الدعوى الدستورية الأصلية أمام المحكمة الدستورية الكويتية «دراسة مقارنة»

الدكتورة آلاء محمد الفيلكاوي
المستشار القانوني في أكاديمية الكويت للفنون
وزارة التعليم العالي

ملخص البحث:

تتسم الرقابة التي تباشرها هيئة قضائية على دستورية القوانين – دون منازعة – بمزايا عامة تعبر في فحواها ومضمونها عن العديد من الإيجابيات، فهي من ناحية تكفل معالجة موضوع دستورية القوانين معالجة قانونية خالصة. حيث يبحث القاضي بحكم طبيعة وظيفته عن مطابقة القانون محل الطعن للدستور دون أن يتطرق لنواحي أخرى، ومن ناحية أخرى نجد أن الأسلوب الذي تمارس به هذه الرقابة يخضعها لإجراءات قضائية تتحقق معها الحيدة والمواجهة وتسبيب الأحكام»[١].

وتعد الصورة التي تمارس بها الرقابة القضائية اللاحقة بتبني مبدأ مركزية رقابة الدستورية، لما تؤول إليه من ضرورة تفادي عيوب رقابة دستورية القوانين بطريق امتناع المحاكم عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور، رقابة إلغاء ذات أثر مطلق تجاه الكافة erga omnes. وقد أخذ الدستور الكويتي المؤرخ عام ١٩٦٢، في تنظيمه لرقابة الدستورية بالرقابة القضائية، حيث نصت المادة (١٧٣) منه على أن "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها. ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح. وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن".

ويتفق فقهاء القانون الدستوري، الذين تناولوا الدستور الكويتي، على أن هذه المادة قد نصت على رقابة تمارس بدعوى إلغاء أصلية أو مباشرة ترفع أمام محكمة خاصة وهي رقابة لاحقة تفترض صدور القانون فعلاً. وترفع من الحكومة وذوي الشأن من الأفراد، وطنيين أو أجانب، بما مفاده أن الفرد لكي يرفع الدعوى لابد أن يكون "من ذوي الشأن" بمعنى أن تكون له مصلحة في رفع الدعوى، فهي بالتالي ليست "دعوى حسبة" يجوز لأي فرد رفعها ولو لم يكن له مصلحة في ذلك [٢].

١. انظر على سبيل المثال : د. عبد الفتاح حسن ، مبادئ النظام الدستوري في الكويت – دار النهضة العربية – طبعة ١٩٦٨ ، ص ٧٢ – ٧٣ ، د. عوض المر ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية ، مركز رينيه جان دي بوي للقانون والتنمية، ص ١٢.

٢. د. عبد الفتاح حسن ، مبادئ النظام الدستوري في الكويت ، مرجع سابق ذكره، ص ١٥١، د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مطبوعات الكويت ، ١٩٧٢ ، ص ٥٦٩، د. يحيى الجمل ، النظام الدستوري في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت،

أهمية البحث:

وتكمن أهمية اختيار موضوع البحث في واقع أن أسلوب الرقابة القضائية بطريق الدعوى الأصلية، إنما يتحقق معه الاستقلال الوظيفي للقضاء الدستوري، إذ أنه من مقتضيات استقلاله ألا يحرم من حق الالتجاء إليه كافة الأفراد، لما يمثله الحرمان من حق التقاضي من اعتداء على وظيفة القضاء الدستوري الذي أنشئ من أجلها منفرداً. ويضاف إلى هذه الأهمية إمكانية الطعن بدعوى أصلية حالياً، أمام المحكمة الدستورية الكويتية من جانب الأفراد، وذلك بموجب القانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤[١]، حيث أجاز هذا الطعن مع وضع ضوابط معينة.

وهكذا يكون من المفيد التعرف على مدى هذه الإضافة التي جاء بها هذا القانون، وتلمس موقف المحكمة الدستورية الكويتية نحو الاتجاه إلى طريق الرقابة الدستورية بدعوى أصلية أو مباشرة، قبل تكريسها قانوناً عام ٢٠١٤ وبعض تطبيقاتها منذ هذا التاريخ.

منهج البحث:

لقد دعتنا طبيعة موضوع البحث النظر في أهمية هذا الأسلوب في الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدعوى الأصلية، ولقد تم الاعتماد أولا على المنهج المقارن، فإنه يسلط الضوء بطبيعته على أنظمة رقابة الدستورية التي لها تاريخ طويل في تكريس حقوق الإنسان والمواطن والتي تشكل في فحواها مصدراً لكل دراسة قانونية ودستورية، وثانيهما المنهج التحليلي حيث يقوم الباحث بعملية تفكيك المشكلة ودراستها ومن ثم تتبع المصادر القانونية وتقويم ونقد الدراسة ونهاية تركيب النتائج وحل الإشكالية.

تقسيم البحث:

يطرح موضوع البحث بصورة دقيقة موضوعين أساسيين يشكلان – في كافة أبعادهما – خطة البحث وذلك على النحو التالي:

الموضوع الأول: التعرف على الرقابة القضائية بطريق الدعوى الأصلية أمام المحكمة الدستورية الكويتية، وموقفها من مباشرة هذه الدعوى قبل تكريسها عام ٢٠١٤.

الموضوع الثاني: التعرف على ممارسة هذا الأسلوب من الرقابة القضائية وضوابطها في ضوء قضاء المحكمة الدستورية الكويتية في ظل قانون رقم ١٠٩ لسنة ٢٠١٤.

سوف نتناول موضوعي البحث في ثلاثة مباحث، وذلك على نحو التقسيم التالي:

دراسة مقارنة، ١٩٧٠ – ١٩٧١، ص١٤٩. د. عادل الطبطبائي – النظام الدستوري في الكويت – دراسة مقارنة – ١٩٩٨ – ص ٩٣١ .

١. قانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤ – بتعديل بعض أحكام القانون رقم (١٤) لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية – الكويت اليوم – العدد ١١٩٦ – السنة الستون – الموافق ٢٠١٤/٨/١٠.

المبحث التمهيدي: مباشرة الدعوى الأصلية أمام المحكمة الدستورية الكويتية في ظل قانون إنشائها عام ١٩٧٣.

المبحث الأول: مباشرة الدعوى الأصلية أمام المحكمة الدستورية الكويتية في ظل إضافة القانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤.

المبحث الثاني: موقف الفقه والقضاء الدستوري المقارن من الدعوى الدستورية المباشرة.

المبحث التمهيدي
مباشرة الدعوى الأصلية أمام المحكمة الدستورية الكويتية في ظل قانون إنشائها عام ١٩٧٣.

تمهيد وتقسيم:

لقد أخذ المشرع الدستوري الكويتي كغيره من العديد من الأنظمة الدستورية (كالنظام الدستوري المصري والفرنسي) بمبدأ مركزية الرقابة الدستورية ونصت المادة الأولى من قانون إنشاء المحكمة الدستورية تطبيقاً لنص المادة (١٧٣) من الدستور في هذا الشأن، على أن "تنشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية وبالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح... ويكون حكم المحكمة الدستورية ملزماً للكافة ولسائر المحاكم". ثم بينت المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة الدستورية كيفية رفع المنازعات الدستورية والتي تدور حول طريقتين: الأولى بطريق الدعوى الأصلية وذلك بطلب من مجلس الأمة أو من مجلس الوزراء بما مفادهُ أن قانون إنشاء المحكمة الدستورية قصر على السلطات العامة وحدها الطعن المباشر في دستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح. أما الطريق الثاني لرفع الدعوى الدستورية فإنها للأفراد عن طريق الدفع الفرعي وعندما يكون الطاعن طرفاً في الدعوى الموضوعية. ومن ثم تبدو أهمية التعرف على مفهوم المحكمة الدستورية للطعن المباشر، والذي شهد تطوراً عظيم الشأن، تمثل في مرحلتين: الأولى منذ فترة إنشاء المحكمة حتى عام ٢٠٠٧، وحيث تبنت المحكمة الدستورية موقفاً مستنداً إلى الدفوع الشكلية، أما المرحلة الثانية فإنها انطلقت عام ٢٠٠٧ والتي اتجهت خلالها إلى المفهوم الواسع للدعوى الأصلية، باعتبار أن الدفع بعدم الدستورية دفعاً موضوعياً، يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى ولا مانع للمدعي من إبدائه في صحيفة الدعوى[1].

وقد قاد حق الأفراد في التقاضي فقهاء القانون الدستوري إلى تناول طرق تحريك الدعوى الدستورية المباشرة، مما يقتضي بغرض تعميق موضوع البحث بقدر الإمكان، أن نقف بصفة أساسية على سياسة كل من المشرع الدستوري المصري والفرنسي بحسبان أن كلاً منهما نموذج لتبني مبدأ مركزية رقابة الدستورية والتعرف بالتالي على ضوابط الأخذ بهذا الأسلوب للرقابة القضائية ومدى

١. لمزيد من التفاصيل انظر: د. عادل الطبطبائي، تحول في مفهوم المحكمة الدستورية الكويتية للطعن المباشر، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٢، السنة ٣٦، يونيو ٢٠١٢، ص١٥-١٦.

ما اعتد به القانون الكويتي رقم ١٠٩ لسنة ٢٠١٤ في هذا الشأن. وهكذا يكون من المفيد أن تنقسم دراسة هذا المبحث إلى مطلب الأول.

المطلب الأول
مفهوم الدعوى الدستورية المباشرة أمام المحكمة الدستورية الكويتية قبل عام ٢٠٠٧

تمهيد وتقسيم:

تقتضي معالجة هذا المطلب أن نتناول مفهوم الدعوى الدستورية المباشرة أمام المحكمة الدستورية الكويتية في المرحلة الأولى من الفترة عام ١٩٧٣ ومنذ تحول قضاؤها عام ٢٠٠٧ وذلك عبر النقاط التالية:

أولاً: مفهوم الدعوى الدستورية المباشرة أمام المحكمة الدستورية الكويتية في المرحلة الأولى

اعتبرت المحكمة الدستورية الكويتية – عبر أحكامها المستقرة – بمثابة طعن مباشر: إذا تضمنته صحيفة الدعوى الموضوعية، أو إذا قدم الطعن مباشرة إلى المحكمة الدستورية، أو لجنة فحص الطعون، وإذا قدم من أحد الخصوم في الدعوى الموضوعية قبل الدخول في موضوع الدعوى. وتجيز هذه الحالات دون جدال رفض الطعون من الناحية الشكلية قبل الخوض في مناقشة موضوع الدستورية المثار أمامها، مما يقتضي بيانه على الوجه التالي:

(أ) الطعن المباشر حال تضمنته صحيفة الدعوى الموضوعية:

صدر عن المحكمة الدستورية الكويتية العديد من الأحكام، انتهت فيها إلى اعتبار الطعن مباشراً. وذلك إذا استعرض الطاعن في صحيفة دعواه الموضوعية الأسس التي يستند إليها في الطعن بعدم دستورية نص، بمعنى إذا تبين في دعوى الطاعنين أمام محكمة الموضوع، أنهم طلبوا أصلياً إحالة الدفع بعدم دستورية المرسوم بقانون... إلى المحكمة الدستورية للفصل فيه، وبعد الحكم بعدم دستوريته أن تحكم المحكمة بإلغاء القرار الموضح في صحيفة الدعوى الموضوعية. فمثل هذا الطلب – في حقيقته – ليس دفعاً في منازعة مطروحة، وإنما طلب أصلي بالطعن بعدم دستورية، قدم إلى المحكمة الدستورية مباشرة في غير منازعة منظورة بين أطراف الدعوى، وهي الطريقة التي طرحها المشرع، وأثر عليها طريق الدفع المُبْدى من أحد الأفراد في أثناء نظر الدعوى أمام أحد المحاكم. واعتبر المشرع هذه الطريقة (الدفع بعدم الدستورية) من مقومات الدعوى الدستورية[1].

---

١. انظر على سبيل المثال: الطعن الدستوري رقم ١٩٨٩/١ جلسة ١٩٨٩/٤/١١، الطعون بأرقام ٢٠٠٠/٧، ٢٠٠٠/٩ و ٢٠٠٠/١١، حيث رفضت المحكمة قبول هذه الطعون لورودها في صحف افتتاح الدعوى الموضوعية. ولمزيد من التفاصيل انظر: د. عادل الطبطبائي – المحكمة الدستورية الكويتية – دراسة تحليلية مقارنة ، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت ، طبعة ٢٠٠٥، ص ٢٦٣ وما بعدها.

كذلك قضت المحكمة الدستورية من ناحية بأنه لا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تقبل جدية الطعن بعدم الدستورية بعد أن رفضته محكمة أول درجة، باعتباره قد ورد ضمن أوراق الدعوى طالما لم يطعن على هذا الحكم أمام لجنة فحص الطعون [١]. ويبدو من ناحية أخرى التوسع في مفهوم الطعن المباشر لدى المحكمة الدستورية حال تصحيح شكل الطعن، حال تقديم الطاعن طعناً من جديد أمام محكمة الموضوع بعدما قضت المحكمة الدستورية بعدم قبول الطعن شكلاً دون التعرض لموضوع الدفع في دستورية النص المطعون فيه [٢].

(ب) الطعن المباشر حال تقديمه إلى المحكمة الدستورية أو لجنة فحص الطعون فيها مباشرة:

انتهت المحكمة الدستورية أيضاً إلى أن تقديم الطعن بعدم الدستورية مباشرة إلى المحكمة الدستورية، في أثناء نظر دفع بعدم دستورية بعض المواد، ثم تقديم الطاعن طعناً أمام المحكمة بمواد أخرى لم يسبق إثارتها أمام محكمة الموضوع، يعد طعناً مباشراً [٣]. كذلك إذا قدم الطعن مباشرة أمام لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية، دون أن يسبق طرحه أمام محكمة الموضوع. فقد قضت لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية، عدم قبول الطعن الذي نظرته والخاص بعدم دستورية القرار الصادر من وزير الإعلام الذي يخضع جميع المطبوعات الدورية للرقابة المسبقة على النشر إثر حل مجلس الأمة عام ١٩٨٦، والذي تقدم به الطاعن أمامها بمذكرة ختامية، ضمنها طعناً بعدم الدستورية، تأسيساً على أنها تخالف المادة ١٧٣ من الدستور، حيث تقصر الدعوى الدستورية للأفراد عن طريق الدفع الفرعي [٤].

(ج) الطعن المباشر حال إبداء المدعي له قبل أن يبدي خصمه دفاعه بعد في الدعوى الموضوعية:

اعتبرت المحكمة الدستورية طعناً مباشراً مجرد قيام الطاعن في الجلسة الأولى لمحكمة الموضوع بإثارة الدفع بعدم الدستورية قبل أن يبدي خصمه دفاعه بعد. وقد تمثلت هذه الحالة على سبيل المثال عندما تقدم أحد الأفراد بطعن على المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١٩٨١/١٠ بإنشاء الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية التي حظرت على المحاكم نظر المنازعات الخاصة بإصدار تراخيص الصحف والمجلات وذلك في أثناء الجلسة الأولى التي نظرت فيها محكمة الموضوع دعواه التي رفعها، والتي يطلب فيها إلغاء القرار الإداري السلبي برفض الترخيص بإصدار الصحيفة التي صدرت

---

١. الطعن الدستوري رقم ١٩٩٤/٢، جلسة ١٩٩٤/٦/٢١.

٢. لطعن الدستوري رقم ١٩٩٤/٤، جلسة ١٩٩٤/١١/٥. انظر في تفصيل هذا الطعن: د. عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية، مرجع سابق ذكره، ص ٢٧٠ – ٢٧١.

٣. الطعن الدستوري رقم ١٩٨٩/٢ جلسة ١٩٨٩/٦/٢٠ والطعن الدستوري رقم ٢٠٠١/٧، جلسة ٢٠٠٤/٧/٢٦.

٤. الطعن الدستوري رقم ١٩٩٢/١، جلسة ١٩٩٢/٦/٢٧.

عقب حرب تحرير الكويت من الغزو العراقي [١].

ثانياً: مفهوم الدعوى الدستورية المباشرة منذ تحول اتجاه المحكمة الدستورية عام ٢٠٠٧

يسجل حكم المحكمة الدستورية الكويتية الصادر عام ٢٠٠٧ باكورة أحكامها التي تحولت فيها من مفهومها المتشدد للطعن المباشر، إلى مفهومها الجديد له [٢]. وحيث قضت بأن " الدفع بعدم الدستورية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو دفع موضوعي، ولا يعدو أن يكون وسيلة من وسائل الدفاع، وأنه يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولا مانع يمنع الخصم من إبدائه سواء في صحيفة دعواه، أو في مذكرة مقدمة منه لمحكمة الموضع وإطلاع الخصم عليها، أو إبدائه مشافهة أمام تلك المحكمة في حضور خصمه وإثبات ذلك بمحضر الجلسة. وأنه ليس من شأن هذا الدفع أنه يترتب عليه حتماً إحالة الأمر تلقائياً إلى المحكمة الدستورية للفصل فيه، بل يبقي دور محكمة الموضوع قائماً في تقدير مدى جديته"[٣].

وهكذا يثير هذا الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية ممثلة في لجنة فحص الطعون، جملة إشكاليات: المفهوم القانوني للتحول أو التغيير القضائي ومقوماته، التحول والتصدي والتحول وحجية الأمر المقضي به، مما ينبغي إيضاحه عبر النقاط التالية:

(أ) المفهوم القانوني للتحول القضائي ومقوماته:

ينصرف مفهوم التحول القضائي Revirement de jurisprudence إلى الحكم الذي يفرض قاعدة أو حلاً يختلف عن ذلك المتبع في القضية السابقة، وأن القاعدة أو الحل السابق، قد يكون ناتجاً عن سياسة اتبعها القضاء، أو عملية ناتجة عن اتجاهات حكومية أو فقهية [٤]. وحيث أن أحكام المحكمة الدستورية ملزمة لجميع السلطات في الكويت ومن بينها المحاكم الأخرى على اختلاف أنواعها ودرجاتها، فضلاً عن الأفراد، فقد يقال إنه لن يثور احتمال تغير اتجاه أحكام المحكمة الدستورية بشأن موضوع سبق أن أصدرت بشأنه حكم. غير أن هذا الفرض يمكن مواجهته – على غرار ما سنراه – بحق المحكمة في التصدي من تلقاء نفسها لبحث الدستورية – أما مقومات أو عناصر التحول القضائي فإنها تدور حول ضرورة أن يكون كل من الحكم القديم والحكم الجديد متناقضين وعلى الرغم من وحدة الموضوع المطروح على القاضي الدستوري. بما مؤداه أنه يجب أن

١. الطعن الدستوري رقم ١٩٩٣/١ جلسة ١٩٩٤/٣/٢٦. ولمزيد من الأمثلة لهذه الحالة انظر: د. عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية ، مرجع سابق ذكره، ص ٢٨٠.

٢. الطعن الدستوري رقم ٢٠٠٦/١٦، جلسة ٢٠٠٧/٥/٢٧، انظر في تفصيل هذا الحكم والأحكام التالية له: د. عادل الطبطبائي، تحول في مفهوم المحكمة الدستورية الكويتية للطعن المباشر، مرجع سابق ذكره، ص٢٨ وما بعدها.

٣. لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية، الطعن رقم ٦ لسنة ٢٠٠٩، جلسة ٢٠٠٩/١٢/٣.

4. Mauly , C., le revirement Pour l'avenir , J.C.P. 1994 , n. 3776. P. 328.

انظر أيضاً: د. عادل الطبطبائي ، تحول في مفهوم المحكمة الدستورية الكويتية، مرجع سابق ذكره، ص٣٢.

يكون المبدأ القضائي الجديد الذي تبناه القضاء الدستوري واضحاً على غرار المبدأ القضائي القديم والمستقر عليه لفترة من الزمن، وذلك لكي يتبين مدى وجود تحول حقيقي في القضاء من عدمه، وليس مجرد تطوير القاضي الدستوري حيثيات حكمه الجديد وأسبابه. كذلك يجب أن يكون التحول القضائي نابعاً من إرادة القاضي وغير مفروض عليه سواء بسبب تعديل قانون أو التزامه بأحكام قضائية أعلى منه بما معناه وجود محكمة عليا يخضع لها القضاء الدستوري، وذلك كما هو الحال في المحاكم الدولية أو في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والتي تلزم أحكامها القضاء الدستوري في الدول الموقعة على ميثاق إنشاء هذه المحكمة، وعليه فإننا لا نكون بصدد تحول قضائي حقيقي في تحول قرارات المجلس الدستوري الفرنسي نزولاً على أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان [١].

ويضاف إلى ذلك ضرورة التأكيد القضائي اللاحق على حكم التحول حيث تؤكد الأحكام الجديدة وجود عملية التحول القضائي وليس مجرد حالة فردية أو استثنائية [٢].

(ب) التحول والتصدي:

الواقع أن المحكمة الدستورية قد ترى من الضروري للفصل في النزاع أن تتصدى من تلقاء نفسها لبحث دستورية قانون آخر سبق لها أن قضت بدستوريته. ففي هذه الحالة يمكن للمحكمة الدستورية أن تعيد النظر في أمر هذا القانون وأن تحكم بشأنه بحكم يختلف عما كانت قد حكمت به من قبل. لذلك قضت المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩[٣] بأنه "يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها الدستورية"[٤]. كذلك توسع المجلس الدستوري الفرنسي في رقابته لدستورية القوانين، وذلك عبر تصديه مباشرة لمسألة الدستورية تأسيساً على المادة الثانية والعشرين من الأمر الصادر في ٧ نوفمبر ١٩٥٨ بشأن القانون الأساسي أو العضوي للمجلس الدستوري، وعلى نص المادة السابعة من اللائحة الداخلية بشأن الإجراء المتبع أمام المجلس الدستوري للمسألة الأولية للدستورية (الرقابة الدستورية اللاحقة على إصدار القانون بمقتضى التعديل الدستوري الفرنسي في ٢٣ يوليو ٢٠٠٨)[٥].

غير أن المشرع الكويتي في قانون إنشاء المحكمة الدستورية وفي المرسوم الخاص بإصدار لائحة المحكمة الدستورية والصادر في ٦ مايو ١٩٧٤، لم ينص بوضوح على حق المحكمة الدستورية في الكويت في

---

١. د. عبد الحفيظ علي الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٨، ص ٢٩.

٢. د.عادل الطبطبائي ، تحول في مفهوم المحكمة الدستورية الكويتية ، مرجع سابق ذكره، ص ٣٩.

٣. نشر بالجريدة الرسمية – العدد ٣٦ – في ١٩٧٩/٩/٦. وقد تعدل هذا القانون في العديد من المرات آخرها القرار بالقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠١٤ – الجريدة الرسمية – العدد ١٣ مكرر (د) في ٢٠١٤/٤/١.

٤. انظر في تفصيل هذا النص، د. سعاد محمد أحمد ياسمين، آليات الرقابة الدستورية في النظام الدستوري البحريني، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة، ٢٠١٦.

5. Guillaume ,M.,Le réglement intérieur sur la procédure suivie devant le conseil constitutionnel, Gazette du Palais , Dimanche , 21 – 23 Fév. 2010 , P. 10.

التصدي لبحث مدى دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة يرتبط موضوعه بموضوع النزاع المثار أمامها، على أن يكون هذا التصدي لازماً بالنسبة للطعن محل البحث في مدى دستوريته، وعلى الرغم من أن المشرع الكويتي منح هذا الحق للمحاكم العادية.

(ج) التحول وحجية الأمر المقضي به:

تتعلق حجية الشيء المقضي به بالقضية المنظورة أمام القاضي، ومن ثم فإنه لا يمكن الادعاء بأن التحول في الحكم القضائي في المستقبل يناقض هذه الحجية. كما أن الحجية المطلقة لأحكام القضاء الدستوري لا تمنع من التحول القضائي، ذلك أن هذه الحجية لا تعني أن الحكم الدستوري يعد سابقة قضائية لا يجوز العدول عنها [١].

المبحث الأول
مباشرة الدعوى الأصلية أمام المحكمة الدستورية الكويتية في ظل إضافة القانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤

تمهيد وتقسيم:

تقدم أن القانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤ قد أضاف إلى المادة الرابعة، مادة جديدة برقم (رابعة مكرراً) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية لكي يعطي للأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية، حق الطعن بدعوى أصلية أمام المحكمة الدستورية في أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة، وذلك في إطار ضوابط نصت عليها ذات المادة المضافة، الأمر الذي يتحقق معه صفة من "ذوي الشأن" التي أشارت إليها صراحة المادة ١٧٣ من الدستور بجانب "الحكومة» ومما يكرس الدعوى الدستورية الأصلية أو المباشرة على النحو السابق بيانه. ومن ثم يكون من الأهمية التعرف على هذه الضوابط في ممارسة الدعوى الدستورية المباشرة، وعلى ضوء كل من القضاء الدستوري الكويتي وموقف الفقه والقضاء الدستوري المقارن، وذلك على نحو التقسيم الآتي:

المطلب الأول: ضوابط ممارسة الدعوى الأصلية أمام المحكمة الدستورية الكويتية.

المطلب الثاني: سلطة القاضي الدستوري في إعمال شروط ممارسة الدعوى الأصلية.

المطلب الأول
ضوابط ممارسة الدعوى الأصلية أمام المحكمة الدستورية الكويتية

تمهيد وتقسيم:

تتمثل ضوابط أو شروط الطعن بعدم دستورية أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة، وعلى النحو

---

١. د. عبد الحفيظ علي الشيمي – التحول في أحكام القضاء الدستوري – مرجع سابق ذكره، ص ٧٣- ٧٤ ؛ د. عادل الطبطبائي – تحول في مفهوم المحكمة الدستورية الكويتية ، مرجع سابق ذكره ، ص ٣٧.

الذي صاغته المادة (الرابعة مكرراً) من القانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤ في ضرورة وجود شبهات جدية للمخالفة للدستور، وأن يكون للطاعن مصلحة شخصية في الطعن، وعلى أن تكون صحيفة الطعن موقعة من ثلاثة محامين مقبولين أمام المحكمة الدستورية. كذلك ضرورة أن يودع الطاعن عند تقديم صحيفة الطعن على سبيل الكفالة خمسة آلاف دينار وبحيث لا تقبل إدارة الكتاب صحيفة الطعن إذا لم تصحب بما يثبت إيداع الكفالة. ويكفي إيداع كفالة واحدة في حالة تعدد الطاعنين إذا أقاموا طعنهم بصحيفة واحدة ولو اختلفت أسباب الطعن. وتعد هذه الشروط لقبول الطعن بعدم الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية من جانب الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية، تعبيراً في طبيعتها عن اتصال المسألة الدستورية بالمحكمة الدستورية، مما ينبغي التعرف على المبادئ التي أرستها المحكمة الدستورية الكويتية بصفة عامة، وما نص عليه القانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤ بشأن الدعوى المباشرة وعلى ضوء تطبيقات قضائها وذلك على هذا النحو:

أولاً: المبادئ التي أرستها المحكمة الدستورية الكويتية لقبول الطعن بعدم الدستورية:

تدور هذه المبادئ حول جدية الطعن بعدم الدستورية، والمصلحة الشخصية. كذلك ضرورة أن يكون الطعن موقعاً من محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة الدستورية وذلك دون اشتراط إيداع كفالة مالية. وهو ما سوف نتناوله على هذا النحو:

(أ) شرط جدية الطعن:

يستفاد من الاطلاع على الآراء الفقهية بشأن مفهوم جدية الدفع، أن يتحقق القاضي من أنه لا يقصد منه الكيد أو إطالة أمد التقاضي، مما يقتضي التأكد من مسألتين أساسيتين:

أولاً: أن يكون الفصل في مسألة الدستورية منتجاً، بمعنى أن يكون القانون أو اللائحة محتمل التطبيق على النزاع في الدعوى الأصلية على أي وجه من الوجوه، وأن الحكم بعدم الدستورية سيستفيد منه صاحب الشأن في الدعوى المنظورة أمام محكمة الموضوع [١]. لذلك أناط المشرع لمحكمة الموضوع سلطة تقدير جدية الدفع، بحيث لها أن تقبل الدفع إذا ما قدرت جديته، أو ترفضه إذا تراءى لها أن الطعن بعدم الدستورية في القانون أو اللائحة لا يتصل بموضوع النزاع. وهنا يمكن للطاعن أن يرفع الأمر إلى لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية الكويتية لتقرر رأيها في هذا الشأن، فإذا ما أيدت جدية الدفع ترفض قرار محكمة الموضوع ويحال الطعن للمحكمة الدستورية [٢].

---

١. د. عبد العزيز سالمان، الحق في التقاضي، مرجع سابق ذكره، ص٣١، د. علي الباز – الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية – ١٩٧٨ ، ص ٥٥٦ – ٥٥٧ ، د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري – مطبوعات جامعة الكويت – ١٩٧٨ – ص ٥٢٩، د. صلاح الدين فوزي – الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٩٢.

٢. الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة الدستورية الكويتية رقم (١٤) لسنة ١٩٧٣. وبموجب المادة الثامنة من لائحة المحكمة الدستورية: تشكل لجنة فحص الطعون برئاسة رئيس المحكمة وعضوية أقدم مستشارين بالمحكمة ويتبع أمامها الإجراءات المقررة أمام المحكمة الدستورية.

وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية على أن "الجدية التي يتطلبها المشرع تنصرف إلى أمرين: ١- أن يكون الفصل في مسألة الدستورية منتجًا بمعنى أن يكون النص القانوني أو اللائحي المطعون على دستوريته متصل بموضوع الدعوى... ٢- ضرورة وجود ما يشير إلى خروج النص القانوني أو اللائحي على أحكام الدستوري أي أن تتحقق المحكمة من أن عدم دستورية النص يجد لها سنداً، فإذا ما ثبت أنه لا شبهة في دستوريته قضت برفض الدفع"[١].

وقد سارت في ذات الاتجاه المحكمة الدستورية الكويتية حيث قضت بأن "قضاء محكمة الموضوع في جدية الدفع وإحالته إلى المحكمة الدستورية، لا يقيد هذه المحكمة، إذ لا يعتبر قرارها بالجدية فصلاً في توافر شروط قبولها لعدم تعلقه بشروط انعقاد الخصومة الدستورية وإنما يتصل فقط بالدلائل التي تقوم بها شبهة المخالفة الدستورية والتي يتعين على المحكمة الدستورية أن تتحراها لتقرير صحتها أو فسادها"[٢]. وهكذا لا يجب على القاضي في مجال تقدير مدى جدية الدفع، أن يتمسك أو يضع في اعتباره قرينة الدستورية التي تصاحب التشريعات، وإنما على العكس إذا ثار شك حول دستورية النص ولم يستطيع القاضي ترجيحه، فإن ذلك يفسر لصالح عدم الدستورية ولأنه في كل الأحوال تقدير مبدئي[٣] بما مفاده حقيقة أنه ينبغي لتحقق شرط جدية الدفع أن تثور لدى محكمة الموضوع شكوكاً حول دستورية النص المراد تطبيقه على واقعة النزاع، أما مسألة أن يكون الطعن منتجاً أو مؤثراً في الدعوى الموضوعية، فإن هذا الأمر يرتبط بالأحرى بشرط المصلحة[٤]، على النحو الذي سنراه.

(ب) شرط المصلحة الشخصية في الدفع الفرعي:

يعتبر توافر المصلحة في الدعوى الدستورية شرطاً لقبولها. ومناط هذه المصلحة أن يكون ثمة ارتباط بين طلبات المدعي في دعواه الدستورية وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية. وذلك بأن يكون الحكم الصادر في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع [٥].

وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على الأخذ بهذا المفهوم للمصلحة في الدعوى الدستورية[٦]. كذلك تواتر قضاء المحكمة الدستورية الكويتية على أن قبول الدعوى الدستورية، شرطه أن تتوافر

---

١. حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٣٠ مايو ١٩٩٩، د. رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين – دراسة مقارنة – ط. ٢٠٠٣، ص ٣٦٧.

٢. المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن رقم ٢٠٠٠/٧، دستوري جلسة ٢٠٠٠/٧/٤، الجريدة الرسمية، الكويت اليوم ، ع ٤٧٠ – س ٤٦ – الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٧/٩، ومجموعة الأحكام المؤكدة الأخرى في ذات العدد.

٣. د. عبد العزيز سالمان ، الحق في التقاضي وطرق تحريك الدعوى الدستورية، مرجع سابق ذكره، ص٣٢.

٤. د. عادل الطبطبائي ، المحكمة الدستورية الكويتية، مرجع سابق ذكره، ص ٣٣٠.

٥.د. حنفي علي جبالي ، الدعوى الدستورية، ٢ ، المصلحة الدستورية – الدستورية – العدد الثالث – السنة الأولى – ٢٠٠٢، ص ١٤، د. عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية ، القضاء الدستوري في مصر، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٩، ص ٤٣٨.

٦.انظر على سبيل المثال : حكم المحكمة الدستورية العليا – في القضية الدستورية رقم ١٢٧ السنة الثامنة عشرة القضائية – بجلسة ٢٠٠٣/٥/١١

لدى الطاعن مصلحة شخصية مباشرة مرتبطة بمصلحته في الدعوى الموضوعية التي أثير فيها الدفع بعدم الدستورية، والتي يؤثر الحكم فيه على الحكم فيها [١].

(ج) الصفة في رفع الدعوى الدستورية:

لا تعتبر الدعوى الدستورية من قبيل الدعاوى العادية، وإنما لها نوعيتها الخاصة المغايرة لسائر الدعاوى وتستلزم تفردها بإجراءات خاصة تتفق وطبيعتها، ويقتضي الأمر ألا ترفع إلا من صاحب الشأن شخصاً أو ممن يوكله صراحة في تحريكها نيابة عنه، أو ممن يمثل الشخص المعنوي المخول في هذا الشأن. ومن ثم متى كانت عبارة التوكيل قد حددت للوكيل القيام بأمور معينة نيابة عن الموكل ولم يذكر من بينها تحريك الدعوى الدستورية، فإن مفهوم ذلك أن ما سكت الموكل عن ذكره في معرض التخصيص يكون خارجاً عن حدود الوكالة، ولا يجدي في هذا الشأن تضمين التوكيل تحويل الوكيل اتخاذ جميع الإجراءات الرسمية والقانونية التي تحتاج إليها الدعاوى ليسوغ للوكيل إقامة الدعوى الدستورية بطريق الدفع، ذلك أن تحريك هذه الدعوى ليس من قبيل الإجراءات الرسمية والقانونية المتعلقة بالدعوى [٢].

وقد استلزم قانون المحكمة الدستورية العليا في المادة (٣٤) منه، أن تكون الطلبات وصحف الدعاوى التي تقدم إلى المحكمة الدستورية العليا موقعاً عليها من محام مقبول للحضور أمامها أو عضو بهيئة قضايا الحكومة بدرجة مستشار على الأقل [٣].

ثانياً: تطبيقات المحكمة الدستورية الكويتية للمادة (الرابعة مكرراً) من قانون رقم ١٠٩ لسنة ٢٠١٤

أضاف هذا القانون إلى جانب ضرورة توافر شروط قبول الدعوى الدستورية – والتي سنقف عليها – أن يعرض الطعن على المحكمة منعقدة في غرفة المشورة، فإذا رأت أنه يخرج عن اختصاصها أو أنه غير مقبول شكلاً أو أنه غير جدي، قررت عدم قبوله ومصادرة الكفالة بقرار غير قابل للطعن بأسباب موجزة ويثبت في محضر الجلسة. وإذا رأت المحكمة غير ذلك حددت جلسة لنظر الطعن. وقد صدرت عن المحكمة الدستورية عدة تطبيقات أظهرت فيها هذه الشروط لممارسة الدعوى الدستورية بالطريق المباشر والتي نذكر منها على سبيل المثال: الطعن المباشر بعدم دستورية القانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٦ في شأن إنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية، حيث كشفت المحكمة الدستورية من ناحية عن توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة وهم في هذه الدعوى "رجال القضاء بصفتهم المخاطبين بأحكام القانون المطعون فيه (ثلاثة مستشارين)، ومن ناحية أخرى أسباب الطعن بعدم الدستورية للنصوص التي شملتها صحيفة الطعن. كذلك

١. انظر على سبيل المثال : الطعن رقم ٨٩/٢ دستوري، جلسة ١٩٨٩/٦/٢٠، المحكمة الدستورية، المجلد الأول، ص ١٠٧.

٢. المحكمة الدستورية – الطعن رقم ٩٧/١٤ دستوري – جلسة ١٩٩٧/٣/٨ – مجموعة الأحكام الدستورية – المجلد الأول – الأحكام الدستورية في الفترة من ١٩٧٩/٥/١٢ حتى ١٩٩٧/٣/٨، ص٣٠٥.

٣. وقد استبدلت عبارة هيئة قضايا الدولة بعبارة إدارة قضايا الحكومة بموجب القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٦، انظر: دستور جمهورية مصر العربية والقوانين الأساسية المكملة – ط. ٢٠١٥ – دار العربي ، ص٣٣٢.

انعقاد المحكمة في غرفة المشورة لعرض الطعن على المحكمة، والتي خلصت فيه إلى قيد الطعن في سجل المحكمة وإخطار الحكومة بذلك باعتبارها من ذوي الشأن. وفي ردها على أسباب الطعن بعدم الدستورية والتي تمثلت في مخالفة مبدأ المساواة، انتهاك الحق في الخصوصية واعتداء على الحرية الشخصية ومخالفة لمبدأ أصل البراءة، حيث ألزمت النصوص المطعون عليها الخاضعين لأحكام القانون بتقديم إقرارات بعناصر ذمتهم المالية وافترضت سوء النية فيهم لمجرد تقديم بلاغ ضد أي منهم بارتكاب جريمة فساد، ناقلة إليه عبء إثبات براءته. وتركت تقدير جدية هذا البلاغ لموظفي الهيئة وهم لا يشغلون وظيفة قضائية ولا يتمتعون بأية حصانة، وقضت المحكمة بأنه: "أن الأصل في سلطة المشرع فيما يتعلق بموضوع تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية يفاضل المشرع من خلالها بين بدائل متعددة مرجحاً من بينها ما يراه أكفل لتحقيق المصالح المشروعة التي قصد إلى حمايتها وليس ثمة قيد على مباشرة المشرع لسلطته هذه إلا أن يكون الدستور قد فرض في شأن ممارستها ضوابط محددة أو قيوداً معينة لا ينبغي تجاوزها... وأن ما قرره القانون من ضمانات للقضاة لا يجوز أن يكون موطئاً لحمايتهم من المسئولية عما قد يقع من عثرات تخل بشروط توليهم القضاء وقيامهم على أداء رسالته[1].

المطلب الثاني
سلطة القاضي الدستوري في إعمال شروط ممارسة الدعوى الأصلية

تمهيد وتقسيم:

تستوجب دراسة هذا المطلب أن نستعيد وبقدر من الإمعان، بيان موقف المحكمة الدستورية الكويتية في قضائها بشأن تطبيق أحكام القانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤. بما مؤداه أن نقف من ناحية على أحكام المحكمة الدستورية في تناولها لمفهوم شرط المصلحة الشخصية المباشرة، كشرط لقبول الدعوى الدستورية الأصلية، ومن ناحية أخرى على تفسيرها لأحكام مخالفة الدستور، كشرط موضوعي لتأسيس هذه الدعوى. كذلك يكون من المفيد إلقاء الضوء على ممارسة الرقابة الدستورية المباشرة والمعمول بها في النظام الدستوري الفرنسي منذ صدور دستور الجمهورية الخامسة، وذلك فيما يتعلق بالقوانين العادية قبل إصدارها. وعليه تقتضي دراسة هذا المطلب أن نتناول النقاط التالية:

أولاً: مفهوم شرط المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى الدستورية الأصلية:

يعد من المبادئ المستقرة لقبول أي طعن مباشر أو غير مباشر أمام المحكمة الدستورية ذاتها أو أي جهة أدنى مرتبطة بها أو بالدعوى الدستورية، أن يكون للطاعن صفة ومصلحة شخصية في الطعن بعدم الدستورية ضد القانون أو اللائحة. وهو أمر لا يُفترض ولا يبنى على القرائن، بل لابد أن يكون

١. لمحكمة الدستورية – الطعن المباشر – برقم (٤) لسنة ٢٠١٧ "طعن مباشر دستوري" – جلسة ٢٠١٧/١١/٨.

بيناً وجلياً ومباشراً ليتم قبول الطعن بعدم الدستورية [١]. وتعرف الصفة لدى شراح قانون المرافعات بأنها "أن تنسب الدعوى إيجاباً لصاحب الحق في الدعوى وسلباً لمن يوجه الحق في الدعوى في مواجهة"[٢]. وعليه فإنه يجب لقبول الدعوى توافر الصفة بأن ترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة.

وقد تباينت آراء الفقهاء بشأن مدلول كل من الصفة والمصلحة، فمنهم من ينظر إليهما على أنهما شرطان منفصلان ومنهم من يعتبرهما مندمجين، منظوراً إلى الصفة على أنها شرط في المصلحة. ويرتد هذا الخلاف إلى طبيعة كل من الدعاوى العادية والدعاوى الموضوعية، أي تلك التي تستهدف إلغاء النص الطعين. ففي مجال الدعاوى العادية يجب أن تستند المصلحة إلى حق تم الاعتداء عليه أو مهدد بالاعتداء عليه. في حين يكتفي في الدعاوى العينية أو دعاوى الإلغاء توافر الصفة وذلك من واقع اندماج كل من الصفة والمصلحة معاً، وهو ما أكده الفقه وأحكام القضاء الإداري في كل من مصر وفرنسا [٣]. وصاغه الفقه الدستوري في مجال الدعوى الدستورية الأصلية أو المباشرة. تأسيساً على أن حق الطعن بعدم الدستورية مقترن بالحق في التقاضي في الأنظمة الرقابية اللامركزية "القضاء الدستوري غير المتخصص"، كما في الولايات المتحدة. ومن ثم فإن اشتراط توافر مصلحة شخصية مباشرة لرافع الدعوى يعتبر شرطاً ضرورياً للطعن بعدم الدستورية. أما في الأنظمة المركزية لرقابة الدستورية "القضاء الدستوري المتخصص"، فإن مفهومها والغاية منها "إلغاء التشريع غير الدستوري" يستوجب الاكتفاء بالصفة المفترضة لكل مواطن في تحريكها، بحيث يكون لكل شخص طبيعي، أو معنوي الحق في الطعن المباشر أمام المحكمة الدستورية دون تطلب أي شرط يذكر إذا ما تراءى مخالفة النصوص التشريعية للدستور، على اعتبار أن لكل شخص مصلحة في الدفاع عن الشرعية الدستورية، بما مؤداه أن صفة المواطنة هي مناط للطعن مباشرة، وذلك على خلاف الخصومة في المنازعات المدنية والتجارية بين الأفراد وبعضهم، إذ أن مناطها الدفاع عن الحقوق المكتسبة المُفترى عليها[٤]. وما يدعم ذلك أن الدساتير المعاصرة قد نصت صراحة على اختصاص المحكمة أو الجهة التي تنشئها بغرض الحفاظ على الشرعية الدستورية، وتحيل إلى المشرع العادي تحديد الاختصاصات الفرعية الأخرى.

---

١. د. محمد عبد المحسن المقاطع بصدد تعليقه على حكم المحكمة الدستورية في الطعن رقم (٦) لسنة ٢٠١٨ والصادر في ٢٠١٨/١٢/١٩ – مجلة كلية القانون الكويتية العالمية – السنة السادسة – العدد ٤ – ديسمبر ٢٠١٨ ، ص ٣٩.

٢. د. فتحي والي – الوسيط في قانون القضاء المدني – مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي – ٢٠٠٩ – ص ٥٨.

٣. د. سليمان محمد الطماوي – القضاء الإداري – الكتاب الأول – قضاء الإلغاء – ١٩٨٦ ، ص٤٣٥، د.يحيي عيد النمر – شرط المصلحة في دعوى الإلغاء بين توسيع القضاء وتضييق المشرع – مجلة القانون والاقتصاد – العدد (التسعون) – ٢٠١٧ ، ص ١٩٠.

٤. د. عصمت عبد الله الشيخ – مدى استقلال القضاء الدستوري – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٩ – ص١١٢ ، د. يسري محمد العصار – شرط المصلحة في دعوى الإلغاء وفي الدعوى الدستورية – القاهرة – دار النهضة العربية – ١٩٩٤ – ص ٥٩. وفي الفقه الدستوري الفرنسي:

M. Troper , Justice constitutionnelle, RFDC, No 1. 1990.

وعليه، فإنه يكون من الأهمية بمكان إظهار هذا المفهوم لشرط المصلحة لقبول الدعوى الدستورية الأصلية أو المباشرة في قضاء المحكمة الدستورية الكويتية ومن خلال الأحكام التالية:

في حكمها الصادر في جلسة ٨ من نوفمبر ٢٠١٧ في الطعن المباشر بعدم دستورية القانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٦ في شأن إنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية، قبلت المحكمة الدستورية الطعن المقدم من رجال القضاء بصفتهم من المخاطبين بأحكام القانون المطعون فيه. ثم عكفت على تفنيد أسس الطعن على النحو الذي أودعه الطاعنون في صحيفة دعواهم [١].

في حكمها الصادر في جلسة ٥ أكتوبر ٢٠١٧، قبلت المحكمة الدستورية الطعن المباشر بعدم دستورية القانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ في شأن البصمة الوراثية، والمقدم من الطاعن (...) باعتباره كويتي الجنسية، ومن المخاطبين بأحكام هذا القانون، حيث ألزم من خلاله جميع المواطنين والمقيمين والزائرين وكل من دخل الأراضي الكويتية بإعطاء العينة اللازمة لإجراء الفحص متى طلب منهم ذلك [٢].

وعليه فإن إدماج شرط الصفة في شرط المصلحة وذلك على غرار ما تواترت عليه أحكام المحكمة الدستورية لقبول الدعوى الدستورية المباشرة، وما يدعم ذلك القول ما أقرته المحكمة الدستورية في أنه «لا يتصور لا واقعاً ولا قانوناً التدخل اختصامياً أو انضمامياً في الطعون المباشرة الدستورية الموجهة أصلاً إلى التشريع ذاته أو القول بإمكان المحكمة إدخال خصم فيها ليصدر الحكم في مواجهته..." [٣].

ثانياً: موقف المحكمة الدستورية من مخالفة أحكام الدستور كشرط موضوعي لتأسيس الطعن المباشر بعدم الدستورية:

يقتضي تأسيس الدعوى الدستورية – أصالة – سواء بطريق الطعن المباشر أو عن طريق الدفع بعدم الدستورية مخالفة أحكام الدستور. ومن ثم تقف المحكمة الدستورية على تفنيد ما يستند إليه الطاعن في صحيفة طعنه لإظهار ما يؤسس حكمها بعدم الدستورية أو برفض الطعن – ففي حكمها الصادر في جلسة ٨ من نوفمبر ٢٠١٧ في الطعن المباشر بعدم دستورية القانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٦ في شأن إنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية والسابق الإشارة إليه. ردت المحكمة الدستورية على الأسس التي استند إليها الطاعنون في

---

١. دولة الكويت – المحكمة الدستورية – جلسة ٨ من نوفمبر ٢٠١٧ في الطعن المباشر والمقيد في سجل المحكمة الدستورية برقم (٤) ٢٠١٧.

٢. دولة الكويت – المحكمة الدستورية – جلسة ٨ من نوفمبر ٢٠١٧ ، في الطعن المقيد في سجل المحكمة الدستورية برقم (٤) لسنة ٢٠١٧ "طعن مباشر دستوري" ، وفي ذات المعنى انظر: المحكمة الدستورية في الطعن المباشر بعدم دستورية القانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ في شأن البصمة الوراثية – والمقيد في سجل المحكمة الدستورية برقم (٦) لسنة ٢٠١٦ – جلسة ٥ أكتوبر ٢٠١٧.

٣. حكم المحكمة الدستورية الصادر في ١٦ من ديسمبر ٢٠١٥ – في الطعن المباشر بعدم دستورية القانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٦ بشان تنظيم التعليم العالي في جامعة الكويت والهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب والتعليم في المدارس الخاصة - والمقيد في سجل المحكمة الدستورية برقم (١٣) لسنة ٢٠١٥.

مخالفة القانون المطعون عليه للعديد من مواد الدستور منها مخالفته للمادة (٢٩) والتي كرست مبدأ المساواة والمادة (٣٠) في شأن كفالة الحرية الشخصية. بقولها: "أن الأصل في سلطة المشرع فيما يتعلق بموضوع تنظيم الحقوق – في قضاء هذه المحكمة – أنها سلطة تقديرية يفاصل المشرع من خلالها بين بدائل متعددة مرجحاً من بينها ما يراه أكفل لتحقيق المصالح المشروعة التي قصد إلى حمايتها، وليس ثمة قيد على مباشرة المشرع لسلطته هذه إلا أن يكون الدستور قد فرض في شأن ممارستها ضوابط محددة أو قيوداً معينة لا ينبغي تجاوزها... وأن ما قرره القانون من ضمانات للقضاة لا يجوز أن يكون موطئاً لحمايتهم من المسئولية عما قد تقع من عثرات تخل بشروط توليهم القضاء وقيامهم على أداء رسالته.... كما رأى أن يكون للسلطة التنفيذية الحق في إصدار القرارات الإدارية في بعض شؤون القضاة وفي مقابل ذلك تخضع السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية لرقابة القضاء..." ومتى كان ما تقدم وكان التزام أعضاء السلطة القضائية بأحكام القانون – باعتبارهم من الخاضعين لأحكامه – لا يتضمن أي مساس باستقلالهم ولا يجردهم من الضمانات الأساسية التي كفلها لهم الدستور والقانون، إذ يظل اتخاذ أي إجراء قبلهم معقوداً لجهة قضائية هي النيابة العامة بعد اتباع ما استلزمه القانون من إجراءات... أما عن القول بانتهاك نصوص القانون المطعون فيه الحق في الخصوصية واعتدائها على الحرية الشخصية. فمردود، بأن القانون إذا استهدف تحقيق غاية وطنية تقتضيها المصلحة العامة للبلاد في مكافحة الفساد صيانة للوظيفة العامة، لا يعد انتهاكاً للحق في الخصوصية والحرية الشخصية، أما عما آثاره الطاعنون من وجوب إخضاع من هم في درجة وزير ويعملون في جهات ذات أهمية ولا يشغلون وظيفة تنفيذية لأحكام ذلك القانون أو استبعاد أعضاء السلطة القضائية من الخضوع لأحكام القانون، فمردود بأن ذلك في حد ذاته لا يعد مثلاً دستورياً، إذ أن دور هذه المحكمة لا يتجاوز وظيفتها القضائية بمعاييرها وضوابطها إلى وظيفة التشريع. وهكذا خلصت المحكمة الدستورية إلى رفض الطعن مع مصادرة الكفالة والذي قدمه عدد من المستشارين بصفتهم مخاطبين بأحكام القانون المطعون فيه وهو ما يوفر لهم المصلحة في الطعن عليه بعدم دستوريته.

كذلك استندت المحكمة الدستورية في حكمها الصادر في جلسة ٥ أكتوبر عام ٢٠١٧ في الطعن المباشر بعدم دستورية القانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ في شأن البصمة الوراثية والسابق الإشارة إليه، على ما أسس عليه الطاعن طعنه في أن هذا القانون جاء مخالفاً لأحكام الدستور، في المادة (٣٠) منه والتي تكفل الحرية الشخصية، وفي المادة (٣١) والتي تحمي حق الإنسان في حماية جسده من الاعتداء. تأسيساً على أنه "من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أنه وإن كان غموض النصوص التشريعية عامة يعيبها، إلا أن غموض النصوص لاسيما المتعلقة منها بنصوص جزائية خاصة وانغلاق فهمها يصمها بعدم الدستورية، لما يمثله ذلك من إخلال بالجوانب القانونية الجزائية بقيمها وضوابطها وإهدارها وقواعدها الإجرائية والتي تعتبر وثيقة الصلة بالحرية الشخصية. وحيث إنه متى كان

ذلك، وكان المشرع بموجب المواد محل الطعن من قانون البصمة الوراثية سالف البيان، قد فرض على جميع المواطنين والمقيمين والزائرين وكل من دخل الأراضي الكويتية التزاماً بإعطاء العينة الحيوية اللازمة لإجراء فحص البصمة الوراثية متى طلب منهم ذلك وخلال الموعد المحدد لكل منهم، وفرض عقوبة على كل من يمتنع منهم عن إعطاء تلك العينة عمداً ودون عذر مقبول، وأوجب تسجيل نتائج الفحوصات التي تجري في هذا الشأن في قاعدة بيانات البصمة الوراثية التي تنشأ بوزارة الداخلية وتخصص لحفظ جميع البصمات الوراثية، مما مؤداه أن تصبح هذه السجلات التي تحوي قاعدة بيانات البصمات الوراثية بمثابة سجلات تكشف أمور الحياة الخاصة لكل من تواجد على الأراضي الكويتية باعتبار أن البصمة الوراثية لكل إنسان تحوي كل صفاته الشخصية التي تميزه عن غيره، وهو ما يمثل انتهاكاً صارخاً للحرية الشخصية التي حرص الدستور على صونها. كما جاءت النصوص محل الطعن عامة يطبق حكمها على جميع الأشخاص سالفي البيان دون رضاهم بشأن ما أمروا به أو حتى صدور موافقة أو إجازة سابقة منهم. ولا يغير من ذلك ما قد يسهم فيه ذلك القانون عند تطبيقه من الحفاظ على الأمن والمساعدة في كشف الجرائم وتحديد ذاتية مرتكبيها والتعرف على هوية الجثث المجهولة، إذ أن ممارسة الدولة لحقها في حماية الأمن العام يحده حين ممارسته، حق الفرد الدستوري في كفالة حريته الشخصية، بما يقتضيه ذلك من الحفاظ على كرامته واحترام مناطق خصوصيته". ومن ثم انتهت المحكمة الدستورية في حكمها بعدم دستورية المواد محل الطعن من القانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ في شأن البصمة الوراثية. وبسقوط باقي مواد القانون لارتباطها بالمواد المقضي بعدم دستوريتها ارتباط لزوم لا انفصام فيه.

المبحث الثاني
موقف الفقه والقضاء الدستوري المقارن من الدعوى الدستورية المباشرة

تمهيد وتقسيم:

لم يأخذ قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ في شأن تنظيم الإجراءات المتبعة في مباشرة رقابتها الدستورية، بأسلوب الدعوى المباشرة، مما أثار انتقادات الفقه الدستوري المصري. أما المشرع الدستوري الفرنسي، فقد تفرد بأسلوب الرقابة السياسية السابقة على إصدار القوانين أمام المجلس الدستوري الذي أنشئ عام ١٩٥٨، وذلك بصورة مباشرة من جانب إحدى السلطات العامة: رئيس الجمهورية، رئيس الوزراء، رئيس الجمعية الوطنية، رئيس مجلس الشيوخ. أو ستين نائباً أو ستين عضواً من أعضاء مجلس الشيوخ، وقد اكتمل طريق الطعن بعدم الدستورية بمقتضى الرقابة اللاحقة على أثر التعديل الدستوري المؤرخ في يوليو ٢٠٠٨ [١] وهو ما يقتضي إيضاحه أيضاً بصورة موجزة فيما يتعلق بتكييف المجلس الدستوري الفرنسي وقضائه، ذات المعنى والدلالة بشأن هذا التكييف وذلك عبر مطلبين:-

المطلب الأول: موقف الفقه الدستوري المصري.

المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء الدستوري الفرنسي.

المطلب الأول
موقف الفقه الدستوري المصري

موقف الفقه الدستوري المصري من أسلوب الدعوى الدستورية المباشرة:

يستند الفقه الدستوري إلى مبدأ الحق في التقاضي الذي يعتبر من الحقوق الدستورية الجوهرية للتسليم بضرورة تحريك الدعوى الدستورية المباشرة مع مراعاة بعض الضوابط والتي سنراها في المبحث التالي. ويمكن إجمال آراء الفقه الدستوري في هذا الشأن عبر هذه النقاط:

١- أنه من الأوفق أن يأخذ المشرع المصري بطريق الدعوى الأصلية إلى جانب الطرق الثلاث لاتصال المحكمة الدستورية العليا بالمسألة الدستورية، إذ أنه ليس من شأن إساءة استخدام المواطنين لحق أصيل [٢]، كحق التقاضي في شأن دستورية أو عدم دستورية القوانين حرمانهم من هذا الحق بصفة مطلقة، وإنما ينبغي بالأحرى تنظيمه مع وضع بعض الضمانات لعدم إساءة استعمال هذا الحق[٣].

---

١. المادة (٦١) من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية (١٩٥٨) والمضاف إليها الرقابة الدستورية اللاحقة بموجب التعديل الدستوري المؤرخ في ٢٣ يوليو ٢٠٠٨.

٢. انظر في هذا المعنى : محاضرة المستشار ممدوح عطية ، دراسة تحليلية مقارنة للمحكمة الدستورية العليا، المنشورة بالجزء الأول من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

٣. د. عبد العزيز سالمان ، الحق في التقاضي وطرق تحريك الدعوى الدستورية – الدستورية - العدد الثامن عشر – السنة الثامنة – أكتوبر ٢٠١٠، ص ٣٤.

٢- تتميز الدعوى الدستورية المباشرة والتي يطلق عليها الرقابة الدستورية الهجومية أو رقابة الإلغاء، كما يطلق عليها الرقابة المجردة حيث لا ترتبط بنزاع مطروح أمام القضاء، بأنها تتضمن طعناً بعدم دستورية قانون أو لائحة فور صدورهما ونشرهما دون انتظار تطبيقهما على الحالات الواقعية، ثم المنازعة فيهما بمناسبة انطباقهما على هذه الحالات. وإذا ما قررت جهة القضاء الدستوري مخالفة هذا القانون أو اللائحة للدستور، فإنها تقضي بإلغائهما ويتمتع الحكم الصادر عنها بحجية مطلقة في مواجهة الكافة. لذلك يتميز أسلوب الدعوى الدستورية المباشرة أيضاً بأنه يتفادى النتائج التي تترتب على تطبيق القانون أو اللائحة المخالفين للدستور خلال فترة قد تطول قبل أن يصدر حكم بعدم دستوريتهما في دعوى دستورية بناء على دفع فرعي أو إحالة من جانب قضاء الموضوع[١].

٣- إن أسلوب الدعوى الدستورية المباشرة باعتباره دعوى هجومية لإلغاء التشريع المخالف للدستور، يعد وسيلة جذرية (radical) لإعاقة كافة المحاولات من جانب المشرع لمجاوزة نظامه الدستوري. ومن ثم ترتبط ممارسة الدعوى الدستورية المباشرة دون جدال بمبدأ مركزية رقابة الدستورية، حيث يسمح هذا المبدأ بإعطاء حل واحد ونهائي للمسألة الدستورية، مما يجيز تحقيق وحدة القضاء الدستوري[٢].

٤- إن أساليب تحريك الدعوى الدستورية الأخرى التي تبناها المشرع المصري تحقق – على الرغم من أهميتها – مزايا أقل من تلك التي تحققها الدعوى المباشرة، حيث لا يمارس الأفراد أي دور في حالة تحريك الدعوى الدستورية بطريق الدفع الفرعي أو بطريق الإحالة لاسيما مع سلطة المحكمة الموضوعية في تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية، وذلك من واقع احتمال هذه السلطة في حرمان الأفراد من حق اللجوء إلى المحكمة الدستورية. ولتفادي هذا الحرمان أتاحت بعض الأنظمة القانونية (قانون المحكمة الدستورية الكويتي) للأفراد حق الطعن في حكم محكمة الموضوع الذي يرفض الدفع الفرعي المقدم من جانبهم. كما أنه في حالة التصدي تملك المحكمة الدستورية وحدها اللجوء إليه إذا قدرت بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها وجود صلة بين النص الذي تصدَّى لبحث مدى دستوريته وبين النزاع القائم أمامها[٣].

٥- تنهار حجة عدم قبول الدعوى الدستورية المباشرة بحسبان أنها تعمل على إغراق المحكمة الدستورية بسيل من الدعاوى الدستورية غير الجادة أو غير القائمة على أساس سليم، أمام تطبيق نظام الفحص الأولى أو المبدئي للدعاوى الدستورية والذي أدخله المشرع المصري بموجب القانون

---

١. راجع في تفصيل ذلك : د. يسري العصار ، الدعوى الدستورية المباشرة، الدستورية ، العدد السابع عشر، السنة الثامنة ، إبريل ٢٠١٠، ص ١٧ وما بعدها.

٢. انظر في تفصيل ذلك في الفقه الفرنسي :

Burdeau , G., Traité de science politique , Paris , L.G.D.J., Tome 17 , Edition 1983 , P. 350.

د. نبيلة عبد الحليم كامل – الرقابة القضائية على دستورية القوانين – القضاء الدستوري – دار النهضة العربية – طبعة ١٩٩٣، ص ٤٤ – ٤٥.

٣. لمزيد من التفاصيل بشأن قضاء المحكمة الدستورية العليا في توسعها في استخدام رخصتها في التصدي، انظر: د. يسري العصار، الدعوى الدستورية المباشرة، الدستورية ، مرجع سابق ذكره، ص ١٨.

رقم ١٨٤ لسنة ٢٠٠٨[١].

حيث يمنح هذا القانون للمحكمة الدستورية سلطة استبعاد الدعوى الدستورية المباشرة غير الجادة أو غير القائمة على أسباب جدية، ومما يخفف على المحكمة استبعاد الدعاوى التي لا تتوافر فيها الشروط الشكلية وتلك غير القائمة على أسباب جدية[٢].

المطلب الثاني
موقف الفقه والقضاء الدستوري الفرنسي

أولاً: تكييف المجلس الدستوري الفرنسي وقضائه

لا جدال في تناول الفقه الدستوري، للنظام الدستوري الفرنسي في تنظيمه لرقابة دستورية القوانين بمقتضى دستور الجمهورية الخامسة (١٩٥٨)، على أنه النموذج الأمثل للرقابة السياسية باعتبار أنها تمارس من جانب هيئة سياسية [٣] وبصفة سابقة على إصدار القوانين.

غير أن المجلس الدستوري الفرنسي يكتسب الطابع القضائي (Juridictionnalisé)، حيث يفصل في منازعات بمقتضى إجراء تقليدي، بما مؤداه أن التكييف السياسي له لا يتفق مع المكانة التي يشغلها[٤]. ولاسيما مع قضائه المتطور من ناحية، ومع مباشرته حالياً للدعوى الدستورية اللاحقة على صدور القوانين والذي أضافها التعديل الدستوري في ٢٣ يوليو ٢٠٠٨[٥]. تأصيل ذلك أن المجلس الدستوري الفرنسي في مباشرته للدعوى الدستورية سرعان ما أخذ مع تطور فلسفة نظام

---

١. أضاف قانون رقم ١٨٤ لسنة ٢٠٠٨ في شأن تعديل بعض أحكام قانون المحكمة الدستورية ، مادة جديدة برقم (٤٤ مكرر) نصها كالآتي: "..... تنعقد المحكمة في غرفة مشورة لنظر الدعاوى التي تحال إليها من رئيس المحكمة والتي ترى هيئة المفوضين أنها تخرج عن اختصاص المحكمة أو أنها غير مقبولة شكلاً أو سبق للمحكمة أن أصدرت حكماً في المسألة الدستورية المثارة فيها. فإذا توافرت إحدى الحالات المتقدمة أصدرت المحكمة قراراً بذلك يثبت في محضر الجلسة مع إشارة موجزة لسببه وإلا أعادتها لهيئة المفوضين لإعداد تقرير في موضوعها". نشر في الجريدة الرسمية العدد ٢٥ مكرر (أ) في ٢٠٠٨/٦/٢٢.

٢. انظر في تفصيل شرح هذا النظام : د. يسري محمد العصار ، تعليق على القانون رقم ١٨٤ لسنة ٢٠٠٨، بشأن الفحص الأولى للدعاوى أمام المحكمة الدستورية العليا – الدستورية – العدد الخامس عشر – السنة السابعة – إبريل ٢٠٠٩، ص ٢٧.

٣. نصت المادة (٥٦) من دستور الجمهورية الخامسة على تكوين المجلس الدستوري من نوعين من الأعضاء: أعضاء مدى الحياة وهم رؤساء الجمهورية السابقين وهم أعضاء بقوة القانون وأعضاء يعينون ويبلغ عددهم تسعة أعضاء لمدة تسع سنوات غير قابلة للتجديد، يعين رئيس الجمهورية ثلاثة أعضاء ويعين رئيس الجمعية الوطنية ثلاثة أعضاء ويعين رئيس مجلس الشيوخ ثلاث أعضاء، بحيث يتم تجديد عضوية ثلث الأعضاء كل ثلاثة سنوات. انظر: د. إبراهيم درويش، القانون الدستوري – دار النهضة العربية – الطبعة الرابعة – ٢٠٠٤ ، ص ١٨٠ وما بعدها ، د. فتحي فكري ، القانون الدستوري – المبادئ الدستورية العامة ، دستور ٢٠١٤ – الكتاب الأول – يوليو ٢٠١٩ – ص ٢٣٥. انظر أيضاً في شأن تكوين المجلس الدستوري واشتماله على شخصيات قضائية :
Gicquel, J. et Eric – Gicquel, J., Droit constitutionnel et institutions Politiques, Montchrestien, Paris Edition 2009, P. 735.

4. Gicquel, J. et Eric – Gicquel, J., op. cit. P. 734

٥. المادة ٦١ – ٣ من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسي ، انظر :
Denizeau, C., Droit des libertes Fondamentales, yuibert, Paris, Edition 2010, P. 92

الحكم وضعاً أكثر اتساعاً عما أراده له مؤسّسُو الجمهورية الخامسة عام ١٩٥٨. فهو يمارس رقابته الدستورية على الصعيد العملي على كافة فروع القوانين وتحوز قراراته بمقتضى الدستور حجية مطلقة تجاه كافة سلطات الدولة [١].

وهكذا يظهر بالأحرى أهمية الوقوف على الدور القانوني الذي يقوم به المجلس الدستوري والذي انطلق مع قراره الذي صدر في ١٦ يوليو ١٩٧١ والذي بمقتضاه منح المجلس الدستوري الفرنسي قيمة دستورية لإعلان حقوق الإنسان والمواطن ولديباجة دستور الجمهورية الرابعة (١٩٤٦) والتي أحالت إليهما ديباجة دستور الجمهورية الخامسة، الأمر الذي مهد الطريق للمجلس الدستوري نحو الحماية الدستورية الجادة للحقوق والحريات الأساسية [٢]. وقد ساند هذا التقدم ما أجازه التعديل الدستوري المؤرخ عام ١٩٧٤، في إمكانية تحريك رقابة الدستورية السابقة على إصدار القوانين عن طريق ستين نائباً أو عن طريق ستين عضواً من أعضاء مجلس الشيوخ [٣]. وعليه يكمن وصف "الرقابة السياسية" التي يمارسها المجلس الدستوري الفرنسي لدستورية القوانين، في واقع ممارستها من جانب سلطات عامة معينة، ومن ثم فهي تنأى عن التكييف القانوني للجهة التي تمارسها، والتي كيفها الفقه الدستور صراحة بالصفة القضائية من واقع الإجراءات المتبعة أمامها وحجية أحكامها، بل من واقع التشكيل لها [٤].

ثانياً: رقابة الدستورية المباشرة في النظام الدستوري الفرنسي للقوانين العادية قبل إصدارها.

أجازت المادة (٦١) من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية في فقرتها الثانية، إمكانية إحالة القوانين إلى المجلس الدستوري قبل إصدارها وذلك عن طريق رئيس الجمهورية، رئيس الوزراء (الوزير الأول) ، رئيس الجمعية الوطنية، رئيس مجلس الشيوخ أو ستين نائباً أو ستين عضواً من مجلس الشيوخ [٥]. وهكذا تحتاج هذه المادة إيراد بعض الإيضاحات ذات الأهمية وذلك عبر النقاط التالية:

---

١. المادة (٦٢) من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية

٢. وقد جاء هذا القرار بناء على تحريك رقابة الدستورية من جانب رئيس مجلس الشيوخ ضد قانون يشكل اعتداء على حرية تكوين الجمعيات ، انظر:

CC. 16 juill 1971 , déc. No 71 – 44 – Denizeau , C., op. cit. P. 88

3. Denizeau , C., op. cit. P. 89

٤. د. عاطف البنا ، الرقابة القضائية على دستورية اللوائح – مجلة القانون والاقتصاد – جامعة القاهرة – ١٩٧٨ ، ص ١٩٨.

٥. وتتعلق الفقرة الأولى من المادة (٦١) من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية بالرقابة الدستورية الملزمة والتي تشمل: القوانين العضوية قبل إصدارها، واقتراحات القوانين المشار إليها في المادة الحادية عشرة من الدستور قبل أن تخضع للاستفتاء، كذلك لوائح مجلسي البرلمان قبل تطبيقها. ويتم إحالة القوانين العضوية التي يتبناها البرلمان إلى المجلس الدستوري إعمالاً لنص المادة (١٧) من القانون العضوي بشأن المجلس الدستوري عن طريق رئيس الوزراء، أما اللوائح الداخلية لمجلسي البرلمان فإن إحالتها للمجلس الدستوري إعمالاً لذات المادة تكون من جانب رئيس المجلس النيابي المعني باتخاذ اللائحة الداخلية أو تعديلها.

يجب أن تكون إحالة مسألة الدستورية من جانب السلطات العامة التي أشار إليها النص، بعد تبني البرلمان نهائياً للقانون، بما مؤداه أن هذه الإحالة توقف مدة إصدار القانون محل الطعن بعدم الدستورية.

وحري بالإشارة إلى أن هذه الإحالة تجري غالباً من جانب المعارضة وذلك بفضل اتساع نطاقها منذ ١٩٧٤ لتشمل ستون نائباً أو ستون عضواً من أعضاء مجلس الشيوخ [١].

إن القانون الذي لم يتقرر عدم دستوريته قبل إصداره يمكن مع ذلك تقدير دستوريته بعد نفاذه بمناسبة قانون لاحق له يقوم بتعديله أو تكملته أو يتعلق بمجال هذا القانون. وقد أصبحت هذه الرقابة لدستوريته القوانين متاحة للمتقاضين وذلك بواسطة المسألة الأولية من جانب مجلس الدولة أو محكمة النقض حسب الأحوال، حيث كرس التعديل الدستوري في ٢٣ يوليو ٢٠٠٨ آلية أسلوب الرقابة عن طريق الدفع بعد تنقية مسألة الدستورية من جانب مجلس الدولة (عند الدفع أمام القضاء الإداري بعدم الدستورية لنص تشريعي يشكل اعتداءً على الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، أو الدفع بذات المسألة أمام ممارسة محكمة النقض لوظيفتها تجاه القضاء العادي) [٢].

تقترن مسألة الإحالة للمسألة الدستورية عادة من الناحية العملية بمذكرة شارحة تتناول أوجه عدم الدستورية ويعكف المجلس الدستوري على تفنيد هذه المذكرة والتعرض لها على وجه الدقة. لذلك تأتي دائماً قرارات المجلس الدستوري على نحو مطول يقوم على مناقشة قانونية في غاية من الدقة وإرساء المبادئ [٣].

تشكل ديباجة دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية والتي أحالت إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن المؤرخ عام ١٧٨٩ وديباجة دستور الجمهورية الرابعة الفرنسية المؤرخ عام ١٩٤٦ فضلاً عن ميثاق البيئة الصادر عام ٢٠٠٤ مضمون الشرعية الدستورية، التي يستند إليها المجلس الدستوري في رقابته لدستورية القوانين، والتي تعرف في الفقه الدستوري الفرنسي تحت تسمية "Bloc de constitutionnalite".

أشارت المادة (٦٢) من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية إلى الآثار التي تتقرر على إعلان المجلس الدستوري لعدم الدستورية بقولها: "أن النص الذي يتقرر عدم دستوريته على أساس المادة (٦١) السابق الإشارة إليها لا يمكن إصداره أو تطبيقه".

1. Hamon , F. et Troper , M., Droit const L.G.D.J. Paris , 30 édition , 2007 , P. 847.

٢. لمزيد من التفاصيل :

Gicquel , J. et Eric Gicquel, J., Droit const. et institutions Politiques, Montchrestien, Paris , 23e édition 2009 , P. 743.

3. Hamon, F. et Troper, M., op. cit. P. 836.

الخاتمة

تعد الرقابة الدستورية على القوانين واللوائح أسلوب رقابة قضائية مركزية، و بكل تأكيد لها العديد من الإيجابيات، سواء من حيث مضمون هذه الرقابة أو من حيث الإجراءات التي تتبع أمامها وما تسفر عنه أصالة من أحكام قضائية التي تتمتع بحجية مطلقة في مواجهة كافة السلطات العامة والقضائية والأفراد من واقع أنها رقابة إلغاء وليست رقابة امتناع التي تتفق مع أسلوب الرقابة القضائية اللامركزية. وعليه يجب أن يتقرر أسلوب ممارستها بطريق الدعوى الدستورية الأصلي، والتي كرسها في واقع الأمر الدستور الكويتي في المادة (١٧٣) منه بشأن رقابة دستورية القوانين واللوائح.

غير أن قانون المحكمة الدستورية رقم (١٤) لسنة ١٩٧٣ قصر ممارسة هذه الرقابة على مجلس الأمة أو مجلس الوزراء دون الأفراد. ومن ثم يعد القانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤، من أهم الخطوات الإيجابية في مسار رقابة دستورية القوانين أو اللوائح أو المراسيم بقوانين، حيث إضافة ممارسة الدعوى الدستورية الأصلية لكل من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية. الأمر الذي يعبر في ذات الوقت عن أهمية اختيار موضوع البحث وإظهار موضوعاته ليس فقط على الصعيد النظري والمقارن، وإنما أيضاً في ضوء تطبيقات المحكمة الدستورية الكويتية في هذا الصدد منذ إصدار هذا القانون المؤرخ عام ٢٠١٤، وحيث إن كل بحث قانوني ينبغي أن يسفر عما يتوصل إليه الباحث من نتائج وتوصيات، فقد أتاح بحثنا إيراد بعض النتائج والتوصيات وذلك على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

لقد أظهر البحث ضوابط وشروط ممارسة الدعوى الأصلية، سواء تلك التي ترتبط بمسألة قبول هذه الدعوى أو ما يتعلق منها بشبهات جدية بمخالفة أحكام الدستور والتي تؤسس موضوعياً الحكم بعدم الدستورية. وبدراسة الضوابط الشكلية لقبول الدعوى الدستورية الأصلية توصل البحث إلى أن مفهوم شرط المصلحة الشخصية المباشرة إنما يتلازم أو يرتبط بشرط الصفة بما معناه أن صفة الطاعن المخاطب بأحكام القانون محل الطعن توفر له المصلحة الشخصية في الطعن عليه بعدم الدستورية.

وتأسيساً على ذلك، فإن الرقابة القضائية المباشرة للدستورية إنما تتضافر قياساً وعلى هدى تطبيقات المحكمة الدستورية الكويتية، مع رقابة إلغاء القرارات الإدارية الفردية منها أو اللائحية، بحسبان أن كلاً منهما يستهدف وغايته إلغاء النص المطعون فيه إعلاءً للشرعية القانونية. وبتعبير آخر ترتبط ممارسة طعون الإلغاء – بصفة عامة – بالشرط العام بأهلية التقاضي والذي نجده ينطبق بصفة خاصة على طعون الأشخاص المعنوية، حيث يلزم لقبول طعونها بالإلغاء أن يكون قد تم تأسيسها بصورة مشروعة. وأن السمة العينية لهذه الطعون إنما تتطلب فقط من الطاعن أن

تكون له مصلحة في الحصول على الإلغاء، بمعنى أن يكون النص محل الطعن له تأثير إيجابي على وضعه الشخصي الذي سيكون عليه، إذا ما تم إلغاء النص الطعين. ذلك أن إعلاء مبدأ الشرعية الدستورية لا يعني حق كل فرد في الطعن، بحيث لا تعد الدعوى الدستورية أو طعون الإلغاء – بصفة عامة – بمثابة دعوى حسبة، وإنما فقط حق الطاعن في عدم تكبده شخصياً عدم المشروعية في كافة مصادرها والتي يعلوها أحكام الدستور.

قد أجازت دراسة الضابط الموضوعي للدعوى الدستورية المباشرة والذي يتمثل – على نحو ما صاغه قانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤ – في ضرورة وجود شبهات جدية لمخالفة أحكام الدستور، أن المحكمة الدستورية الكويتية تصل إلى حكمها في عدم الدستورية عن طريق تفنيد ما يستند عليه الطاعن في صحيفة طعنه، سواء كان الطعن بطريق الدعوى الأصلية أو عن طريق الدفع بعدم الدستورية. حيث ترد المحكمة الدستورية بالتحليل وعلى وجه الدقة، على نصوص ومبادئ الدستور التي يبنى عليها الطاعن دعواه بعدم الدستورية.

مما لا شك فيه أنه يتحقق مع كافة هذه الأمور التي توصلنا إلى إبرازها في هذا البحث المتواضع مبدأ الديمقراطية فيه الإعلاء الحقيقي لمبدأ سيادة القانون والذي يتربع على قمته الرقابة الدستورية لما يسنه المشرع والسلطة التنفيذية، ذلك المبدأ الذي اتجه إليه – أصالة – المشرع الدستوري الكويتي وانتهى بتقنينه في القانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤، مروراً بالاتجاه الذي سلكته المحكمة الدستورية الكويتية منذ عام ٢٠٠٧ في وقوفها فعلاً على حقيقة أن الدعوى الدستورية تعد دعوى عينية، وسيلة من وسائل الدفاع، مما يجوز معه إبداء الطعن الدستوري في صحيفة الدعوى بداءة.

ثانياً: التوصيات:

يقتضي واقع الأخذ بأسلوب مركزية الرقابة القضائية لدستورية القوانين واللوائح، تلك الرقابة التي تعالج موضوع الدستورية معالجة خالصة، تعميم الأخذ بآلية ممارسة هذه الرقابة – إعمالاً لمبدأ الحق في التقاضي – بطريق الدعوى الأصلية ومن ثم يحسب للقانون الكويتي رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤ تقنينه لما أراده المشرع الدستورية أصالة في مد هذه الرقابة لذوي الشأن، ذلك التعبير الذي ينصرف مباشرة للأشخاص الطبيعية والمعنوية، متى توافرت لديهم ضوابط تحريكها، مما يتحقق معه مبدأ الاستقلال الوظيفي للقضاء الدستوري بكل ما يحمله من معانٍ.

بيد أننا نوصي في المقام الأول بأن يؤخذ بعين الاعتبار ما يعوزه هذا القانون حقاً من آليات تفعيله، حيث ينبغي تخفيف الشروط الشكلية بما تحويه من عبء مالي باهظ، يجعل ممارسة الطعن الأصلي للدستورية قاصراً على من لديه القدرة المالية، لاسيما إذا نظرنا الي المادة ١٦٦ من الدستور الكويتي والتي تقر بحق التقاضي للناس كافة.

نوصي في المقام الثاني برغبتنا في تقنين المشرع العادي للمصلحة الشخصية التي تتناسب مع هذا الطريق للطعن وباعتباره ليس دعوى حسبة، مما يقتضي تقنين ما اتجهت إليه المحكمة الدستورية الكويتية في هذا الشأن، في ترادف شرط المصلحة الشخصية وتحققه عند توافر صفة الطاعن المخاطب بأحكام النص الدستوري الطعين. ثم ينبغي – إعلاءً لمبدأ الشرعية الدستورية – أن تتصدى المحكمة الدستورية عند نظر الطعن الدستوري المباشر، لكافة أوجه العوار الدستوري والتي تراها لازمة لتأسيس الطعن الدستوري موضوعياً، بحيث لا ينحصر اهتمامها فحسب على ما صاغه الطاعن أو الطاعنون في صحيفة دعواهم.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية

(أ) الكتب العامة:

١. د. إبراهيم درويش – القانون الدستوري – دار النهضة العربية – القاهرة – ط.٢٠٠٤.

٢. د. رمزي الشاعر – النظرية العامة للقانون الدستوري – مطبوعات جامعة الكويت – ط. ١٩٧٢.

٣. د. سليمان محمد الطماوي – القضاء الإداري – الكتاب الأول – قضاء الإلغاء – دار الفكر العربي– ط. ١٩٨٦.

٤. د. عبد الفتاح حسن – مبادئ النظام الدستوري في الكويت – دار النهضة العربية – القاهرة – ط. ١٩٦٨.

٥. د. عادل الطبطبائي – النظام الدستوري في الكويت – ط. ١٩٩٨.

٦. د. فتحي فكري – القانون الدستوري – المبادئ الدستورية العامة – الكتاب الأول – جامعة القاهرة – ط. ٢٠١٩.

٧. د. فتحي والي – الوسيط في قانون القضاء المدني – مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي – ٢٠٠٩.

٨. د. يحيي الجمل – النظام الدستوري في الكويت – مطبوعات جامعة الكويت – ١٩٧٠ – ١٩٧١.

(ب) المراجع المتخصصة:

١. د. عادل الطبطبائي – المحكمة الدستورية الكويتية – لجنة التأليف والتعريب والنشر – الكويت – ط. ٢٠٠٥.

٢. د. عبد الحفيظ علي الشيمي – التحول في أحكام القضاء الدستوري – دار النهضة العربية – القاهرة – ط. ٢٠٠٨.

٣. د. عصمت عبد الله الشيخ – مدى استقلال القضاء الدستوري – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٩.
٤. د. عوض المر – الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية – مركز رينيه جان دي بوي للقانون والتنمية.
٥. د. نبيلة عبد الحليم كامل – الرقابة القضائية على دستورية القوانين – القضاء الدستوري – دار النهضة العربية – القاهرة – ط. ١٩٩٣.
٦. د. يسري محمد العصار – شرط المصلحة في دعوى الإلغاء وفى الدعوى الدستورية – دار النهضة العربية – القاهرة – ط. ١٩٩٤.

(ج) الرسائل والأبحاث:

١. د. سعاد محمد أحمد ياسين – آليات الرقابة الدستورية في النظام الدستوري البحريني – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ٢٠٠٦.
٢. عادل الطبطبائي – تحول في مفهوم المحكمة الدستورية الكويتية – الطعن المباشر – دراسة مقارنة – مجلة الحقوق – جامعة الكويت – العدد ١٢ لسنة ٣٦ – يونيو ٢٠١٢.
٣. د. عبد العزيز سالمان – الحق في التقاضي وطرق تحريك الدعوى الدستورية – الدستورية – العدد السابع عشر – السنة الثامنة – ٢٠١٠.
٤. د. عاطف البنا – الرقابة على دستورية اللوائح – مجلة القانون والاقتصاد – جامعة القاهرة – ١٩٧٨.
٥. د. عادل ماجد بوسيلي – المحكمة الدستورية الكويتية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية – دراسة تطبيقية تحليلية – مجلة القانون العالمية السنة (٤) العدد (١٣) مارس ٢٠١٤.
٦. د. يسري محمد العصار – الدعوى الدستورية المباشرة – الدستورية – العدد السابع عشر – السنة الثامنة – ٢٠١٠.
٧. د. يسري محمد العصار – الفحص الأولى للدعاوى أمام المحكمة الدستورية العليا – الدستورية – العدد الخامسة عشر – السنة السابعة – ٢٠٠٩.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية:

8. Burdeau , G., Traité de science politique , Paris , L.G.D.J., Paris , Tome 17, Edition 1983.
9. Denizeau , C., Droit de libertés Fondamentales , yuibert , Paris , Edition 2010.
10. Gicquel, J. et Eric – Gicquel, J., Droit constitutionnel et institutions Politiques, Montchrestien, Paris , 23e , édition 2009.

11. Hamon , F. et Troper , M., Droit constitutionnel , L.G.D.J. Paris , 30 édition, 2007.
12. Guillaume, M., le réglement intérieur sur la procédure suivie devant le conseil constitutionnel, Gazette du Palais, Dimanche , 21 – 23 Fév. 2010.
13. Troper, M., Justice constitutionnelle Revue Française de droit constitutionnel, No 1. 1990.