Al Oula Law الأولى للمحاماة
Adel Abdul Hadi & Partners عادل عبدالهادي و شركاه

أركان
للإستشارات القانونية
Arkan Legal Consultants

# المحكمة الدستورية

## صحيفة طعن مباشر

**الموضوع**

طعن مباشر بعدم دستورية القانون رقم 13 لسنه 2018 في شأن حظر تعارض المصالح ولائحته التنفيذية الصادرة بالمرسوم رقم (296) لسنة 2018

أنه في يـــــوم الموافق / / 2018 م الساعة ( )

بناء على طلب السيد/ – كويتي الجنسية – رقم مدني (270011700547) ومحله المختار – **مكتب الأولى للمحاماة عادل عبد الهادي وشركاه** – الكائن مقره حولي – مجمع البلازا – شارع العثمان – الدور الثالث – مكتب 11، 12 .

أنا/ مندوب الإعلان بالمحكمة الكلية بوزارة العدل ، قد انتقلت وأعلنت كل من :

1. السيد / **رئيس مجلس الوزراء بصفته**

مخاطباً مع /

2. السيد /**وزير العدل والأوقاف والشئون الإسلامية بصفته**

مخاطباً مع /

3. السيد / **رئيس الهيئة العامة لمكافحة الفساد بصفته**

ويعلنوا جميعاً/ الفتوى والتشريع – الشرق – ش أحمد الجابر – خلف مخفر شرق .

مخاطباً مع /

وكيل الطاعن

المحامي

**عادل عبدالهادي**

المحامي

**فايز الدوسري**

المحامي

**دويم المويزري**

Kuwait - Hawalli - Al-Othman St. - Plaza Complex - 3rd Floor - Off.No. 11/12
Tel : 22650630 - 22650640 - Fax : 22650610 - P.O.Box : 16107 Qadsiya
Area Code 35851 - International Department - E-mail : international@aloulalaw.com

www.aloulalaw.com

الكويت - حولي - شارع العثمان - مجمع بلازا - الطابق الثالث - مكتب رقم ١١ /١٢
هاتف : ٢٢٦٥٠٦٣٠ - ٢٢٦٥٠٦٤٠ - فاكس : ٢٢٦٥٠٦١٠ - ص.ب: ١٦١٠٧ القادسية
الرمز البريدي ٣٥٨٥١ - البريد الإلكتروني : info@aloulalaw.com

**وأعلنتهم بالآتي:**

بموجب هذه الصحيفة يطعن الطاعن بعدم دستورية القانون رقم ( ١٣ ) لسنه ٢٠١٨ في شأن حظر تعارض المصالح ، الصادر بتاريخ ٢٠١٨/٤/١٠ والمنشور بالجريدة الرسمية (الكويت اليوم) في عددها رقم ١٣٨٨- السنة الرابعة والستون الموافق الأحد ٢٠١٨/٤/١٥ والمعمول به اعتبارا من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ، ولائحته التنفيذية الصادرة بالمرسوم رقم ٢٩٦ لسنة ٢٠١٨ الصادر بتاريخ ٢٠١٨/١٠/٢ والمنشور بالجريدة الرسمية بعددها (١٤١٣) السنة الرابعة والستون بتاريخ ٢٠١٨/١٠/٧ .

## الموضـــوع

صدر القانون (١٣) لسنة ٢٠١٨ في شأن حظر تعارض المصالح ونصت المادة (٢٠) منه على أن يعمل به اعتبارا من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠١٨/٤/١٥ وقد جاء القانون في عشرين مادة وجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون أنه جاء *تنفيذاً لالتزامات دولة الكويت الناشئة عن توقيعها في ٢٠٠٣/١٢/٩ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والصادر بشأنها القانون رقم (٤٧) لسنة ٢٠٠٦ بالموافقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وما جاء بالمادة (١٩) من تلك الاتفاقية بشأن اساءة استغلال الوظائف من أن "تنظر كل دولة طرف في اعتماد ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لكي تجرم تعمد موظف عمومي اساءة استغلال وظائفه أو موقعه ، أي قيامه بفعل ما، لدى الاضطلاع بوظائفه بغرض الحصول على مزية غير مستحقة لصالحه هو أو لصالح شخص أو كيان آخر مما يشكل انتهاكا للقوانين ، كما أوردت الفقرة (٣)*

أركان للاستشارات القانونية Arkan Legal Consultants

من المادة (٧) من الاتفاقية نصاً خاصاً يتعلق بتضارب المصالح " تسعى كل دولة طرف للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي إلى اعتماد وترسيخ وتدعيم نظم تعذر الشفافية وتمنع تضارب المصالح".

وأضافت المذكرة الإيضاحية أنه نظراً لما يترتب على تعارض المصالح من مشاكل ومخاطر على حسن ونزاهة أداء الموظفين العمومين وعلى استقرار أجهزة الدولة والعاملين فيها مما يعرض كافة الأطراف المسؤولة للمخاطر ويهدد التنمية بشكل عام ويضعف من هيبة القانون، وباعتبار أن تعارض المصالح أحد أوجه الفساد التي تضمنتها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ولذلك فمن المهم تنظيم التعامل مع هذه الحالات ولذلك جاء القانون.

وقد أوضحت المادة (١) من القانون معاني العبارات الواردة به ومنها (تعارض المصالح).

كما جاءت المادة (٢) لتبين من هم الخاضعين لهذا القانون.

وبينت المادة (٣) أن المنفعة أو الفائدة أو المصلحة الخاصة لا تقتصر على الخاضعين لأحكام هذا القانون، بل تمتد أيضاً إلى من تربطه رابطة الزوجية أو القرابة حتى الدرجة الرابعة أو المصاهرة حتى الدرجة الثانية، وكذلك تمتد إلى الوكيل أو النائب عن شخص باعتبار أن الخاضع متصرفاً نيابة عنه، كما تمتد لشخص أو مؤسسة من يعمل لديه أو وسيطاً أو تربطه به أي علاقة مالية حالياً أو خلال السنتين السابقتين لتاريخ الحالة التي أتخذ فيها القرار فيها أو شارك في اتخاذ القرار أو التصرف.

وحددت المادة (٤) حالات تعارض المصالح التي تشكل جريمة فساد من خلال قيام الخاضع لهذا القانون أو امتناعه عن أي عمل من أعمال استغلال الوظيفة التي يشغلها منفرداً أو بالاشتراك مع أخرين أو سوء استخدام السلطة المخولة له.

وفي المادة (٥) تم تحديد شكل التصرف الذي يقوم فيه الخاضع لهذا القانون في حال تعارض مصالح، والاجراء الأول أن يبار الشخص بالإفصاح عن حالة تعارض المصالح، ثم عليه إزالة هذا التعارض بالطرق الواردة بالمادة.

وجاء بالمادة (٦) أن اللائحة التنفيذية هي التي تحدد الجهة المنوط بها تلقي الإفصاح من الخاضع وطرف الإفصاح ووسيلته وتوقيته وإجراءات تقديمه.

وأوضحت المادة (٧) أنه إذا قامت دلائل كافية على توافر حالة من حالات تعارض المصالح بالنسبة للخاضعين لنظام إقرار الذمة المالية فإنها تعرض على لجان الفحص للتعامل معها طبقاً للإجراءات والضوابط المعمول بها في القانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٦ ولائحته التنفيذية.

وتناولت المادة (١٠) أحد متطلبات اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المكملة لمتطلبات النزاهة والوقاية من تعارض المصالح من خلال قيام اللائحة التنفيذية بتحديد ضوابط ومعايير قواعد السلوك العام الواجب تطبيقها بشكل واضح ومحدد وذلك على الأطراف الخاضعة لهذا القانون.

وتناولت المادتان (١١ ، ١٢) العقوبات الواردة في هذا القانون .

*وأشارت المادة (١٣) إلى عدم جواز تطبيق أحكام المادتين (٨١ ، ٨٢) من قانون الجزاء*

*يخالف أحكام هذا القانون إلا إذا بادر برد ما عاد عليه من نفع قبل إقفال باب المرافعة.*

*ونصت المادة (١٦) على عدم سقوط الدعوى الجزائية والعقوبة بالتقادم.*

*وحددت المادة (١٩) صدور اللائحة التنفيذية خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره.*

**وقد صدرت بالمرسوم رقم ٢٩٦ لسنة ٢٠١٨ بتاريخ ٢٠١٨/١٠/٢ ونشرت بالجريدة الرسمية في ٢٠١٨/١٠/٧.**

ولما كان القانون محل الطعن قد جاء صدوره كالصفعة على جبين المخاطبين بأحكامه وهم الخاضعين وفقاً لتعريف القانون والذين عرفهم جملة بأنهم: " *الموظفون في الحكومة والهيئات والمؤسسات العامة ومن في حكم الموظف العام المنصوص عليهم في المادة (٤٣) من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ المعدل لقانون الجزاء أو من تسري عليهم أحكام القانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٦ المشار إليه في شأن انشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية*". وجاء القانون مخالفاً على نحو سافر لنصوص الدستور الكويتي ومبادئه التي أكدت عليها المحكمة الدستورية منذ نشأتها، فضلاً عن التوسع في قاعدة التجريم بالمخالفة لمبادئ الدستور ولذلك جاء القانون مخالفاً للدستور المواد (٢)، (١٦)، (١٨)، (٣٢)، (٣٤)، (٤١)، (٥٠)، (١٦٣) وحيث تتوافر للطاعن الصفة والمصلحة على النحو المبين أدناه وهو موظف عام خاضع ومخاطب بأحكام القانون محل الطعن لذا يقيم هذا الطعن المباشر وعلى التفصيل الآتي:-

## أولاً: من حيث اختصاص المحكمة الدستورية بنظر الطعن الماثل:

حيث أنه من المقرر بنص المادة (١٧٣) من الدستور:

" أن يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها، والإجراءات التي تتبعها".

ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح.

وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون او لائحة يعتبر كأن لم يكن.

كما وأنه من المقرر قانوناً وفقاً لنص المادة الأولى من القانون رقم (١٤) لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية وتعديلاته:

" تنشأ محكمة دستورية تختص من دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية وبالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح وفي الطعون الخاصة بانتخاب اعضاء مجلس الامة او بصحة عضويتهم ويكون حكم المحكمة الدستورية ملزما للجميع ولسائر المحاكم ".

كما نصت المادة الرابعة مكرراً من القانون المشار إليه بعد تعديله 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 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 تكون المحكمة هي المختصة بنظر الطعن الماثل والفصل في مدى دستورية القانون رقم (١٣) لسنه ٢٠١٨ولائحته التنفيذية.

**ثانياً: من حيث توافر الصفة والمصلحة في الطاعن**

*أما عن المصلحة: فقد جرى قضاء المحكمة الدستورية على أن المصلحة الشخصية المباشرة تعد شرطاً لقبول الدعوى الدستورية، وتتحقق تلك المصلحة بأن يكون النص بتطبيقه على الطاعن قد أخل بأحد الحقوق التي كفلها الدستور على نحو الحق به ضرراً مباشراً.*

**( الدعوى رقم (١٩) لسنه (٨) قضائية – المحكمة الدستورية العليا – دستورية – جلسه ١٨/٤/١٩٩٢)**

كما وأن الصفة متوافرة في حق الطاعن كونه أحد المخاطبين بأحكام القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ محل الطعن، إذ هو موظف عام يعمل لدى بلدية الكويت وهي جهة حكومية يعد العاملين

بها موظفون عموميون مخاطبون بأحكام القانون المشار إليه، إذ عرفت المادة (١) من هذا القانون الخاضع بأنه: "الفئات المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون من موظفي الدولة ومن في حكمهم"، كما نصت المادة (٢) من القانون على أن "يخضع لأحكام هذا القانون الموظفون في الحكومة والهيئات والمؤسسات العامة ومن في حكم الموظف العام المنصوص عليهم في المادة (٣٤) من القانون رقم ٣١ لسنة ٧٠ المعدل لقانون الجزاء .أو من تسري عليهم أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٦ المشار إليه".

وحيث أن الطاعن موظف عام يعمل بجهة حكومية فهو خاضع لأحكام القانون ومن ثم يتوافر له الصفة والمصلحة في الطعن.

## أسبـــاب الطعـــن

**أولاً : مخالفة المادة (٣٢) من الدستور: -**

**الوجه الأول: تطبيق القانون بأثر رجعي بالمخالفة لأحكام الدستور:**

حيث جرى نص المادة (٣٢) من الدستور الكويتي على أن "*لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها*".

وهذا النص الدستوري يرسي الركيزة الأساسية والأولى في شريعة التجريم والعقاب وهي أن المصدر الرئيسي الوحيد للجريمة والعقوبة كأصل عام هو القانون مع جواز صدور لوائح بناء على تفويض القانون كما أن عدم رجعية القوانين الجزائية هو مبدأ يرتبط

بمبدأ شرعية التجريم والعقاب، كما وأنه يرتبط بقاعدة ألا عقاب إلا على الأفعال (الركن المادي للجريمة).

ويقرر القضاء الدستوري أن *على المشرع تحديد الجرائم المعاقب عليها تحديداً قاطعاً.*

**(المحكمة الدستورية العليا الطعن ٨ لسنة ٨ دستورية – جلسة ١٩٧٦/٣/٦)**

*كما وأن عليه أن يحدد لكل جريمة عقوبتها بما يتناسب مع الأفعال التي أثمها، لأن القانون الجزائي يراعي المواءمة والتناسب بين الفعل والجزاء.*

**(المحكمة الدستورية العليا – القضية رقم (٢١) لسنة ١٧ ق دستورية – جلسة ١٩٩٧/١/٤)**

*ويكون النص التجريمي غامضاً إذا جهل المشرع بالأفعال التي أثمها فلا يكون بيانها واضحاً جلياً ولا تحديدها قاطعاً ولا فهمها مستقيماً بل مبهماً خافياً على أوساط الناس باختلافهم حول النص العقابي المؤثم لها ودلالته ونطاق تطبيقه وحقيقة ما يرمي اليه، ليصبح انفاذ هذا النص مرتبطاً بمعايير شخصية مرجعها إلى تقدير القائمين على تطبيقه لحقيقة محتواه، وإحلال فهمهم الخاص لمقاصده وصحيح مضمونه.*

**(المحكمة الدستورية العليا – جلسة ٢٠٠٤/٢/٨ قضية رقم ١٤٦ لسنة ٢٠ قضائية)**

**وتكتسب صفات التحديد ووضوح القاعدة القانونية أهميتها من مبدأي الشرعية الجنائية واليقين القانوني لتحديد ماهية الفعل على نحو واضح دقيق. فهو في الواقع قيد على السلطة التشريعية وتؤدي مخالفة هذه القاعدة إلى أن يكون النص مشوباً بعدم الدستورية لغموضه، فجاء مبدأي الشرعية الجنائية واليقين القانوني ليقيدا المشرع بضوابط معينة فيما يتعلق بالنصوص التشريعية التجريمية.**

ويقصد **بمبدأ الشرعية الجنائية** وجود نص يجرم الفعل ويقدر عقوبته ويعبر عنه بمبدأ "*لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في القانون*" ويهدف هذا المبدأ إلى إقامة التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع عن طريق توفير الحماية لكل من هذين المصلحتين وبالقدر اللازم الذي لا يهدر أحداهما لفائدة الأخرى. ويحقق مبدأ الشرعية الحماية لمصلحة الفرد عن طريق:

- منع السلطة من التحكم في حريات الأفراد ومنع انتهاك حرياتهم – إذ يوجب هذا المبدأ " **بألا يعاقب الفرد على سلوك يأتيه إلا إذا كان السلوك مجرماً وقت اتيانه**".
- بيان السلوك المعتبر جريمة، الأمر الذي يمكن الأفراد من معرفة السلوك الإجرامي والسلوك المباح، ولذلك أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية على أن *قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون قد أقرت بذاتها أن الحرية الشخصية حق طبيعي وأنها مصونة لا تُمس، فترتب على ربط شرعية الجرائم والعقوبات بحماية الحرية الشخصية وجوب أن تكون الأفعال المؤثمة محددة بصورة قاطعة ليكون*

*صدور النصوص التجريمية صادراً عن السلطة التشريعية بينما تختص بتطبيقه السلطة القضائية في تأكيد على مبدأ الفصل بين السلطات.*

ثم جاء **مبدأ اليقين القانوني** ليشدد على المساواة أمام القانون فاشترط ألا يعلم المشرع دون غيره أو العاملين بالقانون وحدهم ما اشتمله النص التجريمي من ألفاظ عبرت عن الفعل المؤثم.

أركان للاستشارات القانونية
Arkan Legal Consultants

وتجلت مخالفة القانون للدستور فيما نصت عليه المادة ٣/٣ منه على سريانه **رجعي** على حالات وقعت وفقاً لأحكامه قبل أو خلال سنتين سابقتين على الحالة التي اتخذ فيها القرار أو شارك فيه وذلك بقولها "*يعد من قبيل المنفعة أو الفائدة أو المصلحة المادية أو المعنوية الخاصة للخاضعين لأحكام هذا القانون تلك التي تتعلق بالأشخاص التالية:*

*١- .....*

*٢- .....*

*٣- أي شخص طبيعي أو معنوي تربطه بهم مصلحة مادية أو معنوية خلال سنتين سابقتين للحالة التي اتخذ فيها القرار أو شارك فيه".*

وقضت المحكمة الدستورية بأن "*المرحلة الزمنية التي تقع بين دخول القانون الجنائي حيز النفاذ وإلغاء هذا القانون، إنما تمثل الفترة التي كان يحيا خلالها ، فلا يطبق على أفعال أتاها الجاني قبل نفاذه، بل يتعين أن يكون هذا القانون سابقاً عليها*".

( **القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية – جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢** )

أركان
أركان للاستشارات القانونية
Arkan Legal Consultants

**وحيث جاء القانون المطعون فيه مقرراً لعقاب على حالات – وليست أفعال مادية وقعت قبل صدوره ونفاذه، مقرراً بذلك سريانه بأثر رجعي حال أنه قانون جزائي وبالمخالفة للدستور، مما يكون معه هذا القانون قد سقط في مخالفة الدستور حرياً بالقضاء بعدم دستوريته.**

## الوجه الثاني: مخالفة القانون للدستور لتجريمه حالات دون الأفعال المادية:

إذ وفقاً لنص المادة (٣٢) من الدستور "*لا عقاب إلا على الأفعال*"

وقد جرى قضاء الدستورية على أن "*لكل جريمة ركن مادي لا قوام لها ولا وجود لها إلا به ويتمثل في فعل أو امتناع عن فعل وقع بالمخالفة لنص عقابي مفصحاً بذلك عن أن ما يهدف إليه القانون الجزائي هو مادية الفعل المؤاخذ على ارتكابه إيجابياً كان أم سلبياً قانوناً ويدخل في دائرة التجريم*".

( **المحكمة الدستورية جلسة ١٩٨٥/١١/١٠ –الطعن رقم ١٩٨٨/٨ دستوري** )

وقضت المحكمة الدستورية أن "*إدانة الشخص تقوم على فعل محدد يكون مادة الجريمة أو موضوعها، ولا تقوم على مجرد حالة لا تنشئها أو تتصل بها أفعال مادية قام الدليل عليها يعبر بها الجاني عن إرادته الواعية الجازمة متوسلاً بها إلى بلوغ النتيجة الإجرامية التي يبتغيها*".

**( جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ في القضية رقم ٣ )**

**ولقد اعترى القانون المطعون فيه مخالفة الدستور بتجريمه حالات دون أفعال يقع والعقاب عليها بعقاب رادع – إذ عرف القانون التعارض المطلق بأنه: "*كل حالة يترتب عليها ضرراً مباشراً ومحققاً بالمصلحة أو الوظيفة العامة*".**

وجاء **بالمادة (٢) من اللائحة التنفيذية:** "*يكون الخاضع في حالة تعارض نسبي وفقاً لأحكام المادة (١) من القانون في أي من الحالات الآتية:*

*أ – إذا امتلك حصة أو نسبة من عمل أو أي نشاط له تعاملات مالية مع جهة عمله ذات صلة بأعمال وظيفته وشارك فيما اتخذ بشأنها من إجراء دون أن يحصل على منفعة أو يسبب ضرراً للمصلحة العامة أو الوظيفة العامة.*

*ب- إذا كان له أو لأولاده القصر أو زوجته أو من هم في ولايته أو وصايته أو من يكون قيماً عليهم حصة في أي شركة أو منشأة أو عمل أو نشاط يهدف إلى الربح*

ويتصل بأعمال وظيفته وشارك فيما اتخذ بشأنها من إجراء دون أن يحصل على منفعة أو يسبب ضرراً للمصلحة العامة او الوظيفة العامة .

ج- إذا قام بدور الوسيط أو الوكيل أو الكفيل أو الاستشاري لأي شركة أو منشأة خاصة يتصل نشاطها بجهة عمله دون أن يحصل على منفعة أو يسبب ضرراً للمصلحة العامة أو الوظيفة العامة".

ونصت المادة (٣) على أن "يكون الخاضع في حالة تعارض مطلق وفقاً لأحكام المادة (١) من القانون في أي من الحالات الآتية:

أ- إذا كان في حالة يترتب عليها ضرراً مباشراً أو محققاً للمصلحة العامة أو الوظيفة العامة.

ب- إذا تحققت له أو لأي ممن نصت عليه المادة (٣) من القانون منفعة أو فائدة أو مصلحة مادية أو معنوية من خلال قيامه أو امتناعه عن أي عمل من أعمال وظيفته التي يشغلها منفرداً أو بالاشتراك مع آخرين.

ج – إذا تحققت له أو لأي شخص طبيعي أو معنوي تربطه به مصلحة مادية أو معنوية خلال سنتين للحالة التي اتخذ فيها القرار أو شارك فيه .

د- إذا تحققت له منفعة أو فائدة مادية أو معنوية من خلال قيامه بدور الوسيط أو الوكيل أو الكفيل أو الاستشاري لأي شركة أو منشأة خاصة يتصل نشاطها بجهة عمله".

أركان
للإستشارات القانونية
Arkan Legal Consultants

وعرف القانون كذلك التعارض النسبي بأنه: "كل حالة يحتمل فيها وقوع تضارب للمصلحة أو للوظيفة العامة".

ونصت **المادة (٤) من القانون** على أن: "مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٢٢) من القانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٦ المشار إليه، يكون الخاضع في حالة تعارض مصالح تشكل جريمة فساد في إحدى الحالتين الآتيتين:

**١- تحقق منفعة او فائدة أو مصلحة مادية أو معنوية له أو لأي شخص من المنصوص عليهم في المادة السابقة من خلال قيامه أو امتناعه عن أي عمل من أعمال الوظيفة التي يشغلها منفرداً أو بالاشتراك مع آخرين.**

**٢- امتلاكه أي حصة أو نسبه من عمل في أي نشاط له تعاملات مالية مع جهة عمله.**

وكذلك **نصت المادة (٥)** من القانون على أنه: "في حالة قيام احدى حالات تعارض المصالح بتعين على الخاضع الافصاح عن هذه الحالة وفقاً للضوابط المبينة في هذا القانون وله في ذلك ازالة هذا التعارض إما بالتنازل عن المصلحة أو ترك المنصب أو ترك الوظيفية العامة. وفي كل الأحوال عليه اتخاذ كافة الاجراءات اللازمة للحيلولة دون وقوع ضرر للمصلحة العامة "

وأكدت المحكمة الدستورية تلك القاعدة بقولها "أن الدستور قد نص في المادة (٦٦) من الدستور على أنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون"، وكان الدستور قد أكد بهذه المادة على أن لكل جريمة ركناً مادياً لا قوام لها بغيره، يتمثل أساساً في فعل أو امتناع وقع بالمخالفة لنص عقابي".

**( المحكمة الدستورية العليا – جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ ، القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية دستورية )**

إذ لكي يحقق النص التشريعي العلة من تطلبه فيضمن عدم قيام الجريمة العقوبة إلا بناء على قانون، فإنه يتعين أن يكون كاملاً مبيناً الفعل الإجرامي والعقوبة الواجبة التطبيق، فإن لم يتوافر فيه هذا الشرط فإن تطبيق القاضي له يعني الخروج على مبدأ الشرعية. فإذا أنهى الشارع عن فعل ولم يقرر له عقوبة، أو قرر عقوبة ولم يبين الفعل الذي توقع العقوبة من أجله على نحو واضح بعيد عن الغموض فلا سبيل إلى تطبيق هذه النصوص بغير الخروج على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

( **شرح قانون العقوبات – القسم العام – د. محمود نجيب حسني – الطبعة السابعة – ص ٩٤** )

**وفقاً لما تقدم – فقد كان لزاماً على المشرع في قانون تعارض المصالح رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ المطعون فيه أن يحدد الأفعال المجرمة تحديداً كاملاً وصريحاً وواضحاً، لا أن يجرم حالات يوجد فيها الموظف العام بتعريفه الواسع، شاملاً تعريف قانون الخدمة المدنية وتعريف قانون الجزاء والفئات الخاضعة للقانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٦ ولمجرد وجود الموظف (المخاطب) في حالات دون أن يترتب على ذلك جريمة أو فعل مؤثم**، ويرتب القانون لذلك عقوبة فضلاً عن إبطال التصرف الذي اتخذه أو شارك فيه المخاطب لمجرد وجوده في حالة من الحالات التي حددها القانون بنطاق واسع – **إذ أن المشرع بذلك القانون قرر العقاب لمجرد الاحتمال والظن دون تحديد فعل مؤثم وجريمة لها أركانها المعروفة** ( الركن الشرعي – المادي – المعنوي ) **إذ لا يجوز للمشرع مثلاً أن يصدر تشريع يقرر العقاب على أي فعل يضر بالشعب، وإلا كان هذا النص خالياً من المشروعية ومخالفاً للدستور.**

( **شرح القواعد العامة لقانون العقوبات – د. عبد الرؤوف مهدي – الجزء الأول – ص ١٩٠** )

أركان للإستشارات القانونية
Arkan Legal Consultants

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا "بأن القواعد المبدئية التي يتطلبها الدستور في القوانين الجنائية، أن تكون درجة اليقين التي تنظم أحكامها في مستوياتها وأظهر في هذه القوانين منها في أي تشريعات أخرى ، ذلك أن القوانين الجنائية تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثراً ويتعين بالتالي – ضماناً لهذه الحرية " أن تكون الأفعال التي تؤثمها هذه القوانين محددة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها وبمراعاة أن تكون دوماً جلية وواضحة في بيان الحدود الضيقة لنواحيها، ولقد كان غموض القوانين الجزائية مرتبطاً من الناحية التاريخية بإساءة استخدام السلطة – وكان أمراً مقضياً أن يركن المشرع إلى مناهج جديدة في الصياغة لا تنزلق إلى تلك التعبيرات المرنة أو الغامضة أو المتميعة المحملة بأكثر من معنى والتي تندرج معها دائرة التجريم بما يوقع المحكمة الموضوعية في محاذير واضحة قد تنتهي بها في مجال تطبيقها للنصوص العقابية إلى ابتداع جرائم لا يكون المشرع قد قصد إلى إنشائها وإلى مجاوزة الحدود التي اعتبرها الدستور مجالاً حيوياً لمباشرة الحقوق والحريات التي كفلها"

**( حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٢ يناير سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية دستورية )**

**وإذا كان الثابت أن القانون المطعون فيه جرم حالات دون أفعال أو أعمال وشدد العقاب دون ذنب جزائي مما أوقعه في مخالفة الدستور وأضحى حرياً بالقضاء بعدم دستوريته.**

**ثانياً: مخالفة القانون المطعون فيه لنص المادة (٥٠) من الدستور :**

إذ نصت المادة (٥٠) من الدستور على ان "*يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات مع تعاونها وفقاً للدستور ولا يجوز لأي سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه في هذا الدستور*".

ووجه المخالفة الدستورية هو ما نصت عليه المادة (١٠) من القانون ١٣ لسنة ٢٠١٨ المطعون فيه بقولها "*تنظم اللائحة التنفيذية ضوابط وقواعد السلوك العام الواجب تطبيقها على الأطراف الخاضعة للقانون بما يحقق النزاهة والشفافية*".

وقد نصت المادة (١٩) من القانون على أن "*تصدر بمرسوم اللائحة التنفيذية لهذا القانون خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره، وتنشر في الجريدة الرسمية*".

وبموجب نص المادة (١٠) فقد تنازل أعضاء مجلس الأمة – باعتبارهم مخاطبين بأحكام القانون – عن اختصاصهم المقرر بالدستور خاصة ما نص عليه الدستور بشأن واجبات الأعضاء والأعمال المحظور عليهم اتيانها ، وبإقرار المجلس لذلك القانون المطعون فيه فقد أقر بتنازله عن اختصاص مقرر له بالدستور، وقد نصت المادة (٢) من القانون على أن "*يخضع لأحكام هذا القانون من في حكم الموظف العام المنصوص عليهم في المادة (٤٣) من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ الصادر بتعديل قانون الجزاء الكويتي والتي نصت على أن " يعد في حكم الموظف العام في تطبيق أحكام هذا الفصل ..... أعضاء المجالس النيابية العامة أو المحلية سواء أكانوا منتخبين أو معينين ..... ".*

أركان
للاستشارات القانونية
Arkan Legal Consultants

ولقد حرصت المادة (١١٧) من الدستور على تأكيد استقلال أعضاء مجلس الأمة بقولها "*يضع مجلس الأمة لائحته الداخلية ليكون المجلس سيد قراره في تنظيم سير العمل به وفي تفصيل ما أجمله الدستور من صلاحيات المجلس ومن صلاحيات أعضائه*".

وما نصت عليه المادة (١٠) وما يقرره القانون من تطبيق القانون على نواب الأمة تعد مسألة ذات أبعاد سياسية خطيرة لأنه ينطوي على تنقيح فعلي للدستور الكويتي بالمخالفة لأحكامه – حيث عالجت المادة (١٢١) منه أحكام تعارض المصالح بالنسبة لأعضاء المجلس بما لا يجوز لقانون أدنى مرتبة من الدستور أن تعيد تنظيم هذه المسألة بالنسبة إلى النواب وبما يلغي ما أباحه الدستور مما يعد معه عضو مجلس الأمة إذا ما وجد في إحدى الحالات التي حددها القانون مرتكبا لجريمة فساد مما يدخله في نطاق العقاب وفقاً للقانون حال مخالفة هذا القانون للدستور. ولقد نصت اللائحة التنفيذية للقانون صراحة في المادة (٨/ب)على أنه: إذا كان الخاضع من المخاطبين بنظام إقرار الذمة المالية وقامت دلائل كافية على توافر حالة تعارض مصالح في حقه وفقاً لأحكام القانون فإنه يتعين على الجهة مخاطبة الهيئة العامة لمكافحة الفساد للعرض على لجان العرض واتخاذ ما يلزم قانوناً وفقاً للإجراءات والضوابط المنصوص عليها في القانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٦ المشار إليه بما يعني أن عضو مجلس الأمة قد يجد نفسه محالاً لهيئة مكافحة الفساد ثم المحاكمة الجزائية لدى السلطة التنفيذية دون أي إجراءات تصون صفته كممثل للامة، بما يخالف الدستور الكويتي، دون أن يغير من تلك المخالة أن الافصاح يتم تقديمه لرئيس

أركان للاستشارات القانونية
Arkan Legal Consultants

مجلس الأمه، إذ أن الأخير لا يملك حيال اقرار الافصاح إلا إحالته لهيئة الفساد ولاتخاذ ما يلزم مع العضو وفقاً للقانون رقم ٢ لسنه ٢٠١٦ مما يهدد العضو ممثل الأمة وينال من الفصل بين السلطات.

ويضاف إلى ما تقدم من مثالب دستورية أن شمول من هم في حكم الموظف العام تحت نطاق القانون ١٣ لسنة ٢٠١٨ والواردة فئاتهم في القانون ٣١ لسنة ١٩٧٠ الصادر بتعديل قانون الجزاء، قد ورد هذا النص تحت عنوان ( الرشوة واستغلال النفوذ) وإذا كان قانون الجزاء مبرراً كونه يجرم استغلال النفوذ والرشوة وهي أفعال مؤثمة واضحة محددة الأركان حماية للمصلحة العامة والنزاهة الواجبة في عضو مجلس الأمة وغيره وهو ما حدا بالمشرع للتوسع في تعريف الموظف العام – أما القانون ٢٠١٨/١٣ فهو لا يعاقب على فعل مؤثم وإنما حالة غير مرتبطة بجريمة وبذلك فقد أهدر القانون مبدأ فصل السلطات وجاء مخالفاً للدستور.

## ثالثاً: مخالفة الدستور والشريعة الإسلامية في شأن المسؤولية الجزائية:

إذ نصت المادة (٢) من الدستور الكويتي على أن "*دين الدولة الرسمي الإسلام والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع*". وجاء بالمذكرة التفسيرية للدستور بأن *الدستور بهذا النص إنما يحمل المشرع أمانة الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ما وسعه ذلك ويدعوه إلى هذا النهج دعوة صريحة واضحة*".

ومبدأ شخصية المسؤولية الجنائية من المبادئ الدستورية، وهو مقنن في القرآن الكريم فقال تعالى: " وكل إنسان ألزمناه طائره في عنقه "، وقال تعالي : " كل أمرئ بما كسب رهين " وقال " ولا تزر وازرة وزر أخرى".

ومؤدى هذا المبدأ أنه لا توقع عقوبة جريمة إلا على من ارتكبها بنفسه أو اشتراكاً عمدياً بعمل من أعمال الاشتراك، أي على من توافر في حقه الركنان المادي والمعنوي لهذه الجريمة، ولا يسأل شخص عن جريمة ارتكبها أو يتسبب فيها غيره، إلا إذا أحاط علمه بعناصرها واتجهت إرادته في الوقت نفسه إلى المساهمة فيها بإحدى صور المساهمة الجنائية التبعية المعروفة في القانون.

وقضت محكمة النقض في حكم مهم لها "من المقرر أن الشخص لا يسأل جنائياً بصفته فاعلاً أو شريكاً إلا عما يكون لنشاطه المؤثم دخل في وقوعه ولا مجال للمسؤولية الافتراضية أو المسؤولية التضامنية في العقاب".

وقضت المحكمة الدستورية بأن : "*الأصل في الجريمة أن عقوبتها لا يتحمل بها إلا من أدين كمسؤول عنها، وهي بعد عقوبة يجب أن تتوازن " وطأتها " مع طبيعة الجريمة موضوعها ، بما مؤداه أن الشخص لا يزر غير سوء عمله ، وأن جريرة الجريمة لا يؤاخذ بها إلا جناتها، ولا ينال عقابها إلا من فارقه ، وأن شخصية العقوبة " وتناسبها مع الجريمة محلها " مرتبطتان بمن يعد قانوناً مسؤولاً عن ارتكابها " ومن ثم تفترض شخصية العقوبة شخصية المسؤولية الجنائية وبما يؤكد تلازمهما ذلك أن الشخص لا يكون مسؤولاً على الجريمة ، ولا تفرض عليه عقوبتها إلا باعتباره فاعلاً لها أو شريكاً بها*".

( **الدعوى رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية - المحكمة الدستورية العليا - دستورية - جلسة ١٩٩٦/٦/١٥** )

وإذ نصت المادة (٣) من القانون المطعون فيه رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ على أنه "*يعد من قبيل المنفعة أو الفائدة أو المصلحة المادية أو المعنوية الخاصة للخاضعين لأحكام هذا القانون تلك التي تتعلق بالأشخاص التالية:*

أركان
للإستشارات القانونية
Arkan Legal Consultants

١- من تربطه بهم رابطة الزوجية أو القرابة حتى الدرجة الرابعة أو المصاهرة حتى الدرجة الثانية .

٢- أي شخص طبيعي معنوي تربطه بهم علاقة عمل أو وساطة أو وكاله أو نيابة .

٣- أي شخص طبيعي أو معنوي تربطه بهم مصلحة مادية او معنوية خلال سنتين سابقتين للحالة التي اتخذ فيها القرار أو شارك فيه".

وكذلك ما نصت عليه المادة (٤) الفقرة (١) من أنه "مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٢٢) من القانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٦ المشار إليه ت يكون الخاضع في حال تعارض مصالح تشكل جريمة فساد في أحدى الحالتين الآتيتين :

١- تحقق منفعة أو فائدة أو مصلحة مادية أو معنوية لأي شخص من المنصوص عليهم في المادة السابقة من خلال قيامه أو امتناعه عن أي عمل (...)".

والنصين المتقدمين بتشريعهما المسؤولية الجنائية للشخص الخاضع أيا كان عن أعمال أو أفعال لزوجاته أو أقربائه حتى الدرجة الرابعة أي حتى ( أولاد عمه) وكذلك في حالة تحقق مصلحة أو فائدة مادية أو معنوية لأي من الاشخاص المشار إليهم في المادة (٣) من خلال قيام الموظف بعمل أو امتناعه عن عمل، فقد أقام النص مسؤولية مفترضة للشخص الخاضع عن أعمال وأفعال يستحيل أن يعلم عنها، فأقام بذلك مسؤولية الخاضع عن أمور مفترضة بحقه وعن أعمال وافعال ومنافع تتحقق أو

أركان
للإستشارات القانونية
Arkan Legal Consultants

قد تكون تتحقق أو سوف تتحقق دون عمله وإرادته وبما يخالف مبدأ شخصية المسؤولية الجزائية.

كما وأن إتيان العمل أو الامتناع عن العمل جرّمه قانون تعارض المصالح دون ان يشترط قصداً جنائياً، بأن يكون الهدف من الفعل أو الإمتناع تحقيق الفائدة لأي من الأشخاص المشار إليهم بالمادة (٣). كما توسع النص في التجريم والعقاب ليمتد بهذه الفائدة أو المنفعة أو المصلحة للأشخاص المذكورين الذين كانت تربطهم بالخاضع مصلحة مادية أو معنوية خلا سنتين سابقتين على العمل بالقانون ، بحكم عام يسري على عمومه ومطلق يجري على إطلاقه ، فيشمل كل الاشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الذين كانت تربطه بهم مصلحة مادية أو معنوية كان يكون كان يعمل لديهم ثم انتهت علاقة العمل ، فإن القانون يعتبره مرتكباً لجريمة تعارض مصالح إذا كان قد اتخذ قراراً افاد منه أولئك الأشخاص حتى ولو كانت الإفادة تشمل عدداً من الأشخاص الاعتبارية أو أشخاصاً طبيعيين آخرين حتى لو كانت المصلحة التي عادت عليهم مشروعة ، وهو ما يعد إخلالاً جسيماً بمبدأ المسؤولية الشخصية دستورياً .

**رابعاً: اعتداء القانون على حق الملكية ورأس المال وحرية العمل وتعارضه بصوره مع قوانين أخرى سارية في الدولة:**

حيث تنص المادة (١٦) من الدستور على أن: "*الملكية ورأس المال والعمل مقومات أساسية لكيان الدولة الاجتماعي وللثروة الوطنية وهي جميعاً حقوق فردية ذات وظيفة اجتماعية ينظرها القانون*".

كما نصت المادة (١٨) على أن "*الملكية الخاصة مصونة، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الاحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه وبشرط تعويضه عنها تعويضاً عادلاً ....*".

وإذ نصت المادة (٤) من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ المطعون فيه على أن "*مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٢٢) من القانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٦ المشار إليه، يكون الخاضع في حالة تعارض مصالح تشكل جريمة فساد في إحدى الحالتين الآتيتين:*

*١- تحقق منفعة أو فائدة أو مصلحة مادية أو معنوية له أو لأي شخص من المنصوص عليهم في المادة السابقة من خلال قيامه أو امتناعه عن أي عمل من أعمال الوظيفة التي يشغلها منفرداً أو بالاشتراك مع آخرين.*

*٢- امتلاكه أي حصة أو نسبة من عمل في اي نشاط له تعاملات مالية مع جهة عمله*".

ونصت المادة (٥) على أن: "في حالة قيام أحدى حالات تعارض المصالح على الخاضع الإفصاح عن هذه الحالة وفقاً للضوابط المبينة في هذا القانون وله في ذلك إزالة هذا التعارض إما بالتنازل عن المصلحة أو ترك المنصب أو ترك الوظيفة العامة، وفي كل الأحوال عليه اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للحيلولة دون وقع ضرر للمصلحة العامة".

ونصت المادة (٨) على أن "لا يجوز للخاضع أو أبنائه القصر أو زوجه أو من هم في ولايته أو وصايته أو من يكون قيماً عليهم أن يكون لأحدهم حصة في أي شركة أو مؤسسة أو عمل أو نشاط يهدف إلى الربح ويتصل بأعمال وظيفته دون الإفصاح عن ذلك".

ونصت المادة (٩) على أنه: "يحظر على الخاضع القيام بدور الوسيط أو الوكيل أو الكفيل أو الاستشاري لأي شركة أو مؤسسة خاصة يتصل نشاطها بجهة عمله".

وقد عرفت المادة (٢) من القانون الخاضع له بأنهم: "الموظفون في الحكومة والهيئات والمؤسسات العامة ومن في حكم الموظف العام المنصوص عليهم في المادة (٤٣) من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ المعدل لقانون الجزاء أو من تسري عليهم أحكام القانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٦ المشار إليه".

**<u>إن المواد المذكورة أعلاه قد خالفت نصوص الدستور المتقدمة من عدة نواحي على النحو التالي:</u>**

أركان للاستشارات القانونية
Arkan Legal Consultancy

**أولاً** : المادة (٤) جرمت مجرد ملكية الموظف أو الخاضع على عموم القطاع للتعريف الوارد في المادة (٢) منه – لحصة أو سهم أو أي ملكية في نشاط اقتصادي – مثل الشركة المساهمة وغيرها – في حين أن موظفي الدولة والمواطنين على وجه العموم يمتلكون في معظم الشركات المساهمة أسهماً وزعتها الدولة عليهم، كما وأن ملكية الأسهم قد تأتي عن طريق سوق الأوراق المالية – وقد لا يعلم الخاضع أن الشركة التي تملك عدة أسهم فيها لها تعاملات مالية مع الجهة التي يعمل بها وربما تعاقدات لا شأن لها بها – إذ النص يجرم حالة مجردة لا ترتبط بعمل أو امتناع عن عمل على النحو الوارد في المادة ( ٢/٤ ) من القانون وهو ما قد يدخل جميع المواطنين أو الموظفين أو غيرهم من الخاضعين تحت طائلة العقاب، إذ في دولة تسعى إلى وضع قدميها على طريق الدول الرأسمالية والصناعية المالية الكبرى ولتكون مركزاً مالياً عالمياً، يستحيل أن تقيد حرية المواطن ( موظفاً أو قاضياً أو خبيراً أو محكماً، على النحو الواسع الذي حدده القانون، في امتلاك أسهم أو المتاجرة في الأسهم عن طريق سوق الأوراق المالية أو عن طريق وسطاء، وما أكثر الشركات المساهمة التي تنفذ مشاريع لصالح الدولة ولها معاملات مالية معها عن طريق المناقصات أو المزايدات أو التوريدات العامة أو شراء المؤسسات المالية الحكومية للأسهم والمتاجرة فيها، ولم تجر المادة أن يعلم الشخص عن المعاملات المالية والاقتصادية للفئات التي حددها نص المادة ( ٣ ، ٤ ) من القانون ، فصل عضو الجهاز المركزي للمناقصات عليه أن يمحص عقد تأسيس كل الشركات التي تتقدم

للمناقصات وكذلك أسماء المساهمين في الشركات المساهمة التي تتقدم للمناقصات ليعلم هل يوجد منهم أحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة أم لا؟

وهو ما وسّع من نطاق دائرة التجريم لمجرد حالة لا ترتبط بجريمة أو فائدة مالية، وهو ما يلقي بتبعات على الخاضع قبل ممارسة حقه الدستوري في العمل أو التجارة رغم أن تلك الحقوق كفلها له الدستور.

وقد نظمت القوانين المختلفة تلك المحظورات على الموظف العام في قانون الخدمة المدنية وعلى نحو منضبط، مع استثناءات محددة أجازت فيها للموظف ممارسة أعمال التجارة والوكالة مراعية في ذلك الطبيعة العائلية للمجتمع الكويتي، وهي المحظورات الواردة في المادتين ٢٥ ، ٢٦ من المرسوم بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الخدمة المدنية. إلا أن القانون ٢٠١٨/١٣ المطعون فيه قد ألغى جميع الاستثناءات، وبذلك فإن من يملك سهماً أو أكثر من الخاضعين للقانون ٢٠١٨/١٣ في شركة مساهمة لها معاملات مالية مع الدولة، يكون في حالة تعارض مصالح، يجرمها قانون حظر تعارض المصالح ويعاقب عليها بعقوبة تصل إلى الحبس المؤبد أو المؤقت إذا لم يفصح عما يملكه من أسهم في هذه الشركات ولم يبادر إلى التصرف في أسهمه لإزالة هذا التعارض أو لم يقم باعتزال الوظيفة وعمله مصدر الرزق والدخل الرئيسي له، ولو لم تكن له صلة بهذه المعاملات المالية، ودون بيان مهلة للخاضع لاتخاذ الإجراءات حيث يعد مذنباً بمجرد تحقق الحالة، وهو ما يمثل اعتداء على حقوق دستورية كفلها الدستور وهي حق الملكية وحق العمل.

أركان للاستشارات القانونية
Arkan Legal Consultants

ولا سند لما نصت عليه اللائحة التنفيذية في المادة (٨) منه من منح جهة تلقي إقرار الإفصاح الحق في حفظ الموضوع إذ أن ذلك يتجاوز حدود التفويض الوارد بالقانون لواضع اللائحة إذ قرر القانون في المادة (٦) أن تحدد اللائحة التنفيذية الجهة المنوط بها تلقي الإفصاح من الخاضع وتحديد طرق الإفصاح ووسيلته وتوقيته وكذا إجراءات تقديمه مع مراعاة سهولة هذه الإجراءات والحفاظ على سرية محتواه، ومن ثم فلا اختصاص لواضع اللائحة في شأن بيان حالات حفظ الشكوى .

**ثانياً: اخضاع القضاة للقانون**: ولئن كان القانون ٣١ لسنة ١٩٧٠ قد حرص عندما اختص الموظف العام بجريمتي الرشوة واستغلال النفوذ المقترن برشوة، على أن يتوسع في تعريف الموظف العام، ليشمل فئات كثيرة ما كان سيشملها تعريف الموظف العام ليعتبرها في حكم الموظف العام، ومن هذه الفئات رجال القضاء والنيابة العامة، فإن الصياغة الفنية المتعجلة المتسرعة لقانون حظر التعارض لم تراع الفارق الكبير بين هذا الحظر وبين جرائم الرشوة.

فقد أحلت تعريف القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ في غير محله وأوردته في غير مورده، عندما أصبح القضاة خاضعين للأحكام الواردة في هذا القانون، **مع تجريم ما يقع منهم في حالة من حالات التعارض الواردة فيه، وهي حالات لا ترتبط بأفعال، مثل امتلاك القاضي سهماً في بنك أو شركة لها معاملات مالية مع الدولة، بالإضافة إلى غير ذلك من حالات وردت في قانون حظر التعارض وعاقب عليها.**

أركان للاستشارات القانونية
Arkan Legal Consultants

ولعل فكرة تعارض المصالح في النظام القضائي في العالم كله هي الأسبق تاريخياً والأكثر رسوخاً وتشدداً من الفكرة المعاصرة لتعارض المصالح بالنسبة إلى الموظف العام، فكان ينبغي على قانون حظر التعارض أن ينأى بتنظيمه عنها، فالقضاء وإن كان ميزان العدل إلا أن رجل القضاء يخضع لقواعد صارمة تمنع القاضي من سماع الدعوى، وتجعله غير صالح لنظرها في حالات تنص عليها الأنظمة القضائية، وتجيز للخصم رد القاضي في حالات أخرى حددتها، كما تجيز للقاضي إذا استشعر الحرج في غير ذلك من حالات أو يطلب من المحكمة في غرفة المشورة أو من رئيس المحكمة إقراره على تنحيه عن نظر الدعوى.

ولئن كانت للقضاء حصانة قضائية إجرائية لعلو الوظيفة وسمو مكانتها فاختص رجال القضاء بأحكام تحفظ لهم مكانتهم الاجتماعية والوظيفية، فلا يجوز في غير حالات الجرم المشهود اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق أو القبض أو رفع الدعوى الجزائية على القاضي أو عضو النيابة العامة في جناية أو جنحة إلا بإذن من المجلس الأعلى للقضاء بناء على طلب النائب العام، كما اختص المجلس بالنظر في حبس القاضي أو عضو النيابة العامة وتجديد حبسه أو أن يأمر باتخاذ إجراء آخر.

إلا أن هذه الحصانة القضائية الإجرائية لا تعصمهم من المحاسبة والمساءلة الجزائية عن أي جريمة من الجرائم التي يقترفها أحد أفراد السلطة القضائية، فالأحكام الشرعية في أدلتها الكلية وقواعدها الأصولية تقرر مبدأ المساواة أمام القانون، والذي لا يعرف التفرقة أو التمييز بين الناس، أو بين شريف ووضيع، وقد قال الرسول – صلى الله

أركان
الاستشارات القانونية
Arkan Legal Consultants

عليه وسلم – "*لو أن فاطمة سرقت لقطعت يدها*"، وهو ما جسدته المواد الإ من الدستور تقرر المساواة أمام القانون.

ولم يراع القانون المطعون فيه نصوص من قانون المرافعات المدنية بشأن عدم صلاحية القاضي ورده، ومنها المادة (١٠٢) التي تجعل القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوع من سماعها، ولو لم يرده أحد الخصوم في حالات كثيرة نصت عليها البنود السبعة لهذه المادة.

وأجازت المادة (١٠٤) رد القاضي في حالات أخرى كثيرة حفلت بها بنودها الخمسة، وأوجبت عليه المادة (١٠٥) التنحي عن نظر القضية، ولو لم يرده الخصوم في حالات أخرى، وأجازت للقاضي ولو كان صالحاً لنظر الدعوى ولم يقم به بسبب من أسباب الرد أن يتنحى عن نظر الدعوى إذا استشعر الحرج.

وقد كانت هذه النصوص تحت نظر المشرع في قانون حظر تعارض المصالح، إلا أنه لم يلتفت إليها عندما أخضع القضاة لأحكامه، وقد كان يمكن أن تكون أسباب عدم الصلاحية وأسباب رد القاضي الواردة في هذا القانون معيناً للمشرع لينهل منها ما يمكن أن يتوافق مع واجبات الموظف العام، في تعريف الإفصاح وفي تعريف حلالات التعارض، التي حفل بها قانون المرافعات، خصوصاً مع ما شاب قانون حظر التعارض في تعريفه لهذين المصطلحين من غموض وإبهام.

وبذلك يكون القانون ٢٠١٨/١٣ قد شابه عيب عدم الدستورية وعلى النحو المبين تفصيلاً بهذه الصحيفة وقد لحقت ذات المثالب الدستورية بلائحته التنفيذية، مما يتعين معه على المحكمة الموقرة القضاء بعدم دستوريته بجميع نصوصه.

**خامساً: عدم دستورية المادة (١٣) من القانون لمخالفاتها للمواد ٣٤، ٥٠، ١٦٣ من الدستور:**

حيث نصت المادة (١٣) من القانون على أنه: "*لا يجوز تطبيق أحكام المادتين ٨١، ٨٢ من قانون الجزاء على من يخالف أحكام هذا القانون إلا إذا بادر برد ما عاد عليه من نفع قبل إقفال باب المرافعة*".

وما تضمنه النص من عدم جواز تطبيق أحكام المادتين ٨١ ، ٨٢ من قانون الجزاء بالنسبة للجرائم المنصوص عليها فيه والخاصة بالتقرير بالامتناع عن النطق بالعقاب، أو الأمر بوقف تنفيذ العقوبة وعلى نحو عام مجرد رغم اختلاف حالات التعارض بين النسبي والمطلق . وتفيد سلطة القاضي بالرد ، دون مراعاة أن الفائدة قد لا تكون عادت على المخاطب أو الخاضع من شأنه تقييد سلطة القاضي في تفريد العقوبة، وتطبيق مبدأ تعميم العقوبة على المتهمين دون إعمال أي اعتبار إلى مناسبتها مع وزن الجريمة وملابساتها والظروف الشخصية للمتهم بارتكابها مما يؤدي إلى غل يد القاضي عن تفريد العقوبة وينطوي على إخلال بنظام التقاضي وبضمانات المحاكمة المنصفة وخضوع الدولة للقانون، كما من شأن ذلك حرمان المتهم من قواعد الرأفة في حقه بالمخالفة للمواد ٣٤ ، ٥٠ ، ١٦٣ من الدستور.

ولقد قضت المحكمة الدستورية الكويتية بعدم دستورية نص مماثل ورد في القانون ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب وذلك بحكمها الصادر في الطعن الدستوري رقم (١) لسنة ٢٠١٨ ( دستوري ) بجلسة ٢٠١٨/١٠/٢٤ حيث قررت المحكمة ما يلي:

" وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك أن النص في المادة (٣٢) من الدستور على أن " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ..... " وفي المادة (٣٣) على أن " العقوبة شخصية ، وفي المادة (٣٤) على أن " المتهم بريئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع ... " ، يدل على أن مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة الذي يخول المشرع بموجب سلطته التقديرية – التي يمارسها وفقاً للدستور – الحق في بيان الجرائم وتحديد العقوبات التي تناسبها ، يفرض عليه – في الوقت ذاته – عدم الإخلال بالضوابط والضمانات الاساسية التي كفلها الدستور ، والتي تمثل ضابطاً لصون الحقوق على اختلافها ، بما لا يفضي إلى نقضها أو الانتقاص منها ، فلا يجوز للمشرع في مجال مباشرة سلطته في تحديد العقوبة أن ينال من الحد الأدنى لحق المتهم في محاكمة قانونية منصفة يطمئن من خلالها إلى توافر الضمانات المقررة له بالدستور، ومنها شخصية العقوبة وتناسبها مع الجريمة وارتباطها بشخص الجاني ونيته والضرر الناجم عنها، حتى يرد الجزاء موافقاً لما قارفه .

وحيث إن العقوبة التي يحددها المشرع في شأن جريمة معينة حدد أركانها إنما يرتبط تقديرها بعوامل موضوعية تتصل بالجريمة في ذاتها وبعناصر شخصية تعود إلى مرتكبها، وكان تقدير هذه العناصر جميعها أمر يتولاه القاضي بمقتضى سلطته في مجال تفريد العقوبة، فالأصل في العقوبة هو تفريدها لا تعميمها، ولذا فإن تقرير الخروج عن هذا الأصل – أياً كانت الأغراض التي يتوخاها المشرع من ذلك – مؤداه التسليم بأن ظروف الجناة قد تماثلت بما تقتضي توحيد العقوبة التي توقع

أركان للاستشارات القانونية
Arkan Legal Consultants

على كل منهم، وهو الأمر الذي تفقد معه العقوبة في غير ضرورة تليها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها. وإذا كانت مشروعية العقوبة من الناحية الدستورية أن يباشر كل قاض سلطته في مجال التدرج بها وتجزئتها والتقرير بالامتناع عن النطق بها أو الأمر بوقف تنفيذها في الحدود المقررة قانوناً، فإن حجب القاضي عن ممارسة هذه السلطة التقديرية وحرمانه من مباشرة حقه في هذا الشأن ، هو افتئات على عمل السلطة القضائية ، واعتداء على استقلالها ، وتعطيلاً لدورها ، من شأنه أن يخل بالحقوق المرتبطة بالوظيفة القضائية ويعد انتهاكاً لمبدأ فصل السلطات المنصوص عليه في الدستور، ذلك أن السلطة التقديرية التي يباشرها القاضي في مجال تفريد العقوبة لا تقتصر – فحسب – على مجرد حقه في اختيار العقوبة المناسبة بين حديها الأقصى والأدنى أما بعقوبة الحبس مدة لا تجاوز سنة وبغرامة لا تقل عن نصف قيمة الأموال محل الجريمة ولا تجاوز كامل قيمتها أو بإحدى هاتين العقوبتين طبقاً للمادة (٣٧) من القانون رقم (١٠٦) لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب ، أو استعمال الرأفة في حق المتهم بالنزول بعقوبة الحبس إلى ثلث الحد الأقصى المقرر للجريمة طبقاً للمادة (٣٨) من قانون الجزاء ، بل يتعين أيضاً أن تشمل لزوماً حقه في التقرير بالامتناع عن النطق بالعقاب أو الامر بوقف تنفيذ العقوبة ، مراعاة لظروف الجريمة وملابساتها وسمات الجاني الشخصية .

وحيث إنه لما تقدم ، وكان النص المطعون فيه قد منع القاضي من استعمال سلطته التقديرية في التقرير بالامتناع عن النطق بالعقاب أو الأمر بوقف تنفيذ

العقوبة، فإنه يكون بذلك قد أهدر جوهر الوظيفة القضائية في شأن الخصومة محل الدعوى الجزائية بحرمان القاضي من تقدير العقوبة التي تناسبها، فيكون النص على ما سلف قد أخل بنظام التقاضي، وأهدر ضوابط المحاكمة المنصفة للمتهم في مجال فرض العقوبة، كما يمثل هذا الأمر تدخلاً محظوراً من السلطة التشريعية في شؤون القضاء واستقلاله، مما يصم ذلك النص بعيب مخالفته لأحكام المواد (٣٤) و (٥٠) و (١٦٣) من الدستور، ومن ثم فقد حق القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه وذلك فيما تضمنه من عدم جواز تطبيق أحكام المادتين (٨١) و (٨٢) من قانون الجزاء في شأن الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم (١٠٦) لسنة ٢٠١٣ في شأن غسل الأموال وتمويل الإرهاب".

## بنـــاء عليـــه

أنا مندوب الإعلان سالف الذكر قد انتقلت إلى حيث المعلن إليهم وأعلنتهم بهذه الصحيفة وسلمت كل منهم نسخة منها، وكلفتهم للحضور أمام المحكمة الدستورية – بالجلسة التي ستعقد يوم ..... الموافق / /٢٠١٨ لسماع الحكم :

**أولاً** : بقبول الطعن المباشر الماثل شكلاً.

**ثانيـــاً** : وفي موضوعه: القضاء بعدم دستورية القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٨ الصادر في شأن حظر تعارض المصالح ولائحته التنفيذية الصادرة بالمرسوم ٢٩٦ لسنة ٢٠١٨ واعتبارهما كأن لم يكن مع ما يترتب على ذلك من آثار.

ولأجل العلم ،،،،