محاضرة في مادة القانون الدولي الخاص لطلبة المرحلة الرابعة/ قسم القانون
المحاضرة رقم (٣) بعنوان
(القانون الواجب التطبيق الذي يحكم الزواج)
د. ابراهيم حمود مهنا
٢٠٢٠/٣/١٩

الزواج هو عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعًا غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل. ويترتب على عقد الزواج أثار مهمة والتزامات متقابلة، لذلك عكفت تشريعات جميع الدول على تنظيمه بشكل دقيق، فحددت الشروط الموضوعية والشكلية لانعقاده، كما نظمت آثاره وكيفية نشأته وانتهائه.

ويرتبط الزواج بالمفاهيم الدينية والاجتماعية والسياسية التي تختلف من دولة الى اخرى، فبينما يعد الزواج علاقة قابلة للتعدد في النظام الاسلامي (تعدد الزوجات)، وقابلة للانتهاء باتفاق الزوجين أو بارادة احدهما أو بحكم القاضي، فانه في تشريعات الكثير من الدول الأخرى يعد علاقة غير قابلة للتعدد، ومؤبدة لا تنتهي الا بوفاة احد الزوجين، الأمر الذي أدى الى اختلاف قوانين هذه الدول فيما تضمنته من أحكام خاصة لتنظيم رابطة الزواج. ومثل هذا الاختلاف يثير التنازع بين القوانين المختلفة للدول، لذلك يضع المشرع في هذه الدول قواعد تنازع يحدد بموجبها القانون الذي يحكم الزواج شكلًا وموضوعًا وآثارًا.

وعلى القاضي عند تطبيقه لقواعد التنازع الخاصة بالزواج أن يأخذ بالمفهوم الواسع والمرن بحيث يتسع لنظم الزواج الأجنبية، كما عليه التفرقة بين القانون الذي يحكم الشروط الشكلية، وبين الذي يحكم الشروط الموضوعية، وفي آثاره هناك آثار شخصية وأخرى مالية، وفي انتهائه هناك وفاة وطلاق، لذلك يتطلب الأمر تحديد القانون المختص لكل موضوع، وبيان موقف المشرع العراقي في ذلك، **وهو ما سنبينه تباعًا:**

أولاً:الخطبة: هي اتفاق رجل وامرأة على استعدادهما بصورة أولية على إبرام عقد الزواج. ومما لاشك فيه أن الخطبة ما هي إلا وعد بالزواج وهي غير ملزمة، لذا يحق للخاطب أن يعدل عن الزواج، الا أن هذا الحق مقيد بعدم اساءة استعماله، والا تترتب عليه المسؤولية التقصيرية في حالة حدوث ضرر للمخطوبة. ولا توجد في القانون المدني العراقي قاعدة تنازع خاصة تنظم أحكام الخطبة، الا أن الرأي الراجح في الفقه أنها تعد من مسائل الأحوال الشخصية بوصفها من مقدمات الزواج، وبالتالي تخضع لقانون الجنسية ويسري عليها من حيث شروط صحتها.

ثانيًا: انعقاد الزواج:

ينبغي لانعقاد الزواج توافر شروط شكلية وأخرى موضوعية، ويرجع تصنيف هذه الشروط إلى القانون الوطني، لأن مسألة التصنيف تعتبر من مسائل التكييف وتدخل ضمن اختصاص قانون القاضي.

١- **الشروط الموضوعية:** وتتوزع هذه الشروط الى شروط انعقاد وصحة ونفاذ ولزوم. وغالبية القوانين ومنها القانون العراقي تخضع الشروط الموضوعية لقانون جنسية الزوجين حتى يكون الزواج صحيحًا من الناحية الموضوعية، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (١٩) من القانون المدني بقولها(**يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين**). أما الوقت الذي يُحكَّم فيه قانون الزوجين، فهو وقت انعقاد الزواج لا وقت النزاع باعتباره الوقت الذي ينبغي فيه اكتمال الشروط.

ولا يثير تطبيق هذه القاعدة أية صعوبة عند اتحاد جنسية الزوجين لأنهما سيخضعان لقانون واحد هو قانون الدولة التي ينتميان اليها بجنسيتهما، غير أن الصعوبة تظهر عند اختلاف جنسيتهما، **فكيف يتم حل مثل هكذا تنازع ؟**

لم ينظم المشرع العراقي هذه الحالة الا أن هناك حلولًا فقهية تتوزع على اتجاهين: **الأول** يأخذ **بالتطبيق الجامع**، بمعنى أن يتوافر في كل زوج الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانون كل من الزوجين معًا.

مثال ذلك: إذا كان ارتباط الزوج برابطة زوجية سابقة يعد مانعًا من موانع الزواج بقانون الزوجة دون أن يكون كذلك في قانون الزوج، فان التطبيق الجامع يؤدي الى عدم صحة هذا الزواج.

اما **الاتجاه الثاني** فيأخذ **بالتطبيق الموزع** للزواج، أي تطبيق قانون كل زوج بصورة مستقلة عن قانون الزوج الآخر. ففي المثال السابق فان الأخذ بالتطبيق الموزع للقانونين لا يمنع من انعقاد الزواج ويعد هذا الزواج صحيحًا. وقد تم تبني هذا الاتجاه على مستوى التطبيقات القضائية ذلك لأن التطبيق الجامع يفضي الى تطبيق القانون الأشد، بينما يسهل التطبيق الموزع على الزوجين اجراء عقد الزواج.

واذا كان الأصل الأخذ بالتطبيق الموزع الا أن الاستثناء يقضي بالأخذ بالتطبيق الجامع فيما يتعلق بموانع الزواج ومنها اختلاف الدين، ذلك أن المانع يمتد اثره الى كل من الزوجين حتى ولو كان قائمًا في احدهما فقط، ومخالفة هذه القاعدة يعد من الأمور التي تتعارض مع النظام العام في الدولة الوطنية مما يؤدي الى ابطال العلاقة الزوجية.

ومثال ذلك: اذا تم ابرام زواج بين امرأة مسلمة ورجل مسيحي في فرنسا فان القانون الفرنسي يعترف بصحة هذا الزواج ذلك أن اختلاف الدين لا يعد مانعًا من الزواج في القانون الفرنسي، اما لو تم ابرام هذا العقد في دولة اسلامية فسيكون هذا الزواج باطلًا لتعارضه مع النظام العام في تلك الدول.

وكذلك الأمر اذا تزوج مسلم من زوجة ثانية في فرنسا، فان هذا الزواج سيكون باطلًا لمخالفته للنظام العام الفرنسي الذي ينظر الى العلاقة الزوجية على أنها علاقة لا تقبل التعدد، في حين أن زواج المسلم من امرأة ثانية في بلد اسلامي يعد صحيحًا حتى ولو كان قانون الزوجة يحظر هذا الزواج.

واذا كانت الحلول الفقهية أعلاه لم تنظم تشريعيًا في الدول العربية وكذلك في العراق، فهل يمكن الأخذ بها من قبل المحاكم العراقية ؟ الجواب نعم بحسب المادة/ ٣٠ من القانون المدني والتي تنص على أنه **(يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون**

الدولي الخاص الأكثر شيوعًا). ولما كان التطبيق الموزع من هذه المبادئ فيمكن اتباعها في كل حالة تختلف فيها جنسية الزوجين عند انعقاد الزواج.

استثناء هام:

إن قاعدة إخضاع الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين تطبق في حالة ما إذا كان كلا الزوجين من غير العراقيين. أما إذا كان أحدهما عراقيًا وقت انعقاد الزواج، فيجب العمل بأحكام القانون العراقي وحده وفقًا للفقرة الخامسة من المادة (١٩) من القانون المدني، التي تقضي بأنه **(في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان احد الزوجين عراقيًا وقت انعقاد الزواج، يسري القانون العراقي وحده)**.

وبهذا يكون القانون العراقي رفض مزاحمة القانون الأجنبي كلما كان أحد اطراف العلاقة القانونية عراقيًا وقت انعقاد الزواج، مع ملاحظة عدم اهمية هذا الاستثناء في الحالة التي يكون فيها الزوج عراقيًا وقت انعقاد الزواج وتكون الزوجة أجنبية، إذ أن القانون العراقي هو الواجب التطبيق، الا أن اهمية هذا الاستثناء تظهر في الحالة التي تتزوج فيها عراقية من أجنبي، إذ بدون هذا الاستثناء سيكون القانون الواجب التطبيق قانونًا أجنبيًا وهو قانون دولة الزوج والذي يتم العدول عن تطبيقه استنادًا لنص الفقرة الخامسة من المادة (١٩) اعلاه.

ويعد نص الفقرة اعلاه من القواعد ذات التطبيق الضروري التي يهدف فيها المشرع الى توفير نوع من الحماية لمن يتمتع بالجنسية العراقية، وذلك بتطبيق القانون العراقي مباشرة من دون المرور بقواعد التنازع الثنائية الجانب المنصوص عليها في الفقرة/ ١ من المادة ١٩ آنفة الذكر.

وتطبيقًا لهذا النص فان زواج عراقي غير مسلم من مسلمة أجنبية يعتبر باطلًا حتى لو غير الزوج بعد الزواج جنسيته بجنسية دولة أخرى يسمح فيها زواج المسلمة من غير المسلم لمخالفة ذلك لأحكام القانون المختص وهو هنا القانون العراقي. أما إذا كان الزواج قد تم بين أجنبيين يجيز قانونهما زواج المسلمة من غير المسلم، فأننا نصل إلى ذات النتيجة وهي البطلان، لا على أساس مخالفته لأحكام القانون المختص بل على أساس مخالفة القانون المختص لفكرة النظام العام.

٢- **الشروط الشكلية:** الشروط الشكلية للزواج يقصد بها كل ما يتطلبه القانون من اجراءات للتعبير عن الارادة من علانية وتسجيل الزواج والمراسيم الدينية...الخ. وأخضع المشرع العراقي هذه الشروط الى قانون محل ابرام العقد أو قانون جنسية كل من الزوجين وذلك في المادة ١/١٩ من القانون المدني والتي تنص على أنه (..... **اما من حيث الشكل فيعتبر صحيحًا الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقًا للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه أو إذا روعيت فيه الاشكال التي قررها قانون كل من الزوجين).**

فمثلًا زواج عراقي من عراقية في فرنسا يخضع بحسب قواعد التنازع في القانون الفرنسي الى القانون العراقي فيما يتعلق بشروطه الموضوعية، اما بالنسبة للشروط الشكلية فالزواج يعد صحيحًا اذا استوفى الشكل المقرر في القانون الفرنسي أو الشكل المقرر في القانون العراقي عن طريق توثيق العقد امام القنصل العراقي في باريس مثلًا. واذا اختلفت جنسية الزوجين كزواج عراقي من فرنسية فالعقد صحيحًا من الناحية الشكلية اذا استوفى الشكل المقرر في القانونين.

٣- **اثبات الزواج:** ويسري القانون الذي يحكم الشروط الشكلية على اثبات الزواج للصلة الوثيقة ما بين شكلية العقد واثباته لأن كلاهما عبارة عن صيغ فنية، وقد أكدت المادة ١٣/ ١ من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل على هذا الحكم فاخضعت اثبات التصرف القانوني لقانون محل اجراءه بقولها **(يسري في شأن أدلة الإثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تطبق القانون العراقي إذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي).**

٤- **آثار الزواج:** أخضعت الفقرة الثانية من المادة (١٩) من القانون المدني العراقي آثار الزواج الى قانون جنسية الزوج وقت الزواج فنصت على أنه **(يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال).** وطبقًا لأحكام هذه الفقرة فان آثار الزواج الشخصية مثل الإخلاص والمطاوعة والنفقة أو المالية المتمثلة بالنظام المالي للزوجين المقرر في بعض الشرائع والتي تعطي

للزوج حق إدارة اموال الزوجة خلافًا لما أوردته الشريعة الإسلامية التي تقر مبدأ الاستقلال المالي للزوجين، فهذه الآثار تخضع جميعها لقانون واحد هو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد العقد سواء أتحدت جنسية الزوجين أم اختلفت.

استثناء هام:

إن قاعدة إخضاع آثار الزواج إلى قانون كل من الزوجين تتقيد بالآتي:

أ- بما تقرره الفقرة الخامسة من المادة (١٩) من القانون المدني والتي تخضع آثار الزواج للقانون العراقي في جميع الأحوال التي يكون فيها احد الزوجين عراقيًا وقت انعقاد الزواج، وكما سبق بيانه عند الكلام عن الشروط الموضوعية للزواج.

ب-إذا كان موضوع النزاع يتعلق بمال سواء كان منقولًا أم عقارًا فانه يخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها العقار أو المنقول. ويترتب على ذلك أنه لا يمكن للزوج أن يحتج بما يقرره قانونه وقت الزواج من رهن قانوني على اموال الزوج الموجودة في العراق ضمانًا لالتزاماته نحو زوجته لأن مثل هذا الرهن يعد من الحقوق العينية التي تعطي فيها المادة/ ٢٤ من القانون المدني الاختصاص الى قانون موقع المال وهو القانون العراقي والذي لا يسمح بانتقال هذا المال.

٥- **انقضاء الزواج:** ويعني انتهاء الرابطة الزوجية. وأخضع القانون العراقي انتهاء الزواج إلى قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى، حيث جاء في الفقرة الثالثة من المادة (١٩) من القانون المدني على أنه **(يسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى)**. وعلى هذا فان قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى يكون مختصًا لحكم انتهاء الزواج، فيما يتعلق بجواز أو عدم جواز الطلاق وأسبابه والشروط اللازمة لصحة الطلاق والتفريق والانفصال.

ويتقيد تطبيق قاعدة اخضاع انتهاء الزواج إلى قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى بما تقرره الفقرة الخامسة من المادة (١٩) من القانون المدني والتي تخضع انتهاء الزواج للقانون العراقي في جميع الأحوال التي يكون فيها احد الزوجين عراقيًا وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى.