القولُ الفصلُ في دورِ خبراءِ الفقهِ الإسلاميِ وفقهاءِ القانونِ في المحكمةِ الاتحاديةِ العليا

- دراسةٌ دستوريةٌ تأصيليةٌ معززةٌ بتجارب المحاكم الدستورية في العالم -

سلسلةٌ من أقسامٍ خمسةٍ

القسم الأول

التفسير الدستوري لإطلاق اسم (المحكمة) على المحكمة الاتحادية العليا

الجزء الأول (١-٣)

د. حسن الياسري

بغداد

٩ نيسان ٢٠٢١

ملحوظاتٌ مهمةٌ :

1. عزيزي القارئ قبل أنْ تشرعَ بالقراءة أودُّ التنويه بأنَّ الدراسة قد يكون فيها شيءٌ من التخصُّص في بعض مناحيها.وهي تلتزمُ المنهج

العلمي في بيان الرأي المدعم بالأدلة.فلقد استعرضت الدراسة -لأول مرةٍ في هذا الباب- لأربعٍ وعشرين تجربةً دستوريةً للمحاكم الدستورية في دول العالم المختلفة، وثلاث تجارب دولية للمجالس الدستورية ، من أوربا والأمريكيتين وآسيا ؛ ما يعني أنَّ مناقشة الدراسة والردَّ عليها ينبغي أن يكون بالكيفية ذاتها ؛ وعليه فالحديثُ المرسل وغير المدعم بالأسانيد الدستورية لن يُقبل في الرد.

2. إنَّ الدراسة عبارةٌ عن سلسلةٍ متواصلةٍ من أقسامٍ خمسةٍ، وبأجزاءٍ متعددةٍ ،قد فرقناها للتيسير على القارئ ، وهي مترابطةٌ مع بعضها البعض ؛ لذا لا يمكن بناء الرأي على ما ورد فيها إلا بتكملة أقسامها جميعاً.

3. إنَّ الغرض الرئيس من الدراسة يكمن في بيان الحقيقة التي جاء بها الدستور،ووضْعِها بخدمة الرأي العام وأصحاب الشأن ؛ لمساعدتهم في تبنِّي الحل الأمثل الذي يتفق مع التجارب الدولية التي سبقتنا.وليس غرضنا الميل لهذا الطرف أو ذاك ، أو تبنِّي هذا الرأي أو ذاك.

تمهيد :

لم أشأ الحديث عن الموضوع طيلة المدة المنصرمة،ولكن التشويش الذي حصل وطلب بعض الإخوة قد دفعنا إلى توضيح بعض الأمور في هذا الشأن ؛ ولا سيما بعد انتهاء الفورة التي صاحبت الموضوع ، وإخفاق البرلمان في سنِّ قانون المحكمة الاتحادية العليا ،بالصورة التي أرادها الدستور،للمرة الرابعة تواليا ً ،كما أخفق من قبلُ في دوراته البرلمانية المنصرمة.

وكما جرت العادة سابقاً، لم يبقَ أحدٌ من - غير المتخصِّصين- إلا وتحدث في الموضوع ، بلا هدىً ولا كتابٍ منير ؛ الأمر الذي تسبَّب في تشويش الصورة على الرأي العام.

وبادئ ذي بدء لابدَّ من القول إنَّ من حقِّ كل فردٍ أن يعُبّر عن رأيه، فيقبل دخول خبراء الفقه الإسلامي في المحكمة أو لا يقبل ، وهكذا فيما يتعلق بفقهاء القانون ، ما دام الحديث منصبَّاً على الرأي الشخصي. بيد أنَّ الخطأ كل الخطأ أن ينسبَ البعضُ إلى الدستور زوراً ما ليس فيه، مع أنهم من غير المحيطين بالموضوع ؛ ما يفضي إلى عدم وضوح الصورة لدى الرأي العام. فالفرق بين بيان الرأي الشخصي وبين تحميل الدستور هذا الرأي واضحٌ. وهذه هي المشكلة الحالية في العراق، إذ إنَّ البعض يُحمِّلُ الدستور آراءه الشخصية ويسقطها عليه، وكأن آراءه الشخصية هي ما ينبغي أن يكون الدستور عليه.

وعموماً ، إنَّ لجنة صياغة الدستور قد أُرهِقت كثيراً في وقتها -٢٠٠٥- من أجل وضع النصوص المتعلقة بالمحكمة الاتحادية العليا في الدستور (المواد ٩٢-٩٤)، وإنَّ النقاش الدائر حالياً كان قائماً آنذاك ،إلى أن تم الاتفاق نهائياً على أنَّ المحكمة الاتحادية تتألف من عددٍ من القضاة وخبراء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون.

وبإزاء هذا الاتفاق اضطرَّ المفاوض الشيعي إلى تقديم بعض التنازلات للطرف الآخر. فلقد كان المبدأ في كتابة الدستور هو التوافق وعدم كتابة شيء قسراً أو رغماً على الأطراف الأخرى. وبإزاء ذلك اضطرت بعض الأطراف إلى التنازل هنا وهناك من أجل تمرير بعض النصوص. ولعلَّ هذا السبب هو الذي أفضى إلى وجود بعض النصوص التي ينبغي أنْ لا تكون موجودةً من وجهة نظر المتخصِّصين .

ولم يقتصر الأمر في وقتها على اتفاق لجنة كتابة الدستور على كيفية تأليف المحكمة، بل تم الدخول في بعض التفصيلات الدقيقة، مثل عدد الأعضاء وبعض الإجراءات الموضوعية الأخرى، ولكن بسبب ضيق الوقت المُخصَّص للانتهاء من كتابة الدستور، الذي حُدِّد بمدةٍ يسيرةٍ لا تتجاوز ستة أشهر، ولوجود خلافاتٍ حادةٍ بصدد بعض النصوص الأخرى، تم الاتفاق على هذا القدر -الموجود في الدستور حالياً- ، وإرجاء الأمور الأخرى المتعلقة بعدد أعضاء المحكمة وآلية سير العمل فيها إلى القانون.

ـ خبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون دورهم أصيلٌ وليس غير ذلك :

بادئ ذي بدء أجدُ من الضروري إيراد النص الدستوري مثار الاختلاف ؛ ليعلم القارئ عن أي أمرٍ نتحدث.وهذا النص هو المادة (92) من الدستور ،التي نصت على الآتي :

((2- تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عددٍ من القضاة ،وخبراء الفقه الاسلامي ، وفقهاء القانون، يُحدد عددهم ،وتنظم طريقة اختيارهم ،وعمل المحكمة ،بقانونٍ يُسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب)).

إنَّ دور خبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون بمقتضى هذا النص هو دورٌ أصيلٌ ،وإنَّ الفئات الثلاث المذكورة فيه : -القضاة، خبراء الفقه الاسلامي، فقهاءالقانون- كلها فئاتٌ أصيلةٌ،وتقف على قدم المساواة. وبغية سلوك المنهج العلمي في عرض الأدلة المؤيِّدة لهذا القول ،سنتحدث عن هذه الأدلة عبر محورين اثنين : الأول : ونعرض فيه أدلة الرأي الآخر الذاهب إلى أنَّ القضاة هم فقط مَنْ يجب أن يكونوا في المحكمة ، وأنَّ خبراء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون ما هم إلا خبراء فنيّون ومستشارون لا أكثر. والمحور الثاني : ونعرض فيه أدلتنا الداعمة الأخرى ،المستقاة من الدستور والقانون والتجارب الدستورية

الدولية في تكوين المحاكم الدستورية في العالم ؛ لكي يعلم القارئ -بمحصِّلة العرض والمقارنة- وجهَ الحقيقة التي غيَّبها البعض ،جهلاً أو عمداً،ولنصل إلى الرأي السليم ، المنسجم مع الدستور ، والمتفق مع التجارب الدستورية الدولية في هذا المقام. والله ولي التوفيق..

المحور الأول : أدلة رأي الفريق المعارض :

وإذْ ألزمنا أنفسنا بالمنهج العلمي في النقاش، فإننا سنعرض رأي الفريق المعارض، بغية مناقشته مناقشةً علميةً مدعمةً بالأدلة ؛ للوصول إلى الرأي السديد.

إنَّ الرأي الآخر يقول بعدم جواز دخول خبراء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون في توليفة المحكمة، وإنَّ من اللازم أن تقتصر المحكمة على القضاة فقط. وعلى الرغم من أنَّ هذا الفريق

لم يُقدِّم أيَّ دليلٍ علميٍّ فقهيٍّ دستوريٍّ، فإنه لم يجد بُداً سوى الركون إلى حجتين اثنتين :

الأولى : إنَّ الدستور أطلق على الهيئة اسم (المحكمة).

والثانية : إنَّ الدستور أطلق صفة (الخبراء) على ممثلي الفقه الاسلامي.

وسنناقش هاتين الحجتين، اللتين لم أجد أحداً في العالم استند اليهما ما خلا بعض العراقيين، وهو ما ستكتشفه بنفسك -عزيزي القارئ- بعد الانتهاء من هذه الدراسة وعرض التجارب الدستورية الدولية.

الحجَّة الأولى: إطلاق اسم (المحكمة) :

يقول أصحاب هذا الرأي : ما دام الدستور أطلق على الهيئة اسم (المحكمة) ،وعبَّر عنها بأنها هيئةٌ قضائية مستقلة ، فهي إذاً محكمةٌ

يجب أن تضمَّ قضاةً فحسب، ولا يجوز أن يدخل فيها أي فردٍ آخر من غير القضاة .

مناقشة هذه الحجَّة :

إنَّ هذه الحجَّة داحضةٌ، ولا أساس لها، لا من الدستور ولا من القانون.وهي تكشف عن عدم اطلاع قائليها على تجارب المحاكم الدستورية في دول العالم ، فضلاً عن عدم إحاطتهم بالفقه الدستوري. وإليك أدلة ما نقول :

أولاً : الدليل الأول :

لو سلّمنا جدلاً بصحة هذه الحجَّة، فهي تسقط فيما لو قام الدستور بتبنِّي غيرها. إذْ الحاكمية للدستور وحده في هذا الشأن.ومن هذا المنطلق من حق السلطة التأسيسية للدستور أن تصف الهيئة بـ (المحكمة) وتُدخل في عضويتها قانونيِّين أو إداريِّين أو محامين أو وزراء سابقين أو برلمانيين سابقين، ونحو ذلك.

فالدستور هو الذي يؤسِس وله الحاكمية في ذلك ، ولا سلطان عليه. بل من حقِّهِ أن يُدرج نصوصاً تتفق مع تطلعات الشعب حتى وإن خالفت النظام البرلماني أو الرئاسي. والدليل على هذا ما حصل في النظام البرلماني بمقتضى الدستور العراقي الحالي ، فهو ليس نظاماً برلمانياً خالصاً ، بل نظامٌ مُعدَّل -إنْ صحَّ التعبير-. والكلام في هذا الأمر من البديهيات التي لا تحتاج إلى إفاضةٍ.وسيتجلى لاحقاً في هذه الدراسة أنَّ الدساتير تختلف فيما بينها باستعمال بعض المصطلحات ،فدساتير دول المغرب العربي معروفةٌ باستعمال بعض المصطلحات غير التي تستعملها بقية الدول العربية في دساتيرها، والدستور السعودي -النظام الأساسي- له بعض الاستعمالات المختلفة ، وهكذا الدستور الإيراني ..الخ. فمثلاً إنَّ السلطة التنفيذية مصطلحٌ معروف في الدساتير، لكن الدستور اللبناني لم يستعمل هذا المصطلح المتعارف عليه،بل استعمل مصطلح (السلطة الإجرائية).ومجلس

النواب له تسمياتٌ متعددةٌ بحسب الدساتير (مجلس العموم ، المجلس الشعبي، الجمعية الوطنية ، المجلس الوطني..)، وهكذا في تسميات المجلس الثاني (مجلس الشيوخ ، مجلس اللوردات،مجلس الأعيان، مجلس الاتحاد، مجلس المقاطعات..).وأكثر من ذلك كله إنَّ الوزير في أميركا هو (سكرتير)، ورئيس الوزراء هو المصطلح المتعارف عليه بين الدساتير والدول، لكن الدستور الألماني يصفه بـ (المستشار) -المادة 62 من الدستور الألماني لعام 1949-، فما علاقة المستشار برئيس الوزراء ؟!

إنها بكل بساطةٍ لغة المصطلحات أيها السادة، التي تختلف من تجربةٍ لأخرى. ونحو ذلك مما سنعرضه بالتفصيل لاحقاً.

وسنكمل بقية الأدلة في الجزء الثاني من هذا القسم إن شاء الله ..