المحاضرة الثانية:

القانون الواجب التطبيق على التكييف وموقف المشرع الجزائري من التكييف

أولاً: القانون الواجب التطبيق على التكييف

يعد التكييف عملية أولية أساسية يقوم بها القاضي من أجل تحديد قاعدة الإسناد وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المعروضة عليه كما سبق وأن أشرنا في المحاضرة السابقة، لكن، يواجه موضوع التكييف تنازع متعلق بتحديد القانون الذي يعتمد عليه القاضي في عملية تكييفه للمسألة المتنازع عليها قبل ادراجها ضمن طائفة قانونية معينة، وقد نتج عن هذا التنازع أربعة اتجاهات رئيسية وهي:

1- خضوع التكييف لقانون القاضي" نظرية بارتن":

يرى **بارتن** صاحب نظرية التكييف بوجوب خضوع هذا الأخير **لقانون القاضي** الذي رفع أمامه النزاع، حيث يحدد طبيعة النزاع حسب قانونه، وقد طبقت الكثير من المحاكم هذا الاتجاه بصورة تلقائية كما أقرته العديد من المؤتمرات والمعاهدات الدولية كاتفاقية لاهاي سنة1925، كما أخذت به العديد من التشريعات العربية الحديثة كالقانون المدني المصري والأردني والسوري ...إلخ.

وقد بنى هذا الاتجاه رؤيته وتحليله للقانون الواجب التطبيق على التكييف استنادا لمجموعة من الحجج والمتمثلة في ما يلي:

- قواعد الاسناد وطنية وكل قاضي يطبق قواعده الوطنية وبما أن التكييف من قواعد التنازع فيجب أن يخضع لقانون دولة القاضي.
- تطبيق للقانون الأجنبي داحل دولة القاضي في عملية التكييف يعد بمثابة انتقاص من السيادة التشريعية لدولة القاضي الوطني.
- عملية التكييف سابقة للإسناد وبالتالي لا يمكن خضوع التكييف للقانون الأجنبي لأننا لا نعرفه بعد وبالتالي من الأفضل خضوعه لقانون القاضي ← إجراء التكييف وفق القانون الأجنبي يفيد بأن هذا الأخير هو الواجب التطبيق و بالتالي لا فائدة من عملية التكييف.

2- خضوع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع " القانون الأجنبي":

يرى هذا الاتجاه بضرورة خضوع عملية التكييف إلى **القانون المختص بحكم العلاقة** دون البحث في القوانين الأخرى، كما أن تطبيق هذه النظرية يؤدي إلى تحقيق العدالة بتطبيق القانون لأجنبي كاملا قواعده الموضوعية وقواعد الإسناد من أبرز رواده **باشيوني** في ايطاليا و **والف** في ألمانيا.

لكن تطبيق هذه النظرية يعد أمراً مستحيلا لأن عملية التكييف كما سبق وأشرنا تسبق الإسناد، وبالتالي لا يمكن معرفة القانون الأجنبي المختص قبل اجراء عملية التكييف لأن تطبيق القانون الأجنبي المحتمل التطبيق يتوقف في الأصل على التكييف الذي يعطيه القاضي للنزاع.

3- خضوع التكييف للقانون المقارن" المنهج المقارن":

يعد **رابال** الفقيه الألماني هو صاحب نظرية خضوع التكييف للقانون المقارن وقد عبر عن رأيه في مقالته الموسومة بـ: **مشكل التكييف** والتي نشرت في مجلة القانون الدولي الخاص سنة1921، وتقوم هذه النظرية على ضرورة خضوع التكييف لأكثر من قانون واحد، فعلى القاضي فقا لها البحث في أكثر من قانون للوصل إلى حل أو إلى تحديد القانون الأنسب والذي يقوم على ضوئه بعملية التكييف، وقد جاءت هذه النظرية حسب صاحبها من أجل تذليل الصعوبات التي تواجه القاضي في التكييف

خاصة في العلاقات القانونية المرتبطة بالأنظمة الأجنبية غير المعروفة بالنسبة له كتعدد الزوجات والمهر بالنسبة لدول الأوروبية، والنظام المالي للأزواج بالنسبة لدول الاسلامية، وعلى الرغم من الهدف الذي جاءت بهذه النظرية إلا أنه لا يمكن الاعتماد على المنهج المقارن لأنه يعد خروج عن إرادة المشرع الوطني فالتكييف وفق القانون الوطني هو تفسر لقواعد الإسناد، كما أنه يُحمل القاضي عبئ فهو لا يستطيع دراسة كل الأنظمة القانونية.

4- النظرية الحديثة في التكييف:

يتزعم هذه النظرية كل من **باتيفول ولفارد** والتي ترى بخضوع التكييف إلى قانون القاضي كأصل عام مع ضرورة التوسع لتشمل القانون الأجنبي المختص في العلاقات التي يجهل فيها القانون الوطني ويتمسك بها الخصم أمام، كما يعتمد القاضي كذلك على القانون المقارن لإجاد التكيفات العالمية المطلقة والمجردة للمسألة القانونية حتى لا يتم تشويهها.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من التكييف

أخذ المشرع الجزائري بنظرية **بارتن** في التكييف والذي أخضعه لقانون القاضي وهو ما نصت عليه المادة9 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على: "**يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق**"، ويفهم من سياق هذه المادة أن القانون الجزائري هو المرجع الذي يعتمد عليه القاضي عند تكييف المسائل القانونية المعروضة كعليها، لكن هناك بعض الحالات الاستثنائية التي تبناها المشرع الجزائري والمتمثلة في ما يلي:

- **حالة المعاهدات أو النص القانوني**: وهو ما نصت عليه المادة 21 من القانون المدني: "**لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك، في القانون الخاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر**"، بمعنى إذا كانت هناك اتفاقية سارية المفعولة مصادق عليها من قبل الجزائر وحدد فيها التكييف الذي يحكم مسألة قانونية معينة لابد من القاضي الرجوع إليها.
- **الاستحالة المادية للقانون الجزائري**: باعتبار أن الأنظمة القانونية مختلفة قد يحدث وأن بعض المجتمعات لا تعرف الأنظمة القانونية التي تحكم المجتمع الآخر، هنا على القاضي أن يرجع التكييف إلى القانون الأجنبي المختص لتحديد طبيعة النزاع مثلا نظام الوقف والمهر لا يعرفه القانون الفرنسي ما يدفعه للجوء إلى قانون الأسرة لتحديد طبيعته.
- **حالة الفعل المرتكب وخضوعه إلى قانون المحل الذي ارتكب فيه**: وقد نصت المادة 20 على هذا الاستثناء والتي نصت على ما يلي: " **يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشأ**"، أي أن التكييف يخضع لقانون المحل الذي أرتكب فيه الفعل وليس لقانون القاضي الوطني المعروض عليه النزاع.
- **حالة خضوع المال إلى قانون موقعه**: وهنا الشرع نص صراحة على تكييف المال إذا كان عقاراً أو منقولاً يرجع إلى قانون موقع العقار أي مكان تواجد المال وهو ما جاء في المادة 17 :" **يخضع تكييف المال سواء عقاراً أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها**".

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
- القانون المدني الجزائري.