مجلة كلية القانون والعلوم السياسية العدد (٦)

تنازع القوانين في الزواج المختلط
(دراسة مقارنة)

Conflict of Laws in Mixed Marriages
(Comparative study)

م. د رغد عبد الامير مظلوم

كلية القانون والعلوم السياسية/ جامعة ديالى

Lecturer Dr. Raghad Abdel Ameer Madhloam
College of Law and political university of Diyala

الملخص

لم تعد العلاقات القانونية الوطنية خالصة ، بل تخللها العنصر الاجنبي من جانب الاطراف او المحل او السبب، وذلك راجع لاختلاط الاجانب بالوطنيين ووجود تعاملات بينهم بسبب نمو وتعدد مصالح وعلاقات الافراد وازدياد ظاهرة الهجرة ومن هنا كانت الحاجة داعية الى البحث عن قواعد قانونية تتولى تنظيم هذه العلاقات القانونية المشتملة على عنصر اجنبي .

فمن غير المعقول ان تبقى تلك العلاقات خاضعة لاحكام القانون الوطني ؛ لأن ذلك من شأنه أن يؤدي الى اهدار وضياع حقوق الافراد وخاصة في مسائل الاحوال الشخصية .

فلو اخضعنا مثلاً زوجين عراقيين مسلمين مقيمين في الخارج لقانون اجنبي لا يبيح الطلاق او يساوي بالميراث بين الذكور والاناث لادركنا خطورة النتائج التي قد تترتب على ذلك ومن هذا المنطلق وجب اخضاع العلاقات القانونية المشتملة على عنصر اجنبي لقواعد تتفق مع طبيعتها الخاصة . ويصف البعض الزواج بالعقد وينعقد هذا العقد (الزواج) بشروط موضوعية وشروط شكلية وان تحديد طبيعة هذه الشروط يكون بحسب قانون القاضي.

هذا وقد استقر الفقه الراجح على التفرقة بين الشروط اعلاه من جانب القانون الواجب التطبيق فيها إذ تخضع الموضوعية منها لقانون بينما تخضع الشكلية لقانون اخر وتحديد طبيعة الشروط مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي .

فعلى الرغم من ان الدولة ذات سيادة ولها انظمتها القانونية الخاصة بها الا انها قد تتنازل عن سيادتها وتقبل تطبيق القوانين الاجنبية على اقليمها ، هذا التنازل الذي قدمته له اهمية على الصعيد الدولي ولا سيما فيما يتعلق بالاحوال الشخصية لانها تراعي خصوصيات الاجانب وتترك الامر لقوانينهم الشخصية بتنظيمها اذ ليس لها مصلحة في فرض قانونها الوطني على الاجانب ، فبعدما كانت في السابق لا تقبل بتطبيق القوانين الاجنبية وتطبق القوانين الوطنية عملاً لقاعدة اقليمية القوانين التي اصبحت نتيجة لضرورات دولية .

Abstract :

National legal relations are no longer purely, but are interrupted by the foreign element by the parties or the shop or the reason , due to the mixing of foreigners with patriots and the existence of dealings among them because of the growth and multiple interests and relations of individuals and the increasing phenomenon of migration and hence the need to search for legal rules to regulate these relations legal component of foreign element.

It is inconceivable that such relations remain subject to the provisions of national law, because this would lead to the loss and loss of the rights of individuals, especially in matters of personal status. If we

subject, for example, a Muslim Iraqi couple residing abroad to a foreign law that does not permit divorce or equal inheritance between males and females, we would realize the seriousness of the consequences that may result, and accordingly, legal relations involving a foreign element must be subject to rules consistent with their specific nature.

Some describe marriage as a contract and this contract (marriage) is held on objective and formal terms and the nature of these conditions is determined by the judge's law . The most likely jurisprudence settled on the distinction between the above conditions by the applicable in them as subjectivity of them subject to the law while formalism is subject to another law and determine the nature of the conditions of the question of conditioning subject to the law of the judge. Although the state is sovereign and has its own legal systems. It may cede its sovereignty and accept the application of foreign laws to its territory.

This concession I have made is of great importance at the international level, especially with regard to personal status because it takes into account the privacy of foreigners and leave it to their personal laws to regulate it as it has no interest in imposing its national law on foreigners. In the past, it did not accept the application of foreign laws and the application of national laws pursuant to a regional rule, which became the result of international imperatives.

المقدمة :

نظراً لتقدم المجتمعات والدول في ظل تطور وسائل الاتصال الحديثة وما صاحب الثورة التكنولوجية من فتح لكل الحدود بين الدول صار العالم كله قرية صغيرة . فتطورت العلاقات الدولية الخاصة واتجه العالم نحو الانفتاح الاقتصادي والتكامل والتعاون ، فلم يعد يقتصر نشاط الفرد اليومي على النطاق الذي يعيش فيه او على الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته ، بل امتد الى دول اخرى ، لاسيما بعد انتشار ظاهرة الهجرة وكثرة نزوح وانتقال الافراد من دولهم واستقرارهم في دول اخرى ودخولهم في علاقات ثانوية عابرة لحدود الدولة الواحدة وفي مجالات متعددة وخاصة الزواج ، الامر الذي ادى الى نشوء نوع من الروابط القانونية ذات الطبيعة الدولية الخاصة[١].

وعليه صار الزواج المختلط حقيقة لا يمكن تجاهلها ولم يعد من المستغرب زواج عراقي من سعودية او زواج عراقي من مصرية ، فالامر اصبح ايسر في ظل سهولة التنقل وتطور وسائل المواصلات ، واذا كان الزواج رابطة قانونية بين رجل وامرأة تقوم على اسس اجتماعية واخلاقية ودينية ، فإنه يعد زواجاً مختلطاً متى كان طرفاه ذا جنسيتين مختلفتين وقت انعقاد الزواج.

وبناءا على ذلك يقصد بالزواج المختلط ذلك الزواج الذي يتم بين طرفين يكون احدهما وطنياً والاخر اجنبياً ، فهو تلك الرابطة الزوجية التي تحتوي على عنصر اجنبي ، فكل طرف منها (الزوج والزوجة) يحمل جنسية خاصة به تختلف عن جنسية الطرف الآخر[٢]. كالزواج الذي يتم بين اردنية وعراقي بالنسبة للعراق ، يعد هذا الزواج مختلط لان الزوج يحمل جنسية الدولة التي ينتمي اليها وهي العراق ، الزوجة تحمل جنسية الدولة التي تنتمي اليها وهي الاردن ، ويعرف البعض الزواج المختلط بأنه الزواج الذي ينعقد بين طرفين من جنسيتين مختلفتين ، وعليه يفهم من هذا التعريف ان الزواج المختلط يقتصر على الزواج الذي ينعقد ابتداءً بين طرفين اجنبيين مع ان البعض لا يفرق بين هذا الزواج وبين حالة كون الزوجين من جنسية واحدة ثم تجنس احدهما بجنسية اخرى[٣].

اهمية البحث :

تتلخص اهمية البحث فيما يأتي :

١. البحث في تحديد المفهوم العام للشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد عقد الزواج المختلط والتي يستدل من خلاله على تحديد قاعدة الاسناد الخاصة بهذه الشروط ولاسيما ونحن امام زواج تختلف فيه النظم القانونية وبشكل

(١) شبورو نورية ، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ٢٠١٧ ، ص١٠ .

(٢) يونس مسعودي ، القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعة للزواج ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، بحث منشور على موقع الانترنت:

تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١٠/١٠ https://www.asjp.cerist.dz/en

(٣) مجد الدين طاهر خربوط ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسية ، اطروحة دكتوراه ، مقدمة الى جامعة عين شمس ، مصر ، ١٩٩٧ ، ص٨٨ .

واضح بين طرفي العلاقة القانونية (الزوج والزوجة) .
٢. البحث في تكييف طبيعة الشروط القانونية اللازمة لابرام عقد الزواج المختلط لكونه (التكييف) العملية الاولية التي يقوم بها القاضي المعروض امامه النزاع لتسهل عليه معرفة قاعدة الاسناد الواجبة التطبيق من بين القوانين المتنازعة على هذه العلاقة .
٣. بيان قاعدة الاسناد التي تخضع اليها الشروط الموضوعة لابرام عقد الزواج المختلط ، فضلاً عن تحليل تلك القواعد بالنسبة لموقف التشريعات القانونية منها .
٤. بيان القواعد العامة التي تحكم تنازع القوانين في الشروط الشكلية للزواج المختلط ، فضلاً عن البحث عن قواعد الاسناد المطبقة عليها والاستثناءات الواردة عليها.

اشكالية البحث :

تتمحور مشكلة البحث بالمشكلات الاساسية الآتية :
١. مشكلة اختلاف النظم القانونية في الزواج المختلط ، وذلك عندما يكون احد طرفي الزواج اجنبياً لا ينتمي الى دولة الطرف الاخر ، فتكون ازاء علاقة قانونية مشوبة بعنصر اجنبي مما يثير مشكلة تنازع القوانين ويستوجب البحث عن قاعدة الاسناد الخاصة بالزواج ، لاسناده الى القانون الواجب التطبيق ، وهو ما لا نواجه في الزواج الوطني الذي ينتمي كلا طرفيه الى دولة واحدة .
٢. مشكلة اختلاف المفاهيم القانونية للزواج من دولة الى اخرى يسهم ايضاً في تعقيد مشكلة الزواج المختلط ، فبعض الدول يأخذ بنظام الزواج المدني ، في حين يأخذ البعض الاخر بنظام الزواج الديني .
٣. ابراز مشكلة امام القاضي المعروض امامه النزاع في التكييف القانوني لتحديد الطبيعة القانونية للعلاقة محل النزاع ، وهل تعد الشروط المعروضة امامه في الزواج المختلط مدنية ام دينية .
٤. هل تتفق اغلب التشريعات حول توحيد ضوابط الاسناد التي تخضع لها القواعد الموضوعة في الزواج المختلط ولاسيما في ترجيحها الجانب الموزع .

منهجية البحث :

تعتمد دراسة هذا البحث على المنهج التحليلي المقارن ، من خلال تحليل النصوص القانونية التي تحكم الموضوع ولاسيما المسائل المتعلقة بشروط انعقاده وكيفية اظهار الارادة والشكل الذي تتخذه الارادة في عقد الزواج المختلط ، فضلاً عن المقارنة بين التشريعات الداخلية وموقف المشرع العراقي منها ، في وضع الحلول القانونية للنزاع في الزواج المختلط .

خطة البحث :

ينقسم البحث في هذا الموضوع الى مبحثين على النحو الاتي :

المبحث الاول : تنازع القوانين في الشروط الموضوعية للزواج المختلط.

المبحث الثاني : تنازع القوانين في الشروط الشكلية للزواج المختلط .

المبحث الاول
تنازع القوانين في الشروط الموضوعية للزواج المختلط

لابد من بيان معنى هذه الشروط ومن ثم بيان القانون الواجب التطبيق فيها ، اذ قد تتوزع هذه الشروط الى شروط انعقاد وهي اتحاد مجلس الايجاب والقبول وكل ما يتعلق بالتراضي وشروط الصحة تتضمن صلاحية المرأة للزواج أي ان تكون غير محرمة على من يريد الزواج بها ، كما تشمل شروط النفاذ وشروط اللزوم لذلك ستكون دراسة هذا المبحث في مطلبين وكالآتي :

المطلب الاول – مفهوم الشروط الموضوعية :

لابد اولاً من بيان المقصود بالشروط الموضوعية للزواج ليتسنى لنا تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج المختلط وتعرف هذه الشروط بأنها تلك الشروط التي يتوقف وجود الزواج على وجودها ، وينعدم في حالة انعدامها وبمعنى آخر ، هي تلك الشروط الاساسية اللازمة لقيام رابطة الزواج ، وإذا تخلف شرط من هذه الشروط يترتب عن هذه العلاقة الحكم بالبطلان . اذ هي الاسس الجوهرية التي تقوم عليها الرابطة الزوجية ويتوقف صحة انعقادها على مدى تحققها(٤).

ان تحديد ما يدخل في فكرة الشروط الموضوعية هي مسألة تكييف ، وللتكييف أهمية في مجال تنازع القوانين(٥) ليس فقط بوصفه عملية ضرورية وسابقة لتحديد القانون المطبق وانما بوصفه كخطوة حاسمة تتحدد بموجبها طبيعة الحل النهائي للنزاع وكيفية تحقيق العدالة ، وذلك لان التباين في التكييف يترتب عليه الاختلاف في تحديد قاعدة الاسناد ومن ثم القانون المختص(٦).

وقد ذهب الفقه الراجح(٧)، وكذلك كرست معظم التشريعات الى اخضاع التكييف كمبدأ عام لقانون القاضي أي لقانون دولة القاضي المعروض امامه النزاع ، ومنها القانون المدني العراقي في المادة (١٧) الفقرة اولاً منه على انه : « القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها « ، فالمشرع العراقي شأنه شأن غالبية القوانين ومنها القوانين العربية (مصر) على سبيل المثال فهي الاخرى اخضعت مسألة التكييف للعلاقات القانونية المشوبة بعنصر اجنبي لقانون القاضي المعروض امامه التنازع (٨).

(٤) د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص الاردني والمقارن ، ج١ ، تنازع القوانين ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٨ ، ص٨٩ .

(٥) د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، ط٤ ، دار وائل للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٥ ، ص١٦٤ .

(٦) د . يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص ، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٦ ، ص٩٥-٩٦.

(٧) د .عباس العبودي ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٥ ، ص٧٣ ، وكذلك د. عز الدين عبد الله ، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الاسناد في مواد الاحوال الشخصية ، مجلة القانون والاقتصاد ، للسنة الرابعة والعشرون ، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ، العدد (١ و ٢) ، ١٩٥٤ ، ص٥٥ .

(٨) نصت المادة (١٠) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨على انه «القانون المصري هو المرجع في التكييف العلاقات ...» والتي جاءت مطابقة لنص المادة (١/١٧) من القانون المدني العراقي اعلاه وقد جاء في

ويعد من قبيل الشروط الموضوعية للزواج الرضا واهلية الزوجين والمهر وموافقة الاولياء وخلو الزوجين من الموانع الشرعية للزواج ، وانقضاء عدة المطلقة او الارملة»[٩].

ومما تقدم يتضح انه سيتوقف تحديد ما يعتبر من الشروط الموضوعية من عدمها مسالة تكييف أي لابد اولاً من تكييف العلاقة القانونية ومعرفة كون النزاع المعروض امام القاضي الوطني كونه يدخل ضمن طائفة الشروط الموضوعة ام لا . ومن ثم يصبح من السهل عليه تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج المختلط.

المطلب الثاني:القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج المختلط:

أن غالبية القوانين ومنها القانون المدني المصري في المادة (١٢) منه والقانون المدني الاردني في المادة (١/١٣) منه[١٠] والقانون المدني العراقي اخضعوا الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية الزوجين أي ان هذه القوانين استندت الى قاعدة عامة في الشروط الموضوعية للزواج المختلط مفادها « خضوع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين «[١١].

حتى يكون الزواج صحيحاً من الناحية الموضوعية وهذا ما نصت عليه المادة (١٩) من القانون المدني العراقي في الفقرة الاولى منها والتي جاء فيها : « يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين» .

فإذا ما عرض نزاع على القاضي وتعلق النزاع بالشروط الموضوعية للزواج ، فإن على القاضي ان يطبق قانون جنسية الزوجين ليتأكد من وجود هذا الشرط وترجع المحكمة من اشتراط تطبيق قانون كل من الزوجين الى خلق رابطة قانونية جديدة بين شخصين ، ومن ثم فإن المنطق يقضي بأن يأخذ بنظر الاعتبار عند انشاء هذه الرابطة بقانون دولة كل من الطرفين [١٢].

ومن خلال النصوص المقدمة اعلاه يتضح ان هنالك امرين :

الامر الاول : اذا كان الزوجان من جنسية واحدة في هذه الحالة لا يثور أي اشكال في تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لصحة الزواج إذ يخضع لقانون الجنسية المشتركة للزوجين[١٣]

المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري « ان المقصود بالتكييف الذي يخضع للقانون المصري هو التكييف الاولي فقط" .

(٩) د. هشام خالد ، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص٤٤-٤٥ .

(١٠) نصت المادة (١٣) الفقرة (١) من القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ على انه : « يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزوجة الى قانون كل من الزوجين" .

(١١) د. عباس العبودي ، المصدر السابق ، ص١١١ .

(١٢) د .محمد خالد الترجمان ، القانون الدولي الخاص ، بلا مكان الطبع او النشر ، ص٢٣٧.

(١٣) د. عكاشة محمد عبد العال ، القانون الدولي الخاص في دولة الامارات العربية المتحدة ، ج١١ ، تنازع القوانين ، مطبعة النجاح ، دبي ، ١٩٩٧ ، ص٤٥٥ .

الامر الثاني : اذا كان الزوجان من جنسيتين مختلفتين فهنا يثور التساؤل ما المقصود بقانون كل من الزوجين؟ هل يتعلق الامر بالشروط الموضوعية لكل طرف على حدة ؟ وما هو موقف القاضي المعروض امامه النزاع هل سيطبق قانون جنسية الزوجين ومن ثم يخضع الشروط الموضوعية للزواج المختلط هنا لقانون جنسية الزوجين معاً؟

وللاجابة على كل هذه التساؤلات ظهر اتجاهان في فقه القانون الدولي الخاص في تحديد المقصود بقانون كل من الزوجين في هذه الحالة، وهما :

الاتجاه الجامع والاتجاه الموزع(١٤).

الاتجاه الاول – التطبيق الجامع

يأخذ هذا الاتجاه بالتطبيق الجامع للزواج ومقتضى هذا الاتجاه ان يتوافر في كلا الزوجين الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانون كلا الزوجين أي قانون جنسية الزوج وقانون جنسية الزوجة ، وذلك تأسيساً على ان هذه الشروط يقصد بها حماية الرابطة الزوجية ، فمثلاً اذا كان ارتباط الزواج برابطة زوجية سابقة يعد مانعاً من موانع الزواج بقانون الزوجة من دون أن يكون كذلك في قانون الزوج ، فإن التطبيق الجامع يؤدي الى عدم صحة هذا الزواج مما يؤدي الى اهدار القواعد الاكثر تساهلاً والاقتصار على اعمال القواعد الاكثر تشدداً في قانون الزوجين(١٥) .

لذلك نجد ان فكرة التطبيق الجامع بالاضافة الى ما تقدم كانت محل انتقاد بسبب صعوبة تطبيقها عملياً ، وقد تؤدي الى تقليص حالات انعقاد الزواج المختلط صحيحاً ، وكما سبق القول ، ما دامت تعتبر الرابطة الزوجية غير صحيحة بمجرد تخلف شرط من الشروط المنصوص عليها في قانون الزوج او الزوجة , ومن ثم تقل فرصة قيام الزواج المختلط لاختلاف احكام قوانين الاحوال الشخصية فيما بين الدول، وهذه النتيجة تتنافى مع الغاية التي يستهدفها انصار التطبيق الجامع ، وهي احترام قانون كل من الزوج والزوجة معاً (١٦).

الاتجاه الثاني – التطبيق الموزع :

يأخذ هذا التطبيق بالتطبيق الموزع للزواج ويقصد به يكفي لانعقاد الزواج صحيحاً ، ان يتوافر في كل من الزوجين الشروط التي يتطلبها قانونه فقط من دون الاخذ بنظر الاعتبار ما يقرره قانون الزوج الآخر لذلك نجد ان اغلب الفقه قد تبنى الاتجاه الثاني على مستوى التطبيقات القضائية ذلك لأن التطبيق الجامع يقضي الى تطبيق القانون الاشد بينما يسهل التطبيق الموزع على الزوجين اجراء عقد الزواج(١٧).

هذا وقد جسدت محكمة النقض الفرنسية فكرة التطبيق الموزع صراحة من خلال

(١٤) د. علي علي سلمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، ط٤ ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ٢٠٠٦ ، ص٦٩ ، وكذلك . د. يونس صلاح الدين علي ، المصدر السابق ، ص٣٣٠ .

(١٥) د. ممدوح عبد الكريم ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٥ ، ص٩٠ .

(١٦) د. صلاح الدين جمال الدين ، القانون الدولي الخاص ، الجنسية و تنازع القوانين ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص٢١٦-٢١٧ .

(١٧) د. هشام علي صادق ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، الكتاب الثاني ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤، ص٢٦٢، وكذلك د. اشرف وفاء محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩،ص٣٠٥ .

قرارها الصادر في ٢٠٠٨/٧/٩ والذي تضمن ضرورة خضوع ركن الرضا في الزواج لقانون جنسية الزوجين وفي حالة اختلاف جنسية الزوجين يجب ان يستوفي كل زوج شروط توافر ركن الرضا في قانونه ، أي ان القرار استلزم التطبيق الموزع للقانون الوطني للزوجين بخصوص رضا الزوجين الذي يدرج على رأس قائمة الشروط اللازمة لصحة عقد الزواج(١٨).

وعلى الرغم من تأييد اغلب الفقه والقضاء بالاخذ بالتطبيق الموزع الا انه يستثني هذا التطبيق (الموزع) من الاخذ فيه فيما يتعلق بموانع الزواج حيث انه يشترط في هذا الاخير الاخذ بالتطبيق الجامع لخطورتها وان الهدف من الاخذ بالتطبيق الجامع في هذا المجال لحماية الرابطة الزوجية وليس لحماية تخص الزوج او الزوجة (١٩)..

لذلك يكفي اذا تضمن احد القانونين على مانع من موانع الزواج لكي لا ينعقد الزواج صحيحاً فإذا نص قانون احد الزوجين على منع الزواج لاختلاف الدين او بسبب درجة القرابة وتحقق فعلاً اختلاف الدين او توافرت القرابة المانعة فإن الزواج لا يقع صحيحاً حتى ولو كان المنع غير مقرر في قانون الزوج الآخر(٢٠).

ولا تجد معالجة تشريعية صريحة من قبل المشرع العراقي من ناحية تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة اختلاف جنسية الزوجين (الزواج المختلط) وهل يرجح العمل بالتطبيق الجامع او المانع . وكذلك في اغلب التشريعات العربية ومنها مصر والاردن ، فقد جرى العمل بالاعتماد على الحلول الفقهية والتي تتوزع بين التطبيقين السابقين .

ولكن هناك استثناء هام يمثل خروجاً عن القاعدة العامة المقررة لحل تنازع القوانين في الزواج المختلط ، والتي اقرها المشرع العراقي في المادة (١٩) الفقرة (الخامسة) من القانون المدني العراقي ، حيث اعطت الاختصاص في الشروط الموضوعية لعقد الزواج المختلط للقانون العراقي وحده ، بشرط ان يكون احد طرفي العلاقة الزوجية عراقياً وقت ابرام عقد الزواج(٢١).

ويستثنى من ذلك شروط الاهلية ، اذ تبقى الاخيرة في جميع الاحوال خاضعة لقانون جنسية كل من طرفي العلاقة الزوجية(٢٢)، وايد ذلك اغلب التشريعات العربية ، ومنها القانون المدني المصري والقانون المدني الاردني.

وتجدر الاشارة الى ان الاستثناء الوارد في المادة (١٩/٥) مدني عراقي تعد ايضاً وسيلة فعالة لحل التنازع المتحرك (المتغير) ، لان الشروط الموضوعية لصحة الزواج، سوف تخضع للقانون العراقي وتبقى خاضعة له ، طالما ان احد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج ، وحتى لو غير الزوج العراقي جنسيته بعد انعقاد الزواج ، مثال ذلك .

---

(١٨) Jault-Seseke, Dorit inter national privé, Panorama, droit international, Recueil dalloz, 2009, P.1560.

(١٩) د. صلاح الدين جمال الدين ، المصدر السابق ، ص٢١٨ .

(٢٠) د.هشام علي صادق ود. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، مصر، ١٩٩٩،ص٢٧٣

(٢١) نصت المادة (١٩/٥) من القانون المدني العراقي على انه : « في الاحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان احد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده» .ينظر د. يونس صلاح الدين علي ، المصدر السابق ، ص٣٢٩ .

(٢٢) د. حسن الهداوي ود. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٥ ، ص١٠٧ .

لو تزوجت عراقية مسلمة ، من تركي مسيحي ثم غيرت جنسيتها الى تركية فإن زواجها يعد باطلاً لانه ولد ميتاً وفقاً للقانون العراقي ، قانون جنسيتها ، حتى وان كان يعد صحيحاً وفقاً للقانون التركي الذي يجيز زواج المسلمة من غير المسلم ، خلافاً لاحكام الشريعة الاسلامية ، فتغيير جنسيتها الى الجنسية التركية وصيرورة القانون التركي بمثابة قانونها الشخصي لا يمكن ان يصحح ذلك البطلان ، ونحن نرى بأن التطبيق الجامع لقانون كل من الزوجين من شأنه ايضاً ابطال مثل هذا الزواج ، لأن القانون العراقي والذي يحظر مثل هذا الزواج سوف يطبق مرتين ، الاولى: على الزوجة العراقية ، والثانية: على الزوج التركي ، مما يؤدي الى قتل هذا الزواج وهو في مهده ، ويرى جانب من الفقه ، بأن الهدف من وراء اعطاء الاختصاص للقانون الوطني ، لحكم انعقاد الزواج واثاره وانتهائه ، كلما كان احد الزوجين وطنياً وقت انعقاد الزواج هي ضمان احترام قواعد الشريعة الاسلامية واحكامها التي ينبغي ان تسود ، متى ما كان احد الطرفين وطنياً ، أي عراقياً في هذه الحالة ، ويمكن ايضاً ان نورد استثناء آخر على تطبيق قانون جنسية كل من الزوجين في حالة ما اذا كان قانون احدهما او كلاهما يخالف النظام العام[٢٣].

(٢٣) د .احمد محمد الهواري ، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة= =العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٢٩ .

المبحث الثاني
تنازع القوانين في الشروط الشكلية للزواج المختلط

ان البحث في مسالة القانون الذي يحكم الشروط الشكلية في الزواج المختلط يتطلب توضيح مفهوم الشروط الشكلية ومن ثم تحديد مضمون ضوابط الاسناد الخاصة بالشروط الشكلية للزواج المختلط وهذا ما سنتناوله في المطلبين الآتيين :

المطلب الاول- مفهوم الشروط الشكلية :

يقصد بالشكل الاطار الذي يتم فيه افراغ الارادة أي اظهارها الى العالم الخارجي او القالب الذي يفرغ فيه ركن الرضا في العقد وهو يختلف من دولة الى اخرى باختلاف التشريعات في تحديد نظام الزواج[٢٤] . ولمعرفة المقصود بالشروط الشكلية ، نرجع لقانون القاضي المعروض امامه النزاع لتحديد ما يدخل ضمن الشروط الشكلية وما يخرج عنها ، والشروط الشكلية هي الطرق اللازمة لاظهار الزواج والافصاح عنه الى العالم الخارجي ، كاشهاره وتحرير عقده واثباته[٢٥].

ويشمل الشكل ايضاً عند أعمال قاعدة الاسناد الاوضاع اللازمة لانعقاد التصرف واظهار الارادة ، كما يشمل وفقاً للرأي السائد الاوضاع اللازمة لاثبات التصرف علانية[٢٦].

ويعد من قبيل الشروط الشكلية للزواج المختلط :

لزوم ترديد صيغة معينة اثناء اتمام اتباع اجراءات معينة للاعلان عن الزواج واشهاره قصد ابلاغ الناس واعلامهم به قبل قيامه ، واتباع اجراءات خاصة لتوثيق عقد الزواج وتحريره في وثيقة رسمية موقعة من قبل الزوجين فضلاً عن تقديم الاوراق المثبتة لتوافر الشروط التي يستلزمها القانون أي موثق ، ووجوب اجراء الزواج في مكان معين كموطن الزوجين او محل اقامتهما[٢٧].

لذلك يلجأ القاضي المعروض امامه النزاع لمسألة التكييف بقصد اعطاء وصف للوقائع او التصرفات القانونية المعروضة امامه والمتعلقة بالزواج المختلط لادراجها ضمن فكرة مسندة ومن ثم ، اسنادها للقانون المختص ، لأنه ليس من السهل على القاضي التمييز بين الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج المختلط ، مالم يقوم بهذه العملية الاولية (التكييف) السابقة على تحديد القانون الواجب التطبيق ، علماً ان لكل نظام قانوني فكرته المستقلة فيما يتعلق بالزواج المختلط[٢٨].

(٢٤) د. صلاح الدين جمال الدين ، المصدر السابق ، ص٩٨ .

(٢٥) د. حسن الهداوي ، القانون الدولي الخالص ، تنازع القوانين – المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني – دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ ، ص١٢٥ .

(٢٦) د. مصطفى منصور ، مذكرات في القانون الدولي الخاص ، دار المعارف ، مصر ، ١٩٥٧ ، ص٢٠٨.

(٢٧) للتفصيل اكثر عن هذه الشروط الشكلية ينظر : د. جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص٢٨٣ ، ود. احمد مسلم ، بطلان الزواج وانحلاله في قواعد الاسناد المصرية وفي القانون الموضوعي المقارن ، مجلة القانون والاقتصاد ، جامعة الاسكندرية ، العدد الثاني ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٦٠ ، ص١١ ، ود. عبد الفتاح عبد الباقي ، الزواج ، قيامه واثاره وانقضائه في القانون الفرنسي ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، ١٩٦١ ، ص٥٠-٥١-٥٢ .

(٢٨) ابو العلا النمر ، تنازع القوانين ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦ ، ص١٠٩ .

والواقع ان هنالك مساءلة يثور الخلاف بصددها وهي ، هل تعتبر المراسيم الدينية من الشروط الموضوعية للزواج المختلط ، ام من الشروط الشكلية ؟

ويعود هذا الخلاف الى اختلاف المبادئ العامة التي تحكم مسألة الزوج من بلد لأخر ، فالمسألة ترتبط الى حد كبير بموقف كل مشرع ، وهل ينظر الى الزواج نظرة دينية ام نظرة مدنية فإذا كان المشرع الداخلي ينظر الى الزواج نظاماً مدنياً يتكون بإرادة اطرافه شأنه شأن العقود الاخرى فلا تعتبر المراسيم الدينية من الشروط الموضوعية [٢٩]. وهذا ما اخذ به العراق واغلب التشريعات العربية ، اما اذا كان ينظر المشرع الداخلي للزواج نظرة دينية فيعتبر المراسيم الدينية وتدخل رجال الدين في الزواج من الشروط الموضوعية المحضة ، كما هو الحال في اغلب الدول الاوربية .

أي انه يشترط لانعقاده (الزواج) ان يتم على يد رجال الدين ومن ثم تعتبر المراسيم الدينية من الشروط الموضوعية للانعقاد والزواج ، كما هو الحال في (بلغاريا واليونان) ، وباختلاف هذا التكييف يختلف على اساسه قواعد الاسناد ويختلف القانون الواجب التطبيق[٣٠].

اما الزواج في الشريعة الاسلامية فهو يعد من العقود الرضائية التي لا يلزم فيها أي اجراء شكلي سوى الاشهاد على الزواج الذي يتحقق به العلانية والاشهار ويعتبر الفقه والقضاء تلك الامور شرطاً شكلياً يترتب على تخلفها جزاء معيناً يحدده القانون[٣١].

وبناءً على ما تقدم يذهب الرأي الراجح فقها الى اعتبار ان المراسيم الدينية في البلاد الاسلامية ليست نظاماً دينياً، لذلك تعتبر من الشروط الشكلية للزواج وليس من الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاده ، فعلى القاضي المعروض امامه النزاع ان يراعي في تكييف العلاقة القانونية المتعلقة بالزواج احكام الشريعة الاسلامية بوصفها صاحبة الولاية العامة للاحوال الشخصية في البلاد الاسلامية[٣٢].

فالزواج وفقاً لاحكام هذه الشريعة نظام مدني وليس نظام ذات طابع ديني ومن ثم يعتبر شرط الانعقاد على يد رجال الدين شرط شكلي وليس موضوعي في ظل احكام الشريعة الاسلامية .

المطلب الثاني: مضمون ضوابط الاسناد الخاصة بالشروط الشكلية للزواج المختلط

بعد ان تطرقنا الى مفهوم الشروط الشكلية وحددنا ما يعتبر من الشروط الشكلية وما يعتبر من الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد عقد الزواج المختلط وكل هذا يندرج تحت فكرة التكييف وسلطة القاضي المعروض امامه النزاع باعتبار كونه من الاشكال ام لا .

لذا اصبح من اللازم معرفة القاضي القانون الواجب التطبيق على ما يعتبر من

(٢٩) د. صلاح الدين جمال الدين ، مشكلات ابرام الزواج في القانون الدولي الخاص ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص٩٩ .

(٣٠) د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص٢١٠ .

(٣١) ابو العلا النمر ، المصدر السابق ، ص١٠٩ ، ود. جمال محمود الكردي ، المصدر السابق ، ص٢٨٣ .

(٣٢) د. هشام علي صادق ، ود. عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص ، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الاحكام الاجنبية وتنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، ٢٠٠٨ ، ص٣٠٣ .

الشروط الشكلية ، ولاسيما في حالة اختلاف جنسية كلاً من الزوجين سواء كان وقت انعقاد العقد ام وقت عرض النزاع امام قاضي الموضوع ، وهل يستند القاضي على ضوابط اسناد معينة مستقلة عن قواعد الاسناد التي يحكم الشكل عموماً ؟ كما هو متبع من قبل بعض الدول مثل العراق والاردن ومصر [٣٣].

في حين ان هناك نظم اخرى ساوت بين الزواج والتصرفات الادارية من حيث الشكل فأخضعته للقاعدة العامة التقليدية التي تحكم التصرفات القانونية من الناحية الشكلية ، وهي الحل المعمول في معظم الانظمة القانونية ، ومؤدى هذه القاعدة اخضاع شكل الزواج للقانون المحلي أي لقانون البلد الذي ابرم فيه طبقاً للقاعدة العامة التي تقضي بخضوع شكل التصرف القانوني لقانون بلد ابرامه[٣٤].

ومن خلال تحليل النصوص التشريعية لاغلب الدول العربية تبين بأن هذه التشريعات اعتمدت على اكثر من ضابط اسناد يستدل من خلالها على قاعدة الاسناد التي تحكم الشروط الشكلية في الزواج المختلط وهي :

١. ضابط قانون بلد ابرام العقد .
٢. ضابط جنسية كل من الزوجين.

بينما تحديد نطاق القانون الواجب التطبيق في اطار التشريعات الاجنبية ومنها فرنسا والمانيا تخضع الشروط الشكلية للزواج المختلط لقانون محل ابرامها[٣٥].

ويرى غالبية الفقه ان الشكلية اللازمة للزواج المختلط يجب أن تخضع لقاعدة الاسناد والتي تحكم الشكل في التصرفات القانونية عامة ، ففكرة الشكل في نظام الزواج المختلط هي ذاتها في غيرها من التصرفات القانونية ، ولا يوجد ما يبرر استثناء عقد الزواج من الخضوع للقاعدة العامة التي تحكم الشكل في سائر التصرفات القانونية وهي قاعدة « خضوع شكل التصرفات لقانون بلد الابرام»[٣٦].

واستناداً الى هذا الرأي ، تكون المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي واجبة التطبيق على المسائل الشكلية في الزواج المختلط ، فيكون القانون الواجب التطبيق في هذا الصدد هو قانون محل ابرام الزواج ، ولكي يعد عقد الزواج المختلط صحيحاً ، يجب على الزوجين التقيد بالاشكال المنصوص عليها في هذا القانون فقط ، وليس لها ابرام عقد زواج مختلط على وقت الشكلية المقررة في قانون اخر ، ذلك ان المادة (٢٦)

---

(٣٣) المادة (١٩) الفقرة (١) من القانون المدني العراقي ، إذ نصت على انه : « ... ، اما من حيث الشكل يعتبر صحيحاً الزواج ما بين اجنبيين او ما بين اجنبي وعراقي اذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه ، واذا روعيت فيه الاشكال التي قررها قانون كل من الزوجين» والمادة (١٣)الفقرة (٢) من القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ إذ نصت على انه : « ٢-اما من حيث الشكل يعتبر الزواج ما بين اجنبيين او ما بين اجنبي واردني صحيحاً اذا عقد وفقاً لاوضاع البلد الذي تم فيه ، واذا روعيت فيه الاوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين» والمادة (٢٠) من القانون المدني المصري .

(٣٤) د. سامي بديع ود. نصري انطوان دياب ، ود. عبده جميل غصوب ، القانون الدولي الخاص تنازع الاختصاص التشريعي ، ج١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٨ ، ص٤٦٢ .

(٣٥) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٥ ، ص٢٧٠ .

(٣٦) د. هشام علي صادق ، المصدر السابق ، ص٥٢٠ ، ود. عبد الواحد كرم ، الاحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص الاردني، ط١ ، دار المناهج للنشر والتوزيع ، الاردن ، ١٩٩٨ ، ص٧٦ ، د. جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص٣٢٦ .

من القانون المدني العراقي هي قاعدة آمرة فالمشرع العراقي قد اعتمد ضابط بلد ابرام التصرف على سبيل الالزام ، ولم يجز اعتماد ضابط اسناد اخر لتعيين القانون الواجب التطبيق في هذا الصدد(٣٧).

ويبرر جانب من الفقه موقف المشرع العراقي بأنه يمكن الاطراف (الزوج والزوجة) من الاطلاع على القوانين المحلية وترتيب تصرفاتهم بمقتضاها والحصول على مشورة ومساعدة المختصين في دولة ابرام التصرف(٣٨).

في حين يرى جانب اخر من الفقه ان دولة ابرام التصرف ستعترف بالصفة القانونية للتصرف ما دام انه قد تم وفقاً لقانونها وهو ما يجعل باقي الدول على استعداد ايضاً للاعتراف به لأنه تم على وفق الاحكام القانونية السائدة وفي ذلك ضمان اكيد (٣٩).

اما المشرع المصري فقد اجاز للطرفين ابرام الزواج وبقية التصرفات القانونية على وفق الشكلية المقررة في احد اربعة قوانين حددها سلفاً ، اذ تنص المادة (٢٠) من القانون المدني المصري على انه :» العقود ما بين الاحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ، ويجوز ايضاً ان تخضع للقانون الذي يسوي على احكامها الموضوعية ، كما يجوز ان تخضع لقانون موطن المتعاقدين او قانونها الوطني المشترك»(٤٠).

وكذلك فعل المشرع الاردني في المادة (٢١) من القانون المدني والتي نصت: « تخضع العقود ما بين الاحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ، ويجوز ايضاً ان تخضع للقانون الذي يسري على احكامها الموضوعية كما يجوز ان تخضع لقانون موطن المتعاقدين او قانونهما الوطني المشترك «.

واستناداً الى النصين المصري والاردني ، يستطيع الزوجان ابرام عقد الزواج المختلط على وفق الشكلية المقررة في قانون بلد ابرام عقد الزواج ، كما يستطيعان ابرامها على وفق الشكلية المقررة في القانون الذي يسري على المسائل الموضوعية في العقد ، او على وفق الشكلية المقررة في قانون الموطن المشترك للزوجين ، او على وفق الشكلية المقررة في قانون الجنسية المشتركة لهما من دون التقيد بالترتيب الذي ورد بالنص .

فضلاً عن ان الطرفين قد يكونان اعرف واعلم بالشكل المعتمد في قانون موطنهما او جنسيتهما المشتركة اكثر من أي قانون اخر(٤١). وان افساح المجال للطرفين في الزواج المختلط على هذا النحو يحقق غاية المشرع في التيسير والتسهيل على الطرفين في ابرام عقود زواج صحيحة من الناحية الشكلية اينما وجدوا(٤٢).

---

(٣٧) نصت المادة (٢٦) من القانون العراقي على انه : « تخضع العقود في شكلها القانون الدولة التي تمت فيها" .

(٣٨) د. باسم سعيد يونس ، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة الموصل ، ١٩٩٨ ، ص١٧١ .

(٣٩) د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، المصدر السابق ، ص١٤١ .

(٤٠) وتجدر الاشارة الى ان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري النافذ ، كان يتضمن نصاً مطابقاً للمادة العراقية (١٩) مدني عراقي ، غير انه حذف هذا النص في لجنة القانون المدني ، وبررت اللجنة هذا الحذف والاكتفاء بالقواعد العامة ، مما احدث اختلاف في الفقه في هذه المسألة . للتفصيل ينظر : د. احمد عبدالكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين ، الشرائع اصولاً ومنهجاً ، ط١ ، مكتبة الطلاء المنصورة ، ١٩٩٦ ، ص٧٩ .

(٤١) د. محمد عبد الله محمد المؤيد ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، دراسة مقارنة في القانون اليمني ، ط١ ، بلا مكان طبع ، ١٩٩٩ ، ص١٥١ .

(٤٢) د. حفيظة السيد الحداد ، القانون الدولي الخاص ، المبادئ العامة في تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقي ، لبنان ، ٢٠٠٢ ، ص٣٨٢ .

ومن ثم تخضع الشروط الشكلية المقترنة بعقد الزواج المختلط لذات قاعدة الاسناد التي تخضع لها الشروط الشكلية لعقد الزواج المختلط ؛ لأنه ليس من المعقول ان يخضع شكل عقد الزواج المختلط لقانون معين ، ويخضع شكل احد الشروط المقترنة به لقانون اخر ، فيكون القانون الذي يحكم هذا الاخير هو ذاته القانون الذي يحكم الشروط المقترنة به وتأكيداً على ذلك ما جاء في نص المادة (١٩) من القانون المدني العراقي ، والتي نصت على ان شكل عقد الزواج المختلط محكوماً بالفقرة الاخيرة من المادة اعلاه والتي نصت على انه : « اما من حيث الشكل يعتبر صحيحاً الزواج ما بين اجنبيين وما بين اجنبي وعراقي اذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه او اذا روعيت فيه الاشكال التي قررها قانون كل من الزوجين »[٤٣].

وتبيين من هذه القاعدة بان القانون المدني في العراق اخذ بضابطي اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج المختلط الاول هو ضابط بلد ابرام عقد الزواج والثاني هو جنسية كل من الزوجين ، ويرى جانب من فقه القانون الدولي الخاص في العراق بأن هذه القاعدة تقدم في حقيقة الامر ثلاثة خيارات :

- يمكن اعطاء الاختصاص في حكم الشروط الشكلية للزواج المختلط لقانون ابرام عقد الزواج اذا تمت وفقاً للشكل المقرر في قانون تلك الدولة .
- كما يمكن اعطاء الاختصاص ايضاً لقانون جنسية الزوج في حكم الشروط الشكلية لعقد الزواج المختلط .
- ويمكن كذلك اعطاء الاختصاص لقانون جنسية الزوجة اذا استوفى عقد الزواج الشكل المقرر في قانون هذا البلد[٤٤]. ومن ثم ، يعتبر عقد الزواج صحيحا ما بين اجنبيين او ما بين اجنبي وعراقي اذا روعيت فيه الاشكال المقرره في قانون كل من الزوجين .

اما القانون المدني المصري ، فيبقى شكل الزواج المختلط محكوماً بالمادة (٢٠) منه ، وذلك لان المشرع المصري لم يورد قاعدة اسناد خاصة بالقانون الواجب التطبيق على شكل عقد الزواج ، بل اورد حكماً عاماً في المادة (٢٠) مدني ، وهذا الحكم يسري على جميع التصرفات القانونية سواء اكانت خاصة بالزواج المختلط ام في المعاملات المالية ، إذ ان هذه المادة وفرت للزوجين خيارات متعددة لاختيار قانون معين من بينها ابرام زواجهما على فق الشكلية المقررة فيه .

(٤٣) تقابلها المادة (١٣) الفقرة الاولى من القانون المدني الاردني ، ولا مقابل له في القانون المدني المصري .
(٤٤) د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، المصدر السابق ، ص٢٨٢ .

الخاتمة

في نهاية البحث لابد لنا من وقفة متأملة لتقييم اهم النتائج التي توصل اليها البحث وتوجيه النظر الى اهم ما يستحق ان يطرح من توصيات تحقيقاً للفائدة العلمية .

النتائج :

١. يعتبر الزواج المختلط من العلاقات الدولية الخاصة المشوبة بعنصر اجنبي ، وذلك لعدم اتحاد جنسية كلاً من الزوجين وقت انعقاد العقد ، لذلك فقد تثور بشأنه تنازع بين القوانين والمطلوب من القاضي المعروض امامه النزاع ، ان يحدد أي من القوانين هو الاصلح لحكم العلاقة القانونية المتعلقة بالزواج ، فلو كان عقد الزواج منعقد بين زوجين تتحد جنسيتهما وقت انعقاد العقد ، فلا يوجد في هذه الحالة اية مشكلة بتحديد القانون الواجب التطبيق ولا يثور بشأنه نزاع بين القوانين فيحكم الزواج في هذه الحالة الاخيرة قانون جنسية كلا الزوجين الوطنية .

٢. يواجه القاضي المعروض امامه النزاع صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق في الزواج المختلط لاختلاف جنسية كلا الزوجين ، مما يتطلب من القاضي التأكد من توفر الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد عقد الزواج المختلط والشروط الشكلية ، وكل هذا يعتبر مسألة تكييف يقع على عاتق القاضي وصف تلك الشروط فيما اذا كانت من الشروط الموضوعية أم من الشروط الشكلية وبعد القيام بعملية التكييف يصبح من السهل معرفة قاعدة الاسناد المراد تطبيقها على الزواج المختلط .

٣. حدد المشرع العراقي في المادة (١٩) الفقرة (١) ان القانون المدني العراقي قاعدة اسناد تخضع اليها الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون جنسية كل من الزوجين أي انه اعتبر الزواج من مسائل الاحوال الشخصية ، ومن ثم تخضع لقانون جنسية الزوجين المشتركة ، أي ان المشرع العراقي طبق قاعدة الاسناد اعلاه على الشروط الموضوعية ، اما في حالة اختلاف جنسية الزوجين فلم ينظم حل تنازع القوانين فيها ، الا انه اعتمد في ذلك على الحلول الفقهية ، وهذا الاتجاه اخذت به اغلب التشريعات العربية .

٤. اعتمدت التشريعات العربية ومنها المشرع العراقي على الحلول الفقهية المتمثلة بالاخذ بالتطبيق الموزع في حالة اختلاف جنسية الزوجين (الزواج المختلط) والذي يذهب الى تطبيق قانون كل زوج بصورة مستقلة عن قانون الزوج الاخر ؛ لأن التطبيق الجامع يقضي الى تطبيق القانون الاشد بينما يسهل التطبيق الموزع على الزوجين اجراء عقد الزواج .

٥. اعتمد المشرع العراقي في المادة (٢٦) من القانون المدني الصيغة الالزامية في تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج المختلط ، فاعتمد قانون محل ابرام التصرف ، فقط وهو موقف منتقد ، وقد تلافاه المشرعان المصري في المادة (٢٠) من القانون المدني والاردني في المادة (٢١) من القانون المدني

وذلك باعتماد عدة قوانين في هذا الشأن واعطاء الاطراف الحرية في اختيار احدهما وابرام تصرفهما وقت وفق ما يقرره من شكلية .

التوصيات :

نتوجه الى مشرعنا العراقي على وجه التحديد بأهم التوصيات المتعلقة بموضوع بحثنا هي :

١. نوصي مشرعنا العراقي باعادة النظر في الاستثناء الذي اورده لصالح القانون العراقي اذا كان احد الزوجين عراقياً وقت الزواج ، وذلك في الفقرة (٥) من المادة (١٩) من القانون المدني لما يمثله ذلك من تخلي عن تطبيق القانون العراقي في الزواج المختلط على الرغم من ان احد الزوجين يحمل الجنسية العراقية وقت التقاضي وذلك لمجرد انهما كانا اجنبيين وقت الزواج وندعوه الى تطبيق القانون العراقي على الزواج المختلط اذا كان احد الزوجين عراقياً وقت التقاضي وليس وقت الزواج ، ونقترح تعديل نص المادة (١٩/٥) لتصبح بعد التعديل على النحو الاتي: « في الاحوال المنصوص عليها في هذه المادة اذا كان احد الزوجين عراقياً وقت التقاضي يسري القانون العراقي وحده».

٢. نوصي المشرع العراقي باعادة النظر في الفقرة الاولى من المادة (١٩) من القانون المدني ، وضرورة الغاء ما يتعلق بتعيين القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط من حيث الشكل ، والاكتفاء في هذا الصدد بالقاعدة العامة التي تحكم الشكل في التصرفات القانونية كافة ، ذلك ان فكرة الشكل في عقد الزواج المختلط ، هي ذاتها في غيرها من التصرفات القانونية ، ولا يوجد ما يبرر استثناء ذلك في الخضوع للقاعدة العامة التي تحكم الشكل في سائر التصرفات القانونية والواردة في المادة (٢٦) من القانون المدني ، بعد تعديل صياغته ، ونقترح ان تكون صياغة المادة (١٩/١) بعد التعديل على النحو الاتي : « يرجع في الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج الى قانون كل من الزوجين» .

٣. نقترح اعادة النظر في المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي المتضمنة الصيغة الالزامية في تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج المختلط ، وضرورة اعتماد الصيغة الاختيارية في تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج المختلط من بين عدة قوانين يحددها المشرع مسبقاً ويتولى الطرفان اختيار احدها ، وتكون الصياغة الجديدة لنص المادة (٢٦) على النحو الاتي : « تخضع التصرفات القانونية في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها ، او للقانون الذي يحكم موضوعها ، او قانونهما موطن المتعاقدين او قانونها الوطني المشترك» .