

مدى جواز تعديل تبعية المؤسسات والهيئات العامة بمرسوم بدلاً من القانون

تعلّيق على المرسوم بقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٦ في شأن
الهيئات والمؤسسات العامة والإدارات المستقلة

د. محمد عبد المحسن المقاطع
قسم القانون العام
كلية الحقوق - جامعة الكويت

صدر المرسوم بقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٦، بتاريخ ٢١ يوليو ١٩٨٦^(١). وقد حمل اسم «مرسوم بالقانون». في شأن تنظيم الهيئات والمؤسسات العامة والإدارات المستقلة» ويتكون هذا القانون من ثلاث مواد فقط. الأولى موضوعية، والثانية إجرائية، والثالثة تنفيذية. وستكون المادة الأولى من هذا القانون هي محور اهتمامنا في هذه الدراسة، وذلك لكونها المادة الوحيدة التي جاءت بحكم موضوعي يتعلق بالنظام القانوني الذي يحكم المؤسسات والهيئات العامة والإدارات المستقلة. حيث حددت المادة المذكورة الأحكام المتعلقة بنقل التبعية أو الإشراف أو الإلحاق الخاص بالجهات المذكورة، كما حددت الجهات الإدارية المركزية (الوزارات) أو (مجلس الوزراء) أو الوزراء الذين يمكن أن تتم عملية نقل التبعية أو الإشراف أو الإلحاق منهم (منها) أو إليهم (إليها)، وأخيراً فقد حددت هذه المادة الإداة القانونية التي يجوز أن تتم عملية النقل المذكورة بواسطتها وهي «المرسوم».

(١) أنظر الجريدة الرسمية «الكويت اليوم» العدد ١٦٧٦، السنة الثانية والثلاثون، صفحة ٦.

De Smith, Constitutional and Administrative Law, 4th Ed 1981, P.31

M.J.C. Vile, «Constitutionalism and the Separation of powers». 1967, pp. 14 - 18

وقبل الدلوف في موضوع الملاحظات التي نوردها على المرسوم بقانون محل الدراسة، يجدر أن نشير إلى أن هناك قانونين قد صدرا في أوقات سابقة على هذا القانون لتنظيم الموضوع ذاته، وهما المرسوم بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨١^(٢) بشأن تنظيم الهيئات والمؤسسات العامة والإدارات المستقلة، والقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٨٦^(٣) بشأن تنظيم الهيئات والمؤسسات والإدارات المستقلة.

ولعله من المناسب أن نشير ونحن في هذا الصدد إلى أن جميع هذه القوانين قد اتفقت في الموضوع الذي تنظمه، بل وتطابقت أحكامها، فيما عدا القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٨٦ والذي جاء ليقرر بأن الأداة التي يمارس بها اختصاص نقل التبعية أو الإشراف أو الإلحاق إنما هي «القانون» في حين ذهب المرسوم بقانون الأخران إلى تعيين المرسوم أداة لمباشرة هذا الاختصاص. وتتفق جميع هذه القوانين في أنها قد جاءت مختصرة حيث لا يتعدى أي قانون منها ثلاث مواد فقط احداها موضوعية كما سبق وأن أشرنا.

ومما يجدر ذكره في هذا المجال أيضا أن كلا المرسومين بقانون المنظمين للموضوع المشار إليه قد صدرا استنادا إلى فكرة لوائح الضرورة والتي تمارسها السلطة التنفيذية وفقا لحدود وضوابط معينة نصت عليها المادة ٧١ من الدستور الكويتي في حالة غيبة مجلس الأمة^(٤).

في حين أن القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٨٦ قد صدر بعد موافقة مجلس الأمة وتصديق الأمير عليه باعتبارهما يتوليان السلطة التشريعية وفقا لنص المادة ٥١ من الدستور.

وبناء على ما تقدم فإننا سنعمد إلى دراسة هذا الموضوع وعرض

(٢) نشر هذا المرسوم بالقانون في الجريدة الرسمية «الكويت اليوم» العدد ١٣٤٣ الصادر بتاريخ ١٩٨١/٢/١٥.

(٣) نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية «الكويت اليوم» العدد ١٦٦٨. الصادر بتاريخ ٦ يونيو ١٩٨٦. السنة الثانية والثلاثون.

(٤) أنظر د. عثمان عبدالمملك الصالح «السلطة اللائحية للإدارة في الكويت» إصدار مجلة الحقوق والشرعة - جامعة الكويت - الطبعة الأولى ١٩٧٧ الصفحات ٥٥ - ٦٢.

ملاحظاتنا في شأنه وفقا للخطة التالية :

أولا : - النص محل التعليق

ثانيا : - النصوص الحاكمة للموضوع

ثالثا : - ملاحظاتنا على النص وفقا للتنظيم الدستوري الكويتي وآراء
الفقه والقضاء .

أولا : النص القانوني محل الدراسة :

تنص المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٦ على ما يلي :

«يجوز بمرسوم نقل التبعية أو الإشراف أم الالحاق المنصوص عليه في
قانون انشاء أي هيئة أو مؤسسة عامة أو إدارة مستقلة من مجلس الوزراء أو أي
وزارة أو وزير إلى مجلس الوزراء أو وزارة أخرى أو وزير آخر» .

ثانيا : النصوص الدستورية الحاكمة للموضوع :

إن موضوع المؤسسات والهيئات العامة المستقلة من الموضوعات بالغة
الأهمية والتي حظيت بإهتمام ورعاية خاصتين من قبل المشرع الدستوري ثم
المشرع العادي ، ونظرا لأن موضوع تعليقنا هنا سيتناول ويشير في مواضع
مختلفة منه إلى العديد من النصوص الدستورية المرتبطة ارتباطا جوهريا بالمسألة
المطروحة ، وحيث أن مجمل تلك النصوص يشكل ما يمكن اعتباره «الاسس
الدستورية لنظام المؤسسة العامة» فإنه لا مناص لنا من أن نفرّد هذا الموضع من
الدراسة للنصوص الدستورية المذكورة باعتبارها نصوصا حاكمة للموضوع
ومحددة لإطاره . هذا وما ينبغي التنبيه إليه هنا النصوص الدستورية المذكورة
أدناه تتصل بأسس جوهريّة يقوم عليها النظام الدستوري الكويتي من جهة ،
وتحكم موضوعات المؤسسات والهيئات المستقلة من جهة أخرى من جوانب
عديدة . فمن هذه النصوص ما يتعلق بمبدأ الفصل بين السلطات وبيان أهميته
وخطورة تجاوز هذا المبدأ على النظام الدستوري ، وعلى الأخص ما يتعلق بمبدأ
التوزيع الدستوري للإختصاص بين السلطات وتطبيقات المبدأ على الموضوع
محل الدراسة . ومن أمثلة تلك النصوص المادتان ٥٠ ، ٥١ من الدستور، في

حين يعتني جزء آخر من هذه النصوص بمبدأ الاختصاص اللاتحي للسلطة التنفيذية وحدود وضوابط هذا الاختصاص وفق ما تقرره المواد ٧١، ٧٢، ٧٣، من الدستور. هذا وقد جاءت المواد ١٣٣، ١٣٧، ١٥٦، من الدستور لتقرر وبشكل صريح المبادئ والأسس المباشرة التي ينبغي أن تبني على أساسها ووفقا لها أحكام المؤسسات والهيئات العامة المستقلة.

وأخيرا فإن نص المادة ١٠١ من الدستور والذي يقرر المسؤولية السياسية للوزراء أمام مجلس الأمة إلى جوار العديد من النصوص الدستورية الأخرى الخاصة بهذه المسؤولية يشكل ركيزة أساسية في بيان وتحديد نطاق مسؤولية الوزراء عن المؤسسات والهيئات العامة المستقلة. وأخيرا فإننا نود أن نشير هنا إلى أن هناك بعض النصوص الأخرى التي ترتبط بالموضوع محل التعليق ارتباطا جزئيا أو ثانويا الأمر الذي تعمدنا معه عدم ذكرها أكتفاء بالنصوص المذكورة باعتبارها هي الأساس الحاكم لموضوع المؤسسات والهيئات العامة المستقلة. فالمادة ٥٠ من الدستور تنص على أن «يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات مع تعاونها وفقا لأحكام الدستور. ولا يجوز لأي سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه في هذا الدستور».

وتقرر المادة ٥١ ما يلي : «السلطة التشريعية يتولاها الأمير ومجلس الأمة وفقا للدستور».

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

وجاء نص المادة ٧٣ من الدستور مقررًا «يضع الأمير، بمراسيم، لوائح الضبط واللوائح اللازمة لترتيب المصالح والإدارات العامة بما لا يتعارض مع القوانين».

أما نص المادة ١٠١ من الدستور فيقضي بأن «كل وزير مسئول لدى مجلس الأمة عن أعمال وزارته، وإذا قرر المجلس عدم الثقة بأحد الوزراء أعتبر

معتزلا للوزارة من تاريخ قرار عدم الثقة ويقدم استقالته فوراً. ولا يجوز طرح موضوع الثقة بالوزير إلا بناء على رغبته أو طلب موقع من عشرة أعضاء أثر مناقشة استجواب موجه إليه. ولا يجوز للمجلس أن يصدر قراره في الطلب قبل سبعة أيام من تقديمه». في حين تقرر المادة ١٣٣ «ينظم القانون المؤسسات العامة وهيئات الإدارة البلدية بما يكفل لها الاستقلال في ظل توجيه الدولة ورقابتها».

ويقضي حكم المادة ١٣٧ بأنه «يجوز للمؤسسات العامة وللأشخاص المعنوية العامة المحلية أن تقرض أو تكفل قرضاً وفقاً للقانون». ويختتم نص المادة ١٥٦ الموضوع مقررًا «يضع القانون الأحكام الخاصة بميزانيات المؤسسات وهيئات المحلية ذات الشخصية المعنوية العامة بحساباتها الختامية».

ثالثاً : ملاحظتنا على النص محل الدراسة وفقاً للتنظيم الدستوري الكويتي وآراء الفقه والقضاء :

أ - النص مخالف لمبدأ الفصل بين السلطات والتوزيع الدستوري للاختصاص.

أن نص المادة الأولى من المرسوم بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٦ يتعارض ومبدأ الفصل بين السلطات المقرر في المادة ٥٠ من الدستور، خصوصاً الفصل من الناحية الوظيفية لكل سلطة من السلطات الثلاث. فلو أجزنا - كما تقرر المادة الأولى من القانون محل الدراسة - أن تقوم السلطة التنفيذية بتحديد تبعية أو الحاق أي من المؤسسات العامة خلافاً لما هو مقرر في نص المادة ١٣٣ من الدستور الذي يوجب أن ينظم ذلك القانون نكون قد خالفنا مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقتضي أن تمارس كل سلطة اختصاصاتها الدستورية، حيث أن الدستور قد جعل ذلك من صميم وظائف السلطة التشريعية^(٥). ويمكن أن

(٥) أنظر في المعنى ذاته د. بشار عبد الهادي «نظرية تفويض السلطة تشريعاً وإدارياً». أنظر أيضاً أستاذنا الدكتور / محمد علي آل ياسين «القانون الإداري» المكتبة الحديثة ١٩٧٥، ص ١١٤، ١١٥.

نضيف هنا زيادة في التوضيح أن موضوع الاختصاصات التي قررها الدستور بين السلطات من القواعد المتعلقة بمبدأ المشروعية وطبيعة النظام الدستوري فكل مخالفة لها بالتنازل عن الاختصاص أو التفويض فيه أو اغتصابه من قبل سلطة أخرى يقع باطلا، ومقتضى هذه القاعدة أن تحترم السلطات الثلاث الحدود التي رسمها الدستور^(٦) لكل منه في ممارستها لاختصاصها.

بناء على ما تقدم، ولما كان نص المادة ١٣٣ من الدستور ينص على أن يتولى القانون - دون غيره من الأدوات القانونية الأدنى - مهمة تنظيم المؤسسات العامة وهيئات الإدارة البلدية، بما يكفل لها الاستقلال في ظل توجيه الدولة ورقبتها، فإن في اجازة القانون محل التعليق وتفويضه لأداة أدنى منه القيام بمثل هذا التنظيم بما في ذلك كفالة الاستقلال لهذه المؤسسات في ظل توجيه الدولة ورقبتها ما يؤدي إلى إهدار قواعد توزيع الاختصاص الدستوري، وذلك عند اعطاء السلطة التنفيذية مكنة واختصاص تنظيم المؤسسات العامة وهيئات الإدارة البلدية بما فيها - بكل تأكيد - رسم حدود استقلالها وأسلوب توجيه الدولة لها ورقبتها عليها - لما كان ذلك كذلك، فإن نص المادة الأولى من المرسوم بقانون محل الدراسة يعتبر متجاوزا لقواعد الاختصاص ومبدأ الفصل بين السلطات المقررة في الدستور، وعلى الأخص المادة ١٣٣ منه، وحيث أن ما جرى به نص المادة محل الدراسة وفقا للعرض السابق غير جائز، فإن المرسوم بقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٦ الذي قرر مثل هذا التفويض قد أخل بمبدأ الفصل بين السلطات، وقواعد توزيع الاختصاص دون موجب دستوري، يعد قانونا مشكوك في دستوريته، الأمر الذي يجعله حريا بالنهي عليه بعدم الدستورية.

ولا جدل في أن أهم مظهر من مظاهر الاستقلال هو الاعتراف بالشخصية الاعتبارية لهذه المؤسسات (المرافق) وهو ما يحقق لها الاستقلال

(٦) د. بشار عبد الهادي مرجع سبق ذكره حيث اقترب من المعنى ذاته في الصفحات ٢٣٠، ٢٤٣، ٢٤٩، ٢٥٠.

المالي والإداري في تسيير شئونها المختلفة^(٧)، وهذه النتيجة الحتمية للاستقلال - أي التمتع بالشخصية الاعتبارية لا يمكن أن تتم إلا بالقانون لأنه هو الأداة التي يمكن أن تخلق الشخص الاعتباري وهذه مسألة مستقرة فقها وقضاء في نطاق القانون العام، بل وتعتبر أحد المبادئ العامة المستقرة للقانون الإداري أيضاً على وجه الخصوص^(٨). وهو ما تبناه الدستور الكويتي في نص مادته ١٣٣.

والحديث عن الاستقلال بمعناه الذي أشرنا إليه يجعل نطاق الإشراف والتوجيه والرقابة التي تمارسها الدولة على هذه المؤسسات تقتصر على الوصاية الإدارية التي تباشرها السلطات المركزية في مواجهة الجهات الإدارية اللامركزية المرفقية، كما في الحالة التي نبينها، أو اللامركزية الإقليمية وفقاً لما هو مستقر حول طبيعة العلاقة التي تربط المؤسسات الإدارية المركزية بالسلطات اللامركزية في أصول وقواعد التنظيم الإداري^(٩).

ولا يفوتنا هنا أن نشير إلى أن السلطات اللامركزية المرفقية يمكن أن تخضع لرقابة الدولة وتوجيهها خارج إطار السلطة التنفيذية التي بينها سابقاً، وذلك عندما تكون خاضعة لنظام المحاسبة العامة التي تباشرها عادة السلطة التشريعية في مواجهة جميع الأجهزة التي تضطلع بأعمال تنفيذية أو إدارية^(١٠).

(٧) د. محمد رفعت عبد الوهاب، والدكتور عاصم أحمد عجيلة «القانون الإداري» مطبعة نهضة مصر ١٩٨٥، ص ٥٥ - ٦١.

(٨) حكم المحكمة الدستورية في الطعن رقم ١/١٩٩٠ دستوري وأنظر د. ماجد الحلو «الإدارة المحلية بين اللامركزية وعدم التركيز» مجلة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية العدد الأول - السنة السابعة عشرة ص ٧ - ٨. انظر أيضاً د. خميس النيد اسماعيل، الإدارة الحديثة للمؤسسات والشركات العامة، ص ٦٤: «ويتفق أغلب الفقهاء على ان انشاء المرافق العامة «القومية» منها، على الأقل» من اختصاص الهيئة التشريعية، أي أنه يجب أن يصدر به قانون معين». انظر د. طعيمة الجرف الذي يذكر في كتابه المشار إليه ص ٤٥٧ «القاعدة المستقرة في فرنسا ان المؤسسة العامة لا تنشأ إلا بقانون أو بناء على قانون بعد أن جرى زمن طويل كانت تنشأ فيه المؤسسة العامة بمرسوم» ويضيف قائلاً: «ثم تحولت هذه القاعدة إلى مبدأ دستوري منذ تقرر في دستور دريجول سنة ١٩٥٨ أن المؤسسات العامة - على الأقل بالنسبة لأنماط معينة - لا تنشأ إلا بقانون».

وأنظر أيضاً د. أحمد الفارسي «الشخصية المعنوية والمؤسسات العامة» بحث غير منشور مطبوع على الآلة الكاتبة عام ١٩٩٠ ص ١٢ وص ١٤.

(٩) د. طعيمة الجرف «القانون الإداري» دار النهضة العربية - ١٩٧٨ ص ٤٦٦ - ٤٦٧.

د. ماجد الحلو «القانون الإداري» دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٣ ص ٩٦.

(١٠) أنظر Gavin Drewany, «Select Committees and Backbench Power», PP 128 - 129

ب - مخالفة مبدأ المشروعية :

أن من أهم الأركان التي يقوم عليها نظام الدولة الخاضعة للقانون مبدأ تدرج الأعمال القانونية. وهذا المبدأ، يعني أن القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني في الدولة، ترتبط ببعضها ارتباطاً تدرجياً، أي أنها ليست في مرتبة واحدة من حيث القيمة والقوة القانونية، بل تتدرج فيما بينها بما يجعل بعضها أسمى مرتبة من البعض الآخر^(١١). فالقواعد الدستورية تأتي على قمة هذه القواعد ثم تليها القواعد التشريعية العادية «أي القوانين» الصادرة من السلطة التشريعية. ثم تليها القواعد القانونية العامة التي تصدرها السلطة الإدارية والتي تسمى اصطلاحاً «باللوائح». ويأتي في قاعدة هذا التدرج الهرمي القرار الإداري الفردي. ويترتب على مبدأ تدرج القواعد القانونية وجوب خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأسمى من حيث الشكل والموضوع^(١٢). وهو ما يقتضي صدور القواعد القانونية الأدنى من السلطة التي حددتها القاعدة الأسمى وبتابع الإجراءات التي بينها، وأن تكون متفقة في مضمونها مع مضمون القاعدة الأعلى.

ولو كلفنا أنفسنا عناء البحث في الدستور الكويتي لمعرفة مدى تبنيه لمبدأ التدرج في القواعد القانونية في النظام الذي أقامه، فإننا لن نتردد في القول بتبني الدستور الكويتي الجامد لهذا المبدأ بكل أبعاده. فهو يبرز من خلال مبدأ الفصل بين السلطات الذي عبرت عنه المادة ٥٠ من الدستور وهو يتجسد بشكل حقيقي أماننا من خلال نصوص المواد ١٦٩، ١٧٠، ١٧١، ١٧٣، ١٧٤ من الدستور.

فقد رسمت هذه المواد حدوداً واضحة تقام على أساسها تفرقة شكلية في

(١١) أنظر حكم المحكمة الدستورية رقم ١ لسنة ١٩٧٩ (دستوري) الصادر بتاريخ ١٢/٥/٧٩ والمنشور في الكويت اليوم العدد ١٢٤٧، السنة الخامسة والعشرون. حيث جاء في حيثيات الحكم ما يلي «وحيث أن القاعدة في تدرج التشريعات أن يتقيد كل تشريع بالتشريع الأعلى منه درجة، فلا يجوز لتشريع فرعي أن يتعارض مع تشريع عادي كما لا يجوز لأيهما أن يتعارض مع تشريع دستوري، وهذا التدرج يمثل ضماناً بالغ الأهمية للحقوق والحريات العامة، ويتفرع عن ذلك أيضاً أنه إذا صدرت قاعدة عامة بإداة بدرجة معينة فلا يجوز إلغاؤها أو تعديلها إلا بأداة من ذات الدرجة أو درجة أعلى منها.

(١٢) أنظر د. ثروت بدوي «تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية» ١٩٧٠ ص ١٠.

إصدار القواعد القانونية على اختلافها وفق إجراءات متبينة فيما بينها. وحفاظا على بقاء هذه الفوارق الشكلية من حيث مصدر القاعدة أو اختصاص مصدرها أو الاجراءات الواجب إتباعها عند إصدارها عمد الدستور الى تقرير الرقابة على شرعية القرارات الإدارية، ودستورية القوانين واللوائح وهو ما قرره المواد المشار إليها أعلاه خصوصا المادتان ١٦٩ ، ١٧٤ من الدستور. فضلا عن تحديدها لإسلوب واجراءات تعديل أحكام الدستور الكويتي وفقا لإجراءات خاصة ومشددة تؤكد جموده وتحقق أحد أركان الرقابة على دستورية القوانين ألا وهو جمود الدستور.

وترتيباً على ذلك فإن نص المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٦ المذكور قد خرج على مبدأ المشروعية ومقتضياته عندما أجاز للمرسوم (وهو قرار إداري) أن يقوم بتعديل أوضاع انشأها قانون صادر عن السلطة التشريعية بصفتها. فهذه المادة تهدر مبدأ تدرج القواعد القانونية في الدولة شكلاً وموضوعاً وفقاً للتفصيل السابق.

ولبيان خطورة مثل ذلك التجاوز وإهداره لمبدأ تدرج القواعد القانونية، نذكر مثالا إفتراضيا لما يمكن أن يرتبه نص القانون محل التعليق من نتائج تمس مبدأ المشروعية. وهذا المثال هو، تنص المادة الأولى من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٨٢ في شأن الهيئة العامة للإستثمار على مايلي :

«تنشأ هيئة عامة ذات شخصية إعتبارية مستقلة تسمى (الهيئة العامة للإستثمار) وتلحق بوزير المالية».

فهل يجوز لمرسوم يصدر بناء على النص العام المذكور في المادة الأولى من المرسوم بالقانون - محل التعليق - كي يغير من تبعية الهيئة العامة للإستثمار التي قررتها المادة الأولى من قانون انشائها رقم ٤٧ لسنة ٨٢ فيقوم بالحاقها بوزير آخر غير وزير المالية. الجواب بالنفي طبعاً. «أي لا يجوز ذلك» والا لما عاد هناك أية قيمة لمبدأ الفصل بين السلطات وظيفيا وعضويا، فضلا عن عدم جدوى مبدأ تدرج القواعد القانونية المذكور على النحو السابق. وهو ما جعلنا نشكك في دستورية المادة المذكورة. ويجب أن نؤكد هنا بأن مجلس الأمة الكويتي قد تنبه لهذا الموضوع عندما قرر الموافقة على اقتراح بقانون لا يميز نقل التبعية

للمؤسسات بغير الأداة القانونية التي أنشأتها^(١٣)، وتمثل ذلك باقتراح تقدم به النائب مشاري العنجري وذلك بجلسة ٩ يوليو ١٩٨٥، غير أن الأمير قد مارس بشأنه حقه الدستوري المقرر في المادتين ٦٥، ٦٦ من الدستور ببرد مشروع القانون المذكور^(١٤). غير أن كل من الحكومة والمجلس قد اتفقا على حل وسط مقتضاه جواز النقل بمرسوم بناء على نص يقرره قانون انشاء المؤسسة أو الإدارة المعنية^(١٥).

وواضح هنا الفارق بين النص محل التعليق والنص الذي أفتق عليه بين الحكومة ومجلس الأمة بالرغم من وجود ملاحظات هامة لنا أيضا حول النص الأخير تجعلنا غير مترددين في القول بعدم دستوريته كذلك. وهو ما سنذكره في ملاحظتنا الثالثة.

ج - المخالفة لصريح نصوص المواد ٧٣، ١٣٣، ١٣٧، ١٥٦، من الدستور :

تعالج المادة ٧٣ من الدستور موضوع انشاء وتنظيم والغاء المرافق العامة في الدولة التي تهدف إلى سد حاجات عامة للمجتمع. وهو الدور ذاته الذي تضطلع به المواد ١٣٣، ١٣٧، ١٥٦ بالنسبة للمؤسسات العامة التي هي في حقيقتها مرافق عامة تسعى لتحقيق الهدف المذكور. وواضح من نصوص المواد ١٣٣، ١٣٧، ١٥٦ بأن هذه المؤسسات لا يجوز انشاؤها أو تنظيمها أو إلغاؤها إلا بقانون، خلافا للأصل العام الذي قرره المادة ٧٣ من الدستور. والتي جعلت انشاء وتنظيم والغاء المرافق العامة بمرسوم أميري^(١٦).

(١٣) أنظر مضبطة مجلس الأمة للجلسة المنعقدة بتاريخ ١٣ مايو ١٩٨٦ المرقمة ب ٥٦٨.

(١٤) أنظر نص مرسوم رد القانون المذكور المؤرخ ٣١ يوليو ١٩٨٦.

(١٥) جلسة مجلس الأمة المشار إليها سابقا حيث أقر هذا القانون فيها الصفحات ٢١٤ - ٢٢١.

(١٦) أنظر في نقاش هذا الموضوع كل من : ١ - د. محمد آل ياسين «القانون الإداري» ١٩٧٥ ص ١١٤ حيث يقول تعليقا على نص المادة ٧٣ من الدستور «والدليل على هذا المعنى الواسع (الشامل لانشاء وتنظيم والغاء المرافق العامة) الذي قصده المشرع الدستوري في الكويت من عبارة (ترتيب المصالح والأدوات العامة) أنه جاء وخصص بنصوص أخرى في الدستور، الزم فيها بصراحة استصدار قانون

ولعل هذه التفرقة واضحة ومقصودة في النظام الدستوري الكويتي والذي رجح بل وتبنى منهج العلاقة التقليدية بين القانون واللائحة، والتي من أهمها نتائجها. إن القانون تصدى لتنظيم كل الموضوعات وهناك مسائل لا يجوز أن تصدى اللوائح لتنظيمها، بل إن اللوائح تبقى في ظل هذه النظرية حبيسة اختصاصات حصرية لا محالة.

ولا يفوتنا هنا أن نشير ونحن في هذا الصدد إلى أن استخدام الدستور الكويتي لمصطلح «ينظم القانون» إنما هو لفظ مقصود لذاته، ذلكم أن هذا المصطلح إنما يعني وبكل وضوح أن الأداة القانونية التي تملك تنظيم المؤسسات والهيئات العامة وفقاً لنص المادة ١٣٣ من الدستور هي القانون دون غيرها من الأدوات القانونية الأخرى. ولا يجوز في ظل الدستور الكويتي الإحتجاج بغير ذلك. وأن نعود إلى توسيع مفهوم هذا المصطلح أو أن نصرفه إلى غير مقصوده بما يؤدي إلى تجاوز منطوق النص ودلالته خلافاً لإرادة المشرع وفلسفة الفصل بين السلطات التي تبناها في هذا الدستور.

فالمشرع الدستوري قد أورد مصطلح «ينظم القانون» في سبعة مواضع مختلفة من الدستور، وذلك في المواد ٤، ٢٢، ١٣٣، ١٥٤، ١٥٥، ١٦٩، ١٧٢، وبقراءة متأنية لنصوص هذه المواد، فإن النتيجة التي لا تقبل الجدل ستكون دون شك هي أن طبيعة هذا المصطلح ودلالته ومقصوده لا يمكن أن يفهم منه إلا أمراً واحداً فقط، وهو عدم جواز تنظيم الموضوعات التي أوردتها هذه النصوص إلا بالقانون، بل أن طبيعة هذه الموضوعات تستوجب حتماً عدم جواز تنظيمها بأية أدوات قانونية سوى القانون.

ومما يؤكد حقيقة ما بيناه هو أن المشرع الدستوري الكويتي قد استخدم

بالنسبة لبعض المرافق العامة التي حددها وعينها، ومعنى ذلك أن ما عداها يعود إلى السلطة التنفيذية (إنشاء وتنظيم والغاء) ويتم ذلك بلوائح تصدر بمراسيم، أما بالنسبة لهذه المرافق التي نص الدستور على وجوب صدور قانون بإنشائها، فإنها أصبحت بنص الدستور في مجال السلطة التشريعية لا السلطة التنفيذية.

أنظر أيضاً في الرأي ذاته الدكتور / عثمان عبد الملك الصالح «السلطة اللائحية للإدارة في الكويت» إصدار مجلة الحقوق والشريعة، ١٩٧٧، ص ٤٧ - ٤٨.

الفاظا مغايرة عن لفظ التنظيم عندما قصد وأجاز أن تتصدى أدوات قانونية غير القانون لتنظيم بعض الموضوعات فأستخدم مصطلحات مثل «بناء على القانون، وفقا للأوضاع التي بينها القانون».

وعليه فلو أراد المشرع الدستوري غير هذا المعنى لما أورد مصطلح «ينظم القانون» والذي يقصر حق تنظيم هذا الموضوع على القانون دون غيره من الأدوات الأدنى، ولوسعه استخدام مصطلحات أخرى مثل التي أشرنا إليها سابقا.

ولابد من أن نؤكد أخيرا على أن فلسفة الفصل بين السلطات التي نبناها الدستور الكويتي، والتي رجح بموجبها النظرية التقليدية في شأن العلاقة بين القانون واللائحة، كان لها أثراً بالغاً في تحديد الدستور لقواعد توزيع الاختصاص الدستوري لهذه السلطات عبر نصوص صريحة وواضحة أوردها في صلب أحكامه وقواعده تأصيلاً لهذا المبدأ ودفعاً لكل اجتهاد قد ينال من جوهره أو يناقض أسسه، بما يفتح مجالاً لتنازل سلطة أو تقاعسها عن ممارسة اختصاصها لمصلحة سلطة أخرى خلافاً لنص المادة ٥٠ من الدستور والتي تحرم بصريح اللفظ والعبرة التفويض بالاختصاصات.

وحيث أن أداة إنشاء أو تنظيم أو الغاء المؤسسات العامة. وفقاً لما سبق ذكره هي القانون. فإن أعمال المنطق القانوني يقضي بأن ما ينطبق على أداة الإصدار ينطبق على أداة التعديل، فإذا كان تنظيم المرافق العامة قد تم بقانون أو بناء على قانون فلا يجوز التعديل إلا بقانون أو بناء على قانون حسب الحال فإذا كان التنظيم قد تم بقانون فلا يجوز التعديل أو الإلغاء إلا بقانون وهكذا^(١٧). وبناء عليه نكون أمام مخالفة صريحة لنصوص المواد ١٣٣، ١٣٧، ١٥٦ من الدستور، إذا عمدنا إلى تعديل تلك الأوضاع بأداة أدنى مثل المرسوم الأميري بدلاً من القانون.

وهذه الحجة هي التي دفعتنا إلى القول بعدم دستورية الحل الذي تم الاتفاق عليه بين الحكومة ومجلس الأمة المشار إليه سابقاً.

(١٧) أنظر في ذلك الدكتور / إبراهيم طه الفياض «القانون الإداري» ١٩٨٨ ص ٧٢، ٧٣.

د - المخالفة لعناصر النظام البرلماني وبخاصة المسؤولية الوزارية :

يقوم النظام البرلماني من ضمن ما يقوم عليه من عناصر على مبدأ «المسؤولية الوزارية». والوزير وفقا للنظام الدستوري القائم في الكويت يسأل مسؤولية وزارية مزدوجة، فهو مسئول أمام الامير وفقا لنص المادة ٥٨ من الدستور الذي يقضي في آخره «... كما يسأل كل وزير امامه عن أعمال وزارته». والوزير أيضا مسئول أمام مجلس الأمة عن أعمال وزارته كما تقرر ذلك المادة ١٠١ من الدستور والتي تتصل بأحدى وسائل السلطة التشريعية في مواجهة السلطة التنفيذية.

وحيث أن المسؤولية الوزارية أمام البرلمان يجب أن تقوم على عناصر واضحة كي تثار مسؤولية الوزير بشأنها. فإن تغير تبعية مؤسسات أو ادارات معينة من مسؤولية وزير الى آخر عن طريق المرسوم الاميري فيه تعد على اختصاص السلطة التشريعية في انشاء وتنظيم هذه المرافق كما قررها الدستور، فالسلطة التشريعية هي التي أسندت مسؤولية مرفق ما لوزير معين بالتشاور مع الحكومة التي هي في الأصل من يتقدم بمشروعات القوانين التي تنظم هذه «المرافق»^(١٨) - من جهة، فضلا عن أنها تنطوي على شبهة تخليص وزير ما من الوزراء من المساءلة السياسية عن طريق تعديل اختصاص وزارته بنقل تبعية مرفق عام من وزارته إلى وزارة أخرى، بالرغم من أن الخطوات التي يكون البرلمان قد اتخذها البرلمان أو عزم على اتخاذها تهدف إلى تحريك مسؤولية هذا الوزير سياسيا اعتمادا على الخلل الذي لمسه البرلمان في إدارة الوزير لهذا المرفق. ولا يغير في حقيقة شبهة التخليص من المسؤولية الوزارية ما ساقته الحكومة من مبررات في مرسوم رد مشروع القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٨٦ وما جاء فيه «وهذا أمر طبيعي لأن رقابة السلطة التشريعية بمظاهرها المختلفة لا شأن لها بتبعية أي مرفق عام لوزير أو لآخر لأن مسؤولية جميع الوزراء من طبيعة

(١٨) يساهم الوزراء وفقا للنظام الدستوري الكويتي في أعمال السلطة التشريعية ولهم ما لبقية أعضاء البرلمان من حقوق ومن ذلك حق اقتراح القوانين - عن طريق الحكومة - ومناقشتها والتصويت عليها. تنص المادة ٨٠ من الدستور في فقرتها الثانية على «ويعتبر الوزراء غير المنتخبين بمجلس الأمة أعضاء في هذا المجلس بحكم وظائفهم».

واحدة وليس هناك ما يبرر ضرورة أخذ موافقة المجلس على نقل تبعية أي مرفق من أحد الوزراء أو إليه»^(١٩).

ولا مرأ هنا بأن هذا الرد فيه بعض المغالطة وتعوزه الدقة، فعلى الرغم من سلامة القول بأن طبيعة المسؤولية لجميع الوزراء واحدة، إلا أن نوع هذه المسؤولية ونطاقها وأسباب تحريكها تختلف من وزير إلى آخر، وذلك وفقاً لما هو داخل في نطاق اختصاصه من صلاحيات وأعمال. ومن ثم لا يمكن مساءلة وزير في مجال تطبيق مبدأ المسؤولية الوزارية الفردية عن أعمال تدخل في نطاق اختصاص وزير آخر فلا يجوز أن نعلم إلى مساءلة وزير التربية مثلاً عن نشاط وأعمال المستشفيات مما يدخل في نطاق عمل وزير الصحة أصلاً، ولا مجال للحدث عن المسؤولية ذات الطبيعة الواحدة إلا من خلال بيان الأسس والمبادئ التي تبنى عليها مسؤولية الوزير أو أسلوب تحريكها، وهو أمر يستتبع بالضرورة اختلاف وتنوع في المسؤولية الوزارية بين الوزراء تبعاً لاختصاصاتهم والنشاط الذي يباشرونه، ولئن قبلنا بغير ذلك فإننا سنقضي على عناصر مهمة تبنى عليها المسؤولية الفردية للوزراء وتعتبر أساساً هاماً في تحريكها.

هـ - عدم حجية المخالفات الدستورية السابقة :

أحد أهم المبادئ القانونية المستقرة هو أن المخالفة الدستورية التي تقع من أي سلطة من السلطات الثلاث في ممارستها لاختصاصها، لا تؤثر بكل تأكيد على وجوب وضرورة الاستمرار بتطبيق المبدأ الدستوري المخالف، كما أن الإستمرار في ذلك الانتهاك لا يصحح من وضع المخالفة، ومن باب أولى عدم جواز الاستناد إلى المخالفة لتبرير مخالفة دستورية أخرى. أو للقول بوجود سوابق أو أعرافاً دستورية تجيز مثل ذلك، بل أنه من الخطورة بمكان أن يتم القبول بهذا المبدأ الذي سيؤدي في نهاية الأمر إلى إهدار القيمة القانونية للنصوص المكتوبة والمعبرة بصراحة عن إرادة الأمة والمشرع أيضاً.

(١٩) هذه الحجة تعوزها الدقة إذ أن المسؤولية الوزارية الفردية للوزراء إنما قررت أصلاً لمساءلة وزير معين عن عمله وشئون وزارته، لذلك فقد اختلفت على الأعمال التي تدخل في نطاق مسؤوليته وأسباب تحريكها أنظر رسالتنا لنيل درجة الدكتوراة . ص ٢٦ - ٢٦٨.

وترتباً على ما سبق فإن الاستناد إلى نص المادة الأولى من المرسوم بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨١ في شأن تنظيم الهيئات والمؤسسات العامة والإدارات المستقلة والذي عمل به في الفترة ما بين عام ١٩٨١ إلى ١٩٨٦ رغم مخالفته لأحكام الدستور، لا يبرر ولا يصحح ولا يغير واقع المخالفة في شيء إذ أن كل من نص المادة الأولى في القانون المذكور آنفاً ونص المادة الأولى من المرسوم بقانون محل البحث مخالف للدرستور لا يجوز السكوت عنها أو التهادي في أعمالها بالرغم من صراحة ووضوح عدم دستوريته على النحو السالف البيان .

و - الاثار القانونية المترتبة على نقل تبعية المؤسسات العامة :

المؤسسات العامة هي أحد الأساليب الإدارية التي تتولى بمقتضاها الإدارة تسيير المرافق العامة، ومن أهم ميزاتها في نطاق علم الإدارة العامة هو تمتعها بالاستقلالية الإدارية، مع ما يستتبع ذلك من نتائج قانونية هامة مثل الشخصية المعنوية وما يترتب عليها من نتائج تتصل بالذمة المالية والاستقلال الإداري والمالي . ولما كانت المؤسسات العامة أحد أساليب اللامركزية المرفقية في الإدارة، فإن ما يخشى هنا هو أن نقل التبعية أو الإشراف أو الحاق المنصوص عليه في قانون إنشاء هذه المؤسسات بحولها إلى إدارة تابعة لأحد السلطات الإدارية المركزية مع ما يستتبع ذلك من فقدان للشخصية المعنوية^(٢٠)، والذمة المالية . . ألخ، وهو ما يؤدي إلى تعديل أوضاعها بإداة غير

(٢٠) إن إنشاء المرافق العامة وفقاً للدستور الكويتي يجد أساسه أما في المادة ٧٣ من الدستور أو المادة ١٣٣ من الدستور وهذا هو الأصل العام، على أن المرافق والمصالح التي تنشأ وفقاً لنص المادة ٧٣ تكون تابعة للسلطة المركزية وإداة إنشائها هي المرسوم الأميري، في حين أن تلك التي تنشأ وفقاً لنص المادة ١٣٣ من الدستور فإنها تكون متمتعة بالشخصية الاعتبارية وتنشأ بقانون، وغني عن البيان أن الأولى تدخل في صلب اختصاص السلطة التنفيذية في حين أن الثانية تدخل في صلب اختصاص السلطة التشريعية، وعليه فإن القول بجواز أن تتناول السلطة التنفيذية تنظيم المرافق الخاضعة لاختصاص السلطة التشريعية على خلاف الجوهري من مبادئ الدستور وفلسفته وصريح نصوصه، ما قد يؤدي إلى إنهاء الشخصية الاعتبارية لهذه المؤسسات حيناً تقوم السلطة التنفيذية بنقل أو تغيير التبعية، ذلكم أنه من المنتصور أن نقل التبعية يتم مع استبقاء حال الهيئة العامة أو المؤسسة العامة على ما هي عليه من حيث استقلالها وشخصيتها المعنوية التي تتمتع بها كما أنه يمكن أن يؤدي إلى إنهائها والذهاب باستقلالها حين الحاقها بالسلطة الرئاسية (المركزية).

تلك التي أنشأتها - أي بالمرسوم بدل القانون - وفي ذلك مخالفة صريحة للقانون الذي أنشأها فضلا عن خروجها عن الغاية التي كان يريد المشرع العادي (البرلمان) تحقيقها من وراء إنشاء هذه المؤسسة . من هنا كانت هذه الملاحظة جديرة بالاهتمام نظرا لما قد تشير إليه من مخالفة قانونية ودستورية محققة في هذا الخصوص . وعلى الأخص ما يتصل بالشخصية المعنوية لهذه المؤسسات من حيث انشائها أو الغائها أو تعديل وضعها .

الخلاصة

ختاماً لهذا التعليق الذي قمنا من خلاله بيان موضوعه والنص محل التعليق ثم النصوص الحاكمة للموضوع وأبدينا في شأنه ملاحظاتنا وتعليقاتنا المختلفة عليه نخلص إلى أن المرسوم بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٦ في شأن الهيئات والمؤسسات العامة والإدارة البلدية قانون غير دستوري يشكل إنتهاكاً صارخاً وصريحاً للعديد من النصوص الدستورية التي قررها الدستور الكويتي فضلاً عن أعتدائه على مبادئ هامة يركز عليها النظام الدستوري مثل مبدأ الفصل بين السلطات، قواعد توزيع الاختصاص بين السلطات، والمسئولية الوزارية أمام البرلمان، فضلاً عن خروجه على الأسس الدستورية الضابطة للمؤسسات العامة والتي قررها الدستور في نصوص المواد ١٣٣، ١٣٧، ١٥٦.

وعليه فإننا ندعو المشرع الكويتي إلى ضرورة الإنتباه إلى هذه المخالفة الصريحة والتجاوز البين، وندعوه - كما ندعو السلطة التنفيذية معه إلى اتخاذ الاجراءات اللازمة لرفع تلك المخالفة وتصحيح الأوضاع الناتجة عنها، تدعيماً لمبدأ قانونية الدولة ومشروعية أعمالها، وترسيخاً للنظام الدستوري الكويتي بما يحقق مظاهر التعاون بين السلطات ويعزز من الثقة بينها ارتقاء بالتجربة الدستورية في الكويت حتى تكون مثالا يحتذى.

تم بحمد الله

مراجع التلعيق

- ١ - د. عثمان عبد الملك الصالح «السلطة اللائحية للإدارة في الكويت» اصدار مجلة الحقوق والشرعية جامعة الكويت - الطبعة الاولى ١٩٧٧ .
- ٢ - د. بشار عبد الهادي «نظرية تفويض السلطة تشريعيا وإداريا». منشور بمجلة الحقوق والشرعية، السنة الخامسة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨١ .
- ٣ - د. محمد علي آل ياسين «القانون الإداري» المكتبة الحديثة ١٩٧٥ .
- ٤ - د. ماجد راغب الحلو «الإدارة المحلية بين اللامركزية وعدم التركيز» مجلة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية العدد الأول . السنة السابعة عشرة ١٩٧٤ .
- ٥ - د. محمد رفعت عبد الوهاب، والدكتور عاصم أحمد عجيلة «القانون الإداري» مطبعة نهضة مصر، الطبعة الثانية ١٩٨٥ .
- ٦ - د. طعيمه الجرف «القانون الإداري» دار النهضة العربية ١٩٧٨ .
- ٧ - د. ماجد الحلو «القانون الإداري» دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٣ .
- ٨ - د. ثروت بدوي «تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية» دار النهضة العربية ١٩٧٠ .
- ٩ - الدكتور ابراهيم طه الفياض «القانون الإداري» مكتبة الفلاح ١٩٨٨ .
- ١٠ - الدكتور أحمد الفارسي (الشخصية المعنوية والمؤسسات العامة) بحث غير منشور ١٩٩٠ .
- ١١ - د. خميس السيد إسماعيل «الإدارة الحديثة للمؤسسات والشركات العامة»، ١٩٨٨ .

12 -de Smith, «Constitutional and Administrative Law, 4th end., 1981

13 -M.J.C. Vele, «Constitutionalism and the Separation of Power», O.U.P., 1967

- 14 -Gavin Drewary, «Select Committees and back bench Power in J.Jowell & D. Oliver «The Changing Constitution, 1985
- 15 -MOHAMMAD A.A. AL-MOQATI, «A Study of the Kuwaiti Constitutional Experience, 1962 - 1986, ph. D. 1987