مسألة التكييف في تنازع القوانين بين القضاء والتشريع

The Issue of Legal Classification in Conflicts of Laws between the Judiciary and the Legislature

قاري علي *
جامعة 20 أوت 1955-سكيكدة، الجزائر
ali.garri82@gmail.com

- تاريخ الإرسال: 2026/01/05 - تاريخ القبول: 2026/07/19- تاريخ النشر: 27/ 2026/07

الملخص: التكييف هو تحديد الوصف القانوني الملائم للعلاقة القانونية التي تتنازعها عدة قوانين، لوضعها في إحدى الفئات المسندة لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، والملاحظ من خلال القضايا التي عُرضت على القضاء الفرنسي وهي قضية تركة المالطي ووصية الهولندي وزواج اليوناني الأرثوذوكسي، أنه تم اعتماد مبدأ التكييف طبقا لقانون قاضي الدعوى، وهذا الرأي اتبعته جل القوانين ومن بينها القانون الجزائري في المادة 09 من القانون المدني. غير أن اعتماد نظرية التكييف طبقا لقانون قاضي الدعوى لا يتعارض مع استعانة القاضي بالقانون الأجنبي في عملية التكييف، وذلك عندما تكون العلاقة المطروحة أمامه غريبة ولا يوجد لها نظير أو شبيه في قانونه.

الكلمات المفتاحية: التكييف، تنازع القوانين، القانون الأجنبي، قانون قاضي الدعوى.

Abstract: Legal characterization is the process of determining the legal description of a legal relationship governed by multiple laws, placing it within one of the assigned categories to determine the applicable law. It is noteworthy that cases brought before the French courts, such as the Maltese estate case, the Dutch will case, and the Greek Orthodox marriage case, demonstrate the adoption of the principle of legal characterization according to the law of the judge presiding over the case. This approach has been followed by most legal systems, including Algerian law in Article 9 of the Civil Code. However, the adoption of the theory of legal characterization according to the law of the judge presiding over the case does not preclude a judge from utilizing foreign law in the characterization process when the relationship before him is unusual and has no equivalent or parallel in his own legal system.

Keywords: Legal classification, conflict of laws-foreign law- the law of the judge of the case.

* المؤلف المرسل: قاري علي

مقدمة:

إن التكييف ليس مشكلا خاصا بالقانون الدولي الخاص فقط، بل هو مشكل نجده في مختلف فروع القانون الداخلي، ففي القانون الجنائي نجد القاضي يواجه مشكلة تحديد وصف الفعل الذي ارتكبه الشخص هل هو جريمة أم ليست جريمة، وإذا أعطاه الوصف الجزائي يحدده، هل هو جناية أم جنحة أم مخالفة، وكذلك في القانون المدني، فلابد على القاضي مثلا أن يعطي الوصف القانوني الصحيح للرابطة القانونية الموجودة بين الطرفين هل هي عقد إيجار أم عقد بيع، أم وعد بالبيع.

لكن المشكل في القانون الدولي الخاص ليس مشكل التكييف في حد ذاته، وإنما هو مشكل التنازع في التكييف، فلو كانت قوانين الدول التي لها علاقة بالمسألة القانونية محل النزاع تعطي لها نفس التكييف، ما كانت هناك صعوبة تذكر، لكن الذي قد يحدث أن قوانين الدول تعطي بالنسبة لكثير من المسائل المتماثلة تكييفات مختلفة، فينبغي قبل إجراء التكييف، تحديد القانون الذي يجري وفقه هذا التكييف، ومن هنا تظهر الصعوبة التي تواجه القاضي الذي يقوم بعملية التكييف.

وبناء على ما سبق نطرح الإشكالية الآتية:

ما هو القانون الأنسب الذي يجري القاضي وفقه عملية التكييف في ظل تنازع القوانين، وأي قانون اتبعه المشرع الجزائري في هذا الإطار؟.

استخدمت في هذه الدراسة المنهج الوصفي لبيان مختلف النظريات الفقهية في تحديدها للقانون المعتمد في التكييف وكذا المنهج التحليلي لبيان إيجابيات ومؤاخذات كل نظرية.

للإجابة على الإشكالية المطروحة قُسم المقال إلى مبحثين، الأول يُخصص لنظرية التكييف بين القضاء والفقه، والثاني لنظرية التكييف طبقا لقانون قاضي الدعوى كحل معتمد لمسألة التكييف في القانون الدولي.

المبحث الأول: نظرية التكييف بين القضاء والفقه

إن التكييف كمرحلة أولية ضرورية قبل إسناد المسألة المتنازع عليها إلى إحدى الفئات المسندة، واختلاف القوانين في تحديد الوصف القانوني للمسألة المتنازع عليها، حتى توضع ضمن فئة من الفئات

المسندة التي خصّها المشرع بضابط إسناد، هو الذي جعل منه قضية معقدة لأن كل نظام قانوني له تكييفاته الذاتية حسب المفاهيم والأنظمة السائدة فيه، مما يؤدي إلى تنازع بين النظم في التكييفات، وهو ما سيتم تبيينه في القضايا الثلاث التي طُرحت أمام القضاء الفرنسي، وكذلك الخلاف الذي كان موجودا بين الفقه حول القانون الذي يتم على ضوئه التكييف.

المطلب الأول: مسألة التكييف أمام القضاء.

القضايا الثلاث الشهيرة التي طرحت أمام القضاء الفرنسي هي على التوالي: قضية نصيب الزوج المحتاج، ثم وصية الهولندي وأخيرا قضية زواج اليوناني الأرثودوكسي.

الفرع الأول: قضية نصيب الزوج المحتاج.

تسمى أيضا بتركة المالطي، وقد عُرضت هذه القضية على القضاء الفرنسي بتاريخ 24 ديسمبر 1891، وتتلخص وقائعها في أن زوجان مالطيان تزوجا في مالطا واستقرا في الجزائر التي كانت آنذاك تحت الاحتلال الفرنسي إلى أن توفي الزوج، وبعد وفاته طالبت زوجته بحقها في أموال زوجها، ويُسمى باسم ربع الزوج المحتاج أو الفقير، فإذا كيّف القاضي ما تطلبه الزوجة وفقا للقانون المالطي اعتبره من نظام الأموال، وأخضعه بالتالي لقواعد الإسناد في قانونه، التي تقضي بتطبيق القانون الوطني للزوجين، وهو في قضية الحال القانون المالطي ، وبالتالي تأخذ الزوجة ربع ما تركه زوجها.

أما لو كيّف القاضي الفرنسي نصيب الزوج المحتاج طبقا للقانون الفرنسي فسيجد أن هناك انتقالا لسند الحق عن طريق الوفاة، وبالتالي سيُكيّفه ميراثا، وقاعدة الإسناد الفرنسية تُخضع التركة العقارية لقانون محل وجودها، وهي موجودة في الجزائر، التي كان يسري عليها القانون الفرنسي آنذاك، والذي كان لا يعترف آنذاك للزوجة بأي نصيب في ميراث زوجها.

فالملاحظ أن القانون الواجب التطبيق يختلف باختلاف القانون الذي يجري التكييف وفقا له، مما يؤكد ضرورة تحديد أي من القانونين ينبغي أن يجري التكييف وفقا له.

الفرع الثاني: وصية الهولندي

تتلخص وقائع هذه القضية التي جرت بتاريخ 23 أوت 1857 في أن هولنديا حرّر حين تواجده بفرنسا وصية مكتوبة، بالمخالفة لما ينص عليه القانون الهولندي الذي يتطلب لصحة الوصية وجوب اجرائها أمام الموثق، وبعد ذلك توفي الهولندي الموصي بفرنسا فثار نزاع بين الموصي له وورثة الموصي، فلو كيفنا هذه المسألة طبقا للقانون الهولندي ، فانه يعتبر مسألة تحرير الوصية في الشكل الرسمي متعلقة بحماية أهلية الموصي، وذلك من شأنه أن يخضع هذه الوصية لقانون جنسية الموصي وقت إجرائه لهذه الوصية، أي القانون الهولندي، وهو قانون سيؤدي إعماله لإبطال هذه الوصية[1]

أما لو كيفنا مسألة إجراء الوصية سواء كان عرفيا أو رسميا طبقا للقانون الفرنسي، فإنه يعتبرها مسألة تدخل في نظام شكل التصرفات القانونية، وعليه يسري عليها قانون محل إبرامها وهو القانون الفرنسي على اعتبار أن الوصية حُررت في فرنسا، والقانون الفرنسي لا يشترط أن تكون الوصية محررة في الشكل الرسمي، وعليه فالوصية صحيحة.

الفرع الثالث زواج اليوناني الأرثودوكسي

في عام 1955 تزوج يوناني بفرنسية زواجا مدنيا في فرنسا فثار نزاع أمام القضاء الفرنسي حول صحة هدا الزواج، على أساس أن القانون اليوناني يشترط فيه الشكل الديني، فإذا كيفنا الشكل الديني وفقا للقانون اليوناني اعتبرناه من الشروط الموضوعية للزواج، وهي تخضع طبقا لقواعد الإسناد الفرنسية لقانون جنسية الزوجين معا، وفي قضية الحال هما القانون اليوناني والقانون الفرنسي، فيكون الزواج هنا باطلا لكون القانون اليوناني يُرتّب على تخلف هذا الشرط بطلان الزواج، أما إذا كيفنا الشكل الديني وفقا للقانون الفرنسي اعتبرناه شرطا شكليا للزواج، والشروط الشكلية للتصرفات القانونية تخضع لقانون بلد الإبرام، والزواج أبرم في فرنسا، فالقانون الفرنسي هو الواجب التطبيق، وهذا الأخير لا يعتبر الشكل الديني شرطا ضروريا لإبرام الزواج .[2]

[1] محمد حبار، **القانون الدولي الخاص**، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013 ، ص 70.

[2] أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر 2008، ص 78

المطلب الثاني: الحلول الفقهية لمسألة التكييف

اقترح الفقه عدة حلول لمعضلة التكييف، ومن بين النظريات في هذا الإطار نجد اتجاها فقهيا يخضع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع وآخر يخضعه للقانون المقارن.

الفرع الأول: الاتجاه الذي يخضع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع

تنص هذه النظرية على أن التكييف يجب أن يتم ليس طبقا لأحكام ومفاهيم قانون القاضي، بل وفقا للأحكام والأفكار القانونية للقانون الواجب تطبيقه على القضية المعروضة، والذي اختارته قاعدة التنازع، فاذا كان القانون الواجب التطبيق على دعوى بطلان الزواج هو قانون دولة كل من الزوجين، فيجب الرجوع إلى هذا الأخير لتحديد الطبيعة القانونية لشرط إشهار الزواج أمام جهة دينية، هل هو شرط موضوعي أم شرط شكلي، ولا دخل في ذلك لقانون القاضي[3].

فإذا كانت علاقات الأفراد يجب أن تخضع للقانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد وكان هذا القانون أجنبيا، فإنه من غير المقبول بعد ذلك أن نسمح للقاضي بإجراء التكييف وفقا لقانونه، لأن هذا القانون الأجنبي الواجب التطبيق يجب أن يُحكّم بكامله بما يشمل عملية التكييف، أي تحديد الأوصاف القانونية للنزاع باعتبارها جزءا لا ينفصل عن مضمون هذا القانون، والقول بغير ذلك، وإخضاع التكييف لقانون القاضي مثلا يمكن أن يؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي في غير الحالات التي أراد فيها المشرع تطبيقه فيها، وعلى العكس عدم تطبيقه، في حالات يتوجب فيها هذا التطبيق، خاصة إذا كان تكييف القاضي لموضوع النزاع يختلف عن تكييف هذا القانون له.[4]

فخذ مثلا ما يستلزمه القانون الهولندي في المادة 992 من القانون المدني من حظر إجراء الهولنديين لوصاياهم في الشكل العرفي ولو كانوا بالخارج، فإذا عُرضت صحة وصية أحد الهولنديين والتي تمت في الشكل العرفي أمام القضاء في دولة معينة، فلو كُيّفت مسألة ضرورة إتمام الوصية في الشكل الرسمي وفقا لقانون ذلك القضاء، فقد يعتبرها من مسائل الشكل المتعلق بمظهر الإرادة الخارجي، وقد تعتبر الوصية صحيحة إذا كان قانون محل عمل الوصية لا يستلزم هذا الشكل، أما إذا تم تكييفها حسب القانون الهولندي الواجب التطبيق على الوصية، فإن الأمر يتعلق بشرط موضوعي وجوهري، قُصد به حماية إرادة الموصي

---

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، **الأصول في التنازع الدولي للقوانين**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 382.

[4] سعيد يوسف البستاني، **القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي)**، بيروت، 2004، ص 142.

وأهليته، وتخلّف الشكل الرسمي يوجب بطلان الوصية، والحال كذلك، أليس في إجراء التكييف طبقا لقانون القاضي، خرق وخروج عن المضمون الصحيح للقانون الهولندي الواجب التطبيق على القضية.[5]

هذا الاتجاه، تعترضه استحالة عملية، فالتكييف كما نعلم هو عملية سابقة على تحديد القانون الواجب التطبيق، فالقاضي قبل التكييف لا يعلم بعد ما إذا كان قانون ما سيختص بحكم المسألة محل النزاع أم لا، فكيف يقوم إذن بالتكييف وفقه؟، وهو لم يتحدد بعد[6].

وأخيرا يمكن القول أن هذه النظرية قد صادرت على المطلوب، فكيف يرجع القاضي إلى القانون الأجنبي لتحديد طبيعة النزاع المعروض عليه، قبل أن يعرف هل القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق أم لا، ولم تجد هذه النظرية تطبيقا في الواقع حيث لم يأخذ بها القضاء والتشريعات الداخلية. [7]

الفرع الثاني: التكييف وفقا للقانون المقارن

وفقا لهذه النظرية فالتكييف يجب أن يتم وفقا للقانون المقارن، إذ لابد من استخدام المنهج المقارن لاستخلاص مفاهيم عالمية موحدة للأفكار المسندة التي تتضمنها قواعد القانون الدولي الخاص.[8]

" فالتكييف في تنازع القوانين وقانون العلاقات الخاصة الدولية، ليس هو التكييف في القانون الداخلي، وبالتالي يجب أن يتم وفق أفكار ومبادئ تتفق وخصوصيّة تنازع القوانين الذي يتصل بعلاقات ذات طابع دولي، فيكون من غير الملائم أن تطبق الأفكار والمبادئ الخاصة بالعلاقات الوطنية على علاقات دولية، إنّ دُوَلِيَّة النزاع تستدعي دُوَلِيَّة الأدوات اللازمة لحله، ومنها التكييف، فمن غير السائغ أن يلجأ القاضي إلى مفاهيم وطنية، لتحقيق غاية دولية وسد حاجة عالمية".[9]

فما دام أن قاعدة الإسناد وُضعت لمواجهة علاقات دولية، ومن ثم فيجب أن يتحدد مضمون الأفكار المسندة على أساس مفهوم عالمي موحد، لا على أساس قانون معين، كما في النظريات الأخرى والتي لا تتلاءم وحاجة المعاملات الدولية، فقاعدة الاسناد وُضعت لمواجهة نوع من الروابط يختلف في طبيعته عن

---

[5] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ، ص ص 382 ، 382

[6] أعراب بلقاسم المرجع السابق، ص ص 87،88

[7] عليوش قربوع كمال، **القانون الدولي الخاص الجزائري** ، تنازع القوانين، الجزء الأول، بوساحة للطباعة والنشر والتوزيع، 2023 ص 95

[8] عبد الرحمان زناندة، **التكييف في تنازع القوانين**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07 العدد 01 ، 2021، ص 2248

[9] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 385.

روابط القانون الداخلي، فينبغي إذن أن يحدد مضمون القاعدة تحديدا عالميا، يتفق وحاجات المعاملات الدولية التي تُسنّ لأجلها.[10]

فعلى القاضي عند تحديد الطبيعة القانونية للمسألة الواقعية التي تثيرها القضية أن يتجه اتجاها عالميا، وأن يجري هذا التحديد وفقا لمفاهيم وأفكار عامة عالمية، دون التقيّد في ذلك بمفاهيم قانون معين بذاته، كقانون القاضي أو القانون الواجب تطبيقه على القضية، وسبيل القاضي إلى ذلك هو الاتجاه إلى القانون المقارن، فعلى القاضي أن يقوم بالدراسة والمقارنة بين قوانين مختلف الدول، واستخلاص أفكار ومفاهيم ذاتية خاصة مشتركة يجري التكييف وفقا لها[11].

فإذا تصدى القاضي الألماني مثلا لإعمال قاعدة الاسناد التي تقرر إخضاع الوصاية لقانون الشخص الذي تجب حمايته، فلا يصح الرجوع إلى القانون الألماني أو إلى أي قانون وضعي آخر لتحديد مضمون فكرة الوصاية، وإنما يتعين على القاضي في هذه الحالة أن يستخلص مفهوم مطلق لهذه الفكرة عن طريق الدراسة المقارنة لقوانين الدول المختلفة.[12]

هذه النظرية على الرغم من أنها موضوعية، بسبب عدم انحيازها لقانون معين بذاته عند إجراء عملية التكييف، لكنها صعبة إن لم تكن مستحيلة التطبيق، لأن القاضي لن يتمكن من الوصول إلى أفكار ومفاهيم عالمية وعمل تكييفات نمطية مجردة عن كل النظم القانونية، وإن حاول القيام بذلك، فسيصطدم بحقيقة واضحة وهي أن القانون ظاهرة اجتماعية، والنظم القانونية تختلف اختلافا ملحوظا من دولة إلى أخرى، بحيث يصعب على القاضي استخلاص فكرة موحدة أو مشتركة لكل نظام قانوني كالزواج والميراث[13].

المبحث الثاني: نظرية التكييف طبقا لقانون قاضي الدعوى كحل معتمد لمسألة التكييف في القانون الدولي الخاص الجزائري

لقد ثبت مما سبق أن نظريتي التكييف طبقا للقانون المختص بحكم النزاع، والتكييف طبقا للقانون المقارن غير قابلتين للتطبيق، مما تحتـّم البحث عن نظرية أخرى، وقد لاقت هذه الأخيرة رواجا في الفقه

[10] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق ص 144.
[11] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص 385.
[12] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق ص 144.
[13] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص 387

والقضاء والتشريعات المختلفة، وهي نظرية التكييف طبقا لقانون قاضي الدعوى، وسيتم التطرق إلى مضمون هذه النظرية في المطلب الأول، وإلى بعض المسائل المساعدة على تطبيقها في المطلب الثاني من خلال ضرورة الاستعانة بالقانون الأجنبي في عملية التكييف والتوسع في الفئات المسندة.

المطلب الأول: مضمون نظرية التكييف طبقا لقانون قاضي الدعوى والحجج التي تقوم عليها.

سيتم التطرق لمضمون هذه النظرية وللحجج التي تقوم عليها على التوالي.

الفرع الأول: مضمون نظرية التكييف طبقا لقانون قاضي الدعوى

ترى هذه النظرية أن التكييف ينبغي أن يخضع لقانون قاضي الدعوى، وعليه ففي المثال المتعلق بتكييف ما تطلبه الزوجة من الأموال التي تركها زوجها بعد وفاته والمسمى في القانون المالطي بنصيب الزوج المحتاج، فإنه يكون وفقا لمفاهيم القانون الفرنسي، الذي يعتبره مسألة متعلقة بالميراث، ونطبق عليها قانون موقع العقار، وهو القانون الفرنسي الذي لا يعترف للزوجة بأي حق في ميراث زوجها آنذاك.

وقد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن هذا الرأي في القرار الذي أصدرته بتاريخ 22 جوان 1955، وقد جاء فيه « أن مسألة معرفة ما إذا كان عنصر من عناصر مراسيم الزواج يندرج تحت فئة القواعد المطبقة على الموضوع ينبغي أن يحل من طرف القضاة الفرنسيين وفقا لمفاهيم القانون الفرنسي الذي يعتبر الصفة الدينية للزواج مسألة شكل" [14]

الفرع الثاني: الحجج التي تقوم عليها نظرية التكييف طبقا لقانون قاضي الدعوى.

-هناك حجة مستمدة من فكرة السيادة ومفادها أن كل تطبيق للقانون الأجنبي داخل دولة القاضي يعد انتقاصا لسيادتها التشريعية، وعليه فالمشرع وحده هو الذي يملك تحديد القدر الذي يمكن أن تُنتقص فيه سيادة دولته التشريعية، ولما كان التكييف فيه قد يترتب عنه تطبيق القانون الأجنبي داخل إقليم دولة القاضي، وفي ذلك انتقاص لسيادة دولته التشريعية، فإنه ينبغي أن لا يتم إلا وفقا لقانون القاضي، لأنه لو

[14] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 80.

تم وفقا للقانون الأجنبي، فمعنى ذلك أن هذا القانون هو الذي يملك تحديد السياسة التشريعية لدولة القاضي وهو أمر غير مقبول[15].

إن التنازع بين القوانين هو التنازع بين السيادات، ولا يُتصور أن يتنازل المشرع الوطني عن التكييف، وهو مسألة مهمة وخطيرة متعلقة بالسيادة، وذات صفة آمرة لصالح قانون أجنبي، إن بيان طبيعة المسألة التي تحكمها قاعدة الاسناد هو بيان لهذه القاعدة ذاتها ومادامت القاعدة من صنع المشرع الوطني، فإن بيان تفسيرها يخضع أيضا لقانون القاضي، إذن يجب أن يخضع التكييف إلى قانون القاضي كقاعدة عامة.[16]

– التكييف هو في حقيقته تفسير لقاعدة الاسناد والذي يعني بيان المسائل التي تدخل في نطاق تطبيقها فإذا ما قضت قاعدة الإسناد بخضوع شكل التصرفات لقانون بلد الابرام فإنه يتعين على القاضي لتطبيق هذه القاعدة أن يبين معنى الشكل لمعرفة ما إذا كان هذا المعنى ينطبق على المنع الوارد في القانون الهولندي من إبرام الوصية في غير الشكل الرسمي، وإذا ما قضت قاعدة الإسناد بخضوع الميراث لقانون جنسية المتوفى فعلى القاضي قبل تطبيقها أن يبين معنى الميراث، لمعرفة ما إذا كان هذا المعنى ينطبق على ما تطلبه الزوجة من حق على عقارات زوجها المتوفي والمسمى في القانون المالطي بنصيب الزوج المحتاج.[17]

– إن عملية التكييف يقوم بها القاضي المعروض عليه النزاع، وهذا الأخير بحكم تكوينه القانوني والثقافي سيتأثر لا محالة عند إجرائها بالمبادئ الواردة في قانونه.[18]

– لما كان التكييف تفسيرا لقاعدة الاسناد الوطنية، فلا يعقل أن يطلب هذا التفسير من غير القانون الذي تنتمي إليه هذه القاعدة، وإلا نكون أعطيناها معنى غير الذي أراده المشرع واضعها.[19]

---

[15] نفس المرجع ، ص 81.

[16] الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2013، ص 107.

[17] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 81.

[18] فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، **الوجيز في القانون الدولي الخاص**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص 62.

[19] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 82.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من نظرية التكييف طبقا لقانون قاضي الدعوى.

جاء في المادة 09 من القانون المدني أنه " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق "

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد تبنّى نظرية التكييف طبقا لقانون قاضي الدعوى، لكنه أورد استثناء على هذا المبدأ في المادة 17 فقرة 01، حيث أخضع تكييف المال من حيث أنه منقول أو عقار إلى قانون الدولة التي يوجد فيها المال.

واعتمد الفقهاء مبررين لهذا الاستثناء:

الأول نادى به الفقيه الفرنسي بارثن الذي يرى أن الرجوع الى قانون موقع المال يضمن وحدة التكييف بشأن المال محل النزاع، بما يحقق في النهاية الأمن والاستقرار في المعاملات الواردة عليه، أما الرجوع في ذلك إلى قانون القاضي ، فهو يؤدي إلى اختلاف التكييف باختلاف المحكمة المختصة بالدعوى المتعلقة بالمال، ليس هذا وحسب ، بل إن القاضي قد يعتبر المال من العقارات، في حين أن قانون الموقع يعده منقولا، وفي الحالتين يتحقق الاضطراب في المعاملات، ويكون من غير المستطاع تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على الحقوق التي ترد على المال محل النزاع.[20]

أما الاستثناء الثاني فدافع عنه الفقيه الأمريكي ستوري، ومقتضاه أن احترام سيادة الدولة على إقليمها يوجب احترام ما تقرره بالنسبة للأموال الموجودة على الإقليم، فلكل دولة سلطة وضع القواعد المنظمة لملكية تلك الأموال وسلطة خلع الصفة التي تختارها على الأشياء الموجودة تحت سلطانها، ولا يسوغ لدولة أخرى أن تنكر أو تغير تلك الصفة.[21]

وقد انتقد جانب كبير من الفقه هذا الاستثناء لأنه من شأنه أن يعطي لقاعدة الاسناد في قانون القاضي تفسيرا غير الذي أراده المشرع، فإذا كان المشرع قد أخضع العقار مثلا لقانون موقعه، فإن التكييف الذي يتم وفقا لقانون موقعه قد يجعل القاضي يطبق قانون الموقع على ما لا يعد عقارا وفقا لقانونه.[22]

---

[20] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 397

[21] نفس المرجع، ص ص 397 ،398

[22] أعراب بلقاسم ، المرجع السابق، ص 85.

كما أن إخضاع الأموال في تكييفها لقانون الموقع ينطوي على مصادرة على المطلوب، فالتكييف عملية أولية سابقة على معرفة القانون الواجب التطبيق، فكيف والحال كذلك نخضع المال لقانون موقعه، في حين أنه يلزم أولا تحديد طبيعة ذلك المال للتوصل بعد ذلك الى معرفة القانون الواجب التطبيق عليه، خصوصا وأن القانون المصري قد فرّق بين التصرفات التي ترد على مال منقول وأخضعها لقانون الإرادة، والتصرفات التي ترد على مال عقاري وأخضعها لقانون الموقع، وكذلك القانون الفرنسي والعديد من القوانين الغربية التي تُخضع الميراث في المنقول لقانون موطن المورّث، وتخضع الميراث في العقارات لقانون موقعها.[23]

كما أن المال محل النزاع قد يكون موجودا في أكثر من دولة، وقد تختلف الدول في تكييفها له فمنها من يكيفه عقارا ومنها من يكيفه منقولا، وبالتالي سيجد القاضي نفسه مضطرا لكي يطبق أكثر من قانون واحد على جزئية واحدة وهي التكييف، وقد يؤدي تطبيق هذه القوانين إلى نتائج متضاربة بسبب عدم إمكانية تطبيقها معا.

المطلب الثاني: تطبيق نظرية التكييف طبقا لقانون قاضي الدعوى في ظل الاستعانة بالقانون الأجنبي والتوسع في الفئات المسندة.

إن تطبيق نظرية التكييف طبقا لقانون قاضي الدعوى ممكن وسهل إذا كانت العلاقة التي ينبغي تكييفها معروفة في قانون القاضي، ولكن في بعض الحالات يجد القاضي نفسه أمام ظواهر غريبة لا يوجد نظيرها في قانونه، فهنا يكون مضطرا للاستعانة بالقانون الأجنبي أحيانا ويتوسع في مفهوم الفئات المسندة في حين آخر.

الفرع الأول الاستعانة بالقانون الأجنبي في عملية التكييف

الاستعانة بالقانون الأجنبي تكون ضرورية عند إجراء التكييف ، وذلك عندما تكون المسألة محل التكييف غير معروفة في قانون القاضي الدعوى، فمثلا في قضية تركة المالطي المذكورة سابقا ، عندما تصدى القاضي الفرنسي لتكييف ما يسمى " بنصيب الزوج المحتاج " طبقا للقانون الفرنسي باعتباره هو قانون قاضي الدعوى، لكنه عندما يبحث في القانون الفرنسي فلا يجد شيئا يسمى بنصيب الزوج المحتاج،

[23] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص 400.

فيرجع إلى القانون المالطي ويستعين به، ليفهم ما المقصود بنصيب الزوج المحتاج، فيجد أنه يعني أن وفاة أحد الزوجين، يسمح للزوج الآخر بأخذ ربع ما تركه المتوفي، وهو ما يُعدّ ميراثا طبقا للقانون الفرنسي، فالقاضي الفرنسي هنا استعان فقط بالقانون المالطي، ولكن التكييف كان طبقا للقانون الفرنسي.

لقد كيّف القانون المالطي نصيب الزوج المحتاج على أنه من النظام المالي للزواج، لكن القاضي الفرنسي كيفه على أنه من المواريث، على الرغم من أن القانون الفرنسي نجد فيه الفئة المسندة الخاصة بالنظام المالي للزواج، وهذا دليل على أن استعانة القاضي الفرنسي بالقانون المالطي في عملية التكييف لا تعني التكييف وفقا له.

إن عملية التكييف تمر بمرحلتين، مرحلة التحليل وتتم وفقا للقانون الأجنبي لكي نفهم الواقعة الغريبة عن قانون القاضي، ومرحلة الحكم وتتم وفقا لقانون القاضي دون أدنى شك .[24]

الفرع الثاني: التوسع في مفهوم الفئات المسندة.

الغرض من التكييف هو تصنيف العلاقة القانونية الأجنبية في إحدى الفئات المسندة المنصوص عليها في القانون الداخلي، لكن قد يحدث وأن تكون العلاقة غير معروفة في قانون القاضي مما يجعل من الصعوبة إدراجها في احدى الفئات المسندة المنصوص عليه فيها، ولذلك يرى الفقه الحديث بأنه لا مناص من التوسع في مفهوم الفئات الداخلية لتشملها، ففي فرنسا مثلا إذا طرح على القاضي نظام للزواج مخالف لقانونه بحيث يعترف بتعدد الزوجات فعليه أن يتوسع في مفهوم الزواج عنده ليشمل هذا المفهوم الغريب عنه. [25]

الخاتمة

إن القيام بالتكييف وهو تحديد الوصف القانوني الملائم للعلاقة القانونية التي تتنازعها عدة قوانين، هي مسألة مقرّرة قبل أن يطبق القاضي القانون المختص على الوقائع محل النزاع، وفي ختام هذه الدراسة تم الوصول الى مجموعة من النتائج أتبعتها بتوصية واحدة.

[24] - Yvon Loussouarn et Pierre Bourel ,**Droit international privé**, Dalloz,Paris, 1993, p 291.
[25] Henri Battifol; Paul Lagarde **, Traité de Droit International Privé**, Tome 1, Published Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris , 1993, p 373.

النتائج

– من خلال القضايا الثلاث الشهيرة التي عُرضت على القضاء الفرنسي، وهي قضية تركة المالطي ووصية الهولندي وزواج اليوناني الأرثودوكسي، نجد أن القضاء الفرنسي اعتمد فيها مبدأ التكييف طبقا لقانون قاضي الدعوى، على الرغم من أن القانون الفرنسي لم ينص عليه في ذلك الوقت، وإنما هو اجتهاد في اعتماد هذا المبدأ.

– من أهم المميزات الإيجابية لنظرية التكييف طبقا لقانون قاضي الدعوى، أنها تحترم سيادة دولة القاضي الذي يفصل في النزاع، كما أن تُسهّل على القاضي عملية التكييف، لأنه سيطبق عليه قانونه الوطني.

– إن النظرية الفقهية الوحيدة التي اعتمدتها التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري في التكييف في تنازع القوانين، هي نظرية التكييف طبقا لقانون قاضي الدعوى، بالنظر لأنها الأكثر عملية وسهولة بالنسبة للقاضي الوطني.

– اعتماد نظرية التكييف طبقا لقانون قاضي الدعوى، لا يتعارض مع استعانة القاضي بالقانون الأجنبي في عملية التكييف، وذلك عندما تكون العلاقة المطروحة أمام القاضي غريبة ولا يوجد لها نظير أو شبيه في قانونه.

التوصيات

– ضرورة اعتماد مبدأ التكييف طبقا لقانون قاضي الدعوى في جميع المسائل في القانون الجزائري، وهذا يقتضي تعديل المادة 17 فقرة 02 من القانون المدني ، التي تورد استثناء عن مبدأ التكييف طبقا لقانون قاضي الدعوى، فيما يتعلق بتكييف المال من حيث أنه منقول أو عقار، حيث أخضعه لقانون محل وجود المال، وعمليا هذا الأمر جد صعب، لأن المال محل التكييف قد يكون موجودا في أكثر من دولة، وقد نجد دولة تكيفه عقارا وأخرى تكيفه منقولا، وبالتالي سيجد القاضي نفسه مضطرا لكي يطبق أكثر من قانون واحد على التكييف، وقد يؤدي هذا إلى نتائج متضاربة بسبب عدم إمكانية تطبيقها معا.