المحور الثالث: التنازع المتعلق بالتكييف

المحاضرة الأولى:

ماهـــيـــــة التـــكـيـــف

يحظى التكييف بأهمية بالغة في دراسة القانون الدولي الخاص وهذا راجع إلى أن قواعد الإسناد والتي تعد المفتاح الأول لحل مشكلة تنازع القوانين لا تضع حلا لكل مسألة من المسائل التي تطرح أمام القاضي على حدى، وإنما تضع الحلول لكل طائفة من المسائل القانونية، وتعد عملية التكييف عملية أولية موجودة في القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص لأنها هي من تساعد على وضع المسألة محل التنازع ضمن طائفة من طوائف النظم القانونية المقررة في قانون القاضي تمهيدا لإسنادها.

أولا: تعريف التكييف

يعرف **بارتن** التكييف على أنه: مسألة معرفة ما هو القانون الواجب التطبيق على المسألة التي تتنازعها القوانين الدولية والتي على إثرها يقوم القاضي المعروض عليه النزاع بتطبيق القانون المختص من بين مختلف النظم القانونية المتنازعة.

يمكن تعريف التكييف كذلك بأنه: تحديد الطبيعة القانونية لواقعة أو تصرف لتحديد القانون الواجب التطبيق وشروط تطبيقه، و هو يمثل جانب من تفسير القانون لأن القاضي الذي يقوم بتفسير القانون يقوم في حقيقة الأمر بعملية التكييف.

كما يعرف على أنه تحديد المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية لكي يسند حُكمها لقانون معين، من خلال هذه التعاريف يتضح أنه هناك ثلاثة عناصر أساسية يقوم عليها التكييف وهي:

- تحديد طبيعة المسألة القانونية؛
- إدراج المسألة محل التنازع ضمن فكرة مسندة محددة؛
- معرفة القانون الواجب التطبيق، وبهذا تكون الغاية من التكييف في تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص هو إدراج المسألة محل التنازع **كالأهلية** ضمن الفئة المسندة المخصصة لها **كالأحوال الشخصية** تمهيدا لتحديد القانون الواجب التطبيق كقانون الجنسية مثلاً.

ملاحظة: يجب الإشارة إلى أن التكييف هو عملية اجتهادية تتطلب من القاضي أن يكون ملم بالأصول التشريعية التي يقوم عليها قانونه الوطني ورغم ذلك إلا أنه يخضع لرقابة المحكمة العليا.

ثانيا: نشأة التكييف

ظهرت مشكلة التكييف لأول مرة على يد الفقيه الألماني **كان** عام1897, غير أن التكييف كنظرية تبلورت مع الفقيه الفرنسي **بارتن** وذلك بعد تحليله لبعض أحكام القضاء الفرنسي والذي استنتج من خلالها بأن القاضي الفرنسي اخضع التكييف للقانون الفرنسي بطريقة مباشرة دون أن يصرح بها، وأهم المسائل القانونية التي عمل **بارتن** على تحليلها هما قضيتين أساسيتين:

قضية الميراث المالطي:

وهي عبارة عن قضية زوجان من جزيرة مالطة هاجروا الي الجزائر في فترة الاحتلال الفرنسي – خضوع الجزائر للقانون الفرنسي والقضاء الفرنسي– وتملك فيها الزوجان بعض العقارات، وعقب وفاة الزوج طالبة الزوج بحقها في ميراث زوجها وفقا لما هو معترف بيه في القانون المالطي تحت مسمى **ربع الزوج الفقير** فرفض باقي الورثة ذلك، وهنا رفعت الزوجة قضية أمام القضاء الفرنسي.

في حالة هذه القضية هناك اثنين من التكييف:

1 . اذا كييف القاضي ما تطلبه الزوجة وفق القانون المالطي والذي كان يدخل نظام الأموال في طائفة الأحوال الشخصية التي يطبق عليها قانون الجنسية والذي هو القانون المالطي الذي يمنح الزوجة حقها في ميراث زوجها المتوفي.

2 . اذا قام القاضي بتكييف القضية وفق لقواعد إسناده والتي تدخل الميراث ضمن طائفة الأحوال العينية في القانون الفرنسي وبالتالي خضوع العقار لقانون مكان تواجده سيطبق القانون الفرنسي، وبالتالي لا يحق للزوجة الحصول على أي شيء لأن القانون الفرنسي آنذاك لا يعترف للزوجة بحق في ميراث زوجها المتوفي، وقد أخذ القاضي الفرنسي بالتكييف الثاني.

قضية وصية الهولندي:

تتمثل هذه القضية في نزاع ورثه هولنديين تم اثارتها أمام المحاكم الفرنسية يتعلق بوصية حررها مورثهم الهولندي بشكل عرفي ولم تكتب موثقة بشكل رسمي وفقاً للقانون الهولندي الذي يرفض الوصية العرفية لو حررت خارج هولندا في مادة 992 من القانون المدني وهو ما يختلف عن ما هو سائد التي تعترف بالوصية العرفية.

والتكييف في هذه القضية شكليين:

- إذا كان التكييف للنزاع بناءً على شكل الوصية العرفية وليس موضوعها سيتم تطبيق القانون الفرنسي بناءً على قاعدة الاسناد التي تنص على أن **النزاعات المتعلقة بالوصية تخضع لقانون بلد ابرامها** أي **القانون الفرنسي الذي يعترف بالوصية العرفية**.

- أما إذا تم تكييف القضية على أساس الشروط الموضوعية الجوهرية للوصية والمتعلقة **بمسألة الأهلية** فيتم اخضاعها **لقانون الهولندي على أساس الجنسية**، وفي هذه حالة ففي سنة 1944 تبنى القاضي الفرنسي الحل الأول في قضية الوصية بأن القانون الواجب التطبيقي هو **القانون الفرنسي**.

ثالثا. موضوع التكييف

تعد مسألة التكييف حديثة نسبياً في اطار القانون الدولي الخاص، فبعد أن تم التأكد من دور التكييف وأهميته في القانون الدولي الخاص تباينت المواقف والآراء الفقهية حول طبيعة موضوع أو محل التكييف إلى ثلاثة اتجاهات، وقد تم توضيح هذه الاتجاهات في الجدول التالي:

الاتجاه الأول	الاتجاه الثاني	الاتجاه الثالث" الوسط"
يرى هذا الاتجاه أن موضوع التكييف هو العلاقة القانونية والنظام القانوني، فالقاضي يُكيف العلاقة القانونية ويردها إلى احدى الفئات القانونية التي خصها المشرع الوطني بقاعدة إسناد وكمثال عن العلاقات القانونية هناك الزواج؛ الطلاق؛ الوصية...إلخ مثال: أمريكية متزوجة أبرمت عقدا في فرنسا دون إذن زوجها فلو تم تكييف العلاقة القانونية لوحدها نجدها مرتبطة بالأهلية التي يخضعها القانون الفرنسي لقانون الجنسية وبالتالي فالقانون الواجب التطبيق هنا هو القانون الأمريكي، لكن، لو تم تكييفها على أساس أنها نظام قانوني فسيكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي الذي لا يُجيز للمرأة المتزوجة ابرام عقد دون الحصول على إذن زوجها.	يرى الاتجاه الثاني أن موضوع التكييف هو الواقع التي يشتمل عليها النزاع العروض أمام القاضي، حيث يتم رد هذه الوقائع إلى إحدى الفئات القانونية التي خصص لها المشرع القانوني قاعدة إسناد تعين القانون الواجب التطبيق، مثل واقعة الوفاة تم ردها إلى فئة قانونية معينة وهي الميراث، واستنادا إلى ذلك يكون التكييف هو الواقعة أو المركز الواقعي الذي تتنازع القوانين حكمها أو حكمه. ● **اعطاء الواقعة الطابع القانوني الذي يدخلها في طائفة معينة من الطوائف القانونية.**	يتبنى الاتجاه الفقهي الثالث موقف الوسط، بحيث يرى فقهاء هذا الاتجاه أن التكييف يقوم على عنصرين معاً، على القانوني" العلاقة و النظام القانوني" وعلى العنصر الواقعي وهي الوقائع، أي أنه ينص على مسألة قانونية التي يثيرها المركز الواقعي.

من خلال ما سبق ذكره يتضح كيف يختلف التكييف من قانون الى أخر بسبب اختلاف المفاهيم القانونية لقواعد الإسناد واختلاف تصنيفها من بلد إلى آخر، فمثلا هناك نظم قانونية تدخل المشاركات المالية للزوجين في نظام الأحوال الشخصية وبالتالي يتم اخضاعها لقانون جنسية الشخص، والبعض الآخر يدخلها في نظام العقود وبالتالي تخضع للقانون الذي اختاره المتعاقدين،

ويؤدي هذا الاختلاف في التكييف بين النظم القانونية إلى الاختلاف في تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا بدوره يؤدي إلى اختلاف في الأحكام القضائية في القضية الواحدة، وهذا راجع إلى الاختلاف كذلك في طبيعة القانون الواجب التطبيق على التكييف المعتمد في كل دول وهذا ما سيكون محتوى المحاضرة الثانية.

المراجع المعتمد عليها:

- عبد الرسول كريم أبو صبيع، التكييف في تنازع القوانين: دراسة في قانون العلاقات الخاصة الدولية، 2007
- ممدوح عبد الكريم- القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان: الأردن، -.2005.
- زناندة عبد الرحمان، التكييف في تنازع القوانين، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد7، العدد1، 2021