النظرة الفقهية لموضوع التكييف والقانون الذي يحكمه

د. كيحل كمال (جامعة أدرار)
رويني سليم (طالب ماجستير)

مقدمة

إن أول ما يتصدى له القاضي وهو بصدد الفصل في نزاع ذي طابع دولي هو تحديد الوصف القانوني للمسألة أو العلاقة موضوع النزاع بقصد إدراجها في أحد الطوائف التي خصها مشرعه بقاعدة إسناد، وتسمى هذه العملية بالتكييف, وهو تحديد طبيعة المسألة التي تنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية لكي يسند حكمها إلى قانون معين.

ولأجل هذا الدور الذي يقوم به, فقد اختلف الفقه في ما يمكن أن يكون موضوعا للتكيف هل هي العلاقة القانونية أو النظام القانوني الذي يحكمها ام يكون موضوعا للواقعة القانونية التي أحدثت الأثر, ثم كيف للقاضي أن يتناول عملية التكييف ومن أي زاوية.

وسنتناول في هذا البحث موضوع التكييف والقانون الذي يتم بموجبه, فنسرد في المبحث الأول ما هو الموضوع الذي يتعرض إليه التكييف وذلك عبر ثلاث مطالب , في المطلب الأول نسرد الرأي القائل بان التكييف يكون على أساس العلاقة القانونية أو النظام القانوني وفي المطلب الثاني الرأي القائل بأنه يكون على أساس الوقائع وفي المطلب الثالث نعالج التوفيق بين الرأيين, في حين خصصنا المبحث الثاني للآراء الفقهية التي تحدد القانون الذي يجب أن يكيف وفقه القاضي, فعالجنا في مطلب أول الرأي الذي يرجعه إلى القانون المقارن وفي المطلب الثاني الرأي القائل بان التكييف يكون وفق قانون القاضي, وفي الرأي الثالث الرأي الذي يقول أن التكييف يكون وفق القانون المعين بقاعدة الإسناد, لنخلص إلى خاتمة موجزة عن البحث.

المبحث الأول

موضوع التكيف

إذا كانت عملية التكييف تتسم بأهميتها في نطاق القانون الداخلي فان أهميتها هذه تزداد بصفة خاصة في مجال القانون الدولي الخاص. وتتأتى هذه الأهمية في أن المشرع بصدد تنظيم الحياة الخاصة الدولية عن طريق منهج الإسناد, بعد ضم كل مجموعة من المسائل أو العلاقات التي تتشابه في أوصافها ضمن طائفة قانونية ثم تخصيصها بقاعدة إسناد معينة. وبما أن التكييف أمر

أساسي و أولي لحل تنازع القوانين من أجل تحديد قاعدة الإسناد, فقد كان مجالاً لجدل فقهي واسع حول ما يجب ان ينصب عليه التكييف، وتوزعت الاتجاهات الفقهية فيه إلى اتجاهين رئيسين سنبحثهما في مطلبين ونخصص الثالث للرأي المختار .

المطلب الأول : موضوع التكييف هو العلاقة القانونية

ويذهب البعض إلى أن ا لقاضي إنما يقوم بتكييف العلاقات القانونية ويردها إلى إحدى الفئات القانونية التي خصص لها مشرعه قاعدة إسناد ومثال العلاقات القانونية : الزواج ، الطلاق ، العقد ، الفعل الضار ، الوصية ، الأهلية وغيرها .فالقاضي يكيف العلاقات القانونية وليس الوقائع [52].

ويذهب البعض الآخر إلى أنه يجب أن يكون محل التكييف هو (النظام القانوني) الذي تدخل في نطاقه العلاقة القانونية, ومثال العلاقة القانونية (العقد)، فلو أن عقداً أبرم في فرنسا من قبل امرأة أمريكية متزوجة وذلك من دون إذن زوجها ((فإذا كيفنا العلاقة القانونية وحدها (التعاقد بدون إذن) لوجدنا أنها تتعلق بالأهلية، والأهلية بحسب قاعدة تنازع القوانين الفرنسية تخضع لقانون الجنسية ، وقانون الجنسية وهو (القانون الأمريكي . .) يبيح هذا التعاقد ولا يحرمه . فإذا كيفنا هذه العلاقة باعتبارها داخلة في نظام قانوني معين ، وهو مدى أهلية المرأة المتزوجة ، لوجدنا أن الحل يختلف ، إذ يمكن القول بأن هذا النظام يرتكز على اعتبارات اجتماعية وعائلية تستهدف حماية أموال العائلة وتركيز إدارة الشؤون العائلية في الزوج وإحترام سلطانه فهي تتعلق إذن بالنظام العام ، ومن ثم يجب تطبيق أحكام القانون الفرنسي وهي لا تجيز للمرأة المتزوجة التعاقد بدون إذن زوجها)) [53].

المطلب الثاني : موضوع التكييف هو الوقائع

ويذهب هذا الرأي إلى أن محل التكييف هو الوقائع التي يشتمل عليها النزاع المعروض أمام القاضي وهذا ((النزاع لا يعدو أن يكون مجرد وقائع طالما لم يتم إعطاؤه وصفاً قانونياً معيناً)) [54], فالواقعة القانونية هي الواقعة أو الفعل المادي الذي يرتب القانون عليه أثراً قانونياً مثل واقعة الإستيلاء على الأرض والأثر هو تملك هذه الأرض وواقعة الوفاة والأثر هو الميراث , والواقعة

52 - د.جابر جاد عبدالرحمن : القانون الدولي الخاص ، ج2 ، ط2 ، مطبعة التفيض ، بغداد ، 1947- 1948 ، ص 522 ،

53- د.عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 79 .

54- نفس المرجع, ص 81.

القانونية بالمعنى العام تشمل العمل القانوني وهو إتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني ومثالها إتجاه إرادة البائع لنقل ملكية المبيع إلى المشتري وإستلام الثمن وإتجاه إرادة المشتري لقبض المبيع وتسليم الثمن .[55]

لذا فكل ما يرتب عليه القانون أثراً قانونياً يعد واقعة قانونية سواء كان فعلاً مادياً أو عملاً قانونياً . وبهذا الوصف يتم رد هذه الوقائع إلى إحدى الفئات القانونية التي خصص المشرع لكل منها قاعدة إسناد تحدد القانون المختص بشأنها .

المطلب الثالث: الرأي المختار

بعد عرض الاتجاهات السالفة في محل التكييف يمكن القول بأن تحديد معنى الواقعة القانونية يسهم في التوصل إلى الحل الدقيق .

فمحل التكييف في نطاق تنازع القوانين هو الوقائع التي يرتب قانون القاضي عليها أثراً قانونياً ومن ثم فهي تدخل في إحدى الطوائف أو الفئات القانونية التي خصص المشرع في دولة القاضي لكل منها قاعدة إسناد مثل الأهلية وشكل التصرف وغيرها فبعد قيام القاضي بعملية التكييف عليه أن يطبق قاعدة الإسناد ويحدد القانون المختص الذي يحكم هذه الوقائع .

ففي قضية وصية الهولندي [56], بحث القاضي (الفرنسي) المعروض أمامه النزاع ليس واقعة الوصية بما هي واقعة يرتب القانون الفرنسي عليها أثراً قانونياً ومعروفة لديه وقد خصص لها قاعدة إسناد هي إخضاعها لقانون الدولة التي ينتمي إليها الموصي بجنسيته وهو (القانون الهولندي) بل بحث في موضوع آخر – وإن تضمنته طلبات الخصوم – وهو (إجراء الوصية بالشكل العرفي الخطي وهل يعد من مسائل الشكل أم الأهلية) وقام بتكييفه ضمن مسائل الشكل التي تحكمها قاعدة الإسناد (إخضاع الشكل إلى قانون دولة محل الإبرام) وهو (الفرنسي) لأن الوصية أبرمت في فرنسا [57].

55- سليمان مرقس : نظرية العقد ، نشر وطبع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ,د ط,سنة 1956 ، ص 28 – 29.

[56]- حكم محكمة إستئناف أورليان في 4 / 8 / 1857 في قضية تتلخص وقائعها في : أن هولندياً قام بتحرير وصية بالشكل الخطي العرفي في فرنسا التي يجيز قانونها ذلك حسب المادة (999) من القانون المدني الفرنسي في حين أن القانون الهولندي يمنع ذلك ويشترط الرسمية (إفراغ الوصية في الشكل الذي يتطلبه القانون) حسب المادة (992) من القانون المدني الهولندي فلما مات الهولندي طالب ورثته ببطلان الوصية وفقاً للقانون الهولندي وذلك أمام القضاء الفرنسي ، أشار إليه د.جابر جاد عبدالرحمن :القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص 524 .

57 - أعراب بلقاسم- القانون الدولي الخاص الجزائري-ج1تنازع القوانين-دار هومه-الجزائر- ط 13, س 2013-ص77.

وببيان أكثر في الوصية المكتوبة بالشكل العرفي الخطي هل يبحث القاضي وينصب إهتمامه في التكييف على :

- الوصية نفسها ؟ أم
- شرط الرسمية الذي يشترطه قانون جنسية الموصي ؟

إن إختار القاضي الحل الثاني – وهو ما حصل فعلاً – فإنه يكون قد قام بتطبيق قاعدة إسناد هي غير القاعدة الواجبة التطبيق أصلاً والتي تخص الوصية إذ بحث في : هل أن هذا الشرط يدخل ضمن الأهلية أم الشروط الشكلية ولكل من الإثنين قاعدة إسناد هي غير قاعدة إسناد الوصية[58].

أي أن القاضي هنا قد طبق قانونه الوطني قبل أوان التطبيق وفي مناسبة التكييف وقضى بأن الوصية صحيحة وأن هذا الشرط يعد شرطاً شكلياً فهو قد مال بشكل واضح لتطبيق قانونه الوطني على حساب القانون الواجب التطبيق وهو (القانون الهولندي) فهذه القضية وإن دأب الفقهاء على إيرادها مثالاً تقليدياً للتكييف إلا إنها – في إعتقادي ووفقاً لمفهوم الواقعة القانونية – تعد إجتهاداً غير موفق وميلاً لتطبيق قانون القاضي في غير موضع التطبيق .

ولكن الأمر يعد مختلف تماماً إذا كان موضوع النزاع هو وقائع لا يعرفها قانون القاضي ولا يرتب عليها أثراً قانونياً ومثال ذلك قضية (ربع الزوج المحتاج) [59].

فالأرملة التي تطالب بنصيبها من تركة زوجها وفقاً لنظام قانوني لا يعرفه قانون القاضي (الفرنسي) بل هو معروف فقط في قانون الدولة التي يحمل الزوج المتوفى جنسيتها (المالطي) فهنا لأجل تحديد الوصف القانوني الصحيح لإدعاء الزوجة هذا لابد من الرجوع إلى القانون الذي ينظم ذلك أي القانون المالطي والسؤال هو : هل إن هذا النصيب يُمنح للأرامل فقط ومن ثم يمكن عده من الميراث أم يُمنح للأرامل والمطلقات على السواء ومن ثم يعد من النظام المالي للزواج [60].

58- سعيد يوسف البستاني-القانون الدولي الخاص-منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت –لبنان-ط1-س2004-ص132.

[59]- قضية تتلخص وقائعها في أن زوجيين مالطيين تزوجا في مالطا ثم إنتقلا للعيش في الجزائر (حينما كانت مستعمرة فرنسية) ثم مات الزوج عن ثروة ضخمة من بينها عقارات في الجزائر ، فطالبت الزوجة أمام القضاء الفرنسي بنصيبها من زوجها يعرف بـ (نصيب الزوج المحتاج) وهو نظام يعرفه القانون المالطي ولا يعرفه القانون الفرنسي ، ويلاحظ أن المحكمة الفرنسية طبقت قانونها وليس القانون المالطي وكيفت الموضوع بأنه ميراث ومن ثم يخضع للقانون الفرنسي , أشار إليه أعراب بلقاسم في المرجع السابق, ص48.

[60]- عبد الفتاح بوشاري, مقال بعنوان التكييف في القانون الخاص.

المبحث الثاني

الاتجاهات المختلفة بشأن القانون الذي يحكم التكييف.

في هذا المبحث نتناول النظريات التي طرحت في بيان القانون الذي بموجبه يتم تكييف موضوع النزاع وإسناده إلى إحدى الفئات القانونية التي تنظمها قواعد الإسناد .

وفي الواقع قد طرحت نظريات ثلاث هي : الرجوع في التكييف إلى القانون المقارن ، والرجوع إلى القانون المختص نفسه الذي تشير بتطبيقه قواعد الإسناد وأخيراً التكييف وفقاً لقانون القاضي .

المطلب الأول : الرجوع في التكييف إلى القانون المقارن

وبموجب هذه النظرية التي قال بها الفقيه الفرنسي (رابل) يتم الرجوع في التكييف إلى القانون المقارن ، إذ إن قواعد الإسناد إنما تهدف إلى سد حاجة المعاملات الدولية ومن ثم فإن ما تنظمه هذه القواعد يجب أن يعطى معنى عالمياً من دون الإعتماد على المقصود منه وفقاً لقانون دولة معينة [61].

فلو أن قاعدة الإسناد في مسألة الأهلية تشير إلى تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته فوفقاً لهذا الرأي يجب أن يكون المعنى المقصود من الأهلية متحدداً في ضوء القانون المقارن لا كما تُفهم الأهلية في قانون دولة معينة .

إن سد حاجة المعاملات الدولية من قبل قاعدة الإسناد هي حجة منطقية مضافاً إلى إن الرجوع إلى القانون المقارن سيخفف كثيراً عن كاهل القاضي ثقل تكييف موضوع لا وجود له في تشريعه الداخلي.

ولكن النجاح لم يكن حليف هذه النظرية إذ وجه إليها النقد من جهات عديدة [62] :

1. أنها تصطدم بصعوبات عملية إذ إن فكرة القانون المقارن لم تتبلور بعد ولا زال هذا القانون في العموميات .

---

www.law.uokufa.edu.iq%2Fstaff%2Fabdulrasoolkm%2Ftakeef.doc&ei=bACTU_ecEcK7ygPyhIHgBQ&usg=AFQjCNHUQdchH5v9BpE7c1_cFcnOZjPajQ&bvm=bv.68445247,d.bGQ

[61]- د.عكاشة محمد عبدالعال, مرجع سابق, ص 81.

[62]- د.حسن الهداوي : تنازع القوانين (المبادىء العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني – دراسة مقارنة -)، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2001 ، ص 54 – 55.

2. ليس هناك من آليات محددة يعتمدها القاضي عند رجوعه إلى القانون المقارن ، ومن ذلك حالة وجود نظم قانونية متباينة لدول مختلفة تبايناً يصعب معه الترجيـح ؟ وهل المقارنة تتم بين قوانين أو نظم قانونية ؟.

3. إن القاضي لم يواجه صعوبة في تكييف المسائل التي لم يتطرق إليها تشريعه الداخلي في قواعد الإسناد أخذاً بالمفهوم المرن لقانون القاضي ، فلم يتردد القاضي في مسألة الزواج الثاني مثلاً والذي تعرفه الشريعة الإسلامية أن يعده نوعاً من الزواج رغم أن تشريعه الداخلي لا يعرف هذا النظام .

المطلب الثاني : الرجوع إلى القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد

وبموجب هذه النظرية والتي قال بها الفقيه الفرنسي (دسبانييه) ثم تبعه آخرون يتم الرجوع لأجل تكييف الفكرة المراد إسنادها وتحديد القانون المختص بشأنها إلى هذا القانون الأخير نفسه أي القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد .

ويبرر أنصار هذه النظرية ما يذهبون إليه بأن القانون المختص والذي تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد في قانون القاضي يجب أن يحكم الفكرة المُسندة بشكل كامل من حيث الموضوع وكذلك من حيث التكييف والقول بالأخذ بقانون القاضي في التكييف يعد إفتئاتاً على إختصاص القانون الواجب التطبيق وتطبيقاً لقانون القاضي في غير موضع تطبيقه[63].

ولم تسلم هذه النظرية من النقد ومن أهم ما إنتقدت به – وبحق – [64] :

1. أنها تتجاهل الترتيب المنطقي للأمور والتتابع الزمني لها إذ إن التكييف هو عملية سابقة زمناً ولازمة ضرورة قبل تطبيق قاعدة الإسناد في قانون القاضي ومن ثم إختيار القانون المختص بموجب هذه القاعدة فتطبيق القانون الأخير لأجل التكييف يعد مصادرة على المطلوب والسير في حلقة مُفرغة يستحيل الخروج منها.

2. إن قواعد الإسناد هي من وضع المشرع الوطني في دولة القاضي ومن ثم فالأفكار التي ينظمها في هذه القواعد لأجل تطبيق القانون المختص بشأنها وطنياً كان أم أجنبياً ، لابد من أن يتم تكييفها وإعطاؤها الوصف القانوني وفقاً لقانون القاضي لا وفقاً لقانون أجنبي فالسماح بتطبيق قانون الجنسية في مسائل الأهلية وفقاً لقاعدة الإسناد في قانون القاضي إنما هو سماحٌ بتطبيق

---

[63]- اعراب بلقاسم, مرجع سابق, ص 48.

64- د.عكاشة محمد عبدالعال ، مرجع سابق ، ص 114.

قانون من حيث الموضوع في مسألة الأهلية والأهلية هذه كما يفهمها ويكيفها هو – أي المشرع الوطني في دولة القاضي – لا كما يكيفها غيره من المشرعين .

المطلب الثالث : الرجوع في التكييف لقانون القاضي

وبموجب هذه النظرية يتم الرجوع إلى المفاهيم والأفكار القانونية في قانون القاضي نفسه لأجل تحديد الوصف القانوني لموضوع النزاع ورده إلى إحدى الطوائف القانونية التي خصص المشرع في دولة القاضي لكل منها قاعدة إسناد مستقلة [65].

ومن أهم من قال بهذه النظرية وأرسى دعائمها الفقيه الفرنسي (بارتان) انطلاقا مما توصل اليه الفقيه الالماني (كاهن) إلا أنه أقام نظريته على فكرة السيادة فذهب إلى أن المشرع في دولة القاضي بوضعه قواعد الإسناد إنما يتنازل عن جزء من سيادة قانونه لصالح تطبيق القانون الأجنبي وهذا التنازل ينحصر في حدود تطبيق قاعدة الإسناد لأجل تحديد القانون المختص ومن ثم فتحديد الوصف القانوني للمسائل التي تندرج ضمن قاعدة الإسناد هو من إختصاص المشرع الوطني نفسه وهذا التكييف أو التحديد لم يتنازل عنه لصالح غيره من المشرعين [66].

إلا أن فكرة السيادة لم يقل بها الفقه الحديث المتبني لهذه النظرية إذ أن قاعدة الإسناد هدفها تحديد القانون المختص تلبية لحاجة المعاملات الدولية ، ومن الحجج التي إستدلوا بها لدعم وجهة نظرهم :-

1. إن قواعد الإسناد في دولة القاضي هي قواعد وطنية من وضع المشرع الوطني ومن ثم فالتكييف لا يعدو أن يكون تفسيراً لقاعدة الإسناد وينبغي ن يتم هذا التفسير في ضوء مفاهيم قانون القاضي.
2. إن التكييف هي عملية ضرورية وسابقة على تحديد أي قانون ولا يمكن تحديد القانون المختص قبل إجراء التكييف ومن ثم فلا يمكن أن يتم التكييف إلا وفقاً لقانون القاضي المعروف لدى هذا الأخير.
3. إن مبدأ وحدة التكييف في دولة القاضي يستلزم إجراؤه وفقاً لقانون القاضي فلا يمكن أن نتصور مثلاً في مسألة الأهلية أن يتم تكييفها تارة وفقاً لقانون القاضي في نزاع وطني بحت وتارة وفقاً لقانون أجنبي في نزاع مشوب بعنصر أجنبي من خلال قاعدة الإسناد الوطنية مع إختلاف التكييف في الإثنين ، فالتكييف لابد أن يكون واحداً في الدولة نفسها .

---

[65]- د.عكاشة محمد عبدالعال ، مرجع سابق ، ص 115

[66]- انظر اعراب بلقاسم, مرجع سابق, ص 52.

4. حجة ذات طابع نفسي فالقاضي في تكوينه النفسي والمهني مطبوعٌ بطابع قانونه الوطني ومن ثم فالمفاهيم القانونية تدخل في تكوين ثقافته القانونية والمهنية فهو يميل دائماً في النزاع المعروض عليه إلى تطبيق قانونه الشخصي ولا سيما في تفسير قاعدة وطنية هي قاعدة الإسناد وفي ذلك يقول الفقيه (بارتان) : ((إن المبادىء السائدة في دولة القاضي تعد جزءاً لا ينفصل عن ذكائه المهني))[67].

وتعد نظرية التكييف وفقاً لقانون القاضي هي النظرية الأرجح وقد تبنتها غالبية التشريعات وأخذ بها القضاء في أحكامه [68].

ويلاحظ هنا أن المقصود بالتكييف وفقاً لهذه النظرية هو التكييف الأولي أو الاختصاصي أي التكييف اللازم لتحديد القانون المختص أمّا التكييف الثانوي أو اللاحق فيعد من مسائل الموضوع والتي تخضع للقانون المختص نفسه [69].

فمثلاً لو كانت قاعدة الإسناد في دولة القاضي تشير إلى تطبيق قانون جنسية الشخص في مسائل الأهلية ، فالمقصود بالأهلية وما يندرج تحتها يعد تكييفاً أولياً يتم وفقاً لقانون القاضي أما المسائل الأخرى مثل القصر والجنون والسفه وغيرها فبيان المقصود منها تعد تكييفات لاحقة تخضع للقانون المختص نفسه لأنها تدخل ضمن موضوع النزاع وغير لازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق . ولكن لابد من الإشارة هنا بعد معرفة أن هذه النظرية هي الأرجح من بين النظريات في التكييف وأن المقصود بالتكييف هو الأولي وليس الثانوي ، أن الفقيه (بارتان) لم يسلّم بما تقول به هذه النظرية في جميع الفروض بل إستثنى من ذلك التكييف الذي يخص (الأموال) فيما إذا كانت عقاراً أو منقولاً فأخضع تكييفها لقانون موقعها وليس لقانون القاضي مستنداً على فكرة حماية الثروة الوطنية في الدولة التي تقع فيها تلك الأموال ومن ثم إرتباطها بالنظام العام فيها[70].

وقد تعرض هذا الإستثناء الذي طرحه (بارتان) إلى النقد الشديد من قبل شراح القانون ولم تأخذ به معظم التشريعات التي تبنت هذه النظرية في نصوصها إذ إن التكييف لا يرد على العقار نفسه أو المنقول وإنما على الحقوق التي يقرها القانون على هذا العقار أو ذلك المنقول ومن ثم فإن

---

[67]- د.حسن الهداوي, مرجع سابق, ص87.

[68]-اعراب بلقاسم, مرجع سابق, ص50.

[69]- علي علي سليمان, مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري,ديوان المطبوعات الجامعية,الجزائر, ط 4, 2006,ص 43

[70]- انظر علي علي سليمان, مرجع سابق, ص 38.

تكييف الشيء عقاراً أو منقولاً يعد تكييفاً لاحقاً يدخل ضمن الأحكام الموضوعية في القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع [71].

مضافاً إلى أن توضيح المقصود بالمال في إصطلاح القانون وتمييزه عن الشيء يكفي في الرد على هذا الإستثناء, فالمال هو الحق ذو القيمة المالية والشيء (عقاراً أو منقولاً) هو محل ذلك الحق [72] .

وموضوع النزاع يكون هو الحقوق وليس الأشياء , ومن ثم لا يمكن الأخذ بالإستثناء المذكور وإنما يتم التكييف في جميع الأحوال وفقاً لقانون القاضي الناظر في النزاع أي أن التكييف هنا لا يخرج عن الأصل العام ويعد تطبيقاً للنظرية لا إستثنـاءاً عليها .

إتضح مما تقدم أن نظرية قانون القاضي هي النظرية الراجحة وأن الإستثناء المتقدم منتقد وأن التكييف المقصود هو الأولي أو الإختصاصي .

الخاتمة

من خلال ما تم عرضه في موضوع التكييف والقانون الذي يتم بموجبه, امكن الوصول الى بعض الملاحظات كنتيجة لدراستنا نعرضها فيما يلي :

ان القاضي في أي نزاع مجبر على اجراء تكييف مهما كان القضية التي يتناولها

1. إن القاضي في أي نزاع يجب ان يستند الى التكييف مهما كان صفة هذه المنازعة مدنية أم جنائية أم إدارية وهي هنا عملية لازمة لأجل تطبيق الأحكام الموضوعية على موضوع النزاع المعروض ، أما التكييف في قانون العلاقات الخاصة الدولية فهو عملية أولية عن طريقها يتم تعيين قاعدة الإسناد والتي بدورها يتعين القانون المختص لحكم النزاع من الناحية الموضوعية – إن كان هذا القانون الأخير لا يأخذ بالإحالة – .
2. ما يرد عليه التكييف ظل موضوعا لجدال فقهي كبير والرأي الأرجح – حسب إعتقادي – هو أنه واقعة قانونية وهي ما يرتب القانون عليها أثراً وينص عليه في قواعد الإسناد والقول بغير ذلك أوقع البعض في خطأ والبعض الآخر قد تجنب – لدقة الموضوع – الخوض فيه .

[71]- د.عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق ، ص 118

[72]- سليمان مرقس, مرجع سابق, ص 86.

3. نظرا لما تتمتع به نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي من مزايا وحجج . فهي النظرية الأرجح للتطبيق, وهي نظرية قال بها أكثر الفقه وأخذ بها القضاء في أحكامه وتبنتها غالبية التشريعات .

4. التكييف الأولي هو المقصود بالتكييف في نطاق تنازع القوانين وهو لازم لتسمية القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد ومن ثم يخرج عن الموضوع التكييفات اللاحقة التي تعد من صلب موضوع النزاع ولا دخل لها في تعيين قاعدة التنازع .

5. لا يمكن الأخذ بالإستثناء الذي قال به (بارتان) فيما يخص تكييف الأشياء فيما إذا كانت عقارية أو منقولة ، إذ إن النزاع إنما يرد على الحقوق ، والأشياء عقارية كانت أو منقولة هي محل هذه الحقوق ومن ثم فتكييفها يعد تكييفاً لاحقاً وليس أولياً .

قائمة المراجع

اولا الكتب:

1- د.جابر جاد عبدالرحمن : القانون الدولي الخاص ، ج2 ، ط2 ، مطبعة التفيض ، بغداد ، 1947- 1948 .

2 - د.عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002 .

3- سليمان مرقس : نظرية العقد ، نشر وطبع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ,د ط,سنة 1956 .

4 - أعراب بلقاسم- القانون الدولي الخاص الجزائري-ج1تنازع القوانين-دار هومه-الجزائر- ط 13, س 2013..

5- علي علي سليمان, مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري,ديوان المطبوعات الجامعية,الجزائر, ط 4, 2006.

6- سعيد يوسف البستاني-القانون الدولي الخاص-منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت -لبنان- ط1-س2004.

7- د.حسن الهداوي : تنازع القوانين (المبادىء العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني – دراسة مقارنة –)، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2001 .

مقالات

1- عبد الفتاح بوشاري, مقال بعنوان التكييف في القانون الخاص.

www.law.uokufa.edu.iq%2Fstaff%2Fabdulrasoolkm%2Ftakeef.doc&ei=bACTU_ecEcK7ygPyhIHgBQ&usg=AFQjCNHUQdchH5v9BpE7c1_cFcnOZjPajQ&bvm=bv.68445247,d.bGQ