مجالات رقابة محكمة التمييز على صلاحيات القاضي في تطبيقه للقانون الأجنبي من حيث نفاذه ودستوريته

الباحث/ باسم جاسم عبود كاظم

تحت إشراف

أ.د. عمر لطيف كريم

أستاذ المرافعات المدنية والاثبات المساعد

كلية الحقوق - جامعة تكريت

(ISSN: 2537 - 0758)

مجالات رقابة محكمة التمييز على صلاحيات القاضي في تطبيقه للقانون الأجنبي من حيث نفاذه ودستوريته

الباحث/ باسم جاسم عبود كاظم

الملخص

إن رقابة محكمة التمييز على مجالات تطبيق القاضي للقانون الأجنبي من خلال نفاذ القانون الاجنبي ودستوريته، فالقاضي الوطني عند تطبيقه للقانون الاجنبي لابد له من التحقق من صحة القوانين سواء كانت وطنية أو أجنبية من خلال التحقق من شروط نفاذه وإصداره، فالقاضي عند نظر نزاع مشوب بعنصر أجنبي فلا بد له من التحقق من التنازع الزمني والمكاني للتطبيق القانون ويراد بالتنازع الزماني هي تعاقب قانونين لحكم النزاع المنظور ففي هذه الحالة لابد لنا من بيان تلك الحالات وكذلك الحلول الواجبة الاتباع من قبل القاضي عند النظر في تلك النزاعات.

وكما أن النظر في دستورية القوانين الأجنبية له اهمية بالغة من خلال دراستنا لصلاحية القاضي الوطني في نظر دستورية القوانين الأجنبي وما هي المحكمة المختصة في نظرها والختام توصلنا إلى عددة نتائج وتوصيات.

Summary

The oversight of the Court of Cassation on the areas of the judge's application of foreign law through the enforcement of foreign law and its constitutionality. He must verify the temporal and spatial conflict for the application of the law, and what is meant by the temporal conflict is the succession of two laws to rule the foreseeable dispute.

Just as examining the constitutionality of foreign laws is of great importance, through our study of the authority of the national judge in the view of the constitutionality of foreign laws، and what the competent court is in its consideration, and in conclusion, we reached a number of conclusions and recommendations.

المقدمة

إن رقابة محكمة التمييز على تطبيق القانون الاجنبي قد يكون مستند من خلال رقابتها على قواعد الاسناد الوطنية لدولة القاضي كونها محكمة تراقب المحاكم الادنى

من خلال ما اشارت اليه القواعد القانونية الوطنية فهي تسهر على توحيد الحلول القضائية في الدولة وضمان التطبيق السليم للقانون من قبل القاضي الوطني، فالخطأ في تطبيق قواعد الاسناد الوطنية سواء كان عن طريق عدم اعمالها من قبل القاضي الوطني او تطبيقها بصورة مخالفة يؤدي ذلك الى عدم اعمال القانون الاجنبي بصورة سليمة وصحيحة مما يستوجب الرد من قبل محكمة التمييز.

مثال ذلك عندما تشير قواعد الاسناد الوطنية الى وجوب تطبيق قانون الجنسية للاب في حالات الاحوال الشخصية وكان الشخص مثلا مصري الجنسية فنجد بأن القاضي العراقي طبق القانون العراقي علما بأن القانون المختص حسب قواعد الاسناد الوطنية لدولته هي القانون المصري لذلك يثأر التساؤل حول مدى جواز ذلك؟ وهل يخضع الخطأ في تطبيق القواعد القانونية الوطنية او الاجنبية الى رقابة محكمة التمييز؟ وكذلك لو ان القاضي طبق قانوناً اجنبيا وتبين بأنه مخالف لأحكام الدستور فما هو الاجراء المناسب لحل ذلك الاشكال؟ وعلى اي قانون يتم حله اهو قانون القاضي ام قانون دولة اصداره؟ وهل من اختصاص محكمة التمييز او الموضوع نظر دستورية القوانين؟ كل تلك التساؤلات وغيرها من التي يثيرها موضوع الرقابة سنحاول الاجابة عليه من خلال بيان الآراء الفقيه وموقف التشريعات معززا بالتطبيقات الصادرة عن محاكم الموضوع وكذلك محاكم التمييز قدر تعلق الامر بالدراسة ان وجدت.

كما ان أهمية الدراسة تتجلى من خلال تناولنا رقابة محكمة التمييز على تطبيق القانون الأجنبي بعده من المواضيع ذات الأهمية في وقتنا الحاضر لما يشهدهُ المجتمع من انفتاح من خلال العقود الدولية المشوبة بعنصر أجنبي مما يستوجب دراسة الرقابة القضائية على الخطأ في تطبيق القانون الاجنبي.

وكما ان مشكلة رقابة دستورية القوانين الاجنبية من قبل محكمة التمييز او القاضي الوطني عند نظر النزاع تعارض دستوري فهل للقاضي ان ينظر في دستورية القانون الاجنبي وخاصة ان "الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥" ومن خلال ما اشارات اليه المادة (٩٣) الفقرة (اولاً) اناطت مهمة النظر في دستورية القوانين الى المحكمة الاتحادية العليا.

(ISSN: 2537 - 0758)

وكما تهدف الدراسة الى مناقشة وتحليل النصوص التشريعية والآراء الفقهية والقضائية التي تناولت مجالات رقابة محكمة التمييز على تطبيق القاضي للقانون الاجنبي الذي اشارت اليه قواعد الاسناد الوطنية في القوانين العراقية والمقارنة لغرض بيان اختلافات التشريعية والفقهية التي تناولت موضوع الدراسة من اجل التوصل الى الاجابة على التساؤلات والحلول وبيان الآراء والمقترحات بشأن القصور التشريعي قدر تعلق الامر في دراستنا.

خطة الدراسة

ومن خلال ما تقدم ولغرض الوصول الى الحلول والاجابات التي يتم طرحها ارتأينا **تقسيم هذه الدراسة الى مطلبين وعلى النحو:-**

المطلب الاول: دور القاضي في التحقق من نفاذ القانون الأجنبي

المطلب الثاني: دور القاضي في التحقق من دستورية القانون الأجنبي

المطلب الاول

دور القاضي في التحقق من نفاذ القانون الأجنبي

قد تشير قواعد التنازع الوطنية الى تطبيق قانونا اجنبياً ويظهر للقاضي بأن النزاع المعروض امامه قد تعاقب على حكمها قانونين موضوعيين في الفترة من تاريخ نشوء الواقعة محل النزاع الى تاريخ الفصل في النزاع المعروض في الدعوى فهنا تثار مشكلة ما يسمى بالتنازع الزمني للقوانين فيتبادر الينا تساؤل عن اي من القانونين يجب على القاضي الوطني ان يطبقه؟ وما هو القانون الذي يحكم التنازع الزمني هل هو القانون الوطني للقاضي ام المبادئ المتبعة في القوانين الاجنبية التي اشارت اليه قواعد الاسناد الوطنية نفسها؟

ان القواعد القانونية يتحدد نفاذها وحياتها من حيث الزمان بالفترة بين سنها و نفاذها والغائها لذلك فحدوث الوقائع القانونية او نشوء العلاقات خلال تلك الفترة بين سن القواعد القانونية وبين الغائها فأنها تخضع لتلك الوقائع والعلاقات لأحكام تلك القواعد اما اذا كانت الوقائع والعلاقات القانونية قد تمت قبل سن تلك القواعد فأنها لا تسري عليها مالم ينص على خلاف ذلك وكذلك الحال بالنسبة للوقائع والعلاقات التي تتم بعد الغاء القواعد القانونية ولكن تثار الصعوبات في التنازع الزمني في القواعد القانونية الاجنبية

التي تكون واجبة التطبيق على النزاع المعروض امام القاضي الوطني ذات الطابع الدولي والتي تتمثل حول شروط قيام التنازع الزمني للقواعد القانونية وكذلك الكيفية التي يتم فض ذلك التنازع؟

وعليه سوف يتم ايضاح هذه الشروط والكيفية في فرعين وعلى النحو الاتي:-

الفرع الاول: شروط التنازع الزمني بين القوانين الاجنبية

الفرع الثاني: كيفية حل التنازع الزمني

الفرع الاول

شروط التنازع الزمني بين القوانين الاجنبية

اولا:- شرط الاختصاص

يراد بشرط الاختصاص هو ان يكون القانون الاجنبي مختصاً بحكم العلاقة القانونية المعروضة امام القاضي الوطني الذي اشارت اليه قواعد الاسناد الوطنية للقاضي فاذا كان القانون الوطني هو المختص بنظر النزاع فيتم اللجوء الى القواعد العامة التي تحكم التنازع الزمني للقوانين الداخلية لدولة القاضي اما اذا كانت هنالك تنازع في القوانين الاجنبية التي تطبق على النزاع المشوب بعنصر اجنبي امام القاضي الوطني فيكون هو القانون المختص الذي يطبق على النزاع المعروض وعلى القواعد التي تحكم التنازع الزمني للقوانين[١].

ثانيا:- شرط ان يكون القانون الاجنبي مازال على صلة بالنزاع المعروض

ان يكون القانون الاجنبي الذي جرى تعديله مازال هو القانون المختص الذي يطبق على النزاع المعروض لحظة تعديله مثال ذلك "لو ابرم عقد بيع او قرض دولي واشترط الوفاء بالثمن او الدين على اساس عملة اجنبية معينة او الذهب واختار الاطراف قانونا معينا على عقدهم وثم اتضح للقاضي ان القانون الاجنبي المختار واجب التطبيق على النزاع كان وقت التعاقد يجيز شرط الوفاء بعملة اجنبية او الذهب ثم عدل بعد ذلك تعديلا ابطل ذلك الشرط[٢].

ثالثا:- عدم وجود شرط الثبات التشريعي

ان لا يكون هنالك شرط في العقد المبرم او العلاقة القانونية التي نشأت في ظل القانون الاجنبي في فترة معينة شرط الثبات التشريعي فيراد به الشرط الذي "يهدف الى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقود الدولية وفي تعديل القواعد القانونية

(ISSN: 2537 - 0758)

النافذة وقت ابرام العقد على نحو يسبب ضررا للمتعاقدين نتيجة ذلك التعديل"[٣]، وقد اشار المشرع العراقي على هذا الشرط في المادة (١٣) من قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ على (اي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه اي اثر رجعي يمس الضمانات والاعفاءات والحقوق المقررة بموجبه)[٤]، وكذلك اشار المشرع المصري في المادة (٢) من القانون الاستثمار رقم ٧٢ لسنة٢٠١٧ المعدل والتي نصت على (لا تخل أحكام القانون المرافق بالمزايا والإعفاءات الضريبية وغيرها من الضمانات والحوافز المقررة للشركات والمنشآت القائمة وقت العمل به، وتظل هذه الشركات والمنشآت محتفظة بتلك المزايا والإعفاءات والضمانات والحوافز إلى أن تنتهي المدد الخاصة بها، وذلك طبقا للتشريعات والاتفاقيات المستمدة منها)[٥]، اما فيما يخص المشرع اللبناني فلم يشر على شرط الثبات التشريعي في تشجيع الاستثمارات في لبنان رقم ٣٦٠ لسنة ٢٠٠١.

وعليه بعد ان بينا شروط قيام التنازع الزمني للقوانين فاذا توفرت تلك الشروط حدثت مشكلة التنازع الزمني للقوانين مما يستوجب البحث عن الحل لتلك المشكلة وهذا ما سيتم بحثه في الفرع الثاني

الفرع الثاني
كيفية حل التنازع الزمني

تعددت الآراء والاتجاهات في الفقه والقضاء لغرض ايجاد حل مناسب للتنازع الزمني فهنالك من يرى بان تطبيق القواعد الخاص بالتنازع المنصوص عليها في قانون دولة القاضي واتجاه اخر يرى بأن تطبق القواعد المتعلقة بالتنازع الزمني في القانون الاجنبي نفسه الذي يحكم النزاع وعليه سنبين ذلك وعلى النحو الاتي:-

الاتجاه الاول: تطبيق القواعد الخاصة بالتنازع المنصوص عليها في قانون دولة القاضي

اتجه بعض الفقه[٦] الى القول بأن الحل الواجب الاتباع في حالة تم تعديل القواعد القانونية الاجنبية التي تحكم النزاع المعروض يتم بالرجوع الى القواعد والمبادئ العامة في قانون دولة القاضي الوطني ولا مجال لتطبيق القواعد و حل التنازع الزمني في القانون الاجنبي نفسه ويستند اصحاب هذا الاتجاه الى عدة اعتبارات[٧] **وعلى النحو الاتي:-**

١. ان القاضي الوطني مستقل في مواجهة المشرع الاجنبي فهو ينفذ امر مشرعه الوطني فقط ويطبق القواعد القانونية التي تعددها قواعد الاسناد الوطنية لدولة القاضي طبقا لغايتها التشريعية.
٢. هنالك تشابه بين قواعد التنازع الزمني والمكاني للقوانين فهي قواعد ارشادية، ترشد القاضي الى الحلول الموضوعية ولا تعطي حلاً مباشراً للنزاع المعروض ويرون بأنه مادامت قواعد الاحالة مرفوضة في التنازع المكاني فأنه يجب ان يتم رفضها في قواعد التنازع الزماني وبالنتيجة لا يجب اعمال قواعد التنازع في القانون الاجنبي.
٣. وعند رفض الاحالة، سوف يطبق القاضي الوطني القوانين الموضوعية للقانون الاجنبي التي اندمج في النظام القانوني للقاضي فاذا ماطرأ تعديل عليها في دولة اصدارها الاصلية فأنه لا يسرى عليها باعتبارها قواعد قانونية وطنية.

وعلى الرغم من الحجج والاعتبارات التي قدمها اصحاب هذا الاتجاه الا ان هذا الرأي لم يسلم من النقد[٨] **وعلى النحو الاتي:-**

١. ان فكرة استقلال القاضي الوطني في مواجهة المشرع الاجنبي غير صحيحة فالقاضي الوطني يكون التزمه بتطبيق القانون الاجنبي نابعا من التزامه بتطبيق قواعد الاسناد الوطنية.
٢. هنالك اختلاف بين قواعد التنازع الزمني والمكاني من حيث النطاق والهدف منه، فمن حيث النطاق فقواعد التنازع الزمني هو قواعد داخلية واما المكاني فهي قواعد تصدر من دول مختلفة، واما من حيث الاهداف فالأولى تهدف الى تحقيق وحدة القانون الداخلي وتماسكه وذلك التطور الاجتماعي والامان القانون، واما الثانية فتهدف الى ارشاد القاضي الى القواعد الملائمة لفض النزاع الحاصل امامه، ولهذه الانتقادات ظهر اتجاه اخر يرى بوجوب حل التنازع الزمني للقوانين وفق القانون الاجنبي نفسه وكما سياتي.

الاتجاه الثاني: حل التنازع الزمني وفق القانون الاجنبي الواجب التطبيق

اتجه بعض الفقهاء[٩] بالقول ان الفصل في مسائل تحديد اي من القوانين الاجنبية الواجبة التطبيق من حيث الزمان امر يتحدد بالرجوع الى المبادئ المتبعة في دولة القانون الاجنبي، حيث ان مشكلة التنازع الزمني تنحصر تحديدا في معرفة القواعد

(ISSN: 2537 - 0758)

القانونية النافذة والمعمول به في دولة القانون الاجنبي والذي يجب على القاضي ان يعمل بموجبها حسب قواعد الاسناد الوطنية في دولته[١٠]، **واستند اصحاب هذا الاتجاه الى عدت اعتبارات وعلى النحو الاتي:-**

١. فكرة الاسناد الاجمالي تقتضي الاخذ بالقواعد القانونية التي قد اشارت اليها قواعد الاسناد الوطنية لحكم النزاع المعروض في جملته فهو يسري من حيث قواعده الموضوعية وقواعد التنازع الزمني ايضا فهي تتلازم معها ولا تنفرد عنها حيث يتحدد سريانها من الناحية الزمنية والقول بغير ذلك يؤدي الى تطبيقها في غير الاحوال التي ينبغي ان تطبق في مجالها اصلا[١١].
٢. ان تطبيق قواعد التنازع الزمني في القواعد الاجنبية التي عدلت هي الاقدر على حسم النزاع الزمني للقوانين كونها تعكس الظروف الخاصة لدولة القانون الاجنبي وكما ان القانون الوطني الذي تخلى عن اختصاصه لحكم النزاع لصالح القانون الاجنبي لا يصلح لحكم النزاع الزمني للقوانين كونه يؤدي الى تشويه القانون الاجنبي[١٢].
٣. ان التنازع في النظم المركبة التي يرجع في تعيين اي من القوانين الداخلية يكون واجبا التطبيق يرجع الى القانون الداخلي لدولة تلك القوانين فهو تنازع داخلي[١٣]، لذلك فأن التنازع الزمني ايضا يعد تنازع داخلي يجب ان يحل وفق القوانين الداخلية للتك الدول[١٤].
٤. ان القاضي عند تطبيقه للقانون الاجنبي في اي دولة سوف يطبق على التنازع الزمني القواعد نفسها في القانون الاجنبي وهذا يترتب عليه تحقيق الامان القانوني و حفظ توقعات المتعاقدين وكذلك ضمان فعالية القوانين الدولية للأحكام وبالنتيجة يؤدي الى عدم التحايل على القواعد القانونية بسبب عدم اختلاف الحلول باختلاف المحاكم في الدول[١٥].

يرى الباحث بأن على القاضي عنده تطبيقه للقانون الاجنبي ان يطبق القواعد المعمول فيها في دولة القانون الاجنبي نفسه وذلك مراعاة لمصالح الافراد وحفظ توقعاتهم المشروعة لكونهم قد راعوا تلك القواعد عند اختيار القانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية التي اجروها.

المطلب الثاني
دور القاضي في التحقق من دستورية القانون الأجنبي

يراد بالرقابة القضائية على دستورية القوانين "هو ان تتولى هيئة قضائية مراقبة دستورية القوانين أي أن يتولى القضاء فحص القوانين ليتحقق من مطابقة احكامها للدستور"[١٦]، ومجال بحثنا عن دستورية القانون الاجنبي يثار تساؤل حول هل يشترط في القانون الاجنبي عدم مخالفة لدستور دولته لكي يتم تطبيقه امام القاضي الوطني؟ وهل للقاضي صلاحيات في البحث عن دستورية القانون الاجنبي؟ وهل يستطيع قاضي الموضوع البحث في دستورية القانون الاجنبي في حالة عدم جواز بحثه في دستورية قانونه الوطني؟ وما هو موقف "المشرع العراقي والمقارن من الرقابة القضائية على دستورية القوانين"؟ للإجابة عن هذه التساؤلات لابد لنا من التمييز بين الرقابة الشكلية على القانون الاجنبي والرقابة الموضوعية في ثلاثة فروع وبيان موقف المشرع العراقي والمقارن في الفرع الثالث وعلى النحو الاتي:-

الفرع الأول: الرقابة الشكلية

الفرع الثاني: الرقابة الموضوعية

الفرع الثالث: موقف التشريعات من الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

الفرع الأول
الرقابة الشكلية

تتطلب اغلب دساتير الدول شروطاً شكلية معينة لغرض تطبيق القانون سواء من حيث اصدارها او وجودها او نفاذها كالتصديق من الجهات المختصة او نشرها او مرور المدة القانونية من تاريخ لصدورها لدخولها حيز التنفيذ وبدون هذه الشروط لا يكون للقانون الاجنبي اي وجود[١٧]، وان هذه الرقابة مسلم بها في الفقه والقضاء اذ ان على القاضي ان يتيقن من شروط اصدار القانون المراد تطبيقه سواء كان قانون وطيناً او اجنبياً والتي يفرضها دستور دولة اصدره[١٨].

كما ان الفقه والقضاء لم يتردد في تأكيد وجوب حق القاضي في الرقابة على دستورية القانون الاجنبي من الناحية الشكلية ولذلك لكونه يطبق قانوناً لم تتوفر فيها شروط اصداره و نفاذه في دولة اصداره مما يؤدي الى حل النزاع المعروض على وجه

(ISSN: 2537 - 0758)

يتعارض مع الحكمة من اصدار القوانين والتي يسعى المشرع الى تحققها وكذلك يتعارض مع القواعد الدستورية والقانونية السائدة في دولة اصداره ولا يجوز الاعتراض على ذلك بحجة عدم صلاحية القاضي ان يطبق القواعد القانونية العامة الاجنبية المتعلقة بدستورية القوانين ولذلك اذا كان صحيحا فان القواعد القانونية تعتبر اقليمه ولا تثير مشكلة تنازع القوانين لذلك لا يوجد ما يمنع من فرض الرقابة القضائية على صحة اصدار القانون الاجنبي من الناحية الشكلية اعمالا لحكمة التشريع من اصداره(١٩).

فالقواعد القانونية تتطلب اجراءات نصت عليها اغلب الدساتير في الدول لنفاذها كأن يتم اصداره ونشره في الجريدة الرسمية لدولة اصداره فالقاضي لابد له من ان يتحقق من حصول هذه الاجراءات بالنسبة للقوانين الاجنبية الواجبة التطبيق امامه فلا يجوز للقاضي تطبيق القانون الاجنبي مالم يتم مراعاة تلك الاجراءات والاثر الذي يترتب على عدم مراعاة تلك الاجراءات ان القانون يعد عيبا وناقصا كأن لم يتم تحقيق النسبة المطلوبة للتصويت عليه في مجلس النواب او انه دخل حيز التنفيذ قبل نشره بالجريدة الرسمية للدولة ولذلك اجمع الفقه والقضاء على حق القاضي في التحقق من اجراءات اصدار هذه القوانين سواء كان ذلك بطلب من الخصوم او كان من القاضي من تلقاء نفسه لغرض التحقق من دستورية القوانين الشكلية(٢٠).

وهنالك من يرى بأن عدم مراعاة القاضي للرقابة الدستورية من خلال تطبيقه قانوناً لم يستوف اجراءاته الشكلية يعد مخالفة لقواعد الاسناد الوطنية والتي تدخل في النظام العام لدولة القاضي مما يستوجب ان يكون حكمه معرضاً للرد من محكمة التمييز كونه قد خالف قواعد امرة في دولته والتي تتعلق بالنظام العام(٢١).

الفرع الثاني

الرقابة الموضوعية

ان الفقه لم يتردد كما مر بنا في تأكيد حق القضاة في الرقابة من الناحية الشكلية على دستورية القوانين سواء كانت اجنبية او وطنية، الا ان الامر في الرقابة الموضوعية فيه شيئا من التفصيل فقد اختلف الفقه والقضاء وحتى الدساتير المختلفة في حق القضاة في فرض الرقابة القضائية على دستورية القوانين كما لو تعارضت قاعدت قانونية مستوفية لجميع الاجراءات الشكلية لا صدارها مع الدستور(٢٢)، فهل للقاضي الوطني

حق الرقابة الموضوعية والتأكد من عدم خالفة القوانين الاجنبية او الوطنية للدستور؟ واذا كان له حق الرقابة فهل يجب تطابق القواعد القانونية دستور دولة القاضي ام دستور دولة اصدار القانون الاجنبي؟ وما مدى حق القضاة في الرقابة الموضوعية على دستورية القواعد القانونية الاجنبية؟ وبناءً على ما تقدم انقسم الفقه والقضاء والتشريع الى عدة اتجاهات وعلى النحو الاتي:-

أولا:- لا يحق للقاضي الرقابة على دستورية القوانين من الناحية الموضوعية

يرى اصحاب هذا الاتجاه بأن القاضي الوطني ليس له حق الرقابة الدستورية على دستورية القوانين الاجنبية التي لا تسمح دساتيرها بالرقابة القضائية اذ ان القاضي عندما يقوم ببحث مدى توافق القوانين الاجنبية او تعارضها مع دساتير دولة اصدارها ليقرر مسألة عدم دستورية القانونين تلك فيعد حسب اصحاب هذا الاتجاه تدخلاً في اعمال السلطة التشريعية الاجنبية وهذا امر يخالف مبدا استقلال وسيادة الدول عن بعضها[٢٣]، فالقواعد الدستورية تتصف بالمرونة و التجديد وتغيرات من زمن لأخر وفقا للآراء والافكار السياسية التي يتصف بها المجتمع في فترة من الفترات فالقاضي الوطني لا يستطيع مواكبة تلك التطورات والتغيرات بصورة مستمرة اذ لا يمكن للقاضي الاحاطة بتلك التغيرات التي تحدث في الدول بصورة مستمرة بسبب صعوبات التي تواجه في ذلك خاصة وان كانت تلك القواعد الدستورية والقانونية الاجنبية منصوص عليها بلغة اجنبية لا يجيدها القاضي الوطني[٢٤]، فيجب على القاضي ان يطبق القانون الاجنبي وان كان يخالف القواعد الدستورية في دولة القاضي لان حكمة التشريع توجب على القاضي حل النزاع المعروض امامه وفقا للأحكام التي يعطيها القضاء الاجنبي لو اثير النزاع امامه[٢٥]، وهنالك من يرى بان على القاضي الوطني ان يرفض تطبيق القانون الاجنبي اذا كانت دولة اصداره ترفض الرقابة على دستورية القانون اذا كان مخالفا لدستور دولة اصداره لان القانون الاجنبي يعتبر بحكم المنعدم ولا يصلح للتطبيق ويكون فيه ضرر يصيب مصلحة الاطراف[٢٦].

ثانيا:- يحق للقاضي الرقابة على دستورية القوانين من الناحية الموضوعية

بالرغم من الصعوبات التي تواجه القاضي الوطني لكي يكون في مقدوره دوما ان يتجاوز تلك الصعوبات عن طريق الاستعانة بالسوابق القضائية وكذلك الآراء الفقيه والخبرة والوسائل الاخرى التي يستطيع من خلالها الوصل الى مضمون القانون الاجنبي سواء كان ذلك بنفسه او بمساعدت الخصوم لغرض مراقبة دستورية القواعد القانونية التي ترتبط بالنزاع المعروض امام القاضي الوطني لذلك فان الرقابة القضائية الدستورية على

(ISSN: 2537 - 0758)

دستورية القوانين الاجنبية يعد امتثالاً من القاضي الوطني لما امر به المشرع في قواعد الاسناد الوطنية بان يفصل في النزاع المعروض امامه وفقا للقانون الاجنبي[٢٧]، فالقاضي الوطني عندما يعرض عليه النزاع المشوب بعنصر اجنبي يضع نفسه موضع القاضي الاجنبي ويحكم وفقا للقانون الاجنبي من حيث الاحكام الموضوعية المتعلقة بالنزاع وكذلك من حيث النظر في دستورية القواعد القانونية[٢٨]، اما اذا كان الدستور قد اناط مهمة النظر في دستورية القوانين الى جهة اخرى و لم يكن هنالك سبق نظر من قبل القضاء الاجنبي في دستورية القوانين هنالك من يرى بان القاضي لا يحق له نظر دستورية القانونين وانما عليه ان يؤجل النظر في الدعوى وان يحاول الحصول على اجابة من الجهة المختصة بنظر تلك الطلبات[٢٩].

الفرع الثالث

موقف التشريعات من الرقابة القضائية على دستورية القوانين

لبيان موقف التشريعات سوف نقوم ببحث ذلك على النحو الاتي:-

اولا: موقف المشرع العراقي من الرقابة القضائية على دستورية القوانين الاجنبية

تعد الدولة العراقية من اقدم الدول التي اخذت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين وذلك في دستور الدولة العراقية الاساسي فقد نص على انشاء محكمة مختصة بالنظر في دستورية القوانين وذلك في المادة (٨١) من الدستور الاساسي العراقي لعام ١٩٢٥ وهذه المحكمة لا تعد من محاكم مجلس القضاء وليست محكمة دائمة وانما تشكل وتنعقد بإرادة ملكية وبموافقة مجلس الوزراء عندما تدعو الحاجة اليها والاثر المترتب على اقرار المحكمة بعدم دستورية القوانين تعد ملغاة من تاريخ صدور القرار بعدم الدستورية وعلى الحكومات الغاء تطبيق الاحكام والقوانين غير دستورية وازالة الضرر المترتب على ذلك[٣٠].

اما الرقابة في الدساتير الحديثة للعراق و منه سقوط القانون الاساسي والنظام الملكي واعلان الجمهورية في عام ١٩٥٨م لم تنص الدساتير على الرقابة القضائية حتى صدر دستور العراق لعام ١٩٦٨م الذي نص على الرقابة على دستورية القوانين واعتبر بعض الفقهاء ان هذه المسألة طبيعية كون الدساتير كانت بصفة مؤقتة وانها صدرت بظروف استثنائية وطارئة[٣١].

اما الرقابة في الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ حاليا فقد اشار على الرقابة القضائية على دستورية القوانين واناط مهمة النظر في دستورية القوانين الى المحكمة الاتحادية العليا في العراق فقد اشار في المادة (٩٣) على "(أولاً. الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة)"[٣٢]، وتتشكل المحكمة الاتحادية العليا من المحكمة من "رئيس ونائب للرئيس وسبعة أعضاء أصليين يتم اختيارهم من بين قضاة الصنف الأول المستمرين بالخدمة ممن لا تقل خدمتهم الفعلية في القضاء عن (١٥) خمس عشرة سنة"[٣٣]، وتخص المحكمة بعدد اختصاصات وما يهمنا منها هو اختصاصها في الرقابة على دستورية القوانين فهي تختص في الفصل في منازعات المتعلقة بدستورية القوانين وتشمل الرقابة الشكلية والموضوعية على القوانين التي تصدر عن الجهة التشريعية وهذا يعني بان القاضي العراقي يراقب الدستورية الموضوعية والشكلية للقانون الاجنبي عن طريق المحكمة الاتحادية العليا[٣٤].

ولكن بالرغم من اختصاصها في الرقابة على دستورية القوانين العراقية فقط، **ويرى الباحث بأنه** لا يوجد ما يمنع من النظر في دستورية القوانين الاجنبية التي يعمل بها امام القاضي العراقي كونها تعد القوانين التي يجب العمل فيها بموجب قواعد الاسناد العراقية، فللقاضي ان يستأخر النظر في الدعوى وارسل القانون المطعون بعدم دستوريته مع كافة طرق اثباته سواء كانت رسمية او عرفية والطلب من المحكمة الاتحادية العليا النظر في دستورية القانون الاجنبي كون ان النزاع المعروض امامه متوقف على البت في دستوريته.

اما في التشريع المصري فنجد بأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي رقابة ذات طابع قانوني مجرد اي ان القاضي المصري لا يراقب مدى ملائمة النصوص القانونية او ضرورتها او حكمتها وانما يراقب فقط مدى ملائمتها للدستور المصري فهي رقابة على ظاهر النصوص دون الباعث عليها[٣٥]، فقد اشار الدستور المصري النافذ في المادة (١٩٢) منه على "(تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية،...)"[٣٦].

واقد انشأت المحكمة الدستورية العليا للنظر في الطعون المتعلقة بدستورية القوانين وذلك حسب ما جاء في المادة (٢٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية والذي نص "(أولا: الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح)"[٣٧]، وبذلك فأن المحكمة

(ISSN: 2537 - 0758)

الدستورية العليا المصرية هي التي تفصل في دستورية القوانين في التشريع المصري وكذلك تختص المحكمة بالنظر في دستورية القرارات المنظمات والهيئات الدولية واحكام المحاكم المطلوب تنفيذها في مواجهة الدولة المصرية وذلك حسب المادة (٢٧) من قانون المحكمة[٣٨]، ويكون قرار المحكمة ذو حجية مطلقة في مواجهة كافة الافراد والمؤسسات بعد نشرها في الجريدة الرسمية للدولة.

أما في للبنان فقد أنشئ المجلس الدستوري اللبناني الذي يختص بالنظر في دستورية القوانين وذلك بالاستناد الى الدستور اللبناني لعام ١٩٩٠ وذلك حسب ما اشارت به المادة (١٩) والتي اشارت على (ينشأ مجلس دستوري لمراقبة دستورية القوانين والبت في النزاعات والطعون الناشئة عن الانتخابات الرئاسية والنيابية. يعود حق مراجعة هذا المجلس في ما يتعلق بمراقبة دستورية القوانين إلى كل من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء أو إلى عشر أعضاء من مجلس النواب، وإلى رؤساء الطوائف المعترف بها قانوناً في ما يتعلق حصراً بالأحوال الشخصية وحرية المعتقد وممارسة الشعائر الدينية وحرية التعليم الديني)[٣٩]، فللمجلس حق النظر في دستورية القوانين المطعون فيها ويتم وقف العمل في القانون او تعليقه لحين النظر في دستورية فاذا ما تبين عدم دستورية القانون فالأثر المترتب على ذلك هو يعد القانون كأنه لم يمكن ولا يستطيع احد ان يتمسك به[٤٠].

فمن خلال ما **تقدم يرى الباحث بأن** الجهة المختصة بنظر دستورية القوانين في التشريع العراقي هي المحكمة الاتحادية العليا والتي تتولى الفصل في الطعون بعدم دستورية القوانين وكذلك في التشريع المصري نجد بأن المحكمة الدستورية العليا والمجلس الدستوري في للبنان هما من يتولى مهمة الفصل في دستورية القوانين وبذلك فأن القاضي العراقي في محاكم الدرجة الاولى والاستئناف والتمييز وكذلك القضاة في التشريعات المقارنة لا يكون لهم الحق في النظر في دستورية القوانين سواء كانت اجنبية أو وطنية كون أن الدساتير قد نصت على جهات مختصة في النظر في الطعون بعدم دستورية القوانين.

الخاتمة

وفي خاتم بحثنا توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات قدر تعلق الامر بدراستنا وعلى النحو الاتي:-

النتائج

١. ان القاضي عند تطبيقه للقانون الاجنبي في اي دول سوف يطبق على التنازع الزمني القواعد نفسها في القانون الاجنبي وهذا يترتب عليه تحقيق الامان القانوني وحفظ توقعات الافراد المتعاقدين وكذلك ضمان فعالية القوانين الدولية للأحكام وبالنتيجة يؤدي الى عدم التحايل على القواعد القانونية بسبب عدم اختلاف الحلول باختلاف المحاكم في الدول.

٢. ان الرقابة على دستورية القوانين وفقاً للتشريع العراقي يكون من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا وذلك بدلالة المادة ٩٣ من الدستور العراقي، لذلك إذا ما تم الطعن في دستورية قانوناً أجنبي فلا يرى الباحث ما يمنع من ان يتم وقف الفصل في النزاع والطلب من المحكمة الاتحادية العليا بيان دستورية هذا القانون من عدمه.

التوصيات

١. ضرورة تعديل احكام تنازع القوانين بما يتوافق والتقدم الحاصل في مسائل تطبيق القانون الاجنبي فلا يرى الباحث ضيرا من قيام المشرع العراقي بالنص على تطبيق القانون العراقي في حالة تعذر اثبات القانون الاجنبي وفي حدود قيود معين من حيث تسبب الاحكام والقرارات حتى لا يتعرض الحكم للنقض من محكمة التمييز.

هوامش ومراجع البحث:

(١) ينظر: علي عدنان علي، اثر التغيير في قواعد الاسناد على تحديد القانون واجب التطبيق– دراسة مقارنة، رسالة ماجستير قدمت الى جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠٢٠، ص٣٦.

(٢) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، بلا طبعة، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٤٦٩.

(٣) ينظر: عنتر حديدي، شرط الثبات التشريعي كضمانة للمستثمر الاجنبي في الجزائر، بحث منشور في مجلة الاستاذ الباحث، العدد ٨، المجلد ٢، ٢٠١٧، الجزائر، ص٦٦٠.

(٤) المادة ١٣ من قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ النافذ المعدل، المنشور بالوقائع العراقية ذي العدد ٤٠٣١، لسنة ٢٠٠٧.

(٥) قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧ المعدل النافذ.

(ISSN: 2537 - 0758)

(٦) ينظر: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، بلا طبعة، بلا جزء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٧، ص٤١٩.

(٧) ينظر: حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الاجنبي في القانون الجزائري والمقارن، اطروحة دكتوراه قدمت الى جامعة الجزائر، الجزائر، ٢٠١١، ص٢٢٦.

(٨) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص٤٧٢.

(٩) ينظر: د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٤١٧.، كذلك ينظر: د. هشام علي صادق، أمام القضاء الوطني، بلا طبعة، بلا جزء، منشأة المعارف، مصر، ١٩٦٧، ص٤٣٨.

(١٠) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص٤٨٣.

(١١) ينظر: د. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط١، بلا جزء، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، مصر، ١٩٩٤، ص٣٣٧.

(١٢) ينظر: حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الاجنبي في القانون الجزائري والمقارن، المصدر السابق، ص٢٣٠.

(١٣) ينظر: د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، بلا طبعة، بلا جزء، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص٨٩.

(١٤) ينظر: صارة قاسي، التنازع الزمني للقوانين، رسالة ماجستير قدمت الى أكلي محند اولحاج، الجزائر، ٢٠١٦، ص٤٩.

(١٥) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ٤٨٧.

(١٦) ينظر: سليم نعيم خضير، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية، مجلة الاهل البيت عليهم السلام، العدد ٨، ٢٠٠٩، ص٣١٩

(١٧) ينظر: د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٤١٠.

(١٨) ينظر: د. سامي منصور بديع، الوسيط في احكام القانون الدولي الخاص، بلا جزء، بلا طبعة، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، مصر، ١٩٩٤، ص٧٣٠، كذلك ينظر: د. حسن الهداوي، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص، بلا جزء، ط ١، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، الاردن، ١٩٩٣، ص٢٢٤.

(١٩) ينظر: د. هشام علي صادق، مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني، المصدر السابق، ص٤٢٦.

(٢٠) ينظر: د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص– تنازع القوانين، جزء ١، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١١، ص٢٧٥.

(٢١) ينظر: عدنان يونس مخيبر، استبعاد القانون الاجنبي المخالف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير قدمت الى مجلس الجامعة العراقية– كلية القانون، ٢٠١٨، ص٣١.

(٢٢) يراد بالرقابة الدستورية الموضوعية هي: موافقة القاعدة القانونية الاجنبية لدستور دولتها، ينظر: د. يونس صلاح الدين، القانون الدولي الخاص، ط١، بلا جزء، مكتبة زين الحقوقية والادبية، لبنان، ٢٠١٦، ص٢٥٧.

(٢٣) ينظر: د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المصدر السابق، ٤١٣.

(٢٤) ينظر: د. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص٧٣١.

(٢٥) ينظر: د. هشام علي صادق، مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني، المصدر السابق، ص٤٣٠.

(٢٦) ينظر: د. عبد الرسول عبد الرضا، احكام التنازع الدولي للقوانين، ط١، بلا جزء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٢، ص ١٦٩، كذلك **ينظر**: د. يونس صلاح الدين، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص٢٥٨.

(٢٧) ينظر: د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المصدر السابق، ٤١٤.

(٢٨) ينظر: د. محمد جلال حسن واخرون، القانون الدولي الخاص، ج٢، ط١، مطبعة يادكار، سليمانية، ٢٠٢٠، ص٢٠٢.

(٢٩) ينظر: د. سامي بديع منصور واخرون، القانون الدولي الخاص– تنازع الاختصاص التشريعي، ط١، ج١، مؤسسة مجد الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، لبنان، ٢٠٠٩، ص٨٦٣.

(٣٠) ينظر: سليم نعيم خضير، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية، المصدر السابق، ٣٢٥.

(٣١) ينظر: د. سعد عبد الجبار، مثاقفة في الرقابة القضائية على دستورية القوانين، بحث منشور في كتاب دراسات دستورية عراقية حول موضوعات اساسية للدستور العراقي الجديد، ط١، مطبعة بويد، نيويورك، ٢٠٠٥، ص٢٧٣–٢٨٠.

(٣٢) الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥، المنشور في الوقائع العراقية ذي العدد ٤٠١٢ في ٢٠٠٥/١٢/٢٨.

(٣٣) المادة (٣) من قانون المحكمة الاتحادية العليا النافذ رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥م، المنشور بالوقائع العراقي ذي العدد ٣٩٩٦ في ٢٠٠٥/٣/١٧.

(٣٤) ينظر: د. عبد الرسول عبد الرضا، احكام التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص١٦٩.

(ISSN: 2537 - 0758)

(٣٥) ينظر: د. رجب حسن عبد الكريم، الاطار الدستوري لإثر وحجية المحكمة الدستورية العليا، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، ٢٠٢١، ص٧.

(٣٦) المادة ١٩٢ من الدستور المصري النافذ لعام ٢٠١٤ والمعدل ب ٢٣/٤/ ٢٠١٩.

(٣٧) قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المعدل النافذ.

(٣٨) تم تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا المصري بموجب القانون ١٣٧ لسنة ٢٠٢١. والذي نص (تتولى المحكمة الدستورية العليا الرقابة على دستورية قرارات المنظمات والهيئات الدولية وأحكام المحاكم الأجنبية المطلوب تنفيذها في مواجهة الدولة).

(٣٩) المادة ١٩ من الدستور اللبناني لعام ١٩٩٠ المعدل.

(٤٠) ينظر: د. محمد المجذوب، القانون الدستوري اللبناني واهم الانظمة السياسية، بلا طبعة، بلا جزء، دار الجامعة، بيروت، ١٩٩٨، ص٧٧.