المحاضرة العاشرة

موقف التشريع من التكييف

نعرض في هذا المطلب إلى موقف التشريعات المقارنة الغربية و العربية من التكييف،و أخيراً ماذهب إليه المشرع الجزائري بهذا الخصوص.

 التكييف في التشريع المقارن

 من العرض السابق يمكن أن نؤكد بأن النظرية الأولى التي تخضع التكييف لقانون القاضي قد كتب لها البقاء،و الحل الذي تقرره هو السائد في الأنظمة القانونية المقارنة،و نذكر منها القانون الفرنسي،الإيطالي،الإنجليزي و الأمريكي...

و قررته صراحة المادة 12 فقرة 1 من الباب التمهيدي للقانون المدني الإسباني المضاف بالمرسوم الصادر في ماي 1984 ،و المادة 3 من مجموعة القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979.

و أنها مستقرة فقها و قضاءاً و تشريعاً تبنتها أغلب الدول الأوربية و الأنجلوسكسونية و نصت عليها أيضاً بعض المعاهدات الدولية في القانون الدولي الخاص مثل تقنين بوستامنت بين دول أمريكا اللاتينية،إلا أن بعض الدول مثل اليونان و ألمانيا أغفلت النص عليها،معتبرة التكييف من قبيل التفسير، و دول أخرى اشتراكية (سابقاً) مثل الإتحاد السوفياتي و بولونيا و تشيكوسلوفاكيا تجاهلتها أصلاً،و لعل ما دعاها لذلك هو إعطائها لخضوع التكييف لقانون القاضي مفهوماً سياسياً،فكانت تعتقد أن دول الاقتصاد الحر تعتبر هذه القاعدة وسيلة لمسخ و إنكار النظم الاشتراكية بقصد الانحراف بمضمونها،و لكن الفقه السوفييتي في مرحلة لاحقة أخذ بالتكييف و طبق عليه أحياناً قانون القاضي و مرات أخرى القانون المختص بالنزاع.

و نصت القوانين العربية على التكييف أيضاً و أخضعته لقانون القاضي،فجاء في المادة التاسعة من التقنين المدني الجزائري ما يلي: "إن القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق".و نص المشرع المصري في المادة10 من القانون المدني على أن "القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها".

و إن كان هذا النص و النصوص العربية المقابلة له،قد أخضع التكييف مبدئياً لقانون القاضي،إلا أنه من الأجدر التأكيد على بعض المسائل بشأنه لاسيما في التشريع الجزائري،وهذا ما سنتناوله فيما يأتي:

التكييف في التشريع العراقي

جاء في المادة17 من القانون المدني العراقي " القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات القانونيه عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقةفي قضية تنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق"

يتضح من هذا النص أن المشرع العراقي قد أخضع التكييف لقانون القاضي،فيكون بذلك قد تبنى رأي "بارتن" في التكييف.

و يلاحظ بأن هذه المادة قد اقتصرت التكييف وفقا لقانون القاضي على التكييف الذي غرضه "معرفة القانون الواجب تطبيقه"،فبذلك قد استبعدت التكييفات اللاحقة لأنها لا علاقة لها بالاختصاص التشريعي و تدخل في إطار تطبيق القانون الأجنبي المختص.

فبذلك يكون المشرع العراقي قد أخذ بالتمييز الذي قال به "بارتن" بين التكييف السابق أو الأولي و التكييف اللاحق،فالأول دون الثاني هو الذي يخضع حسب "بارتن" لقانون القاضي.

و يلاحظ أيضاً بأن المادة 17 وفي ألفقره الثانية منها استثنى المشرع الأموال بإخضاع تكييفها لقانون موقعها . و نصها " ومع ذلك فأن القانون الذي يحدد ما اذا كان الشيء عقارا أو منقولا هو قانون الدولة التي يوجد فيها." ي وعليه فقد أدخل المشرع استثناءاً على هذه القاعدة مقررة إخضاع تكييف المال كونه عقاراً أو منقولاً لا إلى قانون القاضي و إنما لقانون الدولة التي يوجد فيها.

كذلك بالرجوع للمادة 29 من القانون المدني العراقي و نصها لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك، في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في العراق "و يستخلص من ذلك أنه إذا نصت معاهدة دولية على القانون الذي يحكم التكييف في أحكامها، فعلى القاضي أن يجري التكييف وفقا لهذه الأحكام، أما إذا لم تنص المعاهدة على ذلك فهناك رأيان:

الرأي الأول: يقول بالتكييف وفقا لقانون القاضي لأن المعاهدة تدمج في النظام القانوني الداخلي للقاضي و بالتالي يكون التكييف وفقا لقانونه.

الرأي الثاني: يقول بالتكييف وفقا للإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدة .