تحول في مفهوم المحكمة الدستورية الكويتية للطعن المباشر

(دراسة مقارنة)(*)

أ. د. عادل الطبطبائي
المستشار بالديوان الأميري
أستاذ القانون العام
وعميد كلية الحقوق بجامعة
الكويت سابقاً

ملخص:

يجمع رجال الفقه الدستوري الكويتي على أن دستور الكويت قد تبنى نظام رقابة الإلغاء اللاحقة لصدور القانون، وذلك عن طريق الدعوى الأصلية التي يتم رفعها أمام المحكمة الدستورية سواء من مجلس الوزراء أو مجلس الأمة أو الأفراد، غير أن قانون إنشاء المحكمة الدستورية قصر حق الطعن المباشر على السلطات العامة دون الأفراد.

وقد تبنت المحكمة الدستورية موقفاً متشدداً من مفهوم الطعن المباشر طوال الفترة من عام ١٩٧٣ إلى عام ٢٠٠٧، عندما اعتبرت الطعن مباشراً إذا أشير إليه في صحيفة الدعوى الموضوعية، أو قدم مباشرة إلى المحكمة الدستورية أو لجنة فحص الطعون مباشرة، أو أبداه الطاعن قبل أن يبدي خصمه دفاعه بعد في الدعوى الموضوعية.

ولكن المحكمة الدستورية تبنت مفهوماً آخر للطعن المباشر منذ عام ٢٠٠٧، عندما اعتبرت أن الدفع بعدم الدستورية هو دفع موضوعي يجوز

(*) أجيز البحث بتاريخ ٢٨/٩/٢٠١١م.

إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولا مانع يمنع المدعي من إبدائه في صحيفة دعواه.

تمهيد وتقسيم:

تحرص الدساتير عادة على كفالة احترام السلطات العامة لاختصاصاتها وعدم خروجها عن حدودها الدستورية المقررة لها، وذلك بإنشاء المحاكم المختصة بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، ولاشك أن الدستور الكويتي يعتبر من بين هذه الدساتير عندما نص في المادة (١٧٣) منه على إنشاء جهة قضائية تتولى الفصل في المنازعات الخاصة بدستورية القوانين واللوائح، وكفل لذوي الشأن حق الطعن أمامها مباشرة.

وقد استقر الفقه الدستوري في الكويت على أن المادة (١٧٣) من الدستور قد قررت أسلوب الدعوى المباشرة في الطعن بعدم الدستورية، وأن هذا الحق مكفول لكل ذي شأن، سواء أكان من الأفراد أم من السلطات العامة.

وبصدور القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ الخاص بإنشاء المحكمة الدستورية وجدنا أنه يقصر على السلطات العامة وحدها الطعن المباشر في دستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح، أما الأفراد فلا يحق لهم الطعن سوى عن طريق الدفع الفرعي، وعندما يكون الطاعن طرفاً في الدعوى الموضوعية، وقد سوغ المشرع العادي سلوك هذا السبيل بالقول: إن باب الدعوى الموضوعية مفتوح على مصراعيه أمام الأفراد يمكنهم من خلاله الطعن بعدم الدستورية.

وإذا كان قانون إنشاء المحكمة الدستورية قد حصر أسلوب الدعوى المباشرة في السلطات العامة وحدها، فإن المحكمة الدستورية ومن خلال الأحكام التي أصدرتها قد اتبعت أسلوباً معيناً في تفسير معنى الطعن المباشر، ترتب عليه اعتبار أغلبية الطعون المقدمة من الأفراد بمنزلة طعون مباشرة قدمت بغير الطريق الذي نص عليه القانون، ومن ثم تكون غير مقبولة.

وقد استمرت المحكمة الدستورية في اتباع هذا النهج مدة طويلة، شأنها في ذلك شأن موقفها من الطعون إجمالاً؛ إذ ارتكنت المحكمة خلال الفترة من

عام ١٩٧٣ إلى عام ٢٠٠٦ على حجة الدفوع الشكلية؛ ربما تجنباً منها للخوض في الطعون الموضوعية المقدمة بعدم دستورية العديد من النصوص التشريعية واللائحية، فخلال تلك الفترة لم تقض المحكمة الدستورية بعدم الدستورية إلا مرات قليلة تعد على أصابع اليد الواحدة.

ولكن اتجاه المحكمة الدستورية في الكويت شهد تغيراً مهماً اعتباراً من عام ٢٠٠٦؛ إذ بدأت المحكمة الدستورية تقضي في العديد من الطعون المقدمة لها بعدم الدستورية، وربما كان ذلك تمهيداً مهماً لتحول قضائها بشأن مفهومها للطعن المباشر، الذي تأخر إلى عام ٢٠٠٧ عندما غيرت موقفها وتخلت عن الاعتصام بالدفوع الشكلية. ولا شك أن هذا التحول له أهميته من الناحيتين القانونية والعملية. فمن الناحية القانونية، أصبح الأفراد يشعرون بأن المحكمة الدستورية أصبحت أكثر اتجاهاً نحو حماية الحقوق والحريات التي قررها الدستور الكويتي، ومن الناحية العملية، وجد الباحث الدستوري لأول مرة، ميداناً خصباً للبحث في موقف المحكمة الدستورية من احترام الحقوق والحريات.

وستكون دراستنا لأحكام هذا الموضوع على النحو التالي:

المبحث الأول: موقف كل من الدستور الكويتي وقانون إنشاء المحكمة الدستورية من الدعوى المباشرة.

المبحث الثاني: تطور مفهوم المحكمة الدستورية للدعوى المباشرة.

المبحث الأول
موقف كل من الدستور الكويتي وقانون إنشاء المحكمة الدستورية من الدعوى المباشرة

بين الدستور الكويتي في المادة (١٧٣) منه، موقفه من الرقابة على دستورية القوانين والطرق التي تباشر بموجبها. واستناداً إلى هذه المادة الدستورية صدر القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية مبيناً طريقة تشكيلها واختصاصاتها، وأسلوب إثارة الطعن بعدم الدستورية أمامها. ويهمنا في هذا المجال أن نبين موقف الدستور من طرق الطعن بعدم الدستورية، ومن ثم هل تبنى أسلوب الدعوى المباشرة أم لا، **ثم نوضح موقف قانون إنشاء المحكمة الدستورية من هذا الأمر في مطلبين متتاليين :**

المطلب الأول
موقف الدستور الكويتي من تبني الدعوى المباشرة

نصت المادة (١٧٣) من الدستور على أن (يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها. ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح. وفي حالة تقرير الجهة المذكورة، عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن).

أجمع رجال الفقه الدستوري[١] الذين تناولوا موقف المشرع الدستوري الكويتي بالبحث والدراسة، على أنه قد تبنى أسلوب رقابة الإلغاء اللاحقة لصدور

(١) انظر: الدكتور رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مطبوعات الكويت ١٩٧٢، ص ٥٦٩.
– الدكتور عبد الفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري دار النهضة العربية بيروت ١٩٦٨، ١٥١.
=

القانون أو المرسوم بقانون أو اللائحة، وذلك عن طريق الدعوى الأصلية، التي يتم رفعها أمام المحكمة الدستورية سواء من مجلس الوزراء أو مجلس الأمة أو الأفراد إلى جانب تبنيه لأسلوب الدفع المثار من الخصوم أمام محكمة الموضوع، أو من تلقاء نفسها في أثناء نظر قضية من القضايا، وذلك إذا رأت تلك المحكمة جدية هذا الدفع المثار من الخصوم ومن ثم عرضه على المحكمة الدستورية.

المطلب الثاني
موقف قانون إنشاء المحكمة الدستورية من تبني أسلوب الدعوى المباشرة

تنص المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة الدستورية على أنه (ترفع المنازعات إلى المحكمة الدستورية **بإحدى الطريقتين التاليتين :**

أ – بطلب من مجلس الأمة أو من مجلس الوزراء.

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

ويجوز لذوي الشأن الطعن في الحكم الصادر بعدم جدية الدفع، وذلك لدى لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية في خلال شهر من صدور الحكم المذكور وتفصل اللجنة في هذا الطعن على وجه الاستعجال).

= – الدكتور يحيى الجمل، النظام الدستوري في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٧٠-١٩٧١، ص ١٤٩.

– الدكتور عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، دراسة مقارنة، ١٩٩٨، ص ٩٣١–٩٣٤.

– الدكتور عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات الدستورية في الكويت، ج ١، ١٩٨٩، ص ٦٨٧-٦٩٣.

ويتضح من دراسة المادة الرابعة أن قانون إنشاء المحكمة الدستورية قد منح السلطات العامة في الكويت – مجلس الوزراء ومجلس الأمة وحدهما – حق رفع الدعوى المباشرة.

لذلك نبين أولاً حق مجلس الوزراء في رفع الدعوى المباشرة، ثم نبين كيفية منح هذا الحق لمجلس الأمة.

أولاً – مجلس الوزراء:

أعطى المشرع مجلس الوزراء حق الطعن بعدم دستورية القوانين، وقد يقال: إن مجلس الوزراء كان بإمكانه التقدم بمشروع قانون يعدل أو يلغي القانون المخالف للدستور، أو كان يستطيع أصلاً منع صدور القانون غير الدستوري. وإذا كان هذا صحيحاً، فإن المشرع – في اعتقادنا – إنما أراد أن يعطي لمجلس الوزراء فرصة أخيرة للقضاء على القانون في الحالة التي لا يملك فيها التغلب على رأي مجلس الأمة. وبيان ذلك أن الدستور أجاز صدور القانون على الرغم من معارضة السلطة التنفيذية له، وطلبها إعادة النظر فيه، إذا ما أقره مجلس الأمة ثانية، بموافقة ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم، حيث يتوجب على الأمير في هذه الحالة التصديق على القانون وإصداره خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه إليه.

فلو تقدمت السلطة التنفيذية – في مثل هذه الحالة – بمشروع قانون معدل للقانون الذي وافق عليه مجلس الأمة فإنه لن يحظى بالقبول لديه. ولذلك أعطى المشرع مجلس الوزراء حق الطعن بعدم دستورية القانون وهي محاولة أخيرة للتغلب على رأي مجلس الأمة.

ثانياً – مجلس الأمة:

بموجب المادة الرابعة، الفقرة (أ) من قانون المحكمة يحق لمجلس الأمة الطعن – أمام المحكمة الدستورية مباشرة – بعدم دستورية القوانين. ويجب أن يكون ذلك بقرار من المجلس نفسه، وليس من إحدى لجانه أو رئيسه مثلاً. ولما

كان القانون لم يحدد الأغلبية اللازمة لاتخاذ القرار، فإن ذلك يكون بالأغلبية العادية، وفقاً للقواعد العامة، وهي أغلبية الأعضاء الحاضرين.

ويرى البعض أن في إمكان مجلس الأمة التقدم باقتراح بقانون يعدل فيه أو يلغي القانون المخالف للدستور، دون الحاجة إلى اللجوء للطعن فيه. ولذلك يتصور – وفقاً لهذا الرأي – أن يطغى في التعامل أسلوب طلب تفسير النصوص الدستورية من قبل المجلس تمهيداً للحكم على نص تشريعي مشكوك في دستوريته(١).

وفي رأينا أن إعطاء مجلس الوزراء حق الطعن بدستورية القوانين، إذا كان له ما يسوغه، فإن ذلك لا يتوافر في حالة مجلس الأمة، فالمجلس يمكنه بالفعل الحيلولة دون صدور القوانين المخالفة للدستور، ولاسيما أنه يستعين في أعماله المختلفة بمجموعة من الخبراء القانونيين، وحتى إذا سلمنا في إمكان صدور قانون غير دستوري – وهو أمر متصور بطبيعة الحال – فإن في مكنة المجلس تعديل ذلك القانون أو عدم الموافقة عليه، دون الحاجة إلى الطعن في دستوريته.

وكان يمكن الدفاع عن مسلك المشرع هذا لو أنه أعطى للأقلية المعارضة للقانون في المجلس حق الطعن فيه بحجة عدم التزامه بنصوص الدستور(٢)، وهو مسلك اتخذه المشرع سبيلاً في بعض الدول كتركيا، ومع ذلك نعتقد أن هناك حالة واحدة – ولو كانت بعيدة الاحتمال – يمكن أن تسوغ إعطاء مجلس الأمة حق الطعن بعدم دستورية القانون، ومؤدى هذه الحالة أن مجلس الأمة

(١) عثمان خليل عثمان، دستورية القوانين، ص ١٦٧.

(٢) تنص المادة ٣٠ مكرر (أ) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على أنه (يجب على الحاضر عن المجلس أمام المحكمة الدستورية أن يعرض لجميع وجهات النظر المثارة في شأن النزاع المطروح أمامها، وعلى الأخص الرأي الذي يتقدم به عشرة أعضاء على الأقل من المجلس لعرضه على المحكمة).
– معدلة بالقانون رقم ٢٠٠٧/٨.

يريد التوصل إلى إلغاء القانون بأثر رجعي، ولكن لا تتوافر له الأغلبية الخاصة التي يتطلبها الدستور لسريان القانون بأثر رجعي، فيقرر الطعن بعدم دستورية القانون، ويكفيه في هذه الحالة، الأغلبية العادية آملاً أن تتبنى المحكمة الدستورية وجهة نظره، فتقرر إلغاءه، ويكون الإلغاء في هذه الحالة بأثر رجعي. فكأن المجلس استطاع إلغاء القانون بأثر رجعي، ولكن عن طريق المحكمة الدستورية.

المبحث الثاني
تطور مفهوم المحكمة الدستورية للدعوى المباشرة

صدر قانون إنشاء المحكمة الدستورية عام ١٩٧٣، وما لبثت المحكمة أن باشرت الطعون المحالة إليها، سواء من قبل المحاكم من تلقاء نفسها، عندما تشك بعدم دستورية نص تشريعي أو لائحي، أو بناء على طعن من احد الأفراد، قدرت محكمة الموضوع جديته وإحالته إلى المحكمة الدستورية.

ويلاحظ أن موقف المحكمة الدستورية من مفهوم الطعن المباشر قد مر بمرحلتين متميزتين: الأولى استمرت من عام ١٩٧٣ حتى عام ٢٠٠٧؛ حيث شهد هذا العام (٢٠٠٧) صدور أول حكم من المحكمة تحولت فيه عن موقفها المستند للدفوع الشكلية، عندما قضت برفض الدفع المقدم من إدارة الفتوى والتشريع المتضمن أن الطعن المقدم يعتبر طعناً مباشراً، لوجود إشارة في صحيفة الدعوى لموضوع الدستورية. ولا شك أن إدارة الفتوى والتشريع، إنما استندت في دفعها هذا إلى موقف المحكمة الدستورية الذي كان سائداً خلال السنوات السابقة.

لذلك سنبين المرحلتين اللتين مر بهما تطور مفهوم المحكمة الدستورية للدعوى المباشرة، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم المحكمة الدستورية للطعن المباشر خلال الفترة من عام ١٩٧٣-٢٠٠٧.

المطلب الثاني: مفهوم المحكمة الدستورية للطعن المباشر خلال الفترة من عام ٢٠٠٧ حتى الآن.

المطلب الأول
مفهوم المحكمة الدستورية للطعن المباشر خلال الفترة من عام ١٩٧٣-٢٠٠٧

اتسمت أحكام المحكمة الدستورية، خلال تلك الفترة، بتوسعها الشديد في الاعتماد على حجة الدفوع الشكلية، لتجنب الخوض في الطعون الموضوعية

بعدم دستورية النصوص المطعون فيها، سواء كان الطعن من الأفراد عن طريق محكمة الموضوع، أو من قيام محكمة الموضوع من تلقاء نفسها بإحالة النص المشكوك بعدم دستوريته إلى المحكمة الدستورية. ويبدو اتجاه المحكمة هذا واضحاً جلياً في مفهومها للطعن المباشر بعدم الدستورية، مع أن القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بشأن إنشاء المحكمة الدستورية قد حدد أسلوبين لمباشرة الدعوى المباشرة، هما، أن يكون رفع الدعوى إما من قبل مجلس الوزراء، وإما من مجلس الأمة كما رأينا إلا أن المحكمة الدستورية قد توسعت كثيراً في مفهوم الطعن المباشر، ويتضح ذلك من الحالات التالية(١).

أولاً – يعتبر الطعن مباشراً إذا أشير إليه في صحيفة الدعوى الموضوعية :

هناك العديد من الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية، انتهت فيها إلى اعتبار الطعن مباشراً، إذا ما أشير إليه في صحيفة الدعوى الموضوعية، فإذا ما استعرض المدعي في صحيفة دعواه الموضوعية الأسس التي يستند إليها في الطعن بعدم دستورية نص، اعتبر طعناً مباشراً؛ فقد قضت المحكمة أن (البين من دعوى الطاعنين أمام محكمة الموضوع أنهم طالبوا أصلياً إحالة الدفع بعدم دستورية المرسوم بالقانون رقم ١٩٨٦/١٣١ إلى المحكمة الدستورية للفصل فيه، وبعد الحكم بعدم دستوريته أن تحكم المحكمة بإلغاء القرار الموضح في صحيفة الدعوى الموضوعية. وهذا الطلب – في حقيقته – ليس دفعاً في منازعة مطروحة، وإنما هو طلب أصلي بالطعن بعدم دستورية المرسوم بقانون المشار إليه، قدم إلى المحكمة الدستورية مباشرة في غير منازعة مرددة بين أطراف الدعوى، وهي الطريقة التي طرحها المشرع، وآثر عليها طريقة الدفع المبدى من

(١) انظر في تفاصيل مفهوم الطعن المباشر لدى المحكمة الدستورية الكويتية:
د. عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية، تكوينها، اختصاصها، إجراءاتها دراسة تحليلية مقارنة، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، ٢٠٠٥، ص ٢٦٣-٢٨٧.

أحد الأفراد في أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم، يراد فيها تطبيق قانون ما، فيدفع أحد الطرفين بعدم دستوريته، واعتبر المشرع هذه الطريقة هي من مقومات الدعوى الدستورية، وهو ما لا يصدق على الطلب المقدم من الطاعنين لمحكمة الموضوع، ومن ثم فإن الدعوى الدستورية تكون – في حقيقة الأمر – قد طرحت بغير طريق الدفع الفرعي بالمخالفة لأحكام قانون المحكمة الدستورية، مما يتعين معه عدم قبوله)[1].

– كما قضت المحكمة الدستورية بأنه لا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تقبل جدية الطعن بعدم الدستورية، بعد أن رفضته محكمة أول درجة، باعتباره قد ورد ضمن أوراق الدعوى، ما دام لم يطعن على هذا الحكم أمام لجنة فحص الطعون، وفي ذلك تقول المحكمة: (لا يقبل القول بأن استئناف الحكم الموضوعي يشمل الطعن في الحكم بعدم جدية الدفع بعدم الدستورية؛ إذ ينحسر في هذه الحالة الأثر الناقل للاستئناف عن كل ما يتعلق بالدعوى الدستورية، هذا وإن كان للمحكمة الاستئنافية أن تتعرض للمسألة الدستورية في تشريع يتعلق بالمنازعة الموضوعية المطروحة أمامها من تلقاء نفسها، أو بناء

(١) انظر الطعن الدستوري رقم ١/١٩٨٩، جلسة ١١/٤/١٩٨٩.
انظر أيضاً الطعون بأرقام ٧/٢٠٠٠، ٩/٢٠٠٠، ١١/٢٠٠٠، وهي طعون ضد المادة الأولى من قانون الانتخاب – قبل تعديله – وقد رفضت المحكمة قبول هذه الطعون لورودها في صحف افتتاح الدعوى الموضوعية.
انظر أيضاً الطعون التالية الخاصة بعدم دستورية القانون رقم ١٩٩٣/٤١ بشأن شراء الدولة للمديونيات الصعبة، وهذه الأحكام متطابقة تماماً في اللفظ والمعنى، الطعون بأرقام ١٩٩٦/٣، ١٩٩٦/٤، ١٩٩٦/٥، ١٩٩٦/٧ والصادرة جميعاً في جلسة ١٩٩٧/١/٤.
وانظر في المعنى نفسه، الطعون بأرقام ٨/ ١٩٩٦، ٩/ ١٩٩٦، ١٠/ ١٩٩٦، ١١/ ١٩٩٦، ١٢/ ١٩٩٦، ١٣/١٤، ١٩٩٦/ ١٩٩٦، ١٥/ ١٩٩٦، ١٦/١٩٩٦، ١٧/ ١٩٩٦، ١٨/ ١٩٩٦، ١٩/ ١٩٩٦، ٢٠/ ١٩٩٦، ٢١/ ١٩٩٦، ٢٢/ ١٩٩٦، ٢٣/ ١٩٩٦، ٢٤/ ١٩٩٦، والصادر جميعاً في جلسة ١٩٩٧/١/١٨.

على دفع جدي وتحيله إلى المحكمة الدستورية، إلا أن ذلك لا يتأتى إلا عند إثارة المسألة الدستورية أمامها أول مرة. غير أنه يجوز لها التصدي لذلك إذا ما طرحت عليها المسألة باعتبارها طعناً على الحكم الفاصل فيها، وهذا أمر يترتب عليه أن المحكمة التي يطرح عليها الطعن في الحكم الموضوعي – استئنافياً كان أو تمييزاً – لا تختص بنظر الطعن في الحكم الصادر في المسألة الدستورية، وليس لها بالتالي إحالة المنازعة إلى المحكمة الدستورية)[١].

– ويبدو التوسع في قضاء المحكمة الدستورية الخاص بمفهوم الطعن المباشر، حتى بعد تصحيح شكل الطعن. ففي القضية الخاصة بالترخيص لجريدة (٢٦ فبراير)، وبعد أن رفضت المحكمة الدستورية الطعن المقدم أولاً على أساس أنه طعن مباشر، وبعد أن استأنفت المحكمة الموضوعية السير في الدعوى، دفعت الحكومة بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى، قدم الطاعن طعناً جديداً أمام محكمة الموضوع يخص المادة (١٧) من القانون رقم ١٩٦١/٣ بشأن المطبوعات والنشر فيما تضمنته من اعتبار قرار مجلس الوزراء نهائياً لا يجوز الطعن عليه لتعارضه مع المادة (١٦٦) من الدستور، إلا أن المحكمة الدستورية حكمت بعدم قبول الطعن على أساس أن الحكم السابق (قد حاز قوة الشيء المقضي فيما فصل فيه بشأن شكل الطعن، واستنفدت المحكمة ولايتها في ذلك في حكمها السابق، بما تضحى معه الدعوى الماثلة بالنسبة لهذا الدفع غير مقبولة)[٢].

– اعتبرت المحكمة الدستورية في حكم آخر لها، أن إيراد الطعن من حيث كونه طلباً احتياطياً في صحيفة الاستئناف، طعن مباشر؛ ذلك لأنه (لا يشكل دفعاً فرعياً بعدم الدستورية طبقاً لمفهومه القانوني المشار إليه، بل طلباً مبتدأ أورده في صحيفة استئنافه؛ مما يخرجه عن نطاق ذلك المفهوم)[٣].

(١) الطعن الدستوري رقم ٢/١٩٩٤، جلسة ٢١/٦/١٩٩٤.
(٢) الطعن الدستوري رقم ٤/١٩٩٤، جلسة ٥/١١/١٩٩٤.
(٣) الطعن الدستوري رقم ٥/١٩٩٥، جلسة ٢٢/٤/١٩٩٥.

ثانياً – يعتبر الطعن مباشراً إذا قدم إلى المحكمة الدستورية أو لجنة فحص الطعون مباشرة :

انتهت المحكمة الدستورية إلى أن تقديم الطعن بعدم الدستورية مباشرة إلى المحكمة الدستورية، في أثناء نظر دفع بعدم دستورية بعض المواد ثم قدم الطاعن طعناً أمام المحكمة بمواد أخرى لم يسبق له إثارتها أمام محكمة الموضوع، اعتبر الطعن مباشراً[١].

– ومن حالات الطعن المباشر النادرة التي قدمت إلى المحكمة الدستورية، نذكر حالة تقديم أحد أعضاء المجلس البلدي السابقين طعناً بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٣ بتشكيل لجنة للقيام باختصاصات المجلس البلدي، حيث قدم هذا الطعن مباشرة إلى المحكمة الدستورية، وقد قضت بعدم قبول الطعن لسلوك الطاعن أسلوب الدعوى المباشرة[٢]، وهي محقه بذلك.

– وكذلك إذا قدم الطعن مباشرة أمام لجنة فحص الطعون، دون أن يسبق طرحه أمام محكمة الموضوع؛ ففي الطعن الذي نظرته اللجنة والخاص بعدم دستورية القرار الصادر من وزير الإعلام رقم ١٩٨٦/٢٤٨ الذي أخضع جميع المطبوعات الدورية للرقابة المسبقة على النشر، إثر حل مجلس الأمة عام ١٩٨٦، تقدم الطاعن أمام لجنة فحص الطعون بمذكرة ختامية ضمنها طعناً بعدم دستورية الفقرة (ب) من المادة الرابعة من القانون رقم ١٩٧٣/١٤ بإنشاء المحكمة الدستورية، بشقيها، لتعارضها مع حكم المادة (١٧٣) من الدستور؛ إذ إنها قصرت حق الأفراد في اللجوء إلى المحكمة الدستورية على طريق الدفع الفرعي بعدم الدستورية، عندما يتقدم به أحد أطراف النزاع الموضوعي، وقد رأت اللجنة، أن هذا الطعن، إنما يشكل طعناً مباشراً بعدم الدستورية، وقضت بعدم قبوله[٣].

---

(١) الطعن الدستوري رقم ١٩٨٩/٢، جلسة ١٩٨٩/٦/٢٠.
(٢) الطعن الدستوري رقم ٢٠٠٤/٧، جلسة ٢٠٠٤/٧/٢٦.
(٣) الطعن الدستوري رقم ١٩٩٢/١، جلسة ١٩٩٢/٦/٢٧.

ثالثاً – يعتبر الطعن مباشراً إذا أبداه المدعي قبل أن يبدي خصمه دفاعه بعد في الدعوى الموضوعية :

– تقدم أحد الأفراد بطعن على المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١٠/١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية، التي حظرت على المحاكم نظر المنازعات الخاصة بإصدار تراخيص الصحف والمجلات. وقد قدم الطعن في الجلسة الأولى التي نظرت فيها محكمة الموضوع دعواه التي رفعها، والتي يطلب فيها إلغاء القرار الإداري السلبي برفض الترخيص بإصدار صحيفة (٢٦) فبراير، وهي الصحيفة التي صدرت في الأيام الأولى التي أعقبت حرب تحرير الكويت من الاحتلال العراقي، ثم توقفت بعد منعها من الصدور من قبل وزارة الإعلام.

وقد رأت المحكمة الدستورية، أن مجرد قيام الطاعن في الجلسة الأولى لمحكمة الموضوع بإثارة الطعن بعدم الدستورية، قبل أن يبدي خصمه دفاعه بعد إنما يشكل طعناً مباشراً بعدم الدستورية(١).

المطلب الثاني
مفهوم المحكمة الدستورية للطعن المباشر
من عام ٢٠٠٧ إلى الآن

تتميز هذه المرحلة من قضاء المحكمة الدستورية في الكويت، بتغيير جذري في قضائها؛ إذ لم تعد تعتمد على الدفوع الشكلية وسيلة لتجنب الخوض في غمار مشكلة عدم الدستورية، وإنما غدت المحكمة تقبل الطعن شكلاً، ثم تقوم بفحص الطعن من الناحية الموضوعية، توصلاً إلى قبوله أو رفضه.

وقد أصدرت المحكمة العديد من الأحكام خلال تلك الفترة، بعدم دستورية بعض النصوص، ولعل أول حكم شهير لها في هذا المجال، كان حكمها بعدم دستورية قانون التجمعات، ثم توالت أحكامها بعدم الدستورية بعد ذلك.

(١) الطعن الدستوري رقم ١/١٩٩٣ جلسة ٢٦/٣/١٩٩٤.

ولا شك أن هذا التغيير في قضاء المحكمة الدستورية كان تمهيداً لتحول في مفهومها عن الطعن المباشر؛ إذ لم تعد المحكمة تعتبر الطعن مباشراً إذا ما قدم في صحيفة الدعوى، أو قدمه المدعي قبل أن يبدي خصمه دفاعه في الدعوى الموضوعية، إذ رأت المحكمة، أن الدفع بعدم الدستورية يمكن تقديمه في أي مرحلة من مراحل الدعوى.

ولا شك أن بيان تغير موقف المحكمة الدستورية، إجمالاً، من التمسك بالدفوع الشكلية، واتجاهها نحو فحص الطعون من الناحية الموضوعية، يعتبر مهماً لتوضيح تحولها في مفهوم الطعن المباشر.

لذلك نبين أولاً، تغير موقف المحكمة الدستورية من التمسك بالدفوع الشكلية، ثم نوضح موقفها الجديد من الطعن المباشر.

أولاً – تغير موقف المحكمة الدستورية من التمسك بالدفوع الشكلية :

يعتبر عام ٢٠٠٦ بداية تغير موقف المحكمة الدستورية، من تمسكها الشديد بالدفوع الشكلية، واتجاهها نحو فحص الطعن المقدم إليها تمهيداً لقضائها بقبوله.

وكان أول أحكامها خلال تلك الفترة، من نصيب قانون التجمعات عندما قضت في حكم شهير لها بعدم دستورية المواد ١، ٤ من المرسوم بقانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الاجتماعات العامة، وبعدم دستورية المواد ٢، ٣، ٥، ٦، ٨، ٩، ١٠، ١١، ١٦، ١٧، ١٨، ١٩، ٢٠ من المرسوم بقانون المشار إليه، وذلك فيما تضمنته تلك النصوص متعلقاً بالاجتماع العام[١].

ومن أحكامها التي قضت فيها المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص تشريعي خلال هذه الفترة كان حكمها الخاص بعدم دستورية المادة (١٧) من المرسوم بقانون رقم (٤) لسنة ١٩٨٧ بشأن التعليم العام، التي تنص على أنه

(١) الطعن الدستوري رقم ١/٢٠٠٥، جلسة ١/٥/٢٠٠٦.

"لا تخضع قرارات الوزارة المتعلقة بإجراءات ونتائج الامتحانات للطعن أمام القضاء"؛ وذلك لمخالفتها المواد ٢٩، ٥٠، ١٦٦ من الدستور(١).

وتوالت الأحكام القاضية بعدم الدستورية؛ ففي أحد الطعون قضت المحكمة، بعدم دستورية قرار مجلس الخدمة المدنية رقم ١١ لسنة ٢٠٠٥ بشأن وظائف ومكافآت الموظفين الكويتيين حملة المؤهل الجامعي – تخصص محاسبة أو حقوق أو قانون – في الجهات الحكومية، وذلك فيما تضمنه هذا القرار من استبعاد الموظفين الكويتيين حملة مؤهل الشريعة الشاغلين للوظائف القانونية والعاملين في مجال التخصص في الجهات الحكومية – من نطاق تطبيقه(٢).

وفي طعن آخر قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص البند (٥) من المادة الثالثة من قرار مجلس الوزراء رقم (١٤٢) لسنة ١٩٩٢ بشأن إسكان القضاة وأعضاء النيابة العامة وإدارة الفتوى والتشريع المعدل بالقرار رقم (٧٣٤/سابعاً) لسنة ١٩٩٤، وذلك فيما تضمنه هذا النص من إسقاط أحقية الإناث غير المتزوجات في الاستفادة من الحكم الوارد بالمادة الثانية من هذا القرار(٣).

ومن أحكامها الحديثة ما قضت به من عدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة (٥) من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٧ في شأن تنظيم أوجه العمل في كل من اللجنة الأولمبية الكويتية والاتحادات والأندية الرياضية، وذلك فيما تضمنته هذه الفقرة من اعتبار الشخص مستقيلاً من وظيفته بأي من مجالس إدارات الهيئات الرياضية إذا جمع بين العمل في هذه الوظيفة وبين عضوية مجلس الإدارة في أي من مجالس إدارة هذه الهيئات، التي جاء نصها على أنه "فإن جمع الشخص بينهما اعتبر مستقيلاً من هذه الوظيفة. بحكم القانون من تاريخ تحقق حالة الجمع"(٤).

---

(١) الطعن الدستوري رقم ٢٠٠٦/١٤، جلسة ٢٠٠٧/٤/١.
(٢) الطعن الدستوري رقم ٢٠٠٦/١٨، جلسة ٢٠٠٧/١٠/٣٠.
(٣) الطعن الدستوري رقم ٥ لسنة ٢٠٠٨، جلسة ٢٠٠٨/٥/٥.
(٤) الطعن الدستوري رقم ٢٠١٠/١٢، جلسة ٢٠١٠/٣/١٥.

ومن أحكامها الحديثة أيضاً، ما قضت به :

أولاً : من عدم دستورية المادة (٤٩) من قانون الجزاء فيما نصت عليه من أنه "يعد شريكاً في الجريمة بعد وقوعها من كان عالماً بتمام ارتكاب الجريمة وصدر منه فعل من الأفعال الآتية .... (ثالثاً) حصول الشريك، بوجه غير مشروع، وهو عالم بذلك، على منفعة لنفسه أو لشخص آخر من وراء ارتكاب الجريمة".

ثانياً : من عدم دستورية المادة (٥٥) من قانون الجزاء فيما نصت عليه من أنه "يعاقب الشريك في الجريمة بعد وقوعها بالعقوبة المقررة لها، إلا إذا كانت الجريمة جناية فلا يجوز أن تزيد العقوبة على الحبس مدة خمس سنوات".

ثالثاً : من سقوط الفقرة الأخيرة من المادة (٥٥) التي تنص على ما يأتي: "أولاً توقع العقوبة المقررة للشريك في الجريمة بعد وقوعها على زوج المتهم أو أصوله أو فروعه إذا آووه أو ساعدوه على الاختفاء"؛ لارتباط هذه الفقرة ارتباطاً لا يقبل التجزئة بنص المادتين المقضي بعدم دستوريتهما(١).

وأخيراً نشير إلى حكمها الذي قضت به "**أولاً :** عدم دستورية ما تضمنته المادة (١٤) من المرسوم بنظام الخدمة المدنية الصادر بتاريخ ١٩٧٩/٤/٤ قبل تعديلها بموجب المرسوم رقم (٢٣٥) لسنة ٢٠٠٥، من قصر الالتزام بتقديم تقرير الكفاءة عن الموظف الذي يرى الرئيس المباشر بأنه ممتاز أو ضعيف دون الموظف الحاصل على غير هاتين المرتبتين.

ثانياً: بسقوط الفقرة الأخيرة من ذات المادة التي يجري نصها على أنه (ويعتبر جيداً من لم يقدم عنه تقرير وفقاً للفقرة السابقة) لارتباطها لزوماً لا انفصام عنه"(٢).

---

(١) الطعن الدستوري رقم ٢٠١٠/١٢، جلسة ٢٠١٠/٣/١٥.

(٢) الطعن الدستوري رقم ٢٠١٠/٦، جلسة ٢٠١٠/٤/٢٨.
انظر أيضاً: الطعن الدستوري رقم ٢٠٠٧/٦ دستوري، جلسة ٢٠٠٨/٤/٢٢.

وحكمها بعدم دستورية نص البند (ثانياً) من المادة (٤٩) من قانون الجزاء فيما تضمنه من اعتبار الشخص شريكاً في الجريمة بعد وقوعها إذا قام "بإخفاء الأشياء المحصلة من ارتكاب الجريمة أو التي استعملت في ارتكابها بعد تمام وقوعها، ويستوي أن يتعلق الإخفاء بذات الأشياء المحصلة أو المستعملة في ارتكاب الجريمة أو يتعلق بأشياء استبدلت بها أو نتجت من التصرف فيها". و(بعدم دستورية الفقرة الأولى) من المادة (٥٥) من ذات القانون فيما تضمنته من معاقبة من صدر منه فعل إخفاء الأشياء المحصلة من ارتكاب الجريمة أو التي استعملت في ارتكابها باعتباره شريكاً فيما بعد وقوعها[١].

ثانياً – تحول في مفهوم المحكمة الدستورية للطعن المباشر :

لكي نحيط بمفهوم التحول القضائي، لابد من أن نوضح مفهومه القانوني أولاً، ثم نرى مدى توافر شروطه في قضاء المحكمة الدستورية الكويتية.

١ – المفهوم القانوني للتحول القضائي :

يقصد بالتحول القضائي revirement Jurisprudence بأنه كل حكم يفرض قاعدة أو حلاً يختلف عن ذلك المتبع في القضية السابقة، وأن القاعدة أو الحل الذي كان معمولاً به في القضايا السابقة قد يكون ناتجاً عن سياسة اتبعها القضاء، أو عملية ناتجة عن اتجاهات حكومية أو فقهية[٢]. إن التحول القضائي يعني أن القاضي الدستوري يتبنى حلاً جديداً مغايراً للحل الذي كان يتبناه في القضايا المماثلة، التي سبق له الحكم فيها. ولكن هذا الحل يجب ألا يكون مجرد حالة فردية قد تكون خاطئة، وإنما لابد أن يؤكد القاضي الدستوري حله في الأحكام اللاحقة على هذا الحكم؛ أي أن هذا التحول، يعد بمنزلة اتجاه جديد في قضاء المحكمة.

---

(١) الطعن الدستوري رقم ٢٠٠٩/١، جلسة ٢٠٠٩/٦/٧.

(٢) c. mouly, le revirement pour l'avenir, J. C. P, 1994, n3776, p328.

ومن المعروف فقهاً، أن ثمة نظامين للقضاء في العالم، هما: **أولاً** – النظام الأنجلو سكسوني، أو ما يعرف بنظام السوابق القضائية الملزمة، حيث يلتزم القاضي بالسوابق القضائية أو الاتجاه الذي سار عليه القاضي في أحكامه السابقة، وكذلك الالتزام بالاتجاه الذي سار عليه القاضي الأعلى، وعدم مخالفته.

ثانياً – النظام اللاتيني، وهو الذي لا يلزم فيه القاضي بالاتجاه الذي سار عليه سابقاً، أو الاتجاهات أو المبادئ التي يقررها أو يسير عليها القاضي الأعلى.

ومن المعروف كذلك أن القضاء في الدول العربية بصفة عامة – ومن بينها الكويت – متأثر بالاتجاه اللاتيني، إلا إذا وجد نص قانوني مخالف لهذا الاتجاه.

وغني عن البيان أنه بالنسبة للمحكمة الدستورية في الكويت، فإن أحكامها ملزمة بالنسبة لجميع السلطات في الكويت، ومن بينها المحاكم الأخرى على اختلاف أنواعها ودرجاتها، بالإضافة إلى كون هذه الأحكام ملزمة للأفراد كذلك.

ولكن السؤال الذي قد يثور في الذهن، هو هل تعتبر أحكام المحاكم الدستورية ملزمة لها ذاتها؛ بمعنى، هل تلتزم المحكمة الدستورية بالأحكام، أو بالاتجاهات التي تصدر على ضوئها أحكامها، فتسير على نهجها ولا تملك أن تخالف تلك الاتجاهات؟

قد يقال إنه لن يثور احتمال تغيير اتجاه المحاكم الدستورية، ومن ثم أحكامها بشأن موضوع سبق أن سلكته، أو سبق أن أصدرت بشأنه أحكاماً، إذ لن يصل إلى تلك المحاكم الدستورية (دعوى أو عن طريق الدفع) موضوع سبق أن حكمت بدستورية القانون أو المرسوم بقانون أو اللائحة، موضوع الطعن، بحكم أن القاضي الذي سيثار أمامه ذلك الموضوع، سوف يحكم برفض الطعن ابتداءً.

ولكن يمكن أن يثور هذا الفرض بوسائل أخرى؛ فقد يستند الطعن الجديد إلى عيوب دستورية غير تلك التي رأت المحكمة الدستورية أنها لا تشكل مخالفة للدستور، أو أن يعرض على القضاء الدستوري طعن ما بالنسبة لدستورية قانون، ورأت المحكمة الدستورية، أنه من الضروري للفصل في النزاع، أن

تتصدى من تلقاء نفسها لبحث دستورية قانون آخر، سبق لها أن قضت بدستوريته؛ ففي تلك الحالة يمكن للمحكمة الدستورية أن تعيد النظر في أمر هذا القانون، وأن تحكم بشأنه حكماً يختلف عما كانت قد حكمت به من قبل.

ويمكن أن يحدث ذلك أيضاً، عند تغيير في أعضاء المحكمة، واستبدال أعضاء جدد بهم، وما قد يترتب على ذلك من احتمال اختلاف مفاهيم وآراء القضاة الجدد عن آراء أعضاء المحكمة السابقين حول دستورية تشريع ما أو عدم دستوريته.

ولا شك، أن تملك المحاكم الدستورية من تلقاء نفسها حق إثارة أمر عدم دستورية تشريع لازم للفصل في الدعوى المعروضة عليها، والخاصة بالفصل في دستورية تشريع آخر هو أمر طبيعي ومنطقي(١).

وقد تبنت هذا الاتجاه المحكمة الدستورية الإيطالية حين قررت صراحة، في حكمها الصادر في ٢٣/ ٠٣/ ١٩٦٠ "أنه ليس من المعقول أن تجد الهيئة التي ناط بها الدستور كفالة دستورية القوانين، أنها مكرهة على أن تطبق قوانين غير دستورية، بدعوى أنه لم يطعن فيها غيرها لديها"، وقد اعتمدت المحكمة الإيطالية في ذلك على المادة (٢٧) من القانون رقم ١٩٥٣/٨٧ التي تنص على أنه "إذا حكمت المحكمة بقبول الدعوى أو الطعن بعدم دستورية قانون أو قرار له قوة القانون، فإنها تعين في حدود النزاع، النصوص التشريعية الأخرى، التي تعتبر غير دستورية، كنتيجة لعدم دستورية النصوص المقضي بعدم دستوريتها"، فمؤدى هذا النص، أنه يجوز للمحكمة، أن تقضي بعدم دستورية نصوص أخرى غير تلك المطعون بعدم دستوريتها، لارتباطها بهذه النصوص الأخيرة(٢).

---

(١) انظر: الدكتور علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر والأنظمة الدستورية العربية والأجنبية، رسالة دكتوراه، ط ٢٠٠١، ص ٥٦٠ وما بعدها.

(٢) انظر في ذلك المستشار محمد السيد زهران: الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ع ١، س ١٤، ١٩٧٠ الصفحات ١٢٠، ١٣٨، ١٤٠، ١٥٧.

وقد يثير البعض تساؤلاً مؤداه: أن الاتجاه المشار إليه قد يؤدي إلى فتح الباب أمام القضاء الدستوري، لإثارة أمر عدم دستورية القوانين تلقائياً، إلى توسعة في الرقابة على الدستورية؛ مما قد يثير حساسية المشرع، أو قد يؤدي إلى سيطرة القضاء الدستوري، وتحول دوره من الجانب القانوني إلى الجانب السياسي، والواقع، مع إقرارنا بوجود مثل هذا الخطر، إلا أن قيام القضاء الدستوري بذلك الدور في حدود الدعوى المعروضة عليه، أمر طبيعي وبدهي؛ إذ لا يعقل، أن يظل القضاء الدستوري ممنوعاً من الحكم بعدم دستورية قانون آخر مرتبط بقانون معروض عليه، للفصل في مدى دستوريته، ولكننا مع ذلك لا نريد الذهاب إلى المدى الذي كانت تملكه المحكمة العليا اليوغسلافية، التي كانت تستطيع أن تخطر البرلمان، برأيها في عدم دستورية قانون ما، فإذا لم يلغ البرلمان هذا القانون في بحر مدة معينة، قضت المحكمة العليا بعدم دستوريته(١).

وإذا كانت المحاكم الدستورية، في بعض الدول – كما رأينا – أخذت على عاتقها أمر تصحيح أخطائها القضائية، إلا أن دولاً أخرى نصت تشريعاتها، صراحة، على حق المحاكم الدستورية بالعدول عن أحكامها السابقة، وفق ضوابط معينة، من ذلك ما نصت عليه المادة (١٣) من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية الإسبانية من أنه: عندما ترى غرفة من غرف المحكمة أنه من الضروري العدول عن قرار قضائي دستوري سابق للمحكمة، فيجب أن يتم ذلك من خلال اجتماع جميع غرف المحكمة، وكذلك ما تقرره المواد (٦٩–٧٣) من قانون محكمة التحكيم البلجيكية الصادر عام ١٩٨٩، من أن المحكمة إذا سبق لها وأن نظرت دعوى دستورية سابقة، ومعروضة عليها دعوى مماثلة، فإنها تكون في حل من المبدأ القانوني السابق الذي قررته في حكمها القديم، على أن يصدر الحكم الجديد من خلال دوائر المحكمة مجتمعة.

(١) أنظر: الدكتور علي الباز، المرجع السابق، ص ٥٦٢ - ٥٦٣.

يبقى بعد ذلك أن نشير إلى نقطة مهمة، مؤداها أنه قد فات المشرع العادي الكويتي، حين سن قانون المحكمة الدستورية، وهو القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣، وكذلك الأمر بالنسبة إلى المرسوم الخاص بإصدار لائحة المحكمة الدستورية (الصادر في ٦ مايو ١٩٧٤)، نقول قد فات كلاً من القانون والمرسوم، أن ينص بوضوح على حق المحكمة الدستورية في الكويت، في التصدي لبحث مدى مشروعية قانون (أو مرسوم بقانون أو لائحة) مرتبط موضوعه بالموضوع المثار أمامها، على أن يكون ذلك التصدي لازماً، بالنسبة للطعن محل البحث في مدى دستوريته.

ومن الغريب، أن يمنح المشرع العادي – في المادة الرابعة من قانون المحكمة، ذلك الحق – التصدي لبحث مدى الدستورية – في قانون آخر مرتبط بالنزاع – نقول أن يمنح هذا الحق للمحاكم – العادية – ولا يمنح للمحكمة الدستورية ذاتها !

فقد نصت الفقرة (ب) من المادة الرابعة من قانون المحكمة الدستورية، على أنه "إذا رأت إحدى المحاكم، أثناء نظر قضية من القضايا، سواء من تلقاء نفسها، أو بناء على دفع مادي تقدم به أحد أطراف النزاع، أن الفصل في الدعوى يتوقف على الفصل في دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة، توقف نظر القضية وتحيل الأمر إلى المحكمة الدستورية".

ولكن هل تحول القضاء عن أحكامه السابقة يتعارض مع حجية الأمر المقضي به ؟

لا يمكن الادعاء هنا أن التحول في الحكم القضائي يتناقض مع حجية الشيء المقضي به، فيكون القاضي ملزماً ومقيداً بقضائه السابق؛ ذلك لأن هذه الحجية لا تتعلق إلا بالقضية المنظورة أمامه والتي صدر بها حكمه، ومن ثم فإن هذه الحجية لا تمنع من قيام التحول القضائي في المستقبل، ولذلك فإن الحجية المطلقة لأحكام القضاء الدستوري لا تمنع من تحول هذا القضاء عن أحكامه السابقة؛ لأن هذه الحجية لا تعني أن الحكم الدستوري يعتبر سابقة

قضائية لا يجوز العدول عنها[١]، والقول بغير ذلك يعتبر اعترافاً ولو ضمنياً بجمود أحكام القضاء الدستوري التي من المحتمل أن تبنى على تفسير ملتبس أو خطأ للنص الدستوري، وهنا نكون أمام تناقض لأبسط قواعد العدالة[٢].

ويلاحظ أن تحول القضاء الدستوري عن أحكامه السابقة لم يعد يقتصر على الدول التي تتبنى النظام اللاتيني، وإنما امتد الأمر إلى الدول ذات النظام الأنجلو سكسوني، فهذه المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية، يقرر رئيسها "أنه يجب أن يكون معلوماً أن القاعدة التي تجرى عليها هذه المحكمة هي أن آراءها في تفسير الدستور تظل دائماً مفتوحة للبحث، لإعادة النظر فيها إذا تبين أنها أقيمت على أساس خاطئ، وحجية هذه الآراء يجب ألا تعتمد إلا على قوة ما تستند إليه من منطق وتدليل[٣]، كما أن المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية، إذا كانت تقضي في معظم الأحوال استناداً إلى مبدأ السابقة القضائية، إذ من المهم في الغالب هو استقرار الأوضاع القانونية ولو على أساس غير دقيق من الناحية النظرية، ولكن عندما يتعلق الأمر بتفسير الدستور الاتحادي، ويتعذر تصحيح الأخطاء القضائية بإصدار تشريعات جديدة فقد جرى قضاء تلك المحكمة على تصحيح أخطائها بنفسها عن طريق نقض أحكامها السابقة، مستندة بذلك إلى (التجربة) وما يتضح أنه الأصح والأسلم من المبادئ القانونية، ومؤمنة في ذلك

---

(١) cursoux (s): le rcviremcnt de surisprudance de conseil contitutionnel contentieux de le contitutionralité,ANRI,2004, P75.

مرجع ذكره الدكتور عبد الحفيظ علي الشيمي في كتابه التحول في أحكام القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ٢٠٠٨، ص ٧٣ - ٧٤.

(٢) انظر: الدكتور عبد الحفيظ علي الشيمي، المرجع السابق، ص ٧٤.

(٣) انظر في ذلك: الدكتور عزيزة الشريف، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥، ص ٢١٤.
وأنظر أيضاً: الوسائل التي اتبعتها المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية للعدول عن قضائها السابق، ص ٢١٦ – ٢١٩.

بأن قاعدة (التجربة والخطأ) قاعدة سليمة في المجال القانوني كما هي سليمة في مجال العلوم الطبيعية(١).

والسؤال الواجب طرحه هنا هو: متى نكون أمام تحول قضائي حقيقي ؟

ولكي نكون أمام تحول قضائي لا بد من توافر العناصر التالية :

أ – يجب أن يكون كل من الحكم القديم والحكم الجديد متناقضين :

لكي نكون بصدد تحول قضائي يجب أن يكون هناك تناقض بين الحكمين القديم والجديد، على الرغم من وحدة الموضوع المطروح على القاضي الدستوري. وإذا كان المبدأ القضائي القديم والمستقر عليه فترة من الزمن واضحاً لا غموض فيه، فإنه في المقابل يجب أن يكون المبدأ القضائي الجديد الذي تبناه القضاء الدستوري هو الآخر واضحاً ومؤكداً، لكي يتضح مدى تناقضه مع القضاء القديم، ولكي يتبين معه مدى وجود تحول حقيقي في القضاء من عدمه. وينبني على ما سبق، أنه لا يعتبر تحولاً في حكم القضاء مجرد لجوء القاضي الدستوري إلى تطوير حيثيات حكمه الجديد وأسبابه، ما دام يستند إلى حيثيات وأسباب كانت موجودة في أحكامه السابقة، وهو بذلك إنما يطور في قضائه دون أن يخالف مبدأ قانونياً سبق إقراره(٢).

وكذلك لا يعتبر تحولاً قضائياً مجرد قيام القاضي باستبدال أسباب جديدة في حكمه، بدلاً من الأسباب القديمة التي استند إليها في قضائه السابق، ما دام انتهى إلى المبدأ القانوني القديم نفسه.

ب – يجب أن يكون التحول القضائي نابعاً من إرادة القاضي وغير مفروض عليه :

والعنصر الثاني الواجب توافره في التحول القضائي، هو أن يكون تحول القاضي الدستوري عن المبدأ القديم الذي تبناه في أحكامه السابقة، نابعاً من

(١) المرجع السابق، ص ٢١٦ – ٢١٧.

(٢) انظر: عبد الحفيظ علي الشيمي، المرجع السابق، ص ٢٥-٢٧.

إرادته الحرة، دون أن يكون مفروضاً عليه بسبب تعديل قانوني، أو التزامه بأحكام قضائية أعلى منه:

وتتضح الحالة الأولى الخاصة بفرض التعديل القانوني على القاضي، عندما يكون هناك تعديل لنص دستوري، فيجب على القاضي الدستوري، في هذه الحالة، تعديل حكمه بما يتفق مع النص الجديد؛ إذ لا يستطيع أن يخالف إرادة المشرع الدستوري الذي قرر ضرورة تعديل بعض أحكام الدستور، بما يتفق مع المستجدات السياسية والاجتماعية في الدولة. وبذلك لا نكون أمام تحول قضائي نابع من إرادة حرة للقاضي الدستوري، وإنما هو يستجيب، في هذه الحالة، لإرادة المشرع الدستوري الذي فرض التعديل في أحكام الدستور(١).

أما الحالة الثانية فتتعلق بوجود محكمة عليا يخضع لها القضاء الدستوري، ولا يستطيع أن يحيد عن أحكامها؛ لأنها ملزمة له دستورياً، كما هو الحال في المحاكم الدولية أو في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي تلزم أحكامها القضاء الدستوري في الدول الموقعة على ميثاق إنشاء هذه المحكمة. وعلى سبيل المثال، لو تحول المجلس الدستوري الفرنسي عن أحكامه السابقة نزولاً منه على حكم المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، فلا نكون بصدد تحول قضائي حقيقي في قراراته؛ لأنه لم يكن نابعاً من إرادته الحرة، وإنما فرض عليه التحول من محكمة أعلى منه، هي المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان(٢).

ج – والعنصر الثالث هو التأكيد القضائي اللاحق على حكم التحول:

لابد من وجود أحكام قضائية لاحقة على الحكم الذي تحول به القاضي الدستوري عن المبدأ السابق، لأن وجود الأحكام الجديدة، يؤكد وجود عملية التحول القضائي، وإنها لم تكن مجرد حالة فردية أو استثنائية.

(١) انظر: عبد الحفيظ علي الشيمي، المرجع السابق، ص ٢٨-٢٩.
(٢) المرجع السابق، ص ٢٩.

والواقع أن تحول القضاء الدستوري عن بعض أحكامه القديمة وتبنيه تفسيراً جديداً للنص الدستوري، أمر تقتضيه قواعد العدالة، ومبدأ المساواة، كما أنه فرصة للقاضي الدستوري للعدول عن تفسير سابق تبين له عدم صحته، فضلاً عن أن هذا العدول يستجيب للمتغيرات السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تشهدها الدولة، والتي لا سبيل إلى إيقافها أو الحد منها بحكم تغيير الظروف بالإضافة إلى سبب طبيعي لهذا التحول، وهو احتمالات اختلاف وجهات النظر القضائية الدستورية بالنسبة إلى موضوع معين، نتيجة تغير أشخاص القضاة وتبدل أعضاء المحاكم الدستورية، والأجيال القضائية، ومن ثم تغير المفاهيم لديهم تجاه الموضوعات المعروضة.

فالقول باستمرار القضاء على تفسير خاطئ أو مبهم يعني جموده، ومن ثم تعارضه مع قواعد العدالة. ومما يزيد الأمر تعقيداً، أن الأحكام الدستورية هي أحكام نهائية غير قابلة للطعن فيها(١)، وملزمة لجميع السلطات العامة والأفراد، ولكنها لا تعتبر ملزمة للمحكمة التي أصدرتها، ولا سيما في الدول ذات النظام اللاتيني. وكون هذه الأحكام نهائية، يقتضي الاعتراف بمبدأ التحول القضائي في القضاء الدستوري؛ لأنه الوسيلة الوحيدة لتصحيح الأخطاء التي قد يقع فيها هذا القضاء. أضف إلى ذلك أن المتغيرات السياسية والاقتصادية التي يشهدها المجتمع، قد تدفع القضاء الدستوري إلى مراجعة بعض أحكامه السابقة، ولا سيما تلك التي صدرت منذ سنوات طويلة، أو كشفت الممارسة العملية عن أضرار ومظالم سببتها لأطراف النزاع أو لغيرهم ممن لم يكونوا طرفاً في الخصومات القضائية(٢). وكما يقول المستشار الدكتور عوض المر: لا جرم أن

(١) المحكمة الدستورية، الطعن رقم ١٩/٨ دستوري، جلسة ٢٠٠٠/١/١٩ (التماس إعادة نظر).
والطعن رقم ٢٠٠٤/١ دستوري (التماس إعادة نظر) جلسة ٢٠٠٤/٤/٣.

(٢) أنظر: دكتور أحمد كمال أبو المجد، السلطة التقديرية للمشرع، هل تخضع للرقابة الدستورية، متى تعدل المحكمة الدستورية العليا عن قضاء سابق؟
مجلة الدستورية، ع ٢، س ١، ٢٠٠٣، ص ١٤.

لكل جهة قضائية تباشر الرقابة على دستورية القوانين عثراتها، ولها كذلك تجاربها التي قد يصيبها التوفيق أحياناً، أو يكون إهدارها لحقائق العدل في أخص مكوناتها .... فالقضاة في كل بلد يفصلون فيما يعرض عليهم على ضوء فهمهم لحكم القانون القائم .. وعليهم – ما استطاعوا إلى ذلك سبيلاً – تقويم ما اعوج من أحكامهم التي لا تبلور في حقيقتها غير خبراتهم الاجتماعية التي لا تصدق نتائجها دوماً، خاصة في نطاق المفاهيم الدستورية التي يتعين ضمان نموها .... ولا يليق بقضاة لا يعيشون الأوضاع ذاتها التي عاصرها الأقدمون، أن ينقلوا عنهم بعد موتهم الأفكار الرجعية ذاتها التي روج أسلافهم لها في عهود مختلفة، والتي كان لها أسوأ أثر على تشكيل القواعد الدستورية وتطويرها(١).

٢ – المفهوم الجديد للطعن المباشر لدى المحكمة الدستورية :

باكورة أحكام المحكمة التي تحولت فيها من مفهومها المتشدد للطعن المباشر صدر عام ٢٠٠٧ في الطعن الموجه ضد المادة ٥٧ من اللائحة الداخلية لسوق الكويت للأوراق المالية، الصادرة بقرار وزير التجارة والصناعة رقم (٣٥) لسنة ١٩٨٣، والمادة (١) من قرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية رقم (٣) لسنة ١٩٨٤ بتشكيل لجنة التأديب والإجراءات المتبعة أمامها، والمادة (٨٥) من المرسوم الخاص بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية، المعدل بالمرسوم رقم (٥٨) لسنة ٢٠٠٥.

ولما كانت إدارة الفتوى والتشريع قد دفعت بعدم قبول الدعوى الدستورية بمقولة أن الدفع المثار من المدعي بعدم الدستورية قد تضمنته صحيفة دعواه وصدر طلباته فيها لا يعدو أن يكون اختصاماً عن طريق الدعوى الأصلية التي

(١) انظر: دكتور عوض المر، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه، جان دبوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣، ص ١٧٧-١٧٨، ذكره الدكتور الشيمي، ص ٢٠، ص ١١٧.
انظر أيضاً: عبد الحفيظ علي الشيمي، المرجع السابق، ص ١١٤.

لا يجوز قبولها أمام المحكمة الدستورية وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً، وحيث إنه (غني عن البيان أن الدفع بعدم الدستورية هو دفع موضوعي يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولا مانع يمنع المدعي من إبدائه في صحيفة دعواه، فضلاً عن أنه ليس من شأن إبداء هذا الدفع أن يترتب عليه حتماً تحريك الدعوى الدستورية وإحالة الأمر تلقائياً إلى المحكمة الدستورية للفصل فيه، بل يبقى دور محكمة الموضوع قائماً في تقدير جدية هذا الدفع ولزومه للفصل في الدعوى الموضوعية المعروضة عليها. لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن المدعي قد أبدى الدفع بعدم الدستورية في صحيفة دعواه، وقدرت المحكمة جديته، وكانت إجراءات الإحالة إلى هذه المحكمة قد استوفت أوضاعها المقررة قانوناً، ومن ثم فإن الدفع المثار من إدارة الفتوى والتشريع في هذا الشأن يضحي على غير أساس حرياً برفضه)[1] وهذا الذي نعتبره – بحق – تحولاً جذرياً في مفهوم المحكمة الدستورية حول الطعن المباشر.

عادت لجنة فحص الطعون عام ٢٠٠٩ لتؤكد الاتجاه الجديد بمناسبة الطعن الموجه إلى المادة (٥) من القانون رقم ٥١، لسنة ٢٠٠٧ في شأن تنظيم بعض أوجه العمل في كل من اللجنة الأولمبية الكويتية والاتحادات والأندية الرياضية، والتي جرى نصها على أنه "لا يجوز لأي شخص أن يجمع بين عضوية مجلس الإدارة في أي من مجالس إدارة الهيئات الرياضية المشار إليها في الفقرة السابقة والعمل في وظيفة قيادية بأجر أو مكافأة بأي من هذه الجهات. فإن جمع الشخص بينهما اعتبر مستقيلاً من هذه الوظيفة بحكم القانون من تاريخ تحقق حالة الجمع".

حددت المحكمة مفهومها الجديد للطعن المباشر، بقولها: "الثابت من الأوراق أن الحكم المطعون فيه قد قضى بعدم جدية الدفع المبدي من الطاعن على سند من أنه قد أورد الدفع بعدم دستورية النص التشريعي بصحيفة الاستئناف، وأشار صراحة إلى مخالفة النص للدستور، وأنه بذلك يكون قد سلك

(١) الطعن الدستوري رقم ٢٠٠٦/١٦، جلسة ٢٠٠٧/٥/٢٧.

سبيل الادعاء المباشر بعدم الدستورية بالمخالفة لحكم المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة الدستورية. في حين أن الدفع بعدم الدستورية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو دفع موضوعي، ولا يعدو أن يكون وسيلة من وسائل الدفاع، وأنه يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولا مانع يمنع الخصم من إبدائه سواء في صحيفة دعواه، أو في مذكرة مقدمة منه لمحكمة الموضوع واطلاع الخصم عليها، أو إبدائه شفاهة أمام تلك المحكمة في حضور خصمه وإثبات ذلك بمحضر الجلسة. وأنه ليس من شأن إبداء هذا الدفع أن يترتب عليه حتماً إحالة الأمر تلقائياً إلى المحكمة الدستورية للفصل فيه، بل يبقى دور محكمة الموضوع قائماً في تقدير مدى جديته)[1].

ويتضح من هذا الحكم، أن المحكمة الدستورية، ممثلة بلجنة فحص الطعون فيها، قد غيرت مفهومها للطعن المباشر، فلم تعد ترى بإيراد الطعن بعدم دستورية النص التشريعي في صحيفة الدعوى ابتداء أو في صحيفة الاستئناف طعناً مباشراً، لقولها صراحة إنه "يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولا مانع يمنع الخصم من إبدائه سواء في صحيفة دعواه، أو في مذكرة مقدمة منه لمحكمة الموضوع واطلاع الخصم عليها، أو إبدائه شفاهة أمام تلك المحكمة في حضور خصمه وإثبات ذلك بمحضر الجلسة"، وبذلك تكون المحكمة قد تخلت عن ارتكانها السابق على الدفوع الشكلية، وتوجهها نحو الفحص الموضوعي للطعن. ولا شك أن هذا الاتجاه محمود، ويشكل تطوراً يستحق الإشادة والتأييد.

عادت المحكمة الدستورية، هذه المرة بكامل هيئتها، لتؤكد توجه لجنة فحص الطعون في مفهومها الجديد للطعن المباشر عندما قضت بأن "إدارة الفتوى والتشريع دفعت بعدم قبول الدعوى بمقولة أن المدعي وقد وصم النص المطعون عليه – في صلب عريضة الدعوى – بعدم الدستورية، فيكون ذلك

(١) انظر، لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية، الطعن رقم ٦ لسنة ٢٠٠٩، جلسة ٢٠٠٩/١٢/٣٠.

اختصاصاً عن طريق الدعوى الأصلية التي لا يجوز قبولها أمام هذه المحكمة وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً.

وحيث إن هذا الدفع غير سديد؛ ذلك أنه من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن الدفع بعدم الدستورية هو دفع موضوعي يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولا يمنع مانع الخصم من إبدائه بأية صورة يراها، إذ لا يشترط وجوب إفراغه في شكل معين، فضلاً عن أنه ليس من شأن إبداء هذا الدفع أن يترتب عليه حتى تحريك الدعوى الدستورية وإحالة الأمر تلقائياً إلى المحكمة الدستورية للفصل فيه، بل يبقى دور محكمة الموضوع قائماً في تقدير مدى قبوله أو رفضه، ومدى لزومه للفصل في الدعوى الموضوعية المعروضة عليها من عدمه، وبالتالي فإن الدفع المثار من إدارة الفتوى والتشريع يكون على غير أساس سليم، متعيناً رفضه"(١).

(١) المحكمة الدستورية، الطعن رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٩ / دستوري، جلسة ٩/٤/٢٠١٠،
– يرى البعض أن هناك تحولاً في قضاء المحكمة الدستورية في الطعن الخاص بقانون الاجتماعات العامة، الذي سبق لنا الإشارة إليه؛ إذ يرى أصحاب هذا الاتجاه، أن المحكمة الدستورية قد سبق أن استقرت أحكامها على أن يقتصر قضاؤها في الرقابة على الدستورية على النص الدستوري الذي انصب عليه الدفع بعدم الدستورية، دون أن تتطرق إلى أي نص آخر، ولو كان مرتبطاً بالنص الذي تقضي بعدم دستوريته.
ولكن المحكمة الدستورية في الطعن الخاص بقانون الاجتماعات العامة عندما قضت بعدم دستورية المادتين (٤) و(١٦) من هذا القانون، تطرقت إلى (١٣) مادة أخرى من نصوصه، خارج نطاق الدعوى الدستورية، لتقضي بعدم دستوريتها، على الرغم من أن هذا القضاء لم يكن ضرورياً أو لازماً للفصل في الدعوى الموضوعية؛ إذ قضت المحكمة بعدم دستورية المواد (و٢و٣ من قانون الاجتماعات العامة والتجمعات" باعتبارها بحسب ما جاء بأسباب الحكم "مفترضاً أولياً" لتطبيق المادة (٤) من القانون التي تتطلب الحصول على ترخيص لعقد هذا الاجتماع أو لتطبيق المادة(١٦) التي تقرر عقوبة جزائية على عدم الحصول على هذا الترخيص، وهو قضاء مردود عليه بأن المفترض الأولي – الذي ذكرته المحكمة – لا يقوم إلا في حالة واحدة هي أن تقضي المحكمة بدستورية المادة (٤)؛ إذ يتعين عليها في هذا الحالة التصدي لبحث =

وبتطبيق ضوابط التحول القضائي على الأحكام الجديدة للمحكمة الدستورية، نجدها متوافرة؛ فالضابط الأول وجود حكمين قديم وجديد متناقضين، فالأحكام السابقة التي أشرنا إليها كانت تعتبر مجرد الإشارة إلى عدم الدستورية سواء في صحيفة الدعوى، أو صحيفة الاستئناف، أو قبل أن يدلي الخصم بدفاعه من قبيل الطعن المباشر. أما الاتجاه الجديد فعلى النقيض من ذلك؛ إذ يرى أن الدفع بعدم الدستورية يمكن أن يرد في أية مرحلة كانت عليها الدعوى الموضوعية، ولو ورد الطعن في صحيفة افتتاح الدعوى الموضوعية، أما الضابط الثاني فهو صدور التغيير في موقف المحكمة الدستورية بناء على مفهومها الجديد، فلم يكن ذلك التغيير ناتجاً من نص تشريعي جديد يلزمها بهذا التغيير، فلا يوجد تعديل دستور أو قانوني أو تغيير ملزم لقضاء أعلى منها.

أما الضابط الثالث والأخير، فهو التأكيد القضائي اللاحق لحكم التحول، وقد سبق أن أشرنا لوجود حكمين جديدين من المحكمة الدستورية يؤكد اتجاهها الجديد في مفهوم الطعن المباشر.

= دستورية المفترض الأولي، المحدد لمفهوم الاجتماع العام، لبحث ما إذا كان الاجتماع عاماً يتطلب الحصول على ترخيص أو خاصاً لا يتطلب ذلك الأمر الذي يؤكد أن التصدي لبحث مدى دستورية نصوص القانون عرفت الاجتماع العام، لم يكن ضرورياً أو لازماً بعد أن قضت المحكمة بعدم دستورية المادة (٤) من هذا القانون والذي كان كافياً لتحكم المحكمة الجزائية ببراءة المتهمين، بعدم الحصول على ترخيص لعقد اجتماع عام، ودون حاجة كذلك إلى القضاء بعدم دستورية المادة (١٦) التي تقرر عقوبة جزائية على مخالفة أحكام المادة (٤)، وقد قضى الحكم بعدم دستوريتها، إذ تسقط تبعاً لهذا القضاء تلقائياً المادة (١٦) لسقوط الفعل المجرم، كما تسقط تبعاً لها كذلك المادتان ٥، ٦ اللتان حددتا بيانات طلب الترخيص وعدد الموقعين عليه وتوقيعاتهم وميعاد تقديم الطلب وتحديد مكان وزمان الاجتماع.

– انظر في هذا الرأي: شفيق إمام، تحول القضاء الدستوري في قانون الاجتماعات العامة، مقال منشور في جريدة الجريدة، ع ٣٣٢ بتاريخ ٢٠٠٨/٨/١٦.