

## قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي في المنازعات الخاصة الدولية

### The rule of subjecting the procedures to the Judge's law in international private disputes

بين شاب نعيمة، جامعة الجزائر -1- الجزائر، nbinechab@gmail.com

تاريخ قبول المقال: 24/10/2023

تاريخ إرسال المقال: 09/08/2023

#### الملخص

اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات يخضع لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي الناظر في النزاع، بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق على الموضوع. ولقيت هذه القاعدة رواجاً واسعاً في مختلف قوانين الدول من بينها القانون الجزائري الذي نص عليها في المادة 21 مكرر من القانون المدني التي أضيفت بموجب تعديله وفقاً للقانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، وذلك لعدة اعتبارات: أهمها حسن سير العدالة، واعتبار القضاء وظيفة تباشرها الدولة وفقاً لقواعد الإجراءات المقررة في قانونها، وإن هذه القاعدة تعد من قواعد القانون العام. وبهذا الوصف تعد قواعد إقليمية تطبق على الجانب الإجرائي، وفي بعض نواحي الجانب الموضوعي للنزاعات الخاصة الدولية.

**الكلمات المفتاحية:** قانون القاضي، الإجراءات القضائية، المنازعات الخاصة الدولية، القانون الدولي الخاص.

#### Abstract:

The choice of the law applicable to the proceedings is subject to the rule that the procedures are subject to the law of the judge examining the dispute, regardless of the law applicable to the subject matter. This rule was widely accepted in various laws of countries, including the Algerian law, which was stipulated in Article 21 bis of the Civil Code, which was added by virtue of its amendment in accordance with Law 05/10 of June 20, 2005, for several considerations: the most important of which is the proper administration of justice, and considering the judiciary a job The state conducts it in accordance with the rules of procedures established in its law, and this rule is considered one of the rules of public law.

بين شاب نعيمة

With this description, they are regional rules that apply to the procedural and, in some respects, the substantive side of international private disputes.

**Keywords:** judge's law, judicial proceedings, international special disputes, private international law.

### المقدمة

تعتبر قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي من قواعد الاختصاص القضائي الدولي، استقرت عند الفقه والقضاء في مختلف الأنظمة القانونية.<sup>1</sup> نص عليها المشرع الجزائري في المادة 21 مكرر من القانون المدني التي أضيفت بموجب تعديله وفقا للقانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 بنصها: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أوتباشر فيها الإجراءات".<sup>2</sup> فبمقتضى هذه القاعدة يختص قانون القاضي في حكم مسائل الاختصاص والإجراءات المتعلقة بالنزاعات الخاصة الدولية المعروضة أمامه، بسبب ارتباط الجانب الإجرائي بمرفق القضاء في الدولة. فالدولة وحدها المكلفة بتحديد حالات اختصاص قضائها الوطني، وكذا تحديد إجراءات السير في الخصومة القضائية المعروضة أمام محاكمها. لكن هذا ليس مطلقا فقد يتدخل القانون الأجنبي بحكم بعض المسائل المختلف في تكييفها بين كونها من الإجراءات أو من الموضوع. فتحديد ما يعتبر من الإجراءات وما يعد من الموضوع، مسألة صعبة لم يستطع الفقه أن يضع لها معيارا حاسما. ومرد هذه الصعوبة أن هناك من الإجراءات ما يتصل بموضوع الدعوى اتصالا وثيقا، بحيث يتعذر النظر إليها بصفة مستقلة، ومن جهة أخرى فإن قانون الإجراءات يضم بجانب قواعده الإجرائية قواعد موضوعية. ولهذا فإن الموضوع يكتسي أهمية بالغة في المنازعات الخاصة الدولية من حيث وجوب معرفة المسائل التي تعتبر من الموضوع، وتلك التي تعتبر من الإجراءات. وذلك من أجل تحديد نطاق قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي. وعلى هذا الأساس يهدف هذا المقال للإجابة على الإشكالية التالية: ما هو أساس قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي؟ وما هو نطاق تطبيقها في المنازعات الخاصة الدولية؟ بالاعتماد على المنهج الوصفي، مع الاستعانة بالمنهج التحليلي في مناقشة بعض المسائل المتعلقة بالموضوع.

<sup>1</sup>-DAMIEN Audrey ,La procédure en droit international privé: recherche en droit de l'Union européenne,Thèse de doctorat, Université d'Orléans, France,2015,p46-49.

<sup>2</sup>-القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 44، ص17.

وانطلاقاً مما تقدم فإن هذا الموضوع تم تقسيمه إلى مبحثين أساسيين: خصص الأول لتحديد مضمون قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي، أما المبحث الثاني فخصص لتحديد نطاق تطبيقها أمام القضاء الوطني في مختلف إجراءات الدعوى القضائية المتضمنة عنصراً أجنبياً .

### المبحث الأول: مضمون قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي

تعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات من أقدم المسائل التي تم تناولها في إطار القانون الدولي الخاص. فمع بداية القرن الثالث عشر قام المحشيون بإجراء التفرقة بين القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية. فأخضع هؤلاء الفقهاء القواعد الإجرائية لقانون القاضي، بينما أخضعوا القواعد الموضوعية للقانون الذي يحكم موضوع الحق. وتعرف قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي انتشاراً واسعاً على مستوى القوانين الوضعية المعاصرة.<sup>3</sup> ورغم قدم هذه القاعدة ورسوخها في القانون الدولي الخاص، إلا أن الفقهاء اختلفوا في تحديد الأساس القانوني الذي تبنى عليه، فهناك من أسسها على فكرة النظام العام، وهناك من أسسها على قاعدة خضوع الشكل لمحل الإبرام، أما الفريق الثالث فأسسها على اعتبار القضاء مرفق عام يخضع في تسييره وتنظيمه للقانون الوطني. وكل فريق قدم الحجج الذي يدعم بها موقفه. وسوف نتطرق لهذه المسائل بالتفصيل في المطلب الثاني من هذا المبحث، ولكن قبل ذلك نتناول مفهوم قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي في المطلب الأول.

### المطلب الأول: مفهوم قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي

يقصد بخضوع الإجراءات لقانون القاضي؛ "أن كل ما هو من الإجراءات يتبع فيه ما نص عليه قانون القاضي، وما تتبعه المحكمة التي ترفع أمامها الدعوى من قواعد وإجراءات في نظر ما يطرح أمامها من قضايا، وما يتخذ بواسطتها من إجراءات للتنفيذ وللتنفيذ".<sup>4</sup> فالأصل أن جميع الإجراءات القضائية من وقت تسجيل الدعوى، مروراً بتحديد المواعيد والتبليغات إلى غاية صدور حكم نهائي فيها هي مسائل فنية تنظيمية لعمل المحاكم. وتعد من القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها بحيث تكون نافذة في حق الجميع سواء كانوا وطنيين أم أجانب مقيمين على إقليم الدولة. مع مراعاة القيود المتعلقة بالحصانة القضائية. وتطبيق قاضي النزاع قانونه الوطني سيضمن وحدة القانون الواجب التطبيق في تلك الإجراءات في ظل اختلاف جنسية الأطراف، أو موطنهم أو محل نشوء الالتزام أو

<sup>3</sup> - السيد الحداد حفيظة، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 223.

<sup>4</sup> - أبو هيف عبد الحميد، القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، ط2، مطبعة السعادة، مصر، 1927، ص324.

تنفيذه، وبذلك سيعامل الجميع في تلك الإجراءات معاملة واحدة دون تمييز. وكل ذلك سيحقق الغاية المشتركة التي تسعى قواعد القانون الدولي الخاص لإدراكها، وهي التناسق بين الأنظمة القانونية على نحو يكفل تحقيق العدالة.

وقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي قاعدة قديمة، ظهرت ملامحها لأول مرة لدى شراح المدرسة الإيطالية في القرون الوسطى، حيث فرق Bartole سنة 1235 بين الإجراءات والتي يسري عليها قانون القاضي، وبين الموضوع، والذي يخضع لقوانين أخرى متباينة وفقا لطبيعة المسألة المعروضة.<sup>5</sup> واستقرت هذه القاعدة فقها وقضاء في النظامين الأنجلوسكسوني واللاتيني، ونصت عليها القوانين الحديثة بما فيها بعض القوانين العربية.<sup>6</sup>

تبنى المشرع الجزائري هذه القاعدة في المادة 21 مكرر من القانون المدني المضافة بالقانون 05-10 التي تنص على: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تبأشر فيها الإجراءات". وعلى ذلك فإذا تقرر الاختصاص القضائي للمحاكم الجزائرية في المنازعات المتضمنة عنصرا أجنبيا، فإن القانون الجزائري بوصفه قانون القاضي هو الواجب التطبيق بشأن إجراءات رفع الدعوى أمام المحاكم الجزائرية، وأيضا بالنسبة للإجراءات غير القضائية كالإذارات والتنبيهات.

وتعتبر قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي المنصوص عليها في المادة 21 مكرر من القانون المدني، قاعدة إسناد مزدوجة الجانب. فبمقتضاها يطبق القانون الجزائري على مسائل الإجراءات في الدعاوى المرفوعة أمام القضاء الجزائري. في المقابل فإن الإجراءات التي بوشرت في الخارج بصدد دعوى مرفوعة أمام قضاء دولة أجنبية تخضع للقانون الأجنبي الساري في تلك الدولة. ويظهر ذلك في حالة تنفيذ الحكم الأجنبي في الجزائر. فالقاضي الجزائري عندما يصدر الأمر بتنفيذ حكم أجنبي لابد أن يتحقق من أن الإجراءات المتبعة في تلك الدعوى قد تمت وفقا لقانون الدولة الأجنبية التي رفعت أمامها الدعوى.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> - هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص197. زروتي الطيب

الاختصاص الدولي للقضاء الجزائري، دراسة مقارنة بقوانين دول المغرب العربي، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2017، ص148.

<sup>6</sup> - تبنى المشرع المصري هذه القاعدة في المادة 22 من القانون المدني، كما اعتمدها المشرع العراقي في المادة 28 من القانون المدني، والمشرع الليبي في المادة 22 مدني، والسوري في المادة 23 مدني، والأردني في المادة 23 مدني... الخ.

<sup>7</sup> - تنص المادة 65 من ق إ م إ على: "لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية، متى استوفت الشروط التالية: 1- أن لا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص".

وعلى الرغم من قدم ورسوخ قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي، إلا أن التفرقة بين المسائل التي تدخل في إطار فكرة الإجراءات التي تخضع لقانون القاضي، والمسائل التي لا تعد من قبل الإجراءات فلا تخضع لهذا القانون، قد أثارت جدلاً واسع المدى في إطار القانون الدولي الخاص. حيث لم يقتصر هذا الجدل حول اختيار معيار للتفرقة بين ما يندرج في إطار فكرة الإجراءات، وما لا يعد داخلاً في نطاقها، بل امتد الخلاف ليشمل الأساس القانوني والمنطقي لهذه القاعدة.<sup>8</sup>

### المطلب الثاني: أساس قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي

تعتبر قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي من المبادئ الراسخة في القانون الدولي الخاص إلا أن تبرير هذه القاعدة والبحث عن أساسها يعد محل اختلاف بين الفقه. فذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أساس هذه القاعدة هو النظام العام، وهناك من أساسها على قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون دولة محل الإبرام، ومنهم من أسسها على مبدأ إقليمية القوانين، وكل فريق قدم حججه لتبرير موقفه.

### الفرع الأول: خضوع الإجراءات لقانون القاضي تأسيساً لفكرة النظام العام:

يرى هذا الفريق أن كل قواعد الإجراءات قواعد أمرة، تتعلق بالنظام العام، بوصفها تنظم سير مرفق العدالة، وبالتالي يطبق القاضي قانونه الوطني. وقد أخذت بهذا التأسيس بعض الأنظمة القانونية حيث جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري في مادتها 52 تعليلاً للمادة 22 مدني مصري (المقابلة للمادة 21 مكرر مدني جزائري) على أن: "قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي يسري عليها قانون البلد الذي تبأشر فيه، وهذا الحكم عام يقوم على اتصال هذه الإجراءات، وتلك القواعد بالنظام العام".<sup>9</sup>

انتقد الدكتور عزالدين عبد الله ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري تعليلاً لحكم المادة 22 مدني، واعتبر أن أساس خضوع الإجراءات لقانون القاضي مرده فكرة النظام العام رأي خاطئ. ذلك أن تطبيق قانون القاضي بناء على فكرة النظام العام، يفترض انعقاد الاختصاص لقانون أجنبي أصلاً، ثم يستبعد لتعارض أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها قانون القاضي، فيحل هذا الأخير محله استثناءً. بينما اختصاص قانون القاضي بالنسبة للإجراءات هو اختصاص عادي، لا يمكن

<sup>8</sup> - السيد الحداد حفيظة، مرجع سابق، ص224.

<sup>9</sup> - زروتي الطيب، مرجع سابق، ص149-150.

التخلي عنه لأي قانون آخر.<sup>10</sup> مع التأكيد أن قانون الإجراءات في هذا الشأن يصنف ضمن فروع القانون العام غير القابلة للتنازع أصلاً.<sup>11</sup>

## الفرع الثاني: أساس قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي هو تطبيق لقاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام:

يعتبر هذا الفريق -وهم قلة من الفقه- أن أساس قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي ماهو إلا تطبيقاً لقاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام. وذلك لأن العدالة والضرورة العملية، التي تسند إليها قاعدة خضوع الشكل للقانون المحلي هي أيضاً التي يمكن على ضوءها تبرير تطبيق قانون القاضي على الإجراءات.<sup>12</sup> وأساس ذلك أن فكرة الشكل لا تختلف في جوهرها على فكرة الإجراءات. فكل منهما هو المظهر الخارجي الذي يوجب القانون إتباعه، حتى يكتسب الإجراء وضعه القانوني ويرتب آثاره. فهو في التصرف القانوني الشكل الذي يستلزمه القانون، مثلاً الاكتفاء بالشهود أو إفراغ التصرف في شكل مكتوب أو ضرورة تدخل موظف عمومي لإضفاء الصفة الرسمية عليه. وفي الإجراءات مراعاة القواعد المنظمة للخصومة القضائية، وتدخل أعوان القضاء للقيام بالإجراء المطلوب. وفي كلتا الحالتين يكون قانون المحل، إما قانون بلد إبرام التصرف، أو قانون المحكمة التي يتخذ لديها الإجراء.<sup>13</sup>

انتقد هذا الرأي لعدة اعتبارات نذكر منها: من الناحية التاريخية؛ قاعدة "المحل يحكم الشكل" قامت على اعتبار التيسير على الأفراد، وتسهيل إجراءات تصرفاتهم القانونية في مكان إبرامها. وهو ليس نفس

<sup>10</sup>- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط9، مصر، 1986، ص 793. قضت محكمة النقض المصرية بأن: "تطبيق القانون الوطني بناء على فكرة النظام العام، مجاله أن يكون الاختصاص... معقوداً أصلاً لقانون أجنبي واستبعد هذا القانون بالدفع بالنظام العام لاختلاف حكمه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون، أما حيث يكون قانون... القاضي الوطني طبقاً لقواعد الإسناد الواردة به هو صاحب الاختصاص العادي الواجب التطبيق على قواعد المرافعات باعتباره قانون القاضي، فلا محل لإثارة النظام العام كأساس يقوم عليه تطبيقه". ومؤدى ذلك هو عدم الاعتداد بما ورد بالمذكرة الإيضاحية للمادة 22 من القانون المدني، من أن هذا الحكم يقوم على اتصال تلك القواعد وهذه الإجراءات بالنظام العام إذ أن من قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي ما لا يتعلق بالنظام العام ويحوز النزول عنها، ولا يحول ذلك دون اعتبارها من قواعد المرافعات التي تخضع لقانون القاضي أسوة بتلك التي تتعلق بالنظام العام وذلك إعمالاً للمادة 22 المشار إليها التي تنص على سريان قانون القاضي على قواعد المرافعات جميعها بغير تخصيص بتلك التي تتعلق بالنظام العام. نقض 23 مارس 1971، ص371. 19 ماي 1970 ص 843 مذكوران في كتاب السيد الحداد حفيظة، مرجع سابق، ص228-229.

<sup>11</sup> - زروتي الطيب، مرجع سابق، ص150.

<sup>12</sup> - هشام صادق، مرجع سابق، ص198.

<sup>13</sup> - زروتي الطيب، مرجع سابق، ص150.

الاعتبار الذي تقوم عليه قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي. فهذه الأخيرة تهدف لتنظيم جهاز عام من أجهزة الدولة، وهو مرفق القضاء بهدف تنظيم أداء العدالة.<sup>14</sup> والقاضي يؤدي العدالة حسب قانونه فقط. كما أن قاعدة المحل يحكم الشكل تتعلق بنشاط الأفراد في المجال القانوني، وتهدف إلى تسهيل إبرام التصرفات القانونية، وهذا ما يجعل منها قواعد اختيارية في معظم الأنظمة القانونية بما فيها العربية.<sup>15</sup> بحيث يجوز للأطراف أن يخضعوا تصرفاتهم القانونية لقانون آخر غير قانون محل الإبرام. وهذا ما اتجه إليه المشرع الجزائري في المادة 19 من القانون المدني التي تنص على: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون البلد الذي تمت فيه. ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية." وهذا على خلاف ما هو مقرر بصدد قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي، التي تتصف بصفة الإلزامية، حيث لا يملك الأطراف حرية اختيار قانون آخر غير قانون القاضي لحكم خصومتهم، لتعلقها بنشاط مرفق عام هو القضاء.

### الفرع الثالث: قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي هو اعتبار القضاء وظيفة من وظائف الدولة

أما الفريق الثالث فيرى أن الأساس الحقيقي الذي تبنى عليه قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي، هو أن القضاء وظيفة من وظائف الدولة تباشرها بواسطة سلطة من سلطاتها العامة. هذه السلطة تؤدي تلك الوظيفة وفقا للقواعد المقررة في قانون الدولة دون قانون أية دولة أجنبية أخرى.<sup>16</sup> ولما كانت الإجراءات قواعد منظمة لهذه السلطة العامة، ترسم لها طريق أداء وظيفتها، فمن غير المعقول أن تؤدي هذه السلطة العامة وظيفتها وفقا لقواعد وضعها مشرع أجنبي، وإنما يجب عليها أن تتبع في

<sup>14</sup>- وإن كانت الغالبية من الشراح تؤكد أن تطبيق قانون القاضي على قواعد الإجراءات ليس إعمالا لقاعدة "قانون المحل يحكم الشكل"، إلا أن البعض منهم يرى أن هذا الحكم يقتصر على قواعد الإجراءات التي تتبع أمام المحاكم. أما إجراءات التحكيم فهي تقع في مجال إعمال هذه القاعدة الاختيارية. بمعنى أنه ليس إلزاما أن يتبع المحكمون الإجراءات الواردة في قانون البلد الذي يباشرون فيه... مهمتهم، بل يجوز للخصوم أن يختاروا لهم قانونا يتبعون الإجراءات المقررة فيه. وأساس هذا الرأي أن المحكمين لا يؤدون وظيفة عامة، إنما يقومون بأعمال قانونية بناء على اتفاق الخصوم، وهي أعمال خاصة تقع في مجال قاعدة قانون المحل يحكم الشكل. عزالدين عبد الله، مرجع سابق، ص 794. زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 151-152. هشام صادق، مرجع سابق، ص 199 وما يليها.

<sup>15</sup>- المادة 19 مدني جزائري، المادة 20 مدني ليبي، المادة 20 مدني مصري، المادة 26 مدني عراقي، المادة 21 مدني أردني... الخ.  
<sup>16</sup>- SUSSAROVA, Anna. La portée du principe "forum régît processum" dans la pratique judiciaire belge. RDC/TBH, vol. 2, 2012.p1570

ممارستها لوظيفتها بالقواعد التي وضعها مشرعها.<sup>17</sup> وتكون هذه القواعد من القانون العام، لتعلقها بتشغيل مرفق عام في الدولة هو مرفق القضاء، الذي يخضع في تنظيمه وممارسة صلاحياته للقانون الإقليمي وحده. ومادامت ولاية القضاء إقليمية في الدولة فالقواعد اللازمة لمباشرتها تكون إقليمية أيضا. تسري على كافة المنازعات سواء كانت وطنية في جميع عناصرها، أو متضمنة عنصرا أجنبيا.<sup>18</sup> وهذا الرأي يتفق مع ما تقرره قواعد القانون الدولي العام، التي تعترف بالحق لكل دولة بأن تحدد بإرادتها وحدها هيكل تنظيمها الداخلي، مع ما يستتبعه ذلك من إنشاء الأجهزة المختلفة وتوزيع الاختصاص بينهم، ووضع القواعد التي تنظم أداء هذه الأجهزة لوظيفتها. ومن الناحية العملية فإن قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي تبرره صعوبة اختلاف الإجراءات الواجب إتباعها من طرف القاضي في حالة كون النزاع يشوبه عنصرا أجنبيا. فإذا كانت المنازعة الدولية قد تقتضي حكما موضوعيا مختلفا باختلاف القانون المطبق، إلا أن ذلك لا يستتبع في القواعد الإجرائية التي تحكم سير الدعوى لحين الفصل فيها.<sup>19</sup>

### المبحث الثاني: نطاق قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي

من السهل القول بإخضاع قواعد الإجراءات لقانون القاضي، فهذه القاعدة مسلم بها في القانون الدولي الخاص. لكن من الصعب بيان ما يدخل في مجال إعمال هذه القاعدة، وما لا يدخل فيها، ومرد هذه الصعوبة هو تحديد ما يعتبر من مسائل الإجراءات، وما يعد من الموضوع. وذلك لأن قانون الإجراءات يتضمن قواعد موضوعية بجانب الإجراءات والمواعيد: مثل شروط مباشرة الدعوى، شروط صحة الخصومة والعلاقات التي تنشأ فيما بين الخصوم، وآثار الأحكام الأجنبية، وطرق الطعن في الأحكام.<sup>20</sup> كما أن هناك من الإجراءات ما تتصل بموضوع الدعوى اتصالا وثيقا بحيث يتعذر الفصل بينهما. وبيان ما يعتبر من الإجراءات فيخضع لقانون القاضي، وما يعتبر من الموضوع فيخضع للقانون المختص وفقا لما تشير إليه قاعدة الإسناد المختصة، هو مسألة تكييف إذ يتعين الوقوف على طبيعة المسألة المعروضة لمعرفة صفتها الموضوعية أو الإجرائية.<sup>21</sup> والتكييف يخضع لقانون القاضي طبقا للقاعدة العامة في القانون المقارن.

<sup>17</sup> - كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2015-2016، ص 112. السيد الحداد حفيظة، مرجع سابق، ص 230-231.

<sup>18</sup> - نفس المرجع، ص 232-233.

<sup>19</sup> - نفس المرجع، ص 231-232.

<sup>20</sup> - عزالدين عبد الله، مرجع سابق، ص 796.

<sup>21</sup> - هشام صادق، مرجع سابق، ص 204. سمية كمال، مرجع سابق، ص 116 ومايليها.

تبنى المشرع الجزائري هذه القاعدة في المادة 9 من القانون المدني التي تنص على: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه". وعلى ذلك يتعين الرجوع إلى المبادئ العامة في القانون الوطني لمعرفة المسائل التي تدخل ضمن فكرة الإجراءات. وأتناول فيما يلي تحديد نطاق تطبيق قانون القاضي مع التركيز على المسائل التي يدق حولها الخلاف في شأن تحديد طبيعتها الإجرائية أو الموضوعية، فأتطرق لدراسة القانون الواجب التطبيق على الدعوى القضائية وشروطها في المطلب الأول، والقانون الواجب التطبيق على التقادم المسقط في المطلب الثاني، أما المطلب الثالث فأتطرق فيه للقانون الواجب التطبيق على الإثبات.

### المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الدعوى القضائية وشروطها

كرست مختلف التشريعات الحديثة الحق للأجنبي في اللجوء إلى القضاء الوطني للمطالبة بحقوقه والدفاع عنها، وذلك عن طريق رفع دعوى قضائية أمام قضاء الدولة المختصة دوليا وفقا لمعايير الاختصاص القضائي الدولي. وإجراءات رفع الدعوى القضائية - وفقا للقانون المقارن - تكون حسب قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات. وذلك لاعتبار أن الدعوى القضائية ذات طبيعة إجرائية بحتة ترتبط ارتباطا وثيقا بسير الجهاز القضائي، وحسن أدائه لوظيفته، مما يجعل من الصعوبة إخضاعها لقانون آخر غير قانون القاضي الذي تباشر أمامه الدعوى. فكل الإجراءات المتخذة للنظر في الدعوى منذ رفعها إلى غاية صدور حكم نهائي فيها تخضع لقانون القاضي وحده. فهذا القانون هو الذي يحدد كيفية رفع الدعوى والبيانات المطلوبة فيها لقبولها شكلا، وكيفية تقديم المذكرات والوثائق والاطلاع عليها. ويحدد صلاحيات القاضي أثناء سير الخصومة، وأثر وقفها أو انقطاعها أو سقوطها، وكيفية تقديم الطلبات والدفع. ويختص كذلك قانون القاضي في إجراءات التحقيق وسماع الشهود وفي كيفية النطق بالحكم وبياناته وتحريره... الخ.

وحتى تقبل الدعوى القضائية أمام القضاء يجب أن تتوفر على شروط، اختلف الفقه حول القانون الواجب التطبيق على هذه الشروط. وذلك بالنظر إلى طبيعتها الإجرائية أو الموضوعية. حيث أن الشروط العامة المتمثلة في الأهلية، الصفة، المصلحة، قد تخضع في بعض جوانبها لقانون القاضي، وفي جوانب أخرى للقانون الذي يحكم موضوع النزاع. ومن ثم فإن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الشروط - والتي تتم وفق الرأي السائد في الفقه والقضاء - يتوقف على تحليل هذه الشروط إلى عناصر متصلة بالإجراءات فتخضع لقانون القاضي، ومسائل متعلقة بالموضوع فتخضع للقانون الذي يحكم

موضوع النزاع.<sup>22</sup> وسوف أتطرق فيما يلي لطبيعة شروط رفع الدعوى القضائية<sup>23</sup> - الأهلية، الصفة والمصلحة - وهل تتعلق بالإجراءات، أم تتعلق بالموضوع.

### الفرع الأول: الأهلية

تعتبر أهلية التقاضي فقها وتشريعا؛ مسألة موضوعية يحكمها قانون الجنسية بالنسبة للشخص الطبيعي، وإلى قانون الدولة الذي يحكم حالة الشخص المعنوي أي نظامه القانوني، وهو مقره الاجتماعي الرئيسي والفعلي.<sup>24</sup> وهذا ما نصت عليه المادة 10 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم... أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي".

والمقصود بأهلية التقاضي على هذا النحو هي أهلية الأداء اللازمة لمباشرة حق التقاضي، واستعمال الدعوى بالمطالبة القضائية بعد ثبوت الحق للشخص، فتخضع في القوانين العربية واللاتينية لقانون جنسية الشخص الطبيعي، وإلى قانون الدولة الذي يحكم حالة الشخص المعنوي أي نظامه القانوني،<sup>25</sup> وهذا ما جاء في المادة 10 من القانون المدني المشار إليها أعلاه. أما أهلية الوجوب؛ والتي تعني الحق في اللجوء إلى القضاء، فهي تخضع لقانون الدولة التي يدعي الشخص تمتعه بالحق في إقليمها، وهو قانون القاضي في هذه الحالة. وللوطنيين عادة الحق في اللجوء إلى قضاء دولتهم. أما الأجانب فقد تقيد الدولة حقهم في الالتجاء إلى قضائها وفقا لما تقضي به القواعد المنظمة لمركز الأجانب فيها.<sup>26</sup> على هذا الأساس فالأهلية لا تعد من قواعد الإجراءات وبذلك لا يطبق عليها قانون القاضي.

<sup>22</sup> - السيد الحداد حفيظة، مرجع سابق، ص 246 ومايليها.

<sup>23</sup> - بالرجوع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد المشرع الجزائري نص على شروط قبول الدعوى وحصرها في الصفة والمصلحة والإذن إذا اشترطه القانون. فجاء في المادة 13 ق إ م إ: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة بقرها القانون. يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه. كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون".

<sup>24</sup> - هشام صادق، مرجع سابق، ص 205.

<sup>25</sup> - SUSSAROVA, Anna. art. préc., p. 161.

<sup>26</sup> - زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 159. عزالدين عبد الله، مرجع سابق، ص 298-299.

## الفرع الثاني: الصفة

ويقصد بها كون الشخص هو صاحب الحق المدعي به أو كونه نائباً عنه.<sup>27</sup> وهناك شبه إجماع بين فقهاء القانون الدولي الخاص على إخضاع شرط الصفة في الدعوى للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، وذلك لوجود روابط وثيقة بين فكرة الصفة في الدعوى والحق المعتبر عليه.<sup>28</sup> فقانون جنسية المورث وقت الوفاة هو الذي يحدد صفة الوارث (المادة 16 ف1 مدني) أو من له حق رفع دعوى التعويض عن الضرر الذي أصاب مورثه. وقانون جنسية القاصر هو الذي يحدد نائبه القانوني، وقانون جنسية المحجور عليه هو المختص بتحديد من يحق له رفع دعوى طلب الحجر (المادة 15 ف1 مدني).

## الفرع الثالث: المصلحة

ويقصد بها الفائدة العملية أو الواقعية التي تعود على المدعي من الحكم له بطلبه.<sup>29</sup> ويشترط في المصلحة أن تكون: قانونية: أي أن يكون لرافع الدعوى حق يريد حمايته، وتلك مسألة موضوعية تخضع للقانون الذي يحكم موضوع النزاع بسبب ارتباطها بالحق محل الدعوى. وأن تكون شخصية ومباشرة: ويقصد به أن تكون للمدعي صفة في رفع الدعوى، وأن تكون قائمة وحالة: ويقصد بها عدم شغل القضاء بالقضايا التي لا طائلة من ورائها، وهذه مسألة تتعلق بتنظيم مرفق القضاء في الدولة، وبالتالي تخضع لقانون القاضي. فهو الذي يقرر ما إذا كان ضرورياً أن تكون الصفة حالة وقائمة، أو تكفي المصلحة الاحتمالية. كما يقرر ما إذا كانت تكفي المصلحة الأدبية أو يجب توافر المصلحة المادية.<sup>30</sup> وفي هذا تشير المادة 13 من ق إ م إ إلى أنه لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. والمقصود هنا بالقانون هو قانون القاضي، وهذا دليل على أن اشتراط أن تكون المصلحة قائمة وحالة وأن تكون محتملة يخضع لقانون القاضي.

<sup>27</sup> - عزالدين عبد الله، مرجع سابق، ص 799.

<sup>28</sup> - السيد الحداد، حفيظة، مرجع سابق، ص 252.

<sup>29</sup> - المرجع نفسه، ص 263.

<sup>30</sup> - هشام صادق، مرجع سابق، ص 210. زروتني الطيب، مرجع سابق، ص 160-161. كمال سمية، مرجع سابق، ص 137 وما يليها.

## المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على التقادم

اختلفت الآراء حول القانون الواجب التطبيق على التقادم المسقط،<sup>31</sup> وذلك للصعوبات التي تحيط بهذه المسألة. وسبب ذلك راجع بصفة أساسية إلى نظام التقادم الذي يهدف إلى كفالة تحقيق عدة مصالح قد تكون في بعض الأحيان متعارضة. فلو نظرنا إلى التقادم كوسيلة لحماية المدين فإن هذا سيؤدي إلى الاعتداد بقانون موطن المدين، وإذا نظرنا إلى أن الهدف منه هو تنازل ضمني عن الحق من جانب الدائن فيمكن تطبيق قانون موطن الدائن مثلاً. كما يمكن تطبيق قانون القاضي على أساس أن التقادم وسيلة تيسير للدعوى بعدم إمكان البحث والتحري في وسائل الإثبات. ويمكن اعتبار التقادم وسيلة لحماية النظام العام في المجتمع بوضع حد أو أمد للمنازعات والمطالبات القضائية. ومن الطبيعي أن تعدد هذه الاعتبارات والمصالح المتضاربة وحمايتها، سيقود إلى اختلاف وجهات النظر حول القانون الواجب التطبيق على التقادم المسقط حسب المصلحة التي يتم تغليبها.<sup>32</sup> وتعتبر الدول الانجلوسكسونية<sup>33</sup> التقادم من الإجراءات وبذلك تخضعه لقانون القاضي.<sup>34</sup> ويميل جانب من الفقه الفرنسي إلى الأخذ بنفس هذا الحل على أساس تعلق التقادم بالدعوى أكثر من تعلقه بالموضوع. أما بعض الفقه الفرنسي والمصري فيخضع التقادم للقانون الذي يحكم الموضوع، وذلك لاعتبار التقادم طريقة من طرق انقضاء الحق، ومن ثمة فإن القانون الذي يسري في شأنه هو نفسه القانون الذي يحكم الحق موضوع النزاع. وهذا الحل يجنب مفاجأة الدائن صاحب الحق بسقوط حقه بالتقادم، وفقاً لقانون موطن المدين فيما لو غير هذا الأخير موطنه الأصلي.<sup>35</sup>

<sup>31</sup> - يعرف التقادم المسقط بأنه عبارة عن مضي مدة معينة على استحقاق الدين دون المطالبة به، مما يؤدي إلى سقوط الحق في المطالبة به إذا تمسك بالتقادم صاحب المصلحة فيه. ويعد التقادم المسقط سبباً لانقضاء الالتزام، إذا لم يطالب الدائن مدینه بالوفاء... بالدين عند استحقاقه، واستمر نقاعسه المدة التي يحددها القانون. ويشترك التقادم المسقط مع التقادم المكسب في مضي المدة. إلا أنهما يختلفان في أن التقادم المسقط يتطلب وضعاً سلبياً يتمثل في عدم مطالبة الدائن بحقه أما التقادم المكسب فإنه يتطلب وضعاً إيجابياً يتمثل في الحياة. نواف حازم خالد، محمد صديق محمد عبد الله، "تغيير ظروف التقادم المسقط والقانون الواجب التطبيق"، مجلة الراافدين للحقوق، المجلد 10 العدد 35، 2008، ص24.

<sup>32</sup> - المرجع نفسه، ص28.

<sup>33</sup> - ميز الفقهاء في النظام اللاتيني والدول العربية بين التقادم المكسب والتقادم المسقط، الأول باعتباره وسيلة لاكتساب الحقوق العينية وأساسه الحياة، يسري عليه قانون موقع المال (المادة 17 مدني). ونفس الحكم يأخذه التقادم المسقط للحق العيني، أما الحق الشخصي فهو محل خلاف كما تم توضيحه في المتن.

<sup>34</sup> - محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص663.

<sup>35</sup> - هشام صادق، مرجع سابق، ص211.

ويترتب على هذا الاتجاه أن يخضع التقادم في دعاوى الحالة للقانون الشخصي بوصفه القانون الذي يحكم الموضوع. ويخضع التقادم المسقط للحق العيني لقانون موقع المال لتعلق الأمر في هذا الفرض بمركز الأموال. أما التقادم المسقط للحق الشخصي فقد رأى البعض إسناده لقانون القاضي، لتعلقه بالدعوى أكثر من تعلقه بالحق ويتصل بالنظام العام. بينما يرى البعض الآخر إخضاعه لقانون موطن المدين تأسيساً على أن الحكمة منه هي حماية المدين. وأخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا النظر في كثير من أحكامها.

ويرى فريق ثالث أنه يسري على هذا التقادم القانون الذي يسري على الموضوع استناداً إلى أنه يتعلق بالحق وليس بالدعوى. ولأن من شأن تطبيق هذا القانون هو حماية الدائن من المفاجأة غير العادلة التي يواجهها إذا ما أخضع التقادم لقانون موطن المدين، وغير هذا الأخير موطنه.<sup>36</sup> ولكن الرأي الراجح اسند التقادم المسقط للحق الشخصي إلى قانون العقد لأنه يتعلق بالحق وليس بالدعوى، ويندرج ضمن حقوق والتزامات أطراف العقد، ويفترض أنهم على علم بالمدة التي تنقضي بها التزاماتهم. ومنحت محكمة النقض الفرنسية في حكمها المؤرخ في 1950/01/31 الخيار للمدين بين قانون العقد وقانون موطنه، وفي حكم آخر مؤرخ في 1960/03/28 تراجعت عن موقفها هذا حيث قضت بتطبيق قانون العقد وحده، وتؤكد موقفها هذا في الحكم الصادر بتاريخ 1971/04/21 والذي قضى بإخضاع التقادم المسقط للقانون الذي يحكم الالتزام نفسه.

وتبنت بعض القوانين الحديثة قانون العقد. ويشمل تطبيق قانون العقد على التقادم المسقط تحديد مدة التقادم، وكيفية التمسك بها، والنزول عنه، وآثاره، وما إذا كان يجوز تعديل مدته وأسباب وقفه أو انقطاعه، وآثارهما.<sup>37</sup> أما سقوط الحكم بالتقادم، وكذا سقوط الخصومة باعتبارها وسيلة لعدم جواز رفع الدعوى، فكلهما يخضعان لقانون القاضي.<sup>38</sup>

### المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على الإثبات

يعرف الإثبات على أنه: "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها".<sup>39</sup> ويعرف في القانون الدولي الخاص بأنه: "العملية التي يقدم بموجبها أحد الطرفين إلى القاضي الناظر في الدعوى عناصر لإقناعه، لتبرير الحقيقة للواقعة التي يدعيها وينكرها الطرف

<sup>36</sup> - عزالدين عيد الله، مرجع سابق، ص 801-802.

<sup>37</sup> - زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 162-163. نواف حازم خالد، محمد صديق محمد عبد الله، مرجع سابق، ص 28.

<sup>38</sup> - محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 664.

<sup>39</sup> - زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 164.

الآخر".<sup>40</sup> ويعتبر الإثبات من المسائل التي يصعب فيها التفرقة بين الإجراءات والموضوع. فمن قواعد الإثبات ما يتصل بالموضوع، ومنها ما يتعلق بالإجراءات. بل هناك من القواعد ما يصعب القول بصفتها الإجرائية أو الموضوعية البحتة، حيث يزاحم القانون الذي يحكم الموضوع في اختصاصه قانون القاضي. وعلى ذلك فإن تكييف قواعد الإثبات، والبحث في طبيعتها الموضوعية أو الإجرائية يقتضي دراسة كل المسائل المتعلقة بالإثبات.<sup>41</sup> المتمثلة في محل الإثبات، عبء الإثبات، طرق الإثبات أي الأدلة، قوة تقديم الدليل ثم الإجراءات والأوضاع الواجب إتباعها لتقديم الدليل. وسوف أتطرق إلى هذه المسائل تباعاً.

**الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على محل الإثبات**

يخضع محل الإثبات<sup>42</sup> للقانون الذي يحكم الموضوع، لأنه وثيق الصلة به. فالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو الذي يحدد الوقائع التي يتولد عنها الحق المدعى به، أي الوقائع التي يتعين على المدعي إثباتها حتى يتمكن من الحصول على حقه. فالمدعي يثبت ادعائه وفقاً لقانون معين يمكن أن لا يكون قانون القاضي. فمثلاً عندما يطلب تعويض عن ضرر ناتج عن فعل وقع في الخارج، فإن قانون محل وقوع الفعل هو الذي يحدد الخطأ المتسبب في الضرر. كما أن ادعاء شخص أنه دائن لآخر فعليه إقامة الدليل على ذلك بأن يثبت الوقائع والأعمال القانونية مصدر هذا الدين، سواء تمثلت في عقد أو فعل ضار أو نافع. وقانون العقد أو قانون محل وقوع الفعل هو الذي يحكم الواقعة محل الإثبات. ويشير البعض إلى أن الشروط الإجرائية للواقعة القانونية محل الإثبات، تخضع لقانون القاضي. وميز هؤلاء بين نوعين من الشروط: شروط جوهرية وداخلية تتعلق بوجود الواقعة أو عدمها، وصلاحياتها لأن تكون مصدر للحق أو المركز القانوني محل النزاع. وهذه الشروط تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع. أما اشتراط أن تكون الواقعة محل النزاع محددة ومتعلق بالحق المتنازع فيه ومنتجة في الدعوى ومقبولة فتعتبر من مسائل الإجراءات وبالتالي يتم إخضاعها لقانون القاضي.<sup>43</sup>

<sup>40</sup>-Thomas HABU GROUD: La preuve en droit international privé, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, faculté de droit et de sciences politiques, 2000, p22.

<sup>41</sup> - هشام صادق، مرجع سابق، ص212. كمال سمية، مرجع سابق، ص184 وما يليها.

<sup>42</sup> - محل الإثبات هو الواقعة القانونية المنشئة للحق أو المركز القانوني محل النزاع، وقد تكون هذه الواقعة مادية مثل الفعل الضار أو طبيعية مثل الميلاد والوفاء، وقد يكون محل الإثبات تصرفاً قانونياً مثل عقد البيع، عقد الإيجار... الخ. ويشترط في الوقائع محل الإثبات مجموعة من الشروط: كان تكون الواقعة القانونية بطبيعتها قابلة للإثبات، فلا يجب أن تكون مستحيلة الإثبات. وأن تكون محلاً للنزاع. كما يجب أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى، ويقصد بذلك أن تكون ماثرة في الحكم الذي سيصدره القاضي، وأن تكون مقبولة أي جائزة للإثبات قانوناً، غير مخالفة لاعتبارات أخلاقية. سمية كمال، مرجع سابق، ص190.

<sup>43</sup> - هشام صادق، مرجع سابق، ص215-216. كمال سمية، مرجع سابق، ص190 وما يليها.

## الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على عبء الإثبات

يتفق الفقه الغالب على خضوع عبء الإثبات للقانون الذي يحكم الموضوع. فتحديد الخصم الذي يقع عليه عبء إثبات الوقائع الأصلية المنشئة للحق المدعى به هو أمر وثيق الصلة بموضوع الدعوى، وهو ما يبرر الرجوع في شأنه للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. ويقر أغلب الفقه أن عبء الإثبات لا يثير تنازعا بين القوانين، لوضوح قاعدة الإسناد الواجبة للإعمال في هذا الشأن، وهي البيئة على من ادعى، فمن ادعى واقعة معينة على خلاف الأصل أن يثبت ذلك. وتعتبر هذه القاعدة من المبادئ المستقرة في التشريعات المقارنة.<sup>44</sup> لكن من الناحية العملية قد يتعذر على المدعي إثبات الواقعة الأصلية المنشئة للحق المدعى به. لهذا يجري القضاء عادة على تخويل المدعي حق إثبات واقعة مجاورة يؤدي ثبوتها عقلا إلى ترجيح صدق دعواه، ومن ثمة ينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه. فالإثبات هنا إثبات غير مباشر يتم عن طريق القرينة التي يستنبطها القاضي ذاته أو يضعها المشرع. فما هو القانون الواجب التطبيق على هذين النوعين من القرائن؟

القرائن القضائية هي أمور ثابتة يستدل منها القاضي بطريق الاستنباط على حقيقة أمر غير ثابت. وهذا النوع من القرائن متروك أمر تقديره لقاضي الموضوع. ويجمع الفقه على أن القانون الواجب التطبيق على القرائن القضائية، هو قانون القاضي المنظور أمامه النزاع لأن الأمر يتصل بكيفية تكوين اقتناع القاضي.<sup>45</sup> أما بالنسبة للقرائن القانونية<sup>46</sup> التي يقيمها المشرع لصالح المدعي الذي قد يتعذر عليه إثبات الواقعة المنشئة لحقه فالأمر مختلف، إذ تخضع هذه الأخيرة للقانون الذي يحكم الحق المدعى به، أي قانون الموضوع. وهذا القانون هو أيضا الذي يحدد قوة القرينة ويبين ما إذا كانت قرينة قاطعة لا تقبل إقامة الدليل العكسي، أم قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها. وذلك لارتباطها ارتباطا وثيقا بموضوع النزاع. فالمشرع عندما يقيم قرينة معينة ليتحول بها الإثبات من الواقعة المنشئة للحق المتعذر إثباتها إلى الواقعة المجاورة، فهو يسهل بذلك من مهمة المدعي الذي يكفي إثبات الواقعة المجاورة لتكون قرينة على ثبوت الواقعة الأصلية، ومن ثمة ينقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه. وهدف المشرع من النص على بعض القرائن القانونية هي اعتبارات تتصل اتصالا وثيقا بالحق موضوع النزاع.

<sup>44</sup> - كمال سمية، مرجع سابق، ص 196-197.

<sup>45</sup> - السيد الحداد حفيظة، مرجع سابق، ص 284.

<sup>46</sup> - القرينة القانونية هي وسيلة يستنبطها المشرع من وقائع ثابتة ليفرض بها ثبوت واقعة مجهولة لم يقدّم عليها دليل ويراد اثباتها. كمال سمية، مرجع سابق، ص 199.

وقد تخضع القرائن القانونية لقانون القاضي في المنازعات المتضمنة عنصرا أجنبيا، وذلك فيما لو كانت القرينة عنصرا من عناصر الكشف عن ضابط الإسناد. فالقاعدة المستقرة في معظم الدول هي إخضاع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، فإذا لم يعلن المتعاقدان عن إرادتهما الصريحة في تطبيق قانون معين، تعين على القاضي أن يكشف إرادتهما الضمنية. وفي هذا الشأن تقرر بعض النظم القانونية عدة قرائن يستهدي بها القاضي في الكشف عن الإرادة الضمنية. وقانون القاضي هو الذي يبين مثلا ما إذا كان تنفيذ العقد في دولة معينة يعد قرينة على رغبة المتعاقد في تطبيق قانون هذه الدولة من عدمه. وإذا ما حدد القاضي القانون الواجب التطبيق في شأن موضوع النزاع فإن هذا القانون - ولو كان قانونا أجنبيا - هو المرجع بعد ذلك في شأن القرائن القانونية المتعلقة بإثبات الحق المدعى به.<sup>47</sup>

### الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على وسائل الإثبات

أثارت هذه المسألة خلافا فقهيا حادا، بين من يخضعها لقانون القاضي بسبب طبيعتها الإجرائية، ومن يخضعها للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. فيرى الجانب الأول أن طرق الإثبات من المسائل الإجرائية التي تخضع لقانون القاضي. فالقاضي هو الذي يحدد طرق الإثبات، أي ما يقبل من الأدلة في الدعوى. وبيان ما يقبل من الأدلة وما لا يقبل هو أمر يتعلق بكيفية اقتناع القاضي، ومدى ثقته في الأدلة المقدمة.<sup>48</sup> مع إفصاح المجال للقانون الذي يحكم الحق المدعى به لبيان الدليل المقبول في الدعوى، عندما تكون الأدلة وثيقة الصلة بالموضوع تجعل من العسير الفصل بينهما، كما هو الشأن في إثبات البنية الشرعية.<sup>49</sup>

انتقد هذا الرأي على أساس عدم صحة الزعم بأن تحديد الأدلة المقبولة في الإثبات مسألة تتعلق بمطلق تقدير القاضي واقتناعه. ذلك لأن القاضي يتقيد في تكوين عقيدته بطرق الإثبات التي حددها القانون، فهو غير ملزم بالبحث عن الحقيقة المجردة وإنما هو يبحث في واقع الأمر عن الحقيقة القضائية الثابتة بمقتضى الأدلة التي حددها القانون، والتي يتعين عليه قبولها ولو لم يكن مقتنعا بها في إثبات الحق المدعى به.<sup>50</sup>

أما الاتجاه الثاني وهو الغالب فيرى أن تحديد طرق الإثبات وبيان ما يقبل من الأدلة في الدعوى هو أمر وثيق الصلة بموضوع النزاع، مما يبرر إخضاعه كقاعدة عامة لنفس القانون الذي يحكم الحق

<sup>47</sup> - السيد الحداد حفيظة، مرجع سابق، ص 285 - 287. كمال سمية، مرجع سابق، ص 197-200.

<sup>48</sup> - هشام صادق، مرجع سابق، ص 219.

<sup>49</sup> - نفس المرجع، ص 221.

<sup>50</sup> - السيد الحداد حفيظة، مرجع سابق، ص 289.

المدعى به. فالقانون الذي يحكم الموضوع هو الذي يبين مثلاً ما إذا كان من الجائز قبول كل من الشهادة والإقرار واليمين الحاسمة كدليل في الإثبات من عدمه. وان اختلف الفقه في تحديد القانون الواجب التطبيق على أدلة الإثبات إلا أن غالبيتهم اتفقوا على إخضاع الدليل الكتابي المعد لإثبات التصرفات القانونية للقانون المحلي، تطبيقاً لقاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام، على أساس أن مسألة لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابي لإثبات التصرف هي مسألة تدخل في مضمون فكرة شكل التصرفات، وتخضع للقانون المحلي. ولما كانت قاعدة خضوع الشكل للقانون المحلي تقوم على أساس التيسير على المتعاقدين، فقد أجاز الفقه للقاضي بأن يستغني عن الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون المحلي متى كان قانونه لا يشترط هذا الدليل.<sup>51</sup>

وإذا كان الرأي الغالب يرجح تطبيق قانون محل إبرام التصرف على الدليل الكتابي المعد للإثبات، في حين يسري القانون الذي يحكم الموضوع على الأدلة الأخرى. فإن هناك حالات يتدخل فيها قانون القاضي لاستبعاد القانونين السابقين في حالة تعارضهما مع النظام العام في دولة القاضي.<sup>52</sup> ويتجه غالبية الفقه إلى إخضاع قوة الدليل في الإثبات لنفس القانون الذي يحكم الدليل نفسه. وعلى ذلك تخضع القرائن القانونية للقانون الذي يحكم الموضوع، فهو الذي يبين لنا ما إذا كانت القرينة قاطعة أم تقبل الدليل العكسي. كذلك هذا القانون هو الذي يحدد الأحوال التي يجوز فيها الإثبات باليمين أو الإقرار، وهو الذي يبين لنا قوة هذه الأدلة في الإثبات. كذلك يخضع قوة إثبات الدليل الكتابي للقانون الذي يحكم شكله. فمتى كانت الشكلية لازمة للإثبات واتخذ التصرف في الشكل المقرر في القانون المختص بحكم الشكل، صار من غير المعقول أن تخضع قوة هذا الشكل في الإثبات لقانون آخر. وعلى ذلك يخضع للقانون الذي يحكم الشكل قوة كل من المحرر العرفي والمحرر الرسمي، كما يدخل في اختصاص هذا القانون ثبوت تاريخ المحرر.

أما قوة الأدلة الأخرى في الإثبات؛ فالرأي الراجح يعتبرها وسائل لاقتناع القاضي، وبالتالي يطبق عليها قانون القاضي.<sup>53</sup> فبالنسبة للشهادة؛ القاعدة في شأنها هي أن للقاضي مطلق الحرية في تقديرها. فله أن يأخذ بشهادة شاهد ويرفض شهادة آخر بحسب ما يطمئن إليه قلبه. بل أن القاضي غير ملزم

<sup>51</sup> - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 804 وما يليها. هشام صادق، مرجع سابق، ص 222.

<sup>52</sup> - السيد الحداد حفيظة، مرجع سابق، ص 292.

<sup>53</sup> - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 810-811. هشام صادق، مرجع سابق، ص 224-225. زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 166-167.

بتصديق الشاهد في كل أقواله، فله أن يطرح منها ما لا يطمئن إليه. وليس في هذا ما يتعارض مع ما سبق الإشارة إليه بالنسبة للرجوع لقانون الموضوع لبيان ما يقبل من الأدلة في الدعوى. فقانون الموضوع هو الذي يحدد الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة. أما تقديرها في الفروض الجائز الأخذ بها كدليل في الإثبات فهو من صلاحيات قاضي النزاع. ونفس الأمر بالنسبة للقرائن القضائية، فإن كان القانون الذي يحكم الموضوع هو الذي يبين الأحوال التي يجوز فيها للقاضي أن يستخدم سلطته في استنباط القرائن القضائية، إلا أن قوة هذه القرائن في الإثبات مسألة متروكة لتقدير القاضي وفقا للمبادئ السائدة في قانونه، وما يمليه اقتناعه الشخصي.<sup>54</sup>

أما إجراءات تقديم الدليل فالمسلم به خضوعها لقانون القاضي بوصفها مسائل إجرائية.<sup>55</sup> فهي قواعد تنظيمية تكفل حسن سير الدعوى دون أن تمس موضوع النزاع أو تؤثر في الحكم الصادر فيه. فيحدد قانون القاضي طريقة تقديم الدليل الكتابي وإجراءات الطعن فيه بالتزوير وكيفية مضاهاة الخطوط في المحرر العرفي، كما يبين إجراءات أداء اليمين، وكيفية أداء الشهادة ومن تقبل شهادتهم. كما يحدد قانون القاضي كيفية انتقال المحكمة للمعينة أو اتخاذ إجراءات الخبرة وإحالة الأوراق المقدمة في الدعوى للتحقيق.<sup>56</sup>

### الخاتمة:

تم التطرق في هذا الموضوع لحالات تطبيق قانون القاضي على الإجراءات، لاسيما تلك التي تثير إشكالية من حيث طبيعتها القانونية المختلطة، وبالتالي من حيث القانون الواجب التطبيق عليها. ومن خلال دراسة إجراءات رفع الدعوى وتحليلها توصلنا إلى النتائج التالية:

\* هناك من الإجراءات ما يتصل بالموضوع، فيطبق عليه قانون الموضوع، ومنها ما يتصل بالإجراءات فيطبق عليها قانون القاضي. وتم ملاحظة أن هذا الأخير هو المهيمن والمطبق على الإجراءات، وذلك لتعلقها بسير مرفق القضاء، الذي تختص كل دولة بوضع القوانين الخاصة التي يسير عليها.

<sup>54</sup> - هشام صادق، مرجع سابق، ص 226.

<sup>55</sup> - في هذا الشأن رفض برلمان باريس - الذي كان يعتبر آنذاك الهيئة القضائية لمقاطعة باريس - في حكم صادر عنه بتاريخ 1265، في قضية Gilbert de Malesmains c. Richard Goelons، طلب ممثل السيد Gilbert من مقاطعة النورمنند بتأجيل القضية لتاريخ لاحق وفقا لأعراف مقاطعة النورمنند، لعدم تمكن السيد Gilbert من الحضور شخصيا يوم الجلسة وتقديم الأدلة، مؤكدا أن أعراف المحكمة هي الواجبة الإلتباع فيما يخص الشهود حتى ولو كانوا من مقاطعة النورمنند DAMIEN thèse préc, p, 48.

Audrey

<sup>56</sup> - زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 166-167. هشام صادق، مرجع سابق، ص 228.

\* بالنسبة للإجراءات المختلطة التي كانت محل خلاف فقهي فيما يخص القانون الواجب التطبيق عليها أبرزت خطأ قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي، لأن هذا الأخير لا يحتوي كل الإجراءات، وإنما يتقاسم اختصاصه مع القانون الأجنبي المختص، وبالتالي فإن هذه القاعدة ليست عامة وإنما يرد عليها بعض الاستثناءات، فيما يتعلق بالإجراءات المختلطة التي يصعب فيها التمييز بين ما يعتبر من الإجراءات وما يعتبر من الموضوع. فالدعوى القضائية يمتزج فيها الحق الموضوعي الذي تحميه الإجراءات القضائية التي تكرسها. لهذا تعتبر من طبيعة مختلطة تثير إشكالية في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها والذي يحدد وفقا لشروط قبولها. فالقانون الأجنبي كما رأينا منافسا لقانون القاضي لكنه لا يلغيه وإنما يكمله.

\*ويحقق تطبيق قانون القاضي امتيازات بالنسبة للأطراف، حيث يحسن القاضي اختياره للقاعدة القانونية المناسبة، وبالتالي الحل المناسب والتقدير الجيد للعلاقة القانونية وبالتالي تحقيق عدالة أكثر. وفي حالة الخطأ في تطبيق قانون القاضي فإن الحكم يطعن فيه بالنقض، ويكون خاضعا لرقابة المحكمة العليا في جميع الأحوال، بينما عندما يطبق القاضي القانون الأجنبي فإنه لا يكون ملزما بالعلم به، وإذا ما بحث عن مضمونه بمساعدة الخصوم فإن هذا يكون مرهقا له وللخصوم، ويطيل أمد التقاضي، وقد لا يحسن تطبيقه عن طريق الخطأ في اختيار القاعدة القانونية الأجنبية المناسبة، ورغم ذلك لا يكون الحكم الصادر قابلا للطعن فيه بالنقض، ولا رقابته من المحكمة العليا ماعدا في مسائل الأحوال الشخصية.

وان يبدو أن قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي أنها عامة بحيث تطبق على جميع الإجراءات، إلا أن بعد دراسة الموضوع وتحليله تبين أن هذه القاعدة ليست عامة ولا تطبق على كل الإجراءات، بحيث أن هناك من الإجراءات ما يكون خاضعا للقانون الأجنبي أي القانون الذي يحكم الموضوع، وبذلك يمكن القول أن قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي هي الأصل ولها استثناءات. ولتقادي الإشكالات المتعلقة بتطبيق قانون القاضي على الإجراءات المتعلقة بالنزاعات الخاصة الدولية أقدم بعض التوصيات المتمثلة في:

\*سن تقنين خاص تحت تسمية القانون الدولي الخاص، يعالج اختصاص القضاء الوطني في النزاعات المتضمنة عنصرا أجنبيا.

\*استحداث فرع أو قسم على مستوى المحاكم الوطنية يختص بالفصل في النزاعات الخاصة الدولية، مع تكوين قضاة متخصصين في هذا المجال.

\*ضرورة استعانة القضاة بالاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتعاون القانوني والقضائي المبرمة بين دولتهم ودولة الطرف الأجنبي، وتطبيقها في هذا النوع من النزاعات.

**قائمة المصادر والمراجع:**

**أولاً: النصوص القانونية**

- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 44، ص 17.

**ثانياً: الكتب**

- زروتي الطيب، الاختصاص الدولي للقضاء الجزائري، دراسة مقارنة بقوانين دول المغرب العربي، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2017.

- السيد الحداد حفيظة، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

- عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، ط2، مطبعة السعادة، مصر، 1927.

- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986.

- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006.

- هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

**ثالثاً: الرسائل**

- سمية كمال، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2015-2016.

**المقالات:**

- نواف حازم خالد، محمد صديق محمد عبد الله، تغيير ظروف التقادم المسقط والقانون الواجب التطبيق، مجلة الراافدين للحقوق، المجلد 10 العدد 35، 2008.

**المراجع باللغة الأجنبية:**

-DAMIEN Audrey ,La procédure en droit international privé: recherche en droit de l'Union européenne,Thèse de doctorat, Université d'Orléans, France,2015.

-SUSSAROVA, Anna. La portée du principe "forum régité processus" dans la pratique judiciaire belge. RDC/TBH, vol. 2, 2012.

-Thomas HABU GROUD: La preuve en droit international privé, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, faculté de droit et de sciences politiques, 2000.