

التكييف وتنازع القوانين

QUALIFICATION AND CONFLICT OF LAW

نورية شيبورو، جامعة سيدي بلعباس - الجزائر، chebourou.noria@outlook.fr

تاريخ إرسال المقال: 2022/01/07 تاريخ قبول المقال: 2022/05/27 تاريخ نشر المقال: 2022/06/06

الملخص:

إن التكييف أو التصنيف هو مسألة عادية لا بد منها في تسمية قواعد كل فرع من فروع القانون المختلفة. وفي إطار تنازع القوانين فإن التكييف يكون بإدخال العلاقة القانونية في فئة معينة خاصة كفئة الأحوال الشخصية أو العينية تمهيدا لإسنادها للنظام القانوني المختص. ومن هذا المنطلق تكتسي عملية التكييف أهمية وفعالية كبرى في حل تنازع الاختصاص التشريعي.

وقد يختلف تصنيف أو تكييف المسألة الواحدة من دولة إلى أخرى ومن قانون إلى آخر وهذا ما يسمى بتنازع التكييفات، ولما كان الأمر كذلك فإن الإشكالية التي تطرح نفسها في هذا الصدد تدور حول القانون الذي تتم وفقا له عملية التكييف؟

ونجد أن الرأي الراجح والفقهاء الغالب ذهب إلى إخضاع التكييف كمبدأ عام لقانون دولة قاضي النزاع، وهو الحل الذي أخذت به معظم التشريعات الوضعية ومن بينها التشريع الجزائري. الكلمات المفتاحية: التكييف، تنازع القوانين، قانون القاضي، قاعدة الإسناد.

Abstract:

The qualification is an ordinary and obligatory matter for the designation of the rules assigned to each branch of the law, and within the framework of the conflict of laws, the qualification is carried out by the introduction of the legal relation in the category designated particularly as the category of personal or intangible status in anticipation of its assignment to the competent legal system. As a result, the qualification process is of great importance and efficiency in the resolution of conflicts of legislative competence.

The qualification of the same case can vary from one state to another and from one code to another, this is called the conflict of qualifications, consequently, the problem posed in this case turns around the law applicable to the operation of the qualification.

The preponderant opinion tends to apply the law of the judge to qualification, a solution adopted by most legislation, such as Algerian legislation.

Key words: qualification, conflict of laws, law of judge, conflict rule.

مقدمة:

إذا كان النزاع المعروض على القاضي وطنيا في كل عناصره (الأطراف، المحل، السبب)، فإن القاضي يكتفي بأن يدرج كافة المعطيات المتعلقة بالقضية التي ينظرها ضمن القانون الداخلي كالقانون المدني أو التجاري أو غيرهما من القوانين، ثم يحدد بعد تكييفها القانون الذي يحكمها.

أما في حالة ما إذا كان النزاع المعروض أمام القاضي يتضمن عنصرا أو عدة عناصر أجنبية، بأن ترتبط العلاقة موضوع النزاع بعدة أنظمة قانونية لدول مختلفة، فهذه الحالة تثير إشكالية تنازع عدة قوانين حكم هذه العلاقة الدولية الخاصة، ويجب بناء على ذلك اختيار نظام قانوني معين ينبغي تطبيقه على النزاع المعروض على القاضي الوطني.

ومسألة اختيار نظام قانوني دون آخر لا تتوقف على إرادة القاضي، وإنما يكون بناء على قواعد تنازع القوانين أو قواعد الإسناد¹.

وتعتبر إشكالية تنازع القوانين أقدم وأهم وأدق مشكلة في مجال العلاقات الخاصة الدولية، لأنها تعنى بالبحث عن القانون الملائم لحكم النزاعات ذات العنصر الأجنبي. وذلك لأن تمسكك لدولة بإخضاع هذه النزاعات ذات الطابع الدولي لقانونها الوطني سيؤدي حتما إلى إهدار الحقوق المكتسبة.

والقاضي للاعتداء إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المطروحة عليه، يكون مجبرا على البحث من بين الفئات التي وضعها المشرع عن الفئة التي يمكن أن تندرج تحتها هذه الأخيرة. ولتحديد هذه الفئة ينبغي عليه أن يبحث أولا عن الوصف القانوني الذي يمكن أن يعطيه للمسألة المطروحة عليه.

ففي الحالات التي يشتمل فيها النزاع المعروض على القاضي على عنصر أجنبي؛ عليه أن يبحث على القانون الواجب التطبيق سواء كان ذلك القانون جزائريا أو أجنبيا. ولمعرفة القانون الواجب التطبيق يجب أن يرجع إلى قاعدة التنازع الجزائرية التي تعين هذا القانون. والمشرع في أي دولة يضع فئات مسندة ويربط كل فئة بقانون معين. فمثلا يخضع الأهلية لقانون الجنسية، ويخضع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد الإبرام، ويخضع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، وهكذا...

وعليه، إذا عرض على القاضي نزاع متعلق بعقد دولي مثلا، فعليه في أول مرحلة لحل هذا النزاع أن يحدد طبيعة هذا النزاع ليعرف هل هو متعلق بالأهلية أم بالشكل أم بالموضوع من أجل الوصول إلى الفكرة المسندة، فلو حدد القاضي طبيعة النزاع وأدخلها في فكرة مسندة سيحدد تبعا لذلك القانون الواجب التطبيق

¹قواعد الإسناد هي عبارة عن قواعد قانونية وطنية يتمثل دورها في إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية ذات العنصر الأجنبي.

التكييف وتنازع القوانين

عن طريق ضابط الإسناد، أما لو أخطأ القاضي في هذه العملية سيخطئ حتما في تحديد القانون المختص بحكم هذا النزاع.

وهذه العملية التي يقوم القاضي بمقتضاها بتحديد طبيعة المسألة المعروضة عليه، هي التي يطلق عليها فقهاء القانون الدولي الخاص اسم " التكييف".

وتكتسب التكييف في مادة القانون الدولي الخاص أهمية خاصة، باعتبار أنه لا يمكن لضوابط الإسناد القيام بدورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي قبل تحديد طبيعة العلاقة وتصنيفها ضمن الأصناف القانونية وإسنادها إلى فكرة مسندة ك(المسؤولية تقصيرية، أو العقدية، أو الأحوال الشخصية، أو العينية،.... إلخ)

وبناءً على تحديد طبيعة العلاقة وتكييفها يمكن لقاعدة الإسناد توجيه القاضي إلى القانون الواجب التطبيق.

فما المقصود بالتكييف في مجال القانون الدولي الخاص، وبالتحديد في مجال تنازع القوانين؟

وأى قانون سيتبع القاضي المعروض عليه النزاع في تصنيفه للقضية المطروحة أمامه؟ أي ما هو القانون الذي تخضع له عملية التكييف؟

وقبل معالجة هذه الإشكالية يجب أولاً تحديد مفهوم التنازع القانوني ومن ثم تعريف التكييف وتبيان أهميته في القانون الدولي الخاص، ولذلك تم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين رئيسيين على النحو التالي:

-المبحث الأول: مفهوم التنازع القانوني والتكييف

-المبحث الثاني: تحديد القانون الذي يخضع له التكييف.

المبحث الأول: مفهوم التنازع القانوني والتكييف

لإلمام بفكرة التكييف ودوره في مجال التنازع القانوني وجب التطرق أولاً لمفهوم إشكالية تنازع القوانين (المطلب الأول)، ومن ثم الانتقال لبحث مرحلة التكييف وأهميتها في مجال تنازع القوانين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم إشكالية تنازع القوانين

وسوف نتعرف على مفهوم التنازع القانوني من خلال تعريفه (الفرع الأول) ومن ثم تبيان شروط قيامه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف تنازع القوانين

لم تكن هناك احتمالية قيام تنازع القوانين قديماً، أين ساد مبدأ إقليمية القانون المطلق الذي يقتضي تطبيق قانون الدولة على جميع العلاقات القانونية والأشخاص والأموال في إقليمها. إلا أنه في ظل العصر الحديث ونتيجة لتطور وسائل الاتصال الحديثة، وعصر المعلوماتية والانترنت وما صاحب الثورة التكنولوجية من

التكييف وتنازع القوانين

كسر لكل الحدود بين الدول صار العالم كله قرية صغيرة؛ فتطورت العلاقات الدولية الخاصة واتجه العالم نحو الانفتاح الاقتصادي والتكامل والتعاون. فلم يعد يقتصر نشاط الفرد اليومي على النطاق الذي يعيش فيه أو على الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، بل امتد إلى دول أخرى لاسيما بعد انتشار ظاهرة الهجرة وكثرة نزوح وانتقال الأفراد من دولهم واستقرارهم في دول أخرى ودخولهم في علاقات عابرة لحدود الدولة الواحدة وفي مجالات متعددة. الأمر الذي أدى إلى نشوء نوع من الروابط القانونية ذات الطبيعة الدولية الخاصة². كل هذه العوامل حتمت على الدولة التنازل عن التعصب والتشدد في التمسك بمبدأ إقليمية القوانين المطلق، وإجازة تطبيق القانون الأجنبي على إقليمها حينما يتعلق الأمر بعلاقات دولية مشوبة بعنصر أجنبي. وهذا ما أدى إلى بروز مشكلة تنازع القوانين. أي وجود صراع بين قانونين أو أكثر، فيدعي كل قانون امتداد سلطانه لحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي. أو تزامم قانونين أو أكثر لحكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي. وهنا يأتي دور القاضي في الاختيار من بين هذه القوانين القانون الأنسب والأكثر ملائمة لحكم هذه العلاقة على هدي قواعد الإسناد في قانونه.

وعليه يقصد بتنازع القوانين : "تزامم قانونين متعارضين أو أكثر لدولتين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية أجنبية في أحد عناصرها على الأقل"³.

وعندما نكون بصدد تزامم بين قانوني دولتين مختلفتين أو أكثر بسبب تعدد العناصر الأجنبية في العلاقة القانونية محل النزاع يثور التساؤل عن أي قانون من عدة قوانين متنازعة سيحكم النزاع. فيتم البحث عندئذ عن أنسب تلك القوانين صلاحية وأكثرها ملائمة لحكم العلاقة القانونية محل النزاع.

ولحل إشكالية تنازع القوانين لابد من إسناد العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي لقانون واحد من بين القوانين المتنازعة على حكمها. وذلك استنادا إلى قاعدة الإسناد أو قاعدة التنازع في قانون القاضي التي تعنى أساسا بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاعات الدولية الخاصة.

الفرع الثاني: شروط التنازع القانوني

يشترط لقيام التنازع القانوني :

- أن تتضمن المسألة محل النزاع عنصرا أجنبيا بسبب اختلاف جنسية أطرافها، أو مكان انعقادها أو مكان تنفيذها أو مكان وجود المال، وتنازع وتزامم قوانين أكثر من دولة واحدة لحكمها. فعندما تكون العلاقة القانونية أو المركز القانوني مشوب بعنصر أجنبي ترى كل دولة من الدول التي تتصل بها هذه العلاقة أن

² أنظر، سنيبات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2009/2008، ص.06

³ أنظر، رمزي محمد علي، فكرة تنازع القوانين في الفكر الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004، ص.14

التكييف وتنازع القوانين

لها مصلحة في تطبيق قانونها عليها، كالزواج الذي يتم بين جزائري وألمانية في فرنسا فإذا حصل نزاع نتيجة هذه العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، والمتمثل في اختلاف جنسية أطرافها ومكان انعقادها يكون القانون الجزائري والقانون الألماني والقانون الفرنسي في تنازع لحكم هذا النزاع.

بينما إذا كان المركز القانوني غير مشوب بعنصر أجنبي، فإنه يعد وطنيا محض ويخضع للقضاء والقانون الوطني. وبالتالي لا تثير هذه الحالة أي إشكال حيث يطبق القاضي القانون الوطني.

- كما يجب لقيام حالة التنازع القانوني أن لا تجعل دولة القاضي اختصاص قانونها الوطني اختصاص مطلق، بل يجب أن تفسح المجال لتطبيق القوانين الأجنبية وفق ما تقتضيه حاجات المعاملات الدولية، هذه الأخيرة التي تقضي بضرورة الأخذ بقواعد القانون الدولي الخاص ومن أهم هذه القواعد قواعد الإسناد التي تسند العلاقات القانونية التي تشمل على عنصر أجنبي إلى القانون المختص أصلا بحكمها. وقد يؤدي هذا إلى تطبيق قانون أجنبي على إقليم الدولة، لذلك لا تستطيع الدولة المعاصرة أن تعتق مبدأ الإقليمية المطلقة الذي يجعل حدود سيادتها كحاجز يمنع نفاذ القوانين الأجنبية على إقليمها .

- أن تكون القوانين محل التنازع صادرة عن دول ذات سيادة وتتمتع بوصف الدولة طبقا لقواعد القانون الدولي العام .

- أن يكون الموضوع المطروح أمام القاضي داخلا في دائرة القانون الخاص.

- اختلاف القواعد التي تحكم العلاقة محل النزاع في قوانين الدول التي تتراحم لحكم العلاقة الخاصة الدولية⁴.

المطلب الثاني: تعريف التكييف وأهميته في مجال حل التنازع القانوني

إن مرحلة التكييف هي أول ما يتعرض له القاضي عندما تقدم له مسألة مشتملة على عنصر أجنبي⁵. إذ يجب قبل كل شيء أن يدخل العلاقة المعروضة عليه في نظام من النظم القانونية حتى يعرف ما هو القانون الذي يسند إليه حكمها. أي أن مرحلة التكييف تسبق بالضرورة مرحلة الإسناد⁶. وعليه، سنتطرق أولا إلى تعريف التكييف (الفرع الأول) ومن ثم نبيان أهميته في مجال تنازع القوانين (الفرع الثاني).

⁴ أنظر، طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1418هـ، ص.297؛ بشور فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين-، محاضرات موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016-2017، ص.3

⁵ أنظر، محمد ميروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994 م، ص. 51

⁶ أنظر، عليوشقربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج.1، ط.1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص. 93

الفرع الأول: تعريف التكييف

يقصد بالتكييف: " تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها عدة قوانين لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية لكي يسند حكمها إلى قانون معين"⁷.

كما عرفه البعض بأنه " عملية تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق إحدى الفكر أو الفئات المسندة التي خصها المشرع بقاعدة إسناد أو بأنها عملية تحديد الوصف القانوني أو الطبيعة القانونية لعلاقة قانونية"⁸.

أو هو: "تلك العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي لتحديد الطبيعة القانونية للمسألة الحقوقية المحتوية على عنصر أجنبي، بهدف إدراجها ضمن واحدة من الطوائف القانونية المعروفة لديه بغية التوصل إلى قاعدة الإسناد وتطبيقها عليها بحثاً عن القانون الواجب التطبيق".

وعليه، يقصد بالتكييف في نطاق القانون الدولي الخاص: " تحديد طبيعة العلاقة الخاصة ذات العنصر الأجنبي بردها إلى فكرة مسندة معينة، التي تشكل بدورها عنصراً من عناصر قاعدة الإسناد، حتى يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقة محل الاهتمام وفقاً لقاعدة الإسناد هذه"⁹.

إن تعبر عملية التكييف في القانون الدولي الخاص عن تحليل الوقائع والتصرفات القانونية تمهيداً لإعطائها وصفها الحقيقي ووضعها في المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة في فرع معين من فروع القانون. فالتكييف عملية قانونية يتم من خلالها إعطاء الوصف القانوني السليم للواقعة المعروضة على القاضي، كما أنها ممهدة لتطبيق القانون المختص بحكم المسألة المعروضة على القاضي، وقد يكون التكييف أول ما يبدأ به التطبيق؛ إذ التكييف يشبه التشخيص في الطب، فالطبيب لا يستطيع أن يعالج ما لم يشخص المرض، والمعالجة القانونية لأية مشكلة لا تتم إلا بإعطائها الوصف القانوني السليم الملائم لتطبيق الحكم عليها، وبالإضافة إلى اعتبار التكييف عملية ممهدة فهو عملية حتمية؛ إذ يتحتم دائماً وأبداً تكييف الواقعة تمهيداً لتطبيق حكم القانون عليها¹⁰.

⁷ أنظر، أحمد عمراني، محاضرات القانون الدولي الخاص، محاضرات موجهة للسنة الثالثة ليسانس، شعبة الشريعة والقانون، كلية العلوم الانسانية والعلوم الاسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2019-2020، ص. 02.

⁸ أنظر، هشام على صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني: تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999، ص. 53.

⁹ أنظر، أمين رجا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، ط. 1، دار الشروق للنشر والتوزيع، 2001، ص. 55.

¹⁰ أنظر، الأحمد محمد سلمان، أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، المجلد 9، العدد 20، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2009، ص. 10.

التكييف وتنازع القوانين

فإذا عرض على القاضي نزاع معين فهو يبحث هل هذا النزاع شكلي أي ينصب على شكل التصرف وحينئذ يخضعه لقانون الشكل، أو هو نزاع ينصب على الموضوع فيخضعه عندئذ لقانون الموضوع.

الفرع الثاني: أهمية التكييف في مجال حل التنازع القانوني

يجب أن نشير في هذا المقام إلى أن التكييف ليس مشكلا خاصا فقط بالقانون الدولي الخاص بل هو مشكل نجده في مختلف فروع القانون الداخلي. فمثلا في القانون المدني نجد القاضي يواجه هذه المشكلة لما يريد إعطاء الوصف القانوني الصحيح لرابطة تعاقدية معينة لم يحسن أطرافها تحديد وصفها، هل هي عقد بيع أم وعد بالبيع أو عقد إيجار. وفي القانون الجنائي نجد القاضي يواجه مشكلة تحديد وصف الفعل الذي ارتكبه الشخص هل هو سرقة أم اختلاس أم اغتصاب أم خيانة أمانة.

وإذا كان للتكييف أهميته السابقة في القانون الداخلي، فإن أهميته تزداد بصفة خاصة في مجال القانون الدولي الخاص ذلك أن قواعد الإسناد لا تضع حلا لكل من المسائل التي تطرح أمام القضاء على حدة، وإنما هي تضع الحلول لكل طائفة من المسائل. فكل قاعدة من قواعد الإسناد المختلفة تتضمن فكرة مسندة وضابط للإسناد يرشد إلى القانون الواجب التطبيق على جميع المسائل التي تدخل في إطار هذه الفكرة.

فالقاعدة التي تقضي بإخضاع أهلية الأشخاص لقانون جنسيتهم تتضمن فكرة الأهلية كفكرة مسندة وضابط للإسناد هو الجنسية. والقاعدة التي تنص على إخضاع شكل التصرفات لقانون بلد إبرامه تشمل بدورها على فكرة شكل التصرفات وضابط للإسناد هو قانون بلد الإبرام.

ولذلك إذا ما طرح نزاع يتضمن عنصرا أجنبيا أمام القضاء الوطني، فعلى القاضي أن يتحقق مما إذا كانت المسألة محل النزاع تدخل مثلا في مضمون فكرة الأهلية أو فكرة شكل التصرفات كما يتعين عليه أن يقوم بتحديد كل من فكرتي الأهلية وشكل التصرفات ليتمكن من إدراج المسألة المطروحة أمامه في إحدى هاتين الفكرتين، وبالتالي يتيسر عليه معرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع.

وتبدو بذلك أهمية التكييف بوصفه عملية أولية ولازمة لإخضاع التصرف أو الواقعة القانونية لنص القانون الذي يحكم هذا التصرف أو تلك الواقعة.

والذي يجعل التكييف عسيرا هو أن قوانين الدول مختلفة في وضع الأحوال والتصرفات في النظم القانونية. فمثلا بعض القوانين تدخل المشاركات المالية التي تصحب عقد الزواج في نظام الأحوال الشخصية وحينئذ تخضعها لقانون الشخص وبعضها الآخر يدخلها في نظام العقود وحينئذ تخضع للقانون الذي يختاره المتعاقدان. وبعض الدول تدخل الشكل الخاص بالوصية في نظام الأهلية فيخضع حينئذ للقانون الذي تخضع له الأحوال الشخصية، بينما بعض الدول الأخرى تدخل شكل الوصية في نظام الشكل الخارجي للتصرف وحينئذ يخضع لقانون محل التصرف. وهناك دول تعتبر إشهار الزواج في الشكل الديني مسألة

التكييف وتنازع القوانين

موضوعية وتدخله في دائرة الأحوال الشخصية بحيث يبطل كل زواج لا ينعقد في الشكل الديني وحينئذ يخضع إشهار الزواج في هذا الشكل لقانون الشخص. بينما تنتظر بعض الدول إلى إشهار الزواج في الشكل الديني كمسألة ثانوية وشكلية بحيث لا يتأثر الزواج الذي تم في شكل مدني بعدم إشهاره في شكل ديني فيما بعد.

وبذلك نستنتج أن المشكل في القانون الدولي الخاص ليس هو مشكل تكييف في حد ذاته وإنما هو مشكل تنازع التكييفات « CONFLIT DE QUALIFICATIONS »¹¹.

ذلك أن المسألة القانونية المطروحة على القاضي لها علاقة بقوانين عدة دول، فينبغي قبل إجراء التكييف تحديد القانون الذي يجري وفقه هذا التكييف، ولو أن قوانين كل الدول تعطي للمسألة القانونية نفس التكييف ما كانت هناك صعوبة تذكر، لكن يحدث وأن قوانين الدول تعطي بالنسبة لكثير من المسائل تكييفات مختلفة. ومن ثم تظهر الصعوبة التي تواجه القاضي الذي يقوم بعملية التكييف. والأمثلة الثلاثة التالية والمأخوذة من القضاء الفرنسي توضح لنا ذلك:

المثال الأول : ميراث المالطي

وتتلخص وقائع هذه القضية في: أن زوجين مالطي وبريطانية تزوجا في مالطا وهاجرا إلى الجزائر التي كانت آنذاك مستعمرة فرنسية خاضعة للقانون والقضاء الفرنسيين، واستقرا فيها واكتسب فيها الزوج عقارات ثم توفي بها، وبعد وفاته طالبت أرملته بهذه العقارات مستتدة إلى حق يعرف في القانون المالطي بـ "ربع الزوج الفقير"، أو نصيب الزوج المحتاج على العقارات الموجودة في الجزائر، فرفض باقي الورثة ذلك، فقامت الزوجة برفع القضية أمام القضاء الفرنسي معتمدة على القانون المالطي أين كان نظام الأموال يدخل في طائفة الأحوال الشخصية، والتي يطبق عليها قانون الجنسية أي القانون المالطي. لكن القضاء الفرنسي رفض طلب الزوجة باعتبار الارث في القانون الفرنسي يدخل ضمن طائفة الأحوال العينية، ويخضع العقار بالتالي لقانون موقعه، فيطبق إذن القانون الفرنسي الذي لا يعترف للزوجة بهذا الحق¹².

وعليه، فإن التكييف في هذه الحالة يجب أن يرتكز على مسألة تحديد طبيعة " نصيب الزوج المحتاج" وذلك بإعطائها وصفا صحيحا. فهذه القضية يتنازعها تكييفان: الأول- اعتبار ما تطلبه الأرملة حقا في الميراث (وفقا للقانون الفرنسي) ويخضع بالتالي للقانون الفرنسي وفقا لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تقضي بإخضاع الميراث في العقار لقانون موقعه. الثاني- اعتبار مطلب الأرملة من نظام الأموال بين الزوجين (وفقا للقانون

¹¹Cf. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, droit international privé, 7 éme édition, DALLOZ, 2001, p.249.

¹²Cf. Daniel GUTMAN, Droit international privé, 3ème édition, Dalloz, 2002, pp .57,58

بشور فتيحة، المرجع السابق، ص.14

التكييف وتنازع القوانين

المالطي) ويخضع بالتالي للقانون المالطي وفقا لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تقضي بإخضاع النظام المالي للزوجين للقانون الذي تذهب إليه إرادة الزوجين، والذي يمثل في هاته الحالة قانون الإرادة الضمنية، أي قانون موطن الزوجين وهو القانون المالطي¹³.

وبالتالي فإن تنازع التكييفات يطرح إشكالية القانون الذي يعود له الاختصاص في التكييف أهو القانون الفرنسي أم المالطي؟ وقد اعتبرت محكمة استئناف الجزائر طلب الزوجة حقا في الميراث وأخضعت للقانون الفرنسي، على عكس إذا فرضنا أن النزاع ذاته عرض على المحاكم المالطية فإنها ستعتبره من النظام المالي للزوجين¹⁴.

المثال الثاني : وصية الهولندي

تعتبر قضية وصية الهولندي عن مثال تقليدي قديم في تنازع التكييفات يتعلق بأحد أهم التصرفات النافذة بعد الوفاة. وتتخلص وقائعها في أن هولنديا مات في فرنسا، بعد أن كتب وصية بخط يده، وعرضت مسألة صحة هذه الوصية على القضاء الفرنسي، وتم الطعن في هاته الوصية على أساس أن القانون الهولندي في المادة 992 من القانون المدني يمنع الهولنديين من اللجوء إلى الوصية الخطية حتى ولو كان ذلك في بلاد أجنبية.

ويعتبر القانون الهولندي عمل الوصية في شكل رسمي مسألة أهلية ورضا تتعلق بحماية الموصي بالدرجة الأولى، وتخضع بالتالي للقانون الوطني الهولندي الذي يبطل هذا النوع من الوصايا. بينما يعتبرها القانون الفرنسي مسألة تدخل في نظام شكل التصرفات وبالتالي تخضع لقانون محل الانعقاد أي القانون الفرنسي الذي يقر بصحة الوصية¹⁵.

ونجد أن محكمة LA SEINE في حكمها الصادر في 1944/03/23 قضت بأنه في حالة رفع دعوى أمام المحاكم الفرنسية بشأن نزاع حول صحة الوصية الخطية لهولندي، يعود الاختصاص للقانون الفرنسي في تكييف الشكل المطلوب. وبما أن القانون الفرنسي يعتبر شكل الوصية سواء كان خطيا أو رسميا مسألة تدخل في نظام شكل التصرفات، فأخضعه بالتالي للقانون الفرنسي الذي يقضي بصحة هذا النوع من الوصايا¹⁶.

¹³ أنظر، محمود وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص. 77؛

أنظر، عليوشقربوع كمال، المرجع السابق، ص. 97

¹⁴ Concernant cette jurisprudence, cons. Daniel GUTMAN, op.cit., p. 58

¹⁵ أنظر، عليعلي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص.42؛

Daniel GUTMAN, op. cit., p. 58

¹⁶ أنظر، محكمة "la Seine" 23/03/1944، مقتبس عن، على علي سليمان، المرجع السابق، ص. 42

المثال الثالث : الزواج اليوناني، الأرثوذكسي

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن يوناني تزوج بفرنسية زواجا مدنيا في فرنسا، فثار نزاع أمام القضاء الفرنسي حول صحة هذا الزواج على أساس أن القانون اليوناني يشترط فيه الشكل الديني. فإذا كيفنا الشكل الديني وفقا للقانون اليوناني اعتبرناه من الشروط الموضوعية وهذه الأخيرة تخضع وفقا لقواعد الإسناد الفرنسية لقانون جنسية الزوجين وهو في هذا المثال القانون اليوناني. فيكون هذا الزواج باطلا لكون القانون اليوناني يرتب على تخلف هذا الشرط بطلان الزواج.

أما إذا كيفنا الشكل الديني وفقا للقانون الفرنسي اعتبرناه شرطا شكليا والشروط الشكلية تخضع لقانون بلد الأبرام، وهو فرنسا، اعتبرناه زواجا صحيحا. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في 22/06/1955 بأن القانون الفرنسي وهو القانون المختص بالتكييف يعتبر مسألة إشهار الزواج في شكل ديني مسألة شكلية لا موضوعية، وبالتالي تخضع لقانون المكان الذي تم فيه الزواج¹⁷.

لقد عبرت الأمثلة السابقة عن مدى أهمية التكييف، ليس فقط بوصفه عملية ضرورية وسابقة لتحديد القانون المطبق، وإنما بوصفه أيضا خطوة حاسمة يتحدد بموجبها طبيعة الحل النهائي للنزاع وكيفية تحقيق العدالة¹⁸. وذلك لأن التباين في التكييف يترتب عليه الاختلاف في تحديد قاعدة الإسناد، وبالتالي في القانون المختص، فتحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المطروحة على القاضي يختلف باختلاف القانون الذي يتم وفقه التكييف¹⁹. بحيث يشبه الأمر تشخيص المرض من الطبيب فإذا شخصه أنه التهاب المعدة الحاد يكون الدواء مختلفا عما إذا كان المرض في المرارة مثلا.

المبحث الثاني: تحديد القانون الذي يخضع له التكييف

إن تحديد الوصف القانوني لمسألة من المسائل القانونية، المشمولة بعنصر أجنبي - بغية إدراجها ضمن الفكرة المسندة لقاعدة الإسناد باعتباره أهم خطوة يعبرها القاضي وصولا إلى إسناد المسألة للنظام القانوني المختص، تكمن صعوبته في اختلاف الأوصاف والتكيفات للأحوال والتصرفات من نظام قانوني إلى آخر، ومن دولة إلى أخرى. فكما يثير النزاع ذو الطابع الدولي تنازعا بين القوانين حول القانون الواجب

¹⁷أنظر، محكمة النقض الفرنسية 22/06/1955، مقتبس عن، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 43

¹⁸أنظر، صادق محمد محمد الجبران، التصنيف في القانون الدولي الخاص، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص. 20

¹⁹أنظر، طلعت محمد دويدار، المرجع السابق ص. 306

التكييف وتنازع القوانين

التطبيق للفصل في موضوع النزاع، يثير أيضا تنازعا بين هذه القوانين حول تحديد طبيعة هذه العلاقة، فقد يختلف تكييف المسألة الواحدة من دولة لأخرى ومن قانون لآخر²⁰.

ولما كان الأمر كذلك فإن الإشكالية التي تطرح نفسها في هذا الصدد تدور حول القانون الذي تتم وفقا له عملية التكييف؟

لقد اختلفت اتجاهات الفقهاء في تحديد هذا القانون، فهناك اتجاه يرى إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع (المطلب الأول)، واتجاه يرى إخضاعه للقانون المقارن (المطلب الثاني) واتجاه آخر يرى إخضاع التكييف لقانون القاضي (المطلب الثالث).

المطلب الأول: نظرية تطبيق القانون المختص

يرى جانب من فقه القانون الدولي الخاص وعلى رأسهم (ديسباننييهوولف) (DESPAGNET) أن تحديد طبيعة العلاقة أو المركز القانوني محل النزاع يجب أن يتم وفقا للقانون المختص بحكم موضوع هذا النزاع²¹. فإذا قرر المشرع إخضاع شكل التصرفات لقانون بلد إبرامها؛ فإن تحديد مفهوم فكرة الشكل هو أمر يتعين الرجوع في شأنه إلى قانون بلد إبرام التصرف. أي للقانون الذي أشارت قاعدة الاسناد بتطبيقه على موضوع النزاع.

ويخلص هذا الاتجاه بذلك إلى ضرورة إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع ولو كان قانونا أجنبيا، إذ لا يمكن للقاضي أن يضمن سلامة تطبيق القانون الأجنبي مجردا عن التكييفات والأوصاف التي يتضمنها هذا القانون²².

ولعل أهم ما أخذ على نظرية إخضاع التكييف للقانون المختص هو أنها تؤدي إلى المصادرة على المطلوب «PETITION DE PRINCIPE» ذلك أن التكييف كما نعلم هو عملية أولية لازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق فكيف يتسنى إذن إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع في الوقت الذي يجهل فيه القاضي هذا القانون قبل تكييف المسألة المعروضة²³.

²⁰ أنظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، ط. 1، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، مصر، 2006، ص. 99؛

Daniel GUTMAN, op. cit., p. 57

²¹ أنظر، زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج. 1، مطبعة الفسيلة الدويرة، الجزائر، 2008، ص. 105

²² أنظر، عليعلي سليمان، المرجع السابق، ص. 44.

²³ أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 77.

المطلب الثاني : نظرية تطبيق القانون المقارن

يرى الأستاذ "رابل" أن التكييف يجب أن يتم وفقا للقانون المقارن إذ يتعين في رأي الفقيه الألماني استخدام المنهج المقارن لاستخلاص مفاهيم عالمية موحدة للأفكار المسندة التي تتضمنها قواعد القانون الدولي الخاص²⁴.

والفكرة الأساسية التي تحكم هذا الاتجاه أنه لا يجوز تحديد مضمون الفكرة المسندة - شكل التصرفات أو الوصاية مثلا- على ضوء المفاهيم الداخلية للقانون الوطني وإنما يجب أن يتحدد مضمون هذه الفكرة وفقا للمعنى العام المستخلص من دراسة كافة النظم القانونية باعتبار أن قاعدة الاسناد قد وضعت لمواجهة علاقات دولية، ومن ثم يجب أن يتحدد مضمون الفكرة المسندة على أساس مفهوم عالمي موحد. ولهذا أخذ الأستاذ "رابل" على النظريات القائلة بإخضاع التكييف لقانون معين كقانون القاضي أو القانون الذي يحكم النزاع أنها لا تتلاءم وحاجة المعاملات الدولية.

ومع ذلك ففي هذه المثالية التي تسعى إليها النظرية يكمن أهم نقد وجهه الفقه الحديث إليها. فالحل الذي أتت به عسير المنال يتعذر تحقيقه من الوجهة العملية على الأقل في الوضع الراهن للأمر لأنه من الصعب أن نسلم في الوقت الحالي بوجود نظام قانوني يؤمن إيمانا مطلقا بإخضاع التكييف للقانون المقارن، بل إن اختلاف مضمون الفكرة الواحدة في نطاق القانون الدولي الخاص عنه في مجال القانون الداخلي مازال ينزل حتى الآن منزلة الاستثناء²⁵.

المطلب الثالث: نظرية تطبيق قانون القاضي

أول من وجه الأنظار إلى بحث مسألة التكييف وأهميتها في القانون الدولي الخاص كان الفقيه الألماني "فرانتز كاهن" «FRANTZ K» «AHN» عام 1891م ثم جاء بعده الفقيه الفرنسي "بارتان" ليقدّم أفكاره عن نظرية التكييف وفق قانون القاضي حتى ولو اتضح أن قانون القاضي لم يكن هو الواجب التطبيق على النزاع²⁶.

ويستند خضوع التكييف لقانون القاضي إلى عدة أسانيد ساق بعضها بارتن وأضاف الفقه الحديث البعض الآخر.

²⁴Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, droit international privé, Tome 2, 7ème édition, L.G.D.J., Paris, 1983, p.290

²⁵ أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 79-82.

²⁶ أنظر، جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ج.3، ط.2، المطبعة العالمية، القاهرة، 1962، ص.170.

التكييف وتنازع القوانين

أ- يبرر الأستاذ "بارتن" نظريته في التكييف على أساس فكرة السيادة ذلك أن تنازع القوانين عند "بارتن" لا يعدو أن يكون تنازعا بين السیادات، فالمشرع الوطني إذ يسمح بتطبيق القانون الأجنبي في بعض الفروض فهو يتنازل بذلك عن قدر من سيادته، ولهذا يتعين الرجوع إلى المشرع الوطني ذاته لبيان مدى هذا التنازل وحدوده. ولا يعقل أن تترك هذه المسألة المتعلقة بالسيادة لغير المشرع الوطني ذاته، فهو الذي يتنازل أصلا عن قدر من سيادته فيكون له وحده أن يحدد قدر هذا التنازل ونطاقه²⁷.

ب- ويميل الفقه الحديث في مجموعته إلى تأييد نظرية "بارتن" في التكييف ولكن على أساس مختلف، ذلك أن تصور "بارتن" لتنازع القوانين على أنه تنازع بين السیادات هو تصور خاطئ لم يعد مقبولا لدى الفقه الحديث. فتطبيق القانون الأجنبي لا يعد انتقاصا بل إن المشرع الوطني نفسه إذ يسمح بتطبيق قانون أجنبي معين في بعض الفروض فإنما يفعل ذلك إيمانا منه بأن هذا القانون هو خير القوانين المتزاحمة ملائمة للعلاقة الدولية الخاصة محل النزاع، فتطبيق القانون الأجنبي إذن هو تعبير عن السيادة الوطنية ذاتها ولا يعد انتقاصا من هذه السيادة بحال من الأحوال²⁸.

وقد دفعت هذه الاعتبارات الفقه الحديث إلى التمسك بحجج أخرى أكثر صلابة من فكرة السيادة التي قال بها "بارتن" تبريرا لنظريته في إخضاع التكييف لقانون القاضي. ونشير فيما يلي إلى أهم هذه الحجج:
* أول هذه الحجج وأهمها هي أن التكييف لا يعدو في حقيقته أن يكون تفسيرا لقاعدة الاسناد الوطنية، وبهذا يبدو طبيعيا أن يخضع بالضرورة لقانون القاضي باعتبار أن التفسير لا يتصور إلا وفقا للقانون الوطني الذي تنتمي إليه هذه القاعدة²⁹.

* ويضيف البعض إلى ذلك حجة أخرى ذات طابع نفسي مؤداها أنه حينما يقوم القاضي بتكييف العلاقة المطروحة أمامه فهو يتأثر بالضرورة وبحكم تكوينه الثقافي والقانوني بالمبادئ الواردة في قانونه. وقد سبق للأستاذ "بارتن" نفسه أن أشار إلى هذه الحجة حينما قرر أن المبادئ السائدة في دولة القاضي تعد جزءا لا يتجزأ من ذكائه المهني³⁰.

* كما يشير الفقه الحديث إلى حجة أخرى ذات طابع عملي تؤكد أهمية إخضاع التكييف لقانون القاضي وضرورته. ذلك أن التكييف عملية سابقة على أعمال قاعدة الاسناد من حيث تعاقب الزمن ومن ثم فلو ثار التساؤل بشأن مسألة معينة وهل تندرج في فكرة الشكل أو فكرة الأهلية فإنه لا يمكن تطبيق قاعدة الاسناد

²⁷ أنظر، بلمامي عمر، نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1993، ص. 80.

²⁸ أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 61.

²⁹ أنظر، زيروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 107.

³⁰ Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op.cit., p. 295

التكييف وتنازع القوانين

والتعرف على القانون الواجب التطبيق قبل الفراغ من عملية التكييف. وقبل أن يتم التكييف لا يتيسر العلم بأي قانون يجب تطبيقه ومن ثم لا يتصور أن يتم التكييف إلا وفقا لقانون واحد هو قانون القاضي الذي ينظر النزاع³¹.

هذا وقد حاول الفقه الحديث تطوير نظرية بارتان فقرر أنه في العلاقات الغريبة عن قانون القاضي والتي يتعذر فيها التكييف وفقا لهذا القانون، يمكن الاستئناس بالقانون الأجنبي والقانون المقارن لمعرفة معالم النزاع المطروح ثم اللجوء لقانون القاضي لكي يتم التكييف وفقا له³².

ومثاله: أن يعرض على القاضي الألماني مثلا فكرة تتدرج قانونا في فكرة التقادم في حين أن القانون الألماني يجهل فكرة التقادم، أو كأن يطلب من القاضي الفرنسي مثلا تكييف أمر يندرج قانونا في فكرة إيقاع الطلاق بإرادة منفردة من جانب الزوج، في حين أن هذه الفكرة تعد نظاما غريبا عن القانون الفرنسي. إذ يصعب في مثل هذه الحالات القول بتطبيق قانون القاضي على تكييف هذه الوقائع والتصرفات القانونية وإحاقها بفكرة مسندة معينة تمهيدا لإسنادها للقانون المختص بحكمها، في حين أن قانونه الوطني يجهل هذه التصرفات القانونية المعروضة عليه. ولمواجهة هذه الإشكالية اقترح فقه القانون الدولي الخاص أن يستأنس القاضي في مثل هذه الحالات بالقانون الأجنبي المحتمل التطبيق ثم الالتجاء للقانون المقارن، ذلك أن الدراسة المقارنة ستكشف للقاضي عن أن هناك نظم قانونية متعددة سائدة تبيح للزوج الطلاق بإرادة منفردة مثلا، أو لا تساوي في الميراثيين الذكر والأنثى، كما هو الحال بالنسبة للمسلمينويكون ذلك في حدود عدم التعارض مع النظام العام لدولة القاضي³³.

وبناء على ما تقدم ذكره، نجد أن النظرية التي لقت رواجاً كبيراً هي نظرية "بارتان". وعليه، ذهب الرأي الراجح والفقه الغالب إلى إخضاع التكييف كمبدأ عام لقانون القاضي أي وفقا لقانون دولة قاضي النزاع³⁴.

³¹ أنظر، بلمامي عمر، المرجع السابق، ص. 87.

³² أنظر، جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 173.

³³ أنظر، نور الدين بوسهوه، دور القاضي في تحديد مفهوم التكييف والنظام العام في إطار تنازع القوانين، مجلة البحوث

والدراسات القانونية والسياسية، مجلد 01، عدد 01، كلية الحقوق. جامعة سعد دحلب، البلدة، 2011، ص. 121.

³⁴ Cf. HAINAUT Julie, VILLELA Emmilie, Le cas pratique en droit international privé, Contrats internationaux, 2^e édition, Ellipses, Paris, France, 2009, p.39;

عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الأول والثاني، السنة الرابعة والعشرون، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1954، ص. 55؛ أمين رجا رشيد داوس، المرجع السابق، ص. 58.

التكييف وتنازع القوانين

وقد كرست معظم التشريعات الوضعية هذا الاتجاه³⁵، ومنها التشريع الجزائري من خلال المادة 09 من القانون المدني بنصها على أنه "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين الواجب تطبيقه".

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري يخضع التكييف للقانون الجزائري أي لقانون القاضي. وبذلك يكون المشرع الوطني قد تأثر هو الآخر بنظرية بارتن (BARTIN) في التكييف³⁶. وإذا كانت القاعدة العامة تقضي بإخضاع التكييف لقانون القاضي، فهناك بعض الحالات التي تستثنى من إعمال هذه القاعدة. وتتمثل هذه الاستثناءات في:

1. تكييف المال أي تحديد صفته من حيث كونه عقارا أو منقولا وتحديد طبيعة الحقوق التي يمكن أن تترتب عليه يخضع لقانون موقعه وليس لقانون القاضي عملا على تحقيق استقرار الأوضاع القانونية والطمأنينة في المعاملات والمحافظة على الثروة³⁷. وذلك على أساس أن كل دولة تهدف إلى حماية ثرواتها، وخصوصا العقارية، فالمسألة إذن تتعلق بالنظام العام. ثم أن تطبيق قانون الموقع أصلح وأدق للتمييز بين ما هو منقول وما هو عقار. وقد آمن المشرع الجزائري بهذا الاستثناء فجسده صراحة المادة 17 فقرة أولى من القانون المدني التي نصت على أنه: " يخضع تكييف المال سواء عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها". كما نص على هذا الحكم أيضا القانون التونسي³⁸ والقانون الاماراتي³⁹.

2. تكييف الفعل الضار هل هو مشروع أو غير مشروع وإذا كان غير مشروع فهل هو جريمة مدنية أو جزائية يخضع لقانون المكان الذي وقع الفعل في إقليمه، لأن اختصاص هذا القانون من النظام العام وتقتضيه العدالة.

³⁵ ومن التشريعات المقارنة التي أخضعت التكييف أيضا لقانون القاضي نجد: القانون التونسي إذ نصت المادة 27 فقرة 01 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أنه " يتم التكييف إذا كان الهدف منه تحديد قاعدة التنازع التي تمكن من تعيين القانون المطبق طبقا لأصناف القانون التونسي"، كما نصت المادة 10 من القانون المدني المصري على ضرورة إخضاع التكييف لقانون القاضي وهو ما جسده أيضا محكمة النقض المصرية في العديد من قراراتها من بينها قرار لها صادر بتاريخ 1953/03/26 حيث قضت بأن: " لما كان المرجع في تكييف ما إذا كانت المسألة المعروضة على المحكمة هي من مسائل الأحوال الشخصية أم هي ليست كذلك هو القانون المصري وفقا للمادة 10 من القانون المدني....". مقتبس عن، ابراهيم احمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين -، 1997م، ص.305

³⁶ أنظر، بن عصمان جمال، محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص، محاضرات موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس - قانون خاص -، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014/2015، ص.16

³⁷ أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.66

³⁸ الفصل 57 من مجلة القانون الدولي الخاص لسنة 1998.

³⁹ المادة 18 من القانون رقم 5 لسنة 1985.

التكليف وتنازع القوانين

3. إذا تعلق محل النزاع بنظام قانوني غير معروف في قانون القاضي كنظام الوقف في الشريعة الإسلامية مثلا ، فهو نظام غير معروف في القوانين اللاتينية ، وجب أن يخضع التكليف للقانون الأجنبي الذي يعرف هذا النظام وإلا شوهدت الطبيعة القانونية لمحل النزاع⁴⁰.

4. في حالة وجود معاهدة تقضي بإخضاع التكليف بالنسبة لبعض المسائل فيها لقانون أجنبي يجب العمل بهذا القانون احتراما للمعاهدة. حيث نصت المادة 21 من القانون المدني الجزائري على أنه: " لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر".

إن نص المادة 09 من القانون المدني الذي أخضع التكليف لقانون القاضي يوجد ضمن المواد الذي أشارت إليها المادة 21. وبذلك إذا نصت معاهدة دولية معينة على التكليف وفقا لقانون دولة ما فعلى القاضي الجزائري أن يجري التكليف وفقا لهذا القانون⁴¹.

خاتمة

وفي الأخير يمكن القول أن التكليف عملية بالغة الأهمية في القانون الدولي الخاص، فهو ضرورة أولية بحيث لا يمكن للقاضي تطبيق قاعدة الاسناد والتعرف على القانون المختص بحل النزاع المطروح أمامه دون المرور بها، فالقاضي ملزم في كل مرة يطرح عليه نزاع ذو عنصر أجنبي تصنيف وتحديد الوصف القانوني للواقعة محل النزاع حتى يتمكن من إدراجها ضمن الفكرة المسندة لقاعدة إسناد معينة - كتلك المتعلقة بالشروط الموضوعية للزواج، أو آثاره الشخصية والمالية، أو النسب أو الميراث... إلخ- ليتسنى له أخيرا إسنادها لقانون معين.

ومنه نستنتج أن التكليف يمثل أهم خطوة يعبرها القاضي حتى يصل إلى إسناد المسألة للنظام القانوني المختص، وباجتيازها يكون قد توضح القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي على هدي قواعد الاسناد في قانون القاضي.

وبما أن تكليف المسألة الواحدة قد يختلف من دولة إلى أخرى ومن قانون إلى آخر، فقد رأى الفقه الراجح إخضاع التكليف كقاعدة عامة لقانون القاضي وأيدته في ذلك أغلبية التشريعات الوضعية، وعليه، يعمل القاضي على تكليف المسألة ذات العنصر الأجنبي على هدي قواعد قانونه الوطني الذي يحدد له طوائف النظم القانونية، ويبين له في أي نظام يدرج المسألة محل النزاع المعروض عليه.

⁴⁰ أنظر، زيروتي الطيب، المرجع السابق، ص108.

⁴¹ أنظر، علي وشقربوع كمال، المرجع السابق، ص107.

التكييف وتنازع القوانين

أما في حالة العلاقات الغريبة عن قانون القاضي والتي يتعذر فيها التكييف وفقا لهذا القانون، فاقترح فقه القانون الدولي الخاص أن يستأنس القاضي في مثل هذه الحالات بالقانون الأجنبي المحتمل التطبيق ثم الالتجاء للقانون المقارن لمعرفة معالم النزاع المطروح ثم اللجوء لقانون القاضي لكي يتم التكييف وفقا له. ونظرا لأهمية عملية التكييف باعتباره خطوة أولية حتمية لحل إشكالية تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق على القضايا المشتعلة على عنصر أجنبي، يجب على المشرع الجزائري بالإضافة إلى النص على القاعدة العامة في التكييف والتي تقضي بخضوعه لقانون القاضي (المادة 09 من القانون المدني) إضافة فقرات أخرى في ذات المادة وجمع الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة والنص عليها صراحة، ويتعلق الأمر ب:

- تكييف المال سواء كان عقار أو منقول إلى قانون الدولة التي يوجد فيها.
- تكييف الفعل الضار إن كان مشروع أو غير مشروع طبقا لقانون المكان الذي وقع فيه الفعل.
- تكييف النظام القانوني غير المعروف في قانون القاضي طبقا للقانون الأجنبي الذي يتبنى هذا النظام.
- في حالة وجود معاهدة دولية تقضي بإخضاع التكييف لقانون أجنبي معين، يجب التقيد بما نصت عليه هذه المعاهدة ، وبالتالي إخضاع التكييف للقانون الذي حددته هذه الأخيرة.

قائمة المراجع

- أولا: الكتب

1- باللغة العربية

- أمين رجا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، ط. 1، دار الشروق للنشر والتوزيع، 2001.
- جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ج. 3، ط. 2، المطبعة العالمية، القاهرة، 1962.
- رمزي محمد علي، فكرة تنازع القوانين في الفكر الاسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004.
- زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج. 1، الجزائر، مطبعة الفسيحة الدويرة، الجزائر، 2008.
- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط. 1، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1994.

التكييف وتنازع القوانين

- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، ط.1، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، مصر، 2006.
- صادق محمد محمدالجبران، التصنيف في القانون الدولي الخاص، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006.
- طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، الاسكندرية، منشأة المعارف، مصر، 1418هـ.
- عليعلي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- عليوشقربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج.1، ط.1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994.
- محمود وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- هشام على صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني: تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999.

2 باللغة الفرنسية

- -Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, droit international privé, 7 éme édition, DALLOZ, 2001.
- -Daniel GUTMAN, Droit international privé, 3ème édition, Dalloz, 2002.
- -Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, droit international privé, Tome 2, 7ème édition, L.G.D.J., Paris, 1983.
- -HAINAUT Julie, VILLELA Emmilie, Le cas pratique en droit international privé, Contrats internationaux,
- 2 édition, Ellipses, Paris, France, 2009.

ثانيا: مذكرات الماجستير

- بلمامي عمر، نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، الجزائر، 1993.

التكييف وتنازع القوانين

- سنيات عبد الله، 2009/2008، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، الجزائر، 2009/2008.

ثالثا: المقالات

- الأحمد محمد سلمان، أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 9، العدد 20، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2004.

- نور الدين بوسهوه، 2011، دور القاضي في تحديد مفهوم التكييف والنظام العام في إطار تنازع القوانين، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مجلد 01، عدد 01، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلية، الجزائر، 2011.

- عز الدين عبد الله، 1954، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الأول والثاني، السنة الرابعة والعشرون، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1954.

رابعا: المحاضرات

- أحمد عمراني، محاضرات القانون الدولي الخاص، محاضرات موجهة للسنة الثالثة ليسانس، شعبة الشريعة والقانون، كلية العلوم الانسانية والعلوم الاسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2020/2019.

- بشور فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين -، محاضرات موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2017/2016.

- بن عصمان جمال، محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص، محاضرات موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس - قانون خاص -، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015/2014.