

ثانيا - التكييف:

ذكرنا في ما سبق بأن المشرع يضع فئات مسند ويربط كل فئة بقانون معين، والقاضي للاهتمام إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المطروحة عليه يكون مجبرا على البحث من بين الفئات المسندة التي وضعها المشرع عن الفئة التي يمكن أن تندرج تحتها، ولتحديد هذه الفئة ينبغي عليه أن يبحث أولا عن الوصف القانوني الذي يمكن أن يعطيه للمسألة المطروحة عليه وهذا ما يسمى بالتكييف.

1- تعريف التكييف:

هو تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في إحدى الفئات القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد.

أو هو قيام القاضي بتحديد طبيعة المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي، وإعطائها الوصف القانوني الملائم لها بهدف ردها إلى فكرة مسندة معينة لتحديد القانون الواجب التطبيق. والتكييف هي مهمة يقوم بها القاضي المعروض عليه النزاع، تتمثل في تحديد النص القانوني الواجب التطبيق.

ليست مشكلة التكييف بمشكلة خاصة بالقانون الدولي الخاص فقط، بل هي مشكلة تفرض نفسها في مختلف فروع القانون. ففي نطاق القانون المدني مثلا، قد يواجه القاضي مشكلة التكييف لما يريد إعطاء الوصف الصحيح لرابطة قانونية مطروحة أمامه لينتهي إلى كون العقد محل النزاع هو عقد إيجار أو عقد بيع أو رهن؛ ويواجه القاضي في نطاق القانون الجنائي مشكلة تكييف الفعل الذي ارتكبه الشخص، هل هو سرقة أو خيانة أمانة أم اغتصاب أم هو اختلاس وذلك لتحديد العقوبة المناسبة له.

ولكن المشكل الذي يواجه التكييف في القانون الدولي الخاص ليس مشكلة التكييف في حد ذاته، وإنما هو مشكل التنازع في التكييف، أي تحديد القانون الذي يتم وفقه التكييف، والأمثلة الثلاثة الآتية توضح لنا المشكلة.

- **قضية ميراث المالطي** : وقد فصلت في هذه القضية محكمة استئناف الجزائر بتاريخ

24 سبتمبر 1889 تتلخص وقائعها في أن زواجا تم بمالطا بين مالطين طبقا للقانون المالطي، ثم هاجر الزوجان إلى الجزائر لما كانت مستعمرة من طرف فرنسا وأقاما فيها، وتملك الزوج عقارا بها، بعد وفاته في الجزائر طالبت زوجته بحقها فيما تركه زوجها الذي خوله لها القانون المالطي، هذا الحق يعرف باسم الزوج الفقير أو البائس، وهو نظام معروف في القانون المالطي دون القانون الفرنسي الذي كان في ذلك الوقت لا يعطي للزوجة إلا الحق في قسمة الأموال المشتركة وحققها في استرداد أموالها الخاصة، فتردد القاضي المعروض عليه النزاع بين تطبيق القانون المالطي والقانون الفرنسي، فالمسألة تتعلق بتحديد الوصف القانوني الملائم للحق المطالب به، هل يكيف هذا الحق على أنه جزء من الميراث فيطبق عليه القانون الفرنسي طبقا لقواعد الإسناد فيه (قانون موقع العقار) ومن ثم لا تحصل الزوجة على الحق المطالب به، أم يكيف على أنه حق لها بسبب بقائها على قيد الحياة بعد وفاة الزوج ويعد منفعة زوجية فضلا عن الميراث وعلى ذلك يدخل هذا النصيب في النظام المالي للزوجين الذي يخضع للقانون المالطي باعتباره القانون الخاص بنظام أموال الزوجين، وفي الأخير المحكمة كيفت الحق المطالب به طبقا للقانون الفرنسي (قانون القاضي) على أنه جزء من الميراث ورفضت بذلك طلب الزوجة على أساس أن القانون الفرنسي لا يعترف للزوجة بهذا الحق وبالتالي رفض دعوى الزوجة.

- **قضية وصية الهولندي** : ووقائعها أن هولنديا مقيما بفرنسا كان قد حرر فيها وصية بخط يده طبقا لأحكام المادة 999 من القانون المدني الفرنسي التي تجيز للفرنسي ولو كان في الخارج أن يبرم وصية موقعا عليها بخط يده، وبمفهوم المخالفة يجيز القضاء والفقهاء الفرنسيان للأجانب الموجودين في فرنسا إجراء وصاياهم في ذات الشكل، ولما توفي الموصي الهولندي طعن الورثة في صحة الوصية بالبطلان تأسيسا على المادة 992 من القانون المدني الهولندي التي تمنع الهولنديين ولو كانوا مقيمين في الخارج من إجراء وصاياهم في الشكل العرفي، وتعتبر إجراء الوصية في الشكل الرسمي مسألة مكملية للأهلية تتعلق بحماية الموصي.

ولما عرض النزاع أمام محكمة أورليان وجدت نفسها أمام مشكلة متعلقة بالتكييف تدور حول طبيعة النزاع، هل هو خاص بالشكل الخارجي فتخضعه لقاعدة التنازع الخاصة بشكل التصرفات القانونية ومن ثم إسناده لقانون محل إبرامه (القانون الفرنسي) وتقضي بصحة الوصية أو هو متعلق بالشكل المكمل للأهلية الذي يلحق بحكم الأهلية وعندها يسري عليه قانون جنسية الموصي (القانون الهولندي) طبقا لقاعدة التنازع في القانون الفرنسي التي تسند مثل هذه القضية لقانون الجنسية مما يؤدي إلى الحكم ببطلان الوصية طبقا للمادة 992 مدني هولندي، إذن الإشكال المطروح يتعلق بتحديد القانون الذي يخضع له التكييف، إذا طبقت المحكمة القانون الفرنسي باعتباره قانون القاضي فهو يعتبر المسألة متعلقة بالشكل الخارجي وأن كتابة الوصية عملا بالمادة 999 مدني فرنسي القصد منه هو مجرد تيسير إثباتها فقط أما إذا أخذت بتكييف القانون الهولندي فسوف تنتهي إلى أن موضوع النزاع يتعلق بالشكل المطلوب لتحريير الوصية ، أي يتعلق بالشكل المكمل للأهلية لأن حظر إجراء الوصية في الشكل العرفي يقصد به القانون الهولندي حماية الوطنيين حتى لا ينقادوا بسهولة تحت تأثير بعض الظروف العارضة للتبرع بأموالهم من غير تبصر .

ولكن المحكمة انتهت في الأخير إلى ترجيح وجهة النظر الأولى وكيفت النزاع على ضوء أحكام القانون الفرنسي فقضت بصحة الوصية، ولو فرضنا أن النزاع عرض على قاضي بلد آخر يتفق قانونه مع القانون الهولندي لقضى بغير ما انتهى إليه القاضي الفرنسي.

- **بطلان زواج اليوناني:** رفعت دعوى أمام المحاكم الفرنسية بطلب بطلان زواج أحد اليونانيين لأنه تم في الشكل المدني، في حين أن القانون اليوناني - هو قانون جنسيته- يعتبر إشهار الزواج في الشكل الديني مسألة موضوعية تدخل في نظام الأحوال الشخصية الذي يحكمها قانون الجنسية، ولكن قضت محكمة النقض الفرنسية في 22 جوان 1955 بأن القانون الفرنسي هو القانون المختص بالتكييف، الذي يعتبر مسألة إشهار الزواج في الشكل الديني هي

مسألة شكلية لا موضوعية، وبالتالي تخضع لقانون المكان الذي تم فيه إبرام عقد الزواج فاعتبر بذلك الزواج صحيح.

ونشير إلى أنه في كل من القضايا الثلاثة يختلف التكييف من قانون إلى آخر، وأن تحديد القانون الذي يخضع له التكييف يتبين من خلال الجهة القضائية التي رُفِعَ إليها النزاع أي أن التكييف خضع لقانون القاضي، وانطلاقاً من ذلك ظهرت نظرية التكييف.

2- القانون الواجب التطبيق على التكييف (موقف الفقه من التكييف):

إن المسألة القانونية المشتمة على عنصر أجنبي ترتبط بقوانين عدة دول، وبما أن تكييف المسائل القانونية يختلف من قانون لآخر، وباختلاف القانون الذي يتم وفقه التكييف يختلف القانون المطبق على النزاع، وبالتالي يختلف الحل النهائي للنزاع، ولهذا لا بد من تحديد القانون الذي يتم وفقه التكييف، ولقد اختلفت اتجاهات الفقهاء حول هذه المسألة إلى:

أ- الاتجاه الفقهي الذي يخضع التكييف لقانون القاضي:

يتزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي بارتان الذي يعود له الفضل في تأصيل نظرية التكييف، وتبعه في ذلك أغلب الفقهاء المحدثين، ولقد برر بارتان رأيه بفكرة السيادة، ومفادها أن كل تطبيق للقانون الأجنبي داخل دولة القاضي يعد انتقاصاً لسيادتها التشريعية، وعليه المشرع وحده هو الذي يملك تحديد القدر الذي يمكن أن تنتقص فيه سيادة دولته التشريعية، ولما كان التكييف قد يترتب عنه تطبيق القانون الأجنبي داخل إقليم دولة القاضي وفي ذلك انتقاص لدولته التشريعية، فإنه ينبغي ألا يتم إلا وفقاً لقانون القاضي، لأنه لو تم وفقاً للقانون الأجنبي فمعنى ذلك أن هذا القانون هو الذي يملك تحديد السيادة التشريعية لدولة القاضي، وهذا أمر غير معقول.

أما الفقه الحديث المؤيد لإخضاع التكييف لقانون القاضي فله تبريرات وحجج أخرى

منها:

- أن التكييف هو في الحقيقة تفسير لقاعدة الإسناد ومنه لا بد أن يخضع لقانون

القاضي.

- إنه من غير الممكن إجراء التكييف وفق القانون الأجنبي لأن هذا القانون قبل عملية

التكييف غير معروف، فضلا عن أن إجراء التكييف وفق القانون الأجنبي يعني أن هذا القانون هو واجب التطبيق، ومن ثم فأيّة فائدة منتظرة من عملية التكييف.

- لما كان التكييف عملية أولية، وأن القاضي هو الذي سيقوم بها، فإن الإسناد الوحيد

الذي يظهر عند القيام بها هو الإسناد القضائي مما يبرر إجراء التكييف وفق قانون القاضي.

- إن إخضاع التكييف للقانون الأجنبي يجعل من المسألة الواحدة تأخذ عدة أوصاف

تختلف باختلاف القانون الذي تم وفقه التكييف، وعليه فإن القانون القاضي وحده الذي يحقق وحدة التكييف.

- إن عملية التكييف يقوم بها القاضي المعروض عليه النزاع، وهذا الأخير بحكم

تكوينه الثقافي والقانوني سيؤثر لا محالة عند إجرائها بالمبادئ الواردة في قانونه.

ب- خضوع التكييف للقانون الواجب التطبيق على النزاع:

يرى جانبا من الفقه وعلى أرسهم DESPAGNET في فرنسا و PACCHIONI في

إيطاليا و WOLF في ألمانيا، أن لكل قانون تكيفاته، وعليه يجب أن يكون تكيف العلاقة

محل النزاع وفقا للقانون المختص بحكم المسألة القانونية محل النزاع، على أساس أن النزاع

يجب أن يخضع لنفس القانون ابتداء من تكييفه وصولا إلى الحل النهائي ، لأن قواعد التكييف

المقررة في القانون الذي سيحكم النزاع تكون مختصة بتكييف العلاقة القانونية، ويبررون هذا

بقولهم أن قاعدة الإسناد إذا ما أشارت بوجوب حل النزاع وفقا لقانون معين، وجب تطبيق هذا الأخير في الحدود التي ينظم بها العلاقة وبالمعنى الذي يقصده منها لأن لكل قانون تكييفاته الخاصة؛ وفي حالة عدم الأخذ بوجهة نظره فسوف تشوه العلاقة موضوع النزاع وتخلع عليها طبيعة تخالف ما هو مقرر لها، وتكون النتيجة هي إما تطبيق القانون الأجنبي على علاقة هو غير مختص بحكمها أصلا وإما يعطل عن التطبيق في الوقت الذي كان يتوجب فيه أن يطبق ذلك القانون، فإن هذا القانون يجب أن يحكم العلاقة بشكل كامل بما في ذلك تكييف العلاقة ووصفها لكي تتحقق العدالة المتوخاة من تطبيق القانون الأجنبي المختص، لأن تحقيق العدالة لا يتم إلا بإعطاء القانون المشار إليه صفة الاختصاص بصورة كاملة للقواعد الموضوعية التي تحكم العلاقة وكذلك القواعد التي تتعلق بالتكييف.

ولعل أهم انتقاد وجه إلى هذا الاتجاه ، هو أنه تعترضه استحالة عملية، فالتكييف كما نعلم هو عملية سابقة على تحديد القانون المختص، فالقاضي قبل التكييف لا يعلم بعد ما إذا كان قانونا ما سيختص بحكم المسألة محل النزاع أم لا؛ فكيف يقوم إذا بالتكليف وفقه وهو لم يتحدد بعد؟ ولذلك يقول منتقدو هذه النظرية أنها تؤدي إلى المصادرة على المطلوب.

ج- إخضاع التكييف للقانون المقارن :

يقتضي هذا النظام عقد الاختصاص في التكييف للقانون المقارن، أي حل التنازع الناشئ بسبب التكييف بصورة مستقلة ومنفصلة عن مفاهيم قوانين الدول الداخلية وذلك دون التقيد بقانون دولة معينة.

وفي هذا الصدد يرى الفقيه الألماني RABEL أن القاضي لا ينبغي أن يكون أسير قانون معين عند قيامه بالتكييف وإنما ينبغي عليه استعمال المنهج المقارن لاستخلاص مفاهيم مستقلة مختلفة عن المفاهيم الداخلية وتكون مصبوعة بصيغة عالمية ، ويجد هذا الاتجاه أساسه في فكرة أساسية هي أن قواعد الإسناد في قانون القاضي وضعت لمواجهة علاقات دولية

خاصة، وعليه فإن مضمونها ينبغي أن يتحدد وفقا لقواعد مطابقة لطبيعتها وللوظيفة الدولية التي تؤديها ومن ثم يجب الاعتماد في تحديد مضمونها على مفاهيم عالمية موحدة ومجردة. وبالرغم من أن هذا النظام يحقق أو يؤدي إلى توحيد أوصاف العلاقة القانونية وتجعل لقواعد الإسناد معنا عالميا، بالإضافة إلى أنها تذلل الصعوبات التي تجابه القاضي عند تكييف علاقة قانونية تتعلق بنظام قانوني لا وجود له في التشريع الداخلي، إلا أنها تتطوي على صعوبة كبيرة في التطبيق لأنه من الصعب- من الناحية العملية- أن يقوم القاضي المطلوب منه تكييف مسألة معينة بالرجوع إلى مختلف الدول ليستمد منها الوصف القانوني الملائم؛ وحتى لو تمكن القاضي من الرجوع غالى قوانين مختلف الدول فسيؤدي اختلافها حول الوصف القانوني لكثير من المسائل إلى نتائج متضاربة.

فهذا المنهج رغم وجاهته من الناحية النظرية؛ فإنه من الناحية العملية عسير الإلتباع، فمن جهة يصعب على القاضي الذي يجري التكييف الإحاطة بمختلف النظم القانونية الأجنبية ليستمد منها الوصف القانوني الملائم للمسألة محل التكييف، ومن جهة أخرى، فإن النظم القانونية المختلفة تختلف فيما بينها حول الوصف القانوني للكثير من المسائل، مما يجعل القاضي في غير استطاعته التوصل إلى نتائج غير متضاربة.

د- النظرية الحديثة في التكييف:

يتزعمها Batiffol، و Lagarde و تتجه إلى إخضاع التكييف إلى قانون القاضي كأصل عام، مع ضرورة التوسع ليشمل القانون الأجنبي المختص المفترض التطبيق، في الفروض التي يجهل فيها القاضي الوطني نطاقا قانونيا معيناً يتمسك به الخصم أمامه. كما يستأنس القاضي بالقانون المقارن لإيجاد التكييفات العالمية المطلقة والمجردة للمسألة القانونية، حتى لا يتم تشويهها.

3- موقف المشرع الجزائري من التكييف:

لقد تبنى المشرع الجزائري الموقف الراجح في الفقه، وهو إخضاع التكييف لقانون القاضي، في العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي عندما يطلب منه تحديد نوع هذه العلاقة في قضية تتنازع فيها عدة قوانين ويتضح ذلك من خلال المادة 09 من ق.م.ج التي تنص "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

كما أخذ المشرع الج زائري بالاستثناءات على التكييف وفقا لقانون القاضي، فيكون المشرع الجزائري قد ساير الفقه الحديث في ذلك، وهي وردت على النحو التالي:

- وجود نص في معاهدة دولية أو نص خاص يخضع التكييف لقانون آخر غير قانون القاضي لأنه يؤدي إلى الاختلاف في تحديد نطاقها نتيجة الاختلاف في التكييف من دولة متعاهدة لأخرى، وفي ذلك تعطيل لأحكام المعاهدة وتحلل من أحكامها، ولذلك استثناء من القاعدة العامة يخضع التكييف للقانون الذي نصت عليه المعاهدة وفقا لنص المادة 21 ق.م.ج التي تنص: "لا تسري أحكام المواد السابقة، إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر".

- تحديد طبيعة المال هل هو عقار أو منقول يخضع لقانون موقعه وفقا لنص المادة 17 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا فيها إلى قانون الدولة التي يوجد"، ففي هذه الحالة لا يطبق قانون القاضي، وإنما يكون التكييف طبقا لموقع المال.

-الاستحالة المادية: وذلك عندما تواجه القاضي مسألة غير معروفة في نظامه القانوني، فهو يجب عليه تكييفها وفقا للنظم القانونية التي تعرف المسألة وفقا لنص المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني الج زائري التي قررت أنه "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي

الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتتازع القوانين"، ففي هذه الحالة يعطى الاختصاص إلى قانون آخر غير قانون القاضي، كما في المهر والوقف، فإن القوانين الغريبة تجهل هذه الأمور.

- يخضع تكييف الفعل سواء النافع أو الضار لقانون المكان الذي وقع الفعل الضار في إقليميه، لأن اختصاص هذا القانون من النظام العام ، وفقا لنص المادة 20 من القانون المدني الجزائري التي تنص "يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر، وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه ".

