Journal of Al-Farabi for Humanity Sciences Volume (7), Issue (5) June (2025)

ISSN: 2957-3874 (Print)
Journal of Al-Farabi for Humanity Sciences (JFHS)
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/95
مجلة الفارابي للعلوم الإنسانية تصدرها جامعة الفارابي

القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية في ضوء القانون الدولي الخاص (دراسة تحليلية في القانون العراقي)

أ. م. د. رغد عبد الأمير مظلوم

كلية القانون والعلوم السياسية جامعة ديالى

Applicable law on personal status in private international law: an analytical study in Iraqi law

Dr. Raghad Abdulameer Madhloom

الملخص

ان تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الاحوال الشخصية تثير العديد من المشاكل المتعلقة بتحديد ضابط الاسناد الذي يمكن ان يلجأ اليه القاضي العراقي للوصول الى تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الاحوال الشخصية سواء كانت تتعلق بالزواج او الطلاق او الميراث وان القاضي العراقي قد يواجه بعض الصعوبات ليس فقط بتحديد القانون الواجب التطبيق فحسب وانما صعوبة معرفة الروابط التي تثور بصددها النزاع ناهيك عن مسائل تكييف العلاقة القانونية ما يدخل ضمن موضوعات الاحوال الشخصية من عدمها وان معرفة ضوابط الاسناد في مسائل الاحوال الشخصية اهمية كبيرة والتي من خلالها يستدل القاضي العراقي الى قاعدة الاسناد الاصلح للافراد في مسائل الاحوال الشخصية وان كان المشرع العرافي يستند على ضابط الجنسية الا ان تطبيقه يثير بعض الاشكاليات مما يستوجب ايجاد ضابط اسنادي اخر للوصول للقانون الواجب التطبيق على الاحوال الشخصية **الكلمات المفتاحية : الاحوال الشخصية ، القانون الواجب التطبيق ، القانون الاجنبي ، القانون الدولي الخاص ، تحديات قانون تطبيق قانون الجنسية .**

Abstract

Determining the applicable law on personal status matters raises many problems related to determining the reference officer that the Iraqi judge can resort to in order to determine the applicable law on personal status matters, whether they relate to marriage, divorce, or inheritance. The Iraqi judge may face some difficulties, not only in determining the applicable law, but also in knowing the links that raise the dispute, not to mention the issues of classifying the legal relationship that falls within the topics of personal status or not. Knowing the reference controls in personal status matters is of great importance, through which the Iraqi judge can deduce the most appropriate reference rule for individuals in personal status matters. Although the Iraqi legislator relies on the nationality officer, its application raises some problems, which requires finding another reference officer to arrive at the applicable law on personal status matters .Keywords: **Personal status, the applicable law, Foreign law, Private international law, Challenges in the application of nationality law**

المقدمة

تحتل مسائل الأحوال الشخصية أهمية بالغة ومجالاً واسعاً في تنازع القوانين والتي يظهر في (الزواج والطلاق ، الميراث والوصية ... الخ) من مسائل الأحوال الشخصية ويثير تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية إشكاليات متعددة في تحديد الواجب التطبيق ، إذ اعتمد مشرعنا العراقي في تشريعاته الوطنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على ضابط الجنسية كضابط إسناد في مسائل الأحوال الشخصية ، كون هذا الضابط وحسب رأي مشرعنا العراقي ، وايده في ذلك الفقه يكرس اكبر حماية للفرد العراقي والنظام العام في العراق ، إلاّ أن تطبيق قانون الجنسية في تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية افرز عدة إشكاليات تمس حقوق الأفراد المكتسبة على مستوى الأفراد وصعوبة الحفاظ على هذه الحقوق .

اهمية البحث :-

تكمن أهمية البحث في أن دراسة قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية تكسب أهمية قصوى ، وذلك أن الأحوال الشخصية هي المجال الخصب لتنازع القوانين ؛ لأن القوانين تختلف اختلافاً كثيراً في هذا المجال ، ولتلبية الحاجات الدولية أصبحت الدول غير منعزلة عن بعضها البعض ، مما أدى إلى تزايد التنازع بين القوانين في هذا المجال ، مما يتطلب من القاضي البحث عن القانون الأنسب والأصلح لحكم هذه العلاقات بين الأفراد ، وان الضرورات العملية فرضت على القاضي السماح بقبول تطبيق القوانين الأجنبية على الأحوال الشخصية محل النزام .

مشكلة البحث :

تحدد مشكلة البحث بالإشكاليات الآتية :

١- هل أنّ المشرع العراقي أورد تعريف جامعا مانعا لمصطلح الأحوال الشخصية ؟

٢- وهل اعتمد المشرع العراقي على ضابط إسناد محدد يعتمد عليه في تحديد قاعدة الإسناد على منازعات الأحوال الشخصية ؟

٣- وما هي الإشكاليات التي واجهة القاضي العراقي عند تطبيق ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية ؟

٤- وهل أن القاضي العراقي مجبر في جميع الأحوال بتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية في قانونه كونه القانون المختص على مسائل الأحوال الشخصية ؟

منهجية البحث :

اتبعنا في دراستنا (المنهج التحليلي) من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في القوانين العراقية والتي تناول فيها مشرعنا العراقي اهم القواعد التي تحكم وتنظم مسائل الأحوال الشخصية ، وتحديد قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق على الأحوال الشخصية ، إذا كانت هذه الأخيرة موضوع تنازع بين القوانين .ومتداد العلاقات خارج إقليم الدولة التي نشأت فيه فأصبحت موضوع تنازع بين قانونين مما يتطلب على القاضي العراقي البحث عن القانون الذي يلائم تلك المسائل الخاصة بالأحوال الشخصية .

هيكلية البحث :

تم تقسيم بحثنا إلى مبحثين ، تناولنا في المبحث الأول الضوابط العامة لتحديد القانون الواجب التطبيق في الأحوال الشخصية ، وقسم إلى مطلبين ، تناولنا في المطلب الأول : تحديد مفهوم القانون الشخصي في الأحوال الشخصية ، وفي الثاني : ضوابط الإسناد في الأحوال الشخصية .

أمّا المبحث الثاني تناولنا فيه : إشكاليات تطبيق قواعد تنازع القوانين في الأحوال الشخصية ، وقسم الى مطلبين ، تناولنا في المطلب الأول : إشكاليات تطبيق قانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية ، وفي الثاني تناونا إشكاليات تطبيق القانون الأجنبي .

المبحث الأول الضوابط العامة لتحديد القانون الواجب التطبيق في الأحوال الشخصية

لتطبيق قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية يتطلب الفصل في مسائل أولية لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق ، وكيفية تطبيقه ، وهذا ما خو إلاّ مسألة تكييف للعلاقة القانونية ، وهي مسألة أولية وأساسية تسبق تحديد القانون الواجب التطبيق لإيجاد الحل المطلوب للمسألة المعروضة أمام القاضي بقيام القاضي بهذه المهمة (الوصف القانوني للعلاقة القانونية محل النزاع) تمكنه من تحددي قاعدة الإسناد الملائمة لحكم هذه العلاقة ، أو قد يلجأ القاضي إلى مسألة الإحالة التي تعد من اهم مواضيع القانون الدولي الخاص ، وهو الحل للتنازع القائم بين قانون القاضي والقانون الأجنبي المسند إليه ، إذا اختلف ضابط الإسناد فيها ؛ وذلك بتطبيق قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية [١].والقاضي هنا سيواجه بعض الصعوبات أثناء تطبيق قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق على الأحوال الشخصية مما يتطلب معرفة مفهوم القانون الشخصي الذي سينعقد عليه الاختصاص لقانون دولته ، ولاسيما اذا كان المتنازع حول أحواله الشخصية من رعايا دولة القاضي ، وان كانت دولته تأخذ بضابط الجنسية أم الموطن ، ويعود سبب الاختلاف في قواعد الإسناد أو ضابط الإسناد بحسب الموقف الذي اتخذه مشرع كل دولة من قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق موجب ضابط الإسناد، وبناءً على ما تقدم قسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين ، تناولنا في المطلب الأول : تحديد مفهوم القانون الشخصي في الأحوال الشخصية .وفي المطلب الثاني : ضوابط الإسناد في الأحوال الشخصية .

المطلب الأول تحديد مفهوم القانون الشخصي في الأحوال الشخصية

الأحوال الشخصية هي مجموعة العناصر المتعلقة بالوضع القانوني للشخص بصفته الخاصة ، وبعلاقته بأسرته ، والتي يحكمها قانون الدولة التي يرتبط بها الشخص برابطة الموطن أو الجنسية[٢].وقد استخدم مصطلح الأحوال الشخصية لأول مرة في القانون الإيطالي في القرنين الثاني عشر والقرن الثالث عشر ،عندما ظهرت فيه مشكلة تنازع القوانين الداخلية بين القانون العام للدولة الإيطالية والقانون المحلي لكل مدينة إيطاليا ، مما

تطلب تقسيم الأحوال إلى قسمين : الأحوال الشخصية وقسم الأموال ، وان تحديد ما يدخل في الأحوال الشخصية يختلف في دولة إلى أخرى فيقتصر هذا المصطلح في بعض الدول على الحالة والأهلية في حين يشمل في دول أخرى إلى جانب ذلك الوصايا والميراث والنسب والنفقة ، فنلاحظ في مصر محكمة النقض المصرية عندما أصدرت حكمها عام ١٩٣٤ وضعت تعريف لمصطلح الأحوال الشخصية وحاولت فيه تحديد ما يدخل ضمن الأحوال الشخصية من عدمه بأنه : " مجموعة ما يتميز به الإنسان من غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها اثر قانونياً في حياته الاجتماعية ككون الإنسان ذكراً أو أنثى ، وكونه زوجاً أو ارملاً أو مطلقاً أو ابناً شرعياً أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها لسبب من أسبابها القانونية "[٣].أمّا موقف المشرع العراقي من تعريف مصطلح الأحوال الشخصية فلم يعرف اصطلاح الأحوال الشخصية في العراق إلاّ في وقت قريب لأنه غير معروف في الشريعة الإسلامية ، وقد اقتبسه المشرع العراقي من التشريعات الأخرى ، ولذلك اكتفت بعض القوانين كالقانون الأساسي الملغي وقانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بذكرها هذا اللفظ دون أنْ تقدم له تعريفاً . كما لم يشر القانون المدني العراقي في النصوص المتعلقة بتنازع القوانين إلى هذا الاصطلاح ، وإنما أورد صوراً من مسائل الأحوال الشخصية وحدد في الوقت ذاته القانون المختص في حكم كل مسألة منها ، وعلى الرغم من خلو القوانين العراقية من تعريف جامع مانع لموضوعات الأحوال الشخصية فإن هذا لا يمنع من معرفة المسائل التي يشملها هذا الاصطلاح من خلال الرجوع إلى النصوص الواردة هذا الشأن ومنها قانون الأحوال الشخصية العراقية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ والقانون المدني والتي تحدد الموضوعات التي تعتبر من الأحوال الشخصية وهي : الزواج ، الطلاق ، الولادة ، النسب ، الحضانة ، النفقة ، الوصية ، الميراث، الأهلية[٤].ومما تقدم من التشريعات القانونية للدول المختلفة نلاحظ أن الموضوعات التي تدخل ضمن اطار الأحوال الشخصية فشمل (الحالة والأهلية ، الخطبة والزواج ، والطلاق ، النسب ، التبني ، النفقة ، الميراث ، الوصية) ، فضلاً عن الآثار التي ترتبها هذه الموضوعات والتي تدخل أيضاً ضمن موضوع الأحوال الشخصية ، وهذا ما سار عليه مشرعنا العراقي ، فقد نصت المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقية على انه : " تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها وتعد جميع موضوعات الأحوال الشخصية السالفة الذكر ، من مسائل النظام العام؛ لأنها تحقق مصلحة عامة ، فلا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها باستثناء ما كان يتعلق منها المسائل المالية ومن ثم فهي مواضيع حساسة لتعلقها الأحوال الشخصية للفرد وعلاقته بأسرته[٥]. وهذا ما اكد عليه المشرع العراقي في نص المادة (٢/١٣٠) بإيراد بعض المسائل وفي مقدمتها مسائل الأحوال الشخصية وأعطى لها خصوصية ، واعتبرت أحكامها من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها[٦].

المطلب الثاني ضوابط الإسناد في الأحوال الشخصية

يتصل ضابط الإسناد بعناصر العلاقة أو الرابطة التي يثور بصددها النزاع ، وهذه العناصر هي الأطراف ، والمحل ، والسبب أو الواقعة المنشئة للالتزام ، فمن ناحية عنصر الأطراف نلاحظ أنّ اهم العناصر التي تتصل بالشخص أو ما يسمى " بعلاقات الأحوال الشخصية " هي الأهلية والزواج والنسب والنفقة ويكون من البديهي أن تشتمل قاعدة الإسناد على ضابط الإسناد ، وهو المعيار الذي يختاره المشرع الوطني للإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية فهو الذي يربط الفكرة المسندة بالقانون الواجب التطبيق مثل ضابط الإسناد والمتعلق بجنسية الطرفين أو موطنهما المشترك[٧].ولخصوصية الأحوال الشخصية لتعلقها بحالة الشخص وعلاقته بأسرته من جانب وتعلقها بالنظام العام من جانب آخر ، فقد اختلفت آراء الفقهاء وموقف التشريعات المحلية لكل دولة في تحديد ضابط الإسناد ومن ثم القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية لعدة اعتبارات متعلقة لمصلحة الفرد ومصلحة الدولة في الوقت ذاته ، فأغلب الدول اللاتينية ومن بينها العراق يأخذ بضابط الجنسية ، أمّا الدول الانكلوسكسونية تأخذ بضابط الموطن ، ومنها إنكلترا[٨]. فقد انقسم الموقف من ضابط الإسناد في الأحوال الشخصية إلى فريقين : الفريق الأول يدعو إلى إسناد الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية ، والفريق الآخر يدعو إلى إسناد الأحوال الشخصية إلى قانون الموطن ، ولكل منهما مبرراته وحججه الخاصة به والتي سنتناولها بالتفصيل .ومبررات انصار الأخذ بضباط الجنسية في الأحوال الشخصية : ان انصار قانون الجنسية يستندون إلى أنّ هذا القانون هو قانون الوسط الاجتماعي للشخص ، وهو يعتبر اصلح من غيره لحل التنازع المتعلق بأحواله الشخصية لأنه قانون البيئة التي ينتمي إليها الفرد والذي يلائم مزاجه وأخلاقه والمظاهر القانونية لشخصه والتي تتعلق بحياته العائلية ولأن القوانين المتعلقة بحالة الفرد وأهليته تهدف إلى حماية الفرد والعائلة ، ولا يتحقق هذا الهدف إلا بتغليب صفة الاستمرار على العموم وذلك بإعطاء هذه القوانين تطبيقاً خارج إقليم الدولة التي شرعتها[٩].وبرر الفقيه (باتيفول) إلى أنّ الأخذ بضابط الجنسية الذي هو بالقانون الشخصي الذي يتبع الشخص بصفة مستمرة وان رابطة الجنسية من الصعوبة تغيرها بسهولة على العكس من رابطة الموطن فإن سهولة تغير هذا الأخير يجعل من الصعوبة بمكان تحديده وهذا نادر الحصول في الجنسية فمن الضروري ثبات واستقرار الأحوال الشخصية من خلال اخضاعها لضابط يتصف بالثبات والاستقرار ألا وهو ضابط

الجنسية لا ضابط الموطن بوصفه ضابط مؤقت وخاضع لارادة الفرد واختياره[١٠]فضلاً عن أن قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته هو أولى القوانين بحكم المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ، فالدولة تضع قوانين الأحوال الشخصية لرعاياها دون سواهم من الأجانب وتطبيق هذه القوانين على رعاياهم أينما وجدوا فلا تطبق عليهم هذه القوانين اذا لم تربطهم بالدولة برابطة الجنسية ، وهذه الدولة المانحة لجنسيتها للأفراد الذين ينتمون اليها بجنسيتها توفر لهم الحماية القانونية خارج الدولة من خلال الممثلين الدبلوماسيين بواسطة السفارة أو القنصلية ، فالدولة وحدها تضع قوانين الأحوال الشخصية لرعاياها دون الأجانب ، وهذه الحماية لا توفرها رابطة الموطن أو ضابط الموطن لاسيما في مسائل الأحوال الشخصية ، وأن الأخذ بقانون الجنسية يغرس في نفوس رعايا الدولة التي يتبعونها بجنسيتهم الشعور بقوميتهم ويجعلهم يتعلقون بوطنهم الذي يحكمون بقانونه في مسائلهم الشخصية أينما ذهبوا ، ومن ثم فإن التحقق من انتماء الشخص إلى دولة معينة هو امر ليس بالعسير بخلاف الموطن الذي من السهل على الشخص تغييره ، ويترتب على هذه الحقيقة نتيجة هامة ، إذا كان تغيير الفرد لموطنه اكثر سهولة من الجنسية ، فيكون من الأفضل الأخذ بضابط الجنسية ، دون ضابط الموطن[١١]إلاّ أن البعض الآخر من الفقهاء أيّد الأخذ بضابط الموطن دون ضابط الجنسية مبرراً في ذلك لعدة اعتبارات لعل من ابرزها أن تطبيق قانون الموطن فيه مصلحة للفرد وللغير والدولة كونه يمكن الفرد بالعلم المسبق بالقانون الذي يحكم تصرفاته القانونية هو قانون المكان الذي يقيم أو يتوطن فيه أو يمارس أعماله فيه ، كما ان اعتماد قانون الموطن فيه وحده القانون الواجب التطبيق على علاقات الأحوال الشخصية التي أطرافها وطنيين أم أجانب أم علاقات مختلطة من وطنيين وأجانب ، فالقاضي المعروض عليه النزاع يطبق قانون واحد عليهم وهو قانون موطنهم ، وهذا ما يقلل من العقبات التي تواجه القاضي عند بحثه عن القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليه ، وكذلك يسهل عليه الوقت والجهد في البحث عن قانون آخر مثل قانون الجنسية ، فإن القاضي هنا سيطبق قانون الموطن للمتنازعين سواء اتحد موطنهم أم اختلف [١٢]ونلاحظ إن عدد قليل من الدول التي أخذت بضابط الموطن ومنها دول الانكلوسكسونية ، ومنها (بريطانيا وأمريكا وإيرلندا والدنمارك، وبعض دول أمريكا اللاتينية) ، التي أعطت الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية لقانون الموطن اي قانون الدولة التي يتخذها الشخص موطناً له ، وهو مقر أعماله بحسب التصور الحكمي للموطن على أساس أن التقليد التاريخي والعرفي الجاري في هذه الدول على تقديس علاقة الإنسان بالأرض[١٣]وإن الاتجاه الحديث في هذه الدول وحتى في اغلب الدول الأوربية يذهب نحو الأخذ بضابط الموطن كضابط للإسناد في مسائل الأحوال الشخصية ، وهو امر ثابت في الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٦ الخاصة بنفقة الإولاد إذا اعتمدت على محل إقامة الولد الصغير كضابط إسناد[١٤]كذلك يبرروا انصار ضابط الموطن إلى أن مصلحة العائلة تقضي ضرورة توحيد القانون الذي يحكم أحوالهم الشخصية ، ومن السهل توحيد موطن الأسرة وصعوبة توحيد الجنسية ، وان موطن الشخص هو مركز مصالحه ومقره القانوني ، وهو المكان الذي يباشر فيه حقوقه ومصالحه والأكثر ارتباطاً به ، وذهبوا انصار هذا الرأي إلى أن قانون الموطن في الغالب هو قانون القاضي المعروض أمامه النزاع فإن تطبيق قانون الموطن اسهل على القاضي من قانون الجنسية الذي قد يُخطئ القاضي في تفسيره وتحديده ، ولاسيما اذا كان طرفي النزاع من جنسيات مختلفة ، وان تطبيق قانون الموطن يؤدي إلى المحافظة على حقوق المواطنين الذين يتعاملون مع الأجانب المستوطنين معهم أو المقيمين معهم ، فهو يحقق مصلحة الغير من خلال أن الغير المتعامل مع المستوطن يجد نفسه أمام ظاهرة مادية هي علاقة الموطن ، فإذا كان على علم مسبق بأن العلاقة بينهما يحكمها قانون الموطن على بينة من الأمر . يتعامل معه وفق قواعد هذا القانون الذي يمكن أن يعرف أحكامه بخلاف قانون الجنسية الذي يترتب على تطبيقه الوقوع في خطأ التكييف ، فإذا كان من السهل تطبيق قانون الجنسية في الدول التي تتوحد فيها القوانين فإنه من الصعب تطبيقه على الدول المتعددة الشرائع أو الدول التي لم تقنن قوانينها كإنكلترا مثلاً [١٥]وإنّ القول بأن إمكانية تغيير رابطة الموطن بسهولة ويسر من قبل انصار رابطة الجنسية رد انصار الموطن على هذه الحجة بأنه ليس صحيح تغيير رابطة الموطن بسهولة ، إذ أن الموطن لا يخضع في تغييره لسلطان الإرادة وحدها ، كما وإن تحديد هذا الموطن في جميع الأحوال ليس امر عسيراً ، بل العكس فإنه من اليسير التعرف على الموطن وتحديده[١٦]ونستخلص مما تقدم من حجج ومبررات انصار ضابطي (الموطن والجنسية) إلى أن القول بسهولة تغيير الموطن وصعوبة تحديده يرتبان نتيجة خطيرة هي عدم ثبات القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية للفرد وصعوبة التعرف عليها ، لذلك لابد من إعطاء الاختصاص في الأحوال الشخصية لقانون الجنسية لتحقيق الاستقرار في العلاقات العائلية ، فضلاً عن ان تبني الدول احد هذين الضابطين (الموطن والجنسية) . في حكم الأحوال الشخصية يتوقف على الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية لكل دولة ، ولاسيما إنْ كانت الدولة مصدرة للسكان أم مستوردة لهم ونلاحظ إنّ مشرعنا العراقي قد اخذ بضابط الجنسية واخضع الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية لا لقانون الموطن، ومن خلال الرجوع إلى النصوص القانونية الواردة في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ نجد النصوص الخاصة بتنازع القوانين ، قد نصت على (قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته) ، وهذا دليل على أن مشرعنا العراقي قد أيد الأخذ بضابط الجنسية دون ضابط

الموطن للحجج التي ساقها مؤيدي فكرة الجنسية [١٧]لذلك يعد ضابط الجنسية التي يستند إليها الأحوال الشخصية هو الأفضل لحكم جميع المسائل التي تدخل تحت عنوان الأحوال الشخصية حتى يظل رعاياها مرتبطين بها وهم في الخارج لتحقيق الاستقرار والثبات في العلاقات العائلية والتي يؤكد عليها مشرعي اغلب الدول التي تأخذ بضابط الجنسية .

المبحث الثاني إشكاليات تطبيق قواعد تنازع القوانين في الأحوال الشخصية

اسند مشروعنا العراقي لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية على ضابط الجنسية ، وذلك لاعتبارات أن هذا الأخير يوفر اكبر قدر ممكن من الحماية للفرد العراقي وللنظام العام ، طبقاً لمتطلبات الدولة ، إلاّ أن تطبق قانون الجنسية على الأحوال الشخصية على الرغم من مزاياه ، ولاسيما في العراق ، قد يتعرض للإشكاليات تمس الفرد نفسه صاحب العلاقة موضوع النزاع ، مما يجعل الصعوبة في كيفية الوصول إلى القانون الواجب التطبيق بين القوانين المتنازعة مما يتطلب البحث عن قاعدة إسناد تضع الحل المناسب ، وكذلك إشكالية كون القاضي الوطني يطبق في هذه الحالة القواعد الموضوعية في قانونه، مع ملاحظة أن تطبيق هذه القواعد يكون على سبيل الاستثناء مما يتطلب استبعاد القانون الأجنبي في الأحوال التي يكون فيها القانون الأجنبي مخالف للنظام العام في دولة القاضي ، على الرغم من اختصاصه ، وكل هذه الإشكاليات سنتناولها في مطلبين ، نتناول في المطلب الأول : إشكاليات تطبيق قانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية ، وفي المطلب الثاني : إشكاليات تطبيق القانون الأجنبي .

المطلب الأول إشكاليات تطبيق قانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية

لعل من أبرز الإشكاليات التي قد تواجه القاضي ولاسيما في العراق عند تطبيق قاعدة تنازع القوانين المختصة ، وهي قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيتهِ في مسائل الأحوال الشخصية والتي حددها المشرع العراقي في القانون المدني العراقي فعند تطبيقها من قبل القاضي قد يجد من الصعوبة بمكان معرفة قانون الجنسية المختصة لحل التنازع القائم بشأن مسألة من مسائل الأحوال الشخصية (الزواج ، الطلاق ، الميراث ، النفقة ، النسب ... الخ)بسبب تعدد الجنسيات أو انعدامها أو بسبب تغييرها ، لاسيما اذا كان ضابط الإسناد التي تتحدد على أساسها قاعدة الإسناد هو ضابط الجنسية ، مما يتطلب إيجاد الحلول المناسبة لمثل هذه الصعوبات مما يسهل على القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق .

أولاً– حالة تعدد الجنسيات (ازدواج الجنسية) يكون ازدواج الجنسيات عندما يجد القاضي نفسه أمام نزاع يكون أطرافه متمتعين بصفة قانونية لجنسية دولتان أو أكثر ، بمعنى آخر أنْ يكون الأطراف أي أطراف العلاقة ذات جنسيات متعددة ويكون ضابط الإسناد الذي يتحدد من خلاله القانون الواجب التطبيق هو جنسية الأطراف[١٨]. وهذا الأمر يثير تساؤلات عدة ، وهي ما الحل لو كانت جنسية دولة القاضي المرفوع أمامه النزاع من بين الجنسيات المتنازع عليها ؟ والسؤال الآخر المخالف للسؤال السابق ، ما الحل لو كانت جنسية دولة القاضي ليست من بين الجنسيات المتنازع عليها للجواب على السؤال الأول ، اذا كانت جنسية دولة القاضي المعروض أمامه النزاع من الجنسيات المتنازع عليها ، فالقاضي في هذه الحالة لا يواجه أية صعوبة ، فالعبرة بجنسية دولة القاضي ، يلتزم القاضي هنا بتغليب جنسيته وإعطاء الاختصاص لقانونه ؛ لأن الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة ، ولا يجوز للقاضي أن يطبق قانوناً أجنبياً بدلاً من قانونه[١٩]وقد اخذ المشرع العراقي بهذا الحل في المادة (٢/٣٣) من القانون المدني العراقي والذي يؤكد على القاضي العراقي ضرورة تفضيل الجنسية العراقية ، وهي جنسية القاضي العراقي على الجنسيات الأخرى المتنازعة ، ومن ثم الأخذ بالقانون العراقي في كل الأحوال التي يعطي فيها الاختصاص لقانون الجنسية ، كلما كانت الجنسية العراقية احدى الجنسيات التي يتمتع بها الشخص المراد تحديد أحواله الشخصية[٢٠]فنص المادة ٢/٣٣ السالفة الذكر لم يقصد بها المشرع العراقي تفضيل قانون الجنسية العراقية على قانون الجنسية الأجنبية ؛ لأنّ التوصل إلى هذه النتيجة يتم حتى في حالة عدم وجود مثل هذا النص ، وذلك بمقتضى القواعد العامة التي لا تجيز للقانون العام الأجنبي أن ينافس ويزاحم قانون عام وطنياً وتظهر أهمية هذه المادة بوصفها قاعدة تحدد ظرفاً من ظروف الإسناد لا قاعدة لحل التنازع بين قوانين الجنسية[٢١]أما الجواب على السؤال الآخر هو اذا كانت الجنسيات المتنازعة لم يكن من بينها جنسية دولة القاضي المعروض أمامه النزاع ، يكون بإيجاد حل لهذه المشكلة من خلال ترجيح الجنسية الفعلية والحقيقية التي يكشف عنها القاضي من خلال الظروف والوقائع . أن الشخص كان اكثر ارتباطاً بها ، أي الجنسية الفعلية ، وهي الجنسية التي يرتبط بها اكثر من غيرها ، والتي ترتبط بجميع جوانب حياته بحيث تكون لها الأفضلية على غيرها من الجنسيات ، ومن هذه الظروف والوقائع التي تؤكد ارتباطه بجنسية تلك الدولة قد يكون موطنه المعتاد في جنسية تلك الدولة ، اللغة التي يتكلم بها ، المكان الذي يمارس فيه نشاطاته الاقتصادية ووظيفته الخاصة به ، أو توليه منصب سياسي في جنسية تلك الدولة المتنازع عليها أو قد يكون البلد الذي أدى خدمة العلم فيه ، ودفع الضرائب أو ممارسة حقوقه السياسية ، مثل حق الانتخاب والترشيح أو تملك العقارات في تلك الدولة ، وكون عائلة فيها كل هذه الظروف والوقائع تدلل كون الشخص يرتبط بهذه الدولة برابطة الجنسية الفعلية، والحقيقية التي

يرجحها القاضي على غيرها من الجنسيات الأخرى[٢٢]وقد اخذ بهذا الحل اغلب التشريعات الداخلية للدول، ومن بينها العراق على أساس أن مسألة تعدد الجنسيات هي مسألة واقع وليس قانون ، وذلك في نص المادة (١/٣٣) من القانون المدني العراقي ، والتي خولت للقاضي العراقي حق تعيين القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد ، ولم تكن الجنسية العراقية من بينها بقولها تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت آخر[٢٣].

أما على مستوى الصعيد الدولي فيؤكد الأخذ بفكرة الجنسية الفعلية والحقيقية لحل مشكلة متعدد الجنسيات موضوع النزاع المعروض أمام القاضي وليست من بين هذه الجنسيات جنسية دولة القاضي ، فنجد المحاكم الدولية قد أخذت بالجنسية الفعلية لحل مشكلة تعدد الجنسيات من خلال ظروف وواقع الحال كالموطن ومحل الإقامة الاعتيادية ، أداء الخدمة العسكرية ... الخ ، ومنها محكمة التحكيم الدائمة لاهاي عام ١٩١٢ في قضية (CANIVARO) [٢٤].وكذلك قضية (روفائيل) بين بيرو وإيطاليا ، والحل الذي عملت به محكمة العدل الدولية في قضية (نوتبوهم) في حكمها الذي صدر عام ١٩٥٥[٢٥].

ثانياً– حالة انعدام الجنسيات :يعد انعدام الجنسية أو اللاجنسية مشكلة تواجه القاضي لغرض تحديد قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية لإحدى الأطراف موضوع النزاع ، مما يتطلب البحث عن ضابط إسنادي يرشد القاضي إلى قاعدة التنازع المطبقة على الأحوال الشخصية والتساؤل هنا ما الحل الذي يلجأ إليه القاضي عندما يكون المطلوب تحديد جنسيته يقع بلا جنسية أو ما يسمى " عديم الجنسية" أي كون الشخص لا يتمتع بجنسية من الجنسيات فهو شخص بلا وطن ، ويكون نظامه القانوني مجهول ويشبه البعض هذا الشخص كسفينة تمضي في عرض البحر بلا علم[٢٦]إلاّ أن الفقه والقضاء والتشريع يأخذ بحل هذه الإشكاليات من خلال الاعتماد على ضابط إسناد احتياطي في حالة انعدام الضابط الأصلي وهو الموطن ، وهو ضابط بديل واحتياطي عن ضابط الجنسية، فلا يلجأ القاضي إلى هذا الحل إلاّ في الأحوال التي تنعدم فيها ضابط الجنسية في الأحوال الشخصية ، فإذا لم يكن له موطن فيلجأ إلى قانون محل الإقامة[٢٧]وقد اكد على هذا الحل المشرع العراقي في نص المادة (١/٣٣) في القانون المدني العراقي ، عندما أعطى الخيار للمحكمة في حالة كون الشخص لا تُعرف له جنسية[٢٨]فالمشرع العراقي بموجب هذا النص قد أعطى للقاضي سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على الأشخاص الذين ليست لهم جنسية دولة معينة يمكن تطبيقه على أحوالهم الشخصية ، فالأمر هنا متروك لقاضي الموضوع وسلطته هذه تأتي على سبيل التدريج فيطبق أولاً قانون الموطن فإن لم يوجد له موطن يطبق قانون محل الإقامة إلاّ أن مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق والتي حلت بموجب قانون (الموطن أو محل الإقامة) لم تنتهِ إلى هذا الحد فقد يواجه القاضي أيضاً مشكلة كون الشخص عديم الجنسية المطلوب تحديد القانون الواجب التطبيق على أحواله الشخصية تعذر معرفة موطنه أو محل إقامته ، ما الحل في هذه الحالة ؟ ، استقر العرف الدولي على أن يطبق القاضي في هذه الحالة قانونه أي (قانون القاضي المعروض أمامه النزاع)، في الأحوال الشخصية لعديم الجنسية في حالة انعدام الموطن أو محل الإقامة كون هذا القانون هو صاحب الاختصاص الاحتياطي في الأحوال التي ينعدم فيها القانون[٢٩]وبناءً على ما تقدم للقاضي هنا ثلاث قوانين يتدرج فيها وهي (قانون الموطن ، قانون محل الإقامة ، قانون القاضي) التي يمكن أن يطبق إحداهن في حالة عدم وجود الأخرى على حالة عديم الجنسية على مسائل الأحوال الشخصية ، فالأمر كله للقاضي هو صاحب السلطة التقديرية في تحديد القانون الواجب التطبيق والوصل إلى الحل المناسب للشخص عديم الجنسية ، كون أن الضابط الأصيل (الجنسية) منعدم .

ثالثاً– تغيير الجنسية :يعد تغيير الجنسية هي أيضاً من المشكلات أو الإشكالات تطبيق قانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية إذا ما حصل تغيير في جنسية احدى طرفي النزاع المطلوب تحديد قانون جنسيته حيث يحصل على جنسية جديدة فيكون أمام القاضي في هذه الحالة قانون جنسية جديد وقانون جنسية قديم ، فما هو موقف القاضي في هذه الحالة هل سيمارس سلطته التقديرية أم يجري المفاضلة بين القانونين .ونظراً لكون ضابط الجنسية قابل للتغيير فإنه يثير مشكلة التنازع المتحرك أو المتغير [٣٠]. ويشترط لقيام هذا النوع من التنازع في شرطين ، هما : وجود فاصل زمني بين نشأة الحالة القانونية المتضمنة عنصر أجنبي ، والمنازعة فيها أمام القضاء من جهة ، ومن جهة أخرى قدرة الإرادة على تغيير ضابط الإسناد تغييراً طبيعياً يسمح بتعاقب قانون الجنسية القديمة وقانون الجنسية الجديدة ، مما يؤدي إلى تضارب الحقوق المكتسبة في قانوني كلا الدولتين ، وتثير إشكالية التنازع المتحرك اهتماماً اكثر في مادة الأحوال الشخصية مقارنة بباقي المواضيع بالنظر إلى مختلف المعطيات المتعلقة بها وكما يفترض الحفاظ على بعض المصالح وفق المتطلبات المختلفة ، لذا عند قيام شخص بتغيير جنسيته بين وقت نشوء العلاقة القانونية ووقت رفع النزاع بشأنها أمام القضاء ، فهل يأخذ بقانون الجنسية القديم أم الجديد؟ تتجه اغلب التشريعات القانونية ومنها العراق ، فيما يتعلق بالتنازع المتحرك المتغير إلى احترام الحقوق المكتسبة من قبل الأفراد حيث يتم تطبيق القانون الجديد وبشكل فوري على الآثار المستقبلية

للعلاقات القانونية مع بقاء خضوع انعقاد التصرفات القانونية ، وصحتها والآثار المترتبة عليها للقانون القديم[٣١].ومما تقدم نلاحظ إن مشرعنا العراقي لم ينص على حل صريح للتنازع المتحرك المتغير ، إلاّ أنّه أورد حلول معينة في بعض النصوص تبين الوقت الذي يجب الاعتداد به لتحديد القانون الواجب التطبيق[٣٢] .

المطلب الثاني إشكاليات تطبيق القانون الأجنبي على مسائل الأحوال الشخصية

قد يواجه القاضي العراقي عند تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد على مسائل الأحوال الشخصية إشكاليات تتعلق بالقانون الأجنبي على الرغم من اختصاصه في حكم المسائل الخاصة بالأحوال الشخصية ، مما يتطلب على القاضي ان يلجأ إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي ، لاسيما في الأحوال التي يكون فيها القانون الأجنبي مخالف للنظام العام في دولة القاضي ، مما يضطر القاضي العراقي إلى استبعاده لما يتمتع به القاضي هنا من سلطة تقديرية واسعة في تقرير مخالفة القانون الأجنبي لقانون دولة القاضي من عدمه ، وهذا ما أكدته المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي ، والتي تمنع تطبيق القانون الأجنبي المختص اذا كانت أحكامه تتعارض مع فكرة النظام العام[٣٣]مثال ذلك ، ففي الميراث الذي يعد من مسائل الأحوال الشخصية يتدخل فيه فكرة النظام العام ، كمانع يحول دون تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي يفرضه الوارث للمتبني التي لا يمكن قبولها في الدول التي يرفض قانونها التبني ولا يرتب عليه الميراث كالعراق وهذا ما يؤكد عليه المشرع العراقي عبر حمايته للأحوال الشخصية عن طريق إخضاعها لمعطيات مختلفة لاسيما ذات الطابع الديني ، فقد يبيح القانون الأجنبي الواجب التطبيق الزواج بين مختلفي الدين كما لو سمح بزواج المسيحي من المسلمة ، في حين يحظر مثل هكذا زواج في دولة قاضي النزاع وهو موقف اكثر الدول التي تتبع مبادئ الشريعة الإسلامية المتعلقة بالزواج ومنها العراق، فالحماية هذه تتمثل من خلال اعتبار مثل هذا الزواج مخالف للنظام العام في العراق فيستبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص فإذا ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون أجنبي ليطبق على مسائل الأحوال الشخصية المشوبة بعنصر أجنبي ، فهذا لا يعني أن القاضي العراقي على سبيل المثال ، ملزم بتطبيق هذا القانون ، وإنما ينبغي أن يقوم القاضي هنا من التأكد بكون هذا القانون الأجنبي ، هو القانون المختص بحكم مسائل الأحوال الشخصية لا يتعارض مع المبادئ الأساسية والأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان مجتمع القاضي المعروض أمامه النزاع ، فإذا ما وجد تعارضه مع الأفكار السائدة في مجتمعه ، ومخالف للنظام العام في دولة القاضي – عليه استبعاد هذا القانون حتى ولو كان هذا القانون هو الواجب التطبيق ، والذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية في دولة القاضي ، ان يحافظ على الأسس الجوهرية والمفاهيم الاجتماعية والدينية ، وهذا الاستبعاد لا يلجأ إليه القاضي إلاّ على سبيل الاستثناء ، ويعد وسيلة علاجية يلجأ إليها القاضي كعلاج احتياطي في مواجهة القانون الأجنبي[٣٤].وقد أشار القانون المدني العراقي على هذا الاستثناء في نص المادة (٣٢) حيث اكتفى المشرع المدني العراقي بموجب هذا النص على استبعاد القانون الأجنبي على الرغم من اختصاصه ، إذا كان يتعارض مع النظام العام في العراق وأعطى للقاضي صلاحية تحديد ما اذا كان هذا القانون مخالف للنظام العام من عدمه[٣٥].لكن السؤال هنا ما هو الحل لو أن القاضي العراقي استبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية لمخالفته للنظام العام في العراق والمتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ؟ هل القاضي سيترك العلاقة القانونية موضوع النزاع بدون قانون يحكمها أم يبحث عن قانون آخر ملائم يحل محل القانون المستبعد لحكم مسائل الأحوال الشخصية ، أم يعدل بالقانون الأجنبي بما يلائم مع المبادئ والأسس التي يقوم عليها مجتمعه؟وللجواب على كل هذه التساؤلات يكون بموقف الفقة الذي انشق إلى قسمين في أن استبعاد القانون الأجنبي في سائر الأحوال الشخصية هو اثر سلبي لمخالفته للنظام العام ، ويرى انصار الرأي الأول أن استبعاد القانون الأجنبي المخالف لا يكفي دون إحلال قانون بديل عنه ، ودليلهم على ذلك بالحالة التي يجيز فيها القانون الأجنبي نشوء علاقة لا يسمح بها قانون القاضي وعليه يجب استبعاد هذا القانون الأجنبي ، وهذه الحالة دون الحاجة إلى إحلال قانون بدلاً عنه[٣٦].

وقد انتقد هذا الرأي من قبل انصار الرأي الثاني واعتبروا ان الرأي الأول غير جدير بالتأييد لوجود ارتباط وتلازم بين الأثر الإيجابي والسلبي للنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية ، فإن استبعاد القانون الأجنبي دون إحلال قانون آخر يحل محله يحدث فراغ قانوني ويجب سده من خلال البحث عن قانون بديل يحكم النزاع ، وقد يحدث الأثر الإيجابي بحلول قانون محل القانون الأجنبي المستبعد بشكل صريح أو ضمني فلا يترك النزاع بدون قانون يحكمه[٣٧] . وان المشكلة لم تنتهِ إلى هذا الحد ، نظراً لحساسية موضوع الأحوال الشخصية وتعلقها بالنظام العام فالترابط بين استبعاد القانون الأجنبي وإحلال قانون بديل عنه ، وهي نتيجة حتمية للدفع بالنظام العام ، فالقاضي يواجه مشكلة عند الاستبعاد القانون الأجنبي المختص وإحلال قانون آخر يملأ الفراغ القانوني نتيجة الاستبعاد ، فما هو القانون الذي سيحل محل القانون المستبعد لغرض حكم مسائل الأحوال الشخصية ، ولسد النقص التشريعي ولحل هذه المشكلة على الرغم من الخلاف الكبير في الفقه والقضاء بصدده، إلاّ أن الحل الذي استقر عليه اغلب الفقه هو أن إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام يعتبر افضل الحلول كونه يعد اكثر الحلول ملائمة لعدة

مبررات لعل أهمها ، إن القاضي الوطني هو اعرف الناس بقانون دولته فيتجنب بذلك كافة الصعوبات التي قد تعترض طريقه عند تطبيق القانون الأجنبي ، ويحقق إحلال قانون القاضي مكان القانون المستبعد اكبر قدر من الحماية والمحافظة على المبادئ الجوهرية لقانونه الوطني ، وهذا الحل يتماشى مع طبيعة وفكرة النظام العام باعتبارها فكرة وطنية ، فضلاً عن انه صاحب اختصاص احتياطي عام[٣٨]، ولغرض الأخذ بهذا الحل يشترط تحقيق شرطين أساسيين هما : وجود قانون مختصاً بموجب قاعدة الإسناد في دولة القاضي ، وكذلك شرط توفر نص ملائم لطبيعة المسألة المعروضة في قانون القاضي[٣٩].

الخاتمة

يتضح مما تقدم إن مسائل الأحوال الشخصية من المسائل المهمة والحساسة نظراً لارتباطها بالوضع القانوني للشخص بصفته الخاصة ، وبعلاقة بأسرته التي قد يشوبها عنصر أجنبي وتكون موضوع تنازع بين القوانين لذلك توصلنا إلى نتائج معينة من خلال دراستنا لعل ابرزها :

١- اختلاف مواقف الدول من المسائل التي تدخل ضمن الأحوال الشخصية فبعض الدول يقتصر هذا المصطلح على الحالة والأهلية في حين البعض الآخر يوسع في نطاقه ، حيث يشمل الوصية والميراث والنسب والنفقة وهذا الموقف اخذ به مشرعنا العراقي .

٢- يرجع سبب ظهور تنازع بين القوانين في مسائل الأحوال الشخصية ، عندما سمح المشرع الوطني في العراق ، تطبيق القوانين الأجنبية إلى جانب القانون العراقي في مسائل الأحوال الشخصية للضرورات العملية تفرض عليها تلبية حاجة المعاملات الدولية ، واختلاف النظم القانونية بين دولة وأخرى ، ومنها ما يعتبر بعض المسائل تدخل ضمن الأحوال الشخصية والبعض الآخر ينفي اعتبارها من الأحوال الشخصية مما قد يثير صعوبات امام القاضي فيلجأ القاضي هنا بحل هذه الإشكاليات من خلال البحث عن قاعدة إسناد ملائمة لحكم مسائل الأحوال الشخصية والتي تكون الأصلح لأطراف النزاع .

٣- اختلاف التشريعات في اعتماد ضابط الإسناد المتعلق بتنازع القوانين مسائل الأحوال الشخصية ، وفق ما يتلائم مع الاعتبارات التي تعتمدها الدول بما يناسب مصلحتها كدولة ومصلحة الأفراد في أن واحد فنجد بعضها أخذ بضابط الموطن والآخر اخذ بضابط الجنسية وان مشرعنا العراقي اخذ بضابط الجنسية لكونه يحقق الثبات والاستقرار في معاملات الأفراد في مسائل الأحوال الشخصية .

٤- إنّ تطبيق ضابط الجنسية الذي أخذ به مشرعنا العراقي يثير الكثير من المشكلات والصعوبات أمام القاضي مما يتوجب على هذا الأخير البحث عن الحلول المناسبة ؛ لأن هذه المشكلات قد تؤدي إلى ضياع حقوق الأفراد التابعين لدول أخرى لعدم الاعتراف لهم بحقوقهم المكتسبة التي حصلوا عليها في ظل قانون جنسيتهم ، وكل هذا يعود إلى اختلاف تشريعات الدول المتعلقة بحل تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية .

٥- ظهور مشكلة أمام القاضي العراقي عندما يكون القانون الأجنبي هو القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية في قانون القاضي وهو القانون المختص مخالف للنظام العام في العراق فما على القاضي العراقي هنا إلا استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص المخالف للنظام العام في العراق وإحلال قانون آخر محله لحكم النزاع وتحديد القاعدة المناسبة لمسائل الأحوال الشخصية موضوع النزاع لسد الفراغ التشريعي الذي يشوب العلاقة القانونية .

التوصيات :

١- العمل على إبرام اتفاقيات دولية للتعاون القضائي الدولي في مجال تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية ، لغرض تسهيل حل تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية من خلال ما تتضمنه مثل هذه الاتفاقيات من قواعد اسناد معينة تضع الحلول الملائمة لمثل هذه المنازعات

٢- تبني قواعد إسناد موحدة ، ولاسيما في الدول التي تطبق مبادئ الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية ، ليسهل على القاضي المعروض امامه النزاع فض منازعات الاحوال الشخصية بشكل اسهل واسرع مما يؤدي إلى اطمئنان أطراف النزاع حول معرفة قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق على أحواله الشخصية موضوع النزاع ، ويحقق التوافق بين قواعد تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي الخاص .

٣- وضع نص صريح في القانون المدني العراقي أو قانون الأحوال الشخصية العراقي يوضح مفهوم محدد أو تعريف صريح لفكرة الأحوال الشخصية دون الاكتفاء بتحديد الموضوعات التي تعد من مسائل الأحوال الشخصية .

٤- إيراد نص صريح في القانون المدني العراقي يحدد فيه قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية في حالة تغيير الجنسية التي تعد من المشكلات التي تواجه القاضي بالنسبة لضباط الجنسية أو ما يسمى بالتنازع المتحرك أو المتغير دون الاكتفاء بالنصوص التي تبين تحديد الوقت الذي تطبق فيه قاعدة الإسناد .

٥- تعديل نص المادة (٣٢) من القانون العراقي التي تشير إلى الأثر السلبي للنظام العام أي أشارت إلى استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في العراق دون الأثر الإيجابي والمتمثلة بإحلال قانون آخر يحل محل القانون الأجنبي المستبعد، أي إضافة الأثر الإيجابي إلى الأثر السلبي.

المصادر

١- احمد علي الخطيب ود. احمد الكبيسي ، ود. محمد عباس السامرائي ، قانون الأحوال الشخصية ، بغداد ، ١٩٨٠ .

٢- د. احمد مسلم ، القانون الدولي الخاص المقارن (مصر ولبنان) ، بيروت ، ١٩٥٦.

٣- د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، القاهرة ، ١٩٥٩ .

٤- د. حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني – دراسة مقارنة) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ٢٠٠٥ .

٥- د. خليل إبراهيم محمد خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين (دراسة تحليلية مقارنة) ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠١٥ .

٦- د. عامر محمد الكسواني ، تنازع القوانين –موسوعة القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ٢٠١٠

٧- د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ دراسة مقارنة في نطاق القانون الدولي الخاص ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢.

٨- د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، القانون الدولي الخاص ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٥ .

٩- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، نطاق تطبيق قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية وإشكاليات اعتماد معيار الجنسية ، الأردن ، ٢٠٠١ .

١٠-د. عبدة جميل غصوب ، دروس في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت ، ٢٠٠٨ .

١١-د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص – الجنسية والموطن مركز الأجانب ، ج١ ، ط١ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٦.

١٢-د. عكاشة محمد عبد العال ، أحكام الجنسية اللبنانية ومركز الأجانب ، ج١ ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٩.

١٣-د. علي سليمان ، محاضرات في القانون الدولي الخاص ، ط٤ ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ١٩٩٣ .

١٤-د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، ط١ ، عمان ، الأردن ، ١٩٩٦ .

١٥-د. غالب علي الداودي ، ود. حسن محمد الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، ج٢، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١ .

١٦-د. فؤاد عبد المنعم رياض ، مبادئ الجنسية في القانون المصري ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣.

١٧-د. منصور مصطفى منصور ، مذكرات في القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، ١٩٥٧ .

١٨-د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، منشأة المعارف ، مصر ، ١٩٧٤.

١٩-د. هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال ، القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨.

المجلات القانونية :

١- د. محمد صالح ، ملفي القضاة ، اثر النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق " دراسة مقارنة في القانون الأردني " ، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية ، المجلد ٢ ، العدد ٣ ، ٢٠٢١.

اتفاقيات الدولية :

١- اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ .

القوانين العراقية :

١- قانون الأحوال الشخصية للاجانب رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٣- قانون الأحوال الشخصية العراقية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .

المصادر الأجنبية:

1- Journal de dr international Parive, 1912 rev. Crit dr, international Privè, 1912 .

هوامش البحث

(١) د. احمد مسلم ، القانون الدولي الخاص المقارن (مصر ولبنان) ، بيروت ، ١٩٥٦ ، ص١٨٨ .

(٢) د. غالب علي الداودي ، ود. حسن محمد الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، ج٢ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص٨٢ .

(٣) د. حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني – دراسة مقارنة) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ٢٠٠٥ ، ص٨٧ .

(٤) د. احمد علي الخطيب ود. احمد الكبيسي ، ود. محمد عباس السامرائي ، قانون الأحوال الشخصية ، بغداد ، ١٩٨٠ ، ص٧ .

(٥) د. هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال ، القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص٢٥٢

(٦) نصت المادة (٢/١٣٠) على انه : " يعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث الأحكام المتعلقة بانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال محجوز ومال الوقف ...." .

(٧) د. خليل ابراهيم محمد خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين (دراسة تحليلية مقارنة) ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠١٥ ، ص٧٦-٧٧ .

(٨) د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، ط١ ، عمان ، الأردن ، ١٩٩٦ ، ص١٣١ .

(٩) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، القانون الدولي الخاص ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٥ ، ص٢٥٨ .

(١٠) د. منصور مصطفى منصور ، مذكرات في القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر ، ١٩٥٧ ، ص٨٥

(١١) د. هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال ، المصدر السابق ، ص٢٤٧ .

(١٢) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، نطاق تطبيق قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية وإشكاليات اعتماد معيار الجنسية ، الأردن ، ٢٠٠١ ، ص١٥ .

(١٣) د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص – الجنسية والموطن مركز الأجانب ، ج١ ، ط١١ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٦ ، ص٥٤٠ .

(١٤) د. عامر محمد الكسواني ، تنازع القوانين –موسوعة القانون الدولي الخاص ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ٢٠١٠ ، ص١٤٥ .

(١٥) د. علي سليمان ، محاضرات في القانون الدولي الخاص ، ط٤ ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ١٩٩٣ ، ص٥٧ .

(١٦) د. غالب علي الداودي ، ود. حسن الهداوي ، المصدر السابق ، ص٨٣ .

(١٧) النصوص ، هي المادة (١٨) والتي نصتت على أنه " الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته" . المادة (٢٠) والتي نصت على انه " المسائل الخاصة بالوصايا والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها " . المادة (٢١) التي نصت على انه : " الالتزام بالنفقة يسري عليها قانون المدين بها " .

(١٨) د. عكاشة محمد عبد العال ، أحكام الجنسية اللبنانية ومركز الأجانب ، ج١ ، دار الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٩ ، ص١٧٠ .

(١٩) د. فؤاد عبد المنعم رياض ، مبادئ الجنسية في القانون المصري ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص٥ .

(٢٠) نصت المادة ٢/٣٣ من القانون المدني العراقي على انه :" الأشخاص الذين ثبتت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة إلى دول أخرى أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه ".

(٢١) د. غالب علي الداودي ود. حسين الهداوي ، المصدر السابق ، ص٨٥ .

(٢٢) وهو ما أكدت عليه نص المادة (٥) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ والتي تنص على أن : " الشخص الذي يتمتع بأكثر من جنسية يجب ان يعامل في دولة الغير كما لو كان لا يتمتع إلاّ بواحدة فقط " .

(٢٣) نصت المادة (١/٣٣) مدني عراقي على انه : " تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد ".

(24) Journal de dr international Parive, 1912 rev. Crit dr, international Privè, 1912 , P. 331.

(٢٥) د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الجنسية العراقي رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ دراسة مقارنة في نطاق القانون الدولي الخاص ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص١٥٧ .

(٢٦) د. عبد الرسول الأسدي ، المصدر السابق ، ، ص٢٦٠ .

(٢٧) د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، القاهرة ، ١٩٥٩ ، ص٢٦٣ .

(٢٨) نصت المادة (١/٣٣) من القانون المدني العراقي على انه : " تعيين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية ...." .

(٢٩) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، منشأة المعارف ، مصر ، ١٩٧٤ ، ص٧٥٢ .

(٣٠) يقصد بالتنازع المتحرك أو المتغير هو " التنازع الذي ينشأ عن خضوع العلاقة لقانونين متتابعين بفعل انتشار عنصر التغيير في الزمان والمكان " كما يمكن تعريفه " بالتنازع الذي ينشأ بين قانونين متعاقبين صادرين عن مشرعين مختلفين لحكم موضوع واحد " ، ينظر: د. احمد مسلم ، القانون الدولي الخاص المقارن ، المصدر السابق ، ص٢١٤ .

(٣١) د. عز الدين عبد الله ، المصدر السابق ، ص٦٧ .

(٣٢) من هذه النصوص المادة (٣/٢/١٩) والمادة (١/٢٣) من القانون المدني العراقي .

(٣٣) نصت المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي على انه : " لا جوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في العراق " .

(٣٤) د. محمد صالح ، ملفي القضاة ، اثر النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق " دراسة مقارنة في القانون الأردني " ، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية ، المجلد ٢ ، العدد ٣ ، ٢٠٢١ ، ص٣٦ .

(٣٥) نصت المادة (٣٢) مدني عراقي على انه :" لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في العراق " .

(٣٦) د. عبدة جميل غصوب ، دروس في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص٢١٧ .

(٣٧) د. عكاشة عبد العال ، المصدر السابق ، ص٦٠٦ .

(٣٨) د. هشام علي صادق ، المصدر السابق ، ص٣٠٨ .

(٣٩) د. عكاشة عبد العال ، المصدر السابق ، ص٦٢٢ .