

التكييف في تنازع القوانين: بين النظرية والتطبيق

Qualification In Conflict of Laws: Between Theory and Practice

ناتوري كريم*، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة بجاية -

karim.natouri@univ-bejaia.dz

تاريخ إرسال المقال: 2025/10/11 تاريخ قبول المقال: 2025/10/31 تاريخ نشر المقال: 2025/11/29

ملخص:

يُعد التكييف من أبرز الإشكاليات التي يُواجهها القاضي في إطار تنازع القوانين، إذ يتمثل في تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة موضوع النزاع بهدف اختيار القاعدة القانونية المناسبة لتعيين القانون الواجب التطبيق. من الناحية النظرية، تنقسم الآراء بين من يرى أن التكييف يجب أن يتم وفقاً لقانون القاضي وبين من يرى أنه ينبغي أن يخضع للقانون المختص بحكم النزاع. التباين النظري ينعكس في التطبيق العملي، حيث تختلف الأنظمة القانونية في تعاملها مع المسائل ذات الطبيعة الدولية، ما يؤدي أحياناً إلى نتائج متعارضة. وتزداد المشكلة تعقيداً عندما تختلف الدول في تصنيف العلاقة القانونية ذاتها، كما في حالات الزواج أو الإرث أو الملكية. القاضي قد يجد نفسه أمام صعوبة في توفيق المتطلبات النظرية مع واقع التطبيق العملي خاصة عندما يؤدي التكييف إلى تطبيق قانون غير ملائم. لهذا يقترح بعض الفقهاء اعتماد تكييف دولي أو موضوعي مستقل يتجاوز النظرة الضيقة للقانون الوطني. ورغم الجهود الفقهية والقضائية لمعالجة هذه الإشكالية، فإن التكييف لا يزال يُعد من أكثر المواضيع تعقيداً وإثارة للجدل في تنازع القوانين.

الكلمات المفتاحية: تنازع القوانين، التكييف، قانون القاضي، القانون المختص.

Abstract:

Qualification is one of the most complex issues faced by judges in the context of conflict of laws, as it involves determining the legal nature of a disputed relationship in order to apply the proper rule for selecting the applicable law. Theoretically, scholars are divided between those who argue that Qualification should follow the law of the forum (lex fori), and those who advocate for using the law governing the substantive issue (lex causae). This theoretical divide reflects in judicial practice, with different legal systems adopting different approaches, sometimes leading to conflicting outcomes. The problem becomes more acute when jurisdictions classify the same legal relationship differently, such as in cases of marriage, inheritance, or property. Judges often struggle to reconcile theoretical models with the practical demands of international cases, particularly when mischaracterization results in applying an unsuitable law. To overcome such challenges, some legal scholars propose adopting an international or autonomous method of Qualification beyond national legal systems. Despite ongoing academic and judicial efforts, Qualification remains one of the most debated and intricate topics in private international law.

Key words: Conflict of laws, Qualification, Lex fori, Lex causae.

مقدمة:

يُعتبر القانون الدولي الخاص موضوعاً حديثاً نسبياً مقارنةً مع باقي القوانين الأخرى، ويتميز بكونه ينظم العلاقات الخاصة بين الأفراد، والمُشتملة على عنصر أجنبي، هذا العنصر الأجنبي نجده إما في أحد أطراف العلاقة، موضوع العلاقة أو مكان قيام هذه العلاقة، ويعالج مواضيع مختلفة أهمها تنازع القوانين، الذي يُعد أهم موضوع خصب لتطور قواعد القانون الدولي الخاص باعتباره يتضمن قواعد من طبيعة خاصة و متميزة تُرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي، والذي على أساسه سيتم الفصل في النزاع، أي أنّ قاعدة التنازع لا تفصل في النزاع، فتنازع القوانين هو تَراحم أو تَنَافُس قَانُونين أو أكثر لدولتين أو أكثر بشأن حُكم علاقة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي، وبالتالي يَبْدُوا واضحاً أنّه يشترط لتنازع القوانين ما يلي:

- وجود عنصر أجنبي مما يجعلنا أمام قانونين أو أكثر يتنافسان لحل النزاع.
 - عَدَم الأخذ بإقليمية القوانين بشكل مُطلق، وعَدَم الأخذ بشخصية القوانين بشكل مُطلق.
 - اختلاف القواعد القانونية التي تَحْكُم العلاقة محل النزاع، من قانون إلى آخر.
 - أن يكون القانون الأجنبي صادر عن دولة تُعترف بها دولة القاضي المعروض أمامه النزاع.
- يستخدم البعض للتعبير عن تنازع القوانين مصطلح "تنازع الاختصاص التشريعي"، ويسميه آخرون "تنازع القوانين من حيث المكان"، وفي كلا التسميتين نجد عبارة "تنازع"، الأمر الذي دفع ببعض الفقهاء كالفقهاء الهولنديين استخدام عبارة "تسابق القوانين"، بينما استخدم الفقه الإنجليزي عبارة "اختيار القوانين"، لكن المصطلح الدقيق والشائع هو "تنازع القوانين"، وتُعتبر مشكلة تنازع القوانين وفق الفقه الكلاسيكي الموضوع الوحيد للقانون الدولي الخاص، حتى أنّه بمجرد الحديث عن القانون الدولي الخاص يُفهم منه مباشرةً موضوع تنازع القوانين، ولإعمال قاعدة تنازع القوانين لابد من القيام بالتكييف كعملية أولية سابقة للإسناد أي تحديد الطبيعة القانونية للنزاع.

يُعد التكييف في تنازع القوانين المرحلة الأولى والأولية التي يقوم بها القاضي عند النظر في نزاع مُشتمل على عنصر أجنبي، إذ يتعين عليه أن يُحدد الطبيعة القانونية للعلاقة (هل هي زواج؟ إرث؟ عقد؟ مسؤولية؟...) حتى يتمكن من اختيار قاعدة الإسناد المناسبة وتحديد القانون الواجب التطبيق، فهو المدخل الأساسي لتطبيق قواعد تنازع القوانين، فبواسطة التكييف يتم تحديد ضابط الإسناد المناسب (كالجنسية، الموطن، قانون الإرادة، مكان إبرام العقد...)، مما يضمن تطبيق القانون الصحيح والملائم على العلاقة محل النزاع، إذ يستحيل على القاضي القيام بإسناد المسألة المطروحة أمامه إلى القانون المختص بالفصل فيها بدون القيام بالتكييف الذي يُمثل آلية فنية لازمة لإعمال قاعدة الإسناد المناسبة بهدف الوصول إلى القانون الواجب التطبيق للفصل في المسألة، وعليه سنبحث في مفهوم التكييف والقانون الذي يتم على أساسه، فهل يستعمل القاضي

عند تكييفه العلاقة المطروحة أمامه مفاهيم قانونه الوطني، أم مفاهيم أخرى كمفاهيم القانون الأجنبي الذي قد يكون هو الواجب التطبيق؟ بمعنى على أساس أي قانون يتم التكييف؟

يطرح بحثنا مجموعة من الفرضيات أهمها تتمحور حول ضرورة مواكبة قواعد تنازع القوانين بما فيها قاعدة التكييف للتحوّلات والتطوّرات الحاصلة في مجال العلاقات الخاصة في ظل العولمة، كما أنّ الحُلُول الفقهية ساهمت في إرساء حُلُول لإشكالية التكييف في تنازع القوانين جسدتها مختلف التشريعات، لكن هذه الحلول هل تكون دائماً ملائمة لحل كل مُتطلبات التكييف في مجال تنازع القوانين ؟

للإجابة على هذه الإشكالية قسمنا دراستنا إلى شقين نتناول في البداية مفهوم التكييف (أولاً)، ثم التكييف في ظل تطور القانون الدولي الخاص (ثانياً)، مستعينين بمنهجين لضرورة الدراسة، التحليلي والمقارن، فالمنهج التحليلي لغرض دراسة المواد القانونية في التشريع الجزائري محل العلاقة بالموضوع دراسة دقيقة من أجل فهم مضمونها واستخلاص المبادئ التي تتضمنها، أما المنهج المقارن بهدف مقارنة الحلول التي وضعها الفقه لتحديد القانون الواجب التطبيق على التكييف مع إبراز موقف المشرع الجزائري.

أولاً: مفهوم التكييف:

يتمثل في تلك العملية الأولية الضرورية يقوم بها القاضي عندما يعرض عليه النزاع في كل المجالات وليس فقط في القانون الدولي الخاص، تتمثل في تحديد الطبيعة القانونية للمسألة محل النزاع ووضعها في إحدى الفئات المسندة التي خصها المشرع بقاعدة إسناد (وضع المشرع الجزائري قواعد الإسناد أو قواعد تنازع القوانين في القانون المدني من المواد 09 إلى 24)، وكلّما تغير التكييف تغير القانون الواجب التطبيق على النزاع ويتغير بالتالي الحل الذي يصل إليه القاضي، ولقد افرد الفقيه الفرنسي عن "بارتان" بنظرية فريدة في التكييف مفادها إعمال قانون القاضي كأصل في التكييف، ولفهم هذا العنصر جيداً سنتناول تعريف التكييف وأهميته (1)، ثم القانون الواجب التطبيق على التكييف، أين نُركز على التكييف وفقاً لنظرية "بارتان" (2)، لنُبين موقف المشرع الجزائري من نظرية "بارتان" (3).

1- تعريف التكييف وأهميته:

نتولى في هذا العنصر تبيان تعريف التكييف لتوضيح هذه العملية وتبسيطها، ثم نوضح أهميته والدور الذي يلعبه في مجال تنازع القوانين للإهداء إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع ثم الفصل فيه.

أ-تعريف التكييف:

بيّنت قاعدة التنازع في المادة 09 من القانون المدني الجزائري أنّ القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد طبيعتها عند تنازع القوانين¹، فالمشرع لم يُعرف التكييف هنا لكنّه أشار إلى محله، عندما أشار أنّ التكييف ينصب على العلاقات، لكن يوجد خلاف لدى الفقه حول محل التكييف²، الأمر الذي أدّى إلى الاختلاف في التعاريف المقترحة للتكييف، فمنهم من يُغلب الجانب القانوني، ومن يُغلب الجانب الواقعي، ومنهم من يجمع بين الجانب القانوني والجانب الواقعي، ولقد أوضحت المادة 29 من قانون الإجراءات

المدينة والإدارية الجزائري أنّ القاضي يُكيّف الوقائع والتصرفات المطروحة أمامه التّكيّف القانوني الصحيح دون أنّ يكون مُلزم بالتقيّد بتكييف الخصوم³، وعليه فالقاضي الجزائري مُلزم بتطبيق التكييف الذي يُعطيه القانون الجزائري للوقائع والتصرفات-سواء تعلق الأمر بالنزاعات الخاصة الداخلية أو الدولية-أي بتلك غير المشتملة على عنصر أجنبي أو بتلك النزاعات الخاصة ذات العنصر الأجنبي.

أ-1- **تغليب الجانب القانوني لتعريف التكييف:** يرى بعض من الفقهاء أمثال "بارتان"، "لوسوارن" و"بورال" أنّ محل التكييف هو القانون، وبناءً على ذلك يُعرف التكييف بأنّه ينصب إما على النظم القانونية، أو على العلاقات القانونية أو على القواعد الموضوعية، وعليه فالتكييف هو تحديد لطبيعة النظام القانوني، أو لطبيعة العلاقة القانونية، أو تحديد لطبيعة القاعدة القانونية الموضوعية، لكن تمّ انتقاد هذا الاتجاه لأنّ القانون الواجب التطبيق هو الذي يُعطي الوقائع الوصف القانوني، وهو لم يتمّ التعرّف عليه بعد، لأنّ عملية التعرّف عليه متوقفة على إعمال التكييف للوصول إلى قاعدة الإسناد التي تُرشدنا إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع⁴.

أ-2- **تغليب الجانب الواقعي لتعريف التكييف:** يرى جانب من الفقهاء أمثال الإيطالي "رابال"، الإنجليزي "بيكات" أنّ محل التكييف هي الوقائع، وعليه يُعرّفون التكييف بأنّه تلك العملية المتمثلة في إعطاء الواقعة أو المركز الواقعي الطابع القانوني الذي يُدخله في فئة من الفئات التي حصّها المشرع بقاعدة إسناد⁵، غير أنّه يُعاب على هذا الاتجاه عدم صلاحية الوقائع في حدّ ذاتها لكي تُدرج في ضمن الفئات المُسنّدة، فالوقائع المُجرّدة عن الطابع القانوني لا يمكن أن تُوجد، فلا يمكن الإعتداد بها -إلاّ إذا انصوّت تحت سلطة قانون مُعيّن-يضمن لها وصف الواقعة أو الرابطة القانونية⁶.

أ-3- **التعريف الزاجح: اعتماد الجانبيين القانوني والواقعي معاً لتعريف التكييف:** يُعتبر هذا الموقف حل وسط بين الاتجاهين السابقين، فهو لا يتقيّد بعنصر القانون وحده، أو بعنصر الواقع وحده، بل يعتمد عليهما معاً، فالتكييف ينصب على موضوع النزاع، وعليه فهو تحديد لطبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في فئة من المسائل القانونية التي حصّها المشرع بقاعدة إسناد⁷.

إذن التكييف هو العملية التي يقوم بها القاضي لتحديد الطبيعة القانونية للعلاقة أو المسألة المعروضة أمامه من أجل إدخالها في إحدى الفئات أو الروابط القانونية التي يضعها القانون لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها في حالة تنازع القوانين، بمعنى أنّه تلك العملية التي من خلالها يُحدّد القاضي الوصف القانوني للعلاقة ذات العنصر الأجنبي، لتحديد إلى أي فئة من فئات الإسناد تنتمي، ومنه تحديد القانون الوطني أو الأجنبي الواجب التطبيق عليها، ويجب التذكير أنّ أول فقيه درس هذه العملية بهذه التسمية هو الفقيه الفرنسي "بارتان" وذلك بصفة مُدققة في مقال له تحت عنوان "استحالة الوصول إلى حل نهائي لتنازع القوانين" نشر في مجموعة "كلومي" عام 1897، بالرغم من أنّه يوجد جانب من الفقهاء الألمان الذين يقولون أنّ أول فقيه درس فكرة التكييف هو الفقيه الألماني "كان" عام 1891⁸.

فمثلاً شركة جزائرية لاستيراد الأجهزة الإلكترونية (ش.ع.ج) أبرمت عقد بيع دولي مع شركة إيطالية (ش.إ) لاقتناء أجهزة حاسوب من إيطاليا، حيث تم الاتفاق كتابياً في الجزائر على أن يتم التسليم في ميناء الجزائر العاصمة، وأن يتم تطبيق القواعد القانونية المعمول بها في التشريع الجزائري، مع الدفع بالعملة الصعبة "الأورو"، لكن ثار نزاع بين الشركة الجزائرية التي رفعت دعوى أمام القضاء الجزائري ضد الشركة الإيطالية بسبب تأخر التسليم وعدم مطابقة البضاعة لما هو متفق عليه، فأى قانون يطبق القاضي الجزائري على هذا العقد الدولي؟ هل هو القانون الجزائري، أم القانون الإيطالي، أم قانون آخر (مثل اتفاقية فيينا لعام 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع)؟.

إنّ أول عملية يجب على القاضي الجزائري القيام بها هي تحديد طبيعة العلاقة (التكييف) وفقاً لأحكام المادة 09 من القانون المدني الجزائري التي تؤكد أنّ القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي المتنازع فيها أمام القضاء الجزائري، باستثناء تكييف المال سواء كان منقول أو عقار الذي يبقى خاضع لقانون الدولة التي يوجد فيها، وفقاً لأحكام المادة 17 من القانون المدني الجزائري، والعلاقة المطروحة على القاضي في هذه الحالة تتمثل في نزاع موضوعي متعلق بعقد بيع دولي للبضائع أي التزام تعاقدى دولي (علاقة تعاقدية تجارية ذات عنصر أجنبي).

وعليه يُكيف القاضي الجزائري النزاع على أنّه عقد بيع دولي وفقاً للمادة 09 المذكورة أعلاه، ثمّ يستند على المادة 18 من القانون المدني الجزائري التي حدّدت القانون الذي يطبق على الالتزامات التعاقدية، فيطبق القانون الجزائري باعتباره القانون المختار من المتعاقدين وذات صلة حقيقية بالعقد لأنّ مكان الإبرام والتنفيذ هو الجزائر وأحد الأطراف جزائري، ثمّ يُطبق القواعد الموضوعية في التشريع الجزائري التي تحكم العقود التجارية الدولية لحل النزاع، فالنتيجة القاضي الجزائري يطبق القانون الجزائري على العقد التجاري الدولي، ويلزم الشركة الإيطالية بالتعويض عن التأخير والعيوب في المبيع.

ب- أهمية التكييف:

يُعدّ التكييف ذو نشأة قضائية وبالأخص القضاء الفرنسي الرائد في هذا المجال، من خلال بعض القضايا التي توضح لنا عملية التكييف وأهميتها، إذ يلعب التكييف دوراً مهماً في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع وقد قدم لنا الفقه خاصةً الفقيه الفرنسي "بارتان" أمثلة لتوضيح أهمية التكييف:

ب-1- قضية ميراث المالطي "بارطولو" : استعاد الفقيه "بارتان" حكم قضائي صدر بالجزائر بتاريخ 24 ديسمبر 1889، بشأن قضية حدّثت إبان التّبعية الجزائرية لفرنسا تتمثل في كون شخصان مالطيان تزوّجا في "مالطا" دون إبرام عقد زواج، بعد مدّة استقرّ الزوجان في الجزائر أين اكتسب الزوج الكثير من العقارات، وبعد وفاته ترك ثروة عقارية هائلة، ثمّ رفعت الزوجة دعوى أمام القاضي الفرنسي مؤسّسة دعواها على قاعدة مالطية وهي (نصيب الزوج المحتاج) وذلك لثرت عقارات زوجها، القاضي الفرنسي أراد تحديد طبيعة النزاع وتكييفه هل يتعلق ب:

ب-1/أ-النظام المالي للزوجين: في هذه الحالة لأبد من وجود عقد زواج، وإذا تَوَفَّر العقد فإنَّ قواعد الإسناد الفرنسية تقر بأن يخضع العقد لقانون الإرادة، ولكن لا يوجد أصلاً بينهما عقد زواج وبالتالي لا يمكن تطبيق هذا التكييف.

ب-1/ب-نزاع يتعلق بميراث عقار: وفي هذه الحالة قواعد الإسناد الفرنسية تطبق على العقار قانون مَوَقعِهِ والذي في هذه القضية هو القانون الفرنسي لأنَّ الجزائر كانت مستعمرة فرنسية، وبالتالي حُرمت الزوجة من الميراث على أساس أنَّ القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي الذي لا يأخذ بقاعدة "تصيب الزوج المحتاج"⁹، هذا ما قرَّرتَه محكمة النقض الفرنسية سنة 1889 عندما قامت بتكييف المسألة على أساس القانون الفرنسي (قانون القاضي)، فاعتمدت على المفاهيم الفرنسية التي اعتبرتْها مسألة متعلقة بعقار فطبق القانون الفرنسي على الميراث، كون العقار موقعه فرنسا¹⁰، لأنَّ الجزائر كانت مُستعمرة فرنسية في تلك الفترة.

ب-2-قضية وصية الهولندي: تتمثل هذه القضية في أنَّ هولندياً كتب وصية عُرفية بخط يده في فرنسا فنَّار نزاع أمام القاضي الفرنسي أين تَمَسَّك الوَرثة بقاعدة معروفة في القانون الهولندي وهي " بطلان كل وصية عُرفية" أي ضرورة إصباح الوصية في الصيغة الرسمية، فوقع القاضي الفرنسي في مشكل تكييف النزاع أي موضوع الوصية، هل هو متعلق بالشكلية تخضع لقانون مكان الإنشاء، أم مسألة موضوعية تتعلق بالأهلية والإرادة.

ب/2-أ-شكل الوصية: وعندئذ قاعدة الإسناد الفرنسية تُطبق على شكل الوصية قانون بلد الإيصاء وهو هنا فرنسا، وبالتالي يطبق القانون الفرنسي فتكون الوصية صحيحة.

ب/2-ب-أهلية الإيصاء: ذلك أنَّ القانون الهولندي وَضَعَ هذا الشرط (الرسمية) كتنقيذ لحماية الأشخاص، وعندئذ نبحث عن القانون الذي يحكم الأهلية وحسب قواعد الإسناد الفرنسية تخضع الأهلية لقانون جنسية الشخص (القانون الهولندي) الذي يَمْنَع الوصية العُرفية وبالتالي فهي باطلة¹¹، واعتمد القاضي الفرنسي في هذه القضية أيضاً على قاعدة التكييف وفقاً لقانون القاضي، فاعتبر موضوع النزاع يتعلق بشكل الوصية ولا بجوهرها، وبالتالي أخضعها لقانون المكان الذي أبرمت فيه الوصية، أي القانون الفرنسي فكانت الوصية صحيحة لأنها مطابقة للشكلية المطلوبة في القانون الفرنسي¹².

تبرز أهمية التكييف في مجال تنازع القوانين من خلال اختلاف قوانين الدول في تكييف المسائل القانونية التي يُثيرها النزاع المطروح على القاضي فالميراث مثلاً يدخل في الدول الإسلامية ضمن الأحوال الشخصية وتُخضعه لضابط الجنسية، بينما يُعتبر في قوانين الدول الغربية ضمن الأحوال العينية، يخضع لقانون مَوَقعِهِ إذا كان عقاراً ولقانون آخر مَوْطن للمالك إذا كان مَنقُولاً، أو لقانون موقعه في قوانين دول أخرى، وعليه فالقانون المختص في الفصل في النزاع سوف يختلف باختلاف التكييف وباختلاف القانون الذي يُطبق على عملية التكييف، وهذا ما قد يجعلنا أمام تنازع التكييفات وهو ما يُميّز التكييف في إطار تنازع القوانين عن التكييف في القانون الداخلي¹³.

2- القانون الواجب التطبيق على التكييف:

يُولد مشكل البحث عن القانون الواجب التطبيق على النزاع للفصل، مُشكل آخر وهو البحث عن القانون الواجب التطبيق على عملية التكييف الذي هو عملية ضرورية سابقة يقوم بها القاضي للوصول إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع للفصل فيه، أو بصيغة أخرى البحث عن القانون الذي نَعتمد عليه لتحديد طبيعة النزاع، وظَهرت اتجاهات فقهية بشأن القانون الذي يطبق على التكييف، وأهم اتجاه هو إخضاع التكييف لقانون القاضي لدى "بارتان" (أ)، مع ورود استثناء يتعلق بتكييف المال (ب).

أ- قانون القاضي أساس للتكييف (نظرية الفقيه بارتان):

يَرى "بارتان" أَنَّ أحسن قانون يطبق على التكييف هو قانون القاضي وذلك استناداً إلى مبدأ السيادة، لأنّه عند وَضْع قواعد الإسناد المشرع يُنصّب حدود الدولة، فيقول الفقيه "بارتان" أَنَّ تطبيق قانون القاضي المرفوعة أمامه الدعوى بناءً على مبدأ السيادة، فإذا تَنَازَل عن تطبيق هذا القانون فإنّ ذلك يُعد تنازلاً عن جزء من السيادة¹⁴، فمثلاً هنا لو كان الشخص تونسي رفع دعوى أمام القضاء الجزائري فيجب تطبيق القانون الجزائري على التكييف، علماً أَنَّ التنازل يكون في الموضوع المُحدد في قواعد الإسناد، إذن القانون الواجب التطبيق على التكييف في حالة رفع النزاع أمام القاضي الجزائري هو القانون الجزائري، غير أَنَّ هذا التوجه منتقد حيث انتقد الفقهاء الفرنسيون المعاصرين الذين أخذوا بما جاء به "بارتان" لكن ليس على أساس السيادة ذلك أنّه: حسبهم عندما يَمْنَح المشرع الاختصاص لقانون أجنبي فإنّ هذا تعبير عن السيادة وليس تنازل عنها، وقدموا مجموعة من الحجج:

- **التكييف ليس إلا تفسيراً لقواعد الإسناد الوطنية:** يَصْغ المشرع في قواعد الإسناد مجموعة من القواعد التي تحكم مسائل تنازع القوانين، فلَمَّا يُطرح نزاع أمام القاضي الجزائري يقوم بتكييفه وفقاً للقانون الجزائري.

- **حجة ذات طابع نفسي:** يَسْتَدّ القاضي عندما يُريد تحديد طبيعة النزاع المطروح أمامه على ثقافته القانونية التي يستمدّها من دراسته لقانون وطنه.

- **حجة ذات طابع عملي:** إذ لا يُمكن التكييف وفقاً لقانون أجنبي لأنّ هذا القانون الأجنبي لا يمكن أن يتحدد إلاّ بعد عملية التكييف¹⁵، ويقول الفقيه "بارتان" أَنَّ التكييف يَخضع لقانون القاضي حتى ولو كانت القوانين المتنازعة ليس من بينها قانون القاضي.

أ- 1- أنواع التكييف عند "بارتان": يُميز بين التكييف الأولي والتكييف الثانوي:

- **التكييف الأولي:** يتم وفق قانون القاضي ويُسمى أيضاً بالتكييف الاختصاصي أو الابتدائي أو الأصلي أو التكييف السابق وهو تحديد الطبيعة القانونية لموضوع النزاع وفقاً لقانون القاضي، ثُمَّ بعد ذلك تُحدد قاعدة الإسناد الوطنية الواجبة التطبيق، أي إدراج المسألة المعروضة ضمن موضوع من المواضيع المُسنّدة التي خَصَّها المشرع بقاعدة إسناد.

-التكييف اللاحق: يُسمى أيضاً بالتكييف الثانوي أو التكييف الموضوعي يتمثل في التصنيفات التي يصعها القانون المختص بحكم النزاع بمعنى أنه يكون وفق القانون الذي أشارت إلى اختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية والذي قد يكون قانون وطني أو قانون أجنبي، ويسميه الفقيه "بارتان" بالتعاريف فلو أنّ علاقة قانونية عُرضت على القاضي الجزائري وبعد تكييفها له وفقاً للقانون الجزائري وجد أنّها تتعلق بموضوع عقد، ومن ثم طبق قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الواردة في المادة 18 من القانون المدني "قانون الإرادة"، فإلى هذا الحد يكون القاضي قد قام بالتكييف الأولي الذي مكّنه من التعرف على قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق، ثم يبقى عليه أن يطبق القانون الواجب التطبيق على النزاع وهو قانون الإرادة، هذا الأخير قد يكون القانون الجزائري أو قانون أجنبي وفي هذه المرحلة لا يهتم التكييف الذي يعطيه القانون الأجنبي للعقد إن كان عقد بيع أو إيجار أو غيره لأنّ هذه تكييفات لاحقة، ويقول "بارتان" بأنّه عندما تُطبق القانون الأجنبي على التكييف اللاحق فإنّ هذا ليس باستثناء على قاعدة قانون القاضي في التكييف بل هو مجرد تحفظ فقط، والاستثناء عند "بارتان" هو تكييف المال.

ب-الاستثناء من قاعدة التكييف وفقاً لقانون القاضي عند "بارتان":

حسب الفقيه "بارتان" تتعلق هذه الاستثناءات بالمال سواء كان عقار أو منقول تُطبق على تكييفه قانون موقع المال وليس قانون القاضي، كذلك الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في تكييف التصرفات التعاقدية¹⁶.

توجد استثناءات أخرى لم يتطرق إليها "بارتان" كحالة وجود معاهدة بين دولة القاضي والدولة الأجنبية تنص على أنّ تكييف بعض المسائل يخضع للاتفاقية أو لقانون آخر غير قانون القاضي، وكذلك عندما يتعلق التكييف بنظام أجنبي غير معروف في قانون القاضي، فإنّه يخضع للقانون الأجنبي الذي يعرف هذا النظام¹⁷.

3-موقف المشرع الجزائري من نظرية "بارتان":

قبل تعديل القانون المدني بتاريخ 20 جوان 2005 بموجب قانون رقم 05-10 (ج ر ع 44 صادرة بتاريخ 26 جوان 2005) كان المشرع الجزائري يأخذ فقط بالأصل في نظرية "بارتان" أي التكييف وفقاً لقانون القاضي وذلك في المادة 09 من القانون المدني التي مفادها أنّ القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المتنازع فيها أمام القضاء الجزائري، لكن بعد هذا التعديل أصبح المشرع يأخذ بالأصل والاستثناء من نظرية "بارتان" وذلك بالإبقاء على نص المادة 09 كما هي وتعديل المادة 17 من القانون المدني التي أصبحت تؤكد على أنّ تكييف المال سواء كان عقار أو منقول يخضع لقانون موقعه، وتكييف الفعل الضار يخضع لقانون مكان وقوعه.

كما أنّ المشرع الجزائري جسّد الاستثناءات الأخرى التي لا يُطبق فيها قانون القاضي على التكييف كحالة وجود نص خاص أو اتفاقية دولية نافذة في الجزائر (المادة 21 من القانون المدني الجزائري)¹⁸.

ثانياً: التكييف في ظل تطور القانون الدولي الخاص:

أفرز تطوّر العلاقات الدولية الخاصة وتنامي المبادلات التجارية، الاقتصادية والاجتماعية عبر الحدود، تطوّر قواعد القانون الدولي الخاص لتواكب هذا الواقع الجديد، ولقد انعكس هذا التطور على التكييف والقانون الواجب التطبيق على التكييف، في ظل سعي التشريعات والقضاء إلى التوفيق بين مقتضيات السيادة الوطنية ومُتطلبات التعاون القانوني الدولي، فلم تعد نظرية "بارتان" كفيلة بتحقيق الغاية من التكييف فأصبحت جامدة أمام بعض الحالات، لأنّ التكييف وفقاً لقانون القاضي يحصر النظرية في إطار وطني ضيق، مما قد يؤدي إلى نتائج متناقضة بين الدول ما دام كل قاضي يُكيف وفقاً لقانونه الوطني، فتكون الحلول لنفس المسألة مختلفة من دولة لأخرى، كما أنّ الأخذ بهذه القاعدة معناه إهمال خصوصية القوانين الأجنبية التي يُمكن أن تطرح علاقة أو مسألة غير معروفة في قانون القاضي¹⁹، الأمر الذي دفع بالفقه المعاصر اقتراح حلول لتجاوز جمود نظرية "بارتان" (1)، وبروز اتجاهات أخرى للتكييف وفقاً لقوانين أخرى (2)، لننتهي بإبراز التكييف في التشريع الجزائري في ظل تطور القانون الدولي الخاص (3).

1- حدود أو جمود نظرية "بارتان":

قد يجد القاضي نفسه أمام حالة عجز أو جمود عندما يكون قانونه الوطني لا يعرف العلاقة المطروحة أمامه، أو يُعرّفها بمفهوم مخالف للمفهوم الذي تعطيها القوانين الأخرى، كما يمكن أن يكون قانون القاضي غير مناسب إطلاقاً لتكييف تلك العلاقة، وعليه سنتناول نقائص نظرية "بارتان"، ثم حلول الفقه المعاصر لتجاوز جمود نظرية "بارتان"، لأنّ التكييف وفقاً لقانون القاضي قد يؤدي بنا إلى الوقوع في الاستحالة المادية أي قد يجد القاضي نفسه أمام مواضيع يعجز قانونه الوطني عن تكييفها فيكون أمام استحالة تكييف تلك الوقائع، لذلك قدم الفقه المعاصر حلول لتجاوز نظرية "بارتان" (أ)، إلى جانب الاعتماد على مبادئ للقانون الدولي الخاص (ب).

أ- حلول الفقه المعاصر لتجاوز جمود نظرية "بارتان":

قدم الفقه المعاصر حلول من شأنها جعل نظرية "بارتان" أكثر ليونة وتماشياً مع طبيعة قواعد التنازع والعلاقات الخاصة ذات البعد الدولي، تتمثل في:

أ-1- التوسيع في مفهوم الفئات المسندة: لجعلها تشمل مواضيع عديدة لتفادي حالات الجمود، ولتكون أكثر مرونة واستيعاباً للعلاقات الخاصة ذات البعد الدولي، مثل الجمع بين عقد العمل الدولي وعقد الوكالة في التجارة الدولية ضمن فئة خاصة تتعلق بالعقود ذات الطبيعة المختلطة، بحيث يُسمح للقاضي باختيار القانون الأكثر ارتباطاً بالواقعة القانونية.

أ-2- إعطاء دور للقانون الأجنبي في التكييف: فالتكييف وفقاً لقانون القاضي قد يؤدي إلى إقصاء القانون الأجنبي الذي له أكثر صلة وعلاقة بالنزاع، وعليه وجب الاستعانة بالقانون الأجنبي في التكييف لنكون أمام التكييف المُزدوج، كما يمكن اللجوء إلى التكييف الحر الذي تلجأ إليه بعض الاتفاقيات الدولية خاصة في إطار

الإتحاد الأوروبي²⁰، فعندما يجد القاضي الجزائري نفسه أمام حالات لا يستطيع تكييفها لأنّه لا يعرفها مثلاً يستعين بالقانون الفرنسي²¹.

ب- مبادئ القانون الدولي الخاص كحل لتجاوز جمود نظرية "بارتان":

مبادئ القانون الدولي الخاص لا تنتمي إلى نظام وطني مُعيّن، بل تقوم على قواعد موضوعية تهدف إلى تحقيق التوازن بين السيادة والعدالة واستقرار المعاللات الخاصة، ومن أهم هذه المبادئ مبدأ العدالة الدولية الذي يهدف إلى تحقيق انسجام في الحلول بشأن تنازع القوانين لتفادي تضارب الأحكام، مبدأ حسن النية والمرونة القانونية على النحو الذي يسمح للقاضي تجاوز الجمود الشكلي لنظرية "بارتان" واعتماد تكييف مزدوج أو مرّن يأخذ بعين الاعتبار طبيعة وخصوصية العلاقة محل النزاع دون التقيد الصارم بالقانون الوطني²²، ومبدأ التوحيد الدولي للمفاهيم الذي تجسّده الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية لاهاي لعام 1989 بشأن الميراث واتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالعقود الدولية اللتان قدمتا تعريفات مُوحّدة لبعض المفاهيم القانونية تُساعد على تجاوز الاختلاف في التكييف بين مختلف الأنظمة²³.

هذه الحلول من مبادئ القانون الدولي الخاص يُمكن للقاضي الجزائري أن يلجأ إليها لأنّ المشرع وضع نص المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني التي ورد فيها على أنّه في الحالات التي لم يرد بشأنها نص في قواعد تنازع القوانين تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص²⁴، يجب التذكير أنّ غالبية الآراء الفقهية والقضائية والتشريعات تؤيد نظرية "بارتان" القائمة على التكييف وفق قانون القاضي.

2- التكييف وفقاً لقوانين أخرى غير قانون القاضي: يرى الفقيه "باتيفول" أنّه لأبّد من تجاوز الحلول التي قدمها "بارتان"²⁵، وظهرت نظريات فقهية تدعو إلى التكييف وفقاً لقوانين أخرى غير قانون القاضي، من أهمها:

أ- إخضاع التكييف للقانون الواجب التطبيق على النزاع:

زعيم هذه الفكرة الفقيه الفرنسي "جورج ديسباني" الذي يقول أنّ التكييف يكون وفقاً للقانون المختص بحكم النزاع، مما يُحقّق انسجام بين التكييف والتطبيق لأنّه يطبق عليهما نفس القانون، ويمنع الوقوع في اختلاف المفاهيم القانونية بين الأنظمة²⁶، ثم تطوّرت فكرة التكييف على أساس القانون الواجب التطبيق على النزاع عند كلّ من الفقه الإيطالي بزعامة "باتشيوني" والفقه الألماني بزعامة "وولف" ذلك أنّ كل قانون لديه تصنيفاته وتكييفاته للعلاقات القانونية الخاصة²⁷، ويرى الفقيه "نيبوي" الذي يدافع على نظرية التكييف وفقاً لقانون القاضي أنّ قاعدة الإسناد في قانون القاضي قد تؤدي بنا إلى تطبيق على التكييف إما قانون القاضي أو قانون آخر أجنبي، فالحل لجمود نظرية قانون القاضي في التكييف نجده في قاعدة التنازع الواجبة التطبيق التي يُحدّدها قانون القاضي²⁸، لكن هذا الاتجاه يسعى إلى تطبيق نفس القانون على التكييف والفصل في النزاع لكن كيف يمكن للقاضي الوصول إلى القانون المختص قبل التكييف.

ب- إخضاع التكييف للقانون المقارن (التكييف بالاستعانة بمفاهيم مستقلة وعالمية):

انطلق الفقيه الألماني "رابال" أحد رُواد هذا التوجه من فكرة مفادها أنه عندما نكون أمام تنازع القوانين فإننا نكون أمام مسألة دولية لذا فالتكييف لا يكون وفقاً للقوانين الداخلية وإنما يكون وفقاً للقانون المقارن²⁹، فالقوانين المختلفة تُستمد منها مجموعة من القواعد المشتركة التي يتم اللجوء إليها للفصل في النزاع الدولي، فالقاضي يقارن مثلاً كيفية تنظيم الدول المختلفة لنفس الموضوع (الزواج، الإرث الوصية... الخ أي موضوع الأحوال الشخصية) ليصل إلى تكييف محايد وموضوعي³⁰، دافع أيضاً عن هذا الاتجاه الفقيه الإيطالي "ماريو كوادري" الذي جمع بين علم القانون والقانون المقارن في نظرية واحدة، وتبعه فقهاء فرنسيون أمثال "باطيفول" و"أنسال" حيث اعتبروا المقارنة أداة ضرورية للتكييف.

لكن لا يمكن أن نضع قواعد موحدة ومُشتركة بين كل الدول تكون مستقلة وعالمية في نفس الوقت، لأن التسليم بفكرة وجود قواعد مستقلة، محايدة وعالمية تُطبق على التكييف يقضي على جوهر تنازع القوانين في التكييف³¹ فحتى ولو كان ذلك ممكناً في السابق - إلا أن الأمر مستحيل حالياً، ويكاد يتحقق إجماع فقهي في نقد هذه النظرية على أنها تفتقد للواقعية - كونها مثالية - فالقاضي الوطني يصعب عليه أحياناً الإلمام بقانونه الوطني فكيف يتعرف على كل قوانين العالم.

ج- إخضاع التكييف لعلم القانون:

يرى هذا الاتجاه أنه لا يمكن أن تبقى عملية التكييف رهينة قانون القاضي أو اختلاف الأنظمة القانونية الوطنية، لأنها تتركز على مفاهيم ومبادئ عامة مُشتركة بين قوانين الدول، وبالتالي لا بد أن تستند إلى علم القانون باعتباره المرجع المنهجي الذي يُساعد القاضي على فهم الروابط القانونية بغض النظر عن القانون الوطني أو الأجنبي، فيجب الرجوع إلى التحليل العلمي للمؤسسات القانونية بغرض تكييف معنى وموقع العلاقات محل النزاع في النظام القانوني العام، يتّرع هذا الرأي الفقيه الإيطالي "ماريو كوادري" الذي وضح لنا أنه عندما يطرح النزاع أمام القاضي فإن هذا الأخير عليه بالرجوع إلى الفكر القانوني المقارن أي الآراء الفقهية والمؤسسات القانونية (علم القانون) الذي يجعل من المفاهيم القانونية عابرة للحدود الوطنية ويمنحها طابعاً علمياً عالمياً ويقارن بينها (القانون المقارن)، بمعنى التكييف عملية نظرية علمية مستقلة عن القوانين الوضعية، ويُسمّى الفقيه "كوادري" التكييف بالتصنيف لأن التصنيف مسألة علمية وليس قانونية³².

لكن تم انتقاد هذا الرأي لأنه من الصعب دراسة الآراء الفقهية وهي ليست دائماً صحيحة وملائمة، كما أن القاضي يميل إلى تطبيق القوانين ولا الآراء الفقهية، وعليه فإن المرجع هو قاعدة قانون القاضي في التكييف مع التسليم بوجود استثناءات³³.

3- التكييف في التشريع الجزائري في ظل تطور القانون الدولي الخاص:

سنحاول هنا البحث في مدى تجسيد المشرع الجزائري للحلول التي أرساها الفقه والقضاء بشأن القانون الواجب التطبيق على التكييف، وبالأخص قاعدة قانون القاضي باعتبارها الأصل وكذا الاستثناءات التي التوصل إليها

والتي تم تجسيدها في التشريع الجزائري، من خلال التطرق إلى الأصل في التكييف وفقاً للقانون الجزائري (أ)، ثم الاستثناءات الواردة على هذا الأصل في التشريع الجزائري (ب).

أ-الأصل في الجزائر: التكييف وفقاً للقانون الجزائري (قانون القاضي):

جسّدَ المشرع الجزائري نظرية "بارتان" في التكييف عندما أخذ بصريح العبارة في المادة 09 من القانون المدني بقاعدة قانون القاضي في التكييف، فالقانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق³⁴، والتكييف المقصود بهذا النص هو التكييف الأولي أي تكييف العلاقات أو المسائل المطروحة على القاضي دون التكييفات الثانوية التي تأتي بعد هذه المرحلة، ويُقصدُ بالقانون الجزائري كمرجع في التكييف القانون الجزائري برُمته في جُمْلته، بكُلِّ القواعد التي يتضمَّنُها أيّاً كان مصدرُها، أي المبادئ الأساسية في القانون الجزائري أيّاً كان مصدرُها، فالقاضي يستدلُّ بالأصول العامة والمبادئ السائدة في القانون الجزائري دون التقيّد بما وردَ في النصوص فقط³⁵، وهذا النص لم ترد في منته أي استثناءات لقاعدة قانون القاضي في التكييف ويُعتبر نفس الموقف الذي اتخذه المشرع المصري في نص المادة 10 من القانون المدني المصري³⁶، لكن الاستثناءات نستنتجها من قواعد التنازع الأخرى الواردة في القانون المدني الجزائري.

ب-الاستثناءات الواردة على قاعدة التكييف وفقاً لقانون القاضي في التشريع الجزائري:

تحليل ودراسة نظرية "بارتان" سمح لنا بمعرفة موقع الاستثناءات التي اعتمدَها هذا الفقيه بشأن قاعدة التكييف وفقاً لقانون القاضي في التشريع الجزائري، واستخلاص الاستثناءات الأخرى التي تفرض نفسها كقواعد أصلية في مسائل معينة متعلقة بتنازع القوانين:

ب-1-موقع الاستثناءات التي جسّدها "بارتان" في التشريع الجزائري: اعترف الفقيه "بارتان" باستثناءين على قاعدة القاضي في التكييف، يتعلق الأول بتكييف المال الذي يخضع لقانون موقعه دون الفصل بين القانون المطبق على العقار والقانون المطبق على المنقول، والثاني بالالتزامات التعاقدية عندما يختار المتعاقدان قانون يُطبق على تكييف تلك العلاقة التعاقدية أو ما يُعرف بمبدأ سلطان الإرادة³⁷، وهذه الاستثناءات جسّدها المشرع الجزائري في القانون المدني كقواعد مستقلة:

-إخضاع تكييف المال لقانون موقعه: ورد في المادة 1/17 من القانون المدني الجزائري أنّ تكييف المال سواء كان عقاراً أو منقولاً يخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها، وفصل المشرع الجزائري بين المنقول والعقار حيث جعل لكل منهما قاعدة اسناد خاصة به، وميّز بين المنقول المادي المادة 2/17 والمنقول المعنوي المادة 17 مكرر³⁸، وأكد المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 18 من القانون المدني على أنّ كل ما يرد على العقار من عقود يبقى خاضع لقانون موقع ذلك العقار.

-إمكانية إخضاع تكييف الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة: يُعتبر مبدأ سلطان الإرادة (القانون المختار من المتعاقدين) ضابط أصلي في الالتزامات التعاقدية عندما يكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، بمعنى

أنه عندما يختار المتعاقدان القانون الذي يُطبق على التكييف في الالتزامات التعاقدية بشأن النزاعات التي تُثار بشأنها، وتكون لهذا القانون صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، فيكون القاضي الجزائري مُلزم بتطبيق ذلك القانون المختار على التكييف وفقاً للمادة 1/18 من القانون المدني، إلا في حالة ما كان التكييف الذي يُعطيه القانون المُختار من المتعاقدين يتعارض مع النظام العام الجزائري فيستبعده ويطبق التكييف الذي يُعطيه القانون الجزائري وفقاً لأحكام المادة 24 من القانون المدني الجزائري، أو تعلق الأمر بعقود وارد على العقار وجب تطبيق تكييف قانون دولة موقع العقار³⁹.

ب-2-الاستثناءات الأخرى التي أثارها الفقه وجسدها التشريع الجزائري: التمعن في قواعد تنازع القوانين الجزائرية يسمح لنا باستنتاج بعض الاستثناءات التي أوردها الفقه بصفة عامة على قاعدة قانون القاضي في التكييف، والتي نجدها في التشريع الجزائري كقواعد في مواضيع ومسائل مُعيّنة دون أن يُذكر بأنها قد تكون أيضاً استثناء على قاعدة قانون القاضي في التكييف، ويتعلق الأمر ب:

-تكييف الفعل الضار: وفقاً للمادة 20 من القانون المدني الجزائري يُطبق على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، هذا يعني أيضاً أنّ تكييف الالتزامات غير التعاقدية يخضع لقانون مكان وقوع الفعل المنشئ لها وليس لقانون القاضي (القانون الجزائري)، باستثناء الالتزامات الناشئة عن الأفعال الضارة التي وقعت في الخارج، والتي تكون مشروعة في الجزائر فتخضع للقانون الجزائري حتى ولو كانت أفعال غير مشروعة في بلد وقوعها وفقاً للمادة 20 في فقرتها الثانية⁴⁰.

نلاحظ أنّ تكييف الفعل وفقاً لقانون القاضي أمر أساسي بينما تكييفه وفقاً لقانون مكان وقوعه أمر عرَضِي لا إلزام فيه للقاضي، وعليه فهذا التكييف لا يُعد في الحقيقة استثناء من قاعدة قانون القاضي في التكييف⁴¹.

-حالة وجود معاهدة نافذة في الجزائر تنص على تكييف مُعيّن: يُفهم من المادة 21 من القانون المدني الجزائري أنه لا تُطبق أحكام المواد السابقة بما فيها تلك المتعلقة بقانون القاضي في التكييف الواردة في المادة 09، إذا وجدت معاهدة دولية نافذة في الجزائر وضعت تكييف مُعين أو حَدَدَت القانون الذي يتم على أساسه التكييف وكان أجنبياً⁴²، والمعاهدة النافذة في الجزائر تسمو على القوانين الداخلية دون الدستور الجزائري، وفقاً للمادة 154 من الدستور الجزائري⁴³، وتصبح جزء من النظام القانوني الوطني، وعليه فالقاضي قد اعتمد في هذه الحالة بمفهوم المخالفة على قانونه في التكييف ما دام الدستور يُجسد سمو المعاهدات الدولية، ولم يُطبق التكييف الوارد في المعاهدة كاستثناء.

وفي كل الأحوال يُمكن للقاضي الجزائري تفعيل آلية الدفع بمخالفة القانون الأجنبي للنظام العام الجزائري عند الضرورة، أي يستبعد على أساسها تطبيق القوانين الأجنبية المخالفة للنظام العام وفقاً لأحكام المادة 24 من القانون المدني⁴⁴، فإذا كان التكييف الذي يُعطيه القانون الأجنبي الواجب التطبيق كأن يُشير إلى اختصاصه قانون الإرادة، أو حَدَدَت اتفاقية دولية نافذة في الجزائر وكان معارضاً للنظام العام الجزائري، فيقوم

القاضي الجزائري بالدفع بمخالفة ذلك التكييف المُعطى من القانون الأجنبي للنظام العام الجزائري ويُكَيّف العلاقة وفقاً للقانون الجزائري.

-إمكانية استعانة القاضي الجزائري بالقانون الأجنبي، أو بالقانون المقارن في التكييف: يُمكن أن يجد القاضي الجزائري نفسه أمام مسألة غير معروفة في القانون الجزائري، ففي هذه الحالة ينبغي عليه الإستئناس بالقانون الأجنبي المُرشح للتطبيق، وهو القانون الذي تنتمي إليه تلك المسألة المجهولة بهدف تحليل عناصرها والكشف عن مُميّزاتها الرئيسية، ثم يرجع إلى القانون الجزائري ويُكَيّفُها وفقاً له، فالقانون الأجنبي المختص يُساعد القاضي فقط على معرفة تلك المسألة واحتوائها، كما يُمكن للقانون المقارن أيضاً أن يلعب دور في تكييف العلاقات أو المسائل التي يجهلها القاضي الجزائري حتّى يتمكن هذا الأخير من معرفة الحالة المطروحة أمامه والإلمام بها لتكييفها⁴⁵، وفي كل الحالات يمكن للقاضي الجزائري أن يلجأ إلى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص لتكييف العلاقات المطروحة أمامه التي يجهلها وفقاً لأحكام **المادة 23 مكرر 2** من القانون المدني الجزائري⁴⁶.

لكن يجب دائماً ألاّ يَمَسَّ التكييف الذي يُعطيه القانون الأجنبي أو الاتفاقية الدولية للواقعة بالنظام العام الجزائري، فلقد تمّ تشديد رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي في قضايا الأسرة، نظراً لكون هذه الأخيرة من المواضيع الحساسة المُستمدة من الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأول لقانون الأسرة الجزائري، إذ أشارت **المادة 6/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية** إلى الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في حالة مخالفة القاضي الجزائري للقانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، ونصت **الفقرة السابعة من المادة نفسها** على إمكانية الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا بسبب مخالفة القاضي لأحكام اتفاقية دولية نافذة في الجزائري، خاصة أنّ المحكمة العليا وفقاً **للمادة 360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية** دائماً يجوز لها أن تثير من تلقاء نفسها وجهاً أو عدة أوجه للنقض المذكورة في **المادة 358** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁴⁷.

يَجِبُ الإشارة إلى أنّ العَرَض من هذه المادّة لَيْسَ إلزام القاضي الجزائري بتطبيق القانون الأجنبي أو التكييف الذي يُعطيه هذا القانون المتعلق بقانون الأسرة- بل تشديد رقابة المحكمة العليا على القاضي الجزائري في قضايا الأسرة- حتّى لا يُطبق القانون الأجنبي الذي يُعطي تكييفات في مسائل الأحوال الشخصية على نحو مُتعارض مع النظام العام أو مع قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية، لأنّ مسائل الأحوال الشخصية من المسائل الحساسة التي تدخل في النظام العام الجزائري.

خاتمة:

يَبَيِّن من خلال ما تمّ تناوله في هذا البحث أنّ التكييف يُعد من أهمّ المسائل المبدئية في إطار القانون الدولي الخاص، نظراً لما يلعبه من دور محوري في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية الخاصة ذات الطابع الدولي، فقبل الوصول إلى تطبيق قاعدة الإسناد لا بد من القيام بعملية أولية ضرورية

وسابقة تتمثل في التكييف، والتي تهدف إلى تحديد طبيعة العلاقة القانونية وتصنيفها ضمن الفئات القانونية التي تمكن القاضي من معرفة القاعدة القانونية المختصة، وشكّلت القاعدة الشهيرة "قانون القاضي في التكييف" التي أسسها الفقيه الفرنسي "إتيان بارتان" نقطة تحوّل أساسية في هذا المجال، حيث مكّنت القاضي من الاحتكام إلى قانونه الوطني لتحديد طبيعة العلاقة القانونية، ولقد وجد هذا الطرح صدقاً واسعاً في فقه القانون الدولي الخاص، كما ترك بصمته في تشريعات الدول، ومنها القانون الجزائري الذي تبنّى في الكثير من المواضيع الحُلُولَ الفقهية مع بعض الخصوصيات، توصلنا أيضاً إلى أنّ تطور العلاقات القانونية الخاصة في ظلّ العولمة فرض مراجعة لقواعد التنازع وهو ما قام به المشرع الجزائري سنة 2005، ومن ضمنها قاعدة التكييف عندما جسّد المشرع الجزائري الاستثناءات التي تردّ عليها، لمواكبة المستجدات المتسارعة والتعقيد المتزايد في العلاقات الخاصة الدولية.

لعب الفقه دوراً محورياً في تقديم حُلُولٍ ملائمة للتكييف لتجاوز حدود قاعدة القاضي في التكييف، ساعدت على تذليل بعض الصعوبات التي يطرحها التطبيق العملي، وتمّ تجسيد العديد منها في نصوص قانونية عبر مختلف الأنظمة القانونية، ومنها قواعد التنازع الجزائرية-غير أنّ هذه الحلول وإن كانت ناجعة في بعض السياقات-لا يمكن اعتبارها مطلقة أو كافية لحل كل إشكاليات التكييف، خاصة مع تنوع الحالات وخصوصية كل نظام قانوني، الأمر الذي يدعُو إلى ضرورة تطوير وتوسيع الفئات المُسندة وإعطاء أهمية للقانون الأجنبي في عملية التكييف عند الضرورة أو الحاجة، على النحو الذي يسمح لقاعدة التكييف وفقاً لقانون القاضي ملائمة ضمن منهجية مرنة وواسعة تتماشى مع الواقع القانوني الجديد.

أما بخصوص موقف المشرع الجزائري، فقد بيّن البحث أنّه حاول في عدّة مواضيع التوفيق بين المبادئ الفقهية الكلاسيكية والتطورات الحديثة (مثل موضوع مبدأ سلطان الإرادة، ومكانة المعاهدات الدولية ضمن قواعد التنازع...)، غير أنّ الحاجة ما تزال قائمة لمزيد من التوضيح والتقنين في هذا المجال، بما يضمن انسجام القواعد الوطنية مع التحوّلات العالمية التي يعرفها القانون الدولي الخاص في مختلف مجالاته بما فيها تنازع القوانين، وعليه فإنّ تطوير نظرية التكييف لم يكن مسألة فقهية محضة، بل حتمية تشريعية وقضائية بهدف ضمان الأمن القانوني والتقليل من حالات الجمود، عبر آليات أكثر موضوعية ومرونة، لذا تبقى الدعوة موجهة إلى المشرعين لا سيما في الدول النامية ومنها الجزائر من أجل تحديث منظومتهم القانونية في مجال تنازع القوانين، وتضمين قواعد التكييف بشكل صريح ومرن يواكب التطورات الراهنة ويستجيب لحاجات الواقع العملي.

الهوامش:

- 1- راجع المادة 09 من القانون المدني، قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 44، صادرة بتاريخ 26 جوان 2005. أنظر أيضاً:

"التكييف في تنازع القوانين: بين النظرية والتطبيق"

-**العيش فضيل**، قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون المدني، وفقاً للقانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 25-02-2008، وفقاً لتعديل القانون المدني رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، مطبعة البدر، 2009، ص 149.

2-**لتفاصيل أكثر بشأن الخلاف حول محل التكييف**، راجع:

-**عز الدين عبد الله**، القانون الدولي الخاص الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص 114.

3-**قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008**، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ع 21، مؤرخة في 23 أبريل 2008. أنظر أيضاً: - **العيش فضيل**، المرجع السابق، ص 08.

4-**عز الدين عبد الله**، المرجع السابق، ص 114-115. أنظر أيضاً:

-**قتال حمزة**، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، القواعد العامة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص 143.

5-**أحمد عبد الكريم سلامة**، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 371.

6-**عز الدين عبد الله**، المرجع السابق، ص 157.

7-**قتال حمزة**، المرجع السابق، ص ص 144-145.

8-**BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul**, Traité De Droit International Privé, 8^{ème} Edition Tome I, L.G.D.J, Paris, 1993, p 474.

-Pour plus d'informations sur l'affaire « **BARTHOLO** », voir :

-**RIGAUX François**, La Théorie des Qualifications en Droit International Privé, EDITIONS F. LARCIER S.A, Bruxelles, 1956, pp 09-10.

9- **BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul**, op.cit, p 475.

10-**ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves**, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 3^{ème} édition, DALLOZ, Paris, 1998, pp 61-69.

11-**BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul**, op.cit, pp 475-476.

12-**DERRUPPE Jean**, Droit International Privé, 13^{ème} édition, DALLOZ, Paris, 1999, p 69-70.

13-**MAYER Pierre et HEUZE Vincent**, Droit International Privé, 9^{ème} édition, Montchrestien, 2007, p 119.

14-**BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul**, op.cit, pp 477-480.

15-**عوض الله شيبه الحمد السيد**، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص ص 347-348.

16-**DERRUPPE Jean**, op.cit, pp 71-72.

-**حسب الفقيه "بارتان"** هناك استثناءين لقاعدة التكييف وفقاً لقانون القاضي، الأولى تتعلق بتكييف المال التي تخضع لموقعه، والثانية بتكييف الالتزامات التعاقدية التي يخضع تكييفها لمبدأ سلطان الإرادة، أنظر:

-**RIGAUX François**, op.cit, p 14.

17-**قتال حمزة**، المرجع السابق، ص 154. أنظر أيضاً حول هذه الاستثناءات:

-**دربال عبد الرزاق**، المرجع السابق، ص ص 76-78.

18- راجع المواد 09، 17، 21 و20 من القانون المدني، السالف الذكر.

19-BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, op.cit, pp 478-486.

20-MAYER Pierre et HEUZE Vincent, Droit International Privé, Montchrestien, 11^{ème} éditions, 2016, p 201. Voir aussi :

-GUILLAUME Johanna, Le droit international privé en tableaux, Ellipses Edition Marketing S.A, Paris, 2017, p 46.

21-DERRUPPE Jean, op.cit, pp 69-72.

22-MAYER Pierre et HEUZE Vincent,..., 11^{ème} éditions, p 212.

23-Pour plus d'informations sur la question des principes de droit international privé. Voir :
-Ibid, pp 210-220.

24-المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني، السالف الذكر.

25-RIGAUX François, op.cit, p 86.

26-دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2010، ص 80.

27-BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, op.cit, p 483. Voir aussi :

28-« NIBOYET exprime sa solution dans les thèmes suivants : La qualification est celle du pays dont la règle de conflit s'applique », voir :

-RIGAUX François, op.cit, p 83.

29-DERRUPPE Jean, op.cit, p 71.

30-« ...selon RABEL : Les catégories du droit international privé devraient être exclusivement formée sur l'observation du droit comparé, et constituer une synthèse des différentes législations, indépendante du droit du for et ayant une valeur universelle », in :

-BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, op.cit, p 487. Voir aussi :

-دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص ص 82-83.

31-« ...des concepts autonomes et universels supprimeraient le conflit de qualification », in :

-DERRUPPE Jean, op.cit, p 71.

32-محيو أحمد، القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين- دار النهضة العربية، بيروت، (د س ن)، ص ص 115-118. أنظر أيضاً حول فقه "كوادري" راجع:

-MAYER Pierre et HEUZE Vincent,..., 11^{ème} éditions, p 203.

33-قتال حمزة، المرجع السابق، ص ص 150-151.

34-راجع المادة 09 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

35-زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2010، ص 111.

36-قتال حمزة، المرجع السابق، ص 157 والهامش رقم 1 من نفس الصفحة.

37-RIGAUX François, op.cit, p 14.

38-أنظر المادتين 17 و17 مكرر من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر..

39-راجع المادتين 1/18 والفقرة الأخيرة، والمادة 24 من المرجع نفسه.

40-المادة 20 من المرجع نفسه.

41-قتال حمزة، المرجع السابق، ص 159.

42-راجع المادة 21 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

43-دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996، ج.ر.ج.ج عدد 76، صادر في 08 ديسمبر سنة 1996، معدل ومتمم بالقانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أبريل سنة 2002، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج.ج عدد 25، صادر في 14 أبريل 2002، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج.ج عدد 63، صادر في 16 نوفمبر سنة 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 16-01، مؤرخ في 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج.ج عدد 14، صادر في 07 مارس سنة 2016، معدل بالتعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442، مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020، ج.ر.ج.ج عدد 82، صادر في 30 ديسمبر 2020.

44-راجع المادة 24 من القانون المدني، السالف الذكر.

45-قتال حمزة، المرجع السابق، ص ص 159-160.

46-راجع المادة 23 مكرر 2، من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

47-راجع المادتين 358 فقرتين 6/7، و360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.