وزارة التعليم العالي والبحث
العلمي
جامعة النهرين
كلية الحقوق

تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط

رسالة تقدمت بها

علياء سليم جودي

إلى مجلس كلية الحقوق/ جامعة النهرين
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير
في القانون الخاص

بإشراف الأستاذ المساعد الدكتور

عبدالحميد محمود حسن السامرائي

١٤٣٢هـ بغداد ٢٠١١م

إقرار المشرف

أشهد أن إعداد هذه الرسالة الموسومة بـ (تأثير النظام العام على القانون الواجب التطبيق في الزواج المختلط) والمقدمة من قبل الطالبة (علياء سليم جودي) قد جرى تحت إشرافي في جامعة النهرين / كلية الحقوق / وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الدولي الخاص.

التوقيع:

المشرف: أ.م.د. عبد الحميد محمود حسن السامرائي

التاريخ: / / ٢٠١١

بناءً على التوصيات المقدّمة من المشرف أُرشح هذه الرسالة للمناقشة

التوقيع:

الاسم:

رئيس قسم

التاريخ: / / ٢٠١١

إقرار الخبير اللغوي

أَشُهد أنَّ إعداد هذه الرسالة الموسومة بـ(تـأثير النظـام العـام علـى القـانون الواجـب التطبيق فـي الـزواج المختلط)، والتي تقدمت بها الطالبة (علياء سـليم جـودي)، قد جرى تقويمها لغوياً وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الدولي الخاص.

وقد وجدتها صالحة من الناحية اللغوية

الخبير اللغوي

التوقيع:

الاسم:

التاريخ:

إقرار أعضاء لجنة مناقشة

نحن اعضاء لجنة المناقشة نشهد أننا قد اطلعنا على الرسالة الموسومة بـ(**تأثير النظام العام على القانون الواجب التطبيق في الزواج المختلط**) والمقدمة من قبل الطالبة (**علياء سليم جودي**) وناقشنا الطالب في محتوياتها وفيما له علاقة بها فوجدنا انها جديرة بالقبول لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص بتقدير ( )

التوقيع:
الاسم: أ.م.د. منصور حاتم منصور
(رئيساً)

التوقيع:
الاسم: أ.م.د. عبد الحميد محمود حسن السامرائي
(عضواً ومشرفا)

التوقيع:
الاسم: أ.م.د. حيدر أدهم الطائي
(عضواً)

التوقيع:
الاسم: أ.م.د. رعد مقداد الحمداني
(عضواً)

صادق مجلس كلية الحقوق / جامعة النهرين على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:
الاسم: أ.د. غازي فيصل
عميد كلية الحقوق
التاريخ : / / ٢٠١١

المحتويات

التفاصيل	الصفحة
الفصل الأول **مفهوم النظام العام وتأثيره في القانون الواجب التطبيق على شروط انعقاد الزواج المختلط**	
المبحث الأول : التعريف بالنظام العام وتمييزه عن غيره من القواعد	٦-٣٤
المطلب الأول : التعريف بالنظام العام	٧-١٢
المطلب الثاني : تمييز قواعد النظام العام عن ما يختلط به من قواعد أخرى	١٣-٣٤
الفرع الأول : تمييز قواعد النظام العام من القواعد ذات التطبيق المباشر:	١٣-٢٨
الفرع الثاني: تمييز قواعد النظام العام من القواعد الآمرة	٢٨-٣٤
المبحث الثاني : تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على شروط انعقاد الزواج المختلط	٣٥-٤٩
المطلب الأول : تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج المختلط	٣٥-٣٩
المطلب الثاني : تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج المختلط	٤٠-٤٩
الفرع الأول : تأثيره في القانون الواجب التطبيق على توثيق الزواج المختلط	٤١-٤٤
الفرع الثاني : تأثيره في القانون الواجب التطبيق على الإشهاد في الزواج المختلط	٤٤-٤٩
الفصل الثاني **تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المختلط وانتهائه**	
المبحث الأول : تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المختلط	٥١-٨٣
المطلب الأول: تأثير النظام العام على اكتساب جنسية في الزواج المختلط	٥٢-٧٠
الفرع الأول : أثر الزواج المختلط في جنسية الزوجين:	٥٢-٦٥

أ. أثره في جنسية الزوجة	٥٢-٦٢

ب. أثره في جنسية الزوج	٦٣-٦٥
الفرع الثاني: تأثير النظام العام في مفهوم الجنسية المكتسبة	٦٦-٧٠
المطلب الثاني : تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج المختلط	٧١-٨٣
الفرع الاول: تأثيره في القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزواج المختلط	٧١-٨٠
الفرع الثاني: تأثيره في القانون الواجب التطبيق على النفقة في الزواج المختلط	٨١-٨٣
المبحث الثاني : تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق عند انتهاء عقد الزواج المختلط	٨٤-٩٦
المطلب الأول: تأثيره في القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط الباطل	٨٥-٩٣
المطلب الثاني : تأثيره في القانون الواجب التطبيق على الطلاق والتفريق في الزواج المختلط	٩٣-٩٦
الخاتمة	٩٧-١٠٠
المصادر والمراجع	١٠١-١٠٩

الإهداء

إلى ...
التراب الطاهر
إلى ...
أرض الرافدين إليك يا عراق بلدي الغالي
إلى...
سراجي الذي أنار سبيلي أمي وأبي
إلى ...
أهلي وأخواني وزميلاتي وزملائي

أهدي أول ثمرة جهدي

علياء

A

چڭ ۇ ۇ ۆۆ ۇۇا ۇۇچ

صدق الله العلي العظيم

{ الزخرف/٤٤}

شكر و امتنان

F

خير ما ابدأ به الكلام ... ان الحمد لله الذي وهبنا نعماً لا تعد ولا تحصى، وفي مقدمتها نعمة العقل. وأحمدهُ حمداً كثيراً طيباً على توفيقه لإنجاز هذا الجهد المتواضع .. والصلاة والسلام على أشرف الخلق سيدنا محمد (صلى الله عليه وسلم) وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه أجمعين.

وبعد ..

لا يسعني في ختام إعداد هذه الرسالة إلا أن أتقدم بخالص الشكر وأوفره إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل، وأخص بالشكر والامتنان أستاذي الدكتور عبدالحميد محمود حسن السامرائي الذي تفضل بقبول الإشراف عليه وتعهده بالتوجيه، والنقد الصادق والتصويب المستمر، فأعطاني من وقته، وعلمه، وخلقه الكريم، إلى أن وصل البحث إلى الصورة التي هو عليها الآن.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى وزارة التعليم العالي والبحث العلمي التي كان للدور الداعم لها في توفير المصادر العلمية الأثر البالغ في الارتقاء بالرسالة إلى المستوى المطلوب.

ولا يفوتني إلا أن أتقدم بالشكر والعرفان إلى عمادة كلية الحقوق/ جامعة النهرين وأساتذتها وموظفيها المحترمين لما قدموه من جهد وعون لي ولزملائي في الدراسات الأولية والعليا جزاهم الله عنا خير الجزاء.

وقد كان للمكتبات المتخصصة في القانون الدور المساند والداعم لإنجاز هذه الرسالة سواء في كليتنا أو كلية القانون/ جامعة بغداد وفي الجامعة المستنصرية والمعهد القضائي والمكتبة المركزية لذا فإن الشكر موصول لهم أيضاً.

الباحثة

الخاتمة

إن الرسالة تناولت موضوعاً مهماً وشاقاً بسبب عدم توفر المصادر المساعدة، والقرارات القضائية بالدرجة الكافية، كما أن تناول مثل هذه المواضيع الدقيقة يهدف بالدرجة الأساس إلى فتح الباب إلى المزيد من هذه الدراسات، وطرح ما يرتبط بها من مشاكل ومع كل هذا فقد بذلنا الجهد والوقت في سبيل الوصول إلى الطموح الذي ينشده كل من يسلك طريق البحث، والتقصي عن الواقع القانوني محاولاً إبراز ما يحيط مثل هذه الدراسات من آفاق عديدة، وفي الختام تناولنا في هذه الرسالة مواضيع عديدة ترتبط بعنوانها وندرج أدناه ما تم استنتاجه:

١- يعد مبدأ النظام العام دفع موضوعي موجه إلى القانون الأجنبي كله أو بعضه بقصد استبعاده أو استبعاد الجزء المخالف إذا ثبت أن تطبيقه لا يتفق مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني لدولة القاضي، إلا أن استخدامه في هذا المجال يفضل أن يتم بحذر شديد وانضباط محكم بوصفه ضرورة تقدر بقدرها من غير إسراف أو انحراف.

٢- تتسم قواعد النظام العام بالطابع الآمر ونتيجة لذلك تُعد جميع مكوناته من القواعد الآمرة، الا ان هذا الأمر لا يقودنا الى القول بان جميع القواعد الآمرة تعد من النظام العام نظراً لأن مبدأ النظام العام يهدف الى إعلاء الصالح العالم وحمايته في حين قد تستهدف القواعد الآمرة في بعض الحالات الى تغليب مصلحة خاصة على خاصة أخرى مثل القواعد المنظمة للوصاية والولاية.

٣- لا يمكن تشبيه مبدأ النظام العام بالقواعد ذات التطبيق المباشر لاعتبارات عدة أهمها أن القانون الوطني وفقاً للقواعد ذات التطبيق المباشر يكون صاحب الاختصاص الأصيل في العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي بعكس الدور الاستثنائي الذي يحتله وفقاً لمبدأ النظام العام حينما يظهر أن القانون الواجب التطبيق ينتهك قاعدة آمرة في قانون القاضي لها صلة بالنزاع موضوع العلاقة.

٤- يكون النظام العام في مسائل الاحوال الشخصية (في معظم التشريعات العربية) ذا طابع ديني، مما يجعل من اغلب القواعد المنظمة لعقد الزواج لها طابع آمر مرتبط بجوهر النظام العام يميزها عن غيرها من القواعد الأخرى ويجعلها حصينة في مواجهة الانتهاكات التي قد تتضمنها عقود الزواج بما فيها تلك التي يبرمها أشخاص يحملون جنسيات اجنبية.

٥- تتجلى أهمية (التوثيق) في عقد الزواج بالأثر الفعال الذي يمارسه في تأكيد الوجود القانوني لهذا العقد، الا انه لايشكل ولو في جانب معين جزءا من مكونات الصحة والانعقاد بعقود الزواج مما فيها عقود الزواج المختلطة ومن ثم فإن عدم تحققها وتجنب الأفراد لأمر التقيد بها لا يخل بصحة عقد الزواج الوطني منه والمختلط.

٦- إن اختلاف الدول في مسألة تنظيم الوسائل التي ينقضي بها عقد الزواج والأحكام والقيود التي تحكم هذا الجانب والناجم عن اختلاف الثقافات السائدة في هذه الدول تعد من أبرز الأسباب التي تبرر حالة (عدم الاشتراك المطلق بين التشريعات) مما يشكل عاملاً أساسياً لاستخدام مبدأ النظام العام كوسيلة لمعالجة مثل هذا الإختلاف.

٧- ان اغلب السياسات التشريعية لا ترتب اثرا مباشرا على جنسية الزوج الاجنبي المتزوج من وطنية وهذا ينسجم مع السياسات التشريعية في اغلب الدول لكي لا يكون الزواج بداية لدخول عناصر غير مرغوب بها في جنسية الدولة، لذا فان التمسك بتحقق شروط معينة ضرورة امنية واجتماعية واقتصادية مع الاخذ بنظر الاعتبار ان الزواج من مواطنة مع وقائع اخرى قد تكون مبررة لقبول دخول الزوج الاجنبي في جنسية الزوجة الوطنية وهذا التوجه يعزز دور النظام العام في نطاق الجنسية المكتسبة .

٨- إن النظام المالي للزوجين في تشريع كل دولة يقتصر فقط على وطنيي هذه الدول ولا يتعداه إلى الأجانب في عقود الزواج المختلط حيث يخضعون في هذا الشأن لقانونهم الشخصي نظراً لأن إلزامية القواعد التي تخص هذا الجانب تكون مقصورة على وطنيي هذه الدول دون غيرهم من رعايا الدول

الأخرى والقول بخلاف ذلك من شأنه أن يربك حقوق طرفي عقد الزواج المختلط والتزاماتهم تجاه الآخرين إذا ما تضمن النظام المالي المتبع في دولة القاضي إختلافاً جوهرياً مع النظام المالي الذي اتفق طرفا هذا العقد على اتباعه.

٩- تعد النفقة إلتزاماً مالياً يقع على الزوج عبء الوفاء به لغرض توفير الظروف الملائمة لأسرة متماسكة مما جعل من هذا العنصر جزءاً من النظام العام في التشريعات المتنوعة وحكم هذا الإلتزام يسري على الجميع سواء أكانوا وطنيين أم أجانب وإن كان قانونهم الشخصي يقضي بغير ذلك.

التوصيات

١- إن قواعد النظام العام تتسم بالمرونة والتطور نتيجة لتأثرها بالنواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة في المجتمعات التي توجد فيها، مما يجعل هذه القواعد تتسم بعدم الثبات، فضلاً عن أنها غير واضحة المعالم، لذا ندعو إلى أن يعمل الفقه والقضاء على إيجاد مبادئ قانونية توضح باستمرار معالم هذه القواعد. وأن يسعى المشرع الدولي في القوانين المتنوعة إلى وضع وتحديد القواعد الآمرة التي يتضمنها هذا المبدأ ضمن نطاقه ومحتواه المتشعب.

٢- سكت المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل عن بيان موقفه من عقد الزواج الباطل، وكان عليه أن يحدد موقفه بصورة صريحة حيال هذا الموضوع، ونقترح أن يعالج نص المادة الثانية عشرة على النحو الآتي: "يبطل عقد الزواج إذا كانت المرأة محرمة شرعاً على من يريد الزواج بها".

٣- يلاحظ أن آثار الزواج المختلط الصحيح والباطل غير واضحة المعالم في التشريعات العراقية (مدني/ أحوال شخصية) مما يتطلب معه من المشرع أن يؤكد على المبادئ القانونية والقواعد الفاعلة التي تعالج هذا الجانب المهم من عقد الزواج.

٤- وجدنا في هذه الدراسة التقارب وبعض الاختلاف في التشريعات العربية المنظمة لقواعد النظام العام وما يتعلق بأحكام الزواج والطلاق. وهذا يحثنا على الدعوة إلى تكثيف الجهود لإيجاد قواعد موحدة (قدر الإمكان) تتناول هذه المسائل لتجنب حدوث تنازع بين قوانين هذه الدول لحكمها.

الفصل الأول

مفهوم النظام العام وتأثيره في القانون الواجب التطبيق على شروط انعقاد الزواج المختلط

يعد النظام العام مصدراً لكثير من القواعد القانونية التي لا تعدوا ان تكون تعبيراً عن قيم الجماعة وأفكارها وتوجهاتها والتي تستحيل عبر النظام العام تجسيداً لنطاق المشروعية وذلك عبر ما يقوم به المشرع الوطني من تحديد للأطر القانونية والشرعية التي ترسم نطاقاً لتصرفات الأفراد واتفاقاتهم وتدخل القضاء من جانب آخر بابطال العقود التي يبرمها الأفراد والتي يتجاوزن فيها ما وضعه المشرع من نصوص تقيد حرية الأفراد في هذا الشأن في أحوال تقديره لتعارض هذه العقود مع مفهوم النظام العام المستقى من قيم الجماعة وأفكارها[١]

مما يدل على عمق الدور الذي يشغله مبدأ النظام العام في ظل الأنظمة القانونية المتنوعة ليوصف بانه (روح النظام القانوني لجماعة بحيث يمثل خطة عامة لتنظيم المجتمع، ولايقتصر على ميدان واحد او ميادين خاصة من ميادين التنظيم القانوني وانما يتغلغل فيها كلها[٢]، ويشكل نظام الزواج احد الميادين الرئيسة التي يحتويها مبدأ النظام العام ضمن نطاق حمايته باعتبار ان مكونات هذا العقد بثوابته الأساسية يمثل ركيزة جوهرية لركائز النظام القانوني الوطني لما يحتويه من جوانب دينية وأخلاقية واجتماعية خطيرة، جعلت من النظام العام ترجمة قانونية لمبادئ وأسس هذا العقد سواء كان ذلك في شكل قواعد آمرة او في شكل نسق مرجعي[٣] يعتمده القضاء في النزاعات التي تمس صحة هذا العقد، وبالأخص في عقود الزواج المختلطة (التي تتم بين رجل وامرأة من

---

[١] د.عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، ط١، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص٧٥.

[٢] د. محمد عصفور، وقاية النظام الاجتماعي باعتباره قيداً على الحريات العامة، دار نشر المطبعة العالمية، (بدون مكان طبع)، ١٩٦١، ص٩٤-٩٥.

[٣] محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الاداري (دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص٦٤.

جنسيتين مختلفتين) عندما تشير قاعدة الاسناد المقررة في قانون القاضي بلزوم تطبيق أحكام القانون الأجنبي الذي نشأ هذا العقد في ضله حيث يتعامل القاضي مع هذا النوع من النزاعات بمقارنة الأحكام القانونية التي نشأ عقد الزواج في ظلها مع ما يحتويه قانونه الوطني من قواعد آمرة تنظم عقد الزواج بجانبيه الموضوعي والشكلي بغية التأكد من عدم تضمن عقد الزواج المختلط ما يخل بالنظام القانوني في دولة القاضي فاذا ما توصل القاضي إلى تضمن هذا العقد لحكم غير مقبول في تشريعه الوطني فان هذا الافتراض يوصله إلى اعتبار القانون الأجنبي الواجب تطبيقه غير صالح لحكم النزاع ذي الصفة الخاصة الدولية من وجهة نظر القاضي الوطني، لمخالفته لقواعد النظام العام المستقر في دولته واستبعاده وحسم النزاع وفقاً لما ترتأيه القاعدة التي تنظمه في قانون القاضي والتي تنسجم مع النظام العام في الدولة وتدعم دوره في حماية نظامه القانوني وتعزيز دور قوانين الدولة الاساسية ولغرض ذلك سوف نقسم الفصل الأول إلى مبحثين نوضح في الأول مفهوم النظام العام وتمييزه عن غيره من القواعد، ونبين في الثاني تأثير النظام العام في شروط انعقاد الزواج المختلط (الموضوعية والشكلية).

المبحث الأول

التعريف بالنظام العام وتمييزه عن غيره من القواعد

يعد النظام العام ظاهرة عالمية معروفة، نصت عليها صراحة تشريعات دول كثيرة نظراً لأهمية الدور الذي يمارسه في حماية النظام القانوني السائد في مجتمع معين[1]، ضمن إطار العلاقات الداخلية، فضلا عن دوره البارز في المسائل المتعلقة بتنازع القوانين حينما يؤكد سيادة قانونه الوطني في حكم النزاعات ذات الطبيعة الخاصة الدولية في الأحوال التي يتضمن القانون الأجنبي الواجب تطبيقه على هذه النزاعات ما يخل باسس النظام الاجتماعي والقانوني في دولته، لهذا يعد النظام العام احد اهم الضمانات بيد القاضي يستخدمه لغرض الحيلولة دن نفاذ قواعد أجنبية واجبة التطبيق في النزاعات ذات الطبيعة الخاصة الدولية كلما كانت مخالفة لقانونه الوطني.

ونتيجة لهذه الأهمية التي حظي بها مبدأ النظام العام على الصعيدين الداخلي والدولي اتجه بعض الفقه والقضاء نحو محاولة ايراد مفهوم واضح لهذا المبدأ لغرض وضع اطار ضابط له من جهة وبهدف رسم حدود فاصلة تميز قواعد النظام العام عن قواعد أُخرى (كالقواعد ذات التطبيق المباشر والقواعد الآمرة الأُخرى) لغرض الرد على الاتجاه الذي يدعي انعدام الاختلافات بين قواعد النظام العام والقواعد المكونة لكلا المنهجين الآخرين لذا سيتم توضيح هذا المبحث ضمن مطلبين، الأول: يتناول التعريف بالنظام العام وتوضيح ماهيته، والثاني: ينصب على تمييز قواعد النظام العام عن القواعد الأُخرى التي قد تختلط به.

---

[1] جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص،ج٣، في تنازع القوانين، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية، ١٩٦٠، ص٧٩.

المطلب الأول
التعريف بالنظام العام

أولى فقهاء القانون اهتماماً واضحاً بمبدأ النظام العام في اطار نظام تنازع القوانين نتيجة لنطاقه الواسع الذي يحتله في ظل هذا النظام ولخطورة الدور الذي يمارسه في الأحوال التي تستدعي تدخله الواضح لحل المشكلات التي قد تنجم عن حالة انتفاء الاشتراك القانوني بين قانونه الوطني وقواعد القانون الأجنبي الواجب تطبيقه بموجب قاعدة الاسناد الوطنية، وانصب اهتمامهم في محاولتهم لوضع تعريف قانوني لهذا المبدأ بهدف رسم اطار واضح لمضمونه بحيث ان تعريفات اغلب الفقهاء جاءت متباينة في هذا الخصوص.

فلقد توسع البعض في تعريف هذا المبدأ القانوني فقال بأنه (مجموعة الشروط اللازمة للأمن والآداب العامة التي لا غنى عنها لقيام علاقات سليمة بين المواطنين وبما يناسب علاقاتهم الاقتصادية).[١] إن هذا التعريف يركز على تحديد ما يمثله النظام العام بوصفه ظاهرة قانونية يستلزم وجودها في جميع الدول، ولم يتضمن ما يوضح أهمية الدور الحيوي الذي يقوم به لتجنب أي انتهاك للمبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام أي مجتمع.

فضلاً عن أن هذا التعريف أشار فقط إلى ما يساعد على قيام علاقة سليمة بين المواطنين، أي بين أهمية النظام العام فى حماية المصلحة الخاصة دون توضيح لدوره في حماية المصلحة العامة وحل الصعوبات التي تضعها المواجهة بين قواعد القانون وإرادات الأفراد.

وقد عرف النظام العام المرتبط بتنازع القوانين من قبل أحد الفقهاء الفرنسيين بأنه (سلاح للدفاع ضد قانون أجنبي واجب التطبيق عادة إذا ما تعارض فحواه مع المفاهيم العامة للبلد المراد تطبيقه فيه)[٢] ، يلاحظ على هذا التعريف انه ابرز السمة الدارجة لعمل هذا المبدأ في نطاق تنازع القوانين وهي كونه اداة بيد

---

[١] د. محمد محمد بدران، مصدر سابق، ص١٦.

[٢] الفقيه **Cremieu Lois** أشار اليه د. حسن الهداوي- القانون الدولي الخاص/ القسم الثاني- مطبعة جامعة الموصل، ١٩٨٢، ص١٨٢.

القاضي يستخدمها لمنع تطبيق القاعدة الأجنبية واجبة التطبيق الا انه قد قلص من نطاق عمل هذا المبدأ وحصره فقط ضمن اطار تجاوز القاعدة الأجنبية واجبة التطبيق لنطاق المفاهيم العامة دون توضيح لدوره في مجالات أُخرى لا تقل أهمية عن دوره ضمن هذا المجال كالجانب السياسي والاقتصادي وغيرها من الجوانب الأُخرى التي ينشط فيها عمل مبدأ النظام العام.[١]

وقد برزت محاولات فقهية في العراق اتجهت نحو صياغة تعريف واضح المعالم لهذا المبدأ يوضح فيه ابرز ملامح عمل مبدأ النظام العام في نطاق العلاقات الخاصة الدولية.

من هذه المحاولات تعريف النظام العام بأنه (ذلك الدفع أو الوسيلة التي يراد منه عدم تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته القواعد القانونية لحكم تلك الرابطة القانونية وإحلال قانون المحكمة محله وذلك لوجود اختلاف كبير في المفهوم بين القانونين أو أن هناك مصلحة تعود إلى دولة تلك المحكمة بتطبيق قانونها).[٢]

وقد عُرف هذا المبدأ كذلك بأنه (وسيلة أو دفع يتبعها القاضي عندما يجد أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق يخالف النظام العام في دولته.[٣] وقد أشار في توضيحه لمفهوم النظام العام إلى مدى السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي الوطني بشأن تقدير تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام السائد في

---

[١] وقد عرفه بعض الفقهاء الإنكليز بأنه: المبدأ الذي يوجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي يخالف فيها تطبيقه سياسة القانون الإنكليزي أو قواعد الآداب العامة المرعية في إنكلترا أو يتعارض مع ضرورة المحافظة على النظم السياسية فيها ذكره عبدالحميد عمر وشاحي (القانون الدولي الخاص في العراق)- بغداد، ١٩٤٠، ص١٦٨.

[٢] د. ممدوح عبدالكريم حافظ، مبدأ النظام العام وتنازع القوانين، (بحث مستل من مجلة القانون والاقتصاد)، دار الطباعة الحديثة،البصرة، ١٩٧٠، ص١١٦.

[٣] عبدالحميد محمود حسن السامرائي، تنازع القوانين في المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه، كلية القانون- جامعة بغداد، ١٩٩٠، ص٢٧٨.

دولته مستعيناً بالأفكار السائدة فيها، نظراً لكون المشرع الوطني لا يتولى مهمة حصر الحالات التي تقع ضمن هذا المفهوم، بصورة منفصلة عن الإطار العام الذي يقرره لتطبيق القانون الأجنبي بل أن هذا التحديد يدخل ضمن الإستثناءات التي قررها المشرع ووفق الشروط التي يقدمها في هذا المجال.

وهذا ما اعتمده المشرع العراقي في المادة (٣٢) من القانون المدني التي نصت على أنه (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق) [١]

ولكن على الرغم من المحاولات الفقهية التي بذلت في سبيل وضع هذا المبدأ ضمن تعريف يحدد معالمه ونطاقه الا انها لم تحقق الهدف المنشود. لذا ظهر اتجاه في القضاء اللبناني والمصري[٢]، سار نحو تحديد مفهوم واضح لهذا

---

[١] وهذا هو اتجاه المادة (٢٨) من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨ والمادة (٢٤) من القانون المدني الجزائري لسنة ١٩٧٦، والمادة (٢٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة (٢٨) من القانون المدني الليبي، والمادة (٢٩) من القانون المدني الأردني، والمادة (٦) من القانون البولوني لسنة ١٩٥٦ ، والماد (١٢) فقرة (٣) من القانون الاسباني لسنة ١٩٧٤ ، والمادة (٦) من القانون المدني التركي لسنة ١٩٨٢.

[٢] وقد ذهبت محكمة النقض المصرية في وضع مفهوم واضح للنظام العام في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٧٩/١/١٧ إلى انه "وان خلا التقنين المدني والقانون رقم (٤٦٣) لسنة ١٩٥٥ من تحديد المقصود من النظام العام، الا ان المتفق عليه انه يشمل (القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، سواءً من الناحية السياسية أم الاجتماعية أم الاقتصادية)، التي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد، وتقوم فكرته على اساس مذهب علماني بحت يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة باسرها ولا يجب ربطه البتة باحد أحكام الشرائع الدينية، وان كان هذا لا ينفي قيامه احيانا على سند مما يمت إلى العقيدة الدينية بسبب، متى اصبحت هذه العقيدة وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي المستقر في ضمير الجماعة، بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد به، مما مفاده وجوب ان تنصرف هذه القواعد إلى المواطنين جميعا من المسلمين وغير المسلمين بصرف النظر عن ديانتهم، فلا يمكن تبعيض فكرة النظام العام وجعل بعض قواعده مقصورة على

المبدأ عبر وضع توجهات عامة من شأنها ان تساعد القاضي في الكشف عن الملامح الرئيسة لهذه الفكرة الوظيفية الهادفة إلى حماية "الاسس التي يقوم عليها المجتمع ... بالمحافظة على القواعد الجوهرية التي تحكمه"[١]. معبراً عنه بأنه "النظام الذي يحمي القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواءً من الناحية السياسية او الاجتماعية او الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم، وتعلو فيه على مصالح الأفراد"[٢]. أو أنه "مجموعة القوانين التي تتعلق بالركائز الاساسية لكيان البلاد الاجتماعي او السياسي او الاقتصادي والتي يحدث خرقها خللاً في هذه الركائز"[٣].

لذا فان النظام العام وفقاً للمفاهيم السابقة لا يعدو عن كونه ذلك الدفع او الوسيلة الذي يراد به تعطيل الأعمال الطبيعي للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، بموجب قاعدة الاسناد الوطنية، لمصلحة القانون الوطني فيما اذا ثبت للقاضي ان هذا القانون يتضمن حلولاً غير مقبولة (تخل باسس النظام القانوني)، او ان من شأن تطبيق القانون الأجنبي مجافاة لقواعد العدالة في دولة القاضي اذا ما تضمن حكماً يخل بمصلحة احد الأطراف المتداعين ومن ثم المساس بشكل غير مباشر بالمصلحة العامة لمجتمع القاضي.

المسيحيين وينفرد المسلمون ببعضه الاخر، اذ لايتصور ان يكون معيار النظام العام شخصيا او طائفيا وانما يتسم تقديره بالموضوعية متفقا وما تدين به الجماعة في الاغلب الاعم من أفرادها. الطعن رقم (٢٦/١٦) سنة ١٩٤٨ق ، قرار منشور في مجلة المحاماة الشرعية، مصر، اشار اليه د. عماد طارق البشري، مصدر سابق، ص٤٢٩..

[١] تمييز مدني لبناني، الغرفة الأولى، ٣/تموز/١٩٦٨، النشرة القضائية، ١٩٦٩، ص٤١٦. أشار اليه د. عبدة جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨، ص١٩٩.

[٢] محكمة الدرجة الأولى في لبنان الشمالي، رقم القرار ٢٥٧، ت ١٩٧٣/٢/٥، النشرة القضائية، ١٩٧٤، ص٤٩٨. أشار اليه المصدر نفسه، ص٢٠١.

[٣] تمييز مدني لبناني، الغرفة الأولى، ٣/تموز/١٩٦٨، النشرة القضائية، ١٩٧٩، ص٤١٣. أشار اليه المصدر نفسه، ص٢٠٢.

فالوصف القانوني للنظام العام وفقاً للاتجاه المتقدم ماهو الا تعريفا لهوية هذا المبدأ وليس تحديدا لنطاق أعماله نظراً لنسبيته وتباينه بين الأنظمة القانونية المتنوعة، وتبدله حتى ضمن نطاق الدولة الواحدة من زمن لآخر، فهو ذات طبيعة متحركة ليست جامدة لذا لايمكن حصره في مكان او زمان محددين.

ومن ثم فان مسألة وضع اطار محدد لهذا المبدأ يؤدي إلى القضاء على هذه الخصائص التي ينفرد بها مبدأ النظام العام، وهو رأي صائب واتجاه صحيح يتماشى مع روح النظام العام، ويدعوا إلى تجنب وضع هذا المبدأ ضمن مفردات قد لاتتسع لتشمل الحالات التي تستجد مستقبلا كما انه يتعامل مع صفة المرونة التي يتميز بها مبدأ النظام العام، وهذه الصفة هي التي دعت اغلب التشريعات إلى تجنب تحديد مفهوم محدد للنظام العام منها القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ حيث تجنب المشرع تحديد مفهوم دقيق للنظام العام واكتفى فقط بايراد بعض التطبيقات له في المادة (١٣٠) التي نصت على انه "٢- ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال والوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية.

وهذا هو اتجاه التشريع المدني الألماني اذ جرت مناقشات عنيفة في مجلس الرايشتاغ (مجلس النواب) انتهت إلى استبعاد نصوص مختلفة جاء فيها ذكر العقد المخالف للنظام العام والآداب. باعتقاد ان نظرية النظام العام تنطوي على فكرة عامة مجردة قد تترتب عليها نتائج بالغة الخطورة من بينها اباحة القاضي لنفسه ان يتخذ من النظام العام نظرية فلسفية دينية مبنية على مجموعة مبادئ دستورية او سياسة التشريع العامة او على رأيه الخاص في المسائل الاجتماعية والفلسفية والاخلاقية والدينية وهو ما انصرف عنه المجلس المذكور تلك المخاوف التي سيطرت على واضعي القانون المدني الألماني هي في حقيقتها

انعكاس صادق لمرونة الفكرة ونسبيتها ومجالات عملها في العلوم الاجتماعية وتعدد وظائفها[١].

وهو ما حدا بالمشرع الألماني إلى اغفال النص على مبدأ النظام العام عند صياغة المادة (١٣٨) من القانون المدني لسنة ١٩٨٦، واكتفى فقط بالنص على بطلان التصرف المخالف للآداب[٢]، مستجيباً للخصيصة المميزة لهذا المبدأ والتي تتمثل بحركيته المستمرة وتحلله من صفة الجمود.

ولابد من الإشارة إلى أن صعوبة تحديد مفهوم واضح محدد للنظام العام يرجع لكونه يرتبط بزمن وظروف أثارته في المسائل التي تثير تنازعاً بين القوانين، ومن جانب آخر نجد أن كثيراً من التشريعات لجأت إلى ابتكار قواعد قانونية تعود لها كلما وجدت أن مفهوم النظام العام لديها لا يحقق لها غايات ينشدها المشرع، ونبحث هذه المسائل من خلال تمييز مفهوم النظام العام مع ما يختلط به من قواعد تشريعية أُخرى.

---

[١] القانون المدني المصري، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٢، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، (بدون سنة طبع)، ص٢٢٣..

[٢] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، تنقيح المستشار أحمد مدحت، ج١، منشأة المعارف في الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص٣٢٧.

المطلب الثاني

تمييز قواعد النظام العام عن ما يختلط به من قواعد أُخرى

قد تختلط قواعد النظام العام مع قواعد أُخرى كالقواعد ذات التطبيق المباشر ومعظم القواعد الآمرة نتيجة للشبه الكبير الذي يربط قواعد النظام العام مع هذين المنهجين إلى المدى الذي ادى بالبعض إلى انكار وجود أي فوارق بينهما ومن ثم اتجاههم نحو عدم الاعتراف باستقلال كل قاعدة من القواعد المتقدمة في منهج مستقل يحدد آلية عملها ومدى الزاميتها ودورها في المنظومة القانونية لتلك الدولة لذا سنحاول في هذا المطلب ابراز أوجه الاختلاف التي تميز قواعد النظام العام عن القواعد ذات التطبيق المباشر والقواعد الآمرة ردا على هذا الاتجاه المنكر لهذا التمييز.

الفرع الأول

تمييز قواعد النظام العام عن القواعد ذات التطبيق المباشر:

تُعد القواعد ذات التطبيق المباشر من قبيل تلك المبادئ والأحكام التي برزت نتيجة التدخل القسري للدولة بغية حماية بعض المصالح، التي يظهر لها حيويتها واهميتها بالنسبة لها وللجماعة مما يضفي على هذه القواعد طبيعة خاصة تجعلها تنفرد بذاتها في تحديد مجال انطباقها وذلك بالتحليل الموضوعي للأوضاع القانونية والعلاقات التي قد تنشأ في الدولة وحصر الحالات التي تدخل ضمن نطاق سريان هذه القواعد فيعمل بها في كل منازعة تعالج هذه القواعد أحكامها اكانت تنطوي على عنصر أجنبي ام لا، كونها قواعد لاتقبل بحكم طبيعتها مزاحمة القوانين الأُخرى لها[1]، وان كانت صالحة لحكم النزاع وتقتضي أعمالها الفوري على النزاعات التي تنظم حكمها هذه القواعد[2]. لتغدو

---

[1] د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٥، ص٥٨٥.

[2] د. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢، ص٤٦٧-٤٧٤.

القواعد ذات التطبيق المباشر: مجموعة الأحكام الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني والتي تبلغ اهميتها لمجتمع حداً كبيراً يحول دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية ويتعين من ثم تطبيقها المباشر من دون النظر إلى تصنيفها وما اذا كانت تنتمي إلى القانون العام او القانون الخاص، دونما عوز لأعمال منهج قواعد الاسناد[١].

فمنهج القواعد ذات التطبيق المباشر في شأن المنازعات ذات العنصر الأجنبي يستند على ذات المنهج القانوني الذي يتبعه القاضي بشأن المنازعات الخالصة المحلية التي تعرض له فان استبان له بعد الدراسة التي يقوم بها في بحث الصلة بين القاعدة الوطنية في بلده وجوهر النزاع وكانت تقف خلف القاعدة اعتبارات مصلحية عليا فلا سبيل امامه سوى الانصياع لامرها وتغليبها على أي قاعدة أُخرى.

مثال هذه القواعد المادة ٢/٣٣ من القانون المدني العراقي التي صرحت بأنه (على أن الاشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى العراق الجنسية العراقية، وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه) والتي تعد تطبيقاً دقيقاً للقواعد ذات التطبيق المباشر.

ومثالها في القانون المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ (المادة ١٤) التي أشارت إلى أنه (في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون المصري وحده...)[٢].

---

[١] د. عماد طارق البشري، مصدر سابق، ص٣٨٦.

[٢] اما بالنسبة للتشريع التونسي فقد نص في القانون الجديد الصادر بتاريخ ٢٦/نوفمبر/١٩٩٨ في الفصل ٣٨ "على وجوب تطبيق القانون التونسي مباشرة أياً ما يكون القانون المعين من قبل قواعد التنازع مادامت قواعد القانون التونسي مما يستوجب تطبيقها ضرورياً بالنظر إلى المقصود من وضعها".
وقد أقر المشرع الفرنسي هذا النوع من القواعد فيما يتعلق بعقود النقل البحري وذلك بموجب القانون المدني الصادر في ١٨/يونيو/١٩٦٦ في المادة ١٦ والتي تقضي

يتضح من النصوص المتقدمة أن القاضي ملزم في الأحوال التي نصت عليها المادة ٢/٣٣ من القانون المدني العراقي والمادة (١٤) مدني مصري إن القانون الوطني هو الواجب تطبيقه بغض النظر عن أي قانون آخر تشير قاعدة الإسناد الوطنية بلزوم تطبيقه على النزاع من قبل القاضي إذا كان أحد طرفي العلاقة القانونية وطنياً سواء وقت انعقاد العقد أو وقت حصول النزاع حماية لمصلحة الشخص الذي يحمل الجنسية الوطنية فضلاً عن أن خضوع هذا المواطن، وأمام قضائه الوطني لقانون آخر غير قانون دولته يعد مساساً بالنظام القانوني السائد في دولة القاضي، وعدم احترام لسيادته.

لذا يلاحظ أن مثل هذه القواعد تعكس إتجاهاً يسلكه المشرع في حالات معينة يتضح له فيها ضرورة خضوعها التام[1] لقانون الوطني لذا يستبعد القانون الأجنبي في هذه الحالة تحقيقاً لضرورات تشريعية وغيرها، وهنا يظهر وجه الشبه بين القواعد ذات التطبيق المباشر وبين قواعد النظام العام. حيث أن كلا المنهجين يهدفان إلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع الوطني وأحياناً أُخرى المصلحة الخاصة للوطني، وذلك ضمن أوضاع معينة يجد فيها القاضي أن بعض أنواع الضرر الذي يصيب شخصاً ما في دولة معينة تبرر دفع التعويض عنه، هنا يجد القاضي أن النظام العام في دولته يتجه إلى تعويض مثل هذا

بتطبيق أحكام هذا القانون على عقود النقل البحري فيما لو تم النقل من او إلى الموانئ الفرنسية مادام ميناء الشحن او ميناء التفريغ كائناً في فرنسا اشار اليه د. عماد طارق البشري، مصدر سابق، ص٣٨٧.

ومن الأمثلة التقليدية في القانون البلجيكي على القواعد ذات التطبيق المباشر المادة (٢) من القانون الصادر في ٢٧/يونيو/١٩٦٠ والتي تنص على "سريان هذا القانون على كل طلاق يقع بين زوجين احدهما بلجيكي الجنسية" حيث يفيد هذا النص امتداد تطبيق هذا القانون على حالات الطلاق كافة التي تقع خارج بلجيكا طالما كان أحد الزوجين بلجيكي الجنسية اشار اليه د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص٢٠٣.

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٨٩.

الضرر، ففي نطاق هذه الحالات يكون النظام العام يحمي مصلحة خاصة لمواطنيه.[١] والحال ذاته ينطبق على القواعد ذات التطبيق المباشر حيث أن اغلب الدول لجأت إلى اصدار تشريعات تتولى حماية الطرف الأضعف في العلاقة القانونية كالمستهلك والعامل والمستأجر وفرضت حماية مخصوصة لهذه القواعد، اقتضت وجوب أعمالها الفوري على المسائل التي تدخل في نطاق سريانها المكاني كافة[٢]

لذلك يلاحظ بأن التفرقة بين مبدأ النظام العام والقواعد ذات التطبيق المباشر يعد من أصعب الأمور وأعقدها خاصة وأن هناك جانب كبير من الفقه لا يرى أي فارق بينهما، ويرجع ذلك إلى توجه كل منهما إلى نفس الهدف والغاية.

فقواعد النظام العام تتفق مع القواعد ذات التطبيق المباشر من حيث اتجاههما نحو ضمان عدم انتهاك المبادئ العامة السائدة في مجتمعها الوطني.

فضلا عن اتجاه كلا منهما إلى اعلاء الصالح العام للدولة على أي مصالح خاصة وفردية أُخرى عندما يتعارض كلا الصالحين إلا انه ورغم هذا التشابه الواضح بين القواعد ذات التطبيق المباشر وقواعد النظام العام لا ينكر وجود نقاط اختلاف بينهما والتي تشكل فارقاً جوهرياً تشكل رداً على الإتجاه الذي ينكر وجود مثل هذه الفوارق وكما يأتي:

---

[١] نأخذ على سبيل المثال ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في تعويض الضرر الاحتمالي على قتل الخطيب الذي أضر بالمخطوبة ضرراً محققاً، وإن كان زواجه بها احتمالياً لأن القتل ضيع عليها على الأقل فرصة الزواج بخطيبها. ينظر في ذلك أطروحة عبدالحميد محمود حسن السامرائي، تنازع القوانين في المسؤولية التقصيرية، مصدر سابق، ص٢٧٩.

[٢] للمزيد من التفاصيل راجع كتاب د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٥٨٥.

١- عدم تطابق مفهوم كل منهما[١]

إن منهج القواعد ذات التطبيق المباشر يسعى إلى تأكيد فاعلية القانون الوطني، وذلك عن طريق توسيع نطاق هذا المنهج من أجل أن يكون له السيطرة الكاملة على كافة نواحي التنظيم القانوني في الدولة، بغض النظر عن كون العلاقة وطنية صرفه أو مشوبة بعنصر أجنبي وإنما يركز اهتمامه فقط على مدى انطباق قواعد هذا المنهج على العلاقة القانونية محل النزاع[٢] وهدفه في ذلك تحقيق الحماية اللازمة للنظام القانوني لدولة القاضي.

وهو ما أكدته محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ٢١/حزيران ١٩٦٢ في قضية تتعلق (بتقرير الحماية المؤقتة لطفلة غير شرعية اعترف ببنوتها ابوان ألمانيان حيث قالت انه يخرج عن أي نقاش أن الحالة الشخصية للقاصر الأجنبي تتبع قانونه الوطني غير انها اهملت هذه القاعدة الوطنية التي توجب ذلك وذهبت في هذه القضية إلى تطبيق القانون الفرنسي وبالذات نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون المدني الفرنسي ذات الطبيعة الملزمة باعتبارها من (قواعد البوليس والامن) واستبعدت القانون الألماني الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الاسناد الفرنسية[٣]

بينما يلاحظ أن منهج النظام العام يسعى إلى حماية النظام القانوني السائد في دولة القاضي إنطلاقاً من رؤية وطنية يجدها واجبة الإلتزام. أي إن أعمال الدفع بالنظام العام يكون بالقدر الضروري اللازم لدفع الإخلال بهذا النظام في قانون القاضي، أو بما يتناسب مع المحافظة عليه، على أساس الطبيعة الإستثنائية لمبدأ النظام العام وبالتالي فإن عملية اللجوء إلى استخدام هذا الدفع

---

[١] صادق زغير محيسن، القواعد ذات التطبيق المباشر في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٧، ص٦٥.

[٢] د. قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مصر، ١٩٨١، ص٥٩.

[3] Sperduti, les 10: d'application necessaire entant, lios de ordre public, 1977, P.119.

تتم في أضيق الحدود بما يضمن احتفاظ القانون الأجنبي وقاعدة الإسناد التي قررت تطبيقه بأكبر قسط من الفاعلية[١] . ويتم لذلك بمنح القاضي الوطني الإختصاص الذي يمكنه من تحديد نطاق هذا المبدأ، وذلك عبر الإهتداء بالأفكار السائدة في مجتمعه والمنسجمة مع مصالح نظامه القانوني المجبول على أتباعه.

وهنا تظهر نقطة إختلاف جوهرية بين قواعد النظام العام والقواعد ذات التطبيق المباشر، فبينما تهدف الأخيرة إلى توسيع نطاق تطبيق القانون الوطني وتأكيد فاعلية النظام القانوني السائد في مجتمع القاضي دون الإكتراث بقوانين الدول الأُخرى، وإن كانت أكثر تمدناً.

نرى ان قواعد النظام العام تسعى إلى ضمان عدم تطبيق قواعد القانون الأجنبي كلما كان يخالف هذه القواعد ويهدد اسس النظام الاجتماعي والسياسي والثقافي داخل حدود دولة القاضي.

٢- اختلاف أثر كل منهما على القانون الواجب التطبيق

إن حل مشكلة تنازع القوانين يعتمد بالدرجة الأساس على تعيين القانون الأكثر ملاءمة لحكم العلاقة القانونية ذات الصفة الدولية الخاصة، وتتم عملية تعيين القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة قانونية وطنية يقرها المشرع كوسيلة لتسهيل عمل القاضي وهذه القاعدة الوطنية تتمثل بقاعدة الإسناد[٢]، ويلزم القاضي الوطني بما تشير إليه قاعدة الإسناد في ضرورة تطبيق قانون معين لحكم النزاع سواء أكان هذا القانون وطنياً أو أجنبياً.[٣]

فإذا كان القانون وطنياً فليس من حق القاضي، وسلطته أن يعمل بقواعد النظام العام لاستبعاد قانونه، إلا أن هذا الحق، وهذه السلطة تنهض بقوة إذا ما

---

[١] د. محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني)، دار الجامعية للطباعة، بيروت، ١٩٨٥، ص١٢٤.

[2] **Marthe, Simon Depitre, les regles water, ielle dams le conflit de lois, Revue critique, 1974, P.891-606.**

[٣] د. ماهر إبراهيم السداوي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القوانين المقارنة والقانون اليمني، ط٢، شركة سعيد رأفت للطباعة، ١٩٨٨، ص١١٢.

وجد القاضي أن القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد تتضمن قواعد موضوعية تخالف النظام العام في بلده إذا ما طبقها لحكم النزاع المعروض أمامه، وبناء عليه يضحى تقويم حكم أجنبي ما، من حيث مدى موافقته أو مخالفته للنظام القانوني لدولة القاضي، إنما يتعين أن يكون من داخله فحسب، وتدرس مضامينه وآثاره منظوراً إليها من زاوية النظام العام المستقر في دولة القاضي بغض النظر عما يمتلكه القاضي من أفكار أو معتقد شخصي.

إلا أن تقويم الحكم أو القاعدة الأجنبية الواجبة التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الذي يتولى القاضي مهمة أدائه ينبغي ألا يقتصر على البحث الظاهري المجرد في الحل المقدم من قبل القانون الأجنبي، بل يجب على القاضي وهو في سبيل التثبت من كون هذا القانون ينطوي على مخالفة للنظام العام الوطني أم لا أن يبحث في الآثار الواقعية والفعلية المترتبة على تطبيق ذلك القانون داخل النظام القانوني لدولته. إذ يشير الفقه إلى أن ثمة من الأحكام ما لا يكون بحد ذاته مخالفاً لأي من قواعد النظام العام لدولته بيد أن تطبيقه يؤدي إلى نتائج تتنافر مع نسق النظام العام الوطني، أي إن النص الأجنبي وإن لم يخالف بصراحة قواعد النظام العام المستقرة في دولة القاضي إلا أن تطبيقه يقود إلى نتائج مناقضة لمقتضى النظام العام. مثال ذلك ما قضى به القضاء الإيطالي في منازعة تتلخص (في أن رجلاً انفصل بدنياً عن زوجته، وعاش في ذات الوقت مع فتاة بريطانية التي تسمت بإسمه وفقاً للقانون الإنكليزي. فقضت محكمة النقض أنه ولأن كان حكم القانون الإنكليزي في ذاته لا يخالف مقتضيات النظام العام الإيطالي، إلا أن تطبيقها الفعلي يرتب نتائج مخالفة للنظام العام، حيث يتيح إمكان معاشرة شخص متزوج لغير زوجته، وهو ما لا يمكن قبوله)[1]، الأمر الذي يظهر معه عدم كفاية البحث الظاهري في مضمون القانون الأجنبي المشار إليه من قبل قاعدة الإسناد الوطنية، وإنما يتعين دراسة

[1] عماد طارق البشري، مصدر سابق، ص٣٢٦.

النتائج التي يتصور ترتبها فيما إذا طبق القانون فعلاً على الحالة المماثلة تحديداً.

مثال ذلك أيضاً ما ذهب إليه القاضي الإنكليزي في القضية التي تتلخص (في أن فرنسياً كان قد أكره فرنسية على توقيع عقد تحت وطأة التهديد بالإبلاغ عن جريمة ارتكبها زوجها إن هي لم تقم بذلك التوقيع، إذ انتهى هذا القضاء إلى إبطال العقد، بسند من أحكام قانونه الإنكليزي لتعلق المسألة بالنظام العام، وبذلك يكون قد استبعد القانون الفرنسي الواجب التطبيق وفق قواعد الإسناد الإنكليزية أعمالاً للقانون الإنكليزي، إذ ماكان القانون الفرنسي ليجيز إبطال مثل هذا العقد، إن كان قد أعمل على مقتضى قاعدة الإسناد الإنكليزية، كون قواعد القانون الفرنسي تأبى على اعتبار التهديد بالإبلاغ عن جريمة إكراه مستنداً لقصر الرضا وبالتالي إبطال التصرف الذي ينبع كأثر لهذا الإكراه). [١]

لذا ينبغي على القاضي عندما يواجه حالة مخالفة القانون الأجنبي لقاعدة آمرة أن يكون مدركاً لأثر تطبيق القاعدة الأجنبية على النزاع وما تسببه من نتائج غير معروفة في القضاء الوطني حتى تكون أسباب استبعاده للقانون الواجب التطبيق أكثر إقناعاً.

ومهمة القاضي في هذا الصدد لاشك عسيرة عند تقدير وتحديد ما هو من النظام العام وما هو مخالف له، ويخضع هذا التقدير والتحديد كأية مسألة قانونية أُخرى لرقابة محكمة النقض [٢].

ومما يعزز من أهمية رقابة المحاكم العليا في هذا المجال هي أن مبدأ النظام العام، وإن كان من أبرز الوسائل التي لا غنى عنها في أي تنظيم للتنازع إلا أن طبيعة هذا المبدأ فيما يتعلق بمرونته وصعوبة ضبطه يقتضي أن يكون استخدامه مقروناً بالحكمة والاعتدال[٣] نظراً لكونه أداة بيد القاضي يستخدمه

---

[١] المصدر نفسه، ص٣٢٧.

[٢] د. سليمان عبد المجيد، النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانوني الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص٥٤.

[٣] د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص٣١٢.

لتعطيل الأعمال الطبيعي لقواعد الإسناد في الأحوال التي تقتضيها المصالح العليا للمجتمع. ومن ثم يجب أن يكون استخدامه بالقدر الضروري الذي يسمح بتحقيق الهدف الذي وجدت من أجله قواعد الإسناد الوطنية في تحديد واختيار القانون الأكثر ملاءمة في إطار نظام تنازع القوانين وإن كان قانوناً أجنبياً طالما يضمن حقوق طرفي العلاقة ذات الصفة الخاصة الدولية في النزاع فضلاً عن أنه قد يوفر حلاً يسيراً بالنسبة للقاضي الوطني فيما لو لم ينظم قانونه حكماً ينطبق على حالات مماثلة وكان القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد قد تناولها بالتنظيم.

إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو أن القاضي الوطني عندما يجد أن القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيقه يخالف النظام العام السائد في دولته هل يلجأ إلى استبعاده كلياً أم يلجأ إلى استبعاد الجزء المخالف منه فقط؟

إن الرأي الراجح في الفقه يشير بوجوب تقيد القاضي باستبعاد الجزء المخالف فقط من القانون الواجب التطبيق دون اللجوء إلى استبعاد هذا القانون بصورة كلية تبرير ذلك إن الدفع بالنظام العام لا يرمي إلى اصدار حكم تقييمي على القانون الأجنبي بذاته بل يهدف إلى الحيلولة دون حدوث النتيجة المخالفة للنظام العام الناشئة عن تطبيق بعض أحكامه لذلك يجب تفادي هذه النتيجة – كلما سنحت الفرصة– عبر الاستبعاد الجزئي لهذا القانون[1] والابقاء على

---

[1] وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية بقرارها الذي جاء فيه "انه اذا كان القانون الأجنبي متعارضا مع النظام العام الفرنسي في مسائل النسب الطبيعي فان استبعاد حكمه يقتصر على هذه المسألة وحدها دون ان تتعداها إلى آثار النسب". القرار الصادر بتاريخ ١٩٤٣/٢/٨ ورد ذكره في

Batiffol et lagarde paul, Driot Inter national private, 11, LG. D, Paris, 1976, P522

وفي نفس الاتجاه ذهبت ذات المحكمة في حكمها الصادر في ١٧/نوفمبر/١٩٦٤ المتعلق بالاستبعاد الجزئي لحكم الشريعة الإسلامية الذي جاء فيه "ان أحكام القانون الإسلامي المختص التي تقضي بعدم التوارث بين المسلم وغير المسلم امر يصادم

الاختصاص معقوداً له فيما خلا هذا الجزء المستبعد[١]، هذا الاتجاه كشفت عنه محكمة استئناف الإسكندرية بقولها "إنه ليس صحيحا ان مطلق وجود حكما في القانون الأجنبي يخالف النظام العام في مصر يرتب ابطال العمل بالقانون المذكور برمته واحلال القانون المصري محله، لذا فان هذا المذهب ليس له من القانون المصري سند بل هو متعارض مع نص المادة (٢٨) من القانون المدني".

هذا الحل قد اعتمده المشرع التونسي في المجلة التونسية لسنة ١٩٩٨ في الفصل (٣٦ فقرة ٤) الذي جاء فيه "ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص"[٢] فهذا النص يشير بوضوح ان أعمال القانون الأجنبي في اطار نظام تنازع القوانين يكون الاصل في حكم النزاعات ذات الطبيعة الخاصة الدولية، ومن ثم فان تضمن هذا القانون في جزء معين منه ما يخل باسس النظام القانوني لدولة القاضي لا يلغي دوره في حكم النزاع الذي فوضته اياه بالاصل طبيعة النزاع الذي اثير في اطار نظام تنازع القوانين ولاحقاً قاعدة الاسناد في دولة القاضي الذي يتولى عملية تطبيق هذا القانون إلا ان ما يحصل هو استبعاد الجزء المخل من القانون الأجنبي واستئناف الأعمال الطبيعي لهذا القانون فيما يتفق مع قواعد النظام العام في دولة القاضي وفيما يعد الاصلح لحكم النزاع المشوب بعنصر أجنبي

اما في اطار القواعد ذات التطبيق المباشر فيلاحظ ان هذه الاخيرة تتسم بكونها قواعد ذات طبيعة خاصة تقتضي أعمالها الفوري على كافة الروابط والعلاقات التي

النظام العام الفرنسي، بيد ان مقتضيات هذا النظام تتطلب وحسب استبعاد هذا المنع المتحصل من انعدام اهلية غير المسلم من ان يرث المسلم، ومن غير ان يقتضي احلال القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي بشأن بيان الورثة ومراتبهم وانصبائهم" اشار اليه د. عبد جميل غصوب، مصدر سابق، ص٢١٥؛ أنظر في ذلك ايضا د. منصور مصطفى منصور، تنازع القوانين، دار المعارف في مصر، ١٩٥٦-١٩٥٧، ص١٣٧.

[1] **Batiffol ef lagarde, Op, cit., P165.**

[٢] د. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٥٩٩.

تدخل في مجال سريانها تأكيداً لسياسة تشريعية يرمي المشرع إلى تحقيقها من وراء اخضاع هذه المسائل لحكم هذا النوع من القواعد لذا يظهر انسحاب تأثير هذه القواعد إلى جميع جوانب العلاقة القانونية وانطباقها الكلي عليها من دون الحاجة إلى البحث في وجود قانون اخر من المحتمل ان يصلح لحكم هذه العلاقة ولو في جانب معين منها[1]

نذكر من ذلك الحكم الذي أصدرته محكمة العدل الدولية في لاهاي بتاريخ ٢٥ تشرين الأول عام ١٩٥٨ بصدد قضية القاصرة الهولندية (أليزابيث بول Elisabeth Boll) وتدور وقائع هذه القضية حول فتاة هولندية مقيمة في السويد وخاضعة بقرار من محكمة البداءة السويدية لوصاية والدها، وقوامه جدها من الأم (Lind Woll) وبعد فترة من الزمن قررت دائرة القاصرين في ولاية (Norrkaping) عدم أهلية الأب لمنصب الوصي وقررت وضع القاصرة تحت نظام (التربية الوقائية السويدي) بعد ذلك طعن الأب بالقرار الذي أصدرت دائرة القاصرين السويدية أمام القضاء الهولندي الذي قرر أن الأب هو الوصي الشرعي على القاصرة وفقاً للمادة (٣٧٨) من القانون المدني الهولندي، ثم وصلت القضية إلى المحكمة الدولية في لاهاي التي كان عليها أن تقرر ما إذا كانت السلطات السويدية باتخاذها إجراء إخضاع القاصرة الهولندية لقانون التربية الوقائية السويدي، قد انتهكت أحكام معاهدة لاهاي لعام ١٩٠٢ والخاصة

---

[1] وهذا ما أكدته محكمة التمييز الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٦٤/١٠/٢ والذي جاء فيه "حيث ان المبدأ الذي يقرر حق المجنى عليه في الفعل غير المشروع في الحصول على التعويض العادل والكامل للضرر الذي اصابه هو من النظام العام وحيث ان الهدف الاجتماعي الذي اكده القانون في المادة (١٣٨٢) من القانون المدني يجب ادراكه ولو كانت أحكام النصوص الأجنبية تضيق من نطاقه... فان القوانين المتعلقة في المسؤولية التقصيرية من قوانين البوليس وفقا لنص المادة ١/٣ من القانون المدني "هذا الحكم يوضح حقيقة الانطباق الكلي للقواعد ذات التطبيق المباشر على العلاقات الخاصة الدولية دون النظر فيما اذا كان القانون الأجنبي يسمح بتعويض مثل هذا النوع من الاضرار وانه يتضمن حكما مجحفا بحق المتضرر من الفعل غير المشروع.

- **Sperduti, Driot international private, driot public etranger, Jourual de driot Inter national , 1977, P.10.**

بالوصاية على القاصرين التي تذهب إلى تطبيق القانون الشخصي الهولندي أم لا.

قررت محكمة العدل الدولية أن دولة السويد لم تخل بالتزاماتها الدولية المترتبة عليها استناداً إلى اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٢، والمتعلقة بالوصاية على القاصرين رغم مخالفة هذه الدولة لنصوص هذه الإتفاقية التي تذهب إلى أن القانون الواجب التطبيق في مسائل الوصاية هو القانون الشخصي وتطبيقها القوانين السويدية المتعلقة بحماية القاصرين على القاصرة الهولندية باعتبارها قوانين ذات طبيعة خاصة،وأنها من القوانين العامة، ومن ذلك يبدو أن دور القواعد ذات التطبيق المباشر يكمن في تغليب المصلحة العامة والتي تتجسد في المجال السابق بمصلحة دولة السويد، (وتحقيق هذه المصلحة) بصرف النظر عن الحكم الذي تقرره قاعدة الإسناد الوطنية.[١]

والقول بخلاف ذلك من شأنه ان يخل بالزامية هذه القواعد ودورها في تحصين النظام القانوني في دولة القاضي ضد اي مساس بالمبادئ العامة في مجتمعه اذا ما اتيح طرح بعض الموضوعات التي تنطوي ضمن محتوى هذه القواعد ضمن اطار عمل قواعد تنازع القوانين

٣- إختلاف أسلوب التعامل مع كل من هذه القواعد عند تطبيقها

يحتل النظام العام مكانة بارزة في مجال القانون الدولي الخاص نتيجة للدور الذي يقوم به هذا النظام في حماية الأفكار الأساسية والمبادئ العليا التي يقوم عليها مجتمع كل دولة.

وذلك عبر الحيلولة دون تطبيق القانون الأجنبي الذي أسندت إليه عملية حسم النزاع القانوني ذا الصفة الدولية الخاصة إذا ما احتوى ضمن طياته أحكاماً تشكل تهديداً لمصلحة المجتمع وهنا يتضح الفرق الجوهري بين هذين المنهجين.

---

[١] صادق زغير محيسن، القواعد ذات التطبيق المباشر، مصدر سابق، ص٦٩.

فوظيفة النظام العام تتحقق بعد أعمال قاعدة الإسناد الوطنية أي أن الدفع بالنظام العام يأتي في مرحلة لاحقة على أعمال قاعدة الإسناد، لذا فإن تطبيق القانون الوطني لدولة القاضي يكون على سبيل الإستثناء وذلك لكون اختصاصه ينعقد على سبيل الاحتياط لتعذر تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية[١].

فللنظام العام أثران أولهما سلبي يتمثل باستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد نظراً لخرقه للنظام القانوني لدولة القاضي، أما ثانيهما فهو إيجابي والذي يتمثل بإعطاء الاختصاص للقانون الوطني محل القانون الأجنبي كبديل لحكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي وليس البحث عن قانون أجنبي آخر[٢].

---

(1) **Loussouarn et Bcurel , driot international private Dollas, 1980, P.158 et 159.**

(٢) مثال ذلك ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٧٩/٦/٢٠ "إلى استبعاد القانون اللبناني (الواجب التطبيق) بموجب المادة (١٧) من التقنين المدني المصري والتي تخضع مسائل المواريث والوصايا لقانون المورث والموصي من حيز التطبيق تحت مبرر مخالفة أحكام هذا القانون للنظام العام والاداب في مصر لكون القانون اللبناني لا يعتد بإسلام غير المسلم الا اذا تم وفقا للأوضاع المحددة له بينما المقرر شرعا انه يكفي لإسلام غير المسلمين التلفظ بالشهادتين دون حاجة لاتخاذ أي اجراء آخر، وهي من القواعد الأصولية في الشريعة التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالنظام القانوني والاجتماعي، الذي استقر في ضمير الجماعة لذا فلا مجال لتطبيق القانون اللبناني في هذا الخصوص واذا كان الثابت من الاوراق ان المطعون عليها مسيحية الديانة ومن ثم تختلف ديانة عن المتوفي وكان المقرر وفقاً لنص المادة السادسة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ان اختلاف الدين مانعاً من موانع الميراث وهي بدورها من القواعد الاساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية ومن ثم تدخل في نطاق النظام العام ويمتنع بموجبها تطبيق أحكام القانون الاخر والذي قد يأتي مخالفا لها. والالتزام بما ورد في القانون المصري من احكام تنظم هذا الجانب"

أما بالنسبة للقواعد ذات التطبيق المباشر فنجد أنها تهدف إلى تأكيد سياسة تشريعية وطنية تتمثل في التوسع في تطبيق القانون الوطني حيث ينعقد الإختصاص للقانون الوطني بصورة أصلية[1] دون الحاجة إلى قاعدة إسناد تشير إلى تطبيق هذه القواعد.

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٦٤/٤/٢٧ والذي جاء فيه (ان التشريع الخاص بشرط الذهب في مصر وهو الصادر بشأنه المرسوم رقم ٣٥ لسنة ١٩٣٥ الذي نص على بطلان شرط

- الطعن رقم ١٠ لسنة ١٩٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠ اشار اليه د. عماد طارق البشري، المصدر السابق، ص٤٣٧.
- وهذا ما أكدته محكمة التمييز اللبنانية في قرارها الصادر بتاريخ ٢٩/ك٢/١٩٩١ والذي جاء فيه (وحيث ان المقارنة التي اجرتها المحكمة بشأن الاختلاف في المفاهيم والعادات والتقاليد وفي الأحكام التشريعية بين ما هو قائم في لبنان من جهة، وفي البرازيل من جهة أُخرى، تثبت ان القانون البرازيلي يتضمن أحكاما تتناقض جذريا بين ما هو معمول به ومقبول في لبنان، لاسيما لجهة التساهل مع القانون البرازيلي في مسألة الاعتراف بالولد غير الشرعي – حتى ولو كان ولد زنا– من قبل زوج او زوجة في اثناء الزواج وتوريثه بالمساواة مع الولد الشرعي وقبول دعواه في جميع الظروف والاوقات بإثبات بنوته غير الشرعية، ... حيث ان تطبيق هذه القواعد في لبنان يؤدي لو حصل الى الاخلال بالمبادئ والقيم التي تقوم عليها العائلة الشرعية ويرفضها المجتمع، وبالأحكام الاساسية التي ترتكز عليها قوانين الارث، وترتيبا على ما تقدم لا يقبل تطبيق القانون البرازيلي في الدعوى الحاضرة نظراً لاصطدامه بمقتضيات النظام العام اللبناني على الوجه المبين، عندها يستبعد القانون البرازيلي ويصبح لزاما العمل بأحكام قانون المحكمة Lex Fori لاسيما نظام الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية وقانون ٢٣/حزيران/١٩٥٩ اللذين يرعيان موضوع الدعوى...) محكمة الدرجة الاولى في جبل لبنان الغرفة الثانية، النشرة القضائية، ١٩٩١، ص٨١٤ اشار اليه د. عبدة جميل غصوب، مصدر سابق، ص٢١٠.

[1] د. مظفر ناصر حسين، قواعد التنازع وقواعد التطبيق المباشر في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، بغداد، كلية القانون، مجلد١١، ١٩٩٦، ص١٣٥.

الذهب في العقود التي يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية تتعلق أحكامه بالنظام العام وبمقتضى تلك الأحكام بطلان شرط الذهب في المعاملات الداخلية والخارجية وهو أمر راعى المشرع فيه المصلحة العامة المصرية ومن ثم فانه لايمكن القول ان انضمام مصر إلى اتفاقية فارسوفيا بقانون رقم ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ من شأنه التأثير في هذا التشريع الخاص فيما يعد الغاءً له او استثناء من بطلان شرط الذهب يضاف إلى الاستثناءات الواردة على سبيل الحصر، ومن ثم لايعتد بالشرط الوارد في اتفاقية فارسوفيا الذي يقضي بابداء التعويض بما يعادل قيمة الذهب المبين له من العملة الوطنية ....)[١] وعلى الرغم من عدم تصريح المحكمة بكون حضر شرط الذهب من القواعد ذات التطبيق المباشر واكتفائه باعتبارها من قواعد النظام العام الا ان مقتضى هذا يفيد اعتباره من القواعد ذات التطبيق المباشر والذي يعزى إلى اعتبارين اولهما تدخل الدولة بسنها على هيئة نصوص ملزمة وثانيهما الهدف الذي ترمي اليه هذه القاعدة من حكم هذه المسألة والذي يعبر عن مصالح الدولة الحيوية مما يقتضي أعمالها الفوري دونما حاجة إلى وجود قواعد اسناد تشير إلى تطبيقها[٢]

---

[١] د. عماد طارق البشري، مصدر سابق، ص٢٠٠.

[٢] كذلك نجد أن القضاء الفرنسي قد أكد هذا الحكم القانوني في أحد قراراته الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٣ حزيران ١٩٦٦، والذي طبقت فيه القانون الفرنسي تطبيقاً مباشراً دون اللجوء إلى قاعدة الإسناد الوطنية لتحديد القانون الواجب التطبيق حيث قررت المحكمة المذكورة أنه وفقاً للمادة (١٣٥) من القانون المدني الفرنسي فإن الإعتراف بولد الزنا في فرنسا يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً بغض النظر عن جنسية الأب أو الإبن وعلى هذا النحو فإن المحكمة الفرنسية طبقت المادة (١٣٥) من القانون المدني الفرنسي تطبيقاً مباشراً دون اللجوء إلى قاعدة الإسناد الوطنية التي تعطي الإختصاص للقانون الشخصي، وذهبت المحكمة إلى القول بأنها ستضطر في كل الأحوال إلى استبعاد قانون الجنسية المختص بإسم النظام العام فيما لو قررت حكماً مخالفاً للحكم الوارد في المادة (١٣٥)

Sperduti, les loi d' application necessare antant, opcit, P.57.

عدا ذلك لا يوجد ما يميز القواعد ذات التطبيق المباشر من قواعد النظام العام في اطار القانون الدولي الخاص حيث يهدف كل منهما إلى حماية وتحقيق الصالح العام في المجتمع الذي يعد أبرز أهداف التشريعات الوضعية.

الفرع الثاني

تمييز قواعد النظام العام عن القواعد الآمرة:

إن النظام العام عبارة عن الأفكار والمبادئ والمثل العليا والقيم التي يحرص المجتمع على حمايتها وتحقيقها باعتبارها تمثل الأسس السياسية والإجتماعية والإقتصادية والقانونية والفلسفية والعقائدية التي يقام عليها كيان المجتمع الدولي والقواعد المتعلقة بها.

ولأهمية هذه الأفكار والمبادئ التي يمثلها النظام العام في المجتمع باعتبارها أهدافاً يرغب في تحقيقها، فلابد من إيجاد وسائل ومعايير مادية منضبطة ومحددة تجعل تحقيق تلك الأفكار أمراً ممكن الحصول،[1] وتتمثل هذه الوسائل بالقواعد الآمرة التي يصوغها المشرع بقوالب فنية تبعدها عن الغموض وعدم الدقة نظراً لصفة العمومية التي تتصف بها هذه القواعد، ولأهمية الموضوع الذي تنظمه.

ونظراً لوجود رابطة قوية بين النظام العام والقواعد الآمرة والتي تعد الجزء المرئي من النظام العام.

فقد حصل خلط بينهما ولم يفرق غالبية المعنيين بينهما، ويبدو أن سبب هذا الخلط هو أن القواعد الآمرة تلعب دوراً تكميلياً بالنسبة للنظام العام، إذ أنها تعد الوسيلة التي يتم بها تحقيق غايات المجتمع العليا في الحفاظ على المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام الإجتماعي لكل دولة.

---

[1] عبدالله عبدالجليل الحديثي، النظرية العامة في القواعد الآمرة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧١، ص٢٥.

ورغم هذا الخلط الذي حصل بين قواعد النظام العام والقواعد الآمرة بسبب المكانة البارزة الذي تمثله إحداهما بالنسبة للأُخرى إلا أن ذلك لا ينفي وجود نقاط اختلاف جوهرية تميز بينهما.

ومن أوجه هذا الإختلاف هي:

١- إن النظام العام يتسم بالغموض وعدم التحديد لأنه يعبر عن فكرة مرنة[١] ومتطورة بتطور الزمان والمكان ويستجيب في ذلك لمقتضيات تطور معطياته الفلسفية والإجتماعية والسياسية والإقتصادية ومذاهبها، فضلاً عن ان النظام العام وسيلة بيد القاضي يستخدمها متى اتضح له أن ما يحتويه القانون الأجنبي من أحكام تخل بالنظام القانوني السائد في دولته، لذا نجد أن القاضي يعد مرشداً في هذا المجال حيث يحدد ما يعد داخلاً ضمن قواعد النظام العام وما لا يعد مستهدياً في ذلك بالأفكار والمبادئ السائدة والمستقرة في بلده.

مما يجعل من قواعد هذا النظام غير واضحة، وغير ممكنة التحديد، بينما نجد ان القواعد الآمرة واضحة، ومحددة،[٢] ذلك لأن هذه القواعد من صنع المشرع الذي يتولى صياغتها وصبها في قالب فني دقيق يحدد معالمها وأركانها.

لذا وطبقاً للقواعد الآمرة يتم تطبيق قانون القاضي، في جميع الأحوال التي تكون فيها مثل هذه القواعد نافذة المفعول في قانونه[٣]، أهم هذه القواعد تلك الواردة في المادة (٢٨ مدني عراقي) التي تنص على أن "قواعد

---

[١] د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص٩١.

[٢] صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة طبع، ص٣٠.

[٣] جابر جاد عبدالرحمن، القانون الدولي الخاص (الجزء الثالث في تنازع القوانين)، جامعة الدول العربية (معهد الدراسات العربية)، ١٩٦٢، ص٥٥٥.

الإختصاص وجميع الإجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى، أو تباشر فيها الإجراءات".

وكذلك القاعدة الواردة في المادة (٢٨ مدني مصري) التي صرحت بأنه: "لايجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر".

إن هاتين القاعدتين جاءتا بصيغة آمرة ملزمة تقيد سلطة القاضي ضمن حدود النص، وتلزمه بتطبيقها في جميع الأحوال التي تسري عليها هذه النصوص الآمرة

٢. اختلاف النظام العام عن القواعد الآمرة من حيث مدى الزامية كلاً منهما.

يمثل مبدأ النظام العام افصاحاً عن أصول النظام القانوني للدولة وكيان الجماعة مما يبرر الاحتياج الحيوي لهذا المبدأ في جميع النظم القانونية المعاصرة باعتبارها من آليات الارتكاز القانوني هذه الأهمية التي حظي بها هذا المبدأ جعل الزامية قواعده، غير قابلة للخرق حتى في مواجهة الأحكام الأجنبية التي تعود إلى تشريعات غريبة والتي قد يقتضي أعمالها في حالات معينة داخل الدولة التي تستقر قواعد النظام العام ضمن منظومتها القانونية [١].

وذلك بموجب آلية التصدي لهذه الأحكام وتنحية الحلول غير المقبولة التي تتبناها عن حيز الانطباق على النزاعات ذات الطبيعة الخاصة الدولية ليفسح المجال امام قانونه الوطني لحكم النزاع وحسمه بموجب قاعدة واردة في هذا القانون تنطبق عليه من دون الحاق الاضرار بمصلحة المتداعين في هذا الشأن، ومن الأمثلة التقليدية على القواعد التي تتعلق بالنظام العام في الدولة القاعدة الخاصة بالاهلية اللازمة لاجراء العقود، حيث تعد هذه القاعدة وما ينظمها من أحكام من قبيل القواعد التي تتصل بالصالح العام للدولة فاذا ما أشارت قاعدة الاسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبي معين على نزاع يتعلق بعدم

---

[١] د. عماد طارق البشري، مصدر سابق، ص٢٦٥ ؛ أنظر في ذلك أيضا: د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص٢٠٠.

اهلية احد طرفي (عقد بيع عقار مثلا) وكان هذا القانون يجيز لناقص الاهلية وعديمها باجراء هذا العقد فان مثل هذا الحكم يناقض بشكل ظاهر اسس النظام القانوني لدولة القاضي مما يحتم على القاضي تجاهل الحكم المجافي لنظامه القانوني وحكم النزاع وفقاً للقاعدة المنظمة له في قانونه الوطني بغية الحفاظ على استقرار المعاملات وحماية الطرف الآخر في العقد وهو الذي يوصلنا إلى حقيقة ان مخالفة الأحكام الغريبة لقواعد هذا النظام تقابل دائما بالاستبعاد وعدم تغليبه على سيادة أحكام قانون القاضي.

اما في اطار القواعد الآمرة فان الامر لا يترتب عليه في جميع حالات مخالفة القانون الأجنبي لهذه القواعد استبعاده من نطاق انطباقه في حكم العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي اذا كانت الزامية هذه القواعد لا ترقى إلى مبلغ تحريض القاضي بمجافاة القانون الأجنبي وتجاهل حكمه الذي أشارت قاعدة الاسناد بتطبيقه ومن ثم يغدو متصوراً ان تتعين قاعدة أجنبية لحكم علاقة ذات عنصر أجنبي رغم مخالفتها لقاعدة وطنية آمرة[1].

مثال ذلك القاعدة التي تحدد سن الرشد في القانون العراقي والواردة في المادة ١٠٦ مدني عراقي والتي تنص على انه "سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة" والتي تعد من النظام العام في نطاق العلاقات الداخلية ويبطل كل اتفاق يخالفها، بينما لا يكون مخالفا له القانون الأجنبي الذي يجعل مناط الرشد يتجاوز هذا السن تبرير ذلك ان تعيين السن الذي عنده يتحقق الرشد المطلوب يمثل قانونا تحكميا من قبل المشرع وفق مستلزمات الضرورات العملية بعيداً عن مقتضيات الأصول والكليات والاسس التي على هداها استوجب الرشد مناطا لتوفر اهلية الاداء مما يجعل من خرق هذه القاعدة لا يمس الصالح العام في الدولة[2]، ومن ثم لا يترتب على خرقها اهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية مما يجعل من هذه القواعد في مرتبة أدنى من القواعد التي تنطوي ضمن اطار

---

[1] د. حسن كيرة، أصول القانون، ط٢، دار المعارف في مصر، ١٩٨٤، ص٧١.

[2] د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج١، الإلزام في ذاته، مطبعة نهضة مصر بالفجالة، ١٩٥٤، ١١٥.

النظام العام في الدولة وهو الامر الذي يعطي لقاعدة الاسناد فاعلية اكثر لتؤدي دورها في نطاق منهج تنازع القوانين.

٤- اختلاف النظام العام عن القواعد الآمر من حيث المصلحة المقصودة

تهدف قواعد النظام العام بشكل عام إلى تحقيق الصالح الكلي للدولة وكيان الجماعة وصالحها العام[١]، بغض النظر عن مصلحة كل فرد على حدا ترمي هذه القواعد إلى ضمان الحق العام للدولة باعتبارها منظومة قانونية غير مجزئة إلى أفراد ومؤسسات حكومية بحيث ان مجرد انتهاك هذا الحق من قبل أحكام قانونية أجنبية اقتضى تطبيقها طبيعة العلاقات الدولية والاتفاقيات التي تجيز امكانية تطبيق قانون أجنبي في دولة غير الدولة التي اصدرته يؤدي بالنظام العام إلى اقامة خطوط دفاعية ضد هذه القاعدة المخالفة بغية تنحية هذه الأحكام وصون المصلحة العامة من الاخلال الذي من المحتمل ان تتعرض له اذا ما طبقت الأحكام الأجنبية التي تحتوي في مضمونها عدم احترام لما تقوم عليه دولة القاضي من اسس ومن الأمثلة التقليدية التي يمكن طرحها في هذا الشأن القاعدة الواردة في القانون المدني (قاعدة العقد شريعة المتعاقدين) حيث تعد هذه القاعدة من النظام العام في جميع الأنظمة القانونية ولا يسمح بخرقها حتى في ميدان التعامل الدولي، لما لهذا الامر من مساس باسس التضامن الاجتماعي في الدولة، لذا يبطل كل اتفاق وان كان دولياً اذا جاء على خلاف مقتضى هذه القاعدة أعمالاً لمبدأ النظام العام الذي يوجب استبعاد الأحكام الأجنبية التي من شأنها الاخلال بالاطر العامة لحدود العلاقات التي تنشأ بين الأفراد، وان كانوا من الأجانب وذلك بهدف حماية الصالح الاعلى للدولة، وتحقيق ما تبتغيه سياسة مشرعه، اما فيما يتعلق بالقواعد الآمرة فنجد انها لا تتجه في جميع حالاتها إلى حماية مصلحة عليا للدولة او صالح كلي للجماعة[٢]، وانما تكون آمرة تغليباً لمصلحة خاصة على مصلحة خاصة أُخرى

---

[١] د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص١١٢.

[٢] د. حسن كيرة، مصدر سابق، ص٦٩.

أيضاً تتعارض مع الأولى رأى المشرع تغليب الأولى على الثانية نزولا عند اعتبارات العدالة وموجبات المصلحة الأولى بالحماية دون اعتبار الصالح الكلي للجماعة، مثال هذه القواعد النصوص التي تتضم (الولاية والوصاية على القاصر) حيث ترمي هذه القواعد إلى حماية مصلحة القاصر الخاصة وتجنب تعرضه للظلم الذي قد يلحق به بسبب عدم خبرته او نضجه، ولذلك فان الجزاء على مخالفتها رغم انها قواعد آمرة هو البطلان النسبي وليس المطلق باعتبار ان البطلان المطلق[1]. انما يترتب في اغلب الاحيان على الانتهاك الذي يمكن ان تتعرض له اسس النظام القانوني في الدولة.

لذا نخلص مما تقدم أنه ورغم الصلة الوثيقة بين قواعد النظام العام والقواعد الآمرة، باعتبارها تمثل الجسم المادي للنظام العام بأبعاده الملموسة، وتمثل الأفكار والقيم والمثل التي يتألف منها النظام العام. إلا أن هذا التشابه بينهما لا يلغي حقيقة ان القواعد الآمرة وقواعد النظام العام منهجين مختلفين لكل منهما أسلوبه في حماية المبادئ والأسس القانونية التي يتبناها المجتمع سواء في الكيفية التي تطبق بها قواعد كل واحدة منهما أو المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها كل واحدة من هذه القواعد.

[1] سمير تناغو، مصدر سابق، ص٨٩.

المبحث الثاني
تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على شروط انعقاد الزواج المختلط

إن الـزواج كنظـام إجتمـاعي وقـانوني لـه ارتبـاط بالنظـام العـام لاتصـاله بالإعتبارات الدينية، والأخلاقية، والإجتماعية السائدة في مجتمع معين.

لذلك نجد اهتمام المشرع في كل زمان ومكان بتنظيم قواعد هذا الزواج مما يستدعي من القاضي الوطني أن يكون أكثر تيقظاً إزاء هذا الوضع، وأن يحيط بالقواعد القانونية المنظمة لهذا الجانب أو هذا النوع من العقود عندما يكون هذا الزواج مختلط سواء أكان بين أجانب، أو وطنيين وأجانب، وسواء انعقد هذا الزواج في محكمته، أو في محكمة أجنبية، ولا يغيب عن القاضي الوطني ما يحكم كل ذلك من قواعد آمرة، أو قواعد النظام العام المستقرة في دولته والتي تحكم عقد الزواج بجانبيه الموضوعي والشكلي حتى يكون أكثر دقة في مسألة تفحص الأحكام القانونية التي نشأ هذا العقد في ظلها بغية التأكد من عدم تضمن عقد الزواج المختلط ما يخل بالنظام القانوني السائد في دولة القاضي، وبالتالي اعتباره غير صالح من وجهة نظر المحكمة الوطنية لحكم النزاع المشوب بعنصر أجنبي ولغرض ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول يتناول بيان تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج المختلط، ونوضح في الثاني تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لهذا العقد.

المطلب الأول
تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج المختلط

تعد الشروط الموضوعية حجر الأساس في عقد الزواج في جميع الأنظمة القانونية باعتبارها احد العناصر الجوهرية التي تضفي على عقد الزواج صفة الشرعية وتمنحه قوة النفاذ اللازمة لترتيب آثاره القانونية هذه

الاهمية التي حظيت بها هذه الاحكام مرجعها تأثر اغلب التشريعات في تنظيمها لموضوع الزواج بالمفاهيم والافكار الاساسية السائدة في مجتمعاتنا والتي تستمدها من اصولها الاخلاقية والدينية والاجتماعية، ومثلها العليا التي يستند اليها كيانه وديمومته مما دفع هذه الانظمة اعترافا منها بمدى خطورة الدور الذي تمارسه هذه الشروط الى اقرارها ضمن طائفة الحقوق الخاصة ذات العلاقة بالنظام العام[1] والتي تكون محمية بقواعد آمرة غير قابلة للخرق والانتهاك حتى بالنسبة للقواعد الاجنبية التي تكون واجبة التطبيق بموجب قاعدة الاسناد لدولة القاضي اذا كانت هذه الاخيرة تنتهك باحكامها النظام العام لدولة المحكمة التي يتولى قضائها عملية حسم النزاع هذه الالية التي يتم بها تحصين الاحكام الموضوعية لعقد الزواج عبر مبدأ النظام العام تستدعي تحقق عناصر معينة في النزاع ذا الطبيعة الخاصة الدولية (عقد الزواج المختلط) حتى يتمكن من الاندفاع لاستبعاد القاعدة الاجنبية واجبة التطبيق ابرز هذه العناصر:

١. ان لايكون عقد الزواج قد نشأ في دولة القاضي لأن نشوء عقد الزواج المختلط ضمن نطاق نظامه القانوني لا يستدعي تدخل قواعد النظام العام في هذا السياق اذ ان القاضي وبموجب السلطات التي منحها أياه مشرعه الوطني سيقرر بعد التحقق من ظروف هذا العقد الذي يروم الزوجان الاجنبيان ابرامه ان كان يتفق مع عناصر المشروعية السائدة في قانونه ام لا أي انه سيلجأ مباشرة بتطبيق قانونه لذا يلزم ان يكون هذا العقد قد نشأ في الخارج واريد

(1) **Jean – Yves carlier: Le driot coufronte a'la, presence de familles muslmanes en Europ: quelles perspectiues, dans famille- is lame – europ, 1996, P.19.**

الاحتجاج بـه ضـمن نطـاق دولـة القاضـي[1] وبهـدف ترتيـب آثـاره القانونية عليه.[2]

٢. ان تتضـمن القاعـدة الاجنبيـة واجبـة التطبيـق علـى عقـد الـزواج المختلط علـى حكم يخل بالاسس والمبادئ التـي تبنـى عليهـا عقود

---

[1] د. محمد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٤٣، ص٤٢٨. وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها اشترطت فيه (بضرورة التحقق عن القانون الذي يطبق على عقد الزواج موضوع النزاع في أفغانستان في قضايا الأحوال الشخصية وهل هو مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ام قانون مدني بغية معرفة المحكمة المختصة ومدى موافقة هذا الزواج للشروط الموضوعية لعقد الزواج الوارد تنظيمه بموجب أحكام الشريعة الإسلامية لتعلق هذا الامر بالحل والحرمة وكون قرار المحكمة سيطبق على فرض صدوره خارج العراق مما يتطلب قيام المحكمة تقريرا للاقارير المقدمة في الدعوى والاستماع للبينة الشخصية والاستعانة بالوسائل الفنية (محضر تطابق الانسجة) مع ملاحظة نص المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية التي بينت سريان أحكام قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩على العراقيين فقط الا من استثني منهم بقانون خاص ....) القرار رقم (٢٣٨٩/ش/٢٠٠٧) بتاريخ ٢٠٠٧/٨/١٣ . (قرار غير منشور)

[2] د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص الاردني والمقارن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص٢٠٠. وقد جسد القضاء الفرنسي هذا الحكم عندما رفضت محكمة الدرجة الاولى في فرساي بقرارها الصادر بتاريخ ١٩٦٥/١/٣١ طلب الزوج الايراني بتطبيق القانون الايراني بخصوص نزاع يتعلق بزواجه الثاني بحجة ان تطبيق القانون المذكور في الموضوع محل النزاع بنظر المحكمة يتيح فرض مساكنة الزوج لاكثر من زوجة في فرنسا وو ما يتعارض مع النظام العام الفرنسي الذي لا يجيز نظام تعدد الزوجات ففي نطاق هذا القرار لجأ القاضي الى استخدام النظام العام كوسيلة لرفض اكتساب حق نشأ خارج حدود دولته لما يحتويه من نتائج تشكل انتهاكاً للمبادئ التي يعتنقها المجتمع الفرنسي. اشار اليه سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت بدون سنة طبع، ص١٨٣.

الزواج في دولة المحكمة[1] كالقانون الذي يبيح الزواج بين الكتابي والمرأة المسلمة وعلى سبيل المثال، إذا كان قانون دولة (أ) هو القانون الأجنبي المختص، يجيز الزواج بين الكتابي، والمرأة المسلمة، وتزوجت امرأة مسلمة من رجل مسيحي من جنسية الدولة (أ)، وتم الطعن بهذا الزواج أمام محكمة عراقية، فإن القاضي العراقي يعد إجازة هذا النوع من الزواج مخالفة للنظام العام في العراق وبالتالي يقر ببطلانه رغم أنه غير محظور في القانون الوطني للزوجين. فالقاضي العراقي المرفوع إليه هذا النزاع يعطي الإختصاص في النزاع لقانون دولة (أ) أولاً وفقاً لقاعدة الإسناد في المادة (١/١٩) من القانون المدني التي تسند حكم النزاع المشوب بعنصر أجنبي فيما يتعلق بالشروط الموضوعية للزواج لقانون كلا الزوجين ثم يعود فيستبعد تطبيق قانون دولة (أ) الواجب تطبيقه بحسب المادة (٣٢)، ويحل محله القانون العراقي في حكم النزاع المشوب بعنصر أجنبي والذي لا يعترف بالزواج الحاصل بين الكتابي والمرأة المسلمة. لذا يعد النظام العام في مثل هذه الحالات اداة تسعف القضاء لمجافات القانون الاجنبي الذي لا يصلح من وجهة نظره بحكم النزاع المشوب بعنصر اجنبي وطرح احكامه جانباً امتثالا لما تمليه الزامية هذه الاحكام الموضوعية لعقد الزواج[2] فيحول مبدأ النظام العام

---

[1] د. محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، ط٢، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية، القاهرة، ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م، ص١٧٣ ؛ كذلك ينظر: د. أحمد سلامة، الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين والأجانب، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ١٩٦٣، ص٣٤١.

[2] قررت محكمة القاهرة الابتدائية بتاريخ ٥ يناير ١٩٥٣ في خصوص دعوى بطلان زواج مرفوعة من زوجة يونانية مسيحية على زوجها الإنكليزي المسلم استناداً إلى أن القانونين اليوناني والإنكليزي يبطلان الزواج إذا كان أحد الزوجين مرتبطاً بزواج سابق لم ينحل واستناداً إلى أن القانون اليوناني يحرم زواج اليونانية المسيحية من أي شخص غير مسيحي، بات الحكم ببطلان مثل هذا الزواج لغير ما سبب سوى أنه زواج مسلم لمسيحية أو زواج جمع فيه زوج مسلم بين زوجتين في وقت واحد فيه مخالفة صارحة لمبادئ أساسية مقررة في مصر في

فـي هـذه الحالـة دون بقـاء الـتلازم المطلـق بـين خطـوة تعيـين القـانون الاجنبـي وتعيين مضمونه بين خطوة تطبيقه بصورة نهائية على النزاع ليفسح المجال امام قانونه الوطني بحكم هذه العلاقة وفق ما تمليه الاحكام المنظمة لهذا الجانب من عقد الزواج مدفوعا باعتبارات عديدة اهمها منع قيام الحالة الشاذة غير المعروفة في دولة المحكمة والتي تتنافى مع المبادئ العليا لمؤسسة الزواج ونظام الاحوال الشخصية المستمدة اصوله من الشريعة الاسلامية التي تشكل الاساس الذي تنبثق منه قواعد النظام العام في عقود الزواج[1].

مسائل الأحوال الشخصية يجيز للمسلم أن يجمع بين زوجتين في وقت واحد وبالتالي فهي تجيز للمدعى عليه، وهو مسلم كما سبق القول، وكما تقول بذلك المدعية زوجة المدعي وهي مسيحية كما تجيز له أن يجمع في وقت واحد بينها وبين زوجته الأولى التي اعتنقت الإسلام ومن ثم يكون الأخذ بالأحكام المتقدمة المقررة في كل من القانونين اليوناني والإنكليزي مخالفاً للنظام العام في مصر الأمر الذي يتعين فيه طرح هذه الأحكام جانباً. أنظر كتاب د. هشام علي صادق، تنازع القوانين (مصدر سابق)، ص٤٩١.

[1] وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرارها الذي جاء فيه (.... ومن المسلم به في فقه الشريعة الإسلامية ان هناك أحكاماً قررتها الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالأحوال الشخصية ذات طابع متصل بالنظام العام، بحيث لا يمكن المساس بها مثل حكم المرتد وفسخ زواجه عاجلاً بغير توقف على قضاء القاضي وعدم اقراره على ردته وعدم الاعتراف بديانته التي ارتد اليها، والحكم ذاته في زواج المسيحي او اليهودي او البوذي او الوثني بمسلمة، فمثل هذا الزواج باطل لمخالفته لقاعدة من قواعد النظام العام وهي عدم جواز ان تكون المسلمة في عصمة غير المسلم ولو كان كتابيا) قضية رقم (٥١) لسنة ١٩٨٠ مجلة المحاماة والشريعة بمصر السنة ٢٥، ص٩٩. ذكره د. عماد طارق البشري، مصدر سابق، ص٥٠١. فهذا الحكم يدل بشكل قاطع على موقف قضاء الأحوال الشخصية المصري من الاشكال المتعلق بحفظ الإسلام وصونه وما يرتبه هذا من أحكام مرتبطة تترتب على هذه القاعدة الكلية والتي تعد من النظام العام في الشريعة الإسلامية كما هي كذلك في النظام القانوني المصري.

المطلب الثاني
تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج المختلط

تقوم التصرفات القانونية بوجه عام على إرادة الأفراد، نظراً لكونها تشكل المحرك الأساسي لنشأة الإلتزام وتحمل الآثار التي قد تنجم عنه، إلا أن الإرادة الحرة لطرفي العقد أو أحدهما في قبول الإلتزام تجاه الطرف الآخر في هذا العقد (عقد الزواج المختلط) لا تكفي بحد ذاتها في أغلب الحالات لضمان تنفيذ الملتزم بما التزم به، بل لابد من إظهار هذه الإرادة بوسائل معينة توفر لطرفي العقد أو لأحدهما المعرفة الكافية مقدما بما له من حقوق، وما عليه من التزامات بموجب العقد الذي التزم به طرفا العقد، هذه الوسائل تشكل في مجملها ما يعرف اصطلاحاً بالشكلية:- والتي تشير إلى تلك الشروط التي يمكن أن يتحقق وجود الشيء بدونها، ولكن لا تترتب الآثار القانونية إلا عند تحقق هذه الشروط، كشرط تسجيل النكاح بصورة رسمية. [1]

والشكلية بمعناها المتقدم تحقق فائدة لأصحاب العلاقة، والائتمان العام، واستقرار المعاملات في المجتمع حتى يعرف كل واحد حقه، ويقف عند حدوده، فضلاً عن أن هذا الأمر يؤدي إلى التروي، والتفكير ملياً بتحقق الشكلية المطلوبة لأنه قد تمضي سنوات طويلة على عقد الزواج بحيث لا يوجد أحد يؤكده لولا هذه الشكلية التي يرسمها المشرع بدقة.

ولا يقتصر الجانب الإجرائي أو الشكلي في عقد الزواج على التوثيق فقط وإنما يشمل أيضاً الإشهاد على هذا العقد لكون الشهادة تعد جزءاً من الرضا بالزواج، ولا تهدف فقط إلى تحقيق العلانية، لذا فإن أهمية هذا الشرط في مثل هذا التصرف القانوني تفوق قيمة توثيقه لدى المحاكم المختصة، لذا نلاحظ اختلاف في مدى تأثير مبدأ النظام العام في هذين الشرطين وهذا ما سنحاول بيانه في فرعين نتناول في الأول تأثير النظام العام على التوثيق الحاصل في

---

[1] د. رياض خليل جاسم، مصدر سابق، ص٧٥.

عقود الزواج المختلطة، وفي الثاني نوضح تأثير النظام العام في الإشهاد على الزواج المختلط.

الفرع الأول

تأثيره في القانون الواجب التطبيق على توثيق الزواج المختلط

تعد الشكلية في عقود الزواج أحد المستلزمات الأساسية لإثبات حصول واقعة الزواج عند حصول إنكارمن قبل أحد طرفيه، فضلاً عن أنه من أبرز الوسائل القانونية اللازمة لقبول أي نزاع قانوني ينظر من قبل القضاء[1] سواء فيما يخص آثار هذا العقد أم في انقضائه.

أما ما عدا ذلك، فالشكلية ليس لها أهمية تجعلها من الأركان الضرورية الواجب توافرها لصحة ونفاذ عقد الزواج سواء أكان قد أبرم بين وطنيين أو كان زواجاً مختلطاً مبرماً بين أجنبيين مختلفي الجنسية أو كان أحد الزوجين أجنبياً والآخر من وطنيي هذه الدولة[2] وذلك للأسباب الآتية:

---

[1] وهذا ما أكدته لائحة ترتيب الأحكام الشرعية في مصر لعام ١٩٥٥ في المادة ٤/٩٩ التي نصت على أنه (لا يسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها، إلا إذا كانت ثابت بوثيقة رسمية). ذكره د. خالد محمود طلال، مصدر سابق، ص٩١.

[2] هذا ما أفتت به دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٩٦٧/٢/١ في الطلب رقم (٥٨٢) بأنه (ينعقد الزواج شرعاً بين الطرفين (الزوج والزوجة) بنفسهما أو وكيلهما أو وليهما بإيجاب من أحدهما وقبول الطرف الآخر متى استوفى هذا العقد جميع الآثار والنتائج ويثبت لكل من الزوجين قبل الآخر جميع الحقوق والواجبات دون توقف على توثيق العقد رسمياً أو كتابته بورقة عرفية وهذا كله من الوجهة الشرعية). أنظر كتاب: د. خالد محمود طلال حمادنة، عقد الزواج بالكتابة عن طريق الإنترنت، مصدر سابق، ص٩٢. وهذا ما أعتمدته أيضا محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم ١٥٧ لسنة ١٩٧٥ والذي جاء فيه (وحيث أن ملف الدعوى يفيد أن عقد زواج الطرفين المتداعيين تم بالشكل المدني وفق قانون البلد الذي أبرم فيه بين زوجين أحدهما أردني، فإن الزواج يعتبر صحيحاً من حيث الشكل لا باطلاً) أنظر الدكتور غالب علي الداودي، مصدر سابق، ص١٦٨.

١- إن عقد الزواج: يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لهما من حقوق وما عليه من واجبات إذا استوفى جميع شرائطه الشرعية، مما يستنتج معه أنه عقد يركز على الغاية الإجتماعية من إنشائه وهي إيجاد رابطة شرعية بين رجل وامرأة لغرض زيادة النسل وتكوين مجتمع سليم، أساسه العائلة المتماسكة، الأمر الذي لا يجعل للشكلية في عقد الزواج إلا دوراً ثانوياً لتأكيد وجود هذا العقد.

٢- إن أغلب التشريعات قد لجأت إلى تعيين النصوص التي تتولى مهمة بيان الضوابط التي يمكن الإستناد إليها للتأكد من استيفاء عقد الزواج للشكلية اللازمة لوجوده من الوجهة القانونية في الدولة التي أبرم هذا العقد فيها، وهي في أغلبها نصوص يلزم القاضي باتباعها تجنباً للمساس بحقوق الزوجين الذين نشأت عقود الزواج الخاصة بهم في ظل قانون معين من جهة وعدم تضمن هذه الأحكام القانونية السائدة في قانون أجنبي معين ما يمس النظام القانوني أو الإجتماعي في دولة القاضي الذي يتولى حسم النزاع المتعلق بعقد الزواج المختلط.

ففي ظل القانون المدني العراقي حدد المشرع ضوابط معينة يخضع لها شكل الزواج المنعقد وذلك في المادة (١٩ فقرة ١) "...، اما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين اجنبيين او ما بين اجنبي وعراقي اذا عقد وفقا للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، او اذا روعيت فيه الاشكال التي قررها قانون كل من الزوجين فوفقا للمادة المتقدمة تعد الشكلية متحققة اذا تمت وفقا لقانون البلد الذي ابرم فيه العقد او اذا تمت وفقا لقانون دولة الزوج مثلا يعد عقد الزواج المبرم بين مواطن عراقي ومواطنة سورية مستوفيا الشكلية المقررة لقانون دولة الزوج اذا جرى توثيقه من قبل القنصل العراقي الذي يحق له ذلك وفقا لاتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣، او اذا تم وفقا لقانون دولة الزوجة إذا تزوجت من اجنبي ويرى توثيق العقد من قبل القنصل الذي يمثل دولتها وهذا هو اتجاه المشرع الاردني في المادة (١٣) مدني اردني التي جاء فيها " اما من حيث الشكل فيعتبر صحيحا الزواج ما بين

أجنبيين او ما بين اجنبي واردني صحيحا اذا عقد وفقا لاوضاع البلد الذي تم فيه او اذا روعيت فيه الاوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين.

فإذا وثق عقد الزواج، وفقاً لقواعد الشكلية المقررة في أحد هذه القوانين قانون دولة إبرام العقد أو قانون دولة أحد الزوجين، فإن العقد يصلح كدليل إثبات على حصول واقعة الزواج فضلاً عن أنه وسيلة قانونية مقبولة لدى القضاء في حال حصول نزاع معين يتعلق بآثار هذا الزواج[1].

وبناءاً عليه فإن الزواج يعد صحيحاً وليس هناك مبرر يشير إلى بطلانه سواء من الناحية الموضوعية أم الشكلية.

نخلص مما تقدم أن الشكلية في عقد الزواج هي وسيلة تهيئ الدليل الذي قد يلجأ إليه أصحاب العلاقة في حالة حدوث نزاع بين طرفي عقد الزواج (الوطني منه والمختلط) إلا أن أهمية هذا الشرط ومستلزمات وجوده لا ترتبط بشرعية عقد الزواج أو صحته الأمر الذي يخرجها من دائرة المصالح والحقوق التي تحظى بالحماية التي يوفرها مبدأ النظام العام.

---

[1] وهذا ما أكده الحكم الصادر من محكمة القاهرة الإبتدائية بتاريخ ٥ يناير ١٩٥٤ الصادر في شأن دعوى بطلان زواج مرفوعة من زوجة يوناني أرثدوكسي على زوجته الفرنسية الكاثوليكية إستناداً إلى أن إبرام الزواج وشهره قد تم أمام الكنيسة الأرثوذكسية، وهو شرط موضوعي يؤدي تخلفه إلى بطلان الزواج، وجاء في الحكم (أن الفصل في هذا الطلب يكون متوقفاً على تكييف هذا الشرط أو وضعه القانوني) أهو من شروط انعقاد الزواج الموضوعية التي تخضع لقانون كل من الزوجين فإذا خالف أحدهما اعتبر العقد باطلاً أم هو من شروطه الشكلية التي ينبغي أن ينعقد وفقاً لقانون البلد الذي تم فيه ليكون العقد صحيحاً، ويتضح من الروح السائدة في التشريع المصري أن كل ما كان متعلقاً بالجهة التي تباشر إبرام عقد الزواج أو الطقوس يجب أن يخضع لها، أما ما يتعلق بالتعبير عن التراضي فيعد من شروط الزواج الشكلية لا من شروطه الموضوعية أو وضعاً من الأوضاع الجوهرية في الشكل...) يظهر من الحكم المتقدم أن المحكمة المصرية قد رفضت دعوى البطلان التي رفعها المدعي أمام القضاء بحجة أن الإجراءات والطقوس الدينية لم تتم على يد أحد رجال الكنيسة الأرثوذكسية التي ينتمي إليها نظراً لأن قاضي الموضوع قد كيف هذا الشرط على أنه من الشروط الشكلية، التي تعد محل اعتبار أمام القضاء المصري ما دامت قد تمت وفق القواعد الخاصة بالشكلية المقررة في قانون البلد الذي أبرم فيه عقد الزواج والذي يشكل أحد الضوابط التي صرحت بها المادة (٢٠) من القانون المدني المصري. أشار إليه د. هشام علي صادق– مصدر سابق، ص٥٠٥.

مما يستتبع معه انعدام الغاية أو الهدف من اللجوء إلى استخدام هذه الوسيلة الإستبعادية من قبل القاضي الوطني إذا ما تم تطبيق القانون المختار الذي تشير إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية.

كما أن لجوء الأفراد إلى إبرام عقود الزواج الحاصلة فيما بينهم ضمن نظام قانوني معين يشير بما يقطع الشك عن رغبتهم في خضوعها من حيث التنظيم والإجراءات لهذا القانون دون سواه، فقد تكون الإجراءات المعنية في القانون الذي تم العقد في ظله أيسر مما هو سائد في قانون القاضي الوطني. فضلاً عن أن القانون المحلي الذي تم التصرف بموجبه يمثل أيضاً في الوقت نفسه قانون موطن الأطراف المتعاقدة مما يفترض معه أن أصحاب العلاقة على علم ودراية بأحكام ذلك القانون.

الفرع الثاني

تأثيره في القانون الواجب التطبيق على الإشهاد في الزواج المختلط

يعد عقد الزواج من أبرز عقود القانون الخاص، وكلما كانت شروطه الشكلية والموضوعية تنسجم مع القواعد الدينية والقانونية والإجتماعية كان عقداً منتجاً لآثاره، يتمتع بالديمومة والقدرة على تحقيق الغاية المبتغاة من إنشائه في بناء ركائز إجتماعية متينة من خلال الأسرة المستقرة والفاعلة في المجتمع.

لهذا فإن المجتمعات الحديثة تنظر إلى ما يصاحب عقد الزواج من مشاكل قد تؤدي إلى انتهاء هذا العقد.

ومن أبرز هذه المشكلات عدم الإشهاد على عقد الزواج بالأخص في الشرائع التي تعد الإشهاد على الزواج من أهم العناصر الجوهرية في أنشاء عقود الزواج كالشريعة الإسلامية التي أوجبت الشهادة في عقود الزواج، فهي من هذه الناحية أمر تعبدي محض يجب الإلتزام به والعمل به، والأصل التشريعي في ذلك قوله تعالى

(واسْتَشْـهِدوا شَـهيدَين مِـن رِجـالِكُم فَـإِن لَـم يَكونـا رَجُلَيْنِ فَرَجُـلٌ وَامْرَأَتـان)[١] وقولـه تعالى (وَأَشْهِدوا ذَوي عَدْلٍ مِنْكُم وَأَقيموا الشَّهادَةَ لله). [٢]

والغاية من الإشهاد على عقود الزواج هي تحقيق عنصر العلانية في هذا العقد فضلاً عن كونه الوسيلة المتبعة لإحقاق الحق وقطع الطريق أمام محاولة أي كان في إنكار حصول واقعة الزواج. [٣]

لذا وتحقيقاً لهذه الغاية فقد استلزم الفقهاء عدة شروط في الشاهد على عقد الزواج تتناسب مع أثرها في هذا العقد وأهمها العدالة والحرية والعقل والبلوغ والصلاح في الدين والمروءة والتيقظ. [٤]

وقد أخذت التشريعات العربية بشرط الإشهاد على عقد الزواج منها قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة السادسة التي صرحت بأنه (١- لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطاً من شروط الإنعقاد أو الصحة المبنية فيما يلي.. شهادة شاهدين[٥] متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج). وهذا هو اتجاه

---

[١] سورة البقرة- الآية (٢٨٢).

[٢] سورة الطلاق- الآية (٢).

[٣] وهذا ما قضت به محكمة التمييز في قرارها رقم ١٩٥/ موسعة أولى/ تاريخ ١٩٨٤/٧/٣٠ والذي جاء فيه ما يأتي (ينعقد الزواج بإيجاب يفيده لغة أو عرفاً من أحد العاقدين وقبول من الآخر، ويقوم الوكيل مقامه (٤٢ أحوال شخصية) فإذا لم يشهد أي من الشهود على إيجاب أحد العاقدين، وقبول الطرف الآخر في مجلس العقد أو على توكيل الزوجة للعاقد كما لم تثبت المعاشرة الزوجية بينهما، فيتعين اعتبار الزوجة عاجزة عن الإثبات، وتمنح حق تحليف الخصم اليمين). ذكره القاضي ابراهيم المشاهدي، مصدر سابق ، ص١٥٠.

[٤] د. محي هلال السرحان، النظرية العامة للقضاء في الاسلام، بغداد، ١٩٩١، ص٢٠٠.

[٥] ومن مبادئ محكمة التمييز في هذا الشأن قرارها رقم ١٩٧٩/ش/بتاريخ ١٩٨٥/٢/٢٤ والذي جاء فيه بأنه (لا يجوز إثبات زواج المدعية على زوجها المفقود بشهادة شاهد واحد). وكذلك قرارها رقم ٢٥٧٧/ش/بتاريخ ١٩٨٥/٥/١٥ والذي قضت بموجبه بأنه (لا يجوز إثبات الزوجية بشهادة واحدة، وتحليف الزوجة اليمين المتممة لتعلق ذلك بالحل والحرمة). وكذلك قرارها رقم ٢٥٥/شخصية أولى/ بتاريخ ١٩٨٧/١٠/١١ والذي

المشرع الأردني في قانون الأحوال الشخصية لسنة ١٩٧٦ في المادة (١٦) وقانون الأحوال الشخصية السوري لسنة ١٩٥٣ في المادة (١٢) وذلك وفق الصيغة التالية "يشترط لصحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين او رجل وامرأتين مسلمين (إذا كان الزوجان مسلمين) عاقلين بالغين سامعين الإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما" واضاف القانون الأردني قوله "وتجوز شهادة أصول الخاطب والمخطوبة على العقد"، ونص قانون الأحوال الشخصية السوداني في المادة (٢٥)، ومشروع القانون العربي الموحد في المادة (٣٣) على انه "يشترط في صحة عقد الزواج: ١- حضور شاهدين" وجاء في المادة (٢٦) من قانون الأحوال الشخصية السوداني، والمادة (٣٤) من مشروع القانون العربي الموحد ما يلي "يشترط في الشاهدين ان يكونا رجلين مسلمين عاقلين بالغين من اهل الثقة سامعين الإيجاب والقبول فاهمين ان المقصود بهما الزواج" وهذا هو اتجاه مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة (١١)، ومشروع قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في المادة (٨)، ومشروع قانون مجلس التعاون الخليجي في المواد (٢٩ و ٣٠).

والمفهوم من هذه النصوص، أن عقد الزواج الذي فقد شرطاً من شروط الصحة، يكون بحكم العقد الذي فقد ركناً من أركانه، أو شرطاً من شروط انعقاده، أي أنه باطل، والعقد الباطل لا تبنى عليه آثاره قبل الدخول، اما بعد الدخول فيقر المشرع الزواج الباطل بعض الاثار التي تثبت في حالة العقد الصحيح كثبوت النسب والميراث واتجاه المشرع العراقي والتشريعات المقارنة منتقد لأن عقد الزواج بلا إشهاد غير باطل، فهو غير مجمع على تحريمه، لوجود من يقول بصحته كالإمامية والمالكية[1]، وإذا قرر المشرع عدم صحته،

وضحت فيه أن (على المحكمة الاستماع إلى شهادات شاهدي العقد، والعالم الديني الموقعين على عقد الزواج العرفي) أنظر كتاب القاضي إبراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص١٥١- ١٥٣.

[1] عبدالرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الأول، ط٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص١٣٣.

فالعقد غير الصحيح له مرتبتان، وهما البطلان والفساد، ولا يمكن اعتباره باطلاً لعدم الإجماع على تحريمه، وعليه فهو ضمن مرتبة العقد الفاسد[١] فلا تنتج عنه آثاره قبل الدخول، ويلزم التفريق بين طرفيه فسخاً، وإذا وقع الدخول، تنتج عنه بعض الآثار كالمهر، وثبوت النسب والعدة، ودرء الحد لوجود الشبهة، ويلزم التفريق بين الزوجين كذلك. [٢]

وحكم استلزام شرط الإشهاد في عقد الزواج تعتبره أغلب التشريعات من أهم العناصر الأساسية لانعقاد الزواج الوطني منه والمختلط منها قانون الأحوال الشخصية العراقي،[٣] وقانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة ١٩٧٦،[٤] وكذلك قانون حقوق العائلة اللبناني لسنة ١٩٤٨،[٥] وقانون الأسرة الجزائري لسنة ١٩٨٤. [٦]

رغم أن معظم هذه التشريعات قد أوردت حكماً يقضي بخضوع عقد زواج الأجانب من حيث الصحة والإنعقاد وفيما يتعلق بالجانب الشكلي لهذا العقد لقانون الدولة الذي تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد لدولة القاضي الذي يتولى حسم النزاع وهذا ما أكدته المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية بقولها "١-تسري أحكام هذا القانون على العراقيين إلا من استثني منهم بقانون خاص. ٢- تطبيق أحكام المواد ١٩، ٢٠، ٢١، ٢٢، ٢٣، ٢٤ من القانون المدني في حالة تنازع القوانين من حيث المكان). نظراً لكون حكم هذه المادة مقيد بشرط عدم مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في العراق الذي أوردته المادة (٣٢ مدني) وحيث

---

[١] العقد الفاسد: هو عقد تحققت أركانه بشرائطه الشرعية ولكن تخلف فيه شرط أو أكثر من شروط الصحة، فشابه خلل في وصف من أوصافه، ويجب فسخه والتفريق بين الطرفين قبل الدخول وبعده (الدكتور عبدالرحمن الصابوني، مصدر سابق، ص٢٥٣)

[٢] د. رياض خليل جاسم، مصدر سابق، ص١٤٠.

[٣] المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

[٤] المادة السادسة عشر من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

[٥] المادة السابعة والخمسين من قانون حقوق العائلة اللبناني.

[٦] المادة الثالثة والثلاثين من قانون الأحوال الشخصية الجزائري.

أن شرط الإشهاد من القواعد المتعلقة بالنظام العام، فلا مجال لتطبيق أحكام المادة الثانية في نطاق عقود الزواج المختلطة فيما يتعلق بشرط الإشهاد ومعظم الشروط الجوهرية في هذا العقد فإذا ما عرض نزاع أمام القضاء العراقي بشأن صحة عقد زواج أبرم ما بين رجل وامرأة من جنسيتين مختلفتين متوطنين في العراق ولم يستوف هذا العقد لشرط الإشهاد يكون القاضي في هذه الحالة ملزماً باستبعاد القانون الواجب التطبيق بموجب المواد (١/١٩، ٢) مدني عراقي لمخالفته لقواعد النظام العام المستقر في دولته واللجوء إلى تطبيق قانونه الوطني في هذا الشأن باعتبار أن هذا القانون أكثر انسجاماً مع النظام العام في دولته.

ويرجع السبب في اعتبار هذا الشرط من القواعد المتعلقة بالنظام العام إلى دوره البارز في اخراج هذا العقد من حدود السرية حتى لا يلتبس بالزنا ولا تكون علاقة الرجل بزوجته محل شبهة او سوء ظن، وللمحافظة على الحقوق المترتبة عليه، فضلا عن ان عقد الزواج يترتب عليه أحكام كثيرة يستمر اثرها مع الزمن، كثبوت النسب، وحرمة المصاهرة واستحقاق الميراث، لذا فان عقد الزواج يتعلق به حق غير المتعاقدين، فكان من الواجب تضمن عقد الزواج لعنصر الاشهاد لما لوجوده من اثر في تحقيق عنصر العلانية التي تعد عامل مهم باغلب عقود القانون الخاص وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية بقولها (إن النكاح متعلق بالحل والحرمة فيجب سماع الشهود الذين يطلب استماعهم أحد الطرفين حتى ولو سبق وان حصر البينة لغيرهم وصرف النظر عنهم إذا كانت البينة التي قدمها لم تكف للإثبات)[1] فجاء قرار المحكمة بصيغة (فيجب سماع

---

[1] قرار محكمة التمييز رقم ١٩٦٩/ش/١٩٧٠ بتاريخ ١٩٧١/١/٩- النشرة القضائية لمحكمة التمييز، العدد (١)، السنة الثانية، ١٩٧٢، ص٧٧.

وقد ذهبت في ذات الاتجاه محكمة التمييز الاتحادية في قرارها رقم (٢٢٤٠/ش/٢٠٠٧) بتاريخ ٢٠٠٧/٧/٩ الذي جاء فيه بلزوم قيام المدعية إثبات دعواها بالبينة المعتبرة والاستماع إلى شاهدي العقد والتحقق من عدم وجود موانع شرعية وقانونية لاثبات صحة الزواج ومن ثم اصدار الحكم بحصول هذا العقد على وفق ما يترائى لمحكمة

الشهود) مما يشير إلى أن تخلفه يمس صحة هذا العقد وما قد يترتب على هذا العقد من آثار مما يجعل من القواعد المرتبطة بعقد الزواج ومنها القاعدة المتعلقة بالإشهاد المجال الخصب لأعمال مبدأ النظام العام ودوره في عرقلة تطبيق القانون الأجنبي لكل من الزوجين في شأن هذا الشرط إذا كان مخالفاً لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي.

الموضوع). قرار غير منشور. وهذا ما أشارت اليه ايضا محكمة التمييز الاتحادية بقرارها رقم (٧٨٩/ش/٢٠٠٨) بتاريخ ٢٠٠٨/٣/٩ والذي جاء فيه (انه من الواجب اثبات واقعة الزواج وتاريخه والاستماع لأقوال شاهدي مجلس العقد والدخول وتدوين اقوالهم امام المحكمة حول ذلك لتعلق الدعوى بالحل والحرمة). قرار غير منشور.

الفصل الثاني
تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على اثار الزواج المختلط وانتهائه

تتجه اغلب التشريعات المتنوعة الى تفعيل دور النظام العام على اغلب جوانب عقد الزواج المختلط نتيجة لأهمية هذا العقد في اغلب الأنظمة القانونية واتصاله المباشر بأسس النظام الاجتماعي وما ينطوي عليه من آثار خطيرة اذا تم تجاهل قواعده لذا يبرز تأثير النظام العام في معظم جوانب هذا العقد ليبلغ اقصى مداه مكونا عائقا في مواجهة القواعد الاجنبية الواجبة التطبيق تجنباً للاثار التي من الممكن تحققها اذا ما تم تطبيقها على النزاع وهذا ما يحصل في اطار الزواج الباطل وكذلك في نطاق الوسائل التي ينقضي بها عقد الزواج اذ ان السماح بتطبيق القوانين الاجنبية في هذا السياق من شأنه المساس بالمبادئ التي تؤمن بها الجماعة اذا ما تضمنت هذه القوانين ما يخل بهذه المبادئ الا ان هذا الدور الذي يمارسه مبدأ النظام العام في نطاق الاحكام الموضوعية لعقد الزواج وما قد يستبعده انتهاك هذه الشروط من جزاء يتجسد بالبطلان وكذلك ما يحتله في نطاق الوسائل التي ينفضي بها هذا العقد لا يتسع ليشمل جوانب اخرى في عقد الزواج المختلط كالنظام المالي للزوجين حيث ينحسر تأثير النظام العام في نطاق هذا الجانب من اثار عقد الزواج المختلط هذا الامر يجعل ترتيب تأثير النظام العام على جوانب عقد الزواج يتحقق بدرجات متفاوتة وهذا ما سنحاول توضيحه في هذا الفصل وذلك في مبحثين نبين في الاول: تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على آثار عقد الزواج المختلط ونوضح في الثاني: تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق عند انتهاء عقد الزواج المختلط.

المبحث الأول
تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المختلط

يرتب عقد الزواج المختلط لكل من الزوجين حقوقاً معينة، كما يقرر بعض الإلتزامات على كل منهما. ومجموع الحقوق والإلتزامات المتبادلة بين الزوجين هي التي يطلق عليها آثار الزواج، وهذه الآثار ليست ذات طبيعة واحدة فمنها ما يكون ذا طابع شخصي بحت كحق الزوج في طاعة زوجته له.

ومنها ما يكون ذا طابع مالي كحق الزوجة في المهر، وحقها في النفقة التي تجب على زوجها، كما ويرتب عقد الزواج المختلط فضلاً عن الحقوق المتقدمة حق أحد الزوجين في اكتساب جنسية الزوج الآخر ومجموع هذه الحقوق التي يرتبها عقد الزواج المختلط يجري تنظيمها بقواعد آمرة ترتبط معظمها بالأسس التي يتولى حمايتها مبدأ النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية، هذا الأمر يبرز بدرجة كبيرة إذا ما كان ضابط الإسناد الذي يقضي بتطبيق قانون جنسية الزوج على آثار الزواج يمس هذه الأسس التي تعد من صميم القواعد المتعلقة بالنظام العام لدولة القاضي مما يدعو إلى التساؤل عن القانون الواجب اتباعه في الفرض الذي قد يحصل فيه هذا النوع من الإنتهاك لهذه القواعد، وهذا ما سنحاول بيانه في هذا المبحث وذلك في مطلبين نوضح في الأول: أثر الزواج المختلط على جنسية الزوجين، ونبين فيه ايضاً: تأثير النظام العام على مفهوم الجنسية المكتبسة ويأتي تناول المطلب الثاني في فرعين أيضاً نوضح في الأول مفهوم النظام المالي وتأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق عليه، ونبين في الثاني مفهوم النفقة ومدى تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق عليها.

المطلب الأول
تأثير النظام العام على اكتساب الجنسية في الزواج المختلط

إن الجنسية باعتبارها رابطة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة[١]، ترتب ما ترتبه من التزامات، وتقرر ما تقرره من حقوق على نحو متبادل ما بين الفرد والدولة، حيث تثبت للفرد على أصل من تمتعه بجنسية تلك الدولة، وثبوت الجنسية لفرد ما يتم بناءً على أسس واعتبارات كثيرة منها ما يثبت بموجب حق الدم ومنها ما يثبت بموجب حق الإقليم[٢]، وقد تثبت للفرد بموجب الزواج المختلط الذي يتم بين شخصين من جنسيتين مختلفتين واكتساب الفرد للجنسية بموجب عقد الزواج المختلط قد يسمح للفرد بأن يتمتع بالحقوق ذاتها التي تكفلها له جنسيته الوطنية الأمر الذي من شأنه أن يمس معظم الإعتبارات والحقوق التي لها صلة بالنظام العام لكل دولة، وهذا ما سنتناول بحثه في فرعين نبين في الأول أثر الزواج المختلط في جنسية الزوجين ونبين في الثاني تأثير النظام العام في مفهوم الجنسية المكتسبة

الفرع الأول
أثر الزواج المختلط في جنسية الزوجين

قد يترتب على الزواج المختلط آثار عديدة أهمها تلك المتعلقة بجنسية الزوجين او احدهما والذي سنبينه كما يلي

---

[١] المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٩٦٠ لسنة ١٩٤٧ ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٦ ذكره د. عماد طارق البشري، مصدر سابق، ص٣٦٢.

[٢] د. فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية في التشريعات العربية المقارنة، ج١، في الاحوال العامة وفي تشريع الجنسية اللبناني، معهد البحوث والدراسات، القاهرة، ١٩٧٥، ص٥٤.

أ. أثره في جنسية الزوجة:

إن تطور العلاقات بين الدول واتساع حركتي النقل والتجارة بين الشعوب تعد من أهم العوامل التي أدت إلى ازدياد فرص الزواج المختلط بين أفراد من جنسيات مختلفة[١].

وينتج عن هذا الزواج آثار كثيرة منها ما يتعلق بجنسية الزوجين أو أحدهما، ويظهر تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجة أكثر منه في جنسية الزوج[٢]، إذ أنه وفي معظم التشريعات المنظمة للجنسية التي كانت سائدة لا تعطي للمرأة الأجنبية المتزوجة من أحد الوطنيين الحرية في الإحتفاظ بجنسيتها الأصلية مراعاة لاعتبارات الحفاظ على وحدة كيان الأسرة وتلافياً للنتائج التي قد تنجم عن عكس ذلك، وهذا هو الإتجاه الذي يبنى عليه مبدأ وحدة الجنسية في العائلة[٣] الذي مفاده بأن اكتساب الزوجة الأجنبية جنسية زوجها الوطني عنصر ضروري ولازم لحماية المحيط العائلي المتماسك من ظهور عائق يحول دون ذلك.

نظراً لكون عدم حصول الزوجة الأجنبية على جنسية الزوج بموجب الزواج المختلط قد يؤدي إلى إمكانية إبعادها عن إقليم دولة الزوج في أحوال كثيرة منها كون دولة الزوجة في حالة حرب، أو نزاع مع دولة الزوج، أو قد تشعر الأجهزة المختصة بوجود خطر من رعايا دولة معينة تكون الزوجة أحد مواطنيها.

ومن الحجج التي استند إليها أصحاب مبدأ وحدة الجنسية في العائلة بأن احتفاظ الزوجة الأجنبية بجنسيتها حتى بعد انعقاد الزواج وعدم اكتسابها لجنسية زوجها، من شأنه أن يربك الإستقرار العائلي، وبالأخص في الدول التي تتخذ من

---

[١] د. فؤاد عبد المنعم رياض، الاتجاهات المعاصرة في مسائل الجنسية (مجلة القانون والاقتصاد)، العدد٣، مصر، ١٩٥٩، ص١٠.

[٢] د. غالب علي الداودي، تأثير الزواج المختلط على جنسية المرأة المتزوجة في القانونين العراقي والتركي، بحث منشور في مجلة الاقلام العراقية، ج١٢، بغداد، السنة الثانية، ١٩٦٦، ص١٠٥.

[٣] د. حسن الهداوي، اكتساب الأجنبية لجنسية زوجها العراقي (بمقتضى تعديل قانون الجنسية الصادر في ١٩٦٨/١٠/٣١، بغداد، مطبعة الرشاد، ص٣.

الجنسية كضابط إسناد في مسائل الأحوال الشخصية. حيث أن حصول مشاكل بين هذين الزوجين بشأن أمر ما يرتبط بجوهر العلاقة القائمة بينهما يستلزم من المحكمة التي تنظر في النزاع تحديد أي من هذين القانونين (قانون الزوج أو الزوجة) يكون مختصاً بحكم المسألة موضوع النزاع.

يضاف إلى ذلك أن عدم وحدة الجنسية في العائلة من شأنه أن يؤدي إلى حصول حالة ازدواج الجنسية فيما يخص الأبناء وذلك في الدول التي تأخذ بنظام حق الدم المطلق من الأب أو الأم[1]، نظراً لأن من شأن ذلك أن يؤدي إلى اكتساب هؤلاء جنسية الأم إضافة إلى جنسية الأب، وتجنباً لهذه الآثار الضارة التي يمكن أن تساعد على تشتيت كيان الأسرة الواحدة فقد أقر هذا الإتجاه دخول الزوجة الأجنبية في جنسية زوجها الوطنية بمجرد انعقاد الزواج بينهما، وهذا المبدأ هو الذي كان مطبقاً في قانون الجنسية العراقية رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ إذ جاء في المادة ١٧ منه (زوجة العراقي تعتبر عراقية، وزوجة الأجنبي تعتبر أجنبية).

فالمشرع العراقي في قانون رقم (٤٢) لسنة ١٩٢٤ اعتنق مبدأ وحدة الجنسية في العائلة، وفرض بقوة القانون جنسيته على زوجة العراقي الأجنبية دون أن يمنحها حق الإختيار ما بين اكتساب جنسية زوجها الوطنية أو البقاء على جنسيتها الأصلية، ورغم ما طرح لتبرير الأخذ بهذا المبدأ إلا أنه يتنافى مع حقوق الإنسان، وحق المرأة في اختيار جنسية زوجها إذا كانت من غير جنسيته لذا فقد سارع المشرع إلى إلغاء هذا النص. [2]

---

[1] بدوي ابو ديب، الجنسية اللبنانية، ط١، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص١٨٨.

[2] عدلت المادة (١٧) من قانون الجنسية العراقية رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٤١ المنشور بالوقائع العراقية ١٨٧٤ في ١٩٤١/٢/٥، وجاء في الأسباب الموجبة للتعديل: "١- دخول أجنبيات غير مرغوب فيهن في الجنسية العراقية لأسباب سياسية وأخلاقية...." لذا جاء النص الجديد "إذا تزوجت المرأة الأجنبية من عراقي متكسب الجنسية العراقية من تاريخ موافقة وزير الداخلية ....."، وقطع الطريق امام اعتبار زواج الأجنبية من عراقي مكسباً لهن الجنسية العراقية.

وقد طبق الأمر نفسه للمرأة العراقية المتزوجة من أجنبي ولكن بصورة معكوسة، أي أن العراقية التي تتزوج من أجنبي تفقد جنسيتها العراقية بحكم القانون العراقي بمجرد زواجها من أجنبي ولم يتنبه المشرع إلى أن قانون جنسية الزوج الأجنبي قد لا يعطيها جنسية هذا الزوج أو يشترط مدة معينة وإقامة في دولة الزوج ودون أن تملك الحق في أن تحتفظ بالجنسية العراقية ولكن لها أن تستردها بشروط حددها القانون.

ومن التشريعات الأخرى التي سلكت الإتجاه نفسه قانون الجنسية التونسي رقم (٦) لسنة ١٩٦٣ إذ جاء في الفصل الثالث عشر (تصبح تونسية من تاريخ عقد زواجها المرأة الأجنبية التي تتزوج من تونسي إذا كان قانونها الوطني يجردها من جنسيتها الأصلية متى تزوجت من أجنبي).

هذا الموقف المتشدد على المبدأ المهجور كرسته أيضاً قانون الجنسية البحريني رقم ١١ لسنة ١٩٦٣ حيث نصت مادته السابعة/١ أنه:

إذا تزوجت امرأة ببحريني بعد تاريخ العمل بهذا القانون أصبحت بحرينية وإذا تزوجت امرأة بحرينية بأجنبي بعد ذلك التاريخ تفقد جنسيتها البحرينية متى اكتسبت جنسية زوجها وإلا فلا....

إن هذا الاتجاه لم يلاق قبولاً في تشريعات الجنسية التي سادت في حقبة زمنية مضت في بعض الدول، نظراً لكونه ورغم بعض الإيجابيات التي يمتاز بها إلا أنه لا يخفي المساوئ التي تكتنف هذا المبدأ والتي من أبرزها أنه يغل يد الدولة في رفض منح الجنسية الوطنية لمعظم النساء التي قد ترى أنهن غير جديرات بحمل جنسيتها إما لكونهن ينتمين بجنسيتهن الأصلية إلى دولة معادية أو كونهن مدانات بجرائم خطيرة أو مطلوبات للعدالة.

لذا فقد ظهر اتجاه آخر يخفف من حدة المبدأ السابق منسجماً في ذلك مع تطورات العصر وحرية الزوجة الأجنبية في اختيار جنسية زوجها، هذا الإتجاه ينادي باكتساب الأجنبية لجنسية زوجها إذا قدمت طلباً بذلك وأبدت رغبتها في اكتسابها، حيث يعترف هذا الإتجاه للأجنبية المتزوجة من أحد مواطني الدولة بالحرية والإستقلال في أمر جنسيتها، وعدم إلحاقها بجنسية زوجها تلقائياً بمجرد انعقاد الزواج

لأنها تحررت من هذه التبعية وتساوت مع الرجل في التمتع بحريتها في اختيار الجنسية من وجهة نظر أغلب التشريعات.

فضلاً عن أن هذا الإتجاه يمنح الدولة فرصة دراسة الطلب المقدم إليها من أجل التوصل إلى قرار منح الجنسية إلى الزوجة الأجنبية أو رفضه، أي أن مسألة اكتساب الزوجة الأجنبية للجنسية الوطنية متروك لسلطة الدولة التقديرية، تحقيقاً لمصلحة الدولة ولمصلحة الزوجة الأجنبية، فقد ترى الدولة أن من مصلحتها الوطنية وحماية لكيانها السياسي أو الإقتصادي أو الإجتماعي عدم منح الجنسية الوطنية للأجنبية إذا كان في منحها الجنسية يضر بصالح الدولة[1].

وبدأ تطبيق هذا المبدأ بعد ١٩٤١/٢/٥ في العراق وأكده مسلك المشرع العراقي في قانون الجنسية الملغي رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ في المادة (١/١٢) حيث نصت على أنه:

أ. إذا تزوجت المرأة الأجنبية من عراقي تكتسب الجنسية العراقية من تاريخ موافقة الوزير.

ب. إذا كانت المرأة الأجنبية غير عربية فلا يحق لها أن تقدم طلب اكتساب جنسية زوجها العراقي إلا بعد مضي مدة ثلاث سنوات على الزواج وإقامتها في العراق المدة المذكورة وبشرط استمرار قيام الزوجية حتى تقديم الطلب، ويستثنى من ذلك من يتوفى عنها زوجها وكان لها منه ولد).

يتضح من النص المذكور أن المشرع العراقي قد ميز بين الزوجة العربية وغير العربية فلم يقيد الأولى بمضي مدة بل جعل الفرصة سانحة لها في أي وقت بعد قيام الرابطة الزوجية.

في حين يلاحظ أنه أكد على هذا القيد بالنسبة للزوجة الأجنبية غير العربية حيث لم يسمح لها أن تتقدم بطلب الإنتماء إلى الجنسية العراقية إلا بعد مضي ثلاث سنوات على الزواج والإقامة في العراق.

---

[1] للمزيد من التفاصيل ينظر في ذلك الجنسية العراقية في الزواج المختلط، بحث مقدم الى المؤتمر السابع لكلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٠، قدمه الدكتور عبد الحميد محمود حسن السامرائي.

ويرجع ذلك لكون الزوجة العربية تقترب في تاريخها ولغتها وعاداتها من المجتمع العراقي فلا تحتاج إلى فترة اندماج مع هذا المجتمع، وهنا ميز المشرع في تعامل الزوجة الأجنبية من الزوجة العربية، وهذا ما لم يأخذ به المشرع في قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ حيث ساوى بين الزوجة العربية وغير العربية في شروط الدخول في الجنسية العراقية، ورفع مدة الإقامة والزواج من (٣ سنوات إلى ٥ سنوات) عندما نصت المادة (١١) على أنه (للمرأة غير العراقية المتزوجة من عراقي أن تكتسب الجنسية العراقية بالشروط الآتية (١) أن تكون الزوجة أجنبية عند تقديم طلب منحها جنسية زوجها العراقي (٢) أن يكون الزوج متمتعاً بالجنسية العراقية لحظة تقديم الطلب إلى وزير الداخلية (٣) مضي مدة خمسة سنوات على زواجها وإقامتها في العراق للتأكد من أنها جديرة بحمل الجنسية العراقية والإنضمام إلى المجتمع العراقي وأن زواجها جدي وقابل للدوام، ولا يشترط أن تكون إقامتها مستمرة لا تتخللها فترات انقطاع مؤقت بل يجوز أن تسافر إلى خارج العراق للزيارة أو للسياحة أو للمعالجة طالما أن إقامتها الإعتيادية مستمرة في العراق ولديها النية للعودة إليها، ويجب أن تكون إقامتها في العراق مشروعة وفق قانون الإقامة رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨ المعدل حيث لا يعتد بأية إقامة غير مشروعة". يتضح من النص أن المشرع قد أكد على بعض الشروط التي يلزم توافرها حتى يمكن للزوجة الأجنبية تقديم طلب منحها جنسية زوجها العراقية وأبرزها أن تكون الزوجة تحمل جنسية دولة أجنبية (عربية أو غير عربية) وقت تقديم الطلب وأن يكون الزوج متمتعا بالجنسية العراقية وأن تكون مقيمة بشكل مشروع في دولة العراق ولمدة ٥ سنوات من تاريخ زواجها حتى تتأكد الجهات المختصة من جدارة هذه المرأة في الإنضمام إلى المجتمع الجديد مع عدم الاعتداد بهذا الطلب إذا لم تكن الزوجة قد حصلت على حق الإقامة بموجب القانون.

أما بالنسبة لقانون الجنسية المصرية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ فنلاحظ أن المشرع المصري قد سبق المشرع العراقي في هذا الإتجاه في المادة (٧) التي نصت على أنه (لا تكتسب الأجنبية التي تتزوج من مصري جنسية الزوج إلا إذا أعلنت لوزير الداخلية رغبتها في ذلك ولم تنته الزوجية قبل انقضاء سنتين من تاريخ

الإعلان لغير وفاة الزوج، ويجوز لوزير الداخلية بقرار مسبب قبل فوات مدة السنتين حرمانها من اكتساب الجنسية المصرية).

ويلاحظ من النص المصري أنه لم يميز أيضاً بين المرأة العربية والأجنبية المتزوجة من مصري من حيث شروط اكتساب الجنسية المصرية لأنه أشار في كلا الحالتين إلى ضرورة إعلان الزوجة الأجنبية سواء أكانت عربية أم أجنبية عن رغبتها في اكتساب جنسية زوجها والتقيد بمدة، وكان من الأفضل لو استثنى من هذا الحكم الزوجة التي تحمل جنسية دولة عربية لأنها لا تحتاج إلى فترة اختبار للتأكد من جدية هذا الزواج والرغبة في الدخول في جنسية زوجها المصري.

وهذا هو اتجاه المشرع القطري في قانون الجنسية القطرية (رقم ٣٨ لسنة ٢٠٠٥) من حيث التمييز بين الزوجة العربية وغير العربية من ناحية مدة الإقامة اللازمة في دولة قطر حيث تستطيع إكتساب جنسية زوجها القطري بموجب طلب خطي مقدم إلى وزير الداخلية في تلك الدولة تفصح به عن رغبتها الصريحة في الإنتماء إلى جنسية زوجها القطرية. [١]

وهذا ما اعتمده المشرع الجزائري في قانون الجنسية الجزائرية الصادر في ٢٧ شباط ٢٠٠٥. [٢]

---

[١] وهذا ما أكدته المادة الثامنة التي نصت (على أن المرأة التي تتزوج من قطري وفقاً لأحكام القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٨٩ بشأن تنظيم الزواج من الأجانب تصبح قطرية إذا أعلنت لوزير الداخلية رغبتها كتابةً في كسب الجنسية القطرية، واستمرت العلاقة الزوجية قائمة لمدة خمس سنوات من تاريخ الإعلان، وإذا انتهت العلاقة الزوجية بسبب الطلاق أو وفاة الزوج قبل انقضاء المدة المذكورة، وكان للمرأة من زوجها ولد أو أكثر، يتم منحها الجنسية القطرية إذا استمرت إقامتها في قطر حتى اكتمال هذه المدة ويصدر بمنحها الجنسية قرار أميري..).

[٢] وذلك في المادة التاسعة منه التي صرحت بأنه (يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري... بموجب مرسوم متى توفرت الشروط الآتية:

- أن يكون الزواج قانونياً، وقائماً فعلياً مدة ثلاث سنوات على الأقل عند تقديم طلب التجنس.
- الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدة عامين (٢) على الأقل.
- التمتع بحسن السيرة والسلوك.
- إثبات الوسائل الكافية للمعيشة...).

وقـانون الجنسـية البحرينيـة لسـنة ١٩٣٧[١] وقـانون جنسـية الـيمن الجنوبيـة الشعبية رقم ٤ لعام ١٩٦٨ [٢] وقانون الجنسية الإماراتية رقم ١٧ لسنة ١٩٧٢. [٣]

أمـا بالنسـبة للمشـرع السـعودي فقـد انـتهج ذات المنحـى المتقـدم فـي نظـام الجنسـية عـام ١٣٧٤ حيـث قيـد حـق الزوجـة الاجنبيـة فـي اكتسـاب جنسـية زوجهـا الوطنية بشروط صعبة منها أنه لا يدخل الزوجة الأجنبية في جنسية زوجها السعودية بمجرد الزواج مباشرة لـه ولكنـه أبـاح لهـا اكتسـاب الجنسـية بالتبعيـة لزوجهـا أن أبـدت رغبـة بـذلك، وحتـى لا يكـون هـذا الاكتسـاب بقـوة القـانون وانمـا وضـع تحـت تصـرف الدولـة وسـيلة تستطيع بمقتضـاها منـع الزوجـات غيـر المرغـوب فيهـن مـن الـدخول فـي الجنسـية السـعودية، وكـان ذلـك الموقـف محصـلة تطـور تشـريعي (مـرتبط باعتبـارات وانتقادات لموقفه السابق أدى إلى تعديل المادة ١٦ من نظام الجنسية لعام ١٣٧٤/هـ وذلك عام ١٣٨٠/هـ حيث أصبحت تنص علـى انـه "تكتسـب المـرأة الأجنبيـة جنسـية زوجهـا السـعودية إذا تنازلـت عـن جنسـيتها السـابقة وأعلنـت عـن رغبتهـا فـي اكتسـاب الجنسـية العربيـة السـعودية وبالإضـافة إلـى هـذه الشـروط فقـد اسـتوجب أيضـاً تعـديل المـادة ١٦ أن تسـتمر الزوجيـة قائمـة مـدة خمـس سـنوات زيـادة علـى مـا تقـرره القـوانين

---

[١] المادة ٤ (متى تزوجت امرأة برجل من جنسية بحرينية تصبح حائزة على الجنسية البحرينية).

[٢] المادة ٢/٦ التي تنص على أنه (بناءً على طلب يقدم على الوجه المحدد إلى الوزير يحق لكل من الأشخاص التاليين أن يسجل يمنياً: ١. المرأة التي تتزوج من يمني شريطة أن تتنازل عن جنسيتها...)

[٣] المادة ٣ (لا يترتب على زواج المرأة الأجنبية بمواطن من في الدولة أن تكتسب جنسية زوجها إلا إذا أعلمت وزارة الداخلية برغبتها في ذلك واستمرت الزوجية قائمة لمدة ٣ سنوات من تاريخ إعلانها لهذه الرغبة، ويشترط أن تتنازل عن جنسيتها الأصلية وإذا كانت المرأة قد تزوجت من مواطن قبل هذا القانون، ولا تزال الزوجية قائمة أو توفي عنها زوجها، ولها أولاد منه، أو كانت تحمل جواز سفر إحدى الإمارات، أو ذكرت في جواز سفر زوجها فإنه يجوز منحها جنسية الدولة بطريق التبعية بشرط تنازلها عن جنسيتها الأصلية، وفي جميع الأحوال لا تتبع جنسية زوجها).

مـن حظـر يطـال بعـض الفئـات أي التـي يحظـر عليهـا هـذا المشـرع الـزواج مـن أجنبيات[١].

ويذهب شراح هذا القانون إلى أن هذه الجنسية لا تثبت لغير المسلمة رغم عدم وجود نص في نظام الجنسية يتعلق بالنظام العام وبالاستناد إلى عدة قرارات صادرة عن السلطات تؤكد صراحة على اعتبار ان الجنسية العربية السعودية جنسية إسلامية لا يمكن لغير المسلم اكتسابها.

وفيما يماثل هذه المواقف عدل المشرع الكويتي موقفه السابق الوارد في المادة الثامنة من المرسوم الأميري رقم ١٥ لعام ١٩٥٩ للمرة الأولى بالقانون رقم ٧٠ لعام ١٩٦٦ فجاء نص المادة الثامنة بعد هذا التعديل يقضي بأنه "لا يترتب على زواج المرأة الأجنبية من الكويتي أن تصبح كويتية إلا إذا أعلنت وزارة الداخلية برغبتها في كسب هذه الجنسية واستمرت الزوجية قائمة مدة خمس سنوات من تاريخ إعلان رغبتها. ويجوز لوزير الداخلية الإعفاء من كل هذه المدة أو بعضها، كما يجوز له خلال هذه المدة أن يقرر حرمان المرأة الأجنبية من كسب الجنسية الكويتية بطريق التبعية لزوجها...".

فهذا النص قد قيد حق الزوجة الأجنبية التي تتزوج من مواطن كويتي في اكتساب جنسية زوجها الوطنية لضرورة استمرار الزوجية المدة الوارد ذكرها في المادة أنفة الذكر سواء أكانت الزوجة أجنبية أم عربية فضلاً عن أنه منح الوزير مقدار غير قليل من السلطة الاستنسابية أكان من ناحية الاستغناء عن الشروط أو حتى الحيلولة دون منح الجنسية للزوجة بقوة القانون والتدخل المسبق لإيصال هذا الحق.

وهذا ما تفاداه على ما يبدو التعديل الثاني الجديد لنص المادة الثامنة وذلك بالمرسوم رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٧ والذي يحمل معه حالات جديدة تستحق التوقف[٢].

---

[١] للاطلاع على مزيد من التفاصيل الموضحة للموقف السعودي راجع عشوش. أحمد عمر ابو بكر، أحكام الجنسية ومركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠، ص٢٢٣.

[٢] أتى نص المادة الثامنة في تعديلاته الجديدة المرسوم رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٧ كالتالي: يجوز بمرسوم بناء على عرض وزير الداخلية منح المرأة الأجنبية التي تتزوج من كويتي الجنسية الكويتية إذا أعلنت رغبتها في كسب هذه الجنسية واستمرت الزوجية قائمة مدة

وقد انتهج المشرع الأردني منحا مغايرا لموقف التشريعات المتقدمة فقد ميز في المعاملة الزوجة الاجنبية التي تحمل جنسية دولة غير عربية عن الزوجة التي تحمل جنسية دولة عربية من حيث المدة اللازمة لاكتساب الجنسية الأردنية

بموجب المادة (٨) من قانون الجنسية الأردنية رقم ٦ لسنة ١٩٥٤ التي أشارت إلى أنه (للأجنبية التي تتزوج أردنياً الحصول على الجنسية الأردنية بموافقة وزير الداخلية إذا أعلنت رغبتها خطياً، وذلك وفقاً لما يأتي:

أ. إذا انقضى على زواجها مدة ثلاث سنوات وكانت تحمل جنسية عربية.

ب.إذا انقضى على زواجها مدة خمس سنوات وكانت تحمل جنسية دولة غير عربية.

حيث صرح النص المتقدم أن المدة التي تقضيها الزوجة العربية لاكتساب جنسية زوجها الوطنية أقصر من المدة التي ينبغي أن تستوفيها الزوجة غير العربية حتى تتمكن من تقديم طلب خطي إلى الجهات المختصة توضح رغبتها في اكتساب الجنسية الأردنية مع ضرورة الإقامة في المملكة الأردنية طيلة المدة المحددة بالقانون (أي بالنسبة للزوجة العربية ٣ سنوات وغير العربية ٥ سنوات) حتى تتأكد الجهات المختصة من جدية رغبتها في الإنتماء إلى جنسية زوجها الوطنية.

خمس عشرة سنة من تاريخ إعلان رغبتها كما يجوز بناء على اقتراح وزير الداخلية الإعفاء من كل هذه المدة أو بعضها.

فإذا كان انتهاء الزوجية قبل انقضاء المدة المشار إليها في الفقرة السابعة بسبب الوفاة أو الطلاق وكان للمرأة الأجنبية أبناء من زوجها وحافظت على إقامتها المشروعة والعادية بالكويت حتى انقضاء هذه المدة فيجوز منحها الجنسية اشار إلى ذلك د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص٢٧٩ وما بعدها

وهذا هو اتجاه المشرع السوري في قانون الجنسية السورية رقم ٦٧ الصادر بتاريخ ١٩٦١/١٠/٣١. [١]

ب. أثره في جنسية الزوج:

يعد اكتساب الأجنبية لجنسية زوجها أمراً تعرفه أغلب قوانين العالم، إذ أنه من المعروف أن الزوجة تتأثر بجنسية زوجها، ويرجع ذلك لاعتبارات تتعلق بلم شمل العائلة وحماية وحدة الجنسية فيها.

هذا الأمر يبدو عاملاً مهماً في التأثير في جنسية الزوجة الأجنبية في حالة الزواج المختلط، ويبدو الأمر مستغرباً القول أن الزواج المختلط من شأنه التأثير في

---

[١] ١- تنص المادة التاسعة من قانون الجنسية السورية على أن المرأة الأجنبية التي تتزوج من شخص يتمتع بالجنسية لا تكتسبها إلا ضمن الشروط والأحكام المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة الثامنة.

وبموجب هذه الأحكام لا تمنح الجنسية إلا ضمن الشروط التالية:

أ. أن تقدم طلباً بذلك إلى الوزير.

ب. أن تستمر الزوجية قائمة مدة سنتين من تاريخ الطلب.

ج. أن تكون مقيمة في القطر بصورة مشروعة خلال المدة المذكورة في الفقرة/ب السابقة.

د. أن تصدر قرار من الوزير بإكسابها الجنسية.

٢. ويلاحظ الفقهاء أن المشرع السوري بهذا النص يكون قد ساوى بين الزوجة الأجنبية لمتجنس أجنبي والمرأة الأجنبية التي تتزوج من سوري وحسناً فعل في هذا التماثل في الشروط لان المعيار هنا هو جنسية الزوجة الملتحقة بجنسية الزوج وليس جنسية الزوج بذاته.

وهذا ما وضحته المادة ١٩ من قانون الجنسية السورية على أن المرأة التي تتمتع بجنسية بلد عربي أو كانت تتمتع بالجنسية العربية السورية وتتزوج من مواطن عربي سوري تصبح عربية سورية بمجرد إبداء رغبتها بطلب خطي وبقرار من الوزير فهذا النص قد منح الزوجة العربية ميزة الحق في الحصول على الجنسية السورية اعتباراً من تاريخ تقديمها الطلب وليس من تاريخ قرار الوزير وهو عكس ما تبناه من موقف تجاه الزوجة الأجنبية التي تتزوج من مواطن سوري من حيث ضرورة استيفاءها لكافة الشروط التي وضحتها المادة التاسعة من القانون ذاته إذ ليس هنالك من مبرر ولا منطق لمعاملة المرأة العربية التي تتزوج من سوري عاملة متشددة من حيث دخولها في الجنسية السورية.

جنسية الزوج، وهو أمر يمكن حصوله إذا ما تزوج أجنبي بامرأة وطنية ورغب في اكتساب جنسية زوجته، وهو أمر ينظم شروطه قانون جنسية الزوجة الوطنية. [1]

إذ غالباً ما يتم منح الجنسية الوطنية للزوج الأجنبي بطريقة التجنس مصحوباً بشروط ميسرة تسهل عليه عملية اكتسابها، ونادراً ما يتم منحه الجنسية الوطنية وفق الشروط نفسها التي يتم بمقتضاها منح الجنسية للزوجة الأجنبية.

[1] كاظم شهد حمزة، أثر الزواج المختلط في جنسية الزوجين في التشريعات العربية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨١، ص٤٢.

وهذا الأمر مرجعه إلى أن وضع الزوجة إذا كانت من جنسية أخرى يختلف عنه بالنسبة للزوج، إذ أنه في أغلب الأحيان تستقر الزوجة حيثما استقر الزوج وليس العكس، كما أن الدولة عندما تقرر منح الجنسية لزوجة الوطني فان اساس ذلك اعتبارات كثيرة أهمها تحقق التجانس الروحي والفكري في نطاق الأسرة فضلاً عن أن الدولة قد ترغب في تجنب المشاكل السياسية والقانونية التي قد تنجم عن اختلاف جنسية الزوجة عن جنسية زوجها الوطني وهو ما لاتراه أغلب التشريعات في حالة منح الزوج الاجنبي جنسية زوجته الوطنية وهذا ما يفسر رأي بعض فقهاء القانون الدولي الخاص من أن أثر الزواج المختلط في جنسية الزوج يكون أقل من الذي يحصل فيما يتعلق بجنسية الزوجات الأجنبيات، وبالرجوع إلى معظم تشريعات الجنسية في الدول العربية يتبين أنها لم تحاول وضع حكم خاص بالنسبة لأثر الزواج المختلط على جنسية الزوج الأجنبي، حيث تعامل الدولة الزوج الأجنبي الذي ارتبط بزوجة وطنية كما تعامل أي أجنبي يرغب في اكتساب جنسيتها مع وجود فارق يميز بينهما من حيث مدة الإقامة اللازمة لاكتساب جنسية زوجته الوطنية فقد تكون نصف المدة التي يقضيها طالب التجنس العادي.

وهذا ما أخذ به المشرع العراقي في قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ في المادة (٧) التي صرحت بأنه ((للوزير أن يقبل تجنس غير العراقي المتزوج من امرأة عراقية الجنسية إذا توافرت فيه الشروط الواردة في المادة (٦) من هذا القانون على أن لا تقل مدة الإقامة المنصوص عليها في الفقرة (ج) من البند (أولاً) من المادة (٦)[١] من هذا القانون عن خمس سنوات مع بقاء الرابطة الزوجية)) يتضح من النص أن المشرع قد جعل للزواج الحاصل ما بين أجنبي وعراقية أثر مهم في اكتسابه الجنسية العراقية والذي يتجسد بمنحه حق تقديم طلب التجنس بالجنسية العراقية بعد قضائه لنصف المدة المقررة قانوناً لطالب التجنس العادي وهي عشرة سنوات.

---

[١] المادة (٣/٦) من قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ (... ج- أقام في العراق بصورة مشروعة مدة لا تقل عن ١٠ سنوات متتالية سابقة على تقديم الطلب.

وقد أعتمد المشرع الجزائري في قانون الجنسية المعدل لسنة ٢٠٠٥ ذات الإتجاه إذ نظم المشرع المذكور أثر الزواج المختلط فيما يتعلق بجنسية الأجنبي المتزوج من جزائرية حيث منح لهذا الأجنبي الحق في اكتساب الجنسية الجزائرية بالتبعية إذا استمرت إقامته في الجزائر بصورة منتظمة مدة عامين إثنين في الاقل فضلاً عن استيفائه لبقية الشروط المنصوص عليها في المادة التاسعة من القانون حتى ينشأ له حق اكتساب الجنسية الجزائرية.

وهذا عكس اتجاه المشرع المصري[١] في قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ حيث أن المشرع المصري لم يتناول بالتنظيم أثر الزواج المختلط ما بين أجنبي ومواطنة مصرية في جنسية طالب التجنس بل إنه لم يشر حتى إلى شروط معينة يمكن أن تيسر عليه مسألة الدخول في الجنسية المصرية.

وهذا هو اتجاه المشرع الأردني في قانون الجنسية الأردنية (رقم ٦ لسنة ١٩٥٤ المادة ١٢)، وموقف المشرع السعودي في نظام الجنسية السعودية (لعام ١٣٧٤هـ المادة التاسعة) حيث تجاهل كلا القانونين مسألة أثر الزواج المختلط الحاصل بين أجنبي وإحدى وطنيات هاتين الدولتين، فيما يتعلق بحقه في التمتع بامتيازات معينة تتعلق بشروط اكتسابه لجنسية زوجته. [٢] أو منحه امتيازا يختلف عن شروط التجنس العادي.

الفرع الثاني
تأثير النظام العام في تحديد مفهوم الجنسية المكتسبة

---

[١] تشترط المادة (٤) من قانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ (... خامساً: لكل أجنبي جعل إقامته العادية في مصر مدة عشر سنوات متتالية على الأقل سابقة على تقديم طلب التجنس متى كان بالغاً سن الرشد وتوافرت فيه الشروط المبينة في البند ربعاً/ ١، ٢، ٣).

[٢] وينطبق الأمر فيما يتعلق بموقف قانون الجنسية الإماراتية رقم ١٧ لسنة ١٩٧٢ وقانون جنسية اليمن الجنوبية رقم ٤ لسنة ١٩٦٨، وقانون الجنسية السورية رقم ٦٧ لسنة ١٩٦١ بالنسبة لأثر الزواج المختلط على جنسية الأجنبي المتزوج من مواطنة تنتمي جنسيتها إلى إحدى هذه الدول.

تتمتع الدولة بحرية واسعة في تنظيم الأحكام والقواعد الخاصة بجنسيتها[1] ويشمل هذا التنظيم قواعد منح الجنسية وسحبها واستردادها مراعية في ذلك مصالحها السياسية والإقتصادية وأحياناً القومية والدينية فضلاً عن مصلحة الجماعة، ومن أبرز المواضيع التي عنيت أغلب تشريعات الجنسية بتنظيمها مسألة الجنسية المكتسبة التي تقرر الدولة منحها للأجنبي، ويصبح بموجبها من رعاياها[2]، وذلك بناءً على توافر مقومات معينة في الفرد الأجنبي المراد دمجه ضمن ثنايا المجتمع الوطني والتي تتجسد في تمتعه بمجموعة مفاهيم وصفات يلزم تحققها فيه والتي مناطها اندماج الفرد بالجماعة ومدى ولائه للمجتمع الذي يروم أن ينتسب إليه[3]، ومن ثم أهليته للتمتع بعضوية هذه الجماعة وهو ما ينعكس قانوناً في كسبه للجنسية.

الأمر الذي يدل بأن سلطة الدولة في تحديد مفهوم للجنسية وحقها في تحديد من له حق اكتسابها، ومن لا يثبت له مثل هذا الحق إنما يتم بناءً على اعتبارات هدفها الأساس حماية الصالح العام[4] وأن لا يكون في منح الجنسية للأجنبي ما يشكل خطراً على أمن الجماعة[5].

وهذا ما أكده القضاء المصري في أحكامه فجاءت عباراته قوية محكمة الدلالة في هذا الخصوص، بقوله: (أن مسائل الجنسية من صميم الأمور الداخلة في

---

[1] د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص في الجنسية والموطن ومركز الاجانب، ج١، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص٩٧.

[2] د. فؤاد عبد المنعم رياض، اصول الجنسية ومركز الاجانب في القانون المصري والمقارن، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص٦٠.

[3] د. هشام علي صادق، الجنسية والموطن ومركز الاجانب، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص١٨٦.

[4] د. أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص في الجنسية ومركز الأجانب وتنازع القوانين، مطبعة دار النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٦، ص٧٤.

[5] د. حسن الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون الاردني، ط١، دار مجدلاوي للطباعة والنشر، عمان، ١٩٩٣، ص١٧٩.

كيان الدولة، وإن تنظيمها يتعلق بسيادتها لاتصالها بالنظام العام من جهة، ولكونها من عناصر الحالة الشخصية من جهة أخرى). [١]

لذا يلاحظ أن معظم القواعد القانونية التي تتولى تنظيم مسألة الجنسية وتحديد إطارها ومحتواها متعلقة بالنظام العام السائد في الدولة لكونها من صميم الأمور المتعلقة بمصلحة الجماعة وحقها في تعيين من ينتمي إليها.

لذا فإن أي انتهاك لهذه القواعد يعرض كيان المجتمع للضرر، وهذا ما يبرر اعتبار مفهوم الجنسية من المفاهيم القانونية التي تتعلق بالنظام العام، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر في قرارها الصادر بهذا الخصوص والذي يتلخص بأن الجنسية (مجموع المصالح الأساسية للجماعة فهو مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها، بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليماً دون استقراره عليها، ولذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة بالمصالح الأساسية للجماعة أي المتعلقة بالنظام العام، قواعد آمرة لا تملك الإرادة الفردية إزاءها أي سلطان أو قدرة على مخالفتها، إذ تعرض مخالفتها كيان المجتمع بأسره للإنهيار، والتصدع، فلا يسمح لأي من كان أن تجري إرادته على خلافها). [٢]

وعليه فإن الجنسية رابطة قانونية يستمدها الشخص من أحكام الدستور والقانون ويتصل بسيادة الدولة والنظام العام الدستوري ويرتبط بكيانها، بتحديد من هم مواطنوها مثلما يحدد الدستور إقليمها ونظام حكمها.

مما يؤكد على أن موضوع الجنسية من المواضيع الهامة التي تعد من الإختصاصات الحيوية التي تتولى الدولة تنظيمها بقواعد آمرة عصية على الخرق حماية لسيادتها ضمن إطار إقليمها ولكون تمتع الفرد الأجنبي بهذه الرابطة يترتب

---

[١] المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٦٥٢، جلسة ١٩٥٦/١١/١٠، أنظر د. عماد طارق البشري،المصدر السابق، ص٣٥٢.

[٢] أنظر قرار المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٦٤٨ جلسة ٢٠٠٠/١١/٦. (د. عماد طارق البشري، المصدر السابق، ص٣٦١).

عليه أن يتمتع بحقوق وواجبات مهمة داخل المجتمع الذي يرغب في الإنتماء له[١].
الأمر الي حدا بالدولة إلى اعتبار القواعد المتعلقة بالجنسية من قواعد النظام العام.

ولا يقتصر تأثير النظام العام في تعيين مفهوم الجنسية وتحديد من يكون له حق اكتسابها بموجب القواعد القانونية المنظمة لهذا الحق فقط، بل ينعكس تأثيره بشكل مباشر في الحقوق والواجبات التي يتمتع بها الأجنبي الذي اكتسب الجنسية الوطنية والذي لا تحظر الدولة التي منحته جنسيتها أن يحمل مواطنوها جنسية أخرى لدولة أجنبية إضافة إلى جنسيتهم الوطنية.

الأمر الذي أدى أن يقرر الواقع صوراً عدة، أمكن فيها للفرد الواحد أن يحمل جنسية أخرى إضافة إلى جنسيته الوطنية إما بطريق التجنس العادي أو بسبب الزواج المختلط، وهي الظاهرة المعروفة بازدواج الجنسية أو تعددها[٢].

وهذه الظاهرة كانت وماتزال مبعث العديد من المشاكل، كالكيفية التي يتم بها معاملة مزدوج الجنسية أو متعددها في المجتمع الدولي. هذا فضلاً عما قد يرتبه إزدواج الجنسية من إلقاء أعباء التكاليف الوطنية كالضرائب والخدمة العسكرية على كاهل مزودج الجنسية، وذلك على نحو مزدوج فيطالب بها كل دولة من الدول التي يتمتع بجنسيتها.

بيد أن ثمة إشكال أخر يعتبر من صميم الأمور المتعلقة بالنظام العام صادف القضاء، وأربك الحقل القانوني أجمع، هذا الإشكال يتجسد بمدى تأثير اكتساب جنسية دولة أخرى بموجب الزواج المختلط أو التجنس العادي على ما كان يتمتع به مكتسبها من حقوق سياسية عامة تكفلها له جنسية دولته الأولى، ومثار هذا الإشكال ترشح بعض المصريين من حملة جنسيات أجنبية لخوض إنتخابات مجلس

---

[١] د. شمس الدين الوكيل، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، ط٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨، ص١٨٨.

[٢] د. فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية في التشريعات العربية المقارنة، ج١، في تشريع الجنسية اللبناني، مصدر سابق، ص٦٠. ؛ وينظر كذلك د. فؤاد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، ج١، في الجنسية ومركز الاجانب وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص١٥٩.

الشعب المصري عام ٢٠٠٠، أدى إلى التساؤل عن مدى أحقية حامل الجنسية الأجنبية إلى جانب جنسيته المصرية لخوض انتخابات مجلس الشعب. [١]

لذا تم الطعن على قبول أوراق ترشيحهم مما حدا بالمحكمة الإدارية العليا الى التعرض لهذا الأمر لما ارتأته من مساس هذا الأمر بالنظام العام وقد جاء في قضائها (أنه إذا كان في الطليعة من القواعد المتعلقة بالنظام العام، أي من القواعد الآمرة المتعلقة بالحقوق والحريات العامة، التي تنص عليها الدساتير عادة، كالحرية الشخصية، وحرية العقيدة، وحرية الراي، وحقي الإنتخاب والترشيح، لذا كان موضوع الطعن الماثل متعلقاً بالنظام العام، باعتباره متصلاً بحق الترشيح للمجلس النيابي الذي يتطلب ضرورة توافر شروط معينة في المرشح حتى يمكن قبول ترشيحه) [٢].

بدأت المحكمة الإدارية العليا بحثها بالإجتهاد والإستدلال في نصوص الدستور حيث ذهبت إلى أن الإستخلاص الحتمي لنصوص الدستور وعلى الأخص نص المادة (٩٠) التي تحتم أن يقسم عضو مجلس الشعب أمام المجلس قبل أن يباشر عمله، قسماً قوامه أن يبقى العضو مخلصاً للوطن، وأن يراعي مصالح الشعب، مما لا يتصور معه، في الإستنتاج المنطقي أن يكون الولاء للوطن مزدوجاً مع وطن غيره أو لشعب خلاف شعب مصر ،وإذا كانت التشريعات المنظمة لأحكام الجنسية تجيز في الحدود وبالشروط التي يقررها اكتساب المصري جنسية أجنبية مع احتفاظه بالجنسية المصرية، إلا أن هذا الجواز لا يمكن أن يصلح سنداً أو يقدم أساساً لخلخلة مفاد أحكام الدستور التي لا يمكن حلها، لا تفسيراً ولا تأويلاً، على أن تجيز أن ينوب عن الشعب ويعبر عن إرادته وينطق بنبضه ويحس بالأمة ويلتحم مع آماله إلا من كان مصرياً، فلا تشارك هذه الرابطة المقدسة رابطة معها، كل ذلك يتعارض ويتصادم مع صريح عبارة القسم المنصوص عليها بالمادة (٩٠) من الدستور المشار إليها، هذا استدلال منطقي خرجت المحكمة على هداه، قاعدة

---

[١] المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٦٤٨، جلسة ٢٠٠٠/١١/٦، أنظر كتاب د. عماد طارق البشري، مصدر سابق، ص٣٦٤.

[٢] د. عماد طارق البشري، مصدر سابق، ص٢٦٣.

قانونية تمنع مزدوج الجنسية من الترشيح لعضوية مجلس الشعب نظرا لخطورة المهام التي يتولى القيام بها عضو مجلس الشعب والتي تتجسد في التشريع وإقرار السياسة العامة وممارسة الرقابة على السلطة التنفيذية الأمر الذي يستلزم منه ولاءً كاملاً للدولة التي ينوب عن شعبها وعدم وجود ما يشوب إخلاصه لوطنه. [1] وهو ما ينسجم مع النظام العام في الدولة.

[1] المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٦٤٨ لسنة ٤٧ ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٦، اشار اليه د. عماد طارق البشري، مصدر سابق، ص٣٦٦.

المطلب الثاني
تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج المختلط

اهتمت التشريعات الوطنية بتنظيم العلاقة الإنسانية الناتجة عن عقد الزواج في جميع جوانبها متأثرة في ذلك بالتعاليم الدينية، والقيم الأخلاقية، والأعراف السائدة في مجتمعاتها الوطنية، ونظراً لاختلاف هذه المفاهيم من دولة لأخرى فقد اختلفت تبعاً لذلك التنظيمات الخاصة بالرابطة الزوجية من دولة إلى أخرى.

أبرزها ما يخص الآثار المالية الناتجة عن عقد الزواج المختلط نظراً لأهمية هذه الآثار في شتى عقود الزواج فضلاً عن ضرورتها في ضمان تماسك واستقرار العائلة داخل إطار المجتمعات المنظمة، يضاف إلى الإعتبارات المتقدمة خطورة هذا الجانب على حقوق الغير الذين تثبت لهم حقوق في ذمة أحد الزوجين أو كليهما.

لذا سنتناول في هذا المطلب بيان تأثير النظام العام في الآثار المالية للزواج المختلط وذلك في فرعين نتناول في الأول تأثيره في النظام المالي للزوجين ونتناول في الثاني تأثيره في نفقة الزوجة.

الفرع الأول
تأثيره في القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزواج المختلط

أ. النظام المالي

كان النظام المالي للزوجين محط اهتمام التشريعات الوطنية بتنظيمها والتي خضعت للمفاهيم السائدة في كل دولة ويقصد بذلك علاقة كل من الزوجين بأمواله وأموال الزوج الآخر وعلاقتهما معاً بالأموال المشتركة بينهما، وكذلك علاقة كل من الزوجين بالديون المترتبة بذمة الزوج الآخر، وعلاقتهما معاً بالديون المشتركة المستحقة عليهما وتحديد إلتزام أحد الزوجين بالإنفاق وحده ومساهمة الآخر أو

التزامهما معاً في الإنفاق ونظام انفصال الأموال بين الزوجين هو النظام المالي للزوجين السائد في التشريعات العربية وقد استمدته من أحكام الشريعة الإسلامية.[1]

إذ نصت بعض التشريعات العربية على ذلك صراحة، كما في الفصل (٢٤) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية رقم (٦٦ لسنة ١٩٥٦) بقولها (لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بها)، وكذلك الفقرة الثانية من المادة (٣٨) من قانون الأسرة الجزائري رقم (١١/٨٤ لسنة ١٩٨٤) التي نصت على أنه (للزوجة حق التصرف في مالها) وكذلك الفقرة الرابعة من المادة (٣٥) من مدونة الأحوال الشخصية المغربي رقم (١/٥٧/٣٤٣ لسنة ١٩٥٧) والتي نصت على أنه (للمرأة حريتها الكاملة في التصرف في مالها دون رقابة الزوج إذ لا ولاية للزوج على مال زوجته).

في حين لم تشر التشريعات العربية الأخرى إلى ذلك بصورة صريحة، إنما يستدل ضمناً على أنها تأخذ بنظام انفصال أموال الزوجين وذلك بالرجوع إلى الأحكام العامة في الملكية باعتبارها تغني عن الكلام على الملكية المستقلة الخاصة بكل من الزوجين فلو رجعنا إلى القانون المدني العراقي رقم (٤٠ لسنة ١٩٥١) نجد أنه وضع معنى الملكية المستقلة الخاصة بالتعريف الذي أورده في المادة (١٠٤٨) ((الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً بما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة)).

ويلاحظ تطابق نص القانون العراقي مع النص الذي أورده المشرع المصري في المادة (٨٠٢) من القانون المدني رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ بقوله (لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه).

ويلاحظ أن المشرع العراقي أسهب في بيان السلطة المطلقة في حين اقتصر المشرع المصري على بيان مفهوم السلطة المطلقة للمالك.

---

[1] رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، ط١، عمان، ٢٠٠٣، ص٣٧.

ولم يخل القانون المدني الأردني رقم (٤٣ لسنة ١٩٧٦) من بيان ماهية الملكية الخاصة إذ نصت المادة (١٠١٨) على (حق الملكيةهو سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عيناً ومنفعة واستغلالاً).

ويلاحظ في هذه النصوص التي أوردتها بعض التشريعات العربية ما يأتي:

١-أنها أوردت لفظ (مالك) دون تحديد من هو المالك وبما أن اللفظ قد ورد مطلقاً لذا فإن المطلق يجري على إطلاقه ما يدل على أن المالك قد يكون الزوجة أو الزوج مما يشير إلى أن التشريعات المدنية العربية تعترف لكل من الزوج والزوجة بصفة المالك المطلق من حيث كون كل منهما مالكاً لأمواله الخاصة به، ويكون له وحده السلطة المطلقة لإدارة أمواله من دون أن يكون للطرف الآخر (الزوج أو الزوجة) سلطة تقييد أو الإنتقاص منها.

٢-أنها أوضحت معنى المالك وذلك ببيان السلطات التي يمتلكها مالك الشيء على الأشياء التي تدخل ضمن حيازته الكاملة وأن للمالك وحده حق الإستئثار بجميع مزايا ملكيته المستغلة ويمنع الزوج الآخر أو غيره من مشاركته في هذه المزايا من التدخل في شؤون ملكيته دون إذنه.

مما يشير إلى أن التشريعات العربية تعترف للمالك بحق جامع مانع على ما يملكه دون أن يملك ذات السلطة على ملك الغير (أي زوجته) مما يغني عن تحديد نوع النظام المالي المتبع والمتعارف عليه في ملكية الأموال بين الزوجين في التشريعات العربية.

وهذه النصوص أضفى عليها المشرع الوضعي قوة ملزمة نظراً لارتباط هذه المسألة بالنظام العام الإسلامي باعتبارها المرشد الرئيس لأغلب النصوص الوضعية في المعاملات نظراً لأهميته في حماية النظام الإجتماعي لكل دولة.

ولم تقف أغلب التشريعات العربية عند هذا الحد بل وضعت قواعد خاصة تحدد القانون الواجب التطبيق بشأن النظام المالي الذي يتبعه الزوجان، ففي العراق ومعظم الأقطار العربية الأخرى تخضعه لقاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج، وهي قانون جنسية الزوج وقت الزواج، وهذا ما صرحت به المادة ٢/١٩ من القانون

المدني العراقي بقولها (... ويسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال).[١]

ويبدو أن سبب اتخاذ التشريعات المتقدمة هذا المسلك مرجعه إلى المزايا التي يحققها هذا الجانب فيما يتعلق بإخضاع النظام المالي للزوجين لقواعد الإسناد الخاصة بآثار الزواج، إذ أنه يساعد كلا الزوجين في التعرف على حقوقهما، والإطلاع على القانون الذي ينظم هذه الحقوق عند إبرام عقد الزواج، فضلاً عن أن هذه القاعدة لا تتأثر بتغيير اي من الزوجين لجنسيته أو موطنه، وما يؤدي إليه ذلك من صعوبات في تحديد القانون واجب التطبيق.

غير أن هذه القاعدة ليست قاصرة فقط من حيث الخضوع والتطبيق على ما يخص النظام المالي السائد في العراق ومعظم التشريعات العربية (أي نظام انفصال الذمة المالية للزوجين).

بل تشمل ايضا مشارطات الزواج في عقود الزواج المختلطة وكذلك تلك التي تبرم بين الاجانب من ذوي الجنسية الواحدة اذا ما عرض نزاع بشأنها امام احد المحاكم التي تعود لاحد الانظمة القانونية المتقدمة فابرام هذا الاتفاق المالي بين الزوجين وفي دولة اجنبية لا ينفي عن هذا الاتفاق صفة كونه احد آثار الزواج في نطاق التشريعات العربية ومن ثم لا يستبعدها من نطاق الخضوع لقاعدة الاسناد الخاصة بآثار الزواج[٢] فضلا عن ان معظم هذه التشريعات تقر هذا الاتفاق المالي (مشارطة الزواج) ونظمت حقيقةً احكامه بنصوص خاصة تبيح لكلا الزوجين حق اختيار النظام المالي الذي ينظم علاقتهما المالية منها قانون التجارة العراقي في المادة (١٦) الفقرة (١).

---

[١] أنظر أيضاً المادة (١٤) من القانون المدني السوري، والمادة (١٣) من القانون المدني المصري والمادة (١٢) من القانون المدني الجزائري.

[٢] د. عبد الواحد كرم، الاحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي، ط١، بغداد، مطبعة المعارف، ١٩٧٩، ص٣٢.

التي جاء فيها "يفترض في الزوجة الأجنبية التاجرة أنها تزوجت وفقا لنظام انفصال الأموال إلا إذا كانت المشارطة المالية بين الزوجين تنص على خلاف ذلك".

هذه المادة تشير إلى أن النظام المالي بين الزوجين بموجب عقود الزواج المبرمة في الأقطار العربية تقوم بالأصل على ما يعرف بالذمة المستقلة لكلا الزوجين.

إلا أن هذا الأمر لا يمنع من اتفاق الزوجين سواء أكانا من جنسية واحدة أو من جنسيتين مختلفتين على إبرام إتفاق مالي (أي مشارطة زواج) يجري بمقتضاه دمج أموال الزوجين، أو جعل أموال الزوج ضماناً للتصرفات المالية التي تقوم بها الزوجة، أو الديون والالتزامات التي تترتب بذمتها.

أما بالنسبة للنظام المالي السائد في التشريعات الغربية فلقد أتاح التشريع الفرنسي ومعظم التشريعات في الدول الأوربية لكل من الزوجين سواء أكانوا من جنسية واحدة أو من جنسيتين مختلفتين تنظيم علاقتهما المالية في عقد خاص يعرف بـ(مشارطة الزواج) وهو عقد خاص بين الزوجين ينظمان فيه علاقتهما المالية حيث يتفقان على اختيار نظام مالي معين لحياتهما الزوجية غير نظام الإشتراك في الأموال المكتسبة. وتبرز الإرادة الحرة لكل من الزوجين في تعيين شروط وأحكام مشارطة الزواج بما يحقق رغبة كل منهما[١]، ويخضع الزوجان لأحكام القانون في كل ما لم تتناوله مشارطة الزواج، ويحتم القانون الفرنسي إبرام الإتفاق المالي (مشارطة الزواج) قبل إعلان الزواج فإذا أعلن الزواج من غير إبرام ذلك الإتفاق خضعت أموال الزوجين للنظام القانوني[٢] وهو في فرنسا يعرف بنظام الإشتراك القانوني، حيث يفترض المشرع في هذه الحالة أن الطرفين قد اتفقا على تبني النظام القانوني.

---

[١] د. فريد فتيان، شرح قانون الأحوال الشخصية مع تعديل القانون واحكام محكمة التمييز، ط٢، الدار العربية، بغداد، ١٩٨٦، ص٢٧.

[٢] د. جابر إبراهيم الراوي، الحلول العملية لتنازع القوانين في الزواج وفقاً للقانون العراقي، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العددان الثامن والتاسع، ١٩٧٨، ص٩٦.

وهذا ما أشارت إليه المادة (١٤٠٠) من القانون المدني الفرنسي إلى أن الملكية المشتركة بين الزوجين تنشأ عند عدم وجود عقد أو من خلال تصريح بسيط بأن الزواج يخضع لنظام الملكية المشتركة فيخضع للنصوص في الفصول التالية. [١] وقد أجاز المشرع الفرنسي للزوجين الذين يريدان الخروج على قواعد هذا النظام أن يعلنا عن رغبتهما هذه في مشارطة يعقدانها، ويبينان فيها النظام المالي الذي اختاراه فإذا لم يستعمل الزوجان هذه الرخصة، ولم يحددا المشارطة خضعت أموالهما لنظام الإشتراك لكونه أثراً من الآثار التي يرتبها القانون أصلاً على الزواج".

وإذا تم الإتفاق بين الزوجين على اختيار النظام الذي يتم بموجبه تنظيم علاقتهما المالية يلزم أن يكون هذا الإختيار مبنياً على أحد الأنظمة المحددة سلفاً بموجب القانون الفرنسي (كالتقسيم غير المتساوي لأموالهما أو مخالفة قواعد الإدارة المتعلقة بها). والحكمة من وراء كل ما تقدم هو أن النظام المالي لا يقتصر تأثيره على الزوجين فحسب بل يؤثر في حقوق الغير، فليس من المعقول أن يترك للزوجين أمر تنظيم القواعد التي تحكم أموالهما على أية صورة مما يكبد الغير مشقة الإلمام بتفاصيل هذه الصورة. [٢]

بل نفترض أن يستطيع الغير أن يلم بمضمون النظام المالي بمجرد الإطلاع على مشارطة الزواج، ويلاحظ أن القانون الفرنسي قد استقر على مبدأ مهم في تقييم هذا الموضوع الذي يختص بحكم العلاقات الزوجية وهو عدم قابلية النظام المالي للتغيير من قبل الزوجين بعد الإتفاق عليه بموجب المشارطة التي تتم قبل إعلان الزواج سواء أكانا من جنسية واحدة أو من جنسيتين مختلفتين وتشمل هذه القاعدة عدم قابلية النظام المالي للتغيير سواء في عقد الزواج، أو باتفاق لاحق في أثناء قيام الرابطة الزوجية، وهذا المبدأ الذي يطلق عليه مبدأ جمود النظام المالي ينسحب على

---

[١] وقد جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية رقم ٤٣٩ بتاريخ ١٩٦٤/٣/١٩ "الأصل بحسب أحكام القانون المدني الفرنسي أن تخضع أموال الزوجين لنظام الاشتراك. اشار اليه المحامي رعد مقداد الحمداني، مصدر سابق، ص٦٢.

[2] Lawson, F. H and Antone, AE, Aoms and Waito's Introduction Press, Oxford, 1963, P262.

جميع أموال الزوجين بصرف النظر عن مصدره، فهو يطبق على النظام المالي الذي ينشأ عن المشارطة كما يستمد من النظام الذي استقى مباشرة من نص القانون دون وجود مشارطة الزواج[١]، ولقد قيل في تبرير هذا المبدأ الكثير من الحجج من بينها ضرورة توفير الحماية للزوجة، كونها الطرف الضعيف في العلاقة الزوجية، والتي من الممكن أن تتعرض لتأثير الزوج فيغير النظام المالي بما يتفق مع صالحه المخصوص، إلا أن المبدأ المقرر في فرنسا يقوم على أساس حماية كلا الزوجين وحماية مصالح الدائنين[٢]، فلو أبيح بتغيير النظام المالي باتفاق لاحق لما استطاعت الزوجة أن تأمن على نفسها من تأثير الزوج، ولما استطاع الزوج أن يأمن على نفسه من التأثير فيما لو كانت الزوجة مسيطرة عليه.

ولم يقتصر تنظيم المشرع الفرنسي للقضايا ذات الطابع المالي من الناحية الداخلية فقط بل نظم أيضاً القضايا الخاصة بالنظام المالي للزوجين في العلاقات الخاصة الدولية حيث أخضع القضايا المتعلقة بهذا النوع من العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي للقانون الذي يحكم عقد الزواج، وقد أكد القضاء الفرنسي هذا الإتجاه في قضية (باتينو) حيث أعلن عن بطلان الزواج استناداً إلى أحكام القانون الإسباني الذي هو القانون الشخصي للزوجة وقت عقد الزواج بسبب عدم بلوغها سن الزواج وفق أحكام هذا القانون وأنهى البطلان النظام المالي الذي كان يخضع له الزوجان، والذي نظم وفق أحكام القانون البوليفي. [٣]

حيث أكد القضاء الفرنسي في قراره المتقدم مدى الإرتباط الوثيق بين النظام المالي وصلته بعقد الزواج المبرم وبالتالي تعلق استمراره وانتهائه بمدى استيفاء هذا التصرف القانوني للشروط التي يستلزمها القانون لينتج آثاره القانونية، أبرزها قانونية هذا العقد من حقوق مالية لطرفيه.

---

[١] د. حسن البغدادي، نظام الأموال بين الزوجين، وصلته ببعض نواحي نظريتي الحق الشخصي والعيني، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مصر، العدد ١،٢، السنة السابعة (١٩٥٦- ١٩٥٧)، ص١٥.

[٢] رعد مقداد الحمداني، مصدر سابق، ص٧٠.

[٣] د. سامي بديع منصور، مصدر سابق، ص١٨٣.

إلا أن تطبيق القانون الذي يحكم عقد الزواج على القضايا ذات الطابع المالي لم يلاق قبولاً بعدئذ، لذا فقد شكلت لجنة في فرنسا عام ١٩٠٩ لدراسة هذه المسألة وبعد عشرين عاماً أبدت رأيها، مطالبة بتطبيق القانون الشخصي أي قانون الجنسية، أما القضايا المتعلقة بالأهلية فتخضع للقانون الشخصي للزوج المتنازع في أهليته. [١]

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فإن القضاء قد لجأ إلى تنظيم القضايا المالية ذات العنصر الأجنبي بإخضاعها للقواعد المتعلقة بموقع العقار إذا كان النزاع متعلقاً به.

وبالنسبة للمنقول فيخضع لقانون موطن الزوجين وقت اكتساب الحق المتنازع عليه. [٢]

أما تنظيم القضايا المالية من الناحية الداخلية فيلاحظ أن معظم الولايات الأمريكية قد اتبعت نظام عدم جواز تغيير النظام المالي بين الزوجين وذلك تحقيقاً للإعتبارات التي تقدم ذكرها في التشريع الفرنسي[٣]. وفقاً لهذه القاعدة كان عدم قابلية التغيير لا تشمل القضايا المالية ذات العنصر الأجنبي مثلما تسري على المواطنين في هذه الولايات الأمريكية، باعتبارها من القواعد المتعلقة بمبدأ النظام العام في هذه الولايات فلو تقدم زوجان أجنبيان متوطنان في إحدى هذه الولايات التي لا تجيز تغيير النظام المالي للزوجين إلى القضاء يطلبان فيه تغيير النظام المالي الذي اتفقا عليه مسبقاً في مشارطة الزواج الخاص بهما فلا يستطيع القاضي في مواجهة هذه الحالة رفض طلبهما بحجة تعارضه مع النظام العام في هذه الولايات لكون عدم جواز التغيير يسري حكمه فقط على ما يتعلق بالقضايا الداخلية (أي المتعلقة

---

[١] د. عبدالواحد كرم، مصدر سابق، ص٣٣.

[٢] عمر صلاح حافظ الهادي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٢، ص١٩٥.

[٣] المصدر نفسه، ص١٩٦.

بمواطني هذه الولايات) وليس تلك المتعلقة بالقضايا ذات الطبيعة الخاصة الدولية (أي في عقود الزواج المختلط) [١].

إلا أن هذا القانون ليس الشريعة العامة في كافة الولايات الأمريكية إذ أن معظم هذه الولايات قد خرجت عن هذا المبدأ كولاية لويزيانا التي أخذت بمبدأ (جواز تغيير نظام الإشتراك المالي ونظام الإنفصال المالي) بشرط تصديقه قضائياً أو إعلانه. [٢]

يتضح من مما تقدم ان اغلب التشريعات تتجه الى استبعاد القواعد المنظمة للنظام المالي للزوجين من النطاق الحمائي لمبدأ النظام العام وهذا الاستنتاج يجد تبريره في تفسيرين الاول: ان معظم هذه التشريعات جعلت اختيار نوع النظام المالي الذي يتبعه الزوجان وضمن منظومتها القانونية محل اتفاق بين الزوجين وهو ما يستحيل حدوثه لو قلنا ان النظام المالي للزوجين من النظام العام اما ثانيهما: ان قواعد النظام المالي تتجه الى حماية مصلحة خاصة لاطرافه ولا تنطوي في أي جانب منها على انتهاك لأسس النظام القانوني لأي دولة أخرى فضلا عن ان النظام المالي الذي يختاره الزوجان وفقا للنظام القانوني الذي يخضع له يفترض انه يتضمن الكيفية التي يعتقدون انها الاكثر جدارة في حفظ حقوقهم المالية كما انه يمنح الاشخاص الذين تنشأ لهم حقوق في ذمة هذين الزوجين فرصة الالمام بجوانب هذا النظام الذي يتبعه الزوجان ضماناً لحقوقهم المالية لذا فان عدم تقيد القاضي بما تمليه قاعدة الاسناد الخاصة بآثار الزواج من حيث تطبيق قانون دولة الزوج على النظام المالي الذي يتبعه الزوجان قد يفاجئ الدائنون بالنظام المالي الذي سيخضع له الزوجان وفقا لقانون القاضي الذي ستولى حسم النزاع وهو أمر لايمكن قبوله في هذا الفرض

---

[١] عمر صلاح حافظ الهادي، المصدر السابق ، ص١٩٦.

[٢] أنظر الشبكة الدولية المعلومات

Lausion State Bar Association- Community Property, www-lsba..org/html

الا انه في حالات معينة تتجه معظم التشريعات الى اخضاع النظام المالي لعقود الزواج المختلطة لقانونها الوطني وذلك عندما يكون احد الزوجين من مواطنيها وترى ان خضوعه بهذا القانون قد يحمي حقوقه بشكل افضل وهذا هو اتجاه المشرع العراقي في المادة (١٩) فقرة (٥)

التي نصت على أنه "... في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده".

والتي تكتفي بأن يكون أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج كي يطبق القانون العراقي، حتى وإن كان الزوج عراقياً وقت انعقاد الزواج وإن فقد بعد ذلك جنسيته العراقية لسبب من الأسباب.

الفرع الثاني

تأثيره في القانون الواجب التطبيق على النفقة في الزواج المختلط

النفقة أهم الإلتزامات المالية الناتجة عن عقد الزواج الصحيح والتي يقع على عاتق الزوج الإلتزام بها منذ لحظة قيام الزوجية[١]، وبعد الفرقة وسببها الحضانة[٢] والعدة[٣]، والنفقة لغة لها معانٍ متعددة منها الفناء والنفاذ والرواج- يقال نفق الشيء أي نفذ وفنى، ونفقت السوق أي راجت تجارتها ونفِق اليربوع بكسر الفاء أي دخل جحره أو خرج من قصر من الإهتداء، والنفقة إسم من الإنفاق وهي ما تنفقه من الدراهم وجمعها نفقات ونفاق وأنفاق. [٤]

ويقصد بالنفقة وفقاً لمعناها الإصطلاحي: الطعام والكسوة والسكن أو هي توفير ما تحتاج إليه الزوجة من طعام ومسكن وخدمة ودواء وإن كانت غنية[٥] أو هي قوام معتاد حال الآدمي دون سرف فيخرج بالقيد الأول (قوام معتاد غير الآدمي)

---

[١] ومن مبادئ محكمة التمييز الإتحادية في هذا الشأن قرارها رقم ٣٩٠٣/ت/٤٥٩٧ في ٢٠٠٥/١٢/٢٩ الذي صرح بأن (نفقة الزوجة تحسب من تاريخ الزواج، ولا يجوز الحكم بأكثر من ذلك مالم يتم تصحيح عقد الزواج) (قرار غير منشور).

[٢] وأيضاً قرارها رقم ٣٥٤٥/ت/٣٧٥٤ الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/١١/١ الذي وضحت فيه (أن أجرة الحضانة تقرر للأم عن رعايتها لأولادها وإن هذه الأجرة لا تقبل الزيادة لأن جهدها في رعاية وخدمة الأولاد تقل كلما كبر الأولاد المحضونين) (قرار غير منشور).

[٣] وقد أكدت محكمة التمييز (هيئة الأحوال الشخصية) عن استحقاق الزوجة النفقة في فترة العدة في قرارها رقم ٥٤٣٠/ت/٥٤١٤ الصادر بتاريخ ١٩٩٧/١/٣ بأنه (للمدعية أن تطالب بالنفقة الخاصة بالعدة رغم أنها لازالت في العدة) (قرار غير منشور).

[٤] الطاهر أحمد الراوي، ترتيب القاموس المحيط عن طريق المصباح المنير وأساس البلاغة، مج٤، ط٣، دار الفكر، مصر، ص٤١٨- ٤١٩.

[٥] الشيخ إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ج٤، دار الكتاب العربي، مصر، بدون سنة طبع، ص١٥٦٠.

فلا يسمى نفقة وبالقيد الثاني (دون سرف) ما كان زائداً على ما ينبغي فهو ليس بنفقة شرعية. [1]

لذا تشكل النفقة ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزم لها حسب العرف السائد في مجتمع معين تعيش فيه مع زوجها.

والنفقة باعتبارها من أهم الإلتزامات المالية التي يقع عبء الوفاء بها من قبل الزوج وفق ما تمليه عليه الأحكام والقواعد السائدة في التشريع الوطني لدولته لا تقل أهمية عنها أمر النفقة التي يلتزم بها الزوج بموجب عقد الزواج المختلط إذ أن في كلتا الحالتين تظهر النفقة باعتبارها أداة فعالة تساعد على استمرارية عقد الزواج وتدعيم الثقة لدى طرفيه بجدية هذا العقد.

الأمر الذي عزز من أهمية هذا العنصر في شتى المجتمعات الإنسانية ودفع التشريعات المتنوعة إلى تنظيمها وتفصيل أحكامها المختلفة إلى الحد الذي يجعل من هذا العنصر جزءاً من النظام العام في معظم التشريعات المتنوعة، ومنها التشريعات التي تتخذ من الدين أساساً في تشريعاتها المنظمة لشؤون الأسرة والتي عدتها أمراً واجب شرعاً وقانوناً يلتزم بها كل فرد يقع على عاتقه واجب أدائها وعدم التملص من القيام بها سواء أكان وطنياً أو أجنبياً في عقد زواج مختلط تم بين فردين من جنسية واحدة أو من جنسيتين مختلفتين حصل نزاع بينهما في دولتهما الوطنية أم أمام قضاء دولة أجنبية نظراً لأن نتيجة عدم احترام الزوج لهذا الإلتزام واعتباره أمراً إختيارياً إن شاء فعله وإن شاء تركه أن يخل بالأسس والمبادئ التي تشكل جوهر النظام العام لكل دولة وإن كان قانون دولة الزوج يجيز مثل هذا الحكم.

نأخذ على سبيل المثال نزاع عرض على القضاء العراقي بشأن نفقة زوجة أجنبية من زوجها الأجنبي أيضاً ووجد القاضي أن قانون دولة الزوج الذي تشير إليه قاعدة الإسناد (م ٢١ مدني) باعتباره المدين بالنفقة لا يفرض النفقة على هذا الزوج فإن القاضي ملزم في هذه الحالة بإهمال هذا القانون لأنه يخالف النظام العام في

---

[1] أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ج٩، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط١، ١٩٨٩، ص٦٣٤.

العراق، ويقرر النفقة المناسبة للزوجة ليس على اساس وجود قاعدة آمرة في قانون الأحوال الشخصية العراقي تقرر نفقة الزوجة بل لأن عدم تقرير هذه النفقة يخالف النظام العام في دولة القاضي، لأن أحكام قانونه الشخصي تطبق على العراقيين حسب المادة الثانية منه والتي تنص على "١- تسري أحكام هذا القانون على العراقيين إلا ما استثني منهم بقانون خاص" وقد أشارت الفقرة (٢) من نفس المادة على "تطبيق أحكام المواد ١٩، ٢٠، ٢١، ٢٢ ،٢٣، ٢٤ من القانون المدني في حالة تنازع القوانين من حيث المكان".

وهذا الحكم يقتضي تطبيق القانون الشخصي للمدين بها إذا كان أجنبياً وزوجته أجنبية في نفس دولته، أو من دولة أخرى على أن لا يكون هذا القانون منكراً لوجود نفقة للزوجة على زوجها وإلا اعتبر القانون الأجنبي (قانون المدين بالنفقة) مخالفاً للنظام العام في العراق.

المبحث الثاني
تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق عند إنتهاء عقد الزواج المختلط

يعد الزواج تصرفاً قانونياً يشبه إلى حد ما بقية التصرفات القانونية الأُخرى فيصح أذا تم ضمن الإطار القانوني الذي رسمه المشرع له في القوانين الخاصة المنظمة لعقود الزواج الوطنية والمختلطة، وينحل أو يفسخ إذا تجاوز العقد ما هو محدد له من ضوابط شرعية وقانونية موضوعة لحكمه هذه الكيفية التي يتم بها فسخ عقد الزواج لا تقرر كيفما اتفق بل لها مراحلها التي تمر بها في أثناء عملية التحقق من مشروعية العقد المبرم.

فالقاضي الوطني أثناء أدائه لمهمته في التثبت من صحة عقد الزواج المختلط سواء الذي يتم بين شخصين من جنسيتين مختلفتين أو بين أجنبي وأحد وطنيي دولته أن يتحقق من مدى الانسجام ما بين القانون الأجنبي الذي نشأ في ظله هذا العقد مع قواعد النظام العام السائدة في دولته، فإذا لم يتضمن القانون الأجنبي الذي نشأ عقد الزواج في ظله ما يخل بالنظام القانوني السائد في دولة القاضي، فليس هناك مجال أمام القاضي لرفض تطبيق القانون المختص في حكم شروط الصحة والإنعقاد المبينة وفق القواعد الخاصة المنظمة له في قانون تلك الدولة أما إذا انعدم هذا الإنسجام ما بين النظام العام المستقر في دولة القاضي والقانون الأجنبي المختص لتضمن هذا الأخير ما يخل بالبنيان الأساسي للنظام الاجتماعي في دولته.

آنذاك يقف مبدأ النظام العام حائلاً دون قبول العقد الذي اختل أحد أركانه الجوهرية سواء من الناحية القانونية أو الإجتماعية مما يستتبع معه إخراجه من حيز العقود الصحيحة، وهذا الأثر لا يقتصر فقط على ما يتعلق بأصل العقد فقط وإنما يشمل ما يلحق به من آثار أخرى من الممكن أن ينتجها لو كان العقد مستوفياً لجميع الشروط الموضوعة له، هذا فيما يتعلق بالحالة التي ينقضي أو ينحل بها عقد الزواج لسبب خارج عن إرادة طرفي عقد الزواج وماهية الحل الذي يتم بموجبه علاج هذه الحالات التي يواجهها القاضي في أثناء حسمه للنزاع المتعلق به أما فيما يخص مسألة انقضاء رابطة الزواج بموجب الإرادة الفردية لأحد الطرفين أو كليهما فيلاحظ

أن التشريعات المقارنة لا تعالج حكم هذه المسألة بذات الكيفية التي تعالجها معظم التشريعات الأُخرى فبعض القوانين تقر طرقاً لانحلال رابطة الزوجية قد تنكرها أنظمة قانونية أُخرى. كما هو الشأن فيما يتعلق بالطلاق بالإرادة المنفردة المعروف في البلاد الإسلامية، وتجهله قوانين الدول الأوروبية كما أن من النظم القانونية ما يتوسع في أسباب التطليق، في حين أن منها ما يضيق من هذه الأسباب.

لذا يلاحظ أن هناك انعداماً في مبدأ الإشتراك القانوني فيما يتعلق بحكم هذه المسألة يؤدي إلى لجوء القاضي في خضم هذه الحالات إلى استخدام مبدأ النظام العام كوسيلة تحول دون تطبيق القانون الذي اشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية.

مما يستشف منه أن النظام العام يعد المحرك الأساسي في جميع مراحل البحث والتحقق من مدى مطابقة القاعدة الأجنبية مع المكون الرئيس لجميع الأنظمة القانونية التي تحكم عقد الزواج إلا وهي الإعتبارات الدينية والإجتماعية والإقتصادية والسياسية السائدة في مجتمع القاضي الوطني وهذا ما سنحاول بيانه في مطلبين نوضح في الأول: تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج المختلط الباطل ونبين في المطلب الثاني: تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على الطلاق والتفريق في الزواج المختلط.

المطلب الأول
تأثيره في القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط الباطل

يُعد بطلان عقد الزواج احد أهم آثار مبدأ النظام العام والذي يتحقق اذا ما جاء هذا العقد على خلاف مقتضى قواعد هذا النظام وتضمن انتهاكاً جسيماً له وتتعين غاية هذا الحكم في حرمان العقد المخالف للقانون من القدرة على انتاج آثاره، ومن ثم يضحى البطلان بهذه الكيفية حالاً للتصرف القانوني يكافئ عكسيا حال الصحة اذا ما توافرت للتصرف اركانه وشروطه المقررة ومبررات بطلان عقد الزواج تتشعب الى مجموعتين اساسيتين اولهما مرجعها الى فقدان هذا العقد لأحد عناصره

الجوهرية المكونة له والتي تتمثل بالإرادة التي تشكل لب التصرف وجوهره، والمحل موضوع العقد، والسبب غاية هذا العقد[١].

اما المجموعة الثانية فهي التي تتجسد في عدم موافقة احد عناصر عقد الزواج او اكثر لمشروعيته المقررة سواء في محله او في سببه مما يجعل من ترتيب اثر البطلان على هذا العقد يتحقق بدرجات متفاوتة[٢]، ففي أحوال انتفاء احد شروط اكتمال الركن في العقد فان هذا الامر لا يرتب في ذاته خللاً كاملا للتصرف، وانما يتجسد الخلل في العقد بشكل جزئي مرتباً لبطلان نسبي يمكن تصحيحه عن طريق الغاء الشرط المعيب، وهذا النوع من الجزاء حصره الفقه في أحوال اختلال شرط ركن الإرادة تحديدا كما اذا اصاب رضاء احد الطرفين اكراه او غبن او تدليس او غش حيث يعد العقد موقوفا طيلة مدة استمرار احد العناصر المعيبة لإرادة احد الزوجين فان اجازه الطرف الذي يشوب رضاه اكراه او غبن او تدليس او غش يصبح عقد الزواج نافذا ومرتبا لآثاره المقررة شرعا وقانونا، اما اذا لم يجزه الزوج الذي شابت ارادته احد هذه العناصر يفسخ العقد لينقضي قبل ان يرتب أي من آثاره[٣].

---

[١] د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦، ص٦٧.

[٢] د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص٤٨٩.

[٣] د. خليل ابراهيم خليفة، هل يجوز للمحكمة ان تعدل من العقد المخالف للنظام العام، بحث منشور في مجلة العدالة، العدد الاول، بغداد، السنة السادسة، ص١٥.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز العراقية في قرارها الذي أكدت فيه أنه (إذا تم الزواج قبل نفاذ قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ المعدل لسنة ١٩٥٩ وكان عمر الزوجة أكثر من ثلاث عشرة سنة، فإذا كانت بالغة شرعاً، أو تم الزواج بموافقة وليها المجبر فالعقد صحيح، وبعكسه يثبت للزوجة خيار التفريق قبل البلوغ.) القرار رقم ٩٩٥/ش/٧٩ بتاريخ ١٩٧٩/٩/١٣. أنظر كتاب القاضي إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز/ قسم الأحوال الشخصية، مطبعة أسعد، بغداد، ص١٥.

وكذلك قرارها الذي وضحت فيه أن (الدخول قبل البلوغ لا يعتبر مسقطاً لحق الصغيرة في اختيارها لنفسها، وطلب فسخ العقد) القرار رقم ٥٦١/ش/٦٨ بتاريخ ١٩٦٨/٨/١٥، القاضي إبراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص١٦.

اما في حالة فقدان عناصر المشروعية اللازمة لصحة عقد الزواج كما هو الحال بالنسبة لعدم محلية المرأة لعقد الزواج أي حالات تحريم المؤبدة (التي تشمل القرابة والمصاهرة[1] والرضاع)، وحالات التحريم المؤقتة (والتي تشمل الجمع بين محرمين[2]، زوجة الغير ومعتدته[3]، المطلقة ثلاثاً،

وهذا ما جاء أيضا في قرار محكمة التمييز الذي وضحت فيه (يكون عقد الزواج الذي يبرمه الولي المجبر ولاية على القاصر باطلا اذا لم تتحقق فيه مصلحة القاصر وتمسك هو ببطلانه) قرار رقم ١٠٩٤/ش/٧٦ بتاريخ ١٩٧٦/٧/٢٦ وبذات المعنى القرار رقم ٢٠٥١/ش/٧٧ بتاريخ ١٩٨٧/١/١٨ أشار اليه القاضي إبراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص١٥٧.

[1] وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز في قرارها الذي جاء فيه (يجب فسخ النكاح لزنا الزوج بأم زوجته وان كان ذلك قبل زواجه منها حيث اجمع الفقهاء على ان من زنا بامرأة حرمت عليه امها وبنتها وحرمت) هي على اب الزاني وأبنه). قرار رقم ٤٨٣/ش/٦٤ بتاريخ ١٩٦٤/٩/٤. ذكره القاضي ابراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص١٥٠.

[2] وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٦٨/٦/١٧ الذي جاء فيه (ان من شروط صحة الزواج محلية المرأة وان لايقوم بها سبب من اسباب التحريم، ومنها الجمع بين المرأة وخالتها، فهما من المحرمات من النساء حرمة مؤقتة، والعلة من التحريم هي انه لو فرضت كل منهما ذكرا حرمت على الأُخرى، وبذلك فلايصح الجمع بينهما لما هو ثابت من تحريم الجمع بين سائر المحارم بالكتاب والسنة والاجماع، ومن ثم فان هذا التحريم بهذه المثابة يعد من موانع الشريعة المستوجبة للتفريق بين الرجل والمرأة المحرمة عليه، ولافرق اذا كانت محلية المرأة في عقد الزواج عامة او اصلية كما في الحرمة المؤبدة مما يعد شرطا لانعقاد الزواج، او محلية خاصة او فرعية كما في الحرمة المؤقتة مما تعد شرطا لصحته) نقض رقم ١٠٢٨ لسنة ٣٨ قضائية جلسة ١٩٦٨/٦/١٧ مجلة المحاماة الشرعية، مصر، سنة ٢٢، ص ٤٩٣.

[3] هذا ما جاء في قرار محكمة التمييز الذي بينت فيه (اذا تزوجت ذات البعل زوجا آخر وحكمتها المحكمة الكبرى بالحبس وجب على المحكمة اشعار المحكمة الشرعية باجراء التفريق بين الزوجين في الزواج الثاني لكونه باطل شرعا وقانونا) قرار رقم ٩٤٤/جنايات/٦٣ بتاريخ ١٩٦٣/١٠/١٠. ذكره باقر خليل الخليلي، مصدر سابق، ص٤٦.

وهذا ما وضحته محكمة التمييز العراقية في قرارها الذي جاء فيه (من تزوج بامرأة متزوجة من آخر أو معتدة من طلاق رجعي تحرم عليه ويبطل بناءً على ذلك زواجه منها)، القرار رقم ٢٩٣/ش/٧٢ بتاريخ ١٩٧٢/٤/١. ذكره القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مصدر سابق، ص١٥٢.

المشركة[1]،

ومن مبادئ محكمة التمييز العراقية في هذا الشأن قرارها رقم ٨٢٩/ج/١٩٩٠ تسلسل ١٠٣٢ في ١٩٩٠/٧/١١ سجل ١٢٢٥ الذي أشارت فيه إلى أنه (تعد الزوجة مرتكبة لجريمة تعدد الأزواج إذا ما تزوجت وهي في عصمة رجل آخر) وكذلك قرارها رقم ٥٥/ موسعة أولى الصادر في ١٩٩٠/٥/٣٠ الذي صرحت فيه أنه (الظاهر من وقائع الدعوى أن زوجة المفقود وقبل الحكم بوفاته تزوجت شقيقه الذي دخل بها، والذي توفي بعدئذ وأنجبت من الآخر طفلة لذا فإن زواجها من شقيق زوجها المفقود يعد باطلاً شرعاً وقانوناً). أنظر مجلة القضاء، العددان ١، ٢ السنة السادسة والأربعون ١٩٩١، ص٢٦٧. وهذا ماذهبت اليه محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٥٣/٦/٢٤ الذي جاء فيه (من المقرر فقها ان العدة مما لايسقط بالاساقط لانها تجب حقا لله تعالى وحقا للزوج فليس للزوج ابطال العدة عن زوجته وان اسقطها واباح لها التزوج بغيره حال قيامها لاتسقط ولايحل لها التزوج لان في اسقاطه للعدة اسقاط لحق الله وهو لا يملكه) القضية رقم ٦٠ شرعي كلي مستأنف المنية، مجلة المحاماة الشرعية، مصر، سنة ٢٤، ص٩٣.

[1] وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٦٦/٣/٣٠ الذي جاء فيه (الردة وهي الرجوع عن دين الإسلام سبب من اسباب الفرقة ومن أحكامها انه ليس لمرتد ان يتزوج اصلا بمسلم ولا بغير مسلم، اذ هي في معنى الموت وبمنزلته، والميت لايكون محلا للزواج وهي لو اعترضت الزواج رفعته واذا قارنته تمنعه من الوجود، وفقه الحنفية ذهب الى ان المرأة اذا ارتدت انفسخ العقد ووجبت الفرقة بين الزوجين بمجرد تحقق مسببها وبنفس الردة وبغير توقف على قضاء القاضي) قرار رقم ٢٠ لسنة٣٤ قضائية السنة ١٧ اشار اليه د. عماد طارق البشري، مصدر سابق، ص٣٤٠.

الزوجة الخامسة[1] زواج المرأة المسلمة من كتابي[2]) فان درجة البطلان تصل الى اقصاها ليصبح هذا العقد في حكم العدم سيما وانه ابتعد عن نصوص القانون وأحكام الشريعة، هذا حتى ولو تحققت في العقد اركانه الأُخرى تفسير ذلك ان التصرف القانوني إرادة تتجه الى إحداث آثار قانونية معتبرة لذا فان عدم وجود أي من المحل او السبب يؤدي منطقيا الى انعدام الوجود المادي لهذه الإرادة كونها تنصب على لاشيء مما يفضي

---

[1] وهذا ما أشارت اليه محكمة التمييز العراقية في قرارها الذي جاء فيه (اذا كان لزوج (٤) زوجات معقود عليهن بالعقد الدائمي وتزوج خامسة بالعقد الدائمي أيضا فيكون العقد الاخير باطلاً لأنه ممنوع شرعا)، القرار رقم ٥٠٨/ش/٦٣ بتاريخ ١٩٦٣/١٢/٤ أشار اليه القاضي إبراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص١٥٠ .

ومن مبادئ محكمة التمييز في هذا الخصوص قرارها رقم ٦٠٨/ش/١٩٦٣ الذي أكدت فيه أنه (إذا كان للزوج أربع زوجات وتزوج خامسة فيكون العقد الأخير باطلاً). ينظر في ذلك قضاء محكمة التمييز المجلد الأول، ص١٩٨، ينظر أيضاً د. عباس الحسيني وكامل السامرائي، الفقه الجنائي في قرارات محكمة التمييز جزائية عسكرية، المجلد الثاني، جرائم الاعتداء على الأشخاص، ١٩٦٩. وهذا ما ذهبت اليه ذات المحكمة في قرارها الذي وضحت فيه (لايبت بدعوى النفقة قبل التحقيق بادعاء المدعية من ان المدعى عليه تزوجها اضافة لزوجاته الاربع لان ثبوت ذلك يبطل العقد عليها اذا كان هذا العقد والعقود على الزوجات الاربع دائمة). القرار رقم ٥٠٨/ش/١٩٦٣ بتاريخ ١٩٦٣/١١/٢١. ذكره باقر خليل الخليلي، مصدر سابق، ص٤٧.

[2] وهذا ما أكده ديوان التدوين القانوني في قراره المرقم أ ١٠/١٠ في ١٩٦٦/٣/٨ والذي بين فيه (أن المرأة المعقود عليها في استانبول مسلمة وأن زواجها من مسيحي باطل ولا يفيد حكماً، ويجب التفريق بينهما عند رجوعهما إلى العراق كما لايمكن تسجيل مثل هذا الزواج ولا أثر من آثاره في سجلات الأحوال المدنية في العراق). مجلة ديوان التدوين القانوني، ع١، السنة الخامسة، حزيران ١٩٦٦، ص١٠٤. أشار إليه د. رياض خليل جاسم، جريمة التوصل إلى عقد زواج باطل في قانون العقوبات العراقي (دراسة مقارنة)، ط١، مطبعة غسان، بغداد، ٢٠٠٣، ص٢٥٧.

هذا ما جاء أيضا في قرار محكمة التمييز الذي بينت فيه (يفسخ زواج المسلمة من غير المسلم ويكون الفسخ طلاقاً بائنا بينونة صغرى ولا تحل له الا بمهر وعقد مستأنف بعد ان يسلم). قرار رقم ٢٠٥/ش/١٩٦٢ بتاريخ ١٩٦٢/٥/٢١. ذكره باقر خليل الخليلي، مصدر سابق، ص٥١.

بدوره الى عدم قيام العقد اصلاً وانعدام معظم اثاره او جميعها باعتباره جزاءً لتجاهل العاقد لحدود الشرعية المرسومة لعقد الزواج، لذا فان حكم البطلان يشكل وصفا يقابل وصف الصحة حالما اذا توافرت للتصرف عناصره كافة، فمن ثم يغدو من غير المتصور ان يكون لهذا الوصف اكثر من طبيعة[١]، ليضحى البطلان ذا طبيعة واحدة تقتصر مساحته على أحوال افتقار التصرف القانوني لعناصر الشرعية، أي أحوال مخالفة عقد الزواج لقواعد القانون بمعناه الاوسع[٢]، أي القواعد

المتعلقة بالنظام العام المستقرة في دولة القاضي والتي تتجسد في اطار المشروعية الذي يستظل به أي تصرف قانوني كعقد الزواج، بحيث إن شاء العاقد ان يوفر لتصرفه الحماية الكاملة فعليه التزام حدود هذا الاطار بموافقة العقد الذي اقدم على ابرامه لتلك القواعد التي لا غنى عنها في جميع الانظمة القانونية المتنوعة والتي تعمل على ضبط تناسق التصرفات القانونية (العقود المبرمة) جميعها بين بعضها البعض.[٣] وان كان صادرا من اشخاص اجانب لاينتمون الى ذات الدولة التي تنظم هذه التصرفات او العقود، وفيما بينها وبين اصول النظام القانوني الحاكم، بحيث تنتظم جميع عقود الزواج وفق هذا النسق الذي يرسمه المشرع الوطني داخل دولته ضامنا في ذلك تجنب حصول حالات شاذة في مجتمعه قد تربك الاستقرار ضمن نطاقه

---

[١] د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص٢٣٠.

[٢] د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص٣٧٣.

ونعتقد ان مثل هذا الاتجاه هو الاسلم فلو رجعنا الى التقسيم الذي يميز البطلان على انه نسبي ومطلق نجد انه يتجه في الحالتين الى فسخ العقد وجعل التصرف عاجزاً عن ترتيب آثاره الشرعية، فلو رجعنا الى الحالة التي يؤل اليها التصرف المعيب الى البطلان النسبي بسبب عيب يتصل بوجود إرادة احد العاقدين (كون الإرادة مشوبة بعنصر الاكراه او احد العناصر الأُخرى التي تعيب الإرادة). نجد ان هذا العقد يبطل اذا رفض المكره والمغبون ... الخ اجازة عقد الزواج ويتحلل كلا العاقدين من التزامهما ككل او في جانب معين من هذا الالتزام وهي ذات النتيجة التي يتوصل اليها ابتداءً عقد الزواج في حالة بطلانه بشكل مطلق مما يجعل من التمييز بين حالتي البطلان هذه امرا لاطائل منه. لانهما يقومان على اساس واحد وهو عدم استيفاء عقد الزواج لأحد عناصره الشرعية اللازمة لنشأة هذا العقد صحيحاً وشرعياً وان اختلفا من حيث الآثار المترتبة على كل منهما.

[٣] د. عماد طارق البشري، مصدر سابق، ص١٣٩.

لذا يُعد بطلان بعض عقود الزواج بالأساس نظاماً جزائياً[1] يشكل أحد أهم آثار مبدأ النظام العام الذي يلحق التصرف القانوني إذا جاء على خلاف مقتضى قواعده في دولة القاضي الوطني مما يستتبع معه اعتبار التصرف معدوماً، ومن ثم إخراج التصرف القانوني الذي تولى إبرامه من نطاق الحماية التي يقرها المشرع ضمن دائرة العقود الصحيحة، بوصفه تصرفاً يشكل تهديداً لسلامة النظام القانوني السائد في دولة القاضي الوطني وهو الأمر الذي يعد سارياً في مواجهة بعض الآثار الناتجة عن التصرف المخالف للقواعد الضابطة له ضمن إطار دولة المحكمة كالنفقة وثبوت العدة والتوارث بين الزوجين، وتأثير النظام العام لا يقتصر فقط على عقود الزواج التي ينعدم الأساس الشرعي لها ضمن نطاق قانون القاضي الوطني، بل يشمل الأمر العقود التي تبرم خارج حدود الدولة وإن كان طرفاها لا يحملان جنسية هذه الدولة مادام قد لجآ إلى إحدى محاكمها ورفعا إليها طلباً يتضمن البت في صحة زواجهما وهذا ما قضت به محكمة القاهرة الإبتدائية في قرار لها بشأن زواج مصرية مسلمة من روسي أرثذوكسي والذي قررت بموجبه (بأنه حتى لو كان الزواج مشروعاً وفقاً للقانون الروسي إلا أنه باطل وفقاً للقانون المصري).[2]

ففي نطاق هذه القضية استبعد القاضي القانون الروسي الذي عينته قاعدة الإسناد المصرية لاصطدامه بقاعدة من قواعد التشريع الإسلامي متعلقة بالنظام العام ومستمدة من قول الحق سبحانه وتعالى (لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن)[3] لأنه كان زواجاً باطلاً لمخالفته شرطاً من الشروط الموضوعية لصحة الزواج في قوانين الدول الإسلامية، أما فيما يتعلق بتأثير النظام العام في الآثار التي يرتبها عقد الزواج الباطل فالأصل أن ينسحب أثر البطلان إلى الماضي إلا أنه لاعتبارات معينة قد لجأت بعض النظم القانونية إلى التخفيف من غلواء هذه القاعدة لاعتبارات

---

[1] د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص٦٧.

[2] صلاح الدين جمال الدين، مصدر سابق، ص٥٩.

[3] سورة الممتحنة من الآية: ١٠.

معينة أهمها حسن نية أحد الزوجين ورعاية له ولأولاده، بحيث يعد الزواج قائماً من الوجهة الفعلية منذ انعقاده إلى أن يتقرر بطلانه، ومؤدى ذلك أن تبقى آثار الزواج التي حدثت في هذه الفترة قائمة سواء أكانت آثاراً شخصية أو آثاراً مالية، كما أن من مقتضى هذا الوضع اعتبار الأولاد الذين وجدوا من جراء هذا الزواج الباطل أولاداً شرعيين، وهو أثر دائم يلحق الأولاد حتى بعد بطلان الزواج وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية في قرار لها أقرت بموجبه (ثبوت نسب الطفلة إلى والدها على الرغم من إقرار المحكمة ببطلان زواجه من والدتها بعد أن ثبت لها أنها ما تزال في عصمة زوجها المفقود والذي يعتبر حياً ما لم يحكم بوفاته طبقاً لأحكام المادة (٩٢) من قانون رعاية القاصرين..)[١] ففي إطار هذا القرار أكدت المحكمة على نقطة مهمة ألا وهي أن النظام العام رغم أن هدفه الرئيس حماية المصلحة العليا للدولة إلا أن هنالك مصالح خاصة جديرة بالحماية والإحترام والتي تتمثل بحق الأولاد الذين وجدوا من زواج باطل في ثبوت نسبهم إلى والدهم[٢] نظراً لأنه وإن كان من أقدموا على إبرام هذا العقد قد تجاهلوا قاعدة آمرة واردة في قانون دولة القاضي إلا أنه ليس

---

[١] القرار رقم ٥٥/ موسعة أولى/ ١٩٩٠ بتاريخ ١٩٩٠/٥/٣٠ منشور في مجلة القضاء (مصدر سابق)، ص٢٦٧.

[٢] وهذا ما أكدته محكمة التمييز الاتحادية في قرارها رقم ٥٩٦/ش بتاريخ ٢٠٠٦/٤/٢٤. الذي جاء فيه "ان صدور تقارير طبية من الجهات المختصة تثبت بنوة الطفل الناتج من زواج عرفي لأبيه يلزم المحكمة باصدار حكم حاسم يتعلق باثبات نسب الطفل لابيه (المدعى عليه) لتعلق هذه القضايا بالنظام العام في العراق" قرار غير منشور. والحال ذاته فيما يتعلق بالاعتراف ببنوة الطفل الذي نتج عن زواج مسلمة من كتابي حيث تنسب المحكمة بنوة الطفل لامه باعتبارها خير الوالدين دينا وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه "ان الصغير يتبع خير الابوين دينا، فيكون مسلما لامه المسلمة ولايلزم لثبوت إسلامه بعد بلوغه، صدور اشهار بذلك، بل يكفي ان يعتنق الإسلام ولايرجع فيه ولايؤخذ بقوله في ذلك" القضية رقم ٨٧٠ لسنة ٤٩/ شرعي جزائي دمنهور جلسة ١٩٥٠/٩/١٣ مؤيد استئنافيا، مجلة المحاماة الشرعية، مصر لسنة ٢٢ ، ص٤٩٣، وبذات المعنى قضية رقم ٢٩٠ لسنة ٤٨ شرعي جزائي جلسة ١٩٨٤/٤/٢٠، مجلة المحاماة الشرعية، مصر السنة ٢٠ ، ص٣٤١.

من العدل أن يؤاخذ الأولاد بجريرة آبائهم عبر إقرار امتداد أثر البطلان إلى الماضي وعدم منحهم حقوقهم الشرعية.

لذا فإن عدم الإعتراف ببعض آثار عقد الزواج الباطل وخاصة تلك المتعلقة بثبوت النسب أمر يخالف النظام العام في العراق حتى وإن وقع مثل هذا الزواج بين أجنبيين في العراق أو خارجه.

المطلب الثاني
تأثيره في القانون الواجب التطبيق على (الطلاق والتفريق) في الزواج المختلط

إن تعلق انحلال الرابطة الزوجية بفكرة الزواج وارتكاز هذه الفكرة على اعتبارات دينية، من شأنه أن يؤدي إلى اختلاف القوانين في ممارسة الحق في حل هذه الرابطة، وهذا يؤدي بدوره إلى تقييد القانون الشخصي لدولة الزوج الذي انعقد اختصاصه في هذا المجال.

فقد يحدث أن يتبين القاضي أن تطبيق القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية أنه يصطدم بالمبادئ الأساسية السائدة في دولته، وهذا ما يدفعه إلى استبعاد أحكام هذا القانون، وتطبيق القانون الوطني باسم النظام العام.

ومن الجدير بالذكر أن للنظام العام في العراق دوراً لا يقل أهمية واتساعاً من الدور الذي له في البلاد التي يكون فيها الزواج مدنياً، إذ يجري القضاء العراقي على استبعاد القانون الأجنبي الذي تتضمن أحكامه أضراراً بمصلحة المسلمين، ولو كانوا من الأجانب فإذا كان الزوج الأجنبي مسلماً يحق له أن يطلق زوجته حتى لو كان قانون جنسيته يحرمه من هذا الحق، لأن تمتع المسلم بالحقوق المقررة في الشريعة الإسلامية أمر يتعلق بالنظام العام،[1] وقد ذهبت المادة (٣٢ مدني) إلى أنه (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق).

[1] د. جعفر محمد جواد الفضلي، إنعقاد الزواج في القانون الدولي الخاص، مكتبة وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٣، ص٢٨.

على أن تولي القاضي مهمة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لا يعني نفي دور هذا القانون إذ أن اثر النظام العام في الحقيقة يقتصر على استبعاد الجزئية التي تتعارض معه أي الأحكام المتعلقة بالتطليق والطلاق فقط ودون تلك المتعلقة بالآثار التي تترتب على انقضاء الرابطة الزوجية.

أما في مصر فمن المعروف أن القانون الذي ينظم الأحوال الشخصية فيها يتسم بكونه ذا طابع مركب نظراً لتعدد الشرائع التي تتولى مسألة تنظيم وحكم مواد الزواج فيها والتي يخضع فيها مواطنو الدولة على أساس الديانة،[١] وبالتالي فإن عدم وجود تشريع موحد للزواج في مصر أدى إلى انحسار أثر النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي، فكما هو معروف أن بعض الدول الغربية كفرنسا لا تبيح الطلاق الحاصل بإرادة الزوج المنفردة وهذا الحكم إذا ما عرض أمام قضاء دولة تختص الشريعة الإسلامية بحكم الزواج وانقضائه كإيران مثلاً، فإنه يستبعد تطبيق القانون الفرنسي نظراً لكونه يتضمن مخالفة صارخة لمبدأ النظام العام فيه.

إلا أن هذا الحكم إذا ما عرض أمام القضاء المصري لا يترتب عليه استبعاد القانون الأجنبي من التطبيق نظراً لتضمن القضاء المصري حكماً قانونياً مماثلاً، مما يجعل من تطبيق القانون الأخير أمراً لا يتعارض مع النظام العام في مصر. [٢]

---

[١] د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٥٥٣.

[٢] وقد أيد هذا الحكم القرار اذي أصدرته محكمة الإسكندرية في ٩ أبريل ١٩٥١ والذي أشارت فيه إلى أن (إعتناق الزوج الإيطالي للإسلام لا يجيز له طلاق زوجته بإرادته المنفردة وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية على أساس أن قواعد الإسناد الخاصة بالطلاق والتطليق، والإنفصال الجسماني على الجنسية وحدها دون اعتبار الدين وقد أيد الأساتذ Quadri وجهة نظر المحكمة، فهذا الحكم يشير إلى إسلام الزوج لا يعتبر مبرراً يعطي الحق للزوج طلاق زوجته بدون الحصول على موافقتها بل يلزم خضوعه في هذا الشأن إلى القواعد والأحكام الواردة في قانونه الشخصي والتي تلزمه بموافقتها على هذا الإجراء دون أن يشكل ذلك خرقاً للنظام العام في دولة القاضي المصري لتضمن هذا القانون أحكام مماثلة تجيز مثل هذا الإجراء وفق الشرائع الدينية غير الإسلامية في مصر. أنظر د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص٥٤٦- ٥٤٧.

وفي فرنسا كما سبق وأن ذكرنا تقف فكرة النظام العام حائلاً دون تطبيق القانون الأجنبي الذي يخول الزوج حق طلاق زوجته بإرادته المنفردة، فليس لأي من الزوجين في فرنسا أن يطلب التطليق بسبب يجهله القانون الفرنسي، ولأن التطليق هو جزاء للإخلال بالواجبات الزوجية، وقد جسد القضاء الفرنسي هذا الحكم في القرار الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٠ حزيران ١٩٧٨ والذي عارضت فيه طلاق مواطن جزائري لزوجته بموجباته الفرنسية لاصطدامه بالنظام العام السائد في القانون الفرنسي،[١] رغم أن قانون جنسية الزوج يبيح مثل هذا الحق لمواطنيه[٢] نظراً لكون وجهة النظر السائدة في الدول الغربية تعد الطلاق في الشريعة الإسلامية يعني تماماً الطلاق الذي يمكن الرجوع عنه،[٣] وهذا تفسير خاطئ خاطئ نظراً لأن قابلية الإرجاع في الطلاق في الشريعة الإسلامية بعيداً عن دعم ميزات الزوج، وتبعية الزوجة تظهر كحاجز ضد تجاوز الزوج وضماناً للزوجة، فهو يراعي فترة الإنتقال التي تكون فيها العلاقة الزوجية مفككة ولكنها غير مقطوعة بشكل نهائي.

---

[١] أنظر تعليق الأستاذ إبراهيم فضل الله في المجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص الصادرة في فرنسا في العدد كانون الثاني– آذار الجزء السبعون ١٩٨١.

[٢] كذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في ١٩٨١/٤/١ تطبيق القانون الإسباني الذي عينته قاعدة التنازع على طلاق الزوجة الفرنسية من زوجها الإسباني، وهما يقيمان معاً في فرنسا بحجة أن ذلك القانون يحظر على الزوجين طلب إيقاعه، إذ من غير المقبول أن لا يسمح للفرنسية التي تسكن في فرنسا بالطلاق كبقية الفرنسيين مما يخلق نوعاً من عدم المساواة بين الفرنسيين الذي يمكن أن ينشأ من جراء تطبيق ذلك القانون. ينظر: د. سامي بديع منصور، مصدر السابق، ص١٨٣.

[٣] د. جعفر محمد جواد الفضلي، المصدر السابق، ص٢٨.

* القرآن الكريم

١- د. أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص في الجنسية والموطن ومركز الاجانب وتنازع القوانين، ج١ في الجنسية ومركز الاجانب، مطبعة دار النهضة المصرية، ١٩٥٦.

٢- أحمد عبدالكريم سلامة، الإستعجال في المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

٣- ــ، الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين والاجانب، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٦٦.

٤- د. أحمد ضاعن السهدان، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، بدون مكان طبع، ١٩٩٨.

٥- بدوي ابو ديب، الجنسية اللبنانية، ط١، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٧٤.

٦- د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦.

٧- جابر جاد عبدالرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، جامعة الدول العربي (معهد الدراسات العربية) ١٩٦٢.

٨- جابر ابراهيم الراوي، أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي، ١٩٧٩- ١٩٨٠.

٩- جعفر محمد الفضلي، إنقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٣.

١٠-د. حسن الهداوي، أكتساب الأجنبية لجنسية زوجها العراقي... تعديل قانون الجنسية الصادر في ١٩٦٨/١٠/٣١، مطبعة الرشاد، بغداد،.

١١- ــ، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط٤، مطبعة الرشاد، بغداد، ١٩٧٢.

١٢-ــ، الجنسية والموطن ومركز الاجانب واحكامهما في القانون الاردني، ط١، دار مجدلاوي للطباعة والنشر، عمان، ١٩٩٣.

١٣-د. حسن كيرة، اصول القانون، دار المعارف بمصر، ١٩٨٤.

١٤-د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، ج١، (الموجز في المبادئ العامة لتنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.
١٥-القانون الدولي الخاص/ القسم الثاني، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٨٢.
١٦-رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية)، ط١، عمان، ٢٠٠٣.
١٧-سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤.
١٨-ـــ، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
١٩-سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة طبع.
٢٠-د. سليمان عبد المجيد، النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانوني الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.
٢١-د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية.
٢٢-د. شمس الدين الوكيل، الموجز في الجنسية ومركز الاجانب، ط٣، منشأة المعارف، مصر، ١٩٨٨.
٢٣-صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والتشريعية الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة طبع.
٢٤-عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج١، الالزام في ذاته، مطبعة نهضة مصر بالفجالة، ١٩٥٤.
٢٥-د. عبد الفتاح عبد الباقي، الزواج (قيامه، آثاره، انقضاءه) في القانون الفرنسي، مطبعة النهضة بمصر، بدون سنة طبع.
٢٦-ـــ، نظرية القانون، ط٤، دار الكتاب، مصر، ١٩٦٤.

٢٧- ـــ، نظرية العقد والارادة المنفردة، موسوعة القانون المدني المصري، مطبعة النهضة بمصر، ١٩٨٤.
٢٨- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.
٢٩- عبدالله عبدالجليل الحديثي، النظرية العامة في القواعد الآمرة (رسالة ماجستير) كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧١.
٣٠- د. عز الدين عبدالله، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدوليين، ط٩، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٨٦.
٣١- ـــ، القانون الدولي الخاص للجنسية والموطن ومركز الاجانب، ج١، مكتبة النهضة العربية، بدون سنة طبع.
٣٢- د. عبود موسى، دروس في القانون الدولي المغربي، الرباط، ١٩٨٦.
٣٣- عبدالحميد محمود حسن السامرائي، تنازع القوانين في المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، بغداد، ١٩٩٠.
٣٤- د. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١.
٣٥- عمر صلاح حافظ الهادي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٢.
٣٦- د. عبدة جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨.
٣٧- د. عماد طارق البشري، فكرة النظام العام بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلاممية والتشريعات الوضعية)، ط١، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
٣٨- د. فؤاد عبدالمنعم رياض: تنازع القوانين، ج٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
٣٩- ـــ، مبادئ القانون الدولي الخاص، ج١، في الجنسية ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.

٤٠-ـــ، أصول الجنسية ومركز الأجانب في القانون المصري والمقارن، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.

٤١-ـــ، ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

٤٢-فريد فتيان: شرح قانون الأحوال الشخصية (في تعديلات القانون وأحكام محكمة التمييز، ط٢، دار واسط، لندن، ١٩٨٦.

٤٣-د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، جامعة دمشق، ط٣، ١٩٩٩.

٤٤-كاظم شهد حمزة، أثر الزواج المختلط مقدمة في جنسية الزوجين في التشريعات العربية (رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون- جامعة بغداد)، ١٩٨١.

٤٥-محمد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٤٣.

٤٦-منصور مصطفى منصور، تنازع القوانين، دار المعارف بمصر، ١٩٥٦-١٩٥٧.

٤٧-د. محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، ط٢، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية، مصر، ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م.

٤٨-ماجد الحلواني، القانون الدولي الخاص واحكامه في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٣.

٤٩-د. ممدوح عبدالكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط٢، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧.

٥٠-ـــ، القانون الدولي الخاص الأردني، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨.

٥١-د. محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني)، الدار الجامعية للطباعة، بيروت، ١٩٨٥.

٥٢-د. محيي هلال السرحان، النظرية العامة للقضاء في الإسلام، بغداد، ١٩٩١.

٥٣-محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام، ودورها في مجال الضبط الإداري (دراسة مقارنة في القانون المصري والقانون التونسي)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
٥٤-ماهر ابراهيم السداوي، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي في القانون المقارن والقانون اليمني، ط٢، شركة سعيد رأفت للطباعة، ١٩٩٨.
٥٥-محمود مصطفى يونس، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٥٦-محمد خيري كصير الجشعمي، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٦.
٥٧-د. هشام علي صادق: مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨م.
٥٨-ـــ، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري)، ط٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤.
٥٩-ـــ، الجنسية والموطن ومركز الاجانب، ط١، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٧٧.

البحوث

١- إبراهيم فضل الله، بحث منشور في المجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص الصادرة في فرنسا- العدد كانون الثاني- آذار، الجزء السبعون ١٩٨٠.
٢- د. حسن البغدادي، بحث في نظام الأموال بين الزوجين وصلته ببعض نواحي تطبيق الحق الشخصي والعيني، مجلة الحقوق والبحوث القانونية والإقتصادية، العدد ١٢، السنة السابعة ١٩٥٦- ١٩٥٧.
٣- جابر ابراهيم الراوي، الحلول العملية لتنازع القوانين في الزواج وفقاً للقانون العراقي (بحث منشور في مجلة القانون المقارن) العددان الثامن والتاسع ١٩٧٨.

٤- د. خليل ابراهيم خليفة، هل يجوز للمحكمة ان تعدل من العقد المخالف للنظام العام، بحث منشور في مجلة العدالة، بغداد، العدد الاول، السنة السادسة.
٥- د. عز الدين عبدالله: إتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد وقواعد الإختصاص القضائي في مواد الأحوال الشخصية وقواعد الإختصاص القضائي في مواد الأحوال الشخصية، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد، السنة الخامسة والعشرون، العدد الثالث، ١٩٥٦.
٦- ـــ، قواعد تنازع القوانين في القانون المدني الجزائري الجديد، بحث منشور في مجلة مصر المعاصر، السنة ٧٠، ع٣٧٨، ١٩٧٩.
٧- ـــ، اثر النظم الاجتماعية والاقتصادية في قواعد تنازع القوانين الدولي في تشريع المانيا الديمقراطية، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، ع١٣٩٨، اكتوبر ١٩٨٤.
٨- د. غالب علي داودي، تأثير الزواج المختلط على جنسية المرأة المتزوجة في القانونين العراقي والتركي، مجلة الاقلام العراقية، ج١٢، السنة الثانية، ١٩٦٦.
٩- د. فؤاد عبد المنعم رياض، الاتجاهات المعاصرة في مسائل الجنسية، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، مصر، ع٣، ١٩٥٩.
١٠-د. قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مصر ١٩٨١.
١١-د. ممدوح عبدالكريم حافظ، مبدأ النظام العام وتنازع القوانين (بحث مستل من مجلة القانون والإقتصاد)، العدد الأول، البصرة، دار الطباعة الحديثة، ١٩٧٠.
١٢-د. مظفر ناصر حسين، قواعد التنازع وقواعد التطبيق المباشر في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، بغداد، كلية القانون، مجلد١١، ١٩٩٦.

التشريعات العراقية:

١- قانون الجنسية العراقية رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤.
٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٣- قانون الأحوال الشخصية العراقية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.
٤- قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦.

الدوريات القانونية والقضائية:

١- مجلة ديوان التدوين القانوني ع١ س٥/ ١٩٦٦.
٢- النشرة القضائية لمحكمة التمييز ع١، س٢/ ١٩٧٢.
٣- مجلة القضاء، ع٤، س٢٣/ ١٩٧٨.
٤- مجلة القضاء العددان (١، ٢) ١٩٩١.
٥- إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز/ قسم الأحوال الشخصية، بغداد، مطبعة الزمان، ١٩٩٩.
٦- مجلة العدالة، ع٤/ س ٢٠٠٢.
٧- مجلة القضاء العدوان (الأول، الثاني) س٥٧/ ٢٠٠٤.
٨- قرارات حديثة لمحكمة التمييز الاتحادية (غير منشورة).

تشريعات عربية (في القانون المدني)

١-القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٢-القانون المدني الأردني لسنة ١٩٧٦.

تشريعات عربية في الجنسية:

١- قانون الجنسية البحرينية لسنة ١٩٣٧.
٢- قانون الجنسية الأردنية رقم ٦ لسنة ١٩٥٤.
٣- قانون الجنسية السورية رقم ٦٧ لسنة ١٩٦١.
٤- قانون الجنسية التونسية رقم ٦ لسنة ١٩٦٣.
٥- قانون جنسية اليمن الجنوبية الشعبية رقم ٤ لسنة ١٩٦٨.
٦- قانون الجنسية الإماراتية رقم ١٧ لسنة ١٩٧٢.
٧- نظام الجنسية السعودية الصادر بتاريخ ١٣٧٤/١/٢٥هـ.
٨- قانون الجنسية المصرية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥.

٩- قانون الجنسية القطرية رقم ٣٨ لسنة ٢٠٠٥.

١٠-قانون الجنسية الجزائية الصادر في ٢٧ فبراير لسنة ٢٠٠٥.

المصادر الأجنبية

1- J. Bischoff, competence dud riot francaus dansle. Regment, Paris, 1950.

2- Low son, F. H. and anton, AE, Amosand waitou's Introduction press, Oxford, 1963.

3- Batiffol. Henri et legarde, Paul, S riot International Private ed, 11, L.G.D.J, Paris, 1976.

4- CF, Rad fielf, Law Made Simple m Resised by & L. Barker, the edition on 1987.

5- Family Law. Greek Council for Equality AthEns.

6- Marthe, Simon Depitre, les regles materielle dans le Conflit de lois, Revue critique, 1971.

7- G. Sperduti, les loi d'application necessaire en tant que, lois ordrepublic Revue critique, 1977.

8- Sperduti, Sroit international private et driot public etranger, Journal de driot international, 1977.

9- Loussaouarn et Bcurel, driot international private, Dallos, 1980.

10- Outline of English law, S. B. Marsh and soulsby, 3ed edition London, 1981.

11- Jean-Yeus Carlier; quelles perspectine s, dans familli-islame-europe, 1996.

المقدمة

يعد موضوع تأثير النظام العام على القانون الواجب التطبيق في الزواج المختلط واحداً من أبرز الموضوعات الحيوية والمهمة في الدراسات القانونية، ولذلك احتل مكاناً بارزاً في الدراسات والمؤلفات التي تناولته بشكل عام.

وتعود أهمية هذه الموضوعات إلى النتائج الخطيرة التي تترتب على هذا الأثر في عقد الزواج المختلط. ذلك أن انتفاء الاشتراك القانوني بين التشريعات الخاصة من شأنه أن يثير مشكلة عدم تقبل الأحكام القانونية الأجنبية الواجبة التطبيق على النزاع المشوب بعنصر أجنبي بموجب قاعدة الإسناد ضمن النطاق المكاني لدولة القاضي إذا ما احتوت هذه القاعدة أو الحكم الأجنبي ما يخل بالإطار الضابط لأصل المشروعية في هذه الدولة مما يستنتج منه عدم إمكان قبول تطبيق هذه القواعد لذا يبرز للنظام العام في إطار العلاقات الخاصة الدولية أثران أولهما الأثر السلبي عندما ينظر إلى دور النظام العام كاستثناء في منع تطبيق القانون الأجنبي المختص، وتكون العلاقة موضوع النزاع المشوب بعنصر أجنبي مقبولة في القانون الأجنبي المختص، وغير مقبولة في قانون القاضي أو العكس آنذاك سيتولى مبدأ النظام العام مهمته بتعطيل أحكام القانون الأجنبي المختص التي تتعارض معه، يستتبعه ظهور الأثر الإيجابي له الذي يتجسد بإحلال أحكام القانون الوطني لدولة القاضي محل أحكام القانون الأجنبي المخالفة لقواعد النظام العام المستقرة في دولته.

وهذا التأثير بشقيه السلبي والإيجابي يلاحظ انسحابه على جميع مراحل عقد الزواج المختلط سواء في مرحلة الانعقاد أو الآثار أو الانقضاء باعتبار أن القواعد المنظمة لهذا العقد هي أحكام آمرة ترتبط في إطارها ومحتواها بالنظام العام لدولة القاضي مما يجعلها عصية على الخرق في مواجهة أي حكم أو قاعدة أجنبية واجبة التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية إلا أن قواعد النظام العام باعتبارها أداة فعالة ووسيلة ناجحة بيد الدولة في حماية النظام القانوني الخاص بها قد لا تكون مؤثرة بالدرجة الكافية للحيلولة دون انتهاك الأسس العليا التي يقوم عليها هذا النظام مما يثير التساؤل عن إمكانية وجود قواعد قانونية تتبناها التشريعات المتنوعة تؤدي هذا

الدور بشكل أفضل من قواعد النظام العام، وبالدرجة التي تجعل النظام القانوني لدولة القاضي حصيناً ضد أي مساس من المحتمل أن يتعرض له.

لذا فإن هناك موضوعان مهمان يدخلان في جوهر تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط.

الأول: شروط انعقاد عقد الزواج المختلط الموضوعية والشكلية.

الثاني: حالات انقضاء عقد الزواج المختلط.

ولقد تم تقسيم هذه الرسالة إلى فصلين الأول تناول مفهوم النظام العام وتأثيره في شروط انعقاد الزواج المختلط ، والذي وضحناه في مبحثين. أما الفصل الثاني فيتناول تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المختلط وانتهائه وذلك في مبحثين أيضاً.

ولا يخفى ان الخوض في موضوع تأثير النظام العام على القانون الواجب التطبيق في الزواج المختلط لابد وان يجد أمامه صعوبات عديدة أهمها عدم وجود مبادئ وآراء مستقرة في اغلب موضوعاته كما اختلفت التشريعات في تناوله مما أدى ان يكون القضاء على مفترق طرق في تناوله للموضوع فضلا عن قلة المصادر المباشرة مما تطلب بذل الجهد للبحث والتقصي والتحليل.

هدف الرسالة

إن الغاية من إعداد هذه الرسالة تحقيق النتائج الآتية:

١- بيان مدى أهمية الدور الذي يحتله مبدأ النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية وبالأخص في إطار المسائل المتعلقة بنظام الزواج وهل يعد أفضل وسيلة قانونية ضمن نطاق دولة القاضي في تحقيق الحماية اللازمة للقواعد التي تنظمه أم أن هناك وسائل قانونية أفضل يمكن أن تؤدي الغرض ذاته بشكل أفضل.

٢- إبراز دور الجهود الدولية التي بذلت، والتي ترمي إلى تحقيق نوع من الانسجام بين التشريعات المختلفة بما يسمح بإمكانية تطبيق قانون أجنبي في دولة غير الدولة التي صدر فيها.

٣- اقتراح بعض الحلول والتوجيهات الرامية إلى تطوير التشريعات الوطنية استئناساً بالتشريعات المقارنة.

ومن خلال هذه الدراسة سوف يتم دراسة حدود، ونطاق القواعد التي تحكم نظام الزواج المختلط من حيث نشأته وآثاره، ومن حيث انقضاؤه من خلال التشريعات العراقية ومقارنته ببعض التشريعات العربية الأخرى.

مقدمة

الفصل الأول

مفهوم النظام العام وتأثيره في القانون الواجب التطبيق على شروط انعقاد الزواج المختلط

المبحث الأول : التعريف بالنظام العام وتمييزه عن غيره من القواعد

المطلب الأول : التعريف بالنظام العام

المطلب الثاني : تمييز قواعد النظام العام عن ما يختلط به من قواعد أخرى

الفرع الأول : تمييز قواعد النظام العام عن القواعد ذات التطبيق المباشر:

الفرع الثاني: تمييز قواعد النظام العام عن القواعد الآمرة.

المبحث الثاني : تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على شروط انعقاد الزواج المختلط

المطلب الأول : تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج المختلط

المطلب الثاني : تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج المختلط

الفرع الأول : تأثيره في القانون الواجب التطبيق على توثيق الزواج المختلط

الفرع الثاني : تأثيره في القانون الواجب التطبيق على الإشهاد في الزواج المختلط

الفصل الثاني

تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المختلط وانتهائه

المبحث الأول : تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المختلط

المطلب الأول: تأثير النظام العام على اكتساب الجنسية في الزواج المختلط

الفرع الأول : أثر الزواج المختلط في جنسية الزوجين:

أ. أثره في جنسية الزوجة

ب. أثره في جنسية الزوج

الفرع الثاني: تأثير النظام العام في تحديد مفهوم الجنسية المكتسبة

المطلب الثاني : تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج المختلط

الفرع الاول: تأثيره في القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزواج المختلط

الفرع الثاني: تأثيره في القانون الواجب التطبيق على النفقة في الزواج المختلط

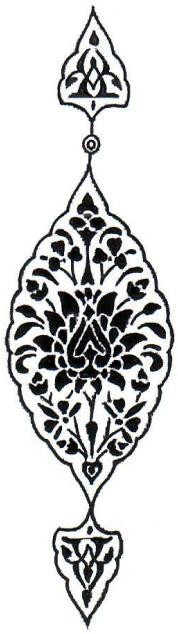
المبحث الثاني : تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق عند انتهاء عقد الزواج المختلط

المطلب الأول: تأثير ه في القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط الباطل

المطلب الثاني : تأثير ه في القانون الواجب التطبيق على الطلاق والتفريق في الزواج المختلط

الخاتمة

المصادر والمراجع



Abstract

The effect of the general discipline on marriage articles in the field of general relations has two types ,in the first appeared the negative impact of it which is achieved by eliminating the law that should be applied due to base of national support for breaching legal order of national judge state.

In the second the positive impact is crystallized that is focused on glorifving the national law of judge state or any other law that could be more consistent and suitable with what is prevailed of legal principles in the state in the eliminated law is replaced by contest settlement for the purpose of demonstrating the way in which the principle of the general discipline operates in scope of bigamy ,it is necessary to assign aspects these two impacts valid to them from the aspect of the national law of the judge state in which settlement of contest with foreign individual within his country borders, thesis a motivation to write this thesis, and to consider all aspects related to the general discipline in the law that be implicating on the bigamy to what related to provisions of its contracting and its impacts, and what is related to means of its expiration of provisions, so we assigned the first chapter to discuss effect of general discipline in the law that should be implicating on the provisions of bigamy contract in two parts the objective and the formal one

As for the second chapter we have displayed the general discipline impact on that the bigamy marriage contract linked whether to what is related to its effect on the acquired nationality concept due to bigamy or to what is concerned its impact on the monetary consequences for this marriage

The third chapter: it has assigned to explain the general discipline impact on the law that should be implicating when the bigamy contract is terminated whether to what is related to canceling the marriage

contract for including what impeach its effect on expiration of marriage by one decided means or for the subject of this purpose.

We have assigned the forth chapter to explain the non- application justifications of the foreign law that should be applied in the field of the special international

law that is represented in two justifications, the first related to non- applying the foreign law being faced an obligatory commanding in national the judge state and the second justification is achieved of impossibility of proving and execution the foreign law, these for chapters is followed by conclusion in which we have demonstrated in it the most important conclusions of results and suggestions in this study.