دور الإنابة القضائية الدولية في تحقيق التعايش بين النظم القانونية

ا.م.د.ايمان طارق مكي ا.م.د.عبد الرسول عبد الرضا جابر
كلية القانون – جامعة بابل

المقدمة

الدعوى وسيلة لحماية الحقوق أمام القضاء تباشر في ضوء قواعد تنظم آليات إقامتها وتعقيبها حتى صدور الحكم فيها، وهذه القواعد تتصف بالصفة الإجرائية يصطلح عليها (بالإجراءات القضائية) ،وهي تطبع بالطبيعة الوطنية أذا تمت مباشرتها في المحيط الوطني لدولة واحدة .أما أذا توزعت مباشرة هذه الإجراءات القضائية بين دولتين أو أكثر اثر اتصال عناصر موضوعها بأكثر من دولة فتطبع تلك الإجراءات بالطبيعة الدولية، يصطلح عليها (بالإجراءات القضائية الدولية) ،وهذه الإجراءات تشمل إجراءات التقاضي و الإثبات، وهي أما أن تستكمل في محيط دولة واحدة أو يحتاج قاضي النزاع لاستكمالها مباشرة بعضها خارج الحدود الإقليمية لدولته، أن آلية مباشرة هذه الإجراءات من قبل قاضي النزاع تكون عن طريق آلية يصطلح عليها بالإنابة القضائية الدولية وهي تمارس بموجب قواعد وطنية أو دولية تتأثر أحكامها بمبدأ التعاون الدولي الذي تضطلع بتنظيم أحكامه الاتفاقيات الدولية .

أن موضوع الإنابة القضائية يطرح جملة تساؤلات تتمحور حول طبيعة الإنابة؟ والمسائل التي تصلح فيها الإنابة؟ و طبيعة التنظيم القانوني الذي تخضع له ممارسة الإنابة؟ وأخيرا الوظائف التي تؤديها الإنابة على المستويين الداخلي و الدولي؟

من خلال هذا البحث سنحاول الإجابة على هذه التساؤلات في فصلين سنتناول في الأول التأصيل القانوني للإنابة القضائية الدولية وفي الثاني الوظيفة القانونية للإنابة القضائية الدولية

الفصل الأول
التأصيل القانوني للإنابة القضائية.

يعد القانون الدولي الخاص فرعا مستقلا حديث النشوء وكان لتطور العلاقات ذات العنصر الدولي وتشعبها وتوسع حجمها وتطور آليات التعبير عنها سبب رئيس لظهور وسائل تتناسب معها إلى جانب الوسائل التقليدية ، كل ذلك أفضى إلى تعدد قواعد هذا الفرع وتنوعها واعتماد القضاء بدائل عنها في مناسبات لا تستجيب فيها القواعد الموضوعة لمواجهة العلاقات التي تتركز العناصر المطلوب التحري عنها لتسوية النزاع في محيط دولة واحدة لتسوية منازعات تتوزع عناصر تسوية النزاع فيها بين دولتين أو أكثر، فهنا ظهرت تقنية جديد تتلاءم مع هذا المتغير اصطلح عليها بالإنابة القضائية الدولية لأنها تحصل لتنظيم ممارسة الإجراءات القضائية بين محيط أكثر من دولة. ولما كانت الإنابة القضائية كإحدى الموضوعات الفرعية لموضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي فهي حتما من مسائل القانون الدولي الخاص وان أي تطور في أحكامها ينسحب على تطور قواعد هذا القانون . كما أنها ازدادت اتساعا بتطور العلاقات الخاصة الدولية بين الدول حيث كانت الإقليمية المطلقة هي السائدة إذ تطبق المحاكم القانون الوطني فحسب لذا لم تثار مشكلة تنازع الاختصاصين التشريعي و القضائي ،وبعدها أخذت الإقليمية بالزوال في أواخر القرن الثاني عشر فظهر مفهوم الفصل بين الاختصاصين التشريعي و القضائي ،وإدراكا لضرورة التنسيق بين الدول على المسائل القانونية ومنها القضائية. فقد عقدت العديد من الاتفاقيات الثنائية و الجماعية لتنظيم التعاون الدولي في مجال الاختصاص القضائي وشمل ذلك موضوع الإنابة القضائية كأحد أهم المسائل التي يفرضها التعاون الدولي وكان العراق طرف في بعض تلك الاتفاقيات كما نظمت أحكام الإنابة العديد من التشريعات العربية و الأجنبية ومن ضمنها التشريع العراقي.

وللإحاطة بالإنابة القضائية في هذا الإطار يتطلب أن نتناولها في ثلاث مباحث سنتطرق في المبحث الأول إلى التعريف بالإنابة القضائية وفي المبحث الثاني لنطاق عمل الإنابة وفي المبحث الثالث التنظيم القانوني للإنابة القضائية..

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول
التعريف بالإنابة القضائية الدولية

يواجه قاضي النزاع أثناء نظر الدعوى بعض الإشكاليات تتمثل بوجود بعض الأدلة المطلوبة استحصالها لحسم النزاع خارج محيط دولته مما يتطلب الوصول إليها اتخاذ بعض الإجراءات القضائية للدعوى خارج الحدود الإقليمية لدولته و اتخاذها على أراضي دولة أخرى تحقيقا لسير العدالة وإذا كانت الإلية التي عن طريقها يتم اتخاذ هذه الإجراءات تتمثل بالإنابة القضائية الدولية فللوقوف على هذه الآلية يتطلب منا بيان مفهومها وهو ما سنعرضه في المطلب الأول وتحديد أطرافها وهو ما سنعرضه في المطلب الثاني.

المطلب الأول /مفهوم الإنابة

أن مفهوم الإنابة يتطلب الإحاطة بمعناها وتميزها عما يشابهها وذلك من خلال فرعين:

الفرع الاول /معنى الإنابة

لغة : ذكر العلماء في اللغة أن للإنابة معنيين أولهما الرجوع و ثانيهما أقام بمقام ناب عني فلان ينوب نوبا ومنابا أي قام مقامي . وناب فلان إلى الله تعالى ، وأناب أليه نابةً فهو منيب : اقبل وتاب ورجع إلى الطاعة وفي التنزيل العزيز (فينيب أليه) أي راجعين إلى ما أمر به غير خارجين عن أمره وقوله عز وجل (وأنيبوا إلى ربكم واسلموا له) أي توبوا أليه وارجعو. وفي حديث الدعاء و أليك انبت . الإنابة الرجوع إلى الله بالتوبة وهي ذاتها الاستتابة.[1]اصطلاحا : تعرف الإنابة القضائية في الانكليزية letters of request. وفي اللغة الفرنسية Commission Rogatoires[2]،وفي هذا الإطار ذهب جانب من الفقه إلى ان الإنابة هي عمل بمقتضاه تفوض المحكمة أو قاضي محكمة أخرى أو قاضيا أخر للقيام بإجراء قضائي للحصول على دليل ضمن دائرة اختصاص هذه المحكمة الأجنبية.[3] و انتقد هذا الرأي على أساس أن الإنابة ليست عملا وإنما طلب للقيام بعمل كما أن الصفة القضائية تتوافر في السلطة طالبة الإنابة وليست بالضرورة توافرها في السلطة المطلوب منها الإنابة.كما عرفها البعض بأنها مشاركة في ممارسة الاختصاص القضائي ما بين سلطتين في دولتين السلطة الأولى تكون صاحبة الاختصاص الأصلي و الثانية تكون صاحبة الاختصاص الاحتياطي انطلاقا من مبدأ التعاون الدولي ووصولا إلى تحقيق العدالة.كما ذهب اتجاه أخر إلى تعريف الإنابة بأنها طلب القيام بإجراء قضائي معين تقدمه سلطة قضائية تنظر أصل النزاع إلى سلطة على أراضي دولة أخرى لاتخاذ ذلك الإجراء[4] لغرض الحصول على بعض الأدلة التي تتطلبها الدعوى على أراضيها .مقابل ذلك عرفها آخرون بأنها طلب القيام بعمل من قبل السلطة القضائية في دولة إلى سلطة في دولة أخرى للمساعدة في اتخاذ أجراء قضائي تتطلبه الدعوى الأصلية أمام السلطة طالبة الإنابة وصولا إلى تحقيق العدالة واقتصاد في الوقت و الإجراءات[5] وان التعريف الأكثر رجحانا و الأقرب للمنطق والجامع لكل التعاريف السابقة هو الذي أكدته اتفاقية الرياض لعام 1983 في الباب الثالث في المادة (14) حيث نصت (لكل طرف متعاقد أن يطلب إلى أي طرف متعاقد أخر أن يقوم في إقليمه نيابة عنه بأي أجراء 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 (أولا: 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 مقيما في الخارج) كذلك سبق أن تطرق الى هذا المعنى قانون المرافعات المدنية في المادة (101) رقم 83 لسنة 1969[6].

1- الأمام العلامة ابن منظور ، معجم لسان العرب ، المجلد الاول ، دار بيروت للطباعة ، لبنان ، 1956 ، ص775.
2- حارث سلمان الفاروقي – المعجم القانوني – طبعة (5) مكتبة بيروت – 1988 – ص417
3- عبد المطلب حسين عباس، الإنابة القضائية في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بغداد ، 2005 ، ص81.
4- عكاشة محمد عبد العال ، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية ، مطابع الآمل ، بيروت ، 1986 ، ص291.
5- المصدر نفسه ، ص293
6- ألغيت هذه المادة بقانون الإثبات المنشور في الوقائع العراقية العدد 2728 في 1979/9/30 علما أن أحكام هذا القانون تسري على كافة الدعاوى التي لم يصدر بشأنها حكم بات وينفذ بعد مرور ثلاثين يوما من تاريخ نشره.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني /تمييز الإنابة القضائية الدولية عما يشبها

أولا- تمييز الإنابة القضائية الدولية عن الإنابة القضائية الداخلية...

أذا كانت الإنابة القضائية الدولية تتم ما بين سلطتين في دولتين فان الإنابة الداخلية تتم ما بين سلطتين قضائيتين (محكمتين) في دولة واحدة ،كما أن الأولى تقع ما بين سلطة قضائية وأخرى قد تكون غير قضائية. في حين الثانية تحصل ما بين سلطتين قضائيتين(محكمتين) تابعتين لدولة واحدة إضافة إلى أن الأولى لا تفترض وجود نصوص قانونية منظمة لآلية عملها بينما الثانية تفترض وجود هذه النصوص كما أن الإنابة القضائية الدولية ، تنظم آليات عملها القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية أما الإنابة القضائية الداخلية تنظم آلية عملها قوانين داخلية حصرا.

ثانيا تمييز الإنابة القضائية الدولية عن الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية..

الإحالة لقيام النزاع تفترض وجود نزاع قائم أمام القضاء الوطني مع وحدة الإطراف والسبب والموضوع في نفس النزاع المعروض أمام القضاء الأجنبي.

أما الإنابة القضائية تعني طلب اتخاذ إجراءات قضائية من سلطة في دولة أجنبية هذا يعني أن السلطة طالبة الإنابة لا تتخلى عن الدعوى لحساب السلطة على أراضي الدولة الأجنبية.بينما يكون في الإحالة تخلي كامل عن النظر في الدعوى الأصلية لحساب القضاء الأجنبي لسبق أقامة نفس الدعوى أمامه أو لارتباط النزاع بالقضاء الأجنبي بالصلة الأقوى. كما أن الإنابة تكون بين سلطة قضائية وأخرى تكون غير قضائية.أما الإحالة تكون بين سلطتين قضائيتين في دولتين...

ثالثا : تمييز الإنابة القضائية الدولية عن الإحالة.

سبق الإشارة إلى أن الإنابة هي طلب الدولة (المنيبة) من أحدى الدول (المنابة) للقيام بأجراء قضائي معين في أي مرحلة من مراحل الدعوى وقبل صدور الحكم وذلك بسبب توزع موضوع الإجراءات القضائية في الدعوى موضوع النزاع بين دولتين أو أكثر وهو ما سيحقق بالنتيجة احد أهم أهداف القانون الدولي الخاص ألا وهو التعايش والتناسق بين الأنظمة القانونية للدول. أما الإحالة فهي تعني تخلي القانون المسند له الاختصاص التشريعي عن الاختصاص بحسب قواعد إسناده لحساب قانون قاضي النزاع أو لحساب قانون أجنبي آخر[1]. فإذا كانت التخلي لحساب قانون القاضي نكون أمام (أحالة من درجة أولى) أما أذا كانت التخلي لحساب قانون أجنبي أخر، وهذه هي أحالة من الدرجة الثانية[2]. الإحالة تكون في مسائل تنازع الاختصاص التشريعي ، أما الإنابة فتكون في مسائل الاختصاص القضائي ، فهي كما ذكرنا تحصل بين سلطة قضائية وأخرى قضائية أو غير قضائية(تنازع اختصاص قضائي).أما الإحالة تحصل بين القانون المسند له الاختصاص وقانون أخر (تنازع اختصاص تشريعي)[3].

رابعا: تميز الإنابة القضائية الدولية عن النيابة..

النيابة عبارة عن حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في أبرام التصرف القانوني على أن ينتج هذا التصرف القانوني أثره في ذمة الأصيل. وقد تكون النيابة اتفاقية تتمثل بالوكالة أو قانونية تتمثل بالولاية وقد تكون قضائية تتمثل بالوصاية.[4]النيابة تقوم بين أطراف النيابة و التي بموجبها يقوم النائب بتصرف قانوني ما لحساب الأصيل .أما الإنابة وهي قيام السلطة المطلوب منها الإنابة باتخاذ أجراء قضائي معين وكما مر سابقا أن الإنابة القضائية الدولية هي طلب اتخاذ أجراء قضائي من سلطة إلى أخرى وهذا يعني أنها تحصل بين أطراف تتمتع بالشخصية المعنوية العامة. في حين في النيابة ممكن أن تتحقق بين أشخاص القانون العام أو الخاص أو معا.

1- د.غـالب على الداودي ود.حسن محمد الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، القسم الثاني ، 1988 ، ص74-75

2- لابد من الإشارة إلى أن المشرع العراقي نظم الإحالة قبل صدور القانون المدني العام 1951 في نصوص قوانين متفرقة ألا انه حظر العمل بها بعد صدور القانون المدني في المادة (1/31)منه.

3- محمد كمال فهمي ، القانون الدولي الخاص ومؤسسة الثقافة الجامعية، 2006 ، ص417.

4 - عبد المجيد الحكيم ، محمد طه البشير ، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج1 ن 1980 ، ص54.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني /أطراف الإنابة

بعد أن تطرقنا إلى مفهوم الإنابة تبين أنها تقوم بين أطرف تتوزع ما بين دولتين أو أكثر تتمثل بالطرف المثار أمامه النزاع و الطرف المطلوب منه اتخاذ أجراء يتطلبه النزاع وهناك طرف يتمثل بالسلطة التي تنسق ما بين الطرفين وللإحاطة بدور كل منها سنعرض للموضوع من خلال ثلاثة فروع سنعرض في الأول للسلطة المنيبة وفي الثاني للسلطة المنابة وفي الثالث للسلطة الوسيطة.

الفرع الأول /السلطة المنيبة

أن طلب تنفيذ الأجراء القضائي خارج دولة قاضي النزاع الذي ينظر الدعوى وعلى ارض دولة أخرى من قبل سلطة نيابة عن الأولى وهذا الأجراء يتمثل بسماع شهادة الشهود أو معاينة الأشياء أو تقدير الخبير وهي إجراءات لاحظنا أنها متعذر مباشرتها على ارض دولة قاضي النزاع بسبب رقود الشاهد أو الخصم في مستشفى كائنة في الدولة المنابة.وهو ما يدفع السلطة المنيبة إلى أن تنيب خارج حدودها الإقليمية سلطة قضائية أو غير قضائية لاتخاذ أجراء قضائي نيابة عنها وعلى أراضيها . كما أن السلطة المنيبة يحددها القانون الداخلي للدولة طالبة الإنابة ما لم توجد اتفاقية تقرر عكس ذلك و المحكمة التي تكون مختصة في إصدار قرار طلب الإنابة هي المحكمة التي تنظر النزاع وهذا يعني أن طلب الإنابة يصدر من سلطة قضائية ويمتنع على سلطة غير قضائية طلب اتخاذ هذا الإجراء. وهذا ما أشارت أليه المادة (16) من قانون الإثبات العراقي ، حيث نصت على (يجوز للمحكمة بواسطة وزارة الخارجية أن تطلب من القنصل العراقي أو من يقوم مقامه استجواب الخصم أو تحليفه اليمين أو الاستماع لشهادة شاهد أذا كان عراقي مقيما في الخارج)[1] ويمكن أن يصدر قرار طلب الإنابة من محاكم الاستئناف أو البداءة بوصفهما محاكم موضوع أما تقدير أهمية الدليل فهو من اختصاص المحكمة التي تنظر الدعوى و القاضي يتخذ قرار طلب الإنابة بحسب أهمية الإجراء وتأثيره في الفصل في الدعوى[2] وقد أشارت عدة اتفاقيات دولية إلى أن السلطة القضائية هي التي تقرر أجراء طلب الإنابة مثل اتفاقية المرافعات المدنية بين العراق وبريطانيا لسنة 1935.كما أشارت إلى هذا المعنى الاتفاقية الخاصة بالتعاون القانوني و القضائي في المواد المدنية ومواد الأحوال الشخصية المعقودة بين جمهورية مصر العربية ودولة الكويت و التي نصت في المادة (13/أ) منها[3] (ترسل طلبات الإنابة القضائية في المواد المدنية و التجارية ومواد الأحوال الشخصية مباشرة من الهيئة القضائية المختصة إلى الدولة المطلوب أليها تنفيذ الإنابة).كما أشارت اتفاقية الرياض لعام 1983 في المادة (15) منها إلى هذا المعنى حيث نصت على :(أ- ترسل طلبات الإنابة القضائية في القضايا المدنية و التجارية و الإدارية وقضايا الأحوال الشخصية مباشرة من الجهة المختصة لدى الطرف المتعاقد الطالب إلى الجهة المطلوب منها تنفيذ الإنابة لدى أي طرف متعاقد آخر ب- ترسل طلبات الإنابة في القضايا الجزائية المطلوب تنفيذها لدى أي من الأطراف المتعاقدة مباشرة عن طريق وزارة العدل لدى كل منهما)ويمكن اتخاذ الإجراءات الوقتية أو المستعجلة عن طريق الإنابة القضائية كما لو وجد شخص في حالة يخشى عليه من الموت في دمشق وطلبت السلطة القضائية العراقية عن طريق الإنابة القضائية من السلطة القضائية في دمشق اخذ شهادة ذلك الشخص حتى ترجع أليها السلطة القضائية الطالبة و التي أمامها الطلب الأصلي (الدعوى الأصلية)[4] و كانت الشهادة مؤثرة في حسم الدعوى.

الفرع الثاني /السلطة المنابة (الجهة التي تنفذ الإنابة القضائية)

وتتمثل في الجهة التي تنفذ الإنابة القضائية بناءا على طلب من السلطة القضائية المنيبة فالأخيرة تقوم بإرساله إلى سلطة خارج حدودها الإقليمية لغرض تنفيذه وهي تتخذ احد الطريقين فأما أن ترسل الطلب بشكل غير مباشر عن طريق المحكمة و السلطة القضائية في الدولة الأجنبية أو بشكل مباشر عن طريق ممثلها الدبلوماسي أو القنصلي في تلك الدولة لهذا الغرض وقد نظمت اتفاقية فينا للعلاقات القنصلية لعام 1963 هذا الطريق حيث منحت القنصل مهمة تنفيذ الإجراء موضوع الإنابة في المادة (5/ي) كما أكدت اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 [5] في المادة (30/و) هذا المعنى، وهناك حالة أخرى من طبيعة خاصة تنفذ فيها الإنابة القضائية في الدولة الأجنبية وذلك من خلال إرسال قاضي أو مفوض من قبل المحكمة ذاتها التي تنظر الدعوى إلى الدولة الأجنبية لغرض تنفيذ الإنابة القضائية وهذا الأسلوب كان متبعا

---

[1] - والى نفس المعنى ذهب التشريع السوري في قانون البيانات السوري رقم 359 لسنة 1947 وقانون الاثبات المدني السوداني لعام 1970

2- د. محمد كمال فهمي ، مصدر السابق ، ص666-667.

3 - د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص الأردني ، طبعة أولى ، سنة 1996 ، ص120.

4 - ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص ، طبعة أولى ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، 1973، ص357.

[5]- صادق العراق على هذه الاتفاقية بقانون رقم 203 لسنة1968 منشور في الوقائع العراقية العدد 1688 في 1969/2/2 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من قبل الأنظمة الانكلوسكسونية وبشكل خاص بريطانيا و الولايات المتحدة[1]. ومن خلال ما تقدم فان السلطة المنابة في الغالب يمكن أن تكون سلطة قضائية في ذات الدولة المنابة(محكمة) كما يمكن أن تكون سلطة غير قضائية (الممثل الدبلوماسي أو القنصلي)[2] و السلطة المنابة وهي في سبيل البحث عن تنفيذ الأجراء موضوع الإنابة تطبق قانونها الوطني على ذلك الإجراء القضائي المطلوب تنفيذه على أراضيها ويمكن تطبيق قانون الدولة المنيبة أذا طلبت هذه الدولة تنفيذ الأجراء بشكل معين على أن لا يتعارض ذلك الشكل مع الأنظمة القانونية (للدولة المنابة) مثال ذلك : كما لو طلبت السلطة القضائية في الدولة المنيبة إلى السلطة في الدولة المنابة تحليف الخصم اليمين بحسب معتقده الديني والى هذا المعنى أشارت اتفاقية الرياض في المادة (18) منها حيث نصت على (يتم تنفيذ الإنابة وفقا للإجراءات القانونية المعمول بها في قوانين الدولة الطرف المتعاقد المطلوب أليها ذلك وفي حالة رغبة الطرف المتعاقد الطالب – بناء على طلب صريح منه – في تنفيذ الإنابة وفق شكل خاص يتعين على الطرف المتعاقد المطلوب أليه ذلك إجابة رغبته ما لم يتعارض ذلك مع قانونه أو أنظمته.....) ومن قبيل الشكل اللغة التي يحرر بها طلب الإنابة والمعلومات التي تعنى بالآليات حضور الشهود أو الخصوم وأدائهم لليمين[3]

الفرع الثالث/ الوسيط بين السلطتين

لما كانت الإنابة تتم بين سلطة قضائية في دولة وسلطة في دولة أخرى لذا يتطلب أن يكون هناك آلية تسهل عملية التعاون ما بين السلطتين والسؤال الذي يثار هنا ما هي طبيعة هذه السلطة؟

يصطلح البعض على هذه السلطة بالسلطة الوسيطة وهي جهة ليست ثابتة و تقوم بدور تنسيقي ما بين السلطتين وصولا لتحقيق أقصى درجات التعاون الدولي في هذا الإطار ومن الممكن أن تضمن الدول المعاهدات التي تعقدها فيما بينها بشان الإنابة القضائية(السلطة الوسيطة) في قنصل الدولة المنيبة الذي يقوم بدور الوسيط بين دولته المنيبة وبين الدولة المنابة وقد يكون ذلك بإتباع الشكل الدبلوماسي أو عن طريق الاتصال المباشر بين الدول المعنية فالسلطة الوسيطة تكون مهمتها الأساسية استقبال طلبات الإنابة وتحويلها للجهة المختصة وإمداد الجهات القضائية بالمعلومات اللازمة.[4]فهي تقوم بنقل المتبادل بين السلطتين .وهذه السلطة يمكن أن تكون وزارة الخارجية أو وزارة العدل في الدولتين و قد تكون سلطة مركزية كما اصطلحت عليها اتفاقية الجامعة العربية لعام 1978[5]. فالسلطة الوسيطة تتغير حسب الاتفاق ومن الاتفاقيات التي أناطت دور السلطة الوسيطة بوزارة الخارجية هي اتفاقية المرافعات المدنية المعقودة بين العراق وبريطانيا لعام 1935 حيث نصت في المادة (9) منها (تبلغ طلبات الإنابة يكون بالطرق السياسية أي بوساطة وزارة الخارجية ولكن لا مانع من أن تتفق الدولتان على جواز إرسال هذه الطلبات من السلطات المختصة في أحداهما للسلطات المختصة للأخرى مباشرة) .حيث أكد هذا النص أن تنفيذ طلبات الإنابة يكون بوساطة وزارة الخارجية في الدولتين واعتمد في نفس الوقت الاتصال المباشر ما بين الدولتين كما اعتمدت اتفاقية لاهاي لسنة 1954 آلية تبادل الانابات القضائية على النحو الأتي:

1- قنصل الدولة المنيبة.
2- أتباع الشكل الدبلوماسي وهذه أمكانية متاحة للدولة المنيبة.
3- الاتصال المباشر بين الجهات المختصة في الدول المعنية[6]

وهذه الاتفاقية لا تمنع الاتفاق بين الدولتين على تقرير تبادل الإنابة بالاتصال المباشر بين السلطات في كل منهما و الاتفاقية الأوربية بشان الإثبات في المسائل الإدارية لسنة 1978 الموقعة في ستراسبور حددت اصطلحت في المادة الثانية على السلطة الوسيطة منها (بالسلطة المركزية) وقد تضمنت مزيجا من الأحكام بعضها منقولا عن اتفاقية لاهاي لعام 1970 أن لكل دولة طرف سلطة مركزية ولكل دولة حسب رغبتها الحق في أنشاء جهات أخرى يكون لها نفس الاختصاص المخول للسلطة المركزية وامتد أيضا لإنشاء جهة مرسلة مهمتها فقط إرسال الطلبات.أما أهداف التنظيم الأوربي للإثبات رقم (1206) لسنة 2001 الذي اخذ[7]بطريق تبادل طلبات الإثبات بشكل مباشر بين الجهات المعنية أما اتفاقية التعاون القضائي في المسائل

1 - عبد المطلب حسين عباس - المصدر السابق - ص49.
2 - محمد كمال صادق فهمي ، مصدر سابق ،ص 659.
3 - الى نفس المعنى ينظر yvon Loussouarn and Pierre Bourel . Droit international prive .edition.1988.p.683
4- عبد المنعم زمزم ، بعض أوجه الإثبات الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007 ، ص36.
5 - عبد المنعم زمزم -المصدر السابق ، ص160.
6- عبد المنعم زمزم ، المصدر السابق ، ص112.
7 - المصدر نفسه ، ص160

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المدنية والأحوال الشخصية و المواد التجارية و الإدارية بين جمهورية مصر العربية وفرنسا الموقعة في باريس في 1982/3/15 والتي تضمنت مادة وحيدة هي المادة الثامنة و قضت أن السلطة المختصة في الدولتين تتعهد بتبادل التعاون القضائي في مجالات القانون المدني و الأحوال الشخصية...الخ إلى تنمية التعاون بينهما ، وهذا يعني أن السلطة الوسيطة تحددها الدولتين. ونرى أذا كانت السلطة الوسيطة هي الوزارات فإنها ستواجه أعباء متعددة ومتنوعة يترتب عليها أطالة أمد النزاع ومن ثم أمد تنفيذ الإنابة لأنه سترتب المزيد من الإجراءات وكذلك الوقت اللازم لرد الإنابة بعد تنفيذها.أما العهد بالإنابة للقنصل أو الممثل الدبلوماسي فان أي منهم ربما يجهل الأحكام التي تقضي بها دولة التنفيذ وبالتالي لا يستطيع أن يعين الجهة المختصة أو يمكن أن يعينها على وجه غير صحيح وسننتهي إلى نفس مشاكل الطريق الاول .مقابل ذلك نعتقد أن الاتصال المباشر بين الجهات المعنية هو الأسرع و الأمثل في تبادل الانابات القضائية .

وأيا كان الأمر فانه يكون للدول ما لم توجد اتفاقية يمكنها الاستفادة من التطور الهائل في وسائل الاتصال الحديثة كاستخدام البريد الدولي و البريد الممتاز و البريد المسجل بعلم الوصول وغيرها من الوسائل التي تهدف إلى وصول المراسلات في اقصر وقت ممكن [1]. كما يمكنها الاستفادة من البريد الالكترونية.

المطلب الثالث

القيمة القانونية لأثار الإنابة

يستلزم تحريك الإنابة القضائية تقديم طلب باتخاذ إجراء قضائي معين من قبل السلطة القضائية المنيبة إلى السلطة المنابة للقيام بهذا الأجراء ضمن الحدود الوطنية الإقليمية للدولة التي يتخذ على أراضيها هذا الإجراء نيابة عن السلطة المنيبة وتنظم هذه الإجراءات القواعد الوطنية في قانون دولة السلطة المنيبة و دولة السلطة المنابة أو الاتفاقية المبرمة بينهما أن وجدت.

ولما كان الغرض من الإنابة هو الوصول إلى الأدلة المقصود الحصول عليها من قبل السلطة القضائية المنيبة فالسؤال هنا هل تقف هذه الأدلة على قدم المساواة في القيمة القانونية مهما كان نوع الإجراء القضائي وأيا كان الشكل المطلوب به اتخاذه من قبل السلطة المنيبة أم أن تلك القيمة تتفاوت؟ للإجابة عن ذلك يستلزم عرض الموضوع من خلال فرعين .

الفرع الاول /الأدلة بوصفها قطعية

نفرق في هذا الإطار بين فرضين

الفرض الاول: أذا لم تطلب السلطة القضائية المنيبة اتخاذ الإجراء القضائي من قبل السلطة المنابة بشكل معين فان تحديد قيمة الأدلة ألمتحصله عن الإنابة يكون حسب نوع الأجراء القضائي بشكل معين فان كان مقصود الأجراء القضائي الحصول على أقرار أو تحليف الخصم اليمين أو التثبت من دليل كتابي فهنا يكون للدليل المتحصل عن طريق الإنابة القضائية نفس القيمة القانونية فيما أذا اتخذ أمام السلطة القضائية المنيبة فيكون الدليل قطعي بالإثبات أو النفي أذا كان كذلك من قبل السلطة المنيبة، ويكون دليل تقديري أذا كان كذلك من قبل السلطة القضائية المنيبة والى هذا المعنى أشارت المادة (20) من اتفاقية الرياض لسنة 1983 (يكون للإجراء الذي يتم بطريق الإنابة القضائية وفقا لأحكام هذه الاتفاقية الأثر القانوني ذاته كما لو تم أمام الجهة المختصة لدى الطرف المتعاقد الطالب).

وفي الفرض الثاني : أذا طلبت السلطة القضائية المنيبة اتخاذ الأجراء القضائي من قبل السلطة المنابة بشكل معين فان الأدلة المتحصلة عن الإنابة القضائية تكون ملزمة وقطعية بالنسبة لها وحجة عليها كما لو طلبت السلطة القضائية العراقية متمثلة بمحكمة بداءة بغداد من السلطة القضائية في فرنسا متمثلة (بمحكمة باريس) تحليف الخصم بحضور شاهدان وإجابة محكمة باريس طلب السلطة القضائية العراقية (بداءة بغداد) فان الأدلة ستعامل على أنها ملزمة ومنتجة بالدعوى وهذا يعني أيا كان نوع الإجراء القضائي المطلوب اتخاذه عن طريق الإنابة القضائية فان الأدلة المتحصلة عنه تكون له قوة الدليل القطعي سواء كان الإجراء تحليف الخصم اليمين أو اخذ أقرار الشخص أو الخبرة أو المعاينة [2] و إلى هذا المعنى أشارت المادة (18) السالفة الذكر من اتفاقية الرياض (يتم تنفيذ الإنابة القضائية وفقا للإجراءات القانونية المعمول بها في قوانين الطرف المتعاقد المطلوب أليه ذلك وفي حالة رغبة الطرف المتعاقد الطالب بناءا على طلب صريح منه في تنفيذ الإنابة القضائية وفق شكل خاص يتعين على الطرف المتعاقد المطلوب أليه ذلك إجابة

1- عبد المنعم زمزم ، المصدر السابق ، ص 37 – 38.
2- عبد المطلب حسين عباس ، مصدر سابق ، ص 76 وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رغبته ما لم يتعارض ذلك مع قانونه أو أنظمته ويجب أذا أبدت الجهة الطالبة رغبتها صراحة أخطارها في وقت مناسب بمكان وتاريخ تنفيذ الإنابة القضائية حتى يتسنى للإطراف المعنية أو وكلائهم حضور التنفيذ وذلك وفقا للحدود المسموح بها في قانون الطرف المتعاقد المطلوب أليه التنفيذ) والى نفس المعنى أشارت اتفاقية التعاون القضائي بين العراق وبريطانيا لعام 1935 وكذلك الاتفاقيات المعنية بتنظيم التعاون القضائي ما بين الدول.

الفرع الثاني / الأدلة بوصفها تقديرية

في هذا الإطار يذهب الفقه في اتجاهين الأول يفرق في تقدير القيمة القانونية للأدلة المتحصلة عن الإنابة القضائية بين فيما أذا كانت تتعلق بالإقرار أو اليمين أو التثبت من الدليل الكتابي فان هذه الأدلة لها قيمة قانونية ملزمة وقطعية أما أذا كانت الأدلة المتحصلة عن الإنابة تتعلق بشهادة الشهود و الخبرة و المعاينة فان لها قيمة تقديرية أي تخضع لتقدير القاضي (السلطة القضائية المنيبة) فلها أن تقبلها بشكل مباشر بوصفها أدلة منتجة في الدعوى و لها أن تعدل عنها.

الاتجاه الثاني/ يذهب إلى معاملة جميع الأدلة المتحصلة عن الأجراء القضائي المتخذ عن طريق الإنابة القضائية معاملة واحدة وتكون طبيعتها تقديرية لاعتبارين:-

1- احترام السيادة الإقليمية لكل دولة فالاختصاص القضائي هو مظهر من مظاهر السيادة يكون للقاضي الوطني بحسب هذه السيادة ولاية عامة على جميع الدعاوى و القضايا التي تثار أمامه وعليه أن يأتمر بأوامر مشرعه الوطنية وينتهي بنواهيه عند ممارسته لتلك الولاية ومن ثم فان الأدلة التي يحصل عليها بشكل مباشر أو غير مباشر عن طريق الإنابة القضائية تخضع لتقدير القاضي فهو الذي يحدد قيمتها أذا كانت قطعية أو تقديرية بما له من صلاحيات واختصاصات بوصفه صاحب الاختصاص الطبيعي و الأصلي في هذه المناسبة[1].

2- تحقيق العدالة التي هي ضالة القضاء و الهدف المنشود و المشترك بين السلطة القضائية المنيبة و السلطة المنابة والتي تقتضي أن يفتش القاضي عن الأدلة المنتجة في الدعوى و المؤثرة فيها المفضية إلى أظهار الحق وإحقاقه فهذه الحقيقة تقتضي من القاضي أن يفحص الأدلة أيا كان المصدر الذي جاءت منه سواء مصدر وطني أم دولي[2] ويتقيد الاتجاه الثاني بقيد وحيد ألا وهو وجود اتفاقية دوليه. ففي حالة وجود اتفاقية تنظم عمل الإنابة القضائية فان تقدير الأدلة المتحصلة عن الإنابة القضائية سوف يكون بحسب ما تضمنته تلك الاتفاقية.أما في حالة عدم وجود اتفاقية فان جميع الأدلة برائينا المتواضع أنما هي أدلة تقديرية لا يمكن أن تعامل الأدلة المستحصلة على أراضي أجنبية بنفس المستوى و القيمة التي تحصل عليها على أراضي دولة وطنية لاختلاف الثقافات و الخصوصيات الوطنية بين الدول والذي ينعكس بدوره على السياسة التشريعية في أطار الإجراءات القضائية.

وبالمقابل فان كل قاضي سوف يمارس ولاية قضائية بحدود بيئته الوطنية و لا يملك أن يمارس هذا الاختصاص خارج هذه الحدود ألا استثناء و بشكل غير مباشر عن طريق ما يسمى بالإنابة القضائية والتي تتطلب آليات معينة وفي حدود معينة أيضا.

---

[1]- د. عبد المنعم زمزم ، المصدر السابق ، ص66 ، د. حسن الهداوي و د. غالب الداودي – القانون الدولي الخاص – القسم الثاني – بغداد ، 1982 ، ص256-257.

[2]- د. عبد المنعم زمزم ، المصدر السابق ، ص 66 وما بعدها و د. عكاشة محمد عبد العال ، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية – مصدر سابق ، ص44.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني /نطاق الإنابة القضائية

أن البحث في نطاق الإنابة القضائية يقتضي الإحاطة بالية عملها وهو ما سنبحثه في المطلب الأول من ثم موضوعها وهو ما سنبحثه في المطلب الثاني.

المطلب الأول /آلية الإنابة القضائية

أن حاجة قاضي النزاع إلى اتخاذ أجراء قضائي خارج الحدود الإقليمية لدولته وعلى أراضي دولة أخرى للحصول على ما يساعده في الفصل في الدعوى يدفعنا إلى السؤال عن ما هي السلطة التي تضطلع بهذه المهمة هل هي سلطة أدارية أم قضائية وهل تقوم بهذه الآلية بصورة مباشرة أم بصورة غير مباشرة.للإجابة عن ذلك سوف نعرض للموضوع من خلال فرعين:

الفرع الأول / الإنابة بوساطة سلطة قضائية أجنبية

يعد تنفيذ الإنابة القضائية بوساطة سلطة قضائية أجنبية الطريق العادي والطبيعي في التنفيذ في حالة عدم وجود طريق أخر او وجود اتفاقية تنظم ذلك . وإذا كان من المألوف أن تطلب الدولة المنيبة من الدولة المنابة القيام بأجراء معين من اجل سرعة الفصل في الدعوى فانه من الواجب تعيين كيفية إرسال الطلب و البيانات وما يتعلق بذلك على وجه الدقة[1]. حيث تقوم المحكمة التي تريد الحصول على دليل في خارج إقليمها بإرسال الطلب إلى وزارة العدل في دولتها . ثم بعد ذلك إلى وزارة الخارجية حيث تقوم هذه الوزارة بإرسالها إلى وزارة خارجية الدولة الأجنبية . ومن ثم إلى وزارة العدل وهذه بدورها تقوم بتسليمها إلى المحكمة المختصة لكي تقوم بتنفيذ الإنابة القضائية[2] ،ونظرا لطول الإجراءات التي تتطلبها هذه الطريقة فقد ترسل طلبات الإنابة من السلطة القضائية في الدولة المنيبة إلى السلطة القضائية في الدولة المنابة مباشرة وقد نصت على هذا الاتجاه اتفاقية الرياض في المادة (15/أ) (ترسل طلبات الإنابة القضائية في القضايا المدنية و التجارية و الأحوال الشخصية مباشرة من الجهة المختصة لدى الطرف المتعاقد الطالب إلى الجهة المطلوب أليها تنفيذ الإنابة القضائية لدى أي طرف متعاقد) وقد انتقد هذا الاتجاه لان تحديد الجهة المختصة في الدولة المطلوب منها التنفيذ أمر معقد وقد يكون من العسير على القاضي المنيب تحديد الاختصاص النوعي و المكاني للجهة المختصة ومن ثم يؤدي إلى عدم تنفيذ الإنابة القضائية لحساب الدولة المنيبة .ولكن جانب من الفقه ذهب إلى أن ليس من اللازم تحديد الاختصاص المكاني و النوعي بدقة للجهة المطلوب منها تنفيذ الإنابة. ونعتقد أن تحديد السلطة القضائية المنابة يكون حسب الاتفاقية أن وجدت. أما أذا لم توجد اتفاقية تنظم عمل الإنابة فيتم تحديد السلطة القضائية المنابة من قبل السلطة الوسيطة بين الدولتين[3]. أما بشان طلب الإنابة فعلى المحكمة التي تطلب الإنابة أن تثبت المعلومات بوضوح مثل صيغة اليمين المراد تحليفه للشخص، وكذلك الأسئلة التي توجه إلى الشاهد وكذلك أطراف الدعوى و عناوينهم وغيرها من البيانات المهمة[4] ،وقد نظمت ذلك اتفاقية الرياض في المادة (16) منها والتي نصت على (أن يتضمن الطلب الجهة طالبة الإنابة و الجهة المطلوب منها التنفيذ وجميع البيانات التفصيلية المتعلقة بالقضية) إضافة إلى ذلك أن تكون صيغة طلب الإنابة بلغة البلد طالب الإنابة وقد نظمت هذا الحكم المادة (16 /5)من قانون الإثبات العراقي حيث نصت (على المحكمة التي تنظر الدعوى أن تثبت البيانات الخاصة التي يطلب الاستجواب عنها أو صيغة اليمين التي يراد تحليفها أو الأسئلة التي توجه للشاهد على أن يكون ذلك باللغة العربية و بلغة البلد المرسل أليه)) فإذا اختلفت اللغة في الدولة المطلوب منها التنفيذ يجب رفق ترجمة معتمدة بهذه اللغة وتكون الترجمة المعتمدة أذا صدرت من البعثات الدبلوماسية أو مترجم معتمد أو من أي شخص تعهد إلية المهمة من كلا الدولتين [5]. فإذا ترتب على ذلك مصروفات على التنفيذ تلتزم محكمة الموضوع بدفعها ومن ثم الرجوع بها على الطرف الذي تمت لمصلحته وقد أشارت إلى ذلك المادة (6/16) التي نصت على (في حالة ترتيب مصاريف معينة على تنفيذ تلك الإجراءات في البلد المعني فتلتزم محكمة الموضوع بدفعها و الرجوع بها على الخصم الذي تمت تلك الإجراءات لمصلحته))ويكون هذا الرجوع على الخصم الذي خسر الدعوى[6].ومن الجدير بالذكر أن الإنابة غير ملزمة للدولة المنابة

---

[1]- د. عبد المنعم زمزم ، مصدر سابق ، ص25-26.
[2] - عبد المطلب حسين عباس ، مصدر سابق ، ص50
[3]- عكاشة محمد عبد العال ، الإنابة القضائية ، مصدر سابق ، ص186.
[4]- د. ادم وهيب النداوي ، شرح قانون الإثبات ، 1986 بغداد ، ص 66.
[5] - د. عبد المنعم زمزم ، مصدر سابق ، ص32-36.
[6]- د. ادم وهيب النداوي ، مصدر سابق ، ص 67.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فيجوز لها أن ترفض تنفيذها أذا تعارضت مع النظام العام أي أذا تعارضت مع المفاهيم القانونية و الأخلاقية و الاجتماعية الأساسية والجوهرية التي يقوم عليها بناء المجتمع[1].

الفرع الثاني /الإنابة القضائية بوساطة سلطة وطنية

ويتفرع عن هذا الطريق نوعين الأول يكون فيه تنفيذ الإنابة القضائية بوساطة الممثل الدبلوماسي أو القنصلي ،والثاني تنفيذ الإنابة بوساطة قاضي أو موظف ترسله المحكمة المنيبة لتنفيذ الإنابة في الخارج.

1- الإنابة القضائية بوساطة الممثل الدبلوماسي او القنصلي

قد تلجا الدولة إلى تنفيذ الإنابة القضائية في خارج حدودها الإقليمية عن طريق رجال السلك الدبلوماسي و القنصلي المعتمدين لديها في الخارج ، وهؤلاء يكونون ملزمون بتنفيذ الإنابة القضائية وأساس هذا الالتزام ليس فكرة التعاون الدولي وإنما لان هؤلاء جزء من سلطة الدولة طالبة الإنابة لذلك يأتمرون بأوامرها[2]. وقد اعتمد هذا الطريق المشرع العراقي في قانون البعثات الدبلوماسية و القنصلية رقم 15 لسنة 1936 في المادة (13) منه والتي نصت على ان (للقنصل تحليف اليمين وتدوين الإفادات في القضايا المقامة أمام المحاكم العراقية وتعتبر هذه الإجراءات كما لو أجريت في المحاكم العراقية)والمادة (1/16) من قانون الإثبات العراقي المشار أليها سابقا حيث أن المشرع في النصوص أعلاه أجاز للمحكمة أن ترسل طلب الإنابة إلى القنصل بوساطة وزارة الخارجية ودون المرور بوزارة العدل وذلك للاختصار في الوقت و النفقات والسرعة في حسم النزاع كما أن اللجوء إلى هذه الطريقة أو الأسلوب يكون في تنفيذ الإنابة القضائية. مقيد بتوافر شروط معينة وهي وجود اتفاق بين الدولتين المنيبة و المنابة على أن لا يمنع قانون الدولة المنابة من تنفيذها بهذا الأسلوب[3]. وعليه فان اللجوء إلى هذا الأسلوب له مزايا لا يتطلب أن يكون طلب الإنابة القضائية و الوثائق المرفقة به مترجمة وذلك لان الجهة التي سوف تنفذ الإنابة في الخارج هي جهة وطنية[4] وقد اعتمد هذا الطريق العديد من الاتفاقيات نذكر منها اتفاقية الرياض في المادة (15) منها واتفاقيتا لاهاي 1905 ، 1954 [5] ومن الجدير بالذكر ان دور القنصل او الدبلوماسي يقتصر على سماع شهادة الشهود من دولة جنسيته كما هو الحال بالنسبة للاتفاقية الفرنسية – التونسية لعام 1972 ألا أن الاتفاقية الفرنسية – المصرية لعام 1986 تعدت هذا الدور حيث فحص الوثائق والمستندات من قبل الخبراء[6] .

2- الإنابة القضائية بوساطة قاضي او موظف ترسله المحكمة إلى الدولة المنابة

يتم اللجوء إلى هذا الطريق لتفادي بعض الصعوبات التي تنتج عن مباشرة إجراءات تنفيذ الإنابة القضائية بواسطة البعثات الدبلوماسية و القنصلية لعدم توافر المؤهلات القانونية اللازمة للقيام بهذه المهمة من قبل الأخيرة. حيث تقوم المحكمة المنيبة بإرسال قاضي إلى الدولة التي يراد تنفيذ الإنابة على أراضيها لغرض اتخاذ أجراء قضائي معين[7] ، وقد جرى العمل بهذه الطريقة من قبل دول النظام الانكلوسكسونية التي تسمح بإرسال قاضي أو موظف إلى البلد الأجنبي حتى يتم تنفيذ الإنابة بوساطته وان هذه الطريقة قد تشكل مساس بسيادة الدولة التي يجري على أراضيها تنفيذ الإنابة في حالة عدم وجود اتفاق على ذلك بين الدولتين. وهنا لابد أن نشير إلى أن تنفيذ الإنابة القضائية بهذه الطريقة لا يمكن القيام به في العراق وذلك لأنه لم يرتبط باتفاق مع أي دولة تجيز ذلك وحتى الاتفاقية التي عقدها مع المملكة المتحدة للتعاون القانوني و القضائي لعام 1935 لم تأخذ بهذه الطريقة على الرغم من أن الطرف المتعاقد مع العراق من الدول التي تلجا لهذه الطريقة.وتنطوي هذه الطريقة على مزايا فهي اقرب إلى تحقق العدالة وذلك لان القاضي أو الموظف متخصص في هذه الشؤون وهو أكثر الناس اطلاعا من غيره على تفاصيل الدعوى.

وفي نفس السياق يتوقف مباشرة هذه الطريقة في تنفيذ الإنابة على شرط وهو وجود اتفاقية تسمح بذلك أما المصروفات المترتبة عليها فتتحملها الدولة المنيبة كما أن اللغة التي يتم بها تحرير الطلب فيها فتكون حسب قانون الدولة الأخيرة مشفوع بترجمة في ظل اختلاف اللغة[8]عن لغة الدولة المنابة.

---

[1] - د. عكاشة محمد عبد العال ، الإجراءات المدنية ، مصدر سابق ، ص496.
[2]- د. عكاشة محمد عبد العال ، الإنابة القضائية ، المصدر السابق ، ص163.
[3]- د. عبد المنعم زمزم ، المصدر السابق ، ص63-64.
[4] - د. عكاشة محمد عبد العال ، المصدر السابق ، ص163.
[5]- د. عبد المنعم زمزم ، المصدر السابق ، ص62.
[6] - Istva Szaszy.op cit .p.653
[7]- د.عبد المنعم زمزم ، المصدر السابق ، ص84
[8]- عبد المطلب حسن عباس ، مصدر سابق ، ص12-17

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني /موضوع الإنابة القضائية

أن البحث في هذا الموضوع يقتضي تتبع طبيعة العلاقة التي في ضوئها تتقرر الإنابة وفي هذا السياق السؤال الذي يثار هو هل يقتضي أن تكون العلاقة من طبيعة دولية أم يمكن أن تكون علاقة وطنية ؟ للإجابة عن ذلك يقتضي التعرض للعلاقة من الطبيعيتين لمعرفة أيهما أصلح للإنابة وذلك من خلال فرعين:

الفرع الأول/العلاقة ذات البعد الداخلي (الوطنية)

أن العلاقة القانونية لكي تكون وطنية يفترض أن تنتمي بجميع عناصرها القانونية (الأشخاص الموضوع ، السبب) لدولة واحدة تكون هي ذات دولة قاضي النزاع مثال ذلك كما لو باع عراقي إلى عراقي آخر عقار كائن في العراق ففي هذه الحالة تتصف العلاقة بالصفة الوطنية أي تكون من طبيعة وطنية داخلية لا يتحرك يصددها تنازع تشريعي أو تنازع قضائي على المستوى الدولي .وفي هذه المناسبة يمكن أن تحتاج المحكمة التي تنظر في النزاع بمناسبة العلاقة أعلاه إلى اتخاذ أجراء معين يقع خارج دائرة اختصاصها فتنيب المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موضوع ذلك الأجراء ويكون لزاما على المحكمة الأخيرة اتخاذ ذلك الأجراء. وهذه الآلية تسمى (الإنابة القضائية الداخلية) وأشار أليها قانون الإثبات العراقي ، كما يمكن أن تتحرك بمناسبة هذه العلاقة الداخلية الوطنية إنابة دولية كما لو كان حسم الدعوى يتوقف أمام القضاء العراقي على الاستماع إلى شهادة شاهد أو تحليف الخصم اثر سفره إلى خارج العراق ومن الجدير بالذكر أن الإنابة بين الجواز وعدمه تتراوح بحسب طبيعة المسائلة موضوع الإنابة[1] وتقدير السلطة المنابة.

الفرع الثاني/ علاقة ذات بعد دولي(أجنبية)

أن البحث في هذا النوع من العلاقات يتطلب أولا تحديد آلية اتصاف العلاقة بالصفة الدولية.وثانيا طبيعة المسائل التي بصددها تجوز الإنابة ، وعليه سنبحث كل منهما في محورين كالأتي:

أولا- آلية اتصاف العلاقة بالصفة الدولية طرح الفقه في هذه المناسبة ثلاثة توجهات التوجه الأول يعتمد المعيار القانوني في تحديد الصفة الدولية للعلاقة أي أن العلاقة حتى تكون ذات بعد دولي لابد أن تتخلل الصفة الأجنبية العلاقة من خلال احد عناصرها الثلاثة (السبب ، الموضوع ، الأشخاص) فأي عنصر يطبع العلاقة بالطبيعة الأجنبية يكفي لإسباغ الصفة الدولية عليها مثال ذلك عقد عمل بين مواطن عراقي ومواطن فرنسي تم إبرامه في العراق وأثير النزاع بشأنه أمام القضاء العراقي في هذه العلاقة دخلت الصفة الأجنبية على العلاقة من خلال عنصر الأشخاص المتمثل بالعامل الفرنسي وقد اخذ القضاء الفرنسي بهذا التوجه علما أن الفقه في هذا الإطار انقسم على اتجاهين فرعيين الأول يأخذ بالمعيار القانوني الضيق و الثاني بالعيار القانوني الموسع[2]. الأول يعامل جميع العناصر الأجنبية معاملة واحدة من حيث تأثيرها في إسباغ الطبيعة الدولية على العلاقة في حين التوجه الثاني يميز بين العناصر السالبة أو الضعيفة التأثير فيستبعدها من أطار تدويل العلاقة والعناصر الموثرة وهي الوحيدة القادرة على تحريك دولية العلاقة .في حين يعتمد التوجه الثاني على المعيار الاقتصادي في تحديد الطبيعة الدولية للعلاقة وبحسب هذا المفهوم تأخذ العلاقة الصفة الدولية بالنظر لقابليتها على تحريك (الأموال) القيم الاقتصادية عبر الحدود الدولية من والى داخل الدولة .فإذا كانت لها هذه القابلية فستطبع العلاقة بالطبيعة الدولية .مثال ذلك عقود الاستثمار فان تم عقد الاستثمار ما بين مستثمر عراقي ومقاول عراقي على أن يتم تنفيذ العقد في العراق ويخول العقد المستثمر من تحويل أموال أجنبية إلى داخل العراق فيقع بنتيجة ذلك الطابع الدولي لعقد الاستثمار . وهذا المعيار اسبق من المعيار القانوني واخذ به القضاء الفرنسي في الثلاثينيات من القرن الماضي ،وبعبارة أخرى تتصف العلاقة بالصفة الدولية أذا كانت قادرة على تحريك الأموال بين محيط اقتصاد أكثر من دولة واحدة[3] ، كما اخذت بهذا المعيار مجلة المرافعات في مسائل التحكيم المدنية و التجارية التونسية لعام 1993 في المادة (58) وطبق القضاء التونسي هذا المعيار في قرار المحكمة الإدارية العدد 1082 في 1993 قضية مجمع (باك) ضد وزارة التجهيز و الإسكان[4]. مقابل ذلك ذهب التوجه الثالث إلى اعتماد المعيار المختلط المزدوج أي ذات الطبيعة المركبة والذي يجمع في طياته بين المعيار القانوني و الاقتصادي فحتى تكون العلاقة ذات بعد دولي بحسب هذا يجب التوجه يجب أن يتخللها عنصر أجنبي قادر على تحريك القيم الاقتصادية عبر الحدود الدولية ، مثال ذلك عقد استثمار يبرم بين

---

[1]- د. عكاشة محمد عبد العال ، الإنابة القضائية .. ، مصدر سابق، ص67.

[2]- للمزيد انظر د. منير عبد المجيد ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، 1992 ، ص21 وما بعدها.

[3]- المصدر نفسه ، ص 24-25.

[4]- مشار أليه في مجلة التحكيم ، العدد الأول ، كانون الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2009 ، ص 331 وما بعدها

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

شركة فرنسية ومقاول عراقي يتطلب تنفيذه جذب بعض المعدات والآلات إلى داخل العراق،فالعلاقة بهذا المثال علاقة دولية لأنها تجمع بين المعيار الاقتصادي و المعيار القانوني في ضوء ما يتطلبه هذا التوجه[1].
ومن الجدير بالذكر أن المعيار القانوني هو الأكثر شيوعا و المعيار الثاني أي المعيار الاقتصادي يعتمد استثناء أما قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 فقد اعتمد المعيار المختلط .
ثانيا/ طبيعة المسائل التي تجوز فيها الإنابة:-
أذا كانت العلاقة ذات البعد الدولي على الوصف المتقدم هي المجال الأوسع لعمل الإنابة فالسؤال ما هي طبيعة المسائل موضوع الإنابة؟ للإجابة عن ذلك نقول أن المادة (15) من اتفاقية الرياض نصت على (أ- ترسل طلبات الإنابة القضائية في القضايا المدنية و التجارية و الإدارية وقضايا الأحوال الشخصية من الجهة المختصة لدى الطرف طالب الإنابة إلى الجهة المطلوب أليها تنفيذ الإنابة . ب-ترسل طلبات الإنابة القضائية في القضايا الجزائية لدى أي من الأطراف المتعاقدة عن طريق وزارة العدل لدى كل منها)) ومن خلال ذلك نستطيع أن نستنتج أن مسائل موضوع الإنابة هي يمكن أن تكون مسائل أدارية أو مدنية أو تجارية أو أحوال شخصية وفي هذه المناسبة أثير خلاف في الفقه بين اتجاهين:-
* الاول :- يذهب إلى قصر الإنابة على المسائل المدنية و التجارية ومسائل الأحوال الشخصية و السبب في ذلك أن هذه المسائل تقع تحت تأثير مبدأ الشخصية الذي يقضي بامتداد القوانين الخاصة (مدني ، تجاري ، أحوال شخصية) عبر الحدود الدولية، الأمر الذي يفضي إلى جواز امتداد الإنابة إلى مسائل متعلقة بهذه القوانين لان القوانين و المسائل المتعلقة بها من طبيعية واحدة وتعمل وفق مبدأ واحد هو مبدأ الشخصية الذي تتغلب فيه صفة الاستمرار على العموم أي أن القوانين الخاصة شخصية أي متعلقة بأحوال الأشخاص الخاصة وهي متحركة بحركتهم و المسائل المتعلقة بها تستمر بالعمل خارج الحدود الإقليمية للدولة التي شرعتها ، وقد أخذت بهذا الاتجاه اتفاقية المرافعات البريطانية العراقية المشار أليها سابقا[2].
* الثاني : وسع هذا الاتجاه موضوع الإنابة حيث استوعب بالإنابة إضافة إلى المسائل المدنية و التجارية المسائل الإدارية و المالية و الجزائية وينطلق هذا الاتجاه من منطلق تحقيق العدالة، وان كانت على حساب الاعتبارات السيادية وينتقد البعض هذا الاتجاه لأنه يتسبب بالمساس بسيادة الدولة مما يؤثر ذلك سلبا على نظامها العام فضلا عن أنها تخالف مبدأ الإقليمية الذي مقتضاه أن القوانين الإقليمية تطبق تطبيقا إقليميا حصريا ولا تملك قابلية الانتقال و الحركة عبر الحدود . فما يصدق من أحكام على هذه القوانين ينطبق على المسائل المتعلقة بها الإدارية منها و المالية و الجزائية ولا يجوز الإنابة فيها لأنها لا تملك فرص للنفاذ خارج حدود الدول التي شرعتها . أي أنها محكومة بمبدأ لا يسمح لها بذلك ألا وهو مبدأ الإقليمية .والإنابة فيها يخل بهذا المبدأ ومقابل ذلك يرد أصحاب الاتجاه الثاني بالقول أن العدالة هي التي تتفوق على السيادة وان كان ذلك على حساب اعتبارات مبدأ الإقليمية وقد أخذت اتفاقية الرياض بالاتجاه الثاني في المادة (15) واتفاقية لاهاي لعام 1978 والتوجه الأوربي (1206) لعام(2001) ونرجح الاتجاه الثاني ولكن بالتحفظ الذي أوردته اتفاقية الرياض في المادة (17) والذي يتمثل بالاتي :
أ- أذا كان هذا التنفيذ لا يدخل في اختصاص الهيئة القضائية لدى الطرف المطلوب أليه التنفيذ.
ب- أذا كان من شان التنفيذ المساس بسيادة الطرف المتعاقد المطلوب أليه ذلك أو بالنظام العام فيه .
ج- أذا كان الطلب متعلقا بجريمة يعتبرها الطرف المتعاقد المطلوب أليه التنفيذ جريمة ذات صفة سياسية.

المطلب الثالث /دور القواعد العرفية في تنظيم الإنابة

أضفى التقدم في جميع المجالات العلمية و الإنسانية لدول العالم إلى أحداث تغييرات واضحة في تكوين وحركة العلاقات القانونية بين أشخاص تابعين لدول مختلفة وأصبحت هذه العلاقات أكثر تشابكا واشد تعقيدا مما كانت عليه في السابق ونظرا لما تثيره هذه العلاقات من تنازع على مستوى الاختصاص التشريعي و الاختصاص القضائي وما يتفرع عن التنازع الأخير من أسباب تدفع باتجاه الحاجة الى العمل على وفق متطلبات الإنابة القضائية الدولية.فذلك يدعو إلى البحث عن القواعد الحاكمة التي تنظم عمل الإنابة القضائية بين العرف والتشريع . ومن الجدير بالذكر ان هناك أعراف تحكم العلاقات بين الأفراد وينبثق عنها قواعد عرفية داخلية وأعراف تحكم العلاقات ما بين الدول أو أفراد تابعين لدول مختلفة ينبثق عنها قواعد عرفية دولية وعليه سوف نعرض للموضوع من خلال فرعين نخصص الأول للقواعد العرفية الداخلية و الثاني للقواعد العرفية الدولية لنتتبع دور كل منهم في تنظيم الإنابة .

[1] - د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، الجنسية و العلاقات الدولية ، لبنان ، بيروت ، منشورات زين الحقوقية، 2010 ، ص93 وما بعدها.
[2]- د. عكاشة محمد عبد العال ، الإنابة القضائية .. ، مصدر سابق، ص67-68.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الأول /دور القواعد العرفية الداخلية

تعد القواعد العرفية اسبق القواعد القانونية في تنظيم سلوك الأفراد و الدول، وهي تعني اعتياد مجموعة من الأفراد أو الدول على أتباع سلوك معين في موضوع ما مع الاعتقاد بإلزامية أو بضرورة أتباعه على نحو ملزم[1]. لذا فالعرف بشكل عام يقوم بركنين الركن المادي ويتمثل بأتباع سلوك معين في موضوع ما، و الركن المعنوي ويتمثل بالاعتقاد بإلزامية ذلك السلوك . يظهر مما تقدم أن يتفاوت دور العرف كمصدر من مصادر القانون الدولي الخاص في موضوعاته فقد يلعب دور رئيس في البعض منها ودورا ثانويا في البعض الأخر. فالمواضيع التي تتعلق بسيادة الدولة أو تعبر عن مظهر من مظاهر السيادة مثل الجنسية أو تنازع الاختصاص القضائي وما يتفرع عن الأخير من موضوعات ومنها الإنابة القضائية الدولية موضوع البحث يضعف فيها دور العرف حيث يكون الدور الرئيس للتشريع وهذا يعني كلما كان دور التشريع قويا كلما كان دور العرف ضعيف وفي مقابل ذلك يكون للعرف الدور الرئيس في موضوع تنازع القوانين وأحيانا في موضوع مركز الأجانب[2]. ففي أطار تنازع القوانين كان العرف اسبق المصادر في تكوين قواعد هذا الموضوع فقد كان له حضور في تكوين قاعدة خضوع الإجراءات القضائية لقانون قاضي النزاع .فهذه القواعد وغيرها هي قواعد بالوقت الحاضر منظمة تشريعيا ولكنها تحتفظ بأصلها التاريخي الذي ساهم في تكوينها ألا وهو العرف وفي موضوع الإنابة القضائية يتعطل دور العرف ذلك لأنها احد المواضيع الفرعية لتنازع الاختصاص القضائي الدولي الذي يتعلق بسيادة الدولة.باعتبار أن القضاء مظهر من مظاهر هذه السيادة فلا يشكل موضوع الإنابة ميدان لحركة العرف الوطني (الداخلي) أو بعبارة أخرى أن القواعد العرفية الداخلية أذا كانت قد ساهمت في تكوين بعض قواعد القانون الدولي الخاص فان دوره ضعيف في موضوع البحث.ومن الجدير بالذكر أن اغلب التشريعات الوطنية أشارت إلى العرف كمصدر من مصادر القانون ومنها التشريع العراقي[3]

الفرع الثاني /القواعد العرفية الدولية

أذا لم يكن للعرف الداخلي دورا في بلورة بعض قواعد الإنابة القضائية فان للعرف الدولي دور في تكوين بعض القواعد الحاكمة للإنابة وذلك من خلال قاعدتين هما المجاملة الدولية و المعاملة بالمثل

أولا- المجاملة الدولية :عبارة عن مجموعة من العادات تسير عليها الدول على سبيل المجاملة لتيسير العلاقات فيما بينها وذلك دون أي التزام قانوني أو أخلاقي يقع عليها[4]. و تتعامل الدول بدافع المجاملة الدولية في موضوع الإنابة القضائية عندما لا توجد قواعد بديلة لتنظيم التعاون الدولي في المجال القضائي (اتفاقية دولية)[5].وهذه المجاملة يقضي استمرار العمل بها على نحو هادئ مع الشعور بإلزامية إتيانها وإتباعها بين الدول في موضوع الإنابة القضائية إلى أن تتحول بمرور الوقت إلى قاعدة عرفية دولية يمكن أن تأخذ طريقها إلى الاتفاقيات ومن ثم التشريعات الوطنية. أما أذا لم تقترن بهذا الشعور فستبقى قاعدة مجاملة و الفرق واضح بين الوضعين ، في الوضع الاول نجد الدولة المطلوب منها تنفيذ الإنابة ملزمة بالتنفيذ وخاصة أذا وردت هذه القاعدة باتفاقية دولية تنظم عمل الإنابة ، أما الوضع الثاني فلا يوجد أدنى ألزام للدولة المطلوب منها تنفيذ الإنابة أنما تكون الدولة مدفوعة للتنفيذ على سبيل الحرص لا ستمرار العلاقات الودية بينها وبين الدولة طالبة التنفيذ على أساس مبدأ المجاملة الدولية.

ثانيا_ المعاملة بالمثل :تتبع الدول بشان التعامل في المجال القضائي ولا سيما في موضوع الإنابة[6] فيما بينها أحيانا مبدأ المعاملة بالمثل وتظهر المعاملة بالمثل من حيث الشكل على ثلاثة أنواع وهي

أولا المعاملة بالمثل الثابتة اتفاقيا (دبلوماسيا) وتكون مسجلة على شكل اتفاقية دولية معقودة بين دولتين أو أكثر تتضمن أحكام العمل بالإنابة . وثانيا المعاملة بالمثل الثابتة تشريعيا وتكون مسجلة من خلال القوانين والتشريعات الوطنية (الداخلية) أي منظمة من قبل المشرع الوطني في الدولة. وثالثا المعاملة بالمثل الثابتة

---

[1]- ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي وفق القانونين العراقي و المقارن ، دار الحرية بغداد 1973 ص19 ود. حامد مصطفى ، القانون الدولي الخاص العراقي ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1950 ، ص29 ، وجابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص ، شركة النشر بغداد ، 1949 ، ص26.

[2]- مصطفى كامل ياسين ، القانون الدولي الخاص ، ج1 ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1953 ، ص14.

[3]- المادة (1) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 و إلى نفس المعنى ذهبت التشريعات العربية.

[4] - لمزيد من التفاصيل انظر استأذنا د. عصام العطية ، القانون الدولي العام ، الطبعة الرابعة ،الشركة العراقية للطباعة الفنية المحدودة، بغداد ، 2008 ، ص 17 وما بعدها.

[5] - جبار صابر طه ، دور الإنابة القضائية في القانون الدولي الخاص وإحكامها في ضوء اتفاقيات الرياض العربية للتعاون القضائي ، بحث منشور في مجلة القانون و السياسة ، جامعة صلاح الدين ، العدد 2 ، السنة الثانية ، 2004 ، ص20.

[6]- ، المصدر نفسه ، ص22

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

واقعيا وهي التي لم تسجل لا في اتفاقية ولا في تشريع وطني والتي تنبثق عنها بعض القواعد العرفية الدولية لأنها غير منظمة تنظيما تشريعيا بسبب الاعتياد على ممارستها مع الاعتقاد بإلزاميتها .وهذا يمكن أن يفضي إلى توليد قواعد عرفية دولية أي تحكم التعاون الدولي في موضوع الإنابة القضائية. ونستطيع أن نقول في ضوء ما تقدم أن الإنابة القضائية أما أن تكون محكومة باتفاقية دولية أو بتشريع داخلي أو بممارسات متداولة تكونت عنها حالة واقعية ثابتة تاريخيا تفضي إلى تكوين قاعدة عرفية منبثقة عن معاملة بالمثل واقعية و الوضع الأخير يمكن أن تتحول فيه إلى قواعد تشريعية تتوزع بين الاتفاقيات الدولية و القوانين الداخلية بشكل صريح تارة وبشكل ضمني تارة أخرى لذا يوصف البعض تلك القواعد في الوضع الأخير بالقواعد ذات المصدر العرفي.ومن الجدير بالذكر أن هناك بعض المواثيق الدولية سجلت العرف الدولي بوصفه ثاني مصدر من مصادر القانون الدولي[1]. كما أشارت إلى المعاملة بالمثل بعض الاتفاقيات الدولية[2] و التشريعات الداخلية بوصفها قاعدة من القواعد العرفية الداخلية[3]

المطلب الثاني :دور القواعد التشريعية في تنظيم الإنابة

نظمت الإنابة في بعض القواعد التشريعية و التي تتوزع ما بين القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية ، فظهرت هذه القواعد على نوعين هي القواعد التشريعية الوطنية و القواعد التشريعية الدولية ونعرض لها في فرعين.

الفصل الثاني /الوظيفة القانونية للإنابة القضائية

تبين لنا فيما تقدم أن الإنابة القضائية ليست بذاتها أجراء من الإجراءات القضائية وإنما هي طلب باتخاذ أجراء قضائي متى كان لازما للفصل في المسالة المثارة أمام القاضي المنيب وإدراكا لحقيقة الإجراءات القضائية الدولية سواء تمت مباشرتها ضمن حدود الدولة الواحدة أم طلب اتخاذها خارج هذه الحدود (الإنابة) تكون الدولة المطلوب أليها التنفيذ غير ملزمة في الوضع الأخير ألا أذا وجدت اتفاقية دولية تقر بذلك . فالهدف و الغاية التي تسعى أليها الإنابة القضائية تتمثل على المستوى الدولي و الداخلي بوحدة الحلول عن طريق الاتفاق على النظام القانوني الذي تخضع له الإنابة ومن ثم تحقيق حالة التعايش الذي يعد الهدف الأسمى لذا سنبحث هذا الموضوع من خلال مبحثين سنعرض في المبحث الاول الاتفاق على النظام القانوني في القانونين المقارن و العراقي وفي المبحث الثاني تعايش القوانين الداخلية عن طريق الإنابة.

المبحث الأول

الاتفاق على النظام القانوني في القانونين المقارن و العراقي.

لا توجد هناك هيئة أو سلطة عليا تتولى توزيع الاختصاصات القضائية بين الدول لذا نجد أن كل دولة تستأثر بوضع قواعد تنظم الاختصاص القضائي الدولي (الأصلي و الطارئ) لمحاكمها الوطنية ويمكن أن تنظم هذه القواعد وخاصة تلك التي تتعلق بالإنابة القضائية الدولية بطريق الاتفاق بين الدول من خلال اتفاقيات دولية (الاتفاق الصريح) أو ما استقر العمل به في العرف و المعاملة بالمثل (الاتفاق الضمني)[4] وعليه سنعرض للموضوع من خلال مطلبين سنتناول في الأول الاتفاق الصريح وفي الثاني الاتفاق الضمني.

المطلب الأول /الاتفاق الصريح

تلجا بعض الدول إلى تنظيم أحكام الإنابة عن طريق عقد اتفاقيات دولية تتولى بيان أحكامها عن طريق سبق عقد اتفاقيات بين الدولتين المنيبة و المنابة وهذه الاتفاقيات تفسر على أنها اتفاق صريح وهي أما أن تكون ثنائية أو متعددة الأطراف لذا سنتناولها في فرعيين سنعرض في الفرع الأول الاتفاقيات الثنائية الأطرف وفي الفرع الثاني الاتفاقيات المتعددة الأطراف .

---

[1]- أشارت ضمنا المادة (2/38)من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولي إلى ذلك.

[2] - المادة(20) من اتفاقية الرياض إلى هذا المعنى.

[3] - المادة (2/16) قانون الإثبات العراقي.

[4]- د. احمد قسمت الجداوي ، مبادئ القانون الدولي الخاص ، القاهرة ، 1988 ، ص5.

علما أن المشرع العراقي نظم قواعد الاختصاص القضائي الدولي في قانونين هما القانون المدني في المادتين 15/14 وقانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية رقم 30 لسنة 1928 المعدل في المادة 7 ومقابل ذلك كان قانون المرافعات المصري لعام 1968 قد نظم قواعد الاختصاص القضائي الدولي كما نظم القانون المدني الفرنسي قواعد الاختصاص القضائي الدولي في القانون المدني لعام 1804 في المادتين 15/14. في حين نظم الإنابة القضائية في المادة 733 من قانون المرفعات الفرنسي لعام 1975

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الأول /الاتفاقيات الثنائية الأطراف.

في الغالب تلجا الدول الواقعة في حدود منطقة جغرافية واحدة إلى عقد اتفاقيات ثنائية ويمكن أن تعقد هذه الاتفاقيات بين دولتين واقعتين في منطقتين جغرافيتين مختلفتين ونذكر من الاتفاقيات الأولى على سبيل المثال الاتفاقية بين مصر و الأردن عام 1957 والثانية 26 أكتوبر 1986 واتفاقية مصر مع البحرين في 17 مايو 1989 واتفاقية مصر مع المغرب في 22 مارس 1989 و الاتفاقية الإماراتية المصرية الموقعة في القاهرة بتاريخ 5 فبراير 2000 حيث نصت المادة (15) منها على (لكل طرف متعاقد أن يطلب إلى الطرف الأخر أن يقوم في إقليمه نيابة عنه بأي أجراء قضائي متعلق بدعوى قائمة وبصفة خاصة لاستجواب وسماع شهادة الشهود بتلقي تقارير الخبراء ومناقشتهم وأجراء المعاينة وطلب تحليف اليمين). أما الاتفاقيات من النوع الثاني وهي التي تبرم ما بين الدول العربية و الأجنبية نذكر منها على سبيل المثال اتفاقية العراق مع المملكة المتحدة عام 1935 حيث تم تحديد نطاق هذه الاتفاقية في موضوع الإنابة على المسائل الحقوقية و التجارية بموجب المادة (1/أ) ، كما عقد العراق اتفاقية مع الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1936 و مع تركيا عام 1946. و الاتفاقية بين مصر و ايطاليا عام 1970 حيث أجازت هذه الاتفاقية تنفيذ الإنابة بالشكل الذي تطلبه الدولة المنيبة على أراضي الدولة المنابة بشرط أن لا يتعارض هذا الشكل مع أحكام قانون الدولة المنابة.كما ذهبت اتفاقية روما بين مصر وايطاليا لسنة1974 إلى تعريف الإنابة تعريفا يضيق عن المفهوم الواسع في المادة (1/17) وهناك العديد من الاتفاقيات الثنائية بين الدول الأجنبية نذكر على سبيل المثال اتفاقية فرنسا مع سويسرا وبلغاريا ومالي[1] كما عقدت هنكاريا العديد من الاتفاقيات الثنائية نذكر منها على سبيل المثال اتفاقية هنكاريا مع فرنسا عام 1935 واتفاقيتها مع المملكة المتحدة عام 1936 ومع ايطاليا عام 1937 واتفاقيتها مع تركيا عام 1940[2] .

الفرع الثاني / الاتفاقيات المتعددة الإطراف

لم تكتفي بعض الدول بعقد الاتفاقيات الثنائية الإطراف بل لجأت إلى عقد الاتفاقيات المتعددة الإطراف سواء بالتوقيع عليها أم المصادقة أم الانضمام حيث نظمت هذه الاتفاقيات الجوانب الفنية و القانونية للإنابة القضائية ونذكر منها على سبيل المثل اتفاقية 14 نوفمبر 1896 التي عقدت بين عدد من الدول الأوربية في مجال التعاون القضائي في المسائل المدنية ثم تطور موقف الدول من الإنابة وظهر بشكل واضح في اتفاقيات لاهاي لعام 1905 – 1954 وكذلك اتفاقية لاهاي لعام 1970 حيث تطور الموقف في ظل الاتفاقية الأخيرة من أحكام الإنابة وبموجبها أصبحت الدول المصادقة عليها ملزمة بتنفيذ الإنابة في المسائل المدنية و التجارية و الأحوال الشخصية. وهو تطور في نطاق تطبيق الإنابة إضافة إلى ذلك أصبحت الدول الأطراف في هذه الاتفاقية لا يمكنها أن ترفض تنفيذ الإنابة ألا أذا كانت ماسة بسلامتها وسيادتها الإقليمية[3] كما استمر تطور الموقف من الإنابة في ظل اتفاقية لاهاي لعام 1978 حيث اتسع نطاق الإنابة ليشمل إضافة للمسائل المدنية و التجارية و الأحوال الشخصية المسائل الجزائية و الإدارية كما أعطى للدول الأعضاء بشمول نطاقها المسائل المالية[4]وفي هذا السياق لم يعتمد التوجه الأوربي الطرق الدبلوماسية لتنفيذ الإنابة[5].أما على مستوى الاتفاقيات ما بين الدول العربية نذكر على سبيل المثال اتفاقية الجامعة العربية لعام 1954 بشان الإعلانات والإنابة القضائية حيث اعتمدت هذه الاتفاقية الطرق الدبلوماسية في تقديم طلب الإنابة(المادة/7)[6].كما نظمت أحكام الإنابة اتفاقية الرياض لعام 1983 بشكل مفصل حيث نصت المادة (14) على أن (لكل طرف متعاقد أن يطلب إلى أي طرف متعاقد آخر أن يقوم في إقليمه نيابة عنه بأي أجراء قضائي متعلق بدعوى قائمة وبصفة خاصة سماع شهادة الشهود وتلقي تقارير الخبراء ومناقشتهم وإجراء المعاينة وطلب تحليف اليمين)وتم تحديد نطاق عمل الإنابة في المسائل المدنية و التجارية و الأحوال الشخصية و الجزائية وهذا يعكس التطور العالمي في مسالة الإنابة .ومن خلال استقراءنا للمعاهدات و الاتفاقيات الدولية لم نلحظ دخول العراق طرفا في الاتفاقيات المتعددة الأطراف ما بين دول أجنبية .

---

[1]- عبد المنعم زمزم ، مصدر سابق ، هامش 134 ، ص106.

2 - Istevan Szasy . international civil procedures .BUDAPEST. 1967 .P.647

[3] - علما أن الدول التي صادقت على الاتفاقية هي النمسا (بلجيكا ، الدنمارك ، فلندا ، ايطاليا ، ألمانيا الاتحادية ، السويد ، هولندا ، سويسرا) أشار إلى ذلك د. هشام علي صادق تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 232 ،هامش 1

[4] - د. عبد المنعم زمزم ، المصدر السابق ، ص 106-107.

[5]- المصدر نفسه ، ص 166 و ما بعدها.

[6]- علما أن العراق و الأردن وسوريا و السعودية وقعت على هذه الاتفاقية ، أشار أليها د. هشام علي صادق ، المصدر السابق ، ص232 ، هامش 2.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني/الاتفاق الضمني

أن الإنابة القضائية الدولية تفضي إلى التعاون الدولي على المستوى القضائي في نطاق المسائل المدنية و التجارية و الأحوال الشخصية و الجزائية و الإدارية وفي ظل غياب الاتفاقيات الدولية المنظمة للإنابة في هذه المسائل يمكن للدول أن تتعاون فيما بينها على أساس أخر خدمة لمصالحها الدولية والتي تنعكس علة مواطنيها وهذا الأساس يتمثل بالمعاملة بالمثل تارة و العرف تارة أخرى[1] لذا سنبحث الموضوع من خلال فرعين نبين في الأول الاتفاق على أساس المعاملة بالمثل و الثاني الاتفاق على أساس العرف.

الفرع الأول/ الاتفاق على أساس المعاملة بالمثل

هذا الأساس لا يتم الركون أليه ألا في حالة عدم وجود نص صريح ينظم عمل الإنابة بين الدولة المرسلة (المنيبة) و الدولة المرسل أليها (الدولة المنابة). وهذا يعني أن عدم وجود اتفاق دولي بخصوص الإنابة القضائية يضع الدول أمام اعتماد وسيلة بديلة أو قواعد احتياطية لتنظيم عمل الإنابة تتمثل بأساس المعاملة بالمثل ونجد مثل هكذا أحكام لبعض التشريعات العربية نذكر منها على سبيل المثال التشريع المصري لعام 1968[2] حيث أكد على أن الإحكام و الأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في ذلك البلد كما أشارت إلى نفس المعنى بعض التشريعات العربية كان المشرع الفرنسي في نفس الاتجاه[3]. أما على مستوى التشريع العراقي فقد نظمت أحكام الاتفاق على أساس المعاملة بالمثل المادة (3/16) من قانون الإثبات التي نصت (أذا لم توجد معاهدة من هذا القبيل فتتم الإجراءات على أساس المعاملة بالمثل فإذا تعذر ذلك فيصار إلى مفاتحة وزارة الخارجية لاتخاذ ما يلزم بهذا الخصوص بالطرق الدبلوماسية).كما ذهبت المادة (4/16) في هذا السياق حيث نصت على (تتم الإجراءات المدنية في الفقرة أولا بالنسبة للأجنبي طبقا لما هو منصوص عليه في الفقرتين 2، 3 من هذه المادة)

الفرع الثاني/ الاتفاق على أساس العرف

يلعب العرف دورا مؤثرا ومتفاوتا في موضوعات القانون الدولي الخاص بشكل عام وفي موضوع الاختصاص القضائي الدولي بشكل خاص (الإنابة القضائية) ،وهذا التأثير للعرف يأخذ أبعادا دولية تارة وداخلية تارة أخرى. فالقواعد العرفية تكون مثل قواعد المعاملة بالمثل لها دور احتياطي ومساعد ومكمل. أي كلما غابت النصوص في الاتفاقيات الدولية يصار إلى القواعد العرفية كقواعد احتياطية نستهدي بها لآلية عمل الإنابة القضائية في المجال الدولي. ومن الجدير بالذكر أن اغلب قواعد تنازع القوانين وبعض قواعد التنازع القضائي الدولي هي ذات مصدر عرفي ،ألا أنها في الوقت الحاضر قواعد تشريعية تم تنظيمها .وهذا يعني أن القواعد العرفية تسد الفراغ القانوني الذي يحصل بفعل غياب النصوص التشريعية الواردة في الاتفاقيات وقد أشارت إلى هذا المعنى بعض التشريعات الأجنبية نذكر منها القانون البريطاني .

أما على مستوى التشريعات العربية ومنها التشريع العراقي فقد نظمت هذا الحكم المادة (2/1) من القانون المدني التي نصت على (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف .....) [4].وعليه فان الإنابة القضائية تحقق نوعا من التقارب بين الدول على أساس أخر هو العرف فالأخير يدفعها إلى التعاون الدولي كلما تعذر عليها التعاون على أساس آخر وهذا الوضع الدولي يحملها على الاتفاق ضمنيا مع غيرها لتنظيم عمل الإنابة. يتضح مما تقدم أن الإنابة القضائية الدولية تحقق أعلى درجات التعاون القضائي وتدفع الدول إلى لاتفاق الصريح أو الضمني كبديل مما يفضي ذلك إلى تحقيق تعايش قوانينها الداخلية لينتهي بها المطاف إلى حلول صريحة أو ضمنية للمشاكل و الصعوبات التي تواجه عمل الإنابة مما يقودها ذلك إلى التقارب بين القوانين وإجراءات المحاكم.

المبحث الثاني/ تعايش القوانين الداخلية عن طريق الإنابة

من الثابت أن هدف القانون الدولي الخاص هو تحقيق التناسق بين الأنظمة القانونية بشكل عام، وتوفر الإنابة القضائية فرص وأسباب تحقيق ذلك الهدف وهو ما يصب في النهاية في خدمة العدالة التي هي الهدف الأسمى، لا جل الإحاطة بموضوع البحث يقتضي أن نتناوله من خلال مطلبين سنتطرق في

---

[1]- د. عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص20.
[2] - تم تعديله بقانون رقم 76 لسنة 2007.
[3] - المادة (733) من قانون المرافعات الفرنسي لعام 1975
[4] - كما ذهبت إلى ذلك باقي التشريعات العربية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول إلى التعايش عن طريق الاتفاقيات الدولية وفي المطلب الثاني إلى التعايش عن طريق التطبيق الدولي.

المطلب الأول /التعايش عن طريق الاتفاقيات الدولية

لأهمية الإنابة القضائية في العلاقات الخاصة الدولية فقد اتجهت الدول إلى تنظيم أحكامها في اتفاقيات دولية للتعاون القضائي و القانوني ،وهذه الاتفاقيات تشكل مظهر من مظاهر التعاون بين الدول سواء على صعيد الدول العربية أم على صعيد الدول الأجنبية. لذا سنعرض في الفرع الأول للقواعد الدولية الواردة في الاتفاقيات وفي الفرع الثاني تأثير تلك القواعد الدولية على القوانين الداخلية للدول الأطراف .

الفرع الأول/ القواعد الدولية الواردة في الاتفاقيات

هناك الكثير من القواعد التي جاءت بها الاتفاقيات التي عقدت بين الدول في المسائل ذات الصلة بالإنابة القضائية و المشار أليها سابقا والتي تتمثل بالاتي:-

1- القواعد ذات الصلة بنطاق عمل الإنابة:- حيث تؤكد هذه القواعد بان الإنابة تعمل في أطار المسائل المدنية و التجارية و الأحوال الشخصية و الجزائية كحد أدنى، وهذا ما أكدته العديد من الاتفاقيات السالفة الذكر نذكر منها على سبيل المثال اتفاقية جامعة الدول العربية لعام 1954 و اتفاقية الرياض لعام 1983 واتفاقية لاهاي لعام 1970 ولعام 1978[1].

2- القواعد القائمة على مبدأ التعاون على أساس المعاملة بالمثل:- وهذه القواعد تؤكد على معاملة كل دولة لرعايا الدول الأخرى بمثل معاملة رعاياها من قبل الأخيرة وأكدت هذا الاتجاه اتفاقية الرياض لعام 1983 في المادة 21 و التي تنص على (لا يرتب تنفيذ الإنابة القضائية الحق في اقتضاء أية رسوم أو مصروفات فيما عدا أتعاب الخبراء أن كان لها مقتضى ونفقات الشهود التي يلتزم الطالب بأدائها)

3- القواعد القائمة على آلية تنفيذ الإنابة القضائية:- هذه القاعدة تؤكد على أعطاء الخيار للدولة المنيبة أن تطلب من الدولة المنابة تنفيذ الإنابة بشكل معين على أن لا يتعارض هذا التنفيذ مع النظام القانوني للدولة المنابة وهذا ما أشارت أليه العديد من الاتفاقيات التي عقدتها مصر مع الدول العربية والأجنبية السالفة الذكر[2] كما أكدت على ذلك اتفاقية الرياض في المادة 18.

4- القاعدة التي تقوم على حسن النية في تنفيذ الإنابة القضائية:- بموجب هذه القاعدة على الدولة المنابة أن تستجيب إلى طلب تنفيذ الإنابة سواء في ظل وجود اتفاق صريح أم ضمني تحقيقا لمبدأ التعاون الدولي في المجال القضائي ووصولا إلى تحقيق التعايش الذي هو مقصود الإنابة ولكن يمكن أن ترفض الدولة المنابة التنفيذ ،أذا كان ذلك التنفيذ ماسا بسيادتها الإقليمية أو متعارض مع نظامها العام ،وقد أكدت على هذا الاتجاه اغلب الاتفاقيات الدولية ونذكر منها على سبيل المثال اتفاقية الرياض في المادة 17.

الفرع الثاني/ تأثير القواعد الدولية على القوانين الداخلية

يعد التشريع الداخلي من أهم مصادر القانون الدولي الخاص حيث يستأثر المشرع الوطني بوضع قواعده وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الوطنية ما بين الأفراد أو ما بينهم وبين الدولة في الداخل . والعلاقات ذات البعد الدولي التي تنشا ما بين الأفراد التابعين لدولة واحدة في الخارج أو لدول متعددة في الداخل ويترتب جزاء على مخالفتها[3]. وهذه القواعد تضعها كل دولة وتعد حقا من حقوقها الخالصة ، وتتمثل هذه القواعد بالأحكام الواردة في قوانينها الداخلية كقانون المرافعات المدنية أو قانون الإثبات أو أي قانون آخر ومن بينها القوانين ذات الصلة بالإنابة القضائية.فعلى مستوى العراق كان أول قانون نظم موضوع الإنابة القضائية الدولية هو قانون المحاكمات الحقوقي العثماني وبعده صدر قانون 2 شباط 1923 الذي نص على مسالة الإنابة الفضائية حيث تناولها من خلال نص المادة (5) من القانون التي نصت على ان (للمحكمة أذا ما صدر منها أمرا من وزير العدل أن تسمع وتدون الشهادة المتعلقة بإحدى الدعاوي و المعاملات القائمة في محاكم الدول الأجنبية)[4]. من الواضح أن المادة المذكورة أقرت الإنابة القضائية الدولية لصالح الدول الأجنبية فأصبحت المحكمة العراقية محكمة منابة وحددت موضوع الإنابة

[1]- رشدي خالد ، المصدر السابق ، ص 160.
[2]- جبار جابر طه ، المصدر السابق ، ص 422.
[3]- د. غالب علي الداودي ، المصدر السابق ، ص 96.
[4] - جبار جابر طه ، المصدر السابق ، ص 14.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالشهادة فقط، بعدها صدر قانون المرافعات المدنية و التجارية رقم 88 لسنة 1956 ثم الغي القانون المذكور بقانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 حيث نظم هذا القانون الإنابة القضائية الدولية في المادة (101) و التي تم ترحيل أحكامها لقانون الإثبات المشار أليه سابقا فقد تطرقت المادة (16) منه إلى موضوع الإنابة القضائية الدولية[1]. وهذا يعني أن المشرع العراقي في قانون الإثبات نظم أحكام الإنابة الدولية في مسائل الاستجواب وتحليف اليمين والاستماع لشهادة الشهود وأجراء المعاينة وغيرها من المسائل ذات الصلة بالدعوى المقامة أمام القضاء العراقي . أما على المستوى الدول العربية فقد تطرقت بعض التشريعات لموضوع الإنابة الدولية في حين اغفل البعض الآخر منها ذلك ، فالمشرع المصري لم ينظم أحكام الإنابة القضائية الدولية خارج حدود جمهورية مصر فقانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968 النافذ جاء خاليا من أي نصوص تتعلق بالإنابة القضائية الدولية ، وهو توجه انتقد من قبل الفقه المصري من ناحيتين الأولى: أن المشرع المصري قد نظم الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية في المادة (28) من القانون وان ثبوت الاختصاص الدولي للقاضي المصري لا يكفيه للفصل في النزاع ذات الطابع الدولي إذ لا يمكنه القيام بالإجراءات اللازمة لذلك ما دام لا يوجد تنظيم لآلية اتخاذ تلك الإجراءات في الخارج عن طريق الإنابة ، الثانية : أن مصر قد وقعت على بعض الاتفاقيات الدولية في مجال المرافعات المدنية الدولية وأصبحت طرفا فيها وتلك الاتفاقيات تنظم مسالة الإنابة القضائية مما يقتضي أفراد بعض النصوص لها في قانون المرافعات [2].كما نظم قانون البيانات السوري رقم 359 لسنة 1947 في المادة (76) منه موضوع الإنابة القضائية حيث نصت(يجوز سماع شهادة الشهود المقيمين خارج منطقة المحكمة المنابة بإنابة المحكمة التي يقيمون في منطقتها) وهذا النص لم يحدد بشكل صريح هل المقصود بالإنابة هي الإنابة القضائية الدولية أم كان قاصر على الإنابة القضائية الداخلية بحسب القواعد العامة يمكن أن يحمل مقصود النص على العموم فينصرف للإنابة الداخلية والإنابة الدولية طالما انه مطلق والمطلق يجري على أطلاقه ما لم يقيد بنص أو اتفاق .وكذلك نظم موضوع الإنابة القضائية قانون البيانات الأردني لسنة 1952 وقانون الإثبات المدني السوداني لسنة 1970 .

أما على مستوى الدول الأجنبية فقد تطرقت العديد من التشريعات الأجنبية لموضوع الإنابة الدولية ، فقد نص قانون المرافعات الفرنسي لعام 1975 النافذ على موضوع الإنابة القضائية الدولية في المادة (733) التي نصت (يستطيع القاضي بناءا على طلب احد طرفي الدعوى أو من تلقاء نفسه طلب القيام بالتحقيق أو بالإجراءات القانونية الأخرى التي يراها ضرورية في دولة أجنبية وذلك بمقتضى إنابة قضائية) وكذلك في انكلترا صدر قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية لعام 1933 ونص على تنظيم أحكام الإنابة القضائية كما نظمها القانون الألماني في المادة (228) من قانون الإجراءات المدنية[3] .

الفرع الثاني/ القواعد التشريعية الدولية

أن القواعد التشريعية الدولية الواردة في الاتفاقيات الدولية قد تثير تساؤلا حول هل أن هذه الاتفاقيات الدولية ملزمة للدولة المصادقة عليها وتسري في مواجهة محاكمها وإفرادها وتعتبر جزءا من قانونها الداخلي أم أنها تحتاج لأجراء يضعها موضع التطبيق لتتحول من كونها قواعد دولية واردة في الاتفاقيات إلى قواعد داخلية؟ للإجابة على هذا السؤال يمكن الرجوع إلى القانون الداخلي لكل دولة ، فإذا نص تشريعها الداخلي على اعتبار الاتفاقيات بمجرد المصادقة عليها قانون نافذ وجزءا من قانونها الداخلي فتصبح تشريعا يمكن الرجوع أليه وتطبيقه والى ذلك أشارت المادة (6) من الدستور الأمريكي لعام 1789. وفي العراق تعتبر الاتفاقيات الدولية بمجرد المصادقة عليها من الجهة المختصة نافذة في مواجهة الدولة ولا تعتبر نافذة على المستوى الداخلي في مواجهة الأفراد ولا تلزم المحاكم بتطبيقها ألا من تاريخ نشرها بالجريدة الرسمية ونظمت هذا الحكم المادة (129) من الدستور العراقي لعام 2005 كما أعطت المادة (4/61) صلاحية تنظيم المصادقة على الاتفاقيات لمجلس النواب كما يكون لرئيس الجمهورية المصادقة النهائية على الاتفاقيات بموجب المادة (73) من الدستور ومن الاتفاقيات التي سبق أن صادق عليها العراق بخصوص الإنابة القضائية الدولية اتفاقية الرياض لعام 1983 حيث صادق عليها بالقانون رقم 110[4]و أصبحت نافذة في مواجهة الدولة على المستوى الدولي و الداخلي واتفاقية الإعلانات و الإنابة القضائية بين

1- علما أن المادة (15) من نفس القانون تضمنت أحكام الإنابة الداخلية.

2- د.احمد عبد الكريم سلامة – مسائل الإجراءات في الخصومة المدنية الدولية – المجلة المصرية للقانون الدولي – المجلد الثاني – الثاني والأربعون – القاهرة -1986- ص174

3- جبار صبار طه ، المصدر السابق ، ص 20-24.

4- منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 2976 في 1984/1/16.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

دول الجامعة العربية لعام 1954[1] وكذلك اتفاقية مجلس التعاون العربي للتعاون القضائي المعقودة في مصر عام 1989 . أما بخصوص الاتفاقيات التي عقدها العراق مع الدول الأجنبية فنذكر على سبيل المثال الاتفاقية العراقية البريطانية لعام 1935 و الاتفاقية القضائية مع الولايات المتحدة عام 1970 وكذلك الاتفاقية العراقية – اليابانية لعام 1968[2] ومن الجدير بالذكر أن القواعد التشريعية الدولية تتفوق على القواعد التشريعية الوطنية في اغلب الأحوال عند التعارض بينهما[3] ولا يمكن لدولة أن تحتج بقواعد تشريعية داخلية لتتنصل من قواعد واردة في اتفاقية صادقت عليها وهو ما أشارت أليه اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969[4]. وأخيرا تعد القواعد التشريعية الدولية بشكل عام من عوامل التقارب و التعايش بين الدول وبموجبها تستطيع كل دولة أن تحسن مستوى تشريعاتها الوطنية ومن ثم تتقلص مساحة المشاكل و الخلافات على مستوى الاختصاص القضائي الدولي ولا سيما في موضوع الإنابة القضائية[5] فضلا عن ذلك تحرك الإنابة فرص عديدة أمام الدول للتقارب و التعايش بين أنظمتها القانونية وهذا يصب في النهاية باتجاه تحقيق أعلى درجات التناسق والتعاون الدولي في المجال القضائي .

يتبين مما سبق أن الإنابة القضائية توجه عادة من السلطة القضائية في الدولة إلى سلطة في دولة أجنبية، وهذا ما أشارت أليه المادة 733 من قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1975 حيث يتبين بان القاضي يمكنه بناء على طلب الأطراف أو من تلقاء نفسه بصدد أي أجراء من إجراءات التحقيق أو أي تصرف قضائي آخر ضروري مطلوب اتخاذه في دولة أجنبية أن يلجا إلى طريق الإنابة القضائية[6]. وهذا الحكم ينسجم مع القاعدة التي تقضي بتنفيذ الإنابة بحسن نية و القاعدة التي تفرض على الدولة المنابة أن تنفذ الإنابة على أن لا يمس ذلك سيادتها ولا نظامها العام وهو ما اعتمدته اتفاقية لاهاي لعام 1970[7] ،على الرغم من أن المشرع المصري لم ينظم الإنابة بشكل صريح في القوانين الداخلية ألا أن مصر ارتبطت بالعديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية و الجماعية بين دول عربية وغير عربية مما أفضى ذلك إلى أن تأخذ بأغلب القواعد الدولية السالفة الذكر في قانونها الداخلي الذي يعبر عن مصادقتها على تلك الاتفاقيات[8]. وقد تأثر المشرع العراقي في قانون البعثات الدبلوماسية والقنصلية رقم 15 لعام 1936 في المادة 13 التي نصت على(للقنصل تحليف اليمين وتدوين الإفادات في القضايا المقامة أمام المحاكم العراقية وتعتبر أجراءته هذه كما لو أجريت أمام المحاكم العراقية) بقواعد اتفاقية التعاون القضائي مع بريطانيا لعام 1935 ذات الصلة. وعلى مستوى المشرع العراقي فقد نظم أحكام الإنابة في قانون الإثبات في المادة 16 حيث اعتمد المشرع العراقي قاعدة المعاملة بالمثل وهذا ما أشارت أليه المادة 3/16 كما اعتمد المشرع العراقي قاعدة حسن النية عندما ساوى في المعاملة بين المواطن العراقي والأجنبي في مجال الإنابة القضائية وهذا ما أكدته المادة 4/16. ويمكن أن نتوصل وعلى وفق ما تقدم أن القواعد الواردة في الاتفاقيات الدولية يمكن أن تعطل النصوص في القوانين الداخلية أذا كانت متعارضة معها على أساس تفوق القواعد الدولية على النصوص الداخلية ،وقد أشارت إلى هذا المعنى المادة 29 من القانون المدني العراقي و التي تنص (لا تطبق أحكام المواد السابقة كلما وجد نص على خلافها في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في العراق) والى نفس هذا الاتجاه ذهبت باقي التشريعات العربية ونذكر منها على سبيل المثال المادة 23 من القانون المدني المصري لعام 1948 و المادة 24 من القانون المدني الأردني لعام 1967 و المادة 21 من القانون المدني الجزائري لعام 1975[9].ومن الجدير بالذكر أن خضوع القوانين الداخلية للأحكام الواردة في

1- صادق العراق على هذه الاتفاقية بقانون رقم 35 لسنة 1956 وفي هذا المعنى انظر قرار محكمة التميز 251 /63/ 27 في 2/2/ 1965.

2- عبد المطلب عباس ، المصدر السابق ، ص 87.

3 - إن حل مسالة تعارض المعاهدة مع التشريع يتوقف على وجود نص دستوري يقضي بتغليب المعاهدة على القانون.

أ- في حالة وجود نص دستوري : تنص دساتير بعض الدول صراحة على تغليب المعاهدة على القوانين الداخلية في مسالة وجود نص دستوري مثال ذلك الدستور الفرنسي لعام 1958 و الدستور الهولندي لعام 1956.

ب- في حالة عدم وجود نص دستوري : يجب التميز بين حالتين الأولى : أن يكون التشريع سابق على المعاهدة و الثانية أن يكون التشريع لاحقا على المعاهدة ففي الحالة الأولى لا يلقي القاضي الوطني أي صعوبة فيطبق نصوص المعاهدة أما الحالة الثانية أذا كان التشريع لاحقا للمعاهدة فان القاضي الوطني يميز بين حالتين: حالة سكوت التشريع اللأحق من حيث موقفه من المعاهدة و الحالة الثانية حالة ثبوت نية المشرع في مخالفة المعاهدة ففي الحالة الأولى يفترض القاضي أن المشرع لم يقصد مخالفة المعاهدة السابقة على التشريع بل أراد تطبيقها إلى جانب تشريعه فيسعى إلى التوفيق بينهما في الحالة الثانية فهو وضوح نية المشرع في مخالفة المعاهدة السابقة فيطبق التشريع و يهمل المعاهدة وان تحملت دولته المسؤولية الدولية.. انظر د. عصام العطية ، المصدر السابق ، ص165-167.

4 - المادة (27) من الاتفاقية. و إلى نفس المعنى ذهبت المادة (6) منها.

5 - الى هذا المعنى انظر د. عبد الرسول عبد الرضا ، تحسين القوانين العراقية عن طريق الاتفاقيات الدولية – مقال منشور في صحيفة المرصد العدد الاول – السنة الأولى- 28 حزيران -2008 ، ص2.

6 - عبد المطلب حسين عباس ، المصدر السابق ، ص45 .

7 - **Bernard Audit– Droit international prive– 3e edition economic – Paris 2000**.p348

8 - عبد المطلب حسين عباس ،المصدر السابق ، ص22.

9- د. عبد الرسول الاسدي ، المصدر السابق ، ص 159.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القواعد الدولية يفضي إلى اطمئنان الأفراد في علاقاتهم القانونية عبر الحدود وتطور ثقتهم بالأنظمة القانونية التي يكونوا تحت مساحة نفوذها كما يمكن أن تتسع مساحة سيطرة الدولة من الناحية العملية على رعاياها في الخارج والأجانب ضمن محيطها الوطني كما أن ذلك يمكن أن يكون جسر بين الأنظمة القانونية للحصول على ما يخدم الحكم العادل في الدعوى[1] .

المطلب الثاني /التعايش عن طريق التطبيق الدولي

أذا كان للقواعد الدولية من تأثيرات على مستوى التشريعات الداخلية فهل من مساحة لتأثير الممارسات الدولية فيها ؟ وهل يفضي ذلك إلى أدراك التعايش والتناسق بين الأنظمة القانونية للدول المعنية ؟ سنحاول الإجابة عن ذلك من خلال فرعين سنبحث في الفرع الأول القضاء الدولي وفي الفرع الثاني التحكيم الدولي.

الفرع الأول/ القضاء الدولي

أن الراى السائد في الفقه و القضاء الدولي يقضي بان الدولة المنابة ليست ملزمة بتنفيذ الإنابة القضائية إلا أذا وجدت قواعد عرفية او اتفاقية تقضي بها على أن لا تمس النظام العام أو سلامة الدولة المطلوب فيها تنفيذ الإنابة ،ويعامل الموقف بالنسبة لها على وصف الرخصة التي تخضع لتقديرها دون ألزام يقع على عاتقها .ولكن هذه الرخصة تأخذ وصف الالتزام أذا كانت هنالك اتفاقية تنظم أحكام الإنابة فتكون أحكام الاتفاقية بمثابة خطاب إلى الدولة الطرف فيها يفرض عليها أن تنزلها منزلة القانون الداخلي فالدولة في ظل وجود اتفاقية تنظم عمل الإنابة الأصل أن تلزم بتنفيذها أي تستجيب إلى طلب الدولة المنيبة، و استثناءً يمكن للدولة المنابة أن ترفض التنفيذ إذا كان طلب اتخاذ أجراء قضائي بواسطة الإنابة ماس بسيادتها أو يتعارض مع نظامها العام، وهذا ما أكدته اتفاقية الرياض. مقابل ذلك السؤال الذي يثار هو هل بإمكان القضاء الدولي ممثلا بمحكمة العدل الدولية وبموجب نظامها الأساس أن تلزم محاكم دولة ما بتنفيذ طلب اتخاذ أجراء قضائي على أراضيها؟ تظهر قراءة المواثيق الدولية ومنها النظام الأساس للمحكمة انه لا يوجد نص يحضر على المحكمة طلب الإنابة كما لا يوجد نص يبيح لها ذلك .مقابل ذلك أن الدول لها الخيار بين الاستجابة لطلب الإنابة من عدمه و الحكم الذي يمكن أن نستنتجه في هذا السياق من الفصل الاول المادة (7/2) من ميثاق الأمم المتحدة التي أكدت على عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدولة ومنها تلك التي تدخل في المسائل التي تعتبر من صميم الاختصاص الداخلي للدولة ، وهذا يقودنا إلى نتيجة مفادها أن للمحكمة طلب الإنابة من أي دولة. ولكن بالمقابل للدولة الأخيرة الخيار بين الاستجابة لطلب الإنابة أو رفض ذلك الطلب طالما أن الدولة هي التي تقرر كون الطلب ماس بسيادتها من عدمه .ولكن أذا كان الطلب الموجه من قبل المحكمة إلى الدولة لا يمس سيادة الدولة وكان هناك مصلحة حقيقية وجدية فمن مقتضيات العدالة وتلبية التعاون الدولي يكون لزاما على الدولة الاستجابة لطلب الإنابة .فضلا عما تقدم فان الذي يبرر للمحكمة (محكمة العدل الدولية) اتخاذ إجراءات على أراضي دولة معينة هو استجلاء الغموض الذي يكتنف النزاع إضافة ألا أن لها اختصاصين :

الاول : قضائي ويتمثل بإصدار الأحكام.

الثاني إفتائي ويتمثل بإبداء الرأي في المسائل التي تعرض عليها.

وعلى وفق ما تقدم يجوز طلب الإنابة من قبل المحكمة بوصفه أجراء من الإجراءات التي يتطلبها اختصاصها القضائي وحيث أن الأصل في الأشياء الإباحة، فمن المنطق أن يبرر ذلك الإجراء المتمثل بأحقية محكمة العدل الدولية إنابة المحكمة في احد الدول الإطراف في النزاع أو غيرها أذا كان موضوع الإنابة كائن على أراضيها .

الفرع الثاني /التحكيم الدولي

أن التحكيم هو القضاء المختار الذي يمثل الممارسة التي كانت البداية الأولى لتشكيل القضاء وهو طريق بديل عن القضاء ويأخذ التحكيم أنواع بحسب موضوعه و أطرافه فهناك التحكيم الدولي و التحكيم الداخلي وهناك التحكيم الاختياري و التحكيم الإجباري[2]. ويمكن أن يجري التحكيم بواسطة محكم واحد او بواسطة هيئة التحكيم أعضائها فرادا تختار من قبل المحكمة أو من قبل الأطراف و التحكيم يمكن الاتفاق عليه بعقد يسمى مشارطه التحكيم ويمكن ايراد التحكيم بشرط في عقد من العقود كعقد البيع او الاستثمار ويسمى بشرط التحكيم . كما ان بعض المسائل يجوز فيها التحكيم وتتمثل كل ما يجوز فيها الصلح وايا كان نوع التحكيم فان الهيئة التحكيمية التي تنظر بدعوى موضوعها علاقة ذات بعد دولي تتطلب الانابة وهو في

1 - إلى نفس المعنى انظر Bernard Audit - op.cit.p350

2 - للمزيد انظر د.أبو زيد رضوان ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص233

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

سبيل حسم النزاع وصولا لتطبيق القانون المختص الذي يمكن ان يكون القانون المتفق عليه او قانون مكان انعقاد التحكيم في حالة عدم الاتفاق.فالسؤال الذي يمكن ان يثار هنا هل أن لهيأة التحكيم أن تطلب اتخاذ إجراء خارج حدود اقليم الدولة التي يتم على أراضيها التحكيم. من خلال القواعد العامة يظهر عدم أمكانية (هيئة التحكيم) اتخاذ مثل هذا الاجراء لسببين :

1- انها لا تتمتع بسلطة قضائية وهي تستمد اختصاصها من الاتفاق وليس من القانون فهيئة التحكيم بذلك تكون لها طبيعة خاصة[1].
2- ان الإجراءات التي تتخذها هيئة التحكيم ليست إجراءات قضائية بالمعنى الاصطلاحي انما هي إجراءات من طبيعة خاصة فقرار هيئة التحكيم يصطلح عليه بالقرار ألتحكيمي تميزا له عن القرار القضائي الصادر عن المحكمة [2] كما ان حكم التحكيم لا ينفذ الا بعد المصادقة عليه من قبل المحكمة والى ذلك أشارت المادة (272) من قانون المرافعات العراقي وهذا يعني ان التحكيم يعمل في مجال لا يلبي شروط عمل الإنابة وبالتالي يعوز الهيئة التحكيمية شروط اتخاذ الإجراءات عن طريق نظام الإنابة .ويمكن أن تتخذ هذه الإجراءات عن طريق المحكمة المختصة وقد نظم هذه الحالة قانون المرافعات العراقي النافذ في المادة 269 التي نصت على (يجب على المحكمين الرجوع إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع لإصدار قرارها في الانابات القضائية التي قد يقتضيها الفصل في النزاع او اذا اقتضى الامر اتخاذ إجراءات مترتبة على تخلف الشهود او الامتناع عن الاجابة) ولقد ورد اصطلاح الانابات القضائية بشكل عام وهذا يعني انها تشمل الدولية و الداخلية على السواء حسب قاعدة المطلق يجري على اطلاقه ما لم يقيد بنص او اتفاق. ومقابل ذلك هناك من يرى ان عمل هيأة التحكيم ذات طبيعة قضائية[3].

الخاتمة

نخلص من كل ما تقدم الى جملة نتائج نطرح على وفقها جملة توصيات هي كالاتي :-

اولا – النتائج

1- تطورت الانابة القضائية الدولية عن طريق المجاملة الدولية وهي اساس غير ملزم للدولة المطلوب منها تنفيذ الانابة الا انها تصبح ملزمة اذا تحولت المجاملة الى عرف واستقرت بوصفها قاعدة عرفية وتبلغ اعلى درجات الإلزام اذا أخذت طريقها إلى الاتفاقيات ومن ثم التشريعات الوطنية.
2- ان الإنابة القضائية الدولية طريق استثنائي لمباشرة الإجراءات القضائية عبر الحدود فيترتب عليها اختلاف معاملة الأدلة الناتجة عنها عن الأدلة المتحصلة عن الإجراءات القضائية التي تباشر في محيط دولة واحدة فالأولى ادلة تقديرية في الغالب في حين الثاني أدلة تقريرية في الغالب.
3- كلما استكثرت الدول من عقد الاتفاقيات الدولية في مجال التعاون القضائي ذات الصلة بالإنابة كلما وصلت إلى مستوى الاتفاق على حلول موحدة تاخذ وصف الحلول العالمية وتصل بوقت اسرع وطريق اقصر إلى حالة التعايش بين أنظمتها القانونية .
4- ان الممارسات الدولية عبر القضاء الدولي تظهر أمكانية مباشرة الإنابة في حين يتعذر بل يمتنع استعمال الانابة اذا تمت الممارسة عبر التحكيم الدولي.
5- يمكن ان تظهر الحاجة للانابة القضائية الدولية سواء كان موضوع النزاع علاقة ذات بعد دولي ام علاقة داخلية طالما كان الهدف من الانابة هو استكمال الاجراءات القضائية لدعوى قائمة أمام القضاء الوطني وهذه الاجراءات يمكن ان تكون موضوعها علاقة دولية او داخلية ويمكن مباشرتها في محيط دولة واحدة او ما بين دولتين.

[1]- مشار أليه في مجلة التحكيم ، مصدر سابق ، ص600 وما بعدها.
[2]- المصدر نفسه ، ص591.
[3] - مجلة التحكيم ،المصدر السابق ، ص602-603.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: التوصيات

في ضوء ما تقدم من نتائج يمكن أن نطرح بعض التوصيات الأتي :

1- نوصي بتوسيع منافذ مباشرة الإنابة بحيث نضيف طريق إرسال قاضي أو موظف للدولة المطلوب اتخاذ الإجراء القضائي على أراضيها طالما كان ذلك يساعد على الكشف عن الأدلة التي تحتاجها الدعوى بشكل أسرع وسهل وأكثر تحقيقا للعدالة وتحقق ثقة الأطراف بالقضاء الوطني وهي طريقة يمكن تضمينها في الاتفاقيات الدولية التي يعقدها العراق مستقبلا.

2- نوصي بانضمام العراق إلى الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف المعنية بتنظيم أحكام الإنابة لان ذلك سيحقق درجات من التقارب بين الأنظمة القانونية ذات الصلة بالإنابة والأنظمة الوطنية للدول الأطراف ويوفر مناخ صالح لتحقيق مقصود التعاون الدولي ألا وهو التعايش بين الأنظمة القانونية.

المصادر

القران الكريم .

المصادر العربية .

أولا:-المعاجم .

- الأمام العلامة ابن منظور ، معجم لسان العرب ، المجلد الأول ، دار بيروت للطباعة ، لبنان ، 1956.

حارث سلمان الفاروقي – المعجم القانوني – طبعة (5) مكتبة بيروت – 1988 .

ثانيا:- الكتب .

- د.أبو زيد رضوان ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة.

- د. احمد قسمت الجداوي ، مبادئ القانون الدولي الخاص ، القاهرة ، 1988.

- د. ادم وهيب النداوي ، شرح قانون الإثبات ، بغداد 1986.

- جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص ، شركة النشر بغداد ، 1949 .

- د. حامد مصطفى ، القانون الدولي الخاص العراقي ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1950

- حسن الهداوي و د. غالب الداودي – القانون الدولي الخاص – القسم الثاني – بغداد ، 1982.

- د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، الجنسية و العلاقات الدولية ، لبنان ، بيروت ، منشورات زين الحقوقية، 2010

- د.عبد المجيد الحكيم ، محمد طه البشير ، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج1 1980.

- د.عبد المنعم زمزم ، بعض أوجه الإثبات الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007 .

- د. عصام العطية ، القانون الدولي العام ، الطبعة الرابعة ،الشركة العراقية للطباعة الفنية المحدودة ، بغداد ، 2008

- د.عكاشة محمد عبد العال ، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية ، مطابع الآمل ، بيروت ، 1986

د.غالب على الداودي ود.حسن محمد الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، القسم الثاني ، 1988 .

د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص الأردني ، طبعة أولى ، سنة 1996.

- د.محمد كمال فهمي ، القانون الدولي الخاص ومؤسسة الثقافة الجامعية، 2006 .

- د.مصطفى كامل ياسين ، القانون الدولي الخاص ، ج1 ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1953 ،

- د.ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي وفق القانونين العراقي و المقارن ، دار الحرية، بغداد 1973 .

- د. هشام علي صادق تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002.

ثالثا:- الرسائل والبحوث والمقالات .

- د.احمد عبد الكريم سلامة – مسائل الإجراءات في الخصومة المدنية الدولية بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي – المجلد الثاني – الثاني والأربعون – القاهرة -1986

- جبار صابر طه ، دور الإنابة القضائية في القانون الدولي الخاص وإحكامها في ضوء اتفاقيات الرياض العربية للتعاون القضائي ، بحث منشور في مجلة القانون و السياسة ، جامعة صلاح الدين ، العدد 2 ، السنة الثانية ، 2004 ،

- د. عبد الرسول عبد الرضا ، تحسين القوانين العراقية عن طريق الاتفاقيات الدولية – مقال منشور في صحيفة المرصد العدد الأول – السنة الأولى- 28 حزيران -2008

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- عبد المطلب حسين عباس، الإنابة القضائية في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بغداد ، 2005.
رابعا:- القوانين
القانون المدني رقم40 لعام 1951 المعدل .
قانون الإثبات العراقي رقم 107 لعام 1979 المعدل .
قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية رقم 30 لسنة 1928 المعدل .
قانون البعثات الدبلوماسية والقنصلية رقم 15 لعام 1936.
قانون البيانات السوري رقم 359 لسنة 1947.
قانون الإثبات المدني السوداني لعام 1970.
قانون المرافعات المصري رقم 13 لعام 1968.
قانون المرافعات الفرنسي لعام 1975.
القانون المدني الفرنسي لعام 1804 .
خامسا:- الدوريات والنشرات .
مجلة التحكيم ، العدد الأول ، كانون الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2009 .
الوقائع العراقية العدد 2728 في 1979/9/30.
الوقائع العراقية العدد 1688 في 1969/2/2 .
الوقائع العراقية العدد 2976 في 1984/1/16.
سادسا:- الاتفاقيات .
1-اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لعام 1983 .
2-الاتفاقية العراقية البريطانية للتعاون القضائي والقانوني لعام .1935
3-اتفاقية لاهاي لعام 1970 للإنابة القضائية.
4-اتفاقية الإعلانات و الإنابة القضائية بين دول الجامعة العربية لعام 1954 .
5- اتفاقية مجلس التعاون العربي للتعاون القضائي عام 1989 .
6-اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969 .
7-اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 .

المصادر الأجنبية .
1 - Bernard Audit– Droit international prive– 3e edition economic – Paris 2000.
2 - Istevan Szasy . international civil procedures .BUDAPEST. 1967.
3- yvon Loussouarn and Pierre Bourel . Droit international prive -edition.1988.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com