# تعليق على أحكام قضائية

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية
السنة العاشرة - العدد 3 - العدد التسلسلي 39
ذو القعدة 1443هـ - يونيو 2022م

# السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في تفسير نصوص التشريع والإضافة إليها: دراسة لحكم المحكمة الدستورية الكويتية في الدعوى رقم 5 لسنة 2021 (دستورية) بشأن جريمة التشبّه بالجنس الآخر(*)

**أ. د. يسرى محمد العصار**
**أستاذ القانون العام**
**كلية القانون الكويتية العالمية وجامعة القاهرة**

## الملخص

تتضّمن هذه الدراسة تعليقًا على حكم المحكمة الدستورية الكويتية الصادر بتاريخ 16 فبراير 2022 بعدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء، فيما نصت عليه من تجريم التشبّه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور، تأسيسًا على أنّ هذه المادة لم تتضمّن معيارًا موضوعيًا منضبطًا لتحديد السلوك المؤثّم قانونًا، وأنّ صياغتها بالغة العموم والاتساع، ويمكن تحميلها بأكثر من معنى. وكان من الضروري توسيع نطاق الدراسة، والإشارة إلى الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية بمناسبة رقابتها على صياغة النصوص الجزائية، من أجل رصد اتجاهات المحكمة، وبيان وجهة النظر القانونية بشأن مدى الاتفاق أو الاختلاف بين اتجاهاتها في هذا الشأن.

وتبيَّن من الدراسة أنّ الصياغة التشريعية لنص المادة (198) من قانون الجزاء لا تختلف عن الصياغة التشريعية لنصوص جنائية أخرى رجَّحت فيها المحكمة تفسير نص التشريع على الوجه الذي يتفق مع الدستور، وقضت بدستوريتها، ولذلك كان يمكن تفسير نص هذه المادة على الوجه الموافق لأحكام الدستور كما فعلت المحكمة في الأحكام الأخرى المشابهة. ومن ناحية أخرى كان يمكن للمحكمة أن تقضي بعدم دستورية المادة (198) جزئيًا – فيما لم تتضمّنه من ضوابط ترى المحكمة أنَّها ضرورية لكي تُعدَّ متفقةً مع أحكام الدستور، مثل قيام جهة الادعاء العام بتوجيه تعليمات لمأموري الضبط القضائي تتضمّن معايير أكثر تفصيلًا للأفعال المؤثّمة، وعدم التدخل إلا إذا كانت الأفعال المنسوبة للمتهم تُعدُّ قاطعة في الدلالة على المجاهرة بتقمص الجنس الآخر. ويُطلق على هذا الأسلوب: الرقابة على دستورية قصور التنظيم التشريعي (أو الإغفال التشريعي).

(*) تاريخ تقديم البحث: 15 مارس 2022 تاريخ قبوله للنشر: 16 أبريل 2022

وكان يمكن للمحكمة كذلك الحكم بدستورية المادة (198) من قانون الجزاء وفقًا لضوابط وتحفظات ينبغي على الجهات المُناط بها تطبيقها مراعاتها في الواقع العملي، وهذا ما تتبعه محاكم دستورية في العديد من الدول الأوروبية، مثل المجلس الدستوري الفرنسي. وهذا المنهج قابل للتطبيق في دولة الكويت، وهو يتفق مع الطابع العملي للقضاء الدستوري في التفسير المرن لنصوص التشريعات واللوائح، وعدم الحكم بمخالفتها للدستور، إلاّ إذا كان من غير الممكن تأويلها على الوجه الذي يوافق أحكامه. ولن تنشأ مشاكل عملية عن تطبيق هذا الأسلوب في إصدار الأحكام؛ لأنّ السلطات العامة الثلاث تستند في الأعمال الصادرة عنها إلى نصوص القوانين مع أحكام المحكمة الدستورية، وتشير في آن واحد إلى هذه النصوص والأحكام.

وقد تم تقسيم الدراسة إلى ثلاثة مباحث، تناول الأول منها سياسة القاضي الدستوري في ترجيح تفسير النص التشريعي على الوجه الذي يتفق مع الدستور. وتناول الثاني السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في إكمال النقص في النص التشريعي. وتناول الثالث السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في الحكم بدستورية نص تشريعي وفقًا لضوابط في التطبيق.

**كلمات دالة**: السلطة التقديرية للقاضي الدستوري، وصياغة التشريع، وقصور التنظيم التشريعي، والإغفال التشريعي، والحكم بدستورية قانون مع ضوابط في التطبيق.

## المقدمة

أصدرت المحكمة الدستورية الكويتية حكمًا بتاريخ 16 فبراير 2022 في القضية رقم 5 لسنة 2021 (دستورية) قضت فيه بعدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960، المعدَّل بالقانون رقم 36 لسنة 2007، فيما تضمنته من تجريم التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور. وأسست المحكمة الدستورية حكمها على أن المادة (198) من قانون الجزاء فيما نصت عليه من تجريم التشبه بالجنس الآخر لم تتضمّن معيارًا موضوعيًّا منضبطًا لتحديد السلوك المؤثّم قانونًا، وما ينطبق عليه وصف التشبه بالجنس الآخر، وما لا ينطبق عليه هذا الوصف، وأنّ صياغة هذه المادة فضفاضة بالغة العموم والاتساع، ويمكن تحميلها بأكثر من معنى. ومن شأن هذا أن يترك تقدير الفعل المؤثّم للجهات القائمة على تطبيق القانون وفقًا لتقديرها المطلق، بما قد ينتج عنه من سوء التقدير في التطبيق العملي، وهو ما يمس الحرية الشخصية التي كفلها الدستور.

### أولًا: واقعات الحكم

أقام الادعاء العام دعوى جزائية اتهم فيها أحد الأشخاص بارتكاب جنحة تشبّه بالجنس الآخر، وطلب عقابه بالمادة (198) من قانون الجزاء رقم 1960/16 المعدَّلة بالقانون رقم 2007/36 التي تنص على أن: «مَنْ أتى إشارة أو فعلًا مخلًا بالحياء في مكان عام بحيث يراه أو يسمعه مَنْ كان في مكان عام، أو تشبّه بالجنس الآخر بأيٍّ صورة من الصور، يُعاقَب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة، وبغرامة لا تجاوز ألف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين». وفي أثناء نظر الدعوى قدَّم المتهم مذكرة طعن فيها بعدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء المعدَّلة بالقانون رقم 36 لسنة 2007 فيما تضمنته من النص على تجريم التشبّه بالجنس الآخر لمخالفتها أحكام الدستور، تأسيسًا على أنّ نص المادة المشار إليها لم يحدِّد الفعل المؤثَّم بصورة قاطعة، بما يحول دون التباسه بغيره. ولكن محكمة الجنح قضت برفض الدفع بعدم الدستورية، وبتغريم المتهم مبلغ ألف دينار عن التهمة المنسوبة إليه.

وإذ لم يرتض المحكوم عليه قضاء المحكمة في الشق المتعلِّق برفض الدفع بعدم الدستورية، فقد طعن فيه أمام لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية. وقد قدَّرت اللجنة أن ما أبداه المتهم من أسباب لدفعه تتعلّق بعدم تحديد الفعل المؤثَّم بصورة قاطعة من شأنه أن يحيط النص التشريعي بشبهات تلقي بظلال من الشك حول مدى دستوريته. وأسست حكمها على أنّ الحكم المطعون فيه لم يعرض لوجه الطعن الذي أبداه المتهم تأييدًا للدفع المبدى منه، ممّا يعيب الحكم بالقصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع.

وبناء على ذلك قضت لجنة فحص الطعون بإلغاء الحكم المطعون فيه فيما تضمنه من رفض الدفع بعدم دستورية المادة المشار إليها من قانون الجزاء، في شقها المتعلق بتجريم التشبّه بالجنس الآخر، وأحالت النزاع إلى المحكمة الدستورية بكامل هيئتها للفصل فيه.

وبتاريخ 16 فبراير 2022 أصدرت المحكمة الدستورية حكمها في الطعن المقام أمامها بعدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960 المعدَّل بالقانون رقم 36 لسنة 2007 فيما تضمّنته من تجريم من تشبّه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور. وأشارت المحكمة إلى المذكرة الإيضاحية لهذا القانون الأخير التي بررت التعديل بأن: «تشبّه أي الجنسين (الذكر أو الأنثى) بالجنس الآخر أمر مستنكر ومنهي عنه شرعًا، فقد قال الرسول صلي الله عليه وسلم: «لعن الله المتشبِّهين من الرجال بالنساء والمتشبِّهات من النساء بالرجال». ولما كان قانون الجزاء لم ينص صراحة على تجريم هذا الفعل، فقد أتى هذا القانون لسدِّ هذه الثغرة، ونصَّ بصورة صريحة على تجريم من تشبَّه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور، ومنها تزيي جنس بملابس الجنس الآخر المقصورة عليه بحسب العرف السائد في البلاد أو تقمّصه شخصية الآخر».

ولكن هذا التبرير لم يقنع المحكمة الدستورية، وقضت بعدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء فيما تضمّنته من تجريم التشبّه بالجنس الآخر، تأسيساً على مخالفتها المادة (30) من الدستور التي تنص على أنّ: «الحرية الشخصية مكفولة»، والمادة (32) التي تنص على أنّه: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون».

## ثانيًا: حيثيات حكم المحكمة الدستورية

أسّست المحكمة قضاءها بعدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء فيما تضمّنته من تجريم التشبّه بالجنس الآخر على الأسباب الآتية: «إنّ مبنى الطعن على نص المادة (198) من قانون الجزاء فيما تضمّنته من تجريم التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور، أنّ عبارات النص قد جاءت واسعة فضفاضة غير محدّدة للأفعال المؤثّمة بصورة قاطعة، بما يحول دون التباسها بغيرها حتى يكون المخاطبون بها على بيّنة من حقيقة الأفعال التي يتعّين عليهم تجنبها، ولا يترك تقديرها للقائمين على تنفيذها وتطبيقها، وإحلال فهمهم الخاص لمقاصدها محل مراميها على نحو يفضي إلى المساس بحقوق كفلها الدستور.

وحيث إنّ هذا النعي سديد، ذلك أنّ النص في المادة (30) من الدستور على أنّ: «الحرية الشخصية مكفولة»، وفي المادة (32) منه على أن: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ...» يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أنّ مبدأ شرعية الجريمة

والعقوبة الذي يُخوِّل المشرِّع بموجب سلطته التقديرية – التي يمارسها وفقًا للدستور – الحقّ في إنشاء الجرائم وتحديد العقوبات التي تناسبها، وإن اتخذ هذا المبدأ من كفالة الحرية الشخصية بنيانًا لإقراره، وأساسًا لتأكيده. إلاّ أنّ هذه الحرية ذاتها هي التي تُقيِّد محتواه ومضمونه، بحيث لا يكون إنفاذه إلاّ بالقدر اللازم الذي يكفل صونها، ولازم ذلك أنّه يجب أن تكون الأفعال المؤثَّمة محدَّدة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها، وأن تكون واضحة في بيان الحدود الضيِّقة لنواهيها؛ حتى يكون المخاطبون بها على بيِّنة من حقيقة تلك الأفعال التي يتعيَّن عليهم اجتنابها، ذلك أنّ الأصل في النصوص الجزائية أن تُصاغ في حدود ضيِّقة تعريفًا بالأفعال التي تجرِّمها، وتحديدًا لماهيتها، لضمان ألاّ يكون التجهيل بها موطئًا للإخلال بحقوق كفلها الدستور.

لما كان ذلك، وكان التعديل الذي جاء به القانون رقم 36 لسنة 2007 على المادة (198) من قانون الجزاء قد أضاف إلى الأفعال المعاقَب عليها بموجب تلك المادة فعلاً جديداً هو: «التشبّه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور» من دون أن يتضمّن النص معياراً موضوعيًّا منضبطًا تتعيَّن مراعاته لتحديد ذلك الفعل المؤثَّم قانونًا، وما يُعدُّ أو لا يُعدُّ كذلك، بل جاءت عبارته بالغة العموم والاتساع يمكن تحميلها بأكثر من معنى، على نحو قد تتعدَّد معه تأويلاتها، وما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون من صور التشبّه التي اعتبرت منها: «تزيي جنس بملابس الجنس الآخر المقصورة عليه بحسب العرف السائد في البلاد أو تقمصه شخصية الآخر» يكشف عن مدى الاتساع الذي يمكن أن تحمل عليه هذه العبارة، وافتقارها إلى عناصر الضبط والأحكام الموضوعية، وانطوائها على خفاء وغموض قد يقع معه الكثير في دائرة التأثيم، إذ يصبح تقدير الأمر في النهاية متروكاً للجهات القائمة على تطبيق القانون وفقاً لتقديرها ودون ضابط يُقيِّدها، وبما قد يؤول في التطبيق إلى إطلاق العنان لسوء التقدير، وهو ما يتأبَّى مع ما حرص عليه الدستور من كفالة الحرية الشخصية وصونها، الأمر الذي يكون معه النص المطعون فيه بالصيغة التي أفرغ فيها، قاصرًا عن تحديد الأفعال المؤثَّمة من خلال معيار منضبط لها، مفتقدًا التحديد الجازم لضوابط تطبيقه، فيكون بذلك قد أخلَّ بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور طبقًا للمادة (30) منه، بما يتعيَّن معه القضاء بعدم دستوريته».

بناء على ذلك قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960 المعدَّل بالقانون رقم 36 لسنة 2007 فيما تضمّنته من تجريم من تشبّه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور.

## ثالثًا: إشكالية الدراسة

تثير النتيجة التي انتهت إليها المحكمة الدستورية التساؤلات الآتية:

- هل تُعدُّ الصياغة التشريعية لنص المادة (198) من قانون الجزاء صياغة واسعة فضفاضة وغير منضبطة؟ وهل كان من الممكن أن تفسِّرها المحكمة الدستورية على الوجه الذي يوافق أحكام الدستور، أسوة بالسياسة التي يتبعها القضاء الدستوري في القانون المقارن، وكما فعلت هي ذاتها في حالات أخرى مماثلة؟
- وهل كان يمكن أن تقضي المحكمة بعدم الدستورية الجزئي – وذلك فيما لم يتضمّنه نص المادة (198) من قانون الجزاء من ضوابط تحقّق الأمن القانوني الذي يعني وضوح القواعد القانونية وعدم تهديد الحرية الشخصية – مع الإبقاء على جريمة التشبّه بالجنس الآخر؟ ويطلق على هذه الصورة من صور الرقابة على الشرعية الدستورية: الرقابة على دستورية قصور التنظيم التشريعي (أو الإغفال التشريعي).
- وهل كان يجوز للمحكمة الحكم بدستورية النص التشريعي المطعون فيه مع تحديد عدد من الضوابط والتحفظات التي يجب على الجهات المناط بها تطبيق القانون مراعاتها في الواقع العملي، كما تفعل محاكم دستورية في العديد من الدول؟

سوف نجيب عن هذه التساؤلات، من خلال عرض سياسة القاضي الدستوري في تفسير النص التشريعي الخاضع لرقابته، وترجيح التفسير الذي يتفق مع أحكام الدستور، والسلطة التقديرية للقاضي الدستوري في الإضافة للنص التشريعي في إطار الرقابة على دستورية قصور التنظيم التشريعي (أو الإغفال التشريعي)، أو الحكم بدستورية النص التشريعي وفقاً لضوابط وتحفظات تجب مراعاتها في تطبيقه في الواقع العملي.

## رابعًا: منهج الدراسة

سوف نتبع في دراسة الموضوع المنهج التحليلي والمنهج المقارن، حيث نقوم بتحليل الحجج التي أسست عليها المحكمة الدستورية قضاءها بعدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960 المعدَّل بالقانون رقم 36 لسنة 2007 فيما تضمّنته من تجريم من تشبّه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور، ونبيّن رأينا في الصياغة التشريعية لنص المادة (198) من قانون الجزاء، وهل كانت تقبل التفسير على الوجه الذي يوافق أحكام الدستور؟ وهل كان يمكن أن تقضي المحكمة بعدم دستورية هذه المادة جزئياً – وذلك فيما لم تتضمّنه من ضوابط تحمي الحرية الشخصية – مع الإبقاء على جريمة التشبّه بالجنس الآخر؟ وهل كان يجوز للمحكمة الحكم بدستورية هذه المادة

مع تحديد عدد من الضوابط والتحفظات تجب مراعاتها في الواقع العملي؟ مع المقارنة في هذه المسائل بالسياسة القضائية التي تطبّقها المحكمة الدستورية المصرية والمجلس الدستوري الفرنسي.

**خامساً: خطة الدراسة**

بناء على ما سبق، ستكون دراستنا للموضوع في ثلاثة مباحث على الوجه الآتي:

المبحث الأول: سياسة القاضي الدستوري في ترجيح تفسير النص التشريعي على الوجه الذي يتفق مع الدستور.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في إكمال النقص في النص التشريعي.

المبحث الثالث: السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في الحكم بدستورية نص تشريعي وفقاً لضوابط في التطبيق.

## المبحث الأول

## سياسة القاضي الدستوري في ترجيح تفسير النص التشريعي على الوجه الذي يتفق مع الدستور

استقرت أحكام القضاء الدستوري على أنّ الأصل، أو المبدأ العام، هو أنّ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية واللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية متفقة مع أحكام الدستور[1]، ويطلق على هذا المبدأ مصطلح «قرينة الدستورية». فالقاضي الدستوري لا يحكم بعدم دستورية النص المعروض عليه إلاّ إذا تبيَّن له – بعد الفحص الدقيق لهذا النص على ضوء أحكام الدستور ومبادئه – أنّه يخالف واحدًا أو أكثر من هذه الأحكام والمبادئ بشكل واضح وقاطع، وإذا وجد القاضي الدستوري أنّ النص الخاضع لرقابته يحتمل أكثر من تفسير، وكان أحد التفسيرات التي يمكن أن يُحمَل عليها النص يتفق مع الدستور، فإنّ القاضي يعتمد هذا التفسير، ولا يحكم بدستورية النص.

وتُطبِّق المحكمة الدستورية في كل من دولة الكويت وجمهورية مصر العربية «قرينة الدستورية» لصالح نصوص التشريعات الخاضعة لرقابتها. وإذا احتمل النص التشريعى أكثر من تفسير وكان أحد هذه التفسيرات يتفق مع الدستور، فإنّ المحكمة ترجّح هذا التفسير وتقضي برفض الدعوى بعدم الدستورية.

ونبينّ أولاً مفهوم قرينة الدستورية وفقاً للقضاء الدستوري، وأثرها في عدم الحكم بمخالفة نص التشريع لنصوص الدستور ومبادئه إلاّ إذا كان وجه عدم الدستورية واضحاً دون أي شك، وتطبيقات للأحكام التي راقبت فيها المحكمة الدستورية الكويتية الصياغة التشريعية لنصوص جنائية، ورجَّحت تفسير نص التشريع الذي يتفق مع أحكام الدستور، واستبعدت التفسير الذي يخالف الدستور.

ونخصّص لكل مسألة من هاتين المسألتين مطلبًا مستقلًا على النحو الآتى:

المطلب الأول: مفهوم قرينة الدستورية وأثرها في الرقابة القضائية على صياغة التشريع

المطلب الثانى: تطبيقات من قضاء المحكمة الدستورية الكويتية لتفسير نصوص جنائية على الوجه الذي يتفق مع الدستور.

(1) يتفق المبدأ الذي قرّره القضاء الدستوري، بخصوص «قرينة الدستورية» لمصلحة القوانين واللوائح، مع القاعدة التي استقر عليها القضاء الإداري، من أنّ الأصل في القرارات الإدارية الصادرة من جهة الإدارة هو أنّها سليمة ومشروعة، أي غير مخالفة للقانون.

## المطلب الأول

## مفهوم قرينة الدستورية وأثرها في الرقابة القضائية على صياغة التشريع

استندت المحكمة الدستورية الكويتية، في العديد من أحكامها، على قرينة الدستورية لمصلحة القوانين واللوائح، ومن بينها الحكم الصادر بتاريخ 28 أكتوبر2009 الذي أوضحت فيه المحكمة مفهوم قرينة الدستورية والنتائج التي تترتّب عليها في العبارات الآتية: «من المسلّم به في مجال استخلاص الدلالات من النصوص التشريعية أنّه إذا احتمل النص أكثر من معنى، وجب حمله على المعنى الذي يجعله أكثر اتفاقاً مع التشريع الأعلى، وعلى النحو الذي يحمله على أصله من الصحة، وينأى به عن التعارض، حتى لو كان هذا المعنى أقلّ ظهوراً، وعلى ذلك يتعيَّن أن يكون تفسير هذا النص في أطر المبادئ الحاكمة والأصول الواردة بالدستور نصًا وروحًا، إعمالاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية؛ إذ لا يجوز للتشريع الأدنى مرتبة مخالفة التشريع الأعلى مرتبة، سواء جاءت المخالفة في صورة تقييد ما ورد مطلقاً بالأعلى، أو إطلاق ما ورد مقيّداً»[2].

وهذا المبدأ مستقر أيضًا في القضاء الدستوري المقارن. ومن تطبيقاته في قضاء المحكمة الدستورية المصرية الحكم الصادر بتاريخ 4 مايو 1996، الذي قرّرت فيه المحكمة: «إنّ النصوص القانونية جميعها – سواء في ذلك تلك التي أقرّتها السلطة التشريعية، أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية – تعامل دومًا بافتراض صحتها، ولا ينال مجرّد الطعن عليها من نفاذها، ولا يجرّدها بالتالي من قوّتها الإلزامية، بل يظل تطبيقها – في نطاقها – لازمًا منذ العمل بها، فلا يعطل سريانها عائق، ولا يرجأ إعمالها ليكون متراخياً. وإنّ صحتها هذه تستصحبها ولا تزايلها إلاّ إذا صدر قضاء من المحكمة الدستورية العليا بمخالفتها للدستور، سواء في أوضاعها الشكلية أو بالنظر إلى مضمونها، ليزول بأثر رجعي – وكأصل عام – ما كان لها من وجود منذ إقرارها، بما مؤداه أنّ الفصل في دستورية النصوص القانونية إمّا أن يؤكد صحتها على إطلاق، أو يقرّر بطلانها على إطلاق. فلا تقع فيما بين صحتها وبطلانها مرحلة وسطى بين الوجود والعدم يكون نفاذها خلالها موقوفًا، والقول بغير هذا يمثّل عدواناً على السلطة التشريعية، ويتمخّض كذلك عن إسباغ

(2) صدر هذا الحكم في الطعن رقم 20 لسنة 2009، الجريدة الرسمية (الكويت اليوم)، السنة 55، العدد 947، بتاريخ 1 نوفمبر2009.

لاختصاص منتحل على المحكمة الدستورية العليا بغير سند من الدستور أو القانون»[3].

وأكدت المحكمة الدستورية المصرية، في حكم آخر، مبدأ قرينة الدستورية بقولها: «الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض مطابقتها للدستور. ومن ثمّ لا يجوز أن يكون سريانها متراخيًا، بل يكون نفاذها – اعتبارًا من تاريخ العمل بها – لازمًا. ولا يجوز بالتالي أن يكون مجرد الطعن عليها مُوقفًا لأحكامها، أو مانعًا من فرضها على المخاطبين بها، ذلك أن إبطالها لا يكون إلا بقرار من المحكمة الدستورية العليا إذا ما قام الدليل لديها على مخالفتها للدستور»[4].

وأكدت المحكمة، في حكمها الصادر بتاريخ 14 أغسطس 1994، على واجب القاضي الدستوري في تفسير نصوص التشريعات واللوائح، كلما كان ذلك ممكنًا، على الوجه الموافق للدستور وعدم القضاء بمخالفتها للدستور، إلا إذا كان من غير الممكن تأويلها على الوجه الذي يوافق أحكامه. وقضت – في هذا الشأن – بأن: «من المقرّر أن الرقابة على الشرعية الدستورية لا تستقيم موطئًا لإبطال نصوص تشريعية يمكن تأويلها – بمختلف طرق الدلالة المعتبرة – على وجه يعصمها من المخالفة الدستورية المدعى بها، بل يجب – بوصفها رقابة متوازنة لا يجوز التدخل بها إلا لضرورة ملحة تقتضيها – أن تكون مبررة بدواعيها، كي لا يكون اللجوء إليها اندفاعًا أو الإعراض عنها تراخيًا»[5].

وتُرتِّب المحكمة الدستورية نتيجة مهمة على قرينة دستورية القوانين واللوائح تتمثَّل في وجوب أن تتضمن صحيفة الطعن المقامة أمامها أو قرار الإحالة من محكمة الموضوع: «النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، والأسباب التي بُنِي عليها الطعن، وأوجه مخالفة النص للدستور، وهذه بيانات جوهرية تنبئ عن جدية الطعن ويتحدّد بها موضوعه ونطاقه، وذلك دفعًا لمظنة تجهيل الدعوى، وحتى يُتاح لذوي الشأن، ومن بينهم الحكومة، أن يتبيَّنوا أسانيد الطعن ويتمكنوا من إبداء ردودهم عليها، فإذا لم تحتو

(3) صدر هذا الحكم في القضية رقم 40 للسنة القضائية السابعة عشرة، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية، الجزء السابع، ص615.
راجع بشأن قرينة الدستورية وتطبيقاتها: يسري محمد العصار، الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص87. للمؤلف نفسه بشأن تفسير الدستور والقانون: سلطة القضاء الدستوري في تفسير القوانين: دراسة مقارنة، مجلة معهد القضاء، دولة الكويت، السنة الثانية عشرة، العدد الحادي والعشرون، فبراير 2019.

(4) حكم المحكمة الدستورية المصرية بتاريخ 7 مايو 1994 في القضية رقم 1 للسنة القضائية الخامسة عشرة، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية، الجزء السادس، ص277.

(5) صدر هذا الحكم في القضية رقم 35 للسنة القضائية التاسعة، مجموعة أحكام المحكمة، الجزء السادس، ص331.

صحيفة الدعوى، أو قرار الإحالة، على بيان تلك الأسباب، أو كانت الأسباب غير محدّدة أو غامضة، فإنّ المحكمة تقضي – من تلقاء نفسها – بعدم قبول الطعن شكلاً، لاتصال ذلك بالنظام العام»[6].

ولا تعفي قرينة الدستورية المشرِّع من ضرورة مراعاة المبادئ والضوابط الدستورية الأخرى، من أهمها – في مجال النصوص الجنائية – مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وضرورة احترام الحرية الشخصية. وفي هذا الشأن قررت المحكمة الدستورية الكويتية أنّ المشرِّع: «يملك بما له من سلطة تقديرية في مجال تنظيم الحقوق والواجبات – وبما لا إخلال فيه بالمصلحة العامة – أن يحدد، وفق أسس موضوعية ومن خلال النظم العقابية التي يقرِّرها، أركان كل جريمة من دون أن يفرض عليه الدستور طرائق بذاتها لضبطها تعريفًا بها، ومن دون إخلال بضرورة أن تكون الأفعال التي جرَّمتها هذه النظم قاطعة في بيان الحدود الضيِّقة لنواهيها، فلا يشوبها الغموض، أو تتداخل معها أفعال مشروعة يحميها الدستور. والمقصود بغموض النص الجزائي هو أن يجهل المشرِّع بالأفعال التي أثّمها، فلا يكون بيانها واضحًا جليًّا، ولا تحديدها قاطعًا، ولا فهمها مستقيمًا مع عباراتها، بل مبهمًا خافيًّا على أوساط الناس، باختلافهم حول فحوى النص الجزائي المؤثّم لهذه الأفعال، ودلالته ونطاق تطبيقه، وحقيقة ما يرمي إليه، ليصير إنفاذ ذلك النص مرتبطًا بمعايير شخصية مرجعها إلى تقدير القائمين على تطبيقه، وإحلال فهمهم الخاص لمقاصده محلّ مراميه الحقيقية»[7].

كما قرَّرت المحكمة الدستورية المصرية أنّ: «النصوص العقابية لا يجوز من خلال انفلات عباراتها أو تعدّد تأويلاتها أو «انتفاء التحديد الجازم لضوابط تطبيقها» أن تعرقل حقوقًا كفلها الدستور ... فقد تعيَّن ألاّ تكون هذه النصوص شباكًا أو شراكًا يلقيها المشرِّع مُتصيِّدًا باتساعها أو بخفائها المتهمين المحتملين ليكون تصنيفهم وتقرير من يجوز احتجازه من بينهم عبئًا على السلطة القضائية لتحل إرادتها بعدئذ محل إرادة السلطة التشريعية»[8].

(6) حكم الحكمة الدستورية الكويتية بتاريخ 29 مايو 2006 في الدعوى رقم 11 لسنة 2005، مجموعة أحكام المحكمة، المجلد الخامس، الجزء الأول، ص107. وحكم المحكمة الدستورية المصرية بتاريخ 4 مايو 1991، في القضية رقم 15 للسنة القضائية العاشرة، مجموعة أحكام المحكمة، الجزء الرابع، ص346.

(7) حكم المحكمة الدستورية الكويتية بتاريخ 17 فبراير 2021 في القضية رقم 5 لسنة 2019.

(8) حكم المحكمة الدستورية المصرية بتاريخ 1 أكتوبر 1994 في القضية رقم 20 للسنة القضائية الخامسة عشرة؛ وقد أيّد الفقه، بوجه عام، اتجاه القضاء الدستوري في الرقابة على صياغة نصوص التشريع، خاصة تلك المتعلقة بالتجريم والعقاب، نظراً لأن صياغة هذه النصوص بصورة واضحة ومحدّدة تعدّ ضمانة جوهرية لحماية الحرية الشخصية، وإعمال مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. راجع: أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، 2000، ص244؛ عوض المر، =

وفي القانون الفرنسي كذلك، يُردِّد المجلس الدستوري في قراراته أن المشرِّع يملك سلطة تقديرية في تنظيم، الحقوق والحريات، ومن أمثلة ذلك تنظيم الجرائم وتحديد أركانها في حدود المبادئ والضوابط الدستورية، ولكنه يراقب في الوقت ذاته الصياغة التشريعية للنصوص الجنائية، ويتطلب فيها الوضوح والتحديد، باعتبار ذلك هدفًا له قيمة دستورية: objectif de valeur constitutionnelle، استنادًا إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عقب الثورة الفرنسية في العام 1789، والذي كفل الحرية لكل فرد بشرط عدم الإضرار بغيره (المادة 4)، ومنع تقييد الحريات إلاّ بنص قانوني (المادة 5)، وكفل مبدأ المساواة (المادة 6)، وضمانات الحريات ومبدأ الفصل بين السلطات (المادة 16)، ولكنه لا يقضي بعدم الدستورية إلا إذا كانت المخالفة مع الدستور ثابتة بصورة واضحة لا تحتمل الشك[9].

ولا يُطبِّق القضاء الدستوري قرينة الدستورية لمصلحة القوانين واللوائح بطريقة جامدة أو مطلقة، وإنّما يراعي في تطبيق هذه القرينة أن المسائل القانونية تحتمل في الأغلب الأعم من الحالات اختلافًا في التقدير بين الأشخاص، ونصوص الدستور والقانون حمّالة أوجه ويمكن أن تتباين وجهات النظر بشأن تأويلها وتفسيرها، والنزاع حول دستورية النصوص التشريعية واللائحية يوجد دائماً احتمال لاختلاف الآراء بشأنه، ومثله في ذلك مثل غيره من صور المنازعات. وإذا احتمل النص التشريعي أكثر من معنى ينبغي على من يتولى تطبيقه وتفسيره، خاصة المحاكم على اختلاف أنواعها، أن يرجّح المعنى الذي يتفق مع الدستور[10].

ونظراً لأنّ وجهات النظر يمكن أن تتباين بشأن تفسير نصوص الدستور والتشريعات، فإنّ القانون لا يتطلّب صدور الحكم الدستوري بناء على إجماع هيئة المحكمة الدستورية، وإنّما يكتفي بصدور هذا الحكم بموافقة أغلبية الأعضاء، كما هي القاعدة العامة المتبعة

= الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها العامة، مطبوعات مركز رينيه جان ديبوي للقانون والتنمية، القاهرة، 2003، ص227. مروان المدرس، رقابة القضاء الدستوري على الصياغة التشريعية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع للكلية، مايو 2017، العدد 2، الجزء الأول، ص509.

(9) C.C. 16 décembre 1999, N.99-421 DC; C.C. 27 juillet 2006, N.2006-540 DC.
وتجدر الملاحظة أنّ جميع قرارات المجلس الدستوري الفرنسي منشورة على الموقع الإلكتروني للمجلس، ومصنفة على حسب التاريخ: https://www.conseil-constitutionnel.fr
A. Fluckiger, Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal, Cahiers du Conseil constitutionnel, janvier 2007, n. 21, Dossier: La normativité; R. Frison et W. Baranès, Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligbilité de la loi, Revue Dalloz, 2000, n.23, chronique, p.361 et s.

(10) عوض المر، مرجع سابق، ص227، وص1179.

في إصدار الأحكام في جهات القضاء الأخرى. وقد قدَّر المشرّع الكويتي أن معرفة الاتجاهات والآراء المختلفة التي عبَّر عنها قضاة المحكمة الدستورية في تفسير نصوص الدستور، بمناسبة الفصل في أحد الطعون بعدم دستورية نص تشريعي أو لائحي، قد تكون لها فائدة عملية للمحكمة ذاتها في المستقبل – وكذلك لكل من له مصلحة في ذلك – فألزم المحكمة الدستورية، في الحالة التي لا تصدر فيها حكمها بإجماع أعضائها، أن ترفق مع أسباب الحكم رأي الأقلية أو آراءها وما تستند إليه من أسباب[11].

ونعرض في المطلب التالي أمثلة من الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية الكويتية، بمناسبة رقابتها على دستورية نصوص تشريعية تضمّنت تجريماً لبعض الأفعال بعبارات لا تختلف في صياغتها – من حيث المضمون – عن صياغة المادة (198) من قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960 المعدَّل بالقانون رقم 36 لسنة 2007 فيما تضمنته من تجريم التشبّه بالجنس الآخر. وقد فسَّرت المحكمة عبارات هذه النصوص على الوجه الذي يتفق مع الدستور، وقضت بناءً على ذلك برفض الدعاوى لعدم دستوريتها.

## المطلب الثاني

## تطبيقات من قضاء المحكمة الدستورية الكويتية في تفسير نصوص جنائية على الوجه الذي يتفق مع الدستور

أصدرت المحكمة الدستورية الكويتية عددًا من الأحكام طبقت فيها المبدأ الذي تلتزم به في تفسير نصوص التشريعات الخاضعة لرقابتها، والذي يقوم على أنّه إذا احتمل النص التشريعي أكثر من تفسير وجب ترجيح التفسير الذي يجعله أكثر اتفاقًا مع الدستور، وعلى النحو الذي يحمله على أصله من الصحة، وينأى به عن التعارض، حتى لو كان هذا التفسير أقل ظهورًا. وعلى ذلك ينبغي أن يكون تفسير هذا النص في إطار نصوص الدستور والمبادئ التي تُستنْبَط من روح الدستور.

ومن تطبيقات الأحكام التي راقبت فيها المحكمة دستورية الصياغة التشريعية لنصوص جنائية، ورجحت فيها المحكمة تفسير نص التشريع على الوجه الذي يتفق مع الدستور، وقضت بناء على ذلك برفض الدعوى بعدم الدستورية: الأحكام المتعلقة بالمسؤولية

(11) المادة (17) من لائحة المحكمة الدستورية الكويتية التي صدرت بمرسوم بتاريخ 10 مايو 1974. ومن تطبيقات ذلك حكم المحكمة الدستورية الكويتية بتاريخ 18 مارس 2015 برفض الدعوى بعدم دستورية نص المادة (34) من القانون رقم 31 لسنة 1970 بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء، والمواد (12) و(16) و(20) من المرسوم بقانون رقم 65 لسنة 1979، في شأن الاجتماعات العامة والتجمعات.

الجزائية لرئيس التحرير عن الجرائم التي ترتكب بطريق النشر في الجريدة، وتجريم الإساءة للذات الأميرية، وتجريم العمل العدائي ضد دولة أجنبية، وتجريم الاتفاق الجنائي، وتجريم الإقراض بربا فاحش. ولا تختلف – في اعتقادنا – الصياغة التشريعية للنصوص التي تضمنت تجريم هذه الأفعال عن صياغة نص المادة (198) من قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960 المعدَّل بالقانون رقم 36 لسنة 2007 فيما تضمّنته من تجريم التشبّه بالجنس الآخر والتي قضت المحكمة الدستورية بعدم دستوريتها.

## أولًا: الحكم بدستورية المسؤولية الجزائية لرئيس التحرير عن الجرائم التي ترتكب بطريق النشر في الجريدة

أصدرت المحكمة الدستورية حكماً بتاريخ 10 نوفمبر 1998 قضت فيه برفض الطعن بعدم دستورية نص المادة (28) من قانون المطبوعات والنشر رقم 3 لسنة 1961، فيما تضمّنته من عقاب رئيس التحرير عن جرائم الصحافة التي ترتكب بطريق النشر في الجريدة التي يتولى مهمة الإشراف على التحرير فيها. وكان الطعن بعدم الدستورية مقدماً من رئيس تحرير جريدة نشر فيها أحد المحررين «نكتة» تتضمن إساءة إلى الذات الإلهية. وأصدرت محكمة الجنح حكماً بحبس كلٍّ من المحرر ورئيس التحرير لمدة ستة أشهر. طعن رئيس التحرير في هذا الحكم بالاستئناف، ودفع بعدم دستورية نص المادة (28) من قانون المطبوعات والنشر، وأسَّس دفعه على أن هذه المادة أقامت مسؤولية جزائية مفترضة لرئيس التحرير عن كل ما ينشر في الجريدة، رغم أنه لم يقم بارتكاب الفعل المؤثّم، وإنما ارتكبه شخص آخر غيره، ولا يجوز إقامة المسؤولية الجزائية على مجرد واقعة مفترضة، لأنّ هذا يخالف المواد (32) و(33) و(34) من الدستور التي تكفل الحرية الشخصية، وشخصية العقوبة، وقرينة البراءة.

ولكن المحكمة الدستورية قدَّرت أن مسؤولية رئيس التحرير عن الجرائم التي ترتكب بطريق النشر في الصحف هي مسؤولية حقيقية وليست مفترضة، لأنّه ينبغي عليه الإشراف على كل ما ينشر في الجريدة، ولذلك فإنّه يُسأل عن الجرائم التي ترتكب بطريق النشر، ويستوي أن تعدّ هذه المسؤولية مسؤولية عن جريمة عمدية أو غير عمدية . وبناء على هذا التفسير قضت المحكمة الدستورية برفض الدعوى بعدم دستورية المادة (28) من قانون المطبوعات والنشر[12].

(12) صدر هذا الحكم في الطعن رقم 7 لسنة 1998. راجع بهذا الصدد: عادل علي المانع، طبيعة المسؤولية الجزائية لرئيس التحرير، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، المجلد 24، العدد الرابع، سنة 2000، ص327.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المحكمة الدستورية المصرية قضت، بتاريخ 1 فبراير 1997، بعدم دستورية المادة (195)، الفقرة الأولى من قانون العقوبات التي أقامت المسؤولية الجزائية العمدية لرئيس التحرير =

وتبنّت المحكمة الدستورية الكويتية هذا الاتجاه ذاته في حكم ثان أصدرته بتاريخ 14 فبراير 2012 برفض الدعوى بعدم دستورية المادة (27) من قانون المطبوعات والنشر بشأن المسؤولية الجزائية لرئيس التحرير عن نشر ما يمكن أن يتضمّن مساسًا بالحياة الخاصة للموظف، أو المكلّف بخدمة عامة، أو نسبة أقوال أو أفعال غير صحيحة تنطوي على تجريح لشخصه أو الإساءة إليه. وفسَّرت المحكمة عبارة هذه المادة بأنها تضع على عاتق رئيس التحرير التزامًا بالتحقّق من صحة البيانات والمعلومات والأخبار قبل نشرها، وإذا لم يقم بهذا الالتزام، عمدًا أو إهمالًا، فإنّه يُسأل عما ينشر في الجريدة. وقضت المحكمة بناءً على ذلك بأنّ نص المادة (27) من قانون المطبوعات والنشر لا يخالف أحكام الدستور؛ لأنّه أقام مسؤولية حقيقية وليست مفترضة[13].

## ثانيًا: الحكم بدستورية تجريم الإساءة للذات الأميرية

أصدرت المحكمة الدستورية الكويتية حكماً بتاريخ 2 ديسمبر 2013 قضت فيه برفض الدعوى بعدم دستورية المادة (35) من القانون رقم 31 لسنة 1970 بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960، فيما نصت عليه من توقيع عقوبة الحبس على: «كل من طعن علناً أو في مكان عام أو في مكان يستطيع فيه سماعه أو رؤيته من كان في مكان عام عن طريق القول أو الصياح أو الكتابة أو الرسوم أو الصور أو أية وسيلة أخرى من وسائل التعبير عن الفكر، في حقوق الأمير وسلطته، أو عاب في ذات الأمير، أو تطاول على مسند الإمارة».

وقد طعن بعض من تمّ اتهامهم بمخالفة هذه المادة بعدم دستوريتها. وكان مبنى الطعن أنّ صياغة عباراتها بالغة العموم والغموض والإبهام؛ بما يفضي إلى تعدد تأويلاتها، وسوء التقدير في وضعها موضع التطبيق؛ ممّا يخالف مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، إذ إنّ: «الأصل في النصوص الجزائية أن تصاغ في عبارات واضحة محدَّدة، وأن تكون الأفعال المؤثَّمة محدَّدة المعنى بصورة قاطعة، لضمان أن يكون تطبيقها مُحكمًا، بحيث لا يؤدي التجهيل بها إلى الإخلال بالحقوق والحريات التي كفلها الدستور، خاصة الحرية الشخصية وحرية الرأي والتعبير، وهو ما يصم نص هذه المادة بعدم الدستورية لمخالفتها المواد (30) و(32) و(36) من الدستور».

= عن الجرائم التي ترتكب بطريق النشر في الصحف، وأسست المحكمة قضاءها على أساس أنّ افتراض القصد الجنائي لرئيس التحرير عن الجرائم التي ترتكب بطريق النشر في الصحيفة التي يتولى رئاسة تحريرها يخالف نص الدستور بشأن كفالة الحرية الشخصية وقرينة البراءة (القضية رقم 59 للسنة القضائية الثامنة عشرة).

(13) صدر هذا الحكم في الدعوى رقم 11 لسنة 2011 ، الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية الكويتية: https://www.cck.moj.gov.kw/ar/Pages/default.aspx، تاريخ زيارة الموقع: 12 أكتوبر 2022.

ولكن المحكمة الدستورية رجّحت تفسير نص المادة المطعون فيها على الوجه الذي يتفق مع أحكام الدستور، وأسست حكمها على أن هذه المادة تجد أساسها في المادة (54) من الدستور التي تنص على أنّ: «الأمير رئيس الدولة وذاته مصونة لا تمس»، وكذلك في المادة (55) من الدستور التي تنص على أن: «يتولى الأمير سلطاته بواسطة وزرائه»، وهو لا يشارك الوزراء في أعمال الحكومة، وإنّما يتولاها الوزراء أنفسهم، وعليهم وحدهم تقع تبعة هذه الأعمال ويتحملون مسؤوليتها. ولكل فرد حرية الرأى والتعبير، ولا عقاب على التفكير وتكوين الرأى، وإنّما العقاب على إعلان الرأي المخالف للقانون والجهر به بأي طريقة من طرق العلانية التي نصت عليها المادة المطعون فيها.

ولا تتعارض هذه المادة مع حرية الرأى، إذ إنّ حرية الرأي تختلف عن باقي الحريات في أن أثرها ليس مقصورًا على الفرد، وأنها تؤثر على غيره، لذلك فإنها تخضع للتنظيم، لتجنب الفتنة والفوضى واضطراب الأمن وتفتيت السلطة، إذا هي قامت على وجهها المطلق، وقد كفل الدستور ممارستها في إطار القوانين المنظمة لها. والمقصود من المادة المطعون فيها: «حماية شخص الأمير مما عساه أن يوجه إليه من طعن في حقوقه وسلطته، ويشمل كل نقد منطو على تجريح يمس الهيبة، ويؤذي الشعور ويشتمل على التعريض وعدم التوقير اللغوي الذي من شأنه أن يضعف من سلطة رئيس الدولة، وينقض الحق الذي يستمده من الدستور، وليس من شأن ذلك أن يؤثر في حرية الرأي ونقد أعمال الحكومة، بل هي حرية مكفولة على الدوام، ما دام الأمير لا يزج باسمه ولا يقحم . ونقد أعمال الحكومة لا يمكن إلا أن يوجه إلى المسؤولين عنها بحكم الدستور».

وبناءً على هذا التفسير الذي تبنّته المحكمة الدستورية لنص المادة (25) من القانون رقم 31 لسنة 1970، بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960، على الوجه الذي يتفق مع الدستور، فقد قضت المحكمة برفض الدعوى بعدم دستوريتها[14].

### ثالثًا: الحكم بدستورية تجريم العمل العدائي ضد دولة أجنبية

تنص المادة (4) من القانون رقم 31 لسنة 1970 بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960، على أن: «يُعاقَب بالحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن ثلاث سنوات كل من قام بغير إذن من الحكومة بجمع الجند، أو قام بعمل عدائي آخر ضد دولة أجنبية من شأنه تعريض الكويت لخطر الحرب، أو قطع العلاقات السياسية. فإذا ترتب على الفعل وقوع الحرب أو قطع العلاقات السياسية تكون العقوبة الحبس المؤبد».

(14) صدر الحكم في الدعاوى أرقام 20 و21 و22 لسنة 2012، الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية الكويتية: https://www.cck.moj.gov.kw/ar/Pages/default.aspx، تاريخ زيارة الموقع: 12 أكتوبر 2022.

وقد أحالت النيابة العامة أحد الأشخاص للمحاكمة الجنائية بتهمة القيام بعمل عدائي ضد المملكة العربية السعودية، بالمخالفة لنص هذه المادة، بأن نشر في حسابه في موقع تويتر تغريدات تضمنت إساءة لشعبها وحكامها. وفي أثناء نظر الدعوى أمام محكمة الجنايات دفع المتهم بعدم دستورية نص المادة (4) من القانون رقم 31 لسنة 1970 بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء المشار إليه بحجة صياغتها بعبارات مشوبة بالغموض وعدم الوضوح والاتساع، بما ينتفى معه التحديد الجازم لضوابط تطبيقها، وذلك بالمخالفة للمادة (30) من الدستور التي تكفل الحرية الشخصية، والمادة (36) التي تكفل حرية الرأي والتعبير. وقد قضت محكمة الجنايات بعدم جدية الدفع بعدم الدستورية، وبمعاقبة المتهم بعقوبة الحبس. طعن المحكوم عليه في هذا الحكم أمام لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية، فقضت اللجنة بإلغاء حكم محكمة الجنايات، وأحالت النزاع إلى المحكمة الدستورية بكامل هيئتها للفصل في مدى دستورية النص المطبّق على الدعوى.

ولكن المحكمة الدستورية رجّحت تفسير النص التشريعي المطعون فيه على الوجه الذي يتفق مع أحكام الدستور، وأسسّت حكمها على أن: «عبارات الفقرة الأولى من المادة (4) من القانون رقم 31 لسنة 1970 سالف الذكر قد جاءت واضحة جلية، ومحدّدة بصورة يقينية، لا التباس فيها ولا غموض، كاشفة بما لا يدع مجالاً للبس أو الإبهام... وقد جاء تحديدها قاطعاً بها وجازماً لضوابط تطبيقها، وفهمها مستقيماً لعباراتها وفق معايير تتعلق بها وحدها في حدود ضيّقة دون انفلات عباراتها... ويتعيَّن في الفعل المؤثَّم أن يكون فعلاً ماديًّا، وخارجيًّا، وملموسًا، ومحسوسًا، لأن ما يبطنه الشخص ولا يلمسه الغير لا يناله التجريم ولا العقاب».

وبناء على هذا التفسير لنص المادة (4) من القانون رقم 31 لسنة 1970، فيما تضمنه من تجريم القيام بعمل عدائي ضد دولة أجنبية، قضت المحكمة الدستورية بعدم مخالفته لنص المادة (30) من الدستور التي تكفل الحرية الشخصية، والمادة (36) التى تكفل حرية الرأى والتعبير[15].

## رابعًا: الحكم بدستورية جريمة الاتفاق الجنائي

تنص المادة (56) من قانون الجزاء على أنه: «إذا اتفق شخصان، أو أكثر، على ارتكاب جناية أو جنحة، واتخذوا العدة لذلك، على وجه لا يُتوقَّع معه أن يعدلوا عما اتفقوا عليه، عدّ كل منهم مسؤولاً عن اتفاق جنائي، ولو لم تقع الجريمة موضوع الاتفاق. ويُعاقَب

(15) حكم المحكمة الدستورية الكويتية بتاريخ 11 مايو 2016 في الدعوى الدستورية رقم 3 لسنة 2016، الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية: https://www.cck.moj.gov.kw/ar/Pages/default.aspx، تاريخ زيارة الموقع: 12 أكتوبر 2022.

على الاتفاق الجنائي بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات إذا كانت الجريمة موضوع الاتفاق هي الإعدام أو الحبس المؤبد. أما إذا كانت الجريمة أقل من ذلك، كانت عقوبة الاتفاق الجنائي الحبس مدة لا تزيد على ثلث مدة الحبس المقرّرة للجريمة أو الغرامة التي لا يجاوز مقدارها ثلث مقدار الغرامة المقرّرة للجريمة.

ويعفى من العقاب كل من بادر بإخبار السلطات العامة بوجود اتفاق جنائي وبمن اشتركوا فيه، قبل قيامها بالبحث والتفتيش، وقبل وقوع أية جريمة. فإذا كان الإخبار، بعد البحث والتفتيش، تعيَّن أن يوصل فعلاً إلى القبض على المتفقين الآخرين».

وقد اتّهمت النيابة العامة عددًا من الأشخاص بالاشتراك في اتفاق جنائي على ارتكاب جنايات عقوبتها الإعدام والحبس المؤبد والمؤقت، وأحالتهم إلى محكمة الجنايات، فقضت المحكمة بإدانة بعضهم وبراءة الآخرين. استأنف المحكوم عليهم الأحكام الصادرة بإدانتهم، واستأنفت النيابة العامة الأحكام الصادرة بالبراءة. قضت محكمة الاستئناف بوقف نظر الاستئنافات، وبإحالة الدعوى إلى المحكمة الدستورية للفصل في مدى دستورية المادة (56) من قانون الجزاء فيما تضمنته من تجريم الاتفاق الجنائي. وجاء في قرار الإحالة أن نص هذه المادة لم يبيّن الركن المادي لهذه الجريمة، واتسمت صياغته بالاتساع بحيث يمكن تحميله بأكثر من معنى على نحو تتعدد معه تأويلاتها. وجاء نطاق التجريم واسعا فضفاضاً، وذلك على خلاف لما يجب أن تكون عليه القوانين الجزائية من ضرورة أن تكون الأفعال المؤثّمة محدّدة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها، وأن تكون واضحة في بيان الحدود الضيّقة لنواهيها؛ حتى يكون المخاطبون بها على بيّنة من حقيقة الأفعال التي يتعيّن عليهم تجنبها... ... ... ونصت المادة سالفة الذكر على توقيع العقوبة المقرّرة لارتكاب الجناية أو الجنحة محل الاتفاق على مجرد الاتفاق على اقترافها، حتى لو لم يتم ارتكابها فعلاً».

ولكن المحكمة الدستورية فسَّرت نص المادة (56) من قانون الجزاء على الوجه الموافق للدستور، وقدَّرت أن صياغتها محدَّدة ومنضبطة، وقررَّت أنّ: «المشرِّع وفي حدود السلطة التقديرية المقرَّرة له في تحديد الجرائم وتقرير عقوباتها، جعل من تجريم الاتفاق الجنائي كجريمة قائمة بذاتها – طبقًا للنص الطعين – منوطًا بتوافر أركانها على الوجهة المعرَّفة به قانونًا، تعريفًا لا خفاء فيه ووفقًا لقواعد منضبطة، جاعلاً معيار المسؤولية هو الاتفاق المُصمم عليه، والعلم بارتكاب ما نهى النص عنه، واقتران الاتفاق بالرضا الجدي بالدخول فيه، وبدلالته الإجرامية»[16].

(16) حكم المحكمة الدستورية الكويتية بتاريخ 26 يونيو 2006 في الدعوى رقم 6 لسنة 2006. وتجدر الإشارة إلى أنّ المحكمة الدستورية المصرية تبنّت اتجاها مغايراً لاتجاه المحكمة الدستورية الكويتية=

## خامسًا: الحكم بدستورية تجريم الإقراض بربا فاحش

تنص المادة (230) من قانون الجزاء على أن: «كل من استغل حاجة شخص أو طيشه أو هواه وأقرضه بربا فاحش يُعاقَب بالحبس مدة لا تزيد على سنة، وبغرامة لا تجاوز خمسة وسبعين ديناراً، أو بإحدى هاتين العقوبتين».

وإعمالًا لهذه المادة اتهمت النيابة العام أحد الأشخاص باستغلال حاجة عدد من الأشخاص وإقراضهم بربا فاحش، وأحالته إلى محكمة الجنايات. دفع المتهم بعدم دستورية المادة (230) سالفة الذكر. قضت المحكمة بوقف الدعوى تعليقًا، وبإحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية للفصل فيه. واستند قرار الإحالة إلى أنّ نص المادة (230): «جاء غامضًا مُبهمًا في تحديد المقصود بالربا الفاحش، ودلالة تلك العبارة، وما إذا كان لفظ الفاحش صفة للربا – في حد ذاته – أم أن المقصود بها وصف ما يتحصل عليه المقرض زيادة على أصل الدين، وهي زيادة لم يُكشَف عن مقدارها، مما يؤدي إلى الاختلاف في تطبيق النص الجزائي وفقًا لمفهوم القائم على تطبيقه، فلا يكون الفعل المؤثَّم محدَّدًا بصورة قاطعة، وهو ما يخل بمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة، ويتعارض مع مبدأ المساواة، بالمخالفة للمواد (7) و(29) و(30) و(32) من الدستور».

ولكن المحكمة الدستورية قدَّرت أنّ عبارة نص المادة (230) من قانون الجزاء: «جاءت واضحة بصورة لا التباس أو غموض فيها، تنبئ بجلاء عن ماهية الأفعال المنهي عنها، وبالتالي فإنّ الإدعاء بمخالفة النص الطعين للدستور على النحو سالف البيان يكون قائمًا على غير أساس».

وأسّست المحكمة حكمها على تفسير نص المادة (230) من قانون الجزاء على النحو الآتي: «المشرّع الكويتي قد فرّق في عقد القرض بين المعاملات المدنية والمعاملات التجارية، فاعتبر الفوائد في عقد القرض المدني من قبيل الربا المحرم شرعًا، فحظر الاتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ القرض، ونصَّ على إبطال كل شرط يقضي بغير ذلك، أمّا في المعاملات التجارية، فقد أجاز الاتفاق على اقتضاء فوائد في القرض التجاري، وحدَّد سعر الفائدة القانونية، وأجاز الاتفاق على سعر آخر بشرط ألّا يزيد على الأسعار المعلنة من البنك المركزي، واكتفى في كل ذلك بما قرّره من جزاءات مدنية على مخالفة الحدود التي قرّرها، إلا أنه قدَّر خطورة استغلال حاجة المقترضين وإقراضهم مقابل الحصول على فوائد تتجاوز الحدود سالفة البيان، فجاء النص الطعين ليعاقب كل من

= فيما يتعلق بتجريم الاتفاق الجنائي، وقضت بتاريخ 9 مارس 1999 في القضية رقم 114 للسنة القضائية الواحدة والعشرين بعدم دستورية نص المادة (48) من قانون العقوبات، فيما تضمنته من تجريم الاتفاق الجنائي.

استغل حاجة شخص أو طيشه أو هواه وأقرضه بربا فاحش، فلا يكفي – وفقًا لمفهوم هذا النص – حصول مرتكب الفعل المؤثَّم على ربا ، بل لابد أن يكون الربا فاحشاً، أي متجاوزًا بصورة واضحة الحدود التي تكون فيها الفوائد جائزة، فالواضح من عبارة الربا الفاحش أنّها لا يمكن أن يحمل فهمها إلاّ على الفوائد المبالغ في مقدارها، وهو مفهوم يدركه أوساط الناس ولا يختلفون حول فحواه»[17].

يتبيَّن لنا من عرض الأحكام السابقة أن المحكمة الدستورية الكويتية تراقب الصياغة التشريعية لنصوص التشريعات الخاضعة لرقابتها، وإذا كانت تحتمل تفسيرات مختلفة فإنّ المحكمة ترجّح التفسير الذي يتفق مع الدستور، وتقضي بناء على ذلك برفض الدعوى بعدم الدستورية: وقد طبقّت المحكمة هذه السياسة فيما يتعلق بالمسؤولية الجزائية لرئيس التحرير عن الجرائم التي ترتكب بطريق النشر في الجريدة، وتجريم الإساءة للذات الأميرية، وتجريم العمل العدائي ضد دولة أجنبية، وتجريم الاتفاق الجنائي، وتجريم الإقراض بربا فاحش.

وتبنّت المحكمة – في هذا الحكم الأخير – معيارًا للربا الفاحش يقوم على تقاضي الدائن فوائد مبالغًا فيها وفقًا لما يدركه أوساط الناس ولا يختلفون حول فحواه، وقضت بدستورية جريمة تقاضي ربا فاحش التي ينطبق عليها هذا المعيار، وأشارت في حكم جريمة التشبّه بالجنس الآخر، موضوع هذه الدراسة، إلى المذكرة الإيضاحية للمادة (198) من قانون الجزاء التي حدَّدت معيار الفعل المؤثَّم بأنه يشمل أية صورة من الصور للتشبّه بالجنس الآخر، ومنها تزيي جنس بملابس الجنس الآخر المقصورة عليه بحسب العرف السائد في البلاد، أو تقمصه شخصية الآخر، وقضت بعدم دستورية صياغة هذا النص على الرغم من أنّها لا تختلف عن صياغة نص جريمة تقاضي ربا فاحش.

وبوجه عام، فإن الصياغة التشريعية للنصوص التي تضمنت الجرائم سالفة الذكر لا تختلف عن صياغة نص المادة (198) من قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960، المعدَّل بالقانون رقم 36 لسنة 2007 فيما تضمنته من تجريم من تشبّه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور، والتي قضت المحكمة الدستورية بعدم دستوريتها، على خلاف السياسة التي اتبعتها في الأحكام السابقة.

خلاصة الأمر أنّ الحكم الصادر بعدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء، فيما تضّمنته من تجريم التشبّه بالجنس الآخر، يعدّ استثناء على سياسة المحكمة في عدم

(17) حكم المحكمة الدستورية الكويتية بتاريخ 17 فبراير2021 في الدعوى رقم 5 لسنة 2019، الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية: https://www.cck.moj.gov.kw/ar/Pages/default.aspx، تاريخ زيارة الموقع: 12 أكتوبر 2022.

الحكم بمخالفة صياغة نص التشريع الجنائي للدستور إلا إذا كانت عبارة النص واسعة فضفاضة غير منضبطة، وغامضة بصورة أكيدة لا يوجد أي احتمال لتفسيرها على النحو الذي يتفق مع أحكام الدستور.

ونعتقد أن المحكمة الدستورية كان يمكنها تفسير نص هذه المادة على الوجه الذي يوافق أحكام الدستور، كما فعلت هي ذاتها في الحالات المماثلة؛ فالقاضي الدستوري لا يحكم بعدم دستورية النص المعروض عليه إلا إذا تبيّن له بعد الفحص الدقيق لهذا النص – على ضوء أحكام الدستور ومبادئه – أنه يخالف واحداً أو أكثر من هذه الأحكام والمبادئ بشكل واضح وقاطع، وإذا وجد القاضي أن النص الخاضع لرقابته يحتمل أكثر من تفسير، وكان أحد التفسيرات التي يمكن أن يحمل عليها النص يتفق مع الدستور، فإنه يُرجّح هذا التفسير ولا يحكم بعدم دستورية النص.

وسوف نبيِّن – فيما يلي – أن المحكمة كان يمكنها أيضًا معالجة اتساع عبارة المادة (198) من قانون الجزاء، بأن تقضي بعدم دستوريتها جزئيًّا، فيما لم تتضمّنه من ضوابط تحقّق الأمن القانوني الذي يعني وضوح النص التشريعي وحماية الحرية الشخصية، مع الإبقاء على جريمة التشبّه بالجنس الآخر. كما كان يمكنها كذلك أن تحكم بدستورية المادة (198) من قانون الجزاء وفقًا لضوابط وتحفظات في التطبيق العملي كما تفعل محاكم دستورية أخرى في دول عديدة. وهذا ما سوف نعرضه في المبحثين القادمين.

## المبحث الثاني

## السلطة التقديرية للقاضي الدستوري

## في إكمال النقص في النص التشريعي

بيَّنا في المبحث السابق الأساس القانوني والتطبيقات العملية لسياسة القاضي الدستوري في عدم الحكم بمخالفة النص التشريعي الخاضع لرقابته للدستور إلا إذا كانت هذه المخالفة واضحة وقاطعة، وإذا وجد القاضي أن هذا النص يحتمل أكثر من تفسير، وكان أحد هذه التفسيرات يتفق مع الدستور، فإنّه يُرجّح هذا التفسير ولا يحكم بعدم دستورية النص.

ومن ناحية أخرى، فإن القاضي الدستوري يتبع سياسة عملية ويضيف في بعض الأحيان إلى النص التشريعي. وتتخذ الإضافة صورتين: في الصورة الأولى لا يكتفي القاضي بمراقبة القاعدة التي يتضمنها النص التشريعي، وإنّما يراقب أيضاً ما كان ينبغي أن يضيفه المشرِّع إلى هذه القاعدة لكي يصدر نص التشريع على الوجه الذي يتفق مع الدستور، ويحكم بعدم دستورية تنظيم المشرِّع للموضوع تنظيمًا يتسم بالنقص أو القصور. وتعد هذه إضافة من جانب القاضي للنص. ويطلق الفقه العربي على هذه الصورة للرقابة على الشرعية الدستورية «رقابة الإغفال التشريعي». ويطلق عليها الفقه الفرنسي مصطلح omission ou lacune législative، ونفضل استخدام مصطلح: «قصور التنظيم التشريعي»[18].

(18) Rapport du Conseil constitutionnel français à la 7ème conférence des Cours constitutionnelles européennes, Lisbonne 26-30 avril 1987, Annuaire international de justice constitutionnelle, 1987, p. 146.

ويعد الإغفال أو القصور في نص التشريع صورة من صور عيب عدم الاختصاص السلبي في التشريع، تتمثل في عدم وجود قاعدة في نص التشريع كان ينبغي على المشرِّع أن يضعها في هذا النص؛ لكي يكون موافقًا لأحكام الدستور. وتوجد صورة ثانية لعيب عدم الاختصاص السلبي في التشريع تتمثل في أن ينقل المشرِّع للسلطة اللائحية تنظيم موضوع من الموضوعات التي عهد إليه الدستور بتنظيمها.

وراجع فى الفقه العربي: عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرّع، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 153. عبدالعزيز محمد سلمان، الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي، مجلة المحكمة الدستورية المصرية، عدد خاص بمناسبة اليوبيل الذهبي للمحكمة، القاهرة، ديسمبر 2019.

وفي الصورة الثانية، فإنّ القاضي الدستوري حينما يجد أنّ النص التشريعي المعروض عليه في حاجة إلى بعض الضوابط في التطبيق تجعله متفقاً مع الدستور، فإنّه يحكم بدستوريته مع بعض الضوابط أو التحفظات التي ينبغي على الجهات المناط بها تنفيذه مراعاتها في الواقع العملي. وفي هذه الحالة، فإنّ القاضي يحكم بدستورية النص مقترناً بالضوابط أو التحفظات المحدّدة في الحكم، وتلتزم الجهات المناط بها تطبيقه بمراعاة هذه الضوابط أو التحفظات احتراماً للحجية المطلقة التي تتمتع بها أحكام القضاء الدستوري. ويطبق القضاء الدستوري – في العديد من الدول – هذه السياسة في إصدار أحكامه.

وقد سبق للمحكمة الدستورية الكويتية أن بسطت رقابتها على قصور التنظيم التشريعي أو «الإغفال التشريعي» في عدد من الحالات، ونعتقد أنّه كان يمكن تطبيق هذا الأسلوب ذاته في الفصل في دستورية نص المادة (198) من قانون الجزاء، والقضاء بعدم دستورية نص هذه المادة جزئيًّا، فيما لم يتضمنه من ضوابط تحقّق الأمن القانوني مع الإبقاء على جريمة التشبّه بالجنس الآخر.

وما تقوم به المحكمة الدستورية الكويتية – في هذا المجال – يتفق مع السياسية القضائية التي يطبقها القضاء الدستوري في القانون المقارن، فالقاضي الدستوري لا يقف عند حدِّ رقابة دستورية القاعدة التي يتضمنها النص التشريعي الخاضع لرقابته، وإنّما يمكن أن يقدِّر أنّ هناك قاعدة أخرى كان ينبغي على المشرِّع أن يضيفها إلى هذا النص التشريعي لكي يصدر نص التشريع على الوجه الذي يتفق مع الدستور، وفي هذه الحالة فإنّه يحكم بعدم دستورية النص جزئيًّا فيما انطوى عليه من نقص أو قصور. وتعد هذه إضافة من جانب القاضي الدستوري للنص التشريعي. وقد يكون الحكم كافيًا للتطبيق مع النص التشريعي بواسطة الجهات المناط بها تنفيذ التشريع، بما فيها المحاكم، كما قد يحتاج الأمر – في بعض الحالات – إلى تدخل من المشرِّع لإضافة القاعدة التي لم يتضمنها النص الأول المقضي بعدم دستوريته جزئيًّا. وسوف نستخدم مصطلح الرقابة على قصور التنظيم التشريعي بالنسبة لهذه الصورة من الرقابة على الشرعية الدستورية.

وتقف المحكمة الدستورية في كل من دولة الكويت وجمهورية مصر العربية، وكذلك المجلس الدستوري الفرنسي، عند حدِّ رقابة النقص أو القصور الجزئي في النص التشريعي، ولا تتدخل أي من هذه المحاكم في مراقبة السكوت عن التنظيم، أو ما يسمى في الفقه بـ «الإغفال الكلي»، أو امتناع المشرِّع عن تنظيم أحد الموضوعات.

ونعتقد أنّ المحكمة الدستورية الكويتية كان يمكنها إضافة الضوابط التي تقدِّر أنّها ضرورية إلى نص المادة (198) من قانون الجزاء بشأن تجريم التشبّه بالجنس الآخر عن

طريق الحكم بعدم دستوريتها، فيما لم تتضمّنه من بعض الضوابط التي تكفل حماية الأمن القانوني[19]، مثل شرط أن تكون الأفعال المنسوبة للمتهم واضحة وقاطعة في الدلالة على تقمّص شخصية الجنس الآخر، وأن تقوم جهة الادعاء العام بتوجيه تعليمات ملزمة لرجال الضبط القضائي بعدم التدخل، إلاّ إذا كان سلوك المتهم والأفعال الصادرة عنه تتجاوز نطاق الحرية الشخصية بصورة يقينية.

ونعرض تطبيقات من قضاء المحكمة الدستورية في كل من دولة الكويت وجمهورية مصر العربية، ومن قضاء المجلس الدستوري الفرنسي، في الرقابة على قصور التنظيم التشريعي، وذلك في ثلاثة مطالب على الوجه الآتي:

المطلب الأول: تطبيقات من قضاء المحكمة الدستورية الكويتية في الرقابة على قصور التنظيم التشريعي.

المطلب الثاني: تطبيقات من قضاء المحكمة الدستورية المصرية في الرقابة على قصور التنظيم التشريعي.

المطلب الثالث: تطبيقات من قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في الرقابة على قصور التنظيم التشريعي.

## المطلب الأول

## تطبيقات من قضاء المحكمة الدستورية الكويتية في الرقابة على قصور التنظيم التشريعي

أصدرت المحكمة الدستورية الكويتية عدداً من الأحكام لم تقف فيها عند حدّ فحص دستورية القاعدة التي يتضمنها النص التشريعي الخاضع لرقابتها، وقدِّرت أنّ هناك قاعدة أخرى كان ينبغي على المشرِّع أن يضيفها إلى هذا النص التشريعي لكي يصدر نص التشريع على الوجه الذي يتفق مع الدستور، وقضت بعدم دستورية النص جزئيًّا فيما انطوى عليه من نقص أو قصور. ونشير فيما يلي إلى أهم هذه الأحكام:

(19) راجع بشأن مفهوم مبدأ الأمن القانوني: يسرى العصار، الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص245 وما بعدها. للمؤلف نفسه، الحماية الدستورية للأمن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية، القاهرة، العدد الثالث، يوليو 2003؛ رفعت عيد سيد، مبدأ الأمن القانوني: دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص11.

**أولًا: الحكم الصادر بتاريخ 25 نوفمبر 2015** بعدم دستورية ماتضمّنته المادة (200) مكرر من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية من قصر الحق في الطعن أمام محكمة الاستئناف بهيئة تمييز في الأحكام الصادرة من محكمة الجنح المستأنفة على الأحكام الصادرة بعقوبة الحبس.

وكان مبنى الطعن على هذا النص أنّه: «انطوى على إخلال بمبدأ المساواة والانتقاص من حق التقاضي وضمانات الدفاع... إذ إنّه قصر الحق في الطعن أمام محكمة الاستئناف – بهيئة تمييز – في الأحكام الصادرة من محكمة الجنح المستأنفة على الأحكام الصادرة بعقوبة الحبس، بينما حجب هذا الحق عن الشخص المحكوم عليه بعقوبة الغرامة، شأنه في ذلك شأن المسؤول عن الحقوق المدنية أو المدعي بها، على الرغم من أنّ الآثار المدنية المترتبة على الحكم الصادر بعقوبة الغرامة هي الآثار المدنية ذاتها المترتبة على عقوبة الحبس، وفي بعض الأحوال قد تكون أشد وطأة، وأوخم عاقبة مما يرتبه الحكم بالحبس، وهو ما يناقض حق التقاضي، ويخل بالضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع، ويتعارض مع مبدأ المساواة، بالمخالفة للمادتين (29) و(34) من الدستور».

وقد أيّدت المحكمة الدستورية هذه الحجج، وقضت بعدم دستورية نص المادة (200) مكرر من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية، فيما تضمنته من قصر الحق في الطعن أمام محكمة الاستئناف بهيئة تمييز على الأحكام الصادرة بعقوبة الحبس تأسيسًا على إخلاله بمبدأ المساواة بين المتماثلين في المراكز ذاتها، والانتقاص من حق التقاضي، وضمانات الدفاع[20].

**ثانياً: الحكم الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 2018** بعدم دستورية المادة (42) من القانون رقم 106 لسنة 2013 في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، فيما تضمنته من النص على عدم جواز تطبيق أحكام المادتين (81) و(82) من قانون الجزاء بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في ذلك القانون، وهما المادتان اللتان تمنحان القاضي سلطة تقديرية في التقرير بالامتناع عن النطق بالعقاب، أو الأمر بوقف تنفيذ العقوبة[21].

(20) صدر الحكم في الطعن المباشر بعدم دستورية المادة (200) مكرر من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية، رقم 12 لسنة 2015.

(21) تنص المادة (37) من القانون رقم 106 لسنة 2013 في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب على أن: «يُعاقَب بالحبس مدة لا تجاوز سنة وبغرامة لا تقل عن نصف قيمة الأموال محل الجريمة ولا تجاوز كامل قيمتها أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من يخالف أحكام المادة (20) أو يقدم إفصاحاً كاذباً عن العملة أو الأدوات القابلة للتداول لصالح حاملها، أو يخفي عن عمد أو إهمال جسيم وقائع كان ينبغي الإفصاح عنها، وإذا كان مرتكب المخالفة شخصاً اعتبارياً يعاقب بغرامة لا تقل عن قيمة الأموال محل الجريمة ولا تجاوز ضعفها». =

وقد اتّهمت النيابة العامة أحد الأشخاص بمخالفة نص المادة (42) من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وأحالته إلى محكمة الجنايات، فقدم دفعًا بعدم دستورية هذه المادة، وقدَّرت محكمة الجنايات جدَّية الدفع، وأحالت الأمر للمحكمة الدستورية للفصل فيه. وكان مبنى النعي على نص المادة (42) سالفة الذكر أنّ: «ما تضمنته تلك المادة من عدم جواز تطبيق أحكام المادتين (81) و (82) من قانون الجزاء بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في ذلك القانون، والخاصة بالتقرير بالامتناع عن النطق بالعقاب أو الأمر بوقف تنفيذ العقوبة، من شأنه تقييد سلطة القاضي في تفريد العقوبة، وتطبيق مبدأ تعميم العقوبة على المتهمين من دون إعمال أي اعتبار لمناسبتها مع وزن الجريمة، وملابساتها، والظروف الشخصية للمتهم بارتكابها، مما يفضي إلى غلّ يد القاضي عن تفريد العقوبة، وينطوي على إخلال بنظام التقاضي، وبضمانات المحاكمة المنصفة، وخضوع الدولة للقانون، كما أنّ من شأنه حرمان المتهم من تطبيق قواعد الرأفة في حقه، بالمخالفة للمواد (34) و (50) و(163) و (173) من الدستور».

وقد قبلت المحكمة الدستورية هذا الطعن، وقضت في الموضوع بعدم دستورية النص المطعون فيه تأسيسًا على أنّه: «منع القاضي من استعمال سلطته التقديرية في التقرير بالامتناع عن النطق بالعقاب أو الأمر بوقف تنفيذ العقوبة... ويكون بذلك: قد أخل بنظام التقاضي، وأهدر ضوابط المحاكمة المنصفة للمتهم في مجال فرض العقوبة، كما يمثّل هذا الأمر تدّخلًا محظورًا من السلطة التشريعية في شؤون القضاء واستقلاله، مما يصم ذلك النص بعيب مخالفته لأحكام المادة (34) من الدستور، بشأن حق الدفاع والمحاكمة العادلة، والمادة (50) بشأن مبدأ الفصل بين السلطات، والمادة (163) بشأن استقلال القضاء[22].

**ثالثاً: الحكم الصادر بتاريخ 10 أبريل 2019** بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (13) من القانون رقم 91 لسنة 2013 في شأن مكافحة الاتجار بالأشخاص وتهريب

=وتنص المادة (42) من القانون ذاته على أن: «لا تسقط بمضي المدة الدعوى الجزائية أو العقوبة المحكوم بها في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، ولا يجوز تطبيق أحكام المادتين (81) و(82) من قانون الجزاء في شأن هذه الجرائم».

وتنص المادة (81) من قانون الجزاء على أنه: «إذا اتُّهم شخص بجريمة تستوجب الحكم بالحبس، جاز للمحكمة، إذا رأت من أخلاقه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكب فيها جريمته أو تفاهة هذه الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنّه لن يعود إلى الإجرام، أن تقرّر الامتناع عن النطق بالعقاب...».

وتنص المادة (82) من القانون ذاته على أنّه: «يجوز للمحكمة إذا قضت بحبس المتهم مدة لا تجاوز سنتين أو بالغرامة، أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم...».

(22) صدر الحكم في القضية رقم 1 لسنة 2018، الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية الكويتية: https://www.cck.moj.gov.kw/ar/Pages/default.aspx، تاريخ زيارة الموقع: 12 أكتوبر 2022.

المهاجرين، وذلك فيما تضمنته من عدم جواز التقرير بالامتناع عن النطق بالعقاب بالنسبة لأي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون.

وتنص المادة الثانية، في فقرتها الأولى، من القانون رقم 91 لسنة 2013، سالف الذكر، على أنّه: «مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر، يُعاقب بالحبس خمس عشرة سنة كل من قام بالاتجار بالأشخاص على النحو المبيَّن في المادة الأولى من هذا القانون». وتنص المادة (13) من القانون ذاته، في فقرتها الثانية، على أنّه: «لا يجوز الأمر بوقف تنفيذ العقوبة أو الامتناع عن النطق بالعقاب بالنسبة لأي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون».

وقد اتهمت النيابة العامة شخصين بمخالفة نص المادة (2) من القانون رقم 91 لسنة 2013، في شأن مكافحة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين، وأحالتهما إلى محكمة الجنايات. وارتأت هذه المحكمة – من تلقاء نفسها – وجود شبهة بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (13) من القانون سالف الذكر، فيما نصت عليه من عدم جواز الأمر بوقف تنفيذ العقوبة، أو الامتناع عن النطق بالعقاب بالنسبة لأي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، وأحالت الأمر للمحكمة الدستورية للفصل فيه. وكان مبنى النعي على نص الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر هو أنّها: «لم تجز التقرير بالامتناع عن النطق بالعقاب في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، في حين أنّ استعمال الرأفة في المواد الجزائية بالتقرير بالامتناع عن النطق بالعقاب، إذا اقتضت أحوال الجريمة وظروف المتهم ذلك – عملاً بنص المادة (81) من قانون الجزاء – هو من الأدوات التشريعية التي يتساند إليها القاضي لتطبيق مبدأ تفريد العقوبة، بما يفقده جوهر وظيفته القضائية، وينأى عن ضوابط المحاكمة المنصفة، وينطوي على تدخل محظور في شؤون العدالة، بالمخالفة للمواد (34) و(50) و(163) من الدستور».

وقد قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (13) من القانون رقم 91 لسنة 2013 في شأن مكافحة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين، وذلك فيما تضمنته من عدم جواز التقرير بالامتناع عن النطق بالعقاب بالنسبة لأي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، وأسست حكمها على أنّ: «العقوبة التي يحدّدها القانون في شأن جريمة معيّنة حدّد أركانها إنّما يرتبط تقديرها بعوامل موضوعية تتصل بالجريمة في ذاتها، وبعناصر شخصية تعود إلى مرتكبها، وكان تقدير هذه العناصر جميعها أمرًا يتولاه القاضي بمقتضى سلطته في مجال تفريد العقوبة، فالأصل في العقوبة هو تفريدها لا تعميمها»، وإنَّ «حجب القاضي عن ممارسة هذه السلطة التقديرية، وحرمانه من مباشرة حقه في هذا الشأن، هو افتئات على عمل السلطة القضائية، واعتداء

على استقلالها، وتعطيل لدورها، من شأنه أن يخل بالحقوق المرتبطة بالوظيفة القضائية، ويعدّ انتهاكاً لمبدأ فصل السلطات المنصوص عليه في الدستور، وبالتالي فإنّ السلطة التقديرية التي يباشرها القاضي – في مجال تفريد العقوبة – يتعيّن أن تشمل لزوماً حقه في التقرير بالامتناع عن النطق بالعقاب، مراعاة لظروف الجريمة وملابساتها وسمات الجاني الشخصية طبقًا للمادة (81) من قانون الجزاء»[23].

ونعتقد أنّ هذه الأمثلة من أحكام المحكمة الدستورية الكويتية، بعدم دستورية نصوص تشريعية فيما تضمّنته من نقص في النص على قاعدة ضرورية، لكي يعّد النص موافقًا لأحكام الدستور، لا تحتاج في تنفيذها إلى تدخل من جانب المشرِّع، وتُعدّ إضافة إلى النص التشريعي، وتطبقها المحاكم مباشرة مع النص التشريعي. ولكن سنعرض حالات أخرى في القانونين المصرى والفرنسي تحتاج إلى تدخل من جانب المشرِّع لتنفيذ حكم القاضي الدستوري بعدم دستورية نص تشريعي جزئيًّا.

## المطلب الثاني

## تطبيقات من قضاء المحكمة الدستورية المصرية في الرقابة على قصور التنظيم التشريعي

حينما تُقدِّر المحكمة الدستورية المصرية أنّ نص التشريع الخاضع لرقابتها لم يتضمن قاعدة كان من الضروري أن يتضمنها – لكي يُعدّ موافقًا لأحكام الدستور – فإنّها تقضي بعدم دستوريته فيما لم يتضمنه من النص على هذه القاعدة. ويمكن القول – في هذه الحالة – إنّ المحكمة الدستورية أضافت هذه القاعدة إلى نص التشريع. وبناء على الحجية المطلقة التي تتمتع بها أحكام المحكمة الدستورية، فإنّ الجهات المناط بها تنفيذ التشريع تقوم بتطبيقه مع الحكم الصادر من المحكمة الدستورية بعدم دستوريته فيما لم يتضمنه من النص على القاعدة التي كان ينبغي أن يَنُصَّ عليها، ولكن قد يحتاج تطبيق حكم المحكمة الدستورية – في بعض الحالات – إلى صدور تشريع ينص صراحة على القاعدة التي أغفل التشريع السابق النص عليها[24].

(23) صدر هذا الحكم في القضية رقم 7 لسنة 2018.

(24) راجع بشأن الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعى، أو الإغفال التشريعى: عبدالحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص49. عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرّع، مرجع سابق، ص153؛ عبدالعزيز محمد سلمان، مرجع سابق.

ونعرض فيما يلي بعض تطبيقات للأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية المصرية في مجال الرقابة على قصور التنظيم التشريعي، وهو ما يطلق عليه الفقه الإغفال التشريعي.

**أولًا: الحكم الصادر بتاريخ 25 يونيو سنة 1983** بعدم دستورية نص المادة الأولى من القرار بقانون 104 لسنة 1964 بأيلولة ملكية الأراضي الزراعية – التي تمّ الاستيلاء عليها طبقاً للمرسوم بقانون الصادر عام 1952 بشأن الإصلاح الزراعي وتعديلاته – إلى الدولة دون مقابل، وذلك فيما لم تتضمّنه من تقرير حق الملاك في التعويض عن أراضيهم المستولى عليها[25].

وجاء في أسباب الحكم: «إنّ الدساتير المصرية المتعاقبة قد حرصت جميعها، منذ دستور سنة 1923، على النص على مبدأ صون الملكية الخاصة... باعتبارها في الأصل ثمرة النشاط الفردي، وحافزه على الانطلاق والتقدم، فضلًا على أنّها مصدر من مصادر الثروة القومية التي يجب تنميتها والحفاظ عليها لتؤدي وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي. ومن أجل ذلك، حظرت تلك الدساتير نزع الملكية الخاصة جبراً عن صاحبها إلا للمنفعة العامة، ومقابل تعويض وفقًا للقانون... كما نص الدستور القائم (دستور 1971) على حظر التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام، وبقانون، ومقابل تعويض (المادة 35)... وحظر المصادرة العامة حظرًا مطلقًا، كما لم يجز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي (المادة 36).

لما كان ذلك، وكان استيلاء الدولة على ملكية الأراضي الزراعية الزائدة على الحدّ الأقصى الذي قرَّره القانون للملكية الزراعية يتضمن نزعاً لهذه الملكية الخاصة بالنسبة للقدر الزائد جبرًا عن صاحبها، ومن ثم وجب أن يكون حرمانه من ملكه مقابل تعويض، وإلا كان استيلاء الدولة على أرضه بغير مقابل مصادرة خاصة لها لا تجوز إلا بحكم قضائي».

وبناء على ذلك قضت المحكمة بعدم دستورية المادة الأولى من القرار بقانون رقم 104 لسنة 1964.

**ثانياً: الحكم الصادر بتاريخ 1 أكتوبر 1994** بعدم دستورية المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 450 لسنة 1986، بإنشاء محميات طبيعية بالبحر الأحمر، وذلك فيما لم تتضمنه من تعيين الحدود التي تبيِّن النطاق المكاني لتلك المحميات، حيث إنّ عدم نشر الخريطة التي تبيِّن حدود كل محمية من شأنه أن يجهّل بالركن المادي لجريمة

(25) صدر الحكم في القضية رقم 3 للسنة القضائية الأولي، الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا: https://www.sccourt.gov.eg/SCC/، تاريخ الزيارة: 15 أكتوبر 2022.

الاعتداء على المحميات، بما يفقد التجريم خاصية اليقين ويجعله مخالفًا للدستور[26]. وأقامت المحكمة قضاءها على الأسباب الآتية:

«إن المحميات الطبيعية التي نظمها القانون رقم 102 لسنة 1983، وأحاطها بالحماية الجنائية؛ تقديراً منه لحيوية المصالح التي ترتبط بوجودها، لا ينشئها إلا قرار يصدر عن رئيس مجلس الوزراء؛ يكون كاشفًا عن حدودها قاطعًا بتخومها، ليكون نطاقها المكاني جليًّا واضحًا توقيًّا لاختلاطها بغيرها من المناطق البحرية، وتعيينًا للدائرة التي لا يُتصوَّر وقوع الأفعال التي أثَّمها فيما وراء محيطها، وكان إعمال أحكام هذا القانون رهنًا بصدور ذلك القرار مستكملًا العناصر التي لا يقوم إلا بها، فإنّ تعيين حدود المحميات البحرية التي يسري عليها، يجب أن يكون محمولًا عليه أو متساندًا إليه، سواء بيَّن مواقعها في صلبه أو أحال في شأن تجليتها إلى وثيقة أفصح عنها، لتندمج بالتالي في الأحكام التي تضمنها، وتغدو جزءًا منها يتكامل معها».

«وحيث إنّ إعلام المخاطبين بالقانون آنف البيان إعلامًا كافيًا بحدود المحميات الطبيعية لضمان حقوقهم وحرياتهم التي نص عليها الدستور، أو كفلتها قواعد القانون الدولي العام، لا يتأتى إلاّ من خلال نشرها في الجريدة الرسمية التي تتحقّق بها العلانية، وكان قرار رئيس مجلس الوزراء المطعون فيه قد أحال في شأن تعيين حدود المحميات الطبيعية التي عيَّنها إلى خريطة تبيِّن مواقعها، إلا أنّها لم تنشر، وظل خافيًا بذلك النطاق المكاني الذي تمتد إليه تلك المحميات على صعيد المياه البحرية... فإنّ القرار المطعون فيه إذ جهَّل بحدود المحميات الطبيعية التي يسري عليها والتي يعتبر تعيينها مفترضًا أوليًا لإعمال النصوص العقابية التي تضمنها القانون المنظم لتلك المحميات، من خلال ترسيم الدائرة التي تعمل فيها، يكون مفتقرًا إلى خاصية اليقين التي تهيمن على التجريم، ويخل كذلك بالحرية الشخصية، من خلال القيود التي لا يجوز أن تنال من جوهرها».

وبناءً على ذلك قضت المحكمة بعدم دستورية المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 450 لسنة 1986 بإنشاء محميات طبيعية بمنطقة جبل علبة بالبحر الأحمر، وذلك فيما لم تتضمنه من تعيين الحدود التي تبيّن النطاق المكاني لتلك المحميات.

**ثالثًا: الحكم الصادر بتاريخ 2 مايو 1999** بعدم دستورية المادة (13) من قانون حماية الآثار الصادر بالقانون رقم 117 لسنة 1983 في مجال تطبيقها على الملكية الخاصة، وذلك فيما لم تتضمنه من تعويض المالك عن القيود التي يفرضها عليه القانون نتيجة

(26) في القضية الدستورية رقم 20 للسنة القضائية 15، الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا: https://www.sccourt.gov.eg/SCC/، تاريخ الزيارة: 15 أكتوبر 2022.

لاعتبار ملكه أثرًا[27]. وقد أسست المحكمة قضاءها على أنّ: «الحماية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة تفترض ألا ترهق القيود التي يفرضها المشرِّع عليها – في إطار وظيفتها الاجتماعية – جوهر بنيانها، وألا يكون من شأنها تعطيل الانتفاع بها بما يفقدها علة وجودها، وينحدر بالحماية المقرَّرة لها إلى ما يفرغها من مضمونها...

وحيث إن النص الطعين فرض قيودًا على الملكية الخاصة يصل مداها إلى حدِّ تقويض دعائمها فلا يكون الانتفاع بها ممكنًا وميسورًا، ومن دون أن يرتبط ذلك بتعويض مقابل تلك القيود، ومنها حظر هدم العقار كله أو بعضه، أو إخراج جزء منه من مصر ليمتنع على مالكه استعماله في كل ما أعد له، أو ما يمكن أن يستعمل فيه، أو الحصول على أية مزية يمكن أن تتحقّق من تصدير جزء منه إلى الخارج، كما غلّ يده عن تجديد العقار، أو تغيير معالمه على أي وجه، إلا بموافقة الجهة الإدارية القائمة على شؤون الآثار... كما أوجب عليه الحصول على موافقة كتابية من تلك الجهة عن كل تصرف يرد على العقار لتبدي رأيها فيه خلال أجل معيَّن يعتبر انقضاؤه بغير رد منها بمنزلة قرار برفض التصرف... كما أطلق يد الجهة المذكورة في أن تباشر – في أي وقت على نفقتها – ما تراه من أعمال لازمة لصيانة الأثر».

وخلصت المحكمة إلى أنّ: «النص الطعين قد عطَّل – دون تعويض – كل خيار لمالك العقار في توجيهه الوجهة التي يُقدِّر أنها في صالحه، حائلًا بذلك دون الانتفاع به اقتصاديًا في الأغراض المقصودة منه، فإنّه يتمحض تدميرًا للملكية الخاصة لا تسامح فيه أيًّا كان نطاق المصالح التي يتذرع بها المشرِّع»، وبناءً على ذلك يعد مخالفًا للدستور.

**رابعًا: الحكم الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 2002** بعدم دستورية نص المادة (23) من قانون الجمارك رقم 66 لسنة 1963 فيما لم تتضمنه من وجوب تسبيب قرار مصلحة الجمارك باطراحها البيانات المتعلقة بقيمة البضائع المستوردة المثبتة في المستندات والعقود والمكاتبات والفواتير المقدمة من صاحب البضاعة[28].

وجاء في أسباب الحكم أنّ قانون الجمارك تبني في المادة (22) تعريفًا دقيقًا لقيمة البضائع الواردة التي تتخذ وعاءً لتحديد مقدار الضريبة الجمركية، يقوم على أساس تحديد قيمة البضائع بقيمتها الحقيقية، مضافًا إليها المصروفات الفعلية المتعلقة بها حتى ميناء الوصول «إذ كان ذلك... وكان نص المادة (23) قد خوَّل مصلحة الجمارك الحق في مطالبة صاحب البضاعة بالمستندات المتعلقة بالسلع المستوردة، دون أن يلزمها بالتقيّد

(27) في القضية رقم 182 لسنة 19 قضائية (دستورية).
(28) صدر الحكم في القضية الدستورية رقم 159 للسنة القضائية العشرين.

بالبيانات التي تضمنتها هذه المستندات، أو يلزمها بالإفصاح عن مبرراتها في الالتفات عنها، أو الوسائل التي اتبعتها في التوصل إلى القيمة الحقيقية للبضائع المستوردة، بما يجعل اطراحها هذه المستندات قرارًا صريحًا إن أفصحت عن ذلك استقلالًا، أو ضمنيًا، بقرارها بتقدير قيمة البضائع المبني على هذا الاطراح، وهي نتيجة تناقض ما تقتضيه ضرورة الالتزام بالشفافية في التعرّف على أسس تقدير وعاء الضريبة، ومن ثم مقدارها، للتحقّق من توافر الشروط الموضوعية التي تنأى بالضريبة عن التمييز، وتكفل ضمانة الخضوع لشرط الحماية القانونية المتكافئة التي كفلها الدستور للمواطنين جميعًا». وبذلك يُعدّ النص الطعين منطويًا على إخلال بمبدأ العدالة الاجتماعية للضريبة، ومانعاً من موانع التقاضي، فيما لم يتضمنه من وجوب تسبيب قرار مصلحة الجمارك باطراحها البيانات المتعلقة بقيمة البضائع المستوردة المثبتة في المستندات والعقود والمكاتبات والفواتير المقدمة من صاحب البضاعة».

وفيما يتعلق بكيفية تنفيذ هذه الأحكام، نلاحظ أنّ حكم المحميات الطبيعية يحتاج في تنفيذه إلى قيام الحكومة بنشر خريطة المحميات التي تُعيِّن مواقع المحميات الطبيعية وحدودها. كما أنّ حكم عدم دستورية القانون المعدِّل لقانون الإصلاح الزراعي، فيما نص عليه من أيلولة أراضي الخاضعين له إلى الدولة، من دون تعويض يحتاج إلى صدور قانون جديد يُبيِّن التعويض ومقداره وإجراءات الحصول عليه، أما حكم قانون الجمارك الذي قضت المحكمة بعدم دستوريته، فيما لم يتضمنه من إلزام مصلحة الجمارك بتسبيب قرارها باطراح البيانات المتعلقة بقيمة البضائع المستوردة، فإنّه لا يحتاج لتدخل من جانب المشرّع، وإذا لم تلتزم مصلحة الجمارك بتسبيب قرارها يجوز لصاحب الشأن اللجوء للقضاء لطلب إلغاء قرارها والتعويض عن الضرر الناتج عنه.

## المطلب الثالث

## تطبيقات من قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في الرقابة على قصور التنظيم التشريعي

لا تقتصر رقابة المجلس الدستوري على دستورية النصوص التشريعية المحالة إليه على فحص مدى اتفاق القاعدة التي نص عليها التشريع المحال إليه مع الدستور، وإنّما يثير المجلس من تلقاء نفسه أي نقص أو قصور في عبارات التشريع الخاضع لرقابته، ويقضي بعدم دستورية نص التشريع فيما لم يتضمنه من قواعد كان ينبغي أن ينص عليها التشريع، لكي يُعدَّ متفقًا مع الدستور، باعتبار أنّ هذه المسألة تتعلق بالنظام

العام[29]. ويربط بعض الكتاب بين رقابة القاضي الدستوري على النقص أو القصور في التشريع ورقابته على مدى وضوح التشريع، ويعتبرون النقص أو القصور في نص التشريع عيبًا في الوقت ذاته في وضوح النص التشريعي[30].

وفي ظل نظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين التي مازال المجلس الدستوري يمارسها، فإنّ قراره بعدم دستورية القصور في التشريع المحال إليه يعيد التشريع إلى البرلمان لكي يقوم بصياغته من جديد على الوجه الموافق للدستور، أمّا في ظل الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين التي أصبح المجلس الدستوري يمارسها بعد التعديل الدستوري في عام 2008، فإنّ قرار المجلس الدستوري قد يحتاج إلى تدخل المشرِّع، وقد يكون من الممكن تنفيذه مباشرة من دون حاجة لتدخل من جانب المشرِّع.

ومن أمثلة النقص أو القصور في التنظيم التشريعي التي قضى المجلس الدستوري بعدم دستوريتها:

- عدم نص القانون المنظم لمؤسسات التعليم الخاص، الصادر بتاريخ 22 يوليو 1983 على الضمانات التي كان القانون الصادر بتاريخ 25 نوفمبر1977 يمنحها لهذه المؤسسات[31].
- عدم تحديد عناصر الجرائم التي تُرتَكب بمناسبة التصفية القضائية للمشروعات[32].
- القصور في تحديد عناصر بعض الجرائم الصحافية بشكل كاف[33].
- عدم النص على الضوابط التي تقيّد من تركيز رؤوس أموال المشروعات الصحافية، وتكفل تحقيق التعددية والتنافسية[34].
- إغفال النص التشريعي الضوابط التي تخضع لها سلطة الإدارة الضريبية في تحديد تاريخ إلغاء الالتزام بأداء الضرائب[35].

(29) C.C. 20 janvier 1984, N. 83-165, D.C., Recueil, p.38.
وراجع حول فكرة النظام العام في القضاء الدستوري: يسري محمد العصار، التصدي في القضاء الدستوري: دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

(30) P. Gaïa et autres, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 18ème éd., Dalloz, Paris, 2016, p.286; D. Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 10ème éd., LGDJ, Paris, 2013, p.135.

(31) C.C. 18 janvier 1985, n. 84-185 D.C, Recueil, p.36.

(32) C.C. 18 janvier 1985, n. 84-183 D.C, Recueil, p.32.

(33) C.C. 29 juillet 1986, n. 86-210 D.C Recueil, p.110.

(34) C.C. 18 septembre 1986, n. 86-217 D.C, Recueil, p.141.

(35) C.C. 29 décembre 1986, n. 86-221 D.C, Recueil, p.184.

- عدم النص على القواعد التي تلتزم بها الإدارة في تحديد تاريخ الانتخابات المحلية التكميلية خلال المهلة المقررة في القانون، والتي تبلغ ستة أشهر[36].
- عدم تحديد إجراءات تحصيل الضرائب المحلية التي منح القانون لوحدات الإدارة المحلية الحق في تحصيلها[37].
- إغفال تحديد الضوابط التي يخضع لها الأشخاص الاعتبارية الخاصة التي منحها القانون الاختصاص بإعداد صحف سوابق جنائية خاصة[38].
- عدم النص على عناصر جوهرية في طلب التعويض عن الأضرار الناشئة عن جرائم الاعتداء على الملكية الفكرية والفنية عن طريق شبكة الإنترنت[39].
- عدم كفاية التدابير اللازمة للتحقق من سلامة بيانات بطاقات الهوية الشخصية التي تتم في شكل إلكتروني[40].

ونعتقد أن المحكمة الدستورية الكويتية كان يمكنها الحكم بعدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء بشأن تجريم التشبّه بالجنس الآخر فيما لم تتضمنه من بعض الضوابط التي تكفل حماية الأمن القانوني، مثل شرط أن تكون الأفعال المنسوبة للمتهم واضحة وقاطعة في الدلالة على التشبّه بالجنس الآخر، وقيام جهة الادعاء العام بتوجيه تعليمات ملزمة لرجال الضبط القضائي بعدم التدخل إلا إذا كانت هذه الأفعال قاطعة ويقينية وتتجاوز حدود الحرية الشخصية.

كما نعتقد أن المحكمة كان يمكنها الحكم بدستورية نص المادة سالفة الذكر، وفقاً لضوابط وتحفظات في التطبيق، كما تفعل محاكم دستورية أخرى، وهذا موضوع المبحث الثالث.

(36) C.C. 5 janvier 1988, n. 87-223 D.C, Recueil, p.9.

(37) C.C. 29 décembre 1998, n. 98-405 D.C, Recueil,p.326.

(38) C.C. 29 juillet 2004, n.2004-499 D.C, Recueil, p.126.

(39) C.C. 10 juin 2009, n. 2009-580 D.C; P. Gaia et autres, op. cit., p.516 et s.

(40) C.C. 22mars 2012, n. 2012-652 D.C, Recueil.p.5607.

## المبحث الثالث

## السلطة التقديرية للقاضي الدستورى في الحكم بدستورية نص تشريعي وفقًا لضوابط في التطبيق

لا يقتصر القضاء الدستوري في بعض الدول الأوروبية، مثل فرنسا، حينما يفصل في موضوع الدعوى المقامة أمامه على القضاء بعدم دستورية القانون المطعون فيه – إذا قدّر أنّه يخالف أحد نصوص الدستور، أو أحد المبادئ ذات القيمة الدستورية – أو الحكم برفض الدعوى إذا لم يكن القانون ينطوي على مخالفة للدستور، بل يحكم في بعض الحالات برفض الدعوى بعدم دستورية نصوص القانون على الرغم من أنّها تتضمن مخالفة للدستور، إذا قدّر أنه يمكن تطبيقها في الواقع العملي على الوجه الذي يوافق أحكام الدستور وفقًا لضوابط مُعيَّنة.

ونعرض – فيما يلي – السياسة التي يتبعها المجلس الدستوري الفرنسي الذي يطبّق سياسة قضائية عملية في قيامه بالرقابة على دستورية القوانين، ولا يقضي بعدم دستورية القانون المطعون فيه أمامه إلا إذا كان يخالف الدستور بشكل واضح، من دون أي احتمال لتفسيره أو لتأويله على الوجه الذي يوافق أحكام الدستور، وذلك مراعاة لقرينة الدستورية التي تتمتع بها القوانين، ويحكم في بعض الحالات برفض الدعوى بعدم دستورية نصوص القانون، على الرّغم من أنّها تتضمن مخالفة للدستور، إذا قدّر أنّه يمكن تطبيقها في الواقع العملي على الوجه الذي يوافق أحكام الدستور وفقًا لضوابط معيّنة.

وفي هذه الحالة، فإنّ المجلس الدستوري يسجّل هذه الضوابط في حيثيات الحكم، بحيث تشملها الحجية المطلقة التي تسبغها المادة (62) من الدستور الحالي، الصادر في العام 1958، على قرارات المجلس الدستوري، والتي تنص على أنّ قرارات المجلس الدستوري تتمتع بحجية مطلقة تسري في مواجهة جميع السلطات.

وقد صدر أول حكم من المجلس الدستوري بدستورية عمل تشريعي، بشرط مراعاة عدد من الضوابط في تطبيقه، في العام 1959 في ظل الرقابة السابقة على دستورية القوانين، واستمر في تطبيق هذا الأسلوب بعد أن أضاف إليه الدستور، في العام 2008 الاختصاص بالرقابة اللاحقة على الدستورية.

ويطلق بعض الُكتَّاب مصطلح «قرارات تفسيرية» décisions interprétatives على قرارات المجلس الدستوري المتضمنة الضوابط التي يقرّر المجلس ضرورة مراعاتها

في تطبيق النصوص المقضي بدستوريتها، بشرط مراعاة هذه الضوابط. ولكن الاتجاه الراجح في الفقه والقضاء يطلق على هذه الضوابط مصطلح «تحفظات تفسيرية» réserves d'interprétation، أو الحكم بالدستورية مع التحفظ.

وسوف نبيِّن أولًا الأساس القانوني للحكم الذي يصدره المجلس الدستوري بدستورية قانون معيِّن وفقًا لضوابط ينبغي على جميع الجهات التي لها اختصاص في تطبيقه مراعاتها في وضعه موضع التنفيذ، والحجية التي تتمتع بها هذه الضوابط أو التحفظات، وأساس التزام السلطات العامة بها، ثم نعرض أمثلة وتطبيقات للضوابط أو التحفظات التي قررها المجلس الدستوري في أحكامه، ونبيِّن مدى جواز تطبيق المحكمة الدستورية الكويتية لهذا الأسلوب في إصدار الأحكام.

وفي ضوء ذلك تكون خطة الدراسة في ثلاثة مطالب، على النحو الآتي:

المطلب الأول: الأساس القانوني للحكم بدستورية قانون معيِّن وفقًا لضوابط في التطبيق

المطلب الثاني: تطبيقات عملية للضوابط أو التحفظات التي قضى بها المجلس الدستوري الفرنسي في قراراته

المطلب الثالث: مدى جواز إصدار المحكمة الدستورية الكويتية حكمًا بدستورية قانون وفقًا لضوابط في التطبيق

## المطلب الأول
## الأساس القانوني للحكم بدستورية قانون معيَّن وفقًا لضوابط في التطبيق

لا يوجد في الدستور الفرنسي، أو في القانون الأساسي المنظم للمجلس الدستوري، نص يُخوِّل المجلس سلطة الحكم بدستورية القانون الخاضع لرقابته مع إضافة ضوابط أو تحفظات يجب على الجهات المناط بها تطبيق القانون مراعاتها عند وضعه موضع التنفيذ. ولكن الاعتبارات العملية هي التي أدت إلى اتباع المجلس الدستوري هذا الأسلوب في إصدار بعض أحكامه، حينما يقدِّر أنّ بعض نصوص القانون الخاضع لرقابته تنطوي على مخالفة للدستور، ولكن تفسيرها – على نحو معيِّن – يجعلها موافقة لأحكام الدستور، فيقوم المجلس بالإشارة في حيثيات حكمه إلى التفسير الذي يجعل هذه النصوص موافقة لأحكام الدستور، ويقضي في منطوق الحكم بدستوريتها، بشرط أن يتم تطبيقها مع مراعاة الضوابط أو التحفظات التي سجلها في أسباب الحكم.

وتستند السياسة القضائية للمجلس الدستوري في اتباع هذا الأسلوب في إصدار الأحكام إلى مبدأ أساسي من المبادئ التي يطبّقها القضاء الدستوري، وهو «قرينة الدستورية» التي تتمتع بها القوانين والتي لا تجعل القاضي الدستوري يحكم بعدم الدستورية إلا إذا كانت نصوص القانون المطعون فيه أمامه تنطوي على مخالفة واضحة وجوهرية للدستور. وبناءً على هذا، إذا كان من الممكن تفسير هذه النصوص أو تأويلها بحيث تصبح موافقة لأحكام الدستور، فإنّ المجلس الدستوري يحدّد – في أسباب حكمه – التفسير الذي يجعل هذه النصوص موافقة لأحكام الدستور، ويحكم بدستوريتها في ضوء الضوابط أو التحفظات التي قرّرها في أسباب حكمه[41].

ويضيف بعض الكُتَّاب أساسًا آخر لعدم الحكم بإبطال نص القانون الذي يخالف الدستور، من حيث الظاهر، إذا كان من الممكن تفسيره أو تأويله على النحو الذي يجعله موافقًا لأحكام الدستور، بشرط مراعاة ضوابط معيَّنة في تطبيقه، هو أنّه من المفترض أنّ إرادة المشرّع لا يمكن أن تكون قد اتجهت إلى مخالفة الدستور، ولذلك فإنّ الإبقاء على نصوص القانون مع تفسيرها، بما يجعلها موافقة لأحكام الدستور، يتجنب الحكم بعدم دستوريتها، ولا يخالف في الوقت ذاته إرادة المشرِّع؛ لأنّ من المستبعد أن يكون قصده قد اتجه إلى الخروج على حكم الدستور[42].

ويطلق بعض الكُتَّاب مصطلح «القرارات التفسيرية» على أحكام المجلس التي تتضمن هذه الضوابط أو التحفظات[43]، بينما يطلق عليها المجلس الدستوري وأغلبية الكُتَّاب مصطلح: «التحفظات التفسيرية»[44]. وهذا المصطلح الثاني هو الأدق؛ لأنّ المجلس

(41) Voir: O. Cayla et O. Beaud, Les nouvelles méthodes du Conseil Constitutionnel, RDP, 1987, p. 696.

كما تطبِّق المحكمة الدستورية، في كل من إيطاليا وألمانيا وبلجيكا، الأسلوب ذاته في إصدار أحكامها. راجع في ذلك:

Th. Di Manno, Le juge constitutionnel et la technique des «décisions interprétatives» en France et en Italie, éd. Economica-PUAM, 1997; Dieter Grimm, L'interprétation constitutionnelle - L'exemble du développement des droits fondamentaux par la Cour fédérle (Allemagne), www.jurispoliticum,com/Revue de droit public.2015; F. Moderne, La déclaration de conformité sous réserve, in Le Conseil constitutionnel et les partis politiques, éd. Economica- PUAM, 1988, p. 93; G. Rosoux, Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage (Belgique), une alternative à l'annulation, https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/1987/1/GR-R%C3%A9serves%202001.pdf.

(42) https://www.doc-du-juriste.com; Les réserves d'interprétation du Conseil Constitutionnel.

(43) Di Manno, op. cit.

(44) F. Moderne, op. cit., p. 93. A. Viala, Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, L.G.D.J., Paris, 1999.

الدستوري لا يختص بإصدار قرارات تفسيرية لنصوص الدستور أو التشريعات مستقلة عن الدعاوى المقامة أمامه.

ويطبِّق المجلس الدستوري هذا الأسلوب في إصدار أحكامه منذ بداية إنشائه، وكان أول الأحكام التي تبنت هذا الأسلوب يتعلق باللائحة الداخلية للجمعية الوطنية، وقد صدر بتاريخ 24 يونيو 1959، وقضى فيه المجلس بدستورية اللائحة، بشرط أن يتم تطبيق الضوابط التي قررها في تفسير نصوص اللائحة، بشأن كيفية إعداد جدول أعمال الجمعية الوطنية، واختصاصات اللجان الداخلية[45].

وأصدر المجلس الدستوري أول حكم بدستورية قانون وفقًا لضوابط معيَّنة في تطبيقه بتاريخ 30 يونيو 1968. وكان الحكم بشأن قانون عهد إلى السلطة اللائحية بمهمة تقدير الدخول الخاضعة لبعض الضرائب المباشرة على المستوى المحلي. وقرر المجلس الدستوري – في منطوق الحكم – أن الاختصاص الذي عهد به القانون للسلطة اللائحية في بيان كيفية تقدير الدخول الخاضعة لهذه الضرائب يقتصر على نطاق تطبيق هذا القانون وحده، ولا يمتد إلى أي ضرائب أخرى، تأسيسًا على أنّ المادة (34) من الدستور قصرت على المشرِّع الاختصاص بتحديد أوعية الضرائب ومقدارها[46].

وقد صدر عن المجلس الدستوري عدد كبير من القرارات قضى فيها بدستورية القانون المطعون فيه أمامه وفقاً لضوابط معيَّنة في تفسيره ووضعه موضع التطبيق، سواء في ظل اختصاصه بالرقابة السابقة على دستورية القوانين، أو في ظل اختصاصه بالرقابة اللاحقة عليها، اعتبارًا من عام 2008.

وتؤيد أغلبية الفقه الضوابط والتحفظات التي يقرِّرها المجلس الدستوري في أحكامه، إلا أنّ بعض الكتاب أبدوا اعتراضًا على منهج المجلس في الحكم بدستورية بعض القوانين، مع ضوابط وتحفظات في تطبيقها. وأسسوا اعتراضهم على حجتين: الأولى هي عدم وجود أي نص دستوري أو تشريعي يمنح المجلس هذه السلطة، التي تعد – في رأيهم – مماثلة لسلطة المشرِّع. والثانية هي خلو القانون الفرنسي من جزاء على عدم التزام المحاكم، خاصة محكمة النقض، ومجلس الدولة، بالتفسيرات التي يقرِّرها المجلس الدستوري[47].

(45) C.C. 24 juin 1959, n. 59-2 DC, Règlement de l'Assemblée nationale.

(46) C.C. 30 janvier 1968, n. 68-35 DC, Loi relative aux évaluations servant de base à certains impôts directs locaux.

(47) Ph. Blachèr, Le Conseil constitutionnel en fait-il trop?, Revue Pouvoirs, 2003/2 , n° 105, pages 17 à 28.

ولكن هاتين الحجتين لا تصمدان أمام النقد: فمن ناحية أولى لا حاجة لوجود نص دستوري أو قانوني يمنح القاضي الدستوري سلطة الحكم بدستورية نصوص القانون الخاضع لرقابته مع بعض الضوابط في تطبيقه، لأنّ هذا الأسلوب في إصدار الحكم يستند على السياسة القضائية للقضاء الدستوري، وطبيعة الدور الذي يقوم به في الرقابة على دستورية القوانين. ويعد هذا الأسلوب من ابتكار المجلس الدستوري، وهو لا يختلف في نتيجته عن الأسلوب الذي يتبعه القضاء الدستوري في الحكم بعدم دستورية نص تشريعي فيما لم يتضمنه من أمور كان ينبغي على المشرِّع أن يقررها، وهو ما يطلق عليه الرقابة على دستورية القصور التشريعي أو «الإغفال التشريعي»، حيث إن القاضي يضيف في الحالتين إلى النص القانوني الخاضع لرقابته.

ومن ناحية أخرى، فإن الدستور الفرنسي ينص في المادة (62) على أن قرارات المجلس الدستوري تتمتع بالحجية المطلقة، وأنها تسري على جميع السلطات. وقد أضفى إقرار الدستور الفرنسي لنظام الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين منذ العام 2008 قوة جديدة على دور المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين، وجعل احتمال التعارض بين أحكام المجلس الدستوري وأحكام كل من محكمة النقض ومجلس الدولة أمرًا بعيد الاحتمال؛ لأن الدفوع بعدم الدستورية لا تصل إلى المجلس الدستوري إلا بناءً على إحالة من محكمة النقض، أو من مجلس الدولة، ويتم وقف الدعوى الموضوعية إلى حين صدور حكم من المجلس الدستوري، وتفصل محكمة الموضوع في الدعوى المقامة أمامها وفقًا لما يقرره المجلس الدستوري، ومن شأن ذلك توحيد تطبيق القوانين بواسطة المحاكم التابعة لجهتي القضاء العادي والإداري.

وفيما يتعلق بحجية الضوابط أو التحفظات التي يفرضها المجلس الدستوري في قراراته تنص المادة (62) من الدستور الفرنسي، الصادر في العام 1958، في فقرتها الثانية على أنّ قرارات المجلس الدستوري تتمتع بحجية مطلقة تسري في مواجهة جميع السلطات. وحينما يقضي المجلس الدستوري بدستورية القانون الخاضع لرقابته بشرط مراعاة ضوابط أو تحفظات معيَّنة في تطبيقه، فإن هذه الضوابط والتحفظات تتمتع بالحجية التي يسبغها الدستور على قرارات المجلس؛ لأن المجلس يسجلها في حيثيات قراراته، ويبني عليها هذه القرارات. وبناءً على ذلك ينبغي على الجهات المناط بها تنفيذ القانون مراعاة هذه الضوابط والتحفظات في وضع القانون موضع التنفيذ. ويُعد هذا تطبيقًا للمبدأ القانوني العام بشأن حجية الأحكام، وأنها تشمل منطوق الحكم، والأسباب التي بُنيَّ عليها الحكم، والمرتبطة ارتباطًا وثيقًا بنتيجة الحكم الواردة في المنطوق.

وقد أكد المجلس الدستوري، في قراره الصادر بتاريخ 12 يناير 2001 على أن التفسيرات والتحفظات التي يسجلها في حيثيات قراراته للنصوص الخاضعة لرقابته تشملها الحجية المطلقة التي يسبغها الدستور على قراراته(48).

ويؤكد الفقه الفرنسي أن الجهات المناط بها تنفيذ القوانين، بما فيها جهات القضاء، تستند في أعمالها وقراراتها على نصوص هذه القوانين، بالإضافة إلى قرارات المجلس الدستوري التي تتضمن التفسيرات والضوابط التي قررها المجلس(49).

## المطلب الثاني

## تطبيقات عملية للضوابط أو التحفظات التي قضى بها المجلس الدستوري الفرنسي في قراراته

أولى الفقه الفرنسي أهمية كبيرة للضوابط والتحفظات التي يقررها المجلس الدستوري حينما يقضي بدستورية قانون معيَّن، ويقرر في الوقت ذاته تفسيرًا لنصوصه، ويفرض على الجهات المناط بها تطبيقه مراعاة هذا التفسير في وضع القانون موضع التطبيق. ويقسم الفقه هذه الضوابط والتحفظات إلى ثلاثة أنواع هي:

- ضوابط أو تحفظات توجيهية لكل من المشرِّع، والحكومة، والقضاء.
- وضوابط يضيف بها المجلس الدستوري إلى نصوص القانون الخاضع لرقابته.
- وضوابط أو تحفظات تتضمن تقييدًا لعمومية نصوص القانون(50).

(48) C.C. 12 janvier 2001, n. 2001- 455 DC.

(49) Voir: Décision du Conseil constitutionnel du 12 janvier 2001, n. 2001- 455 DC; M. Disant, L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel, éd., LGDJ, Paris, 2010; B. Mathieu, Pour une reconnaissance de l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel, Revue Dalloz, Paris, 2003, p.1507; X. Samuel, Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel, https://www.conseil-constitutionnel.fr, 2007.

(50) راجع بشأن تطبيقات الضوابط والتحفظات في قرارات المجلس الدستوري:
Secrétariat général du Conseil constitutionnel, Les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel, https://www.conseil-constitutionnel.fr, 14 décembre 2002; X. Samuel, op. cit; G. Drago, Contentieux consitutionnel français, 3ème éd., PUF, Paris, 2011, pp. 606 - 612.

**أولًا: أهم القرارات التي وجّه فيها المجلس الدستوري توجيهات أو ضوابط إلى السلطتين التشريعية والتنفيذية ينبغي عليهما مراعاتها في تطبيق القانون الذي قضى المجلس بدستوريته بشرط تطبيق هذه الضوابط والتوجيهات:**

أ- قرار المجلس الدستوري بتاريخ 26 يونيو 1986 الذي قضى فيه بدستورية القانون الذي أقرّه البرلمان بشأن تنظيم عمليات خصخصة عدد كبير من المشروعات العامة، بشرط مراعاة الضوابط أو القيود الآتية[51]:

- القيد الأول: هو ضرورة تدخل السلطة التشريعية في مجال الخصخصة بإصدار قانون يُحدّد القواعد التي يتم بناءً عليها نقل ملكية المشروعات العامة إلى القطاع الخاص. ويستند اختصاص المشرِّع في فرنسا بمجال الخصخصة إلى نص صريح في دستور 1958، وهو نص المادة (34) الذي يشترط صدور قانون لكل من التأميم والخصخصة. وقد قضى المجلس الدستوري الفرنسي بأنّ هذا النص لا يستلزم أن يتدخل المشرِّع مباشرة بصدد كل إجراء يستهدف نقل ملكية أحد المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وإنّما يكفي أن يضع المشرِّع القواعد المنظمة لعملية الخصخصة، ويُعهد إلى سلطات أو جهات أخرى بمهمة وضع هذه القواعد موضع التنفيذ.
- القيد الثاني: هو الحفاظ على الاستقلال الوطني. وتطبيقًا لذلك حدّد المشرِّع، في القانون الصادر بتاريخ 6 أغسطس 1986، حدًّا أقصى للنسبة التي يجوز للأجانب تملكها من أسهم المشروعات التي تنقل الدولة ملكيتها من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وهي نسبة 20% من مجموع هذه الأسهم.
- القيد الثالث: هو أن يتم نقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص نظير ثمن عادل لا يقل عن القيمة الحقيقية لهذه المشروعات. ويجب أن يتم تحديد هذا الثمن العادل استنادًا إلى تقييم شامل للمشروعات والأصول التي تملكها، وقيمة الأرباح التي تحقّقها، وفرص الاستثمار المتاحة أمامها. كما ينبغي أن تعهد الدولة بمهمة التقييم الشامل لهذه المشروعات إلى خبراء متخصصين مستقلين عن المشترين المحتملين للمشروعات التي يتقرّر خصخصتها.

وأضاف المجلس الدستوري إلى هذه القيود على سياسة الخصخصة مبدأ آخر في قرار ثان أصدره بتاريخ 23 يوليو1996، هو أنّ أي مرفق عام يتم نقل

(51) C.C. 26 juin 1986, n. 86- 207 DC; P. Gaia et autres, op.cit., p. 243.

ملكيته إلى القطاع الخاص يظل محتفظاً بطبيعته، باعتباره مرفقًا عامًا، ويظل خاضعًا للمبادئ الحاكمة للمرافق العامة، وخاصة مبدأ المساواة بين المنتفعين من خدمات المرفق، ومبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد، وأسبغ المجلس الدستوري قيمة دستورية على هذين المبدأين[52].

ب- ومن تطبيقات توجيهات المجلس الدستوري للمشرِّع كذلك قرار المجلس بتاريخ 15 ديسمبر 2005 بشأن قانون تمويل التأمينات الاجتماعية لعام 2006، والذي قرر تمويل المخاطر الصحية الاستثنائية التي يتعرّض لها بعض الأشخاص بواسطة اشتراكات إجبارية يلتزمون بأدائها. وقد قضى المجلس بدستورية القانون فيما يتعلق بتمويل هذه المخاطر بهذا الأسلوب في عام 2006، مع إلزام المشرِّع بأن يقرر تمويل هذه المخاطر في العام التالي 2007 بواسطة الموارد العامة للتأمينات الاجتماعية[53].

ج- ومن أمثلة القرارات التي قضى فيها المجلس الدستوري بدستورية القانون الخاضع لرقابته، وتوجيه السلطة التنفيذية لمراعاة ضوابط معيَّنة في تطبيقه:

- قرار المجلس الدستوري بتاريخ 3 أبريل 2003 الذي قضى بدستورية النظام الانتخابي الجديد الذي تبناه قانون الانتخابات المحلية، بشرط أن تقوم الجهة الإدارية بتوعية الناخبين وتزويدهم بالمعلومات التفصيلية حول النظام الانتخابي الجديد[54].

(52) وقد أثيرت أمام المحكمة الدستورية في مصر مسألة دستورية إجراءات خصخصة المشروعات العامة، وذلك بمناسبة طعن أمام المحكمة في المادة (20) من قانون قطاع الأعمال العام رقم 203 لسنة 1991 التي أجازت تداول أسهم شركات القطاع العام وفقاً للأحكام الواردة في اللائحة العامة لبورصة الأوراق المالية الصادرة بالقانون رقم 161 لسنة 1957، وقانون شركات المساهمة رقم 159 لسنة 1981. واستند الطعن بعدم دستورية نص هذه المادة إلى أن من شأن إجازة نقل ملكية المشروعات العامة إلى القطاع الخاص أن يتقلص دور وأهمية القطاع العام في الاقتصاد الوطني؛ مما يخالف نصوص دستور 1971 التي تسند إلى القطاع العام الدور الرئيسي في خطة التنمية.
وقد قضت المحكمة الدستورية باتفاق سياسة خصخصة المشروعات العامة مع نصوص الدستور التي لا يجوز تطويعها وإخضاعها لفلسفة اقتصادية بذاتها. وأكدت المحكمة أن الاستثمار العام الذي يتمثل في المشروعات والمرافق العامة، يتكامل مع الاستثمار الخاص الذي يتمثل في المشروعات الخاصة من أجل تحقيق التنمية، فهما شريكان متكاملان، فلا يتزاحمان أو يتعارضان أو يتفرقان، بل يتولى كل منهما مهاماً يكون مؤهلا لها وأقدر عليها.
حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 7 للسنة القضائية السادسة عشرة، الجريدة الرسمية، العدد 7، بتاريخ 13 فبراير 1997.

(53) C.C. 15 décembre 2005, n. 2005-528 DC .

(54) C.C. 3 avril 2003, n. 2003-468 DC.

- قرار المجلس الدستوري بتاريخ 26 يونيو 2003 الذي قضى بدستورية القانون المنظم لعقود المشاركة PPP، الذي نص على استثناء هذه العقود من الخضوع لقانون الشراء العام، وقانون أملاك الدولة الخاصة، واشترط المجلس الدستوري ألا تلجأ الجهات الإدارية إلى إبرام هذه العقود إلا في حالات الاستعجال، أو لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة تبرر الاستثناء من القوانين المنظمة للعقود الإدارية، مثل الحاجة إلى تنمية قطاع معيَّن، أو منطقة جغرافية معيَّنة، أو حاجة الجهات الإدارية إلى وسائل فنية وتكنولوجية حديثة[55].

د- ومن أمثلة قرارات المجلس الدستوري التي تضمنت توجيهات إلى السلطة القضائية: قرار المجلس بتاريخ 20 يناير 2005، الذي قضى فيه المجلس بدستورية نصوص القانون المنظم للمحاكم الجزئية والابتدائية، بشرط أن يتم تشكيل محاكم الجنح Tribunaux correctionnels من هيئة مكونة في أغلب أعضائها من قضاة رسميين، وأن يكون الأعضاء غير الرسميين juges de proximité أقلية، وهم الأعضاء الذين ينضمون للمحكمة بصفة معاونين En qualité d'asseseurs[56].

## ثانيًا: أمثلة من القرارات التي قضى فيها المجلس الدستوري بدستورية نصوص تشريعية، مع تفسيرها تفسيرًا تضمَّن إضافة إليها

- قرار المجلس الدستوري بتاريخ 25 يوليو 1989 بشأن نص قانوني تضمَّن تعديلًا لقانون العمل، وأجاز للنقابات رفع دعاوى للدفاع عن مصلحة أحد أعضائها. وقد أقرَّ المجلس بدستورية النص، وأضاف لذلك شرط صدور موافقة كتابية من عضو النقابة[57].

- قرار المجلس الدستوري بتاريخ 25 فبراير 1992 بخصوص نص قانون أجاز لجهة الإدارة توقيع جزاءات إدارية على المخالفين له. وقد قضى المجلس بدستورية القانون، وأضاف في حيثيات قراره أن صاحب الشأن الذي يصدر في مواجهته أحد الجزاءات له الحق في الدفاع عن طريق تقديم تظلم إلى جهة الإدارة، واللجوء إلى القضاء للطعن في قرار الإدارة، ولن يكون من الجائز توقيع جزاء أشد عليه باعتبار أن الطاعن لا يضار بطعنه[58].

(55) C.C. 26 juin 2003,n. 2003-473 DC.
(56) C.C. 20 janvier 2005,n. 2004-510 DC.
(57) C.C. 25 juillet 1989, n. 89-257 DC.
(58) C.C. 25 février 1992, n. 92-307 DC.

- قرار المجلس الدستوري بتاريخ 15 مارس 1999 بشأن الوضع القانوني لإقليم كاليدونيا الجديدة التابع لفرنسا. وقد أقرَّ المجلس بدستوريته، مع إضافة شرط أن يكون للقوانين المحلية الأولوية في التطبيق على الإقليم[59].
- قرار المجلس الدستوري بتاريخ 16 يونيو 1999 بشأن قانون المرور. وقد قضى المجلس بدستورية القانون، وتحفظ بالنسبة لمخالفات تجاوز السرعة التي نص عليها القانون، وأضاف المجلس أنه لا يمكن العقاب على هذه المخالفات إلا إذا تم ارتكابها عمداً، باعتبار أن هذا هو الأصل في التجريم والعقاب[60].
- قرار المجلس الدستوري بتاريخ 18 يوليو 2001 بشأن قانون الإدارات المحلية الذي أناط بلجان محلية مُشكَّلة من نواب محليين وبعض الموظفين مهمة توزيع مساعدات اجتماعية على المستحقين. وقد قضى المجلس بدستورية القانون، وأضاف أن أغلبية أعضاء هذه اللجان يجب أن يكونوا من النواب المنتخبين[61].

**ثالثًا: ومن تطبيقات قرارات المجلس الدستوري التي قضى فيها بدستورية نصوص القانون وقيّد صيغتها العمومية أو أسبغ عليها طبيعة إرشادية**

- قرار المجلس الدستوري بتاريخ 13 مارس 2003 بشأن نصوص قانون حماية العلم والنشيد الوطني التي تفرض عقوبة جنائية على كل من يصدر عنه فعل ينطوي على إهانة لهما. وقد قضى المجلس بدستورية هذه النصوص، ولكنّه استبعد من نطاق التجريم الأفعال التي تندرج في إطار التعبير عن آراء شخصية، أو تحدث في مناسبات غير علنية، أو في نطاق محيط خاص[62].
- قرار المجلس الدستوري بتاريخ 21 أبريل 2005 بشأن قانون مستقبل التعليم، الذي قضى المجلس بدستوريته، ولكنّه قرّر أن بعض نصوصه لا تفرض التزامات إجبارية على المخاطَبين به، وإنّما مجرد توجيهات إرشادية[63].
- قرار المجلس الدستوري بتاريخ 27 يوليو 2006 بشأن قانون حماية حق المؤلف، الذي نص على توقيع عقوبة جنائية على كل من يصدر منه اعتداء على هذا الحق. وقد قضى المجلس بدستورية القانون، ولكنّه استبعد من نطاق التجريم النقل من المؤلفات لأغراض البحث العلمي[64].

(59) C.C. 15 mars 1999, n. 99-409 DC.
(60) C.C. 16 juin 1999, n. 99-411 DC.
(61) C.C. 18 juillet 2001, n. 2001- 447 DC.
(62) C.C. 13 mars 2003, n. 2003-467 DC.
(63) C.C. 21 avril 2005, n. 2005-512 DC.
(64) C.C. 27 juillet 2006, n. 2006- 540 DC.

- قرار المجلس الدستوري بتاريخ 16 مارس 2017 بشأن قانون يفرض عقوبة جنائية على كل شخص يمنع إحدى السيدات من ممارسة حقها في إجهاض حملها. وقد قضى المجلس بدستورية القانون، واستبعد من نطاق التجريم الأفعال التي لا تصل إلى درجة منع الإجهاض، وإنما تقتصر على التعبير عن الرأي المعارض للإجهاض دون أن تمس هذه الأفعال بامرأة معيَّنة[65].

## المطلب الثالث

## مدى جواز إصدار المحكمة الدستورية الكويتية حكمًا بدستورية قانون وفقًا لضوابط في التطبيق

يُثار السؤال عن مدى إمكانية تطبيق المحكمة الدستورية الكويتية أسلوب الحكم بدستورية قانون معيَّن وفقًا لضوابط في التطبيق؟ نعتقد أنّ الإجابة عن هذا السؤال يجب أن تكون بالإيجاب؛ لأن هذا المنهج يتفق مع الدور الذي يقوم به القضاء الدستوري، باعتبار أنه ليس مجرد دور تطبيقي بحت لنصوص الدستور، وإنّما هو دور إنشائي يقوم من خلاله القضاء بالتفسير الواسع لنصوص الدستور، ويستند إلى روح الدستور، ويستنبط منها مبادئ دستورية يراقب على ضوئها دستورية القوانين واللوائح. ويفسّر القاضي نصوص التشريعات واللوائح على الوجه الموافق للدستور كلما كان ذلك ممكنًا، ولا يقضي بمخالفتها للدستور إلا إذا كان من غير الممكن تأويلها على الوجه الذي يوافق أحكامه[66].

ولا يُعدُّ أسلوب الحكم بدستورية القانون، بشرط مراعاة ضوابط معيَّنة في تنفيذه، تدخلًا من القضاء الدستوري في وظيفة المشرِّع، لأن هذا الأسلوب نابع من وظيفة القضاء الدستوري، ونتيجة للمنهج الذي يتبعه مراعاة للاعتبارات العملية، التي تدفعه إلى تجنب الحكم بعدم دستورية النصوص التي يمكن الإبقاء عليها، مع تفسيرها على النحو الذي يوافق أحكام الدستور، وإلزام الجهات المناط بها تطبيق القانون بمراعاتها في وضع هذه النصوص موضع التنفيذ.

---

(65) C.C. 16 mars 2017, n. 2017- 747 DC.

(66) راجع بشأن السلطة الواسعة للمحكمة الدستورية الكويتية في تفسير نصوص الدستور، مع تطبيقات لممارسة المحكمة لهذه السلطة: محمد عبدالمحسن المقاطع: دراسة في اتجاهات القضاء الدستوري الكويتي. دراسة تحليلية مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، 1999، من ص 12 إلى ص151.

ولا يثير تطبيق هذا الأسلوب في إصدار الأحكام مشاكل عملية؛ لأن السلطات العامة الثلاث، التشريعية والتنفيذية والقضائية، تستند في الأعمال الصادرة عنها إلى نصوص القوانين وأحكام المحكمة الدستورية الصادرة بشأنها، وتشير في آن واحد إلى هذه النصوص والأحكام. كما لا توجد خشية من حدوث اختلاف بين الجهات المناط بها تطبيق القانون من اتباع المحكمة الدستورية هذا المنهج في إصدار أحكامها؛ لأن التشريعات واللوائح تخضع للرقابة اللاحقة من المحكمة الدستورية. كما يمكن للمحكمة الدستورية إلزام جميع المحاكم بتنفيذ أحكامها في إطار منازعات تنفيذ الأحكام الصادرة عنها، والحكم بالاستمرار في تنفيذ أحكامها، وسندها في هذا المادة (173) من الدستور الصادرة في عام 1962، التي تنص على أنّ الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية ملزمة للكافة وجميع السلطات، ولها حجية مطلقة بالنسبة لهم. والمبدأ في هذا الشأن هو أنّ حجية الحكم تشمل المنطوق والأسباب التي بُنيَ عليها[67].

وقد أقرَّت محكمة التمييز الكويتية بالحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية وقضت بتاريخ 16 يونيو 2021 برفض طعن مقام أمامها في حكم المحكمة الدستورية بتاريخ 14 مارس 2121 ببطلان إعلان فوز أحد المرشحين في انتخابات مجلس الأمة، وبعدم صحة عضويته بسبب حرمانه من حق الترشح ومن حق الانتخاب، لسبق إدانته بحكم بات من محكمة التمييز في جريمة المساس بالذات الأميرية. وأكدت محكمة التمييز أن الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية «هي أحكام باتة تثبت لها الحجية المطلقة، وهي واجبة الاحترام، ملزمة للكافة، وأن المشرِّع لم يأذن بالطعن عليها بالنظر إلى طبيعة المنازعات والطعون التي خصَّها بنظرها وأفردها بها إلى مطلق رقابتها القضائية، وأنه لا سبيل إلى إهدارها لمساس ذلك بحجيتها»[68].

(67) راجع بشأن الجمعية المطلقة للأحكام التي تصدرها المحكمة الدستورية الكويتية بعدم دستورية القوانين واللوائح كتاب عادل الطبطائي بعنوان: المحكمة الدستورية، تكوينها واختصاصاتها واجراءاتها، دراسة تحليلية مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، 2005، ص473. كما تقبل المحكمة الدستورية المصرية الطعن الموجَّه ضد أي حكم قضائي لا تلتزم فيه المحكمة التي أصدرته بتنفيذ حكم صادر عنها، وذلك في إطار اختصاصها بالفصل في المنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها. وتصدر في هذه الحالة حكما تقرّر فيه الاستمرار في تنفيذ حكمها الذي امتنعت المحكمة الأخرى عن تنفيذه، وسندها في هذا النص الوارد في الدساتير المصرية المتعاقبة منذ 1971 على أن الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية ملزمة للكافة وجميع السلطات، ولها حجية مطلقة بالنسبة لهم. وتطبّق المحكمة في هذا الشأن مبدأ شمول حجية الحكم للمنطوق والأسباب التي بُني عليها. راجع الحكم الصادر من المحكمة الدستورية بتاريخ 14 ديسمبر2003 في القضية رقم 10 للسنة القضائية الرابعة والعشرين (تنازع)، المجموعة، الجزء 2/11، ص 2748.

(68) صدر هذا الحكم في الطعن رقم 1165 لسنة 2021 إداري/4.

## الخاتمة

تضّمنت هذه الدراسة تعليقًا على حكم المحكمة الدستورية الكويتية الصادر بتاريخ 16 فبراير 2022 في القضية رقم 5 لسنة 2021 (دستورية) الذي قضت فيه بعدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960 المعدَّل بالقانون رقم 36 لسنة 2007، فيما تضمّنته من تجريم من تشبّه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور. وأسست المحكمة الدستورية قضاءها على أن المادة (198) من قانون الجزاء لم تتضمّن معيارًا موضوعيًا منضبطًا لتحديد السلوك المؤثَّم قانونًا، وما ينطبق عليه وصف التشبّه بالجنس الآخر وما لا ينطبق عليه هذا الوصف، وأن صياغة هذه المادة فضفاضة بالغة العموم والاتساع يمكن تحميلها بأكثر من معنى. وكان من الضروري توسيع نطاق الدراسة، والإشارة إلى الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية بمناسبة رقابتها على صياغة النصوص الجزائية، من أجل رصد اتجاهات المحكمة، وبيان وجهة النظر القانونية بشأن مدى الاتفاق أو الاختلاف بين اتجاهاتها في هذا الشأن.

لقد تبيّن من دراسة حكم المحكمة الدستورية، بعدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء بشأن جريمة التشبّه بالجنس الآخر والأحكام المشابهة له، أن الصياغة التشريعية لنص هذه المادة لا تختلف – من حيث المضمون – عن الصياغة التشريعية لنصوص جنائية أخرى رجَّحت فيها المحكمة تفسير نص التشريع على الوجه الذي يتفق مع الدستور، وقضت برفض الدعوى بعدم الدستورية، وذلك في الأحكام المتعلقة بالمسؤولية الجزائية لرئيس التحرير عن الجرائم التي تُرتَكب بطريق النشر في الجريدة، وتجريم الإساءة للذات الأميرية، وتجريم العمل العدائي ضد دولة أجنبية، وتجريم الاتفاق الجنائي، وتجريم الإقراض بربا فاحش.

ويظهر التشابه في أقوى صوره مع هذا الحكم الأخير الذي تبنّت فيه المحكمة مفهومًا للربا الفاحش يتمثل في تقاضي الدائن فوائد مبالغًا فيها وفقًا لما يدركه أوساط الناس ولا يختلفون حول فحواه، وقضت بدستورية تجريم تقاضي فوائد تجارية ينطبق عليها هذا المفهوم، وقد أشارت في حكم جريمة التشبّه بالجنس الآخر إلى المذكرة الإيضاحية للمادة (198) من قانون الجزاء التي حددت مفهوم الفعل المؤثَّم بأنّه يشمل أية صورة من الصور للتشبّه بالجنس الآخر، ومنها تزيي جنس بملابس الجنس الآخر المقصورة عليه بحسب العرف السائد في البلاد، أو تقمصه شخصية الآخر، ولكنها قضت بعدم دستورية صياغة هذا النص برغم أنها لا تختلف في المضمون عن صياغة نص جريمة تقاضي ربا فاحش. ولذلك كان يمكن تفسير نص المادة (198) من قانون الجزاء، فيما

تضمّنته من تجريم التشبّه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور على الوجه الموافق لأحكام الدستور، كما فعلت المحكمة في الأحكام الأخرى المشابهة.

ومن ناحية أخرى كان يمكن للمحكمة إضافة ضوابط إلى نص المادة (198) من قانون الجزاء تحقق الأمن القانوني – مع الإبقاء على جريمة التشبّه بالجنس الآخر، مثل أن تقضي بعدم الدستورية الجزئي – فيما لم تتضّمنه هذه المادة من ضوابط ترى المحكمة أنّها ضرورية لكي تعدّ متفقة مع أحكام الدستور، مثل قيام جهة الادعاء العام بتوجيه تعليمات لمأموري الضبط القضائي تتضمّن معايير أكثر تفصيلًا للأفعال المؤثّمة، وعدم التدخل إلا إذا كانت الأفعال المنسوبة للمتهم تتجاوز نطاق الحرية الشخصية، وتُعدُّ قاطعة في الدلالة على المجاهرة بتقمص الجنس الآخر. ويطلق على هذه الصورة من صور الرقابة على الشرعية الدستورية: الرقابة على قصور التنظيم ، أو «الإغفال التشريعي».

وكان يمكن للمحكمة كذلك الحكم بدستورية المادة (198) من قانون الجزاء وفقًا لضوابط وتحفظات ينبغي على الجهات المناط بها تطبيقها مراعاتها في الواقع العملي، وهذا ما تتبعه محاكم دستورية في العديد من الدول الأوروبية. وعرضنا المنهج الذي يتبعه المجلس الدستوري الفرنسي في إصدار قراراته، حينما يقدّر أنّ بعض نصوص القانون الخاضع لرقابته تخالف أحكام الدستور، ولكن تفسيرها على نحو معيَّن يجعلها موافقة لأحكام الدستور، فيقوم المجلس بتغليب التفسير الذي يجعل هذه النصوص موافقة لأحكام الدستور، ويُسجِّل هذا التفسير في حيثيات قراره، ويقضي في منطوق القرار بدستوريتها بشرط أن يتم تطبيقها مع مراعاة الضوابط أو التحفظات التي سجَّلها في حيثيات القرار، وبذلك فإنّ هذه التفسيرات تشملها حجية القرار التي تشمل المنطوق والأسباب التي بُني عليها.

وقد تساءلنا عن مدى إمكانية تطبيق المحكمة الدستورية الكويتية أسلوب الحكم بدستورية قانون معيَّن وفقًا لضوابط في التطبيق؟ وأجبنا عن هذا السؤال بالإيجاب، لأن هذا المنهج يتفق مع الدور الذي يقوم به القضاء الدستوري، باعتبار أنه ليس مجرد دور تطبيقي بحت لنصوص الدستور، وإنّما هو دور إنشائي يقوم من خلاله القضاء بالتفسير الواسع لنصوص الدستور، ويستند إلى روح الدستور، ويستنبط منها مبادئ دستورية يراقب على ضوئها دستورية القوانين واللوائح. ويفسِّر القاضي نصوص التشريعات واللوائح على الوجه الموافق للدستور كلما كان ذلك ممكنًا، ولا يقضي بمخالفتها للدستور إلا إذا كان من غير الممكن تأويلها على الوجه الذي يوافق أحكامه.

ولا يُعدُّ أسلوب الحكم بدستورية القانون، بشرط مراعاة ضوابط معيَّنة في تنفيذه، تدخلًا من القاضي الدستوري في وظيفة المشرِّع، لأنّ هذا الأسلوب نابع من وظيفة القضاء الدستوري، ونتيجة للمنهج العملي الذي يتبعه في تجنب الحكم بعدم دستورية النصوص التي يمكن الإبقاء عليها مع تفسيرها وفقًا لضوابط توافق أحكام الدستور، مع إلزام الجهات المناط بها تنفيذ القانون بمراعاة هذه الضوابط في وضع القانون موضع التطبيق.

ولن تنشأ مشاكل عملية عن تطبيق هذا الأسلوب في إصدار الأحكام؛ لأنّ السلطات العامة الثلاث تستند في الأعمال الصادرة عنها إلى نصوص القوانين وأحكام المحكمة الدستورية الصادرة بشأنها، وتشير في آن واحد إلى هذه النصوص والأحكام. كما لا توجد خشية من حدوث اختلاف في الواقع العملي بشأن تطبيق هذا المنهج في إصدار الأحكام؛ لأنّ التشريعات واللوائح تخضع لرقابة المحكمة الدستورية. كما يمكن للمحكمة الدستورية إلزام جميع المحاكم بتنفيذ أحكامها، في إطار منازعات تنفيذ الأحكام الصادرة عنها، والحكم بالاستمرار في تنفيذ أحكامها، وسندها في هذا المادة (173) من الدستور الكويتي التي تنص على أنّ الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية ملزمة للكافة وجميع السلطات، ولها حجية مطلقة بالنسبة لهم.

وقد أقّرت محكمة التمييز الكويتية بالحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية، وأكدت أنّ الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية «هي أحكام باتة تثبت لها الحجية المطلقة، وهي واجبة الاحترام، ملزمة للكافة»، ولا يجوز الطعن عليها ولا المساس بحجيتها. وبناء على ذلك قضت محكمة التمييز برفض طعن أقيم أمامها في أحد أحكام المحكمة الدستورية.

# قائمة المراجع

## أولًا: باللغة العربية


- أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، 2000.
- يسرى محمد العصار:
  - الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
  - التصدي في القضاء الدستوري: دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
  - الحماية الدستورية للأمن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية المصرية، القاهرة، العدد الثالث، يوليو 2003.
  - سلطة القضاء الدستوري في تفسير القوانين: دراسة مقارنة، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، دولة الكويت، السنة الثانية عشرة، العدد الحادي والعشرون، فبراير 2019.
- محمد عبد المحسن المقاطع، اتجاهات القضاء الدستوري في الكويت: دراسة تحليلية تأصيلية نقدية لقضاء المحكمة الدستورية في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1998.
- مروان المدرس، رقابة القضاء الدستوري على الصياغة التشريعية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع للكلية، العدد 2، ج1، مايو 2017.
- عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية – تكوينها – اختصاصاتها – إجراءاتها: دراسة تحليلية مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، 2005.
- عادل المانع، طبيعة المسؤولية الجزائية لرئيس التحرير، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، المجلد 24، العدد الرابع، سنة 2000.

- عبدالحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- عبد العزيز محمد سلمان، الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي، مجلة المحكمة الدستورية المصرية، عدد خاص بمناسبة اليوبيل الذهبي للمحكمة، القاهرة، ديسمبر 2019.
- عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها العامة، مطبوعات مركز رينيه جان ديبوي للقانون والتنمية، القاهرة، 2003.
- عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرّع، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- رفعت عيد سيد، مبدأ الأمن القانوني: دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

## ثانيًا: باللغة الفرنسية

- A. Fluckiger, Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal, Cahiers du Conseil constitutionnel, Dossier: La normativité, n. 21 , Paris, janvier 2007.
- A. Viala, Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, L.G.D.J, Paris, 1999.
- B. Mathieu, Pour une reconnaissance de l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel, Revue Dalloz, Paris, 2003.
- Conseil constitutionnel français, Rapport à la 7ème conférence des Cours constitutionnelles européennes, Lisbonne 26-30 avril 1987, Annuaire international de justice constitutionnelle, Paris, 1987.
- D. Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 10ème éd., LGDJ, Paris, 2013.
- Dieter Grimm, L'interprétation constitutionnelle - L'exemble du développement des droits fondamentaux par la Cour fédérle (Allemagne), Revue de droit public, 2015, www.jurispoliticum,com/.

- F. Moderne, La déclaration de conformité sous réserve, in Le Conseil constitutionnel et les partis politiques, Economica- PUAM, Paris, 1988.
- G. Drago, Contentieux consitutionnel français, 3ème éd., PUF, Paris, 2011.
- G. Rosoux, Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage (Belgique), une alternative à l'annulation, https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/1987
- M. Disant, L'autorité de la chose interprétée par le Conseil Constitutionnel, LGDJ, Paris, 2010.
- O. Cayla et O. Beaud, Les nouvelles méthodes du Conseil Constitutionnel, RDP, Paris, 1987.
- P. Gaïa et autres, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 18ème éd., Dalloz, Paris, 2016.
- Ph. Blachèr, Le Conseil constitutionnel en fait-il trop? Revue Pouvoirs, n° 105, Paris.
- R. Frison et W. Baranès, Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligbilité de la loi, Paris, Revue Dalloz, n.23, chronique, Paris, 2000.
- Secrétariat général du Conseil constitutionnel: Les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel, https://www.conseil-constitutionnel.fr, 14 décembre 2002.
- Th. Di Manno, Le juge constitutionnel et la technique des «décisions interprétatives» en France et en Italie, éd. Economica-PUAM, Paris, 1997.
- X. Samuel, Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel, https://www.conseil-constitutionnel.fr, le 26 janvier 2007.

## ثالثًا: المواقع الإلكترونية

- موقع المجلس الدستوري الفرنسي https://www.conseil-constitutionnel.fr
- موقع المحكمة الدستورية الكويتية – https://www.cck.moj.gov.kw
- موقع المحكمة الدستورية المصرية – https://www.sccourt.gov.eg

# المحتوى


| الموضوع | الصفحة |
|---|---|
| الملخص | 479 |
| المقدمة | 481 |
| المبحث الأول: سياسة القاضي الدستوري في ترجيح تفسير النص التشريعي على الوجه الذي يتفق مع الدستور | 486 |
| المطلب الأول: مفهوم «قرينة الدستورية» وأثرها في الرقابة القضائية على صياغة التشريع | 487 |
| المطلب الثاني: تطبيقات من قضاء المحكمة الدستورية الكويتية في تفسير نصوص جنائية على الوجه الذي يتفق مع الدستور | 491 |
| أولًا: الحكم بدستورية المسؤولية الجزائية لرئيس التحرير عن الجرائم التي ترتكب بطريق النشر في الجريدة | 492 |
| ثانيًا: الحكم بدستورية تجريم الإساءة للذات الأميرية | 493 |
| ثالثًا: الحكم بدستورية تجريم العمل العدائي ضد دولة أجنبية | 494 |
| رابعًا: الحكم بدستورية جريمة الاتفاق الجنائي | 495 |
| خامسًا: الحكم بدستورية تجريم الإقراض بربا فاحش | 497 |
| المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في إكمال النقص في النص التشريعي | 500 |
| المطلب الأول: تطبيقات من قضاء المحكمة الدستورية الكويتية في الرقابة على قصور التنظيم التشريعي | 502 |
| المطلب الثاني: تطبيقات من قضاء المحكمة الدستورية المصرية في الرقابة على قصور التنظيم التشريعي | 506 |

| الموضوع | الصفحة |
|---|---|
| المطلب الثالث: تطبيقات من قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في الرقابة على قصور التنظيم التشريعي | 510 |
| المبحث الثالث: السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في الحكم بدستورية نص تشريعي وفقا لضوابط في التطبيق | 513 |
| المطلب الأول: الأساس القانوني للحكم بدستورية قانون معيّن وفقا لضوابط في التطبيق | 514 |
| المطلب الثاني: تطبيقات عملية للضوابط أو التحفظات التي قضى بها المجلس الدستوري الفرنسي في قراراته | 518 |
| المطلب الثالث: مدى جواز إصدار المحكمة الدستورية الكويتية حكما بدستورية قانون وفقاً لضوابط في التطبيق | 523 |
| الخاتمة | 525 |
| قائمة المراجع | 528 |