القانون الواجب التطبيق على إنعقاد الزواج وإنتهائه (دراسة تحليلية)

شوخان عبدالقادر عبدالله

الهيئة الكوردستانية للدراسات

الاستراتيجية والبحث العلمي

shoxan.abdullah@kissr.edu.krd

سهنگهر علي رسول

جامعة راپهرين- قسم القانون

sangar.rasool@uor.edu.krd

المقدمة:

الزواج في الشريعة الإسلامية عقد يفيد استمتاع كل من المتعاقدين بالآخر شرعاً طلباً للنسل. وقد جاء في القرآن الكريم قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا)⁽¹⁾.

ولا فرق بين الأجنبي والوطني بالنسبة لحق الزواج⁽²⁾، إلا أن كل مجتمع يستأثر بمفاهيم عائلية وأفكار أساسية خاصة به لتنظيم الروابط الأسرية يستمدّها من أصوله الأخلاقية والدينية والاجتماعية ومثله العليا التي يستند إليها كيانه وديمومته. ولهذا تعتبر هذه الروابط من النظام العام في كل جماعة، وكل دولة تقرر شروطها الموضوعية بمقتضى نظامها القانوني ضمن طائفة الحقوق الخاصة ذات العلاقة بالنظام العام.

الأصل في التصرفات القانونية الرضائية، ومع ذلك فإن أغلب التشريعات لا تكتفي أحياناً بإظهار الرضا لإنعقاد العقد بل تشترط إظهار الإرادة بشكل معين بالنسبة لبعض التصرفات المهمة بغية تنبيه أطراف العلاقة إلى أهمية وخطورة التصرف الذي يقدمون عليه حتى يكون الغير على بينة وعلم بمضمون التصرف، وقد يختلف فرض الشكالية من دولة إلى أخرى، فإن ذلك يثير التنازع بين قوانين الدول في شأن الشكل بما يلزم إخضاعه لأحد القوانين المتنازعة على حكمه، ويدور التنازع عادةً بين قانون محل إبرام العقد وقانون جنسية أطراف العلاقة أو قانون موطنهم وقانون بلد التنفيذ، ولحل هذا التنازع لابد من تحديد القانون الواجب تطبيقه على الشكالية المطلوبة في التصرفات القانونية.

كانت الدول في السابق لا تقبل بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها، على اعتبار أن هذا العمل يتعارض مع مبدأ سيادة الدول لكن بتطور المدنية وظهور حركة تنقل الأشخاص والأموال أصبحت الدول تقبل بذلك على أساس منطق العدالة الاجتماعية وعلى أساس المعاملة بالمثل. وعلى إثر هذا التبادل القانوني بين الدول، بلغ التنازع ذروته خاصة في المسائل الأسرية ذات العنصر الأجنبي. لذلك وجدت قواعد الإسناد⁽³⁾ كوسيلة لفض التنازع الحاصل بين قوانين الدول المختلفة.

(1) الآية الأولى من سورة النساء.

(2) تنص المادة (3/16) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن: (الأسرة هي الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة).

(3) قواعد الإسناد: وهي القواعد الوطنية التي ترشد قاضي الموضوع إلى القانون الواجب التطبيق لحل تنازع القوانين في المسائل ذات العنصر الأجنبي، فهي قواعد إرشاد وإحالة لا تمس موضوع الدعوى، وقد وردت هذه القواعد في المواد (17- 33) في القانون المدني العراقي.

والجدير بالذكر، أن المجال الخصب لتنازع القوانين يكون خاصة في المسائل الأسرية نظرا لاختلاف عقائد وخصوصيات الأفراد. وأمام هذا الوضع يثير الزواج مشاكل عدة من حيث انعقاده والآثار المترتبة عليه، والأمر كذلك بالنسبة لانحلال الزواج والآثار الناجمة عنه.

في ضوء ما ذكر، سوف نقسم دراستنا هذه الى مبحثين، خصصنا المبحث الأول للقانون الواجب التطبيق في المواضيع المتعلقة بإنعقاد الزواج ومشكلاته، ونكرس المبحث الثاني لإنهاء الزواج والمواضيع المتعلقة به في قواعد الإسناد.

المفاتيح/

القانون الواجب التطبيق , الشروط الموضوعية لعقد الزواج, اقواعد الاسناد, القانون الأجنبي

المبحث الاول

القانون الواجب التطبيق في المواضيع المتعلقة بإنعقاد الزواج ومشكلاته

الزوجية سنة من سنن الله عز وجل في الخلق والتكوين، وهي عامة مطردة لا يشذ عنها عالم الانسان، وهي الاسلوب الذي اختاره الله لاستمرار الحياة، فوضع له نظاماً لصيانة كرامة الانسان وحفظ شرفه وكونه خليفة الله في الارض⁽¹⁾.

والمفهوم الشرعي للزواج هو عقد وضعه الشارع يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، وبالمعنى نفسه "اقتران الرجل بالمرأة بعقد يملك به الرجل الاستمتاع بالمرأة ويحل به استمتاع المرأة بالرجل، واشترط العقد في الزواج لتترتب عليه اثاره الشرعية كما تترتب على سائر العقود اثارها"⁽²⁾.

وقد تظهر مشكلة اختلاف النظم القانونية في الزواج وبشكل واضح فيما يعرف بالزواج المختلط، وذلك عندما يكون احد طرفي عقد الزواج أجنبياً لا ينتمي الى دولة الطرف الاخر، اذ تكون العلاقة مشوبة بعنصر أجنبي وتثير مشكلة تنازع القوانين وهذا ما يستوجب البحث عن قاعدة الاسناد الخاصة بالزواج، لاسناده الى القانون الواجب التطبيق. وكذلك اختلاف المفاهيم القانونية للزواج من دولة الى اخرى يساهم أيضاً في تعقيد مشكلة الزواج المختلط، فبعض الدول يأخذ بنظام الزواج المدني، في حين يأخذ البعض الاخر بنظام الزواج الديني⁽³⁾ لذلك فإنه يجب ان نبحث في قواعد الاسناد الخاصة بإنعقاد الزواج للتعرف على القانون الواجب التطبيق عليه وعرض المشكلات التي تعترض تطبيق هذه القواعد من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

⁽¹⁾ د.صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الاولى، منشأة المعارف، الاسكندرية- مصر، 2006، ص189.

⁽²⁾ د.هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، منشأة المعارف، الاسكندرية- مصر، 2005، ص 26.

⁽³⁾ د. يونس صلاح الدين على، القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت- لبنان، 2016، ص 322.

الشروط الموضوعية للزواج والمواضيع المتعلقة بها

مما لا شك فيه ان الزواج يعد في القانون الدولي الخاص العراقي من أهم المسائل اللصيقة بحالة الشخص التي تحدد مركزه من أسرته. ويجب ان يخضع بالتالي للقانون الشخصي، اي قانون جنسيته، ولكن الزواج على خلاف بقية المسائل المتعلقة بحالة الشخص، هو رابطة بين شخصين فهل يخضع لقانون الزوج أم الزوجة؟ أم لقانون كل منهما؟ وهل تخضع الشروط الشكلية لانعقاد الزواج للقانون نفسه الذي يحكم شروطه الموضوعية؟ و هل يسري على اثار الزواج وطرق انقضائه القانون ذاته الذي يحكم شروط انعقاده؟⁽¹⁾

من الجدير بالذكر ان نحدد نقطة عرض النزاع المتعلق بالزواج المختلط على المحكمة لتحديد القانون الواجب التطبيق بشأنها، فعندما يبدأ القاضي في تحديد الوصف القانوني للموضوع محل النزاع ثم يبدأ في البحث عن قاعدة الاسناد المناسبة لتطبيقها قبل الفصل في النزاع، اذ يتأثر ذلك الوصف بالدين و الظروف الاجتماعية السائدة في كل دولة، ومن ثم قد يختلف هذا المفهوم من بلد لآخر وهذا ما يطلق عليه بلغة القانون التكييف القانوني والتي هي المرحلة التي تسبق ايجاد قاعدة الاسناد الخاصة بالتطبيق على النزاع.

وفي القانون العراقي نجد انه يرجع في تصنيف شروط الزواج لمعرفة ما اذا كانت هذه الشروط تعتبر من الشروط الشكلية ام من الشروط الموضوعية للقانون العراقي لان هذا التصنيف يعد من مسائل التكييف والاختصاص فيه يرجع لقانون القاضي⁽²⁾. وهذا ما نصت عليه من المادة السابعة عشرة، الفقرة الاولى من القانون المدني العراقي⁽³⁾ بقول "القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يتطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها". وعلى الرغم من وجود اختلاف حول تطبيق قانون القاضي على التكييف ام الرجوع الى القانون الشخصي لاطراف النزاع، الا ان الارجح هو الاخذ بقانون القاضي لان مرحلة التكييف تسبق التعرف على القانون الذي يحتمل التطبيق⁽⁴⁾ وهذا الرأي هو المأخوذ به في القانون العراقي. لذلك سوف نقسم هذا المطلب الى الفرعين التاليين:

الفرع الاول

ماهية (نطاق) الشروط الموضوعية

الشرط الموضوعي هو ما يتوقف وجود الشيء على تحقيقه⁽⁵⁾، ويعد من الشروط الموضوعية الخاصة بالارادة كتوفر الاهلية⁽⁶⁾ والرضا وتطابق ارادتي العاقدین واتحاد مجلس الايجاب والقبول وعدم رجوع الموجب قبل القبول. وكذلك يعد من الشروط

⁽¹⁾ د.فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مطبعة جامعة دمشق، دمشق- سوريا، بلا سنة نشر، ص212.
⁽²⁾ د.غالب على الداودي ود.حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مطبعة وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، بغداد- العراق، 1988، ص 103.

⁽³⁾ القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
⁽⁴⁾ د.صلاح الدين جمال الدين، مشكلات ابرام الزواج في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية- مصر، 2010، ص 15.

⁽⁵⁾ د. حسن الهداوي، تنازع القوانين، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الاردني، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، 2005، ص106.

⁽⁶⁾ اذ يقصد بالاهلية هنا ليست الاهلية العامة لانعقاد التصرفات (الاهلية المدنية) فهي تخضع للقانون الشخصي كما جاءت في نص المادة الثامنة عشرة في الفقرة الاولى من القانون المدني العراقي على أن: "الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته." و انما يقصد به السن اللازمة للزواج وهي تختلف من دولة الى اخرى وهي في مصر 18 سنة للزوج و 16 سنة للزوجة . ينظر: د.احمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولاً ومنهجاً، الطبعة الاولى، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1996، ص 770. وفي العراق الاصل هو اكمال الثامنة عشرة، الا انه جاء في نص المادة الثامنة في قانون الاحوال الشخصية العراقية رقم 188 لسنة 1959 المعدل على انه: "يحق لمن اكمل الخامسة عشرة من

الموضوعية ما تعلق منها بالمحل، والمحل في عقد الزواج هو صلاحية المرأة لأن تكون محلاً للعقد أي أن تكون غير محرمة على من يريد الزواج منها. وكذلك شروط النفاذ، إذ المتعاقد باسم الغير يلزم أن تتوافر لديه سلطة النيابة، ويعتبر من الشروط الموضوعية أيضاً شروط اللزوم كالمهر وتعادله وتوافر الكفاءة اللازمة للزواج⁽¹⁾.

أما شرط الاشهاد على الزواج وعلى الرغم من وجود آراء مختلفة في الفقه الإسلامي حول أثر شرط الاشهاد بمعنى هل هو شرط لصحة العقد ابتداءً؟ أم شرط لتمام العقد ونفاذه؟ ففي كلا الحالتين لا يصح العقد إلا باستيفاءه، ومن ثم فقد استخلص بعض الفقهاء⁽²⁾ بأن شرط الاشهاد من الشروط الشكلية ومن ثم فإن عقد الزواج في الإسلام من العقود الشكلية وإن كان الرضا أساساً فيه. إلا أن الشكلية فيه عرفية غير رسمية.

وبالنسبة لعقد الزواج تعتبر الشروط الموضوعية من أهم الشروط التي تتعلق بها الزواج بالصحة أو البطلان، فهي من ماهية العقد. فبعد تحديد الشروط الموضوعية وما يدخل ضمن نطاقه لابد من تحديد القانون الواجب التطبيق عليه وكذلك بيان قاعدة الاسناد العراقي في الفرع التالي:

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية

بعد تحديد ما يعد من الشروط الموضوعية نصل إلى مرحلة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها في عقد زواج ذات عنصر أجنبي، فإذا لم تكن العلاقة مشوبة بعنصر أجنبي نطبق قانون القاضي دون اللجوء إلى قواعد الاسناد، أما في حالة الزواج المختلط فلا بد من اللجوء إليها لتحديد القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المرشحة حسب العناصر الأجنبية الموجودة في العلاقة. وفي التشريع العراقي لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج حدد المشرع قانون جنسية الزوجين⁽³⁾، فلا يوجد إشكال في حالة ما إذا اتحد في الجنسية، أما في حالة اختلاف جنسية الزوجين فلم ينظم حل تشريعي لهذه المشكلة، فكيف نواجه تلك المشكلة وماهي الحلول التي عرضت من قبل الفقه لحسمها؟ إذ أخذ المشرع بضابط الجنسية كما هو الحال في كافة مسائل الأحوال الشخصية، ولم ينص على تحديد وقت معين لاسناد الشروط الموضوعية إلى قانون كل من الزوجين. وهذا يعد خلافاً في النص إذ نكون أمام تنازع متحرك فلا بد من تحديد وقت الاعتداد بالقانون الشخصي للزوجين لأن الجنسية يمكن تغييرها، كما أن هناك حالة تعدد الجنسية إذ يمكن أن تكون لإحد الزوجين عدة جنسيات فكيف نختار ما يطبق على الشروط الموضوعية؟ وفي أي وقت؟ فقد يمكن أن يكون للشخص على سبيل المثال جنسية ألمانية و أخرى فرنسية عند إبرام العقد وبعد مدة يتخلى عن الجنسية الفرنسية، فأين قانون يطبق على تلك العلاقة؟

العمر تقديم الطلب للقاضي للزواج إذا اثبت له اهليته وقابليته البدنية وبعد موافقة وليه الشرعي، وكذلك للقاضي أن يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة من العمر إذا وجد ضرورة قصوى تدعو إلى ذلك".

⁽¹⁾ د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد- العراق، 2015، ص 269؛ و د. سامي بديع منصور و د. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت- لبنان، بلا سنة نشر، ص 239. و أيضاً: د. غالب على الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، 2011، ص 173.

⁽²⁾ د. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج، مصدر سابق، ص 36. وكذلك: د. ابراهيم احمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 2002، ص 421.

⁽³⁾ تنص المادة (1/19) من القانون المدني العراقي على أنه: "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين....". وينظر: د. هادي رشيد الجاوشلي، الوضع القانوني للأجانب في العراق، مطبعة المعارف، بغداد- العراق، 1961، ص 56.

فبالعودة الى جانب من الفقه⁽¹⁾ نجد ان اخضاع الشروط الموضوعية للزواج الى قانون جنسية كل من الزوجين يكون وقت انعقاد الزواج لا وقت النزاع باعتباره الوقت الذي ينبغي فيه اكتمال الشروط.

أما في حالة تعدد الجنسيات لاحد اطراف العلاقة فاذا كانت احدى هذه الجنسيات عراقية فيختار فيما بين الجنسيات الاخرى الذي يحملها الشخص⁽²⁾، اما اذا لم تكن من بين تلك الجنسيات الجنسية العراقية فهنا يختار القاضي الجنسية الفعلية للشخص، أي الجنسية الأكثر ارتباطاً بالشخص بحيث ينظر الى موطنه ومكان عمله او دراسته يختار فيما بينهم، وهذا ما نستخلصه من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، اذ لا يوجد نص خاص لتحديد الجنسية الفعلية في القانون العراقي⁽³⁾.

لكن بالعودة الى تطبيق قانون كل من الزوجين هناك سؤال مطروح الا وهو كيف يمكن تطبيق قانون جنسية كل من الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج ولا سيما اذا كان الزوجان مختلفي الجنسية؟ يذهب الرأي السائد لدى فقه القانون الدولي الخاص الى تطبيق قانون جنسية كل من الزوجين بطريقتين: الاولى هي التطبيق الموزع لقانون جنسية كل من الزوجين . والثانية هي التطبيق الجامع لقانون جنسية كل من الزوجين، ففي التطبيق الموزع يكفي ان تتوفر في كل زوج وعلى نحو مستقل الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الزواج في قانون جنسيته فقط دون قانون جنسية الزوج الاخر.

أما التطبيق الجامع فيقصد به ضرورة ان تتوفر في كل زوج من الزوجين كافة الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون دولته وقانون دولة الزوج الاخر. والحكمة في التطبيق الجامع لقانون جنسية كل من الزوجين هي التأكد من بناء الاسرة على أساس سليم، وان هذا التطبيق يجد مجاله الخصب فيما يتعلق بموانع الزواج لما تنسم به من خطورة و أهمية في تحديد مصير الزواج كالقربة المحرمة للزواج واختلاف الدين بالنسبة الى المرأة المسلمة وارتباط المرأة بزواج سابق لم ينحل، وفي الحقيقة ان هذه الموانع موانع مشتركة لا يمكن التأكد من وجودها في كل زوج على حدة أو بشكل منفرد بسبب خطورتها على كيان الاسرة⁽⁴⁾.

الا ان غالبية الدول اكتفت بالتطبيق الموزع لقانون كل من الزوجين ويبرر هذا الحل بأن القانون الوطني في كل دولة وضع ليحمي مصالح أفرادها فقط دون سواهم ولا يرمي الى حماية الاسرة أو العلاقة الزوجية ذاتها، حتى يسري على غير الوطنيين، ولان الاخذ بالتطبيق الجامع يعتبر تشدداً وبالتالي نقل فرصة قيام الزواج المختلط لاختلاف احكام قوانين الاسرة فيما بين الدول عادة. اذ يكفي بأن يظل التطبيق الجامع صالحاً بخصوص موانع الزواج اذ ان التطبيق الموزع في وجود هذه الموانع يسمح بقيام رابطة الزوجية وهذا غير مقبول لسببين، الاول ان تلك الموانع ترمي الى قيام أسرة شرعية، ومن ثم حماية مصلحة عامة للمجتمع، ويلزم ان تكون الرابطة الزوجية صحيحاً طبقاً لقانون كل من الزوجين. الثاني هو ان شروط تكوين الزواج تعتبر أمراً في حق الوطنيين، بحيث لا يجوز لمواطن مخالفة أوامر دولته بشأنها⁽⁵⁾.

ومن خلال ما تقدم تبين لنا ان الاخذ بقانون كل من الزوجين لتطبيقها على الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج وان كان منطقياً الا انه يجب تحديد كيفية تطبيقها فيما اذا كان الزوجان مختلفي الجنسية، وخصوصاً ببيان كيفية الاخذ بالتطبيق الجامع والتطبيق

⁽¹⁾ د.حسن الهداوي ود.غالب الداودي، مصدر سابق، ص 105.

⁽²⁾ هناك نص عام في قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006 في نص المادة العاشرة الفقرة الثانية اذ تنص: (تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية و جنسية دولة أجنبية)، أما النص الخاص بعقد الزواج هو ما جاء في المادة التاسعة عشرة الفقرة الخامسة من القانون المدني العراقي اذ تنص: (في الاحوال المنصوص عليها في هذه المادة اذا كان احد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده).

⁽³⁾ تنص المادة الثلاثون من القانون المدني العراقي على انه: (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً).

⁽⁴⁾ ديونس صلاح الدين على، مصدر سابق، ص 326-327. للتفاصيل الأكثر ينظر: د.صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في ضوء فقه الشريعة الاسلامية، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية- مصر، 2006، ص 320.

⁽⁵⁾ د.احمد عبدالكريم سلامة، مصدر سابق، ص 778.

الموزع، بحيث يرد نص خاص بتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لإنعقاد الزواج ويحدد فيه وقت الاخذ بقانون كل من الزوجين الا وهو وقت الإنعقاد، وكذلك تحديد ما يدخل من الشروط في التطبيق الجامع وما يدخل ضمن التطبيق الموزع، بحيث يكون النص صريحاً ومحددأً يسهل معرفته للاطراف وتطبيقه من قبل القاضي.

أما بشأن تغيير الجنسية لإحد الزوجين، هنا لا تتور مشكلة الغش نحو القانون اذا حدد في النص الاخذ بقانون كل من الزوجين وقت إنعقاد الزواج فيكون الطرفان على علم بقانون جنسية كل منهما وهما يبرمان العقد، وبالتالي عند حدوث نزاع حول العقد فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الشخصي للاطراف وقت إبرام العقد لاوقت حدوث النزاع. ولكن يجب الاشارة الى ان كل قضية تطبق المحكمة فيها قانوناً أجنبياً، أي عندما يكون النزاع المعروض أمام القضاء مشوباً بعنصر أجنبي هناك احتمال إستبعاد ذلك القانون وتطبيق قانون القاضي وذلك في حالة ما اذا كان مخالفاً للنظام العام العراقي⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الشروط الشكلية والقانون الواجب التطبيق عليها

تعد الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج المظهر الخارجي الذي تخرج فيه ارادة الزوجين الى العالم الخارجي⁽²⁾، والتصرفات القانونية ما بين الافراد تقوم على الارادة الحرة ويعتد القانون بتلك الارادة ويرتب عليها كل الآثار بما في ذلك الالتزام بالتنفيذ، ولكي تظهر تلك الارادة الى العالم الخارجي يتطلب المشرع اتخاذ بعض الاجراءات والاساليب او الاشهار والعلم من قبل أصحاب العلاقة، وان الغرض من الشكلية في الزواج هو العلم والعلانية لترتيب حقوق الاطراف والغير والمجتمع وبعد ذلك وسيلة اثبات وتحقق⁽³⁾. وقد نظم القانون المدني العراقي قاعدة إسناد خاصة بالشروط الشكلية للزواج، اذ نصت المادة التاسعة عشرة في الفقرة الاولى منه على انه : (...أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي اذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو اذا روعيت فيه الاشكال التي قررها قانون كل من الزوجين) وسوف نتناول مضمون هذه القاعدة الخاصة بالشروط الشكلية للزواج في الفروع الاتية:

الفرع الاول

قانون البلد الذي تمّ فيه العقد (قانون بلد الإبرام)

ان شكل التصرف القانوني يخضع بحسب الاصل الى قانون البلد الذي تم فيه، وبالتالي فإن الشروط الشكلية للزواج تخضع كأصل عام أيضاً الى قانون البلد الذي انعقد فيه هذا الزواج، حيث يرجع الى هذا البلد لبيان فيما اذا كان الزواج قد توافرت له شروط صحته من الناحية الشكلية اذا كان هذا البلد يقرر اخراج الزواج بشكل أو وسيلة معينة كالتسجيل المدني أو التوثيق من المراجع المختصة⁽⁴⁾، وهذه القاعدة العامة في اسناد شكل التصرف الى قانون دولة الابرام أخذ به المشرع العراقي في نص المادة السادسة والعشرين من القانون المدني العراقي

⁽¹⁾ تنص المادة 32 من القانون المدني العراقي على انه: (لايجوز تطبيق احكام قانون أجنبي قرره النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او للاداب في العراق).

⁽²⁾ د.سامي بديع منصور ود.أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت- لبنان، 2009، ص 253.

⁽³⁾ د. ممدوح عبدالكريم ، تنازع القوانين، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، 2005، ص93.

⁽⁴⁾ د.عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، 2010، ص 154.

بحيث نص على انه: (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها.) فإذا تزوج أجنبيان في العراق احدهما تركي الجنسية والآخر ألماني الجنسية وتم إبرام العقد في العراق، فمن الناحية الشكلية يعد الزواج صحيحاً إذا روعيت فيه الشكل الواجب اتباعه في القانون العراقي، إذ لا يتطلب القانون العراقي شكل رسمي معين، أو مراسيم دينية، إنما يكفي فقط باتخاذ الاجراءات القانونية اللازمة لإجراء العقد. وهذه القاعدة لها مبرر الا وهي ان إشهار الزواج في شكل معين يتصل أكثر بعملية انشاء أو قيام الزواج، وليس باستمراره، ومن ثم يجب تطبيق قانون محل الإنشاء⁽¹⁾

الفرع الثاني

قانون كل من الزوجين

ان قانون كل من الزوج والزوجة يكفل وحدة القانون الواجب التطبيق على الزواج من حيث الشكل ومن حيث الموضوع⁽²⁾، إذ ينعقد الزواج وفقاً للشكل المقرر في قانون جنسية الزوجين، أما إذا اختلفت جنسيتهما فعندئذ يتم إبرام الزواج وفقاً للشكل المقرر في قانون كل منهما⁽³⁾، فزواج فرنسيين في تركيا امام القنصل الفرنسي في انقرة وفقاً للقانون الفرنسي يعتبر صحيحاً بمراعاة الشكل المنصوص عليه في قانون جنسيتهما، ويعتبر صحيحاً كذلك لو تم وفقاً للشكل المطلوب في القانون التركي لتنظيمه حسب قانون بلد إبرام العقد. وكذلك لو كان احد الزوجين عراقي الجنسية فيعمل بنفس القاعدة السالفة للذكر، فوجود طرف عراقي في عقد الزواج لا يجعله خاضعاً بصورة مطلقة للقانون العراقي عملاً بحكم الفقرة الخامسة من المادة التاسعة عشرة. وذلك لان تلك الفقرة يحدد الفقرات الاخرى في المادة عدا الجزء المتعلق منها بشكل العقد بحيث يخرج من هذا الحكم وذلك لان المشرع لو اراد شموله بها لما افردته⁽⁴⁾، واستثنى الفقرة المتعلقة بالشكل عن تلك التي تتعلق بالشروط الموضوعية ما معناه ان يظهر التعارض بين الفقرة الخامسة و الفقرة الاولى الخاصة بالشروط الشكلية والتوفيق يكون بالشكل الاتي: ان ما ورد في الفقرة الخامسة يعتبر حكماً عاماً يقضي بسريان القانون العراقي في جميع الاحوال التي يكون فيها احد الزوجين عراقياً عند عقد الزواج. ويقيد هذا الحكم بحكم خاص وهو المتعلق بشكل عقد الزواج، فأجاز المشرع عقد الزواج وفقاً للشكل المقرر في البلد الذي تم فيه حتى ولو كان احد الزوجين عراقياً⁽⁵⁾.

ومن الجدير بالذكر ان هناك نوعاً آخر من شكل الزواج يسمى بالشكل القنصلي وهو ان يبرم الاجانب الزواج امام القنصلين المعتمدين من دولهم لدى الدولة المتواجدين على إقليمها، ولا إشكال اذا اتحدت جنسيتهما، أما اذا اختلفت جنسيتهما فإن الشكل القنصلي يقتضي أن يبرم الزواج مرة أمام قنصلية أو سفارة الدولة التي ينتمي إليها الزوج ومرة أخرى أمام قنصلية أو سفارة الدولة التي تنتمي إليها الزوجة⁽⁶⁾.

وبعد عرض ما تقدم من القوانين الواجبة التطبيق على شكل الزواج لا بد من الإشارة الى ان المشرع العراقي عندما اخذ بقانون بلد الابرام أو قانون كل من الزوجين فإن المشاكل التي سبق الإشارة إليها في القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية

⁽¹⁾ د. احمد عبدالكريم سلامة، مصدر سابق، ص 788.

⁽²⁾ د. فؤاد ديب، مصدر سابق، ص 215.

⁽³⁾ د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية- مصر، 1997، ص 486.

⁽⁴⁾ د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي، مصدر سابق، ص 108.

⁽⁵⁾ المصدر نفسه، ص 109.

⁽⁶⁾ د. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج، مصدر سابق، ص 119. ؛ ود. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الاجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 1994، ص 213.

للزواج حين ذكر قانون كل من الزوجين هي نفسها التي تثار هنا أيضاً، فقانون كل من الزوجين يطبق في أي وقت؟ فانه يجب تحديده هل هو وقت إبرام العقد، أم وقت عرض النزاع امام المحاكم العراقية؟ وكذلك التوفيق بين قانون كل من الزوجين بحيث هل يطبق تطبيقاً جامعاً أم موزعاً؟

المطلب الثالث

إثبات الزواج والقانون الواجب التطبيق عليه

هناك جدل بين فقهاء القانون الدولي الخاص حول القانون الواجب التطبيق على إثبات الزواج، حيث اتجه البعض الى إخضاع إثبات الزواج لقانون القاضي بحجة إعتبار الإثبات مسألة إجرائية يجب خضوعها للقانون الذي يحكم الاجراءات وهو قانون القاضي، غير ان البعض الآخر قد فضل خضوع إثبات الزواج للقانون الذي يحكم الموضوع، أي القانون المختص بحكم الحق موضوع أو محل الإثبات، أو على الأقل عندما لا يتعلق الأمر بإجراءات تقديم الدليل، وذهب فريق ثالث الى إختصاص القانون الذي يحكم اثار الزواج⁽¹⁾.

ويرجع في إثبات الزواج الى القواعد العامة و بالوسائل المقررة في القانون الذي يحكم الشكل وذلك بناءً على الصلة التامة بين إنشاء العقد و كيفية إثباته، وهذا ما يؤدي الى تحكيم قانون محل إنعقاد الزواج اذا اتبعت الشكلية المقررة في قانون المحل و تحكيم قانون كل من الزوجين اذا عقد الزواج وفقاً للشكل المقرر في قانونهما في كل ما يتعلق بإثبات الزواج كتقديم الدليل الكتابي⁽²⁾ أو الإكتفاء بالبيينة الشخصية⁽³⁾. وعليه اذا ابرم الزواج واتبع فيه الشكل المقرر في قانون دولة الابرام يكون دعوى إثبات الزواج مقبولاً ولا يحكم القاضي بعدم سماع دعوى الزوجية.

ولا يوجد نص محدد في القانون العراقي يحدد إختصاص قاعدة معينة بإثبات الزواج، ولكن جاء في قانون الاثبات المادة الثالثة عشرة الفقرة الاولى منه على ان: (يسري في شأن ادلة الإثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تطبق القانون العراقي إذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الاجنبي)⁽⁴⁾. ومن خلال النص يتبين لنا انه اذا تم إبرام عقد الزواج في دولة السويد مثلاً بين شخصين وحدث نزاع حول إثبات العقد وعرض هذا النزاع أمام القضاء العراقي في هذه الحالة يرجع القاضي الى القانون السويدي بشأن ما يجب ان يثبت به عقد الزواج من الادلة و البيانات، ولكن عند العودة الى ذلك

(1) د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية- مصر، 2009، ص 286.

(2) اذ تعتبر الادلة الكتابية طريقاً ذا قوة مطلقة في الإثبات يصلح لإثبات جميع الوقائع المادية وجميع التصرفات القانونية مهما بلغت قيمة الحق المراد إثباته. ينظر: د. احمد رفعت مهدي خطاب، الإثبات أمام القضاء الدولي، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية- مصر، 2009، ص 260.

(3) د. حسن الهداوي، مصدر سابق، ص 110، وكذلك: عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، مصدر سابق، ص 271؛ ود. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ص 292.

(4) قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل.

القانون وتحديد ما يتطلب من البيانات وكان من الايسر أو الاسهل اللجوء الى ادلة الإثبات في القانون العراقي، هنا يجوز للمحكمة ان يطبق القانون العراقي بشأن ادلة الإثبات بدلاً من القانون السويدي.

ولكن ما سبق ذكره هو إخضاع الإثبات للقانون الذي يحكم الشكل وفقاً للقواعد العامة المتبعة الا وهي إخضاع الشكل لقانون محل ابرام التصرف، أما اذا ابرم العقد واتبع الشكلية المتبعة وفقاً لقانون كل من الزوجين هنا يجب الرجوع الى القواعد العامة او قواعد القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً. فعلى سبيل المثال اذا ابرم زوجان تركيان عقد زواجهما في إيطاليا واتبعوا في ابرام عقدهم القانون التركي بشأن الشروط الشكلية في العقد، وحدث نزاع حول إثبات الزواج وعرض أمام المحاكم العراقية. هنا تخضع مسألة الإثبات لقانون كل من الزوجين بإعتباره القانون المتبع لشكل عقد الزواج المبرم. اذ لا بد من الاستعانة بأدلة لإثبات الزواج وهذه الادلة تختلف باختلاف الدول اذ تلحق مسألة إثبات عقد الزواج من حيث القانون الواجب التطبيق بمسألة شكل الزواج للصلة الوثيقة بينهما وذلك وفق الاتجاه السائد في أكثر دول العالم⁽¹⁾، ويسري هذا القانون على الدليل المعد للإثبات وقوة هذا الدليل في الإثبات بإستثناء اجراءات تقديمه الى القضاء⁽²⁾ اذ تخضع لقانون القاضي عملاً بالقاعدة العامة المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات⁽³⁾.

ومن الجدير بالذكر انه يحق للقاضي استبعاد القانون الواجب التطبيق على إثبات الزواج اذا كان هذا القانون مخالفاً للاسس الجوهرية للمجتمع ومخالفاً للنظام العام⁽⁴⁾، ولكن يرى جانب من الفقه المصري⁽⁵⁾ انه في حالة التوسع في استخدام فكرة النظام العام لاستبعاد احكام القوانين الاجنبية المختصة بموجب قواعد الاسناد المصري والتوصل بذلك الى تطبيق الاحكام الموضوعية في القانون المصري، لما يؤدي اليه هذا الوضع من تعطيل لتنظيم التنازع وإهدار للحكمة التي تهدف إليها قواعده.

المبحث الثاني

إنهاء الزواج والمواضيع المتعلقة به في قواعد الاسناد

ينتهي الزواج إما بطريقة غير إرادية وهي الوفاة أو إرادية كالطلاق وهو حل الرابطة الزوجية بإرادة أحد الزوجين، وكذلك التطلق أو التفريق وهو إنهاء الرابطة الزوجية بحكم القضاء، فضلاً عن الانفصال الجسماني والذي تأخذ به القوانين الغربية كإجراء

⁽¹⁾ اذ تنص المادة 39 من القانون رقم 5 لسنة 1961 الكويتي الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي على انه: (يرجع في إثبات الزواج الى القانون الذي اخضع له الزواج في أوضاعه الشكلية).

⁽²⁾ د.فؤاد ديب، مصدر سابق، ص244.

⁽³⁾ وهذا ما نص عليه قانون الإثبات العراقي أيضاً في المادة الثالثة عشرة، الفقرة الثانية منه اذ نصت على: (يسري في شأن اجراءات الإثبات قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى).

⁽⁴⁾ د.هشام خالد، مصدر سابق، ص444، وهذا ما نصت عليه المادة الثانية و الثلاثون من القانون المدني العراقي بقوله: (لايجوز تطبيق احكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام أو للاداب في العراق).

⁽⁵⁾ د.هشام خالد، القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية- مصر، 2014، ص 787.

وقائي يقصد به المبادعة بين الزوجين كخطوة أولى مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة دون المعيشة المشتركة لمدة معينة تنتهي أما بالعودة الى الحياة المشتركة أو بتحويل الانفصال الى التطلق⁽¹⁾، فقوانين غالبية الدول تجيز حل رابطة الزوجية بالطلاق بإرادة الزوج وحده، أو بإرادة الزوج والزوج، أو بحكم القاضي بناءً على توافر سبب من الاسباب المحددة في القانون والتي تختلف من دولة الى أخرى. ويرجع ذلك الاختلاف الى الفكرة الاجتماعية والمبادئ الخلقية التي ينهض عليها الزواج، وكذلك الاعتبارات الدينية التي تركت أثرها في الزواج في البلاد التي جعلت منه نظاماً مدنياً. وهذا ماجعل لكل هذه العوامل أثرها أيضاً في تحريك فكرة النظام العام في شأن تضيق نطاق تطبيق القانون الاجنبي الواجب التطبيق وتعطيله في شأن مدى الاحتجاج بالطلاق الذي تم في الخارج⁽²⁾.

لذلك تتطلب دراسة إنتهاء الزواج وتحديد قاعدة الاسناد له في هذا المبحث ان نقسمه الى ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الاول قاعدة الاسناد الخاصة بإنهاء الزواج، أما في المطلب الثاني فنبين نطاق تطبيق القانون الذي يحكم إنتهاء الزواج، وفي المطلب الثالث فنبين دور النظام العام في إبعاد القانون الاجنبي الذي يحكم إنتهاء الزواج كالآتي:-

المطلب الاول قاعدة الاسناد الخاصة بإنهاء الزواج

لتحديد قاعدة الاسناد الخاصة بإنهاء الزواج يقتضي بيان المقصود بإنهاء الزواج أولاً، وكذلك عرض مضمون القاعدة ثانياً وذلك في فرعين كالتالي:-

الفرع الاول المقصود بإنهاء الزواج

الزواج كأي تصرف قانوني آخر ينتهي وفق طرق معينة كالوفاة أو رضائية كالطلاق خارج المحكمة من قبل الزوج أو الزوجة اذا كانت بيدها العصمة، أو بالتفريق القضائي، بقرار حكم من المحكمة الشرعية أو المختصة بالاحوال الشخصية والذي يسمى بالتطلق، أما حالة النشوز في الفقه الاسلامي وحالة الانفصال الجسماني في الفقه الغربي فلا ينتهي بهما الزواج. بل انهما لا يعدوان ان يكونا تعطيلاً أو توقفاً في إستمرار المعاشرة والمعيشة الزوجية المشتركة بينهما⁽³⁾، فإنتهاء الزواج إما ان يكون بإرادة منفردة لإحد الزوجين ويسمى بالطلاق، أو قد يستلزم تدخل القضاء بناءً على طلب احد الزوجين وهو ما يعرف بنظام التطلق.

وهناك بعض من قوانين الدول تجيز إجراء التطلق بالرضاء المتبادل بين الزوجين، كما ان الطلاق والتطلق يعدان كسببين من أسباب إنتهاء الزواج لا يتعلقان إلا بالزواج الصحيح دون الفاسد أو الباطل⁽⁴⁾. فالزواج الباطل والذي هو نتيجة تخلف ركن من أركان الزواج الصحيح أو شرط من شروط إنعقاده كالإيجاب أو القبول أو الاهلية، وان عقد صحيحاً، الا ان اثار البطلان تنسحب الى الماضي بحيث يعتبر الزواج كأن لم يكن قائماً في يوم من الايام، ولو كانت العلاقة قد أخذت مظهر الزواج لفترة من الزمن،

⁽¹⁾ د.يونس صلاح الدين على، مصدر سابق، ص 336؛ وكذلك : د.غالب على الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، الطبعة الثالثة، دار وائل للنشر، عمان- الاردن، 2001، ص 106.

⁽²⁾ د.عز الدين عبدالله، مصدر سابق، ص 305.

⁽³⁾ د.ممدوح عبد الكريم، مصدر سابق، ص 97.

⁽⁴⁾ د.جمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص 306.

الا في حالات معينة تقرر عدم انسحاب اثار البطلان الى الماضي بشروط معينة أهمها حسن النية لإحد الزوجين رعاية له و للأولاد، بحيث يعد الزواج في هذه الفترة زواجا وهمياً أو ظنياً⁽¹⁾.

أما الفسخ فهو جزاء يترتب على تخلف شرط من شروط انعقاد الزواج الصحيح أو من شروط لزومه، أو أي أمر آخر يطرأ يوجب إنهاء الزواج أي ان العلاقة بدأت صحيحة لكن طرأت ظروف جعلت من العقد غير صحيح وبحسب مفسوخاً، مثال ذلك الزواج من محرم، كالاخت من الرضاع، أو زوجة الغير، أو معتدته، وكذلك الزواج من غير شهود، وهذه العلاقة تسمى زواجا إلى ان يتم التفريق بين الزوجين حيث يترتب الدخول بالزوجة وجوب المهر وثبوت النسب، وبعد الفسخ تجب العدة على الزوجة وتثبت حرمة المصاهرة، ولا يثبت الحق في النفقة والميراث، بخلاف البطلان والذي هو والعقد سواء لا يترتب عليه اثار، ولا يجب بمقتضاها مهر ولا نفقة ولا طاعة، ولا يثبت بها نسب أو توارث⁽²⁾.

ولكن بالعودة الى المشرع العراقي، نجد ان المادة التاسعة عشرة في الفقرة الثالثة منها لم يرد بالذكر فيها البطلان أو الفسخ، لذلك لا توجد قاعدة اسناد خاصة به، ولكن بالرجوع الى بعض القوانين كالقانون الدولي الخاص اليوغوسلافي⁽³⁾ لعام 1983 حيث جاء في المادة الرابعة والثلاثون منه النص على ان عدم صحة الزواج (إنعدامه أو بطلانه) يحكمه القانون الذي يخضع له إنعقاد الزواج، وذلك لان أسباب بطلان الزواج ترجع عادة الى تخلف ركن أو شرط من شروط إنعقاده وصحته وهي امور يلزم توافرها طبقاً للقانون الذي يحكم الإنعقاد والابرام فإذا ماتخلفت هذه الشروط فمن المنطقي ان يحدد ذات القانون الجزاء على تخلفها⁽⁴⁾. وهذا ما ندعوا اليه المشرع العراقي بإيراد نص صريح يقضي بسريان القانون الذي يحكم انعقاد الزواج على بطلان و افساخ الزواج، وذلك تماشياً مع مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً.

الفرع الثاني

مضمون قاعدة الاسناد

نصت المادة التاسعة عشرة من القانون المدني العراقي في الفقرة الثالثة منها على ان: (ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى)، مع مراعاة نص الفقرة الخامسة من نفس المادة وهي: (في الاحوال المنصوص عليها في هذه المادة اذا كان احد الزوجين عراقياً وقت إنعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده). فيتبين من النصوص اعلاه ان المشرع العراقي اخضع إنتهاء الزواج لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى، اذ اعتد بقانون جنسية الزوج وقت وقوع الطلاق اذا تم إنتهاء الرابطة الزوجية بإرادة الزوج المنفردة، بينما اخذ بقانون جنسية الزوج أيضاً ولكن في وقت رفع الدعوى اذا ما تم الانتهاء بالتطليق أو الانفصال.

ولكن انتقد البعض هذا الاتجاه على أساس انه يؤدي الى مفاجأة الزوجة بالطلاق أو التطليق وفقاً لاحكام قانون جنسية الزوج عند إيقاع الطلاق في الحالة الاولى، أو وقت رفع الدعوى في الحالة الثانية. وكان الاولى بالمشرع ان يعتد بقانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج بوصفه القانون المعلوم لدى كل من الزوجين، والذي ارتضى كل منهما الارتباط في ظله، اذ ليس من العدل ان

⁽¹⁾ () لتفاصيل أكثر ينظر: د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص 528 وما بعدها.

⁽²⁾ () د. احمد عبدالكريم سلامة، مصدر سابق، ص 829.

⁽³⁾ () مشار اليه لدى: د. محمود جمال الكردي، مصدر سابق، ص 309.

⁽⁴⁾ () المصدر نفسه، ص 309.

تفاجاً الزوجة بقانون آخر عند تغيير الزوج لجنسيته، وقد يكون هذا القانون أكثر ضرراً بمصالح الزوجة من حيث تيسير الطلاق أو التطلق⁽¹⁾.

كما ان عيب إنفراد هذا القانون بالحكم من ناحية كون الزواج رابطة مابين طرفين تنشأ وفقاً لقانونيهما، والواجب ان لاتتحل هذه الرابطة الا وفقاً لحكم قانون يجمع الطرفين أو لقانون يكون الطرفان متبصرين به ان لم يخضعا معاً لقانون واحد . وهذا ما أخذ به في إتفاقية لاهاي الخاصة بالتطلق والانفصال، حيث تقضي المادة الثامنة منها على انه: (إذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة فيكون قانون آخر جنسية مشتركة لهما هو القانون المعتبر بالنسبة لتطبيق المواد السابقة) وهي المواد الخاصة بالتطلق والانفصال) انه هو قانون جنسيتهما⁽²⁾.

وان إخضاع الحكم على إنتهاء العلاقة الزوجية لقانونين يجعل الامر أكثر صعوبة عند التطبيق، فما جاء في قضية فيراري خير دليل على ذلك والتي تتلخص في زواج شابة فرنسية من السيد فيراري الايطالي الجنسية. ولم يكن النجاح حليف هذا الزواج الذي أنهى بالفرقة و إلتجاء الزوجة الى القضاء طالبة الحكم لها بالطلاق. وبناءً على توافر شروط الطلاق الواردة في القانون الفرنسي فقد لبت المحكمة طلبها وحكمت لها بالطلاق رغم أن قانون الزوج (الايطالي) يمنع إيقاع الطلاق. وقد أدى الاخذ بقانون جنسية كل زوج الى هذه النتيجة الغريبة، حيث طلقت السيدة فيراري بمقتضى قانون جنسيته واستردت حريتها في الزواج من آخر، بينما بقي السيد فيراري مقيداً بهذا الزواج لان قانون الجنسية الايطالية كان يمنع الطلاق وبالتالي يحرم عليه الزواج من اخرى⁽³⁾. ولتلافي مثل هذه النتائج هناك عدة إقتراحات، أما إخضاع العلاقة الزوجية لقانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة للزوجين اذا اتحدا في الجنسية عند الزواج.

ويدعم رأى الاخذ بالجنسية المشتركة للزوجين بعد الزواج بالقول بأنه من الافضل وحدة النظام القانوني الذي يخضع له الزواج، فإذا كان قانون جنسية الزوج وقت الزواج له ما يبرره في حالة اختلاف جنسية الزوجين، فإنه لا معنى لاستمرار الاخذ به إذا ما أصبح للأسرة جنسية مشتركة واحدة. فقانون الجنسية المشتركة يكون هو الاولى بالتطبيق في هذه الحالة، فيما يتعلق بإنهاء الزواج عن قانون جنسية الزوج والذي انقطعت الصلة به وهذا ما اخذ به العديد من تشريعات القانون الدولي الخاص، كالتشريع الالمانى المعدل لعام 1986 وكذلك إتفاقية لاهاي لعام 1902 بشأن التطلق حيث كرس هذا الحل (قانون آخر جنسية مشتركة للزوجين)⁽⁴⁾. أما في القانون الكويتي فنص في المادة الاربعون من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي على انه: (يسري على الطلاق والتطلق والانفصال قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الطلاق أو قبل رفع دعوى بالتطلق أو الانفصال. فإن لم توجد هذه الجنسية المشتركة سرى قانون الزوج وقت إنعقاد الزواج)⁽⁵⁾. ونحن بدورنا نؤيد المشرع الكويتي ونناشد المشرع العراقي بتغيير قاعدة الاسناد الخاصة بإنهاء الزواج بحيث يخضع لقانون آخر جنسية مشتركة أكتسبها الزوجان أثناء الزواج، وإذا لم توجد فيسري عليه قانون الزوج وقت إنعقاد الزواج، لأن هذا القانون يكون الطرفان على علم به ولا يوجد فيه مجال للغش وتغيير الجنسية كوسيلة لتغيير القانون الواجب التطبيق.

المطلب الثاني

(1) د. هشام على صادق، مصدر سابق، ص 535. ؛ د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، 2011، ص 142.

(2) د. عز الدين عبدالله، مصدر سابق، ص 309.

(3) د. حسن الهداوي، مصدر سابق، ص 113.

(4) د. جمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص 312.

(5) قانون رقم 5 لسنة 1961 الكويتي الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي.

نطاق تطبيق القانون الذي يحكم إنتهاء الزواج

لإنهاء الزواج بالطلاق أو التطلق أو الانفصال أسباب وتترتب عليه آثار فيدخل في مجال تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى في شأن التطلق والانفصال، وتحديد أسباب الطلاق والتطلق والانفصال، وكذلك الشروط الموضوعية لصحة إيقاع الطلاق، وكذلك كافة المسائل الموضوعية التي تتعلق بإثبات الوقائع التي يستند إليها سبب الطلاق أو التطلق أو الانفصال، سواء فيما يخص محل الإثبات أو عبئه والأدلة المقبولة في الإثبات والقوة الثبوتية للأدلة⁽¹⁾، ولتوضيح ما يدخل ضمن نطاق تطبيق القانون الذي يحكم إنتهاء الزواج سوف نقسم هذا المطلب الى الفروع الآتية:

الفرع الاول

نطاق تطبيق القانون بالنسبة للشروط اللازمة لإنهاء الزواج

ان قانون جنسية الزوج وقت الطلاق هو الذي يحدد من له الحق في إيقاع الطلاق وكيفية ممارسة هذا الحق، والقيود التي ترد على إستعمال هذا الحق، واما اذا كانت العصمة بيد الزوجة فيظل إخضاع الطلاق لقانون دولة الزوج، وذلك لان التفويض نفسه لا يسقط حق الزوج في تطليقها بإرادته، فهو نوع من الوكالة الخاصة يمكن الرجوع فيه بإرادة الزوج، ولذلك يجب ان ينظمها قانون الزوج، وكذلك ما يدخل ضمن معرفة ماهية شروط ونطاق تلك الوكالة.

ويحدد قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى أيضاً الاسباب التي يتعين توافرها للحكم بالتطبيق وكذلك الحالات التي يمكن الحكم فيها به. كما يحدد قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى أيضاً، أسباب الحكم بالتفرقة الجسدية⁽²⁾.

أما المسائل المتعلقة بطرق اعمال الأدلة واجراءات الإثبات فهي مسائل تخضع لقانون القاضي، بوصفهما من مواد الاجراءات⁽³⁾ وذلك لان من الامور التي تدخل في صميم فكرة الطلاق والتطبيق القواعد الموضوعية الخاصة بإثبات دعاوي الطلاق والتطبيق، حيث يرجع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطلق لتحديد وسائل الإثبات ومدى حجيتها و الية سماع البينة الشخصية وتقديم الدليل الكتابي وغيرها من وسائل الإثبات الأخرى⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

نطاق تطبيق قانون إنتهاء الزواج بالنسبة لآثاره

من آثار إنقضاء الزواج هي نفقة المطلقة وما يسمى بنفقة العدة أو نفقة المتعة وكذلك حضانة الاولاد ومسألة عدة المطلقة، وكذلك التدابير المستعجلة ويقصد بها النفقة الوقتية للمطلقة و أولادها. وفي هذا الفرع نحدد ما يدخل ضمن تطبيق القانون الواجب التطبيق على إنتهاء الزواج وما لا يدخل كما في التوضيح التالي:

أولاً: نفقة المطلقة (نفقة العدة أو نفقة المتعة) وعدتها

نفقة المطلقة وهي التي تجب للمرأة على زوجها السابق، بعد إيقاع الطلاق أو صدور حكم التطلق، حيث تسمى بنفقة العدة ونفقة المتعة، فهل يسري عليها قانون المدين بها⁽⁵⁾؟ أم القانون الذي يحكم آثار التطلق؟

(1) د.صلاح الدين جمال الدين، مصدر سابق، ص 255.

(2) د. جمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص 314.

(3) د. هشام خالد، مصدر سابق، ص 819 ؛ د.محمد كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، بلا مكان نشر، 1978، ص 549.

(4) د. عامر محمد الكسواني، مصدر سابق، ص 165.

(5) (تنص المادة (21) من القانون المدني العراقي على أن: (الالتزام بالنفقة يسري عليه قانون المدين بها).

تخضع النفقة الزوجية التي تجب على أحد طرفي الزواج للزوج الآخر لقانون جنسية الزوج وقت الزواج⁽¹⁾ باعتبارها أثر من اثار الزواج وذلك من حيث مدى وجوبها والملتزم بها ومقدارها ومدتها وجزاء الامتناع عن ادائها. ويسري بشأنها كذلك الاستثناء المنصوص عليه في المادة التاسعة عشرة الفقرة الخامسة منه⁽²⁾ اذا كان احد الزوجين عراقياً وقت الزواج، أما نفقة المطلقة تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطلاق بحسب الحال، وذلك بوصفها من اثار انحلال الرابطة الزوجية. كما يسري على نفقة المطلقة كذلك الاستثناء الوارد في نص المادة المشار إليها أعلاه اذا كان احد الزوجين عراقياً وقت الزواج. أما نفقة المنفصلة جسمانياً عن زوجها فهي تخضع لقانون الزوج وقت الزواج باعتبارها اثر من اثار الزواج (المادة التاسعة عشرة الفقرة الثانية منه) باعتبار ان رباط الزوجية مايزال مستمراً، كما ان العلاقة الزوجية تظل قائمة خلال فترة الانفصال⁽³⁾. ويدخل ضمن مضمون اثار إنتهاء الزواج أيضاً جميع الاثار المترتبة على الطلاق أو التطلاق أو الانفصال بالنسبة للعلاقات الشخصية بين المطلق والمطلقة أو بين الزوجين المنفصلين، وتعد من الاثار الشخصية لإنهاء الزواج مدى حق الزوجة في الاحتفاظ بإسم الزوج بعد إنتهاء الزوجية والمقرر بمقتضى بعض التشريعات، أما الاثار التي تترتب على إنتهاء الزواج ولكنها تتعدى تنظيم إنتهاء حياة الزوجين المشتركة فإنها تخرج عن مجال أعمال قاعدة الاسناد الخاصة بإنهاء الزواج باعتبار ان كلا الطرفين قد أصبح مستقلاً عن الآخر ويخضع بالتالي من حيث تحديد حالته ومايصل لها من مراكز قانونية لقاعدة الاسناد الخاصة بالحالة⁽⁴⁾. أما بالنسبة لعدة المطلقة أنقسم الفقه بشأن مسألة القانون الواجب التطبيق عليها فمنهم من يرى اختصاص القانون الذي يحكم الطلاق والتطلاق ومنهم من يرى اختصاص قانون القاضي لاتصال الامر بالنظام العام، ومنهم من يرى تطبيق القانون الشخصي للزوجة باعتبار ان حظر الزواج في فترة العدة هو أمر يتصل بصلاحية المرأة للعقد عليها خلال تلك الفترة ويخص حالتها في نهاية المطاف⁽⁵⁾. ونحن نؤيد الرأي الاخير لان عدة المطلقة تخص حالتها وبالتالي يجب ان تخضع لقانون جنسيتها.

ثانياً: حضانة الاولاد

تعرف الحضانة بأنها القيام على شؤون الطفل وكفالاته بغرض المحافظة على بدنه وعقله ودينه وحمايته من عوامل الانحراف والانحلال مما يمكنه من ان يكون فرداً صالحاً وسط مجتمعه مما يقتضي وضعه تحت أيد أمينة مؤهلة لمثل هذه الواجبات وان يكون لهم الحق في ذلك وفقاً لقواعد الشريعة والقانون. وتعتبر الحضانة من أهم وأبرز النتائج المترتبة على إنحلال عقد الزواج فهو واجب على الحاضن وحق للحاضن والمحضون أيضاً، فإذا وقع الطلاق بين الزوجين فإنه ينتج عن ذلك مباشرة حق للحاضن في طلب الحكم له بحضانة الصغير، كما ينتج عنه حق على حاضنه يتعلق بحضانته⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ تنص المادة (2/19) على أن: (ويسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الاثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من اثر بالنسبة للمال).

⁽²⁾ ينظر: الصفحة (5) الهامش الثالث من هذا البحث.

⁽³⁾ د. جمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص 356.

⁽⁴⁾ د. فؤاد ديب، مصدر سابق، ص 241.

⁽⁵⁾ د. احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص 845.

⁽⁶⁾ صالح بوغراة، حقوق الاولاد في النسب والحضانة، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية- مصر، 2013، ص 98-97.

وتظهر مشكلة القانون الواجب التطبيق على حضانة الاولاد عند اختلاف جنسية الوالدين وتباينت وجهات النظر بشأن حلها، فيذهب البعض الى إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم النسب لأنها أحد اثار النسب، أي تطبيق قانون الاب⁽¹⁾، وذهب رأي آخر الى إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم اثار الزواج بحسبان ان الولد ناتج عن علاقة زوجية، وبالتالي يكون القانون المختص هو قانون دولة الزوج وقت إبرام الزواج⁽²⁾. الا ان الرأيين المشار إليهما هو فارق صياغي لانه لما كان من المقدور ان يغير الزوج أو الاب جنسيته في فترة ما بين ابرام الزواج وإنجاب الاولاد، فإن القانون الواجب التطبيق سيكون دائماً قانون دولة الزوج أو الاب وقت ابرام الزواج، ويمكن القول بأن هذا القانون هو في الواقع قانون الاسرة القائمة، أما بعد التطبيق وبروز مشكلة الحضانة، فقد تصدعت الاسرة ولا يكون لذلك القانون ما يدعم قدرته على تأمين حماية الطفل.

وهناك اتجاه ثالث الا وهو إخضاع الحضانة للقانون الواجب التطبيق على اثار التطلاق، وذلك لان مشكلة الحضانة لا تتور الا بمناسبة إنحلال الزوجية فهي من اثار التطلاق وهذا يعني تطبيق قانون الزوج وقت انعقاد الزواج⁽³⁾ ولكن على عكس الاراء السابقة هناك حل آخر وهو تطبيق القانون الاصلح لحماية الطفل وتأمين رعايته وينحصر البحث عن ذلك القانون من بين كل من القانون واجب التطبيق على اثار التطلاق، والقانون الشخصي للطفل⁽⁴⁾. وهذا الرأي هو الافضل بالنسبة لحماية الطفل ورعاية مصالحه ولذلك ندعو المشرع العراقي للاخذ به.

ثالثاً: التدابير المستعجلة (النفقة الوقتية للمطلقة وأولادها)

هناك عدة تدابير مستعجلة في بعض من الدعاوي لابد من الفصل وإتخاذ القرار فيها لحين الفصل في الدعوى المرفوعة، كذلك الامر بالنسبة للدعوى المرفوعة بالتطلاق أو الانفصال. فمن هذه التدابير الاذن للزوجة بالاقامة في منزل معين يتفق عليه الزوجان أو يعينه القاضي، والامر بتسليم الزوجة المستلزمات الضرورية للحياة اليومية، أو الامر بالحضانة المؤقتة لأحد من الوالدين، أو تقرير نفقة مؤقتة للمطلقة المطعون في صحة طلاقها أو تطليقها هي وأولادها. فقد اختلفت الاراء بشأن إخضاع تلك التدابير للقانون المختص بإنهاء الرابطة الزوجية لكونها وثيقة الصلة به بل ومكملة لموضوع دعوى التطلاق والانفصال، أو خضوعه لقانون القاضي المختص والذي ترفع أمامه الدعوى بشأنها⁽⁵⁾. ولكن نرى ان خضوعه لقانون القاضي أيسر في التطبيق لسببين وذلك لمعرفة القاضي وإمامه بقانونه أولاً، ولأن موضوع النزاع غير محسوم ويجب تحديد قاعدة الاسناد خلال مراحل الدعوى ثم تطبيقه على تلك التدابير المستعجلة وهذا ينافي ما يتطلبه تلك التدابير من السرعة ثانياً.

المطلب الثالث

النظام العام والقانون الأجنبي الذي يحكم إنتهاء الزواج

ان فكرة النظام العام هي مجموعة القواعد القانونية التي لا تتسامح دولة القاضي في الخروج عن أحكامها، وذلك سواء تعلق الأمر بعلاقة قانونية خالصة الطابع الوطني، أو تعلق بعلاقة قانونية ذات طابع دولي، ويرجع السبب في ذلك الى ان الخروج على احكام مثل هذه القواعد من شأنه ان يتعارض مع الأسس التي يقوم عليها المجتمع، ويخالف الافكار الأساسية التي يقوم عليها نظام

⁽¹⁾ تنص المادة التاسعة عشرة الفقرة الرابعة على أن: (المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية وسائر الواجبات بين الاباء والاولاد يسري عليها قانون الاب) مع العلم بأن المشرع العراقي لم يحدد وقت الاخذ بجنسية الاب هل هو وقت ولادة الطفل؟ أم وقت ابرام الزواج؟ أم وقت عرض النزاع أمام المحكمة؟

⁽²⁾ د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، مصدر سابق، ص 234.

⁽³⁾ المادة (3/19) من القانون المدني العراقي مشار اليه سابقاً.

⁽⁴⁾ د. احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص 847-848.

⁽⁵⁾ د. جمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص 322.

المجتمع الاعلى في مجتمع القاضي لاسيما في علاقات الاحوال الشخصية، فعندئذ يتحتم على القاضي ان يمتنع عن تطبيق القانون الاجنبي رغم إشارة قاعدة الاسناد إليه باعتباره القانون الاقرب صلة للعلاقة⁽¹⁾.

والزواج كنظام قانوني وإجتماعي له ارتباط مع النظام العام لاتصاله بالاعتبارات الدينية والاخلاقية والوجدانية مما يؤثر مباشرة على المبادئ القانونية العامة العليا والقيم الاجتماعية واسس التشريع بدءاً من الدستور فنانزلاً. وهذا ما يجبر القاضي بأن يكون فطناً ويقظاً عندما يواجه مثل هذه المواقف الحساسة التي تخص زواج الاجانب ومدى علاقته بالنظام القانوني والاجتماعي لدولة المحكمة⁽²⁾. الا ان هذه المبادئ الموجودة في النظام القانوني لدولة ما متغيرة بتغيير المفاهيم والقيم الاخلاقية والقانونية في كل دولة، إضافة الى ان قوانين بعض الدول تقرر طرماً لانهلال رابطة الزوجية قد تنكرها أنظمة قانونية اخرى، كما هو الشأن فيما يتعلق بالطلاق بالارادة المنفردة المعروف في الدول الاسلامية وتجهله قوانين الدول الاوربية.

كما ان من النظم القانونية ما يتوسع في أسباب التطلاق، في حين ان منها ما يضيق من هذه الاسباب⁽³⁾، ففي بعض الدول هناك تطبيق واضح لفكرة الأثر المخفف للنظام العام، فالطلاق لا يصرح بإيقاعه في فرنسا لانه يخالف النظام العام هناك وان وقع فظل عقدة النكاح قائمة في نظر القانون والسلطات الفرنسية، ومع ذلك فإن إيقاعه خارج فرنسا طبقاً للقانون الشخصي لطرفي الزواج يمكن الاعتراف به، ويرتب بعض اثاره في فرنسا كتقرير نفقة المرأة المطلقة على مطلقها، والحق في الزواج من رجل اخر⁽⁴⁾.

أما في البلاد الاسلامية والعربية والتي تكون العراق منها، فإن أغلبها تطبق أحكام الشريعة الاسلامية بما تتضمنه من ضوابط أكثر وضوحاً وأستقراراً فيما يتعلق بالدفع بالنظام العام حيث يركز القضاء عند بحث مشكلات إنتهاء الرابطة الزوجية على تحديد ديانة الاطراف من الاجانب، وعلى ذلك يستبعد القوانين الاجنبية التي تقضي مثلاً بحرمان الزوج المسلم من حقه في الطلاق مطلقاً، أو من حقه في الطلاق بالارادة المنفردة⁽⁵⁾، فعلى سبيل المثال اذا كان الزوج الاجنبي مسلماً فإنه يحق له ان يطلق زوجته في مصر أو العراق حتى لو كان قانون جنسيته يحرمه من هذه الرخصة على اساس ان تمتع المسلم بالحقوق المقررة في الشريعة الاسلامية هو أمر يتعلق بالنظام العام. وبناءً على ذلك فإن إعتناق الزوج الاجنبي الاسلام يبرر حقه في طلاق زوجته، كما و ان اسلام الزوجة الاجنبية يخول لها رفع دعوى التطلاق على زوجها وفقاً لأحكام الشريعة الاسلامية⁽⁶⁾. أما بالنسبة للقانون العراقي، فجد ان نص المادة الثانية والثلاثون من القانون المدني جاء بصورة عامة اذ تنص على: (لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام أو للاداب في العراق). وهذا ما يطبق على موضوع القانون الواجب التطبيق على إنتهاء العلاقة الزوجية، والذي يقرر ما هو مخالف للنظام العام أو الاداب في العراق هو قاضي الموضوع مع مراعاة اعتبارات وظروف المجتمع العراقي في وقت عرض النزاع أمامه.

⁽¹⁾ د. صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية- مصر، 2004، ص 11.

⁽²⁾ د.حسن الهداوي، مصدر سابق، ص 98؛ ود.ممدوح عبدالكريم حافظ، القانون الدولي الخاص (الاردني والمقارن)، الجزء الاول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، بلا سنة نشر، ص 98.

⁽³⁾ د. صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية، مصدر سابق، ص 58.

⁽⁴⁾ د. جمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص 325. حيث ان المشرع الفرنسي يظهر أكثر حرصاً في تطبيق القانون الفرنسي في أغلب الحالات واعطى فرصة محدودة لتطبيق القانون الاجنبي. وينظر في تفاصيل ذلك: د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للقانون الاردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الاولى، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، 2002، ص 155.

⁽⁵⁾ د.صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 259.

⁽⁶⁾ د. هشام على صادق، مصدر سابق، ص 546؛ ود.صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية- مصر، 2008، ص 422.

الخاتمة

الملاحظ من خلال هذا البحث المتواضع الذي أجريناه، أن لقواعد التنازع أهمية كبرى في حل النزاعات الدولية الخاصة. ويثير الزواج المختلط مشاكل عويصة داخل الأنظمة القانونية، لذلك سعت الدول الى تنظيمه بقواعد قانونية لتحكم هذه المنازعات التي يتخللها عنصراً أجنبياً، ويبلغ هذا التنازع حده خاصة في مجال الزواج وانحلاله.

فبالنسبة لشروط انعقاد الزواج نجد المشرع العراقي، وعلى غرار التشريعات الأخرى، يفرق بين الشروط الموضوعية لانعقاده وبين شروطه الشكلية، فأخضع الشروط الموضوعية لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، بينما أسند الشروط الشكلية لقانون محل الإبرام، إضافة إلى ضوابط إسناد احتياطية تحكم هذه الشروط الشكلية، أما لقانون الجنسية المشتركة. فتوجد صعوبة في تحديد هذه الشروط، فيما إذا كانت من قبيل الشروط الموضوعية أو من قبيل الشروط الشكلية، في هذه الحالة ترك الأمر للقاضي المعروض أمامه النزاع كسلطة تقديرية في تحديدها طبقاً لقانونه الوطني.

في ضوء هذا البحث توصلنا الى عدد من الإستنتاجات وسوف نقدم عدداً من التوصيات، ونذكر فيما يلي أهم هذه الإستنتاجات والتوصيات:

أولاً: الاستنتاجات

1. في القانون العراقي نجد انه يرجع في تصنيف شروط الزواج لمعرفة ما اذا كانت هذه الشروط تعتبر من الشروط الشكلية ام من الشروط الموضوعية للقانون العراقي لان هذا التصنيف من مسائل التكيف والاختصاص فيه يرجع لقانون القاضي.

2. في التشريع العراقي لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج حدد المشرع قانون جنسية الزوجين، فلا يوجد إشكال في حالة ما اذا اتحدا في الجنسية، أما في حالة اختلاف جنسية الزوجين فلم ينظم حل تشريعي لهذه المشكلة، فكيف نواجه تلك المشكلة وماهي الحلول التي عرضت من قبل الفقه لحسمها؟ إذ أخذ المشرع بضابط الجنسية كما هو الحال في كافة مسائل الاحوال الشخصية، ولم تنص على تحديد وقت معين لاسناد الشروط الموضوعية الى قانون كل من الزوجين. وهذا يعد خلافاً في النص اذ نكون أمام تنازع متحرك فلا بد من تحديد وقت الاعتداد بالقانون الشخصي للزوجين لإن الجنسية يمكن تغييرها.

3. أن الشكلية في العقد عبارة عن اسلوب محدد للتعبير عن الإرادة المفروضة، أي أنه قيد على الإرادة، ويكون هذا القيد قانونياً إذا فرض من قبل المشرع، وقد يكون هذا القيد إتفاقياً في حالة إذا ما إتفق الطرفان صراحةً على أن يكون التعبير عن الإرادة بشكل كتابي لكي ينعقد العقد، ففي هذه الحالة لا ينعقد العقد إذا لم يكتب.

4. أن الشكلية تعد إستثناء من مبدأ الرضائية في العقود فيجب أن ينص عليها صراحةً.

5. القواعد الشكلية القانونية قواعد حمائية وضعت لحماية المصلحة العامة والخاصة، هي قواعد أمرة التي مخالفتها تستوجب جزاء ألا وهو بطلان العقد وأن ذلك يعد من النظام العام الذي لا يمكن للقاضي الحياد عنه أو إغفاله بل ويجب إضافة الى بطلان العقد إنعدام أثره، وأن الشكل إذا كان عنصراً جوهرياً في العقد الشكلي فإنه لا يغني بأي حال عن الإرادة بل يؤكداه.

6. ان قاعدة خضوع شكل العقد الى قانون مكان إبرامه أريد بها التيسير على المتعاقدين من إجراء تصرفات صحيحة أينما وجدوا، إذ يسهل الوقوف على الشكل المقرر في قانون البلد الذي إنعقد فيه العقد.

ثانياً: التوصيات

1. تطبيق القانون الاصلح لحماية الطفل وتأمين رعايته وينحصر البحث عن ذلك القانون من بين كل من القانون واجب التطبيق على اثار التطليق، والقانون الشخصي للطفل. وهذا الرأي هو الافضل بالنسبة لحماية الطفل ورعاية مصالحه ولذلك ندعو المشرع العراقي للاخذ به.
2. نناشد المشرع العراقي بتغيير قاعدة الاسناد الخاصة بإنهاء الزواج بحيث يخضع لقانون اخر جنسية مشتركة أكتسبها الزوجان أثناء الزواج، وإذا لم توجد فيسري عليه قانون الزوج وقت إنعقاد الزواج، لأن هذا القانون يكون الطرفان على علم به ولا يوجد فيه مجال للغش وتغيير الجنسية كوسيلة لتغيير القانون الواجب التطبيق.

المصادر

أولاً : الكتب

1. د.ابراهيم احمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 2002.
2. د.احمد رفعت مهدي خطاب، الإثبات أمام القضاء الدولي، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية- مصر، 2009.

3. د.احمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع اصولاً و منهجاً، الطبعة الاولى، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة- مصر، 1996.
4. د. حسن الهداوي، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2005.
5. د.جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية- مصر، 2009.
6. د.سامي بديع منصور ود.عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت- لبنان، بلا سنة نشر.
7. د.سامي بديع منصور ود.أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت- لبنان، 2009.
8. صالح بوغرارة، حقوق الاولاد في النسب والحضانة، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية- مصر، 2013.
9. د.صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الاولى، منشأة المعارف، الاسكندرية- مصر، 2006 .
10. د.صلاح الدين جمال الدين، مشكلات ابرام الزواج في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية- مصر، 2010.
11. د.صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في ضوء فقه الشريعة الاسلامية، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية- مصر، 2006.
12. د. صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية- مصر، 2004.
13. د.صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية- مصر، 2008.
14. د.عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، 2010.

15. د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، مكتبة السنهوري، بغداد- العراق، 2015.
16. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب- القاهرة، 1986.
17. د. غالب على الداودي، د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مطبعة وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، بغداد- العراق، 1988.
18. د. غالب على الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، 2011.
19. د. غالب على الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، الطبعة الثالثة، دار وائل للنشر، عمان- الاردن، 2001.
20. د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الاجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 1994.
21. د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، سوريا، بلا سنة نشر.
22. د. محمد كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، بلا مكان نشر، 1978.
23. د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، 2011.
24. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص (الاردني والمقارن)، الجزء الاول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، بلا سنة نشر.
25. د. ممدوح عبد الكريم، تنازع القوانين، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، 2005.

26. د.هادي رشيد الجاوشلي، الوضع القانوني للأجانب في العراق، مطبعة المعارف، بغداد- العراق، 1961
27. د.هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، منشأة المعارف، الاسكندرية- مصر، (2005)
28. د.هشام خالد، القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية- مصر، 2014
29. د.هشام على صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1997.
30. د. يونس صلاح الدين على، القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، مكتبة زين الحقوقية و الادبية، بيروت- لبنان، 2016.

ثانياً: القوانين

1. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.
2. قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006.
3. قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل.
4. القانون رقم 5 لسنة 1961 الكويتي الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي.
5. قانون الاحوال الشخصية العراقية رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

الملخص

لقد تمّ البحث عن موضوع القانون الواجب التطبيق على إنعقاد الزواج وإنتهائه في القانون المدني العراقي، وذلك من خلال توضيح موضوع الشروط الموضوعية والشروط الشكلية، وكذلك دراسة مواضيع إنتهاء الزواج والقانون الواجب التطبيق عليه.

وحاولنا في دراستنا أن نبين كيفية معالجة القانون المدني العراقي للقانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وإنتهائه من خلال شرح وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع في نطاق القانون المدني العراقي.

والجدير بالذكر، أن المجال الخصب لتنازع القوانين يكون خاصة في المسائل الأسرية نظرا لاختلاف عقائد وخصوصيات الأفراد. وأمام هذا الوضع يثير الزواج مشاكل عدة من حيث انعقاده والآثار المترتبة عليه، والأمر كذلك بالنسبة لانحلال الزواج والآثار الناجمة عنه.

لإستيعاب كل ما ورد أعلاه قسمنا بحثنا الى مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول لموضوع القانون الواجب التطبيق في المواضيع المتعلقة بإنعقاد الزواج ومشكلاته في ثلاثة مطالب شرحنا الشروط الموضوعية للزواج والمواضيع المتعلقة بها في المطلب الأول، وفي الثاني بحثنا عن الشروط الشكلية والقانون الواجب التطبيق عليها، وخصصنا المطلب الثالث لإثبات الزواج والقانون الواجب التطبيق عليه. وكرسنا المبحث الثاني لإنهاء الزواج والمواضيع المتعلقة به في قواعد الأسناد، وقسمناه الى ثلاثة مطالب، تناولنا في المطلب الأول قاعدة الاسناد الخاصة بإنهاء الزواج، وخصصنا الثاني لنطاق تطبيق القانون الذي يحكم إنهاء الزواج، وكرسنا المطلب الثالث والأخير للنظام العام والقانون الأجنبي الذي يحكم إنهاء الزواج، وذلك وصولاً لخاتمة تتضمن النتائج والتوصيات.

پوخته

دوا به‌دوای کۆتاییهاتنی بابتهی یاسای پیاده‌کراوی پنیویست له‌سه‌ر به‌ستنی گریه‌ندی هاوسهریتهی وکۆتاییهاتنی له‌یاسای شارستانی عیراقی، له‌ریگهی روونکردنه‌وهی مهرجه بابتهی وشۆمیه‌کان، هاوکات خویندنه‌وهی بابته‌کانی کۆتاییهاتنی هاوسهریتهی و یاسای پیاده‌کراوی پنیویست له‌و بارمیه‌وه.

له‌ لیکۆلینه‌وه‌مه‌ماندا هه‌ولمانداوه‌ چۆنیتهی چاره‌سه‌رمه‌کانی یاسای شارستانی عیراقی بۆ یاسای پیاده‌کراوی پنیویست له‌سه‌ر به‌ستنی هاوسهریتهی وکۆتاییهاتنی روونکه‌ینه‌وه‌ له‌ریگهی روونکردنه‌وه‌ وشیکارکردنی ئه‌و ده‌قه‌ یاساییانه‌ی په‌یوه‌ندیدارن به‌ بابته‌که‌وه‌ له‌چوارچۆیه‌ی یاسای شارستانی.

شیای بیره‌ینه‌وه‌یه، بواری گه‌شه‌ی ناکوکی یاساکان تایبه‌تتره‌ له‌ بابته‌ خیزانیه‌کان به‌تیروانین له‌جیوازی بیروباوهرمه‌کان و تایبه‌تمه‌ندیه‌کانی تاک، لێرمه‌وه‌ دۆخه‌که‌ هاوسهریتهی توشی چه‌ندان گرفت ده‌کات له‌رووی به‌ستنی و ئه‌و شۆینه‌وارانه‌ی لێیده‌که‌وێته‌وه‌، و هه‌مان فهرمان سه‌باره‌ت به‌شپوونه‌وه‌ی هاوسهریتهی و شۆینه‌وارمه‌کانی.

بۆ تیگه‌یشتن له‌هه‌موو ئه‌وانه‌ی سه‌رمه‌وه‌ توێژینه‌وه‌مه‌مان دابه‌شکردوه‌ بۆ دوو باس، له‌باسی یه‌که‌مه‌دا بابته‌ی یاسای پیاده‌کراوی پنیویست له‌بابته‌که‌کانی په‌یوه‌ندیدار به‌به‌ستنی هاوسهریتهی و کێشه‌کانی له‌ سێ داوا داووتۆی ده‌که‌ین، مهرجه بابته‌یه‌کانی هاوسهریتهی و بابته‌ په‌یوه‌ندیدارمه‌کان پێیه‌وه‌ له‌داوای یه‌که‌مه‌دا روونکراوته‌وه‌، و له‌دوومه‌دا باسی مهرجه شۆمیه‌یه‌کان و یاسای پیاده‌کراوی پنیویست له‌و بارمیه‌وه‌ کراوه‌، داوای سێیه‌م تایبه‌تکراوه‌ بۆ سه‌لماندنی هاوسهریتهی و یاسای پیاده‌کراوی پنیویست له‌و بارمیه‌وه‌. باسی دوومه‌مان ته‌رخانکردوه‌ به‌کۆتاییهاتنی هاوسهریتهی و ئه‌و بابته‌نه‌ی په‌یوه‌ندیدارن پێیه‌وه‌ له‌بنه‌مانی پالێشتی، و دابه‌شمانکردوه‌ بۆ سێ داوا، داوای یه‌که‌م له‌باره‌ی بنه‌ماکانی پالێشتی تایبه‌ت به‌کۆتاییهاتنی هاوسهریتهی ده‌دوێت، و دووهم تایبه‌تکراوه‌ به‌چوارچۆیه‌ی جیه‌جێکردنی ئه‌و یاسایه‌ی حوکمی کۆتاییهاتنی هاوسهریتهی ده‌کات، داوای سێیه‌م وکۆتاییهاتن ته‌رخانکردوه‌ به‌سیستمی گشتی و ئه‌و یاسا بیانییه‌ی حوکمی کۆتاییهاتنی هاوسهریتهی ده‌کات، هه‌روه‌ها گه‌یشتمانه‌ به‌کۆتاییهاتن که‌چه‌ند ئه‌نجام وراسپاردیه‌که‌ له‌خۆیه‌گرێت.

Abstract

This research is conducted on the subject of applicable law on contracting marriage and its termination in the Iraqi civil law by clarifying the subject of substantive and formal conditions, as well as studying the topics of marriage termination and the law applicable to it. This paper tried to explain how the Iraqi Civil law deals with the law applicable to the contracting of marriage and its termination by clarifying and analyzing the relevant legal texts within the scope of the Iraqi Civil Code.

It is worth mentioning that the area of conflict of laws is happening particularly in family matters because of the different beliefs and characteristics of individuals. In such a situation, marriage raises a number of problems in terms of contracting and its implications, as well as the dissolution of marriage and the resulting impact.

To comprehend the above- mentioned, this research is divided into two sections. The first section addresses the law applicable to the subjects related to contracting of marriage and its problems in three subsections. The substantive conditions of marriage and the related topics are explained in the first demand. In the second demand, the formal conditions and the law applicable to them is spelled out. Moreover, third demand is assigned to prove of marriage and the law applicable to it.

We devoted the second section to the ending of marriage and related topics in the rules of attribution, and divided into three demands. The first demand got across the attribution rules of ending the marriage, and the second demand is assigned to the scope of application of the law governing the termination of marriage. Finally, the third demand is dedicated to the public order and foreign law governing the termination of marriage, leading to a conclusion containing findings and recommendations.