

التكيف في تنازع القوانين

Adaptation in conflict of laws

الدكتور زنائدة عبد الرحمان

Dr: ZENANDA Abderrahmane

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلـي-الشلف-

Faculty of Law and Science Hassiba Benbouali University of Chlef

Email: a.zenanda@univ-chlef.dz

تاريخ النشر: 2021/06/28

تاريخ القبول: 2021/05/01

تاريخ إرسال المقال: 2021/04/05

ملخص:

بالنظر لأزمة التقنين الحادة التي يعرفها القانون الدولي الخاص، لعب الفقه دورا كبيرا في تأصيل موضوعاته انطلاقا من بعض المبادئ الجزئية التي توصل إليها القضاء وهو بصدد الفصل في المنازعات المعروضة عليه المتعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية حتى أصبح هذا القانون يوصف بالقانون الفقهي القضائي، ويشكل التكيف في تنازع القوانين نموذجا للدور التأصيلي للفقه لكون هذا الأخير وعلى ضوء بعض الأحكام القضائية تمكن من إمطة اللثام عن الجوانب الغامضة في التكيف.

ونحن من خلال هذه الدراسة الفقهية نحاول رصد المواقف الفقهية المختلفة التي اتخذت بشأن التكيف، لتتوج في الأخير بظهور موقف فقهي يكاد يكون محل إجماع سواء لدى الفقه أو القضاء أو التشريع، وذلك بعد صقل وتهذيب وتطويع النظرية التي قال بها الفقيه الفرنسي بارتان *Bartin* والذي قال بعد إدراكه لأهمية التكيف من خلال الدراسات المعمقة التي قام بها بشأنه، أن التكيف يعتبر أساس وجود القانون الدولي الخاص، وإدراكا منا لأهمية موضوع التكيف في مجال تنازع القوانين وحتى يمكننا الإمام بمختلف جوانب الموضوع، قمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، خصصنا المبحث الأول منهما لمفهوم التكيف تناولنا من خلاله تعريف التكيف وتحديد موضوعه وبيان نشأته وتطوره أما المبحث الثاني فخصصناه لموقف الفقه والتشريع من التكيف، منتهين إلى بيان وتحديد موقف المشرع الجزائري من نظرية إخضاع التكيف لقانون القاضي مبينين الغموض والنقص الذي انتاب موقفه وكيفية تجنب ذلك.

كلمات مفتاحية:

تنازع القوانين؛ التكيف؛ التكيف الأولي؛ التكيف الثانوي.

Abstract:

Given the severe crisis in the codification of international law, The jurisprudence has played a major role in entrenching its topics on the basis of some of the partial principles that justice has reached and is ruling on the issues that are presented to it related to private international relations, Until such time as this law is qualified as judicial case law, The conflict of laws adaptation is a model for the consolidation role of jurisprudence, which, in light of certain judicial decisions, have been able to elude the ambiguous aspects of adaptation. Through this jurisprudential study, we try to follow the different jurisprudential positions that have been taken regarding adaptation. Tofinally lead to the emergence of an almost unanimous position, whether in jurisprudence, justice or legislation, and that after having refined, improved and adapted the theory stated by the French jurist Bartin who mentioned. After having become aware of the importance of adaptation, through the in-depth studies it has carried out, that adaptation is the basis of the existence of private international law, aware of the importance of the issue of adaptation in the field of conflict of laws and in order to familiarize ourselves with the different aspects of adaptation, we have divided this study into two themes, the first of which we have devoted to the concept of adaptation, through which we have treated the definition of adaptation. and defining its subject and indicating its origin and evolution. As for the second theme, we devoted it to the position of the jurisprudence and legislation on adaptation, ending with a clarification and determination of the position of the Algerian legislator on the theory of the submission of adaptation to the decision of the judge, indicating the ambiguity and the deficiency that haunted his position and how to avoid it.

Keywords:

Conflict of laws; Air conditioning, Primary air conditioning; Secondary air conditioning

مقدمة:

تكتسي دراسة مشكلة التكييف في القانون بمختلف فروعه أهمية قصوى، لأن عليه يتوقف تطبيق القانون، إذ ليس كل ما يطرح على القضاء واجب الحكم فيه، وذلك لأن التكييف من صميم صلاحية القاضي، وهذا كما نصت عليه المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية الجزائية، لأن الواقع أشمل من القانون، وعن طريق التكييف يمكن استيعاب الواقع المتجدد لذلك يعتبر هو الرابط بين الواقع والقانون. ومشكلة التكييف تفرض نفسها على القاضي أو على الباحث في مختلف فروع القانون الأخرى. فمشكلة التكييف في القانون المدني على سبيل المثال، يقوم القاضي بتكييف العلاقة المطروحة عليه لمعرفة ما إذا كانت تتعلق بعقد بيع أو عقد هبة أو عقد إيجار لتحديد الأحكام القانونية المناسبة لها. كما يستعين القاضي في نطاق القانون الجنائي بالتكييف لوصف الفعل الذي ارتكبه الجاني، لمعرفة هل الفعل المرتكب يتوفر فيه عناصر الجريمة المعاقب عليها؟ وما إذا كان هذا الفعل المرتكب يشكل جنحة سرقة أو خيانة أمانة أو اختلاس أموال.

كما يستعمل القاضي الإداري في المنازعات الإدارية التكييف لتحديد إن كان العقد محل النزاع يعتبر عقدا إداريا أم عقدا عاديا، لأن ذلك يترتب عليه نتائج مهمة، سواء من حيث الموضوع أو من حيث الاختصاص، وذلك لوجود ارتباط وثيق بين فكرة العقد الإداري وبين الاختصاص للفصل في المنازعة المتعلقة به، وبذلك تبدو أهمية التكييف باعتباره عملية أولية ولازمة لإخضاع التصرف أو الواقعة القانونية للنص القانوني الذي يحكم هذا التصرف أو تلك الواقعة، ولذلك يعتبر الخطأ في التكييف مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا.

وإذا كان للتكييف هذه الأهمية في القانون الداخلي، فإن أهميته تتضاعف في القانون الدولي الخاص، وذلك لأن عليه يتوقف إعمال المنهج التنازعي برمته؛ وهذا لأن قواعد الإسناد التي تعتبر المفتاح لحل مشكلة التنازع لا تضع حلا لكل مسألة من المسائل التي تطرح أمام القضاء على حدى، وإنما هي تضع الحلول لكل طائفة من المسائل، كما هو معلوم أن كل قاعدة من قواعد الإسناد تتضمن فكرة مسندة وضابط إسناد يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسائل التي تدخل ضمنها.

فالقاعدة التي تقضي بإخضاع أهلية الأشخاص لقانون جنسيتهم، تتضمن فكرة الأهلية كفكرة مسندة وضابط للإسناد هو الجنسية، والقاعدة التي تنص على إخضاع شكل التصرفات لقانون بلد الإبرام، تتضمن فكرة الشكل كفكرة مسندة وضابط للإسناد هو قانون بلد الإبرام، وعلى هذا الأساس إذ ما طرح نزاع يتضمن عنصرا أجنبيا أمام القضاء الوطني، يتعين على القاضي تكييف ما إذا كانت المسألة محل النزاع تدخل مثلا في مضمون فكرة الأهلية أو في فكرة شكل التصرفات، وهي عملية أولية تتوقف عليها معرفة القانون الواجب التطبيق، لذلك قيل بأن التكييف في القانون الدولي الخاص هو تفسير لقاعدة الإسناد في شقها المتعلق بالفئة المسندة، وهكذا يبدو جليا أن إعمال قاعدة الإسناد و تحديد القانون الواجب التطبيق يتوقف على عملية التكييف.

وتزداد أهمية التكييف في القانون الدولي الخاص بسبب اختلاف المفاهيم القانونية لقواعد الإسناد واختلاف تصنيفها من بلد إلى آخر، فما يعتبر من الشكل في دولة ما، قد يعتبر متعلقا بالموضوع في دولة أخرى، وما يعتبر من الأهلية في نظام قانوني معين، قد يعتبر داخلا في المسائل المتعلقة بالشكل في نظام قانوني آخر، ويؤدي هذا الاختلاف في التكييف بين النظم القانونية إلى الاختلاف في تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا بدوره يؤدي إلى اختلاف في الأحكام القضائية في القضية الواحدة.

وتزداد مشكلة التكييف تعقيدا إذا كان القانون الواجب التطبيق يكيف العلاقة القانونية موضوع النزاع تكييفًا مغايرًا لتكييف قانون القاضي المعروض عليه النزاع، حيث نجد أنفسنا أمام ما يسمى بتنازع التكييفات، فمثلا إذا كان النزاع المعروض على القاضي الجزائري يتعلق بالميراث، وكان القانون الواجب التطبيق على النزاع هو القانون الفرنسي لكونه قانون جنسية المالك وقت الوفاة، نجد أنفسنا أمام تنازع في التكييف بين القانونين، وهذا لأن فكرة الميراث ورغم معرفتها في القانونين إلا أنهما يختلفان في تكييفها. فبينما القانون الجزائري يدرجها ضمن فئة الأحوال الشخصية، فإن القانون الفرنسي يدرجها ضمن فئة الأموال، ويترتب من هذا التنازع في التكييف اختلافًا في القانون الواجب التطبيق على المسألة محل النزاع (الميراث).

يضاف إلى ما سبق، أن مشكلة التكييف ترتبط ارتباطا وثيقا بالمسائل التي يرد عليها، وهذا ما يسمى بموضوع التكييف، والذي يقتضي معرفة على ماذا ينصب التكييف؟ أي، هل ينصب على القانون أم على الواقع؟ أم عليهما معا؟

ومما سبق يظهر جليا أن مشكلة التكييف في تنازع القوانين، تطرح إشكالية تحديد مفهومه، وتطور نشأته، والقانون الذي يتم وفقا له، لذلك ارتأينا تقسيم هذه الورقة البحثية إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول: مفهوم التكييف، وفي المبحث الثاني القانون الذي يتم وفقه التكييف.

المبحث الأول: مفهوم التكييف.

لتحديد مفهوم التكييف في تنازع القوانين ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأول تعريف التكييف وموضوعه، وخصصنا المطلب الثاني لأهمية التكييف ونشأته.

المطلب الأول: تعريف التكييف و موضوعه.

لتحديد تعريف التكييف وموضوعه، قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، خصصنا الفرع الأول لتعريف التكييف، وعالجنا في الفرع الثاني موضوع التكييف.

الفرع الأول: تعريف التكييف.

بالرغم من إقرار الفقه على أهمية التكييف سواء في القانون بصفة عامة أو في تنازع القوانين بصفة خاصة، لم يجمع حتى الآن على تعريف موحد للتكييف، فإذا كان التكييف في القانون بصفة عامة يعني إعطاء الوصف القانوني السليم للفعل أو التصرف دون التقيد بما يضيفه الخصوم من وصف¹، أو تحليل للوقائع و التصرفات تمهيدا لإعطائها وصفها الحقيقي ووضعها في المكان الملائم بين التقسيمات السائدة في فرع من فروع القانون².

ومفهوم مصطلح التكييف لغة يتطابق مع المفهوم القانوني له، ذلك أن التكييف لغة يأتي بمعنى القطع مع كل شيء، إذا قطعه، ويأتي بمعنى حالة الشيء وصفته من كيف إذا جعل له كيفية معينة فهو مشتق من كيفية الشيء ولكنه وحقيقته، وهو بمعناه الثاني لفظ مولد لم تسمع في كلام العرب، كما صرح بذلك أكثر من إمام من أئمة اللغة منهم ابن دريد الذي قال: فأما قولهم هذا الشيء لا يكيف فكلام مولد، هكذا يقول الأصمعي، وقد أقر مجمع اللغة العربية في القاهرة التكييف بهذا المعنى وعرفه بأنه **تحديد طبيعة المسألة**، ولذلك عرفه الدكتور عبد الواحد كرم بأنه تحديد طبيعة العلاقة القانونية لإدخالها في نظام قانوني معين، وقد أعطى المستشار أحمد فهمي تعريفا دقيقا لمصطلح التكييف في القانون بأنه توخي معاني القانون في حاصل فهم الواقع في الدعوى، أي بمعنى أن التكييف هو إسقاط القانون على الواقع طبقا للمبدأ التليد في المرافعات أعطيني الواقع أعطيك القانون³.

أما في تنازع القوانين، فقد عرفه الدكتور عز الدين عبد الله بأنه تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد⁴، و عرفه أيضا المرحوم الدكتور علي سليمان بأنه تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية لكي يسند حكمها إلى قانون معين⁵.

كما عرفه الأستاذ نيبويي Nyboyet بقوله: أن التكييف هو الطبيعة القانونية المعترف بها لأحد النظم القانونية⁶. وعرفه الأستاذ بارتان Bartin بأنه مسألة معرفة ماهو القانون الواجب التطبيق على المسألة التي تتنازعها قوانين دولية مختلفة، والتي على أثرها يقوم القاضي المعروض عليه النزاع بتطبيق القانون المختص من بين مختلف النظم القانونية الخاصة التي تتنازع حكم المسألة محل النزاع⁷.

وهكذا يتضح لنا من التعريفات السابقة أن التكييف سواء في القانون الداخلي، أو في تنازع القوانين، يعني تحديد طبيعة المسألة القانونية محل النزاع، وهذا لا يعني تطابق فكرة التكييف في القانونين، وذلك لأن القاضي ومن خلال التكييف في القانون الداخلي، يسعى إلى تحديد القانون الموضوعي الواجب التطبيق، فيما يسعى القاضي من خلال التكييف في تنازع القوانين إلى إدراج المسألة محل النزاع ضمن طائفة من النظم القانونية المقررة في قانونه تمهيدا لإسنادها إلى القانون المختص. كما يلاحظ على هذه التعريفات التي أعطيت لفكرة التكييف في تنازع القوانين، أنها تشترك جميعا في أن التكييف ينصب على تحديد الطائفة القانونية قبل إسناد الواقعة إلى القانون الواجب التطبيق، تأسيسا على ذلك يترتب على التعريفات السابقة ثلاث عناصر أساسية يقوم عليها التكييف في تنازع القوانين وهي:⁸

- تحديد طبيعة المسألة.

- إدراج المسألة محل النزاع ضمن فكرة مسندة محددة.

- معرفة القانون الواجب التطبيق.

وبناء على ماسبق، نتأكد أن التكييف في تنازع القوانين يعتبر عملا اجتهاديا، لكنه رغم ذلك يخضع لرقابة المحكمة العليا، لكون القاضي ملزم بتكييف مايعرض عليه من وقائع و تصرفات وفقا لقانونه الوطني وليس وفقا لنزواته الشخصية. الفرع الثاني: موضوع التكييف.

تعتبر مشكلة محل التكييف من المسائل الفنية الحديثة في إطار القانون الدولي الخاص، وذلك لأن الفقه لم يشرع في الاهتمام بهذه المسألة إلا من وقت قصير نسبيا، ويرجع ذلك إلى سببين: أحدهما منهجي والآخر منطقي. أما فيما يتعلق بالسبب الأول، فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن هذه المشكلة ما كان لها أن تثور في ظل فكرة الاشتراك القانوني التي قال بها الفقيه سافيني Savini، والتي يترتب عن الأخذ بها وجود رابطة قانونية قبل تطبيق أي نص قانوني عليها وهذا بسبب وحدة النظم القانونية و تشابها.

لكنه و بعد أن ثبت تاريخيا اختفاء فكرة الاشتراك القانوني حتى بين الأنظمة القانونية ذات الأصل الروماني، أصبح بحث مسألة موضوع التكييف مبررا. يضاف إلى هذا السبب سبب آخر منطقي وعملي برر عدم اهتمام الفقه بموضوع محل التكييف، يقصد به أن مشكلة التكييف كمشكلة خاصة بالقانون الدولي الخاص تعتبر مشكلة حديثة نسبيا، لذلك انشغل الفقه عند ظهورها بتأصيل نظرية التكييف والبحث عن القانون الذي يتم وفقه التكييف على حساب موضوع محل التكييف.

لكنه وبعد أن تأكدت ذاتية التكييف في القانون الدولي الخاص وبرزت أهميته، برزت معها مشكلة محل التكييف بوصفها مسألة فنية لا يمكن التغاضي عنها⁹. إذ راح الفقه يتساءل عما الذي يجب إسناده؟ أو ماهو موضوع قاعدة الإسناد؟

ولقد تباينت الآراء الفقهية بشأن تحديد محل أو موضوع التكييف إلى اتجاهين فقهيين و ثالث وسط بينهما، نتولى عرضها كما يلي:

- الاتجاه الفقهي الأول:

ويتخذ هذا الاتجاه الفقهي من ميدان القانون موضوعا للتكييف، إلا أن الآخذين بهذا الاتجاه انقسموا إلى ثلاثة آراء:

ذهب الرأي الأول إلى القول بأن التكييف ينصب على النظم القانونية¹⁰، بينما ذهب أصحاب الرأي الثاني إلى القول بأن التكييف ينصب على العلاقات القانونية¹¹، في حين ذهب الرأي الثالث إلى القول بأن التكييف يقع على القواعد القانونية الموضوعية.

- الاتجاه الفقهي الثاني:

يتخذ هذا الاتجاه الفقهي موضوع التكييف من ميدان الواقع، واستنادا إلى ذلك يكون التكييف هو الواقعة أو المركز الواقعي الذي تتنازع القوانين حكمها أو حكمه، وتكون وظيفة التكييف هي إعطاء الواقعة أو المركز الواقعي الطابع القانوني الذي يدخلها أو يدخله في طائفة معينة من الطوائف القانونية التي نظمها المشرع في قواعد إسناده.

- الاتجاه الفقهي الثالث:

يقف هذا الاتجاه الفقهي موقفا وسطا بين الاتجاهين الفقهيين السابقين، لذلك يرى أصحاب هذا الرأي أن التكييف ينصب على موضوع النزاع، أو على المسألة التي يثيرها المركز الواقعي، أو على المسألة القانونية التي يثيرها المركز الواقعي¹².

وقد انعكس هذا الجدل الفقهي المتعلق بموضوع التكييف على تعريف التكييف كما سبق لنا الإشارة إليه أعلاه.

المطلب الثاني: أهمية التكييف و نشأته.

قسمنا هذا المطلب إلى فرعين: خصصنا الفرع الأول لإبراز أهمية التكييف، أما الفرع الثاني فتناولنا من خلاله نشأة التكييف.

الفرع الأول: أهمية التكييف.

لا تقتصر أهمية التكييف على القانون الدولي الخاص فقط، بل هي مشكلة تفرض نفسها على القاضي أو على الباحث في مختلف فروع القانون الأخرى. فإذا كان مفهوم مصطلح التكييف موحدا من الناحية اللغوية و الاصطلاحية سواء في القانون الداخلي أو في تنازع القوانين، فإن ذلك لا يعني تطابق غاية التكييف في المجالين، فغاية التكييف في مختلف فروع القانون الداخلي هي تطبيق القاعدة الموضوعية التي تعطي حلا نهائيا للنزاع بينما في تنازع القوانين، تكون

الغاية من التكييف هي إدراج المسألة محل النزاع ضمن الفئة المسندة المخصصة لها تمهيدا لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها.

ولذلك يحتاج التكييف في تنازع القوانين إلى قاض متمرس و ملم بمختلف نظريات القانون الدولي الخاص، ليتمكن من تحليل النزاع المطروح عليه تحليلا قانونيا و الخروج بحلول قانونية سليمة، لأن التكييف و إن كان في ظاهره يعتبر عملا اجتهاديا لكنه و رغم ذلك يخضع لرقابة المحكمة العليا.

لذلك يشبه الفقه التكييف بالتشخيص الذي يجريه الطبيب على مريضه، و الذي كما هو معروف يعتمد على معرفة الطبيب بأصول الطب، ووصف المريض لحالته المرضية، بالإضافة إلى الوسائل الفنية و العلمية التي وفرتها التكنولوجيا للطبيب لهذا الغرض، فكما أن خطأ الطبيب في التشخيص يؤدي حتما إلى الخطأ في وصف العلاج، فكذلك الخطأ في التكييف يؤدي إلى الخطأ في تطبيق القانون و التأخر في حل النزاع.

ويترتب على أهمية التكييف في تنازع القوانين نتائج في غاية الأهمية يتوقف عليه البت في موضوع النزاع فمثلا: في المنازعات المتعلقة بفك الرابطة الزوجية، تختلف الإجراءات من دولة إلى أخرى، فهي في بعض الدول تتم بتدخل السلطة التشريعية ككندا و أيرلندا، وفي أنظمة قانونية أخرى يتطلب فك الرابطة الزوجية تدخل السلطة الدينية كما هو الحال في اليونان و ليتوانيا، وفي أنظمة قانونية أخرى يقتضي فك الرابطة الزوجية إتمامه أمام الموثق مثل: اليابان، وفي الغالبية العظمى من الأنظمة القانونية يتم فك الرابطة الزوجية بموجب حكم قضائي، وبناء على ما تقدم لنفرض أن زوجان كنديان تقدما بطلب إلى المحكمة الفرنسية لفك رابطتهم الزوجية، ففي هذه الحالة وللفضل في هذا النزاع يجب على القاضي الفرنسي تكييف شرط تدخل الشرطة التشريعية، فبدون تكييف هذا الشرط لا يمكن الفصل في هذا النزاع و لذلك قلنا أنه يترتب على أهمية التكييف الفصل في النزاع.

- كما يترتب على أهميته اختلاف القانون الواجب التطبيق، و النتيجة النهائية للفصل في النزاع، و لتوضيح هذه الأهمية وما يترتب عنها نورد وقائع قضية (أوجدن)، التي تتلخص وقائعها في أن فرنسيا كان متوطنا بإنجلترا يبلغ من العمر 19 سنة، تزوج من إنجليزية في إنجلترا دون حصوله على رضا والده، مخالفا بذلك مقتضيات المادة 48 من القانون المدني الفرنسي، التي تمنع الولد الفرنسي البالغ من العمر أقل من 25 سنة الزواج بدون حصوله على الموافقة الأبوية، وعند عودة الزوج إلى فرنسا أقام دعوى أمام القضاء الفرنسي التمس من خلالها إبطال عقد زواجه لعدم حصوله على الرضا المطلوب، فحكم له القضاء الفرنسي ببطالان عقد زواجه، وذلك بعد أن كيف شرط رضا الوالد بأنه من المسائل المتعلقة بالموضوع، ثم تزوجت المرأة الإنجليزية ثانية من إنجليزي وعندما علم هذا الأخير بأن زوجته كانت متزوجة من فرنسي وقت زواجه منها رفع دعوى أمام القضاء الإنجليزي طلب من خلالها بالطلاق من زوجته لأنها كانت لازالت على ذمة الزوج الأول، ومنعا لحالة التعدد قضت المحكمة الإنجليزية ببطالان الزواج الثاني.

يرجع السبب في اختلاف أحكام القضاء الفرنسي و القضاء الإنجليزي إلى مشكل التكييف، فشرط رضا الوالدين بالنسبة للقضاء الفرنسي يعتبر من المسائل المتعلقة بالموضوع و التي تخضع حسب القانون الفرنسي إلى قانون الجنسية، أما

القانون الإنجليزي فيعتبر هذا الشرط من المسائل المتممة للشكلية، وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم التصرفات وهو غالبا قانون بلد الإبرام.

نخلص مما سبق، أن التكييف سواء في القانون الداخلي، أو في القانون الدولي الخاص، يكتسي أهمية قصوى، فعليه يتوقف إيجاد النص القانوني الموضوعي الصحيح في المنازعات الوطنية، وعليه يتوقف تحريك المنهج التنازعي برمته في العلاقات الخاصة الدولية.

الفرع الثاني: نشأة و تطور نظرية التكييف

إذا كان من الشائع في الأوساط الفقهية والقضائية أن مشكلة التكييف أنيط ظهورها بالدراسات التي قام بها كل من الفقيه الألماني كاهن، والفقيه الفرنسي بارتان، اللذان بحثا هذه المشكلة في وقت متزامن دون أن يعلم أحدهما بالآخر، كما سيأتي بيانه فإن الواقع يؤكد غير ذلك، لأن مصطلح التكييف قد أستعمل قبل ذلك بكثير، فقد استعمله الفقيه الفرنسي ديمولان بمناسبة فتواه الشهيرة التي أصدرها وهو بصدد تكييف النظام المالي للزوجين قاني¹³، كما تبين ذلك من الدراسة التي قام بها الفقيه كريتيان سنة 1881 حول السفتجة في القانون الدولي الخاص، والتي أشار من خلالها إلى التكييف فيما يتعلق بالطبيعة القانونية المؤجلة للديون المستحقة لسنة 1870، حيث قال: " يمكن للمشروع حسب رغبته أن يكيف ما أراد، التدابير التي يسنها، ولكن الشيء الذي لا يمكن أن يغير بفعل أحد التكييفات، هو الطبيعة القانونية الدقيقة و الخاصة بالتدابير التي أخذت "14.

حيث يبدو من خلال هذا القول أن الفقيه كريتيان أشار بكل وضوح لمشكلة التكييف، لكن و بالرغم من هذه الحقائق التاريخية، تدين نظرية التكييف باسمها وأهميتها الحالية إلى فقيهين: أحدهما ألماني يدعى فريتس كان، والثاني هو ايتيان بارتان، لذلك نتناول تطور هذه النظرية لدى كل من الفقيهين على النحو التالي:

أولا: تطور نظرية التكييف عند الفقيه كان.

في عام 1891 نشر الفقيه الألماني كان مقالا بعنوان **تنازع القوانين الكامن**، ونشره باللغة الألمانية في المجلد التذكاري للفقيه أهرنج Ihering الذي ظهر في تلك السنة، لفت فيه الأنظار إلى مشكلة التكييف بوصفها تنازعا بين قواعد الإسناد في النظم القانونية المختلفة، وأضاف أن التنازع لا يظهر للعيان للوهلة الأولى، لكونه كامن في قواعد الإسناد التي قد تشير في ظاهر الأمر بتطبيق قانون واحد على علاقة معينة، ولكن بسبب اختلافها في نظرتها إلى طبيعة العلاقة القانونية، أي بسبب اختلافها في التكييفات التي تصدر عنها، تؤدي في الواقع إلى تطبيق قوانين مختلفة لا إلى القانون بعينه، وهذا هو التنازع الكامن بين قواعد

الإسناد، وكان ذلك بمناسبة رده على أنصار المذهب الدولي في تنازع القوانين اللذين ما فتئوا ينادون بتوحيد القانون الدولي الخاص عن طريق توحيد قواعد الإسناد. وعرف الفقيه كان التنازع الكامن بأنه ذلك التنازع الذي ينجم عن اختلاف في القواعد الوطنية للقانون الدولي الخاص، ولا عن اختلاف في مفاهيم الإسناد، ولكن يكمن هذا التنازع في مصدر القانون الدولي الخاص نفسه في كل دولة¹⁵.

ومن القضايا التي استند إليها كان في تحليله للتنازع الكامن، قضية التقادم الأنجلو أمريكي، والتي استنتج منها أن التكليف وفقا للقانون المختص الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي المعروض عليه النزاع، والتقييد بالتكليفات الوضعية لهذا القانون، فيه من العيوب ما يوجد في نظرية إخضاع التكليف لقانون القاضي، و قد يؤدي أحيانا إلى نتائج غير محمودة يأبأها المنطق و تنبذها العدالة.

تتلخص وقائع هذه القضية أنه بتاريخ 1882.01.04، أصدرت محكمة النقض الألمانية حكما في دعوى تتعلق بالمطالبة بسندات إذنية، كان قد وقع اكتتابها في الولايات المتحدة الأمريكية رفعت ضد شخص متوطن في ألمانيا، المدعى عليه في تلك الدعوى تمسك بالتقادم المسقط للمبالغ المالية موضوع السندات الإذنية، وكانت مدة التقادم قد انقضت فعلا قبل رفع الدعوى حسب القانون الأمريكي المختص، وطبقا للقانون الألماني الذي كان هو قانون القاضي المعروض عليه النزاع، ولذلك لم يكن لتلك الدعوى حسب القانون الأمريكي المختص و طبقا للقانون الألماني الذي كان هو قانون القاضي المعروض عليه النزاع، من نهاية غير الرفض كما قال الدكتور جمال مرسى، لكن محكمة النقض الألمانية انتهت في قرارها إلى نتيجة عكسية، حيث ألزمت المدعى عليه بدفع قيمة السندات الإذنية، وذلك نتيجة إتباعها نظرية التكليف وفقا للقانون المختص، وبررت ما انتهت إليه، أنه وإذا كان القانون الألماني يعتبر التقادم مسألة تتعلق بموضوع الحق بينما التقادم المنصوص عليه في القانون الأمريكي يعتبرها مسألة تتعلق بالإجراءات، ولذلك استبعدت تطبيق القانون الأمريكي، لأن الإجراءات تخضع دائما لقانون القاضي.

وتوصلت المحكمة أن هناك تنازع بين القانون الأمريكي والقانون الألماني فيما يتعلق بمفهوم التقادم المسقط للالتزام، لتنتهي إلى القضاء بإلزام المدعى عليه بدفع المبالغ المالية الثابتة بموجب السندات الإذنية، وهذا لأنها رأت أنه لا التقادم الأمريكي منطبق ولا التقادم الألماني منطبق ولكونها أتبع مبدأ إخضاع التكليف للقانون المختص الذي هو القانون الأمريكي في هذه القضية، والذي لا يعرف فكرة سقوط الحق بالتقادم من الناحية الموضوعية.

وقد أنتقد هذا الحكم من طرف الفقيه الألماني كان حيث وصفه بالإهانة، لأنه خالف المجرى الصحيح

للأمور¹⁶.

ثانيا: تأصيل و تطور نظرية التكييف عند الفقيه بارتان.

بالرغم من تأخر الفقيه بارتان في معالجته لمشكلة التكييف عن الفقيه الألماني كان KHAN، إلا أنه بالرغم من ذلك، فإن الفقه عامة والفقه الفرنسي خاصة ينسب نظرية التكييف للفقيه الفرنسي بارتان، وذلك لكونه عالج مشكلة التكييف من جوانبها المختلفة ولم يقتصر على بحث مفهوم التكييف و القانون الذي يتم وفقه كما فعل ذلك الفقيه كان khan، وقد نشر الفقيه بارتان مقاله الشهير الموسوم **باستحالة الوصول إلى الحل النهائي لتنازع القوانين** سنة 1897 بمجلة كلينييه Clunet، و الذي حلل من خلاله مشكلة التكييف وإعطائها هذا الاسم الذي مازال متداولاً في فقه القانون الدولي الخاص إلى يومنا هذا، ولم يكتف بذلك بل عرضها بوضوح في محاضراته التي ألقاها بأكاديمية القانون الدولي بلاهاي في المجلد الواحد و الثلاثون 31 سنة 1930 بعنوان (مذهب التكييف في علاقته بالصفة الوطنية لقواعد التنازع) ثم كتب بشكل واسع في بحوثه وكتبه.

وباعتبار بارتان من فقهاء النزعة الوطنية شكلت النتيجة التي توصل إليها (إخضاع التكييف لقانون القاضي)، رداً على أنصار فقهاء النزعة الدولية الذين كانوا ينادون بتوحيد قواعد التنازع للوصول إلى توحيد القانون الدولي الخاص، حيث أثبت لهم من خلال أبحاثه العلمية إلى خطأ نظرتهم، وأثبت لهم من خلال بعض القضايا التي سبق للقضاء الفرنسي الفصل فيها، أن توحيد قواعد الإسناد لا يؤدي حتماً إلى توحيد القانون الدولي الخاص، وذلك بسبب اختلاف مفهوم قواعد الإسناد من دولة إلى أخرى، فما يعتبر متعلقاً بالشكل في دولة معينة، يمكن أن يكون متعلقاً بالأهلية أو عدم الأهلية في دولة أخرى، وما يعتبر وصية في نظام قانوني معين، يمكن أن يعتبر في نظام قانوني آخر إجازة أو هبة، وما يعتبر منقولاً في قانون دولة معينة قد يعتبر عقاراً في دولة أخرى.

وقد أستند بارتان في تشييد نظريته في التكييف على بعض أحكام القضاء الفرنسي، والذي لاحظ عليه أنه كان يقوم بالتكييف وفقاً لقانون القاضي بطريقة ضمنية دون أن ينتبه إلى ذلك. ومن القضايا التي عكف على دراستها لبلورة نظريته في التكييف، قضيتين أصبحتا من القضايا التقليدية في أدبيات القانون الدولي الخاص و هما:

- قضية وصية الهولندي التي تتلخص وقائعها التي جرت بتاريخ 1857.08.23 في أن هولندياً قام بتحرير وصيته في فرنسا في الشكل العرفي Testament Olographe وهو شكل يجيزه القانون الفرنسي طبقاً للمادة 999 من القانون المدني الفرنسي التي تجيز للفرنسي ولو كان في الخارج أن يوصي بوصية عرفية، في حين يعتبر إجراء مثل هذه الوصية باطلاً في هولندا طبقاً للمادة 992 من المجموعة المدنية الهولندية الصادرة في سنة 1829 التي تمنع الهولنديين من إجراء وصاياهم في الشكل العرفي، و تلزمهم بإجرائها في شكل رسمي ولو كانوا في الخارج، ولقد أثير النزاع حول صحة هذه الوصية بعد وفاة الموصي الهولندي، أمام القضاء الفرنسي، وقد لاحظ بارتان أن الحكم في صحة الوصية يتوقف على تكييف المسألة محل البحث، فإذا تم تكييف الحضر الوارد على إرادة الهولندي في الإصاء في الشكل العرفي على اعتبار أنه مسألة تتعلق بأهلية الموصي في إبرام وصيته، فإنه في هذه الحالة سوف يخضع لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تخضع الأهلية لقانون الجنسية، وسوف يؤدي ذلك إلى اعتبار الوصية باطلة، لأن الموصي هولندي، والقانون الهولندي يمنع الوصية في الشكل العرفي، أما إذا تم تكييف المنع في إبرام الوصية في الشكل العرفي على أساس أنه داخل في فكرة شكل التصرفات، فإن

قاعدة الإسناد الفرنسية الواجبة التطبيق، تشير إلى تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون بلد الإبرام وسوف يؤدي ذلك إلى اعتبار الوصية صحيحة، لأن القانون الفرنسي يستوي لديه الوصية سواء كانت عرفية أو رسمية، لكن محكمة أورليان و بموجب حكمها الصادر في 1857.08.04¹⁷. انتهت في الأخير إلى الانتصار إلى وجهة النظر الثانية، لكونها كيفت المسألة محل النزاع على ضوء أحكام القانون الفرنسي وقضت بصحة الوصية.

- أما القضية الثانية فتعرف بقضية ميراث المالطي، *Aquilina l'affaire Bartholo ET Marie* وتتلخص وقائعها في أن زوجين من جزيرة مالطا تزوجا بدون عقد في مالطا، ثم هاجرا إلى الجزائر واتخذها مقرا لهما، و كان القانون الفرنسي هو المطبق آنذاك في الجزائر على المعاملات المالية. و عندما توفي الزوج ترك ثروة منقولة و عقارية معتبرة في الجزائر، فرفعت أرملته في البداية دعوى أمام محكمة البلدية ادعت فيها أنها أرملته و أن لها نصيب في أموال زوجها المتوفى يعرف **بنصيب الزوج المحتاج أو الفقير la quarte du conjoint pauvre**، إلا أن دعواها رفضت لعدم تقديم ما يثبت علاقتها الزوجية بالمتوفى بوثائق رسمية، وعلى إثر ذلك استأنفت الزوجة هذا الحكم أمام محكمة استئناف الجزائر، بعد أن قدمت الوثائق الرسمية التي تثبت العلاقة الزوجية، وأكدت إدعائها بأن لها نصيبا في أموال زوجها التي تركها، مستندة في ذلك إلى القانون المالطي ساري المفعول آنذاك الذي يعطي الحق للزوج الذي يبقى على قيد الحياة نصيب معين من أموال الزوج المتوفى، يعرف بنصيب الزوج المحتاج أو الفقير، المنصوص عليه في المادة 18 من القانون المالطي *code rohan* التي تؤسس هذا الحق على عقارات زوجها المكتسبة أثناء الزواج. وقد أشار بارتان أنه على المحكمة أن تعتنق أحد الحلين للفصل في هذا النزاع: فإما أن تقوم بتكييف إدعاء الزوجة على أساس أنه يدخل في فكرة النظام المالي للزوجين، وإما أن تكيفه على أساس أنه يدخل في فكرة الميراث. ومما لا شك فيه أن اختلاف تكييف إدعاء الزوجة على العقارات المملوكة لزوجها المالطي المتوفى و الكائنة في الجزائر، يترتب عليه بالضرورة اختلاف القانون الواجب التطبيق على المسألة المعروضة على القاضي و على الحل النهائي للنزاع، فإذا كيفت المحكمة طلب الزوجة على أنه يدخل في النظام المالي للزوجين، فإنه يترتب على ذلك تطبيق القانون المالطي وفقا لقاعدة الإسناد الفرنسي التي تخضع النظام المالي للزوجين إلى قانون الموطن الأول وهو القانون المالطي، وفي هذه الحالة يتعين الحكم في قبول طلب الزوجة، أما لو اعتبرت المحكمة أن إدعاء الزوجة يدخل ضمن فكرة الميراث، فإن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة يكون هو القانون الفرنسي وفقا لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تقضي بإخضاع الميراث في العقار لقانون موقعه. ويترب على ذلك رفض إدعاء الزوجة بأن القانون الفرنسي يجهل هذا الحق المعروف لنصيب الزوج المحتاج، ومعلوم أن محكمة استئناف الجزائر وبموجب حكمها السابق في 1889.12.24، انتهت إلى رفض طلب الزوجة لكونها اعتبرت أن طلب الزوجة يدخل ضمن فكرة الميراث.

وانساب الفقه نظرية التكييف للفقيه الفرنسي بارتان رغم تأخره عن الفقيه كان في بحثه، يرجع إلى كونه لم يقف عند حد تحديد مفهوم التكييف، بل بحث إلى جانب ذلك القانون الذي يتم وفقه التكييف ونطاقه، مشيدا بذلك نظرية متكاملة أثارت جدلا فقها صاحبها، ترتب عنه ظهور اتجاهات فقهية متعددة تتولى توضيح موقفها من المبدأ الذي كرسه الفقيه بارتان من خلال المبحث الثاني من هذا البحث.

المبحث الثاني: مشكلة التكييف بين الفقه و التشريع.

لم يحض مبدأ إخضاع التكييف لقانون القاضي الذي قال به الفقيه بارتان بالقبول من طرف الفقه المقارن، ونتيجة لذلك ظهرت نظريات أخرى نادت بعضها بإخضاع التكييف للقانون المقارن، والبعض الآخر منها نادى بإخضاع التكييف للقانون المختص، لذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة فروع: نعرض في الفرع الأول رأي الاتجاه الفقهي الذي نادى بإخضاع التكييف للقانون المقارن، أما الفرع الثاني فسنخصصه لعرض رأي الاتجاه الفقهي القائل بإخضاع التكييف للقانون المختص، أما الفرع الثالث فنعرض من خلاله رأي الفقيه بارتان والقائل بإخضاع التكييف لقانون القاضي المعروض عليه النزاع.

المطلب الأول: الاتجاهات الفقهية بشأن القانون الذي يخضع له التكييف.

نتناول من خلال هذا المطلب مضمون النظرية و تقديرها من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: نظرية إخضاع التكييف للقانون المقارن.

صاحب هذه النظرية هو الفقيه الألماني رابال ومن تبعه من الفقه¹⁸، وقد نشر موقفه من التكييف في مقاله الموسوم مشكل التكييف الذي نشره في مجلة القانون الدولي الخاص سنة 1911، ويرى الفقيه ربال أن التكييف يجب أن يتم وفقا للقانون المقارن الذي يهتم بالدراسات القانونية المقارنة للعائلات القانونية المختلفة بشأن مشكلة معينة بغرض استخلاص أوجه الشبه و الاختلاف بينهما¹⁹.

إذ يتعين في رأيه استخدام المنهج المقارن لاستخلاص مفاهيم عالمية وموحدة للأفكار المسندة التي تتضمنها قواعد الإسناد، وذلك لأن هذه الأخيرة في رأيه لم توضع لمواجهة علاقات داخلية، وإنما وضعت لمواجهة علاقات مشتملة على عنصر أجنبي²⁰، وتهدف إلى سد حاجة المعاملات الدولية المختلفة، لذلك ينبغي على القاضي وهو بصدد عملية التكييف ألا يتقيد بقانونه أو بأي قانون آخر، وعلى هذا النحو فإذا تصدى القاضي الألماني لإعمال قادة الإسناد الواردة في المادة 21 من القانون المدني الألماني والخاصة بالوصاية، والتي تقرر إخضاعها لقانون الشخص الذي تجب حمايته، فلا يصح الرجوع إلى القواعد الموضوعية في القانون الألماني أو في أي قانون وضعي آخر لتحديد فكرة الوصاية²¹، وإنما يجب على القاضي في هذه الحالة أن يستخلص مفهوم مطلق لهذه الفكرة عن طريق الدراسة المقارنة لقوانين الدول المختلفة، ليصل أو لينتهي إلى تحديد مفهومها بأنها كل نظام يكون موضوعه الأفراد الذين لا يكونون خاضعين للسلطة الأبوية ولم يبلغوا سن الأهلية من حيث حمايتهم و النيابة عنهم في التصرفات القانونية. وبهذا نصل إلى النتيجة المطلوبة و هي تكييفات خاصة بالقانون الدولي الخاص، التي ترشدنا إليها الدراسات المقارنة للقوانين ولا تشترط أن تكون التكييفات مطابقة لأي تكييفات قانون وطني آخر معين، لاختلاف ميادين عمل هذه القوانين، ويترتب عن هذا التوجه الفقهي أن تؤدي إلى توحيد المفاهيم القانونية لقواعد الإسناد، ويعطي للقاضي المرفوع أمامه النزاع بديلا مناسباً ومقبولاً عندما تعرض عليه علاقة قانونية غير معروفة في قانونه، إذ يمكنه التصدي لهذه العلاقة وتحديد طبيعتها وفقا للمفهوم العالمي²².

أولاً: تقدير النظرية: ورغم ما يوفره هذا المنهج من مزايا توحيد مضمون قواعد الإسناد وتوحيد طبيعة العلاقات الخاصة الدولية، إلا أنه تعرض إلى مجموعة من الانتقادات يمكن إجمالها فيما يلي:

لعل أهم انتقاد وجهه الفقه²³ لهذه النظرية، هو مثاليته المبالغ فيها، وهذا ما يجعل من تطبيقها في الواقع أمرا صعبا، وذلك على الأقل في الوضع الراهن للأمر، حيث تواجهها صعوبات عديدة يمكن ردها إلى المجالات التالية:

- **المجالات النظرية:** تتمثل في أن استخدام المنهج المقارن لتحديد مضمون الفكرة المسندة على ضوء المنهج المقارن، تتنافى مع القواعد المتبعة في التفسير إذ من غير المعقول أن يفسر مضمون الفكرة المسندة التي تتضمنها قاعدة الإسناد الوطنية، بالاستناد إلى تشريعات أجنبية، التي قد تتغير من فترة إلى أخرى بإرادة المشرع الأجنبي بعيدا عن إرادة واضع القاعدة.

- **أما بالنسبة للمجالات العملية:** يصعب على القاضي المعروض أمامه النزاع للقيام بتكييف المسألة محل النزاع، الرجوع إلى قوانين الدول المختلفة ليستمد منها التكييف الملائم لطبيعة العلاقة، إذ أن تكليف القاضي بمهمة التكييف وفق المنهج المقارن، يعتبر بمثابة تكليف بمستحيل، خاصة إذا أدركنا أن القانون المقارن لا يمكنه أن يساعد القاضي بدرجة كافية في عملية التكييف، لأن الدراسات المقارنة مازالت في مرحلة العموميات²⁴. كما أن استعمال هذا المنهج يتطلب من القاضي الإلمام بمختلف لغات العالم، وهذا أمر يصعب إدراكه، ضف إلى هذه الصعوبات أن هذا المنهج يفترض مسبقا من القضاة الذين يقومون بالتكييف تجردا و تضحية بالتكليفات المنصوص عليها في قوانينهم الوطنية، وهذا أمر غير وارد في ظل تنامي النزعة الوطنية، في إطار القانون الدولي الخاص.

المطلب الثاني: نظرية إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع.

نتناول هذه النظرية من خلال مضمونها ثم نقوم بتقويمها من خلال الفرعين التاليين:

أولا: مضمون النظرية

يذهب جانب من الفقه يمثلته Déspagne و Surville في فرنسا، و Pacchinoni في إيطاليا، و Wolff في ألمانيا، إلى القول بوجوب إخضاع التكييف إلى القانون المختص بحكم العلاقة محل النزاع، وحتهم في ذلك أن هذا القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي باختصاصه، يجب أن يحكم هذه العلاقة من بدايتها إلى نهايتها، بما في ذلك مسألة التكييف، وذلك تحقيقا للعدالة المنشودة من وراء تطبيق القانون الأجنبي، لأن القول بغير ذلك حسب أنصار هذه النظرية، يؤدي إلى الخروج عن الحكمة المتوخات من تنازع القوانين، وبالتالي الخروج بالعلاقة محل النزاع عن إطارها القانوني الصحيح، لأنه إذا تم الرجوع بشأن التكييف إلى قانون آخر كقانون القاضي مثلا، فإن ذلك حسب أنصار هذه النظرية سوف يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، تتمثل إما في عدم تطبيق القانون الأجنبي المختص في الفروض التي كان يجب فيها تطبيقه أو تطبيقه في الفروض التي كان يجب فيها عدم تطبيقه²⁵. والسبب في ذلك يرجع إلى اختلاف المفاهيم القانونية من نظام قانوني إلى آخر. ويخلص أصحاب هذه النظرية أنه يجب عند إجراء التكييف مراعاة أمرين بينهما ارتباط شديد:

أولهما، أن عملية التكييف هي جزء لا يتجزأ من عناصر قاعدة الإسناد الوطنية، التي منحت الاختصاص لهذا القانون، ولذلك اعتبروا بان إجراء التكييف وفقا لقانون القاضي يشكل خرقا لقاعدة الإسناد الوطنية، وثانيهما، أنه يجب أن يتم

التكييف وفقا للمفاهيم المقررة في القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي، وإجراء التكييف وفقا لقانون آخر يشكل تشويها لهذا القانون.

ثانيا: تقدير النظرية

وقد وجهت لهذه النظرية انتقادات شديدة، خاصة من طرف أنصار نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي، ومحمل الانتقادات التي وجهت إليها تعتبر بمثابة صعوبات عملية تعترض تطبيقها في الواقع العملي، فمن الناحية العملية فإن التكييف في تنازع القوانين المهدف منه هو تعيين القانون الواجب التطبيق، لذلك قلنا بأنه يطرح كمسألة أولية، ولهذا يصطدم قول هذه النظرية بالواقع العملي، لأن القول بإخضاع التكييف إلى القانون المختص ينطوي على مصادرة على المطلوب.

وفي هذه المرحلة لا يمكن للقاضي معرفة القانون المختص، لأن تحديد القانون المختص يتحدد بعد تحديد طبيعة المسألة المعروضة على القاضي، وقبل قيام القاضي بعملية التكييف لا يمكنه معرفة القانون المختص بحكم العلاقة المعروضة عليه، لذلك فإن القول بإخضاع التكييف للقانون المختص يفترض بأنه قد تحدد القانون المختص قبل إجراء عملية التكييف، مع أن المفروض أن عملية التكييف سابقة لعملية الإسناد، وهكذا فإن رأي هذه النظرية فيه معنى التنبؤ السابق لأوانه، فهو يفترض النتيجة (تطبيق القانون الأجنبي)، قبل السبب (التكييف)، وهذا من شأنه أن يوقعنا في حلقة مفرغة²⁶.

يضاف إلى هذه الانتقادات العملية انتقاد نظري يستمد قوته من الطبيعة الوطنية لقواعد تنازع القوانين ذاتها. فالمعروف أن هذه القواعد هي من وضع المشرع الوطني وجدت لتنظيم علاقات الأفراد في النطاق الدولي، لذلك لا يتصور أن يتم تحديد طبيعتها من طرف مشرع أجنبي، فقاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة العاشرة من القانون المدني الجزائري والتي تسند الأهلية إلى قانون الجنسية، يجب تحديد مضمونها وطبيعتها وفقا للقانون الجزائري، وذلك لأن مفهوم الأهلية مرتبط بذهن المشرع الوطني، لأنه وكما يقال، فإن قواعد التنازع تتضمن في طياتها موضوع التكييف، كما تتضمن الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المشرع الوطني عندما أعطى الاختصاص في مسائل الأهلية إلى قانون الجنسية، فإنه وفي الحالة التي يكون فيها قانون الجنسية أجنبيا، فإن تقدير ما يتعلق بالأهلية يبقى من اختصاص القانون الوطني، لأن هذا الأخير وإن كان قد خول له الاختصاص لكونه القانون الأنسب حسب تقديره، فإنه لم يعطيه الاختصاص مطلقا، وإنما خوله الفصل في النزاع الذي يتعلق بالأهلية من الناحية الموضوعية في إطار الحدود التي رسمها قانون القاضي لأجل تحقيق الغاية من قواعد الإسناد التي وضعها المشرع الوطني²⁷.

الفرع الثالث: نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي.

بصدد البحث عن القانون الذي يخضع له التكييف، سبق لنا أثناء بحثنا لنشأة وتطور التكييف أن كل من الفقيه الألماني كان و الفقيه الفرنسي بارتا، توصلا من خلال خوضهما في الجدل الذي قام بين العالمين وبين الوطنيين من فقهاء القانون الدولي الخاص، أن التكييف يجب أن يخضع لقانون القاضي، وهذا بالرغم من التفاوت الزمني بين الفقيهين في إقرارهما لهذا المبدأ، وبالرغم أيضا من اختلاف المنهج المتبع من طرفهما.

و تاريخيا، تدين نظرية التكييف بمعاملها وحدودها إلى الفقيه الفرنسي بارتان، وهذا لكونه لم يكتف بإقرار مبدأ خضوع التكييف لقانون القاضي، بل قدم تبريرات للمبدأ الذي قال به، كما أورد تحفظا و استثناءات عليه.

و نحن من خلال هذا المطلب سنحاول توضيح مضمون النظرية ومبررات تطبيقها والتحفظ الذي أورده بارتان على المبدأ الذي قال به، والاستثناءات التي ترد عليه وهذا من خلال الفروع التالية:

أولا: مضمون النظرية.

توصل بارتان من خلال منهجه العملي الذي انصب على دراسة القضايا التي سبق لنا ذكرها، والتي أصبحت في الوقت الراهن من أدبيات القانون الدولي الخاص التي فصل فيها القضاء الفرنسي من تكريس مبدأ نظريته: " القائل بإخضاع التكييف لقانون القاضي، سواء كان قانون القاضي من بين القوانين المتنازعة بحكم العلاقة موضوع النزاع " كما في قضية وصية الهولندي السابق الإشارة إليها، حيث كان القانون الفرنسي باعتباره قانون القاضي محل تنازع مع القانون الهولندي باعتباره قانون بلد إبرام الوصية. أو كان التنازع بين قوانين أجنبية ليس قانون القاضي الفرنسي من بينها كما لو أجرى الهولندي في المثال السابق وصيته في إيطاليا وعرض النزاع بشأنها أمام المحاكم الفرنسية، ففي هذه الحالة و بالرغم من أن القانون الفرنسي ليس محل للتنازع بين القانونين الهولندي والقانون الإيطالي، فإن القاضي الفرنسي يقوم بتكييف النزاع المعروض عليه وفقا لقانونه الوطني، لأن تحديد طبيعة النزاع، أي مضمون الفكرة المسندة يجب ألا يتغير بتغير القوانين التي تتنازع حكم القضية المعروضة²⁸.

وأكد بارتان أن القضاة سواء في فرنسا أو في غيرها من الدول عندما يقومون بعملية التكييف يقومون بها استنادا إلى قوانينهم الوطنية، وهم غير مطالبين بتبرير مسلكهم هذا، بمعنى أنهم غير ملزمين بالإشارة إلى قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي، فكل منهم يعتمد في عملية التكييف على قانونه الوطني ضمينا، أي عن غير قصد، كما لو كانت هذه المسألة ليست محل أي شك أو خلاف.

وعلى هذا الأساس فإن القاضي الفرنسي كيف المنع الوارد في المادة 992 من القانون المدني الهولندي في قضية وصية الهولندي، بأنها تتعلق بالشكل بالاعتماد على قانونه الوطني استنادا إلى المادة 999 من القانون المدني الفرنسي، كما كيف طلب الزوجة الذي ادعت به على عقارات زوجها في قضية ميراث المالطي السابق الإشارة إليها، وفقا للقواعد العامة في القانون الفرنسي، ولذلك اعتبره داخلا في فكرة الميراث.

وقد بارك بارتان من خلال دراسته لبعض القضايا التي فصل فيها القضاء الفرنسي منهج هذا الأخير في التكييف، ولذلك اعتبر الحلول التي توصل إليها القضاء الفرنسي سليمة²⁹.

وأضاف أن منهج إخضاع التكييف لقانون القاضي عرفه القضاء الفرنسي منذ وقت طويل وحتى قبل أن تكون مسألة التكييف قد طرحت بشكل واضح³⁰.

ثانيا: تبرير الفقيه بارتان لنظريته.

باعتبار الأستاذ بارتان من فقهاء المدرسة الوضعية الذين يعتبرون أن القانون الدولي الخاص قانونا وطنيا، برر نظريته في إخضاع التكييف لقانون القاضي على أساس فكرة السيادة، وذلك لأن تنازع القوانين عنده لا يعدو أن يكون تنازعا

بين السیادات، فالمشرع الوطني عند ما يسمح بواسطة قواعد الإسناد بتطبيق قانون أجنبي فوق إقليم دولته في بعض الفروض، فهو بذلك يتنازل عن قدر من سيادته لهذا القانون، لهذا يجب الرجوع إلى المشرع الوطني ذاته لبيان مدى هذا التنازل وحدوده، ولكون التكييف مسألة مهمة وخطيرة لتعلقها بالسيادة، لا يتصور أن يتنازل المشرع الوطني عنها لصالح قانون آخر³¹.

غير أن الحجة التي استند إليها بارتان في تبرير نظريته، حجة مستمدة من الفكرة القديمة التي تعتبر أن تنازع القوانين من حيث المكان هو تنازع بين السیادات التشريعية لمختلف الدول التي لم تعد مقبولة، لأنها لا تتماشى والتطورات الحديثة التي لحقت بالقانون الدولي الخاص عموما وبقاعدة التنازع على وجه الخصوص، لذلك أيد الفقه الحديث بارتان فيما ذهب إليه من حيث إخضاع التكييف لقانون القاضي، لكنه خالفه في الحجج التي برر بها مبدأه، ولتوضيح ذلك، نتناول في العنوان التالي حجج الفقه الحديث في إخضاع التكييف لقانون القاضي.

ثالثا: الفقه الحديث يؤيد المبدأ و يرفض الحجة.

مسايرة للفقه الحديث للتطورات التي لحقت بالقانون الدولي الخاص، استبعد فكرة السيادة التي بنا عليها الفقيه بارتان نظريته، واستعاض عنها بحجج أخرى تتلائم والوضع الجديد لتنازع القوانين، معتمدا في ذلك على جملة من الحجج.

- **الحجة العملية:** تحقق فكرة إخضاع التكييف لقانون القاضي وحدة الحل التي تجنبنا الدوران في حلقة مفرغة، حيث أنه و مادنا قد سلمنا بأن التكييف مسألة أولية وهو أمر لازم لتحديد القانون الواجب التطبيق، لذلك يجب أن يتم وفقا لقانون القاضي، لأنه في هذه المرحلة لا يملك القاضي المطروح أمامه النزاع إلا قانونه الوطني، ولذلك لا يتصور أن يتم التكييف بالرجوع إلى قانون أجنبي. ذلك أن التكييف هو عملية سابقة على أعمال قاعدة الإسناد من حيث التعاقب الزمني، فكيف يمكن إخضاع التكييف لقانون أجنبي؟ مدام أن تحديد هذا القانون لا يتم إلا بإعمال قاعدة الإسناد، والقول بإخضاع التكييف للقانون الأجنبي ينطوي على مصادرة على المطلوب *Petition de Principe*.

- الحجة القانونية (النظرية).

ويضيف بعض الفقه إلى الحجة السابقة، حجة أخرى ذات طابع قانوني مفادها، أنه ولما كان التكييف لا يعدو أن يكون تفسيرا لقاعدة الإسناد الوطنية فمن الطبيعي أن يخضع التكييف بالضرورة لقانون القاضي، لذلك إذا تصدى القاضي الجزائري لقاعدة الإسناد التي تقر أن الأهلية تخضع لقانون الجنسية أو للقاعدة التي تقر أن الشكل يخضع لقانون محل الإبرام أو للقاعدة التي تخضع للالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، فانه بتعين عليه لتحديد المقصود بالأفكار القانونية المجردة وما يندرج تحت إطار كل منها، الرجوع إلى القانون الجزائري، لأنه وحده الأعرف بما يقصده المشرع الجزائري من هذه الأفكار التي صاغها في قانونه الوطني. وهكذا يتضح أن إخضاع التكييف لقانون القاضي هو أمر تقتضيه طبيعة الأشياء ووحداية التكييف عند تطبيق القاعدة الموضوعية أو قاعدة التنازع، لذلك مثلا لا يعقل أن يقصد المشرع الجزائري بفكرة الشكل الواردة في المادة 19 من القانون المدني الجزائري³²، أو فكرة الأهلية الواردة في المادة 10 من نفس القانون، معنا مغايرا للمعنى المنصوص عليه في القانون الداخلي، فالتكييف كما يقول الفقيه أرمان جون

Armen Jan سواء في القانون الداخلي و في القانون الدولي الخاص، يعني تحديد طبيعة العلاقة القانونية، ولهذا يجب أن يكون هذا المفهوم موحدًا بالنسبة لمسألة معينة ولا يتغير بتغيير القانون الواجب التطبيق.

-الحجة النفسية: بالإضافة إلى الحجتين السابقتين، يضيف الفقه الحديث حجة أخرى ذات طابع نفسي وقد قال بهذه الحجة الفقيه الفرنسي لربو بيجونيير Lérebours-Pigenniere، و مؤدى هذه الحجة أن القاضي و بحكم تكوينه الثقافي يتأثر بالمبادئ الواردة في قانونه، وهو بصدد تكييف العلاقات المعروضة عليه، حيث يميل إلى إعطائها الأوصاف القانونية المتعارف عليها في قانونه الوطني، كما أن الطابع النفسي يجعل القضاء الوطني و حتى في العلاقات الخاصة الدولية يميل إلى تطبيق قانونه، كلما وجد إلى ذلك سبيلاً³³.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقيه بارتان هو من أشار إلى هذه الحجة حينما قرر أن المبادئ القانونية السائدة في دولة القاضي، تعتبر جزءاً لا يتجزأ من ذكاء القاضي المهني³⁴، ولعل هذه الحقيقة (ميل القاضي الوطني إلى تطبيق قانونه الوطني)، هي التي دفعت بعض شراح القانون الدولي الخاص ومنذ زمن بعيد إلى القول بإخضاع التكييف إلى قانون القاضي، حيث سبق لنا الإشارة إلى حكم محكمة مدينة روان بفرنسا الصادر عام 1610، والذي ظهر من خلاله أن هذه المحكمة اعتمدت مبدأ إخضاع التكييف لقانون القاضي، والسبب في ذلك كما يقول شراح القانون الدولي الخاص يرجع إلى أن التكييف هو عمل عقلي استدلاي يلزم القاضي للقيام به الاستعانة بثقافته ومعارفه القانونية التي تلقاها خلال مراحل تكوينه المختلفة.

رابعا: نطاق نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي عند بارتان.

كان الفقيه بارتان في بداية معالجته لمشكلة التكييف يميز بين التكييف الأولي والتكييف الثانوي، واعتبر النوع الثاني من التكييف استثناء من المبدأ العام، لكنه سرعان ما تراجع عن هذا التحفظ في أبحاثه اللاحقة التي توصل من خلالها أن هذا النوع من التكييف لا يشكل أي استثناء من المبدأ العام، وقرر أن التكييف الذي يخضع لقانون القاضي هو التكييف الأولي أو السابق، لأنه هو وحده الذي يرتبط بفكرة السيادة التي برر بها نظريته. أما التكييف الثانوي أو اللاحق فإنه لا يتعلق بسيادة الدولة التي يطرح النزاع أمام محاكمها. وعلى ذلك فإن تصنيف مسألة معينة على أنها من مسائل الأهلية أو من الشكل هي مسألة تكييف أولي يتوقف عليها تحديد قاعدة الإسناد، ومن ثم القانون الواجب التطبيق، ولذلك يخضع هذا التكييف لقانون القاضي، فإذا خلص القاضي مثلاً إلى اعتبار المسألة محل النزاع تدخل في مسائل الأهلية و أخضعها من ثم لقانون الجنسية، فإن ما يطرح بعد ذلك من أمور خاصة بتحديد التصرف وأهلية الإدارة و معنى القصر والبلوغ وعوارض الأهلية، يتم الرجوع بشأنها إلى القانون المختص وهو قانون الجنسية وهكذا بالنسبة للمسائل الأخرى.

أي أن نطاق نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي يقتصر على التكييف الأولي دون التكييف الثانوي الذي يخضع للقانون المختص بحكم العلاقة، لأن هذا النوع من التكييف لا يتعلق بإعمال قاعدة الإسناد بل يتعلق بالتطبيق الصحيح و السليم للقانون المختص³⁵.

وإذا كان بارتان قد اقتنع واقنع الفقه المؤيد له بنوع التكييف الذي يخضع إلى قانون القاضي، ولو باختلاف الأساس النظري الذي يبرر التمييز بين التكييفين بينه وبين الفقه المؤيد له، فإنه ورغم ذلك أصر على أن نطاق نظريته ترد عليه استثناءات تتولى توضيحها فيما يلي:

– الاستثناء الأول: تكييف وصف المال.

استثنى بارتان من نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي، وصف المال باعتباره عقارا أو منقولا، حيث أخضعه إلى قانون موقع المال وليس إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع، وبرر هذا الاستثناء بفكرة الطمأنينة في اكتساب الحقوق العينية واستقرار المعاملات والمحافظة على الثروة. وكذا اعتبار المال جزء من إقليم الدولة التي تمارس عليها سيادتها، وباعتبار الإقليم هو الركن الأساسي في الدولة، يتعين إخضاع المال لقانون الدولة التي يتواجد بها المال، بالإضافة أن نظام الأموال يتعلق بالنظام العام، وحتى لا يكون هذا النظام محل للتنازع بين قوانين أخرى، يتعين أن يترك تحديد صفة الحقوق التي يمكن أن ترد على المال لقانون الموقع.

وأضاف بارتان إلى هذه الاعتبارات بأنه لو أخذت كل الدول بهذا الاستثناء، فإن ذلك سيؤدي حتما إلى توحيد الحلول بالنسبة لمسألة وصف المال وهو أمر مرغوب فيه³⁶.

والواقع أن هذا الاستثناء الذي أورده بارتان على نظريته لا يعتبر دائما استثناء حقيقيا، وذلك لأن وصف المال فيما إذا كان يعتبر عقارا أو منقولا قد لا يثار إلا في مرحلة لاحقة على الإسناد، أي في مرحلة تطبيق القانون المختص.

فإذا تصدى القاضي مثلا لإعمال قاعدة الإسناد التي تقرر إخضاع الحقوق العينية لقانون موقع المال، وجب عليه أن يرجع أولا إلى قانونه لتكييف الحق محل النزاع، والتأكد من أنه يعتبر من قبيل الحقوق العينية، وإذا ما تم للقاضي إجراء التكييف الأولي على هذا الوجه و تحدد له بناء على ذلك القانون الواجب التطبيق، فإن ما قد يثار بشأن تكييف المال بعد ذلك هو تكييف لاحق لا يخضع بالضرورة لقانون القاضي المعروض عليه النزاع، إلا إذا كان قانون القاضي هو قانون الموقع³⁷.

وهذا ما جعل بعض الفقه يرفض الأخذ بهذا الاستثناء، مبررا موقفه هذا بأن إخضاع تكييف المال لقانون موقعه ينطوي على مصادرة على المطلوب، وذلك لأن مرحلة التكييف هي مرحلة أولية تسبق مرحلة الإسناد والتي يتم من خلالها معرفة القانون الواجب التطبيق، فتكييف الأموال وفقا لقانون موقعها يعتبر أمرا مخالفا لمنطق التنازع³⁸، بالإضافة إلى ذلك، فإن الاستثناء الذي أورده بارتان على نظريته لا يكون حقيقيا إلا في الحالات التي يكون فيها القانون المختص بحكم المال، يفرق في تحديد القانون الواجب التطبيق على الأموال بين المنقول والعقار كما هو الحال في القانون الفرنسي، الذي يخضع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفي، والميراث في العقار لقانون موقعه.

أما في الفروض التي تكون فيها قاعدة الإسناد في قانون القاضي يخضع المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون موقعه، فإن هذا الاستثناء الذي أورده بارتان يصبح بدون جدوى، لأنه لا يؤثر على القانون المختص الذي تعينه قاعدة الإسناد في قانون القاضي، فيبقى دائما هو نفسه بدون تغيير، لذلك فإن التكييف الذي يتم وفقا لقانون موقع المال في هذه الحالة لا يعدو أن يكون من التكييفات اللاحقة³⁹، كما انتقد هذا الاستثناء على أساس افتقاره للأساس النظري

السليم، وهذا لأن الاعتبارات العملية المتعلقة باستقرار المعاملات التي برر بها بارتان استثناءه لا تقوم وحدها بسبب الخروج على القاعدة العامة.

يضاف إلى ماسبق أن إعمال هذا الاستثناء تواجهه صعوبات في تحديد قانون موقع المال بالنسبة للأموال المعنوية و الأموال المادية التي تقع في أكثر من إقليم دولة واحدة، حيث يصعب في هذه الحالات تحديد قانون موقع المال الذي يرجع إليه في تكييف هذا المال⁴⁰.

وقد برر بارتان هذا الاستثناء بقوله أن تحديد وصف المال سواء كيف على أنه عقار أو منقول، فإن القانون الواجب التطبيق يبقى هو قانون الموقع، لأن هذا التكييف لا يتدخل في دور قاعدة الإسناد لأنه لا يتعلق أصلا بقاعدة التنازع لدولة القاضي⁴¹.

وهكذا نلاحظ أن بارتان نفسه يعترف بأن إخضاع تكييف المال لقانون موقعه، لا يشكل خروجاً عن القاعدة العامة التي اقرها، وهذا عندما صرح أن هذا التكييف لا يتدخل في قاعدة الإسناد في دولة القاضي، ورغم وجهة هذه الانتقادات أصر بارتان على هذا الاستثناء واعتبره استثناء حقيقياً حتى في الحالة اللاحقة، حيث يقول بأنه تفسيره منذ سنة 1897 وهو يعتقد دوماً بصحته⁴²، وقد تأثر المشرع الجزائري بهذا الاستثناء ونص عليه في المادة 17 فقرة 1 من القانون المدني، التي جاء نصها: "يخضع تكييف المال سواء كان عقاراً أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها".

- الاستثناء الثاني: تحديد وصف الفعل.

هل هو جريمة جنائية أو مدنية عندما يتعلق الأمر بتحديد وصف الفعل؟ هل يشكل جريمة مدنية أو جريمة جنائية؟ ولإجراء هذا التحديد والوصف يتعين الرجوع إلى القانون الذي وقع فيه الفعل وليس إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع، وذلك لأن اختصاص هذا القانون من النظام العام، يضاف إلى ذلك أن في تطبيق القانون المحلي تحقيق للتوازن بين حقوق كل من المسؤول والمضروب، وقد قال بهذا الاستثناء الفقيه بارتان والفقه المؤيد له، وقد برر الفقه المناصر لهذا الاستثناء موقفه بتبريرات عديدة منها أن قواعد المسؤولية التقصيرية تتصل بقواعد الأمن المدني وترمي إلى حماية الأشخاص في إقامتهم من منع ارتكاب الأفعال الضارة ضدهم، يضاف إلى ذلك أن القانون المحلي يحارب الغش ويحقق التوازن بين الحقوق ويتفق مع توقعات الأفراد، ويجد هذا الاستثناء تبريره في مبدأ الإقليمية⁴³.

وهذا الاستثناء لم يلقى إجماعاً في الفقه بل وجهت إليه انتقادات لاذعة، حيث قال الفقيه أرمان جون منتقداً هذا الاستثناء أنه إذا طلبنا من القاضي الوطني تكييف فعل جنائي معين وفق قانون أجنبي، فهذا يعني السماح لهذا القانون بأن يطبق فوق إقليم دولة القاضي، وهذا أمر لا يمكن تصوره لأن قانون العقوبات في كل دول العالم هو إقليمي التطبيق، ونطاق تطبيقه يتحدد بإقليم الدولة التي أصدرته. ويضيف الفقيه أرمان جون أن تكييف الفعل على أنه جريمة مدنية حسب قانون مكان وقوعه ينطوي على مصادرة على المطلوب، لأن تطبيق هذا القانون يفترض مسبقاً بأن الوقائع تشكل جريمة مدنية، بالرغم من أن المطلوب هو البحث أولاً عن الفعل الذي وقع، هل يشكل جنحة مدنية أم لا⁴⁴؟ وإذا ثبت أن الفعل المرتكب محل البحث يشكل فعلاً جنحة مدنية، عندها يتعين علينا الانتقال إلى مرحلة الإسناد أي إسناد هذا الفعل إلى قانون المكان الذي وقع فيه لتحديد المسألة المترتبة عليه، يضاف إلى ما قاله الأستاذ أرمان جون أن الاستثناء

الذي قال به بارتان وحسب الفقه الرافض له يؤدي إلى حلقة مفرغة في الحالة التي يرتكب فيها الفعل في بلد معين ويتحقق الضرر في بلد آخر وكان هذا البلد ليس بلد القاضي.

وقد تأثر المشرع الجزائري بالفقه المؤيد لهذا الاستثناء، ونص عليه بالمادة 20 من القانون المدني الجزائري: "يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

– الاستثناء الثالث: الأنظمة غير المعروفة في قانون القاضي أو ما يعرف بالاستحالة المادية.

قد يطرح على القاضي نزاع مشوب بعنصر أجنبي يتعلق بموضوع يحمله قانونه، كنظام الوقف أو المهر المعروفين في الشريعة الإسلامية والمجهولين في قوانين الدول الغربية. أو نظام الترتست المعروف في القانون الإنجليزي و المجهول في القوانين العربية في مثل هكذا حالات، ما هو القانون الذي يتم وفقه التكييف؟ فكيف يمكن للقاضي الرجوع إلى قانونه وهو يعلم أن هذا الأخير يجهل المسألة محل النزاع؟ وقد أثارت هذه المسألة جدلا فقهيًا انقسم بشأنها إلى اتجاهين: يرى الاتجاه الأول من الفقه أنه في مثل هذه الحالة يتم التكييف وفقا للقانون الأجنبي، لأن جهل هذه الأنظمة من طرف قانون القاضي يجعل من المستحيل على القاضي تكييف المسألة المعروضة عليه على ضوء قانونه. ولتوضيح ذلك نفترض أنه طرح نزاع يشتمل على عنصر أجنبي على القاضي الجزائري يتعلق بالتبني، ففي هذه الحالة لا يمكن للقاضي الجزائري تكييف هذه المسألة على ضوء القانون الجزائري، لأن هذا الأخير يجهل هذا النظام، فإذا كان هذا النزاع يرتبط بقانون دولة يعرف قانونها هذا النظام، كالقانون الفرنسي أو القانون الألماني، ففي هذه الحالة يمكن للقاضي الجزائري الرجوع إلى هذا القانون على الأقل لمعرفة ملامح هذا النظام ليتمكن على هداه من إدراج هذه المسألة ضمن فئة مشابهة لها في قانونه الوطني، وهو ذات النهج الذي اتبعه القاضي الفرنسي حين طرحت عليه مسألة نصيب الزوج المحتاج كما رأينا سابقا.

أما الاتجاه الفقهي الثاني: فيرى بأنه في مثل هذه الحالة يرجع القاضي في تكييف النزاع المعروض عليه إلى القانون الأجنبي، ويعتبر ذلك استثناء حقيقيا من مبدأ إخضاع التكييف لقانون القاضي⁴⁵.

– الاستثناء الرابع: في حالة وجود معاهدة بين دولة القاضي وبين دولة أجنبية.

يتمثل هذا الاستثناء في وجود معاهدة بين دولة القاضي ودولة أجنبية تتضمن توحيد بعض قواعد الإسناد وقواعد التكييف في بعض المسائل الاتفاقية – (الأحوال الشخصية، المالية، التجارية) – وجعلها من اختصاص قانون آخر غير قانون القاضي، ففي مثل هذه الحالة يلتزم القاضي بما نصت عليه المعاهدة سواء فيما يتعلق بقواعد الإسناد أو التكييف وهو أمر طبيعي ومنطقي، لأن المعاهدة تعتبر جزء من القانون الداخلي ومن ثم يتعين على القاضي إجراء التكييف وفقا لما تنص عليه المعاهدة في حدود ما هو منظم في المعاهدة. ومن أمثلة ذلك، ما نصت عليه اتفاقية لوزان المبرمة في 24 أوت 1941 التي ألزمت تركيا بتطبيق قانون الجنسية على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، وحددت لها المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية وكذلك المادة 14 من المعاهدة الفرنسية الإيطالية المعقودة سنة 1920 الخاصة بتنفيذ الأحكام

الأجنبية، التي نصت على أن الطبيعة التجارية للدعوى المرفوعة أمام القاضي (المذكورة في الاتفاقية يتحدد تبعاً لقانون الدولة التي رفعت فيها هذه الدعوى).

ومن أمثلة المعاهدات التي نظمت قواعد خاصة بالتكييف:

- نوجد معاهدة مونترو Montreu، المؤرخة في 08-05-1957، والتي ألغت الامتيازات الأجنبية في مصر، حيث حددت هذه المعاهدة المقصود بالأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب، وأخضعت المواد المتعلقة بها لقانون جنسيتهم⁴⁶.

ومن الاتفاقيات الحديثة في هذا المجال، اتفاقيات لاهاي لعام 1976 المتعلقة بإشهار الزواج و الاعتراف به، والتي جاءت نتيجة الحاجة الملحة لتوحيد مفهوم دولي للزواج، وذلك بسبب اختلاف المفاهيم الدولية له واختلاف ضوابط الإسناد المعتمدة في تنازع القوانين بشأن الزواج، حيث نصت المادة الخامسة (05) من الاتفاقية أن الشكلية القانونية للزواج المقررة في دولة الاحتفال بالعقد هي الأساس، وخصصت الفصل الثاني من هذه الاتفاقية (المادة من 7 إلى 15) للأحكام الخاصة بالاعتراف بالزواج الذي يتم الاحتفال به في مختلف دول العالم وليس في الدول الموقعة على الاتفاقية فقط.

أما في المعاهدات الموحدة لقواعد الإسناد، فإن التكييف يخضع للإرادة المشتركة للدول المتعاقدة، و يتم ذلك بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية وهو ما أكدته الأستاذ نيبوايه بقوله: " أنه يجب الأخذ بالتكييف المشترك بين الدول الموقعة على المعاهدة، لأن الهدف من إبرام المعاهدة هو التوصل إلى حل مشترك بين هذه الدول، و هذا لن يتحقق إذا لم يؤخذ بعين الاعتبار التكييف المشترك". في حين ذهب الأستاذ بارتان أنه في هذه الحالة يتولى القاضي في كل دولة إجراء التكييف اللازم لتطبيق قاعدة التنازع على ضوء ما تقضي به النظم القانونية الداخلية في كل دولة، وذلك لأن المعاهدة تندمج في القانون الداخلي و تصبح جزءاً منه ومن ثمة تخضع للتكييف الذي يؤدي إليه هذا القانون. لكن الأخذ بهذا الرأي سيجعل المعاهدة عديمة الجدوى يستحيل معه تحقيق الهدف الذي أبرمت من أجله المعاهدة و ذلك لأن القانون الداخلي غير مؤهل لحل المشاكل الدولية الخاصة، لذلك نجد الفقه الراجح يميل إلى الأخذ بالرأي الأول، بالرغم مما يحتاجه البحث عن النية المشتركة للدول المتعاقدة من وقت. وما يترتب على ذلك من إضرار بمصالح الخصوم.

ونلمس هذا الاتجاه في الكثير من المعاهدات الدولية، من ذلك ما نصت عليه المادة 11 فقرة 01 من الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية والإتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسومبورغي، المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، حيث نصت على أن كل خلاف يتعلق بتفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية يجب تسويته إذا أمكن بالطرق الدبلوماسية⁴⁷.

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الاستثناء في المادة 21 من القانون المدني والتي نصت على أنه: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر".

- **الاستثناء الخامس: تكييف الالتزامات التعاقدية.**

أورد الأستاذ بارتان استثناء آخر على نظريته يتعلق بتكييف الالتزامات التعاقدية وأخضعها لقانون الإرادة، حيث يجب حسب رأيه ألا نفرض على الأفراد تكييفاً معيناً للتصرفات التي يبرمونها، فإذا كانت قاعدة الإسناد تسمح للأفراد

اختيار القانون الذي يحكم تعاقداً فمن باب أولى أن نترك لهم حرية اختيار القانون الذي يحدد طبيعة هذه العقود، أي أن تكييف التصرفات التعاقدية يخضع لقانون الإرادة⁴⁸.

وفي حقيقة الأمر أن هذا الاستثناء الذي أورده بارتان على نظريته لا يكون استثناء حقيقياً إلا عندما يقع اختيار الأطراف على قانون أجنبي غير قانون القاضي، أما إذا وقع اختيار الأطراف على قانون القاضي ففي هذه الحالة يعتبر ذلك متماشياً مع المبدأ الذي أقره بارتان، كما أن هذا الاستثناء لا علاقة له بالمبدأ الذي أقره بارتان، لأنه من غير المعقول أن نعطي للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على تصرفاتهم القانونية ثم نخضع هذه التصرفات إلى قانون القاضي.

الاستثناء السادس: حالة الأخذ بالإحالة.

في النظم القانونية التي قبلت الأخذ بالإحالة، يصبح إخضاع التكييف للقانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد لقانون القاضي واجب التطبيق على التكييف، وذلك لأن قواعد التكييف في هذا القانون تعد بمثابة الإطار العام لقواعد الإسناد فيه، وقد كانت هذه النتيجة من الأسباب التي دعت بعض الفقه إلى رفض الإحالة. وفي حقيقة الأمر أن الأخذ بالإحالة لا يعتبر أيضاً استثناء حقيقياً من نظرية بارتان، وذلك لأن التكييف الذي يخضع لقانون القاضي هو التكييف الأولي، والقاضي حتى يمكنه الوصول إلى اعتبار القانون الأجنبي مختصاً يكون قد أجرى التكييف الأولي الذي يتوقف عليه كما رأينا تحديد القانون الواجب التطبيق.

خامساً: تقدير نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي.

بالرغم من الانتشار الواسع لنظرية بارتان، سواء في الفقه أو القضاء أو التشريع، لم تسلم من الانتقاد حيث وجه جانب من الفقه مجموعة من الانتقادات لهذه النظرية يمكن إجمالها كما يلي:

- افترضت نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي تطابق الغاية التي تهدف إليها قواعد الإسناد مع الهدف الذي تسعى إليه القواعد الموضوعية في القانون الداخلي، وهو افتراض محل نظر، حيث أن الغاية التي تسعى قواعد الإسناد إلى تحقيقها تختلف عن الهدف الذي تسعى القواعد الداخلية (الموضوعية) إلى بلوغه، فقواعد التنازع كما هو معروف وكما يدل اسمها عليه تهدف إلى حل تنازع القوانين القائم بين القوانين المرتبطة بالعلاقة الخاصة الدولية.

فالتمييز بين فكرة شكل التصرفات وفكرة الأهلية تهدف إلى تحقيق غاية تختلف تماماً في القانون الداخلي عنه في القانون الدولي الخاص، ففي نطاق القانون الداخلي تتركز أهمية التفرقة بين فكرة شكل التصرف والأهلية في أن انعدام الشكل يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، بينما نقص الأهلية يؤدي إلى اعتبار التصرف باطلاً بطلاناً نسبياً، أما التمييز بين الفكرتين في إطار القانون الدولي الخاص فيهدف بالدرجة الأولى إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على الشكل أو الأهلية. وتأسيساً على ذلك يذهب جانباً من الفقه إلى القول بأنه لا يصح تفسير المفاهيم والأفكار المجردة الواردة في قواعد الإسناد الوطنية على ضوء المفاهيم السائدة في القانون الداخلي، نظراً لاختلاف الغاية والهدف الذي تسعى كل من قواعد القانون الدولي الخاص وقواعد القانون الداخلي بلوغه⁴⁹.

- أما الانتقاد الثاني الذي وجه لنظرية بارتان فيتمثل في قصورها في حل النزاع المعروض على القاضي إذا كان هذا النزاع يتعلق بنظام قانوني مجهول في قانون القاضي، فكيف يمكن للقاضي الوطني في هذه الحالة يقول الفقه أن يعطي وصفا دقيقا للعلاقة المعروضة عليه.

- أما الانتقاد الثالث الموجه لنظرية بارتان، فيتعلق بالاستثناء الخاص بالمال الذي ادخله بارتان على نظريته وأخضعه لقانون موقعه وليس لقانون القاضي، تأسيسا على فكرة الطمأنينة في اكتساب الحقوق العينية واستقرار المعاملات، وقد لقي هذا الاستثناء نقدا شديدا من الفقهاء، وذلك لأن الأصل أن تكييف المال لا يثور إلا في مرحلة لاحقة على الإسناد، ومن ثم يطرح كتكييف لاحق ولذلك اعتبر أن هذا الاستثناء لا يعتبر استثناء حقيقيا إلا في الحالات التي يكون فيها قانون القاضي يميز بين العقار والمنقول في القانون الواجب التطبيق عليهما، يضاف إلى ذلك أن هذا الاستثناء لا يمكن إعماله من الناحية العملية في الحالات التي لا يوجد فيها موقع محدد للمال محل النزاع، كما هو الشأن بالنسبة للأموال المعنوية أو في الحالة التي يكون فيها المال موزعا بين إقليم أكثر من دولة كل منها يحدد له وصف مختلف.

- كما أخذ على نظرية بارتان بأنها تقف عاجزة عن حل التنازع الداخلي في الدول التي تتعدد فيها القوانين تعددا إقليميا أو شخصيا. فطبقا لأي قانون أو نظام قانوني، سوف يقوم القاضي بتكييف النزاع المطروح عليه والحال أن القوانين محل النزاع كلها تكون قانون القاضي.

- كما أخذ الفقه على نظرية بارتان تجاهلها للمقتضيات الجوهرية لقواعد التنازع، سواء كان ذلك على مستوى تطبيق قاعدة التنازع أو من حيث الغموض بشأن القانون الواجب التطبيق على العلاقة وقت نشوئها، فمن حيث تطبيق قواعد التنازع، يلاحظ أن المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية للمرء، ولتحقيق استقرارها وثباتها تخضع للقانون الشخصي أينما كان وحيثما ذهب، وأيا كانت المحكمة التي يمثل أمامها وفي أية دولة، والعمل بهذا المبدأ يحقق الوحدة في الحلول والوحدة في التطبيق، ويترتب عن هذا ضمان استمرار الحالة الشخصية للفرد وعدم قابليتها للتجزئة، لكن الملاحظ أن في إخضاع التكييف لقانون القاضي يؤدي إلى الإطاحة بهذا المبدأ والقضاء عليه، فتصبح الحالة الشخصية للفرد عرضة للاختلاف والتباين بحسب القوانين والمحاكم المرفوع أمامها النزاع.

والأمر نفسه يتحقق في مسائل المسؤولية التقصيرية التي تخضع حسب المبدأ إلى القانون المحلي، فإذا أخضعنا التكييف في مسائلها لقانون القاضي لشوهنا القاعدة وخرجنا بها عن مضمونها، فالتكييف في هذا الخصوص يعني بيان الأعمال التي يقوم عليها العمل التقصيري وأركانه التي من المفروض أن تتحدد وفقا للقواعد الموضوعية التي تحكم هذا النوع من المسؤولية، أما إذا تم تكييفها وفقا لقانون القاضي فماذا سيقى بعد ذلك لقانون محل وقوع الفعل الضار؟

كما أخذ على نظرية بارتان أنها تؤدي إلى عدم معرفة القانون الذي يحكم العلاقة القانونية وقت نشأتها بصفة مؤكدة مدام أنه لم يشر بشأنها أي نزاع.

والواقع أن هذه الانتقادات ورغم وجاهتها، لم تقف عقبة في طريق النظرية ونجاحها، والفضل في ذلك يرجع إلى الفقه الحديث المناصر للنظرية، الذي تولى إخراج نظرية بارتان من إطارها الضيق من خلال إعطاء دور للقانون الأجنبي

والمقارن في عملية التكييف ولو كان ذلك على سبيل الاستثناس و توسيع مضمون الفئات المسندة وجعلها تتلائم مع طبيعة المسائل القانونية ذات الطابع الدولي، وبهذا أصبحت نظرية بارتان تستجيب للاعتبارات الدولية.

– المطلب الثاني: موقف التشريعات المقارنة و التشريع الجزائري من التكييف.

الفرع الأول: موقف التشريعات المقارنة من التكييف.

على إثر تهذيب الفقه الحديث لنظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي و تطويعها، انتشر العمل بها فأخذت بها المؤتمرات والمعاهدات الدولية كاتفاق لاهاي لسنة 1925. ومجموعة بوتسمانت المبرمة بين مجموعة دول أمريكا اللاتينية التي نصت عليها في المادة السادسة منها⁵⁰.

وفي أوروبا، أغفل كل من التشريع اليوناني والإيطالي والسويسري والإنجليزي و الهولندي النص على القانون الذي يخضع له التكييف، والسبب في ذلك يرجع إلى كون هذه التشريعات تعتبر التكييف وفقا للفقه الحديث تفسيرا لقواعد الإسناد، وبالتالي لا ترى ضرورة في النص على خضوع التكييف لقانون القاضي، وهذا لكون التفسير يتم وفقا للقانون المتضمن لقواعد الإسناد المراد تفسيرها⁵¹. وبالرغم من ذلك درج القضاء في هذه الدول على إخضاع التكييف لقانون القاضي، كما أغفل التشريع في الإتحاد السوفييتي والبولوني والتشييكسلوفاكي النص على القانون الذي يخضع له التكييف، على أساس أن هذه الدول كانت ترى في هذه النظرية وسيلة في يد الدول الغربية لمسح قوانينها وإنكارها، والميل بها عن حقيقة مضمونها⁵².

أما في البرازيل، فقد نصت المادة الثامنة من القانون المدني البرازيلي الصادر سنة 1942 "يطبق في تكييف الأموال و تنظيم العلاقات الخاصة بها، القانون الذي تقع فيه هذه الأموال".

أما التشريعات العربية، فقد أخذ بهذه النظرية كل من القانون المصري، والعراقي، والقانون الأردني، والكويتي، والتونسي، و التشريع الإماراتي، و السوري، و الليبي⁵³، وأغفل النص على هذه النظرية كل من القانون اللبناني، والقانون المغربي.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التكييف.

تأثر المشرع الجزائري بنظرية بارتان في إخضاع التكييف لقانون القاضي مسائرا في ذلك معظم التشريعات العربية كما رأينا، حيث نصت المادة التاسعة (09) من القانون المدني على أن " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه ". والمقصود بالتكييف الذي يتم وفقا للقانون الجزائري المنصوص عليه في هذه المادة، هو التكييف الأولي أو اللازم أو الضروري أو الاختصاصي، أما التكييفات اللاحقة أو الثانوية فتخرج من نطاق هذه المادة، وبالتالي لا تخضع لقانون القاضي لأنها لا تؤثر كما رأينا في الاختصاص التشريعي، وهذا لتعلقها بتطبيق القانون الأجنبي المختص. والمقصود بالقانون الجزائري الذي يتم الرجوع إليه لتحديد طبيعة العلاقات القانونية عند تنازع القوانين بشأنها لمعرفة القانون الواجب التطبيق، هو القانون الجزائري بمفهومه الواسع بمختلف تقسيماته وفروعه ومصادره.

ونرى أنه وبالنظر للمرونة التي طبعت صياغة هذه المادة وطبيعة العلاقات الدولية التي تنظمها قواعد الإسناد، أنه يمكن في بعض الفروض الاستعانة بالمنهج المقارن لاستخلاص مفاهيم عالمية لقواعد الإسناد خاصة في الحالات التي تعرض على القاضي الجزائري أنظمة قانونية غير معروفة في القانون الجزائري، كما يمكن للقاضي الجزائري الاستئناس في بعض الفروض بالقانون الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الجزائرية (القانون المختص)، ولو على سبيل الاستئناس لفهم و تحديد معالم المسألة محل النزاع.

ويلاحظ على المادة التاسعة (09) من القانون المدني الجزائري، أنها جاءت مشابحة في صياغتها للكثير من النصوص التشريعية في الدول العربية. وأن المشرع الجزائري استعمل مصطلح العلاقات معتبرا إياها الموضوع الذي يرد عليه التكييف دون أن يحدد ما إذا كان المقصود بالعلاقات القانونية أم الوقائع المادية. وعلى عكس التشريعات العربية التي لم تنص في تشريعاتها على الاستثناءات التي أدخلها بارتان على نظريته، نجد المشرع الجزائري نص صراحة على الاستثناء المتعلق بوصف المال في المادة 17 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري. والاستثناءات المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية والالتزامات التعاقدية التي أدخلها بارتان على نظريته، فتجد تطبيقها في القانون الجزائري في المادتين 20 و 18 من القانون المدني، أما بشأن الاستثناء المتعلق بوجود معاهدة في قانون القاضي المعروض عليه النزاع تنص على إخضاع التكييف لقانون آخر غير قانون القاضي، نجد أن المشرع الجزائري قد كرس هذا الاستثناء في المادة 21 من القانون المدني الجزائري. أما في حالة الاستحالة المادية في تكييف العلاقات موضوع النزاع بسبب جهلها طرف القانون الجزائري، ففي هذه الحالة يمكن للقاضي الجزائري كما سبق لنا الإشارة إليه الاستئناس بالقانون الجزائري المختص لتحديد طبيعة المسألة محل النزاع، وهذا بالنظر للصياغة المرنة التي طبعت المادة 09 من القانون المدني الجزائري.

الختامة:

من خلال هذه الدراسة، يظهر أن التكييف يعتبر من المواضيع المبهمة والمعقدة في فقه القانون الدولي الخاص، وذلك لارتباطه المباشر بمشكلة تنازع القوانين، لذلك وكما رأينا لم تسلم كل النظريات التي قيلت بشأنه من النقد، وقد كان هذا الجدل الفقهي الذي ثار بشأنه سببا في توضيح مفهومه الذي يعني تحديد طبيعة المسألة محل النزاع وموضوعه الذي يرد عليه، والمتمثل في العلاقات القانونية والوقائع المادية والنصوص القانونية، ونطاقه المتمثل كمبدأ عام في إخضاع التكييف لقانون القاضي الذي ثبت من خلال الآراء الفقهية أنه لا يمكن تعميمه، لأنه ثبت أنه لا يمكن إعماله في بعض الفروض التي شكلت نقاط ضعف. ووجه انتقاد لنظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي، لذلك و استكمالا للجهود الفقهية التي بذلها بارتان في إرساء نظرية التكييف، لعب الفقه الحديث دورا كبيرا في إخراج هذه النظرية من إطارها الضيق لتصبح قابلة لمواجهة العلاقات الخاصة الدولية، وهكذا وبتطافر جهود الفقه بقيت نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي شائعة و معمولا بها من طرف القضاء في معظم دول العالم، ومنصوص عليها في معظم التشريعات العالمية، والتي من بينها

التشريع الجزائري الذي نص عليها كما رأينا في المادة التاسعة (09) من القانون المدني، والتي من خلالها ومن خلال نصوص أخرى سبق لنا بيانها تبني المشرع الجزائري نظرية بارتان بمبدئها واستثناءاتها.

وعلى ضوء كل ما سبق، يمكننا إبداء التوصيات التالية:

- نقترح إدخال تعديل على المادة التاسعة (09)، وذلك بإضافة لعبارة العلاقات عبارة العلاقات القانونية والوقائع المادية، وهذا إيماننا بأن موضوع التكييف في تنازع القوانين يشمل كل من العلاقات القانونية، والوقائع المادية، والنصوص القانونية.

- الاهتمام بالشرعية الإسلامية في التكييف مادام أنها تعتبر المصدر الثاني للتشريع في القانون الجزائري، سواء كان ذلك في الأحوال الشخصية أو في الأحوال العينية، لأن من شأن ذلك المساهمة في توحيد التكييف في القوانين العربية.

- ولمواجهة الحالات التي تكون فيها المسألة محل النزاع غير معروفة في القانون الجزائري، نقترح على غرار بعض الشراح الجزائريين، الترخيص للقاضي الجزائري باللجوء أثناء إجراءه للتكييف إلى القانون الأجنبي المختص أو استعمال القانون المقارن في التكييف.

- كما نقترح على الدولة الجزائرية الإكثار من الإنضمام إلى المعاهدات الثنائية أو الجماعية المتعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية، لأنه وكما رأينا أن التكييفات المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية تسموا على التكييفات المنصوص عليها في القوانين الداخلية، وهذا يجنب القاضي الوطني الخوض في مسألة التكييف المعقدة، خاصة إذا كانت المسألة محل النزاع تتعلق بقوانين تختلف مع القانون الجزائري اختلافا جذريا.

- قائمة المصادر و المراجع

أولا- النصوص القانونية:

- 1) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26.09.1975، المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20.07.2005. المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005.
- 2) المرسوم رقم 91-245 المؤرخ في 13.10.1991 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بالاختلافات في التفسير و التطبيق بين الأطراف المتعاقدة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 46، المؤرخة في 16.10.1991.

ثانيا- الكتب اللغة العربية:

- 1) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
- 2) هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، (الجنسية، تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 2004.
- 3) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986.
- 4) د. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.

- 5) د. بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف (دراسة تحليلية و نقدية)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 6) د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2016.
- 7) د. حفيظة السيد الحداد، موجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2010.
- 8) د. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية- تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، طبعة 2007.
- 9) د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية-تنازع الاختصاص القضائي-تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004.4
- 10) د. عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، 1- تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، الأردن.
- 11) د. حسن الهداوي، تنازع القوانين، (المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني)، دراسة مقارنة، دار النشر و التوزيع، 2005.
- 12) د. محمدي بوزينة آمنة، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2020.
- 13) د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية، و القانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2011.
- 14) د. جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، 1966.
- 15) د. زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الفسييلة، الدويرة، الجزائر، طبعة، 2010.
- 16) د. حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر و التوزيع، دار البيضاء، الجزائر، طبعة 2013.
- 17) د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة للنشر و التوزيع، 2004.
- 18) د. صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في صور فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 19) د. أحمد أبو المجد محمد السيد عفيفي، المسؤولية التقصيرية عن الممارسات الخاصة وسوء استخدام الانترنت في ضوء القانون الدولي الخاص الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، 2017.
- 20) د. كريم مزعل شي، التكييف في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017.
- 21) د. سامي بديع منصور و د. أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

ثالثا- الكتب اللغة الأجنبية:

- 1) NYBOYET: "le problème des qualification sur le terrain des traits diplomatiques ", Revue critique de droit international prive 1935,p.01.
- 2) Patrick courbe ;Droit international Privé; edition Dalloz, paris ,Armand colin, paris,2000 .
- 3) Bartin.Principes de Ddroit international Prive, Tom1 selon la loi et jurisprudence francaises; Pari: Editions Domat-Montcherstein,1932.
- 4) ARMIN JON(P).press de droit international prive,Troisieme ed,librairie Dalloz, paris,1947
- 5) H.Batiffol et Paul Lagarde., Précité-P-348.H.BATIFFOL et Paul lagarde, Droit international Privé,T.1.eD 1981

رابعا- المقالات العلمية:

- 1) ديداني بومدين، أ.حسن زفور، أهمية التكييف الفقهي والقانوني للوقائع، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران 1، العدد01.

-
- 1- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007م، ص.95.
 - 2 - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية، تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004م، ص.46.
 - 3 - ط.د ديداني بومدين، أ.حسن زفور، أهمية التكييف الفقهي والقانوني للوقائع، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران 1، العدد01، ص.97.
 - 4 - د.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986م، ص.118.
 - 5 - د. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984م، ص.41.
 - NYBOYET: "le problème des qualification sur le terrain des traits diplomatiques ", Revue critique de droit international prive 1935,p.01
 - 7 - د.بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف (دراسة تحليلية و نقدية)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008م، ص.150
 - 8 - د.بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، مرجع سابق، ص.155-156.
 - 9 - أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص.100-103.
 - 10 - و من الفقهاء الذين استخدموا عبارة النظم القانونية في تعريفهم للتكييف نجد الأستاذ نيبوايه، بقوله أن التكييف هو الطبيعة القانونية المعترف بها لأحد النظم القانونية.
 - 11 - و هذا التعبير استعمله المشرع الجزائري في المادة 09 من القانون المدني الجزائري التي نصت: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق". متأثرا في ذلك برأي الفقيه بارتان، الذي قال بأن التكييف ينصب على العلاقات القانونية محل النزاع موضحا أن تكييف الإدعاء محل النزاع وتكييف النظم يشكل علاقات قانونية.
 - 12 - للتفصيل في محل التكييف يتعين الرجوع إلى كل من أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، السابق الإشارة إليه ص. ص 107.103 و د. كريم مزعل شي، التكييف في تنازع القوانين السابق الإشارة إليه، ص. ص. 32.26 و د. بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، السابق الإشارة إليه، ص.ص.158-160.

¹³ - أصدر الفقيه ديمولان فتواه الشهيرة سنة 1525م في القضية المعروفة بقضية الزوجين قاني، و التي تتلخص وقائعها في أن أموال الزوجين المذكورين، كانت موزعة بين مدينة بورقون ومقاطعة باريس، وعند استشارته من طرف الزوجين حول القانون الذي يخضع له نظامهما المالي، أصدر ديمولان فتواه بخضوع نظامهما المالي إلى أعراف مقاطعة باريس باعتباره موطنهما الأول للزوجية، وعلل ذلك بأن الزوجين وباختيارهما هذا الموطن بإرادتهما رضيا بالخضوع بقانونه في النظام المالي للزوجين، باعتبار أن هذا النظام يعتبر عقدا ضميا و أن إرادتهما قد اتجهت إلى اختيار النظام السائد في مقاطعة باريس، وبالتالي يخضع لقانون أفراد الذي يحكم سائر العقود، و قد استخلص الفقه من هذه الفتوى بعد المكتشف الأول لنظرية التكييف. و قد كرست هذه الفتوى من طرف برلمان باريس ثم أعيد اعتمادها من طرف محكمة النقض الفرنسية، و هذا ما أشار إليه الفقيه باتريك كورب Patrick courb في مؤلفه الموسوم Droit international Prive الصادر سنة 2000م Armand colin، ص.29.

¹⁴ - د. بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، مرجع سابق، ص.62.

¹⁵ - مشار إليه في المرجع د. بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، مرجع سابق، ص.68.

¹⁶ - للإطلاع بالتفصيل على وقائع هذه القضية التي فصلت فيها محكمة النقض في 04 جانفي 1882م، يرجى الرجوع إلى مرجع كل من د. عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، السابق الإشارة إليه، ص.ص. 69-71. مرجع د. كريم مزعل شبي، التكييف في تنازع القوانين، السابق الإشارة إليه، ص.ص. 16-17.

¹⁷ أ.د. زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص.103.

¹⁸ - و قد أبدى هذه النظرة في إنجلترا الأستاذ بيكات Beckett أنظر محاضراته بعنوان classification in privet international law المنشور في الكتاب السنوي البريطاني لسنة 1924م، ص.54. حيث يقول في حاشية هذا البحث أنه توصل إلى فكرة: التكييف المالي المستمد من مقارنة القوانين نتيجة دراسته الخاصة بطريقة مستقلة قبل أن يطلع على ماكتبه الأستاذ الألماني ربال كما أبدته الأستاذة MADAM MERRIGI حيث كتبه في مقالها المعنون "les qualification en Droitinternational prive", Revue critique de droit international prive, 1993 p 210 " أن التكييف يجب ألا يحدد وفقا لقانون القاضي أو وفقا للقانون الأجنبي، ولكن يكون حسب مفاهيم قاعدة التنازع أي يكون وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص.

¹⁹ - للتوسع أكثر في تحديد مفهوم القانون المقارن أنظر د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2016م، ص.107.

²⁰ - د. حفيظة السيد الحداد، موجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2010م، ص.128.

²¹ - أنظر كل من د. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية- تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، طبعة 2007م، ص.73، و د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية-تنازع الاختصاص القضائي-تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004م، ص.72.

²² - د. عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، 1- تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، الأردن، ص.103.

²³ أنظر في هذا المعنى الأستاذين باتيفول و لاقارد اللذان يعتبران أن فكرة اللجوء إلى المنهج المقارن في التكييف فكرة مثالية و لكنها بعيدة التحقيق من الناحية العملية "il paraît suffisant d'observer que l'oeuvre de système propose est un idéal, tellement lointain que la pratiquement". H.Batiffol et Paul Lagarde., Précité-P-348.H.BATIFFOL et Paul lagarde, Droit international Privé,T.1.eD 1981

²⁴ أ.د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.135.

²⁵ "D'après cette théorie, chaque règle juridique dérive nécessairement sa qualification de système auquel elle appartient". DESPAGNA: "les conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques". Clunet, 1898, p.253

²⁶ - لتوسع في الانتقادات الموجهة لنظرية إخضاع التكييف للقانون المختص برجي الرجوع إلى كل من د. حسن الهداوي، تنازع القوانين، (المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني)، دراسة مقارنة، دار النشر و التوزيع، 2005م، ص.56، و د. محمدي بوزينة آمنة، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2020م، ص.130.

²⁷ - للتوسع في الانتقاد النظري الموجه لهذه النظرية يرجى الرجوع إلى مرجع كل من د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية، و القانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، م 2011، ص. 83. و مرجع د. كريم مزعل شي، التكييف في تنازع القوانين، دراسة مقارنة، السابق الإشارة إليه ص. 84.

²⁸ - Bartin. Principes de Droit international Prive, Tom1 selon la loi et jurisprudence françaises; Pari: Editions Domat-Montcherstein, 1932, P229

²⁹ - Conférence de la Haye, Recueil des cours 1973, la haye, Bureau Permanent de la conférence.

³⁰ - ففي حكم صادر عن محكمة روان عاصمة نورمانديا بفرنسا عام 1610م في قضية تتلخص وقائعها أن شخصا من أهالي نورمانديا في مقاطعة باريس قبل وفاته بثلاثة أشهر، و كان في العرف النورمندي يقضي ببطلاق الوصية التي تثير الشك و الارتباب غير ان القانونين المتنازعين (قانون نورمانديا و قانون باريس) كانا ينصان على أن شكل الوصية يخضع لقانون محل إبرامها. إذن كلا القانونين كانا يشترط لتطبيق هذه القاعدة (لو كيس) أن يكون المنع الوارد يتعلق بالشكل، لكنه ولما عرض النزاع على محكمة روان، كيفت المنع الوارد على أنه يتعلق بالملكية أي بالموضوع، و طبقت قانونها النورمندي و انتهت إلى إبطال الوصية، ولو عرض هذا النزاع على محكمة كباريس لكيفت وفقا لقانونها و اعتبرت المنع يتعلق بالشكل، و من ثمة تقوم بتطبيق قانون باريس باعتباره قانون مكان إجراء الوصية والذي لا يتضمن نصا شبيها للنص الوارد في القانون النورمندي و لانتهت بناء على ذلك باعتبار الوصية صحيحة. أنظر في ذلك: د. جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، 1966م، ص. 61.

³¹ - لشرح التبرير الذي ساقه الفقيه بارتان كأساس لنظريته، يرجى الرجوع إلى كل من د. زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الفسيحة، الدويرة، الجزائر، طبعة، 2010م ص. 107. و د. حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر و التوزيع، دار البيضاء، الجزائر، طبعة 2013 ص 72. و د. أعرب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة للنشر و التوزيع، 2004م، ص. 81.

³² - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26.09.1975، المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20.07.2005. المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005م.

³³ - لفهم الحجة ذات الطابع النفسي، يرجى الرجوع إلى مؤلف كل من د. سامي بديع منصور و د. اسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص. 94.

³⁴ - La classification des intituations sac fait de même ou autrement, c'est ainsi pour revenus encore pour revenir toujours à l'exemple de jurisprudence qui m'amis sur la trace de la question des qualification que le juge français est amené comme il l'a fait la différence entre des droit du conjoint suivant considres comme droit d'un conjoint et ce même droit d'un héritier E-BARTIN, précité, p.592.

³⁵ - و لتوضيح ذلك نفترض أنه طرح على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في الجزائر، فإن القاضي الجزائري يقوم بتكييف النزاع المعروض عليه وفقا لقانونه الوطني، و يدرج المسألة محل النزاع باعتبارها مسألة متعلقة بالأهلية ضمن الفئة المناسبة لها، المادة 10 قانون مدني جزائري، ليصل إلى تحديد القانون المختص الذي هو قانون الجنسية في هذه الحالة، أي القانون الإنجليزي إذا ما طرح بعد ذلك أمور خاصة بتحديد معنى أهلية التصرف أو أهلية الإدارة و معنى القصر و البلوغ و عوارض الأهلية، في هذه الحالة يرجع القاضي الجزائري بشأن تحديد مفهوم هذه الأمور إلى القانون الإنجليزي باعتباره القانون المختص الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الجزائرية.

³⁶ - للإطلاع على التبريرات التي ساقها الفقيه بارتان و الفقيه المؤيد له بشأن إخضاع تكييف المال إلى قانون موقعه، يرجى الرجوع إلى مؤلف كل من الدكتور بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، السابق الإشارة إليه، ص. 181، و مؤلف الدكتور عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة السابق الإشارة إليه، ص. 119.

³⁷ - د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص. ص. 20-21.

³⁸ - د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص. 116.

³⁹ - د. أعرب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص. ص. 84-85.

⁴⁰ - د. هشام علي صادق، قانون دولي خاص، مرجع سابق، ص. 62. و د. صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في صور فقه الشريعة الاسلامية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006م، ص. 172.

⁴¹ - E. BARTIN. OPCIT. P. 594

⁴² - E. BARTIN. OPCIT. P. 599

- 43- للاطلاع على التبريرات التي ساقها بارتان والفقه المؤيد له بشأن الاستثناء المتعلق بوصف المال، يرجى الرجوع إلى مؤلف كل من د. أحمد أبو الجحد محمد السيد عفيفي، المسؤولية التقصيرية عن الممارسات الخاصة وسوء استخدام الانترنت في ضوء القانون الدولي الخاص الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، 2017م، ص. 163. 164. د- كريم مزعل بشير، التكييف في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص. 63.
- 44 - ARMIN JON(P).preis de droit international prive, Troisième ed, librairie Dalloz, paris, 1947, N120.
- 45 - انظر بشأن الجدل الفقهي الذي ثار حول هذه المسألة كل من د- بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، مرجع سابق، ص. 198-199، د- كريم مزعل شبي، التكييف في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص. 70-71.
- 46 - وتمثل هذه الموضوعات في كل المسائل المتعلقة بالزواج، والعشرة الزوجية، والدوطة، والأبوة، والبنوة، والتبني، وأهلية الأشخاص، وسن الرشد، والوصاية، والقوامة، والحجر، وقد نصت على هذا التحديد لمواد الأحوال الشخصية المادة 16 من اتفاقية مونترال.
- 47 - أنظر المرسوم رقم 91/ 245 المؤرخ في 13.10.1991 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بالاختلافات في التفسير و التطبيق بين الأطراف المتعاقدة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 46، المؤرخة في 16.10.1991.
- 48 - " la qualification d'un rapport de droit contractuel droit être empruntée à la loi choisie par les parties". E.BARTIN. précité. p.606.
- 49 - أنظر في عرض هذا النقد وشرحه كل من: د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص. 65. - أ.د. هشام صاق وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص. 65. و أ.د. حفيدة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 126.
- 50 - Art.6 du code Bustmant " Dans tout les cas non prévus par le présent code, chacun des Etats contractans appliquera ses propres qualification aux institutions aux relations juridiques qui doivent correspondre aux groupes de lois mentionnées à l'article 03".
- 51 - أنظر في ذلك إلى كل من د. كريم مزعل شبي، التكييف في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص. 133-141. أ.د. زروئي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص. 110.
- 52 - أنظر أ. zaszy، مقال الموسوم (تطور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في بلاد الديمقراطيات الشعبية)، بحث منشور في المجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص، العدد 03، سنة 1963م، ص. 241. مشار إليه في مرجع د. كريم مزعل شبي، في هامش ص. 131.
- 53 - حيث نصت المادة 10 من القانون المدني المصري على أن " القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها "، و تقابلها في القانون المدني العراقي المادة 17 فقرة 01، و في القانون المدني الأردني المادة 11، و تقابلها في القانون الكويتي المادة 12 من المرسوم رقم 05 لسنة 1961م، والتي تقابلها في القانون المدني التونسي المادة 27 فقرة 01 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية التونسي التي تقابلها المادة 10 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي و التي تقابلها المادة 11 من القانون المدني السوري، و التي تقابلها كذلك المادة 10 من القانون المدني الليبي.