساسية يكون نادرًا.

وبذلك، تبدو بعض التساؤلات في هذا الصدد مُثيرةً للاهتمام، فإذا كان يوجد تدرج هرمي بين مختلف أجيال القانون، فهل يجب أن يُنظر إلى هذا على أنه تقييم سياسي لمراقبة التناسب؟ وبتكريس حرية المشروعات، أليست حقوق أصحاب العمل هي التي تتمتع بامتيازاتٍ على حساب العمال؟ وماذا عن حماية مفهوم "الجمهورية الاجتماعية"، الذي يُشكل الهوية الدستورية لفرنسا، ومعها مفاهيم

---

(١) **د/ وليد محمد الشناوي & المستشار الدكتور/ مصطفى صلاح الدين عبد السميع هلال**، الحماية الدستورية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية "دراسة مقارنة"، بحث مقدم بالمؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الحقوق – جامعة المنصورة تحت عنوان " مصر وعالمنا العربي – التحديات القانونية والأبعاد الاقتصادية "، المنعقد في كلية الحقوق – جامعة المنصورة، في الفترة من ٥ : ٦ مايو ٢٠١٥م، ص ٢ – ٣.

(١) **Cons. Const.**, Décision n° ٢٠١٨-٧٦١ DC, ٢١ mars ٢٠١٨, Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° ٢٠١٧-١٣٤٠ du ١٥ sep. ٢٠١٧ d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

التضامن والديمقراطية الاقتصادية والأخوة؟

وللإجابة على هذه التساؤلات يرى بعض الفقه أن المجلس الدستوري يبرر قراراته دائمًا باللجوء إلى "مبدأ التناسب": ويتلخص أسلوبه في النظر إلى حقوق "الجيل الثاني" الواردة في ديباجة دستور ١٩٤٦م بوصفها استثناءاتٍ، وكذلك باعتبارها تفسيرًا تقييديًا للحريات الاقتصادية للشركات، وهو ما يستخلصه المجلس الدستوري من حقوق "الجيل الأول" الواردة في إعلان عام ١٧٨٩م، والتي من بينها (الحق في الملكية وحرية التعاقد وحرية المشروعات). وعلى أساس التناقض المفترض بين الحقوق "الاقتصادية" والحقوق "الاجتماعية" ، يكفي الإشارة إلى مبدأ التناسب لتحقيق التوازن بين بعضهما البعض، واتخاذ قرار سيادي بفرض رقابة على النصوص التشريعية التي قد تمثل في الواقع "انتهاكًا غير متناسبًا atteinte disproportionnée" للحريات الاقتصادية(١).

ويُلاحظ أن المجلس يحمي بقوة الحريات الواردة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن، بينما يمكن اعتبارها حماية ضعيفة للمبادئ الواردة في ديباجة دستور عام ١٩٤٦م. كما يمكن ملاحظة أنه لا توجد إشارة إلى "الحقوق" أو "الحريات" لتحديد محتويات ديباجة دستور عام ١٩٤٦م، بل أنها ذكرت بصورةٍ أكثر دقة بعض المبادئ أو الأهداف.

(١)**LAURELINE (F.), ALAIN (S.)**, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction sociale ? », Op. Cit.

ومنذ عام ٢٠٠٠م، كان هناك انطباع بأن المجلس الدستوري يبذل قصارى جهده عندما يكون هناك انتهاكًا مفترضًا لحرية المشروعات، وبشكلٍ أعم اعتداءً على الحق في الملكية. أو على النقيض من ذلك، فهو لا يبذل ما في وسعه حينما تشدد بعض القوانين الفروق في المعاملة بين العمال. وعلى سبيل المثال حظر العمل يوم الأحد(١)، أو أنه يعكس التسلسل الهرمي للقواعد في قانون العمل(٢).

(١) **Cons. Const.**, Décision n° ٢٠٠٩-٥٨٨ DC, ٦ août ٢٠٠٩, Loi réaffirmant le principe du repos dominical.

(٢) ويخضع التسلسل الهرمي للقواعد في قانون العمل لمبدأين يجب الجمع بينهما: أولًا، مبدأ النظام العام الاجتماعي، وهو ما يعني أنه عندما يتزاحم نصان في ذات المجال ، يكون من المناسب تطبيق النص الأكثر ملاءمة للعامل. ثانيًا، يجب أن تكون المعاهدات أو الاتفاقات الجماعية متوافقة مع تلك ذات المستويات الأعلى منها سواء (جغرافية أو مهنية). ولمزيد من التفاصيل بشأن أحكام المجلس الدستوري فيما يتعلق التسلسل الهرمي للقواعد في قانون العمل، **انظر**:

Cons. Const., Décision n° ٢٠١٣-٦٧٢ DC, ١٣ juin ٢٠١٣, Loi relative à la sécurisation de l'emploi ; Cons. Const., Décision n° ٢٠١٦-٧٣٦ DC, ٤ août ٢٠١٦, Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

ووفقًا لتعبير الفقيه الفرنسي جون ريفيرو، أن المجلس الدستوري يعطي الانطباع بأنه يقوم بتصفية البعوض ليترك الجِمال تسير بشكلٍ أفضل.

"le Conseil constitutionnel donne l'impression qu'il filtre les moustiques pour mieux laisser passer les chameaux"; **JEAN (R.)**,

=

كما ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى أنه " وحيث إن الدستور قد كفل في المادتين (١٢، ١٣) منه حق العمل والحفاظ على حقوق العمال، ومن ثم فلا يجوز للدولة أن تعطل جوهرها، ولا أن تتخذ من حمايتها للعامل موطئا لإهدار حقوق يملكها، وعلى الأخص تلك التي تتصل بالأوضاع التي ينبغي أن يمارس العمل فيها، ويندرج تحتها الحق في الإجازة السنوية التي لا يجوز لجهة العمل أن تحجبها عن عامل يستحقها، وإلا كان ذلك منها عدوانا على صحته البدنية والنفسية، وإخلالا بأحد التزاماتها الجوهرية التي لا يجوز للعامل بدوره أن يتسامح فيها، ونكولا عن الحدود المنطقية التي ينبغي وفقا للدستور أن تكون إطارا لحق العمل "[١].

وبذلك تُعد حرية المشروعات حرية ضرورية لعصرنا، من أجل حسن سير اقتصاد السوق. ومع ذلك، يبدو أن الحماية التي منحها القاضي الدستوري لحرية المشروعات قد جاءت مُفرطة. وباسم هذه الحرية، أصبحت تُستبعد وتخفف الحريات والحقوق الأخرى التي كرسها القاضي. وهذه الحرية كان قد تم حشدها في سياق بعض القرارات المتعلقة بالمجالين الاقتصادي والاجتماعي، وغالبًا ما تُفيد

=

«Filtrer le moustique et laisser passer le chameau ? », Actualité juridique du droit administratif, paris, ١٩٨١, p. ٢٧٥.

(١) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٣-١١-٢٠١٨م، القضية رقم (٢٧) لسنة (٣٧) ق. دستورية، ص ٧١.

أصحاب العمل ورجال الأعمال والشركات والمصالح الخاصة. ويبدو أثر ذلك واضحًا على حقوق العاملين، وتنظيم الدولة للاقتصاد، فضلًا عن آليات التضامن.

وقد تلاحظ وجود أكثر من تكريس وحماية بشكلٍ متزايدٍ لحرية المشروعات منذ الثمانينيات، حيث يكمن الجدل في التوفيق بين مختلف أجيال القانون. فعندما توجد عدة حقوق وحريات متوازنة، فإن المنطق القانوني يُفسح المجال لحكم حتمي يستند إلى القيم والمعتقدات. وهكذا، يُشير بعض الفقه إلى أن القاضي الدستوري كان بإمكانه أن يضع تفسيرًا اجتماعيًا أكثر وضوحًا فيما يتعلق بمفهوم الملكية، لكنه فضل تفسيرًا ليبراليًا – بالمعنى الاقتصادي للمصطلح – لإعلان حقوق الإنسان والمواطن(١).

وهذا المفهوم أيضًا ينطبق على مبدأ حرية المشروعات. ومع ذلك، سيكون من الخطأ الاعتقاد بأنه غير قابل للتغيير. بل على العكس من ذلك، فإنه يعتمد على عديد من العوامل القانونية التي تؤثر على أيديولوجية المجلس الدستوري، والتي قد تدفعه إلى إعادة النظر في اجتهاده القضائي إزاء هذا المبدأ الدستوري.

(١) **GUILLAUME (D.)**, « Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture », Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, n° ٩, ٢٠١١, p. ٣٧.

المطلب الرابع

مبدأ حرية المشروعات والدستور الاقتصادي

إن الحديث بشأن علاقة الدستور الاقتصادي بمبدأ حرية المشروعات يُثير نوعًا من التردد، ناهيك عن الشك بشأن تلك العلاقة؛ نظرًا لأن حرية المشروعات تعد الإطار العام لممارسة النشاط الاقتصادي، والذي يبدو في عمل الأفراد بوصفهم فاعلين اقتصاديين بمنطق السوق، بينما يهدف الدستور إلى تنظيم العلاقات بين السلطات العامة للدولة، من منظور ديمقراطي(١). فضلًا عن حماية الحقوق والحريات العامة، والتي من بينها الحريات الاقتصادية، وفي مقدمة هذه الحريات تأتي حرية المشروعات.

وفي أعقاب تطور العملية الدستورية، أي العملية التي بموجبها يؤسس دستور الدولة جميع قطاعات الحياة، ولا سيما في مجال "الاقتصاد". وعلى هذا النحو، تم تطوير مفهوم "الدستور الاقتصادي" من قبل الفقه لتبدو هذه الدستورية المُتزايدة أكثر وضوحًا في المجال الاقتصادي. وهذا التطور الدستوري كشف – في

(١) **POIRMEUR (Y.), ROSENBERG (D.)**, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », in D. Lochak (dir.), Les usages sociaux du droit, P.U.F., ١٩٨٩, p. ٢٣٠ ; **ROUSSEAU (D.)**, « Constitutionnalisme et démocratie », La vie des idées, ٢٠٠٨, http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html, ٥-٧-٢٠٢١.

الوقت ذاته – عن حتمية العلاقة بين النصوص الدستورية، ودورها في الحفاظ على الهوية الاقتصادية للدولة، فضلًا عن بيان المقومات الأساسية في المجال الاقتصادي[١].

وفي إطار حماية الحقوق الأساسية للاقتصاد، يعتبر المجلس الدستوري ضامنًا لحرية المشروعات. وفي هذا الصدد، فقد أكد قراره الصادر في ١٦ يناير ١٩٨٢م على القيمة الدستورية لمبدأ حرية المشروعات، مما مكّن الجمهورية الفرنسية الخامسة من تبني "دستور اقتصادي"[٢].

وبذلك يمكن القول أنه أصبح يوجد الآن اعتراف واسع النطاق بالمبادئ الأخرى الخاصة بالقانون العام الاقتصادي ومنها: حرية التجارة والصناعة[٣]، والمنافسة الحرة[٤]. كما ترتب على التعديل الأخير بشأن المسألة الدستورية الأولية (QPC)تعميق عملية دسترة الاقتصاد من خلال السماح للشركات بالوصول

---

(١) **MBONGO (V.-P.)**, « La neutralité économique de la Constitution à l'ère de l'intégration européenne et de la globalisation, L.P.A., ٢٠٠٩, p. ٧٩-٨٠.

(٢) **Cons. Const.**, ١٦ janv. ١٩٨٢, n° ٨١-١٣٢ DC, Rec. Cons. Const. p. ١٨, consid. ١٦.

(٣) **Cons. Const.**, ١٧ juill. ٢٠٠٣, n° ٢٠٠٣-٤٧٤ DC, Rec. Cons. Const. p. ٣٨٩, consid. ٣, D. ٢٠٠٤. ١٢٧٢, obs. O. Le Bot

(٤) **Cons. Const.**, ١١ juill. ٢٠٠١, n° ٢٠٠١-٤٥٠ DC, Rec. Cons. Const. p. ٨٢, consid. ١٠, D. ٢٠٠٢. ١٩٤٩, obs. D. Ribes

مباشرة بالطعون الفردية إلى المجلس الدستوري للدفاع عن حقوقهم وحرياتهم[١].

وبذلك أصبح الوصول إلى النشاط الاقتصادي وحمايته أثناء ممارسته محميًا الآن من الناحية الدستورية بموجب المبدأ الدستوري لحرية المشروعات[٢]. وقد أشار المجلس الدستوري إلى أن حرية المشروعات لا تشمل فقط حرية الوصول إلى مهنة أو نشاط اقتصادي، إنما تشمل أيضًا حرية ممارسة هذه المهنة أو ذلك النشاط[٣].

وعلاوةً على ذلك، فقد أدرج المجلس تدريجيًا حرية التجارة والصناعة في الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨م. بوصفها ذات طبيعة دستورية، وبتاريخ ١٧ يوليو ٢٠٠٣م قضى المجلس الدستوري بدستورية الالتزام بنظام الترخيص المُسبق

---

(١) **ROUSSEAU (D.)**, « La QPC ou l'argument du droit des affaires dans le droit des affaires », Bull. Joly ٢٠١٠, n° ٣, p. ٢١٦; V. égal., **LACHIEZE (C.), ROUSSILLE (M.)**, (dir.), « QPC et droit des affaires : premiers regards », L.P.A., ٢٠١١, p. ٧١.

ولمزيد من التفاصيل بشأن الطعون الفردية أمام المجلس الدستوري، **انظر: د/ وليد محمد الشناوي**، الطعون الدستورية الفردية "دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة"، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٩م، ص ٣ وما بعدها.

(٢) **Cons. Const.**, ٩ oct. ٢٠١٣, n° ٢٠١٣-٦٧٦ DC, Rec. Cons. Const. p. ٩٧٢, consid. ٢٤, A.J.D.A., ٢٠١٣, p. ١٩٤٢.

(٣) **Cons. Const.**, ٣٠ nov. ٢٠١٢, n° ٢٠١٢-٢٨٥ QPC, Rec. Cons. Const. p. ٦٣٦, consid. ٧, A.J.D.A., ٢٠١٢, p. ٢٣٠١.

لمبيعات التجزئة في قطاع توزيع المواد الغذائية[١].

وهكذا فإن استخدام حرية التجارة والصناعة على هذا النحو قد مكّن المجلس من تطوير الرقابة على التركيزات الاقتصادية. وبعد عشر سنوات، وفي ذات المسألة المتعلقة بالالتزام بالترخيص المُسبق في الأمور التجارية، اعتمد المجلس الدستوري فقط على مبدأ حرية المشروعات، ويُفهم من ذلك أن حرية التجارة والصناعة أصبحت إحدى مكونات المبدأ الدستوري لحرية المشروعات[٢]. والتي يرى فيها بعض الفقه أنها تعد حرية ذات طابعٍ عام وشامل، بما في ذلك حرية التجارة والصناعة، والحرية المهنية، وحرية المنافسة[٣] .

---

(١) يتعلق هذا النظام بأقاليم ما وراء البحار؛ حيث أصبح الترخيص المُسبق إلزاميًا لمناطق البيع التي تزيد مساحتها عن ٣٠٠ متر مربع. وكان الهدف الأساسي لمثل هذا الإجراء هو الحد من تأثير هياكل التوزيع الكبيرة على المتاجر المحلية. ولمزيد من التفاصيل، **انظر:**

Cons. Const., ١٧ juill. ٢٠٠٣, n° ٢٠٠٣-٤٧٤ DC, Rec. Cons. Const. p. ٣٨٩, consid. ٣.

(٢) **Cons. Const.**, ١er oct. ٢٠١٣, n° ٢٠١٣-٣-LP, Rec. Cons. Const. p. ٩٥١, consid. ٥, A.J.D.A., ٢٠١٣, p. ٢٤٩٩; V. égal., **BRAMARET (S.)**, « À propos de la valeur constitutionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie », Lamy Concurrence, ٢٠١٤, n° ٣٨, p. ٩٢.

(٣) « caractère général et englobant comprenant liberté de commerce et de l’industrie, liberté professionnelle, liberté de la concurrence »; **Voir: GUILLAUME (D.)**, « La liberté d’entreprendre », =

وفي الواقع، تعد حرية المشروعات أيضًا جزءًا من "الحقوق الأساسية الاقتصادية"، والتي تم اكتشافها والاعتراف بها من قِبل القاضي الدستوري سواء كان ذلك بموجب المبادئ الأساسية المُعترف بها في قوانين الجمهورية (PFRLR)[١] أو بموجب التفسير واسع النطاق للنصوص الواردة في إعلان حقوق الانسان والمواطن أو تلك الواردة في ديباجة دستور عام ١٩٤٦م، ويبدو أن هذه الحقوق الأساسية الاقتصادية لم تولد مع الدستور، ولكنها نتجت – في بعض الآحيان – عن تشريعاتٍ متباينةٍ كانت تهدف إلى تنظيم النشاط الاقتصادي، ثم العمل على تحريره[٢].

وترتيبًا على ذلك، فإن حرية المشروعات تعد إحدى الحقوق الأساسية الاقتصادية المُستمدة من القانون العام، الذي وضع – وفقًا لرأي البعض – دستورًا اقتصاديًا حقيقيًا[٣]. ومن ثم، فإن حرية المشروعات تمثل إحدى الموضوعات

=

Commentaire, ٢٠١٥/٢, n°١٥٠, p. ٣٩٨.

(١) Principes Fondamentaux Reconnus par Les Lois de la République (P.F.R.L.R.).

(٣)**GUILLAUME (D.)**, « Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture », Op. Cit., p. ٣٢.

(١) **LIONEL (Z.)**, « Le concept de constitution économique : une analyse critique », Jus Politicum, n° ٢١.

http://juspoliticum.com/article/Le-concept-de-constitution-economique-Une-analyse-critique-١٢٣١.html, ١٦-٧-٢٠٢١.

الجوهرية التي يقوم عليها مفهوم الدستور الاقتصادي، وبذلك تبدو العلاقة متماسكة ومترابطة بشكلٍ كبير بين الدستور الاقتصادي ومبدأ حرية المشروعات باعتباره الإطار العام لممارسة حرية النشاط الاقتصادي والمهني.

واهتداءً بما تقدم، يتضح جليًا أن المجلس الدستوري الفرنسي قد ساهم بدورٍ أكثر فعالية في إرساء المبدأ الدستوري لحرية المشروعات، والذي أصبح إحدى الركائز التي يستند إليها القاضي الدستوري في حمايته لمختلف الحقوق والحريات الاقتصادية.

المبحث الثاني

التكريس الدستوري لمبدأ حرية المشروعات

تمهيد وتقسيم:

إن حرية المشروعات تجد صداها في جميع اتجاهات الواقع السياسي والاقتصادي، وفي مختلف مسائل القانون. ولذلك يلزم الحذر من الإفراط في استخدامها أو في اعتبارها سندًا دستوريًا لحماية حرياتٍ أخرى. وفي الواقع، فإن الأمر الأكثر حكمة هو عدم التمسك بتعريفٍ صارمٍ لحرية المشروعات، ولكن إلى الفكرة التي يبدو أن المحاكم تمتلكها، عندما تستخدمها كدليل على الأنشطة الاقتصادية وكقيد للأنشطة الاقتصادية الأخرى. ومن ناحيةٍ أخرى، فبينما تخضع حرية المشروعات للعديد من القيود التشريعية واللائحية، شأنها شأن أي حرية، فإن هذه القيود أكبر بكثيرٍ من تلك التي تعاني منها معظم الحريات الأخرى.

وترتيبًا على ما تقدم، فقد رأينا تقسيم دراستنا في هذا الموضوع على النحو التالي:

المطلب الأول: اعتراف المشرع الدستوري بمبدأ حرية المشروعات.

المطلب الثاني: اعتراف المجلس الدستوري بمبدأ حرية المشروعات.

المطلب الثالث: موقف الفقه من الأساس الدستوري لمبدأ حرية المشروعات.

المطلب الأول

اعتراف المشرع الدستوري بمبدأ حرية المشروعات

إن اعتراف المشرع الدستوري بمبدأ حرية المشروعات لم يكن اعترافًا صريحًا، وإنما كان اعترافًا ضمنيًا[١]؛ انطلاقًا من الاعتراف بالقيمة الدستورية لمبدأ حرية التجارة والصناعةla liberté du commerce et de l'industrie ، وقد ظهر هذا المبدأ في فرنسا لتكريس حرية الأفراد في ممارسة أي نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي، وحرية الأشخاص في إنشاء أي مؤسسة في مختلف النشاطات، بشرط مراعاة قوانين التجارة والضبط الاقتصادي، وعدم تدخل الدولة مبدئيًا في ممارسة النشاط الاقتصادي.

(١) ففي ظل عدم وجود تكريس دستوري وقيمة تشريعية، فإن حرية المشروعات على هذا النحو، تصبح غير مضمونة دستوريًا. وباستثناء إسبانيا وألمانيا والبرتغال، لم يُدرج أي محتوى أوروبي حرية المشروعات ضمن الحريات الأساسية. **انظر:**
HERBIET (M.) et **DURVIAUX (A.-L.)**, Op. Cit., p. ١٧٩ -١٨٠; **NIHOUL (P.)**, Op. Cit., p. ٤٥٢.
أما في فرنسا، فعلى الرغم من أن حرية المشروعات لم تظهر في أي نص دستوري، إلا أن المجلس الدستوري كان قد ذهب إلى أنه يمكن أن تُستنتج من مضمون المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م؛ **انظر:**
FELDMAN (J.-PH.), « Le Conseil constitutionnel et la liberté d'entreprendre », R.T.D.H., ٢٠٠٢, p. ١٠٩١; commentant la décision du Conseil constitutionnel du ١٢ janvier ٢٠٠٢, n° ٢٠٠١-٤٥٥ DC.

فمنذ ١٧٨٩م، أعلنت الثورة الفرنسية مبدأ حرية التجارة والصناعة. وهذا المبدأ لم يكن مكرسًا في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر بتاريخ ٢٦ أغسطس ١٧٨٩م، والذي كان يتعلق أساسًا بالحقوق السياسية. وكان قد تم الإعلان عن هذا المبدأ بموجب القانون الصادر في ٢-١٧ مارس ١٧٩١م، والمعروف باسم "مرسوم ألارد Allarde"، وهو قانون ضريبي ينص على فرض ضريبة على المهن التجارية(١).

بيد أن الصيغة التي استخدمها القانون سالف الذكر قد جاءت واسعةً للغاية وتتجاوز كثيرًا غرضها المباشر؛ حيث نصت على أنه " اعتبارًا من أول أبريل المقبل، يكون من الحرية لأي شخص أن يتاجر أو يمارس أي نشاط أو فن أو تجارة يراها مناسبة؛ ولكن يتعين عليه أن يحصل مسبقًا على ترخيص، وأن يدفع الثمن وفقًا للأسعار المحددة فيما بعد، وأن يمتثل للوائح الضبط التي تصدر أو يمكن أن تصدر "(٢).

---

(١) **CLAMOUR (G.)** et **GAHDOUN (P.-Y.)**, Répertoire de droit commercial " la liberté du commerce et de l'industrie ", Dalloz, Paris, Fév. ٢٠١٩, n° ٢.

(٢) « À compter du ١er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire négoce ou d'exercer telle activité, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix d'après les taux ci-après déterminés, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits =

ومن المُحتمل أن واضعي إعلان حقوق الإنسان والمواطن قد اعتقدوا أن مبدأ حرية التجارة والصناعة أُعلن بالفعل في عام ١٧٧٦م، وأنه ليس ضروريًا بالتالي التذكير به مرةً أخرى. ومن الممكن أيضًا أن تكون الليبرالية الاقتصادية مرتبطة بالنسبة لهم ارتباطًا شديدًا بالليبرالية السياسية، بحيث أن وجود مبدأ يعبر عن ذلك يمثل أمرًا بديهيًا. وفي هذه الحالة، ستكون حرية التجارة والصناعة مكرسة ضمنيًا في إعلان حقوق الإنسان والمواطن.

ولكن تبين أنه في حين أن النص قد التزم الصمت بشأن هذه المسألة، إلا أن روح الإعلان تظهر إرادة الأطراف في تكريس "حرية المشروعات وبالتالي حرية التجارة والصناعة"[١]. وهكذا، قدم Lafayette في ١١ يوليه ١٧٨٩م مشروع إعلان تضمن حرية كل إنسان في السيطرة الكاملة على صناعته. وفي ٢٠ – ٢١ يوليه ١٧٨٩م قدم Sieyès مشروعًا يتضمن (٣٢) مادة، من بينها نص على أن: " كل مواطن يتمتع بنفس الحرية في استخدام صناعته ورأس ماله، كما يراه ملائمًا ومفيدًا لنفسه. فلا يوجد نوع من العمل محظورًا عليه. فهو يصنع وينتج ما يشاء،

=

»; **Voir**: Art. (٧) de la loi du ١٧ mars ١٧٩١ portant suspension de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente.

(١) **MESTRE (J.-L.)**, Op. Cit., p. ١; **Voir** égal. **DELVOLVE (V.)**, La liberté d'entreprendre, Thèse, Paris II - Panthéon-Assas, ٢٠٠٢, p. ٥١٦ et sui.

وكما يشاء؛ ويجوز له الاحتفاظ بأي نوع من البضائع ونقلها كما يراه مناسبًا، وبيعها بالجملة أو بالتجزئة.... "[١].

وقد تناولت العديد من مشروعات القوانين والتعديلات المختلفة نفس الأفكار بشكلٍ أو بآخر؛ ففي ١٧ أغسطس ١٧٨٩م عرض Mirabeau مشروعًا يشمل حق كل مواطن في التملك، والحيازة، والتصنيع، والتجارة، واستعمال وصناعة والتصرف في ممتلكاته حسب ما يراه مناسبًا. ويمكن للقانون وحده أن يجري تعديلاتٍ على تلك الحرية من أجل الصالح العام "[٢]. كما كرس مشروع " Target" الذي قدم في نهاية يوليه ١٧٨٩م حرية كل إنسانٍ في "استخدام ثروته وصناعته كما يرى، بشرطٍ وحيد، هو عدم الإضرار بأحد"[٣].

وحتى اعتماد النص النهائي، كان يتم تقديم مقترحات واقتراحات مضادة،

(١) « Tout citoyen est pareillement libre d'employer ses bras, son industrie et ses capitaux, ainsi qu'il le juge bon et utile à lui-même. Nul genre de travail ne lui est interdit. Il peut fabriquer et produire ce qui lui plaît, et comme il lui plaît ; il peut garder et transporter à son gré toute espèce de marchandises, et les vendre en gros ou en détail… »

(٢) « d'acquérir, de posséder, de fabriquer, de faire le commerce , d'employer ses facultés et son industrie et de disposer à son gré de ses propriétés. La loi seule peut apporter des modifications à cette liberté pour l'intérêt général ».

(٣) « d'user de sa fortune et de son industrie, comme il le juge à propos, sous l'unique condition de ne nuire à personne ».

دون تلقي أي اعتراض. وعلى هذا فإذا لم تكن حرية التجارة قد أُدرجت في النص المعتمد، فمن الواضح أن ذلك ليس بسبب الرفض، بل لأن المواد المعتمدة واحدة تلو الأخرى تُشكل موادً موجزةً؛ ويشير كثيرون بصورةٍ مباشرة أو غير مباشرة إلى حرية التجارة والصناعة. وعلاوة على ذلك، عندما طلب "ألارد Allarde" في بداية عام ١٧٩١م أسسًا لتكريس هذه الحرية صراحةً، فهو يبين لهم أن هذا التكريس ما هو إلا استمرار للمبادئ التي كرسوها بالفعل(١).

ويبدو أن إعلان حقوق الإنسان والمواطن قد استجاب مع دستور ٢٤ يونيه ١٧٩٣م جزئيًا لهذا الطلب؛ حيث نصت المادة (١٧) منه على أنه "لا يجوز منع أي نوع من العمل أو الثقافة أو التجارة، ولا يمكن حظر صناعة المواطنين"(٢).

ومع دستور ١٨٤٨م، كانت هناك علاقة صريحة بين حرية العمل وحرية التجارة والصناعة، ولم تكن مُتضمَنة في مختلف النصوص السابقة، فقد نصت المادة (١٣) من هذا الدستور على أن " يكفل الدستور للمواطنين حرية العمل والصناعة"(٣). وبعد ذلك، لم يتناول أي من النصوص الدستورية التي نظمت المؤسسات والحياة الاجتماعية للجمهوريات الثالثة والرابعة والخامسة أحكام

(١) **CLAMOUR (G.), GAHDOUN (P.-Y.)**, Op. Cit., n° ١٠.

(٢) « Nul genre de travail, de culture, de commerce ne peut être interdit à l'industrie des citoyens »

(٣) « La Constitution garantit aux citoyens la liberté du travail et de l'industrie ».

الدساتير السابقة التي كرست صراحةً حرية التجارة والصناعة.

وكذلك الحال أيضًا، فإذا كان دستور عام ١٨٧٥م لم يعترف صراحةً بحرية التجارة والصناعة، فإن ذلك يعود قبل كل شيء لأسباب تتعلق بالتقنيات التشريعية. ولذلك كان البرلمانيون يختارون الأداة التشريعية وليس الأداة الدستورية لتزويد فرنسا بالإصلاحات اللازمة. وبعد سنواتٍ، وبإيعاز من المجلس الدستوري، ارتقت المبادئ الواردة في هذه النصوص إلى مرتبةٍ دستوريةٍ على أساس "المبادئ الأساسية التي تُقرها قوانين الجمهورية"(١).

أما دستور عام ١٩٤٦م، فقد جاء أكثر وضوحًا من الناحيةِ الاقتصادية. لاسيما من حيث العمل، وحرية تكوين الجمعيات، والحق في الإضراب والملكية، فإنه يُكرس فرنسا "الاجتماعية" إلى حدٍ ما، ومن الناحية المنطقية لا تظهر فيه صراحةً حرية التجارة والصناعة. ومع ذلك، فإن دستور ١٩٤٦ لم يفرض اقتصادًا موجهًا ومخططًا تمامًا على الدولة. بل إنها اجتماعية، وليست اشتراكية.

وعلاوةً على ذلك، عندما رفض الفرنسيون مشروع الدستور الأول من مايو ١٩٤٦م، وذلك بسبب الرغبة المُعلنة لهذا المشروع في الاستعاضة عن المبادئ القديمة لعام ١٧٨٩م، والتي تبين أن نص دستور ١٩٤٦م، والذي تم اعتماده أخيرًا، كان أقل وضوحًا بشأن هذه المسألة.

---

(١) **CLAMOUR (G.), GAHDOUN (P.-Y.)**, Op. Cit., n° ١٤.

ومن ناحيةٍ أخرى، لا يذكر دستور عام ١٩٥٨م سوى القليل من الأحكام بشأن الحقوق والحريات. وديباجته تعلن بشكلٍ رسمي تمسكها بحقوق الإنسان ومبادئ السيادة الوطنية على النحو المحدد في إعلان عام ١٧٨٩م، والتي أكدتها واستكملتها ديباجة دستور عام ١٩٤٦م، لكن المادة (٨٩) من النص الدستوري لا تحتوي على أي أثرٍ للحريات في مسائل التجارة أو الصناعة. وما من شكٍ في أن الأوقات والظروف قد تغيرت مقارنة بعام ١٧٨٩م. وفي الواقع، إذا كانت العواقب الرئيسية المترتبة على قبول هذه الحرية واضحةً على الأرجح لفقهاء حقبة ١٧٨٩م، فقد تكون أقل وضوحًا لمن يأتي بعدهم.

وتجدر الإشارة إلى أنه يترتب على الاعتراف بحرية التجارة والصناعة نتيجتين[١]:

أولهما، أنه – بحسب الأصل – لا يمكن للسلطة العامة أن تتولى ممارسة نشاط يمكن أن يضطلع به المواطنون؛ لأنها إذا احتكرت ذلك النشاط لمصلحتها الخاصة ستشكل مخالفةً جسيمةً. ولكنها تُمارس جزءًا من هذا النشاط، وتترك للمواطنين ممارسة الجزء الآخر في منافسة معها، حيث ستكون المنافسة غير متكافئةٍ، نظرًا للوسائل الباهظة المتاحة للسلطة العامة.

وثانيهما، حظر تشويه السلطات العامة للمنافسة الحرة بين الفاعلين

(١) **CLAMOUR (G.), GAHDOUN (P.-Y.)**, Op. Cit., n° ١٥.

الاقتصاديين؛ حيث يتعين عليها ألا تتدخل بوسائل تنظيمية لحظر أنشطة معينة، أو لمحاباة أشخاص معينين على حساب الآخرين، أو لتعكير صفو المنافسة الحرة. ومع ذلك، كان يوجد حتى نهاية القرن الثامن عشر نوعان للقيود؛ فمن ناحية، يمكن فرض قيود على الحريات بموجب القانون. ومن ناحية أخرى، وفقًا لما نص عليه مرسوم "ألارد" أنه يجب ممارسة حرية التجارة والصناعة وفقًا " للوائح الضبط القائمة أو التي يمكن إصدارها ".

وعلى ذلك، فإن الاعتراف بحرية التجارة والصناعة، لا يستلزم منع الدولة أو فروعها من مباشرة بعض الأنشطة الاقتصادية، كما أن حرية المشروعات لا تمنع وجود القطاع العام، ولكن تمنع القضاء على القطاع الخاص، لذا لا يجب النظر إلى مبدأ حرية التجارة والصناعة نظرةً مطلقة، بوصفه مانعًا لأي تدخل للدولة أو أحد فروعها، ما دامت تتدخل لتحقيق المصلحة العامة، ولا يؤدي تدخلها إلى تقييد حرية الأفراد في ممارسة التجارة والصناعة.

أما إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩م كان قد نص في مادته الرابعة على أن " الحرية هي التي تتألف من القيام بكل فعلٍ بما لا يُلحق ضررًا بالآخرين، ولا يمكن صونها إذا فُرضت قيودًا تحكمية أو تعسفية على حرية المشروعات ".

ويبدو مما تقدم، أنه لا يوجد أي نص دستوري صريح يُقر بالقيمة الدستورية لمبدأ حرية المشروعات. ومن ثم، فقد اقتصر السند الدستوري لهذا المبدأ على

اعترافًا ضمنيًا يجد أساسه فيما يتمتع به مبدأ حرية التجارة والصناعة من قيمةٍ دستورية، والذي يُعد جوهر مبدأ حرية المشروعات(١).

وعلى ذلك فإن المشرع الدستوري الفرنسي يكون قد تعامل مع حرية المشروعات باعتبارها حقًا طبيعيًا يستلزم من الدولة حمايته، وذلك على الرغم من

---

(١) **CLAMOUR (G.), GAHDOUN (P.-Y.),** Op. Cit., n° ١٦.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي كانت له وجهة نظر مغايرة في هذا الأمر؛ حيث اعتبر حرية التجارة والصناعة من الحريات العامة التي يضطلع التشريع بتحديدها وتنظيمها، ويُستخلص ذلك من القرار الذي اتخذه المجلس في قضية Sieur Laboulaye بتاريخ ٢٨ أكتوبر ١٩٦٠م، وقرار ١٦ ديسمبر ١٩٨٨م، حيث ذهب مجلس الدولة إلى أن المادة ٣٤ من دستور ٤ أكتوبر ١٩٥٨م تنص على أن " التشريع يحدد القواعد المتعلقة بالضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين لممارسة الحريات العامة، والتي من بينها حرية ممارسة المواطنين لأي نشاط مهني لم يخضع لأي قيود قانونية. لذلك لا يمكن للحكومة أن تنتهك حق المواطنين في ممارسة أي نشاط مهني لم يخضع لأي قيود قانونية ". **انظر:**

" la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques . Dans les libertés publiques figure le libre accès à l'exercice par les citoyens de toute activité professionnelle n'ayant fait l'objet d'aucune limitation légale . Le gouvernement ne peut donc porter atteinte au libre accès à l'exercice par les citoyens de toute activité professionnelle n'ayant fait l'objet d'aucune limitation légale"; **Voir**: Art. (٣٤) de la Constitution du ٤ oct. ١٩٥٨.

عدم وجود نص دستوري صريح يقرر الحماية الدستورية لحرية المشروعات، إلا أنها تستند في ممارستها إلى الحماية الدستورية لممارسة الحرية العامة. غير أن العمل التشريعي اتجه بغية المصلحة العامة إلى إمكانية تدخل الدولة في إنشاء مشروعات عامة لممارسة النشاط الاقتصادي، فضلًا عن الخضوع لقواعد المنافسة شأنها في ذلك شأن الأفراد.

وفي النظام الدستوري المصري، يرى بعض الفقه أن دساتير مصر السابقة على دستور ٢٠١٤م لم تكن تسمح بذاتها للاعتراف لحرية المشروعات بالقيمة الدستورية؛ وذلك بالنظر إلى الدور الذي يعهد به الدستور إلى القطاع العام في خطة التنمية[١]. حيث نصت المادة (٢٨) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤م على أن " الأنشطة الاقتصادية الانتاجية والخدمية والمعلوماتية مقومات أساسية للاقتصاد الوطني وتلتزم الدولة بحمايتها وتنافسها وتوفير المناخ الجاذب للاستثمار وتعمل على زيادة الانتاج وتشجيع التصدير وتنظيم الاستيراد. وتولى الدولة اهتماماً خاصاً بالمشروعات المتوسطة والصغيرة ومتناهية الصغر فى كافة المجالات، وتعمل على تنظيم القطاع غير الرسمى وتأهيله.. ".

وتأكيدًا على هذا النص الدستوري أصدر المشرع المصري القانون رقم (١٥٢) لسنة ٢٠٢٠م بشأن إصدار قانون تنمية المشروعات المتوسطة والصغيرة ومتناهية الصغر. مما يبدو معه حرص المشرع على كفالة الحماية التشريعية لمبدأ

(١) **د/ محمد محمد عبد اللطيف**، الدستور والمنافسة، مرجع سابق، ص ٩٩.

حرية المشروعات[١].

وذهب بعض الفقه إلى أن حريه إقامه المشروعات وهي إحدى العناصر الهامة لحرية التجارة والصناعة لم تنل تكريسًا دستوريًا في ظل دستور ١٩٧١م حتى التعديل الدستوري في عام ٢٠٠٧م. ومن ثم فليس لهذه الحرية قيمة دستورية. ولكن اختلف الوضع بعد التعديل الذي طرأ على ذلك الدستور في عام ٢٠٠٧ والذي انتهج النظام الرأسمالي المعاصر؛ ليحفز الأفراد على إقامه المشروعات الاستثمارية، وتقدم لهم الدولة كافة المساعدات والعمل على تهيئه المناخ الاقتصادي اللازم. ثم جاء دستور عام ٢٠١٤م والذي قرر أن النظام الاقتصادي يهدف إلى تحقيق الرخاء من خلال التنمية المستدامة والعدالة الاجتماعية[٢].

ويبدو من النص السابق أن المشرع الدستوري المصري لم ينص صراحةً على مبدأ حرية المشروعات، وإنما أشار إليها بشكلٍ ضمني؛ وذلك من خلال حرصه على كفالة الأنشطة الاقتصادية والمهنية، والتزام الدولة بحمايتها، وكذلك تهيئة البيئة المناسبة للاستثمار، والاهتمام بالمشروعات المتوسطة والصغيرة ومتناهية الصغر فى مختلف المجالات. ويُلاحظ أن هذا النص من شأنه تحقيق الحماية الدستورية لحرية المشروعات. ومن ثم، يتضح حرص المشرع الدستوري

(١) **انظر**: الجريدة الرسمية، بتاريخ ١٥-٧-٢٠٢٠م، العدد (٢٨) مكرر "و".

(٢) **د/ محمد عبد اللطيف**، الحريات العامة، مرجع سابق، ص ٢٧٩.

على حماية حقوق وحريات الأفراد في المجال المهني والاقتصادي.

المطلب الثاني

اعتراف القضاء الدستوري بمبدأ حرية المشروعات

أكد المجلس الدستوري الفرنسي على الطابع الدستوري لمبدأ حرية المشروعات في العديد من أحكامه وقراراته، لعل في مقدمتها كان قراره الصادر بتاريخ ١٦ يناير ١٩٨٢م بشأن فحص قانون التأميم(١)، حيث أضفى المجلس الدستوري على حرية المشروعات قيمةً دستوريةً على غرار حق الملكية، واعتبر حرية المشروعات بمثابة الركيزة الأساسية لممارسة حرية التجارة والصناعة أو النشاط الاقتصادي والمهني.

واستند هذا القرار إلى أحكام المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م، والتي تنص على أن " الحرية تكمن في القيام بكل فعلٍ لا يضر بالغير "(٢)، وبذلك يمكن القول أن هذا الإعلان قد اعتبر حرية المشروعات جزء من الحريات العامة؛ إذ تبنى المشرع الدستوري الحقوق والحريات الفردية بما في ذلك حرية التجارة. أو بالأحرى، حرية المشروعات.

(١) **Cons. Const.**, ١٦ janv. ١٩٨٢, n° ٨١-١٣٢ DC, Rec. Cons. Const. p. ١٨.

(٢) "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui….", **Voir**: Art. (٤) du Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de ١٧٨٩.

كما ذهب المجلس الدستوري أيضًا بأن الحرية لا تكون مصونة إذا فرضت قيودًا تحكمية أو تعسفية على حرية المشروعات. وبالتالي، فلا يجوز تقييدها بشكلٍ تعسفي، وإلا أصبح هذا التقييد مخالفًا لأحكام المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م(١).

وفي عام ١٩٨٦م، أقر المجلس الدستوري مشروعية قانون الخصخصة Privatisations، وهو القانون الذي مهد لعودة المشروعات التي سبق تأميمها قبل أربع سنوات إلى القطاع الخاص(٢). وفي الحكم الصادر بتاريخ ٢٠ يناير ١٩٩٣م بمناسبة بحث المجلس الدستوري القانون المتعلق بالوقاية من الرشوة وتحقيق الشفافية للحياة الاقتصادية، قرر المجلس في هذا الحكم أن حرية المشروعات تتمتع بقيمة دستورية، لكنها ليست عامة ولا مطلقة، وأنه يجوز للمشرع أن يفرض عليها قيودًا تقتضيها المصلحة العامة، ما دام أنه ليس من نتيجة هذه القيود تشويه نطاق هذه الحرية "(٣).

---

(١) "ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi", **Voir**: Art. (٤) du Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de ١٧٨٩.

(٢) **Cons. Const.**, ٢٦ juin ١٩٨٦, Décision n° ٨٦-٢٠٧ DC., Journal officiel du ٢٧ juin ١٩٨٦, p. ٧٩٧٨, Recueil, p. ٦١.

(٣) **Cons. Const.**, ٢٠ nov. ١٩٩٣, n° ٩٢-٣١٦ DC., Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie =

وتجدر الإشارة إلى أن السوابق القضائية بشأن حرية المشروعات قد تقلبت على مدار العشرين عامًا الماضية. ولكن هذه التجربة لا تتعلق بالخطأ في أساس هذه الحرية (المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن)، ولكن تتعلق بدرجة حمايتها، فضلًا عن شدة رقابة المجلس الدستوري على القيود الواردة عليها.

ومنذ قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر عام ١٩٨٢م، كان قد تم تعزيز مبدأ حرية المشروعات بشكلٍ مستمر في القضاء الدستوري. ثم في عام ١٩٨٩م، قرر القاضي الدستوري أن " حرية المشروعات ليست عامة ولا مطلقة؛ وأنه يجوز للمشرع فرض القيود التي تتطلبها المصلحة العامة، بشرط ألا تؤدي هذه القيود إلى تشويه نطاقها "(١).

وبذلك نشهد ظهور تقنية جديدة للتوفيق بين حماية مختلف المبادئ الدستورية. إلا أن هذه الحماية لم يتم تنظيمها بشكلٍ كافٍ من قبل المجلس الدستوري. وكذلك في عام ١٩٩٧م كان هناك تحول معين في حماية ممارسة حرية المشروعات؛ حيث لم يعد يُذكر مفهوم المصلحة العامة من قبل القاضي الدستوري. ولقد شهد – حقًا – العقد الأول من القرن الحادي والعشرين تعزيزًا

=

économique et des procédures publiques.

(١) **Cons. Const.**, Décision n° ٨٩-٢٥٤ DC, ٤ juillet ١٩٨٩, Loi modifiant la loi n° ٨٦-٩١٢ du ٦ août ١٩٨٦ relative aux modalités d'application des privatisations.

للدفاع عن حرية المشروعات[١].

وبذلك يمكننا القول أنه من خلال صياغة أولية وقائية تمت في عام ١٩٨٢م كان المجلس يميل تدريجيًا إلى تقليل الحماية المقررة لمبدأ حرية المشروعات. ولم يحدث تطورًا معاكسًا إلا منذ عام ١٩٩٧م. حيث تم تحديد المعيار الدستوري لحرية المشروعات بوضوحٍ تام؛ فقد اعترف المجلس الدستوري في قراره الصادر بتاريخ ٣٠ نوفمبر ٢٠١٢م بأن " حرية المشروعات لا تشمل حرية الوصول إلى مهنة أو نشاط اقتصادي فقط، بل تشمل أيضًا حرية ممارسة هذه المهنة أو هذا النشاط "[٢].

واليوم، يتم الاحتجاج بهذه الحرية، ويكاد يُعاد تأكيدها باستمرار، ليس في النصوص التي تجري بشأنها الإصلاحات، بل في الأحكام القضائية الصادرة بشأنها. وكثيرًا ما أُتيحت للمجلس الدستوري الفرصة لتكرار القول بأن "حرية المشروعات مستمدة من المادة (٤) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩"[٣].

---

(١) **AUDUBERT (V.)**, Op. Cit., n° ١٨.

(٢) « comprend non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité »: **Cons. Const.**, ٣٠ nov. ٢٠١٢, n° ٢٠١٢-٢٨٥ QPC, A.J.D.A., ٢٠١٢, p. ٢٣٠١.

(٣)**Cons. Const.**, ١٣ avr. ٢٠١٢, n° ٢٠١٢-٢٣٢ QPC, Constitutions =

وقد أكمل المجلس الدستوري وأوضح الصياغة كجزء من الرقابة اللاحقة للأحكام القديمة[١]؛ ومن غير المعروف ما إذا كان سيلتزم مجلس الدولة بموجب تلك الأحكام التي "لا تتجاهل المبدأ الدستوري الخاص بحرية المشروعات، الذي تضمنته المادة (٤) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م، وليس من مبدأ حرية التجارة والصناعة الناتج عنها"[٢]، والذي يعطي الثاني القيمة الدستورية للأول. ولا يزال يتعين تأكيد ذلك بقرار من المجلس الدستوري بمزيدٍ من العناية.

وبذلك يكون القضاء الدستوري الفرنسي قد أضفى القيمة الدستورية على مبدأ حرية المشروعات باعتبارها جزءًا من الحرية العامة. وصحيح أن قضاء المجلس الدستوري فيما يتعلق بحرية المشروعات في بدايتها كان قد وصفها بأنها " حرية ليست عامة ولا مطلقة "[٣].

= ٢٠١٢, p. ٣٣٤; **Cons. Const.**, ٨ déc. ٢٠١٦, n° ٢٠١٦-٧٤١ DC, A.J.D.A., ٢٠١٦, p. ٢٤٠٤.

(٣)**Cons. Const.**, ٣٠ nov. ٢٠١٢, n° ٢٠١٢-٢٨٥ QPC, M. Christian S., A.J.D.A., ٢٠١٢, p. ٢٣٠١.

(١) **C.E.**, ٢٢ mai ٢٠١٣, n° ٣٦٦٧٥٠, Association syndicale libre des résidences de Mandelieu-La Napoule, dite ASL REMANA, A.J.D.A., ٢٠١٣, p. ١٠٧٧.

(٢)**Cons. Const.**, ٢٧ juill. ١٩٨٢, n° ٨٢-١٤١ DC; V. encore significativement ١٦ janv. ١٩٨٦, n° ٨٥-٢٠٠ DC ; ٨ janv. ١٩٩١, n° ٩٠-٢٨٣ DC, A.J.D.A., ١٩٩١, p. ٣٨٢, note **WACHSMANN (P.)**; Dr. soc., ١٩٩١, p. ٣٣٢, étude **TABUTEAU (D.)**; R.D.S.S., ١٩٩١, ٢٠٤, étude **CAYLA (J.-S.)**, ٢٠ mars ١٩٩٧, n° ٩٧-٣٨٨ DC, D., ١٩٩٩, p. =

وقد فُسرت هذه التصنيفات التقليدية للحرية العامة – في بعض الأحيان – على أنها تدل على قدر الحكمة التي يتحلى بها القاضي الدستوري في التعامل مع مفهوم جديد نشأ من خلال استقراء أحكام القضاء العادي والإداري(١).

وفي وقتنا الحاضر، لا تزال حرية المشروعات غير مطلقة، حيث يمكن أن ينتهكها المشرع تحت غطاء الدفاع عن الحريات الأخرى أو النظام العام. ومن ناحيةٍ أخرى، اكتسبت هذه الحرية بالفعل صفة العمومية التي كان البعض مترددًا في الاعتراف بها في البداية. كما أنه لا يوجد الآن تمييز بين الوصول إلى النشاط الاقتصادي وممارسته، ولا أن يكون وفق معيار قطاع النشاط المهني.

وفي النظام القضائي الدستوري المصري، فقد أكدت المحكمة الدستورية العليا مبدأ حرية المشروعات في العديد من أحكامها؛ حيث ذهبت إلى " أن الدساتير المصرية المتعاقبة قد حرصت جميعها منذ دستور سنة ١٩٢٣ على تقرير الحريات والحقوق العامة في صلبها قصداً من الشارع الدستوري أن يكون لهذه الحريات والحقوق قوة الدستور وسموه على القوانين العادية وحتى يكون النص عليها في الدستور قيداً على المشرع العادي فيما يسنه من قواعد وأحكام، فتارة

=

٢٣٦, obs. **MELIN-SOUCRAMANIEN (F.)**, et ٢٣٤, obs. **FAVOREU (L.)**, Dr.soc., ١٩٩٧, p. ٤٧٦, étude **PRETOT (X.)**, R.T.D. civ., ١٩٩٧, p. ٧٨٧.

(١) **CHEROT (J.-Y.)**, Droit public économique, Economica, paris, ٢٠٠٧, nos ٣٣ sui.

يقرر الدستور الحرية العامة ويبيح للمشرع العادي تنظيمها لبيان حدود الحرية وكيفية ممارستها من غير نقص أو انتقاص منها، وطوراً يطلق الحرية العامة إطلاقاً يستعصي على التقييد والتنظيم فإذا خرج المشرع فيما يضعه من تشريعات على هذا الضمان الدستوري، بأن قيد حرية وردت في الدستور مطلقة، أو أهدر أو انتقص من حرية تحت ستار التنظيم الجائز دستورياً، وقع عمله التشريعي مشوباً بعيب مخالفة الدستور "[١].

كما قضت أيضًا بأن " مصادرة حرية الفرد فى إختيار الطريق الأفضل وفق تقديره لاستثمار أمواله ، يناقض الحرية الشخصية التى إعتبرها الدستور حقاً طبيعياً لا يقبل تنازلاً ، غائراً فى النفس البشرية ، كافلاً إنسانيتها ، والأصل فى كل عمل أن يكون مشروعاً ، ولا تخرج بعض الأعمال من دائرة التعامل إلا إذا حظرها المشرع ، فإذا كان التعامل فى أموال بذاتها جائزاً ، وكان إستثمارها فى نشاط معين ممكناً قانوناً "[٢].

وذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أنه " وحيث إن الدستور قد أكد في

---

(١) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٧-٥-١٩٨٨م، القضية رقم ٤٤ لسنة ٧ ق. دستورية، مجموعة المكتب الفني (٤)، الجزء رقم (١)، ص ٩٨، رقم القاعدة ١٦؛ **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٢-٢-٢٠١٩م، القضية رقم ٨٤ لسنة ٣٩ ق. دستورية، ص ١٨.

(٢) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٧-٩-١٩٩٦م، القضية رقم ٩ لسنة ١٧ ق. دستورية، مجموعة المكتب الفني (٨)، الجزء رقم (١)، ص ٨٧، رقم القاعدة ٤.

المادتين (٢٧، ٢٨) منه أهمية الاستثمار وتشجيعه، وتوفير المناخ الجاذب له، وجعل ذلك التزاما دستوريا على الدولة، وهدفا للنظام الاقتصادي تسعى إلى تحقيقه من خلال خطة التنمية التي تضعها تنفيذا له، كما اعتبر الحفاظ على حقوق العاملين أحد أهداف هذا النظام، وعنصرا جوهريا في تحقيق التوازن بين مصالح الأطراف المختلفة في علاقة العمل، وقيدا على كل تشريع يتم إقراره، ويتناول بالتنظيم أيا من تلك الحقوق، وفي هذا الإطار ضمن الدستور نص المادة (٩٢) منه قيدًا عامًا على سلطة المشرع التقديرية في مجال تنظيم ممارسة الحقوق والحريات بألا يترتب على ذلك تقييد ممارستها بما يمس أصلها وجوهرها، وإلا وقع في حومة مخالفة الدستور. متى كان ذلك، وكان الحفاظ على حقوق العمال، ومنها الحق في المقابل النقدي لرصيد إجازاته الذي قرره النص المطعون فيه، من شأنه تحقيق التوازن في علاقة العمل، ويؤدي إلى استقرارها، وهو أحد الدعائم الأساسية في دفع عجلة الإنتاج في المشروعات المختلفة، وتشجيع الاستثمار فيها، وتحفيز القطاع الخاص لأداء دوره في خدمة الاقتصاد الوطني والمجتمعي، ومن ثم لا يتضمن النص المطعون فيه مخالفة لنصوص المواد (١٣، ٢٧، ٢٨، ٣٣، ٣٦) من الدستور "[١].

([١]) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٤-٧-٢٠٢٠م، القضية رقم ٥٩ لسنة ٣٧ ق. دستورية، ص ٤٢؛ **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٣-١١-٢٠١٨م، القضية رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق. دستورية، ص ٧١.

غير أن هذا لا يعني تجاهل الدور المهم الذي تقوم به مؤسسات الدولة في المجال الاقتصادي، وفي سبيل تأكيد أهمية ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أيضًا بأن " أن الاستثمار الأفضل والأجدر بالحماية ، يرتبط دوماً بالدائرة التى يعمل فيها ، وعلى تقدير أن الاستثمارين العام والخاص شريكان متكاملان ، فلا يتزاحمان أو يتعارضان أو يتفرقان ، بل يتولى كل منهما مهاماً يكون مؤهلاً لها وأقدر عليها "[1].

وعلى ذلك، يبدو أن أحكام القضاء الدستوري المصري قد ساعدت بشكلٍ كبير في إرساء مبدأ حرية المشروعات، وحمايته من مختلف الاعتداءات التي قد تمثل انتهاكًا يتعارض مع القيمة الدستورية التي يتمتع بها بوصفه الإطار العام لممارسة النشاط الاقتصادي والمهني، كما أكد أيضًا على أن الاستثمار العام والخاص شريكان في حماية حقوق الفرد وحرياته.

المطلب الثالث

موقف الفقه من الأساس الدستوري لحرية المشروعات

إذا كان حكم المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في ١٦ يناير ١٩٨٢م بشأن قانون التأميم قد أضفى قيمةً دستوريةً على حرية المشروعات، والذي يستند

(1) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ١-٢-١٩٩٧م، القضية رقم ٧ لسنة ١٦ ق. دستورية، مجموعة المكتب الفني (٨)، الجزء رقم (١)، ص ٣٤٤، رقم القاعدة ٢٣.

في أساسه إلى المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩م. إلا أن الفقه قد اختلف بشأن السند الدستوري الذي يقوم عليه مبدأ حرية المشروعات.

فذهب بعض الفقه[١] إلى أن إسناد المجلس الدستوري حرية المشروعات للمادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن هو أمرٌ غير مقبول؛ حيث يرى أن التفسير الذي اعتمده المجلس بشأن هذه المادة يتجاوز بكثير حدود النص الذى لم يُشر إلى الحرية الاقتصادية، فضلًا عن أن حرية التجارة والصناعة لا تتمتع إلا بقيمةٍ تشريعية. وبذلك يُلاحظ بأن المجلس الدستوري كان قد تصرف – على خلاف الواقع – وكأنه سلطة تأسيسية ذات سيادة، وأن دستورًا جديدًا، هو دستور القضاة، قد حل محل الدستور الذي وافق عليه الشعب صاحب السيادة في ١٩٥٨م.

وقد وُجِّه نقدًا قويًا للغاية ضد حرية المشروعات، حيث وصفها بعض الفقه بأنها "غير مؤكدة من حيث أساسها وغامضة من حيث محتواها". وعلى ذلك، فإن الأساس الدستوري لحرية المشروعات يكون ليس مؤكدًا، فلا يمكن تحديده تحديدًا دقيقًا – وفقًا لهذا الرأي– نظرًا لغموض مضمون هذه الحرية، الأمر الذي يدعو إلى التشكيك في أن حرية المشروعات ليست لها قيمةً دستورية[٢].

---

(٢)**SAVY (R.)**, « La Constitution des juges », Dalloz , Chron., ١٩٨٣, p. ١١٠.

(١) **CHAZAL (J.-P.)**, Op. Cit., p.١١٠١.

إلا أن معظم الفقه[١] ذهب إلى أن عدم الإشارة بشأن الحرية الاقتصادية في إعلان حقوق الإنسان والمواطن يُفسر على أنه اعترافًا ضمنيًا بها؛ نظرًا لأن هذه الحرية لم تكن في نظر واضعي الإعلان إلا باعتبارها أحد جوانب الحرية العامة للمواطن.

وهو ما دفع بعض الفقه بوصف حرية المشروعات بأنها في الواقع حرية القانون العام؛ وبالتالي فهي تقتبس أساسها من المبدأ العام للحرية، الذي تمت صياغته بموجب المادة الرابعة من الإعلان المذكور آنفًا[٢].

وللدلالة على صحة هذا الرأي، فقد ذكر جانبٌ من الفقه أن إعلان حقوق الإنسان والمواطن الذى تم إقراره بعد سبعة أسابيع من الأعمال كان نتاج عددًا من المشروعات التي تقدم بها أعضاء الجمعية الوطنية التأسيسية، وأن حرية المشروعات كانت واردة صراحة في هذه المشروعات، وأنها لم تكن محلاً لأى اعتراض أو تشكيك أثناء المناقشات؛ غير أنها لم تظهر في الصياغة النهائية للإعلان، نظراً لأن النواب قد آثروا اللجوء إلى الصياغة العامة والموجزة للإعلان[٣].

---

(٢) **DELVOLVE (P.)**, Droit public de l'économie, Dalloz, paris, ١٩٩٨, p. ٨٥.

(٢) **D'AVOUT (L.)**, Op. Cit., p. ١٢٨٧, n° ٧.

(٣) **MESTRE (J.-L.),** Op. Cit., p. ١.

وقد انتهى البعض إلى أن حرية المشروعات تتمتع بحمايةٍ دستورية حقيقية، كما أنها تعد جزءًا من الحقوق الأساسية الاقتصادية، فضلًا عن أن هذه الحرية ذات طابع عام وشامل بما في ذلك حرية التجارة والصناعة، والحرية المهنية، وحرية المنافسة(١).

ومن المُلاحظ أن المشرع الفرنسي لم يحصر الحرية ضمن نطاق محدد، بل أنها تتسع لتشمل العديد من الحريات، كما أن اتجاه المجلس الدستوري في أن تقييد الحرية يكون بقانون هو أمر يقتضيه الصالح العام بشرط عدم التعسف بشكلٍ يمس جوهرها، الأمر الذي يؤكد على صفتها الدستورية، لكن المشكلة في وضع الحد الفاصل بين التعسف وعدمه ومعايير ذلك، والتي قد تتسع أو تضيق وفقًا للتفسير القضائي والتشريعي، مما قد يعطي مجالًا للسلطة للحد من الحرية(٢).

إلا أنه يتعين النظر إلى المصلحة العامة للدولة بوصفها أساسًا قانونيًا لحرية المشروعات بغرض ممارسة النشاط الاقتصادي، ما دام أن المشرع لم يرتكب خطأ ظاهرًا يُشكل اعتداءً على حرية المشروعات. وبذلك يمكن القول بأن حرية المشروعات تعد أحد المعايير اللازمة للرقابة على الاعتداءات الناشئة عن

(١) « caractère général et englobant comprenant liberté de commerce et de l’industrie, liberté professionnelle, liberté de la concurrence »; **Voir**: **GUILLAUME (D.)**, « La liberté d’entreprendre », Op. Cit., p. ٣٩٨.

(٢) **د/ محمد عزت فاضل**، المرجع السابق، ص ٤٣٨.

التشريعات الاقتصادية.

المبحث الثالث

نطاق حرية المشروعات وطبيعتها

تمهيد وتقسيم:

تجدر الإشارة إلى أن حرية المشروعات خلال تاريخها الذي دام لما يقرب من ثلاثين عامًا، لم يكن نطاقها مبالغًا فيه بشأن دور القاضي الدستوري في بحث أوجه الاعتداء على ممارسة هذه الحرية. والتي لم تتمتع بأي قدرٍ من الامتياز. إلا أنه في الآونة الأخيرة قد ازادت أهمية حرية المشروعات في ضوء التطورات التي يشهدها اقتصاد السوق المعاصر.

أما بخصوص الطبيعة القانونية لحرية المشروعات؛ فقد ذهب معظم الفقه إلى أن حرية المشروعات هي حرية من الحريات الأساسية، والتي يجوز للقاضي الإداري في حالات الاستعجال أن يتخذ ما يراه ملائمًا بشأن معالجة الاعتداء الجسيم على هذه الحرية.

ولقد رأينا تقسيم دراستنا في هذا الموضوع إلى مطلبين، نعرض لهما بشيء من التفصيل المناسب، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: نطاق حرية المشروعات.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لحرية المشروعات.

المطلب الأول

نطاق حرية المشروعات

تقسيم:

في ضوء دراستنا لموضوع نطاق حرية المشروعات، نرى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين؛ حيث نتناول في "**الفرع الأول**" الأشخاص المعنيين بمبدأ حرية المشروعات. بينما نعرض في "**الفرع الثاني**" لموضوع الاعتراف التدريجي بحرية المشروعات للأشخاص العامة. وأخيرًا، نبين مضمون مبدأ حرية المشروعات في "**الفرع الثالث**". وذلك بمزيدٍ من التفصيل، على النحو التالي.

الفرع الأول

الأشخاص المعنيين بمبدأ حرية المشروعات

من الواضح – منذ البداية – أن حرية المشروعات كانت موجهة إلى الأفراد والشركات. أي أن الأشخاص العامة – أي الإدارة – لا يستفيدون منها. وإذا كان صحيحًا أن أحكام مرسوم ألارد Allarde " تم تصورها من حيث أنها تسمح لأشخاص عموميين مثل غيرها من الأفراد بممارسة النشاط الاقتصادي، فتظل الحقيقة أن ممارسة هذا النشاط من قبل شخص عام ينطوي على بعض المخاطر – بصورة جزئية أو كلية – تتمثل في عرقلة استخدام هذه الحرية من قبل الأفراد

"[١].

وبالتالي، فقد كانت حرية المشروعات تهم جميع الفاعلين الاقتصاديين من القطاع الخاص من خلال منحهم بعض الحقوق والامتيازات. فيوجد "حق المنافسين" الذي يستمد مصدره من مبدأ الحرية، ومفاد هذا الحق يتمثل في الوصول إلى السوق وممارسة المنافسة من خلال جذب عملاء الآخرين، وبعبارةٍ أخرى عن طريق كسب حصة في السوق. ويستند هذا الحق إلى مشروعية الضرر التنافسي. وهو ما دفع بعض الفقه للقول بأن مجال التطبيق الخاص بحرية المشروعات هو النشاط الاقتصادي المستقل للأفراد [٢].

إلا أنه من الضروري إجراء التمييز أيضًا وفقًا لطبيعة الأشخاص المعنيين بحرية التجارة والصناعة، لأنه لا ينطوي على نفس النطاق ولا على نفس الوظيفة، وبالتالي ليس على نفس المضمون، سواء بالنسبة للأشخاص الخاصة أو للأشخاص العامة.

وفيما يتعلق بالأشخاص الخاصة أي الأفراد، فإن المبدأ هو حريتهم في ممارسة أنشطتهم الاقتصادية والمهنية، في حين أن الاستثناء هو تنظيم هذه الحرية من قبل السلطات العامة. أما بالنسبة للأشخاص العامة، فعلى العكس من ذلك،

---

(١) **CLAMOUR (G.), GAHDOUN (P.-Y.)**, Op. Cit., n° ٦٦.

(٢) **D'AVOUT (L.)**, Op. Cit., n° ٧.

فإن المبدأ يتمثل في حظر ممارسة الأشخاص العامة للأنشطة الصناعية أو التجارية، بينما الاستثناء هو إمكانية ممارسة الأنشطة الاقتصادية. وكما أشار مجلس الدولة الفرنسي إلى أن انتهاك حرية المشروعات قد ينجم إما عن تنظيم الأنشطة الاقتصادية أو عن قيام شخص عام بممارسة نشاط اقتصادي[١].

وتجدر الإشارة إلى أن نطاق مبدأ حرية المشروعات الذي كان يقتصر في البداية على الأشخاص الاعتبارية الخاضعة للقانون الخاص أصبح يتسع تدريجيًا ليشمل الأشخاص الاعتبارية الخاضعة للقانون العام. ولعل ما يؤكد هذا المعنى قرار المجلس الدستوري الصادر بتاريخ ٢١ سبتمبر ٢٠١٨م بشأن تكلفة وإدارة بدل التأمين ضد البطالة، والذي يربط لأول مرة حرية المشروعات بالمؤسسات العامة، كما هو في حالة الميناء البحري الكبير لمدينة Guadeloupe، والذي يُعد إحدى المؤسسات العامة ذات الطابع التجاري والصناعي établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC)[٢].

---

(١) **C.E.**, ٢٣ mai ٢٠١٢, req. n° ٣٤٨٩٠٩.

(٢) وقد دفع مقدم الطلب بأن البند (٢) من المادة L. ٥٤٢٤-١ من تقنين العمل من شأنها انتهاك حرية المشروعات وحرية التعاقد، من حيث أنها تنص على خيار لا رجوع فيه بالانضمام إلى نظام التأمين ضد البطالة لأصحاب العمل المذكورين في البند ٣ من المادة ذاتها، ولا سيما المنشآت الصناعية والتجارية العامة للدولة.

وبموجب المادة L. ٥٤٢٢-١٣ من تقنين العمل يتعين على أصحاب العمل الانضمام إلى نظام التأمين ضد البطالة. وعلى سبيل الاستثناء تنص المادة L. ٥٤٢٤-٢ على

=

ومن المُلاحظ في ضوء هذا القرار أن المجلس الدستوري يستهدف امتداد مبدأ حرية المشروعات ليشمل الشركات التي تسيطر عليها الدولة بشكلٍ كبير، بما في ذلك المؤسسات الصناعية والتجارية العامة التابعة للدولة، وكذلك المؤسسات الصناعية والتجارية العامة للجماعات المحلية، وشركات الاقتصاد المختلط التي تمتلك هذه الجماعات أغلبية الأسهم فيها.

=

أن أصحاب العمل في القطاع العام، وكذلك بعض أصحاب العمل في القطاع الخاص الذين يكون رأس مالهم عامًا أو جزئيًا هم أنفسهم مسؤولون عن تكلفة وإدارة بدل التأمين ضد البطالة.

وباعتماد النصوص المتنازع عليها، كان المشرع يعتزم من ناحية منع بعض أرباب العمل من العمل في القطاع التنافسي، والذين يجوز لهم إلغاء عضويتهم في نظام التأمين ضد البطالة من أجل تحسين تكلفة تغطية البدل المستحق لموظفيهم أو موظفيهم السابقين، إذا لزم الأمر على حساب التوازن المالي لهذا النظام. ومن ناحيةٍ أخرى، كانت تهدف إلى الحد من الميزة التنافسية الممنوحة لأصحاب العمل من خلال الطبيعة الاختيارية لعضويتهم، مقارنة بمنافسيهم الذين تعتبر هذه العضوية إلزامية بالنسبة لهم. وهي بذلك تسعى لتحقيق هدف يحظى بالمصلحة العامة. وعلى ذلك، فإن الاعتداء على حرية المشروعات من خلال طبيعة العضوية غير القابلة للإلغاء لا تتناسب مع الهدف المنشود. وبالتالي، يجب رفض الطعن الذي يدعي انتهاك مبدأ حرية المشروعات. **انظر:**

Cons. Const., Décision n°٢٠١٨-٧٣٢ QPC, ٢١ sep. ٢٠١٨, Grand port maritime de la Guadeloupe.

الفرع الثاني

الاعتراف التدريجي بحرية المشروعات للأشخاص العامة

ينظم مبدأ حرية التجارة والصناعة ممارسة الأشخاص العامة للأنشطة الاقتصادية. وقد شهد هذا الجانب من حرية التجارة والصناعة العديد من التغييرات، حيث قام مجلس الدولة بتطوير موقفه القضائي؛ حيث تخلى عن الحظر التقليدي المفروض على الأشخاص العامة للمنافسة مع أنشطة الأشخاص الخاصة، كما حدد المجلس شروط عمل الأشخاص العامة في المجال الاقتصادي.

أولًا- الحظر التقليدي على ممارسة الأشخاص العامة للأنشطة الاقتصادية:

استنادًا إلى مبدأ حرية التجارة والصناعة، يحمي مجلس الدولة – تقليديًا – المبادرات الخاصة أي حرية المشروعات في مجالات التجارة والصناعة والحرف والمهن المستقلة. وقد أدت هذه الحماية إلى حظر بشكل شبه عام ومطلق، على ممارسة نشاط اقتصادي من جانب شخص عام إلا في الظروف الاستثنائية مثل الحرب(١).

وبعد أن خفف المجلس – بشكلٍ طفيف – موقفه اعتبر أن "المؤسسات ذات الطابع التجاري تظل كقاعدة عامة، تقتصر على المبادرة الخاصة أي للأفراد، ولا يجوز للمجالس المحلية أن تنشئ مشروعات من هذا النوع بوصفها خدمات عامة

(١) **C.E.**, ٢٩ mars ١٩٠١, Casanova, GAJA, n° ٨.

مجتمعية إلا إذا كانت المصلحة العامة تبرر تدخلها في هذه المسألة، بسبب ظروف معينة في الزمان والمكان"[١]. ويرى المجلس أن تدخل الأشخاص العامة لابد وأن يكون مبررًا بالمصلحة العامة المحلية، والناتجة عن الافتقار إلى المبادرة الخاصة أو فشلها، وضرورة وجود ظروف خاصة من حيث الزمان والمكان.

وعلى ذلك، فلم يكن تخفيف السوابق القضائية إلا نسبيًا للغاية، مما أدى إلى وجود مبدأ عدم منافسة الأشخاص العامة مع الأشخاص الخاصة في المجال الاقتصادي. وبالعودة إلى بعض هذه السوابق القضائية، نجد أن مجلس الدولة قد وضع شروطًا خاصة لممارسة الأشخاص العامة للأنشطة الاقتصادية[٢].

ثانياً- التطور القضائي في ممارسة الأشخاص العامة للأنشطة الاقتصادية:

حدد مجلس الدولة بعض الشروط الخاصة لممارسة الأنشطة الاقتصادية من جانب الأشخاص العامة. وذلك من خلال تخفيف شروط الاعتراف بالمصلحة العامة المحلية؛ حيث قام مجلس الدولة – على ما يبدو – بتوسيع نطاق مبدأ حرية المشروعات ليشمل الأشخاص العامة[٣].

---

(١) **C.E.**, ٣٠ mai ١٩٣٠, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, GAJA, n° ٤٤.

(١) **CHÉROT (J.-Y.),** Droit public économique, Économica, ٢e éd., Paris, ٢٠٠٧, p. ٥١ - ٨١.

(٣) **COLIN (F.),** Droit public économique, Gualino éditeurs, ٢e éd., =

إلا أن هذا التطبيق يظل محدودًا ومقيدًا بالسوابق القضائية الإدارية، سواء من حيث المبدأ أو في طرق تنفيذه. وفيما يتعلق بمبدأ تدخل الأشخاص العامة في المجال الاقتصادي، رأى مجلس الدولة أنه "لكي يتدخل الأشخاص العامة في سوقٍ ما، يجب ألا يتصرفوا في حدود صلاحياتهم فحسب، بل يتعين أن يكون هذا التدخل مبررًا أيضًا بالمصلحة العامة ، التي قد تنجم بصفةٍ خاصة عن فشل المبادرة الخاصة"(١).

ويُستفاد من الحكم السابق، أنه لم يعد التدخل مرتبطًا بنقص المبادرة الخاصة أو فشلها فقط، وإنما يمكن أن ينتج عن اعتبارات أخرى، مثل المصلحة العامة. وعلى الرغم من ذلك، فلا يعتبر هذا اعترافًا كاملاً بحرية تدخل الأشخاص العامة، والتي تظل خاضعة لتحقيق المصلحة العامة المحلية.

وقد ذهب مجلس الدولة بشأن شروط تدخل الأشخاص العامة؛ حيث حدد في قراره بشأن Ordre des avocats au barreau de Paris " أنه بمجرد قبول هذا التدخل من حيث المبدأ، فيتعين ألا يتم ذلك وفقًا لأساليب من هذا القبيل، بسبب الوضع الخاص الذي قد يجد الشخص العام فيه نفسه مقارنةً بالمشغلين الآخرين العاملين في نفس السوق. ومن ثم، يترتب على ذلك تشويه المنافسة الحرة

=

Paris, ٢٠٠٨, p. ١٢٧ - ١٣٣.

(١) **C.E.**, ٣١ mai ٢٠٠٦, Ordre des avocats au barreau de Paris.

في هذا السوق "[١].

ويُشير المجلس في هذا الحكم إلى أن الأشخاص العامة لا يمكنها استخدام المزايا الخاصة – مثل الإعفاء من الاستيلاء على ممتلكاتها – لتشويه المنافسة في السوق؛ على سبيل المثال، يمكن للأشخاص العامة أن تُعفى من الاستيلاء على أصولها وممتلكاتها لتحمل المخاطر الاقتصادية، وهذه الميزة لن يستفيد منها أي شخص عادي، والتي ستصبح ممتلكاته قابلةً للاستيلاء عليها في حالة تخلفه عن السداد.

(١) **C.E.**, ١٦ oct. ٢٠٠٠, Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau et **C.E.**, avis, ٨ nov. ٢٠٠٠, Société Jean-Louis Bernard Consultants.

الفرع الثالث

مضمون مبدأ حرية المشروعات

إن مصطلح "حرية المشروعات" لا ينبغي أن يؤخذ بمعناه الدقيق. بل إن حرية المشروعات يمكن أن تستوعب الحرية الاقتصادية في مجملها[١]، بما في ذلك حالة الأنشطة المهنية الفكرية والإبداعية. وهكذا تظهر حرية المشروعات بوصفها اتحاد يعبر عن مجموعة من الأسس والمبادئ ذات الطبيعة الاقتصادية، والتي لا يمكن لأي مشروع أو نشاط أن يستمر دون توافر الأسس الداعمة لهذه

(١) تعتبر الحرية الاقتصادية وفقًا لأنصار المذهب الفردي تتمثل في المساهمة في ظهور بعض التجديدات والابتكارات من خلال استعمال الآلات وفنون الانتاج الحديثة، وللإعمال المنافسة المشروعة، والذي يؤدي في النهاية إلى زيادة الكفاءة الإنتاجية، وتحقيق النمو والرفاهية للمجتمعات التي تكفل الحريات الاقتصادية؛ **انظر: د/ أشرف عبد الفتاح أبو المجد**، التنظيم الدستوري للحقوق والحريات الاقتصادية، دراسة تطبيقية على النظام الدستوري المصري "التعديلات الأخيرة وآفاق التنمية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩م، ص ٩٨.

أما الرأسماليون الطبيعيون يعرفون الحرية الاقتصادية بأنها السياسة التي ينتج الأفراد في ظلها ويتنافسون، وبالتالي يكون الأصل في الدول الرأسمالية حرية الأفراد المطلقة في ممارسة النشاط الاقتصادي، والاستثناء تدخل الدولة وقيامها ببعض أوجه النشاط الاقتصادي إذا اقتضت الضرورة ذلك؛ **انظر: د/ محمد أحمد محمد شحاته**، حرية العمل في الدول الرأسمالية والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كليه الحقوق – جامعة أسيوط، ٢٠٠٠م، ص ٣١٧.

الحرية[١].

ومن المُلاحظ أن نطاق حرية المشروعات ليس مفرطًا بأي حال من الأحوال خلال الممارسة الطويلة للقضاء الدستوري الفرنسي[٢]، وعادةً ما يكون النظام القضائي الذي تَشَكل بشأن هذه الحرية هو نظام الحقوق والمبادئ الدستورية الأخرى. وبالتالي، فإن قرارات المجلس الدستوري لها فائدة عملية في تسليط المزيد من الضوء حول مسألة نطاق حرية المشروعات[٣].

غير أن بعض الفقه يذهب إلى أن نطاق حرية تنظيم المشروعات يبدو تقليديًا. بل إنه هش وضعيف للغاية؛ نظرًا لأنه يفتقر وجود معنى محدد مسبقًا يكون ملزمًا للقاضي. فضلًا عن أساس هذه الحرية الذي هو بذاته تقليديًا أيضًا، والذي يتمثل في نص المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في عام ١٧٨٩م. وبالتالي فإذا كان أساس حرية المشروعات تقليديًا، إلا أن نطاقها لا يبدو

(١) **C.E.**, ٢٤ mai ٢٠١٧, req. n° ٣٩٨٨٠١, Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce; A.J.D.A., ٢٠١٧, P. ١٥٣٥; **C.E.**, ١٨ mai ٢٠١٨, req. n° ٤٠٠٦٧٥ , Louvion et a., Lebon ; A.J.D.A., ٢٠١٨, P. ١٢١٢.

(٢) **DRAGO (G.)**, Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture, CRDF n° ٩, ٢٠١١, p. ٣١ et sui.

(٣) **NICINSKI (S.), LOMBARD (M.), GLASER (E.)**, Actualité du droit de la concurrence et de la regulation, A.J.D.A., ٢٠١١, p. ٦٤٩.

كذلك[١].

وبذلك فإن حرية المشروعات ليست الحرية الوحيدة التي تتدفق من الحرية الشخصية العامة؛ فكما هو من المعلوم أن المجلس الدستوري قد صاغ في الآونة الأخيرة – استنادًا إلى إعلان عام ١٧٨٩م – مبدأ "الحرية التعاقدية La liberté contractuelle "، وهي حرية ذات طابعٍ مزدوج؛ حيث تتضمن هذه الحرية الاحترام المبدئي للاتفاقيات المبرمة قانونًا، وتقييد التطبيق الفوري للقوانين الجديدة على العقود السارية[٢].

ولقد أشار المجلس الدستوري كثيرًا إلى أنه لا يمكن للمشرع تجاهل مبدأ الحرية التعاقدية الناشئ عن المادة الرابعة من الإعلان سالف الذكر، والامتناع عن مراعاة الأوضاع التعاقدية القائمة. كما أنه لا يجوز أن يُشكك فيها إلا لأسبابٍ تتعلق بالمصلحة العامة[٣].

وكما توجد أيضًا حرياتٍ أخرى مُستمدة من الحرية الفردية، كما هو الحال بالنسبة للحق في الملكية، والذي يرد ذكره صراحة في النصوص، ويحول دون نزع الملكية من جانب واحد. ومن المُلاحظ أن هذه الأبعاد الثلاثة للحرية الفردية (العقد، الملكية، الشركة) تتفاعل بطريقةٍ متماسكة في المجال الاقتصادي لصالح

(١) **D'AVOUT (L.),** Op. Cit., p. ١٢٨٧.

(٢) **Cons. Const.**, ٢٠ mars ٢٠١٤, n° ٢٠١٤-٦٩١ DC.

(٣) **Cons. Const.**, ١٣ jan. ٢٠٠٠, n° ٩٩ – ٤٢٣.

حرية إدارة المشروعات[١]. وباختصار، يُقابلها مبدأ المسؤولية الفردية عن الخطأ، والذي يُشكل بالمثل مطلبًا للقيمة الدستورية[٢].

وفي ظل هذه الظروف، يبدو من الصعب انتقاد المجلس الدستوري لاستخدامه هذه الحريات، التي تم تحديد أسسها جيدًا، ووضع الخطوط العريضة لها؛ سواء من حيث الصلاحيات المحمية أو من حيث القيود المرتبطة بها، والمستفيدين من الحماية. وباختصار، المسئول عن الشركة وليس الشركة نفسها.

إلا أن المستقر عليه لدى معظم الفقه أن حرية المشروعات تضم ثلاثة أنواع من الحريات الأخرى. وهذه الحريات تتمثل فيما يلي[٣]:

أولًا- حرية الإنشاء أو التأسيس:

يُقصد بحرية الإنشاء أو التأسيس la liberté d'établissement حق

(١) **DRAGO (G.)** et **LOMBARD (M.)**, Les libertés économiques, éd. Panthéon-Assas, ٢٠٠٣, où est soulignée l'importance de la décision n° ٢٠٠١- ٤٥٥ DC du ١٢ janv. ٢٠٠٢, p. ٣١

(٢) **DEUMIER (P.)** et **GOUT (O.)**, La constitutionnalisation de la responsabilité civile, Cah. Cons. Const. ٢٠١١, n° ٣١, accessible en ligne, **Voir**: https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseilconstitutionnel/la-constitutionnalisation-de-la-responsabilite-civile, ٧-١٠-٢٠٢١.

(٣) **د/ محمد محمد عبد اللطيف**، الدستور والمنافسة، المرجع السابق، ص ١٠٠ وما بعدها.

كل شخص في أن إنشاء أي نشاط اقتصادي أو ممارسة مهنة أو حرفة يراها ملائمة له[١]. وعلى ذلك يجوز لأي شخص سواء طبيعي أو معنوي أن يقوم بإنشاء أو تأسيس نشاط اقتصادي أو ممارسة أي مهنة أو حرفة يراها مناسبة، طالما لا يؤدي إلى الإضرار بالغير. ومن ثم، فلا يقتصر مجال حرية إقامة المشروعات على النشاط الاقتصادي الخاص للأفراد فحسب، بل تستطيع الدولة أن تمارس الأنشطة الاقتصادية بما يتوافق مع تحقيق المصلحة العامة لجميع المواطنين.

وتأكيدًا على أهمية هذه الحرية؛ فقد صدر القانون (٧٧١) لسنة ٢٠١٨م بشأن حرية اختيار المستقبل المهني Loi pour la liberté de choisir son avenir professionne[٢]، ولعل ذلك يدل على اهتمام المشرع الفرنسي بحرية كل شخص في اختيار مستقبله المهني.

وقد رأى بعض الفقه إلى أنه لا يحول بين المشرع وبين إنشاء المشروعات في كافة الأنشطة الاقتصادية سوى تحقيق الصالح العام[٣]. ويأتي ذلك في ضوء

---

(١) **LINOTTE (D.), MESTRE (A.) et ROMI (R.)**, Services publics et droit public économique, ٣e éd., Litec, ١٩٩٥, n° ٢٧٧.

(٢) **Voir**: Loi n° ٢٠١٨-٧٧١ du ٥ sep. ٢٠١٨ pour la liberté de choisir son avenir professionnel, J.O.R.F., n°٠٢٠٥ du ٦ sep. ٢٠١٨, Texte n° ١.

(٣) **CHEROT (J.-Y.)**, Droit public économique, Economica, paris, ٢٠٠٢, p. ١٧.

تنفيذ السياسة الاقتصادية المتبعة داخل كل دولة، بما يمكنها من تحقيق أهدافها سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية.

كذلك أيضًا ذهبت محكمة العدل الأوروبية إلى أن حرية التأسيس قد يكون لها ما يبررها؛ في اعتبار أن حرية المشروعات قد تم تعزيزها بموجب المادة (١٦) من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي، الذي يعترف "بحرية الشركة وفقًا لقانون الاتحاد الأوروبي والممارسات الوطنية"(١).

ثانياً- حرية التشغيل والإدارة والاستغلال:

إن حرية التشغيل والإدارة والاستغلال Fonctionnement, gestion et exploitation تُعرَّف باسم حرية الممارسة، وهي في حد ذاتها حرية متعددة الأشكال؛ فهي تغطي مجموعة واسعة من الخيارات من حيث: أساليب الإدارة، وعمليات التصنيع، والمواد الخام، والمنتجات التي يتعين استخدامها، والأدوات، وتقنيات المبيعات، وشبكات التوزيع، وأساليب التسويق، وما إلى ذلك. كما يتعلق الأمر في نفس الوقت بحرية اتخاذ القرار، وتحديد الربح، وإمكانية تقديم الائتمان أو عدم تقديمه، ووضع الإعلانات أو عدم وضعها، وتنويع الأنشطة، والتحديث، والحوسبة، ووقف الإنتاج، وما إلى ذلك. ويمكن تمديد قائمة هذه الأشكال دون

(١) **Voir**: Journal officiel des Communautés européennes (J.O.C.E.), n° C ٣٦٤, ١٨ déc. ٢٠٠٠.

صعوبة. ومن الواضح أن كل هذه الأجزاء مدمجة في حرية التجارة والصناعة[١].

وبعبارةٍ أخرى، تتمثل حرية التشغيل والإدارة والاستغلال في حرية اختيار الطريقة المناسبة لممارسة المشروع أو والقدرة على استغلال النشاط بما يحقق أكبر ربح ممكن. وبالتالي، فلا يجوز للمشرع أن يفرض على الأشخاص اتباع بعض الوسائل أو الطرق لمزاولة النشاط، وإنما يُترك لكل شخص حرية ممارسة نشاطه واستغلاله على النحو الذي يراه ملائمًا لتحقيق أهدافه.

ومن المُلاحظ أن حرية إدارة أو استغلال النشاط ترتبط ارتباطًا وثيقًا بالحرية التعاقدية[٢]، والتي أرساها قضاء المجلس الدستوري الفرنسي، وأضفى عليها القيمة الدستوورية التي يُنظر إليها دائمًا في ضوء حرية المشروعات، فلا يجوز تجاهل الحرية التعاقدية، ويتعين الالتزام بالحق في الحفاظ على الاتفاقات المبرمة قانونًا[٣].

إلا أنه يجوز للمشرع أن يفرض على الحرية التعاقدية قيودًا ترتبط بمتطلباتٍ

---

(١) **CLAMOUR (G.), GAHDOUN (P.-Y.)**, Op. Cit., n° ٧٣.

(٢) لمزيد من التفاصيل بشأن الحرية التعاقدية؛ **انظر: د/ شريف يوسف خاطر**، المرجع السابق، ص ٥ وما بعدها؛ أيضًا **انظر:**

GAHDOUN (P.-Y.), La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Dalloz, paris, ٢٠٠٨, p. ١٤ et sui.

(٢) **Cons. Const.**, ٢٣ mars ٢٠١٦, n° ٢٠١٥-٥٢٩ QPC.

دستورية أو تبررها اعتبارات المصلحة العامة، بشرط ألا يؤدي عدم تناسبها إلى حدوث ضرر فيما يتعلق بالهدف المنشود. بالإضافة إلى ذلك، لا يجوز للمشرع أن ينتهك العقود المبرمة قانونًا، والتي لا تبررها المصلحة العامة(١).

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على أن الشروط التي يتطلبها المشرع لمباشرة عمل أو أعمال بذواتها لا يجوز أن تنفصل عن متطلبات ممارستها، وإلا كان تقريرها يمثل انحرافًا بها عن الهدف المنشود من ورائها. حيث قضت بأنه " لكل حق أوضاعاً يقتضيها وأثاراً يرتبها، من بينها في مجال حق العمل ضمان الشروط التي يكون أداء العمل في نطاقها منصفاً وإنسانياً ومواتياً، فلا تنتزع هذه الشروط قسراً من محيطها، ولا ترهق بفحواها بيئة العمل ذاتها، أو تناقض بأثرها ما ينبغي أن يرتبط حقاً وعقلاً بالشروط الضرورية لأداء العمل بصورة طبيعية لا تحامل فيها. ومن ثم لا يجوز أن تنفصل الشروط التي يتطلبها المشرع لمباشرة عمل أو أعمال بذواتها، عن متطلبات ممارستها، وإلا كان تقريرها انحرافاً بها عن

(١) "Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté contractuelle, qui découle de l'article ٤ de la Déclaration de ١٧٨٩, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi. Par ailleurs, le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt general….", **Voir**: **Cons. Const.**, ٤ sep. ٢٠١٨, Loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel, Décision n° ٢٠١٨-٧٦٩ DC, JORF n°٠٢٠٥ du ٦ sep. ٢٠١٨, texte n° ٢.

غايتها يستوي في ذلك أن يكون سندها علاقة عقدية أو رابطة لائحية "[١].

ثالثاً- حرية المنافسة:

تُعد حرية المنافسة liberté de la concurrence إحدى العناصر الأساسية لحرية المشروعات؛ ويُقصد بحرية المنافسة حق العمل فى سوق يتعدد فيه الممارسون الاقتصاديون لذات النشاط، مع استمرارهم فى التنافس فيما بينهم، دون وضع القيود على ممارستهم لذلك النشاط[٢].

وقد أكد على هذا المعنى القانون المصري رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥م بشأن إصدار قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية؛ وذلك حين نص فى مادته الأولى على أنه : " تكون ممارسة النشاط الاقتصادي على النحو الذى لا يؤدي إلى منع حرية المنافسة أو تقييدها أو الإضرار بها "[٣].

وتعتمد هذه الحرية على امتناع الدولة عن تقييد المنافسة، أو تمييز متنافسٍ

---

(١) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٦-٤-٢٠٠٨م، القضية رقم ٢١٤ لسنة ٢٨ ق. دستورية، مجموعة المكتب الفني (١٢)، الجزء رقم (١)، ص ٩٦٣، رقم القاعدة ٩٨.

(٢) **HUBERT (P.) CASTAN (A.)**, Droit constitutionnel et liberté de la concurrence, Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, n° ٤٩ (Dossier : L'entreprise), Oct. ٢٠١٥, P. ١٥ à ٢٧

(٣) **انظر**: الجريدة الرسمية، بتاريخ ١٥-٢-٢٠٠٥م، العدد (٦) مكرر، ص ٥.

عن غيره، وذلك كأن تقدم للبعض مساعداتٍ مالية من شأنها الإخلال بقواعد المنافسة. كما يلتزم الأفراد أيضًا باحترام هذه الحرية ممارسة نشاطهم الاقتصادي، ويُحظر الاتفاق الذي يتضمن منع شخص من ممارسة النشاط الاقتصادي؛ كأن يتنازل عن حرفته أو مهنته، وهو ما يطلق عليه "شرط عدم المنافسة". ولا شك أن مثل هذا الاتفاق يقع باطلًا بطلانًا مطلقًا لمخالفته للنظام العام. ما لم يكن شرط عدم المنافسة مقررًا لمدة محددة، ومبررًا بمصلحةٍ مشروعة(١).

ويدور نطاق حرية المنافسة فى العلاقات القائمة بين الأفراد بعضهم البعض، أو بين الأفراد والأشخاص العامة. وبالتالي، فإن قواعد حرية المنافسة تسري في مواجهة جميع من يُمارس الأنشطة الاقتصادية والمهنية(٢).

ومن المُلاحظ أن التحليل الواسع لنطاق حرية المشروعات يُتيح دمج حرية المنافسة، ويمكن أن يستند على سبيل المثال إلى المرسوم المؤقت الصادر بتاريخ ١٢ نوفمبر ٢٠٠١م عن مجلس الدولة بشأن بلدية de Montreuil-Bellay(٣)، حيث أنه قد وصف حرية التجارة والصناعة بأنها "عنصر من عناصر الحرية الأساسية للمشروع".

---

(١) **د/ جلال مسعد**، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة دكتوراه, كلية الحقوق – جامعة مولود معمري, الجزائر, ٢٠١٢م، ص١٥٢ وما بعدها.

(٢) **د/ محمد محمد عبد اللطيف**، الدستور والمنافسة، المرجع السابق، ص ٩٤.

(٣) **C.E.**, n° ٢٣٩٨٤٠, Lebon, Dr. adm. ٢٠٠٢, p. ٣٥.

وقد ثار التساؤل بشأن: ما هي العناصر الأخرى لحرية المشروعات بخلاف ذلك؟ فقد يبدو للوهلة الأولى أنه يكمن في تكريس مبدأ حرية المنافسة بشكلٍ أو بآخر. ومع ذلك، لم يكن هذا الحل مؤكدًا؛ لأنه يمكن أن يكون مجرد افتراض غير مباشر، ولأن السوابق القضائية للمجلس الدستوري هي وحدها التي يمكن أن تسلط الضوء – حقًا – على نطاق حرية المشروعات من ناحية قانونية. لكن حرية المنافسة كانت تعتبر في ذلك الوقت نتيجةً طبيعية ليس لحرية المشروعات ولكن لمبدأ المساواة.

ولا يزال المجلس الدستوري يعتزم ممارسة رقابة محدودة على التوازن الذي ينبغي تحقيقه في التوفيق بين حرية المشروعات والمتطلبات الدستورية الأخرى مثل حماية النظام العام، غير أن صياغة قراراته بالتفصيل تبين أن المبدأ هو حرية المنافسة في السوق والاحتكار هو الاستثناء. ويبدو الآن، دون أدنى شك، أن حرية المشروعات، التي يكفلها الدستور لا يمكن أن تكون مطلقة، ويجب أن تتوافق مع الحقوق والمتطلبات الدستورية الأخرى، فإذا كان ممكنًا على الأقل تجاوز الحرية الوحيدة لصاحب المشروع في إدارة أصوله، إلا أنه يستهدف حرية عمل السوق ككل[١].

ولذلك يحتفظ مجلس الدولة الفرنسي عمدًا بمفهوم حرية المشروعات، والذي

(٢) **NICINSKI (S.) LOMBARD (M.) ET GLASER (E.)**, Op. Cit., p. ٦٤٩.

يلقي ظلالًا من الشك فيما يتعلق بمكوناته أو محتوياته الدقيقة، ولكن المؤكد أنها حرية واسعة النطاق. وتقليديًا، كان يُنظر إلى حرية التجارة والصناعة على أنها تشمل حرية المنافسة. بينما في الوقت الحالي، ينظر إلى أن حرية التجارة والصناعة تعني حرية الوصول إلى الأنشطة الاقتصادية، وبالتالي إلى المهن الأخرى المشتقة منها. ومن المنطقي، وفقًا لهذا المنظور الواسع، أن حرية المشروعات تشمل بشكلٍ عام الممارسة الحرة لأي نشاط مهني[١]. ودون الحاجة إلى أن يذكر مجلس الدولة ذلك صراحة؛ حيث ترتبط العديد من المراسيم بهذه الجوانب الاقتصادية، وهذا بالتحديد ما يدفعنا إلى التساؤل بشأن مدى إمكانية تفرد حرية المشروعات[٢]؟

(١) **DELVOLVE (P.)**, Droit public de l'économie, Op. Cit., p. ١٠٥ et sui.; **C.E.**, ١١ juin ٢٠٠٢, Ait Oubba, A.J.D.A., ٢٠٠٢, p. ٧٦٤.

(٢) **C.E.**, ٢٠ nov. ٢٠٠٢, Deloose, req. n° ٢٥١٨٠٣.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لحرية المشروعات

تمهيد وتقسيم:

تمت ترقية حرية المشروعات إلى مرتبة الحرية الأساسية في عام ١٩٨٢م من قبل المجلس الدستوري. كما أفسحت المحاكم الوطنية والأوروبية المجال لهذه الحرية. ومع ذلك، من الصعب فهم كيف يمكن أن تصل الحرية الاقتصادية إلى مرتبة الحق الأساسي، وكذلك تحديد كيفية دمجها مع الحقوق والحريات الأساسية الأخرى؟

إن طبيعة حرية المشروعات تبدو بوضوح من خلال تناول مدى تمتعها بوصف الحرية الأساسية، وبيان دورها في إطار التسلسل الهرمي للحريات الأساسية. وعلى ذلك بشأن مدى اعتبار حرية المشروعات كحرية أساسية، تثور لنا بعض التساؤلات الآتية: هل هذه الحرية الأساسية من الدرجة الثانية؟ وهل يوجد تسلسل هرمي للحريات الأساسية؟

وترتيبًا على ذلك، فقد رأينا تقسيم الدراسة في هذا الموضوع على النحو التالي:

الفرع الأول: حرية المشروعات في مجال الحقوق والحريات الأساسية.

الفرع الثاني: موقف الفقه من طببيعة حرية المشروعات كحرية اساسية.

الفرع الثالث: التسلسل الهرمي لحرية المشروعات.

الفرع الأول

حرية المشروعات في مجال الحقوق والحريات الأساسية

يمكننا دراسة موضوع حرية المشروعات في مجال الحقوق والحريات الأساسية من خلال تناول بعض المحاور، وذلك على النحو التالي:

أولًا- مدى تفوق الحريات الاقتصادية على حقوق الإنسان في مجال الحقوق الأساسية:

إن استخدام مفهوم الحقوق الأساسية في الأمور الاقتصادية، لا سيما فيما يتعلق بالمعايير الدستورية من شأنه أن يثير بعض التساؤلات. هل ينبغي اعتبار الحق في الملكية أو حرية المشروعات أو حرية التعاقد من الحقوق الأساسية لمشغلي الاقتصاد في القطاعين العام والخاص؟ وعلى أي أساس يمكنهم ممارسة عملهم أو كيفية تقييده[١]؟

---

(١) ومن الواضح أن التشريع الفرنسي يتضمن أيضًا العديد من الأحكام التي تنظم ممارسة الأنشطة الاقتصادية، ولكن لإمعان الحقيقة هناك القليل نسبيًا فيما يتعلق بالحريات الاقتصادية ، مع استثناءٍ ملحوظ في قانون التوجيه التجاري والصناعي المعروف باسم قانون Royer الصادر في ٢٧ ديسمبر ١٩٧٣م، **انظر:**

Article ١er de la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat du ٢٧ décembre ١٩٧٣ dite « loi Royer » dispose que « la liberté et la =

هذه الأسئلة لا تتطلب إجابات فورية ونهائية؛ لأن الحقوق الدستورية ليست – تاريخيًا – مصدرًا للحقوق الاقتصادية؛ فهذه الحقوق لم تولد مع الدستور، ولكنها جاءت أحيانًا نتيجة لبعض التشريعات المتباينة، والتي تهدف إلى تنظيم النشاط الاقتصادي، ثم تحريره. فضلًا عن أن المصدر الرئيسي لهذه الحقوق الاقتصادية لا ينبغي البحث عنه دائمًا في القانون الداخلي للدول، ولكن في القانون الخارجي للاتحاد الأوروبي على وجه الخصوص(١).

ويمكن القول أن الحريات الاقتصادية ومن بينها حرية المشروعات، تكتسب أهمية خاصة في الأنظمة القانونية المعاصرة. وفقًا لذلك رأى معظم الفقه أن هذه الحرية قد أصبحت أساسية. بيد أن هذا التحديد ليس بديهيًا. وهو وهو قد يبدو

= volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales ». MOLFESSIS (N.) et BUREAU (D.) font cependant justement remarquer, en un commentaire critique du nouveau Code de commerce, que « alors que le décret d'Allarde (L. ٢-١٧ mars ١٧٩١) n'a pas été codifié, la loi du ٢٧ décembre ١٩٧٣ a bien été intégrée (art. L. ٧٢٠-١ sq.), expurgée cependant de certaines de ses dispositions, dont celle contenue à son art. ١, consacrant la liberté d'entreprendre ». « Le nouveau Code de commerce ? Une mystification »; **Voir**: **MOLFESSIS (N.) et BUREAU (D.)**, Cahier droit des affaires, ٢٠٠١, p. ٣٦١.

(١) **GUILLAUME (D.)**, « Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture », Op. Cit., p. ٣١ , n° ٤.

منطقيًا؛ لأنه قد ينطوي أحيانًا على تغيير في مفهوم الحق الأساسي[١].

وذهب بعض الفقه إلى أن الحريات الاقتصادية ترتبط بسعي الإنسان بشتى الطرق إلى العمل بكافة أشكاله، لاستثمار عائد أعماله وأمواله وامتلاك استثماراته في التجارة والصناعة، وكافة أوجه الاستغلال المشروعة، وبما لا يتعارض مع النظام العام والآداب[٢].

وعلاوةً على ذلك، فمن الملفت للنظر أن التحول من مفهوم "حقوق الإنسان" إلى مفهوم "الحقوق الأساسية"، الذي نلاحظه بصفة خاصة في فرنسا، يخدم هذا البناء بشكلٍ منفرد. فالحريات الاقتصادية يصعب فهمها بوصفها من حقوق الإنسان؛ لأنها تدعم مصالح الشركات بشكلٍ أساسي. وبالتالي فإن الحريات

(١) فمنذ معاهدة روما في عام ١٩٥٧م، أَثقلت الحريات الاقتصادية الأوسع والأكثر دقة وفعالية من حرية التجارة والصناعة لدى الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. وهذه الحريات المتداولة منصوص عليها الآن في معاهدة بشأن عمل الاتحاد الأوروبي في (المواد ٢٨ – ٤٥ – ٤٩ – ٥٤ – ٥٦ من الاتحاد الأوروبي)، والتي سيكون لها تأثير مباشر في النظام الداخلي، ولها الأسبقية على أحكام القانون الوطني. ولمزيد من التفاصيل، **انظر:**

DE CORDT (Y.), DE PIERPONT (G.), « Les libertés économiques dans le Code de droit économique », J.T., ٢٠١٤, p. ٧١٢ ; **YERNAULT (D.)**, L'État et la propriété, Op. Cit., p. ٢٠٨.

(٢) **د/ أحمد جمال الدين موسى**، مبادئ الاقتصاد السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ١٢١.

الاقتصادية هي الأنسب لوصف الحريات الأساسية. والواقع أنه في حين أن الإنسان ليس مرجعًا ضروريًا لمفهوم "الحقوق الأساسية" لكي يقترن بحكم تعريفه بمفهوم "حقوق الإنسان".

كما أن قبول أساسيات الحريات الاقتصادية ليس بالأمر اليسير. وبهذه الصفة لا تمنحها القدرة على المطالبة بعرقلة عمل الدولة فقط، وإنما تشمل أيضًا جميع الحقوق والحريات الأخرى التي تندرج في مضمون الفئة التقليدية لحقوق الإنسان مثل: الكرامة، وعدم التمييز، والتعليم، والصحة ... وما إلى ذلك، وهو ما يؤكد أن الحريات الاقتصادية واقتصاد السوق تحتاج إلى "إطار حقوق الإنسان لضمان أدائها وتنميتها". إلا أنه يبدو وجود بعض العوائق التي تدعو إلى "التشكيك في العلاقة الوثيقة بين حقوق الإنسان واقتصاد السوق"[١]. ولذلك لم يعد يتم الجمع بين الحريات الاقتصادية وحقوق الإنسان في منظور مشترك للحد من عمل الدولة.

وعلى ذلك، تتخذ هذه المواجهة بين الحريات الاقتصادية والحقوق والحريات الأساسية الأخرى أشكالاً غير مسبوقة في مختلف المجالات مثل: علاقات العمل[٢]، الصحة[١]، التعليم. والتي كان بعضها غير معروف إلى حدٍ كبير منذ

(١) **RACINE (J.-B.)**, « L'ordre concurrentiel et les droits de l'Homme », Mélanges en l'honneur d'A. Pirovano, Edition Frison-Roche, ٢٠٠٣, p. ٤٢٠.

(٢) **MEYRAT (I.)**, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », Dr. ouvrier, juillet ٢٠٠٢, p. ٣٤٣.

سنواتٍ قليلة، لأي دعوة إلى السوق هذا من ناحية. ومن ناحيةٍ أخرى، يمكن أن تتخذ شكل معارضة مباشرة بين الأشخاص الذين يستفيدون من الحريات الاقتصادية وغيرهم ممن يعتمدون على حقوق الإنسان الأخرى.

ويمكن تصور عدة أنواع من العلاقة بين الحريات الاقتصادية وحقوق الإنسان، بدءًا من السيادة الممنوحة للأولى إلى تلك الممنوحة للأخيرة، مع وجود بعض أشكال التوفيق والمصالحة العملية والمتنوعة والمتغيرة في الوقت نفسه. ويتوقف اختيار نوع العلاقة على الأولويات الأيديولوجية أو الأخلاقية أو السياسية. وينتهي الأمر إلى تشكيل "نظام ليبرالي بحت ونظام تجاري"، وفي المقابل، فهو نظامًا إنسانيًا، إلى حدٍ ما، مخطط اقتصاديًا اعتمادًا على الأنشطة المدروسة والحقوق والحريات المعنية، وعلاوةً على ذلك، تتعايش عدة طرق لحل النزاعات بين الحريات الاقتصادية وحقوق الإنسان في الأنظمة القانونية المعاصرة. ومع ذلك، فإن صعود الأولى مقابل الأخيرة سيكون أمرًا مهمًا للغاية، ومحلًا للتساؤل.

ويبدو أن أساسيات الحريات الاقتصادية مفتوحة للنقاش. ومن المفيد مقارنتها بالمعاني المحتملة لمفهوم الحقوق والحريات الأساسية. ويمكن تصور هذا

=

(٣)**GRUNDLËR (T.)**, La santé publique face aux droits fondamentaux, Thèse, Paris X - Nanterre, mai ٢٠٠٦, p. ١٢ et sui.

المفهـوم وفقًـا لأربعـة معـانٍ[١]: المعنـى البـديهي، والمعنـى الشـكلي، والمعنـى المؤسسـي، أو باعتباره قاسمًا مشتركًا. فإذا كانت أساسيات الحريات الاقتصادية تعكس في كثيرٍ من الأحيان الإنشاءات الحديثة، فهو أمرٌ لا يعتبر دائمًا مسلمًا به، فلا يتم الحصول عليها دائمًا، ولا يُقبل بشأنها الجدل صراحةً.

وما يهمنا هنا هو المعنى الشكلي لمفهوم الحقوق أو الحريات الأساسية؛ حيث يقوم هذا المعنى على أن الحقوق تعتبر أساسية عندما تأتي في أعلى مستوى من مستويات التسلسل الهرمي للنظام القانوني، أو تكون خاضعةً لضماناتٍ محددة مثل: الحماية الدستورية أو الدولية، وسبل الطعون الخاصة بها، واستحالة إضعاف مستوى الحماية اللازم لها. ومن هذا المنطلق، فإن أساسيات الحريات الاقتصادية، ولا سيما حرية المشروعات، تعتبر من الأمور الحديثة بقدر ما هي غير كاملة.

ثانياً- وصف حرية المشروعات كإحدى الحريات الأساسية:

إن اعتبار حرية معينة من قبيل الحريات الأساسية يتوقف على مدى ما يكون لها من أهمية سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية. ومنها طائفة من الحقوق والحريات العامة التي لا يتدخل المشرع لتحديد مضمونها؛ حيث أنها لا تقبل

(١) **DESPLATS (CH.)**, « La notion de droit «fondamental» et le droit constitutionnel français », D. ١٩٩٥, Chron. p. ٣٢٣; « Les droits fondamentaux en droit français : genèse d'une qualification », Droits fondamentaux et droit social, **LOKIEC (P.) et LYON-CAEN (A.)**, Dalloz, coll. « Thèmes & Commentaires », ٢٠٠٤, p. ١١.

بطبيعتها هذا التدخل، ولا تحتاج إليه لإمكان ممارستها؛ مثال ذلك: حرية العقيدة وحرمة المسكن[١].

وإذا كانت حرية المشروعات بالنسبة للبعض مستمدة ضمنيًا من المواد (٢-٤-٥) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩م، ويمكن أن تستند كذلك إلى مرسوم آلارد Décret d'Allarde الصادر بتاريخ ٢-١٧ مارس ١٧٩١م، وقانون لوشابلييه Le Chapelier الصادر بتاريخ ١٤-١٧ مارس ١٧٩١م[٢]، إلا أنه يتعين النظر إلى قرار المجلس الدستوري المؤرخ ١٦ يناير ١٩٨٢م[٣] بشأن إضفاء الصفة الدستورية عليها. وحتى ذلك الحين، ظل حق الملكية على المستوى الدستوري الفرنسي - كما هو الحال في النظم القانونية الأخرى- مبدأ رئيسي للنظام التجاري.

وبموجب قرار عام ١٩٨٢م، يمكن اعتبار حرية المشروعات - من الآن فصاعدًا - حرية أساسية حيث يرى معظم الفقه اليوم أن الحقوق والحريات الدستورية هي من طبيعة أساسية؛ وذلك بسبب مكانتها في التسلسل الهرمي

---

(١) **د/ محمد فتحي محمد إبراهيم**، الحماية الدستورية للحقوق الاقتصادية، رسالة دكتوراه، كليه الحقوق - جامعه المنصورة، ٢٠١٩م، ص ٤٩.

(١) **DELVOLVE (P.)**, Droit public de l'Economie, Dalloz, ١٩٩٨, p. ١٠٥ et sui. ; **MESTRE (J.-L.)**, Op. Cit., p. ١.

(٢) **Voir**: Décision n° ٨١-١٨٢ DC, du ١٦ janvier ١٩٨٢, Rec. Cons. Const., p. ١٨.

hiérarchie للقواعد القانونية.

ويبدو أن المجلس الدستوري قد اتخذ خطوة أخرى في قراره الصادر بتاريخ ١٠ يونيو ١٩٩٨م(١). والذي أكد فيه على أنه من بين الحقوق والحريات الأساسية المُعترف بها لأصحاب العمل والعاملين، " لا سيما (...) الحرية التي نصت عليها المادة (٤) من إعلان عام ١٧٨٩م، والتي تُستمد منها على وجه الخصوص حرية المشروعات ".

وبهذا تصبح حرية المشروعات لأصحاب العمل والعاملين حرية دستورية أساسية. ولعل مثل هذا التحديد جاء مهمًا في ذلك التوقيت(٢). ومن المُلاحظ أن إضفاء وصف الحرية الأساسية لحرية المشروعات لا يقتصر على القضاء الدستوري فحسب، وإنما يجوز للقضاء العادي والإداري المساهمة في بناء الأسس الرسمية للحقوق والحريات؛ حيث إن المادة (L.٥٢١-٢) من تقنين القضاء الإداري الفرنسي، في الدعاوى المستعجلة؛ حيث يجوز للقاضي الإداري أن يأمر الجهة الإدارية باتخاذ أي تدبير ضروري لوضع حد لانتهاك إحدى الحريات الأساسية. وتعتبر حرية المشروعات على هذا النحو منذ مرسوم ١٢ نوفمبر ٢٠٠١م(٣). غير أن حمايتها تنطوي على بعض نقاط الضعف، والتي ليس من

---

(١)**Cons. Const.,** Décision n° ٩٨-٤٠١ DC, ١٠ juin ١٩٩٨, Rec. Cons. Const., p. ٢٥٨.

(٢)**DESPLATS (CH.)**, Op. Cit. , p. ٣٢٣.

(٣) **C.E.**, ord., ١٢ nov. ٢٠٠١, Commune de Montreuil-Bellay, n° =

شأنها أن تؤثر على الحريات الأساسية الأخرى، ولا سيما عندما تواجه تدابير الضبط أو نظام الملكية العامة[١].

بل إن وضع حرية المشروعات يطرح جوانب أخرى من الغموض في القضاء العادي لدى محكمة النقض[٢]. فإذا كانت الغرفة المدنية قادرة على اعتبار الحق في ممارسة نشاط مهني من الحريات الأساسية[٣]. إلا أنها الغرفة الاجتماعية قد أشارت إلى "المبدأ الأساسي" لحرية المشروعات، وليس إلى "الحرية الأساسية" في حد ذاتها[٤].

ومع ذلك، فإن هذا التفاوت في الاصطلاح المستخدم من جانب محكمة

=

٢٣٩٨٤٠, Lebon, p. ٥٥١; Dr. adm. ٢٠٠٢, n° ٤١, note M. Lombard.

(١) **JACQUINOT (N.)**, Op. Cit., p. ٦٥٨.

(٢) وفي هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أنه في عام ١٨٤٠م، استنتج حكم فريد صادر عن محكمة النقض في بلجيكا من هذا النص أن "من منطلق روح الدستور البلجيكي ضمان حرية ممارسة التجارة والصناعة؛ لأنها تضمن أمن الملكية"، وبالتالي يمكن اعتبار المادة (٢٣) من الدستور البلجيكي، والتي تكرس منذ عام ١٩٩٤م الاختيار الحر للنشاط المهني بين الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، على أنها مظهر دستوري لحرية المشروعات. ولمزيد من التفاصيل؛ **انظر:**

Cass., ٢٥ mai ١٨٤٠, Pas., ١٨٤٠, I, ٣٩١, cité par **YERNAULT (D.)**, Op. Cit., p. ٢٠١.

(٢) **Cass.** ١re civ., ١٦ avril ١٩٩١, Guez ; D. ١٩٩١, IR p. ١٥٥.

(٣) **Cass.** soc., ١٣ juillet ٢٠٠٤, La Société Carrefour France, Dr. soc. ٢٠٠٤, p. ١٠٢٦ ; D. ٢٠٠٤, IR p. ٢٣٥٠.

النقض يثير لدينا العديد من التساؤلات، والتي من بينها: لماذا "المبدأ" وليس "الحرية"؟ هل هذا بسبب حشد مفهوم هيكلي وموضوعي لأساسيات حرية المشروعات المرتبطة بالنظام القانوني؟ وما هي النتائج القانونية المحددة بخلاف التأثير البلاغي الذي يُشير إليه هذا الوصف؟

وعلاوةً على ذلك، فليس النظام القانوني الفرنسي هو الوحيد الذي كرس الطابع الأساسي بالمعنى الشكلي للحريات الاقتصادية. فإذا كان هذا النظام قد أقر بمضمون "حرية ممارسة النشاط من أجل الربح، ولا سيما النشاط الصناعي والتجاري"[١]، إلا أن المحكمة الدستورية الألمانية قد اعترفت بها على أساس تفسير المادة (١٢) من الدستور الألماني التي تنص على حرية اختيار الفرد لمهنته. أو إذا كانت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لا تتطرق إلى حماية الحريات الاقتصادية، فإن المحكمة تحميها من خلال ربطها بالحريات المنصوص عليها صراحة في الاتفاقية. وبالتالي، فإن حرية التعبير يمكنها أن تخدم حرية المشروعات عندما يتعلق الأمر بمعلوماتٍ تجارية أو عندما يتم نشر المعلومات أو البرامج في شكل نشاط تجاري [٢].

ويكفي أن نُشير إلى أن النظام الجماعي قد سعى نحو تكريس الحريات الأساسية للسوق، والتي من بينها: حرية حركة البضائع والأشخاص، وحرية التأسيس، وحرية تقديم الخدمات، وحرية المنافسة، وحرية ممارسة النشاط المهني،

(١)**AUTEXIER (C.)**, Introduction au droit allemand, Paris, P.U.F., coll. « Droit fondamental », ١٩٩٧, p. ١٣٠ et s.

(٣) **RACINE (J.-B.)**, Op. Cit., p. ٤٣٠.

والتي تم إدرجها بموجب المادتين (١٥-١٦) من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي[١].

ويرى بعض الفقه أن الحقوق والحريات الأساسية أولى وأجدر بالحماية من الحريات غير الأساسية. ومن ثم، فلا يجوز للسلطة الإدارية الاعتداء عليها بإجراءاتٍ لائحية أو فردية، ويتعين على القاضي أن يحمي الحرية الأساسية، ولا يسمح بالاعتداء عليها[٢].

ثالثاً- حرية المشروعات حرية أساسية من الصعب تحديدها:

تُثير أساسيات الحريات الاقتصادية صعوبتين، وهما: **أولًا**، ليس من الغريب ألا تُشكل هذه الحريات أساس الحريات الأخرى، بل على العكس من ذلك، يتم

---

(١) فالمادة (١٥) تتعلق بحرية اختيار مهنة والحق في الارتباط بعمل:

١- لكل إنسان الحق في الارتباط بعمل وممارسة مهنة يختارها أو يقبلها بحرية.

٢- لكل مواطن بالاتحاد حرية البحث عن الوظيفة والعمل وممارسة حق الإنشاء، وتوفير الخدمات في أي دولة عضو.

٣- يكون لمواطني البلاد الأخرى المصرح لهم بالعمل في أقاليم الدول الأعضاء الحق في ظروف عمل مساوية لتلك الخاصة بمواطني الاتحاد.

أما المادة (١٦) فتتعلق بالحق في إدارة عمل تجاري: يتم إقرار حرية إدارة عمل تجاري وفقاً لقانون المجتمع والقوانين والممارسات المحلية.

(٢) **د/ عمرو أحمد حسبو**، حرية الاجتماع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٦٦ وما بعدها.

تقديمها على أنها مشتقة ومستمدة منها. وتجدر الإشارة إلى أن المجلس الدستوري يعترف بحرية المشروعات استنادًا للمادة (٤) من إعلان ١٧٨٩م، بينما تعترف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بها بشكلٍ غير مباشر فقط. **وثانيًا**، قد نتردد في تحديد الحرية الأساسية بين الحريات الاقتصادية، وعلاقاتها معقدة، وتؤدي إلى تقييماتٍ مختلفة، لا سيما فيما يتعلق بحرية المشروعات وحرية الصناعة والتجارة. وفي بعض الأحيان، تعتبر هاتان الحريتان مترادفتان[١].

وفي بعض الأحيان تعتبر الأولى مصفوفة، وأحيانًا الثانية. ومنذ قرار المجلس الدستوري الصادر في ١٦ يناير ١٩٨٢، أكدت الفقه الفرنسي على أسبقية حرية المشروعات[٢]، والتي بالتالي أصبحت تتسع لتشمل مختلف الحريات الاقتصادية والمهنية مثل: الصناعة والتجارة، والمنافسة، والتأسيس، وممارسة المهنة، وحتى الحرية التعاقدية.

وتكشف ملاحظة المنازعات الدستورية أو الإدارية[٣] أن الحريات الاقتصادية تستفيد من التطور في أساليب حل النزاعات. فعلى سبيل المثال، عندما تميل حرية

---

(١) **RACINE (J.-B.)**, Op. Cit., p. ٤٣٠.

(٢) **FAVOREU (L.)**, note sous la décision n° ٨٢-١٤٢ DC du ١٦ janvier ١٩٨٢, R.D.P., ١٩٨٢, p. ٣٧٧; **JACQUINOT (N.)**, Op. Cit., p. ٨٥٩.

(٣) **C.E.**, ٣٠ avril ٢٠٠٣, Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, A.J.D.A., ٢٠٠٣, p. ١١٥٠, note Donnat (F.) et Casas (D.) ; D. ٢٠٠٣. Jur., p. ١٧٠٢, note Prétot (X.) et Chelle (D.); R.T.D. com., ٢٠٠٣, p. ٤٩٠.

المشروعات بمنطق التبرير في مواجهة أهداف متنافسة، فيشترط التوفيق بينها وبين هذه الأهداف الأخرى، دون إلحاق ضررٍ لا مبرر له بها. وهكذا، في بداية الثمانينيات، حرص المجلس الدستوري على عدم خضوع حرية المشروعات "لقيود تعسفية أو تعسفية"(١) مع الإشارة إلى أنها " ليست عامة ولا مطلقة " وأنها " تُمارَس داخل الدولة. في إطار لائحة تنشأ بموجب القانون ". ثم، في أوائل التسعينيات(٢)، تُرك الأمر للسلطة التشريعية لوضع القيود التي تتطلبها المصلحة العامة أو التي تكون مرتبطة بمتطلبات دستورية أخرى، بشرط عدم تشويه نطاقها(٣).

ومنذ القرار الصادر في ١٢ يناير ٢٠٠٢م، شدد المجلس الدستوري على منطق التناسب من خلال التأكيد على أن حق كل فرد في الحصول على وظيفة أو مهنة قد يفرض قيودًا على حرية المشروعات، بشرط ألا يؤدي ذلك إلى تدخل غير متناسب مع فيما يتعلق بالهدف المنشود. وفي هذه الحالة، يُعاقب المشرع على قيامه "بالتدخل في حرية المشروعات باعتداءٍ مفرط بشكلٍ واضح فيما يتعلق بالهدف المنشود المتمثل في الحفاظ على العمل "(٤).

(١) **Cons. Const.,** Décision n° ٨١-١٣٢ DC, préc.
(٢) **Cons. Const.,** Décision n° ٩٠-٢٨٤ DC, ١٦ janv. ١٩٩١, Rec. Cons. Const., p. ٢٠.
(٣)**Cons. Const.,** Décision n° ٩٨-٤٠١ DC, ١٠ juin ١٩٩٨, Rec. Cons. Const., p. ٢٥٨.
(٤) **Cons. Const.,** Décision n° ٢٠٠١-٤٥٥ DC, ١٢ janv. ٢٠٠٢, Rec. =

وهذا التحول من منطق التبرير إلى منطق التناسب يحدث – تقريبًا – في الوقت الذي لم تعد فيه حرية المشروعات تتعارض مع المبررات ذات المرجعية الجماعية (المصلحة العامة ، أو النظام العامة ، أو الصحة العامة)، لكنها تواجه ادعاءات أخرى تتعلق بحقوق الإنسان: كالحق في الحصول على وظيفة، والحق في الراحة أو وقت الفراغ. وفي نهاية المطاف، وعلى الرغم من أن المصلحة الجماعية في منطق التبرير قد تفوقت على حرية المشروعات، فإن حقوق الإنسان رهنًا بشرط التناسب تبدو أكثر ضعفًا. واستنادًا إلى التزام المجلس الدستوري بمنطق التناسب، أعلن المجلس أول توجيه للرقابة على أساس حرية المشروعات(١).

وأخيرًا، يمكننا أن نتساءل عن مدى مرونة معادلات التوفيق التي يستخدمها المجلس الدستوري. ويبدو أن ذلك يمنحه صلاحية تغيير متطلبات التوفيق وفقًا للنصوص التشريعية المعنية. وبالتالي، في سبيل سعي المجلس لفرض رقابة على تعريف محدد لأسباب الفصل من العمل استنادًا لحماية الحق في العمل، حيث يستلزم المجلس وجود تدخل مفرط وغير متناسب مع حرية المشروعات(٢). وبمرور الوقت تم الاعتراف بإمكانية فرض القيود على حرية المشروعات؛ متمثلًا في جواز

=

Cons. Const., p. ٤٩ ; D. ٢٠٠٣, Somm. p. ١١٢٩, obs. L. Gay.

(١)**Cons. Const.,** Décisions n° ٢٠٠٠-٤٣٥ DC du ٧ décembre ٢٠٠٠, Rec. Cons. Const., p. ١٧٦ ; A.J.D.A., ٢٠٠١, p. ١٠٢, note J.-E. Schoettl ; D. ٢٠٠١, Somm. p. ١٧٦٥, obs. A. Roux et n° ٢٠٠١-٤٥٥ DC, ١٢ janvier ٢٠٠٢, Rec. Cons. Const., p. ٤٩.

(٢)**Cons. Const.,** Décision n° ٢٠٠١-٤٥٥ DC, préc.

إعادة تصنيف الموظفين على أساس الحق في العمل، من خلال الاكتفاء بملاحظة أن المشرع لم يرتكب أي خطأ واضح في التقييم(١).

الفرع الثاني

موقف الفقه من طبيعة حرية المشروعات كحرية أساسية

إن مفهوم الحرية الأساسية قد تطور تدريجيًا في إطار عمل القضاء الإداري، والذي اتسم منذ أمدٍ طويل باللجوء شبه الحصري إلى الحريات العامة. وهذه الفئة كانت غير محددة في البداية، وبالتالي فهي ليست ثابتة، وقد كان يتم إثرائها من خلال المراسيم الصادرة في إطار الحرية المنصوص عليها بموجب المادة (L.٥٢١-٢) من تقنين القضاء الإداري؛ والتي كانت تتيح للقاضي في حالات الاستعجال إمكانية إصدار أمر باتخاذ أي من التدابير اللازمة لحماية الحرية الأساسية التي يتخذها الشخص الاعتباري الذي يخضع للقانون العام أو هيئة تخضع للقانون الخاص لكنها مُكلفة بإدارة مرفق عام، في ممارسة إحدى صلاحياتها، والتي قد تتعرض لاعتداء جسيم وغير قانوني بشكلٍ واضح(٢).

وعلى الرغم من أن الشواهد تُظهر تدريجيًا في جميع السوابق القضائية أن

(١)**Cons. Const.,** Décision n° ٢٠٠٤-٥٠٩ DC, ١٣ janvier ٢٠٠٥, JO ١٩ janvier ٢٠٠٥, p. ٨٩٦.

(٢)**JACQUINOT (N.)**, Op. Cit., p. ٦٥٨.

عدم وجود تعريف تشريعي للحرية الأساسية لا يزال يثير أسئلة لا مفر منها بشأن هذا المفهوم والحقوق والحريات التي يغطيها بدقة، ومما يؤكد مشروعيته أي الحرية الأساسية أن هذا التعبير كان قائمًا بالفعل في سياق الاعتداء، وكان يُستخدم أحيانًا لتحديد الحقوق والحريات المكفولة دستوريًا(١).

ولذلك اعتبر بعض الفقه أن الحريات الأساسية بالمعنى المقصود في المادة (L.٥٢١-٢) من تقنين القضاء الإداري يمكن أن تقتصر فقط على الحقوق والحريات الناتجة عن الدستور(٢). بينما يركز البعض الأخر بشكلٍ كبير على حرية القاضي واستقلاليته في الإجراءات المتخذة فيما يتعلق بالاعتراف بهذه الحريات(٣).

غير أنه يبدو أن هناك قاسمًا مشتركًا بين وجهتي النظر، وأن العديد من الحقوق والحريات الواردة في النص الدستوري من المحتمل أن يتم تصنيفها على أنها حريات أساسية وفقًا للمعنى المقصود في المادة (L.٥٢١-٢) (٤).

---

(١) **FAVOREU (L.)**, La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés, D. ٢٠٠١, Chron. p. ١٧٣٩; contra **PICARD (E.),** L'émergence des droits fondamentaux en France, A.J.D.A., ١٩٩٨, n° spécial, p. ٦.

(٢) **FAVOREU (L.)**, La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés, Op. Cit, P. ١٧٣٩.

(٣) **BACHELIER (G.)**, Le référé-liberté, R.F.D.A., ٢٠٠٢, p. ٢٦١.

(٤)**PACTEAU (B.)**, Contentieux administratif, P.U.F., ٢٠٠٢, p. ٣٢٤; **CHAPUS (R.)**, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, =

وفيما يتعلق بالحريات المعترف بها في الوقت الحالي على أنها حرية أساسية من قبل القاضي المستعجل، فإن الأساس الدستوري موجود بشكلٍ عام، وحرية المشروعات لا تشكل استثناءً في هذا الصدد. وفي الواقع، فإن حرية المشروعات على الرغم من عدم ظهورها صراحةً في نصوص الدستور، إلا أنها اعتُبرت ذات قيمةٍ دستورية بموجب قرار من المجلس الدستوري الصادر في ١٦ يناير ١٩٨٢م[١]، والذي ربطها بالمادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، وقد تأكدت هذه القيمة الدستورية منذ ذلك الحين في مناسباتٍ عديدة كما ذكرنا آنفًا.

وعلى الرغم من أن حرية المشروعات لا تختلف مبدئيًا عن الحريات الأخرى المعترف بها على أنها أساسية بالمعنى المقصود في المادة (L.٥٢١-٢) من تقنين القضاء الإداري، وفي ضوء دراسة متأنية للمراسيم والقرارت المتعلقة بها، يثور التساؤل بشأن ما إذا كانت حرية المشروعات تحتل في الواقع موقعًا مستقلًا أم لا؟

ومن المؤكد أن الحريات الأساسية المعترف بها حتى الآن متنوعة للغاية؛ لأنها يمكن أن ترتبط مباشرة بالفرد مثل حرية المجيء والذهاب[٢]. وقد يكون لها

=

١٠e éd., ٢٠٠٢, p. ١٢٨٨ et sui. ; **DEBBASCH (CH.)** et **RICCI (J.-C.)**, Contentieux administratif, ٨e éd., Dalloz, ٢٠٠١, p. ٥١٣.

(١)**Cons. Const.**, n° ٨١-١٣٢ DC, Nationalisations I, R.J.C., p. I-١٠٤.

(٢) **C.E.**, ٩ jan. ٢٠٠١, Deperthes, req. n° ٢٢٨٩٢٨.

طابعًا اجتماعيًا مثل حرية تكوين الجمعيات[١]. أو يستفيد منها فئة معينة من الأشخاص أو حتى السلطات المحلية والإقليمية فيما يتعلق بحرية الإدارة[٢].

ولذا يرى بعض الفقه أن حرية المشروعات ليست الحرية الوحيدة ذات الطبيعة الاقتصادية التي تم تكريسها، فهي لا تقدم أي صفة تميزها عن غيرها. ووفقًا لهذا الرأي، فهي على عكس الحريات الأساسية الأخرى، حيث يُلاحظ أن هناك عدم يقين بشأن محتواها بالضبط. وقد جعل مجلس الدولة الفرنسي حرية التجارة والصناعة إحدى مكونات حرية المشروعات، وليس العكس، وبذلك يكون قد اتخذ اتجاهًا معاكسًا للموقف المقبول عمومًا[٣]. وإن كنا نؤيده فيما ذهب إليه.

وفي عام ٢٠٠٧م، شكك بعض الفقه حول شرعية دخول حرية المشروعات في "منظومة الحقوق الأساسية"، وبشأن مخاطر الانتهاكات التي قد تنشأ عن

---

(١) **C.E.**, ١٨ oct. ٢٠٠١, Syndicat départemental Interco ٣٣ CFDT, req. n° ٢٣٩٠٨٢.

(٢) **C.E.**, ١٨ jan. ٢٠٠١, Commune de Venelles et Morbelli, req. n° ٢٢٩٢٤٧.

(٣) **CHEROT (J.-Y.)**, Droit public économique, Op. Cit., p. ٤٤; **HUBRECHT (H.-G.)**, Droit public économique, Dalloz, ١٩٩٧, p. ٨٦; **COLSON (J.-PH.)**, Droit public économique, L.G.D.J., ١٩٩٥, p. ٤٨ ; **BON (P.)**, La liberté d'entreprendre, in Dictionnaire constitutionnel, sous la dir. de Olivier Duhamel et Yves Meny, ١٩٩٢, p. ٥٨٢; contra **DELVOLVE (P.)**, Droit public de l'économie, Op. Cit., p. ١٠٥ et sui.

وضعها المحمي دستوريًا، ولا سيما في حالة التعارض مع حقوق الإنسان الأخرى. وشدد على المخاطر الناجمة إزاء عدم تحقيق التوافق لحرية المشروعات مع هذه الحقوق، مما أدى إلى إنشاء "منطق استيعاب حقوق الإنسان للحريات الاقتصادية"(١). حتى وإن كان القاضي يوازن بانتظام بين المصالح الاقتصادية والمصالح الأخرى غير الاقتصادية(٢).

ويُستفاد من ذلك أن الحريات الاقتصادية تظل دائمًا في جوهر اهتمامات المتقاضين، مما يمنحهم، في الواقع، موقعًا قد يعتبره البعض مركزيًا؛ وذلك باعتبارها حرية أساسية مكفولة دستوريًا(٣).

الفرع الثالث

التسلسل الهرمي لحرية المشروعات

تميل مختلف المظاهر التشريعية وحتى الدستورية لمبدأ حرية المشروعات نحو إثبات النطاق الفريد الذي يتمتع به هذا المبدأ. وعلى وجه الخصوص، سيؤدى إدراج حرية المشروعات في قاعدة تشريعية تم التصويت عليها إلى تعزيزها.

(١)**DESPLATS (CH.)**, La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux, RDT, **٢٠٠٧**, p. **١٩.**

(٢)**Cons. Const.**, ٣١ janv. ٢٠٢٠, n° ٢٠١٩-٨٢٣ QPC, Union des industries de la protection des plantes, A.J.D.A., ٢٠٢٠, p. ١١٢٦.

(٣)**VAUCHEZ (S.-H.)**, « ... les droits et libertés que la Constitution garantit » : quiproquo sur la QPC ?, Rev. dr. home, ٢٠١٦, n° ١٠.

وبالتالي الاستفادة من استقرارها على نحوٍ معين، وكذلك إلى اعتراف بعض الفقه بأن هذه الحرية هي وضع وسطي بين الحريات الدستورية والحقوق التي يكفلها القانون العادي(١).

وعلى ذلك يثور التساؤل الآتي: هل يوجد تسلسل هرمي للحريات الأساسية بالمعنى المقصود في المادة ٢-٥٢١ .L من تقنين القضاء الإداري؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب، فهل ينطبق هذا التسلسل الهرمي على حرية المشروعات؟

وللإجابة على هذا التساؤل، يمكننا القول بأن النظر في مسألة التسلسل الهرمي بين الحريات الأساسية بسبب الوضع الخاص لحرية المشروعات يتطلب إعادة تطبيق التمييز القديم بين حريات المرتبة الأولى والثانية. وذلك على الرغم من أن المجلس الدستوري نفسه كان قد رفض أي فكرة عن التسلسل الهرمي الرسمي(٢).

وتأكيدًا على هذا المعنى، فلا يزال القاضي يحرص – عمومًا – على عدم القبول إلا بشأن الحريات الأساسية التي تستند على أساس دستوري، أو في مواجهة

(٤)**DE BANDT (P.), VANDERHELST (M.)**, L'intervention publique dans la sphère économique – Fondements, principes et limites, coll. « Dossier du Journal des Tribunaux », Bruxelles, Larcier, ٢٠١٣, p. ٦١**; YERNAULT (D.)**, L'État et la propriété, Op. Cit., p. ٩٣٧; **HERBIET (M.)** et **DURVIAUX (A.-L.)**, Op. Cit., p. ١٤.

(١)**Cons. Const.,** ١٦ janv. ١٩٨٢, n° ٨١-١٣٢ DC, Nationalisations I, R.J.C., p. ١٠٤.

حرية تتمتع بالحماية الدستورية. وعلى ذلك، فإن الاتفاق على أن حرية المشروعات تُشكل حرية أساسية بالمعنى المقصود في المادة (٢-٥٢١ .L) من تقنين القضاء الإداري سيكون أمرًا صعبًا في بعض الحالات.

وإذا كان الأمر يتعلق بحرية التجارة والصناعة، فهي غير واردة مباشرةً في نصٍ دستوري، ولم يبت القاضي الدستوري في قيمتها في القرار رقم (١٢٩) الصادر بتاريخ ٣٠ و ٣١ أكتوبر ١٩٨١م(١). إلا أنه اعترف بالقيمة الدستورية لحرية المشروعات في قراره الصادر بتاريخ ١٦ يناير ١٩٨٢م(٢). ومع ذلك، فقد حرص القاضي على الربط صراحةً بين حرية التجارة والصناعة وحرية المشروعات من خلال التأكيد على أن الأولى "عنصر من عناصر الحرية الأساسية للمشروعات ".

وكذلك الأمر نفسه ينطبق على حرية ممارسة النشاط المهني؛ حيث أشار إليها القاضي الدستوري صراحةً(٣)، وذلك بوصفها أيضًا إحدى الحريات المشتقة من حرية المشروعات(٤).

(١)**Cons. Const.,** La Décision n° ٨١-١٢٩ DC des ٣٠ et ٣١ oct. ١٩٨١, R.J.C., p. ١٠٠.

(٢)**Cons. Const.,** ١٦ janv. ١٩٨٢, n° ٨١-١٣٢ DC, R.J.C., p. ١٠٤.

(٣)**Cons. Const.,** ٣ mars ١٩٧٦, n° ٧٦-٨٨ L, RJC, p. ٦٥.

(٤)**FAVOREU (L.)** et autres, Droit des libertés fondamentales, Op. Cit., p. ٢١١; **DELVOLVE (P.)**, Droit public de l'économie, Op. Cit., p. ١٠٨.

ومن أجل تقييم درجة الجدية التي قد ترتبط بانتهاك حرية المشروعات أو التصرف الحر في الممتلكات من قبل المالك أو حرية التعاقد، فمن الضروري الالتزام بالقيود العامة التي يفرضها التشريع. وعلاوةً على ذلك، فإن صياغة "حرية المشروعات" واسعة بما يكفي لتعمم على أي حرية، بما في ذلك حرية التجارة والصناعة وحرية ممارسة النشاط المهني ككل(١).

وعلى ذلك سيعترف القاضي بأن حرية المشروعات هي حرية أساسية، لأنه يعمل على ذلك بشكل جيد في بعض الحالات التي تعرض أمامه. مما يعني أن القاضي يسعى إلى ترسيخ مفهوم أصلي للحريات ينعكس على خصوصية حرية المشروعات، وعلى هذا النحو، فليس من المؤكد أن هذه الحرية ستظل حالة خاصة لفترةٍ طويلة.

وإذا كانت حرية المشروعات في فرنسا لم تحصل في بدايتها على قيمة قانونية مماثلة لقيمة الحريات الفردية الأخرى، غير أنها لم تعد "حرية من الدرجة الثانية" على الإطلاق. إلا أنه على الرغم من أهميتها لم تُذكر صراحةً في النصوص المكونة للكتلة الدستورية. ومن ثم، فسيكون ممكنًا بالطبع إلغائها في أي وقت(٢).

---

(١) **JACQUINOT (N.)**, Op. Cit., p. ٦٥٨.

(٢)**DRAGO (G.) et LOMBARD (M.)**, Op. Cit., p. ١ et sui.

لكنه في الوقت الحالي، يمكن القول أن حرية المشروعات أصبحت تُشكل – حقًا – حرية القانون العام؛ لأنها مستمدة من المبدأ العام للحرية، وهو المبدأ الوارد في المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م مثل ما كان يُطلق عليها "الحرية الشخصية"؛ فهي بلا شك تقع في جوهر نظام الحريات العامة الفرنسي(١).

المبحث الرابع

القيود الواردة على مبدأ حرية المشروعات

تمهيد وتقسيم:

في بداية الثمانينيات من القرن الماضي، اعترف المجلس الدستوري بالقيمة الدستورية لمبدأ حرية المشروعات في قراره الشهير الصادر في ١٦ يناير ١٩٨٢م. حيث قرر القاضي الدستوري أن " الحرية هي التي تتألف من القيام بكل فعلٍ بما لا يلحق الضرر بالآخرين، ولا يمكن صونها إذا فرضت قيود تحكمية أو تعسفية على حرية المشروعات ". وقد اقترن هذا القرار بالإشارة إلى أن حرية المشروعات " ليست عامة ولا مطلقة " وأنها " تُمارَس داخل الدولة، في إطار تنظيمي بموجب القانون ".

(١)**MORANGE (J.)**, Droits de l'homme et libertés publiques, ٤e éd., P.U.F., ١٩٩٧, p. ١٣٥.

وفي أوائل التسعينيات[١]، تُرك الأمر للمشرع لوضع القيود التي تقتضيها المصلحة العامة أو تلك المرتبطة بمتطلباتٍ دستورية، بشرط ألا يترتب على ذلك تشويه نطاق حرية المشروعات[٢]. وإذا كانت حرية المشروعات ليست حرية مطلقة كغيرها من الحريات الأخرى. بمعنى أنها تتضمن العديد من القيود القانونية. فمن الواضح أن مضمون هذه القيود يعتمد على الأنظمة المختلفة التي تخضع لها الحياة الاقتصادية. لكن المسألة هنا تتعلق بدراسة المنبع والمصب بشأن القيود المفروضة على ممارسة الأنشطة الاقتصادية. فالمنبع، يتمثل في مبررات هذه القيود؛ أما المصب فهو الحاجة إلى مراقبة هذه القيود.

وترتيبًا على ذلك، فقد رأينا تقسيم دراستنا في هذا الموضوع على النحو التالي:

المطلب الأول: مسوغات القيود الواردة على حرية المشروعات.

المطلب الثاني: أنواع القيود الواردة على حرية المشروعات.

المطلب الثالث: الرقابة القضائية على قيود حرية المشروعات.

(٢)**Cons. Const.,** Décision n° ٩٠-٢٨٤ DC, ١٦ janv. ١٩٩١, Rec. Cons. const., p. ٢٠.

(١)**Cons. Const.,** Décision n° ٩٨-٤٠١ DC, ١٠ juin ١٩٩٨, Rec. Cons. const., p. ٢٥٨.

المطلب الأول

مسوغات القيود الواردة على حرية المشروعات

تكمن مسوغات القيود الواردة على حرية المشروعات في مدى اتصال هذه القيود بالنظام العام أو المصلحة العامة، وغالبًا ما يكون الدافع وراء انتهاك إحدى الحريات هو مفهوم النظام العام الذي يمثل إحدى عناصر المصلحة العامة. وبالنسبة للمجلس الدستوري، يعتبر النظام العام هدفًا ذا قيمة دستورية؛ ويجوز أن يبرر للمشرع تدخله لتقييد بعض الحريات. ولكن الأخير – غالبًا – ما يُفضِل الاحتجاج بالمصلحة العامة بشكلٍ مباشر. أما بالنسبة لمجلس الدولة، فإن مفهوم النظام العام يقع في جوهر نظرية الضبط الإداري التي قام ببنائها. ويرى أن الحفاظ على النظام العام هو فقط ما يبرر انتهاك سلطة الضبط لإحدى الحقوق أو الحريات.

ولذلك استقر معظم الفقه على أن مبررات القيود تعتمد على ضرورة احترام النظام العام أو المصلحة العامة؛ وتتمثل في وجود حظر تام على ممارسة بعض الأنشطة، وضرورة الحصول على الترخيص، والالتزام بالمؤهل المطلوب لممارسة المهنة، واحترام الأخلاق والآداب العامة، وكذلك حماية الصحة العامة[١].

---

(١) **ARMAOS (A.)**, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Professions et activités réglementées, Dalloz, ٢٠٠٤, n° ٩.

وقد عَرفت حرية المشروعات عددًا من القيود والضوابط، وذلك في إطار تدخل الدولة في لجعل الاقتصاد أكثر تنظيمًا وخاضعًا لرقابة السلطة العامة، وبالتالي يمكن أن يُشكل مبدأ حرية المشروعات كبحًا لإرادة المشرع. ومع ذلك، فمنذ الثمانينيات سعى القاضي الدستوري الفرنسي في سياق تحرير الاقتصاد، وإلغاء الضوابط اللائحية والتنظيمية نحو الدفاع عن هذا المبدأ المؤَسِس لاقتصاد السوق(١).

وفي عام ١٩٨٩م، استقر المجلس الدستوري الفرنسي على أنه " يجوز للمشرع فرض قيود على هذه الحرية متى كانت مرتبطة بمتطلباتٍ دستورية أو تبررها المصلحة العامة، بشرط ألا ينتج عن ذلك تجاوزاتٍ لا تتناسب مع الهدف المنشود ". ولعل الصيغة التي تم الانتهاء منها بموجب القرار الصادر في ١٦ يناير ٢٠٠١م(٢)، يتم اعتمادها الآن باستمرار من قبل المجلس الدستوري(١) ومجلس

(١) **MARIANNE (G.)**, « L'impact du tournant néolibéral sur les dispositifs de protection des droits et libertés », La Revue des droits de l'homme, ٢٠١٤, n° ٦.

(٢)**Cons. Const.**, ١٦ janv. ٢٠٠١, n° ٢٠٠٠-٤٣٩ DC, Rec. Cons. const. p. ٤٢ ; A.J.D.A. ٢٠٠١. ٢٢٢, étude E. Fatôme; D. ٢٠٠٢. ١٩٤٤, obs. V. Ogier-Bernaud.

الدولة[٢].

ويعني ذلك أن القضاء الدستوري والإداري قد راقب مشروعية وضع قيود على ممارسة الأفراد لحرية المشروعات؛ فمن ناحيةٍ، أقر المجلس الدستوري بأنه يتعين على المشرع في إطار سلطاته المستمدة من المادة (٣٤) من الدستور إجراء أي تعديلاتٍ على هذه الحرية. ويجوز له أن يفرض قيودًا على عليها، من خلال اشتراط ممارسة أنشطة معينة، بشرط ألا يؤدي ذلك إلى "انتهاك غير متناسبٍ" فيما يتعلق بالهدف المنشود[٣].

ومن ناحيةٍ أخرى، أقر مجلس الدولة بأن حرية المشروعات تجد قيودها في ضرورات الحفاظ على النظام العام أو حسن إدارة الأملاك العامة. وبالتالي، فإن

=

(٣)**Cons. Const.**, ١٢ mai ٢٠١٠, n° ٢٠١٠-٦٠٥ DC, A.J.D.A., ٢٠١٠, p. ١٠٤٨; D. ٢٠١٠, p, ١٣٢١; **Cons. Const.**, ٢٧ mars ٢٠١٤, n° ٢٠١٤-٦٩٢ DC, D. ٢٠١٤, p. ١١٠١; **Cons. Const.**, ٤ avr. ٢٠١٤, n° ٢٠١٤-٣٧٣ QPC, D. ٢٠١٤, P. ٨٢٨; **Cons. Const.**, ١٧ sept. ٢٠١٥, n° ٢٠١٥-٤٨٠ QPC, D. ٢٠١٥, P. ١٨٤٤; **Cons. Const**., ٢١ oct. ٢٠١٦, n° ٢٠١٦-٥٩٣ QPC, D. ٢٠١٦, P. ٢١٢٢; **Cons. Const.**, ٨ déc. ٢٠١٦, n° ٢٠١٦-٨٤١ DC.

(٤)**.E.**, ٢٩ oct. ٢٠١٢, n° ٣٦١٣٢٧, Association Union des agents sportifs du football (UASF), et Syndicat national des agents sportifs (SNAS), Lebon T. p. ١٠٠٢ ; D. ٢٠١٣. ٥٢٧, obs. Centre de droit et d'économie du sport ; **C.E.**, ٢٨ nov. ٢٠١٤, n° ٣٨٤٣٢٤, Syndicat réunionnais des exploitants de stations-service, A.J.D.A., ٢٠١٥, p. ٨٢.

(٣) **Cons. Const.**, ١٢ jan. ٢٠٠٢, ٢٠٠١-٤٥٥ DC.

ممارسة مهنة ما قد تخضع لترخيصٍ مُسبق[١] أو قد تخضع للتنظيم[٢]؛ حيث أن الإطار التنظيمي لا يؤدي إلى حظرٍ عام ومطلق على ممارسة المهنة[٣].

ومنذ عام ١٩٨٢م، قام المجلس الدستوري بتطوير قضائه نحو تحقيق مزيدًا من الحماية الدستورية لحرية المشروعات، وذلك على الرغم من المبادئ أو الأهداف الأخرى ذات القيمة الدستورية. إذا اعتبر المجلس في عام ١٩٨٩م أن "حرية المشروعات ليست عامة ولا مطلقة. وأنه يجوز للمشرع أن يفرض قيودًا عليها تقتضيها المصلحة العامة، بشرط ألا تؤدي هذه القيود إلى تشويه نطاقها"[٤].

ومن الناحيةِ التاريخية، يُعد تقييدًا لحرية المشروعات التي استخدمها المشرع: حظر تسويق المنتجات التي تتسم بالخطورة، وحظر بيع العلاقات ذات الطبيعة الجنسية، وحظر توظيف الأشخاص في وضع غير نظامي. وحظر

---

(١) **C.E.**, ٢٢ juin ١٩٥١, Daudignac, Grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA), n° ٦٨.

(٢) **C.E.**, ٢٩ jan. ١٩٣٢, Société des autobus antibois, GAJA, n° ٤٥.

(٣) Le juge exerce dans cette hypothèse un contrôle de la proportionnalité de la décision, CF. **C.E.**, ١٩ mai ١٩٣٣, Benjamin, GAJA, n° ٤٧.

(٤) **Cons. Const.**, ٤ juill. ١٩٨٩, Décision n° ٨٩-٢٥٤ DC, Loi modifiant la loi n° ٨٦-٩١٢ du ٦ août ١٩٨٦ relative aux modalités d'application des privatisations.

ممارسة بعض المهن غير الخاضعة للتنظيم، وما إلى ذلك[١].

أما بشأن تبرير القيود المفروضة على حرية المشروعات: فلا تسمح حرية المشروعات بسلوك أو نشاط يتعارض مع المصلحة العامة. وحينما يتعلق الأمر بالأنشطة الاقتصادية الخاصة، يثور التساؤل بشأن الأشكال التي يمكن أن تتخذها المصلحة العامة؟

لعل الإجابة على هذا التساؤل تبدو نحو الحاجة إلى احترام النظام العام؛ ليس فقط النظام العام في مجمله، ولكن أيضًا النظام العام الاقتصادي، حيث يتم تحليل النظام العام بما يؤدي إلى حماية الأشخاص العاديين والمتعاقدين، وربما أيضًا حماية الغير، فضلًا عن توجيه الأنشطة الاقتصادية وفقًا لقواعد محددة سلفًا لتنظيم الاقتصاد[٢].

ويُلاحظ أيضًا أن طبيعة النظام العام لحرية العمل la liberté du travail شأنها في ذلك شأن الحقوق الأساسية الأخرى للعمال، تؤكدها اليوم المادة (L.١٢٠-٢) من تقنين العمل؛ حيث نصت على أنه "لا يجوز لأحد أن يفرض قيودًا على حقوق الأشخاص وعلى الحريات الفردية والجماعية التي لا تبررها

(١) **MARIANNE (G.)**, Op. Cit., n° ٦.

(٢) **CLAMOUR (G.), GAHDOUN (P.-Y.)**, Op. Cit., n° ٧٧.

طبيعة المهمة التي يتعين القيام بها أو تتناسب مع الهدف المنشود"[١].

كما يجوز لسلطات الضبط الإداي اتخاذ بعض التدابير التي من شأنها تقييد هذه الحرية متى كانت تؤدي ممارستها إلى الإخلال بالنظام العام أو المخاطرة به. والأصل هنا ليس بوضع اللوائح، ولكن باتخاذ إجراء يهدف إلى حماية النظام العام. وللقيام بذلك، فإن سلطة الضبط لا تسعى إلى تحقيق هدف يتعلق مباشرة بالحريات المعنية. وعندما يكون لتدبير الضبط أثر في تقييد حرية المشروعات، فمن الواضح أن هدفه المباشر ليس اقتصاديًا. وبالتالي، فإن حماية النظام العام بمفهومه التقليدي[٢] يمكن أن تبرر فرض بعض القيود على هذه الحرية[٣].

---

(١) «Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché »; **Voir**: Art. (L. ١٢٠-٢) du code du travail (rédaction L. n° ٩٢-١٤٤٦ du ٣١ déc. ١٩٩٢.

(٢) يعتمد المفهوم التقليدي لفكرة النظام العام على حماية: الأمن العام، الصحة العامة، السكينة العامة. أما المفهوم المعاصر للنظام العام فيشمل بجانب ما سبق: حماية النظام العام الاقتصادي، حماية النظام العام المعنوي أو الأخلاقي (الآداب العامة)، حماية البيئة، حماية المياه والمحافظة عليها، حماية العملة الوطنية، حماية الجمال الحضاري (جمال الرواء والرونق). وعلى ذلك يمكن القول أن النظام العام فكرة مرنة نسبية ومتطورة يمكن أن تختلف من دولة لأخرى، بل من زمن لآخر داخل الدولة الواحدة وفقًا لفلسفة النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي السائد في كل دولة.

(٣) **CLAMOUR (G.), GAHDOUN (P.-Y.)**, Op. Cit., n° ٧٨ et ٧٩.

إلا أنه قد يحدث أن يكون لتدبير الضبط الإداري أيضًا هدفًا اقتصاديًا، أو حتى العديد من الأهداف. وهو بذلك يحمي النظام العام الاقتصادي. وإذا كان الهدف الذي تسعى إليه سلطات الضبط متعدد الأشكال، فإن مضمون التدابير المتخذة لتحقيق هذا الهدف يمكن تنوعها. وبالتالي، قد تأخذ القيود المفروضة على حرية المشروعات شكل: حظر، موافقة، ترخيص، إذن، مؤهل معين، وما إلى ذلك.

ومن المُلاحظ أن التدابير المُتخذة التي تبررها السلطات المختصة في المجال الاقتصادي، يكون لها هدف أو غرض اقتصادي. وذلك على عكس تدابير حماية النظام العام التي من شأنها أن تُقوض بشكلٍ عرضي فقط حرية المشروعات، كتدابير التوجيه التي تتخذها السلطات لحماية النظام العام الاقتصادي، والتي بطبيعتها تتدخل في هذه الحرية. وينطبق هذا – بصفةٍ خاصة – على التدابير الرامية إلى استعادة ظروف المنافسة الحرة، وهي تدابير حمائية وإرشادية على حدٍ سواء.

وفي الوقت المعاصر، فإن النظام العام الاقتصادي هو نظام عام تنافسي، يُجسده قانون المنافسة بالمعنى الدقيق، أي قانون الممارسة ومنع المنافسات الاحتكارية، وكذلك قانون التنظيم. فهذه تشكل أدوات للتدخل في خدمة الأهداف

الاقتصادية والاجتماعية[١].

وتهدف هذه الأدوات إلى الحفاظ على هياكل السوق التنافسية، وذلك من خلال فرض قيود على المشغلين الاقتصاديين. وبهذا المفهوم، يُشير النظام العام التنافسي إلى أن الدافع من ورائها يتمثل في تحقيق المصلحة العامة[٢]. وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على أن " المنافسة هي عنصر من عناصر المصلحة العامة التي يتعين على السلطات العامة حمايتها "[٣].

ويأخذ النظام المصري بمبدأ الاختصاص التشريعي في تنظيم الحريات؛ فقد نص الدستور المصري الحالي لعام ٢٠١٤م على العديد من حقوق الأفراد وحرياتهم في الباب الثاني والثالث والرابع، والتي يكون تنظيمها بقانون مثل: الحق في العمل، والحق في الضمان الاجتماعي والحق في الملكية الخاصة، والحرية الشخصية، وحرية التنقل والإقامة. فالمشرع العادي يستطيع أن ينظم الحقوق

(١)**BONASSIES (P.)**, Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen, in Études dédiées à Alex Weil, Dalloz,١٩٨٣, p. ٥١

(٢)**C.E.**, ١٠ avr. ٢٠٠٢, req. n° ٢٢٣١٠٠, SARL Somatour, Lebon T. ٩١٨; Rev. CMP, p. ٢٠٠٢, n° ١٤٨, note Délélis), celui de « l'intérêt du bon fonctionnement du marché et du libre jeu de la concurrence »; **C.E.**, ord., ١٩ mai ٢٠٠٥, req. n° ٢٧٩٦٩٧ , Sté Fiducial Informatique, Lebon T., p. ١٠٢٧ ; A.J.D.A., ٢٠٠٥, p. ٢١٦٧; **C.E.**, ord., ١٩ janv. ٢٠٠٤, req. n° ٢٦٣٠١٢, Sté T-Online, Lebon T. ٨٢٢ ; A.J.D.A., ٢٠٠٤, p. ١٤٧٦.

(١)**C.E.**, Collectivités publiques et concurrence, Rapport public ٢٠٠٢, EDCE n° ٥٣, Doc. fr., ٢٠٠٢, p. ٣٨٨.

والحريات الاقتصادية إلا أنه مقيد بألا ينتقص منها انتقاصًا يصل إلى هدمها وبما فرضه الدستور من ضوابط وحدود. فيجوز للمشرع تنظيم حرية التجارة والصناعة، بشرط ألا يصل هذا التنظيم لدرجة تمنع ممارسة هذه الحقوق والحريات الاقتصادية[١].

وتجدر الإشارة إلى أن تدابير السياسة الاقتصادية ليست جديدة. ولكن منذ تم الاعتراف بحرية المشروعات، تطور استخدامها بشكلٍ كبير، فهي وإن كانت عرضية، إلا أنها قد أصبحت منتظمة. ويمكن تبريرها اليوم، حتى لو استمرت أو أصبحت نهائية، أو لو لم تكن مرتبطة بظروف استثنائية. وباختصار، أصبحت مبررات القيود الواردة على حرية المشروعات مهمة ويستمر تعدادها في الازدياد. وعلاوةً على ذلك، يمكن أن تكون هذه التدابير أيضًا اجتماعية بالإضافة إلى كونها اقتصادية، مما يزيد من توسيع إمكانيات ونطاق التدخل القانوني للسلطات العامة في النشاط الاقتصادي[٢].

واهتداءً بما تقدم، تبدو مسوغات القيود الواردة على حرية المشروعات وفقًا لما استقر عليه القضاء الدستوري في حماية النظام العام أو المصلحة العامة. وعلى ذلك، فيجوز لسلطات الضبط الإداري اتخاذ التدابير اللازمة التي من شأنها تقييد حرية المشروعات متى كانت تؤدي ممارستها إلى الاعتداء على المصلحة

---

(١) **د/ محمد فتحي محمد إبراهيم**، المرجع السابق، ص ٣٨.

(٢) **CLAMOUR (G.), GAHDOUN (P.-Y.)**, Op. Cit., n° ٨٢.

العامة أو الإخلال بالنظام العام.

المطلب الثاني

أنواع القيود الواردة على حرية المشروعات

تمهيد وتقسيم:

إن حرية المشروعات ليست مطلقة. ومن ثم، يمكن فرض بعض القيود عليها، شريطة أن تستند إلى مبرر موضوعي ومعقول، وأن تتناسب مع الهدف الذي تسعى إليه السلطة. بالإضافة إلى ذلك، يجب النص على هذه القيود بموجب القانون أو اللوائح(١).

وتجد القيود المفروضة على حرية المشروعات مصدرها إما في القانون أو في العقد. وسوف نعرض للقيود القانونية الواردة على حرية المشروعات في "**فرع أول**"، ثم نبين بعد ذلك القيود الاتفاقية الواردة على حرية المشروعات في "**فرع ثانٍ**". وذلك على النحو التالي:

(١) **Cons. Const.,** n° ١٦٦/٢٠١١ du ١٠ nov. ٢٠١١, pt B.١٠ ; **Cons. Const.**, n° ٥٦/٢٠١١ du ٢٨ avril ٢٠١١, pt B.٨،٢ ; **C.E.**, ٢٩ mars ٢٠١٠, n° ٢٠٢،٤٤٩, SPRL Limabel; **C.E.**, ٢ fév. ٢٠٠٥, n° ١٤٠،٠٠٨, Fourdin ; **C.E.**, ٨ jan. ٢٠٠٢, n° ١٠٢،٤٢٢, ASBL Nouvelle Clinique de la Basilique; **C.E.**, ١٣ oct. ١٩٩٨, n° ٧٦/٣٨٧, Van Calbergh.

الفرع الأول

القيود القانونية على حرية المشروعات

الأصل أن الحقوق والحريات التي يتعدى أثرها الفرد لا يمكن أن تكون مطلقة؛ وذلك من أجل توفير الحماية اللازمة لحقوق وحريات الآخرين، ومقتضيات النظام العام. ولذلك يتعين تنظيمها دون أن يؤدي ذلك إلى الانتقاص منها، على أن يوكل أمر تنظمها إلى البرلمان وحده، باعتباره ممثلًا للأمة. كما أن سلطة البرلمان في هذا الخصوص مقيدة بضوابط وقيود دستورية موضوعية تفرض عليه ألا ينتقص منها، وألا يصادرها وله فقط أن ينظمها على نحو تكون معه ممارستها أكثر فاعلية(١).

ويتعلق مبدأ حرية المشروعات بجميع الأنشطة الاقتصادية تقريبًا، لكن العديد من القيود القانونية واللائحية التي ظهرت تدريجيًا منذ نهاية القرن الثامن عشر، ونشأت عن اللوائح التي وضعتها السلطات العامة الفرنسية قد حدت من نطاق هذا المبدأ. ولكن يذهب نطاق هذا المبدأ إلى أبعد من ذلك، حيث يحتفظ بالأنشطة الصناعية والتجارية للمبادرة الخاصة(٢).

---

(١) **د/ محمد فتحي محمد إبراهيم**، المرجع السابق، ص ٣٧.

(٢) **Cons. Const.**, n° ٢٠٠١-٤٥٥ DC., J.O.R.F., ١٨ janv ٢٠٠٢.

أولًا- القيود المتعلقة بالشخص صاحب النشاط أو المهنة:

ترتبط بعض القيود القانونية Restrictions légales المفروضة على حرية المشروعات بالشخص الذي يرغب في ممارسة نشاط أو مهنة معينة. إلا أنه يحظر على بعض الأشخاص ممارسة مهنة تجارية بسبب عدم توافر الأهلية القانونية. كما في حالة الأشخاص الخاضعين للولاية أو الوصاية أو القوامة، ما لم يزول السبب المانع من ممارسة النشاط أو المهنة.

كما يُحظر ممارسة نشاط مستقل من جانب الأشخاص الذين صدرت بشأنهم أحكام جنائية معينة. وبالمثل، فإن هذا النشاط قد يبدو غير متوافقٍ في ظل ظروف معينة، ومع ممارسة عدة مهن، لا سيما مع الموظفين العموميين، وغيرها من المهن الحرة على وجه الخصوص كمهنة المحاماة والطب والصيدلة(١).

ومن أمثلة تلك القيود في النظام المصري: وجود حظر على ممارسة مهنة المحاماة باستثناء الشاغلون لوظيفة أستاذ فى مادة القانون بالجامعات المصرية. ومن ثم، فدون من هم في درجة أستاذ في تخصصات القانون فلا يُقبل طلب قيده في جدول المحامين. مما يعني استبعاد أعضاء هيئة التدريس عدا الأساتذة والهيئة المعاونة لهم من ممارسة مهنة المحاماة على الرغم من حصولهم على المؤهل اللازم لممارستها. وبالتالي يعد ذلك انتهاكًا بشكلٍ واضح لمبدأ حرية المشروعات

(١) **CLAMOUR (G.), GAHDOUN (P.-Y.)**, Op. Cit., n° ٢٢٠.

بما لا يتناسب مع الهدف المنشود المتمثل في الحق في العمل[١].

وفيما يتعلق بالأجانب يجب عليهم من أجل المطالبة بممارسة نشاط مستقل على الأراضي الفرنسية، الحصول على ترخيص إداري يسمح بممارسة نشاط مهني[٢]. ولا ينطبق هذا الالتزام على مواطني الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي والدول الأخرى[٣].

ثانياً- القيود المتعلقة بالنشاط أو المهنة:

كما توجد أيضًا بعض القيود القانونية التي ترد على "حرية المشروعات" فيما يتعلق بالنشاط ذاته أو المهنة ذاتها. وعلى ذلك، فهناك أنشطة معينة تعتبر منافية للنظام العام، وهي محظورة مثل القوادة وغيرها من الأنشطة المنافية، أو أنشطة

---

(١) **انظر:** المادة (٣٨) من قانون المحاماة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٨٣م والمُعدَّل بموجب القانون رقم (١٤٧) لسنة ٢٠١٩م.

(٢) **DAUGAREILH (I.)**, La situation de l'emploi salarié des étrangers en France, R.D.S.S., ١٩٩٧, P. ٩١٨.

(٣) فعلى سبيل الاستثناء، يتمتع مواطنو الدول الأعضاء في الجماعة الاقتصادية الأوروبية بحرية الحصول على عمل. ويمكن القول إن المساواة التي نشأت على هذا النحو في الحصول على العمل بين مواطني الدول الأعضاء قد أدت إلى « إقرار حرية العمل، في النظم القانونية التي تعترف بها، كحق لكل مواطن من مواطني الجماعة »؛ **انظر:** **LYON-CAEN (A.)**, La libre circulation des travailleurs dans la Communauté économique européenne, Dr. soc. ١٩٨٩, P. ٥٢٦, n° ١١.

خاضعة لرقابة شديدة مثل تنظيم لعبة القمار. ويجب أيضًا أن تؤخذ في الاعتبار احتكارات الدولة مثل إصدار العملة، أو التشريعات التقييدية (تخطيط المدن التجارية، والعمل يوم الأحد، وما إلى ذلك). وأخيرًا، قد تتطلب ممارسة بعض المهن الحصول على شهادة معينة مثل الطبيب أو الحصول على ترخيص بها مثل الصيدليات[١].

كما وضع المشرع الدستوري المصري قيودًا على ممارسة الأنشطة التي تتصل بالأثار واعتبر الإتجار فيها جريمة لا تسقط بالتقادم يعاقب عليها قانون العقوبات[٢]، وأيضًا فقد حظر أي نشاط يتعلق بالاتجار في الأعضاء البشرية،

---

(١) D'autres restrictions légales à la liberté d'entreprendre sont liées à l'activité exercée. Certaines activités sont considérées comme contraires à l'ordre public et sont prohibées, purement et simplement (proxénétisme, etc.), ou strictement encadrées (organisation de loteries, etc.). Il faut également tenir compte des monopoles étatiques (émission de monnaie, par ex.) ou de législations restrictives (urbanisme commercial, travail dominical, etc.). Enfin, l'exercice de certaines professions nécessite l'obtention d'un diplôme (médecin, etc.) ou d'une autorisation (pharmacie, etc.); **Voir**: Fiches d'orientation, Liberté d'entreprendre, Dalloz, Juin ٢٠٢١.

(٢) " تلتزم الدولة بحماية الآثار والحفاظ عليها، ورعاية مناطقها، وصيانتها، وترميمها، واسترداد ما استولى عليه منها، وتنظيم التنقيب عنها والإشراف عليه. ويحظر إهداء أو مبادلة أى شيء منها. والاعتداء عليها والاتجار فيها جريمة لا تسقط بالتقادم ". **انظر:**
=

وجعلها جريمة يعاقب عليها القانون[١].

وفي السياق ذاته، تعتبر حيازة البضائع الأجنبية بقصد الاتجار مع العلم بأنها مهربة جريمة يعاقب عليها القانون؛ حيث ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى تقرير دستورية تجريم أي فعل آخر يكون الغرض منه التخلص من الضرائب الجمركية المستحقة كلها أو بعضها أو بالمخالفة للنظم المعمول بها في شأن البضائع الممنوعة[٢].

وعلى ذلك قضت بأن " وحيث إن البين من الفقرة المطعون عليها انها تواجه السلع التى لم تزل بعد وراء الحدود الخارجية للدائرة الجمركية، ولكن افعالا اتصلت بها ترجح احتمال تهريبها. وتندرج هذه الأفعال تحت فئتين: أولاهما افعال توخى المشرع بتجريمها حماية المصلحة الضريبية من خلال تأثيم كل فعل أو امتناع يلحق فى هذا النطاق الضرر بالخزانة العامة أو يعرض حقوقها للخطر وبوجه

=

المادة (٤٩) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤م.

(١) " تلتزم الدولة بحماية الآثار والحفاظ عليها، ورعاية مناطقها، وصيانتها، وترميمها، واسترداد ما استولى عليه منها، وتنظيم التنقيب عنها والإشراف عليه. ويحظر إهداء أو مبادلة أى شيء منها. والاعتداء عليها والاتجار فيها جريمة لا تسقط بالتقادم ". **انظر:** المادة (٦٠) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤م.

(٢) حيث أكدت المحكمة الدستورية العليا على دستورية الفقرة الثانية من المادة (١٢١) من قانون الجمارك الصادر بالقرار بقانون رقم (٦٦) لسنة ١٩٦٣م المُعدَّل بالقانون رقم (٧٥) لسنة ١٩٨٠م، وذلك فيما تضمنه من النص علي عبارة: "أو أي فعل آخر".

خاص فى مجال التحايل علي الواقعة المنشئة للضريبة الجمركية التي تستحق على البضاعة موضوعها أو مخالفة النظم المعمول بها لتحديد وعائها أو لضمان تحصيلها. وقد حدد المشرع هذه الأفعال من خلال الغرض المقصود منها، فكلما كان ارتكابها مستهدفا التخلص من الضريبة الجمركية كلها أو بعضها، دل ذلك علي وقوع مرتكبها فى دائرة التجريم. ثانيهما أفعال تغيا المشرع بتجريمها حماية المصلحة الاقتصادية للدولة فى غير مجالاتها الضريبية، وبوجه خاص فى مجال حماية الصناعة الوطنية وتأمين انتعاشها وقد حدد المشرع هذه الأفعال كذلك بالنظر إلى مراميها، ذلك أن مرتكبها يؤاخذ عنها قانونا كلما سعى بمقارفتها إلى مخالفة النظم المعمول بها فى شأن السلع الممنوع استيرادها أو استيرادها. وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكانت النظره الغائيه هى الجامعة بين هاتين الفئتين من الأفعال، وكان القانون الجمركى قد توخى صون المصلحة الكامنة وراء كل منهما، فإن من المنطقى أن يؤمن المشرع الحقوق المرتبطه بكلتيهما من خلال تجريم الأفعال التى تخل بها سواء اقترن إتيان هذه الأفعال بطرق احتيالية أم تجرد منها، وسواء بلغ المخاطبون بالنص المطعون فيه الأغراض المنافية للقانون التى يلتمسونها أم حالت دونها عوائق الرقابة الجمركية وحواجزها "[1].

([1]) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ١٢-٢-١٩٩٤م، الطعن رقم (١٠٥) لسنة (١٢) ق. دستورية، مجموعة المكتب الفني (٦)، الجزء (١)، ص ١٥٤، القاعدة رقم ١٧.

ويُستنتج من ذلك الحكم، أنه يجوز للمشرع تقييد حرية المشروعات إذا كان التصرف أو العمل غير مشروعًا؛ كما في حالة التحايل علي الواقعة المنشئة للضريبة الجمركية التي تستحق على البضاعة بالمخالفة لأحكام قانون الجمارك. ومن ثم، فيجوز للمشرع تجريم الأفعال المكونة لها بغرض حماية المصلحة الاقتصادية للدولة، والحفاظ على النظام العام.

كما أكدت المحكمة الدستورية العليا على عدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (٢١) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣م، والتى تشترط للقيد بجدول المحامين تحت التمرين، ألا يُجاوز سن طالب القيد خمسين عامًا وقت تقديم الطلب؛ نظرًا لإهدارها لحق العمل، وإخلالها بتكافؤ الفرص ومبدأ المساواة أمام القانون. أو بالأحرى، انتهاك حرية المشروعات.

وعلى ذلك، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " الشروط التى يتطلبها المشرع لمزاولة حرفة أو مهنة بذاتها، لا يجوز تقريرها بعيدًا عن متطلبات ممارستها، بل يتعين أن ترتبط عقلًا بها، وأن يكون فرضها لازمًا لأداء المهام التى تقوم عليها، كامنا فيها، ملتئما مع طبيعتها، منبئا عن صدق اتصالها بأوضاعها، وإلا كان تقرير هذه الشروط انحرافا عن مضمونها الحق، والتواء بمقاصدها، وإرهاقا لبيئة العمل ذاتها، وما ينبغى أن يهيمن عليها من القيم التى تعلو بقدر العمل، ولا تخل بطبيعة الشروط التى يقتضيها، وبوجه خاص كلما دل تطبيقها على مناهضتها لتكافؤ الفرص، أو تمييزها فى التعامل دون مقتض بين المتزاحمين على العمل، أو إنكارها لحقهم في الأمن –اجتماعيا أو اقتصاديا– أو إضرارها

بالظروف الأفضل لضمان حريتهم وكرامتهم، أو عداونها على الحق فى تدريبهم مهنيا..... وحيث إن ما قد ينص عليه المشرع من حرمان الأشخاص الذين جاوزوا سنا حددها، من الالتحاق ببعض الأعمال، لا يستقيم على إطلاق. ذلك أن من بين هذه الأعمال ما يتصل ببعض المهن الحرة التى تقتضى ممارستها جهدا عقليا صرفا من القائمين عليها، ولا شأن لها بمظاهر القصور فى قدراتهم البدنية، وما يتصل بها عاطفيا وجسمانيا من تغيير يؤثر سلبا وعملا فى إمكاناتهم .... وحيث إن الأصل فى سلطة المشرع فى مجال تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتعتبر تخوما لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها، وكان الدستور إذ يعهد إلى السلطة التشريعية بتنظيم موضوع معين، فإن ما تقره من القواعد القانونية فى هذا النطاق، لا يجوز أن ينال من الحقوق التى كفل الدستور أصلها، سواء بنقضها أو انتقاصها من أطرافها، ذلك أن إهدار هذه الحقوق أو تهميشها، عدوان على مجالاتها الحيوية التى لا تتنفس إلا من خلالها. ولا يجوز بالتالى أن يكون تنظيم هذه الحقوق اقتحاما لفحواها، بل يتعين أن يكون منصفا ومبرراً. وحيث إن ما نص عليه الدستور فى المادة ١٣ من اعتبار العمل حقا، مؤداه ألا يكون تنظيم هذا الحق مناقضا لفحواه، وأن يكون فوق هذا اختيارا حرا، والطريق إليه محددا وفق شروط موضوعية مناطها ما يكون لازما لإنجازه، متوخيا دوما تطوير أنماط الحياة وتشكيلها فى اتجاه التقدم، معززا برامج

رائدة تزيد من خبرة العامل وتنميها، وتكفل خلق مناخ ملائم يكون العمل فى إطاره إسهاما وطنيا، وواجبا "[١].

وفي ضوء ما تقدم، يجب التمييز هنا بين المحظورات وعدم التوافق، فضلًا عن الأنشطة المنظمة، وذلك على النحو التالي:

أولًا- المحظورات Interdictions:

لا يمكن تنفيذ بعض الأنشطة إلا من قبل السلطات العامة، وبالتالي فهي محظورة على الأفراد. ولذلك، فإن هذا الحظر يستند إلى الرغبة في الاحتفاظ باحتكار بعض الأنشطة الصناعية أو التجارية أو المالية للدولة أو للسلطات العامة. كما في حالة الأنشطة المتعلقة بتحصيل الضرائب، وسك العملات المعدنية، وتصنيع وبيع البارود، والنقل بالسكك الحديدية، والكهرباء،.... إلخ. وتتعلق بعض الاحتكارات بالنشاط بأكمله، بينما يتعلق البعض الآخر فقط بجوانب معينة من النشاط (الإنتاج أو التوزيع). ومع ذلك، فإن مجال الاحتكارات العامة

(١) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ١٨-٥-١٩٩٦م، الطعن رقم (٣٨) لسنة (١٧) ق. دستورية، مجموعة المكتب الفني (٧)، الجزء (١)، ص ٦٣٧، القاعدة رقم ٤٠.

أصبح محدودًا بشكلٍ متزايد، لا سيما بالنسبة لقطاعي النقل والطاقة[١].

كما لا يجوز القيام بأنشطة أخرى؛ نظرًا لأنها تتعارض مع النظام العام أو الصحة العامة والسلامة أو الأخلاق[٢]. ومن ثم، فإن بعض الأفراد يكونون

---

(١) **Voir**: Directives communautaires no ٩٦/٩٢/CE du ١٩ déc. ١٩٩٦ concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité , JOCE n° L ٢٧/٢٠, ٣٠ janv. ١٩٩٧, et n° ٩٨/٣٠/CE du ٢٢ juin ١٩٩٨ concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel , JOCE n° L ٢٠٤/١, ٢١ juill. ; L. n° ٢٠٠٠-١٠٨ du ١٠ févr. ٢٠٠٠ relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité , D. ٢٠٠٠., p.١٤٣ ; **CHARBIT (N.)**, L'ouverture du négoce d'électricité, exercice d'interprétation constructive, D. ٢٠٠١, p. ٢٩٦٢.

(٢) ومن أمثلة تلك المحظورات: حظر تصنيع وبيع المنتجات أو الأجهزة التي تشكل مخاطر على سلامة أو صحة المستهلكين؛

loi n° ٧٨-٢٣ du ١٠ jan. ١٩٧٨ (D. ١٩٧٨,٨٦)

وكذلك حماية الأطفال بحظر تصنيع وبيع الألعاب الخطرة؛

C. santé publ., art. L. ٥٤٣٢-١.

ويتم حظر تصنيع الأفسنتين والمشروبات الكحولية؛

L. ١٦ mars ١٩١٥, DP ١٩١٦,٤,٢.

كذلك تلك المتعلقة باستخدام منتجات المنشطات الرياضية؛

L. n° ٨٩-٤٣٢ du ٢٨ juin ١٩٨٩, D. ١٩٨٩,٣٢١ et L. n° ٩٩-٢٢٣ du ٢٣ mars ١٩٩٩, in Code du sport Dalloz.

أيضًا الحظر المتعلق بالإعلان عن الكحول والتبغ؛

L. n° ٩١-٣٢ du ١٠ janvier ١٩٩١, D.١٩٩١,١١٤.

مستبعدون من بعض المهن التجارية أو بعض الحرف.

فقد نص قانون ٣٠ أغسطس ١٩٤٧م بشأن بإعادة تأهيل المهن التجارية والصناعية على حظر عام في ممارسة التجارة ضد الأشخاص الصادر بشأنهم حكم قضائي نهائي. وبالتالي، فإن عدم القدرة على مزاولة مهنة تجارية أو صناعية(١).

وفيما يتعلق بالجرائم المتعلقة بالضرائب المباشرة وضريبة القيمة المضافة وضرائب المبيعات الأخرى والمخالفات الضريبية ورسوم التسجيل وضريبة الممتلكات ورسوم الدمغة، فيجوز للمحكمة كعقوبة إضافية أن تمنع المحكوم عليه مؤقتًا من ممارسة أي مهنة صناعية أو تجارية أو حرة لحسابه أو نيابة عن غيره. وينطبق هذا الحظر أيضًا على ممارسة وظائف الإدارة داخل شركة تجارية أو صناعية، وكذلك وظائف عضو مجلس الإدارة أو المنتدب في جميع الشركات. إذا كان المحكوم عليه يمارس هذه المسؤوليات بالفعل وقت إدانته، فيجب عليه إنهاء مهامه في غضون ثلاثة أشهر من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائيًا(٢).

كما يجوز للمحكمة أن تعلن إفلاس أي شخص طبيعي تجاري، أو أي مزارع أو أي شخص مسجل في دليل المهن من شأنه أن يكون: ... قد أغفل

---

(١) **Voir**: Loi du ٣٠ août ١٩٤٧ relative à l'assainissement des professions.

(٢) **Voir**: Art. ١٧٥٠ du code général des impôts et ٤٣٢ bis du code des douanes

الاحتفاظ بالحسابات وفقًا للأحكام القانونية أو تسبب في اختفاء كل أو جزء من المستندات المحاسبية؛ ... أو كان قد اختلس أو أخفى كل أو جزء من الأصول أو زاد التزاماته بشكلٍ احتيالي. فيجوز للمحكمة منع ممارسة هذ الشخص لأي نشاط اقتصادي أو تجاري، ولها أن تحدد مدة هذا المنع، والتي لا يمكن أن تقل عن خمس سنوات(١).

ثانياً- عدم التوافق Incompatibilités :

من حيث المبدأ، لا يوجد ما يمنع الشخص نفسه من ممارسة عدة مهن أو وظائف في وقت واحد؛ إلا أن الدولة قد اضطرت لتقييد ممارسة بعض الأشخاص من القيام بأنشطة تجارية واقتصادية. ولهذا السبب، فإن حرية الجمع بين عدة وظائف أو مهن تخضع لقيود عديدة ناتجة عن نصوص تشريعية صريحة. وهناك أيضًا أنشطة تعتبر غير متوافقة، مثل عدم التوافق بين الأشخاص الذين يمارسون بعض المهن الحرة للمشاركة في نشاط تجاري ، إما من تلقاء أنفسهم أو من خلال وسيط(٢).

إن عدم التوافق هو الاستحالة القانونية لأداء وظائف معينة في آن واحد. ويظهر من هذا التعريف أن عدم التوافق يجب أن يكون له أساس قانوني. وفي

(١) **Voir**: Art. L. ٦٢٥-١٠ du C. com.

(٢) **STRANGERLN et MACHICHI (A.)**, Notion d'incompatibilité en droit de société, Casablanca, UFR, ١٩٩٩, P. ١.

هذا الصدد، يُلاحظ أن عدم التوافق لا يمكن إدخاله إلا بموجب القانون أو بناءً على قانون.

وتم تحديد بعض الأنشطة بوصفها عير متوافقة مع التجارة من أجل حماية مصداقية الأفراد الذين يمارسونها وكرامتهم وسمعتهم الحسنة واستقلالهم. ويعنى بشكلٍ خاص الموظفين القضائيين والموظفون الوزاريون الذين يساعدون العدالة والمهن الحرة. وغالبًا ما يؤدي انتهاك حالات عدم التوافق هذه إلى عقوبات تأديبية على المخالف(١).

ثالثاً- الأنشطة المنظمة Activités réglementées:

تتطلب ممارسة بعض المهن أو الأنشطة شروط خاصة، والتي تتمثل في ضرورة الحصول على إذن إداري أو تراخيص أو موافقات أو شهادات أو مؤهلات، وبالتالي إخضاع ممارسة النشاط للمعلومات المسبقة للسلطة العامة.

وعلى ذلك تخضع بعض المهن لإعلان مسبق يرسل إلى السلطة الإدارية المختصة ويبين الشخص المعني اعتزامه القيام بنشاط ما. ويحدد هذا الإعلان في كثير من الحالات الحصول على بطاقة مهنية. هذا الإعلان إلزامي على وجه الخصوص من أجل: وكيل عقاريAgent immobilier (٢)، مقاول سكن

(١) **ARMAOS (A.)**, Op. Cit., n° ١٢.

(٢)**Voir**: L. n° ٧٠-٩ du ٢ janv. ١٩٧٠ réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur =

جماعي Entrepreneur d'hébergement collectif [١]، مقاول معارض مناسبات Entrepreneur de spectacles occasionnels[٢]، شركة النشر الدوري Entreprise de publications de périodiques[٣].

وقد يُشترط الحصول على إذن إداري للاضطلاع بنشاط صناعي أو تجاري وهو أمر شائع. ومن ثم، يجب أن يحدد القانون الشروط التي يجب في ظلها ممارسة هذا النشاط، وذلك بالنسبة لكل نشاط من الأنشطة المعنية. وبالتالي الشروط التي بموجبها يمكن أن توجد سلطة التفويض من قبل الإدارة واستخدامها. ويمكن تمييز هذه التفويضات حسب الجهات الإدارية المختصة بأخذها: وزير، محافظ ، رئيس بلدية، لجنة. لذلك تقوم السلطة الإدارية بفحص وقائي لشروط الوصول إلى المهنة المعنية. ويمكن أن تكون هذه الرقابة أكثر أو أقل شمولاً اعتمادًا على ما إذا كان تقديريًا أو ما إذا كانت النصوص تجعله خاضعًا لأسباب

=

les immeubles et les fonds de commerce, J.O.F.R. ٤ janv., art. ٢, ٣ et ٩.

(١)**Voir**: l'article ١er de la loi du ٢٧ juin ١٩٧٣, Loi n° ٧٣-٥٤٨ relative à l'hébergement collectif.

(٢)**Voir**: Décr. n° ٢٠٠٠-٦٠٩ du ٢٩ juin ٢٠٠٠.

(٣)**Voir**: la loi n° ٩٢-٥٤٦ du ٢٠ juin ١٩٩٢ relative au dépôt légal, le décret d'application n° ٩٣-١٤٢٩ du ٣١ déc. ١٩٩٣, et les arrêtés du ١٢ jan. ١٩٩٥.

محددة، مثل حيازة شهادة، مما يترك مجالًا لاتخاذ إجراءات قانونية[١].

وهذا الإذن لا يمكن بدونه القيام بالنشاط، ويمكن اعتباره حسب الأنشطة بمثابة تفويض أو موافقة أو ترخيص. وقد يشمل إصدار بطاقة مهنية أو التسجيل في قائمة أو جدول.

١- **الموافقة Agrément**: تشمل المهن الخاضعة للموافقة ما يلي:

-وكيل خاص للأبحاث Agent privé de recherches: يجب على الوكيل قبل بدء نشاطه أن يحصل على موافقة تخضع للمتابعة المسبقة للتدريب[٢]. ويُعاقب على عدم الموافقة بالسجن لمدة ثلاث سنوات وغرامة قدرها ٦٠٠٠ يورو أو بإحدى هاتين العقوبتين[٣].

-مدرسة لتعليم القيادة Auto-école: وتتطلب ممارسة هذا النشاط الحصول على موافقة الوحدات المحلية[٤]، ويمكن ممارسة هذا النشاط إما في شكل ملكية فردية أو شركة تجارية تتطلب التسجيل في سجل

---

(١) **ARMAOS (A.)**, Op. Cit., n° ١٢٧ et s.

(٢) **Voir**: Loi n° ٢٠٠٣-٢٣٩ du ١٨ mars ٢٠٠٣ pour la sécurité intérieure, intégrées aux articles ٢٠ et suivants de la loi n° ٨٣-٦٢٩ du ١٢ juillet ١٩٨٣ (in Code de procédure pénale), Art. ٧.

(٣) **Voir**: Art. ١٣ du L. préc.

(٤) **Voir**: Art. R. ٢١٢-١ du C. route.

التجـارة، ولا يمكـن أن تـتم الموافقـة إلا بعـد الحصـول علـى إحـدى الشهادات المنصوص عليها في المادة ٣-٢١ .R من قانون الطرق[١].

٢- **التـــرخيص Autorisation**: تخضـــع الأنشـطة الأخـرى لتـرخيص مُسبق، والذي قد يتخذ في بعض الحالات شكل بطاقة مهنية. وبذلك يكون القانون قد حدد الشروط التي بموجبها تخضع ممارسة النشاط التجـاري أو الصـناعي لإصـدار تـرخيص، والشـروط الواجـب توافرهـا للحصـول علـى هذا الترخيص. ويمكـن تمييز هذه التراخيص المسبقة حسب الجهات الإدارية المختصة لإصدارها: الوزير، المحافظ ، رئيس البلدية، لجنة. وتخضع لهذا النظام:

-مكاتب التوظيف bureau de placement: حظر المرسوم رقم ١٠٣٠ الصادر في ٢٤ مايو ١٩٤٥ إنشاء مكاتب توظيف جديدة مجانية[٢]، ونـص علـى دمـج المكاتـب القائمـة فـي الخدمـة العامـة، وألغـى مكاتـب التوظيـف مدفوعـة الأجـر. وفيمـا بعـد تـم تحديـد عـدد معـين مـن الاستثناءات التي أدت إلى وجود مكاتب توظيف خاصة، سواء مدفوعة الأجر أم مجانية. لـذلك تـم تحديـد المحظـورات الخاصـة، مثـل الحظـر

(١) **Voir**: Art. R. ٢١-٣ du C. route.

(٢) **Voir**: L'ordonnance n° ٤٥-١٠٣٠ du ٢٤ mai ١٩٤٥, D. ١٩٤٥, p. ١١٥.

المفروض على أصحاب الفنادق والنزلاء والمطاعم[١]. وتخضع مكاتب التوظيف التي لا يحظر وجودها للتصريح.

-كازينو Casino: من حيث المبدأ يحظر في فرنسا ألعاب الحظ والمقامرة. ولذلك يجب أن يخضع فتح الكازينو لترخيص وزاري وإشراف من الشرطة. ويخضع إنشائها لرأي إيجابي من بلدية الإنشاء والتأسيس. ويخضع أي مشروع بالضرورة لقرار من المجلس البلدي الذي يقرر منح الامتياز والألعاب المرخصة[٢].

-شركة أمن Entreprise de sécurité: يشير تعبير "شركة أمنية" إلى ثلاثة أنشطة متميزة: أولًا- شركات المراقبة والأمن التي يتمثل نشاطها في تزويد الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، على أساس دائم أو استثنائي أو غير مستمر، بالخدمات التي تهدف إلى أمن الممتلكات المنقولة أو غير المنقولة، وكذلك الأشخاص المرتبطين بشكل مباشر أو غير مباشر بأمن هذه الممتلكات. ثانيًا- شركات النقل النقدي التي تهدف إلى ضمان نقل وأمن نقل الأموال أو المجوهرات أو المعادن الثمينة بالإضافة إلى أي مستند يتيح الدفع. ثالثًا- شركات حماية

---

(١) **Voir**: Art. L. ٣١٢-١٩ du C. trav.

(١)**Voir**: L. du ١٥ juin ١٩٠٧, compl. par L. n° ٧٧-٥٨٤ du ٩ juin ١٩٧٧, D. ١٩٧٧, p. ٢٢٥ et L. n° ٨٧-٣٠٦ du ٥ mai ١٩٨٧ relative aux casinos autorisés, D. ١٩٨٧, p. ٢٠٨.

شخصية تميل – كما يوحي اسمها – إلى ضمان الحماية المباشرة للأشخاص الذين تستهدفهم.

وبمجرد التسجيل في سجل التجارة والشركات، يجب على الشركة الأمنية تقديم طلب للحصول على ترخيص للممارسة لدى محافظة التي توجد بها مقرها الرئيسي. ويجب تقديم هذا الطلب من قبل التاجر أو المدير الذي يتمتع بصلاحية إلزام الشركة.

-متجر تجارة بالتجزئة Magasin de commerce de detail: يخضع هذا النشاط للحصول على ترخيص مُسبق من اللجنة الإدارية للمعدات التجارية، والتي يمكن الطعن في قراراتها أمام اللجنة الوطنية للمعدات التجارية(١).

٣- **رخصة Licence**: تخضع العديد من الأنشطة لضرورة الحصول على رخصة، ومن هذه ما يلي:

-وكيل فني Agent artistique: يخضع هذا النشاط للحصول على رخصة سنوية للأشخاص الذين يتعاملون مع كيثر من الفنانين(٢).

-وكالة رحلات Agence de voyages: يخضع هذا النشاط للحصول

(١)**Voir**: L. « Royer » n° ٧٣-١١٩٣ du ٢٧ déc. ١٩٧٣, D. ١٩٧٤,٣٠ mod. not. par L. n° ٩٦-٦٠٣ du ٥ juill. ١٩٩٦, D. ١٩٩٦, p. ٣٢٢ et L. n° ٩٨-٥٤٦ du ٢ juill. ١٩٩٨, D. ١٩٩٨, p. ٢٤٩.

(٢) **Voir**: Art. L. ٧٦٢-٣ du C. trav.

المسبق على رخصة تمنح بقرار من المحافظ بعد أخذ رأي لجنة المقاطعة للعمل السياحي. ويخضع الحصول على هذا الترخيص للالتزام بالشروط المنصوص عليها في المادة (٤) من قانون ١٣ يوليو ١٩٩٢م المتعلق بالضمانات المعنوية والمهنية والمالية(١).

-منفذ مشروبات Débit de boissons: لا يتطلب فتح مكان لاستهلاك المشروبات من حيث المبدأ تصريحًا بذلك. غير أنه بالإضافة إلى الشروط المتعلقة بالشخص المدين وبمنح الترخيص، فإنه يفترض مسبقًا شروطا تتعلق بالإقرار الضريبي الذي يسمح بتحصيل الضرائب وإعلان البلدية(٢).

وقد يُشترط الحصول على مؤهل معين؛ حيث تخضع بعض المهن في ممارستها للحصول مسبقًا على شهادة تثبت شروط الأهلية الشخصية للمرشح. وقد تكون هذه شهادات جامعية، كما هو الحال بالنسبة للمحامين والأطباء، ولكن أيضًا قد تتطلب شهادات الكفاءة المهنية، والتي تكون مطلوبة بشكل خاص لممارسة المهن التي تؤثر بشكل مباشر إلى حد ما على صحة العملاء أو سلامتهم البدنية،

(١) **Voir**: L. n° ٩٢-٦٤٥ fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours, JO ١٤ juill., D. ١٩٩٢, p. ٣٧٤, in Code de commerce.

(٢) **Voir**: Art. L. ٣٣٣٢-٣ du C. santé publ.

باستثناء تلك الصادرة عن المدارس الخاصة والمعاهد[١].

وعلى ذلك، تُشكل ممارسة هذه الأنشطة دون الحصول على الشهادة تعتبر ممارسة غير قانونية للمهنة، وذلك على الرغم من استيفاء الشخص لجميع متطلبات القبول، ويعاقب عليه جنائيًا بغرامة وسجن، وأحيانًا إغلاق المؤسسة.

الفرع الثاني

القيود الاتفاقية على حرية المشروعات

في ظل بعض الظروف، يكون جائزًا تقييد حرية المشروعات عن طريق فرض بعض القيود الاتفاقية Restrictions conventionnelles وهذا هو الغرض من بنود "عدم المنافسة" التي يمكن تصورها على وجه الخصوص في عقد العمل، لأنه يكون محددًا في الوقت والمكان فيما يتعلق بالنشاط المحظور والمبرر بمصلحة مشروعة.

وهذا النوع من القيود ينتج عن إدراج شرط عدم المنافسة في اتفاق مثل (عقد العمل، عقد بيع الأعمال التجارية، عقد الامتياز، اتفاقية المساهمين، إلخ). ويعني بذلك شرط عدم المنافسة[٢]. ويتطلب هذا البند من الشخص الذي يشترك فيه

---

(١) **ARMAOS (A.)**, Op. Cit., n° ١٦٢ et ١٦٣.

(٢) شرط عدم المنافسة: مقتضاه يتم منع الموظف أو العامل، عند مغادرته الشركة أو المشروع، ولفترة محددة بعد ذلك، من القيام بأنشطة معينة يُحتمل أن يضر صاحب =

الامتناع عن ممارسة نشاط منافس مع صاحب العمل السابق، أو بائع التجزئة، أو المشتري للشركة. ويجعل من الممكن فرض شرط تعاقدي معين، وتجنب أي شكل من أشكال المنافسة غير المشروعة(١).

إلا أن محكمة النقض الفرنسية كانت قد ذهبت إلى أنه إذا كان شرط عدم منافسة العامل لرب العمل من القيود الاتفاقية الواردة على حرية المشروعات؛ إلا أن مجلس الدولة قد ذهب إلى أن الشرط التعاقدي الذي ينتهك كل من مبدأ حرية المشروعات ومبدأ حرية العمل لا يكون قانونًا إلا إذا كان متناسبًا مع المصالح المشروعة التي يتعين حمايتها مع مراعاة موضوع العقد. وبالتالي، فإن هذا الشرط يكون قد انتهك حرية العمل للأشخاص الملتزمين تعاقديًا مع هذه الشركات، وكذلك

= العمل السابق. ويتم تضمينه في عقد العمل أو يكون مفروضًا بموجب الاتفاقية الجماعية. **انظر:**

Cass. Soc., ١٩ oct. ٢٠٠٥, ٠٣-٤٦,١٩٧, Publié au bulletin; **Cass, Soc.,** ١٩ avril ١٩٩٦, pourvoi n° ٩٤-١٩٤٠٤.

(١) Elles résultent de l'insertion dans une convention (contrat de travail, vente de fonds de commerce, contrat de franchise, pacte d'actionnaires, etc.), d'une clause de non-concurrence. Cette clause impose à celui qui la souscrit de s'abstenir d'exercer une activité concurrente à celle de son ancien employeur, enseigne de la distribution, ou acquéreur du fonds de commerce. Elle permet de faire respecter une certaine sincérité contractuelle et d'éviter toute forme de concurrence déloyale; **Voir**: Fiches d'orientation, Liberté d'entreprendre, Dalloz, Juin ٢٠٢١.

حرية المشروعات المقررة لهذه الأخيرة[١].

وفيما يتعلق بالإجراءات الخاصة بالأجانب تعمل حرية المشروعات كنتيجة طبيعية في التوطين الحر لمواطني المنطقة الاقتصادية الأوروبية. ويجب على الأجانب الذين ليسوا مواطنين أوروبيين ممن يرغبون في ممارسة مهنة تجارية أو صناعية أو حرفية أو أي مهنة أخرى لحسابهم الخاص على الأراضي الفرنسية لمدة تزيد عن ثلاثة أشهر، أن يحملوا تصريح إقامة مؤقت؛ بحيث يسمح لهم بممارسة هذا النشاط المهني[٢].

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن " كل تنظيم تشريعي لا يعتبر مقصودا لذاته، بل لتحقيق أغراض بعينها تعكس مشروعيتها إطارا للمصلحة العامة التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من وراء هذا التنظيم. وحيث إن من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لكل حق أوضاعا يقتضيها، وآثارا يرتبها، من بينها – في مجال حق العمل – ضمان الشروط التي يكون أداء العمل في نطاقها منصفا وإنسانيا ومواتيا، فلا تنتزع هذه الشروط قسرا من محيطها، ولا ترهق بفحواها بيئة العمل ذاتها؛ أو تناقض بأثرها ما ينبغي أن يرتبط حقا وعقلا بالشروط الضرورية

(١) **Cass. Soc.**, ٢٧ mai ٢٠٢١, n° ١٨-٢٣,٢٦١, Clause de non-concurrence : atteinte à la liberté du travail et la liberté d'entreprendre, Recueil Dalloz, ٢٠٢١, p.١٠٧٧.

(٢) **Voir**: Art. L٥٢٢١-٢-١, code du travail.

لأداء العمل بصورة طبيعية لا تحامل فيها. ومن ثم لا يجوز أن تنفصل الشروط التي يتطلبها المشرع لمباشرة عمل أو أعمال بذواتها، عن متطلبات ممارستها، وإلا كان تقريرها انحرافا بها عن غايتها يستوي في ذلك أن يكون سندها علاقة عقدية أو رابطة لائحية "[١].

ويتضح من هذا الحكم سلطة المشرع في تنظيم أي حرية سعيًا لتحقيق المصلحة العامة؛ سواء كان هذا التنظيم يستند على أساس قانوني أو على أساس اتفاقي.

المطلب الثالث

الرقابة القضائية على قيود حرية المشروعات

إذا فرض الدستور على المشرع العادي ضوابط محددة حال تنظيمه للحقوق والحريات فإنه يجب احترامها وإلا كان القانون باطلًا لمخالفته للدستور. أما إذا اكتفى الدستور بالنص على حق أو حرية وعلى تخويل المشرع حق تنظمها، ولم يفرض عليه قيودًا معينة فإنه لا يكون عليه من الناحية القانونية سوى قيد قانوني واحد، هو عدم إلغاء أو سلب تلك الحرية، فإذا سلبها المشرع وهو بصدد تنظيمها كان القانون مشوبًا بعيب مخالفة الدستور، وليس مجرد عيب الانحراف

(١) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٣-١١-٢٠١٨م، القضية رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق. دستورية، ص ٧١.

التشريعي[١].

ويتم تنفيذ هذه الرقابة من قِبَل المجلس الدستوري إما في سياق الرقابة القضائية السابقة (بشأن إحالة البرلمانيين وقبل إصدار القوانين)، أو في سياق الرقابة اللاحقة فيما يتعلق بالمسألة الدستورية الأولية (بشأن الإحالة من المتقاضين أثناء نظر النزاع). وفي جميع الحالات، عندما يتحقق المجلس الدستوري من توافق القانون مع المبدأ الدستوري لحرية المشروعات، فإنه يتحقق أولاً من أن الانتهاك حقيقي للغاية، أو أنه تم إثباته. هذا هو القيد الأول المهم للحماية الدستورية لحرية المشروعات.

ومن المُلاحظ أن العديد من الطلبات المُقدمة سواء من جانب البرلمانيين أو المتقاضين قد فشلت في إثبات أن النص المعني يُشكل بالفعل انتهاكًا واعتداءً على حرية المشروعات. وعلى هذا النحو، قضى المجلس الدستوري بأن " الأحكام التي تتضمن مطالبة شركات معينة بنقل المعلومات إلى الإدارة المتعلقة بتأسيسها والمؤشرات الاقتصادية والمحاسبية والمالية لنشاطها، والعناصر التي يمكن تبادلها مع الدول أو الأقاليم التي أبرمت اتفاقية بهذا المعنى مع فرنسا، والتي لا يجوز نشرها على الملأ لا تنتهك حرية المشروعات "[٢].

---

(١) **د/ محمود عاطف البنا**، حدود سلطة الضبط الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة (٤٨)، العدد الثالث، ١٩٧٨م، ص ٥٧ وما بعدها.

(١)**Cons. Const.,** ٢٩ déc. ٢٠١٥, n° ٢٠١٥-٧٢٥ DC, JO ٣٠ déc. ٢٠١٥, p. =

كما قضى أيضًا بأن " الأحكام التي تتضمن إنشاء فئة من العقود بما من شأنه السماح بالحصول على ائتمان ضريبي، من خلال المنظمات التي تعمل في مجال الصحة لا تنتهك بذلك مبدأ حرية المشروعات "[١]. ويظل ضروريًا أن يكون التدخل في حرية المشروعات "مبررًا". ولا يزال هناك قيدًا مهمًا على حرية المشروعات؛ نظرًا لأن المبررات التي تتيح للقاضي الدستوري توجيه اللوم للمشرع عديدة ومتنوعة.

وعلى ذلك، يمكن أن تتعلق هذه المبررات بحماية النظام العام بمختلف أشكاله. وبالتالي يمكن أن تسمح المتطلبات الأمنية للمشرع بتنظيم النشاط الاقتصادي بشكلٍ أكثر شدةً. وعلى سبيل المثال، قرر المجلس الدستوري أن نص قانون العقوبات الذي يُعاقب على " بيع أو تأجير أو السماح، بأي شكلٍ من الأشكال، لشخص أو أكثر، بمركبات من أي نوع مع علمهم بأنهم سيمارسون الدعارة ". لا تنتهك حرية المشروعات لبائعي السيارات ومستأجريها، الذي يجد حدوده في المساهمة عن قصد في الأنشطة غير المشروعة أو التي تتعارض مع النظام العام[٢].

كما يعتبر القاضي الدستوري أن الأحكام المتعلقة بالرقابة على ألعاب

=

٢٤٧٦٣.

(٢)**Cons. Const.**, ١٧ déc. ٢٠١٥, n° ٢٠١٥-٧٢٣ DC , cons. ١٥, JO ٢٢ déc. ٢٠١٥, p. ٢٣٦٨.

(١)**Cons. Const.,** ١٣ mars ٢٠٠٣, n° ٢٠٠٣-٤٦٧ DC , Rec. ٢١١.

المقامرة قد جاءت بهدف ضمان نزاهة هذا النوع من الأنشطة، ولضمان شفافية عملياتها، ومنع مخاطرها أو استخدام بعض الألات لأغراض احتيالية أو إجرامية، ومكافحة غسيل الأموال، ليس من شأن هذه الأحكام انتهاك حرية المشروعات، بل أنها تستجيب لهدف القيمة الدستورية المتمثل في الحفاظ على النظام العام(١).

وفي سياق حالة الطوارئ، أقر المجلس الدستوري بأن "أحكام المادة (٨) من قانون ٣ أبريل ١٩٥٥م بشأن حالة الطوارئ تسمح للسلطة الإدارية بالإغلاق المؤقت لقاعات المسارح، وأماكن الشرب، وأماكن التجمعات على اختلاف أنواعها، ويترتب على ذلك الاعتداء على حرية المشروعات؛ إلا أنه يرفض الرقابة عليها؛ لأن الأحكام المتنازع عليها تؤدي إلى توافق ومصالحة لا تتعارض بشكلٍ واضح بين حرية المشروع وهدف القيمة الدستورية المتمثلة في الحفاظ على النظام العام"(٢).

وعلى النقيض من ذلك، قد تبرر ضرورات الصحة العامة، في إطار حماية النظام العام الاعتداء على حرية المشروعات. وعلى سبيل المثال، قرر المجلس الدستوري اتخاذ بعض التدابير اللازمة لوقف استيراد الطرود أو الحاويات أو المنتجات التي تحتوي على مادة " Bisphénol A " وطرحها في السوق

(٢)**Cons. Const.**, ١٨ oct. ٢٠١٠, n° ٢٠١٠-٥٥ QPC, Rec. ٢٩١.

(١)**Cons. Const.,** ١٩ févr. ٢٠١٦, n° ٢٠١٦-٥٣٥ QPC , JO ٢١ févr. ٢٠١٦, texte no ٢٦.

الوطنية(١).

وكذلك أيضًا الحظر المفروض على الأكواب البلاستيكية التي تستخدم لمرة واحدة، باستثناء تلك المصنعة من منتج محلي، والتي تتكون كليًا أو جزئيًا من مواد بيولوجية، فلا شك أن هذا الحظر يبرره هدف حماية البيئة والصحة العامة(٢).

كما أقر القاضي الدستوري بوجود "نظام عام اقتصادي" يسمح بتبني إجراءاتٍ تشريعية تنظم بشكلٍ عام الأنشطة الاقتصادية المختلفة. ومن هذا المنطلق، فإن منح سلطة عامة صلاحية التصرف لوضع حد للممارسات التقييدية للمنافسة، وإعلان بطلان الشروط أو العقود غير القانونية، والأمر بسداد مدفوعات لا مبرر لها تطبيقًا للشروط المُلغاة، وإصلاح الضرر الذي نتج عن ذلك، وفرض غرامة على مرتكب هذه الممارسات يتيح للمجلس الدستوري استعادة توازن العلاقات بين الشركاء التجاريين ومنع تكرار هذه الممارسات، ويستجيب لهدف الحفاظ على النظام العام الاقتصادي(٣).

ويرى القاضي الدستوري أيضا أن "أحكام الفقرة الرابعة من المادة L. ٤٣٠-٨ من القانون التجاري الفرنسي المتعلقة بمراقبة التمركز تبررها أهداف الحفاظ على

(٢)**Cons. Const.,** ١٧ sept. ٢٠١٥, n° ٢٠١٥-٤٨٠ QPC , JO ١٩ sept. ٢٠١٥.
(٣)**Cons. Const.,** ٢٥ oct. ٢٠١٨, n° ٢٠١٨-٧٧١ DC , JO ١er nov. ٢٠١٨, texte no ٢.
(١)**Cons. Const.,** ١٣ mai ٢٠١١, n° ٢٠١١-١٢٦ QPC , Rec. ٢٣٥.

النظام العام الاقتصادي التي حددها المشرع بما يتناسب مع هذه الغاية "[١].

وفي قراره الصادر في ٢٧ سبتمبر ٢٠١٣م، صادق القاضي الدستوري أيضًا على أحكام قانون العمل التي تتيح للنقابات إمكانية استخدام شبكات اتصالات الشركة لتوزيع المطبوعات والمنشورات. ويعتبر المجلس في هذه القضية أن المشرع لم يقم بإجراء تسوية غير متوازنة بشكلٍ واضح بين حرية الاتصال للنقابات من جهة، وحرية كل من صاحب العمل والموظفين من جهة أخرى[٢].

كما يرى المجلس الدستوري أيضًا أن متطلبات الفقرتين العاشرة والحادية عشرة من ديباجة دستور عام ١٩٤٦م ممثلة في (الحق في الراحة ووقت الفراغ) تسمح للمشرع بالحد من اللجوء إلى العمل الليلي، حتى لو كان هذا القيد يُقوض بوضوح حرية تنظيم المشروعات[٣].

وبشكلٍ عام، قد تبرر أسباب المصلحة العامة قيام المشرع بتنظيم الأنشطة الاقتصادية. حول هذه المسألة، لا تختلف حرية المشروعات عن الحقوق والحريات الأخرى ذات القيمة الدستورية. وعلى سبيل المثال، فإن الحكم الذي يسمح للمحافظ بفرض يوم إغلاق أسبوعي على جميع المؤسسات التي تمارس نفس المهنة في نفس المنطقة الجغرافية لا يعد غير دستوريًا، لأن هذا الحكم يهدف إلى ضمان

(٢)**Cons. Const.,** ١٢ oct. ٢٠١٢, n° ٢٠١٢-٢٨٠ QPC , Rec. ٥٢٩.
(٣)**Cons. Const.,** ٢٧ sept. ٢٠١٣, n° ٢٠١٣-٣٤٥ QPC, Rec. ٩٤٨.
(١)**Cons. Const.**, ٤ avr. ٢٠١٤, n° ٢٠١٤-٣٧٣ QPC, JO ٥ avr. ٢٠١٤, p. ٦٤٧٧.

المساواة بين المؤسسات في ذات المهنة، مهما كان حجمها، وذلك فيما يتعلق بالراحة الأسبوعية(١).

كما يرى القاضي الدستوري أن الزيادة الثابتة في سعر خدمة النقل المنصوص عليها في المادة ٣-٣٢٢٢ .L من قانون النقل ينتهك حرية تحديد أسعار هذا النشاط، وذلك بما لا يتناسب مع هدف السياسة الاقتصادية الذي يسعى إليه المشرع فيما يتعلق بقطاع نقل البضائع على الطرق(٢).

وفي عام ٢٠١٧م، أكد المجلس الدستوري على أن القيود التي أدخلها المشرع يلزم أن تكون "مرتبطة بمتطلباتٍ دستورية أو تبررها المصلحة العامة، بشرط ألا يؤدي ذلك إلى انتهاكاتٍ أو تجاوزاتٍ غير متناسبة مع الهدف المنشود"(٣).

وهكذا، وبمرور السنوات، تم التأكيد على مبدأ حرية المشروعات بوصفه حريةً حقيقية، ويتعين أن تكون القيود المفروضة عليها أكثر تبريرًا لها مع كل قرار. وتصبح حرية المشروعات هي القاعدة، وقيودها بمثابة استثناءات.

أما القضاء الإداري، فالملاحظ أن الأزمة الصحية ونظام الضبط الإداري

(٢)**Cons. Const.**, ٢١ janv. ٢٠١١, n° ٢٠١٠-٨٩ QPC, Rec. ٧٩.
(٣)**Cons. Const.**, ٢٣ mai ٢٠١٣, n° ٢٠١٣-٦٧٠ DC, Rec. ٧٤٩.
(٤) **Cons. Const.**, Décision n° ٢٠١٧-٧٥٠ DC, ٢٣ mars ٢٠١٧, Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, cons. ١٦.

المقترن بها يُفسح المجال لإعادة تكييف العلاقة بين الحريات الاقتصادية (ولاسيما حرية المشروعات وحرية التجارة والصناعة والحق في الملكية) وغيرها من الحريات الأساسية.

وقد تأكدت القيود العديدة لحرية المشروعات – بشكلٍ شبه منتظم – باسم التعديلات التي اقتضتها مكافحة الوباء. ودون الادعاء بأنها شاملة، علما بأنه تم إغلاق جميع منتجعات التزلج في الأراضي الفرنسية، على الرغم من طابعها المغاير حسب الأقاليم، وبالتالي فهو اعتداء خطير وغير قانوني بشكلٍ واضح [١]. وبنفس الطريقة، لم يسبب الإغلاق الإداري للصالات والأسواق في عام ٢٠٢٠م "أي اعتداء خطير وغير مشروع بشكل واضح"[٢].

وعلى الرغم من ذلك، لم يكلف القاضي نفسه عناء تحديد أن الاعتداء – مهما كانت خطورته – يمكن تبريره بالأزمة الصحية، والتي من شأنها أن تسمح له بألا يكون غير قانوني بشكلٍ واضح وفقًا للمعنى المقصود في المادة (٢-٥٢١ .L) من تقنين القضاء الإداري الفرنسي. وهو ما يعني أن القاضي قد تجاهل التبرير الأكثر ملائمةً مع حرية المشروعات؛ حيث أن الأزمة الصحية تعد مبررًا كافيًا للقول بتقييد حرية المشروعات؛ انطلاقًا من الحفاظ على الصحة العامة.

(١)**C.E.**, ord., ١١ déc. ٢٠٢٠, n° ٤٤٧٢٠٨, Domaines skiables de France, A.J.D.A., ٢٠٢٠, p. ٢٤٧١; et p. ٢٤٥٧, tribune F. Melleray; JS ٢٠٢١, n° ٢١٦, p. ٩, obs. Mondou (J.); et n° ٢١٥, p. ١٠.

(٢) **C.E.**, ١er avr. ٢٠٢٠, n° ٤٣٩٧٦٢, Fédération nationale des marchés de France, A.J.D.A., ٢٠٢٠, p. ٧٥٦.

وهذه السوابق القضائية لا تتماشى مع المعايير التقليدية لتقييم القيود الإدارية المفروضة على الحريات الاقتصادية. وعادةً ما تخضع للرقابة عندما تكون ذات طابع عام ومطلق[١]. وحتى يوقف مجلس الدولة مرسومًا بلديًا يُحظر أثناء الأزمة الصحية الإيجارات الموسمية في جميع أنحاء أراضي الإقليم، فإنه لا يستند إلى طابعه العام والمطلق، بل على نحو أكثر تقييدًا لمدة عام، إلى انعدام خصوصية الحالة الصحية في الإقليم المعني[٢]. وهذا ليس متطابقًا، فوجود ظروف صحية معينة يسمح الآن بالتفسيرات الإدارية الأكثر ذاتية في تنفيذ الحريات (الاقتصادية أو غير الاقتصادية) [٣].

والآن، بعد أن تم تقليصها إلى مرتبة الحريات البسيطة، تعرف الحريات الاقتصادية، مثل غيرها من الحريات تقلبات الإدارة الإدارية للأزمة الصحية. ويبقى

(٣)**C.E.**, ٢٢ juin ١٩٥١, n° ٠٠٥٩٠, Daudignac, Lebon, p. ٣٦٢.

(١)**C.E**., ١٦ févr. ٢٠٢١, n° ٤٤٩٦٠٥, Commune de Nice, A.J.D.A., ٢٠٢١, P. ٣٦٥.

(٣) وتجدر الإشارة إلى أن الحريات الاقتصادية تعرضت مثل غيرها من الحريات للتقلبات الإدارية في إدارة لأزمة الصحية. ويبقى أن نرى ما إذا كان المقصود من هذا القوس هو الإغلاق أو ما إذا كان للوباء نتيجة غير متوقعة لتوضيح علاقتها بالحريات الأخرى، الأمر الذي يسمح لهم بطريقة ما بالعيش الآن في انسجامٍ مع حقوق الإنسان الأخرى في مجال الحقوق الأساسية. **انظر:**

BRAMERET (S.), Les libertés économiques enfin admises au pays des droits fondamentaux ? A.J.D.A., ٢٠٢١, p. ٧٦١.

أن نرى ما إذا كان المقصود من هذا القوس هو الإغلاق أو ما إذا كان للوباء نتيجة غير متوقعة لتوضيح علاقتها بالحريات الأخرى، الأمر الذي يسمح لهم بطريقة ما بالعيش الآن في انسجام مع حقوق الإنسان الأخرى في ميدان الحقوق الأساسية.

وفي النهاية، فإن جميع هذه القيود يترجم بلا شك صورة مظلمة إلى حدٍ ما لحرية المشروعات. وصحيح أن المشرع لديه طريقًا واسعًا، ويمكنه أن يمرر جميع أنواع قوانين التدخل. ومع ذلك، ينبغي الإشارة إلى أن رقابة المجلس الدستوري قد تعززت بشكلٍ كبير في السنوات الأخيرة، ولم يعد القاضي يتردد اليوم في فحص "الأسباب أو المبررات" التي قدمها المشرع لتنظيم الأنشطة الاقتصادية، وفرض الرقابة عليها إذا لزم الأمر، وذلك على الانتهاكات غير المتناسبة فيما يتعلق بالأهداف التي يسعى إليها القانون، والتي قد تمثل اعتداءً على حرية المشروعات.

الفصل الثاني

الحقوق والحريات المرتبطة بحرية المشروعات

تمهيد وتقسيم:

إن الحقوق والحريات الاقتصادية متنوعة ومتعددة؛ ونظرًا لكثرتها فقد يتشابه بعض هذه الحريات مع البعض الأخر، كما أنها قد ترتبط أو تقترن بحرية المشروعات برابطةٍ لا غنى عنها، ومن هنا يلزم الإشارة إلى الحريات الاقتصادية التي من الممكن أن ترتبط أو تقترن بحرية المشروعات مثل: حرية المنافسة، وحرية التجارة والصناعة، وحرية التعاقد، وحرية الاستثمار، وحق الملكية.

ويبدو أن تقييم الإصلاحات الأخيرة بشأن الحريات الاقتصادية ليس له هدف سياسي. كما أنها ليست مسألة إعداد سجل أو صياغةٍ لحكم. فالمسألة ليست سوى ملاحظة إلى أي مدى كانت الإصلاحات التي تم إجراؤها في السنوات الأخيرة مناسبة لإعادة التأكيد على الحريات الاقتصادية، أو وضع قيودٍ عليها أو الحد منها. ولقد تم تبني الإصلاحات من خلال التشريعات، والمراسيم؛ وبعضها له هدف اقتصادي بشكلٍ أساسي، وبعضها الآخر ليس كذلك، ولكن قد يكون له تأثيرًا اقتصاديًا ولا يبالي بالحريات.

وترتيبًا على ذلك، فقد رأينا تقسيم الدراسة في هذا الموضوع على النحو

التالي:

المبحث الأول: ارتباط حرية المشروعات بحرية التجارة والصناعة.

المبحث الثاني: ارتباط حرية المشروعات بحرية المنافسة.

المبحث الثالث: ارتباط حرية المشروعات بالحرية التعاقدية.

المبحث الرابع: ارتباط حرية المشروعات بحرية الاستثمار.

المبحث الخامس: ارتباط حرية المشروعات بحق الملكية الخاصة.

المبحث الأول

ارتباط حرية المشروعات بحرية التجارة والصناعة

تقسيم:

لقد رأينا تقسيم الدراسة بشأن مبدأ حرية التجارة والصناعة la liberté du commerce et de l'industrie إلى عدة مطالب؛ حيث نعرض نشأتها، ومضمونها، وقيودها، وطبيعتها القانونية، وما إذا كانت هذه الحرية تعد من القواعد الدستورية أم من الحريات العامة. ونعرض لذلك بشيءٍ من التفصيل على النحو التالي:

المطلب الأول: نشأة مبدأ حرية التجارة والصناعة.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لمبدأ حرية التجارة والصناعة.

المطلب الثالث: الخلط بين حرية التجارة والصناعة وحرية المشروعات.

المطلب الأول

نشأة مبدأ حرية التجارة والصناعة

يعتبر مبدأ حرية التجارة والصناعة من أهم المبادئ التي جاءت بها الثورة الفرنسية، وظهر هذا المبدأ في فرنسا كرد فعلٍ ضد النظام السائد في القرون

الوسطى، والذي يقوم على الامتيازات والاحتكارات، من قِبل مجموعة من الأشخاص يُمارسون نفس النشاط أو المهنة(١).

وقد جاء هذا المبدأ ليؤكد على حرية الأفراد في ممارسة أي نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي، وحرية الأشخاص في إنشاء أي مؤسسة في مختلف النشاطات، بشرط مراعاة قوانين التجارة والضبط الاقتصادي، وعدم تدخل الدولة في ممارسة النشاط الاقتصادي الذي يستقل به الأفراد.

وإذا كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩م لم يتضمن أي إشارة إلى مبدأ حرية التجارة والصناعة واكتفى بالنص على حق الملكية فقط في المادة الرابعة منه، إلا أنه ظهر بعد الثورة مباشرة من خلال قانون ضريبي، وهو القانون الصادر في ٢-١٧ مارس ١٧٩١م المعروف بمرسوم ألارد Allarde، والذي يعتبر أول نص مؤسس لهذا المبدأ في القانون الوضعي(٢).

ثم جاء قانون لوشابلي le chapelier في ١٤-١٧ يونيو ١٧٩١م. فإذا كان القانون الأول قد منح الحرية لكل شخص في ممارسة التجارة أو مزاولة أي

(١) **MENOUER (M.)**, La liberté du commerce et de l'industrie en France et en Algérie, revue du conseil d'Etat, ٢٠٠٦, n° ٨ , p. ٦.

(٢) **د/ نعيم عطيه**، حرية التجارة والصناعة أمام مجلس الدولة الفرنسي، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، مجلة مصر المعاصرة، المجلد رقم (٦٤), العدد (٣٥١)، ١٩٧٣م، ص ١٢٨.

مهنة أو نشاط فني أو حرفي مقابل دفع ضريبة، واحترام إجراءات الضبط المعمول بها في هذا المجال، ودون أن يكون للسلطات العامة حق التدخل في ذلك من الناحية المبدئية، وأصبح للأشخاص الحرية في إنشاء المؤسسات، بل والاستئثار بممارسة نشاط اقتصادي معين بصفة حصرية دون أن يكون للسلطات العامة الحق في منافستها(١). أما القانون الثاني فيؤكد على إتاحة المجال للمبادرة الخاصة للأفراد في مجال التجارة والصناعة مع منع أي شكل من أشكال الاتحادات والتكتلات والتجمعات المهنية والحرفية(٢).

وعلى ذلك فإن كلًا من قانون ألارد ولوشابلي يُمثلان حجر الأساس لمبدأ حرية التجارة والصناعة، الذي استوحت منهما دساتير فرنسا المختلفة أيديولوجيتها التقليدية الخاصة بالاقتصاد(٣).

ووفقًا لهذا المعنى فإن مبدأ حرية التجارة والصناعة يتضمن مدلولًا مزدوجًا؛ مدلول رئيسي، يتعلق بكونه يُشكل أساس الحقوق التي يمكن للأفراد الاحتجاج بها أمام الإدارة لممارسة النشاطات التجارية والصناعية. ومدلولًا ثانويًا يتعلق بحصر

---

(١) **DELVOLVE (P.)**, Droit public de l'économie, Op. Cit., p. ١٠٥.

(٢) **GUIBAL (M.)**, répertoire de droit commercial "Commerce et industrie", Dalloz, Paris, sep. ١٩٩٤, P. ٤.

(٣) **DE LAUBADERE(A.)**, Droit public économique, Op. Cit., P. ٢٣٦ et sui.

الشروط التي يمكن من خلالها للأشخاص العامة ممارسة النشاط التجاري والصناعي المنافس للقطاع الخاص.

ويبدو أن المجلس الدستوري قد اعترف بالقيمة الدستورية لمبدأ حرية التجارة والصناعة في قراره الصادر في ٣٠ أكتوبر ١٩٨١م بشأن احتكار البث الإذاعي(١). غير أنه كان أكثر وضوحًا في تجسيد القيمة الدستورية لحرية المشروعات في قراره الصادر في ١٦ يناير ١٩٨٢م، بشأن قانون التأميم.

ومن المُلاحظ أن الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي قد ساهم في إقرار وتعزيز هذا المبدأ، مع التأكيد على أنه مبدأ من المبادئ العامة للقانون، بعكس مبدأ حرية المشروعات ذو القيمة الدستورية بموجب الحكم الشهير للمجلس الدستوري الفرنسي الصادر في عام ١٩٨٢م(٢). وبالرغم من أن مبدأ حرية التجارة والصناعة لم يتم تكريسه دستوريًا في فرنسا، إلا أنه لا أحد يشك في بقاء هذا المبدأ واستمراره.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لمبدأ حرية التجارة والصناعة

ثار خلافٌ فقهي بشأن تحديد الطبيعة القانونية لمبدأ حرية التجارة

(١) **Cons. Const.**, ٣٠ oct. ١٩٨١, monopole de la radiodiffusion.

(٢) **Cons. Const.**, ١٦ janv. ١٩٨٢, n° ٨١-١٣٢ DC.

والصناعة؛ فيُلاحظ أن قرارات مجلس الدولة الفرنسي قد استقرت – في بعض الأحيان – على أن حرية التجارة والصناعة تعد من المبادئ العامة للقانون؛ بمعنى أنها لا تحتاج إلى إصدار نص قانوني معين، وبالتالي يمنحها القانون صفة ومرتبة القواعد الدستورية وليست التشريعية[١]، وفي أحيان أخرى، اعتبر مجلس الدولة حرية التجارة والصناعة حرية من الحريات العامة. ولعل الغرض من ذلك يتمثل في جعل تنظيم هذه الحرية من اختصاص المشرع بإرساء النطاق الذي يجب أن تُمارس فيه[٢].

وتعتبر حرية التجارة والصناعة من الحريات الأساسية للأفراد وفقًا للفلسفة

---

(١) ويُستخلص هذا المعنى من قرار مجلس الدولة في قضية Sieur de Laboulaye L'arrêt الصادر بتاريخ ٢٨ أكتوبر ١٩٦٠م؛ حيث أشار إلى المبادئ العامة للقانون المضمونة بموجب ديباجة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦م، والتي أحالت إليها ديباجة دستور ١٩٥٨م، **انظر:**

C.E., Section, ٢٨ oct. ١٩٦٠, Sieur de Laboulaye, requête numéro ٤٨٢٩٣, rec. p. ٥٧٠.

(٢) ويستند هذا التفسير إلى قرار مجلس الدولة في قضية L'arrêt Daudignac الصادر بتاريخ ٢٢ يونيو ١٩٥١م؛ وذلك حين استخدم عبارة " انتهاك حرية التجارة والصناعة المضمونة بالتشريع "، ولعل ذلك كان في ضوء المادة (٣٤) من دستور ١٩٥٨م التي حددت الضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين لممارسة الحريات العامة والتي من بينها حرية التجارة والصناعة، انظر:

C.E., Assemblée, du ٢٢ juin ١٩٥١, n° ٠٠٥٩٠ ٠٢٥٥١, publié au recueil Lebon.

التي قامت على أساس أن النشاط الاقتصادي تحكمه قوانين طبيعية لتدخل الدولة فيها، وقد كان ذلك رد فعل لمدرسة التجاريين التي كانت تدعو إلى تنظيم التجارة والصناعة وخضوعها لقيود شديدة، فلما جاء الطبيعيون في القرن الثامن عشر نادوا بحرية التجارة والصناعة على أساس أن ذلك يكفل تحسين الانتاج ووفرته[١]. واستمرت فكرة أن تقييد حرية التجارة والصناعة لا يكون إلا بقانون وفى أضيق الحدود الممكنة، وبالقدر الضروري لمنع الإضرار بحريات الآخرين[٢].

وتأكيدًا على ذلك، تم التخلي عن السوابق القضائية بشأن النقابة الوطنية لشركات النقل الجويSyndicat national de transporteurs aériens بموجب القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية Louvion [٣]؛ حيث أصبح يجوز الاحتجاج بمبدأ حرية المشروعات على نحوٍ فعال في مواجهة النصوص اللائحية التي تنظم ممارسة مهنة خاضعة للتنظيم؛ نظرًا لأن حرية المشروعات إحدى الحريات الدستورية، والتي لا يجوز تقييدها إلا بقانون.

ومن الملفت في هذا الأمر أن مجلس الدولة لم يفعل سوى مخالفة مسار

---

(١) **د/ سعاد الشرقاوي**، نسبية الحريات وانعكاساتها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩م، ص ٨٢.

(٢) **د/ فاروق عبد البر**، دور مجلس الدولة المصري في حمايه الحقوق والحريات، الجزء الأول، بدون دار نشر، ١٩٩١م، ص ١٤.

(٣) **C.E.**, ass., ١٨ mai ٢٠١٨, req. n° ٤٠٠٦٧٥, A.J.D.A., ٢٠١٨, p. ١٢١٢, chron. S. Roussel et Ch. Nicolas

السوابق القضائية فيما يتعلق بعدم فعالية الدفع بعدم احترام مبدأ حرية المشروعات فيما يتعلق بالمهن الخاضعة للتنظيم، وذلك فيما يتعلق، على وجه الخصوص، بالوصول إلى هذه المهن وأيضًا بشروط ممارستها، وهو ما كان قد حدده في قراره الصادر في ١٢ ديسمبر ١٩٥٣م(١)، وبشكل أكثر وضوحًا وموضوعيًا في قراره الصادر عام ٢٠١١م(٢)، إلا أنه في عام ١٩٥٣م كان هذا المبدأ على المستوى التشريعي، بحيث أنه من خلال إنشاء مهنة منظمة، يمكن اعتبار أن المشرع كان ينوي بالضرورة استبعاد تطبيق هذه المهنة من نفس المستوى التشريعي. أما اليوم، فحرية المشروعات مرتبطة بقاعدةٍ دستورية.

وبالإضافة إلى ذلك، تطورت رقابة القاضي على الحقوق والحريات كما أوضح بعض الفقه بالفعل في استنتاجاته بشأن قرار Ordre des Experts-comptables. وبناءً على ذلك، يرى مجلس الدولة بموجب قراره الصادر في ١٨ مايو ٢٠١٨م، أنه من المناسب التحقق من الآن فصاعدًا من تناسب الاعتداء الناشئ عن القرارات الخاصة بالمهن المنظمة مع مبدأ حرية المشروعات(٣).

وقد أقر مجلس الدولة هذه الطبيعة المزدوجة؛ فاحترام حرية التجارة والصناعة يعني من ناحية، أن الأشخاص العامة لا تضع قيودًا على أنشطة

(١)**C.E.**, ass., ١٢ déc. ١٩٥٣, req. n° ١٨٠٤٦, Lebon, p. ٥٤٧.

(٢)**C.E.**, ٢٠ déc. ٢٠١١, n° ٣٤٦٩٦٠, Briand, Lebon T. ٨١٣, ٩٤١, ٩٩٧ et ١١٣٠ ; A.J.D.A., ٢٠١٢, p. ١٣.

(٣) **C.E.**, ٤ mai ٢٠١٨, n° ٤٠٧٤٦٢.

الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات التي يقوم بها الغير، والتي لا تبررها المصلحة العامة ولا تتناسب مع الهدف المنشود، ومن ناحية أخرى، لا يمكنهم تولي مسؤولية نشاط اقتصادي دون التبرير بالمصلحة العامة(١).

ويترتب على مبدأ حرية التجارة والصناعة أن يكون لكل شخص أن يمارس التجارة أو الصناعة بكل حرية بشرط مراعاة قوانين التجارة والضبط الاقتصادي. ويجب أن يكون النشاط الاقتصادي من الأمور التي يستقل الأفراد بها دون أن يكون للأشخاص العامة حق التدخل في ذلك من الناحية المبدئية، ويقتضي الاعتراف بمبدأ حرية التجارة والصناعة الإقرار بحرية المنافسة.

إلا أن الاعتراف بالقيمة الدستورية لحرية التجارة والصناعة لا يعني منع المشرع من فرض بعض القيود لتنظيم ممارسه تلك الحقوق والحريات؛ بشرط ألا تكون مفرطة أو مهدرة لحرية التجارة والصناعة. لذلك فإن إنشاء هيئة عامة تكون مسؤولة عن الحفريات والأبحاث الأثرية لا ينطوي على انتهاك مفرط لحرية إقامة المشروعات، والتي تهدف إلى خدمة الصالح العام المتمثل في الحفاظ على التراث الأثري المعرض للتهديد حال تطوير الأعمال الأثرية. كما أن المشرع أكد على أن حماية البيئة مسئولية الدولة، ولها تنظيم ممارسة المشاريع المتعلقة بهذا المجال(٢).

(١)**C.E.**, ٢٣ mai ٢٠١٢, req. no ٣٤٨٩٠٩ , RATP, Lebon, p. ٢٣١.

(٢) **ABDE LATIF (M.)**, La protection constitutionnelle des droits économiques et sociaux en Egypte et en France Arab Law quarterly =

ويُلاحظ في ضوء هذا العرض السابق، أن مبدأ حرية التجارة والصناعة أبعد ما يكون عن المطلق، ويرد عليه بعض القيود؛ فقد ينص القانون على بعض هذه القيود، ويمكن أن تضع السلطة الإدارية قيودًا لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة. أي أن حريات الأفراد في ممارسة حقهم في التجارة والصناعة تعد من الحقوق والحريات التي تخضع للتنظيم إلى حدٍ كبير بالمقارنة بالحقوق والحريات الأخرى كاشتراط الترخيص السابق ومنع الاحتكار والمنافسة غير المشروعة، وكذلك إقرار بعض الجزاءات الإدارية على مخالفة القوانين المنظمة لممارسة الحرية[١]. ثم ظهرت الاشتراكية ونادت بضرورة التدخل لتنظيم حرية التجارة والصناعة حتى وصل الأمر إلى تقييدها بغرض تحقيق العدالة الاجتماعية[٢].

واهتداءً بما تقدم، فإن المستقر عليه لدى الفقه والقضاء أن حرية التجارة والصناعة تعد إحدى العناصر الأساسية لحرية المشروعات، وتتمتع بالقيمة الدستورية المقررة لهذه الأخيرة؛ بحيث يعد الاعتداء على حرية التجارة والصناعة اعتداءً في الوقت ذاته على حرية المشروعات.

=

vol. ١٩, ٢٠٠٤, P. ٢٥٧.

(١) **د/ محمد عبد اللطيف**، الحريات العامة، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، ١٩٩٥م، ص ٢٩٧ وما بعدها.

(٢) **د/ سلمى بدوي محمد**، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، المرجع السابق، ص ٢٢.

المطلب الثالث

الخلط بين حرية التجارة والصناعة وحرية المشروعات

يُشير مصطلحا "التجارة" و "الصناعة" تقليديًا إلى الأنشطة الاقتصادية التي تتألف من إنتاج السلع وتوزيعها وشرائها وبيعها أو توفير الخدمات من أجل تلبية احتياجات لا حصر لها للمجتمعات البشرية. وعلى غرار أي نشاط، فإن ممارسة نشاط تجاري أو صناعي تحدده مجموعة من القواعد القانونية التي تهدف إلى وضع إطار قانوني، وتحديد نطاق القيود الواردة عليه بين التصريح والحظر(١).

ويُعد مبدأ حرية التجارة والصناعة الأساس القانوني لاقتصاد السوق، حيث أنه وفقًا لتفسير الفقه والقضاء فهو من ناحية يُشير إلى معنى رئيسي؛ يتمثل في أنه أساس حقوق الأفراد التي يمكنهم الاحتجاج بها في مواجهة الإدارة في سبيل ممارسة الأنشطة الاقتصادية. ومن ثم، فهو يَحد من تدخلها المباشر في تنظيم الأنشطة الاقتصادية. ومن ناحيةٍ أخرى، يتعلق هذا المبدأ بحصر الشروط التي يجوز من خلالها للأشخاص العامة ممارسة النشاط الاقتصادي، وهو ما يُعبر عنه بمبدأ عدم المنافسة تجاه المبادرة الخاصة أي "حرية المشروعات".

---

(١)**CLAMOUR (G.), GAHDOUN (P.-Y.)**, Op. Cit., n° ١.

ويرى البعض أن مبدأ حرية التجارة والصناعة يشبه في مفهومه الواسع ما يسمى اليوم بالحرية الاقتصادية؛ وهي عبارة عن مجموعة من الحريات ذات المضمون الاقتصادي، وتضم: حرية الاستثمار والتعاقد والمنافسة والاستغلال والعمل وغير ذلك، حيث ذهب بعض الفقه إلى أن حرية التجارة والصناعة تعني بالمفهوم الواسع[١] حرية إقامة المشروعات والحرية المهنية وحرية القيام بالتصرفات المدنية والتجارية التي تتطلبها ممارسة الحق في التجارة والصناعة.

أما مفهومه الضيق فإنه يشمل حرية الأنشطة التجارية والصناعية، أي حرية الأشخاص في ممارسة أي نشاط اقتصادي يرونه محققًا لمصالحهم الشخصية، ومن أجل توفير المساحة اللازمة لفاعلية هذا المبدأ يحظر على السلطات العامة الشروع في التنظيم الجماعي للاقتصاد.

وهكذا، فإن حرية التجارة والصناعة تجد صداها في جميع اتجاهات الواقع السياسي والاقتصادي، وفي جميع مسائل القانون. ولذلك يكون من الضروري الحذر من أي نوع من التدفق المفرط. والأمر الأكثر حكمة هو عدم التمسك بتعريف صارم لحرية التجارة والصناعة، ولكن إلى الفكرة التي يبدو أن المحاكم تختص بها، عندما تستخدمها كدليل على الأنشطة الاقتصادية وكقيد للأنشطة الاقتصادية الأخرى. ومن ناحيةٍ أخرى، فبينما تخضع حرية التجارة والصناعة للعديد من القيود التشريعية والتنظيمية، شأنها شأن أي حرية، فإن هذه القيود أكبر

(١) **د/ نعيم عطية**، المرجع السابق، ص ١٢٨ وما بعدها.

بكثير من تلك التي تعاني منها معظم الحريات الأخرى(١).

ولا ينبغي أن يؤخذ المصطلحان "التجارة" و "الصناعة" وفقًا للمعنى الحرفي لهما؛ لأن لهذه الحرية نطاقًا أوسع بكثيرٍ، فقد تشمل جميع الأنشطة الاقتصادية تقريبًا. ويظل نطاق تطبيق تنظيم التجارة والصناعة ضخمًا، حتى لو كان محدودًا في الواقع.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الاعتراف بحرية التجارة والصناعة، لا يقتضي حتمًا وجود حظر على الأشخاص العامة في ممارستهم لبعض الأنشطة الاقتصادية، كما أن حرية المشروعات لا تمنع وجود الأشخاص العامة، ولكن تحول دون الاعتداء على القطاع الخاص، وبالتالي فلا ينبغي اعتبار مبدأ حرية التجارة والصناعة مبدأً مطلقًا، باعتباره مانعًا على تدخل الدولة أو أي من مؤسساتها، ما دامت تتدخل لتحقيق المصلحة العامة، طالما لا يؤدي تدخلها إلى تقييد حرية الأفراد في ممارسة التجارة والصناعة(٢).

---

(١)**CLAMOUR (G.), GAHDOUN (P.-Y.)**, Op. Cit., n° ١ et sui.

(٢) **Voir**: La Loi du ٢ mars ١٩٨٢ relative aux droits et liberté des communes, départements et régions qui instaure la décentralisation en France, dispose en son article ٤٨ que "sous réserve du respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, du principe d'égalité; le département peut intervenir en matière économique et sociale "; **RENE (D.)**, "Liberté du commerce et de l'industrie", Publié le ٢٢/٠٩/٢٠١١, **Voir**: https://www.legavox.fr/blog/rene-

=

وقد صدرت عدة قوانين في فرنسا تكرّس مبدأ حرية التجارة والصناعة، نذكر أهمها قانون توجيه التجارة والصناعات التقليدية، الصادر في ٢٧ ديسمبر ١٩٧٣م، حيث نص في مادته الأولى على: " إن الحرية والرغبة في إنشاء المؤسسات، هي أساس الأنشطة التجارية والحرفية، ويجب أن تُمارس في إطار منافسة واضحةً ونزيهة....". ويُلاحظ أن نص هذه المادة قد تم صياغته بمعانٍ عامة، توضح أن حرية إنشاء المؤسسات، تقترن مع حرية الصناعة والتجارة، ومن الصعوبة التفريق بينهما(١).

وعلاوةً على ذلك، فقد تم ترسيخ مبدأ حرية الصناعة والتجارة بشكلٍ ضمني في الأمر الصادر في الأول من ديسمبر لعام ١٩٨٦م، والمتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، حيث نص على أن حرية الأسعار تحدد من خلال قواعد المنافسة، والتي لا يكون لها قيمة دون أن تقترن بمبدأ حرية الصناعة والتجارة(٢).

وفي عام ٢٠٠١م، اعتبرت حرية التجارة والصناعة عنصرًا من عناصر حرية المشروعات بموجب القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي. وبما أن حرية المشروعات لها قيمةً دستورية، فبالتالي يجب أن يكون لحرية التجارة

= d/liberte-commerce-industrie-٦٥١٠.htm, ١٦-١١-٢٠٢١.

(١) **BLAISE (J.-B.)**, Droit des affaires "Commerçant, Concurrence, Distribution", L.G.D.J., paris, ٢٠٠٢, p. ٣٣٠.

(٢) **د/ جلال مسعد**، المرجع السابق، ص ١٩.

والصناعة نفس القيمة الدستورية. ويؤكد مجلس الدولة بشكلٍ متكرر أن حرية التجارة والصناعة تُمارس في حدود الشروط التي نص عليها القانون(١).

ولذلك فإن مبدأ حرية التجارة والصناعة يخضع لقيودٍ تشريعية وتنظيمية وقضائية شديدة، مما قد يُلقي بظلالٍ من الشك حول نطاقها الحقيقي. وتعاني حرية المشروعات من نوعين من القيود، التشريعية والتنظيمية. حيث أقر المجلس الدستوري بحرية المشروعات باعتبارها مُلزمة للمشرع. ولها قيمة أكبر من قيمة القانون، ولا يمكن فرض قيود تعسفية أو تحكمية عليها إلا بموجب القانون.

إلا أن بعض الفقه قد رأى أن مبدأ حرية التجارة والصناعة سرعان ما لحقته القيود؛ حيث قد تحددت بمقتضى المرسوم الصادر بتاريخ ٢٩ سبتمبر ١٧٩٣م الأسعار القصوى لكثير من المواد الأولية. ثم ظهرت عدة قيود على ممارسة بعض المهن، كما أن الدولة قد تفرض عليها رقابتها أو تقتضي الحصول منها على ترخيص لممارسة النشاط. ولكن حرية التجارة والصناعة كانت تعتبر قائمةً رغم كافة هذه القيود التي وردت عليها من كل اتجاه، طالما أن النظام القائم هو نظام

(١) وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في كثير من أحكامه على أن حرية التجارة والصناعة هي إحدى مكونات حرية المشروعات وليس العكس، ولمزيد من التفاصيل، راجع أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن، ومنها:

C.E., ١٢/١١/٢٠٠١, n° ٢٣٩٨٤٠, Commune de Montreuil-en Bellay, Publié au recueil Lebon et ce ٢٢ mai ٢٠١٣, Ass. synd. libre des résidences du port de Mandelieu-la-Napoule.

اقتصادي حر[١].

وعلاوةً على القيود التي يفرضها مبدأ حرية التجارة والصناعة على الدولة فإنه يفرض على الفاعلين الاقتصاديين احترام هذا المبدأ أثناء ممارستهم حريتهم في التجارة والصناعة، فيُحظر عليهم تنظيم المنافسة وتقييدها بالاتفاقات أو غيرها من الممارسات المتنافية مع المنافسة إضرارًا بغيرهم من المتنافسين[٢].

ومسألة ما إذا كانت حرية "المشروعات" هي إحدى مكونات حرية التجارة والصناعة أو ما إذا كانت الثانية هي عنصر من عناصر الأولى هو أمرٌ مثير للجدل[٣]؛ بالنسبة للقاضي الإداري كما أشار بعض الفقه أن مبدأ حرية التجارة والصناعة له محتوى مزدوج[٤]. فمن ناحيةٍ، يُشكل أساس النشاط الذي يريد الأفراد القيام به والحقوق التي يمكنهم تأكيدها في هذا الصدد ضد السلطات العامة. ومن ناحية أخرى ، يُفسَّر المبدأ على أنه يعني ضمناً حرية التنافس مع الآخرين دون أن يكون له ضرر بهم، مما يؤدي إلى الحد من الظروف التي يجوز فيها للأشخاص العموميين بأنفسهم أن ينخرطوا في أنشطة اقتصادية.

---

(١) **د/ نعيم عطيه**، المرجع السابق، ص ١٢٩.

(٢) **BLAISE (J.-B)**, Op. Cit., p. ٣٣٠.

(٣)**DELVOLVE (P.)**, Op. Cit., p. ١٠٥.

(٤)**DE LAUBADÈRE (A.)** et **DELVOLVE (P.)**, Droit public économique, ٤e éd., Dalloz, paris, ١٩٨٣, p. ١٩١.

ولا يزال يتعين تحديد ما إذا كانت حرية المشروعات تتكامل مع حرية التجارة والصناعة أم أنها تختلف عنهما. غير أنه يمكن اعتبار حرية المشروعات أحد مكونات حرية التجارة والصناعة.

وفي هذا السياق، رأى البعض الأخر أنه لا يوجد تعريفًا قانونيًا لحرية التجارة والصناعة ولا لحرية المشروعات، والمفهومان كثيرًا ما يتم الخلط بينهما(١)، وتتكون حرية التجارة والصناعة من مكونين(٢):

– من ناحية، حرية المشروعات؛ أي حرية إنشاء شركة أو ممارسة مهنة يختارها الشخص، فضلاً عن حرية إدارة شركته أو مشروعه كيفما يشاء؛

– ومن ناحيةٍ أخرى، حرية المنافسة؛ والتي تحد بصفةٍ خاصة من الظروف التي يجوز فيها للأشخاص العامة المشاركة في أنشطة اقتصادية، والتنافس مع المبادرات الخاصة للأفراد(٣).

وعلى ذلك يقع على عاتق الدولة الالتزام بعدم التدخل في هذا النشاط

(١)**FELDMAN (J.-PH.)**, Op. Cit., p. ١٠٨٩-١٠٩١ ; **CHRESTIA (PH.)**, « Conformité à la Constitution de la priorité reconnue aux communes en matière de concession de plage », note sous C.E. fr., ٢٢ mai ٢٠١٣, A.J.D.A., ٢٠١٣, p. ١٩٧٧, note ١.

(٢)**QUERTAINMONT (PH.)**, Droit public économique, Op. Cit., p. ٣٧.

(٣)**HERBIET (M.)** et **DURVIAUX (A.-L.)**, Droit public économique, Op. Cit., p. ١٥-١٦.

ومنافسة الفاعلين الاقتصاديين؛ بحيث يتم منع كل الأسباب التي تؤدي إلى إعاقة حرية التجارة والصناعة. وبغض النظر عن مصدرها سواء الدولة أو المتنافسين، فمدى المنافسة يتسع كلما أحجمت الدولة عن التدخل الاقتصادي وقَلت الممارسات والأعمال التي تعرقلها. غير أن هذا لا يستلزم منع الدولة أو مؤسساتها من مباشرة بعض الأنشطة الاقتصادية، وحرية المشروعات لا تمنع وجود القطاع العام، ولكن تمنع القضاء على القطاع الخاص[١].

إلا أن هذا الخلاف والخلط بين حرية المشروعات وحرية التجارة والصناعة لم يعد مجديًا في ظل الحكم الشهير لمجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٦ يناير ١٩٨٢م والذي اعترف فيه بالقيمة الدستورية لمبدأ حرية المشروعات، حيث اعتبر حرية التجارة والصناعة إحدى الركائز الأساسية لحرية المشروعات. ومن ثم، تنسحب قيمتها الدستورية عليها، وبذلك تعد حرية التجارة والصناعة من المبادئ الدستورية التي تفرض نفسها على البرلمان، ومن الحريات العامة التي تقيد الإدارة[٢].

---

(١) **GUIBAL (M.)**, Op. Cit., p. ٩.

(٢) **GUIBAL (M.)**, Op. Cit., p. ٨.

المبحث الثاني

ارتباط حرية المشروعات بحرية المنافسة

تمهيد وتقسيم:

تعتبر المنافسة من سنن الفطرة الكونية للبشر[١]؛ فهي ظاهرة عامة وضرورية في الحياة الاقتصادية؛ حيث لا يكتفى بها للتدخل في نهاية النشاط الاقتصادي، بل هي مُخصصة لتشمل جميع أوجه النشاط الاقتصادي والمهني[٢].

ونظرًا لأهمية حرية المنافسة فقد حرصت الدساتير والتشريعات لدى معظم دول العالم على كفالتها وصونها. وعلى الرغم من أن المنافسة في حد ذاتها أمرًا ضروريًا ومشروعًا، غير أن لها بعض القيود التي ينبغي على المتعاملين الاقتصاديين احترامها، وذلك بمراعاة أن تكون المنافسة في حدود القانون، دون التعدي أو المساس بحقوق المتنافسين الآخرين.

ولذلك، يمكن القول أن مبدأ حرية المنافسة يُعد الركيزة الأساسية في نظام الاقتصاد الحر، ذلك أن تطور الاقتصاد وتنميته يقتضي توفير بيئة اقتصادية

---

(١) **د/ أحمد محمد محرز**، الحق في المنافسة المشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي: الصناعة – التجارة– الخدمات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٤م، ص ٧.

(٢) **BLARY-CLEMENT (E.), DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)**, Droit commercial "Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence ", ١١e éd., L.G.D.J, Paris, ٢٠١٥, p. ٣٣٥.

قائمة على النزاهة، الأمر الذي يُساهم في تحقيق منافسة شريفة ومشروعة بين الفاعلين الاقتصاديين، وضمان الحماية الفعالة لهم.

وفي ضوء ما تقدم، فقد رأينا تناول هذا الموضوع على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم مبدأ حرية المنافسة.

المطلب الثاني: الممارسات المُقيدة للمنافسة.

المطلب الثالث: علاقة مبدأ حرية المنافسة بحرية المشروعات.

المطلب الأول
مفهوم مبدأ حرية المنافسة

تمهيد وتقسيم:

إن حرية المنافسة ما هي إلا تعبير عن حرية التجارة والصناعة، ويُقصد منها حرية كل شخص في مزاولة أي نشاط يختاره دون رقابة أو ترخيص مُسبق. وبالتالي أصبحت المنافسة أمرًا طبيعيًا ومبدأً أساسيًا في عالم الاقتصاد، فهي فكرة اقتصادية اندمجت في المجال القانوني من خلال مبدأ حرية التجارة والصناعة، وبات الاعتراف بالحريةِ الأخيرة بمثابة إقرار بحرية المنافسة، وذلك بعد أن تأكد أن حرية التجارة وحرية المنافسة، وإنما هما وجهان لعملةٍ واحدةٍ[1]. وعلى ذلك، فلا

(1) ولذلك ذهب بعض الفقه إلى اعتبار حرية المنافسة المساهم الأكبر في عجلة الإنتاج =

يتحقق الاعتراف بحرية ممارسة التجارة والصناعة ما لم تتقرر حرية المنافسة، التي تقتضي عدم التمييز في المعاملة بين المستثمر الوطني والأجنبي، فضلًا عن أن المنافسة تحول دون قيام حواجز من شأنها أن تحظر دخول المستثمرين في سوق معينة كالممارسات الاحتكارية.

ويقتضي تحديد مفهوم مبدأ حرية المنافسة تحديد مدلولها اللغوي والاصطلاحي والقانوني، وهو ما نعرض له على النحو التالي:

الفرع الأول

المدلول اللغوي للمنافسة

المنافسة في اللغة: هي نزعة فطرية تدعو إلى بذل الجهد في سبيل التفوق، وتنافس القوم في كذا؛ أي تسابقوا فيه، وتباروا دون أن يُلحق بعضهم الضرر ببعض[١]. ويُعرِف القاموس اللغوي الفرنسي المنافسة بأنها " تنافس المصالح بين

=

وتحسينه، وكذا خفض الأسعار، ولهذا قيل – بحقٍ – أن القضاء عليها بمثابة القضاء على الذكاء، ولمزيد من التفاصيل **انظر:**

CABANES (CH.), NEVEU (B.), Droit de la concurrence dans les contrats publics, L.G.D.J, Paris, ٢٠٠٨, p. ١٣.

(١) **انظر:** المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، دار التحرير، القاهرة، ١٩٨٩م، ٦٢٧؛ أيضًا **انظر:** ابن منظور، لسان العرب، الطبعة رقم (٤)، المجلد رقم (١٤)، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٥م، ص ٣٢٢.

التجار أو الصناع الذين يحاولون جذب العملاء إليهم بأفضل شروط السعر والجودة ... إلخ. وبالتالي، فإن نظام حرية المنافسة إنما هو نظام اقتصادي، ولا يتضمن أي تدخل من الدولة بهدف تقييد حرية الصناعة والتجارة، ويعتبر تحالفات المنتجين جريمة "[١].

ويُفهم من ذلك، أن حرية المنافسة عبارة عن نظام اقتصادي قائم على المزاحمة والتنافس بين الفاعلين الاقتصاديين، دون تدخل من جانب الدولة، والتي قد تحد من حرية التجارة والصناعة، ومحاولة كل من الصناع والتجار، جذب العملاء إليهم بأفضل الوسائل، وتحقيق أكبر قدرٍ ممكن من الأرباح[٢].

الفرع الثاني

المدلول الاصطلاحي للمنافسة

تعتبر حرية المنافسة مسألة مقترنة بحرية التجارة والصناعة. وبالتالي فلا

---

(١) " la concurrence est une rivalité d'intérêts entre commerçant ou industriels qui tentent d'attirer à eux la clientèle par les meilleurs conditions de prix , de qualité…etc. Régime de la libre concurrence, système économique qui ne comporte aucune intervention de l'Etat en vue de limité la liberté de l'industrie et du commerce et qui considère les coalitions de producteurs comme des délits ", **Voir**: Petit Larousse Illustré, Dictionnaire de la langue française, Librairie Larousse, Paris, ١٩٧٦ - ١٩٧٥, p. ٢٣٨.

(٢) **د/ جلال مسعد**، المرجع السابق ، ص١٠.

يتحقق الاعتراف بالحرية الأخيرة ما لم يوجد نظام تنافسي سليم، وبذلك ترتبط المنافسة ارتباطًا وثيقًا بالتجارة والصناعة. ومن ثم، تفترض حرية المنافسة في كل متنافس أن يؤدي دوره في السوق دون قيودٍ أو عقبات.

وبهذا المفهوم، يُعد مبدأ حرية المنافسة إحدى السمات الأساسية في النظام الليبرالي، فهو يمثل انعكاسًا واضحًا للأفكار الليبرالية التي جاءت بها الثورة الفرنسية، حيث يعتمد هذا المبدأ على حرية التجارة والصناعة، وبموجب هذه الأخيرة يتمتع الأشخاص بحرية ممارسة الأنشطة التجارية والصناعية والحرفية وغيرها دون قيودٍ عليها. ولذا يفرض مبدأ حرية المنافسة أن تمتنع الدولة عن تقييد أو تفضيل متنافس عن غيره من المتنافسين؛ كأن تقوم مثلًا بتقديم امتيازات أو مساعدات مالية تقود إلى الإخلال بقواعد المنافسة النزيهة.

وقد عرَّف بعض الفقه المنافسة بأنها "تلك الوضعية التي يكون فيها المتعاملون الاقتصاديون أحرارًا لعرض بضائعهم وخدماتهم في السوق واختيار المتعاملين الذين يحصلون من جانبهم على سلع وخدمات في السوق، وبالتالي يكون العارضون في تنافس لكي يتم تفضيلهم من طرف المستهلكين، وهؤلاء الآخرون يتنافسون للوصول إلى العروض المحددة "[١].

وتُعرَّف المنافسة أيضًا بأنها " طريقة للتنظيم الاجتماعي تكون فيها المبادرة

(١) **د/ أحمد محمد محرز**، المرجع السابق، ص ٨.

غير الممركزة للأعوان الاقتصاديين من شأنها ضمان الفعالية المثلى في توزيع الموارد النادرة للمجموعة ". وعلى ذلك فالمنافسة ليست كما يعرفها البعض أنها العمل للمصلحة الفردية للشخص بين البائعين والمشترين في أي منتج وأي سوق[١].

الفرع الثالث

المفهوم القانوني للمنافسة

بالرجوع إلى القوانين المقارنة نجد أن جميعها – تقريبًا – لم تتضمن تعريفًا محددًا لمصطلح المنافسة. لكن ومع ذلك لم يتقاعس مجلس المنافسة الفرنسي عن القيام بهذه المهمة؛ ففي تقريرٍ له إلى الحكومة قام المجلس بتقديم تعريفًا للمصطلح جاء على النحو التالي: " المنافسه هي نظام اجتماعي تكون فيه المبادرة غير المركزة للأعوان الاقتصاديين هي الأساس لضمان التوزيع الأمثل للموارد النادره في المجتمع "[٢].

---

(١) **د/ أحمد عبد الرحمن**، الاحتكار ومحظورات الاحتكار في نظرية المنافسة التجارية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد (٦٣)، ١٩٩٣م، ص ٣٨٠.

(٢) «La concurrence est le mode d'organisation sociale dans lequel l'initiative décentralisée des agents économiques est de nature à assurer la meilleur efficacité dans l'allocation des ressources rares de la collectivité».

وبذلك يعتبر قانون المنافسة من الوسائل القانونية التي تساعد على التحول نحو نظام اقتصاد السوق، بهدف تفادي العقبات الناجمة عن نظام الاقتصاد الموجه، والتي قد تؤثر على ممارسة الحريات الاقتصادية. وعلاوةً على ذلك، فقد أصبح مبدأ حرية المنافسة بمثابة ركيزة أساسية للنشاط الاقتصادي الحر، وأمرًا مُسلمًا به في الدول التي تنتهج نظام اقتصاد السوق.

فيما كان أول بروز لمفهوم المنافسة في الفقه القانوني بظهور المفهوم القانوني للمنافسة غير المشروعة في الفقه الفرنسي سنه ١٨٥٠م من خلال المرور باجتهادات وتجارب عديدة، فعندما وضع القانون مبدأً للمسئولية المدنية، استند القضاء على هذا المبدأ لإدانة أفعال المنافسة غير المشروعة، ثم تم بناء نظام للحماية من المنافسة غير المشروعة شيئًا فشيئا[١].

ومن المُلاحظ أن حرية التجارة والصناعة تؤدي إلى حرية المنافسة، وهو ما يتضح من النظام الاقتصادي المطبق داخل الاتحاد الأوروبي، حيث تقوم حرية التجارة والصناعة على حماية حق أي شخص سواء كان تاجر أو صانع في المنافسة مع الآخرين. ويمكن القول أن المنافسة هي عبارة عن ديمقراطية اقتصادية تعبر عن حرية التجارة والصناعة والشفافية والنزاهة في الأنشطة

(١) **د/ محمد نصر محمد**، الحماية الدولية والجنائية من المنافسة التجارية غير المشروعة والاحتكار، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٦م، ص ١٥.

التجارية.

ولا ريب أن المنافسة نوع من الحرية في مزاولة النشاط الإنساني بصفةٍ عامة والنشاط الاقتصادي بصف خاصة، لذا يُقصد بالمنافسة " إتاحة الحرية وإفساح المجال لآليات العرض والطلب لتمضي بسهولة ويسر فيما بين المنتجين والمستهلكين، وتشمل النهج التنظيمي والقانوني والاقتصادي لضمان حسن سير آليات اقتصاد السوق التي تجسد حرية الأسعار وتكوينها وحرية النفاذ إلى السوق والتداول والتعامل بمقتضى النزاهة والشفافية في المبادلات "[١].

ويُستفاد من ذلك، أن المنافسة غايتها تتمثل في توزيع الموارد النادرة بطريقةٍ عادلة وتحسين طرق الإنتاج وجودة المنتجات، وتشجيع التقدم الصناعي والتكنولوجي؛ حيث إن المنافسة تجبر كل فاعل اقتصادي على بذل قصارى جهده لتحسين طرق ووسائل تخفيض تكاليف انتاج المنتجات والخدمات إلى أدنى سعر ممكن. وبالتالي تعمل المنافسة على تحقيق الفعالية الاقتصادية، فهي إن أمكن بمثابة نظام متكامل يستهدف التنظيم الاقتصادي والاجتماعي[٢].

ويرى جانبٌ من الفقه أن قانون المنافسة هو مجموعة القواعد القانونية التي

---

(١) **د/ حسين الماحي**، حماية المنافسة "دراسة مقارنة، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ١٢.

(٢) **د/ محمد أنور علي**، حماية المنافسة المشروعة في ضوء منع الاحتكار والإغراق، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ١٤.

تنظم العلاقة بين رجال الأعمال وعمل السوق، بهدف حماية المنافسة الحرة من الممارسات المنافية للممارسات النزيهة والتحالفات غير القانونية، وإساءة استعمال الوضع المسيطر، فهو يضمن حرية التجارة والصناعة التي تمكن أي شخص يرغب في تطوير النشاط الاقتصادي الذي يختاره(١).

وهو ما يعني أن قانون المنافسة يتضمن مفهومين؛ أحدهما ضيق، والأخر واسع. أما المفهوم الضيق فهو يشمل مجموعة القواعد التي تهدف إلى منع الممارسات المقيدة للمنافسة كالاتفاقات أو الاستغلال التعسفي للوضع المسيطر.

أما المفهوم الواسع لقانون المنافسة فيشمل كل القواعد القانونية التي يكون محلها المباشر المنافسة، أي أنه يشمل نظرية المنافسة غير المشروعة، والالتزامات التعاقدية بعدم المنافسة، والرقابة على الممارسات المنافية للمنافسة ومنع الاحتكار(٢). وعلى ذلك يُعرّف البعض قانون المنافسة بأنه "مجموعة القواعد القانونية التي تحكم التنافس بين الفاعلين الاقتصاديين وهم بصدد البحث عن العملاء والمحافظة عليهم "(٣).

وبذلك فإن تطبيق المنافسة الحرة والنزيهة من خلال اقتصاد السوق يرتبط

---

(١) **BLAISE (J.-B)**, Op. Cit., p. ٣١٤.

(٢)**BURST (J.)**, Concurrence déloyale et parasitisme, éd. Dalloz, ١٩٩٣, p. ٣.

(٣) **AZÉMA (J.)**, Droit de la concurrence, P.U.F., paris, ١٩٨١, P. ١٧.

ارتباطًا وثيقًا بتطبيق الديمقراطية في المجالين السياسي والاجتماعي. ومن ثم، يمكن القول أن التنظيم الحر للسوق يمثل الوجه الاقتصادي للديمقراطية ولدولة القانون. وفي هذا الصدد، وصف أحد فقهاء القانون المنافسة بأنها عبارة عن " ديمقراطية اقتصادية تتضح في شكل صراع بين المتنافسين، وهي بهذا المعنى تُساهم في إزدهار الأسواق الاقتصادية "[١].

المطلب الثاني

الممارسات المقيدة للمنافسة

تمهيد وتقسيم:

تظل الحرية التنافسية عاملًا جوهريًا لتحقيق الفاعلية الاقتصادية، وتؤدي إلى التطور الاجتماعي المنشود[٢]، ولقد أدت سياسة الانفتاح الاقتصادي إلى اهتمام الدول بتفعيل سياسة المنافسة، لما تبدعه من أساليب تؤدي إلى التطور والتقدم، وبالتالي أصبح ضروريًا تبني سياسة تمكن الأفراد من تطوير قدراتهم

---

(١) **JEANDIDIER (W.)**, Droit pénal des affaires, ٢e éd., Dalloz, Paris, ١٩٩٦, p. ٣٤١ .

(٢) وهو الأمر الذي تفطن إليه بعض الفقه حينما قال " كل ما يَحد من المنافسة هو شر، وكل ما ينميها هو خير ". **انظر:**

SERRA (Y.), Le droit Français de la Concurrence, édition Dalloz, Paris, ١٩٩٣, p. ٤.

التنافسية، وحمايتهم من الممارسات المقيدة للمنافسة التي تعتبر عائقًا أمام أي محاولة للتطور والإبداع(١).

وبمفهوم المخالفة، السعي نحو تحقيق المنافسة المشروعة والنزيهة؛ أي تلك التي تعمل على إزالة الشعور بالغرور والسمو والعلو على الآخرين، فإذا قضت المنافسة على هذا الشعور نجحت بسبب قيامها على الجوانب الأخلاقية والأسس الديمقراطية(٢).

وترتيبًا على ما تقدم، فقد رأينا تقسيم دراستنا في هذا الموضوع على النحو التالي:

الفرع الأول

التعريف بالممارسة المقيدة للمنافسة

إن مجموعة الممارسات المقيدة للمنافسة يُطلق عليها مصطلح " المنافسة غير المشروعة "، وعرفها بعض الفقه بأنها " عبارة عن مجموع الممارسات والإجراءات التنافسية المنافية للقانون وللأعراف التجارية، والتي تُشكل خطئًا

(١) **د/ لينا حسن ذكي**، الممارسات المقيدة للمنافسة والوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والأوروبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ١٢.

(٢) **د/ أحمد محمد محرز**، المرجع السابق، ص ٨ – ٩.

مقصودًا أو غير مقصود من طبيعته أن يسبب ضررًا للمتنافس "[١].

في حين يرى البعض الأخر أن المنافسة غير المشروعة أو المحظورة أو غير المسموح بها، هي تلك التي تكون موضوع قيود شكلية ناتجة عن قانون مثل القانون الذي يُحظر على الموظفين مزاولة التجارة، أو بمقتضى عقد كما هو الحال في عقود العمل التي تتضمن شرطًا يقضي بعدم منافسة الأجير لرب العمل، وفي هذه الحالات يجب على القاضي أن يقضي بوقف النشاط الذي يُمارس؛ نظرًا لأنه نشاط غير جائز[٢].

ومن أمثلة المنافسة غير المشروعة أيضًا أن بعض الأنشطة تتطلب الحصول على شهادة معينة أو ترخيص إداري مُسبق، كما هو الحال بالنسبة لمهنة الصيدلة، بحيث تعتبر مزاولة هذه المهنة دون توافر الشهادة العلمية تمثل منافسة غير مشروعة.

وعلى المستوى الدولي، فقد كانت الجهود الدولية حثيثة لمنع أعمال المنافسة غير المشروعة؛ حيث جاءت الاتفاقية الدولية لاتحاد باريس بشأن حماية الملكية

---

(١) **AZÉMA (J.)**, Op. Cit., P. ٩٩.

(٢) **ROUBIER (P.)**, Le droit de la propriété industrielle, Librairie du recueil Sirey, Paris, ١٩٥٢, T.١, n° ١٠٤, P. ٤٨٢.

الصناعية ١٨٣٣م[١]، التي نصت في المادة (٤٠ مكرر) منها على أنه " يُشكل منافسة غير مشروعة كل عمل منافس مخالف للممارسات المنضبطة في المجال الصناعي والتجاري، ولاسيما جميع الأعمال التي من شأنها خلق لبس بأي طريقة كانت مع المؤسسة أو المنتجات أو النشاط التجاري والصناعي للمنافس ".

كما تعرضت الاتفاقية أيضًا إلى بعض الأشكال التي يمكن أن تتخذها المنافسة غير المشروعة في المادة (١٠ البند ٢،٣) حيث جاء فيها ما يلي:

١- تلتزم دول الاتحاد بأن تكفل لرعايا دول الاتحاد الأخرى حماية فعالة ضد المنافسة غير المشروعة.

٢- يعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة، كل منافسة تتعارض مع العادات الشريفة في الشؤون الصناعية أو التجارية.....".

ومن أجل ضمان ممارسة نزيهة وشريفة في السوق، حظر المشرع الإتيان بالممارسات المقيدة للمنافسة، وعدم عرقلة السوق.

(١) هي اتفاقية أبرمت في باريس بتاريخ ٢٠ مارس ١٨٣٣م، وتتولى هذه الاتفاقية تحديد القواعد التي يجب أن تكون عليها الممتلكات الفكرية بشكلٍ يهدف مباشرة إلى تطوير الصناعة، وتعتبر أول اتفاقية بشأن الملكية الفكرية.

الفرع الثاني

أنواع الممارسات المقيدة للمنافسة

أولاً- الاتفاقات المحظورة:

يحظر المشرع الاتفاقات المنافية للمنافسة التي تتمثل في جميع أشكال التحالف والتوافق بين المؤسسات، عندما تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزءٍ جوهري منه؛ لأن من شأن هذه الأفعال أن تؤثر على العنصر الأساسي لعمل السوق الخاضع للمنافسة، والمتمثل في استقلالية المؤسسات المتنافسة في اتخاذ القرار.

ومن المُلاحظ أن المشرع الفرنسي لم ينص في قانون التجارة الفرنسي على تعريف الاتفاقات المحظورة، إلا أنه قد عرفها بموجب المادة (٧) من أمر ١٩٨٦م بأنها " تلك التي يكون موضوعها أو من أثرها منع أو تقييد أو الإضرار بقواعد المنافسة في السوق ". أما المشرع المصري فقد نص عليها في المادتين (٦ – ٧) من القانون رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥م بشأن حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية.

وذهب بعض الفقه الفرنسي إلى تعريف الاتفاقات المحظورة بأنها " تلاقي إرادات عدة مؤسسات مستقلة عن بعضها بغرض تقرير سلوكها بصورة مستقلة في

السوق "[١].

ومن أمثلة هذه الاتفاقات المحظورة ما يلي: الاتفاق على المنع من دخول السوق أو ممارسة النشاط التجاري فيه، الاتفاق على تحديد سعر معين لسلعة أو لخدمة معينة، الاتفاق على تقسيم الأسواق أو إقصاء أحد الفاعلين الاقتصاديين من السوق، الاتفاق على الحد من العرض وتزايد الطلب وبالتالي ارتفاع الأسعار، الاتفاق على تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء، تحديد ومراقبة الإنتاج ومنافذ التسويق، رفع أو خفض أو تثبيت أسعار البيع أو الشراء للمنتجات محل التعامل.

كما يستوي أيضًا أن تكون هذه الاتفاقات من طبيعة تعاقدية أو في صورة ترتيبات ودية بين أطراف الاتفاق. كما يستوي أن تكون الاتفاقات صريحة أو ضمنية، وسواء كانت مكتوبة أو شفوية، فالعبرة هي بالهدف من الاتفاق بأن يرتب أثارًا من شأنها عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها.

وتطبيقًا على ذلك، فقد أصدر مجلس المنافسة الفرنسي قراره بوجود اتفاق بين مؤسستين عندما قامتا برفع الأسعار أربع مرات في فترات متقاربة وبنسب متطابقة، نظرًا لأن هذا التماثل في السلوكيات لا يمكن تبريره لا بشروط السوق ولا

١) (**CHANTAL (M.), LABARDE (B.), CANIVET (G.)**, Droit Français de la concurrence, L.G.D.J., Paris, ١٩٩٤, p. ٣٧.

باستراتيجية متبعة من جانب هاتين المؤسستين بشكلٍ مستقل(١).

ثانياً- استغلال الوضع المُسيطر:

لم يضع المشرع الفرنسي أو المصري تعريفًا للوضع المسيطر، إلا أنه كان للاجتهاد القضائي دورًا ملحوظًا في هذا الشأن؛ حيث عرفت محكمة العدل الأوروبية الوضع المسيطر بأنه " القوة الاقتصادية التي تحوزها مؤسسة معينة تمنحها القدرة على وضع العوائق أمام المنافسة الفعلية في السوق المعني، وتمكنها من اتخاذ القرارات من جانب واحد في مواجهة منافسيها وعملائها وكذلك المستهلكين "(٢).

ويرى بعض الفقه(٣) أن "استغلال الوضع المسيطر يتمثل في إساءة مركز مسيطر في سوق داخلي على جزء جوهري منه، أو إساءة حالة التبعية الاقتصادية التي يوجد فيها مشروع بوصفه عميلًا أو متعهدًا لا يملك حلولًا معادلة. والحالة الأولى من استغلال الوضع المسيطر تتعلق بمركز مشروع أو عدة مشروعات في سوق؛ أما الثانيه فإنها تتعلق بالعلاقة بين مشروع وآخر "(٤).

---

(١) **BLAISE (J.-B.)**, Op. Cit., p. ١٢١.

(٢) **COLIN (F.)**, Op. Cit., p. ٢٣٨ .

(٣) **د/ محمد محمد عبد اللطيف**، الدستور والمنافسة، المرجع السابق، ص ١٠٩.

(٤) ويُقصد بحالة التبعية الاقتصادية: تلك العلاقة التجارية التي تجمع بين مؤسستين بحيث =

ومن المُلاحظ أن الوضع المسيطر ذاته ليس محظورًا في النظامين المصري والفرنسي، ولكن الحظر يرد على استغلال هذا الوضع فقط. فليس من المنطقي معاقبة مؤسسة بذلت قصارى جهدها في سبيل التفوق والريادة في ممارسة النشاط الاقتصادي، وإنما ما يُحظر هو استغلال هذا الوضع بشكلٍ تعسفي يُخل بالمنافسة في السوق ويحد منها، ويحجم من دور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ويحرمها من حرية المنافسة.

ويُشترط توافر بعض المعايير التي يلزم توافرها في المؤسسة حتى يمكن القول أنها في وضع مسيطر في السوق؛ وتتمثل هذه المعايير في معيارين: أولهما، معيار حصة السوق، من خلال تقدير حجم المبيعات المحققة للمؤسسة. وثانيهما، معيار القوة الاقتصادية والمالية، من خلال انتمائها إلى مجموعة اقتصادية قوية في المجال الاقتصادي أو من خلال رقم الأعمال الخاص بالمؤسسة أو عدد العقود المالية التي أبرمتها مع مؤسساتٍ أخرى.

=

لا يكون لأحدهما حلًا بديلًا إذا رفضت التعاقد بالشروط المفروضة عليها من قبل المؤسسة الأخرى.

المطلب الثالث

علاقة مبدأ حرية المنافسة بحرية المشروعات

على الرغم من أن المجلس الدستوري لم يعترف بالقيمة الدستورية لحرية المنافسة، إلا أنه يُقر بأن حماية حرية المنافسة تُشكل هدفًا مشروعًا للمشرع(١). ففي القرار الصادر بتاريخ ١١ يوليو ٢٠٠١م(٢)، كان المجلس الدستوري قد أقر بأن "احترام مبدأ المساواة يعني ضمنًا حرية المنافسة"، لكنه اعترف بذلك في قضية معينة، ولم يكرر تأكيده منذ ذلك الحين.

وقد أتاح الإجراء المتعلق بفحص المسألة الدستورية الأولية لمجلس الدولة الفرصة لتأكيد عدم وجود قيمة دستورية لحرية المنافسة، بمناسبة صدور قرار بعدم الإحالة؛ حيث قضى مجلس الدولة بأنه ." فإذا كان من الممكن أن تكون حرية المنافسة شرطًا، ولا سيما لضمان احترام مبدأ المساواة أو حرية المشروعات، فإنها ليست في حد ذاتها من بين الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور "(٣).

---

(١)**Cons. Const.**, ١ oct. ٢٠١٣, n° ٢٠١٣-٣ L.P., Rec. ٩٥١; Cons. Const. ١٨ juill. ٢٠١٤, n° ٢٠١٤-٤١٠ QPC, J.O.R.F. ٢٠ juill ٢٠١٤.

(٢)**Cons. Const.**, ١١ juill. ٢٠٠١, décis. n° ٢٠٠١-٤٥٠ DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, D. ٢٠٠٢. ١٩٤٩, obs. D. Ribes.

(٣)**C.E.**, ٢ mars ٢٠١١, Société d'exploitation Manyris, n° ٣٤٥٢٨٨, Dr. =

إلا أن الحرية الاقتصادية الوحيدة التي لها قيمة دستورية، والتي من المحتمل الاحتجاج بها على هذا المستوى هي حرية المشروعات. وهذا بلا شكٍ سبب إثرائها في الآونة الأخيرة. وحتى ذلك الحين، اعتُبر أن حرية المشروعات كانت تُفهم – قبل كل شيء – على أنها حرية إدارة المشروع أو الشركة(١).

وقد ذهب المجلس الدستوري إلى أن حرية المشروعات لا تزال ذات نطاق واسع؛ جاء ذلك التأكيد بمناسبة فحص قانون التحديث الاجتماعي(٢)؛ وذلك من حيث ما إذا كانت استدامة الشركة أو المشروع موضعًا للتساؤل. وعلى ذلك يمكن الاحتجاج بها في جميع مراحل النشاط الاقتصادي، لحماية المشغلين من تدخلات وقيود المشرع. وبالتالي، فإن الطعن يكون مقبولًا ضد التدابير التي تقوض حرية الوصول إلى الأنشطة الاقتصادية والمهنية(٣).

=

fisc. ٢٠١١, n° ١٨, comm. ٣٤٠, concl. E. Geffray.

(١)**Cons. Const.**, ١٦ janv. ١٩٨٢, décis. n° ٨١-١٣٢ DC, Loi de nationalisation.

(٢)**Cons. Const.**, ١٢ janv. ٢٠٠٢, décis. n° ٢٠٠١-٤٥٥ DC, Loi de modernisation sociale, A.J.D.A., ٢٠٠٢, p. ١١٦٣, étude F. Reneaud ; D. ٢٠٠٣. ١١٢٩, et les obs., obs. L. Gay ; ibid. ٢٠٠٢. ١٤٣٩, chron. B. Mathieu ; RSC ٢٠٠٢. ٦٧٣, obs. V. Bück ; ibid. ٦٧٤, obs. V. Bück.

(٣)**Cons. Const.,** ٢٦ juin ١٩٨٤, décis. n° ١٧٢ DC, Structure des exploitations agricoles et statut du fermage ; **Cons. Const.**, ٧ déc. ٢٠٠٠, décis. n° ٢٠٠٠-٤٣٥ DC, Loi d'orientation pour l'outre-mer, A.J.D.A., ٢٠٠١, p. ١٠٢, note Roux (A.); R.F.D.A., ٢٠٠٢, p. ٣٦١; note Lemaire (F.); R.D.S.S., ٢٠٠١, p. ٣٩٩ ; **Cons. Const.**, ٧ déc.

=

كما يجوز أيضًا الاحتجاج بحرية المشروعات في مواجهة الإجراءات التي من شأنها التأثير على هيكل المشغلين وتكوين رأس مالهم(١)، أو بشكلٍ عام تقييد عمل الشركات أو المشروعات بالمعنى الواسع(٢).

غير أن فحص قانون ألعاب القمار قد أتاح للمجلس الدستوري الفرصة لإثراء نطاق حرية المشروعات إلى حدٍ كبير. وفي الواقع، كان الاحتكار الذي وضعه قانون الألعاب عبر الإنترنت موضوعًا للرقابة فيما يتعلق بحرية المشروعات(٣)؛ نظرًا لأنها ستشكل "قيدًا" على ممارسة هذه الحرية(٤).

ويستنتج دون أنى شكٍ، أن حرية المشروعات التي يكفلها الدستور – ولكن

=

٢٠٠٠, décis. n° ٢٠٠٠-٤٣٦ DC, Loi SRU, A.J.D.A., ٢٠٠١, p. ١٨.

(١)**Cons. Const.**, ١١ oct. ٢٠٠٤, décis. n° ٨٤-١٨١ DC, Entreprises de presse; **Cons. Const.**, ٤ janv. ١٩٨٩, décis. n° ٢٥٤ DC, Modalités d'application des privatisations.

(٢)**Cons. Const.**, ٢٧ juill. ١٩٨٢, décis. n° ١٤١ DC ; **Cons. Const.**, ٨ janv. ١٩٩١, décis. n° ٩٠-٢٨٣ DC, Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, A.J.D.A., ١٩٩١, p. ٣٨٢, note Wachsmann (P.); Dr. soc., ١٩٩١, p. ٣٣٢; **Cons. Const.**, ١٣ janv. ٢٠٠٥, décis. n° ٢٠٠٤-٥٠٩ DC, Loi de programmation pour la cohésion sociale, A.J.D.A., ٢٠٠٥, p. ٩٠٥, note Desplats (CH.) ; D. ٢٠٠٦, p. ٨٢٦, obs. Ogier-Bernaud (V.) et Severino (C.); R.F.D.A., ٢٠٠٥, p. ٢٨٩.

(٣)**Cons. Const.**, ١٨ oct. ٢٠١٠, décis. n° ٢٠١٠-٥٥ QPC, A.J.D.A., ٢٠١١, p. ٦٤٩.

(٣)**NICINSKI (S.), LOMBARD (M.) ET GLASER (E.),** Op. Cit., p. ٦٤٩.

بطريقة لا يمكن بالتأكيد أن تكون مطلقة يجب التوفيق بينها وبين الحقوق والمتطلبات الدستورية الأخرى – هي على أقل تقدير تتجاوز حرية صاحب المشروع وحده في إدارة أمواله، وإنما تهدف إلى حرية أداء السوق ككل. وبالتالي، فإن حرية المشروعات قد اكتسبت بعدًا أفقيًا يجعلها أقرب إلى نمط تشغيل حرية المنافسة.

وفي قضية تتعلق بإصلاح بعض الوصفات الطبية المستخدمة في المنتجات الطبية، تم الاحتجاج فيها بحرية المشروعات la liberté d'entreprendre وحرية الشركة la liberté d'entreprise طبقًا لتعبير المادة (١٦) من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي، والتي نصت على أنه " يُستنتج من السوابق القضائية لمحكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي أنه يجوز فرض قيود على ممارسة حرية الشركة، التي تشمل على وجه الخصوص حرية ممارسة النشاط الاقتصادي وحرية المنافسة "(١).

ولا يمكننا التمييز بين حرية المشروعات وحرية الشركة. بل إن تأكيد الثانية في قانون الاتحاد الأوروبي يُعادل الأولى في القانون الدستوري، وبالتالي يفي

(١)« il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que des restrictions peuvent être apportées à l'exercice de la liberté d'entreprise, qui comporte notamment la liberté d'exercer une activité économique et la libre concurrence ».

بشرط التكافؤ الذي وضعه مجلس الدولة[١]. عقب قرار المجلس الدستوري[٢]. وإذا كانت حرية الأعمال تشمل بالإضافة إلى حرية ممارسة النشاط الاقتصادي حرية المنافسة، فستكون مثل حرية المشروعات، حرية على المستوى الدستوري بقدر ما هي على المستوى الأوروبي.

ويُلاحظ بمناسبة تحليل قضاء المجلس الدستوري بشأن مبدأ حرية المشروعات بوجهٍ عام أنه يغطي جميع أوجه النشاط الاقتصادي؛ بمعنى أنه يتسع ليشمل بعض الحريات الأخرى المتفرعة عنه؛ والتي منها حرية إقامة المشروعات – حرية ممارسة أو استغلال نشاط المشروع الاقتصادي – حرية المنافسة[٣].

ويرى بعض الفقه أن الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨م إذا كان لا يُشير إلى أي مبادئ يمكن أن يُعَوَل عليها كأساس لحرية المنافسة، إلا أنه لا يستساغ القول بأن القانون الدستوري لم يتضمن سندًا دستوريًا لحرية المنافسة؛ نظرًا لأن القانون الدستوري لا يستمد مصادره فقط من النصوص الدستورية، وإنما يمكن أن يُستمد

(١)**C.E.**, ass., ٨ févr. ٢٠٠٧, n° ٢٨٧١١٠, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, Lebon p. ٥٥, concl. Guyomar (M.); Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, ٢٠e éd., ٢٠١٥, p. ٨٣١; A.J.D.A., ٢٠٠٧, p. ٥٧٧.

(٢)**Cons. Const.**, ١٠ juin ٢٠٠٤, n° ٢٠٠٤-٤٩٦ DC, A.J.D.A., ٢٠٠٤, p. ١٥٣٤; **Cons. Const.**, ١٩ nov. ٢٠٠٤, n° ٢٠٠٤-٥٤٠ DC; **Cons. Const.**, ٢٧ juill. ٢٠٠٦, n° ٢٠٠٦-٥٤٠ DC, D. ٢٠٠٦, p. ٢١٥٧.

(٣) **د/ محمد محمد عبد اللطيف**، الدستور والمنافسة، المرجع السابق، ص ١٠٠ وما بعدها.

من أحكام القضاء الدستوري، والذي انتهى إلى أن "احترام مبدأ حرية المشروعات يعني في نفس الوقت أن المنافسة هي نتيجة حتمية لهذا المبدأ". ومن ثم، فإن مبدأ حرية المنافسة يتمتع بالضرورة بذات القيمة الدستورية؛ باعتبار أن هذا المبدأ ليس إلا أحد مكونات مبدأي الحرية والمساواة، وهما من المبادئ الدستورية الأساسية، ويطبقهما القضاء الدستوري على المشروعات بشكلٍ مستمر(١).

وعلى ذلك، يؤكد بعض الفقه على القيمة الدستورية لحرية المنافسة بوصفها إحدى عناصر مبدأ حرية المشروعات. وبالتالي، فلا يوجد مبرر لكي تحتل حرية المنافسة مرتبة أخرى غير المرتبة التي تحتلها حرية المشروعات، وكل ما هنالك أن حرية المنافسة قد تمتعت بهذه القيمة في نهاية المطاف مقارنةً بحرية المشروعات(٢).

وعلاوةً على ذلك، فإن الاعتراف الصريح بالقيمة الدستورية لحرية المنافسة من جانب المجلس الدستوري لم يكن سوى مسألة وقت، لاسيما إذا كان القانون الأوروبي يكرس ذلك صراحةً وليس ضمنًا، بالإشارة إلى مبدأ المساواة بين جميع الفاعلين الاقتصاديين في السوق(٣).

---

(١)**LINOTTE (D.)**, Droit public de la concurrence, A.J.D.A., ١٩٨٤, P. ٦٠.

(٢) **DELVOLVE (P.)**, Droit public de l'économie, Op. Cit., P. ٨٨.

(٣) **COLSON (J.-PH.)**, Op. Cit., p. ٧٧.

واهتداءً بما تقدم، تعتبر حرية المنافسة ذات طبيعة دستورية متأصلة ولصيقةً مع حرية المشروعات التي كرسها المشرع الدستوري في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م، وأرسى مضمونها المجلس الدستوري الفرنسي في العديد من أحكامه، وجسدتها بعد ذلك القوانين العادية؛ وذلك استنادًا إلى أن الحق في المنافسة يعتبر جزء لا يتجزء من حرية المشروعات، ويُمثل أهم وأبرز مظهر من مظاهر هذه الحرية.

المبحث الثالث

ارتباط حرية المشروعات بالحرية التعاقدية

تمهيد وتقسيم:

تستمد الحرية التعاقدية أساسها من مبدأ سلطان الإرادة المقرر في القانون الخاص. وتجد هذه الحرية مجالًا واسعًا في السوق الذي يعتبر المجال الطبيعي للحريات الاقتصادية.

وتتمثل الحرية التعاقدية في حرية الفرد في التعاقد أو عدم التعاقد من جهة، وكذلك حريته في تحديد مضمون العقد من جهةٍ أخرى. ويجوز للمشرع أن يفرض بعض القيود على ممارسة الحرية التعاقدية إما بهدف حرية المتعاقدين أنفسهم، أو حماية النظام العام أو حماية المصلحة العامة.

وعلى ذلك، فقد رأينا تقسيم دراستنا في هذا الموضوع على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية الحرية التعاقدية.

المطلب الثاني: علاقة الحرية التعاقدية بحرية المشروعات.

المطلب الأول
ماهية الحرية التعاقدية

تقسيم:

نتناول في دراسة هذا الموضوع التعريف بالحرية التعاقدية في "**فرع أول**"، ثم نعرض الأساس الدستوري للحرية التعاقدية في "**فرع ثانٍ**"، وأخيرًا نبين القيود المفروضة على الحرية التعاقدية في "**فرع ثالث**". وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: التعريف بالحرية التعاقدية.

الفرع الثاني: الأساس الدستوري للحرية التعاقدية.

الفرع الثالث: القيود المفروضة على الحرية التعاقدية.

الفرع الأول
التعريف بالحرية التعاقدية

تبدأ الحرية التعاقدية بحرية التعاقد أو عدم التعاقد، حيث ذهب بعض الفقه إلى تعريف الحرية التعاقدية بأنها " حرية بيع أو عدم بيع منتجات الصناعة أو التجارة، وتقديم الخدمات أو رفضها. وتشمل في طياتها التفاوض على بنود العقد، أي حرية الأطراف المتعاقدة في تحديد شروط البيع أو الخدمات، والسعر،

والمواعيد النهائية، وما إلى ذلك. فضلًا عن اختيار الطرف المتعاقد، أي الاختيار الحر للمورد والمشتري والعميل "[١].

ويُستفاد من هذا المعنى، أن مبدأ الحرية التعاقدية يقوم على ثلاثة عناصر تتمثل فيما يلي:

١- حرية الشخص في التعاقد أو عدم التعاقد.

٢- حرية الشخص في تحديد مضمون العقد.

٣- حرية الشخص في اختيار المتعاقد معه.

وعلى ذلك، فإن المشغل الاقتصادي معني بمورديه ومشتريه وعملائه، وأيضًا بالمستهلكين الذين هو موردًا لهم، ولذلك فإن العديد من جوانب حرية التجارة والصناعة ترتبط بالحرية التعاقدية. وبشكلٍ عام، توجد بعض الالتزامات التي تجعل أحد المتعاقدين خاضعًا للتبعية الاقتصادية للطرف الأخر المتعاقد معه. ومع ذلك لا تتعارض الحرية التعاقدية تعارضًا مباشرًا مع الحرية الاقتصادية؛ لأن هذه البنود والالتزامات لا تكون منتظمة إلا إذا كانت تفي بمصلحة مشروعة.

(١) **CLAMOUR (G.), GAHDOUN (P.-Y.)**, Op. Cit., n° ٧٤.

الفرع الثاني

الأساس الدستوري للحرية التعاقدية

إذا كان الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩م قد أشار إلى مضمون الحرية، والذي مفاده أن لكل شخص ممارسة أي عمل طالما ليس فيه ما يُضر بالغير، وأشار أيضًا إلى مجموعة من الحقوق الأخرى كالحق في المساواة وحق الملكية والحق في الأمن، إلا أنه لم يتضمن أية إشارة صريحة بشأن الحرية التعاقدية. وعلاوة على ذلك، فإنه لا يترتب على أي قاعدة أخرى ذات قيمة دستورية مبدأً دستوريًا يُعرف باسم سلطان الإرادة l'autonomie de la volonté[١].

وتأكيدًا على هذا المعنى، كان المجلس الدستوري الفرنسي قد أصدر حكمًا شهيرًا في ٣ أغسطس ١٩٩٤م[٢]؛ قرر فيه أنه لا توجد قاعدة ذات قيمةٍ دستورية تحمي مبدأ حرية التعاقد. ومن ثم، فليس له قيمة دستورية في حد ذاته؛ وإنما يتمتع فقط بقيمة تشريعية، ويجوز الاحتجاج بتجاهلها أمام القاضي الدستوري فقط إذا

---

(١) **TERNEYRE (PH.)**, La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel, A.J.D.A., ١٩٩٨, p. ٦٦٧.

(٢) **Cons. Const.**, déc. n° ٩٤-٣٤٨ DC du ٣ août ١٩٩٤, Transposition de directives communautaires, Rec. p. ١١٧; JCP ١٩٩٥.II.٢٢٤٠٤, note Broussolle (D.).

كان من شأنها التعدي على الحقوق والحريات المكفولة دستوريًا(١).

ففي هذا الحكم رفض المجلس الدستوري اعتبار حرية التعاقد ذا قيمةٍ دستورية، حيث قضى صراحةً بأنه" لا يوجد معيار للقيمة الدستورية يضمن مبدأ الحرية التعاقدية " qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne » garantit le principe de la liberté contractuelle » ؛ ثم في قراره الصادر بتاريخ ٢٠ مارس ١٩٩٧م قضى مرةً أخرى بأن مبدأ الحرية التعاقدية ليس له قيمةً دستورية « le principe de liberté contractuelle n'a pas valeur constitutionnelle » (٢).

ولم يقف القاضي الدستوري عند انتفاء القيمة الدستورية للحرية التعاقدية فقط؛ بل انتفى وصف المبدأ الدستوري أيضًا بشأن "سلطان الإرادة"، والحال كذلك حيث امتد نفى الوصف الدستوري بالنسبة للقوة الملزمة للعقد.

---

(١) **MOLFESSIS (N.)**, Les sources constitutionnelles du droit des obligations, in Le Renouvellement des sources du droit des obligations, Journées de l'association Henri-Capitant, Lille-١٩٩٦, L.G.D.J., ١٩٩٧, p. ٦٥ et sui.; **TERNEYRE (PH.)**, Le législateur peut-il abroger les articles ٦ et ١١٢٣ du Code civil ? Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle, Mélanges G. Peiser, Presses de l'université de Grenoble, ١٩٩٥, p. ٤٧٣.

(٢) **Cons. Const.,** déc. n° ٩٧-٣٨٨ DC du ٢٠ mars ١٩٩٧, JO p. ٤٦٦١ ; JCP ١٩٩٧.I.٤٠٦٦, chron. Mathieu (B.) et Verpeaux (M.).

إلا أنه في عام ٢٠٠٠م تم الاعتراف بالقيمة الدستورية للحرية التعاقدية بموجب قرار المجلس الدستوري رقم ٤٣٧ الصادر بتاريخ ١٩ ديسمبر ٢٠٠٠م، والذي أسس الحرية التعاقدية، مثل حرية المشروعات، استنادًا إلى المادة (٤) من إعلان ١٧٨٩م؛ حيث قضى بأن " الغرض من التدبير الذي استحدثته السلطة التشريعية هو تشجيع المشاريع الصيدلانية على إبرام اتفاقات مع اللجنة الاقتصادية للمنتجات الصحية، وعملًا بالمادة (١٦٢-١٧-٤) من قانون الضمان الاجتماعي، والاتفاقيات المتعلقة بواحد أو أكثر من المنتجات الطبية، التي تهدف إلى تخفيف تطوير أسعار هذه المنتجات الطبية والتحكم في تكلفة ترويجها، فإن هذا الحافز مستوحى من مبررات المصلحة العامة، ولا ينتهك الحرية التعاقدية المستمدة من المادة (٤) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن "[١].

وقد أتاحت الآونة الأخيرة فرصًا عديدة لإعادة تأكيد الحرية التعاقدية في الكثير من الأحكام القضائية للمجلس الدستوري[٢]. وفي كثير من الأحيان يتم

(١) **Cons. Const.**, ١٩ déc. ٢٠٠٠, Décision ٢٠٠٠-٤٣٧ DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour ٢٠٠١.

(٢)**Cons. Const.**, ١٤ mai ٢٠١٢, n° ٢٠١٢-٢٤٢ QPC, D. ٢٠١٢. ٢٦٢٢, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. ٢٠١٢, p. ٧٩٦; note J. Bonnet ; Constitutions ٢٠١٢. ٤٥٩, chron. C. de Radé ; RSC ٢٠١٢, p. ٨٧١; obs. A. Cerf-Hollender à n° ٢٠١٦-٧٤١ DC du ٨ déc. ٢٠١٦. Égal., **C.E.**, ٢٠ juin ٢٠١٦, n° ٣٨٤٢٩٧, Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) : « la liberté contractuelle est au nombre des principes de valeur constitutionnelle auxquels seule la loi est, le cas =

الجمع بين الحريتين؛ أي الحرية التعاقدية وحرية المشروعات[١]. وعلى ذلك فأي حكم تشريعي يُقوض بشكلٍ خطير اقتصاد الاتفاقات المبرمة قانونًا يمكن إعلانه مخالفًا للدستور؛ لانتهاكه الواضح للحرية التعاقدية؛ لأنها منبثقة عن المادة ٤ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م.

ومن الجدير بالذكر أن حرية التعاقد لم يتم النص عليها صراحة في صلب الدساتير المصرية، بل استخلصتها المحكمة الدستورية العليا ضمن طائفة حقوق وحريات أخرى قد أقرتها باعتبارها وثيقة الصلة بالحرية الشخصية، وبالنظر إلى مكوناتها وخصائصها[٢].

وعلى ذلك، فإن حريه التعاقد تم التكريس الدستوري لها باعتبارها ضمن المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية، والتي كشف عنها القضاء الدستوري

=

échéant, susceptible d'apporter des restrictions et limitations ». Lebon ; D. ٢٠١٦, p. ٢٣٠٥.

(٣)**Cons. Const.**, ١٤ mai ٢٠١٢, n° ٢٠١٢-٢٤٢ QPC; **Cons. Const.**, ١٣ juin ٢٠١٣, n° ٢٠١٣-٦٧٢ DC, D. ٢٠١٤, p. ١٥١٦, obs. N. Jacquinot et A. Mangiavillano ; Dr. soc. ٢٠١٣, p. ٦٧٣; étude J. Barthélémy ; Constitutions ٢٠١٣, p. ٤٠٠; chron. A.-L. Cassard-Valembois, R.T.D. civ. ٢٠١٣., p. ٨٣٢; **Cons. Const.**, ١٤ janv. ٢٠١٦, n° ٢٠١٥-٥١٥ QPC, D. ٢٠١٦, p. ١٢٧; Constitutions ٢٠١٦. ١٨٤; **Cons. Const.,** ٢٣ mars ٢٠١٦, n° ٢٠١٥-٥٢٩ QPC, D. ٢٠١٦, p. ٧١١.

(٢) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٤-١-١٩٩٢م، الطعن رقم (٢٢) لسنة (٨) ق. دستورية.

المصري، فالقضاء الدستوري يعتبر مصدرًا رسميًا للقانون الدستوري. وهذا ما انتهى إليه القضاء الدستوري المصري والفرنسي وأيده الفقه الحديث[١].

ومن التطبيقات القضائية التي كشفت فيها المحكمة الدستورية العليا عن حرية التعاقد ما قررته من أن حريه التعاقد لا تعني أن يكون لسلطان الإرادة دور كامل ونهائي في تكوين العقود وتحديد أثارها، وللمشرع أن يرسم حدودًا للإرادة لا يجوز أن يتخطاها سلطانها[٢].

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية على أن الحرية التعاقدية تعد أحد روافد الحرية الشخصية التي كفلها الدستور، وأنها حقًا طبيعيًا، لا يجوز المساس به[٣]. وقضت أيضًا بأن " حرية التعاقد قاعدة أساسية يقتضيها الدستور صوناً للحرية الشخصية التي لا يقتصر ضمانها على تأمينها ضد صور العدوان على البدن، بل تمتد حمايتها إلى أشكال متعددة من إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي ينبغي أن يملكها كل شخص، فلا يكون بها كائناً يحمل على ما لا يرضاه

---

(١) **د/ سامي جمال الدين**، القانون الدستوري والشرعية الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص ٧٦.

(٢) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٥-٨-١٩٩٥م، الطعن رقم (٨) لسنة (١٦) ق. دستورية.

(٣) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٦-٤-٢٠١٩م، القضية رقم ١٤٨ لسنة ٣٢ ق. دستورية.

".[1]

كما قضت المحكمة ذاتها بأن " حرية التعاقد فوق كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية ، فإنها كذلك وثيقة الصلة بحق الملكية ، الذى يكون هو أو أحد الحقوق التى تنبثق عنه محلاً للتعاقد ، ومجالاً لأعمال إرادة الاختيار وسلطة اتخاذ القرار فى شأن هذا التعاقد ، وإذا ساغ للسلطة التشريعية استثناءً أن تتناول أنواعاً من العقود لتحيط بعض جوانبها بتنظيم آمر يكون مستنداً إلى مصلحة مشروعة، إلا أن هذه السلطة ذاتها لا يسعها أن تدهم الدائرة المنطقية التى تباشر فيها الإرادة الحرة حركتها ، فلا يكون لسلطاتها بعد هدمها من أثر ، لما فى ذلك من إنهاء لوجودها ، ومحواً كاملاً للحرية الشخصية فى واحدة من أكثر مجالاتها تعبيراً عنها ، ممثلاً فى إرادة الاختيار استقلالاً عن الآخرين ، بما يصون لهذه الحرية مقوماتها ويؤكد فعاليتها "[2].

(1) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٤-٥-٢٠٠٨م، القضية رقم ١١٦ لسنة ٢٧ ق. دستورية، مجموعة المكتب الفني رقم (١٢)، الجزء رقم (١)، ص ١٠٥٦، رقم القاعدة ١٠٨؛ **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٧-٤-٢٠١٨م، القضية رقم ١٦١ لسنة ٢٦ ق. دستورية.

(2) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ١٤-٦-٢٠١٢م، القضية رقم ١٩٣ لسنة ٢٩ ق. دستورية.

الفرع الثالث

القيود المفروضة على الحرية التعاقدية

يجوز للمشرع التدخل لفرض بعض القيود على الحرية التعاقدية لاعتباراتٍ تتعلق بحماية النظام العام أو المصلحة العامة؛ وذلك طالما أنه لم يخالف إحدى المبادئ الدستورية. وعلى ذلك، فأي تصرف يكون من شأنه تقييد الحرية التعاقدية يعتبر غير مشروعًا إذا لم ينص عليه المشرع أو تجاوز حدود النص التشريعي(١).

وقد أكد قضاء المجلس الدستوري على أنه يجوز تقييد الحرية التعاقدية؛ حيث قضى في كثيرٍ من أحكامه بأنه " يجوز للمشرع إدخال القيود على الحرية التعاقدية الناشئة عن المادة (٤) من إعلان عام ١٧٨٩م، طالما كانت مرتبطة بالضرورات الدستورية أو المبررة بالمصلحة العامة، بشرط ألا يؤدي ذلك إلى تدخل غير متناسبٍ فيما يتعلق بالهدف المنشود "(٢).

وتجدر الإشارة إلى أنه تم إثبات القيود الورادة على القيمة التشريعية لمبدأ

---

(١) **د/ شريف يوسف خاطر**، المرجع السابق، ص ١١٥ وما بعدها.

(٢) **Cons. Const.**, ١٧ juill. ٢٠١٥, n° ٢٠١٥-٤٧٦ QPC, D. ٢٠١٥, p. ١٥٣٧; **Cons. Const.**, ٥ août ٢٠١٥, n° ٢٠١٥-٧١٥ DC, A.J.D.A., ٢٠١٥, p. ١٥٧٠; **Cons. Const.**, ٤ août ٢٠١٦, n° ٢٠١٦-٧٣٦ DC, A.J.D.A., ٢٠١٦, p. ١٦٠٤.

الحرية التعاقدية بموجب المرسوم الصادر بتاريخ ١٠ فبراير ٢٠١٦م بشأن إصلاح قانون العقود والنظام العام وإثبات الالتزامات، والذي أدخل تعديلًا على القانون المدني في مادته رقم (١١٠٢) التي تنص على أنه " لكل فرد حرية التعاقد أو عدم التعاقد، واختيار الطرف المتعاقد معه وتحديد مضمون وشكل العقد ". وذلك بإضافة عبارة "وفقًا للقيود التي يحددها القانون"، فإن هذا النص ينبئ بالقيود التي قد تُفرض عليها، والتي من الممكن تقدير نطاقها بشكلٍ أكبر. وهو ما أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي في كثيرٍ من أحكامه[١].

وقد أكد على هذا المعنى أيضًا المحكمة الدستورية العليا في مصر، حيث قضت بأنه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حرية التعاقد – أيا كان الأصل الذي تتفرع عنه أو ترد إليه – لا يعني على الإطلاق أن يكون لسلطان الإرادة دور كامل ونهائي، بما مؤداه أن للمشرع أن يرسم للإرادة حدودا لا يجوز أن يتخطاها سلطانها، ليظل دورها واقعا في دائرة منطقية، تتوازن الإرادة في نطاقها بدواعي العدل وتحقيق الصالح العام "[٢].

كما ذهبت المحكمة ذاتها أيضًا إلى أن "الإرادة لا سلطان لها في دائرة

(١) **C.E.**, ٢٠ janv. ١٩٨٩, SA G.-B.A. Berry-Loire, Lebon, p. ٢٦; V. égal. pour une atteinte excessive à la liberté contractuelle, **C.E.**, ٢٩ sept. ٢٠٠٣, Figeac Athlétisme Club, req. n° ٢٤٠٦٣٩, Lebon, p. ٣٨٤

(٢) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٦-٧-٢٠١٩م، القضية رقم ٣٩ لسنة ٣١ ق. دستورية.

القانون العام، وقد يورد المشرع في شأن العقود –حتى ما يكون واقعًا منها في نطاق القانون الخاص – قيودًا يراعى في ضوئها حدودًا للنظام العام لا يجوز اقتحامها[١]، مثل التعامل في الحقوق المتنازع عليها على النحو المنصوص عليه في المادتين ٤٧١ و ٤٧٢ مدني"[٢]. وعلاوةً على ذلك فقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن "الحرية التعاقدية قاعدة أساسية يقتضيها الدستور صونًا للحرية الشخصية، ولكونها وثيقة الصلة بالحق في الملكية، وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها"[٣].

وفي هذا السياق، قضت أيضًا بأنه " وحيث إن حرية التعاقد – بهذه المثابة – فوق كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية، فهي كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية، وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود – المبنية على الإرادة الحرة – فيما بين أطرافها؛ بيد أن هذه الحرية – التي لا يكفلها انسيابها دون عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولا علوها على مصالح ترجحها، وإنما يدنيها من أهدافها قدر من

---

(١) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٥–٨– ١٩٩٥م، القضية رقم ٨ لسنة ١٦ ق. دستورية، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء رقم ٧، القاعدة رقم ٨ ، ص ١٣٩.

(٢) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٥–٦– ١٩٩٩م، القضية رقم ٢٢٦ لسنة ١٩ ق. دستورية.

(٣) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ١٥–١١– ١٩٩٧م، القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ ق. دستورية.

التوازن بين جموحها وتنظيمها – لا تعطلها تلك القيود التي تفرضها السلطة التشريعية عليها بما يحول دون انفلاتها من كوابحها، ويندرج تحتها أن يكون تنظيمها لأنواع من العقود محددا بقواعد آمرة تحيط ببعض جوانبها "[١].

وفي ضوء ما تقدم، كانت الحرية التعاقدية ينتفي بشأنها وصف القيمة الدستورية في بداية الأمر حتى صدور حكم المجلس الدستوري في عام ٢٠٠٠م، واعتبر أنها ذات قيمة دستورية استنادًا لنص المادة (٤) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، وهذه الحرية ليست مطلقة؛ حيث يجوز للمشرع التدخل لتقييدها طالما كان ذلك مستندًا إلى اعتبارات النظام العام أو المصلحة العامة أو كانت ترتبط بمتطلباتٍ دستورية. وقد سار على ذات النهج المشرع والقضاء المصري.

المطلب الثاني

علاقة الحرية التعاقدية بحرية المشروعات

يُترجم النشاط الاقتصادي من الناحية العملية والقانونية من خلال مجموعة من العقود، وبالتالي فلا وجود للحرية التنافسية ما لم يتم الحرص والمحافظة على الحرية التعاقدية. وهذا يعني أن المنافسين بإمكانهم إبرام العقود التي يريدونها، وفقًا للشروط التي يرغبون فيها.

---

(١) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٤-١١-٢٠١٧م، القضية رقم ٢٢٦ لسنة ٣٠ ق. دستورية.، سابق الإشارة إليه.

وإذا كانت الحرية التعاقدية تُساهم في الممارسة السليمة للأنشطة الاقتصادية فإنها قد تُشكل أيضًا قيدًا في حد ذاتها؛ حيث تبدو العديد من الأحكام التعاقدية كقيود على حرية المشروعات. وينطبق هذا على وجه الخصوص، على بنود عدم التأسيس أو عدم الإنشاء أو عدم المنافسة. وليس من قبيل المصادفة أن العمل التعاقدي هو أكثر الأعمال شيوعًا وملائمةً مع حرية المشروعات(١).

ومنذ قرار المجلس الدستوري الصادر في ١٦ يناير ١٩٨٢م، أكد الفقه الفرنسي على أسبقية حرية المشروعات، والتي بالتالي أصبحت تتسع لتشمل معظم الحريات الاقتصادية مثل: الصناعة والتجارة، والمنافسة، والتأسيس، وممارسة المهنة، وحتى الحرية التعاقدية. وبالتالي تعتبر الحرية التعاقدية جزءًا من حرية المشروعات(٢).

ويبدو أن القرار الذي أصدره المجلس الدستوري في ١٣ يونيو ٢٠١٣م بشأن قانون التأمين الوظيفي la sécurisation de l'emploi قد وضع حدًا لتطور الحماية الدستورية للحرية التعاقدية. حيث قضى بأن " أحكام المادة L. ١-٩١٢ من قانون الضمان الاجتماعي تنطوي على اعتداء غير متناسب على حرية المشروعات والحرية التعاقدية فيما يتعلق بالهدف المنشود من تجميع

(١)**C.E.**, ٧ févr. ١٩٨٦, req. nos ٣٥٣٣١, ٣٥٤٢٣, ٣٥٤٤١, Assoc. Force ouvrière consommateurs et autres, Lebon, p. ٣١.

(٢)**FAVOREU (L.)**, note sous la décision n° ١٨٢ DC du ١٦ janvier ١٩٨٢, R.D.P., ١٩٨٢, p. ٣٧٧; **JACQUINOT (N.)**, Op. Cit., p. ٨٥٩.

المخاطر"[١].

ومن المُلاحظ أن قرار المجلس الدستوري بشأن التأمين الوظيفي كان مثيرًا للاهتمام بشكلٍ خاص. فهو من ناحية، يعتبر انتهاكًا للحرية التعاقدية في جانبها المتمثل في حرية اختيار الطرف المتعاقد ومضمون العقد، وهو أمرٌ نادر بوجه خاص. ومن ناحيةٍ أخرى، أنه يضع حرية المشروعات والحرية التعاقدية على نفس المستوى الدستوري.

ولفترةٍ طويلة، رفض المجلس الدستوري حماية الحرية التعاقدية منذ قراره الصادر في ٣ أغسطس ١٩٩٤م، وقد يبدو هذا القرار غريبًا؛ نظرًا لأن حرية التعاقد هي حرية مثل حرية المشروعات. ومع ذلك، فقد تمتعت الثانية منذ عام ١٩٨٢م بالحماية الدستورية استنادًا لنص المادة (٤) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن[٢]. ونظرًا لأن الحماية الدستورية للحرية بوجهٍ عام لم تمنع المشرع من تنظيمها، بشرط أن يكون لها هدف المصلحة العامة، وألا يترتب على عملها تعدي لا يتناسب مع الهدف المنشود. وكان هذا هو الحل الذي توصل إليه المجلس الدستوري في موضوع حرية المشروعات[٣].

---

(١) **Cons. Const.**, Décision n° ٢٠١٣-٦٧٢ DC du ١٣ juin ٢٠١٣, JORF, du ١٦ juin ٢٠١٣, p. ٩٩٧٦, texte n° ٢, Recueil, p. ٨١٧.

(٢) **Cons. Const.**, ١٦ Jan. ١٩٨٢, n° ٨١-١٣٢ DC.

(٣) **Cons. Const.**, ١٦ Jan. ٢٠٠١, n° ٢٠٠٠-٤٣٩ DC.

ولذلك غير الفقهاء من مواقفهم؛ وتمت حماية الحرية التعاقدية من ناحية حماية العقود المبرمة بشكلٍ قانوني، أولاً بموجب المادة (٤) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن[١] حسبما أكد عليه المجلس الدستوري الفرنسي في قراره لعام ١٩٩٨م[٢]. ثم استكملت هذه الحمايه في وقتٍ لاحقٍ من جانبه أيضًا في عام ٢٠٠٠م[٣]، ثم في عام ٢٠٠٣م[٤] استنادًا إلى نص المادة (١٦) من الإعلان ذاته[٥].

وعلى ذلك، فإن الاختيار الحر للطرف المتعاقد هو الذي تمت حمايته. حيث اعتبر أن القانون الذي شجع شركات الأدوية على إبرام اتفاقيات مع اللجنة

---

(١) « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. » **V**. Article (٤) du Déclaration des droits de l'homme de ١٧٨٩.

(٢)**Cons. Const.**, ١٠ juin ١٩٩٨, Décision n° ٩٨-٤٠١ DC.

(٣) **Cons. Const.,** ١٩ déc. ٢٠٠٠, Décision ٢٠٠٠-٤٣٧ DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour ٢٠٠١.

(٤) **Cons. Const.,** ١٣ Jan. ٢٠٠٣, la décision n° ٢٠٠٢-٤٦٥ DC.

(٥) « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.» **V**. Article (١٦) du Déclaration des droits de l'homme de ١٧٨٩.

الاقتصادية للمنتجات الصحية لا يؤثر على الحرية التعاقدية "والتي تنبع من المادة ٤ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن"، وبالتالي لا يعد مخالفًا للدستور(١).

وقد أشار المجلس الدستوري إلى أنه " يجوز للمشرع فرض قيود على حرية المشروعات والحرية التعاقدية المستمدة من المادة (٤) من إعلان ١٧٨٩م، سواء كانت متصلة بالضوابط الدستورية أو مبررة بالمصلحة العامة، شريطة ألا تؤدي إلى انتهاكات غير متناسبة مع الهدف المنشود ". ولذلك فإن الصيغة التي استخدمها المجلس الدستوري فيما يتعلق بحرية المشروعات هي صيغة محضة وممتدة بشكلٍ بسيط لتشمل الحرية التعاقدية(٢).

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " حرية التعاقد وأيا كان الأصل الذى تتفرع عنه أو ترد اليه. لا تعنى على الاطلاق أن يكون لسلطان الارادة دور كامل ونهائى فى تكوين العقود وتحديد الآثار التى ترتبها ذلك أن الإرادة لا سلطان لها فى دائرة القانون العام وقد يورد المشرع فى شأن العقود. حتى ما يكون واقعاً منها فى نطاق القانون الخاص قيوداً يرعى على ضوئها حدوداً للنظام العام لا يجوز اقتحامها. وقد يخضعها لقواعد الشهر أو لشكلية ينص عليها وقد يعيد إلى بعض العقود توازناً اقتصادياً اختل فيما بين أطرافها وهو يتدخل إيجابياً فى عقود بذواتها محوراً من التزاماتها انتصافاً لمن دخلوا فيها من الضعفاء مثلما هو الأمر

(١)**Cons. Const.,** ١٧ janv. ٢٠١٣, n° ٢٠١٢-٦٦٠ DC.

(٢) **Cons. Const.**, ١٤ mai ٢٠١٢, n° ٢٠١٢-٢٤٢ QPC.

فى عقود الاذعان والعمل. ولازال يقلص من دور الارادة فى عقود تقرر تنظيماً جماعياً ثابتاً كتلك التى تتضمن تنظيماً نقابياً بما مؤداه أن للمشرع أن يرسم للارادة حدوداً لا يجوز أن يتخطاها سلطانها ليظل دورها واقعاً فى إطار دائرة منطقية تتوازن الإرادة فى نطاقها، بدواعى العدل وحقائق الصالح العام. ومن ثم لا تكون حرية التعاقد محددة على ضوء هذا المفهوم حقاً مطلقاً، بل موصوفاً، فليس إطلاق هذه الحرية وإعفاؤها من كل قيد، بجائز قانوناً وإلا آل أمرها سراباً أو انفلاتاً "[١].

وعلى هدي ما تقدم، تعتبر الحرية التعاقدية من الحريات الداعمة لمبدأ حرية المشروعات ومتفرعة عنها؛ حيث تعمل الأولى على إبرام المتنافسين للعقود التي يريدونها، ووفقًا للشروط التي يرغبون فيها؛ فهي تعمل على إبراز دور الإرادة في ممارسة الأنشطة الاقتصادية والمهنية سواء كانت من جانب أحد المتعاقدين أو من جانب الإدارة.

(١) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٥-٨-١٩٩٨م، القضية رقم ٨ لسنة ١٦ ق. دستورية، مجموعة المكتب الفني رقم (٧)، الجزء رقم (١)، ص ١٣٩، رقم القاعدة ٨.

المبحث الرابع
ارتباط حرية المشروعات بحرية الاستثمار

تمهيد وتقسيم:

ترتبط الجوانب القانونية للاستثمار بإمكانية أو عدم إمكانية ممارسة الأنشطة الاقتصادية، وهو ما يمثل القواعد المتعلقة بالقيام بالاستثمار الأجنبي، وأوضاع إقامة المستثمر في الدولة. أي أن مبدأ حرية الاستثمار هو ذلك المبدأ الذي يحكم دخول الاستثمارات الأجنبية وإقامتها، لكنها حرية تخضع للتنظيم؛ فهي ليست مطلقة كغيرها من الحريات الأخرى؛ بمعنى أنه يجوز للمشرع التدخل لتنظيم ممارسة هذه الحرية حفاظًا على النظام العام أو اعتبارات المصلحة العامة.

ومما لا شك فيه أن مبدأ حرية الاستثمار يأتي في مقدمة المبادئ الدستورية التي تختص برسم السياسة التشريعية للدولة في المجال الاقتصادي. وبالتالي يكون النص الدستوري بمثابة المرجع والقاعدة التي يتعين أن تنتهجه النصوص المنظمة للاستثمار، وإلا أصبح يُشكل انتهاكًا لأحكام الدستور.

وترتيبًا على ما تقدم، فقد آثرنا تقسيم دراستنا في هذا الموضوع على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية مبدأ حرية الاستثمار.

المطلب الثاني: علاقة حرية الاستثمار بحرية المشروعات.

المطلب الأول
مفهوم مبدأ حرية الاستثمار

تقسيم:

نستعرض في هذا المطلب بيان مضمون مبدأ حرية الاستثمار في "فرع أول، ثم نتناول دور القضاء الدستوري في إرساء مبدأ حرية الاستثمار في "فرع ثانٍ". وذلك بمزيد من التفصيل على النحو التالي:

الفرع الأول
مضمون مبدأ حرية الاستثمار

تسعى معظم دول العالم لجذب الاستثمارات وذلك بتهيئة المناخ المناسب لبيئة الاستثمار le climat d'investissement في سبيل تحقيق التقدم والنمو(١)، والذي يتمثل من الناحية القانونية في تكريس مبدأ حرية الاستثمار.

(١)تجدر الإشارة إلى وجود حركة دولية من تكاثر الأنظمة التي تهدف إلى زيادة صلاحيات الدول في السيطرة على الاستثمار، دون التشكيك في مبدأ حرية الاستثمار. ففي فرنسا، كان مرسوم "Villepin" الصادر في ٣٠ ديسمبر ٢٠٠٥م قد استكمل في ٢٠١٤م =

ويتجلى هذا المبدأ في مجموعة من المقومات، والتي منها مقومات: قانونية، وسياسية، واقتصادية[١]. ومن ثم، فإن المبدأ العام هو حرية الاستثمار، من خلال منح المعاملة الوطنية للأجانب فيما يتعلق بعمليات الاستثمار[٢].

ويستمد مبدأ حرية الاستثمار مصدره من الحرية الاقتصادية، وهذه الأخيرة تحمل عدة معاني لعل أهمها حرية الفرد في اختيار العمل الذي يريد ممارسته، وهو ما نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام ١٩٤٨م، والذي

=

بموجب مرسوم "Montebourg". وعلى ذات المنوال، في الولايات المتحدة، يعود قانون الاستثمار الأجنبي والأمن القومي إلى عام ٢٠٠٧م، وفي ألمانيا دخل قانون حيز التنفيذ في عام ٢٠١٧م، وفي المملكة المتحدة وإيطاليا أصبحت النصوص المتعلقة بالاستثمار على وشك الاعتماد، إن لم تكن بالفعل قد اعتُمدت. وبالتالي، لا نكون بصدد اتجاه فرنسي فقط، ولكن مع اتجاه دولي يتفق مع التطورات في العالم.

انظر:

DUPEYRAT (P.), Quel est l'intérêt de l'activité de lobbying dans le cadre des procédures IEF ou IDE – pour investissements directs étrangers?, Assemblée Nationale,Réunion du mercredi ١٤ février ٢٠١٨,**Voir**: http://www.assemblee-nationale.fr/١٥/cr-cepolind/١٧-١٨/c١٧١٨٠٢١.asp, ١٧-١٢-٢٠٢١.

(١) **د/ نزيه عبدالمقصود محمد مبروك**، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٨٧.

(٢) **CARREAU (D.)**, Répertoire de droit international " Investissements ", Dalloz, Paris, ٢٠١٧, p. ٢٠١٨.

نص في الفقرة الأولى من مادته (٢٣) على أنه " لكل شخص حق العمل، وفي حرية اختيار عمله، وفي شروط عمل عادلة ومُرضية، وفي الحماية من البطالة "[١].

كما نص الدستور المصري لعام ٢٠١٤ على مبدأ حرية الاستثمار؛ حيث اعترف صراحةً في الفقرة الأولى من المادة (٢٨) منه بأهمية المقومات الاقتصادية، حيث نص على أن " 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 ".

ولم تعد تقتصر حرية الاستثمار على مفهومها الكلاسيكي المتمثل في حرية انتقال رؤوس الأموال من وإلى الإقليم الوطني، وإنما يقتضي هذا المبدأ حرية ممارسة الأنشطة الاقتصادية في إطار تصريح مُسبق بغرض الاستفادة من المزايا والضمانات التي يُقرها قانون الاستثمار[٢].

---

(١) "Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage", **Voir**: Art. (٢٣- al.١) de Déclaration universelle des droits de l'homme, Adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le ١٠ décembre ١٩٤٨ à Paris .

(٢) **MICHEL (J.), PHILIPPE (D.), SABINE (C.)**, Droit du commerce =

وفي فرنسا، إذا كان مبدأ حرية الاستثمار le principe de liberté d'investissement قد أكدت عليه المادة (L.١٥١-١) من تقنين النقد والمالية، متمثلًا في حرية العلاقات المالية داخل الدولة(١). فضلًا عن القيمة الدستورية التي يحظى بها، غير أن هذا المبدأ على الرغم من ذلك ليس مطلقًا، وإنما توجد بعض القيود الواردة عليه؛ حيث تخضع بعض الاستثمارات للإعلان أو الترخيص الإداري(٢).

وقد ظهرت الحاجة نحو الموازنة بين حقوق المستثمر والأنشطة التنظيمية للدولة لتحقيق المصلحة العامة "مفهوم التناسب"، لاسيما في ظل الاتفاقيات الدولية

= international, éd. Dalloz, Paris, ٢٠٠٧, p. ٥٢٩-٥٥٧.

وتجدر الإشارة أيضًا إلى دعم الولايات المتحدة الأمريكية لحرية الاستثمار؛ حيث أعلن الرئيس الأمريكي Reagan اعتراضه الشديد على أي مشروع قانون يهدد مبدأ حرية الاستثمار. ومن الناحية العملية، تم التحقيق في عدد قليل من الحالات وفقًا لمنظمة التجارة العالمية l'OMC في الفترة ما بين عامي ١٩٨٨م : ٢٠٠٢م، حيث كان هناك ١٨ تحقيقًا فقط من ١٤٣٤ من الحالات التي تم الإبلاغ عنها. ولمزيد من التفاصيل، **انظر:**

OMC, Examen des politiques commerciales. États-Unis. Rapport du Secrétariat, Genève, ١٧ décembre ٢٠٠٣, p. ٣٥

(١) **Voir**: Art. (L. ١٥١-١) du code monétaire et financier.

(٢) **CLAVEL (S.)**, Répertoire de droit européen "Groupement européen d'intérêt économique", Dalloz, Paris, ٢٠١٢, p. ٦١.

المتعلقة بالاستثمار لما قد تفرضه من التزامات موضوعية على عاتق الدول المضيفة، دون أن تتضمن موازنة حقوق المستثمرين مع التزاماتهم، فضًلا عن خلو تلك الاتفاقيات من أي نصوص للشروط التي يمكن للدولة المضيفة في ظلها تقييد حقوق المستثمرين(١).

ولعل ممارسة مبدأ التناسب le principe de proportionnalité من شأنه أن يُتيح التوفيق بين الرقابة الشرعية للدولة وممارسة حرية الاستثمار. وهذه الحرية تُمنح للمستثمرين بموجب أحكام التطبيق المباشر، والتي سوف تُفرَّغ من مضمونها إذا كانت خاضعة للامتيازات التقديرية، وبالتالي لا يمكن التنبؤ بها، لأنها من صلاحيات السلطات الوطنية(٢).

كما أن محكمة العدل الدولية قد شددت بقوة على أنه لا يجوز للمستثمرين – بغض النظر عن الإشارة الغامضة إلى "حماية المصالح الوطنية" – تجاهل الشروط المحددة والموضوعية التي تبرر الترخيص المسبق، وبالتالي تجاهل

(١) **د/ وليد محمد رضا الشناوي**، الموازنة بين حقوق المستثمر والأنشطة التنظيمية للدولة لتحقيق المصلحة العامة في ضوء مفاهيم القانون العام "مفهوم التناسب"، مجله البحوث القانونية والاقتصادية، العدد (٥١)، أبريل ٢٠١٢، كلية الحقوق– جامعة المنصورة، ص ٥٣٥ وما بعدها.

(٢) **PARLEANI (G.)**, L'action spécifique « à la française » est morte ; vive l'action spécifique « à l'européenne » !, Rev. societies, ٢٠٠٢, p. ٥١٩.

مضمون حقوقهم، التي تنتهك المبدأ العام للأمن القانوني[١]. وفي إشارتها بشأن بعض الجوانب القانونية المتعلقة بالاستثمار داخل المجتمع الدولي شددت على أهمية الحاجة إلى معايير "موضوعية ومستقرة وعامة". وفي جميع الأحوال يجب احترام مبدأ التناسب[٢].

ويجب على كل دولة أن تمنح "المعاملة الوطنية" وشرط "الدولة الأكثر تفضيلاً"، وسيتم التعامل مع المستثمرين الأجانب الذين تم تأسيسهم بالفعل في المنطقة فور دخول الاتفاقية حيز التنفيذ كمستثمرين من أمريكا الشمالية[٣]. وعلى

(١) ولمزيد من التفاصيل بشأن مبدأ الأمن القانوني، **انظر: د/ يسري محمد العصار**، الحماية الدستورية لمبدأ الأمن القانوني، مجلة الدستورية، العدد الثالث، يوليو ٢٠٠٣م، ص ٥١ وما بعدها؛ **د/ محمد محمد عبد اللطيف**، الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد (٣٦)، أكتوبر ٢٠٠٤م، ص ٨٨ وما بعدها؛ **د/ وليد محمد رضا الشناوي**، الأمن القانوني ومبادئ سن القانون الجيد، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد (٥٦)، أكتوبر ٢٠١٤م، ص ٢٧٧ وما بعدها؛ **د/ حسين أحمد مقداد عبد اللطيف**، مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري "دراسة مقارنة"، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد (٢٩)، ٢٠١٣م، ص ٦٤٣ وما بعدها.

(٢) **Voir**: **C.J.C.E.**, ١٤ déc. ١٩٩٥, Sanz de Lera, Affaires jointes C-١٦٣/٩٤, C-١٦٥/٩٤ et C-٢٥٠/٩٤, Recueil de jurisprudence ١٩٩٥, p. ٠٤٨٢١.

(٣) **GRENON (J.-Y.)**, L'Accord de libre-échange Nord-Américain, RMCUE, ١٩٩٣, P. ٣٠٦.

ذلك، فمن خلال تحسين مناخ الاستثمار وضمان بيئة أكثر شفافية واستقرارًا وصديقة للتقدم. ويتمتع الاتحاد الأوروبي بالعديد من المزايا، وذلك من خلال سياسة المساعدات الإنمائية الأوروبية، لتحسين الظروف الاقتصادية والاجتماعية لأعضائه(١).

ويرى بعض الفقه أن مبدأ حرية الاستثمار لم يتم النص عليه النصوص الدستورية في النظام الفرنسي، وإنما هو مبدأ وارد في النصوص التشريعية. بينما في النظام المصري فإن حرية الاستثمار تُشكل مبدأً ذات قيمةٍ دستورية. غير أن حرية الاستثمار ليست حرية مطلقة، وإنما هي حرية تخضع للتنظيم(٢).

وبذلك يبدو مدى الحرص من جانب المشرع في ترسيخ مبدأ حرية الاستثمار؛ حتى يتسنى للدولة الاتجاه نحو توفير مناخ ملائم للاستثمار. ومن ثم، تحقيق التنمية الاقتصادية الفعالة في خدمة المجتمع. شريطة ألا يؤثر استخدام مبدأ حرية الاستثمار على المصلحة العامة للدولة المضيفة.

---

(١) **KADDOURI (H.)**, L'ambivalence des interactions entre l'immigration et la cohésion sociale, Revue du Marché commun et de l'Union européenne (RMCUE), ٢٠١٠, p. ١٨٤.

(٢) **د/ محمد محمد عبد اللطيف**، الاستثمار والنظام العام الاقتصادي، المؤتمر العربي للاستثمار والتنمية " نحو بيئة تشريعية جاذبة للاستثمار "، المنعقد في مدينة شرم الشيخ، مصر، في الفترة من ٧ : ٩ أبريل ٢٠١٩م، ص ١٠-١٢.

الفرع الثاني

دور القضاء الدستوري في إرساء مبدأ حرية الاستثمار

لقد كان للقضاء الدستوري دورًا ملحوظًا في تدعيم مبدأ حرية الاستثمار؛ فمن جانبها كرست المحكمة الدستورية العليا مبدأ حرية الاستثمار حيث ذهبت إلى " وحيث إن الضريبة العامة على الدخل المفروضة بنص المادة (٩٦) من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ محل الطعن الماثل يبين أنها فرضت – سواء قبل تعديلها بالقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٨٣ أو بعد تعديلها بالقانون المذكور – بنسب عالية رغم أن وعاءها المتمثل في الأرباح الناتجة عن نشاط تجاري أو صناعي أو غيره من مصادر الدخل الأخرى سبق أن فرضت عليه ضرائب مباشرة في ذات القانون، الأمر الذي يشكل عبئاً ثقيلاً على الممول يتعارض من زاوية مع الحماية الدستورية المقررة لحق الملكية، **ويؤدي من زاوية أخرى إلى إحجامه عن التوسع في نشاطه طالما لن يجني من الأرباح الإضافية التي يحققها إلا الفتات بما يؤثر بالسلب على فرص الاستثمار والادخار والعمل**، ومن ثم يكون النص الطعين مخالفاً لأحكام المواد (١٣، ٢٣، ٣٤) من الدستور "[١].

كما قضت أيضًا بأن " **معدل عائد الاستثمار فى بلد معين ، يرتبط**

([١]) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ١٥-٤-٢٠٠٧م، القضية رقم ١٧٨ لسنة ١٩ ق. دستورية، مجموعة المكتب الفني رقم (١٢) الجزء رقم (١)، ص ٢٩١، القاعدة رقم ٣١.

بالتدابير التى تتخذها فى شأن هذا الاستثمار وتؤثر فى مجراه . فكلما كان من شأنها إعتصار هذا العائد ، أو فرض أوضاع جديدة لا يكون معها مجزياً ، كان ذلك منهياً لفرص الاستثمار ، أو مشككاً فى جدواه ..... المزايا التفصيلية التى كفلها المشرع لاستثمار الأموال العربية والأجنبية ، هى علة وجودها فى مصر، وهى التى حركتها من مواقعها فى بلدانها ، فلا يجوز نقضها أو تقييدها بعد أن تعلق الاستثمار بها. القول بأن المزايا التفصيلية التى ربطها المشرع باستثمار رءوس الأموال العربية والأجنبية ، ينبغى مقابلتها ببعض الأعباء التى توازنها ، مؤداه أن المزايا التى قدر المشرع ضرورتها لتدفق هذه الأموال لمصر ، جاوزت حدودها المنطقية ، وهو ما دليل عليه ، بعد أن كفلتها قوانين الاستثمار على تعاقبها دون إنتقاص منها ، وبما لا يجاوز نطاق السلطة التقديرية للمشرع "[1].

وتأكيدًا على مبدأ المساواة أمام القانون، انتهت المحكمة الدستورية العليا المصرية فيما يتعلق بأوجه التمييز بين شركات الاستثمار ونظائرها التابعة لقطاع الأعمال العام أو الخاص في شأن أساس المحاسبة على استهلاك المنتجات البترولية، يعد تمييزًا غير مبرر. حيث قضت بأن " المراكز القانونية التى يتعلق بها مبدأ المساواة امام القانون وفقا لنص المادة ٤٠ من الدستور هى التى تتحد فى

([1]) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٣-٥-١٩٩٧م، القضية رقم ١٧ لسنة ١٨ ق. دستورية، مجموعة المكتب الفني رقم (٨) الجزء رقم (١)، ص ٥٩١، القاعدة رقم ٤٠.

العناصر التى تكون كلا منها – لا باعتبارها عناصر واقعية لم يدخلها المشرع فى اعتباره – بل بوصفها عناصر اعتد بها مرتبا عليها اثرا قانونيا محددا فلا يقوم هذا المكز القانونى الا بتضامنها بعد ان غدا وجوده مرتبطا بها فلا ينشأ اصلا بثبوتها ولا يتصور بعد تحققها وتولد المركز القانونى عها ان تكون قيدا عليه ولا ان ينتقص المشرع من المزايا التى ربطها بوجوده اذ هى كامنة فيه فلا يجوز نقضها ومتى كانت رؤوس الاموال العربية والاجنبية المستثمرة فى مجال النشاط الصناعى فى مصر تتكافأ ونظائرها الاخرى العاملة فى ذات المجال سواء كانت تابعة لقطاع الاعمال العام او الخاص وكانت هذه الاخيرة تحاسب على استهلاكها من المنتجات البترولية على اساس السعر السائد فى السوق المحلى فان النص الطعين وقد جنح الى محاسبة الشركات الاولى على اساس مغاير لاسعار تلك المنتجات يكون محدثا تمييزا غير مبرر بين منشآت تباشر نشاطا واحدا ومن ثم مخالفا لمبدأ المساواة "[1].

وفي النظام الفرنسي، أكد المجلس الدستوري الفرنسي على حماية مبدأ حرية الاستثمار في أحكامه، حيث ذهب إلى أن "هذه النصوص لا تتوافق مع قانون الاتحاد الأوروبي، وعلى وجه الخصوص، تتعارض مع حرية الاستثمار

(1) **حكم المحكمة الدستورية العليا،** بتاريخ ٢-١٢-٢٠٠٠م، القضية رقم ٢٢٧ لسنة ٢١ ق. دستورية، مجموعة المكتب الفني (٩)، الجزء رقم (١)، ص ٧٩٦، رقم القاعدة ٩٦.

المضمونة لشركات التأمين بموجب التوجيه الأوروبي الصادر في ٢٥ نوفمبر ٢٠٠٩م بشأن الوصول إلى أنشطة التأمين وممارستها"[١]. وهو ما يعني الارتباط الوثيق بين مبدأ حرية الاستثمار ومبدأ حرية المشروعات.

كما أشار في بعض أحكامه إلى أنه يتعين ألا يؤثر احترام مبدأ حرية الاستثمار على معايير سياسية الاستثمار، بمعنى أنه يتعين على هذه السياسة أن تأخذ في الاعتبار احترام الأهداف الاجتماعية والبيئية، والوسائل المستخدمة للمساهمة في الطاقة، وعدم التعرض لمخاطر المناخ، وكذلك المساهمة في احترام الهدف الدولي للحد من ظاهرة الاحتباس الحراري[٢].

(١) "que ces dispositions sont incompatibles avec le droit de l'Union européenne et, en particulier, contradictoires avec la liberté d'investissement garantie aux entreprises d'assurance par la directive européenne du ٢٥ novembre ٢٠٠٩ sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice"; **Voir**: **Cons. Const.**, ١٣ août ٢٠١٥, n° ٢٠١٥-٧١٨ DC, https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/٢٠١٥/٢٠١٥٧١٨DC.htm, ٢٤-١٢-٢٠٢١.

(٢) **Cons. Const.**, ١٣ août ٢٠١٥, n° ٢٠١٥-٧١٨ DC, Op. Cit.

المطلب الثاني

علاقة حرية الاستثمار بحرية المشروعات

أكد القضاء الدستوري على حرية الاستثمار واعتبرها حرية أساسية في حكمه الشهير بتاريخ ١٦ يناير ١٩٨٢م[١]؛ والتي تتضمن حرية ممارسة الأفراد لأي نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي، وحرية الأشخاص في إنشاء أي مؤسسة في مختلف الأنشطة شريطة مراعاة قوانين التجارة. كما ظهرت ضرورة تنظيم وضبط انتشار المشروعات الاستثمارية، وضرورة اخضاع طائفة من المشروعات وممارسة الأنشطة التجارية والصناعية لضمان المنافسة الشريفة بين المؤسسات والمشروعات الخاصة، وللحصول على ترخيص إداري مُسبق حماية للنظام العام.

وكان قانون توجيه التجارة والصناعات التقليدية الصادر بتاريخ ٢٧ ديسمبر ١٩٧٣م من أهم القوانين التي ساعدت في تدعيم مبدأ حرية الاستثمار؛ حيث نصت المادة الأولى منه على أن: " الحرية والرغبة في إنشاء المشروعات تعد أساس الأنشطة التجارية والحرفية، والتي يتعين أن تُمارس في إطار منافسة

(١) **Cons. Const.**, ١٦ janv. ١٩٨٢, Décision n° ٨١-١٣٢ DC, Op. Cit.

واضحة ونزيهة "[١].

وعلى ذلك، يمكننا القول بأن حرية الاستثمار تعتبر امتدادًا دستوريًا لمبدأ حرية المشروعات. ومن ثم، فإن القيود المفروضة على حرية الاستثمار من شأنها أيضًا تقويض القيمة الدستورية لمبدأ حرية المشروعات. ولذلك، يلزم أن يتوخى المشرع الحذر وهو بصدد تنظيم مهنة معينة أو وضع بعض الأحكام المتعلقة بالأنشطة الاستثمارية، وإلا أصبحت غير مشروعة لمخالفتها لمبدأ حرية الاستثمار من ناحيةٍ، ومخالفتها لمبدأ حرية المشروعات من ناحيةٍ أخرى.

وإذا كان قانون الاستثمار الحالي في مصر رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧م قد نص على تحديد مجالات الاستثمار التي يمكن أن تستفيد من المزايا التي يقررها القانون تحديدًا حصريًا. وبالتالي يترتب على ممارسة أنشطة غير منصوص عليها في القانون أو ليست مُضافة بقرار من وزير الاستثمار عدم تمتع المشروع بالمزايا المنصوص عليها في قانون الاستثمار، ولاسيما الإعفاءات الضريبية.

ومما تجدر الإشارة إليه أن التحديد الوارد في المادة الأولى[٢] من قانون

---

(١) "La liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales. Celles-ci s'exercent dans le cadre d'une concurrence claire et loyale". **Voir**: La loi no ٧٣-١١٩٣ du ٢٧ décembre ١٩٧٣ d'orientation du commerce et de l'artisanat.

(٢) حيث نصت المادة الأولى منه على " في تطبيق أحكام هذا القانون، يُقصد بالكلمات والعبارات التالية المعاني المبينة قرين كل منها:

=

الاستثمار الحالي (٧٢) لسنة ٢٠١٧م لا يتعارض مع حرية المشروعات، وإنما فقط قد وُضعت لقصر المزايا التي يقررها على المشروعات التي تمارس أنشطة اقتصادية في القطاعات التي يُحددها، وذلك لخدمة خطة التنمية الاقتصادية للدولة هذا من جهة، ومن جهةٍ أخرى، أنه إذا كانت هذه المادة قد أجازت لوزير الاستثمار أن يُضيف بعض القطاعات الأخرى إلى القائمة المُشار إليها، إلا أن ذلك مشروط بعدم فرض شروط جديدة[١].

=

الاستثمار: استخدام المال لإنشاء مشروع استثماري أو توسيعه أو تطويره أو تمويله أو تملكه أو إدارته بما يسهم في تحقيق التنمية الشاملة والمستدامة للبلاد.

المستثمر: كل شخص طبيعي أو اعتباري، مصريا كان أو أجنبيا، أيا كان النظام القانوني الخاضع له، يقوم بالاستثمار في جمهورية مصر العربية وفقا لأحكام هذا القانون.

المشروع الاستثماري: مزاولة أحد الأنشطة الاستثمارية في قطاعات الصناعة والزراعة والتجارة والتعليم والصحة والنقل والسياحة والإسكان والتشييد والبناء والرياضة والكهرباء والطاقة والثروات الطبيعية والمياه والاتصالات والتكنولوجيا.

ويجوز للوزير المختص بشئون الاستثمار بالتنسيق مع الوزارة أو الوزارات المعنية **إضافة قطاعات أخرى** وفقا لخطة التنمية الاقتصادية للدولة، وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون شروط ونطاق وضوابط مزاولة هذه الأنشطة.....". **انظر**: قانون الاستثمار الحالي رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧م، الجريدة الرسمية، بتاريخ ٣١-٥-٢٠١٧م، العدد (٢١) "مكرر ج".

(١) **د/ محمد محمد عبد اللطيف**، الاستثمار والنظام العام الاقتصادي، مرجع سابق، ص ١٣.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على هذا المعنى، فقضت بأنه " خلت أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ من أي قيد بشأن نصاب رأس مال الشركات التي يرغب المستثمرون في تأسيسها لمزاولة أي نشاط في المجالات التي حددها القانون للانتفاع بالحوافز والمزايا التي تضمنها ذلك القانون، ومن بينها النشاط الشامل لصناعة السينما. وكان القانون المشار إليه قد أحال الفقرة الأخيرة من مادته الأولى إلى اللائحة التنفيذية لتحديد شروط وحدود مجالات الأنشطة، مستهدفاً من ذلك تفصيل أوجه أنشطة المجالات التي حددت في القانون لجذب الاستثمارات, فإن اللائحة التنفيذية بالنص الطعين وقد استحدثت حكماً جديداً استلزم ألا يقل رأس المال الموظف في الشركة المساهمة أو المنشأة الكبرى التي تعمل في مجال النشاط الشامل لصناعة السينما عن مائتي مليون جنيه، فإنه يكون قد أتى بقيد لا سند له من القانون الذي جاء خلواً من بيان الإطار الذي يحكم هذا الأمر، مخالفاً بذلك الضوابط التي أوجب الدستور تقيد اللائحة التنفيذية بها بما يعيبه بمخالفة نص المادتين (٨٦, ١٤٤) من الدستور ويوجب القضاء بعدم دستوريته "[١].

ويُستفاد من الحكم السابق أن المحكمة الدستورية العليا قد قضت بعدم

(١) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ١١-١٢-٢٠٠٦م، القضية رقم ٢٦٥ لسنة ٢٥ ق. دستورية، مجموعة المكتب الفني (١٢)، الجزء رقم (١)، ص ١١٩، رقم القاعدة ١٢.

دستورية النص الوارد في اللائحة التنفيذية التي أحال إليها القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م بإضافة قطاعات أخرى لتلك التي نص عليها القانون في المادة الأولى فيما تضمنه من اشتراط ألا يقل رأس مال الموظف في الشركة المساهمة أو التي تعمل في مجال صناعة السينما عن مائتي مليون جنيه؛ لأنه بذلك يكون قد وضع قيدًا ليس له سند في القانون. وبالتالي، فهذا النص يتعارض بشكلٍ صريح مع المبدأ الدستوري لحرية المشروعات؛ لأن من شأنه أن يُعيق ممارسة الأشخاص لنشاط معين، ويمنع من الوصول إليه بحرية.

وقد أكد الدستور المصري على حريه النشاط الاقتصادي في ظل العدالة الاجتماعية، وبلا شك فإن إطلاق حرية ممارسة النشاط الاقتصادي من شأنها إطلاق الاستثمار من القيود التي ترد عليه باستثناء توجيهه نحو المجالات النافعة للمجتمع وإبعادها عن المجالات الضارة كالاستثمار في انتاج السجائر والخمور، وهذا كله من خلال تطبيق فكرة العدالة الاجتماعية التي يتم تفعيلها في حاله ثبوت انحراف القطاع الخاص بالاستثمار في الأنشطة التي لا تحقق النفع العام أو الخاص للمجتمع[١].

وحيث إن الدستور قد أكد فى المادتين (٢٧، ٢٨) منه أهمية الاستثمار وتشجيعه، وتوفير المناخ الجاذب له، وجعل ذلك التزاما دستوريا على الدولة، وهدفا

---

(١) **د/ أحمد محمد نصير**، دور الدولة إزاء الاستثمار وتطوره التاريخي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ١٦٨.

للنظام الاقتصادي تسعى الدولة إلى تحقيقه من خلال خطة التنمية التي تضعها تنفيذا له. كما اعتبر الحفاظ على حقوق العاملين أحد أهداف هذا النظام، وعنصرا جوهريا في تحقيق التوازن بين مصالح الأطراف المختلفة في علاقة العمل، وقيدا على كل تشريع يتم إقراره، يتناول بالتنظيم أيا من تلك الحقوق. وفي هذا الإطار ضمن الدستور نص المادة (٩٢) منه قيدا عاما على سلطة المشرع التقديرية في مجال تنظيم ممارسة الحقوق والحريات بألا يترتب على ذلك تقييد ممارستها بما يمس أصلها وجوهرها، وإلا وقع في حومة مخالفة الدستور "[١].

([١]) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٤-٧-٢٠٢٠م، القضية رقم ٥٩ لسنة ٣٧ ق. دستورية، ص ٤٢.

المبحث الخامس

ارتباط حرية المشروعات بحق الملكية الخاصة

تمهيد وتقسيم:

يُعد حق الملكية من حقوق الإنسان التي كفلتها الإعلانات والمواثيق والعهود الدولية؛ حيث اعترف به الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في عام ١٩٤٨م، وكذلك أقره العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في عام ١٩٦٦م. ونظرًا لأهمية حق الملكية الخاصة فقد حرصت دساتير معظم دول العالم على العناية الخاصة لهذا الحق من خلال منحه حماية دستورية متميزة.

وترتبط حرية المشروعات ارتباطًا وثيقًا بحق الملكية؛ حيث اعتبر القضاء الدستوري أن الاعتداء على حق الملكية الخاصة قد يُشكل في ذات الوقت انتهاكًا للمبدأ الدستوري لحرية المشروعات. ومن ثم، قد يترتب على ذلك إعاقة ممارسة الأفراد للنشاط الاقتصادي والمهني.

وفي ضوء ما تقدم، فقد آثرنا تقسيم دراستنا في هذا الموضوع على النحو التالي:

المطلب الأول: حق الملكية الخاصة في الإعلانات الدولية.

المطلب الثاني: القيمة الدستورية لحق الملكية الخاصة.

المطلب الثالث: العلاقة بين حق الملكية الخاصة وحرية المشروعات.

المطلب الأول

حق الملكية الخاصة في الإعلانات الدولية

تمهيد وتقسيم:

أشار بعض الفقه – بحقٍ – إلى أن الحريات الاقتصادية التي تم تصورها في فرنسا منذ نهاية القرن الثامن عشر حول بشأن الوصول إلى مجالات الصناعة والتجارة ظلت لفترةٍ طويلةٍ في ظل حق الملكية. ولقد كان للحقوق الاقتصادية، ولا سيما حقوق أصحاب الأعمال والشركات أساسًا موروثًا في الأصل، وتميز بممارسة حق الملكية على وسائل الإنتاج(١).

(١) وتجدر الإشارة إلى أن Georges Ripert كان قد أوضح قبل ستين عامًا مفاد ذلك حينما أعلن أنه: ظلت الشركة مستترةً تحت غطاء الملكية. وإذا تم تحديد الشركة والممتلكات، فإن مفهوم الشركة يتكون فقط من مجموعة من حقوق الملكية التي شكلها صاحب المشروع من أجل أفضل استخدام للممتلكات التي يمتلكها. **انظر:**

« l'entreprise est restée cachée sous la propriété. Jusqu'ici le droit n'a pas jugé utile de la faire apparaître parce que la propriété lui suffisait… Si on identifie l'entreprise et la propriété, la notion d'entreprise consiste uniquement dans un faisceau de droits de propriété formé par l'entrepreneur pour la meilleure utilisation des biens qui lui appartiennent », **Voir**.: **RIPERT (G.)**, Aspects juridiques du capitalisme moderne, Paris, L.G.D.J., ١٩٥١, p. ٢٦٨.

وترتيبًا على ذلك، فقد رأينا دراسة حق الملكية الخاصة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م في "فرع أول"، ثم يَعُقب ذلك الحديث عن حق الملكية الخاصة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨م وذلك في "فرع ثانٍ". وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

حق الملكية الخاصة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩م

تعتبر حقوق الملكية هي مصفوفة الحقوق الاقتصادية. ومن الناحية التاريخية، يسبق الحق في الملكية غيره من الحقوق الاقتصادية الأخرى؛ نظرًا لأن الأخيرة ببساطة مُشتقةً منه، وذلك على النحو المحدد في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩م.

وقد عَرَّفت المادة الثانية من هذا الإعلان الملكية بأنها إحدى "حقوق الإنسان الطبيعية وغير القابلة للتقادم". ويُشير المجلس الدستوري إلى هذا المعنى والمضمون، وإن كان ذلك نادرًا للغاية(١).

وتمثل المادة (١٧) من الإعلان ذاته أساس الدفاع الدستوري عن الملكية

(١)**Cons. Const.,** Déc. nº ٩٤-٣٤٧ DC du ٣ août ١٩٩٤, Rec. ١٠٠, et nº ٢٠٠١-٤٤٨ DC du ٢٥ juillet ٢٠٠١, Rec. ٩٩.

والحق في الملكية[١]. حيث نصت على أن " الملكية حق مقدس ومصون، فلا يجوز حرمان أي شخص منها، ما لم تكن هناك ضرورة عامة، مقررة قانونًا، وبشرط الحصول على تعويض عادلٍ ومُسبق ".

لذا لا يجوز المساس بهذا الحق، أو نزعه من أحد، إلا إذا اقضت الضرورة العامة ذلك صراحةً، وذلك بعد التحقق من وجودها بصورة مشروعة من الناحية القانونية، وفي الحالات التي يتقرر فيها نزع الملكية يُشترط أن يقابلها تعويض عادل ومسبق. وعقب الثورة الفرنسية أصبحت ملكية الأرض ملكية خالصة للمالك، بل حقًا مقدسًا لا يجوز انتهاك حرمته، ولا يجوز حرمان المالك منه إلا إذا كان بهدف حماية مصلحة عامة تثبت بموجب قانون مع تعويض عادل يُدفع له مُقدمًا.

وكان رجال الثورة الفرنسية ينظرون إلى الملكية على أنها حقٌ ذاتي لا يختلف عن سائر الحقوق الفردية، التي ارتقت بموجب المادة (٢) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، إلى مرتبة الحقوق الطبيعية والحريات العامة. ومن هنا برزت صلة التلازم والتكامل بين الملكية والحرية. وأناط بالمشرع مهمة تنظيم هذه الحرية، التي من شأنها أن تُمكن الجميع من ممارسة الحقوق ذاتها بموجب المادة الرابعة

(٢)**Voir**: Art. (١٧) Déclaration de ١٧٨٩ : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n’est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l’exige évidemment, et sous la condition d’une juste et préalable indemnité ».

أيضًا منه[١].

ويُعد نطاق الحق في الملكية موضوعًا لصيغةٍ ثابتة قد تقترن بالحرمان من حق الملكية المسموح به بموجب الضوابط المنصوص عليها في المادة (١٧) من إعلان ١٧٨٩م في حالات الضرورة العامة من خلال تعويضٍ عادلٍ ومُسبق. وبشأن تحديد حق الملكية ذهب المجلس الدستوري إلى أنه: "في غياب الحرمان من الحق في الملكية، يستنتج من المادة (٢) من إعلان عام ١٧٨٩م أن القيود المفروضة على ممارسته يجب أن تكون مبررة بمصلحةٍ عامة ومتناسبة مع الهدف المنشود"[٢].

وقد أكدت على هذا المعنى المادة (٨٧) من الدستور الفرنسي لعام ١٧٩١م، والتي نصت على أن " حق الملكية حق مقدس لا يجوز انتهاك حرمته ". وكذلك الماده (٥٤٤) من التقنين المدني الفرنسي التي عرفت الملكية بأنها الحق في الانتفاع والتصرف في الأشياء على النحو المطلق بشرط أن لا يستعملها أحد استعمالاً محرماً بموجب القوانين أو اللوائح ". وأيضًا المادة (٨٠٢) من القانون

(١) حيث نصت المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن على أنه " تقتصر الحرية على قدرة الشخص على القيام بكل ما لا يُلحق ضررًا بالآخرين، وهكذا فإن لا قيود على ممارسة الحقوق الطبيعية لكل إنسان، إلا تلك التي تقرر للأعضاء الآخرين في المجتمع التمتع بهذه الحقوق، وهذه القيود لا يمكن تحديدها إلا بموجب القانون ".

(٢) **Cons. Const.**, ١٧ juill. ٢٠١٥, n° ٢٠١٥-٤٧٦ QPC, préc.; ٨ déc. ٢٠١٦, n° ٢٠١٦-٧٤١ DC, préc.

المدني المصري تعرف حق الملكية بقولها: " للمالك وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ".

الفرع الثاني

حق الملكية الخاصة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨م

كرس الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨م مبدأ ضمان الملكية الخاصة وحرية التملك باعتباره حقًا أساسيًا، باعتباره من الحقوق الطبيعية للإنسان كالحرية تمامًا، وهو ما أكدته المادة (١٧) منه، والتي نصت على أنه: " لكل شخص حق التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره، ولا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفًا ".

ويُلاحظ أن هذا الإعلان قد سار على نهج الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م. حيث وضع المبدأ العام للحق في الملكية دون إبراز مضمونه على نحوٍ مُفصل. وقد حاول واضعو الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨م التوفيق بين المفهوم الليبرالي في الحريات الذي يقدس الملكية الخاصة وبين المفهوم الماركسي الذي يأخذ بمفهوم الملكية الجماعية[١].

(١) **د/ محمد يوسف علوان**، حقوق الإنسان في ضوء القوانين الوطنية والمواثيق الدولية، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر، الكويت، ١٩٨٩م، ص١٢٣.

=

ويبدو أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨م يُعد ضمانةً كبرى لحق الملكية؛ وذلك بالنص في مادته رقم (١٧) التي حظرت نزع الملكية بشكلٍ تعسفي. ومن ثم، يكون حق الملكية شأنه شأن سائر حقوق الإنسان الأخرى قد تم تضمينها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وذلك للتأكيد على أهميته وضرورة تنظيمه، وعدم الاعتداء عليه.

وبذلك يحدد إعلان حقوق الإنسان والمواطن للقاضي ضوابط واجباته، ويُعطي للشيء أسس حريته ورفاهيته. فكان له الدور المهم في تقييد سلطات الدولة. وهو بذلك يعد ضمانةً جوهرية لحق الملكية. وهذا لم يقتصر على فرنسا فحسب، وإنما استلهمته معظم دساتير العالم.

وتجدر الإشارة إلى أن الشعب الفرنسي كان قد وافق في استفتاء ١٣ أكتوبر

=

ومن الجدير بالذكر، أنه عقب انتشار المذهب الاشتراكي ازداد تدخل الدولة في جميع أمور الأفراد؛ فتم تقييد حقوقهم في ممارسة التجارة والصناعة، وأصبح محظورًا على الأفراد ملكية أموال وعناصر الإنتاج؛ ونتيجة لهذا الاتجاه تمتلك الدول ذات الطابع الاشتراكي المشروعات الاقتصادية وتتولى إدراتها، ولا يجوز لأي فرد ممارسة الصناعة أو التجارة، فالدولة هي التي تملك وسائل الانتاج وأدواته، وهي التي تتولى الصناعة والتجارة في الداخل والخارج، كما أنه ليس للإنسان الحق في اختيار نوع العمل الذي يرغب في ممارسته. ولمزيد من التفاصيل؛ **انظر: د/ أحمد عباس عبد البديع**، تدخل الدولة ومدى اتساع مجالات السلطة العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة ،٢٠٠١م، ص ٧٩ وما بعدها.

١٩٤٦م و ٢٨ سبتمبر ١٩٥٨م على بعض النصوص التي تُضفي قيمةً دستوريةً على المبادئ والحقوق المُعلنة في عام ١٧٨٩م؛ وفي الواقع، تؤكد ديباجة دستور عام ١٩٤٦م بشكلٍ رسمي على حقوق وحريات الإنسان والمواطن المنصوص عليها في إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩م وتميل فقط إلى استكمالها من خلال صياغة سياسية واقتصادية واجتماعية ضرورية وبشكلٍ خاص في عصرنا؛ وبموجب أحكام ديباجة دستور عام ١٩٥٨م، أعلن الشعب الفرنسي رسميًا تمسكه بحقوق الإنسان ومبادئ السيادة الوطنية على النحو المحدد في إعلان عام ١٧٨٩م، والتي أكدتها واستكملتها ديباجة دستور عام ١٩٤٦م.

المطلب الثاني

القيمة الدستورية لحق الملكية الخاصة

يثور التساؤل الأتي: إلى أي مدى يعتبر حق الملكية حقًا دستوريًا أساسيًا؟ جاء الجواب من قِبل المجلس الدستوري في قراره الشهير بتاريخ ١٦ يناير ١٩٨٢م بشأن قانون التأميم(١).

عقب الإشارة إلى النصوص التي تستند إليها الملكية والحق في الملكية، أي

(١) **Cons. Const.**, ١٦ jan. ١٩٨٢, Déc. n° ٨١-١٣٢ DC, Loi de nationalisation I, Rec. ١٨ ; **FAVOREU (L.), PHILIP (L.)**, Op. Cit., n° ٢٣.

المادتين (٢-١٧) من إعلان حقوق الانسان والمواطن ١٧٨٩م[١]، يواصل المجلس الدستوري التأكيد بالقول على أن" المبادئ المنصوص عليها في إعلان حقوق الإنسان لها قيمةً دستوريةً كاملة فيما يتعلق بالطبيعة الأساسية للحق في الملكية، والذي يُشكل الحفاظ عليه أحد أهداف المجتمع السياسي، والذي يتم وضعه على نفس مستوى الحرية والأمن ومقاومة القهر والاستبداد، فيما يتعلق بالضمانات الممنوحة لأصحاب هذا الحق وامتيازات السلطة العامة ".

وتؤكد ديباجة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦م رسميًا حقوق وحريات إعلان عام ١٧٨٩م. كما تُشير ديباجة دستور عام ١٩٥٨م إلى ارتباط الشعب الفرنسي بمبادئ إعلان ١٧٨٩م، "التي أكدتها واستكملتها ديباجة دستور عام ١٩٤٦م". وبالتالي، فإن هذا الإعلان لا ينطوي على "قيمة دستورية كاملة" فحسب، بل يظل أيضًا أساس الحقوق والحريات الدستورية، التي يشكل حق الملكية عنصرًا رئيسيًا فيها. أي أن ديباجة دستور عام ١٩٤٦م لا تُعارض إعلان عام ١٧٨٩م، ولا تحل

(١) فمن المُلاحظ أن المجلس الدستوري لا يفصل المادتين (٢-١٧) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م، في حين أنه كان بإمكانه فعل ذلك من خلال فصل الملكية عن ممارسة الحق في الملكية، وتعود العلاقة بين هاتين المادتين إلى الصيغة الواردة في بداية المادة (١٧)، والتي نصت على أن: " الملكية هي حق مقدس ومصون [...]" ، بينما تتناول بقية هذه المادة فقط نزعها عن طريق المصادرة، واليوم (أو بالأحرى بالأمس) عن طريق التأميم.

محله، بل تُضيف إليه[١].

وبذلك يعتبر قرار ١٦ يناير ١٩٨٢ بشأن فحص قانون التأميم أساس المفهوم المعاصر للحق في الملكية، والذي أكدته التطورات اللاحقة في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي.

ويختتم المجلس الدستوري في قراره سالف الذكر بالإعلان عن حرية جديدة، ألا وهي حرية المشروعات، والتي لا تستند حصريًا إلى المادتين (٢-١٧) من الإعلان، وإنما إلى المادة الرابعة المتعلقة بالحرية، بالمعنى الأكثر عمومية، ولكنها تُشير هنا إلى الممارسة الحرة للحق في الملكية. ولا يجوز للمشرع أن يُلغي حرية اختيار الفرد للنشاط الذي ينوي ممارسته، ولا إمكانية استغلال ممتلكاته لممارسة هذا الاختيار الحر[٢].

ومن المعلوم أن الاجتهاد القضائي للمجلس الدستوري الفرنسي جاء للموازنة بين الدفاع عن الحق في الملكية وحرية المشروعات؛ وذلك من خلال الاعتراف

---

(١) **VEDEL (G.)**, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », Mélange **WALINE (M.)**, T. ٢, Paris, L.G.D.J., ١٩٧٤, p. ٧٧٧; id., « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif », Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° ١, ١٩٩٦, p. ٥٧.

(٢) **FAVOREU (L.), PHILIP (L.)**, Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel, n° ٢٣, commentaire de la décision du ١٦ janvier ١٩٨٢, § ٣١.

بدستورية بعض التعديات التي قد تمس من هذا الحق وتلك الحرية.

وإذا كانت المادة (٣٤) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨م تنص على تأميم المؤسسات والهيئات ونقلها من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وهذا النص، شأنه شأن النص الذي يعهد إلى القانون بتحديد المبادئ الأساسية لنظام الملكية، ولا يمكن أن يعفي المشرع في ممارسته لاختصاصه، واحترام مبادئ وقواعد القيمة الدستورية المُلزمة لجميع أجهزة الدولة.

ولا تُمارَس الحماية الدستورية فيما يتعلق بالحق في الملكية المنصوص عليها في المادة (١٧) من إعلان عام ١٧٨٩ إلا إذا كان هناك "حرمان حقيقي من الملكية" [١]، أو "حرمان من ممارسة حق الملكية"[١]، أو حتى "نزع ملكية" [٢]،

(١) **Cons. Const.**, Déc. n° ٨٣-١٦٢ DC des ١٩ et ٢٠ juillet ١٩٨٣, Rec., p. ٤٩. Pour un exemple récent concernant la suppression de la profession d'avoué : déc. no ٢٠١٠-٦٢٤ DC du ٢٠ janvier ٢٠١١, § ١٥ et ١٦ : « L'article ١er de la loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel procède à l'intégration des avoués près les cours d'appel dans la profession d'avocat. Les articles ٣٢ et ٣٣ de la loi déférée suppriment le statut d'avoué et, par voie de conséquence, retirent à ces derniers la qualité d'officier ministériel et le droit de présenter leur successeur en application de l'article ٩١ de la loi du ٢٨ avril ١٨١٦ susvisée. La suppression du privilège professionnel dont jouissent les avoués ne constitue pas une privation de propriété au sens de l'article ١٧ précité de la Déclaration de ١٧٨٩. Par suite, doivent être rejetés comme inopérants les griefs tirés de la violation de cet article, notamment le =

أو قيود خطيرة لدرجة أن التعدي على حق الملكية قد يشوه معناها ونطاقها[٣].

إلا أن قرار التأميم قد تضمن جميع العناصر التي تسمح بفرض قيود على الحق في الملكية وممارسة حرية المشروعات. وذلك حينما أعلن المجلس الدستوري أن الحرية بالمعنى المقصود في المادة (٤) من إعلان ١٧٨٩م "لا يمكن الحفاظ عليها بحد ذاتها إذا تم فرض قيود تعسفية أو تحكمية على حرية المشروعات"، وهذا يعني أن هذه الحرية ليست مطلقة، ومن الممكن أن يرد عليها بعض القيود في حالات الضرورة.

وعلاوةً على ذلك، وبعد بضعة أشهر حدد المجلس الدستوري فيما يتعلق بحريتي الاتصال والمشروعات أن "هذه الحريات ليست عامة أو مطلقة، ولا يمكن أن توجد إلا في إطار الأنظمة التي ينص عليها القانون". ثم في عام ١٩٨٩م،

= grief critiquant le caractère non préalable de l'indemnisation »; **Voir**: Les tables analytiques des décisions du Conseil constitutionnel.

(١) **Cons. Const.**, Déc. n° ٨٤-١٨١ DC des ١٠ et ١١ oct. ١٩٨٤, Rec. ٧٣, et n° ٨٥-١٨٩ DC du ١٧ juill. ١٩٨٥, Rec. ٤٩.

(٢) **Cons. Const.**, Déc. n° ٨٥-١٩٨ DC du ١٣ déc. ١٩٨٥, Rec. ٧٨.

(٣) **Cons. Const.**, Déc. n° ٨٤-١٧٢ DC du ٢٦ juill. ١٩٨٤, Rec. ٥٨ ; no ٨٥-١٨٩ DC, § ١١ ; n° ٩٠-٢٨٧ DC du ١٦ jan. ١٩٩١, Rec. ٢٤, § ٢١ et ٢٢.

أوضح المجلس أن حرية المشروعات ليست عامة ولا مطلقة؛ وأنه يجوز للمشرع وضع القيود التي تتطلبها المصلحة العامة، بشرط ألا يكون لها تأثير في تشويه نطاقها.

وحرصت معظم الدساتير والمواثيق الدولية وإعلانات الحقوق الإنسان على حماية حق الملكية وعدم جواز تقييده أو حرمان الفرد من حقه في التملك. وإذا حدثت ظروف استثنائية أو حالة من حالات الضرورة المُلحة، وقامت الدولة بالتعرض للملكية الفردية بالحراسة أو التأميم أو غيره من التصرفات التي من شأنها تقييد ممارسة الفرد لحقه في استعمال أو استغلال أملاكه، فيُشترط أن يكون ذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة، ولا يكون أمام الإدارة سوى التعويض العادل والفوري لمن وقع عليه الاعتداء[١].

وعلى ذلك، قامت معظم دول العالم ومن بينها مصر بالنص على حق الملكية الخاصة في دساتيرها. وذلك نظرًا لأهمية هذا الحق. كما حرصت على توفير الحماية الدستورية والتشريعية له. وتأكيدًا على ذلك، فقد نصت المادة (٣٥) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤م على أن " الملكية الخاصة مصونة، وحق الإرث فيها مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون، وبحكم قضائى، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل

(١) **د/ سلمى بدوي محمد**، دور مجلس الدولة المصري في حمايه الحقوق والحريات العامة، رسالة دكتوراه، كليه الحقوق – جامعه عين شمس، ٢٠٠٩م، ص ٢١.

يدفع مقدمًا وفقًا للقانون ".

ولعل الهدف من إدراج حق الملكية في نصوص الدستور يرجع إلى إثبات وجود الحق في التملك، حتى يتمكن الأفراد من المطالبة بحقوقهم في حالة الاعتداء عليها، سواء أكان هذا الاعتداء من قِبل الأفراد أم من قِبل السلطات العامة، وذلك وفقًا لما حدده الدستور من نصوصٍ واضحة تضمن حماية هذا الحق.

وتأكيدًا على هذا المعنى، قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " الدستور – إعلاء من جهته لدور الملكية الخاصة، وتوكيدا لإسهامها في صون الأمن الاجتماعي – كفل حمايتها لكل فرد – وطنيا كان أم أجنبيا – ولم يجز المساس بها إلا على سبيل الاستثناء، وفي الحدود التي يقتضيها تنظيمها، باعتبارها عائدة – في الأغلب الأعم من الأحوال – إلى جهد صاحبها، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال، وحرص بالعمل المتواصل على إنمائها وأحاطها بما قدره ضروريا لصونها، معبدا بها الطريق إلى التقدم، كافلا للتنمية أهم أدواتها، محققا من خلالها إرادة الإقدام، هاجعا إليها لتوفر ظروفا أفضل لحرية الاختيار والتقرير مطمئنا في كنفها إلى يومه وغده، مهيمنا عليها ليختص دون غيره بثمارها ومنتجاتها وملحقاتها، فلا يرده عنها معتد، ولا يناجز سلطته في شأنها خصم ليس بيده سند ناقل لها، ليعتصم بها من دون الآخرين، وليلتمس من الدستور وسائل حمايتها التي تعينها على أداء دورها، وتقيها تعرض الأغيار لها سواء بنقضها أو انتقاصها من أطرافها. وحيث إن من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحماية التي كفلها

الدستور للملكية الخاصة تفترض ألا ترهق القيود التي يفرضها عليها – في إطار وظيفتها الاجتماعية – جوهر بنيانها، وألا يكون من شأنها تعطيل الانتفاع بها بما يفقدها علة وجودها، وينحدر بالحماية المقررة لها إلى ما يفرغها من مضمونها، ذلك أن صون الملكية الخاصة وإعاقتها لا يجتمعان، وكلما تدخل المشرع مقوضا بنيانها من خلال قيود ترهقها إلى حد ابتلاعها كان عمله افتئاتا عليها منافيا للحق فيها "[١].

ويبدو من ذلك، مدى الاهتمام البالغ سواء من جانب المشرع أو من جانب القضاء الدستوري نحو إرساء القيمة الدستورية لحق الملكية الخاصة لدى كل من النظامين الفرنسي والمصري. ومن ثم، تعتبر ملكية الأموال المحور الأساسي في ممارسة الأنشطة الاقتصادية بصفةٍ عامة. ولذلك تحرص معظم الدساتير والتشريعات على وضع بعض النصوص المتعلقة بحمايه الحق في الملكية. ومن ثم، يحظر على الأفراد أو الإدارة المساس بهذا الحق أو الاعتداء عليه[٢]؛ باعتبار أن الملكية حرية أساسيه للأفراد يجب على السلطة العامة حمايتها وعدم انتهاكها

---

(١) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٦-٥-٢٠١٧م، القضية رقم ١١٦ لسنة ٢٢ ق. دستورية، ص ٣.

(٢) **د/ ممدوح صديق السيد درويش**، دور القاضي الإداري في حماية حق الملكية الفردية، رسالة دكتوراه، كليه الحقوق – جامعة المنصورة، ١٩٩٦م، ١٠.

إلا في حدود القانون(١).

(٣)**COLLIARD (C.-A.)**, Libertés publiques, ٧e éd., Dalloz, Paris, ١٩٨٩, p. ٨٣٥.

المطلب الثالث

العلاقة بين حق الملكية الخاصة وحرية المشروعات

تقسيم:

يمكننا تقسيم دراستنا في هذا الموضوع إلى فرعين: نعرض في "**الفرع الأول**" لاتحاد حق الملكية وحرية المشروعات في أساسهما الدستوري. بينما نتناول في "**الفرع الثاني**" اقتران الرقابة على حماية حرية المشروعات بحق الملكية. ونعرض لذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: اتحاد حق الملكية وحرية المشروعات في الأساس الدستوري.

الفرع الثاني: اقتران الرقابة على حماية حرية المشروعات بحق الملكية.

الفرع الأول

اتحاد حق الملكية وحرية المشروعات في الأساس الدستوري

إذا كانت حرية المشروعات بالنسبة للبعض مستمدة ضمنيًا دائمًا من المواد (٢-٤-٥) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩م، ويمكن أن تستند إلى

مرسوم آلارد d'Allarde Décret المؤرخ ٢-١٧ مارس ١٧٩١م، وقانون لوشابلييه Le Chapelier الصادر بتاريخ ١٤-١٧ مارس ١٧٩١م(١).

ومع ذلك، يجب أن ننظر إلى قرار المجلس الدستوري الصادر بتاريخ ١٦ يناير ١٩٨٢م(٢)، الذي ساعد في إضفاء القيمة الدستورية عليها. وحتى ذلك الحين، ظل حق الملكية على المستوى الدستوري الفرنسي – كما هو الحال في النظم القانونية الأخرى– مبدأً رئيسيًا للنظام التجاري.

حيث قضى المجلس الدستوري الفرنسي بأن "المبادئ المنصوص عليها في إعلان حقوق الإنسان لها قيمةً دستوريةً كاملة ولا سيما الحق في الملكية، والذي يُعد الحفاظ عليه أحد أهداف المجتمع السياسي، والذي يُوضع في نفس المستوى مع الحرية والأمن ومقاومة القهر والاستبداد، من حيث الضمانات الممنوحة لأصحاب هذا الحق وامتيازات السلطة العامة"(٣).

ويبدو أن كل من إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩م وديباجة دستور ١٩٤٦م لا يتمتعان بذات القيمة في نظر القاضي الدستوري الفرنسي. ففي الحالة الأولى، تعتبر مختلف الحريات المنصوص عليها مبادئ ذات قيمة دستورية، بينما

(١)**DELVOLVE (P.)**, Op. Cit., p. ١٠٥ et sui; **MESTRE (J.-L.)**, Op. Cit., p. ١.

(٢)**Voir**: Décision n° ٨١-١٨٢ DC, du ١٦ jan. ١٩٨٢, Rec. Cons. const., p. ١٨.

(٣)**Cons. Const.**, Décision n° ٨١-١٣٢ DC, ١٦ jan. ١٩٨٢, Loi de nationalisation, cons. ١٦.

في الحالة الثانية فُيعترف بالجزء الأكبر من الحقوق فقط بوصفها أهداف ذات قيمة دستورية. فمثلًا يُعد حق الملكية الذي يُستمد منه – جزئيًا – حرية ممارسة المشروعات، أحد أفضل المبادئ القانونية المكفولة في القانون الدستوري. وفي الواقع، يعتمد النظام العام الاقتصادي على حقيقة مفادها أن الشركات التجارية قادرة على التصرف في أصولها، أي ملكية وسائل الإنتاج. ويُشكل هذان المفهومان (حق الملكية وحرية المشروعات) مصفوفة الحريات الاقتصادية في فرنسا(١).

إلا أن بعض الفقه يرى أن بعض المفاهيم مثل الملكية وحرية المشروعات ليس لها جوهر معين، فهي عبارة عن "أدوات تقنية قانونية" يمكن وضعها في خدمة موقف أيديولوجي معين. ولذلك فإن معنى المفهوم القانوني هو خيار سياسي. وإذا أخذنا حالة "قانون فلورانج"، فيمكن أن نُفاجأ بالرقابة على هذا القانون بسبب الاعتداء على الحق في الملكية وحرية المشروعات(٢).

وفي سبيل التوسع في حماية حق الملكية تم تصور حرية المشروعات في قضاء المجلس الدستوري على أنها حرية صاحب المشروع، في سبيل التوسع لحماية حق الملكية(٣). حيث أن حرية المشروعات لن تتوافق إلا مع الحريات

(١) **AUDUBERT (V.)**, Op. Cit., N° ١٨.

(٢) **AUDUBERT (V.)**, Op. Cit., N° ١٨.

(٣)**DELVOLVE (V.)**, La liberté d'entreprendre, Op. Cit., P. ١ et sui.

الأخرى مثل الحرية التعاقدية أو الحق في الملكية. وفي جميع الحالات، " يكون من الضروري مراعاة القيود العامة التي أدخلها التشريع ... من أجل تقييم درجة الجدية التي قد يفترضها الاعتداء"(١).

وقد تلاحظ وجود أكثر من تكريس وحماية بشكلٍ متزايدٍ لحرية المشروعات منذ الثمانينيات، حيث يكمن الجدل في التوفيق بين مختلف أجيال القانون. فعندما توجد عدة حقوق وحريات متوازنة، فإن المنطق القانوني يفسح المجال لحكم حتمي يستند إلى القيم والمعتقدات. وهكذا، يشير بعض الفقه إلى أن القاضي الدستوري كان بإمكانه أن يضع تفسيرًا اجتماعيًا أكثر وضوحًا فيما يتعلق بمفهوم الملكية، لكنه فَضل تفسيرًا ليبراليًا – بالمعنى الاقتصادي للمصطلح – لإعلان حقوق الإنسان والمواطن(٢).

وكذلك أيضًا توجد حريات معينة مستمدة بذاتها من الحرية الفردية، كما هو الحال بالنسبة للحق في الملكية، الذي يرد ذكره في النصوص، ويحول دون نزع الملكية من جانب واحد. حيث ذهبت المحكمة الدستورية العليا أنه " من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن صون الدستور للملكية الخاصة، مؤداه أن المشرع لا

(١)**C.E.**, ١٢ nov. ٢٠٠١, Commune de Montreuil-Bellay, Dr. adm. ٢٠٠٢, n° ٤١, note M. Lombard.

(٢)**GUILLAUME (D.)**, « Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture », Op. Cit., p. ٣٧.

يجوز أن يجردها من لوازمها، ولا أن يفصل عنها بعض أجزائها، ولا أن ينتقص من أصلها أو يغير من طبيعتها دون ما ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية. وكان ضمان وظيفتها هذه يفترض ألا ترهق القيود التي يفرضها المشرع عليها جوهر مقوماتها، ولا أن يكون من شأنها حرمان أصحابها من تقرير صور الانتفاع بها، وكان صون الملكية وإعاقتها لا يجتمعان، فإن هدمها أو تقويض أسسها من خلال قيود تنال منها، ينحل عصفا بها منافيا للحق فيها "[١].

ويجوز للقاضي الإداري أن يأمر السلطة الإدارية باتخاذ أي تدبير يراه ضروريًا لوضع حد لانتهاك إحدى الحريات الأساسية. وتعتبر حرية المشروعات إحدى هذه الحريات منذ مرسوم ١٢ نوفمبر ٢٠٠١م[٢]. غير أن حمايتها تنطوي على بعض نقاط ضعف لكنها لا تؤثر على الحريات الأساسية الأخرى، ولا سيما عندما تواجه تدابير الضبط أو نظام الملكية العامة[٣].

وعلى ذلك، يُعد الحق في الملكية وحرية المشروعات جزءًا من الكتلة الدستورية كعناصر رئيسية لحماية الاقتصاد، حيث تُشكل الملكية وحرية المشروعات ركيزتين أساسيتين. وقد ساهم قضاء المجلس الدستوري في الحفاظ

---

(١) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٤-١١-٢٠١٧م، القضية رقم ٢٢٦ لسنة ٣٠ ق. دستورية، ص ١٣

(٢) **C.E.**, ord., ١٢ nov. ٢٠٠١, Commune de Montreuil-Bellay, n° ٢٣٩٨٤٠, Lebon, p. ٥٥١; Dr. adm. ٢٠٠٢, n° ٤١, note M. Lombard.

(٣)**JACQUINOT (N.)**, Op. Cit., p. ٦٥٨.

على هذه العناصر الجوهرية، حتى لو أظهرت بوضوحٍ أن هذا الحق وهذه الحرية لا يمكن أن يكونا مطلقين فيما يتعلق بمتطلبات المصلحة العامة[١].

ويبدو أن قرار ١٦ يناير ١٩٨٢م يتجاوز المجال المعياري لحقوق الملكية وحرية المشروعات، والتي تشكل مع ذلك امتدادًا ملحوظًا له. بل إنه يُشكل العمود الفقري للكتلة الدستورية. ولا يقتصر الأمر على أن يحدد المجلس الدستوري أولويات المبادئ المطبقة على حقوق الملكية، وأن يستمد منها تعبيرًا عصريًا ينطبق على الأنشطة الاقتصادية، ألا وهي حرية المشروعات، والتي ستكون كافية بالفعل، بالنظر إلى الحكمة الإبداعية اللازمة التي يجب أن يتحلى بها القاضي الدستوري في التعامل مع هذه الحرية[٢].

(١) **DRAGO (G.)**, Op. Cit., p. ٣١.

(٢) **DRAGO (G.)**, Op. Cit., p. ٣١.

الفرع الثاني

اقتران الرقابة على حماية حرية المشروعات بحق الملكية

اعتبر المجلس الدستوري أن القواعد المستخدمة لتأسيس الحق في الملكية وحرية المشروعات تندرج مسبقًا في نطاق الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور. وهكذا فإن " الحق في الملكية الذي تكفله المادتان (٢-١٧) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م هو من بين الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، ويمكن الاحتجاج به لدعم مسألة دستورية أولوية "(١).

وبالمثل، فإن حماية حق الملكية إنما يتعلق بالممتلكات العامة والخاصة(٢).

(١)**Cons. Const.**, Déc. n° ٢٠١٠-٦٠ QPC du ١٢ novembre ٢٠١٠, § ٣. Les décisions précédentes ne font référence qu'à l'article ١٧ de la Déclaration de ١٧٨٩ : déc. n° ٢٠١٠-٢٦ QPC du ١٧ septembre ٢٠١٠, § ٦ ; n° ٢٠١٠-٤٣ QPC du ٦ octobre ٢٠١٠, § ٣ ; n° ٢٠١٠-٩٦ QPC du ٤ février ٢٠١١, § ٥ ; n° ٢٠١٠-٨٧ QPC du ٢١ janvier ٢٠١١, § ٣, cette dernière décision parlant du « droit de recevoir une juste indemnité en cas d'expropriation ». Voir aussi n° ٢٠١٠-٥ QPC du ١٨ juin ٢٠١٠, SNC Kimberly Clark, § ٥ ; n° ٢٠١٠-٢٦ QPC du ١٧ septembre ٢٠١٠, SARL L'Office central d'accession au logement.

(٢) **Cons. Const.**, Déc. no ٢٠١١-١١٨ QPC du ٨ avril ٢٠١١, § ٥ et ٦.

حيث قضى المجلس الدستوري الفرنسي بأن " مبدأ المساواة أمام القانون والأعباء العامة، فضلًا عن حماية حق الملكية، والذي لا يقتصر على الممتلكات الخاصة للأفراد فحسب، ولكن تشمل أيضًا ملكية الدولة وغيرها من الأشخاص العامة تنجم عن المادتين (٦-١٣) من إعلان ١٧٨٩م من جهة، وعن المادتين (٢-١٧) من جهةٍ أخرى. والحق في احترام الممتلكات الذي تكفله هذه الأحكام لا يمنع المشرع، الذي يسعى إلى تحقيق هدف المصلحة العامة، من الترخيص بحرية نقل الممتلكات بين الأشخاص العامة ".

ويجب أن تخضع القيود المفروضة على الحق في الملكية وعلى حرية المشروعات، كما هو الحال في الرقابة القضائية السابقة لرقابة التناسب فيما يتعلق بالهدف المنشود، ويجب أن تكون هذه الانتهاكات مبررة على أساس المصلحة العامة[١]. ولكن يجب التعويض عن هذه الانتهاكات بضماناتٍ ينبغي أن يحددها المشرع بوضوح، وإلا جاز الاعتراف بأن النص التشريعي مُخالف للدستور، على أساس انتهاك المادتين (٢-١٧) من إعلان عام ١٧٨٩ وعدم الاختصاص السلبي[٢].

---

(١) **Cons. Const.,** Déc. n° ٢٠١٠-٨٩ QPC du ٢١ jan. ٢٠١١, § ٣, pour la liberté d'entreprendre; no ٢٠١١-١١٨ QPC du ٨ avril ٢٠١١, § ٣, pour le droit de propriété.

(٢) **Cons. Const.**, Déc. n° ٢٠١٠-٣٣ QPC du ٢٢ sep. ٢٠١٠, § ٤.

ولا يُعترف بالضرورة بهذه الانتهاكات للحق في الملكية أو حرية المشروعات عندما تتعلق بالمطالبات، فيما يتعلق بالإجراءات الرامية إلى مكافحة الممارسات التقييدية للمنافسة في المسائل التجارية، باسم " النظام العام الاقتصادي ". وهو تعبير استخدمه صراحة المجلس الدستوري، مما أدى به إلى تحقيق التوازن بين حرية المشروعات ودافع المصلحة العامة على أساس اعتبارات التنظيم والتوازن في العلاقات الاقتصادية(١).

وفيما يتعلق بالتعويض الذي يمكن دفعه في حالة نزع الملكية أو نقلها، حدد المجلس الدستوري أن المادة (١٧) من الإعلان تقضي بالتعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن عملية نزع الملكية(٢).

وأخيرًا، وفي الآونة الأخيرة رأى المجلس الدستوري في قراراه الصادر بتاريخ ١٣ يوليه ٢٠١١م، أن إسناد الملكية قسرًا من قبل القاضي، بوصفها استحقاقًا تعويضيًا في إجراءات الطلاق لا يندرج في نطاق المادة (١٧) من إعلان ١٧٨٩م، لأن هذا الإسناد لا يتعلق بالنفع العام بالمعنى المقصود في تلك المادة ١٧(٣). حتى إذا حدد المجلس في نفس القرار تحفظًا على التفسير يهدف إلى تنظيم هذا التوزيع للملكية الكاملة. بل إن تطبيق هذا المنطق على علاقات القانون

(١)**Cons. Const.**, Déc. n° ٢٠١١-١٢٦ QPC du ١٣ mai ٢٠١١.

(٢) **Cons. Const.**, Déc. n° ٢٠١٠-٨٧ QPC du ٢١ jan. ٢٠١١, § ٣ à ٥.

(٣)**Cons. Const.**, Déc. n° ٢٠١١-١٥١ QPC du ١٣ juill. ٢٠١١

الخاص يُثير بعض الدهشة بالنسبة لنص من نصوص القانون المدني سبق وصفه بأنه "مصادرة لمبرراتٍ تتعلق بالمنفعة الخاصة"(١).

ويوضح القرار المذكور آنفًا إلى أي مدى يُظهر تطبيق قاعدة دستورية على حالات القانون الخاص، والتي من المرجح أن يؤدي إعمال هذه القواعد أن يترتب عليها آثارًا أفقية بين الأفراد. وهذا بلا شكٍ من أحد التطورات المتوقعة في إجراءات المسألة الدستورية الأولية.

وفي ضوء ما تقدم، لا يختلف قضاء المجلس الدستوري الصادر في مسألة دستورية أولية بشأن استخدام القواعد والمبادئ الدستورية، عن القضاء الصادر في إطار الرقابة السابقة. ويقدم المجلس نفس التفسيرات للمواد (٢-٤-١٧) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م، ويطبقها بالتأكيد على حالاتٍ أكثر واقعية لتطبيق القوانين الصادرة. لكن مما لا شك فيه أن حق الملكية وحرية المشروعات مازالا يُشكلان دُعامتان أساسيتان للنظامين القانوني والسياسي.

(٤)**DE BEAUPRE (A.- CH.)**, « L'expropriation pour cause d'utilité privée », JCP, ٢٠٠٥, ١re partie, n° ١٤٤, spéc. n° ٢٦ sui., cité dans le commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n° ٢٠١١-١٥١ QPC du ١٣ juill. ٢٠١١, précitée, sur le site du Conseil constitutionnel.

الفصل الثالث

دور القاضي الدستوري في حماية حرية المشروعات

تمهيد وتقسيم:

إذا كانت حرية المشروعات إحدى الحريات الأساسية التي تتمتع بقيمة دستورية؛ فإنها تحظى بعنايةٍ فائقةٍ من جانب القاضي الدستوري سواء كانت هذه العناية تتمثل في الرقابة السابقة أم اللاحقة، ويأتي دور القاضي الدستوري من خلال الرقابة على مدى سلطة المشرع في التدخل لتقييد حرية المشروعات في ضوء المتطلبات الدستورية أو وفقًا لاعتبارات تحقيق المصلحة العامة أو كان ذلك بهدف حماية النظام العام.

حيث قد يترتب على تدخل المشرع لفرض مثل هذه القيود الاعتداء على حرية المشروعات المكفولة دستوريًا. لذلك يتولى القاضي الدستوري حماية هذه الحرية من أي انتهاك تتعرض له من جانب المشرع إذا ارتأى أن هذا التدخل لا يتناسب مع مبدأ حرية المشروعات.

وعلى ذلك، يجوز للمشرع بل ويتعين عليه إنقاذ حرية المشروعات إما من خلال إخضاع إمكانية الوصول إلى الأنشطة الاقتصادية والمهنية وممارستها

للتراخيص الإدارية أو بعض المحظورات المحددة، وإما من خلال تأميم جزءٍ منها، أو تفويض ممارسته إلى أصحاب الامتياز من القطاع الخاص. ومن أمثلة ذلك الحصول على ترخيص مُسبق بشأن نظام استيراد النفط، وكذلك حظر الإعلان المباشر عن بعض السلع مثل التبغ والمشروبات الكحولية.

إلا أن مبدأ حرية المشروعات أصبح من المبادئ التي يثور بشأنها الشك في قيمتها الدستورية من خلال التفسيرات التي يقوم بها القاضي الدستوري فيما يتعلق بفحص مدى انتهاك النص لحرية المشروعات.

وفي ضوء ما تقدم، فقد آثرنا تقسيم دراستنا في هذا الموضوع على النحو التالي:

المبحث الأول: تقدير القاضي الدستوري لمدى انتهاك حرية المشروعات.

المبحث الثاني: ملائمة التدخل التشريعي لتقييد حرية المشروعات.

المبحث الثالث: تقدير جدية المسألة الدستورية الأولية بشأن حرية المشروعات.

المبحث الرابع: حرية المشروعات مبدأ دستوري قائم على أسس غير ثابتة.

المبحث الأول
تقدير القاضي الدستوري لمدى انتهاك حرية المشروعات

تمهيد وتقسيم:

تميل حرية المشروعات بمنطق التبرير في مواجهة أهداف متنافسة، فيُشترط التوفيق بينها وبين هذه الأهداف الأخرى، دون إلحاق ضررٍ لا مُبرر له. مع الإشارة دائمًا إلى أنها " ليست عامة ولا مطلقة "، وأنها " تُمارَس داخل الدولة وفقًا لإطار تنظيمي ينشأ بموجب القانون ". وعلى ذلك فقد تُرك الأمر للسلطة التشريعية لوضع القيود التي تكون مرتبطة بمتطلبات دستورية أو التي تقتضيها المصلحة العامة، بشرط ألا يترتب على ذلك تشويه نطاق حرية المشروعات.

واستنادًا إلى ذلك، فإذا كان يجوز للمشرع التدخل لفرض بعض القيود التي قد تنال من حرية المشروعات إلا أن سلطاته في ذلك ليست مطلقة؛ وإنما يتعين عليه أن تتم هذه القيود في ضوء ضوابط محددة على سبيل الحصر تتمثل في حماية النظام العام أو المصلحة العامة أو تحقيقًا لإحدى المتطلبات الدستورية. ولا شك أن جميع هذه المعايير تخضع للاعتبارات العملية للتفسيرات من جانب القاضي الدستوري. ولذا يلزم ألا يكون تدخل المشرع إن كان جائزًا في بعض

الحالات التي تقتضي ذلك أن يكون تدخلًا مُتناسبًا مع الهدف المنشود.

وترتيبًا على ما تقدم، فيمكننا تقسيم دراستنا في هذا الموضوع على النحو التالي:

المطلب الأول: الالتزام بالقيود المرتبطة بالمصلحة العامة أو بمتطلبات دستورية.

المطلب الثاني: ألا يكون التدخل غير متناسب مع الهدف المنشود.

المطلب الأول

الالتزام بالقيود المرتبطة بالمصلحة العامة أو بمتطلبات دستورية

تنحصر رقابة القاضي الدستوري في حمايته لمبدأ حرية المشروعات على التأكد من مدى التزام المشرع بالقيود المرتبطة بالمتطلبات الدستورية أو المصلحة العامة. ولا شك أن نطاق رقابة الدستورية على القوانين التي قد تنال من حرية المشروعات يتسع ليشمل سلطة المشرع بالاختصاص الحصري في تقييد هذه الحرية دون تجاهل أو ترك هذا الاختصاص للسلطات الإدارية أو القضائية، وإلا كان ذلك انتهاكًا صارخًا لنص المادة (٣٤) من الدستور الفرنسي التي تؤكد على

أن القانون يحدد المبادئ الأساسية للالتزامات المدنية والتجارية. وأنه يتعين على المشرع أن يمارس بالكامل الاختصاص الذي يمنحه إياه الدستور.

وعلى ذلك يتعين على المشرع حماية الأشخاص الخاضعين للقانون من أي تفسير مخالف للدستور أو من خطر التعسف، دون أن يحيل إلى السلطات الإدارية أو القضائية مهمة وضع القواعد التي لم يعهد الدستور بتقريرها إلا إلى القانون.

وكانت قد أُعتمدت صيغة جذرية بشأن حرية المشروعات من حيث ممارسة المشرع لصلاحياته الخاصة؛ نظرًا لأن " تجاهل المشرع لنطاق اختصاصه يؤثر في حد ذاته على ممارسة حرية المشروعات"(١). فإذا تم التوصل إلى آلية فيما يتعلق بتحديد نطاق التزام الشركات التي تقوم بمشاركة العمال في أرباحها، فسيكون للمشرع بذلك نطاقًا أكثر عمومية، ويتولى بذاته تحديد هذه الآلية(٢).

ولما كانت الفقرة الأولى من المادة (١٥) من المرسوم الصادر بتاريخ ٢١

(١)**Cons. Const.**, ١er août ٢٠١٣, n° ٢٠١٣-٣٣٦ QPC, préc.

(٢)**Cons. Const.**, ١١ avr. ٢٠١٤, n° ٢٠١٤-٣٨٨ QPC, D. ٢٠١٤, p. ٨٧٦ ; Dr. soc. ٢٠١٤, p. ٧٦٠, chron. S. Tournaux ; ibid. ٢٠١٥. ٤٠, chron. G. Dumortier, A. Lallet, M. Vialettes et P. Florès ; R.F.D.A. ٢٠١٤. ٥٨٩, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau ; Constitutions ٢٠١٤. ٣٦٨, chron. I. Odoul-Asorey.

أكتوبر ١٩٨٦م[١] بشأن تقاسم ومشاركة العمال في أرباح الشركات قد نصت على أنه " يحدد مرسوم من مجلس الدولة الشركات العامة والشركات الوطنية الخاضعة لأحكام هذا الفصل. ويُحدد الشروط التي بموجبها تطبيق هذه الأحكام عليهم "[٢]. إلا أن المجلس الدستوري الفرنسي قضى بعدم دستورية هذه الفقرة لتعارضها مع المبدأ الدستوري لحرية المشروعات.

وحيث أن المشرع بتبنيه للنصوص المتنازع عليها يكون قد أعفى "الشركات العامة" من الالتزام بوضع آلية لمشاركة الموظفين في نتائج الشركة. وأنه لم يحدد قائمة الشركات العامة التي ينطبق عليها هذا الالتزام، حيث اقتصر النص على الإشارة إلى المرسوم بمهمة تسمية الشركات العامة التي ستكون خاضعة له. بينما امتنع المشرع عن تحديد المعيار الذي تخضع بموجبه الشركات العامة لهذا الالتزام بعدم الإشارة على سبيل المثال إلى معيار يعتمد على مصدر رأس المال أو طبيعة النشاط؛ وأنه لم يحدد الإطار إلى المرسوم، وإنما منح السلطة اللائحية الاختصاص بتعديل نطاق تطبيق القانون؛ وأنه بإرجائه مهمة وضع القواعد التي

---

(١) أصبحت الفقرة الأولى من المادة ١٥ من المرسوم المؤرخ في ٢١ أكتوبر ١٩٨٦ هي الفقرة الأولى من المادة ٩ -L. ٤٤٢ من تقنين العمل الفرنسي.

(٢) « Un décret en Conseil d'État détermine les entreprises publiques et les sociétés nationales qui sont soumises aux dispositions du présent chapitre. Il fixe les conditions dans lesquelles ces dispositions leur sont applicables ».

عهد بها الدستور إلى القانون فقط للسلطات الإدارية أو القضائية، فإنه يتجاهل نطاق اختصاصه.

وبهذا المعنى، تعد ممارسة المشرع لاختصاصه في حد ذاتها ضمانةً قانونيةً لتدعيم ممارسة حرية المشروعات [١]. وقد نجحت هذه الحرية في معارضتها للنصوص التي تنطوي على انتهاكٍ مفرط لمضمونها.

وتجدر الإشارة إلى وجود إجراء يتعلق بعدم صلاحية التصرف، وهذا الإجراء متاح للموظفين بموجب قانون ٣١ يوليو ٢٠١٤م بشأن الاقتصاد الاجتماعي والتضامني، وذلك في حالة تجاهل الالتزام من جانب الشركة بتقديم معلومات عن خطة لبيع أغلبية الحصة في رأس مالها[٢]. وبالمثل، فقد تم حظر الأحكام غير المتعلقة بالهدف المنشود[٣].

ويتضمن قراران للمجلس الدستوري تحليلاً دقيقًا للأسباب التي أدت إلى اعتبار التعديات مفرطة على حرية المشروعات.

(١)**Cons. Const.**, ٣١ janv. ٢٠١٤, n° ٢٠١٣-٣٦٤ QPC, D. ٢٠١٤, p. ٢٨٥; Constitutions ٢٠١٤, p. ٨٧, chron. X. Bioy.

(١)**Cons. Const.**, ١٧ juill. ٢٠١٥, n° ٢٠١٥-٤٧٦ DC, préc.

(٢)**Cons. Const.**, ١٧ sept. ٢٠١٥, n° ٢٠١٥-٤٨٠ QPC, préc., à propos de la suspension de la fabrication et de la commercialisation de conditionnements, contenants ou ustensiles comportant du bisphénol A et destinés à entrer en contact direct avec des denrées alimentaires.

القرار الأول: بتاريخ ٥ أغسطس ٢٠١٥م، صدر القانون رقم ٩٩٠ لسنة ٢٠١٥م بشأن قانون النمو والنشاط وتكافؤ الفرص الاقتصادية، والمعروف باسم قانون "ماكرون"(١).

ينطلق هذا القانون من رغبة المشرع في تصحيح أو إنهاء الاتفاقيات والأفعال التي من شأنها أن تُشكل في تجارة التجزئة قوة اقتصادية تؤثر على المنافسة الفعالة في منطقة معينة، مما قد يؤدي إلى ارتفاع الأسعار؛ وهكذا تم السعي نحو الحفاظ على العام الاقتصادي العام وحماية المستهلكين(٢).

ومع ذلك، قد تؤدي النصوص المتنازع عليها إلى التشكيك في الأسعار أو هوامش الربح التي تتقاضاها الشركة أو مجموعة الشركات. وعند الاقتضاء يتعين الالتزام بتعديل الاتفاقات أو الأفعال أو استكمالها أو إنهائها، أو لبيع الأصول على الرغم من اكتساب هذا المركز المهيمن للشركة أو مجموعة الشركات على أساس الكفاءة، دون ملاحظة أي إساءة، وتنطبق الأحكام المتنازع عليها في جميع أنحاء إقليم العاصمة الفرنسية وعلى قطاع تجارة التجزئة بأكمله، بينما يبدو من الأعمال التحضيرية أن هدف المشرع كان معالجة حالات محددة في قطاع بيع المواد الغذائية بالتجزئة فقط. وبالتالي، نظرًا للقيود التي تفرضها هذه الأحكام على

(٣)**Voir**: Loi n° ٢٠١٥-٩٩٠ du ٦ août ٢٠١٥ pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

(٢) **DELVOLVE (P.)**, Les libertés économiques, R.F.D.A., ٢٠١٧, p. ٣٣.

الشركات المعنية ونطاقها.

وعلى ذلك، فقد ذهب المجلس الدستوري إلى أن أحكام المادة ٢٦-٧٥٢ L من التقنين التجاري تتعلق بكل من حرية المشروعات والحق في الملكية، وهو انتهاك غير متناسبٍ بشكلٍ واضح فيما يتعلق بالهدف المنشود.

القرار الثاني: بتاريخ ٨ ديسمبر ٢٠١٦م، صدر القانون رقم ٧٤١ لسنة ٢٠١٦م بشأن قانون الشفافية ومكافحة الفساد وتحديث الحياة الاقتصادية(١).

فمن المُلاحظ أن المادة ٤-١٠٢-٢٢٥ .L من التقنين التجاري قد فرضت على بعض الشركات التي يتجاوز رقم أعمالها الموحد حدًا ثابتًا عند مبلغ ٧٥٠ مليون يورو التزامًا بالإقرار العام بشأن الضريبة على الدخل. ويجب الإعلان عنها في تقرير سنوي يكون متاحًا مجانًا للجمهور على شبكة الإنترنت، بالنسبة لكل دولة من الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي التي تمارس فيها هذه الشركات نشاطها، من حيث عدد الموظفين، ومقدار صافي رقم الأعمال، ومقدار الدخل قبل فرض ضريبة على الأرباح، ومقدار ضريبة الدخل المستحقة، ومبلغ الضريبة المدفوعة مع توضيح أي اختلافات أو تعارض مع المبلغ المستحق ومبلغ

(١) **Voir**: Décision n° ٢٠١٦-٧٤١ DC du ٨ décembre ٢٠١٦, Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF, n°٠٢٨٧ du ١٠ déc. ٢٠١٦, texte n° ٤.

الإيرادات المحتفظ بها[١].

ومن البديهي النص على الالتزم بإبلاغ أخرى الدول الأخرى التي تُمارس فيها الشركات نشاطها. ولذلك فإن النص يعدل النصوص الأخرى. ويُقر المجلس الدستوري بأن المشرع كان يعتزم من خلال إجراء قدر من الشفافية، تجنب نقل القواعد الخاضعة للضريبة من أجل مكافحة الاحتيال والغش والتهرب الضريبي، وبالتالي السعي إلى تحقيق هدف ذي قيمة دستورية.

بيد أن التزام بعض الشركات بإصدار مؤشرات اقتصادية وضريبية عامة تتناسب مع نشاطها في كل بلد على حدة سيكون من شأنه تمكين جميع المشغلين العاملين في الأسواق التي تُنفذ وتمارس فيها تلك الأنشطة، وعلى وجه الخصوص لمنافسيهم، لتحديد العناصر الأساسية لاستراتيجيتهم الصناعية والتجارية: وبالتالي، فإن مثل هذا الالتزام يستتبع المساس بحرية المشروعات بتعدي غير متناسبٍ بشكلٍ واضح مع الهدف المنشود.

لكن بالنسبة لبقية الالتزامات لم يكن يوجد بشأنها أي رقابة؛ والسبب في ذلك أن بعض الإجراءات لا تنتهك في حد ذاتها حرية المشروعات من ناحية. ومن ناحيةٍ أخرى، أنه يجوز للمتطلبات الدستورية أو اعتبارات المصلحة العامة تبرير تقييد حرية المشروعات.

---

(١) **DELVOLVE (P.)**, Les libertés économiques, Op. Cit., p. ٣٣.

وعلى ذلك تبدو المتطلبات الدستورية من خلال ديباجة دستور عام ١٩٤٦م؛ وهذا ينطبق على المتطلبات الناجمة عن حماية الصحة[١]، وتنمية الفرد وأسرته، والأمن المادي، والراحة وأوقات الفراغ[٢]، وحق كل فرد في الحصول على عمل[٣].

وبالإضافة إلى ذلك، فإن الأهداف ذات القيمة الدستورية، أو حتى الأهداف التي يسعى المشرع إلى تحقيقها (دون تحديد أنها ذات قيمة دستورية) تتمثل في: المحافظة بشكلٍ عام على النظام العام بالمعنى المادي، وفي سبيل منع الإخلال بالنظام العام، ولا سيما منع الاعتداء على سلامة الأشخاص؛ تقوم شرطة المرور بإيقاف السيارات على الطرق العامة[٤]. وبشكلٍ أكثر تحديدًا، يمكن التعرف على

(١) **Cons. Const.,** ١٧ sept. ٢٠١٥, n° ٢٠١٥-٤٨٠ QPC, préc. ; **Cons. const.**, ٢١ janv. ٢٠١٦, n° ٢٠١٥-٧٢٧ DC **Cons. const.**, ٢١ janv. ٢٠١٦, n° ٢٠١٥-٧٢٧ DC, Constitutions ٢٠١٦, p. ١٢٥, chron. X. Bioy.

(٢) **Cons. Const.**, ٤ avr. ٢٠١٤, n° ٢٠١٤-٣٧٣ QPC, préc.

(٣) **Cons. Const.,** ١٣ oct. ٢٠١٦, n° ٢٠١٦-٥٨٢ QPC, D. ٢٠١٦, p. ٢٠٦٩; Dr. soc. ٢٠١٦, p. ١٠٦٥, obs. J. Mouly.

(١)**Cons. Const.**, ٧ juin ٢٠١٣, n° ٢٠١٣-٣١٨ QPC, préc.; **Cons. const.**, ٢٢ mai ٢٠١٥, n° ٢٠١٥-٤٦٨/٤٦٩/٤٧٢ QPC, A.J.D.A., ٢٠١٥, p. ١٠٢٠; D. ٢٠١٥, p. ١٠٩٢.

أهداف محددة، مثل مكافحة الاحتيال الضريبي[١]

ومن المُلاحظ أن النظام العام الاقتصادي قد توسع تدريجيًا؛ حيث قد يتوافق مع هدف السياسة الاقتصادية فيما يتعلق بقطاع النقل البري للبضائع[٢]. وعلى نطاقٍ أوسع لأهداف الحفاظ على النظام العام الاقتصادي التي وضعها المشرع لنفسه[٣]. وأخيرًا، باختصار، تتحدد المتطلبات الدستورية في ضوء حماية النظام

(٢)**Cons. Const.**, ٢٩ déc. ٢٠١٣, n° ٢٠١٣-٦٨٥ DC, A.J.D.A., ٢٠١٤, p. ٥ ; A.J.C.T., ٢٠١٤, p. ١٠٧; **Cons. const.**, ٨ déc. ٢٠١٦, n° ٢٠١٦-٧٤٦ DC.

(٣)**Cons. Const.,** ٢٣ mai ٢٠١٣, n° ٢٠١٣-٦٧٠ DC. **Cons. const.**, ٢٣ mai ٢٠١٣, n° ٢٠١٣-٦٧٠ DC, Constitutions ٢٠١٣, p. ٣٧٥.

(٤)**Cons. Const.**, ١er oct. ٢٠١٣, n° ٢٠١٣-٣ LP, A.J.D.A., ٢٠١٣, p. ٢٤٩٩, note J.-P. Pastorel ; D. ٢٠١٤, p. ١٥١٦, obs. N. Jacquinot et A. Mangiavillano ; Constitutions ٢٠١٣, p. ٦٠١, obs. O. Le Bot ; Cons. Const., ٥ août ٢٠١٥, n° ٢٠١٥-٧١٥ DC, A.J.D.A., ٢٠١٥, p. ١٥٧٠ ; D. ٢٠١٦, p. ٨٠٧; **Cons. Const.**, ١٤ oct. ٢٠١٥, n° ٢٠١٥-٤٨٩ QPC, D. ٢٠١٥, p. ٢٠٦٨ ; Constitutions ٢٠١٥, p. ٦٣٨, Décision ; R.T.D. com., ٢٠١٥. P. ٧٠٣; **Cons. const.**, ١١ déc. ٢٠١٥, n° ٢٠١٥-٥٠٧ QPC, D. ٢٠١٥, p. ٢٥٦٦.

العام الاقتصادي[١].

وقد تقترن هذه المتطلبات بعد ذلك بالنظر في المصلحة العامة التي يمكن أن تبرر في حد ذاتها تقييد حرية المشروعات؛ والتي هي بلا شكٍ متنوعة. وقد تكون هناك حاجة إلى الحفاظ على التوازن في العلاقات التجارية[٢]، أو حماية الصحة العامة[٣]، أو إطار الحياة الاقتصادية[٤]. وذلك في سبيل تحسين شفافية العلاقات بين ممثلي المصالح والسلطات العامة[٥]، أو حماية ممتلكات الأجانب، وكذلك ممتلكات الدول المستفيدة من المساعدة الإنمائية والتي تمر بصعوباتٍ مالية[٦]. وبالتالي، فإن مفهوم المصلحة العامة ليس دقيقًا في تعريفه، ولا صارمًا

(١)**Cons. Const.**, ١٨ mars ٢٠١٥, n° ٢٠١٤-٤٥٣/٤٥٤ QPC, A.J.D.A., ٢٠١٥, p. ١١٩١; obs. N. Rontchevsky et n° ٢٠١٥-٤٦٢ QPC, A.J.D.A., ٢٠١٥, p. ١١٩١, étude P. Idoux, S. Nicinski et E. Glaser ; D. ٢٠١٥, p. ٢٤٦٥; **Cons. const.**, ١٨ mai ٢٠١٦, n° ٢٠١٦-٥٤٢ QPC, D. ٢٠١٦, p. ١٠٧٦ ; AJCA, ٢٠١٦, p. ٣٣٨, note L. Arcelin; **C.E.**, ass., ٢٣ déc. ٢٠١٣, n° ٣٦٣٧٠٢, Société Métropole Télévision (M٦) et Société Télévision Française ١ (TF١), Lebon p. ٣٢٢ ; A.J.D.A., ٢٠١٤, p. ٤ ; **C.E.**, ١٠ juill. ٢٠١٥, n° ٣٦٩٤٥٤, Lebon T. p. ٥٦٤ ; RSC, ٢٠١٦, p. ٣٠٣.

(٢)**C.E.**, ١er avr. ٢٠١٥, Société d'étude et de gestion commerciale (SEGC), inédit au Lebon.

(٣)**Cons. Const.**, ٢٥ janv. ٢٠١٣, n° ٢٠١٢-٢٩٠/٢٩١ QPC, D. ٢٠١٣, p. ٢٥٤ ; **Cons. const.**, ٥ déc. ٢٠١٤, n° ٢٠١٤-٤٣٤ QPC, A.J.D.A., ٢٠١٤, p. ٢٣٩٣; D. ٢٠١٤, p. ٢٥٢٨ ; Constitutions ٢٠١٥, p. ١١٠, chron. M. Sztulman; ١٧ sept. ٢٠١٥, n° ٢٠١٥-٤٨٠ QPC, préc.

(٤)**Cons. Const.**, ٢٣ nov. ٢٠١٢, n° ٢٠١٢-٢٨٢ QPC, A.J.D.A., ٢٠١٢, p. ٢٢٤٦; D. ٢٠١٢, p. ٢٧٤٣.

(٥)**Cons. Const.**, ٨ déc. ٢٠١٦, n° ٢٠١٦-DC.

(١)**Cons. Const.**, ٨ déc. ٢٠١٦, n° ٢٠١٦-DC.

في محتواه.

وفي ضوء المتطلبات الدستورية والمصلحة العامة المُعترف بها على هذا النحو، فإن هناك العديد من القيود المفروضة على حرية المشروعات ليست مفرطة؛ نظرًا لأن هذه الأحكام تحتفظ للأشخاص الذين يستطيعون إثبات مؤهلاتهم المهنية الحق في ممارسة أنشطة معينة(١). وبالتالي، نتيجةً لذلك تخضع الهيئات التي تقدم أنشطة التدريب المهني بشكلٍ مستمر لرقابة السلطة الإدارية على نشاطها وإنفاقها(٢).

ومما تجدر الإشارة إليه أن خصوصية الوضع في إقليم ما قد بررت بشكلٍ خاص بعض الانتهاكات على حرية المشروعات، والتي لا شك أنها لن يُسمح بها في فرنسا الكبرى: وهذا هو الحال في إقليم كاليدونيا الجديدة، ومن بين هذه الانتهاكات (احتكار استيراد اللحوم(٣)؛ اشتراط الحصول على إذن مُسبق لشركات البيع بالتجزئة في منطقة معينة(٤)؛ مراقبة عمليات التركيز في جميع قطاعات النشاط من أجل ضمان الأداء التنافسي للسوق(٥)، وفي إقليم بولينيزيا الفرنسية، تم

(٢)**Cons. Const.**, ٧ juin ٢٠١٣, n° ٢٠١٣-٣١٨ QPC, préc.
(٣)**Cons. Const.**, ٢١ sept. ٢٠١٢, n° ٢٠١٢-٢٧٣ QPC, D. ٢٠١٢, p. ٢١٨٠.
(٤)**Cons. Const.**, ٢٢ juin ٢٠١٢, n° ٢٠١٢-٢٥٨ QPC. R.F.D.A., ٢٠١٢, p. ٩٧٧.
(٥)**Cons. Const.**, ١er oct. ٢٠١٣, n° ٢٠١٣-٣ LP, préc.
(١)**Cons. Const.**, ١er oct. ٢٠١٣, n° ٢٠١٣-٣ LP, préc.

حظر تخفيض أسعار السلع والمنتجات الاستهلاكية[١]، والاستحواذ على شركات النفط [٢]، تنظيم نقل الأشخاص والبضائع بين الجزر من أجل ضمان الاستمرارية الإقليمية، بما في ذلك القيود على نشاط بعض الشركات[٣].

حتى إذا كان من الممكن تفسير هذه الإجراءات بالظروف المحلية، فهي مع ذلك توضيح يتم من خلاله تقييم الإجراءات التي تؤثر على حرية المشروعات. وقد ذهب بعض الفقه إلى أنه تم قبول حظر عام ومطلق، مثل حظر الحفر من خلال تكسير الصخور، وذلك على الرغم من الفائدة الاقتصادية التي قد توفرها هذه التقنية والتراخيص التي تم منحها بالفعل لبعض الشركات. وكما قالت القرارات الأولى التي اعترفت بها، وأن حرية المشروعات أبعد ما تكون عن كونها عامة ومطلقة[٤]، وإن التقدم في السوابق القضائية بشأنها لم يُغير شيئًا.

وعلى ذلك، نرى هنا تشديدًا فيما يتعلق بحرية المشروعات بشأن تقدير الظروف التي يُنظم بموجبها المشرع النشاط الاقتصادي.

(٢)**C.E.**, ١er avr. ٢٠١٥, Société d'étude et de gestion commerciale (SEGC), préc., inédit au Lebon.

(٣)**Cons. Const.**, ١١ déc. ٢٠١٥, n° ٢٠١٥-٥٠٧ QPC, préc.

(٤)**C.E.**, ١٢ févr. ٢٠١٦, n° ٣٩٤٣٤٤, Confédération des armateurs de Polynésie française, Lebon ; A.J.D.A., ٢٠١٦, p. ٥٣٥, étude P. Idoux, S. Nicinski et E. Glaser.

(٤)**DE BÉCHILLON (D.)**, « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », Nouv. Cah. Cons. const. ٢٠١٥, n° ٤٩, p. ٧.

وقد أبطلت المحكمة العليا مداولات لجنة تنظيم الطاقة CRE[١] لعدم مطابقتها مع الحرية الدستورية للمشروعات[٢]، والمبدأ العام لحرية التجارة والصناعة[٣]؛ استنادًا إلى أنه إذا كان يلزم تبرير القيود المفروضة على هذه الحريات استنادًا إلى المصلحة العامة[٤]. فلا يمكن تبرير القيد الذي وضعته اللجنة التنظيمية للطاقة بالمصلحة العامة؛ نظرًا لأن خدمة المرفق المعنية ليست كذلك باعتبارها نشاط يقع ضمن مهام الخدمة العامة لمشغلي شبكة توزيع الكهرباء[٥].

(١)La Commission de Régulation de l'Energie.

(٢) **Cons. const.**, ١٦ janv. ١٩٨٢, n° ٨١-١٣٢ DC, Lois de nationalisation, Rec. Cons. const. ١٨.

(٣)**C.E.**, ٢٢ juin ١٩٥١, n° ٠٠٥٩٠, Daudignac, Lebon.

(٤)**Cons. const.**, ١٧ oct. ٢٠١٤, n° ٢٠١٤-٤٢٢ QPC, A.J.D.A., ٢٠١٥, p. ٢٢٦, note A. Haquet; D. ٢٠١٤, p. ٢٠٤٦; **C.E.**, ٢٣ mai ٢٠١٢, n° ٣٤٨٩٠٩, Régie autonome des transports parisiens (RATP), Lebon; Dalloz actualité, ٤ juin ٢٠١٢, obs. R. Grand, A.J.D.A., ٢٠١٢, p. ١١٢٩; obs. N. Foulquier ; A.J.C.T., ٢٠١٢, p. ٤٤٥, obs. A.-S. Juilles, R.F.D.A., ٢٠١٢, p. ١١٨١, note S. Nicinski.

(٥)**GENTY (L.)**, Adaptation des pouvoirs de la Commission de régulation de l'énergie, ١٣ oct. ٢٠١٥, Dalloz actualité.

المطلب الثاني

ألا يكون التدخل غير متناسبٍ مع الهدف المنشود

(مبدأ التناسب)

ظهرت أهمية مبدأ التناسب باعتباره الأداة القضائية أو المعيار القضائي الأكثر أهمية الذي يستخدمه القاضي لتحقيق الموازنة بين المصالح العامة والخاصة، أي بين الأهداف المتعلقة بالمصالح العامة من ناحية، وحماية حقوق وحريات الأفراد من ناحيةٍ أخرى. ولذلك، يمكن القول إن مبدأ التناسب قد أسهم إسهامًا كبيرًا في تعزيز وترسيخ الحماية المكفولة لحقوق وحريات الأفراد في مواجهة الإجراءات التي تتخدها السلطات العامة[١].

إلا أن بعض الفقهاء يرى أنه إذا قرر القضاء فحص ما إذا كان التشريع ينتقص من الحرية أو الحق أو لا ينتقص منها انتقاصًا خطيرًا، فإن القضاء في هذه الحالة إنما يخرج عن نطاق مهمته وهي النظر في رقابة المشروعية إلى النظر في رقابة الملائمة؛ أي رقابة سياسية للتشريع، وليست هذه هي مهمة

(١) **د/ وليد محمد الشناوي**، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري "دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة"، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٧م، ص ٣ وما بعدها.

القضاء[١].

وفي مجال الرقابة على التناسب أو الملائمة، شدد المجلس الدستوري منذ قراره الصادر في ١٢ يناير ٢٠٠٢م على منطق التناسب من خلال التأكيد على أن حق كل فرد في الحصول على وظيفة أو عمل قد يفرض قيودًا على حرية المشروعات، بشرط ألا يؤدي ذلك إلى تدخل غير متناسب مع الهدف المنشود. وفي هذا القرار، ذهب المجلس إلى أن المشرع يكون قد انتهك حرية المشروعات من خلال تدخله باعتداءٍ مفرط بشكل واضح فيما يتعلق بالهدف المنشود المتمثل في الحفاظ على العمل "[٢].

وهذا التحول من منطق "التبرير" إلى منطق "التناسب" يحدث تقريبًا في الوقت الذي لم تعد فيه تتعارض حرية المشروعات مع المبررات ذات المرجعية الجماعية المتمثلة في المصلحة العامة، أو النظام العامة، أو الصحة العامة، إلا أنها تواجه ادعاءات تتعلق بحقوق الإنسان: كالحق في الحصول على وظيفة، والحق في الراحة أو وقت الفراغ. وفي نهاية المطاف، وعلى الرغم من أن المصلحة الجماعية في منطق التبرير قد تفوقت على حرية المشروعات، فإن

(١) **د/ عبد الحميد متولي**، الوسيط في القانون الدستوري، بدون دار نشر، ١٩٥٦م، ص ٦٧١.

(٢)**Voir**: Décision n° ٢٠٠١-٤٥٥ DC, ١٢ janvier ٢٠٠٢, Rec. Cons. const., p. ٤٩; D. ٢٠٠٣, Somm. p. ١١٢٩, obs. L. Gay.

حقوق الإنسان رهنًا بشرط التناسب تبدو أكثر ضعفًا(١).

ويمكننا أن نتساءل عن مدى مرونة معادلات التوفيق التي يستخدمها القاضي الدستوري. ويبدو أن ذلك يمنحها صلاحية تغيير متطلبات التوفيق وفقًا للأحكام التشريعية المعنية. وبالتالي، من أجل فرض رقابة على تعريف مقيد لأسباب الفصل من المشروع أو الشركة على أساس حماية الحق في العمل، يعتمد المجلس الدستوري على ضرورة وجود تدخل مفرط وغير متناسب مع حرية المشروعات(٢).

وبمرور بعض الوقت، اعترف القاضي الدستوري بالقيود على أساس حرية المشروعات من خلال الحق في إعادة تصنيف الموظفين على أساس الحق في العمل، حيث اكتفى بملاحظة أن المشرع لم يرتكب أي خطأ واضح في التقييم أو التصنيف(٣).

وبما أن هدف المصلحة العامة الذي يسعى إليه المشرِّع ليس موضع شكٍ على الإطلاق، فإن تناسب التدخل في حرية المشروعات هو ما يُركز عليه النقاش

(١)**Voir**: Décisions n° ٢٠٠٠-٤٣٥ DC du ٧ déc. ٢٠٠٠, Rec. Cons. const., p. ١٧٦; A.J.D.A. ٢٠٠١, p. ١٠٢, note J.-E. Schoettl ; D. ٢٠٠١, Somm. p. ١٧٦٥, obs. A. Roux et n° ٢٠٠١-٤٥٥ DC, ١٢ janv. ٢٠٠٢, Rec. Cons. const., p. ٤٩.

(٢)**Voir**:Décision n° ٢٠٠١-٤٥٥ DC, préc.

(٣)**Voir**:Décision n° ٢٠٠٤-٥٠٩ DC, ١٣ janvier ٢٠٠٥, JO ١٩ janv. ٢٠٠٥, p. ٨٩٦.

أمام القضاء. وهي مسألة تتعلق بالتحقق من أن الإجراء التشريعي المتنازع عليه قد جاء ملائمًا مع مقتضيات المصلحة العامة المحددة، ولا ينتهك بلا داعٍ حرية المشروعات. وعلى وجه الخصوص، يجب التأكد من أن تدبيرًا ما أقل تقييدًا لحرية المشروعات كان ليتيح تحقيق الهدف المنشود(١).

ويُستفاد مما تقدم، أن سلطة المشرع في التدخل لتقييد حرية المشروعات استنادًا لمتطلبات دستورية أو اعتبارات المصلحة العامة تخضع لتقدير القاضي الدستوري؛ حتى لا تكون زريعة للمشرع للاعتداء المستمر على المبدأ الدستوري لحرية المشروعات، من خلال الرقابة على مدى تناسب هذا التدخل مع الهدف المرجو.

(١) **MAXIME (V.)**, La liberté d'entreprendre dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'Etat. In: La liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique, Bruylant : Bruxelles ٢٠١٥, p. ٢٠.

المبحث الثاني

ملائمة التدخل التشريعي لتقييد حرية المشروعات

تمهيد وتقسيم:

على الرغم من أن حرية المشروعات حرية مضمونة دستوريًا، ولكنها لا تخلو من فروقٍ دقيقةٍ، ويبدو ذلك من خلال الرقابة التي يمارسها القاضي الدستوري على التدخل من جانب المشرع في حرية المشروعات بأي شكلٍ من الأشكال.

ويُشترط لتدخل المشرع في حرية المشروعات – وفقًا لما أقره المجلس الدستوري – باعتبارها ملزمة للمشرع عدم تشويه نطاقها؛ نظرًا لما لها من قيمة أعلى من قيمة القانون، وبالتالي لا يجوز كقاعدة عامة أن تُفرض عليها قيود تعسفية أو تحكمية. لكن هذه الحرية ليست عامة ولا مطلقة، ولا يمكن أن توجد إلا بتطبيق القانون. ومن ثم، يمكن وضع بعض القيود عليها بشرط أن تكون من أصل تشريعي. ولذلك، فإنه يجوز للمشرع وضع قيود شريطة ألا يكون لها تأثير في تشويه نطاقها.

وفي ضوء ما تقدم، يمكننا تقسيم الدراسة في هذا الموضوع على النحو التالي:

المطلب الأول: إمكانية التقييد التشريعي لحرية المشروعات.

المطلب الثاني: استخدام سلطات الضبط لتقييد حرية المشروعات.

المطلب الثالث: التوفيق بين حرية المشروعات وبين الأهداف الدستورية.

المطلب الرابع: الرقابة الدستورية على الفصل لأسباب اقتصادية.

المطلب الأول

إمكانية التقييد التشريعي لحرية المشروعات

يرى بعض الفقه الدستوري أن هناك حريات لا تقبل التنظيم، حيث يجري عادة تقسيم الحقوق والحريات العامة من هذه الزاوية إلى حقوق وحريات مطلقة: وهي التي لا تخضع لأي تنظيم وتقييد من جانب المشرع؛ لأنها تتعلق بخصوصيات الفرد وذاتيته، ومن أمثلة تلك الحريات حرية العقيدة وحرية ممارسه الشعائر الدينية. وحريات أخرى نسبية؛ وهي تخضع للتنظيم والتقييد من جانب المشرع؛ لأنها لا تعني الفرد وحده، بل تعني أيضًا الجماعة التي يعيش بداخلها هذا الفرد. كما يرى البعض أنه عند تقابل الحقوق والحريات مع النظام العام فإن الحريات لا يمكن أن تكون مطلقة[١].

([١]) **د/ سعاد الشرقاوي**، المرجع السابق، ص ١١.

ووفقًا لهذا التقسيم، تعتبر الحقوق والحريات الاقتصادية ذات طابع نسبي؛ إلا أن أثرها يشمل بجانب الفرد المجتمع والسلطة، ويجمع الفقهاء على أن تنظيمها لا يكون إلا بقانون. ولذلك نصت المادة (٤) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩م على أن "ممارسة كل إنسان لحقوقه الطبيعية لا قيود عليها إلا تلك التي تكفل للأخرين التمتع بنفس الحقوق ولا تُفرض هذه القيود إلا بقانون".

وعلى ذلك تم تحديد معيار حرية المشروعات في القضاء الفرنسي بوضوحٍ تام. فهذه الحرية التي أعلنها المجلس الدستوري " لا تشمل فقط حرية الوصول إلى مهنة أو نشاط اقتصادي، بل تشمل أيضًا حرية ممارسة هذه المهنة أو هذا النشاط "[١].

وكل من يسعى إلى تمييزها عن حريات العامل يُضيف مصطلح "مستقل" إلى المهن والأنشطة الاقتصادية. وفي هذه الإدارة المستقلة للشركة بالتحديد تكمن أحد الأبعاد الأساسية لحرية المشروعات. وفي الواقع، سواء كان المالك هو الذي يُنظم المشروع أو الشركة أو باللجوء إلى الشخصية المعنوية، فإن استقلالية الإدارة هي نتيجة طبيعية للمخاطر التي يتعرض لها صاحب المشروع والمسؤولية التي

---

(١) « comprend non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité »; **Cons. Const.**, ٣٠ nov. ٢٠١٢, n° ٢٠١٢-٢٨٥ QPC, A.J.D.A., ٢٠١٢, p. ٢٣٠١.

تقع عليه أمام الغير[١]. ولذلك لا يكون مدهشًا أن حالات الاعتداء على استقلالية الإدارة ليست بالضرورة معاقبةً آليًا، ولكنها سوف تخضع على الأقل للرقابة والتقييم من جانب القضاء الدستوري.

ومن المسلم به أن قضاء المجلس الدستوري بشأن حرية المشروعات – في بدايتها – كان قد وصفها بأنها " ليست عامة ولا مطلقة "[٢]. وقد فُسرت هذه التصنيفات الكلاسيكية للحرية العامة، في بعض الأحيان على أنها تدل على حكمة القاضي الدستوري في التعامل مع مفهوم جديد نشأ من خلال استقراء أحكام القضاء العادي والإداري[٣].

وبعد ثلاثة عقود، لا تزال حرية المشروعات غير مطلقة، حيث يمكن أن ينتهكها المشرع تحت غطاء الدفاع عن الحريات الأخرى أو النظام العام من ناحية. ومن ناحيةٍ أخرى، اكتسبت هذه الحرية بالفعل صفة "العمومية" التي كان البعض مترددًا في الاعتراف بها في البداية. كما أنه لا يوجد الآن تمييز بين

(٢)**Cons. Const.,** ٢٠ juill. ١٩٨٨, n° ٨٨-٢٤٤ DC.

(١)**Cons. Const.,** ٢٧ juill. ١٩٨٢, n° ٨٢-١٤١ DC; V. encore significativement ١٦ janv. ١٩٨٦, n° ٨٥-٢٠٠ DC; ٨ janv. ١٩٩١, n° ٩٠-٢٨٣ DC, A.J.D.A., ١٩٩١, p. ٣٨٢, note Wachsmann (P.); Dr. soc., ١٩٩١, p. ٣٣٢, étude Tabuteau (D.); R.D.S.S., ١٩٩١, p. ٢٠٤, étude Cayla (J.-S.), ٢٠ mars ١٩٩٧, n° ٩٧-٣٨٨ DC, D., ١٩٩٩, p. ٢٣٦, obs. Mélin-Soucramanien (F.), et ٢٣٤, obs. Favoreu (L.), Dr.soc., ١٩٩٧, p. ٤٧٦, étude Prétot (X.), R.T.D. civ., ١٩٩٧, p. ٧٨٧.

(٢)**DELVOLVE (P.)**, Droit public de l'économie, Op. Cit., nos ٨٥ sui. ; **CHEROT (J.-Y.)**, Droit public économique, Op. Cit, nos ٣٣ sui.

الوصـول إلـى النشـاط الاقتصـادي وممارسـته، ولا وفـق معيـار قطـاع النشـاط المهني[١].

وفي تاريخها الذي دام ثلاثين عامًا، لم يكن نطاق حرية المشروعات مبالغًا فيه في ممارسة القاضي الدستوري. ولم تتمتع هذه الحرية بأي قدرٍ من الامتياز؛ على العكس تمامًا. فهي تتلخص في بضعة مئات من القرارات التي اتخذها المجلس الدستوري منذ عام ١٩٨٢م في هذا الشأن[٢].

وفي ظل هذه الظروف من الصعب النظر إلى التفاعل بين البرلمان والمجلس الدستوري على أنه صراع ذو طبيعة أيديولوجية. فالمُلاحظ على المدى الطويل أن العمل العام للقاضي هو إلى حدٍ كبيرٍ يتمثل في التبرير القانوني للخيارات السياسية للبرلمان على سبيل المثال: فيما يتعلق بحماية الصحة، والدفاع عن البيئة، وتعزيز حياة الأفراد والأسر، وتعزيز البحوث الأثرية والتخطيط المكاني، وحقوق العمال، والمستأجرين، والمستهلكين، وأخلاقيات التجارة وأمنها في بعض القطاعات الحيوية، وتوازن العلاقات التجارية. بل إن الأسباب القادرة على تبرير التشريعات المانعة أو التدخلية في الشؤون الاقتصادية لا تعد ولا تحصى، وهي

(١) **D'AVOUT (L.)**, Op. Cit., p. ١٢٨٧.

(٢)**Voir**: https://www.legifrance.gouv.fr, avec l'entrée « liberté d'entreprendre », ٢٨-١-٢٠٢٢.

تسود بوضوحٍ في تقييم سلامة دستورية القوانين(١).

وخلافًا للممارسات الاستثنائية للمحاكم فوق الوطنية كالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، أو محكمة العدل للاتحاد الأوروبي، فإن التحفظ الذي يُطالب به المجلس الدستوري باسم هامش السلطة التقديرية للمشرع لا يبدو كلمةً فارغة أو بلا جدوى أو بلا مضمون(٢).

(٣)**Cons. Const.**, ١٦ juill. ٢٠٠٩, n° ٢٠٠٩-٥٨٤ DC, D. ٢٠١٠, p. ١٥٠٨; obs. Gay (L.), A.J.D.A., ٢٠٠٩, p. ١٣٩٩; R.F.D.A., ٢٠٠٩, p. ١٢٦٩; chron. Rambaud (T.) et Roblot-Troizier (A.), Constitutions ٢٠١٠, p. ١٣١; obs. Bioy (X.), ١١ oct. ٢٠١٣, n° ٢٠١٣-٣٤٦ QPC, D. ٢٠١٣, p. ٢٣٤٤ – ٢٥٨٦; obs. Trébulle (F.- G.), A.J.D.A., ٢٠١٣, p. ٢٠٠٥; ٦ août ٢٠٠٩, n° ٢٠٠٩-٥٨٨ DC, D. ٢٠١٠, p. ١٥٠٨; obs. Bernaud (V.), A.J.D.A., ٢٠٠٩, p. ١٥١٩, et p. ٢١٢٠; note Wolikow (J.), Dr. soc., ٢٠٠٩, p. ١٠٨١; note Bernaud (V.), R.F.D.A., ٢٠٠٩, p. ١٢٦٩; chron. Rambaud (T.) et Roblot-Troizier (A.), ٣١ juill. ٢٠٠٣, n° ٢٠٠٣-٤٨٠ DC, D. ٢٠٠٤, p. ١٢٨١; obs. Duffy (A.), ١٣ janv. ٢٠٠٥, n° ٢٠٠٤-٥٠٩ DC, D. ٢٠٠٦, p. ٨٢٦; obs. Ogier-Bernaud (V.) et Severino (C.), A.J.D.A., ٢٠٠٥, p. ٩٠٥; note Desplats (CH.), Dr. soc., ٢٠٠٥, p. ٣٧١; étude Prétot (X.), et ٤٠٣, étude Couturier (G.), R.F.D.A., ٢٠٠٥, p. ٢٨٩; note Hostiou (R.), ٢٠ mars ٢٠١٤, n° ٢٠١٤-٦٩١ DC, A.J.D.A., ٢٠١٤, p. ٦٥٥; ٢٤ juin ٢٠١١, n° ٢٠١١-١٣٩ QPC; ٢٠ mai ٢٠١١, n° ٢٠١١-١٣٢ QPC, D. ٢٠١١, p. ٢٨٢٣; obs. Roujou de Boubée (G.). RSC, ٢٠١٢, p. ٢٣٠; obs. de Lamy (B.); ١٣ mai ٢٠١١, n° ٢٠١١-١٢٦ QPC, D. ٢٠١١, p. ١٣٤٠.

(١)**Cons. Const.**, ٦ oct. ٢٠١٠, n° ٢٠١٠-٤٥ QPC, D. ٢٠١٠, p. ٢٢٨٥; obs. Larrieu (J.), R.F.D.A., ٢٠١٠, p. ١٢٥٧; chron. Roblot-Troizier (A.) et Rambaud (T.), ١er août ٢٠١٣, n° ٢٠١٣-٣٣٦ QPC, D. ٢٠١٣,

=

ويعتبر التعدي على حرية المشروعات مقبولاً من حيث المبدأ، حينما يكون الغرض محددًا، وأن عدم التناسب بين الوسيلة والغاية لم يُحدد بوضوح. وفي هذا المجال، كما في مجالاتٍ أخرى، فإن رقابة المجلس الدستوري محدودة حقًا؛ لأن الشك – غالبًا – يفيد المشرع بطريقةٍ ما. وعلاوةً على ذلك، لا يوجد أيضًا ما يثبت بشكلٍ موضوعي أن عقوبات عدم الدستورية النادرة ستُفرض بشكل تعسفي، وفقًا للتفضيلات السياسية التي يراها المجلس الدستوري.

ويعترف القاضي الدستوري بموجب قراره الصادر بتاريخ ٤ أبريل ٢٠١٤م، باختصاص المشرع على أساس "المبادئ الأساسية لقانون العمل": بالنص على أن استخدام العمل الليلي هو عمل استثنائي، ويجب تبريره بالحاجة إلى ضمان استمرار النشاط الاقتصادي أو الخدمات ذات الفائدة الاجتماعية. وعلى ذلك قام المشرع باعتباره المختص بموجب المادة (٣٤) من الدستور بتحديد المبادئ الأساسية لقانون العمل، بإجراء توافق بما لا يتعارض بشكلٍ واضح مع حرية

=

p. ١٩٦٧; Dr. soc., ٢٠١٣, p. ٩٦٨; chron. Dumortier (G.), Florès (P.), Lallet (A.), Vialettes (M.) et Struillou (Y.), R.F.D.A., ٢٠١٣, p. ١٢٥٥; chron. Roblot-Troizier (A.) et Tusseau (G.), Constitutions, ٢٠١٣, p. ٥٩٢; obs. Radé (C.) et Gervier (P.), R.T.D. civ., ٢٠١٤, p. ٧١; obs. Deumier (P.), ١١ avr. ٢٠١٤, n° ٢٠١٤-٣٨٨ QPC, D. ٢٠١٤, p. ٨٧٦, comp. ٢٤ mai ٢٠١٣, n° ٢٠١٣-٣١٧ QPC, D. ٢٠١٤. ١٠٤, obs. Trébulle (F.- G.); A.J.D.A., ٢٠١٣, p. ١٠٨٠.

المشروعات[١]. بل إن المجلس الدستوري كان قد اعترف بصورة عامة للغاية، ودون وجود أي أساس نصي معين، بأن "حرية المشروعات تُمارس في إطار القواعد التي يحددها القانون"، مما يعني بوضوح اختصاص المشرع بوضع هذا "الإطار"[٢].

وعلى ذلك يُشترط أن يكون الهدف مشروعًا: حيث لم تشكك المحكمة في مشروعية الأهداف التي يسعى إليها المشرع في سياق الاعتداء على حرية المشروعات. وقد تتكون أهداف المصلحة العامة هذه، على سبيل المثال:

- حماية البيئة[٣]؛
- حماية المستهلك وضمان علاقة الثقة بين التاجر وعملائه[٤]؛
- حماية اللاعب من القمار[١]؛

---

(١) **Cons. const.**, ٤ avr. ٢٠١٤, n° ٢٠١٤-٣٧٣ QPC, JO ٥ avr. ٢٠١٤, p. ٦٤٧٧.

(٢) **Cons. const.,** ٣ août ١٩٩٤, n° ٩٤-٣٤٨ DC , Rec. ١١٧; **Cons. Const**., ٢٠ mars ١٩٩٧, n° ٩٧-٣٨٨ DC, Rec. ٣١.

(٢)**Cons. Const.**, n° ١٧٠/٢٠١٤ du ٢٧ nov. ٢٠١٤; **Cons. Const.**, n° ٩٤/٢٠١٣ du ٩ juill. ٢٠١٣; **Cons. Const.**, n° ١٤٩/٢٠١٠ du ٢٢ déc. ٢٠١٠; **Cons. Const.**, n° ٢/٢٠٠٩ du ١٥ jan. ٢٠٠٩; **C.A.**, n° ٩٢/٢٠٠٦ du ٧ juin ٢٠٠٦ ; **C.A.**, n° ٤٢/٩٧ du ١٤ juill. ١٩٩٧; **C.A.**, n° ٣٥/٩٥ du ٢٥ avril ١٩٩٥; **C.A.**, n° ٥٥/٩٢ du ٩ juill. ١٩٩٢.

(٣)**Cons. Const.**, n° ٥٦/٢٠١١ du ٢٨ avril ٢٠١١.

– ضمان بقاء وربحية خدمات سيارات الأجرة[٢]؛

– دعم تمويل الضمان الاجتماعي[٣]؛

– الحفاظ على التوازن بين مصالح المستهلكين ورفاهية التجار[٤]؛

– ضمان جودة الرعاية الصحية من خلال إدارة فعالة وآمنة للبيانات المتعلقة بالصحة[٥]؛

– ضمان جودة الخدمات التي تقدمها المؤسسات التي تأوي كبار السن[٦]؛

– ضمان جودة خدمات المحامين وضمان استقلاليتهم[٧]؛

– تحسين التنقل بين المواقع السياحية المختلفة وبالتالي تحسين صورة المدينة[٨]؛

=

(٤)**C.A.**, n° ١٠٠/٢٠٠١ du ١٣ juill. ٢٠٠١.

(٥)**C.A.**, n° ٥٦/٩٦ du ١٥ oct. ١٩٩٦.

(١)**Cons. Const.**, n° ١٢٠/٢٠٠٨ du ١er sep. ٢٠٠٨; **Cons. Const.**, n° ١١٤/٢٠٠٧ du ١٩ sep. ٢٠٠٧; **C.A.**, n° ١٥٠/٢٠٠٦ du ١١ oct. ٢٠٠٦.

(٢)**Cons. Const.**, n° ١٤٢/٢٠١٤ du ٩ oct. ٢٠١٤; **Cons. Const.**, n° ١١٩/٢٠١٢ du ١٨ oct. ٢٠١٢

(٣)**Cons. Const.**, n° ٢٩/٢٠١٠ du ١٨ mars ٢٠١٠.

(٤)**Cons. Const.**, n° ٦/٢٠١٤ du ٢٣ jan. ٢٠١٤; **Cons. Const.**, n° ١٣٥/٢٠١٠ du ٩ déc. ٢٠١٠

(٥)**C.A.**, n° ١٦/٢٠٠٣ du ٢٨ jan. ٢٠٠٣.

(٦)**Cons. Const.**, n° ٨٧/٢٠٠٩ du ٢٨ mai ٢٠٠٩.

– منع حوادث العمل[١].

وفي ضوء ما تقدم، يخضع المشرع في تدخله لتقييد حرية المشروعات إلى تقدير مدى الملائمة؛ وذلك من خلال فحص القاضي الدستوري الهدف الذي يسعى إليه المشرع من تقييد هذه الحرية، فيلزم أن يكون هذا الهدف مشروعًا؛ حتى يستجيب له القاضي في تبرير مدى تدخل المشرع لتقييد حرية المشروعات.

المطلب الثاني

استخدام سلطات الضبط لتقييد حرية المشروعات

تظهر ضرورة التوفيق بين السلطة والحرية من حيث أن ثمة حقوق وحريات مكفولة للأفراد بنص الدستور ولا يمكن اغفالها أو إهدارها، وهناك سلطة عامة تملك توقيع الجزاء على من يخالف أحكام الدستور، ولها استخدام أساليب القهر والأمر في علاقاتها مع الأفراد؛ فلابد من التوفيق بين أهداف وحريات أصحاب الأملاك الذين لهم قدرة على ممارسة النشاط الاقتصادي مثل المستثمرين ورجال الاعمال وبين الامتيازات التي تمتلكها الدولة لدعم وتحفيز النشاط الاقتصادي أو تقييده من أجل تحقيق الصالح العام[٢].

---

(٧)**Cons. Const.**, n° ٤٠/٢٠٠٨ du ٤ mars ٢٠٠٨.

(٢) **د/ أشرف عبد الفتاح أبو المجد**، التنظيم الدستوري للحقوق والحريات الاقتصادية، المرجع السابق، ص ١٣٢.

ويمكن أن تخضع حرية المشروعات لقيود تتعلق بالنظام العام. وفي الواقع، فإن الأمن أو السلامة أو الهدوء أو الصحة العامة تسمح لسلطات الضبط بتنظيم ممارسة المهن بقدر ما قد يؤدي هذا النشاط إلى إلحاق الضرر بها. ويجب أن يأخذ تنظيمها في الاعتبار ظروف الزمان والمكان، وأن تكون مبررة بشكلٍ دقيق بالتهديدات التي تنطوي عليها ممارسة المهنة أو النشاط. وعلى ذلك يمكن القول بأن الاعتراف الدستوري بحرية المشروعات يحمل في طياته عدم قابليتها للاختزال؛ فعلى الرغم من أن قيودها المبررة والتي قد تكون عديدة، فلابد وأن يظل هناك حدًا أدنى من الأنشطة الحرة.

وعلى ذلك فالقاعدة العامة في فرض القيود على الحقوق والحريات الاقتصادية تكون من اختصاص السلطة التشريعية؛ بحيث لا يجوز للسلطة الإدارية الاعتداء عليها بإجراءات لائحيه أو فردية. بيد أنه يظل للإدارة مجال لممارسة سلطة الضبط حتى بالنسبة للحريات التي تدخل المشرع وحددها. كما أن النص الدستوري على حرية معينة مع الإحالة في تنظمها للقانون لم يمنع القضاء الفرنسي من أن يقر حق الإدارة في تنظيم تلك الحرية إذا لم يصدر التنظيم التشريعي المتعلق بها[١].

وتطبيقًا على هذا المعنى؛ فقد ثار التساؤل الآتي: إلى أي مدى يمكن

---

(١) **د/ محمود عاطف البنا**، حدود سلطة الضبط الإداري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٠م، ص ٩٠ وما بعدها.

لرئيس البلدية (العمدة) استخدام سلطات الضبط يتمتع بها بموجب المادة (L ٢٢١٣-٢٢) من التقنين العام للجماعات المحلية (C.G.C.T.) لتنظيم حركة ومواقف السفن تحقيقًا للغرض المعلن المتمثل في ضمان الأمن في الميناء الضيق لبلديته وهدوء المقيمين فيه[١]؟

وفي هذه القضية، كان عمدة كوليوري Collioure قد اعتمد قرار لائحي وتنظيمي؛ تطبق المادة (٣٠) منه على سفن الركاب، وأنشأ نظامًا للترخيص المُسبق لأي "إشغالٍ مؤقتoccupation temporaire " للأملاك العامة للميناء، وحدد عدد التراخيص التي يمكن إصدارها في أي وقتٍ من الأوقات بخمسة تراخيص. واستنادًا لهذا النص؛ رفض العمدة السماح لإحدى شركات نقل الركاب بالرسو في ميناء كوليوري Collioure على أساس هذا النص. حيث لجأت الشركة إلى القضاء المستعجل بموجب نص المادة (٢-٥٢١.L) من تقنين القضاء الإداري، بهدف وقف تنفيذ المادة (٣٠) سالفة الذكر على أساس أنها تمثل اعتداءً بشكلٍ صريح على المبدأ الدستوري لحرية المشروعات.

إلا أن مجلس الدولة أكد على أن الاستخدام التجاري للأملاك العامة لا يندرج ضمن إحدى الحريات الأساسية بالمعنى الوارد في المادة (٢-٥٢١ .L) من تقنين القضاء الإداري. وكان دفاع البلدية قد استند إلى السوابق القضائية المعمول

(١) **MARKUS (J.-P.)**, Police des ports et atteinte à la liberté d'entreprendre, A.J.D.A., ٢٠٠٣, p. ٢٢١٨.

بها، والتي لم يُشكك فيها مجلس الدولة، وبموجبها فإن رفض الترخيص لنشاط تجاري في الأملاك العامة لا ينتهك في حد ذاته حرية أساسية بالمعنى المقصود في المادة L.٥٢١-٢ من تقنين القضاء الإداري. وبعبارةٍ أخرى، لا يُشكل الاستخدام التجاري للأملاك العامة بأي حال من الأحوال مظهرًا من مظاهر الحرية الأساسية.

وكان مجلس الدولة قد قرر ذلك أيضًا من خلال اعتبار أن رفض الترخيص بإشغال الأملاك العامة لأغراض اقتصادية، حتى وإن كان له أثر على الجذب التجاري لإحدى المطاعم، فلا يمكن اعتباره في حد ذاته انتهاكًا لحرية أساسية(١).

وبعد بضعة أشهر، كان مجلس الدولة قد رفض ادعاءات صاحب المطعم ذاته، الذي احتج بحرية المشروعات في مواجهة رفض رئيس البلدية لعدم السماح له بتثبيت شرفة في الأملاك العامة: واعتبرت المحكمة العليا أن الاستعجال الذي يواجه اقتراب الموسم السياحي لا يمكن أن يبرر في حد ذاته وقف التنفيذ استنادًا إلى نص المادة (L.٥٢١-٢)(٢). وقد تكرر هذا الموقف ضد "أرض المعارض" الراغبة في إقامة منصتها في الساحة العامة التي تستضيف المعرض(٣).أو "جمعية" من أولياء أمور الطلاب الراغبين في شغل فصل دراسي لتخزين الكتب

(١)**C.E.**, ١٦ sep. ٢٠٠٢, EURL La cour des miracles, JCP ٢٠٠٣, II, n° ١٠٠٣٧, note Soulié; l'affaire se passait aussi à Collioure.
(٢)**C.E.**, ١٩ mars ٢٠٠٣, EURL La cour des miracles, req. n° ٢٥٥١٩١.
(٣)**C.E.**, ٦ avril ٢٠٠١, M. Lapere, n° ٢٣٢١٣٥.

المشتراة نيابةً عن جميع أولياء الأمور[١]. وبذات النهج، شدد مجلس الدولة على القيود الخاصة التي تثقل كاهل الأنشطة الاقتصادية المُنفذة في الأملاك العامة لرفض أي وقف لتنفيذ القرار السلبي بالامتناع عن إصدار التراخيص[٢].

ومع ذلك، فإن رفض الترخيص بالاستخدام التجاري لمبنى خارجي في الملك العام قد ينتهك حرية المشروعات. لكن تقييد حق الاستخدام التجاري للأملاك العامة يؤثر على حرية المشروعات، وهي حرية أساسية.

ومن المعلوم في هذه المرحلة أن الاستخدام التجاري للأملاك العامة لا يُشكل حرية أساسية. لكن القيود المفروضة على هذا الاستخدام قد تنتهك هذه الحرية، وهي تتمثل هنا في حرية المشروعات. إلا أن المنطق الأكثر دقة: هو أن رفض استخدام الأملاك العامة لأغراض تجارية لا ينتهك "في حد ذاته" حرية المشروعات. لذلك في كل حالة، يجب البحث عن ظروف أخرى؛ بحيث تستطيع وحدها أن تحول تقييد الاستخدام التجاري للأملاك العامة إلى انتهاك لحرية أساسية[٣].

وفي قضية Commune de Collioure كانت لائحة الضبط المتنازع

(٤)**C.E.**, ١٦ avril ٢٠٠٣, Lycée polyvalent du Taaone, req. n° ٢٥٦٠٠٢.

(١) **C.E.**, ٢٢ mai ٢٠٠٣, Commune de Théoule-sur-Mer, R.F.D.A., ٢٠٠٣, p. ٨٣٧.

(٣) **MARKUS (J.-P.)**, Op. Cit., p. ٢٢١٨.

عليها تسمح للعمدة "بالاختيار وفقًا لتقديره" الشركات المُصرح لها بالوقوف في الميناء. ويتيح هذا الشرط لمجلس الدولة أن يؤكد أنه: إذا كان رفض الترخيص بالاستخدام الاقتصادي للأملاك العامة لا يؤثر في حد ذاته على أي حرية أساسية ، فإنه يختلف في الحالة التي يكون فيها ، "تحت غطاء إدارة الأملاك العامة"، ينشئ العمدة نظامًا للترخيص لا يقع ضمن سلطات الضبط. والنتيجة هي "انتهاك خطير وغير قانوني بشكلٍ واضح" لحرية المشروعات.

ولهذا كان هذا الانتهاك أكثر خطورة؛ لأنه من ناحية، كانت هناك تدابير بديلة أكثر لطفًا، والتي ذكرها مجلس الدولة مثل: تحديد وقت وقوف السيارات، وحجم السفينة، وعدد المناوبات. ومن ناحيةٍ أخرى، لم يكن رفض الترخيص بدافعٍ يتعارض مع المتطلبات القانونية في الموضوع أو على الأقل كان قائمًا على سبب غير عملي. وقبل فترة وجيزة، كان مجلس الدولة قد اعتبر بالفعل غياب الدافع أو المبرر الملامح الدالة على الطابع الخطير والواضح لانتهاك حرية المشروعات(١).

ومع ذلك، فلا يمكن لوسائل تقويض حرية المشروعات أن تزدهر دائمًا؛ نظرًا لأنها في المقام الأول غير فعالة إذا كانت تميل إلى الحفاظ على نشاط منظم تخضع ممارسته بموجب القانون لمنح ترخيص إداري(٢).

(١)**C.E.**, ١٤ mars ٢٠٠٣, Commune d'Evry, req. n° ٢٤٥٨٢٧.

(٢)**C.E.**, ١٠ fév. ٢٠٠٣, Société d'exploitation AOM-Air Liberté, Dr. adm. ٢٠٠٣, n° ٩٥.

وعلاوةً على ذلك، نحن نعلم أن حرية المشروعات تشمل حرية التجارة والصناعة، وكذلك حرية ممارسة النشاط المهني. فهل تشمل أيضًا حرية المنافسة؟ وللإجابة على ذلك إذا كان ممكنًا القول بأن المقرر في المادة، الحق في المنافسة (المادة L.٤١٠-١ وما يليها من التقنين التجاري). يمكن الاحتجاج بها ضد القرارات الإدارية لإدارة الأملاك العامة[١]. أو أعمال الضبط التي تستخدم نفس الأملاك[٢]. فهل يمكن الاحتجاج بها بموجب الحريات الأساسية للمادة L.٥٢١-٢) من تقنين القضاء الإداري؟

يمكننا الإجابة على هذا التساؤل بالإيجاب، وكذلك بشأن الحقوق التي تحميها النصوص. نحن نعلم على أي حال أن بيع البلدية لقطعة أرض لشركة تنوي إنشاء موقف سيارات عليها لا يؤثر على حرية المشروعات؛ لمجرد أن العملية تزيد المنافسة في هذا القطاع من النشاط وفي نفس المدينة[٣].

وعلى ذلك، فإن التعدي على إحدى الحريات الأساسية لا يكفي للحصول على وقف التنفيذ المقرر بموجب المادة (٥٢١-٢) من تقنين القضاء الإداري.

(١)**C.E.**, ٢٦ mars ١٩٩٩, Société EDA, Lebon p. ٩٦, concl. Stahl ; A.J.D.A., ١٩٩٩, p. ٤٢٧, concl. et note Bazex; D. ٢٠٠٠, p. ٢٠٤, note Markus; R.F.D.A., ١٩٩٩, p. ٩٧٧, note Pouyaud ;RD publ. ١٩٩٩, p. ١٥٤٥, note Manson.

(٢)**C.E.**, ٢٢ nov. ٢٠٠٠, Société L. & P. Publicité, Lebon p. ٥٦, concl. Austry ; D. ٢٠٠١, p. ٢١١٠, note Albert ; RD publ. ٢٠٠١, p. ٣٩٣, note Guettier.

(٣) **C.E.**, ٨ août ٢٠٠٢, Da Costa, req. n° ٢٤٩٤٠٩.

وفي هذه القضية، اعتبر القاضي أن اقتراب الموسم السياحي، الذي يمثل ربع نشاط مشغل السفينة، من باب التبرير لوقف التنفيذ.

وفي جميع الأحوال، وهذا تذكير مفيد ، فإن الصلاحيات التي يتمتع بها القاضي المستعجل من بموجب المواد (١-٥١١ .L وما يليها). لا تسمح له أن يأمر سلطة إدارية بسحب قرارها، كما فعلت المحكمة الإدارية في مونبيليه Montpellier. ولا يجوز للقاضي المستعجل سوى وقف تنفيذ هذا القرار. وهذا يفسر سبب إلغاء مجلس الدولة للحكم المطعون فيه من قبل بلدية Collioure، ليحافظ في النهاية على وقف التنفيذ الذي تم الإعلان عنه في البداية.

المطلب الثالث

التوفيق بين حرية المشروعات وبين الأهداف الدستورية

أقر المجلس الدستوري في قراره الصادر بتاريخ ٣١ يناير ٢٠٢٠[١] بأن هناك بالفعل اعتداء على مبدأ حرية المشروعات ذات القيمة الدستورية. وأشار في الوقت ذاته إلى أن حماية البيئة وحماية الصحة هما أيضًا هدفان يتمتعان بالقيمة الدستورية. وفي الواقع، فإن هذه الأهداف مستمدة من الميثاق البيئي لعام ٢٠٠٤م

(١) **Cons. Const.**, ٣١ jan. ٢٠٢٠, n° ٢٠١٩-٨٢٣.

الذي هو أيضًا يتمتع بقيمةٍ دستوريةٍ(١).

وإذا كانت تنص الفقرة الرابعة من المادة (L ٢٥٣-٨) من تقنين الريف والصيد البحري في صيغتها النهائية الناشئة بموجب قانون ٣٠ أكتوبر ٢٠١٨م(٢) على أنه: " اعتبارًا من ١ يناير ٢٠٢٢م، يُحظر إنتاج وتخزين وتداول منتجات وقاية النبات التي تحتوي على مواد نشطة لم تتم الموافقة عليها لأسباب تتعلق بحماية صحة الإنسان أو الحيوان أو البيئة.....".

فإن كان من شأن الحظر الذي فرض بموجب هذا النص على منتجات معينة لوقاية النباتات تحتوي على مواد نشطة غير معتمدة من قبل الاتحاد الأوروبي يمكن أن يؤدي إلى عواقب خطيرة على الشركات المنتجة أو المصدرة، بما يتعارض مع حرية المشروعات. وفي هذا الصدد، فإن مثل هذا الحظر لن

(١) حيث لجأ اتحاد صناعات وقاية النبات المدعوم من الاتحاد الفرنسي للبذور، والذي تأثر مباشرةً بهذا الحظر إلى الدفع بمسألة دستورية أولية (QPC) على أساس أن هذا الحظر من شأنه أن ينتهك حرية المشروعات، التي تكفلها المادة (٤) إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م، وأكدت النقابة المهنية المُقدمة للطلب أن هذا التقييد على حرية المشروعات لا يبرره هدف حماية البيئة والصحة، طالما أن هذا الحظر لا يمنع الدول الأجنبية من الترخيص بشأن المبيدات المعنية من تصنيعها أو استيرادها من منافسين خارج فرنسا.

(٢) **Voir**: La loi n° ٢٠١٨-٩٣٨ du ٣٠ oct. ٢٠١٨ pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine.

يكون له علاقة بهدف حماية البيئة والصحة طالما أن الدول المستوردة التي تصرح بهذه المنتجات لن تتخلى عن استخدامها؛ نظرًا لأنها ستتمكن من الحصول على الإمدادات من منافسيها من الشركات الموجودة في فرنسا.

ويمكن القول بأن سلطة الإدارة تجاه الحقوق والحريات الاقتصادية تختلف في مداها تبعًا لقدر الحق أو الحرية ومكانته؛ حيث تضيق سلطة الإدارة كلما زادت أهمية الحق أو الحرية التي تقصد تقييدها. وقد يحدث أن تتعارض الحقوق والحريات بعضها مع البعض الأخر، بحيث يجب على الإدارة المفاضلة بينها لتغليب أجدرها وأولاها بالرعاية والحماية على غيرها. وعلى ذلك فإن التضييق من نطاق حق أو حرية ما يصبح مشروعًا متى كان من أجل توفير حق أو حرية أخرى أكثر أهمية[١].

وتنبثق حرية المشروعات من المادة (٤) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م. ووفقًا لديباجة ميثاق البيئة لعام ٢٠٠٤م: " إن مستقبل البشرية ووجودها لا ينفصلان عن بيئتها الطبيعية ... البيئة هي التراث المشترك للبشرية ... يجب السعي إلى الحفاظ على البيئة بنفس الطريقة التي تسعى بها بالنسبة للمصالح الأساسية الأخرى للأمة ... ومن أجل ضمان التنمية المستدامة، يجب ألا تُضر الخيارات التي تهدف إلى تلبية احتياجات الحاضر بقدرة الأجيال القادمة والشعوب الأخرى على تلبية احتياجاتها الخاصة ". ويترتب على ذلك أن حماية

(١) **د/ عمرو أحمد حسبو**، المرجع السابق، ص ٦٨ وما بعدها.

البيئة، والتراث المشترك للبشرية، تُشكل هدفًا ذا قيمةٍ دستورية.

وبموجب نص الفقرة الحادية عشرة من ديباجة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦م، فإن الأمة "تضمن للجميع ... حماية الصحة". وينتج عن هذا الموضوع قيمةً دستوريةً لحماية الصحة. وبذلك فإن الأمر متروك للمشرع لضمان التوفيق بين الأهداف المذكورة آنفًا وممارسة حرية المشروعات. وعلى هذا النحو، يجوز للمشرع أن يأخذ في الاعتبار الآثار التي يمكن أن تحدثها الأنشطة التي يتم تنفيذها في فرنسا على البيئة في الخارج. وتحظر النصوص المتنازع عليها إنتاج وتخزين وتداول منتجات وقاية النباتات التي تحتوي على مواد نشطة غير معتمدة من الاتحاد الأوروبي. وبسبب هذه الآثار فهي لا تُشكل عقبة أمام بيع هذه المنتجات في فرنسا فحسب، بل أمام تصديرها أيضًا.

واستهدف المشرع من خلال اعتماد هذه النصوص منع الضرر الذي قد يلحق بصحة الإنسان والبيئة، والذي من المحتمل أن ينجم عن توزيع المواد النشطة الموجودة في المنتجات المعنية، والتي تبين أنها ضارة.

وبذلك يُحظر على الشركات التي أُنشئت في فرنسا المشاركة في بيع هذه المنتجات في أي مكان في العالم، وبالتالي بشكلٍ غير مباشر، بسبب الضرر الذي قد ينجم عنها بالنسبة لصحة الإنسان والبيئة، ومع ذلك خارج الاتحاد الأوروبي، من المُرجح أن يتم السماح بإنتاج وتسويق مثل هذه المنتجات، ولقد شن المشرع على حرية المشروعات انتهاكًا يرتبط بشكلٍ واضح بما يتوافق مع أهداف

القيمة الدستورية لحماية الصحة والبيئة.

ومع بدء نفاذ الحظر المفروض على إنتاج أو تخزين أو تداول منتجات وقاية النباتات التي تحتوي على مواد نشطة غير مُصرح بها حتى ١ يناير ٢٠٢٢م، منح المشرع الشركات التي ستخضع له فترة لا تزيد عن ثلاث سنوات للتكييف أوضاعهم.

ويستنتج مما سبق، أن المشرع والقضاء الدستوري قد ذهب إلى اعتماده النصوص المتنازع عليها، قد كفل توازنًا لا يتعارض مع حرية المشروعات وأهداف القيمة الدستورية لحماية البيئة والصحة. ولذلك يجب رفض الشكوى التي تدعي انتهاك هذه الحرية. وعلى ذلك فإن الفقرة الرابعة من المادة (L ٢٥٣-٨) من تقنين الريف والصيد البحري لا تنتهكٍ أي حق آخر أو حرية قد كفلها الدستور، ومن ثم فهي تتطابق مع أحكام الدستور[١].

وقد عُرض على المجلس الدستوري بتاريخ ٣١ مايو ٢٠١١م في مسألة دستورية أولية أثارتها شركة SOMODIA بشأن المادة (L ٣١٣٤-١١) من تقنين العمل؛ حيث تحظر هذه المادة ممارسة نشاط صناعي أو تجاري أو حرفي يوم الأحد في أماكن البيع المفتوحة للجمهور. وجادلت الشركة بأن هذا الحظر ينتهك من ناحية مبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون. علاوةً على ذلك، فإن

(١)**Cons. const.**, ٣١ jan. ٢٠٢٠, n° ٢٠١٩-٨٢٣.

هذا الحظر بطابعه العام والمطلق من شأنه أن يؤدي إلى اعتداء غير متناسب على المبدأ الدستوري المتمثل في حرية المشروعات من ناحيةٍ أخرى. وقام المشرع بوصفه المختص بموجب المادة (٣٤) من الدستور بتحديد المبادئ الأساسية لقانون العمل، بإحداث توفيق غير متناسب بشكلٍ واضح بين حرية المشروعات ومتطلبات الفقرة العاشرة من ديباجة دستور عام ١٩٤٦م التي نصت على أنه : "يجب على الأمة أن تؤمن للفرد والأسرة الشروط اللازمة لتطورهم"(١).

إلا أن المجلس الدستوري رفض الطلب المقدم من الشركة المذكورة على أساس حرية المشروعات؛ حيث استهدف المشرع من المادة (L ٣١٣٤-١١) من قانون العمل تجنب ممارسة الراحة الأسبوعية، فهي لا تُضر بالمؤسسات بحسب حجمها. وبشكلٍ عام، ولا تتعارض مع أحكام الدستور.

وعلى ذلك، يجب على القضاء الدستوري إجراء التوفيق الصعب بين المادة (٤) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، والتي تُشكل أساسًا لحرية المشروعات وبين الفقرة الخامسة من ديباجة دستور عام ١٩٤٦م، والتي يُستمد منها "حق كل فرد في الحصول على عمل". ويبدو أن التوفيق بين هذا المطلب الدستوري الأخير وحرية المشروعات ليس بجديد. وهو أمرٌ واضح بشكلٍ ملحوظ في بعض قرارات المجلس الدستوري الأخيرة المتعلقة بتقليص عدد ساعات العمل.

(١) **Cons. const.**, ٥ août ٢٠١١, Décision n° ٢٠١١-١٥٧ QPC.

كما ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أنه يتعين لاتفاق التنظيم الذي يسنه المشرع مع أحكام الدستور أن تتوافر علاقة منطقية بين الأغراض المشروعة التي اعتنقها المشرع في موضوع محدد وفاء بمصلحة عامة لها اعتبارها، والوسائل التي اتخذها طريقا لبلوغها، فلا تنفصل النصوص القانونية التي نظم بها هذا الموضوع عن أهدافها، بل يتعين أن تعد مدخلا إليها.

وعلى ذلك قضت بأنه " وحيث إن الدستور الحالي قد اعتمد بمقتضى نص المادة (٤) منه مبدأ المساواة، باعتباره إلى جانب مبدأى العدل وتكافؤ الفرص، أساسا لبناء المجتمع وصيانة وحدته الوطنية، وتأكيدا لذلك حرص الدستور في المادة (٥٣) منه على كفالة تحقيق المساواة لجميع المواطنين أمام القانون، في الحقوق والحريات والواجبات العامة، دون تمييز بينهم لأى سبب، إلا أن ذلك لا يعنى – وفقا لما استقر عليه قضاء هذه المحكمة – أن تعامل فئاتهم على ما بينها من تفاوت في مراكزها القانونية معاملة قانونية متكافئة، كذلك لا يقوم هذا المبدأ على معارضة صور التمييز جميعها، ذلك أن من بينها ما يستند إلى أسس موضوعية ولا ينطوي بالتالي على مخالفة لنصى المادتين (٤، ٥٣) المشار إليهما، بما مؤداه أن التمييز المنهى عنه بموجبهما هو ذلك الذي يكون تحكميا. وأساس ذلك أن كل تنظيم تشريعي لا يعتبر مقصودا لذاته، بل لتحقيق أغراض بعينها تعكس مشروعيتها إطارا للمصلحة العامة التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من وراء هذا التنظيم، فإذا كان النص المطعون عليه – بما انطوى عليه من تمييز – مصادما لهذه الأغراض بحيث يستحيل منطقا ربطه بها أو اعتباره مدخلا إليها

فإن التمييز يكون تحكميا وغير مستند بالتالي إلى أسس موضوعية، ومن ثم مجافيا لمبدأ المساواة "[١].

كما قضت أيضًا بأن " نص الدستور في المادة (١٣) منه على اعتبار العمل حقاً. وكانت الحقوق جميعها – ويندرج تحتها حق العمل – لا تنشأ إلا بتوافر متطلباتها، ذلك أن الشروط التي يفرضها المشرع لقيام حق من الحقوق، تعتبر من عناصره. بها ينهض سوياً على قدميه، ولا يتصور وجوده بدونها، ولا أن يكتمل كيانه في غيبتها. ومن ثم لا تنعزل هذه الشروط عن الحق الذي نشأ مرتبطاً بها، مكتملاً وجوداً بتحققها، ليكون العمل محققاً للتنمية الاقتصادية والاجتماعية جوهر أسبابها. فلا يجوز للسلطة التشريعية – في مجال تنظيم حق العمل – أن تعطل جوهره، ولا أن تتخذ من حمايتها للعامل موطئاً لإهدار حقوق تتفرع من حق العمل، وعلى الأخص تلك التي تتصل بالأوضاع التي ينبغي أن يمارس فيها، وإلا كان ذلك نكولاً عن الحدود المنطقية التي ينبغي وفقاً للدستور أن تكون إطاراً لحق العمل، واستتاراً بتنظيم هذا الحق للحد من مداه "[٢].

([١]) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ٦-٣-٢٠٢١م، الطعن رقم (٦٤) لسنة ٣٦ ق. دستورية.

([٢]) **حكم المحكمة الدستورية العليا**، بتاريخ ١٥-٤-٢٠٠٧م، الطعن رقم (١٧) لسنة ٢٦ ق. دستورية، مجموعة المكتب الفني (١٢)، الجزء رقم (١)، ص ٣٢٨، رقم القاعدة ٣٥.

المطلب الرابع

الرقابة الدستورية على الفصل لأسباب اقتصادية

تمهيد وتقسيم:

استجابةً إلى حدٍ كبير للخطط الاجتماعية المتعددة التي أُعلن عنها في النصف الثاني من عام ٢٠٠١م، كان قد تم إقرار قانون التحديث الاجتماعي.

وكانت المرة الأولى التي أعلن فيها المجلس الدستوري في قراره الصادر في ١٢ يناير ٢٠٠٢م، أن النصوص التشريعية قد جاءت غير متوافقة مع الدستور؛ نظرًا لأنها تمثل اعتداء مفرط بشكلٍ واضح على حرية المشروعات. وتتعلق هذه النصوص بتعريف الفصل من الشركة أو المشروع لأسباب اقتصادية. وليست تتعلق برقابة المجلس بشأن إجراءات الفصل الجماعي لأسباب اقتصادية.

ولكن فيما يتعلق بالمادة (١٠٧) من القانون المُشار إليه فهي التي تتعلق بجوهر الفصل، أي قرار صاحب المشروع نفسه باللجوء إلى الفصل الاقتصادي.

وترتيبًا على ما تقدم، فقد آثرنا تقسيم دراستنا في هذا الموضوع على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف ومضمون الفصل لسبب اقتصادي.

الفرع الثاني: شروط الفصل لسبب اقتصادي.

الفرع الثالث: أسانيد قرار المجلس الدستوري بشأن الفصل الاقتصادي.

الفرع الرابع: تحليل قضاء المجلس الدستوري بشأن الفصل الاقتصادي

الفرع الأول

تعريف ومضمون الفصل لسبب اقتصادي

يُمارس المجلس الدستوري رقابته على محتوى وغرض وأسباب الفصل لأسبابٍ اقتصادية، وذلك على النحو المحدد في قانون التحديث الاجتماعي(١).

ويُحدد القانون الشروط التي يمكن بموجبها الفصل لأسباب اقتصادية. وطبقًا لنص المادة (١٠٧) من القانون المُعدِل للمادة (L.٣٢١-١) من تقنين العمل الناشئة بموجب القانون رقم (٨٩-٥٤٩) الصادر بتاريخ ٢ أغسطس ١٩٨٩م على أنه: " يُشكل فصلاً لأسباب اقتصادية الفصل المؤثر من جانب صاحب العمل لسبب أو أكثر من الأسباب التي لا تتعلق بشخص الموظف والناجمة عن إلغاء أو تغيير الوظيفة أو تعديل عقد العمل، بسبب صعوباتٍ اقتصاديةٍ أو تغيراتٍ

(١)**Voir**: Loi n° ٢٠٠٢-٧٣ du ١٧ janvier ٢٠٠٢ de modernisation sociale.

تكنولوجية "[١].

وعلى ذلك، يُستفاد من هذا النص أنه يجوز الفصل لأسباب اقتصادية، من خلال تحديد المشرع الإطار الذي يمكن من خلاله تعبير رئيس الشركة أو المشروع عن سلطته في اتخاذ القرار، أي حريته في اللجوء إلى الفصل الاقتصادي إذا تطلبت إدارة شركته أو مشروعه هذا الإجراء.

وانطلاقًا من حرية المشروعات، فعلى الرغم من سلطة صاحب العمل في إدارة شركته أو مشروعه على النحو الذي يراه ملائمًا، وإن كان يجوز له في سبيل ذلك اللجوء إلى فصل بعض العمال لديه، إلا أن هذا الإجراء على درجة كبيرة من الخطورة، لما يترتب عليه من القضاء على مصدر دخلهم الوحيد، ولذلك وضع المشرع شروطًا يتعين توافرها لتطبيق الفصل لأسبابٍ اقتصادية. وهو ما يعد تقييدًا لسلطة صاحب العمل في إدارة مشروعه. أو بالأحرى تقييدًا على حرية

(٢)"Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques"; **Voir**: Art. L٣٢١-١ de C. trav.

المشروعات.

الفرع الثاني

شروط الفصل لأسباب اقتصادية

تتطرق أسباب الفصل الاقتصادي إلى طبيعة حرية المشروعات؛ لأنها مرتبطة مباشرة بسلطة الإدارة والتنظيم لرئيس الشركة أو المشروع. حيث يستلزم المشرع في حالات الفصل أن تقترن بصعوباتٍ اقتصادية خطيرة لا يمكن التغلب عليها بأي وسيلة أخرى أو بتغيراتٍ تكنولوجية ". ويبدو أن هذا الأمر مقيدًا للغاية؛ لدرجة أن صاحب العمل لم يعد يبدو أنه سيتحكم في إدارة شركته أو مشروعه[١].

وقد قضى المجلس الدستوري بأن تراكم القيود التي فرضها القانون الجديد، والناتجة عن مضمون وهدف وأسباب اللجوء إلى الفصل، هو ما جعل المشرع يُفرط بشكلٍ واضح في التعدي على حرية المشروعات فيما يتعلق بالهدف المنشود المتمثل في الحفاظ على العمل.

واعتبر المجلس الدستوري في قراره رقم ٩٨-٤٠١ الصادر بتاريخ ١٠ يناير ١٩٩٨م المتعلق بقانون التوجيه والتحفيز لتخفيض ساعات العمل أن الإجراءات وتحديد المواعيد النهائية من أجل تقليص ساعات العمل الأسبوعية من ٣٩ إلى

---

(١) **RENEAUD (F.)**, La liberté d'entreprendre aurait-elle un « coût » ? A.J.D.A., ٢٠٠٢, P. ١١٦٣.

٣٥ ساعة اعتمادًا على القوى العاملة في الشركات، لا تفرض قيودًا على هذه الشركات مثل التأثير على حرية المشروعات(١).

وفي قراره الصادر في ١٣ يناير ٢٠٠٢م، ذهب المجلس الدستوري إلى التوفيق بين "حرية المشروعات" و "حق كل فرد في الحصول على عمل" فيما يتعلق بـ "الحد من البطالة"، ولكن بهدف "الحفاظ على العمالة". ويعتبر المجلس هذان الهدفان من طبيعةٍ دستورية، على الرغم من أنهما مختلفين اختلافًا بسيطًا. ولذلك فإن الوسيلة لتحقيق هدف "المحافظة على العمل" هي التي قد تنتهك على نحوٍ لا مبرر له لحرية المشروعات.

ومن الواضح أن المجلس الدستوري في قراريه سالفي الذكر يرى أن "المساعدات الهيكلية aides structurelles" و "المساعدات المالية aides financières" التي نص عليها المشرع كانت بهدف مواكبة تقليص ساعات

---

(١) **Cons. Const.**, Décision n° ٩٨-٤٠١ DC du ١٠ juin ١٩٩٨, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, J.O.R.F. du ١٤ juin ١٩٩٨, p. ٩٠٣٣.

في قراره رقم ٤٢٣-٩٩ من تاريخ ١٣ يناير ٢٠٠٠م، اعتبر المجلس أن الإجراءات التي اتخذها المشرع فيما يتعلق بالتخفيض التفاوضي لوقت العمل " لا تؤثر على حرية المشروعات بمثل ما يؤثر هذا التدخل على تشويه نطاقها". **انظر:**
Cons. Const., Décision n° ٩٩-٤٢٣ DC du ١٣ janv. ٢٠٠٠, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail, J.O.R.F. du ٢٠ janv. ٢٠٠٠, p. ٩٩٢.

العمل، وتخفيف القيود المفروضة على حرية المشروعات[١].

إلا أنه يثور التساؤل بشأن ما إذا لو كان المشرع قد قدم مساعدة مالية إضافية لتمكين الشركات أو المشروعات من مواجهة "الصعوبات الاقتصادية الخطيرة" التي تواجهها؟ هل كان المجلس سيُعلن عدم دستورية أحكام المادة (١٠٧) من قانون التحديث الاجتماعي؟

وكان المجلس قد ذهب إلى أن "استحداث آلية لتشجيع أصحاب العمل على تخفيض ساعات العمل" من جانب المشرع ليس له ما يبرره في ضوء "الوضع الحالي لسوق العمل ". وفي أقل من أربع سنوات، هل هذا الوضع قد تغير بشكلٍ جذري لدرجة أن القيود المفروضة على احتمالات الفصل لأسباب اقتصادية لم تعد مبررة اليوم؟ وهل حرية المشروعات نسبية بحيث يمكن أن تختلف حمايتها وفقًا للوضع الاقتصادي والسياسي[٢]؟

---

(١) **RENEAUD (F.)**, La liberté d'entreprendre aurait-elle un « coût » ? Op. Cit., P. ١١٦٣.

(٢)**THERON (J.-P.)**, Sur un postulat libéral: la liberté d'entreprendre, limite à l'intervention publique, in Propriété et révolution, Editions du CNRS, Service des publications de Toulouse I, ١٩٩٠. L'auteur semble confirmer cette idée lorsqu'il caractérise la liberté d'entreprendre comme « une notion instrumentale, variable au gré des nécessités économiques et des conceptions politiques qui en découlent », p. ٢٢٠.

من الصعب تقييم كيفية موازنة المجلس بين الأهداف التي يسعى إليها القانون والوسائل اللازمة لتحقيقها من ناحية، وبين انتهاكات حرية المشروعات من ناحيةٍ أخرى. ويؤدي هذا التقييم، الذي يطبق مبررًا قريبًا من "توازن التكلفة والعائد du bilan coûts-avantages " إلى التساؤل بمزيدٍ من الدقة عن أسلوب الرقابة الذي يستخدمه المجلس الدستوري.

فقد ذهب إلى أن المشرع قد انتهك حرية المشروعات بشكلٍ واضحٍ بتدخل مفرط فيما يتعلق بهدف الحفاظ على العمل"(١). ومن المُلاحظ أن المجلس الدستوري يتجنب استخدام تعبير" الخطأ الواضح erreur manifeste " والذي يشكل إهانة إلى حدٍ ما إلى أعضاء البرلمان مقارنةً بصيغتي" عدم التناسب الواضح disproportion manifeste " أو" الاعتداءات المفرطة atteintes excessives". والواقع أن المجلس الدستوري يتجنب بعناية في قراراته الإشارة إلى تعبير "الخطأ الواضح". ويُفضل استخدام صيغ أكثر حيادية فيما يتعلق بالمشرع. حيث يقرر بأن القانون "لا يتجاهل حق العمل أو حرية المشروعات"(٢). أو "لا يؤثر القانون على حرية المشروعات بانتهاكٍ قد يتعارض مع الدستور"(٣).

(١)**ROUSSEAU (D.)**, Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, ٦e éd., ٢٠٠١, p. ١٤٧

(٢)**Cons. Const.**, Décision n° ٨٥-٢٠٠ DC du ١٦ jan. ١٩٨٦.

(٣)**Cons. Const.**, Décision n° ٩٠-٢٨٣ DC du ٨ jan. ١٩٩١ - loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, et n° ٩٠-٢٨٧ DC du ١٦ jan. ١٩٩١ - loi portant dispositions relatives à la santé publique et =

ومن المُلاحظ أن المصطلحات المستخدمة للرقابة قد تطورت إلى حدٍ ما. ويتحقق القاضي الدستوري من أن نصوص القانون على الرغم من القيود التي تتضمنها لا تقيد حرية المشروعات بشأن الفاعلين اقتصاديين إلى درجة تشويه نطاقها، وإلا فإن القيود التي فرضها المشرع لا تؤثر على هذه الحرية من الاعتداءات المفرطة التي قد تشوه نطاقها(١).

ويرى بعض الفقه(٢) أن المجلس الدستوري بشكلٍ عام يقوم بفحص ما إذا كانت الانتهاكات التي يرتكبها المشرع على حق دستوري ليست من الخطورة؛ بحيث يمكن تحريف معناها ونطاقها، وهذا التعليل هو نفسه "توازن التكلفة والعائد du bilan coûts-avantages" الذي افتتحه مجلس الدولة في حكم Ville Nouvelle-Est.

ومن حيث أن مبدأ القرار الشهير الصادر عن مجلس الدولة في ٢٨ مايو ١٩٧١م: "بالنظر إلى أنه لا يمكن الإعلان عن عملية ما من الناحية القانونية على أنها ذات منفعة عامة إلا إذا كانت الاعتداءات على الممتلكات الخاصة

=

aux assurances sociales.

(١)**Cons. Const.**, n° ٩٨-٤٠١ DC du ١٠ juin ١٩٩٨, loi d'orientation et d'incitation relatives à la réduction du temps de travail, et n° ٩٩-٤٢٣ DC du ١٣ jan. ٢٠٠٠ - loi relative à la réduction négociée du temps de travail.

(٢)**ROUSSEAU (D.)**, Droit du contentieux constitutionnel, Op. Cit., p. ١٤٩.

والتكلفة المالية، وربما المساوئ ذات الطبيعة الاجتماعية التي تستتبعها غير مفرطة مع مراعاة المصالح التي تقدمها"، وتشبه في الشكل المصطلحات المستخدمة من قبل المجلس الدستوري. غير أن هناك اختلافًا كبيرًا فيما يتعلق بالمضمون؛ في أن التعدي على حرية المشروعات ليس مبالغًا فيه فحسب، ولكنه مبالغًا فيه بشكلٍ واضح [١].

وإذا كانت نظرية "توازن التكلفة والعائد" تبدو قابلة للتحويل إلى التقاضي الدستوري فيما يتعلق بالطريقة التي يستخدمها القاضي الدستوري، فإن الأمر نفسه لا ينطبق على مدى الرقابة التي تم تنفيذها. وفي بعض الأحيان، يُشار إلى أن رقابة المجلس الدستوري على الخطأ الظاهر تبدو في رقابة "الحد الأدنى"[٢]. وأحيانًا، كأنها رقابة عادية[٣]. وقد يُنظر إليها – في بعض الأحيان – على أنها الحد الأقصى للرقابة[٤].

بينما بالنسبة لمجلس الدولة، يرتبط هذا النوع من الرقابة بـ "الرقابة الكاملة

(١)**C.E.**, ٢٨ mai ١٩٧١, Ville Nouvelle-Est.

(٢) **FAVOREU (L.) et PHILIP (L.)**, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Op. Cit., p. ٦٥٥.

(٣)**ROUSSEAU (D.)**, Droit du contentieux constitutionnel, Op. Cit., p. ١٥١.

(٤)**ROUSSILLON (H.)**, Le Conseil constitutionnel, coll. Connaissance du droit, Dalloz, ٤e éd., ٢٠٠١, p. ٩٨.

على التناسب"[١]. وبالنسبة للمجلس الدستوري فهو أقرب إلى مجرد فرض "رقابة على التناسب".

وتكتسب تقنية "التوازن بين التكلفة والعائد" أهميتها الكاملة في هذا القرار. ويوازن المجلس بين الهدف الذي يسعى إليه المشرع، وهو "الحفاظ على التوظيف أو العمالة" وانتهاكات حرية المشروعات. وإن تراكم القيود التي يفرضها المشرع هي التي تميل التوازن نحو عدم دستورية أحكام المادة (١٠٧) سالفة الذكر.

بيد أن المجلس لا يوازن بين المصلحة العامة والحرية بطريقة نظرية فحسب. وإنما بطريقة أكثر واقعية يقدّر تكلفة الاستغناء عن العمل للشركة. ومن المرجح أن تؤثر هذه الأخيرة على القدرة التنافسية الحالية والمستقبلية للشركة. وأخيرًا، إذا دفعنا المنطق إلى أقصى حدوده ، يقوم المجلس بتقييم هامش الربح الضروري للشركة حتى تتمكن من الاستمرار في الاستثمار، وبالتالي حماية استدامتها.

وتجدر الإشارة إلى أن القيود المفروضة على الشركة من خلال التعريف الجديد بشأن الفصل لأسباب اقتصادية هي قيود مالية. والآثار المالية والاجتماعية المترتبة على ذلك بالنسبة للموظفين بوجهٍ خاص، وللمجتمع بوجهٍ عام. وفي منطق "الميزانية"، يجعل المجلس الدستوري التكلفة المالية التي تتكبدها الشركة

(٥)**CHAPUS (R.)**, Droit administratif général, Montchrestien, T. ١, ١٤e éd., ٢٠٠٠, p. ١٠٥١ et sui.

تتفوق على التكلفة الاجتماعية التي يتحملها المجتمع بقدر ما تغلب حرية المشروعات على الهدف المتمثل في الحفاظ على العمل(١).

وإلى جانب التوفيق بين حرية المشروعات والحق في العمل، وإمكانية قيام مدير الشركة أو المشروع بالفصل وحماية توظيف العمالة، وأن استدامة الشركة أو المشروع والحفاظ على المستوى المعيشي للموظفين، وربح صاحب الشركة وأجور الموظفين ليست فقط مسألة التوفيق بين المتطلبات الدستورية ولكن المتطلبات المالية. ولذلك يبقى من الصعب في هذا القرار الكشف عن منطق القاضي الدستوري بين ما يندرج تحت العقلانية القانونية، وما يندرج تحت "العقلانية الاقتصادية".

وفي النظام القانوني المصري؛ فقد حرص المشرع الدستوري على حظر الفصل التعسفي للعمال، فقد نصت المادة (١٣) من الدستور المصري الحالي لعام ٢٠١٤م على أنه " تلتزم الدولة بالحفاظ على حقوق العمال، وتعمل على بناء علاقات عمل متوازنة بين طرفى العملية الإنتاجية، وتكفل سبل التفاوض الجماعى، وتعمل على حماية العمال من مخاطر العمل وتوافر شروط الأمن والسلامة والصحة المهنية، **ويحظر فصلهم تعسفيًا**، وذلك كله على النحو الذى ينظمه القانون ". وبدورها سعت المحكمة الدستورية العليا أيضًا نحو حماية حقوق

(١)**RENEAUD (F.)**, La liberté d'entreprendre aurait-elle un « coût »? Op. Cit., P. ١١٦٣.

العمال وعدم تغول رب العمل بسلطته في فصلهم تعسفيًا.

كما نصت المادة (١٢٢) من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م على أنه " إذا أنهى أحد الطرفين العقد دون مبرر مشروع وكاف، التزم بأن يعوض الطرف الأخر عن الضرر الذي يصيبه من جراء هذا الإنهاء. فإذا كان الإنهاء بدون مبرر صادرا من جانب صاحب العمل، للعامل أن يلجأ إلى المحكمة العمالية المشار إليها في المادة (٧١) من هذا القانون بطلب التعويض، ولا يجوز أن يقل التعويض الذي تقرره المحكمة العمالية عن أجر شهرين من الأجر الشامل عن كل سنة من سنوات الخدمة. ولا يخل ذلك بحق العامل في باقي استحقاقاته المقررة قانونًا ".

ويبدو من ذلك أن المشرع المصري قد حرص على وضع بعض الضمانات الدستورية والتشريعية التي تكفل حماية العمال من أشكال الفصل التعسفي من العمل، وأقر له إمكانية الحصول على التعويض المناسب والعادل.

الفرع الثالث
أسانيد قرار المجلس الدستوري بشأن
الفصل الاقتصادي

كانت قد رُفِعت إحدى الدعاوى استنادًا إلى انتهاك المادة (١٠) من قانون التحديث الاجتماعي على حرية المشروعات؛ وذلك بالنظر إلى أنها هذه المادة تُشير إلى تعديل المادة (L. ٣٢١-١) من تقنين العمل من خلال الاستعاضة عن تعريف الفصل الاقتصادي المحدد بموجب القانون رقم (٨٩-٥٤٩) الصادر بتاريخ ٢ أغسطس ١٩٨٩م بتعريف جديد بجاءت صيغته الحالية على النحو التالي:

" يُشكل فصلاً لأسبابٍ اقتصادية الفصل الذي يقوم به صاحب العمل لسبب أو أكثر من الأسباب التي لا تتعلق بشخص الموظف والناجمة عن إلغاء أو تغيير الوظيفة أو تعديل عقد العمل، إما بسبب صعوباتٍ اقتصادية خطيرة لا يمكن التغلب عليها بأي وسيلة أخرى، سواء للتغيرات التكنولوجية التي تهدد استدامة الشركة، أو لاحتياجات إعادة الهيكلة الضرورية لحماية نشاط الشركة "[١].

(١)« Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non =

ويُستنتج من ذلك أن مصطلحات هذا النص لا تنطبق في حالة إنهاء العمل أو تحويله فحسب؛ بل أيضًا في حالة رفض الموظف تعديل عقد عمله؛ وأنه بموجب المادة ٤-١٤-١٢٢ .L من تقنين العمل، فإن تجاهل هذه النصوص يعطي الحق، في حالة عدم وجود سبب حقيقي وخطير للفصل، في التعويض الذي لا يقل عن أجر آخر ستة أشهر.

وبالنظر إلى أن مقدمي الطلبات يزَعمون أن هذا التعريف الجديد ينتهك بشكلٍ غير متناسب حرية المشروعات؛ وذلك من خلال التحديد، بحذف كلمة "على وجه الخصوص – لا سيما "، من قائمة الحالات الاقتصادية التي تسمح بالفصل، حيث "يستبعد المشرع الحلول التي تفرضها الفطرة السليمة مثل وقف النشاط"؛ وأن مفهوم "الصعوبات الخطيرة" التي لا يمكن التغلب عليها بأي وسيلةٍ أخرى" سيسمح للقاضي بالتدخل في مراقبة الخيارات الاستراتيجية للشركة التي تخضع، وفقًا لحرية المشروعات لسلطة إدارة الرئيس الوحيد للشركة؛ وأن مفاهيم "التغيرات التكنولوجية" التي تدعو إلى التشكيك في استدامة الشركة أو "متطلبات

=

inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification du contrat de travail, consécutives soit à des difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen, soit à des mutations technologiques mettant en cause la pérennité de l'entreprise, soit à des nécessités de réorganisation indispensables à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise ».

إعادة الهيكلة الضرورية لحماية نشاط الشركة" تُشكل جميعها صيغًا غامضة، ومع ذلك فإن تجاهلها سَيُعاقب عليه بالتعويض المستحق في حالة عدم وجود سبب حقيقي وخطير للفصل.

وقد ذهب المجلس الدستوري إلى أن ديباجة الدستور تؤكد من جديد المبادئ المنصوص عليها في كل من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م، وديباجة دستور عام ١٩٤٦م؛ وأنه من الضروري تأهيل حرية المشروعات المستمدة من المادة (٤) من إعلان عام ١٧٨٩م، وكذلك المبادئ الاقتصادية والاجتماعية المنصوص عليها في نص ديباجة عام ١٩٤٦م، من بينها وفقًا للفقرة الخامسة حق كل فرد في الحصول على عمل، وحق أي عامل – بموجب الفقرة الثامنة – في المشاركة من خلال مندوبين في التحديد الجماعي لظروف العمل. وكذلك في إدارة الشركات.

وعلى ذلك، فإن هذا التعريف قد يترتب عليه بعض النتائج، والتي من بينها:

أولًا– أن التعريف الجديد للفصل الناتج عن المادة (١٠٧) من القانون المُشار إليه يحد من الحالات الثلاث التي تُحدَد في ضوئها احتمالات الفصل لأسبابٍ اقتصادية لاستبعاد أي فرضية أخرى، وعلى سبيل المثال وقف نشاط الشركة.

ثانيًا– أنه من خلال السماح بالفصل الاقتصادي لإعادة هيكلة الشركة فقط

إذا كانت إعادة الهيكلة هذه " لا غنى عنها لحماية نشاط الشركة " ولم تعد – كما هو الحال – في ظل التشريع الحالي، إذا كان من الضروري حماية القدرة التنافسية للشركة، فإن هذا التعريف يمنع الشركة من توقع الصعوبات الاقتصادية المستقبلية من خلال اتخاذ تدابير من المحتمل أن تتجنب عمليات الفصل اللاحقة الأكثر خطورة.

ثالثًا– إلى أنه بإخضاع عمليات الفصل إلى "صعوبات اقتصادية خطيرة لا يمكن التغلب عليها بأي وسيلة أخرى"، فإن القانون لا يقود القاضي إلى الرقابة فحسب، كما هو الحال في ظل التشريع الحالي. ولكن أيضًا لاستبدال تقييمه بتقييم مدير الشركة فيما يتعلق بالاختيار بين الحلول الممكنة المختلفة[١].

وباعتبار أن تراكم القيود التي يفرضها هذا التعريف على إدارة الشركة له تأثير فقط على السماح للشركة بفصل العمال إذا كانت استدامتها موضع شكٍ؛ وأن المشرع في إعداده لهذه النصوص قد انتهك حرية المشروعات بتدخل مفرط بشكلٍ واضح فيما يتعلق بالهدف المنشود المتمثل في الحفاظ على الوظيفة. وبالتالي، فقد انتهى المجلس الدستوري إلى إعلان عدم توافق نص المادة (١٠٧) بشأن تعريف الفصل لأسباب اقتصادية من قانون التحديث الاجتماعي مع الدستور.

(١) وتجد الإشارة في هذا الصدد إلى أن السبب الاقتصادي لفصل الموظفين الذي قرره رئيس الشركة أو المشروع قد ورد في نهاية الإجراءات المنصوص عليها في الكتاب الرابع والكتاب الثالث من قانون العمل.

الفرع الرابع

تحليل قضاء المجلس الدستوري بشأن الفصل الاقتصادي

اعتبارًا من قرار المجلس الدستوري الصادر في ١٢ يناير ٢٠٠٢م بشأن فحص قانون التحديث الاجتماعي تم على الفور التمسك بعدم دستورية نص المادة (١٠٧) المُشار إليها فيما يتعلق بتعريف الفصل لأسباب اقتصادية، على أساس التعدي المفرط على المبدأ الدستوري لحرية المشروعات. ولا شك أن تقييم المجلس الدستوري لهذه المسألة جدير بالذكر، ولو لمجرد أنه أدى للرقابة على قانون التحديث الاجتماعي استنادًا لهذا السبب. وذلك على الرغم من ردود الفعل التي أحدثتها. إلا أن الموقف الذي تبناه المجلس الدستوري كان أكثر دقةً بشكلٍ واضح(١).

ويجب أن تتوافق حرية المشروعات – على وجه الخصوص – مع المتطلبات الناشئة عن الأحكام أو القواعد أو المبادئ الأخرى ذات القيمة الدستورية. ومن المُلاحظ أنها تنطبق على وجه الخصوص في مجال القانون الاجتماعي. وهكذا يجوز للمشرع بصدد اعتماد تدابير وقائية تهدف إلى الحد من

(١) **PRÉTOT (X.)**, Le Conseil constitutionnel et la loi de modernisation sociale, Droit social, ٢٠٠٢, p. ٢٤٤.

استهلاك الكحول والتبغ[١] أو تعديل نظام العلاقات بين نظم التأمين الصحي والمهنيين الصحيين ومؤسسات الرعاية، لوضع قيودٍ معينة على حرية المشروعات بغية تنفيذ كفالة الحق في الصحة المنصوص عليها في الفقرة الحادية عشرة من ديباجة دستور ١٩٤٦م[٢].

وبالمثل، فإن المشرع لا ينتهك دون داعٍ حرية المشروعات في حالة تخطيط وتنظيم وقت العمل، من خلال الاحتفاظ بالمفاوضة الجماعية داخل الشركة، ويلزم أن تستوفي هذه الإجراءات المتطلبات الدستورية بشأن الحق في الحصول على عمل، والحق في الراحة ووقت الفراغ، ومبدأ مشاركة العمال، وهي من الحقوق التي تضمنتها ديباجة دستور عام ١٩٤٦م[٣].

وبذلك يبدو أن المجلس الدستوري تمشيًا مع مبررات قراراته أنه يميل نحو التهاون فيما يتعلق بانتهاكات مبدأ حرية المشروعات. وحتى وقتٍ قريب كانت هذه الحرية – في نظره – ليست عامة ولا مطلقة، وبالتالي يمكن أن تعاني من قيود المصلحة العامة. أما الآن فأصبحت الصيغة أكثر صرامة؛ حيث استقر على أنه

(١)**Cons. Const**., ٨ janv. ١٩٩١, décis. n° ٩٠-٢٨٣ DC, Rec. CC, p. ١١; A.J.D.A., ١٩٩١, p.٣٨٢, note P. Wachsmann ; RFD const. ١٩٩١, p. ٢٩٤, obs. L. Favoreu ; R.T.D. sanit. soc. ١٩٩١, p. ٢٠٤, note J.-S. Cayla.

(٢)**Cons. Const**., ١٦ janv. ١٩٩١, décis. n° ٩٠-٢٨٧ DC, Rec. CC, p. ٢٤; RFD const., ١٩٩١, p. ٢٩٤, obs. L. Favoreu ; RJS ٣/٩١, n° ٣٨٨ et ٣٨٩; R.T.D. sanit. soc. ١٩٩١, p. ٢٤٦, note X. Prétot.

(٣)**Cons. Const.**, ١٣ janv. ٢٠٠٠, décis. n° ٩٩-٤٢٣ DC, préc. n° ٦.

يتعين ألا تفي الانتهاكات بمصالح عامة أو متطلبات دستورية فحسب، بل يجب ألا تكون مفرطة ومن باب أولى ألا يكون من شأنها تشويه نطاقها(١). ومع ذلك، ليس من المؤكد أن هذا التطور الدلالي له تأثيراتٍ حقيقية فيما يتعلق بمدى الرقابة التي تُمارس من جانب المجلس الدستوري، كما يؤكد قراراه الصادر بتاريخ ١٢ يناير ٢٠٠٢م.

ولكن يثور التساؤل الآتي: هل تعوق حرية المشروعات وضع تعريف صارم للفصل لأسباب اقتصادية ؟ هذا هو السؤال الذي كان على المجلس الدستوري الإجابة عليه في هذه القضية. وبإعادة صياغة أحكام المادة (L.٣٢١-١) من تقنين العمل، يُقصد بأحكام المادة (١٠٧) من قانون التحديث الاجتماعي قصر إمكانية الفصل لأسبابٍ اقتصادية على ثلاثة افتراضات محددة. ويمكن أن تنطبق التصنيفات – على نحوٍ أدق – فقط على الفصل من العمل من جانب صاحب العمل لسبب أو أكثر غير متأصل في شخص العامل نتيجة لإنهاء العمل أو تغيير الوظيفة أو تعديل عقد العمل، في ضوء الصعوبات الاقتصادية الخطيرة التي لا يمكن التغلب عليها بأي وسيلة أخرى، سواء للتغيرات التكنولوجية التي تهدد استدامة الشركة، أو لمتطلبات إعادة الهيكلة الضرورية لحماية نشاط الشركة(٢).

ومن المُلاحظ أن هذه الصيغة بلا شكٍ جاءت أكثر تقييدًا من التعريف

(١)**Cons. Const.**, ١٣ janv. ٢٠٠٠, Op. Cit.

(٢) **PRÉTOT (X.)**, Op. Cit., p. ٢٤٤.

الوارد في المادة (L.٣٢١-١) من تقنين العمل، وذلك فقط بسبب استبعاد الظرف "لاسيما"، الذي يُكمل الإشارة إلى الصعوبات الاقتصادية والتغيرات التكنولوجية لتبرير الفصل.

وكان المجلس الدستوري يعتزم قبل النظر في هذه النصوص أن يذكر مسبقًا شروط استدلاله. بعد استدعاء المتطلبات المتناقضة، في هذه الحالة مع المبدأ الدستوري لحرية المشروعات، وحق الجميع في الحصول على عمل، وحق العمال في المشاركة من خلال ممثليهم في التحديد الجماعي لظروف العمل، وكذلك الحق في إدارة الأعمال؛ حيث يتعين على المشرع أن ينص على تنفيذ المبادئ الاقتصادية والاجتماعية الواردة في ديباجة دستور عام ١٩٤٦م، مع التوفيق بينها وبين الحريات المكفولة دستوريًا. وإذا كان بإمكانه أن يقيد من حرية المشروعات بأنشطة مرتبطة بمتطلبات الحق في العمل، فسيكون مقيدًا بشرط ألا يؤدي ذلك إلى انتهاك غير متناسبٍ فيما يتعلق بالهدف المنشود.

وبناءً على القيمة الدستورية لهذه المبادئ يشرع المجلس الدستوري بعد ذلك في فحص النصوص المُشار إليها، وإذا ما أُقر بأنها تُقوض بشكلٍ واضح من حرية المشروعات في ضوء الهدف المنشود، فإنها تأتي نتيجةً لتفسير شامل للقانون.

وبالنسبة للمجلس، فهذا يعني للوهلة الأولى أن تعريف الفصل لأسبابٍ اقتصادية له طبيعة مقيدة للغاية، مع استبعاد أي فرضية أخرى، مثل توقف نشاط

الشركة؛ مما يؤدي إلى الفصل من ناحية. ومن ناحيةٍ أخرى، أنه يستبعد أي توقع للصعوبات المستقبلية، حيث لا يجوز الفصل إلا عند الضرورة في حالة إعادة هيكلة الشركة بقدر ما يكون ذلك ضروريًا لحماية نشاطه، وليس لقدرته على المنافسة.

وأخيرًا، من المرجح أن يخول القاضي ليس الرقابة على السبب الاقتصادي للفصل فحسب، بل أيضًا الاستعاضة بصلاحيات تقييم صاحب العمل فيما يتعلق بالاختيار بين مختلف الحلول الممكنة. وبالتالي، فإن الجمع بين القيود المفروضة على الشركة بموجب النصوص المُشار إليها هو الذي يؤدي إلى الإفراط الواضح في انتهاك حرية المشروعات. ولا شك أن الحل المُتخذ على هذا النحو يثير قدرًا من التفكير في هذا الشأن.

وقررت المحكمة العليا كمبدأ أنه ليس للقاضي الرقابة على الاختيار الذي اتخذه صاحب العمل من بين الحلول الممكنة "[١]. بل أكثر من ذلك، فإن صاحب العمل يتمتع باستقلالية تجاه القاضي بحرية المشروعات، ويميل المجلس الدستوري

(١) **Cass. plén.**, ٨ déc. ٢٠٠٠, Société anonyme de télécommunications, Bull. AP., n° ١١, p. ١٩ ; D. ٢٠٠١,١١٢٥, note J. Pélissier ; Dr. soc. ٢٠٠١,١٢٦, concl. P. de Caigny, note A. Cristau, et ٤١٧, étude A. Jeammaud et M. Le Friant ; RJS ٢/٠١, n° ١٨٠, p. ٩٥, note P.-H. Antonmattei, et ٧/٠١, p. ٥٦٧.

إلى إضفاء طابع المطلب الدستوري عليه[١]. وفضلاً عن ذلك، تستحق الرقابة على أحكام المادة (١٠٧) من قانون التحديث الاجتماعي، وعلاوةً على ذلك، فإن الواضح أن المجلس الدستوري آثر هذه المرة حرية المشروعات بقدر ما يدعو إلى التوفيق بين المبادئ المتناقضة.

ومع ذلك، لا ينبغي المبالغة في أهمية الموقف المتخذ من جانب صاحب العمل. والواقع أن المجلس الدستوري لم يقتصر على فرض رقابة على أحكام المادة (١٠٧) من القانون المُشار إليه في مضمونها الظاهر فقط. وشرع في تفسيرها، واستنتج فقط وجود تدخل مفرط بشكل واضح في حرية المشروعات لمرة واحدة، كما لاحظ تراكم القيود الناتجة عن الأحكام الفعلية للقانون المذكور بقدرٍ أقل من التفسير الذي كان ينوي الإبقاء عليه.

ومقارنةً بالقرارات الصادرة من المجلس الدستوري في ٧ ديسمبر ٢٠٠٠م، فإن القرار الصادر في ١٢ يناير ٢٠٠٢م يعكس بلا شكٍ تطور السوابق القضائية فيما يتعلق بنطاق حرية المشروعات. إلا أنه يحتفظ بطابعٍ نسبي، يتمثل في أن الاعتداءات الموجهة ضدها لا يمكن أن يوجه لها اللوم إلا إذا كانت بشكلٍ واضح

---

(١) وقد اعتمد مجلس الدولة الصيغة ذاتها بموجب قاعدة الأحكام الخاضعة للترخيص الإداري المسبق بالفصل لأسباب اقتصادية، ولمزيد من التفاصيل، **انظر:**
PRETOT (X.), « Le juge administratif et le licenciement pour motif économique, quelques observations en marge », Dr. soc. ١٩٨٧, p. ٢٧٢.

غير متناسبة مع الهدف المنشود.

ويؤكد على أن تقييم المجلس الدستوري للأحكام الأخرى للقانون، والتي تعتبر مخالفة لحرية المشروعات على الفروق الدقيقة التي ينبغي أن تتطابق مع الرقابة المفروضة على المادة (١٠٧)،. وسواء تعلق الأمر بأحكام المواد (٩٩ – ١٠١ – ١٠٦ – ١١٦) التي تعدل وتحدد إجراءات الفصل لأسباب اقتصادية، أو تلك الواردة في المادة (I–١١٨) التي تخول ممثل الدولة تشجيع الشركة التي تقوم بفصل جماعي كبير، والمساهمة في اتخاذ تدابير لإعادة التوازن في قاعدة العمالة، حيث رفض المجلس الدستوري دون دافعٍ لا مُبرر له حجج الإحالات المستندة على وجه الخصوص إلى الانتهاك المزعوم لحرية المشروعات[١].

وهكذا، يتضح من القرار الصادر في ١٢ يناير ٢٠٠٢م أن حرية المشروعات لا يمكن اختزالها دون قيد أو شرط في متطلبات قانون العمل، وعلى الرغم من ذلك، يحتفظ المشرع بهامشٍ واسعٍ من المناورة للتوفيق بين المتطلبات المتناقضة لحرية المشروعات وحقوق العمال.

(١) **PRÉTOT (X.)**, Op. Cit., p. ٢٤٤.

المبحث الثالث
تقدير المسألة الدستورية الأولية بشأن انتهاك حرية المشروعات

تمهيد وتقسيم:

تعتبر المسألة الدستورية الأولية من أهم محاور الإصلاح التي أتى بها التعديل الدستوري الفرنسي لعام ٢٠٠٨م، حيث يجوز للأفراد الحق في الدفع بعدم دستورية النص التشريعي المطبق على النزاع أمام الجهة القضائية المختصة، سواء كانت جهة القضاء العادي والإداري، وذلك في النصوص التشريعية التي من شأنها الإخلال بحقوقهم وحرياتهم الدستورية. حيث يقوم قاضي الموضوع بالبت في القضية وإحالتها في مهلة ثمانية أيام إلى مجلس الدولة أو محكمة النقض وفقًا لحالتها، ولهذه الجهة تقدير مدى انتهاك هذه النصوص لحرية المشروعات من خلال فحص جدية إحالة المسألة الدستورية الأولية خلال أجل معين (في غضون ثلاثة أشهر)، إما برفض الإحالة أو إحالة المسألة إلى المجلس الدستوري. وهذا الدفع لا يجوز للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، حتى ولو كان النص التشريعي ظاهر المخالفة للنصوص الدستورية، وإنما يقتصر الحق في إثارتها على المتقاضين وحدهم.

ثم يتولى المجلس الدستوري فحص المسألة الدستورية الأولية المُحالة إليه خلال ثلاثة أشهر، والذي ينتهي إما بتقرير دستورية النص وإحالة الدعوى إلى الجهة القضائية المعنية للفصل فيها، وإما تقرير عدم دستورية النص. ومن ثم، يتم إلغائه ونشر الحكم الصادر بعدم الدستورية في الجريدة الرسمية.

وتفريعًا على ما تقدم، فقد رأينا تناول الدراسة في هذا الموضوع على النحو التالي:

المطلب الأول: تقدير القاضي العادي لمدى انتهاك حرية المشروعات.

المطلب الثاني: تقدير القاضي الإداري لمدى انتهاك حرية المشروعات.

المطلب الأول

تقدير القاضي العادي لمدى انتهاك حرية المشروعات

يُمارس القاضي العادي رقابته اللاحقة على النصوص التي من شأنها الاعتداء على المبدأ الدستوري لحرية المشروعات من خلال تقديره لمدى جدية المسألة الدستورية الأولية التي يبديها أمامه أحد المتقاضين.

وعلى ذلك، كانت محكمة النقض الفرنسية قد رفضت إحالة مسألة دستورية أولية (QPC) إلى المجلس الدستوري فيما يتعلق بأحكام المادة (٩٩) من القانون رقم (٥٨٨) الصادر بتاريخ ٣٠ يوليو ١٩٨٧م والمُعدل بموجب المادة (٦) من

القانون رقم (٢٩٣) لسنة ٢٠٠٧م، والتي من شأنها أن تحظر تأسيس مشروع على بعد أقل من مائتي متر من مؤسسة تعليمية يكون نشاطه بيع أو توفير أشياء ذات طبيعة إباحية للجمهور(١).

وكان مقدم مقدم الطلب قد احتج بأن هذا نص المادة (٩٩) من شأنه أن يتعارض مع مبدأ حرية المشروعات المعترف به دستوريًا، والمستمد من المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م، والذي أقره المجلس الدستوري باعتباره ذات قيمةٍ دستورية(٢).

إلا أن محكمة النقض قد قضت بعدم إحالة القضية إلى المجلس الدستوري. وذهبت إلى أن المسألة ليست بالغة الخطورة من حيث أن " النص القانوني المُنتقد الذي اعتمده المشرع كان بغرض تعزيز حماية الطفل، بما في ذلك أن مراعاة الاحتياجات واحترام الحقوق هي من المبررات ذات المصلحة العامة التي تفي بالمتطلبات الدستورية المُعترف بها، والمكفولة بموجب الفقرتين (١٠-١١) من ديباجة دستور عام ١٩٤٦م، والتي تفي بالقيمة الدستورية المتمثلة في الحفاظ على النظام العام، ولا يترتب على ذلك تدخل غير متناسب بشكلٍ واضح مع حرية

(١) **AUFFRAY (S.)**, Liberté d'entreprendre : non-renvoi d'une QPC, ١١ fév. ٢٠١٣.

(٢)**Cons. Const.**, ٢٧ juill. ٢٠٠٠, n° ٢٠٠٠-٤٣٣ DC, D. ٢٠٠١, Somm. P. ٨٣٨, obs. N. Jacquinot ; ١٦ juill. ٢٠٠١, n° ٢٠٠٠-٤٣٩ DC, A.J.D.A., ٢٠٠١, p. ٢٢٢.

المشروعات فيما يتعلق بالهدف المنشود "[١].

وكانت شركة للدفاع عن المؤمن عليهم قد قدت طلبًا أمام محكمة النقض لإحالة مسألة دستورية أولية (QPC) تتعلق بدستورية المواد (L.٢١١-١٠) من قانون التأمين وكذلك المادة (٥٤) من القانون رقم (١١٣٠) لسنة ١٩٧١م. حيث ذهبت محكمة النقض إلى أنه فيما يتعلق بحرية المشروعات التي تكفلها المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م، والحق في الحصول على عمل هو أيضًا مكفول بموجب الفقرة الخامسة من ديباجة دستور عام ١٩٤٦م[٢].

وعلى ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه "لا يُسمح إلا لمحترف قانوني أو ما يعادله بالقيام على أساس منتظم وبأجر بنشاط لمساعدة ضحية حادث مروري أثناء المرحلة غير الخلافية من إجراءات العرض الإلزامي. بشرط أن يشمل هذا النشاط خدمات استشارية في الأمور القانونية، وهذا التقييد على حرية المشروعات تبرره الحاجة إلى ضمان احترام حقوق الدفاع التي تضمنها المادة (١٦) من الدستور، ومن الواضح أنه لا تتناسب مع الهدف المنشود. وتضيف المحكمة بأن "شرط المؤهل المهني المحدد لا يؤثر في حد ذاته على

---

(١) **Cass. Crim.**, QPC, ٢٢ janv. ٢٠١٣, n°١٢-٩٠,٠٦٥.

(٢) **DEHARO (G.)**, Limitation à la liberté d'entreprendre des professionnels non avocats : pas de renvoi de la QPC, ١٧ oct. ٢٠١٩.

الحق في الحصول على عمل"[١].

وكذلك أيضًا ذهب المجلس الدستوري في حكمه الصادر بتاريخ ٢٦ نوفمبر ٢٠١٠م بشأن بحث إحدى المسائل الدستورية الأولية التي أحالتها إليه محكمة النقض استنادًا إلى المادة (٦١/١) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨م؛ استنادًا إلى تعارض المادتين (١٦-١١٤) من تقنين الضمان الاجتماعي، والمادة (٨٢٧١-٨-١) من تقنين العمل مع الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، نظرًا لأن هذه النصوص تمثل اعتداءً على حرية المشروعات وغيرها من الحقوق والحريات الأخرى. لكن المجلس الدستوري كان قد انتهى إلى أن هاتين المادتين لا تمثل اعتداءً على حرية المشروعات ولا غيرها من الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، ولعل هذا يؤكد أن حرية المشروعات من الحريات المكفولة دستوريًا[٢].

وعلى ذلك انتهت محكمة النقض إلى عدم قبول إحالة المسألة الدستورية الأولية إلى المجلس الدستوري لعدم انتهاكها لحرية المشروعات. ومن ثم، فيبدو أن القاضي العادي يتمتع بسلطة تقديرية في فحص الطلبات بشأن الدفع بالمسألة الدستورية الأولية فيما يتعلق باعتداء المشرع على المبدأ الدستوري لحرية المشروعات. ولعل ذلك من شأنه المساهمة بشكلٍ بالغ الأهمية في إرساء القيمة

---

(١) **Cass., Civ.** ١re, ٢٥ sept. ٢٠١٩, n° ١٩-١٣,٤١٣.

(٢) **Cons. Const.**, ٢٦ nov. ٢٠١٠, n° ٢٠١٠-٦٩ QPC.

الدستورية لحرية المشروعات.

المطلب الثاني

تقدير القاضي الإداري لمدى انتهاك حرية المشروعات

يُمارس القاضي الإداري أيضًا رقابته اللاحقة على النصوص والأحكام التشريعية التي قد يترتب عليها انتهاك حرية المشروعات من خلال فحص جدية الدفع بالمسألة الدستورية الأولية التي يبديها أحد الأطراف في الدعوى.

وعلى ذلك، قرر مجلس الدولة بموجب قراره الصادر في ٦ أغسطس ٢٠٢١م أنه لا توجد حاجة لإحالة مسألة الدستورية الأولية(QPC) إلى المجلس الدستوري فيما يتعلق بالفقرة (١٦) من المادة (L.٥٤١-١٥-١٠)، من تقنين البيئة. والتي تنص على أنه " اعتبارًا من ١ يناير ٢٠٢٣م، يتعين على مؤسسات تقديم الخدمات الغذائية أن تقدم وجبات الطعام والمشروبات التي تُستهلك في أماكن المؤسسة في أكواب، بما في ذلك مراعاة آليات الإغلاق والأغطية والأطباق القابلة لإعادة الاستخدام، وكذلك أدوات المائدة القابلة لإعادة الاستخدام. وتحدد طريقة تنفيذ هذه الفقرة بموجب مرسوم "[١].

(١)"A compter du ١er janvier ٢٠٢٣, les établissements de restauration sont tenus de servir les repas et boissons consommés dans l'enceinte de l'établissement dans des gobelets, y compris leurs moyens de fermeture et couvercles, des assiettes et des récipients réemployables ainsi qu'avec des couverts réemployables. Les =

وبمناسبة تناول القاضي الإداري هذا الحكم في الدعوى المعروضة عليه، فقد أعرب مجلس الدولة عن رأيه في التوفيق بين حماية البيئة وحرية المشروعات. واستنادًا إلى المسألة الدستورية الأولية أثار مصنعو التغليف ثلاثة مبررات قوية لهذا الدفع: **أولًا**– تجاهل الالتزام بالحظر المنصوص عليه في المادة (٣) من ميثاق البيئة، **وثانيًا**– مخالفة مبدأ المساواة المحدد في المادة (٦) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، **وثالثًا**– انتهاك مبدأ حرية المشروعات المستمد من المادة (٤) من ذات الإعلان.

وعلى ذلك، رأى مجلس الدولة أنه يجوز للمشرع أن يفرض على حرية المشروعات بعض القيود المرتبطة بالمتطلبات الدستورية أو التي تبررها المصلحة العامة، شريطة ألا يكون من شأن هذه القيود أن تؤدي إلى ضرر لا يتناسب مع الهدف المنشود. من خلال فرض استخدام أدوات المائدة القابلة لإعادة الاستخدام على مؤسسات تقديم الخدمات الغذائية، فيكون المشرع قد قصد بذلك تعزيز الحد من النفايات البلاستيكية بهدف حماية البيئة[١].

ومع ذلك، فإن هذا الالتزام لا يفرض على مؤسسات تقديم الطعام اختيارًا

= modalités de mise en œuvre du présent alinéa sont précisées par décret "; **Voir**: L.٥٤١-١٥-١٠, III ٢° (١٦ème alinéa) Code de l'environnement.

(١) **C.E.**, ٦ août ٢٠٢١, n°٤٥٠٢٢٨, Inédit au recueil Lebon.

معينًا للعملية الصناعية والتوزيع والتسويق والاستهلاك، ولن يتم تطبيقه إلا اعتبارًا من ١ يناير ٢٠٢٣م. وبالتالي، فإن الاعتداء من جانب المشرع على حرية المشروعات لمؤسسات تقديم الطعام ليس مُخلًا بالنظر إلى نطاق هذا الالتزام، والذي لا يتناسب بشكلٍ واضح مع هدف المصلحة العامة لحماية البيئة. وبالتالي، فإن التظلم القائم على الجهل بحرية المشروعات ليس ذا طبيعةٍ جدية.

ويأتي هذا القرار في أعقاب القرار الرائع للغاية الصادر عن المجلس الدستوري بتاريخ ٣١ يناير ٢٠٢٠م(١). وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة(٢) – كما سبق وأن ذكرنا – كان قد صادق على المسألة الدستورية الأولية بإحالتها إلى المجلس الدستوري، وذلك بالنظر إلى أن الوسائل التي ينص عليها حظر إنتاج وتخزين ونقل منتجات وقاية النباتات التي تحتوي على مواد نشطة غير معتمدة من الاتحاد الأوروبي من شأنها أن تنتهك حرية المشروعات، التي تكفلها المادة (٤) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م.

وتأكيدًا على ذلك، قضى المجلس الدستوري بأنه "بمنع الشركات المؤسسة في فرنسا من المشاركة في بيع مثل هذه المنتجات في جميع أنحاء العالم. وبالتالي، ما يترتب على ذلك بصورة غير مباشرة من ضررٍ على صحة الإنسان والبيئة. وحتى خارج الاتحاد الأوروبي من المرجح أن يتم السماح بإنتاج وتسويق

(١) **Cons. Const.**, ٣١ janv. ٢٠٢٠, n°٢٠١٩-٨٢٣ QPC.
(٢)**C.E.**, ٧ nov. ٢٠١٩, n°٤٣٣٤٦٠.

مثل هذه المنتجات، فقد شن المشرع اعتداءً على حرية المشروعات يتماشى بوضوحٍ مع الأهداف ذات القيمة الدستورية لحماية الصحة والبيئة".

وبذلك يكون المجلس الدستوري قد أكد على أن حماية البيئة يعتبر هدفًا ذا قيمة دستورية. ومن ثم، دمجها في الكتلة الدستورية، وما يدعو نحو الحاجة إلى التوفيق بينها وبين حرية المشروعات. ويترتب على ذلك أن هدف المصلحة العامة يتمثل في حماية البيئة – وهذا ما يذكّر به مجلس الدولة في قراره الصادر في ٦ أغسطس ٢٠٢١م بعد إجراء رقابة التناسب – أنه يُقيد بشكلٍ ملموس من ممارسة حرية المشروعات.

وبذلك يظهر القانون البيئي كعقبة أمام حرية المشروعات أو على الأقل كقيد على ممارستها. كما يضع قانون الضبط أيضًا العديد من القيود التي من المحتمل أن تشكك في هذه الحرية، سواء في القانون المحلي أو في قانون الاتحاد الأوروبي. لقد غيرت مبادئ القانون البيئي والمفاهيم الناشئة بشكلٍ كبير في المشهد القانوني، وجددت تقنيات التدخل من قبل السلطات العامة(١).

ومن المفارقات أن المخاطر الجديدة وتوقعات المجتمع المدني قد بررت فرض قيود أكبر على ممارسة الأنشطة الاقتصادية. ومع ذلك، يَلزم وصول القانون

(١) **TOMADINI (A.)**, La liberté d'entreprendre et la protection de l'environnement, Contribution à l'étude des mécanismes et de conciliation, L.G.D.J., paris, ٢٠١٥, p. ٦ et sui.

البيئي إلى مرتبةٍ دستورية مساوية لمرتبة حرية المشروعات. وبذلك يبدو الهدف المتمثل في التوفيق بين القضايا البيئية والقضايا الاقتصادية أصبح مطلوبًا الأن أكثر من أي وقتٍ مضى.

ويُلاحظ أن هذا القرار، والذي يعد جزءًا من منظور تخضير وتهيئة ممارسة النشاط الاقتصادي، سيكون له عواقب وخيمة على الشركات التي يتعين عليها أن تأخذ في الاعتبار من الآن فصاعدًا حماية البيئة عند تطوير أنشطتها.

وفي السياق ذاته، ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه ليست هناك حاجة للرجوع إلى المجلس الدستوري في المسألة الدستورية الأولية التي أثارتها النقابة الوطنية لجراحة العظام الفرنسية. استنادًا إلى عدم دستورية أحكام الفقرة الخامسة من المادة (L.٤٣٢٢-١) من تقنين الصحة العامة؛ بحجة انتهاك مبدأ حرية المشروعات، حيث أنها قد حظرت على أخصائي تقويم العظام تجديد الوصفات الطبية، وملائمتها، وأتاحتها فقط للمهنين من غير الأطباء(١).

ويرجع الهدف من النصوص المتنازع عليها إلى السماح للمهنيين غير الأطباء بتجديد الوصفات الطبية، ومدى ملائمتها. وبعدم منح هذا الحق لأخصائي تقويم العظام، الذين تقتصر مهامهم على تجهيز المرضى أو المعوقين بالمعدات، ولم يكفل المشرع تحقيق توافق غير متوازن بشكلٍ واضح بين مبدأ حرية

(١) **C.É.**, ٢٣ sep. ٢٠٢٠, n° ٤٣٨٦٩٠.

المشروعات ومتطلبات الفقرة الحادية عشرة من ديباجة دستور ١٩٤٦م المتعلقة بحماية الصحة. ومن ثم، رفض مجلس الدولة طلب النقابة الوطنية لجراحة العظام الفرنسية بشأن إحالة المسألة الدستورية الأولية إلى المجلس الدستوري بشأن انتهاك أحكام الفقرة الخامسة من المادة (L.٤٣٢٢-١) من تقنين الصحة العامة للمبدأ الدستوري لحرية المشروعات.

كما قضت المحكمة الإدارية لمرسيليا بهدم مطعم يقع في محيط الأملاك العامة البحرية، وإعادة المبنى إلى حالته الأصلية، في غضون تسعون يومًا من تاريخ الإخطار بالحكم، بغرامة قدرها ١٥٠ يورو عن كل يوم تأخير، وللإدارة بعد هذا الموعد الشروع في تنفيذ هذا الإجراء على نفقة المخالف. فتم الطعن على هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف الإدارية في مرسيليا، والتي احتج أمامها بعدم دستورية نص المادة (L. ٢١٣٢-٣) من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة (C.G.P.P.P.) لمخالفتها لمبدأ حرية المشروعات. فأحالت الطعن إلى مجلس الدولة الذي رفض إحالة المسألة الدستورية الأولية بشأن المادة (L. ٢١٣٢-٣) من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة، والتي تحظر من حيث المبدأ تشييد أو صيانة أشغال أو منشآت لا تتوافق مع الاستخدام العام للأملاك العامة البحرية، وتعرض الذين يقومون بذلك لهدم منشآتهم، لا تنتهك بشكلٍ مفرط بلا داعٍ حرية المشروعات، والتي يكون للمشرع عند ممارستها في الأملاك العامة البحرية فرض قيود مبررة فيما يتعلق بالمتطلبات الدستورية، بحقوق وحريات الأشخاص الذين تم تخصيصها لاستخداماتهم، والتي ترتبط بحماية هذه المنطقة، والذي يلزم الحصول

علـى تـرخيص مؤقـت بالضـرورة لشـغلها، أو اسـتخدامها فـي حـدود تتجـاوز حـق الاستخدام الذي يمتلكه الجميع(١).

ونتيجةً لذلك، قضي بعدم جدية الدفع المبدى بشأن المسألة الدستورية الأولية التي أُثيرت بشأن المادة ٣-٢١٣٢ .L من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة لعـدم انتهاكهـا لحريـة المشـروعات. ومـن ثـم، فـلا داعـي للرجـوع إلـى المجلـس الدستوري في المسألة المُحالة من محكمة الاستئناف الإدارية في مرسيليا.

وبتـاريخ ١٨ مـارس ٢٠١٣م، كـان قد عُرض علـى المجلس الدسـتوري مـن قبـل مجلـس الدولـة (٢)،فحـص مسـألة دسـتورية أوليـة أثارهـا الاتحـاد الفرنسـي للصـناعات الخرسـانية وفقًـا للشـروط المنصـوص عليهـا فـي المـادة (٦١-١) مـن الدستور الفرنسي فيما يتعلق بالامتثال للحقوق والحريات التي يكفلها الدستور في الفقـرة الخامسـة مـن المـادة (L٢٢٤-١) مـن تقنـين البيئـة. حيـث قـرر المجلـس الدسـتوري مخالفـة هـذه المـادة للدسـتور، والتـي فرضـت حـدًا أدنـى لكميـة المـواد الخشبية في أي بناء جديد. وهذا النص لا يتعارض في الواقع مع مبدأ المشاركة العامة، وإنما يتعارض بشكلٍ واضح مع حرية المشروعات(٣).

ولما كانت الفقرة الخامسة من المادة سالفة الذكر قد نصت على ما يلي: "

---

(١) **C.É.**, ٦ oct. ٢٠١٠, n° ٣٤١٥٣٧.

(١)**Voir**: Décision n° ٣٦١٨٦٦ du ١٨ mars ٢٠١٣.

(٣) **Cons. Const.**, Décision n° ٢٠١٣-٣١٧ QPC du ٢٤ mai ٢٠١٣.

يُحدد مرسوم مجلس الدولة الشروط التي بموجبها يجب أن تتضمن بعض الإنشاءات الجديدة حدًا أدنى من كمية المواد الخشبية "[١]. ويُستفاد من ذلك أن المشرع قد وضع المبدأ الذي مفاده أن أي بناء جديد يجب أن يتضمن حدًا أدنى من المواد الخشبية. إلا أنه قد تم ترك الأمر للسلطة اللائحية لتحديد شروط التطبيق. وهو ما دفع المجلس الدستوري إلى إعلان عدم دستورية الفقرة الخامسة من المادة (L٢٢٤-١) استنادًا لتعارضها مع مبدأ حرية المشروعات.

وتأكيدًا على هذا المعنى، قضى المجلس الدستوري بأن " تخويل السلطة اللائحية تحديد الشروط التي بموجبها يجب أن تتضمن بعض الإنشاءات الجديدة على حدًا أدنى من المواد الخشبية، دون أي ضوابط، ولا سيما فيما يتعلق بتحديد مستوى الحد الأدنى من حصة الخشب المقررة، يمثل اعتداءً من المشرع على حرية المشروعات "[٢].

---

(١) « Pour répondre aux objectifs du présent titre, un décret en Conseil d'État fixe les conditions dans lesquelles certaines constructions nouvelles doivent comporter une quantité minimale de matériaux en bois », le Conseil constitutionnel a déclaré le paragraphe V de l'article L. ٢٢٤-١ du code de l'environnement contraire à la Constitution, à compter de la publication de la présente décision.

(١)"٨. Considérant que, selon les requérants, en habilitant le pouvoir réglementaire à fixer les conditions dans lesquelles certaines constructions nouvelles doivent comporter une quantité minimale de matériaux en bois, sans aucune limitation notamment quant à la détermination du niveau de la part minimale de bois à incorporer, le =

وعلى ذلك يتعين إسناد الاختصاص إلى الحكومة بوجهٍ عام لتحديد الضوابط أو القيود التي بموجبها يتعين أن تتضمن بعض الإنشاءات الجديدة حدًا أدنى من كمية المواد الخشبية، وبذلك تمس الفقرة الخامسة من المادة (L٢٢٤-١) من تقنين البيئة تلك المتطلبات الناشئة عن المادة الرابعة من إعلان ١٧٨٩م، لا سيما فيما يتعلق بحرية المشروعات، وتمثل انتهاكًا غير مبرر على أساس المصلحة العامة ذات الصلة المباشرة بالهدف المنشود؛ ويترتب على ذلك أن عدم دستورية الفقرة المشار إليها[١].

ويبدو أن المجلس الدستوري ينتقد حقيقة أن المشرع قد منح الحكومة سلطة عامة للغاية لتنظيم شروط تطبيق هذا الأمر. ومن الواضح أن المشرع لم يمارس اختصاصه، وكان ينبغي أن يفعل ذلك من خلال تنظيم هذه الشروط، وبشكلٍ أكثر دقة الشروط التي بموجبها يلبي البناء الجديد متطلبات الحد الأدنى من وجود الخشب. وهذا المنطق سيكون بلا شك مثيرًا للجدل. وفي الواقع، يتعلق الأمر بتوزيع المجالات بين القانون والتنظيم. ومن ناحيةٍ أخرى، يدعو المجلس الدستوري المشرع مرةً أخرى إلى ممارسة اختصاصه بشكلٍ كامل، وعدم الخروج عنه بشكلٍ واسع النطاق في أيدي الحكومة.

= législateur a méconnu la liberté d'entreprendre ;….", **Voir: Cons. Const.,** Décision n° ٢٠١٣-٣١٧ QPC du ٢٤ mai ٢٠١٣.

(١) **Cons. Const.**, Décision n° ٢٠١٣-٣١٧ QPC du ٢٤ mai ٢٠١٣.

المبحث الرابع
مبدأ حرية المشروعات قائم على أسس غير ثابتة

تمهيد وتقسيم:

تعتمد أساليب تفسير المجلس الدستوري بشكلٍ خاص على رقابة التناسب، وهذه الرقابة يمكن اختراقها من خلال مراعاة بعض الاعتبارات الخارجة عن القانون؛ والتي يمكن وصفها بأنها غير قانونية، وهذه الاعتبارات من شأنها أن تقود إلى رقابة سياسية على مبدأ حرية المشروعات.

إلا أن هذه الرقابة السياسية يمكنها أن تسمح بتحول مُغاير في نهج القضاء الدستوري بشأن الرقابة على مدى انتهاك مبدأ حرية المشروعات. وذلك كما يبدو جليًا في قرار المجلس الدستوري في يناير ٢٠٢٠م، والذي تم بموجبه التأكيد على أن حماية البيئة تعد هدفًا ذا قيمةٍ دستورية، ومن ثم يمكن تقييد مبدأ حرية المشروعات في سبيل تحقيق متطلبات دستورية تسعى لحماية البيئة.

وترتيبًا على ذلك، فقد رأينا تقسيم دراستنا في هذا الموضوع على النحو التالي:

المطلب الأول: مبدأ حرية المشروعات في ضوء الأساليب التفسيرية.

المطلب الثاني: مبدأ حرية المشروعات بين التأسيس والتشكيك.

المطلب الأول

مبدأ حرية المشروعات في ضوء الأساليب التفسيرية

تُشير مسألة التوفيق بين الحقوق والحريات إلى موضوع تفسير المجلس الدستوري للقواعد الدستورية. ولعل في ذلك تقييدًا يتجلى في مراقبة الحقوق والحريات الناشئة بموجب ديباجة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦م، وما يُمثله من موقف سياسي يؤيد حقوق رجال الأعمال على حساب حقوق العاملين، فالحقوق الأولى تُشير إلى الحقوق والحريات الواردة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩م، بينما تُشير الحقوق الأخيرة إلى تلك الحقوق الواردة في ديباجة دستور عام ١٩٤٦م. وإعمالًا لذلك يزُعم المجلس الدستوري أنه " الحارس المُحايد للدستور le gardien neutre de la Constitution "[١].

ويُلاحظ أن عملية تفسير القانون، لا سيما حينما تتعلق بقواعد دستورية عامة للغاية، والتي تم تبنيها لفترة طويلة – على سبيل المثال إعلان حقوق الإنسان

(١)**JEAN-PASCAL (CH.)**, Op. Cit., p. ١١٠١- p. ١١٠٦.

والمواطن – بما من شأنه أن " يُفسح المجال بالضرورة لاعتباراتٍ غير قانونيةٍ مرتبطة بذاتية القضاة وثقافتهم ومُعتقداتهم أحيانًا؛ وعلى نطاقٍ أوسع لأيديولوجيتهم، لا سيما أن أعضاء المجلس الدستوري يتم اختيارهم من قبل شخصياتٍ سياسية، أو بالأحرى، فالكثيرين منهم من بين الشخصيات السياسية(١).

ومن المؤكد أن الدستور لا يحمل أيديولوجية معينة أو اتجاه معين في حد ذاته، بل إن التفسير الذي يصدر عنه هو الذي يحمل هذه الأيديولوجية أو هذا الاتجاه. ويُضيف بعض الفقه في هذا الصدد أن " المعتقدات السياسية، أو الخلفية الأكاديمية، أو الخبرة في وظيفة قضائية، ومعرفة الحقائق اليومية جميعها عوامل تؤثر في الاستنتاجات القضائية، وتجعل من أي حكم موضوعي تمامًا أن يصبح مجرد أمر وهمي "(٢).

وفي الواقع، ليس صحيحًا تصور أن المجلس الدستوري كان من الناحية التاريخية قاضيًا دستوريًا أسرع في الدفاع عن الحريات الفردية من الحقوق والحريات الجماعية؛ ولذا يمكن القول باختصار، أن المجلس الدستوري إنما هو قاضٍ معتدل. وحتى فيما يتعلق بالقرار الذي اتخذه المجلس الدستوري بشأن الفصل الاقتصادي في يناير ٢٠٠٢م ، كان يعتبر قاضيًا جريئًا في المسائل

(١)**CHRISTOPHE (R.)**, « Conseil constitutionnel et droits sociaux : plaidoyer pour un changement de modèle », Op. Cit., p. ٧٢٦.

(٢)**PIERRE-YVES (G.)**, « Le contrôle du Conseil constitutionnel en matière sociale est-il trop ‘relâché’ ? », Droit social, n° ٩, sep. ٢٠١٨, p. ٧٣٢.

الاجتماعية، ولا سيما أنه أقر في أواخر القرن العشرين معظم المبادئ الاجتماعية وكفل لها الحماية اللازمة(١).

وفي السنوات الأخيرة، تمكن المجلس الدستوري أيضًا من حماية "حرية تكوين الجمعيات"، والتي تمتد الآن لتشمل المهن(٢) وأرباب العمل(٣). كما أقر كذلك حرية الاتصال للنقابات العمالية(٤) ، ورأى أن حق العمال في المشاركة لا ينطبق على أرباب العمل أو العاملين لحسابهم الخاص(٥).

ومع ذلك، فمنذ العقد الأول من القرن الحادي والعشرين، كانت هناك سلسلة من القرارات في المسائل الاجتماعية مثل قانون تكافؤ الفرص، وقانون الحوار المجتمعي، وقانون الخدمة العامة في النقل البري العادي للركاب، وقانون تحديد

(٣)On pense notamment à la décision du ٦ novembre ١٩٩٦ qui consacre la convention collective; **Voir**: **Cons. Const.**, Décision n° ٩٦-٣٨٣ DC, ٦ nov. ١٩٩٦, Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective

(١)**Cons. Const.,** Décision n° ٢٠١٠-٦٨ QPC, ١٩ nov. ٢٠١٠, Syndicat des médecins d'Aix et région.

(٢)**Cons. Const.**, Décision n° ٢٠١٥-٥١٩ QPC, ٣ fév. ٢٠١٦, Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash.

(٣)**Cons. Const.**, Décision n° ٢٠١٣-٣٤٥ QPC, ٢٧ sep. ٢٠١٣, Syndicat national Groupe Air France CFTC.

(٤)**Cons. Const.**, Décision n° ٢٠١٥-٥١٩ QPC, précit.

أوقات العمل، والتأكيد على مبدأ راحة يوم الأحد، ويهدف المجلس الدستوري من وراء ذلك إلى تكييف الاستثناءات مع مبدأ حرية المشروعات في البلديات والمناطق السياحية والمنتجعات(١).

وبهذا المعنى، يثور التساؤل الآتي: هل يمكن أن يكون هناك "انحراف ليبرالي جديد dérive néolibérale" للمجلس الدستوري يدفعه نحو منح الأولوية للحريات الاقتصادية لصالح أرباب العمل على حساب حقوق العمال أو تدخل السلطات العامة في القطاع الخاص؟

وللإجابة على هذا التساؤل، يُشير بعض الفقه في معرض حديثه بشأن الرقابة على جزء من "قانون فلورانج" لعام ٢٠١٤م، إلى أن المشكلة ليست في أن القرارات سياسية، ولكنها تدعي – على خلاف الواقع – أنها قرارات محايدة تستند

(١) **Cons. Const.**, Décision n° ٢٠٠٦-٥٣٥ DC, ٣٠ mars ٢٠٠٦, Loi pour l'égalité des chances; **Cons. Const.**, Décision n° ٢٠٠٧-٥٥٦ DC, ١٦ août ٢٠٠٧, Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs; **Cons. Const.**, Décision n° ٢٠٠٨-٥٦٩ DC ٧ août ٢٠٠٨, Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail; **Cons. Const.**, Décision n° ٢٠٠٩-٥٨٨ DC, ٦ août ٢٠٠٩, Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires.

فقط إلى القياس المنطقي القانوني[١].

وعلى ذلك، يُعد مبدأ حرية المشروعات مبدأً جديرًا بالثناء، وضروريًا للغاية في واقعنا الاقتصادي؛ فهو يُخفي في الواقع أيديولوجية اقتصادية معينة: تتمثل في النيوليبرالية. ويثور التساؤل أيضًا بشأن مدى إمكانية تأثير هذا التيار النظري في قرارات القاضي الدستوري؟

لذا يرى بعض الفقه أن "نظريات المواقف" تعتمد على أن دافع القضاة وراء قراراتهم يكمن في رؤية أيديولوجية وسياسية للقضاة. فمثلًا تُعرف آراء القضاة، وكذلك مواقفهم في الولايات المتحدة من قرارات المحكمة العليا[٢] .

بينما في فرنسا، يُعد الأمر أكثر تعقيدًا للغاية بشأن تحديد نسبة المعتقدات والأيديولوجيات في دوافع القضاة؛ نظرًا لأن المناقشات ليست علنية – ولا يتم رفع

(١) " ليس البعد السياسي والأيديولوجي لهذا القرار هو الذي يمكن انتقاده – فالقانون يتكون من السياسة والأيديولوجيات – بل هو الذي يمكن إخفاؤه بموجب المبادئ والمفاهيم القانونية مثل (الملكية ، حرية المشروعات ، الأعمال التجارية)، التي تُعرض على أنها واضحة ومنطقية، مما يُضفي على القرار مظهرًا موضوعيًا "، ولمزيد من التفاصيل، **انظر:**

JEAN-PASCAL (CH.), « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », Recueil Dalloz, n° ١٩, ٢٢ mai ٢٠١٤, p. ١١٠١- p. ١١٠٦.

(١)**ROMAIN (E.)**, « L'indépendance du Conseil constitutionnel français en question », Les Cahiers de la Justice, ٢٠١٥/٤, n°٤, p. ٥٤٩-٥٥٠.

السرية عن المحاضر إلا بعد عشرين عامًا – ولا يتم نشر الآراء المُعارضة أو المخالفة. وعلى الرغم من ذلك، أعلن الرئيس السابق للمجلس الدستوري Pierre Mazeaud خلال مؤتمر حول القانون الدستوري في عام ٢٠٠٥م أن " الرقابة على الدستورية تعتمد في جزءٍ منها على اعتبارات خارجةٍ عن القانون "(١).

ولعل ما يؤكد وجهة النظر هذه أن بعض المفاهيم مثل الملكية وحرية المشروعات ليس لها جوهر معين، فهي عبارة عن "أدوات تقنية قانونية" يمكن وضعها في خدمة موقف أيديولوجي معين. ولذلك فإن معنى المفهوم القانوني هو خيار سياسي. وإذا أخذنا حالة "قانون فلورانج"، فيمكن أن نُفاجأ برقابة هذا القانون بسبب الاعتداء على الحق في الملكية وحرية المشروعات. بالإضافة إلى مراعاة مصالح المساهمين، كما يمكن أيضًا مراعاة مصالح العمال والشركة. ولا شك أن هذا الاختيار يُعد سياسيًا بشكلٍ بارز. ومن ثم، يمكن تفسير الرقابة التي يقررها

(١)**PIERRE (M.)**, « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », Op. Cit., p. ٥ et sui.

فقد ذكر Pierre Mazeaud في كلمته " نتخذ قراراتنا على أساس قانوني أولاً، ولكن مع النظر في نفس الوقت إلى عواقبها "؛ **انظر**:

FABIUS (L.) : « La présence des ex-présidents au Conseil constitutionnel doit être supprimée », Le Monde, ١٧ avril ٢٠١٦; **Voir**: https://www.lemonde.fr/politique/article/٢٠١٦/٠٤/١٨/laurent-fabius-nous-allons-rendre-plus-accessibles-nos-decisions-et-notre-vocabulaire_٤٩٠٣٩٣٥_٨٢٣٤٤٨.html, ١٩-٢-٢٠٢٢.

القاضي من خلال تشكيل المجلس الدستوري.

وعلاوةً على ذلك، فيما يتعلق بالمبادئ الواردة في ديباجة دستور عام ١٩٤٦م، فإن هذا الدستور الأخير لم يحصل على نفس النطاق المعياري للحقوق والحريات الواردة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩م؛ وذلك على الرغم من أن بعض هذه المبادئ تعد أهدافًا ذات قيمةٍ دستورية.

ولعل بذلك السوابق تشكل القضائية نهجًا بالغ الأهمية لفهم مضمون حرية المشروعات(١). وكان القاضي هو الذي سمح بالتفسير التطوري لمرسوم ألارد، وتكييفه مع الاحتياجات المعاصرة للتدخل العام الاقتصادي(٢).

وفي ضوء ما تقدم، فإن مبدأ حرية المشروعات يعد مهددًا وأكثر تعرضًا لزوال قيمته الدستورية في ضوء الأساليب التفسيرية التي يستخدمها قضاء المجلس

(١) ويُشير بعض الفقه إلى أن "حرية التجارة والصناعة لا يحميها دستورنا صراحة، فالقاضي هو الضامن الأضمن لها".

" La liberté du commerce et de l'industrie n'étant pas protégée expressément par notre Constitution, c'est le juge qui en est le garant le plus sûr ",**Voir: HERBIET (M.)** et **DURVIAUX (A.-L.)**, Droit public économique, Op. Cit., p. ٢١٤.

(٢) **QUERTAINMONT (PH.)**, « Entreprise publique et marché concurrentiel», in Liber amicorum Bernard Glansdorff, Bruxelles, Bruylant, ٢٠٠٨, p. ٥٠٠; **DE BANDT (P.), VANDERHELST (M.)**, Op. Cit., p. ١٢٨.

الدستوري لمراعاة الاعتبارات غير القانونية؛ وهو ما تؤكده السوابق القضائية بشأن فحص دستورية النصوص والأحكام التي تمثل انتهاكًا غير مبررًا لحرية المشروعات.

المطلب الثاني
مبدأ حرية المشروعات بين التأسيس والتشكيك

إذا ثبت أن المجلس الدستوري كان قد تبنى نهجًا ليبراليًا في قضائه الاقتصادي والاجتماعي في السنوات الأخيرة، فقد بدا هذا الأمر موضعًا للتساؤل. ومن ثم، فقد بدأ التشكيك في هذا القضاء(١). وعلى الرغم من أن قوانين العمل والاقتصاد لا تزال سارية، إلا أن الرقابة التي تتم باسم حرية المشروعات كانت نادرة. ويتسم موقف القاضي الدستوري الفرنسي بالجُرأة في مسائل تحقيق التناسب مقابل حرية المشروعات، حيث تم إهمال الأخيرة لصالح مفهوم "حماية البيئة" المعترف به الآن كهدف ذي قيمة دستورية.

وبهذا المعنى، فإن المجلس الدستوري في قراره رقم (٨٢٣) الصادر بتاريخ ٣١ يناير ٢٠٢٠م يعد تأكيدًا لنقطة تحول في القضاء الدستوري؛ حيث عاد إلى

(١)**JULIEN (I.)**, « Il n'y a plus rien à attendre du Conseil constitutionnel », Libération, ٣ avril ٢٠١٨; **Voir**: https://www.liberation.fr/debats/٢٠١٨/٠٤/٠٣/il-n-y-a-plus-rien-a-attendre-du-conseil-constitutionnel_١٦٤٠٨٢٤/, ٢٥-٢-٢٠٢٢.

القرار السابق الصادر في ٧ مايو ٢٠١٤م، والذي نص على أن ديباجة الميثاق البيئي لعام ٢٠٠٤م " لا تؤسس حقًا أو حرية يكفلها الدستور "[١].

ولعل ذلك يتماشى مع قرار المجلس الدستوري الصادر في ١٧ سبتمبر ٢٠١٥م بشأن "Bisphenol A". حيث نصت المادة (١) من القانون رقم (٢٠١٢-١٤٤٢) الصادر بتاريخ ٢٤ ديسمبر ٢٠١٢م على وقف تصنيع واستيراد وتصدير وتسويق أي منتج يحتوي على "Bisphenol A"، والذي يتصل بشكلٍ مباشر بالمواد الغذائية. واعتبر المجلس أن تسويق المنتجات المعنية مُصرحًا به في العديد من البلدان، وبالتالي فإن تعليق تصنيع وتصدير هذه المنتجات يكون على أراضي الجمهورية أو على هذا الإقليم لا أثر له على تسويق هذه المنتجات في البلدان الأجنبية[٢].

بينما يُقر المجلس الدستوري الحظر المفروض على استيراد المنتجات المحتوية على Bisphénol A وطرحها في السوق بهدف حماية الصحة العامة. وعلى الرغم من ذلك، فإن تعليق تصنيع وتصدير هذه المنتجات أدى إلى فرض قيودًا على حرية المشروعات لا علاقة لها بالهدف المنشود.

ومن المُلاحظ أن المسألة الأولية الدستورية QPC، التي أحالها مجلس

(١)**Cons. Const.**, Décision n° ٢٠١٤-٣٩٤ QPC, ٧ mai ٢٠١٤, Société Casuca.

(٢)**Cons. Const.**, Décision n° ٢٠١٥-٤٨٠ QPC, ١٧ sep. ٢٠١٥, Association Plastics Europe, cons. ٨.

الدولة بناءً على طلب اتحاد صناعات حماية النباتات، بشأن إمكانية الرقابة باسم الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، وذلك بموجب الفقرة الرابعة من المادة (L.٢٥٣-٨)من تقنين الريف والصيد البحري المُنشئة بموجب القانون رقم (٩٣٨) لسنة ٢٠١٨م بتاريخ ٣٠ أكتوبر ٢٠١٨م، والتي نصت على أن " تحقيق التوازن في العلاقات التجارية لقطاع الزراعة والغذاء، واتباع نظام غذائي صحي ومستدام يكون متاحًا للجميع ".

وتُحظر هذه الأحكام إنتاج أو تخزين أو تداول منتجات وقاية النباتات التي تحتوي على مواد نشطة غير معتمدة من الاتحاد الأوروبي؛ بسبب آثارها على صحة الإنسان وصحة الحيوان والبيئة. ومن ثم، فإنها لا تحظر فقط بيع هذه المنتجات في فرنسا، بل تعوق أيضًا تصديرها.

كما أكد اتحاد صناعات حماية النباتات – الذي انضم إليه الاتحاد الفرنسي لشركات البذور – أن حظر التصدير الذي فرضته هذه الأحكام يكمن في خطورة عواقبه على الشركات المُنتجة أو المُصدرة، وهو الأمر الذي يتعارض مع المبدأ الدستوري لحرية المشروعات؛ إلا أن المجلس الدستوري لم يأخذ بهذه الحجة، وذهب إلى أبعد مما كان عليه الأمر في قرار "Bisphénol A".

ويُعد قرار ٣١ يناير ٢٠٢٠م بشأن حماية البيئة قرارًا أساسيًا؛ حيث يُشير إلى رفض التظلم الذي استند إلى انتهاك حرية المشروعات فيما يتعلق بالأهداف ذات القيمة الدستورية. وإذا كانت حماية الصحة المُعترف بها من قبل القاضي

الدستوري كان قد تم حشدها في هذا القرار المُشار إليه، فإن تكريس هدف جديد بشأن حماية البيئة سيحظى باهتمامٍ دستوري. وهذا التجسيد لمبدأ حماية البيئة إنما هو جزء من تطور حديث في القضاء الدستوري، سواء فيما يتعلق بقرار "الغاز الصخري" الصادر بتاريخ ١١ أكتوبر ٢٠١٣م، والذي يجعل لحماية البيئة أولوية باعتبارها "هدفا للمصلحة العامة"(١)، مع خضوع جميع عمليات التنقيب في هذا الأمر لترخيص إداري مسبق. أو بالنسبة للقرار الصادر في ١١ أكتوبر ٢٠١٩م، والذي يعتبر حماية البيئة "هدفًا من أهداف المصلحة العامة (٢)".

كما يُلاحظ أن طريقة عمل المجلس الدستوري تعد غير مسبوقة؛ من حيث كونها تُشير إلى ديباجة ميثاق البيئة لعام ٢٠٠٤م: حيث ذهب المجلس إلى أن مستقبل البشرية ووجودها لا ينفصلان عن بيئتها الطبيعية، فالبيئة هي التراث المشترك للبشر، وللحفاظ على البيئة يجب السعي إليها بنفس الطريقة التي تسعى بها المصالح الأساسية الأخرى للأمة، من أجل ضمان التنمية المستدامة، ويتعين ألا تؤثر الخيارات التي تهدف إلى تلبية احتياجات الحاضر على قدرة الأجيال

(١) أنه من خلال حظر استخدام الحفر متبوعًا بالتكسير الهيدروليكي للصخور في جميع عمليات التنقيب عن الهيدروكربونات واستغلالها، والتي تخضع لنظام ترخيص إداري مُسبق، فقد سعى المشرع إلى تحقيق المصلحة العامة لحماية البيئة، **انظر:**
Cons. Const., Décision n° ٢٠١٣-٣٤٦ QPC, ١١ oct. ٢٠١٣, Société Schuepbach Energy LLC, cons. ١٢.

(٢)**Cons. Const.**, Décision n° ٢٠١٩-٨٠٨ QPC, ١١ oct. ٢٠١٩, Société Total raffinage France, cons. ٨.

القادمة والشعوب الأخرى في تلبية احتياجاتهم الخاصة(١).

وتجدر الإشارة أيضًا إلى أن المجلس الدستوري أكد على أن أسلوبه في التفسير قائم على التوفيق بين حرية المشروعات وأهداف حماية الصحة العامة وحماية البيئة. ومن منظور أخر، يعترف بأن المشرع يستطيع أن يأخذ بعين الاعتبار مدى تأثيرات الأنشطة الاقتصادية والصناعية في فرنسا، بل أيضًا في الخارج، ولا سيما في بلدان الجنوب، وهي الأسواق المستهدفة لبيع منتجات حماية النباتات. إلا أن الأمر متروك للمشرع لضمان التوفيق بين الأهداف المُشار إليها وبين ممارسة حرية المشروعات. وعلى هذا النحو، يحق للمشرع أن يأخذ في الاعتبار الآثار التي قد تحدثها الأنشطة التي تتم في فرنسا على البيئة في الخارج(٢).

ويؤكد المجلس الدستوري بالإشارة الصريحة إلى ديباجة ميثاق البيئة في إمكانية الاحتجاج بها؛ من أجل تبرير صياغة هدف جديد ذي قيمة دستورية، والذي قد يتمثل في تقييد نطاق الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، ومنح المتقاضين إمكانية الدفع بالمسألة الدستورية الأولية QPC. غير أن ذلك لا يعني أنه يعترف بحق المتقاضين في الاستفادة سواء من هذه الديباجة أو من المبادئ أو الأهداف المنبثقة عنها. وبالتالي، لا يوجد ما يؤكد أن المجلس الدستوري قد انتهى

(١)**Cons. Const.**, Décision n° ٢٠١٩-٨٢٣ QPC, ٣١ jan. ٢٠٢٠, Union des industries de la protection des plantes, cons. ٤.
(٢)**Ibidem**, Cons. ٦.

إلى أن أحكام ديباجة ميثاق البيئة لا يجوز التذرع بها لدعم المسألة الدستورية الأولية؛ استنادًا إلى نص المادة (٦١/١) من الدستور الفرنسي ١٩٥٨م[١].

ويبدو أن المتقاضي لا يزال غير قادرًا على الاستفادة من أحكام ديباجة ميثاق البيئة في سياق المسألة الدستورية الأولية QPC. وبالتالي، تبقى بعض المعايير الدستورية من اختصاص المجلس، بينما يُمنح المتقاضي عددًا أقل من الأحكام. وهذا بلا شك سوف يخلق حالة غير متكافئة من الاحتجاج؛ حيث تكون الأهداف الواردة في ميثاق البيئة أقل قابلية للتقاضي من الحقوق والحريات الأخرى، بما في ذلك حرية المشروعات.

وعلى الرغم من هذا التباين المؤسف في عدم قدرة المتقاضي على الاحتجاج بالمعايير الدستورية في سياق المسألة الأولية الدستورية QPC، إلا أننا نرى أن قرار المجلس يتعين عليه أن يُفسر حرية المشروعات بطريقة أكثر تضامنًا.

ونتيجةً لذلك، فقد نادى بعض الفقه بإعادة التوازن بين الحريات الاقتصادية من ناحيةٍ، والمطالب الاجتماعية والبيئية من ناحيةٍ أخرى، فلا يمكن تحقيق ذلك إلا بتكريسٍ دستوري لهدف حماية البيئة. فقد كان في البداية يتم حمايته من منطلق حماية المصلحة العامة، ثم أصبح هدفًا ذو قيمة دستورية[٢].

---

(١)**Cons. Const.**, Décision n° ٢٠١٤-٣٩٤ QPC, ٧ mai ٢٠١٤, Société Casuca, Cons. ٥.

(٢)**VERONIQUE (CH.-D.)**, « La protection de l'environnement, =

وإذا نظرنا إلى مفهوم حرية المشروعات نجد أن تفسير المجلس الدستوري له قد آخذ في التطور بعد تكريس وتعزيز حماية هذه الحرية تدريجيًا، ويبدو أن الاعتداءات على حرية المشروعات لها ما يبررها في ضوء الوضع الاقتصادي والاجتماعي، وكذلك أيضًا الوضع الصحي.

وهو ما دفع بعض الفقه[١] إلى النظر إلى حرية المشروعات بأنها حرية

= objectif de valeur constitutionnelle: vers une invocabilité asymétrique de certaines normes constitutionnelles [en ligne] ? », La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le ٢٤ fév. ٢٠٢٠; **Voir**: https://journals.openedition.org/revdh/٨٦٢٩, ٢٩-٢-٢٠٢٢.

كما يمكن الاعتقاد بأن مراعاة الاهتمامات البيئية من قبل القاضي الدستوري تُساهم في إعادة تشكيل أكثر عمقًا للبرنامج الأيديولوجي. ومنذ عام ٢٠١٦م، شغل Laurent Fabius منصب رئيس المجلس الدستوري. وبمجرد توليه منصبه أعلن أنه ينوي جعل المجلس "محكمة دستورية للمستقبل". وذلك من خلال النظر بشكلٍ خاص في وضع نهاية لحضور الرؤساء السابقين ومواصلة مهمة سلفه ممثلة في تقريب القاضي الدستوري من المواطنين عن طريق نقل بعض جلسات الاستماع، أو تبسيط الصياغة أو النظر في دوافع القرارات. وقد شرع المجلس الدستوري، بموجب بعض قراراته في التغلب على المبادئ التي يتعين تكريسها؛ **انظر:**

CATERINA (S.), «L'influence de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Revue française de droit constitutionnel, ٢٠١٦/١, n° ١٠٥, p. ٧٧-١٠٠.

(١) **COURIVAUD (H.)**, Répertoire de droit immobilier "Équipement commercial", Dalloz, Jan. ٢٠٢٢, n° ١٩٨.

تتسم " بغموض قانونيnébuleuse juridique "؛ لا سيما في النظام الدستوري الفرنسي، وهذا يعني الحرية التي يتم التعبير عنها دون الخلط بينها وبين حرية التجارة والصناعة وحرية المنافسة والامتيازات الاقتصادية والاجتماعية المرتبطة بالحق في الملكية.

وفي الواقع، مع أزمة كورونا Covid-١٩، يثور التساؤل بشأن ما إذا كانت الشروط أيديولوجية التفسير يمكن أن تؤثر في زيادة حماية الحقوق الاجتماعية والاقتصادية؟

كما يبدو أن مفهوم حرية المشروعات قد أصبح موضعًا للتساؤل من خلال الهدف الدستوري الجديد المتمثل في حماية البيئة. وقد تكون الأزمة الصحية والاقتصادية التي تؤثر الآن على الكوكب بأسره فرصةً أمام المجلس الدستوري لإعادة تعريف حرية المشروعات في ضوء المعايير الدستورية الأخرى. ممثلًا في هدف حماية الصحة العامة، التي يمكن ترسيخها بشكل أكبر في سياق الانتهاكات التي قد تتعرض لها حرية المشروعات. وبشكلٍ أعم على حقوق الملكية؛ وذلك إذا كان المشرع سيخاطر بمصادرة قطاعات نسيج معينة في تصنيع الأقنعة أو بتأميم بعض الشركات التي تعتبر بطبيعتها استراتيجية(١).

(١)**AUDUBERT (V.)**, Op. Cit., N° ١٨.

الخاتمة

عرضنا دراستنا لموضوع " **الحماية الدستورية لمبدأ حرية المشروعات** " في ثلاثة فصول: حيث تناولنا في الفصل الأول ماهية حرية المشروعات؛ ابتداءً بتناول مفهوم حرية المشروعات وتطورها في القضاء الدستوري، مرورًا باقتران تطور هذه الحرية بتطور مختلف أجيال الحقوق والحريات، فضلًا عن القيمة الدستورية لمبدأ حرية المشروعات، وبيان موقف الفقه والقضاء والتشريع من الأساس الدستوري الذي ارتكز عليه.

فمن خلال الدراسة تبين أن حرية المشروعات يمكن أن توصف بأنها الإطار العام لممارسة النشاط الاقتصادي والمهني. ويتمثل مضمونها في: حرية الإنشاء والتأسيس، وحرية التشغيل والإدارة والاستغلال (حرية الممارسة والتنظيم)، حرية المنافسة. وبهذا المضمون يمكن أن تستوعب حرية المشروعات الحريات الاقتصادية والمهنية في مجملها.

وإذا كانت حرية المشروعات قد ظهرت بوصفها إحدى الحريات الفردية الأساسية التي يقتصر نطاقها على الأشخاص الاعتبارية الخاضعة للقانون الخاص، إلا أنه بمرور الوقت قد اعترف المجلس الدستوري في ٢١ سبتمبر ٢٠١٨م بأن هذه الحرية أصبحت تتسع لتشمل الأشخاص الاعتبارية الخاضعة للقانون العام.

إلا أن حرية المشروعات ليست عامة ولا مطلقة؛ بمعنى أنه يجوز فرض

القيود عليها بهدف الحفاظ على النظام العام أو المصلحة العامة، على أن يكون ذلك مشروطًا بما لا يتعارض مع الهدف المنشود. وهذه القيود إما أن تكون قيودًا قانونية تتمثل في حظر من جانب المشرع على ممارسة نشاط معين أو مهنة معينة، وإما أن تكون قيودًا اتفاقية تتمثل في إدراج شرط بعدم المنافسة في اتفاق مثل عقد العمل.

كما عرضنا في الفصل الثاني من هذه الدراسة إلى الحقوق والحريات الاقتصادية المرتبطة بحرية المشروعات؛ نظرًا لأن هذه الأخيرة لا يمكن أن توجد بمفردها؛ حيث نجدها ترتبط ببعض هذه الحقوق والحريات مثل: حرية التجارة والصناعة، حرية المنافسة، حرية التعاقد، حرية الاستثمار، وحق الملكية الخاصة.

وقد حرص القضاء الدستوري في معظم أحكامه التي تناولت حماية حرية المشروعات على التأكيد على قيمتها الدستورية، ومدى ارتباطها ببعض الحقوق والحريات ذات الطابع الاقتصادي. ومن ثم، يبدو جليًا أن حرية المشروعات لا تقوم بمفردها في المجال الاقتصادي أو المهني، وإنما تقترن بإحدى هذه الحقوق والحريات في سبيل تحقيق الغرض من النشاط أو المهنة.

أما في الفصل الثالث، فقد تناولنا فيه دور القاضي الدستوري في حماية حرية المشروعات؛ وذلك من خلال الرقابة التي يمارسها على مدى سلطة المشرع في التدخل لتقييد هذه الحرية، في ضوء المتطلبات والأهداف الدستورية أو اعتبارات المصلحة العامة أو حماية النظام العام؛ لما قد يترتب على تدخله في هذا

الصدد من فرض القيود التي قد تُشكل اعتداءً على حرية المشروعات ذات القيمة الدستورية. لذلك يتولى القاضي الدستوري حماية هذه الحرية من أي انتهاكٍ تتعرض له من جانب المشرع إذا ارتأى أن هذا التدخل لا يتناسب مع حرية المشروعات.

وعلى الرغم من أهمية مبدأ حرية المشروعات وقيمته الدستورية إلا أنه قد بدا في الآونة الأخيرة أصبح من المبادئ التي يمكن التشكيك فيها وفي قيمتها الدستورية؛ نظرًا لقبول المجلس الدستوري العديد من التجاوزات من جانب المشرع التي تُمثل انتهاكًا خطيرًا لحرية المشروعات تحت غطاء السلطة المقررة للمشرع بالتدخل لتنظيم ممارسة المهنة أو النشاط.

واهتداءً بما تقدم، فقد رأينا خلال رحلة البحث استخلاص بعض النتائج والتوصيات، ونعرض لها على النحو التالي:

أولًا- النتائج:

١- يمثل مبدأ حرية المشروعات الإطار العام لممارسة حرية النشاط الاقتصادي والمهني؛ حيث أن حرية المشروعات ذات طابع عام وشامل يمكن أن تستوعب جميع الحقوق والحريات الاقتصادية.

٢- اتفق الفقه الفرنسي ونظيره المصري بشأن مضمون مبدأ حرية المشروعات، إلا أن الأخير قد اختلف في استخدام مصطلح موحد لهذا المبدأ.

٣- اقترن تطور مبدأ حرية المشروعات بتطور مختلف أجيال الحقوق والحريات،

بل إن نطاقه قد اتسع تدريجيًا في ضوء اجتهادات المجلس الدستوري الفرنسي.

٤- تمتع مبدأ حرية المشروعات بالقيمة الدستورية بموجب الحكم الشهير للمجلس الدستوري الفرنسي الصادر في عام ١٩٨٢م بشأن فحص قانون التأميم.

٥- إن اعتراف المشرع الدستوري بمبدأ حرية المشروعات لم يكن اعترافًا صريحًا، وإنما كان اعترافًا ضمنيًا.

٦- اختلف بعض الفقه بشأن وجود حرية المشروعات واصفًا إياها بأنها حرية غامضة ولا يمكن تحديد محتواها، إلا أن معظم الفقه قد انتهى إلى أن حرية المشروعات هي حرية القانون العام؛ لأنها مستمدة من المبدأ العام للحرية الوارد في المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م.

٧- بموجب قرار المجلس الدستوري الفرنسي لعام ١٩٨٢م، يمكن اعتبار حرية المشروعات – من الآن فصاعدًا – حرية أساسية؛ حيث استقر معظم الفقه اليوم على أن الحقوق والحريات الدستورية هي من طبيعة أساسية؛ وذلك بسبب مكانتها في التسلسل الهرمي للقواعد القانونية.

٨- أن حرية المشروعات ليست عامة ولا مطلقة؛ ومن ثم، يجوز للمشرع فرض بعض القيود عليها، شريطة أن تستند إلى مبرر موضوعي ومعقول، وأن تتناسب مع الهدف الذي تسعى إليه السلطة. وهذه القيود إما أن تكون قيود قانونية وإما قيود اتفاقية. وتجد مبررات القيود الواردة على حرية المشروعات في المحافظة على النظام العام أو المصلحة العامة.

٩- أن نطاق مبدأ حرية المشروعات الذي كان يقتصر في البداية على الأشخاص

الاعتبارية الخاضعة للقانون الخاص أصبح يتسع تدريجيًا ليشمل الأشخاص الاعتبارية الخاضعة للقانون العام.

١٠- ترتبط بحرية المشروعات مجموعة من الحقوق والحريات الاقتصادية مثل: حرية المنافسة، وحرية التجارة والصناعة، وحرية التعاقد، وحرية الاستثمار، وحق الملكية.

١١- يثور الخلط بين حرية المشروعات وحرية التجارة والصناعة، إلا أن المستقر عليه لدى الفقه أن الثانية هي إحدى مكونات الأولى وليس العكس.

١٢- يُمارس القاضي الدستوري دورًا بالغ الأهمية في حماية مبدأ حرية المشروعات من خلال الرقابة على مدى سلطة المشرع في التدخل لتقييد هذه الحرية، ومدى ملائمة هذا التدخل بما لا يتعارض مع الهدف المنشود من ممارستها، فضلًا عن التوفيق بين حرية المشروعات وبين غيرها من الأهداف الدستورية.

١٣- يبدو في ضوء تفسيرات المجلس الدستوري الفرنسي تأثير المدلول السياسي على المدلول الدستوري بشأن منازعات حرية المشروعات فيما يتعلق بممارستها من جانب الأفراد. ومن ثم، أصبحت يحتمل التشكيك في قيمة هذه الحرية في ظل التجاوزات التي تتعرض لها في الآونة الأخيرة.

١٤- اتساع سلطة المشرع المصري مقارنةً بنظيره الفرنسي في التدخل لفرض القيود المستمرة حرية المشروعات بشكل مبالغ فيه، بما من شأنه الاعتداء على حقوق وحريات الأفراد.

ثانيًا- التوصيات:

١- نوصي المشرع الدستوري المصري بوضع إطار دستوري لحرية المشروعات يُحدد من خلاله مضمونها، ويضفي عليها القيمة الدستورية بشكلٍ صريح وليس ضمنيًا كما هو الحال في النظام الفرنسي.

٢- نهيب بالمشرع المصري توحيد اصطلاح حرية المشروعات؛ لإزالة اللبس والخلط من جانب الفقه بينها وبين غيرها من الحريات كحرية التجارة والصناعة، والحرية المهنية، وحرية الاستثمار، وحرية المنافسة.

٣- نأمل من المشرع المصري كفالة الضمانات المقررة لإرساء حرية المشروعات بوصفها الإطار العام لممارسة حرية النشاط الاقتصادي والمهني. ولا يتم تقييدها من جانب المشرع إلا لاعتبارات النظام العام أو المصلحة العامة.

٤- نوصي القضاء الدستوري المصري بإعمال رقابته على مدى ملائمة التدخل التشريعي في مجال حرية المشروعات في ضوء مبدأ التناسب والموازنة بين حقوق وحريات الأفراد وبين دور الدولة في التدخل لتنظيم ممارسة الأنشطة الاقتصادية والمهنية.

٥- نقترح على المشرع الدستوري المصري إدخال تعديل بإضافة مادة جديدة في الدستور المصري لعام ٢٠١٤م، على أن ترد في مواد الباب الثالث المتعلق بالحقوق والحريات، يكون نصها على النحو التالي: "*حرية المشروعات مكفولة، ولكل شخص طبيعي أو معنوي حرية إقامة وتنظيم*

أي نشاط اقتصادي أو مهني، وفق ما يراه مناسبًا له، على ألا يسبب ضررًا للغير، ولا يجوز تقييد ممارسة هذه الحرية إلا بقانون؛ وذلك وفقًا لما تقتضيه اعتبارات النظام العام أو المصلحة العامة".

قائمة المراجع

أولًا- المؤلفات العربية

١-المؤلفات العامة:

- د/ أحمد جمال الدين موسى، مبادئ الاقتصاد السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
- د/ سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥م.
- د/ عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، بدون دار نشر، ١٩٥٦م.
- د/ محمد محمد عبد اللطيف، القانون العام الاقتصادي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤م.

٢-المؤلفات المتخصصة:

- د/ أحمد محمد محرز، الحق في المنافسة المشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي: الصناعة – التجارة- الخدمات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٤م.
- د/ أحمد محمد نصير، دور الدولة إزاء الاستثمار وتطوره التاريخي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

- د/ أشرف عبد الفتاح أبو المجد، التنظيم الدستوري للحقوق والحريات الاقتصادية، دراسة تطبيقية على النظام الدستوري المصري "التعديلات الأخيرة وآفاق التنمية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩م.
- د/ حسين الماحي، حماية المنافسة "دراسة مقارنة، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٧م.
- د/ سعاد الشرقاوي، نسبية الحريات وانعكاساتها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩م.
- د/ شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد "دراسة مقارنة"، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.
- د/ عمرو أحمد حسبو، حرية الاجتماع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
- د/ فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة المصري في حمايه الحقوق والحريات، الجزء الأول، بدون دار نشر، ١٩٩١م.
- د/ لينا حسن ذكي، الممارسات المقيدة للمنافسة والوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والأوروبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.
- د/ محمد أنور علي، حماية المنافسة المشروعة في ضوء منع الاحتكار والإغراق، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.
- د/ محمد محمد عبد اللطيف، الحريات العامة، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، ١٩٩٥م.
- د/ محمد نصر محمد، الحماية الدولية والجنائية من المنافسة التجارية غير المشروعة والاحتكار، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر

والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٦م.

- د/ محمد يوسف علوان، حقوق الإنسان في ضوء القوانين الوطنية والمواثيق الدولية، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر، الكويت، ١٩٨٩م.
- د/ محمود عاطف البنا، حدود سلطة الضبط الإداري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٠م.
- د/ نزيه عبدالمقصود محمد مبروك، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨م.
- د/ وليد محمد الشناوي :

– التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري "دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة"، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٧م.

– الطعون الدستورية الفردية "دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة"، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٩م.

٣– الرسائل:

- د/ أحمد عباس عبد البديع، تدخل الدولة ومدى اتساع مجالات السلطة العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة ،٢٠٠١م.
- د/ جلال مسعد، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة دكتوراه, كلية الحقوق – جامعة مولود معمري, الجزائر, ٢٠١٢م.
- د/ سلمى بدوي محمد، دور مجلس الدولة المصري في حمايه الحقوق والحريات العامة، رسالة دكتوراه، كليه الحقوق – جامعه عين شمس، ٢٠٠٩م.
- د/ محمد أحمد محمد شحاته، حرية العمل في الدول الرأسمالية والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كليه الحقوق – جامعة أسيوط، ٢٠٠٠م.

- د/ محمد فتحي محمد إبراهيم، الحماية الدستورية للحقوق الاقتصادية، رسالة دكتوراه، كليه الحقوق – جامعه المنصورة، ٢٠١٩م.
- د/ ممدوح صديق السيد درويش، دور القاضي الإداري في حماية حق الملكية الفردية، رسالة دكتوراه، كليه الحقوق – جامعة المنصورة، ١٩٩٦م.

٤ – الدوريات والمجلات:

- بن ساحة يعقوب & بن الأخضر محمد، إشكالية مفهومية مبدأ حرية الاستثمار والتجارة في القانون الجزائري، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، المجلد (٣)، العدد (٤)، الجزائر، ديسمبر ٢٠٢٠م، ص ١٢٢.
- د/ أحمد عبد الرحمن، الاحتكار ومحظورات الاحتكار في نظرية المنافسة التجارية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد (٦٣)، ١٩٩٣م، ص ٣٨٠.
- د/ حسين أحمد مقداد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري "دراسة مقارنة"، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد (٢٩)، ٢٠١٣م، ص ٦٤٣ وما بعدها.
- د/ محمد عزت فاضل، حرية التجارة " دراسة دستورية مقارنة "، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون – جامعة بغداد، العراق، المجلد (٣٢)، العدد الثاني، ٢٠١٧م، ص ٤٣٤.
- د/ محمد محمد عبد اللطيف:-

– الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق – جامعة المنصورة، العدد (٣٦)، أكتوبر ٢٠٠٤م، ص ٨٨ .

– الدستور والمنافسة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق – جامعة المنصورة، العدد (٣٨)، أكتوبر ٢٠٠٥م، ص ٩٦.

- د/ محمود عاطف البنا، حدود سلطة الضبط الإداري، مجلة القانون

والاقتصاد، السنة (٤٨)، العدد الثالث، ١٩٧٨م، ص ٥٧.

- د/ نعيم عطيه، حرية التجارة والصناعة أمام مجلس الدولة الفرنسي، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، مجلة مصر المعاصرة، المجلد رقم (٦٤), العدد (٣٥١)، ١٩٧٣م، ص ١٢٨.
- د/ وليد محمد رضا الشناوي، الأمن القانوني ومبادئ سن القانون الجيد، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد (٥٦)، أكتوبر ٢٠١٤م، ص ٢٧٧.
- د/ وليد محمد رضا الشناوي، الموازنة بين حقوق المستثمر والأنشطة التنظيمية للدولة لتحقيق المصلحة العامة في ضوء مفاهيم القانون العام "مفهوم التناسب"، مجله البحوث القانونية والاقتصادية، العدد (٥١)، أبريل ٢٠١٢، كلية الحقوق– جامعة المنصورة، ص ٥٣٥.
- د/ يسري محمد العصار، الحماية الدستورية لمبدأ الأمن القانوني، مجلة الدستورية، العدد الثالث، يوليو ٢٠٠٣م، ص ٥١.

٥– المؤتمرات:

- د/ محمد محمد عبد اللطيف، الاستثمار والنظام العام الاقتصادي، المؤتمر العربي للاستثمار والتنمية " نحو بيئة تشريعية جاذبة للاستثمار "، المنعقد في مدينة شرم الشيخ، مصر، في الفترة من ٧ : ٩ أبريل ٢٠١٩م، ص ١٠–١٢.
- د/ وليد محمد الشناوي & المستشار الدكتور/ مصطفى صلاح الدين عبد السميع هلال:–

– نحو تكريس دستوري للحق في البيئة في الدستور المصري الجديد، بحث مقدم بالمؤتمر الدولي الرابع عشر لكلية الحقوق – جامعة المنصورة تحت عنوان " مستقبل النظام الدستوري للبلاد "، المنعقد في كلية الحقوق –

جامعة المنصورة، في الفترة من ١٧ : ١٨ أبريل ٢٠١٢م، ص ١٠.

– الحماية الدستورية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية "دراسة مقارنة"، بحث مقدم بالمؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الحقوق – جامعة المنصورة تحت عنوان " مصر وعالمنا العربي – التحديات القانونية والأبعاد الاقتصادية "، المنعقد في كلية الحقوق – جامعة المنصورة، في الفترة من ٥ : ٦ مايو ٢٠١٥م، ص ٢ – ٣.

ثانيًا – المؤلفات الفرنسية:

(١) Ouvrages Généraux:

- ARMAOS (A.), Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Professions et activités réglementées, Dalloz, ٢٠٠٤.
- CARREAU (D.), Répertoire de droit international " Investissements ", Dalloz, Paris, ٢٠١٧.
- CHAPUS (R.), Droit administratif général, Montchrestien, T.١, ١٤e éd., ٢٠٠٠.
- CHAPUS (R.), Droit du contentieux administratif, Montchrestien, ١٠e éd., ٢٠٠٢.
- CHÉROT (J.-Y.), Droit public économique, Économica, ٢e éd., Paris, ٢٠٠٧.
- CHEROT (J.-Y.), Droit public économique, Economica, paris, ٢٠٠٢.
- CLAMOUR (G.) et GAHDOUN (P.-Y.), Répertoire de droit commercial " la liberté du commerce et de l'industrie ", Dalloz, Paris, Fév. ٢٠١٩.

- CLAVEL (S.), Répertoire de droit européen "Groupement européen d'intérêt économique", Dalloz, Paris, ٢٠١٢.
- COLIN (F.), Droit public économique, Gualino éditeurs, ٢e éd., Paris, ٢٠٠٨.
- COLSON (J.-PH.), Droit public économique, L.G.D.J., ١٩٩٥.
- COURIVAUD (H.), Répertoire de droit immobilier "Équipement commercial", Dalloz, Jan. ٢٠٢٢.
- DE LAUBADÈRE (A.) et DELVOLVÉ (P.), Droit public économique, ٤e éd., Dalloz, paris, ١٩٨٣.
- DE LAUBADERE (A.), Droit public économique, ٢è édition, Dalloz, Paris, ١٩٧٦.
- DEBBASCH (CH.) et RICCI (J.-C.), Contentieux administratif, ٨e éd., Dalloz, ٢٠٠١.
- DELVOLVE (P.), Droit public de l'économie, Dalloz, paris, ١٩٩٨.
- GUIBAL (M.), répertoire de droit commercial "Commerce et industrie", Dalloz, Paris, sep. ١٩٩٤.
- HERBIET (M.) et DURVIAUX (A.-L.), Droit public économique, Bruges, La Charte, ٢٠٠٨.
- HUBRECHT (H.-G.), Droit public économique, Dalloz, ١٩٩٧.
- KERNINON (J.), Droit public économique, Montchrestien, Paris, ١٩٩٩.
- LINOTTE (D.), GRABOY-GROBESCO (A.), Droit public

économique, Dalloz, Paris, ٢٠٠١.

- MICHEL (J.), PHILIPPE (D.), SABINE (C.), Droit du commerce international, éd. Dalloz, Paris, ٢٠٠٧.
- PACTEAU (B.), Contentieux administratif, P.U.F., ٢٠٠٢.
- QUERTAINMONT (PH.), Droit public économique, L'interventionnisme économique des pouvoirs publics, Waterloo, Kluwer, ٢٠٠٧.
- ROUSSEAU (D.), Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, ٦e éd., ٢٠٠١.
- SAVATIER (J.), Répertoire de droit du travail "Liberté du travail", Dalloz, paris, Janvier ٢٠٠٥.

(٢) Ouvrages Spéciaux:

- AUTEXIER (C.), Introduction au droit allemand, Paris, P.U.F., coll. « Droit fondamental », ١٩٩٧.
- AZÉMA (J.), Droit de la concurrence, P.U.F., paris, ١٩٨١.
- BLAISE (J.-B.), Droit des affaires "Commerçant, Concurrence, Distribution", L.G.D.J., paris, ٢٠٠٢.
- BLARY-CLEMENT (E.), DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), Droit commercial "Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence ", ١١e éd., L.G.D.J, Paris, ٢٠١٥.
- BON (P.), La liberté d'entreprendre, in Dictionnaire constitutionnel, sous la dir. de Olivier Duhamel et Yves Meny, ١٩٩٢.
- BONASSIES (P.), Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen, in Études dédiées à Alex Weil, Dalloz,, ١٩٨٣.

- BRAMARET (S.), « À propos de la valeur constitutionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie », Lamy Concurrence, ٢٠١٤.
- BURST (J.), Concurrence déloyale et parasitisme, éd. Dalloz, ١٩٩٣.
- CABANES (CH.), NEVEU (B.), Droit de la concurrence dans les contrats publics, L.G.D.J, Paris, ٢٠٠٨.
- CHANTAL (M.), LABARDE (B.), CANIVET (G.), Droit Français de la concurrence, L.G.D.J., Paris, ١٩٩٤.
- COLLIARD (C.-A.), Libertés publiques, ٧e éd., Dalloz, Paris, ١٩٨٩.
- DE BANDT (P.), VANDERHELST (M.), L'intervention publique dans la sphère économique – Fondements, principes et limites, coll. « Dossier du Journal des Tribunaux », Bruxelles, Larcier, ٢٠١٣.
- GAHDOUN (P.-Y.), La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Dalloz, paris, ٢٠٠٨.
- JEANDIDIER (W.), Droit pénal des affaires, ٢e éd., Dalloz, Paris, ١٩٩٦.
- LINOTTE (D.), MESTRE (A.) et ROMI (R.), Services publics et droit public économique, ٣e éd., Litec, ١٩٩٥.
- MATHIEU (B.) ET VERPAUX (M.), « Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux », L.G.D.J., ٢٠٠٢.
- MAXIME (V.), La liberté d'entreprendre dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et du Conseil

d'Etat. In: La liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique, Bruylant : Bruxelles ٢٠١٥.

- MOLFESSIS (N.), Les sources constitutionnelles du droit des obligations, in Le Renouvellement des sources du droit des obligations, Journées de l'association Henri-Capitant, Lille-١٩٩٦, L.G.D.J., ١٩٩٧.
- MORANGE (J.), Droits de l'homme et libertés publiques, ٤e éd., P.U.F., ١٩٩٧.
- NIHOUL (P.), «L'intervention des pouvoirs publics dans l'économie et la liberté d'entreprendre», in Liberae Cogitationes. Liber amicorum Marc Bossuyt, Cambridge, Intersentia, ٢٠١٣.
- POIRMEUR (Y.), ROSENBERG (D.), « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », in D. Lochak (dir.), Les usages sociaux du droit, P.U.F., ١٩٨٩.
- QUERTAINMONT (PH.), « Entreprise publique et marché concurrentiel», in Liber amicorum Bernard Glansdorff, Bruxelles, Bruylant, ٢٠٠٨.
- RACINE (J.-B.), « L'ordre concurrentiel et les droits de l'Homme », Mélanges en l'honneur d'A. Pirovano, Edition Frison-Roche, ٢٠٠٣.
- RIPERT (G.), Aspects juridiques du capitalisme moderne, Paris, L.G.D.J., ١٩٥١.
- ROUBIER (P.), Le droit de la propriété industrielle, T.١, Librairie du recueil Sirey, Paris, ١٩٥٢.
- ROUSSILLON (H.), Le Conseil constitutionnel, coll.

Connaissance du droit, Dalloz, ٤e éd., ٢٠٠١.

- SAVY (R.), « La Constitution des juges », Dalloz , Chronique, ١٩٨٣.
- SERRA (Y.), Le droit Français de la Concurrence, édition Dalloz, Paris, ١٩٩٣.
- STRANGERLN et MACHICHI (A.), Notion d'incompatibilité en droit de société, Casablanca, UFR, ١٩٩٩.
- TERNEYRE (PH.), Le législateur peut-il abroger les articles ٦ et ١١٢٣ du Code civil ? Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle, Mélanges G. Peiser, Presses de l'université de Grenoble, ١٩٩٥.
- TOMADINI (A.), La liberté d'entreprendre et la protection de l'environnement, Contribution à l'étude des mécanismes et de conciliation, L.G.D.J., paris, ٢٠١٥.
- YERNAULT (D.), L'État et la propriété – Le droit public économique par son histoire (١٨٣٠-٢٠١٢), Bruxelles, Bruylant, ٢٠١٣.

(٣) Thèses:

- DELVOLVE (V.), La liberté d'entreprendre, Thèse, Paris II - Panthéon-Assas, ٢٠٠٢.
- GRUNDLËR (T.), La santé publique face aux droits fondamentaux, Thèse, Paris X - Nanterre, mai ٢٠٠٦.
- TALAPINA (E.), Contribution à la théorie du droit public économique par l'analyse comparative du droit français et du droit russe, Thèse, Universite de la Reunion, France,

٢٠١٣.

(٤) Articles de Revues:

- MENOUER (M.), La liberté du commerce et de l'industrie en France et en Algérie, revue du conseil d'Etat, ٢٠٠٦, no ٨ , p. ٦.
- ABDE LATIF (M.), La protection constitutionnelle des droits économiques et sociaux en Egypte et en France Arab Law quarterly vol. ١٩, ٢٠٠٤, P. ٢٥٧.
- AUDUBERT (V.), La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel : un principe réellement tout puissant ?, Revue des droits de l'homme, OpenEdition Journals, Paris, ٢٠٢٠, no ١٨.
- BACHELIER (G.), Le référé-liberté, RFDA ٢٠٠٢, p. ٢٦١.
- BRAMERET (S.), Les libertés économiques enfin admises au pays des droits fondamentaux ? AJDA, ٢٠٢١, p. ٧٦١.
- CATERINA (S.), «L'influence de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Revue française de droit constitutionnel, ٢٠١٦/١, n° ١٠٥, p. ٧٧-١٠٠.
- CHARBIT (N.), L'ouverture du négoce d'électricité, exercice d'interprétation constructive, D. ٢٠٠١, p. ٢٩٦٢.
- CHAZAL (J.-P.), Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie, Recueil Dalloz, ٢٠١٤, p. ١١٠١
- CHRESTIA (PH.), « Conformité à la Constitution de la priorité reconnue aux communes en matière de concession de plage », note sous C.E. fr., ٢٢ mai ٢٠١٣, A.J.D.A., ٢٠١٣,

p. ١٩٧٧, note ١.

- DAUGAREILH (I.), La situation de l'emploi salarié des étrangers en France, RDSS, ١٩٩٧, P. ٩١٨.
- D'AVOUT (L.), La liberté d'entreprendre au bûcher ?, Recueil Dalloz, Paris, ٢٠١٤, p. ١٢٨٧.
- DE BEAUPRE (A.- CH.), « L'expropriation pour cause d'utilité privée », JCP, ٢٠٠٥, ١re partie, no ١٤٤, spéc. no ٢٦ sui ,.
- DE BÉCHILLON (D.), « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », Nouv. Cah. Cons. const. ٢٠١٥, n° ٤٩, p. ٧.
- DE CORDT (Y.), DE PIERPONT (G.), « Les libertés économiques dans le Code de droit économique », J.T., ٢٠١٤, p. ٧١٢
- DELVOLVE (P.), Les libertés économiques, RFDA, ٢٠١٧, p. ٣٣.
- DENYS (D.), « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n°٤٩, oct. ٢٠١٥, p. ٧.
- DESPLATS (CH.), « La notion de droit «fondamental» et le droit constitutionnel français », D. ١٩٩٥, Chron. p. ٣٢٣ ;
- DESPLATS (CH.), La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux, RDT, ٢٠٠٧, p. ١٩.
- DRAGO (G.) et LOMBARD (M.), Les libertés économiques, éd. Panthéon-Assas, ٢٠٠٣, où est soulignée

l'importance de la décision n° ٢٠٠١- ٤٥٥ DC du ١٢ janv. ٢٠٠٢, p. ٣١

- DRAGO (G.), Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture, CRDF n° ٩, ٢٠١١, p. ٣١ et sui.
- DUPEYRAT (P.), Quel est l'intérêt de l'activité de lobbying dans le cadre des procédures IEF ou IDE – pour investissements directs étrangers?, Assemblée Nationale,Réunion du mercredi ١٤ février ٢٠١٨,
- FABIUS (L.) : « La présence des ex-présidents au Conseil constitutionnel doit être supprimée », Le Monde, ١٧ avril ٢٠١٦
- FAVOREU (L.) et autres, Droit des libertés fondamentales, Dalloz, ٢٠٠٢, ٢e éd., n° ٢٧٩, p. ٢١١.
- FAVOREU (L.), La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés, D. ٢٠٠١, Chron. p. ١٧٣٩; contra Etienne Picard, L'émergence des droits fondamentaux en France, AJDA ١٩٩٨, n° spécial, p. ٦.
- FAVOREU (L.), PHILIP (L.), Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel, no ٢٣, commentaire de la décision du ١٦ janvier ١٩٨٢, § ٣١.
- FELDMAN (J.-PH.), « Le Conseil constitutionnel et la liberté d'entreprendre », R.T.D.H., ٢٠٠٢, p. ١٠٩١; commentant la décision du Conseil constitutionnel du ١٢ janvier ٢٠٠٢, n° ٢٠٠١-٤٥٥ DC
- GENTY (L.), Adaptation des pouvoirs de la Commission

de régulation de l'énergie, ١٣ oct. ٢٠١٥, Dalloz actualité.

- GRENON (J.-Y.), L'Accord de libre-échange Nord-Américain, RMCUE, ١٩٩٣, P. ٣٠٦.
- GUILLAUME (D.), « Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture », Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, n° ٩, ٢٠١١, p. ٣٧.
- HUBERT (P.) CASTAN (A.), Droit constitutionnel et liberté de la concurrence, Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, n° ٤٩ (Dossier : L'entreprise), Oct. ٢٠١٥, P. ١٥ à ٢٧
- JACQUINOT (N.), La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ?, AJDA, ٢٠٠٣, p. ٦٥٨.
- JEAN (R.), «Filtrer le moustique et laisser passer le chameau ? », Actualité juridique du droit administratif, paris, ١٩٨١, p. ٢٧٥.
- JEAN-PASCAL (CH.), « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », Recueil Dalloz, n° ١٩, ٢٢ mai ٢٠١٤, p. ١١٠١-١١٠٦.
- KADDOURI (H.), L'ambivalence des interactions entre l'immigration et la cohésion sociale, Revue du Marché commun et de l'Union européenne (RMCUE), ٢٠١٠, p. ١٨٤.
- LACHIEZE (C.), ROUSSILLE (M.), « QPC et droit des affaires : premiers regards », L.P.A., ٢٠١١, p. ٧١.
- LANGLOIS (PH.), La doctrine de la chambre sociale de la Cour de cassation, Droit social, ٢٠٠٦, p. ١٠٨٤.
- LAURÉLINE (F.), ALAIN (S.), « Le Conseil

constitutionnel est-il une juridiction sociale ? », Droit social, sep. ٢٠١٧, n° ٩, p. ٧٥٤ et sui.

- LAURENCE (G.), Les "droits-créances" constitutionnels, Bruxelles, Bruylant, « Collection de droit public comparé et européen », ٢٠٠٧, p. ٨٢٦ .
- LINOTTE (D.), Droit public de la concurrence, AJDA, ١٩٨٤, P. ٦٠.
- LIONEL (Z.), « Le concept de constitution économique : une analyse critique », Jus Politicum, n° ٢١.
- LOKIEC (P.) et LYON-CAEN (A.) « Les droits fondamentaux en droit français : genèse d'une qualification », Droits fondamentaux et droit social, (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes & Commentaires », ٢٠٠٤, p. ١١.
- LYON-CAEN (A.), La libre circulation des travailleurs dans la Communauté économique européenne, Dr. soc. ١٩٨٩, P. ٥٢٦, no ١١.
- LYON-CAEN (A.), Le droit du travail et la liberté d'entreprendre, Droit Social, ٢٠٠٢, p. ٢٥٨.
- MARIANNE (G.), « L'impact du tournant néolibéral sur les dispositifs de protection des droits et libertés », La Revue des droits de l'homme, ٢٠١٤, n° ٦.
- MARKUS (J.-P.), Police des ports et atteinte à la liberté d'entreprendre, AJDA, ٢٠٠٣, p. ٢٢١٨.
- MBONGO (V.-P.), « La neutralité économique de la Constitution à l'ère de l'intégration européenne et de la globalisation, L.P.A., ٢٠٠٩, p. ٧٩-٨٠.
- MEYRAT (I.), « Droits fondamentaux et droit du travail :

réflexions autour d'une problématique ambivalente », Dr. ouvrier, juillet ٢٠٠٢, p. ٣٤٣.

- MOLFESSIS (N.) et BUREAU (D.), Cahier droit des affaires, ٢٠٠١, p. ٣٦١.
- NICINSKI (S.), LOMBARD (M.), GLASER (E.), Actualité du droit de la concurrence et de la regulation, AJDA, ٢٠١١, p. ٦٤٩.
- PARLEANI (G.), L'action spécifique « à la française » est morte ; vive l'action spécifique « à l'européenne » !, Rev. societies, ٢٠٠٢, p. ٥١٩.
- PIERRE (M.), « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », conférence donnée en : ٢٩ sep. – ٢ oct. ٢٠٠٥ à Erevan, Arménie, p. ٣ et sui
- PIERRE-YVES (G.), « Le contrôle du Conseil constitutionnel en matière sociale est-il trop 'relâché' ? », Droit social, n° ٩, sep. ٢٠١٨, p. ٧٣٢.
- PRETOT (X.), « Le juge administratif et le licenciement pour motif économique, quelques observations en marge », Dr. soc. ١٩٨٧, p. ٢٧٢.
- PRÉTOT (X.), Le Conseil constitutionnel et la loi de modernisation sociale, Droit social, ٢٠٠٢, p. ٢٤٤.
- RENEAUD (F.), La liberté d'entreprendre aurait-elle un « coût » ? AJDA, ٢٠٠٢, P. ١١٦٣.
- RENEAUD (F.), Une renaissance de la liberté du travail? Droit social, ٢٠٠٥, p. ٦٠٨.

- ROMAIN (E.), « L'indépendance du Conseil constitutionnel français en question », Les Cahiers de la Justice, Dalloz, ٢٠١٥/٤, n°٤, p. ٥٤٩-٥٥٠.
- ROUSSEAU (D.), « La QPC ou l'argument du droit des affaires dans le droit des affaires », Bull. Joly ٢٠١٠, n° ٣, p. ٢١٦.
- TERNEYRE (PH.), La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel, AJDA, ١٩٩٨, p. ٦٦٧.
- VAUCHEZ (S.-H.), « ... les droits et libertés que la Constitution garantit » : quiproquo sur la QPC ?, Rev. dr. home, ٢٠١٦, n° ١٠.
- VEDEL (G.), « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », Mélange WALINE (M.), T. ٢, Paris, L.G.D.J., ١٩٧٤, p. ٧٧٧ ; « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif », Les Cahiers du Conseil constitutionnel, no ١, ١٩٩٦, p. ٥٧.
- VERONIQUE (CH.-D.), « La protection de l'environnement, objectif de valeur constitutionnelle: vers une invocabilité asymétrique de certaines normes constitutionnelles [en ligne] ? », La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le ٢٤ fév. ٢٠٢٠.

(٥) Rapports et Commentairs:

- Directives communautaires, nº ٩٦/٩٢/CE du ١٩ déc. ١٩٩٦ concernant des règles communes pour le marché intérieur de

l'électricité , JOCE nº L ٢٧/٢٠, ٣٠ janv. ١٩٩٧, et nº ٩٨/٣٠/CE du ٢٢ juin ١٩٩٨ concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel , JOCE no L ٢٠٤/١, ٢١ juill.

- Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. ٢٠١٢-٢٠١٣, n° ٢٥٤٣/١.
- OMC, Examen des politiques commerciales. États-Unis. Rapport du Secrétariat, Genève, ١٧ décembre ٢٠٠٣.
- DEHARO (G.), Limitation à la liberté d'entreprendre des professionnels non avocats : pas de renvoi de la QPC, Civ. ١re, ٢٥ sept. ٢٠١٩, n° ١٩-١٣,٤١٣, Dalloz act., ١٧ oct. ٢٠١٩.
- GUILLAUME (D.), « La liberté d'entreprendre », Commentaire, ٢٠١٥/٢, n°١٥٠, Dalloz act., p. ٣٩٨.
- Fiches d'orientation, Liberté d'entreprendre, Dalloz, Juin ٢٠٢١.

ثالثًا- المعاجم والقواميس:

- ابن منظور، لسان العرب، الطبعة رقم (٤)، المجلد رقم (١٤)، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٥م.
- المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، دار التحرير، القاهرة، ١٩٨٩م.
- معجم المعاني الجامع، متاح على الموقع الإلكتروني التالي:

https://www.almaany.com

- Petit Larousse Illustré, Dictionnaire de la langue française, Librairie Larousse, Paris, ١٩٧٦ - ١٩٧٥.

قائمة الاختصارات

A.J.C.T.	Actualité juridique du Collectivités territoriales
A.J.D.A.	Actualité juridique du droit administrative
Al.	Alinéa
Art.	Article
C.G.C.T.	Code général des collectivités territoriales
C.G.P.P.P.	Code général de la propriété des personnes publiques
Cf.	Confer
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
C.J.C.E.	La Cour de justice des communautés européennes
C.E.	Conseil d'Etat
C.A.A.	Cour administrative d'appel
Chron.	Chronique
D.C.	Dalloz Actualité
D.	Dalloz

Dr.soc.	Droit social
Ed.	Edition
J.O.R.F.	Journal officiel de la République française
L.P.A.	Les Petites affiches
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
P.U.F.	Presses universitaires de France
Rec.	Recueil
R.J.C.	Recueil de jurisprudence constitutionnelle
R.D.S.S.	Revue de droit sanitaire et social
R.D.P.	Revue du droit public
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.F.D.C.	Revue française de droit constitutionnel
R.T.D. com	Revue internationale de Droit comparé
R.T.D. civ.	Revue internationale de Droit civil
R.T.D.H.	recuperation traitement dechets hydrocarbures

T.A.	Tribunal administratif