المحاضرة السادسة

التكييف في القانون الدولي الخاص

مفهوم التكييف و أساسه التاريخي.

سنتناول في هذا المبحث تبيان التكييف في فروع القانون عامة و في القانون الدولي الخاص خاصة في مطلب أول، و نتعرض في المطلب الثاني إلى بعض القضايا التي طرحت على القضاء الفرنسي و التي أثارت مشكلة التكييف،و تعتبر كذلك الأساس أو الأصل التاريخي لظهور مختلف نظريات التكييف التي وضعها الفقه حيث سنستعين بها في المبحث الثاني لشرح هاته النظريات.

 مفهوم التكييف.

نعرض في هذا المطلب للمقصود بالتكييف و التمييز بين التكييف الأولي و الثانوي وكما يلي :

 المقصود بالتكييف.

 إن تحديد الوصف القانوني الملائم للعلاقة القانونية مسألة مقررة قبل أن يطبق القاضي القانون المختص على الوقائع محل النزاع سواء في القانون الداخلي أو الدولي،مثلا فقاضي التحقيق يحدد ما إذا كان سلب مال الغير هو من قبيل السرقة أو النصب أو خيانة الأمانة،كذلك القاضي المدني يفصل أولاً فيما إذا كان اتفاق الأطراف موضوعه وعد البيع أو بيعاً متوقف على شرط،وهكذا يجب تحديد الطبيعة القانونية لمحل النزاع قبل تطبيق القانون عليه،و يمارس القاضي هذه المهمة بتكييف الوقائع ضمن تفسير أحكام القانون،و بالتالي فالتكييف عملية أولية معروفة في القانون الداخلي و القانون الدولي،غير أن الهدف من التكييف في القانون الدولي هو شيء آخر،في القانون الداخلي يؤدي التكييف إلى تحديد النص القانوني الموضوعي الواجب التطبيق بينما في القانون الدولي الخاص،يؤدي إلى وضع المسألة محل النزاع ضمن طائفة من طوائف النظم القانونية المقررة في قانون القاضي تمهيداً لإسنادها إلى القانون المختص. و عند تحليل أي قاعدة من قواعد الإسناد نجد أنها تتكون من شقين الشق الأول خاص بالمسألة التي يمكن أن يثور بشأنها النزاع،و التي هي محل التنازع بين القوانين،و الشق الثاني يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق عليها،فالقاعدة التي تقضي بأن الحالة و الأهلية أو مسألة الأحوال الشخصية عموماً تخضع لقانون الجنسية،توجب تحديد أولاً المسائل التي تدخل ضمن طائفة الأحوال الشخصية (الفكرة المسندة) و هي موضوع النزاع،و تتضمن ثانياً ضابط الإسناد أو أساس تحديد القانون الواجب التطبيق،و هو قانون الجنسية عندنا،و نفس الشيء بالنسبة للالتزامات غير التعاقدية أو التصرفات القانونية و شكلها،يجب على القاضي في العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي أن يحدد طبيعة هذه المسألة بشأنها،و ذلك كي يتسنى له أن يسندها إلى أية قاعدة من قواعد التنازع،فإذا انتهى إلى أن النزاع يخص الأهلية أو كان منصباً على الأشكال المكملة لها،طبق ضابط الإسناد القاضي بخضوع الأهلية إلى قانون الجنسية عندنا،أما إذا كان النزاع منصباً حول الشكل الخارجي للتصرف فيسنده إلى القاعدة التي تحكم الشكل الخارجي و إذا رأى أن الشكل يتعلق بالإجراءات فيدخله ضمن أشكال المرافعات التي يسري عليها قانون القاضي،و نفس الشيء بالنسبة للوصية يجب تحديد ما إذا كان النزاع منصباً حول موضوعها أو يتعلق بشكلها،و معنى هذا البحث أنه لا يكفي بصفة مجردة أن يتحدد موضوع النزاع تحديداً عاماً بل يجب البحث عن الهدف منه.

و قد اختلف الفقهاء فيما ينصب عليه التكييف في اتجاهين أولهما يغلب الجانب القانوني فيه فرأى البعض منهم أن التكييف يتعلق بالنظم القانونية و رأى فريق أنه يتعلق بالوقائع القانونية الموضوعية،و حسب هذه الآراء يمكن تعريف التكييف بأنه تحديد لطبيعة النظام القانوني أو تحديد لطبيعة العلاقة القانونية أو تحديد طبيعة القاعدة الموضوعية. أما الاتجاه الثاني فذهب إلى القول بأن التكييف يتعلق بالوقائع و بالتالي يعرفه بأنه هو إعطاء الواقعة الطابع القانوني الذي يدخلها في طائفة معينة من طوائف النظم القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد.

و يوجد بين الاتجاهين السابقين رأي توفيقي لا يتقيد بعنصر القانون وحده،أو بعنصر الواقع على انفراد و إنما يعتمد عليهما معاً،و هو يرى أن التكييف ينصب على موضوع النزاع،و عرفه بأنه تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين و إعطائها الوصف القانوني الملائم لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد معينة تمهيداً لإسنادها إلى قانون معين. و من التعريف السابق يتبين أن اصطلاح المسألة موضوع النزاع اصطلاح عام يشمل عناصر القانون و عناصر الواقع و أن الغرض من التكييف هو إدخال المسألة في طائفة من طوائف النظم القانونية المقررة في قانون القاضي،كما يتبن أن اصطلاح المسألة موضوع النزاع يعني تخصيص قاعدة إسناد مختلفة لكل طائفة من هذه المسائل عند وضع قواعد الإسناد.

و قد عرف التكييف منذ القديم،في القانون الكنسي،و في القانونين الفرنسيين القديم و الحديث،غير أن اسمه اقترن بأبحاث الفقيهين ،الألماني فرانتس كاهن (F.Kahn) سنة 1891 و الفرنسي فرانتس بارتان (f.Bartin) سنة 1897 اللذين شيدا منه نظرية واضحة المعالم و متكاملة البنيان.

و الجدير بالذكر أن التكييف يأتي كمرحلة أولية ضرورية قبل الإسناد و أن اختلاف القوانين في تحديد الوصف القانوني للمسألة محل النزاع حتى توضع ضمن طائفة من طوائف الإسناد التي خصها المشرع بقاعدة قانونية هو الذي جعل منه قضية معقدة لأن كل نظام قانوني له تكييفاته الذاتية حسب المفاهيم و الأنظمة السائدة فيه،أي في قواعده الموضوعية،مما يؤدي إلى تنازع في النظم في التكييفات مثلا هل إجراء الزواج في الشكل المدني هو مسألة تخص الإثبات أم صحته،إن إعطاء أوصاف قانونية مختلفة لمسألة واحدة ينجر عنه وضع تلك المسألة ضمن طوائف إسناد مختلفة و النتيجة وجود تنازع في التكييف و اختلاف في تعيين ضابط الإسناد،و لو تسنى تجاوز هذه العقبة بتوحيد الأوصاف القانونية عالمياً لما دعت الحاجة لبحثه و لتوحدت طوائف النظم و ضاق مجال التنازع في أضيق الحدود.

التمييز بين التكييف الأولي و الثانوي

للتكييف نوعان تكييف أولي و تكييف ثانوي:

أولاً: التكييف الأولي

التكييف الأولي يعني عملية فنية أولية سابقة على الإسناد و تفيد تحديد طبيعة العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي لغرض إعطائها الوصف القانوني لأحد الأفكار المسندة تمهيداً لإسنادها للقانون الواجب التطبيق فهو يعني توصيف العلاقات القانونية للكشف عن طبيعتها و من ثم اختيار قاعدة الإسناد الملائمة لها،و بهذا المعنى يعد التكييف البداية لإعمال قواعد الإسناد فإن تم التكيف بالشكل الصحيح فينسحب ذلك على الإسناد و أي خطأ في التكييف ينصرف إلى الإسناد و هذا يعني أن التوصيف الخاطئ للعلاقة يترتب عليه اختيار خاطئ للفكرة المسندة و من ثم قاعدة الإسناد و بعده يصبح تطبيق القاعدة مشوب بخطأ يخضع لرقابة المحاكم العليا لأن إعمال القواعد مسألة قانونية.

و تظهر الحاجة للتكييف سواء في ظل اختلاف قواعد الإسناد أم تشابهها ذلك لأن تشابه القواعد لا يعني وحدة توصيف العلاقة فالتكييف عملية سابقة على الإسناد فتشابه قواعد الإسناد في القانونين الفرنسي و الهولندي لم ينفي الحاجة للتكييف فرغم أن كل من القانونين متفقين على قاعدتين هما خضوع الشكل لقانون محل الإبرام،و خضوع الأهلية لقانون الجنسية إلا أن ذلك لم يقد القانونين إلى الاتفاق على وحدة الوصف القانوني للعلاقات (التكييف) و ذلك بمناسبة وصية حررها أحد الهولنديين قبل وفاته في فرنسا بالشكل العرفي لا بالشكل الرسمي كما سنرى ،و هذا يعطي انطباع على أن وحدة قواعد الإسناد لا تقضي على مسألة الاختلاف في التكييف.

ثانياً: التكييف الثانوي

 أما التكييف الثانوي فهو عملية فنية لاحقة على عملية الإسناد يجريها قاضي النزاع بموجب القانون المختص بحكم النزاع الغرض منها البحث عن القواعد الموضوعية في القانون الذي سيحكم النزاع و الملائمة للعلاقة مثال ذلك الطعن بأهلية فرنسي مقيم بالعراق أمام قاضي النزاع العراقي يقوم الأخير بتكييف الطعن بحسب القانون العراقي أما تحديد ما يعد من عوارض الأهلية كالعته و السفه تكون بموجب القانون الأخير أي أن القاضي العراقي سيضع الطعن في خانة قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية و بعدها يراجع القانون الفرنسي المشار إليه من قبل القاعدة لاختيار القاعدة الموضوعية المناسبة للتفاصيل الجزئية للعلاقة موضوع الطعن.

لكن ما ينبغي ذكره كما سبق القول هو أن المشكل في القانون الدولي الخاص ليس هو مشكل التكييف في حد ذاته، و إنما هو مشكل التنازع في التكييف،ذلك أن المسألة القانونية المطروحة على القاضي لها علاقة بقوانين عدة دول،فينبغي قبل إجراء التكييف تحديد القانون الذي يجري وفقه هذا التكييف،و لو أن قوانين كل الدول تعطي للمسألة القانونية نفس التكييف ما كانت هناك صعوبة تذكر،لكن يحدث و أن قوانين الدول تعطي بالنسبة لكثير من المسائل تكييفات مختلفة،و من ثم تظهر الصعوبة التي تواجه القاضي الذي يقوم بعملية التكييف،و الأمثلة التالية و المأخوذة من القضاء الفرنسي توضح لنا ذلك.