**الفصل الثالث : تنازع الاختصاص القضائي**

الاختصاص التشريعي الأصلي لقانون القاضي وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي

عند نشوء علاقة قانونية ذي عنصر اجنبي فانه قد يلحق بها مسألة عرضية وهي قيام نزاع بسبب تلك العلاقة القانونية، الامر الذي يستلزم معه معرفة المحكمة المختصة بالفصل فيه، وذلك الوضع يؤدي الى نشوب تنازع بين محاكم دول عديدة وذلك عندما تدعى كل واحدة منها اولا تدعي في حالات اخرى حقها في نظر ذلك النزاع والبت في مثل تلك العلاقة القانونية. وهذا هو ما يطلق عليه تنازع الاختصاص وهو يختلف عن تنازع القوانين، ذلك ان تنازع القوانين يرتبط بالعلاقة القانونية بعدم ظهوره الا في حالة ما اذا نشب نزاع بين اطراف العلاقة القانونية بسببها وبعد نشوئها، وتلك المسالة هي حالة عرضية لا يشترط ظهورها في جميع الاحوال، ولكنها متى ما ظهرت وتحققت فلا بد من محكمة لها الولاية يلتجئ اليها صاحب الحق بالدفاع عن حقه امامها.

ان مسالة تنازع الاختصاص اللاحقة لنشوء العلاقة القانونية تتطلب قواعداً قانونية تحكمها وتحدد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية.

ان المقصود هنا هو الاختصاص القضائي الدولي وهو يختلف عن الاختصاص الداخلي بالرغم من ان المشرع في كل دولة هو من يقوم برسم تلك القواعد للمحاكم الوطنية ، كما ان تسمية الاختصاص القضائي الدولي قيلت معها العديد من التسميات الاخرى وكانت كلها محاولات لتمييز عمل تلك القواعد مما يشتبه بها من قواعد قانونية اخرى، ذلك ان الفقهاء قد استعملوا اصطلاحات عديدة في هذا المجال الا ان تسمية الاختصاص القضائي الدولي ظلت هي الشائعة.

ان تعيين المحكمة المختصة في دولة ما لا يشترط معه في كل الاحوال ان تطبق قانونها على ذلك النزاع مثلما ان القانون المطبق بوساطة محكمة ما يصح ان يكون قانونا غير قانون دولة هذه المحكمة.

وهذا ما يعرف بمبدأ عدم التلازم بين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق، كما ان قواعد الاختصاص القضائي الدولي تختلف عن قواعد تنازع القوانين في بعض الوجوه كما انها في الوقت نفسه تتشابه معها في جوانب اخرى.

هذا وان قواعد الاختصاص القضائي الدولي لها طبيعة وسمات مميزة لها، كما لها اهمية عملية في مجال العلاقات المشوبة بعنصر اجنبي، ووفقاً لما تقدم سنتناول التعريف بالاختصاص القضائي الدولي (مطلب اول)،والتفرقة بين الاختصاص الدولي والاختصاص .الداخلي للمحاكم (مطلب ثاني)،والاختصاص القضائي الدولي والاختصاص التشريعي(مطلب ثالث)،وفي مصادر الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية(مطلب رابع)، وقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي(مطلب خامس).

**المطلب الأول**

**التعريف بالاختصاص القضائي الدولي**

الاختصاص لغة معناه التفضيل والانفراد.وعند فقهاء المسلمين يطلق على الاختصاص اصطلاح التخصيص. وهو عندهم يعني اسناد عمل من اعمال الدولة مما يترتب عليه فض المنازعات ودفع الخصومات الى شخص من الاشخاص الذين لهم خبرة بالإحكام الشرعية، وجعل هذا العمل قاصرا على هذا الشخص يتصرف فيه سواء كان حق التصرف مقيدا كما في الحدود او غير مقيد كما في التعزيرات.

وفي اصطلاح النظام القضائي فان الاختصاص معناه سلطة الحكم بمقتضى القانون في دعوى معينة، واختصاص محكمة ما معناه نصيبها من المنازعات التي يجوز لها الفصل فيها، وقوانين الاختصاص هي القوانين التي تحدد ولاية المحاكم المختلفة.هذا ويستلزم تيسير التقاضي وحسن سير العدالة ان تتنوع المحاكم وتنتشر في انحاء الدولة، اذ لا يتصور ان تقوم في الدولة محكمة واحدة تطرح امامها جميع المنازعات.

اما الاختصاص القضائي الدولي فيقصد به (بيان القواعد التي تحدد ولاية محاكم الدولة في المنازعات التي تتضمن عنصرا اجنبيا ازاء غيرها من محاكم الدول الاخرى وذلك بالمقابلة لقواعد الاختصاص الداخلي التي تحدد اختصاص كل محكمة من محاكم الدولة ازاء غيرها من محاكم الدولة نفسها). فمثلا، ان قواعد الاختصاص القضائي الدولي في العراق تبين للقاضي العراقي فيما اذا كانت المحاكم العراقية مختصة بالنظر في النزاع المطروح امامه والمتضمن عنصرا اجنبيا ام غير مختصة، فاذا تبين للقاضي العراقي ان النزاع مما يدخل في اختصاص المحاكم العراقية بصفة عامة عندها يرجع الى قواعد الاختصاص الداخلي لبيان مدى اختصاص المحكمة المرفوع امامها النزاع ازاء غيرها من محاكم الدولة نفسها(وهو ما يطلق عليه الاختصاص الخاص) والذي هو من صميم موضوعات قانون المرافعات.

والاصل ان قواعد الاختصاص القضائي الدولي تحدد اختصاص المحاكم الوطنية فقط، غير انها احيانا تحدد اختصاص محاكم الدول الاجنبية في مثل تلك المنازعات الا ان ذلك التحديد لا يلزم الدول الاجنبية.والعله في ذلك واضحة ذلك ان قواعد الاختصاص القضائي وثيقة الصلة بالقانون العام ولان اداء القضاء مظهر فعال للسيادة ووظيفة مهمة من وظائف الدولة فليس من المعقول ان تنصاع الدولة في رسم حدوده لامر المشرع الاجنبي، ولا يطعن في هذا القول بان المشرع الوطني يقر المحاكم الاجنبية على اختصاصها الذي يحدده لها قانونها او لا يقرها عليه. ذلك ان الغاية من هذا الاقرار او عدمه هي مجرد كفالة اختصاص المحاكم الوطنية المحدد لها في قانونها.

ان الحاق لفظة "الدولي باصطلاح الاختصاص القضائي توحي بوجود قواعد دولية لهذا الاختصاص تسير عليها الدول، غير ان الامر ليس كذلك، ذلك ان العديد من المصطلحات قد تم تداولها قبل ان يستقر هذا المصطلح في التعامل تقريبا، فقد كان بعض الفقهاء يعبرون عن الاختصاص القضائي لمحاكم دولة معينة باصطلاح "الاختصاص العام" وذلك بالمقابل للاختصاص الخاص لهذه المحاكم ، أي نصيب كل منها من ولاية القضاء، وذلك بعد ان ترسم قواعد الاختصاص العام حدود هذه الولاية من الوجهة الدولية أي ازاء محاكم الدول الاخرى بالنسبة إلى المنازعة المشتملة على عنصر اجنبي.

ويعترض بعضهم على استعمال اصطلاح "الاختصاص العام" وحجتهم في ذلك ان هذا المصطلح كما يستعمل بالمعنى المتقدم الا انه قد يستعمل في ميدان الحياة القانونية الداخلية أيضاً للدلالة على ما يخص جهة قضائية معينة من ولاية القضاء في الدولة بالنظر الى سائر الجهات القضائية الاخرى فيها. كذلك يطلق على الاختصاص القضائي الدولي في فرنسا اصطلاح "الاختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية".كما يطلق عليه بعض الفقهاء الفرنسيين اصطلاح "تنازع جهات القضاء" , اما الفقهاء الايطاليون فيطلقون على الاختصاص القضائي الدولي اصطلاح "الاختصاص القضائي" او "حدود ولاية القضاء للدولة". اما في الولايات المتحدة الامريكية فيطلق اصطلاح "الاختصاص" على سلطة الدولة في ترتيب العلاقات القانونية واختصاص الدولة على اقليمها هو في الاصل مطلق.

فيما استعمل بعض الكتاب اصطلاح "المرافعات المدنية والتجارية الدولية". غير ان هذا المصطلح قد تعرض للنقد، ذلك ان استخدام لفظ المرافعات في حد ذاته منتقد على مستوى قانون المرافعات الداخلي، وتداول هذا المصطلح على مستوى العلاقات الدولية لا يزيل ما يعيبه من قصور. وفي مصر يطلق اصطلاح "تنازع الاختصاص القضائي الدولي". ولا يتفق الفقهاء حول هذه التسمية،إذ يرى ان استعمال تعبير "تنازع" بالنسبة إلى الاختصاص القضائي الدولي هو تعبير غير دقيق، ويعلل ذلك بان هذا التعبير "تنازع" هو صحيح بالنسبة الى حالة تنازع القوانين عندما يكون امام القاضي قوانين عديدة كل منها لدولة معينة تتزاحم "تتنازع" لحكم النزاع المعروض على القاضي فيختار احدها وفقا لما تمليه قواعد الاسناد في قانونه، في حين انه في حالة الاختصاص القضائي الدولي فان المحكمة التي ترفع اليها الدعوى،اذا وجدت نفسها مختصة فتمضي في نظرها وتدخل في اساس النزاع وتربط الدعوى بحكم حاسم، اما اذا وجدت نفسها غير مختصة في نظر مثل هذا النزاع التي رفعت الدعوى بشانه فتقرر رد الدعوى لعدم الاختصاص.

ويذهب بعضهم الآخر الى ترجيح استعمال اصطلاح "القانون القضائي الخاص الدولي". ويسندون رايهم الى أن ذلك الاصطلاح هو تعريف جامع ،إذ انه يشمل الى جانب القواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية فضلاً عن القواعد التي تحدد القانون الواجب التطبيق بخصوص الاجراءات واثار الاحكام الاجنبية.

ويبدو بعد تناول اغلب تلك الاصطلاحات فان اصطلاح الاختصاص القضائي الدولي هو الغالب في الاستعمال الذي استقر عليه التعامل، وحتى لا يحصل أي لبس في المعنى من استعمال لفظة "دولي" فانه يفضل دائما ان ينسب اصطلاح الاختصاص القضائي الدولي الى دولة معينة، كان يقال مثلا "الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية".

**المطلب الثاني**

**الاختصاص الدولي والاختصاص الداخلي للمحاكم**

من الضروري التعرف على اوجه التقارب والاختلاف بين الاختصاص القضائي الدولي، والاختصاص القضائي الداخلي، ذلك ان تلك التفرقة اساسية لتجنب اللبس بين الاختصاصين.

حيث يلتقي الاختصاصان في ان المشرع في كل دولة يرسم ويضع قواعد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية سواء كان هذا الاختصاص داخليا او دوليا. والمحاكم الداخلية لكل دولة هي التي تتكفل بحل المنازعات التي تحدث بين الافراد ولا فرق هنا اذا كانت تلك المنازعات وطنية بحتة في جميع عناصرها ام كانت تشتمل على عنصر اجنبي، فالامر المتفق عليه انه لا توجد هيأة قضائية دولية تقوم بوظيفة فض المنازعات الداخلية في نطاق القانون الدولي الخاص.

كما يلتقي الاختصاصان من حيث وحدة الاجراءات، حيث ان الاجراءات التي تتبعها المحكمة وتطبقها على نزاع معروض عليها فيما يتعلق باصول المرافعة واصدار القرار وطرائق الطعن هي واحدة سواء كانت تلك المنازعة وطنية بجميع عناصرها او كان احد عناصرها اجنبيا.

بالرغم من ذلك توجد بعض اوجه الفرق بين الاختصاصين، فضلاً عن الفرق الواضح والمتمثل بان الاختصاص الداخلي ينظم مسالة وطنية بجميع عناصرها، في الوقت الذي ينظم الاختصاص القضائي الدولي مسائلاً تتضمن عنصرا اجنبيا، ومنها على سبيل المثال ان العقد موضوع النزاع قد أُبرِمَ في الخارج، او ان احد اطراف النزاع اجنبي، ولذا ففي الاختصاص الداخلي يتحدد اختصاص كل محكمة ازاء غيرها من المحاكم الاخرى للدولة كالاختصاص النوعي والوظيفي مثلا، اما في الاختصاص الدولي فيتحدد اختصاص قضاء الدولة كلها ازاء قضاء الدول الاخرى.

كذلك ففي الاختصاص الداخلي فان القاضي لا يطبق الا القانون الوطني، في حين انه في الاختصاص الدولي قد يخضع للقانون الوطني وقد يطبق فيها القاضي قانونا اجنبياً وفقا لما تشير اليه قواعد الاسناد في قانونه.

ويبدو ان القول باعتبار "قواعد الاختصاص القضائي الدولي تتقيد بالمعاهدات التي ابرمتها الدول في هذا الشان كما تتقيد بغيرها من قواعد القانون الدولي العام" وايراده ذلك بوصفه احد اوجه الاختلاف بين الاختصاص القضائي الدولي الذي يتم تنظيم قواعده وفقا لقواعد الاختصاص في القانون المقارن وبين قواعد الاختصاص الداخلي هو امر محل نظر ويخضع للنقاش. وذلك ان مراعاة الدولة للمعاهدات والاتفاقيات الدولية والعرف الدولي ومنها مسالة الحصانة القضائية مثلا كلها التزامات تقع على عاتق الدولة وفقا للقانون الدولي العام ويستوي في التقيد بها كل من الاختصاص الدولي والداخلي على حد سواء وتتحقق المسؤولية الدولية في حالة التعارض بين التشريع الداخلي والمعاهدة مثلا، لاسيما ان المعاهدة تتخذ صفة التشريع الداخلي بعد المصادقة عليها، هذا من جانب، ومن جانب اخر فان تناول بعض المعاهدات للاختصاص القضائي الدولي بالتنظيم هو يعود اصلا كون هذا الاختصاص يختص بالمنازعات التي تشمل على عنصر اجنبي، ومثال تلك الاتفاقيات اتفاقية وارشو لسنة 1929 الخاصة بمسؤولية الناقل الجوي. ومن الاتفاقيات التي وردت فيها نصوص خاصة بالاختصاص القضائي الدولي اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي التي صادق عليها العراق بالقانون رقم (110) لسنة 1983.

على ان تلك الاختلافات لا تعني القطيعة بين الاختصاصين، ذلك ان المشرع الوطني في دولة ما يحدد حالات الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمة فانه يعتمد على اسس عامة يسترشد بها عند قيامه بعمله هذا ومنها الاستعانة بقواعد الاختصاص القضائي الداخلي، وفي هذا المجال يمكن التوضيح بان هناك ثلاثة اتجاهات رئيسة حول مدى جواز الاستعانة بقواعد الاختصاص الداخلي لتحديد الاختصاص القضائي الدولي.

الاتجاه الاول يذهب الى ان الاعتبارات الواجب مراعاتها عند تحديد الاختصاص الداخلي هي الاعتبارات نفسها التي يتعين الاخذ بها عند بيان الاختصاص الدولي. حيث يرى الاستاذ باتيفول Batiffol ان مبدأ تركيز العلاقة القانونية مكانياً بمعنى توطنها وهو مبدأ عام ينادى به في مجال القانون الدولي الخاص هو الذي يستند إليه أنصار الرأي الاول. ووفقا لهذا الرأي فالضوابط المعتمدة في الاختصاص الداخلي لتحديد العلاقة القانونية هي نفسها التي تعتمد عند تحديد الاختصاص الدولي ومنها موقع المال والموطن مثلا، وهذا الاتجاه هو السائد في فرنسا والعلة في ذلك هو لعدم كفاية النصوص القانونية الفرنسية فيما يخص الاختصاص القضائي الدولي. كما انه معتمد في النمسا والبرتغال.

اما الاتجاه الثاني فهو عكس الاتجاه الاول ،إذ ينظر الى الاختصاصين بشكل مستقل احدهما عن الاخر، حيث يذهب بعض الشراح الى ضرورة معالجة مسالة الاختصاص القضائي الدولي دون محاولة التقريب بينه وبين الاختصاص الداخلي وكذلك دون حاجة الى الاستعانة بقواعده، وان تلك المعالجة تقوم على اساس وجوب توافر ضابط في المنازعة يجعلها تقع تحت سيادة الدولة وبالنتيجة يجعلها تدخل في ولاية قضائها.

وهنا وفي موضوع ولاية القضاء فلا بد من التمييز بين الاختصاص الدولي وولاية القضاء، فليس صحيحا ما ذهب اليه بعضهم من ان عبارة الاختصاص الدولي للمحاكم هي عبارة مرادفة لكلمة ولاية القضاء. ذلك ان التمييز بينهما يتمثل من ناحية في تبيان الجزاء والدفع الذي تواجه به المحاكم الوطنية،اذا ما خرقت قواعد اختصاصها الدولي او تجاوزت حدود ولايتها القضائية. ذلك ان الجزاء المترتب على خرق قواعد الاختصاص الدولي يتمثل في "عدم الاختصاص" وذلك وفقا للقواعد المقررة في الدفع بعدم الاختصاص، في حين انه في حالة تجاوز حدود ولاية القضاء فهو تجاوز للسلطة يواجه بالدفع بـ "تجاوز السلطة". اما الناحية الاخرى للتميز فهي ناحية عملية تتبلور وتتضح في ان الفقه المناصر للتفرقة بين ولاية القضاء والاختصاص الدولي يستبعد من مجالات الاختصاص الدولي مسالة الحصانات القضائية بوصفها تمس ولاية القضاء لا الاختصاص تاركا تنظيمها لقواعد القانون الدولي العام.

**المطلب الثالث**

**الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص التشريعي**

اذا كانت قواعد الاختصاص القضائي الدولي تحدد مدى اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات المشتملة على عنصر اجنبي، فان قواعد الاسناد تشير الى تطبيق اكثر القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم العلاقة المتضمنة عنصرا اجنبيا.

من هنا يتضح ان كلا من الاختصاصين يضع حدا لظاهرة التزاحم، الا ان التزاحم في حالة الاختصاص القضائي يقع بين محاكم دول مختلفة، وهو في حالة الاختصاص التشريعي فان التزاحم يقع بين القوانين. وعليه سنحاول ان نوضح في فرعين مسألتين مهمتين، الفرع الاول سنخصصه للاختلاف بين قواعد تنازع القوانين وقواعد الاختصاص القضائي الدولي، اما الفرع الثاني فنتناول مسألة أخرى مهمة وهي اثر تعيين المحكمة المختصة على الاختصاص التشريعي.

**الفرع الأول: أوجه الفرق بين قواعد تنازع القوانين وقواعد الاختصاص القضائي الدولي**

يمكن القول هنا ان قواعد تنازع القوانين هي قواعد غير مباشرة، أي انها لا تحسم النزاع المطروح امام القاضي مباشرة، بل هي تشير فقط الى القانون الواجب التطبيق على النزاع، هذا هو الاصل، الا انه لابد من الاشارة الى ان الفقه الحديث اكد مع ذلك وجود قواعد موضوعية في قانون القاضي تنطبق مباشرة على المنازعات الخاصة الدولية في بعض الفروض دون حاجة لإعمال القواعد المزدوجة، وهي القواعد المسماة من قبل الاستاذ فرنسكاكيس باسم القواعد ذات التطبيق المباشر.وهي قواعد تحد من اعمال قواعد الاسناد المزدوجة. وعلى هذا فان قواعد الاسناد المزدوجة لا تعمل الا خارج نطاق تطبيق القواعد ذات التطبيق المباشر.

اما قواعد الاختصاص القضائي الدولي فهي قواعد تفصل بطريقة مباشرة في مدى اختصاص القضاء الوطني بالنزاع المطروح امامه. ومن اوجه الفرق كذلك ان قواعد تنازع القوانين هي قواعد مزدوجة، بمعنى انها لا تقتصر على الاشارة الى الحالات التي يطبق فيها القانون الوطني فحسب انما هي تبين الاحوال التي ينطبق فيها القانون الاجنبي ايضاً، في حين ان قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي قواعد مفردة الجانب، ذلك يعني انها تقتصر على بيان حالات اختصاص القضاء الوطني ولا شأن لها بتحديد اختصاص المحاكم الاجنبية وذلك لما في هذا من مساس بسيادة الدول.

كما يورد جانب من الفقه اختلافا بين قواعد تنازع القوانين وقواعد الاختصاص القضائي منظورا له من حيث الطابع المميز لكل منها. ذلك ان قواعد تنازع القوانين ذي طابع قانوني بحت فهي لا تتأثر بجنسية اطراف العلاقة القانونية، فهذه القواعد تتولى تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذي العنصر الاجنبي بصرف النظر عن جنسية اطرافها. حيث يعامل الاجانب والوطنيين في مجال تنازع القوانين على وجه المساواة.

اما الطابع المميز لقواعد الاختصاص القضائي فهو طابع سياسي، بمعنى ان الجنسية الوطنية للمدعي او المدعى عليه هي عامل اساسي في تحديد حالات الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية.

غير ان هذه التفرقة ليست قاطعة وانما هي تفرقة نسبية، وهذا ما يراه جانب من الفقه ويسند رايه هذا بوجود بعض قواعد تنازع القوانين التي تبدو متأثرة بالطابع السياسي، ويضربون على ذلك امثلة منها المادة 310/2 من القانون المدني الفرنسي لعام 1975 والتي تقضي بتطبيق القانون الفرنسي اذا كان كل من الزوجين له موطن في فرنسا. وهي تقابل المادة 19/5 من القانون المدني العراقي (اذا كان احد الزوجين عراقيا وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده).

**الفرع الثاني:تأثير المحكمة المختصة على القانون الواجب التطبيق**

في السابق كان الاختصاص القضائي يجلب الاختصاص التشريعي، بمعنى ان المبدأ الذي كان سائدا في مدة ما وتحديدا الى القرن الثالث عشر في ايطاليا كان مبدأ التلازم بين الاختصاصين، وهذا يعني ان المحكمة المختصة كانت تطبق قانونها دون غيره، وكان بيان هذه المحكمة ينطوي على بيان القانون المختص.

وينطبق ذلك الحال على فرنسا في المدة نفسها وبين مدن شرقها وغربها، اما في انكلترا فقد استمرت الى القرن الثامن عشر وكانت المشكلة تنحصر في البحث عن الاختصاص القضائي، وبتحقق الاشتراك القانوني انحل هذا التلازم.

اما الآن فان المبدأ السائد في فقه القانون الدولي الخاص هو مبدأ عدم التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي. بكلمة اخرى، ان المحكمة المختصة يصح ان تكون غير محكمة الدولة التي يجب تطبيق قانونها، والعكس صحيح، فان القانون المطبق بوساطة محكمة ما يصح ان يكون قانوناً غير قانون دولة هذه المحكمة. ويعود الفضل في تاكيد ذلك المبدا الى الفقيه سافيني في القرن التاسع عشر، ومنذ ذلك الوقت استقرت الفكرة في الفقه والقضاء وصارت احدى القواعد الاساسية في ميدان التنازع.

ان مبررات هذا المبدأ يمكن ان تلخص في الاتي:

1. عدم اقتصار المحكمة المختصة على تطبيق قانونها بشان كل المنازعات، والقول بعكس ذلك ينفي معه تنازع القوانين اضف الى ذلك ان الربط بين المحكمة وقانونها واختصاصها بالفصل في كل المنازعات من شأنه ان يهدد استقرار المعاملات الخاصة الدولية. وفي هذا يقول بعضهم بان القانون الدولي الخاص يدين بوجوده الى مبدا الفصل بين الاختصاصين القضائي والتشريعي.
2. ان تحديد اختصاص المحكمة يسبق تعيين القانون الواجب التطبيق، حيث يتفق فقه القانون الدولي الخاص على ان تحديد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة معينة في نزاع معروض عليها يسبق تحديد القانون الواجب التطبيق.
3. اختلاف الاعتبارات التي يبنى عليها كل من الاختصاصين. فالمحكمة لاعتبارات تتعلق بالسيادة او بالامن والسلامة في الاقاليم تصبح مختصة بالنزاع، ومع هذا فان قواعد العدالة تقتضي بان تحكم العلاقة بقانون اجنبي لانه اكثر ملائمة لطبيعة النزاع.

وهكذا فان تاثير الاختصاص القضائي على الاختصاص التشريعي هو امر منطقي طالما ان الاختصاص بنظر المنازعة الدولية يثبت بمرحلة سابقة على تعيين القانون الواجب التطبيق على تلك المنازعة. وحيث ان قواعد تنازع القوانين هي قواعد وطنية، بمعنى انها تصدر عن المشرع الوطني مما يترتب عليه ان يكون لكل دولة تنظيما خاصا لتنازع القوانين يختلف عن التنظيمات المماثلة للموضوع نفسه في تشريعات الدول الاخرى. فمن الواضح هنا انه متى ما ثبت الاختصاص للمحاكم الوطنية في دولة ما فإنها تطبق قواعد تنازع القوانين الخاصة فيما يتعلق بالتكييف او النظام العام او الاحالة وهكذا.

ينتج عن ذلك ان الحل النهائي او الحكم الصادر في نزاع معين يتأثر بعرض المنازعة على محاكم دولة معينة وبشكل مختلف عما اذا كانت المنازعة نفسها قد عرضت على قضاء دولة معينة . بمعنى ادق ان الحل بالنسبة الى كل نقطة من نقاط تنازع القوانين يمكن ان يختلف نتيجة لعقد الاختصاص لمحاكم هذه الدولة او تلك مثالها في مجال التكييف مثلا قد تعد محاكم الدولة الاولى موضوع النزاع ضمن مسائل الاحوال الشخصية فتطبق عليه القانون الشخصي وهو قانون الجنسية او المواطن بينما تعد محاكم دولة اخرى من مسائل الاحوال العينية فتطبق عليه قانون موقع المال.

بل ابعد من هذا، حتى لو تطابق التكييف بين محاكم الدولتين لأن الموضوع متعلق بالأحوال الشخصية فقد تعد الأولى القانون الشخصي هو قانون الجنسية بينما تاخذ الثانية بقانون الموطن .اما في موضوع الاحالة فان الحل النهائي لنزاع ما سيختلف من محاكم دولة الى دولة اخرى بناءً على قبول الاحالة بشكل كلي او على درجات محددة او بقيود معينة او الرفض الكلي للاحالة , وفي موضوع النظام العام فان محاكم بعض الدول قد تقبل تطبيق القانون الاجنبي على منازعه، في الوقت الذي ترفض تطبيقه على المنازعة نفسها محاكم دولة اخرى بحجة مخالفته للنظام العام، ذلك لاختلاف الاعتبارات القانونية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها النظام العام قد تختلف من دولة لاخرى.

وحيث ان قواعد تنازع القوانين وقواعد الاختصاص القضائي هي قواعد وطنية المصدر بالرغم من ان كلاهما تسعى الى تنظيم علاقة قانونية مشتملة على عنصر اجنبي فان ذلك يترتب عليه انه في حالة انعقاد الاختصاص لمحاكم دولة بعينها يكون من شانه ان تقوم هذه الدولة بتطبيق قواعد تنازع القوانين الخاصة بها مما يؤثر معه في الحل النهائي للنزاع. والكلام نفسه ينطبق حتى مع وجود اتفاق دولي مما يطلق عليه بـ "المعاهدات الموحدة" التي تهدف الى خلق قواعد مادية تحكم العلاقات الخاصة الدولية ،والتي تحاول ان تضع حدا لمشكلة تنازع القوانين، فان عرض النزاع امام قضاء احدى الدول الاطراف في ذلك الاتفاق قد يؤدي الى نتيجة نهائية للنزاع تختلف عن تلك التي تترتب فيما لو عرض النزاع نفسه امام قضاء دولة اخرى طرف في الاتفاقية.

**المطلب الرابع**

**في مصادر الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية**

نصت المادة 28 من القانون المدني العراقي على ان (قواعد الاختصاص وجميع الاجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى او تباشر فيها الاجراءات).

وبذلك فان المشرع العراقي قد اخضع قواعد الاختصاص لقانون القاضي الذي ينظر النزاع، وهو هنا اختصاص اصلي. وقد نظم المشرع العراقي قواعد الاختصاص في القانون المدني تحت مسمى "التنازع الدولي من حيث الاختصاص القضائي"، وحصرا في مادتيه الرابعة عشر والخامسة عشر. ونجدها ايضاً في قانون الاحوال الشخصية للاجانب لسنة 1931 في المادة الثانية منه. ويرى استاذنا عوني الفخري ان تلك النصوص القانونية هي نصوص قاصرة وهي لم تغط كثيرا من ضوابط الاختصاص المتعارف عليها دوليا ولا سيما ما يتعلق بالدعاوى الفرعية والمرتبطة وكذلك ما يتعلق بالإجراءات التحفظية والعرفية، كما انها لم تورد نصا بشان الخضوع لاختصاص المحاكم العراقية، او ان اغلب تلك النصوص جاءت عامة دون تفريق بين قضايا الاحوال الشخصية وقضايا الاحوال العينية. ولتلافي ذلك القصور فان استاذنا عوني الفخري يذهب الى الاستعانة ببعض قواعد الاختصاص الداخلي الواردة في قانون المرافعات، وإمكانية اضفاء الاختصاص الدولي للمحاكم العراقية أيضاً من باب مفهوم المخالفة للمادة السابعة من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم 30 لسنة 1928.

ويبدو ان هذا الراي هو جدير بالاهتمام لسببين، اولهما يستند الى المادة 30 من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 التي نصها (لا يجوز لاي محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون او فقدان النص او نقصه والا عد القاضي ممتنعا عن احقاق الحق).

والسبب الثاني ان تلك النصوص لم تعد تتسع لتشمل الحالات والامور المستحدثة كافة والتطور الذي تشهده العلاقات الخاصة الدولية، وحيث ان المشرع لم يعالج تلك المسائل فانه من الممكن على الاقل اعمال قواعد الاختصاص الداخلي وكذلك المسائل التي نصت عليها المادة السابعة من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية من باب مفهوم المخالفة تلافياً لأي نقص.

وعلى هذا يمكن ان نحدد الضوابط التي يقوم عليها الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية بما يأتي:

1. الاختصاص القائم على الجنسية العراقية للمدعى عليه، وهو ما نصت عليه م/14 مدني عراقي، فيكفي ان يكون في الدعوى ذات العنصر الاجنبي مدعى عليه عراقي طبيعيا كان ام معنويا. اما اساس هذا الاختصاص فهو سيادة الدولة على رعاياها وهو تطبيق للمبدأ الذي يقضي بان المدعي يسعى الى المدعى عليه في محكمته لان الاصل براءة ذمة المدعى عليه.

ويرد على هذا الضابط استثناء واحد هو الدعوى المتعلقة بعقار واقع في خارج العراق،إذ تخرج من اختصاص المحاكم العراقية ولو كان المدعى عليه عراقي الجنسية.

1. الاختصاص القائم على وجود المدعى عليه الاجنبي في العراق. فمجرد ان يكون المدعى عليه الاجنبي موجودا في العراق ساكنا فيه بصورة دائمة او مؤقتة فالقضاء العراقي يكون مختصا هنا. والعبرة بوجود الاجنبي وقت رفع الدعوى. وهذا الاختصاص تاخذ به المحاكم الانكليزية ايضا حيث ان القانون العام فيها يقيم الاختصاص للمحاكم الانكليزية على وجود المدعى عليه في انكلترا وقت اعلانه (تبليغه) بورقة الدعوتيه وصحيفة الدعوى.
2. الاختصاص القائم على وجود المال في العراق، وهو ما اشارت اليه الفقرة ب من م/15 مدني عراقي، والنص لم يفرق بين العقار والمنقول ويشترط فقط ان يكون المال المنقول موجودا في العراق وقت رفع الدعوى. والمراد من الدعاوى المتعلقة بالعقار والمنقول الدعوى المتعلقة بالحقوق العينية الاصلية او التبعية مثل دعوى الملكية، وحق الانتفاع، وحق الارتفاق، ودعاوى الرهن الحيازي، والرهن التاميني، ودعاوى الحيازة.
3. الاختصاص القائم على نشوء الالتزام او تنفيذه في العراق. وهو ما ذكرته الفقرة ج من م/15 مدني عراقي وذلك (اذا كان موضوع التقاضي عقدا تم ابرامه في العراق او كان واجب التنفيذ فيه او كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق).

والمراد بنشوء الالتزام هو الالتزام الذي ينشأ عن عقد او واقعة مادية. ومبررات هذه القاعدة هو ان محكمة مكان نشوء الالتزام هي اكثر من غيرها اتصالا بوقائع وظروف النزاع مما يجعلها اقدر من غيرها على حله بحكم يتمتع بقوة النفاذ.

1. اختصاص المحاكم العراقية بسبب الخضوع الاختياري. بمعنى قبول الاجنبي ان يخضع لسلطة القضاء العراقي كما لو اتفق المتعاقدان على ان يكون للمحاكم العراقية حق نظر النزاع المحتمل الظهور في هذه العلاقة. كما يظهر الخضوع ايضا بسكوت المدعى عليه عند المرافعة امام المحاكم العراقية وعدم دفعه قبل الدخول في الدعوى بعدم إختصاص هذه المحاكم للنظر في الدعوى المرفوعة ضده.

ونورد هنا ملاحظة هي ان هذه القاعدة لم ينص عليها القانون المدني ولكنها شاعت دوليا. كما اخذ به المشرع العراقي في قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم 30 لسنة 1928 وذلك في المادة السابعة منه في الفقرتين (هـ ، و). ومن الواضح اهمية ان يعتمدها القضاء العراقي في الوقت الراهن.

**المطلب الخامس**

**قاعدة خضوع الاجراءات لقانون القاضي**

تكتسب قواعد المرافعات اهمية بالغة ، حتى ان الدكتور هشام علي صادق يصفها بالقول (اذا كان صحيحاً ان قواعد المرافعات هي خادمة الحقوق فالصحيح ايضاً انها خادم متسيد بدونها يفقد الحق فاعليته حتى يصبح مجرداً عن أي قيمة فعلية) . وقد تضمنت المادة 28 من القانون المدني العراقي النص على ان (قواعد الاختصاص وجميع الاجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى او تباشر فيها الاجراءات ) ،فقاعدة خضوع الاجراءات لقانون القاضي اذاً هي قاعدة استقرت مع الزمن .

ان مسائل الاجراءات تشتمل على قواعد رفع الدعوى والمواعيد وحضور الخصوم وغيابهم ونظام سير الجلسات والمرافعة وسير الخصومة ووقفها وانقطاعها او انقضائها وكذلك الحكم في الدعوى من حيث اصداره او الطعن فيه او تنفيذه . ومسائل الاجراءات لها ما يبررها فهي كفيلة بتحقيق النظام القضائي في حركته الدائمة لتوفير الحماية القضائية وتحقيق صحة وعدالة الاجراءات القضائية، كما انها تضع قيوداً على الخصوم اذا حاولوا التعسف في استعمال حقوقهم او المماطلة وعليه سنتناول كل من الأساس القانوني لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي(فرع اول)،ونطاق تطبيق قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي(فرع ثاني).

**الفرع الأول :الأساس القانوني لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي.**

اذا كان القانون الدولي الخاص يتفق على قاعدة خضوع الاجراءات لقانون القاضي وخضوع المسائل الموضوعية الى قوانين اخرى متباينة على وفق طبيعة المسالة المعروضة ، الا ان ذلك الفقه قد اختلف حول تبرير او تحديد الاساس القانوني لقاعدة خضوع الاجراءات لقانون القاضي ، فيذهب جانب من الفقه الفرنسي ومنهم الفقيه ارمنجون الى ان قاعدة خضوع الاجراءات لقانون القاضي انما هي تطبيق من تطبيقات قاعدة شكل العقد يخضع لقانون بلد الابرام ، حيث تعد تلك القاعدة مجرد تطبيق لقاعدة الاسناد التي تقضي بخضوع شكل التصرفات للقانون المحلي واساس ذلك الاتجاه لديهم هو ان فكرة الشكل لاتختلف في جوهرها عن فكرة الاجراءات فكل منهما هو المظهر الخارجي الذي يوجب القانون اتخاذه وهو يستلزم مراعاة اوضاع معينة وتدخل موظف عام.

وهذا الرأي منتقد من الفقه الغالب ، ذلك ان قاعدة خضوع الاجراءات لقانون القاضي – رغم تعلقها بنشاط الافراد – الا انها تتصل وبصفة اساسية بنشاط مرفق القضاء ، في حين ان قاعدة خضوع الشكل للقانون المحلي تهدف الى التيسير على المتعاقدين ، فالقاعدة الاولى هي قاعدة ملزمة ، واما القاعدة الثانية فهي اختيارية.

فيما يذهب اتجاه اخر الى ان اساس قاعدة تطبيق قانون القاضي على الاجراتءات هو النظام العام ويبرر هذا الاتجاه بان قواعد الاجراءات تهدف الى تمكين الخصوم من الحصول على حقوقهم باسهل الطرائق واستناداً الى ذلك فانه من الواجب الالتزام بهذه القواعد نظراً لارتباطها بالمصلحة العامة وبالنظام الاجتماعي في كل دولة.

وهذا الراي منتقد كذلك ، ذلك ان قانون القاضي ينعقد له الاختصاص وفقاً للنظام العام بصفة اسثنائية ، في حين ينعقد الاختصاص لقانون القاضي في الاجراءات بصفة اصلية. فضلاً عن ان الدفع بالنظام العام يتباين اثره احياناً بحسب ما اذا تعلق الامر بمركز قانوني اريد انشاؤه في دولة القاضي .

اما الرأي الراجح فيذهب الى ان طبيعة قواعد الاجراءات هي انها قواعد تنظيمية لسلطة عامة هدفها اداء العدالة وهي ترسم للسلطة القضائية طريقة اداء وظيفتها ولايمكن ان تقوم ساطة عامة باداء وظيفتها الا وفقاً لما رسمه لها مشرعها .

**الفرع الثاني : نطاق تطبيق قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي**

على الرغم من التسليم بقاعدة خضوع الاجراءات لقانون القاضي ، الا ان الصعوبة تثور في تحديد مجال تطبيق هذه القاعدة وهو ما اثار الخلاف لصعوبة وضع الحد الفاصل بين ما يعد من مسائل الاجراءات وما يعد من الموضوع ، وسنحاول ايضاح مسألتين من مسائل الاجراءات قد يصعب في شأنهما بيان ما يدخل في مجال اعمال قانون القاضي وما لايدخل فيه وهما الدعوى والاثبات.

اولاً:الدعوى

اورد قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل تعريفاً للدعوى في المادة الثانية منه بالنص ان ( الدعوى طلب شخص حقه من اخر امام القضاء) وهو يشمل الادعاء والدفع ايضاً لان الدفع دعوى ايضاً كما تقرر ذلك المادة 8 من القانون اعلاه

هذا وان الاجراء الذي تباشر به الدعوى وهو المطالبة القضائية يخضع لقانون القاضي وكذلك مواعيد المرافعات و الاجرءات كافة التي تكون في مجموعها الخصومة ومن المسائل المرتبطة بالدعوى ايضاً اهلية التقاضي ، وللأهلية هنا معنيان ، اهلية الوجوب وتعني حق الشخص في اللجوء الى القضاء ، ويذهب الفقه الى ان القانون الواجب التطبيق على اهلية الوجوب وهو قانون الدولة التي يدعي الشخص تمنعه بالحق على اقليمها ، أي قانون القاضي. اما اهلية الاداء فهي الاهلية اللازمة لمباشرة حق التقاضي بعد ثبوته للشخص ، فهي تخضع لقانون جنسية الشخص وقت رفع الدعوى ، وهذا ما نصت عليه المادة 18/1 مدني عراقي بان ( الاهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته) .

اما شرط المصلحة في الدعوى فالمصلحة هي مناط الدعوى ويقال انه لادعوى بغير مصلحة. والهدف من هذا الشرط هو حماية المصلحة الخاصة للافراد والمصلحة العامة للمجتمع في الوقت نفسه ،و الاتجاه الغالب في الفقه يذهب الى عقد الاختصاص لقانون القاضي استناداً الى الطابع الاجرائي لشرط المصلحة وهو ما يبرر خضوع هذا الشرط لقانون المحكمة المختصة.فيما اختلف الفقه قد بشأن القانون الواجب التطبيق على شرط المصلحة ويورد في هذا المجال راي الاستاذ باتيفول الذي يذهب فيه الى تطبيق قانون الموضوع.

ويبدو ان الراي الراجح هو اخضاع شرط المصلحة لقانون القاضي لان هذا الشرط يجنب المحكمة الفصل في قضايا كثيرة في الغالب تكون غير مشروعة او ان تكون دعوى كيدية القصد منها ارهاق المدعى عليه ، وبالنتيجة فأن تقدير تحقق المصلحة من عدمها يفضل ان يترك للقاضي الذي ينظر الدعوى.

**ثانياً الإثبات:**

اما الاثبات فانه يثير مسائل عديدة، ومنها محل الاثبات، وطرائق الاثبات، وعبء الاثبات، والانابة القضائية .فاما محل الاثبات وعبء الإثبات فهما مسألتان ترتبطان بالموضوع ارتباطاً وثيقاً مما يخضعهما للقانون الذي يحكم الموضوع ، وهذا الاخير هو الذي يبين الواقعة التي ينصب عليها الاثبات ، كما يبين الخصم الذي يقع عليه واجب تقديم الدليل .

غير ان المواضيع التي اثارت الخلاف هي طرق الاثبات وقوة الدليل واجراءات تقديم الادلة واخيراً الانابة القضائية .

اما ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على طرائق الاثبات فان جانب من الفقه يميل الى تطبيق قانون القاضي وحجتهم في هذا ان قبول او عدم قبول الادلة هي مسألة تقديرية تعود لقناعة القاضي.في حين يذهب جانب من الفقه ومنهم الدكتور هشام علي صادق الى أن تحديد ما يقبل من الأدلة في الدعوى هو امر وثيق الصلة بموضوع النزاع ، وهو مبرر كافٍ لاخضاعه للقانون نفسه الذي يحكم الحق المدعى به . فمسالة جواز قبول كل من الشهادة والاقرار واليمين الحاسمة كدليل في الاثبات من عدمها تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع .

ويلاحظ ان غالبية الفقه متفق على تأكيد استثناء مهم مفاده خضوع الدليل الكتابي المعد للتصرفات القانونية للقانون المحلي تطبيقاً لقاعدة خضوع الشكل القانوني لقانون بلد الابرام .

على انه استناداً الى ان قاعدة خضوع الشكل للقانون المحلي تقوم اساساً على اعتبارات التيسير على المتعاقدين فأن الفقه يذهب الى ان للقاضي ان يستغني عن الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون المحلي مادام ان قانونه لا يشترط هذا الدليل. وهذا ما نصت عليه المادة 13 من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 بالنص على(اولاً يسري في شأن ادلة الإثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني ، ومع ذلك يجوز للمحكمة ان تطبق القانون العراقي اذا كان دليل الاثبات فيه ايسر من الدليل الذي يشترطه القانون الاجنبي ).

وقد يحتاج الامر في دعوى مرفوعة امام محاكم الدولة الى اتخاذ بعض اجراءات المرافعات في دولة اجنبية ويكون هذا الاجراء لازماً للفصل في الدعوى ومثالها اجراء تحقيق اوحلف يمين او سماع شهادة شهود يتعذر انتقالهم الى المحكمة المعروضة عليها الدعوى واداء عمل من اعمال الخبره وغير ذلك ، في مثل تلك الاحوال تلجأ المحاكم التي تنظر الدعوى الى احد طريقين ، اما الى الممثلين الدبلوماسيين للدولة المراد اتخاذ الاجراء فيها او الى السلطات المختصة في الدولة المراد اتخاذ الاجراء فيها، وهذا ما يعرف بالانابة القضائية التي يمكن تعريفها بأنها (طلب يقدم من سلطة قضائية لوجود دعوى منظوره امام احدى محاكمها الى سلطة قضائية اخرى او دبلوماسية للقيام باجراء قضائي لايمكنها القيام به بذاتها يقتضيه الحكم في النزاع المعروض امامها).

ووفقاً للقواعد العامة في القانون الدولي الخاص فأن الاجراءات المطلوب اتخاذها في دولة اجنبية تخضع لقانون هذه الدولة الاجنبية ، اما تقدير نتيجة الانابة من حيث اثر الاجراء الذي اتخذ على الدعوى فيخضع لقانون القاضي الذي طلب الانابة ايضاً فان اتخاذ قرار الانابة هو يعد اجراء قضائي يقرره القاضي الذي ينظر النزاع وذلك وفقاً لقانونه الوطني .

وفي العراق فان قانون المرافعات العراقي النافذ كان ينص على موضوع الانابة القضائية وذلك في المادة 101 غير ان تلك المادة الغيت بصدور قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979 والمشار اليه سابقاً والتي تضمنت المادة 16 منه على المعنى نفسه الذي اشتملت عليه المادة 101 الملغية من قانون المرافعات .

وقد نظمت بعض الاتفاقيات الدولية موضوع الانابة القضائية ومنها الاتفاقية المعقودة بين العراق وبريطانيا والموقعة في بغداد في 25/تموز / 1935 ، واتفاقية الرياض للتعاون القضائي لعام 1983، واتفاقية لاهاي في 18/3/1970 للحصول على الادلة في الخارج.