

تعليق على حكم المحكمة الدستورية

في الدعوى رقم ٢ / ١٩٨١
طعن دستوري^(١)

الذي أصدرته بجلستها المنعقدة
بتاريخ ١٠ رمضان ١٤٠١ هـ الموافق ١١ / ٧ / ١٩٨١ م

الدكتور عثمان عبد الملك الصالح
أستاذ القانون العام المساعد
بكلية الحقوق والشرية بجامعة الكويت

الوقائع

تتحصل الوقائع في أنه بتاريخ ١٩٨١/٦/٤ ورد الى المحكمة الدستورية الطلب المقدم من رئيس مجلس الأمة المؤرخ في ١٩٨١/٦/١، متضمناً أنه لدى التصويت في مجلس الأمة بجلسته المنعقدة في ٢٣ مايو سنة ١٩٨١ على المرسوم بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٢ في شأن بلدية الكويت، تبين أن هذا المرسوم بقانون لم تتحقق لرفضه أغلبية الاعضاء الذين يتألف منهم مجلس الأمة وفقاً لما نصت عليه المادة ١١٤ من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة، ولأنه قد توافرت فيه الاغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين طبقاً لنص المادة ٩٧ من الدستور، مما أثار البحث في مدى دستورية الحكم الوارد في المادة ١١٤ من اللائحة الداخلية، فيما تضمنه من أنه لا يكون رفض المراسيم بقوانين، الا بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس، لورود هذا الحكم على خلاف ما تقضي به المادة ٩٧ من الدستور في فقرتها الأولى من انه

(١) هذا الحكم منشور في الجريدة الرسمية، «الكويت اليوم» العدد ١٣٦٦ — السنة السابعة والعشرين، ص ٢١، ٢٢، ٢٣.

يشترط «لصحة اجتماع مجلس الأمة حضور أكثر من نصف اعضائه وتصدر القرارات بالاغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين، وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة».

وعلى أثر ذلك قرر مجلس الأمة بجلسته المنعقدة في ٢٣/٥/١٩٨١ طرح الأمر على المحكمة الدستورية، وفقا لحكم المادة الرابعة من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٤ بإنشاء المحكمة الدستورية، وحكم المادة الثالثة من المرسوم الصادر في ١٩٧٤/٥/٦ بإصدارلائحة المحكمة الدستورية .

وعلى اعتبار أن طلب مجلس الأمة يخضع لأحكام المواد : ٤ من قانون انشاء المحكمة الدستورية و ٣، ٤ من لائحتها ، فقد طلب السيد المستشار رئيس المحكمة الدستورية بالكتاب رقم ٤٣ لسنة ١٩٨١ من الحكومة «إيداع مذكرة بوجهة نظرها» بحسبان أن الحكومة تعتبر من «ذوى الشأن» وفقا لنص المادة ٢٥ من لائحة المحكمة الدستورية .

وقد تقدمت الحكومة بمذكرة تضمنت وجهة نظرها التي تتلخص بأنها تدفع بعدم قبول الدعوى، على أساس أن اختيار مجلس الأمة طريق الدعوى المباشرة دون أن يطلب صراحة عدم دستورية المادة ١١٤ من اللائحة الداخلية والاكتفاء بعرض الرأيين الذين يتنازعان مدى دستورية هذه المادة، يكون على خلاف أحكام القانون .

وعن الموضوع بينت مذكرة الحكومة وجهة نظرها في أن نص المادة ١١٤ من اللائحة الداخلية غير مخالف للدستور، لأنها تستند في اشتراطها تحقق أغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم مجلس الأمة في حالة رفض المجلس للمراسيم بقوانين الى نص المادتين ١٧٩ ، ٩٧ من الدستور .

وبجلستها المنعقدة بتاريخ ١١/٧/١٩٨١، قضت المحكمة بالحكم الآتي :

أولا : برفض الدفع المبدى من الحكومة بعدم قبول الدعوى وبقبولها .
ثانيا : بدستورية المادة ١١٤ من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٣، في شأن اللائحة
الداخلية لمجلس الأمة .
وقد جاء في حيثيات الحكم :

«وحيث عن الموضوع، فإنه بالرجوع الى نص المادة (٩٧) من الدستور نرى أنه ورد كالاتى : (يشترط لصحة اجتماع مجلس الأمة حضور أكثر من نصف أعضائه، وتصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين، وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة). ومن ذلك يتضح أن الدستور بهذا النص جعل اصدار قرارات مجلس الأمة بالأغلبية المطلقة هو الأصل ثم استثنى من هذا الأصل الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة، والعبارة الأخيرة وردت بصيغة المبنى للمجهول مما يفتح معه القول بجواز أن ترد هذه الحالات في الدستور أو في أى تشريع أدنى منه مرتبة يتصل بالوظيفة التشريعية لمجلس الأمة. ولو أراد المشرع الدستورى الاقتصار على الحالات الواردة في المواد الدستورية التي تشترط أغلبية معينة لنص على ذلك صراحة كما فعلت دساتير عربية أخرى (السورى الصادر في ٥ أيلول ١٩٥٠ في مادته (٥٧)، الأردنى الصادر في ٨ يناير ١٩٥٢ في مادته (٨٤)، السودانى الصادر في ١٩٥٦ في مادته (٦٤)، مشروع الدستور السودانى لعام ١٩٦٨ م في مادته (١٠٢)، دستور دولة اتحاد الجمهوريات العربية في مادته (٣٤)). ولاينال من ذلك ما أورده الدستور من حالات معينة اشترط فيها أغلبية خاصة مع أغفاله النص على حالة رفض المجلس المرسوم بقانون، ذلك لأن الدستور وأن نص على تلك الحالات لما رآه من أهميتها، الا أن ذلك لايعنى منع ماعداها من حالات تستلزمها الضرورات التشريعية لمعالجة أوضاع تقتضي مثل تلك الأغلبية، وعلى هذا الأساس فقد جاءت عبارة النص الدستورى بصورة مطلقة ودون قيد أو تحديد. مما يعنى أن المشرع الدستورى بالرغم من نصه على حالات معينة تتطلب أغلبية خاصة، لم يشأ أن يغلق الباب أمام المشرع العادى ليقرر

أ - التفسير اللغوى غير منتج ولايزيل إبهام النص :

نشير بادىء ذى بدء، الى أن الاستدلال اللغوى الذي عولت عليه المحكمة في تفسيرها لعبارة «وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة»، هو استدلال غير منتج لايزيل إبهام العبارة موضع التفسير وعاجز عن الارشاد الى الارادة التشريعية الحقيقية في هذا الخصوص، ذلك أن ورود هذه العبارة بصيغة المبنى للمجهول لايعنى بالضرورة أن يكون فاعل الاشتراط المحذوف هو الدستور وغيره من التشريعات الأدنى منه مرتبة .

فهذا الفاعل المجهول قد يكون الدستور دون سواه، وقد يكون تشريعا أدنى من الدستور مرتبة دون غيره، وقد يكون الدستور وغيره من التشريعات الأدنى منه مرتبة .

وهكذا فان العبارة محل التفسير قد تركت فاعل الاشتراط المحذوف مبهما، بحيث لايفلح الاستدلال اللغوى في كشفه وتعيينه تعيينا يقينيا نافيا لكل لبس واشتباه. فهذا النوع من الاستدلال غير مجد في تبديد الشكوك التي رانت على النص وعاجز عن أن ينقله من دائرة الشك الى مجال اليقين والادراك الحاصل عن نظر واستدلال. ولاينال من هذه الحقيقة ما ذهبت اليه المحكمة من أن هذه العبارة قد جاءت بصورة مطلقة ودون قيد أو تحديد، مما يعنى أن المشرع الدستورى بالرغم من نصه على حالات معينة تتطلب أغلبية خاصة، لم يشأ أن يغلق الباب أمام المشرع العادى ليقرر مايراه في هذا المجال. ذلك أنه من المقرر في أصول الفقه، أن المطلق يؤخذ على إطلاقه اذ لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة. وسنرى من خلال هذا التعليق أن الدلالات كثيرة على هذا التقييد .

بل وكان من السهل علينا أن نسير في مضمار الاستدلال اللغوى حتى نهايته، ونستقى منه حجة على المحكمة. ذلك أنه بالرجوع الى علماء النحو والبلاغة نجد ابن عقيل وابن هشام المصرى قد أوردا من بين الأسباب اللفظية الداعية الى استعمال صيغة المبني للمجهول، ومن الأغراض التي تدعو المتكلم الى حذف الفاعل، غرضاً أساسياً حددها، بالقصد الى الإيجاز في العبارة وتجنب التكرار (٢). وعلى أساس من ذلك نستطيع القول بأن المشرع الدستورى عند إيراد العبارة محل التفسير في صيغة المبني للمجهول، كان غرضه من ذلك الاستجابة لضرورات يحتملها فن الصياغة من إيجاز في العبارة وتجنب التكرار. فبدلاً من أن يورد العبارة مبنية للمعلوم فيقول: «وذلك في غير الحالات التي يشترط فيها هذا الدستور أغلبية خاصة» أوردها في صيغة المبني للمجهول فقال: «وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة». ومثل هذه الصياغة مألوفة لفقهاء القانون الدستورى، ذلك أن المشرع المصرى قد أوردها ثلاث مرات في ثلاثة دساتير تعتبر أصولاً تاريخية للدستور الكويتى كما سنبين بعد قليل، ولم يحدث أن جرى العمل على تفسيرها تفسيراً واسعاً كما ذهب اليه المحكمة الدستورية .

كما أن ابن عقيل وابن هشام قد ذكرا الى جانب السبب اللفظى السالف الذكر سبباً معنوياً جوهرياً لاستعمال صيغة المبني للمجهول، وغرضاً أساسياً من الأغراض التي تدعو المتكلم الى حذف الفاعل، وهو كون الفاعل معلوماً للمخاطب حتى أنه لا يحتاج الى ذكره (٣)، وما دامت العبارة قد

(٢) راجع: شرح ابن عقيل. قاضي القضاة بهاء الدين عبد الله بن عقيل العقيلي الهمداني المصري، تحقيق محمد محبى الدين عبد الحميد، الطبعة ١٤، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة ١٩٦٤، الجزء الاول، ص ٤٩٩. وانظر كذلك ابن هشام المصري، منار السالك الى أقرب المسالك في شرح الفقه بن مالك، تحت عنوان «النائب عن الفاعل». وقد قال ابن حبان عن الاول: ما تحت آدم السماء أنحى من ابن عقيل، وقال ابن خلدون عن الثاني في مقدمته أنه أنحى من سيبويه. نقلاً عن محقق الكتابين. محمد محبى الدين عبد الحميد.

(٣) انظر، ابن عقيل، نفس المرجع، وابن هشام، نفس المرجع.

وردت في الدستور وأن الدستور قد اشترط عدة حالات لا يتخذ فيها القرار الا بأغلبية خاصة، يكون من البديهي أن الفاعل المعلوم، للمخاطب بأحكام الدستور، والذي لا يحتاج الى ذكره هو الدستور دون سواه.

وعلى الرغم من ذلك كله فان في تقديرنا أن الاستدلال اللغوي وحده لا يستطيع إزالة غموض وابهام العبارة محل التفسير وعاجز عن الارشاد الى الارادة الحقيقية للتشريع في هذا الخصوص. ذلك أنه من المقرر في علم التفسير وأصوله، أن التفسير ليس مجرد فن من فنون النحو والصرف ولا ساحة تجرى فيها التمرينات اللغوية، بل هو علم الحياة (٤)، والتعرف على الارادة الحقيقية للتشريع وتقصى مراميه واعطاء هذه الارادة كامل مقصودها. وأن فهم التشريع لا يقتصر على مجرد ادراك المعنى الاحتمالي الذي يستخلص من صيغه وألفاظه، بل يقتضي كذلك تحرى القصد التشريعي والنزول من ظاهر النصوص الى مكنونها بغية التعرف على فحواها الحقيقية للوصول الى روح التشريع والوقوف على شتى العناصر التي يتألف منها القصد التشريعي (٥).

فكان أجدر بالمحكمة وقد أبهم النص ودارت الشكوك حول معناه، أن تتجه في تفسيرها نحو القانون الدستوري مسترشدة بحقائقه المختلفة، والمبادئ العامة التي تسود أحكام الدستور والروح المهيمنة على نصوصه. وهي أمور لا يحل لها أن تتجاهلها والا كان متجاهلة مهمتها. فتغلب روح الدستور على حرفه، وتضع الفطرة السليمة فوق مقتضيات الصياغة وتقدم المعنى الموضوعي للنص على حرفيته ما دامت ليست ذات دلالة قطعية، مستغلة في ذلك كافة طرق التفسير ومناهجه بغية الوصول الى الارادة الحقيقية للتشريع. وهذه الارادة التي لو

(٤) أنظر: Ferrara, Traittato di diritto civil italiano. Vol. I, p.212.

ذكره المرحوم الاستاذ الدكتور عبد الحمى حجازي، في مؤلفه، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، الكتاب الاول «القانون» ص ٥١٨.

(٥) راجع الدكتور عبد الحمى حجازي، المرجع السابق، ص ٥٠٩.

أخرجت المحكمة نفسها من دائرة الانصياع لحرفية النص والاقتصار على الاستدلال اللغوي لفهم فحواه، لوجدتها تتجه الى أن عبارة «الا في الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة» لا تعنى سوى تلك الأغليات التي وردت في الدستور دون سواه..

وهذا المعنى سوف ندركه بالرجوع الى المبادئ العامة التي تسود أحكام الدستور، وبالاستعانة بالعامل التنسيقي وطريق الاستنتاج المنطقي، وبالاستعانة بالمصادر التاريخية التي استقى منها المشرع الدستوري نص المادة ٩٧ والرجوع الى أصولها التاريخية، وذلك على التفصيل التالي :

ب — الرجوع الى المبادئ العامة التي تسود أحكام الدستور :

ان المبدأ العام المستقر المسلم به حتى أنه لا يحتاج الى نص في الدستور يؤكد، هو : أن الأغلبية المطلوبة لاتخاذ المجالس النيابية لقراراتها التشريعية، ان سلبا أو ايجابا، بالموافقة او الرفض، هي الأغلبية العادية كأصل وقاعدة عامة، وأن الاستثناء على هذه القاعدة العامة، يجب ان يرد النص عليه صراحة في الدستور ذاته، فالدستور وحده هو الذى يستطيع أن يشترط أغلبية خاصة في هذا المجال.

وتأسيسا على ذلك، فان المشرع الدستوري ان أراد أن ترد الأغلبية الخاصة في تشريعات أدنى من الدستور مرتبة، كاللائحة الداخلية لمجلس الأمة، وجب عليه أن يورد هذا الاستثناء بنص دستوري صريح واضح قطعى في دلالاته. كما فعل المشرع الدستوري السوري في المادة ٥٧ من دستور ٥ أيلول سنة ١٩٥٠ والتي تنص على أن «يتخذ المجلس قراراته بأكثرية الحاضرين الا اذا

نص الدستور أو النظام الداخلي على غير ذلك» (٦).

أو كما فعل المشرع المصري الذي عندما أراد لبعض التشريعات أن تتخذ بأغلبية خاصة نص على ذلك صراحة في المادة ١٨٧ من دستور سنة ١٩٥٦ والتي تقضي بأنه «يشترط في القوانين المشار إليها في المواد ٦٧، ٨٩، ٩٨، ١٠٠، ١١٤، ١٣٠، ١٤٤، ١٥٣، ١٥٤، موافقة ثلثي الأعضاء الذين يتكون منهم مجلس الأمة» (٧).

ولما كان نص المادة ٩٧ من الدستور الكويتي مبهم غير صريح .

ولما كانت الأغلبية العادية هي القاعدة العامة التي لا تخصص كمبدأ مسلم به إلا بنص واضح صريح.

لذلك، فإن نص المادة المذكورة لا يصلح بأن يكون أساساً يستند إليه المشرع العادي لاشتراط أغليات خاصة في تشريعات أدنى من الدستور مرتبة .

وفضلاً عن ذلك، فإن اشتراط أغلبية خاصة هو استثناء وارد على خلاف الأصل، يجب أن يحصر في أضيق حدوده فلا يتوسع في تفسيره، ومن ثم حمل عبارة «وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغليات خاصة» على أن المعنى بها تلك الأغليات التي ورد النص عليها في الدستور دون سواها .

(٦) انظر مجموعة: جواد ناصر الاريش لدساتير العالم العربي، الكويت، ١٩٧٢، ص ٢٩٤. الفقرة الرابعة من المادة ٥٧ من دستور ١٩٥٢/١/٨. ونعجب كيف ان المحكمة قد اشارت الى الدستور السوري على أنه قد نص صراحة على اقتضار حالات الاغلبية الخاصة على تلك التي وردت في الدستور. وواضح أنه لا يقتصرها على تلك الحالات، ومن ثم فإن ما استدلت به المحكمة في هذا الخصوص هو استدلال خاطيء وتجاهل بيقين.

(٧) مجموعة جواد ناصر الاريش، ١٦٠

واعمالا لهذه المبادئ، قرر شراح الدستور الكويتي، عدم دستورية المادة ١١٤ من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة (٨) .

ج - الاستعانة بالعامل التنسيقي وبطرق الاستنتاج المنطقي :

الدستور ليس ركاما من نصوص متفرقة لا رابط بينها، يجرى تفسير كل منها في معزل وعلى حدة. بل هو متعض قانوني ونسق من قواعد منظمة يعتبر كل نص منها جزءا من كل كبير ويتحدد معنى ومدى كل منها في ضوء ذلك الكل المتناسك (٩) .

وعلى هدى من ذلك، فلو نسقنا بين نصوص الدستور ووضعنا المادة ٩٧ التي تؤكد في صدرها القاعدة العامة وهي، اتخاذ المجلس قراراته بالأغلبية العادية، الى جانب المواد التي اشترط الدستور فيها أغلبية خاصة لحالات معينة استثناء من القاعدة العامة وعلى الأخص المواد : ٤، ٦٥، ٦٦، ٦٩، ٨٨، ٩٢، ١٠١، ١٠٢، ١٧٤، ١٧٩ من الدستور، وفسرناها تفسيراً شمولياً بغية تحديد معنى ومدى نص المادة ٩٧ من الدستور، واستخلاص روحه من الرابطة التي تربطه بهذه النصوص، لوجدنا أن اقتصار المشرع الدستوري على النص على حالات الأغلبية الخاصة في المواد المذكورة، يفيد تخصيصها وحدها بالحكم الوارد في تلك المواد، وهو اشتراط الأغلبية الخاصة، ونفى هذا الحكم عما عداها من حالات. ذلك أن الشراح يجمعون على أنه عندما يضع المشرع قاعدة

(٨) انظر، الدكتور عثمان عبد الملك الصالح: السلطة اللائحية للإدارة في الكويت، والفقهاء المقارن وأحكام القضاء. بحث منشور على حدة، ملحق بمجلة الحقوق والشرعة التي تصدرها كلية الحقوق والشرعة بجامعة الكويت، السنة الأولى، العدد الأول ١٩٧٧، ص ٦٢.

وانظر كذلك عبد الفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري في الكويت، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٦٨، ص ٢٠١.

(٩) انظر الدكتور عبد الحى حجازي، المدخل لدارسة العلوم القانونية، منوه عنه أعلاه، الكتاب الأول، ص ٥٣٦.

تخالف المبادئ العامة (الأغلبية الخاصة) جاز الاستدلال بأنه في الحالات التي لم ينص عليها، يجب ان تطبق القاعدة العامة (الأغلبية العادية) المخالفة للقاعدة الخاصة (١٠).

وآية ذلك أن المشرع الدستوري لو أراد أن ترد حالات الأغلبية الخاصة في تشريعات أدنى من الدستور مرتبة — كاللائحة الداخلية لمجلس الأمة لكان قادرا — لعدم وجود ضرورة قانونية أو منطقية أو تاريخية تمنعه من ذلك — على النص صراحة على ذلك، كما فعلت دساتير أخرى ومنها الدستور السوري الصادر في ٥ أيلول سنة ١٩٥٠ الذي نص صراحة في الفقرة الرابعة من مادته ٥٧ على جواز أن ترد حالات الأغلبية الخاصة في اللائحة الداخلية لمجلس الأمة كما سبق القول .

د — الاستعانة بالمصادر التاريخية التي استقى منها المشرع نص المادة ٩٧ من الدستور:

لكى نفهم نص المادة ٩٧ من الدستور فهما كاملا، علينا ان نتعقب أصوله التاريخية ومصادره التي استقى منها، فرب عبارات وصيغ وقواعد لا يجدى التفسير اللغوي ولا يعين على فهمها ، تجد مفتاح حلها في أصلها التاريخي (١١).

وفي تقديرنا أن المادة ٩٧ من الدستور الكويتي مستقاة من المادة ٨٠ من الدستور المصري الصادر في ٢٣ يونية سنة ١٩٥٦ التي تماثلها في الصياغة فتنص على أنه «لا يجوز لمجلس الأمة أن يتخذ قرارا الا اذا حضر الجلسة أغلبية أعضائه وفي غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة تصدر القرارات بالأغلبية

(١٠) انظر الدكتور عبد الحمى حجازي، نفس المرجع ص ٥٣٦.

(١١) بيكاتوري، المدخل الى علم القانون، لوكسمبور ١٩٦٠، أشار اليه الدكتور حجازي في المرجع السابق، ص ٥٢١.

المطلقة للحاضرين. وعند تساوى الآراء يعتبر الموضوع الذي جرت المداولة في شأنه مرفوضاً». وهذه المادة مأخوذة من المادة ٩٥ من الدستور المصرى الصادر في ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٠. وهذه الأخيرة مستمدة عن المادة ١٠٠ من الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣، التي تماثلها تماما في الصياغة فتقول: «في غير الأحوال المشترط فيها أغلبية خاصة تصدر القرارات بالأغلبية المطلقة، وعند تساوى الآراء يكون الأمر الذي حصلت المداولة بشأنه مرفوضاً».

وبمقارنة صياغة هذه النصوص وكلماتها، ينقطع كل شك قد يثور حول أنها الأصول التاريخية للمادة ٩٧ من الدستور. هذا بالإضافة الى تماثل نظام الحكم الذي وضع دستور مصر لسنة ١٩٢٣ في ظله ونظام الحكم الحالى في الكويت. حيث أن كلاهما يأخذ بوراثية رئاسة الدولة، وبالنظام الرأسمالى، وبالديمقراطية النيابية الخالصة. بل ان الشراح يؤكدون أن دستور سنة ١٩٢٣ كان الأساس الذي انطلق منه واضعو دستور الكويت مع اضافات مستمدة من دستور سنة ١٩٥٦ قصد بها تهذيب النظام الفردي الحر (١٢).

ولم نسمع في ظل الدساتير الثلاثة المعتمدة أصولا تاريخية ومصادر استقيت منها المادة ٩٧ من الدستور، ان العمل قد جرى أو أن الفقه قد ذهب الى تفسير العبارات التي وردت في تلك الدساتير والمماثلة لعبارة «وذلك في غير الحالات التى تشترط فيها أغلبية خاصة» الواردة في المادة ٩٧، على أنها تعنى جواز أن ترد هذه الأغلبيات الخاصة في الدستور أو في غيره من التشريعات الأدنى منه مرتبة، كما ذهبت اليه المحكمة الدستورية في تفسيرها للعبارة المذكورة. بل على عكس ذلك نجد أن الفقه قد ناهض اشتراط الأغلبيات الخاصة في مجال التشريع، العداء حتى في حالة ورودها بنص

(١٢) انظر الدكتور عبد الفتاح حسن، في بحثه عن لوائح ترتيب المصالح والادارات العامة (المادة ١٧٣ من الدستور) منشور في مجلة القضاء والقانون مجلة دورية تصدر عن وزارة العدل في الكويت، السنة الثالثة العدد الاول سنة ١٩٧٢، ص ٨.

صريح في الدستور ذاته، كما سنبين ذلك تفصيلا في البند الثاني من هذا التعليق. وهكذا يتضح في ضوء ماسبق معنى العبارة محل التفسير والأبعاد الحقيقية لنص المادة ٩٧ من الدستور، وتتجلى الإرادة الحقيقية للتشريع في أن المقصود من عبارة «وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة» ان المعنى بها هي تلك الحالات التي وردت في الدستور دون سواه. وأن المشرع لم يستعمل صيغة المبنى للمجهول الا بغرض الإيجاز في العبارة وتجنب التكرار، وهو أمر يقتضيه فن الصياغة من ناحية ولأن فاعل الاشتراط المحذوف معلوم للمخاطب حتى أنه لا يحتاج الى ذكره وهو الدستور.

ويجب ان نشير أخيرا الى أننا لو سائرنا منطق الحكم في جواز أن ترد الأغلبيات الخاصة في أى تشريع أدنى من الدستور مرتبة، لكان معنى ذلك أن في استطاعة مجلس الأمة أن يحصن تشريعا من التشريعات الخطيرة — كقانون الطوارئ أو الأحكام العرفية — بأغلبية خاصة كبيرة، بحجة أن هذه الأغلبية الخاصة تستلزمها ضرورات التشريع التي تقتضي مثل هذه الأغلبية الخاصة — على حد قول المحكمة — فيشل بذلك قدرة مجالس الأمة القادمة على الغائه او تعديله. بل ان الحكومة تستطيع عن طريق أغليبتها في مجلس الأمة ان تجرى تعديلا على المادة ١١٤ من اللائحة الداخلية نفسها بحيث تشترط أغلبية ثلثى أعضاء المجلس لعدم الموافقة على المراسيم بقوانين، وبذلك تنتقل السلطة التشريعية الى يد الحكومة التي تملك بنص الدستور $\frac{1}{3}$ أعضاء المجلس وهم الوزراء بحكم وظائفهم. وهذا ما يؤدي الى انهيار الأساس الذي يقوم عليه الدستور والى أن يصبح المبدأ الديمقراطي عسير التطبيق. فتنتهى كل قيمة حقيقية للقيود الدستورية، فتهدر الإرادة المنضبطة للمشرع الدستوري، وينتهى الأمر الى فوضى لا ضابط لها.

ثانياً - مخالفة الدستور والمبادئ العليا التي تسود أحكامه

حتى ولو افترضنا جدلاً أن ما ذهبت إليه المحكمة صحيح وأنها قد أصابت في تفسيرها لنص المادة ٩٧ من الدستور، وما توصلت إليه من استنتاج أن حكم هذه المادة ليس مانعاً من إضافة حالات في تشريعات أدنى من الدستور تشترط أغلبية خاصة إلى الحالات الواردة في الدستور، وما انتهت إليه على هذا الأساس من أن المادة ١١٤ من اللائحة الداخلية للمجلس قد شرعت على سند من تفويض تشريعي بمقتضى نص المادة ١١٧ من الدستور، وفي نطاق الاستثناء الذي أورده المادة ٩٧ من الدستور، وبالتالي لا مخالفة فيها لهذا النص.. نقول حتى لو افترضنا جدلاً أن حكم المادة ١١٤ من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة غير مخالف لنص المادة ٩٧ من الدستور، فإنه مما لا شك فيه يصطدم بصريح نص مادة دستورية أخرى، هي المادة ٧١ من الدستور، كما أن فيه خروجاً على المبادئ العليا التي تسود الدستور والروح المهيمنة على نصوصه .

تقول المادة ٧١ من الدستور : «إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو في فترة حله، ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، جاز للأمر أن يصدر في شأنها مراسيم تكون لها قوة القانون، على أن لا تكون مخالفة للدستور أو للتقديرات المالية الواردة في قانون الميزانية .

ويجب عرض هذه المراسيم على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورهما، إذا كان المجلس قائماً، وفي أول اجتماع له في حالة الحل أو انتهاء الفصل التشريعي، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك. أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب من آثارها بوجه آخر».

و يتضح جليا من هذا النص ، أن أقصى ما أعطاه الدستور لهذه المراسيم من حصانة وقوة، هو أن ترتفع قوة الزامها الى مصاف القانون وأن يكون لها ماله من قوة وحصانة لا أكثر .

وبالرجوع الى نص المادة ١١٤ من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة، نجد أنه قد استحدث حكما جديدا لم يأت به الدستور، اذ قضت بأن رفض المراسيم بقوانين في حالة الضرورة، لا يكون الا بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم مجلس الأمة. وهو ما يصطدم بصريح نص المادة ٧١ من الدستور سالف الذكر، لأنه بذلك قد أضفى على تلك المراسيم بقوانين — وهى تشريع استثنائي على خلاف الأصل لا يجوز أن يكون له من الحصانة والقوة مالا تتمتع به القوانين العادية — قوة وحصانة أكثر مما هو قائم بالنسبة للقوانين، على حين أن أقصى ما أعطاه لها الدستور، هو أن يكون لها ما للقانون من قوة. ومن المعروف أن القانون ينشأ ويعدل ويلغى بالأغلبية العادية. وهذا هو مادعا فقهاء القانون العام الذين تناولوا شرح المادة ١١٤ من اللائحة الداخلية، الى تقرير عدم دستورية شرط الأغلبية الخاصة الذي جاءت به المادة ١١٤ من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة (١٣).

كما يتضح جليا من نص المادة ٧١ من الدستور أن المشرع لم يشترط أى أغلبية خاصة لرفض هذه المراسيم، مما يقطع بأنه أراد تطبيق القاعدة العامة في هذا الخصوص، وهى الأغلبية العادية. وآية ذلك أنه لو أراد المشرع الدستوري أن يكون رفض هذه المراسيم بأغلبية خاصة لنص على ذلك صراحة كما فعلت دساتير

(١٣) ومن الشراح الذين قالوا بعدم دستورية هذا الاشتراط: الدكتور يحيى الجمل: النظام الدستوري في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٧٠ — ١٩٧١، ص ٢٢٤ و ٢٢٥.
الدكتور عبد الفتاح حسن: مبادئ النظام الدستوري في الكويت، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٦٨، ص ٢٠١، الدكتور عثمان عبد الملك الصالح: السلطة اللائحية للإدارة في الكويت والفقهاء المقارن وأحكام القضاء، بحث منشور على حدة كملحق لمجلة الحقوق والشرعة التى تصدرها كلية الحقوق والشرعة — جامعة الكويت. السنة الاولى، العدد الاول، ١٩٧٧ ص ٦٢.

عربية أخرى، ومنها الدستور المصرى لسنة ١٩٥٨ الذي نص على ذلك صراحة في مادته ٥٣ والتي كانت تشترط أغلبية خاصة في قولها :

«لرئيس الجمهورية أن يصدر أى تشريع أو قرار مما يدخل أصلا في اختصاص مجلس الأمة اذا دعت الضرورة الى اتخاذ في غياب المجلس، على أن يعرض عليه فور انعقاده، فاذا اعترض المجلس على ما أصدره رئيس الجمهورية بأغلبية ثلثي أعضائه سقط ماله من أثر من تاريخ الاعتراض».

ويجب الإشارة ونحن في هذا الصدد الى أن الفقه في جملته لم يقابل أسلوب اشتراط أغلبية خاصة لرفض مراسيم الضرورة بارتياح حتى في حالة وروده في نص الدستور ذاته. فراح يلوى عنق نص المادة ٥٣ السالفة الذكر في محاولة تفسيرها تفسيراً ضيقاً لحصر شرط الأغلبية الخاصة في أضيق حدوده، حتى ان قصره على حالة رفض البرلمان لتلك المراسيم بأثر رجعى دون سواها. فيقول الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى وهو في صدد شرحه لهذه المادة : «ان المادة ٥٣ لم تنظم الا حالة واحدة، وهى حالة بطلان تلك القرارات بأثر رجعى، فاشتترط لذلك أغلبية خاصة وهى أغلبية ثلثي أعضاء مجلس الأمة، أما ما دون ذلك، فانها قد سكنت عنه. وبالتالي يتعين تطبيق المبادئ العامة في هذا الخصوص. وهى التي تقضي بأن مجلس الأمة يملك التشريع في كافة المجالات بالأغلبية العادية... ومن ثم فان مجلس الأمة يملك بذات الأغلبية العادية أن يعدل في التشريعات التي صدرت قبل انعقاده، ويملك بذات الأغلبية أن يلغى بالنسبة الى المستقبل كل قرار يصدره رئيس الجمهورية في غيبته» (١٤).

(١٤) انظر الدكتور محمد سليمان الطماوى ، مبادئ القانون الدستورى، دار الفكر العربى، الطبعة الأولى مايو ١٩٥٨، ص ٤٦٤.

ثم إن الفقه لم يكتف بأن يفسر نص المادة ٥٣ تفسيراً ضيقاً ويحصر شرط الأغلبية، على الرغم من وروده في الدستور ذاته، في أضيق الحدود، وإنما راح يواجه النقد اللاذع ليراد الدستور مثل هذا القيد باعتباره غير منطقي وغير مفهوم .

وكان الفقهاء يتساءلون باستغراب ودهشة : «إذا كانت الأغلبية العادية تكفى لإصدار تشريع مبتدأ، فكيف لا يمكنها تعديل تشريع قائم أو لائحة ضرورة؟» (١٥).

وتحت وطأة هذا النقد أسقطت دساتير ما بعد عام ١٩٥٨ هذا القيد، ولم تتطلب أغلبية خاصة لرفض المجلس النيابي للمراسيم بقوانين (١٦).

بل وأكثر من ذلك، نجد أن رأياً في الفقه — حمل لواءه المرحوم الأستاذ الدكتور عثمان خليل — يذهب في صدد تفسير المادة ٤١ من الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ الى حد الاكتفاء بعدم الموافقة الضمنية للبرلمان على مراسيم الضرورة. فإذا عرضت هذه المراسيم على البرلمان وطالت مدة عرضها عن المعقول دون أن يبدى رأيه فيها، فإنها تعتبر مرفوضة عند هذا الرأى دون حاجة الى أن يصدر البرلمان قراراً بذلك (١٧).

وفضلاً عن ذلك كله، فإذا كان من المقرر أن هذه المراسيم لا تكون مشروعة الا اذا صدرت وفق الشروط المقررة في المادة ٧١ من الدستور، فإذا

(١٥) الدكتور محمد سليمان الطماوى، النظرية العامة للقرارات الادارية، دار الفكر العربى، الطبعة الثالثة ١٩٦٦، ص ٤٩٩.

(١٦) نفس المرجع ص ٤٩٩.

(١٧) راجع تعليق المرحوم الاستاذ الدكتور عثمان خليل عثمان على حكم مجلس الدولة المصرى الصادر في ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨، والمنشور في مجلة التشريع والقضاء عدد اول يوليو سنة ١٩٤٩، ص ٢٩٣ اشار اليه الدكتور الطماوى، نفس المرجع، ص ٤٩٩. وحجة هذا الرأى ان المادة ٤١ من دستور سنة ١٩٢٣، لا تتطلب عدم الموافقة الصريحة من جانب المجلسين وإنما يكفى عدم الموافقة الضمنية. انظر الدكتور الطماوى، مبادئ القانون الدستوري، المرجع السابق، ص ٤٦٥.

خالفتها لا تعتبر مستمدة من الناحية القانونية، من النص الدستوري، وهذا يعنى أن مجلس الأمة اذا رفضها فانما يفعل ذلك لمخالفتها للدستور (١٨). ومن ثم فإن اشتراط المجلس في لائحته الداخلية أغلبية خاصة لهذا الرفض فيه تحصين لمراسيم قد تكون باطلة منذ صدوروا بل ولأخطاء السلطة التنفيذية واساءتها لاستعمال هذه الرخصة الاستثنائية الخطيرة. وهو أمر غير جائز، بل وضرب من ضروب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية .

ثم انه اذا كان من الثابت من نص المادة ٧١ من الدستور وغيرها أن الدستور لم يفرض قيда صريحا أو ضمنيا على مجلس الأمة وهو يقوم برقابته على السلطة التنفيذية عند ممارستها لهذه الرخصة الاستثنائية الخطيرة، وأنه لو أراد لهذه المراسيم أن ترفض بأغلبية خاصة لنص على ذلك صراحة كما فعلت دساتير عربية أخرى (١٩)، وهو ما يقطع بأن نية المشرع الدستوري في الكويت قد اتجهت الى غير ذلك، وأنه قد أراد أن تكون للمجلس حرية مطلقة في هذا الخصوص حتى تكون رقابته فعالة ومجدية في هذا الصدد، فإن مجلس الأمة لا يملك ان يقيد نفسه تقييدا ذاتيا لمصلحة السلطة التنفيذية في هذا المجال باشتراطه في لائحته الداخلية أغلبية خاصة لرفض المراسيم بقوانين دون أن يكون قد خالف الدستور نفسه، لأن في هذا الاشتراط، فضلا عن المخالفة للارادة التشريعية الصريحة الحقيقية، اخلال بمبدأ التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وهو من المبادئ العليا التي تسود الدستور الكويتي وتهيمن على أحكامه، والتي يمكن استخلاصها استخلاصا موضوعيا من نصوصه المدونة. وكان على مجلس الأمة أن يلتزمها في تشريعاته وأن يتجنب الانحراف عنها فيما له من سلطات تقديرية (٢٠).

(١٨) راجع الوسيط في القانون الدستوري للدكتور عبد الحميد متولى، الطبعة الاولى عام ١٩٥٦، ص ٤٤٥، ٤٥٤، القانون الدستوري للدكتور محمد كامل ليلة، دار الفكر العربي، سنة ١٩٦٣، ص ٤٣١

(١٩) مثال ذلك الدستور المصري لسنة ١٩٥٨ في مادته ٥٣ التي سبق الإشارة إليها.
(٢٠) راجع المرحوم الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية بحث منشور في مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، يناير سنة ١٩٥٢، ص ١ - ١١١.

وأخيراً إذا كانت مراسيم الضرورة هي في حقيقتها ممارسة للاختصاص التشريعي وبالتالي تمثل اعتداء على مبدأ فصل السلطات (٢١) واستثناء على خلاف الأصل لا يجوز التوسع فيه (٢٢)، وكانت سلطة المجلس في التشريع مطلقة باجماع الفقه ما لم يقيد الدستور نفسه بقيود محددة، فانه لا يصح لمجلس الأمة أن يقيد سلطته في هذا المجال باشتراط أغلبية خاصة لرفض مراسيم الضرورة على خلاف القاعدة العامة التي نص عليها الدستور ذاته والتي تقضى بأن مجلس الأمة يملك التشريع في كافة المجالات بالأغلبية العادية. فالاختصاص التشريعي ليس حقاً ذاتياً لمجلس الأمة يتصرف به كما يتصرف المالك في ملكه بل وظيفة كلف بها وأسندت اليه بموجب أحكام الدستور وضمن حدود لا يستطيع تجاوزها دون المساس بالدستور ذاته. ان مجلس الأمة مؤسسة انشأها الدستور لتقوم بوظيفة معينة وضمن حدود معينة، والدستور وحده هو الذي يملك أن يحدد لها مدى ومجال اختصاصها. وهولم يمنحها منذ البداية حق الوجود الا داخل تلك الحدود التي يتعين عليها ان تتصرف في اطارها دون الخروج عليها. فاذا أخضع الدستور التشريع لقواعد معينة فيما يتعلق بالشكل والاختصاص والمحل، فان المسلم به أن السلطة التشريعية لا تملك الخروج على تلك القواعد، ومن القواعد التي وضعها الدستور الكويتي أن مجلس الأمة يملك التشريع في كافة المجالات بالأغلبية العادية .

وهكذا يتضح من جميع ما سبق بسطه أن التعارض بين نص المادة ١١٤ من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة والدستور هو تعارض واضح وصريح بحيث يستعصى التوفيق بين أحكامهما .

(٢١) الدكتور الطماوى، النظرية العامة للقرارات الادارية، المرجع السابق، ص ٤٩٤ .

(٢٢) محاضرات العميد DIGUIT ديجي التي القاها بكلية الحقوق والشرية المصرية سنة ١٩٢٦ وهي بعنوان

Lecom de droit Public general ، ص ١٠١ ، ١٧٢ .

وهذه الحقيقة أبعد من أن ينال منها مذهب اليه المحكمة الدستورية، مستندة بذلك الى الرأي الذي أبداه الخبير الدستوري لمجلس الأمة عام ١٩٦٣، بقولها: «ولا يمكن الحاجة بأن المادة ١١٤ من اللائحة المذكورة بتقريرها أغلبية خاصة في حالة رفض المراسيم بقوانين قد أسبغت على تلك المراسيم من الحصانة والقوة ما لا تتمتع به القوانين العادية. ذلك لأن طبيعة المراسيم بقوانين والظروف التي تحيط بها تختلف اختلافا واضحا عما هي عليه في مشروعات القوانين العادية، بحسب أن المراسيم بقوانين صدرت ونشرت ودخلت حيز التنفيذ ودائرة التطبيق، مرتبة لآثار ومراكز قانونية مما ينبغي معه لزوال أثرها أن تقرر ذلك أغلبية تفوق الأغلبية اللازمة لاقرار مشاريع القوانين».

فهذا القول يقوم على حجة مدحوضة ومردود عليه بالآتي :

نشير بادىء ذى بدء الى أنه قول غير مفيد واستدلال غير منتج لا يصح التعويل عليه، لأنه أولا : يعقد مقارنة بين متناقضين حالة قبول وحالة رفض. ولأنه ثانيا : يعقد مقارنة بين مجرد مشروع قانون قابل للتعديل والتحويل والسحب حتى من مقدمه، بل لا يعد قاعدة قانونية ولا يترتب عليه أى أثر ولا يصح التعويل عليه والاستدلال به، وبين مرسوم بقانون صدر ونفذ ودخل حيز التطبيق وله قوة الزام تعادل قوة القانون نفسه.. وهو أمر لا شك غريب ومنهج فاسد في الاستدلال عجيب .

ثم ان المحكمة قد عولت في استدلالها على محاضر مجلس الامة رغم ان هذه المحاضر بل والأعمال التحضيرية، باجماع الشراح، ليس لها حجية مطلقة في بيان قصد المشرع (٢٣)، لما قد يشوبها من خطأ أو يقع فيها من تناقض وخاصة في

(٢٣) انظر في دور الاعمال التحضيرية في التفسير:

- Henri CAPITANT, les travaux préparatoires et l'interpretation des lois, Recueil d'études en l'honneur de F. GENY, T.2. pp. 204-216.

- GENY, méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 em éd., 1932, vol. z. p. 284.

ALLEN, Law in the making, Oxford, 1969, pp. 514 et S.

- Julius Stone, legal system and Lawyer's reasonings, Sydney, 1968, p. 351.

هذا العصر حيث يغلب على مناقشة المجالس النيابية طابع التناقض وعدم الدقة، لصدورها في الغالب من أشخاص غير مختصين (٢٤). ومن ثم وجب أن لا تؤخذ هذه المحاضر والأعمال التحضيرية بعين الاعتبار الا بحذر واحتياط شديد (٢٥). وإذا تعارضت الإرادة التشريعية الموضوعية مع ما ورد في الأعمال التحضيرية أخذ بالإرادة التشريعية (٢٦).

وفضلا عن ذلك فانه غير سائغ في شرعة العقل والمنطق، تعويل المحكمة الدستورية على رأى الخبير الدستوري الذي تقول المحكمة نفسها أنه هو الذى «تولى صياغة المادة المطعون في دستوريته». ذلك أن من طبائع البشر أن من قام بعمل سيدافع عنه دفاعاً فطرياً قد يبعد عن الموضوعية العلمية والتجرد اللازمين.

ومهما يكن الأمر، فان ارادة واحد أو اكثر من شاركو كخبراء في وضع مشروع الدستور أو اللائحة الداخلية وساهموا في صياغته لا تعني البتة أنها الإرادة التشريعية ذاتها، وهذه قاعدة مسلمة في أصول التفسير.

ومن فضول القول أن نذكر ونحن في هذا الصدد بما سبق وأن أشرنا اليه من أن الخبير الدستوري نفسه، وهو المرحوم الاستاذ عثمان خليل عثمان، كان أول من ذهب وهو في صدد تفسير المادة ٤١ من الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ الى أن مراسيم الضرورة يكفى لالغائها مجرد عدم الموافقة الضمنية للبرلمان ودون حاجة الى قرار رفض صريح يتخذه البرلمان بأى أغلبية كانت (٢٧).

(٢٤) انظر الدكتور حسن كيرة، المدخل الى القانون، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٦٧، ص ٥٢٤. وانظر كذلك : H. CAPITANT ، المرجع السابق ، ص ٢٠٤ وما بعدها.

(٢٥) انظر ببيكاتورى، المدخل الى علم القانون، لوكسمبور ١٩٦٠ اشار اليه المرحوم الاستاذ الدكتور عبد الحى حجازى في كتابه، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، الكتاب الاول، ص ٥٢٥ هامش (رقم ١).

(٢٦) الدكتور عبد الحى حجازى، نفس المرجع السابق ص ٥٢٥.

(٢٧) تعليق الدكتور عثمان خليل عثمان على حكم مجلس الدولة المصري، سبقت الاشارة اليه.

وهناك حقيقة قد غابت عن ذهن المحكمة وعن الخبير الدستوري الذي استدلت برأيه وهي: أن إلغاء المراسيم بقوانين في حالة الضرورة بأثر رجعي، هو على عكس ما تصوره وصوره، فيه حماية حقيقية لحقوق المواطنين وحرياتهم من تغول السلطة التنفيذية عليها وضمانة ضد تعسفها وإساءة استعمالها لهذا الرخصة الاستثنائية الخطيرة في غيبة البرلمان وفي بعد عن رقابته. ومن ثم كان في حرص الدستور على أن تكون رقابة مجلس الأمة في هذا الصدد بالذات فعالة ومجدية، وذلك بعدم تقييده بشرط الاغلبية الخاصة لرفض المراسيم، ضمانة من ضمانات الحرية التي لا يجوز الانتفاص منها حتى بتعديل دستوري وفقاً لما تقضى به المادة ١٧٥ من الدستور(٢٨).

ثم ان «الطبيعة الخاصة للمراسيم بقوانين» والتي أرادت المحكمة الاستناد اليها لتبرير وجوب أن يكون رفضها بأغلبية خاصة أكبر من الاغلبية التي تلغى وتعطل بها القوانين العادية، نقول أن هذه الطبيعة الخاصة للمراسيم بقوانين هي التي توجب على عكس ما ذهبت اليه المحكمة، ألا تشترط لرفض هذه المراسيم أغلبية أكبر من تلك المتطلبة لإنشاء القانون ولتعديله أو إلغائه.

ذلك أن هذه المراسيم بقوانين، باجماع الفقه والقضاء، هي قرارات ادارية حتى مصادقة مجلس الأمة عليها، أخذاً بالمعيار الشكلي في التفرقة ما بين القانون والقرار الإداري(٢٩). ومن ثم يكون غير سائغ في شرعة العقل والمنطق بل

(٢٨) تنص المادة ١٧٥ من الدستور على ان : «الاحكام الخاصة بالنظام الاميري ومبادئ الحرية والمساواة المنصوص عليها في هذا الدستور لا يجوز اقتراح تنقيحها، ما لم يكن التنقيح خاصاً بلقب الامارة او بالمزيد من ضمانات الحرية والمساواة».

(٢٩) انظر حول هذا الموضوع في الفقه الفرنسي.

- ESMEIN, A., *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*; 8em éd., Tome 2.

Paris 1928, pp. 115 et suiv.

- DUGUIT: *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome, 4 pp. 782 et S.

- WALLINE : *Les rapports entre la loi et le règlement* R.D.P. 1959, p. 699.

- CHAPUS : *De la soumission au Droit des règlements autonomes* D. 1960. Chr. 119.

- DE SOTO: *La loi et le règlement dans la Constitution de 1958* R.D.P. 1959, pp. 240 et Suiv.

وحسب قواعد القياس ووفقاً لمتقضيات المشروعية أن يحظى القرار الإداري وهو عمل إداري صادر عن سلطة تنفيذية غير منتخبة، بحماية أكبر من تلك المقررة للقانون وهو مظهر من مظاهر سيادة الأمة وتعبير عن إرادتها العامة ويحمل بهذه المناسبة صفات تلك الإرادة من سيادة وسمو وقوة وشمول.

وتأكيداً لهذا المعنى أجاز القضاء الإداري أن توجه إلى المراسيم بقوانين دعوى الإلغاء وأن يحكم بإلغائها إذا ما كانت غير مشروعة، وذلك على عكس القوانين التي لا يملك إلغاؤها (٣٠).

كما أن جانباً من الفقه المصري، على الرغم من نص المادة ٤١ من دستور سنة ١٩٢٣ على أن للمراسيم بقوانين قوة القانون نفسه، قد حاول التهورين من

- DEBBACH: Les Ordonnances de l'article 38 de la constitution de 1858. J.C.P. 1962, I. 1701.

- Montane de la Roque: L'article 38 de la constitution du 4 Octobre 1958, Mélanges MAURY. Tome II.p.199.

- BONNARD : Précis de Droit administratif Paris 1940,pp. 244, et suiv.

- وانظري الفقه العربي:
- بحثنا عن السلطة اللائحية للإدارة، منوه عنه أعلاه، ص ٧٠ وما بعدها.
- الدكتور محمد كامل ليلة، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، بيروت ١٩٦٨ - ١٩٦٩، ص ٣٢٢ وما بعدها.
- الدكتور سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، منوه عنه أعلاه، ص ٥٠١.
- (٣٠) انظري هذا الموضوع في الفقه العربي:
- الدكتور محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن، مطبعة نصر مصر، سنة ١٩٥٨، الجزء الأول، ص ٦٩٧.

- الدكتور سعد عصفور والدكتور محسن خليل، القضاء الإداري، دار المعارف الاسكندرية بدون تاريخ ص ٢٢١.
- الدكتور مصطفى ابوزيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الطبعة الثانية دار المعارف بمصر سنة ١٩٦٣ ص ٢٢٠. وانظر كذلك، الدكتور سليمان الطماوي النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق ص ٥٠١، وكتابه عن مبادئ القانون الدستوري، المرجع السابق ص ٤٦٧.
- وانظري في الفقه افرنسي، المراجع العديدة التي ذكرناها في الهامش السابق عند التكلم عن طبيعة المراسيم بقوانين.

قوتها والحد من مجالها. فذهب الى أن لوائح الضرورة لا يصح أن تعدل أو توقف قوانين الانتخاب (٣١). بل أن هنالك رأياً في الفقه ذهب الى ابعاد من ذلك، حيث قرر أن ثمة اموراً لا يمكن أن تتناولها المراسيم بقوانين. ذلك أن السلطة التنفيذية عندما تبشر التشريع استناداً الى هذه الرخصة الاستثنائية فهي إنما تقوم بذلك لا بوصفها هيئة سياسية بل كهيئة ادارية ومن ثم فلا يصح—عند هذا الرأي—أن نتناول بهذه المراسيم تنظيم تلك المواد التي ما ادخلت ضمن اختصاص البرلمان الا باعتباره هيئة سياسية، ومنها المسائل الانتخابية والحقوق السياسية وطائفة من الحريات العامة كحرية الصحافة والاجتماع وغيرها من الحريات ذات الطابع السياسى. (٣٢)

وفضلاً من ذلك كله يجب التنبيه الى أن المشرع الدستورى فى الكويت، لو أراد حماية الحقوق المكتسبة او الآثار والمراكز القانونية التى ترتبت على نفاذ مراسيم الضرورة من الاثر الرجعى لرفض مجلس الامة لهذه المراسيم ومن ثم الغائها، لاشتراط أغلبية خاصة فى صلب المادة ٧١ التى تعالج موضوع مراسيم الضرورة، على نحو ما فعله الدستور المصري لسنة ١٩٥٨ فى مادته ٥٣ (٣٣). أو لجعل اثر البطلان ينصرف الى المستقبل كما فعله الدستور المصري لسنة ١٩٢٣ فى مادته ٤١ (٣٤)، والدستور المصري لسنة ١٩٦٤ فى مادته ١١٩ (٣٥). أو لنص

(٣١) انظر عبد الحميد متولى، المرجع السابق، ص ٥٩ وما بعدها، انظر كذلك مذكرات ديوارىشار لقسم الدكتوراه سنة ١٩٣٧، ص ٢٠٦ اشار اليها الطماوى فى كتابه عن النظرية العامة للقرارات الادارية، ص ٥٠٠.

(٣٢) انظر Hassan - Rached GARRANA: La Législation d'origine gouvernementale, thèse. pp. 115 et S.

وهذه الرسالة قد نشرت فى مجلة مصر المعاصر العدد ٢٢١، ٢٢٢ سنة ١٩٤٤.

(٣٣) تشترط هذه المادة أغلبية ٣/٢ الاعضاء الذين يتألف منهم المجلس لرفض القرارات التى يتخذها رئيس الجمهورية فى غيبة البرلمان.

(٣٤) انظر فى شرح هذه المادة، الدكتور الطماوى مبادئ القانون الدستورى المرجع السابق ص ٤٦٣.

(٣٥) وتنص هذه المادة على انه «إذا حدث فيما بين ادوار انعقاد مجلس الامة اوفرة حله، ما يوجب الاسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية ان يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون

صراحة على أن زوال ما كان للمراسيم من قوة القانون لا يؤثر في العقود والحقوق المكتسبة كما فعل الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ في مادته ٩٤(٣٦).

غير أن المشرع الدستوري في الكويت لم يفعل لا هذا ولا ذاك، لأنه أراد ان يضع ما ترتب على نفاذ هذه المراسيم من آثار وحقوق ومراكز قانونية، أمانة في عنق مجلس الامة يقرر ما يشاء في شأنها بحرية تامة ودون قيود، فنص على ذلك صراحة في صلب المادة ٧١ من الدستور التي تقول «... أما اذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، الا اذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب من آثارها بوجه آخر». وهنا يمتنع كل تحكم بنظرية الحقوق المكتسبة او المراكز القانونية بغية تبرير اشتراط أغلبية خاصة في المادة ١١٤ من اللائحة الداخلية لرفض هذه المراسيم. وهنا ايضاً ينحسر الجدل ويمتنع الاجتهاد، لاننا أمام نص صريح واضح قطعي الدلالة.

ويجب التنبيه في نهاية المطاف الى مسألة على قدر من الاهمية وهي: أن المشرع الدستوري في الكويت، متمشياً منه مع تقاليد الديموقراطية النيابية ورغبة

ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الامة... فاذا لم تعرض، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، بغیر حاجة الى اصدار قرارا بذلك. اما اذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ الاعتراض.

(٣٦) وتقضى هذه المادة على أنه «عندما يكون مجلس الامة غير منعقد او منحل يحق لمجلس الوزراء بموافقة الملك ان يضع قوانين مؤقتة في الامور التي تستوجب اتخاذ تدابير ضرورية لا تحتل التأخير... على أن تعرض على المجلس في اول اجتماع يعقده وللمجلس ان يقر هذه القوانين او يعدها، اما اذا رفضها فيجب على مجلس الوزراء بموافقة الملك ان يعلن بطلانها فوراً ومن تاريخ ذلك الاعلان يزول مفعولها على ان لا يؤثر ذلك في العقود والحقوق المكتسبة».

انظر في شرح هذه المادة، الدكتور السيد صبري، النظم الدستورية في البلاد العربية، محاضرات لطلبة قسم الدراسات القانونية، معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الدول العربية، ١٩٥٦، ص ٢٨٩ وما بعدها.

منه في تحقيق استقلال فعلي لمجلس الامة في مواجهة السلطات الاخرى، قد حدد الاداة التي تصدر بها اللائحة الداخلية لهذا المجلس فجعلها بمقتضى المادة ١١٧ من الدستور تصدر بقرار من المجلس نفسه، يصدره بارادته المنفردة، ودون تدخل من الحكومة. وهو أمر قد قرره الفقه. (٣٧) واعترفت به الحكومة صراحة في مذكرتها التي قدمتها الى المحكمة الدستورية.

ولما كانت اللائحة الداخلية لمجلس الامة قد صدرت بقانون على خلاف ما يقرره الدستور ودون مراعاة لحكمة ما قرره.

وما دامت المسألة كما قررت المحكمة نفسها منازعة حول دستورية المادة ١١٤ من اللائحة الداخلية وليست مسألة تفسير نص من نصوص الدستور، مما رتب على أساسه رفض الدفع المقدم من الحكومة بعدم قبول الدعوى وقبولها.

ولما كان ذلك، أما كان على المحكمة أن تنظر الى الامر من هذه الزاوية وتقرر جواز عدم جواز أن تصدر اللائحة الداخلية بقانون على خلاف حكم المادة ١١٧ من الدستور، واذا ما رأت عدم جواز ذلك حكمت ببطالان المادة ١١٤ من اللائحة الداخلية على أساس انها جزء من كل باطل؟.

وعلى ضوء ما تقدم من حقائق تكون المحكمة قد جانبها التوفيق فيما ذهبت اليه من تقرير دستورية المادة ١١٤ من القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٦٣ بشأن اللائحة الداخلية لمجلس الامة. وفي تقديرنا أن ما اشترطته المادة ١١٤ من اللائحة الداخلية من أغلبية خاصة لرفض المجلس للمراسيم بقوانين فيه مخالفة لصريح أحكام الدستور وعلى الاخص المواد ٩٧، ٧١، ١٧٥ منه، ويصطدم بمبادئ الدستور العليا المستخلصة استخلاصاً موضوعياً من نصوصه المكتوبة. وهي

(٣٧) انظر الدكتور سليمان الطماوى، السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر السياسي الاسلامي، دار الفكر العربي، ١٩٦٧ ص ١٧٧.

مخالفة تعدت حدود المعقول بحيث أصبح بين نص المادة ١١٤ من اللائحة الداخلية والدستور تعارضاً واضحاً وصريحاً وثابت مما يستعصى معه التوفيق بين احكامهما ، ويتعين على أساسه تقرير عدم دستورية النص المذكور. ولكن السيف قد سبق العذل وصدر حكم المحكمة بدستورية المادة ١١٤ من اللائحة المذكورة. وهو حكم نهائي بات وقطعي ينهى دابر النزاع وملزم لجميع السلطات والهيئات في الدولة بما فيها المحكمة الدستورية نفسها. ولم يتبق الا ان يواجه مجلس الامة الأمر بحزم وجدية فيتصدي لللائحة الداخلية ويجرى عليها تعديلا شاملا يطهرها به من كثير من المواد المخالفة للدستور ومن بينها المادة ١١٤ موضوع البحث.

وفي الختام نتمنى لمحكمتنا العليا أن تكون اكثر توفيقاً في أحكامها المقبلة فتحقق بسبب ذلك الامال الكبار التي علقها الجميع عليها، وما يرتقب من أن يكون لوجودها صداه في نوعية التشريع، وفي مجرى العدالة، وفي مسيرة الحكم كله. فتلقى الضياء من فنار العدل على طريق سفينة الديمقراطية وهى مبحرة بحوله تعالى الى شاطئ المحبة والخير والامان.