

ملاحظات حول الاقتراح بقانون بإنشاء المحكمة الدستورية العليا(*)

الدكتور/ عبدالله سعد الرميضي
قسم القانون العام
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

تؤدي المحكمة الدستورية دوراً مهماً في النظام الدستوري الكويتي، إذ إنها تتمتع بوظيفة ذات تأثير عميق على جميع السلطات العامة؛ فهي تملك الرقابة على دستورية التشريعات، وتفسير نصوص الدستور، والفصل في الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة وأعضاء المجلس البلدي. إلا أن التطبيق العملي لقانون إنشائها الصادر عام ١٩٧٣ كشف عن بعض المثالب التي تؤثر سلباً على أدائها.

وللمعالجة تلك المثالب تقدم عدد من أعضاء مجلس الأمة باقتراح بقانون في دور الانعقاد الأول من الفصل التشريعي الثالث عشر. وعلى الرغم من أن الاقتراح أتى بالعديد من الأحكام الجديدة التي تمثل حلولاً لمشكلات تواجه الوضع الحالي فإنه لا يزال بعض نصوصه تشوبه سلبيات، ينصب بعضها على أمور موضوعية وأخرى شكلية.

تناقش هذه الدراسة التعديلات المقترحة لإبراز الإيجابي منها وتأكيد أهميته، كما ستسلط الضوء على النواحي السلبية فيها في محاولة لتجنبها سواء فيما يتعلق بتشكيل المحكمة أو اختصاصاتها أو إجراءات التقاضي أمامها.

(*) أجزى البحث بتاريخ ٢٧/٩/٢٠١٠م.

مقدمة:

تقدم عدد من أعضاء مجلس الأمة في بداية دور الانعقاد الأول من الفصل التشريعي الثالث عشر باقتراح بقانون بإنشاء المحكمة الدستورية العليا، مع إعطائه صفة الاستعجال. ويأتي هذا الاقتراح بعد تجربة امتدت إلى ما يزيد على ٣٦ عاما من التطبيق العملي للقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية، تكشف خلالها عن مثالب وعيوب استدعت تدخل المشرع مرة أخرى لمعالجتها.

والاقتراح المقدم ليس بالمحاولة الأولى لتعديل القانون المذكور؛ فقد سبقه محاولات عدة لم يكتب لها النجاح.^(١) وعلى الرغم من أن الاقتراح أتى بالعديد من الأحكام الجديدة التي تمثل حلاً لمشكلات تواجه الوضع الحالي، فإنه لا يزال تشوب بعض نصوصه سلبيات ويلف الغموض أخرى، ينصب بعضها على أمور موضوعية وأخرى شكلية من شأنها التأثير على أداء المحكمة المزمع إنشاؤها.

هذه الدراسة ستناقش التعديلات المقترحة سواء كانت إيجابية أم سلبية. أما الإيجابية فسنبرزها لتأكيد صواب رأي المقترحين وأن وجودها في الاقتراح ضرورة لا غنى عنها. أما السلبية فسنذكرها بهدف بيان الصعوبات والمشكلات التي ستخلقها إذا ما أقر الاقتراح على وضعيته الحالية، وأن إعادة النظر فيها أمر غاية في الأهمية.

ولعل أهمية هذه الدراسة تكمن في كون المحكمة الدستورية تؤدي دوراً محورياً في النظام الدستوري الكويتي؛ إذ تتمتع بوظيفة ذات تأثير عميق على جميع السلطات العامة دون استثناء. وتملك هذه المحكمة اختصاصات استثنائية؛ إذ منحها قانون إنشائها ثلاثة اختصاصات رئيسية، هي: الرقابة على دستورية

(١) قدم أكثر من اقتراح لتعديل القانون المذكور إلا أنه لم يتم حتى مناقشتها إما بسبب انتهاء الفصل التشريعي قبل أن يصلها الدور كما حصل للاقتراح بقانون المقدم في عام ١٩٩٣، وإما بسبب حل مجلس الأمة كما الاقتراح بقانون المقدم في عام ٢٠٠٤.

التشريعات، و تفسير نصوص الدستور، والفصل في الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة.^(٢) وأضاف قانون البلدية رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ الاختصاص بالفصل في الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء المجلس البلدي.^(٣) وهذا الدور الذي تؤديه المحكمة يحتم أن يكون أي اقتراح بتعديل قانونها قد أخذ كفايته من الدراسة والتحصيص ليأتي بثماره المرجوة، وإلا فأي اختلال في توازن هذه المحكمة سيؤدي لزماً إلى التأثير سلباً في عمل جميع السلطات العامة، والأخطر من ذلك المساس بأحكام الدستور.

وقبل الولوج في صلب الموضوع تجدر بنا الإشارة إلى ملاحظة شكلية تتعلق بعنوان الاقتراح محل الدراسة، إذ عنوانه مقدموه باقتراح بإنشاء المحكمة الدستورية العليا. ولنا ملاحظتان حول هذا العنوان، الأولى أنهم استخدموا كلمة "إنشاء" وهذا ما يوحي بأن الاقتراح يأتي بوضع جديد كلية. فكلما أنشأ تعني لغة أحدثه وأبتدأ خلقه^(٤)؛ أي أن الاقتراح - بحسب ما يفهم من عنوانه - يخلق

(٢) وهذه المسألة محل خلاف بين أساتذة القانون الدستوري؛ إذ يرى البعض منهم أن بعض اختصاصات المحكمة تستمدّها من الدستور مباشرة ولا سيما الخاص بتفسير نصوص الدستور. في حين يرى آخرون أن جميع اختصاصاتها ممنوحة بموجب أحكام قانون إنشائها، إلا أن المحكمة قررت في حكمها رقم ٣ لسنة ١٩٨٦ أن اختصاصها الخاص بتفسير نصوص الدستور تستمدّه من الدستور مباشرة. انظر د. محمد الفيلي، الاختصاص التفسيري للمحكمة الدستورية: ما له وما عليه، مجلة الحقوق، العدد الثالث والعشرون، سبتمبر ١٩٩٩، ص ١٣. وكذلك أ. د. يسري العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ١١١ وما يليها. إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن البعض أثار مسألة أن مثل تلك الاختصاصات تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، الذي يتبناه الدستور الكويتي في مادته رقم ٥٠. لمزيد من التفصيل حول هذا المبدأ انظر: M Vile, Constitutionalism and the Separation of Powers, Oxford, Clarendon, 1967 GMarshall, Constitutional Theory, Oxford, Clarendon, 1971, Chapter V.

(٣) المادة ٣٢ من قانون البلدية رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥

(٤) انظر: المنجد في اللغة والأدب والعلوم، الطبعة الثامنة عشرة.

وضعاً لم يكن له وجود من ذي قبل، وهذا ما ينافي الواقع. فالاقترح لا يأتي بإنشاء بالمعنى الحقيقي للكلمة كما يوحي عنوانه، بل هو تعديل لوضع موجود؛ أي إدخال تعديلات على القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية، حيث إن كلتا المحكمتين أساسهما القانوني واحد، وهو نص المادة ١٧٣ من الدستور، وتمارسان ذات الاختصاصات تقريباً. ولكن ما الدافع وراء ذلك العنوان؟.

قد يرجع السبب الذي دفع بمقدمي الاقتراح باستخدام كلمة "إنشاء" بدلاً من كلمة "تعديل" لاعتبارات سياسية أكثر منها قانونية، حيث عبروا عن عدم رضاهم عن أداء المحكمة الدستورية خلال الفترة التي عملت فيها وهي ما يزيد على ٣٦ سنة، حيث يرى عدد من أعضاء مجلس الأمة أن المحكمة قيدت وسائل الرقابة البرلمانية كحق السؤال والاستجواب، وذلك عندما تصدت لتفسير نصوص الدستور الخاصة بتلك الوسائل بناء على طلب حكومي، وهو ما اعتبروه تقليصاً لسلطات مجلس الأمة الممنوحة له وفقاً لأحكام الدستور.^(٥) ويشاطر بعض أساتذة القانون الدستوري في الكويت هذا التوجه؛ فيرى الأستاذ الدكتور محمد المقاطع أن المحكمة الدستورية لم تقم بدورها الذي ناط بها الدستور وقانون إنشائها بالشكل الصحيح، و أن القضاء الدستوري المتخصص منعدم في الكويت، كما يقرر أن تلك المحكمة نكصت عن ممارسة وظيفتها على نحو تكون معه منكرة للعدالة.^(٦)

(٥) لكن ما يجب أن يقال في حق المحكمة أيضاً أنها أصدرت عدة أحكام صانت بموجبها نصوص الدستور، منها الحكم بعدم دستورية المرسوم بقانون الخاص بالاجتماعات العامة، وكذلك الحكم بعدم دستورية المادة رقم ١٥ من قانون الجنسية، التي تشترط موافقة الزوج لكي تحصل الزوجة على جواز سفر. كما أنها كسبت ثقة المواطنين من خلال أحكامها الخاصة بانتخابات أعضاء مجلس الأمة.

(٦) أ. د. محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، الطبعة الأولى، الكويت، ٢٠٠٦، ص ٤٨٥ وما يليها.

لذا فإن الأعضاء المقترحين يبدون رغبتهم نحو نفس الوضع الحالي وإدخال تعديلات جذرية عليه، وهذا ما وصفوه بالإنشاء الجديد لمحكمة جديدة، وهو ما يجافي حقيقة الاقتراح، وعلى الرغم من أنه يشتمل على تعديلات جوهرية فإنه لا يمكن معه من إنكار أنه امتداد للقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣.

أما الملاحظة الأخرى الذي يثيرها عنوان الاقتراح بقانون فهي وصفه المحكمة المزعم إنشاؤها بـ "العليا". والحقيقة أن هذا الوصف يوحي بأن في الدولة أكثر من محكمة دستورية، وهذا يخالف الواقع أيضاً. ونعتقد بأن إيراد كلمة "عليا" في عنوان الاقتراح إنما قصد به تغيير معالم الوضع الحالي قدر الإمكان، وهذا بدوره يسير في سياق ما سبق ذكره بشأن استخدام كلمة "إنشاء". كما يبدو أن للوضع في مصر تأثيراً؛ حيث تسمى هناك بالاسم ذاته^(٧).

تقسيم:

سنتناول في هذه الدراسة التعديلات التي يقدمها الاقتراح بقانون، ذات الطابع الدستوري تاركين ماعداها من تعديلات ذات طابع إجرائي صرف أو إداري أو مالي، كما سننقد مقارنة بين ما أتى به الاقتراح الجديد وما يقرره الوضع الحالي متى ما ظهرت الحاجة إلى ذلك. وعلى ذلك ستقسم الدراسة إلى أربعة مباحث وخاتمة، على النحو التالي:

- المبحث الأول: تشكيل هيئة المحكمة.
- المبحث الثاني: اختصاصات المحكمة.
- المبحث الثالث: إجراءات التقاضي أمام المحكمة.
- المبحث الرابع: أثر حكم المحكمة
- خاتمة: نوجز بها أهم الإيجابيات والسلبيات التي احتواها الاقتراح مع التوصيات التي خرجت بها الدراسة.

(٧) لا يقتصر تأثير الوضع في مصر على مسمى المحكمة بل امتد إلى مضمون القانون، كما سنرى لاحقاً.

المبحث الأول تشكيل هيئة المحكمة

أدخل المقترحون تعديلاً مهماً إن لم يكن الأهم في الاقتراح ككل على تشكيل المحكمة؛ إذ تضمن تغييراً جوهرياً لهيئة المحكمة سواء من حيث العدد أو نوعية العناصر التي تتشكل منها. فالمادة الثانية من الاقتراح تنص على أن: (تؤلف المحكمة الدستورية العليا من سبعة أعضاء من الكويتيين، يختار مجلس القضاء الأعلى من غير أعضائه بالاقتراع السري خمسة منهم أصليين، تكون لأحدهم الرئاسة ويكون اثنان احتياطيين. ويختار مجلس الأمة من غير أعضائه في جلسة سرية وبالاقتراع السري عضواً أصلياً وآخر احتياطياً، كما يختار مجلس الوزراء عضواً أصلياً وآخر احتياطياً...).

فالاقترح يضيف عناصر غير قضائية لهيئة المحكمة، كما يرفع عدد أعضائها من خمسة إلى سبعة، فالسؤال الذي يتبادر إلى الذهن هنا هو ما الحكمة التي يتوخاها المقترحون من هذه الإضافة؟ وهل إضافة عناصر غير قضائية لهيئة المحكمة هي رغبة برلمانية أو أمر أوجبه الدستور؟ للإجابة عن هذه التساؤلات يتوجب الرجوع للنص الدستوري المنظم لهذه المسألة، وهو نص المادة ١٧٣ التي تقرّر: (يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحيتها والإجراءات التي تتبعها...). فالنص الدستوري أسند مهمة مراقبة دستورية التشريعات لـ "جهة قضائية"، وهو الاصطلاح الذي طالما أثار خلافاً فقهيّاً حول مدلوله والغاية من استخدامه دون اصطلاح "محكمة".

تذهب غالبية فقهاء القانون الدستوري إلى أن المشرع الدستوري قصد من وراء ذلك أن يكون تشكيل المحكمة مختلطاً من عناصر قضائية وأخرى غير

قضائية، على خلاف لو أنه ذكر اصطلاح "محكمة" التي يقتصر تشكيلها على العناصر القضائية.^(٨)

والحقيقة أننا نرى أن الدستور عندما نص في المادة ١٧٣ على اصطلاح "جهة قضائية" وليس "محكمة" من يتولى مراقبة دستورية التشريعات - لم يكن بهدف بيان نوعية العناصر التي تشكل منها تلك الجهة. فالجهة القضائية لا يقصد بها أن تكون هيئتها مشكلة تشكياً مختلطاً، كما أن اصطلاح محكمة لا يقتصر على تلك التي تتكون عناصرها من رجال السلك القضائي فحسب. ولا أدل على ذلك من أن المشرع الدستوري استخدم اصطلاح "جهة قضائية" في أكثر من موضع ليس بغرض الدلالة على المحاكم ذات التشكيل المختلط. فالمادة ١٣٢ من الدستور التي تنظم محاكمة الوزراء عما يرتكبون من جرائم تتعلق بأعمال مناصبهم تنص على أن: (يحدد قانون خاص الجرائم التي تقع من الوزراء في تأدية أعمال وظائفهم، ويبين إجراءات اتهامهم ومحاكمتهم والجهة المختصة بهذه المحاكمة...).

فهذا النص يشير إلى أن القانون يحدد "الجهة" التي تتولى محاكمة الوزراء ولم تذكر اصطلاح "محكمة"، وعلى الرغم من ذلك صدر القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٩٥ بشأن محاكمة الوزراء مبيناً أن محكمة الوزراء هي الجهة المختصة بمحاكمتهم وأن جميع عناصر هيئتها من القضاة^(٩)، ولم يثر هذا التشكيل استنكار أي من فقهاء القانون الدستوري أو أعضاء مجلس الأمة.

كما استخدم المشرع الدستوري اصطلاح "جهة قضائية" في موضعين آخرين؛ الأول عندما نصت المادة ١٧٠ من الدستور على أن: (يرتب القانون

(٨) انظر على سبيل المثال أ. د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، الكويت، الطبعة الرابعة، ٢٠٠١، ص ٤٢، و أ. د. عثمان عبدالمك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، الطبعة الثانية، الكويت، ٢٠٠٣، ص ٦٨٣، و أ. د. محمد المقاطع، مرجع سابق، ص ٤٦٦.

(٩) المادة ٨ من القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٩٥ بشأن محاكمة الوزراء.

الهيئة التي تتولى إبداء الرأي القانوني للوزارات والمصالح العامة، وتقوم بصياغة مشروعات القوانين واللوائح، كما تمثل الدولة وسائر الهيئات العامة أمام جهات القضاء). فمن الواضح أن الدستور عندما أشار في المادة المذكورة إلى جهات القضاء لم يقصر الأمر على تلك التي تتشكل هيئتها من عناصر مختلطة، بل إنه شمل بذلك تلك الأخرى التي تتشكل من عنصر قضائي فقط.

وينطبق ذات القول على ما ورد في المادة ١٧٢ من الدستور حين قررت أن: (ينظم القانون طريقة البت في الخلاف على القضاء بين جهات القضاء، وفي تنازع الأحكام). فالمادة ذكرت "جهات القضاء" بصيغة العمومية ما يوحي شمولها كلا النوعين من تشكيلات هيئات المحاكم، وأنه من المؤكد أن النص لم يستبعد المحاكم التي يتكون تشكيلها على القضاة فقط.

وعلى العكس من ذلك استخدم المشرع الدستوري اصطلاح "محكمة" للدلالة على هيئة قضائية لا يقتصر تشكيلها على العناصر القضائية، وذلك عندما نص في المادة ١٦٤ على أنه: (... يقتصر اختصاص المحاكم العسكرية، في غير حالة الحكم العرفي، على الجرائم العسكرية التي تقع من أفراد القوات المسلحة وقوات الأمن...). ومن المسلم به أن المحاكم العسكري تتشكل هيئاتها في الغالب الأعم من عناصر عسكرية صرفة ولا يوجد بها عنصر قضائي، ومع ذلك استخدم الدستور اصطلاح "محاكم" وليس "جهة قضائية"، مما يفهم معه أن اصطلاح "محكمة" لا يدل على تلك التي تقتصر في تشكيلها على العنصر القضائي فحسب، إنما يشمل بالإضافة إليها الهيئات المختلطة أو حتى تلك التي لا تشتمل على أي عنصر قضائي.

أضف إلى ما تقدم، أن اصطلاح "محكمة" استخدمه المشرع العادي في قوانين عديدة للدلالة على هيئات قضائية تحتوي على عناصر غير قضائية. فعلى سبيل المثال أشار القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٧ بشأن الأحكام العرفية على أن: (تؤلف المحكمة العرفية المشار إليها من قاض من قضاة المحكمة

(١٠) المادة رقم ٧ من القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٧ بشأن الأحكام العرفية.

الكلية رئيساً ومن اثنين من ضباط الجيش برتبة نقيب أو أعلى منها...^(١٠)، فالنص يشير بجلاء إلى أن تشكيل المحكمة العرفية مختلط على الرغم من استخدام المشرع لاصطلاح "محكمة".

ويتضح مما تقدم أن المشرع الدستوري عندما استخدم اصطلاح "جهة قضائية" وليس "محكمة" في المادة ١٧٣ لم يكن بقصد الإيحاء بأن تشكيلها يجب أن يكون مختلطاً؛ إذ نعتقد أنه من التناقض أن نقرر أن اصطلاح "محكمة" يقتصر على تلك التي تتشكل من عناصر قضائية فقط، ثم تأتي المذكرة التفسيرية للدستور - التي يقرر أغلب فقهاء القانون الدستوري أن أحكامها ملزمة - عند تطرقها لنص المادة ١٧٣ لتقضي بأن: (الدستور أثر أن يعهد بمراقبة دستورية القوانين واللوائح إلى "محكمة" خاصة، يراعى في تشكيلها وإجراءاتها طبيعة هذه المهمة الكبيرة). وتضيف: (فوفقاً لهذه المادة يترك للقانون الخاص بتلك "المحكمة" الدستورية مجال إشراك مجلس الأمة بل والحكومة في تشكيلها إلى جانب رجال القضاء العالي...). ويبدو واضحاً من النصين أن استخدام المذكرة التفسيرية لاصطلاح "محكمة" لم يكن بقصد حصرها في الهيئات التي تتكون من عناصر قضائية فقط. وما نود أن ننتهي إليه أن اصطلاح "جهة قضائية" الوارد في عجز المادة ١٧٣ من الدستور لا يعني أن يكون تشكيلها مختلطاً.

إن، ما الذي كان يرمي إليه المشرع الدستوري عند استخدامه لذلك الاصطلاح دون اصطلاح محكمة؟ فهل التباين في الاصطلاحين جاء عن قصد أو هو تزيد لا مبتغى من ورائه سوى الصياغة اللغوية للنص؟.

في الحقيقة بمضاهاة النصوص الدستورية التي ذكرت الاصطلاحين نجد أن للمشرع الدستوري مغزى آخر من استخدامهما في مواضع مختلفة. فإذا عدنا إلى نص المادة ١٧٣ - وهي محل دراستنا - نجد أن واضعي الدستور عندما آثروا استخدام اصطلاح "جهة قضائية" لم يكن بقصد الإشارة إلى تشكيلها - وهو ما انتهينا منه سابقاً - إنما كان بهدف بيان أنه لا يشترط أن تكون تلك الجهة محكمة بالمعنى التقليدي بل قد تسند تلك المهمة إلى إحدى

المؤسسات التي تنضوي تحت مظلة السلطة القضائية، ولعلمهم تنبؤوا بإمكانية إنشاء مجلس دستوري يتولى هذه المهمة الجسيمة على غرار ما هو موجود في بعض الدول كفرنسا والمغرب. إلا أنه ليس باليسير تصنيف المؤسسات الحكومية القائمة حالياً أهي قضائية أم غير قضائية، إذ لا يزال الخلاف يحتمل حول بعض المؤسسات أهي قضائية أم لا؟^(١١) فلا يمكن الإجابة عن التساؤل حول متى تعتبر المؤسسة قضائية، ومتى تعتبر إدارية بالقول بأن المؤسسة القضائية هي التي تصدر أعمالاً قضائية والمؤسسة الإدارية هي التي تصدر قرارات إدارية إذ يعتبر ذلك مصادرة على المطلوب.^(١٢)

اختصار ماتقدم أن لاصطلاح "جهة قضائية" و"محكمة" الوارد ذكرهما في نصوص الدستور دالتين مختلفتين، وأن المشرع الدستوري أراد من استخدام اصطلاح "جهة قضائية" في المادة ١٧٣ إمكانية إسناد مراقبة دستورية التشريعات لإحدى المحاكم أو لمؤسسات يسبغ عليها الصفة القضائية والتي قد تنشأ مستقبلاً. أما المرجع الوحيد لتشكيل تلك الجهة فهو ما ورد في المذكرة التفسيرية للدستور عند تناولها لنص المادة المذكورة؛ حيث بينت الآتي: (... فوفقاً لهذه المادة يترك للقانون الخاص بتلك المحكمة الدستورية مجال إشراك مجلس الأمة بل والحكومة في تشكيلها إلى جانب رجال القضاء العالي في الدولة...). ولكن هل يعد ما ورد في هذا النص ملزماً للمشرع العادي وخصوصاً أن المذكرة التفسيرية للدستور - كما سبق القول - ملزمة؟

يقرر رأي في الفقه أن نص المذكرة بهذا الشأن جاء ملزماً للمشرع العادي؛ بمعنى أنه يجب عليه عندما يتصدى لتنظيم هذا الموضوع أن يراعي

(١١) لا تزال هناك مؤسسات حكومية تتنازع الآراء كونها جهة قضائية أم لا كإدارة الفتوى والتشريع على الرغم من أنها ليست من ضمن المحاكم. انظر مقال د. علي اظبية -المستشار المساعد بإدارة الفتوى والتشريع، تعليق على اقتراح بقانون باستقلال السلطة القضائية، جريدة الوطن، العدد الصادر بتاريخ ١٠/١٠/٢٠٠٩.

(١٢) انظر في المعايير المطروحة لتمييز المؤسسات القضائية عن غيرها د. فتحي والي، قانون القضاء المدني الكويتي، جامعة الكويت، ١٩٧٧، ص ١٤ وما يليها.

تضمين المحكمة - بالإضافة إلى القضاة - عناصر غير قضائية. فالأستاذ الدكتور عثمان عبدالمك الصالح يرى أن من الضوابط التي وضعها المشرع الدستوري بصدد تشكيل المحكمة الدستورية ضرورة إشراك مجلس الأمة والحكومة في إجراءات تشكيل المحكمة الدستورية، ولم يراع قانون إنشاء المحكمة الدستورية هذا الضابط في التشكيل عندما استبعد كلية مجلس الأمة من إجراءات تعيين أعضاء هذه المحكمة وتشكيلها.^(١٣)

كما يتبنى الاتجاه ذاته الأستاذ الدكتور محمد المقاطع بقوله: (غير أن الملاحظ أن هذا الأمر لم يتم الالتزام به ولا مراعاته من قبل القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية؛ حيث إنه قصر تشكيلها في مادته الثانية على خمسة من المستشارين يختارهم مجلس القضاء، ويكون تعيينهم بمرسوم، وهو بذلك يكون قد خالف ما قرره الدستور حينما قصر تشكيل المحكمة على العنصر القضائي الخالص).^(١٤)

بيد أنه - بالرجوع لما ورد في المذكرة التفسيرية للدستور - يظهر أن المشرع الدستوري لم يستخدم أسلوب الإلزام عند تناوله مسألة تشكيل هيئة المحكمة، بل ترك ذلك لتقدير المشرع العادي عند وضعه للقانون الخاص بالمحكمة، ويتضح ذلك جلياً بقوله: (...يترك للقانون الخاص بتلك المحكمة الدستورية مجال إشراك مجلس الأمة بل والحكومة...)، ومن ثم لا يستقيم مع وضوح عبارة (يترك للقانون... مجال) القول أن النص يلزم المشرع العادي إشراك عناصر غير قضائية إلى جانب العناصر القضائية في تشكيل المحكمة الدستورية. فالمسألة جوازية بالنسبة له، وأن أحكام القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ جاءت متوافقة تماماً مع الرخصة الممنوحة له.

ولكن ما الأهمية التي تستتر خلف تشكيل المحكمة لكي يثور مثل هذا الخلاف حول مدلول النصوص الدستورية ذات الصلة؟.

(١٣) أ. د. عثمان عبدالمك الصالح، التنظيم الدستوري للرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الكويت ومحاولات وضعه موضع التنفيذ، مجلة الحقوق، السنة العاشرة، العدد الثاني، يونيو ١٩٨٦، ص ٢٦.

(١٤) أ. د. محمد المقاطع، مرجع سابق، ص ٤٦٨.

لا شك في أن القضاء الدستوري ليس قضاء قانونياً صرفاً^(١٥)، بل يأخذ الاعتبارات السياسية بالحسبان عند إصداره الأحكام^(١٦)، وهي ما تعرف بالملاءمة السياسية.^(١٧) وعلى ذلك يفترض أن أعضاء الجهة المخولة بمراقبة دستورية القوانين واللوائح على اطلاع جيد فيما يتعلق بأبعاد الموضوع غير القانونية، كالأسباب التي دعت إلى إصدار التشريع المطعون عليه والنتائج التي قد تترتب على إلغائه، وذلك تمهيداً لاتخاذ القرار المناسب. ولكن إذا ما نزلنا إلى أرض الواقع، نجد أن مثل هذه الاعتبارات قد لا تكون متاحة للعناصر القضائية، ومن ثم فإن إشراك أخرى غير قضائية ممن يتمتع بخبرة سياسية أمر تقتضيه طبيعة عمل هذا القضاء.

ويترب على ما سبق أنه على الرغم من أن الدستور ومذكرته التفسيرية جعلاً إشراك عناصر غير قضائية ضمن تشكيل المحكمة الدستورية أمراً جوازياً للمشرع العادي - فإن مراعاة الاعتبارات السياسية في عمل هذه المحكمة تضحي معه مسألة إشراكهم ضرورة لا مفر منها، إذا ما أريد لتلك المحكمة أداء دورها على الوجه الأكمل.

فمن فضائل الاقتراح الجديد ما نص عليه في مادته الثانية من أن: (تؤلف المحكمة الدستورية العليا من سبعة أعضاء من الكويتيين، يختار مجلس القضاء الأعلى من غير أعضائه بالاقتراع السري خمسة منهم أصليين، تكون لأحدهم الرئاسة واثنين احتياطيين، ويختار مجلس الأمة من غير أعضائه في جلسة سرية وبالاقتراع السري عضواً وآخر احتياطياً، كما يختار مجلس الوزراء من غير الوزراء عضواً أصلياً وآخر احتياطياً). وبالاطلاع على النص يتبين أنه أتى بعدة تعديلات على تشكيل المحكمة، هي:

(١٥) Lawrence Baum, The Supreme Court, Seventh Edition, Washington D.C., A Division of Congressional Quarterly Inc., p 3.

(١٦) M. Cappellette, The Judicial Process in Comparative Perspective, Oxford, Clarendon, 1989, p 138.

(١٧) د. عثمان خليل عثمان، دستورية القوانين، مذكرات على الآلة الكاتبة لطلبة كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٧٢-١٩٧٣، ص ٢٢ و ٢٣.

- من حيث عدد الأعضاء: رفع الاقتراح عدد أعضائها من خمسة إلى سبعة، ولا شك في أن هذا الاتجاه محمود؛ إذ إن زيادة العدد ستسهم في إثراء النقاش وتفتح المجال لمزيد من الآراء ووجهات النظر. إلا أن مسألة عدد أعضاء المحكمة الدستورية قد تثير المخاوف من ناحية أخرى؛ حيث لم يحددها الدستور، بل تركت تلك المهمة للقانون، وهذا في الواقع مصدر قلق، وكان الأجدر تحديده في الدستور، إذ جعلها للمشرع العادي قد يفتح الباب لإمكانية التأثير باتجاهات المحكمة عن طريق زيادة عدد أعضائها أو إنقاصه.^(١٨)

- من حيث نوعية الأعضاء: بينا فيما سبق أن المذكرة التفسيرية للدستور أباحت للمشرع العادي ضم أعضاء من غير القضاة بهدف إطلاع المحكمة على الجوانب السياسية للمسألة المطروحة عليها تمهيداً لاتخاذ القرار المناسب بشأنها. إلا أن القانون الحالي بإنشاء المحكمة الدستورية فضل اقتصارها على القضاة، معللاً ذلك بما جاء بمذكرته التفسيرية: (... نظراً لأن ما يعرض على المحكمة من مسائل هو أمر من أدق أمور القانون لا يقدر عليه إلا المتمرسون من رجال القانون، وحتى لا تتأثر المسائل القانونية بالتيارات السياسية إذا شكلت المحكمة من غير القضاة، لذلك نصت على أن تشكل من خمسة مستشاري محكمة التمييز ومحكمة الاستئناف العليا الكويتيين).

ويمكن فهم سببين استند إليهما المشرع لاستبعاد العناصر غير القضائية في تشكيل المحكمة الدستورية؛ أولهما أن المسائل التي تعرض على المحكمة لا يمكن لغير المتخصصين في القانون بحثها بتمعق واتخاذ القرار الصائب بشأنها. أما السبب الثاني فهو منع تسييس المحكمة؛ إذ تتنبأ المذكرة التفسيرية

(١٨) أ. د. عادل الطبطبائي، مرجع سابق، ص ٢٤. ويسرد أستاذنا مثلاً في ذلك على ما حدث في الولايات المتحدة الأمريكية حينما حاول الرئيس روزفلت تغيير توجه المحكمة الاتحادية العليا المناوئ لقوانين الإنعاش الاقتصادي عن طريق سن قانون بزيادة عدد أعضائها مستفيداً من عدم تحديد العدد في الدستور الأمريكي، إلا أن محاولته باءت بالفشل لرفض الكونغرس الاقتراح.

للقانون أنه إذا ما دخلت عناصر غير قضائية في التشكيل فإن التيارات السياسية ستتدخل لتتنازع الرأي بما يخدم مصالحها ومن ثم ستتحرف المحكمة عن أداء دورها المنوط بها.

والحقيقة أنه ليس من الصعب تنفيذ ما ارتكز عليه القانون من حجج لاستبعاد التشكيل المختلط للمحكمة. فأما القول بأن ما يعرض على المحكمة يحتاج لمتخصصين في المسائل القانونية - وتحديدًا الدستورية منها بما يوحي عدم صلاحية السياسيين لهذه المهمة - فهو قول صائب تماماً ونؤكد، إلا أن هذه حجة على المشرع وليست له. فمن ناحية، إذا ما تفحصنا العناصر المكونة لهيئة المحكمة وفقاً لقانونها الحالي نجدهم - على الرغم من أنهم من مستشاري المحاكم العليا في الدولة - من غير المتخصصين في القانون الدستوري، حيث لا يشترط فيمن يدخل في عضوية هيئة المحكمة الحصول على مؤهل في هذا التخصص أو خبرة أو حتى تدريب في الحدود الدنيا، ويكتفى - فقط - بكونه مستشاراً في إحدى المحاكم العليا. ويكشف لنا الواقع أن معظم أعضاء المحكمة الدستورية يعوزهم التخصص في مجال القانون الدستوري.^(١٩) وهذا ما يترتب عليه أن اقتصار تشكيل المحكمة على القضاة كان بقصد استبعاد غير المتخصصين بالمسائل الدستورية قول يدحضه الواقع.

علاوة على ما سبق، فإن فتح المجال لغير القضاة سوف يدعم المحكمة بالمتخصصين إذا ما أحسن الاختيار. فحينما جرت محاولات لاستصدار قانون للمحكمة الدستورية قبل صدور قانونها الحالي عام ١٩٧٣، احتوى أحد الاقتراحات المقدمة فكرة إشراك رئيس قسم القانون العام بجامعة الكويت بحكم منصبه.^(٢٠) ومما لا شك فيه أن مثل هذا الاقتراح يسعف المحكمة برأي له وزنه ومكانته، إلا أنه - للأسف - لم يكتب له النجاح.

(١٩) أ. د. محمد المقاطع، دراسة في اتجاهات القضاء الدستوري الكويتي، ص ٣٤ وميليلها.

(٢٠) د. فتحي فكري، تعليق على اقتراح بعض أعضاء مجلس الأمة تعديل قانون المحكمة الدستورية في الكويت، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السابعة عشرة، العددان الأول والثاني، مارس - يونيو ١٩٩٣، ص ٣٢٣.

كما كانت هناك محاولة أخرى لإدخال متخصصين من غير القضاة لتشكيل المحكمة، وذلك عندما تقدم عدد من أعضاء مجلس الأمة باقتراح لتعديل القانون الحالي سنة ١٩٨٣، وقد اشترط الاقتراح أن تتوافر فيمن يرشح لعضوية المحكمة شروط عدة، من بينها أن يكون قد زاول مهنة المحاماة أو التدريس بكلية الحقوق أو كلية الشريعة بجامعة الكويت أو بجامعة أخرى معترف بها لمدة عشر سنوات على الأقل. ولم يحالف الحظ هذا الاقتراح أيضاً. إلا أن مثل هذه المحاولات تكشف عن عدم صحة ما ذهب إليه المذكرة التفسيرية للقانون في هذا الخصوص، فالواقع العملي يدعم ضرورة وجود عناصر متخصصة بين أعضاء المحكمة.

أضف إلى ذلك أن عمل أعضاء المحكمة لا يقتصر على بحث المسائل التي تعرض عليهم من الناحية القانونية البحتة بل تمتد - كما أسلفنا - للنواحي السياسية، وهذا ما قد لا يتوافر لهؤلاء الأعضاء إلا إذا وجدت عناصر غير قضائية تتمتع بخبرة في هذا المجال بينهم. بمعنى آخر وما نود أن نبرهن عليه هنا، هو أن ضم أعضاء من غير القضاة لتشكيل المحكمة يمكن أن يكون داعماً لعنصر التخصص إذا ما أحسن الاختيار.

أما السبب الثاني الذي استند إليه في المذكرة التفسيرية لقانون إنشاء المحكمة الدستورية الحالي لاستبعاد غير القضاة من تشكيل المحكمة فهو منع تسييسها من قبل التيارات السياسية، وهذا أيضاً بدوره مردود عليه، حيث لا يمكن الحديث هنا عن انحياز لجهة معينة إذا ما كان العنصر القضائي هو الغالب عدداً في التشكيل. كما أن التصويت السري عند اتخاذ قرار للمحكمة يعطي أعضاءها - بمن فيهم غير القضاة - المزيد من الاستقلالية والبعد عما من شأنه التأثير على قراراتهم.

ويبدو أن المقترحين قد استفادوا من التجربة التي خاضتها المحكمة الدستورية، ليقوموا من خلالها أداء هيئتها الحالية التي تخلو من العناصر غير القضائية، ووصلوا إلى قناعة مفادها ضرورة إشراك من هم خارج السلك القضائي. لذا فقد نص الاقتراح محل الدراسة في مادته الثانية على دخول

عضوين من غير القضاة يختار مجلس الأمة أحدهما والآخر يختاره مجلس الوزراء من غير الوزراء بالإضافة لآخرين احتيابيين تختار كل جهة من الجهتين المذكورتين واحداً منهما، وهو توجه محمود يستحق الإشادة.

وحددت المادة الثالثة من الاقتراح الفئات الي يمكن لمجلسي الأمة والوزراء الاختيار منها، بنصها على: (... ويقوم الأعضاء الذين يختارهم كل من مجلس الأمة ومجلس الوزراء بعملهم في المحكمة على سبيل التفرغ مع عدم ممارسة مهنة المحاماة من بين الفئات التالية:

أ - مستشارو المحاكم وإدارة الفتوى والتشريع السابقون.

ب - أساتذة القانون بالجامعة الحاليون والسابقون.

ج - المحامون الذين زالوا المهنة مدة عشرين سنة متصلة على الأقل...).

وعلى الرغم من أن النص حدد فئات تتمتع بخبرة قانونية واسعة قد يعود انضمامهم لهيئة المحكمة بالفائدة، إلا أن لنا على النص بعض الملاحظات، منها:

أولاً: جاء في الفقرة الأولى من النص: (... ويقوم الأعضاء الذين يختارهم كل من مجلس الأمة ومجلس الوزراء بعملهم في المحكمة على سبيل التفرغ مع عدم ممارسة مهنة المحاماة...). فبالإضافة لضعف صياغة النص حيث ذكر على سبيل التفرغ مع عدم ممارسة مهنة المحاماة، وكأن النص يصور حالة التفرغ على أنها لا تشتمل على حالة عدم ممارسة مهنة المحاماة، ومن ثم فتكون الجملة الأخيرة لغواً لا طائل منه، ويفترض على المشرع التنزه عنه.

أما ما يتعلق بمضمونه، فالنص يشترط عدم عمل من يعين في عضوية المحكمة في أي وظيفة كانت سواء في القطاع العام أو الخاص.^(٢١) وعلى الرغم من تفهمنا لقصد مقدمي الاقتراح من وراء اشتراط تفرغ أعضاء المحكمة فإن هذا الشرط قد يصبح عاملاً منفراً لمن يترشح لعضويتها. فمن جهة، فالمحكمة

(٢١) انظر الرأي المؤيد في الفقه: أ. د. محمد المقاطع، مرجع سابق، ص ٤٨٦.

في حالة عدم انعقاد أغلب مواسم السنة لقلة ما يعرض عليها، وهذه سمة طبيعية لمثل هذا النوع من المحاكم.^(٢٢)

ومن جهة أخرى، فحرمان أعضائها - خصوصاً غير القضاة - من القيام بأعمال أخرى لا تتعارض مع طبيعة عمل المحكمة، كالتدريس في الجامعات مثلاً، سيؤدي إلى تفضيلهم الأعمال الأخرى عن الانضمام لعضوية المحكمة مما سيحرمها من عناصر قد تكون متميزة، ودخولهم في تشكيل المحكمة سيثيرها بآراء لها قدرها واعتبارها.

ثانياً: نص البند (ب) من الفئات التي ذكرها الاقتراح أساتذة القانون بالجامعة الحاليين والسابقين. ولا يخفى مدى ضعف صياغة النص حيث ذكر الجامعة على إطلاقها دون تحديد ذلك مايفتح الباب للتحايل على النص، فما المقصود بأساتذة القانون "بالجامعة" هنا؟ وهل سيشمل ذلك جميع الجامعات أياً كان مستواها وموقعها؟.

لا شك أن الإجابة وفق هذا النص ستكون بـ "نعم"، بل إنه من الممكن الذهاب أبعد من ذلك بكثير؛ إذ إن النص في صياغته الحالية سيشمل أي مؤسسة أو هيئة تحمل مسمى جامعة كما لو كانت جامعة الدول العربية أو حتى شركة في القطاع الخاص!.

وعليه، يتعين على المقترحين الدقة في الصياغة للدلالة على مرادهم. فلو جاء النص على النحو التالي: ب- أعضاء هيئة التدريس في كلية الحقوق بجامعة الكويت، إذا ما أريد التضييق، أو أعضاء هيئة التدريس في كلية الحقوق بالجامعات المعتمدة من قبل وزارة التعليم العالي، إذا ما أريد التوسع، سيغني المشرع عن كثير من محاولات الالتفات إلى النص مستقبلاً.

(٢٢) على الرغم من أن حجم العمل للمحكمة ازداد زيادة ملحوظة في السنوات الأخيرة، فإنه - في مجمله - لا يزال أقل بكثير مما يعرض على المحاكم العادية.

ثالثاً: أحسن المشرع فعلاً عندما أجاز في البند (ج) الاختيار من بين المحامين، ولا شك في أن هذه الفئة تؤدي دوراً مهماً فيما يقدم للمحكمة الدستورية، ومن ثم فلا بد من وجود محامين متمرسين في المسائل الدستورية، ومن المؤكد أن اقتراح إشراكهم في عضوية المحكمة سيعود عليها بالنفع. إلا أن البند اشترط أن يكون المحامي المرشح لذلك قد زاول المهنة لمدة عشرين سنة "متصلة" على الأقل، وهذا ما سيثير إشكالية. فاشترط مدة طويلة أمر تقتضيه المصلحة هنا، إلا أن المأخذ على النص هو تطلبه أن تكون العشرين سنة "متصلة"، وهذا ما قد يضع القائمين على الاختيار في حرج، فعدد لا بأس به من المحامين ممن يتمتعون بخبرة تتجاوز العشرين سنة قد انقطعوا لفترة قد لا تكون طويلة لأسباب مختلفة كتعيينهم في مناصب حكومية كوزراء أو لانشغالهم في أعمال خاصة أو لخلافها من أسباب؛ مما يجعل خبرتهم الطويلة في المحاماة غير متصلة. فلو أن محامياً زاول العمل في تلك المهنة لمدة تسع عشرة سنة ثم تركها لأحد الأسباب لمدة مهما كانت قصيرة، ثم عاد وزاولها للمدة ذاتها فلن يكون الشرط متوافراً فيه على الرغم من أن خبرته في هذه المهنة تناهز الثمانية والثلاثين، فقط كونه لم يمارس هذه المهنة بشكل متواصل مدة عشرين سنة. إن كلمة "متصلة" التي استخدمها مقدمو الاقتراح ليست في المكان المناسب؛ إذ لا حكمة ترتجى من ورائها، لا بل إنها ستأتي بنتائج غير تلك التي توخاها من اشتراط خبرة واسعة، فكان من الأسلم الاقتصار على تحديد مدة معينة دون تطلب أن تكون "متصلة".

رابعاً: سبق البيان أن الاعتبارات السياسية تؤدي دوراً بارزاً في أحكام المحكمة الدستورية، فكان من أهم الأسباب للتقدم بالاقتراح بقانون هو إدخال تعديل على تشكيلها بغية ضم عناصر غير قضائية قادرة على إطلاع المحكمة على كثير من الأمور السياسية التي قد يعول عليها في تقييم الموقف قبل إصدار حكمها. إلا أن المفارقة العجيبة، أن الاقتراح - على الرغم من تحديد فئات معينة للاختيار من بينها لا جدال حول أهليتها لعضوية المحكمة - خلا من العناصر ذات الخبرة السياسية، فالتمتعن في الفئات المحددة في الاقتراح

سيجد أنها جميعاً لا تخرج عن المجال القانوني؛ أي أنه قد لا تتوافر لديها ما كان ينقص المحكمة من خبرات سياسية والتي من أجلها أريد إدخال عناصر غير قضائية.

لذا فمن المتعين على مقدمي الاقتراح إضافة فئة جديدة ممن عمل في المجال السياسي إلى الفئات المذكورة تتيح الاختيار من بينها كالوزراء وأعضاء مجلس الأمة السابقين ممن تملسوا حتى أصبح لديهم من الخبرة في هذا المضمار ما يسد حاجة المحكمة منها، إذ بغير هؤلاء قد لا يكون بمكنة المحكمة تلمس الجو السياسي الذي يحيط الموضوع المطروح عليها.

تبقى نقطة أخيرة تجدر الإشارة إليها فيما يتعلق بتشكيل المحكمة، وهي أن المقترحين قد أحسنوا عندما اشترطوا أن يكون أعضاء المحكمة من الكويتيين. وهذا الشرط ليس بجديد، إنما هو تأكيد لما جاء في القانون الحالي. وتبرز أهمية النص على جنسية أعضاء المحكمة كونهم أقدر من غيرهم على إصدار الأحكام بعدم الدستورية، ومواجهة ما قدر يترتب عليها من آثار سياسية.^(٢٣)

(٢٣) وقد أثار ذلك في ليبيا إبان العهد الملكي مشكلة عصفت بالبلاد، حيث أصدرت المحكمة الاتحادية العليا المشكلة من غير الليبيين حكماً ببطالان الأمر الملكي الصادر في ١٩ يناير ١٩٥٤ بجل المجلس التشريعي لولاية طرابلس، ذلك ما أشعل اضطرابات سياسية وشعبية أدت بالعصف بالمحكمة ذاتها، كما مهدت لإلغاء النظام الاتحادي السائد آنذاك. إسماعيل ميرزة، القانون الدستوري، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، دار الكتاب الجامعي، ١٩٧٩، ص ٥٦٩-٥٧٠، نقلاً عن أ. د. عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية، ص ٤٤.

المبحث الثاني اختصاصات المحكمة

سبق الإشارة إلى أن قانون إنشاء المحكمة الدستورية الحالي في مادته الأولى قد منحها ثلاث اختصاصات رئيسية، هي: الرقابة على دستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح، وتفسير النصوص الدستورية، والفصل في الطعون الانتخابية لأعضاء مجلس الأمة. وأضافت المادة السادسة من القانون المذكور اختصاصاً رابعاً وبشكل غير مباشر، وذلك عندما نصت على أنه: (إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة أو عدم شرعية لائحة من اللوائح الإدارية لمخالفتها لقانون نافذ، وجب على السلطات المختصة أن تبادر إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لتصحيح هذه المخالفات، وتسوية آثارها بالنسبة للماضي). فالنص يتحدث عن الحكم بعدم شرعية لائحة من اللوائح الإدارية، وهو اختصاص آخر لم تذكره المادة الأولى.

كما منح القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ في شأن بلدية الكويت المحكمة الدستورية سلطة الفصل في الطعون الخاصة بانتخابات أعضاء المجلس البلدي.^(٢٤)

بينما نص الاقتراح بقانون في مادته السادسة على أن: (تختص المحكمة الدستورية العليا، دون غيرها، بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم واللوائح، بتفسير نصوص الدستور، وبالبت في الخلاف على

(٢٤) المادة رقم ٣٢ من قانون البلدية رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥، وقد كان قانون البلدية الملغى يعهد بتلك المهمة للجنة مؤلفة من ثلاثة من مستشاري محكمة الاستئناف العليا تعينهم الجمعية العامة لهذه المحكمة، وتقوم اللجنة بتحقيق الطعون المقدمة، ولها أن تقضي بإبطال انتخاب عضو، وأن تعلن فوز من ترى انتخابه صحيحاً. لمزيد من التفصيل انظر أ. د. محمد المقاطع ود. أحمد الفارسي، القانون الإداري الكويتي، مطبعة الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٠، ص ١٠٠.

الاختصاص بين جهات القضاء، والفصل في تنازع الاختصاص الإيجابي والسلبى بين القضاء العادي وبين القضاء العسكري، وفي الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصفة عضويتهم، وتصدر المحكمة أحكامها وقراراتها بأغلبية أعضائها السبعة، ويكون حكمها غير قابل للطعن وملزماً للكافة وسائر المحاكم).

وبمقارنة ما أتى به الاقتراح من اختصاصات و ما تتمتع به المحكمة في ضوء القانون الحالي يتضح الآتي:

أولاً - إن الاقتراح أبقى على الاختصاصات الرئيسية الثلاثة، وهي النظر في دستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح، وبتفسير نصوص الدستور، والفصل في الطعون الانتخابية الخاصة بأعضاء مجلس الأمة أو بصفة عضويتهم.

إلا أنه يلاحظ أن المقترحين استبدلوا بعبارة (تفسير النصوص الدستورية) الواردة في القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ عبارة (تفسير نصوص الدستور)، وهو تعديل يستحق الثناء؛ حيث إن العبارة الجديدة أكثر انضباطاً من الأولى، في حين لعبارة النصوص الدستورية دلالة أكثر اتساعاً. فمن المسلم به في فقه القانون الدستوري أن القواعد الدستورية لا يقتصر وجودها على الوثيقة الدستورية فحسب بل قد توجد في بعض القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، وهذه ما يطلق عليها اصطلاح القوانين الأساسية تمييزاً لها عن القوانين العادية التي تصدرها السلطة نفسها وتعالج موضوعات عادية^(٢٥). ومن ثم، فعبارة النصوص الدستورية قد تؤول فتوسع من اختصاص المحكمة الدستورية الخاص بالتفسير ومن ثم تشمل بالإضافة لنصوص الدستور نصوص القوانين ذات الطابع الدستوري كقانون انتخابات أعضاء مجلس الأمة

(٢٥) د. علي عبدالعال سيد، القوانين الأساسية - النظرية والتطبيق، الطبعة الثانية، ١٩٩٧، مؤسسة دار الكتاب، ص ١٧.

وقانون إنشاء المحكمة الدستورية ذاتها، وهذا ما يخرج عن اختصاص المحكمة.^(٢٦) أما القوانين الأساسية التي رفعها المشرع الدستوري لمرتبة الدستور كقانون توارث الإمارة، فإن نصوصه تعامل كما لو كانت واردة في الدستور ذاته، ومن ثم تملك المحكمة الدستورية تفسير ما قد يثار حول دلالتها.

ثانياً - لم يذكر الاقتراح سواء بشكل مباشر أو غير مباشر أي إشارة لاختصاص المحكمة بالفصل بعدم مشروعية لائحة، ذلك ما يستفاد منه أن للمقترحين رغبة في إلغاء هذا الاختصاص، وهذه خطوة يثني عليها مقدمو الاقتراح، إذ حسم جدل واسع حول هذه المسألة. فالدستور جعل هذا الاختصاص للقضاء الإداري كما أوضحت المادتان ١٦٩ و ١٧١ منه^(٢٧)، ويرى الرأي الراجح في الفقه أن إسناد هذا الاختصاص للمحكمة إنما كان مؤقتاً ما دام لم ينشأ قضاء إداري^(٢٨).

أما بعد صدور القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ بتعديل القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية، والذي يوسع من

(٢٦) بل إن أ. د. عادل الطبطبائي يرى القواعد الدستورية قد ترد في تشريعات أقل مرتبة من القوانين كالمراسيم والأوامر وهو وضع فريد، ويضرب مثلاً في ذلك ما يجري تطبيقه في البحرين إذ رفع المرسوم الأميري بتنظيم أحكام توارث الحكم إلى مصاف الدستور ذاته. انظر أ. د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، ص ٤٢.

(٢٧) تنص المادة ١٦٩ من الدستور على أن: (ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون). كما تنص المادة ١٧١ منه على أنه: (يجوز بقانون إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة المنصوص عليها في المادتين السابقتين).

(٢٨) ويؤيد هذا الرأي كل من أ. د. عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية، ص ٧٧، وأ. د. عثمان عبدالمك الصالح، السلطة اللائحية للإدارة في الكويت والفقه المقارن وأحكام القضاء، مجلة الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة الأولى، سنة ١٩٧٧، ص ١٠٢، و أ. د. محمد المقاطع، مرجع سابق، ص ٤٧٠.

اختصاص تلك الدائرة بأن يشمل اختصاصها دون غيرها نظر دعاوى الإلغاء القرارات الإدارية والتعويض عن الأضرار الناشئة عن المخالف منها، مما يترتب عليه إلغاء ما تقرره المادة السادسة من قانون إنشاء المحكمة الدستورية بهذا الشأن، ومن ثم يكون عدم الإشارة لذلك في صلب الاقتراح إنما هو كاشف لوضع قديم.

ومع ذلك يتبقى لهذه المحكمة حالة واحدة يمكن من خلالها بحث شرعية اللوائح، وتتحقق هذه الحالة عندما يطعن بعدم دستورية لائحة، وفي أثناء بحث المحكمة الدستورية للطعن يتبين أن اللائحة مخالفة للقانون، فعندها تكتفي المحكمة بإلغائها لعدم المشروعية دون الحاجة لبحث دستوريته^(٢٩). إذ يعتبر الدفع بعدم الدستورية طريقاً احتياطياً لا يسلك ما دام هناك طريق آخر يوصل للهدف ذاته، وهو إلغاء النص المطعون بدستوريته^(٣٠).

ولكن السؤال الذي يطرح هنا هو هل سيكون بمقدور المحكمة الدستورية الحكم بعدم مشروعية لائحة في ظل أحكام القانون المقترح؟ والإجابة التي نراها هي أن الوضع سيبقى على ما هو عليه منذ صدور القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ الذي ترتب عليه - كما أسلفنا - إلغاء نص المادة السادسة من قانون إنشاء المحكمة الدستورية في حدود تعارضه معه، إذ لم تعد تلك المحكمة صاحبة اختصاص بهذا الشأن، إلا في حالة الاستثنائية المشار إليها، فالوضع المقترح مماثل لما هو عليه بعد صدور القانون ٦١ لسنة ١٩٨٢.

ثالثاً - أتى الاقتراح باختصاص جديد كلياً للمحكمة، وهو ما نصت عليه المادة السادسة بقولها: (... والبت في الخلاف على الاختصاص بين جهات القضاء، والفصل في تنازع الاختصاص الإيجابي والسلبي بين القضاء العادي والقضاء العسكري...).

(٢٩) أ. د. عادل الطبطبائي، مرجع سابق، ص ٨٠.

(٣٠) المرجع السابق، ص ٧٦.

والنص في حقيقته ما هو إلا استجابة للمشرع الدستوري الذي يقرر: (ينظم القانون طريقة البت في الخلاف على الاختصاص بين جهات القضاء، وفي تنازع الأحكام).^(٣١) ولا يساورنا شك في أن نص الاقتراح وبهذه الصياغة سيكون موضع خلاف مستقبلاً، وفي أكثر من مناسبة.. فما المقصود بالاختصاص هنا؟ أهو الاختصاص بنظر الدعاوى أم اختصاص من نوع آخر؟.

يبدو للوهلة الأولى أن الفصل في الاختصاص فيما بين المحاكم العادية إنما هو معقود لمحكمة التمييز؛ كونها المحكمة العليا في السلم القضائي، وهذه المسألة شأن داخلي لتلك المحاكم وأن المحكمة الدستورية هي محكمة خاصة أنشئت لغرض استثنائي وهي خارج ذلك السلم.

إضافة لما تقدم، استخدم مقدمو الاقتراح اصطلاح "جهات القضاء"، وهو الاصطلاح ذاته الذي اعتاد المشرع الدستوري على استخدامه وأدى إلى جدل واسع سواء بين فقهاء القانون الدستوري أو بين أعضاء مجلس الأمة حول المقصود به.^(٣٢) وكان حرياً بمقدمي الاقتراح اختيار اصطلاح أكثر وضوحاً وانضباطاً في الدلالة، ولا سيما أن المذكرة الإيضاحية للاقتراح بقانون لم تفسر أو تشرح لما ورد في هذا النص إنما رددت النص ذاته، وكان الأجدى أن تضع تلك المذكرة تفصيلات التصور الذي يقدمه الاقتراح لهذا الاختصاص لتزيل معه اللبس الشديد الذي يلف النص.

أحسن المقترحون صنفاً عندما تجاهلوا الحكم الغريب الذي نصت عليه المادة ١٧٢ من الدستور: (... وفي تنازع الأحكام). فالمعهود أن التنازع إنما يكون في الاختصاص بين المحاكم وليس بين الأحكام، ولعل واضعي الدستور قصدوا تناقض الأحكام لا تنازعها.

(٣١) المادة ١٧٢ من الدستور.

(٣٢) انظر فيما سبق حول ما يثيره الاصطلاح من خلاف.

رابعاً - لم يتطرق الاقتراح لا من بعيد أو من قريب لاختصاص المحكمة بالفصل في الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء المجلس البلدي الذي يقرره القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ بشأن بلدية الكويت، ومن ثم يبقى الوضع على حاله، وهو استمرار اختصاص المحكمة في نظر هذه الطعون ما دام القانون المذكور سارياً.

المبحث الثالث إجراءات المحكمة

أدخل الاقتراح عدة تعديلات على الإجراءات الخاصة بالمحكمة الدستورية والأثر المترتب على أحكامها، تشكل بعضها تغييراً جوهرياً في نظام هذه المحكمة، ويأتي على رأسها السماح للأفراد باللجوء مباشرة للمحكمة الدستورية للطعن بدستورية تشريع بعدما كانوا محرومين من هذا الحق منذ صدور الدستور الحالي عام ١٩٦٢، على الرغم من إباحة الدفع الفرعي لهم. وستقتصر المناقشة في هذا المبحث على تلك التعديلات ذات الطابع الدستوري دون الأخرى ذات الطابع الإجرائي الصرف، مع بيان الجانب الإيجابي والسلبي لها.

أولاً - الطعن المباشر للأفراد:

أجازت المادة رقم ١٩ من الاقتراح بقانون للأفراد الطعن بدستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة عن طريق دعوى ترفع أمام المحكمة الدستورية بشكل مباشر، وذلك بنصها: (مع عدم الإخلال بحكم المادة السابقة^(٣٣)) يجوز لذوي الشأن، من غير مجلس الأمة أو مجلس الوزراء، الطعن بعدم دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة بدعوى أصلية، وفقاً لما هو مقرر بهذا القانون). والنص استجابة لحكم الدستور حيث ورد في عجز المادة ١٧٣ ذات المعنى: (... ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح).

(٣٣) وتنص المادة رقم ١٨: (ترفع المنازعات الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا بإحدى الطريقتين الآتيتين: أ- يطلب من مجلس الأمة أو مجلس الوزراء.

ب- إذا رأت إحدى المحاكم أثناء نظر قضية من القضايا سواء من تلقاء نفسها، أو بناء على دفع جدي تقدم به أحد أطراف النزاع- بنفسه أو بوكيل خاص عنه - أن الفصل في الدعوى يتوقف على الفصل في دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة، توقف نظر القضية، وتحيل الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيه).

فنص الاقتراح ببيع لكل من أصابه ضرر من تشريع لمخالفته الدستور اللجوء مباشرة للمحكمة الدستورية، وهذا ما يستفاد من استخدامه لاصطلاح "نوي الشأن"، وهو توجه إيجابي؛ إذ له دلالة أرحب ليشمل كل من له شخصية قانونية سواء كان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً ما دامت له مصلحة في الطعن بدستورية تشريع.

ويكون الاقتراح بقانون بهذه الخطوة قد أسدل الستار على فصل من الجدل الذي احتدم حول أحقية الأفراد في الطعن لدى هذه المحكمة بدعوى أصلية في ظل أحكام القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣، إذ انعقد شبه إجماع بين أساتذة القانون الدستوري على أن هذا القانون الحالي ينطوي على مخالفة لمقصد المشرع الدستوري الوارد في المادة ١٧٣.^(٣٤)

ومن الطبيعي أن يترتب على هذا الإجراء إلغاء لجنة فحص الطعون التابعة للمحكمة الدستورية، التي لا تزال محل نقد شديد، حيث يرى البعض - بحق - أن إنشاء مثل هذه اللجنة أدى إلى الإخلال بمبدأ المركزية في الرقابة على دستورية التشريعات، الذي ينتهجه الدستور الكويتي، إذ لا يملك الفرد إلا الدفع لدى المحاكم العادية إذا ما أصابه ضرر من جراء تشريع غير دستوري، ولها رفض إحالة الدفع للمحكمة الدستورية إذا ما ارتأت عدم جديته، ولا يتبقى للفرد حينئذ إلا طرق باب لجنة فحص الطعون التي منحها قانون إنشاء المحكمة الدستورية الكلمة الفصل في تقدير مدى جدية الدفع. وينتهي هذا الرأي إلى أن عضوين من أعضاء المحكمة الدستورية - وفق تشكيل لجنة فحص الطعون

(٣٤) انظر على سبيل المثال أ. د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، ص ١٠٩٩، وأ. د. عثمان عبدالمك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، ص ٦٨٦، وأ. د. محمد المقاطع، مرجع سابق، ص ٥٠٠. إلا أنه يوجد رأي مخالف يرى أن ما يقرره القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ من قصر حق الأفراد على الدفع الفرعي أمام المحاكم العادية يتوافق وما تقرره المادة رقم ١٧٣ من الدستور، انظر د. عثمان خليل عثمان، مرجع سابق، ص ١٦٨.

وطريقة إصدارها لقراراتها^(٣٥) - يستطيعان منع الأفراد من الوصول إلى المحكمة الدستورية؛ إذ إن قرار اللجنة بهذا الشأن نهائي غير قابل للطعن.

والحقيقة أنه لم يكن هناك ما يبرر منع الأفراد من اللجوء مباشرة للمحكمة الدستورية للطعن بدستورية تشريع. فالخوف من إغراق المحكمة بسيل من الطعون غير الجدية لا يصلح أساساً يمكن الاستناد إليه لتجاوز مراد المشرع الدستوري. فيمكن للقانون من تقييد حق الأفراد في سلوك طريق الدعوى الأصلية بواسطة شروط متوافقة مع أحكام الدستور، التي من خلالها يتم غربلة الطعون المقدمة للمحكمة، كأن يتطلب القانون كفالة مالية تصدر إذا ما رفض الطعن، أو أن يقدم الطعن بواسطة محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة الدستورية.

وما يثير الغرابة حقاً، أن القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣، وعلى الرغم من أنه حرم الأفراد من اللجوء المباشر لها، وضع مثل تلك الشروط لاستخدام الدفع الفرعي، أولها دفع كفالة مالية قدرها ٢٠٠ دينار، والتقيد بمواعيد زمنية محددة يترتب على فواتها سقوط حق الطاعن، كما أضيف قيد آخر من خلال ما صدر عن لجنة فحص الطعون من قرارات، وهو اشتراط وجود وكالة خاصة تسمح لمحامي الطاعن بتقديم صحيفة الطعن.^(٣٦)

وفي الواقع، إذا ما أمعنا النظر فيما اشترطه المشرع من ضوابط لكي يكون اتصال الأفراد بالمحكمة الدستورية صحيحاً، نجد أنه اتجاه متشدد؛ إذ لم

(٣٥) تتشكل اللجنة وفق نص المادة الثامنة من لائحة المحكمة الدستورية من رئيس المحكمة وعضوية أقدم مستشارين فيها، وتصدر قراراتها بأغلبية آراء أعضائها أي تتخذ قرارها بأغلبية عضوين، وذلك ما يفسر أن اثنين من أعضاء المحكمة قد يكون لهما الرأي النهائي. انظر أ. د. عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية، ص ٣٤٠.

(٣٦) الطعن رقم ١ / ١٩٨٨ دستوري الصادر بتاريخ ٦ مارس ١٩٨٩ - لجنة فحص الطعون.

يكتف بحرمانهم من الاتصال المباشر بها، بل أضاف لها شروطاً أخرى أدت إلى تقليص حق الأفراد أكثر في الوصول لتلك المحكمة.

ويكفي إلقاء نظرة سريعة على ما صدر من المحكمة الدستورية أو من لجنة فحص الطعون من أحكام وقرارات رفضت من خلالها طعون خاصة بالأفراد كونها قدمت بالمخالفة للإجراءات التي يشترطها قانون المحكمة الدستورية الحالي أو لائحتها الداخلية كأن يكون الطاعن قد أبدى الدفع بعدم الدستورية أولاً أو لمجرد كون محامي الطاعن لم يقدم وكالة خاصة تسمح له بذلك.^(٣٧) ذلك ما يعكس الصعوبات التي تواجه الأفراد عند سلوكهم طريق الدفع الفرعي.

وننتهي فيما يتعلق بهذه المسألة إلى أن الاقتراح بقانون قد انتصر لحكم الدستور، وذلك بإزالة شبهة عدم الدستورية التي كانت تلف الجزئية الخاصة بطعون الأفراد في القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣، بإباحته للأفراد الطعن مباشرة أمام المحكمة الدستورية. ومع ذلك لم يطلق الاقتراح العنان للأفراد لممارسة هذا الحق، إذ أورد عليه قيدين، وذلك في سبيل ضمان الجدية؛ أولهما الكفالة المالية. فالأقتراح رفع قيمة الكفالة المالية إلى ألف دينار، تودع خزينة المحكمة عند تقديم صحيفة الطعن، على أن تصدر بقوة القانون إذا ما قضي بعدم قبول الدعوى شكلاً أو رفضت موضوعاً^(٣٨). فلا شك أن قيمة الكفالة العالية نسبياً تقلص من عدد الطعون غير الجدية.

أما القيد الثاني فهو اشتراط أن تكون صحيفة الطعن موقعة من محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة الدستورية.^(٣٩) وغني عن البيان أن وجود مثل هذا الشرط يعطي الطعن المزيد من الجدية، إذ يفترض أن المحامين الذين

(٣٧) انظر على سبيل المثال حكم المحكمة الدستورية رقم ٩٧ / ٢ وقرار لجنة فحص الطعون رقم ٩٧ / ٣٣.

(٣٨) المادة ٢٦ من الاقتراح بقانون.

(٣٩) المادة ٢٦ من الاقتراح بقانون.

يمكنهم المرافعة أمام هذه المحكمة يملكون خبرة قانونية واسعة تسمح لهم بدراسة الطعن وصياغة صحيفته صياغة قانونية سليمة، ورفض توقيع الصحيفة إذا ما تبين عدم جدية الطعن أو لغيره من أسباب. وهذا من المؤكد غير متاح لجميع المحامين، ومن باب أولى للأفراد.

وبمراجعة هذين الشرطين يتبين أن الأعضاء مقدمي الاقتراح قد ذهبوا إلى ما ذهب إليه أساتذة القانون الدستوري من أن وضع ضوابط لتنظيم حق الأفراد في اللجوء المباشر للمحكمة الدستورية أجدى نفعاً وأكثر توافقاً وأحكام الدستور من منعهم منه وحصره في الدفع الفرعي الذي ما زال الاقتراح يتبناه، إذ أباح لذوي الشأن وبمناسبة دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم العادية الدفع بعدم دستورية تشريع يراد تطبيقه في الدعوى، فإذا قدرت هذه المحكمة جدية الدفع، أوقفت النظر في الدعوى الموضوعية وأحالت الأمر للمحكمة الدستورية، وإلا رفضته.^(٤٠)

ولكن الإجراء الأهم في هذه الجزئية الذي استحدثه الاقتراح هو أن للفرد إذا ما رفض دفعه بعدم دستورية تشريع أمام إحدى المحاكم اللجوء مباشرة إلى المحكمة الدستورية ذاتها لا لجنة فحص الطعون، كما يقرر ذلك القانون الحالي، وذلك خلال ثلاثين يوماً من صدور الحكم برفض الدفع.^(٤١)

وتحدد المحكمة الدستورية جلسة على وجه الاستعجال لبحث جدية الدفع. فإذا ما انتهت إلى قبول الدفع انتقلت لبحث موضوعه تمهيداً للفصل فيه.^(٤٢) أما في حالة رفض الدفع فتكون المسألة قد حسمت نهائياً بحكم غير قابل للطعن. وهذا بدوره أكثر انسجاماً مع ما يقرره الدستور؛ حيث أسند مهمة الفصل في جدية الطعون للمحكمة الدستورية نفسها لا جهة أخرى.

(٤٠) المادة ١٨ من الاقتراح بقانون.

(٤١) المادة ٢٣ من الاقتراح بقانون.

(٤٢) المادة ٢٥ من الاقتراح بقانون.

ثانياً - إجراءات الاختصاصات الجديدة:

سبق أن بينا أن الاقتراح جاء باختصاصات جديدة للمحكمة المزمع إنشاؤها، فالمادة السادسة منه نصت على اختصاص المحكمة في البت في الخلاف في الاختصاص بين جهات القضاء وفي الفصل في التنازع الإيجابي والسلبى بين القضاء العادي والقضاء العسكري^(٤٣). كما تم إيضاح أن النص منتقد في عدة نواح، فعلاوة على الاختصاص برمته يلفه الغموض والإبهام، وأن المقترحين أعادوا استخدام اصطلاح "جهات القضاء" الذي يثير الكثير من الخلاف الفقهي حوله، فالاقترح لم يبين بأي شكل من الأشكال آلية تقديم الطلبات الخاصة بهذا الاختصاص ولا الإجراءات واجبة الاتباع في مثل هذه الأحوال، ولا من هم أصحاب الحق في تقديمها. كل ذلك زاد الأمر تعقيداً وجعله أقرب إلى الاستحالة في التطبيق، إذ كان حرياً بالأعضاء المقترحين - وعلى أقل تقدير - رسم الخطوط العريضة لهذا الاختصاص كبيان آلية تحريك هذا الاختصاص ومن يملك الحق في ذلك، تاركين ما عداها لللائحة الداخلية للمحكمة.

(٤٣) انظر المبحث الثاني - ثالثاً.

المبحث الرابع أثر حكم المحكمة

تختلف الدول في تقرير تاريخ أثر الحكم الصادر بعدم دستورية تشريع؛ فبعضها يجعل أثره - وهو إلغاء التشريع المطعون عليه - من تاريخ صدور الحكم، ومن هذه الدول إيطاليا^(٤٤). في حين تجعل دول أخرى - كاليابان - للحكم أثراً رجعياً يترد إلى تاريخ صدور التشريع^(٤٥). ولكل اتجاه أنصاره الذين يستندون إلى حجج تدعم رأيهم.

ويقوم الاتجاه الذي يقرر أن إلغاء التشريع غير الدستوري يترد إلى تاريخ إصداره لا تاريخ الحكم بعدم دستوريته على حجة متينة، مفادها أن الرقابة على دستورية التشريعات إنما هي مهمة، القصد منها الكشف عن حقيقة العمل التشريعي المعروض على المحكمة، فإذا ما قررت المحكمة أن ذلك العمل مخالف للدستور فذلك يعني أنه لا يعدُّ قانوناً بالمطلوع الفني لهذا الاصطلاح؛ إذ يشترط حتى يكتسب العمل التشريعي صفة القانون أن يكون صادراً ضمن الحدود التي رسمها له الدستور سواء من الناحية الشكلية أو الموضوعية. وهذا ما يترتب عليه إلغاء التشريع المطعون عليه بأثر رجعي يترد إلى تاريخ صدوره لا من وقت النطق بالحكم بعدم دستوريته^(٤٦). فهذه الحجة دفعت بالبعض إلى القول إن عبارة "قانون غير دستوري" تنطوي على تناقض واضح في المنطق، إذ إن عمل السلطة

(٤٤) د. فتحي فكري، القانون الدستوري، الكتاب الأول، شركة ناس للطباعة، ٢٠٠٧، ص ٣٢٣.

(٤٥) أ. د. عادل الطيباني، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

(٤٦) أ. د. عزيزة الشريف، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، مطبعة الفيصل، الكويت، ١٩٩٥، ص ٢٣٢.

التشريعية إما أن يكون قانوناً فيوصف حتماً بأنه دستوري، وإما ما يخالف الدستور فلا يكون قانوناً على الإطلاق.^(٤٧)

بيد أنه من الأهمية بمكان بيان أن التسليم بمثل هذا الرأي على إطلاقه قد يترتب عليه أضرار معنوية ومادية فادحة، بل يكون أحياناً بقاء التشريع غير الدستوري أفضل للمجتمع من إلغائه بأثر رجعي، وخصوصاً إذا كان القانون أو اللائحة المطعون عليها قد صدر منذ أمد طويل.^(٤٨)

ذلك ما مكن من ظهور اتجاه جديد يقرر أنصاره أن أثر إلغاء التشريع غير الدستوري لا يطبق إلا بالنسبة للمستقبل، إذ إن للتشريع - وقبل أن يقضى بعدم دستوريته - وجوداً مادياً لا يمكن تجاهله، مستنديين في تقرير ذلك إلى وسائل قانونية شبيهة بنظريات مستقرة في فقه القانون العام كنظرية الموظف الفعلي ومبدأ حسن نية ذوي الشأن.^(٤٩)

أما في الكويت، فقد نصت المادة السادسة من قانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية على أنه: (إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة من اللوائح الإدارية لمخالفتها لقانون نافذ، وجب على السلطات المختصة أن تبادر إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لتصحيح هذه المخالفات، وتسوية آثارها بالنسبة للماضي). ويبدو جلياً من النص أن المشرع الكويتي تبني الاتجاه الأول، فالنص يمنح حكم المحكمة الدستورية أثراً رجعياً، إذ يعتبر التشريع المقضي بعدم

(٤٧) Willaughby, Constitutional Law, p115 نقلاً عن أ. د. كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، ١٩٦٠، ص ٢٢٥.

(٤٨) أ. د. عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية، ص ٤٧٨.

(٤٩) أ. د. عزيزة الشريف، مرجع سابق، ص ٣٣٦ و ٣٣٧.

دستوريته كأن لم يكن مع تعديل الأوضاع الناجمة عن الفترة التي طبق فيها.

ويختلف هذا وما يقرره الاقتراح محل الدراسة، فالمادة (٣٥) منه تقضي بأنه: (يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، ويجب على السلطات المختصة أن تبادر إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لتصحيح ما يترتب على النص غير الدستوري من مخالفات وتسوية آثارها بالنسبة للماضي. وإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جزائي تعتبر الأحكام الصادرة بالإدانة استناداً إليه كأن لم يكن، وعلى النيابة العامة إجراء مقتضى ذلك فور النطق بالحكم، وذلك دون الإخلال بحق من تم تنفيذ الحكم عليه أو ورثته بالرجوع بالتعويض على الدولة).

فالاقترح - كما يتضح من النص - يتبنى الاتجاه الآخر كأصل عام، وهو اقتصار أثر الحكم بعدم الدستورية على المستقبل دون الماضي، على خلاف ما يقرره القانون الحالي. ولكن ما الذي دعا مقدمي الاقتراح إلى تقديم مثل هذا التعديل؟ وأي من النصين أكثر توافقاً وأحكاماً الدستور؟

يبدو من ظاهر النص المقترح أن للمقترحين رغبة في تبني الاتجاه الآخر فيما يتعلق بأثر الحكم بعدم الدستورية؛ أي نفاذه دون أثر رجعي. إلا أن هذه المحاولة لن يكتب لها النجاح، حيث إن النص المقترح تلحقه عيوب عدة، قد تتسبب في رفضه من مجلس الأمة. ولكن قبل مناقشة تلك العيوب يجب بيان أن النص المقترح منقول حرفياً تقريباً من القانون المصري قبل إدخال تعديل سنة ١٩٩٨، حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أنه: (... يترتب على الحكم بعدم دستورية نص قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم. فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جزائي تعتبر الأحكام التي صدرت

بالإدانة بالاستناد إلى ذلك النص كأن لم يكن، ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه).^(٥٠)

أما عيوب النص المقترح فهي:

١ - أن النقل الحرفي وبهذه الطريقة السطحية، ودون البحث في الأساس الدستوري لكلا النظامين المصري والكويتي، يجعل عملية النقل برمتها خاطئة. فالأساس الدستوري للقانون في مصر هو نص المادة ١٧٨ من الدستور الذي يقرر أن: (تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية. وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار).

فالدستور المصري - كما يبدو جلياً من النص المذكور - يحيل للمشرع العادي لينظم أثر الأحكام بعدم الدستورية. والذي استجاب لتلك الدعوة بإصداره نص المادة رقم ٤٩ في القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، التي عدلت سنة ١٩٩٨ بالقرار بقانون رقم ١٦٨.^(٥١) فما قام به المشرع المصري - سواء في إصدار القانون ابتداءً أو ما تبعه من تعديل - يظل في الحدود التي رسمها له الدستور، مما يضحى معه النصوص جميعها دستورية.

(٥٠) وقد تم تعديل هذا النص بموجب القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ ليصبح: (ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون الإخلال باستفادة المدعي من الحكم بعدم دستورية هذا النص...).

(٥١) وقد أثار نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ جدلاً فقهياً كبيراً في مصر حول أثر أحكام تلك المحكمة بعدم الدستورية، كما تأثرت المحكمة الدستورية العليا في مصر بهذا الخلاف وانعكس ذلك في أحكامها؛ إذ كان لها أكثر من اتجاه في نفاذ أثرها. كما لم يتوقف هذا الجدل بعد تعديل سنة ١٩٩٨، بل إن هناك من يرى أن الخلاف تفاقم بعده. انظر فتحي فكري، القانون الدستوري، ص ٣٢٦ وما يليها.

أما في الكويت، فقد رأينا أن الأساس الدستوري للرقابة على دستورية التشريعات هو نص المادة ١٧٣ من الدستور، الذي يجري نصه فيما يتعلق بأثر الحكم بعدم الدستورية على النحو التالي: (... وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن).

فعلى خلاف الوضع في مصر، فالمسألة محسومة في الكويت. حيث بين الدستور بشكل قاطع وبمصوص يمنع معها أي تأويل أن للحكم بعدم دستورية نص تشريعي أثراً رجعياً يرد إلى يوم صدور الأخير لا الحكم بعدم الدستورية. ويترتب على ما سلف، أن النص المقترح غير دستوري، فهو يجعل لأحكام المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص غير جزائي أثراً للمستقبل كأصل عام، ولا يلغي التشريع من تاريخ صدوره مشكلاً بذلك مخالفة صارخة لأحكام الدستور، على عكس القانون المصري الذي يتحرك في حدود الرخصة الممنوحة له من قبل المشرع الدستوري.

٢ - حتى لو افترضنا جدلاً أن النص المقترح موافق لأحكام الدستور، فهو مبهم وظاهره يوحي بالتناقض. وهو مبهم كون الاقتراح ومذكرته الإيضاحية لا يبينان المقصود بعبارة "عدم جواز تطبيقه" الواردة في المادة ٣٥ من الاقتراح، فهل ما زال للنص التشريعي المقضي بعدم دستوريته وجود قانوني بعد نشر الحكم؟ أو كل ما تطلبه المحكمة الدستورية في حكمها هو الامتناع عن تطبيقه؟.

لا تساورنا ريبة في أن النص المقترح وفقاً لصياغته الحالية يتبنى رقابة الامتناع؛ كونه لا يقرر إلغاء النص المطعون عليه إذا ما صدر حكم بعدم دستوريته، فهو موجود قانوناً، إنما تتوجه المحكمة من خلال حكمها للسلطات العامة بعدم تطبيق ذلك التشريع، بما فيها السلطة التشريعية كي تقوم بما يلزم نحو إزالة المخالفة لأحكام الدستور كأن تلغي النص أو تعدله. ومن ناحية أخرى، فعبارة (عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي من نشر الحكم) تتناقض والعبارة التي تليها ونصها (ويجب على السلطات المختصة أن تبادر إلى اتخاذ مايلزم من تدابير لتصحيح ما يترتب على النص غير الدستوري

من مخالفات وتسوية آثارها بالنسبة للماضي). فالعبارة الأولى تعطي للحكم أثراً مستقبلياً يسري من بعد نشره. أما العبارة الأخرى فهي تنسحب للماضي وحتى تاريخ صدور النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته، فالإقتراح يعالج أثر الحكم بطريقة تثير - حقاً - معها الحيرة، فالعبارتان متناقضتان بشكل يجعل مسألة تطبيقه مستحيلة. ويكفي هنا الاطلاع على ما كان يدور في مصر من جدل فقهي وقضائي بمناسبة صدور القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ الذي استوحى منه المقترحون اقتراحهم - لمعرفة حجم الإشكال القانوني الذي خلقه ذلك النص، على الرغم من الدستور المصري هو من أحال الموضوع للمشرع العادي، على خلاف الدستور الكويتي الذي أوضح بشكل قاطع أثر ذلك الحكم.

٣ - بينت المادة ٣٥ من الاقتراح أنه يترتب على الحكم بعدم دستورية قانون أو مرسوم أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشره؛ ما يعني أن تاريخ تنفيذ الحكم غير معلوم على وجه الدقة؛ إذ قد يمتد إلى أيام إن لم يكن لأسابيع. ولا يخالجننا شك في أن هذا سيكون ثغرة قانونية في الاقتراح، حيث إن توقيت نفاذ أثر الحكم بهذا الشكل خاطئ، وسيعمد البعض إلى التصرف بطريقة تعود عليه بالفائدة، وعلى حساب غيره إذا ما علم بصدور حكم بعدم دستورية تشريع، وأن التشريع المطعون عليه لا محالة لن يطبق، فالنص في صياغته الحالية يفتح باب التحايل. لذلك ولسد هذه الثغرة القانونية - على الافتراض، جدلاً بتوافق ذلك وأحكام الدستور- نرى أن يكون نفاذ الحكم من تاريخ صدوره لا من تاريخ نشره.

خاتمة

الاقتراح بقانون المقدم من عدد من أعضاء مجلس الأمة بإنشاء المحكمة الدستورية العليا هو خطوة مهمة لتجاوز العقبات ونقاط الضعف التي كشفها التطبيق العملي للقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية، بعد تجربة ليست بالقصيرة، على الرغم من أن الفكرة ليست سوى امتداد للوضع الحالي، ولا يوجد أي إنشاء جديد لمحكمة جديدة.

وقد ناقشت هذه الدراسة التعديلات التي أتى بها الاقتراح، مع عقد مقارنة مع ما هو قائم في ظل القانون الحالي. لا شك في أن بعضاً من تلك التعديلات جوهرية وستستخدم فكرة تطوير عمل هذه المؤسسة التي تؤدي دوراً حيويّاً في الحفاظ على سمو أحكام الدستور. إلا أن الاقتراح - وكأي اقتراح - تشوبه بعض المثالب التي نأمل أن يتداركها مجلس الأمة قبل إقراره لما لها من تأثير سلبي على أداء المحكمة. تمثل بعضها بأحكام جديدة نرى أنها قد تسيء إلى القانون إذا ما أقر، وأخرى أغفل المقترحون إضافتها ونعتقد بضرورة وجودها حتى يغدو القانون متكاملًا.

سنستعرض في هذه الخاتمة أهم النقاط التي مرت بنا سواء كانت إيجابية أم سلبية. فأمّا الإيجابية منها فنذكرها بقصد تأكيد ضرورة وجودها في الاقتراح، وأمّا السلبية فبهدف إعادة النظر فيها وتلافي ما بها من عيب قبل إقرار الاقتراح من قبل مجلس الأمة، وسنوجز كلاً منها على النحو الآتي:

أهم التعديلات الإيجابية التي أتى بها الاقتراح:

- تنبه مقدمو الاقتراح لخطأ في القانون ١٤ لسنة ١٩٧٣ يتعلق بالاختصاص التفسيري للمحكمة، إذ تقضي مادته الأولى باختصاص المحكمة بتفسير "النصوص الدستورية"، ولا شك أن هذه العبارة غير دقيقة؛ إذ توسع من اختصاص المحكمة لتشمل - بالإضافة إلى نصوص الدستور - نصوص جميع التشريعات التي تحتوي على قواعد دستورية،

وذلك ما حدا بالمقترحين إلى تعديل العبارة إلى "نصوص الدستور" (المادة ٦ من الاقتراح بقانون).

- أدخل الاقتراح تعديلاً مهماً على تشكيل المحكمة من حيث عدد أعضائها ونوعيتهم؛ فقد رفع عدد أعضائها من خمسة إلى سبعة (المادة الثانية)، وفي هذا استزادة لوجهات النظر، وهو ما يثير النقاش تمهيداً للوصول إلى رأي في المسألة المعروضة. كما يضيف الاقتراح عضوين من غير القضاة إلى جانب العناصر القضائية، يرشح مجلس الأمة أحدهما، في حين يرشح مجلس الوزراء الآخر (المادة الثالثة). ويفترض أن تهدف هذه الإضافة إلى إطلاع المحكمة على الاعتبارات غير القانونية التي أسهمت بإصدار التشريع المطعون عليه، بغية الوصول لقرار مناسب في الموضوع.
- كما أدخل الاقتراح تعديلاً جوهرياً آخر، وهو تمكين الأفراد من الطعن المباشر بدستورية تشريع أمام المحكمة المقترح إنشاؤها (المادة ٢٦). ولا شك أن في ذلك انتصاراً لحكم الدستور الذي يقرر في المادة ١٧٣ أنه يحق لذوي الشأن ذلك، حيث سيتمكن هذا التعديل الأفراد من تلافى ما كانوا يقعون فيه من إشكالات قانونية ظلت مانعاً من اتصالهم بالمحكمة.
- وقد ترتب على هذا التعديل إلغاء لجنة فحص الطعون، تلك اللجنة التي طالما أثارت جدلاً للدور الذي أدته في استبعاد الكثير من الطعون قبل وصولها إلى المحكمة الدستورية، ذلك ما قلص حق الأفراد الدستوري في عرض طعونهم بعدم الدستورية عليها.

أما أهم السلبيات التي لحقت بالاقتراح فهي:

- على الرغم من أن الاقتراح أدخل تعديلاً مهماً على تشكيل المحكمة بغية إطلاع أعضائها على الاعتبارات السياسية؛ كون المحكمة الدستورية ليست محكمة قانون فحسب، فإن الملاحظ أن الفئات التي أجاز الاقتراح لمجلس الأمة ومجلس الوزراء الاختيار منها لا تخرج عن كونها ضمن المجال القانوني، حيث حصرها في أساتذة القانون في الجامعة ومستشاري المحاكم وأعضاء الفتوى والتشريع السابقين والمحامين (المادة الثالثة).

ولا نتردد في اعتبار ذلك إفراغاً لمحتوى فكرة التعديل، وكان من الأخرى إضافة فئات أخرى تتمتع بخبرة سياسية يمكن لها إنارة رأي المحكمة في هذا الجانب كالوزراء وأعضاء مجلس الأمة السابقين.

- أضاف الاقتراح اختصاصاً مبهماً تماماً، وهو البت في الخلاف على الاختصاص بين جهات القضاء، والفصل في تنازع الاختصاص السلبي والإيجابي بين القضاء العادي والقضاء العسكري (المادة السادسة). ومن المؤكد أن هذا الاختصاص - وفقاً لهذه الصياغة - سيخلق حوله مشكلات جمة، كون الاقتراح ومذكرته الإيضاحية لم يوضحا المقصود به ولا إجراءاته أو من يملك الحق في تحريكه. لذا كان من الأفضل إدخال المزيد من التفصيل حول هذا الاختصاص الجديد وآلية اللجوء إليه.

- إلا أن أشد الانتقادات التي يمكن أن توجه للاقتراح هو ما يتعلق بأثر حكم المحكمة بعدم الدستورية، إذ يرتب الاقتراح على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشره (المادة ٣٥)، وذلك ما يتعارض مع أحكام الدستور بشكل صريح؛ مما يجعل النص المقترح غير دستوري. كما لم يخل نص المادة من عدم وضوح القصد في بعض أحكامه وتناقضها، مما يتعين إلغاء فكرة هذا التعديل ما دام نص المادة ١٧٣ من الدستور بقي دون تعديل.