التكييـــف بين الشريعـــة والقانـــون الدولي الخاص

أ.م.د.إسماعيل محمود محمد الجبوري
كلية القانون / الجامعـــة المستنصـرية

Abstract

After the scientific treatment of Ephesus Mobil confer ration between Sharia and private international law in terms of definition and development and its relationship to the term "realization of the areas" in Islamic law and its importance, we can summarize the most important findings in our search for the following points:

First: Adaptation in Islamic law is: The new phenomenon to be attached to the original jurisprudence doctrine of Islamic jurisprudence doctrines to give those descriptions of the emerging phenomenon when checking the homogeneity between the earth and the fact that the new reality.

Second: If the legal adaptation of legal contemporary, there is no objection to the Islamic jurisprudence to it, For the effects of nodal and intellectual, and related scientific methods, in addition to that the old jurists used it under several names, such as the realization of the areas in terms of fact and nature, and jurisprudential jurisprudence and jurisprudence.

Third: The areas of adapting the jurisprudence expands to include all sections of Islamic jurisprudence of worship, financial transactions, and personal status, and the policy of the legitimacy of the sanctions.

المقدمة

أكد فقهاء الشريعة المعاصرين على ضرورة التكييف الفقهي في دراسة القضايا المعاصرة وأن يتم ذلك عن طريق دراسة الواقع، وحذروا من بعض الأخطاء التي يقع فيها الكثير من الفقهاء في تناول المسائل المعاصرة أو القضايا المعاصرة[1]، وأن عدم استعمال مصطلح

---

[1] يذكر بعض الفقهاء المعاصرين ألفاظ مرادفة للفظ (المعاصرة) هو(المستجدة) أو (الحادثة)، ويطلق بعضهم على هذا النوع من المسائل مصطلح النوازل، والنوازل في أصل اللغة جمع نازلة، والنازلة: «الشَّدِيدَةُ تنزل بِالْقَوْمِ، وَجَمْعُهَا النَّوَازِل، والنَّازِلَة الشدَّة مِنْ شَدَائِدِ الدَّهْرِ تَنْزِلُ بِالنَّاسِ». وقد استعمل الفقهاء هذا المعنى في قنوت النوازل، ويقصدون به مشروعية القنوت عند حدوث نازلة بالمسلمين وهي ما تقدم في اللغة، ووجدنا استعمالاً لمصطلح (النوازل) لدى الفقهاء أيضاً مرادفاً لمصطلح (الفتاوى)، وأكثر من شاع عندهم المالكية حيث نجد طائفة من المؤلفات تحمل هذا المصطلح، منها على سبيل المثال: مذاهب الحكام في نوازل الأحكام للقاضي عياض، نوازل العلمي لعلي العلمي، الدرة المكنونة في النوازل المظنونة ليحيى المغيلي، وغيرها، إذن يطلق عليها القضايا المعاصرة - المسائل المعاصرة – النوازل، وهي الأحكام والوقائع التي حدثت منذ عصر النهضة أو الثورة الصناعية وهي جديدة في صورها وأشكالها. ينظر: لسان العرب لابن منظور:١٤/٢٣٧-٢٣٨،

(التكييف) لدى الفقهاء المتقدمين سببه اكتفاؤهم بالتعريف للباب أو المسألة والتمثيل لها، وإذا احتاجوا الإلحاق بمسألة أو باب مشابه ألحقوه دون تخصيص ذلك بعنوان (التكييف) ونحوه، كما أن التكييف صورة من صور القياس فهم يستعملونه استعمال القياس، وثم مصطلح شبيه بالتكييف هو التخريج الفقهي، وقد ألف المتقدمون كتباً في تخريج الفروع كالأسنوي[1] والزنجاني[2] وغيرهم، ولما كثرت المستجدات من اختلاف العصر الحاضر عن غيره، ولما اشتملت عليه صورها ولاسيما العقود منها على شيء من التعقيد واللبس ناسب ذلك أن يُفرد عند دراستها عنوان مستقل في تكييفها.

أما في القانون فإن إسناد "العلاقة القانونية"[1] ذات العنصر الأجنبي إلى القانون المختص والذي تحدده قواعد تنازع القوانين تستلزم قبل كل شيء تكييف تلك العلاقة موضوع النزاع؛ وإذا ما علمنا بان التكييف هو عملية ذهنية يقوم بها القاضي وتتمثل في تحليل العلاقة أو الحالة القانونية موضوع النزاع لتحديد طبيعتها وإدخالها ضمن التقسيمات أو الطوائف القانونية المعروفة ثم إلحاقها في آخر المطاف بالقانون الذي يطبق على هذه العلاقة وفقا لقاعدة الإسناد الخاصة بذلك الصنف القانوني والتكييف عملية معروفة في كل فروع القانون غير أن أهميته واضحة جداً على صعيد القانون الدولي الخاص وذات سمة خاصة على اعتبار أنه يتحكم في آلية تطبيق قاعدة التنازع وبالتالي في تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع، ويزيد من أهمية التكييف في القانون الدولي الخاص الاختلاف في المفاهيم المستعملة في شتى النظم القانونية، بحيث أن تكييف واقعة أو علاقة قانونية في القانون الأجنبي قد يختلف عما هو عليه الأمر في دولة أخرى ففكرة الأحوال الشخصية فكرة مرنة غير محددة و حدودها تختلف من تشريع لآخر من هنا ثار جدال قانوني حول القانون الذي يتم بمقتضاه التكييف أهو قانون القاضي أم القانون المختص بحكم النزاع أم القانون المقارن .

ومن خلال ما تقدم اختلفت الآراء وتنوعت الاتجاهات فذهب فريق من فقهاء القانون إلى ضرورة التكييف وفق قانون القاضي، وأدعى فريق آخر إلى إخضاع التكييف للقانون الأجنبي الذي يحكم النزاع، ونظراً لتعدد نشاطات الإنسان ولاسيما في علاقاته مع غيره من بني البشر والتي منها ما يحددها وينظمها القانون؛ وهي " العلاقات القانونية " والتي يكون القضاء في كثير من الأحيان هو الجهة التي تفصل في النزاعات الناشئة عن هذه العلاقات فإذا كانت

المصباح المنير للفيومي:٨٢٥/٢، مجمل اللغة لابن زكريا: ٨٦٤/٣، مختار الصحاح للرازي: ٣٣٥، المعجم الوسيط : ٩٥١/٢، أساس البلاغة للزمخشري:٤٥٢، معجم متن اللغة لأحمد رضا: ٥/ ٤٤٢، معجم مقاييس اللغة لابن فارس: ٤١٧/٥، تهذيب اللغة للأزهري: ١٣/ ٢١١.

[1] هو عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، أبو محمد، جمال الدين الإِسْنَوي (٧٠٤- ٧٧٢هـ = ١٣٠٥ -١٣٧٠م) فقيه أصولي، من علماء العربية. ولد بإسنا؛ وهي مدينة بأقصى صعيد مصر، وهي على شاطئ النيل من الجانب الغربي، وهي بلدة طيبة كثيرة النخل والبساتين، وقدم القاهرة سنة ٧٢١ هـ فانتهت إليه رياسة الشافعية. وولي الحسبة ووكالة بيت المال، ثم اعتزل الحسبة. ينظر: الأعلام للزركلي: ٣ / ٣٤٤.

[2] محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار، أبو المناقب شهاب الدين الزَّنْجاني (٥٧٣ - ٦٥٦ هـ = ١١٧٧ - ١٢٥٨ م): لغويّ، من فقهاء الشافعية. من أهل زنجان (بقرب أذربيجان) استوطن بغداد، وتفقه وبرع في المذهب والأصول والخلاف، وبعد صيته، وولي الإعادة بالثقتية بباب الأزج، وتزوج ببنت عبد الرزاق بن الشيخ عبد القادر، وناب في القضاء وولي نظر الوقف العام، وعظم شأنه ثم عزل، ودرّس بالنظاميّة ثم بالمستنصرية. استشهد ببغداد أيام نكبتها بالمغول ودخول هولاكو. ينظر: الأعلام للزركلي: ٢٣/ ٣٤٥.

[1] العلاقة القانونية: هي العلاقة التي يحكمها القانون ويرتب عليها أثر معين سواء أكان هذا القانون هو التشريع أم العرف أم قواعد الدين...الخ. ينظر: القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين): ص ١٣، تأليف الدكتور حسن الهداوي الطبعة الثانية عمان ١٩٩٧ مطبعة مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان.

العلاقة القانونية في عناصرها الثلاثة: "الأشخاص، المحل، والمصدر" هي وطنية بحتة أي تنتمي إلى الدولة التي يتبع لها القاضي فهذه العلاقة تخرج عن نطاق تنازع القوانين بل وعن قانون العلاقات الخاصة الدولية وهي ليست موضوع بحثنا .

أما إذا شاب أحد عناصر العلاقة القانونية عنصرٌ أجنبي كأن ينتمي أحد أطرافها إلى دولة أجنبية مثل أن يكون البائع في عقد البيع أجنبياً فهنا يُتصور أن يتنازع حكم العلاقة القانونية أكثر من قانون تبعاً لانتماء عناصر العلاقة لأكثر من دولة وهو ما يطلق عليه بـ (تنازع القوانين) والآلية المتبعة لحل هذا التنازع هي قواعد الإسناد[١] في تشريع الدولة التي ينتمي إليها القاضي الذي ينظر النزاع، ولا يمكن الوصول إلى تعيين قاعدة الإسناد ما لم يُسبغ على موضوع النزاع الوصف القانوني الصحيح وهو ما يسمى بعملية (التكييف أو التصنيف).

ولما تقدم كله نجد أن التكييف في الفقه الإسلامي يعتبر نشاطاً فكرياً اجتهادياً يوفر للفقه الإسلامي والفقيه المرونة والحضور القوى في ساحة ميدان القوانين الوضعية المتطورة عبر الزمن، فما هو التكييف الفقهي وما هي عناصره وآلياته وتطبيقاته في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الخاص هذا هو محور دراستنا هذه والتي نبحث فيها في تعريفه وما يرد عليه ووفقاً لخطة البحث التالية:

المبحث الأول

تعريف التكييف في الشريعة والقانون الدولي الخاص.

المطلب الأول: تعريف التكييف وعلاقته بتحقيق المناط والأدلة المشروعية عليه في الشريعة.

التكييف لغة: الإنقاص والأخذ من الأطراف[١]، ومنهم من عرفه بأنه: جعل الشيء على هيئة معينة معلومة، والتكييف في صفات الله هو: الخوض في كنه وهيئة الصفات التي أثبتها الله لنفسه[٢]. أما في الاصطلاح الفقهي فيعتبر مصطلح التكييف الفقهي من المصطلحات الحادثة التي لم يذكرها فقهاء الشريعة السابقون بهذا اللفظ، وإنما ذكروه بألفاظ مقاربة؛ منها[٣]:

١- "تصوير المسألة" أو"تصوّر المسألة" ومن ذلك قولهم في القاعدة: "الحكم على الشيء فرع عن تصوّره"[٤].

٢- "التخريج" سواء أكان تخريج الفروع على الأصول، أم تخريج الفروع على الفروع، وهو نقل حكم مسألة إلى ما يشابهها والتسوية بينهما كما ذكر المرداوي[٥].

---

[١] قواعد الإسناد: هي مجموعة من القواعد الإجرائية التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق بالنسبة للعلاقة المشوبة بعنصر أجنبي وقد يكون هذا القانون وطنياً وقد يكون أجنبيا، ينظر: القانون الدولي الخاص: ج٢/٤٧-٤٨ تأليف الدكتور غالب الداودي والدكتور حسن الهداوي، بغداد ٢٠٠٩ مكتبة السنهوري.

[١] ينظر: لسان العرب:١٤٣/١٣، القاموس المحيط: ص٨٥١-٨٥٢، معجم لغة الفقهاء: ص١٢٣.

[٢] هناك من أهل اللغة من فرق بين التكييف وما يشتبه به من ألفاظ؛ فقالوا: أن التكييف هو: جعل الشيء على حقيقة معينة من غير أن يقيدها بمماثل؛ فالتكييف على هذا التعريف ليس فيه تقييد بمماثل. وأما التمثيل: فهو اعتقاد أنها تماثل صفات المخلوقين. ولعل الصواب أن التكييف أعم من التمثيل، فكل تمثيل تكييف وليس كل تكييف تمثيلاً؛ لأن من التكييف ما ليس فيه تمثيل بصفات المخلوقين كقولهم: "طوله كعرضه". ينظر: العرش:٣٠/١ و١١٦ ؛ تأليف شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي (المتوفى:٧٤٨هـ)، تحقيق محمد بن خليفة بن علي التميمي الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثانية، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، عدد الأجزاء:٢.

[٣] ينظر: منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، تأليف د.مسفر بن علي بن محمد القحطاني: ص٣٥٦ وما بعدها.

[٤] ينظر: المنخول للغزالي: ص ٦٠٨، أدب المفتي لابن الصلاح: ص ١٠٠.

٣- "تحقيق المناط": وهو النظر والاجتهاد في معرفة وجود العلة في آحاد الصور سواء أكانت العلة معروفة بالنص أم بالاستنباط، وتنوعت العبارات في تعريف "التكييف الفقهي" فقيل:

أ- هو تحرير المسألة وبيان انتمائها إلى أصل معين معتبر[٦].

ب- ومنهم من عرّفه بأنه: التصوّر الكامل للواقعة وتحرير الأصل الذي تنتمي إليه[٧].

ت- عُرّف أيضاً بأنه: تصنيف المسألة تحت ما يناسبها من النظر الفقهي[٨].

ث- هو تحديد لحقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصل فقهي، خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية، بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة والمشابهة بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة[١].

ج- منهم من عرفه بأنه "تعيين كنه الصفة يقال كيف الشيء أي جعل له كيفية معلومة"[٢]، والتكييف الفقهي للمسألة هو تحريرها، وبيان انتمائها إلى أصل معين معتبر[٣]، ومن هذا التعريف يتضح أن عناصر التكييف الفقهي تتكون من: " الواقعة المستجدة، والأصل، وأوصاف الأصل الفقهية، والحقيقة، والإلحاق"[٤]، وعرّفه بعض العلماء المعاصرين": ما أعني في تطبيق النصّ الشرعي على الواقعة العملية[٥]، وأنه التصوّر الكامل للواقعة، وتحرير الأصل الذي تنتمي إليه[٦]. وتعليل قولهم بأن تكييف النّازلة متوقّف على تحصيل أمرين: " التصور التام للمسألة النازلة، ومعرفة أحكام الشريعة لدى الناظر". وعند استيعاب النّازلة من جميع جوانبها، وإحكام تصورها تصوّراً سليماً، يمكن تكييفها فقهياً بتحرير الأصل الذي تنتمي إليه، والبحث عن الحكم الشرعي المناسب لها، وهو ما يعرف عند الأصوليين بـ "تحقيق المناط"[٧] الذي يعتبره الإمام الشاطبي[٨] أحد نوعي الاجتهاد، فلنتأمّل

---

[٥] ينظر: شرح الكوكب المنير: ٥٠/١، الإنصاف للمرداوي: ٦/١.

[٦] ينظر: معجم لغة الفقهاء: ص ١٤٣ .

[٧] ينظر: منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة: ص ٣٥٤ .

[٨] ينظر: المصدر نفسه: ص٣٥٤.

[١] ينظر: التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية: ص٣٠، تأليف د. محمد عثمان شبير، دار القلم، دمشق- ٢٠٠٤.

[٢] ينظر: مختصر الأسئلة والأجوبة الأصولية على العقيدة الواسطية، لأبي محمد عبد العزيز بن محمد بن عبد الرحمن بن عبد المحسن السلمان (المتوفى: ١٤٢٢هـ)، الطبعة: الثانية عشر، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.

[٣] ينظر: معجم لغة الفقهاء: أ.د. محمد رواس قلعة جي، د. حامد صادق قنيبي: ص ١٢٣.

[٤] ينظر: المصدر نفسه: ص ٩٣.

[٥] ينظر: منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، ص ٣٥٤.

[٦] ينظر: المصدر نفسه.

[٧] تحقيق المناط: هو أن يقع الاتفاق على عِلْيَة وصف نص أو إجماع فيجتهد في وجودها في صورة النزاع، مثاله : تحقيق أن النباش سارق، وسمي تحقيق المناط لأن المناط وهو "الوصف" علم أنه مناط وبقي النظر في تحقيق وجوده في الصورة المعينة، "وسأبحث لاحقاً في هذا المصطلح بشيء من التفصيل وفي متن هذا البحث". ينظر: إرشاد الفحول للشوكاني: ص٣٣٠.

[٨] هو إبراهيم بن موسى بن محمد أبو إسحاق اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي(٥٤٨ ه-٥٩٠ هـ)، وكنيته التي عرف بها أبو إسحاق، والأظهر أنه ولد بغرناطة" وسبب هذا أن الإمام الشاطبي نشأ وترعرع بها ولم يُعلم أنه غادرها، وسبب عدم ترحاله أن أسفار العلماء كانت طلبةً للعلم، أما الشاطبي فكان العلم حاضر بلدته، أما عن وفاتهِ فهي يوم الثلاثاء من شهر شعبان سنة ٧٩٠ هجري، لقد تميز الشاطبي بمنزلة عالية رفيعة بين علماء الشريعة الإسلامية، فتمهر على يديه الكثير من العلماء الذين خرِّجوا الكثير من العلماء، فكان الشاطبي، نجماً ساطعاً بين علماء عصره، حيث ارتقى الشاطبي، مرتبة العلماء الذين خلد التاريخ ذكرهم، فهم

قوله: "الاجتهاد على ضربين: أحدهما لا يمكن أن ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف، وذلك عند قيام الساعة.والثاني: يمكن أن ينقطع قبل فناء الدنيا. فأمّا الأول فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط، وهو الذي لا خلاف بين الأمّة في قبوله، ومعناه: أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكن يبقى النظر في تعيين محله"[1].

عند النظر في التعاريف السابقة نجد أنها متقاربة في معناها، ولعلّ أقربها إلى المقصود في نظري هو التعريف الثالث لأنه ربط المسألة ربطاً فقهياً شرعياً فأخرج بذلك باقي العلوم، وأما التعريف الرابع فهو طويل جداً، ويغني عنه ما سبقه، وأما التعريف الأول والثاني فإنهما قد عرّفا التكييف بشكلٍ عام، لذا سأبحث في مصطلح تحقيق المناط "التعريف الثالث" بشيء من التفصيل:

المراد بتحقيق المناط[2]: مصطلح مركب من مفردين، ولا يتأتى فهمه إلا بتعريف كل من جُزئيه كُل على حدة، وهذا ما سنبينه كما يلي:

أولاً: "تحقيق" هو في اللغة التثبيت والتدقيق والإحكام، ومنه أحققت الأمر إحقاقاً، إذا أحكمته، ويقال أيضاً: حق الأمر، بمعنى: ثبت ووجب[1].

ثانياً: "المناط" مأخوذ من ناط الشيء إذا علقه، والنوط التعليق، وناط الشيء ينوطه، أي: علقه، فالمناط: هو المتعلق[2].

أما اصطلاحاً فقد عُرف بعدة تعاريف منها:

١- "إثبات العلة في الفرع"[3].

الذين أثْروا المكتبة الإسلامية بالفكر الذي تستند الأمة عليه، وللإمام الشاطبي مؤلفات كثيرة في مختلف علوم العربية والشرعية، كالنحو والصرف والاشتقاق والأدب والشعر وعلوم الحديث وفقهه والفقه وأصوله التصوف والبدع إلى غير ذلك من علوم. ينظر: سير أعلام النبلاء:٢١/ ٢٦١.

[1] ينظر: الموافقات للشاطبي: ٤٦٣/٤.

[2] تحقيق المناط لا تخفى أهميته؛ إذ هو أساس الحكم على حادثة ما، لم ينص على حكمها في الشرع، وهو أمر مستمر إلى قيام الساعة؛ ولا ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف، ولكن علماء الأصول يذكرونه مع مبحثين لهما علاقة به، وهما تخريج المناط وتنقيحه، وهذه الأنواع الثلاثة (تحقيق المناط) و(تنقيح المناط) و(تخريج المناط) هي جماع وأساس الاجتهاد؛ فمن لم يعرفها فهو في واد والفقه في واد آخر. فكان لزاماً علينا أن نقف وقفات سريعة، مع تخريج المناط وتنقيحه، قبل الخوض في تحقيقه؛ إذ لا يبحث عن تحقق المناط إلى بعد استخراجه وتهذيبه، لذلك سأعرج عليهما سريعاً: تخريج المناط: تقدم أن من أسماء العلة (المناط)، فالمراد بتخريج المناط: استخراج علة الحكم المنصوص عليه، والذي تثبت عليته بنص أو إجماع . مثلاً: جاء الشرع بتحريم الخمر، ولم تثبت علته بنص أو إجماع، فيحاول المجتهد استنباط واستخراج علة مناسبة منضبطة؛ حتى يقدر على تعدية الحكم-أي: تحقيق المناط في الفرع- لما لم ينص عليه، واشترك مع الأصل في هذه العلة. تنقيح المناط: فهو فحص وتدقيق وتهذيب الأوصاف المذكورة في النص، وأخذ ما يصلح منها للعلية، وإلغاء ما لا يصلح، قال الغزالي: وهذا هو الاجتهاد والقياس الذي عظم فيه الخلاف. مثلاً: قصة الأعرابي الذي جاء إلى النبي صلى الله عليه وآله وصحبه وسلم فزعاً، وقد وقع على امرأته في نهار رمضان، فأخبره النبي صلى الله عليه وآله وصحبه وسلم بالكفارة، فقد اجتمعت فيه عدة صفات، تحتاج لتنقيح وتهذيب؛ واعتبار ما يصلح وإبطال مالا يصلح. فاجتمع الأعرابي الوقاع، وكونه من الأعراب، وكون الوطء وقع على زوجته، وكونه في رمضان معين، وفي نهار رمضان متعمداً. فهذه عدة أوصاف في هذه الحادثة؛ فلكي يصل المجتهد إلى معرفة العلة التي أنيط الحكم بها، يتعين عليه تنقيح هذه الأوصاف، وتخليصها من كل ما لا يصلح في العلية. وبالبحث يتضح أنه لا يصح واحد من تلك الأوصاف -الآنفة الذكر- أن يكون علة لوجوب الكفارة سوى واحد، وهو الوقاع في نهار رمضان عمداً من مكلف؛ فينسحب الحكم على كل من في حالته المعتبرة. ينظر ويراجع في ذلك: الموافقات:٣٩/٥، الفتاوى الكبرى:١٥٩/٢، البحر المحيط في أصول الفقه:٤٧٢/٤، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج: ١٤٣/٣، الإحكام للآمدي: ٣٣٦/٣، الإبهاج:٨٣/٣، الإحكام للآمدي: ٣٣٦/٣.

[1] ينظر: تاج العروس:١١٠/١، لسان العرب: ٩٤٠/٢، معجم مقاييس اللغة: ١٥/٢.

[2] ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: ٢٤٠/٩، تاج العروس:١٥٥/٢٠، لسان العرب:٤٥٧٧/٦.

[3] ينظر: مذكرة في أصول الفقه: ص٣٨٠.

٢- "إثبات العلة المتفق عليها بنص أو إجماع بالاجتهاد في صورة النزاع"[٤].
٣- "النظر في معرفة وجود العلة في آحاد الصور بعد معرفتها في نفسها بنص أو إجماع"[٥].
٤- "معرفة وجود العلة في آحاد الصور، بعد معرفتها في نفسها، وسواء كانت معروفة بنص أو إجماع أو استنباط "[٦].

ومما تقدم نرى أن "تحقيق المناط" يدور في معنى واحد: وهو البحث في الصورة المتنازع على حكمها، من جهة ثبوت وتوفر العلة فيها من عدمه، فمتى تحققت ألحقت بأصلها، وكان لها حكم الأصل، وإلا فلا.

أقسام تحقيق المناط: ينقسم تحقيق المناط لقسمين:

الأول: **تحقيق مناط عام**: وهذا هو الذي لا خلاف في قبوله، وهو أن تكون القاعدة الكلية متفقاً أو منصوصاً عليها؛ فيجتهد المجتهد في تحقيقها وتنزيلها في نوع معين منها بغض النظر عن الملابسات الطارئة للأفراد والأعيان بخصوصهم، كقوله تعالى: {فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ}[٧]، فالقاعدة الكلية وجوب المثلية، فيجتهد في البقرة مثلاً بأنها مثل الحمار الوحشي، والعنز مثل الغزال، والعناق مثلاً للأرنب.

ومنه الاجتهاد في القبلة؛ فالتوجه إلى القبلة قاعدة كلية، سندها قوله تعالى: {وحيث ما كنتم فولوا وجوهكم شطره}[١]، فالقاعدة الكلية وجوب التوجه إلى القبلة، ثم أن المجتهد يجتهد في تحقيق القبلة في مكان ما[٢].

وهذا لا نزاع فيه بين العلماء؛ ومعلوم أن القسم الثاني -الذي سيأتي معنا- الخلاف فيه بين أهل العلم سلفاً وخلفاً شائع ذائع، فلا شك أن مراده هذا الأول.

واعتبار هذا النوع من تحقيق المناط فيه مسامحة؛ لذا قال بعض الفقهاء: "والمناط هنا ليس بمعناه الاصطلاحي؛ لأنه ليس المراد به العلة، وإنما المراد به النص العام، وتطبيق النص في أفراده، هو هذا النوع من تحقيق المناط"[٣].

الثاني: **تحقيق مناط خاص**: وهذا هو المقصود في الاصطلاح، وهو أن يتفق على علية وصف معين، بنص أو إجماع أو غيرها من طرق استنباط العلة[٤]، التي مرت في المسالك؛ فيحقق المجتهد وجودها في الفرع المعين من عدمه[٥]، أي: يكون النظر فيه للأعيان وما يكتنفهم من ملابسات، بخلاف الأول.

---

[٤] ينظر: البحر:٥/٢٥٦.
[٥] ينظر: شرح الكوكب المنير:٤/٢٠٠، والتيسير شرح التحرير:٤/٤٢.
[٦] الأحكام للآمدي: ٣/٣٣٥.
[٧] سورة المائدة: الآية ٩٥.
[١] سورة البقرة : الآية ١٤٤.
[٢] ينظر: الموافقات:٤ /٦٥، والروضة: ٢/٢٣٠.
[٣] ينظر: مذكرة أصول الفقه: ٢٤٤.
[٤] ينظر: الصفحة ٥ ؛ من بحثنا هذا.
[٥] الوجيز في أصول الفقه: ٢١٨.

وعرفه آخرون: "وعلى الجملة، فتحقيق المناط الخاص: نظر في كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية، بحيث يتعرف منه مداخل الشيطان، ومداخل الهوى، والحظوظ العاجلة؛ حتى يلقيها هذا المجتهد على ذلك المكلف مقيدة بقيود التحرز من تلك المداخل"[٦] .

ومثال تحقيق المناط الخاص هذا: تحقيق علة اعتزال النساء في المحيض هو الأذى؛ فينظر المجتهد في تحقق هذه العلة في النفاس؛ فإذا رآها موجودة فيه أجرى القياس عليها.

ولا يعتبر تحقيق المناط مسلك من مسالك العلة وذلك أن العلة ثابتة بالنص أو الاستنباط؛ فيجب على المجتهد تحقيق العلة في المسكوت عنه بالمنطوق[٧].

الأدلة المشروعية للتكييف:

يمكن الاستدلال على مشروعية التكييف بأدلة منها:

١ – قوله تعالى:**(وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوِ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ ۖ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَىٰ أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ ۗ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا)**[١]، والاستنباط في الآية الكريمة يعني الاستخراج للأحكام الشرعية، وهو يدل على الاجتهاد إذا عُدِم النص والإجماع[٢].

٢ – قوله صلى الله عليه وآله وصحبه وسلم:(لايجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة)[٣]. أي إذا اجتمعت الفروع الفقهية في طبيعتها وحقيقتها أعطيت الحكم نفسه، ولا يفرق في الأحكام إلا عند الاختلاف في الحقيقة والطبيعة، وهذا هو بحد ذاته جوهر عملية التكييف [٤].

٣ – وقد روي عن عمر بن الخطاب "رضي الله عنه" في كتابه الذي بعثه إلى أبي موسى الأشعري:(اعرف الأمثال والأشباه، ثم قس الأمور عندك، فأعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى)[٥]، وهذه العبارة صريحة بتتبع النظائر وحفظها ليقاس عليها ما ليس بمنقول، وإن فيها إشارة إلى أن من النظائر ما يخالف نظائره في الحكم لمدرك خاص به، هو الفن المسمى بالفروق الذي يذكر فيه الفرق بين النظائر المتحدة تصويراً ومعنى، المختلفة حكماً وعلة [٦].

ومما تقدم من أدلة وشروح لها يتبين أن عملية التكييف الفقهي عملية مشروعة وتعتبر نشاطاً فكرياً اجتهاديا للفقيه، ولكن ما يجب التنبيه إليه هنا توضيح الفرق بين التكييف الفقهي والقياس الفقهي حتى لا يحدث الخلط بينهما، حيث أن القياس الأصل فيه أن يكون منصوصاً عليه في القرآن أو السنة، أم الأصل في التكييف الفقهي أن لا يشترط ذلك فقد يكون نصاً لفقيه أو قاعدة كلية عامة، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن العلة في القياس هي الركن الأعظم التي تقوم عليها

---

[٦] ينظر: الموافقات للشاطبي : ٢٤/٥-٢٥.
[٧] ينظر: العلة عند الأصوليين:٢٧.
[١] سورة النساء: الآية ٨٣.
[٢] ينظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: ٢٩٢/٣، دار إحياء التراث العربي ، بيروت- ١٩٦٥.
[٣] ينظر: صحيح البخاري:١٢٢/٢، كتاب الزكاة؛ باب لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع.
[٤] وقد وضع الإمام البخاري هذا الحديث تحت عنوان "لايجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع" ليدلل على أنها قاعدة عامة، ينظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري: ٣١٤/٣، المطبعة السلفية ، القاهرة.
[٥] ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٧ ، مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة ، ١٩٥٩.
[٦] ينظر: المصدر السابق: ص٧.

عملية القياس، في حين أن عملية التكييف الفقهي نحتاج فيها بالإضافة إلى معرفة العلة تحليل حقيقة القضية المعروضة، ومعرفة قصد أطراف القضية، ومعرفة معنى القاعدة الكلية[١].

مما تقدم يمكن تعريف التكييف الفقهي بأنه: تحديد لحقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصل فقهي، خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية، بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة والمشابهة بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة[٢]،من التعريف السابق يتضح أن عناصر التكييف الفقهي تتكون من: الواقعة المستجدة، والأصل، وأوصاف الأصل الفقهي، والحقيقة، والإلحاق[٣].

المطلب الثاني: تعريف التكييف في القانون الدولي الخاص

الحقيقة أن مشكلة التكييف لا تظهر فقط في مجال القانون الدولي الخاص، بل هي مشكلة تفرض نفسها كلما طرح نزاع أمام القاضي أو الباحث في مختلف فروع القانون[٤].

فكلما كان القاضي مطالبا بالفصل في نزاع ما كان عليه بداية تكييف هذا النزاع سواء تعلق الأمر بمسائل القانون المدني، أو القانون التجاري، أو الجنائي، أو العمل أو الأحوال الشخصية ... [٥]. بعبارة أخرى فكل دعوى ترفع أمام المحكمة يكون على القاضي أولا أن يحدد طبيعتها حتى يعرف سندها القانوني ومدى اختصاصه بها. مثلا هل التصرف مدني، تجاري، أحوال شخصية.

لأن التكييف هو تحديد الوصف القانوني، وهو في تنازع القوانين يُقصد به: تحديد الوصف القانوني الصحيح لموضوع النزاع تمهيداً لإسناده لقانون معين[٦].

فلا يمكن تطبيق قواعد الإسناد في دولة القاضي المعروض أمامه النزاع ما لم يقم القاضي بعملية أولية سابقة وهي تحديد الوصف القانوني الصحيح لموضوع النزاع وإرجاعه (رده) إلى إحدى النظم أو الطوائف القانونية التي حدد المشرع لكل منها قاعدة إسناد تخصها ومثالها الأهلية، الشروط الشكلية للعقد، الشروط الموضوعية للعقد، المسؤولية التقصيرية وهكذا.

لذا فالتكييف عملية لازمة لابد أن يقوم بها القاضي فيما يخص مختلف النزاعات مدنية أم جنائية أم إدارية [١]،لكنه هنا يقوم بتحديد الوصف القانوني (التكييف) لموضوع النزاع تمهيداً لتطبيق الحكم الموضوعي في القانون المدني أو الجنائي، ومثاله فيما يخص العقد؛ لابد له من

---

[١] ينظر: التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، للدكتور محمد عثمان شبير: ص٢٠.

[٢] ينظر:المصدر نفسه: ص ٣٠.

[٣] ينظر:المصدر السابق نفسه: ص ٣٠.

[٤] ينظر: القانون الدولي الخاص تأليف:د.هشام صادق علي-د حفيظة السيد الحداد -دار الفكر الجامعي-الإسكندرية-مصر-ط١-سنة ٢٠٠٨- ص٥٣.

[٥] ينظر: القانون الدولي الخاص الجزائري، تأليف د.عليوش قربوع كمال: ج١-تنازع القوانين-دار هومه-الجزائر-ط٢-س٢٠٠٧-ص٩١.

[٦] بعض الأحيان يستخدم القانونيين مصطلح التكييف القانوني فلذلك لابد لنا من التعريج على هذا المصطلح (la qualification juridique) وهو الإجراء الأولي الذي يقوم به القاضي لتحديد الوصف الصحيح للتصرف القانوني أو للواقعة القانونية موضوع النزاع، وذلك تمهيداً لتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق، وفي بعض الأحيان يتوقف تحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع على التكييف القانوني السليم للوقائع موضوع هذا النزاع، ويترتب على ذلك أنه يتوجب على القاضي أن يكون متبحراً في دراسة أحكام القانون الذي يطبق في دولته وفهمها.

[١] ينظر: القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين- تأليف: د. ممدوح عبد الكريم ص٣٥، دار الثقافة للنشر و التوزيع-عمان-الأردن-ط٢٠٠٥م .

تكييف هذا العقد؛ ما إذا كان عقد بيع؛ أم إيجار؛ ويطبق بعدها الأحكام الموضوعية التي تحكم عقد البيع مثلاً؛ هذا إذا أستنتج من خلال التكييف أنه عقد بيع[٢].

من خلال ما تقدم نرى بأن هدف التكييف في تنازع القوانين هو؛ تحديد الوصف القانوني لموضوع النزاع الذي يخص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي؛ وذلك لأجل ردها إلى إحدى الطوائف القانونية التي حدد المشرع في دولة القاضي لكل منها قاعدة إسناد ومن ثم تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون المختص الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، وهذا – بالتحديد – ما أشار إليه التعريف الذي تقدم ذكره، وبناء على كل ما سبق عرف التكييف بعدة تعاريف منها:

١- تحليل للوقائع والتصرفات القانونية تمهيدا لإعطائها وصفها الحق ووضعها في المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة في فرع معين من فروع القانون [٣].
٢- عملية تحديد الوصف القانوني أو الطبيعة القانونية لعلاقة قانونية [٤].
٣- تنسيب النزاع إلى فكرة أو مبدأ أو سابقة قضائية في حالة عدم وجود قانون مكتوب[٥].
٤- تحديد الطبيعة القانونية لواقعة أو تصرف لتحديد القانون الواجب التطبيق وشروط تطبيقه، وهو يمثل جانب من تفسير القانون لأن القاضي الذي يقوم بتفسير القانون يقوم في حقيقة الأمر بعمليات التكييف[١].

يلاحظ مما سبق أن التكييف بدأ أولا في القانون الداخلي قبل انتقاله إلى القانون الدولي الخاص وهو بشكل خاص"طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق إحدى الفكر المسندة التي خصها المشرع بقاعدة إسناد" لكن يمكن القول أن التكييف في القانون الداخلي يؤدي 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 تمهيدا لإسنادها إلى القانون المختص، كما إن التكييف في إطار القانون الدولي الخاص لا يكتفي بتحديد موضوع النزاع تحديدا عاماً بل يجب البحث عن الهدف منه مثلا: إذا تعلق الأمر بوصية يجب تحديد ما إذا كان النزاع منصبا حول موضوعها أو يتعلق بشكلها إضافة إلى وصفها على أنها وصية.

المطلب الثالث: خطوات التكييف وضوابطه في الشريعة

أولاً: خطوات التكييف:

لابد للتكييف من خطوات منهجية ليتم البناء المعرفي بهذه العملية الفكرية الاجتهادية، ولتتضح الصورة أكثر لدى المتصدي لها، وهي كما يلي:

---

[٢] ينظر: القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين تأليف: د. ممدوح عبد الكريم ص٣٥.

[٣] التكييف في هذا الصدد يمكن تشبيهه بمهمة تشخيص المرض من قبل الطبيب مثلا: عند شعور المريض بألم في البطن فإن الطبيب يستعمل كل الوسائل المساعدة من أشعة و تحاليل و غيرها ليتوصل لتشخيص المرض على أنه التهاب في المعدة أو القولون أو الزائدة أو غيرها...فكل من هذه الأمراض له علاجه الخاص لذا لابد بداية من التعرف على المرض. ينظر: القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين-الاختصاص القضائي الدولي-تنفيذ الأحكام الأجنبية) ص: ٣٥؛ تأليف د.ممدوح عبد الكريم، دار الثقافة للنشر والتوزيع-عمان –الأردن-ط٢٠٠٥، ينظر: القانون الدولي الخاص، تأليف د.هشام صادق ود.حفيظة السيد الحداد: ص٥٣.

[٤] ينظر: القانون الدولي الخاص، تأليف د.هشام علي صادق ود.حفيظة السيد الحداد: ص ٥٣.

[٥] ينظر: القانون الدولي الخاص- الجنسية و تنازع القوانين- تأليف د. صلاح الدين جمال الدين، دار الفكر الجامعي-الإسكندرية-مصر-ط١-س٢٠٠٨-ص٢٧٤.

[١] ينظر: القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين تأليف: د. ممدوح عبد الكريم ص٣٥.

١ – التعرف على الواقعة المستجدة: وهي المسألة المستحدثة التي تعرض على المجتهد ليحكم فيها وتحليلها إلى عناصرها الأولية وهي تشمل كل من:

أ- المسائل التي أستحدثها الناس ولم تكن معروفة في عصور التشريع أو الاجتهاد مثل النقود الورقية، وسند الملكية.

ب- المسائل التي تغيرت علة الحكم فيها نتيجة التطور وتغير الظروف والأحوال مثل التقابض الحقيقي في صرف العملات التي تجريها البنوك عند شراء العميل عمله أجنبية من خلال حسابه ليقوم بتحويلها إلى الخارج، فعملية القيد بالحساب التي يجريها موظف البنك أصبحت في مقابل التقابض الحقيقي والتي تعارف على تسميتها بالتقابض الحكمي.

ت- العقود المركبة، والتي تتكون من أكثر من صورة من صور العقود القديمة، مثل بيع المرابحة للآمر بالشراء، فإنها تتكون من بيع عادي، ووعد من العميل بالشراء، وبيع مرابحة[١].

٢ – التعرف على الأصل الذي تكيف عليه الواقعة: وهو محل الحكم الذي يريد المجتهد التسوية فيه بينه وبين الواقعة المعروضة وقد يكون الأصل نص من القرآن أو السُنة أو إجماع أو على قاعدة كلية أو على نص لفقيه، ويجب هنا على المجتهد أن يتحقق من ثبوت الأصل الذي تكيف عليه الواقعة وأن يفهمه فهماً جيداً مقرونة بظروفها وشروطها.

٣ - المطابقة بين الواقعة المستجدة والأصل: وهي جوهر عملية التكييف الفقهي وهو أن يجمع بين الواقعة المستجدة والأصل في الحكم لإتحادهما في العلة[٢]، وهذا يتطلب مجانسة بينهما في العناصر الأساسية من أركان وشروط وعلاقات بين أطراف الواقعة[٣] فالخراج مثلاً لا يعتبر عقد إجارة لان الخراج وضع على أهل الذمة دون رضاهم وهو غير متحقق في الإجارة، والخراج لا يحتاج إلى صيغة عقد لكن الإجارة من أركانها أن تكون هناك صيغة عقد، والخراج أيضاً مؤبد، وتأبيد الإجارة باطل عند جمهور الفقهاء، لذلك يجب لإلحاق الواقعة المستجدة بالأصل أن تكون هناك مجانسة ومطابقة بينهما في العناصر الأساسية من أركان وشروط وعلاقات بين أطراف الواقعة المستجدة.

ثانياً: ضوابط التكييف الفقهي:

بما أن التكييف الفقهي الذي ينبني عليه الاجتهاد خاضع لما تقدّم من التصوير والتخريج وتحقيق المناط، وهذه الأمور تتفاوت من مجتهد إلى آخر، بحسب تفاوت درجات الاستنباط، لذا كان ذلك التفاوت داعياً إلى اختلاف وجهات نظر المجتهدين حسب ما يظهر من عميلة التكييف الفقهي، ونظراً لأهمية التكييف الفقهي، وضرورة الدقة فيه سعياً لوصول المجتهدين إلى أدق النتائج وأصوبها كانت الحاجة ماسّة إلى وضع ضوابط ينبغي مراعاتها عند القيام بالتكييف الفقهي فمن ذلك[٤]:

أ- أن يكون التكييف الفقهي مبنياً على نظر صحيح معتبر لأصول التشريع، فتُكيّف النازلةُ بأقرب الأصول الشبيهة لها لتأخذ بعد ذلك حكم ذلك الأصل، فلا تكيّف على أساس الهوى

---

[١] ينظر: المصدر السابق نفسه: ص٦٤.

[٢] ينظر: التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، للدكتور محمد عثمان شبير: ص ٩٣.

[٣] ينظر: المصدر السابق: الصفحة نفسها.

[٤] ينظر: منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، ص ٣٥٤.

والتشهي، فيصبح الحرام حلالاً، والحلال حراماً، أو تكيّف على أوهام وتخيلات أو أمور عارضة أو ظنون فاسدة.

ب- بذل الوسع في تصور الواقعة التصور الصحيح الكامل؛ لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوّره .

ت- تحصيل المجتهد الملكة الفقهية في استحضار المسائل وإلحاقها بالأصول.

المبحث الثاني
نشأة وأهمية التكييف في الشريعة والقانون

المطلب الأول: نشأة التكييف ومجالاته في القانون

نعرض في هذا الصدد لبعض القضايا التقليدية المعروفة في القانون الدولي الخاص التي فصل فيها القضاء الفرنسي لاستجلاء ماهية التكييف، أهميته وبدرجة أكبر نشأته:

الفرع الأول: وصية الهولندي وميراث المالطي.

١- **وصية الهولندي**: تتلخص وقائع القضية في أن هولنديا كتب وصيته في فرنسا بخط يده طبقا لأحكام (المادة ٩٩٩) مدني فرنسي التي تجيز للفرنسي ولو كان بالخارج أن يكتب وصية عرفية، توفي الهولندي و طعن ورثته الهولنديون ببطلان الوصية طبقا لأحكام (المادة٩٩٢) مدني هولندي التي تشترط الكتابة الرسمية لصحة الوصية ونفاذها بل و أكثر من ذلك تعتبر الشكل الرسمي للوصية مكملا للأهلية، عرض النزاع أمام محكمة فرنسية فوجدت نفسها أمام مشكلة في التكييف[١]. ولحل هذا الإشكال من قبل القاضي يجد القاضي نفسه أمام فرضين، فإما أن يطبق قاعدة الإسناد القاضية بأن الكتابة من الشكل؛ وبالتالي خضوعها لقانون موقع الإبرام أي القانون الفرنسي؛ مما يترتب عليه صحة الوصية و نفاذها، وأما أن يطبق التكييف الهولندي الذي يعتبر الكتابة الرسمية من متممات الأهلية و بالتالي خضوعها لقانون الجنسية أي القانون الهولندي و بالتالي بطلان الوصية[٢].

٢- **ميراث المالطي**: تتلخص وقائع القضية في أن زوجان مالطيان قدما للعيش في الجزائر أثناء الاستعمار الفرنسي، تملك الزوج عقارات في الجزائر و بعد وفاته طالبت الزوجة أمام محكمة الاستئناف بحقها في ميراث زوجها على أساس قاعدة(نصيب الزوج الفقير)[١]، وهو نظام معروف في القانون المالطي دون القانون الفرنسي الذي لم يكن يعترف للزوجة آنذاك إلا بحق اقتسام الأملاك المشتركة و استرداد أملاكها الخاصة[٢]، في هذه الحالة أيضا يجد القاضي نفسه أمام مشكلة في التكييف، فإما أن يكيف طلب المرأة على أساس أنه من قبيل الميراث المتعلق بالعقار و بالتالي يطبق قانون موقع العقار و في هذه الحالة القانون الفرنسي و بالتالي يرفض طلب الزوجة، وإما أن يكيف الواقعة على أساس أنها من النظام المالي للزوجين الذي يدخل في طائفة الأحوال

---

[١]ينظر: القانون الدولي الخاص: تأليف؛د.غالب علي الداودي ود.حسن محمد الهداوي:ج٦٧/١.

[٢] ينظر: المصدر السابق نفسه، القانون الدولي الخاص الجزائري: ص ٧٧، تأليف؛ د.أعراب لبقاسم، -ج١تنازع القوانين-دار هومه-الجزائر- س٢٠٠٣، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية:ص٩٢، تأليف د.زروتي الطيب.

[١] ينظر: القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين تأليف: د. ممدوح عبد الكريم ص٤١.

[٢] ينظر: القانون الدولي الخاص: تأليف؛د.غالب علي الداودي ود.حسن محمد الهداوي:ج٦٩/١.

الشخصية و يحكمها قانون الجنسية وهنا القانون المالطي وبالتالي يلتزم القاضي بالاعتراف للزوجة بحقها في تركة الزوج المتوفى[٣].

الفرع الثاني:زواج الفرنسي و زواج اليوناني:

١- **زواج الفرنسي:** تتلخص وقائع القضية في أن شابا فرنسيا قاصراً(١٩سنة)انتقل إلى انجلترا و تزوج هناك من إنجليزية دون حصوله على موافقة الأب التي تشترطها م١٤٨ مدني فرنسي والتي تفرض موافقة الأب على زواج ابنه إذا كان عمره أقل من (٢٥سنة)، مباشرة بعد رجوع الزوج الفرنسي إلى فرنسا سارع للمطالبة ببطلان الزواج أمام المحاكم الفرنسية على أساس أنه خالف المادة السالفة الذكر، فوافقت المحكمة الفرنسية على طلبه وأبطلت الزواج، تزوج الزوج مرة ثانية من فرنسية وكذلك زوجته الإنجليزية تزوجت من إنجليزي، لما علم هذا الأخير بالزواج الأول طالب المحاكم الإنجليزية بإبطال الزواج الثاني على أساس أن الزواج الأول لازال قائما وفقا للقانون البريطاني، ووافقت المحكمة على طلبه منعا لتعدد الأزواج[٤] نلاحظ إذن في هذه القضية تضاربا في الأحكام ومرد هذا الاختلاف راجع إلى الاختلاف في التكييف، فالقانون الفرنسي يعتبر موافقة الأب من متممات الأهلية التي لا يتم الزواج بدونها وعليه يحكمها قانون الجنسية أي القانون الفرنسي وعلى هذا الأساس حكم القاضي الفرنسي ببطلان الزواج، أما القانون الإنجليزي فيعتبر موافقة الأب من الأشكال الخارجية التي تخضع لقانون محل الإبرام أي القانون الإنجليزي و على هذا الأساس حكم بصحة الزواج الأول واستمراره[١].

٢- **زواج اليوناني الأرثوذكسي:** تتمثل وقائع القضية في أن يونانيا اسمه كراسلانيس(Caraslanis) تزوج في فرنسا من فرنسية طبقا للشكل المدني المعمول به في فرنسا، فطعن أولياؤه اليونانيون ببطلان هذا الزواج على أساس أنه لم يتم وفقا للشكل الديني الذي يشترطه القانون اليوناني لصحة الزواج[٢] وهنا كان أمام القاضي حلين : إما أن يكيف الشكل الديني على أنه من الأشكال الخارجية التي تخضع لقانون محل الإبرام أي القانون الفرنسي و بالتالي صحة الزواج، أو أن يكيفها على أساس أنها من الشروط الموضوعية لعقد الزواج وبالتالي تدخل في الأحوال الشخصية التي يحكمها قانون الجنسية أي القانون اليوناني و بالتالي بطلان الزواج. بالإضافة لحالات الاختلاف في التكييف التقليدية والتي ذكرناها في الأمثلة السابقة هناك حالات أخرى يمكن أن ندرجها باختصار:

أ- في بعض الدول مثل أمريكا يكيف التقادم بمرور الزمن على أنها مسألة أصولية تخضع للقانون الأمريكي، في حين بعض الدول الأوربية تكيفها على أنها مسألة موضوعية جوهرية تخضع للقانون الذي يحكم أساس النزاع.

---

[٣] ينظر: القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين تأليف: د. ممدوح عبد الكريم ص٣٩.
[٤] ينظر: القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين تأليف: د. ممدوح عبد الكريم ص٣٩.
[١] ينظر: القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، تأليف د.زروتي الطيب: ص٩٣.
[٢] ينظر: المصدر السابق نفسه: الصفحة السابقة نفسها.

ب- دعوى إثبات نسب المولود من زواج غير شرعي تكيف في بعض القوانين على أساس الفعل غير المشروع الذي يخضع لقانون وقوع الفعل، بينما تكيفها قوانين أخرى على أنها من الحقوق العائلية التي تخضع لقانون الجنسية.

ت- يكيف التعويض عن فسخ الخطبة في بعض القوانين على أساس المسؤولية التقصيرية و يخضع لقانون وقوع الفعل الضار، بينما يكيف في قوانين أخرى من الحقوق العائلية التي تخضع لقانون الجنسية.

الحضانة تكيف في بعض القوانين على أنها من آثار الزواج وتخضع لقانون الدولة التي ينتمي لها الزوج أثناء عقد الزواج، بينما تكيفها قوانين أخرى على أنها من آثار الطلاق و تخضعها لقانون الدولة التي ينتمي لها الزوج أثناء رفع دعوى الطلاق، في حين تكييفها قوانين أخرى على أنها من الولاية على النفس و تخضعها لقانون من تجب حمايته أي قانون جنسية المحضون[٣].

عليه يمكننا القول من خلال الأمثلة السالفة أن تحديد القانون الذي يحكم النزاع يختلف باختلاف القانون الذي يحكم التكييف، وعليه فإنه من الضروري تحديد القانون الذي يتم وفقه التكييف لنصل إلى تكييفات متطابقة.

لكن اختلفت الآراء الفقهية في هذا الصدد واختلفت تبعا لها واقف التشريعات الوضعية، والظاهر من الأمثلة السابقة وغيرها اختلاف موقف القضاء بصدد التكييف الذي هو مسألة مهمة يتوقف عليها تحديد القانون الواجب التطبيق، وأن القضاء كيّف الوقائع دائماً طبقاً للقانون الوطني[١]، فهل هذا الموقف سديد أو أن له مساوئه؟ هذا ما نتعرف عليه فيما سيأتي وسنعرض أهم هذه الآراء في المبحث الثاني من بحثنا.

المطلب الثاني: أهمية وعلاقة التكييف الفقهي بالتكييف القانوني.

أولاً: أهمية التكييف:

تبدو أهمية التكييف في مجال القانون الداخلي بوصفه عملية أولية ولازمة لإخضاع التصرف أو الواقعة القانونية محل النزاع للنص القانوني الذي يحكم هذا التصرف أو تلك الواقعة[٢]، لذا سأعرج على أهمية التكييف في القانون الداخلي وبفروعه المختلفة ومن ثم أبحث في أهميته في القانون الخارجي (القانون الدولي الخاص).

أ- **أهمية التكييف القانوني في القانون الداخلي**.

يتمتع التكييف القانوني في القانون الداخلي بأهمية كبيرة، سواءً كان ذلك في نطاق القانون المدني، أم القانون التجاري، أم القانون الجزائي، أو القانون الإداري..

١ـ في القانون المدني: التكييف في نطاق القانون المدني هو إجراء أولي ضروري يترتب عليه تحديد القواعد القانونية التي تطبق على النزاع. فإذا سبب أحد الأشخاص ضرراً لشخص آخر، وطالب المضرور بالتعويض، يتوقف تحديد القواعد القانونية التي يُحكم بموجبها بالتعويض على تحديد طبيعة العلاقة التي تربط المضرور بمرتكب الضرر. فإذا كانت هذه العلاقة ذات

---

[٣] ينظر: القانون الدولي الخاص الجزائري، تأليف؛ د.أعراب لبقاسم، -ج١تنازع القوانين، ص ٧٨.

[١] ينظر: القانون الدولي الخاص الجزائري، تأليف؛ د.أعراب لبقاسم، -ج١تنازع القوانين، ص ٧٨. زروتي الطيب،القانون الدولي الخاص الجزائري،ج ١، بدون رقم طبعة، مطبعة الكاهنة،الجزائر،٢٠٠٤،ص٨٨.

[٢] ينظر: القانون الدولي الخاص الجزائري، تأليف: د.عليوش قربوع كمال: ص٩٣.

طبيعة تعاقدية، تطبق في هذه الحال أحكام المسؤولية التعاقدية؛ وإذا كان سبب الضرر فعل ضار، تطبق أحكام المسؤولية التقصيرية.

ويمتاز التكييف بأهمية خاصة في نطاق العقد، حيث تختلف القواعد القانونية التي تطبق على العقد تبعاً لماهيته. فالقواعد التي تطبق على عقد البيع تختلف عن تلك التي تطبق على عقد الإيجار، أو على الهبة. ولا يتقيد القاضي بالوصف الذي يطلقه المتعاقدان على العقد، وإنما عليه أن يعطيه الوصف القانوني السليم دون أن يغير من وقائع الدعوى.

وقد يحاول المتعاقدان، في بعض الأحيان، التحايل على أحكام القانون، وذلك بإضفاء صفة على العقد لا تتفق مع موضوعه، فيتوجب هنا على القاضي أن يرد للعقد وصفه القانوني السليم. ومثال ذلك الصورية، كما لو أطلق المتعاقدان على الهبة وصف البيع، وذلك للتهرب من دفع الضرائب المرتفعة التي تفرض على الهبة.

٢- في القانون التجاري: تظهر أهمية التكييف القانوني في نطاق القانون التجاري، بصورة خاصة، بالنسبة للإثبات، حيث تختلف قواعد الإثبات تبعاً لاختلاف صفة الالتزام التعاقدي موضوع النزاع. فإذا كان الالتزام التعاقدي صفة تجارية، فإنه يخضع لقواعد إثبات مختلفة تمام الاختلاف عن تلك التي تطبق على الالتزام التعاقدي المدني. حيث يجوز الإثبات بالشهادة، من حيث المبدأ، في الالتزامات التجارية التعاقدية مهما كانت قيمتها.

٣- في القانون الجزائي: التكييف في القانون الجزائي هو إعطاء الفعل المكون للجريمة وصفه القانوني الصحيح، ومن ثم تحديد طبيعته القانونية وفقاً لنص القانون، وبيان ما إذا كان يشكل جناية أو جنحة أو مخالفة.

ويطبق في نطاق القانون الجزائي، بالنسبة للتكييف، مبدأ جوهري عام مفاده أن الجهة القضائية المحال عليها الدعوى لا تتقيد بالوصف القانوني الذي أضفته على الفعل الجهة التي أحالت الدعوى عليها، وإنما تتقيد فقط بالأفعال المحالة عليها. واستناداً إلى ذلك لا يتقيد قاضي التحقيق بالوصف الذي أعطته النيابة العامة للفعل المحال عليه، وإنما يتوجب عليه قانوناً أن يتقصى الأسباب المشددة، والأعذار المحلة والمخففة، وذلك كي يعطي للفعل وصفه القانوني السليم.

وكذلك الأمر بالنسبة لمحكمة الموضوع التي تتقيد بالأفعال المحالة عليها فقط، ولا تتقيد بالوصف القانوني الذي وصفت به هذه الأفعال في ادعاء النيابة العامة، أو في شكوى المدعي الشخصي، أو في قرار قاضي التحقيق، أو في قرار قاضي الإحالة.

٤- في القانون الإداري: تبدو أهمية التكييف القانوني في نطاق القانون الإداري، بشكل خاص، بالنسبة للعقود الإدارية. حيث يخضع العقد الإداري لنظام قانوني يختلف عن النظام الذي يخضع له العقد العادي الذي تطبق عليه قواعد القانون الخاص، وتخضع المنازعات المتعلقة به إلى القضاء العادي؛ في حين أن العقد الإداري تطبق عليه قواعد القانون العام، ويفصل في المنازعات المتعلقة به القضاء الإداري (مجلس الدولة) والقاضي الذي ينظر النزاع هو الذي يكيفه فيضفي عليه صفة العقد الإداري أو العقد العادي. ولا يتقيد القضاء المختص بالوصف الذي أعطاه المتعاقدان للعقد، وإنما يستطيع أن يعطي العقد التكييف القانوني السليم شريطة ألا يعدّل في الوقائع الداخلة في موضوع النزاع.

ب- أهمية التكييف القانوني في القانون الدولي الخاص.

وإذا كان للتكييف أهميته السابقة في القانون الداخلي، فإن أهميته تزداد بصفة خاصة في مجال القانون الدولي الخاص، ذلك أن قواعد الإسناد لا تضع حلولا خاصة لكل من المسائل التي تطرح أمام القضاء، وإنما تضع حلا لكل طائفة، فمثلا القاعدة التي تقضي بإخضاع أهلية الأشخاص لقانون جنسيتهم تتضمن الأهلية كفكرة مسندة وضابط الإسناد هو الجنسية[١].

كما إن اختلاف القوانين في تحديد الوصف القانوني للمسألة بسبب ذاتية تكييفات كل نظام قانوني والمفاهيم السائدة فيه يجعل تصرفا واحدا محلا لعدة تكييفات مختلفة[٢]، فمثلا ما يعتبر من الشكل في بلد قد يعتبر من الأهلية في بلد آخر، و الواضح في مثالنا أن كلا من الأهلية والشكل يمثل فكرة مسندة متميزة عن الأخرى يحكم كل منهما ضابط إسناد معين[٣].

إذن فكون التكييف يأتي كمرحلة أولية وضرورية قبل الإسناد وكذا الاختلاف بين التشريعات في وصف التصرفات القانونية هو الذي يكسب التكييف أهميته[٤]، وبالدرجة الأولى فإن أهمية التكييف في القانون الدولي الخاص مستمدة من خصوصية وذاتية القواعد القانونية التي يستخدمها هذا القانون[٥]، إذن فانتقال مسألة التكييف إلى المجال الدولي أكسبها طابعا خاصا لأنها تلعب الدور الأكبر في الطريق نحو تحديد القانون الواجب التطبيق[٦].

خلاصة القول أن القانون الدولي الخاص ينظم علاقات الأفراد ذات الطابع الدولي، أي العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي. ويهدف التكييف القانوني في نطاقه إلى تحديد الوصف السليم للعلاقة القانونية وذلك من أجل معرفة المجموعة القانونية التي ترتبط بها العلاقة في سبيل تحديد قاعدة الإسناد التي تبين القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة.

وتبدو أهمية التكييف القانوني في القانون الدولي الخاص بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، من ناحية. ومن ناحية ثانية بالنسبة لتحديد القانون الذي يطبق على عملية التكييف ذاتها.

١ـ **أهمية التكييف بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق**: يختلف التكييف في القانون الداخلي عن التكييف في القانون الدولي الخاص من حيث إن التكييف في القانون الداخلي يهدف إلى تحديد القاعدة القانونية التي تطبق في النزاع المعروض على القاضي لإيجاد حل نهائي له، في حين أن التكييف في القانون الدولي الخاص يهدف إلى ربط النزاع بإحدى مجموعات الإسناد، وذلك لتحديد قاعدة الإسناد واجبة التطبيق، والتي تبين القانون الواجب التطبيق على النزاع، وبمعنى آخر؛ إن التكييف في القانون الدولي الخاص لايهدف إلى تحديد الأحكام القانونية التي تطبق على النزاع لحله بصورة نهائية، وإنما يهدف إلى بيان قاعدة الإسناد الصحيحة التي تدل القاضي على القانون الواجب التطبيق. فلو تشاجر زوج فرنسي الجنسية وزوجته إيطالية الجنسية في العراق، ما هو القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة القانونية؟ يتوقف تحديد هذا القانون

---

[١] ينظر: القانون الدولي الخاص، تأليف د.هشام صادق-د حفيظة السيد الحداد-المرجع السابق-ص٥٤، القانون الدولي الخاص؛ للدكتور: سعيد يوسف البستاني-منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت –لبنان-ط١-س٢٠٠٤-ص١٣١.

[٢] ينظر: القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، تأليف د.زروتي الطيب: ص٩١.

[٣] ينظر: د صلاح الدين جمال الدين-تنازع القوانين مقارنة بين الشريعة و القانون-ص٥٥.

[٤] ينظر: القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، تأليف د.زروتي الطيب: ص٩١.

[٥] ينظر: القانون الدولي الخاص، تأليف د.هشام صادق-د حفيظة السيد الحداد-المرجع السابق-ص٩٦.

[٦] ينظر: القانون الدولي الخاص الجزائري، تأليف: د.عليوش قربوع كمال: ص٩٣، القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين تأليف: د. ممدوح عبد الكريم ص٣٨.

على تكييف العلاقة القانونية موضوع النزاع. وهنا يتنازع تكييفان حول هذه المشاجرة: فإما أن تعد أثراً من آثار الزواج، وإما أن تعدّ فعلاً ضاراً. وبناءً على التكييف القانوني السليم تتحدد قاعدة الإسناد التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق. فإذا عُدّت المشاجرة أثراً من آثار الزواج، يجب على القاضي تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج[١]. أما إذا تم تكييف المشاجرة على أنها تشكل فعلاً ضاراً، فيجب إخضاعها لقانون الدولة التي وقعت فيها المشاجرة[٢].

ويعود سبب الأهمية التي يتمتع بها التكييف القانوني في القانون الدولي الخاص إلى تنوع قواعد الإسناد من دولة إلى أخرى، من جهة. ومن جهة ثانية، إلى اختلاف المسائل القانونية، موضوع التكييف، في تشريعات هذه الدول. وهذا ما يؤدي إلى نوع آخر من التنازع وهو تنازع التكييفات. والمثال على ذلك مسألة الزواج، حيث تفرض بعض التشريعات الأجنبية على مواطنيها الشكل الديني للزواج، وبعضها الآخر يفرض الشكل المدني. وتحديد القانون الواجب التطبيق يتوقف هنا على التكييف الذي يعطيه القاضي لمسألة الشكل الديني للزواج، هل تُعدّ هذه المسألة من الشروط الموضوعية للزواج، ومن ثم تخضع لقانون كل من الزوجين، أم تُعدّ شرطاً شكلياً يحكمه قانون البلد الذي أُبرم فيه عقد الزواج[٣].

٢ـ **القانون الواجب التطبيق على التكييف**: يُعدّ التكييف القانوني في القانون الدولي الخاص الإجراء الأولي الذي لابد منه لتحديد القانون الذي يطبق على العلاقة القانونية موضوع النزاع.

ثانياً:علاقة التكييف الفقهي بالتكييف القانوني.

بدأت علاقة مصطلح التكييف الفقهي بمصطلح التكييف القانوني منذ استعمال أساتذة وعلماء الشريعة له في أبحاثهم المقارنة بين الشريعة والقانون في العقود الأربعة الأخيرة من القرن العشرين، فقد اقتبسه علماء الشريعة من القانون الوضعي واستعملوه في أبحاثهم الفقهية، إذا كان سبب استعمال مصطلح التكييف الفقهي لدى أساتذة وعلماء الشريعة يرجع إلى التقائهم بعلماء القانون الوضعي في كليات القانون (الحقوق)، ورغم الأهمية البالغة للتكييف في القانون الدولي الخاص إلا أن هذا لا ينفي وجود صعوبات تعرقل التكييف والتي تتعاظم في القانون الدولي الخاص عنها في أي فرع من فروع القانون الأخرى وتنجم هذه الصعوبات عن اختلاف النظم القانونية فيما بينها في تحديد الأوصاف القانونية للمسائل، وإلى اختلافها في تحديد الطوائف التي يمكن رد هذه المسائل إليها، فما يعد وفقا لقانون دولة ما من آثار الزواج الشخصية قد يعتبر وفقا لقانون دولة أخرى من الأهلية، وما قد يعتبر في دولة ما من الشروط الموضوعية للزواج قد يعد في دولة أخرى الشروط الشكلية للزواج.

ويترتب على اختلاف النظم القانونية في تحديد الوصف القانوني لنفس المسألة أن تكتسب مشكلة تنازع القوانين التي قد تثور بصدد هذه المسألة بعداً إضافيا أو صعوبة إضافية، ذلك أن النزاع ذو الطابع الدولي الذي يثور بصدد هذه المسألة لا يثير تنازعا بين قوانين الدول حول القانون الذي يتعين أن تخضع له هذه المسألة فقط بل إنه يثير أيضا تنازعا بين هذه القوانين حول القانون الذي يتعين أن يتجدد بمقتضاه الوصف القانوني لها، و الذي يتم عن طريق رد المسألة

---

[١] وذلك بموجب أحكام المادة:١٩/ فقرة ١و٢ من القانون المدني العراقي، ينظر: القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته، إعداد القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي، المكتبة القانونية-بغداد سنة الطبع ٢٠١١م.

[٢] وذلك بموجب أحكام المادة:١٩/ فقرة ١ من القانون المدني العراقي، ينظر: المصدر السابق.

[٣] يراجع أحكام المادة: ١٥ من القانون المدني العراقي، ينظر: المصدر السابق نفسه.

إلى طائفة قانونية معينة خصها المشرع بقاعدة إسناد، ويمكن تحديد العلاقة بين التكييف في الشريعة والقانون في النقاط التالية:

١- التقاء التكييف الفقهي مع التكييف القانوني في الهدف منه، فهو يهدف إلى إعطاء حكم قضية منصوص عليها لقضية معروضة تحتاج إلى وصف فقهي أو قانوني، وذلك بالنظر إلى العناصر الأساسية في كل من القضيتين.

٢- التقاء التكييف الفقهي مع التكييف القانوني في إجراءات عملية التكييف؛ وهي:

أ- تحديد طبيعة القضية المعروضة وحقيقتها، وذلك ببيان عناصرها، وأجزائها، والآثار المترتبة عليها، وقصد أطراف القضية من تنفيذها.

ب- البحث عن الأصل الذي يمكن أن تلحق به القضية المعروضة، والتأكد من مجانستهما في العناصر السابقة.

ت- رد القضية المعروضة إلى الأصل الفقهي أو القانوني، وذلك بإعطائها حكم الأصل الذي رتبه العلماء: من صحة، أو جواز، أو بطلان، أو فساد... أو غير ذلك. ويتم ذلك بنظر العالم المُتخصص والمتمرس في مدى تحقق عناصر الأصل وضوابطه في القضية المعروضة.

٣- التقاء التكييف الفقهي مع التكييف القانوني في ضرورة تحري الدقة في إجراء عملية التكييف؛ لان الخطأ في إجراء العملية يترتب عليه الخطأ في ترتيب الأحكام على القضية؛ لأن الحكم على الشيء فرع من تصوره.

هذا مع مراعاة أن الحكم في التكييف الفقهي يستند إلى نصوص الشريعة الإسلامية واجتهادات الفقهاء المعتبرة، أما الحكم في التكييف القانوني فيستند إلى القواعد القانونية المدونة في القانون المعمول به[١].

المبحث الثالث

موقف القانون من التكـييف

إن التكييف ينقل قاعدة الإسناد من المجرد إلى الواقع للتمكن من تطبيقها وعليه فهو ضرورة أولية، لذالك فالسؤال الذي يطرح وفقا لأي قانون يتم التكييف؟ للإجابة على هذا السؤال نقول أن التكييف من مسائل القانون الدولي الخاص الأكثر إثارة لنظريات ومناقشات حادة وطويلة حول القانون الذي يحكمه[٢]، وسنعرض لأهم هذه الآراء الفقهية فيما يلي(مطلب أول) وكنتيجة حتمية لتضارب الآراء الفقهية سيكون هناك اختلاف في مواقف التشريعات في الأخذ بأحد هذه الآراء(مطلب ثاني)

المطلب الأول: الاتجاهات القانونية بشأن القانون الذي يحكم التكييف

لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المعروضة على القاضي، لابد أن يرجع هذا الأخير إلى قانون معين من أجل تكييف وتحديد وصف تلك المسألة[٣]، فما هو هذا القانون الذي يحكم التكييف؟ للإجابة على هذا السؤال ظهرت العديد من النظريات الفقهية، أهمها ثلاثة آراء:

---

[١] ينظر: التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، تأليف الدكتور محمد عثمان شبير: ص٢٤-٢٥.

[٢] ينظر: القانون الدولي الخاص: تأليف؛د.غالب علي الداودي ود.حسن محمد الهداوي:ج٧١/١.

[٣] ينظر: القانون الدولي الخاص الجزائري، تأليف؛ د.أعراب لبقاسم، -ج١تنازع القوانين، ص ٧٩.

الرأي الأول: إخضاع التكييف لقانون القاضي.
الرأي الثاني: إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع.
الرأي الثالث: إخضاع التكييف للقانون المقارن[١].

الرأي الأول:التكييف يخضع لقانون القاضي.

أولا: مفهوم المبدأ و حججه.

أتفق أغلب فقهاء القانون بأن أول من جاء بهذه النظرية هو الفقيه الألماني(كان) في ١٨٩١ ثم تبعه الفقيه الفرنسي (بارتان)، وأقرها اتفاق لاهاي في ٩٢٥ [٢]، مفاد هذا المبدأ أن "القاضي يكيف النزاع المعروض عليه وفقا لقانونه الوطني" واسند الفقيه بارتان نظريته هذه بالحجج التالية: إن إخضاع التكييف لقانون القاضي نتيجة حتمية لمبدأ السيادة: بحيث اعتبر قواعد التنازع قواعد وطنية داخلية محضة، وأن كل دولة تضع القواعد الخاصة بها فيما يتعلق بمسألة تنازع القوانين وأنه إذا تم التكييف وفقا لقانون أجنبي داخل إقليم دولة القاضي المعروض عليه النزاع فإنه يؤدي إلى إنقاص السيادة التشريعية لدولة القاضي[٣].

كما إن مرحلة التكييف تسبق مرحلة الإسناد إلى القانون الأجنبي: وقد برر هذه الحجة على أساس أن القاضي لا يطبق القانون الأجنبي إلا إذا تبين له من خلال النزاع المعروض عليه أن هذا الأخير يخضع للقانون الأجنبي[٤]. غير أن الفقه الحديث الذي قبل هذه النظرية وأخذ بها قرر تأسيسها على حجج غير حجج بارتان[٥].

التكييف هو تفسير لقاعدة الإسناد: معنى ذلك أن التكييف يقوم بتبيان المسائل التي تدخل في نطاق تطبيق قاعدة الإسناد و مثال ذلك:

-إذا كانت قاعدة الإسناد تقضي بـ"إخضاع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام" و تطبيقا لهذه القاعدة يتم الرجوع إلى وصية الهولندي ويتعين على القاضي في هذه الحالة قبل أن يقوم بتطبيق هذه القاعدة أن يقوم بتبيان معنى شكل التصرف، من أجل معرفة ما إذا كان هذا المعنى يتطابق مع المنع الوارد في القانون الهولندي من إبرام الوصية في الشكل العرفي.

-إذا كانت قاعدة الإسناد تقضي بـ"إخضاع الميراث لقانون جنسية المتوفى" وتطبيقا لها يتم الرجوع إلى قضية ميراث المالطي فهنا يتعين على القاضي قبل أن يطبق القاعدة أن يحدد معنى الميراث من أجل معرفة ما إذا كان يتطابق مع ما تطلبه الزوجة من حقوق على عقارات زوجها المتوفى.

انطلاقا مما سبق ذكره فإنه لا يعقل أن يطلب تفسير قاعدة الإسناد الوطنية من قانون أجنبي غير القانون الذي تنتمي إليه هذه القاعدة

---

[١] ينظر: القانون الدولي الخاص: تأليف؛د.غالب علي الداودي ود.حسن محمد الهداوي:ج٧٢/١.

[٢] يحكم اتفاق لاهاي التسجيل الدولي للرسوم والنماذج الصناعية. ويقيم هذا الاتفاق الذي اعتمد لأول مرة سنة ١٩٢٥ بالفعل نظاما دوليا – نظام لاهاي – يسمح بحماية التصاميم الصناعية في عدة بلدان أو أقاليم بأدنى حد من الإجراءات الشكلية. ينظر: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، تأليف: د علي علي سليمان- -ديوان المطبوعات الجامعية-الجزائر-ط٢-س٢٠٠٣-ص٣٣.

[٣] ينظر: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، تأليف: د علي علي سليمان: ص٣٣، القانون الدولي الخاص الجزائري، تأليف؛ د.أعراب لبقاسم، -ج١تنازع القوانين، ص٨١.

[٤] ينظر: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ص٣٣.

[٥] ينظر: القانون الدولي الخاص الجزائري، تأليف؛ د.أعراب لبقاسم، -ج١تنازع القوانين، ص٨١.

-لا تكون هناك أية فائدة من عملية التكييف، في حالة ما إذا تمت هذه الأخيرة وفقا للقانون الأجنبي لأن هذا الأخير لا يكون معروفا قبل عملية التكييف، فضلا عن أن ذلك يفيد أن القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق.

-إذا كان التكييف عملية أولية والقاضي هو الذي يقوم بها، فإن لإسناد القضائي هو الذي يظهر عند القيام بهذه العملية، و هذا ما يبرر أن التكييف يتم وفقا لقانون القاضي[١].

ثـانـيـا: تحديد نطاق النظرية.

تحديد نطاق هذه النظرية يقتضي التمييز بين التكييف الأولي(السابق) والتكييف الثانوي(اللاحق). ولقد عرف الفقيه بارتان التكييف الأولي بأنه:" التكييف اللازم لإعمال قاعدة الإسناد و تحديد القانون الواجب التطبيق" أو" وصف المركز القانوني محل النزاع و إدراجه في إحدى النظم تمهيدا لإعمال قاعدة الإسناد المختصة"[٢].

و حسب بارتان التكييف الأولي هو وحده الذي يخضع لقانون القاضي.، فإذا تبين للقاضي عند تكييفه للمسألة المعروضة عليه أنها تدخل في نطاق مضمون العقد وأخضعها لـ"قانون إرادة المتعاقدين" يتعين على القاضي بعد ذلك الرجوع لقانون إرادة المتعاقدين لتحديد وصف العقد مثلا:إيجار، بيع، رهن...

أما إذا تبين للقاضي من خلال التكييف أن القضية المعروضة عليه تتعلق بشكل التصرف، فيخضعها "لقانون بلد الإبرام" ليرجع بالتالي لهذا الأخير لتحديد شكل التصرف محل النزاع، إذا ما كان يتعلق بالشكل الرسمي أو الشكل العرفي. و هنا يمكن القول أن "التكييف الخاضع لقانون القاضي هو التكييف الأولي لأنه الوحيد الذي يتعلق بفكرة السيادة" [٣].

و فيما يخص التكييف اللاحق حسب بارتان هو يثار في مرحلة لاحقة على مرحلة الإسناد، و يكون ذلك عند تطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد و من هنا التكييف اللاحق يعد تفسيرا لأحكام القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد[٤].

وما تجدر الإشارة إليه هو أنه في بداية الأمر ذهب بارتان للقول أن خضوع التكييفات الثانوية للقانون المختص هو استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بإخضاع التكييف لقانون القاضي غير أنه استدرك ذلك و قال أن هذا التمييز ما هو إلا نتيجة منطقية للأساس الذي بنيت عليه القاعدة العامة وهو" فكرة السيادة " أين ربط بارتان التكييف الأولي بها في حين لا يرتبط التكييف الثانوي بها.

وأهمية هذا التمييز بين التكييفين لا تظهر أساسا إلا إذا كان القانون الذي عينته قاعدة الإسناد استنادا للتكييف الأولي قانونا أجنبيان و مثال ذلك التوصل من التكييف الأولي أن النزاع متعلق بمسألة ميراث و أعطت قاعدة الإسناد الاختصاص للقانون الأجنبي فإذا ثارت فيما بعد مسائل تتعلق بموانع الإرث أو حالات الحجب من الإرث فهنا يرجع القاضي إلى القانون الأجنبي المعين وهذا هو التكييف الثانوي اللاحق[١]. غير أن بارتان قد وضع استثناء على قاعدة إخضاع

---

[١] ينظر: القانون الدولي الخاص، تأليف د. يوسف البستاني، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت-لبنان-ط١-س٢٠٠٤-ص١٣٨.

[٢] ينظر: القانون الدولي الخاص، تأليف د.هشام صادق-د حفيظة السيد الحداد-المرجع السابق-ص٦٥.

[٣] ينظر: المصدر السابق نفسه: ص ٦٦.

[٤] ينظر: القانون الدولي الخاص، تأليف د. يوسف البستاني، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت-لبنان-ط١-س٢٠٠٤-ص١٣٨.

[١] ينظر: القانون الدولي الخاص، تأليف د.هشام صادق-د حفيظة السيد الحداد-المرجع السابق-ص٦٦.

التكييف لقانون القاضي، وتمثل هذا الاستثناء في المسائل المتعلقة بتكييف المال، إذا ما كان منقولا أم عقار، و أخضعه لقانون موقع المال أو تواجده ومبرره في هذا أنه ربطه بفكرة الطمأنينة في اكتساب الحقوق العينية و كذا استقرار المعاملات، وحرص الدول على حماية ثروتها خاصة العقارية[٢]، ولم يكتفي الفقه الحديث بهذا الاستثناء و أضاف استثناءين آخرين:

الأول هو: إذا استحال تكييف العلاقة محل النزاع وفقا لقانون القاضي نظرا لجهله بها وعدم اعتمادها.

والثاني: وجود نص في قانون خاص أو معاهدة نافذة في دولة القاضي يقضي بإخضاع التكييف لقانون غير قانون دولة القاضي.

بالإضافة لهذه الاستثناءات فإن النظرية لم تسلم من النقد على أساس أن هدفها هو حل التنازع بين السيادات التشريعية، بينما الهدف من قواعد الإسناد هو تقرير العدالة بإعطاء الاختصاص للقانون الأنسب لحكم النزاع[٣].

الفرع الثاني:التكييف يخضع للقانون المختص بحكم النزاع.

نظرا لكون نظرية بارتان لم تسلم من الانتقاد، تبنى بعض فقهاء القانون نظرية أخرى مبنية على أساس إخضاع التكييف إلى القانون المختص بحكم النزاع، ومن رواد هذه النظرية الفقيه "ديسبانيه"

أولا: مفهوم المبدأ و حججه:

إن المقصود من إخضاع التكيف لا لقانون المختص بحكم العلاقة نفسها هو " أن التكيف يكون حسب القانون الأجنبي المحتمل تطبيقه "[١] أو" إخضاع الوصف القانوني للعلاقة محل النزاع للقانون الذي يحتمل أو يرجح تطبيقه للفصل فيها، أي إخضاع الوصف القانوني للقانون الذي يرجح أن ترشد إليه قاعدة الإسناد" و تطبيقاً لهذا يتم الرجوع إلى وصية الهولندي وزواج اليوناني، فبالنسبة لوصية الهولندي فإن احتمال تطبيق القانون الهولندي باعتباره قانون جنسية الموصي يلزم القضاء الفرنسي بالحكم ببطلان الوصية، لأن القانون الهولندي في م٩٩٢ مدني يمنع اللجوء إلى الوصية الخطية، حتى و لو كان ذلك في بلاد أجنبية[٢].

و بالنسبة لزواج اليوناني من طائفة الروم الأرثدكس الذي أبرم عقد زواجه في فرنسا حسب الشكل المدني، فيحتمل تطبيق القانون اليوناني باعتباره قانون جنسية الزوج يلزم القضاء الفرنسي الحكم ببطلان الزواج، وذلك لأن القانون اليوناني يفرض تدخل رجل الدين لصحة الزواج ويعتبره شرطا موضوعيا وبالتالي يخضع لقانون الجنسية و لا يعتبر شرطا شكليا يخضع لقانون محل الإبرام[٣].

ولقد استند ديسبانيه على ثلاثة أسانيد رئيسية يمكن عرضها على النحو التالي:

١- اختيار أحد القوانين لحكم النزاع يكون اختيار كلي واعترافا كاملا للقانون المختار باختصاصه بحكم العلاقة محل النزاع، خاصة فيما يتعلق بوصفها القانوني، والقول

---

[٢] ينظر: القانون الدولي الخاص: تأليف؛د.غالب علي الداودي ود.حسن محمد الهداوي:ج١/٧١.
[٣] ينظر: الجنسية وتنازع القوانين، تأليف د. صلاح الدين جمال الدين: ص٢٨٥.
[١] ينظر: الجنسية وتنازع القوانين، تأليف د. صلاح الدين جمال الدين: ص٢٨٥.
[٢] ينظر: د.عليوش قربوع كمال-المرجع السابق-ص٩٦ و ما بعدها.
[٣]ينظر: المرجع السابق: ص١٠١.

بغير ذلك يؤدي إلى التقليل من فرص تطبيق القانون الأجنبي وهذا ما يتعارض مع وظيفة قاعدة الإسناد التي تهدف إلى تحقيق التعايش بين مختلف النظم القانونية.

٢- أن ترك مسألة التكييف تخضع للقانون الواجب التطبيق فيه ضمان أكبر لصحة تطبيق هذا الأخير لأن عدم الرجوع إليه قد يؤدي إلى مخالفته، إما بتطبيقه على غير الحالات التي أراد المشرع تطبيقه عليها، أو عدم تطبيقه على حالات يفترض تطبيقه فيها. وإذا رجعنا في هذه الحالة إلى القضية المتعلقة بزواج اليوناني وفقا للشكل المدني في فرنسا نجد أنه كان هناك خلاف بين القانونين اليوناني و الفرنسي حول وصف الشرط محل النزاع، و هذا ما يترتب عليه اختلف في قاعدة الإسناد المطبقة و بالتالي اختلاف الحكم الفاصل في النزاع.

٣- إن إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع يؤدي إلى تحقيق العدالة على عكس ما يحققه التكييف وفقا لقانون القاضي و ذلك في حالة ما إذا كان القانون الأجنبي المختص يعرف و ينظم المسألة المعروضة في حين أن قانون القاضي يجهلها[١].

ثانيا: الانتقادات الموجهة لـ ديسبانيه.

رغم منطقية هذه النظرية التي تقضي بأن التكييف القانوني للمسالة المعروضة جزء لا يتجزء من القاعدة الموضوعية التي يتضمنها القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع وأنه إذا لم يتم التكييف وفقا لهذا القانون فإن ذلك قد يشكل خرقا أو مخالفة لأحكامه، إلا أن هذا المنطق لم يسلم من الانتقادات التي يمكن إجمالها فيما يلي:

١- إن تطبيق هذه الفكرة في إطار العلاقات الخاصة الدولية تؤدي إلى نتائج غير مقبولة خاصة عندما يجهل القانون الواجب التطبيق المسألة محل النزاع[٢].

٢- إن معرفة القانون المختص بحكم النزاع لا تتأتى إلا بعد التكييف باعتباره مسألة أولية، فكيف يحكم القانون المختص التكييف ما دام هذا القانون لم يتم تعيينه بعد؟.

٣- إن القول بتطبيق القانون المختص بحكم النزاع على التكييف يعد تنبؤا سابقا لأوانه يصطدم بالاستحالة العملية وبالحدود التي يضعها المشرع الوطني للسماح بتطبيق قانون أجنبي في إقليم دولته.

افتراض النتيجة(تطبيق القانون المختص) قبل معرفة السبب(التكييف) من شأنه إيجاد حلقة مفرغة يتعذر الخروج منها ما دام التكييف يعتبر مرحلة أولية ضرورية لمعرفة القانون الواجب التطبيق[٣].

الفرع الثالث:التكييف يخضع للقانون المقارن.

أمام الانتقادات الموجهة لكل من الفقيهين بارتان و ديسبانيه، ظهرت نظرية ثالثة من أهم روادها الفقيه الألماني "أرنست رابل" الذي دعا إلى عدم التقيد بالمفاهيم الواردة في كل من قانون القاضي و القانون الأجنبي المحتمل التطبيق و نادى بضرورة الرجوع إلى مفاهيم عالمية موحدة للأفكار المسندة و التي يتم استخلاصها بإتباع منهج البحث المقارن للقوانين[١].

أولا:أساس مبدأ خضوع التكييف للقانون المقارن.

---

[١] ينظر: الجنسية وتنازع القوانين، تأليف د. صلاح الدين جمال الدين: ص٢٨٨.

[٢] ينظر:د.عليوش قربوع كمال المرجع السابق: ص١٠١، الجنسية وتنازع القوانين،د. صلاح الدين جمال الدين: ص٥٠-٥١.

[٣] ينظر: القانون الدولي الخاص: تأليف؛د.غالب علي الداودي ود.حسن محمد الهداوي:ج١/٧٣-٧٤.

[١] ينظر: الجنسية وتنازع القوانين، تأليف د. صلاح الدين جمال الدين: ص٢٩٠.

هذه النظرية تدعو إلى إخضاع اختلاف الأوصاف في التكيف للأفكار العالمية في القانون المقارن، أي للأفكار المجردة السائدة في قوانين دول العالم المتمدن على أساس أن تنازع القوانين يتصف بالدولية مما يجب معه إضفاء صفة عالمية عليه باستخلاص مفهومه المطلق عن طريق الدراسة المقارنة لقوانين و فقه و قضاء الدول المتمدنة بما يتفق و حاجة المعاملات الدولية و الوصول إلى الحكم العادل دون التقيد بقانون دولة معينة بالذات[٢].

وبمعنى آخر يتوجب على القاضي أن لا يتقيد عند قيامه بالتكييف بالمبادئ الوطنية السائدة سواء في قانونه أو في قانون أية دولة أخرى، بل عليه أن يستخدم مفاهيم ذاتية خاصة بالقانون الدولي الخاص والتي يتم استخلاصها من القانون المقارن.

وتطبيقا لقاعدة إخضاع التكييف للقانون المقارن نأخذ كمثال: لو أن القاضي الألماني يجد قاعدة الإسناد" إخضاع الوصية لقانون الشخص الذي تجب حمايته" فالقاضي لا يرجع إلى القواعد الموضوعية سواء تلك الموجودة في القانون الألماني أو في أي قانون آخر من أجل تحديد فكرة الوصية، وإنما عليه أن يقوم باستخلاص مفهوم الوصية من دراسة مقارنة لقوانين دول مختلفة[٣].

ثـانـيـا:النقد الموجه لهذه النظرية.

لقد برزت عدة نقاط ضعف في هذه النظرية سواء من ناحية الصعوبة التي يتلقاها القاضي المعروض عليه النزاع أو من ناحية النتائج التي يتم التوصل إليها[٤] نبين ذلك فيما يلي:

١- نظرا للصعوبة الكبيرة في تطبيق هذه النظرية خاصة من الناحية العملية، إذ أنه من العسير على القاضي المطلوب منه تكييف مسألة معينة أن يرجع إلى قوانين دول مختلفة من أجل أن يستمد منها الوصف القانوني الملائم.

٢- إنه من الصعب على القاضي أن يتخلى عن تكوينه الثقافي والنفسي المتأثر بالقانون الوطني وخاصة الظروف الاجتماعية المحيطة به.

٣- اختلاف النظم القانونية حول الوصف القانوني قد يؤدي بالقاضي إلى نتائج متضاربة، وفي كثير من الأحيان لن يجد ما يساعده في مجال الدراسات الفقهية للقانون المقارن، خاصة وأن هذه الأخيرة لازالت في مرحلة العموميات وهذا ما لا يسمح للقاضي بأن يتقصى منها حلا واضحا للمسألة المعروضة عليه[١]. وهذا لأن قواعد القانون المقارن لم تتبلور بعد ولم يتم توحيد الأوصاف القانونية فيها، ويحتاج ذلك إلى دراسات وبحوث ومستويات عالية[٢].

الخاتمة[٣]:

بعد المعالجة العلمية لأبرز موضوعات التكييف بين الشريعة والقانون الدولي الخاص من حيث التعريف والنشأة وعلاقته بمصطلح "تحقيق المناط" في الشريعة الإسلامية وأهميته، نستطيع أن نوجز أهم ما انتهينا إليه في بحثنا هذا إلى النقاط التالية:

---

[٢] ينظر: القانون الدولي الخاص: تأليف؛د.غالب علي الداودي ود.حسن محمد الهداوي:ج١/٧٣-٧٤.

[٣] ينظر: القانون الدولي الخاص، تأليف د.هشام صادق-د حفيظة السيد الحداد-المرجع السابق-ص١٢٨.

[٤] ينظر: د عكاشة محمد عبد العال-المرجع السابق-ص١٣٥.

[١] ينظر: الجنسية وتنازع القوانين، تأليف د. صلاح الدين جمال الدين: ص٢٩٠.

[٢] ينظر: القانون الدولي الخاص: تأليف؛د.غالب علي الداودي ود.حسن محمد الهداوي:ج١/٧١.

[٣] يراجع في ذلك التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، للدكتور محمد عثمان شبير:ص ١٤٧-١٤٨.

أولاً: التكييف في الشريعة الإسلامية هو:(تحديد حقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصل فقهي خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة والمشابهة بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة).

ثانياً: إذا كان التكييف مصطلحاً قانونياً معاصراً، فلا مانع من اقتباس الفقه الإسلامي له، لأنه لايخلو من التأثيرات العقدية والفكرية، ويتلق بالأساليب والإجراءات العلمية، هذا بالاضافة إلى أن الفقهاء القدامى استعملوه تحت مسميات عدة، مثل تحقيق المناط من حيث حقيقة الشيء وماهيته، وطبيعته، والأشباه الفقهية والتخريج الفقهي.

ثالثاً: إن مجالات التكييف الفقهي تتسع لتشمل جميع أبواب الفقه الإسلامي من عبادات، ومعاملات مالية، وأحوال شخصية، وسياسة شرعية وعقوبات، وغير ذلك.

رابعاً: إن عملية التكييف الفقهي تحتاج إلى فقيه ممارس يتصف بالعلم، والفطنة، وتتبع الإجراءات التالية للوصول إلى تكييف المسألة:

١- التأكد من أن الواقعة المعروضة ليس فيها نص أو أجماع.
٢- التحليل الدقيق للواقعة المعروضة، وذلك بمعرفة عناصرها الأساسية المكونة لها، ومعرفة القصد منها، ويستعان بذلك من أهل الاختصاص.
٣- البحث عن أصل فقهي ثابت شبيه بالواقعة المعروضة في القرآن والسنة وكتب الفقه التي تشتمل على الإجماع، والقواعد الفقهية، والاجتهادات لإلحاق الواقعة بها.
٤- استنباط حكم الأصل والتأكد من انه ثابت غير منسوخ.
٥- تخريج مناط حكم الأصل من علة ومعنى مراد.ويراعى في المناط أن يكون وصفاً ظاهراً، منضبطاً، مناسباً، متعدياً، إلى غيره.
٦- التأكد من أن مناط الحكم الذي خرجه متحقق في الواقعة المعروضة.
٧- التأكد من عدم وجود عواقب سلبية وتداعيات نتيجة إلحاق الحكم بالواقعة المعروضة.

المراجع والمصادر

١- القرآن الكريم.
٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته، إعداد القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي، المكتبة القانونية-بغداد سنة الطبع ٢٠١١م.
٣- د.حسن الهداوي: تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني - دراسة مقارنة -)، ط٢، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.
٤- د.جابر جاد عبد الرحمن: القانون الدولي الخاص، ج٢، ط٢، مطبعة التفيض، بغداد ١٩٤٧-١٩٤٨م.
٥- د.سامي بديع منصور، د.عكاشة محمد عبد العال : القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت .
٦- د.سليمان مرقس : نظرية العقد، نشر وطبع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٦.
٧- المدخل لدراسة القانون، د.عبد الباقي البكري، د.زهير البشير : نشر جامعة بغداد، بيت الحكمة .

٨- تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، د.عكاشة محمد عبد العال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢ .
٩- مبادئ وأحكام القانون الإداري، د.علي محمد بدير، د.عصام عبد الوهاب البرزنجي، د.مهدي ياسين السلامي، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد١٩٩٣ .
١٠- الحقوق العينية، د.محمد طه البشير، د.غني حسون طه، نشر وطبع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد .
١١- نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، د.مصطفى الجمال، المكتب الشرقي للنشر والتوزيع، بيروت .
١٢- القانون والجرم وشبه الجرم، د.يوسف نجم جبران، ط١، منشورات عويدات، بيروت – باريس، ١٩٧٨ .
١٣- التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، د. محمد عثمان شبير، الناشر دار القلم-دمشق، الطبعة الثانية ٢٠١٤م.
١٤- القانون الدولي الخاص، تأليف د. يوسف البستاني، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت-لبنان.