التكييف

تمهيد :

لتحديد ما إذا كان فعلا ما يدخل في نطاق تطبيق قاعدة معينة،و جب بالضرورة اللجوء إلى التكييف. فبالنسبة للبعض ، القانون الدولي الخاص في كليته يستند على نظرية التكييف،غير أن كل الدول لا تكيف ذات العلاقة القانونية بشكل متطابق. .

إن تحديد الطبيعة القانونية لواقعة أو عمل قانوني وفقا لقانون واجب التطبيق و لشروط تطبيقه، إنما هو مظهرا من مظاهر تفسير القانون، و على هذا الأساس، فإن القاضي الذي يلجأ إلى تفسير أحكام القانون لا يقوم في الواقع سوى بعمليات تكييف. هذه العملية تبدو أنها بسيطة، و لكنها تصبح معقدة حينما يتم الابتعاد عن مركز الفئات القانونية المعروفة و يتم الاقتراب من حدود فئة ربط أخرى.

مثال : المنازعة في **صحة هبة** بين الأزواج من جنسيات مختلفة ، **فهل هي حالة شخصية أم حالة عقدية ؟ عيب الرضا . هل هو حالة شخصية أو عقدية ؟ هل التقادم مسألة موضوعية أم مسالة إجرائية و حتى شكلية ؟** [1]

فعندما يُكيّف نظامين قانونيين بشكل مختلف نفس المسالة القانونية ، بمعنى لا يدمجان المسالة المطالب حلها في نفس الفئة، يترتب عن هذا الاختلاف وضع حيز النفاذ قواعد تنازع متمايزة و يترجم ذلك طبعا باختيار قوانين مختلفة. هذا الاختلاف يطلق عليه: " **تنازع التكييفات** ".

<u>تعريف التكييف</u> :

في نطاق القانون الدولي الخاص، يفيد التكييف التساؤل بشأن الطبيعة القانونية الغالبة(المهيمنة) لمسألة قانونية و إدراجها(إدماجها) بسبب هذه الصفة الغالبة في فئة (زمرة ـ صنف) الربط المناسبة المتمشية معها تمهيدا لإخضاعها لقانون معين. ويمكن تعريفه كذلك على أنه : البحث عن الطبيعة القانونية للحالة محل النزاع. فهو بهذا المعنى، يشبه بطاقات تلصق على موضوعات مجمعة في أصناف.

التأصيل التاريخي لفكرة التكييف :

يعود اكتشاف فكرة التكييف لفقيهين هما : " **كاهن Kahn** ألماني " من خلال قضية **السفتجة** المحررة في الولايات المتحدة الأمريكية و التي سمحت له بأن يستنبط وجود تنازع

تكييفات" و " بارتن Bartin فرنسي الذي تناول مسألة التكييف من". خلال قضية "بارتلو BARTHOLO" [2] ، غير أنها تسند لهذا الأخير أكثر من الأول.

القانون الواجب التطبيق على التكييف :

كيف يتم التكييف، هل يتم بالنظر إلى المفاهيم الوطنية أم بالنظر إلى المفاهيم الأجنبية؛ بمعنى هل أن التكييف يتم وفقا لقانون القاضي أو قانون الموضوع أو العلاقة (السبب، القضية) lege fori أو lege causae ؟

أ ـ القاعدة : التكييف يخضع لقانون القاضي :

القاعدة أن التكييف يخضع لقانون القاضي Lex fori هو الرأي المتبنى بشكل شبه إجماع، فالقاضي لا يمكنه أن يتصرف بشكل آخر دون المساس بسيادة دولته.

و تجد مبررات إخضاع التكييف لقانون القاضي، في :

1 ـ إن خضوع التكييف لقانون القاضي نتيجة حتمية لاعتبار قواعد التنازع قواعد وطنية داخلية محضة، و من ثم فالقاضي ملزم بالتكييف وفقا لهذه القواعد، باعتباره ليس إلا تفسيرا من قبل القاضي للقانون الوطني، و على ذلك، فإن إخضاع التكييف لقانون العلاقة (قانون القضية أو قانون السبب كما يطلق عليه البعض) ***lege* causae** يؤدي إلى تجاهل نظام التنازع الوطني.

2 ـ بما أن مرحلة التكييف تسبق مرحلة الإسناد إلى القانون الأجنبي، فلا يعرف بعد القانون الذي يطبق، فهو غير موجود بعد، وبالتالي، فلا يوجد أي خيار آخر أمام القاضي المعروضة عليه الدعوى(القضية) سوى التكييف وفقا لقانونه (قانون القاضي) ، الذي هو وحده المتاح و المتوفر في هذه المرحلة[3].

ب ـ إخضاع التكييف لقانون القضية :

لفترة طويلة، هيمن التكييف وفقا لقانون القاضي lege fori. غير أن التكييف على هذا النحو أظهر نقائصه – ضعفه ، به عيوب ـ من حيث أن يثير التساؤل بشأن مدى نجاعة أسسه. فرغم جعله مرنا إلا أن التكييف وفقا لقانون القاضي يبقى غير قادر على الانفصال عن المفاهيم الوطنية، إذ يتم حل الوضعية ـ العلاقة ـ الدولية وفقا للمفاهيم المقررة بشأن حاجيات القانون الداخلي. هذه النقائص تتجلى على وجه الخصوص بشأن الحالات الهجينة (المختلطة)، حيث تكون الحالة في تماس بين المادة العقدية و المادة الجنحية (الفعل الضار) مثلا. فإيجاد تكييف يتماشى مع المنازعات الدولية الخاصة لا تجد أساسها بشكل كلي في

قانون القاضي. ، ففي أوروبا ظهرت هناك محاولة للتوصل إلى تكييفات مستقلة للمفاهيم في المادة العقدية و المادة الجنحية.

و لذا يرى البعض أن التكييف وجب في حالة الاختلاف و في الفرض الذي لا يتدخل فيه النظام العام أن يتم التكييف وفقا للقانون الذي تقرر اختصاصه من قبل قاعدة التنازع قانون العلاقة [**قانون الموضوع، قانون السبب ،قانون القضية وفقا للمصطلح المستعمل**] **lex causae**، و ليس إلى **قانون القاضي lex fori** (قانون المحكمة المتصلة بالدعوى)، فلا يمكن الادعاء احترام القانون الأجنبي إذا لم يتم الأخذ بعين الاعتبار التكييفات المقدمة من قبل هذا القانون باعتبارها تشكل عنصرا منه من الاستحالة فصلها دون تحريف القانون.

ثانيا : استثناءات خضوع التكييف لقانون القاضي :

خروجا على مبدأ خضوع التكييف لقانون القاضي، في الخالات الآتية:

1 ـ يخضع **تكييف المال** سواء كان **عقارا أم منقولا** لقانون موقع المال، مثلما نصت عليه المادة 17من القانون المدني الجزائري.

2 ـ تكييف الفعل هل هو جريمة أو غير جريمة يخضع للقانون الذي وقع الفعل في إقليمه ،و يبرر هذا الاستثناء بأنه نقيصة العدالة إلى جانب أنه يتعلق أيضا بالنظام العام.

3 ـ أن تنص المعاهدات على قانون القاضي للتكييف.

الحلول القضائية لمسألة التكييف :

لفترة طويلة امتنع القضاء عن التدخل في النقاش الفقهي بشأن تنازع التكييفات و بالتالي لم يتخذ أي قرار مبدئي لفترة طويلة، فكانت الحلول تتكيف (تتأقلم) بالنظر إلى الربط المحدد بشان كل قضية على حدى وفقا لمقتضيات قضية الحال، لاحقا تدخل ليكرس مبدأ خضوع **التكييف لقانون القاضي lege fori**. و من بين القضايا الشهيرة التي اتخذت كأساس للتأصيل لفكرة التكييف.

1 ـ قضية : **زواج اليوناني الأرثوذكسي** : المعروفة بقضية " **كرازلانيس**" :

نقض مدني. 22 ـ 06 ـ 1955.

(*Civ. 1ère22/06/1955 CARASLANIS* ou « *Le mariage du grec orthodoxe* »

تتلخص وقائع القضية في :

رجل يوناني تزوج بفرنسية و أحتفي به في فرنسا في **الشكل المدني** وفقا للقانون الفرنسي

في حين **القانون اليوناني يفرض الاحتفاء به في الشكل الديني**. فدُعيت محكمة النقض الفرنسية للفصل في طعن يتعلق بمدى صحة الزواج الذي أحتفي به في فرنسا في الشكل المدني بين الفرنسية و اليوناني.

قررت الغرفة المدنية لدى محكمة النقض الفرنسية أن التكييف وجب أن يتم **وفقا لقانون القاضي**.

و لما كان القانون الفرنسي يُكيف عقد الزواج على أنه شكلية، و أن إبرام عقد الزواج قد تم في فرنسا، وان القانون الواجب التطبيق على الشكلية هو قانون مكان الكتابة(التحرير)، ، فإن القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق على النزاع، وبالنتيجة لذلك يعد عقد الزواج صحيحا لكونه قد تم وفقا للشكليات المعتمدة في فرنسا.

2 ـ قضية وصية الهولندي : مجلسة قضاء باريس، 1944

CA, Paris, 1944 "le testament du hollandais

أثارت هذه القضية مسألة صحة **وصية عرفية** حُررت من قبل **هولندي في فرنسا**. فحسب **القانون الفرنسي**، الطبيعة العرفية **للوصية** هي مسالة تدخل ضمن **فئة الشكليات**، و من ثم يحكمها قانون مكان الكتابة(التحرير) الذي تترجمه القاعدة اللاتينية ***(locus regit actum)***

ولكن المادة 992 من القانون المدني الهولندي (الملغاة) تنص على أن الوطني(الهولندي) الذي يبرم وصية في الخارج لا يمكنه أن يقوم بذلك إلا في الشكل الرسمي، باعتبار أن شكل **الوصية** بالنسبة **للقانون الهولندي** يدخل ضمن **الحالة الشخصية**، و من ثم فإن التكييف الأجنبي يفضي إلى اعتبار الوصية باطلة؛ في حين التكييف الفرنسي يعتبرها صحيحة لكونها تدخل ضمن فئة الشكليات. و لذا اعتبرت الوصية صحيحة إعمالا للقانون الفرنسي الذي لا يتطلب الرسمية في الوصية.

3 ـ قضية : " ميراث المالطي" :

مجلس قضاء الجزائر، 24 ديسمبر 1988.

(*CA Alger, 24 déc. 1889, Grands Arrêts n°9)* la succession du maltais »

زوجين من مالطا، انتقلا إلى الجزائر في عهد الاستعمار الفرنسي و أقاما فيها، أين تملك الزوج عقارا ثم توفي تاركا زوجته التي طالبت بحقها في العقار، فثارت مسالة تكييف حق الزوجة المنصب على عقار ،**فهل هذا الحق يدخل ضمن فئة فكرة (فئة)النظام المالي للزوجين، أم يتعين إدراجه ضمن فئة (زمرة – فكرة) الميراث ؟**

و بداهة، فإن الاختلاف في التكيف يترتب عنها اختلاف في القانون الواجب التطبيق. فإذا أدمج حق الزوجة في ما تركه زوجها على أنه يدخل ضمن النظام المالي للزوجين، فإن القانون الواجب التطبيق في مثل هذه الحالة هو القانون المالطي لأن قاعدة الإسناد الفرنسية تعين قانون الموطن الأول للزوجة،وهنا هو القانون المالطي الذي يعترف بأحقية الزوجة في طلبها. في حين أن تكييف الطلب على أنه يدخل ضمن الميراث، فإن قاعدة الإسناد الفرنسية تعلن اختصاص القانون الفرنسي الذي لا يعترف للزوجة بهذا الحق ، و بالتالي رفض دعوى الزوجة، و هو الحل الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية

موقف التشريعات من القانون الواجب التطبيق على التكييف :

وفقا للمادة 9 من القانون المدني الجزائري، يخضع التكييف لقانون القاضي؛ بمعنى قانون القاضي الناظر في الدعوى،و هو ذات الحل المتبنى من قبل القانون الدولي الخاص التونسي بمقتضى الفصل 27 الفقرة الأولى[4] جل التشريعات الأخرى.

غير أن بعض التشريعات ومن بينها التشريع التونسي، الذي بعد تبنيه لقاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي،

دعمه بأحكام أخرى وفقا للفصل 27 الفقرات 2 و 3 و 4 من القانون الدولي الخاص التونسي، و هي :

- التكييف وفقا لأصناف القانون ألأجنبي الغير واردة في القانون التونسي طبقا للقانون الأجنبي.

ـ التكييف وفقا للأصناف القانونية الدولية وخصائص القانون الدولي الخاص

ـ التكييف وفقا للأصناف الخاصة بالمعاهدات.

التكييف و الإحالة (فكرة إحالة التكييف) :

وفقا لـ : " **بارتن** " ، وجب استبعاد إحالة التكييف لأن هذا الأخير يأتي في المرحلة ألأولى في تفكير القاضي، وقبل وضع قاعدة التنازع حيز التنفيذ, فبمجرد التكييف و إعمال قاعدة الإسناد المنطبقة لا يتبقى للقاضي إلا تطبيق القانون الواجب التطبيق، و بالتالي فهو لا يعير أي اهتمام للتكييف المتبنى من قبل القانون الأجنبي.

على النقيض من هذا الرأي، اعتبر البعض أن إحالة التكييفات وجب تقبله, فالقاضي يمكنه بعد أن يكيف العلاقة وفقا لقانونه الوطني، و بعد إعمال قاعدة الإسناد الوطنية أن يعمد إلى

تفسير القانون الأجنبي وفقا للتكييفات الأجنبية, بالفعل فهي وسيلة لضمان توافق الحلول على المستوى الدولي. و نجد نفس الحجة بالنسبة للإحالة بشكل عام.

و لقد تبنى المشرع التونسي، مثل هذا الحل بمقتضى الفصل من القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1997.

Notes التهميشات

[1] ـ بشأن إشكالية تكييف التقادم في نطاق القانون الدولي الخاص أنظر مقال بكامله:

Antoine Motulsky-Falardeau : "**Les aspects historiques de la qualification de la prescription en droit international privé**." , In : *Les Cahiers de droit* 554 (2014): 829–876.

[2] ـ Bartin Etiènne : « **la doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois** », In ; académie de droit international , Recueil des cours , T. 31, I, 1930, Sirey , Paris, pp.565 à 699 .

رغم تزامن نظرية Kahn و Bartin، و تماثلهما في كل من ألمانيا و فرنسا إلا أنه لم يكن لأحدهما تأثير على ألأخر، ويبدو أن هذا الأخير لم يطّلع على أعمال الأول إلا سنوات فيما بعد،و هي معرفة لم تجعله يغير أي شيء في النظرية.أنظر :

Jacques Maury : " **les règles générales des conflits de lois** " , In: académie de droit international , Recueil des cours , T. 57, III, 1936, Sirey , Paris, p.462, N°121

[3] ـ د.علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1984، ص 43.

[4] ـ قانون عدد 97 لسنة 1998، مؤرخ في 27 نوفمبر 1998، يتعلق بإصدار **مجلة القانون الدولي الخاص**، الرائد الرسمي، العدد 96، مؤرخ في : أول ديسمبر 1998، ص ص. 2392 – 2395.

مجلة للقانون الدولي الخاص التونسية . وبشأن شرح موضوع التكييف في القانون التونسي، انظر :

مبروك بنموسى، **شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص**، ب.م ، 2003، ص 273 و ما يليها.