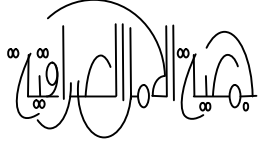


# المؤتمر المدني للوحدة الوطنية

بغداد في 24 آذار 2007



Iraqi Al-Amal Association



## خبراء الفقه الإسلامي وعضوية المحكمة الاتحادية العليا

هادي عزيز علي

أن الحاجة إلى وجود جهة قضائية تأخذ على عاتقها النظر في موضوع دستورية القوانين امر في غاية الأهمية، لما يتمتع به القضاء من استقلال وحياد ، بعيداً عن -هوى و آراء السياسيين ، لذا فقد عمدت معظم الدول إلى تشكيل محاكم دستورية، واختارت لها أفضل القضاة علماً وسلوكاً ، لكي يفصلوا في موضوع دستورية القوانين ، لكون القضاء هو الجهة الوحيدة المؤهلة مهنيّاً للفصل في الموضوع المذكور.

وقد نص الدستور الجديد على تشكيل المحكمة الاتحادية العليا بموجب أحكام المادة (92) منه على:-

( تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون يحدد عددهم وتنظم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية اعضاء مجلس النواب). وفي هذا النص أشكال عدة لعل أهمها الخلط بين المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري من جهة الصلاحيات ، اما الاشكال الثاني موضوع مقالنا هذا، فهو موضوع عضوية خبير الفقه الإسلامي ، فهل ان هذه العضوية تعطيه حق التصويت، ام ان رأيه ينحصر في الخبرة الواردة في النص ، لقناعتنا ان للقضاء والخبير وظيفتين مختلفتين تماماً ، خلافاً للأصوات - التي تشتم منها رائحة السياسة - التي تقول ان لخبير الفقه الإسلامي صوت حاله حال القاضي في المحكمة المذكورة . ولغرض الوقوف على الجانب القانوني لهذا الموضوع لابد من إلقاء الضوء على المقصود بالخبرة، ليتسنى لنا الوقوف على رأي المشرع في هذا الموضوع.

عرفت الدول نوعين من الرقابة على دستورية القوانين هما الرقابة السياسية والرقابة القضائية ، ولكل واحدة منهما أهدافه وأسبابه، وطريقة تشكيل الهيئة الرقابية، ولنأتي على بيان وجيز لكل واحد منهما :-

1- الرقابة السياسية: التي يطلق عليها الرقابة اللا قضائية، حيث عمدت بعض الدساتير إلى تشكيل هيئة سياسية، مهمتها التحقق من مدى مطابقة مشاريع القوانين للدستور ، أي ان مهمتها تنحصر في مراجعة مشاريع القوانين ( ما دام مشروعاً )، وقبل وصوله إلى السلطة التشريعية ، لذا فهي رقابة وقائية لدرء لا دستورية مشاريع القوانين . ولعل النموذج الذي يعبر عن هذه الحالة والأكثر تداولاً هو النموذج الفرنسي الذي يسمى بـ ( المجلس الدستوري )، الذي أخذ على عاتقه تلك المهمة، اضافة إلى مهام اخرى ، كالأشراف على صحة الانتخابات الخاصة برئيس الجمهورية، وصحة عمليات الاستفتاء وعلان نتائجها، وتقديم المشورة إلى رئيس الجمهورية، ويتشكل هذا المجلس من عدة أعضاء بضمنهم بعض رؤساء الجمهورية السابقين.

2- الرقابة القضائية: تجري الرقابة القضائية على دستورية القوانين بطريقتين، الأولى يسمى رقابة الالغاء، وهي الرقابة القضائية بطريقة الدعوى المباشرة، والثاني يسمى الدفع بعدم الدستورية :

أ- خولت دساتير بعض الدول الأفراد ، أو بعض الهيئات المرتبطة بالدولة ، الحق بالطعن بعدم دستورية قانون ما ، عن طريق اقامة دعوى مباشرة أمام القضاء . وقد وصفت هذه الدعوى بكونها دعوى موضوعية، وليست دعوى شخصية، لأن الدعوى هنا تخص القانون المخالف للدستور.

ب- رقابة الامتناع ( الدفع بعدم الدستورية ) : وهذه الطريقة تفترض وجود دعوى معروضة أمام القضاء - مهما كان نوع الدعوى - فيدفع الخصم إلى القول بأن خصمه قد أسس دعواه على قانون يتعارض مع أحكام الدستور. فتلجأ المحكمة والحالة هذه إلى تدقيق الدفع، فإن اقتنعت بصحته ووجدت ان القانون موضوع الدعوى يخالف الدستور ، فلها - أي المحكمة - ان تمتنع عن تطبيق ذلك القانون لعدم دستوريته ، والامتناع هنا يأتي حصراً على هذه الدعوى ، ولا يتعداها إلى دعاوى المماثلة التي لم يطعن فيها بعدم الدستورية.

هذه المقدمة البسيطة التي تحدد موقع القاضي من موضوع عدم دستورية القوانين ، كما انها تحدد موقع السياسي من الموضوع ذاته، وهي وسيلة سهلة لإدراك الفرق بين القاضي وسواه من الاشخاص الآخرين.

ولنأت الآن في معرفة المقصود بالخبراء الوارد ذكرهم في النص الدستوري ، محاولين تلمس معرفة

المقصود بالخبرة، لغةً وفقهاً وقانوناً ، وعلى الوجه الآتي:-

أولاً-

### الخبرة لغةً:

يقال، خبرت الامر أي علمته، اذن عرفته على حقيقته ( لسان العرب لابن منظور المجلد الرابع ). وخبر الشيء - علمه عن تجربة ( المنجد ص162). وقد ورد في القرآن الكريم ( فسئل به خبيراً) الفرقان 59 ، وفي تفسير ذلك فعناه فأسأل به أيها الانسان عارفاً يخبرك بالحق في صفته ( تفسير البيان للطوسي مجلد 7 ص 443).

### الخبرة فقهاً:

نقرأ في كتب الفقه والقضاء وعلى مر العصور الإسلامية ، ان القاضي يتخذ من أهل العلم والفضل جماعة يشاورهم في المعروض أمامه من نزاعات ، وماهية الحكم الشرعي المناسب ، وهذه المشورة امر مطلوب في عمل القاضي - وان كان عالماً- . وقد جرت المشورة لأهل الخبرة منذ عهد الخلفاء الراشدين ، ثم القضاة من بعدهم ، فقد كان سعيد بن ابراهيم قاضي المدينة يجلس بين القاسم وسالم وهما من فقهاء المدينة يشاورهما<sup>1</sup> . اما كتاب القضاء للقاضي شهاب الدين المعروف بأبن ابي الدم فقد جاء فيه تحت عنوان مشورة القاضي للعلماء: ( ينبغي ان يرتب مع علماء الفريقين الحضور في مجلس حكمه لمشاورتهم في المشكلات ومناظرتهم في المجتهادات)<sup>2</sup> . وقد جاء في كتاب شرح ادب القاضي - للخصاف - وهو يتكلم عن مجلس أهل الشورى في القضاء : ( واذا أراد ان يجلس معه قوماً من أهل الفقه والامانة اجلسهم قريباً منه ... لأن أهل الفقه انما يجلسون مع القاضي لأجل المشورة )<sup>3</sup> . وقال الطوسي : ( وفي الناس من أجاز ان يكون القاضي عامياً ويستفتي العلماء ويقضي به )<sup>4</sup> . اما السرخسي فقد قال في مبسوطه : ( فالمراد المشورة على سبيل الندب دون الحتم )<sup>5</sup> . ولا يغيب عن البال ان القيافة هي خبرة لأتبات النسب في الإسلام.

## الخبرة قانوناً:

لقد تناول شرح القانون موضوع الخبرة بتفصيل واسهاب ، ووضعا لها الأسس والشروط والأسباب الواجب تحققها فيها. فقد قالوا: (ان الخبرة تدبير حقيقي واستشارة فنية يستعين بها القاضي ، بغية الوصول إلى معرفة علمية أو فنية تتعلق بالواقعة المعروضة عليه، تنير الطريق أمامه ليبنى حكمة على أساس سليم<sup>6</sup> . اما القانون فقد قال ( تتناول الخبرة الأمور العلمية والفنية وغيرها من الأمور اللازمة للفصل في الدعوى دون المسائل القانونية) ( المادة 123) من قانون الاثبات . وهنا يجب التوقف بحزم بأن حدود الخبير تقف عند حدود المسألة القانونية، ولا يحق له ان يتعدى خطها ، لأن مسألة القانون شأن من شؤون القاضي. اما المادة (140) من قانون الاثبات المذكور فقد قالت، ان للمحكمة أن تتخذ من تقرير الخبير سبباً للحكم وهذا اولاً ، إلا ان الفقرة ثانياً من المادة ذاتها تقول: ان رأي الخبير لا يقيد المحكمة، وعليها إذا قضت بخلافه أن تضمن حكمها الأسباب التي أوجبت عدم الأخذ برأي الخبير كلاً أو بعضاً.

في هذا الاستعراض البسيط نأمل ان نكون قد وفقنا لاعطاء صورة عن معنى الخبرة والخبراء.

ثانياً :-

## القضاء:

لغةً يعني الأُزام ، لأنه يلزم الناس بالأحكام. ويعني أيضاً الأمر لقوله تعالى ( وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه ). والقضاء اصطلاحاً يراد به فصل الخصومات. اما الشروط الواجب توفرها بالشخص لكي يكون قاضياً فقد أغنتها كتب الفقه بحثاً ودراسةً، مستندين على آيات الكتاب الحكيم وسنة النبي ، التي اوجبت فيمن يكون قاضياً أن يكون مسلماً عادلاً، سليم الحواس ، العلم بالأحكام الشرعية وغيرها. اما القاضي في الوقت الحاضر ، فهو الشخص الذي تم اعداده مهنيّاً لكي يتولى منصب القضاء ، بحيث ان تأهيله المهني يمكنه من ( فن الحكم )، أي فن القضاء، وهي المكنة التي تؤهله للفصل بالدعوى بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون ، وصولاً إلى الحكم العادل ، بعد مروره بالمراحل التي تتطلبها الدعوى. ولعل الاستقلال والحياد هما أهم صفتين اكتسبهما القاضي خلال فترة الاعداد ، مما يجعله بعيداً عن تدخل السلطات الأخرى، وبعيداً كذلك عن الميل إلى الجانب السياسي ، او الديني او الاثني، او

الطائفي أو العشائري أو المناطقي، الأمر الذي لا نجده في الأشخاص الأخرى من غير القضاة. وقد أولى الدستور هذا الجانب فقد نصت المادة (88) منه على: ( القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم بغير القانون، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في شؤون القضاء او شؤون العدالة).

ان التكوين القانوني لرجال القضاء - فضلاً عن التخصص في المجال الدستوري والقانوني - يؤهلهم للرقابة على دستورية القوانين، الامر الذي لا يتوفر في الأشخاص والهيئات غير القضائية او المختلطة. والقاضي هنا إنما يمارس وظيفة قضائية، وأن اشراك الغير معه - غير المؤهل قضائياً - ينال من مهمة القضاء، ويجعل استقلال القضاء معيباً من الوجهة القانونية، ومخالفاً للقاعدة الدستوية التي جاءت بها أحكام المادة (87) في الدستور التي تقول: (السلطة القضائية مستقلة تتولاها المحاكم، على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفق القانون).

### ثالثاً:

ان عمل المحكمة الاتحادية العليا - وسواها من المحاكم الدستورية في العالم - هو عمل قضائي بحت ويستمد هذا المبدأ أساسه من الدستور ذاته عندما قال : ( المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية). ويعني ذلك أن تفسير نصوص الدستور - تلك المهمة الشاقة التي تجعل من قرار التفسير قوة النص الدستوري - هو أيضاً عمل قضائي . والفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات عمل قضائي . كما ان الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء والوزراء عمل قضائي. اضافة إلى كافة الصلاحيات التي خول فيها الدستور المحكمة الاتحادية العليا موضوع المادة (93) منه هي أعمال قضائية لا يمكن الفصل فيها إلا من قبل قاضٍ مؤهل لهذا العمل ، ومحكمة ينحصر عملها في تطبيق القانون وقول كلمة العدالة . ولما كان الامر كذلك فليس لغير القضاة الصلاحية لممارسة عمل خارج عن اختصاصهم. وان الخبراء والحالة هذه غير مؤهلين من الوجهة المهنية للفصل قضاء، لأن تأهيلهم انحصر في مجال الخبرة حصراً. وان لوي عنق الحقائق

واعطائهم صلاحية الفصل يؤدي إلى هز النظام القانوني للبلد ، ويخرج القضاء عن استقلاله. ويزلزل القواعد الدستورية والقواعد القانونية المستقر على فهمها دولياً.

لقد تابعنا ومنذ الأيام الأولى مشروع الدستور والنقاشات التي اثيرت بصدده ، ومشروع المادة (92) بالذات، فإن المقترح أنذاك يرمي إلى تشكيل محكمتين الأولى تسمى المحكمة الدستورية، وهي ذات مهام تشبه مهام المجلس الدستوري، والثانية محكمة اتحادية قريبة إلى الوصف الموجود حالياً. وقد كان للمقترح بين مؤيد ومعارض له ، الا ان الغلبة كانت لأصحاب الاعتراض ، حيث خرج النص الحالي بشكله غير المتوازن وفق مبدأ التوافق ليرضي الطرفين، ولكي يكون لأصحاب مقترح المجلس الدستوري موقع في المحكمة الاتحادية ، الامر الذي كنا نحذر من دخول السياسة إلى هذا الصرح القضائي المعول عليه.

مما تقدم يمكن ان نخرج بالاستنتاجات التالية :-

أ- ان الخبرة والخبراء وحسب المفهوم اللغوي والفقهي والقانوني هو عمل استشاري ولا يتعدى المشورة مطلقاً ، وان القول بخلاف ذلك يخرج الخبرة عن وصفها القانوني.

ب- ان المحكمة ملزمة بالأخذ برأي الخبير إذا وجدته صالحاً ، ويصلح أن يكون سبباً للحكم ، وبعكسه فلها اهداره مع التسبب.

ج- ان الوصف القانوني لعمل القاضي يختلف تماماً عن الوصف القانوني لعمل الخبير ، لاختلاف التكوين والأسباب والشروط ، ولما كان عمل القاضي المهني هو الفصل في النزاع، فإن الخبير لا ولأية له على عمل القضاء.

د - ان عمل المحكمة الاتحادية هو عمل قضائي، وحيث انه كذلك، فلا مساغ قانوني للكلام عن غير القضاة للقيام بالعمل القضائي، وذلك لكون الخبرة والخبراء تدرج تحت مفهوم (أعوان القاضي).

هـ - مما تقدم ومع الاقرار بأن خبراء الفقه الإسلامي هم أعضاء في المحكمة الاتحادية لهم ما للقضاة من ميزات وظيفية، الا أنهم غير مخولين بحق التصويت على قرارات المحكمة الاتحادية، لأن الدستور وضعهم موضع الخبير الذي ليس له سوى ابداء المشورة.

هادي عزيز علي

[hadiazizali@yahoo.com](mailto:hadiazizali@yahoo.com)

- 1 د. عبد الكريم زيدان – نظام القضاء في ص 25.
- 2 ادب القاضي للقاضي شهاب الدين معروف بأبن ابي الدم . تحقيق د. محي هلال السرحان جراس 237.
- 3 شرح ادب القاضي - حسام الدين عمر بن عبد العزيز النجاري . تحقيق د. محي هلال السرحان ص 317.
- 4 المبسوط للطوسي ج 8 ص 81.
- 5 د. عصمت عبد المجيد ، الوجيز في شرح قانون الاثبات ص 331.
- 6 د. عصمت عبد المجيد ، الوجيز في شرح قانون الاثبات ص 331.