اشكاليات تطبيق قواعد الاسناد

- ان اسناد العلاقة ذات العنصر الاجنبي لقانون دولة ما لا يتم بصورة مباشرة انما بعد اجراء عملية فنية اولية عليها يتوقف اختيار قاعدة اسناد دون غيرها يصطلح عليها **بالتكييف**، ومن خلالها يتم تصنيف العلاقة ضمن احد الافكار المسندة تمهيدا لإسنادها الى القانون الواجب التطبيق، والإسناد هو بمثابة عرض الاختصاص التشريعي لقانون ما وعلى الاخير ان يختار بين قبوله او رفضه لذلك الاختصاص فاذا قبل الاختصاص يطبق اما اذا لم يقبله يمكن ان تعترض القاضي اشكالية من طبيعة اخرى يصطلح عليها **بالإحالة**، كما يمكن ان تواجه القاضي اشكالية تتعلق بتوزيع الاختصاص التشريعي بين عدة شرائع **(التفويض)**. وعليه سنعرض لهذه المواضيع تباعاً.

التكييف

للتكيف نوعان تكييف اولي وتكييف ثانوي:

التكييف الاولي: عملية فنية اولية سابقة على الاسناد وتفيد تحديد طبيعة العلاقة القانونية ذات العنصر الاجنبي لغرض اعطائها الوصف القانوني لاحد الافكار المسندة تمهيدا لإسنادها للقانون الواجب التطبيق، وبهذا المعنى يعد التكييف البداية لإعمال قواعد الاسناد فان تم التكييف بالشكل الصحيح فسيكون الاسناد صحيحاً، واي خطأ في التكييف سينصرف الى الاسناد وهذا يعني ان التوصيف الخاطئ للعلاقة يترتب عليه اختيار خاطئ للفكرة المسندة، ومن ثم قاعدة الاسناد، وبعده يصبح تطبيق القاعدة مشوب بخطأ يخضع لرقابة المحاكم العليا لان اعمال القواعد مسألة قانونية.

التكييف

وتظهر الحاجة للتكييف سواء في ظل اختلاف قواعد الاسناد ام تشابهها ذلك لان تشابه القواعد لا يعني وحدة وصف العلاقة فالتكييف عملية سابقة على الاسناد فتشابه قواعد الاسناد في القانونين الفرنسي و الهولندي مثلاً لم ينفي الحاجة للتكييف فرغم ان كل من القانونين متفقين على قاعدتين هما خضوع الشكل لقانون محل الابرام. وخضوع الاهلية لقانون الجنسية الا ان ذلك لم يقد القانونين الى الاتفاق على وحدة الوصف القانوني للعلاقات (التكييف).

فبمناسبة وصية حررها احد الهولنديين قبل وفاته في فرنسا بالشكل العرفي لا بالشكل الرسمي كما يقرر قانون جنسيته بحسب المادة (٩٢٢) من القانون الهولندي، وبعد وفاة الموصي طعن ورثته بصحة الوصية امام القضاء الفرنسي مما حمل القضاء امام احتمالين للتكييف العلاقة (الوصية) موضوع النزاع. الاول هل ان الحظر الموجود في القانون الهولندي يرمي الى حماية اهلية الموصي عن طريق فرض شكل رسمي لعمل الوصية. والثاني هل انه يهدف الى افراغ مثل هكذا تصرفات بشكل رسمي معين فاذا كان مقصود المشرع الاحتمال الاول فتكييف العلاقة على انها من مسائل الاهلية، وبالتالي يخضعها القانونين لقانون الجنسية وهو هنا معناه القانون الهولندي وتعد الوصية باطلة، اما اذا تم تكييف العلاقة على الوصف الثاني فان العلاقة تعد من مسائل الشكل وبموجب القانونين يخضع شكل الوصية لقانون محل الابرام وهو هنا القانون الفرنسي وبموجبه ستكون الوصية صحيحة.

التكييف الثانوي:

- التكييف الثانوي: ويقصد به عملية فنية لاحقه على عملية الاسناد يجريها قاضي النزاع بموجب القانون المختص بحكم النزاع، والغرض منها البحث عن القواعد الموضوعية في القانون الذي سيحكم النزاع والملائمة للعلاقة. مثال ذلك الطعن بأهلية فرنسي مقيم في العراق امام قاضي عراقي فيقوم الاخير بتكييف المسألة على انها من مسائل الاهلية وفق القانون العراقي، اما تحديد ما يعد من عوارض الاهلية كالعته والسفه وغيرها فتكون بموجب القانون الفرنسي أي ان القاضي العراقي سيضع الطعن في خانة قاعدة الاسناد الخاصة بالأهلية وبعدها يراجع القانون الفرنسي المشار اليه من قبل القاعدة لاختيار القاعدة الموضوعية المناسبة لتفاصيل الجزئية للطعن.