

KILAW

كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

علمية ، محكمة ، ربع سنوية ، تعنى بنشر الدراسات والبحوث القانونية والشرعية

صدر العدد الأول منها في مارس 2013

ملحق خاص - العدد (2) - الجزء الثاني

صفر/ ربيع الأول 1439هـ - نوفمبر 2017م



ثمن العدد

- الكويت: 750 فلساً.
- دول الخليج: السعودية: 10 ريالات، قطر: 10 ريالات، الإمارات: 10 دراهم
- البحرين: 1 دينار، عمان: 1 ريال
- الوطن العربي: ما يعادل دولاراً أمريكياً
- الدول الأجنبية: ثلاثة دولارات

الإشتراكات السنوية

سنوات الإشتراك	الدول الأجنبية	الدول العربية	الكويت	نوع الإشتراك
سنة	15 دولاراً	4 دنانير	3 دنانير	أفراد
	60 دولاراً	15 ديناراً	15 ديناراً	مؤسسات
سنتان	25 دولاراً	5 دنانير	5 دنانير	أفراد
	100 دولاراً	25 ديناراً	25 ديناراً	مؤسسات
3 سنوات	25 دولاراً	10 دنانير	7 دنانير	أفراد
	140 دولاراً	35 ديناراً	35 ديناراً	مؤسسات
4 سنوات	45 دولاراً	13 دنانير	9 دنانير	أفراد
	180 دولاراً	45 ديناراً	45 ديناراً	مؤسسات

تدفع الإشتراكات بإحدى الطرق التالية:

- شيك لأمر كلية القانون الكويتية العالمية على أحد المصارف الكويتية.
 - تحويل بنكي لحساب كلية القانون الكويتية العالمية:
- رقم الحساب: 012010074824 اسم البنك: بنك الكويت الدولي
IBAN: K W94 K W I B 0 0 0 0 0 0 0 0 0 1 2 0 1 0 0 7 4 8 2 4

العنوان: الكويت - مدينة الدوحة - قطعة 4 - قسيمة 800005

هاتف: 22280222 (+965) - مباشر: 22280181 (+965) - فاكس: 22280209 (+965)

Kilawjournal@kilaw.edu.kw

www.kilaw.edu.kw

جميع الآراء التي تتضمنها هذه المجلة تعبر عن وجهة نظر كاتبها،
ولا تعبر عن رأي المجلة ولا تعكس رأي كلية القانون الكويتية العالمية

هيئة التحرير

● رئيس التحرير

أ.د. بدرية عبدالله العوضي

● مدير التحرير

أ.د. أسامة محمد الفولي

● مستشارو التحرير

أ.د. علي عبدالقادر القهوجي

أ.د. عبدالحميد محمود البعلي

أ.د. سهام عبدالوهاب الفريح

● لجنة مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

د. مصطفى محمد موسى

د. عباس هبر الشمري

د. أنضال العبدالهادي

د. أسسم جوسيك

د. مايرا ويليامسون

KILAW

كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

إصدارات كلية القانون الكويتية العالمية



للحصول على نسخة من أحد الإصدارات يرجى الاتصال:

تلفون: 22280222 (+965) - داخلي: 168 - 487

فاكس: 22280209 (+965) أو البريد الإلكتروني: info@kilaw.edu.kw

قواعد النشر

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مجلة قانونية علمية محكمة ربع سنوية، تقبل النشر فيها باللغة العربية والفرنسية والإنجليزية، وهي تعنى بنشر كل ما يتصل بالموضوعات القانونية محل اهتمام المجلة، وذلك في أي من المجالات التالية:

- البحوث والدراسات.
- التعليق على أحكام قضائية.
- ملخصات الرسائل الجامعية.
- التقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات.
- عرض الكتب القانونية الجديدة ومراجعتها.

وذلك وفق القواعد الآتية:

أولاً - البحوث والدراسات العلمية:

■ قواعد عامة:

- 1 - ألا يكون البحث أو الدراسة قد سبق نشرها، أو مقدمة للنشر في مجلة أخرى.
- 2 - ألا يكون البحث أو الدراسة جزءاً من رسالة الدكتوراه أو الماجستير، إلا إذا كانت هذه الأخيرة ذات أهمية وإضافة في مجال التخصص، وأقرتها هيئة التحرير، وألا يكون جزءاً من كتاب له سبق نشره.
- 3 - أن تكون عدد صفحات البحث أو الدراسة بحد أقصى (50) صفحة.
- 4 - لا يجوز نشر البحث أو الدراسة في مجلة علمية أخرى بعد إقرار نشره في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية.

- 5 - يجب أن تكون البحوث أو الدراسات مطبوعة، وتقدم البحوث مطبوعة من ثلاث نسخ، وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في جميع النسخ.
- 6 - لا ترد أصول البحث أو الدراسة بعد الموافقة عليها من هيئة التحرير.
- 7 - يجب أن يرفق الباحث ملخصاً للسيرة الذاتية لا يتجاوز صفحة واحدة.
- 8 - يمنح كل باحث ثلاث نسخ من العدد المنشور فيه بحثه مع عشرين مستلاً من البحث.
- 9 - يرفق الباحث ملخصاً عن البحث أو الدراسة في حدود صفحة واحدة فقط باللغتين العربية والإنجليزية.
- 10 - يكون للمجلة الحق في الاحتفاظ بجميع حقوق النشر، ورقياً وإلكترونياً للبحث المجاز.

■ قواعد خاصة:

- 1 - يجب تخصيص قائمة بالمراجع في آخر البحث أو الدراسة، تتضمن المراجع التي أشير إليها في المتن، وتوضع في صفحة مستقلة، على أن تُرتب المصادر والمراجع بدءاً بالمراجع العربية ثم المراجع الأجنبية، من دون ترقيم.
- 2 - يشار إلى الهوامش بأرقام متسلسلة على امتداد صفحات البحث أو الدراسة، وتشرح مرقمة بحسب تسلسلها.
- 3 - يخضع ترتيب البحوث والدراسات المنشورة في المجلة لاعتبارات فنية.
- 4 - يراعى في أولوية النشر:
 - البحوث الواردة من أعضاء هيئة التدريس في كلية القانون الكويتية العالمية.
 - البحوث والدراسات التي تعنى بالقوانين الكويتية أو المقارنة بالقوانين الكويتية.

- تاريخ تسليم رئيس التحرير للبحث، وأسبقية تقديم البحوث التي يتم تعديلها.

- تنوع البحوث والدراسات كلما أمكن ذلك.

ثانياً - التعليق على الأحكام القضائية:

تنشر المجلة التعليق على أحكام القضاء، إيماناً منها بأهمية آراء الفقه القانوني في تحليل الحكم وتأصيله ونقده، من واقع الربط بين نظرية القانون وعلمه، وبين التطبيق العملي، وذلك وفق القواعد التالية:

- أن يكون مُعدّ التعليق متخصصاً في القانون.

- أن يتناول التعليق حكماً نهائياً استنفد طرق الطعن فيه.

- ألا يناقش التعليق إلا المبادئ التي أقام عليها الحكم دعائمه.

- ألا يتعرض التعليق للهيئة والقضاة الذين أصدروه.

ثالثاً: عرض ملخصات الرسائل الجامعية:

تنشر المجلة الرسائل الجامعية (الماجستير - الدكتوراه) التي تمت إجازتها، ويراعى فيها أن تكون حديثة، وأن تعد بمعرفة صاحب الرسالة، وأن تمثل إضافة علمية جديدة في أحد مجالات القانون المعروفة، على ألا يزيد العرض على (10) صفحات، مع مراعاة أن يضم الملخص ما يلي:

- مقدمة لبيان أهمية الرسالة.

- ملخصاً لموضوع الرسالة وكيفية تحديده، ويكون ضمن الرسالة.

- ملخصاً لمنهج الرسالة وفروضها وعينتها وأدواتها.

- خاتمة لأهم ما توصل إليه معد الرسالة من نتائج وتوصيات.

رابعاً: تقارير اللقاءات العلمية:

تنشر المجلة التقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات التي تتصل بموضوعاتها بواحد أو أكثر من مجالات اهتمام المجلة، والتي انعقدت حديثاً في داخل الكويت أو خارجها، ويراعى فيها:

- أن يغطي التقرير فعاليات الندوة أو المؤتمر مركزاً على الأبحاث العلمية وأوراق العمل المقدمة ونتائجها، وأهم التوصيات التي توصل إليها.
- ألا يزيد التقرير عن (5) صفحات.

خامساً: عرض الكتب ومراجعتها:

تنشر المجلة المراجعات التقييمية للكتب حديثة النشر، التي تخص أي حقل من حقول القانون والتي تتوافر فيها الشروط الآتية:

- أن يكون الكتاب متميزاً ومشملاً على إضافة علمية جديدة.
- أن يكون معد المراجعة متخصصاً في المجال العلمي نفسه للكتاب.
- ألا يكون قد سبق تقديم العرض للنشر في مطبوعة أخرى.
- أن يعرض المراجع ملخصاً وافياً لمحتويات الكتاب، مع بيان أهم أوجه التميز والقصور، على ألا يزيد العرض على (5) صفحات.
- تمنح المجلة مقابلاً مالياً لعرض الكتب الذي يتم بتكليف من المجلة فقط.
- ترسل البحوث والدراسات إلى رئيس تحرير مجلة القانون الكويتية العالمية على العنوان التالي:

● البريدي: الكويت - مدينة الدوحة - قطعة 4 - قسيمة 800005

ص.ب: 59062 - الرمز البريدي 93151

● هاتف: +96522280222

● الفاكس: +96522280209

● البريد الإلكتروني: kilawjournal@kilaw.edu.kw

www.kilaw.edu.kw

مع تقديم مكافأة مالية لمن تقبل أبحاثهم وجائزة الإسهام العلمي

إعلان عن الاستعداد لنشر أبحاث

طلبة كلية القانون الكويتية العالمية

في إطار سياسة كلية القانون الكويتية العالمية لتشجيع الطلبة على الانخراط في مجالات كتابة الأبحاث العلمية وعلى التفكير العلمي، تعلن إدارة تحرير مجلة الكلية عن استعدادها لنشر أبحاث الطلبة التي تراعي وتلتزم بقواعد النشر العلمي، كما تعلن عن تقديمها مكافأة مالية ومنحها جائزة الإسهام العلمي المرموق للطلبة الذين تقبل أبحاثهم للنشر.

يشترط في الأبحاث أن تكون في أحد الموضوعات القانونية الحيوية وذات الأهمية، وأن تراعي قواعد النشر الواردة في مقدمة أعداد المجلة، وأن تسلم في نسختين إلكترونية ومطبوعة إلى إدارة المجلة.

للاستفسار يمكن التواصل مع إدارة المجلة على الأرقام التالية:

22280222 – داخلي: 168 - 487

البريد الإلكتروني: kilawjournal@kilaw.edu.kw

Announcement to the students of Kuwait International Law School

Within the framework of KiLaw's policy to encourage students to engage in the fields of academic research writing as well as academic thinking, the school's journal would like to announce its willingness to publish students' research which adhere and abide by the rules of academic publishing. It would also like to announce offering monetary rewards as well as granting the Prestigious Academic Contribution Award for students whose research is eligible for publication.

The presented research papers should concern one of the legal issues of vital importance, and should abide by the rules of academic publishing as stated at the introduction of the journal's issues. Two copies, an electronic and a printed copy, of the paper should be submitted to the administration of the journal.

الصفحة	الموضوع
كلمة العدد	
15	الدور المحوري للقانون في مجال تنظيم المجتمعات وتطويرها أ.د. بدرية عبد الله العوضي
أبحاث باللغة العربية	
19	دور السلطة التنفيذية في مجال الجرائم: دراسة مقارنة بين الكويت ومصر أ.د. علي عبدالقادر القهوجي
81	مبدأ حق التقاضي: دراسة مقارنة لموقف القضاء من نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين (فرنسا - مصر - الكويت) د. خالد فايز الحويلة
143	إعادة بناء المنظومة التشريعية في إطار من الشراكة: التجربة التونسية ما بعد الثورة أ. نورالدين البحيري
183	مدى فاعلية الإصلاحات التشريعية الاقتصادية في مشاريع البنى التحتية - دراسة في القانون الكويتي أ.د. ناصر خليل جلال العساف
215	أثر التطورات الاقتصادية على السياسة التشريعية في المجال الضريبي لدول مجلس التعاون الخليجي: دراسة تطبيقية على مشروع قانون ضريبة القيمة المضافة الموحد أ.د. طارق عبدالسلام
249	الآليات الرقابية لحماية حقوق الإنسان أ.د. يوسف البحيري
285	الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنعة قضائية وصياغة تشريعية.. لمحات في بعض المستجدات أ.د. أشرف جابر
341	التدخل القضائي في مرحلة تنفيذ الجزاء الجنائي في التشريع الجزائري أ.د. طاشور عبدالحفيظ
369	مسؤولية الدولة عن أعمال التشريع بين المقتضيات القانونية والاجتهاد القضائي د. زكرياء خليل

403	بدائل العقوبات الجنائية القصيرة المدة كألية إصلاح وتأهيل في ظل السياسة الجنائية المعاصرة - عقوبة العمل للنفع العام أنموذجا د. نسيغة فيصل
447	دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود: المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام د. يوسف شندي
483	مرتكزات ومبادئ صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان: الأصول والقواعد الفقهية د. منال عبدالله علي أحمد
أبحاث باللغة الإنجليزية	
37	لجنة إصلاح القوانين في الكويت أ.د. ديفيد مورجان
57	استخدام المعقولية في تفسير الدستور والتحكيم: تحليل مقارنة نظري للقانون من الناحية العملية أ.د. سيلفيا زورزيتو
101	تطبيق مبدأ سيادة القانون في قانون وسياسة المنافسة: تحليل لتأخير تطبيق قانون المنافسة في الكويت د. مارشا ديني

الدور المحوري للقانون في مجال تنظيم المجتمعات وتطويرها

يتضمن هذا الجزء الثاني من الإصدار الخاص بالبحوث المقدمة في المؤتمر السنوي الرابع لكلية القانون الكويتية العالمية الذي أقيم في 10 - 11 مايو 2017 تحت شعار «القانون.. أداة للإصلاح والتطوير»، مجموعة من الدراسات التي تسعى إلى بيان دور القانون في إصلاح المجالات الاجتماعية المختلفة وتطويرها، من خلال المنهج النقدي الايجابي، وذلك بدءاً من بيان محاذير السماح بتوسع السلطة التنفيذية في مجال الجرائم، والتأكيد على عدم المس بحق التقاضي المكفول دستورياً تحت أي ذريعة والتحذير من التوسع في مجال أعمال السيادة، ومروراً ببيان أهمية الشراكة المجتمعية في مجال إعادة بناء المنظومة التشريعية بكاملها متمثلة في الدستور والقوانين المختلفة، وهو ما يشكل ضمانة في وجه الفشل والفوضى التي تحيط بمثل هذه المشاريع الكبرى، وانتهاءً بعرض آليات التطوير القانوني المستمر في الكويت وغيرها من البلدان النامية من خلال لجان أو مفوضيات لمراجعة القوانين أو التأكيد على استخدام المعقولة والمنطق القانوني. كما شملت هذه الأبحاث أحكام وضوابط القانون الموحد لضريبة القيمة المضافة في مجلس التعاون الخليجي وقانون المنافسة الكويتي.

إن هذا التنوع في الأوراق البحثية ذات الطابع القانوني والمجالات التي تغطيها يؤكد حقيقة انتهت إليها المجتمعات الحديثة تتمثل في أن القانون أداة محورية في مجال تنظيم الحياة الاجتماعية وتطويرها، إذا ما توفرت الإرادة العامة لاحترام سيادة القانون وتكريسه، باعتبارها منظومة متكاملة تستهدف تحقيق المصالح العليا للمجتمع وليس مصالح أقلية حاكمة أو فئة اجتماعية معينة.

ونقصد في هذا الإطار بالإرادة العامة أن ينشأ ويتعزز وعي وشعور عامين بأهمية القانون والنظام في حياة مجتمعاتنا، يسهم ويشارك الجميع في نشره وتكريسه من خلال إستراتيجية وطنية تقوم بتعبئة كل الموارد المجتمعية وممارسة يومية عملية.

ويكتسب هذا الدور المحوري للقانون أهمية متزايدة لأنه يشكل عاملاً مهماً في تحقيق الأمن والاستقرار بمفهومه الشامل، خاصة إذا ما كان قائماً على العدل والمساواة والحرية والشرعية والمشروعية على حد سواء.

من جهة أخرى تحتاج هذه المنظومة القانونية لكي تقوم بأدوارها الإيجابية السابقة إلى إعادة النظر فيها باستمرار بما يكفل لها الفعالية في تأطير التحولات الاجتماعية ودفعها نحو آفاق أرحب، وهو ما يحتاج من القائمين عليها إلى تفكير إبداعي يقوم على المنهج التحليلي، النقدي والمقارن، فالقانون ليس كتابا مقدسا ولا منظومة جامدة لا تحتمل التجديد ولا الاجتهاد. وفي هذا السياق، فإن اتساع قاعدة القائمين على هذه المنظومة القانونية، والذي يشمل رجال القانون من قضاة ومحامين وأكاديميين ومؤسسات جامعية ومحاكم وهيئات فتوى ومجالس دستورية وكذلك سلطات دستورية، من شأنه أن يساعد في إنضاج عمليات المراجعة والتطوير وفي إقرار آليات دائمة لذلك.

ومن المهم في هذا المقام الإشارة إلى أن كليات القانون تشكل أحد العناصر الرئيسية في هذا العملية، لأنه في مدارجها وفصولها يتلقى العاملون في المجال القانوني وكثير من العاملين في السياسة والتشريع والتنفيذ تكوينهم الأول والأساسي، كما أن اجتهادات وتحليلات أساتذتها وفقهائها يشكل معينا لا ينضب في القضايا المستجدة. ولذلك فإن هذه الكليات تحتاج هي الأخرى بين الفترة والأخرى للمراجعة بما يكفل تطوير آدائها وتعزيز إسهاماتها الاجتماعية المختلفة.

وإذا كانت العوامل المرتبطة بالدور المحوري للقانون في مجتمعاتنا متعددة ومتداخلة، ولا يتسع المجال في هذا المقام لعرضها والإسهاب فيها، لكنه من الضروري الإشارة إلى أن القانون يحتاج للأخلاق ولتطبيقه بنية حسنة تستهدف المصالح العليا للمجتمعات، وهذا الأمر يتعلق بقيم اجتماعية ينبغي مراعاتها وتكريسها بما يكفل الصالح العام ويشكل رافعة لتحقيق الاستقرار المطلوب والتقدم المنشود.

د. بدرية عبدالله العوضي

رئيس التحرير

أبحاث ودراسات باللغة العربية

دور السلطة التنفيذية في مجال الجرائم

دراسة مقارنة بين الكويت ومصر

أ.د. علي عبد القادر القهوجي *

الملخص:

من المبادئ المستقرة والمسلم بها دستورياً وتشريعياً ودولياً وشرعياً في قانون الجزاء وقانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ومبدأ أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته أمام محكمة مختصة في محاكمة عادلة وبإجراءات صحيحة. وهذان المبدأان وإن كان يرد عليهما استثناءات ينص عليها الدستور وينظمها القانون، إلا أن التطبيق التشريعي والعملي لهما يشهدُ خروجاً على مفهوماهما الواضح في الدستور والقانون معاً.

فمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون، وهو مبدأ دستوري، يضع له الدستور حدود الاستثناءات عليه في حالة الضرورة وبشروط معينة، يتم الخروج عليه عندما يفوض المشرع الوزير المختص (السلطة التنفيذية) بتحديد بعض جوانب التجريم والعقاب فيضيف أفعالاً جديدة أو يحذف أفعالاً قائمة من نطاق التجريم، كما يفوضه في تحديد العقوبات بالنسبة لمخالفة ما تنص عليه بعض اللوائح الإدارية من قيود.

ومبدأ أصل البراءة ينقلبُ وبالأعلى المتهم ويتحول إلى أن الأصل هو الإدانة كما في حالات القبض والاستيقاف لمجرد الشبهة أو حينما يترك تقدير اتخاذ هذه الإجراءات لمأمور الضبط القضائي دون رقابة سابقة أو معاصرة على الأقل، كما أن مأمور الضبط في أغلب الحالات يقوم بأعمال التحقيق الابتدائي، التي هي بحسب الأصل من اختصاص سلطة التحقيق عن طريق نظام النذب للتحقيق دون أن يكون مؤهلاً للقيام بتلك الوظيفة، فضلاً عن أنه لا يتمتع بالحياد الذي تتمتع به سلطة التحقيق.

* رئيس قسم القانون الجزائي - كلية القانون الكويتية العالمية

في هذا البحث عرضنا بالتحليل والدراسة المقارنة في كل من الكويت ومصر لدور السلطة التنفيذية في مجال الجرائم والقيود التي ترد على ذلك، ثم بينا التجاوزات التي قد تطرأ على ممارسة السلطة التنفيذية لهذا الاختصاص. وانتهينا بالإشارة إلى ما يشكله تعاضم هذا الدور من محاذير ينبغي التنبه إليها، داعين السلطين التشريعية والقضائية لممارسة اختصاصاتهما في هذا المجال، وذلك تنفيذاً لأحكام نص المادة 50 من الدستور الكويتي من أنه: «... لا يجوز لأي سلطة النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه في هذا الدستور».

المقدمة:

1- تخضع الجرائم والعقوبات في نطاق قانون العقوبات (قانون الجزاء) - لمبدأ هام هو مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»، أو بمعنى أدق - كما تنص علي ذلك أغلب قوانين العقوبات - «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون». ومن المسلم به أنه يقصد بكلمة قانون هنا تشريع أي نص مكتوب صادر عن سلطة مختصة بإجراءات صحيحة، كما أن عبارة بناء على قانون تفيد أن الجرائم والعقوبات يكون بيانها وتحديدها بتشريع يصدر عن السلطة المختصة بالتشريع وفقاً للدستور، أو بتفويض من تلك السلطة، وفي حدود ذلك التفويض كما يبينه الدستور والقانون، إلى السلطة التنفيذية.

ولما كانت السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصيل في سن القوانين، فإن تفويض السلطة التنفيذية في مجال الجرائم والعقوبات يجب أن يكون الاستثناء، وفي أضيق الحدود، حتى تتحقق مبررات تقرير هذا المبدأ، وأهمها حماية الحقوق والحريات الفردية من تعسف واستبداد السلطتين، القضائية والتنفيذية. ولهذا السبب وُضِعَت الضوابط والقيود من قبل الدستور والقانون من أجل حماية تلك الحقوق والحريات.

ومن المسلم به فقهاً وقضاً أن مبدأ الشرعية يغطي أيضاً التدابير الاحترازية والإجراءات الجنائية (أو الجزائية). ومن هذا المنطلق، فإن نصوص قانون الإجراءات الجنائية تحدد بدقة من هو صاحب الاختصاص وسلطاته من أجهزة السلطة التنفيذية الذي يعاون الهيئات القضائية في الكشف عن الجرائم ومرتكبيها وجمع المعلومات الأولية عن الجرائم التي تقع وفقاً لضوابط تحول دون تجاوز تلك السلطة. ومع ذلك قد يقع منها التجاوز، ويثار التساؤل عن جزاء من ارتكب هذا التجاوز.

2- ولهذا فإن دور السلطة التنفيذية في مجال الجرائم يدور حول قيود تفويض تلك السلطة والاختصاص التشريعي وجزاء تجاوزها الاختصاص التشريعي المحدد لها، وهو ما سنبحثه من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول - قيود السلطة التنفيذية في التجريم والعقاب.

المبحث الثاني - تجاوز السلطة التنفيذية حدود اختصاصها.

المبحث الأول

قيود السلطة التنفيذية في التجريم والعقاب

الأصل - كما ذكرنا - أن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصيل في تحديد الجرائم والعقوبات، وفي سن القوانين بصفة عامة بنص الدستور. ولهذا يجب عليها أن تمارس هذا الاختصاص بذاتها احتراماً للدستور ولبدأ الفصل بين السلطات من ناحية، وحماية للحقوق والحريات من ناحية ثانية. ولا يجوز لها أن تتنازل عن هذا الاختصاص لغيرها من السلطات وإلا أصبح هذا التنازل غير دستوري. ومع ذلك فقد أباح الدستور ذاته تفويض السلطة التنفيذية بإصدار التشريعات في حالات، وبقيود يحددها الدستور والقانون، ويُعدّ هذا التفويض في حدود حالاته وقيوده استثناءً على الأصل العام. ومن ثم يجب عدم التوسع في تفسير هذا الاستثناء، كما لا يجوز القياس عليه طبقاً للقواعد العامة في التفسير، وهذا يعني أن تفويض السلطة التنفيذية في مجال التشريع الجنائي يجب أن يكون في حدود الدستور، وأن يكون من السلطة التشريعية إلى سلطة تنفيذية مختصة، وأن هذا التفويض يجب أن يكون مقيداً بظروف محددة وفي نطاق جرائم وعقوبات معينة.

وهذا التفويض قد يكون في الظروف الاستثنائية (المطلب الأول) كما قد يكون في الظروف العادية (المطلب الثاني)، وذلك على التفصيل التالي، مع لفت الانتباه أنه إلى جانب هذا الدور المباشر للسلطة التنفيذية في مجال الجرائم والعقوبات، فإنه يوجد لها دور غير مباشر في هذا المجال أيضاً.

المطلب الأول

التفويض في الظروف الاستثنائية

يقصد بالظروف الاستثنائية تلك الظروف العاجلة التي تمر بها البلاد، والتي لا تحتمل التأخير وتقتضي ضرورة مواجهتها في الحال، مثل حالة الحرب أو الفيضانات أو الكوارث الطبيعية أو الفتنة أو انتشار الأوبئة أو أي أخطار أخرى تهدد البلاد. وفي مثل هذه الظروف الاستثنائية التي يتعذر دفعها بالوسائل العادية والقوانين القائمة، يفوض الدستور السلطة التنفيذية أن تتخذ التدابير اللازمة

والضرورية لمواجهة الأخطار التي تنجم عنها، ومن هذه التدابير إصدار لوائح أو مراسيم أو قرارات لها قوة القانون يطلق عليها مرسوم بقانون أو قرار بقانون، أي يكون لها قوة التشريع العادي الذي يصدر عن السلطة التشريعية بحيث يجوز لها (أي للسلطة التنفيذية) أن تتناول بالتشريع أي مجال هو بحسب الأصل من اختصاص السلطة التشريعية الأصيل. ومن هذه المجالات بطبيعة الحال تجريم الأفعال التي تراها ضرورية لمواجهة هذه الظروف وتقرير عقوبات لها، كما يجوز لها أن تضيف أفعالاً جديدة وتقرر لها عقوبات، ويجوز لها أيضاً أن تعدّل في الجرائم القائمة وعقوباتها. ولكن تفويض الدستور في تلك الظروف ليس مطلقاً وإنما له قيود وضوابط يتعين على السلطة التنفيذية احترامها.

ويوجد نوعان من اللوائح أو القرارات في نطاق هذا التفويض هما: لوائح الضرورة وإعلان حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية⁽¹⁾، وهو ما سنتناوله على الشكل التالي:

(1) يوجد نوع ثالث من اللوائح الذي يصدر في الظروف الاستثنائية تأخذ به بعض الدول ويطلق عليه اللوائح التفويضية والتي كان ينص عليها دستور 1971 المصري في المادة (108) منه والتي كانت تنص بأنه: «لرئيس الجمهورية عند الضرورة في الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون. ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها. ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها، زال ما كان لها من قوة القانون». ولم ينص الدستور المصري الحالي الصادر سنة 2014 على هذه اللوائح، كما لم ينص عليها صراحة الدستور الكويتي الصادر في سنة 1962، وإن كانت تأخذ بها بعض الدول الأوروبية ومنها فرنسا.

والواقع أنه لا توجد ضرورة لتفويض السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لها قوة القانون طالما أن السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل بالتشريع قائمة وغير غائبة، إذا يجب عليها أن تتصدى بنفسها لمواجهة تلك الظروف. ويذهب الفقه الدستوري في الكويت إلى أن السلطة التنفيذية يجوز لها أن تصدر مراسيم بقوانين تفويضية، على الرغم من أن المادة (50) من الدستور الكويتي تمنع ذلك، ويستند هذا الرأي إلى المذكرة التفسيرية للدستور في تعليقها على المادة (50) من الدستور والتي تجيز إصدار هذه المراسيم، وإن كان البعض منهم يفضل تعديل المادة 50 من الدستور لرفع التناقض بينها وبين المذكرة التفسيرية تعليقا على هذا النص. د. عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، جزء أول، ط2، مؤسسة دار الكتاب الكويتي، 2003، ص 426، ود. محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، مطبوعات كلية الحقوق، 2006، ص 306 وما بعدها، ود. عادل الطببائي، النظام الدستوري في الكويت، ط 2009، بدون ناشر، ص 717.

الفرع الأول

لوائح الضرورة

نصت المادة (71) من الدستور الكويتي الصادر في 11 نوفمبر 1962 على أنه: «إذا حدث فيما 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، ويجب عرض هذه المراسيم على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وفي أول اجتماع له في حالة الحل أو انتهاء الفصل التشريعي، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك، أما إذا عُرضت ولم يقرها المجلس فقد زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب من أثرها بوجه آخر».

ونصت المادة (156) من الدستور المصري لسنة 2014 على أنه: «إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئٍ لعرض الأمر عليه، وإذا كان مجلس النواب غير قائم، يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار».

ويستخلص من النصين السابقين أن رئيس السلطة التنفيذية في الكويت (الأمير) وفي مصر (رئيس الجمهورية) يجوز لهما إصدار مراسيم أو قرارات لها قوة القانون في حالة الضرورة، أي في حالة «إذا حدث ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير»، وأن هذه المراسيم أو القرارات يتسع نطاقها إلى كل ما يدخل في اختصاص السلطة التشريعية، ومنها مجال الجرائم والعقوبات، وأنها تخضع لرقابة السلطة التشريعية وفقاً لما نص عليه الدستور في الدولتين، ولكن نطاق التفويض في المادتين السابقتين ليس واحداً، إذ إنه يشمل في الدستور

الكويتي حالة غيبة مجلس الأمة (السلطة التشريعية) سواء فيما بين أدور الانعقاد أو في حالة حل المجلس، بينما في الدستور المصري الحالي يقتصر فقط على حالة عدم قيام المجلس أي عدم وجوده أو حله⁽²⁾.

ونعتقد أن الوضع في الدستور المصري الحالي يتفق مع مبدأ الفصل بين السلطات، الذي يقتضي أن تمارس كل سلطة اختصاصها طالما أنها قائمة وموجودة مهما كانت الظروف، وطالما أن السلطة التشريعية قائمة وموجودة فعلاً أثناء فترة ما بين أدوار الانعقاد أي في غير أدوار الانعقاد، فليس هناك ما يحول أبداً من دعوتها لانعقاد طارئ إذا حدث خلال تلك الفترة ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير وذلك عن طريق سن التشريعات اللازمة لذلك، ولا حاجة مطلقاً لتفويض السلطة التنفيذية في هذه الأمور. وأياً ما كان الأمر فإنه يتعين على السلطة التشريعية أن تمارس رقابة حقيقية وصارمة عندما تعرض عليها لوائح الضرورة، وأن تناقشها بعمق ودقة ولا تتردد ولا تتسامح أبداً في رفضها وعدم إقرارها إذا وجدتها تخالف الدستور أو القانون.

الفرع الثاني

قرار أو مرسوم إعلان حالة الطوارئ (الأحكام العرفية)

نصت المادة (69) من الدستور الكويتي على أن: «يعلن الأمير الحكم العرفي في أحوال الضرورة التي يحددها القانون، وبالإجراءات المنصوص عليها فيه. ويكون إعلان الحكم العرفي بمرسوم، ويعرض هذا المرسوم على مجلس الأمة خلال الخمسة عشر يوماً التالية له للبت في مصير الحكم العرفي. وإذا حدث ذلك في فترة الحل وجب عرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له. ويشترط لاستمرار الحكم العرفي أن يصدر بذلك قرار من المجلس بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم. وفي جميع الأحوال يجب أن يعاد عرض الأمر على مجلس الأمة بالشروط السابقة كل ثلاثة أشهر».

وتنص المادة (154) من الدستور المصري على أنه: «يعلن رئيس الجمهورية، بعد أخذ رأي مجلس الوزراء، حالة الطوارئ على النحو الذي ينظمه القانون،

(2) كانت الدساتير المصرية السابقة على الدستور الحالي تأخذ بالوضع السائد في الدستور الكويتي الآن. انظر: المادة (41) من دستور 1923، والمادة (135) من دستور 1956، والمادة (174) من دستور 1971.

ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس النواب خلال الأيام السبعة التالية ليقرر ما يراه بشأنه، وإذا حدث الإعلان في غير دور الانعقاد العادي، وجب دعوة المجلس للانعقاد فوراً للعرض عليه. وفي جميع الأحوال يجب موافقة أغلبية عدد أعضاء المجلس على إعلان حالة الطوارئ، ويكون إعلانها لمدة محددة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ولا تمد إلا لمدة أخرى مماثلة، بعد موافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس، وإذا كان المجلس غير قائم يعرض الأمر على مجلس الوزراء للموافقة، على أن يعرض على مجلس النواب الجديد في أول اجتماع له. ولا يجوز حل مجلس النواب أثناء سريان حالة الطوارئ».

ونصت المادة الخامسة من القانون رقم 22 لسنة 1967 الكويتي في شأن الأحكام العرفية على أنه: «يعاقب من يخالف الأوامر والنواهي الصادرة من السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية بالعقوبات المنصوص عليها فيها، ولا يجوز أن تزيد هذه العقوبات على الحبس لمدة سنتين ولا عن غرامة مقدارها 500 دينار». كما نصت المادة الخامسة من القانون رقم 162 لسنة 1958 المصري بشأن حالة الطوارئ على أنه: «مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد تنص عليها القوانين المعمول بها، يعاقب كل من خالف الأوامر الصادرة من رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه بالعقوبات المنصوص عليها في تلك الأوامر على ألا تزيد هذه العقوبة على الأشغال الشاقة المؤقتة (السجن المشدد) وعلى غرامة قدرها أربعة آلاف جنيه...».

يتضح من النصوص الدستورية والقانونية السابقة أن إعلان حالة الأحكام العرفية أو الطوارئ تعطي لرئيس الدولة أو من يقوم مقامه أن يصدر أوامر بأي قرارات إدارية أو مراسيم تنطوي على جرائم وعقوبات وفقاً للشروط والقيود والرقابة التي نصت عليها تلك النصوص. ونعتقد أن هذه الأوامر أو القرارات تكون لها قوة القانون كما هو الشأن بالنسبة لمراسيم أو لوائح الضرورة سابق الإشارة إليها، بحيث يجوز لها أن تقرر جرائم وعقوبات جديدة أو تعدل جرائم وعقوبات قائمة. ولهذا يتعين أن تكون رقابة السلطة التشريعية على هذه الأوامر دقيقة وصارمة حتى لا تتحول حالة الأحكام العرفية أو الطوارئ من حالة استثنائية إلى حالة عادية في صورة موافقة شكلية دون فحص أو تدقيق أو مناقشة، بحيث تصبح موافقة شبه آلية، وهو ما يعني ضعف أو تخاؤل الرقابة التشريعية.

ونخلص مما سبق أن تفويض السلطة التنفيذية في إصدار لوائح أو قرارات أو مراسيم أو أوامر تتضمن جرائم وعقوبات في الظروف الاستثنائية، إنما هو تفويض استثنائي مقيد بظروف الضرورة ولمدة محددة وتتبع في شأنه آلية معينة حددها الدستور والقانون. ويخضع هذا التفويض لرقابة دقيقة من قبل المجلس النيابي الذي يبقى هو صاحب الاختصاص الأصيل في هذا الصدد، والذي لا يُقبل منه التنازل عن هذا الاختصاص احتراماً وتطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات كما يخضع لرقابة المحكمة الدستورية.

وهذا الاختصاص الاستثنائي للسلطة التنفيذية (رئيس الدولة) في التجريم والعقاب عن طريق اللوائح أو مراسيم لها قوة القانون لا يتعارض مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، لأن النص الدستوري الذي يعبر عن هذا المبدأ جاء فيه أنه: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون»، ولم يرد فيه «إلا بقانون» فعبارة «إلا بناءً على قانون» تفيد بأنه إذا كان المصدر الأصيل للتجريم والعقاب هو القانون العادي الذي يصدر عن السلطة التشريعية المختصة، فإن هذا لا يحول أن يكون هذا المصدر السلطة التنفيذية حين يمنحها الدستور ذاته اختصاصاً تشريعياً، ويكون التجريم والعقاب في هذه الحالة بناءً على قانون.

وهكذا لا ينحصر مبدأ الشرعية في القوانين العادية الصادرة عن المجلس النيابي، بل يمتد ليشمل المراسيم أو القرارات بقوانين التي تصدر عن رئيس الدولة في الظروف الاستثنائية. كما أن هذا الاختصاص الاستثنائي يخضع لضوابط وشروط محددة ينص عليها الدستور، كما يخضع لرقابة دقيقة وصارمة للسلطة التشريعية والقضاء الدستوري.

وتطبيقاً لما سبق، فقد قالت المحكمة الدستورية العليا في مصر: «إن حالة الطوارئ - بالنظر إلى طبيعة المخاطر المرتبطة بها - لا تلائمها أحياناً تلك التدابير التي تتخذها الدولة في الأوضاع المعتادة باعتبار أن طبيعتها ومداهما تفرض من التدابير الاستثنائية ما يناسبها، ويُعدّ لازماً لمواجهة تبعاتها، وتنص تلك التدابير الاستثنائية بالضرورة على ما يكون ضرورياً منها لمواجهة الجرائم التي تهدد أمن الدولة الداخلي أو الخارجي، بل تتناول في عديد من صورها وتطبيقاتها جرائم أخرى تخرج عن هذا النطاق وتتجاوزده»⁽³⁾.

(3) دستورية عليا في 30 يناير 1993، طلب التفسير رقم 1 لسنة 15 قضائية (تفسير) - الجريدة الرسمية العدد 4 مكرراً في 30 يناير 1993.

كما قضت بأنه إذا كانت البواعث والأهداف التي تدعو سلطة التشريع الأصلية إلى سن قواعد قانونية جديدة، أو استكمال ما يشوب التشريع القائم من قصور تحقيقاً لصالح مرتجى، إلا أنه لا يصلح سنداً لقيام حالة الضرورة المبررة لإصدار القرار بقانون طبقاً للدستور إذا لم يطرأ خلال غيبة مجلس الشعب ظرف معين يمكن أن تتوافر معه تلك الضرورة التي تبيح ممارسة سلطة التشريع الاستثنائية⁽⁴⁾.

وقد قضت أيضاً: «حيث إن سن القوانين عملٌ تشريعيٌّ تختص به السلطة التشريعية التي تتمثل في مجلس الشعب طبقاً للمادة (86) من الدستور المصري (دستور 1971)، ولئن كان الأصل أن تتولى هذه السلطة بذاتها مباشرة هذه الوظيفة التي أسندها الدستور لها، وأقامها عليها، إلا أن الدستور قد وازن بين ما يقتضيه الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من تولى كل منهما لوظائفها في المجال المحدد لها أصلاً، وبين ضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام في ربوعها إزاء ما قد تواجهه في غيبة مجلس الشعب من مخاطر تلوح نذرها أو تشخص الأضرار التي تواكبها، يستوي في ذلك أن تكون هذه المخاطر من طبيعة مادية أو أن يكون قيامها مستنداً إلى ضرورة تدخل الدولة بتنظيم تشريعي يكون لازماً بصورة عاجلة لا تحتمل التأخير لحين انعقاد مجلس الشعب، وتلك هي حالة الضرورة التي اعتبر الدستور قيامها من الشرائط التي تطلبها لمزاولة هذا الاختصاص الاستثنائي،

ذلك إن الاختصاص المخوّل للسلطة التنفيذية في هذا النطاق لا يعدو أن يكون استثناءً من أصل قيام السلطة التشريعية على مهمتها الأصلية في المجال التشريعي، إذا كان ذلك، وكانت التدابير العاجلة التي تتخذها السلطة التنفيذية لمواجهة حالة الضرورة نابعة من متطلباتها، فإن انفكاكها عنها يوقعها في حومة المخالفة الدستورية، ذلك إن توفر حالة الضرورة بضوابطها الموضوعية التي لا تستقل السلطة التنفيذية بتقديرها - هي علة اختصاصها بمواجهة الأوضاع الطارئة والضاغطة بتلك التدابير العاجلة، بل هي مناط مباشرتها لهذا الاختصاص، إليها تمتد الرقابة الدستورية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا للتحقق من قيامها في الحدود

(4) دستورية عليا في 2 يناير 1999 في القضية رقم 15 لسنة 18 قضائية (دستورية)، وفي ذات المعنى انظر: دستورية عليا 18 أبريل سنة 1992 مجموعة أحكام دستورية عليا ج 5 (المجلد الأول) قاعدة رقم 31 ص 285، 3 يوليو سنة 1995 المجموعة السابقة ج 7 قاعدة رقم 2 ص 45 دستورية عليا في 15 يناير 2006 قضية رقم 74 لسنة 23 قضائية (دستورية).

التي رسمها الدستور. ولضمان ألا تتحول هذه الرخصة التشريعية - وهي من طبيعة استثنائية - إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها وانحرافها، وأن إقرار مجلس الشعب للقرار بقانون لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذي نشأ عليه كقرار بقانون دون تطهيره من العوار الدستوري الذي لازم صدوره»⁽⁵⁾.

وإذا كانت الظروف الاستثنائية تبرر هذا التفويض، أي تفويض السلطة التنفيذية في إصدار لوائح أو مراسيم بقانون تتضمن جرائم وعقوبات، فهل يكون لهذا التفويض مبرر في الظروف العادية غير الاستثنائية؟ هذا هو ما نجيب عليه الآن.

المطلب الثاني

التفويض في الظروف العادية

إذا كان تفويض السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية في إصدار لوائح أو قرارات أو مراسيم لها قوة القانون في الظروف الاستثنائية له ما يبرره نظراً لحالة الضرورة الملحة التي تتطلب مواجهتها، فإن هذا الاختصاص التشريعي الاستثنائي ليس تفويضاً مطلقاً دائماً، بل يخضع لشروط وقيود يجب على السلطة التنفيذية

(5) قضية رقم 15 لسنة 18 قضائية (دستورية) في 2/1/1999، الدعوى رقم 28 لسنة 2 قضائية المحكمة الدستورية العليا (دستورية) 4 مايو 1985 الجريدة الرسمية، العدد 20 الصادر في 16/5/1985، قضية رقم 12 لسنة 4 قضائية المحكمة العليا «دستورية» في 5/4/1975 قضية رقم 8 لسنة 5 قضائية المحكمة العليا (دستورية) في 6/3/1976. ومع ذلك كانت المحكمة الدستورية في الكويت قد قضت سنة 1993، 1994 بأن قرار مجلس الأمة بعدم إقرار مرسوم بقانون لا يعد من التشريعات التي حددها الدستور والقانون وأخضعها لرقابة المحكمة الدستورية. وهذا القضاء يحتاج إلى إعادة نظر، لأننا نعتقد بصحة الرأي الذي يرى أن ما يصدر عن مجلس الأمة سواء بالرفض أو الإقرار هو عمل تشريعي صادر عن المجلس ويخضع من ثم لرقابة المحكمة الدستورية، د. يسري العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية، مجلة المحامي، الكويت، السنة 20، العدد يوليو 1996، ص 94 وما بعدها، د. محمد المقاطع، دراسة في اتجاهات القضاء الدستوري الكويتي، دراسة تحليلية مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، 1999، ص 207 وما بعدها، ولكنها عدلت عن هذا القضاء في سنة 2013 وأخضعت تلك القوانين بمراسيم لرقابة المحكمة الدستورية باعتبارها من الأعمال التشريعية. حكم دستورية كويتي في 16/7/2013 برقم 15 لسنة 2012، وفي ذات المعنى حكم دستوري كويتي في 20/12/2015 برقم 24 لسنة 2015؛ حكم دستوري كويتي في 11/5/2016 برقم 5 لسنة 2016.

مراعاتها قبل ممارسة هذا الاختصاص، كما أن ممارسة هذا الاختصاص فعلاً يخضع لمراجعة وتمحيص وتدقيق من قبل السلطة التشريعية بعد ذلك، كما أنه يخضع لمراقبة القضاء الدستوري دائماً.

إذا كان ذلك كذلك، فهل يجوز للسلطة التشريعية أن تفوض السلطة التنفيذية في اختصاصها أو في جزء منه في الظروف العادية؟ إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي التعرّض لمبدأ الفصل بين السلطات واختصاص السلطة التشريعية أولاً، ثم بعد ذلك بيان مدى إمكانية الخروج على هذا المبدأ ثانياً من خلال اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية.

الفرع الأول

اختصاص السلطة التشريعية

تنص المادة (50) من الدستور الكويتي على أنه: «يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات مع تعاونها وفقاً لأحكام الدستور، ولا يجوز لأي سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه في هذا الدستور». وتنص المادة الخامسة من الدستور المصري لسنة 2014 على الفصل بين السلطات والتوازن بينها، إذ جاء فيها: «يقوم النظام السياسي على أساس التعددية السياسية والحزبية، والتداول السلمي للسلطة، والفصل بين السلطات والتوازن بينها، وتلازم المسؤولية مع السلطة، واحترام حقوق الإنسان وحياته، على الوجه المبين في الدستور».

كما تنص المادة (51) من الدستور الكويتي على أن: «السلطة التشريعية يتولاها الأمير ومجلس الأمة وفقاً للدستور». وتنص المادة (101) من الدستور المصري على أن: «يتولى مجلس النواب سلطة التشريع».

هذه النصوص الدستورية تكشف بوضوح ضرورة الفصل بين سلطات الدولة الثلاث: التشريعية والتنفيذية والقضائية، وأنه لا يجوز لأي سلطة أن تتدخل في اختصاص السلطة الأخرى، كما لا يجوز لأي سلطة منها أن تتنازل عن اختصاصها كله أو جزء منه لسلطة أخرى، وأن السلطة التشريعية هي التي تختص بالتشريع أي تختص بسن أو وضع القوانين العادية.

إن اختصاص السلطة التشريعية بالتشريع اختصاص أصيل واستثنائي تمارسه

هي، ليس باعتباره رخصة وإنما باعتباره مسؤولية وواجباً أسنده إليها الدستور، لا تملك بصدده التفويض إلا إذا أجاز لها الدستور ذلك في بعض الظروف ووفقاً للضوابط التي يضعها الدستور. وإذا كان التفويض له ضرورة ومبرر في الظروف الاستثنائية، فإن التفويض يفتقر إلى المبرر في الظروف العادية. وتطبيقاً لذلك، فإن السلطة التشريعية لا يجوز لها تفويض السلطة التنفيذية في الأحوال العادية حيث لا توجد ضرورة، وحيث إن السلطة التشريعية قائمة وموجودة وتمارس اختصاصها في التشريع، وتلك النتيجة هي التي تجعل لمبدأ الشرعية قيمة وتطبيقاً واقعياً وحقيقياً، لأن هذا المبدأ يستند في وجوده إلى الفصل بين السلطات وعدم تدخل سلطة في اختصاص الأخرى، وعدم تجميعها في يد سلطة واحدة ولو عن طريق التفويض من إحداها للأخرى.

ويكون تفويض السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية في جزء من اختصاصها بمثابة تنازل لا تملكه. ولهذا يتعين أن يكون تحديد الجرائم وعقوباتها من اختصاص السلطة التشريعية، تنفرد به وحدها ولا يجوز لها أن تنهرب من تلك المسؤولية تحت ستار التفويض حتى تتحقق الحماية الحقيقية للحقوق والحريات، التي أسند الدستور تنظيمها وممارستها لتلك السلطة فقط.

وفي هذا المعنى ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى أن: «الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق هو إطلاقها، باعتبار أن جوهر تلك السلطة هو المفاضلة التي يجريها بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم التشريعي، موازناً بينها، مرجحاً ما يراه أنسبها لفحواه، وأحراها بتحقيق الأغراض التي يتوخاها، وأكفلها لأكثر المصالح وزناً في مجال إنفاذها. وليس ثمة قيد على مباشرة المشرع لسلطته هذه، ما لم يكن الدستور قد فرض في شأن ممارستها ضوابط محددة»⁽⁶⁾.

إنَّ التشريع باعتباره صادراً من أقدر السلطات على استجلاء جوانب الصالح العام، والتعبير عن مقتضياته - لارتباط هذه السلطة بإرادة الشعب - هو الذي يمكن أن يضمن التوازن بين الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة، وهو إذ يفعل ذلك لا يجوز أن ينال من تلك الحقوق والحريات بما يقلص من محتواها، أو

(6) دستورية عليا في 2 يناير سنة 1999 في القضية رقم 31 لسنة 17 قضائية (دستورية).

يجردها من خصائصها أو يقيد من آثارها، وإلا كان هذا التنظيم مخالفاً للدستور⁽⁷⁾، وأن الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية، ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتكون تخوماً لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها، والدستور إذ يعهد إلى السلطة التشريعية بتنظيم موضوع معين، فإن ما تقره من القواعد القانونية في شأن هذا الموضوع، لا يجوز أن ينال من الحقوق التي كفل الدستور أصلها، سواء بنقضها أو بانتقاصها من أطرافها، ذلك أن إهدار هذه الحقوق أو تهमيشها عدوان على مجالها الحيوية التي لا تتنفس إلا من خلالها، ولا يجوز بالتالي أن يكون تنظيم هذه الحقوق اقتحاماً لفحواها، بل يتعين أن يكون منصفاً ومبرراً.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية⁽⁸⁾ على أن مؤدى المادة (1/41) من الدستور (دستور 1971)⁽⁹⁾ «أن أي قيد يرد على الحرية الشخصية بوصفها حقاً طبيعياً من حقوق الإنسان يستوي في ذلك أن يكون القيد قبضاً أو تفتيشاً أو حبساً أو منعاً من التنقل أو كان دون ذلك من القيود، لا يجوز إجراؤه إلا في حالة من حالات التلبس كما هو معرف قانوناً، أو بإذن من السلطات القضائية المختصة، ولا يغير من ذلك عبارة (وفقاً لأحكام القانون) التي وردت في نهاية تلك المادة (تلك الفقرة) بعد إيرادها الحالتين اللتين يجوز فيهما القبض والتفتيش على السياق المتقدم، لأن هذه العبارة لا تعني تفويض الشارع العادي في إضافة حالات أخرى تتيح القبض على الشخص وتفتيشه، والقول بغير ذلك يفضي إلى إمكان تعديل نص وضعه الشارع الدستوري بإرادة الشارع القانوني وهو ما لا يفيد نص المادة (41) من الدستور، وإنما تشير عبارة (وفقاً لأحكام القانون) للإحالة إلى القانون العادي في تحديد الجرائم التي يجوز فيها صدور الأمر بالقبض على الشخص وتفتيشه، وبيان كيفية صدوره إلى غير ذلك من الإجراءات التي يتم بها القبض والتفتيش. بناء على ما تقدم أن ما قضى به الدستور في المادة (41) من عدم جواز القبض والتفتيش في

(7) دستورية عليا في 3 فبراير 1996 في القضية رقم 2 لسنة 16 قضائية (دستورية) مجموعة أحكام الدستورية العليا ج7 قاعدة رقم 27 ص 470.

(8) نقض 15/9/1993، مجموعة أحكام النقض س 44 رقم 110 ص 703.

(9) تنص المادة (1/41) من الدستور المصري لسنة 1971 على أن «الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو من النيابة العامة، وذلك وفقاً لأحكام القانون».

غير حالة التلبس إلا بأمر يصدر من القاضي المختص أو النيابة العامة وفقاً لأحكام القانون، يكون حكماً قابلاً للإعمال بذاته، وأن ما نصت عليه المادة (49) من قانون الإجراءات الجنائية من تخويل مأمور الضبط القضائي الحق في تفتيش الشخص إذا قامت ضده في أثناء تفتيش منزل المتهم قرائن قوية على أنه يخفي معه شيئاً يفيد في كشف الجريمة دون أن يصدر أمر قضائي ممن يملك سلطة إصداره، وأن تتوافر في حقه حالة التلبس يخالف حكم المادة (41) من الدستور على السياق المتقدم، مما يجعل المادة (49) من قانون الإجراءات الجنائية تُعدّ منسوخة ضمناً بقوة الدستور نفسه منذ تاريخ العمل بأحكامه دون تربص إصدار قانون أدنى لا يجوز الاستناد إليها في إجراء القبض والتفتيش منذ ذلك التاريخ».

هذا الاختصاص الاستثنائي للسلطة التشريعية في مجال الجرائم والعقوبات في غير حالة الضرورة وفي غير الظروف الاستثنائية، أي في الظروف العادية وفي ظل وجود السلطة التشريعية وأثناء قيامها بواجبها بهذا الاختصاص، هل يقبل التفويض إلى السلطة التنفيذية لكي تصدر لوائح في مجال الجرائم والعقوبات؟

الفرع الثاني

دور اللوائح الإدارية في التجريم والعقاب

اللوائح الإدارية هي تلك التي تصدر عن الإدارة وتتضمن قواعد قانونية عامة ومجردة مثل تلك التي تصدر عن السلطة التشريعية، وهي تُعدّ من هذه الزاوية تشريعات من حيث المضمون وقرارات إدارية من حيث الشكل، أي من حيث السلطة التي تصدر عنها، وهي لهذا السبب أقل درجة من التشريع العادي الذي يصدر عن السلطة التشريعية. وأقصد بدور هذه اللوائح في مجال التجريم والعقاب بيان هذا الدور في الظروف العادية، أي الظروف التي تكون فيها السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل في التجريم والعقاب قائمة وتمارس وظيفتها الطبيعية والعادية في التشريع دون أي عائق قانوني أو مادي.

وإذا كان الدستور أو القانون قد منح الإدارة (السلطة التنفيذية) سلطة إصدار القرارات الإدارية، فإن تلك السلطة تبررها الضرورات العملية من ناحية وحسن السياسة الإدارية من ناحية أخرى، فالمشرّع لا يحيط عادة بجميع

التفصيلات، كما قد تتغير شروط تنفيذ القوانين، وأن إصدار التشريعات البرلمانية تحتاج إلى وقت طويل، بالإضافة إلى خبرة السلطة التنفيذية التي تكتسبها من الممارسات اليومية، وأخيراً السرعة التي تتسم بها عند وضع اللائحة⁽¹⁰⁾، كل هذه الأسباب وغيرها هي التي تبرر منح الإدارة سلطة إصدار اللوائح الإدارية.

واللوائح الإدارية تنقسم إلى قسمين من حيث نص الدستور عليها، أو عدم النص عليها فيه، فبعضها ينظمه الدستور صراحة والبعض الآخر منها يصدر على الرغم من عدم النص عليها في الدستور. والبحث في دور اللوائح الإدارية في التجريم والعقاب يقتضي بحث هذا الدور في هذين النوعين من اللوائح، وذلك على الشكل التالي:

أولاً - دور اللوائح الإدارية التي ينظمها الدستور في التجريم والعقاب:

تنظم الدساتير عادة بعض اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية في نصوص صريحة، ويكون السند القانوني لهذه اللوائح هو الدستور ذاته، وهذه اللوائح تصدرها السلطة التنفيذية في الظروف العادية وهي: اللوائح التنفيذية، واللوائح اللازمة لترتيب المصالح، أو إنشاء المرافق والمصالح العامة وتنظيمها، ولوائح الضبط.

نعرض فيما يلي بشيء من التفصيل لدور كل نوع من هذه اللوائح في التجريم والعقاب:

1- اللوائح التنفيذية:

هذه اللوائح - كما يدل عليها اسمها - تصدر بقصد تنفيذ قانون قائم وموجود، أي أن وجودها مرتبط بوجود القانون الذي تنفذه وتدور في فلكه، ولا تتضمن أحكاماً مستقلة خارج نطاق وحدود القانون التي تصدر تنفيذاً له، فهي ترتبط به وتخضع له. وقد نصت المادة (72) من الدستور الكويتي على أنه: «يضع الأمير بمراسيم اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما لا يتضمن تعديلاً فيها أو تعطيلاً لها أو إعفاءً من تنفيذها. ويجوز أن يعين القانون أداة أدنى من المرسوم لإصدار اللوائح

(10) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مراجعة وتنقيح د. عاطف البناء، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006، ص 470.

اللازمة لتنفيذه»، وتنص المادة (170) من الدستور المصري على أن: «يصدر رئيس مجلس الوزراء اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره في إصدارها، إلا إذا حدّد القانون من يصدر اللوائح اللازمة لتنفيذه».

وفي شأن بيان النطاق الذي يجوز للأئحة التنفيذية تنظيمه، قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأن اللوائح التنفيذية تقتصر على وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين، ولا يجوز أن تزيد عليها شيئاً جديداً، وأن تعدل فيها أو أن تعفي من تنفيذها أو أن تعطل هذا التنفيذ⁽¹¹⁾. وفي ذات السياق قضت أيضاً بأن: «ما تصدره الجهة المختصة من قرارات تنفيذية يجب أن تتقيد بالأحكام التي تتضمن تعديلاً أياً كان أو تعطيلاً مهما قلّ شأنه، أو إعفاءً من تنفيذ القانون مهما كان هيناً يسيراً»⁽¹²⁾.

ويقال تبريراً لمنح هذا الاختصاص للسلطة التنفيذية، إن المشرّع يهتم عادة ببيان القواعد الرئيسية أو العامة ويترك تنظيم التفاصيل والجزئيات للسلطة التنفيذية، لأنها بحسب طبيعة وظيفتها وبحكم اتصالها المستمر بالجمهور تكون أكثر قدرة على التعرف على التفاصيل والجزئيات اللازمة لوضع هذه القواعد موضع التنفيذ⁽¹³⁾، مثال ذلك أن ينص المشرّع على عدم جواز فتح محل عام إلا بعد الحصول على ترخيص مقدماً بذلك، أما التفاصيل المتعلقة بإجراءات تقديم طلب الرخصة والبيانات التي يجب أن يتضمنها هذا الطلب وكيفية فحصه والمراحل التي يمر بها حتى يبت فيها فيترك أمرها للأئحة التنفيذية لهذا القانون.

يترتب على ما تقدم أن القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية والمتعلقة بالجرائم والعقوبات يجب أن تبين بدقة ووضوح الأفعال التي تتكوّن منها كل جريمة، ووصف كل فعل وملاساته وظروفه، وأن تحدّد بالتفصيل نوع العقوبة ومقدارها وكيفية تقديرها، وأن السلطة التنفيذية تقتصر مهمتها عندما تصدر

(11) محكمة القضاء الإداري قضية 99 لسنة 2 ق في 18/4/1950 مجموعة المحكمة س 4 بند 181 ص 581.

(12) طعن رقم 3979 لسنة 42 ق في 23/6/2001 مجموعة المحكمة س 46 ج 3 بند 264 ص 2252.

(13) د. سليمان الطماوي، المرجع السابع، ص 487، د. محمد فؤاد عبد الباسط، الأعمال الإدارية القانونية - الكتاب الأول القرار الإداري - دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 121، د. عثمان عبد الملك الصالح، المرجع السابق، ص 375.

اللوائح التنفيذية لهذه القوانين على بيان الجزئيات والتفصيلات اللازمة لتنفيذ تلك القوانين دون أن تحذف من الأفعال الواردة فيها، ودون أن تضيف إليها أفعالاً جديدة أو تعدل في أوصافها أو تعدل في عقوباتها أو تضيف شروطاً جديدة لم ينص عليها القانون الذي تصدر اللائحة لتنفيذه، فإن فعلت ذلك تكون قد خرجت عن النطاق المرسوم لها من الدستور، ويكون ما أضافته أو حذفته باطلاً لا يعمل به، ويكون غير دستوري.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تمد نطاق سريان أحكام الباب الثاني من القانون رقم (106) لسنة 1979 في شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء إلى غير النطاق المكاني المحدد في هذا الباب، وإلا كان عملاً منتحلاً سلطة التشريع وصادراً عن غير السلطة المختصة دستورياً بإصداره، وواقعاً في حمأة مخالفة المادتين (86) و (114) من الدستور (لسنة 1971) مما يجعله عدماً متعيناً بالتالي الحكم بعدم دستوريته⁽¹⁴⁾.

وإذا كان الدستور قد بين النطاق المحدد للائحة التنفيذية على هذا النحو، فإننا نعتقد أن السلطة التشريعية لا تملك تفويض السلطة التنفيذية في إصدار لوائح تنفيذية تتضمن جرائم أو عقوبات حتى ولو كان هذا التفويض صريحاً ومحدداً، لأن هذا التفويض يصطدم بالنص الدستوري الواضح في شأن هذه اللوائح ويكون غير دستوري⁽¹⁵⁾. ولا نكون في هذا الحالة أمام لائحة تنفيذية للقانون لأنها تكون قد خرجت عن النطاق المحدد لها في الدستور.

ولكن هذا لا يمنع المشرع أن يضع جرائم وعقوبات عند الإخلال ببعض الأحكام الواردة في هذه اللائحة التنفيذية، ولكن هذا التدخل التشريعي يجب أن يكون بعد صدور تلك اللائحة لا قبل ذلك. وفي هذه الحالة قد يتضمن النص التشريعي ذاته بيان الأفعال التي يُعدّ الإخلال بها جريمة بدقة ووضوح وكذلك العقوبات المقررة لها، وإما أن يحيل إلى هذه الأفعال دون النص عليها في التشريع إذا كانت تتوافر فيها

(14) دستورية عليا في 13/8/1998 قضية رقم 3 لسنة 19 قضائية (دستورية)، الجريدة الرسمية العدد 33 في 13/8/1998.

(15) انظر عكس ذلك: د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، طبعة نادي القضاة، طبعة أولى، دار الشروق، القاهرة 1999، ص 387، حيث يرى: «أن اللوائح التنفيذية لا تملك وضع جرائم أو عقوبات بغير تفويض صريح من المشرع».

الدقة والوضوح اللذان يجب أن تتصف بهما طبقاً لمبدأ الشرعية، وأن يحدد العقوبات المقررة لها، ومثل هذه النصوص التشريعية يقال عنها «التشريع على بياض»، حيث يتضمن التشريع ذاته القاعدة العقابية أمراً أو نهياً بتجريمها وعقابها، ولكنه يحيل في تحديد الأفعال إلى ما ورد في اللائحة التنفيذية، بشرط أن يتوافر في بيان هذه الأفعال في اللائحة التنفيذية الدقة والوضوح احتراماً لمبدأ الشرعية⁽¹⁶⁾.

2- اللوائح التنظيمية:

هذه اللوائح لا تصدر استناداً إلى قانون أو تنفيذاً لأحكامه كما هي الحال في اللوائح التنفيذية، وإنما تصدرها السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة أصلية ومستقلة، ولذلك يطلق عليها الفقه الدستوري «اللوائح المستقلة». ونصت على هذه اللوائح المادة (73) من الدستور الكويتي التي جاء فيها: «يضع الأمير، بمراسيم، لوائح الضبط واللوائح اللازمة لترتيب المصالح والإدارات العامة بما لا يتعارض مع القانون». ونصت المادة (171) من الدستور المصري على أن: «يصدر رئيس مجلس الوزراء القرارات اللازمة لإنشاء المرافق والمصالح العامة وتنظيمها بعد موافقة مجلس الوزراء».

وهذه اللوائح تنقطع لتنظيم المرافق العامة، من حيث إنشائها، وتنسيق سير العمل في المصالح والإدارات الحكومية. وإذا كانت السلطة التنفيذية (الأمير في الكويت، ورئيس مجلس الوزراء في مصر) تستمد اختصاصاتها بإصدار هذه اللوائح من الدستور مباشرة، إلا أنه يتعين عليها ألا تخالف القانون في هذا الصدد لأن «المشرع يملك هو أيضاً وبحكم اختصاصه الدستوري ترتيب المصالح العامة بقانون يصدره. ومتى تدخل المشرع من ناحيته بممارسة هذا الاختصاص... فإنه لا يسوغ (للسلطة التنفيذية) أن تعدل من القانون بقرار (منها) لا يرقى في قوته إلى قوة القانون الصادر من السلطة التشريعية»⁽¹⁷⁾.

وهذه اللوائح وإن كانت تهتم بتنظيم الجهاز الإداري في الدولة إنشأاً وتنظيماً، إلا أنه لا شأن لها في الغالب بإنشاء الجرائم والعقوبات، وبالتالي لا اختصاص لها في هذا الصدد، كما أن النص الدستوري لم يمنحها هذا الاختصاص.

(16) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 387.

(17) المحكمة الإدارية العليا - طعن رقم 208 لسنة 24 ق في 19/3/1983، مجموعة المحكمات السنة 28 بند 87 ص 583.

3- لوائح الضبط:

هذه اللوائح لا تصدر هي الأخرى مثل اللوائح التنظيمية استناداً إلى قانون، أو تنفيذاً لأحكامه، وإنما تصدرها السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة أصلية ومستقلة، ولذلك يطلق عليها الفقه الدستوري: «اللوائح المستقلة». ونصت على هذه اللوائح المادة (73) من الدستور الكويتي السابق الإشارة إليها، ونصت المادة (172) من الدستور المصري على أن: «يصدر رئيس مجلس الوزراء لوائح الضبط بعد موافقة مجلس الوزراء». ويطلق الفقه الدستوري على هذه اللوائح أيضاً اسم «لوائح البوليس»، وهي تلك التي تصدرها السلطة التنفيذية (الأمير في الكويت، ورئيس مجلس الوزراء في مصر) لتحقيق هدف أو غرض محدد وهو حماية النظام العام بعناصره المختلفة، أو تحقيق أغراض الضبط الإداري بعناصره المختلفة: الأمن العام، والصحة العامة، والسكينة العامة، والأخلاق والآداب العامة. وقد اتسع نطاق هذه اللوائح باتساع سلطات الدولة، فامتدت إلى حماية الذوق والجمال العام والأمن الصناعي والبيئة. ومن أمثلة هذه اللوائح لوائح المرور واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية والمشروبات والمطاعم، واتخاذ الاحتياطات لمنع تلوث مياه الشرب أو انتشار الأوبئة، واللوائح المنظمة للمحال العمومية والخطرة والمضرة بالصحة العامة أو المقلقة للراحة والهدوء.

وتتضمن هذه اللوائح أوامر ونواهي موجهة إلى الأفراد، مما يجعلها تمس حقوقهم وحررياتهم، وتنطوي على تقييد لتلك الحقوق والحرريات، الأمر الذي اقتضى النص عليها في الدستور لبيان الجهة المختصة بإصدارها وبنطاقها، فلا تصدر إلا من الأمير في الكويت، أو رئيس مجلس الوزراء في مصر، ولا يجوز لأيهما أن يفوض غيره بإصدارها، ولا يتجاوز نطاق تنظيمها الغرض من إصدارها الذي يقتصر فقط على الضبط الإداري بعناصره المختلفة، وضرورة المحافظة على النظام العام. فإذا خرجت عن النطاق المرسوم لها تكون باطلة وغير دستورية، وإذا صدرت في حدود الاختصاص والنطاق المحدد لها تصبح ملزمة للأفراد يتقيدون بأحكامها، ويتعرضون للجزاء في حالة مخالفة تلك الأحكام. وإذا كان من المسلم به أن السلطة الإدارية المختصة بإصدار تلك اللوائح تملك النص على جزاءات إدارية في حالة مخالفة أحكامها، إلا أن الأمر لن يكون بهذه السهولة بالنسبة للجزاءات الجنائية، بمعنى أنه هل يجوز لتلك السلطة أن تنص على توقيع عقوبات جنائية على من يخالف أحكام لوائح الضبط أم لا؟

إن النظرة السريعة ثم المدققة والفاحصة لنص المادة (73) من الدستور الكويتي، ونص المادة (172) من الدستور المصري تنتهي إلى القول بأن الدستور في كلا البلدين لا يمنح مطلقاً السلطة التنفيذية بأن تقرن مخالفة لوائح الضبط بجزاء جنائي أي بعقوبات جنائية، كما تنتهي إلى القول أيضاً إن الدستور في كلا البلدين لا يجيز للسلطة التشريعية أن تفوض السلطة التنفيذية بالنص على عقوبات جنائية. ووفقاً لهذا التحليل لا تملك السلطة التنفيذية النص على توقيع عقوبات جنائية على من يخالف أحكام لوائح الضبط.

بقي أن نتساءل، هل تملك السلطة التشريعية من تلقاء نفسها أن تنص على عقوبات محددة بحد أدنى وحد أقصى لكل من يخالف لوائح الضبط، التي تضعها السلطة التنفيذية في الحال وفي المستقبل، دون إحالة صريحة منها إلى الأفعال التي تتضمنها تلك اللوائح. بمعنى آخر هل تملك السلطة التشريعية منح السلطة التنفيذية سلطة «السحب على المكشوف» من الرصيد الخاص بالسلطة التشريعية في تحديد الأفعال التي تقع بها الجرائم بدقة ووضوح العقوبات المقررة لها وتحديدها بدقة ووضوح أيضاً؟

نعتقد أن السلطة التشريعية لا تملك ذلك، وإلا تكون قد أهدرت تماماً مبدأً شرعية الجرائم والعقوبات، لأن منح السلطة التنفيذية مثل هذا الاختصاص يعني تفويض تلك السلطة في أن تحل محل المشرع في تحديد الأفعال، التي تقع بها الجرائم عند مخالفة لوائح الضبط، كما تحل محله في تحديد عقوبات تلك الجرائم بين الحدين اللذين يحددهما المشرع.

فإذا كان الدستور قد منح السلطة التنفيذية سلطة إصدار لوائح الضبط، وأن تلك اللوائح تتضمن بحسب طبيعتها تقييد حقوق وحرّيات الأفراد لتحقيق الغرض المقصود منها، وهو حماية النظام العام كما ذكرنا من قبل، فإن المنطق القانوني يقتضي منح تلك السلطة حق توقيع جزاءات إدارية على من يخالف أحكام تلك اللوائح، ولكن الدستور ذاته لا ينص على منح السلطة التشريعية حق تفويض السلطة التنفيذية في وضع جزاءات جنائية لمخالفة تلك اللوائح.

ولما كانت الحقوق والحرّيات من الأمور التي ينفرد بها القانون، وأنه لا يجوز المساس بها إلا بنص القانون ووفقاً للدستور، وكانت الجرائم والعقوبات من

الموضوعات التي تمس تلك الحقوق والحريات وتقيدها، فإنه يتعين أن يكون تنظيم الحقوق والحريات والمساس بها وتقييدها من الأمور التي تدخل في النطاق المحجوز للقانون. ومن أمثلة تلك الحقوق والحريات التي لا يجوز المساس بها إلا بنص القانون وطبقاً للدستور: الحرية الشخصية، حرمة المسكن، حرية وسرية المراسلات والاتصالات، حرية الرأي والتعبير، حرية التنقل...إلخ.

ولذلك نعتقد أن النص في قانون الجزاء (قانون العقوبات) على معاقبة من يخالف أحكام لوائح الضبط كما ورد النص عليها في الدستور، لا يتفق وأحكام الدستور التي لا تمنح هذا الحق صراحة للسلطة التنفيذية، ولا تعطي حق التفويض في هذا الشأن إلى السلطة التشريعية. ولهذا نرى أن نص المادة (135) مكرراً من قانون الجزاء الكويتي، والتي أضيفت بالمرسوم بقانون رقم (44) لسنة 1987 فيه شبهة عدم الدستورية. وقد نصت هذه المادة على أنه: «مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد مقررة قانوناً يعاقب كل من يخالف أحكام لوائح الضبط التي نصت عليها المادة (73) من الدستور بغرامة لا تتجاوز مائة دينار».

وقد يقال دفاعاً عن هذا النص، أنه دستوري، ما ورد في الدستور ذاته من أنه: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون» (المادة 32 دستور الكويتي، والمادة 95 دستور مصري)، وأن كلمة «بناء» هنا تقيدها أنه يجوز للسلطة التشريعية أن تفوض السلطة التنفيذية في بعض جوانب التجريم والعقاب، وسوف نناقش هذا النص الدستوري عند البحث في دور اللوائح غير المنصوص عليها في الدستور تجنباً للتكرار.

ثانياً- دور اللوائح الإدارية التي لا ينظمها الدستور في التجريم والعقاب:

لا يقتصر تنظيم النشاط الإداري في الدولة على اللوائح التي نص عليها الدستور فقط، بل إن الإدارة لها سلطة إصدار لوائح أخرى استجابة للضرورات العملية وإلى حسن السياسة الإدارية، فهل يكون لهذه اللوائح دور في مجال التجريم والعقاب؟

لا شك أن عدم تنظيم الدستور لهذه اللوائح قد يعني أنها ليست لها ذات الأهمية التي للوائح التي نص عليها الدستور صراحة، وعلى أي حال فإن عدم وجود تنظيم

لهذه اللوائح في الدستور يفيد بوضوح أن السلطات الإدارية المختصة بإصدار هذه اللوائح لم يفوضها الدستور في مجال الجرائم والعقوبات، كما يفيد بوضوح أيضاً أنه (أي الدستور) لم يمنح السلطة التشريعية حق تفويض تلك السلطات الإدارية في التدخل في مجال التجريم والعقاب، ويكون تدخلها تبعاً لذلك في هذا الشأن لا سند له من الدستور.

قد يقال - وقد قيل فعلاً - أن دور هذه اللوائح في مجال الجرائم والعقاب يجد له سنداً في الدستور حيث نص على أنه: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون»، ولم ينص على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون»، أي أن تفسير النص الدستوري بوضعه الحالي يؤدي إلى القول إن النص على الجرائم والعقوبات قد يكون بقانون وقد يكون أيضاً عن طريق تفويض السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية في بعض جوانب التجريم والعقاب، فيكون تحديد الجرائم والعقوبات في هذه الحالة «بناء على قانون»، أي يكون عن طريق لائحة إدارية تصدر عن السلطة الإدارية التي يحددها القانون في نص التفويض.

وهذا التفسير هو الذي قيل به بالنسبة للمادة (135) مكرراً من قانون الجزاء الكويتي السابق الإشارة إليها، وذلك حينما نصت على معاقبة من يخالف أحكام لوائح الضبط بغرامة لا تتجاوز مائة دينار، وهو أيضاً ما نصت عليه المادة (380) عقوبات مصري بعد تعديلها بالقانون رقم (269) لسنة 1981 حيث جاء فيها إنه: «من خالف أحكام اللوائح العامة أو المحلية الصادرة من جهات الإدارة العامة أو المحلية، يجازى بالعقوبات المقررة في تلك اللوائح، بشرط ألا تزيد على خمسين جنيتهاً. فإذا كانت العقوبة المقررة في اللوائح زائدة عن هذه الحدود وجب حتماً إنزالها إليها. فإذا كانت اللائحة لا تنص على عقوبة ما يجازى من يخالف أحكامها بدفع غرامة لا تزيد على خمسة وعشرين جنيتهاً».

ونص المادة (380) عقوبات مصري أوسع نطاقاً من نص المادة (135) مكرراً جزاء كويتي، حيث يقتصر النص الكويتي فقط على لوائح الضبط التي يكون الغرض منها حماية النظام العام، أو تحقيق أغراض الضبط الإداري، بينما يغطي النص المصري جميع أنواع اللوائح الإدارية - باستثناء اللوائح التنفيذية

واللوائح التنظيمية - التي تصدر عن رئيس الدولة، أو رئيس مجلس الوزراء، أو الوزراء، أو المحافظين، أو مديري الإدارات المحلية. وسواء كانت من لوائح الضبط أو غيرها من اللوائح التي لم ينص عليها الدستور.

والاتجاه الغالب في الفقه يؤيد هذا التفسير ويرى أن له سنداً في الدستور، وأن هذا السند هو عبارة «بناء على قانون»، فالتفويض أجازته الدستور للسلطة التشريعية، وتكون اللائحة التي تصدر في حدود هذا التفويض دستورية⁽¹⁸⁾.

ولكن يوجد اتجاه آخر في الفقه نؤيده، وهو الذي يرى أن المادة (380) عقوبات مصري لا تصلح بذاتها أساساً قانونياً لتحويل الإدارة العامة أو المحلية سلطة التجريم والعقاب فيما تصدره من لوائح عامة أو محلية لعمومية التفويض، لأن المشرع لم يحدد مقدماً الأهداف التي يجب أن تهدف إليها تلك اللوائح أو المصالح التي يجب أن تحميها⁽¹⁹⁾. وأضيف هنا ما سبق ذكره من أن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصيل في التشريع، وأن الاستثناء هو تفويض السلطة التنفيذية في هذا الصدد، وأن هذا الاستثناء يجب أن يكون صريحاً ومحدداً من حيث السلطة المختصة به والموضوعات التي يجوز فيها التفويض وشروطها، وقبل ذلك أن تتوافر مبررات هذا التفويض وهي حيث تكون السلطة التشريعية غير موجودة أو حالة الضرورة القصوى (مثل حالة الحرب مثلاً). وبعد ذلك يعرض ما صدر عن السلطة التنفيذية في حدود التفويض على السلطة التشريعية عند وجودها لتمارس إشرافها ورقابتها سواء بالإقرار أو الإلغاء، وهذا هو ما تفعله الدساتير في حالة اللوائح التفويضية ولدواعي الضرورة.

ومن المسلم به أن الاستثناء يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً ولا يقاس عليه، ولهذا فإن عبارة «بناء على قانون» في حد ذاتها لا يمكن تفسيرها على أنها تتضمن تفويضاً

(18) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية، القاهرة، 1989 رقم 68 ص 75؛ وانظر له أيضاً: الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، رقم 14 ص 12، 13؛ د. عوض محمد عوض، قانون العقوبات - القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998 ص 7.

(19) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 388-389.

من السلطة التشريعية إلى السلطة التنفيذية في مجال الجرائم والعقوبات، لأنها أولاً غير صريحة في هذا المعنى، ولأنها ثانياً تفتقر إلى بيان ضوابط هذا التفويض إن وجد. وقد نلتمس تأييداً لما تقول به أن المادة الخامسة من قانون العقوبات المصري التي نصت على مبدأ الشرعية بصورة ضمنية وليست صريحة كما فعل المشرع الكويتي، فقد نصت المادة الأولى من قانون الجزاء الكويتي على أنه: «لا يُعد الفعل جريمة ولا يجوز توقيع عقوبة من أجله، إلا بناء على قانون»؛ بينما نصت المادة الخامسة من قانون العقوبات المصري على أنه: «يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها...». وكلمة «بمقتضى» هنا لا تفيد تفويضاً، ويكون المشرع المصري قد فهم عبارة «بناء على قانون» التي ورد النص عليها في الدستور بهذا المعنى، وأن «بناء على القانون» لا تختلف من حيث المضمون عن «بمقتضى القانون» و«في حدود القانون» و«وفقاً لأحكام القانون»، وهي عبارات يستخدمها الدستور في أكثر من نص لا تفيد أكثر من التأكيد على ضرورة الالتزام بأحكام القانون التي تنظم المسائل التي أشار إليها الدستور.

وقد حاول جانب من الفقه الغالب أن يُقلل من خطورة تفويض السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية في مجال الجرائم والعقوبات، طبقاً للمادة (135) جزاء كويتي، والمادة (380) عقوبات مصري، على أساس أن الجرائم التي يجوز فيها التفويض قليلة أو ضئيلة الخطورة، وأن العقوبات المقررة لها لا يجوز فيها الحبس وتقتصر على غرامة فقط ضئيلة القيمة (مائة دينار كويتي وخمسون جنياً مصرية)، وهو ما ينطبق على الجرح قليلة الأهمية في الكويت وعلى المخالفات البسيطة في مصر.

وهذا التبرير على الرغم من وجاهته، إلا أنه لا يغير من الحقيقة شيئاً وهي أن المادتين (135) جزاء كويتي، (380) عقوبات مصري فيهما شبهة عدم الدستورية.

وليت الأمر توقف عند هذا الحد في تفسير عبارة «بناء على قانون»، وكما يقال: (إن معظم النار تأتي من مستصغر الشرر)، بل تجاوزه إلى جواز التفويض في الجرح الجسيمة والجنايات، إذ من الملاحظ الآن أن كثيراً من التشريعات النافذة تجرم الفعل في صورة عامة أو غير كاملة، وتحيل إلى اللائحة لتفصيل هذا الفعل وبيان حدوده، أو تحيل في شأن بعض جوانب التجريم إلى قرار يصدره الوزير المختص، ومن أمثلة هذه التشريعات المادة (30) من القانون الكويتي لمكافحة المخدرات وتنظيم

استعمالها والاتجار فيها والمادة (32) من القانون المصري الذي ينظم ذات الشأن، والتي جاء النص فيهما على أنه يجوز لوزير الصحة (الوزير المختص) بقرار منه أن يعدل في «الجدول الملحق بهذا القانون بالحذف أو بالإضافة أو بتغيير النسب الواردة فيها»⁽²⁰⁾.

ويفسر الاتجاه الغالب في الفقه وتُجمع أحكام القضاء على أن النص في قانون المخدرات - وفي غيره من القوانين المشابهة- على تفويض الوزير المختص (وزير الصحة) بتعديل الجداول الملحق بهذا القانون بلوائح أو قرارات إدارية يصدرها لهذا الغرض لا تتعارض مع الدستور، لأن الدستور ذاته هو الذي رخص للسلطة التشريعية أن تفوض السلطة التنفيذية في بعض جوانب التجريم والعقاب حينما نص على عبارة «بناء على قانون».

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر أن الفقرة الثانية من المادة (66) من الدستور المصري (دستور سنة 1971) تنص في فقرتها الثانية على أن: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون»، وأنها قاعدة دستورية وردت بذات العبارة في جميع الدساتير المتعاقبة منذ دستور سنة 1923 الذي نص عليها في المادة السادسة منه: حيث إنه يتبين من الأعمال التحضيرية لدستور سنة 1923 أن صياغة هذه المادة في المشروع الذي أعدته اللجنة المكلفة بوضعه كانت تقضي بأنه: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون»، فعدلتها اللجنة الاستشارية التشريعية التي نقحت المشروع إلى: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون»، وذلك - وعلى ما جاء بتقريرها- لأنه لا يصح وضع مبدأ يقرر أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون لأن العمل جرى في التشريع على أن يتضمن القانون نفسه تفويضاً إلى السلطة المكلفة بسن لوائح التنفيذ في تحديد الجرائم وتقرير العقوبات، فالأصوب إذن أن يقال: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون».

(20) ومن أمثلة ذلك أيضاً قانون الأسلحة والذخائر المصري رقم 394 لسنة 1954، الذي نصت مادته على أنه يجوز لوزير الداخلية بقرار منه تعديل الجداول الملحق بهذا القانون بالإضافة أو الحذف، وكذلك ما نصت عليه المادة الثانية من قانون حماية المؤلف رقم 354 لسنة 1954 والمعدلة في سنة 1992 من شمول الحماية المنصوص عليها في هذا القانون مصنقات الحاسب الآلي من برامج وقواعد بيانات وما يماثلها من مصنقات تحدد بقرار من وزير الثقافة؛ والمادة الأولى من القانون المصري رقم 453 لسنة 1954 في شأن المحال التجارية والصناعية من أنه يجوز بقرار من الوزير المختص أن يعين المناطق أو الأحياء التي يحظر فيها إقامة هذه المحال أو نوع منها، وهي تقابل المادة (9) من القانون رقم 32 لسنة 1969 كويتي بشأن تنظيم تراخيص المحلات التجارية؛ كما تنص على نفس المعنى قوانين قمع الغش والتدليس والبيئة والآثار.

لما كان ذلك، وكان من المقرر أن المشرع إذا أورد مصطلحاً معيناً في نص ما لمعنى معين، وجب صرفه إلى هذا المعنى في كل نص آخر يردد ذات المصطلح، وكان الدستور الحالي (دستور سنة 1971) قد ردد في المادة (66) منه عبارة «بناء على قانون» - الواردة في المادة السادسة من دستور سنة 1923، والتي أفصحت أعماله التحضيرية عن المدلول المقصود بها - في حين أنه أورد عبارة مغايرة في نصوص أخرى اشترط فيها أن يتم تحديد أو تنظيم مسائل معينة «بقانون» مثل التأميم في المادة (35)، وإنشاء الضرائب وتعديلها في المادة (119)، فإن مؤدى ذلك أن المادة (66) من الدستور تجيز أن يعهد القانون إلى السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لائحية تحدد بها بعض جوانب التجريم أو العقاب، وذلك لاعتبارات تقدرها سلطة التشريع، وفي الحدود، وبالشروط التي يعينها القانون الصادر منها.

لما كان ما تقدم وكان المشرع في المادة (32) من القانون رقم 182 لسنة 1960 (قانون المخدرات) قد أعمل هذه الرخصة المتاحة له بمقتضى المادة (66) من الدستور وقصر ماناها بالوزير المختص على تعديل الجداول الملحق بهذا القانون بالحذف وبالإضافة أو بتغيير النسب الواردة فيها، وذلك تقديراً منه لما يتطلبه كشف وتحديد الجواهر المخدرة من خبرة فنية ومرونة في اتخاذ القرار يمكن معها مواجهة التغيرات المتلاحقة في مسمياتها وعناصرها تحقيقاً لصالح المجتمع، وكانت القرارات التي يصدرها الوزير المختص في هذا الشأن لا تستند في سلطة إصدارها إلى المادة (18) أو المادة (144) من الدستور بشأن اللوائح التفويضية أو اللوائح التنفيذية، وإنما إلى المادة (66) من الدستور على ماسلف بيانه، فإن النعي على المادة (32) المشار إليها بعدم الدستورية يكون على غير أساس⁽²¹⁾. كما سارت في ذات الاتجاه محكمة النقض المصرية⁽²²⁾.

(21) دستورية عليا 1981/5/9 قضية رقم 15 لسنة قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية في 28 / 5 / 1981 العدد الثاني، والقضية رقم 30 لسنة قضائية «دستورية» بنفس العدد المشار إليه في الجريدة الرسمية، قضية 43 لسنة 7 قضائية «دستورية» في 7/3/1992 قضية رقم 12 لسنة 13 قضائية في 7/11/1992 الجريد الرسمية في 3/12/1992 العدد 49.

(22) انظر: الطعن بالنقص رقم 1680 لسنة 50 قضائية جلسة 31/5/1981، وكذلك الطعن بالنقص رقم 2475 لسنة 51 قضائية جلسة 4/2/1982 أشار إلى هذين الحكمين المستشار مصطفى مجدي هرجه. جرائم المخدرات في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1992 ص 97-98.

وقد أخذت محكمة التمييز الكويتية بذات المعنى وذلك عن طريق الحذف، حيث صدر عن وزير الصحة الكويتي قرار يتضمّن تعديلاً في الجداول الملحقّة بأن أُخرج بذور الخشخاش محموسة أو غير محموسة من مجال التجريم، ونقلها إلى الجداول المستثناة من التجريم، بعد أن كان الجدول السابق يُعدّ بذور الخشخاش غير المحموسة حمساً والتي تكون صالحة للإنبات مجرّمة ويعاقب على جلبها وتصديرها وحيازتها. وقد جاء في هذا الحكم أنه: «لما كان هذا القرار (قرار وزير الصحة) المعدل للجدول رقم 6 المرافق لقانون مكافحة المخدرات من شأنه أن يجعل واقعة جلب بذور الخشخاش غير المحموسة غير مؤثمة في حكم ذلك القانون، ويكون هذا القرار الصادر من وزير الصحة بمقتضى التفويض المخوّل له في المادة (30) من ذلك القانون هو الواجب التطبيق إذ بنفاذه يصبح القانون أصح للمطعون ضدها بما يترتب عليه انتفاء التهمتين المسندتين إلى المطعون ضدها⁽²³⁾.

ويلاحظ على القضاء السابق أن تفويض السلطة التنفيذية لا يقتصر على المخالفات أو الجرح البسيطة المقرر لها عقوبة الغرامة فقط، وإنما يمتد هذا التفويض إلى الجرائم الأشد خطورة وهي الجنايات، فأصبحت اللائحة التي تصدر عن السلطة التنفيذية المختصة تملك إضافة حالات جديدة يتوسع بها نطاق التجريم بعد أن كانت مباحة من قبل، كما تملك حذف حالات قائمة موجودة من نطاق التجريم فتصبح مباحة ومشروعة، فالفرد بمقتضى تلك اللائحة يرتكب جنائية في الفرض الأول، ويباح فعله في الفرض الثاني فلا يكون جريمة على الإطلاق، ويطبق عليه في هذه الحالة الاستثناء من عدم الرجعية وهو الخاص بالقانون الأصح إذا كان متهماً قبل صدور اللائحة بارتكاب تلك الجنائية. وفي الفرضين تُعدّ اللائحة دستورية إذا التزمت بحدود التفويض من السلطة التشريعية استناداً إلى عبارة: «بناء على قانون» التي وردت في النص الدستوري.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أبعد من ذلك حين قبلت بصورة ضمنية تجزئة التفويض، حين قضت بأنه لا يعد من قبيل الإباحة والتمسك من ثم بتطبيق القانون الأصح للمتهم إصدار وزير الصحة قراراً باستبدال الجدول الأول الملحق بقانون مكافحة المخدرات ونشر هذا القرار في الجريدة الرسمية دون نشر الجدول المرفق

(23) تمييز طعن رقم 87/226 جزائي - جلسة 1987/12/21 مجلة القضاء والقانون، س 15، عدد 2، ص 497.

سهواً، ثم استدراك هذا السهو بنشر الجدول فيما بعد، الفترة ما بين التاريخين لا تُعدّ إباحة، ذلك أن المقصود بالنشر هو نشر القرار كاملاً بما يتضمنه من جدول، فإذا أغفل القرار الوزاري المذكور نشر الجدول الجديد فإنه يظل العمل بالجدول الأول الملحق بالقانون سارياً لعدم نشر الجدول الجديد. ولا يعد الجدول القديم منسوخاً إلا من تاريخ نشر الجدول الجديد كاملاً، والقول بغير ذلك لا يتفق مع العقل أو المنطق، كما لا يتفق والقواعد الأساسية لمشروعية العقاب التي تقضي بأن أحكام القوانين لا تسري إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها، ما لم ينص على ذلك بنص خاص، هذا فضلاً عن أن عدم نشر الجدول الجديد خطأ أو سهو لا يمكن أن يقصد به المشرع عدم العقاب على المواد الواردة بالجدول القديم⁽²⁴⁾.

وأعتقد أن هذا القضاء ضحىً بالاعتبارات القانونية الواضحة، وغلبت الاعتبارات الاجتماعية وربما السياسية العقابية.

ويبدو مما سبق أن عبارة «بناء على قانون» التي وردت في النص الدستوري تم تحميلها أكثر مما تحتمل، فهي لا تصلح سنداً تعتمد عليه السلطة التشريعية في تفويض السلطة التنفيذية في نظري، فأكثر ما تفيد تلك العبارة هو التأكيد على احترام القانون وضوابطه في بيان الجرائم والعقوبات المقررة لها. يؤيد ذلك ما استخدمه الدستور من عبارات لا تفيد أكثر من هذا المعنى مثل: «وفقاً لأحكام القانون»، «يحددها القانون»، «في حدود القانون»، «على الوجه المبين في القانون». ويدعم ذلك أيضاً أن الدستور ذاته حينما يريد مثل هذا التفويض ينص عليه صراحة في الدستور، وينص على الحالات التي يجوز فيها التفويض والموضوعات التي تقبل التفويض، وظروف التفويض، وما يجب أن يتبع من إشراف السلطة التشريعية على ما صدر من لوائح بناء على هذا التفويض. وهذا ما لاحظناه وعرضناه بصدد لوائح الضرورة واللوائح التفويضية، واللوائح التي تصدر استناداً إلى إعلان حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية.

فإذا كان الدستور يضع هذه الضوابط في الظروف الاستثنائية، فهل يتصور أن يقبل تفويض السلطة التنفيذية من دون ضوابط أو قيود على الإطلاق ومن دون إشراف لاحق من السلطة التشريعية في الظروف العادية، بل ومن دون النص

(24) نقض 1/18 / 1998 مجموعة أحكام النقض س 49 رقم 16 ص 111.

صراحة على هذا التفويض⁽²⁵⁾؟

ولو فرضنا جدلاً - وهذا الفرض الجدلي لا يلزمنا بشيء - أن العبارة محل النقاش تفيد إمكانية التفويض، فإن مدى التفويض أو نطاقه لا يكون مقيداً أو محصوراً بحسب الصياغة العامة لتلك العبارة، ولا يتصور عقل ولا منطق أن يكون هذا هو الذي كان في ذهن واضع الدستور، وهذا هو ما حاولت المحكمة الدستورية في مصر أن تنبه إليه حين قضت بأن الدستور (دستور 1971) إذ نص في المادة (66) منه على أن: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون» قد دل على أن الأصل هو أن تتولى السلطة التشريعية بنفسها ومن خلال قانون بالمعنى الضيق تقرر - وفقاً للدستور - تحديد الجرائم وبيان عقوباتها، وليس لها بالتالي أن تتخلى كلية على ولايتها هذه، بأن تعهد بها بأكملها إلى السلطة التنفيذية وإن كان يكفيها أن تحدد إطاراً عاماً لشروط التجريم وما يقارنها من جزاء لتفصل السلطة التنفيذية بعض جوانبها، فلا يُعدّ تدخلها عندئذ في المجال العقابي إلا وفقاً للشروط والأوضاع التي نظمها القانون⁽²⁶⁾.

وإذا كانت المحكمة الدستورية في حكمها السابق قد ألزمت السلطة التشريعية القيام بوظيفتها التشريعية الموكولة لها بمقتضى الدستور في تحديد الجرائم وبيان عقوباتها، إلا أنها عادت وقررت أنه يكفي تلك السلطة أن تضع الإطار العام لتلك الوظيفة ثم تُفوض السلطة التنفيذية لتفصيل بعض جوانب التجريم والعقاب في حدود هذا الإطار العام. وسند المحكمة الدستورية في هذا التفويض هي العبارة التي أشارت إليها في أحكامها السابقة «بناء على قانون».

وإذا كان يُحمد للمحكمة الدستورية العليا محاولة تقييد السلطة التشريعية في التفويض فلا يكون كلياً وشاملاً، فلا تتخلى كلية عن ولايتها في التشريع، إلا أن تلك المحاولة لا سند لها من الدستور لأن العبارة محل النقاش جاءت عامة خالية من أي قيد كما ذكرت من قبل، ولا تفيد أكثر من الالتزام بأحكام القانون، ولا تفيد من وجهة نظري جواز التفويض.

(25) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون مكافحة المخدرات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 14-15.

(26) دستورية عليا 5 / 7 / 1997، مجموعة المكتب الفني، ج 1 ص 709.

ولا يجدي في نظري الرجوع للأعمال التحضيرية التي صاحبت إعداد دستور سنة 1923، وأن اللجنة الاستشارية التشريعية أعادت صياغة المادة السادسة من هذا الدستور استجابة لما كان يجري عليه العمل وقتئذ من تفويض السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية في تحديد الجرائم وتقرير العقوبات، لأن هذا التفسير إذا جاز الأخذ به في ظل دستور سنة 1923 فإنه لا يمكن أن يكون حجةً أبداً لتفسير ذات النص في الدساتير اللاحقة وصولاً إلى دستور 2014 الحالي، لأن الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية ليست هي ذات الظروف، ولأن مفهوم الفصل بين السلطات لحقه التطور بفعل هذه الظروف، وبالتالي يكون الأولى الرجوع إلى الأعمال التحضيرية لكل دستور وقت وضعه، فإذا لم توجد أعمال تحضيرية تساعد على التفسير فلا مناص من تفسير عبارات النص كما هي والأخذ بمفهومها الواضح.

ولما كان الأصل هو الفصل بين السلطات، وأن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصلي في التشريع، فإنه لا يجوز العدول عن هذا الأصل، إلا إذا وُجد استثناءً صريحاً ومحددٌ بجواز التفويض إلى السلطة التنفيذية، لأن اختصاص السلطة التشريعية ليس رخصة لها وإنما هو تكليف وإلزام ومسؤولية فرضها الشعب صاحب السيادة عليها.

ويستقيم هذا التفسير وينسجم معه أن الدستور ذاته يخص المشرع بنطاق يستأثر به ولا يزاخمه فيه سلطة أخرى، ومن هذا النطاق المحجوز للمشرع ينفرد به هو ما يتعلق بالحقوق والحريات وأنه لا يجوز المساس بها إلا بنص القانون طبقاً للدستور، ولما كانت الجرائم والعقوبات تنطوي على مساس بالحقوق والحريات وتقيدها، فإن تحديد الجرائم وبيان عقوباتها يجب أن يكون حصراً بيد المشرع حتى لا ينسب للدستور التناقض بين نصوصه.

ومن المعلوم أن قانون العقوبات (أو قانون الجزاء) هو المدونة الأساسية أو هو التقنين للجرائم والعقوبات التي تتميز أحكامها بالثبات والاستقرار نوعاً ما، وأنه توجد مجموعة أخرى من القوانين مكملة لقانون العقوبات يطلق عليها «قانون العقوبات التكميلي»، منها قانون مكافحة المخدرات، وقانون المرور وقانون الجمارك وغيرها، وأن هذه القوانين المكملة لا ينص عليها المشرع في التقنين الأصلي (قانون العقوبات) لأنها تنظم موضوعات يعترئها التغيير والتطور، ولذلك لا تتميز

أحكامها بالثبات والاستقرار، فجعلها قوانين مستقلة حتى يستطيع هو التدخل في أي وقت بتغييرها حسب الظروف، أي أن المشرع تحسب لهذا الأمر مسبقاً ونظم كل موضوع في قانون مستقل، بحيث يستطيع في الظروف العادية وغير الاستثنائية أن يجري عليها هو التعديلات اللازمة، فمن يملك الأكثر وهو وضع القانون برمته، يملك الأقل وهو إجراء التعديلات التي تفرضها ظروف تطبيق هذا القانون، بل.

بل إن المشرع الدستوري الكويتي كان أكثر وضوحاً وصراحة حين نصت المادة (50) من الدستور على أنه: «لا يجوز لأي سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصاتها المنصوص عليها في الدستور». ووفقاً لهذا النص لا يجوز للسلطة التشريعية أن تفوض السلطة التنفيذية في كل أو حتى مجرد جزء من اختصاصها إلى السلطة التنفيذية، إلا إذا وجد نص صريح في الدستور يقضي بغير ذلك وعبارة «بناءً على قانون» لا تفيد هذا التفويض الصريح، وإذا قلنا بغير ذلك لوقع التناقض بين نصوص الدستور.

وكان الدستور المصري الملغى الصادر سنة 2012 ينص في المادة (77) منه على أنه: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص دستوري أو قانوني». أما الدستور الفرنسي الحالي لسنة 1958 فقد نصت المادة (34) منه على أن المشرع هو الذي يضع القواعد التي تحدد الجنايات والجنح وكذلك العقوبات المقدرة لها، بينما نصت المادة (37) منه على أن تنظيم الموضوعات الأخرى التي تخرج عن مجال القانون «يقصد المخالفات» يكون عن طريق اللوائح. ونصت المادة (111-2) من قانون العقوبات الفرنسي على أن يحدد التشريع الجنايات والجنح والعقوبات المقررة لها، وتحدد اللوائح المخالفات، وتنص على العقوبات طبقاً لما نص عليه المشرع بالنسبة لعقوبة كل نوع من أنواع المخالفات.

ويُعدّ جانب من الفقه الفرنسي أن توزيع الاختصاص في بيان الجرائم وعقوباتها على هذا النحو ومنح السلطة التنفيذية اختصاصاً تشريعياً في مجال المخالفات عن طريق اللوائح يمثل ثورة في مجال القانون الجنائي وخروجاً صارخاً على مبدأ الشرعية⁽²⁷⁾. وعلى أي حال فإن صاحب الاختصاص الأصيل والوحيد في تحديد الجنايات والجنح وبيان عقوبتها هو المشرع وحده ولا أحد غيره الذي يملك

(27) Levasseur (G.). Une Révolution en Droit Pénal: Le Nouveau Régime Des Contraventions. 1959. Ch. DP 121.

هذا التحديد ولا يجوز له مطلقاً أن يفوض غيره في ذلك، فهو الذي يحدد الأفعال وخصائصها وأوصافها وظروفها، وهو الذي يحدد نوع العقوبات ومقدارها وكيفية تقديرها⁽²⁸⁾.

وعلى الرغم من وضوح نصوص الدستور الفرنسي وقانون العقوبات الفرنسي المشار إليها سابقاً، إلا أن محكمة النقض (التمييز) الفرنسية فسرت هذه النصوص بصورة يبدو منها الخروج على معناها الحقيقي. ففي قضية تتلخص وقائعها أن أحد الأفراد ضُبط متلبساً بزراعة نبات الحشيش وقدم للمحاكمة وقضت محكمة أول درجة بإدانته، فاستأنف الحكم الصادر ضده بالإدانة وطعن أمام محكمة الاستئناف بعدم دستورية المادة (222-37) من قانون العقوبات الفرنسي لأنها لم تحدد المقصود بالمواد المخدرة وأنواعها، وإنما أحالت في هذا التحديد إلى المادة (222-41) عقوبات فرنسي، التي أحالت بدورها إلى المادة (3215-7) من قانون الصحة العامة، الذي أحال هو أيضاً إلى قرار وزير الصحة الذي ينص على قائمة أنواع المخدرات المحظورة. وبناءً على هذا الدفع أوقفت محكمة الاستئناف نظر الدعوى وأحالت الدفع إلى محكمة النقض (التمييز) كي تنظر في جديته قبل إحالته إلى المجلس الدستوري، فقضت محكمة النقض الفرنسية بأن الدفع غير جدي، وأن نصوص قانون العقوبات الفرنسي التي أحالت إلى قانون الصحة العامة الذي أحال بدوره إلى وزير الصحة العامة في هذا الشأن لا تتعارض مع مبدأ الشرعية⁽²⁹⁾.

وأعتقد أن الإحالة إلى قرار وزير الصحة الفرنسي المشار إليه ليست مثل التفويض المسلم به لوزير الصحة عندما يقوم بالحذف وبالإضافة أو بتغيير النسب الواردة بالجداول، وإنما هي إحالة إلى قائمة محددة موجودة سلفاً، وفيها بيان

(28) Bertrand de Lamy, *Dérives et évolution du principe de la légalité en droit penal Français: contribution à l'étude des sources du droit penal français*, les cahiers de droit, 2009, v. 5 n° 34- p.585609-.

ومع ذلك يذهب رأي في الفقه إلى إمكانية التفويض الجزئي إلى السلطة التنفيذية لتحديد العناصر التفصيلية للجريم دون أن يعد ذلك خروجاً على مبدأ الشرعية.

Rassat M-L.: *Droit penal général*, 2eme. Ed. Ellipse, Paris, 2006, n° 112.

(29) Cass. Crim. 11 Jan. 2011, *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 13, 28 mars 2011, 347 et note Jerome fhuert: fin du principe de légalité criminelle en matière de stupéfiants: Claverie-Rousset: la légalité criminelle. . *Droit pénal* n° 9, Septembre 2011, étude 16.

قائمة بالمواد المخدرة المحظورة والتي تبناها المشرع الفرنسي واعتبرها قائمته هو وإن لم يذكرها في التشريع وإنما أحال في شأنها إلى قرار وزير الصحة، وإن كان يفضل بطبيعة الحال - احتراماً لمبدأ الشرعية في الدستور الفرنسي - أن يذكر المشرع نفسه وبالتفصيل قائمة بهذه المواد في صلب القانون ذاته. ومن هنا رأت محكمة النقض الفرنسية أن الإحالة في هذه الحدود لا تتعارض مع مبدأ الشرعية.

وقد أُعتبر جانب من الفقه الفرنسي أن حكم النقض السابق بمثابة نهاية وموت لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي اختفى ولم يصبح له وجود⁽³⁰⁾.

إلى جانب هذا الدور المباشر السابق بيانه للسلطة التنفيذية في التجريم والعقاب، فإن لها دوراً غير مباشر في هذا المجال، مثل اقتراح مشروعات القوانين، والذي أصبح السمة الغالبة لمعظم القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية، والتي قد توافق عليها كما هي أو تجري عليها مجرد تعديلات طفيفة، وكذلك اعتراض رئيس الدولة على إصدار القانون وإعادةه إلى السلطة التشريعية، أو توجيه المجلس التشريعي إلى تعديل قانون سبق إصداره (قانون البصمة الوراثية في الكويت)، أو اقتراح تنظيم موضوع معين بطريقة معينة (الطلاق الشفوي في مصر).

كما يكون للسلطة التنفيذية دور غير مباشر في التجريم والعقاب من خلال المعاهدات الدولية التي يبرمها رئيس الدولة بالاشتراك مع الأجهزة المختصة في الدولة وبصفة خاصة وزارة الخارجية، إذ تعرض هذه المعاهدات على السلطة التشريعية للموافقة عليها جملة أو رفضها جملة دون حق التعديل فيها والتي تصبح بعد الموافقة عليها من السلطة التشريعية والتصديق عليها من السلطات المختصة حسب الدستور في قوة القانون أو أعلى من القوانين في بعض الدول.

(30) Cass. Crim. 11 Jan. 2011. La Semaine Juridique. Edition Générale. n° 13. 28 mars 2011. 347 et note Jerome huet: fin de principe de légalité criminelle en matiere de stupéfiants: Claverie-Rousset: la legalite Criminelle. . Droit pénal n° 9, Septembre 2011. étude 16.

المبحث الثاني

تجاوز السلطة التنفيذية حدود اختصاصها

إذا قامت السلطة التنفيذية بدورها في مجال التجريم والعقاب في نطاق الاختصاص المحدد لها في الدستور والقانون، كانت اللوائح التي تصدر عنها شرعية ولا تقبل الطعن عليها، ويعاقب من يخالفها بالعقوبة المقررة لمخالفة أحكامها. أما إذا خرجت عن حدود اختصاصها المرسوم لها، فتصبح غير شرعية ويحق للقضاء مراقبة صحتها من حيث الشكل ومن حيث الموضوع، كما إذا صدرت عن سلطة غير مختصة بإصدارها أو إذا خالفت التشريع الأعلى منها الصادر عن السلطة التشريعية، ومن باب أولى إذا خالفت أحكام الدستور⁽³¹⁾.

هذا عن حكم تجاوز السلطة التنفيذية لاختصاصها الموضوعي في الجرائم والعقوبات، ولكن هذا التجاوز على الرغم من خطورته وعلى الرغم من أهمية تصدي القضاء له، إلا أنه ليس هو محل الاهتمام في هذا المبحث، وإنما الذي نهتم به ونركز عليه هو حكم التجاوز الإجرائي (إذا جاز التعبير) للسلطة التنفيذية، حينما يطلب منها القيام بإجراءات محددة في مجال كشف الجرائم والمجرمين وجمع المعلومات والتحريات عن الجرائم والمجرمين، وهذه الإجراءات تقوم بها الشرطة على اختلاف مستوياتها، بل هي تقوم ببعض إجراءات التحقيق بالجريمة وتقوم بمعظم هذه الإجراءات عند ندبها للتحقيق.

وهذه التجاوزات أكثر ما تتحقق في حالات الاستيقاف والقبض والتفتيش والقيام بالتحريات الجادة والكافية التي يصدر على أساسها إذن التفتيش أو القبض من

(31) وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن: «يُعد خروجاً على التفويض الذي نص عليه القانون حينما يصدر قرار من المحافظ في مسألة كان القانون ينص أن هذا القرار يصدر من وزير التموين دون غيره». دستورية عليا جلسة 1992/7/3 مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، س5 القاعدة رقم 25 ص 214، نقض جنائي 1994/3/2 مجموعة أحكام النقض س45 قاعدة 50 ص 340، كما قضت محكمة النقض أيضاً أنه ينبغي تطبيق النص الوارد في القانون دون الآخر الوارد بلائحته التنفيذية حال تعارضهما. نقض جنائي 1957/7/1 مجموعة أحكام النقض س8 قاعدة 1 ص 309، نقض 1965/11/22 مجموعة أحكام النقض س16 رقم 167 ص 875؛ نقض جنائي 1986/4/17 مجموعة أحكام النقض س 37 ص 499.

سلطة التحقيق، وكذلك الممارسات الخاطئة أثناء تنفيذ هذا الإذن. فما هي أسباب هذه التجاوزات؟ وكيف تتم مواجهتها؟ وقبل ذلك فإن هذه الإجراءات المتجاوزة تتخذ في مواجهة المشتبه فيه أو المتهم الذي يستظل بقرينه البراءة ويستفيد من نتائجها.

ولذلك قبل بيان أسباب تجاوزات الشرطة وكيفية مواجهتها، نعرض لماهية قرينة البراءة، ونذكر هنا فقط أن تحديد الإجراءات الجنائية من عمل التشريع وحده وبصفة خاصة تلك التي تنطوي على مساس بالحريات، بل قد ينظم بعضها الدستور ذاته. ومن ثم لا تملك السلطة التنفيذية مطلقاً تحديد تلك الإجراءات أو تنظيمها عن طريق لوائح تصدرها في هذا الشأن. ولهذا لا تصلح منشورات وزير العدل، أو وزير الداخلية، ولا تعليمات النائب العام أن تكون مصدراً للإجراءات الجنائية.

المطلب الأول

ماهية قرينة البراءة

هذه القرينة في مجال الإجراءات الجنائية لها مفهوم محدد ويترتب عليه نتائج محددة أيضاً.

الفرع الأول

معنى قرينة البراءة

يعني الأصل في المتهم البراءة، إذ إن كل من يتهم بارتكاب جريمة أياً كانت جسامتها يجب معاملته على أنه بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات. وهذا الأصل نصت عليه المعاهدات الدولية العامة والإقليمية، مثل: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان 1950. وقد أكد على هذا المبدأ الدستور الكويتي في المادة (34) منه حيث نصت على أن: «المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع»، ونصت على ذات المعنى المادة (96) من الدستور المصري، التي جاء فيها: «المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة، تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه...».

وأصل البراءة في الإنسان ثابت بيقين، وهذا الأصل يظل ثابتاً للمتهم بيقين طوال مراحل الدعوى الجنائية إلى ما قبل صدور حكم بات بالإدانة، فإذا صدر هذا الحكم زال ومحى يقين البراءة وحل محله يقين الإدانة، فلا يكفي مجرد الشك حول الإدانة حتى لو بلغ أقصى درجاته لمحو يقين البراءة، فاليقين لا بد وأن يقابله يقين، ولذلك عند الشك في الإدانة يتعين الالتزام بالأصل الثابت بيقين وهو يقين البراءة.

وتطبيقاً لهذا المعنى قضت المحكمة الدستورية في مصر أنه: «وحيث إن أصل البراءة يمتد إلى كل فرد سواء أكان مشتبهاً فيه، أو متهماً، باعتباره قاعدة أساسية في النظام الاتهامي أقرتها الشرائع جميعها - لا لتكفل بموجبها حماية المذنبين - إنما لتندراً بمقتضاها العقوبة عن الفرد إذا كانت التهمة الموجهة إليه قد أحاطتها الشبهات بما يحول دون اليقين من مقارفة المتهم للواقعة محل الاتهام، ذلك أن الاتهام الجنائي في ذاته لا يزحزح أصل البراءة الذي يلزم الفرد دوماً ولا يزياله، سواء في مرحلة ما قبل المحاكمة، أو أثناءها وعلى امتداد حلقاتها، وأياً كان الزمن الذي تستغرقه إجراءاتها.

ولا سبيل بالتالي لدحض أصل البراءة بغير الأدلة التي تبلغ قوتها الإقناعية مبلغ الجزم واليقين، بما لا يدع مجالاً معقولاً لشبهة انتفاء التهمة، بشرط أن تكون دلالتها قد استقرت حقيقتها بحكم قضائي استنفذ طرق الطعن فيه وصار باتاً. وحيث إن افتراض البراءة لا يتمخض عن قرينة قانونية، ولا هو من صورها، ذلك أن القرينة القانونية تقوم على تحويل الإثبات من محله الأصلي ممثلاً في الواقعة مصدر الحق المدعى به، إلى واقعة أخرى قريبة منها متصلة بها، وهذه الواقعة البديلة هي التي يُعدّ إثباتها إثباتاً للواقعة الأولى، بحكم القانون.

وليس الأمر كذلك بالنسبة إلى البراءة التي افترضها الدستور، فليس ثمة واقعة أحلها الدستور محل واقعة أخرى وأقامها بديلاً عنها، وإنما يؤسس افتراض البراءة على الفطرة التي جبل الإنسان عليها، فقد ولد حراً مبرءاً من الخطيئة أو المعصية. ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة مازال كامناً فيه، مصاحباً له فيما يأتيه من أفعال إلى أن تنقض محكمة الموضوع بقضاء جازم لا رجعة فيه هذا الافتراض، على ضوء الأدلة التي تقدمها النيابة العامة مثبتة بها الجريمة التي نسبتها إليه في كل ركن من أركانها، وبالنسبة لكل واقعة

ضرورية لقيامها، بما في ذلك القصد الجنائي بنوعيه إذا كان متطلباً فيها. وبغير ذلك لا ينهدم أصل البراءة، إذاً هو من الركائز التي يستند إليها مفهوم المحاكمة المنصفة التي كفلها الدستور، ويعكس قاعدة مبدئية تُعدّ في ذاتها مستعصية على الجدل، واضحة ووضوح الحقيقة ذاتها، تقتضيها الشرعية الإجرائية. ويُعدّ إنفاذها مفترضاً أولاً لإدارة العدالة الجنائية ويتطلبها الدستور لصون الحرية الشخصية في مجالاتها الحيوية، وليوفر من خلالها لكل فرد الأمن في مواجهة التحكم والتسلط والتحامل، بما يحول دون اعتبار واقعة تقوم بها الجريمة ثابتة بغير دليل، وبما يرد المشرّع عن افتراض ثبوتها بقريته قانونية ينشئها⁽³²⁾.

وأصل البراءة بهذا المعنى يُعدّ على هذا النحو فرعاً من أصل عام وهو حرية المتهم، ومن ثم يتعين حماية الحقوق والحريات حتى يكون لقريته البراءة معناها الحقيقي، إذ من دون تلك الحماية تفقد تلك القريته معناها⁽³³⁾. يترتب على ذلك أن الإجراءات التي تتخذ أثناء مراحل الدعوى الجنائية المختلفة والتي يكون من شأنها انتهاك حقوق وحريات المتهم خارج إطار تنظيم الدستور والقانون لتلك الحريات تجعل قريته البراءة بلا معنى وبلا قيمة. ومن هنا كان احترام قريته البراءة يستلزم ضرورة التمسك بالنتائج التي تترتب عليها وتطبيقها بدقة.

الفرع الثاني

النتائج التي تترتب على قريته البراءة

يترتب على قريته البراءة أن عبء إثبات وقوع الجريمة ونسبها إلى المتهم يقع على عاتق سلطة الاتهام أي على عاتق النيابة العامة أو الادعاء العام في الكويت، وعلى عاتق النيابة العامة في مصر. ويترتب على تلك القريته أيضاً أن الشك يفسر لصالح المتهم، أي أن الشك حول أدلة الإثبات يجب أن يفسر لصالح المتهم ويحكم له بالبراءة انسجاماً مع أصل البراءة وعدم توافر يقين الإدانة، ويكفي لتوافر هذا الشك الاستناد

(32) دستورية عليا، قضية رقم 5 لسنة 15 قضائية دستورية بجلسة 20/5/1995؛ دستورية عليا في 3/7/1995 في القضية رقم 25 لسنة 16 قضائية «دستورية».

(33) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 562.

إلى أي دليل حتى ولو كان وليد إجراء غير مشروع⁽³⁴⁾. ولكن الاكتفاء بالشك في إثبات التهمة مشروط بأن يتضمن حكم البراءة ما يفيد أن المحكمة محصت الدعوى وأحاطت بظروفها وبأدلة الثبوت التي قام عليها الاتهام، ووازنت بينها وبين أدلة النفي، فرجحت دفاع المتهم، أو داخلتها الريبة في عناصر الإثبات⁽³⁵⁾. ومن نتائج قرينة البراءة أيضاً عدم التزام المتهم بإثبات براءته، وعدم إجباره على تقديم دليل ضد نفسه، ونشرح بشيء من التفصيل هاتين النتيجتين الأخيرتين.

أولاً - عدم التزام المتهم بإثبات براءته:

عبء إثبات الإدانة يقع على عاتق سلطة الاتهام كما ذكرنا من قبل، والتي يقع عليها وحدها عبء تقديم الأدلة لإثبات التهمة ضد المتهم وفقاً للقواعد والشروط والضمانات التي ينص عليها الدستور والقانون. ولا يفرض على المتهم عبء إثبات براءته، فهذه البراءة أمر مفترض ولا مجال لإثباتها أمام المحكمة أو أي جهة أخرى لها اتصال بالبحث عن أدلة الإثبات أو المعلومات التي تتعلق بالجريمة موضوع الاتهام، وعلى تلك الجهات أن تجتهد في حشد الأدلة التي تستخلص من إجراءات مشروعة تتوافر فيها شروط صحتها وللمتهم في هذه الحالة أن يناقش أدلة الإثبات التي جمعت ضده كي يفندها أو يثير الشك حولها.

فإذا خلت الدعوى من دليل قاطع ويقيني على صحة الاتهام، لا يلتزم المتهم بتقديم أي دليل على براءته، لأن الأصل فيه هو البراءة. يضاف إلى ما سبق أن القول بعكس ذلك وإلزام المتهم بتقديم دليل براءته قول يجافي المنطق كما يذهب إلى ذلك بعض الفقهاء⁽³⁶⁾، لأنه التزام بتقديم دليل سلبي، وهذا أمر مستحيل لأنه يضع المتهم أمام صعوبة يستحيل تخطيها، إذ سيكون ملزماً بتقديم وقائع سلبية وهو دليل يستحيل تقديمه. ويترتب على ذلك أن يصبح المتهم غير قادر على إثبات براءته، مما يؤدي في النهاية إلى التسليم بارتكابه للجريمة، حتى ولو لم يقدم ممثل الاتهام دليلاً عليه. وهنا كانت أهمية قرينة البراءة وما ينتج عنها من عدم التزام المتهم بإثبات براءته.

(34) نقض 1965/1/25، مجموعة أحكام النقض، س 13 رقم 187، ص 767؛ نقض 1984/2/15

مجموعة أحكام النقض س 35 رقم 31 ص 135

(35) تمييز جزائي 1079 / 12 / 10 ص 27 من الأصل.

(36) Polkansky: la présomption d'innocence dans la procédure pénale soviétique. Rev.

L'Etat et le droit soviétique N. 9, Septembre 1949 P.3 et s. د. أحمد فتحي

سرور : المرجع السابق ص 558

ثانياً - عدم إجبار المتهم على تقديم دليل إدانته:

طالما أن عبء الإثبات يقع على عاتق سلطة الاتهام ولا يلتزم المتهم بإثبات براءته، فإن على تلك السلطة أن تسعى إلى الحصول على أدلة الإثبات ضد المتهم بعيداً عنه ودون إجباره على تقديم دليل ضد نفسه. فمن حق المتهم أن يصمت ولا يتكلم عند سؤاله أو استجوابه، ويجب ألا يفسر هذا الصمت ضده، كما لا يجوز إجباره على الكلام وقول ما لا يريد أن يقوله تحت وسائل الضغط أو التعذيب المادي أو المعنوي. فمثل هذا التجاوز يعاقب عليه القانون، ويجعل الدليل المستمد منه باطلاً، وإن كان للمتهم أن يتكلم طواعية واختياراً، وقد يعترف بإرادته الحرة الواعية بارتكاب الجريمة.

وإذا كانت الدساتير تنص على أن الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس «المادة (54) من الدستور المصري والمادة (30) من الدستور الكويتي»، إلا أن تلك الحرية ليست مطلقة، وإنما ترد عليها قيود في سبيل تحقيق المصلحة العامة في الكشف عن الجرائم، وضبط المجرمين، والتحقيق معهم، ومحاكمتهم، والحكم عليهم، وتنفيذ العقوبات التي تصدر ضدهم. ومن أجل ذلك تنص الدساتير وقوانين الإجراءات الجنائية على مجموعة من الضمانات حتى لا تتجاوز السلطات المختصة القيود الواردة على تلك الحرية، أو لا تتعسف في استخدامها عند قيامها بالإجراءات الجنائية التي تقتضي المساس بتلك الحرية.

ففي سبيل حماية الحق في سلامة الجسم نصت الدساتير على أن من يقبض عليه أو يحبس أو تقيده حرته تجب معاملته بما يحفظ كرامته ولا يجوز تعذيبه ولا ترهيبه، ولا إكراهه، ولا إيذاؤه بدنياً أو معنوياً ولا يجوز حجزه أو حبسه إلا في أماكن مخصصة لذلك لا ثقة إنسانياً وصحياً⁽³⁷⁾. كما كفلت الدساتير حرية التنقل وأن يكون تقييدها وفقاً للدستور والقانون في حالات الاستيقاف والقبض والحبس الاحتياطي، كما وضعت الضمانات الدستورية والقانونية للمساس بالحق في الحياة الخاصة من تفتيش الشخص وتفتيش المنازل، والإطلاع على المراسلات البريدية والبرقية وغيرها من وسائل الاتصال الشخصية.

وعلى الرغم من وجود هذه الضمانات الدستورية والقانونية، والتي قد تكون في

(37) «المادة (55) من الدستور المصري، والمادة (31) من الدستور الكويتي».

بعضها غير دقيقة، إلا إنها ليست دائماً محترمة، حيث نشهد في الواقع العملي تجاوز هذه الضمانات في الشوارع العامة والأماكن الخاصة وأقسام ومخافر الشرطة، كما تشهد ساحات المحاكم أمثلة لهذه التجاوزات. وتعد المؤتمرات والندوات وتوضع الدراسات والأبحاث في سبيل الحد من تلك الظاهرة الخطيرة وتأثيرها على حقوق الإنسان. وفي سبيل مواجهة ظاهرة التجاوزات هذه نرى البحث في أسبابها قبل بيان مكافحتها.

المطلب الثاني

أسباب تجاوز رجال الشرطة

أعتقد أنه يمكن تركيز هذه الأسباب في ثلاثة أسباب رئيسية: أسباب نفسية، وأسباب وظيفية، وأسباب قانونية.

الفرع الأول

الأسباب النفسية

كل رجال الشرطة في الكويت وفي مصر تثبت لهم بصفة أصلية صفة الضبط الإداري، وهذه الوظيفة هي الوظيفة الأصلية والأساسية التي يقومون بها في المجتمع الحديث، فوفقاً للمادة الثالثة من قانون هيئة الشرطة المصري رقم 109 لسنة 1971 المستبدل بالقانون رقم 20 لسنة 1998 تختص هيئة الشرطة بالمحافظة على النظام والأمن العام والآداب، وبحماية الأرواح والأعراض والأموال وعلى الأخص منع الجرائم وضبطها، كما تختص بكفالة الطمأنينة والأمن للمواطنين في كافة المجالات، وتنفيذ ما تفرضه عليها القوانين واللوائح من واجبات. ويطلق على نشاط الشرطة في حفظ النظام والأمن، ومنع الجرائم صفة «الضبط الإداري». ونصت المادة الثانية من القانون رقم 23 لسنة 1968 بشأن نظام قوة الشرطة في الكويت على أنها تقوم على حفظ الأمن والنظام داخل البلاد وحماية الأرواح والأعراض والأموال وتنفيذ ما تفرضه القوانين واللوائح، وتبين المادة (39) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي وظيفه الضبط الإداري للشرطة بقولها إن: «الشرطة هي الجهة الإدارية المكلفة بحفظ النظام ومنع الجرائم....».

ولرجال الشرط بصفقتهم من مأموري الضبط الإداري، وفي سبيل منع الجريمة

أن يقوموا بتسيير الدوريات في أماكن التجمعات، وفي الأماكن المظلمة، وفي الأماكن التي توجد فيها الملاهي الليلية والمقاهي وغيرها من الأماكن التي يشتهب فيها أو التي يتردد عليها الأشرار أو التي يتواجد فيها متعاطو ومدمنو المسكرات والمخدرات، وكذلك التحقق من شخصية بعض الأفراد وطلب أوراق السيارات ومراقبة المحال العامة، ولهم أنه يستعينوا بمخبرين سرعيين يدفعوهم للتسلل بين التجمعات والأماكن التي يحتمل فيها ارتكاب الجرائم أو التخطيط لارتكابها، كل ذلك بهدف توقي وقوع الجرائم وإفساد المخططات المرسومة لها ومنعها قبل وقوعها.

ولا يخفى على أحد ما لمهام رجال الشرطة من خطورة وأهمية في سبيل تحقيق الأمن الجماعي في مظاهره المختلفة الجلية، وكذلك أهميتهم وضرورة وجودهم الملح للحفاظ على الأمن وحماية الأفراد ومكافحة الجريمة والمجرمين، وهذا هو جوهر وظيفتهم الأصلية وأهميتها القصوى.

ولكن صفة الضبط الإداري ليست هي الصفة الوحيدة التي يتمتع بها رجال الشرطة، فهم جميعاً في الكويت، أو أغلبهم في مصر يتمتعون بصفة ثانية تثبت لهم بعد وقوع الجريمة، وهي صفة «الضبط القضائي»، بل ويتمتعون بصفة ثالثة أخطر وهي صفة «المحقق»، حينما ينتدبون للقيام ببعض أعمال التحقيق كلها في الكويت، أو أغلبها في مصر من قبل سلطة التحقيق المختصة.

وصفة «الضبط القضائي» تثبت لرجال الشرطة فور وقوع الجريمة، وتبدأ معها المرحلة التمهيدية أو الأولية للدعوى الجنائية وهي مرحلة التحريات أو جمع الاستدلالات. إنَّ مهمة رجال الشرطة خلال تلك المرحلة هي البحث أو الكشف عن الجرائم ومعرفة مرتكبيها، وجمع كل ما يتعلق بها من معلومات تكون لازمة للتحقيق في الدعوى⁽³⁸⁾. ولرجل الشرطة في سبيل ذلك تلقي البلاغات والشكاوى وفحصها وإخطار النيابة العامة أو المحقق في وزارة الداخلية في الكويت بتلك المعلومات، والانتقال إلى محل الجريمة والمحافظة على ما يوجد به من أدلة وإجراء المعاينات اللازمة وندب الخبراء واستدعاء الشهود وسماع أقوالهم وسماع أقوال المتهم وتدوين الإجراءات في محاضر التحري.

(38) «المادة (30) / أولاً إجراءات كويتي)، المادة (21 إجراءات مصري)».

إن وقوع الجريمة أصدق دليل على فشل وإخفاق الشرطة في أداء وظيفة الضبط الإداري، ومنع وقوع الجريمة، وعندما تقوم بوظيفتها بصفة «ضبط قضائي» فور وقوع الجريمة، فهي لا تقبل أن تفشل في أداء تلك الوظيفة، وترفض مطلقاً هذا الإخفاق مرة ثانية، فتسعى جاهدة وبكل ما لديها من إمكانيات وقدرات إلى كشف غموض تلك الجريمة وضبط المتهمين في ارتكابها. ووسط هذه الظروف النفسية يكون احتمال التجاوز كبيراً وبنسبة مرتفعة، فتقع في أخطاء قد تكون خطيرة، وقد تقوم بإجراءات غير مشروعة، وقد تقدم متهمين لا صلة لهم أو لبعضهم بالجريمة من قريب أو بعيد.

وبسبب هذه الحالة النفسية قد يلجأ رجل الشرطة بصفته مأمور «ضبط قضائي» إلى حمل المتهم على الاعتراف بكل السبل والوسائل، والتي قد يكون منها التعذيب ووسائل الإكراه المادي من ضرب وإيذاء وآلام بدنية أخرى مثل الحرمان من النوم أو الأكل لفترات طويلة، أو جعل جلسات استماع الأقوال طويلة ومرهقة، أو وسائل الإكراه المعنوي من تهديد ووعيد وتعذيب المتهمين الآخرين أمامه، والتهديد بجلب الأهل وبخاصة النساء، بل وجلبهم فعلاً للضغط على المتهم للاعتراف بذنب قد لا يكون ارتكبه. كما قد يتعسف في إجراءات الاستيقاف والقبض والتفتيش سواء بالنسبة للأشخاص أو المنازل.

الفرع الثاني

الأسباب الوظيفية

قد يرجع تجاوز رجل الشرطة إلى أسباب تتعلق بوظيفته سواء لعدم توافر مؤهلات مأمور الضبط القضائي، أم لضرورة تقديم تقرير مفصل عن عدد القضايا التي كشف عنها المتهمون الذين ارتكبوها، أم حينما ينتدب للقيام بعمل أو أكثر من أعمال التحقيق.

فرجل الشرطة مُعدَّ أساساً للقيام بمهمة الضبط الإداري التي تتطلب لياقةً بدنيةً معينةً، ومهارات في فن التعامل مع الخطرين والمشتبه فيهم، وعلومًا شرطية تمكنه من التعرف على أماكنهم وشخصياتهم، وقدرةً على منع الجرائم وإفشال مخططات ارتكابها، ولكنه غير مؤهل وظيفياً كي يعاون سلطات التحقيق في كشف غموض الجرائم التي تقع، وجمع المعلومات بشأنها، وسماع أقوال

الشهود أو المشتبه فيهم والمتهمين المحتملين، لأن من تُسمع أقواله سواء كان متهماً أو مشتبهاً فيه أو شاهداً أو فرداً عادياً يتوافر بالنسبة لهم أصل البراءة الذي أشرنا إليه من قبل، ولذلك يجب التعامل معهم وفقاً لمقتضيات هذا الأصل عند سماع أقوالهم. وثقافة التسليم بأصل البراءة هذا، والتعامل على أساسه لا تنال اهتمام ورعاية رجل الضبط الإداري، فينظر للأمور نظرة مختلفة عما تمليه تلك الثقافة ويتصرف على عكسها، وينطلق عند سماعه لأقوال المتهم أو المشتبه فيه من مقدمة أساسية يعتقد بصحتها، وهي أن من يسمع أقواله هو متهم حقيقي ولا ينقصه سوى بعض الأدلة التي يسعى إلى جمعها ضده، ومن هنا تبدأ التجاوزات التي أشرنا إليها من قبل، فضلاً عن أن تلك الوظيفة (وظيفة الضبط القضائي) قريبة الصلة بسلطة التحقيق ويتعاون معها في سبيل إنجاز التحقيق على أكمل وجه، ومن ثم يجب أن تكون مؤهلات وثقافة من يقومون بها قريبة من مؤهلات وثقافة سلطة التحقيق، وهو ما تفتقده في الواقع العملي.

يضاف إلى ذلك سبب وظيفي آخر للتجاوز يتعلق بضرورة كتابة تقرير مفصل من كل قسم شرطة أو مخفر شرطة بعدد الجرائم التي وقعت وتم الكشف عنها وأنواعها والمتهمين بارتكابها. ومثل هذا التقرير لا غبار عليه، بل إنه مفيد جداً وله قيمة علمية وعملية مهمة جداً عند إعداد الإحصائيات وتفسير النتائج المستخلصة منها والاستفادة منها، ولكن الأمر قد لا يتوقف عند هذا الحد، وذلك حينما يفرض على كل قسم أو مخفر عدد معين من المجرمين كحد أدنى كل فترة زمنية معينة: كل شهر مثلاً أو كل ثلاثة أو ستة أشهر أو سنة. فمثل هذا الحد الأدنى هو الذي يفتح باب التجاوز على مصراعيه أمام رجال الشرطة بصفتهم مأموري «ضبط قضائي» كي يصلوا إلى هذا الحد الأدنى المطلوب وظيفياً. وقد يؤدي ذلك إلى تليفيق تهم لأبرياء، أو حشد أدلة دامغة مستمدة من إجراءات غير مشروعة، أو دون القيام بتلك الإجراءات على الإطلاق. وأصبحنا نسمع عن تجارة سلاح ومخدرات بين رجال الشرطة والأفراد، الهدف منها تزويدهم بمضبوبات ينسبون لها على خلاف الحقيقة إلى المتهمين المحتملين أو الأبرياء، وهو أمر يتردد في الأوساط الشرطة ولدى العامة وفي جميع الدول المتقدم منها وغير المتقدم. وهذا تجاوز جد خطير يحتاج إلى ملاحظته بكل جدية ومحاسبة مرتكبيه بكل حسم وقوة.

كما أن رجل الشرطة غير مؤهل وظيفياً للقيام بوظيفة سلطة التحقيق، ومع ذلك فإنه من الشائع في الواقع العملي أنه ينتدب للقيام بعمل من أعمال التحقيق، ويتمتع أثناء قيامه بهذا العمل بسلطات واختصاصات سلطة التحقيق ويتحمل بالتزاماتها. فكيف يتأتى له القيام بتلك الوظيفة التي تتطلب مواصفات معينة في من يقوم بها من مؤهلات و ضمانات أهمها الاستقلال والموضوعية والحياد والبعد عن كل تأثير أو نفوذ وهي لا تتوافر فيه؟

الفرع الثالث

الأسباب القانونية

أقصد بالأسباب القانونية لتجاوز رجال الشرطة عند قيامهم بأعمال «الضبط القضائي» النصوص القانونية التي تصاغ بأسلوب عام ومرن جداً عند تحديد اختصاصهم بالتحريات، فالمادة (52) من قانون الإجراءات الجزائية الكويتي تنص على أن: «لكل شرطي أن يستوقف أي شخص ويطلب منه بيانات عن اسمه وشخصيته إذا كان ذلك لازماً للتحريات التي يقوم بها. وللشرطي أن يطلب من الشخص أن يصحبه إلى مركز الشرطة إذا رفض تقديم البيانات المطلوبة عن شخصيته، أو إذا قُدِّمَ بيانات غير صحيحة، أو إذا كانت هناك قرائن جدية على أنه ارتكب جنائية أو جنحة».

ولا يوجد في قانون الإجراءات المصري نصٌ مماثل للنص الكويتي، ومع ذلك فإن الفقه والقضاء في مصر يسلمان بمشروعية إجراء الاستيقاف.

ويُعرَّف الفقه والقضاء في الكويت وفي مصر الاستيقاف بأنه إجراء يقوم به رجل الضبط في سبيل التحري عن الجرائم، وكشف مرتكبيها ويسوغه اشتباه تبرره الظروف، وهو أمر مباح لرجال السلطة العامة متى وضع الشخص نفسه طواعية واختياراً في موضع الريب والظنون على نحو ينبئ عن ضرورة تدخل المستوقف للتحري والكشف عن حقيقته.

والاستيقاف من الإجراءات الشائعة والتي يلجأ إليها رجال الشرطة باستمرار، ويكون لهم - استناداً إليه - سلطات واسعة في المساس بحرية الأفراد وتقييدها والحرمان منها إذا لزم الأمر، حينما يكشف عن حالة تلبس أو أدلة قوية على ارتكاب جريمة.

ويكفي لاتخاذ هذا الإجراء أن يُقدَّر رجل الشرطة لزومه لما يجريه من تحريات بشأن الكشف عن جريمة وقعت وضبطها ومعرفة مرتكبيها، وأن يُقدَّر هو أيضاً الشك والريبة التي يوجد عليها الشخص الذي يريد أن يستوقفه وذلك بقصد التحري وكشف حقيقة أمره.

وإذا كان تقدير رجل الشرطة يخضع في الأمرين السابقين لإشراف سلطة التحقيق ورقابة محكمة الموضوع، إلا أن هذا الإشراف وتلك الرقابة يقعان بعد تنفيذ الاستيقاف أي هما لاحقان له وليس أثناءه، كما أن هذا التقدير نفسه لا توجد له ضوابط محددة في صورة أفعال أو تصرفات بعينها تجيز هذا الإجراء الخطير. ولهذا يبدو تضارب الأحكام بشأن صحة أو عدم صحة الاستيقاف على الرغم من تقارب الظروف كما سنبين ذلك لاحقاً.

إن لزوم الاستيقاف للتحريات؛ يقصد به لأول وهلة التحريات التي يجريها رجل الشرطة بصفته سلطة «ضبط قضائي»، أي بالنسبة لجريمة وقعت، ويكون في هذه الحالة إجراء ضبط قضائي، ولكن الفقه والقضاء يستقران على أن الاستيقاف «إجراء إداري» إذا صدر من رجل الشرطة عندما يكون مكلفاً بالمحافظة على الأمن ومنع الجريمة أي قبل وقوعها. ولهذا يتعين أن يُحدد بوضوح ما إذا كان الاستيقاف جائزاً قبل وقوع أي جريمة أم بعد وقوعها، وأن يُحدّد بدقة سلطات رجل الشرطة بالنسبة لكل حالة وبصفة خاصة اصطحاب الشخص إلى مركز الشرطة.

ومن المشاكل الأخرى التي يثيرها الاستيقاف حالة إذا رفض الشخص المستوقف أن يقدم ما يثبت شخصيته أو قدم بيانات غير صحيحة، فإن قانون الإجراءات الجزائية الكويتي يجيز لرجل الشرطة أن يطلب منه أن يصحبه إلى مركز الشرطة، وهو أيضاً ما يجيزه الفقه والقضاء في مصر. وطلب المصاحبة يفيد طلب الذهاب معه إلى مركز الشرطة أي لا ينطوي على إكراه لفرض المصاحبة ولا إجبار عليها، فماذا يكون الحكم لو رفض الشخص المصاحبة واختار بإرادته عدم مصاحبة رجل الشرطة؟! الأصل وما يتفق مع مفهوم النص لا يجبر المستوقف على المصاحبة، ولكن في الواقع العملي يتحقق هذا الإجبار إما عن طريق القوة أو التهديد أو الرهبة أو الخوف.

ولذلك يقتضي الأمر إيضاح مفهوم «طلب المصاحبة» وأنه لا ينطوي على إكراه أو تهديد، فإذا قبل الشخص المصاحبة بإرادته فيجب ألا يصحبه استخدام أي عنف، وأن يُسمح لهذا الشخص أن يطلب من رجل الشرطة اصطحابه إلى منزله أو أي مكان يستطيع من خلاله تقديم البيانات الصحيحة التي تتعلق بشخصيته، أو على الأكثر الذهاب إلى مركز الشرطة بكل حرية ولا يبقى فيه إلا الوقت اللازم لتقديم تلك البيانات عن طريق الاتصال بأهله مثلاً أو أحد أقربائه أو أي شخص آخر يطلب الاتصال به. فإذا رفض المصاحبة بإرادته الحرة، نعتقد أنه لا يُجبر على ذلك، وإلا تحول الاستيقاف في هذه الحالة إلى قبض غير مشروع، وأقصى ما يكون لرجل في هذه الحالة أن يتركه لحال سبيله ولكن يراقبه ويتبعه من بعد إلى أن يعرف وجهته أو مكان إقامته ثم يقوم بالتحريات اللازمة بعد ذلك لجمع المعلومات عنه.

وما كانت المادة (52) إجراءات كويتي في حاجة إلى النص في نهايتها على المصاحبة: «إذا كانت هناك قرائن جديّة على أنه ارتكب جنائية أو جنحة»، لأن هذا الوضع يجيز لرجل الشرطة في هذه الحالة أن يقبض قبضاً صحيحاً ومشروعاً طبقاً للمادتين (54، 55) من قانون الإجراءات الكويتي.

ومن الأسباب القانونية لتجاوز رجال الشرطة تلك التي تتعلق بسلطة القبض والتفتيش دون أمر، حيث يكون لرجل الشرطة حق القبض من دون أمر على من اتهم في جنائية وقامت على اتهامه «أدلة قوية» أو من اتهم في جنح محددة أو كان يشتبه فيه «اشتباهاً جدياً» أنه كان مقبوضاً عليه ثم هرب (المادة 54 إجراءات جزائية كويتي)، أو من اتهم بجنحة يعاقب عليها بالحبس وتأييد هذا الاتهام «بأدلة جديّة» وتوافرت في المتهم شروط معينة. (المادة 55 إجراءات جزائية كويتي).

ويجوز في قانون الإجراءات الجنائية المصري اتخاذ الإجراءات التحفظية المناسبة إذا وجدت «دلائل كافية» على اتهام شخص بارتكاب جنائية أو جنحة معينة (المادة 35 إجراءات مصري).

ومن المسلم به أنه حيث يجوز القبض قانوناً على المتهم يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه (المادة 46 إجراءات مصري). كما أنه إذا وجد أشخاص أثناء تفتيش منزل المتهم (المتهم أو غيره)، وقامت قرائن جديّة (قوية) على أن أحد هؤلاء الأشخاص يخفي معه شيئاً يفيد في كشف الحقيقة، فللقائم

بالتفتيش (مأمور الضبط) أن يفتشه فوراً (المادة 84 إجراءات جزائية كويتي)، (المادة 49 إجراءات جنائية مصري).

إن العبارة المستخدمة في النصوص السابقة والتي على أساسها يجوز لمأمور الضبط القضائي القبض أو التفتيش دون أمر جاءت في صياغة عامة، ترك أمر تفسيرها وتحديدها وتقديرها لرجل الضبط القضائي براءة تحت إشراف سلطة التحقيق ورقابة محكمة الموضوع لاحقاً، ولا توجد رقابة معاصرة أو تحديد واضح ودقيق يحصر الحالات التي يتوافر فيها ما يطلق عليه «أدلة قوية» أو «اشتباهاً جدياً» أو «أدلة جديدة» أو «دلائل كافية» أو «قرائن جديدة» أو «قرائن قوية».

فمثل هذه الصياغة العامة والمرنة تفتح الباب واسعاً أمام سلطة مأمور الضبط القضائي حول تقدير توافر الحالات التي يجوز فيها القبض أو التفتيش أو حتى ما يسمى «بالإجراءات التحفظية المناسبة» في القانون المصري. ومأمور الضبط القضائي يقوم بهذه الإجراءات حسب تقديره الشخصي دون توافر أي نوع من الرقابة أو التحديد أثناء اتخاذه تلك الإجراءات، وهي إجراءات خطيرة كما ترى لأنها تمس الحرية الشخصية وحرمة المسكن التي لا يجب المساس بهما إلا لضرورة وفقاً للقانون الذي يحدد حالاتها بدقة. وعدم وجود هذا التحديد الدقيق هو الذي يؤدي في الغالب إلى التجاوز.

كما يدخل في التجاوز لأسباب قانونية أيضاً نظام النذب للتحقيق الذي يجيز لسلطة التحقيق أن تنتدب أحد أعضاء الضبط القضائي للقيام بعمل أو أكثر من أعمال التحقيق ما عدا استجواب المتهم في القانون المصري (المادة 70 إجراءات جنائية مصري) أو القيام بكل أعمال التحقيق بما فيها استجواب المتهم في القانون الكويتي (المادة 2/45 من قانون الإجراءات الجزائية الكويتي). ويكون للمندوب في حدود ندبه سلطات المحقق. وعلى الرغم من أن إجراءات التحقيق الابتدائي من اختصاص سلطة التحقيق تتولاها هي بنفسها، إلا أنه جرى العمل على لجوء تلك السلطة لنظام النذب للتحقيق.

يضاف إلى ذلك أن مأمور الضبط القضائي غير مؤهل للقيام بتلك الوظيفة كما ذكرنا من قبل، إلا أنه وبالنظر إلى السلطات الواسعة التي تنقل إليه بمقتضى قرار النذب كثيراً ما يتجاوز تلك السلطات. ومثال ذلك أن يتسرع في القيام بأحد إجراءات التحقيق، مثل التفتيش قبل صدور الإذن من سلطة التحقيق

المختصة، فيبطل هذا التفتيش وما ينتج عنه من أدلة⁽³⁹⁾، فلا يصح الاستناد إلى تلك الأدلة للحكم بالإدانة، ولا يصح هذا البطلان صدور الإذن في تاريخ لاحق. كما لا يجوز له أن يتجاوز حدود الإذن بالتفتيش فإذا كان الإذن صادراً بالتفتيش للبحث عن سلاح أو عن مسروقات فلا يجوز له فحص ورقة صغيرة في داخل حافظة نقود للمتهم عثر عليها بين طيات فراشه، ولا يعقل أن تحتوي على شيء مما يجري البحث عنه، فإذا عثر فيها على مخدر لا تكون حالة التلبس قائمة⁽⁴⁰⁾، ولهذا يبطل تفتيش الورقة الصغيرة والدليل المستمد منها وهو العثور على مخدر.

المطلب الثالث

مكافحة التجاوز

مكافحة تجاوز مأمور الضبط القضائي أثناء قيامه بإجراءات الضبط القضائي التي تتخذ بعد وقوع الجريمة، وكذلك مكافحة التجاوزات التي تقع منهم أو من غيرهم بصفتهم رجال ضبط إداري قبل وقوع الجريمة والحيولة دون وقوعها، يمكن تصورها على مستويين: المستوى الأول يتصل بالإجراء غير المشروع الذي وقع بسبب التجاوز، والمستوى الثاني يتعلق بسد منافذ التجاوز، فالأول له طابع الجزاء والثاني يهتم بالوقاية، وهذا هو ما سنحاول بيانه بشيء من التفصيل.

الفرع الأول

جزاء التجاوز

هذا الجزاء قد يتخذ ضد الشخص القائم بالاجراء غير المشروع، وقد يوجه مباشرة إلى الاجراء غير المشروع ذاته، ففي الحالة الأولى يكون للجزاء طابع شخصي، بينما في الحالة الثانية يكون له طابع إجرائي.

(39) محكمة استئناف الكويت، جلسة 14/4/1993 رقم 93/40 مجموعة احكام المحكمة، 92/2227 جزائي غير منشور، مشار اليه لدى د. مبارك النويبت، الوسيط في شرح قانون الاجراءات والمحاکمات الجزائية الكويتي، الطبعة الثانية، بدون دار نشر او مكان نشر 2008 ص 127-128.

(40) نقص مصري 27/11/1950 مجموعة أحكام النقص س2 رقم 84 ص 217 نقص 13/1/1941 مجموعة القواعد القانونية ج 5 رقم 85 ص 351.

أولاً- الجزاء الموجه للشخص القائم بالاجراء غير المشروع:

هذا الجزاء يتمثل في المسؤوليات التي يمكن أن تقع على عاتق رجل الضبط القضائي نفسه عن القيام بالاجراء غير المشروع، وتلك المسؤوليات تتوزع على المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية والمسؤولية التأديبية. ففي المسؤولية الجنائية يتعرض رجل الضبط القضائي إلى إمكانية توقيع عقوبات جنائية عليه إذا انطوت الإجراءات غير المشروعة على جريمة وتوافرت أركانها وثبت مسؤوليته الجنائية عنها. وفي هذا الصدد يمكن أن يسأل رجل الضبط القضائي عن جريمة تعذيب متهم لحمله على الاعتراف (126 عقوبات مصري) أو جريمة دخول منزل أحد الأفراد دون رضائه في غير الأحوال المبينة في القانون (م. 122 جزاء كويتي، م 128 عقوبات مصري) أو جريمة استعمال القسوة مع الناس اثناء تأدية وظيفته (م. 121 جزاء كويتي، م. 129 عقوبات مصري) أو جريمة القبض على شخص أو حبسه في غير الأحوال التي يقرها القانون أو بغير مراعاة الإجراءات التي يقرها (م 184 جزاء كويتي)، (م 280 عقوبات مصري)، فإذا اقترنت هذه الأعمال بالتعذيب البدني أو بالتهديد بالقتل تشدد العقوبة (م 184 جزاء كويتي).

ويلاحظ هنا أنه إذا كان يمكن إثبات جرائم دخول المنازل غير المشروع أو القبض غير المشروع، فإنه من الصعوبة بمكان إثبات جرائم التعذيب أو استعمال القسوة، لأن هذه الجرائم تقع في الغالب في حجرات أقسام ومخافر الشرطة، ومن دون حضور أحد غير رجال الشرطة، وقد لا تترك آثاراً على جسم المتهم، كما أنه من المتصور أن يدعي المتهم على خلاف الحقيقة أنه تعرض لتعذيب أو قسوة، وقد يقوم بإصابة نفسه لهذا الغرض، بل قد تكون الإصابات التي تعرض لها بسبب مشاجرات بينه وبين زملائه المحتجزين معه. أما مصير المسؤولية المدنية فهو يرتبط في الغالب بمصير المسؤولية الجنائية عن الجريمة، فحيث تثبت تلك المسؤولية يجوز للمضرور - المتهم أو غيره - أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من وقوع تلك الجريمة. وقد يواجه إثبات المسؤولية المدنية بعض الصعوبات التي رأيناها بالنسبة للمسؤولية الجنائية. ولهذا يجب وضع الضوابط والقيود أثناء اتخاذ وتنفيذ الإجراءات التي يقوم بها رجال الشرطة مثل ضرورة أن يتم التفتيش في حضور أحد الأفراد، وأن ينظم الاحتجاز من خلال ضرورة وجود طبيب يقوم بالكشف على المتهم منذ لحظة حجزه وعلى

فترات دورية أو بناء على طلبه أو طلب ذويه أو محاميه، وكذلك ضرورة وضع كاميرات تصوير في أقسام ومخافر الشرطة وبصفة خاصة في أماكن الحجز وأماكن التحقيق وسماع الأقوال.

وبالنسبة للمسؤولية التأديبية، فقد نصت المادة (22) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أن يكون مأمورو الضبط القضائي تابعين للنائب العام وخاضعين لإشرافه فيما يتعلق بأعمال وظيفتهم، وللنائب العام أن يطلب إلى الجهة المختصة النظر في أمر كل من تقع منه مخالفة لواجباته أو تقصير في عمله وله أن يطلب رفع الدعوى التأديبية عليه، وهذا كله لا يمنع من رفع الدعوى الجنائية. ولا يتضمن قانون الإجراءات الجزائية الكويتي نصاً مماثلاً للنص السابق، ومع ذلك فمن المستقر عليه فقهاً أن إشراف النيابة العامة على أعمال التحري والاستدلال التي يقوم بها رجال الشرطة في مواد الجنايات أمر مسلم به، فهم قد يكلفون بها من النيابة العامة المختصة، وقد يتلقون أوامر منها عند التحقيق أو الندب للتحقيق أو القبض على المتهم أو غير ذلك من الإجراءات.

وفي جميع الأحوال سواء في مصر أو في الكويت، إذا أخطأ رجل الضبط القضائي عند قيامه بأعمال التحري والاستدلال أو ما يكلف به أو يندب له من أعمال التحقيق، فإن محاسبته على هذا الخطأ لا يقوم بها عضو النيابة الذي يشرف عليه فعلاً أو حتى النائب العام، فلا يجوز له أن يحقق معه بخصوص هذا الخطأ، ولا يجوز له أن يوقع عليه جزاءات إدارية إذا ثبت ارتكابه لهذا الخطأ، وإنما كل ما يمكنه هو أن يكتب تقريراً عن هذا الخطأ ويحيله إلى الجهة الإدارية التي يتبعها وهي هنا وزارة الداخلية، كي تتولى هي التحقيق في الأمر وتوقيع الجزاء منها أو إحالته إلى المحكمة التأديبية المختصة.

وهذا يعني أن إشراف سلطة التحقيق على التحريات التي يقوم بها مأمورو الضبط القضائي إشراف شكلي محض تم إفراغه من كل مضمون، لأنه ما قيمة هذا الإشراف إذا لم تقترن به سلطة المحاسبة والتأديب على مأموري الضبط الذي يخطئ أو يقصر أثناء قيامه بتلك التحريات؟! إن هذا الوضع هو الذي قد يفتح الباب أمام التجاوزات لأنه ينزع من سلطة التحقيق تقرير المسؤولية التأديبية ويضعها بين أيدي وزارة الداخلية، ولا شك أن تقدير المسؤولية التأديبية يختلف في الحالتين؛ فتقدير سلطة التحقيق يرتبط بخطورة ما يتخذ من إجراءات أثناء التحريات، بينما تقدير وزارة الداخلية تقدير أمني بالدرجة الأولى، فما يُعدّ خطأ في نظر سلطة

التحقيق قد لا يكون كذلك في نظر وزارة الداخلية، كما أن التعاطف بين أصحاب المهنة الواحدة قد يكون سبباً لتغطية التجاوز أو توقيع جزاءات إدارية بسيطة غير متناسبة مع درجة الخطأ.

ولهذا نفضل ربط إشراف سلطة التحقيق على أعمال رجال الضبط القضائي باختصاص تلك السلطة باتخاذ إجراءات التحقيق الإداري مع رجل الضبط القضائي، الذي ينسب إليه خطأً وتوقيع الجزاء الإداري المناسب عليه أو إحالته إلى المحكمة التأديبية إذا لزم، وذلك إذا أريد لهذا الإشراف أن يكون فعالاً.

ثانياً - الجزاء الذي يترتب على الإجراء غير المشروع ذاته:

يتمثل هذا الجزاء في بطلان الإجراء غير المشروع وما يترتب عليه من آثار، وبطلان ما يستمد منه من أدلة، وهذا البطلان يقرره القضاء ولا تملك سلطة التحقيق تقريره، ولكنها تملك - إذا تبين لها بطلان الإجراء - أن تصرف النظر عنه تماماً ولا تعتمد على ما نتج عنه من أدلة أو معلومات، وتجتهد في القيام بإجراءات أخرى، أو إعادة الإجراء الذي تبين لها أنه باطل، بصورة صحيحة، فتكون بذلك قد اعتمدت على إجراءات صحيحة وأدلة صحيحة أيضاً.

فإذا لم تكتشف سلطة التحقيق بطلان الإجراء لخفاء ما به من عوار، أو إذا لم تبذل الجهد الكافي للتحقق من صحة الإجراء أو بطلانه - وقد يكون هذا هو الغالب - فإن الأمر يؤول إلى المحكمة المختصة التي تراقب صحة الإجراءات وتحكم ببطلانها إذا كانت باطلة وببطلان ما ينتج عنها من أدلة.

وقد يتصادف أن تكون الأدلة المترتبة على الإجراء الباطل هي أدلة الإدانة الوحيدة في الدعوى فتنتهي المحكمة إلى الحكم بالبراءة لبطلان الدليل، وقد لا يتحقق ذلك إلا أمام محكمة التمييز (النقض) فيهدر وقت طويل منذ اتخاذ الإجراء الباطل يصاحبه ضياع مجهود ضخم يبذله القضاة أثناء المحاكمات والأخطر من ذلك إفلات المجرم الحقيقي من العقاب.

ومما يزيد الأمر خطورة، أن البراءة التي يصدر بها الحكم لهذا السبب أكثر ما تكون في جرائم خطيرة جداً على أفراد المجتمع وأمنهم مثل جرائم المخدرات وجرائم الإرهاب، وجرائم أمن الدولة. ومن التطبيقات القضائية على ذلك، ما قضت به محكمة التمييز الكويتية من أن وجود الشخص بحالة غير طبيعية لا يجعله - في

حد ذاته - مرتكباً لأي جريمة في القانون سواء على مستوى الجنايات أو الجنح، وقد يكون سبب الحالة التي يوجد عليها هذا الشخص مرضاً أو إرهاباً أو أنه يعاني من حالة نفسية، وليس بالضرورة أن يكون متعاطياً لمواد مخدرة أو مؤثرة عقلياً أو مسكرة مما يدخل في دائرة التجريم الجزائي⁽⁴¹⁾.

وكذلك إذا كان الشخص ثقیل الكلام أو كلامه غير مفهوم أو عينه حمراء أو كان يسير بطريقة غير متزنة تُعدّ حالة من حالات التلبس بالجريمة التي تجيز القبض أو التفتيش. فإذا تم القبض أو التفتيش فعلاً، فإنه يكون باطلاً لعدم توافر حالة التلبس بالجريمة الذي يجب أن يدركها مأمور الضبط القضائي بنفسه⁽⁴²⁾.

وقضت محكمة النقض المصرية أن ارتباك المتهم عندما رأى الضابطين ومدّ يده إلى صديرية (جاكت) وحاول الخروج من المقهى ثم عدل عن ذلك، فليس في هذا كله ما يدعو إلى الاشتباه في أمره واستيقافه، لأن ما أتاه لا يتنافى مع طبائع الأمور، ومن ثم فإن استيقاف أحد الضابطين له وإمساكه بيده وفتحها (يده) إنما هو القبض الذي لا سند له من القانون⁽⁴³⁾، وقضت أيضاً أن مجرد سبق ضبط حقيبة تحتوي على ذخيرة ممنوعة في نفس الطريق، فسمح (مأمور الضبط) لنفسه باستيقاف المتهمين والقبض عليهم، فذلك قبض صريح ليس له ما يبرره ولا سند له في القانون⁽⁴⁴⁾.

بخلاف ما سبق، فإن محكمة التمييز الكويتية قضت بصحة الاستيقاف وتوافر مبرراته عندما ورد بلاغ من عمليات وزارة الداخلية تفيد بوجود شخص نائم داخل سيارته بمنطقة صحراوية في الساعة الثالثة فجراً وبجانبه شنطة مفتوحة وبداخلها بشكل ظاهر كمية كبيرة من الأقراص، وبعد أن قام الضابط بإيقاظه للتحقق من حقيقة أمره وطلب منه النزول من مركبته تبين أنه لا يستطيع الوقوف بحالة طبيعية ولم يستوعب كلام الضابط، فقام بإحالة المتهم إلى مركز الشرطة بصحبته بعد أن قامت لديه القرائن الجدية على أنه مرتكب جناية على النحو السالف بيانه⁽⁴⁵⁾.

(41) تمييز الطعن رقم 319 لسنة 2001 جلسة 2002/2/19.

(42) تمييز الطعن رقم 2001/792 جزائي جلسة 2002/7/2.

(43) نقض مصري 10/4/1962 مجموعة أحكام النقض س 13 رقم 85 ص 339.

(44) نقض مصري 30/5/1960 مجموعة أحكام النقض س 11 رقم 96 ص 505.

(45) تمييز 27/3/2007 الطعن رقم 491 لسنة 2006 جزائي.

وقضت محكمة النقض المصرية بصحة الاستيقاف في الحالة التي يقف فيها المتهم بسيارة الأجرة في عدة أوضاع مريبة وغريبة في أوقات متأخرة من الليل ومعه آخرون⁽⁴⁶⁾، أو إذا أشار رجل الضبطية القضائية لقائد الدراجة النارية بالوقوف فلم يمتثل لذلك بل زاد من سرعته محاولاً الفرار⁽⁴⁷⁾.

الفرع الثاني

الوقاية من التجاوز

الوقاية من تجاوز مأموري الضبط القضائي التابع إدارياً لوزارة الداخلية تحتاج إلى إعادة صياغة النصوص التي تمنحهم الاختصاص بالتحريات في حالة التلبس بالجريمة، وفي غير حالة التلبس بالجريمة وفي حالة الندب للتحقيق، وبصفة خاصة بالنسبة لإجراءات الاستيقاف والقبض والتفتيش. فالاستيقاف يحتاج إلى تحديد الأفعال أو التصرفات التي تثير الشك والريبة لدى من يستوقفه، ولا يكفي مجرد النص على حالة الشك والريبة وترك أمر تقديرها لمأمور الضبط. كما يفضل عدم التعرض المادي فعلاً للمستوقف، بمعنى أنه تلغي سلطة ما يسمى بالاصطحاب إلى مركز الشرطة حتى ولو لم يقدم المستوقف ما يكشف عن شخصيته أو ما يزيل الشك والريبة لدى رجل الضبط القضائي، وأن لهذا الأخير أن يراقبه من بعيد ويجمع عنه التحريات المناسبة، ثم يستصدر أمراً بالقبض من سلطة التحقيق المختصة بعد ذلك، لأن الاصطحاب في غالب أحواله قبض وهو ما لا يجوز عند الشك والريبة فقط.

ويتعين بيان معنى إشراف النيابة العامة على الإجراءات التي يقوم بها مأمور الضبط القضائي، على أن يكون هذا الإشراف بصفة أساسية معاصراً ومباشراً لاتخاذ الإجراء، وأن يسند إلى النيابة العامة سلطة التحقيق وتوقيع الجزاء التأديبي في إحالة إرتكاب رجل الشرطة خطأ أو تقصيراً أثناء قيامه بالإجراءات الموكولة إليه، وتوقيع الجزاء التأديبي من النيابة العامة في هذه الحالة هو الذي يجعل للإشراف قيمة ومضموناً وفعالية.

(46) نقض 1976/1/5 مجموعة أحكام النقض س 27 رقم 4 ص 33.

(47) نقض 1971/11/8 مجموعة أحكام النقض س 22 رقم 152 ص 74.

ولعل الحل الجذري لمنع التجاوز في الاختصاص يكمن في إنشاء إدارة خاصة ومتخصصة في وزارة العدل تقتصر مهمتها على القيام بإجراءات الضبط القضائي، فتسند تلك المهمة إلى موظف مدني حاصل على مؤهلات علمية وتربوية في مجال الكشف عن الجرائم وضبط المجرمين وجمع المعلومات عنهم، إلى جانب تمتعه بمهارات عالية ولياقة بدنية في هذا الشأن، وأن يدرّب تدريباً عالياً على ثقافة أن «الأصل في الإنسان هو البراءة»، وأن له حقوقاً يجب احترامها وعدم المساس بها إلا في حدود القانون. ولعل في تبعية هؤلاء الموظفين لوزارة العدل من حيث الإشراف والمساءلة ما يقلل إلى حد كبير نسبة التجاوزات التي تقع من رجال الشرطة.

أما بالنسبة لموضوع النذب للتحقيق، فيجب إعادة صياغته بحيث يكون الأصل هو قيام سلطة التحقيق بذاتها ولا أحد غيرها بإجراءات التحقيق، ويكون الاستثناء وللضرورة القصوى نذب أحد رجال الضبط القضائي للقيام ببعض الإجراءات لا كلها، وبالإجراءات التي يستحيل أو يصعب على سلطة التحقيق القيام بها مثل التفتيش أو المعاينة. ويا حبذا لو تمت هذه الإجراءات في حضور المحقق وتحت إشرافه المباشر أو على الأقل في غير حضوره ولكن بإشرافه المعاصر أثناء قيام المندوب بالإجراء وأولاً بأول، وأن يراعى عند حجز المتهم في مركز الشرطة ما سبق أن قلناه من إجراءات من ضرورة توقيع الكشف الطبي على المقبوض عليه فور وصوله وعلى فترات أو بناء على طلبه أو طلب ذويه.

وأخيراً يجب إعادة النظر في الصياغة العامة والمرنة التي تبرر القبض بأن يحدد القانون المقصود منها بكل وضوح وتفصيل وما يلزم من أدلة وقرائن في هذا الشأن، مثل عبارات أدلة قوية، أدلة جديدة، دلائل كافية، قرائن جديدة، قرائن قوية، اشتباهاً جدياً... إلخ.

الخاتمة:

يتضح من العرض السابق مدى تعاضم دور السلطة التنفيذية في مجال الجرائم، فهو دور ذو شقين: الشق الأول يتعلق بالجرائم وعقوباتها، والشق الثاني يتضمن الكشف عن تلك الجرائم وضبط مرتكبيها والتحقيق معهم. أما عن الشق الأول فقد كشفت الدراسة أن تفويض السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية في مجال الجرائم والعقوبات لا يقتصر فقط على الظروف غير العادية أو الاستثنائية أو حالة الضرورة، بل يمتد إلى الظروف العادية وهذا هو الأخطر. فإذا كان التفويض في الظروف غير العادية يرتبط بحالة الضرورة ويخضع لقيود ورقابة لاحقة من السلطة التشريعية التي تكون غير قائمة في الغالب أثناء تدخل السلطة التنفيذية في هذا الصدد، وتلك الرقابة تتمثل إما في إقرار ما صدر عن السلطة التنفيذية من قرارات (مراسيم) بقوانين بحيث تتحول بمقتضى هذا الإقرار إلى قوانين عادية، وإما في رفضها وإلغائها. ويخضع كل ذلك لرقابة القضاء الدستوري (المحكمة الدستورية العليا).

أما التفويض في الظروف العادية فأمره محير، لأنه يتم أثناء قيام المجلس النيابي وأثناء ممارسة السلطة التشريعية لوظيفتها الأصلية، أو بمعنى أدق لمسؤوليتها أو لمهمتها الأصلية التي حددها لها الدستور الذي يعبر عن إرادة الشعب والذي طلب منها أن تتصدى لها وحدها دون غيرها من السلطات احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات، وحظر عليها التفويض الكلي أو الجزئي لهذا التكليف.

ومع ذلك هي تلجأ لهذا التفويض مستندة في ذلك إلى عبارات وردت في الدستور تؤكد على احترام القانون والالتزام بأحكامه في نظرنا مثل عبارة «بناء على قانون» أو وفقاً لأحكام القانون. وسار الواقع العملي في هذا الاتجاه الخطير الذي تنازلت فيه السلطة التشريعية لحساب السلطة التنفيذية في أشد الجرائم خطورة وأكثرها جسامة بما يتعارض مع نصوص الدستور وروحه ومع طبيعة الاستثناء ذاته. فنصوص الدستور واضحة في حماية الحريات الفردية وأنها لا تقيد إلا بقانون، ونصوص الدستور وروحه لا تجيز التفويض إلا بشروط وقيود ورقابة وفي موضوعات محددة سلفاً استثناءً. ومن المعلوم أن الاستثناء لا يتوسع في تفسيره ولا يقاس عليه. فكيف نقبل هذا الاستثناء في الظروف العادية دون شروط أو قيود

أو ضوابط أو رقابة؟!

وهكذا تكون السلطة التشريعية قد تنازلت بغير حق وبغير مبرر في نظرنا إلى السلطة التنفيذية في بيان الجرائم أو التعديل في أركانها بدون ضوابط تذكر، بل وصل الأمر في مجال تخلي السلطة التشريعية عن القيام بوظيفتها الأصلية أن تلوم السلطة التنفيذية (الحكومة أو أحد الوزراء) في عدم تقديم مشروع قانون معين أو التأخير في تقديمه أو التراخي في ذلك، ناسية تماماً أنها هي التي يجب أن تلام وأن تحاسب من الشعب ومن الدستور بسبب إهمالها أو تخليها عن القيام بوظيفتها الأصلية.

أما فيما يتعلق بقيام مأموري الضبط القضائي (وهم أحد أجهزة السلطة التنفيذية) بالكشف عن الجرائم وضبط مرتكبيها والتحقيق معهم - وهذا هو الشق الثاني من دور السلطة التنفيذية في مجال الجرائم - فقد لاحظنا كيف تم إهدار أصل البراءة وقلب مفهومه من خلال الاختصاصات الخطيرة الممنوحة لرجال الشرطة في الاستيقاف والقبض والتفتيش تحت مبرر جمع المعلومات والتحضير للبدء في إجراءات تحريك الدعوى الجنائية أو رفعها، بل وصل الأمر من خلال نظام النذب للتحقيق أن تتنازل سلطة التحقيق - وهي جزء من السلطة القضائية- عن القيام بإجراءات التحقيق بحيث يؤول الأمر في النهاية إلى رجال الشرطة (السلطة التنفيذية)، ورجال الشرطة غير مؤهلين لا ثقافياً ولا عملياً للقيام بوظيفة المحقق التي تتطلب مؤهلات وضمانات معينة أهمها الاستقلال والحياد والبعد عن كل تأثير أو نفوذ حتى يسود الاطمئنان على نزاهتها وحيادها.

وهكذا يتحقق التنازل إلى السلطة التنفيذية في مجال الجرائم من السلطتين التشريعية والقضائية، ثم نشكو بعد ذلك من تجاوز السلطة التنفيذية!، ولماذا لا نشكو بالدرجة الأولى أيضاً من السلطتين التشريعية والقضائية؟!

المراجع:

أولاً - المراجع العربية - كتب:

- د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، طبعة نادي القضاة، طبعة أولى، دار الشروق، القاهرة 1999.
- د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مراجعة وتنقيح د. عاطف البنا، دار الفكر العربي، القاهرة.
- د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، ط. 2009، بدون ناشر.
- د. عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، جزء أول ط2، مؤسسة دار الكتاب الكويتي 2003.
- د. عوض محمد عوض، قانون العقوبات - القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
- د. فوزية عبد الستار، شرح قانون مكافحة المخدرات، دار النهضة العربية، 1990 رقم 11.
- د. مبارك النوبيت، الوسيط في شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، الطبعة الثانية، بدون دار نشر او مكان نشر 2008.
- د. محمد فؤاد عبد الباسط، الأعمال الإدارية القانونية - الكتاب الأول القرار الإداري - دار النهضة العربية القاهرة 2012 .
- د. محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، مطبوعات كلية الحقوق، 2006.
- د. محمد المقاطع، دراسة في اتجاهات القضاء الدستوري الكويتي، دراسة تحليلية مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت 1999.
- المستشار مصطفى مجدي هرجه، جرائم المخدرات في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1992.
- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989 رقم 68.
- د. محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، رقم 14 .
- د. يسري العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي، في فترات إيقاف الحياة النيابية، مجلة المحامي، الكويت، السنة 20، العدد يوليو 1996.

ثانياً – مراجع قانونية ودستورية وقضائية:

- دستور دولة الكويت.
- دساتير مصر المتتالية منذ علم 1923 لغاية عام 2014.
- مجموعة من أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر.
- مجموعة من أحكام محكمة النقض المصرية.
- مجموعة من أحكام المحكمة الإدارية المصرية.
- مجموعة من أحكام المحكمة الدستورية الكويتية.
- مجموعة من أحكام محكمة الاستئناف الكويتية

ثالثاً – مراجع أجنبية:

- Polkansky: la presumption d'innocence dans la procedure pénale soviétique, Rev. L'Etat et le droit soviétique N. 9, Septembre 1949.
- Levasseur (G.), Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions, D 1959
- Bertrand de Lamy: Dérives et évolution du principe de la légalité en droit penal Français: contribution à l'étude des sources du droit penal français, les cahiers de droit, 2009, v. 5 n° 3-4.
- Rassat M-L., Droit penal général, 2eme. Ed. Ellipse, Paris, 2006, n° 112.
- Jerome huet, Fin du principe de légalité criminelle en matiere de stupéfiants, Claverie-Rousset, la legalité Criminelle, Droit pénal n° 9, Septembre 2011, étude 16.
- Cass. Crim. 11 Jan. 2011, La Semaine Juridique, Edition Générale n° 13, 28 mars 2011, 347 et note Jerome huet, fin du principe de légalité criminelle en matière de stupéfiants: Claverie-Rousset: la légalité criminelle, . Droit pénal n° 9, Septembre 2011, étude 16.
- Cass. Crim. 11 Jan. 2011. La Semaine Juridique Edition Générale n° 13, 28 mars 2011, 347 et note.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
19	الملخص
21	المقدمة
22	المبحث الأول- قيود السلطة التنفيذية في التجريم والعقاب
22	المطلب الأول- التفويض في الظروف الاستثنائية
24	الفرع الأول- لوائح الضرورة
25	الفرع الثاني- قرار أو مرسوم إعلان حالة الطوارئ (الأحكام العرفية)
29	المطلب الثاني- التفويض في الظروف العادية
30	الفرع الأول- اختصاص السلطة التشريعية
33	الفرع الثاني- دور اللوائح الإدارية في التجريم والعقاب
34	أولاً- دور اللوائح الإدارية التي ينظمها الدستور في التجريم والعقاب
34	1- اللوائح التنفيذية
37	2- اللوائح التنظيمية
38	3- لوائح الضبط
40	ثانياً- دور اللوائح الإدارية التي لا ينظمها الدستور في التجريم والعقاب
53	المبحث الثاني- تجاوز السلطة التنفيذية حدود اختصاصها
54	المطلب الأول- ماهية قرينة البراءة
54	الفرع الأول- معنى قرينة البراءة
56	الفرع الثاني- النتائج التي تترتب على قرينة البراءة
57	أولاً- عدم التزام المتهم بإثبات براءته
58	ثانياً- عدم إجبار المتهم على تقديم دليل إدانته
59	المطلب الثاني- أسباب تجاوز رجال الشرطة
59	الفرع الأول- الأسباب النفسية
61	الفرع الثاني- الأسباب الوظيفية

63	الفرع الثالث- الأسباب القانونية
67	المطلب الثالث- مكافحة التجاوز
67	الفرع الأول- جزاء التجاوز
68	أولاً- الجزاء الموجه للشخص القائم بالإجراء غير المشروع
70	ثانياً- الجزاء الذي يترتب على الإجراء غير المشروع ذاته
72	الفرع الثاني- الوقاية من التجاوز
74	الخاتمة
76	المراجع

