



في عددنا الثاني:

- كلمة افتتاحية للناشر.

- إعادة النظر بقرار الإبعاد الإداري ..!

- (حسن السمعة) كشرط مفترض في المرشح للبرلمان -
دراسة مقارنة (الكويت ومصر).

- المحكمة الدستورية الكويتية وفقاً لأحدث التعديلات
التشريعية دراسة تطبيقية تحليلية.

- إجراءات التحقيق الابتدائي في ضوء أحكام محكمة
التمييز.

- ظاهرة الطلاق في الكويت.

- جرائم العنف الأسري.



منصة محامون
منصة قانونية مهنية للثقافة
والإعلام والنشر
Lawyers Newsletter
and Culture

إشراف وإعداد المحامي
يعقوب عبدالعزيز الصانع

الاقتراحات والتواصل
999081111



شخصية العدد

المغفور له
الشيخ عبد الله السالم المبارك الصباح



من أجل أن تعود .. !!

زملائي .. زميلاتي .. صورة غلاف العدد الجديد من نشرة « محامون » للمغفور له الشيخ عبدالله السالم الصباح وكانت قائمة الوسط الديمقراطي في العام النقابي 1997/1998 رفعت هذا الشعار وأثار جدلا كبيرا في الشارع السياسي الكويتي وعطفا على الصراع القديم المتجدد حول مبدأ التعليم المشترك ومصطلح الاختلاط نستعير هذا الشعار لنؤكد أن جمعية المحامين الكويتية تملك كل مقومات قيادة المجتمع المدني ومكوناته .. من نقابات واتحادات .. لكن نعزو الفراغ التشريعي التي نال من ممارسة مهنة المحاماة وجعل مصير العدالة المهنية يتوقف على من يقود مجلس إدارتها ، وبمناسبة العام

القضائي الجديد نريد من جمعية المحامين الكويتية بعيدا عن مخرجات الانتخابات وتجلياتها ، أن تعود جمعيتنا لأصحاب المهنة وتلتفت للفوارق التي سببها عدم تطبيق قانون المحاماة وميثاق الشرف وفقا للأصول المهنية وجدارة النص الذي أقرته الجمعية العمومية .

من أجل أن تعود هبة المهنة .. وكرامة المحاماة نريد مواقف ثابتة ومعلنة عن بنود الدعاية والترويج وتعديلات القانون المرثقب مناقشته .

لقد وقع الظلم على ممارسة مهنة المحاماة بوجود ازدواجية في التشريع الملزم لتأسيسها والتشريع الواجب اتباعه كونها جمعية نفع عام تخضع لقانون 1962/24 ولها نظام أساسي مشهرا في المقابل إقرار ميثاق الشرف من الجمعية العمومية ومدى التزام المحامين به كما نص في مادته الأولى كواجب مفترض يقع بمجرد القيد في جداول المحاماة وعضوية جمعية المحامين الكويتية ومن جانب مفاير يخضع أصحاب المكاتب والعاملين فيه أو لديهم من محامين أو قانونيين وغيرهم لقانون 2010/6 قانون العمل في القطاع الأهلي والنفطي الذي يخاطب منظمات الأعمال من منظور تأسيس النقابات العمالية وفقا للمواد من 98 الى 108 مع عجز تشريعي بالاعتراف بالنقابات المهنية الحرة لهذا كنا دوما نصبو لإقرار قانون يفك هذا الارتباك التشريعي لمقر وكيان وأساس جمعية المحامين بتحويل وأيلولة هذا الكيان ليسمى بقوة القانون « نقابة المحامين الكويتية » وكان توجهات النواب منذ 2010 تتجنب بصراحة طرح مفهوم استقلالية مهنة المحاماة بأداة تشريعية ملزمة حيث لا تتبع قانون 1962/24 ولا قانون 2010/6، مما يعزز من الرقابة الذاتية لممارسة مهنة المحاماة ومتابعة قيدهم وتدريبهم وتكون لها من التشريع الخاص بنطاق « المسؤولية التأديبية للمحامين » بتشكيل مجلس التأديب دون حاجة لتدخل القضاء أو تمثيل النيابة العامة برفع أو نظر الدعوى التأديبية ويكون قرارات الإحالة وجلسات التأديب من مجلس تفرقه نقابة المحامين الكويتية ..

المحامي يعقوب عبدالعزيز الصانع

إعادة النظر بقرار الإبعاد الإداري ..!

المحامية معالي المطيري



يتسائل البعض عن قرارات الترحيل القسري بلا محاكمة ويتم تناول الأخبار وانتشار جملة (تم ابعاده ادارياً) متداوله بصورة شبه يومية ، واختلفت أسباب هذا الأبعاد، فلا أحد يستطيع المناقشة بعد اتخاذ القرار ولا يمكن المبعد من التظلم ، ولهم فقط تقديم كتاب استرحام موجه لمصدر القرار إن أسعفهم الوقت لذلك، فهذا الأبعاد يتم دون اجراء أي تحقيق أو الإستماع الى الأقوال أو ما نُسب إليه من تُهم إن وجدت، بمعنى هذا القرار بسلطة منفردة لوزارة الداخلية دون تمتع المبعد إداريا بمحاكمة عادلة .

نحن مع أمن البلاد ولكننا مع حق العباد دون التحكم في مصائرهم، فإن كان الشخص تم ابعاده بموجب حكم قضائي كعقوبة تكميلية فهو يستحق هذا الإبعاد قولاً واحداً ولا نقاش فيه، لأننا نعلم نزاهة القضاء الكويتي الذي كفل للشخص المحاكمة العادلة وحق الدفاع عن نفسه، أما بالنسبة للإبعاد الإداري الذي تكون صلاحياته كاملة لوزارة الداخلية بما تراه مناسباً للحفاظ على المصلحة العامة والآداب العامة أو الأمن العام، ولكن السؤال هنا، من يُقيم هذه الأمور ومن الرقيب على تطبيقها؟، ولماذا لا يخضع فيها الوافد للتحقيق وحق الدفاع عن نفسه؟، ولماذا يُجبر على التنازل عن حقوقه المالية والعمالية في حال اختلف مع مواطن خوفاً من الإبعاد، فهذا القرار يُفقد الوافد الشعور بالأمان، بالإضافة إلى آثاره النفسية والاجتماعية والإنسانية، فهو مخالف للمادة رقم ١٣ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

نحن نطالب بمعالجة وتقنين سلطة الابعاد في قانون الإقامة فيما يخص قرار الإبعاد الاداري، فيجب إعادة النظر في آلية تطبيقه، ووضع ضوابط لهذا القرار مع ضمان جميع الحقوق الإنسانية والقانونية العادلة.



(حسن السمعة) كشرط مفترض في المرشح للبرلمان- دراسة مقارنة (الكويت ومصر)

د. علي سعود الظفيري

أستاذ مساعد - القانون العام كلية القانون الكويتية العالمية

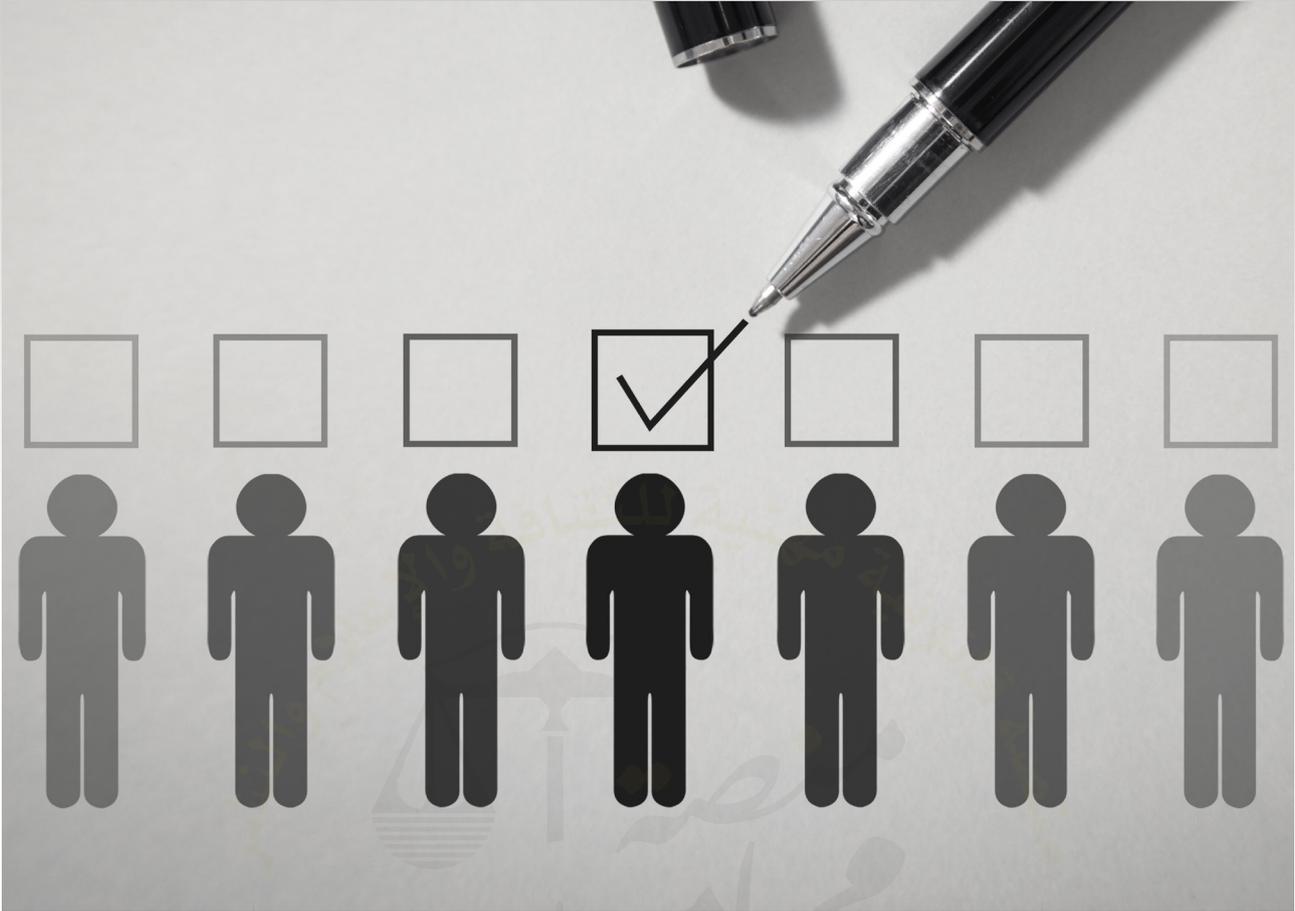
سبق الحكم على المرشح بعقوبة جنائية، وهو الأمر الذي درجت الإدارة على أخذه بعين الاعتبار بشكل مبالغ فيه أحياناً، بشكل قد يؤدي إلى نتائج متناقضة، مما يقتضي التدقيق في هذا الأمر. وأخيراً تطرق البحث إلى الآثار المترتبة على مخالفة شرط حسن السمعة، والتي تصل إلى حد إبطال العضوية، مستعرضاً ومناقشاً في ذلك أحكاماً صدرت عن المحكمة الدستورية، وخاصة ذلك المتعلق بالامتناع عن العقاب في حق أحد أعضاء مجلس الأمة ممن أدينوا بإصدار شيك بدون رصيد.

وفي خاتمته، جدد البحث دعوة المشرع الكويتي للتدخل وحسم الأمر، وذلك بالنص بشكل واضح وبمعايير دقيقة عن ضرورة توافر شرط حسن السمعة في المرشحين لانتخابات مجلس الأمة، بما يحفظ هيبة وكرامة السلطة التشريعية، وفي الوقت نفسه يضمن الحقوق السياسية المشروعة والمستحقة للمواطنين. كما حث البحث الإدارة على التطبيق السليم والمتوازن لمثل هذا الشرط، وذلك طبعاً تحت رقابة وأنظار القضاء.

لا مرأى في القول إن حق الترشح من أهم الحقوق الدستورية للمواطنين لتعلقه بالإرادة الشعبية، إلا أن هذا الحق - كغيره من الحقوق - يخضع للتنظيم؛ لذلك فإن كثيراً من الدساتير والقوانين تضع شروطاً للترشح للمجالس النيابية، وتتعدد تلك الشروط والضوابط التي يتعين أن تتوافر بطلب الترشح للمجلس النيابي، إلا أنها تستهدف - بشكل عام - أن لا يدخل البرلمان إلا من يكون حائزاً على المؤهلات المطلوبة لممارسة الوظيفة النيابية!

في الوقت الذي أصبحت فيه الانتخابات البرلمانية جزءاً من الحياة الدستورية والسياسية في الكويت، باعتبارها استحقاقاً دستورياً وديمقراطياً، ارتضاه الكويتيون منهجاً لاختيار مؤسساتهم الرقابية، طفت على السطح في السنوات الأخيرة عدة قضايا تتعلق بأخلاقيات ومواصفات المرشحين إلى هذه الانتخابات، وذلك تطبيقاً لأحد الشروط، المسلّم بها لكنها غير مكتوبة، فيما يتعلق بتولي المناصب الكبرى في الدولة ألا وهو شرط «حسن السمعة». ولئن كان هذا الشرط من بين الشروط المسلم بها، خلال الفترة الماضية، سواء من الناحية الاجتماعية أو الأخلاقية أو السياسية، إلا أنه أصبح في السنوات الأخيرة محل جدل بسبب احتدام التنافس الانتخابي وتزايد أعداد المرشحين الراغبين في تبوء المنصب التشريعي الأعلى في البلاد، خاصة في ضوء الغموض التشريعي الذي يحيط بالموضوع، وتردد إدارة الانتخابات في التطبيق السليم والدقيق لهذا الشرط، وهو الأمر الذي ينعكس سلباً بكل تأكيد على مخرجات العملية الانتخابية، وبالتالي على المؤسسة التشريعية.

ولذلك وبسبب الأهمية المتزايدة والحيوية لهذا الموضوع، في المجال القانوني والسياسي والعملي، فقد سعى هذا البحث إلى بيان الضوابط القانونية لشرط حسن السمعة، وتقديم معايير محددة له، مستعيناً في ذلك بالتشريعات والاجتهادات الفقهية والأحكام القضائية المقارنة، مشيراً في هذا الإطار إلى المبادئ التي كرسها أعلى هرم القضاء الكويتي، ممثلاً في المحكمة الدستورية ومحكمة التمييز، في هذا الشأن، ثم عرض البحث بشيء من التفصيل لمسألة عدم



الترشيح للبرلمان، فهل يصبح قبول ترشيح من توافرت فيه الشروط ولو كان غير محمود السيرة؟! أما إسقاط عضوية من فقد الثقة والاعتبار بعد فوزه بالعضوية؛ لأنه لم يكن مستجماً لشروط حسن السمعة، ومن ثم هل يؤخذ بالمبدأ الدستوري القاضي بـ «أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته» وهل يتعلق حسن السمعة بأدلة جنائية أو إدانة قضائية الصلاحية سواء أكانت صلاحية لتولي منصب سياسي ابتداءً أو هو شرط من شروط أم كان للاستمرار فيه؟

وعلى ضوء ما تقدم يمكن القول: إن حسن البرلمان، بشكل عام، يتطلب الماضي المشرف، والحاضر النظيف، والسلوك السوي. وسنتناول شرط حسن السمعة في ثلاثة مباحث: نعرض في المبحث الأول للضوابط القانونية لشرط حسن السمعة، في حين نعرض في المبحث الثاني لعدم سبق الحكم على المرشح بعقوبة جنائية، وسيكون محور المبحث الثالث الأثر المترتب على مخالفة شرط حسن السمعة.

ولا تثير الشروط العامة للترشح أية مشكلة على نطاق التطبيق العملي، إلا أن ثمة شرطا غير مكتوب يثير إشكاليات عديدة، ويتسبب في جدال قانوني وفضائي يستمر في كل موسم انتخابي ألا وهو شرط حسن السمعة. ويقوم هذا الشرط على أساس مفاده أن الحق في الترشيح ينظم شؤون ولاية عامة، تتطلب في من يقوم عليها صفات يتعين التحقق من توافرها، تتعلق بالسلوك الشخصي للمرشح، ويقصد به ألا يكون قد اشتهرت عنه السمعة السوء، أو التردّي فيما يشين؛ صوتاً لكرامة السلطة التشريعية وحفظاً لهيبتها وضماناً لتمثيل الأمة في مجلسها النيابي بتخير من ينوب عنها ويمثلها أحسن تمثيل؛ إذ يجب أن يكون هذا الشخص، حتى يكون أهلاً لتمثيل الأمة، محاطاً بسياج من السمعة الحسنة وبعيدا عن مواطن السوء والشبهات أو سوء السمعة، ويستفاد بما يشتهر عنه من كريم الخصال والسلوك والعادات. ولم يدرج القانون حسن السمع من شروط



المبحث الأول

الضوابط القانونية لشرط حسن السمعة

تعرف السمعة وفق المفهوم المتعارف عليه بين العامة، بأنها تلك الانطباعات الجيدة أو السيئة التي تتمخض عن طبيعة سيرة الإنسان في أقواله وسلوكه، في المحيط الاجتماعي أو العملي الذي يتحرك فيه. ومن خلال هذا السلوك والقول الذي يطبع شخصية الإنسان، سترسخ لدى الآخرين، مع مرور الوقت، آراء محددة تتعلق بشخصيته، وتأتي كمحصلة قابلة للتغيير لحركته ونتاجه العملي والفكري في محيطه الذي يمارس فيه مختلف نشاطاته السلوكية أو الفكرية.

ومن هنا نستدل على أن سمعة

فالإنسان - غالباً - يعيش بحسن السمعة الإنسان، هي التي تولد نوع الانطباع لدى الآخرين عنه، فكما كان الإنسان حريصاً

على سمعته بأفعاله وسلوكه، كان الانطباع عنه جيداً ومشجعاً للتقرب منه والتعامل معه،

والعكس يصح طبعاً.

وعلى ضوء ذلك تأكدت وتضاعفت أهمية حسن السمعة في كل المجالات؛ فالإنسان بطبيعته اجتماعي النزعة، ويميل إلى التخالط مع الآخرين؛ مما سيولد لديه حالات من الاحتكاك التي لا مناص له منها معهم، وغالباً ما يقود الاحتكاك إلى نشاطات

مماحكات وتناقضات، تضع الإنسان تحت مجهر الاختبار الأخلاقي، فإذا نجح في هذا الاختبار من خلال الالتزام بما سبق وفق الضوابط المتعارف عليها، فسينجح، وسيقترن نشاطه بسمعة جيدة، تشكل عنواناً عريضاً وواضحاً لشخصيته، تشبه

المصباح الذي يضيء أمامه، فيكتسب بذلك ثقة الناس في التعامل معه.

وإذا كان حسن السمعة أمراً أساسياً في الحياة العامة - كما سبق بيانه - فإن معيار حسن السمعة يتضاعف عندما يتولى هذا الشخص مسؤولية عامة، كما هو الوضع بالنسبة إلى أعضاء البرلمان.



كل منهما.

إلا أن الشرع في بعض الحالات يجعل ارتكاب الجريمة الجنائية قرينة على فقدان السمعة الحسنة والسلوك القويم، ومن ثم يمتنع على من يرتكب الجرائم ممارسة وظائف معينة؛ كالالتحاق بالوظائف العامة أو الترشح للبرلمان.

وتأسيسًا على ذلك فقد اعتبر الشرع الكويتي أن الحكم بعقوبة جنائية أو جريمة مخلة بالشرف والأمانة قرينة على أن الفرد غير صالح لممارسة الوظيفة النيابية. ومن ثم يمتنع عليه ترشيح نفسه على اعتبار أنه فاقد شرط حسن السمعة ومن ثم يكون - وقد ثبتت خطورته- غير جدير بأن يمثل الأمة.

على أنه لما كان الأصل أن كل إنسان يتمتع بالنزاهة والشرف، وأنه حائز للثقة والاعتبار فإن فقد الاعتبار يجب أن يثبت بحكم قضائي وفي حالات محددة؛ فتمتع الإنسان بحقوقه المدنية والسياسية يمثل حالة طبيعية يتمتع بها كل مواطن مالم يكن قد صدر حكم بحرمانه منها .

المبحث الثاني

الحكم على المرشح بعقوبة جنائية أو جريمة مخلة بالشرف والأمانة كشرط مانع من الترشح للبرلمان

ليس كل ما يمس القيم الأخلاقية يصل إلى مرتبة الجريمة الجنائية وليس كل جريمة جنائية تصل إلى مرتبة الجريمة الخلقية؛ وإنما كل من الجريمتين له كيان مستقل يعمل به؛ تفريغًا على ذلك فقد يتوافر في السلوك صفة الجريمة الجنائية وصفة الجريمة

الخلقية كجريمة السرقة؛ وقد يتوافر في السلوك صفة الجريمة الجنائية دون أن تبلغ مرتبة الجريمة الخلقية المانعة من الترشح للمجالس النيابية كجرائم الرور. وعلى ذلك ثمة استقلال يقوم بين الجرائم الجنائية والجرائم الأخلاقية؛ بحيث لا يترتب - بحكم اللزوم - على وجود أحد هذين النوعين وجود النوع الآخر وإنما ذلك منوط بتوافر شروط تحقق



على فقدان شرط الأهلية الأدبية سواء بالنسبة إلى الوضع قبل الانتخاب أو الوضع بعده؛ فإننا سنعالج ذلك الموضوع في المطلبين القادمين.

الخاتمة:

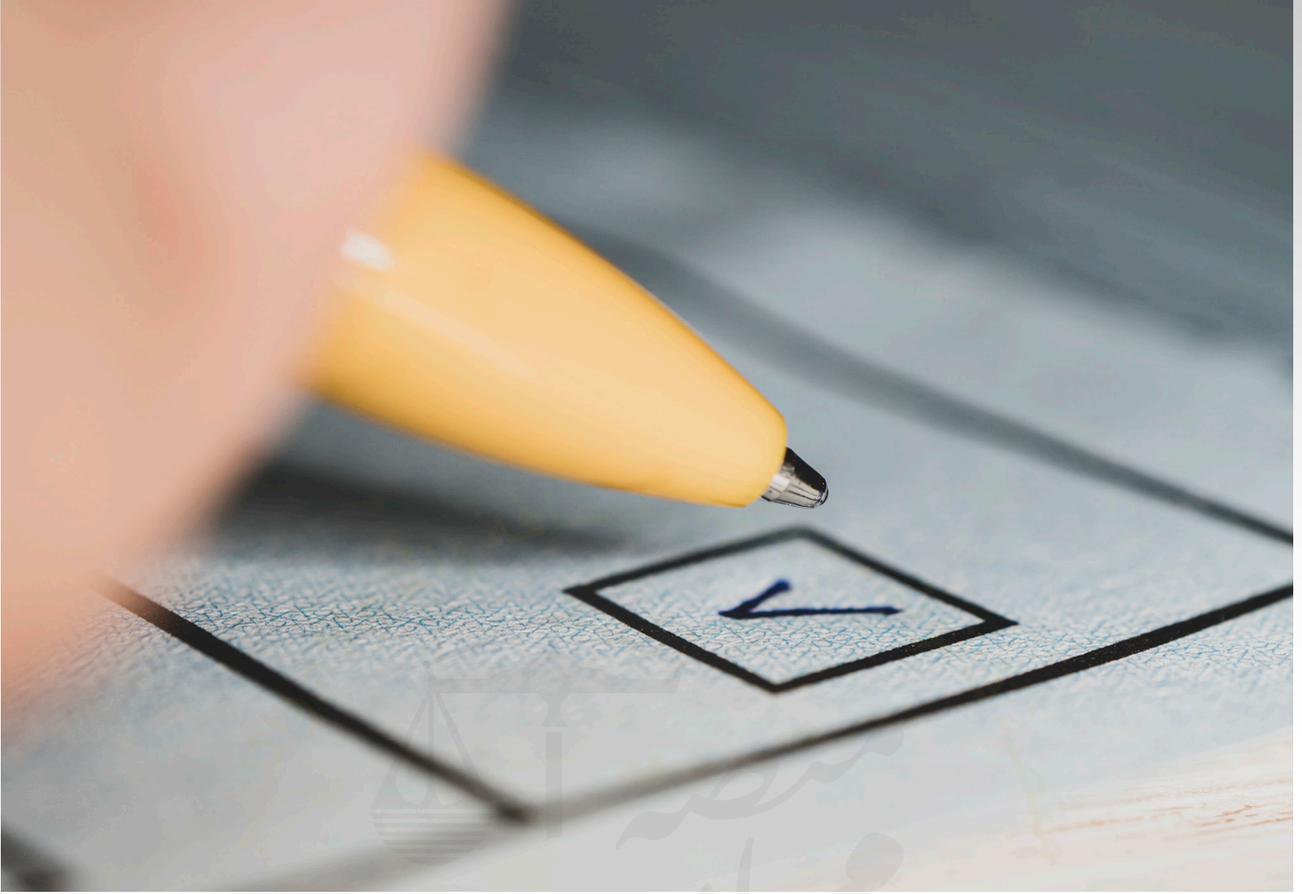
بعد أن وصلنا إلى خاتمة المطاف في هذه الدراسة نؤكد أهمية توافر حسن السمعة بالرشح لعضوية البرلمان؛ لأنه يمثل الشعب عملاً بنص المادة 108 من الدستور؛ وعليه فإنه يتعين أن يكون على قدر كبير من النزاهة والاستقامة والشرف. ومتمتعاً بحسن السمعة التي لا تشوبها أية شائبة حتى يكون جديراً بشرف تمثيل الأمة بكاملها وحتى يكون هدفه من عضويته لمجلس الأمة العمل للمصلحة العامة دون مصالحه الخاصة؛ وذلك بالنظر إلى على شأن الوظيفة النيابية وخطورة واجباتها ومسؤولياتها وكذلك ضمناً للسلطة التشريعية وهيبتها فمناقشة حسن السمعة لا يتعلق بأدلة جنائية أو إدانة قضائية؛ وإنما يتعلق بشرط من شروط الصلاحية؛ سواء

وعلى ضوء ما تقدم ستناقش الجرائم الجنائية التي حسن السمعة كشرط مفترض في المرشح للبرلمان- تمنع الأفراد من الترشح للبرلمان في مطلبين؛ الأول وندرس من خلاله عقوبة الجنائية كمانع من الترشح أما المطلب الثاني فندرس من خلاله الجريمة المخلة بالشرف والأمانة ودورها في الحرمان من الترشح.

المبحث الثالث

الأثر المترتب على مخالفة شرط حسن السمعة

بعد أن تناولنا الأهلية الأدبية بوصفها شرطاً للترشح للمجلس النيابي؛ يثور التساؤل في هذا الصدد عن الوضع في حالة مخالفة شرط الأهلية الأدبية، وأثر ذلك على الترشح للبرلمان أو العضوية فيه. وللإجابة عن هذا التساؤل. يجب أن تؤكد أن الأهلية الأدبية من الشروط الجوهرية التي يجب توافرها في الرشح؛ كما يترتب على فقدانها إنهاء عضويته؛ ونظراً لاختلاف بعض الأحكام الترتبية



يوجه إليهم بعد فوزهم في الانتخابات حفاظاً على كرامتهم ومكانتهم التي أولاهم لهم الشعب كي يؤديوا رسالتهم التشريعية بالأمانة الوكولة إليهم؛ ومن ثم يسان للمجلس دوره الفعال في الرقابة والتشريع بحسبانه سلطة من سلطات الدولة التي يتعين أن تحاط بسياج منيع ضد من يحاول النيل منها.

كما نؤكد في هذه الدراسة أن ثمة أموراً معينة تحتاج من المشرع أن يتناولها بقدر كبير من الوضوح وأولها وجوب النص على حسن السمعة بشكل واضح وجلي؛ وذلك لتأكيد أهمية الشرط؛ فلا ينبغي تركه لاجتهادات الفقه والقضاء كما هو حاصل الآن في بعض البلاد العربية ومن بينها الكويت ومصر. كما أن هناك بعض الموائع التي تمنع من الترشح للبرلمان تحتاج أيضاً إلى المعالجة التشريعية خصوصاً ما يتعلق بعقوبة الجناية أو الجرائم المخلة بالشرف والأمانة؛ ذلك أن ثمة تضارباً بالفتاوى والاجتهادات في هذا الموضوع، وهو ما يتعين أن يتم معالجته بصورة مفصلة.

أكانت صلاحية المنصب السياسي ابتداءً أم كانت صلاحية للاستمرار فيه.

كما أنه من المهم الإشارة إلى أن وسائل التحقق من حسن السمعة تتجاوز في الكثير من الحالات مجرد القيل والقال، وفي هذا الصدد تكون أقرب للمجال التأديبي المسلكي وليس الجنائي. ولا محل للقول بأن تخلف النص على شرط حسن السمعة مرجعه تجنب تعليق الترشح بإرادة أجهزة الأمن حفاظاً على كرامة مجلس الأمة. وذرى بأنه من الأجدى أن يظهر مجلس الأمة حرصه على نزاهة أعضائه بإدراج حسن السمعة بين ضوابط الترشح للعضوية النيابية؛ وقد بات من الملح إضافة هذا الأمر إلى الشروط الواجب توافرها في المرشح بأن يكون محمود السيرة حسن السمعة شأنه في ذلك شأن المرشحين لأية وظيفة عامة. وأن يتم تقصي الحقائق في كل أمر يتعلق بأمن النظام وسلامة المجتمع؛ باعتبار أن المرشح لهذا المنصب يحمل على كتفيه أمانة ومسؤولية التمثيل النيابي؛ وفي ذلك الضمان الكافي لتصفية المطاعن للمرشحين التي تمسهم؛ وكذلك تلاقى لما قد

المحكمة الدستورية الكويتية وفقاً لآحدث التعديلات التشريعية دراسة تطبيقية تحليلية

المستشار الدكتور عادل ماجد بورسلي

أن العمل به سيتم بعد أربعة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية؛ ويعد القانون المذكور أول تنظيم قانوني للعدالة الدستورية في دولة الكويت.

وإذا كان القانون (109) لسنة (2014) موضوع الدراسة هو أول تعديل ينصب صراحة على قاذون إنشاء المحكمة الدستورية رقم (74) لسنة (1973)؛ إلا أن هناك تعديلاً في اختصاصات المحكمة الدستورية بإضافة اختصاص جديد لها ثم بموجب المادة (23) من القانون رقم 5 لسنة (2005) في شأن بلدية الكويت؛ وإذا كان هدفنا في هذه الدراسة هو تسليط الضوء على القانون رقم (109) لسنة (2014) وسبل غور كافة الآثار الدستورية المترتبة عليه؛ إلا أن ذلك لن يمنعنا من الالتفات إلى مسائل مهمة.

نصت المادة (50) من دستور دولة الكويت على أن: «يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات مع تعاونها وفقاً لأحكام الدستور ولا يجوز لأي سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها النصوص عليه في الدستور». ونصت المادة السادسة من الدستور على أن: «نظام الحكم في الكويت ديمقراطي، السيادة فيه للأمة وهي مصدر السلطات جميعاً وتكون ممارسة السيادة على الوجه المبين بهذا الدستور».

ويتضح لنا من المواد (51) و(52) و(53) من الدستور وجود ثلاث سلطات في دولة الكويت هي السلطة التشريعية؛ والسلطة التنفيذية، والسلطة القضائية؛ وأن نظام الحكم يقوم على أساس الفصل فيما بينها ولكنه ليس فصلاً تاماً ومطلقاً وإنما هناك قنوات اتصال وتعاون فيما بينها كما يلاحظ أن سمو الأمير عنصر مشترك بين هذه السلطات؛ وهو أمر حتمته طبيعة نظام

ترصد هذه الدراسة التطبيقية التحليلية أحدث التغييرات التي طرأت على اختصاص المحكمة الدستورية؛ والإجراءات الواجب اتباعها على إثر صدور القانون رقم (109) لسنة (2014)؛ وتتضمن فحص وتقييم القانون المذكور والأحكام الدستورية الصادرة تطبيقاً له. ويحمل البحث في ثناياه أربعة مباحث: أولها تمهيدي يوضح موقع المحكمة الدستورية بين باقي السلطات في الدولة. ويؤكد عدم انتمائها لأي منها عبر استخلاص قانوني لم يطرح من قبل، وثانيها مبحث يعرض للقيمة القانونية لقانون المحكمة الدستورية؛ انتهى فيه الباحث إلى أن القوة القانونية لقانون إنشاء المحكمة الدستورية تضاهي في قيمتها النصوص الدستورية والقوانين الأساسية استناداً لما سبق وأن قررته المحكمة الدستورية في ظل العمل بقانون إنشائها.

وانصب المبحث الثالث على دراسة المستجدات القانونية الشكلية والموضوعية التي سنها القانون رقم (109) لسنة (2014) وموقف المحكمة من التعاطي معها أما البحث الرابع فتم تخصيصه لتقدير القانون آتف الذكر وبيان أهم المثالب القانونية التي انتابته.

وانتهى مطاف البحث بالخاتمة التي وجّه من خلالها الباحث رسالتين إحداهما للمشروع لعلاج النقد الوجه للقانون، والثانية للمحكمة الدستورية لضمان التطبيق السديد للقانون الجديد.

المقدمة:

بتاريخ (9) يونيو (1973) صدر القانون رقم (4) لسنة (1973) بإنشاء المحكمة الدستورية في دولة الكويت؛ استجابة متأخرة لنداء المشرع الدستوري في التاسعة من القانون المشار إليه



هذه العناصر أقلية، ويساعد هذا التشكيل الختلط على جعل السلطتين التشريعية والتنفيذية أكثر تقبلاً للأحكام الصادرة بعدم الدستورية». والواقع الجغرافي للنص الدستوري الخاص بالجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح؛ ووروده في الفصل الخامس الخاص بالسلطة القضائية لا يقطع بانتماء المحكمة الدستورية للسلطة القضائية، فالمادة (132) من الدستور أشارت إلى الجهة المختصة بمحاكمة الوزراء وقد جاءت في الفصل الرابع الخاص بالسلطة التنفيذية؛ ولم يقل أحد إن محكمة الوزراء هي أحد الأجهزة التابعة للسلطة التنفيذية؛ فالمحكمة الدستورية -من وجهة نظرنا- تقف على مسافة واحدة من السلطات الثلاث في الدولة بما فيهم السلطة القضائية؛ وإن التشكيل العضوي للمحكمة من رجال السلطة القضائية لا يعني أنها من أسرة السلطة القضائية؛ إن لم ترد أي إشارة عنها في قوانين تنظيم القضاء بدءاً من المرسوم الأميري رقم (9) لسنة (1959) ومروراً بالرسوم بقانون رقم (23) لسنة (1990) وانتهاء

الحكم السائد في الكويت. وقد أفرد الدستور الفصل الخامس منه، في المواد من (162) إلى (173) للسلطة القضائية، ونص في المادة (53) منه على أن: «السلطة القضائية تتولاها الحاكم باسم الأمير في حدود الدستور». وقد نصت المادة (173) من الدستور وهي آخر مادة في الفصل الخامس الخاص بالسلطة القضائية؛ على أن: «يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح؛ ويبين صلاحيتها والإجراءات التي تتبعها...» ونلاحظ أن المشرع الدستوري قد نص على جهة قضائية وليس بالضرورة أن تكون محكمة؛ وأشار في المذكرة الإيضاحية للدستور أن: «يترك للقانون الخاص بالمحكمة الدستورية مجال اشتراك عناصر غير قضائية من مجلس الأمة والحكومة في تشكيلها إلى جانب رجال القضاء العالي في الدولة» بهدف إفساح المجال أمام إدخال بعض العناصر السياسية في تشكيل المحكمة وعدم اقتصرها على الجانب القانوني وحده؛ ويتم اختيارها من مجلس الأمة والحكومة؛ على أن تكون



على الفصل بين السلطات؛ وقررت المادة (177) منه على إلغاء المجلس الدستوري وإنشاء محكمة دستورية تتألف من اثني عشر عضواً يعينون لمدة تسع سنوات قابلة للتجديد؛ ويتم اختيارهم من بين الشخصيات اللتوفرة على تكوين عال في مجال القانون؛ وعلى كفاءة قضائية أو فقهية أو إدارية والمشهود لهم بالتجرد والنزاهة. تمارس رقابة سابقة وقائية ولاحقة على التشريعات.

وفيما أفرد هذا الدستور الباب الرابع منه للسلطة التشريعية؛ والباب الخامس للسلطة التنفيذية. والباب السابع للسلطة القضائية في المواد من (107) إلى (128)؛ فإنه خصص الباب الثامن منه للمحكمة الدستورية وذلك في المواد من (29) إلى (134)؛ وجعل من المحكمة الدستورية سلطة مستقلة تماماً - في تكوينها وتشكيلها العضوي واختصاصها- عن باقي السلطات؛ إذ نص صراحة في المادة (56) منه على أن: «يرأس الملك المجلس

بما طراً عليه من تعديلات.

هذا ما نستنتجه من الحكم الصادر في الطعن الانتخابي رقم (21) لسنة (2012) بتاريخ (20/06/2012) بعد أن تحللت المحكمة من القيد الذي كانت قد وضعتة لنفسها باعتبارها أعمال السيادة من الموضوعات التي تخرج عن نطاق اختصاصها بما معناه أنها غير مخاطبة بالحظر النصوص عليه في المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء رقم (23) لسنة (1990) المعدل في نص المادة الثانية، التي قررت أن: «ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة»؛ ولعل هذا التوجه هو ما اتبعته النظم الدستورية المقارنة وأبرزها النظامان الإسباني والألماني اللذان عهدا للمحاكم الدستورية حق الحكم بعدم دستورية الأحكام الصادرة عن المحاكم العليا التي انتابها خطأ جسيم في تطبيق القانون».

ويتعزز هذا الرأي عندما ترجع البصر إلى دستور المملكة المغربية لسنة (2011) إذ تنص صراحة

المطلب الشثاني: صور تحريك الرقابة على دستورية القوانين في دولة الكويت.

المطلب الأول

القيمة القانونية للقانون رقم (14) لسنة (1973) وآلية تعديله

استعرضنا في للبحث السابق موقع المحكمة الدستورية بين باقي السلطات في النظام الدستوري الكويتي؛ وخلصنا إلى أنها لا تتبع أي سلطة من السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية. وأشرنا فيما تقدم أن المادة (173) من الدستور قد نصت على أن: «يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح»، ونفاذاً لها صدر قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم (14) لسنة (1973) المعدل بالقانون (109) لسنة (2014)، والسؤال الذي سنحاول الإجابة عنه في هذا البحث هو ما الأداة القانونية التي يمكن من خلالها تعديل قانون إنشاء المحكمة الدستورية أياً كان أشد ذلك التعديل سواء في تشكيل المحكمة أو اختصاصها بالإضافة أو بالسحب أو طريق الوصول إليها أو الإجراءات المتبعة أمامها؟

تتضمن مواد الدستور إجابة صريحة على السؤال السابق، ولا غرابة في ذلك فالدستور الكويتي من أشد الدساتير اختصاراً وجموداً ومواده مقتضبة!»، ولا نملك في هذا الصدد إلا أن ندعم وتبني ما قرره المحكمة الدستورية الكويتية في معرض تسبب قرارها التفسيري رقم (3) لسنة (1986) من أن ولايتها في تفسير النصوص الدستورية: استقلالاً أو تبعاً تكون نابعة من الدستور لا مقررة من الشرع العادي؛ بما يترتب عليه لزوماً عدم المساس بهذا الاختصاص إلا بنص يعدل المادة (173) من الدستور، ولا يتأت بتشريع عادي يقرره؛ وانتهت صراحة وبمصطلحات ساطعة في منطوق قرارها التفسيري إلى أن ولاية تفسير النصوص الدستورية قد أسندت إلى المحكمة الدستورية وحدها بأمر المشرع الدستوري وإرادته في المادة (173) من الدستور وما جاء في الذاكرة التفسيرية الشارحة له وليس من المشرع العادي؛ مما لا يسوغ معه تعديل الاختصاص أو سلبه إلا بنص دستوري معدل للنص المقرر للاختصاص.

الأعلى للسلطة القضائية»، لكنه لم يتضمن أي نص على رئاسة الملك للمحكمة الدستورية. وأخيراً جاءت المحكمة الدستورية الكويتية لتؤكد عدم انتماء المحكمة الدستورية الكويتية للسلطة القضائية في أحد قراراتها التفسيرية الذي قضت فيه: «.. والمحكمة الدستورية بعد لها الطبيعة الخاصة. أنشئت بمقتضى المواد (95)؛ (164)؛ (173) من الدستور وبجانباها جهة قضاء مستقل عن جهة القضاء العادي؛ وقد خصها الشرع دون غيرها باختصاصات محدودة ذات طبيعة خاصة؛ مما غدا معه سائداً في المجال القانوني القول إن المحكمة الدستورية تعتبر هيئة دستورية منفصلة عن سائر سلطات الدولة الأخرى، ولا تعتبر جزءاً من السلطة القضائية؛ ولا تدخل في نطاق الجهة القضائية العادية».

واستناداً لما سبق كله ولما تتخذه بعض النظم الدستورية من تقرير الرقابة السابقة على دستورية القوانين التي تحمل في طياتها صبغة سياسية لا قضائية، نميل إلى استخدام مصطلح العدالة الدستورية.

المبحث الأول

القيمة القانونية لقانون إنشاء المحكمة الدستورية

و صور تحريك الرقابة

تبحث في الطلب الأول من هذا المبحث القوة القانونية لقانون إنشاء المحكمة الدستورية؛ والأساس القانوني لهذه المرتبة؛ والآلية اللازمة للتعديل. وهذه المسألة الأخيرة قد تثير خلافاً فقهيًا؛ مرجحاً به؛ حول القيمة القانونية للقانون رقم (14) لسنة (1973) خاصة يعد أن برزت الحاجة لحسم هذه الإشكالية بصور القانون رقم (109) لسنة (2014).

وسنتناول في المبحث الثاني بإيجاز كيفية اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية سواء في ظل القانون رقم (14) لسنة (1973) أو الوسيلة الجديدة التي سنها القانون رقم (109) لسنة (2014).

وبناء عليه تقسم هذا البحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: القيمة القانونية للقانون رقم (14) لسنة (1973) وآلية تعديله.

الدستوري بإمكانية تواجدها في مصادر أخرى متى تحقق بصدها المعيار الموضوعي المميز لهذا القانون توارث الإمارة؛ وتشكيل واختصاصات المحكمة الدستورية وطرق رفع الدعوى الدستورية وإجراءاتها وذلك بسبب خصوصية الوثيقة الدستورية الكويتية وعدم قدرتها على احتواء كل القواعد الدستورية المتعلقة بالجهة القضائية التي أشارت إليها المادة (173) والإلزام بهاء ومن ناحية أخرى للالتزام بالشكل الذي يجب أن تظهر فيه الوثيقة الدستورية؛ والذي يحتم عليها أن تقتصر على إيراد المبادئ والقواعد الكلية. ونعم هذا الرأي بالقول إن وضع القانون رقم (14) لسنة (1973) في مصاف القانون الأساسي يدرأ عن المحكمة الدستورية بحسبائها الجهة القضائية القصودة في المادة (173) من الدستور وبقية التعديلات المتكررة والمتغيرة في قانونها والذي قد تتحكم به السلطة التنفيذية والقوى والأحزاب السياسية التي قد تحظى بالأغلبية في مجلس الأمة؛ ومن ثم يسهل ويمكن العبث بتشكيل المحكمة واختصاصاتها وبالعودة إلى القانون رقم (109) لسنة (2014) نجد أنه صدر عن مجلس الأمة بأغلبية عادية شأنه شأن أي قانون آخر وأضاف في مادته الأولى مادة جديدة هي «الرابعة مكرراً» لاستيفاء النقص في القانون رقم (14) لسنة (1973) كما ورد في مذكرته الإيضاحية؛ ولا يتصور أبداً أن تكون نية المتعاقدين في دستور دولة الكويت قد انصرفت أبداً إلى أن يكون المركز القانوني للقانون المنظم للعدالة الدستورية شأنه شأن أي قانون آخر يعدل ويلغي بأغلبية عادية. في حين قررت بعض مواد الدستور أغلبية خاصة لمسائل أقل أهمية بكثير. مثل الأغلبية الخاصة في حالة تجاوز اعتراض سمو الأمير على القانون في المادة (66) من الدستور؛ والأغلبية الخاصة في حالة رفض المراسيم بقوانين بموجب المادة (114) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة، والأغلبية الخاصة لعقد دور انعقاد غير عادي لمجلس الأمة؛ في المادة 88 من الدستور.

ولا يتصور عقلاً ولا منطقاً أن الشارع الدستوري قد اشترط الأغلبية الخاصة لرجعية القوانين مع عدم جوازها في المسائل الجنائية؛ ويترك تعديل قانون المحكمة الدستورية التي من شأن الأثر

ونستخلص من القرار التفسيري المذكور وما سطرته المحكمة فيه من فهم سديد لنصوص وروح الدستور؛ وما استخلصته من الأعمال التحضيرية ومحاضر واجتماعات لجنة الدستور واللجس التأسيسي والمذكرة التفسيرية للدستور. أن اختصاصها المستقل بتفسير أحكام الدستور يستند إلى نصوص الدستور الكويتي التي أسندت هذا الاختصاص إلى المحكمة الدستورية وحدها» والفهم المترتب على ما سلف أن اختصاص المحكمة الدستورية فيما يتعلق بالرقابة على دستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح وتفسير النصوص الدستورية يستمد من المادة (173)

من الدستور مباشرة، ولا يجوز المساس به أو تعديله إلا بالطريقة والأسلوب الذي يعدل به الدستور ولا تتردد في القول تبعاً لذلك أن القيمة القانونية لقانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم (14) لسنة (1973) تعدل أو تساوي في القيمة النصوص الواردة في الدستور والقوانين الأساسية التي تبلغ مرتبة الدستور؛ على غرار القانون رقم (4) لسنة (1964) في شأن توارث الإمارة الصادر استناداً للفقرة الخامسة من المادة الرابعة من الدستور.

وإذا كانت المحكمة قد قررت ذلك في شأن الاختصاصين المشار إليهما فإننا نجنح إلى امتداد ما تقدم إلى تكوين المحكمة وتشكيلها وكافة اختصاصاتها عدا اختصاصها بالطعون الانتخابية الذي عهد إليها به بمقتضى الإجازة الدستورية في المادة (95) من الدستور ويمتد ذلك إلى طرق رفع الدعوى الدستورية وإجراءاتها فالمادة (173) من الدستور فوضت المشرع العادي صراحة بتعيين الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، وبيان صلاحيتها والإجراءات التي تتبعها والمشرع العادي استنفذ التفويض والاختصاص القرين له عملاً بالدستور بإصدار القانون رقم (14) لسنة (1973) ولا يجوز له معاودة المساس بذلك القانون، وهذا ما يتماشى مع الطبيعة المختصرة والجامدة والتعاقدية للدستور الكويتي؛ وعدم إمكانية حصر مصادر القاعدة الدستورية في الوثيقة الدستورية؛ وحده منقول بل سمح المشرع

الرجعي للحكم بعدم الدستورية هدم وإزالة كافة ما ترتب على القانون من آثار على نحو ملزم للكافة؛ شأنه شأن أي قانون عادي بأغلبية عادية».

وإذا كنا نشك في دستورية المادة الأولى من القانون رقم (109) لسنة (2014)؛ فإننا نجزم بعدم دستورية المادة (23) من القانون رقم (5) لسنة (2005) في شأن بلدية الكويت؛ التي عهدت إلى المحكمة الدستورية الاختصاص بالنظر في الطعون الانتخابية في شأن انتخاب المجلس البلدي ولذا في ذلك ثلاث حجج: 1- المقرر في قضاء المحكمة الدستورية أن الطعن الانتخابي هو منازعة في صحة القرار الصادر بإعلان نتيجة الانتخاب بيد أنه في مجال الطعن في انتخابات مجلس الأمة فالمحكمة الدستورية تختص وحدها عملاً بالمادة (95) من الدستور.

2- المشرع الدستوري قد فوّض الأمر للمشرع العادي؛ وجعل له الخيار بين الأخذ بنظام القضاء الوحد؛ وذلك بإنشاء غرفة أو دائرة في كنف القضاء العادي تختص بممارسة القضاء الإداري، وبين الأخذ بنظام القضاء الزوج وذلك بإقامة محكمة قضاء إداري مستقلة أو إنشاء مجلس دولة مستقل ومتكامل يقوم بوظائف القضاء الإداري؛ ومن ثم

عدم دستورية النهج التشريعي بأي انتقاص من اختصاص القضاء الإداري، إذ لم يفوض المشرع الدستوري زميله العادي في وضع نصوص أو تحد أو تنتقص شيئاً من ولاية الدائرة الإدارية.

وقبل أن نطوي صفحات هذا البحث نشير إلي أن المحكمة الدستورية في أحدث أحكامها تصدت للمنازعات الدستورية الرفوعة استناداً للقانون رقم (109) لسنة (2014) ولم تتعرض أو تبحث

مدى دستورية المادة الأولى. وقضت في طعن انتخابي متعلق بانتخابات المجلس البلدي.

3- قررت المحكمة الدستورية في طلب التفسير رقم (3) لسنة (1986) المتقدم تناوله في هذه الدراسة بأنه لا يسوغ تعديل اختصاصها بالتفسير أو سلبه إلا بنص دستوري والإضافة هي الوجه الآخر للسلب؛ فمثلاً لا يجوز إسقاط أحد اختصاصات المحكمة إلا بالطريقة التي يعدل بها الدستور؛ فإن الإضافة لا تجوز إلا بموجب الأداة المذكورة.

المطلب الثاني **صور تحريك الرقابة** **على دستورية** **القوانين** **في دولة الكويت**

إن قوام الرقابة القضائية على دستورية القوانين أن تقوم بها جهة قضائية؛ وهي تتم بعدة صدور بعض منها في القانون رقم (14) لسنة (1973)، وأضاف في الفرعين التاليين:
الفرع الأول: طرق تحريك الرقابة في ظل القانون رقم (14) لسنة (1973)
الفرع الثاني: طريقة تحريك الرقابة بعد العمل بالقانون رقم (109) لسنة (2014)

الفرع الأول **طرق تحريك الرقابة في ظل القانون** **رقم (14) لسنة (1973)**

في ظل سريان القانون رقم 14 لسنة (1973) وقبل تعديله نجد بأن هناك ثلاث صور لتحريك المنازعة في دستورية القوانين وهي كالآتي:
المحكمة الدستورية الكويتية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية- دراسة تطبيقية تحليلية



كما هو الحال في طريق الدعوى الأصلية؛ وإنما يجب عليه أن يقف موقف المدافع بأن ينتظر تطبيق هذا القانون عليه فيستطيع وقتها الدفع بعدم دستوريته؛ وعلى ذلك فإن تحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق الدفع يفترض وجود ثمة دعوى منظورة أمام القضاء يرى أحد أطرافها أن القانون الراد تطبيقه عليه مخالف للدستور فيقوم بالدفع بعدم دستوريته». ومآل هذا الدفع إما أن تقدر محكمة الموضوع جديته وتحيله إلى المحكمة الدستورية عملاً بالبند (ب) من المادة الرابعة السالف ذكرها أو تقدر عدم جديته ويكون القول الفصل بعد ذلك للجنة فحص الطعون في المحكمة الدستورية عملاً بالفقرة الأخيرة من المادة المذكورة؛ وقد تكون الإحالة من المحكمة الدستورية ذاتها لنفسها بحسبائها محكمة موضوع؛ وتعتبر كذلك عندما تنظر في الطعون الانتخابية للقدمة لها .

ثالثاً- الرقابة عن طريق الإحالة:

لإحدى محاكم الموضوع أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع؛ فإنها توقف نظر الدعوى وتحيل الأوراق للمحكمة الدستورية للفصل في هذه المسألة الدستورية.

أولاً- الطعن الأصلي:

يوصف هذا الإجراء من إجراءات تحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين بأنه إجراء هجومي وذلك باعتبار أنه يسمح بالطعن على القانون أمام المحكمة الدستورية بطلب فحص مدى دستوريته، فإذا ما ثبت للمحكمة بعد فحص القاذون مخالفته للدستور حكمت ببطلانه. ونظراً لخطورة أسلوب الدعوى الأصلية وما قد تؤدي إليه من الحكم بعدم دستورية القوانين، فقد تقرر هذا الحق في القانون رقم (14) لسنة (1973) للسلطتين التشريعية والتنفيذية عملاً بالبند (أ) من المادة الرابعة من القانون المذكور.

ثانياً- الرقابة عن طريق الدفع:

على خلاف الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية التي وصفت بأنها إجراء هجومي؛ توصف الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع بأنها إجراء دفاعي، وذلك باعتبار أنه لكي يدعي شخص طبيعي أو اعتباري بعدم دستورية أي قانون أو لائحة؛ فإنه يجب عليه أن ينتظر حتى يطبق عليه هذا القانون ويدفع بعدم دستوريته؛ فصاحب الشأن وفقاً لوسيلة الدفع بعدم الدستورية لا يمكنه المبادرة برفع دعوى على قانون لم يطبق عليه؛ لأنه رأى مخالفته للدستور.

لسنا بحاجة في هذا المبحث لإعادة استعراض ما كانت تختص به المحكمة الدستورية الكويتية قبل صدور القانون رقم (109) لسنة (2014) والإجراءات اللمتبعة أمامها؛ وسنركز على تتبع ورصد ما آتى به القانون الجديد من واقع مادته الأولى ومذكرته الإيضاحية؛ وما صدر عن المحكمة الدستورية من أحكام عملاً بهذا القانون واستناداً إليه حتى نهاية يناير 2016 وقت إتمام هذه الدراسة.

المطلب الأول: المستجدات الموضوعية.
المطلب الثاني: المستجدات الشكلية.

المطلب الأول

المستجدات الموضوعية

لعل أهم ما تمخض عن القانون الجديد من مستجدات موضوعية هو ما ورد في مادته الأولى التي نصت على الآتي:

«تضاف إلى القانون رقم (14) لسنة 1973 مادة جديدة برقم (رابعة مكرر) نصها الآتي: «لكل شخص طبيعي أو اعتباري الطعن بدعوى أصلية أمام المحكمة الدستورية في أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة؛ إذا قامت لديه شبهات جدية بمخالفته لأحكام الدستور؛ وكانت له مصلحة شخصية مباشرة في الطعن عليه (...). ويعرض الطعن على المحكمة في غرفة الشورى؛ فإذا رأت أنه يخرج عن اختصاصها أو أنه غير مقبول شكلاً أو أنه غير جدي، قررت عدم قبوله ومصادرة الكفالة بقرار غير قابل للطعن عليه بأسباب موجزة تُبَت في محضر الجلسة؛ وإذا رأت المحكمة غير ذلك حددت جلسة لنظر الطعن».

ونستخلص من المادة المذكورة، والأحكام والقرارات الصادرة عملاً بها الآتي:

إن المشرع استحدث طريقاً جديداً للحصول على الحماية الدستورية. والطعن بعدم دستورية القوانين والمراسيم بالقوانين واللوائح، وهو حق الأشخاص في الطعن بدعوى أصلية أمام المحكمة الدستورية في أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة.

فبموجب هذا التعديل لن يكون صاحب الشأن أو الخاطب بالقانون أو اللائحة مكلفاً أن ينتظر تطبيق القانون عليه كي يطعن بعدم دستوريته؛ وإنما يمكنه هذا الطعن بمجرد أنه قدر أن قانوناً معيناً

ويشترط في حكم الإحالة الصادر من إحدى المحاكم أن يكون قاطع الدلالة على إرادتها في أن تعرض المسألة للشبهة بعدم دستورها على المحكمة الدستورية؛ كما ينبغي أن يتضمن حكم الإحالة تحديداً كافياً لنصوص الدستور المدعى مخالفته له؛ وكذلك أوجه المخالفة.

الفرع الثاني

طريقة تحريك الرقابة بعد العمل بالقانون رقم (109) لسنة (2014)

استحدث القانون المشار إليه صورة جديدة من صور تحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين بالإضافة إلى الصور السائدة قبل صدوره والتي استمر سريانها بعد العمل به. وتتمثل هذه الطريقة المستحدثة في حق الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين في الطعن بدعوى أصلية أمام المحكمة الدستورية؛ وقبل سريان هذا القانون لم يكن نظام العدالة الدستورية في دولة الكويت يعرف حق الأفراد في رفع دعوى أصلية بعدم دستورية القوانين.

وقد ورد في اللمكرة الإيضاحية للقانون موضوع الدراسة: «جاء قانون المحكمة الدستورية رقم (14) لسنة (1973) خلواً من النص على هذا الحق الذي كفله الدستور بنص صريح في المادة (173) سالفة الذكر وكذلك لائحة المحكمة الدستورية الصادرة بالرسوم المؤرخ في (6/5/1974).

لذلك أعد القانون لاستيفاء هذا النقص، وذلك بإضافة مادة جديدة برقم (رابعة مكرر) إلى قانون المحكمة الدستورية تتضمن الأحكام التالية والتي مناه لكل شخص طبيعي أو اعتباري حق الطعن بدعوى أصلية بعدم دستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح...» وستتبع المستجدات التشريعية التي أحدثها القانون الجديد في البحث القادم.

المبحث الثاني

المستجدات القانونية التي أحدثها القانون رقم (109) لسنة (2014)

تركز في هذا المبحث على الفوارق التشريعية بين الأوضاع القانونية التي كانت سائدة قبل صدور القانون محل البحث؛ والمليستجدات التي طرأت على إثر ذلك التعديل. ونوه في هذا الصدد أننا



الأمة انسجاماً مع ما ورد في المادة (173) من الدستور. وتدعو المحكمة إلى اعتماد مصطلح (دعوى أصلية) بدلاً من (طعن مباشر) عملاً بما هو مقرر في علم المرافعات؛ وسأند في التشريعات والأحكام الدستورية.

2- لم تتضمن مفردات المادة الأولى من القانون الجديد مصطلح (مباشر) في معرض وصفها للاختصاص الجديد المضاف للمحكمة؛ بل ذكرته المادة في اشتراط الصلحة؛ وسنعود لمناقشة هذا الأمر قريباً إلا أن الذكر الإيضاحية وسعياً لتفسير وإيضاح مدلول النص سطرت عبارة (منح كل شخص طبيعي أو اعتباري حق الطعن بدعوى أصلية مباشرة بعدم دستورية القوانين.... (ونرى أن المذكرة الإيضاحية لم تحسن تفسير النص؛ وخذعت المحكمة وبعض القوانين بوصف الدعوى الأصلية المستحدثة بأنها مباشرة؛ وهي ليست كذلك. ونكتفي بالتدليل على عدم الباشرة فيما جاء في صلب المادة الأولى «ويعرض الطعن على المحكمة منعقدة في غرفة المشورة. فإذا رأت أنه يخرج عن اختصاصها أو

أو لائحة صدر ويشوبهما عيب عدم الدستورية؛ أو قامت لديه شبهات جدية بعدم الدستورية؛ دون أن يكون هذا القانون قد طق عليه بالفعل أو أريد تطبيقه، بيد أن الطاعن لا يجد نفسه مباشرة أمام هيئة المحكمة الدستورية لفحص دستورية ما طعن عليه؛ بل يُعرض الأمر ابتداءً على المحكمة في غرفة المشورة؛ وإذا وجدت أنه يخرج عن اختصاصها أو أنه غير مقبول شكلاً أو أنه غير جدي قررت عدم قبوله.

وفي هذا المقام نذكر الملاحظات التالية:

1- إن المشرع كان صريحاً في استخدام مصطلح الدعوى الأصلية. وهذا أمر ينسجم ويتماشى مع القواعد المتبعة إجرائياً في رفع الدعوى الدستورية؛ في حين أن المحكمة -ولعلة صعب فهمها- استخدمت مصطلح (طعن مباشر دستوري) في دياجة ثلة من أحكامها الحديثة!

ونوه في هذا الصدد إلى أن المشرع في القانون رقم (14) لسنة (1973) أورد مصطلح (النازعات) في شأن دستورية القوانين. في حين استخدم مصطلح (الطعون) في شأن انتخابات مجلس

عضواً بالإدارة القانونية في بلدية الكويت ومن الخاطبين بأحكام للرسوم بقانون رقم (24) لسنة (2012) بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية المنظمة في (الباب الرابع) بالمواد من (29 إلى 35)، ولم تعتن المحكمة في استظهار هذا الشرط وبيانه في أسباب حكمها ذلك أنه وإن كان الدعي من الخاطبين بأحكام الرسوم بقانون المدعي بعدم دستوريته، إلا أنه لم يقع عليه أي ضرر محقق من الرسوم المذكور، ولم يوقع عليه أي جزاء إداري جراء امتناعه أو تأخره عن تقديم إقرار الذمة المالية النصوص عليه فيه؛ أو أن جهة عمله قد نسبت له أي ذنب إداري لمخالفته نصوص المرسوم بقانون آتف الذكر، بل تصدت المحكمة للنص القاذوني بناء على ضرر مُتَوَهَم وقائم على سبيل الافتراض.

4- شرط انعدام طرق الدفع المقابل أو (الموازي): لم يتطلب القانون رقم (109) لسنة (2014) هذا الشرط صراحة في سطره. بيد أن ذلك لا يعني إعفاء المحكمة الدستورية من التحقق من استيفاء هذا الشرط. ومفهوم هذا الشرط هو عدم قبول الدعوى الدستورية إذا ما كان في وسع المدعي أن يلجأ إلى طريق آخر يحقق له عين النتائج العملية التي يريد الوصول إليها لاسيما وإذا كان هذا الطريق الآخر هو القدرة والإمكانية على الدفع بعدم الدستورية أمام

محكمة الموضوع؛ عملاً بأحكام المادة الرابعة من القانون رقم (14) لسنة (1973)؛ ومن شأن هذا الدفع أن يشل النص القانوني المخالف للدستور بالنسبة لصاحب الشأن، فتتحقق له عملاً ما تحققه الدعوى الأصلية عملاً بالقانون رقم (109) لسنة (2014)؛ فإذا ما لاحت فرصة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع، وفوت الخصم ذلك الدفع ولم يبد، فإننا نقرر عملاً بالنظريات القضائية المقارنة أن المدعي يفقد أحد أهم الشروط التي لا بد من توافرها واستيفائها لممارسة هذا الحق».

وعلى إثر تتبعنا لما أصدرته المحكمة الدستورية الكويتية من أقضية نفاذاً للقانون الجديد نقرر أنها لم تأخذ أو تلتزم بهذا الشرط؛ فقد حكمت بعدم دستورية المادة (200) مكرر من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية فيما تضمنته من

أنه غير مقبول....). وجاء في المذكرة الإيضاحية أن النص استحدث غرفة المشورة ممثلة بأعضاء المحكمة أنفسهم للنظر في قبول الطعون المقدمة من الأشخاص... فالدعوى الأصلية المستحدثة تعرض ابتداءً على غرفة المشورة؛ ولا يجدر رفعها نفسه أمام المحكمة مباشرة؛ وعليه فالدعوى ليست مباشرة بل تمر بمرحلة انتقالية هي غرفة المشورة؛ ومن خلالها قد يُجهض درب بلوغ عرض الدعوى الأصلية على المحكمة.

وتبدو أهمية اشتراط الصلحة الشخصية المباشرة كشرط من شروط الدعوى الدستورية الأصلية من النظم المقارنته؛ كونه يؤدي إلى الحيلولة دون استخدام المدعين الدعوى الدستورية لمجرد التعبير عن آرائهم في المسائل التي تعنيهم بوجه عام؛ أو لعرض بعض النزاعات البعيدة عن مصالحهم الشخصية المباشرة.

كما أنه من شأن تطلب شرط المصلحة أنه «يبرز باعتباره محدداً لفكرة الخصومة في الدعوى الدستورية، ومبلوراً نطاق المسألة الدستورية التي تدعى هذه المحكمة للفصل فيها مؤكداً ضرورة أن تكون النفعة التي يقرها القانون في مصلحتها النهائية.

وبناء على ما تقدم تنتفي المصلحة الشخصية المباشرة في حالة ما إذا كانت النصوص التشريعية المطعون عليها بعدم الدستورية ليس لها من صلة بالنزاع الموضوعي. ولا يتحقق هذا الشرط إذا كان النص المطعون بعدم دستوريته لم يطبق أصلاً على من أدعى مخالفته للدستور، أو كان من غير الخاطبين بأحكامه؛ أو أن الدعوى تصون مصالح وحقوق الآخرين.

وإذا كان شرط الصلحة الشخصية المباشرة لم يتطلبه القانون رقم (14) لسنة (1973)، بل اشتراطه الأحكام التواترة عن المحكمة الدستورية ووضحت نطاقه وضوابطه»/ فمن النطقى أن تتشدد المحكمة في التثبت من توافر هذا الشرط في الدعوى الأصلية اللقائمة وفقاً للقانون رقم (109) لسنة (2014)؛. بيد أن الرجوع إلى الحكم الصادر في الدعوى الأصلية رقم (225) لسنة (2015) بتاريخ 20 ديسمبر 5 يظهر تساهل المحكمة في التحقق من توافر هذا الشرط على هدي يوسع من نطاقه إذ اكتفت المحكمة بالمركز القانوني للمدعي بحسبانه

إغراق المحكمة ذاتها بسيل من الطعون الجديدة؛ وقد اكتفى المشرع بإيداع كفالة واحدة في حالة تعدد الطاعنين إذا أقاموا طعنهم بصحيفة واحدة ولو اختلفت أسباب الطعن.

ونرى أن النص لم يعالج كافة الاحتمالات القانونية الواردة في هذا اللقاع؛ ولعل أولها حالة تدخل الأفراد في الدعوى الأصلية. وهل يكلف المتدخل بإيداع كفالة جديدة: أم أنه يكتفي بالكفالة التي أوفى بها الدعي الأصلي» بغض النظر عما سيؤول إليه هذا التدخل من حيث قبول المحكمة له من عدمه.. 3- استحدث التشريع الجديد (غرفة المشورة) في المحكمة الدستورية؛ يتعين عرض الدعوى الأصلية المرفوعة من الشخص الطبيعي أو الاعتباري. عليها وجاء في المذكرة الإيضاحية: «استحدث النص إنشاء غرفة المشورة ممثلة بأعضاء المحكمة أنفسهم للنظر في قبول الطعون المقدمة من الأشخاص، وذلك لضمان عدم إغراق المحكمة ذاتها بسيل من الطعون العديدة». وجاء في صلب المادة الأولى: «.. ويعرض الطعن على المحكمة منعقدة في غرفة المشورة، فإذا رأت أنه يخرج عن اختصاصها أو أنه غير مقبول شكلاً أو أنه غير جدي قررت عدم قبوله ومصادرة الكفالة».

قبولها أياً كان سبب ذلك؛ فالنص أورد عدم القبول لعدم الاختصاص أو لمخالفة قواعد الشكل، فهل جاءت تلك الحالات على سبيل المثال أم الحصر». لا نتردد في القول أن ذلك جاء على سبيل المثال ونؤكد في هذا الإطار بأنه يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم القبول لسبب يرجع إلى عدم جواز نظر الدعوى الدستورية لسابقة الفصل فيها. هكذا إذن يلتفت الشرع عن لجنة فحص الطعون النصوص عليها في المادة الأخيرة من المادة الرابعة من القانون رقم (14) لسنة (1973)، في تتسع لتشمل كافة حالات انتفاء الولاية وعدم الاختصاص أو الجواز أو عدم القبول أو الانقضاء للبتسر للخصومة أو انتفاء الصفة أو الصلحة.

ونلاحظ بدهشة شديدة أن لجنة فحص الطعون التي تختص بالتصدي لحكم محكمة الموضوع بعدم جدية الدفع بعدم الدستورية مشكلة- عملاً بالمادة الثامنة من لائحة المحكمة الدستورية- من رئيس المحكمة وعضوية أقدم مستشارين

قصر الحق في الطعن أمام محكمة الاستئناف بهيئة تميز على الأحكام الصادرة بعقوبة الحبس لمناقضته مبدأ المساواة بين المتماثلين في ذات الركائز. وينتقص من حق التقاضي ويخل بضمانات الدفاع؛ على الرغم من أن المدعي كان في إمكانه الدفع بعدم دستورية هذا النص أمام محكمتي الموضوع الابتدائية والاستئنافية التي أيدت حكم محكمة أول درجة.

المطلب الثاني المستجدات الشكلية

إن أبرز ما أتى به القانون الجديد من مستجدات إجرائية تتمثل في الآتي:

1- يلزم أن تكون صحيفة الدعوى الأصلية موقعة من ثلاثة محامين مقبولين أمام المحكمة الدستورية.

هكذا إذاً يتطلب القانون إطلاع ثلاثة محامين مقبولين أمام المحكمة الدستورية على صحيفة الطعن والتوقيع عليها ويصادف المتأمل لهذا الشرط الجديد نوعاً من التشدد في ضمان جدية الطعن ونرى أنه يكفي أن يكون التوكيل قد تقرر لأحد لتوافر ثلاثة توكيلات.

2- تجسيدا لحرص المشرع على حكمة قدرها وأفصح عنها في المذكرة الإيضاحية: اشترط أن يسدد المدعي عند إيداع صحيفة الدعوى الأصلية على سبيل الكفالة خمسة آلاف دينار، ولا تقبل إدارة الكتاب صحيفة الطعن إذا لم ترفق بما يثبت إيداع الكفالة.

ومن نافلة القول أن هذا الشرط جدير بالنقد الشديد؛ ويخالف مبدأ المحاكمة العادلة الذي رددته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في الكثير من أحكامها: «التي أدانت فيها التشريعات التي تبالغ في قيمة الرسوم اللازمة للحصول على الحماية القضائية: حتى لا تكون هذه الحماية مُسَخَّرَةً للنخبة الثرية من الأفراد وبإمعان النظر في قيمة هذه الكفالة نجد أنها نصف قيمة الدية الشرعية الكاملة عن فقد النفس البشرية المقررة في المادة (251) من القانون المدني الكويتي؛ فمن المفارقة أن تكون قيمة كفالة رفع دعوى دستورية نصف قيمة الدية الشرعية للنفس البشرية؛ ولا يبرر ذلك ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية أن القصد هو ضمان عدم

بقضائها السابق الذي قضت فيه: «أن المشرع لم يشأ أن يجعل موقف المحكمة سلباً فيما يتعلق بإثبات المعارضة المعروضة عليها بل يجعل لها موقفاً إيجابياً باعتبار أن كونها محكمة منازعة قانونية فهي محكمة موضوع في بعض المنازعات؛ وخاصة المنازعات الانتخابية لاتصالها اتصالاً وثيقاً بالصلحة العامة!».

ولا جرم أن تطبيق المحكمة الدستورية لأحكام القانون رقم (109) لسنة (2014) دون تولية وجهها شطر ما صدر عنها زودا عن قانون إنشائها رقم (14) لسنة (1973) يضيف دستورية على القانون الجديد» ويحول دون إمكانية الطعن عليه بعدم الدستورية مستقبلاً ذلك أن من شأن تقرير عدم دستوريته انهيار وهدم كافة ما صدر عنها استناداً له، فليس هناك من ينكر أن دستورية القانون الجديد من عدمه، مسألة أولية تؤثر في سلامة ما صدر نفاذاً له.

2- نتحفظ على فهم القانون رقم 109 لسنة 2014 لعبارة (ذوي الشأن) في الفقرة الثانية من المادة (173) من أنها تنصرف إلى الأشخاص الطبيعية والاعتبارية؛ فالعبرة بالمباني والمعاني لا بظاهر الصياغة، فالمادة المذكورة لم تنص على حق مجلس الأمة في رفع دعوى أصلية بعدم الدستورية؛ بل كفل حق الحكومة محل له سوى إدراجه في مفهوم ذوي الشأن؛ شأنه شأن محكمة القضاء الإداري التي نصت عليها المادة (169) من الدستور ومجلس الدولة وفقاً للمادة (171)؛ فقد مد المشرع الدستوري بصره إلى المستقبل مراعيًا ما اتخذته الشرع الدستوري عندما تقل اختصاص تنظيم الفصل في المنازعات الدستورية إلى المشرع العادي شريطة الالتزام بالخيارات الثلاثة المنوه عنها في المادتين (169, 171)؛ ولم يدر في خلد الشرع الدستوري في دولة الكويت أو غيرها من الدول العربية؛ أن يمنح الأفراد كُمنة الادعاء الأصلي بدستورية القوانين»، وهذا النظر يتوافق مع السمات والخصائص التي يتميز بها الدستور الكويتي على الوجه البين في البحث الثاني

3- يلحظ كل ذو بصيرة أن القانون رقم (109) لسنة (2014) حاول جاهداً التوفيق بين فكرتين يتعذر بل يستحيل إقرارهما معاً وهما إقرار حق الأفراد في رفع دعاوى أصلية بعدم الدستورية؛ وعدم

بالمحكمة؛ وتتبع أمامها الإجراءات المقررة أمام المحكمة الدستورية؛ والتي تصدر أحكامها على وجه الاستعجال عملاً بالقانون، قد استبعدت تماماً في القانون الجديد؛ وتتجلى المفارقة بأنه قد تم الاستعاضة عنها بغرفة المشورة ممثلة بأعضاء هيئة المحكمة أنفسهم؛ وإن تعجب فعجب أن المشرع لم يرد الإفصاح عن دوافع وأهداف هذه المغايرة المستغربة بين اختصاصات لجنة فحص الطعون وغرفة المشورة، وهو ما أدى إلى عدم إدراكنا للمحكمة من هذا التحول. وهو ما سيدفعنا إلى معرفة السبب في المبحث القادم.

المبحث الثالث

تقدير القانون رقم (109) لسنة (2014)

يصادف المتأمل المتمعن النظر في هذا القانون محور البحث أن المشرع يرى إلى الأخذ بالرأي القائل أن المادة (173) من الدستور الكويتي قد تبنت أسلوب الدعوى الأصلية في الطعن بعدم الدستورية؛ ويستوي في ذلك الأفراد والسلطات العامة، بحجة أن المادة المشار إليها قد نصت على أن يكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح». وقد بررت المذكرة الإيضاحية الغاية من التعديل وأبانت هدفه بأن النص قد جاء صريحاً بالمادة (173) من الدستور في تقرير حق ذوي الشأن في الطعن في دستورية القوانين واللوائح، وذلك بدعوى أصلية مستقلة عن أي نزاع موضوعي لدى إحدى المحاكم؛ وتم إعداد القانون لاستيفاء هذا النقص وذلك بإضافة مادة جديدة تمنح كل شخص طبيعي أو اعتباري حق الطعن بدعوى أصلية بعدم دستورية القوانين والمراسيم بقوانين اللوائح.

ويتحدد تقديرنا وتقييمنا لهذا التشريع أخذاً بعين الاعتبار الأحكام والقرارات الصادرة نفاذاً له في الآتي:

1- عدم اعتداد المحكمة الدستورية في فحص دستورية القانون الجديد. الذي انصب لأول مرة وعلى هدي مباشر على قانون إنشائها ولم تُرجع بصرها لما صدر عنها من قرارات تفسيرية بشأن القيمة القانونية لقانون إنشائها فكان لزاماً التيقن من اتساق التعديل مع نصوص الدستور عملاً

المعدل قرر أن القرارات الصادرة قبل العمل بالقانون من (1) أكتوبر (1981) لن تكون محللاً للرقابة القضائية بطريق الإلغاء المستحدث بموجب هذا القانون؟!

وقد كان من الأوفق أن يسلك المشرع عند تعديل القانون رقم (14) لسنة (1973) هذا السلك، ويضع شرطاً شكلياً مقتضاه التقيد والالتزام بميعاد زمني لرفع الدعوى الأصلية بعدم الدستورية من الأشخاص لضمان استقرار المراكز القانونية الناشئة عنها مع بقاء سبيل الطعن عليها من خلال الدفع أو الإحالة متاحاً مع التذكير والتمسك بما نرى من أن التعديل يجب أن يكون بالطريقة التي يعدل بها الدستور، وقد نلتمس العذر للمشرع إذا كان ما حال بينه وبين إقرار الأثر الفوري للحكم بعدم الدستورية هو نص الفقرة الأخيرة من المادة (173) من الدستور التي نصت على أنه: «وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن»: والأخذ بتفسيرها الضيق الذي يحتم إعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية. 5- يكشف القانون رقم (109) لسنة (2014) جانب ضعف واهتزاز ثقة مجلس الأمة الكويتي بذاته: وفيما يصدر عنه من تشريعات: وسعيه للحصول على تأكيد من المحكمة الدستورية بتوافقها مع الدستور: من خلال إتاحة الطعن الأصلي بعدم الدستورية غير مكثف بدراسة لجنة الشؤون التشريعية والقانونية في المجلس للقانون قبل التصويت عليه وإصداره ونشره: وقد أفصح المجلس عن ذلك صراحة في المذكرة التفسيرية للقانون رقم (1) لسنة (2016) بإصدار قانون لسنة (2012) بشأن الشركات: حيث أعيد نشره بذات أحكامه مكتملاً بالقانون رقم (37) لسنة (2013)..... وحيث صدر حكم المحكمة الدستورية بتاريخ 20/12/2015 بعدم دستورية الرسوم بالقانون رقم (24) لسنة (2012) بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية. متعرضاً في أسبابه إلى أن عرض المرسوم المشار إليه على مجلس الأمة وإقراره من المجلس لا يحول دون الحكم بعدم دستوريته. وإذا كان من شأن استهداف المرسوم بقانون رقم (25) لسنة (2012) والمعدل بالقانون رقم (97) لسنة (2013) بالطعن عليه بعدم الدستورية:

إغراق المحكمة الدستورية بسيل من الدعاوى. مراعيًا تشكيل المحكمة الدستورية من سبعة مستشارين أصليين: واحتياط غير متفرغين للعدالة الدستورية: وهذه المحاولة أجبرته على التعدي على مبادئ المحاكمات العادلة باشتراط كفالة عالية القيمة يعجز عن قدرة سدادها السواد الأعظم من الأفراد ولو كان الطعن الأصلي للأفراد قد انصرفت إليه نية للمتعاقدين في الدستور الكويتي لما تردد المشرع في القانون رقم (14) لسنة (1973) في إقراره.

4- المستقر في سنن تعديل التشريعات، أن نظرة صانع التعديل يجب أن تغطي سائر مواد وفقرات التعديل المراد تعديله وباقي التشريعات المرتبطة به، بحسبانه نسيجاً يشد بعضه بعضاً؛ لضمان التناغم والانسجام بين النصوص الأصلية والمعدلة لها وباقي النصوص التي لم ينالها التعديل؛ وإلا تكون النتيجة الحتمية هي انتشار النشاز التشريعي؛ وهذا ما حدث في القانون موضوع اهتمامنا وذلك أنه من المعهود وتعديل التشريعات وترميمها أن الشرع يستأنس بمشروعات واقتراحات القوانين السابق تقديمها المصبة على ذات الموضوع. فلا يتصور تقنين حق الأشخاص في رفع الدعوى الدستورية الأصلية مع إبقاء الفقرة الأخيرة من المادة السادسة من القانون رقم (14) لسنة (2014) التي تنص على أن: «تسوية آثارها بالنسبة للماضي»، فالأثر الهادم للحكم الدستوري» والدعوى الأصلية للأفراد أمران لا يستويان» وكان لزاماً تعديل هذا النص وتخويل للمحكمة الاكتفاء بالأثر الفوري البناء للحكم بعدم الدستورية لمواجهة الحالات التي يصعب فيها تسوية الآثار بالنسبة للماضي لاسيما فيما يتعلق بالمسائل المالية.

ومن زاوية أخرى سبق وأن قدم اقتراح بقانون عام (2007) بتعديل قانون إنشاء المحكمة الدستورية، يتضمن شرعية حق الأفراد في رفع دعوى أصلية مباشرة: مع قيد زمني هو خلال سنة ميلادية من تاريخ العمل بالقانون اللائحة»:

وكان حريا بالشرع الأخذ بهذا القيد الزمني مع الإعفاء منه عند سلوك درب الدفع الفرعي، كيف لا وإن ذات المشرع في المذكرة الإيضاحية لقانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم (20) لسنة (1981)

ذلك بشأن قانون الشركات، فلا نعلم ماذا يخبئ له القدر بشأن باقي القوانين التي صدرت فعلاً أو ستصدر مستقبلاً!

أي كانت المناقب التي استهدفها المشرع من هذا التعديل وباركها البعض فإنها لا تخفي المثالب التي أشرنا إليها في هذه الدراسة: وأبرزها المساواة في حق الأفراد في الطعن في عدم الدستورية وعدم الشروعية حتى أضحي مجال الطعن بعدم الدستورية أرحب محيطاً من عدم الشروعية: إذ لا يندرج في ولاية قاضي الشروعية القرارات الإدارية الصادرة قبل (10) أكتوبر (1981) في حين تتسع اختصاصات القاضي الدستوري للتشريعات الصادرة قبل التاريخ الأخير بل وقبل القانون رقم (14) لسنة (1973): دون أي حلول عملية لمواجهة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية: على الرغم من أن الفقه والقضاء الإداريين عالجا تلك المعضلة باستعارة فكرة تحول القرارات الإدارية: إعلناً لمبدأ الشروعية: ولاتقاء إلغاء القرار الإداري الذي يحتمل إلغاؤه في فلك مبدأ سيادة القانون وسعيًا لاستقرار المراكز القانونية!!». ومع شديد الأسف كَبَلَّ الشرع في القانون الجديد قلمه عن إيجاد حل لهذه المشكلة.

كان لزاماً على المحكمة الدستورية تعديل لأحكامها الداخلية الصادرة عملاً بالمادة الثامنة من قانون إنشائها مواجهة وتنظيم الستجدات التشريعية بموجب القانون رقم (109) لسنة (2014)، ونستغرب تطبيق المحكمة للقانون الجديد قبل تعديل اللائحة بما يتوافق معه.

الخاتمة:

لكن كانت خاتمة الأبحاث تحمل في ثناياها الرؤى و الاقتراحات والتوصيات؛ فإننا لا نخفي خشيئنا أن يكون قانون إنشاء المحكمة الدستورية عرضة للتعديلات شأنه شأن أي قانون آخر بأغلبية عادية لا تتناسب مع خطورة هذا القانون وتقله للمستوريء وأن تكون المحكمة الدستورية ذاتها وتشكيلها العضوي واختصاصاتها خاضعة لأهداف وتوجهات الأغلبية السياسية التي قد تسيطر على مجلس الأمة الكويتي، ولذلك فإننا نقرع جرس الإنذار ونحذر من قبول تعديل قانون إنشاء المحكمة الدستورية بالطريقة التي تعدل

وهو ما يهدد الاستقرار الاقتصادي في الشركات والمراكز القانونية العامة الناشئة في ظل أحكام هذا القانون.

ونزولاً على الرغبة في تحقيق استقرار المراكز القانونية الاقتصادية والتجارية باعتبارها ركيزة من ركائز النظام العام: فقد تم إعداد هذا القانون ونص في مادته الخامسة من قانون الإصدار على اعتماد نفاذ القانون بأثر رجعي اعتباراً من (26) نوفمبر (2012)، فيما عدا أحكام الفصل الثاني من الباب الثالث عشر - وهي المواد الجزائية - فتسري من تاريخ صدوره ونشره في الجريدة الرسمية. هكذا إذاً يتضح أن ذات المجلس الذي أصدر القانون (109) لسنة (2014) يلجأ للمادة (179) من الدستور لأول مرة خلال ولايته لحماية وإنقاذ الرسوم بالقانون رقم (25) لسنة (2015) بشأن الشركات من الحكم بعدم الدستورية.

ونذكر في هذا الصدد بما قضت به المحكمة الدستورية الكويتية في الطعن رقم (1) لسنة (1979) دستوري من أن: «الأصل العام هو عدم جواز النص في التشريع على أن يكون له أثر رجعي يمس القواعد والحقوق المكتسبة قبل العمل به؛ وجاء الدستور في مادته (179) مؤكداً هذا الأصل العام بعد سريان القوانين على الماضي؛ احتراماً لقاعدة الحقوق المكتسبة...»

غير أن الدستور مع تقريره لهذا الأصل أجازه على وجه الاستثناء، وبالقدر الذي تدعو الضرورة أن يشتمل القانون على نص خاص بالأثر الرجعي، إلا أن السلم به أن الاستثناء يجب أن يفسر في أضيق الحدود، كما أنه قاصر على التشريع العادي وحده؛ فلا يجوز للإدارة أن تصدر قراراً أو لائحة تنفيذية تتضمن أثراً رجعياً وإلا كان القرار أو اللائحة غير دستورية وغير شرعية في آن واحد!!

ولم يقف مجلس الأمة عند حد استخدام الأغلبية الخاصة للأثر الرجعي بل لجأ لتقصير المدة الفاصلة بين إجراء المداولة الأولى لقانون الشركات وإجراء المداولة الثانية له عملاً بالمادة (104) من اللائحة الداخلية للمجلس». ولعل هذا الارتباك الإجرائي والتشريعي أبلغ دليل على اللأزق الذي وضع مجلس الأمة الكويتي نفسه فيه دون أن يعلم بتشريعه القانون رقم (109) لسنة (2014)، فإذا كان المجلس قد استطاع عمل

الأولى من قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم (14) لسنة (1973) لتعطي دلالة إضافية على أنها المقصودة في المادة (172). فالإلزام للكافة وسائر الحاكم تقرر للمحكمة الدستورية وحدها ودون غيرها تماشياً مع ما تقتضيه طبيعة عملها وما يصدر عنها من أحكام: ويصعب أن تتحقق هذه القوة للزمة لأي محكمة أخرى» وما يعزز وجهة النظر هذه أن الشارع الدستوري لم يحدد في المادة (172) طريقة البت في الخلاف على الاختصاص وفي تنازع القوانين سواء عن طريق جهة قضائية أو محكمة؛ بل ترك ذلك للمشرع العادي منذ عام (1962)؛ ومن ثم فإن جوانب المواثمة السياسية والتشريعية في الوقت الراهن تستلزم أن يعهد بهذا الاختصاص للمحكمة الدستورية؛ بدلاً من إنشاء هيئة قضائية أو محكمة جديدة من رجالات القضاء العالي؛ خشية التخمّة في الجهات القضائية والمحاكم في البلاد ولتفادي ما قد ينجم من خلاف في التفسير القضائي لأحكام الدستور والقوانين واللوائح. بين المحكمة الدستورية والجهة القضائية أي المحكمة التي قد تعطى الاختصاص النصوص عليه في المادة (172) من الدستور. فليس هناك من يذكر أن العدالة الدستورية لها طابع سياسي وفي الكثير من النظم الدستورية يجد تشكيل الجهة المختصة بالمنازعات الدستورية واختصاصاتها موضعه في الدستور نفسه؛ وقد أثر المشرع الدستوري الكويتي أن يعهد ذلك للمشرع العادي ثقة فيه؛ ولمرة واحدة فقط سعياً للمحافظة على الشرعية الدستورية المبتغاة؛ وكي لا يدع أي مجال للسلطتين التشريعية و التنفيذية للتحكم في تشكيل واختصاصات للحكمة المناط بها حماية الدستور والحفاظ على أحكامه.

وعلى هذا الأساس نختم هذا البحث بالقول أننا لا نمانع ولا نرفض -من حيث الأصل والمبدأ- تعديل قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم (14) لسنة (1973)؛ شريطة أن يكون وفقاً للطريقة التي يُعدل بها الدستور الكويتي. وبعد أن فوتت للحكمة الدستورية الكويتية على نفسها مكنة الحكم بعدم دستورية القانون رقم (109) لسنة (2014) ندعو المشرع صادقين إلى معاودة التثبيت من دستوريته؛ وبذل المزيد من العناية والحذر عند أي مشروعات أو مقترحات قادمة للتعديل.

بها القوانين العادية مهما كانت وجهة ونزاهة مسوغات التعديل.

ونؤكد على أن المحكمة الدستورية هي الحارس الأمين على الوثيقة الدستورية والقوانين الأساسية وموادهما وهي الركيزة لحماية الدستور والقوانين الأساسية؛ ولا يمكن أن تكون كذلك ما لم يتحقق لقانون إنشائها وتشكيلها واختصاصاتها الثبات والاستقرار والمنعة بحسبائها تقف على مسافة واحدة من كافة السلطات الدستورية في الدولة ولا تنتمي لأي منها؛ ولذلك فإننا ندعو مجلس الأمة الكويتي أن يكون هو الضامن لسمو قاذنون إنشاء المحكمة الدستورية بكل مشتملاته. ويعني تماماً ما اتصرفت إليه رغبة ونية من سن الدستور بأن تكون المحكمة الدستورية كجهاز وأعضاء مستقلين تماماً عن السلطات الثلاث؛ وأن تكون المحكمة الدستورية مستقلة ثابتة مستقرة قائمة بذاتها قادرة على صون الدستور والنظام الدستوري وأمينه ومؤتمنه عليه؛ وهو أمر دستوري وضروري ومنطقي ويجري العمل به؛ حيث إنه تماشياً مع ما تتميز به المحكمة الدستورية في النظم الدستورية اللقارته من استقلال في مواجهة سلطات الدولة؛ فإن الدستور الملصري لعام (1971) أوكل إليها الفصل في التنازع بين جهات القضاء من حيث الاختصاص باعتبارها جهازاً محايداً مستقلاً عن السلطة القضائية؛ وهذا ما عناه -وفقاً لتقديرنا- الدستور الكويتي في المادة (172) عندما نص على أن: «ينظم القانون طريقة البت في الخلاف على الاختصاص بين جهات القضاء وفي تنازع الأحكام»، فالمحكمة الدستورية هي

الخولة والقادرة على القيام بهذا الدور» عند تفعيل المادة (171) من الدستور؛ وهي من عناها وقصدها المشرع الدستوري دون أن يسميها. وتتل على هذا الرأي بالقول أن المحكمة الدستورية هي الأحق بالمهمة المحددة في المادة (172) من الدستور بحسباتها القادرة والمناط بها القيام على وضع التفسير القضائي الصحيح لأحكام القوانين؛ وفي مقدمتها الدستور قانون القوانين. حسبما ورد في المذكرة الإيضاحية للدستور في معرض بيانها للمادة (173).

وجاءت عبارة «ويكون حكم المحكمة الدستورية ملزماً للكافة ولسائر المحاكم» في نهاية المادة



إجراءات التحقيق الابتدائي في ضوء أحكام محكمة التمييز

فعلى عضو النيابة أن يسعى إلى البحث عن الأدلة وصولاً لحقيقة الواقعة محل التحقيق، فكفل له القانون الحق في الانتقال لمعاينة مكان الجريمة، وعني كذلك ببيان ضوابط التفتيش وضبط متحصلات الجريمة والتصرف فيها، كما خوله الحق في استجواب ما يعن له من الشهود وندب الجهات المعاونة، وسوف نتناول تلك الإجراءات على النحو التالي:

تمهيد:

لقد عُني المشرع ببيان الإجراءات التي يجوز لعضو النيابة العامة إجرائها للكشف عن حقيقة الواقعة محل التحقيق، إلا أنه لم يلزمه بسلوك طريق معين وصولاً لتلك الغاية، فقد ترك له الحرية الكاملة في اتباع الإجراء المناسب لذلك وفقاً لكل واقعة على حدة، إلا أنه أوجب على المحقق أن يباشر إجراءاته تحت غطاء من المشروعية والضوابط القانونية.

أولاً: الانتقال والمعاينة:

نصت المادة 76 من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية على أنه "ينتقل المحقق إلى محل الحادث لمعاينته ووصف مكان ارتكاب الجريمة وآثارها وظروفها المادية، كلما كان ذلك ممكناً ومفيداً للتحقيق. ويجب على المحقق أن ينتقل إلى محل الحادث فور علمه به، كلما كانت الجريمة مما يجب عليه تحقيقه، وكانت قد أبلغت له عقب ارتكابها بزمن قصير".

ثانياً: التفتيش وضبط متحصلات الجريمة والتصرف فيها

سوف نتناول التفتيش ثم نعرج إلى ضبط متحصلات الجريمة والتصرف فيها وذلك على النحو التالي:

فقد كفل الدستور حرية الأفراد وحرص على عدم المساس بها حين نص في مادته 31 على أنه "لا يجوز القبض على إنسان أو حبسه أو تفتيشه أو تحديد إقامته أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل إلا وفق أحكام القانون. ولا يعرض أي إنسان للتعذيب أو للمعاملة الحاطة بالكرامة".

كما نصت المادة 12 من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية على أنه "لا يجوز لمحقق أو لأي شخص ذي سلطة قضائية أن يستخدم التعذيب أو الإكراه للحصول على أقوال متهم أو شاهد، أو لمنعه من تقرير ما يريد الإدلاء به، أثناء إجراءات المحاكمة أو التحقيق أو التحري. وكل عمل من هذا القبيل يعاقب مرتكبه طبقاً للنصوص المقررة في قانون الجزاء".

التفتيش :

بطريق الكتابة وموقعاً عليه، وأن يكون محدداً للأشخاص والأماكن محل التفتيش.

الشروط الشكلية لتفتيش المسكن:

هناك شرطان شكليان لصحة تفتيش المسكن وهي:

الشرط الأول: أن يكون الأمر بالتفتيش مسبباً، وهذا الشرط خاص بتفتيش المساكن لا الأشخاص.

الشرط الثاني: أن يكون المتهم أو من ينبيهه حاضراً أثناء التفتيش إن أمكن ذلك، ومع ذلك فإن المشرع لم يرتب بطلاناً على مخالفة ذلك الشرط، إذ أن حضور المتهم أو من ينبيهه ليس شرطاً جوهرياً لصحة التفتيش.

الشروط الموضوعية لتفتيش المسكن:

هناك شروط موضوعية التي يجب أن تتوافر لصحة تفتيش المسكن وهي:

الشرط الأول: أن يكون التفتيش متعلقاً بجريمة وقعت بالفعل، ومن ثم فلا يجوز التفتيش أو الاذن به لضبط جريمة مستقبلية ولو ترجح وقوعها بالفعل أو قامت التحريات والدلائل على أنها ستقع لا محالة.

الشرط الثاني: أن يكون هناك اتهام قائم ضد شخص معين يقيم في ذلك المسكن سواء كان فاعلاً أصلياً أو شريكاً.

الشرط الثالث: أن يكون المتهم - حائز المسكن - محدداً بشكل كاف بما لا يتصور الخلط بينه وبين آخرين، وأنه هو الشخص المقصود بتفتيش مسكنه، ولا ينال من ذلك أن يكون مجري التحريات قد أخطأ في اسم حائز ذلك المسكن طالما أن المحكمة قد اطمأنت إلى أنه هو المقصود بالإذن، ومن ناحية أخرى فإن اذن التفتيش يكون قد صدر صحيحاً إذا اقتصر في بيان اسم المطلوب تفتيش مسكنه على اسم شهرته.

الشرط الرابع: أن يكون التفتيش منصباً على مسكن معين بالذات، فلا يجوز أن يصدر إذن التفتيش على مساكن قرية أو منطقة معينة.

نص المادة 78 من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية على أن "للأشخاص ومساكنهم ورسائلهم حرمة. وحرمة الشخص تحمي جسمه وملابسه وما يوجد معه من أمتعة. وحرمة المسكن تشمل كل مكان مسور أو محاط بأي حاجز. مستعمل أو معد للاستعمال كمأوى. وحرمة الرسالة تمنع الاطلاع على الرسائل البريدية أو البرقية أو الهاتفية أثناء نقلها أو انتقالها من شخص إلى آخر".

أولاً: تفتيش المساكن:

المسكن هو المكان الذي يقطن فيه الشخص عادة أو يقيم به ولا يباح لأي شخص دخوله إلا بإذنه، ولقد اسبغ المشرع حماية للمساكن سواء كانت مشغولة أو خالية من السكان، فكما أنه لا يحق لأي شخص دخول مسكن بدون إذن صاحبه، فإنه لا يجوز كذلك تفتيش هذا المسكن ولو كان خالياً بدون رضاه، بغض النظر عن مصدر حيازة الشخص له فقد يكون هذا المصدر نابعاً من الملكية أو الإيجار أو حتى العارية، كما أنه يستوي أن يكون المسكن قائماً بذاته أو وحدة في منزل أو غرفة مستأجرة في فندق، أو خيمة في الصحراء أو مركب في البحر، كما أنه يستوي أن تكون مدة الإقامة فيه طويلة أو قصيرة، وجدير بالذكر أن ملحقات المسكن كالجراج أو الحديقة أو المخزن تلحق في حكمها حكم المسكن.

وإذا كان الأصل أنه لا يجوز تفتيش المسكن إلا برضاء صاحبه، إلا أن المشرع أجاز تفتيشه في حالتين أولاهما هي حالة الجريمة المشهودة، وثانيهما إذا رأى المحقق استعجال التفتيش خشية العبث بالأدلة أو إخفائها.

كما أن النيابة العامة ليست ملزمة أن تجري التفتيش بمعرفتها فلقد خول لها المشرع الحق في أن تنتدب أحد مأموري الضبط القضائي لتنفيذ التفتيش وذلك بإعطائه إذناً بذلك الإجراء شريطة أن يكون هذا الاذن واضحاً، وصادراً من مختص مكانياً بإصداره، وأن يكون ثابتاً

ثانياً: تفتيش الأشخاص:**سماع الشهود****تمهيد:**

إن لسماع شهود الواقعة بالغ الأثر في استبيان وجه الحق في الواقعة، إذ قد يرى عضو النيابة العامة مناقشة الشهود حول كيفية وقوعها واستبيان ملابسها، كما قد يتمسك المتهم بسماعهم إذا رأي من وجهه نظره أن مناقشتهم في بعض الجزئيات يعضد من موقفه القانوني ويسانده في إثبات أقواله، هذا فضلاً عن أنه يحق لأي من شهود الواقعة أن يطلب من عضو النيابة العامة أن يمكنه من الإدلاء بما يعن له من معلومات متوافرة لديه حتى ولو لم يطلبه الأخير.

وجدير بالذكر أنه وإن كان الأصل أن الأحكام في المواد الجزائية لا تقام إلا على التحقيقات التي تجريها المحكمة إلا أن ذلك لا يمنعها من أن تعتمد أيضاً على عناصر الإثبات الواردة في التحقيقات الابتدائية التي تعتبر معروضة بكل ما ورد فيها على بساط البحث أمامها، فللمحكمة أن تأخذ بقول الشاهد في أية مرحلة من مراحل التحقيق أو المحاكمة متى اطمأنت إليه وأن تلتفت عما عداه دون أن تبين العلة في ذلك، ومن ثم فإن على النيابة العامة أن تعنى باستيفاء كافة الأدلة لاستيضاح الواقعة وعرضها على المحكمة، ومن ذلك سماع الشهود سواء كانوا شهود إثبات أو نفي.

ومع ذلك فإنه لا يجوز الدفع أمام محكمة الموضوع بقصور تحقيقات النيابة العامة في سماع الشهود إذ أن ذلك لا يعدو أن يكون تعيباً للإجراءات السابقة على المحاكمة.

ولقد نصت المادة 99 من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية أن "على المحقق أن يسمع شهود الإثبات، سواء كان استدعائهم بمعرفته أو بمعرفة الشاكي أو كانوا قد حضروا من تلقاء أنفسهم، وأن يسمع أيضاً شهود النفي الذين يطلب المتهم سماعهم متى كانت لشهادتهم فائدة للتحقيق. وله أن يناقش كل شاهد، وللخصوم أيضاً أن يناقشوا الشهود إذا كانت هذه المناقشة تفيد التحقيق. وللمحقق الكلمة النهائية في رفض أي شاهد لا فائدة من سماعه، وكذلك

إن الغرض من التفتيش هو الوصول إلى حقيقة الواقعة محل التحقيق، ولقد بين المشرع في المادة 80 من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية أن التفتيش يتم لضبط الأشياء المستعملة في الجريمة أو نتجت عنها أو المتعلقة بها، إلا أنه اشترط أن يتم التفتيش في حالة الضرورة التي يقتضيها التحقيق وعدم وجود وسيلة أخرى تمكن من الوصول إلى تلك الأشياء.

ويتم التفتيش بمعرفة المحقق أو بأمر منه، ويشترط أن يكون التفتيش قد استهدف ضبط شيء متعلق بتلك الجريمة وليس جريمة أخرى، ومن ثم فلا يجوز إحالة المتهم للأدلة الجنائية بحثاً عن آثار مخدر في بوله أو دمه في حين أنه مضبوط في جريمة سرقة.

وتفتيش الشخص يقع على جسمه أو ملابسه أو أمتعته التي معه بحثاً عن أشياء تتعلق بالجريمة أو تكون لازمة للتحقيق فيها.

فقد ينصب التفتيش على ما يحمله المتهم في ملابسه، وقد يكون منصباً على جسده وذلك بالبحث عن أشياء وضعها في جزء من جسده لإخفائها كأن يخبئ مخدر بداخل فمه، وكذلك فإنه يعد تفتيشاً إرسال المتهم للأدلة الجنائية لأخذ عينة من بوله أو دمه لتحليلها للتعرف عما إذا كان متعاطياً مخدراً أو مسكراً من عدمه، كما أنه قد يكون تفتيشه منصباً عما يحمله الشخص من أمتعة.

ثالثاً: تفتيش الرسائل:

لقد نص المشرع على حرمة الرسائل فممنع الاطلاع عليها، واشتمل هذا المنع على الرسائل البريدية والبرقية والهاتفية أثناء نقلها أو انتقالها من شخص إلى آخر.

ولقد نصت المادة 39 من الدستور على أن "حرية المراسلة البريدية والبرقية والهاتفية مصونة، وسريتها مكفولة، فلا يجوز مراقبة الرسائل، أو إفشاء سريتها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبالإجراءات المنصوص عليها فيه.

محضر التحري ما يبيده المتهم من أقوال وما يتقدم به من دفاع. وإذا كانت أقوال المتهم تتضمن اعترافاً بارتكاب جريمة، فلرجل الشرطة تدوينه مبدئياً في محضره ويحال المتهم إلى المحقق لاستجوابه والتثبت من صحة هذا الاعتراف.

كما تنص المادة 98 إجراءات على أنه "إذا كان المتهم حاضراً، فعلى المحقق قبل البدء في إجراءات التحقيق أن يسأله شفويًا عن التهمة الموجهة إليه. فإذا اعترف المتهم بارتكاب الجريمة، في أي وقت، أثبت اعترافه في محضر التحقيق فور صدوره ونوقش فيه تفصيلياً. وإذا أنكر المتهم، وجب استجوابه تفصيلياً بعد سماع شهود الإثبات، ويوقع المتهم على أقواله بعد تلاوتها عليه أو يثبت في المحضر عجزه عن التوقيع أو امتناعه عنه.

وللمتهم أن يرفض الكلام، أو أن يطلب تأجيل الاستجواب لحين حضور محاميه، أو لأي وقت آخر. ولا يجوز تحليفه اليمين، ولا استعمال أي وسائل الإغراء أو الإكراه ضده.

وللمتهم في كل وقت أن يبدي ما لديه من دفاع، وأن يناقش شهود الإثبات، وأن يطلب سماع شهود نفي، أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق، وتثبت طلباته ودفاعه في المحضر.

خامساً: ندب الخبراء :

تنص المادة 100 من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية على أنه " للمحقق أن يطلب من أي شخص له خبرة فنية في أية ناحية، إبداء الرأي في مسألة متعلقة بالتحقيق، بعد حلف اليمين".

كما تنص المادة 101 إجراءات على أنه " يجب أن يقدم الخبير رأيه كتابة، ولكل من الخصوم أن يقدم تقريراً من خبير آخر بصفة استشارية".

فالمحقق أثناء إجراءه للتحقيق تعرض عليه أموراً كثيرة تستدعي معرفة رأي الخبراء فيها، وتكمن المحكمة في ذلك من الاستفادة من المعلومات والخبرات الفنية لصالح العدالة، والمحقق حر في اختيار الخبير الذي يرى أنه أهل لأداء المهمة التي تناط به.

في رفض توجيه أي سؤال غير منتج أو لا علاقة له بموضوع التحقيق. ويجب على كل شاهد الحضور كلما دعي لذلك بوجه رسمي، وعليه أن يجيب على كل ما يوجه إليه من أسئلة، وأن يحلف اليمين، وأن يكون صادقاً وأميناً في أقواله".

كما نصت المادة 163 من القانون سالف الذكر على أن " للمتهم ولغيره من الخصوم في كل وقت أن يطلب سماع من يرى من الشهود، وأن يطلب القيام بإجراء معين من إجراءات التحقيق. وتجب المحكمة هذا الطلب إذا رأت أن فيه فائدة للتحقيق، ولها أن ترفض الطلب إذا وجدت أن الغرض منه المماثلة أو الكيد أو التضليل أو أنه لا فائدة من إجابته إليه".

ونصت المادة 166 من القانون ذاته على أن " يلتزم الشاهد بحلف اليمين، إذا كان عاقلاً بالغاً من السن أربع عشرة سنة كاملة. أما إذا كان الشاهد صغيراً، أو كان مصاباً بمرض أو عاهة جسمية تجعل التفاهم معه غير ممكن أو غير مضمون النتائج، فلا يجوز تحليفه اليمين ولا تعتبر أقواله شهادة. ولكن للمحكمة إذا وجدت أن في سماعها فائدة أن تسمعها على سبيل الاستئناس، ولها في هذه الحالة أن تستعين بالحركات أو الإشارات التي يمكن التفاهم بها مع مثل هؤلاء الأشخاص، وأن تستعين بالأشخاص الذين يستطيعون التفاهم معهم".

كما نصت المادة 44 من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية على أنه " يؤدي كل شاهد شهادته على انفراد بغير حضور باقي الشهود الذين لم تسمع شهادتهم. ويجري سماع شهود النفي في الجلسة ذاتها التي سمع فيها شهود الإثبات، إلا إذا حال دون ذلك مانع. وإذا أجل التحقيق لجلسة أخرى كان النطق بالتأجيل بمثابة تكليف لمن يكون حاضراً من الشهود بالحضور في تلك الجلسة إلا إذا أعفتهم المحكمة صراحة من الحضور. ويحلف الشاهد اليمين بأن يقول (أقسم بالله العظيم)".

رابعاً: الاستجواب والمواجهة:

تنص المادة 42 من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية على أنه " يثبت رجل الشرطة أثناء تحرير



ظاهرة الطلاق في الكويت

المستشار/ فاروق أحمد علي الدين وكيل محكمة الاستئناف



جزء من الأول وفرع تابع لأصل وعن أن الزواج شرعة الله ومنهاجه في الصلة والعلاقة بين الزوجين الذكر والأنثى فكلهما مكمل للآخر فطرة. لا غنى لأيهما عن الآخر وأنه الأساس القانوني (بلغة العصر) للعلاقة بين الذكر والأنثى

ولتكوين الأسرة لبنة المجتمع الإنساني وأساسه القويم بما لا محل له لعلاقات أخرى تجمع بينهما خارج دائرة عقد

الزواج ولا لعلاقات شاذة بين ذكراين أو أنثيين.

وإذا كان للأسرة المكونة من ذكر وأنثى ذلك القدر من الأهمية والخطر باعتبارها لبنة المجتمع الإنساني وأساسه الذي رسمه الله له وكان الزواج بينهما هو الأساس القانوني لتكوين تلك الأسرة وذلك يا صورة عقد مثله مثل جميع العقود المنظمة للعلاقات الإنسانية أو المعاملات مع تميزه بصفات خاصة لما يتصف به من مقومات ولأن كل من طرفيه إنسان مكرم من بني آدم ومن خلفاء الله في أرضه فقد حرصت الشريعة الإسلامية الخاتمة الموجهة للبشر وجميع القوانين الوضعية من أديانها إلى الدساتير أعلاها على تقرير تلك القاعدة

يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ، وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا [النساء:1].

يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُرُوبًا وَقَيَْابِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ [سورة الحجرات:13]

شاعت إرادة البارئ عز وجل خلق الناس جميعاً من نفس واحدة فخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساءً لقوله تعالى:.

يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً اتَّقُوا اللَّهَ الِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا رم

وقوله عز من قائل:

يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُرُوبًا وَقَيَْابِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ بَيْنَ وَلَعَلَّ مَا وَرَدَ بِهِ الْآيَةُ الْكَرِيمَةُ الْأُولَى مِنْ بَيَانِ وَحِدَةِ أَصْلِ الْخَلْقِ وَكَوْنِ الْبَشَرِيَّةِ جَاءَتْ مِنْ أَصْلِ وَاحِدٍ وَنَفْسٍ وَاحِدَةٍ

يشير إلى وجوب التكافل والتراحم بين جميع الخلق وأصلهم واحد هو آدم عليه السلام. وأنه إن كان ذلك أصل عام بين الخلق فهو أوجب بين أفراد الأسرة الواحدة اللبنة الأولى. في المجتمع الإنساني كما أن ما ورد في الآية الشريفة

ذاتها من إشراقات وإشارة إلى خلق حواء من ضلع آدم وتسميتها بزوجها يكشف ومنذ بداية الخلق عن مدى الصلة التي تجمع بين الذكر (ممثلاً في آدم عليه السلام أبو البشرية) والأنثى (ممثلة في حواء أم البشرية) باعتبار أن الأخيرة



أسبابها ومحاولة علاجها للتقليل من خطورتها والمحافظة على الأسرة واستقرارها.

ولاشك أن النظرة التحليلية لرجل القضاء للموقف التشريعي من الطلاق وبيان موقف القانون منه تكشف في طياتها عن أسبابه وتشخيص حالاته وبما يساعد كثيراً الباحث في هذا الشأن إلى استخلاص الكثير من وسائل معالجته ومن ثم فقد اهتم هذا البحث وضوء ما سلف ببيان أحكام الطلاق التشريعي الكويتي وهو قانون الأحوال الشخصية رقم 01/4/19 كأصل عام وذلك تفصيل قصد منه طرح جانب من الفكر القانوني المتعلق بأحكام الطلاق (وهي في جوهرها مستقاة من الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة مع التركيز فيها على فقه المذهب المالكي والتي يرجع إليها فيما لم يرد به نص) ومنظور يتشابه مع أحكام القوانين العربية للأحوال الشخصية في المواجهة التشريعية لظاهرة الطلاق وذلك على النحو

الإنسانية في شأن الأسرة وعلى تنظيم عقد الزواج باعتباره الإطار القانوني والطبيعي لها وإذ كان عقد الزواج على نحو ما سلف ذكره ووباقه حقاً رضائياً ينعقد بالإرادة الحرة لطرفيه على استمرار العلاقة الزوجية بينهما من دون توقيت لها أو تحديد. ينتهي كأصل عام بوفاة أحد الزوجين إلا أن التشريع الإسلامي لم يمنع من إنهائه خلال الحياة الزوجية ووضع لذلك قواعد تتوافق مع أهمية الزواج أصلاً وأثر إنهاء عقده على الأسرة وأفرادها خصوصاً الأبناء.

وإذ غدا الطلاق «في المجتمع الكويتي وغيره من المجتمعات العربية وفي وقتنا المعاصر ظاهرة تهدد وقد اتسع نطاقه

وتعددت حالاته وفقاً للإحصاءات الرسمية الصادرة عن الجهات المختصة الأسرة المسلمة كان لابد على الباحثين القانونيين وفي مقدمتهم رجال القضاء والمهتمين بالدراسات الاجتماعية التصدي لها بالدراسة والبحث للوصول إلى



التالي:

أحكام الطلاق في التشريع الكويتي :

وردت تلك الأحكام بقانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51/1984 فتناول الكتاب الثاني منه أحكام فرق الزواج رضاءً وقضاءً فبين في بابه الأول (المواد من 97 إلى 101) أحكامه العامة وب بابه الثاني أحكام الفرقة بالإرادة في صورتها الطلاق (الفصل الأول المواد من 102 إلى 110) والخلع (الفصل الثاني المواد من 111 إلى 119) والباب الثالث الفرقة بالقضاء في صورها المختلفة . التطليق لعدم الإنفاق (الفصل الأول المواد من 120 إلى 122) «» التطليق للإيلاء (الفصل الثاني المواد من 123 إلى 125) التفريق للضرر (الفصل الثالث المواد من 126 إلى 135) التفريق للغيبة والحبس (الفصل الرابع المواد من 136 إلى 138) الفسخ للعيب (الفصل الخامس المواد من 139 إلى 142) الفسخ لإختلاف الدين (الفصل السادس المواد من 143 إلى 145) أحكام المفقود (الفصل

السابع المواد من 146 إلى 148) ثم تناول ل بابه الرابع آثار فرق الزواج 2 الزوجية (الفصل الأول المواد من 149 إلى 154) والعدة (الفرع الأول من الفصل الثاني المواد من 161 إلى 164) وآثارها (الفرع الثاني من الفصل الثاني المواد من 161 إلى 164) والتعويض بسبب الفرقة. المتعة . (الفصل الثالث المادة 165).

وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: الأحكام العامة لك فرق الزواج طلاقاً أو فسخاً:

حرص المشرع الكويتي ولدى بيان أحكام فرق الزواج على إيراد أحكامه العامة ابتداءً في الباب الأول من الكتاب الثاني باعتبارها المدخل الطبيعي للولوج إلى تفصيل تلك الأحكام والتي تحددت فيما يلي :

1- تعريف الطلاق بالمادة 97 (بأنه حل عقد الزواج الصحيح بإرادة الزوج أو من يقوم مقامه بلفظ مخصوص على

LAWYERS NEWSLETTER & CULTURE

(3) فسخ الزواج هو نقض عقده عند عدم لزومه أو حيث يمتنع بقاءه شرعاً وهو لا ينتقص عدد الطلقات. وأن مرجعه حكم القاضي في كافة الأحوال مع وجوب الحيلولة بين الزوجين من وقت وجود موجب الفسخ إن كان سببه

يجعل المرأة محرمة على الرجل وحتى يحكم به القاضي (المادة 44) وأن فسخ الزواج بعد الدخول والخلو الصحيحة

يوجب للمرأة من المهر المسمى أو مهر المثل مقداراً مناسباً بحسب بكارتها أو ثيوبتها ومدة الزواج قبل الفسخ إلا إن كان بسبب ارتداد الزوج عن الإسلام فلها في هذه الحالة جميع المهر.

ثانياً : الفرقة بالإرادة:

أ) الطلاق..

وهو كما سلف بيانه الأصل العام لإنهاء الزواج وأنه حق للزوج بإرادته المتفردة إلا أنه يشتره: ط وقوعه ما يلي:

نحو ما سيرد بيانه بالمادة 104 .

وهو ما يقنن الطلاق كأصل عام وسيلة لإنهاء الزواج الشرعي الصحيح ويجعل ذلك وكأصل عام أيضاً حقاً للزوج باعتباره رب الأسرة القوام عليها والمسئول عنها والحريص على استمرار الزوجية وعدم هدمها إلا لضرورة غالبية يحسن تقديرها في ظلال قول الرسول صلى الله عليه وسلم أن (الطلاق أبغض الحلال عند الله).

ونشير في هذا المجال إنه وإن كان حق الطلاق بيد الزوج وإرادته المنفردة كأصل عام إلا أن الفقه الإسلامي لم

يمنع الزوج من التنازل عنه للزوجة أو ما تعارف عليه القول شرعاً (بتفويض الزوج لها يخ الطلاق) أو عرضاً (بجعل العصمة بيدها) فإنها في هذه الحالة تملكه بقولها أيضاً.

(1) الطلاق نوعان : رجعي وبائن وأن أولهما لا يزيل الزوجية قبل العدة وأن الثاني يزيلها بخ الحال (المادة 48).

الحرّة في إيقاعه بلا لبس ولا غموض من دون اشتراط للغة معينة يخ ذلك فإن كان اللفظ به كناية فالأمر فيه لنية الزوج؛

وبيانها له لغيره وإن كان الزوج عاجزاً عن الأمرين والكتابة كان له إيقاع الطلاق بالإشارة المفهومة (المادة 104).

4 أن يكون الطلاق متجزئاً يقصد به إيقاع الطلاق فوراً فإن كان مضافاً إلى شرط أو معلقاً على أمر أو كان في صورة حلف به فإنه لا يقع لما يكشف ذلك عن عدم انعقاد إرادة الزوج عليه (المادة 105 وهو ما تنحصر به حالات الطلاق المنتجة لأثرها كثيراً).

(5) جواز أن يقع الطلاق من وكيل خاص حال سريان توكيله بذلك مع عدم جواز توكيل الوكيل للغير في ذلك . وإن

كان التوكيل غير مانع (المادة 106).

(6) أن عدد الطلقات التي يملكها الأولى والثانية) رجعتان تمنحان الفرصة للزوج مراجعة زوجته خلال في مراجعته زوجه خلال عدتها وعلاج أسباب الخلاف والفرق بينهما والثالثة بائنة لا تحل له إلا بعد زواجها زوجاً شرعياً صحيحاً من آخر ودخوله بها ثم طلاقها منه لأسبابه وانقضاء عدتها منه . ولا شك أن إفساح المجال للمراجعة. الطلاق الأول والثاني إنما يتضمن يخ ذاته حصراً لأسبابه وفي عدم المراجعة يخ الطلاق الثالث إنما هو زجر له ولغيره عن التمادي في الطلاق (المادة 107) على أنه في حالة طلاقها من زوجها الثاني في الحالة الثالثة فلها أن تعود إلى زوجها الأول مع هدم ما وقع عليها منه من طلاقات ثلاث وكأنها متزوجة للمرة الأولى (أخذاً في ذلك برأي المذهب الحنفي لما فيه من إفساح المجال لعودة الزوجين إلى بعضهما بعد الإفادة من الظروف السابقة (المادة 108).

(7) أن الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحدة أخذاً برأي . يخ الفقه الإسلامي من أن الطلقات الثلاث لم تشرع إلا متفرقة وأن جمعها باطل وأسوة في ذلك لما

(1) أن يقع من زوج عاقل بالغ مختار واع لما يقول فلا يقع بالتالي طلاق المجنون أو المعتوم . لما في ذلك إن توافر

من اتعدام للإرادة والوعي بالكلية وهو ما يقاس عليه (وكما عبرت المذكرة الإيضاحية تعليقا على نص المادة 102

ما يصدر من الزوج من لفظ الطلاق حال النوم أو الإغماء وكلاهما عارض موقوت يذهب عن صاحبه التكليف والإرادة كما لا يقع طلاق المكره والمخطئ لإنعدام الإرادة الحرة أو وقوع خلل فيها مذهب لها غالباً والحجة يخ ذلك قول المصطفى عليه الصلاة والسلام (إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) كما لا يقع طلاق السكران أياً كان سبب سكره لفقده العقل بالسكر وهو شرط التكليف ولكون الطلاق متعدد الأثر لغيره من زوجة وولد . أخذاً في ذلك برأي جمهور من الفقهاء . وكذلك لا يقع طلاق المدهوش لذهاب عقله لأمر فوجئ به أذهب عنه الوعي وكماله ويقاس عليه من اختل عقله لكبر أو مرض كما لا يقع من الغضب إن إذا غلب الخلل أقواله وأفعاله وأغلق عليه غضبه أبواب سوي فكره وحال بينه وبين كمال قصده وتصوره أهدأ ذلك بالمقرر فقهاً من أنه لا طلاق في إغلاق. ويخرج عن ذلك طلاق الهازل إذ أنه أمر جليل لا هزل فيه والمتحدث به متكلم بالسبب قصداً فيلزمه حكمه وإن لم يرض به؛ ولا شك أن قصد الشارع من ذلك ألا يتجرأ الزوج على التلفظ بالطلاق خصوصاً وأن القول به قول فصل ما هو بالهزل . ويكشف ما سلف عن حرص الشارع الكويتي على الأسرة وعلى أن إنهاء الزواج بالطلاق لا بد أن يتحرز فيه لأقصى درجة لما له من أثر بالغ على اللبنة الأساسية للمجتمع.

(2) أن يقع الطلاق على زوجة في زواج صحيح قائم وأن تكون غير هذا بالاجتهادات الفقهية التي لا تجيز أي عدة كانت (المادة 103) وفي ذلك أيضاً تضييق وحصراً لتطاق الطلاق.

3 أن يكون التعبير عن الطلاق إن كان الزوج قادراً على ذلك بلفظ صريح واضح يكشف عن الإرادة



لإيقاع الطلاق وفق ما

سبق من أحكامه (المادة 112) «وكان لكل من الزوجين الرجوع عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر ولما أذن به المشرع الكويتي من تغليب وصف المعاوضات عليه (المادة 113)» وإذ كان ذلك صح بدل الخلع بكل ما جاز أن يكون مهراً دون نهاية صغرى له ولا حد لأعلاه على نحو ما أجازته جمهور الفقهاء (المادة 114) ولا يسقط من حقوق الزوجة إلا ما بذلته بإرادتها دون غيره (المادتان 115, 116) وأنه إن كان بدل الخلع إرضاع الزوجة لولدها أو حضانتها من دون أجر وحب عليها ذلك فإن خالفت ما التزمت به كان للزوج الرجوع عليها بما يعدل ذلك مالاً وإن كان البديل الإنفاق على الولد مدة معينة نفذ ذلك فإن كانت معسرة ألزم الأب بنفقة الولد الفقير إحياءً له وغدت النفقة ديناً على الأم يرجع به عليها إن أيسرت (المادة 117) فإن كان الخلع على إمساك الأب الولد مدة حضانة النساء له بطل الشرط وصحت المخالعة إذ أنه وإن كانت الحضانة حق للحاضن والمحضون إلا أن حق الأخير فيه أغلب لا تملك الحضانة عنه تتازلاً (المادة 118) وللمريضة مرض الموت مخالعة زوجها على العوض فإن ماتت دون أدائه لا ينفذ إلا في ثلث تركتها لكونه تبرعا في جوهره والتبرع

أخذت به غالب التشريعات العربية في هذا الشأن (المادة 109).

(8) الأصل أن الطلاق يقع رجعياً إلا إن كان قبل الدخول لأنه لا عدة فيه والطلاق على بدل تدفعه المرأة إلى الزوج تفتدي به؛ والطلاق المكمل للثلاث أو في بعض حالات التفريق المنصوص عليها في القانون (المادة 110) وتكشف تلك الأحكام العامة عن مدى حرص المشرع في تضيق حالات التطليق المحقق لأثره وهو في ذاته نوع من العلاج للجوانب السلبية للطلاق باعتبار أن ذلك في جوهره نوع من الوقاية وهي ولا شك خير من العلاج.

(ب) الخلع..

ويتم باتفاق بين الزوجين إن ظنا استحالة عشرتهما الزوجية على طلاق الزوج لزوجته طلاقاً بانئاً بعوض تبذله له تبرعاً وتفتدي به نفسها من عصمته ويخلعها به والأصل فيه قوله تعالى: وَلَا يَجُلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ بَسِيئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ

وإذ كان الخلع طلاقاً على عوض فإنه يشترط لصحته توافر جميع الشرائط الشرعية المقررة

تعرضه وكامل إرامتها الحرة فيه معنى التبرع لزوجها إن رأت أن عشرتها لزوجها . من وجهة نظرها قد استحال: قد يرى الزوج فيه - أي في ذلك العوض في حالة قبوله . معنى التعويض عن الآثار التي سوف ترتب على الطلاق والانتفصال وهو ما يحقق في جوهره نوعاً من التوازن في العلاقة بين الزوجين ونوعاً من التفريق بإحسان وهو الإطار الذي يتعين أن تتم في دائرته الفرقة بين الزوجين رضاً أو قضاءً.

ثالثاً: الفرقة بالقضاء..

وهو التفريق بين الزوجين بحكم القاضي ب الصورة التي تناولها المشرع الكويتي وغالبها وعلى نحو ما سلف بيانه جعله حقا للزوجة دون الزوج على نحو ما سيرد ذكره .

ويتعين وقبل التعرض لحالات التفريق بحكم القضاء الإشارة إلى ما قد يثار من قول من أن الشارع الإسلامي (والقوانين المستقاة منه) وإن أطلق حق الطلاق للزوج متقرباً فإنه قيد حق الزوجة في طلبه باللجوء إلى القضاء بما قد يحمل في طياته إقراراً لمركز الزوج في إنهاء الحياة الزوجية لا تتساوى فيه الزوجة معه ويجعلها يخ مركز أقل بالنسبة لتلك العلاقة.

ونقول في ذلك أنه وإن أطلق الشارع للزوج متقرباً الحق في توقيع الطلاق فإن مرجع ذلك طبيعة الرجل وترويه في

اتخاذ جميع القرارات وهو أمر أوجب بالنسبة لما يتعلق بأسرته - وتحمله جميع المسؤولية الدنيوية والأخروية عنه

إن تعسف في استخدام ذلك الحق أو أساء استخدامه إذ الأصل شرعاً أنه لا ضرر ولا ضرار . فإن تقييد حق الزوجة

في طلب الطلاق بوجوب اللجوء للقاضي واستصدار حكم به منه قن الواقع نوع من التشريف لها والتكريم وقد أوجب

عليها حرصاً منه عليها وعلى أسرته الزوج والولد الاستئناس حال طلبها الطلاق برأي آخر محل ثقة وخبرة منزله

في مرض الموت وصية فإن ماتت خلال عدتها كان الواجب من العوض الأقل من ثلث مقدار نصيبه من الميراث أو العوض أو ثلث المال وذلك درعاً لما قد يكون من اتفاق بين الزوجين على المخالعة في مرض الموت على عوض يزيد عن نصيبه في ميراث زوجته بعد الموت فإن ماتت بعد العدة أو قبل الدخول حيث لا عدة لها فللزوجة الأقل من العوض أو الميراث (المادة 119 ومصدرها المذهب الحنفي).

ويتعين الإشارة هذا المقام إلى أنه قد يثور القول بأن الخلع وعلى نحو ما سلف بيانه والذي افتدت به الزوجة نفسها من عصمة زوجها فيه تقليل من شأن الزوجة بالنسبة لشأن زوجها وقد جعل الشرح الطلاق له حقا ينفرد به كأصل عام على نحو ما سلف بيانه وكأن الزواج بالتالي فيه معنى العبودية أو الأسر محل الفداء - إلا أن ذلك مردود من وجهة نظرنا بأمر أربع هي:

(1) أن الشرع وإن أوكل للزوج منفرداً حق الطلاق فمناط ذلك كون الرجل القوام على الأسرة هو الأكثر تقدر لمسئولية إيقاع الطلاق إن توافرت مبرراته الشرعية وعلى تحمل آثاره في حالة إيقاعه ومنها حق الزوجة في المتعة وهي نوع من العوض للزوجة عن إيحاش الزوج بعد الطلاق. وأن ترك الأمر في يد الزوجة وهي ولاشك الأكثر عاطفة وسرعة في التأثر بالظروف والأحوال الطارئة سوف يؤدي ولاشك إلى سرعة اتخاذها لقرار الطلاق دون روية وهو أمر تهدد به الأسرة المسلمة.

(2) أن الشارع الإسلامي لم يمنع الزوجة أصلاً من الحصول على حق الطلاق إن تنازل لها زوجها عنه وفوضها

ذلك.

(3) أن الشارع الإسلامي لم يمنع اتفاق الزوجين على الانفصال بطلاق دون خلع من الزوجة أو بذلها لعداء.

(4) أن الشارع الإسلامي ورغم ذلك قد أفسح للزوجة الحصول على الطلاق خلعا بعوض

2- التطليق للإيلاء (المواد من 123 إلى 125)

والإيلاء هو حلف الزوج على ترك مسيس زوجته أربعة أشهر فأكثر أو من دون تحديد مدة مع الاستمرار على

يمينه الحد الأدنى من المدة السابق ذكرها (الأشهر الأربعة) لقوله تعالى: للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم

وهو أمر لما فيه من مضرّة ظاهرة للزوجة بحرمانها من معاشرته الزوج وتعرضها للفتنة .
يبيح للزوجة طلب تطليقها من القاضي ويحكم لها به رجعيّاً إن توافرت شرائطه فإن أبدى الزوج قبل ذلك الحكم استعداده للفيء أجله القاضي لذلك أجل متناسباً فإن انقضى دون قضاء طلقت الزوجة عليه (والقول ولاشك فيه للزوجة بيمينها) والرجعة حال العدة أصلها العام لا تكون إلا بالفيء فعلاً بالمعاشرّة إلا إن كان بالرجل عذر كمرض أو حبس أو شبه ذلك فتكون الرجعة بالقول. ويكشف ما سلف عن حرص الشارع الإسلامي على حث الزوج على تحقيق غاية الزواج من إحصان بمعاشرته زوجته وصونها مما قد تفتتن به ويضر بها بالتالي وبعد جواز الحلف على الزوجة بالإيلاء قلت مدته أو كثرت . ومن أن تحقق حسن العشرة والمعاشرّة مانع بذاته لأحد أسباب التطليق ومعالج لظاهرة الطلاق إن كان الإيلاء من أسبابه.

3- التفريق للضرر (المواد من 126 إلى 135).

والتفريق للضرر وهو أكثر أنواع التطليق شيوعاً لخص المجتمعات العربية الإسلامية والحق 2 طلبه يتوافر لكل من الزوجين وموجب توافره للزوج مع توافر حقه في الطلاق أصلاً أن ثبوت الضرر الذي تستحيل به العشرة الزوجية في حق أي الزوجين يترتب عليه زوال حقوقه المالية المترتبة على الزواج والطلاق كلها أو بعضها وذلك على نحو متواز مع ثبوت الإضرار والإساءة وقدّر ذلك.

وقد أحاط المشرع ذلك النوع من التطليق

عن الهوى والغرض لتتوافر في طلاقها إن حكم به جميع مبرراته الشرعية يمنع عنها ولا شك مساءلة الحق عز وجل لها عنه في الدنيا والآخرة ويعينها حالة حصوله على مواجهة الحياة مع الولد بعد مفارقة الزوج وقد جاءت لأسبابها الشرعية والواجبة والتي من أجلها شرع الطلاق بين الزوجين.

وحالات التفريق قضاءً تحدد فيما يلي:

1- التطليق لعدم الإنفاق (المواد من 120 إلى 122).

إذ كان إنفاق الزوج على زوجته هو مناط قوامته عليها لقوله عز وجل من قائل: الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ولاحتماسه لها على ذمته واستمتاعه بها. كان تخلفه عن ذلك مع قدرته عليه وتوافر مال ظاهر له يجوز التنفيذ عليه واستيفاء النفقة منه موجب لحق الزوجة كه طلب تطليقها منه ويطلقها القاضي عليه في الحال مع جواز توقيه لذلك إن أدى النفقة الواجبة عليه من تاريخ رقع الدعوى أما إن ثبت إعساره أو كان غائباً في مكان مجهول أو مفقوداً وليس له مال ظاهر طلق عله القاضي بلا إمهال. وتطليق القاضي يكون رجعيّاً وللزوج فيه أن يراجع زوجته إن أثبت للقاضي يساره وقدرته على مداومة الإنفاق مع أدائه للنفقة؛ وإن تكرر رفع الدعوى يطلب التطليق لعدم الإنفاق أكثر من مرتين وتوقي الزوج له في المرتين ضوء ما سلف ثم طلبت الزوجة التطليق للمرة الثالثة طلقها القاضي عليه لما في ذلك من مضرّة مؤكدة لها .

ويكشف ما سلف عن حرص المشرع من الإقلال من حالات التطليق لعدم الإنفاق بما أضحه للزوج من مجالات

توقيه ولما فيه وبمفهوم المخالفة من تحذير للزوج من عدم الإنفاق وتكليف ضمني له بتنفيذ التزامه بالنفقة

باعتباره أحد أسباب معالجة ظاهرة الطلاق.

بالضوابط التالية:

(4) التفريق للغيبة والحبس (المواد من 136 إلى 138).

وهما في جوهرهما من صور الضرر الذي يبيح للزوجة حقها في طلب التطلاق وإن أفردهما الفقه والتشريع الكويتي بأحكام خاصة تحددت فيما يلي:

(أ) أن تكون الغيبة محل التضرر إلى خارج البلاد مدة سنة فأكثر وبلا عذر مقبول ولو كان للزوج مالا تستطيع الزوجة الإنفاق منه إذ أن الضرر في هذه الحالة يتمثل في حرمان الزوجة من شخص (وجها والأنس به لا من ماله).

(ب) أن على القاضي وقبل الحكم بالتطلاق إن علم مكان الزوج الغائب أن يضرب له أجلا يعلنه به للحضور لزوجته والإقامة معها ويعذره فيه بتطبيقها عليه إن تخلف عن ذلك وهو ما يتعين القضاء به إن تحقق فإن تعذر معرفة مكانه وإعلانه بالتالي طلقها القاضي عليه بلا إنذار ولا أجل.

(ج) أن حبس الزوج ثلاث سنوات فأكثر بحكم نهائي يجعل للزوجة حق طلب تطبيقها منه بعد سنة من حبسه ولو كان له مال تستطيع الإنفاق وللعلة السابقة ذاتها في الغيبة.

(د) أن تطليق القاضي فيما سلف يقع بائناً .

ويكشف ما سلف تنبيه الزوج بعد الغيبة عن الزوجة أو ارتكابه لما يبرر حبسه وغيبته بالضرورة عن زوجته ويوجب تطليق زوجته عليه وبما يتضمن قا حالة الاستجابة لمقاصد الشارع. علاجاً لظاهرة الطلاق وتضييقاً لتطاقها ولا شك.

(هـ) الفسخ للغيب (المواد من 139 إلى 143)

تعرض المشرع الكويتي لصورتين موجبتين لفسخ عقد الزواج ضوء الأحكام العامة المتعلقة به السالف بيانها وباعتبار أنه يترتب عليه نقض عقده أصلاً عند عدم لزومه أو حينما يمتنع بقاءه شرعاً ولا يكون ذلك إلا بحكم القاضي في جميع الأحوال وهما الفسخ للغيب والفسخ لاختلاف الدين.

(أ) وجوب الحكم بالتطلاق إن ثبت الضرر الذي تستحيل به العشرة بين الزوجين بأدلة شرعية صحيحة وقد انقضت به (أي بذلك الضرر) عن الزواج غايته من كونه سكا تحوطه المودة والرحمة وهو أساس الزواج وفلسفته لقوله سبحانه وتعالى وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ومن أن الأصل في الإمساك بالزوجية والتمسك بها هو المعروف (الطلاق مَرَّتَانِ فَمَا سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ

(ب) فإن لم يثبت الضرر وثبت الشقاق وهو شرح الحياة الزوجية لا يعرف سببه موجب للنفور والكراهية بين الزوجين بما لا استقامة معه لعشرتهم لانعدام المودة والرحمة . وجب لجوء القاضي للتحكيم بين الزوجين بحكمين من أهلها يتقضيان أمر الخلاف بين الزوجين ويعملان جاهدين على إزالة أسبابه وعلى الصلح بينهما فإن اختلفا في ذلك ضم لهما حكم مرجح ثالث بذات المهمة فإن تعذر على المحكمين الصلح أبدوا اقتراحهم بالتفريق بين الزوجين مع بيان المسيء منهما وقدر مساهمة أحدهما في ذلك إن كانت الإساءة مشتركة لما في ذلك من أثر على حقوقهما المالية ويحكم القاضي على ضوء رأي المحكمين إن توافقوا أو أكثرهم إن اختلفوا والأمر مفوض إليه مسترشداً بأرائهم باعتبارهم شهوداً عاصروا واقع الزوجين وشاهدوه بشأن حقوق الزوجية المالية المترتبة على الزواج والطلاق.

(ج) والتطلاق يكون إن أوقعه القاضي بائناً لا رجعه فيه إلا بعد انقضاء العدة بعقد ومهر جديدين إلا أن كان ممماً للثلاثة فيكون بائناً بيونة كبرى ويجري عليه حكمها.

ويكشف ما سلف عن حرص الشارع الإسلامي 4 حالة الشقاق على تضييق مساحة التطلاق وهو نوع من العلاج ولاشك للحد من ظاهرة التطلاق.



(6) الفسخ لاختلاف الدين (المواد 143, 144, 145) إذا كان الزوجان غير مسلمين وأسلموا معاً فزواجهما باق وكذلك إن أسلم الزوج وحده وكانت زوجته من أهل الكتاب وإن كانت غير ذلك عرض عليها الإسلام فإن قبلته بقي الزواج وإن أبت ففسخ . أما إن أسلمت الزوجة وحدها عرض الإسلام على الزوج فإن قبله بقي الزواج وإن أبت ففسخ الحال إن كان أهلاً للعرض فإن لم يكن كذلك ففسخ الزواج في الحال إن كان إسلامها قبل الدخول وبعد انقضاء العدة إن أسلمت بعد الدخول.

ويشترط لبقاء الزوجية في حالات بقائها المشار إليها ألا يكون بين الزوجين سبب من أسباب التحريم وأن المرجع في إسلام أي من الزوجين هو لظاهر القول به من غير ما بحث يخمد صدقه أو في الباعث عليه وإذا ارتد الزوج عن إسلامه قبل الدخول ففسخ الزواج وإن كان بعده وعاد إلى الإسلام في العدة ألغى الفسخ وعادت الزوجية أما إذا ارتدت الزوجة فلا يفسخ

والفسخ للعيب حق لأي من الزوجين إن وجد بالآخر عيباً مستحكما من العيوب المنفرة أو المضرّة أو التي تحول دون الاستمتاع يخ طلب فسخ العقد سواء أكان العيب موجوداً قبل العقد أم حدث بعده باعتبار أن وجود مثل ذلك العيب يذهب عن العقد أصله باعتبار أن غايته مع استمتاع كل من الزوجين بالآخر السكن والإحصان والمودة والرحمة (المادة 139) ويسقط ذلك الحق إن علم به الزوج أو الزوجة قبل العقد أو رضي به صراحة. بعده إلا إن كان الفسخ بسبب عيوب الرجل التي تحول دون الاستمتاع فلا يسقط عن الزوجة حق طلبه ولو رضيت بتلك العيوب صراحة. ويقضي بفسخ العقد إن كانت العيوب غير قابلة للزوال أما إن كانت قابلة للزوال فتؤجل الدعوى بطلب الفسخ الأجل المناسب لعلاجها فإن لم يزل العيب خلالها قضي بالفسخ والرأي بخ بيان تلك العيوب وزوالها من عدمه لمن تستعين بهم المحكمة من ذوي الخبرة من الأطباء المسلمين.

ذلك الطلاق على نحو ما سلف بيانه.

ب العدة وأحكامها (المواد من 155 إلى 160)

العدة هي أجل ضربه الشارع لانقضاء ما بقي من آثار الزواج أو شبهته تتمثل استبراء الرحم من الولد حرصاً على الأنساب وهي من هذا الجانب حق لله تعالى لا يملك فيه الزوجان أو أحدهما رأياً أو قولاً وفي حرمان تثبت عند الفرقة لا تزول إلا بزوال الأجل مثل حرمة زواج المرأة من غير مطلقها وحرمة خروج المعتدة رجعيًا من مسكن الزوجية لما ذلك من إتاحة الفرصة للزوجين للعودة إلى حياتهما الزوجية وعشرتهما مستفيدين من عبرها عاملين على محو أسباب خلافهما والشقاق وتتحدد أحكامها فيما يلي:

(أ) أن العدة خاصة بالمرأة المطلقة بعد الدخول أو الخلوة صحيحة أو فاسدة لمائع شرعي في الزواج وبعد الدخول في الزواج الفاسد أو بوفاة الزوج في زواج صحيح أو بالدخول بشبهة لتحقق غاياتها في أي من تلك الحالات (والتي أخذ فيها المشرع بأحكام المذهب الحنفي). وقد يتحقق وصقها للرجل حكماً إن كان هناك مانع يمتعه من الزواج بامرأة أخرى حتى انقضاء عدتها الأولى مثل زواجه بأخت امرأته وإن كان ذلك لا يسمى عدة.

2 وأن العدة تبدأ في الزواج الصحيح من تاريخ وقوع الطلاق أو وفاة الزوج - والزواج الفاسد من تاريخ آخر ميسر

أو من تاريخ الحكم النهائي بالتطبيق في التفريق القضائي.

(3) أن مدة العدة للمرأة المتميق عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام إن لم تكن حاملاً لقوله عز من قائل: : وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا

أما إن كانت حاملاً فعدتها تنقضي بوضع الحمل أو سقوطه مستبينا بعض أعضائه وهو ما ينصرف إلى حكم المطلقة الحامل لما ورد في محكم التنزيل (وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ

الزواج لكي لا تتخذ الزوجة المسلمة الردة وسيلة للتخلص من زوجية لا ترتضيها سداً لهذا الباب.

(7) ثم تعرض المشرع لحكم المفقود (المواد من 146 إلى 148).

مبيناً أن المفقود هو من فقد وانقطع خبره ولا يعلم له موضع إن كانت غيبته يغلب عليها الهلاك يحكم بموته بعد أربع سنوات من فقدعه. أما إن كانت غير ذلك يترك الأمر في تحديد المدة التي يحكم بعدها بالموت للقاضي وذلك بعد التحري عن حياة المفقود أو موته وأنه على الزوجة بعد الحكم بموت زوجها المفقود أن تعتد عدة الوفاة فإذا عاد بعد ذلك وتبين أنه حي فزوجته له إن يدخل فإن كان قد دخل بها الأخير فهي له دون الأول إلا إن كان الزواج قد تم في عدتها السالفة.

ثالثاً: آثار فرق الزواج رضاءً أو قضاءً.

(أ) آثارها يخ الزوجية (المواد من 149 إلى 154) وهي:

(1) توافر حق الزوج في مراجعة مطلقة رجعيًا ما دامت في العدة بالقول أو الفعل وهو حق لا يسقط بالإسقاط.

(2) أن الرجعة بالقول يشترط لها أن تكون منجزة في حضرة شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين أو بإشهاد رسمي وأن تعلم بها الزوجة وتعتبر الكتابة بها من الرجعة بالقول.

(3) وأنه إن ادعى المطلق حقه في الرجعة لقيام العدة بالحيض وأنكرت المطلقة ذلك فالقول لها بيمينها إن كانت المدة تحتمل انقضاء العدة.

(4) أنه إن انقضت عدة المطلقة رجعيًا دون مراجعة بانته من زوجها بينونة صغرى لا تحل له من بعد إلا بعقد ومهر جديدين وله العقد على مطلقة البائن الأول والثاني. أما إن بانته منه بينونة كبرى بالطلاق أو التطليق المكمل

لثلاث فلا تحل له إلا بعد زواجها من آخر ودخوله بها وطلاقها منه لأسبابه وانقضاء عدتها بعد

(ج) آثار العدة (المواد من 161 إلى 164)

1) (وجوب بقاء المطلقة رجعيًا بمسكن الزوجية خلال العدة إلا لضرورة يعينها القاضي ويرأها لما ك ذلك البقاء من

تقريب بين الزوجين يمنح لهما فرصة ومرغوب . فإن خرجت من دون عدر عدت ناشزة.

2) وجوب النفقة للمعتدة من طلاق أو فسخ أو دخول في زواج فاسد أو بشبهة لاحتباسها خلال العدة وتقدر تلك النفقة بحال الرجل يسراً أو عسراً وتعتبر ديناً في ذمته لا تسقط عن الإبراء أو إبراء.

(د) التعويض بسبب الفرقة (المادة 165)

والمسمى شرعاً بالمتعة وهي في أصلها العام لا تفرض قضاءً لقوله تعالى: للمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين) إلا إذا فرضها الحاكم على نحو ما أخذ المشرع الكويتي وكثير من التشريعات العربية مع اختلاف 24 بيان شرائطها وتحديد مدتها وهي في التشريع الكويتي لا تجاوز نفقة سنة؛ وهي في جوهرها جبر لإيحاش الزوجة من الزوج وترك الرجل بالطلاق وهي لا تجب مع ذلك إن كان التطليق لعدم الانقاق لإعسار الزوج إذ لا مبرر لفرضها أو كان التفريق للضرر بسبب من الزوجة أو كان الطلاق برضاها أو إذا فسخ الزواج يطلب من الزوجة إذ لا إيحاش أو عند وفاة أحد الزوجين لعدم تحقيق الغاية.

وفرض وقرير التعة مق تقديرنا يعد تعويضاً للزوجة عن طلاقها فرضه الشارع جبراً لخاطر الزوجة وإيناساً لها.

ويتعين الإشارة يخ هذا المقام إلى أن أحكام المذهب الجعفري تحكم كافة آثار عقد الزواج وحالات إنهائه بالنسبة للزوجين الكويتيين التابعين لأحكام ذلك المذهب (لمادة 346/ أ من القانون) والتي تجعل الطلاق حقاً خالصاً للزوج

على زوجته مع تضييق في حالات التطليق بحكم القاضي على تفصيل في ذلك بكتب المذهب المعروفة.

من أمره يُسرّاً) مدتها لغير الحامل في غير حالة الوفاة ثلاث حيضات كوامل لقوله تعالى (وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَبَعُوْهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلاًحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ في مدة لا تقل عن ستيع يوماً إن كانت من ذوات الحيض (وهو حكم مستقى مق الذهب

الحنفي أيضاً) وتسعون يوماً إن كانت لم تر الحيض أصلاً أو ممن بلغن سن اليأس وانقطع عنهن الحيض لقوله تعالى:

(واللأئي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللأئي لم يحضن...) فإن جاءها الحيض قبل انقضائها أستؤنفت العدة بثلاث حيضات فإن كانت ممتدة الدم كانت عدتها تسعون يوماً إن لم تكن لها عادة معروفة فإن كانت لها عادة تذكرها جرى حساب العدة عليها . أما من انقطع حيضها قبل سن اليأس فمدة عدتها أقل الأجلين من ثلاث حيضات أو سنة أما إن كان الطلاق طلاق فرار من إرث توافرت شرائطه فعدتها

أبعد الأجلين من عدة الطلاق أو عدة الوفاة للمبانة إذا توفى مطلقها قبل تمام عدتها.

(4) أنه إذ توفى زوج المطلقة رجعيًا في عدتها فعليها استئناف عدة الوفاة من تاريخه أما إن كان الطلاق بائناً تتم المطلقة عدتها ولا تنتقل إلى عدة الوفاة مع مراعاة حالة طلاق الفرار من الإرث . فإن كانت مدخولاً بها بشبهة في عقد فاسد أو دون عقد وتوفى عنها الرجل فعدتها عدة فرقة لا عدة وفاة.

(5) أن المرأة المطلقة بائناً إن تزوجها زوجها حال عدتها ثم طلقها قبل دخول جديد تتم عدتها السابقة

(6) أن أطول مدة لاحتساب العدة في جميع الأحوال هي سنة واحدة إذ أن ذلك أقص مدة للحمل.



جرائم العنف الأسري

المستشار/ محمد طه رشوان رئيس النيابة



مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا وإمامنا
ومولانا محمد بن عبدالله الرحمة المهداة وعلى
آله وصحبه وسلم... أما بعد.

فإن العنف الأسري هو أشهر أنواع العنف
البشري انتشاراً في زماننا هذا؛ والعنف هو
استخدام القوة المادية أو المعنوية لإلحاق
الأذى بأخر استخداماً غير مشروع. والعنف
الأسري يشمل عنف الزوج تجاه زوجته،
وعنف الزوجة تجاه زوجها، وعنف الوالدين
تجاه الأولاد وبالعكس. كما أنه يشمل العنف
الجسدي والجنسي واللفظي وبالتهديد؛ والعنف
الاجتماعي والفكري ونظراً لما يترتب على العنف
الأسري من آثار خطيرة على الزوجين والأولاد
والمجتمع ولما يمثله من خطورة بالغة على
العائلة والمجتمع كانت أهمية هذه الدراسة.

وسوف تتناول الموضوع في ثلاثة فصول:

الفصل الأول: تعريف العنف الأسري وأنواعه
وأسبابه -

الفصل الثاني: نماذج من بعض جرائم العنف
الأسري.

الفصل الثالث: سبل الوقاية من العنف الأسري
والتوصيات.

الفصل الأول: تعريف العنف الأسري وأنواعه وأسبابه

أولاً- تعريف العنف الأسري:

هو أحد أنواع الاعتداء اللفظي أو الجسدي أو
الجنسي والصادر من قبل الأقوى في الأسرة
ضد الفئة الأضعف. مما يترتب عليه أضرار

بدنية أو نفسية أو اجتماعية؛ وهو أهم أنواع
العنف وخطرها ولذا حظي بالاهتمام والدراسة
كون الأسرة هي وكيز المجتمع. أهدافه وأغراضه
الخاصة مستخدماً بذلك كل وسائل العنف، سواء
كان جسدياً أو لفظياً أو معنوياً؛ وليس بالضرورة
أن يكون الممارس للعنف هو أحد الأبوين؛ وإنما
الأقوى في الأسرة؛ وقد يكون الممارس ضده
العنف هو أحد الوالدين إذا وصل لمرحلة العجز
وكبر السن.

ثانياً- أنواع العنف:

للعنف أنواع كثيرة: منه المادي المحسوس
والملموس النتائج؛ الواضح على الضحية. ومنه
المعنوي الذي لا نجد آثاره في بادئ الأمر لأنه لا
يترك أثراً واضحاً على الجسد؛ وإنما تكمن آثاره
في النفس.

. العنف المادي:

1- الإيذاء الجسدي:

وهو كل ما قد يؤذي الجسد ويضره نتيجة
تعرضه للعنف؛ مهما كانت درجة الضرر.



2- القتل:

وهو أبشع أنواع العنف المادي، وأشدّها قسوة، ويقع معظمه دفاعاً عن الشرف في المجتمعات المحافظة والتي تحكمها العادات والتقاليد .

3- الاعتداءات الجنسية:

وهي أشد أنواع الاعتداء إيلاماً للنفس، فالاعتداء على سبيل المثال تتجرع فيه الضحية الآلام النفسية وتلازمها الاضطرابات الانفعالية طوال حياتها .

. العنف المعنوي:

1- الإيذاء اللفظي:

وهو كل ما يؤدي مشاعر المجني عليه من شتائم وسباب وألفاظ تحمل التجريح مما يشعره بالامتهان والازدراء.

2- الحبس المنزلي أو انتقاص الحرية:

وهو نوع من العنف المعنوي يمارس ضد النساء والفتيات، حتى وان لم تكن هناك أسباب داعية لممارسته، والحبس المنزلي قد يكون أمراً شائعاً لدى بعض الأسر خصوصاً إذا بدر من الضحية سلوك مشين في نظر الأسرة.

3- الطرد من المنزل:

وهو سلوك شائع لدى بعض الأسر في مجتمعاتنا العربية يستخدمه الأبوان عند عدم التمكن من تهذيب سلوك الابن الضحية وهو بالطبع يمارس ضد الذكور.

ثالثاً- أسباب العنف الأسري:

ظاهرة العنف الأسري جاءت نتيجة للحياة العصرية؛ فالضغط النفسي والإحباط المتولد من طبيعة الحياة العصرية اليومية؛ يعد من المتابع الأولية والأساسية لمشكلة العنف



إن العادات والتقاليد الراسخة في مجتمع ما قد تدفع الأب إلى قيادة أسرته من خلال العنف؛ كأن تكون تلك العادات تتطلب من الرجل بحسب ما يعتقدون قدرا من الرجولة تدفعه إلى ذلك العنث والقوة لقيادة الأسرة ويصبحان مقياس مقدار الرجولة؛ وهذا النوع من الدواضع يتناسب طرديا مع الثقافة التي يحملها المجتمع.

الفصل الثاني: «نماذج من بعض جرائم العتف الأسري»

أولا: بعض جرائم العتف الأسري التي تخرج عن التأثيم لتوافرسبب من أسباب الإباحة.

بدايةً نود أن تنوه ونحن في مجال بحثنا في جرائم العتف الأسري إلى أنه من المقرر قانوناً أنه لا يكفي لقيام الجريمة التحقق من خضوع الفعل أو الامتناع المكون لها لنص تجريم سار من حيث الزمان والمكان والأشخاص؛ وإنما يلزم فوق ذلك توافر الشق الآخر من الإطار القانوني اللازم لقيامها وهو عدم خضوع ذات الفعل أو الامتناع لنص أو قاعدة من قواعد الإباحة، فإذا قرر القانون حقاً لشخص أو رخص له بعمل ما

الأسري، ولقد أثبتت الدراسات على مستوى العالم الغربي والعربي أن أبرز المسببات وأكثرها انتشاراً هو تعاطي الكحول والمخدرات. يأتي بعده في الترتيب الأمراض النفسية والاجتماعية لدى أحد الزوجين أو كلاهما ثم اضطراب.

وعليه فإن دواضع العتف الأسري تتمثل فيمايلي:

الدواضع الذاتية:

وهي تلك الدواضع التي تتبع من ذات الإنسان. والتي تقوده نحو العتف الأسري ولقد أثبتت الدراسات الحديثة بأن الطفل الذي يتعرض للعنف إبان طفولته يكون أكثر ميلاً نحو استخدام العتف من ذلك الطفل الذي لم يتعرض للعنف فترة طفولته.

الدواضع الاقتصادية:

وهذا النوع من الدواضع يشترك فيه كل أنواع العنف ولكن في محيط الأسرة لا يهدف الأب من وراء استخدامه العنف إزاء أسرته الحصول على منافع اقتصادية؛ وإنما يكون العنف تشريعاً لشحنه الغضب والفقر والخيبة وقلة الحيلة التي يشعر بها الأب نتيجة لظروفه الاقتصادية.

• الدواضع الاجتماعية:

ليس تلمكون منهن شيئاً غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً)

وقد حدد الفقهاء شروط إباحة استعمال هذا الحق من ثلاثة وجوه: مجاله ووسيلة استخدامه وغايته فمن ناحية؛ لا يثبت الحق محل البحث إلا إذا أتت الزوجة معصية لم يرد بها حد من الحدود الشرعية المقررة «وهي الجرائم المقرر لها عقوبات محددة معروضة سلفاً ولم يتم إبلاغها إلى ولي الأمر أي السلطات العامة» فإذا كانت المعصية حداً أو كانت دون ذلك وأبلغ به ولي الأمر لاتخاذ الإجراءات المعتادة، انحسر الحق في التأديب بشأنها، ومن ناحية ثانية، تتقيد إباحة هذا الحق بوسيلة استعماله، حيث يلزم أن يجيء الضرب في المرحلة الثالثة بعد استنفاد مرحلتي الوعظ والهجر في المضجع وإصرار الزوجة على المعصية رغم ذلك كما يلزم - حتى يباح الضرب تأديباً - أن يكون بسيطاً أو خفيفاً؛ فإن كان شديداً أو شائناً فلا إباحة.. وقد حكم تطبيقاً لذلك أنه إذا تجاوز الزوج حد الإيذاء الخفيث فأحدث أذى بجسم زوجته كان معاقباً عليه قانوناً، ولو كان الأثر الذي حدث بجسم الزوجة لم يزد عن سحجات بسيطة؛ وأن ذلك القدر كاف لاعتبار ما وقع منه خارجاً عن حدود حقه المقرر بمقتضى الشريعة ومستوجباً للعقاب؛ وقد حددت محكمة النقض المصرية في حكم آخر ماهية الضرب الفاحش بأنه «هو الذي يؤثر في الجسم ويغير لون الجلد» كما حكم بأنه إذا تعدى الزوج حق التأديب وضرب الزوجة على رأسها ضربة أحدثت لها الوفاة وجب اعتبار الواقعة ضرياً أفضى إلى موت «والغرض هنا أن الزوج قصد التجاوز وإلا ستل عن قتل خطأ».

ومن ناحية ثالثة، تتقيد إباحة استعمال حق التأديب بالغاية منه؛ فلا إباحة إلا إذا كان الزوج يبغى التهذيب والرد عن المعصية؛ فإذا ثبت استهدافه غاية أخرى، كالانتقام أو الحرض على الرزيلة، فإنه يكون سيئ النية، وليس له الدع بالإباحة، كما لا يعد حسن نية الزوج الذي يضرب زوجته لإرغامها على أن تدفع له من مالها في معيشتها أو بدافع البغض أو الكراهية حتى

، فيستفاد من هذا ضمناً إباحة جميع الأفعال التي من شأنها ممارسة ذلك الحق أو التي يقوم عليها ذلك الترخيص، وهذا السبب للإباحة يبدو بديهياً تقضي به الأحكام العامة في القانون بغير نص يقرره ولا يقع الفعل الذي يُباشَر استعمالاً لحق في دائرة الإباحة إلا إذا استوفى الشروط العامة التي تتحقق بها علة الإباحة وهي: وجود الحق، والتزام حدود الحق، وحسن نية مستعمل الحق فبهذا وحده يمكن القول إن الشعل المباح قد اعتبر كذلك لأنه وسيلة مشروعة لاستعمال الحق، وقد نصت المادة (74) من قانون الجزاء الكويتي على ذلك بقولها إنه «لا جريمة إذا ارتكب الفعل بنية حسنة استعمالاً لحق يقرره القانون، بشرط أن يكون مرتكبة قد التزم حدود هذا الحق».

وإذ كان ما تقدم وكانت تطبيقات الإباحة استعمالاً للحقوق تتعدد بتعدد هذه الأخيرة، ويرجع في دراسة كل جريمة على حدة لمعرفة مدى إباحتها استعمالاً لحق، ونستعرض فيما يلي أكثر التطبيقات شيوعاً وأكثرها اتصالاً بموضوع بحثنا في جرائم العنف الأسري ألا وهو الحق في التأديب.

1- تأديب الزوجة

يثبت هذا الحق للزوج وفقاً للشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر ذلك الحق، وإليها يلزم الرجوع لمعرفة شروط إباحة استعماله، وإن كان ذلك يدخل في عموم ما نصت عليه المادة (79) من قانون الجزاء الكويتي التي يجري نصها على أنه «لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق التأديب من شخص يخول له القانون هذا الحق. بشرط التزامه حدوده واتجاه نيته إلى مجرد التهذيب».

وقد استقر الفقه على الأخذ بهذا الحق وفقاً للصفة المعتدلة التي تكرسها الشريعة الإسلامية وستد الحق في الشريعة قوله تعالى: وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُسُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً (سورة النساء آية 34) وقوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع: (استوصوا بالنساء خيراً فأنما هن عندكم عوان

تحت وصايتهم . كما يبرر تأديب معلم الصناعة للصبيان الذين يتعلمون عنده , حيث يجوز للآباء تفويضهم في ذلك, وهذا التأديب قد يستخدم فيه الضرب فلا يعد جريمة, ما دام قد باشر صاحب الحق فيه ملتزماً بالشروط المقررة لاستعمال الحق ولغاية التأديب.

وأخيراً نشير في هذا الصدد إلى أنه من المقرر أنه لا يشترط أن يكون مصدر الحق المبيح نصاً قانونياً مباشراً صريحاً؛ فيصح أن يكون مستفاداً من النصوص والشواهد القانونية العامة بصورة ضمنية, ومن ذلك أن يكون الحق مستفاداً من إجازة المشرع لغاية معينة أو إجازته لإتيان نشاط معين , وقد يكون مصدر الحق أحكام الشريعة الإسلامية الغراء , كحق الوالد في تأديب ابنه : وحق الزوج في تأديب زوجته: ومن الشراح من يعتقد أن الحق الذي يصلح سبباً للإباحة قد يكون مصدره العرف : لأن الإباحة لا تخضع لقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص : فلا يصح التقييد فيها بهذه القاعدة : «رأي أغلبية الشراح المصريين وبعض الفرنسيين».

ثانياً- الجرائم الواقعة على النفس:

قد تتخذ جرائم العنف الأسري بأبعادها الثلاثة المشار إليها وهي عنف الأبناء تجاه الآباء والأمهات : وعنف الأب تجاه الزوجة والأبناء, وأخيراً الزوجة تجاه الزوج والأبناء . صورة من صور الجرائم الواقعة على النفس وهي القتل والجرح والضرب والإيذاء والتعريض للخطر, والإجهاض والختف والحجز والاتجار بالرقيق , والتي انتظمها قانون الجزاء الكويتي في المواد من 149 إلى 185 منه, وسوف نستعرض فيما يلي بعض النماذج القانونية التي وردت بقانون الجزاء والمتصلة بجرائم العنف الأسري والتي وضع القانون لها بعض القواعد التي تحكمها لخصوصيتها واتصالها بالأسرة, وذلك توضيحاً لمعالجة المشرع لبعض جرائم العنف الأسري لأهميتها : ومن هذه النماذج ما أورده المادة 104 من قانون الجزاء من أنه «كل امرأة تعمدت قتل وليدها فور ولادته : دفعاً للعار , تعاقب بالحبس مدلاً تجاوز خمس سنوات وبغرامة

تطلب الطلاق وتتنازل عن حقوقها الشرعية.

2- تأديب الصغار

يتسع نطاق التأديب في الشريعة الإسلامية ليشمل تأديب الصغار بقصد التعليم والتأديب, ويرجع كذلك إلى أحكامها لمعرفة نطاق وشروط إباحة استعمال ذلك الحق ما لم ينظم المشرع بنص خاص على نحو مغاير ذلك الاستعمال, فحينئذ يكون ذلك النص هو واجب التطبيق, ويتحدد نطاق الإباحة بالنظر إلى صفة القائم بالتأديب وغايته ووسيلته ضمن ناحية : يثبت حق تأديب الصغير للأب إن وجد وإلا لولي النفس من جد أو أخ أو عم أو غيرهم : كما يثبت للوصي وللأم; ويسمح العرف كذلك بسلطة التأديب على الصغير للمعلم الخاص وملقن الحرفة في أثناء فترة التعليم أو التدريب : لأن التأديب قرين الرقابة : وهذه قد انتقلت إلى المعلم الخاص أو ملقن الحرفة كما تسري ذات الملاحظة على الخادم القاصر الذي يخضع لرقابة مخدومه; ومن ناحية ثانية. يجب أن تكون غاية التأديب هي التهذيب أو التعليم وإلا فقد مشروعيته; ومن ناحية ثالثة يجب أن يكون الضرب خفيفاً غير فاحش : وهو يكون كذلك إذا كان لا يخلف كسورا أو جروحاً أو أثراً على البدن أو اعتلالاً في سير أجهزة الجسم + ويشتره طل الفقهاء لإباحة الضرب ألا يكون بغير اليد كالسوط والعصا, وأن تتقي به المواضع المخوفة من الجسم كالرأس والوجه . وألا يتجاوز عدد الضربات ثلاثاً .

وقد تردد القضاء المصري في البداية في الاعتراف بحق الولي في تأديب الصغير, ولكنه عاد واستقر على الاعتراف له به. فأباح العمد: كما أجاز التأديب بغير الضرب, كتقييد الحرية إذا حتمت ذلك ظروف الحال.

وإذا انتقلت الرقابة على الصغير إلى المعلم انتقلت معها عليها سلطة التأديب في الحدود السابقة : ما لم يقيد المشرع الإباحة بنص خاص, كحظر الالتجاء إلى العقوبات البدنية في المدارس وقد جاء نص المادة (14) من قانون الجزاء الكويتي مبرراً تأديب الآباء لأبنائهم , والأولياء والأوصياء لمن هم في ولايتهم أو



وهذا ما سلكته بعض الشرائع المقارنة، إذ تبيح الإجهاض إذا كان الحمل ثمرة لجريمة الاغتصاب أو الفسق بين المحارم؛ كما هو الشأن في التشريع الإيطالي والبولندي والبرازيلي، وهو ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور/ عبد المهيمن بكر في مؤلفه الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي القسم الخاص الطبعة الثانية 1982.

ومن بين هذه النماذج أيضاً ما يعرف فتهاً بالقتل بالترك، والواضح أن قانون الجزاء الكويتي يعاقب على القتل العمد، وغيره من صور الإيذاء الجسماني العمدي؛ بالترك، في أحوال بينها المادتان 166، 176 من هذه القانون، وهذه الأحوال تشمل معظم صور حدوث القتل العمد بالترك، وكذلك الإيذاء الجسماني العمد، ولكنها لا تضع قاعدة مطلقة في شأن وفوق القتل العمد بالترك؛ أو ارتكاب الجريمة الإيجابية بالترك، وما يهمننا في هذا الخصوص ذلك القتل بالترك المتعلق برب الأسرة الذي يمارس عنفاً أسرياً تجاه الأبناء، وإن كان يتخذ صورة الامتناع أو الترك، ونقصد بذلك الجريمة المنصوص عليها في المادة 167 من قانون الجزاء؛ فقد تناولت المادة 167 حالة يعاقب الممتنع فيها على القتل العمد بالترك أو غيره

لا تجاوز 375 ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين» والملاحظ أن نص المادة أنف البيان انطوى على عذر قانوني طبيعته الباعث على ارتكاب الجريمة؛ والباعث هو المحرك الدافع إلى ارتكاب النشاط الإجرامي؛ والقاعدة أنه لا يعد من عناصر القصد الجنائي، ولذلك يجب العقاب على القتل حتى ولو لم ينكشف الباعث؛ وإن كان للباعث أهمية عند تقدير العقاب في نظر القاضي؛ والحالة التي نصت عليها المادة 159 من قانون الجزاء بشأن الأم التي تقتل وليدها إثر ولادته دفعاً للعار. وقررت للقتل في هذه الحالة عقوبة «الحبس مدة لا تجاوز خمس سنوات؛ وغرامة لا تجاوز 375 ديناراً؛ أو بإحدى هاتين العقوبتين» وهذا العذر شخصي لأن علة التخفيف هي باعث الأم التي تريد أن تدفع العار عن نفسها؛ خشية افتضاح أمرها بين الناس، فراعى القانون بذلك حالتها النفسية، وهو عذر قانوني ملزم للقاضي متى توافرت شروطه؛ ولكنه لا يغير من وصف جناية القتل، إذ العقوبة بعد التخفيف هي عقوبة جنائية.

ونحن نرى أنه كان من الأجدر بالتشريع أن يراعي هذا السبب عند لجوء الأم إلى الإجهاض؛ بدلاً من تخفيف العقاب عند قتل الوليد وهو إنسان؛



لا مجال للتحدث عن القتل بالترك , وإن صح أن توجد جريمة أخرى , هي إغاثة الملهوف , متى توافرت شروطها وفقاً للمادة 144 من قانون الجزاء.

ثالثاً- الجرائم الواقعة على العرض والسمعة:

قد تتخذ كذلك جرائم العنف الأسري بأبعادها الثلاثة المشار إليها . صورة من صور الجرائم الواقعة على العرض والسمعة كجريمتي المواقعة الجنسية وهتك العرض ؛ والتي انتظمهما قانون الجزاء الكويتي في المواد من 186 حتى 192 منه , وسوف نستعرض فيما يلي بعض النماذج القانونية التي وردت بشأنون الجزاء والمتصلة بجرائم العنف الأسري ؛ والتي وضع القانون لها بعض الشواهد التي تحكمها لخصوصيتها واتصالها بالأسرة ؛ ومن بين هذه النماذج ما أوردته المادة 187 من قانون الجزاء من أنه «من واقع أنثى بغير رضاها سواء بالإكراه أو بالتهديد أو بالحيلة , يعاقب بالإعدام أو الحبس المؤبد؛ فإذا كان الجاني من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو رعايتها ؛ أو ممن لهم سلطة عليها ؛ أو كان خادماً عندها أو عند من تقدم ذكرهم ؛ كانت العقوبة بالإعدام».

من صور الإيذاء: على حسب قصده وجسامته النتيجة ؛ فهي تقضي بأن: «كل رب أسرة يتولى رعاية صغير لم يبلغ أربع عشرة سنة كاملة, وامتنع عن القيام بالتزامه من تزويد الصغير بضروريات المعيشة فأفضى ذلك إلى وفاة الطفل أو إصابته بأذى؛ يعاقب بالعشوبات المذكورة في المادة السابقة؛ حسب ما إذا كان الامتناع عمدياً وغير عمدي, وحسب قصد الجاني وجسامته الإصابات, حتى لو كان الصغير غير عاجز عن تزويد نفسه بضروريات المعيشة»، وهذه الحالة لا تعد مجرد تطبيق للمادة 117 فهي وإن أشبهتها في أن الالتزام بشأن ضرورات المعيشية ؛ إلا أنها لا تتطلب عجز المجني عليه عن تزويد نفسه بها , وإنما تكفي بأن يكون الصغير لم يبلغ الرابعة عشرة ؛ وأن يكون الممتنع هو رب الأسرة المتولي رعايته.

وغني عن البيان أن الجاني لا يسأل عن جريمة القتل أو الإيذاء العمدي بالترك وفقاً للمادتين 166 , 167 من قانون الجزاء إلا إذا توافرت علاقة السببية بين امتناعه عن القيام بالتزامه وبين النتيجة التي حدثت للمجني عليه , وعند عدم وجود التزام قانوني بالتدخل على عاتق الممتنع

المشدد أن تتحقق في الجاني صفة واحدة من الصفات المشار إليها ويقصد بها :

1- أصول المجني عليها - ويقصد بهم البنية الشرعية وهو ما ينطبق على الأب والجد وإن علا.

2- المتولون تربية المجني عليها أو رعايتها - ويقصد بهم كل من وكل إليه أمر الإشراف على المجني عليها وتهذيبها كالوصي - القيم - المدرس الخصوصي - زوج الأم - العم - الخال - الأخ الأكبر إذا عهد إليه بتربيتها وملاحظتها.

3- من لهم سلطة على المجني عليها - ويقصد بهم من كان لهم سلطة ونفوذ حقيقي على المجني عليها مثال سلطة المخدم على خادمتة وسلطة رب العمل على عاملاته وسلطة الرئيس على مرؤوسيه ولو كانت السلطة مؤقتة - ما دامت الجريمة ارتكبت في ظلها.

4- الخادم عند المجني عليها أو عند من تقدم ذكرهم في البنود الثلاثة السابقة.

هذا وقد نصت المادة لآخر من قانون الجزاء على جريمة واقعة أنثى مجنونة أو معتوهة أو دون الخامسة عشرة من العمر بغير إكراه أو تهديد ؛ فقد جرى نصها على أنه «من واقع أنثى بغير إكراه أو تهديد أو حيلة وهو يعلم أنها مجنونة أو معتوهة أو دون الخامسة عشرة أو معدومة الإرادة لأي سبب آخر أو أنها لا تعرف طبيعة الفعل الذي تتعرض له أو أنها تعتقد شرعيته، يعاقب بالحبس المؤبد.

والبين من النص أنه لكون المجني عليها في هذه الجريمة إما فاقدة الإدراك والإرادة معاً وإما أحدهما لم يعتد المشرع برضاها

وقد قضي بأن «البله عاهة في العقل يوقف نمو الملكات الذهنية دون بلوغ مرحلة النضج الطبيعي ولا يتطلب في عاهة العقل أن يفقد المصاب الإدراك والإرادة معاً وإنما تتوافر بفقد أحدهما».

نقض مصري الطعن رقم 438 س 36 ق 17 ص 674 جلسة 23/5/1966

ومؤدي ذلك أن جريمة واقعة الأنتى بغير رضاها تقوم على أركان ثلاثة، هي فعل الواقعة وعدم رضا المجني عليها والقصد الجنائي، وانعدام رضا المجني عليها ركناً أساسياً من أركان الجريمة على نحو ما أفصحت المادة 186 متقدمه البيان ، ويكون الرضا منعدماً كلما وقع بغير رضا صحيح من الأنتى - وبذلك يتسع معنى انعدام الرضا ليشمل بالإضافة إلى الإكراه المادي والمعنوي جميع صور الرضا الصادرة عن صغيرة غير مميزة أو الصادرة تحت تأثير الغلط أو التدليس وكل حالة لا تستطيع الأنتى أن تعبر فيها عن إرادتها تعبيراً صحيحاً بسبب النوم أو الإغماء أو المباغثة أو صغر السن ؛ وانعدام الرضا يستلزم عدم مشروعية الفعل - فإذا كان فعل الواقعة مشروعاً كمن يواقع زوجته دون رضاها فلا تقوم الجريمة - ويتوازر ركن القوة في جنابة الواقعة بالإكراه كلما كان الفعل المكون لها قد وقع بغير رضا المجني عليها وضد إرادتها سواء باستعمال المتهم في سبيل تنفيذ مقصده وسائل القوة أو التهديد أو غير ذلك مما يؤثر في المجني عليها فيعدمها الإرادة ويبيدها عن المقاومة.

تميز الطعن رقم 91 لسنة 1995 جزائي جلسة 23/1/1995 س 23 24 ص 314

ويتوافر الإكراه المعنوي بكل ما من شأنه بث الرعب في نفس المجني عليها وتخويفها ولا يتوافر الرضا الصحيح إذا توصل الجاني إلى ارتكاب الفعل بتهديد المجني عليها بالحاق الأذى بها أو بالغير ممن تحرص على سلامتهم أو بإفشاء سر أو فضيحة متى كان من

وقد أوردت المادة 181 من قانون الجزاء في فقرتها الثانية ظرفاً مشدداً للجريمة - وهو ما يهمننا في مجال جرائم العنف الأسري

- وذلك بتشديد العقوبة إذا كان الجاني من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو رعايتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادماً عندها أو عند ممن تقدم ذكرهم .

ومن سياق النص يتضح أنه يكفي لتوافر الظرف

على أنه لم يكن في مقدوره بحال أن يقف على الحقيقة ذلك أن كل من يقوم على مشاركة فعل من الأفعال الشائنة في ذاتها أو التي تؤثمها قواعد الآداب وحسن الخلق يجب عليه أن يتحرى بكل الوسائل الممكنة حقيقة جميع الظروف المحيطة قبل أن يُقدم على فعلته فإذا هو أخطأ التقدير حق عليه العقاب عن الجريمة التي تتكون منها .

نقض مصري - مجموعة أحكام النقض س 35 رقم 114: ص 513 جلسة 21/5/1984

وخلاصة القول: إن المشرع اعتبر كلا من الولي أو الوصي أو القيم أو الحاضن للأنثى أو الموكول إليه تربيته أو رعايتها أو مراقبة أمورها في حكم ومنزلة المحرم منه وأنزل عليه ذات العقوبة إذا ارتكب ذات الفعل وهو الواقعة بغير إكراه أو تهديد أو حيلة - وهو يعد على هذا النحو قد جمل من المذكورين ولصلتهم الأسرية نفس الحكم - وهي ظاهرة من ظواهر العنف الأسري التي قد تُرتكب داخل الأسرة.

هذا وقد تناولت المواد 191, 192, 193 من قانون الجزاء صور جرائم هتك العرض؛ فنصت المادة اءا على أنه كل من هتك عرض إنسان بالإكراه أو بالتهديد أو بالحيلة يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز خمس عشرة سنة ، فإذا كان الجاني من أصول المجني عليه أو من المتولين تربيته أو رعايته . أو ممن لهم سلطة عليه أو كان خادماً عنده أو عند ممن تقدم ذكرهم كانت العقوبة الحبس المؤبد

والبين من النص أن الركن المادي للجريمة هو فعل هتك العرض وهو الإخلال الجسيم بالحياء الذي يقع مباشرة على جسم المجني عليها وقد جرى قضاء التمييز على أنه «يتحقق الركن المادي للجريمة بأي فل مخل بالحياء للمجني عليها يستطيل إلى جسمها ولو لم يمسه موضعاً يعد عورة فيه طالما بلغت هذه الأفعال قدراً من الفحش من شأنه أن يخدش عاطفة الحياء عند المجني عليها.

الطعن رقم 612/2001 جزائي جلسة 29/10/2002

هذا وقد أوردت المادة 187 أنفة البيان في عجزها الظرف المشدد للجريمة بقولها فإذا كان الجاني من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيته أو رعايتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادماً عندها أو عند ممن تقدم ذكرهم كانت العقوبة الإعدام - وهو ما سبق أن تناولناه بالبيان آنفاً .

ثم جاءت المادة 188 من قانون الجزاء لتتناول جريمة واقعة أنثى تبلغ الخامسة عشرة ولا تبلغ الواحدة والعشرين بغير إكراه أو تهديد أو حيلة؛ والقانون في هذه الجريمة يفترض أنه أي الجاني وقت الجريمة على من هي دون السن المحددة في القانون يعلم سنها الحقيقية ما لم يكن هناك ظروف استثنائية وأسباب قهرية ينتفي معها هذا الاختراض؛ ونظراً لعدم بلوغ المجني عليها في هذه الجريمة سن الرشد فقد اعتبر المشرع أن رضاها معيب فجعل منها مجنياً عليها في هذه الجريمة.

وقد نصت المادة 188 من انون الجزاء بفقرتها الثانية كذلك على الظرف المشدد للجريمة وهو ذات الظرف المشدد في الجريمتين السابقتين : وبيين من ذلك ما يُوليه المشرع للعلاقات الأسرية من أهمية ؛ وللجرائم التي تُرتكب وتمثل عنفاً أسرياً داخل الأسرة من أهمية ؛ وجعل من روابط الأسرة ظرفاً مشدداً للجريمة.

وقد سارت في نفس الاتجاه المادة 189 من قانون الجزاء في جريمة واقعة أنثى محرم من الجاني برضاها فقد جرى نص المادة في فقرتها الثالثة على « ويحكم بالعقوبات السابقة على من كان ولياً أو وصياً أو قيماً أو حاضناً لأنثى أو كان موكلاً بتربيته أو برعايتها أو بمراقبة أمورها ؛ وواقعها بغير إكراه أو تهديد أو حيلة».

والواضح من النص أنف البيان كذلك أنه يتعين أن تكون الأنثى التي تمت واقعتها محرم من الجاني بمعنى أن تكون من محارمه اللواتي لا يجوز له الزواج بهن كالأخت والبنات والعمة والخالة . ويرجع في تحديد هذه المسألة لشواهد الأحوال الشخصية ؛ ويفترض هنا علم الجاني أن من واقمها في نطاق هذه الجريمة محرم منه ، فلا أثر لجهة بهذه المسألة إلا إذا أقام الدليل

إلا إذا كان المجني عليه صبياً كان أو صبياً لم يبلغ الحادية والعشرين من عمره ؛ والعبرة في تحديده بالتقويم الهجري بحسبانه التقويم الأصلح للمتهم على اعتبار أن المشرع لم ينص على أن يتم حسابه بالتقويم الميلادي ، ويلزم لقيامها رضا المجني عليها بفعل هتك العرض.

وخلاصة القول مما استعرضناه من بعض النماذج القانونية للجرائم الواقعة على العرض والسمعة ؛ يتضح أن المشرع في كل منها قد وضع ظرفاً مشدداً للجريمة ، إذا كان الجاني من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو رعايتها ؛ أو ممن لهم سلطة عليها... إلى آخر ذلك ، تقديراً من المشرع لأهمية الجرائم التي تقع بالأسرة وتمثل نموذجاً للعنف الأسري بإبعاده المشار إليها في مستهل هذا البحث ، وهو ما يطلق عليه عند علماء الاجتماع بالعنف الأسري الجنسي ؛ وهو في تقديرنا من أخطر أنواع العنف الأسري ، وأشدها تأثيراً على كيان الأسرة الذي يتهدد بالانهيار ، لا سيما وقد ينتج عن تلك الجرائم أطفالاً بمنزلة القنابل الموقوتة بالمجتمع ؛ وتثور العديد من المشكلات المعقدة في نسبهم وصحتهم النفسية وأوضاعهم العائلية والاجتماعية بعد ذلك ؛ وهو ما يؤثر حتماً على المجتمع بأسره

. وهو الأمر الذي يدعونا إلى ضرورة الأخذ بسبل الوقاية من العنف الأسري ؛ والتي سنستعرضها في الفصل الثالث من هذا البحث ؛ والأخذ بالتوصيات التي اختتمنا بها وغيرها من التوصيات المتعلقة بالنواحي السيكلوجية والنفسية والشرعية ، حتى نستطيع المحافظة على الأسرة التي هي اللبنة الأولى في المجتمع.

الفصل الثالث: سبل الوقاية من العنف الأسري والتوصيات

أولا - سبل الوقاية

من خلال استعراضنا في الفصلين السابقين لتعريف العنف الأسري وأنواعه ومسبباته والنماذج القانونية لبعض جرائم العنف

كما قضت محكمة التمييز أنه لا يشترط لتوافره أن يترك أثر بالمجني عليها إذ أنه من المقرر قضاءً أن جريمة هتك العرض - يتحقق الركن المادي فيها بأي فعل مخل بالحياء والعرض للمجني عليها ويستطيل إلى جسمها ويخدش عاطفة الحياء عندها بغير رضاها - ولا يشترط لتوافره أن يترك أثراً بالمجني عليها».

الطعن 592/2002 جزائي؛ جلسة 13/1/2004

وهذه الجريمة من الجرائم العمدية التي تستلزم لتوافرها قصداً جنائياً عاماً يتمثل في إرادة المتهم ارتكاب الفعل مع علمه بعناصره القانونية ، ولا تستلزم قصداً جنائياً خاصاً ، ولا عبرة فيها بالبواعث على ارتكابها .

وقد قضى تطبيقاً لذلك أنه «لا يتطلب القانون في هذه الجريمة قصداً جنائياً خاصاً بل يكفي فيها القصد الجنائي العام الذي يتحشق بانصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة وهو عالم بأنه يخل بالحياء العرضي لمن وقع عليه.

الطعن رقم 483/2004 جزائي؛ جلسة 29/3/2005

وقد أوردت المادة 191 من قانون الجزاء على نحو ما سلف بيانه ظرفاً مشدداً للجريمة؛ يتمثل في أنه إذا كان الجاني من أصول المجني عليه أو من المتولين تربيته أو رعايته أو ممن لهم سلطة عليه أو كان خادماً عنده أو عند من تقدم ذكرهم فالعقوبة تكون السجن المؤبد؛ وهو ما يؤكد حرص المشرع على أن يُولي العلاقات الأسرية أهمية خاصة ؛ ذلك أن من يقترف ذلك الإثم على الرغم مما تربطه بالمعتدي عليها من علاقات وروابط أسرية ؛ يجب تشديد العقاب عليه ؛ لكونه من المفترض أن يكون أحرص الناس على سمعة المجني عليها وشرفها وعرضها وهو ما يمثل نموذجاً للعنف الجنسي الأسري الذي قد يقع داخل الأسرة.

ونفس الحال ينطبق على الجريمة المنصوص عليها في المادة 192 من قانون الجزاء وهي جريمة هتك العرض بالرضا وإن كانت هذه الجريمة تختلف عن سابقتها في أنها لا تقوم

- الأسرة.
- غرس القيم والمبادئ والأخلاق في نفوس الأبناء منذ الصغر.
- متابعة الأبناء وتوجيه سلوكهم.
- حسن العشرة بين الأبوين , والحد من ظاهرة الطلاق.

- تنمية العواطف الكافية من حب الوطن والمجتمع والانتماء إليها .

ثالث - الإعلام:

- لما كان الإعلام يلعب دوراً مهماً في توجيه السلوكيات وتقويمها , فيجب اتباع عدة خطوات لتفعيل هذا الدور وجعله في خدمة الأسرة ومنها:

- تخصيص قنوات إعلامية تساعد الأسرة في تخطي العنف الأسري.

- نشر الثقافة الأسرية حول احترام الجنس الآخر , مع تعريف الرجل بحقوق المرأة.

- تدريب الأسرة على كيفية مواجهة المشكلات : مع توعية الأمهات بضرورة مراعاة المراحل العمرية للطفل من خلال البرامج الموجهة.

- الكشف عن الأسباب التي تؤدي للعنف مع الوقاية منه.

- تسليط الضوء على العنف الأسري من خلال الاستشهاد بالأدلة عليه , وتوعية الأسرة بنتائج النفسية والاجتماعية وآثارها السلبية على المجتمع والفرد .

رابعاً - المدرسة:

- لمدرسة دور بارز في التوعية المجتمعية وتوجيه السلوك لدى الأفراد من خلال ما تعده من برامج وتبناه من مشاريع; وحتى تقوم المدرسة بالدور المأمول منها في الوقاية من العنف الأسري . لا بد وأن تقوم بما يلي:

- الاهتمام بتوعية الآباء والأمهات من خلال طرح القضايا المجتمعية وإيجاد الحلول الناجعة.

الأسري يتبين لنا أنه للوقاية من العنف الأسري لا بد من اتخاذ بعض الوسائل والسبل التي تقي من العنف الأسري وما ينتج عنه من

جرائم وأهمها ما يلي:

أولاً - الالتزام الديني:

من أهم سبل الوقاية ضرورة الالتزام بالقيم الدينية والأخذ بتعاليم الأديان السماوية السليمة وتطبيقها في الحياة الأسرية وسواء كان ذلك على صعيد إختيار الزوجين أم تسمية الأبناء أم تربيتهم والتعامل معهم أم احترام الأبوين , وجعل الإسلام هو دين للحياة وليس للعبادات فقط ; مع ضرورة توضيح مقاصد الشرع من الآيات الكريمة والأحاديث النبوية التي ورد فيها حق تأديب الزوجة والصغار حتى لا تستغل باسم الدين.

ثانياً - الأسرة:

هي المؤسسة الاجتماعية التي تنشأ من اقتران رجل وامرأة بعقد يرمي إلى إنشاء اللبنة التي تساهم في بناء المجتمع , وأهم أركانها الزوج والزوجة ; والأولاد , ولكون الأسرة هي النواة الأولى في التنشئة وإكساب أفرادها السلوك القويم; فقد وقع على كاهلها العبء الكبير , حيث أنها مطالبة بعدة مسؤوليات , وفي عدة مجالات لحماية أفراد الأسرة من العنف. ومن تلك المسؤوليات:

- اتباع الأساليب الواعية في الحوار بين أفراد الأسرة.

المساواة في التعامل مع الأبناء.

- إشباع احتياجات الأبناء النفسية والاجتماعية والسلوكية وكذلك المادية.

المشاركة الحسية والمعنوية مع الأبناء , ومصادقتهم لبث الثقة في نفوسهم.

- التقليل من مشاهدة مناظر العنف على أجهزة التلفزة.

عدم الاعتماد على المربيات في إدارة شئون

• تكثيف الوعظ والإرشاد الديني لحماية المجتمع من مشاكل العنف الأسري؛ إذ إن تعاليم الدين الإسلامي توضح أهمية التراحم والترابط الأسري.

• تقديم الاستشارات النفسية والاجتماعية والأسرية للأفراد الذين ينتمون إلى الأسرة التي ينتشر فيها العنف؛ من مؤسسات متخصصة. وإيجاد صلة بين الضحايا والجهات الاستشارية المتاحة، وذلك عن طريق إيجاد خطوط ساخنة لهذه الجهات يمكنها تقديم الاستشارات والمساعدة في الوقت المناسب.

• تدريب الأطفال من خلال المدارس على ممارسة ردود أفعال غير عنيفة لتفريغ الشحنات السلبية التي تولدت لديهم، نتيجة ما مورس عليهم من عنف؛ وتعليمهم سلوكيات إيجابية ليتمكنوا من التحكم بموجات الغضب والمشاعر السلبية كي تساعد على تكوين علاقات مستقبلية آمنة وسليمة.

• تشكيل محاكم متخصصة للأسرة للنظر في قضايا العنف الأسري في جلسات استماع خاصة تضم قضاء ومرشدين اجتماعيين وأطباء شرعيين ونفسيين.

• إقامة وحدات شرطة متخصصة ضمن قوات الأمن؛ يكون أفرادها مدربين على التعامل مع جرائم العنف الأسري.

• إطلاق ما يسمى بالشبكة العربية لمكافحة العنف الأسري بعضوية جميع الدول العربية؛ وهي الشبكة التي نادى بها الاجتماع العربي الثاني لمكافحة العنف الأسري المنعقد بالمملكة الأردنية الهاشمية؛ والتي ستصبح بمنزلة مرجعية لتعميق ثقافة الحماية من العنف ومخاطرة وكيفية التعامل مع مسبباته الأساسية وتعزيز القدرات المؤسسية للجهات العاملة في مجال حماية الأسرة.

• وأخيراً تطوير التشريعات والقوانين لتنسجم مع مبادئ الوقاية والحماية من العنف الأسري.

• محاربة السلوكيات الدخيلة على المجتمع.

• إبراز أهمية العمل التطوعي.

• المساهمة بالأفكار والآراء للحد من البطالة.

خامساً - المؤسسات الحكومية:

• للمؤسسات الحكومية غير سالفة البيان دور حسب اختصاص كل منها في الوقاية من العنف الأسري؛ فيمكن أن تقوم بما يلي:

• سن القوانين لحماية الأسرة وأفرادها من العنف الأسري؛ ومتابعة تنفيذها.

• تقديم الخدمات القانونية.

• الحد من البطالة ومالها من آثار سلبية.

• تسخير وسائل الاتصال لتوعية الأسر وتبصيرها بالعنف الأسري.

• إلزام المقبلين على الزواج بضرورة خضوعهم لدورات تدريبية حول تربية الأبناء، والعلاقات الزوجية والأسرية.

• تأهيل المتزوجين وإكسابهم مهارات اتخاذ القرار وحل المشكلات.

• إقامة الدورات التدريبية للأبوين حول السيطرة على الانفعالات الجسدية والنفسية واللفظية.

• إيجاد مراكز للمتضررين من العنف الأسري للاهتمام بتضايهم وحمايتهم وإعادة تأهيلهم.

• التواصل مع المراكز الأسرية المختلفة لتبادل الخبرات والطاقت.

ثانياً - التوصيات

بعد استعراض ظاهرة العنف الأسري وبيان أسبابه ونتائجه؛ ومدى خطورته على المجتمع يمكننا أن نقترح بعض التوصيات لتلافي هذه الظاهرة في مجتمعاتنا؛ حتى نبني مجتمعاً صالحاً خالياً من مظاهر العنف؛ وهو ما يؤدي حتماً إلى قدرة أفرادنا على التنمية والتطور المنشودين، وفيما يلي بعض التوصيات:



**مصاعد محكمة الفروانية في الرقعي
المحامون يدفعون ثمن التصميم العاجز عن أداء مهنتهم..
بين صراخ المندوب جلس ياريس ..
يتوه المحامين بانتظار عودة المصعد..**

