جامعة عبد الرحمن ميـرة بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسيـة
قـــــــسم القانون ا لخاص

تطبيق نظرية الفقيه بارتن في القانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تـخصص القانون الخاص

من إعداد الطالبين:
* شيخي بشير
* تاقزنونت منير

تحت إشراف الاستاذ االدكتور:
* أيت منصور كمال

لجنـــــــــــة المناقشة:

الأستاذة : قادري نسيم	–أستاذة محاضرة"أ" جامعة بجاية	رئيسا
الأستاذ.د : أيت منصور كمال	–أستاذة محاضرة"أ" جامعة بجاية	مشرفا و مقررا
الأستاذ (ة): ناتوري كريم	–أستاذة محاضرة"أ" جامعة بجاية	ممتحنا

السنة الجامعية 2021/2020

الإهداء

إلى أغلى إنسان في هذا الوجود على من كان دعائها سر نجاحي أمي الحبيبة أدام الله بقاءها

و إلى من كانت إبتسامتها تدفعني دائما إلى الأمام الذي هو سندي و مثلي الأعلى في الجد

و المثابرة أبي أطال الله عمره

و أشكر أختي على دعمها لي و إلى من يبعث البهجة و الإطمئنان إلى قلبي

و إلى جميع أصدقائي

الإهداء

❖ اللهم إني أحمدك حمدا يفوق حمد الحامدين، وأشكرك شكرا يفوق شكر الشاكرين.

❖ إلى من لا تنتهي بذكرهم الكلمات، وتعجز عن وصفهم الكلمات.

❖ إلى والدتي العزيزة، التي منحتي الحياة وحرصت على تعلمي بصبرها وتضحيتها.

❖ إلى والدي الغالي، الذي دعمني في مشواري الدراسي منذ خطواتي الأولى في المدرسة.

❖ إلى ينابع الإخلاص إخواني وأخواتي،**كريمة، ياسين، شفيقة، ياسين سعيدة**.

❖ إلى أصدقائي و إلى جميع القلوب الطاهرة التي رافقتني دوما والتي تحلو بالوفاء.

❖ إلى كل هؤلاء أهدي لهم ثمرة جهدي في إعداد هذه المذكرة.

منير تاقزنونت

شكر وعرفان

نشكر الله ونحمده على توفيقه لنا على إتمامنا هذا العمل وألف حمد لك يارب العالمين كما ينبغي لعظم وجهك وجلال سلطانك.

نتقدم بخالص عبارات الشكر والتقدير إلى الأستاذ المشرف الدكتور ايت منصور كمال على قبول الإشراف على هذه المذكرة وتقديم لنا المساعدة والنصائح والتوجيهات في إنجاز هذا العمل وتصويبه، فله جزيل الشكر والعرفان ونسأل الله العظيم أن يوفقه في مشواره العملي والعلمي ويجزيه عنا خير الجزاء.

وشكر موصول إلى لجنة المناقشة على تكرمها بقبول مناقشة هذه المذكرة.

ونشكر جميع من قدم لنا المساعدة أو دعما من قريب أو بعيد، إخوة، أقارب، أصدقاء وزملاء الدراسة.

فلكم منا ألف شكر.

عندما يعرض على القاضي نزاع يشمل على عنصر أجنبي قبل أن يبحث على القانون الواجب التطبيق يجب عليه أن يبحث أولا فيما يتعلق هذا الموضوع، فإذا طرح نزاع معين على القاضي عليه أن يحدد طبيعة المسألة هل هذه الأخيرة متعلقة بأهلية الزوجية أو يتعلق بشروط صحة الزواج أو بشكل الوصية مثلا، عليه أن يحدد طبيعة المسألة (التكييف) .

وضع المشرع الجزائري حلا لذلك في قواعد التنازع في المواد9 إلى24 من القانون المدني الجزائري، حيث تخضع الأهلية لقانون جنسية الشخص، و يخضع العقار و المنقول لقانون مكان تواجده.

إذن مرحلة التكييف تأتي قبل مرحلة الإسناد أي أنه إذ طرح نزاع على القاضي قبل القول أنه سنطبق قانون جنسية الشخص على الأهلية يجب عليه أن يكيف المسألة أولا ثم نذهب إلي النص الذي يتعلق بالأهلية.

فإذا كان التكييف متعلق بالوصية يطبق على الوصية قانون بلد الإيصاء، فكلما تغير التكييف تغير القانون الواجب التطبيق فكلما تغير التكييف تغير الإسناد، و بفضله نجد بأن التكييف يلعب دور أساسي إذ لو قال بأن العقد عبارة عن وصية يطبق القاعدة المعروفة في العقد.

إن الوصف القانوني للعلاقة يكمن أننا نأخذ المسألة المطروحة علينا ، و نضعها في إحدى الطوائف القانونية و هذه المسألة المسماة بطبيعة النزاع ، عرفها القضاء و كان النزاع يحدد بصفة آلية دون أن يبين أن هذه المسألة ، عبارة عن تكييف و الفقيه "بارتن" يقول قبل أن يحدد النزاع يجب أن نكيفه ، و أول فقيه درس التكيف هو الفقيه الفرنسي **Bartin** في سنة 1897، و لقد وضع نص أو مقال في إحدى المجالات المسماة **Clumé**، و هو إستحالة الوصول إلى حل نهائي في تنازع القوانين و نجد بأن فرنسا و ألمانيا دائما متعارضتان فيما يخص هذه المسألة و أول فقيه عرض مشكلة التكييف هو الفقيه الألماني **kahn** عام 1891 و الفقيه الفرنسي **Bartin** الذي أراد أن يضع التكييف في تنازع القوانين منها معرفة القانون الواجب التطبيق و يقول **Bartin** أن هناك أمثلة عن التكييف و ذلك بدراسته لقضيتين شهيرتين وهما : قضية الميراث المالطي ووصية الهولندي.

1-قضية الميراث المالطي

أ-الإشكال الأول

القضية حدثت إبان الاستعمار الفرنسي في الجزائر حيث كان زوجان من جنسية مالطية أتيا للعيش في الجزائر ، ولقد تزوجا في مالطا دون إبرام عقد الزواج بعد مدة إستطاع أن يتحصل علي مجموعة من العقارات ، و توفي الزوج و ترك عقارات حدث نزاع و رفعت الزوجة دعوي أمام محكمة الجزاء لتطلب حقها في عقارات علي أساس قاعدة معروفة في القانون المالطي نصيب الزوج المحتاج ، ووقع القاضي بذلك في مشكل هل ما تطلبه الزوجة يتعلق بالنظام المالي للزوجين؟ حينما نتحدث عن عقد الزواج فإن المسألة هي تعاقدية إذا كان عقد نعود إلى القانون الفرنسي، قال لو كيفت ما تطلبه الزوجة بأنها عقد يخضع العقد لإرادة الطرفين.

ب-الإشكال الثاني

الذي طرح أن الزوجة ما تطلبه عبارة عن ميراث عقار و ليس منقول،و منه تنص قواعد الإسناد الفرنسية يخضع العقار لقانون موقعه والنظام المالي للزوجين عبارة عن عقد حيث تنص قواعد الإسناد الفرنسية أيضا يخضع العقد القانون الإرادة، يبحث القاضي الفرنسي في قانون إرادة الزوجين يقول القاضي قانون الإرادة هو قانون مالطا و إن هناك إرادة ضمنية خاصة و أن الزوجة تمسكت بقاعدة الزوج المحتاج ويعرفها القانون المالطي على أساس انه قانون الإرادة الضمنية للزوجين .

إذن لو قلنا بأن النزاع عبارة عن نظام مالي نطبق القانون الفرنسي وكلما تغير وصف النزاع يتغير القانون الواجب التطبيق وكلما تغير وصف النزاع يتغير الإسناد ولكن القاضي الفرنسي يشترط وجود عقد الزواج الشكلي لذلك قال القاضي بأن هذا العقد لا يمكن أن يكيف عقد الزواج حسب القانون الفرنسي.

2-قضية وصية الهولندي:

إن القضية الثانية التي إعتمد عليها الفقيه **Bartin** ، هي وصية الهولندي شخص من جنسية هولندية حرر وصية في فرنسا بخط يديه أي الطابع العرفي للوصية حول صحة الوصية للقاضي الفرنسي أن القانون الهولندي يمنع الهولنديين من إجراء الوصية بخط البديعي ولو وجدوا

في دولة أجنبية ولهذا السبب طرح النزاع أمام دولة أجنبية والقاضي الفرنسي وقع في مشكل ألا و هو هل النزاع يتعلق بشكل الوصية أم بأهلية الإيصاء، لأن القانون الهولندي وضع الطابع الرسمي للوصية بهدف حماية الأشخاص.

إن **الفقيه "بارتن Bartin "** يرى بأن تحديد طبيعة النزاع يجب أن يخضع لقانون القاضي أي أنه حتى نقول بأن النزاع يتعلق بالأهلية أو العقد يجب تطبيق قانون القاضي من أجل التوصل إلى القانون الأنسب .

كما أخذ المشرع الجزائري بنظرية إخضاع التكيف لقانون القاضي منذ سنة 1975 في المادة 9 من القانون المدني الجزائري التي تنص على" يكون القانون الجزائري المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

من خلال ذلك نطرح الإشكالية الآتية تطبيقا لنص المادة 9 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري هل يخضع التكييف لقانون القاضي فقط؟

وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا في دراستنا لهذا الموضوع على المنهج الاستقرائي وذلك بالتطرق أكثر إلى الجوانب التي ركزت نظرتنا على هذا الموضوع وبتحليل بعض المواد القانونية وأخذنا بعين الاعتبار والتطورات الفقيه التي كانت محل دارسة وتقدير لنظرية الفقيه "**بارتن**".

وبناء على ما تقدم ومن أجل إعطاء رؤية واضحة لمختلف الآراء التي تعرضت لها نظرية الفقيه "**بارتن**" لابد من دراسة مضمون النظرية ، و مبدأ القائم على أساس السيادة و الإستثناءات الواردة على هذه النظرية وأخذ القائم على أساس السيادة و الإستثناء الواردة على هذه النظرية و أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية بإخضاع التكييف لقانون القاضي في نص المادة 9 من الأمر رقم 75 /85 المتضمن القانون المدني الجزائري: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق "، كل هذا سيترجم لنا **(الفصل الأول)** القانون الجزائري المرجع في التكييف.

وفي الجهة المقابلة ظهرت نظريات فقهية أخرى تبنت موقف مغاير لنظرية الفقيه الفرنسي "**بارتن**"،أي أن الفقهاء إختلفوا في تحديد القانون الذي يخضع له التكييف وحاولوا إنقاذ هذه النظرية من الزوال ووصفوها بأنها نظرية جامدة، وهذا ما سنتطرق إليه في **(الفصل الثاني)**.

الفصل الأول

القانون الجزائري المرجع في التكييف

ظهرت فكرة التكييف لأول مرة على يد الفقيه الألماني "**kahen**" عام 1891 من خلال أبحاثه الشهيرة التي تناول فيها العديد من الأفكار القانونية ومنها تحليل الروابط القانونية لتحديد طبيعتها والقانون الذي يحكمها لكن الفضل في تناول موضوع التكييف يعود إلى الفقيه الفرنسي بارتان والذي طورها إلى أن[1] أصبحت نظرية عالمية محددة المعالم وكان ذلك من خلال تحليله لموقف القضاء الفرنسي في العديد من القضايا ذات العنصر الأجنبي المطروحة أمامه ونجد منها قضية ميراث المالطي ووصية الهولندي وزواج اليوناني الأرثودكسي.

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

لدراسة هذا الفصل قسمناها إلى مبحثين، بحيث(**المبحث الأول)** تطرقنا فيه إلى تكريس إخضاع التكييف لقانون القاضي، أما في(**المبحث الثاني)** عرجنا لحدود تطبيق قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي .

[1] عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص47.

[2] المرجع نفسه، ص109.

المبحث الأول

تكريس قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي

إخضاع التكييف لقانون القاضي حل يدين بالفضل للفقيه الفرنسي **Bartin**، صحيح أن الفقيه الألماني **kahen** كان قد سبقه في تقرير حل مماثل أطلق عليه اسم التنازع الكامن أو المستتر إلا أنّ الفضل في إقامة نظرية متكاملة البيانات في شأن التكييف يرجع "**لبارتن**" الذي توصل من خلال بحثه لأحكام القضاء الفرنسي إلا أن القضاء يجري بطريقة ضمنية وصامتة.

إن عملية التكييف أولى حتى يمكنه وصل المسألة القانونية المطروحة بإحدى الفكر المسند ومن أبرز القضايا التي اعتمد عليها في تحليله الذي أجراه قضية "ميراث المالطي ووصية الهولندي".

تميز فقه "بارتن"عمن سبقوه بطريقته التحليلية في معالجة مسألة تنازع القوانين و إعتمد في ذلك على تحليل الروابط القانونية، و إسنادها إلى مختلف النظم القانونية في القانون الداخلي لكل دولة، ثم تحديد طبيعة هذه النظم بمعرفة القانون الواجب التطبيق عليها.

سنتناول مفهوم قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي **(المطلب الأول)** و أساس إخضاع التكييف لقانون القاضي **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

مفهوم قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي

تعود هذه النظرية إلى الفقيه الفرنسي "**بارتن**" كما أشرنا إلى ذلك سالفا، وتبعه في ذلك أغلب الفقهاء بصفة عامة منذ زمن طويل ومرّت بعدّة مراحل وطبقتها عدّة محاكم بصورة تلقائية.

ولم تقف شهرة هذه النظرية على المستوى الفقهي فحسب، بل تعدّت إلى إقرارها في المعاهدات الدولية كإتفاقية لاهاي لعام 1925[3]، ونّصت عليها معظم التشريعات الحديثة و منها التشريع الجزائري في المادة09 من القانون المدني وغيره من القوانين الأخرى سواء على مستوى القوانين العربية أو القوانين الأوروبية[4].

من هنا سوف نتناول مضمون قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي في **(الفرع الأول)**، و أهمية التكييف في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

مضمون قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي

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

---

[3] إتفاقية باريس المتعلقة بحماية الملكية الصناعية، المبرمة في 20 مارس 1883 و المعدلة ببروكسل في 14 ديسمبر 1900، و واشنطن في 02 يونيو 1911، و لاهاي في 06 نوفمبر 1925 و لندن في 02 يونيو 1911، و لاهاي في 06 نوفمبر 1925، و لندن في 02 يونيو 1934، و لشبونة في 31 أكتوبر 1958 و ستوكهولم في 14 يوليو 1967، إنضمت إليها الجزائر بموجب الأمر رقم 75-02 مؤرخ في 09 يناير 1975، ج.ر.ج.ج عدد 10 الصادر بتاريخ 04 فبراير 1975.

[4] أنظر المادة 9 من القانون المدني الجزائري، أمر 58/75 مؤرخ في26سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني الجزائري ج.ر.ج.ج، العدد 78، مؤرخ في 30 سبتمبر1975، معدل ومتمم، أنظر الموقع الإلكتروني:www.joradp.dz

أولا: تحديد المضمون

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

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

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

نفس الحل أتبعه القانون الألماني، حيث نصت المادة 3/13 من مقدمة القانون المدني بأن "شكل الزواج الذي يبرم في ألماني يحدد حسب القانون الألماني" إن القضاء في سويسرا. بالرغم من أنه لم يعبر صراحة عن التكييف في أحكامه المتعلقة بشهر الزواج، إلا أنه وصل إلى نفس المفهوم الذي أخذت به المحاكم الفرنسية، ومعلوم أن القانون السويسري لا يعرف إلا الشكل المدني في الزواج[5].

من خلال هذه الأمثلة يتضح أن مفهوم شكل الزواج في معظم دول العالم تكييف وفقا لقانون القاضي. إن مسألة التكييف مسألة هامة إذ يتوقف عليها معرفة القانون الواجب التطبيق، وإخضاع التكييف لقانون القاضي مستمد من الأحكام القضائية الفرنسية، وعلى أساسها شيد

---

[5] أنظر المادة2/7 من القانون المدني السويسري الصادر في 25ديسمبر 1891، معدل في 10 ديسمبر 1907، "الشكل المتبع في إشهار هذا الشكل المعمول به هو القانون السويسري".https://wipolex.wipo.int/=

= وتأسيسا على ذلك قررت المحكمة الفدرالية على إثر قضية تتعلق بزواج يوناني في سويسرا في الشكل المدني،أن " السويسرا بنظام زواج لا تعترف من شأنه أن يخل بالأمن القانوني في إقليمها إذا كان القانون الوطني يشترط إشهار الزواج في شكل معين" بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر ،(نظرية التكييف)،دار هومة ، الجزائر،2008،ص85.

"بارتن" نظريته وبالتالي القضاء على مشكلة تنازع القوانين الموضوعية، ويكون تعريف التكييف وفقا لهذه الآراء على التوالي: تحديد طبيعة النظام القانوني أو تحديد طبيعة العلاقة القانونية أو تحديد طبيعة القاعدة الموضوعية[6].

ثانيا: تكريس مضمون النظرية في القانون الجزائري

أخذ المشروع الجزائري بمبادئ نظرية بارتان "خضوع التكييف من حيث المبدأ لقانون القاضي" في عملية التكييف، والاستثناء الذي أورده بالنسبة للأموال التي يخضع تكييفها لقانون الموقع، و يظهر ذلك جليا من خلال أحكام المادة 09 من التقنين المدني الجزائري (يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق [7].

وما يجب الإشارة إليه كذلك أن المقصود من مصطلح القانون الجزائري في المادة ليس قاصرا على النصوص التشريعية، بل المقصود منه هو المفهوم الواسع للقانون الجزائري الذي يشمل مختلف القواعد مهما اختلفت مصادرها التي استمدت منها قوتها الإلزامية، وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري[8] .

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

---

[6] عبده جميل غصوب، المرجع السابق ، ص53.

[7] أنظر المادة 9 من الأمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني الجزائري،السالف الذكر.

[8] بلمامي عمر ، المرجع السابق، ص282.

كما أن هذه المادة لم تتعرض إلى الاستثناء الذي أورده **بارتن** بشأن الأموال بإخضاع تكييفها لقانون موقعها، وهذا ما نجده كإستثناء في المادة 17 من التقنيين المدني الجزائري "يخضع تكييف المال سواء كان عقار أو منقولا إلى الدولة التي يوجد فيها"[9].

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

بالتالي هذا ما دفع الفقه الحديث المؤيد لنظرية **بارتن** إلى القول بضرورة الاستعانة بالتكييف بالقانون الأجنبي [10] .

الفرع الثاني

أهمية التكييف

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

---

[9] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، ط12، دار هومة ، الجزائر،2011، ص94.

[10] المرجع نفسه، ص95.

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

هاته القواعد متمثلة في ثلاث عناصر: الفكرة المسندة، عنصر ضابط الإسناد، والقانون الواجب التطبيق[11].

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

أولا:أهمية التكييف في القانون الدولي الخاص

باعتبار العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي لا تعد، مقارنة مع محدودية قواعد الإسناد كان لابد من إجراء التكييف للمسألة القانونية المعروضة على القاضي و إعطائها وصفها الحقيقي من أجل إدراجها في الفكرة المسندة الملائمة تمهيدا لأعمال القانون المختص الذي يثير آلية ضابط الإسناد في هذه القاعدة[12].

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

---

[11] بلمامي عمر ، المرجع السابق، ص104.

[12] حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، (تنازع القوانين) ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص103.

1- من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق على القاعدة القانونية

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

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

يتوقف على تحديد هذا القانون على تكييف العلاقة القانونية، موضوع النزاع، و هنا تتنازع تكيفان حول المشاجرة.

- إما أن تعد أثر من أثار الزواج.
- إما أن تعد فعل ضارًا[13] .

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

2 – من حيث القانون الذي يطبق على عملية التكييف ذاتها

يعد التكييف القانوني في القانون الدولي الخاص الإجراء الأول الذي لابد منه لتحديد القانون الذي يطبق على العلاقة القانونية موضوع النزاع، و السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هنا يتعلق

[13] سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص،(تطور وتعدد طرق حل النزعات الخاصة الدولية)،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2004 ،ص130.

بتحديد القانون الذي يتم وفقًا لأحكامه إجراء التكييف القانوني، اختلف الفقهاء حول هذه المسألة، وانعكس ذلك على معظم التشريعات الدولية[14] .

ثانيا: أهمية التكييف في القوانين الداخلية

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

1- التكييف في القانون المدني

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

2-التكييف في القانون الجزائي

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

بالتالي يتعين على القاضي وصف الفعل المنسوب إلى المدعى عليه، و معرفة ما إذا كان يشكل جرم السرقة أو جرم احتيال أو جرم إساءة أمانة، و ذلك توطئة لتطبيق النص القانوني اللازم.

3- التكييف في القانون التجاري

تظهر أهمية التكييف القانوني في نطاق القانون التجاري، بصورة خاصة، بالنسبة للإثبات، حيث تختلف قواعد الإثبات تبعًا لاختلاف صفة الالتزام التعاقدي موضوع النزاع، فإذا كان الالتزام

[14] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص131.

التعاقدي صفة تجارية، فإنه يخضع لقواعد إثبات مختلفة تمام الاختلاف عن تلك التي تطبق على الالتزام التعاقدي المدني، حيث يجوز الإثبات بالشهادة، من حيث المبدأ، في الالتزامات التجارية التعاقدية مهما كانت قيمتها[15] .

ثالثا: الأهمية العملية لعملية التكييف

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

1- التبرير النفسي

التكييف لا يعدو في الحقيقة أن يكون تفسيرا لقاعدة الإسناد الوطنية الأمر الذي يخضع بالضرورة لقانون القاضي، فالمشرع الوطني هو الذي يقوم بصياغة قواعد الإسناد الوطنية، وبالتالي يكون من المنطقي أن يرجع إلى القانون الوطني ليحدد المعاني و المفاهيم المجردة الواردة في الفكرة المسندة في قاعدة الإسناد[16] .

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

القاضي الوطني عندما يقوم بعملية التكييف في النزاع المعروض عليه، إنّما يتأثر بثقافته القانونية و حسب المبادئ السائدة في بلده، و هذا ما يجعله يستعين بقانونه الوطني في عملية

[15] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص96.

[16] المرجع نفسه، ص 112.

تحديد طبيعة العلاقة المطروحة أمامه، ولقد عبر الأستاذ "بارتن" نفسه عن هذه الحقيقة حينما قرر أن المبادئ السائدة في دولة القاضي تعد جزء لا يتجزأ من ذكائه المهني[17] .

هذا ما جعل القضاء الفرنسي و غالبية دول العالم منذ زمن بعيد، يأخذون التكييف لقانون القاضي، و قرر "بارتن" أن التكييف هو عملية استغلال عقلي يستعين فيها القاضي بثقافته القانونية، التي ترسخت في أعماقه، و تحتاج منه اجتهادا و إلماما واسعا و عميقا بالأصول التشريعية التي يقوم عليها قانونه[18] .

2-التبرير المنطقي

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

المتتبع الزمني للأمور يفترض أنّ القاضي يقوم بعملية التكييف أولا ثم يقوم بعملية إسناد المسألة محل النزاع ضمن طائفة معينة من الطوائف القانونية ليتعرف بذلك على القانون الواجب التطبيق، فمن غير المنطق تحديد القانون الواجب التطبيق قبل القيام بعملية التكييف، وترتب على ذلك لو أثير بشأن مسألة معينة، هل تدخل في نطاق فكرة الشكل أو فكرة الأهلية، فإنه لا يمكن تطبيق قاعدة الإسناد والتعرف على القانون الواجب التطبيق قبل الانتهاء من عملية التكييف وقبل

أن يتم التكييف لا يوجد قانون آخر يمكن تطبيقه، لأن تطبيق قانون معين تعتبر مصادرة عن المطلوب، ومن هنا فإنه من غير المتصور أن يتم التكييف إلا وفقا لقانون واحد، هو قانون القاضي[19].

---

[17] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص112.

[18] عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي، بيروت ،2004، ص118.

[19] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص112

المطلب الثاني

أساس إخضاع التكييف لقانون القاضي

ظهرت فكرة التكييف لأول مرّة على يد الفقيه الألماني كاهن **kahen** 1891 من خلال أبحاثه القانونية، منها: تحليل الروابط القانونية لتحديد طبيعتها والقانون الذي يحكمها.

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

وهذا بإعتبار السيادة أساس التكييف لقانون القاضي **(الفرع الأول)**، وحجج الفقه الحديث في إخضاع التكييف لقانون القاضي **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

السيادة أساس إخضاع التكييف لقانون القاضي

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

إن قاعدة التنازع مستمدة من فكرة السيادة، حيث يرى "**بارتن**" أن تنازع القوانين ما هو إلا في الحقيقة سوى تنازعا بين سيادات الدول المختلفة التي لها علاقة بمحل النزاع، فالأمر يتعلق بتحديد مجال تطبيق تشريعات الدول المختلفة التي لها علاقة بمحل النزاع، فالأمر يتعلق بتحديد مجال

تطبيق تشريعات تلك الدول يتعلق بتحديد مجال تطبيق تشريعات تلك الدول، أي تحديد مدى السيادة التشريعية لها[20].

على إتباعه إلى غاية 1995 عندما قررت محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها الشهيرة[21] و هو قرار "كراسلانيس arrêt caraslanis" للغرفة المدنية لدى محكمة النقض الفرنسية في 22 جوان 1955،الذي كان يشوبه التقيد، و يتعلق بزواج بين فرنسية و يوناني أرطوذوكسي تم إبرامه في فرنسا وفقا للشكل المدني، لكن الزوج إحتج بعد ذلك بعدم وجود أي زواج لأن القانون اليوناني يشترط فيه الشكل الديني فهنا التكييف يتعلق بتكييف الشكل الديني أو المدني لعقد الزواج هل هو من الشروط الشكلية أم من الشروط الموضوعية، فإذا تعلقت بمسألة شكلية يطبق القانون الفرنسي و يكون الزواج صحيح، أما إذا تعلق بالشروط الموضوعية فإن القانون اليوناني هو الذي يطبق، و يكون الزواج غير صحيح.

و قالت محكمة النقض أن مسألة إعتبار الصفة الدينية أو غير الدينية لعقد الزواج تعد من المسائل الشكلية التي يطبق على قانون مكان القاضي.

أول من نادى بهذه النظرية هو الفقيه الألماني كاهن kohen ولكن يرجع الفضل في بلورتها وإيضاح معالمها إلى الفقيه الفرنسي"**بارتان**" حيث شيد نظريته في التكييف من خلال الأحكام الفرنسية التي درسها، و تجدر الإشارة إلى أن هذه النظرية برزت للعيان في الوقت الذي كان الجدال قائما بين المدرسة العالمية، يتزعمها في ألمانيا "**فوبار**" الذي يهدف إلى إيجاد قواعد تنازع واحدة في كافة الدول، إما عن طريق معاهدات خاصة بتوحيد قواعد الإسناد، و إما عن طريق اجتهاد القضاء على مستوى عالمي[22] .

---

[20] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991، ص136.

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

[22] بلمامي عمر ، المرجع السابق، ص7.

كانت تعارضها المدرسة الوضعية، التي لا ترى في قواعد القانون الدولي الخاص، إلا قواعد وطنية، يسنها المشرع الوطني و ليس لها أية صفة دولية ولا يمكن توحيدها بين مختلف الدول.

أثناء هذا الجدال خرج كل من "كاهن و بارتان" بمسألة التكييف كحجة قاطعة للمدرسة الوضعية، و أرجع كل التكييف إلى قانون القاضي وقالوا باستحالة الرجوع إلى قانون أخر من أجل تكييف العلاقة المراد إسنادها إلى قانون موضوعي معين [23] .

على هذا الأساس قامت المحاكم الفرنسية بتكييف الحق الذي أدعته الزوجة على عقارات زوجها في قضية ميراث المالطي، وفقا للقواعد العامة في القانون الفرنسي و هكذا قد برر "بارتن" نظريته و هو خضوع التكييف لقانون القاضي إلى فكرة السيادة قائلا: "إن المشرع الوطني وهو يسمح عن طريق قواعد الإسناد بتطبيق قوانين أجنبية بواسطة محاكمه، إنما يتنازل في الواقع عن جانب من سيادته، و على هذا الأساس فإن تحديد نطاق ذلك التنازع و معرفة متى يجب إعمال قاعدة الإسناد إنما يجب الرجوع فيه إلى قانون الوطني نفسه لأنه هو الذي يمكن أن يوضح نطاق سيادته و مدى قبوله لتدخل القواعد الموضوعية للقوانين الأجنبية التي يقبل إدخالها في إطار تنظيمه القانوني [24] .

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

---

[23] جمال مرسي بدر، "التكييف في تنازع القوانين"، مجلة المحماة المصرية، العدد الأول، منشورة،مصر، العدد 40، د.س.ن، ص31.

[24] بلمامي عمر، المرجع السابق، ص172.

إذا كان المشرع الوطني قد سمح مثلا بإخضاع أهلية الشخص إلى قانون جنسيته و يكيف المسألة محل النزاع و إدخالها في فكرة الأهلية، يكون تحديد لنطاق تطبيق القانون الأجنبي وبالتالي تحديد السيادة التي يخضع لها القانون [25].

أيضا وفقا للمفاهيم السائدة في قانونه، لأنها هي بذاتها التي يتحدد بمقتضاها الإطار الفعلي لتطبيق

القوانين الأجنبية بوصفها اجتزاء من السيادة الإقليمية لتطبيق القانون الوطني [26].

وعلى ذلك إذا خضع المشرع الوطني الأهلية مثلا لقانون جنسيته الشخص وقت إبرام التصرف فإن تحديد مفهوم فكرة الأهلية وما يندرج تحتها– وهذا هو جوهر التصنيف– يتم الجوع لقانون القاضي لأن هذا التحديد يكشف عن نطاق تطبيق القانون الأجنبي بما فيه من معنى التنازل عن السيادة لقانون أخر، والتكييف هو الوسيلة التي بمقتضاها يتحدد مقدار هذا التنازل ونطاقه، وذلك لا يتم إلا بالرجوع لقانون القاضي.

وإخضاع التكييف لقانون القاضي عند **"بارتن"** هو قاعدة مطلقة سواء كان التنازع في التكييف بين قانون القاضي وقانون أجنبي كما هو الشأن في وصية الهولندي و ميراث المالطي أو كان واقعا بين قانونين أجنبيين كأن يجري النزاع أمام القضاء الفرنسي في وصية هولندي تمت في إيطاليا مثلا، فتحديد طبيعة المسألة للوقوف على قاعدة الإسناد أمر يتعين ألا يختلف باختلاف القوانين التي تتنازع حكم العلاقة القانونية و بصرف النظر عما إذا كان القانون الوطني من بينهما أم لا [27].

[25] بلمامي عمر، المرجع السابق ، ص73.

[26] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص113.

[27] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص113.

الفرع الثاني

حجج الفقه الحديث في إخضاع التكييف لقانون القاضي

امن الفقه الحديث بما قام به "**بارتن**" من أصل هو إخضاع التكييف لقانون القاضي و إن إختلف معه في الأساس الذي بنى عليه نظريته، فليس صحيحا عندهم أن تنازع القوانين هو تنازع بين السيادات، فالمشرع الوطني إذ يجيز تطبيق قانون أجنبي بمقتضى قواعد التنازع، فإنه لا يتنازل عن قدر من سيادته ولا ينتقض منها، إنما يتقرر إعماله بوصفه أكثر القوانين المتراحمة إتصالا بالعلاقة وأكثرها ملائمة لحل المنازعات ذات الطبيعة الخاصة الدولية، وقد ساق الفقه جملة من الاعتبارات أن فيها الأساس السليم والمبرر المقبول لإخضاع التكييف لقانون القاضي وأهم هذه الحجج ما يأتي:

أولا: حجة ذات طابع قانوني

جوهر هذه الحجة أن التكييف في القانون الدولي الخاص لا يعدوا في العمق أن يكون مسألة تفسير لقاعدة الإسناد، فإذا نص المشرع الوطني على أن الميراث يحكمه قانون جنسية المتوفى، وإن "الشكل" يحكمه قانون محل الإبرام، وأن الأهلية تخضع لقانون جنسية الشخص، فإن تحديد المقصود بكل فكرة من هذه الأفكار القانونية المجردة "الأهلية" و"الشكل" و "الميراث" و ما يندرج تحت إطار كل منها هو تفسير لقاعدة الإسناد.

ولما كانت قاعدة الإسناد قاعدة وطنية يصوغها المشرع الوطني في كل دولة بيديه، فإن تفسير هذه القاعدة يرجع فيه إلى واضعها، فهو أعلم بها من غيره و أدرى بما يجب أن تحويه من مضمون، إنه وحده الأعرف بما يقصده بالأفكار التي يستعملها [28].

[28] صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، (دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص114

وإذا إنتقلنا من مجال التعميم إلى التخصيص، وتلفقنا الأمثلة التي ذكرناها و أجرينا عليها هذا التحليل أمكننا أن نقرر: أنه يجب الرجوع إلى القانون الفرنسي– قانون الدولة التي طرحت المنازعات أمام قضاتها لمعرفة المقصود بفكرة الشكل و ما إذا كان يعتبر مسألة إجراء وصيته في فرنسا في الشكل الخطي، مندرجا في مضمون فكرة الشكل أم لا، كما يجب تفسير ما إذا كانت المطالبة "بنصيب الزوج المحتاج" الذي تطالب به الزوجة الباقية على قيد الحياة بعد وفاة زوجها مندرجا في مضمون فكرة الميراث أم في فكرة النظام المالي للزوجين، بديهي أنه لا يمكن تفسير قاعدة الإسناد في دولة من الدول إلا بالرجوع إلى قانون هذه الدولة ذاتها المقصود بكل فكرة من الفكر التي يشملها، وهكذا يمكن القول بصفة عامة أنه يلزم الرجوع إلى قانون القاضي لتحديد مشتملات الطوائف القانونية التي يضعها [29].

ثانيا: حجة ذت طابع علمي

فلاشك أن إعمال التكييف بالرجوع إلى قانون القاضي هو وحدة الحل الذي يجنبنا الدوران في حلقة مفرغة، إذا ما دمنا قد سلمنا بأن التكييف أمر لازم لتحديد القانون الواجب التطبيق، فإنه يتعين أن يتم الرجوع إلى قانون أجنبي، فنحن في مرحلة مازلنا نجهل هذا القانون بل وقد نجهل من الأصل ما إذا كان لقانون أجنبي معين هو المختص بحكم هذه العلاقة أم لا، ومتى كان من المعتذر قبل القيام بالتكييف تعيين القانون الذي يحكم النزاع المطروح أمام القاضي الوطني فلا مناص من الرجوع لقانون القاضي لإجراء التصنيف على مقتضاه، ففي قضية وصية الهولندي مثلا لو قلنا بأنه كان يتعين على القاضي الفرنسي أن يكيف المسألة المطروحة بيانا لما إذا كانت متعلقة بالشكل أم الأهلية، بالرجوع إلى القانون الهولندي فإن الأمر يفترض بداء أن هذا القانون هو الواجب التطبيق، و مثل هذا الافتراض يتعذر التسليم به، فالقانون الواجب التطبيق لا يمكن معرفته

[29] المرجع نفسه ، ص110 .

إلا إذا أجرينا عملية التكييف بوصفها مسألة أولية سابقة على تحديده، وسلمنا بأن الحظر الذي يفرضه القانون الهولندي على مواطنيه ومنعهم من إفراغ الوصية [30] .

ثالثا: حجة ذات طابع نفسي

فالقاضي المطروح عليه النزاع يتأثر دون شبهة من شك عند قيامه بإجراء التكييف، و يحكم ثقافته و عقليته ومهارته التي ترسبت في أعماقه ببيئته القانونية والنظام القانوني الذي يعيشه ويحياه، والحال كذلك فإن هذا القاضي يتمثل بالضرورة عند قيامه بالتكييف، الأفكار السائدة في دولته.

هذا المعنى صاغه الفقيه "**بارتن**" بقوله: " إن المبادئ السائدة في دولة القاضي تعد جزءا لا ينفصل عن ذكائه المهني"، ولهذا السبب يقدر الشرح أن التكييف هو عملية استدلال عقلي يستعين فيها بثقافته ومعارفه القانونية، عملية اجتهادية تحتاج من القاضي إلماما واسعا و عميقا بالأصول التشريعية التي يقوم عليه قانونه [31].

رابعا: حجة منطقية تفرضها طبيعة الأشياء

مفاد هذه الحجة وحدة التكييف عند إعمال قاعدة التنازع وعند تطبيق القاعدة المادية، فلا يجب أن يتغير وصف التكييف واحد بحيث يجري وفقا لقانون واحد هو القاضي الناظر بالنزاع، فلا يمكن مثلا أن يعتبر القاضي حالة قانونية واحدة داخلة في فئة الشكل عندما طبقت قاعدة التنازع، ثم عاد واعتبرها داخلة في فئة الأهلية كيفها لتطبيق القواعد الموضوعية[32].

[30] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق ، ص118.

[31] المرجع نفسه، ص118.

[32] عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 59.

المبحث الثاني

إعمال قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي

يشمل القانون الداخلي لكل دولة طوائف من النظم القانونية كالأهلية و شكل التصرف و الزواج و الميراث و الوصايا، فهل يأخذ القاضي بالتقسيمات المنصوصة في قانونه و بأفكارها و تعارفها و مفاهيمها عند تعيين طبيعة العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي كي يكشف عن قاعدة الإسناد التي تعين القانون المختص، و يرى الفقهاء أن تقسيمات القانون الداخلي تطبق ذاتها عند تحديد طبيعة العلاقة القانونية ، و رغم ذلك فلا بد من بعض المرونة في تحديد مفهوم قواعد الإسناد الوطنية لأنها خصصت لإيجاد حل لكافة المنازعات ذات الطابع الدولي ، و الواقع الدولي هذا يفرض على القاضي أن لا يقف عند مدلولات القانون الداخلي حرفيا بل عليه أن يتوسع في مفهومها حتى يثمن من إدخال الأفكار التي تقوم عليها جميع النظم في القوانين الأجنبية الغير المعروفة في قانونه و ذلك تمهيدا لإسنادها للقانون المناسب [33] **(المطلب الأول)**.

فقبل مرحلة الإسناد يقسم بارتن التكييف إلى مرحلتين أو صورتين هما التكييف الأولي أو السابق كمرحلة أولى، و التكييف الاحق أو الثانوي كمرحلة ثانية **(المطلب الثاني)**.

[33] الهداوي حسن ،القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين ،(المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الاردني)دراسة مقارنة، ط2، دار الثقافة ، عمان ،1997، ص61و62.

المطلب الأول

حدود تطبيق قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي

رغم أن "بارتن" أكد أن التكييف مسألة أولية لازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق يتم بالرجوع إلى قانون القاضي لم يأخذ بالنظرية على نحو مطلق[34]، بل أورد عليها بعض الاستثناءات التي يخضع فيها التكييف لقانون غير قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع.

و سنحاول استعراض هذه الاستثناءات ،مع الإشارة إلى أن بعض الفقهاء يرى أن بعض هذه الاستثناءات ظاهري أكثر منه حقيقي **(الفرع الأول)**، و أن بعض هذه الاستثناءات لا وجوب له على الإطلاق**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

إستثناء بارتن من القاعدة

ليس هناك لجوء إلى التكييف وفقا لقانون القاضي في بعض الحالات ، لأن المسالة لا تتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق ما دام القانون الواجب التطبيق معروف و يظهر ذلك عندما يتعلق الأمر بالأموال عقار أم منقول[35]، و بعد أن صاغ "بارتن" نظريته الخاصة بالتكييف و أخضعه لقانون القاضي أدرج عليه إستثناء يتعلق بوصف الأموال قائلا إن تقسيم المال إلى منقول و عقار و تحديد صفته يجب أن يخضع كإستثناء لقانون موقع هذا المال و ليس لقانون القاضي الناظر في النزاع وفقا للقاعدة العامة .

[34] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ،ص82.

[35] عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين ،الجزء الاول، ط2،دار هومة ، الجزائر،2007،ص106.

أولا: تحديد الاستثناء

يعتبر "بارتن" أن تكييف المال منقول أم عقار لا يخضع لقانون القاضي وإنما لقانون موقعه، وإعتبر ذلك استثناء من التكييف وفقا لقانون القاضي ، ويبرر ذلك بما يستلزم إليه كسب الحقوق العينية من طمأنينة استقرار و المعاملات[36]. فكل ما يتصل بنظام الأموال يجب أن يخضع دائما لقانون موقعها تحقيقا لهذا التقدير.

وفي الحقيقة أن هذا الحصر الذي وضعه "بارتن "على نظريته لا يعتبر بدوره إستثناء حقيقيا منها في جميع الحالات، إذ قد لا يطرح وصف المال و ما إذا كان يعد في حكم العقار أو المنقول إلا في فترة لاحقة على الإسناد ، أي في مرحلة تطبيق القانون المختص[37].

لكن إذا إختلف القانون المختص بحكم المال وفقا للوصف الأخير سواء كان عقار أو منقول، مثل هو الحال في القانون الفرنسي الذي يخضع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفى والميراث في العقار لقانون موقعه، إذ يكون لهذا الإستثناء تأثير على القانون الذي يحكم المال المتنازع عليها ، لأنه يختلف وفقا للقانون الذي يتم تكييفه بموجب ذلك فإن هذا الإستثناء إستثناء حقيقي.

وإنتقد قسم كبير من الفقه هذا الإستثناء على أساس أن ضمان المعاملة لا يحتاج بالضرورة الإنحراف على مبدأ خضوع التكييف لقانون القاضي، وهذا الإستثناء سيعطي تفسيرا لقاعدة الإسناد في قانون القاضي أكثر مما يريده المشرع الذي وضعه، ذلك انه إذا كان المشرع قد طرح العقار لقانون وجوده مثلا فإن التكييف الذي يتم وفقا لقانون مكان تواجده قد يجهل القاضي تطبيق قانون مكان تواجده على ما لا يعتبر عقارا وفقا لقانونه، وفي الأخير عندما يكون المال موجود في إقليم

[36] أعراب بلقاسم، المرجع السابق ،ص84.

[37] هشام علي صادق ،حفيظة السيد الحداد ، دروس القانون الدولي الخاص ، الباب الأول الجنسية ،دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية،2000،ص66.

أكثر من دولة ويختلف تحديد طبيعته من قانون إلى أخر يكون الأخذ بهذا الاستثناء صعب ويؤدي إلى تنوع قواعد الإسناد و تنازعها بشأن نفس النزاع[38].

لكن تكييف المال ليس الإستثناء الوحيد على قاعدة التكييف وفقا لقانون القاضي، بل هناك إستثناءات أخرى لم يتعرض لها "بارتن" صراحة، منها وصف الفعل إن كان جريمة جنائية أو مدنية يخضع لمكان وقوع ذلك الفعل، كذلك في حالة وجود معاهدة دولية بين دولة القاضي والدولة الأجنبية تنص على تكييف بعض المسائل وفقا لأحكام تلك الإتفاقية أو وفقا لقانون آخر حدد في ذات الإتفاقية، أو عندما يتعلق التكييف بنظام قانوني أجنبي غير معروف في دولة القاضي(الإستحالة المادية)،خاصة أن هذه الإستثناءات مجسدة أيضا في القانون الجزائري، فإنه حتما يخضع للقانون الأجنبي الذي يعرف هذا النظام.

ثانيا: تكريس الإستثناء في القانون الجزائري

تنص المادة 17 من القانون المدني الجزائري "**يخضع تكييف المال، سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها.**

و يسرى على الحيازة و الملكية و الحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار، و يسرى على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها "[39] .

يبرر الفقهاء تطبيق قانون الموقع على العقار بأنه يعتبر جزء من إقليم الدولة التي تمارس عليه سيادتها، و إقليم الدولة هو أهم ركن من أركان قيامها، فيجب أن يطبق عليه قانون الدولة نفسها[40].

[38] أعراب بلقاسم، ، المرجع السابق ، ص85.

[39] أنظر المادة 17 من الأمر 75-58، يتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

[40] بلمامي عمر ، المرجع السابق،ص186.

تخضع الأموال لقانون الموقع الذي توجد فيه، و بالتالي فان تكييف الأموال لمعرفة أهي منقولات أو عقارات يخضع لقانون المكان الذي يوجد فيه المال، و لا يخضع لقانون القاضي المطروح أمامه النزاع.

و إن نصت المادة 17 من القانون المدني الجزائري على أن العقارات تخضع للقانون الذي توجد به، فإنه فيما يتعلق بالمنقولات فإنها تخضع لقانون البلد التي توجد به وقت تحقيق السبب، إذ لم يكن المال موجودا فعليا ضمن الإقليم الجزائري، نظرا لوجوده ضمن إقليم أجنبي تحت ولاية

قانون يكفيه بصفته عقارا، أي أن التكييف بصفته منقول أو عقار يعتبر حينئذ تكييفا "من الدرجة الثانية " و لا يعود إلى قانون القاضي و إنما إلى القانون المختص بحكم العلاقة [41].

و قبل تعديل القانون المدني في 2005 لم يكن المشرع الجزائري يأخذ بالإستثناء الذي أتى به "بارتن" لكن بعد التعديل جسد أيضا هذا الإستثناء في المادة 17 من القانون المدني.

الفرع الثاني

الإستثناءات الواردة من القاعدة

إن القائلين بإخضاع التكييف لقانون القاضي، لم يتبنوا جميعهم بالنظرية على أكملها بل ادخلوا عليها بعض الاستثناءات التي يتقدم فيها التكييف لقانون غير قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع[42].

أولا: حالة وجود المعاهدات الدولية

إن هذا الإستثناء هو عندما تنص معاهدة بين دولة القاضي و دولة أجنبية على أن التكييف يجب أن يخضع لقانون آخر غير قانون القاضي، ففي بعض الأحيان قد ترد قاعدة الإسناد في

[41]ISSAD Mouhand, Droit international Privé, Les règles de conflits, 2eme édition, Office des Publications Universitaires, Alger, 1983, p150.

[42] بلمامي عمر ، المرجع السابق،ص185.

معاهدة دولية، و ليس هناك شك إذ اتفق في المعاهدة صراحة على تكييف معين وفق قانون معين فمن الضروري العمل بهذا القانون احتراما للمعاهدة، و هذا أمر منطقي إذ تعتبر المعاهدة جزءا من القانون الداخلي ، و يمكن القول أن القاضي قد تخلى عن تكييف العلاقة القانونية ضمن النطاق المذكور في المعاهدة[43].

نصت المادة 21 من القانون المدني الجزائري على انه: **"لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك، في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر "**[44]

توجد المادة 9 ضمن النمط المشار إليه في المادة21 إذا كانت المعاهدة الدولية نصت على التكييف حسب أحكامها يجب على القاضي تكييفها وفقا لهذه الأحكام، ما لم تنص المعاهدة على خلاف ذلك.

ونصت المادة 14 من المعاهدة الفرنسية الايطالية المبرمة سنة 1930، والمتعلقة بتطبيق الأحكام الأجنبية على أن الطبيعة التجارية للدعوى المرفوعة أمام القضاء "والتي تكلمت عنها المعاهدة تحدد تبعا لقانون الدولة التي رفعت فيها هذه الدعوى"[45].

هناك معاهدات نظمت قواعد خاصة بالتكييف مثل معاهدة **"مونترو MONTREAUX"**المؤرخة في 8 ماي 1937، والتي ألغت الامتيازات الأجنبية في مصر، وحددت هذه المعاهدة معنى مواد الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب، وأخضعت المواد التي تعتبر من صنف الأحوال الشخصية لقانون الجنسية بهم[46].

و تتمثل هذه المواد التي حددتها المادة 16 من هذه المعاهدة في:"الأحوال الشخصية، أي كل المسائل المتعلقة بالزواج، والعشرة الزوجية، والدوطة، والأبوة، والبنوة، والتبني، وأهلية

---

[43] هشام علي صادق،تنازع القوانين ،(دروس في القانون الدولي الخاص)، ط3، الدار الجامعية ،القاهرة،1987،ص62.

[44] أنظر المادة 21 من الأمر 75-58، يتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

[45] جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين،د.د.ن، القاهرة، 1970، ص.226

[46] المرجع نفسه.

الأشخاص ، و سن الرشد ، و الوصاية ، و القوامة ، و الحجر ...الخ" كما تقدمت المادة الخامسة من نفس المعاهدة إلى تعريف دقيق لجميع القضايا التي تقع في إطار الأحوال الشخصية[47] .

أشارت إلى موضوع التكييف بعض الإتفاقات الدولية المبرمة بين الجزائر و دول أخرى مثل الإتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و المملكة المغربية لتجنب الازدواج الضريبي و وضع قواعد المساعدة المتبادلة في مجال الضريبة على الدخل و الثروة، الموقعة في الجزائر يوم 25 جانفي 1990[48].

يرى الأستاذ "بارتن"أنه في هذه الحالة يتولى القاضي في كل دولة إجراء التكييف اللازم لتطبيق قاعدة الإسناد على ضوء ما تقضي به النظم القانونية الداخلية في كل دولة ، و ذلك لأن أحكام المعاهدة تندمج في القانون الداخلي و تصبح جزءا منه ، و من ثم تخضع للتكييف الذي يؤدي إليه هذا القانون [49].

ثانيا: تكييف الإلتزامات التعاقدية

أدخل الأستاذ "بارتن" على نظريته إستثناء ثالث يتمثل في تكييف الإلتزامات التعاقدية فأخضعها لقانون الإرادة ، إذ يجب حسب قوله ألا نفرض على الأفراد تكييفا معينا للتصرفات التي يبرمونها، فإذا كانت قاعدة الإسناد تترك للأفراد حرية إختيار القانون الذي يحكم تعاقداتهم ، فمن باب أولى أن تترك لهم حرية إختيار القانون الذي يحدد طبيعة هذه العقود ، أي أن تكييف التصرفات التعاقدية يخضع لقانون الإرادة [50].

[47] بلمامي عمر ،المرجع السابق،ص202.

[48] المرجع نفسه ،ص 203.

[49]NIYBOYET J-P, Cour de droit international Privé français, 2 édition, Paris, 1949, P464

[50]BARTIN Etienne, Principes de droit international Privé, selon la loi et jurisprudence française, Paris, 1930, p606.

و أساس هذا الإستثناء هو الطابع الإتفاقي للعلاقات التي يتناولها و المترتب على إستقلال إرادات الأطراف في هذا الشأن[51] .فكأن قاعدة الإسناد لا تنطبق إلا على العلاقات القانونية التي تخضع بصفة إلزامية لقانون معين ، و لكن ليست كل هذه العلاقات تخضع لتلك القاعدة ، إذ أن "بارتن" يقيد مرة أخرى نطاقها[52]ا.

في بيان مضمون تلك القاعدة و تبرير مداها ذهب البعض في هذا المعنى إلى انه ليس زائفا اجتماعيا و لا شاذا من الناحية القانونية الاعتراف للأفراد بالنسبة لعملياتهم أو تصرفاتهم الخاصة بالاستقلال الذي يمكن اعتباره طبيعيا بكل المعنى الدقيق للكلمة[53].

و ينبغي الإشارة إلى أن مجال مبدأ استقلال الإرادة أكثر امتدادا في القانون الدولي الخاص عنه في القانون الداخلي، حيث نجد في القانون الداخلي أن الأفراد لا يمكنون الهروب من المسائل القانونية التي نسقها المشرع على شكل آمر، لان القواعد الآمرة في القانون الداخلي تعتبر من قواعد النظام العام التي لا يسمح للأفراد الاتفاق على مخالفتها .

و قد إستقر الفقه منذ زمن بعيد في القانون الدولي الخاص على قاعدة مقتضاها أن الأطراف أنفسهم هم الذين يحددون القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهم ، أو على ما يقرره الفقه التقليدي هم الذين يعملون قانونهم و تلك قاعدة من القواعد تنازع القوانين[54].

المطلب الثاني

مراحل التكييف عند الفقيه بارتن

التكييف عملية ذهنية يقوم بها القاضي للنظر في كل مشكل قانوني قبل أن يورده ضمن فئة من الفئات القانونية المناسبة له و ذلك عن طريق تشخيص المعطيات التي ادعت المشكل ، و

[51] حامد زاكي ، القانون الدولي الخاص ، ط 2، القاهرة،1940،ص208.

[52] إبراهيم احمد إبراهيم، دراسة في القانون الخاص الأمريكي المقارن بالقانون المصري و القوانين الأوربية، دراسة مقارنة ، القاهرة ، 1989،ص73.

[53] F.DEBY-Gerard, Le rôle de la règle de conflit en droit international Privé, 1980, P255.

[54] بلمامي عمر ،المرجع السابق،ص196.

الخصائص التي تميزه فالتكييف إذن هو المرحلة الأولى التي يبدأ بها رجل القانون وصفه للعلاقة القانونية ، فهو مفتاح كل القضايا التي تطرح أمام القاضي[55].

فصل "بارتن" التكييف إلى مرحلتين مرحلة التكييف الأولي أو السابق ومرحلة التكييف اللاحق أو الثانوي و فرق بينهما أن الأول هدفه الإهتداء إلى قاعدة الإسناد التي تدخل تحتها المسألة القانونية المطروحة لمعرفة القانون المختص بحكمها(**الفرع الأول**)، و الثاني هو الذي يتطلبه القانون الذي عينته قاعدة الإسناد بعد الإهتداء إليها(**الفرع الثاني**). فالتكييف الأولي هو الذي يخضع لقانون القاضي، أما التكييف الثانوي فيخضع للقانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد[56].و سنتناول أيضا موضوع إشكالية الإستحالة المادية و مضمونها في (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول

التكييف الأولي

يعني بالتكييف الأولي أو السابق التكييف المطلوب لإعمال قاعدة الإسناد و تعيين القانون الواجب التطبيق، أو بمفهوم أخر هو وصف المركز القانوني محل النزاع و إدخاله في أحد الفكر المسندة،تحضيرا لإعمال قاعدة الإسناد المختصة، فالتكييف الأولي يتركز أساسا على إبراز الضوابط الموضوعية لقانون دولة القاضي[57] .

وهذا التكييف يخضعه "بارتن" لقانون القاضي، وإذا أكمل القاضي إجراء التكييف الواجب لإعمال قاعدة الإسناد ، وحدد له ثبوت الاختصاص للقانون الأجنبي يلزم العودة إلى هذا القانون في جميع التكييفات اللاحقة التي تعطي له بمناسبة إعماله[58].

---

[55] بلمامي عمر،المرجع السابق ،ص133.

[56] اعراب بلقاسم ،المرجع السابق،ص83.

[57] بلمامي عمر،المرجع السابق،ص135.

[58] صلاح المقدم ،تنازع القوانين في سندات الشحن و مشارطات إيجار السفينة ، دراسة مقارنة في القانون البحري ، دار الجامعية ،بيروت ،1981،ص163.

ويقول الدكتور عبد الحميد أبو هيف في هذا المعنى: "أن التكييف الأولي أو المبدئي أو التكييف الإجمالي هو وضع العلاقة القانونية في دائرة قاعدة من القواعد التي قررها القانون الدولي الخاص المعمول به عند القاضي، ومتى عرفنا أن العلاقة القانونية يحكمها بناءا على التكييف المبدئي هو قانون جنسية المتوفى مثلا فتنتقل إلى هذا القانون، ومنه نطلب الحكم في هذه العلاقة "

ويتبين لنا مما سبق أن ما يسمى بالتكييف الأولي أو السابق هو ذلك التكييف الذي يكون من صلاحية قانون القاضي، ليدخل به العلاقة المعروضة أمامه تحت قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص المختص بحكم العلاقة القانونية موضوع النزاع ، فالتكييف القانوني اللاحق يكون بمقتضى القانون الذي يحكم العلاقة ، ولا دخل لقانون القاضي بهذه العلاقة بعد ذلك بأي وجه من الأوجه[59].

الفرع الثاني

التكييف اللاحق

يعني بالتكييف اللاحق أو الثانوي تلك التكييفات التي تأتي في فترة لاحقة على مرحلة الإسناد، يعني التي تأتي عند تنفيذ القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه ،و يسمى على التكييف اللاحق أو الثانوي بالتكييف الموضوعي و هو الذي يشير إلى القواعد اللازمة التنفيذ على العلاقة أو الوضعية موضوع النزاع [60].

لا يعرض هذا النوع من التكييف لقانون القاضي، وإنما يعرض للقانون المختص، وقد كان "بارتن" في بداية معالجته لمشكلة التكييف يعرض التكييفات اللاحقة أو الثانوية للقانون المختص بحكم النزاع، استثناء من النظرية العامة في إخضاع التكييف لقانون القاضي، ثم عاد في أبحاثه اللاحقة فظهر أن هذا الوضع لا يشمل أي استثناء حقيقي من القاعدة العامة، فالتكييف الذي

[59] بلمامي عمر ، المرجع السابق ، ص 136و137.

[60]MAURY Jacques, Les règles générales des conflits de lois, Recueil des Cours, 1936, p469.

يعرض لقانون القاضي هو التكييف الأولي أو السابق فقط [61]،لأنه هو وحده الذي يتصل في نظر "بارتن" بفكرة السيادة التي هي أساس نظريته.

أما التكييف اللاحق أو الثانوي فإنه لا يتعلق بسيادة الدولة التي طرح النزاع أمام محاكمها[62].

إذن فالتكييف اللاحق أو الثانوي يكون من إختصاص القانون الأجنبي، فإذا قدر قانون القاضي بعد إتمامه من التكييف الأولي، أن وقائع مسألة معينة تمثل مثلا: جنحة فإنه يعطي الإختصاص إلى قانون المكان الذي وقع فيه الضرر ، و يقرر هذا القانون نوع الخطأ الذي قام به فاعله ، سواء كان هذا القانون قانون القاضي نفسه أو قانونا أجنبيا .

و مع ذلك و على الرغم من الترويج لهذا الحل في معظم الفقه التقليدي وإعتماده من قبل العديد من التشريعات الدولية إلا أن الفقه الحديث يرفض التميز بين التكييف اللاحق و التكييف السابق ، فحسب أراء أصحاب هذا الرأي فالتكييف لا يخلو أن يكون وصف قانوني للمركز أو العلاقة محل النزاع ، تحضيرا لإدخاله في إحدى الفكر المسندة في قانون القاضي ، و لا يكون التكييف صحيحا على الوجه السابق إلا على ما سماه "بارتن" ومن اخذ به من الفقهاء بالتكييف السابق أو الأولي [63].

أما بهذا المعنى فالتكييف اللاحق لا يعتبرا تكييفا، ولكن هو مجرد تطبيق للقانون الأجنبي المختص[64].

وفي الحقيقة حتى لو سلمنا جدلا بالأخذ بالتكييف اللاحق أو الثانوي، عندما يكون قانون القاضي ذا تنظيم آمر، فقد يتعارض هذا الرأي باستحالة علمية، وفي هذه الحالة يجد القاضي نفسه ملزما بالامتثال للتكييف اللاحق أو الثانوي إلى قانونه الوطني.

---

[61] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص137.

[62] BARTIN Etienne, op.cit, p234.

[63] بلمامي عمر ، المرجع السابق، ص 138.

[64] هشام علي صادق، المرجع السابق ،ص45.

المطلب الثالث

إشكالية الإستحالة المادية

إن الأنظمة القانونية تختلف من دولة إلى أخرى و بعض المجتمعات لا تعرف الأنظمة القانونية التي تنظم المجتمع الآخر خاصة في إختلاف الأحوال الشخصية التي تتأثر بالدين و العادات و التقاليد ، فلكل مجتمع قانون خاص به ينظمه، ففي حالة عرض نزاع مشتمل بعنصر أجنبي على القاضي الجزائري يجهله نظامه القانوني ، إذن ما هو السند القانوني الذي يسند إليه القاضي في مثل هذه الحالة ، و ما هو التكييف الذي يتبعه إذا كان قانونه يجهله ؟

الفرع الأول

مضمون الإستحالة المادية

في تكييف العلاقة موضوع النزاع بمقتضى قانون القاضي بحجة جهله النظام القانوني المطلوب وصفه من قبل القاضي و فيها يعطي الإختصاص لقانون آخر غير قانون القاضي فالوقف و المهر مثلا مجهولات من طرف المجتمعات الغربية و قد تؤدي الجهالة إلى صعوبات عملية و فنية في التوصل إلى إستنتاج الوصف القانوني لنزاع متعلق بمثل هذه الأنظمة التي لم ينظمها قانون القاضي[65].

و أحسن مثال عن الإستحالة المادية مبيننا كيفية التوصل إلى تكييف العلاقة القانونية برز إثر دعوى رفعها أحد رعايا مالطا إلى محكمة الجزائر التي طالب فيها بحق (4/1 الزوج الفقير) و هو نظام قانوني يكرسه القانون المالطي، إلا أنه غير معروف من قبل القضاء الفرنسي (قانون القاضي) المطبق ذلك الوقت في الجزائر و تعذر على القاضي أن يصف العلاقة المطروحة هل تدخل في فئة النظام المالي للزوجين ،أم في فئة الشركات لأن القانون المطبق يختلف في الحالتين ،إذ يخضع النظام المالي لقانون الموطن للزوجية و الإختصاص في الشركات

[65] الهداوي حسن ، ،المرجع السابق ،ص63.

إلى قانون موقع العقار ، و اضطرت المحكمة إتجاه هذه الإشكالية الناشئة من عدم وجود مثل هذا النظام في قانونها إلى أن تتخلى عن التكييف لقانون آخر و هو قانون جنسية المدعى أي "قانون مالطا"[66].

و كيفت محكمة إستئناف الجزائر هذه القضية على أساس أنها متعلقة بالميراث، و ذلك في حكمها الصادر بتاريخ: 24 ديسمبر 1889[67].

الفرع الثاني

تقدير الإستحالة المادية

في حالة الاستحالة المادية يناشد الكثير لفكرة تقديم الاختصاص في التكييف لقانون أخر غير قانون القاضي، و لم يمنع البعض الآخر من معارضتها و مطالبة إلى إبقاء الاختصاص في التكييف لقانون القاضي[68].

لذلك إعتبر الفقهاء المؤيدون لتطبيق القانون الأجنبي أن عدم معرفة الأنظمة القانونية من طرف قانون دولة القاضي قد يسبب صعوبات عملية و فنية في إستنتاج الوصف القانوني السليم لنزاع متعلق بشكل هذه الأنظمة [69].

أما بالنسبة للفقهاء المساندين بإعمال قاعدة قانون القاضي بإعتبار أن الأنظمة التي تعتبر مجهولة في دولة القاضي إستثناء ، فالتكييف في نظر هذا الرأي يجب أن يتم دائما وفق قانون القاضي حتى لو تعلق الأمر بأنظمة قانونية أجنبية مجهولة في هذا القانون فإذا كان القاضي يعمل دائما بتكييف العلاقات المجهولة في قانونه ليعرف إلى أي طائفة قانونية يمكن أن تنتمي و حتى يطبق عليها القاعدة القانونية الواردة في الخصوص و ليحكم ما إذا كانت صحيحة أو باطلة

[66] GUTMANN Daniel, Droit international Privé ,2éme édition, Dalloz, Paris, 2000, p530

[67] بلمامي عمر، المرجع السابق ، ص79.

[68] الهداوي حسن ، المرجع السابق،ص 74.

[69] بلمامي عمر، المرجع السابق ، ص 198.

تحديد الزواج بواحدة في بعض الدول و حظر تعدده في أنظمتها القانونية لا يحظر قاضي تلك الدولة من تقدير الزواج بأكثر من واحدة المنصوص عليه في قانون دولة أخرى كنوع من أنواع الزواج و من تم ينفذ على العلاقة الزوجية الثانية القواعد الخاصة بالزواج[70].

فإن الوصف السليم للعلاقة القانونية الغير المعروفة في النظام القانوني لدولة القاضي لا يتحقق إلا إذا تم وفقا للقانون الأجنبي الذي ينظمها أو الاستعانة بالنظام المقارن في معرفتها و ليس وفقا لنظام يشابهها من أنظمة قانون القاضي.

وهناك بعض الأمثلة على ذلك من قواعد الشريعة الإسلامية كالعدة والطلاق البائن، البينونة الكبرى والمهر، فإنه لا يمكن فهم مثل هذه الأنظمة إلى بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية وإنما يتضمن كل الأنظمة التي لا يعرفها قانون القاضي[71]

[70] جابر جاد عبد الرحمن، المرجع سابق، ص233.

[71] بلمامي عمر، المرجع السابق، ص200.

الفصل الثاني

التوسيع من إعمال قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي

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 إحدى الفئات المسندة المنصوص عليها فيه. ولذلك يرى الفقه الحديث بأنه لا مناص من التوسع في مفهوم الفئات الداخلية لتشملها، ففرنسا مثلا تعرف فقط الزواج الأحادي.

فإذا ما طرح على القاضي نظام للزواج مخالف له يعترف مثلا بتعدد الزوجات، فعليه أن يتوسع في مفهوم الزواج عنده ليشمل هذا النظام الغريب عنه. و كذلك إذا ما طرحت عليه مسألة طلاق بالإرادة المنفردة المجهولة في نظامه فعليه أن يوسع من مفهوم الطلاق المعترف به في قانونه ليشملها، وهكذا...

وبذلك نرى بأن الفقه الحديث قد أخرج نظرية بارتن من إطارها الضيق وجعلها بمفهومها الحديث تتجنب ما وجه إليها من نقد. فمن جهة جعل في إمكان القاضي قبل التكييف وفقا لقانونه القيام بتحليلها وفقا للقانون الذي نص عليها للكشف عن عناصرها الأساسية قصد معرفة طبيعتها التي تسمح له بإعطائها الوصف القانوني الصحيح(**الفصل الأول**).

ومن جهة أخرى قام بالتوسيع في الفئات المسندة الداخلية لتشمل أنظمة قانونية أجنبية غير معروفة. فأصبحت بذلك نظرية " بارتن " بمفهومها الحديث مستجيبة للاعتبارات الدولية، ومتجنبة ما اتهمت به من المغالاة في الوطنية (**الفصل الثاني**).

المبحث الأول

إخضاع التكيف للقانون الذي يحكم النزاع

بالرغم من سيادة **بارتن** في مسألة تكييف القانون،خاصة من قبل القضاء إلا أنها لم تلقي إجماعا من قبل الفقه وعدو أن هذا يعطي اختصاصا واسعا للقانون الوطني لا مبرر له ونادي الفقهاء إلي توسيع الاختصاص إلي قانون أجنبي المزمع تطبيقه على موضوع النزاع.

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

المطلب الأول

مضمون نظرية إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع

تزعم هذه النظرية الفقيه "**ديسباني despanet**" في فرنسا و "**pachini**" في إيطاليا وولف "**wolf**" في ألمانيا ، فقد نادي هؤلاء إلي إعطاء الإختصاص في التكييف إلي قانون الذي يحكم موضوع النزاع المشوب بعنصر أجنبي إشارة من قاعدة الإسناد في قانون القاضي ، لأن كل تشريع له أسسه الخاصة بالتكييف.

إذا قرر المشرع على سبيل المثال إخضاع شكل التصرفات لقانون بلد إبرامها فإن تحديد مفهوم فكرة الشكل يجب الرجوع إلى البلد الذي أجري فيه التصرف أي القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد موضوع النزاع[72].

إذا كانت قاعدة الإسناد في قانون القاضي تخضع الأهلية مثلا إلي قانون جنسية الشخص فعند أنصار هذه النظرية ، أن يتم تحديد نطاق الأهلية و معرفة ما إذا كانت نقطة الخلاف مسألة أهلية أو لا بالرجوع إلي قانون الجنسية لا إلى قانون القاضي[73].

---

[72] غالب علي الداوودي ،القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (تنازع الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية) ط 5، دار وائل للنشر، عمان ،2017، ص117.

[73] بمامي عمر، المرجع السابق ، ص 249.

إذا أخذنا مثال وصية الهولنديين بحسب إجراء التكييف وفق القانون الهولندي الذي ينظم أهلية الهولنديين فحسب المادة 992 من القانون المدني الهولندي تحضر على الهولنديين إجراء وصياهم في الشكل العرفي أي الوصية الخطية ، و لما كان هذا الحظر متعلق بالأهلية أن أي تكييف غيره و إعطاء وصف آخر من شأنه أن يشوه طبيعته الحقيقة [74]،و بالتالي هذا الحكم حسب القانون الهولندي بطلان الوصية وهذا عكس ما قرره القضاء الفرنسي الذي أخذ بصحة الوصية.

إذن حسب الفقيه **"دسباني"** التكييف لا يجب أن يتم وفقا لأحكام ومبادئ قانون القاضي،و لكن وفقا لأحكام و مفاهيم القانون الواجب التطبيق علي موضوع النزاع الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد فإذا كان القانون الواجب التطبيق علي الشروط الموضوعية لإبرام الزواج هو القانوني لشرط إشهار الزواج في حقل ديني دون الالتحاق إلي قانون القاضي و أسند الفقيه" **ديسباني"** في نظريته علي عدة أسس **(الفرع الأول)**.

الفرع الأول

حجج أنصار النظرية

إنتقد **"ديسباني"** نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي وإعتبر أن الإختصاص في التيكيف للقانون المختص بحكم النزاع وقدم عدة حجج من بينها ما يلي.

أولا:الحجة الأولى

لكل قانون تكييفاته حينما تقضي قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانون أجنبي علي علاقة قانونية معينة وجب أن يكون تحديد طبيعة هذه العلاقة هو ذلك الذي يقضي به هذا القانون الأجنبي لأنه هو من يحكمها [75]، فإذا ما حدث هذه الطبيعة وفقا لقانون آخر غير هذا القانون المختص لكانت النتيجة تطبيق ذلك القانون في غير الحالات التي قرر له مشرعه أن يطبق فيها [76]، فترك التكييف للقانون الواجب التطبيق فيه ضمان لصحة تطبيق القانون الأجنبي.

---

[74] أعراب بلقاسم ، المرجع السابق،ص87.

[75] مجد الدين خربوط ،القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات جامعة حلب ،دمشق، 2007 ،ص 100.

[76] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 75.

- يتضح ذلك من وصية الهولندي فلو أجرى القاضي تكييف حظر إجراء الوصية في الشكل العرفي مسألة شكل وفقا لقانونه لترتيب عنه تطبيق القانون الفرنسي، في حين لو اجري التكيف وفقا للقانون الهولندي لكانت النتيجة تطبيق هذا الأخير علي الوصية لأن إجراء الوصية في الشكل العرفي تعتبر مسألة أهلية بالنسبة للقانون الهولندي وبالتالي يطبق قانون الجنسية

إذا كان القانون الأجنبي بعد مسألة ما من الشكل في حين أن قانون القاضي من مسائل الأهلية فهنا لو اجري القاضي التكييف وفقا لقانونه لأسند الاختصاص للقانون الأجنبي ويؤدي إلي تطبيقه في حالات لم يقتصد له مشرعه أن يطبق فيها[77].

ثانيا:الحجة الثانية

أنه من غير المفهوم ، بأن تشير قاعدة الإسناد إلى إختصاص قانون معين ثم لا يطبق القاضي ذلك القانون فإجراء التكيف بناءا علي القانون الأجنبي أمر تقتضيه قاعدة الإسناد الوطنية نفسها فيما إذ التكييف يشكل جزء لا يتجزأ من قاعدة الإسناد [78].

إن إختيار أحد القوانين لحكم النزاع يكون اختيار كلي وإعترفا كاملا للقانون المختار بحكم العلاقة محل النزاع خاصة فيما يتعلق بوصفها القانوني وعليه حالما تشير قاعدة التنازل على قانون أجنبي لحكم العلاقة فان دور قانون القاضي ينتهي ويطبق القانون الأجنبي علي النزاع برمته دون الفصل بين القواعد الخاصة بالتكييف و القواعد الموضوعية المطبقة علي أساس النزاع.

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

فإذا ما أشارت مثلا قاعدة الإسناد الفرنسية إلي إخضاع الحالة الشخصية للقانون اليوناني فيجب أن يفهم معني الحالة الشخصية انطلاقا من المشرع اليوناني[79].

---

[77] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص75.

[78] محمود وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص،(دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي)، دار الثقافة،عمان ،2009 ص 83.

[79] عبده جميل غصوب ،المرجع السابق ،ص 52.

تفسير القانون الأجنبي، لا يمكن بمفاهيم لا تمت له بأي صلة و ان عز ذلك لا نكون أمام تطبيقه وإنما خرقا لقواعد القانون الدولي الخاص.

وكما قال "**ديسباني**" أن التكيف الأجنبي لا يعني بالضرورة أنه ستصطدم بالسيادة الوطنية لدولة القاضي كما زعم "**بارتن**".

كما أن التكييف وفقا للقانون الأجنبي يمكن أن يعقد الاختصاص لقانون القاضي كما يمكن لقانون هذا الأخير نفسه أن الأخير نفسه أن يعقد الاختصاص للقانون الأجنبي وينتهي "ديسباني" إلي القول بأن التكييف وفقا لقانون القاضي يؤدي إلي إستعباد كل القواعد التشريعية للقانون الأجنبي[80].

ثالثا:الحجة الثالثة

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

فإذ المسألة مخل النزاع بهذا الشكل تبقي بدون حل إذ كيف يمكن للقاضي أن يقوم بتكييف مثل هذا النظام وفقا لقانون يجهله[81].

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

هكذا فإن إخضاع التكييف حسب نظرية "**despagnet**"لغير القانون المختص قد يؤدي الي تعطيل تطبيق هذا القانون في الوقت الذي كان يتعين فيه تطبيقه[82].

---

[80] بلمامي عمر ،المرجع السابق ،ص 250.

[81] المرجع نفسه ،ص 25.

[82]BOUKHARI Riadh ,"Qualification en droit international Privé", Revue les cahiers de droit vol .165 51 .n° 1 mars 2010.

وقد تبني هذا الإتجاه الأستاذة حيث "**m. philoneko**" قال: أن قاعدة التنازع ليس لها الأمر المباشر في تطبيق قانون معين وإنما هي تكتفي فقط بمجرد الإشارة إلى القانون المختص أصلا وإعطاء الإرشادات العمة في هذا الشأن [83].

وانتهي **فولينكو** إلي القول بان التكييف يمر بمرحلتين.، فالقاضي عندما يقوم بعملية التكييف في أية دولة يمر بمرحلة أولي، و تسمي التكييف المؤقت و بواسطة قانون القاضي و يطلق عليه **la loi du commandement** و المرحلة الثانية، يسمي بالتكييف النهائي **la qualification définitive**[84]والذي ممكن أن يكون من اختصاص قانون القاضي أن يأخذ بأحكام القانون الأجنبي تعتبر تشويها للهدف الذي وضعه له مشرعه[85].

يخلص أنصار نظرية " **despagnet** " ومؤدية، إلي أن التكييف يخضع للقانون المختص للقانون المختص الذي يحكم النزاع ولو كان أجنبيا حيث لا يمكن للقاضي أن يكيف المسالة القانونية محل النزاع ويضمن سلامة تطبيق القانون الأجنبي مجرد عن التكييفات التي يضمها هذا القانون بإعتباره الإداري بما يهدف إليه مشرعه.

الفرع الثاني

تقدير نظرية إخضاع التكييف للقانون المختص الذي يحكم النزاع

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

---

[83] بلمامي عمر، المرجع السابق ،ص 252.

[84] BEN AICHA Nabil,'' La place du droit étranger dans la Qualification", Revue tunisienne de droit 2000. p.p 357-365.

[85] بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 252.

إن إجراء التكييف وفقا لقانون القاضي وعدم إجراءه وفقا لقانون القاضي وعدم إجراءه وفقا للقانون الذي يحكم الموضوع فيه شيء من التناقض في المنازعات ذات الطابع الدولي من غير المنطق أن يفرض التكييف الذي يقضي به قانون المعروض عليه النزاع مادمنا قد سلمنا بوجوب إخضاع هذه المنازعات للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد[86] .

بالرغم أن الحجة الأساسية التي ساقها أصحاب هذه النظرية إلا أنها أنتقدت بشدة و إعتبرت خيالية بعيدا عن الواقع العملي فالحل المنادي به عسير المنال، ومن بين الإنتقادات التي وجهت إلي نظرية ديسباني :

أولا : على الصعيد الزمني

إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع مضيعة للوقت فمثلا إذا كان قانون القاضي يأخذ بالإحالة كان يكيفه القانون المختص بحكم النزاع بأنها من الأهلية و إسنادها من جديد إلي قانون القاضي باعتباره قانون الموطن أو الجنسية ومن ثم يكون هناك لف و دوران[87]. و لو افترضنا أن قانون القاضي لا يأخذ بالإحالة فكيف يمكن أن نصل إلي الحل وبالتالي تطبيق القانون.

ثانيا : على الصعيد العملي

علي الصعيد العملي نستخلص جوهر هذا الانتقاد في أن التكييف ضروري لتعيين القانون الواجب التطبيق كيف يخضع التكييف إلي قانون أجنبي في حين يجهل ما إذا كان هذا القانون سيطبق أم لا[88].

كيف يتسنى للقاضي إخضاع التكيف للقانون المختص بحكم النزاع في الوقت الذي يجعل فيه القاضي ذلك القانون بل أنه لن يتعرف على قاعدة الإسناد ذاتها قبل تكييف المسالة

---

[86] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 78.

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

[88] شاوش حكيم ، قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2007، 2008 ص 20.

للقانون المختص يؤدي إلى نوع من المصادرة على المطلوب [89].

التكييف يتم أولا ثم يتعرف على قاعدة الإسناد ومن ثم معرفة القانون الواجب التطبيق مثلا بالنسبة لزواج اليوناني في فرنسا في الشكل المدني أنصار هذا الاتجاه يعتبرون القانون اليوناني هو الذي يطبق في حين لا يمكن تطبيقه إلا بعد تكييف المسالة القانونية محل النزاع ومن يطبق القانون التي تشير إليه قاعدة الإسناد عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلي إخضاع الأهلية إلى قانون الجنسية لا يمكن أن يطبق ذلك القانون مباشرة قبل التأكد من أن النزاع المعروض على القاضي من مسائل الأهلية بدل من مسائل أخري كالشكل مثلا[90].

- إلا أن "**wolf**" رد على هذه الحجة أي التي تقول بإخضاع التكييف للقانون المختص يؤدي إلى نوع من المصادرة على المطلوب هي مسألة ظاهرية لا وجود لها في الحقيقة وأن شبهة قيامها ترجع أكثر إلي كيفية صياغة قواعد الإسناد فالقاعدة التي تقرر أن الميراث يخضع لقانون موطن المتوفى وقت الوفاة تكون إذا مات شخص فعلي المحكمة أن تطبق في شان تركته القواعد السارية في الدولة التي كان يستوطن بها وقت الوفاة والتي يعتبرها قانون هذه الدولة من القواعد الخاصة بالميراث[91].

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

لكن رغم محاولة الرد على الحجة التي ساقها معارضي نظريته و المتمثلة في إخضاع التكيف للقانون المختص تعتبر مصادرة على المطلوب[92]، لم تغير من الواقع شيء ذلك أن تكييف المسألة محل البحث وفقا لقانون مجهول يتناقض مع أبسط قواعد المنطق .

---

[89] BATTIFOL Hanry , LAGARDE Paul , Traité de droit international Privé, Tome1, la 8e édition Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris ,1993, p. 484-485..

[90] دربال عبد الرزاق ، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول ،(النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري و المقارن)، دار العلوم ، عنابة ،2010، ص81.

[91] بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 255

[92] BATTIFOL Hanry ,LAGARDE Paul .op. cit. p 480.

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

ثالثا: على الصعيد النظري

هناك إعتراض آخر موجه لهذه النظرية مستمد من طبيعة قواعد تنازع القوانين ذاتها فهذه القواعد كما هو معروف قواعد وطنية بحة كيف يمكن للقاضي الوطني أن يخضع التكييف لقانون آخر أي أن المشروع الوطني لا يمكن له أن يترك مسالة تحت قواعد التنازع لمشروع آخر أجنبي فهذا التحديد لا يمكن أن يكون إلا وفقا لاختصاص المشرع الوطني لتعلقه بسيادة الدولة التشريعية.

إذا ما اخضع مثلا الحالة إلي قانون الجنسية أو الميراث إلي قانون الوقع فهو بذلك يريد إخضاعها كما يتصور هو وحسب ما يلائم السياسة التشريعية دولته لا كما يتصورها القانون الأجنبي .

كما أن مسالة إختيار ضابط الإسناد لا يتم بطريقة تحكمية لأن هذا الاختيار يتم وفقا للخصائص التي يتميز بها ضابط الإسناد مما يجعلاه أفضل من غيره من الضوابط لحكم مسالة معينة بالذات[93].

هكذا رغم الحجج والتبريرات التي إعتمد عليها ومؤيده من أجل الدفاع عن نظريتهم والقاضية بإخضاع التكيف للقانون الذي يحكم النزاع تبقي خيالية بعيدة عن الواقع العملي وذلك لإستحالة معرفة قواعد الأجنبي قبل تكييف المسألة القانونية محل النزاع وفقا لقانون القاضي رأيان آخران هي القانون الذي يخضع له التكييف انه كان المستقر كما قدمناه هو إخضاع التكيف لقانون القاضي إلا انه من المفيد لأشبع الجدل العلمي أن يتذكر رائيين أخريين في القانون الذي يخضع له التكييف أحدهما يقضي بإخضاعه للقانون المختص بحكم العلاقة ويقضي ثانيهما بإتباع الطريقة المقارنة في إجراء التكييف .

---

[93] يتعين علي المحكمة الانجليزية كما يقول أن تفضل في دعوي احد العمال الذي رفعها ضد رب عمله و المتعلقة بحادث وقع له في فرنسا أخذت بعين الاعتبار التصنيف الفرنسي بما في ذلك كل النتائج التي يترتب عنها بطل العقد نقلا عن عمر بلمامي، المرجع السابق، ص 254.

– إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم العلاقة إنتقد رأي الأستاذ "بارتان" في إخضاع التكييف لقانون القاضي بما لا يتسع المجال لسرده ثم قال بإخضاع التكييف للقانون المختص بحكم العلاقة حجته في ذلك أن لكل قانون تكييفاته وحينما تقضي قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانون أجنبي على علاقة قانونية معينة وجب أن يكون تحديد طبيعة هذه العلاقة هو ذلك الذي يقضي بذلك القانون الأجنبي لأنه هو الذي سيحكمها .

هذا ما حدد هذه الطبيعة وفقا لقانون القاضي وعلى خلاف ما يقضي به القانون الأجنبي لكانت النتيجة أما تطبيق هذا القانون على العلاقة، حيث يجب ألا يطبق وما تعطيله عن التطبيق حيث يجب تطبيقه ففي وصية الهولندي لو أجرى القاضي تكييف حظر إجراء الوصية فالشكل العرفي الخطي بأنه مسألة شكل وفقا للقانون الفرنسي لترتب عليه تعطيل القانون الهولندي عن التطبيق في حين أنه لو أجرى القاضي التكييف وفقا للقانون الهولندي لكانت النتيجة هي تطبيق هذا القانون يعتبرها من الأهلية فهنا لو اجري القاضي التكييف على وفق قانون لكانت النتيجة تطبيق القانون الأجنبي بوصفه القانون الشخصي الذي يحكم الأهلية على علاقة لا يكون هذا القانون مختصا بها وفقا لأحكامه [94].

– إتباع الطريقة المقارنة في التكييف يري الأستاذ الألماني أن الغرض من قواعد الإسناد هو سد حاجة المعاملات الدولية وأنه من شأن الأخذ بهذه القواعد تطبيق التشريعات مختلف الدول و يجب أن تكون الأفكار التي تسودها منطبعة بالعالمية لقانون أجنبي ليس هو النظام المحسوس الوارد في هذا القانون بل هي الفكرة المجردة لذلك النظام المستسقاة من مقارنة قوانين الدول المختلفة و هذا ما أخذنا على سبيل المثال قاعدة الإسناد الواردة في القانون الألماني و التي تقضي بإخضاع الوصاية لقانون الشخص الواجبة حمايته وأردنا تحديد المراد بنظام الوصاية لما حملناه على نظام الوصاية المبين الأحكام نحمله على المعني العام المجرد السائد في بلدان العالم المتمدين إلا و هو كفالة النظم الخاصة بحماية ناقصي الأهلية و النيابة عنهم .

[94] عبده جميل غصوب ،المرجع السابق، ص 92.

هذا و لا شك أن رأي الأستاذ "رابل" في إتباع الطريقة المقارنة في التكييف يتفق مع نزعته العالمية في معالجة مختلف مسائل القانون الدولي الخاص كما أن مؤيدي الرأي إيجاد طريقة خاصة لإجراء التكييف في القانون الدولي الخاص[95].

[95] فقيه ألماني ذو نزعة عالمية في معالجة مختلف مشكلات القانون الدولي الخاص و يلقب بصاحب المدرسة الثالثة للقانون الدولي الخاص كان أستاذ و مديرا بعهد القانون الخاص المقارن و القانون الدولي الخاص، جامعة برلين.

المبحث الثاني

الإستنادات الفقهية لإخضاع التكييف لقانون القاضي

لتعيين قاعدة الإسناد يعتبر التكييف موضوع أساسي و أولي لحل تنازع القوانين لذلك القانون الواجب التطبيق يعتمد على تحديد طبيعة العلاقة القانونية و إدراجها ضمن صنف قانوني معين، فمسألة تكييف القانون يخضع لقانون القاضي حسب نظرية "بارتن" لكن هذه النظرية وجهت لعدة إنتقادات من طرف الفقه المعارض و إنقسم إلى عدة إتجاهات ، فهناك من أعتبر تكييف القانون يخضع للقانون المختص بحكم النزاع ، إذن تحقيق الهدف الذي حدده له مشرعه.

كما ذهب بعض الفقه إلى معارضة نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي و الإتجاه الذي يخضع التكييف للقانون المختص بحكم العلاقة في نفس الوقت، و دعي بالأخذ بالقانون المقارن و ذلك بمقارنة المفاهيم القانونية الدولية و محاولة إيجاد حل متكافئ للمسألة محل النزاع **(المطلب الأول)**.

و أعتبر جانب من الفقه التكييف مجرد مسألة فقهية علمية و ليست وضعية و بالتالي لا يوجد تنازع بين التكييفات **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

إخضاع التكييف للقانون المقارن

بسبب الإنتقادات الموجهة إلى نظرية "بارتن" في التكييف و نظرية إخضاع التكييف للقانون المختص في النزاع و أنصاره، أدى بفقه آخر إلى البحث عن حل مقبول بعيدا عن التعارض في الحجج، و حلا لا يقع في حلقة مفرغة يصعب الخروج منها ، و هذا الحل يتزعمه الفقيه الألماني "ارنست رابيل"[96] داعيا إلى عدم تكييف القانون وفق قانون القاضي و لا للقانون المختص بحكم العلاقة و إنما يجب أن يتم التكييف وفقا للقانون المقارن[97] **(الفرع الأول)**.

و إعتمد "رابيل" في تعزيز نظريته على عدة حجج **(الفرع الثاني)**، رغم أن هذا التوجه يعتبر من الحلول التي لفتت رواجا من بعض الفقهاء و التي يناشدها الجميع إلى أنها تعرضت لإنتقادات عديدة **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

مضمون نظرية إخضاع التكييف للقانون المقارن

تنطلق نظرية التكييف وفق القانون المقارن بصفة مستقلة عن فكرة التنازع عكس نظريتي قانون القاضي و القانون المختص اللتان ترتبطان بصفة مباشرة بفكرة تنازع التكييفات [98].

---

[96] هو فقيه ألماني ذو نزعة عالمية في معالجة مختلف مشكلات القانون الدولي الخاص ، و يلقب بصاحب المدرسة الثالثة للقانون الدولي الخاص ، و كان أستاذا و مديرا بمعهد القانون الخاص المقارن و القانون الدولي الخاص بجامعة "برين" وقد نشر أفكاره في القانون المدني المقارن و القانون الدولي الخاص ، الجزء الخامس ، سنة 1931،نقلا عن بلمامي عمر، المرجع السابق،ص263.

[97] BATIFFOL Henry, LAGARDE Paul, op. cit. p 475.

[98] بلمامي عمر ، المرجع السابق ، ص263.

حسب الأستاذ "رابيل" يكون التكييف وفقا لمفاهيم القانون المقارن ، فالقاضي الوطني عند قيامه بالتكييف يجب عليه عدم التمسك بالمفاهيم الوطنية السائدة في قانونه أو في قانون أية دولة أخرى، إذ يجب عليه استخدام أفكار ذاتية خاصة بالقانون الدولي الخاص يتم إستخلاصها من القانون المقارن.

فإذا عالج القاضي الألماني مثلا إعمال قاعدة الإسناد التي تقرر إخضاع الوصية لقانون الشخص الذي تجب حماية، فلا يخضع للقواعد الموضوعية في القانون الألماني أو في أي قانون وضعي أخر لتعيين موضوع فكرة الوصية، و إنما في هذه الحالة يتعين على القاضي أن يستخلص مفهوم مطلق لهذه الفكرة عن طريق الدراسة المقارنة لقوانين الدول المختلفة[99].

القاضي عند إجراء التكييف أو تحديد الوصف القانوني للمسألة محل النزاع ذات الطابع الدولي يجب أن يستخدم المنهج المقارن لإستخلاص مفاهيم عالمية موحدة للأفكار المسندة التي ينظمها قواعد القانون الدولي الخاص ، إذ لا ينبغي للقاضي الإستعانة بالأفكار الوطنية أو التقيد بتكييف قانون معين بذاته مثل قانون القاضي أو القانون الذي يحكم النزاع[100].

يقتضي على القاضي أن يستخلص حسب "رابيل" التكييف عن طريق الدراسة المقارنة لقوانين الدول المختلفة حيث يتخذ التكييف وفقا للمعنى العام المستخلص من دراسة كافة النظم الخاصة بالمسألة موضوع التكييف[101].

فحسب الفقيه "رابيل" يجب أن يترك مسألة التكييف للمقارنة العلمية ، كما قال :

"أن علم القانون المقارن هو الذي يجب العمل به في تفسير مفاهيم قواعد التنازع في دولة القاضي"[102]

---

[99] حفيظة السيد الحداد ،المرجع السابق،ص97.

[100] عليوش قربوع كمال ، المرجع السابق،ص94.

[101] دربال عبد الرزاق ،المرجع السابق ،ص81.

[102] بلمامي عمر ، المرجع السابق ، ص264.

هذا النظام يؤدي إلى إتحاد مواصفات العلاقة القانونية حيث يجعل قواعد الإسناد ذات معنى عالمي ، بالإضافة إلى أنه تتضح الصعوبات التي تواجه القاضي عند تكييف مسألة قانونية تتعلق بنظام قانوني يجهله القاضي الوطني أي التشريع الداخلي الذي يستمد منه القاضي الحلول للمسألة القانونية محل النزاع، حيث يقوم هذا الأخير باستخلاص المفاهيم المشتركة للأفكار التي ينظمها القانون الدولي الخاص المتعلقة بتلك الأنظمة.

الفرع الثاني

حجج نظرية إخضاع التكييف للقانون المقارن

إعتمد رابيل في تعزيز نظريته على عدة حجج نذكر منها ما يلي:

أولا:الحجة الأولى

إن أساس هذا الإتجاه يكمن في فكرة أساسية هي أن قواعد الإسناد في قانون القاضي وجدت لمواجهة علاقات دولية خاصة ، و عليه فإن مضمونها ينبغي أن يحدد وفقا لقواعد مطابقة لطبيعتها و الوظيفة الدولية التي يؤديها ، و من ثم يجب إعتماد في تحديد مضمونها مفاهيم عالمية مجردة و موحدة[103].

و يسوغ الأستاذ رابيل نظريته على أن قاعدة الإسناد تضم شقين يتعلق الأول بموضوع القاعدة و هو يظهر الوقائع التي يمكن أن ينشأ النزاع بشأنها و التي تنشئ تنازعا بين القوانين أو تلك القواعد التي تحدث أثرا.

أما الشق الثاني من هذه القاعدة فهو تابع أو مكمل و هو الذي يتولى اختيار القوانين الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة في حكم هذه القاعدة. فمثلا القاعدة التي تقضي بإخضاع الأهلية إلى قانون الجنسية، فهذه القاعدة تحتوي أولا: على المسألة التي يمكن أن تكون

[103] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 89.

موضوع النزاع و هي الأهلية، و هذا هو الشق الأول، و تحتوي ثانيا: على القانون الواجب التطبيق على هذا الموضوع و هو قانون الجنسية و هذا هو الشق الثاني[104].

فإذا فرض أن طرح أمام القاضي نزاع يتعلق بمركز معين يتضمن عنصر أجنبيا فعلى القاضي أن يقوم بفحص هذا المركز و تحديد طبيعته القانونية، تمهيدا لإدراجه في الفكرة المسندة بناء على ما سبق ذكره، هي موضوع قاعدة الإسناد مثل الأهلية، و شكل التصرف، و ضابط الإسناد و هو المعيار الذي يرشد إلى القانون الواجب التطبيق و هو قانون الجنسية و قانون بلد الإبرام [105].

ثانيا:الحجة الثانية

و من أهم ميزات هذا التوجه أنه يؤدي إلى إجماع المفاهيم القانونية لقواعد الإسناد و يمنح القاضي الناظر في النزاع حلا آخر مناسبا و مقبولا عندما يقوم بتحديد طبيعة علاقة قانونية تتصل بنظام قانوني معين لا كون له في القانون الوطني، إذ يمكن للقانون المقارن من التلبية لهذه العلاقة و تحديد طبيعتها وفقا للمفهوم العالمي لها دون التوقف عند المفهوم الإقليمي لها[106].

ثالثا:الحجة الثالثة

مما لا شك فيه أن التكييف في القانون الداخلي يختلف تماما عن التكييف في القانون الدولي الخاص و بالتالي كيف يمكن للقاضي أن يقوم بعملية التكييف وفقا لمبادئ و مفاهيم وطنية داخلية على رابطة من طبيعة مختلفة، إذ من المنطق أن يتم التكييف حسب خصوصية هذا الفرع من فروع القانون الذي يتميز بالدولية[107].

---

[104] بلمامي عمر، المرجع السابق ، ص264و265.

[105] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص05.

[106] عامر محمد الكسواني ، تنازع القوانين،(موسوعة القانون الدولي الخاص1)، دار الثقافة،عمان،2010،ص103 .

[107] أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص385.

رابعا:الحجة الرابعة

لا يجب أن يحدد التكييف وفقا للقانون الأجنبي بل وفق مفاهيم قاعدة التنازع أي وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص، و ذلك لتجنب عيوب النظريتين السابقتين خاصة عندما يواجه القاضي مسألة قانونية غير معروفة في نظامه القانوني، فالحل الأمثل كما قال "رابيل"هو إتباع الطريقة المقارنة بين التشريعات و بالتالي الخروج بمفاهيم و أفكار ذاتية خاصة بهذا الفرع من فروع القانون الذي يستدعي قوانين ملائمة له.

و حسب رابيل إن علم القانون المقارن هو الذي يجب العمل به في تفسير مفاهيم قواعد التنازع في دولة القاضي [108]، لأن التكييف وفق لقانون هذا الأخير لا تتوفر فيها المرونة الكافية لكي يأخذ بالفروض التطبيقية و بالتالي فهذه النظرية هي التي تقضي على مشكلة التنازع في التكييفات و جعل القضاة في مختلف الدول يتوصلون إلى نفس المفاهيم للفئات المسندة[109].

الفرع الثالث

نقد نظرية إخضاع التكييف للقانون المقارن

رغم أن هذا التوجه يعتبر من الحلول التي لفتت رواجا من بعض الفقهاء و التي يناشدها الجميع، إلا أنها تثير العديد من الصعوبات العلمية التي تجعله صعبا على التطبيق الحقيقي خصوصا و أن المفاهيم القانونية العالمية المشكلة للقانون المقارن ليس لها وجود على الساحة العلمية، و الوصول إليها أمر صعب نظرا للإختلاف الجذري بين الدول فيما يتعلق المفاهيم القانونية للمسائل القانونية، و هذا التوجه يشكل صعوبات على عبئ القاضي[110]، فهو يتطلب بل يفترض من القضاة الذين يقومون بالتكييف تجردا و تضحية بالتكييفات المنصوص عليها في

[108] MAURY Jacques, op.cit, P476.

[109] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 89.

[110] عامر محمد الكسواني ، المرجع السابق ،ص103 .

تشريعاتهم، و من الصعب جدا أن يضحي القاضي في أي بلد كان بالتكييف الوارد في قانون دولته في سبيل التكييف العالمي.

ويتساءل بعض الفقه في هذا المعنى، هل يتصور مثلا أن يستبعد القاضي اليوناني تكييف الزواج و القاضي بأن شهر الزواج يعتبر شرطا موضوعيا في سبيل إحلال التكييف العالمي للزواج القاضي بأن إجراءات الشهر ليست إلا شرطا شكليا، و من ثم يجب أن يبطل أي زواج مدني تم في الخارج.

كما أن القاضي العربي الإسلامي لا يمكن له اللجوء إلى التكييف العالمي خاصة في بعض المسائل كالأحوال الشخصية المستمدة من الشريعة الإسلامية و التي تعتبر من النظام العام، لا يمكن إستبعادها.

كما أن القاضي الفرنسي لا يمكن أن يوصف أموال على أنها منقولة في حين أنها عقار في مجموعة نابليون في سبيل تحقيق التكييف المالي[111].

ويتعذر على القاضي الوطني عند قيامه بالتكييف معرفة جميع النظم القانونية الأجنبية ليستمد منها الوصف القانوني المناسب للمسألة محل التكييف، فالقاضي عادة ليس له القدرة على إتقان اللغات العالمية التي تعينه على الدراسة المقارنة للقوانين، كما أنه ليس لديه الوقت الكافي للقيام بهذه الدراسة الصعبة التي تستوجب الوقت و الجهد لتراكم القضايا و تأخر الفصل فيها[112].

ولإستخلاص الوصف القانوني الملائم برجوع القاضي إلى قوانين الدول المختلفة يعتبر هذا جهد إضافي للقاضي الوطني، و يجد هذا الأخير صعوبة في بعض الأحيان لفهم بجميع قوانين بلاده و بالتالي فكيف له الإطلاع على النظم القانونية العالمية بمختلف أنواعها في كل مسألة قانونية يواجهها و من ثم إجراء الوصف القانوني لها عن طريق المقارنة .

---

[111] بلمامي عمر ، المرجع السابق،ص268.

[112] جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص96.

كما أن هذه التشريعات تختلف من دولة لأخرى يكاد يكون كلي حول التكييف المقدم للعديد من المسائل[113].

ولا يمكن إجراء التكييف وفق القانون المقارن و ذلك بإعطاء تفسير مضمون الفكرة المسندة خاصة عندها يواجه القاضي المختص بالنزاع نظاما قانونيا لا يتماشى مع نظامه القانوني، بالتالي فهذه النظرية قد تؤدي إلى نتائج لا يمكن قبولها من ناحية القانون الوضعي في كل دولة.

غير أن هذا الإنتقاد الأخير لم يسلم من النقد لأنه لا يقوم على أساس سليم، إذ أنه من حق الفقه و القضاء تحديد مضمون الفكرة المسندة على ضوء المفاهيم السائدة وقت تفسيرها أي عند إحتياجات العصر الذي يقضي أن القاضي يكون بعيد النظر في البحث على الحلول الملائمة للمسألة القانونية المعروضة عليه[114].

المطلب الثاني

إخضاع التكييف لنظرية علم القانون

أمام الجدل الفقهي المشتد بين الفقهاء حول مشكلة التكييف و القانون الذي يخضع له، إنقسم كل حسب نظرته لمسألة التكييف، فالبعض أخضعه لقانون القاضي و البعض تمسك برأيه محاولا الدفاع عنه و ذلك بإخضاعه إلى القانون الذي يحكم النزاع و جانب آخر من الفقه أخضع التكييف للقانون المقارن، و أمام هذا الجدل حاول البعض إخراج مشكلة التكييف من ذلك الجدل و الاختلافات التي أثيرت حوله، معتبرا أن التكييف مسالة علمية لا يمكن إخضاعها إي أي قانون وضعي سواء كان قانون القاضي أو قانون آخر[115].

---

[113] كريوي الزهرة،رويبح حنان، التكييف في القانون الدولي الخاص ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص القانون الخاص للأعمال،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد الصديق بن يحيى ، جيجل ، سنة 2017، ص68.

[114] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص142.

[115] بلمامي عمر، نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، الجزائر، 1993، ص300.

سنتطرق إلى مضمون نظرية إخضاع التكييف لعلم القانون **(الفرع الأول)**،و أساسها **(الفرع الثاني)**، و نقد النظرية في **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

مضمون نظرية إخضاع التكييف لعلم القانون

يتزعم هذه النظرية الفقيه الإيطالي "**Ronaldo Quadri**" إذ يرى أن التكييف مسألة علمية مجردة و فقهية و ليست فكرة وضعية كما يزعم البعض حسب النظريات السابقة التي تخضع التكييف لقانون القاضي و غيرها تعتبر إختلاف قواعد الإسناد من دولة لأخرى هو سبب صعوبة إعطاء الحلول للمسألة القانونية محل النزاع ، و بالتالي يكون هناك تنازع بين التكييفات و أي قانون يحكم النزاع.

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

فالتكييف بالمعنى الصحيح حسب هذه النظرية هي التسمية التي يطلقها المشرع على بعض الظواهر الواقعية، مثل العمل التجاري و غيره من المصطلحات التي عبر بها عن بعض الأفعال التي تعد جريمة في مجال القانون الجنائي و كذلك التسميات التي يطلقها على ضوابط الإسناد المختلفة[116]، عندما يطلق المشرع هذه التسميات فهي مجرد ألفاظ و مصطلحات لا غير[117].

فالتصنيف حسب الأستاذ "Quadri" في القانون الدولي الخاص يختلف عن التكييف في معناه العام، فهو تصنيف للقواعد القانونية لغرض إدخال كل منهما في فكرة مسندة معينة.

---

[116] بلمامي عمر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، المرجع السابق،ص301.

[117] هشام علي صادق،المرجع السابق، ص144.

مشكلة التكييف كما يدع "**Quadri**" تتعلق بتفسير قاعدة الإسناد، و أن الطائفة التي تختص بها هذه القاعدة و هي معدة لتضم النظم الواردة في قانون القاضي و في غيره من القوانين التي تقوم على فكرة الوضعية، لا ينفرد قانون القاضي بتحديد الفكرة الخاصة بقاعدة الإسناد بل أن هذه الفكرة القاعدة هي التي تعطي الفكرة بالنظر إلى الفرض من القاعدة و طبيعتها و ليس كونها قاعدة جامعة تنظم النظم الواردة في قانون القاضي[118].

و يتفق الفقيه البلجيكي "**F.Rigaux**" مع نظرية الأستاذ "**Quadri**" خاصة في إعتبار التكييف في مجال القانون الدولي الخاصة عملية فقهية لا عملية تشريعية، فالقاضي المعروض عليه النزاع يستخلص التكييف المستقل خاص بالقانون الدولي الخاص بعيدا عن التشريعات الداخلية لأنها تعتبر مصادر غير متناسقة، فالقاضي هنا يقوم بالتكييف من خلال المعطيات و الظروف المحيطة بالمسألة القانونية المعروضة و منه يختار الوصف القانوني الملائم من بين النظم القانونية الوضعية القابلة للتطبيق عليها الوصف الذي يلحقه بها[119].

و التبريرات التي قدمت في التكييف مجرد تبريرات لفظية لا أساس لها من الصحة، فالتكييف الصحيح يكون بالتسبيب الحقيقي حيث يتضح منه إعتبارات العدالة التي من أجلها أنشأت قواعد الإسناد في العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي[120].

الفرع الثاني

أساس نظرية إخضاع التكييف لعلم القانون

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

---

[118] بلمامي عمر، المرجع السابق، ص275.

[119] المرجع نفسه، ص278

[120] جمال مرسي بدر،المرجع السابق،ص193.

– ليس من العدل إخضاع التكييف لقانون معين و ذلك لأن قاعدة التنازع وجدت لحل مشكل التنازع بين القوانين أي عندما تكون المسألة القانونية مشتملة على عنصر أجنبي، فمن غير المنطق كما يدعي "**Quadri**" تكييف المسألة القانونية بقانون وطني أو أجنبي لأن ذلك يمكن أن يشوه المعنى المقصود من الفكرة المسندة و هذا ما كان في قضية وصية الهولندي و ميراث المالطي.

– إن مشكلة التكييف تتعلق بتفسير قاعدة الإسناد، والتفسير يختلف بإختلاف الدولة أو المحكمة المعروض عليها النزاع القانوني، إذ القاضي يمكن أن يخطئ إذا اتبع منهج المشرع الذي حدد مسبقا الفكرة المسندة وتحديد هذه الفكرة كما قال "**Quadri**" ليس عملا تشريعيا وإنما عمل علمي فقهي، ومن ثم لا يمكن أن يكون هناك تنازع في التكييف بين قانون القاضي والقانون الأجنبي وكل ما هناك أن مضمون الفكرة واحد لكن التفسير يختلف من دولة لأخرى أو من قاضي إلى آخر، لكن لا يمس المضمون العلمي للفكرة المسندة[121].

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

المشكلة تكمن في الإختلاف في تفسير هذا المضمون فمفهوم الفكرة المسندة مفهوم عالمي موحد مثلها مثل المصطلحات العلمية الأخرى في مختلف فروع العلوم فهي تعلو فوق القانون الوضعي[122].

"ولهذا السبب فإن التكييف أو التصنيف التشريعي غير ملزم للفقه لأن المشرع يخطئ ولا يصح للفقه أن يجاريه في مسلكه الخاطئ"[123].

[121] بلمامي عمر،المرجع السابق،ص275

[122] هشام علي صادق،المرجع السابق، ص 144

[123] بلمامي عمر،المرجع السابق،ص302

إستدل "**Quadri**" بصحة نظريته من خلال الإختلاف في التكييف بين النظم القانونية حيث يرجعه إما لوجود خطأ في التكييف أو خطأ في التفسير ، والإحتمال الأخير هو الأرجح.

إذا كان النظام الأنجلوسكسوني يعتبر أن التقادم مسألة إجراءات والنظام اللاتيني ينظر إليه على أنه مسألة تتعلق بالموضوع فهذا الإختلاف في التكليف ناتج عن إختلاف نظراتهما إلي التقادم.

"على هذا الأساس يرى الأستاذ "**Quadri**" أنه إذا كان فقهاء الإنجليز يتكلمون عن مسألة الإجراءات في هذا الصدد بخصوص التقادم، فلأنهم يعطون لمدلول الإجراءات معنى أوسع. مما يحول المسألة برمتها إلى مشكلة مصطلح **purement termino logique** وهذه المسألة يتعين تركها مفتوحة للبحث العلمي ولا يتعين تقييدها بتشريع معين"[124].

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

أن قواعد القانون الدولي الخاص وجدت لحل مشكل التنازع بين القوانين ذات العنصر الأجنبي وبالتالي لا يمكن أن تطبق تشريعات وضعية داخلية للدول، فإذا كان الأمر كذلك فهذا تجاهل الأصل قاعدة التنازع وحكمتها كما يقول الدكتور" هشام على صادق" [125] ، فإذا كانت قواعد التنازع تختلف من دولة لأخرى حيث وضعت حسب الهدف الذي سطره كل مشرع، فعلى أي أساس يمكن أن يخضع التكليف لقانون معين، فالحكمة تستدعي أن يخضعه لعلم القانون فهر أضمن الوسائل لإيجاد حل مناسب للمسألة القانونية محل النزاع.

[124] بلمامي عمر،المرجع السابق، ص 303.

[125] هشام علي صادق،المرجع السابق، ص 145.

الفرع الثالث

تقدير نظرية إخضاع التكييف لعلم القانون

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

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

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

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

هذه النظرية غير واضحة المعالم تغرق مشكلة التكييف برمتها في ميدان تفسير القوانين[126].

[126] بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 308

لا يمكن الخروج منها بالرغم من إدعاء "**Quadri** أن الإختلاف في التكييف ما هو إلا مجرد خطأ في التفسير إلا أنه لم يقيم الطريقة للخروج من هذا الاختلاف .

أما من الناحية العملية لا يمكن العمل بها مثل سابقاتها من النظريات لأنها تصطدم بعقبات لا يمكن تجاهلها إذ أنه يخرج التكييف من إطاره الواقعي إلى الإطار النظري[127]، إذ لا يمكن للقاضي التجرد من التشريعات الوضعية عند إجراء عملية التكييف [128].

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

مهما تكن نظرية "**Quadri**" وبعدها عن الواقع العملي تبقى لفتة مهمة للدول بصفة عامة و لرجال القانون بصفة خاصة للعمل على مشكل التكييف ووضعه في إطار البحث العلمي، ومن ثم إيجاد الحلول لكل السائل القانونية دون حبسه في قالب جامد، وهذا ما تتطلبه مقتضيات تطور العلاقات الدولية الخاصة.

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

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

[127] بلمامي عمر، المرجع السابق ، ص309.

[128] المرجع نفسه، ص280.

خاتمة

القاضي قبل أن يفصل في مسالة قانونية لا بد من أن يعطي الوصف القانوني لها من خلال إدراجها ضمن طوائف خصها مشرعه بضابط إسناد يحدد من خلالها القانون الواجب التطبيق وهذا الوصف القانوني يسمي التكييف.

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

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

فرق "**بارتن**" بين التكيف الأولي و اللاحق فالتكييف الأول هو الذي يخضع لقانون القاضي أما الثاني فيخضع للقانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد وقد كان "**بارتن**" يعتبر في البداية التكييف الثانوي إستثناء من التكييف الأولي مثله مثل تكييف الحال الذي أخضعه إلى قانون موقعه ثم تراجع عن ذلك في أبحاثه الأخيرة وإعتبره نتيجة منطقية للأساس الذي بني عليه نظريته وهي فكرة السيادة.

وقد أقر الفقه الحديث بنظرته لكن ليس فكرة السيادة وإنما على أسس أخرى منها نفسية منطقية وقانونية كما سبق ذكرها واعتبر أن التكييف الأولي ما هو إلا تفسير لقاعدة الإسناد في قانون القاضي.

المشرع الجزائري أخذ بنظرية "**بارتن**" ونص على ذلك في المادة 09 من قانون المدني بما تحمل من المفهوم الواسع للقانون الجزائري الذي يشمل مختلف القواعد مهما إختلفت المصادر التي إستمدت منها القوة الإلزامية كما أخذ بالإستثناء الخاص بالمال ونص عليه في المادة 17/ 1 من القانون المدني الجزائري.

هذه القاعدة التي أتي بها "**بارتن**" أوردت عليها إستثناءات فقهية وتشريعية حديثة أين يخضع التكييف لقانون غير قانون القاضي من هذه الإستثناءات الفقهية والتشريعية الحديثة أين يخضع التكييف لقانون غير قانون القاضي من هذه الإستثناءات الفقهية الإستثناء الخاص بخضوع التكييف إلى القانون المختص .

نخلص في الختام أن رغم الإجتهادات الفقهية ونظرتها العملية التكييف لم تسلم جميعها من الإنتقادات ذلك أنها بعيدة عن الواقع العملي إلا أن نظرية "**بارتن**" أقل نقدا مقارنة مع مثيلاتها ونصت عليها معظم الدول في تشريعاتها منها المشرع الجزائري في نص المادة 09 ق. م، إلا أنه من الناحية العملية لا يمكن الأخذ بها على إطلاقها خاصة في الفروض التي يواجه فيها القاضي نظاما قانونيا غريب عن قانونه ، ومن خلال الخلاصة يمكن تقديم بعض الإقتراحات.

إذ قواعد التنازع وجدت أصلا من اجل مواجهة العلاقات الخاصة الدولية وبالتالي الحلول لا يمكن أن تكون وفقا لقوانين وضعية في قانون القاضي لأن هذا الأخير يمكن أن يصادف مسائل قانونية تتصل بنظم قانونية أجنبية فمن غير المنطق أن تخضع عملية التكييف وفقا لقانون القاضي في مثل هذه المسائل لتعذر إدخالها ضمن طوائف الإسناد التي وضع لها مشرعه ضابط الإسناد.

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

فليس صحيحا كما إدعي أصحاب الفقه القديم أنه لا يمكن توحيد مشكلة التكييف في التشريعات لاختلاف التصور في المفاهيم القانونية لكل دولة ذلك أنه في العصر الحديث لجأت الدول إلي الاتفاقيات التجارية والمعاهدات الدولية وتحديد القانون الواجب الرجوع إليه أثناء عملية التكييف لتفادي إشكالية التكييف.

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

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

كما أن المادة 17 من القانون المدني كان بإمكان المشرع النص عليها في الفقرة الثانية من المادة 09 من القانون المدني التي تخضع عملية التكييف لقانون القاضي بحيث تكون المادة17 من القانون المدني استثناء في المادة 09 من القانون المدني وما ينطبق مع ما جاء به "بارتن" ولا مجال لإدراج هذا الاستثناء في مادة كاملة.

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

إن التوسيع في الفئات المسندة أصبح ضرورة لابد منها في العلاقات الدولية الخاصة والنص على ذلك بنصوص صريحة حتى يمنح للقاضي السند الشرعي وبالتالي تسهيل عملية التكييف لأنها عملية ذهنية معقدة لكن دون أن تكون تتعارض مع المبادئ في المجتمع والدين الإسلامي بإعتباره دين الدولة حسب المادة02 من الدستور.

فالمشرع حينما أجاز تطبيق القانون الأجنبي في حالة الإنفصال الجسماني والتبني حسب المادة 2/12 و 13 مكرر من القانون المدني وهما نظامان غريبان ويتعارضان مع مبادئ الدولة

الإسلامية وبالتالي كان هناك تعارض بين المادة 2/21 والمادة 2/24 من القانون المدني وبالتالي يمكن للقاضي تطبيق القانون الجزائري في مثل هذه الحالة والدفع بالنظام العام والآداب العامة بإعتبار أن الدين الإسلامي دين الدولة .

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

I. الكتب

1. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
2. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، ط12، دار هومة ، الجزائر،2011.
3. إبراهيم احمد إبراهيم، دراسة في القانون الخاص الأمريكي المقارن بالقانون المصري و القوانين الأوربية، دراسة مقارنة، القاهرة، 1989.
4. الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين ،(المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الاردني)دراسة مقارنة، ط2، دار الثقافة ، عمان ،1997.
5. بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر ،(نظرية التكييف)،دار هومة ، الجزائر،2008.
6. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، د.د.ن ، القاهرة ، 1970.
7. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
8. حامد زاكي ، القانون الدولي الخاص ، ط 2، القاهرة، 1940.
9. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، (تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
10. دربال عبد الرزاق ، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول،(النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري و المقارن)،دار العلوم ،عنابة،2010.
11. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، (تطور وتعدد طرق حل النزعات الخاصة الدولية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.

12. شريفي نسرين، بوعلي سعيد ،القانون الدولي الخاص الجزائري،(تنازع القوانين الجنسية) ، دار بلقيس، الجزائر، 2013 .

13. صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، (دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

14. صلاح المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن و مشارطات ايجار السفينة ، دراسة مقارنة في القانون البحري ، الدار الجامعية ،بيروت ،1981 .

15. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008.

16. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي، بيروت ،2004.

17. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991.

18. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين ،الجزء الأول، ط2، دار هومة ، الجزائر،2007.

19. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (تنازع الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية) ط 5، دار وائل للنشر، عمان،2017.

20. مجد الدين خربوط ،القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات جامعة حلب ،دمشق، 2007 .

21. محمد الكسواني ، تنازع القوانين،(موسوعة القانون الدولي الخاص1)، دار الثقافة،عمان،2010.

22. محمود وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص،(دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي)، دار الثقافة، عمان،2009 .

23. هشام علي صادق ،حفيظة السيد الحداد ، دروس القانون الدولي الخاص ، الباب الأول الجنسية ،دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية،2000.

24. هشام علي صادق،تنازع القوانين ،(دروس في القانون الدولي الخاص)، الطبعة 3، الدار الجامعية ،القاهرة ،1987.

I. أطروحات الدكتوراه والمذكرات الجامعية

أ.أطروحة الدكتوره

– بلمامي عمر، نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، الجزائر، 1993.

ب.مذكرة الماستر

– كريوي الزهرة،رويبح حنان، التكييف في القانون الدولي الخاص ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص القانون الخاص للأعمال،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد الصديق بن يحيى ، جيجل ، سنة 2017.

ج.مذكرة نيل إجازة المدرسة العليا للقضاء

– شاوش حكيم ، قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008.

II. المقالات

– جمال مرسي بدر، "التكييف في تنازع القوانين"، مجلة المحماة المصرية، العدد الأول، منشورة،مصر، ع40، د.س.ن.

III. النصوص القانونية

أ- الإتفاقيات الدولية

- إتفاقية باريس المتعلقة بحماية الملكية الصناعية، المبرمة في 20 مارس 1883 و المعدلة ببروكسل في 14 ديسمبر 1900، و واشنطن في 02يونيو 1911، و لاهاي في 06 نوفمبر 1925 و لندن في 02 يونيو 1911، و لاهاي في 06 نوفمبر 1925، و لندن في 02 يونيو 1934، و لشبونة في 31 أكتوبر 1958 و ستوكهولم في 14 يوليو 1967، إنضمت إليها الجزائر بموجب الأمر رقم 75-02 مؤرخ في 09 يناير 1975، ج.ر.ج.ج عدد 10 الصادر بتاريخ 04 فبراير 1975.

ب-النصوص القانونية الوطنية

-أمر رقم 75-58 مؤرخ في سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجمهورية الجزائرية الجريدة الرسمية، العدد 78، مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم. انظر الموقع الإلكتروني:**www.joradp.dz**

ج-النصوص القانونية الأجنبية

-القانون المدني السويسري الصادر في 25ديسمبر 1891، معدل في 10 ديسمبر 1907، "الشكل المتبع في إشهار هذا الشكل المعمول به هو القانون السويسري".**https://wipolex.wipo.int**

ثانيا: باللغة الفرنسية

Ouvrages

1. BARTIN Etienne, Principes de Droit International Privé, Selon la loi et jurisprudence française, Paris, 1930.
2. BATTIFOL Hanry, LAGARDE Paul, Traité de droit international Privé, Tome1, 8eme édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris ,1999.
3. F.DEBY-Gerard, Le rôle de la règle de conflit en droit international Privé, 1980, P255.
4. GUTMANN Daniel, Droit international Privé ,2eme édition, Dalloz, Paris, 2000
5. ISSAD Mouhand, Droit international Privé, Les règles de conflits, 2eme édition, Office des Publications Universitaires, Alger, 1983.
6. MAURY Jacques, Les règles générales des conflits de lois, Recueil des Cours, 1936.
7. NIYBOYET J-P, Cour de Droit International Privé français, 2eme édition, Paris, 1949.

Articles

1 - BEN AICHA Nabil, ''La place du droit étranger dans la Qualification", Revue tunisienne de droit, 2000. p.p 357-365.

2 − BOUKHARI Riadh,'' Qualification en droit international Privé", Revue les cahiers de droit , vol .165 51 .n° 1, 2010.

مقدمة 01

الفصل الأول

القانون الجزائري المرجع في التكييف

المبحث الأول: تكريس قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي 06

المطلب الأول:مفهوم قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي 07

الفرع الأول:مضمون قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي 08

أولا:تحديد المضمون 08

ثانيا:تكريس مضمون النظرية في القانون الجزائري 09

الفرع الثاني:أهمية التكييف 10

أولا:أهمية التكييف في القانون الدولي الخاص 11

1-من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق على القاعدة القانونية 12

2-من حيث القانون الذي يطبق على عملية التكييف ذاتها 13

ثانيا:أهمية التكييف في القوانين الداخلية 13

1-التكييف في القانون المدني 13

2-التكييف في القانون الجزائي 13

3-التكييف في القانون التجاري 14

ثالثا:الأهمية العلمية لعملية التكييف 14

1-التبرير النفسي 14

2-التبرير المنطقي 15

المطلب الثاني:أساس إخضاع التكييف لقانون القاضي 16

الفرع الأول:السيادة أساس إخضاع التكييف لقانون القاضي 16

الفرع الثاني:حجج الفقه الحديث في إخضاع التكييف لقانون القاضي 20

أولا:حجة ذات طابع قانوني 20

ثانيا:حجة ذات طابع علمي 21

ثالثا:حجة ذات طابع نفسي 22

رابعا:حجة منطقية تفرضها طبيعة الأشياء 22

المبحث الثاني:إعمال قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي 23

المطلب الأول:حدود تطبيق قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي 24

الفرع الأول:إستثناء بارتن من القاعدة 24

أولا:تحديد الإستثناء 25

ثانيا:تكريس الإستثناء في القانون الجزائري 26

الفرع الثاني:الإستثناءات الواردة من القاعدة 27

أولا:حالة وجود المعاهدات الدولية 27

ثانيا:تكييف الإلتزامات التعاقدية 29

المطلب الثاني:مراحل التكييف عند الفقيه بارتن 30

الفرع الأول:التكييف الأولي 31

الفرع الثاني:التكييف اللاحق 32

المطلب الثالث:إشكالية الإستحالة المادية 34

الفرع الأول:مضون الإستحالة المادية 34

الفرع الثاني:تقدير الإستحالة المادية 35

الفصل الثاني

التوسيع من إعمال قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي

المبحث الأول:إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع 39

المطلب الأول:مضمون نظرية إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع 39

الفرع الأول:حجج أنصار النظرية 40

أولا:الحجة الأولى 40

ثانيا:الحجة الثانية 41

ثالثا:الحجة الثالثة 42

الفرع الثاني:تقدير نظرية إخضاع التكييف للقانون المختص الذي يحكم النزاع 43

أولا: على الصعيد الزمني 44

ثانيا:على الصعيد العلمي 44

ثالثا:على الصعيد النظري 46

المبحث الثاني: الإستنادات الفقهية لإخضاع التكييف لقانون القاضي 49

المطلب الأول:إخضاع التكييف للقانون المقارن	50
الفرع الأول:مضمون نظرية إخضاع التكييف للقانون المقارن	50
الفرع الثاني:حجج نظرية إخضاع التكييف للقانون المقارن	52
أولا:الحجة الأولى	52
ثانيا:الحجة الثانية	53
ثالثا:الحجة الثالثة	53
رابعا:الحجة الرابعة	54
الفرع الثالث:نقد نظرية إخضاع التكييف للقانون المقارن	54
المطلب الثاني:إخضاع التكييف لنظرية علم القانون	56
الفرع الأول:مضمون نظرية إخضاع التكييف لعلم القانون	57
الفرع الثاني:أساس نظرية إخضاع التكييف لعلم القانون	58
الفرع الثالث:تقدير نظرية إخضاع التكييف لعلم القانون	61
خاتمة	64
قائمة المراجع	69
الفهرس	74

ملخص

إن النزاعات التي تطرح على القاضي الجزائري و يكون فيها طرف من أطراف النزاع عنصر أجنبي تؤدي إلى تنازع القوانين، و هذا ما جعل المشرع الجزائري يجدا حلا لذلك بالأخذ بنظرية الفقيه "**بارتن**"و هي إخضاع التكييف لقانون القاضي، و هذا ما نصت عليه المادة 9 من القانون المدني الجزائري "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق "، وأخذ أيضا المشرع الجزائري بالاستثناءات الواردة عن القاعدة منها استثناء المال الذي ورد في المادة 17 من القانون المدني الجزائري.

Résumé

Les litiges qui sont portés devant le juge algérien et dans lesquels l'une des parties au litige est un élément étranger entraînent un conflit de lois, et c'est ce qui a poussé le législateur algérien à trouver une solution à cela en adoptant la théorie du juriste « Bartin » qui doit soumettre l'adaptation à la loi du juge, et c'est ce que prévoit l'article 9 du code civil algérien, «En cas de conflit de loi, la loi algérienne est compétente pour qualifier la catégorie à laquelle appartient le rapport de droit, objet de litige, en vue de déterminer la loi applicable.» Le législateur algérien a également pris des exceptions à la règle, dont l'exception des biens mentionnée selon l'article 17 du Code civil algérien.