مكتب المحامي
بدر نايف المطيرات
للمحاماة والاستشارات القانونية

أركان
للاستشارات القانونية
Arkan Legal Consultants

المحكمة الدستورية

أودعت صحيفة الطعن المباشر بتاريخ ١١/ ١/ ٢٠١٧
برقم ١ / ٢٠١٦، «طعن مباشر»
كاتب الجدول مدير إدارة كتاب المحكمة الدستورية

صحيفة طعن
بعدم دستورية المرسوم بالقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون الشركات

[[الموضوع]]

طعن مباشر بعدم دستورية المرسوم بالقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون الشركات

أنه في يوم الموافق / / ٢٠١٦ الساعة :

بناء على طلب كل من /

١-

٢-

٣-

وكيل الطاعنين
أ. بدر نايف المطيرات
المحامي

ومحلهم المختار مكتب المحامي / بدر نايف المطيرات الكائن في: الكويت – القبلة – شارع فهد السالم – عمارة الكويت – الدور ٢٤.

أنا مندوب الإعلان بوزارة العدل قد انتقلت في تاريخه أعلاه وأعلنت:

١- رئيس مجلس الوزراء بصفته .

ويعلن: إدارة الفتوى والتشريع - الشرق – شارع أحمد الجابر

مخاطباً مع/

مكتب المحامي
بدر نايف الطيرات
للمحاماة والاستشارات القانونية

٢- رئيس مجلس الأمة بصفته

ويعلن: إدارة الفتوى والتشريع - الشرق – شارع أحمد الجابر

مخاطباً مع/

٣- وزير التجارة و الصناعة بصفته

ويعلن: إدارة الفتوى والتشريع - الشرق – شارع أحمد الجابر

مخاطباً مع/

وأعلنتهم بالآتي

بموجب هذه الصحيفة يطعن الطاعون بعدم دستورية المرسوم بالقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون الشركات الصادر بتاريخ ٢٠١٢/١١/٢٦ والمعمول به من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية .

الموضـــــوع

بتاريخ ٦ أكتوبر ٢٠١٢ صدر المرسوم الأميري رقم ٢٤١ لسنة ٢٠١٢ بحل مجلس الأمة، وخلال فترة الحل صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون الشركات المطعون عليه بعدم الدستورية .

و جاء في مذكرته الإيضاحية أن الحاجة ماسة ومستمرة لمراجعة قانون الشركات من أجل التغيير والتعديل الذي تفرضه متغيرات العصر سياسياً واقتصادياً واجتماعياً، وبحسبان أن غالبية القواعد المتعلقة بالشركات مستقاة من الأعراف التجارية وإذ كان هذا القانون قد أثبت عدم قدرته على ملاحقة ومواكبة تطورات العصر وما حدث به من قفزات متسارعة في مجال الشركات التجارية .

مكتب المحامي
أرنايف المطيرات
للمحاماة والاستشارات القانونية

و حيث أن المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون الشركات المطعون عليه بعدم الدستورية ، قد صدر كمرسوم ضرورة مفتقداً الشروط والضوابط التي حددها الدستور لإصدار مثل تلك المراسيم ، متعارضاً مع الضوابط التي قررتها المحكمة الدستورية .

ولما كان ذلك وكان الطاعنون تتوافر فيهم المصلحة و الصفة ، فقد تقدم الطاعنون بطعنهم الماثل بعدم دستورية قانون الشركات الصادر بموجب المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ .

الدفـــاع

اولا :
أحقية الطاعنين في رفع دعوى الدستورية مباشرة

من المقرر قانوناً وفقاً لما نصت عليه المادة الرابعة مكرراً من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية وتعديلاته على أنه " **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، على أن تكون صحيفة الطعن موقعة من ثلاثة محامين مقبولين أمام المحكمة الدستورية .**

ويجب على الطاعن أن يودع عند تقديم صحيفة الطعن على سبيل الكفالة خمسة آلاف دينار، ولا تقبل إدارة الكتاب صحيفة الطعن إذا لم تصحب بما يثبت إيداع

الكفالة، ويكفي إيداع كفالة واحدة في حالة تعدد الطاعنين إذا أقاموا طعنهم بصحيفة واحدة ولو اختلفت أسباب الطعن، ويعرض الطعن على المحكمة منعقدة في غرفة المشورة، فإذا رأت أنه يخرج عن اختصاصها أو انه غير مقبول شكلا، أو أنه غير جدي، قررت عدم قبوله بقرار غير قابل للطعن بأسباب موجزة تثبت في محضر الجلسة، وإذا رأت المحكمة غير ذلك حددت جلسة لنظر الطعن" .

واستناداً لما تقدم يحق للطاعنين رفع الطعن الماثل بطلب الفصل في مدى دستورية المرسوم بالقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ .

ثانيا :

توافر الصفة والمصلحة في الطاعين

لما كان الطاعنين متدخلين انضماميا في الدعوى رقم ٢٠١٥/٢٣١٤ إداري/٧ مطالبين بتطبيق قرارات الجمعية العمومية للشركة العقارية للاستثمار المنعقدة بتاريخ ٢٠١٥/٣/١٨ م بإصدار شهادة بأسمائهم كونهم أعضاء مجلس الإدارة وهم الذين تم انتخابهم لعضوية مجلس الادارة ، و كذلك بإلغاء القرارين الإداريين رقم ١٨٦ لسنة ٢٠١٥ المؤرخ ٢٠١٥/٤/٢٢ م ، و رقم ١٨٧ لسنة ٢٠١٥ المؤرخ ٢٠١٥/٤/٢٣ م فيما تضمناه من إلغاء ترخيص الشركة العقارية للاستثمار و اتخاذ الإجراءات القانونية بشأن حل الشركة العقارية للاستثمار .

كما أقام الطاعنون دعوى اخرى ببطلان الجمعية العامة للشركة العقارية للإستثمار ، وقيدت برقم ٢٠١٥/٨٠١٨ تجاري كلي /٢١ ، مطالبين ببطلان انعقاد الجمعية العمومية

مكتب المحامي
بدر نايف المطيري
للمحاماة والاستشارات القانونية

غير العادية للشركة العقارية للاستثمار بتاريخ ٢٠١٥/٨/٦ ، وبطلان كافة قراراتها ، تأسيسا على انه بتاريخ ٢٠١٥/٧/١٥ دعت وزارة التجارة والصناعة لعقد الجمعية العمومية غير العادية للشركة العقارية للاستثمار للنظر في آلية تنفيذ قرار حلها وتعيين مصف لها .

ولما كان ذلك وكان الطاعنون تتوافر فيهم الصفة و المصلحة الحقيقية في الطعن على دستورية المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون الشركات ، باعتبار أن أحكام هذا المرسوم بالقانون المطعون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢عليه الحق بهم الضرر كونهم اعضاء مجلس ادارة مساهمين في شركة خاضعه لأحكام هذا المرسوم المطعون عليه .

وقد استقرت احكام المحكمة الدستورية على ان المصلحة الشخصية المباشرة أو غير المباشرة تعد شرطاً لقبول الدعوى الدستورية وتتحقق تلك المصلحة بأن يكون النص بتطبيقه على الطاعن يخل بأحد الحقوق التي كفلها الدستور على نحو يلحق به الضرر ، فقد قضت المحكمة في الطعن بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢ بأنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد بتوافر المصلحة في الطعن لكونه عضو بالإدارة القانونية ببلدية الكويت من المخاطبين لأحكامه رغم أنه لم يكن طرفاً في نزاع معروض على القضاء ولم تتخذ ثمة إجراءات حياله طبقاً لأحكام هذا القانون .

(طعن الدستورية رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٥ – جلسة ٢٠١٥/١٢/٢٠)

وحيث أن الطاعنين وفقاً لما تقدم يتحقق بموجبهم المصلحة المباشرة في الطعن على المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ سالف الذكر بعدم الدستورية ، ومن ثم ، يتعين قبول الطعن شكلاً .

ثالثا :

انتفاء حالة الضرورة لإصدار المرسوم بالقانون محل الطعن

صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ بتاريخ ٢٠١٢/١١/٢٦ - وذلك خلال فترة حل مجلس الأمة ووفقاً لما جاء بالمذكرة الايضاحية لهذا المرسوم بقانون سالف البيان بأنه – **"يهدف على تحسين بيئة عمل الشركات وتشجيع الاستثمار في دولة الكويت نظراً لأهمية دوره في مشروعات التنمية الاقتصادية الواردة بخطة الدولة ، الأمر الذي يستوجب سرعة التدخل واتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، ونظراً للضرورات القانونية والعملية الملحة السالفة بيانها فقد أعد هذا المشروع بقانون أعمالاً لحكم المادة ٧١ من الدستور ".**

ولما كان ذلك، وكانت مبررات إصدار هذا المرسوم بقانون تفتقد الشروط والضوابط التي حددها الدستور ، ومعارضة لما استقرت عليه المحكمة الدستورية في أحكامها الصادرة ببسط رقابتها على مراسيم الضرورة ، فإن اصداره يكون مخالفاً لمبدأ الفصل بين السلطات .

فقد حدد الدستور الكويتي لكل من السلطات العامة الثلاث اختصاصات معينة لا يجوز تجاوزها أو التنازل عنها ، فالاختصاص التشريعي هو

وظيفة ممثل الشعب ، تأسيساً لمبدأ الفصل بين السلطات وفقاً لمفهوم النظام الديمقراطي .

وقد تبنى المشرع الدستوري نظرية الضرورة ، وهو ما نص عليه في المادة ٧١ من الدستور " **إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو في فترة حله، ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، جاز للأمير أن يصدر في شأنها مراسيم تكون لها قوة القانون، على أن لا تكون مخالفة للدستور أو للتقديرات المالية الواردة في قانون الميزانية ويجب عرض هذه المراسيم على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها، إذا كان المجلس قائما، وفي أول اجتماع له في حالة الحل أو انتهاء الفصل التشريعي، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأي المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب من آثارها بوجه آخر** "

والبين من هذ النص أن المشرع الدستوري قد استلزم حلول السلطة التنفيذية محل مجلس الأمة في التشريع عندما تغيب السلطة التشريعية ، حرصا على ألا تترك البلاد في حالة فراغ تشريعي ، بالظروف العاجلة التي تفرض سرعة التدخل لعلاج الأمر الذي لا يحتمل انتظار عودة مجلس الأمة من غيبته وإصداره التشريعات الكفيلة لمواجهة الموقف ، ولقد أحاط المشرع الدستوري هذا الاستثناء بالعديد من الضمانات والقيود

من أجل كفالة استعمال هذا الحق ، ومن اهم شروط هذا الاستثناء أن تكون هناك ضرورة ملحة تقتضي اتخاذ التدابير المستعجلة .

اما إذا كانت الأحوال عادية أو كانت الأمور التي يراد تنظيمها لا ترتبط بحالة عاجلة، بحيث يمكن تأجيلها إلى حين اجتماع مجلس الأمة ، فلا يمكن للسلطة التنفيذية أن تحل محل مجلس الأمة صاحب الاختصاص في التشريع ، والحكمة من ذلك أن مجلس الأمة هو صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع يباشره كلما كان منعقداً ، ولا مبرر لأن تباشر السلطة التنفيذية اختصاص التشريعي ، ولا يقبل التوسع في هذا الاستثناء كون التشريع من صميم اعمال المجلس التشريعي .

وقد استقرت المحكمة الدستورية على " أنه وإن كان سن القوانين هو مما تختص به السلطة التشريعية وتباشره في إطار وظيفتها الأصلية ويتولاها مجلس الأمة طبقاً لأحكام الدستور ، إلا أنه نظراً لما قد يعرض للأمة من الظروف والطوارئ والأحداث ما يستوجب إجراء سريعاً وتشريعا عاجلاً تتطلب مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير ، فقد أجاز الدستور للأمير في تلك الحالات أن يصدر في شأنها مراسيم لها قوة القانون ، وأنه لما كان هذا الاستثناء هو حق خارج عن الأصل ، وحكم الاستثناء لا يقبل التوسع فيه ، ولا يصح القياس عليه ، إذ التوسع أو القياس قد يهدم الأصل المستثنى منه ، لذلك فقد حرص الدستور على أن يضع لهذه السلطة الاستثنائية في التشريع من الضوابط والحدود ما يكفل عدم إهدار سلطة الأمة أو جعل السلطة التنفيذية سلطة تشريعية على

غير ما يقتضيه مبدأ فصل السلطات ، أو سلطة طليقة بلا قيد عليها أو عاصم"

(الطعن الدستوري رقم ٢٠٠٨/٢٠ - بتاريخ ٢٠٠٨/٩/١٧)

ولما كان ذلك وكان ما ساقته المذكرة الايضاحية لهذا المرسوم بقانون ، من مبررات لا يتوافر به حالة الضرورة ، مما يمثل اعتداء من السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية ، فلم يرد في المذكرة الإيضاحية أي حالة من الحالات التي توجب اسراع الحكومة في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، فقد وردت عبارات المذكرة الايضاحية على النحو التالي :

" لقد مر على قانون الشركات التجارية الصادر بالقانون رقم ١٩٦٠/١٥ ، ما يربو على ستين عاماً ، وقد شهدت هذه الفترة تعديلات عديدة على بعض أحكام هذا القانون ، مما يقطع بأن أحكامه في حاجة ماسة ومستمرة للمراجعة من أجل التغيير والتعديل الذي تفرضه متغيرات العصر سياسياً واقتصادياً واجتماعياً، وبحسبان أن غالبية القواعد المتعلقة بالشركات مستقاة من الأعراف التجارية وإذا كان هذا القانون قد أثبت عدم قدرته على ملاحقة ومواكبة تطورات العصر وما حدث به من قفزات متسارعة في مجال الشركات التجارية ، فقد تم إعداد مشروع القانون المعروض .... ومن أبرز ما انفردت به باب الأحكام العامة ما ورد بالمواد الثالثة ، حيث سمحت بتأسيس شركات لا تستهدف تحقيق الربح لتقوم بدور اجتماعي إلى جانب الشركات التجارية ...."

وما ورد في المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٠١٢/٢٥ سالف الذكر ، لا يصلح سنداً لإصدار مراسيم بقوانين في غيبة مجلس الأمة ، فالمادة ٧١ من الدستور الكويتي ، حددت شرط إصدار الأمير مراسيم تكون لها قوة القانون فقد نصت هذه المادة على أنه :-

" ... إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس أو في فترة حله ، ما يوجب الإسراع في إتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ..."

ويذهب الفقه الدستوري إلى أن الإسراع في اتخاذ التدابير يجب ان تكون لمواجهة ظروف أو أحداث أو طوارئ لا تحتمل التأخير ، وبالرجوع إلى القواعد العامة في نظرية الضرورة فإن الظروف التي تؤدي إلى استخدام المادة ٧١ من الدستور ان تتوافر فيها ثلاثة شروط وهي :

١- أن يكون هناك خطر جسيم يتطلب سرعة تدخل الإدارة لمواجهته .

٢- ان يكون الخطر حالاً أي على وشك الوقوع على نحو مؤكد أو أنه وقع فعلاً ولم ينته بعد .

٣- أن يتعذر دفع هذا الخطر بالطرق العادية بحيث تضطر السلطة التنفيذية إلى اللجوء للوسائل الاستثنائية باعتبارها الوسيلة الوحيدة القادرة على التغلب على تلك الظروف .

فتلجأ السلطة التنفيذية لهذه المادة التي تتيح لها إصدار قرارات لها قوة القانون تستطيع بمقتضاها أن تقرر إجراءات مخالفة أو معدلة للقواعد العامة .

وإذ جعل الدستور للسلطة التنفيذية اختصاصاً بإصدار مراسيم لها قوة القانون في غيبة مجلس الأمة ، وفقاً لنص المادة (٧١) ، إلا أنه رسم لهذا الاستثناء حدوداً ضيقة تفرضها طبيعتها الاستثنائية ، منها ما يتعلق بشروط ممارسة السلطة التنفيذية هذا الاستثناء ، ومنها ما يتصل بما قد يصدر من قرارات استناداً إليه ، فأوجب هذا الاستثناء أن يكون مجلس الأمة غائباً ، ليس هذا فحسب؟ بل يجب ان تنتهياً في هذه الغيبة الظروف التي تسوغ لرئيس الدولة سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير إلى حين انعقاد المجلس ، باعتبار أن تلك الظروف هي مناط هذه الرخصة وعلة تقريرها .

ويتضح مما تقدم بان ممارسة هذا الاختصاص التشريعي الاستثنائي يتطلب الشرطين سالفي البيان ، لتمارس السلطة التنفيذية الاختصاص التشريعي وفقا لما نصت عليه المادة ٧١ من الدستور ، ومن ثم ، فان التحقق من قيام هذين الشرطين يخضع لرقابة المحكمة الدستورية ، باعتبارهما من الضوابط المقررة في الدستور لممارسة ما نص عليه من سلطات .

وإذ كان الثابت من المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ في شأن الشركات ، أن حاصلها هو " مجرد الرغبة " في تعديل أحكام القانون السابق رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ – بعد أن مر على إصداره ستين عاماً – وأن هذا المدة – في نظر السلطة التنفيذية – تثبت عدم قدرته على ملاحقة ومراقبة تطورات العصر ، وكانت هذه العبارات – وإن جاز

أن تندرج في مجال البواعث والأهداف ، فإنها تفيد أنه لم يطرأ – خلال غيبة مجلس الأمة – ظروف استثنائية ، تسوغ لرئيس الدولة ، أن يواجه هذه الظروف بتدابير لا تحتمل التأخير إلى حين عودة مجلس الأمة ، وتستدعي التدخل السريع لمواجهة خطر جسيم حال وقع فعلاً أو على وشك الوقوع ، ويتعذر دفعه بالقوانين والطرق العادية .

أما ما ورد من البواعث والأهداف في المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ ، فإنها لا تعد من الظروف الاستثنائية التي تحل بها السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في التشريع .

وعلى هدى ما تقدم ، فقد سبق عرض حالة مماثلة للطعن الماثل على المحكمة الدستورية – تتعلق بصدور المرسوم بقانون رقم٢٤ لسنة ٢٠١٢ بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد الصادر بتاريخ ٢٠١٢/١١/١٩ ، دون أن تتوافر مبررات اللجوء إلى أحكام المادة (٧١) من الدستور ، وقد صدر هذا المرسوم بالقانون قبل صدور المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ بتاريخ ٢٠١٢/١١/٢٦ بسبعة أيام ، وفي ذات الفترة التي صدر فيها المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون الشركات ، وقد خلت المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢ من الظروف الاستثنائية التي تبرر إصداره بمرسوم بقانون وفق نص المادة (٧١) من الدستور.

فقضت المحكمة الدستورية بجلسة ٢٠١٥/١٢/٢٠ بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢ ، لعدم توافر " شروط الضرورة "

والظروف الاستثنائية التي تبرر اللجوء إلى نص المادة ٧١ من الدستور ، وأوردت المحكمة في حكمها الأسباب الحاسمة الآتية :-

" وحيث أن الدستور رسم للتشريع الاستثنائي – وعلى ما جرى به قضاء هذا المحكمة – حدوداً ضيقة تفرضها طبيعته ، وانه وإن أجاز للسلطة التنفيذية – استثناء من الأصل – إصدار مراسيم تكون لها قوة القانون وفق المادة (٧١) إلا أن مناط استعمال هذه الرخصة الاستثنائية إما أن تقضيها ضرورة ملحة أو كان توقيا لخطر تقدر ضرورة درئه ، باعتبار أن هذه الرخصة إنما شرعت لهذه الأغراض ، وليس لاتخاذها وسيلة لتكون السلطة التنفيذية سلطة تشريعية على غير ما تقتضيه المادة (٥٢) من الدستور ، وإذا كان الأمر كذلك ، كانت التدابير العاجلة التي تتخذها السلطة التنفيذية لمواجهة حالة الضرورة نابعة من متطلباتها ، فإن انفكاكها عنها يوقعها في حومة المخالفة الدستورية ... وأنه متى كان ذلك ، وكان الواضح من المرسوم بقانون رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٢ سالف الذكر ، أنه ليس في المسائل التي تناولها بالتنظيم ما يوجب الاسراع في اتخاذ اجراء تشريعي ... ، وأن ما تناولته المذكرة الايضاحية لهذا المرسوم وإن جاز أن تندرج ضمن البواعث والأهداف التي تدعو سلطة التشريع الأصلية إلى سن قواعد قانونية في مجال مكافحة الفساد ومعالجة أسبابه ، إلا أنه لا يصلح بذاته سنداً لقيام حالة الضرورة المبررة لإصداره أو ما يشير إلى أن أمورا معينة قد تفاقمت أو أوضاعاً قائمة قد استفحلت – خلال غيبة مجلس الأمة – يمكن أن تتوافر معها تلك الضرورة التي تبيح استعمال رخصة التشريع

الاستثنائية المقررة بالمادة (٧١) من الدستور ، فضلاً عن أن المرسوم المطعون عليه لم يتضمن في أحكامه ما يشير إلى إتخاذ إجراءات عاجلة ذات أثر فعال تتماشى مع مبررات إصداره ، فإن هذا المرسوم بقانون ، وإذ صدر أستناداً إلى هذه المادة ، وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها ، يكون مشوباً بمخالفة الدستور من الوجهة الشكلية ، وحق القضاء – ومن ثم - بعدم دستوريته ، ودون أن يغير من ذلك أن يكون مجلس الأمة قد اقره ، ذلك أن إقرار المجلس لهذا المرسوم لا يسبغ عليه المشروعية الدستورية ، ولا يطهره من العوار الذي لحق به على نحو ما كشفت عنه هذه المحكمة آنفاً من الوجهه الدستورية "

ومن ثم فإن المرسوم بالقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ سالف الذكر ، قد صدر استناداً إلى هذه المادة – وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها – فإنه يكون مشوباً بمخالفة الدستور .

لا يغير مما تقدم صدور قرار من مجلس الأمة بتاريخ ٢٠١٣/١/٢٣ بإقرار المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ سالف الذكر ، أو صدور القانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ بتعديل بعض أحكامه ، لأمرين جوهريين :

<u>الأمر الأول :</u> أن المحكمة الدستورية أوردت في اسباب حكمها في الطعن رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٥ دستوري الصادر بتاريخ ٢٠١٥/١٢/٢٠ بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢ في شأن إنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد ، أن إقرار مجلس الأمة لهذ المرسوم بقانون لا يسبغ عليه المشروعية الدستورية ولا يطهره

من العوار الذي لحق به على نحو ما كشفت عنه المحكمة بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢ .

وقد سبق أن تعرضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بجلسة ١٩٨٥/٥/٤ في القضية رقم ٢/٢٨ق دستورية ، بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض شرط الضرورة المبررة للجوء الحكومة لنص المادة (١٤٧)من الدستور المصري ، المقابلة لنص المادة (٧١) من الدستور الكويتي ، ودفعت الحكومة بأن مجلس الشعب أقر هذا التعديل بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المطعون فيه ، فقضت المحكمة الدستورية العليا في مصر – في اسباب حكمها – بأن إقرار مجلس الشعب لهذا القرار بالقانون لا يترتب عليه تطهيره من العوار الدستوري ، واوردت في اسباب حكمها مايلي :

" إن إقرار مجلس الشعب للقرار بقانون المطعون عليه يترتب عليه مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذي نشأ عليه كقرار بقانون دون تطهيره من العوار الدستوري الذي لازم صدوره ، كما أنه ليس من شأن هذا الإقرار في ذاته أن ينقلب به القرار بقانون المذكور إلى عمل تشريعي جديد يدخل في زمرة القوانين التي يتعين أن يتبع في كيفية اقتراحها والموافقة عليها وإصدارها القواعد والإجراءات التي حددها الدستور في هذا الصدد وإلا ترتب على مخالفتها عدم دستورية القانون "

ويؤيد قضاء المحكمة الدستورية في الكويت ، بأن إقرار مجلس الأمة للمرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢ في شأن إنشاء الهيئة العامة لمكافحة

الفساد لا يطهر المرسوم بقانون من عواره ، ما سبق أن استقر عليه القضاء المصري منذ صدور حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٢/٦/٢١ بالتفرقة بين الرقابة البرلمانية والرقابة القضائية في مراجعة المراسيم فتقول المحكمة:

" لا حجية فيما تقوله الحكومة من أن الرقابة على المرسوم بقانون هي رقابة سياسية أو برلمانية ، لا مكان معها لرقابة قضائية ، فالرقابة البرلمانية لا تمنع من الرقابة القضائية ، ولكل من هاتين الرقابتين طبيعتها ومجالها وأثرها ، فالرقابة البرلمانية تنبسط على ملاءمة التشريع من حيث موضوعه هل هو صالح ، فيبقى ، أو غير صالح يسقط من الوقت الذي لا يقره فيه البرلمان، أما الرقابة القضائية فتنبسط على شرعية المرسوم بقانون من حيث استيفائه لشروطه الدستورية ، هل استوفى هذه الشروط فيحكم بصحته أو لم يستوفها فيقضي بالغائه ويعتبر عندئذ باطلاً منذ صدوره فالرقابة البرلمانية رقابة ملاءمة مردها إلى السلطة التقديرية للمشرع وأثرها سقوط المرسوم بقانون من وقت عدم إقراره ، أما الرقابة القضائية فرقابة شرعية وأثرها زوال المرسوم بقانون منسحباً هذا الزوال إلى يوم صدوره "

وعلى هدى ما تقدم فان اقرار مجلس الأمة للمراسيم بقوانين الصادرة وفقاً لأحكام المادة (٧١) من الدستور الكويتي هي رقابة برلمانية سياسية بينما الرقابة القضائية الدستورية هي رقابة تتميز بالحيدة والطابع القانوني المحض ، وتعتبر ضمانة حقيقية لإعمال نصوص الدستور واحترام

أحكامه وشاملة لجميع عناصر الضرورة ، لأن نظرية الضرورة ليست نظرية سياسية وإنما هي نظرية قانونية ، وللقاضي الدستوري أن يتأكد من وجود السبب الذي دفع الإدارة إلى التدخل بلوائحها التشريعية وجوداً مادياً أولاً (الظروف الاستثنائية) وقانونياً ثانياً (الضرورة) ، وبعد ذلك يراقب تناسب هذه الظروف مع التدابير والإجراءات التي تضمنها نصوص المرسوم بالقانون .

وحيث أن نصوص المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون الشركات خلت من أي تدابير دفعت السلطة التنفيذية إلى التدخل بفرضها بالمرسوم بقانون لوجود ظروف استثنائية قامت بمواجهتها بالالتجاء إلى نص المادة ٧١ من الدستور ، ومن ثم يكون إقرار مجلس الأمة لهذا المرسوم بالقانون بتاريخ ٢٠١٣/١/٢٣ ، لا يمنع من رقابة المحكمة الدستورية لركن السبب في إصداره .

<u>الأمر الثاني :</u> أن العوار الدستوري الذي لحق بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ سالف الذكر – على النحو السابق بيانه – ينسحب كذلك إلى التعديلات اللاحقة الصادرة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٠١٢/٣/١٧ والذي نص في المادة الثالثة منه على أن **" يعاد نشر المرسوم بقانون رقم ٢٠١٢/٢٥ الذي اقره مجلس الأمة بجلسته المنعقدة يوم الأربعاء ١١ من ربيع الأول ١٤٣٤ ٩ الموافق ٢٠١٣/١/٢٣ في الجريدة الرسمية متضمناً تعديل مواده وفق أحكام هذا القانون"**

وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ بتعديل بعض مواد المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ تعليقاً على النص في المادة الثالثة من القانون على انه " **ولما كانت التعديلات التي أدخلت على المرسوم بقانون متعددة ، بما يخشى معه على وحدة وتماسك القانون فيما لو أدرجت بصورة منفصلة عن المرسوم بقانون مما قد يثير اللبس في محتوى مواد قانون الشركات** ، فقد **اقترح أن يعاد نشر المرسوم بقانون رقم ٢٠١٢/٢٥ في الجريدة الرسمية متضمنا تعديل مواده وفقاً لأحكام هذا القانون** "

ثم ورد في ختام المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ " بيان " جاءت عباراته على انه استناداً إلى المادة الثالثة من القانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ بتعديل بعض مواد المرسوم بالقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون الشركات والتي نصت أنه " **يعاد نشر المرسوم بقانون رقم ٢٠١٢/٢٥ الذي اقره مجلس الأمة بجلسته المنعقدة يوم الأربعاء ١١ من ربيع الأول ١٤٣٤ هـ الموافق ٢٠١٣/١/٢٣ في الجريدة الرسمية متضمناً تعديل مواده وفق أحكام هذا القانون** ، لذلك **ننشر المرسوم بقانون رقم ٢٠١٢/٢٥ بإصدار قانون الشركات** متضمناً **تعديل مواده وفقاً لأحكام القانون رقم ٢٠١٣/٩٧ وذلك على النحو التالي**"

وهكذا تم إعادة نشر مواد المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون الشركات بذات العنوان والمواد التي أصدرتها السلطة التنفيذية في ملحق العدد رقم ١١٢٤- س ٥٩ – الصادر بتاريخ ٢٠١٣/٣/٢٧ ، وتضمنت مقدمة المرسوم بقانون سالف الذكر – بعد نشره – ذات الديباجة

المقدمة الواردة في المرسوم بالقانون عند إصداره بتاريخ ٢٠١٢/١١/٢٦ ، دون الإشارة في هذه المقدمة إلى القانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ فزاد الإصدار والنشر في ملحق العدد رقم ١١٢٤ من الجريدة الرسمية من العوار الدستوري الذي لحق بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ ، ودلت على هذا العوار المذكرة الإيضاحية للتعديلات بالقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ ، حيث ورد في المذكرة الإيضاحية الأدلة على عدم تطهير المرسوم بالقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ من عواره حتى بعد صدور التعديلات المشار إليها ، فجاءت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ " **لقد صدر المرسوم بقانون رقم ٢٠١٢/٢٥ المشار إليه مستنداً فيه إلى الاستجابة لتطورات العصر وما حدث فيه من قفزات متسارعة في مجال الشركات التجارية ، وقطع شوطاً هائلاً لإدراك تلك الغاية ، إلا أنه وبحسبانه جهداً إنسانياً فلم تسلم بعض نصوصه من النقد ، ومن ثم فقد تم إعداد القانون المرافق لتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون المشار إليه بحيث تم توفيق الأوضاع والوقت اللازم له بما يتناسب مع ظروفها ، ومن ثم فقد روعي أن يعهد بذلك لأداة تتسم بالمرونة كاللائحة التنفيذية .**"

ثم تضمنت المذكرة الإيضاحية التعديلات على مواد المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ وعددها بلغ (٥٩) مادة ، في حين أن مواد المرسوم بالقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ بلغ عددها (٣٣٧ مادة) ، أي أن عدد المواد التي ظلت كما هي دون تعديل عند إصدار المرسوم بقانون بلغ (٢٧٦) مادة !!!

وحيث أن جميع مواد المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ – سواء المواد المعدلة أو التي لم تعدل – تم نشرها في ملحق العدد رقم ١١٢٤ الصادر بتاريخ ٢٠١٣/٣/٢٧ تحت اسم " مرسوم بقانون رقم ٢٠١٢/٢٥ بإصدار قانون الشركات " ، فإن التعديل الذي تم على (٥٩) مادة من مواد هذا المرسوم بقانون يلحقه من العوار ما لحق به منذ إصداره بتاريخ ٢٠١٢/١١/٢٦ ، للأسباب التالية :

أولاً : أن المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ سالف الذكر لا يزال بعد إقرار مجلس الأمة ، مشوباً بعوار دستوري على النحو السالف بيانه ، أما عن تدخل سلطة التشريع بإصدار القانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ بإدخال تعديلات على بعض مواد المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ بعد موافقة مجلس الأمة وإصداره من الأمير ، فإن هذا المرسوم بالقانون سالف الذكر ، لا يزال بالصفة التي صدر بها بتاريخ ٢٠١٢/١١/٢٦ وفقاً لنص المادة (٧١) من الدستور ومشوباً بعدم دستوريته ، وقد دلت على ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٠١٣/٩٧ ، كما سبق البيان ، فقد ورد في هذه المذكرة :

" لقد صدر المرسوم بقانون رقم ٢٠١٢/٢٥ المشار إليه مستهدفاً إلى الاستجابة لتطورات العصر .... إلا أنه وبحسبانه جهداً إنسانياً فلم تسلم بعض نصوصه من النقد ومن ثم فقد تم إعداد القانون المرافق لتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون المشار إليه ، ولقد تم تعديل المادتين (٣،٢) من قانون إصدار المرسوم بقانون المشار إليه بحيث يتم توفيق

الأوضاع والوقت اللازم له بما يتناسب مع ظروفها ومن ثم فقد روعي أن يعهد بذلك لأداة تتسم بالمرونة كاللائحة التنفيذية "

إذن فإن القانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ بتعديل بعض مواد المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢- والتي تبلغ ٥٩ مادة – من أصل عدد مواد المرسوم بقانون سالف الذكر والتي تبلغ (٣٣٧) مادة لا يدخل في نطاق سلطة المشرع التقديرية - لإصدار قانون مستقل عن المرسوم بقانون سالف الذكر المشوب بعيب عدم الدستورية - التي تنأى عن الرقابة الدستورية ، ولا يدخل هذا التعديل في نطاق الملاءمات التشريعية التي تخرج عن الرقابة الدستورية .

فالأصل أن الملاءمة – وإن كانت تستقل السلطة التشريعية بتقديرها – وأن الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها ، ولكن سلطة المشرع التقديرية بالمعنى المتقدم ، شأنه كأي اختصاص تقديري تتمتع به أي سلطة من سلطات الدولة ، لا تنطلق، وأياً ما كان مدى اتساع نطاقها، متحررة من أي قيد، وحتى لا ينعكس إطلاقها تجاوزاً لأحكام الدستور وإهداراً للحقوق التي يقررها ، فإن المشرع العادي يعلوه المشروع الدستوري الواجب انصياع السلطات كافة لأحكامه عند إصدار التشريع .

<u>ثانياً :</u> أن توازن الرقابة الدستورية ، إن اقتضى، من ناحية استقلالية السلطتين التشريعية والتنفيذية في ممارسة ما أناطه بهما الدستور من إختصاصات ، فهو يقتضي منهما، من الناحية المقابلة ، إحتراماً لأحكام

الدستور ، وإلتزاماً بخطابها، وخضوعاً للرقابة القضائية التي اقامها ضماناً لذلك، وهو ما يستوجب أن تقف سلطة المشرع العادية التقديرية عند حدود أحكام الدستور .

ثالثاً : أن القيود والضوابط المنصوص عليها في أحكام الدستور تقف أمام السلطتين التشريعية والتنفيذية عند إختيارهما البدائل التي تقدره السلطتان مناسبتهما لتنظيم موضوع معين ، لأن حدها النهائي يتمثل في القيود التي فرضها الدستور عليهما .

رابعاً: تأكيداً لخضوع السلطتين التشريعية والتنفيذية للقيود والضوابط الواردة في أحكام الدستور ، فقد استقر القضاء الدستوري ، على أن ملاءمات التشريع والبواعث على إصداره ، وإن كانت من إطلاقات سلطة التشريع ، إلا أنها في حدها النهائي مقيدة بحدود وضوابط أحكام الدستور ، فالنصوص القانونية – وأياً كان مضمونها – تعتبر وسائل تدخل بها المشرع لتنظيم موضوع معين ، من خلال ربطها بأغراضها، بافتراض مشروعيتها ، يلتزم تقيدها بأحكام الدستور ، فإن فقدت مشروعيتها كان إبطال هذه النصوص لازماً .

(يراجع الاحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضايا الدستورية أرقام ١٨/٣٧ق – جلسة ١٩٩٨/٤/٤ ، ٣٠/١٨٠ق- جلسة ٢٠٠٠/١/١ ، ١٨/٩ق – جلسة ١٩٩٧/٣/٢٢ ، ١٨/٥٥ق – جلسة ١٩٩٧/٣/٢٢ ، ١٨/٣٧ق – جلسة ١٩٩٨/٤/٤ – مشورة بالجريدة الرسمة – عدد ١٦- في ١٩٩٨/٤/١٦ والجريدة الرسمة عدد ٤ – في ١٩٩٧/٤/٣ ، والجريدة الرسمية – عدد ١٦ – في ١٩٩٨/٤/١٦)

وهكذا فان القضاء الدستوري حين يتحدث في احكامه عن اختصاص التقديري لسلطة التشريع كأصل عام ، لا ينهي " حديثه " عادة بغير تذكير بأحكام الدستور وضوابطه و الاغراض و الاهداف التي اوكل الى المشرع تحقيقها حدودا مقيدة لإطلاق هذا الاصل العام وتخوما لا يجوز اقتحامها او تخطيها او الدوران و الالتفاف من حولها ، فالبدائل امام السلطتين التشريعية والتنفيذية في اصدار التشريع لا يجوز ان تتضمن خياراً لسلطة التشريع بين احترام احكام الدستور وعدمه .

(الدكتور محمد فؤاد عبدالباسط – ولاية المكمة الدستورية في المسائل الدستورية - ص ٢٦٥ الى ص٢٧٣)

ولما كان الثابت من البواعث و الاهداف التي من اجلها اصدرت السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية القانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ بتعديل (٥٩) مادة من مواد المرسوم بالقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ سالف الذكر – بسبب "اوجه النقد " التي وجهت الى مواد المرسوم بالقانون المشار اليه – على نحو ما ورد في المذكرة الايضاحية – مما مؤداه ان مواد التعديل في القانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ غير مقطوعة او مستقلة عن موضوع باقي المواد التي لم يتم تعديلها الواردة في المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ والبالغ عددها ٢٧٦ مادة ، بحيث لا يبقى لها قائمة ولا يصبح لها معنى بعد القضاء بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ ولا تصلح وحدها بنيانا تشريعيا قائما بذاته ، ويلحقها بالتبعية العوار الدستوري الذي شاب النصوص التشريعية التي تناولتها بالتعديل ، ويلحقها ذات الاثر المعدم .

واذ كان الثابت ان المرسوم بالقانون المشار اليه ، ولد مشوبا بعدم دستوريته للأسباب السابق بيانها ، ومن ثم ، فان المرسوم بالقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ المعدل بالقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ في شان الشركات يكون قد صدر في اساسه على خلاف احكام المادة ٧١ من الدستور .

بناء عليه

أنا مندوب الإعلان سالف الذكر قد انتقلت إلى حيث اعلنت المعلن إليهم بهذه الصحيفة وكلفتهم الحضور أمام المحكمة الدستورية الكائن مقرها بالجلسة العلنية التي ستنعقد يوم الموافق / /٢٠١٦ لسماع الحكم :

أولاً : بقبول هذا الطعن شكلاً لتوافر الصفة والمصلحة وسداد الكفالة المالية المقررة .

ثانياً : وفي موضوع الطعن:

١- بعدم دستورية المرسوم بالقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ و القانون المعدل له رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ واعتباره كأن لم يكن مع ما يترتب على ذلك من آثار .

٢- ببطلان المرسوم بالقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ و القانون المعدل له رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ واعتباره كأن لم يكن مع ما يترتب على ذلك من آثار .

وإلزام المعلن إليهم المصروفات والأتعاب .

ولأجل العلم ،،،