القانون الواجب التطبيق على التكييف:

- اختلف الفقه بخصوص القانون الذي يحكم التكييف الى اتجاهات:
- ١. خضوع التكييف للقانون المقارن: وبحسب هذا الاتجاه فان التكييف يخضع لقواعد القانون المقارن أي ان القاضي يقوم بتكييف العلاقة في ضوء مفاهيم عالمية بمعزل عن المفاهيم الوطنية الواردة في قانونه، فالقاضي سوف لا يتردد في تكييف أي علاقة وان لم يجد لها تنظيم في قانونه الداخلي طالما ان لها وجود بحسب المفاهيم العالمية الواردة في القانون المقارن، مثال ذلك على القاضي الاوربي ان يكيف الزواج الثاني بوصفه نوع من انواع الزواج، والمهر شرط من شروط الزواج، وهذا الاتجاه اراد توحيد اوصاف العلاقات القانونية في ظل اختلاف القوانين بين الدول الا ان سعيه كان يقوم على مثل عليا لا تجد لها حظ من التطبيق

القانون الواجب التطبيق على التكييف:

٢. خضوع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع: بحسب هذا الاتجاه فان القانون الذي يحكم النزاع بموجب قواعد الاسناد يكون هو المختص بالتكييف، ذلك ان اسناد العلاقة لقانون ما يقتضي ان يكون اسناد اجمالي للعلاقة فيحكمها القانون بشكل كامل من الناحية الفنية (التكييف) ومن الناحية الموضوعية حكم النزاع، وان تجزئة حكم العلاقة وتوزيعها بين قانون القاضي والقانون الذي يحكم النزاع يفضي الى تعدد اوصاف العلاقة القانونية بتعدد القوانين ومن ثم تعدد الحلول، وبعدها تطبيق قانون غير مختص او تطبيق القانون المختص خارج النطاق الذي قرره مشرعه، فهو تطبيق قانون رغم عن ارادة مشرعه وهذا سيفوت الغرض من قواعد الاسناد التي مهمتها ربط العلاقة بالقانون الذي يتلاءم معها ويحقق العدالة لأطرافها

القانون الواجب التطبيق على التكييف:

ويؤخذ على هذا الاتجاه انه يجعل عملية الاسناد سابقة على التكييف في حين ان التكييف سابق على الاسناد حيث يعطي الاختصاص لقانون ما لحكم التكييف قبل ان يتقرر اختصاصه، ذلك لان اختصاصه يتوقف على التكييف ولا يمكن ان يطبق الا بعد اجراء عملية التكييف وهذا يؤدي الى (حلقة مفرغة)، فإسناد عملية التكييف في الاهلية لقانون الجنسية فيه مصادرة على المطلوب ذلك لان معرفة قانون الجنسية يتوقف على تكييف المسالة بوصفها اهلية.

القانون الواجب التطبيق على التكييف:

٣. خضوع التكييف لقانون القاضي: بحسب هذا الاتجاه يكون تحديد طبيعة العلاقة بموجب قواعد قانون قاضي، أي ان القاضي يكيف العلاقة من خلال المفاهيم الوطنية الواردة في قانونه الداخلي فهو يطبق الافكار والمبادئ والقواعد في القانون الاخير عند عملية التكييف، ويبرر اصحاب هذا الراي بالقول ان اسناد الاختصاص في علاقة ما من قبل قاضي النزاع بموجب قواعد اسناده هو تنازل عن حكم المسائل الموضوعية في العلاقة اما المسائل الفنية المتمثلة بالتكييف فتبقى محكومة بموجب قانون القاضي فتحديد المسالة على انها اهلية يكون بحسب الوصف الذي يحدده قانون القاضي الذي ينظر النزاع.

القانون الواجب التطبيق على التكييف:

تبرير تطبيق قانون القاضي:

١. فالبعض بررها على اساس فكرة السيادة واعطاء الاختصاص في حكم العلاقة لقانون اجنبي ما هو الا تنازل المشرع الوطني عن جزء من سيادته التشريعية لحساب القانون الاجنبي وهذا يقتضي عدم التوسيع في هذا المجال من خلال عدم الحاق التكييف الى القانون الذي يحكم النزاع ويؤخذ على هذا التبرير ان التنازع ليس هو تنازع بين سيادات.

٢. وبررها اخرون بميل القاضي الوطني لتطبيق قانونه.

٣. وذهب بعضهم الى ان التكييف ما هو الا تفسير لقاعدة من قواعد الاسناد حيث ان هذه القواعد وطنية فيقتضي ان يكون التفسير بموجب قانون القاضي الوطني.

القانون الواجب التطبيق على التكييف:

تبرير تطبيق قانون القاضي:

٤. اما الاتجاه الاخر من الفقه فقد برر خضوع التكييف لقانون القاضي على اساس مبدا وحدة التكييف التي تفترض ان يكون هناك قانون واحد لتوصيف العلاقة ذلك لان اخضاع التكييف لغير هذا القانون يفضي الى تعدد اوصاف العلاقة من ثم تعدد الحلول ومن ثم عدم تحقيق العدالة

القانون الواجب التطبيق على التكييف:

نقد لقد انتقدت هذه النظرية لأنها لا تفيد التيقن والتأكد من القانون الواجب التطبيق الا بعد اثارة النزاع امام القضاء، وهذا يعني ان العلاقة اذا لم يثار بشأنها النزاع فلا تتم عملية التكييف ومن ثم لا يعرف قانونها. اي ان عملية التكييف ستكون مجهولة القانون طالما لم تجري عملية التكييف.

كما ان التكييف بموجب قانون قاضي النزاع قد يفضي الى ان اسناد علاقة لقانون لم يقرر مشرعه ان يطبق على تلك العلاقة. ورغم الانتقادات الا ان هذا الاتجاه هو الراجح وحظي بالتطبيق على مستوى القضاء فقد اخذت بهذا الاتجاه اغلب التشريعات ومنها التشريع العراقي في المادة (١٧/ ١) التي نصت على ان (القانون العراقي هو المرجع لتكييف العلاقات القانونية عندما يتطلب منه تحديد نوع العلاقة التي تتنازع بشأنها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها).

استثناءات تطبيق قانون القاضي:

١. اذا اقتضى الامر تحديد كون الشيء موضوع النزاع مالاً منقولاً او غير منقول، فانه يخرج من اختصاص قانون القاضي، ويخضع التكييف هنا لقانون موقع المال. اذ تنص المادة (١٧/ ٢) من القانون المدني العراقي على ان "ومع ذلك فان القانون الذي يحدد ما اذا كان الشيء عقاراً او منقولاً هو قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الشيء".

٢. في حالة وجود نص في معاهدة او نص في قانون يقضي بإخراج التكييف من قانون القاضي ويعطيه لقانون اخر، وهو ما قررته المادة (٢٩) من القانون المدني العراقي اذ قضت بان احكام المواد السابقة لا تنطبق اذا وجد نص على خلافها في قانون خاص او معاهدة دولية نافذة.

استثناءات تطبيق قانون القاضي:

٣. في حالة الاستحالة المادية في تكييف العلاقة في قانون القاضي لعدم معرفة النظام القانوني الاجنبي المطلوب وصفه، فيعطى الاختصاص لقانون اخر غير قانون القاضي، فالمهر والوقف مثلاً مجهولان من قبل الشرائع الغربية وقد تؤدي الجهالة هذه الى صعوبات فنية او عملية في التوصل الى استخلاص الوصف القانوني لنزاع متعلق بمثل هذه الانظمة التي لم ينظمها قانون القاضي، وهناك مثال في القضاء الفرنسي يوضح الاستحالة المادية في التوصل الى تكييف العلاقة القانونية، ظهر اثر دعوى رفعها احد رعايا مالطة اما محكمة الجزائر، طالب المدعي فيها بحق (ربع الزواج الفقير) وهو نظام قانوني يقره القانون المالطي الا انه مجهول من قبل القانون الفرنسي المطبق في الجزائر آنذاك (قانون القاضي)، فاضطرت المحكمة الى اعطاء الاختصاص في تكييف هذا النظام لقانون مالطة وهو قانون جنسية المدعى عليه.