جامعة محمد الصديق بن يحي /جيجل
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

التكييف في القانون الدولي الخاص

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: القانون الخاص للأعمال

إعداد الطالب
كريوي الزهرة
رويبح حنان

إشراف الدكتور
موكه عبد الكريم

لجنة المناقشة

د. هاشمي حسن، أستاذ محاضر "ب"، جامعة جيجل .....رئيسا
د. موكه عبد الكريم، أستاذ محاضر "ب"، جامعة جيجل .....مشرفا مقررا
أ. لغريب ليلى، أستاذة مساعدة "أ"، جامعة جيجل.....ممتحنا

السنة الجامعية 2017/2016

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

مرحلة التكييف هي أول ما يلجأ إليه القاضي عندما تعرض عليه مسألة قانونية إذ يجب عليه قبل كل شيئ أن يدخل العلاقة المعروضة عليه في نظام من نظم القانونية حتى يعرف ماهو القانون الذي يسند إليه حكمها.

إنّ عملية إسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى القانون المختص الذي تحدده قواعد الاسناد تستلزم قبل كل شيء تلك العلاقة موضوع النزاع، ذلك لأن قواعد الاسناد لا تضع الحلول لكل مسألة من مسائل بل إنّها تبين القانون الذي يحكم كل طائفة من المسائل القانونية، فتحديد طبيعة العلاقة القانونية المتنازع فيها، وردها إلى نظام قانوني معين هي مسألة أساسية يجب حلها أولا ، وتسمى عملية التحديد هذه بالتكييف.

إن دراسة مسألة التكييف على الصعيد القانون الدولي الخاص وحتى في مختلف فروع القوانين الأخرى تكتسي أهمية بالغة، نظرا لكون هذه المسألة تحتوي على عدة نظم قانونية واختلاف أحكامها من دولة إلى أخرى، فهناك من يخضع التصرف من طرف القاضى لقانون الشكل ومنه من يخضعه إلى قانون الموضوع وهو ماجعل التكييف عسيرا من طرف القاضي، إن قوانين الدولة مختلفة، وضع الأحوال والتصرفات في النظم القانونية مهمة القاضي في تحديد طبيعة النزاع، بالتالي فالتعريف المبين للتكييف، أنه تحديد طبيعة المسألة التي تتنتزع فيها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من نظم القانونية لكي يسند حكمها إلى قانون معين، القاعدة التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق كطائفة المسائل الخاصة لحالة الأشخاص أو بشكل التصرفات أو المواريث أو موقع الأموال، تعرف بقاعدة التنازع أو الإسناد.

إذ تعتبر هذه الاخيرة المنطلق الرئيسي الذي يستعين به القاضي للتكييف المسبق للمسألة محل النزاع وعلى هذا الأساس، إذ ما طرح نزاع يتضمن عنصرا أجنبيا أمام القاضي

الوطني عليه أن يتأكد أولا أن المسألة محل النزاع تذخل ضمن إحدى الطوائف السابقة الذكر، حالة الأشخاص أو شكل التصرفات ولإبراز موضوع التكييف بصورة واضحة باعتباره اهم المحاول الأساسية التي تدور حولها مسألة التنازع قوانين من منظور القانون الدولى الخاص، حيث عرف بأنّه تزاحم قانونين متعارضين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية أجنبية في أحد عناصرها على الأقل أو بعبارة أخرى هو كيفية اختيار القانون الملائم والأصلح لحكم العلاقة القانونية موضوع النزاع .

ظهرت تنازع القوانين منذ القرون الوسطى عدة مدارس فقهية لإيجاد حل خاص ومنطقي للمسألة محل النزاع، حيث نجد أول مدرسة ظهرت في القرن الثالث عشر على يد الفقيه بارتول، وتطورت هذه النظريات الفقهية حتى صارت نظريات واضحة المعالم.

أما بالنسبة لأهمية التكيييف فتمكن في صعيدين الداخلي والدولي نظرا لكون وصفه القانوني محل الدراسة تستدعي تحديد دقيق للقانون واجب التطبيق من طرف القاضي، فعلى مستوى القانون الداخلي بأنواعد، في القانون المدني على سبيل المثال، يرجع القاضي إلى التكييف عندما يريد إعطاء الوصف السليم للعلاقة القانونية، عندما يتعلق بعقد بيع، هبة او عقد إيجار. أما على مستوى القانون الجنائي يعتبر الفعل المرتكب من طرف الجاني استنادا إلى توفر عناصر الجريمة المعاقب عليها من قبيل خيانة الامانة، السرقة..إلخ.

أما على مستوى القانون الدولي الخاص فإنّ أهميته دو طابع خاص اعتبارا بوصفه وسيلة هادفة إلى تحديد قاعدة التنازع الملائمة بصفة تلقائية وتحديد القانون الذي يحكم المسألة محل النزاع.

بالرجوع إلى أسباب اختيار الموضوع فهي متعددة، حيث ترجع إلى كون عملية التكييف في حد ذاتها ظاهرة قانونية معقدة ، وهو بدوره تساؤل وجيه، هل ينصب على قاعدة قانونة(نص قانوني) أو ينصب على الوقائع أو المركز القانوني من جهة، أو من جهة أخرى

الفصل الأول

إخضاع التكييف لقانون القاضي

ظهرت فكرة التكييف لأول مرة على يد الفقيه الألماني **كان** عام 1897 من خلال أبحاثه المشهورة التي تناول فيها العديد من الأفكار القانونية ومنها تحليل الروابط القانونية لتحديد طبيعتها والقانون الذي يحكمها لكن الفضل في تناول موضوع التكييف يعود إلى الفقيه الفرنسي **بارتان** والذي طورها إلى أن [1]أصبحت نظرية عالمية محددة المعالم وكان ذلك من خلال تحليله لموقف القضاء الفرنسي في العديد من القضايا ذات العنصر الأجنبي المطروحة أمامه و نجد منها قضية ميراث المالطي ووصية الهولندي وزواج اليوناني الأرثودكسي.

أن للتكييف أثر مهم في تعيين القانون الواجب التطبيق لأنه الوسيلة الأساسية في اختيار قاعدة إسناد دون الأخرى، ومن ثم تطبيق أحكام قانون دون الآخر، وتظهر لنا أهمية التطبيق هذه بسبب اختلاف مفاهيمه من بلد لآخر، إذ ليس هناك أساس موحد في جميع الدول لوصف طبيعة علاقة قانونية معينة، والاختلاف في وصف طبيعة العلاقة القانونية يجر إلى اختلاف في اختيار قاعدة الإسناد، ومن ثم إلى اختلاف في الحلول الواجب إتباعها.التكييف أمر أساسي وأولي لحل تنازع القوانين، لأن تحديد قاعدة الإسناد وبالتالي القانون الواجب التطبيق يعتمد على تعيين طبيعة العلاقة القانونية و إدخالها ضمن صنف قانوني معين.[2]

---

[1] عبده جميل غصون، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع، ط1، لبنان، 2008، ص47.

[2]عبده جميل غصون،دروس في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق، ص109.

المبحث الأول

مفهوم التكييف في القانون الدولي الخاص

ينظم القانون العلاقات الناشئة عن نشاطات الإنسان، ولاسيما قي علاقته مع الغير من بني البشر فيما يسمى بالعلاقات القانونية، وفي أحيان كثيرة يكون القضاء هو الفاصل في النزاعات الناشئة عن هذه العلاقات.

إذا كانت هذه العلاقة القانونية في عناصرها الثلاثة الأشخاص ,المحل والمصدر هي وطنية بحتة، أي تنتمي إلى الدولة التي يتبع فيها القاضي، فهذه العلاقة تخرج عن نطاق تنازع القوانين بل وحتى عن قانون العلاقات الخا صة الدولية.

أما إذا شاب أحد عناصر العلاقة القانونية عنصر أجنبي، كأن ينتمي أحد أطرافها إلى دولة أجنبية ففي حالة حصول تنازع يحكم على العلاقة القانونية بأكثر من قانون تبعا لانتماء عناصر العلاقة لأكثر من دولة، وهو ما يطلق عليه "**تنازع القوانين**" والآلية التي يتبعها القاضي متمثلة في قواعد الإسناد في تشريع الدولة التي ينتمي إليها القاضي الذي ينظر في النزاع.

قاعدة الإسناد لا يمكن الوصول إليها إلا بإتباع الوصف القانوني الصحيح على موضوع النزاع وهو ما يعرف بالتكييف.

المطلب الأول

االتعريف بالتكييف

التكييف ما هو إلا تفسير لقاعدة التنازع، و بالرغم من أهميته في كل نزاع يرفع على القاضي سواء في العلاقات التي أطرافها وطنيين، أم مشتملة على عنصر أجنبي إلا أن الفقه لم يجمع على تعريف جامع ومانع وموحد للتكييف.

من أهم التعاريف في شأن التكييف تعريف **الدكتور عز الدين عبد اللهٌ حيت عرف** التكييف بأنه (تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد).

كما عرف التكييف الأستاذ **جمال مرسي** بأنه تحديد طبيعة العلاقة القانونية تحديدا يردها إلى إحدى الطوائف المجردة التي تصاغ على أساسها قواعد الإسناد حتى يمكن بالتالي تحديد القانون الموضوعي الذي يحكم العلاقة.[3] بينما قام البعض بتحليل مصطلح التكييف تحليلا لغويا لتبسيط الفكرة.

[3] عمر بلمامي ، دراسات في القانون الدولي المعاصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص148.

أولا: االتعريف االلغوي

كيف واقعة معينة أو تصرف أو علاقة قانونية قصد تحديد طبيعة هذه العلاقة او التصرف من أجل تصنيفها في إحدى الطوائف.[4]

ثانيا: التعريف القانوني.

كما ورد تعريف للتكييف في الدليل القانوني guide juridique: على أنه عبارة عن (مجموع التحاليل تتمثل في الفصل بشأن تطبيق فكرة مجردة على موضوع ملموس في واجهة التعريف العام للفكرة المجردة بخصوصيات و مميزات الموضوع الملموس فتنتهي إلى تصنيف تصرف أو واقعة معينة في طائفة قانونية محددة مسبقا تعطي بدورها القاعدة الواجبة التطبيق).

ثالثا: االتعريف الفقهي

عرفه الأستاذ حامد زكي بقوله (يراد بعملية التكييف تحديد الوصف القانوني أو الطبيعة القانونية لنظام قانوني ذي علاقة قانونية معينة.

وعرفه الدكتور محمد كمال فهمي بأنه تشخيص حالة قانونية بقصد تصنيفها بين مختلف الفكر المسندة.[5]

وعرفه الدكتور محمد شتا أبو السعد– بأنه تحديد الطبيعة القانونية التي تتنازعها القوانين و إدراجها ضمن فكرة مسندة محددة بغية معرفة القانون الواجب التطبيق.[6]وبالتالي فالتكييف هو العملية الذهنية التي يقوم القاضي بها لتحديد الطبيعة القانونية للمسألة الحقوقية المحتوية

---

[4] هشام علي صادق، تنازع القوانين، ط3، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1974 ,ص114.

[5] نقلا عن عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر مرجع سابق، ص149.

[6] محمد شتا أبو السعد، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالتشريع الإسلامي، ط1،مطبعة كفر الشيخ , القاهرة، 1987 ,مصر، ص111.

على عنصر أجنبي بهدف إدراجها ضمن واحدة من الطوائف القانونية المعروفة لديه بغية التوصل إلى قاعدة الإسناد وتطبيقها عليها بحثا عن القانون الواجب التطبيق.

من خلال التعاريف السابقة يتضح أنها ترتكز أساسا على التكييف الضروري السابق لتطبيق قواعد الإسناد إذ يسعى القاضي أولا إلى معرفة مجموعة المواد القانونية أو النظام القانوني الذي ينتمي إليه موضوع النزاع ثم يطبق بعد ذلك قاعدة الإسناد الخاصة بهذا النظام.

كما يلاحظ من خلال التعريفات السابقة أن التكييف ينصب على تحديد الطائفة القانونية قبل إسناد الواقعة على القانون الواجب التطبيق.

""" قانونية وكل فئة تخصص لها –قاعدة إسناد على الأقل، لهذا يعتبر التكييف عملية لازمة و أولية وسابقة لتحديد القانون الواج–ب التطبيق

لإعطاء هاته الأهمية الوصف القانوني الدقيق يستلزم توضيح القواعد القانونية التي تستخدم في القانون و المتمثلة في قواعد الإسناد باعتبارها الدليل المرشد للقاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق.

هاته القواعد متمثلة في ثلاث عناصر:الفكرة المسندة، عنصر ضابط الإسناد، والقانون الواجب التطبيق.[7]

باعتبار أن المشرع يستحيل عليه أن يضع قاعدة إسناد لكل مسألة تثار أمامه من طرف الأطراف مما يستوجب على القاضي صياغة الفكرة المسندة على نحو من المرونة يجعلها قادرة على استيعاب العديد من المسائل و العلاقات القانونية المتقاربة وعلى ضوء ذلك نبين أهمية التكييف على المستوى الدولي ثم على مستوى القوانين الداخلية.

[7] عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، مرجع سابق، ص104.

الفرع الثاني: أنواع االتكييف

يعتبر التكييف مفتاح القضايا التي تعرض على القاضي أو الباحث، فهي الخطوة التي يبدأ رجل القانون وصفه للعلاقة القانونية المراد الفصل فيها.

التكييف هو إذن الخطوة الأولى التي يبدأ بها رجل القانون وصف العلاقة التي يراد البحث عنها.

على صعيد القوانين الوطنية، تكييف علاقة البنوة مثلا لمعرفة هل هي علاقة شرعية أو علاقة طبيعية، ويكيف العقد لمعرفة هل هو عقد بعوض أو دون عوض أو أن العقد مدني أو تجاري ويكيف الفعل هل هو جناية أو جنحة.

أما على صعيد القانون الدولي، تكيف العلاقة على سبيل أهلية الموصي، كما هو الأمر في قضية الهولندي، أو أن التكييف يتعلق بشكل الوصية، كذلك يكيف تدخل رجل الدين في الزواج الديني هل هو شرط موضوعي أو هو مجرد مظهر خارجي شكلي وبالتالي سيذكر أنواع التكييف طبقا لطبيعة المسائل المطروحة إلى **تكييف أولي وثانوي** أو إلى **تكييف بسيط و مركب.**[8]

أولا : التكييف الأولي

يعرف كذلك بالتكييف السابق اللازم لأعمال قاعدة الإسناد، وتحديد القانون الواجب التطبيق , أو هو وصف المركز القانوني محل النزاع، وإدراجه في احد الفكر المسندة تمهيدا لأعمال قاعدة الإسناد المختصة.

وهذا النوع من التكييف يخضعه بارتان إلى قانون القاضي.

[8] عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، مرجع سابق، ص135.

كما قال **الدكتور عبد الحميد أبو هيف** أن التكييف الأولي (هو وضع العلاقة القانونية في دائرة قاعدة من القواعد التي قررها القانون الدولي الخاص المعمول به عند القاضي، ومتى عرفنا أن العلاقة القانونية يحكمها بناء على التكييف المبدئي هو قانون الجنسية المتوفي مثلا، فتنتقل إلى هذا القانون ومنه نطلب الحكم في هذه العلاقة).[9]

يتضح مما سبق، أن ما يسمى بالتكييف الأولي هو ذلك التكييف الذي يكون من اختصاص قانون القاضي ليدخل به العلاقة المطروحة أمامه، تحت قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص المختص بحكم العلاقة القانونية موضوع النزاع، فالتكييف اللاحق يكون بمقتضى القانون الذي يحكم العلاقة، ولا شأن لقانون القاضي بهذه العلاقة بعد ذلك بأي وجه من الوجوه.

ثانيا: االتكييف اللاحق

هي تلك التكييفات التي تثار في مرحلة لاحقة على مرحلة الإسناد، أي التي تثار عند تطبيق القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه، كما يطلق عليه بالتكييف الموضوعي وهو الذي يشير إلى القواعد الواجبة التطبيق على الوضعية أو العلاقة موضوع النزاع.

ما يميز هذا النوع من التكييف، أنه لا يخضع لقانون القاضي وإنما يخضع للقانون المختص، ومن مؤيدي هذا النوع من التكييفات الفقيه **بارتان**، حيث نجده خلال معالجته لمشكلة التكييف يخضع التكييف اللاحق للقانون المختص بحكم النزاع استثناء من النظرية

[9] عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر، دار السعادة، مصر، 1927، ص190.

العامة في إخضاع التكييف لقانون القاضي، باعتبار أن التكييف الأولي فقط هو الخاضع لقانون القاضي لاتصاله بفكرة السيادة حسب وجهة بارتان.[10]

أما التكييف الثانوي فإنه لا يتعلق بسيادة الدولة التي طرح النزاع أمام محاكمها (حسب رأي الفقيه بارتان).

بالتالي التكييف الثانوي أو اللاحق يكون من اختصاص القانون الأجنبي، فإذا اعتبر قانون القاضي بعد انتهائه من التكييف الأولي أن وقائع مسألة معينة تشكل جنحة، فإنه يعطي الاختصاص إلى قانون المكان الذي وقعت فيه هذه الجنحة، أو إلى قانون المكان الذي وقع فيه الضرر، وهذا القانون هو الذي يحدد نوع الخطأ الذي ارتكبه محدثه سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي نفسه أو قانونا أجنبيا.[11]

ثالثا: االتكييف االبسيط *La qualification simple*

يقصد به الوضعية البسيطة التي تكون محل التكييف، أي عكس الوضعية المركبة التي لا تثير إشكالات متعددة، وفي هذا السياق يقول الأستاذ **لوقاس** "هل يجب علينا إسناد العقد المتعلق بمال معين إلى قانون إرادة المتعاقدين لكونه عقدا أو نسنده إلى قانون موقع المال لأنه يتعلق بالمال؟ وهل يجب علينا في إطار موضوع التعاقد إسناد العقد إلى صنف **العقود** أو نسنده إلى صنف **المواريث؟**".

---

(10) سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص ،تطور و تعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولي, ط1, منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ,لبنان ، 2004، ص131.

(11) E : Bartin. Principes de droit international prive. Selon les lois et la jurisprudence française , LGDJ, paris , 1930, p 234.

حسب رأي **لوقاس** أن هذه المسائل تعتبر بسيطة، فالقاضي الذي ترفع أمامه مثل هاته الوضعيات يقوم بتكييفها ويتحمل مسؤوليته في اختيار صنف القانون الذي يسند إليه محل النزاع.[12]

رابعا: االتكييف المركب

نكون بهذا النوع في حالة كون وضعية محل التكييف، ليست واحدة ولكنها تضم عدة مؤسسات قانونية مثال: إذا أثيرت مشكلة معرفة النظام القانوني الواجب التطبيق على عقد مركب أو مسألة من المسائل يكون الخلاف فيها من القواعد القانونية المتعارضة.

هذا التعدد في الوضعيات أو الوقائع يؤدي إلى تكييفات متعددة، غير أن العنصر الأساسي في الوضعية المعقدة أو المركبة قد يستغرق أو يستوعب باقي التكييفات الأخرى المتصلة بهذه الوضعية أو الواقعة طبقا لقاعدة ا**لفرع يتبع الأصل،** وفي هذه الحالة فان تكييف القضية يكون موحدا ولا تتدخل القوانين الأخرى.[13]

المطلب االثاني: محل االتكييف في االقانون الدولي االخاص

إن الاهتمام بمحل التكييف حديث العهد، وذلك لتوافر سببين أساسيين يكمنان في السبب المنهجي والأخر في السبب العملي والمنطقي في آن واحد، أما فيما يتعلق بالسبب الأول فلقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن مشكلة محل التكييف ما كان لها أن تثور في ظل الاعتقاد السائد، والذي أبرزه الأستاذ **سافيني** والخاص بفكرة الاشتراك القانوني أو التوافق في الفكر القانوني.

---

[12] نصيرة جمعة السعدي، عقد نقل التكنولوجيا في التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص151-152.

[13] عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، مرجع سابق، ص141.

مضمون هذه النظرية أنه مهما كان التباين في مواقف القوانين المختلفة من أجل حماية مصلحة أساسية، لا يترتب على هذا التباين المساس بطبيعة المصلحة ذاتها، فهي تظل من قبل هذه القوانين، ومن ثم فإنه يمكن أن يجتمع الواقع والقانون معا في رابطة قانونية حتى قبل أن يتم تطبيق نص قانوني مادي، وحتى قبل أن يتم تعيين هذا القانون.[14]

لكن بمجرد استخلاص المصالح المتباينة من ذات المراكز الواقعية للقوانين المختلفة فإنه من غير المعقول أن نجزم بوجود رابطة قانونية قبل تطبيق قانون مادي ووضعي ومن باب أولى تعيين القانون الواجب التطبيق.

فكرة الاشتراك القانوني التي قد ساهمت من قبل في إمكانية القول بوجود هذه الرابطة القانونية قبل تطبيق أي نص مادي قد اختفت.

ابتداء من تلك اللحظة أصبحت قاعدة الإسناد في مواجهة أمرين كل منهما منفصل عن الآخر، الأول المركز المادي أو الواقعي أو علاقة الواقع المطلوب حكمه، والثاني هو القواعد المادية أو الموضوعية التي تستغرق هذا الواقع والتي تتضمنها القوانين المتنافسة لحل المسألة المعروضة على نطاق البحث.

في هذا النطاق ظهرت عدة اتجاهات فقهية.

الفرع الأول: ارتباط التكييف بميدان القانون

يتخذ هدا الاتجاه موضوع التكييف من ميدان القانون، ونجد عند الآخذين بهذا الاتجاه آراء متنوعة منها ما يراه أن التكييف ينصب على النظم القانونية، وما يراه البعض أنه ينصب على العلاقات القانونية، وما يراه فريق ثالث من أنه يقع على القواعد القانونية

[14] حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص, ط 1،منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان, ص10.

الموضوعية، ويكون تعريف التكييف وفقا لهذه الآراء على التوالي: تحديد طبيعة النظام القانوني أو تحديد طبيعة العلاقة القانونية أو تحديد طبيعة القاعدة الموضوعية.[15]

الفرع االثاني: ارتباط االتكييف بميدان الوقائع

أما الاتجاه الثاني فهو يتخذ من موضوع التكييف من ميدان الواقع فيكون هو الواقعة أو المركز القانوني الذي تتنازع القوانين حكمها أو حكمه وتكون وظيفة التكييف إعطاء الواقعة أو المركز الواقعي الطابع القانوني الذي يدخلها أو يدخله في فئة معينة من فئات المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة التنازع، وينكر الآخذون بهذا الاتجاه ما يجري عليه أصحاب الاتجاه الأول بان موضوع التكييف نظاما أو علاقة قانونية، ما دام القانون الواجب التطبيق لم يتم الوقوف عليه بعد، وذلك أنه لا يعرف إلا بعد إجراء التكييف والوقوف على قاعدة التنازع.

الفرع االثالث: موقف المشرع الجزائري من محل االتكييف

أخذ المشرع الجزائري بمبادئ نظرية **بارتان** "خضوع التكييف من حيث المبدأ لقانون القاضي" في عملية التكييف، والاستثناء الذي أورده بالنسبة للأموال التي يخضع تكييفها لقانون الموقع، ويظهر ذلك جليا من خلال أحكام المادة 09 من التقنين المدني الجزائري (يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق).[16]

ما يجب الإشارة إليه كذلك أن المقصود من مصطلح القانون الجزائري في المادة ليس قاصرا على النصوص التشريعية، بل المقصود منه هو المفهوم الواسع للقانون الجزائري الذي

---

[15] عبده جميل غصون، دروس في القانون الدولي الخاص, مرجع سابق، ص53.

[16] أمر 75-58 مؤرخ في سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، معدل ومتمم بموجب قانون 05-10 الصادر في 20 يونيو سنة 2005، جريدة رسمية عدد 44 ,مؤرخ في 26 يونيو سنة 2005.

يشمل مختلف القواعد مهما اختلفت مصادرها التي استمدت منها قوتها الإلزامية، وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري.[17]

يلاحظ أن هذه المادة قد اقتصرت التكييف وفقا لقانون القاضي على التكييف الذي غرضه معرفة القانون الواجب التطبيق" فبذلك قد استبعدت التكييفات اللاحقة لأنها لا علاقة لها بالاختصاص التشريعي، وتدخل في إطار تكييف القانون الأجنبي المختص، فبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالتمييز الذي قال به **بارتن** بين التكييف السابق أو الأولي والتكييف اللاحق، فالأول دون الثاني هو الذي يخضع حسب **بارتن** لقانون القاضي.

كما أن هذه المادة لم تتعرض إلى الاستثناء الذي أورده بارتن بشأن الأموال بإخضاع تكييفها لقانون موقعها، وهذا ما نجده كاستثناء في المادة 17 من التقنين المدني الجزائري "يخضع تكييف المال سواء كان عقار أو منقولا إلى الدولة التي يوجد فيها".[18]

نقد المادة 9 من ق م: ما يعيب نص المادة 9 من ق م ج هو عدم تركه للقانون الأجنبي، مجالا لتحليل نظام قانوني أجنبي غريب عن القانون الجزائري للكشف عن ملامحه الأساسية للاهتداء إلى حقيقة طبيعته التي تسمح للقاضي بإدراجه في إحدى الفئات المسندة في قانونه، وهذا العيب يؤدي حتما إلى تشويه الأنظمة القانونية الأجنبية وإعطائها طبيعة مخالفة لتلك التي أرادها المشرع.

بالتالي هذا ما دفع الفقه الحديث المؤيد لنظرية بارتن إلى القول بضرورة الاستعانة بالتكييف بالقانون الأجنبي.[19]

---

[17] عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر مرجع سابق، ص282.

[18] بلقاسم أعراب ، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، ط11، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص94.

[19] ، المرجع نفسه ، ص95.

المطلب الثاني

أهمية االتكييف

للتكييف أهمية في القانون بصفة عامة لأنه يتحكم في حل تنازع القوانين أي أنه يؤثر على القانون الواجب التطبيق، كما أن المشرع عندما يضع قواعد الإسناد فانه لا يخصص لكل مسألة قانونية قاعدة إسناد و إنما نظرا لعدم قبول العلاقات القانونية للحصر وتجددها وتطورها وعجزه عن الإحاطة بها مما يؤدي إلى تجميع المسائل القانونية المتشابهة في طوائف وفصائل أو فئات قانونية وكل فئة تخصص لها قاعدة إسناد على الأقل، لهذا يعتبر التكييف عملية لازمة و أولية وسابقة لتحديد القانون الواجب التطبيق .

لإعطاء هاته الأهمية للوصف القانوني الدقيق يستلزم توضيح القواعد القانونية التي تستخدم في القانون و المتمثلة في قواعد الإسناد باعتبارها الدليل المرشد للقاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق.

هاته القواعد متمثلة في ثلاث عناصر:الفكرة المسندة، عنصر ضابط الإسناد، والقانون الواجب التطبيق.[20]

باعتبار أن المشرع يستحيل عليه أن يضع قاعدة إسناد لكل مسألة تثار أمامه من طرف الأطراف مما يستوجب على القاضي صياغة الفكرة المسندة على نحو من المرونة يجعلها قادرة على استيعاب العديد من المسائل و العلاقات القانونية المتقاربة وعلى ضوء ذلك نبين أهمية التكييف على المستوى الدولي ثم علة مستوى القوانين الداخلية.

[20] عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، مرجع سابق، ص104.

الفرع الأول :أهمية االتكييف في القانون الدولي االخاص

باعتبار أن العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي لا تعد، مقارنة مع محدودية قواعد الإسناد كان لابد من إجراء التكييف للمسألة القانونية المعروضة على القاضي وإعطائها وصفها الحقيقي من أجل إدراجها في الفكرة المسندة الملائمة تمهيدا لأعمال القانون المختص الذي يثير آلية ضابط الإسناد في هذه القاعدة.[21]

كما تأخذ هذه المشكلة أهمية خاصة، إذا أخدنا في الاعتبار أن حسم النزاع الأصلي بين الخصوم يتوقف في الحقيقة على تحديد القانون الذي يقوم القاضي بالتكييف وفقا له وبيان ذلك أن الاختلاف في تكييف المسائل القانونية، قد يؤدي بدوره إلى اختلاف القانون الواجب تطبيقه على النزاع الأصلي، مما قد يؤثر تبعا لذلك على نتيجة النزاع بمعنى أن الحل النهائي للنزاع قد يتغير بحسب تغيير التكييف، و بالتالي يمكن استخلاص أهمية التكييف من وجهتين أساسيتين:

أولا: من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق على القاعدة القانونية

يهدف التكييف في إطار القانون الدولي الخاص إلى ربط النزاع بإحدى مجموعات الإسناد وذلك لتحديد قاعدة الإسناد واجبة التطبيق، بمعنى أنه لا يهدف إلى تحديد الأحكام القانونية التي تطبق على النزاع كله بصورة نهائية وإنما تهدف إلى بيان قاعدة الإسناد الصحيحة التي تدل القاضي على القانون الواجب التطبيق.

مثال: حالة وقوع شجار بين زوج فرنسي مع زوجته الايطالية في الجزائر فما هو القانون الواجب التطبيق.

---

[21] حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص103.

يتوقف على تحديد هذا القانون على تكييف العلاقة القانونية موضوع النزاع وهنا يتنازع تكييفان حول المشاجرة.

- إما أن تعد أثرا من آثار الزواج.
- إما أن تعد فعلا ضارا.[22]

بناء على التكييف القانوني الملائم والسليم تتحدد قاعدة الإسناد التي بدورها تبين للقاضي القانون الواجب التطبيق, ويعود سبب أهمية التكييف في القانون الدولي الخاص إلى تنوع قواعد الإسناد من دولة إلى أخرى، وإلى اختلاف المسائل القانونية موضوع التكييف في تشريعات الدول وهذا ما يبرز نوع أخر من التنازع وهو تنازع التكييفات.

ثانيا : من حيث االقانون الذي يطبق على عملية االتكييف ذاتها

يُعدّ التكييف القانوني في القانون الدولي الخاص الإجراء الأولي الذي لابد منه لتحديد القانون الذي يطبق على العلاقة القانونية موضوع النزاع، والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن هنا يتعلق بتحديد القانون الذي يتم وفقاً لأحكامه إجراء التكييف القانوني، اختلف الفقهاء حول هذه المسألة، وانعكس ذلك على معظم التشريعات الدولية.[23]

الفرع االثاني:أهمية التكييف في القوانين الداخلية.

تبدو أهمية التكييف في مجال القوانين الداخلية أنها عملية أولية ولازمة لإخضاع التصرف أو الواقعة القانونية محل النزاع للنص القانوني، الذي يحكم هذا التصرف أو تلك الواقعة.

---

[22] سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية ، ص130.

[23] ، المرجع نفسه ، ص131.

أولا: االتكييف في االقانون المدني

يرجع القاضي إلى التكييف عندما يريد إعطاء الوصف السليم للعلاقة القانونية المطروحة أمامه لمعرفة ما إذا كانت تتعلق بعقد أو هبة أو عقد إيجار الخ....أو لتحديد ما إذا كان ركن معين من أركان العقد مسألة متعلقة بالشكل، فتسند إل ى القانون الذي يخضع له شكل العقد أو متعلقة بالموضوع، فتخضع للقانون الذي يحكم موضوع العقد.

ثانيا: االتكييف في القانون االجزائي

تكمن الأهمية في وصف القاضي للفعل الذي ارتكبه الجاني ، هل متوفر لعناصر الجريمة أم لا، وما إذا كان الفعل المرتكب يعد من قبيل السرقة أو خيانة الأمانة أو اختلاس الأموال....الخ.

بالتالي يتعين على القاضي وصف الفعل المنسوب إلى المدعى عليه، ومعرفة ما إذا كان يشكل جرم سرقة أو جرم احتيال أو جرم إساءة أمانة، وذلك توطئة لتطبيق النص القانوني اللازم.

ثالثا: االتكييف في القانون االتجاري

تظهر أهمية التكييف القانوني في نطاق القانون التجاري، بصورة خاصة، بالنسبة للإثبات، حيث تختلف قواعد الإثبات تبعاً لاختلاف صفة الالتزام التعاقدي موضوع النزاع، فإذا كان الالتزام التعاقدي صفة تجارية، فإنه يخضع لقواعد إثبات مختلفة تمام الاختلاف عن تلك التي تطبق على الالتزام التعاقدي المدني، حيث يجوز الإثبات بالشهادة، من حيث المبدأ، في الالتزامات التجارية التعاقدية مهما كانت قيمتها.[24]

[24] حفيظ السيد حداد، مرجع سابق، ص96.

االفرع االثالث: الأهمية االعملية لعملية االتكييف

التكييف أمر أساسي وأولي لحل تنازع القوانين لأن تحديد قاعدة الإسناد وبالتالي القانون الواجب التطبيق تباعا، لأنّ قواعد الإسناد لا تعطي حلولا لكل مسألة قانونية تطرح أمام القضاء ، بل تقع الحلول لكل طائفة من المسائل، ومن هنا تظهر الأهمية العملية لعملية التكييف.

أولا: االتبريرا النفسي

التكييف لا يعدو في الحقيقة أن يكون تفسيرا لقاعدة الإسناد الوطنية الامر الذي يخضع بالضرورة لقانون القاضي، فالمشرع الوطني هو الذي يقوم بصياغة قواعد الاسناد الوطنية وبالتالي يكون من المنطقي أن يرجع إلى القانون الوطني ليحدد المعاني والمفاهيم المجردة الواردة في الفكرة المسندة في قاعدة الإسناد. [25]

إذا ما قضت قاعدة الإسناد الوطنية مثلا بإخضاع التكييف لقانون الجنسية حتى يتسنى للقاضي الوطني أن يقرر ما إذا كانت المسألة المطروحة أمامه تدخل حقا في مسألة الجنسية ومن ثم تفسير قاعدة الإسناد الوطنية وفقا لأحكام القانون الوطني.

القاضي الوطني عندما يقوم بعملية التكييف في النزاع المعروض عليه، إنّما يتأثر بثقافته القانونية وحسب المبادئ السائدة في بلده، وهذا ما يجعله يستعين بقانونه الوطني في عملية تحديد طبيعة العلاقة المطروحة أمامه, ولقد عبر الأستاذ بارتن نفسه عن هذه الحقيقة حينما قرر أنّ المبادئ السائدة في دولة القاضي تعد جزء لا يتجزأ من ذكائه المهني. [26]

---

[25] حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 112.

[26] المرجع نفسه، ص 112.

هذا ما جعل القضاء الفرنسي وغالبية دول العالم مند زمن بعيد , إخضاع التكييف لقانون القاضي، وقرر بارتن أن التكييف هو عملية استغلال عقلي يستعين فيها القاضي بثقافته القانونية التي ترسخت في أعماقه ,وتحتاج منه اجتهادا وإلماما واسعا وعميقا بالأصول التشريعية التي يقوم عليها قانونه. [27]

ثانيا: االتبرير االمنطقي

عملية تحديد طبيعة العلاقات القانونية التكييف، عملية أولية سابقة لعملية الإسناد من حيث التعاقب الزمني وبالتالي في حالة عرض النزاع على القاضي الوطني لا يلجأالئ تطبيق قاعدة الإسناد والتعرف على القانون الواجب التطبيق قبل الانتهاء من عملية التكييف، وقبل هذه الأخيرة لا يوجد أي قانون آخر يمكن تطبيقه إلاّ قانون القاضي.

المتتبع الزمني للأمور يفترض أنّ القاضي يقوم بعملية التكييف أولا ثم يقوم بعملية إسناد المسألة محل النزاع ضمن طائفة معينة من الطوائف القانونية ليتعرف بذلك على القانون الواجب التطبيق، فمن غير المنطق تحديد القانون الواجب التطبيق, قبل القيام بعملية التكييف ,وترتب على ذلك لو اثير بشأن مسألة معينة ,هل تدخل في نطاق فكرة الشكل أو فكرة الأهلية, فإنّه لا يمكن تطبيق قاعدة الإسناد والتعرف على القانون الواجب التطبيق قبل الانتهاء من عملية التكييف وقبل أن يتم التكييف لا يوجد قانون آخر يمكن تطبيقه، لأنّ تطبيق قانون معين تعتبر مصادرة عن المطلوب ,ومن هنا فإنّه من غير المتصور أن يتم التكييف إلاّ وفقا لقانون واحد, هو قانون القاضي. [28]

---

[27] محمد عبد العال عكاشة، تنازع القوانين(دراسة مقارنة) منشورات الحلبي، ط1,لبنان, 2004، ص118.

[28] حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 112.

المبحث الثاني

أساس إخضاع التكييف إلى قانون القاضي

ظهرت فكرة التكييف لأول مرة على يد الفقيه الألماني **كاهن kohen** 1897 من خلال أبحاثه القانونية، منها: تحليل الروابط القانونية لتحديد طبيعتها والقانون الذي يحكمها.

سار على نفس المبدأ الفقيه الفرنسي **بارتان,** وهو خضوع التكييف لقانون القاضي , أي أن القاضي يكيف المسألة المعروضة أمامه وفقا لقانونه الوطني الداخلي, بحيث يقوم بتطبيق القواعد التي يأمره بها مشروعه الوطني, يتضمن في الوقت نفسه التزامه بتطبيق قواعد التكييف التي يأمر بها نفس المشرع.

المطلب الأول: الأساس التاريخي لإخضاع االتكييف لقانون القاضي

القضاء الفرنسي هو أول من أخضع التكييف للقانون القاضي وعلى هذا الأساس وضع الفقيه الفرنسي بارتان Bartun نظريته في التكييف، فوجد أن هناك تنازع خفيا يظهر للعيان عندما يتصدى القاضي إلى إعطاء حل للعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، دون أن يعلن القضاء عن هذا التنازع ,وهو ما أطلق عليه بارتان لاحقا بتنازع التكييفات.[29]

[29] عمر بلمامي ، دراسات في القانون الدولي الخا ص المعاصر, المرجع السابق، ص219.

من التطبيقات القضائية الفرنسية التي استنبط منها بارتن نظريته في التكييف، القضايا المعروفة في المحاكم الفرنسية بقضية وصية الهولندي وقضية زواج المالطي، وقضية زواج اليوناني الأرتدكسي.

الفرع الأول: قضية ميراث المالطي

ان مسالة تكييف المسالة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي تخضع الى قانون القاضي وهو ما كان كذلك في هذه القضية التي تتلخص وقائعها في ما يلي:

تزوج مالطي بريطانية كان يحملان نفس الجنسية، أي الجنسية المالطية في مالطا ثم سافر الزوجان واستقرا في الجزائر, حيث كانت آنذاك مستعمرة فرنسية، وتملك فيها الزوج بعض العقارات ، بعد وفاة الزوج أدعت الزوجة أمام المحكمة آنذاك أن لها حقا في العقارات الموجودة في الجزائر، وهو ما يعرف بسم ربع الزوج الفقير, أو نصيب الزوج المحتاج.

كيف يمكن للقاضي تكييف إدعاء الزوجة على العقارات المملوكة لزوجها المالطي المتوفي والكائنة في الجزائر؟.

هل تدخل هذه المسألة في نظام الأموال بين الزوجين أو في نظام الميراث؟ فعلى أساس ذلك يتحدد القانون الواجب التطبيق، فإذا انتهت المحكمة إلى تكييف ما تطلبه الزوجة في نظام الأموال بين الزوجين لخضع إلى القانون المالطي وفقا لقاعدة الإسناد في القانون الفرنسي التي تقضي بإخضاع النظام المالي للزوجين إلى قانون الإرادة الضمنية، أي قانون موطن الزوجين الأول. [30]

[30] كمال عليوش قربوع ، القانون الدولي الخاص الجزا ئري (تنازع القوانين)ج 1 , ط3, دار هومة ,الجزائر ,2011,ص97.

في هذه الحالة تعين الحكم في أحقية الزوجة في طلبها طبقا لأحكام القانون المالطي الذي يحكم النظام المالي للزوجين الذي يقرر أحقية الزوج الذي يظل على قيد الحياة في الحصول على نصيب الزوج المحتاج، أما لو أعتبر ما تطلبه حقا في الميراث لخضع للقانون الفرنسي وفقا لقاعدة الإسناد في القانون الفرنسي والتي تقضي بإخضاع الميراث في العقار لقانون موقعه، ويترتب على هذا التكييف الأخير رفض إدعاء الزوجة لأن القانون الفرنسي لا يعرف الحق المسمى بنصيب الزوج المحتاج أو الفقير.

حكمت محكمة الاستئناف العاصمة آنذاك بتاريخ 24-2-1889م برفض طلب الزوجة المالطية معتبرة أنه لا حق لها في ميراث زوجها استنادا إلى القانون الفرنسي وهو قانون القاضي. [31]

التشريع الفرنسي يختلف عن التشريع المالطي، إذ يعتبر القانون المالطي المسألة تتعلق بالأموال وبالتالي يحق للزوجة طلب نصيبها فيها في حين يعتبر القانون الفرنسي المسألة متعلقة بالميراث وبالتالي لا يعتبر المتوفى عنها زوجها أي حق في هذه التركة واستنادا لقانون القاضي فالمسألة القانونية المطروحة للنزاع يتم تكييفها وفقا لقانون القاضي وهو القانون الفرنسي. [32]

الفرع االثاني: وصية االهولندي

تتلخص وقائع هذه القضية في ما يلي:

تمنع م 992 من القانون المدني الهولندي إلى اللجوء إلى كتابة الوصية بخط اليد حتى ولو كان ذلك في بلاد أجنبية.

---

[31] الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص الجزائري , مطبعة الكاهنة , الجزئر ,2004، ص88.

[32] وتجدر الإشارة إليه أن كثيرا من الشرائع الأوروبية لم تكن الزوجة ترث من زوجها، وإنما كان يقتصر نصيبها على ما يؤول إليها من تصفية النظام المالي للزوجة ,نقلا عن عمر بلمامي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر المرجع السابق، ص78.

ثار نزاع حول هذه المسألة في فرنسا, حيث حرر مواطن هولندي وصية خطية طبقا لأحكام المادة 199 مدني فرنسي والتي تجيز للفرنسي ولو كان بالخارج تحرير وصية عرفية موقعا عليها بخطه، وبمفهوم المخالفة يجيز القضاء والفقه الفرنسيان للأجانب الموجودين بفرنسا إجراء وصاياهم في ذات الشكل أيضا.

لما توفيّ الموصي، ثار نزاع حول هذه المسألة في فرنسا, حيث طعن الورثة في صحة الوصية بالبطلان تأسيسا على المادة 992 عن القانون المدني الهولندي التي تمنع الهولنديين ولو كانوا في الخارج من إجراء وصاياهم في الشكل العرفي وتعتبر إجراء الوصية في الشكل الرسمي مسألة مكملة للأهلية تتعلق بحماية الموصى.

لما طرحت المسألة أمام محكمة "أوريان" الفرنسية وجدت نفسها أمام مشكلة تكييف المسألة القانونية، هل تكييف وفقا للقانون الفرنسي أو وفقا لقانون آخر.

لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إذ أعتبر القاضي الفرنسي الوصية الخطية هي تصرف يتعلق بالشكل الخارجي فتخضعه لقاعدة التنازع الخاصة بشكل التصرفات القانونية وهي إسناده لقانون محل إجرائه وهو القانون الفرنسي ومن ثم تقضي بصحته، وإذا اعتبرت الوصية متعلقة بالشكل المكمل للأهلية حينئذ يسري عليه قانون جنسية الموصي وهو القانون الهولندي طبقا لقاعدة التنازع في القانون الفرنسي. [33]

إذا طبقت المحكمة القانون الفرنسي باعتباره قانون القاضي فهو يعتبر المسألة متعلقة بالشكل الخارجي وأن كتابة الوصية عملا بأحكام المادة 999 مدني فرنسي مجرد تسهيل إثباتها فقط، أما إذا أخذت بتكييف القانون الهولندي فيعتبر إجراء الوصية في الشكل العرفي متعلق بالشكل المكمل للأهلية، لأن حظر إجراء الوصية في الشكل العرفي هو حماية المواطنين من التبرع بأموالهم تحت ظروف معينة.

---

[33] الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص91.

لكن في الأخير المحكمة كيفت النزاع على ضوء القانون الفرنسي وهو قانون القاضي[34]، وصدر الحكم في 1944/2/23 بصحة الوصية[35]، إلا أن القضاء الهولندي الحديث خفف من حكم المادة 992 وذلك أن في حكم صدر في 1962 بصحة الوصية الصادرة من الهولندي بالشكل العرفي الخطي من أودعها لدى الموثق الأجنبي، وقضى أيضا بأن أحكام المادة 992 لا تطبق على وصية أجنبي أكتسب الجنسية الهولندية بعد الإيصاء.

كما قضي في الحكم المشار أليه أن هذه المادة لا تسري على وصية أجراها هولندي اكتسب الجنسية الأجنبية بعد الإيصاء. [36]

---

[34] علي على سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص42.

[35] كذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 25 أوت 1847 بأن المنع من إجراء الوصية في الشكل العرفي الخطي المنصوص عليه في القانون الإنجليزي يعتبر متعلقا بالشكل، وليس بالأهلية، وعليه تصبح وصية الإنجليزي التي يجريها في فرنسا في الشكل العرفي صحيحة.

[36] قد وصلت محكمة النقض إلى تقرير هذا المبدأ أثر فضية تتلخص وقائعها في ما يلي:

بتاريخ 11 سبتمبر1951قامت سيدة من جنسية هولندية بتحرير وصية إلى سيدة هولندية أخرى في حدود النصاب الذي يسمح به القانون الهولندي، وعندما تزوجت السيدة الموصية برجل أمريكي مدعو ELLiS ظلت تحتفظ بالجنسية الهولندية ثم قامت بتحرير وصية أخرى لزوجها الأمريكي بتاريخ 15 ديسمبر 1952 في واشنطن هذه الوصية تعتبر صحيحة وفقا للقانون loi district of columbia لكن لا تعتبر كذلك وفق القاضي الهولندي لأنه تعبير رسمية.

بتاريخ 12 ماي 1953 اكتسبت الموصية الجنسية الأمريكية بعد ذلك توفيت في حادث مرور سنة 1954 دون أن تترك أحد من أقاربها. وتعيين المدعو Ellis الوارث الوحيد.

تقدمت الموصي لها بطعن ضد حكم محكمة الاستئناف التي رفضت حكم المحكمة التي قرر بأنه حتى لو أن الموصية أكسبت الجنسية الأمريكية سنة 5 ديسمبر 1952 فإن هذه الوصية تعتبر باطلة وفق القانون الهولندي.

فحكمت المحكمة الاستئناف بأن الوصية تعتبر صحيحة إذا كانت مطابقة للنصوص الواجبة التطبيق في لحظة الوفاة، وعليه فالوصية التي تكون أصلا باطلة تصبح صحيحة لاحقا، ولكنها تفتقد صفة الوصية لمخالفتها المادة 992.

وقد انتهت محكمة النقض الهولندية إلى تقرير المبدأ المشار إليه آنفا أنه يمكن تصحيح الوصية المذكورة بمجرد فقد الموصى للجنسية الهولندية. نقلا عن عمر بلمامي,دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر, المرجع السابق، ص76.

الجدير بالذكر أن هولندا قد أنظمت في 1982 إلى اتفاقية لاهاي الموقعة في 05 أكتوبر 1961المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على التصرف الإيصائي، ومن غير أن تتحفظ على ذلك الحل بمقتضى المادة 11 من الاتفاقية والتي وضعت خصيصا للتحفظ بخصوص الوصية التي يتم إبرامها في الشكل الخطي، ومن ثم لم يعد لهذه القضية إي قيمة تاريخية. [37]

الفرع االثالث: في قضية زواج البوناني الأرثودكسي

تتمثل وقائعها في أن يونانيا تزوج من فرنسية في فرنسا طبقا للشكل المدني المعمول به في فرنسا، فثار نزاع أمام القضاء الفرنسي حيث طعن أولياؤه ببطلان هذا الزواج لأنه لم يتم حسب الشكل الديني الذي يتطلبه القانون اليوناني، قانون جنسية الزوج والذي يعتبر إشهار الزواج في الشكل الديني مسألة موضوعية، يدخله في نظام الأحوال الشخصية ويخضع وفق قواعد الإسناد الفرنسية إلى قانون جنسية الزوجين وهو القانون اليوناني فيكون هذا الزواج باطلا ,لأن قانون هذا الأخير يرتب على تخلف هذا الشرط بطلان الزواج، أما إذ كييّف أنه يتعلق بالجانب الشكلي لعقد الزواج فإنه يخضع حسب قواعد الإسناد الفرنسية إلى القانون الفرنسي (مكان إبرام الزواج) ومنه فالزواج صحيح ومنتج لآثاره.

هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 22/ 06/ 1955 بأن القانون الفرنسي هو المختص بالتكييف, ويعتبر مسألة إشهار الزواج في شكل ديني مسألة شكلية لا موضوعية وبالتالي يخضع لقانون المكان الذي أبرم فيه الزواج.

ردت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية على طلب النقض في قرارها المشار إليه أعلاه، والذي يثبت فيه بشكل واضح رأيها في موضوع التكييف: "بأن مسألة معرفة

[37] عمر بلمامي , دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر,المرجع السابق، ص77.

ما إذا كان أحد عناصر الاحتفال بالزواج يدخل في صنف شكل الزواج، أو في صنف الموضوع، يجب أن تفصل في هذه المسألة المحاكم الفرنسية في ضوء مفاهيم القانون الفرنسي التي تعتبر أن شهر الزواج دينيا أو مدنيا يتعلق بالشكل"، وبالتالي يخضع للقانون المحلي وهو قانون القاضي. [38]

قد سارت المحاكم الفرنسية على هذا المبدأ صراحة في كثير من أحكامها. [39]

كما تأثرت العديد من الأحكام القضائية الدولية الحديثة بهذا المبدأ من ذلك السلطات البلجيكية التي تراجعت في أحكامها عن المبدأ التقليدي الذي كان يعتبر شكلية الزواج من النظام العام وتبنت التكييف وفقا لقانون القاضي.

---

[38] عمر بلمامي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، المرجع السابق , ص83.

[39] ففي حكم لمحكمة باريس، مؤرخ في 17 مارس 1970 حول قضية تتلخص وقائعها في أن زوجين إيطالي وفرنسية، أبرما عقد زواجهما أمام كنيسة في باريس، ثم بعد مضي مدة من زواجهما قدمت الزوجة بطلب تطليقها من زوجها الإيطالي، بحجة أن هذا الزواج باطل مدعية في ذلك أن حالتها الشخصية تخضع للشريعة الإسلامية، فأجابت المحكمة أن: تكييف نظام الزواج، هل هو ديني أم مدني، مسألة شكلية تخضع للقانون الفرنسي المحلي.كما كانت هناك ما يعرف بقضية ,أجدن خضعت تكييف هذه الأخيرة وفق قانون القاضي فأختلف التكييف باختلاف تكييف القاضي المعروض عليه النزاع، وتتلخص وقائعها في ما يلي: دهب فرنسي قاصر إلى إنجلترا وتزوج من امرأة إنجليزية دون حصوله على إذن من والديه عملا بالمادة 148 مدني فرنسي، وعندما عاد إلى فرنسا , طالب أمام القضاء الفرنسي بإبطال الزواج للسبب المذكور، فأبطله القضاء الفرنسي ثم تزوج ثانية، كما تزوجت زوجته السابقة الإنجليزية من زوج إنجليزي، وعندما علم هذا الأخير سبق زواجها ,طالب أمام المحاكم الإنجليزية ببطلان الزواج الثاني منها لتعدد الأزواج فقضت محكمة الاستئناف الإنجليزية سنة 1908 ببطلانه واعتبار زواج الإنجليزية من الفرنسي صحيحا، إذن ما هو السر في تضارب هاذين الحكمين؟ إن السبب راجع إلى التكييف واختلاف مفهومه في القانون الفرنسي عنه في القانون الإنجليزي ففي القانون الفرنسي يعتبر رضاء الأولياء من الأشكال المكملة للأهلية، وبالتالي يخضع لقانون الجنسية وهو القانون الفرنسي، بينما يعتبر في القانون الإنجليزي من الأشكال الخارجية ويخضع لقاعدة لوكيس وهو القانون الإنجليزي، وبالتالي عندما عرضت القضية أمام المحاكم الفرنسية كيفت النزاع بأنه يتعلق بالأهلية وطبقت عليه القانون الفرنسي، ولكن لو كيفت طبقا للقانون الإنجليزي واعتبرت رضا الأولياء من الأشكال الخارجية وطبقت عليه قاعدة لوكيس لاعتبرت الزواج صحيحا والعكس لمواقف القضاء الإنجليزي. اكتر تفصيل راجع : Mayr pieur et HEUZ Vincent ,Droit international privé ,8ed Montchresten ,paris,2oo4,p 48 /49

عملا بذلك طبقت محكمة "بروكسل" هذا المبدأ في الاختيار بين الإشعار الديني والإشهار المدني، واعتبرت هذا الموضوع مجرد مسالة شكلية ولو كان القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية لأحد الزوجين، يعتبر الحفل الديني شرطا موضوعيا لإتمام الزواج.

تطبيقا لهذا المبدأ اعترفت هذه المحكمة بالزواج المدني الذي ثم عقده بين مواطن بلجيكي مع مواطنة إسبانية في فرنسا.

نفس الحل أتبعه القانون الألماني، حيث نصت المادة 3/13 من مقدمة القانون المدني بأن " شكل الزواج الذي يبرم في ألمانيا يحدد حسب القانون الألماني".إن القضاء في سويسرا، بالرغم من أنه لم يعبر صراحه عن التكيف في أحكامه المتعلقة بشهر الزواج، إلا أنه وصل إلى نفس المفهوم الذي أخذت به المحاكم الفرنسية، ومعلوم أن القانون السويسري لا يعرف إلا الشكل المدني في الزواج. [40]

من خلال هذه الأمثلة يتضح أن مفهوم شكل الزواج في معظم دول العالم كييف وفقا لقانون القاضي.إن مسألة التكييف مسألة هامة إذ يتوقف عليها معرفة القانون الواجب التطبيق، وإخضاع التكييف لقانون القاضي مستمد من الأحكام القضائية الفرنسية، وعلى أساسها شيد بارتان نظريته وبالتالي القضاء على مشكلة تنازع القوانين.

[40] وطبقا للمادة 2/7 من القانون المدني السويسري الصادر في 25 ديسمبر 1891 والمعدل في 10 ديسمبر 1907، فإن الشكل المتبع في إشهار هذا الشكل المعمول به هو القانون السوسري.
وتأسيسا على ذلك قررت المحكمة الفيدرالية على إثر قضية تتعلق بزواج يوناني في سويسرا في الشكل المدني، أن "السويسرا لا تعترف بنظام زواج من شأنه أن يخل بالأمن القانوني في إقليمها إذا كان القانون الوطني يشترط إشهار الزواج في شكل معين". عمر بلمامي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر ,المرجع السابق، ص85.

المطلب االثاني

الأساس الفقهي لإخضاع التكييف لقانون القاضي (نظرية بارتان)

إن عملية تكييف المسألة القانونية عملية أولية لازمة لمعرفة واختيار قاعدة الإسناد، ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فالقاضي عندما يعرض عليه أي نزاع قانوني ما فأول ما يقوم به هو تكييف هذا الأخير وفق قانونه الوطني.

المبدأ العام حسب هذه النظرية ,أن كل قاضي يجب عليه أن يحدد طبيعة العلاقات المعروضة عليه على ضوء قانونه[41]، غير أن هذا المبدأ الذي أستند عليه "بارنان" وهو خضوع التكييف لقانون القاضي لقي تأييدا واسعا من قبل الفقه الحديث والتشريع ,لكن على أسس مختلفة عكس الأساس الذي بني عليه نظريته وهي فكرة السيادة.

الفرع الأول: مضمون نظرية اخضاع االتكييف الى قانون القاضي وفق نضرية بارتن

القضاء الفرنسي هو أول من أدرج على هذا المبدأ، أي إخضاع التكييف لقانون القاضي وسار على نهجه معظم القضاء الغربي والعربي وذلك من خلال العديد من التطبيقات القضائية في وقتنا الحاضر،ا ضافة إلى التشريعات الوطنية التي تدعم هذه النظرية.

أولا: مبدأ اخضاع االتكييف لقانون القاضي وفق نضرية بارتان

إخضاع التكييف لقانون القاضي سواء كان هذا القانون من بين القوانين المتنازعة أو كان التنازع بين قوانين أجنبية، فالقاضي كما يقول **بارتان** عند تحديد طبيعة الواقعة محلالنزاع تخضع إلى القانون الوطني بطريقة ظمنية، وهذا ما أدرج عليه القضاء الفرنسي

[41]عمر بلمامي, دروس في القانون الدولي الخاص المعاصر,المرجع السابق ، ص70.

على إتباعه إلى غاية 1995 عندما قررت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتهاالشهيرة [42]

أول من نادى بهذه النظرية هو الفقه الألماني **كاهن KOHEN** ولكن يرجع الفضل في بلورتها وإيضاح معالمها إلى الفقيه الفرنسي "بارتان" حيث شيد نظريته في التكييف من خلال الأحكام الفرنسية التي درسها، وتجدر الإشارة الى أن هذه النظرية برزت للعيان في الوقت الذي كان الجدال قائما بين المدرسة العالمية , يتزعمها في ألمانيا "**فوبار**" الذي يهدف إلى إيجاد قواعد تنازع واحدة في كافة الدول، إما عن طريق معاهدات خاصة بتوحيد قواعد الإسناد، وإما عن طريق اجتهاد القضاء على مستوى عالمي.[43]

كانت تعارضها المدرسة الوضعية, التي لا ترى في قواعد القانون الدولي الخاص إلا قواعد وطنية, يسنها المشرع الوطني وليس لها أية صفة دولية ولا يمكن توحيدها بين مختلف الدول. [43]

أثناء هذا الجدال خرج كل من "**كاهن** و**بارتان**" بمسألة التكييف كحجة قاطعة للمدرسة الوضعية، وأرجع كل تكييف إلى قانون القاضي وقالوا باستحالة الرجوع إلى قانون آخر من أجل تكييف العلاقة المراد إسنادها إلى قانون موضوعي معين. [44]

على هذا الأساس قامت المحاكم الفرنسية بتكييف الحق الذي أدعته الزوجة على عقارات زوجها في قضية ميراث المالطي، وفقا للقواعد العامة في القانون الفرنسي وهذا

---

[42] إن مسألة معرفة ما إذا كان إشهار الزواج يتعلق بطائفة القواعد الشكلية أم بقواعد الموضوع، يجب أن يفصل فيها القاضي الفرنسي وفق لمفاهيم القانون الفرنسي، والذي وفقا له تعد الصفة الدينية أو غير الدينية للزواج مسألة شكلية.

[43] عمر بلمامي ، دراسات في القانون الدولي اخاص المعاصر ,المرجع السابق، ص7.

[44] جمال مرسي بدر: التكييف في تنازع القوانين، مجلة المحاماة المصرية، العدد الأول، منشورة، العدد الأربعون، مصر ,ص31.

ما يؤدي إلى اعتباره داخلا في فكرة الميراث ومستوحيا من موقع العقار. [45] خضوع التكييف لقانون القاضي حسب نظرية بارتن، يعني أن القاضي يقوم بعملية التكييف بإتباع أحكام قوانين بلاده ومفاهيمها، والركون إلى الأصناف والأفكار المسندة ووعاء كل منها وفق ما يحدده وينص عليه هذا القانون. [46]

وأسس بارتان موقفه هذا إسنادا إلى فكرة السيادة.

ثانيا: أساس نظرية بارتن

استند بارتن في اخضاع التكييف لقانون القاضي على أسس يدعم من خلالها نظريته،منها الأساس المتعلق بالسيادة اضافة الى تأثره بثقافته القانونية والمبادئ السائدة في قانونه.

1-التبرير المتعلق بالسيادة

هو التوجه الذي تم تكريسه في معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية اعتبار أن القاضي يعتمد على قانونه في عملية التكييف تكريسا لسيادة قانونه الوطني كما أن كل تطبيق للقانون الأجنبي داخل دولة القاضي يعد انتقاصا لسيادته التشريعية، وعليه فالمشرع هو الذي يملك تحديد القدر الذي يمكن أن ينقص فيه سيادة دولته.

إن قاعدة التنازع مستمدة من فكرة السيادة، حيث يرى "**بارتان**" أن تنازع القوانين ما هو إلا في الحقيقة إلا تنازعا بين سيادات الدول المختلفة التي لها علاقة بمحل النزاع ,فالأمر يتعلق بتحديد مجال تطبيق تشريعات تلك الدول ,أي تحديد مدى السيادة التشريعية لها. [47]

---

[45] عمر بلمامي ،دراسات في القانون الدولي الخاص المخاصر , المرجع السابق، ص7.

[46] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق ، ص136

[47] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص43.

قد برر **بارتن** نظريته وهو خضوع التكييف لقانون القاضي إلى فكرة السيادة قائلا: "إن المشرع الوطني وهو يسمح عن طريق قواعد الإسناد بتطبيق قوانين أجنبية بواسطة محاكمه إنما يتنازل في الواقع عن جانب من سيادته، وعلى هذا الأساس فإن تحديد نطاق ذلك التنازع ومعرفة متى يجب إعمال قاعدة الإسناد إنما يجب الرجوع فيه إلى قانون الوطني نفسه لأنه هو الذي يمكن أن يوضح نطاق سيادته ومدى قبوله لتدخل القواعد الموضوعية للقوانين الأجنبية التي يقبل إدخالها في إطار تنظيمه القانوني. [48]

المشرع الوطني هو الذي يحق له الحد من سيادة دولته التشريعية، بدون منازع، فهو الذي يضع قواعد الإسناد التي تنص على الطوائف القانونية التي يمكن إخراجها من اختصاص التشريع الوطني وإخضاعها لحكم قانون أجنبي معين.

إذا كان المشرع الوطني قد سمح مثلا بإخضاع أهلية الشخص إلى قانون جنسيته ويكيف المسألة محل النزاع وإدخالها في فكرة الأهلية، يكون تحديد لنطاق تطبيق القانون الأجنبي وبالتالي تحديد السيادة التي يخضع لها القانون. [49]

2-التبرير المتعلق بتاثر القاضي بثقافته القانونية

كما اعتمد بارتن على تبرير آخر إضافة إلى السيادة في إخضاع التكييف لقانون القاضي، وذلك عندما يقوم بتكييف المسألة المعروضة عليه فإنه يتأثر بالضرورة بحكم تكوينه الثقافي والقانوني بالمبادئ السائدة في قانونه وقد عبر **بارتن** عن ذلك حينما قرر أن المبادئ السائدة في دولة القاضي تعد جزء لا يتجزء من دكائه المهني. [50]

---

[48] عمر بلمامي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر ,المرجع السابق، ص172.

[49] المرجع نفسه, ص73.

[50] حفيظة الحداد ,المرجع السابق ، ص113.

ثالثا: استثناء اخضاع االتكييف لقانون القاضي.

بالرغم من أن **بارتن** يعتبر التكييف مسألة أولية لازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق يتم الرجوع لقانون القاضي, فإنه مع ذلك استثنى من ذلك التكييف الثانوي ووصف المال من هدا المبدأ .

1- **التكييف الثانوي:** فالتكييف الأول هو الذي يخضع لقانون القاضي وغرضه الاهتداء إلى قاعدة الإسناد التي تندرج تحتها المسألة القانونية المطروحة لمعرفة القانون المختص بحكمها، والثاني فإنه يخضع للقانون الذي أثارت بتطبيقه قاعدة الإسناد بعد الاهتداء إليها، ولا شأن لقانون القاضي به. [51]

2- **وصف المال:** حيث أكد **بارتن** في نظريته على وجوب خضوع وصف المال إلى غير قانون القاضي, وهو قانون موقعه وذلك سواء كان عقارا أو منقولا وأساس هذا الحل هو الطمأنينة في اكتساب الحقوق العينية واستقرار المعاملات. [52]

تظهر أهمية هذا الاستثناء في التشريعات والبلدان التي تميز بين القانون الواجب التطبيق على العقار والقانون الواجب التطبيق على المنقول كما في القانون الفرنسي الذي يخضع الميراث في العقار إلى قانون موقعه بينما يخضع الميراث في المنقول إلى قانون موطن المتوفي. [53]

الفرع االثاني: موقف االفقه االحديث من نظرية بارتان

نظرا للتطورات التي عرفها العالم ,أصبحت نظرية بارتن منتقدة من الفقه الحديث خاصة في بعض الجوانب التي بني عليها بارتان نظريته، إلا أنها لقت رواجا واستحسان

---

[51] وقد كان بارتن يعتبر في البداية التكييف الثانوي استثناء من التكييف وفقا لقانون القاضي غير أنه سرعان ما ترجع عن ذلك في أبحاثه وأعتبره نتيجة منطقية للأساس الذي بني عليه نظريته وهي فكرة السيادة.

[52] حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص114-115.

[53] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص139.

من قبل الفقه عامة، القضاء والتشريع خاصة من حيث مبدأ إخضاع التكييف لقانون القاضي دون إهمال الدور الذي يمكن أن يلعبه القانون الأجنبي في عملية التكييف.

أيد الفقه الحديث نظرية **بارتن** في التكييف, لكن على أسس مختلفة ,حيث يرفض تصور تنازع القوانين على أساس أنه تنازع بين سيادات الدول ,فالمشرع الوطني إذ يسمح بتطبيق القانون الأجنبي فإن ذلك أفضل القوانين المزاحمة ملائمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية محل النزاع, وتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي ,هو تعبير عن السيادة ولا يعد انتقاصا منها. [54]

هذا ماأدى بالفقه الحديث الى ا لتمسك بحجج أخرى, أكثر صلاحية حيث تتماشي وتطورالوضع الدولي الحديث منها:

1- **حجة منطقية:** تفرضها طبيعة الأمور في القانون الدولي الخاص، مفادها وحدة التكييف عند إعمال قاعدة التنازع وعند تطبيق القاعدة الموضوعية فلا يجب أن تتغير وصف الحالة القانونية[55]، فالعدالة كما عبر عنها الفقيه "**أرمنجون**" تتطلب أن يكون هذا القانون واجب التطبيق وهو قانون القاضي دائما، فإذا أشار هذا القانون طبقا لقاعدة من قواعد الخاصة بالإسناد بتطبيق قانون معين بصدد مسألة معينة فيجب أن تكيف هذه الأخيرة بحسب القواعد الأخرى الذي وضعها هو[56]، فالتكييف ليس إلا إطار للقواعد القانونية الأخرى.

---

[54] حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ص 111-112.

[55] عبده جميل غصون،محاضرات في القانون الدولي الخاص ,ط3,منشرات زين الحقوقية ,لبنان،2011, ص59.

[56] محمد شتى أبو السعود، المرجع السابق, ص4.

إذ ليس من المنطق أن يعتبر القاضي العلاقة موضوع النزاع من المواريث في قانون ما وتارة أخرى متعلقة بمشارطات الزواج تارة أخرى ,أو المال منقولا تارة وعقار مرة أخرى. (57)

2- **حجة عملية:** وهي حجة الحلقة المفرغة كما سماها الأستاذ "**جاك موري** argument' **I** de cerclevicieux وهي حجة ذات طابع عملي ذلك أن التكييف طبقا لقانون القاضي يجنبنا الدوران في حلقة مفرغة لأن التكييف عملية سابقة على إعمال قاعدة الإسناد من حيث التعاقد الزمني لأن التكييف يحصل في مرحلة أولية يكون القانون الواجب التطبيق على النزاعات مجهولا فلا مناص العودة إلى قانون القاضي، لأن التسلسل الزمني للأمور يفترض أن القاضي يفصل أولا في التكييف، بحيث يعمل على إدراج المسألة موضوع النزاع ضمن إحدى الفيئات المسندة لمعرفة قاعدة التنازع واجبة التطبيق. (58)

3- **حجة قانونية:** إن التكييف في القانون الدولي الخاص ما هو إلا تفسير لقاعدة الإسناد الوطنية(59)، هذه القاعدة التي يصوغها المشرع الوطني وبالتالي هو الأدرى من غيره في تفسير مضمونها ,والقاضي الوطني من المنطق أن يرجع إلى القانون الوطني ليحدد المعاني والمفاهيم الواردة في الفكرة المسندة (الأهلية، شكل التصرفات، الشروط الموضوعية).

(57)عمر بلمامي, دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر،المرجع السابق، ص 176.

(58) عبده جميل غصون، محاضرات في القانون الدولي الخاص ,المرجع السابق، ص 58.

(59)المرجع نفسه ,ص58.

القاضي عندما تعرض عليه بعض المسائل, فإنه يستعين بقانونه الوطني في تحديد الأوصاف القانونية وفقا لذلك القانون ومبادئه. [60]

– من خلال الحجج التي أضافها الفقه المعاصر, إضافة إلى حجة بارتان في إخضاع التكييف لقانون القاضي, يتضح أن كون قاعدة الإسناد قاعدة وطنية،بالتالي عند إجراء عملية التكييف الأولي, يتضح أي قانون يطبق, قد يكون قانون القاضي نفسه ,وقد يكون القانون الأجنبي ,لأن القانون المختص في حكم النزاع لا يعرف إلا بعد عملية التكييف وفقا لقانون القاضي، إن العمل بغير ذلك من شأنه عزل قاعدة الإسناد عن النظام القانوني. [61]

الفرع االثالث: تقدير النظرية (نظرية بارتن)

رغم الحلول التي أتى بها **بارتن** لحل مشكل التنازع إلا أنها لم تسلم من الانتقاد لوجود بعض التناقض، ذلك أن الأساس الذي بنيت عليه هذه النظرية غير واضح.

اولا: تقدير ا لمبدأ

من خلال الاراء الفقهية التي تناولت نظرية بارتن انها الطريقة المثلى لحل مشكلة تنازع القوانين غير ان هادا الحل اللدي جاءت به نظرية قانون القاضي لم يمنع من وجود بعض السلبيات .

1 –من الناحية االعملية

رغم وجاهة الحجج التي تدعم فكرة إخضاع التكييف لقانون القاضي فإنها من الناحية العملية تؤدي إلى عدم التيقن من القانون الواجب التطبيق، أي أن القانون الذي يحكم

---

[60] حفيظة سامية راشد، قاعدة الإسناد أمام القضاء، مجلة القانون والاقتصاد العدد الثاني، السنة 14 القاهرة 1972، مصر , ص407.

[61] عبد المنعم رياض، وسامية راشد ، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول والثاني، القاهرة ,مصر,1974، ص97.

العلاقة القانونية المشبوهة بعنصر أجنبي لا يعرف إلا بعد إقامة الدعوى، وإقامة الدعوى ما هو إلا إجراء لاحق لا يقع إلا في أحوال استثنائية. [62]

2 –من حيث تطبيق قواعد التنازع

إن مسائل الأحوال الشخصية للمرء تخضع أينما كان وأي كانت المحكمة التي يمثل أمامها في أي دولة لقانونه الشخصي, سواء كان قانون الجنسية أو قانون موطنه أينما وجد يعنى تماثل في الحلول, أينما كان ذلك أن المقصود بالحالة الشخصية في دولته لن يتباين من دولة إلى أخرى، وهذا يضمن إستمراريتها وعدم تجزئتها.

إن إخضاع التكييف لقانون القاضي من شأنه أن يطيح بهذا المبدأ فالحالة الشخصية للفرد الواحد تتباين حسب المحكمة المرفوع أمامها النزاع.

1– بخصوص المسؤولية االتقصيرية:

إن المبدأ العام ,هو خضوعها إلى قانون محل وقوعها، فإذا قام القاضي بتكييف الفعل الضار وفقا لقانونه, فإنه بالتالي يشوه هذه القاعدة ويبتعد عن مضمونها، فالتكييف يعني تحديد الفعل الجرمي وعناصره وتحدد تباعا القواعد القانونية التي تحكم هذا النوع من المسؤولية، فإن تم التكييف وفقا لقانون القاضي, فإن قانون محل وقوع الفعل الضارليس له سوى دور ثانوي. [63]

ثانيا: تقدير الاستثناء (خضوع تكييف المال إلى قانون موقعه)

لقد لاقي هذا الاستثناء نقدا لاذعا من بعض الفقهاء ولم تأخذ به غالبية التشريعات. [64]

---

[62] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني)، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة الثقافة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ,1997، ص60.

[63] محمد عبد العال عكاشة ، المرجع السابق، ص122.

[64] هناك بعض التشريعات نصت طرحة على الأخذ به وفي ذلك نقد المادة 1/18 من قانون المعاملات الاماراتية على أنه يحدد قانون الدولة التي يوجد بها المال ما إذا كان المال عقارا أو منقولا.

إن اخضاع وصف المال لقانون موقعه يعد استثناء غير حقيقي في كثير من الحالات، فلا يمكن وصف المال ما إذا كان عقارا أو منقولا، إلا في حالة لاحقة على الإسناد, أي في مرحلة تطبيق القانون المختص.

كما أن قاعدة الإسناد التي ترصد للمنقول مختلفة عن التي ترصد للعقار, فيكون القانون الذي يحكم المنقول مختلف عن القانون الذي يحكم العقار, في هذه الحالة يكون تحديد القانون المختص رهينا بتكييف المال وبيان طبيعته، وهذا لا يكون إلا بتكييفه تكييف أولا يرجع فيه إلى قانون القاضي.[65]

إن الأخذ بهذا الاستثناء الذي أتى به **بارتن** يمكن أن يواجه القاضي صعوبات عملية بالغة وذلك

1- إذا كان المال المراد تكييفه موزع بين إقليم أكثر من دولة فكل منها يخلع عليه وصفا مختلف، معنى ذلك تعد قواعد الإسناد على ما ينطوي عليه ذلك من تضارب بخصوص المنازعة الواحدة.

2- إذا كان مالا معنويا فإن تحديد موقع المال على ضوء اعتبارات قانونية واقتصادية يقدرها، والنتيجة المترتبة على هذا التباين في تصور اختلاف قواعد الإسناد مع ما يصاحب ذلك من تناقض، وتضارب في الحلول في شأن ذلك التنازع. [66]

---

[65] محمدعبد العال عكاشة، مرجع سابق، ص 127.

[66] المرجع نفسه، ص ص128-129.

المطلب االثالث

الأساس االتشريعي لاخضاع االتكييف لقانون القاضي .

إنّ عملية التكييف عملية قانونية تهدف إلى تحديد طبيعة المسألة التي تطرحها المنازعة وهي عبارة عن لباس قانوني لتحديد قاعدة التنازع التي تحملها وصولا إلى القانون الواجب التطبيق.

التكييف كما سبق ذكره يخضع لقانون القاضي حسب بارتن وأيده الفقه الحديث لكن ليس على أساس السيادة كما أدعى وإنما على أسس أخرى قانونية وعملية، كما اعتنق هذه النظرية معظم التشريعات الغربية والعربية، كما أقرها المجتمع عن طريق معاهدات واتفاقيات، كاتفاقية لاهاي سنة 1925 ومجموعة بوسنامنت التي تنص عليها صراحة في المادة السادسة.[67]

الفرع الأول: في التشريع الجزائري

أخد المشرع الجزائري بمبادئ بارتن في عملية التكييف في المادة التاسعة من القانون المدني على أنّ: "يكون القانون الجزائري وحده هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق".

والمادة التاسعة تشمل المفهوم الواسع للقانون الجزائري والذي يشمل مختلف القواعد مهما اختلفت مصادرها التي استمدت منها القوة الإلزامية.

---

[67] Art.6.de code Bustamant :«Dans tous les cas non prèvus pour le presedent code, chacun des etats coutractants appliqueras ses propre qualification aux institutions aux relations jurdiques qui doivent cores pondre aux groupes de lois mentionnées a l’article 03.
نقلا عن عمر بلما مي,دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر, المرجع السا بق,ص216

يبدو من خلال هذا النص أن المقصود بالتكييف هو التكييف اللازم أو السابق، هذا عن المبدأ الذي أخد به المشرع الجزائري في إخضاع التكييف لقانون القاضي، أما الاستثناء فقد نص عليه صراحة في المادة 1/17 من الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75.58 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 "يخضع تكييف المال (سواء كان عقارا أو منقولا) إلى قانون الدولة التي يوجد بها."

الفرع االثاني:في التشريعات العربية الاخرى

اخدت معظم التشريعات العربية بنظرية بارتن حيت اخضعت التكييف الاولي لقانون القاضي بنصوص صريحة الا أن وصف المال لم تأخد به الا بعض الدول منها الامارات .

أولا: في االتشريع االتونسي:

نصت المادة 1/17 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية " يتم التكييف إذا كان الهدف منه تحديد قاعدة التنازع التي تمكن من تعيين القانون المطبق، طبقا لأصناف القانون التونسي" . [68]

ثانيا-في التشريع المغربي:

رغم أن الضهير الصادر في سنة 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للأجانب لم

يتضمن نصا صريحا بين القانون المعتمد في عملية التكييف إلاّ أنّ بعد الاستقلال أجمع الفقه والقضاء على وجوب إخضاع التكييف المغربي.[69]

[68] عمر بلمالي، دراسات القانون الدولي الخاص المعاصر,المرجع السابق، ص 217.

[69] المرجع نفسه، ص 218.

ثالثا:في االتشريع الليبي:

نصت المادة العاشرة من القانون المدني الليبي على:القانونالليبي هو المرجع في تكييف العلاقات عند ما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تنازع فيها القوانين، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها.[70]

رابعا: في التشريع المصري و االسوداني:

أخد كذلك بنظرية بارتن كل من التشريع المصري والسوداني ونصت على ذلك بنصوص صريحة منها المادة 10ق م م تقابلها المادة 10 من المعاملات السوداني.

1- في االتشريع المصري

تنص على انّ: " القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تنازع فيها القوانين لمعرفة القاون الواجب تطبيقه من بينها " [71]

2- في التشريع االسوداني:

- من خلال المادة 10ق م السوداني يتضح أنّ عملية التكييف تتم وفقا للقانون الوطني حيث تنص المادة 10 ق م السوداني على : يكون هذا القانون هو المرجع في تكييف العلاقات المدنية عندما يتطلب تحيدي نوع هذه المعاملات في قضية تنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها. [72]

---

[70] عمر بلمامي,دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، ص 218-219.

[71] المرجع نفسه، ص 218.

[72] أسامة محمد عثمان، تحديد القانون الواجب التطبيق (حل التنازع في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي) القانون السوداني والاماراتي نموذجا، السودان ص1248

خامسا: التشريع الإماراتي:

تنص المادة 10 من ق م للإمارات المتحدة لسنة 1980 على أنّ قانون الامارات هو المرجع الوحيد في تكييف العلاقات عندما يتطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها.

وجاء تأكيد هذا الاختصاص المطلق للقانون الوطني في أحكام القضاء منها ما جاء في حكم المحكمة العليا الاماراتية بأنّ: قانون المعاملات هو القانون العام الذي يتعين الرجوع إليه لتحديد طبيعة العلاقة موضوع النزاع وإدخاله في طائفة من طوائف النظم القانونية ومن ثم هذا التحديد.[73]

سادسا: في ا التشريع الأردني

تنص المادة 11 ق م الأردني على أنّ " القانون الأردني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يتطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تنازع فيهاالقانون لمعرفة القانون الواجب تطبيقه.[74]

يقصد بالتكييف الذي يرجع إليه القانون الأردني هو التكييف الأولي الذي يكون غرضه تعيين طبيعة العلاقة موضوع النزاع أما التكييفات اللاحقة فتخرج من اختصاص القانون الأردني ويحكمها القانون الذي أولته قاعدة الإسناد.[75]

سابعا: في التشريع االسوري

القانون السوري هو المرجع الوحيد في تكييف طبيعة النزاع المعروض عليه من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق وهذا بنص المادة 11 من القانون م السوري التي تنص : "

---

[73] نفس أسامة محمد عثمان,المرجع السابق، ص ,1248.

[74] حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص 66.

[75] المرجع نفسه، ص 66

القانون السوري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يتطلب تحديد نوعة هذه العلاقات في قضية تنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها."

اثنى الفقه السوري [76] على مسلك المشرع هذا فيما يتعلق باعتناقه لقاعدة بارتن وكذلك التحفظ الذي قرره بارتن على نضريته فيما يتعلق بالتكييف الثانوي, حيث يرى هذا الفقه أن القانون السوري هو المرجع للتكييف الأولي فقط أما التكييف الثانوي يخضع للقانون الذي عينته قاعدة الاسناد لحكم النزاع سواء كان قانون القاضي أو قانون آخر.

يستشهد على ذلك بموقف محكمة النقض السورية التي جاء في حكم لها عام 1962 أنّ: " التكييف الذي يخضع لقانون القاضي ينحصر أثره في التكييف اللازم لتحديدي قاعدة الإسناد وتكييف العلاقات اللاحقة. [77]

بالإضافة إلى التشريعات العربية الأخرى التي تخضع التكييف لقانون القاضي منها العراق الذي تنص المادة 1/17 من القانون المدني العراقي على انّ:" القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات ، عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقة في قضية تنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها."

تقابلها المادة 84 من أصول المحكمات المدنية اللبنانية. [78]

الفرع الثالث: في االتشريعات الغربية

ان عملية التكييف أو كما تسمى بالتصنيف عملية قانونية تهدف إلى تحديد طبيعة المسألة التي تطرحها المنازعة وهي عبارة عن لباس قانوني لتحديد قاعدة الاسناد التي نحكمها

---

[76] فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات جامعة دمشق، سوريا ص، 104.

[77] قرار رقم 17 الأساس المدني، 53 دائرة الموارد المدنية والتجارية، تاريخ 1992/2/17، نقلا عن محمد ديب.المرجع نفسه.

[78] عمر بلمالي، دروس في القانون الدولي الخاص ,المعاصر، ص 219.

وصولا إلى القانون الواجب التطبيق.[79] وهذه العملية القانونية تخضع لقانون القاضي حسب نظرية بارتن، فالقاضي عندما يعرض عليه نزاع يتعلق بعلاقة قانونية مشبوهة بعنصر أجنبي سوى الرجوع إلى قانونه الوطني للتعرف على صنف العلاقة ليضمها إلى فكرة معينة.

أخذ بهذا النوع من التكييف المشرع الغربي وحدى حدوده التشريع الغربي بما فيها:

أولا: التشريع الفرنسي

المشرع الفرنسي لم يصرح مباشرة بخضوع التكييف لقانون القاضي ولكن يمكن إستلهامها من صياغة المادة 3/3 من القانون المدني الفرنسي الخاصة بحالة الأشخاص وأهليتهم والتي تنص على: "القوانين المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، تحكم الأشخاص حتى ولو كانوا مقيمين في بلد أجنبي.

من صياغة هذه المادة يفهم ضمنيا أن التكييف المتعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم يخضع للقانون الوطني، ذلك أن تطبيق القانون المتعلق بالحالة والأهلية يفرض على المحكمة الأجنبية الأخذ بالقانون الشخصي، يفهم ضمنيا من خلال المادة 3/3 ق م ف أن المشرع الفرنسي أخذ بقانون القاضي في عملية التكييف، وأحسن فعلا حسب الفقه الفرنسي لأنه أعطى حرية أكبر للقاضي الفرنسي في تفسير مفاهيمه القانونية والإستئناس بالقانون الأجنبي.

ثانيا:التشريع الأمريكي

أخذ بنظرية بارتن المشرع الأمريكي لتقنين قواعد التنازع الدولي الخاص، ونصت عليها المادة 584 من المجموعة الأولى لقواعد تنازع القوانين الأمريكية أنّه: يتعين على

(79) علال قاشي، أساس تطبيق القانون الأجنبي ومركزه أمام القاضي الوطني، الملتقة الدولي الأول حول تطبيق القانون الأجنبي، كلية الحقوق، جامعة اللأغواط, الجزائر,ق2007، ص 16.

المحكمة وبمقتضى قاعدتها الوطنية المتعلقة بالتنازع بين القوانين أن تحدد ما إذا كانت المسألة تخص الجوهر أو تتعلق بالشكل.

ثالثا : التشريعات الغربية الأخرى

أخذ بها التقنين المدني الإيطالي الصادر سنة 1942، والتقنين اليوناني الصادر سنة 1940 والمعمول به سنة 1946، إضافة إلى القانون البرازيلي الذي نص صراحة في المادة الثامنة من قانون إصدار القانون المدني المؤرخ في سنة 1942 على أنّه:

يطبق في تكييف الأموال وتنظيم العلاقات الخاصة بها، قانون البلد الذي يقع به تلك الأموال ". [80]

كما أخذت بالقاعدة العامة للنظرية بلدان غربية أخرى بنصوص صريحة كإسبانيا والمجر، فيما دول أخرى كبلجيكا وكندا وأستراليا اعتبرت الأخذ بهذا المبدأ أي إخضاع التكييف لقانون القاضي شيء من البداهة حيث لا يحتاج لنص صريح تعبر عنه.[81]

[80] عمر بلمالي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر ,المرجع السابق، ص 217.

[81] جمال محمود الكردي، تنازع القوانين ,دارالنهضةالعربية,مصر2005المرجع ، ص 96.

الفصل الثاني

حدود إخضاع التكييف لقانون القاضي

رغم التأييد الذي لقيته نظرية بارتن حول إخضاع التكييف لقانون القاضي بحيث تبنتها معظم التشريعات المقارنة بما فيها العربية بنصوص صريحة منها المشرع الجزائري بنص المادة 9 من ق م ج[85] ، كما أخذت بها المحاكم في إيجاد الحلول للمسائل القانونية المطروحة، فأخضع القاضي الفرنسي التكييف لقانونه الوطني كما في قضية وصية الهولندي وزواج اليوناني وحدى حدوده القضاء الحديث بصفة عامة.

في الوقت الذي ظهرت فيه نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي ظهرت نظرية عكسية معارضة لهذا الفكر القانوني، تلقت انتقادا لاذعا، واعتبرت نظرية عابرة لا تستجيب لمتطلبات العصر الحديث والتطور الاقتصادي والسياسي الذي عرفه العالم بعد الحرب العالمية الثانية، إضافة إلى أنها لا تساير تطور الفكر القانوني الحديث والتعاون في مختلف المجالات.

وتسائل أصحاب هذه النظريات عن موقف القضاء عندما يواجه علاقة قانونية غريبة عن نطاق قانون القاضي، فكيف يمكن تكييف مثل هذه العلاقات القانونية؟.

وعلى هذا الأساس أنقسم الفقهاء المعارضين لنظرية بارتن إلى عدة اتجاهات فقهية فمنهم من اخضع التكييف إلى القانون المختص في حكم العلاقة موضوع النزاع وجانب آخر إلى القانون المقارن، وأعتبره جانب آخر من الفقه مجرد مسألة فقهية علمية لا غير معظم القضاء والتشريع اخذ بنظرية بارتن في إخضاع التكييف لقانون القاضي وأقرتها المؤتمرات والمعاهدات الدولية كإتفاقية لاهاي سنة 1925 إلا أن التشريع الحديث حدد بعض المجالات

[85] يكون القانون الجزائري هو المرجع في التكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه.

بنصوص صريحة لا يمكن فيها إخضاع التكييف لقانون القاضي كوجود استحالة مادية أو النزاعات تعاقدية أو في حالة وجود نص تشريعي أو معاهدة دولية.

المبحث الأول

الإستنادات الفقهية لإخضاع التكييف لقانون القاضي

التكييف أمر أساسي وأولي لحل تنازع القوانين لأن تحديد قاعدة الإسناد وبالتالي القانون الواجب التطبيق يعتمد على تعيين طبيعة العلاقة القانونية وإدخالها ضمن صنف قانوني معين.

فحسب نظرية بارتن فمسألة تكييف القانون يخضع لقانون القاضي لكن هذه النظرية تعرضت لعدة انتقادات من طرف الفقه المعارض وانقسم إلى عدة اتجاهات، فمنهم من أعتبر تكييف القانون يخضع للقانون المختص بحكم النزاع، وبالتالي تحقيق الهدف الذي حدده له مشرعه.

كما ذهب بعض الفقه إلى معارضة نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي والاتجاه التي يخضع التكييف للقانون المختص بحكم العلاقة على حد سواء، ونادى بالأخذ بالقانون المقارن وذلك بمقارنة المفاهيم القانونية الدولية ومحاولة إيجاد حل عادل للمسألة محل النزاع.

وجانب من الفقه أعتبر التكييف مجرد مسألة فقهية علمية وليست وضعية وبالتالي لا يوجد تنازع بين التكييفات.

المطلب الأول

إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع

بالرغم من سيادة نظرية بارتن في مسألة تكييف القانون خاصة من قبل القضاء، إلا أنها لم تلقى إجماعا من قبل الفقه، وعدو أن هذا يعطي اختصاصا واسعا للقانون الوطني لا مبرر له، ونادى الفقهاء إلى توسيع الاختصاص إلى القانون الأجنبي المزمع تطبيقه على موضوع النزاع.

ومن بين هؤلاء الفقهاء، الفقيه الفرنسي despanet الذي عارض إخضاع التكييف لقانون القاضي وأكد من خلال نظريته أن التكييف يجب أن يكون للقانون الذي يحكم النزاع.

الفرع الأول: مضمون نظريةاخضاع التكييف للقانون الدي يحكم النزاع

تزعم هذه النظرية الفقيه ديسباني "despanet" في فرنسا وباكيوني "pachini" في إيطاليا وولف "walff" في ألمانيا، فقد نادى هؤلاء إلى إعطاء الاختصاص في التكييف إلى قانون الذي يحكم موضوع النزاع، المشوب بعنصر أجنبي إشارة من قاعدة الإسناد في قانون القاضي[86]، لأن كل تشريع له أسسه الخاصة بالتكييف.

اذا قرر المشرع على سبيل المثال إخضاع شكل التصرفات لقانون بلد إبرامها فإن تحديد مفهوم فكرة الشكل يجب الرجوع إلى البلد الذي أجري فيه التصرف أي القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد موضوع النزاع.

[86] غالب علي داوودي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية) دراسة مقارنة الطبعة الخامسة دار وائل للنشر عمان الأردن 2017، ص 117.

إذا كانت قاعدة الإسناد في قانون القاضي تخضع الأهلية مثلا إلى قانون جنسية الشخص فعند أنصار هذه النظرية أن يتم تحديد نطاق الأهلية ومعرفة ما إذا كانت نقطة الخلاف مسألة أهلية أو لا بالرجوع إلى قانون الجنسية لا إلى قانون القاضي[87].

إذا أخذنا مثال وصية الهولنديين، بحسب إجراء التكييف وفق القانون الهولندي الذي ينظم أهلية الهولنديين، فحسب المادة 992 من القانون المدني الهولندي، تحضر على الهولنديين إجراء وصياهم في الشكل العرفي، أي الوصية الخطية ولما كان هذا الحظر متعلق بالأهلية إن أي تكييف غيره وإعطاء وصف آخر من شأنه أن يشوه طبيعته الحقيقية[88]، وبالتالي دالحكم حسب القانون الهولندي بطلان الوصية، وهذا عكس ما قرره القضاء الفرنسي الذي أخذ بصحة الوصية.

إذن حسب الفقيه دسباني despaguet أن التكييف لا يجب أن يتم وفقا لأحكام ومبادئ قانون القاضي، ولكن وفقا لأحكام ومفاهيم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، فإذا كان القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لإبرام الزواج هو قانون جنسية كل من الزوجين فيجب الرجوع إلى ذلك القانون لتحديد الوصف القانوني لشرط إشهار الزواج في حفل ديني دون الإلتجاء إلى قانون القاضي، وأسند الفقيه ديسباني في نظريته على عدة أسس منها:

الفرع الثاني: أساس إخضاع التكييف للقانون المختص في النزاع

انتقد ديسباني نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي وأعتبر أن الاختصاص في التكييف للقانون المختص بحكم النزاع وقدم عدة حجج من بينها ما يلي:

---

(87) عمر بمامي، دراسات في القانون الدولي المعاصر الخاص, المرجع السابق، ص 249.

(88) بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين) الجزء الأول، الطبعة الثالثة عشر، دار هومة ,الجزائر,2013، ص 87.

الحجة الأولى:

لكل قانون تكييفاته، حينما تقضي قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانون أجنبي على علاقة قانونية معينة وجب أن يكون تحديد طبيعة هذه العلاقة هو ذلك الذي يقضي به هذا القانون الأجنبي لأنه هو من يحكمها[89]، فإذا ما حددت هذه الطبيعة وفقا لقانون آخر غير هذا القانون المختص لكانت النتيجة تطبيق ذلك القانون في غير الحالات التي قرر له مشرعه أن يطبق فيها[90]، فترك التكييف للقانون الواجب التطبيق فيه ضمان لصحة تطبيق القانون الأجنبي.

يتضح ذلك من وصية الهولندي، فلو أجرى القاضي تكييف حظر إجراء الوصية في الشكل العرفي مسألة شكل وفقا لقانونه لترتب عنه تطبيق القانون الفرنسي، في حين لو أجري التكييف وفقا للقانون الهولندي لكانت النتيجة تطبيق هذا الأخير على الوصية لأن إجراء الوصية في الشكل العرفي تعتبر مسألة أهلية بالنسبة للقانون الهولندي وبالتالي يطبق قانون الجنسية.

إذ كان القانون الأجنبي بعد مسألة ما من الشكل في حين أن قانون القاضي يعتبرها من مسائل الأهلية، فهنا لو أجري القاضي التكييف وفقا لقانونه لأسند الاختصاص للقانون الأجنبي، في حين هذا الأخير لا يعتبر نفسه مختصا بحكم المسألة، وهو ما يتضمن خرقا للقانون الأجنبي، ويؤدي إلى تطبيقه في حالات لم يقتصد له مشرعه أن يطبق فيها[91].

الحجة الثانية:

إنه من غير المفهوم بأن تشير قاعدة الإسناد إلى اختصاص قانون معين ثم لا يطبق القاضي ذلك القانون، فإجراء التكييف بناءا على القانون الأجنبي أمر تفرضه قاعدة الإسناد

---

[89] مجد الدين خربوط،.القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، منشورات جامعة حلب، سوريا، 2007، ص 100.

[90] جمال محمود الكردي, المرجع السابق، ص 75.

[91].المرجع نفسه نفس الصفحة .

الوطنية نفسها، فيما إذ التكييف يشكل جزء لا يتجزء من قاعدة الإسناد[92]، إن اختيار أحد القوانين لحكم النزاع يكون اختيار كلي واعترافا كاملا للقانون المختار بحكم العلاقة محل النزاع، خاصة في ما يتعلق بوصفها القانوني، وعليه حالما تشير قاعدة التنازع إلى القانون الأجنبي لحكم العلاقة فإن دور قانون القاضي ينتهي ويطبق القانون الأجنبي على النزاع برمته دون الفصل بين القواعد الخاصة بالتكييف والقواعد الموضوعية المطبقة على أساس النزاع.

القول بغير ذلك يؤدي إلى التقليل من فرص تطبيق القانون الأجنبي وهذا ما يتعارض مع وظيفة قاعدة الإسناد التي تهدف إلى تحقيق التعايش بين مختلف النظم القانونية.

فإذا ما أشارت مثلا قاعدة الإسناد الفرنسية إلى إخضاع الحالة الشخصية للقانون اليوناني فيجب أن يفهم معنى الحالة الشخصية انطلاقا من المشرع اليوناني[93].

تفسير القانون الأجنبي لا يمكن بمفاهيم لا تمت له بأي صلة وإن عز ذلك لا نكون أما تطبيقه وإنما خرقا لقواعد القانون الدولي الخاص.

وكما قال ديسباني، إن التكييف الأجنبي لا يعني بالضرورة أنه يصطدم بالسيادة الوطنية لدولة القاضي كما زعم بارتن.

كما أن التكييف وفقا للقانون الأجنبي يمكن أن يعقد الاختصاص لقانون القاضي كما يمكن لقانون هذا الأخير نفسه أن يعقد الاختصاص للقانون الأجنبي، وينتهي ديسباني

---

[92] محمد وليد المصري الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص(دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2009، ص 83.

[93] عبده جميل غصون، المرجع السابق، ص 52.

despagnet إلى القول بأن التكييف وفقا لقانون القاضي يؤدي إلى استبعاد كل القواعد التشريعية للقانون الأجنبي[94].

الحجة الثالثة:

إن اعتبارات العدالة واحتمال النقص في قانون القاضي تستلزم الرجوع إلى القانون المختص بحكم النزاع على تكييف المسألة محل النزاع، إذ يتلافي النتائج الغير عادلة التي يمكن أن يقود إليها تطبيق قانون القاضي على التكييف خصوصا إذ كانت المسألة المعروضة يجهلها قانونه في حين يعترف بها وينظمها القانون المختص بحكم النزاع.

فإن المسألة محل النزاع بهذا الشكل تبقى بدون حل، إذ كيف يمكن للقاضي أن يقوم بتكييف مثل هذا النظام وفقا لقانون يجهله[95].

ففي قضية ميراث المالطي لو كيف القاضي مسألة نصيب الزوج المحتاج للقانون المالطي أي قانون جنسية الزوجين والذي يعترف بفكرة ذلك النصيب، وبالتالي لأخذت نصيبها من مال زوجها.

هكذا فإن إخضاع التكييف حسب نظرية despagnet لغير القانون المختص قد يؤدي إلى تعطيل تطبيق هذا القانون في الوقت الذي كان يتعين فيه تطبيقه[96].

وقد تبنى هذا الاتجاه الأستاذة m.philoneko، حيث قال إن قاعدة التنازع، ليس لها الأمر المباشر في تطبيق قانون معين وإنما هي تكتفي فقط بمجرد الإشارة إلى القانون المختص أصلا وإعطاء الإرشادات العامة في هذا الشأن [97].

---

[94] عمر بلمامي، دروس في القانون الدولي الخاص المعاصر, المرجع السابق، ص250.

[95] المرجع نفسه، ص 25.

[96] –Riadh Boukhari, qualification en droit international privé ,revue les cahiers de droit ,vol. 51,n°1 mars 2010,P 165

[97] عمر بلمامي,دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر,المرجع السابق، ص 252.

وأنتهى فولينوكو إلى القول بأن التكييف يمر بمرحلتين، فالقاضي عندما يقوم بعملية التكييف في أية دولة يمر بمرحلة أولى وتسمى التكييف المؤقت وبواسطة قانون القاضي ويطلق عليه la loi du commandement والمرحلة الثانية يسمى بالتكييف النهائي la qualification definitive[98]، والذي ممكن أن يكون من اختصاص قانون القاضي كما يمكن أن يكون من اختصاص القانون الأجنبي، وفي هذه الحالة الأخيرة يتعين على القاضي أن يأخذ بأحكام القانون الأجنبي كما هي دون أن يعمل باقي الأحكام الأخرى للقانون الأجنبي المختص، لأن تجزئة القانون الأجنبي تعتبر تشويها للهدف الذي وضعه له مشرعه[99].

يخلص أنصار نظرية Despagnet ومؤيديه إلى أن التكييف يخضع للقانون المختص الذي يحكم النزاع ولو كان أجنبيا، حيث لا يمكن للقاضي أن يكيف المسألة القانونية محل النزاع ويضمن سلامة تطبيق القانون الأجنبي مجرد عن التكييفات التي ينضمها هذا القانون باعتباره الأدرى بما يهدف إليه مشرعه.

الفرع الثالث: تقدير نظريةاخضاع التكييف للقانون المختص الدي يحكم النزاع

بالرغم من التأييد الفقهي الذي لاقته نظرية إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع لوجاهة الحجج الذي تقوم عليها، فالنظرية تنهض على فكرة أساسية منطقية وذلك أن قاعدة الإسناد التي يلجأ إليها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق تشير إلى قانون الدولة الأجدر بحكم النزاع باعتبار أن العلاقة وثيقة الصلة بهذا القانون أكثر من غيره، فينبغي تطبيقه بشكل كامل إبتداءا من تكييف المسألة القانونية حتى الحل النهائي لهذا النزاع.

---

(98) Nabil Ben Aicha, « La place du droit étranger dans la qualification »,Revue tunisienne de droit ,2000,p 357,365

(99) عمر بلمامي،دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر, المرجع السابق، ص 252.

إن إجراء التكييف وفقا لقانون القاضي وعدم إجراؤه وفقا للقانون الذي يحكم الموضوع فيه شيء من التناقض في المنازعات ذات الطابع الدولي ,من غير المنطق أن يفرض التكييف الذي يقضي به قانون القاضي المعروض عليه النزاع ما دمنا قد سلمنا بوجوب إخضاع هذه المنازعات للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد[100].

بالرغم من الحجة الأساسية التي ساقها أصحاب هذه النظرية إلا أنها أنقدت بشدة واعتبرت خيالية بعيدا عن الواقع العملي، فالحل المنادى به عسير المنال.

ومن بين الانتقادات التي وجهت إلى نظرية ديسباني:

أولا:اخضاع التكييف للقانون للقانون الدي يحكم النزاع مضيعة للوقت

إن إخضاع التكييف للقانون الأجنبي فيه مضيعة للوقت، فمثلا إذا كان قانون القاضي يأخذ بالإحالة كأن يكييف القانون المختص بحكم النزاع بأنها من الأهلية وأسندها من جديد إلى قانون القاضي باعتباره قانون الموطن أو الجنسية، ومن ثم يكون هناك لف ودوران[101]. ولو افترضنا أن قانون القاضي لا يأخذ بالإحالة فكيف يمكن أن نصل إلى الحل وبالتالي تطبيق القانون.

ثانيا: على الصعيد العملي

على الصعيد العملي نستخلص جوهر هذا الانتقاد في أن التكييف أمر ضروري لتعيين القانون الواجب التطبيق، كيف يخضع التكييف الى قانون أجنبي في حين يجهل ما إذا كان هذا القانون سيطبق أم لا[102].

---

[100] جمال محمود الكردي، تنازع القوانين ,دار النهضة العربية,مصر,2005 ,المرجع ، ص 78.

[101] نسرين شريفي، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين– الجنسية)، الطبعة الأولى، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص 37.

[102] شاوش حكيم، قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008.2007، ص 20.

كيف يتسنى للقاضي إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع في الوقت الذي يجعل فيه القاضي ذلك القانون ,بل أنه لن يتعرف على قاعدة الإسناد ذاتها قبل تكييف المسألة؟.

إخضاع التكييف للقانون المختص يؤدي إلى نوع من المصادرة على المطلوب[103].

التكييف يتم أولا ثم يتعرف على قاعدة الإسناد ومن ثم معرفة القانون الواجب التطبيق مثلا بالنسبة لزواج اليوناني في فرنسا في الشكل المدني، أنصار هذا الإتجاه يعتبرون القانون اليوناني هو الذي يطبق, في حين لا يمكن تطبيقه إلا بعد تكييف المسألة القانونية محل النزاع ومن ثم يطبق القانون التي تشير إليه قاعدة الإسناد.

عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى إخضاع الأهلية إلى قانون الجنسية لا يمكن أن يطبق ذلك القانون مباشرة قبل التأكد من أن ذلك النزاع المعروض على القاضي من مسائل الأهلية بدل من مسائل أخرى, كالشكل مثلا[104].

إلا أن wolff رد على هذه الحجة أي التي تقول بإخضاع التكييف للقانون المختص يؤدي إلى نوع من المصادرة على المطلوب، هي مسألة ظاهرية لا وجود لها في الحقيقة وأن شبهة قيامها ترجع أكثر إلى كيفية صياغة قواعد الإسناد، فالقاعدة التي تقرر أن الميراث يخضع لقانون موطن المتوفى وقت الوفاة، تكون إذا مات شخص فعلى المحكمة أن تطبق في شأن تركته القواعد السارية في الدولة التي كان يستوطن بها وقت الوفاة والتي يعتبرها قانون هذه الدولة من القواعد الخاصة بالميراث[105].

---

[103] Henri Battifol et paul Lagarde,Traité de droit international privé,t.1, 8e éd,LGDJ.,Paris, 1993,p,4805+

[104] عبد الرزاق دربال، الواقي في القانون الدولي الخاص (النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن) الكتاب الأول، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 81.

[105]عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر ,المرجع السابق، ص255.

ينتهي وولف من خلال تحليله لنظرية إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع من خلال تحليلاته فيقول: "بأنه يتعين على القاضي عند تطبيقه للقانون الأجنبي أن يأخذ بكل التكييفات التي يثيرها هذا القانون".

لكن رغم محاولة وولف wolff الرد على الحجة التي ساقها معارضي نظريته والمتمثلة في إخضاع التكييف للقانون المختص تعتبر مصادرة على المطلوب[106] ، لم تغير من الواقع شيء ذلك أن تكييف المسألة محل البحث وفقا لقانون مجهول يتناقض مع أبسط قواعد المنطق.

بما أن التكييف أهميته تكمن في تحديد القانون الواجب التطبيق، كيف يمكن للقاضي تكييف المسألة القانونية محل النزاع في الوقت الذي يجهل فيه القاضي هذا القانون جهلا تاما، وقبل أن يعرف ذلك القانون هو الواجب التطبيق أم لا.

وقد أستشهد وولف ببعض الأحكام القضائية[107]. التي تدعم وجهة نظره إلا أن هذه الأحكام لا تدل على رجاحة نظريته إذ أنها غالبا ما تكون عرضة للاستئناف والنقض وبالتالي فهي لا توضح اتجاه القضاء في إعتناقه لهذا الرأي أو ذاك.

ثالثا: على الصعيد النظري

هناك إعتراض آخر موجه لهذه النظرية مستمد من طبيعة قواعد تنازع القوانين ذاتها، فهذه القواعد كما هو معروف قواعد وطنية بحة، كيف يمكن للقاضي الوطني أن يخضع التكييف لقانون آخر أي أن المشرع الوطني لا يمكن له أن يترك مسألة تحت قواعد

---

(106).Henri Battifol et Paul Lagard ,op cit ,p480 ;

(107) يتعين على المحكمة الإنجليزية كما يقول wollf أن تفصل في دعوى أحد العمال الذي رفعها ضد رب عمله والمتعلقة بحادث وقع له في فرنسا، أخذت بعين الاعتبار التصنيف الفرنسي بما في ذلك كل النتائج التي تترتب عنها إذا بطل العقد، نقلا عن عمر بلمامي دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر ، ص 254.

التنازع لمشرع آخر أجنبي، فهذا التحديد لا يمكن أن يكون إلا وفقا لإختصاص المشرع الوطني لتعلقه بسيادة الدولة التشريعية.

إذا ما اخضع مثلا الحالة إلى قانون الجنسية أو الميراث إلى قانون الموقع فهو بذلك يريد إخضاعها كما يتصور هو وحسب ما يلائم السياسة التشريعية لدولته، لا كما يتصورها القانون الأجنبي.

كما أن مسألة إختيار ضابط الإسناد لا يتم بطريقة تحكمية لأن هذا الإختيار يتم وفقا للخصائص التي يتميز بها ضابط الإسناد بعينه مما يجعله أفضل من غيره من الضوابط لحكم مسألة معينة بالذات[108].

هكذا رغم الحجج والتبريرات التي إعتمد عليها despagnet ومؤيديه من أجل الدفاع عن نظريتهم والقاضية بإخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع ,تبقى خيالية بعيدة عن الواقع العملي وذلك لإستحالة معرفة قواعد الأجنبي قبل تكييف المسألة القانونية محل النزاع وفقا لقانون القاضي.

المطلب الثاني

إخضاع التكييف إلى القانون المقارن

بسبب الإنتقادات الموجهة إلى نظرية بارتن في التكييف إضافة إلى نظرية despagnet ومؤيديه ,دفع بفقه آخر إلى البحث عن حل مقبول بعيدا عن التناقض في

(108) جميل غصون،محاضرات في القانون الدولي الخاص, المرجع السابق، ص 92.

(109)هو فقيه ألماني دو نزعة عالمية في معالجة مختلف مشكلات القانون الدولي الخاص، ويلقب بصاحب المدرسة الثالثة للقانون الدولي الخاص، كان أستاذا ومديرا بعهد القانون الخاص المقارن، والقانون الدولي الخاصب جامعة "برلين"

الحجج,حلا لا يصادر على المطلوب,حلا لا يوقع في حلقة مفرغة يصعب الحروج منها , افريق يتزعمه الفقيه الألماني ارنست رابل [109]emst .rabel داعيا الى عدم تكييف القانون

،فرل [109].emst لا وفق قانون القاضي ولا للقانون المختص بحكم العلاقة وإنما يجب أن يتم التكييف وفقا للقانون المقارن[110].

الفرع الأول: مضمون نظرية اخضاع التكييف للقانون المقارن

تنطلق نظرية التكييف وفق للقانون المقارن بصفة مستقلة عن فكرة التنازع عكس نظرية بارتن التي تخضع التكييف وفقا لقانون القاضي ونظرية دسباني despagnet التي تخضع التكييف وفقا القانون المختص اللتان ترتبطان مباشرة بفكرة تنازع التكييفات wolf lit .des qualifications

حسب هذا الفقيه أن التكييف يكون وفقا للقانون المقارن ويقتضي بحل التنازع الناشئ بسبب التكييف بصورة مستقلة ومنفصلة عن مفاهيم قوانين الدول الداخلية وذلك دون التقيد بقانون دولة معينة وفي هذا الصدد يرى الفقه الألماني rabel أن القاضي لا ينبغي أن يكون أسير قانون معين عند قيامه بالتكييف وإنما ينبغي عليه إستعمال المنهج المقارن أن يستخلص مفاهيم مستقلة مختلفة عن المفاهيم الداخلية وتكون مصبوغة بصيغة عالمية[111].

القاضي عند إجراء التكييف أو تحديد الوصف القانوني للمسألة محل النزاع ذات الطابع الدولي أن يستخدم المنهج المقارن لإستخلاص مفاهيم عالمية موحدة للأفكار المسندة التي

---

[109] هو فقيه ألماني دو نزعة عالمية في معالجة مختلف مشكلات القانون الدولي الخاص، ويلقب بصاحب المدرسة الثالثة للقانون الدولي الخاص، كان أستاذا ومديرا بعهد القانون الخاص المقارن، والقانون الدولي الخاصبجامعة "برلين" نشر أفكاره في مجلة القانون المدني المقارن والقانون الدولي الخاص في الجزء الخامس سنة 1931، نقلا عن عمر بلمامي دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر،ص 263.

[110]lHenri Battifol et Paul Laguarde,op cit,p 482

[111] مجد الدين خربوط، مجد الدين خربوط ,المرجع السابق ، ص102

ينظمها قواعد القانون الدولي الخاص، إذ لا يجوز للقاضي الإستعانة بالأفكار الوطنية أو التقييد بتكييف قانون معين بذاته مثل قانون القاضي أو القانون الذي يحكم النزاع[112].

يتعين على القاضي أن يستخلص حسب رابيل التكييف عن طريق الدراسة المقارنة لقوانين الدول المختلفة ,حيث يتخذ التكييف وفقا للمعنى العام ,المستخلص من دراسته كافة النظم الخاصة بالمسألة وفقا للمعنى العام المستخلص من دراسة كافة النظم الخاصة بالمسألة موضوع التكييف[113].

لأنه ليس من المستساخ أن يلجأ القاضي إلى المفاهيم الوطنية لتحقيق غاية دولية وسد حاجة عالمية، لا سيما في الفرض الذي يواجه فيه القاضي نظاما قانونيا يجهله قانونه أو القانون الواجب التطبيق على النزاع.

لو عرض على القاضي الألماني مثلا مسألة تتعلق بالوصية ,فلا يجب أن يقتصر القاضي على القانون الألماني لتحديد مدلولها وشروط صحتها وآثارها، بل يسعى إلى إستخلاص مفهوما عالمي للوصايا وذلك بإعتماد المنهج المقارن، وذلك نصل إلى مفهوم الوصايا بفهمه كل نظم قانوني[114].

حسب الفقيه رابل rabel يجب أن يترك مسألة التكييف للمقارنة العلمية، كما قال: إن علم القانون المقارن هو الذي يجب العمل به في تفسير مفاهيم قواعد التنازع في دولة القاضي[115].

هذا النظام يؤدي إلى توحيد الأوصاف العلاقة القانونية بحيث يجعل قواعد الإسناد ذات معنى عالمي، بالإضافة إلى أنه يدلل الصعاب التي يواجه القاضي عند تكييف مسألة قانونية تتعلق بنظام قانوني يجهله القاضي الوطني أي التشريع الداخلي الذي يستمد منه القاضي الحلول

---

[112] كمال عليوش قربوع، المرجع السابق، ص 94.

[113] عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص 82.

[114] المرجع نفسه، ص 82.

[115] عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر ,المرجع السابق، ص 264.

للمسألة القانونية محل النزل. حيث يقوم هذا الأخير بإستخلاص المفاهيم المشتركة للأفكار التي ينظمها القانون الدولي الخاص المتعلقة بتلك الأنظمة.

المشرع الفرنسي نص في المادة 7 الفقرة 3 على انه : l'ors de la qualifications,il sera tenu compte des defférentes categories jurédiques internationales des spécifités du droit internationales et des spécifités du droit international privé .[116].

الفرع الثاني: أسا س نظريةا خضاع التكييف للقانون المقارن

إعتمد رابل في تدعيم نظريته على عدة حجج نذكر منها ما يلي:

أولا: الحجة الأولى

نجذ في هذا الإتجاه أساسه في فكرة أساسية هي أن قواعد الإسناد في قانون القاضي وجدت لمواجهة علاقات دولية خاصة، وعليه فإن مضمونها ينبغي أن يحدد وفقا لقواعد مطابقةلطبيعتها والوظيفة الدولية التي يؤديها ومن ثم يجب إعتماد في تحديد مضمونها مفاهيم عالمية مجردة وموحدة[117].

لما كان التكييف هو تفسير قاعدة الإسناد فيكون من غير المستطاع أن يلجأ القاضي إلى مفاهيم وطنية لتحقيق غاية دولية عالمية والمفاهيم العالمية لا شأن إلا من خلال القانون المقارن.

ليس من المنطق ان تطبق الافكار والمبادئالخاصة بالعلاقات الوطنية على علاقات دولية

اد تقتضي دولية النزاع ,دولية الأدوات الازمة لحله لا سيما اجرء التكييف ,ومن توزيع

الأفكار والعلاقات إلى طوائف أو مجموعات[118].

---

(116) كمال عليوش قربوع، المرجع السابق، ص 94.

(117) بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص (الجزيري تنازع القوانين) المرجع السابق ,ص 89.

(118) جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 90.

لما كانت قاعدة الإسناد وضعت لمواجهة روابط تشمل على عنصر أجنبي وليس على روابط وطنية من أجل إنجاز الحلول للنزاعات الدولية المختلفة، فإن القاضي عند قيامه بالتكييف أوتفسير هذه القاعدة (قاعدة الإسناد) فلا بد الإعتماد على القانون المقارن وبرر الفقيه رابل نظريته بأن قاعدة الإسناد تتكون من شقين:

الشق الأول: يتعلق بموضوع القاعدة، وهي الوقائع التي يمكن أن يثار النزاع بشأنها والتي تثير تنازعا بين القوانين أو تلك القواعد التي تحدث أثرا[119].

الشق الثاني: من هذه القاعدة هومكمل او تابع وهو الذي يتولى إختيار القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة في حكم هذه القاعدة، فمثلا القاعدة التي تقضي بإخضاع الأهلية إلى القانون الجنسية، فهذه القاعدة تحتوي على:

أولا: على المسألة التي يمكن أن تكون موضوع للنزاع وهي الأهلية وهذا هو الشق الأول.

ثانيا: تحتوي على القانون الواجب التطبيق على هذا الموضوع وهو قانون الجنسية وهذا هو الشق الثاني.

حسب رابل,فان مفهوم ضابط الإسناد في دولة القاضي يختلف عن ضابط الإسناد في الدول الأخرى حيت يتعين تحديد مضمون الفكرة المسندة على أسس مقارنة تحليلية للتشريعات الدولية ,لذلك يجب أن تكون الأفكار التي تسودها متصفة بالعالمية.

"فإذا فرض أن طرح أمام القاضي نزاع يتعلق بمركز معين يتضمن عنصرا أجنبيا فعلى القاضي أن يقوم بفحص هذا المركز وتحديد طبيعته القانونية، تمهيدا لإدراجه في الفكرة المسندة بناء على ماسبق ذكره، هي موضوع قاعدة الإسناد مثل الأهلية، وشكل التصرف، وضابط

(119) جمال محمود الكردي المرجع السابق، ص 90.

الإسناد، وهو المعيار الذي يرشد إلى القانون الواجب التطبيق وهو قانون الجنسية وقانون بلد الإبرام"[120].

الحجة الثانية:

مما لا شلا فيه أن التكييف في القانون الداخلي[121] يختلف تماما عن التكييف في القانون الدولي الخاص وبالتالي كيف يمكن للقاضي أن يقوم بعملية التكييف وفقا لمبادئ ومفاهيم وطنية داخلية على رابطة من طبيعة مختلفة، إذ من المنطق أن يتم التكييف حسب خصوصية هذا الفرع من فروع القانون الذي يتسم بالدولية.

الحجة الثالثة:

إن التكييف يجب ألا يحدد وفقا لقانون القاضي أو وفقا للقانون الأجنبي ولكن حسب مفاهيم قاعدة التنازع أي يتم وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص ,وبالتالي تلافي عيوب النظريتين السابقتين خاصةعندما يواجه القاضي مسألة قانونية مجهولة من طرف نظامه القانوني. فالحل الأمثل كما قال رابيل هو اتباع الطريقة المقارنة بين التشريعات وبالتالي الخروج بمفاهيم وأفكار داتية خاصة بهذا الفرع من فروع القانون الذي يستوجب قوانين ملائمة له.

وحسب رابل "إن علم القانون المقارن هو الذي يجب العمل به في تفسير مفاهيم قواعد التنازع في دولة القاضي[122]، لأن التكييف وفق لقانون هذا الأخير لا تتوفر فيها المرونة الكافية لكي يتبنى الفروض التطبيقية وبالتالي فهذه النظرية هي التي تقضي على مشكلة التنازع في التكييفات وجعل القضاة في مختلف الدول يتوصلون إلى نفس المفاهيم للفيئات المسندة[123].

---

[120] Pierre Mayer ,Droit international privé ,6e,éd,montchrestien,paris,1998,p.113

[121] أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، مصر، ص 1975.

[122] jacques, Maury, regles des conflits de lois « Recueil des cours. T. 111 . 1936.

[123] بلقاسم أعراب، القانون الخاص الجزائري (تنازع القوانين) ,المرجع السابق، ص 89.

الفرع الثالث : تقدير نظريةاخضاع التكييف للقانون المقارن

لقت نظرية " **رابل**" من الناحية العملية رواجا من بعض الفقهاء خاصة من طرف المناصرين لها وذلك لحاجة قواعد القانون الدولي الخاص إلى مفاهيم عالمية موحدة وموضوعية خاصة، تساهم بشكل كبير في إيجاد حلول موحدة لمختلف المسائل القانونية العالمية ولا يتأتى ذلك حسب " **رابل** " إلا بوجود طوائف الإسنادو مفاهيم قواعد القانون الدولي الخاص مستقلة عن القواعد الموضوعية لقانون القاضي، وعن طريق التمييز بين المفاهيم كما يقول "رابل" يمكن تطبيق كل الظواهر القانونية التي توجد في العالم "[124].

ومن ايجابيات النظرية أنها تتوخى النقد الذي وجه إلى نظرية قانون القاضي خاصة في حالة وجود نزاع يتضمن قانون يجهله قانونه وبالتالي القاضي يجد نفسه في موقف حرج يصعب عليه إيجاد حل للمسألة القانونية المعروضة عليه .تفيد الدراسة المقارنة للقاضي الوطني في التعرف على معالم القوانين الدول الأخرى وتقضي على هذه المشكلة.[125]

غير أن نظرية " **رابل Rabel**" ومؤيديه لاقت عدة انتقادات وذلك لبعدها عن الحقائق الوضعية من جهة ولكونها مجرد أمل عسير المنال من جهة أخرى، ومن مأخذ هذه النظرية ما يلي :

أولا : أنها مثالية غير واقعية

أرادت أن تجعل من معنى التكيف مفهوما واسعا وذلك بإخضاع هذا الأخير للقانون المقارن وهذا يتفق مع نزعة "رابل" العالمية في معالجة مشاكل هذا النوع من فروع القانون المستنبطة من ملائمة حاجة المعاملات الدولية والتي تهدف إلى تحقيق مثل عليا ولكن هذا المثل بعيدة المنال.

[124]- عمر بلمامي،دراسات فيالقانون الولي الخاص المعاصر, المرجع السابق،ص267

[125]-جمال الكردي،المرجع السابق،ص90

من الناحية العملية, ليس بمقدور أي قاض أن يلجأ للتكييفات العالمية دون أن يأخذ بالتكييفات المنصوص عليها في تشريعه الداخلي، إذ ليس بالسهل بمكان استيعاب ما تفرضه النظم القانونية العالمية، في وقتنا الحالي يبدو هذا المسعى بعيد المنال .

يتساءل بعض الفقه في هذا المعنى، هل يتصور مثلا أن يستعيد القاضي اليوناني تكييف الزواج والقاضي بأن شهر الزواج يعتبر شرطا موضوعيا في سبيل إحلال التكييف العالمي للزواج القاضي بأن إجراءات الشهر ليست إلا شرطا شكليا، ومن ثم يجب أن يبطل أي زواج مدني تم في الخارج .[126]

كما أن القاضي العربي الإسلامي لا يمكن له اللجوء إلى التكييف العالمي خاصة في بعض المسائل كالأحوال الشخصية المستمدة من الشريعة الإسلامية والتي تعتبر من النظام العام, لا يمكن استبعادها.

كما أن القاضي الفرنسي لا يمكن أن يوصف أموال على أنها منقولة في حين أنها عقار في مجموعة نابليون في سبيل تحقيق التكييف العالمي .

ثانيا : عملية يتعذر على القاضي القيام بها

نظرية "رابل" تحمّل القاضي جهدا لا يطيقه،[127] فالقاضي الوطني عند قيامه بالتكييف لا يمكنهالإحاطة بجميع النظم القانونية الأجنبية ليستمد منها الوصف القانوني الملائم للمسألة محل التكييف، فالقاضي عادة ليس لديه القدرة على إتقان اللغات العالمية التي تعينه على

[126] -عمر بلمامي،دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر, المرجع السابق،ص268

127-حتى ولو سلمنا بهذا الرأي وأخذت المحاكم به، فكيف يمكن للقاضي تنفيذ هذه الطريقة وإعطاء التشريعات نفس القيمة، فهل تكتفي فقط بالتشريعات الأكثر غنا أم التشريعات الأكثر سكانا أم التشريعات التي يراها الأفضل؟ فمن غير المنطق أن تتساوى التشريعات الدول المتقدمة مع التشريعات الدول الغيرة ، كما أن طريقة المقارنة قد تؤدي إلى نتائج مختلفة باختلاف القاضي الذي يقوم بهذا التكييف ،جاد عبد الرحمان،المرجع السابق ,ص247

الدراسة المقارنة للقوانين، كما أنه ليس لديه متسع من الوقت للقيام بهذه الدراسة الشاقة التي تتطلب الجهد والوقت لتكدس القضايا وتأخر الفصل فيها .[128]

كما أن رجوع القاضي إلى قوانين الدول المختلفة ليستخلص منها الوصف القانوني الملائم لاشك أن هذا يعتبر جهدا إضافي للقاضي الوطني, إذ في بعض الأحيان يجد هدا الأخير صعوبة في الإلمام بجميع قوانين بلاده وبالتالي, فكيف له الاطلاع على النظم القانونية العالمية بمختلف أنواعها في كل مسألة قانونية تعترضه ومن ثم إجراء الوصف القانوني لها عن طريق المقارنة ؟.

كما أن هذه التشريعات تختلف من دولة لأخرى يكاد يكون كلي حول التكييف الممنوح للعديد من المسائل.

ثالثا : تقضي إلى نتائج غير مقبولة

عارض الأستاذ "Batifal" استخدام المنهج المقارن من أجل تحديد مضمون الفكرة المسندة،[129] التي يتضمنها قاعدة الإسناد الوطنية لكونه تتعارض مع القواعد المراعية في التفسير، فليس من المنطق أن يتم تفسير مضمون القاعدة القانونية بالرجوع إلى التشريعات المقارنة إذ قد يتم تغييرها بعيدا عن إرادة واضعها.[130]

كما أن إجراء التكييف لا يمكن أن يكون وفق هذه النظرية ,وبالتالي إعطاء تفسير مضمون الفكرة المسندة خاصة عندما يواجه القاضي المستحكم نظاما قانونيا يتنافى مع نظامه القانوني، بالتالي فهذه النظرية قد تفضي إلى نتائج لا يمكن قبولها من ناحية القانون الوضعي في كل دولة.

[128]-جمال محمود الكردي، المرجع السابق،ص92

[129]-بلقاسم أعراب القانون الدولي الخاص الجزائري(تنازع القوانين) المرجع السابق،ص89

[130]-عمر بلمامي, دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر ،المرجع السابق،269

غير أن هذا الانتقاد الأخير لم يسلم من النقد لأنه لا يقوم على أساس سليم، إذ أنه من حق الفقه والقضاء تحديد مضمون الفكرة المسندة على ضوء المفاهيم السائدة وقت تفسيرها أي عند احتياجات العصر الذي يقضي أن القاضي يكون بعيد النظر في البحث عن الحلول الملائمة للمسألة القانونية المعروضة عليه .[131]

رابعا : تأثر القاضي بالنزعة الوطنية

لا يمكن إجراء التكييف وفق القانون المقارن حيث أكد أصحاب هذا الانتقاد أن أصحاب هذه النظرية في حد ذاتهم لم يستطيعوا أن يستخلصوا مفاهيم مشتركة للأفكار التي يتضمنها القانون الدولي الخاص في مختلف دول العالم، لأنه لا توجد لغة تشريعية واحدة تفرضها سلطة عليا كما أن النزعة الوطنية مازالت هي الطابع المميز لقانون الدولي الخاص ,القاضي لا يكيف الوقائع التي تتنازعها القوانين قبل تفسير قاعدة الاسناد، وهذه الأخيرة لا يمكن تفسيرها إلا وفقا لثقافته القانونية .

- رغم الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية لإفراطها في الخيال يبقى المنهج المقارن مهما في مواجهة الواقع الدولي والتعايش الذي أصبح ضرورة ملحة تفرضها واقع المعاملات الدولية الخاصة، خاصة بعد التطور الذي عرفه العالم في جميع المجالات أذ لم تعد الدول متمسكة ببعض المفاهيم الضيقة في منظومتها التشريعية حيث أصبحت تأخذ بعين الاعتبار ببعض الأفكار القانونية التي تجهلها تشريعاتها واتجهت بعض الدول إلى ما يعرف بالعولمة القانونية، منهم الفقه الهولندي و التشيسلوفاكي حيث لا يوجد نص تشريعي يعالج مشكل التكييف .

[131]-هشام علي صادق،المرجع السابق،ص142

المطلب الثالث

إخضاع التكييف لنظرية علم القانون

أمام الجدل الفقهي المحتدم بين الفقهاء حول إشكالية التكييف والقانون الذي يخضع له، انقسم كل حسب نظرته لمسألة التكييف، فالبعض أخضعه لقانون القاضي والبعض تمسك برأيه محاولا الدفاع عنه وذلك بإخضاعه إلى القانون الذي يحكم النزاع فيما جانب آخر من الفقه أخضعه أي التكييف للقانون المقارن، وأمام هذا الجدل حاول جانب من الفقه إخراج مشكل التكييف من ذلك الجدل والاختلافات التي أثيرت حوله، معتبرا أن التكييف مسألة علمية لا يمكن إخضاعها لأي قانون وضعي سواء قانون القاضي أو قانون آخر.

الفرع الأول : مضمون نظرية احضاع التكييف لعلم القانون

يتزعم هذه النظرية الفقيه الايطالي"Ronaldo Guadri" ، إذ يرى أن التكييف مسألة علمية مجردة وفقهية وليست فكرة وضعية كما يزعم البعض, حسب النظريات السابقة التي تخضع التكييف لقانون القاضي وغيرها تعتبر اختلاف قواعد الإسناد من دولة لأخرى هو سبب صعوبة إعطاء الحلول للمسألة القانونية محل النزاع، وبالتالي يكون هناك تنازع بين التكييفات وأي قانون يحكم النزاع .

يفرق الأستاذ Guadri بين التكييف بالمعنى الصحيح والتكييف في القانون الدولي الخاص والذي يطلق عليه في غالب الأحيان بالتصنيف Classification، الذي يعد عملا فقهيا لا يخضع للتشريعات الداخلية بل يخضع لعلم القانون أي المفهوم الفقهي العالمي .

فالتكييف بالمعنى الصحيح كما يقول Guadri هي التسمية التي يطلقها المشرع على بعض الظواهر الواقعية، مثل العمل التجاري وغيره من المصطلحات التي عبر بها عن

بعض الأفعال التي تعد جريمة في مجال القانون الجنائي وكذلك التسميات التي يطلقها على ضوابط الإسناد المختلفة،[132] المشرع عندما يطلق هذه التسميات فهي مجرد ألفاظ ومصطلحات لا غير .[133]

أما التصنيف كما يسميه الأستاذ Guadri في القانون الدولي الخاص يختلف عن التكييف في معناه العام، فهو تصنيف للقواعد القانونية بغرض إدخال كل منهما في فكرة مسندة معينة .

مشكلة التكييف كما يدعي Guadri تتعلق بتفسير قاعدة الإسناد، وأن الطائفة التي تختص بها هذه القاعدة وهي معدة لتضم النظم الواردة في قانون القاضي وفي غيره من القوانين التي تقوم على فكرة الوضعية، لا ينفرد قانون القاضي بتحديد الفكرة الخاصة بقاعدة الإسناد بل أن هذه القاعدة هي التي تعطي الفكرة بالنظر إلى الغرض من القاعدة وطبيعتها وليس كونها قاعدة جامعة تظم النظم الواردة في قانون القاضي .[134]

ويتفق الفقيه البلجيكي "F.Rigaus" مع نظرية الأستاذ Guadri خاصة في اعتبار التكييف في مجال القانون الدولي الخاص على أنها عملية فقهية تشريعية، فالقاضي المعروض عليه النزاع يستخلص التكييف المستقل خاص بالقانون الدولي الخاص بعيدا عن التشريعات الداخلية لأنها تعتبر مصادر غير متناسقة, فالقاضي هنا يقوم بالتكييف من خلال المعطيات والظروف المحيطة بالمسألة القانونية المعروضة ومنه يختار

1-عمر بلمامي،نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص،مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الدولة في القانون الدولي الخاص،جامعة الجزائر، الجزائر ،ص301

[133]-هشام علي صادق،المرجع السابق،ص144

[134]-عمر بلمامي،دراسات في القانون الدولي المعاصر،المرجع السابق،ص275

الوصف القانوني الملائم من بين النظم القانونية الوضعية القابلة للتطبيق عليها الوصف الذي يلحقه بها .[135]

انتقدF.Riguans النظريات السابقة سواء نظرية قانون القاضي أو نظرية القانون المختص واعتبرت التكييفات السابقة في القضاء الفرنسي المعروفة بقضية وصية الهولندي بالشكل العرفي والزواج الارتدكسي، اليوناني تكييفات خاطئة حيث كيفت تكييف تحكمي ومن ثم أخطأت في تفسير قاعدة الإسناد وبالتالي لم تراعى فيها قواعد العدالة والملائمة .

والتبريرات التي قدمت في التكييف مجرد تبريرات لفظية لا أساس لها من الصحة، فالتكييف الصحيح يكون بالتسبيب الحقيقي حيث يتضح منه اعتبارات العدالة التي من أجلها أنشئت قواعد الإسناد في العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي .[136]

الفرع الثاني : أساس نظرية احضاعاخضاع التكييف لعلم القانون

يرى هذا الاتجاه ومنه الفقيه الايطالي Ronaldo Guadri أن التكييف مسألة علمية مجردة ويسميها بالتصنيف حيث يعد عملا فقهيا لا يخضع للتشريعات الداخلية للدول بل يخضع لعلم القانون أي المفهوم الفقهي العالمي ويستند الأستاذ قادري على ذلك بعدة أسس :

أولا :

ليس من العدل إخضاع التكييف لقانون معين وذلك لأن قاعدة التنازع وجدت لحل مشكل التنازع بين القوانين أي عندما تكون المسالة القانونية مشتملة على عنصر أجنبي، فمن غير المنطق كما يدعي Guadri تكييف المسألة القانونية بقانون وطني أو أجنبي

[135] - عمر بلمامي،نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق،ص275

[136]-جمال مرسي بدر،المرجع السابق،ص93

لأن ذلك يمكن أن يشوه المعنى المقصود من الفكرة المسندة وهذا ما كان في قضية وصية الهولندي وميراث المالطي .

ثانيا :

إن مشكلة التكييف تتعلق بتفسير قاعدة الإسناد، والتفسير يختلف باختلاف الدولة أو المحكمة المعروض عليها النزاع القانوني، إذ القاضي يمكن أن يخطئ إذا اتبع منهج المشرع الذي حدد مسبقا الفكرة المسندة وتحديد هذه الفكرة كما قال Guadri ليس عملا تشريعيا وإنما عمل علمي فقهي، ومن ثم لا يمكن أن يكون هناك تنازع في التكييف بين قانون القاضي والقانون الأجنبي وكل ما هناك أن مضمون الفكرة واحد لكن التفسير يختلف من دولة لأخرى أو من قاضي إلى آخر، لكن لا يمس المضمون العلمي للفكرة المسندة [137].

فمثلا فكرة الأهلية أو الميراث له مفهوم واحد سواء في فرنسا أو في بريطانيا فهو مفهوم عالمي فقهي لا يمكن أن يحدد مضمون فكرة الأهلية في قانون القاضي بشكل ومفهومها في قانون خاص أجنبي بشكل آخر .

المشكلة تكمن في الاختلاف في تفسير هذا المضمون، فمفهوم الفكرة المسندة مفهوم عالمي موحد مثلها مثل المصطلحات العلمية الاخرى في مختلف فروع العلوم فهي تعلو فوق القانون الوضعي .[138]

" ولهذا السبب فإن التكييف أو التصنيف التشريعي غير ملزم للفقه لأن المشرع يخطئ ولا يصح للفقه أن يجاريه في مسلكه الخاطئ ".[139]

[137] - عمر بلمامي،دراسات في القانون الدولي المعاصر،المرجع السابق،ص275

[138] - هشام علي صادق،المرجع السابق،ص144

[139] - عمر بلمامي،دراسات في القانون الدولي المعاصر،المرجع السابق،ص302

استدل Guadri بصحة نظريته من خلال الاختلاف في التكييف بين النظم القانونية حيث يرجعه إما لوجود خطأ في التكييف أو خطأ في التفسير، والاحتمال الأخير هو الأرجح.

إذا كان النظام الأنجلوسكسوني يعتبر أن التقادم مسألة إجراءات والنظام اللاتيني ينظر إليه على أنه مسألة تتعلق بالموضوع فهذا الاختلاف في التكييف ناتج عن اختلاف نظراتهما إلى التقادم .

" على هذا الأساس يرى الأستاذ Guadri أنه إذا كان فقهاء الانجليز يتكلمون عن مسألة الإجراءات في هذا الصدد بخصوص التقادم، فلأنهم يعطون لمدلول الإجراءات معنى أوسع، مما يحول المسألة برمتها إلى مشكلة مصطلح purement termino-logique وهذه المسألة يتعين تركها مفتوحة للبحث العلمي ولا يتعين تقييدها بتشريع معين ".[140]

فكرة التقادم في حد ذاتها لا يمكن أن تختلف من النظام الأنجلوسكسوني عن النظام اللاتيني، وإنما كل ما هنالك حسب Guadri هو اختلاف في تفسير قواعد القانون الدولي الخاص وليس اختلاف في قواعد القانون الدولي الخاص .

أن قواعد القانون الدولي الخاص وجدت لحل مشكل التنازع بين القوانين ذات العنصر الأجنبي وبالتالي لا يمكن أن تطبق تشريعات وضعية داخلية للدول, فإذا كان الأمر كذلك فهذا تجاهل لأصل قاعدة التنازع وحكمتها كما يقول الدكتور " هشام علي صادق "،[141] فإذا كانت قواعد التنازع تختلف من دولة لأخرى حيث وضعت حسب الهدف الذي سطره كل مشرع ,فعلى أي أساس يمكن أن يخضع التكييف لقانون معين، فالحكمة تستدعي أن يخضعه لعلم القانون فهو أضمن الوسائل لإيجاد حل مناسب للمسألة القانونية محل النزاع

[140]- عمر بلمامي،نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص303

[141]- هشام علي صادق،المرجع السابق،ص145

الفرع الثالث: تقدير نظرية علم القانون

لاشك أن نظرية Guadri في التكييف تدعو إلى الإجتهاد في إيجاد الحلول العلمية الموحدة في نطاق القانون الدولي الخاص لجميع المسائل القانونية المطروحة أمام القاضي، فهذا الأخير غير ملزم بالتكييف وفقا لقوانين وضعية سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي أو غيره كالقانون المختص وهذا ما يسعى و يصبوا إلى تحقيقه الفقهاء .

إن البحث في المشكل القانوني بصفة علمية ومجردة بعيدا عن القوانين الوضعية الداخلية للدول التي تدعو إلى الأخذ بها النظريات التقليدية مسعى عالمي خاصة بعد تطور العلاقات الدولية الخاصة من توحيد في الحلول والسرعة في الحكم .

رغم ذلك تبقى نظرية Guadri بعيدة المنال، فمن الناحية العلمية لا يمكن للقاضي العمل بها في مجال المعاملات الدولية، لأن كل دولة وضعت قواعد التنازع الخاصة بها حسب مفهومها القانوني إذ أغلب التشريعات الوضعية بنيت على أساس إديولوجي حيث نجد أن كل نظام قانوني يختلف عن نظام آخر .

من هنا لا يمكن للقاضي الإسلامي مثلا أن يأخذ بنظرية Guadriويستغني عن ثقافته القانونية المستمدة من واقعه الاجتماعي والديني، فالقاضي عندما يواجه مسألة قانونية ما يقوم بإيجاد الحل القانوني وفقا لقانونه الوطني كما قال " بارتن " دون تكليف نفسه عناء البحث العلمي في المجال القانوني ، فهذا المسعى بعيد المنال ,يتطلب تظافر الجهود الدولية من أجل إيجاد قواعد قانونية علمية موحدة .

هذه النظرية غير واضحة المعالم تغرق مشكلة التكييف برمتها في ميدان تفسير القوانين،[142] لا يمكن الخروج منها بالرغم من ادعاء Guadri أن الاختلاف في التكييف ما هو إلا مجرد خطأ في التفسير إلا أنه لم يقيم الطريقة للخروج من هذا الاختلاف .

أما من الناحية العملية لا يمكن العمل بها مثل سابقاتها من النظريات لأنها تصطدم بعقبات لا يمكن تجاهلها إذ أنه يخرج التكييف من إطاره الواقعي إلى الإطار النظري،[143] إذ لا يمكن للقاضي التجرد من التشريعات الوضعية عند إجراء عملية التكييف كما قال الفقيه " شمس الدين الوكيل " .[144]

فليس من المنطق أن يقوم القاضي عند النظر في موضوع النزاع بالبحث عن الحل القانوني بعيدا عن التشريعات التي وضعها مشرعه الوطني .

مهما تكن نظرية Guadri وبعدها عن الواقع العملي تبقى لفتة مهمة للدول بصفة عامة رجال القانون بصفة خاصة للعمل على مشكل التكييف ووضعه في إطار البحث العلمي، ومن ثم ايجاد الحلول لكل المسائل القانونية دون حبسه في قالب جامد، وهذا ما تتطلبه مقتضيات تطور العلاقات الدولية الخاصة .

فالعلوم الأخرى لم تكن لتتطور وكما وصلت إلى ما وصلت إليه اليوم لو أن كل دولة فسرت المادة العلمية حسب نظرتها إليها وحسب متطلباتها الشخصية .

وهذا ما عملت عليه بعض الدول التي لم تنص في تشريعاتها على عملية التكييف والقانون الذي يخضع له، مثل هولندا وبلجيكا وتركه للفقه والقضاء لأن عمل الفقه يمكن أن يتفق مع بعض لأن له لغة عالمية عكس التشريع الوضعي الذي بني حسب إيديولوجية كل دولة، ومتطلباتها الآنية .

---

[142] - عمر بلمامي،نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص،المرجع السابق،ص308

[143] -المرجع نفسه،ص309

[144] -شمس الدين الوكيل،مشار إليه في مؤلف عمر بلمامي،دراسات في القانون الدولي الخاص،ص280

المبحث االثاني

الاستثناءات القانونية لإخضاع االتكييف لقانون القاضي

إن القائلين بإخضاع التكييف لقانون القاضي لم يأخذوا على إطلاقها بل أوردو عليها بعض الاستثناءات، يخضع فيها التكييف لغير قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع. وتبنت هذه الاستثناءات معظم التشريعات العالمية بما فيها المشرع الجزائري والمصري، كما أخذ بها قضاء هذه الدول في النزاعات المرفوعة أمامها المشتملة على العنصر الأجنبي.

لكن هذه الاستثناءات لقيت بالرفض من طرف الفقه الآخر واعتبرت استثناءات ظاهرية حقيقية، و أكثر منها أن هذه الاستثنات لا لزوم لها إطلاقا.[145]

المطلب الأول

حالة وجود التزامات تعاقدية وغير تعاقدية

أورد التشريع استثناءا خاصا حالة وجود التزامات تعاقدية وأخضع تكييفها إلى قانون الإرادة، وتبناه المشرع الجزائري في م 8/ق م كما أخذ به المجتمع الدولي في م 42 من اتفاقية واشنطن (2) لسنة 1965 المتعلقة بترقية وحماية الاستثمار كما أورد استثناءا آخر حالة وجود التزامات غير تعاقدية وأخضع تكييفها إلى قانون مكان وقوع الفعل،

ونص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 20 ق م.[146]

[145] جاد جاد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 217.

[146] كمال عليوش قربوع، المرجع السابق، ص 315.

الفرع الأول: تكييف الالتزامات االتعاقدية

يعتبر الالتزام التعاقدي حالة قانونية مصدرها العقد ويكون فيها على الشخص القيام بعمل معين أو عدم القيام بعمل معين ذي قيمة مالية[147]

ويقصد به في مجال تنازع العقود المشوبة بعنصر أجنبي التي يتم الرجوع في أي نزاع يثور شأنها إلى قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع.[148]

أولا: مضمون الاستثناءالخاص بلالتزمات التعاقدية

أورد التشريع استثناءا خاص بتكييف الالتزامات التعاقدية فأخضعها لقانون الإرادة إذ يجب حسب قوله ألا نفرض على الأفراد تكييفا معينا للتصرفات التي يبرموها فإذا كانت قاعدة الإسناد تترك للأفراد حرية اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يحكم تعاقداتهم فمن باب أولى أن تترك لهم حرية اختيار القانون الذي يحدد طبيعة هذه العقود، أي تكييف التصرفات التعاقدية يخضع لقانون الإرادة.[149]

ثانيا: أساس الاستثناء الخاص بالالتزامات االتعاقدية

وأساس هذا الاستثناء هو الطابع الإتفاقي للعلاقات التي يتناولها والمترتب على استقلال إيرادات الأطراف في هذا الشأن.

يعتبر نطاق مبدأ استقلال الإرادةprincipe de l'autonomie أكثر اتساعا في القانون الدولي الخاص عنه في القانون الداخلي حيث أنه في القانون الداخلي نجد الأفراد ملزمون

---

[147] عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية، ج 1، مصادر الالتزام الشركة الجديدة للطباعة، عمان، 1993، ص 45.

[148] غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 209.

[149] عمر بلمامي،درايسات في القانون الدولي الخاص المعاصر, مرجع سابق، ص 195، 196.

بتطبيق المسائل القانونية التي ينظمها المشرع على نحو آمر، لأن القواعد الآمرة في القانون الداخلي تعتبر من قواعد النظام العام التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها.

يقال أن سافيني هو أول من استعمل هذا الاصطلاح " مبدأ الإرادة " في القرن 19 عشر كما قيل أن الفيلسوف "كانت" هو أول من استعمل، وقد كان الفضل في ذلك لديمولان في فصل موضوع العقد على شكله وإخضاع الشكل فقط لقاعدة locus التي اقتصر تطبيقها يومئذ على شكل التصرفات القانونية وهكذا أنشأ مبدأ سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص ثم تلقفه فقهاء القانون المدني، وتوسعوا في تطبيقه حتى ازدهر ازدهارا كبيرا من بعد ديمولان وبلغ ازدهارا كبيرا عندما أخذت به اتفاقية لاهاي 1954 بشأن التنازع بين القوانين في البيوع وأخذ به معظم قضاء كل الدول.[150]

ثالثا:

نقد الانستثناء الخاص بالالتزمات االتعاقدية

استقر الفقه منذ وقت بعيد في القانون الدولي على قاعدة مقتضاها أن الأطراف أنفسهم هم الذين يحددون القانون الذي يحكم العقد المبرم فيهم أو على ما يقرره الفقه التقليدي هم الذين يهملون قانونهم وتلك قاعدة من قواعد تنازع القوانين Règle du conflit de loi.[151]

ولكن بالرجوع إلى الفقه الحديث نجد أن القاعدة التي تمثل القانون المختار من طرف المتعاقدان والمطبق في العقود الدولية هي قاعدة مادية Règle matériel أو موضوعية وليست قاعدة إسناد Règle de rattachement، بمعنى أن القاضي يطبقها مباشرة على

[150] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 107.

[151] عمر بلمامي،دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر, مرجع سابق، ص 106.

منازعات العقود التي تعرض أمامه وموضوعها المباشر هو تحديد القانون المختص بحكم العقد وذلك عندما يعبر المتعاقدان صراحة عن إرادتهم.[152]

كاستثناء لرأي الفقه الحديث يرى الأستاذ أحمد عبد الكريم أن التكييف طبقا لقاعدة سلطان الإرادة لا يتفق والمفهوم الفني للقاعدة المادية أو الموضوعية، فبالرجوع إلى أحكام قانون التجارة الدولية نجد أن القاعدة المادية أو الموضوعية هي تلك التي تحكم مباشرة حلا ينهي النزاع بل تظل قاعدة غير مباشرة أو إرشادية Indicatif règle تقتصر على بيان القانون الذي يعطي الحل الموضوعي والنهائي للنزاع.

ينهي الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة إلى القول بأنه باعتبار قاعدة قانون إرادة مادية أو موضوعية فكيف يستقيم ذلك مع القول أن: " مبدأ اختصاص الإرادة بتحديد القانون الذي يحكم العقد من قاعدة الإسناد ذاتها التي ترخص للأطراف في اختيار قانون العقد.[153]

أما في القانون الدولي الخاص فإن قانون الإرادة يحكم كل شروط وآثار العقد والقول بغير ذلك يشكل عقبة في سبيل التجارة الدولية.

أما رأي الدكتور بلمامي عمر يرى بأن مبدأ سلطان الإرادة لا يعد استثناءا حقيقيا من نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي إذا ما دام الأطراف قد اتفقوا صراحة على الخضوع إلى قانون معين يحكم تصرفاتهم فإن تكييف هذه التصرفات يكون ن اختصاص هذا القانون باعتباره القانون الذي اتجهت إرادة الأطراف المتعاقدة طبقا لمبدأ سلطان الإرادة.[154]

---

[152] أحمد عبد الكريم سلامة ,المرجع السابق, ص 63.

[153] المرجع نفسه، ص 65.

[154] د. عمر بلمامي،دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر, مرجع سابق، ص 197.

كما يعتقد أيضا أنه من التناقض أن نمنح الحرية للأفراد في اختيار القانون الذي يريدون، ثم نلزمهم في نفس الوقت بتكييف تصرفاتهم وفقا لقانون معين لم تتجه إليه إرادتهم.

وبالتالي فهذا الاستثناء ليس له علاقة مع المبدأ المقرر من طرف الفقيه بارتن.

الفرع الثاني: تكييف الالتزامات غير تعاقدية

إذ كان بارتن أخضع تكييف الطبيعة القانونية للعلاقات العقدية لقانون الإرادة[155]، ذلك تكريس لحرية التعاقد واحتراما لمبدأ سلطان الإرادة، فإن الالتزامات غير تعاقدية أخضع تكييفها إلى قانون محل وقوع الفعل.

أولا: مضمون الاستثناء الخاص بتكييف الالتزمات االتقاعدية

عند تحديد الوصف القانوني للفعل ما إذا كان يشكل جريمة جنائية أو مدنية فإنها تخضع إلى القانون الذي وقع فيه الفعل، وبرر بارتن هذا الاستثناء أنه تقتضيه العدالة فليس من محض الصدفة وصف الفعل المرتكب أهو فعل مشروع أم غير مشروع، فالمنطق إذ تختص هذه المحكمة أو تلك بالنظر في النزاع.[156]

فالبلد الذي أرتكب فيه الفعل هو وحده صاحب الاختصاص في تحديد وصف الفعل، لأن الفعل الضار يختلف وصفه من دولة إلى أخرى، فقد يكون الفعل في قانون القاضي غير ضار في حين يكون في مكان وقوعه ضار وبالتالي فمن غير المنطق إخضاع تكييف الفعل وفقا لقانون القاضي في حين أن الفعل أرتكب خارج نطاق دولة القاضي.

[155] سمية كمال، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر سنة 2015، 2016، ص 248.

[156] عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي المعاصر (نظرية التكييف)، المرجع السابق، ص 192.

كما أن تقدير المسؤولية المترتبة عن الفعل تستوجب البحث عن طبيعة الفعل ما إذا كان جنائي أو مدني، ومكان وقوع الفعل هو الأنسب لذلك العملية.

يقوم هذا الاستثناء حسب ما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري على اعتبارات تتعلق بالنظام العام.[157]

إذن الأخذ بهذا المبدأ في أغلب النظم القانونية هو ما دفع بعض الفقه إلى القول بأن إسناد الالتزامات غير تعاقدية للقانون المحلي هو الحل الوحيد الذي يمكن تصوره لفض مشكلة التنازع.[158]

ثانيا: أساس الاستثناءالخاص بالالتزامات غير االتعاقدية

يرى فقهاء العصر الحديث أن اختصاص القانون المحلي في تكييف الفعل المنشئ للالتزام على أساس تعلق القواعد التي تحكم الأفعال الضارة بالبوليس والأمن في الدولة التي وقعت على إقليمها هذه الأفعال[159] لكونها ترمي إلى حماية الأشخاص وأموالهم.[160]

كما برر بعض الفقه اختصاص قانون محل وقوع الفعل على أساس أن هذا القانون هو الأعدل لحكم العلاقة لأنه محايد، ذلك أنه لا يوجد سبب كافي لاختيار قانون الضحية أو قانون المتسبب في الضرر في عملية التكييف.

---

[157] إلحاق وصف المشروعية لواقعة من الوقائع أو نفي الوصف عنها أمر يتعلق بالنظام العام، بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزئري(تنازع القونين) ,المرجع السابق، ص 334.

[158] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 401.

[159]المرجع ال نفسه ، ص 405.

[160] بلقاسم أعراب،القانون الدولي الخاص الجزئري(تنازع القوانين) المرجع السابق، ص 331.

كما أن القواعد التي تحكم الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار تهدف إلى تحقيق التوازن بين حقوق الأفراد ولا يتأتى ذلك إلا إذا طبق قانون الدولة على جميع الأعمال المادية التي تقع على إقليمها.

" إن تركيز العلاقات الخاصة بالالتزامات غير تعاقدية المترتبة على الفعل الضار لا يتأتى إلا في المكان الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، فهذا الحل يتم بالبساطة والوضوح إلى جانب إسناده إلى التحليل المنطقي السليم لطبيعة العلاقة محل البحث".[161] أما فقه مدرسة الأحوال الايطالية فبررت مبدأ اختصاص قانون المحل لحكم الالتزامات غير تعاقدية وذلك للرابطة الطبيعية الموجودة بين الفعل المادي وقانون مكان وقوعه.

كما برر الأستاذ تبوبيه اختصاص قانون المحل على أساس مبدأ إقليمية القوانين الذي يقوم عليها فقهه في تنازع القوانين.[162]

ثالثا: تقدير الاستثناءالخاص بتكييف الالتزامات الغير تعاقدية

على الرغم من الأساس المنطقي الذي بني عليه تطبيق القانون المحلي على الالتزامات غير تعاقدية والذي يعمل به غالب الفقه والقضاء إلا أنه أنتقد من جانب آخر من الفقه.

1- من االوجهة العملية

قد تثير بعض الصعوبات العملية الملحوظة بالنسبة للمسؤولية التقصيرية فقد يحدث أن يقع الفعل الضار في دولة ويتحقق الضرر في دولة أخرى بل ويقع الفعل المنشئ للالتزام في إقليم لا يخضع لسيادة أي دولة كأن تصطدم سفينتين في عرض البحر.

[161] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 406.

[162] بلقاسم أعراب،القانون الدولي ا لخاص الجزائري(تنازع القونين) ا لمرجع السابق، ص 330، 331.

2- من االوجهة القانونية

انتقد جانب آخر من الفقه إسناد الالتزامات غير تعاقدية إلى القانون المحلي من الوجهة القانونية وذلك أن الفعل قد يحدث بناء على ظروف عارضة ويضرب أنصار هذا الاتجاه لذلك مثلا: سائق سيارة فرنسي صدم شخص فرنسي على بعد كيلومترات من الحدود الفرنسية، أليس من الغريب أن يترتب على مثل هذه المصادمة حرمان المضرور من المادة 134 ق م الفرنسي والتي لا يعرفها القانون البلجيكي، أليس من الأفضل كما يقول الأستاذ هشام علي صادق أن تخضع للقانون الفرنسي ما دام كلا الشخصين فرنسيين متوطنين في فرنسا كما أن الشركة المؤمن لديها متوطنة على أيضا في فرنسا.[163]

أما الأساس الذي بني عليه هذا الاستثناء المتعلق بالأمن المدني فهذا الأساس غير سليم لأنها قواعد تطبق إقليميا لا تمتد إلى خارج حدود الدول الأخرى.

لكن مهما تكن الأسس الذي بني عليها هذا الاستثناء فإن تكييف الفعل الذي ينتج عن جرم أو غير جرم لا يعد استثناءا حقيقيا من القاعدة وإنما تبرره أعمال السيادة التي تباشرها الدولة على إقليمها[164]، فمن حق أي دولة أن تقرره ما تراه مشروعا أو ضارا.

االفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الالتزامت التعاقدية وا الغيرتعاقدية

استثنى المشرع الجزائْري الالتزامت التعاقدية والغير تعاقدية من القاعدة العامة التي تقضي باخضاع التكييف لقانون القاضي بنصوص صريحة.

[163] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 409.

[164] عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص (نظرية التكييف)، المرجع السابق، ص 194.

أولا: موقف المشرع الجزائري من الاستثناء الخاص بالالتزامات التعاقدية

بالرجوع إلى نص المادة 18 من ق م ." يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد."

- وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المكتسبة.

- وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه.[165]

- تحليل نص المادة السالفة الذكر

جاء نص المادة مقيدا من الناحية العقدية أي أن المشرع ترك لهم حرية اختيار القانون " وفق مبدأ سلطان الإرادة " ولكن جعل هدا التقييد متمثل في أن القانون المختار له صلة حقيقية سواء بالعقد أو بالمتعاقدين وهذا عكس ما استنتج من نص المادة 18[166] قبل تعديل القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 للقانون المدني حيث كان نص المادة مطلق وغير مقيد. مما يفيد أنه ترك المشرع للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما حتى ولو لم يكن له صلة بالعقد وهذا الموقف مع ما تستوجبه متطلبات التجارة الدولية.

- بالتالي فرأي المشرع الجزائري في نص المادة 18 المعدلة والمتمثلة لسنة 2005 من القانون المدني جعل لمبدأ سلطان الإرادة تسليما مطلقا ولكن القانون المختار أو الواجب

[165] الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق، ص 06.

[166] المادة 18 من القانون المدني الجزائري قبل تعديل القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر..... غير أن العقود المتعاقدة بالعقار يسري عليها قانون موقعه".

التطبيق يجب أن يكون على صلة حقيقية إما بالعقد أو بالمتعاقدين وهذا هو رأي أغلب التشريعات والفقهاء.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من الالتزامات غير تعاقدية

تأثر المشرع الجزائري بالفقه والتشريع الفرنسي وكذلك المصري في هذا الصدد حيث نص في المادة 20 ق م في هذا المعنى بقوله: " يسري على الالتزامات غير تعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا ترى أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإذ كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه "[167]

بالرغم من أن المشرع لم يصرح في المادة 20 ق م عن القانون الواجب التطبيق في مسألة تكييف الفعل الضار إلا أنه يفهم من مضمون روح النص ككل، لأن مشروعة الأفعال من عدمها تختلف من دولة إلى أخرى وبالتالي فتكييفها يخضع لقانون محل وقوع الفعل وليس لقانون القاضي.

كما يتبين من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يأخذ بقاعدة خضوع الالتزام غير التعاقدي للقانون المحلي بصفة مطلقة بل أورد عليها استثناءا[168] لصالح القانون الوطني وقد اقتصر هذا الاستثناء على الفعل الضار، وعلى ذلك فلا بد الرجوع إلى القانون الجزائري عند تقريره مدى مشروعة الفعل الضار المرتكب في الخارج من عدمه.

[167] هذه المادة مطابقة للمادة 21 ق م المصري والمادة 22 من القانون السوري و المادة 27 ق م العراقي، المادة 21 من القانون المدني الليبي، المادة 66 من المرسوم الأميري الكويتي رقم 5 لعام 1951، نقلا عن بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري(تنازع القوانين) المرجع السابق، ص 329.

[168] كمال عليوش قربوع، المرجع السابق، ص 979.

المطلب الثاني

وصف المال

لا يتحدد وصف المال ما إذا كان عقارا أو منقولا حسب بارتن إلا بالرجوع إلى قانون موقعه وليس إلى قانون القاضي، وبرر بارتن هذا الاستثناء بفكرة الطمأنينة في اكتساب الحقوق العينة، لكن هذا الاستثناء لقي نقدا لا دعا من بعض الفقه حيث اعتبر أن التكييف لا يرد على العقار نفسه أو المنقول وإنما على الحقوق التي يقرها القانون على هذا العقار أو المنقول ومن ثم تكييف الشيء عقارا أو منقولا يعد تكييفا لاحقا يدخل ضمن الأحكام الموضوعية في القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع.

الفرع الأول: مضمون الاستثناءا الخاص بوصف المال

بالعودة إلى أحكام المادة 17 من القانون المدني حدد المشرع الجزائري فيها قاعدة إسناد تشير إلى القانون واجب التطبيق، إذ أخضع تكييف المال إلى قانون موقعه كاستثناء للقاعدة العامة الواردة في المادة التاسعة من القانون المدني وهو الاستثناء الذي أتى به بارتن لكن ليس على أساس السيادة وإنما على أسس واعتبارات منطقية عملية تتعلق بطبيعة المال بحد ذاته واختلاف تشريعات الدول بشأنه.

ومن الحجج الذي أعتمد عليها في إخضاع المال إلى قانون موقعه ما يلي:

أولا: يبرر هذا الاستثناء بفكرة الطمأنينة في اكتساب الحقوق العينية واستقرار المعاملات[169] حيث لا يتأتى ذلك ولا يمكن تحقيق الطمأنينة في التعامل إلا بإخضاع وصف المال لقانون موقعه، ونظرا لأهمية المال في الحياة الاقتصادية للدول كما أن المتعاملين به يحتاجون إلى الثقة والطمأنينة والعلم المسبق بالقانون المختص في تحديد وصف المال ما إذا

[169] حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ,مصر,1994، ص 90.

كان عقارا أو منقول وهذا الاعتبار المهم لا يتحقق إذا تم إخضاع وصف المال إلى قانون القاضي.[170]

إذ الرجوع إلى قانون القاضي في وصف المال يؤدي إلى اختلاف التكييف باختلاف المحكمة المختصة المرفوع أمامها النزاع فقط هذا بل يمكن للقاضي تكييف المال عقارا في حين أن قانون الموقع بعده منقولا، وفي الحالتين يتحقق الاضطراب في الحقوق التي ترد على المال محل النزاع[171] ومن هنا يكون التكييف مرتبط بالنظام العام.[172]

وفي هذا المعنى يقول بارتن: " إنه إذا أخذت بهذا الاستثناء كافة الدول فإن قواعد التكييف بالنسبة لهذه المسألة تتوحد فيها جميعا وهو أمر مرغوب فيه كل الرغبة، لأن توحيد القوانين الدولية وإجماعها على الأخذ بهذا الاستثناء يقضي على الكثير من الاختلافات التي تحدث حول هذه المسألة.[173]

ثانيا:التبرير الثاني تبناه الفقيه ستوري في أمريكا مقتضاه احترام ما تقرره الدولة على إقليميا لأن ذلك يعد احترام لسيادتها. فكل دولة لها كامل السلطة في ما تقرره من وصف لأملاكها ولا يسوغ لأي دولة أخرى أن تنزع عنها ذلك الصفة.[174]

كما برر جانب من الفقه تكييف المال لقانون موقع العقار سواء كان منقولا أو عقارا حيث يعتبر جزء من إقليم الدولة السيادي[175] وإقليمها هو من أهم الأركان التي تقوم عليها وبالتالي فكل دولة لها سلطة وضع القواعد المنظمة الملكية تلك الأموال.[176]

---

[170] سمية كمال، المرجع السابق، ص 247.

[171] مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 97.

[172] عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي المعاصر (نظرية التكييف)، المرجع السابق، ص 186.

[173] المرجع نفسه، ص 186.

[174] مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 97.

[175] عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي المعاصر (نظرية التكييف)، المرجع السابق، ص 186.

[176] سمية كمال، المرجع السابق، ص 247.

وفي هذا المعنى يقول عز الدين عبد الله: " يكفي تبرير القاعدة خضوع العقار لقانون موقعه اعتبار كون العقار جزء من إقليم الدولة وهو المسقط الأول لسيادتها واعتبار كون سلامة

المعاملات العقارية تستلزم وحدة القانون الذي تخضع له هذه العلاقة القانونية في العقار هو قانون المكان الذي يرتكز موضوعها وهو قانون موقع العقار" [177]

و في هذا المعنى تنص المادة 9 من القانون 90، 30 المتعلق بالأسلاك الوطنية:" إن المال هو جزء من إقليم الدولة التي تمارس عليها سيادتها و القول بغير ذلك يتنافى مع سيادتها".[178]

كما يذهب أنصار مبدأ الإقليمية إلى هذا القول بأن العقار جزء من إقليم الدولة و من ثم سيادتها على إقليمها تقتضي امتداد سريان قانونها على جميع عقاراتها.[179]

الفرع الثاني: تقدير الاستثناءالخاص بوصف المال

أيد هذا الاستثناء جانب من الفقه الفرنسي و الإنجليزي و جانب من الفقه العربي لكن رغم ذلك لقي نقدا شديد من الفقه و شرح القانون و لم تأخذ معظم التشريعات به، فإخضاع تكثيف المال لقانون موقعه، أمر لا يرتكز على أساس سليم فاستقرار المعاملات، و فكرة الطمأنينة يعجزان عن تقديم التبرير المقنع.

أولا: إن إخضاع تكثيف المال لقانون الموقع هو مصادرة على المطلوب[180]، كيف يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق قبل تحديد وصف المال ما إذا كان عقارا أو منقول؟ ذلك أن التكييف عملية أولية تسبق عملية تحديد القانون المختص، فيتعين أولا تعيين طبيعة المال

[177] عزالدين عبد الله،القانون الدولي الحاص,ج1'ط11,الهيْة العامةللكتاب ,مصر, 198ق، ص 378.

[178] نقلا عن بلقاسم أعراب،القانون الدولي الخاص الجزائري(تنازع القوانين) المرجع السابق، ص 283

[179] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 468.

[180] سمية كمال، المرجع السابق، ص 249.

لمعرفة القانون الواجب التطبيق و من ثم إخضاعه للقانون المختص خاصة في الدول التي تختلف قواعد الإسناد التي تحكم العقار عن تلك التي تحكم المنقول.

بعض القوانين و منها القانون المصري و السوري ميز في بعض الحالات بين التصرفات الواردة على العقار و التي تخضع لقانون موقعها و التصرفات الواردة على المنقول و تخضع إلى قانون الإرادة[181] كما أن القانون الفرنسي و بعض القوانين العربية تميز بين الميراث في المنقول و تخضع إلى قانون موطن المتوفي و تخضع الميراث في العقار لقانون موقعها وفي هذه الحالة لا يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق لا على الميراث في العقار والميراث في المنقول إلا إذا قام القاضي بعملية التكييف لمعرفة طبيعة المال؟

كما أن معظم التشريعات تخضع المال بما فيها الحقوق العينية و الحيازة تخضع إلى قانون الموقع و بالتالي القانون الواجب التطبيق لا يمكن معرفة إلا بخضوعه إلى قانون القاضي، فإذا ما تبين له ذلك الوصف أنه حق عيني وجب إخضاعه إلى قانون الموقع، أما التكييفات اللاحقة على الوصف المال فإنه يخضع للقانون المختص أي قانون الموقع.[182]

ثانيا: إذ سلامة المعاملات لا تستلزم الخروج عن مبدأ إخضاع التكييف لقانون القاضي فمن غير المعقول بعد التسليم بسلامة الأساس الذي يقوم عليه قانون القاضي تفرق في عملية التكييف بين حالة وأخرى فمن الناحية العملية، إذا سلمنا بإخضاع المال لقانون الموقع فمن الصعب على القاضي إخضاع التكييف لذلك القانون خاصة في القروض الذي يكون فيها المال متنقل كالسفن والطائرات وكذلك إذا كان موزع في إقليم أكثر من دولة أو كان مالا معنوي ليس له حيز مكاني ففي هذه الحالة يتعذر تحديد موقع محدد بذلك المال وبالتالي إعطاء الوصف القانوني له.[183]

[181] مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 100.

[182] سمية كمال، المرجع السابق، ص 249، 250.

[183] مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 100.

إذا كان نظام الأموال يتصل بالنظام العام في كل دولة فإن الأمر يتعلق بكافة التكييفات فإذا قلنا بأن أنظمة الأسرة تخضع لقانون الجنسية أسوة بقانون المال، فإن نظام التكييف ينهدم من أساسه كما أن الأخذ بهذا المبدأ يمكن إذ يؤدي إلى تطبيق قاعدة الإسناد في قانون القاضي في غير الحالات التي يرى المشرع الوطني تطبيقها فيها[184]كأن يطبق قاعدة الإسناد الخاصة بالعقار على المال يعد من وجهة نظر المشرع الجزائري منقولا.

إذا كانت قاعدة الإسناد تخضع ميراث المنقول إلى قانون الموطن المتوفي والعقار إلى قانون الموقع كما هو معمول به بفرنسا، فقد قانون الموطن أو قانون الموقع بأنه متقول في حين يعتبر في قانون القاضي عقار فأسهم في فرنسا كانت في وقت قريب عقار يمكن رهنها رهنا تأمينيا في حين أن المحل التجاري ومكاتب التوثيق تعامل أنها مال منقول.

لكن هذا الاستثناء كما يقول نبوبيه يلعب دورا مهما في تصنيف الأموال إلى عقارية ومنقولة ليس في القانون الدولي الخاص ولكن حتى في القانون الداخلي، حيث أكد ذلك الفقه والقضاء[185] في معظم الدول وقد حرصت على تأكيدها بنص صريح في تشريعاتها[186] كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري في المادة 17 من القانون المدني، المادة 18 من القانون المدني والمشرع الإماراتي في المادة 18 من القانون رقم 5 ولعل استقرار القاعدة سنة 1985 في القوانين الوضعية المختلفة على هذا النحو هو ما دفع البعض إلى حد القول بوجود عرف دولي يلزم الأخذ بها.[187]

---

[184] جاد جاد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 2015.

[185] حكم صدر في محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28 يونيو 1968 بالنسبة لإيرادات مدنية "نابولي" ولما كان الأمر يتعلق بتركة منقولة فإنه أخضعها للضريبة على المنقولات التي يمكن اعتبارها عقارا في ذلك الحين، نقلا عن عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر ,المرجع نفسه ص 190.

[186] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 447.

[187] المرجع نفسه، ص 447.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الاستثناء الخاص بوصف المال

أخضع بارتن تكييف المال عقار أو منقولا لقانون موقعه استثناءا على القاعدة العامة في التكييف وذلك لاعتبارات عملية دفعت بارتن إلى تقرير هذا الاستثناء، وكما سبق ذكره واجه هذا الأخير عدة انتقادات من طرف الفقه نظرا للصعوبة التي تواجه القاضي عند العمل به خاصة في بعض القروض التي يصعب فيها إيجاد موقع محدد للمال محل النزاع كما هو الحال بالنسبة للأموال المعنوية بقروض بالنسبة للأموال التي تقع في أكثر من إقليم.

التشريعات لا تختلف حول إخضاع نظام الأموال المادية لقانون الموقع أو القانون الإقليمي فهي قاعدة قديمة أستقر عليها الفقه منذ القديم أي مع ظهور فقه الأحوال الإيطالي التي تزعمه بارجول حيث قال بأن قانون الموقع هو القانون الواجب التطبيق على المال، وأكد على ذلك الفقيه مانشتي حيث أعتبر إخضاع نظام الأموال إلى قانون الموقع من النظام العام.[188]

قانون موقع المال هو الذي يطبق على الأحوال العينية وتشمل هذه الأحوال على الحقوق العينية الواقعة على عقار أو منقول كما تشمل حق الملكية وأسباب كسبه من حيازة وشفعة.[189]

المشرع الجزائري حدد قاعدة إسناد تشير إلى القانون واجب التطبيق إذ أخضع تكييف المال إلى قانون موقعه كاستثناء من القاعدة العامة وذلك في المادة 7 من الامر رقم 05. 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75، 58 الموافق 26 سبتمبر 1975 "يخضع تكييف المال سوا كان عقارا او منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد بها".

[188] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 467.

[189] المرجع نفسه، ص 467.

إذا كانت المادة 1/17 ق م ج قد نصت على إخضاع تكييف المال إلى قانون موقع المال فإنه ما يتعلق بالمنقول فإنه يخضع للقانون الذي توجد به وقت تحقق السبب فإذا لم يوجد هذا المال ضمن إقليم الجزائر يكيف حسب القانون الأجنبي الموجود في إقليمه العقار فحينئذ يعتبر تكييفا من الدرجة الثانية[190] ولا يعود إلى قانون القاضي وإنما إلى القانون المختص بحكم العلاقة وبالتالي فهذا الاستثناء ليس استثناء من القاعدة العامة وإنما إعمالا للتفرقة التي أقامها بارتن بين التكييف اللاحق والتكييف السابق كما أن المشرع الجزائري في تعديله الأخير الذي جاء به القانون 10.05 السابق ذكره قد وضع حدا للمسائل الخلافية حول القانو الواجب التطبيق.

حسب المادة 17 مكرر من القانون10.05 المشار إليه فإن المشرع في هذا التعديل قد سرى بين المنقولات والعقارات بالنسبة القانون الواجب التطبيق في شأن الحيازة أو الملكية الأدبية والفنية أو الحقوق العينية الأخرى من براءة اختراع ونماذج صناعية وغيرها من الحقوق إلى قانون موقعها.

القاضي الجزائري يقوم بتكييف المسألة المرفوعة أمامه وفقا لقانونه إذا ما كانت تدخل ضمن فكرة الحقوق المصنفة في المادة السابقة، فإذا كانت كذلك فإن وصف المال بعد ذلك يخضع لقانون الموقع لا على سبيل الاستثناء وإنما بوصفه تكييفا لاحقا يخضع للقانون المختص.

بهذا يكون المشرع الجزائري قد تجنب الانتقادات الفقهية التي أثيرت حول هذا الاستثناء باستعماله الصياغة المرنة في النص على التكييف.[191]

[190] محند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989 ص 150 ترجمة فائز أنجق.

[191]. عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر (نظرية التكييف)، المرجع السابق، ص 289.

المطلب الثالث:

حالة وجود معاهدة نافدة بين دولة القاضي و دولة أجنبيةاووجود نص قانوني

لقد قيد المشرع الجزائري تكييف العلاقات القانونية وفقا للقانون الجزائري بعدم وجود معاهدة دولية نافدة في الجزائر تحدد القانون الدي يحكم النزاع و الحكم نفسه ادا وجد هناك نص قانوني خاص ينص صراحة على خضوع التكييف في مجالات محددة لقانون غير قانون القاضي.

الفرع الأول: مضمون الاستثناءالخاص بحالة وجود معاهدة او نص قانوني

– الاتفاقيات أو المعاهدات الدولية هي أهم مصادر القانون الدولي الخاص يهتم بها المجتمع الدولي خاصة بعد الحرب العالمية الثانية وذلك اعتبارا أنها أحد الأساليب الناجعة لحل المشكلات القانونية المتصلة بمسائل وموضوعات القانون الدولي الخاص المختلفة حلا موحدا يسري في كافة الدول الأطراف في الاتفاقية الدولية.[192]

في موضوع تنازع القوانين:

تجد الاتفاقية الدولية مجالا واسعا حيث نجد الجهود قد بذلت لتوحيد قواعد تنازع القوانين (قواعد الإسناد) وتقنينها تقنينا دوليا، هذه الجهود يحدوها الأمل في التوفيق ومن خلال اتفاقيات جماعية ليشمل التوحيد لتلك القواعد العام أو على الأقل جزء منه.[193]

[192] . السيد عبد المنعم حافظ السيد، التعريف بالقانون الدولي الخاص، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر 2012، ص 83.

[193]. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 56، 59.

وبالتالي فالاتفاقيات الدولية ثنائية كانت أو جماعية من أيسر الوسائل تحقيقا للتعرف عن مضمون القانون الأجنبي[194]، والتي تتعهد فيها الدولة بتقديم المعلومات المطلوبة عن قانونها مقابل التزام الدول المتعاهدة بتلبية أي طلب في هذا الشأن في كل مرة يثور أمام قضاء إحدى هذه الدول مشكلة البحث عن مضمون قانون دولة متعاقدة مع أخرى.[195]فهذه المعاهدات تشكل سبيلا لتبادل المعلومات عن القوانين الخاصة في الدول الموقعة عليها فهي إذن من إحدى الوسائل المؤدية إلى الكشف عن مضمون قانون دولة أجنبية موقعة على اتفاقية دولية.[196]

الفرع الثاني: أساس الاستثناءالخاص بوجود معاهدة او نص قانوني

تهدف أساسا إبرام اتفاقيات دولية إلى توحيد قواعد تنازع القوانين (قواعد الإسناد) حيث بدأت الجهود في عصبة الأمم (سابقا) في العمل على تنفيذ تلك الجهود فدعت إلى مؤتمر لتقنين قواعد مركز الأجانب العقد في باريس 1929 ومؤتمر آخر لتقنين قواعد الجنسية انعقد بلاهاي 1930.

مرت الاتفاقيات الدولية على عدة مراحل في القرن الماضي والحاضر وتهدف كلها إلى هدف موحد وهو "تقنين موحد لقواعد القانون الدولي الخاص" يسري في مجموعة من الدول المتعاهدة.

كما ترمي هذه المعاهدات التي تضع قواعد موضوعية إلى توحيد تلك القواعد من خلال صورتين:

---

[194] عكوش سهام،القانون الأجنبي اثباتا وتفسيرا (دراسة مقارنةملخص لنيل شهادة الماجستير في الحقوق في اطار مدرسة دكتوراه) فرع عقود و مسؤولية ،جامعة محمد بوقرة ،بومرداس،كلية الحقوق الجزائر 2009-2010،ص95 الأجنبي إثباتا وتفسيرا 2009- 2010، ص 95.

[195] جميل عبده عصوب،محاضرات في القانون الدولي الخاص, مرجع سابق، ص 152.

[196]. السيد عبد المنعم حافظ السيد، التعريف بالقانون الدولي الخاص، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، ص 87.

أولا: الصورة الأولى: وهي وضع تشريع واحد في موضوع معين من موضوعات القانون الدولي الخاص يسري داخل كل دولة من الدول أطراف الاتفاقية، ويحل محل التشريع الداخلي بها بالنسبة لهذا الموضوع بالذات ويطبق على الموضوع سواء اشتمل على عنصر أجنبي أم لا.

ثانيا: الصورة الثانية وهي وضع القواعد الموضوعية تحكم موضوعا معينا من موضوعات القانون الدولي الخاص كالبيع الدولي للمنقولات المادية أو التأجير التمويلي الدولي أو غيرهما، تنظمه تنظيما خاصا يفي بحاجة العلاقات الخاصة الدولية.

ثالثا: نماذج عن الاتفاقيات الدولية

- اتفاقية الملكية الصناعية المبرمة 1883 والمعدلة 1958.
- اتفاقية وارسو 1929.
- اتفاقية لاهاي 1964 الخاصة بالبيع الدولي للمنقولات المادية.

من بين العقود الدولية الحديثة نسبيا والتي تصدت لها الاتفاقيات الدولية ووضعت لها أحكاما خاصة بها عقد التأجير التمويلي الدولي للمنقولات حيث تعد اتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص unidroit أوتاوا عام 1988 تجسيدا فعليا للأحكام الموضوعية المنظمة لهذا العقد فهي الاتفاقية الوحيدة حتى الآن التي سعت لوضع قواعد موضوعية موحدة لتنطبق مباشرة على عقد التأجير التمويلي الدولي للمنقولات المستوفي للشروط وفقا لنطاق تطبيقها.[197]

[197] السيد عبد المنعم حافظ السيد، مرجع سابق، ص 85.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الاستثناء الخاص بوجود معاهدة نافدة بين دولةالقاضي ودولة أجنبيةأوجود نص قانوني

حسب المشرع الجزائري أن هذا الاستثناء يرمي في حالة وجود معاهدة بين دولة القاضي ودولة أجنبية تنص على أن التكييف يكون خاضعا لقانون آخر غير قانون القاضي.[198] ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 21 من القانون المدني الجزائري التي تنص " لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر ".[199]

كما أن المادة 09 من القانون المدني الجزائري ضمن المواد التي أشارت إليها المادة 21 إذ نصت المعاهدة على التكييف فيما يتعلق بأحكامها، فعلى القاضي أن يجري التكييف وفقا لهذه الأحكام ما لم تنص المعاهدة على ذلك فهناك رأيان سيذكران في الفرعين المواليين.

أولا: الرأي الأول:التكييف وفقا لقانون القاضي لأن المعاهدة تدمج في النظام القانوني الداخلي للقاضي وبالتالي يكون التكييف وفقا لقانونه رأي الفقيهBartin .[200]

ثانيا: الرأي الثاني: يكون التكييف وفقا للإرادة المشتركة للأطراف المتعاهدة أن الاختلاف في التكييف يؤدي إلى تعطيل المعاهدة والتحلل منها.[201]

– من الاتفاقيات التي أعطت أهمية أكثر للتكييف تفادي ازدواج الضرائب والتهرب من دفعها. [202]

---

[198] عمر بلمامي،دراسات في القانون الدولي الخاصالمعاصر, مرجع سابق، ص 201.

[199] الأمر 58/75، مرجع سابق، ص 201.

[200] المرجع نفسه نفس الصفحة

[201] كمال عليوش قربوع، مرجع سابق، ص 107.

.

[202] عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 139

قد أشارت إلى موضوع التكييف بعض الاتفاقيات الدولية المبرمة بين الجزائر ودول أخرى منها على سبيل المثال الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة المغربية بقصد تجنب "الازدواج الضريبي" ووضع قواعد المساعدة المتبادلة في ميدان الضريبة على الدخل والثروة الموقعة في الجزائر يوم 25 جانفي 1990[203].

يلاحظ من هذه الاتفاقية أنها أعطت أهمية كبرى لتكييف جميع المسائل المتعلقة بتفادي الازدواج الضريبي على أن الأمر يدق عندما يتفق في المعاهدة على قاعدة إسناد ولا ينص فيها على التكييف اللازم لتطبيقها.[204]

القاضي الجزائْري مثلا الدي يعرض عليه النزاع المشتمل على عنصر أجنبي مجبر على الرجوع في عملية تكييفه للنزاع الى بنود المعاهدة النافدة في الجزائْروالحكم نفسه ادا وجد هناك نص قانوني خاص ينص صراحة على خضوع التكييف في مجلات محددة لقانون غيرقانون القاضي,احتراما لمبدا الخاص يقيد العام يلتزم القاضي بتطبيق النص الخاص.

المطلب الثاني:

إخضاع التكييف حالة الإستحالة المادية

تختلف الأنظمة القانونية من دولة إلى أخرى وليس غريبا أن بعض المجتمعات لا تعرف الأنظمة القانونية التي تحكم المجتمع الآخر خاصة بالنظر إلى إختلاف المجتمعات خاصة في مجال الأحوال الشخصية التي تتأثر بالجانب الديني والعادات والتقاليد فلكل مجتمع على حدة قانونه الخاص به، ففي حالة عرض نزاع مشتمل على عنصر أجنبي على القاضي الجزائري

[203] المرسوم الرئاسي رقم 299/90 المؤرخ في 13 أكتوبر 1990 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و المغرب قصد تجنب الازدواج الضريبي ووضع قواعد المساعدة المتبادلة في ميدان الدخل و الثروة الجريدة الرسمية 44 لسنة 1990، ص 1335.

[204] عمر بلمامي،دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر, مرجع سابق، ص 204.

يجهله نظامه القانوني ، وبالتالي فما هو الحل الذي يتبعه القاضي في مثل هذه الحالات، وما هو التكييف الذي يتبعه إذا كان قانونه يجهله؟

الفرع الأول : مضمون الإستحالة المادية

في تكييف العلاقة موضوع النزاع بمقتضى قانون القاضي بسبب عدم معرفة النظام القانوني المطلوب وصفه من قبل القاضي وفيها يعطي الإختصاص لقانون آخر غير قانون القاضي، فالمهر والوقف مثلا مجهولات من قبل الشرائع الغربية وقد تؤدي الجهالة هذه إلى صعوبات فنية أو عملية في التوصل إلى إستخلاص الوصف القانوني لنزاع متعلق بمثل هذه الأنظمة التي لم ينظمها قانون القاضي[205].

وخير مثال عن الإستحالة المادية موضحا كيفية التوصل إلى تكييف العلاقة القانونية ظهر أثر دعوى رفعها أحد رعايا مالطا أمام محكمة الجزائر (التي كانت تخضع حين رفع النزاع إلى الإستعمال الفرنسي) طالب فيها بحق (4/1 الزوج الفقير) وهو نظام قانوني يعزه القانون المالطي، إلا أنه مجهول من قبل القضاء الفرنسي (قانون القاضي) المطبق آنذاك في الجزائر وتعذر على القاضي أن يصف العلاقة المطروحة هل تدخل في فئة النظام المالي للزوجين، أم في فئة الشركات لأن القانون المطبق يختلف في الحالتين، إذ يخضع النظام المالي لقانون الموطن للزوجية والإختصاص في الشركات إلى قانون موقع العقار، وإضطرت المحكمة إتجاه هذه الإشكالية الناشئة من عدم وجود مثل هذا النظام في قانونها إلى أن تتخلى عن التكييف لقانون آخر وهو قانون جنسية المدعي أي "قانون مالطا".

([205]) حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 50.

الفرع الثاني : تقديرالاستثناءالخاص بوجود استحالة مادية

يدعوا الكثيرين لفكرة إعطاء الإختصاص في التكييف في حالة الإستحالة المادية لقانون آخر غير قانون القاضي لم يمنح البعض الآخر من معارضتها والدعوة إلى إبقاء الإختصاص في التكييف لقانون القاضي[206].

وبالتالي فالفقهاء المؤيدون لتطبيق القانون الإجنبي إعتبروا أن جهل الأنظمة القانونية من طرف قانون دولة القاضي قد يؤدي إلى صعوبات فنية وعملية في إستخلاص الوصف القانوني السليم لنزاع متعلق بشكل هذه الأنظمة[207].

أما بالنسبة للفقهاء المؤيدين بتطبيق قانون القاضي بإعتبار أن الأنظمة التي تعتبر غير معروفة في دولة القاضي إستثناء، فالتكييف حسب هذا الرأي يجب أن يتم دائما وفق قانون القاضي حتى لو تعلق الأمر بأنظمة قانونية أجنبية غير معروفة في هذا القانون فإذا كان القاضي يقوم دائما بتكييف العلاقات غير المعروفة في قانونه ليعرف إلى أي مجموعة قانونية يمكن أن تنتمي وحتى يطبق عليها القاعدة القانونية الواردة في هذا الخصوص وليقرر ما إذا كانت باطلة أو صحيحة.

تقييد الزواج بواحدة في بعض الدول ومنع تعدده في أنظمتها القانونية لا يمنع قاضي تلك الدولة من إعتبار الزواج بأكثر من واحدة المنصوص عليه في قانون دولة أخرى كنوع من أنواع الزواج ومن تم يطبق على العلاقة الزوجية الثانية القواعد الخاصة بالزواج[208]. وبالتالي فالوصف السليم للعلاقة القانونية المجهولة في النظام القانوني لدولة القاضي لا يتأتى إلا إذا تم وفقا للقانون الأجنبي الذي ينظمها أو الإستعانة بالمنهج المقارن في معرفتها وليس وفقا لنظام يشابهها من أنظمة قانون القاضي.

([206]) حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 49-55.

([207]) عمر بلمامي،(دراسات في القانون الدولي)، مرجع سابق ص 198.

([208]): جابر جابر عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 233.

ولنأخذ على ذلك بعض الأمثلة من قواعد الشريعة الإسلامية كالمهر، العدة والطلاق البائن البينونة كبرى، فإنه لا يمكن فهم مثل هذه الأنظمة إلا بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية وإنما يشمل كل الأنظمة التي يجهلها قانون القاضي[209].

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الاستثناءالخا ص بوجود استحالة مادية

في حالة عرض نزاع المشتمل على عنصر أجنبي على القاضي الجزائري يجهله النظام القانوني الجزائري (زواج المثليين) المعروف في الدول الأوروبية فالقاضي لا يمكنه تكييف العلاقات وفقا لقانون وطنه لأنه يستعصي عليه وذلك وبالتالي يستوجب على القاضي اللجوء إلى الإستئناس بالقانون الأجنبي كما فعل القضاء الألماني في القضايا المعروضة أمامه حول مسألة الهبة وحق الشفعة، إستأنس بالقانون الجزائري.

لكن بالرجوع إلى المشرع الجزائري فلم يبين في المادة 09 من القانون المدني مدى منحه سلطة الإستئناس بالقانون الأدنبي للقيام بعملية التكييف لكن بالعودة إلى أحكام المادة 23 مكرر فقرة 02 التي تنص على تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين الأجنبي بالتالي يمكن إعتبار حالة الإستحالة المادية إستثناء لقانون القاضي في التكييف.

و اعتبر إخضاع التكييف لقانون القاضي ما هو إلا تشويه العلاقة القانونية، فقواعد التكييف المقررة في القانون الذي سيحكم النزاع تكون مختصة بتكييف العلاقة القانونية .

انتقد هذا الرأي لأنه تعترضه استحالة التكييف على اعتبار أنه عملية سابقة على تحديد القانون المختص، فالقاضي لا يعلم بعد القانون الذي سيحكم النزاع.

([209]): عمر بلمامي، (دراسات في القانون الدولي)، مرجع سابق، ص 200.

الملخص:

التكييف أمر أساسي وأولي لإعطاء أي وصف قانوني للمسألة القانونية المعروضة على القاضي، وذلك في أي فرع من فروع القانون الداخلي سواء كان هذا الفرع جنائيا أو مدنيا...إلا أن التكييف في القانون الدولي الخاص له أهمية خاصة إذ من خلاله يتم التعرف على قاعدة الإسناد والتي من خلالها يتحدد القانون الواجب التطبيق، بحث موضوع التكييف يعد مسألة جوهرية توزعت بشأنه الإتجاهات الفقهية إلى إتجاهين منه من يرى أن موضوعه هي العلاقات القانونية **والبعض** الآخر يرى أن موضوعه هي العلاقات لكن الرأي الراجح هو الواقعة التي يرتب قانون القاضي عليها أثر قانونيا أما بالنسبة للقانون الذي يخضع له التكييف، كان محل جدل فقهي منه من أخضعه إلى القانون الذي يحكم النزاع ومنه من أخضعه للقانون المقارن ومنه من إعتبره عمل فقهي مجرد، كل هذه الأراء منتقدة، إلا أن نظرية بارتن التي أخضعت التكييف إلى قانون القاضي، كانت أقل إنتقادا حيث أخدت بها معظم التشريعات بنصوص صريحة ومنه المشرع الجزائري في المادة 9 م م.

فرق بارتن بين التكييف الأولي والثانوي وأورد عليه إستثناء هو وصف المال الذي أخضعه إلى قانون موقعه، أيده الفقه الحديث بذلك لكن ليس على أساس السيادة كما أدعى بارتن وإنما على أسس أخرى منها منطقية، عملية ونفسية.

قاعدة خضوع التكييف ليست قاعدة مطلقة بل ترد عليها إستثناءات تشريعية منها حالة وصف المال، إلاتزامات الاتعاقدية والغير تعاقدية ,إستحالة مادية أو وجود نص قانوني أو معاهدة بين دولة القاضي والدولة الاجنبية.

الخاتمة:

القاضي قبل أن يفصل في أي مسألة قانونية لا بد من أن يعطي الوصف القانوني لها من خلال إدراجها ضمن طوائف خصها مشرعه بضابط إسناد يحدد من خلالها القانون الواجب التطبيق، و هذا الوصف القانوني يسمى التكييف.

التكييف عملية ضرورية لا غنى عنها في أي نزاع يرفع أمام القاضي سواء كان هذا النزاع أطرافه وطنيون أم أجانب، له أهمية خاصة في القانون الداخلي كما في القانون الدولي الخاص.

التكييف مسألة قانونية يخضع لرقابة المحكمة العليا، و هي عملية فنية مهمة في القانون الدولي الخاص، اختلف الفقهاء في مسألة إخضاعه لقانون معين, كان مجالا لجدل فقهي واسع، توزعت الاتجاهات الفقهية حوله إلى عدة اتجاهات، لكن الفقه الذي لقي تأييدا واسعا و ما زال العمل به حتى الآن هو موقف الفقيه بارتان، حيث أخضع التكييف لقانون القاضي و استمد حجته في ذلك بفكرة السيادة، أي أن القاضي يقوم بعملية التكييف تكريسا لسيادته التشريعية، فالمشرع وحده الذي يملك تحديد القدر الذي يمكن أن ينقص من سيادة دولته، و بارك بارتن الحل الذي انتهى إليه القضاء الفرنسي مؤكدا سلامة خضوع التكييف لقانون القاضي و ضرورته، وهذه القضايا المعزوقة بقضية وصية الهولندي ، زواج اليوناني، ميراث المالطي سابقة على ظهور فكرة بارتن.

فرق بارتن بين التكييف الأولي و التكييف اللاحق، فالتكييف الأول هو الذي يخضع لقانون القاضي، أما الثاني فيخضع للقانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد، وقد كان بارتن يعتبر في البداية التكييف الثانوي استثناء من التكييف الأولي، مثله مثل تكييف الحال

الذي أخضعه إلى قانون موقعه، ثم تراجع عن ذلك في أبحاثه الأخيرة و اعتبره نتيجة منطقية للأساس الذي بني عليه نظريته و هي فكرة السيادة.

و قد أقر الفقه الحديث بنظريته لكن ليس فكرة السيادة و إنما على أسس أخرى منها نفسية، منطقية و قانونية كما سبق ذكرها، و اعتبر أن التكييف الأولي ما هو إلا تفسير لقاعدة الإسناد في قانون القاضي.

المشرع الجزائري أخد بنظرية بارتن و نص على ذلك في المادة 09 من قانون المدني بما تحمل من المفهوم الواسع للقانون الجزائري الذي يشمل مختلف القواعد مهما اختلفت المصادر التي استمدت منها القوة الإلزامية، كما أخد بالاستثناء الخاص بالحال و نص عليه في المادة 1/17 ق م.

هذه القاعدة التي أتى بها بارتن أوردت عليها استثناءات فقهية و تشريعية حديثة أين يخضع التكييف لقانون غير قانون القاضي، من هذه الاستثناءات الفقهية الاستثناء الخاص بخضوع التكييف إلى القانون المختص و الذي يتزعمه الفقيه الفرنسيDespagnet

نخلص في الختام أن رغم الاجتهادات الفقهية و نظرتها لعملية التكييف لم تسلم جميعها من الانتقاد، ذلك أنها بعيدة عن الواقع العملي، إلا أن نظرية بارتن أقل نقدا مقارنة مع مثيلاتها، و نصت عليها معظم الدول في تشريعاتها، منها المشرع الجزائري في نص المادة 09 ق م إلا أنه من الناحية العملية لا يمكن الأخذ بها على إطلاقها خاصة في الفروض التي يواجه فيها القاضي نظاما قانونيا غريب عن قانونه.

ومن خلال الخلاصة يمكن تقديم بعض الاقتراحات:

إذ قواعد التنازع وجدت أصلا من أجل مواجهة العلاقات الخاصة الدولية و بالتالي الحلول لا يمكن أن تكون وفقا لقوانين وضعية في قانون القاضي لأن هذا الأخير يمكن أن

يصادف مسائل قانونية تتصل بنظم قانونية أجنبية فمن غير المنطق أن تخضع عملية التكييف وفقا لقانون القاضي في مثل هذه المسائل لتعذر إدخالها ضمن إحدى طوائف الإسناد التي وضع لها مشرعه ضابط الإسناد.

نظرا لتطور العلاقات الدولية الخاصة ومن أجل إرساء التعايش بين الشعوب لزوما على المشرع الاستعانة بالقانون المقارن من أجل استنباط الحلول السليمة للمسألة القانونية.

فليس صحيحا كما ادعى أصحاب الفقه القديم أنه لا يمكن توحيد مشكلة التكييف في التشريعات لاختلاف التصور في المفاهيم القانونية لكل دولة، ذلك أنه في العصر الحديث لجأت الدول إلى الاتفاقيات التجارية و المعاهدات الدولية و تحديد القانون الواجب الرجوع إليه أثناء عملية التكييف لتفادي إشكالية التكييف.

المشرع الجزائري و إن نص في المادة 09 على أن القانون الجزائري هو المرجع في عملية التكييف، لم يحسم في مسألة التكيف عندما تعرض على القاضي علاقة قانونية يجهلها قانونه، من هنا نقترح إضافة فقرة تحدد للقاضي القانون المختص في عملية التكييف في مثل هذه الفروض و ذلك بالتوسع في الفئات المسندة، و إعطاء مجال للقانون الأجنبي لحكم المسألة محل النزاع في إطار قانوني، و يكون للقاضي سند تشريعي لإعطاء الوصف العادل و السليم للمسألة القانونية المطروحة.

بالرغم من أن المشرع الجزائري نص في المادة 23 مكرر 2 على تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص إلا أنه غير كافي في اللجوء للقانون الأجنبي من أجل تفسير العلاقة القانونية محل النزاع.

كما أن المادة 17 من القانون المدني الخاصة يوصف المال، كان بإمكان المشرع النص عليها في الفقرة الثانية من المادة 09 من القانون المدني التي تخضع عملية التكييف

لقانون القاضي، بحيث تكون المادة 17 من القانون المدني استثناء في المادة 09 من القانون المدني، وهو ما ينطبق مع ما جاء به بارتن، و لا مجال لإدراج هذا الاستثناء في مادة كاملة.

فإذا كان دور التشريعات الحديثة التوسيع في الفئات المسندة لتكون ملائمة للإشكاليات القانونية ذات البعد الدولي وهو ما عمل عليه المشرع الجزائري في تعديل 2005 عند نصه في المادة 2/12 على حالتي الانفصال الجسماني و التبني الغير معروفان في الجزائر، فليس معنى ذلك الانصياع وراء النظم القانونية التي تتعارض مع النظام العام و الآداب العامة، و هذا ما أكد عليه المشرع في المادة 2/24 من القانون المدني التي تنص على عدم تطبيق القانون الأجنبي عندما يكون مخالفا للنظام العام و الآداب العامة.

إن التوسع في الفئات المسندة أصبح ضرورة لا بد منها في العلاقات الدولية الخاصة و النص على ذلك بنصوص صريحة حتى يمنح للقاضي السند الشرعي و بالتالي تسهيل عملية التكييف لأنها عملية ذهنية معقدة، لكن دون أن تكون تتعارض مع المبادئ في المجتمع و الدين الإسلامي باعتباره دين دولة حسب المادة 01 من الدستور.

فالمشرع حينما أجار تطبيق القانون الأجنبي في حالة الانفصال الجسماني و التبني حسب المادة 2/12 من القانون المدني و هما نظامان غريبان و يتعارضان مع مبادئ الدولة الدينية، و بالتالي كان هناك تعارض بين المادة 2/12 و المادة 2/24 من القانون المدني و بالتالي يمكن للقاضي تطبيق القانون الجزائري في مثل هذه الحالة و الدفع بالنظام العم و الآداب العامة باعتبار أن الدين الإسلامي دين دولة، و كما قال تعالى:" **و أن أحكم بينهم بما أنزل الله و لاتتبع أهواءهم.....**" .

الفهرس

مقدمة..... 3

الفصل الأول:اخضاع التكييف لقانون القاضي..... 6

المبحث الاول:مفهوم التكييف في القانون الدولي الخاص..... 7

المطلب الأول:التعريف بالتكييف..... 8

أولا: التعريف اللغوي..... 9

ثانيا: التعريف القانوني..... 9

ثالثا: التعريف الفقهي..... 9

الفرع الثاني:أنواع التكييف..... 11

أولا : التكييف الأولي..... 11

ثانيا: التكييف الثانوي..... 12

ثالثا: التكييف البسيط..... 13

رابعا: التكييف المركب..... 14

المطلب الثاني:محل التكييف في القانون الدولي الخاص..... 15

الفرع الأول:ارتباط التكييف بميدان القانون..... 15

الفرع الثاني:ارتباط التكييف بميدان الوقائع..... 16

الفرع الثالث:موقف المشرع الجزائريمن محل التكييف..... 16

المطلب الثاني:أهمية التكييف..... 18

الفرع الأول:أهمية التكييف في القانون الدولي الخاص..... 19

أولا: من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق على القاعدة القانونية..... 19

ثانيا: من حيث القانون الذي يطبق على عملية التكييف ذاتها..... 20

الفرع الثاني: أهمية التكييف في القوانين الداخلية..... 20

أولا: التكييف في القانون المدني..... 21

ثانيا:التكييف في القانون الجزائي..... 21
ثالثا:التكييف في القانون التجاري..... 21
الفرع الثالث:الأهمية العملية لعملية التكييف..... 22
اولا: التبرير النفسي..... 22
ثانيا: التبرير المنطقي..... 23
المبحث الثاني:أساس اخضاع التكييف لقانون القاضي..... 24
المطلب الاول:الأساس التاريخي لاخضاع التكييف لقانون القاضي..... 24
الفرع الأول:قضية الميراث المالطي..... 25
الفرع الثاني:وصية الهولندي..... 26
الفرع الثالث:في قضية زواج الأرثودكسي..... 29
المطلب الثاني: الأساس الفقهي لاخضاع التكييف لقانون القاضي..... 32
الفرع الاول:مضمون نظرية اخضاع التكييف لقلنون القاضي..... 32
أولا:مبدأ اخضاع التكييف لقانون القاضي..... 32
ثانيا:أساس نظرية بارتن..... 34
الفرع الثاني: موقف الفقه الحديث من نظرية بارتان 36
أولا: حجة منطقية 37
ثانيا:حجة علمية 38
ثالثا: حجة قانونية 38
الفرع الثالث: تقدير النظرية (نظرية بارتن) 39
أولا: تقدير المبدأ 39
ثانيا:تقدير الإستثناء (خضوع تكييف المال إلى قانون موقعه) 40
المطلب الثالث: الأساس التشريعي لإخضاع التكييف لقانون القاضي 42
الفرع الأول: في التشريع الجزائري..... 42

الفرع الثاني: في التشريعات العربية الأخرى..... 43
أولا: في التشريع التونسي 43
ثانيا: في التشريع المغربي 43
ثالثا: في التشريع الليبي 44
رابعا: في التشريع المصري و السوداني 44
خامسا: التشريع الإمارتي 45
سادسا: في التشريع الأردني 45
سابعا: في التشريع السوري 45
الفرع الثالث: في التشريعات الغربية 46
أولا: التشريع الفرنسي 47
ثانيا: التشريع الأمريكي 47
ثالثا: التشريعات الغربية الأخرى 48
الفصل الثاني: حدود إخضاع التكييف لقانون القاضي 49
المبحث الأول: الإستثناءات الفقهية لإخضاع التكييف لقانون القاضي 50
المطلب الأول: إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع 51
الفرع الأول: مضمون نظرية إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع 51
الفرع الثاني: أساس إخضاع التكييف للقانون المختص في النزاع 52
أولا: الحجة الأولى 53
ثانيا: الحجة الثانية 53
ثالثا: الحجة الثالثة 55
الفرع الثالث: تقدير نظرية إخضاع التكييف للقانون المختص الذي يحكم النزاع..... 56
أولا: إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع مضيعة للوقت 57
ثانيا: على الصعيد العلمي 57
ثالثا: على الصعيد النظري 59
المطلب الثاني: إخضاع التكييف إلى القانون المقارن 60
الفرع الأول: مضمون نظرية إخضاع التكييف للقانون المقارن 61

الفرع الثاني: أساس نظرية اخضاع التكييف للقانون المقارن 63
أولا: الحجة الأولى..... 63
ثانيا: الحجة الثانية 65
ثالثا: الحجة الثالثة 65
الفرع الثالث: تقدير نظرية إخضاع التكييف لقانون المقارن 66
أولا: أنها مثالية غير واقعية 66
ثانيا: عملية يتعذر على القاضي القيام بها 67
ثالثا: تقضي إلى نتائج غير مقبولة 68
رابعا: تأثر القاضي بالنزعة الوطنية 69
المطلب الثالث: إخضاع التكييف لنظرية علن القانون 70
الفرع الأول: مضمون نظرية إخضاع التكييف لعلم القانون 70
الفرع الثاني: أساس نظرية إخضاع التكييف لعلم القانون 72
أولا 72
ثانيا 73
الفرع الثالث: تقدير علم القانون 75
المبحث الثاني: الإستثناءات القانونية لإخضاع التكييف لقانون القاضي 77
المطلب الأول: حالة وجود التزامات تعاقدية و غير تعاقدية 77
الفرع الأول: تكييف الإلتزمات التعاقدية 78
أولا: مضمون الإستثناء الخاص بالإلتزمات التعاقدية 78
ثانيا: أساس الإستثناء الخاص بالإلتزمات التعاقدية 78
ثالثا: نقد الإستثناء الخاص بالإلتزمات التعاقدية 79
الفرع الثاني: تكييف الإلتزمات غير تعاقدية 81
أولا: مضمون الإستثناء الخاص بتكييف الإلتزمات التعاقدية 81
ثانيا: أساس الإستثناء الخاص بالإلتزمات التعاقدية 82
ثالثا: تقدير الإستثناء الخاص بتكييف الإلتزمات الغير تعاقدية 83
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الإلتزمات التعاقدية و غير تعاقدية 84

أولا: موقف المشرع الجزائري من الإستثناء الخاص بالإلتزمات التعاقدية 84
ثانيا: موقف الشمرع الجزائري من الإلتزمات غير تعاقدية 85
المطلب الثاني: وصف المال 86
الفرع الأول: مضمون الإستثناء الخاص بوصف المال 87
أولا 87
ثانيا 88
الفرع الثاني: تقدير الإستثناء الخاص بوصف المال 89
أولا 89
ثانيا 90
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الإستثناء الخاص بوصف المال 92
المطلب الثالث: حالة وجود معاهدة نافذة بين دولة القاضي و دولة أجنبية أو وجود نص قانوني. 94
الفرع الأول: مضمون الإستثناء الخاص بحالة وجود معاهدة أو نص قانوني 94
الفرع الثاني: أساس الإستثناء الخاص بوجود معاهدة أو نص قانوني 95
أولا: الصورة الأولى 96
ثانيا: الصورة الثانية 96
ثالثا: نمادج عن الإتفاقيات الدولية 96
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الإستثناء الخاص بوجود معاهدة نافدة بين دولة القاضي و دولة أجنبية أو وجود نص قانوني . 97
أولا: الرأي الأول 97
ثانيا: الرأي الثاني 97
المطلب الرابع: إخضاع التكييف حالة الإستحالة المادية 98
الفرع الأول: مضمون الإستحالة المادية 99
الفرع الثاني: تقدير الإستثناء الخاص بوجود استحالة مادية 100
الفرع الثالث: موقف المشروع الجزائري من الإستثناء الخاص بوجود استحالة مادية ... 101
الخاتمة 109

قائمة المصادر والمراجع..... 102

ÕDzĒDZ/ Ʊʒ ɗɒ̈ Ę∧ÆÔöä ÆŧŢ ĞĤnĻÅDZ

ĞĒèÅĒÊöä ȳzȲĤöäş ȧzȮΣä ĞĒȲõ

ȧzȮΣä ĻÊę

ƀşÆöä ȷzɯÅÖöä Ž ZĒĒøȮǫöä

î Å ǫä

ȷzɯÅÖöä Ž ÀǫèÅʇä gǻÅȷȚì ÕĒʌȮ ĞȲŧȮn gÀÕØn

ȯÅŧʒQȯ î Å ǫä ȷzɯÅÖöä :ÒÔơ

ØzǪÕÆöä ȣäÀ`ìŮ

CˆÀȮöä ÆĞʒ ¢õzn

ÆèȮÅÛöä åäÆʒŮ

gÀŁÂöä Ƀzʌ`Àõ *

ȷÅʌg ĠGʌşø *

ĞøøÎęÅʌʇä Ğøøʌƨ

ÅÊĒəø..... ÕDzĒDZ ĞĤnĻÅDZ Û"ā" À`ȓÅŢ æÅøǪèŮ ÛɗÊg Ʊ5ÅŁ .å

äøÀÖn ÅzÀÎn..... ÕDzĒDZ ĞĤnĻÅDZ Û"ā" À`ȓÅŢ æÅøǪèŮ ÛCˆÀȮöä ÆĞʒ ¢õzn .å

ĞʌHuQuʊ.....ÕDzĒDZ ĞĤnĻÅDZ ¡"Ů" gÆʒÅÊn gæÅøǪèŮ Ûʔ ȲĒö ÆʌÀ8ö .Ů

2017/2016 ĞĒĤnĻÅƨä ĞʌÊöä

الملخص

تعتبر عملية التكييف في القانون الدولي الخاص مرحلة جد مهمة في تحديد القانون واجب التطبيق على المعاملات والتصرفات ذات العنصر الأجنبي، إذ من خلال هذه العملية تتحدد قواعد الإسناد التي اخصها المشرع بالقانون واجب التطبيق سواء في المسائل ذات الصلة بالأحوال الشخصية أو العينية أو الشكلية في التصرفات القانونية، بالتالي عملية التكييف مهمة جدا بالنسبة للقاضي الوطني المختص من اجل تحديد طبيعة النزاع والقانون واجب التطبيق، هذه الأهمية نابعة عن اختلاف الأنظمة القانونية وارتباط بعض المواضيع بالنظام العام.

Résumé

En droit international privé, la qualification consiste à rechercher à quelle catégorie juridique se rattache la situation internationale qui suscite un conflit de lois, il peut s'agir de savoir si les faits concernent le statut personnel, le statut réel ou encore la forme des actes, la qualification est une opération essentielle pour le juge national puisque elle permet de déterminer parmi les règles de conflits du for, celle qui désignera la loi applicable.