

الدستور الكويتي ومذكرته التفسيرية

تكييفها ومدى إلزامها

القسم الثاني

الدكتور علي الباز
كلية الشرطة - الكويت

مقدمة القسم الثاني: .

تولينا في الجزء الأول (الباب الأول من هذه الدراسة) عرض رأي الفقه بالنسبة لمدى إلزام المذكرة التفسيرية. وقد بينّا أن الفقه الدستوري يكاد يكون مجمعاً على القول بأن المذكرة التفسيرية ملزمة دستورياً، وبأنها متممة ومكملة للدستور، وأن التفسير الوارد بها ملزم لكافة السلطات العامة في الدولة.

بل إن الفقه - في مجموعه - يقرر إلزام المذكرة فيما احتوته من إضافات جوهرية إلى نصوص الدستور.

وقد قمنا باستعراض الأسانيد والأدلة التي يؤيد الفقه بها رأيه هذا، ويمكن ردّ تلك الأدلة إلى قسمين رئيسيين، أولهما: ظروف وضع المذكرة

التفسيرية، وأن المجلس التأسيسي قد عامل المذكرة ذات المعاملة التي عامل بها الدستور، وإن المذكرة كانت مرفقة بالدستور - عند عرضه للأمير للتصديق عليه - وكانت محل نظر الأمير. وأن آخر عبارات المذكرة تشير الى الزامها.

وثانيهما: الاستناد الى ان العمل قد جرى على الالتزام بالمذكرة وذلك من ناحيتين: أولاًهما: انه قد حدثت بعض الاحداث أو الازمات الدستورية، وانه قد احتكم الى ما جاء بالمذكرة في حل تلك الازمات، مما يؤكد الزامية المذكرة، ويؤكد أنه قد استقر أمر الزامها في الازهان (مثل الاحتكام الى المذكرة عندما حدث اعتراض عام ١٩٦٤ من غالبية اعضاء مجلس الأمة على التشكيل الوزاري في ذلك الحين. وكذلك عام ١٩٧٥ عندما حدث خلاف بين مجلس الأمة وبين الحكومة حول تفسير المادتين ٩٨، ١٠٤ من الدستور الخاصتين ببرنامج الحكومة والخطاب الأميري.

والناحية الثانية من جريان العمل على الالتزام بالمذكرة، ان المذكرة قد حوت بعضاً من الأحكام التي لم يتضمنها الدستور اصلاً، وانه قد جرى العمل على الاستناد الى تلك الأحكام من جانب السلطات العامة في ممارسات دستورية معينة هي (تحديد نطاق المشاورات التقليدية السابقة لتعيين رئيس مجلس الوزراء، تحديد حالات ممارسة الأمير لاختصاصاته الدستورية بواسطة الأمر الأميري، تحديد الأداة القانونية التي توضع بها خطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية، القيد الخاص بترشيح أعضاء الأسرة الحاكمة لأنفسهم في الانتخابات، ثم التفويض التشريعي). وتقرر آراء فقهية أن ذلك يدل على الزام المذكرة التفسيرية.

وقد قمنا - بعد عرض وجهة نظر الفقه وأدلة الآراء الفقهية - بمناقشة هذا الرأي وما يستند اليه تأييداً لرأيه القائل بالزامية المذكرة.

وقد بنينا رأينا - المعارض لاجماع الفقه الدستوري - الذي نقرر فيه بعدم الزامية المذكرة التفسيرية باعتبارها مذكرة تفسيرية، وانها لا تتمتع - باعتبار

كونها كذلك - بأية قوة الزامية . كما لا تتصف الاحكام التي أوردتها - ولم ترد
بالدستور أصلا - بأي الزام ، اضافة إلى عدم الزام ما تحويه من تفسير يتعارض
مع التفسير المنطقي للنص . نقول أننا قد بنينا رأينا ذلك على حجتين :

الأولى : هي مناقشتنا - خلال الجزء الأول والباب الأول من تلك
الدراسة - لرأي الفقه وأسانيده والانتهاه إلى تقرير عدم اقتناعنا بذلك الرأي
وبتلك الأسانيد .

والثانية : وهي ما نعرضها في الجزء الثاني والباب الثاني من تلك
الدراسة ، وتدور تلك الحجة حوف تعارض ما ورد بالمذكرة التفسيرية مع كل
من : نصوص الدستور ، والمبادئ الدستورية العامة ، وأصول التفسير ،
وشروط العرف الدستوري .

الباب الثاني

تعارض ما جاء بالمذكرة التفسيرية
مع: نصوص الدستور، المبادئ الدستورية العامة،
اصول التفسير وشروط العرف الدستوري

عرضنا في الباب السابق لرأى الفقه المؤيد للزامية المذكرة ، وناقشنا الاسانيد التي استند اليها ، وانتهينا من مناقشة تلك الاسانيد الى عدم سلامتها ، وبالتالي عدم صحة ما بني عليها من نتائج . ونود - بعد ذلك - ان نفصل رأينا حول تعارض ما جاء بالمذكرة - من تفسير واحكام جديدة - مع نصوص الدستور ، ومع المبادئ الدستورية العامة ، ومع اصول التفسير . ولا شك أننا - في خلال عرضنا - سوف نتولى مناقشة ما قد يكون لدى الرأي المؤيد للزامية المذكرة من افكار . بل ربما عدنا - لضرورة اكمال الصورة - لبعض ما كنا قد عرضناه في الباب السابق ، عندما نعالجه وننظر اليه - هنا - من زاوية جديدة ، هي زاوية التعارض الصريح :

- مع نصوص الدستور (في فصل أول)
- مع المبادئ الدستورية العامة (في فصل ثان)
- مع اصول التفسير، وشروط العرف الدستوري (في فصل ثالث).

الفصل الاول

تعارض المذكرة مع نصوص الدستور

لا شك أن أول ما يسترعي نظر الباحث هو هذا التعارض الصريح بين نص المادة (٥٠) الخاصة بحظر تنازل السلطات عن اختصاصاتها كلها او بعضها . (وهو ما عاجلناه من قبل عندما تحدثنا عن التفويض التشريعي) ، وبين ما قررته المذكرة من جواز التفويض في أمر محدد .

ولذلك فنحن نثبت هنا - مرة أخرى - هذا التعارض ، ونكتفي بما سبق أن عرضناه من قبل بشأن التفويض التشريعي ونتحدث - في مباحث ثلاثة -

- عن تعارض المذكرة مع نصوص الدستور بالنسبة لكل من :
- تشكيل المحكمة الدستورية (مبحث اول)
 - تشكيل مجلس الوزراء من اعضاء مجلس الامة ومن غيرهم (مبحث ثان)
 - تعميم الاحكام الخاصة بنائب الامير لتشمل ولي العهد (مبحث ثالث)

المبحث الأول

المحكمة الدستورية والمذكرة التفسيرية

المطلب الأول : الآراء المختلفة حول طريقة تشكيل المحكمة
لمحة عن تشكيل المحكمة الدستورية :

نصت المادة ١٧٣ من الدستور الكويتي على أن «يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح ويبين صلاحياتها والاجراءات 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 او لائحة يعتبر كأن لم يكن» .

وقد صدر بناء على ذلك القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية وذلك في ١٩٧٣/٦/٩ وعمل به في ١٩٧٣/١٠/٢٤ وقد تضمن الباب الاول الخاص بتشكيل المحكمة الدستورية واختصاصاتها ست مواد يهمننا - في مجال بحثنا هنا - المادة الثانية من هذا الباب - التي تنص على أن «تؤلف المحكمة الدستورية من خمسة مستشارين يختارهم مجلس القضاء بالاقتراع السري، كما يختار عضوين احتياطيين ويشترط أن يكونوا من الكويتيين ويصدر بتعيينهم مرسوم . واذا خلا محل اي عضو من الاعضاء الاصليين او الاحتياطيين اختار مجلس القضاء بالاقتراع السري من يحل محله ويكن تعيينه بمرسوم . ويقوم اعضاء المحكمة الاصليون والاحتياطيون بعملهم بها الى جانب عملهم الاصلي بدائرة التمييز او محكمة الاستئناف» . وقد جاء بالمذكرة التفسيرية للدستور بشأن المادة ١٧٣ «آثر الدستور أن يعهد بمراقبة دستورية

القوانين (واللوائح) الى محكمة خاص يراعى في تشكيلها واجراءاتها طبيعة هذه المهمة الكبيرة ، بدلا من ان يترك ذلك لاجتهاد كل محكمة على حده ، مما قد تتعارض معه الآراء في تفسير النصوص الدستورية ، او يعرض القوانين (واللوائح) للشجب دون دراسة لمختلف وجهات النظر والاعتبارات .

فوفقا لهذه المادة يترك للقانون الخاص بتلك المحكمة الدستورية مجال اشراك مجلس الامة بل والحكومة في تشكيلها الى جانب رجال القضاء العالي في الدولة ، وهم الأصل في القيام على وضع التفسير القضائي الصحيح لأحكام القوانين وفي مقدمتها الدستور ، قانون القوانين» .

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية لقانون انشاء المحكمة الدستورية (رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣) تعليقا على تشكيل المحكمة ما يلي «واما عن تشكيل المحكمة فإعمالا لحكم المادة ١٧٣ من الدستور التي أوجبت ان تكون الهيئة التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين هيئة قضائية، أي تشكل من قضاة ، ونظرا لان ما يعرض على المحكمة من مسائل هو أمر من ادق أمور القانون التي لا يقدر عليها الا المتمرسون من رجال القانون وحتى لا تتأثر المسائل القانونية بالتيارات السياسية اذا ما شكلت المحكمة من غير القضاة ، لذلك نص على ان تشكل هذه المحكمة من خمسة من مستشاري محكمة التمييز ومحكمة الاستئناف العليا الكويتية» .

الآراء المختلفة حول طريقة تشكيل المحكمة :

ينبع الاختلاف حول طريقة تشكيل المحكمة الدستورية الكويتية - في رأيي - من اختلاف الرأي حول موضوعين :

الموضوع الأول : خاص بطبيعة الرقابة ، هو الاقتناع بوجهة نظر مؤداها أن الرقابة على دستورية القوانين انما تتسم بطبيعة قانونية وسياسية ، وأن الملائم لذلك ، هو تشكيل المحاكم الدستورية من عناصر قضائية وعناصر سياسية ، مما يؤدي الى اشراك عناصر في المحكمة تمثل السلطين التشريعية والتنفيذية ، أو اشراك السلطين في اختيار تلك العناصر .

الموضوع الثاني : خاص بمفهوم النص الدستوري : هو الاقتناع - او عدم الاقتناع - بأن النصوص الدستورية تؤيد الرأي السابق من حيث أن نص المادة ١٧٣ من الدستور الكويتي يوجه المشرع الى تشكيل المحكمة من عناصر مختلطة (قضائية وسياسية تمثل السلطتين التشريعية والتنفيذية) . ومن حيث ان المذكرة التفسيرية - ولها الزامها عند الرأي الفقهي القائل بذلك - تقرر هذا الطابع المختلط لتشكيل المحكمة الدستورية ، حين تعرضت تلك المذكرة للحديث عن المادة ١٧٣ . ونعرض الاختلاف على تشكيلها على الوجه التالي : -

أ- على مستوى السلطتين :

ونتيجة للاقتناع بهذين الموضوعين او بالموضوع الثاني وحده (على وجه الخصوص) فقد اختلفت الآراء سواء على مستوى السلطات (السلطتين التشريعية والتنفيذية) او على مستوى الفقهاء ، حول الطريقة التي يجب ان تشكل بها المحكمة الدستورية ، هل تشكل من عناصر قضائية خالصة أم تشكل من عناصر مختلطة .

والى ما قبل انشاء المحكمة الدستورية الكويتية بمقتضى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ قدمت عدة اقتراحات بمشروعات قوانين تبنى بعض التشكيل القضائي الخالص^(١) وتبنى البعض الآخر التشكيل المختلط^(٢) .

(١) فبالنسبة للتشكيل القضائي الخالص، فقد تقدم أحد أعضاء مجلس الأمة (السيد مبارك الحساوي) في ١٧ مارس ١٩٦٨ باقتراح مشروع قانون بانشاء محكمة دستورية تشكل من خمسة قضاة من المستشارين برئاسة أقدمهم (المادة الثانية من المشروع) ونظراً لانتهاء الفصل التشريعي الثاني الذي قدم فيه هذا الاقتراح دون البت فيه فقد سقط الاقتراح طبقاً للاتحة المجلس - انظر في ذلك الدكتور رمزي الشاعر - النظرية العامة للقانون الدستوري سنة ١٩٨٣ المرجع السابق ص ٦٣٦ الهامش.

(٢) وبالنسبة للتشكيل المختلط تقدم بعض أعضاء مجلس الأمة في ٢٩ / ٥ / ١٩٧١ بمشروع اقتراح بقانون بانشاء المحكمة الدستورية وقد نصت المادة الثانية من المشروع على أن تؤلف المحكمة الدستورية بمرسوم من ثلاثة مستشارين يختارهم مجلس القضاء بالاقتراع السري ويجوز أن يكون اختيارهم بطريق النذب ويكون أقدمهم رئيساً للمحكمة ، واثنين من رجال القانون أو الفقه الاسلامي من الكويتيين الجامعيين يختارهم مجلس الوزراء واثنين من أعضاء مجلس =

ثم أنشأت المحكمة الدستورية - بناء على مشروع قانون تقدمت به الحكومة أضيفت اليه اقتراحات الاعضاء من عناصر قضائية خالصة .

الا أن هذا لم يمنع ١٩٨٣ مجلس الامة (خلال الفصل التشريعي الخامس) من تبني مشروع لتعديل قانون انشاء المحكمة الدستورية بما يسمح بادخال بعض العناصر غير القضائية في عضوية المحكمة^(٣) . بل ووافق مجلس الامة على مشروع القانون . رغم معارضة الحكومة ، وعند رفع ذلك المشروع للامير للتصديق عليه ، عاودت الحكومة الاعتراض عليه ، ثم تقدمت بطلب للمحكمة الدستورية سنة ١٩٨٤ لتفسير المادة ١٧٣ ، وأثر ذلك تم الاتفاق بين المجلس وبين الحكومة على أن (يسحب) او يلغى المجلس المشروع مقابل سحب الحكومة لطلب التفسير المقدم للمحكمة الدستورية .

ب - على مستوى الفقه : فبالنسبة لتشكيل المحكمة تشكيلا قضائيا خالصا فقد اختلفت آراء الفقهاء كالآتي :

١ - يرى بعض الفقه أنه «ولو أنه كان يطالب قبل صدور قانون المحكمة

= الامة السابقين ذوي المؤهلات العالية يختارهم مجلس الامة ورئيس قسم القانون العام بجامعة الكويت بحكم منصبه . وانظر المذكرة الايضاحية لذلك المشروع بمجموعة التشريعات الكويتية الجزء الخامس ص ١٨٠ .

(٣) في سنة ١٩٨٣ تمت موافقة المجلس على اقتراح مشروع قانون بتعديل قانون انشاء المحكمة الدستورية بحيث تؤلف المحكمة من سبعة أعضاء يختار مجلس القضاء الأعلى بالاقتراع السري خمسة منهم أصليين تكون لأحدهم الرئاسة ، كما يختار عضوين احتياطيين ويصدر بتعيينهم مرسوم ، ويعين مجلس الامة بقرار منه عضواً واحداً ، كما يختار مجلس الوزراء عضواً آخر يصدر مرسوم بتعيينه ، ويكون تعيين كل من هذين العضوين بالمحكمة لمدة فصل تشريعي . ويشترط أن يكون جميع أعضاء المحكمة الدستورية من الكويتيين . ولا يجوز الجمع بين عضوية المحكمة الدستورية وعضوية مجلس الامة أو تولى الوزارة وإذا خلا محل أي عضو من أعضاء المحكمة اختار مجلس القضاء أو مجلس الوزراء أو مجلس الامة ، بحسب الأحوال من محل محله ، ويقوم أعضاء المحكمة الأصليون والاحتياطيون من رجال القضاء بعملهم في المحكمة الدستورية إلى جانب عملهم الأصلي بدائرة التمييز أو محكمة الاستئناف العليا . وقد أقر مجلس الامة هذا التعديل لقانون المحكمة الدستورية في جلسته المنعقدة بتاريخ ٢٢ / ٣ / ١٩٨٣ .

العليا ، بالتشكيل المشترك للمحكمة من القضاء وغيرهم ، الا أنه - أي هذا الرأي - لا يتفق مع الاتجاه المشكك في دستورية الاتجاه الذي اخذ به القانون . فنص الدستور لا يتضح منه ضرورة الاخذ بهذا التشكيل المشترك كما أن المذكرة الايضاحية قد ورد فيها ما يوحي بأن الدستور قد ترك للقانون الكيفية التي يتم بها تشكيل المحكمة واعتبرت ان كلا من الطريقتين يعتبر مطابقا للدستور»^(٤) .

ونلاحظ - من ناحية أخرى - أن بعض الفقه ، يقرر بالنسبة لتشكيل المحكمة تشكيلا قضائيا خالصا او تشكيلا تشكيلا مختلطا ، ان كلا التشكيلين غير مخالف للدستور ، ويقرر « . . . لذلك تم العدول عن تعيين بعض الاعضاء باختيار من مجلس الامة او من الحكومة - لا على اساس عدم جواز ذلك دستوريا - وإنما لاستحسان ذلك ، أي من قبيل الملاءمة وخشية ان تتسرب الاعتبارات السياسية تسربا ضارا الى اعمال المحكمة . وقد رجح الاخذ بهذا الاستحسان ان المذكرة التفسيرية للمادة ١٧٣ المذكورة قد اعتبرت القضاء هم الاصل في المحكمة فيمكن التمسك بالاصل دون حاجة لممارسة الاستثناء» كما يقرر في موضع آخر « . . . هذا وقد بينا فيما سبق عدم تعارض هذا التشكيل المختلط مع نص المادة ١٧٣ من الدستور ، ودفعنا مظنة عدم كالاتى : دستورية»^(٥) .

٢ - ومنذ ما قبل انشاء المحكمة وصدور قانونها يقرر بعض الفقه ، في تعليقه على المادة ١٧٣ وعلى ما ذكرته المذكرة التفسيرية ، أن الدستور قد تعمد ذكر عبارة «جهة قضائية» ولم يقل «محكمة» لحكمة معينة كشف عنها النص وكشفت عنها المذكرة التفسيرية . هذه الحكمة هي الرغبة في أن لا يقتصر تكوين تلك «الجهة القضائية» على القضاة وحدهم ، وإنما يكون تشكيلها من القضاة

(٤) انظر الدكتور رمزي الشاعر - النظرية العامة ١٩٨٣ ص ٦٤٠ .

(٥) انظر رأي الدكتور عثمان خليل - دستورية القوانين - مذكرات على الآلة الكاتبة ٧٣ / ٧٤ - المرجع السابق ص ١٦١ ، ١٦٦ .

وغيرهم، بشرط أن يكون القضاء هم الذين يشكلون غالبية تلك الهيئة، وإلا فقدت وصف كونها جهة قضائية وأصبحت جهة يدخل القضاء في تكوينها فحسب. وعلى أية حال فإن هذا المعنى واضح تماماً في المذكرة التفسيرية التي تذهب إلى أن رجال القضاء العالي هم الأصل في تكوين تلك الجهة^(٦).

٣ - وبعض الفقه - من جانب آخر - يتشكك في دستورية الاتجاه الذي سلكه المشرع بتشكيله المحكمة من عناصر قضائية خالصة، وأن ذلك يعد مطعناً على دستوريته، وفي ذلك يقول بعض الفقه «إن هذا النص لم يحقق رغبة المشرع الدستوري في أن لا يقتصر تكوين الجهة القضائية المختصة بمراقبة دستورية القوانين واللوائح على القضاء وحدهم. ذلك أنه اقتصر على تشكيل المحكمة من العناصر القضائية وحدها. وهذا ما يدفعنا إلى التشكك في دستوريته ونرى أنه كان على المشرع العادي أن يأخذ بالاتجاه الذي سار فيه الاقتراح بمشروع القانون المقدم من أعضاء مجلس الأمة والذي ضم إلى جانب العنصر القضائي عناصر أخرى»^(٧) وفي ذات الاتجاه يؤيد بعض الفقه كذلك التشكيل المختلط للمحكمة الدستورية، ويقرر أن استخدام اصطلاح جهة «قضائية» في المادة ١٧٣، وكذلك ما أورده المذكرة التفسيرية بشأن تشكيل المحكمة تشكيلاً مختلطاً. «وان المذكرة التفسيرية للدستور لم تفعل اذن أكثر من أنها أوضحت الاتجاه الذي تبناه المشرع الدستوري الكويتي في المادة ١٧٣ من الدستور . . . ولكن عندما صدر القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة وجدناه لم يأخذ بالتوجيه الدستوري الذي ورد في المذكرة التفسيرية للدستور» وفي تعليقه على تبرير المشرع لقصر تشكيل المحكمة الدستورية على القضاء، نظراً لأن ما يعرض على المحكمة - كما تقول المذكرة الايضاحية للقانون - من مسائل هو أمر من أدق أمور القانون لا يقدر عليها الا المتمرسون

(٦) راجع الدكتور يحيى الجمل - النظام الدستوري في الكويت - المرجع السابق ص ١٤٨ ، ١٤٩ .

(٧) الدكتور عثمان عبد الملك الصالح - ميكانيكية العلاقة بين السلطات في النظام السياسي الكويتي ، ١٩٧٣ ، ١٩٧٤ ص ٥٤ .

من رجال القانون، وحتى لا تتأثر المسائل القانونية بالتيارات السياسية إذا ما شكلت المحكمة من غير القضاة. في تعليقه على هذا التبرير يقرر «إن هذا التبرير يتجاهل الطبيعة الخاصة للمحكمة الدستورية، والتي حرصت المادة ١٧٣ من الدستور ومذكرته التفسيرية على تأكيدها، مما يجعل المشرع العادي باصداره قانون المحكمة بهذا التشكيل قد ارتكب مخالفة دستورية صريحة للمادة ١٧٣»^(٨)

المطلب الثاني : مناقشة الآراء الفقهية

ونود أن نناقش تلك الآراء على الوجه التالي :

أولا - رغم اتفاقنا مع الاتجاه الاول الذي لا يشكك في دستورية الاتجاه الذي سلكه قانون المحكمة الدستورية من اقتصاره على التشكيل القضائي ، الا اننا لا نتفق معه في عدة أمور هي :

١ - لا نتفق مع بعض الفقه حين يقرر ان نص الدستور لا يتضح منه ضرورة الاخذ بالتشكيل المشترك او المختلط . ذلك اننا نرى ان نص الدستور قاطع في الاخذ بالتشكيل القضائي الخالص كما سنوضح فيما بعد .

٢ - كما لا نتفق معه فيما يقرره من ان المذكرة الايضاحية للدستور قد ورد فيها ما يوحي بأن الدستور قد ترك للقانون الكيفية التي يتم بها تشكيل المحكمة واعتبرت ان كلا من الطريقتين يعتبر مطابقا للدستور ذلك اننا نرى ان المذكرة التفسيرية فيما اورده من عبارات صريحة ، تؤدي الى القول بأنها قاطعة في ان تشكيل المحكمة يجب ان يكون تشكيلا مختلطا .

٣ - ولذلك فنحن لا نتفق أيضا مع الرأي القائل بأن التشكيلين (القضائي والمختلط) مطابق للدستور فالتشكيل القضائي فحسب هو - في رأينا - المطابق لنص المادة ١٧٣ - ولذلك فإن تبرير هذا الرأي للعدول عن تشكيل المحكمة تشكيلا مختلطا ، وان ذلك العدول كان من قبيل الاستحسان وخشية تسرب

(٨) راجع الدكتور عادل الطبطبائي - البحث سابق الاشارة اليه ص ١٣١ ، ١٣٢ ، ١٣٣ .

الاعتبارات السياسية . هذا التبرير غير مقبول في رأيي . لانه اذا كان الدستور قد قرر التشكيل المختلط ، فلا يمكن العدول عن حكمه لاي سبب او اي استحسان او تبرير . كما أن القول بأن المذكرة التفسيرية قد اعتبرت القضاء هم الاصل في المحكمة فيمكن التمسك بالاصل دون حاجة لممارسة الاستثناء . هذا القول لا يستقيم منطقاً فيما يبدو لي . اذ يمكن الرد عليه بأن ما ورد في المذكرة التفسيرية انما ورد كتنظيم متكامل لفكرة واضعي تلك المذكرة . ولا يمكن تجزئة هذا التنظيم المتكامل ، والاخذ بالاصل ، وترك بقية التنظيم (او ما سمي الاستثناء) .

ثانياً : يتضح من الاتجاه الثاني (سواء من قالوا به تعليقا على المادة ١٧٣ والمذكرة التفسيرية - قبل صدور قانون المحكمة الدستورية وقبل انشائها ، او من قالوا به بعد صدور قانونها الذي سلك التشكيل القضائي الخالص ، ومن ثم تشككوا في دستورية تشكيلها) يتضح ان هذا الاتجاه يعتمد - بصفة عامة ومع اختلافات غير مؤثرة بين القائلين به - على الحجج التالية :

١ - ان النص الدستوري للمادة ١٧٣ - كما يقول البعض - بتعمده ذكر عبارة «جهة قضائية» وعدم ذكره «محكمة» فإنما كان يقصد حكمه معينة هي رغبة المشرع في «التشكيل المختلط» للمحكمة من عناصر قضائية وغيرها . وألا تقتصر المحكمة على القضاة وحدهم .

٢ - ان المذكرة التفسيرية قد كشفت عن تلك الحكمة التي انتفاها المشرع الدستوري .

٣ - ان المذكرة التفسيرية ذات قوة ملزمة في تفسيرها لنص المادة ١٧٣ .

أما بالنسبة للحجة الثالثة ، وهي ان المذكرة التفسيرية تتمتع بقوة ملزمة ، فقد سبق لنا أن فندنا تلك الحجة بما فيه الكفاية .

أما عن الحجة الثانية ، فسنوضح - فيما بعد - ان المذكرة التفسيرية بما قررتها - بالنسبة للمادة ١٧٣ ، قد تعارضت مع صريح نص تلك المادة ، وليس انها كشفت عن الحكمة التي ابتغاها المشرع الدستوري من ايراده

النص الدستوري بهذا الشكل الذي اورد به) بل تعدت النص الدستوري بايرادها احكاما لم يقرها هذا النص .

تبقى الحجة الاولى ويلزم لتنفيذها أن نتناول بالتفصيل عبارة «الجهة القضائية» التي ذكرتها المادة ١٧٣ . والتي ادت ببعض الفقه (حيث فهمها فهما معينا) ، الى القول بضرورة التشكيل المختلط للمحكمة الدستورية ، وأدت ببعض الآخر الى القول بعدم دستورية التشكيل القضائي الخالص الذي أخذ به قانون انشاء المحكمة الدستورية رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ . ومن خلال تناولنا للمقصود بعبارة الجهة القضائية ، نتولى مناقشة ما أثاره الفقه من آراء .

المقصود بـ «الجهة القضائية»

نصت المادة ١٧٣ من الدستور على أن (يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح وبين صلاحياتها والاجراءات التي تتبعها) ونحن نرى أن نص المادة المذكورة انما يقطع بأن تشكيل تلك الجهة ينبغي ان يكون من عناصر قضائية خالصة .

كما أن ما يقرره بعض الفقه من ان استعمال المادة لعبارة «الجهة القضائية» بدلا من استعمال عبارة «محكمة» ، انما يؤيد ما يروونه من رغبة المشرع في ان يكون تشكيلها من عناصر مختلطة . هذا الاستدلال لا يؤدي الى تلك النتيجة التي أرادها ذلك الرأي الفقهي .

ونعرض مناقشتنا لذلك الرأي وللأسانيد التي نستند اليها تأييدا لرأينا

كالآتي :

١ - ان الدستور قد خصص الباب الرابع للسلطات العامة وقد حوى هذا الباب فصولا خمسة ، بين الفصل الاول منها «الاحكام العامة» وفيه تناولت المواد ٥١ ، ٥٢ ، ٥٣ السلطات التشريعية ثم التنفيذية ثم القضائية بترتيب تلك المواد ، بحيث اختصت كل مادة بسلطة معينة . وفي ترتيب فصول هذا الباب (بعد الفصل الثاني الخاص برئيس الدولة) التزم ترتيب الفصول ، ذات الترتيب الوارد بالمواد ٥١ ، ٥٢ ، ٥٣ فكان ترتيب الفصول كالآتي : الفصل

الثالث للسلطة التشريعية ، والرابع للسلطة التنفيذية ، والخامس للسلطة القضائية .

وبمراجعة المادة (٥٣) الخاصة بالسلطة القضائية ، نجد أن تلك المادة تنص على ان «السلطة القضائية تتولاها المحاكم باسم الامير في حدود الدستور» .

وفي الفصل الخامس الخاص «بالسلطة القضائية» نجد أن الدستور قد تحدث فيه عن القضاء ، والقضاة واستقلالهم وضماناتهم ، وترتيب القانون للمحاكم ، وجلساتها العلنية والسرية ، وحق التقاضي والنيابة العامة والمجلس الاعلى للقضاء ، ومجلس الدولة ، والقضاء الاداري ثم انتهى في مواده الى المادة ١٧٣ فتحدث عن القضاء الدستوري وان القانون يعين الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين .

ولسنا نقول هنا ان وجود المادة ١٧٣ مع المواد الاخرى السابقة لها داخل اطار الفصل الخامس المعنون بالسلطة القضائية ، يدل في حد ذاته على ان تلك الجهة القضائية التي نصت عليها المادة ١٧٣ ، هي جهة مشكّلة من قضاة . لسنا نقول هذا فحسب ، بل نقول ان الترتيب السابق لمواد الاحكام العامة (داخل الباب الرابع الخاص بالسلطات العامة) ، وما ورد بها بترتيب للسلطات ، والتزام ذلك الترتيب في فصول ذلك الباب ، مع تصدير الاحكام العامة لذلك الباب (الخاص بالسلطات) بأول مادة فيه وهي المادة (٥٠) بالنص فيها على ان نظام الحكم انما يقوم «على أساس فصل السلطات مع تعاونها» ولا يجوز لاي سلطة النزول عن اختصاصاتها المنصوص عليها بالدستور ، كل ذلك يدل على ان كل «فصل» من تلك الفصول الثلاثة من الباب الرابع ، انما يحتوى على «اختصاص» كل سلطة من السلطات الثلاث ، التي لا يجوز النزول عنها لسلطة اخرى .

ولذلك فان الفصل الخامس «الخاص بالسلطة القضائية» انما يحتوي على اختصاص تلك السلطة ، ومن اهم اختصاصات تلك السلطة القضائية -

«طبقا للمادة ١٧٣ التي أُختتم بها هذا الفصل الخامس - الفصل في دستورية القوانين . ولذلك فلا يجوز طبقا للمادة (٥٠) النزول عن بعض الاختصاص لأي من السلطين الآخرين ، باشارك غير القضاة في تشكيل المحكمة الدستورية .

٢ - ان نص المادة (٥٣) الخاص بالسلطة القضائية يقرر «السلطة القضائية تتولاها المحاكم باسم الامير في حدود الدستور» . وقد استعمل هذا النص الذي يشير - في ايجاز - الى السلطة القضائية بجهاتها القضائية المختلفة . استعمل تعبير «المحاكم» وعندما فصل الدستور في الفصل الخامس احكام تلك السلطة القضائية ، واورد تفصيلات وانواع واحكام تلك المحاكم استعمل تعبير «الجهات القضائية» . أي ان تعبير «المحاكم» إنما يتطابق مع «الجهات القضائية» . بل اكثر من ذلك فإن الدستور عندما اراد أن يتحدث عن تنظيمات معينة لا ينطبق عليها صفة «المحاكم» لم يستعمل تعبير «الجهة القضائية» واستعمل تعبيراً مغايراً هو «الهيئة» فحسب . وقد حدث ذلك في المادة ١٦٧ التي تتحدث عن النيابة العامة ، فقد ذكرت المادة «ويرتب القانون هذه الهيئة» . وكذلك في المادة ١٧٠ التي تتحدث عن ادارات الفتوى والتشريع ، حيث تنص المادة على «يرتب القانون الهيئة» التي تتولى ابداء الرأي القانوني للوزارات والمصالح العامة وتقوم بصياغة مشروعات القوانين واللوائح كما يرتب تمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة ، أمام جهات «القضاء» .

فما نص عليه الدستور في المادة (٥٣) واستعماله - في ايجاز - تعبير «المحاكم» كتعبير قام بتفصيله بعد ذلك في الفصل الخامس الخاص بالسلطة القضائية باستعماله «الجهات القضائية» إنما يدل على أن المحاكم هي «الجهات القضائية» .

وهذه المغايرة - داخل الفصل - بين استعماله لتعبير «الجهات القضائية» . (عندما يتحدث عن المحاكم) وبين استعماله لتعبير «هيئة» (عندما يتحدث عن النيابة العامة وادارات الفتوى والتشريع) هذه المغايرة تؤكد - من جهة أخرى - أن المحاكم هي الجهات القضائية .

وعلى ذلك فليس غريبا ان يستعمل المشرع الدستوري في المادة ١٧٣ تعبير «الجهة القضائية» بمعنى المحكمة . ودون ان يؤدي عدم استعماله لتعبير «المحكمة» الى ما يقرره الرأي الفقهي من ان المشرع الدستوري يقصد بذلك ان يتم تشكيل المحكمة الدستورية من عناصر مختلطة .

٣ - انه باستعراض مواد الفصل الخامس الخاص بالسلطة القضائية ، نجد أن المشرع الدستوري وقد استعمل تعبير «الجهة القضائية» في المادة ١٧٣ - محل بحثنا - فإنه قد استعمل ذات التعبير ، في مواد سابقة على تلك المادة ، وفي تلك المواد السابقة ، فإن أحدا لا يستطيع ان ينكر أن «الجهات القضائية» في تلك المواد تعني المحاكم .

مثال ذلك المادة ١٧٢ (وهي السابقة مباشرة على مادتنا) - تقرر «ينظم القانون طريقة البت في الخلاف على الاختصاص بين جهات القضاء وفي تنازع الاحكام» فالخلاف على الاختصاص وتنازع الاحكام لا يكونان - في هذا المجال الذي ذكرته المادة ١٧٢ - الا بين «المحاكم» .

وفي المادة ١٧٠ يقرر «يرتب القانون الهيئة التي تتولى ابداء الرأي القانوني للوزارات والمصالح العامة ، وتقوم بصياغة مشروعات القوانين واللوائح ، كما يرتب تمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة أمام جهات القضاء . . . والمشرع الدستوري هنا قد غاير - كما المحنا من قبل - بين تعبيري «الهيئة» فحسب و «جهات القضاء» ، كما أن تمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة - في تلك المادة - أمام «جهات القضاء» ، لا يعني الا أنها «المحاكم» .

نخلص مما تقدم ، ان المشرع الدستوري ، قد استعمل عبارة «جهات القضاء» بمعنى المحاكم ، وذلك طوال بيانه لتفصيلات السلطة القضائية في الفصل الخامس ، وهذا مما يهدم الحجة القائلة بأن استعمال المشرع الدستوري لتعبير «الجهة القضائية» - في المادة ١٧٣ ، وعدم استعماله تعبير «المحكمة» انما يدل على انه يقصد تشكيل المحكمة الدستورية من عناصر مختلطة .

٤ - بل انه لما يؤيد ما قررناه بأن استعمال المشرع الدستوري الكويتي لتعبير

الجهة القضائية ، لا يعني انها ليست محكمة مشكلة من قضاة : أ - اننا إذا راجعنا مواد الفصل الرابع من الباب الخامس من الدستور المصري سنة ١٩٧١ وهو الفصل الخاص بالمحكمة الدستورية العليا المصرية فسنجد الدستور ، في المادة ١٧٤ قد عرّف المحكمة الدستورية العليا بأنها «هيئة قضائية مستقلة» وتركت المادة ١٧٦ للقانون تنظيم كيفية تشكيلها وشروط اعضائها ولم يقل أحد - فيما نعلم - ان استعماله لتعبير «الهيئة القضائية» ، انها تختلف عن «المحكمة» او أنها تعني اشتراك الهيئات السياسية (البرلمان والحكومة) في اختيار القضاة ، أو تشكيل المحكمة تشكيلا غير قضائي (تشكيلا مختلطا) .

ب - وقد استعمل القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ (باصدار قانون المحكمة الدستورية العليا) في الباب الفصل الاول (من الباب الاول) الخاص بتشكيل المحكمة في مادته الأولى ذات نص المادة ١٧٤ من الدستور فأعاد ذكرها كما هي .

ج - واستعمل قانون الاصدار (في مادته الرابعة) تعبير الهيئات القضائية (بمعنى المحاكم بداهة) حين نص على أن «يمثل المحكمة الدستورية العليا في المجلس الأعلى للهيئات القضائية رئيسها . . .» كما حددت المادة الرابعة من قانون المحكمة الدستورية العليا اختيار اعضائها من بين الفئات التالية :
أ - اعضاء المحكمة العليا الحاليين ب - اعضاء الهيئات القضائية الحاليين والسابقين ، بدون ان يعني ذلك اختلافا بين معنى التعبيرين وانها يعنيان «المحاكم» .

د - كما تكرر ذلك (اي استعمال تعبير الهيئات القضائية) في المادة الخامسة .

هـ - وإذا قارنا الفصل الخاص بالسلطة القضائية في الدستور الكويتي بالفصل الخاص بالسلطة القضائية في الدستور المصري سنة ١٩٧٠ من حيث مزج كل منهما بين استعمال تعبير «المحاكم» وتعبير «الهيئة او الجهة القضائية» سنجد نفس الوضع الذي وجدناه في الدستور الكويتي .

فبعد ان نص الدستور المصري في المادة ١٦٥ على «ان السلطة القضائية

مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها عاد فاستعمل تعبير «الهيئات القضائية» في المادة ١٦٧ حيث تنص تلك المادة على انه «يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها ويبين شروط واجراءات تعيين اعضائها ونقلهم» كما يقرر في المادة ١٧٢ ان مجلس الدولة «هيئة قضائية مستقلة» وفي المادة ١٧٣ استعمل ذات التعبير حين قرر انه «يقوم على شئون الهيئات القضائية مجلس اعلى . . .»

٥- ونحب أن نوضح اننا ونحن نستشهد بالمواد الخاصة بكل من المحكمة الدستورية العليا ، وبالسلطة القضائية بصفة عامة - في الدستور المصري ، انما نقصد توضيح ان استعمال التعبيرين «المحكمة» او «الجهة او الهيئة القضائية» يحمل ذات المعنى ولذلك فإن اقتصار المشرع على تعبير الجهة القضائية في المادة ١٧٣ من الدستور الكويتي لا يؤدي الى تلك النتيجة التي ارادتها الآراء القائلة بأن ذلك دليل على رغبة المشرع في جعل تشكيل المحكمة تشكيلا مختلطا .

وهذا التشكيل المختلط الذي يقصده هذا الرأي الفقهي ، بل والذي قالت به المذكرة التفسيرية هو الذي «يترك فيه قانون المحكمة مجال اشراك مجلس الامة بل والحكومة في تشكيلها إلى جانب رجال القضاء العالي فيالدولة» هذا التشكيل المختلط يتحقق باشتراك الهيئات السياسية (البرلمان والحكومة) في اختيار بعض اعضاء المحكمة وتعيينهم ، او بتعيين ممثلين منهم في المحكمة (كما حدث في التجارب المقارنة في تشكيل المحاكم الدستورية في انظمة كثيرة)^(٩) ، وهذا هو ما تحقق في مشروع اقتراحي القانونين اللذين أقر آخرهما بمجلس الامة الكويتي (وعارضته الحكومة) باشتراك الحكومة ومجلس الامة في الاختيار . بل ان هذا الى حد كبير هو ما حدث في مصر ، بعد صدور دستور ١٩٧٤ الذي نص على انشاء المحكمة الدستورية العليا ، والذي قرر أنها هيئة قضائية ، فقد كانت هناك عدة مشاريع سابقة لمشروع قانون المحكمة الحالي^(١٠)

(٩) راجع الرقابة على دستورية القوانين في مصر مع المقارنة بالأنظمة الدستورية الاجنبية ص .

(١٠) انظر تلك المشاريع في مؤلفنا الرقابة على دستورية القوانين في مصر ص .

وأغفلت تلك المشاريع - كما يقول اول رئيس للمحكمة الدستورية العليا في مصر سابقا - اغفلت كلمة «قضائية» بالنسبة لتشكيل المحكمة مما ادى الى التساؤل هل قصد بذلك ابعاد الصفة القضائية عن هذه المحكمة أو أن لها مع صفتها القضائية صبغة سياسية مثلا، وان تلك المشاريع المختلفة كانت تتراوح بين جعل اختيار اعضاء المحكمة اما بواسطة وزير العدل ومجلس الوزراء او بالمشاركة مع مجلس الشعب . ولا شك - كما يقول - في سداد ما وُجه الى هذه المشاريع من انتقادات تمثلت في وجوب النص على صفة المحكمة القضائية وفي الاعتراض على اشراك مجلس الشعب في اختيار اعضاء المحكمة او بعضهم لانها هي التي ستراقب دستورية ما يسنه من تشريعات. ومن اجل ذلك أكد القانون الصادر اخيرا في مادته الاولى ان المحكمة الدستورية العليا هي هيئة قضائية مستقلة بذاتها ، كما نص في مادته الخامسة على أن يعين عضو المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي المجلس الاعلى للهيئات القضائية وذلك من بين اثنين ترشح احدهما الجمعية العامة للمحكمة ويرشح الاخر رئيس المحكمة مستبعدا بذلك اي دور للسلطة التنفيذية او التشريعية في اختيار اعضاء المحكمة اذ يقتصر الاختيار على الجمعية العامة للمحكمة ورئيسها وتكون مهمة المجلس الاعلى للهيئات القضائية مجرد الترجيح بين المرشحين ان اختلفا او اقرار الترشيح اذا اتفق بشأنه رأي الجمعية العامة ورئيس المحكمة^(١١) .

واذا كان تشكيل كل من المحكمة الدستورية في الكويت ، وتشكيل كل من المحكمة الدستورية العليا في مصر يخضع كل منها للاسباب الذي ارتآه كل منها لكيفية تأليف المحكمة من القضاة ، وكيفية اختيار هؤلاء القضاة (وان اخضع كل منها هذا الاختيار لمجلس القضاء الاعلى ، واستبعد كل منها اي اشتراك للهيئات السياسية (مجلس الامة والحكومة) في اختيار الاعضاء) . فقد

(١١) انظر في ذلك المحاضرة التي القاها المستشار احمد ممدوح عطية رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية يوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٧٩ بدعوة من الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع - ونشرت بالعدد رقم ٣٧٥ من مجلة مصر المعاصرة، وهي منشورة أيضا بالجزء الاول المعنون باسم «المحكمة الدستورية العليا» وثائق وأحكام، ص ١٢٢ .

قصر المشرع الكويتي اعضاء المحكمة على مستشارين يختارهم مجلس القضاء .

بينما اشترطت المادة الرابعة من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر فيمن يعين عضوا بالمحكمة ان تتوافر فيه الشروط العامة اللازمة لتولى القضاء طبقا لاحكام قانون السلطة القضائية ، كما اوجبت ان يكون اختيار الاعضاء من بين فئات قضائية بصفة خاصة (اعضاء الهيئات القضائية الحاليين والسابقين) وقانونية بصفة عامة (اساتذة القانون بالجامعات والمحامين أمام المحاكم العليا بعد قضاء مدد معينة في تلك المجالات القانونية) .

كما اشترطت المادة الخامسة ان يكون ثلثا اعضاء المحكمة على الاقل من بين اعضاء الهيئات القضائية ، كما استوجبت ان يعين عضو المحكمة - بقرار من رئيس الجمهورية - بعد أخذ رأي المجلس الاعلى للهيئات القضائية وذلك من بين اثنين ترشح احدهما الجمعية العامة للمحكمة ويرشح الآخر رئيس المحكمة .

نخلص من كل ذلك ان اشتراط كل هذه الشروط انما يؤدي الى ان تكون المحكمة الدستورية - فعلا - مشكلة من قضاة وبوساطة القضاء وبذلك يكون قانون كل من المحكمتين الدستورية - في مصر والكويت - قد احترما ما قرره دستور كل منهما، من حيث الأخذ بالتشكيل القضائي للمحكمتين، وذلك بتشكيل المحكمة من قضاة يختارهم قضاة، وهذه النقطة الثانية - وهي الاختيار بواسطة قضاة - هي النقطة الحاسمة (والمكملة للنقطة الاولى) لاستبعاد تدخل الهيئات السياسية في اختيار اعضاء المحكمة الدستورية، وبالتالي استبعاد أي تشكيل مختلط لتلك المحاكم.

٦- وقد اوضحت المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة الدستورية الكويتية، معنى الجهة القضائية بأنها الجهة المشكلة من قضاة، وان نقيض ذلك - كما اوضحت المذكرة - هي الجهة السياسية اي الجهة المشكلة من غير القضاة وفي ذلك تقول المذكرة الايضاحية للقانون المذكور « . . . واما بانشاء محكمة دستورية خاصة ، وضع الدستور الكويتي على سلطة المشرع قيда واحدا هو أن تكون الجهة التي تختص برقابة دستورية القوانين جهة قضائية اي جهة تشكّل

من قضاة مستبعداً أن يعهد الامر إلى جهة سياسية أي جهة تشكّل من غير القضاة» وتستطرد المذكرة فتقرر بالنسبة لتشكيل المحكمة « . . فاعمالاً لحكم المادة ١٧٣ من الدستور التي اوجبت أن تكون الهيئة التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين هيئة قضائية أي تشكّل من قضاة، ونظراً لأن ما يعرض على المحكمة من مسائل هو أمر من أدقّ أمور القانون التي لا يقدر عليها الا المتمرسون من رجال القانون وحتى لا تتأثر المسائل القانونية بالتيارات السياسية اذا ما شكّلت من غير القضاة».

فالمذكرة الايضاحية للقانون تقصر معنى الجهة القضائية على الجهة المشكلة من قضاة، وان الجهة السياسية هي المشكلة من غير القضاة^(١٢)، ونحن لا نوافق على قصر أو تحديد معنى الجهة القضائية بأنها المشكلة من قضاة فسحب، بل يجب - في نظرنا - أن يضاف إلى ذلك أنها مشكلة بواسطة - أو باختيار - القضاة أو الجهات القضائية، بمعنى استبعاد أن تتدخل جهات سياسية في هذا الاختيار^(١٣).

ولم يكن مثار الخلاف - بالنسبة لموضوع تشكيل المحكمة الدستورية - هو تشكيل المحكمة من قضاة فحسب ، بل كان مثار الخلاف - وهذا هو المهم - هو تدخل الجهات السياسية (وخاصة مجلس الامة) في تعيين بعض اعضاء المحكمة (وهذا يظهر بوضوح من الاقتراحات بقوانين بل ومشروع القانون الذي وافق عليه المجلس سنة ١٩٨٣)^(١٤).

(١٢) انظر رأينا في نقد اصطلاح «الرقابة السياسية» ص ١٠٩ من مؤلفنا الرقابة على دستورية القوانين سابق الاشارة اليه .

(١٣) انظر بالنسبة لمشكلة كيفية تكوين الرقابة السياسية رأي دوجي، المطول في القانون الدستوري ١٩٢٧، الجزء الثالث ص ٧١٥ وما بعدها.

(١٤) وهذا ما حدث كذلك بالنسبة للزامات السياسية التي سبقت تشكيل المحكمة الدستورية في ايطاليا والتي ادت الى أن يتأخر تشكيل المحكمة أكثر من ثمان سنوات منذ صدور الدستور (في ١/١/١٩٤٨) وصدر القانون الدستوري رقم ١/ في فبراير سنة ١٩٤٨ منظملاً لاختصاصات المحكمة ، ولم تبدأ المحكمة الدستورية عملها الا في ٢٣ ابريل سنة ١٩٥٦ . وقد اختلفت =

٧- يقرر البعض رداً على القول بأن المادة ١٧٣ وردت ضمن الفصل الخاص بالسلطة القضائية ، وان ذلك أمر يقتضي اعتبار هذه المحكمة جزءاً من هذه السلطة . يقرر رداً على ذلك ان هذه الحجة من الضعف بحيث لا تصمد أمام المناقشة القانونية السليمة . (وقد سبق أن ناقشنا ذلك واثبتنا ان تلك الحجة

= آراء واضعى الدستور - اصلا - حول المركز الذي يحسن اعطاؤه للهيئة القائمة بالرقابة على دستورية القوانين ، فقد اراد البعض ان تكون المحكمة منبثقة عن البرلمان لا أن تكون محكمة خاصة ، فيما تمسك الآخرون بالصيغة القضائية للمحكمة - الا انه أمكن التغلب على تلك العقبة وتقرر في الدستور أن يعهد بالرقابة الى محكمة دستورية خاصة . ولقد اثار تنظيم الدستور للرقابة مشاكل سياسية حادة ، حتى قبل ان تبشر المحكمة الدستورية اختصاصاتها ، وهو خلاف يعكس الصراع السياسي العنيف حول وجود جهة قضائية يسمح لها بأن تراقب عمل المشرع . ولقد كانت العقبة الرئيسية هي كيفية تطبيق المادة (٣٥) التي تنص على الحق المتساوي لكل من البرلمان ورئيس الجمهورية والهيئات القضائية في تعيين اعضاء المحكمة الدستورية ، فلم يصل مجلسا البرلمان الى اتفاق على اختيار اعضاء المحكمة طبقا للاغلبية المطلوبة في الدستور ، وقد شكّلت المحكمة (طبقا للمادة ١٣٥ من الدستور) من ١٥ قاضيا . ويختار قضاة المحكمة من بين قضاة المحكمة العليا ، والمحامين الذين زاولوا المهنة مدة تزيد على عشرين عاما ، ومن اساتذة القانون . وطبقا للدستور يعين رئيس الجمهورية خمسة اعضاء ويتخب مجلسا البرلمان في هيئة مؤتمر خمسة اعضاء (بأغلبية ٣/٥ اعضاء البرلمان) وتتخب جهات القضاء العالي والاداري الخمسة اعضاء الباقين وذلك من بين القضاة الحاليين والسابقين . .

يتضح لنا من العرض السابق ، مدى الخلاف الذي يثور - بواسطة الجهات السياسية - حول وجود جهة قضائية اصلا (تقوم بمراقبة دستورية القوانين) ثم الخلاف حول تشكيلها وضرورة تدخل تلك الجهات في اختيارها ، وهذا ما نلاحظه بالنسبة للدستور الايطالي ، فقد راعى ضمان توفر العناصر القانونية عندما اشترط ان يكون اعضاء المحكمة الدستورية من بين رجال القضاء والقانون ذوي الخبرة القانونية الكبيرة . وعلى ضوء كل ذلك فنحن نرى أن الجهات القضائية طبقا للمادة ١٧٣ من الدستور الكويتي ينبغي لا أن تكون مشكّلة من قضاة فحسب بل ألا تشترك الهيئات السياسية في اختيارها ، فيظل اختيار هؤلاء القضاة بأيدي قضاة هـ . راجع في تفصيلات النظام الايطالي مؤلفنا الرقابة على دستورية القوانين ص ٣٤٣ وما بعدها وارجع بيردو، القانون الدستوري والنظم السياسية ١٩٧٦ ص ١٠٣ ، ١٠٤ ، والمطول في علم السياسة ١٩٦٦ الجزء الرابع ص ٣٨٩ وما بعدها . ودوفرجه النظم السياسية ١٩٦٩ ص ٣١٣ ، ٣١٤ - وأنظر أيضا الخلاف الذي ثار بين الاحزاب الالمانية =

ليست بمثل هذا الضعف الذي يصفه بها الرأي الفقهي) ويستطرد الرأي الفقهي فيقرر انه سبق له أن اشار الى الطبيعة الخاصة لهذه المحكمة والتي من أجلها تعتبر خارج نطاق السلم القضائي . كما يقرر الرأي الفقهي ايضا ان المشرع الدستوري في الكويت اتجه الى جعل المحكمة الدستورية خارج نطاق السلم القضائي ليعطي للمحاكم حق الطعن بالدستورية . اذ لو كانت المحكمة الدستورية داخله في نطاق السلم القضائي ، واحالت اليها المحاكم - من تلقاء نفسها دون اثاره للدستورية من جانب الخصوم - أمر تقرير دستورية او عدم دستورية نص قانوني معين ، فان ذلك - كما يقرر الرأي الفقهي - يعد مخالفة للقواعد العامة التي لا تجيز ان تكون السلطة القضائية هي الخصم والحكم^(١٥) .

= حول تشكيل المحكمة الدستورية «وكان سبب هذا الخلاف هو ان الدستور في المانيا الغربية - لم يكن يحتوي إلا على عبارات قليلة خاصة بالمحكمة الدستورية ، ولم يشر الدستور بشأن تشكيلها الا بعبارة أنها تتكون فحسب من «قضاة اتحاديين واعضاء الآخرين» دون أن يذكر شيئا عن القوة النسبية بين الطائفتين راجع بيردو - المطول - الجزء الرابع ص ٣٩٤ . (١٥) ونود ان نورد الرأي الفقهي بنص عباراته ، ذلك ان الدكتور عادل الطيطايي يقرر في معرض دفاعه عما جاء بالمذكرة التفسيرية للدستور من ضرورة تشكيل المحكمة الدستورية تشكيلا مختلطا ، وان ذلك هو التفسير السليم لنص المادة ١٧٣ من الدستور ، يقرر(ص ١٣٥ من بحثه سابق الاشارة اليه) : «ان الاستناد الى أن المادة ١٧٣ من الدستور قد وردت ضمن الفصل الخاص بالسلطة القضائية الامر الذي يقتضى اعتبار هذه المحكمة جزءاً من هذه السلطة ، وان هذه الحجة من الضعف بحيث لا تصمد امام المناقشة القانونية السليمة ، وقد سبق ان اشرنا الى الطبيعة الخاصة لهذه المحكمة والتي من أجلها تعتبر خارج نطاق السلم القضائي ، هذا من ناحية ومن ناحية اخرى لا بد من الاشارة هنا الى ان الدستور وقانون انشاء المحكمة الدستورية قد اعطى لكافة السلطات العامة في الدولة حق الطعن بدستورية قانون او مرسوم بقانون او لائحة» .

«ومن هذه السلطات القضائية اذ يجوز للمحاكم الآن وفقا لقانون المحكمة الدستورية ان تقرر من تلقاء نفسها دون طلب من الخصوم وقف السير في الدعوى واحالة الامر الى المحكمة الدستورية لو رأت اثناء نظرها في سير الدعوى ان النص القانوني المراد تطبيقه على النزاع مشكوك في دستوريته . ولا شك أن هذا المسلك يعتبر بمثابة طعن من محكمة الموضوع بدستورية النص . ووفقا للقواعد العامة في هذا المجال لا يجوز ان تكون السلطة =

أ - ولسنا نجد - من وجهة نظرنا - ان الحجة التي يستند اليها الرأي السابق، يمكن أن تؤدي الى النتيجة التي يريد اثباتها ألا وهي أن المحكمة الدستورية مادامت خارج نطاق السلم القضائي، فلا بد ان تتكون من عناصر مختلطة.

ب - كما اننا نرى أن ثمة فارقا بين أمرين ، أولهما : ان المحاكم الدستورية المتخصصة او الخاصة ، هي بطبيعتها خارج السلم القضائي . وهذا شيء طبيعي ، فتلك المحاكم تشكل ويراد لها ان تكون خارج السلم القضائي العادي . بل ان بعض الفقه يقرر «أن المحاكم الدستورية المتخصصة لا تعد جهة قضائية عادية ، وانما تعد هيئة خاصة ينشئها الدستور - لأغراض خاصة الى جوار السلطات الثلاث»^(١٦) .

وثاني الأمرين : كون هذه المحاكم الدستورية (وهي خارج السلم القضائي فعلا) كونها جهة قضائية مشكّلة من قضاة. ان كونها خارج السلم القضائي لا ينفي عنها انها جهات قضائية ، ولا يؤدي بالتبعية الى ان يكون تشكيلها تشكيلا مختلطا . فالمحكمة الدستورية الكويتية هي هيئة قضائية مشكّلة من قضاة وهي خارج السلم القضائي . واذا رجعنا إلى وضع المحكمة الدستورية العليا المصرية ، فسنجد أنها طبقا للمادة ١٧٤ «هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها» كما أن المادة ١٧٢ تقرر ان «مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة» واستقلالها واعتبارها خارج نطاق السلم القضائي العادي ، لا يؤدي بالتبعية الى ان ننفي عنها التشكيل القضائي ، ولا يؤدي بالتالي الى التشكيل المختلط لهما .

ج - اننا - من جهة اخرى - لا نوافق على ما يثيره الرأي الفقهي خاصا بأن

= القضائية هي الخصم والحكم . فهي تطعن في دستورية النص من ناحية وتعطي الحكم من ناحية أخرى، ولذلك اتجه المشرع الدستوري في الكويت الى جعل المحكمة الدستورية خارج نطاق السلم القضائي ليعطي للمحاكم حق الطعن بالدستورية ، وهو اتجاه حميد للمشرع ويدل على بعد نظر ورؤية ثابتة للأمر .

(١٦) انظر الدكتور احمد كمال ابو المجد - الرقابة على دستورية القوانين ص ٥٨١ .

القواعد العامة لا تجيز ان تكون السلطة هي الخصم والحكم . فلا يتصور أن يكون نظر المحكمة الدستورية لما تحيله اليها المحاكم من نصوص قانونية تريد تطبيقها على نزاع مثار أمامها ، بدعوى انها نصوص مشكك في دستوريته ، لا يُتصور أن ذلك يؤدي بالسلطة القضائية إلى أن تكون خصماً وحكماً .

والا لو قلنا بذلك لأغلقتنا نهائيا باب قيام المحاكم بنظر طعون عدم الدستورية ، أو حتى مجرد الحكم بل ابداء الرأي في جديتها أو عدم جديتها . فالمحاكم في هذه الحالة لا تملك اذا دُفع امامها بعدم دستورية نص قانوني ، لا تملك الا ان تحيل الدفع - كما هو - الى المحكمة الدستورية ، حتى لا تتهم - بأنها بنظرها للدفع وتقديرها لجديته - قد اصبحت «خصماً» (باعتبارها من السلطة القضائية) «وحكماً» (باعتبار ان المحكمة ذاتها هي التي ستقدر هذه الجدية) ، قبل ان تكون المحاكم - مجارة للرأي السابق - خصماً أمام «حكم» من ذات السلطة القضائية (المحكمة التي قدرت جدية الدفع أمام المحكمة الدستورية) ، بل ولا يجوز اذاً - على سبيل المثال - ان تنظر المحاكم الدفع التي يدفع بها امامها بعدم اختصاصها بنظر الدعوى .

د - كما أننا لا نستطيع - على ضوء ما قرره الرأي الفقهي ، من انه لا يجوز ان تكون السلطة القضائية هي الخصم والحكم - لا نستطيع ان نفهم ما يمكن ان يؤدي رأيه اليه ، من أن المحاكم اذا عرض لها وهي بصدد نظر دعوى مطروحة امامها ، وتشككت هي ذاتها - دون دفع من الخصوم - في دستورية قانون او مرسوم بقانون أو لائحة ، فإن مؤدى الرأي السابق ان تطبق المحكمة ذلك القانون التي تشكك في عدم دستوريته ، بحجة ان حالتها الموضوع للمحكمة الدستورية سيؤدي الى اعتبارها خصماً وحكماً ، باعتبار أن تلك المحكمة (العادية) ستحكم في موضوع الدعوى - بعد ذلك - على ضوء حكم المحكمة الدستورية .

هـ - ثم ماذا يكون الوضع لو أن المحكمة الدستورية - أثناء فحصها لموضوع

دستورية نص قانوني - قد اثارته هي - اي المحكمة الدستورية - من تلقاء ذاتها موضوع عدم دستورية قانون آخر أو لائحة متصلة بالنص القانوني المطعون في دستوريته ، ويتطلب بحثها مدى دستورية (ذلك النص المطعون فيه) ان تبحث مدى دستورية هذا القانون الآخر واللائحة ؟

وهذا حق ثابت للمحكمة الدستورية الكويتية كيف لا وهو ثابت للمحاكم العادية الكويتية (المادة الرابعة من قانون المحكمة الدستورية الكويتية) . وهو حق مقرر كذلك للمحكمة الدستورية العليا المصرية بموجب المادة ٢٧ من قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩^(١٧) .

و- وعلى ضوء كل ماسبق ، وعلى ضوء ما هو معروف أن الخصومة في الدعاوي في الدستورية هي خصومة «عينية» ، فهي توجه للنصوص التشريعية المطعون بعدم دستوريته ، على ضوء كل ذلك فاننا لا نجد فارقا بين ان تكون السلطة القضائية «حصصا وحكما» اذا كانت المحكمة الدستورية داخل نطاق السلم القضائي ، وألا تكون كذلك اذا كانت خارج نطاق ذلك السلم القضائي .

٨- وبالنسبة لما يقرره بعض الفقه من ان المحكمة الدستورية الكويتية قد استشهدت في احكامها بالمذكرة التفسيرية للدستور الكويتي ، وأنها «استندت في سلسلة من احكامها الى التفسير الوارد في المذكرة التفسيرية للدستور ، وتؤكد - أي المحكمة - صحة الرأي الذي تتجه اليه ، وانه لم يكن لأحد ان يجبر المحكمة على سلوك هذا الطريق لولا ذلك الشعور الذي استقر في ضميرها ووجدانها بأنها ملزمة بأخذ المعنى الوارد في المذكرة التفسيرية دون سواه» .

ويضيف هذا الرأي «أن المحكمة، في أول حكم صدر لها ، قد اشارت الى ان اختصاص المحكمة الدستورية يستند الى نص المادة ١٧٣ من

(١٧) تنص تلك المادة على انه «يجوز للمحكمة في جميع الحالات ان تقضى بعدم دستورية اي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الاجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية .

الدستور . وللتدليل على صحة استشهادها هذا ، اشارت الى ما أورده المذكرة التفسيرية عند تعليقها على المادة ١٧٣ من الدستور والتي ذكرت صراحة الطبيعة الخاصة لهذه المحكمة . وانه لا شك ان المحكمة الدستورية في استشهادها هذا انما ارادت أن تؤكد الزامية الرجوع للمذكرة التفسيرية ، وأنه طالما ان هذه المذكرة كان لها تفسيرها الخاص للمادة الدستورية محل النقاش ، فلا بد اذن من اثبات هذا الرأي للتدليل على قوته الالزامية^(١٨) بالنسبة لما يقرره هذا الرأي ، نقرر الآتي :

أ - لقد سبق ان اثبتنا من قبل ان مجرد ذكر «المذكرة التفسيرية» او ما تضمنته من آراء لا يؤدي بالضرورة إلى اعتبار أن السلطة التي ذكرتها ، تعد ملزمة بها . فقد تأخذ بالتفسير المنطقي ، وقد يكون هذا التفسير موجودا بالمذكرة .
ب - ان المحكمة الدستورية - بحق - لا يمكن لها في رأيي ان يكون لديها «ذلك الشعور الذي استقر في ضميرها ووجدانها بأنها ملزمة بأخذ المعنى الوارد في المذكرة التفسيرية دون سواه» ، كما يقول الرأي الفقهي - لأن المحكمة الدستورية - بحكم اختصاصها الذي حدده الدستور ، وبحكم أصول التفسير السليم - ملزمة باعلاء كلمة الدستور ، وعلو كلمة الدستور يتعارض بلا شك مع كثير من التفسيرات التي أتت بها المذكرة التفسيرية فخرجت بتلك التفسيرات عن مقتضى النصوص وروحها ، كما أن علو كلمة الدستور تتعارض بلا شك مع تلك الاحكام - غير الواردة أصلا في الدستور - باعتراف الفقه المؤيد لإلزامية المذكرة التفسيرية - والتي استحدثتها تلك المذكرة .

ج - ان الامثلة التي استشهد بها الرأي الفقهي ، والاحكام التي اوردها ، لا تؤدي بالتبعية - في رأيي - إلى اعتبار أن المحكمة الدستورية اعتبرت أن المذكرة التفسيرية ملزمة . ولم يقل احد - او على الاقل كاتب هذه السطور - ان المذكرة التفسيرية «محزمة» ، وأن الأخذ بتفسير معين فيها (يتفق

(١٨) الدكتور عادل الطبطبائي - البحث المشار اليه ص ١٥٦ وما بعدها .

مع التفسير السليم) يعد مكروها ولكن الذي نحب ان نؤكد - مرة اخرى -
- أمرين :

١ - ليس معنى اننا نأخذ بتفسير سليم في المذكرة اننا نعتقد بالزاميتها او انها متممة للدستور فالتفسير السليم يجب الاخذ به سواء كان في المذكرة التفسيرية او خارجها .

٢ - ليس معنى اننا نقرر عدم الزامية المذكرة وتفسيرها ، اننا نهجر كل تفسير فيها يتفق مع نصوص الدستور وروحها ومقتضاها .
د - إن ابلغ رد على ما يثيره الرأي الفقهي من ان المحكمة - في اول حكمها - قد أشارت الى ان اختصاصها يستند الى المادة ١٧٣ ، وانها - للتدليل على صحة استشهادها هذا - أشارت الى ما أورده المذكرة التفسيرية عند تعليقها على المادة ١٧٣ من الدستور ، والتي ذكرت صراحة الطبيعة الخاصة لهذه المحكمة ، وان ذلك يؤكد الزامية المذكرة التفسيرية والرجوع اليها .
نقول ان ابلغ رد على ذلك هو أن نقول انه اذا كان هذا حقا - أي ان المحكمة تستشعر الزامية المذكرة التفسيرية في تعليقها على المادة ١٧٣ وما ذكرته المذكرة صراحة من طبيعة خاصة لهذه المحكمة - اذا كان هذا حقا . . لكان أول حكم ينبغى اذن أن تقضى به المحكمة هو حكمها بعدم دستورية تشكيلها (من عناصر قضائية خالصة) بالمخالفة لما ارتأته المذكرة التفسيرية والآراء الفقهية المؤيدة لها والمعارضة للتشكيل القضائي الخالص .

٩ - يثبت لنا من العرض السابق ان المذكرة التفسيرية - بتفسيرها للمادة ١٧٣ او بتعليقها على هذه المادة إذ أن التفسير المنطقي لا يمكن أن يوصل الى تلك النتيجة التي ارادتها المذكرة - يثبت لنا ان ما جاء بالمذكرة التفسيرية يتعارض تعارضاً بيناً مع نص المادة ١٧٣ ، وانها قد استحدثت احكاما لم تذكرها المادة ذاتها ، بالقول باشتراك السلطات الاخرى - غير القضائية - في اختيار اعضاء المحكمة ، وفيما اعتبره الفقه - بعد ذلك - تشكيلا مختلطا . ولذلك فنحن - بحق - مع ما ورد برأي الحكومة ، بالنسبة للاعتراض على مشروع تعديل تشكيل المحكمة - الذي ذكرت فيه «ان هناك رأيا بأن المذكرة التفسيرية قد

تجاوزت في هذا الصدد نطاق التفسير الى التشريع الدستوري بايراد احكام جديدة لا يمتثلها النص الدستوري . . . وان هذا الرأي يذهب الى ان نص المادة ١٧٣ من الدستور والنصوص الدستورية الاخرى لا تسمح باشتراك السلطتين التنفيذية والتشريعية في تشكيل المحكمة التي يجب ان تقتصر عضويتها على رجال السلطة القضائية دون غيرهم» . . ونحن نقرر ان ذلك هو الرأي القانوني السليم الملتزم بنص المادة ١٧٣ .

١٠ - كما أنه بالنسبة لما قرره مجلس الوزراء في جلسته رقم ١٤ لسنة ١٩٨٣ المنعقدة بتاريخ ١٠/٤/٨٣ بشأن التقدم إلى المحكمة الدستورية بطلب تفسير المادة ١٧٣ من الدستور لبيان ما إذا كان المقصود «بالجهة القضائية» الواردة في هذا النص محكمة مشكّلة من قضاة وفرعا من السلطة القضائية، أم أن المقصود بها هيئة خاصة ذات طبيعة مختلطة وخارجة عن السلطة القضائية يراعى في تشكيلها الاعتبار السياسي فيجوز اشراك عناصر سياسية وعناصر غير قضائية في عضوية المحكمة الدستورية». فإننا نرى بيقين - على ضوء العرض السابق - أن الجهة القضائية، تعني محكمة مشكّلة من قضاة، تختارهم الجهات القضائية، وأنها بذلك تعد جزءاً من السلطة القضائية، ولا يرتبط - بكونها جزءاً من السلطة القضائية، أنها داخل نطاق السلم القضائي، فالمحاكم الدستورية - بطبيعتها - تعد جزءاً من السلطة القضائية، ولكنها جزء مستقل، أي أنها خارج نطاق السلم القضائي العادي. وقد سبق أن مثلنا لذلك بالمحكمة الدستورية العليا المصرية التي قررت المادة ١٧٤ الخاصة بها أنها «هيئة قضائية مستقلة بذاتها».

والمحكمة الدستورية الكويتية، وهي جزء من السلطة القضائية، إلا أنها جزء مستقل داخل هذا الكيان القضائي، فهي - بطبيعتها - خارج السلم القضائي. وهذا ما تؤكد به المحكمة الدستورية ذاتها حين تقرر في حكم لها أنها (بحسب فكرة انشائها طبقاً للمادة ١٧٣ من الدستور، إنما تتولى الدعوى الدستورية على نحو يجعلها خارج نطاق السلم القضائي)^(١٩).

(١٩) حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم ١٩٨٠/١ دستوري بتاريخ ١٩٨٠/٥/٣ .

المبحث الثاني

تشكل مجلس الوزراء من أعضاء مجلس الأمة ومن غيرهم
تنص المادة ٥٦ على أن «يعين الأمير رئيس مجلس الوزراء بعد المشاورات
التقليدية ، ويعفيه من منصبه . كما يعين الوزراء ويعفيهم من مناصبهم بناء على
ترشيح رئيس مجلس الوزراء . ويكون تعيين الوزراء من أعضاء مجلس الأمة
ومن غيرهم ، ولا يزيد عدد الوزراء جميعا على ثلث عدد أعضاء مجلس
الأمة» .

وفي تفسيرها لتلك المادة تقرر المذكرة التفسيرية - في تصويرها العام
لنظام الحكم - انه «اقتضت ظروف الملازمة ومراعاة واقع الكويت كذلك ألا
يؤخذ على نحو مطلق بالقاعدة البرلمانية التي توجب ان يختار الوزراء من بين
اعضاء البرلمان ، ومن ثم تمتع تعيين وزراء من خارج البرلمان . وهي قاعدة ترد
عليها استثناءات متفاوتة في بعض الدساتير البرلمانية . لهذا لم يشترط الدستور
أن يكون الوزراء أو «نصفهم على الأقل» من أعضاء مجلس الأمة تاركا الأمر

لتقدير رئيس الدولة ، في ظل التقاليد البرلمانية التي توجب ان يكون الوزراء قدر المستطاع من اعضاء مجلس الامة . وفي ذلك مراعاة لتلك الحقيقة الحتمية ، وهي قلة عدد أعضاء مجلس الامة (وهم خمسون عضوا) ، تبعا لعدد السكان مما قد يتعذر معه وجود العدد الكافي من بين هؤلاء الاعضاء لسد حاجة البلاد من الوزراء اللازمين لحمل اعباء الدولة في هذه المرحلة التاريخية من حياتها ، مع ضرورة احتفاظ المجلس كذلك بعدد كاف من الأعضاء القادرين على أداء رسالة هذا المجلس ولجانه المتعددة . لذلك كله قررت الفقرة الثانية من المادة ٥٦ من الدستور ان يكون «تعيين الوزراء من اعضاء مجلس الامة ومن غيرهم» . ولذلك يكون التعيين وجوبيا من الفئتين في ضوء الأصل البرلماني المذكور والتقاليد البرلمانية المنوه عنها . ومقتضى ذلك - كما سبق - التوسع قدر المستطاع في جعل التعيين من داخل مجلس الأمة» .

كما جاء بالمذكرة التفسيرية في موضع آخر «بالإضافة الى ما يرجى مع الزمن من تناقص عدد الوزراء الذين يعينون من غير اعضاء مجلس الامة» .

وعلى ضوء ما قررناه من قبل بشأن موضوع الزام المذكرة التفسيرية ، وأنها غير ملزمة فيما جاءت به من تفسيرات لمواد الدستور ، بالإضافة الى انه لا إلزام - أصلا - لأية احكام جديده تأتى بها المذكرة أو تستحدثها ، وتكون غير واردة في مواد الدستور ، أو لا يمكن فهمها من النصوص ومقتضاها والروح المهيمنة على تلك النصوص .

نحب ان نعرض رأينا فيما جاءت به المذكرة التفسيرية بشأن تشكيل الوزارة من ناحيتين : الناحية الاولى هي تعارض ما جاء بالمذكرة التفسيرية مع نصوص الدستور .

والناحية الثانية هي انه لا يمكن التسليم بما جاء بها - خاصا بالمسألة محل البحث - على اساس انه لا يتفق مع روح ونصوص الدستور ، أن النظام الدستوري الكويتي يميل للاخذ بالنظام البرلماني ، (والمعروف أن قواعد هذا النظام توجب اختيار الوزراء من بين اعضاء البرلمان) :

أما بالنسبة للناحية الاولى : فإن التفسير المنطقي للمادة ٥٦ ، لا يؤدي الى تبني ما جاء بالمذكرة التفسيرية بشأن أن الفقرة الثانية من المادة ، قد قررت ان يكون تعيين الوزراء من اعضاء مجلس الامة ومن غيرهم . «وبذلك يكون التعيين وجوبيا من الفئتين في ضوء الاصل البرلماني المذكور والتقاليد البرلمانية المنوه عنها ، ومقتضى ذلك - كما سبق - التوسع قدر المستطاع في جعل التعيين من داخل مجلس الامة» فلا خلاف مع المذكرة التفسيرية ان التعيين وجوبي من الفئتين ، ولكن الخلاف معها هو أن تفسير الفقرة الثانية من المادة يعني «التوسع في جعل تعيين الوزراء من داخل مجلس الامة» . وذلك للآتي :

١ - ان اطلاق نص تلك الفقرة من المادة لا يحمل بين ثناياه هذا القيد الذي قرره المذكرة التفسيرية ، ولا يجوز تقييد المطلق ، بل يجري المطلق على اطلاقه ما لم يقم دليل يقيد نصا أو دلالة . وليس في هذا النص ما يلزم «أن يكون معظم الوزراء من أعضاء مجلس الامة» ، وليس في النص ايضا ما يوجب التوسع قدر المستطاع في جعل التعيين من داخل مجلس الامة . (أما إذا كانت المذكرة تقرر أن ذلك واجب بمقتضى التقاليد البرلمانية ، فإننا سنناقش ذلك فيما بعد) .

٢ - ان تفسير النص - كما قررنا - لا يؤدي الى تلك النتيجة ، فسلطة رئيس الدولة في تعيين الوزراء محده - فحسب طبقا للمادة ٥٦ - بثلاثة حدود :

الاول ان يكون التعيين بناء على ترشيح رئيس مجلس الوزراء ، والحد الثاني ان يكون التشكيل الوزاري - وجوبيا - من اعضاء مجلس الامة (ولو بوزير واحد) ومن غيرهم ، والحد الثالث ألا يزيد عدد الوزراء جميعا على ثلث عدد اعضاء مجلس الامة .

فلا يمكن الانتهاء الى تلك النتيجة التي جاءت بها المذكرة التفسيرية ، وذلك استناداً الى نص الفقرة الثانية من المادة ٥٦ .

ومن الممكن - على سبيل الفرض - ان تحيي صياغة الفقرة الثانية على عدة صور كالآتي :

١- يكون تعيين الوزراء من اعضاء مجلس الامة «أو» من غيرهم .
٢- يكون تعيين الوزراء من غير اعضاء مجلس الامة ، ومن الاعضاء .
- فبالنسبة للصورة الاولى ، فانها قد تفيد الاختيار ، ذلك ان «أو» تفيد هنا اطلاق سلطة من يُعين في اختيار من يُعين ، أما من اعضاء مجلس الأمة أو من غير اعضاء مجلس الأمة .

- اما الصورة الثانية المفترضة ، وقد قصدنا أن نذكرها بتلك الصياغة غير المقبولة - بالحسّ اللغوي - لكي نُظهر القصد من نقيضها . فنقيض تلك الصياغة المفترضة . هو ذاته الصياغة الواردة بالدستور للفقرة الثانية . التي تقول «ويكون تعيين الوزراء من اعضاء مجلس الامة ومن غيرهم» .

نقصد من كل تلك الفروض ان نرفض - مقدما - أن يقال أن تقديم «اعضاء مجلس الامة» على غيرهم ، ذلك التقديم الذي ورد بالمادة ، انما قصد به التوسع في التعيين من اعضاء مجلس الامة . ذلك ان «تقديم» اعضاء مجلس الامة في الفقرة ، كان سببه - فيما نعتقد - تجنب تلك الركاقة في الصياغة لو صيغت الفقرة بالشكل الآخر المناقض للصياغة الحالية (والذي عرضناه آنفا) .

٣- ولا يعني ما قدمناه اننا نؤيد عدم التوسع في تعيين الوزراء من اعضاء مجلس الأمة ، فذلك أمر متروك لرئيس الدولة يقدره بحسب الظروف والاحوال . لكن كل الذي نعنيه هنا ، هو أن تفسر نص المادة (ومواد أخرى كالمادة ٥٥ ، ٥٨) لا يحمل هذا الالتزام - أو شبه الالتزام - الذي تقول به المذكرة التفسيرية من التوسع في تعيين الوزراء من اعضاء مجلس الامة .

أما بالنسبة للناحية الثانية ، فإننا باختصار شديد نقرر :

١- ان الحكمة من وراء اتباع النظم الدستورية (التي تأخذ بأصول النظام البرلماني) لمسألة اختيار الوزراء - او معظمهم - من اعضاء المجلس النيابي ، الحكمه هي أولا ايجاد تفاهم وتقارب ووحدة بين أعضاء الوزارة . وثانيا حتى يتوفر الاستقرار للوزارة المشكله من اعضاء المجلس النيابي ، وذلك بضمان حصولها على ثقة المجلس النيابي واستمرار هذه الثقة .

وبدهي ان من اهم اسباب اتجاه النظام البرلماني لاتباع ما تقدم ، هو نظام الاحزاب السياسية . فتشكيل الوزارة من اعضاء الحزب الفائز بأغلبية المقاعد في الانتخابات (او من الكفاءات خارج المجلس النيابي التي تحوز ثقة اعضاء المجلس) يؤدي الى الهدف الاول - الذي قررناه آنفا - وهو تحقيق التفاهم والوحدة بين اعضاء الوزارة .

كما أن تشكيل الوزارة من اعضاء ذلك الحزب الفائز ، سيحقق الهدف الثالث ، وهو ضمان أكبر قدر من الاستقرار للوزارة المشكلة من بين اعضائه .

٢ - واذا نظرنا الى النظام الدستوري في الكويت لوجدنا أن المذكرة التفسيرية تقرر انه ينهج منهجا وسطا بين النظامين الرئاسي والبرلماني مع انعطاف اكبر نحو اولهما .

١ - ومع احترامنا لهذا الرأي الا اننا لا نلمح هذا الانعطاف بشكل كبير نحو قواعد النظام البرلماني بل نجد «الوسطية» بين النظامين مع اقتراب (في مظاهر كثيرة) من الانظمة الرئاسية ، وابتعاد (الى حد ما) عن أصول النظام البرلماني (حتى لو كان أورلانيا كما يصف البعض نوعيات معينة من الانظمة البرلمانية) . وتبدو ملامح الأنظمة الرئاسية واضحة في موضوعات تشكيل الوزارة ، وسلطة رئيس الدولة في تعيين وعزل الوزراء ومسئولية الوزراء بالتضامن امام الامير عن السياسة العامة للدولة ، ومسئولية كل وزير امامه عن اعمال وزارته (المادة ٥٨) ، بالاضافة الى عدم النص على اسقاط الوزارة بكاملها بقرار عدم ثقة يصدره مجلس الامه ، وترك ذلك لتقدير رئيس الدولة ، وكذلك بعض القيود والعقبات التي وضعها الدستور على المسؤولية السياسية الفردية للوزراء (بالنسبة لطرح الثقة بالوزير) (المادة ١٠١) . وعدم اشتراط حصول الوزارة على ثقة المجلس عقب كل تجديد لانتخابات المجلس (م ٩٨) وكذلك اعتبار الوزراء (غير المنتخبين بمجلس الامه) اعضاء بالمجلس بحكم وظائفهم . (م ٨٠) كما أن الدستور ترك مجالا واسعا (كما تقول المذكرة التفسيرية) لتصرف رئيس الدولة او السلطة التنفيذية دون رجوع سابق لمجلس الامه أو دون الرجوع اليه كلية (اختيار

نائب الامير (م ٦١) اعلان الحرب الدفاعية (م ٦٨) اعلان الحكم العرفي (م ٦٩) ابرام المعاهدات فيما لم يستثن منها بالذات (م ٧٠) . وقد اوردت المذكرة التفسيرية معظم هذه الامثلة السابقة ، وكانت المذكرة ذاتها قد قررت من قبل «ان الفضائل البرلمانية لم تنس الدستور عيوب النظام البرلماني التي كشفت عنها التجارب الدستورية ولم تحجب عن نظره ميزة الاستقرار التي يعتز بها النظام الرئاسي» .

واذا كانت تلك المظاهر السابقة تدل على اقتراب النظام الدستوري من النظام الرئاسي - أو اذا شئنا الدقة - من النظم الرئاسية (باعتبار ان النظام الرئاسي يختلف الاخذ بمظاهره من دولة لاخرى) فإنه يمكن ايضا ان ننظر الى تلك المظاهر - من وجهة نظر أو من زاوية مختلفة - لنراها انها وسطية ايضا ، فهي ليست رئاسية بصفة كاملة . فالنتيجة العملية - مثلا - لقرار عدم التعاون مع رئيس مجلس الوزراء ، هي الى حد ما ، مقاربة للنتيجة العملية لقرار عدم الثقة بالوزارة في النظم البرلمانية .

الا أن الذي نقصده ، هو أن الوسطية - التي تشير اليها المذكرة التفسيرية - والتي تقرر ان الدستور الكويتي قد أخذ بها (بين كل من النظام البرلماني والنظام الرئاسي)، هذه الوسطية متحققة ، الا أن استعراض المظاهر المختلفة التي اخذ بها الدستور الكويتي ، تدعونا أن لا نقرر - كلية - أن الدستور الكويتي ينجح إلى النظم البرلمانية ، بل إنه على فرض عدم قبول ما نقول به أنه ينجح - أيضا - إلى النظم الرئاسية ، فإن الحد الأدنى الذي نوافق عليه هو أن هذا الدستور يتخذ او ينهج منها وسطا بين التطبيقات المختلفة لكل من الانظمة البرلمانية من ناحية والانظمة الرئاسية من ناحية اخرى .

واذا كان الامر كما نقرر ، فإن الروح المهيمنة على النصوص المختلفة للدستور ، وهي تدل على الوسطية بين النظامين ، لا الى رجحان كفة النظام البرلماني - كما تقرر المذكرة التفسيرية هذا الرجحان - فأنا نعتقد انه ينتهي اذا السبب الذي من اجله تقرر المذكرة التفسيرية انه يقتضى التوسع قدر المستطاع

في جعل تعيين الوزراء من داخل مجلس الامه . وهذا السبب هو - كما اورده المذكرة التفسيرية - هو «الاصل البرلماني» ، أو القاعدة البرلمانية التي توجب ان يختار الوزراء من اعضاء البرلمان .

ب - وكما اوضحنا سابقا - فإن نظام الاحزاب السياسية هو للنظم الديمقراطية (وبخاصة للنظام للبرلماني) عماده وسناده^(٢٠) وهو - الى حد كبير - الدافع وراء مراعاة اختيار الوزراء من اعضاء الحزب النيابي الفائز بأغلبية المقاعد في المجالس النيابية . فليس الامر - بداهة - هو مجرد اختيار الوزراء - في النظام البرلماني او غيره - من اعضاء البرلمان ففي ظل نظام الاحزاب السياسية - بل وفي غيبة تلك الاحزاب بصفة رسمية - لا يمكن ان يكون مجرد اختيار الوزراء من بين اعضاء البرلمان ، مؤديا بالتبعية ، الى تحقيق التفاهم ووحدة الفكر بين الوزراء اضافة الى تحقيق الاستقرار للوزارة واستمرار ثقة البرلمان بها .

ان نظام الاحزاب السياسية ليقوم - كما هو معروف - على اساس اختلاف الفلسفات السياسية ، او اختلاف الزاوية التي ينظر منها كل حزب الى اسلوب ادارة شئون البلاد ، وطرق معالجة مشاكلها . ولا شك انه - حتى في غيبة نظام الاحزاب السياسية بصفة رسمية - ستظل داخل البرلمانات اختلافات في النظرة والفلسفة التي تبني عليها افكار ما يمكن ان نسميه «باتجاهات» أو «تجمعات» داخل تلك البرلمانات . وبالنسبة للدستور الكويتي ، فان نص المادة (٤٣) لا يتضمن الالتزام باباحة انشاء هذه الاحزاب ، كما ان عدم ايراد هذا الالتزام في صلب المادة ليس معناه - كما يقول تعليق المذكرة الايضاحية بحق على تلك المادة - ليس معناه تقرير حظر دستوري يقيد المستقبل لأجل غير مسمى ويمنع المشرع من السماح بتكوين احزاب اذا رأى محلا لذلك^(٢١) .

(٢٠) راجع استاذنا الجليل الدكتور عبد الحميد متولى - المفضل ص ٣٧٨ .

(٢١) تقرر المادة ٤٣ من الدستور «حرية تكوين الجمعيات والنقابات على اسس وطنية وبوسائل سلمية مكفولة وفقا للشروط والاوضاع التي بينها القانون ولا يجوز اجبار احد على الانضمام الى أي جمعية او نقابة» .

كما انه - من الناحية الواقعية - فانه لا توجد احزاب سياسية بالكويت ، وهكذا ينتفي السبب الرئيسي الذي من اجله يتجه النظام البرلماني الى تقرير قاعدة تعيين الوزراء - او معظمهم - من اعضاء البرلمان . فإذا اضمنا الى ذلك ، ما سبق ان قررناه من أننا نرى أن الدستور الكويتي يعطف انعطافاً محدوداً ناحية الانظمة الرئاسية ، او انه - كحد ادنى لما نقبله - ينتهج منهج الوسطية بين الانظمة الرئاسية والبرلمانية ، فإن ما بنت عليه المذكرة تفسيرها لنص الفقرة الثانية من المادة ٥٦ ، وما قررته في تصويرها للنظام الدستوري الكويتي ، أنه يعطف بصورة اكبر الى النظام البرلماني ، وان ذلك كله (في رأي المذكرة) يؤدي الى النتيجة التي استخلصتها ، وهي التوسع - قدر المستطاع - في تعيين الوزراء من داخل مجلس الامة . نقول ان الاساس الذي بنت عليه المذكرة حكمها ، والنتيجة التي بنتها على هذا الاساس ، كليهما معارض لتفسير نص الفقرة الثانية من المادة (٥٦) - كما عرضنا من قبل - ومعارض للروح المهيمنة على نصوص الدستور بصفة عامه .

٣- والملاحظ عملاً - في حدود علمنا - ان تشكيل الوزارات المتعاقبة منذ العمل بالدستور ، غير متطابق - بصورة طردية - مع التوسع الذي تطلبتته المذكرة التفسيرية في جعل التعيين من داخل مجلس الامة بل مع ما افترضته من انه «ما يرجى مع الزمن من تناقص عدد الوزراء الذين يعينون من غير اعضاء مجلس الامة» بل ان آخر وزارة مشككة حالياً - عند كتابة بحثنا - (٢٢) لا تحوى غير وزيرين من بين اعضاء مجلس الامة المنتخبين . وكان التشكيل الوزاري السابق يحوى عضواً منتخباً واحداً . ويقرر المنطق - بحق - ان الامر متروك لتقدير رئيس الدولة الذي يقرر بحسب الظروف والكفاءات اللازمة وتواجدها - داخل مجلس الامة أو خارجه - كيفية اختيار الوزراء .

وإن دل هذا على شيء ، فانما يدل على : ١- أن الامور تسير بالنسبة لتشكيل مجلس الوزراء ، على اساس التفسير السليم لنص الفقرة الثانية من المادة ٥٦ .

(٢٢) في اواخر سنة ١٩٨٥ .

ب- كما يدل على عدم اتباع ما قرره المذكرة التفسيرية، الذي نرى ان ما قرره متعارض مع النص الدستوري ، بل ومع روح النصوص الدستورية .

ج- كما أن هذا يدل على ان السلطتين التنفيذية والتشريعية ، لا يعطيان للمذكرة التفسيرية تلك القوة الالزامية التي يقررها بعض الفقه ، بل ولا يلتزمان بما قرره او بما وجهت الى اتباعه . وهذا يظهر من استقرار السلطة التنفيذية على تشكيل الوزارة - بلا توسع - من اعضاء مجلس الأمة ، ومن موافقة مجالس الامه المتعاقبة - او عدم اعتراضها بصورة رسمية فعالة - على تلك التشكيلات المتعاقبة للوزارة .

د - واخيرا فإنه لو كانت المذكرة التفسيرية ملزمة ، ومتممة للدستور ومكملة له ، بل هي جزء منه ، وان ما تستحدثه من احكام انما يعد ملزما دستوريا - كما يقول الرأي المؤيد للمذكرة التفسيرية - فإن ذلك سيؤدي بنا الى نتيجة غير منطقية وهي ان التشكيلات الوزارية - منذ العمل بالدستور - الى الان هي تشكيلات مخالفة للمذكرة التفسيرية ، وبالتالي فهي مشكوك في دستوريتها .

وهذا مالا نعتقد في صحته .

المبحث الثالث

النيابة عن رئيس الدولة

تنص المادة (٦١) من الدستور على ان «يعين الأمير ، في حالة تغيبه خارج الامارة وتعذر نيابة ولي العهد عنه ، نائبا يمارس صلاحياته مدة غيابه ، وذلك بأمر أميري . ويجوز ان يتضمن هذا الامر تنظيما خاصة لممارسة هذه الصلاحيات نيابه عنه او تحديداً لنطاقها» .

كما تنص المادة (٦٢) أن يشترط في نائب الأمير الشروط المنصوص عليها في المادة ٨٢ من هذا الدستور .

. . . وان كان وزيرا او عضوا في مجلس الامه فلا يشترك في اعمال الوزارة او المجلس مدة نيابته عن الامير «وتنص المادة (٦٣) على أن «يؤدي نائب الامير قبل مباشرة صلاحياته ، في جلسة خاصة لمجلس الامة اليمين المنصوص عليها في المادة ٦٠ مشفوعة بعبارة «وان أكون مخلصا للامير» . وفي حالة عدم انعقاد المجلس يكون أداء اليمين المذكورة أمام الأمير» .

وتنص المادة ٦٤ «تسرى بالنسبة لنائب الامير الاحكام المنصوص عليها في المادة ١٣١ من هذا الدستور» وتنص المادة السابعة من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٤ في شأن احكام توارث الإمارة على انه «ينوب ولي العهد عن الامير في ممارسة صلاحياته الدستورية حالة تغييه خارج الدوله وفقا للشروط والالوضاع المبينة في المواد ٦١ ، ٦٢ ، ٦٣ ، ٦٤ من الدستور» .

وقد جاء بالمذكرة التفسيرية بالنسبة للمواد ٦١ الى ٦٤ ان «هذه المواد خاصة بنائب الامير ، ولا يخفى انه في حالة وجود «ولي عهد» للإمارة فانه هو الذي سيكون بحكم مركزه هذا نائبا للامير ، ما دام لا يتعذر قيامه بهذه المهمة ، فإن لم يكن مستطيعا ذلك او كان غائبا عن الامارة طبقت المواد المنوه عنها في شأن نائب الامير . ويلاحظ ان للامير الحق في تنظيم ممارسة صلاحياته الدستورية نيابة عنه او تحديد نطاقها ، وذلك في كلتا الحالتين ، اي سواء ناب عنه ولي العهد او شخص غيره» .

وعلى ضوء تفسير نص المادة ٦١ ، فاننا نرى أن الاحكام الواردة فيه والخاصه بنائب الامير ، لا تنطبق على ولي العهد عند حلوله محل الامير حالة تغييه خارج الاماره .

وعلى ذلك فإننا نرى أن المذكرة التفسيرية قد تعارض مع ما جاء بها مع ما أورده النص الدستوري . فالمذكرة التفسيرية قد عممت الحكم الوارد في المادة ٦١ والخاص بحق الامير في تنظيم ممارسة صلاحياته الدستورية (عند تغييه) أو تحديد نطاقها، عممت سريان هذا الحكم ليشمل «نائب الامير» سواء أكان هذا النائب ولي العهد أو شخصا غيره^(٢٣) .

(٢٣) راجع الدكتور عبد الفتاح حسن - مبادئ النظام الدستوري في الكويت ص ١٧٣ حيث يقرر أن الفقرة الاخيرة من المذكرة التفسيرية الخاصة بمكنة الامير تنظيم ممارسة صلاحياته والتي تقرر أن للامير الحق في تحديد تلك الصلاحيات «سواء ناب عنه ولي العهد او شخص غيره» يقرر انها تعارض مع نص المادة ٦١ من الدستور - التي يستفاد من صياغتها أن هذا الحق المقرر للامير لا يظهر اذا ما ناب عنه ولي العهد .

ونحن نرى - على ضوء ما سنعرضه من تحليل واسباب الآتي :

١ - أن ولي العهد - عند عدم تعذر قيامه بذلك - يحل محل الأمير (عند تغيبه خارج الامارة) بموجب النص الدستوري ، دون شرط صدور أمر أميري بتلك النيابة .

٢ - انه - نتيجة لعدم اشتراط صدور أمر أميري - فإنه لا تنظيم للصلاحيات أو تحديد نطاقها في حالة نيابة ولي العهد .

ونتولى تحليل موضوع النيابة عن رئيس الدولة ، وتعارض ما جاء

بالمذكرة التفسيرية بشأنه مع النصوص الدستورية كالآتي : -

١ - صريح نص المادة (٦١) انما تنطبق احكامه الخاصة بنائب الأمير على هذا النائب فحسب (غير ولي العهد) ذلك انه - بحكم الدستور - لا يُعين مثل هذا النائب اصلا ، عند وجود ولي العهد بالبلاد وعدم تعذره القيام بأعباء النيابة .

إذاً إشارة المادة الى ولي العهد ، ليست اشارة ضم او جمع تضعه مع الشخص الآخر (الذي يعين نائبا للأمير) بحيث يخضع مثله لأحكام نائب الأمير الواردة في المادة ٦١ والمواد اللاحقة حتى ٦٤ (وكذلك المواد الاخرى التي تحيل اليها) ، بل ان اشارة المادة ، هي اشارة استبعاد لأمرين : اولهما استبعاد لمكنة تعيين نائب للأمير غير ولي العهد ، في حالة عدم تعذر قيام ولي العهد بأعباء النيابة . وثانيهما استبعاد تطبيق الاحكام الواردة بالمواد ٦١ حتى ٦٤ الخاصة بنائب الأمير ، استبعاد تطبيقها على ولي العهد عند حلوله محل الأمير أو نيابته عنه (عند تغيب الأمير خارج الامارة) .

٢ - يقضى نص المادة ٦١ ايضا ان ولي العهد انما ينوب عن الأمير - في حالة تغيبه خارج البلاد - ينوب عنه في ممارسة صلاحياته الدستورية بقوة الدستور ، دون ما حاجة لصدور امر اميري بذلك . وعلى ذلك فصدور الامر الاميري - في هذا الحاله - انما هو خاص بتعيين نائب الأمير (غير ولي العهد) ويرتبط به حالة رغبة الأمير في تضمين هذا الأمر تنظيميا خاصة لممارسة هذه الصلاحيات أو تحديد نطاقها . ولذلك فإن المذكرة التفسيرية قد تعارضت مع الدستور حين

عممت الأحكام لتطبق على نائب الامير وعلى ولي العهد (عند نيابته للامير) يؤيد رأينا :

أ - أن النصوص من ٦١ الى ٦٤ خاصة بنائب الامير (غير ولي العهد) ، كما هو واضح من الجملة الاعتراضية الخاصة بتعذر نيابة ولي العهد في المادة ٦١ . وكما سيتضح من مناقشتنا - فيما بعد - لما يلي تلك المادة من مواد . ب - كما ان نص المادة ٦١ لم يذكر أداة الامر الاميري الا بالنسبة لتعيين نائب الامير (غير ولي العهد) .

ج - ويرتبط بذلك وحده - كما اسلفنا - أن جواز تحديد الصلاحيات مرتبط بهذا الامر الاميري ، والامر الاميري مرتبط فحسب بتعيين نائب الامير (غير ولي العهد) ويدل على ذلك - فوق ما تقدم من أدلة وبجوار ما سنورده من أدلة - أن صدر نص المادة ٦١ يتحدث عن تعيين نائب الامير (غير ولي العهد) منتهيا بأن أداة ذلك هو الأمر الاميري . ثم تأتي مسألة الصلاحيات «فيشير» إليها الجزء الثاني من المادة ، بوضوح بجواز أن يتضمن «هذا» الامر تنظيما لممارسة هذه الصلاحيات (أي الخاصة بنائب الامير (غير ولي العهد) فحسب .

د - بالاضافة الى ذلك فإن المادة ٦٣ التي تتحدث عن اداء اليمين الدستورية قبل مباشرة صلاحيات النيابة ، فإن تأدية هذا اليمين - طبقا لمنطوق المادة - انما يجب في حالة نائب الامير (غير ولي العهد) فحسب ، ولا ينصرف ذلك الحكم - فيما نرى - الى ولي العهد (كنائب للامير) فلم يشترط الدستور - والمادة ٦٣ بالذات - ولا قانون توارث الاماره ، لتعيينه نائبا للامير اداء قسم معين^(٢٤) .

(٢٤) بالنسبة لاداء اليمين يرى الاستاذ الدكتور عبد الفتاح حسن ص ١٧٣ ، والهامش - يرى انه اذا كان النائب هو ولي العهد ، فيجب ادائه لليمين الدستورية وانه «مقاسم اليمين الدستورية امام المجلس او امام الامير فليس هناك ما يدعو الى تكرار اداء القسم وذلك لأنه ينوب عن الامير عند غيابه تطبيقا لنص الدستور . لأن شخصه لا يتغير . كما يرى ضرورة اداء ولي العهد لهذا القسم عند نيابته عن الامير لان «اعفائه من واجب اداء اليمين الدستورية =

هـ- أن المادة السابعة من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٢ (في شأن احكام توارث الامارة) تقرر في صراحة ان ولي العهد «ينوب عن الامير في ممارسة صلاحياته الدستورية في حالة تغييه خارج الامارة» . فلم تجيء صياغة تلك المادة - مثلا - كما جاءت صياغة المادة ٦١ من الدستور ، بأن تقول «يعين الامير ولي العهد نائبا عنه» ، فما كان للمادة السابعة أن تأتي هكذا ، لأنها بهذا تكون مخالفة للمادة ٦١ ، التي تقرر أن نيابة ولي العهد عن الامير تأخذ حكمها من الدستور مباشرة وبقوة الدستور وحدها . (وسنعود لمناقشة باقي المادة بعد ذلك) .

كما ان المادة السابعة من هذا القانون ، لم تتضمن اي تحديد للصلاحيات - كما فعلت المادة ٦١ وما كان لها ان تحددها - .

٣- ان المذكرة التفسيرية في تفسيرها وتعليقها على المواد من ٦١ الى ٦٤ تتعارض مع ذاتها ، فهي تقرر - في بداية حديثها لتلك المواد تقرر : أ- ان هذه المواد خاصة «بنائب الامير» .

= طبقا للمادة ٦٣ ، هو امر غير مقبول لا سيما وان ولي العهد لا يؤدي عند تعيينه وليا للعهد اية يمين دستورية» .

ونحن إذ نتفق مع هذا الرأي من ناحية ان عدم اداء اليمين بالنسبة لولي العهد كغائب للامير - امر غير مقبول عمليا . الا أننا مع ذلك لا نستطيع ان نجد لأداء ذلك اليمين سنداً من المادة ٦٣ . ذلك أنه طبقاً لما عرضناه من ادلة فان احكام نائب الامير الوارده بالمواد ٦١ ، ٦٢ ، ٦٣ ، ٦٤ لا تنطبق - فيما نرى - على ولي العهد (كغائب للامير) وبذلك فإن القول بتوجب ذلك ، يؤدي الى اضافة للدستور لم يتطلبها اصلا . خاصة وأن الدستور وهو لا يوجب اداء ولي العهد يمينا دستورية عند توليه ولاية العهد - انما يتوقع كذلك ان ولي العهد هو النائب الطبيعي للامير عند تغييه خارج البلاد .

ولذلك فان الامر - في رأيي - يتطلب معالجة دستورية توجب أداء ولي العهد - أصلا - ليمين دستورية عند توليه ولاية العهد ويمكن ان يتضمن هذا اليمين المنصوص عليه في المادة ٦٠ تلك الاضافة التي وردت بالمادة ٦٣ ، أو بأية صورة اخرى .

ب - ثم تقرر بعد ذلك مباشرة أنه «لا يخفى انه في حالة وجود «ولي عهد» فإنه هو الذي سيكون بحكم مركزه هذا نائبا للامير ، ما دام لا يتعذر قيامه بهذه المهمة .^(٢٥)

ج - ثم تقرر انه «فإن لم يكن مستطيعا ذلك أو كان غائبا عن الامارة طبقت المواد المنوه عنها في شأن نائب الأمير» .

فمعنى الفقرة (أ) ونهاية الفقرة (ب) ان المذكرة التفسيرية تقرر صراحة أن تلك المواد خاصة بنائب الأمير، وأنها لا تطبق في حالة ولي العهد (نائبا للأمير)، وأنه اذا كان ولي العهد غير مستطيع أو كان غائبا عن الامارة تطبق تلك المواد .

د - ثم تتحدث المادة عن تنظيم الصلاحيات الدستورية لنائب الامير فتقرر انها «في كلتا الحالتين ، اي سواء ناب عنه ولي العهد او شخص غيره» . فكان مقتضى الفقرات أ ، ب ، ج ، أن تأتي الفقرة (د) غير متعارضة مع تلك الفقرات ، أي أنه كان من المنطقي ان تقرر ان تنظيم وتحديد الصلاحيات خاص فحسب بنائب الامير (غير ولي العهد) . وهكذا تتناقض المذكرة التفسيرية وتتعارض مع ذاتها ، بعد ان تعارضت - كما اوضحنا - مع النص الدستوري للمادة ٦١ ذاتها .

٤ - كما ندلل على صحة رأينا من أن أحكام المواد من ٦١ الى ٦٤ إنما هي خاصة بنائب الامير (غير ولي العهد) فحسب ، ولا تمتد لتشمل ولي العهد (كنائب للامير) وانه لذلك لا يجوز - دستوريا - تحديد صلاحياته الدستورية بأمر أميري . ندلل على ذلك بأن المادة ٦٢ من الدستور تشترط في نائب الامير الشروط المنصوص عليها في المادة ٨٢ من هذا الدستور . كما تقرر المادة ٦٤ انه

(٢٥) ونحن نرى ان صياغة هذا التعليق غير موفق . فكلمة «لا يخفى» هنا غير ملائمة اطلاقا اذ أن حلول ولي العهد - محل الامير (عند غيابه أو أنه سيصبح نائبه مقرر بحكم «صريح» نص المادة) كما ان عبارة المذكرة التفسيرية «انه هو الذي سيكون بحكم مركزه هذا نائبا للامير» كان من الانسب - في رأينا - أن تكون «هو الذي سيكون بحكم نص المادة - وليس بحكم مركزه هذا - نائبا للامير» .

تسرى بالنسبة لنائب الامير الاحكام المنصوص عليها في المادة ١٣١ من الدستور .

كما أن قانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٤ (في شأن أحكام توارث الامارة وهو ذو صفة دستورية لا يجوز تعديله الا بالطريقة المقررة لتعديل الدستور وذلك طبقا للمادة الرابعة من الدستور) . هذا القانون يقرر في مادته السابعة انه «ينوب ولي العهد عن الامير في ممارسة صلاحياته الدستورية حالة تغيبه خارج الدولة ، وفقا للشروط والاوزاع المبينة في المواد ٦١ ، ٦٢ ، ٦٣ ، ٦٤ من الدستور» .

نعود فنقول بأننا نستدل على صحة رأينا (بأن احكام تلك المواد تنطبق على نائب الامير (غير ولي العهد) بالآتي :

أولا - بالاضافة الى ما اوردناه سابقا من ادلة تثبت عدم انصراف احكام المواد الواردة بالمواد ٦١، ٦٢ ، ٦٣ ، ٦٤ ، فإننا نضيف ايضا ان الاحتجاج بأن نص المادة الرابعة من قانون توارث الامارة ، يعنى تطبيق الشروط والاوزاع المبينة في تلك المواد على ولي العهد (عند نيابته للامير) ، ان الاحتجاج بذلك يؤدي الى نتائج غير منطقية ، بل ويوصل الى متاهات غير متوقعة . فالقول والاحتجاج بذلك يعني أحد أمرين أو كليهما :

الأمر الأول : فهو يعني انه ينبغي تطبيق الشروط والاوزاع (الواردة بتك المواد من الدستور) وبذلك تكون المادة السابعة من قانون توارث الامارة قد جاءت معدلة للمادة ٦١ من الدستور - كما نفهمها بحق - بغير الطريق الدستوري الواجب اتباعه لهذا التعديل . أو - على الاقل - عدلت المادة ٦١ وتناقضت معها .

الأمر الثاني : وهو يعني اذا طبقت تلك الشروط والاوزاع ، الى اضافة شروط جديدة (لم ينص عليها الدستور أصلا) الى الشروط التي تطلبها الدستور ، فيمن يشغل ولاية العهد (بل وفي من يتولى مسند الامارة باعتبار ضرورة استيفاء الامير لشروط ولي العهد اصلا) .

ولتفصيل ما تقدم نستعرض الشروط التي تطلبها المادة ٦٢ في نائب الامير ، ثم الشروط أو الأوضاع التي تطلبها المادة ٦٤ فيه :

أ - شروط المادة ٦٢ :

باستعراض المادة ٥٢ نجد انها تحيل الى المادة ٨٢ من الدستور باسئراط ان تتوافر في نائب الامير ذات الشروط المنصوص عليها في تلك المادة الأخيرة .

وبالرجوع لتلك الشروط نجد انها خاصة بما يتوفر في عضو مجلس الامة وهي أربعة شروط (الجنسية الكويتية بصفة اصلية ، توفر شروط الناخب وفقا لقانون الانتخابات ، الا تقل سنه عن ثلاثين سنة ميلادية يوم الانتخابات ، اجادة قراءة اللغة العربية وكتابتها) .

وبمقارنة ذلك بشروط ولي العهد (طبقا للمادة ٤ من الدستور والمادة السادسة من قانون احكام توارث الامارة) ان يكون من ذرية مبارك الصباح (وهذه تتضمن الجنسية الكويتية الاصلية بالطبع) وان يكون (عاقلا رشيدا مسلما وابنا شرعيا لابوين مسلمين وان لا تقل سنه يوم مبايعته عن ثلاثين سنة ميلادية) .

فشروط الجنسية والسن متوفرة - الا انه يتبقى شرط من شروط المادة ٨٢ أو شروط عضوية مجلس الامة وهو شرط اجادة قراءة اللغة العربية وكتابتها .

فالقول بتمائل حالة ولي العهد (عند نيابته للامير) مع حالة نائب الأمير وبالتالي ضرورة توفر الشروط الواردة في المادة ٨٢ ، هذا القول يحتم ان نضيف الى شروط تعيين ولي العهد شرط اجادة قراءة اللغة العربية وكتابتها ، حتى يمكن ان ينوب عن الامير عند تغيبه خارج الامارة .

وبالرغم من ان هذا الشرط منطقي وبدهي التحقق عملا فيمن يرشح

لولاية العهد ، إلا أن اشتراط ذلك - من الناحية الدستورية - يعني اشتراط شروط جديدة في ولي العهد لم يتطلبها الدستور . وهذا مما لا يجوز أصلاً - إلا بتعديل دستوري - مما يعني في رأينا أن الشروط الواردة بالمادة ٦٢ انما تنطبق على نائب الامير (غير ولي العهد) فحسب ، ولا تنطبق في حالة نيابة ولي العهد عن الامير .

ب - شروط المادة ٦٤ :

تحيل المادة ٦٤ من الدستور ، الى الاوضاع المنصوص عليها في المادة ١٣١ من الدستور وإلى ضرورة انطباق احكامها على نائب الامير .

وبمراجعة هذه الاوضاع - الواجب اشتراط انطباقها على نائب الامير . نجد أنها تتحدث عن القيود الواردة على الوزير عند توليه الوزارة من حيث عدم توليه وظيفة عامة اخرى . . الخ .

وبمقارنة تلك القيود بشروط ولاية العهد ، (كما جاء بها الدستور) نجد أن الدستور لم يتضمن أية قيود مماثلة بالنسبة لولي العهد .

وهكذا فاننا اذا قلنا بضرورة تعميم أحكام وشروط نائب الامير (المنصوص عليها في المادة ٦٤) بحيث تنطبق على ولي العهد (كنائب للامير) ، فاننا نكون بذلك قد اضعفنا قيوداً مستمرة لم يتطلبها الدستور أصلاً ، على من يعين لولاية العهد ، باعتبار أن ولي العهد هو النائب الطبيعي - بحكم الدستور - - للأمير عند تغييه خارج الامارة .

ويظهر من العرض السابق انه مما يثبت أن احكام المواد ٦٢ ، ٦٣ ، ٦٤ لا تنطبق على ولي العهد (كنائب للامير) انه لا يمكن - دستورياً - تطبيق الشروط والاوزاع التي تستلزمها المادتان ٦٢ ، ٦٤ عليه .

ولذلك فانه ينبغي تفسير المادة السابعة من قانون احكام توارث الامارة بهذا المفهوم السابق . ولا ضير على المادة اذا فسرناها على ذلك النحو . فالمادة السابعة تحيل الى ما يمكن ان تكون تلك المواد (٦١ ، ٦٢ ، ٦٣ ، ٦٤) قد قررتها من شروط واوضاع يجب - بحسب التفسير الصحيح لتلك المواد - ان تنطبق على ولي العهد (كنائب للامير) .

والخلاصة - على ضوء ما تقدم - ان المذكرة التفسيرية بالنسبة لما اورده حول المواد ٦١ ، ٦٢ ، ٦٣ ، ٦٤ . انما تأتي بتفسير متعارض مع نصوص الدستور . بل وتأتي أو تضيف احكاما جديدة للدستور .

الفصل الثاني

تعارض المذكرة مع المبادئ الدستورية العامة (ضمانات الحرية)

بالإضافة الى ما سبق ان تحدثنا عنه من تعارض صريح بين بعض النصوص الدستورية وبين بعض ما جاء بالمذكرة التفسيرية بشأن تلك النصوص . وكذلك التعارض بين بعض ما جاء في تلك المذكرة وبين مقتضى نصوص الدستور والروح العامة المهيمنة على تلك النصوص .

نود ان نقرر في هذا الفصل أن ثمة تعارضاً بين بعض ما جاء بالمذكرة التفسيرية ، وبين المبادئ الدستورية العامة من ناحية ، وأن ثمة تعارضاً آخرأ بين القول بالزامية المذكرة وبين تلك المبادئ من جهة اخرى .

وسنقصر حديثنا هنا ، بالنسبة للمبادئ الدستورية العامة على مبدأين هما مبدأ علو الدستور ومبدأ الفصل بين السلطات .
ونتحدث (في مبحث اول) عن التعارض بين المذكرة التفسيرية وبين مبدأ علو الدستور ، ونتحدث (في المبحث الثاني) عن ذلك التعارض بينها وبين مبدأ الفصل بين السلطات .

وقبل ان نشرع في تفصيل ذلك ، نعهد لحديثنا بنبذة مختصرة عن مفهومنا للمبادئ الدستورية العامة .

المبادئ الدستورية العامة :

نقصد بتلك المبادئ الدستورية العامة ، تلك المبادئ الاساسية الدستورية التي يقوم عليها نظام الحكم الديمقراطي . والتي تُعد في ذات الوقت - ضمانات للحرية ، ومن هذه المبادئ مبدأ سيادة الامة ، ومبدأ الحكومة النيابية ومبدأ فصل السلطات ، ومبدأ علو الدستور (من خلال مبدأ المشروعية) ، ومبدأ حقوق الافراد فالديموقراطية الكلاسيكية (أو الحرة أو كما يسمونها احيانا الغربية) التي اتخذتها الثورة الفرنسية اساسا لدساتيرها كما كانت اساسا للانظمة الدستورية الديمقراطية الفرنسية التالية ، كما اتخذتها مثالا احتذته كثير من البلاد الاجنبية . وانظمة تلك البلاد - كما يقول استاذنا الجليل الدكتور عبد الحميد متولي - رغم بعض خلافاً تفصل بين دساتيرها ، نجدها رغم ذلك تبدو لنا بصفات مشتركة ، فهناك مبادئ عامة مشتركة فيما بينها^(٢٦) ولقد تبنت الدساتير المختلفة تلك المبادئ ، حتى أصبحت عامة بين الدساتير . ولا يقدح في عمومية تلك المبادئ ، ولا في اهميتها كضمانات للحرية ، أن الانظمة الدستورية تتفاوت في درجة الاخذ بكل مبدأ ، وتختلف في تشكيله حسب نظامها . وبما يتلاءم مع نظامها الدستوري .

لا يؤثر ذلك التفاوت وتلك الاختلافات في عمومية تلك المبادئ واهميتها . فهكذا دائماً تختلف تطبيقات الافكار ويتباين تجسيد المبادئ عن الافكار والمبادئ . الا ان الشرط الاساسي ألا يمسح التطبيق الفكرة ، والا يلغي التجسيد المبدأ .

(٢٦) راجع في ذلك استاذنا الدكتور عبد الحميد متولي - الحريات العامة ١٩٧٤ ص ٨٣ ، ٧٧ والوسيط ص ١٢٥ .

المبحث الأول

مبدأ علو الدستور ، والمذكرة التفسيرية

يعد الدستور حجر الزاوية في بناء الدولة القانونية ، بل ان «جلينيك» يقرر أن الدولة لا ترقى الى الحياة القانونية الا من اللحظة التي يصبح لها دستور . كما ان «كاريه دي ملبرج» يرى أن نشأة الدولة تتطابق مع وضع اول دستور لها . ويعتبر «اندرية هوريو» وضع دستور للدولة هو ظاهرة تدل بوجه عام - على بلوغ الدولة سن الرشد القانوني .

والنظام القانوني جميعه يرتكز على الدستور ، فالدستور هو أصل كل نشاط قانوني تمارسه الدولة ، لذلك فهو يعلو كافة أوجه هذا النشاط . إذ منه وحده تصبح هذه الأوجه صحيحة ، فهو القاعدة الاساسية التي يرتكز عليها النظام القانوني كما يقول «بيردو» .

ومبدأ علو الدستور هو أحد صور أو أحد مظاهر مبدأ المشروعية (أو مبدأ سيطرة احكام القانون) وهذا المبدأ الأخير يقصد به خضوع الجميع حكماً ومحكومين لسيطرة احكام القانون ، وأنه ليس لأية هيئة أو شخصية ان تأتي تصرفاً مخالفاً لاحكامه ، ومبدأ علو الدستور يعني ان تكون لأحكامه مثل هذه السيطرة ، وان يكون على المحكومين والحكام ، مثل ذلك الخضوع لما للدستور من أحكام فهو القانون الاعلى للبلاد .

وعلو الدستور ينتج عن كونه ينشئ السلطات في الدولة وينظم لها اختصاصاتها ، وبالتالي فهو يعلو عليها ، وعلى ذلك فان تلك السلطات لا يجوز لها ان تخالف الدستور ، والا تخلت في ذات الوقت عن سندها القانوني كما

يقول «بيردو» .

فللدستور طبيعتان : طبيعة ايجابية مانحة وهي انشاء الهيئات العامة ، ومنحها اختصاصاتها ، وطبيعة سلبية مانعة وهي وضع القيود والحدود على تلك الهيئات ، ووضع الوسائل التي بواسطتها يمكن الزام تلك السلطات عدم تخطي تلك الحدود .

وأهمية الدستور لا تنأت من مجرد وجوده ، وانما تكمن في تنفيذه واحترامه والتزام الجميع به . هذا الاحترام الذي يتجلى في عدم مخالفته من جانب السلطات العامة وذلك فيما تصدره من قوانين وقرارات واعمال . فلا معنى للدستور ولبدأ علو الدستور (كما يقول بيردو) إذا جاز لاجهزة الدولة ان تنتهك الدستور دون جزاء ، ولا بد اذن من وجود هذا الجزاء^(٢٧) . ويستمد الدستور علوه من ناحيتين ، ناحية موضوعية ، تتمثل في أن الدستور يحوي القواعد الاصلية التي يستمد منها النظام القانوني شرعيته وتحدد اختصاصاته ، وعلى اساس تلك القواعد يتم انشاء السلطات العامة ، ويتم تحديد اختصاصاتها ، فهو إذاً - أي الدستور - يعلوها ويعلو كل ما ينتج عنها من تصرفات ، ولا تستطيع مخالفته والا فقدت سندها .

وناحية شكلية : وهي العلو الشكلي الذي يتمثل في ان الدستور الجامد ،

(٢٧) انظر في آراء جلينيك واندرية هوريو - القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٧٥ لاندرية هوريو ص ١٣٢ ، وانظر كاريه دي ملبرج - بحث في النظرية العامة للدولة ١٩٢٠ الجزء الأول ص ٦٥ ، وانظر بيردو - القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٧٦ - الطبعة ١٧ - ص ٧٧ - ٩٨ ، وانظر مقال ادور كورين بعنوان «الدستور كأداة ورمز» منشور في مجلة العلوم السياسية الامريكية عدد ديسمبر ١٩٣٦ ص ١٠٧١ - وانظر الدكتور كمال ابو المجد - الرقابة على دستورية القوانين ص ٧٢ الهامش . وانظر في مبدأ علو الدستور ، استاذنا الدكتور عبد الحميد متولي - الوسيط ص ٢٩٥ وما بعدها .

يتطلب لتعديل نصوصه اجراءات وقيود خاصة تتصف بصعوبة وتعقيد لا يتوفران لتعديل القوانين العادية ، وعلى ذلك فان أية قواعد قانونية تقل في درجتها - بحسب ترتيب القواعد القانونية - لا تستطيع ان تخالف الدستور - وهو القاعدة أو القانون الاعلى - والا لكان معنى ذلك انها تعدل تلك القاعدة العليا ، وبالتالي تخل بالعلو أو السمو الشكلي للدستور .

وعلى ضوء ذلك ، فان الرأي القائل بالزامية المذكرة التفسيرية ، انما يتعارض مع مبدأ علو الدستور على الوجه التالي :

- (١) ان الدستور ذاته لم يسبغ على تلك المذكرة صفة الالزام . والقول بأن المذكرة جزء لا يتجزأ من الدستور ، أو انها تنتم له ، هذه الاقوال غير دستورية اصلا ، بمعنى ان الدستور لم يقل بها ولم تتضمنها نصوصه .
- (٢) بل ان القول بأن المذكرة التفسيرية قد وضعت بذات الطريقة التي وضع بها الدستور وعوملت ذات معاملته ، هذا القول يؤدي الى نتيجة غريبة : وهي ان لدينا إذاً دستورين لا دستور واحد . وذلك في حد ذاته مخالف لمبدأ علو الدستور الذي يعني اول ما يعني وحدة الدستور وتفرده .
- (٣) ولا يعفى من النتيجة السابقة القول بأن المذكرة التفسيرية هي «تفسير» للدستور ، فمصدر الزامها هو انها تفسير للنصوص الدستورية . لا يغني ذلك القول لاننا اوضحنا - فيما قبل - وسنوضح - فيما بعد - تعارض كثير مما جاء في المذكرة التفسيرية مع مبادئ التفسير السليم للنصوص الدستورية .

ولذلك فالقول بالزامية تلك التفسيرات المتعارضة مع صريح النصوص ومقتضاها وروحها ، القول بذلك يفضي الى تعديل للدستور - بغير ما اتباع لقواعد التعديل التي نص عليها الدستور ذاته . أي ان ذلك يعد تعارضا مع مبدأ علو الدستور .

ولا يحتاج تطبيق ذلك القول بالنسبة للمذكرة التفسيرية وتعارضها مع الدستور من حيث تفسيرها لبعض المواد ، لا يحتاج الى تكرار للامثلة الكثيرة التي ذكرناها مثل اباحة المذكرة للتفويض التشريعي على غير مقتضى من الدستور ، فهنا نجد مخالفة لمبدأ علو الدستور من ناحيته الموضوعية والشكلية ، من ناحيته الموضوعية ذلك ان الدستور قد انشأ السلطات ونظم اختصاصاتها . وحدّ حدودها ، وتلك السلطات مكلفة باختصاصاتها ، فهي ليست حقوقاً شخصية لها تتنازل عنها أو تفوضها لمن يشاء وعلى ذلك فتفويض البرلمان سلطته التشريعية - أو جزء منها - للسلطة التنفيذية ، انما هو اهدار لمبدأ علو الدستور من حيث انشائه لاختصاصات السلطة وتنظيمه لها^(٢٨) .

ونود ان نذكر هنا ان الدستور الكويتي قد أكد هذا العلو الموضوعي ، وأكد مبدأ علو الدستور حينما نص في المادة ٥٠ على انه «لا يجوز لأي سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه في هذا الدستور» .

فهذا الجزء من المادة ٥٠ ، انما يتصل بمبدأ علو الدستور بجانب اتصاله بمبدأ فصل السلطات ، فمعنى هذا الجزء أن الدستور قد أنشأ السلطات وحدد لها اختصاصاتها ، ولذلك فان أي نزول من جانب السلطات عن تلك الاختصاصات المحددة بالدستور - كلها أو بعضها - غير جائز ويعد مخالفاً لمبدأ علو الدستور ، وازضافة الى مخالفة التفسير الذي جاءت به المذكرة التفسيرية

(٢٨) بل أن الفقيه الفرنسي الكبير بيرد، وهو يقف ضد التفويض في السلطة ويراه خروجاً على السمو الموضوعي للدستور، ذهب إلى أن التفويض الذي حدث في إنجلترا فيه اعتداء على القواعد الدستورية الموضوعية، وذلك رغم أن الدستور الانجليزي دستور مرن، إلا أن يقال أن هذه القوانين التفويضية تحمل معنى التعديل الدستوري . مطول العلوم السياسية ١٩٥٠ الجزء الثالث ص ١٨٢ الى ١٨٤ . وكان البرلمان الانجليزي قد أعطى سنة ١٩١٤ تفويضاً للحكومة تواجه به الطوارئ الناجمة عن الحرب عن طريق اللوائح التشريعية العامة التي تصدرها وفي سنة ١٩٢٠ أصدر البرلمان قانون سلطة الطوارئ الذي يوسع سلطات الحكومة التي منحها لها سنة ١٩١٤ رغم انتهاء الحرب . انظر ذلك الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق . ص ٧٦ ، ٧٧ .

بالنسبة للتفويض التشريعي ، اضافة الى مخالفة ذلك التفسير للسمو أو العلو الموضوعي للدستور ، فانه ايضا مخالف للسمو أو العلو الشكلي للدستور ، من حيث تضمن ذلك التفسير ، تعديلا لأحكام النص الدستوري ، دون اتباع للاجراءات التي نص عليها الدستور لتعديل احكامه .

(٤) كما ان المذكرة التفسيرية بتضمنها - طبقا لمن يقولون بالزامها - احكاما جديدة لم يتضمنها الدستور بدعوى انها بذلك تكمل الدستور أو انها متممة له ، أو انها جزء لا يتجزأ منه . فإن ذلك يعد تعديلا للدستور بغير ما اتباع للاجراءات المقررة بالدستور .

ان تلك الاحكام الجديدة ، هي هدم لمبدأ علو الدستور - بشقيه الشكلي والموضوعي - وليست مجرد مخالفة لذلك المبدأ فحسب .

(٥) ويبدو التعارض بين القول بالزامية المذكرة ، وبين مبدأ علو الدستور ، يبدو هذا التعارض واضحا فيما تحويه المذكرة من احكام جديدة أو تفسيرات معارضة للدستور ، وذلك اذا طعن بعدم دستورية نص قانوني .

فجوهر مبدأ علو الدستور - ان نعطي احكامه على كل احكام ، والبناء القانوني - كما يقول هانز كلسن - يقوم على مبدأ التدرج الهرمي للقواعد القانونية . فكل قاعدة قانونية تستمد قوتها وشرعيتها من قاعدة قانونية تعلوها في المرتبة . والدستور هو قمة هذا الهرم . والرقابة على دستورية القوانين هي الوسيلة التي يمكن بواسطتها المحافظة على بقاء الدستور في قمة هذا الهرم . وذلك بصور القواعد القانونية الأدنى - القوانين - مطابقة له وبالتالي تؤكد الرقابة مبدأ الشرعية^(٢٩) فأين - أولا - سنضع المذكرة التفسيرية في هذا التدرج

(٢٩) راجع نظرية هانز كلسن «النظرية القانونية الخالصة» باريس ١٩٠٨ وانظر كادار - النظم السياسية والقانون الدستوري ١٩٧٥ الجزء الأول ١٤٦ ، ١٤٧ .

المهرمي - وهي مخالفة في احكام وتفسيرات للدستور - هل سنضعها أعلى من الدستور ، أم ادنى من الدستور ، وعلى أي اساس - خاطيء في الحالين - سنضعها هذا الموضع أو ذاك ؟

وما الحل - ثانيا - اذا وضعنا نصب اعيننا مبدأ علو الدستور ، الذي على اساسه تطبق الرقابة على دستورية القوانين ، ثم عرض علينا نصّ قانوني يتعارض مع الدستور ، ولكنه يتطابق مع ماجاءت به المذكرة التفسيرية . أي انه يستمد قوته من المذكرة التفسيرية ومن مجرد القول بالزامها ؟ ان مبدأ علو الدستور يقتضي في هذه الحالة اهدار أي نص قانوني مخالف له ، وإن المبدأ لا يعتد - حينئذ - بأن هذا النص قد استند الى المذكرة التفسيرية ، ولا الى ما ينسب اليها من الزام .

المبحث الثاني مبدأ فصل السلطات والمذكرة التفسيرية

مبدأ فصل السلطات من المبادئ الدستورية الاساسية التي تقوم على اساسها الانظمة الديمقراطية (الغربية بوجه عام) وهو يرتبط في الذهن بمونتسكيو ومؤلفه الشهير (روح القوانين) والمبدأ كما يظهر من حرفة الفاظه يعني عدم تجمع سلطات الدولة في يد فرد واحد أو هيئة واحدة . وفي ذلك يقول مونتسكيو «انها تجربة خالدة ان كل انسان يتولى السلطة ينزع الى اساءة استعمالها حتى يجد حدا يقف عنده . ان الفضيلة ذاتها تحتاج الى حدود . ولكي لا يساء استعمال السلطة يجب ان توقف السلطة سلطة اخرى . . اذا اجتمعت السلطة التشريعية مع السلطة التنفيذية في يد هيئة واحدة أو يدي شخص واحد زالت الحرية» (٣٠) .

(٣٠) راجع في تفصيلات المبدأ وآراء مونتسكيو - اندريه هوريو - المرجع السابق ص ٢٣٥ وما بعدها . راجع ايضا استاذنا الدكتور عبد الحميد متولي الوسيط سنة ١٩٥٦ - المرجع السابق ٢١٧ وما بعدها . والحريات العامة - المرجع السابق ص ٨٣ وما بعدها .

وقد نادى الكثيرون من المفكرين بضرورة توزيع السلطة منعاً من استبدادها مثل «لوك وباربيراك وبورلاماكي» وغيرهم ، كما نادى ارسطو بالوظائف الثلاثة في الدولة وانه لكي يكون الحكم صالحاً يجب ان تسند الوظائف في الدولة الى السلطات المختلفة .

ولقد فهمت بعض الانظمة المبدأ فهماً جامداً مما يتعارض مع الغاية منه . فهذا المبدأ كما قرره مونتسكيو لا يقصد به الفصل التام (أي العزلة) بين السلطات ، ثم هو يرمي الى ايجاد توازن وتعاون بين الهيئات السياسية (أي الهيئات الحاكمة والبرلمان) - كما يقول استاذنا الدكتور عبد الحميد متولي - وذلك هو التفسير الصحيح السليم للمبدأ، الذي يأخذ به كبار الفقهاء القانون العام امثال بارتلمي وبيردو ولا فاريير وفيديل . وهذا الفهم السليم للمبدأ لا يرى فيه قاعدة قانونية جامدة ، انما يرى فيه - كما يقول بارتلمي - أداة لعدم تركيز السلطة في يد واحدة^(٣١) وفي بداية الفصل الاول (الاحكام العامة) في الباب الرابع الخاص بالسلطات ، في الدستور الكويتي نصت المادة (٥٠) على انه «يقوم نظام الحكم على اساس فصل السلطات مع تعاونها وفقاً لاحكام الدستور . ولا يجوز لأي سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليها في هذا الدستور ثم تحدثت المواد الثلاث اللاحقة عن السلطة التشريعية ، ثم التنفيذية ثم القضائية .

واذا كان الدستور الكويتي قد اقام نظام الحكم على اساس فصل السلطات مع تعاونها ، ثم اعقب ذلك بعدم جواز نزول اية سلطة عن كل أو بعض اختصاصاتها المحددة بالدستور . فانه يكون بذلك قد وفق في اتباع الفهم الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات . هذا الفهم الصحيح والمنطقي الذي على اساسه يعني المبدأ ، تقسيم أو توزيع السلطات لا الى فصلها فصلاً

(٣١) راجع استاذنا الدكتور عبد الحميد متولي - القانون الدستوري الانظمة السياسية ١٩٧٥ ص ١٧٧ والوسيط ص ٢٢٢ .

جامدا . كما وفق ايضا في استهداف ذات هدف ذلك الفهم الصحيح للمبدأ ،
الذي يتمثل في منع تجميع السلطات في يد هيئة واحدة درءاً لاستبدادها اذا
تركزت السلطة في يدها .

وهذا التجميع للسلطات في يد هيئة واحدة ، لا يتأتى هكذا مرة واحدة
بحيث يظهر هذا التعارض بينه وبين مبدأ الفصل صارخا واضحا جليا .
وذلك بواسطة نزول سلطة معينة «كلية» عن اختصاصاتها المحددة بالدستور .

بل يتأتى هذا التعارض - بصورة غير صارخة - بواسطة النزول
«الجزئي» ، وعن طريق التدرج الهادىء . أي بتنازل السلطات عن «بعض»
اختصاصها المحدد بالدستور . وهذا ما عناه الدستور الكويتي - فيما نرى -
بايراده لفظ «بعض» في المادة (٥٠) .

وهذا النزول «البعضي» هو ما قررنا - في موضع سابق من هذا البحث -
انه هو التفويض التشريعي .

أولا - وفي هذا فان ما قررته المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي ، من اباحة
لهذا التفويض ، يعد مخالفا للنص الدستوري من ناحية ، ولبدأ الفصل بين
السلطات كمبدأ من المبادئ الدستورية العامة التي يقوم عليها نظام الحكم
الديموقراطي .

وهذا الذي قررته المذكرة التفسيرية لا يعد مخالفا لجوهر مبدأ فصل
السلطات فحسب بل يعد كذلك مخالفا للمبدأ من حيث كونه ضمانا من
ضمانات الحرية .

فمبدأ فصل السلطات يعد من اهم ضمانات الحرية التي تقرها
الدساتير . وقد حرص الدستور الكويتي في مادته (١٧٥) على ان ينص على

عدم الانتقاص من تلك الضمانات فلم تحجز تلك المادة أي اقتراح بتنقيح تلك الضمانات ما لم يكن التنقيح خاصا بالمزيد من ضمانات الحرية .

ثانياً - ومن ناحية اخرى فان القول بالزام المذكرة التفسيرية ، وبالتالي ما قرره بشأن تشكيل المحكمة الدستورية تشكيلا مختلطا ، يعد بجانب تعارضه مع نص المادة ١٧٣ الذي يقضي بتشكيل تلك المحكمة تشكيلا قضائيا - كما

سبق ان اوضحنا - يعد متعارضا مع مبدأي علو الدستور وفصل السلطات ، حيث يعد القول بالزام تفسير المذكرة التفسيرية ، ان هذا التفسير - حتى ولو تعارض مع الدستور - يعد ملزما للسلطات العامة ومن بينها السلطة القضائية .

وقد سبق ان بينا ان ذلك مخالف لمبدأ علو الدستور من حيث ان السلطة القضائية - عامة - والمحكمة الدستورية - خاصة - مطالبة بتغليب النص الأعلى واهدار ما يخالفه من نصوص أو تفسير لتلك النصوص .

كما ان القول بالزام تفسير المذكرة التفسيرية ، بالنسبة لتفسيرها للمادة ١٧٣ ، ومن حيث ما ذهبت اليه المذكرة التفسيرية في هذا الشأن من تشكيل المحكمة الدستورية تشكيلا مختلطا ، يعد كل ذلك متعارضا مع مبدأ فصل السلطات ، وعدم جواز نزول تلك السلطات عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه في الدستور ، على النحو التالي :

١ - ذلك ان عدم جواز نزول السلطات عن كل أو بعض اختصاصها ، لا يعني فحسب تنازل تلك السلطة عن هذا الاختصاص - كله أو بعضه - أي يعني تصرفا «ايجابيا» منها يؤدي الى تلك النتيجة . وهي النزول عن بعض اختصاصاتها .

بل هو يعني كذلك الوجه الآخر ، أي اقتطاع هذا الاختصاص منها ، حتى ولو لم تتنازل هي بتصرف ايجابي عنه .

فمفهوم عدم النزول اذاً يعني :

- أ - الا تتنازل سلطة عن اختصاصها (أي باعطائه أو اقتطاعه).
- ب - وألا تتعدى سلطة حدودها فتقتطع من سلطة أخرى اختصاصها (أي بأخذه أو اقتطاعه) .

وبغير هذين المعنيين لعدم النزول عن الاختصاصات ، لا يستقيم معنى «النزول» ولا يستقيم بالتالي معنى مبدأ الفصل ، ويتحقق الهدف من ورائه . وعلى ذلك فما ذهب اليه المذكرة التفسيرية من تشكيل المحكمة الدستورية تشكيلاً^١ - يعني ذات النتيجة التي يجرّمها مبدأ الفصل ، وهو أن جزءاً من اختصاص السلطة المحدد بالدستور (وهي هنا السلطة القضائية واختصاصها هو أن تفصل في المنازعات بشأن دستورية القوانين) هذا الجزء سوف يقتطع منها ، ولا يهمننا - هنا - الى من سيذهب هذا الجزء المقتطع (ولو انه في مثالنا هذا سوف ينتهي في النهاية الى زيادة اختصاص كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية باشتراكها في تشكيل المحكمة الدستورية تشكيلاً مختلطاً وفي تمثيل كليهما في هذا التشكيل) .

٢ - كما ان القول بالزام المذكرة التفسيرية يؤدي ايضاً الى افتئات على وظيفة السلطة القضائية عامة - والمحكمة الدستورية خاصة - من حيث أن هذه السلطة هي المختصة اصلاً بتفسير النصوص التشريعية حتى تستطيع ان تفصل فيما يعرض عليها من نزاع بشأن تطبيقها . فالسلطة القضائية في ادائها لوظيفتها بانزال حكم القانون على النزاع المعروض عليها ، مطالبة بتفسير تلك النصوص التشريعية - بمختلف انواعها مادام لم يمنعها نص من القيام بذلك - والمحاكم عندما تتصدى لواجبها في القيام بتفسير النصوص - فيما يعرض عليها

- من أقضية - انما تقوم بذلك على الاسس المستقر عليها بالنسبة لأصول التفسير . وهي في اطار ذلك لا يقيدھا قيد خارجي ، الا اذا كان هذا القيد هو تفسير تشريعي ملزم ، أو تفسير قضائي ملزم (من درجة اعلى ملزمة ، أو وفقا لنظام السوابق القضائية في الانظمة التي تأخذ بذلك) .

والتفسير الذي جاءت به المذكرة التفسيرية - على ما سبق ان بينا - ليس تفسيراً رسمياً ملزماً . وانما هو مجرد وجهة نظر في التفسير ، للمحكمة ان تأخذ به اذا كان متفقاً مع اسس التفسير السليم للنص ، وللمحكمة ان تطرحه اذا كان غير ذلك .

وعلى ذلك فان القول بالزام ذلك التفسير ، يعد مخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات ، من حيث انه بذلك يؤثر تأثيراً كبيراً بل وينتقص من اختصاصات السلطة القضائية ، تلك الاختصاصات التي لا يجوز لها النزول عنها (بالمعنى السابق توضيحه وهو انه لا يجوز لها النزول عنه (باعطائه) ولا يجوز لها النزول عنه (بأخذه ، أو اقتطاعه منها) .

الفصل الثالث

التعارض بين المذكرة التفسيرية وبين كل من : أصول التفسير ، وشروط العرف الدستوري

نتناول هذا التعارض في صورتيه في مبحثين اولهما تعارض تفسير المذكرة مع اصول التفسير ، وثانيهما عدم امكان اعتبار بعض ما جاء بها ملزماً كعرف دستوري ، وذلك لتعارضه مع شروط العرف الدستوري ثم نتناول في مبحث ثالث (مستقل) موضوع استقرار العمل على غير مقتضى المذكرة التفسيرية .

المبحث الاول

المذكرة التفسيرية واصول التفسير

لقد اوضحنا من قبل ونحن نعرض لحالات التعارض بين ما جاء بالمذكرة التفسيرية وبين نصوص الدستور ، اوضحنا تعارض التفسير الذي اوردته المذكرة التفسيرية مع اصول التفسير السليم ، سواء من حيث تعارض ذلك التفسير مع مقتضى النص ، أو مع روح النص ، أو الروح المهيمنة على نصوص الدستور جميعها .

واذا ركزنا الآن على تعارض تفسير المذكرة مع اصول التفسير للنصوص القانونية ، فاننا نقرر في البداية أن النصوص الدستورية - والتشريعية بصفة عامة - تحيى عادة في صورة موجزة وعبارات مختصرة .

والنصوص الدستورية - وغيرها من النصوص التشريعية - قد وضعت وصيغت ، لا لتحفظ بين طيات وثائقها ، وانما لتُنْفَذَ ، ولتحيا من خلال نفاذها .

والاصل أن تأتي تلك النصوص واضحة - رغم إيجازها - جلية رغم اختصارها ، وعلى ذلك فهي لا تحتاج الى جهد كبير في تفسيرها ، فهي تفسر ذاتها بذاتها ، فإذا تناولها التفسير هنا فهو نوع من التفصيل (أي ذكر التفصيلات للنص) وهذه التفصيلات لم يتناولها النص - أو يفترض ألا يتناولها - لأن النصوص تتصف بالإيجاز ، كما اسلفنا . وهذا ما يقرره الفقهاء كشروط أو أصول للتفسير ، حين يقررون أن التفسير لا يكون الا حيث تكون النصوص غامضة ، اما اذا جاءت واضحة فلا حاجة للتفسير .

كما ان عمل التفسير انما يقتصر على توضيح غامض النص - في حالة غموضه - أي البحث عن حقيقة معناه . وهو - أي التفسير - انما ينطلق اذاً من النص ، فهو الاساس في التفسير .

واذا تباينت اتجاهات تفسير النصوص التشريعية عامة - كما يصفها الفقه - بين اتجاهات قديمة (مدرسة الشرح على المتون) تلتزم بالاتجاه الى الكشف عن قصد المشرع الحقيقي وقت وضع التشريع ، وبين اتجاهات حديثة ، يقيم بعضها صلة بين تطور التفسير وتطور الظروف الاجتماعية (المدرسة التاريخية أو الاجتماعية) فيمكن على اساسها اقامة التفسير على اساس نية أو قصد المشرع المحتملة وقت تطبيق التشريع ، ويدعو بعضها الآخر الى اتباع منهج البحث العلمي في التفسير (مدرسة سالي) يمكن على اساس هذا المنهج - في حالة عدم وجود ارادة حقيقية للمشرع - يمكن الاستعانة بالاصول الفكرية والواقعية التي تكمن في جوهر القانون . وسواء اختلفت الاتجاهات بالنسبة لتفسير القواعد الدستورية - بصفة خاصة - بين اتجاهات تجعل الاعتبار كل الاعتبار للنص وحده ، واتجاهات تجعل للاعتبارات السياسية (الظروف عند تطبيق النص) اثرا في التفسير^(٣٢) ورغم كل هذه الاتجاهات المختلفة ، فان الاساس المنطقي

(٣٢) انظر في موضوع التفسير تفسير القاعدة الدستورية - الدكتور رمزي الشاعر - المرجع السابق ص ٢٧٩ وكذلك في اصول التفسير والاتجاهات العامة - كما اثبتناها في المتن - ص ٣٢٩ وما =

للتفسير هو الانطلاق أصلاً من النص وعدم تجاوز اصول التفسير السليم ، وعدم تجاوز معنى النص ، أو خلق قواعد جديدة تحت ستار التفسير .

فالمفسر - بداهة - ليس مشرعاً جديداً ، ولو كان الامر كذلك ، لكان الأولى - في النصوص التشريعية - ان نعود بالامر الى صاحبه كي يتولاه بالتفسير التشريعي الملزم ، وبذلك يصبح المفسر مشرعاً ، والتفسير تشريعاً جديداً للتشريع الغامض : أو لكان الأولى - بالنسبة للنصوص الدستورية - ان نلجأ في تفسيرها الى ما قرره تلك النصوص من جهات تتولى تفسيرها .

نقصد من ذلك ، اننا نحصر حديثنا هنا على التفسير كمجهر ، كموضوع يجب ان يقوم على المنطق وعلى اصول ثابتة اولها - كما قررنا من قبل - انه لا حاجة اليه عند وضوح النص ، وثانيها ان التفسير ينبغي ان يلتزم بالاطار الفني السليم للتفسير فلا يتم تأويل النصوص تأويلاً غير صحيح ، ولا يبتدع قواعد جديدة لم تقل بها النصوص ، ولا يصبح التفسير - كما قلنا - مشرعاً دستورياً آخر .

فاذا قارنا كل ما عرضناه بالنسبة للتفسير ، مع ما سبق ان عرضناه من امثلة لتعارض تفسير المذكرة التفسيرية مع النصوص الدستورية ، لوجدنا ان المذكرة التفسيرية تتعارض تعارضاً كاملاً - في تفسيراتها - مع الاصول السليمة للتفسير .

ولا نريد ان نكرر ما قلناه عن هذا التعارض من قبل . لكننا نذكر ببعض الامثلة :

١ - فليس من التفسير في شيء ان تقرر المادة ١٧٣ بشأن المحكمة الدستورية انها جهة قضائية ثم تأتي المذكرة التفسيرية فتقرر ان تفسير تلك المادة يعني التشكيل المختلط .

= بعدها - وتراجع بصفة عامة مؤلفات المدخل للقانون ، واصول القانون ، وخاصة لاستاذنا المرحوم الدكتور عبد الحي حجازي سنة ١٩٧٢ .

٢ - وليس من التفسير في شيء ان تحظر المادة (٥٠) أي نزول (كلي أو جزئي) من اية سلطة عن اختصاصاتها المحددة بالدستور ، ثم تأتي المذكرة التفسيرية فتفسر ذلك على انه اباحة للتفويض التشريعي في أمر من الامور .

٣ - وليس من التفسير في شيء ان تفرق المادة (٦١) بين ولي العهد (كنايب للامير) وبين نائب الامير (غير ولي العهد) وتأتي المذكرة التفسيرية لتعمم الحكم عليها وتقرر جواز تحديد الصلاحيات بمقتضى الامر الاميري .

٤ - وليس من التفسير في شيء - فيما نرى - ان تقرر المذكرة في تصورها العام لنظام الحكم في تعليقها على بعض النصوص ، ان تقرر ضرورة التوسع في تعيين الوزراء من اعضاء مجلس الامة ، على اساس الالتزام بأصول النظام البرلماني وعلى اساس ان الدستور يمنح الى هذا النظام . والمذكرة التفسيرية - وقد نفينا عنها صفة الالتزام في تفسيراتها - وجردناها من ذلك الظن الذي يغير من طبيعتها - تعود الى كونها مجرد تفسير عادي غير ملزم ينبغي ان يلتزم هو بأصول التفسير السليم ، حتى نلتزم نحن بتفسيراته ، لا على انه تفسير ملزم مسبقا ، بل على انه تفسير سليم النصوص .

وعلى ذلك - فنقول مرة اخرى - اننا لسنا ضد المذكرة التفسيرية كمذكرة تفسيرية ، أي ضد أي تفسير يرد بها ، وانما نحن مع ما يرد بها من تفسير - في بعض المواضع - ويكون متفقا مع الاصول السليمة للتفسير ولكن لا يعني ذلك ان ذلك ناتج عن الزام المذكرة ، بل هو ناتج عن أن هذه الجزئية من تفسير المذكرة أو تلك متفقة مع اصول التفسير السليم فحسب . هذا التفسير السليم الذي يحدده الفقه - بحق - بانه «بيان معنى النص على ان يكون هذا المعنى مما تحتمله عبارته وفقا للاصول القانونية الخاصة بالتفسير وطرق الدلالات المختلفة»^(٣٣) .

(٣٣) راجع استاذنا المرحوم الدكتور عبد الحي حجازي والمرجع السابق - ص ٥١٠ .

المبحث الثاني المذكرة التفسيرية وشروط العرف الدستوري

نتحدث هنا عن موضوع العرف الدستوري،. ونحب أن نوضح اننا نقصد بالحديث عن موضوع العرف الدستوري وشروطه - وذلك خلال تناولنا لموضوع المذكرة التفسيرية وبيان مدى الزامها - نقصد انه لا علاقة بين القول بالزام المذكرة التفسيرية - كمذكرة تفسيرية - وبين الالزام المرتبط ببعض انواع العرف الدستوري .

ذلك ان الزام التفسير انما ينبع من كونه تفسيراً تشريعياً ملزماً ، أو تفسيراً قضائياً ملزماً (بنص يوجب ذلك الالزام في الحالتين) وإما ان ينبع هذا الالزام من ان التفسير - في غير الحالتين السابقتين - يأخذ الزامه من الزام النص ، فالتفسير هو معنى النص ، والنص ملزم من خلال معناه . فاذا عرضنا ذلك بالنسبة للمذكرة التفسيرية ، فان ما ورد بها كمعنى منطقي سليم للنصوص فهو تفسير ملزم ، وليس إلزامه نابعا من انه بين دفتي المذكرة ، بل الزامه من انه هو معنى النص . وبتناول بعد ذلك علاقة تفسير المذكرة التفسيرية بالعرف الدستوري .

١ - وعلى النحو السابق فاذا جرى العمل على تفسير ما - قائم على اصول التفسير السليمة - لنص ما فان جريان العمل هذا ، لا يعد عرفاً دستورياً مفسراً . بل يعد مجرد تفسير للنص لا اكثر ولا أقل .

ولذلك فنحن لم نتفق - كما بينا في موضع سابق - مع الرأي القائل بأن بعض ما جاء بالمذكرة يستند الزامه الى العرف الدستوري المفسر الذي اعتمد في نشوئه كذلك على ما ورد بالمذكرة وكان ذلك الحديث بمناسبة مناقشة ذلك الرأي لموضوع حالات الامر الاميري الثلاث التي اوردها المذكرة التفسيرية وان العمل قد جرى على التقيد بتلك الحالات^(٣٤) .

وقد سبق ان قلنا رداً على ذلك ان الامر لا يحتاج الى عرف دستوري مفسر ولا الى رد سبب التقيد بتلك الحالات الثلاث الى العرف الدستوري المفسر . ذلك ان ممارسة رئيس الدولة لسلطته - عن طريق الاوامر الاميرية - انما استمدت الزامها من صريح النصوص الدستورية ذاتها في حالتين ، ومن طبيعة الموضوع في الحالة الثالثة (تعيين رئيس مجلس الوزراء) باعتبار انه لا يمكن ممارسة سلطة تعيينه بواسطة المرسوم الاميري .

كما انه - وكما اوضحنا مسبقا - لا يمكن الموافقة على الرأي القائل بأن دخول كثير من اصحاب المهن الحرة ولا سيما التجار في صفوفها يمكن معه القول بقيام عرف دستوري مفسر مؤداه ان المادة المذكورة (١٣١) تجيز اختيار الوزراء من بين اصحاب المهن الحرة .

فقد اوضحنا من قبل ان اختيار تلك الفئات للتعيين في الوزارة ، انما هو تطبيق للتفسير السليم للنص الواضح ، الذي يفسر ذاته بذاته ، وان الالتزام هنا انما يستمد من ذلك التفسير السليم للنص وليس مرجعه عرفا دستوريا ، (فالنص واضح لا يحتاج الى عرف مفسر) كما ان مرجع الالتزام ليس هو مجرد وجود ذلك التفسير في المذكرة التفسيرية .

(٣٤) راجع رأي الدكتور بدر يعقوب - البحث سابق الاشارة اليه ص ٥١ .

٢ - اما اذا كان النص غامضاً ، وجرى العمل على تفسيره - تفسيراً سليماً - فان هذا لا يعد عرفاً تفسيرياً ، الا اذا توفرت له كل شروط العرف التفسيري ، من حيث عدم تعارض التفسير مع نصوص الدستور وروحها ومقتضاها ، ومن تكرار للعمل ، وتقبل السلطات لذلك وان يستقر في يقينها انه اضحى عرفاً تفسيرياً ملزماً .

فاذا حاولنا تطبيق ما تقدم على ما جاء بالمذكرة التفسيرية في مواضع مختلفة من تفسيرات ، فانها لا ينطبق عليها شروط العرف الدستوري ، من حيث مخالفتها أو تعارضها مع نصوص الدستور ومن حيث عدم استقرار العمل بها (ويكفي تعارضها مع نصوص الدستور فحسب) فسوضح - فيما بعد - عدم جريان العمل على الالتزام بما يقرره البعض من ان العمل قد جرى على الالتزام بتلك التفسيرات . وفي يقيننا ان النصوص الدستورية الكويتية تتميز - بوجه عام - بالوضوح والابتعاد (بقدر كبير) عن الغموض .

٣ - هذا من جهة العرف المفسر ، اما من ناحية ما يسمى بالعرف الدستوري المكمل ، وامكان نشوئه في ظل الدستور الجامد - كما يقرر معظم الفقهاء - فانه على فرض قيام مثل هذا العرف في ظل الدستور الكويتي . فان مرد الالتزام به لا يكون باعتبار ان المذكرة التفسيرية - في بعض ما جاءت به - قد اوردت شيئاً ، وانه بذلك يكون ملزماً باعتبار ان المذكرة ملزمة ، ولا يكون مرد الالتزام به - أي بالعرف - من ناحية أخرى ، الى أن مجرد ورود هذا الشيء بالمذكرة التفسيرية ، يمكن ان يكون الركن المادي للعرف .

وانما مرد الالتزام به ، هو أن العرف ، انما يكمل بعض الامور اللازمة للكيان الدستوري ، بمعنى انه ينظم أموراً لا يعد تنظيمها مخالفاً للدستور .

ونحن اذ نقول بالزام مثل هذا العرف - مع توافر كل شروطه - فاننا ننضم الى الآراء الفقهية القائلة بأن ذلك العرف يعد في مرتبة القوانين العادية فحسب^(٣٥) .

وعلى اساس ذلك ، كنا قد حللنا من قبل موضوع امتناع أو تقييد افراد الاسرة الحاكمة عن ترشيح انفسهم في الانتخابات ، وتساءلنا - حينذاك - هل يعد ذلك الامتناع قائما - من حيث الزامه والتزامهم به - على اساس العرف (وتساءلنا ايضا هل يعد امتناعهم من قبل صدور الدستور الحالي ، وفي ظل انتخابات المجلس التأسيسي وما بعدها ، هل تعد تلك سوابق مكونة لاركان العرف^(٣٦) .

ونحن عندنا نتساءل عن إمكان اعتبار ان ذلك القيد مرد الزامه الى العرف ، فاننا نقول بان مثل ذلك العرف لا يؤدي الى تعديل للدستور ومخالفة لأحكام نصوصه سواء باضافة اختصاص لاحدى السلطات ، أو حذف اختصاص منها مقرر في الدستور ، فالعرف هنا (اذا كان هو اساس الزام ذلك القيد) ، فانه يكون كذلك باعتبار ان الشعور قد استقر في ضمير الجماعة - حكاما ومحكومين - بوجوب احترام ذلك السلوك المتعارف عليه واعتباره ملزما .

(٣٥) راجع استاذنا الدكتور عبد الحميد متولي - الوسيط - المرجع السابق - ص ١٢٢ ويقسم استاذنا العرف الى مفسر ومعدل ويقرر ان العرف المكمل يعد في نظر البعض صورة من صور العرف المفسر وفي نظر البعض الآخر ينطوي على اضافة للدستور فهو اذاً - في نظرهم - يعد صورة من صور العرف المعدل للدستور (بالاضافة) .

(٣٦) يقرر استاذنا الدكتور عبد الحميد متولي في حديثه عن (العرف المفسر) ان العرف السابق (على صدور الدستور) يؤخذ به على انه وسيلة من وسائل تفسير الدستور ، أي انه يؤخذ به ما لم يكن بداهة منافيا للمبادئ العامة التي قام على اساسها الدستور الجديد وما لم ينص هذا الدستور الجديد صراحة على ما يناقض ذلك العرف السابق الوسيط (١١٥) .

٤ - اما بالنسبة للعرف المعدل الذي يتبدع احكاما جديدة ليست مقررة اصلا بالدستور . فاننا نلاحظ ان من تناولوا صلة موضوع العرف بالمذكرة التفسيرية قد انقسموا الى عدة اتجاهات :

اولا : فهناك اتجاه يقرر بالنسبة لبعض المواضع على الاقل - ان العرف اساس الزام تلك الاحكام وقد تناولنا تفنيد ذلك الرأي (عند مناقشة العرف التفسيري فيا سبق) .

ثانيا : وهناك اتجاه ينفي عن المذكرة التفسيرية أي ارتباط مع العرف ، فيما يتعلق بالقوة الالزامية التي يقرر انها تتمتع بها . ويقرر هذا الاتجاه الى ان العرف لم يعط للمذكرة التفسيرية هذه القدرة . لأنها - أي المذكرة - تستمد قوتها الملزمة لكافة السلطات من ظروف وضعها المطابقة لظروف وضع الدستور ، كما انها أي المذكرة - طبقا لهذا الاتجاه - كانت ملزمة قبل قيام العرف الذي يقول (الاتجاه الاول) انه اعطاها قوتها الالزامية^(٣٧) .

ثالثا : وهناك اتجاه ثالث يقرر انه «رغم ان المفهوم التقليدي للمذكرات التفسيرية ، انها تقتصر على ايضاح مدلول النص وحقيقته وقصد المشرع منه ، بحيث لا تستطيع ان تضيف الى التشريع احكاما جديدة أو تعدل في الاحكام التي يتضمنها ، واذا خرجت على ذلك تجردت من كل قيمة قانونية . واذا كان هذا هو مفهوم المذكرات الايضاحية أو التفسيرية ، فان المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي الصادر في سنة ١٩٦٢ تحتوي احيانا على اضافات جوهرية الى نصوص الدستور ، ومع ذلك استقر العرف الدستوري على اعطائها الطابع الملزم المفسر لنصوص الوثيقة الدستورية والمكمل لها» كما يقرر هذا الاتجاه في موضع آخر «ان المشرع الدستوري الكويتي في ظل دستور سنة ١٩٦٢ حيث لجأ عن طريق المذكرة التفسيرية الى اعطاء تفسيرات تشريعية ملزمة لنصوص الوثيقة الدستورية ولقد تضمنت المذكرة التفسيرية في ختامها هذا المعنى كما ايده

(٣٧) د. عادل الطبطبائي - البحث سابق الاشارة اليه ص ٢٥٠ وكذلك المبادئ الدستورية العامة سنة ١٩٨٠ ص ٤٧ ، ٤٨ وانظر ايضا ص ٤٠ بالنسبة للعرف المفسر .

العرف الدستوري الذي استقر على اعطائها الطابع الملزم المفسر لنصوص الوثيقة الدستورية^(٣٨).

ونحن اذا كنا قد بينا - فيما سبق - اختلافنا مع الاتجاه (أولا) كما اختلفنا مع الاتجاه (الثاني) في القول بالزام المذكرة وانها تستمد ذلك من ظروف وضعها . فاننا نختلف - حقيقة - مع الاتجاه (الثالث)^(٣٩) من عدة نواحي :

أ - فلا يمكن ان يكون العرف عرفاً - طبقاً للرأي الغالب في الفقه - اذا تعارض مع احكام الدستور ، وذلك كما اذا اضاف اضافات جوهرية الى احكام الدستور ، وكانت هذه الاضافات متعارضة مع النصوص الدستورية (وقد مثلنا في مواضع سابقة لهذا التعارض).

ب - انه على فرض عدم التعارض مع الدستور، فانه لم يستقر العرف على اعطاء تلك الاضافات الطابع الملزم المفسر لنصوص الوثيقة الدستورية ، فلم تتبعها السلطات بصورة مستمرة ومستقرة ، ولم يستقر في اذهانها انها ملزمة (وقد اوضحنا ذلك في مواضع سابقة وستحدث عنها مرة اخرى عند الحديث على عدم جريان العمل بما جاء بالمذكرة) .

ج - ثم انه ليس صحيحاً في رأينا ان المذكرة التفسيرية تعد تفسيراً تشريعياً ملزماً لجأ اليه المشرع الدستوري عن طريق المذكرة التفسيرية . وقد بينا من قبل تهاوي الحجة القائلة بأن ظروف وضع المذكرة التفسيرية مطابقة لظروف وضع الدستور ، وانها بذلك تعد ذات صبغة رسمية أو انها تعد متممة للدستور أو جزءاً منه ، وعلى ذلك فهي من باب اولى لا تعد تفسيراً تشريعياً ملزماً . (وستحدث عن ذلك مرة اخرى عند الحديث عن تكييف المذكرة التفسيرية) .

(٣٨) انظر الدكتور رمزي الشاعر - النظرية العامة للقانون الدستوري سنة ١٩٨٣ - المرجع السابق ص ٢٥٠ ، ٢٩٠ .

(٣٩) انظر المرجع السابق ص ٢٥٤ ، حيث يتطلب - عند تعريفه للعرف المفسر - ضرورة وجود نص غامض وعدم الخروج بالنص عن معناه الاصلي وإلا عد خروجاً عن معنى التفسير .

د - انه يبدو لنا ان ثمة تعارضاً بين ما تقرره وجهة النظر القائلة: باعتبار المذكرة تشريعاً تفسيرياً رسمياً (لجأ اليه المشرع الدستوري) ، وبين ان تقرّر في ذات الوقت ان العرف الدستوري قد استقر على اعطائها الطابع الملزم المفسر لنصوص الوثيقة الدستورية . ذلك اننا نرى - على فرض صحة وجهة النظر السابقة - أن احد التبريرين قد يكفي ، اما جمعها معاً (وهما تبريران متعارضان) فانه يؤدي الى التناقض . فاذا بررنا الزام المذكرة التفسيرية على اساس انها «تفسير تشريعي ملزم لجأ اليه المشرع الدستوري» (وهذا ما لا نوافق عليه) فذلك يكفي ، واذا بررنا هذا الالزام على اساس انه مستمد «من العرف الدستوري المستقر» فهذا وحده يكفي . (وهذا ما لا نوافق عليه ايضا) .

الا انه لا يمكن ان نجمع بين التبريرين فاذا كانت المذكرة أو تفسيرها هي ملزمة رسمياً كتفسير تشريعي ، فما حاجتها الى عرف دستوري ليؤدي الى الزام آخر؟ واذا كان التفسير رسمياً ملزماً وقائماً (فيما يقرر وجهة النظر السابقة) على ما قرره المشرع الدستوري - فلا عرف تفسيرياً - مع صراحة وضوح النص وعدم غموضه (كما يقرر الرأي الفقهي ذاته في موضع آخر) ولا عرف تفسيرياً (من باب اولي) ليس مع صراحة النص ووضوحه فحسب ، بل مع تفسير للنص رسمي وملزم^(٤٠) .

(٤٠) انظر الدكتور رمزي الشاعر - المرجع السابق ص ٢٥٤ - حيث يقرر بالنسبة للعرف المفسر انه (أي العرف) يفترض وجود نص غامض ويقتصر اثره على تفسير غموض النص . . . وعلى ذلك فلا وجه للتفسير الا حيث يوجد غموض في نصوص الوثيقة الدستورية . اما اذا كانت نصوص الوثيقة الدستورية واضحة وضوحاً لا شبهة فيه فلا مجال عندئذ للتفسير .

المبحث الثالث

استقرار العمل على غير مقتضى المذكرة التفسيرية

نود ان نوضح اننا آثرنا مناقشة هذا الموضوع في مبحث مستقل . ذلك اننا لو كنا قد ناقشناه في المبحث الخاص بشروط العرف الدستوري ، فلربما حمل ذلك الى الذهن مظنة ان استقرار العمل بمقتضى المذكرة التفسيرية ، يعني تحقق ركني العرف الدستوري (المادي والمعنوي) وان استقرار العمل على غير مقتضاها ، يعني عدم تحقق هذين الركنين .

والظن السابق - بصورتيه - مخالف لما نتصور أنه الصواب . وقد اوضحنا من قبل انه لا علاقة بين ما جاء بالمذكرة التفسيرية (من تفسيرات خاطئة احيانا ومن اضافات الى الدستور) وبين القول بالزامها على اساس العرف الدستوري . فالعرف الدستوري معدوم في تلك الحالة ويستحيل اللجوء اليه لانه لا عرف مع تفسير معارض للنص ، أو حكم لم يرد بالنص اصلا .

لذلك فقد آثرنا مناقشة الموضوع في مبحث مستقل . وهدفنا من تعداد الامثلة التي تدل على عدم استقرار العمل بمقتضى المذكرة التفسيرية . هو أن نبين انه بجانب انعدام أي اساس قانوني لإلزام المذكرة ، فانه لم يستقر في اذهان السلطات - كما يقول الرأي المؤيد للزامية المذكرة - ان المذكرة ملزمة بتفسيرها وما اورده من احكام جديدة .

فلو كان الامر كذلك ، لاستقر العمل من جانب السلطات بمقتضى ما قرره المذكرة ، ولدل ذلك على ان السلطات تعتبر المذكرة ملزمة . والامر على غير ذلك حيث لم يستقر العمل بمقتضى المذكرة .

ونحن اذ نقرر ذلك ، نرى اننا يجب ان نستدرك فنقرر انه حتى لو

عملت السلطات بمقتضى ما جاء بالمذكرة ، بل واستقر في اذهانها انها ملزمة . ولكن ما قامت به تلك السلطات كان مخالفا للدستور ، (من حيث مخالفته للتفسير السليم لنصوصه ، أو من حيث اتباعه لاحكام لم ينص عليها الدستور) فان ذلك لن يرد عن اعمالها صفة غير الشرعية وغير الدستورية . ولن يغني في سبيل مواجهة ذلك ، القول بأن مرد تلك الاعمال وسندها هو المذكرة التفسيرية .

وقد مثلنا لذلك من قبل ، حين تحدثنا عن التفويض التشريعي . وقلنا ان استناد كل من السلطتين - التنفيذية والتشريعية - الى المذكرة التفسيرية لطلب ذلك التفويض ، وللموافقة عليه ، لا يلغي ابدا الحقيقة القائلة بأن المادة (٥٠) تمنع التفويض التشريعي - صراحة - وذلك حينما حظرت نزول أي سلطة عن اختصاصها المحدد بالدستور ، كله أو بعضه . كما قلنا من قبل ان طلب الحكومة - فيما مضى - تعديل المادة ٥٠ من الدستور لكي تلغي ذلك الحظر ، يدل على ما نقرره من أن العمل - من جانب السلطات - غير مستقر على اتباع ما جاء بالمذكرة التفسيرية بل ويظهر تشكك السلطات في الزامها ، هذا التشكك الذي اصبح بعد ذلك ، نفياً صريحاً من تلك السلطات لأية قوة ملزمة للمذكرة .

١ - واذا تتبعنا ما جاء بالمذكرة التفسيرية خاصة بتشكيل الوزارة ، وضرورة التوسع في اختيار الوزراء من داخل مجلس الامة ، فسنجد أن العمل لم يجر على مقتضى ذلك . فتشكيل الحكومات المتعاقبة منذ العمل بالدستور ، يناقض ما قرره المذكرة التفسيرية بل لربما دل تتبع تلك التشكيلات ان الامر يأخذ اتجاهها عكسيا ، حيث إن عدد الوزراء الذي يختارون من داخل مجلس الامة قد يتناقض أحيانا عن المرات السابقة .

٢ - وبالنسبة لتشكيل المحكمة الدستورية ، فقد سبق ان اوضحنا الآتي :

أ - ان تشكيل المحكمة جاء مخالفا لمقتضى المذكرة التفسيرية .
ب - ان مشروع قانون المحكمة اعدته اللجنة التشريعية لمجلس الامة وذلك بناء على المشروع المقدم من الحكومة ، ثم صدر القانون بناء على ما تقدم . وهذا ان دل على شيء ، فانما يدل على ان السلطتين (التشريعية والتنفيذية) متفقتان على مخالفة المذكرة وما جاء بها بالنسبة لتشكيل المحكمة الدستورية .

ج - ثم استقر ذلك الاتجاه من جانب السلطتين تجاه المذكرة بالنسبة لتشكيل المحكمة ، منذ صدور قانونها حتى موافقة مجلس الامة سنة ١٩٨٣ على اقتراح بقانون بتعديل قانون المحكمة والعودة الى ما جاء بالمذكرة التفسيرية .
الا ان الحكومة عارضت ذلك واعلنت صراحة في طلب التفسير الذي قدمته للمحكمة الدستورية ، ان هناك رأيا بأن المذكرة التفسيرية قد تجاوزت نطاق التفسير الى التشريع الدستوري بايراد احكام جديدة لا يحتملها النص الدستوري، وان المذكرة - مثلها كمثل أي مذكرة تفسيرية لأي قانون يجب ان تقتصر على تفسير النصوص التي تحتاج الى تفسير وايضاح الغموض الذي قد يكتنف هذه النصوص دون ان يتعدى ذلك الى مخالفة النص أو اضافة أي جديد اليه .

كان ذلك هو موقف الحكومة من المذكرة ، كما ان مجلس الامة قد عدل عن التعديل الذي كان يريده بالنسبة لقانون المحكمة الدستورية خاصا بتشكيلها .

اذاً فلم يجر العمل من جانب السلطتين - كما هو واضح من العرض السابق - على الالتزام بما جاء بالمذكرة بالنسبة لتشكيل المحكمة الدستورية .

٣ - كما أنه بالنسبة لضرورة تقدم كل وزارة فور تشكيلها ببرامجها الى مجلس الأمة ، وانه لا يغني عن ذلك القاء الخطاب الأميري في كل دور انعقاد دستوري لمجلس الأمة .

فقد اوضحنا من قبل ان نص المادة ٩٨ صريح في تطلب تقديم البرنامج المذكور . وقد قرر الرأي الفقهي القائل بالزامية المذكرة بضرورة ذلك . مقررأ ان المذكرة كانت هي المرجع عند تفسير احكام كل من المادتين ٨٩ ، ١٠٤ من الدستور الامر الذي يؤكد الزاميتها في التفسير^(٤١) .

والمهم لدينا ان عدم تقدم الحكومات بذلك البرنامج (وهذا مخالف للنص الدستوري) منذ بداية العمل بالدستور وحتى بداية الفصل التشريعي الخامس سنة ١٩٨١ (أي ما يزيد على ثلاثة ارباع عمر الدستور ذاته) ليثبت (بالنسبة للالتزام بالمذكرة التفسيرية ، وان العمل قد جرى على الالتزام بها) ، ليثبت ان السلطتين (التفيذية والتشريعية) لم يلتزما بما جاء بالمذكرة خاصا ببرنامج الحكومة طيلة تلك المدة السابقة . بل ان الحكومة ذاتها قد قررت (في رأيها بالنسبة لهذا الموضوع) ان ما جرى عليه العمل خلال السنوات السابقة كان يقوم على الاكتفاء بالخطاب الاميري (أي ان العمل كان يجري على خلاف ما تقضي به المذكرة التفسيرية) .

٤ - بالنسبة لما تقرره المذكرة التفسيرية من تعميم الاحكام الواردة بالمواد ٦١ ، ٦٢ ، ٦٣ ، ٦٤ ، من الدستور الخاصة بنائب الامير ، من تعميمها لتشمل ولي العهد - عند نيابته للامير - وذلك فيما يختص بالتعيين بأمر اميري وامكان تحديد صلاحيات نائب الامير (وكنا قد قررنا من قبل خطأ ما ذهبت اليه المذكرة التفسيرية في هذا التعميم) .

فان ما نريد الاستدلال به هنا ، هو رغم تقرير المذكرة التفسيرية ذلك ، فان العمل لم يجر على الالتزام بما قرره في هذا الشأن .

(٤١) راجع الدكتور عادل الطبطبائي - النظام الدستوري في الكويت - المرجع السابق ص ٣٥١ .

هذه مجرد امثلة تثبت أمرين :

اولهما : ان السلطات لم تتبع ما جاءت به المذكرة التفسيرية ، وانها بذلك لم يستقر في ذهنها - كما يقول الرأي القائل بالزام المذكرة - ان تلك المذكرة ملزمة . وان العمل لم يجر على الالتزام بالمذكرة .

ثانيهما : انه حتى مع التسليم - جدلا - بما تقرره بعض الآراء من ان السلطات قد جرت على العمل بمقتضى المذكرة في بعض الامور كتحديد الاداة القانونية التي توضع بها خطة التنمية ، (رغم اننا أثبتنا - فيما تقدم - ان صدور تلك الخطة بواسطة أداة القانون انما يرجع الى الدستور ، وان جريان العمل بذلك انما يثبت اقتناع السلطات بالزام المذكرة) . نقول حتى مع التسليم - جدلا - بذلك . فانه يجب (بحق) ان نسلم - قبل ذلك على ضوء الامثلة التي عرضناها - ان ثمة أمورا تثبت ان العمل لم يجر فيها على مقتضى المذكرة ، مما يثبت - من جهة ثانية - عدم اقتناع السلطات بالزام المذكرة .

الفصل الرابع التكييف القانوني للمذكرة التفسيرية ومدى الزامها

نتحدث في هذا الفصل الختامي عن التكييف القانوني للمذكرة التفسيرية ومدى الزامها ، وقد استعرضنا في الابواب والفصول السابقة نشأة المذكرة والآراء المختلفة حول مدى الزامها ، وقمنا بمناقشة تلك الآراء . واثبتنا من خلال تلك المناقشة ومن خلال ما عرضناه من أسانيد - ان المذكرة التفسيرية تتعارض في كثير من آرائها مع نصوص الدستور ، اضافة الى تعارض تفسيرها مع اصول التفسير السليم كما انها تتضمن اضافة احكام جديدة الى الدستور .

وكنا قد ألمحنا في بداية هذا البحث ، ان الفقه - أو معظمه على الاقل - من تناول المذكرة التفسيرية وموضوع الزامها ، انه لم يحدد كنه المذكرة ، أو يبين تكييفها القانوني ، حتى يبني على اساس ذلك رأيه بالزامها .

فما هي المذكرة التفسيرية حتى تتصف بكل هذا العلو؟ وهل تختلف عن المذكرات الايضاحية للقوانين؟^(٤٢) ولقد كان من اليسير ان نقرر - منذ البداية - ان المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي ، ما هي الا «مذكرة تفسيرية» - كما يدل عليها اسمها - ولذلك فهي لا تتمتع بقوة تعلو على قوة المذكرات الايضاحية . الا انه كان من الضروري مناقشة الحجج التي قال بها الفقه بالنسبة لقوتها الملزمة . ومن ثم بيان تكييفها القانوني .

وربما كان من اتمام الفائدة - قبل الانتهاء الى التكييف القانوني للمذكرة ومدى الزامها - ان نعقد مقارنة بين المذكرة وبين غيرها . وهذا ما سنتناوله في ايجاز على الوجه التالي .

(٤٢) انظر العرض التفصيلي الذي قدمه الدكتور بدر العقبوب للمذكرات الايضاحية للتشريعات بصفة عامة - البحث سابق الاشارة اليه .

المقارنة بين المذكرة وبين غيرها

قد يلاحظ اننا قد جمعنا في هذا المبحث بين عدة موضوعات متفرقة ومختلفة ، وذلك لكي نقارن بين كل منها وبين المذكرة التفسيرية . ولقد فعلنا ذلك لكي ندفع ما قد يكون عساه بقى من شك حول موضوع القوة الملزمة للمذكرة التفسيرية .

وسنقسم تلك الموضوعات التي سنقارن بينها وبين المذكرة التفسيرية الى ثلاثة أقسام :

أولاً : المذكرة واعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير .

ثانياً : المذكرة والتفسير التشريعي .

ثالثاً : المذكرة والآراء الفقهية

١ - (المذكرة والمذكرات التفسيرية للقوانين) .

٢ - المذكرة ، والمناقشات والاعمال التحضيرية وآراء الخبراء .

أولاً - مع اعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير

رغم انه من الغريب - عموماً - ان نقارن بين اعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير وبين المذكرات التفسيرية ، الا أن تلك المقارنة تتعدى ذلك ، اذا عرفنا اننا انما نقارن بين تلك الاعلانات والمقدمات وبين ما يقرره الفقه بالنسبة للمذكرة التفسيرية للدستور الكويتي ، وانها - في رأي الغالبية - متممة للدستور أو انها جزء منه .

وعلى ذلك فمقارنتنا لاعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير ، مع مذكرتنا التفسيرية ، انما تتم من هذه الناحية . ومن ناحية القوة الملزمة لكل منها ومرتبته بالنسبة للدستور .

وبالنسبة لاعلانات الحقوق ، فرغم قيمتها الكبرى من الناحية الادبية -
الا ان الآراء تختلف بالنسبة لقوتها الملزمة، ولمرتبتها بالنسبة للنصوص
الدستورية ، فالبعض يعطيها الى ما فوق الدستور ذاته، والبعض لا يرقى بها
الى تلك المرتبة ولا الى مرتبة النصوص الدستورية ذاتها، والبعض يجردها من
كل قيمة ملزمة - من الناحية القانونية - ويقرر هذا البعض الأخير انه لو اريد
للمبادئ الواردة ، هذه الاعلانات ان تكتسب المرتبة الدستورية لتضمنتها
نصوص الدستور ذاتها^(٤٣) .

واذا كان الامر كذلك بالنسبة لاعلانات الحقوق ، وهي التي تحفل بقيمة
كبيرة - على الاقل من الناحية قيمتها الادبية - واذا كان هذا الاختلاف حول
قيمتها القانونية ، فان الامر بالنسبة للمذكرة التفسيرية (وهي بلا شك شيء
مختلف كل الاختلاف عن إعلانات الحقوق)، من حيث اعتبارها جزءا متما
للدستور - في رأي من يقولون بذلك - يعد تجاوزا شديدا على معنى الدستور
ذاته ومبدأ الدستورية .

اما بالنسبة لمقدمات الدساتير (ووثائق اعلانها) فان مقارنتنا لها مع
المذكرة التفسيرية الكويتية، يتركز في انه رغم ان مقدمات الدساتير تعد جزءا
من الدساتير ، وعلى ذلك فهي تعامل ذات معاملة باقي النصوص الدستورية
من حيث اجراءات وضعها واقرارها . رغم ذلك فلقد حدث اختلاف - على
الاقل في الفقه الفرنسي - بالنسبة للقوة الملزمة لمقدمات الدساتير (على الاقل
بالنسبة لدستور ١٩٤٦ الفرنسي) (وكان مرد الخلاف هو ما قرره الدستور من
قصر رقابة اللجنة الدستورية على الابواب العشرة الاولى في ذلك الدستور دون
ان تشمل رقابتها مقدمة الدستور) .

وقد اختلف الفقه حول مساواة مرتبة تلك المقدمات بالنصوص

(٤٣) راجع في اعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير - الدكتور رمزي الشاعر - المرجع السابق -
ص ٢٠٣ وما بعدها .

الدستورية، ام عدم مساواتهما، ولو ان القضاء الفرنسي قد اعترف بمساواتهما .

المهم لدينا - في مجال مقارنتنا - ان مقدمات الدساتير ، وهي ترد في نفس وثائق الدساتير ، وتعد جزءا منها ، وتعامل ذات المعاملة من حيث وضعها واقرارها ، بل وترد تلك المقدمات تالية لصيغة اصدار الدساتير .

رغم كل ذلك فقد حدث خلاف حول مرتبتها بالنسبة للدساتير . فهل يمكن ان نقارن ذلك ، بما يقرره الفقه حول المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي ، من انها تنتم للدستور مكتملة لنصوصه ، وهي التي لم ترد بتلك النصوص ، ولم تعامل معاملة النصوص الدستورية - على الاقل لو قارناها هنا بالمعاملة التي تعامل بها مقدمات الدساتير - من حيث وضعها واقرارها . لا شك ان تلك المقارنة ، تدل دلالة قاطعة على اننا لو أجزنا لأنفسنا ان نقرر الصفة الدستورية لما هو غير وارد بالدستور (كالمذكرة التفسيرية) لكان لزاما علينا - من باب اولى - الا نختلف حول مقدمات الدساتير (وهي الواردة بالدساتير اصلا وعوملت معاملتها من حيث الوضع والاقرار) .

ثانيا - المذكرة والتفسير التشريعي

المعروف انه توجد مصادر تفسيرية تتمثل في القضاء والفقه والتشريع ، وذلك على اختلاف بين رسمية والزام التفسير الصادر من كل مصدر من هذه المصادر .

والتفسير التشريعي ، هو التفسير الذي يصدر في صورة تشريع من ذات الجهة التي اصدرت التشريع المراد تفسيره ، أو بمقتضى تفويض من تلك الجهة .

وعلى ذلك فبالنسبة للدستور ، ينبغي حتى يسمى التفسير تشريعياً ان يكون صادراً من المشرع الدستوري ، أو على الأقل فوض المشرع العادي في وضعه . وينبغي ان يلتزم التفسير بأصول التفسير السليم من حيث عدم تعديده على معنى النص بايراد احكام جديدة تحت ستار التفسير وبذلك يؤدي التفسير الى تعديل النص . فاذا كان ذلك التفسير المعدل ، صادراً من ذات المشرع الدستوري ، فانه - في رأي البعض - يكون جائزاً ، الا اننا نرى ، انه يجب ان يكون هذا التعديل ملتزماً لشروط واجراءات تعديل النصوص الدستورية ، كما يحددها الدستور .

اما اذا كان التفسير صادراً من جهة مفوضة من المشرع الدستوري فلا يجوز لها الخروج على معنى النص الى تعديله بحجة التفسير .

فاذا قارنا ما تقدم مع المذكرة التفسيرية ، بالنسبة لما يقرره الفقه بشأنها من كون تفسيرها ملزماً باعتبار انها - في رأي الفقه - قد مرت بالمراحل التي وضع بها الدستور .

فان مفهوم ذلك ، ان المذكرة التفسيرية هي تفسير تشريعي صادر من المشرع الدستوري . وعلى ذلك فان الزامها ينبع من كونها كذلك .

وهذا المعنى هو ما يتجسد - صراحة - فيما يقرره البعض من ان «المشرع الدستوري الكويتي قد اخذ بالتفسير التشريعي ، حيث لجأ عن طريق المذكرة التفسيرية الى اعطاء تفسيرات تشريعية ملزمة لنصوص الوثيقة الدستورية . . . وعلى ذلك يمكن القول بان المصادر الرسمية للتفسير في النظام الدستوري الكويتي يتمثل فيما ورد من تفسير بالمذكرة التفسيرية للدستور - وفيما يصدر من المحكمة الدستورية الخاصة من احكام تفسيرية . . . » كما يقرر في موضع آخر بانه : «وعلى ذلك يمكن القول بأن المذكرة التفسيرية تعتبر المصدر الرسمي

الاساسي للتفسير بالنسبة للنصوص التي قامت بتفسيرها^(٤٤) .

وعلى ضوء ما قررناه من قبل - في مواضع مختلفة - فانه لا يمكن القول بأن المذكرة التفسيرية هي تشريع تفسيري دستوري ملزم . ذلك انها - حتى ولو افترضنا جدلا انها قد مرت بالمراحل التي مر بها الدستور (وعوملت ذات معاملته) - فان المجلس التأسيسي لم يكن مختصا - بحسب قانون انشائه - بوضع المذكرة ، أو وضع تفسير تشريعي دستوري ملزم .

كما انه من غير المقبول ايضا ، ان يتضمن هذا التفسير التشريعي ، تعديلا صريحا للنصوص الدستورية - التي صدر لتفسيرها - حتى قبيل ابتداء العمل بتلك النصوص .

اضافة الى ذلك فان الدستور ذاته لم يتضمن - بين نصوصه - نصا يوضح أو يلقي الضوء على وجود تفسير تشريعي ملزم له .

ولا ندري كيف يمكن اعتبار المذكرة التفسيرية تفسيرا تشريعيا وهي تتضمن - كما نقول وجهة النظر السابقة ذاتها - اضافات جوهرية الى نصوص الدستور .

هذا من جهة ومن جهة اخرى فان وجهة النظر الفقهية السابقة وهي تعتبر المذكرة التفسيرية هي المصدر الرسمي الاساسي للتفسير ، فانها في ذات الوقت تقرر «إن هذا لا يمنع بطبيعة الحال ان يختلف الفقه والقضاء في فهم التفسير الذي قالت به المذكرة التفسيرية ، اذا كان هذا التفسير بدوره يشوبه بعض الغموض» .

(٤٤) راجع الدكتور رمزي الشاعر - النظرية العامة للقانون الدستوري - المرجع السابق ص ٣١٨ ، ٣٢٠ .

ونحن نرى ان الامرين السابقين - في وجهة النظر السابقة - لا يتفقان ، فكيف تكون المذكرة التفسيرية هي «المصدر الرسمي الاساسي للتفسير ويكون تفسيرها تشريعيا ملزما» ، ثم تكون «غير ملزمة» في ذات الوقت ، وذلك باختلاف الفقه والقضاء في فهم تفسيرها ؟ بل إن القول باختلاف فهم التفسير - هنا - يعنى امكان تعديل ما جاء بالتفسير التشريعي الملزم الذي يتمثل في المذكرة التفسيرية - وهذا ما لا يجوز اصلا بالنسبة للتشريعات أو تفسيراتها التشريعية الملزمة ، الا اذا كان التعديل صادرا من ذات السلطة التي اصدرت التشريع وتفسيره ، وبواسطة اتباع اجراءات معينة .

والخلاصة . . ان مقارنة المذكرة التفسيرية بالتشريع التفسيري تثبت الاختلاف الكبير بينهما .

ثالثاً : المذكرة والآراء الفقهية

نتولى هنا مقارنة المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي ، بالمذكرات التفسيرية للقوانين ، ثم نتولى بعد ذلك مقارنتها - على وجه التحديد - بالمناقشات والاعمال التحضيرية وآراء الخبراء .

أ - مع المذكرات التفسيرية للقوانين

المعروف ان القوانين انما تدور حول افكار معينة وتستهدف اهدافا معينة ، وانها تبدأ اصلا - في ذهن مقترحيها - في ذلك الشكل : أفكاراً واهدافاً . وحتى يمكن اقناع الآخرين بها ، حتى تحصل على تأييدهم ، فان تلك الافكار والاهداف ، توضع احيانا في تقرير أو شرح ، أو تعليق يسمى بالمذكرات التفسيرية . وهي قد ترفق بمشروعات القوانين وقد لا ترفق .

وهي - أي المذكرات التفسيرية - لا تعد ملزمة فيما تحويه من آراء وافكار وتعليقات . وهي لا تتصف بأية صفة رسمية . فالذي يتصف بالرسمية والالزام هو التشريع وليس مذكرته التفسيرية - ان وجدت - ولذلك فانه ليس صحيحا ان المذكرات التفسيرية - هي تعبير عن ارادة المشرع أو انها تدل على ارادة المشرع دلالة قاطعة^(٤٥) .

واذا كان لازما ان تعبر المذكرات التفسيرية عن شيء ، فهذا الشيء هو فهم واضعيها للنصوص التشريعية وعن آرائهم بالنسبة للنصوص التشريعية .

(٤٥) راجع الدكتور عبد الفتاح حسن فيما يتعلق بالمذكرات الايضاحية المرجع السابق ص ١٣٠ والدكتور رمزي الشاعر - المرجع السابق ص ٢٥٠ ، والدكتور بدر يعقوب حيث عرض بالتفصيل للمذكرات الايضاحية للتشريعات ولأمثلة لها وموقف القضاء في كل من مصر والكويت من الاخذ أو عدم الاخذ بما يرد بتلك المذكرات وراجع استاذنا الدكتور عبد الحي حجازي - المدخل لدراسة العلوم القانونية المرجع السابق .

وعلى ذلك فلنا ان نأخذ بذلك الفهم «للمنصوص» أو نطرحه، ونقيم فهمنا نحن له . فما الذي يلزمنا - منطقيا - بفهم معين ، دون فهم آخر الا اذا كان الفهم الموجود في المذكرات التفسيرية أو غيرها ، هو الفهم المنطقي والمتفق مع مقتضيات النصوص ومعانيها وروحها .

ولذلك فان القضاء له ان يرجع الى ما ورد بالمذكرات الايضاحية من ايضاحات لمدلول النص أو تبيان للاهداف المتبغاة ، وله ان يخالف ما ورد بتلك المذكرات .

والمفروض ، الا تخالف المذكرة التفسيرية ، التفسير السليم للنصوص ، والا تخرج على معانيها أو تضيف اليها احكاما جديدة أو تعدل في الاحكام الواردة بها .

وعادة ما يقوم باعداد وصياغة المذكرات التفسيرية للقوانين ، الخبراء الفنيون الذين يتولون الاسهام بخبرتهم التشريعية والفنية في عمليات اعداد وصياغة مشروعات القوانين ومذكراتها التفسيرية ولذلك فان تلك المذكرات في تفسيرها أو في تعليقها على نصوص القوانين ، إما ان تعبر عن رأي فقهي لهؤلاء الخبراء ، وإما ان تعبر عن اتجاه فقهي معين ، أو اتجاه غيره ، بحسب ما يأخذ به واضعوا المذكرة من اتجاهات ، وذلك بالطبع بعد تداول واتفاق مع الجهة التي اقترحت مشروعات القوانين ، سواء كانت السلطة التنفيذية أو اعضاء من السلطة التشريعية .

فأين موقع المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي من المذكرات التفسيرية للقوانين بصفة عامة؟ لقد سبق لنا ان تحدثنا - فيما تقدم وفي مواضيع مختلفة - عن ظروف وضع المذكرة التفسيرية ، ونفينا ان يكون لتلك الظروف أي اثر في تغيير طبيعة تلك المذكرة ، أو اضافة اية قوة ملزمة عليها . وعلى ذلك فالذي يبقى - بعد ذلك - هو ان تظل المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي مساوية كل

المساواة للمذكرات التفسيرية بصفة عامة ، بشرط ضروري وهو الا تخرج على المفهوم التقليدي للمذكرات التفسيرية . هذا المفهوم - كما يقولون بحق^(٤٦) - الذي يقتصر في ايضاح مدلول النص ، بحيث لا تستطيع ان تضيف الى التشريع احكاما جديدة ، أو تعدل في الاحكام التي يتضمنها ، واذا خرجت على ذلك تجردت من كل قيمة قانونية .

والذي حدث بالنسبة للمذكرة التفسيرية للدستور الكويتي انها قد جاءت بعكس ذلك تماما - في مواضع كثيرة منها - فهي لم تقتصر على ايضاح مدلول النص ، وهي اضافت الى الدستور احكاما جديدة ، وهي عدلت احكاما تضمنها الدستور . وبذلك تكون النتيجة المترتبة على ذلك - كما تقول وجهة النظر السابقة بحق - ان تتجرد المذكرات التفسيرية من كل قيمة قانونية .

ولكن الفقه - في معظمه - قد قرر العكس تماما . فهو بدلاً من ان يعرض المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي ، على المفهوم الحقيقي للمذكرات التفسيرية ، ويحاول بعد ذلك ان ينظر هل جاءت المذكرة التفسيرية متفقة مع هذا المفهوم ، أم لا .

بدلاً من ذلك ، تصور الفقه - نتيجة لدعوى اختلاف ظروف وضع المذكرة عن المذكرات التفسيرية احيانا ، ونتيجة لدعوى تشابه ظروف وضعها مع ظروف وضع الدستور ذاته من ناحية اخرى - تصور الفقه ان المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي ، لها ان تتعدى دور وطبيعة وقيمة وقوة المذكرات التفسيرية ذاتها .

وكان اولى بالفقه - حتى ولو من الناحية الشكلية - ان يبحث لتلك المذكرة التفسيرية ، عن اسم آخر غير هذا الاسم . مادام يقر لها بأن تخالف الدستور ، وان تعدل الدستور ، وان يكون لها من الالزام ما يفوق الزام الدستور ذاته .

(٤٦) راجع الدكتور رمزي الشاعر - المرجع السابق ص ٢٥٠ .

ب - مع المناقشات والاعمال التحضيرية وآراء الخبراء

تدخل المذكرات الايضاحية أو التفسيرية للتشريعات - كما يقول الفقهاء - ضمن مفهوم الاعمال التحضيرية ، والى جانب ذلك فان مفهوم الاعمال التحضيرية للتشريعات يتسع ليشمل المناقشات التي تثار عند اعداد مشروع القانون سواء في اللجان الفنية أو في جلسات الهيئات التنفيذية أو التشريعية ، كما تشمل المستندات والوثائق الرسمية الخاصة بمراحل اعداد التشريعات ومحاضر الجلسات التي نوقشت فيها^(٤٧) .

وفي مجال المقارنة بين المذكرة الايضاحية أو التفسيرية للدستور الكويتي وبين المناقشات والاعمال التحضيرية وآراء الخبراء للتشريعات . فاننا لا نقصد بتلك المقارنة ان كلا من الموضوعين مختلفين ، فالاعمال التحضيرية - كما اسلفنا - تشمل المذكرات الايضاحية والمناقشات وآراء الخبراء .

ولكننا نقصد من تلك المقارنة أو من ذلك العرض ، ان نبين ان المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي ما هي إلا نتاج أو محاولة تجميع للمناقشات التي دارت والآراء التي ابدت ، اثناء عملية تحضير نصوص الدستور ، بالاضافة الى آراء الخبراء الدستوريين ، الذين اسهموا في تلك المناقشات ، كما قاموا بصياغة واعداد المذكرة التفسيرية . وهذا ما سنتحدث عنه اولاً ، ثم نتحدث ثانياً عن مدى الزام تلك الاعمال التحضيرية .

اولاً : المذكرة نوع من الاعمال التحضيرية : واذا كان ما نُقرره من أن المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي ما هي الا نوع من المناقشات والاعمال التحضيرية وآراء الخبراء للدستور الكويتي ، اذا كان ذلك لا يحتاج الى اثبات ، باعتبار أن مدلول أو مفهوم الاعمال التحضيرية - كما قدمنا - يتسع ليشمل المذكرات الايضاحية . الا اننا نؤيد ما نقوله بالآتي :

(٤٧) راجع في ذلك الدكتور بدر اليعقوب - البحث سابق الاشارة اليه ص ١١ وانظر رأيه في عدم اعتبار المذكرات الايضاحية دائماً من ضمن الاعمال التحضيرية .

١ - جاء بالمذكرة التفسيرية ذاتها تحت عنوان : ثانيا - التفسير الخاص لبعض النصوص «في اطار التصوير العام السابق بيانه لاركان الحكم الدستوري لدولة الكويت ، وفقا لما صاحب بعض النصوص من آراء أو مناقشات في خلال تحضيرها ، تلاحظ الامور الاتية في تفسير تلك النصوص . . . » .

فها هي المذكرة التفسيرية ذاتها تقرر أنها - في تفسيرها الخاص لبعض النصوص - ان ما اورده انما هو موافق لما صاحب تلك النصوص من آراء أو مناقشات في خلال تحضيرها .

وهذا يدل بذاته على ان ما ورد بالمذكرة التفسيرية ما هو إلا «نتاج» تلك «الآراء» والمناقشات التي جرت خلال «تحضير» النصوص .
أي ان المذكرة ما هي إلا نتاج تلك المناقشات والآراء . أو انها مجرد اعمال تحضيرية .

٢ - يؤيد ما تقدم ، (وهو ان المذكرة هي نتاج المناقشات والآراء اثناء تحضير النصوص) ، انه بالرجوع الى محاضر جلسات المجلس التأسيسي ، نجد انه عندما طلب بعض الاعضاء تأجيل بحث المذكرة حتى يمكن دراستها دراسة وافية ، انه قد وردت اجابة المرحوم الاستاذ الدكتور عثمان خليل - الخبير الدستوري - على ذلك - بأن «المذكرة التفسيرية ليست تشريعا ولا تتضمن أحكاما جديدة يمكن ان تناقش أو تكون محل أخذ ورد ، انما هي عبارة عن شرح للنصوص التي اتفق عليها ، وهذا الشرح مستمد من المناقشات التي دارت أثناء وضع هذه النصوص ، إما في المجلس وإما في اللجنة الدستورية الفرعية ، وبذلك المذكرة التفسيرية عملية شرح وليست عملية تشريع ، والشرح مستخرج من المناقشات التي دارت في المجلس وفي اللجنة» وفي موضوع آخر يقرر «القصد هو تسجيل هذه المعاني التي وردت في محاضر الجلسات . . فالمذكرة الشارحة هي مجرد ما جاء من افكار في اثناء مناقشة المواد في محضر الجلسات

هذه»^(٤٨) فهذه مناقشات المجلس التأسيسي ذاتها تثبت بما لا يدع مجالا للشك ، ان المذكرة التفسيرية ما هي الا نتاج أو تجميع للمعاني المستمدة من المناقشات التي دارت اثناء وضع النصوص الدستورية .

ونحب ان نوضح اننا نستدل بايراد رأي الخبير الدستوري هنا ، ليس باعتباره رأيا شخصيا له فحسب ، بل باعتبار ان هذا الرأي ورد بمناقشات المجلس التأسيسي ، والذي اصبح بموافقة المجلس عليه ، رأيا للمجلس ، وعلى اساسه تمت موافقة اعضاء المجلس على المذكرة .

٣ - تأييدا لما تقدم ايضا نلاحظ من مقارنة بعض ما دار من مناقشات حول بعض النصوص ، بما ورد في المذكرة الايضاحية متعلقا بتلك النصوص . نلاحظ تطابقا تاما . مما يؤكد ان المذكرة فعلا ما هي الا تجميع لتلك المناقشات والآراء اثناء تحضير النصوص . وعلى سبيل المثال فانه بالنسبة للمادة (٥٠) الخاصة بفصل السلطات فقد جاء بالاعمال التحضيرية - الجلسة التاسعة للجنة الدستورية بالمجلس التأسيسي تعقيبا على هذه المادة ان «هذا النص لا يتنافى مع حق التفويض في أمر معين بالذات» فاذا قارنا هذه العبارة بما جاء بالمذكرة الايضاحية لوجدنا الأخيرة تقرر «... هذا النص لا يمنع السلطة التشريعية من ان تفوض الحكومة بتولي أمر معين بالذات»^(٤٩) .

ويدل هذا التطابق على ان المذكرة التفسيرية ما هي الا تجميع لتلك المناقشات والآراء والافكار خلال تحضير النصوص ، وعلى الاخص في لجنة اعداد مشروع الدستور . فهي - أي المذكرة - نوع من انواع الاعمال التحضيرية .

ولكن ما مدى القوة الملزمة لتلك الاعمال التحضيرية اذن؟

(٤٨) الجلسة رقم ٢٥ / ٦٢ بتاريخ ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٦٢ ، وقد نقلنا نص العبارات عن الدكتور بدر اليعقوب - البحث المشار اليه ص ٣٥ .

(٤٩) راجع نص الاعمال التحضيرية فيما يخص العبارة التي اثبتناها - وراجع د. يحيى الجمل . المرجع السابق ص ٢٢٧ .

ثانيا : مدي الزام الاعمال التحضيرية :

١ - المستقر عليه فقها ، والذي يقرره المنطق السليم ، ان لا إلزام الا للنص التشريعي ، وان الاعمال التحضيرية هي مجرد وسائل يمكن ان يسترشد بها المفسر للنص ، إذا رأى ذلك ، وإذا وجد انه لا تعارض بين تلك الاعمال وبين المفهوم السليم للنص . أو يجب - كما يقولون بحق - ان نلاحظ أن الآراء الواردة في هذه الاعمال التحضيرية لا تلزم المفسر ، اذ لا تعتبر جزءا من الوثيقة أو من القانون الاساسي الا اذا اعطاها المشرع الدستوري هذه الصفة وفي هذه الحالة تعتبر مصدرا رسميا للتفسير^(٥٠) .

وقد اثبتنا - من قبل بما يقطع كل مجال للشك - ان الاعمال التحضيرية للدستور الكويتي - المتمثلة في مذكرته التفسيرية - ليست جزءا من الوثيقة الدستورية ، ولم يعطها المشرع الدستوري هذه الصفة بحيث تعتبر مصدرا رسميا للتفسير . وذلك بالاضافة الى التعارض الواضح بين التفسير السليم للنصوص الدستورية وبين ما جمع كنتاج للمناقشات والآراء واثبتت في المذكرة التفسيرية .

٢ - ان المستقر عليه فقهاً أن الاعمال التحضيرية للتشريعات تضم مناقشات اللجان الفنية والمجالس التشريعية وآراء الخبراء . والمستقر عليه فقهاً «ان الاعمال التحضيرية ليس لها حجية مطلقة في بيان قصد المشرع . . . وإذا تعارضت الارادة التشريعية الموضوعية مع ما ورد في الاعمال التحضيرية أخذ بالارادة التشريعية . . كما ان ارادة واحد أو اكثر ممن شاركوا كخبراء في وضع مشروع الدستور . . . وساهموا في صياغته لا تعني البتة انها الارادة التشريعية ذاتها وهذه قاعدة مسلمة في اصول التفسير»^(٥١)

٣ - تفصيلا للبند السابق ، فقد رفضت آراء فقهية الموافقة على استناد

(٥٠) الدكتور رمزي الشاعر - المرجع السابق ص ٣٤٤ .

(٥١) انظر الدكتور عثمان عبد الملك الصالح ، اشارته الى رأي بيكانتوري ورأي الدكتور عبد =

المحكمة الدستورية الكويتية (في احد احكامها ضمن ما استندت اليه للحكم بدستورية المادة ١١٤ من اللائحة الداخلية لمجلس الامة) ، استنادها الى مقتطفات من محضر جلسة لمجلس الامة ، كما حاولت المحكمة ان تؤكد رأيها بالاستشهاد بآراء الخبير الدستوري لمجلس الامة واشترائه في المناقشة التي دارت حولها في مجلس الامة .

وقد استندت تلك الآراء الفقهية في رفضها للنهج الذي نهجته المحكمة الى :

«ان محاضر مجلس الامة ليست صالحة لأن يعول عليها في مجال التفسير . . . فمن الواضح عدم جواز أن تعتبر مناقشات اعضاء السلطة التشريعية دليلاً كافياً على دستورية مادة ، وان رأي الخبير الدستوري لمجلس الامة ، رأي فقهي ، وآراء الفقه غير ملزمة . . وان المناقشات والآراء التي تطرح في مجلس الامة ما هي في حقيقتها الا اعمالاً تحضيرية للقانون ، وانها تعتبر مجرد وسيلة مساعدة للتعرف على الارادة التشريعية دون ان يكون المفسر ملزماً بالالتجاء اليها والاعتماد عليها في تجميع عناصر الارادة التشريعية ، وبذلك لا يجوز لمن انيطت به مهمة تطبيق القانون ان يرجع الى الاعمال التحضيرية ، ليعتمد عليها في سد ما يكون من نقص بالتشريع أو كمبرر للخروج عن احكامه»^(٥٢).

ونود . . تعليقاً على ذلك ان نذكر الآتي :

أ - اننا نعتبر المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي جامعة لنتائج مناقشات

الحي حجازي ، انظر في ذلك الدكتور عثمان عبد الملك في بحثه حول حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم ٢ / ١٩٨١ طعن دستوري - مجلة الحقوق والشرعية السنة الخامسة العدد الرابع . وكان الدكتور عثمان يعبر بوجهة النظر المذكورة في المتن عن اعتراضه على المحكمة الدستورية لانها عوّلت في استدلالها على محاضر مجلس الامة .
(٥٢) انظر الدكتور عادل الطبطبائي - تعليق على حكم المحكمة الدستورية رقم ٢ لسنة ١٩٨١ منشور بمجلة الحقوق والشرعية العدد الرابع السنة الخامسة ديسمبر ١٩٨١ .

المجلس التأسيسي ولآراء الخبراء . ولذلك فهي اعمال تحضيرية . وعلى ذلك فلا الزام لها في التفسير .

ب - ان المذكرة التفسيرية وهي تجمع تلك المناقشات جمعت آراء الخبراء الدستوريين الذين اشتركوا في مناقشات المجلس وساهموا في اعداد وصياغة المذكرة . فهي قد جمعت آراء فقهية لا الزام لها في التفسير ايضا .

ج - ان المذكرة التفسيرية وهي - في رأينا اعمال تحضيرية - قد خرجت على احكام الدستور وتعارضت مع التفسير السليم لكثير من مواده . والاعمال التحضيرية - كما يقرر الرأي الفقهي السابق بحق - لا يمكن الرجوع اليها كمبرر للخروج على احكام التشريع . وعلى ذلك - فمن باب اولى في رأينا - لا يجوز الرجوع الى تلك الاعمال التحضيرية (وهي المذكرة التفسيرية في رأينا) للخروج على احكام الدستور .

الخلاصة وخاتمة :

وعلى ضوء كل ما تقدم فان المذكرة التفسيرية (من الناحية القانونية) ما هي - في رأينا - إلا نوع من انواع الاعمال التحضيرية ، ضمت مناقشات وافكاراً وآراءً ، تعد آراء فقهية ، وانها قد عارضت في معظم ما اتت به من تفسيرات لنصوص الدستور ، عارضت التفسير السليم لتلك النصوص بل وازافت احكاما جديدة للدستور ، مما يعد تعديلا غير دستوري للدستور . وهي - بكل المقاييس القانونية - لا تحمل اية قوة الزامية ذاتية . أي باعتبارها - كما سميت - مذكرة تفسيرية للدستور . الا ان هذا لا يمنع من الاخذ بأي تفسير سليم للنصوص ورد بالمذكرة (أو ورد بغير المذكرة على السواء) .

ومن الناحية العملية فان القول باعتبار المذكرة التفسيرية جزءاً متمماً للدستور (وهي ليست كذلك) فيه من الخطورة ما فيه . ذلك ان القول بذلك

يمكن ان يؤدي الى تمكين السلطتين (التنفيذية والتشريعية) من ان يتفقا على مخالفة الدستور استنادا الى المذكرة التفسيرية ، والى انها ملزمة . . تارة (وهذا ما حدث في رأينا بالنسبة للتفويض التشريعي) ويمكن ان يؤدي القول بذلك ايضا ، الى ان تعارض كل سلطة الاخرى ، محتجة بعدم الزام المذكرة . تارة اخرى (كما يحدث بالنسبة لخلاف السلطتين حول تشكيل المحكمة الدستورية) ان نصوص الدستور وحدها هي التي ينبغي أن يظل لها العلو ، وان تكون هي الحكم الذي يلجأ اليه لحسم كل خلاف . وان أية محاولة للمساس بتلك النصوص - تحت ستار التفسير - انما هي هدم لتلك النصوص ومساس بحرمتها . ولأجل ذلك ، فينبغي أن يظل الدستور وحده ، هو الفيصل ، وأن تظل نصوصه - وحدها - هي الملاذ، وأن تظل الشرعية والدستورية مستمدة منه - وحده - ومرتدة إلى نصوصه وحدها.

والله الموفق ،