

ثانياً: القانون الواجب التطبيق في الإجراءات:

أن تحديد القانون الواجب التطبيق في الإجراءات يقتضي التفرقة بين الإجراءات التي يباشرها قاضي النزاع على أراضيه، وتلك التي يتطلب مباشرتها خارج أراضيه، وهذا ما يطرح حقيقة اختلاف الحكم بين الفرضيين لذا سنبحث كل منهما في محور على النحو الآتي:

1. الإجراءات التي يباشرها القاضي في داخل دولته: وهذه الاجراءات تصنف إلى فئتين الأولى تتعلق بالتقاضي، والثانية تتعلق بالإثبات، ويختص قاضي النزاع في الكشف عن ما يعد في كل منها من المسائل الإجرائية، والمسائل الموضوعية، لأنها مسألة تكييف التي يكون الاختصاص فيها لقانون القاضي كما لاحظنا، وعليه لابد من تحديد القانون الواجب التطبيق في كل منها لذا سنبحث الموضوع من خلال الآتي:

ثانياً: القانون الواجب التطبيق في الإجراءات:

أ. القانون الواجب التطبيق في إجراءات التقاضي: الأصل أن جميع الإجراءات القضائية من وقت تسجيل الدعوى ودفع الرسوم القضائية ومرورا بتحديد مواعيد التبليغ وانتهاءً بطرق الطعن بعد صدور الأحكام، إجراءات فنية تنظيمية لعمل المحاكم، وتعد من القواعد الآمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وتكون نافذة في مواجهة الجميع سواء أكانوا وطنيين أم أجانب، مع مراعاة القيود المتعلقة بالحصانة القضائية، كما أنها تعتمد سواء تحقق موضوع النزاع في العراق بكامله أم جزءاً منه، وبذلك فإن هذه الإجراءات من النظام العام، لأنها متعلقة بتنظيم سير العدالة التي يتكفل القضاء بتحقيقها لجميع القاطنين على أراضي الدولة من وطنيين وأجانب، لذا يعتمد قاضي النزاع في إتباعها قانونه الوطني، الذي من خلاله سيضمن وحدة القانون الواجب التطبيق في تلك الإجراءات في ظل اختلاف جنسية أو موطن أطراف النزاع، ومحل نشوء التزاماتهم عن محل تنفيذها، وبذلك سيعامل الجميع في تلك الإجراءات معاملة واحدة بدون تمييز، وكل ذلك سيحقق الغاية المشتركة التي تسعى قواعد القانون الدولي الخاص لإدراكها ألا وهي التناسق بين الأنظمة القانونية على نحو يكفل تحقيق العدالة.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق في الإجراءات:

ويرى البعض أن خضوع الإجراءات إلى قانون قاضي النزاع ما هو إلا تطبيق من تطبيقات خضوع الشكل لقانون محل الإبرام، ويعاملها من هذه الناحية كونها من قواعد القانون الخاص. أن خضوع الإجراءات القضائية لقانون قاضي النزاع قاعدة لها أنشار وذيوع عالمي، ويذهب البعض الى انها قاعدة موضوعية ذات تطبيق فوري ومباشر تطبق تطبيقاً إقليمياً وليست قاعدة إسناد لأنها تحمل خصائص الأولى، فهي تعتمد بشكل مباشر، كما أنها تنظم عمل المحاكم أي تنظيم مرفق من مرافق الدولة ولهذا يعاملها البعض معاملة قواعد القانون العام. في حين يذهب البعض إلى عدها من قواعد الإسناد المزدوجة لأنها تطبق بمناسبة حل التنازع الدولي بين القوانين، وهذا هو موقف الفقه التقليدي، ويرى البعض الآخر أن هذه القاعدة ترتبط بقواعد الاختصاص القضائي وتعامل على أنها قواعد موضوعية من هذه الناحية، كما أنها تعد في نفس الوقت من قواعد تنازع القوانين، ويبرر هذا الاتجاه ذلك بالقول باعتماد قاضي النزاع بمناسبة تنفيذ الأحكام الأجنبية قانون محكمة الدولة التي أصدرت الأحكام للتأكد من صحة الإجراءات المتبعة في تلك الدولة عند الإصدار، وهذا من وظائف قواعد الإسناد.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق في الإجراءات:

وقد اعتمدت جميع التشريعات الأجنبية والعربية هذه القاعدة، ومنها التشريع المصري في المادة (22) مدني، كما اعتمدها المشرع العراقي في المادة (28) مدني التي نصت على أن (قواعد الاختصاص وجميع الإجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات) وتظهر مراجعة القرارات القضائية التطبيق العملي لهذه النصوص فقد نظر القضاء العراقي في دعاوى المرفوعة من قبل المدير المفوض لمؤسسة CHF للإسكان التعاوني في العراق، وهي من المؤسسات الأجنبية العاملة في العراق بمناسبة ديون كان قد ترتبت بذمة عراقيين من جراء نكولهم عن تسديد أقيام هذه القروض.

ومقابل ذلك أن التفرقة بين ما يعد من مسائل الإجراءات والموضوع مسألة تنطوي على صعوبة، ولم يستطع الفقه لحد الآن أن يضع لها معيار حاسم، ويعود السبب في ذلك إلى تداخل المسائل الإجرائية مع المسائل الموضوعية، بعد أن نعلم أن القوانين المنظمة للمرافعات تتضمن فئتين من القواعد بعضها إجرائي وهو الغالب والأخر موضوعي.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق في الإجراءات:

مثل شروط مباشرة الدعوى وشروط صحة الخصومة، فشروط قبول الدعوى ومنها أهلية التقاضي وهي أهلية أداء تعد مسألة موضوعية تحكمها قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية التي تخضعها للقانون الشخصي (قانون الجنسية) وهي تختلف عن أهلية مباشرة حق التقاضي التي هي أهلية وجوب تخضع لقانون المحكمة التي تباشر أمامها الإجراءات. إضافة إلى ذلك تخرج من نطاق تطبيق القواعد الإجرائية لتدخل في نطاق قواعد الإسناد حالة تحديد صفة الخصم في الدعوى حيث تخضع للقانون الذي يحكم الحق محل الدعوى، فقانون المورث هو الذي يحدد من يجوز اختصامه بمناسبة نزاع على تركة، وقانون موقع المال هو الذي يحدد من يحق له إقامة الدعوى، أما بالنسبة لتحديد من له مصلحة في إقامة الدعوى، فينظر لها من ناحيتين الأولى كونها مصلحة قانونية شخصية أي أن صاحب الدعوى له حق يريد حمايته بواسطتها فتخضع للقانون الذي يحكم أصل الحق كما لا حضا في موضوع الخصومة، أما الناحية الثانية أن تكون المصلحة قائمة وحالة وهي من المسائل التي تدخل ضمن المسائل الإجرائية وتخضع لقانون المحكمة المقامة أمامها الدعوى، وهذا يعنى أن القانون الذي يحكم المسائل الإجرائية واحد وهو قانون القاضي في حين يتعدد ويختلف من حال إلى آخر القانون الذي يحكم المسائل الموضوعية بحسب طبيعة الحقوق موضوع الدعوى.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق في الإجراءات:

ب. القانون الواجب التطبيق في إجراءات الإثبات: يختلف القانون الواجب التطبيق في هذه الإجراءات بحسب طبيعتها. فبعضها يحسب من المسائل الموضوعية والبعض الآخر يحسب من المسائل الإجرائية، فان كانت من قبيل المسائل الأولى يكون الاختصاص فيها للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، أما إذا كانت من المسائل الثانية فيكون الاختصاص فيها لقانون القاضي. **فمحل الإثبات يعد من المسائل الموضوعية** التي تخضع لقانون الذي يحكم الموضوع، فإثبات النسب الشرعي بين الابن والاب يخضع للقانون الواجب التطبيق في مسائل النسب وهو هنا قانون الأب، فالقانون الأخير هو الذي يحدد الوقائع المنتجة بالإثبات، كان يتطلب استمرار العلاقة الزوجية وقت الميلاد، أما بالنسبة لدور القاضي في استنباط القرائن فيرى البعض أن تقدير القاضي في استنباط القرائن القضائية يعد من المسائل الإجرائية التي تخضع لقانونه الوطني، كما يخضع هذا الاتجاه القرائن القانونية إلى نفس القانون إذا كانت وسيلة للكشف عن ضابط الإسناد كما هو الحال في استنباط الإرادة الضمنية في الكشف عن القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية، على أن تكون مثل تلك القرائن مقبولة في الإثبات في القانون الذي يحكم موضوع النزاع أي من طرق الإثبات المنتجة بحسب القانون الأخير.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق في الإجراءات:

أما بالنسبة لتحديد من يقع عليه عبء الإثبات فيكون من قبيل المسائل الموضوعية التي تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع أسوة بمحل الإثبات، فتحديد من يقع عليه عبء أثبات حقه في الميراث مثلاً يقع على عاتق من يكلف بالإثبات بحسب قانون المورث، وأثبات الحق في عقار كائن في العراق يقع على عاتق من يكلف بالإثبات بحسب القانون العراقي، وهو المدعي. أما بالنسبة لطرق الإثبات، يذهب جانب من الفقه إلى إخضاع جميع طرق الإثبات وما يتصل بها من إجراءات إلى قانون القاضي أي أن تقدير الأدلة ومدى قيمتها وأثرها في الإثبات لمطلق تقدير القاضي، وقد رد على ذلك بعدم صحة التسليم بالصلاحيية المطلقة للقاضي في الأدلة إنما أعطى فرصة للقانون الذي يحكم النزاع، فذهب هذا الاتجاه إلى التفرقة بين ما يعد منها على اتصال وثيق بموضوع الدعوى، فيكون من المسائل الموضوعية التي تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع، كما لو كان هذا القانون يسمح بالشهادة لإثبات الزواج، ولا يقبل بها لإثبات الديون إنما يتطلب إثباتها بدليل كتابي، وما يعد منها من المسائل الإجرائية فيكون الحكم فيها لقانون القاضي.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق في الإجراءات:

ونعتقد انه الاتجاه الأوفق نظراً لتداخل المسائل الموضوعية والإجرائية في الإثبات تداخلاً يصعب معه معاملة الموضوع معاملة واحدة ومن ثم خضوعه لقانون واحد، فازدواجية طبيعة طرق الإثبات وما يتعلق بها تفضي إلى ازدواجية القانون فيها، وقد اعتمد هذا التوجه من قبل القضاء المصري، كما أشار المشرع العراقي إلى هذا المعنى في المادة (13) من قانون الإثبات رقم 107 لعام 1979 المعدل التي نصت على (1. يسري في شان أدلة الإثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تطبق القانون العراقي إذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي 2. يسري في شان إجراءات الإثبات قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى) وهذا يعني أن موقف المشرع العراقي مع اتجاه التفرقة في الحكم بين ما يعد من مسائل الموضوع فيخضع الإثبات فيها للقانون الذي يحكم الموضوع (قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني) وبين ما يعد من المسائل الإجرائية ومنها آلية تقديم الدليل والقرائن القضائية (إجراءات الإثبات) حيث يكون القانون الواجب التطبيق في هذه الأحوال قانون قاضي النزاع.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق في الإجراءات:

ويذهب البعض إلى أن سلطة القاضي جوازيه في تطبيق القانون العراقي إذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي وهذا يعني انه الموقف يخضع لتقدير القاضي كما يشير نص الفقرة (1) من المادة سالفه الذكر (.....) ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تطبق القانون العراقي إذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي)، كما يجد هذا الاتجاه أن السلطة الجوازية للقاضي مقيدة في حالة إذا كان التصرف القانوني قد تم إبرامه بحسب قانون محل الإبرام ولا سبيل لإعمالها إذا تم التصرف بحسب قانون آخر مثل قانون الجنسية.

2. الإجراءات التي يباشرها القاضي خارج دولته: إذا كانت الصفة الأجنبية لأطراف النزاع أو سببه أو موضوعه تؤثر بشكل محدود في الإجراءات التي يعتمدها قاضي النزاع إذا كانت جميع هذه الإجراءات تباشر في الحدود الإقليمية لدولته لأنها واحدة بالنسبة للدعوى التي أطرافها وطنيين أو أطرافها أجنب أو خليط من وطنيين أو أجنب، إلا أن الموقف يختلف إذا كانت تلك الإجراءات لضرورات تباشر خارج دولة قاضي النزاع وعلى أراضي دولة أجنبية.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق في الإجراءات:

فهي سوف لا تتم بنفس الشكل والآلية التي تتم فيها على أراضي دولة قاضي النزاع، إنما الأمر يحتاج إلى أن يواجه من قبل محاكم الدولة التي ستباشر كلاً أو جزءاً من إجراءات الدعوى المقامة أمام محاكم دولة قاضي النزاع.

وهذه الآلية التي تنظم مباشرة إجراءات دعوى مقامة أمام محاكم دولة على أراضي محاكم دولة أخرى **يصطلح عليها بالإنابة القضائية**، وهي عبارة عن طلب اتخاذ إجراء قضائي من سلطة قضائية في دولة إلى سلطة في دولة أخرى، قد تكون قضائية أو إدارية لمباشرة هذا الإجراء من الأخيرة على أراضيها، وتسمى السلطة الطالبة (بالسلطة المنيبة) والسلطة المطلوب منها مباشرة الإجراء على أراضيها (بالسلطة المناوبة)، كما لو وجد الشاهد على أراضي دولة غير الدولة المطلوب الاستماع إلى شاهدته أمام محاكمها وكانت شاهدته مؤثرة ومنتجة في حسم الدعوى، أو وجد الخصم المطلوب استجوابه خارج الدولة المقامة أمام محاكمها دعوى منه أو عليه، أو تحليفه اليمين، أو كان في دولة السلطة المناوبة خبير ترى محكمة الدولة المنيبة ضرورة الاستماع إلى خبرته بشأن موضوع له خبرة ودراية فيه.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق في الإجراءات:

وقد أكدت على هذا المعنى اتفاقية الرياض لعام 1983 في المادة (14) منه حيث نصت على أن (لكل طرف متعاقد أن يطلب إلى أي طرف متعاقد آخر أن يقوم في إقليمه نيابة عنه بأي إجراء قضائي متعلق بدعوى قائمة وبصفة خاصة سماع شهادة الشهود وتلقي تقارير الخبراء ومناقشتهم وإجراء المعاينة وطلب تحليف اليمين). كما أشارت إلى هذا المعنى المادة (16) من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 وتعديلاته والتي نصت (أولاً: يجوز للمحكمة أن تطلب بوساطة وزارة الخارجية من القنصل العراقي أو من يقوم مقامه استجواب الخصم أو تحليفه اليمين أو الاستماع إلى شهادة شاهد إذا كان مقيماً في الخارج) كذلك سبق إن تطرق إلى هذا المعنى قانون المرافعات المدنية في المادة (101) رقم 83 لسنة 1969، وقد نظم المشرع العراقي عمل القناصل في قانون البعثات الدبلوماسية والقنصلية رقم 15 لسنة 1936 في المادة (13) منه التي نصت على (للقنصل تحليف اليمين وتدوين الإفادات في القضايا المقامة أمام المحاكم العراقية وتعتبر هذه الإجراءات كما لو أجريت في المحاكم العراقية)، كما تؤثر الصفة الدولية للتنازع على آلية تبليغ المطلوب تبليغهم للحضور إذا كانوا مقيمين في الخارج، وقد تحدد القوانين الوطنية آليات خاصة للتبليغ ومنها قانون المرافعات العراقي المعدل.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق في الإجراءات:

وقد تم تعديل المادة (3) من القانون آنف الذكر المعنية بتنظيم آلية التبليغ وذلك بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل 709 لسنة 1979 حيث نصت المادة المعدلة على (1). إذا كان المطلوب تبليغه عراقياً أو أجنبياً مقيماً خارج العراق يجري تبليغه بواسطة البريد المسجل المرجع إلا إذا وجدت اتفاقية تنص على طريقة خاصة للتبليغ 2. إذا كان المطلوب تبليغه عراقياً أو أجنبياً من العاملين في السفارات العراقية أو احد الممثلات أو الملحقيات العراقية فيجري تبليغه بواسطة وزارة الخارجية وترسل الورقة المراد تبليغها بدفتر اليد أو البريد المسجل المرجع إلى وزارة الخارجية، ويعتبر المخاطب مبلغاً بتاريخ التسليم المدون في دفتر اليد أو في وصل التسليم ما لم يرد أشعار إلى المحكمة بانتقاله خارج ملاك وزارة الخارجية أو تمتعه بإجازة 3. على المحكمة مراعاة محل إقامة المراد تبليغه وفق الفقرتين 1 و 2 من هذه المادة عند تحديد موعد المرافعة، وفي جميع الأحوال يجب تسليم ورقة التبليغ إلى دائرة البريد أو إلى وزارة الخارجية قبل مدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً ولا تزيد على خمسة وأربعين يوماً من اليوم المعين للمرافعة) وفي ضوء ما تقدم فإن تحديد موعد الحضور أمام المحكمة يختلف بحسب مكان تواجد المطلوب تبليغه من حيث قرب أو بعد دولة الإقامة من العراق فهي مسألة تخضع لتقدير المحكمة.