اثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق بشأن انحلال الرابطة الزوجية (دراسة مقارنة)

م. باسم ذهيب خلف
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي/ دائرة البحث والتطوير

The Effect of Public Order on the Applicated Law about Dissolution of the Marital bond (A comparative study)

Basem Dahaib Khalaf
Ministry of Higher Education and Scientific Research
Department of Research and Development

المستخلص

النظام العام يعتبر بمثابة حاجز في مواجهة القانون الأجنبي الذ ي أشارت إليه قواعد التنازع الذي يكون واجب التطبيق في دولة القاضي إلا أن في تطبيقه قد يخالف المبادئ و الأسس الجوهرية، الاجتماعية، الأخلاقية، الدينية، و التشريعية التي تقوم عليها دولة القاضي، لذى يتم استبعاده باسم النظام العام للمحافظة على النظم القانونية و التشريعية، إلا أن مجال النظام العام يكون خصب في العلاقات الأسرية خاصة في انحلال الرابطة الزوجية التي تتضمن عنصر أجنبي في حالة نزاع معروض أمام القضاء العراقي

Abstract

: The public order is a barrier in the face The public order a barrier in the face public order is a barrier in the face of foreign law estrangers abroad which designs , the foreign law estrangers abroad which designs , the conflict rules conflict rules applicable in the state of the judge, but in its application has been in violation of the fundamental plication has been in violation of the fundamental principles principles and foundation of religious and social ethics, and legislative under the éta judge, legislative under the éta judge,be half be half be half exclude law estranger exclude law estranger of the name of the namethepublic order to protect general of the legal and l public order to protect general of the legal and legislative systems, but the area of pub gislative systems, but the area of public order gislative systems, but the area of public order to be fertile in the area of family relations, especially marriage and the dissolution of the association marital status, which contains a foreign element status, which contains a foreign elementjudge algérien …

مقدمة :

قد يرد مصطلح النظام العام كثيرا في دراسة القانون كما أن نطاقه أوسع من دائرة القواعد الآمرة أو الناهية المتعلقة به، و إن اختلاف الفقه حول مضمونه وتعريفه و نطاقه جعل من الصعب تحديد فكرته على درجةٍ دقيقة و إنما قربوا معناه فقط للأذهان عندما وجدوا أن أساسه هو فكرة المصلحة العامة، مهما كانت هذه المصلحة سياسية كتنظيم الدولة و طريقة مباشرة سيادتها أو اجتماعية كقانون الاحوال الشخصية او اقتصادية وإن فكرة النظام العام قد تبنتها كل التشريعات ، إلا أن تدخله في مسائل الأحوال الشخصية لاسيما عقد الزواج وانحلالها و النزاعات الناجمة عنه، فإنه يمثل المجال الخصب لإعمال النظام العام و ذلك راجع لسببين، السبب الأول هو أن العلاقات الأسرية تقوم على مفاهيم اجتماعية و أخلاقية و دينية و السبب الثاني يتمثل في أن هذه العلاقات غالبا ما تنظم بقواعد آمرة كما هو الشأن في قانون الاحوال الشخصية و انطلاقا من ذلك فإن الاسرة المسلمة اليوم باحتكاك فيما بينها باختلاف ثقافتها ،و نظامها، مبادئها، ومصالحها الاجتماعية، الأخلاقية، الثقافية، الدينية، السياسية نجم عن هذا الأخير بفعل نظام الزواج بما يسمى زواج الأجانب نتيجة لحرية الفرد في الارتباط مع شخص ثاني ليس من دولته و لا يخضع لنظامه القانوني ، و نظرا لاعتبار العلاقات الأسرية ذات العنصر الأجنبي أكبر مجالا لاستخدام فكرة النظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق مما دفعني لاختيار موضوع اثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق بشأن انحلال الرابطة الزوجية دون باقي المواضيع الأخرى بناءا على أمرين هما كون أن العلاقات الأسرية تبنى على الأسس الأخلاقية، والدينية، والاجتماعية وان النظام التشريعي الذي ينظم الزواج و الطلاق الذي هو قانون الأسرة يستمد من الشريعة الإسلامية ، الأمر الثاني هو لاحتوائها العنصر الأجنبي الذي قد تكون له ديانة أخرى و يخضع إلى نظام قانوني غير مستمد من الشريعة الإسلامية

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في معرفة القانون الواجب التطبيق الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي خاصة واذا ما عرفنا تشابك العلاقات الدولية وتعقدها في مسائل الاحوال الشخصية ، هذا من ناحية ومن ناحية اخرى قلة الدراسات التي تناولت هذا الموضوع في القانون العراقي .

منهجية البحث

استخدم الباحث المنهج التحليلي والمقارن حيث يقوم الباحث بتحليل القواعد القانونية ذات الصلة واحكام القضاء ومقارنتها مع الانظمة القانونية المقارنة .

اشكالية البحث :

وتكمن اشكالية البحث في ما هو مفهوم النظام العام وفي ماذا يتجلى دوره، إذا ما أشارت قواعد التنازع على أن القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق في دولة القاضي و في تطبيقه يكون قد خالف الأسس الجوهرية و المبادئ و المفاهيم التي يقوم عليها النظام القانوني لدولة القاضي. و بما أننا نقوم بدراسة موضوع خاص يتمثل في انحلال الرابطة الزوجية و التي يكون أحد أطرافها أجنبي ، ففي ماذا يتجلى دوره في حمايتها، انحلالها ، آثارها سواء نشأت العلاقة خارج دولة القاضي و أراد الاحتجاج بها، أم نشأت العلاقة بالداخل.والزواج هو (عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)[1]، وكأي عقد اخر كما انه ينشأ أو يبدأ فقد ينتهي، وهو ينتهي اما بطرق طبيعية او غير ارادية كالوفاة، او بطريقة ارادية تترتب عليها انحلال الرابطة الزوجية، وهوما اشار اليه المشرع العراقي في نصوص المواد (٢٥)(٣٨)(٤٠)(٤١)(٤٢)(٤٣)(٤٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي وسنتناول في بحثنا هذا أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق بشأن انحلال الرابطة الزوجية بتقسيمه الى مبحثين نتناول في الأول منهما قاعدة الاسناد الخاصة بشأن انحلال الزواج وآثاره، ونبين في المبحث الثاني أثر النظام العام على القانون واجب التطبيق بشأن انحلال الرابطة الزوجية، وكما يأتي.

(١) قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩

المبحث الأول
قاعدة الاسناد الخاصة بشأن انحلال الزواج وآثاره

إن الإحاطة بهذا الموضوع تقتضي تقسيمه الى ثلاث مطالب نبين في الأول منه التعريف بفكرة النظام العام و في المطلب الثاني نبين قاعدة الاسناد الخاصة بشأن انحلال الزواج، ونخصص المطلب الثالث للوقوف على قاعدة الاسناد الخاصة بأثر انحلال الزواج، وكما يأتي:

المطلب الأول: مفهوم النظام العام

ان فكره النظام العام تعد من الافكار الأساسية في علم القانون عموما حيث ان اصطلاح النظام العام في القانون الداخلي يقترن بالقواعد القانونية الأمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها اما اصطلاح النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص فقد اخذت معظم دول العالم بفكرة النظام العام باعتبارها اداة لاستبعاد تطبيق القانون الاجنبي عند مخالفته للقيم الاساسية في دولة القاضي . وقد كثرت المحاولات الفقهية والقضائية لوضع تعريف جامع مانع لفكره النظام العام الا ان الباحثين في مجال القانون الدولي الخاص قد اجمعوا انه من الصعب وضع تعريف محدد لفكرة النظام العام في ذاتها وذلك لتطور وتبدل فكرته باستمرار مما يجعل من الصعب وضع مفهوم للنظام العام في قالب علمي وضح [٢] وعلى الرغم من الاختلاف حول فكره النظام العام وحدود تطبيقها من دوله الى دوله اخرى بل من فتره زمنيه الى فتره زمنيه اخرى في حدود الدولة الواحدة نفسها فقد حاول الفقهاء وضع عدة معايير يمكن بواسطتها تحديد اطار واضح وجامع لفكره النظام العام ولقد اختلف الفقه في وضع تعريف لهذه الفكرة وتحديد معايير لها[٣]

فقد عرف بعض فقهاء القانون ، النظام العام بانه (وسيلة قانونية يستعد بها النزاع المطروح أمام قاضي ، الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي ، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام العام في مجتمع دولة القاضي)[٤]

كما عرفه البعض الآخر من الفقه (بأنه مجموعة من الأصول والقيم العليا التي تشكل كيان الدولة المعنوي ، وترسم الحياة الإنسانية المثلى فيها وحركتها نحو تحقيق أهدافها ، سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية وهي بهذا الشكل بمثابة مبادئ وقيم تفرض نفسها على مختلف انواع العلاقات القانونية في الدولة)[٥]

وكذلك عرف النظام العام بانه (دفع يتم بمقتضاه منع تطبيق القاعدة القانونية في

---

(٢) عبد جميل غضوب دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ٢٠٠٨، ص ٢٠٠

(٣) فؤاد عبد المنعم رياض ،د سامية رشيد ,الوسيط في القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ،بيروت ١٩٩٦. ص٢٢٦.٢٢٩

(٤) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة السابعة مكررة، دار النهضة العربية، ١٩٧٤،ص٥٣٧

(٥) مصطفى محمد الجمال د عكاشه محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخليه،الجزء الاول،الطبعه الاولى،١٩٩٨،ص ١٥٣

القانون الاجنبي واجب التطبيق بمقتضى قاعده الاسناد الوطنية اذا كان حكمها يرتطم ويتعارض مع المبادئ والقيم العليا الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية التي يقوم عليها مجتمع القاضي)[٦] وايضا قيل في تعريف النظام العام بانه (عباره عن الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لدوله بما يقوم عليها هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعيه تتعلق بالمساواة امام القانون واحترام افكار دينية اساسيه معينه او عقائد مذهبيه اقتصاديه كالاشتراكية او الرأسمالية او غير ذلك من المذاهب والافكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية....الخ)[٧] وكذلك فان غالبية الدول جاءت نصوصها خاليه من تعريف جامع مانع لفكره النظام العام. وقد فضل المشرع العراقي وبعض الفقه العراقي على عدم وضع تعريف محدد للنظام العام تاركين المسألة لتقدير القاضي ذلك لان فكره النظام العام ليست ثابته بالقابلة للتغيير بحسب الزمان والمكان، وان القانون العراقي قد التزم السكوت في تعريف النظام العام اذ خلت قواعد الاسناد من تعريف محدد له وقد اكتفى في المادة ٣٢ من القانون المدني العراقي التي اشارت الى منع تطبيق القانون الاجنبي المختص اذا كانت احكامه تتعارض مع فكره النظام العام في العراق[٨]

وان المشرع العراقي لم يحدد في نصوص خاصه كل الاشياء المخالفة للنظام العام لآداب الا انه قد اورد بعض المسائل التي اعتبر احكامها من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافها وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٣٠ من القانون المدني العراقي[٩] وكذلك تنص المادة ٢٨ من القانون المدني المصري على انه (لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي عينته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفه للنظام العام والآداب في مصر) ويعتبر هذا النص تعبيرا عن مبدا استقر عليه القضاء في كافة دول العالم [١٠] وكذلك فان المشرع الفرنسي لم يضع تعريف محددا لفكره النظام العام انما ترك هذه المسألة للفقه والقضاء ويرتكز النظام العام في القانون الفرنسي على نص المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي حيث نصت هذه المادة على ما يلي (كل اتفاق خاص مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب يكون باطلا ولا يعمل به) وقد استعرض احد الباحثين الفرنسيين اكثر من ٢٠ تعريف للنظام العام وانتهى الى ان اي منهما لا يكفي لتحديد الفكرة تحديدا دقيقا[١١] وعليه فان تطبيق فكره النظام العام امر لا غنى عنه لحمايه النظام القانوني لدوله القاضي فهو بمثابه صمام الامان الذي يلازم قاعده التنازع باعتبارها وسيله فنيه يجب التسلح بها في مواجهه القانون الاجنبي عندما تتنافى احكام مع اسس وقيم المجتمع الوطني لدوله القاضي وبالتالي فان فكره النظام العام

(٦) أحمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ٥٨٧

(٧) احمد مسلم القانون الدولي الخاص في مصر ولبنان دار النهضة العربية بيروت ١٩٩٩ صفحه ٣٠٢

(٨) حسن محمد الهداوي، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة الرشاد، بغداد ١٩٦٧،ص ١٨٣

(٩) (ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف والتصرف في مال المحجور ومال الوقف والدولة وقوانين التسعير الجبرية وسائر القوانين التي تصدر لحاجه المستهلكين في الظروف الاستثنائية)

(١٠) هاشم صادق ، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين دار المطبوعات الجامعي، ص١٨٧

(١١) اشرف عبد العليم الرفاعي النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دراسة في قضاء التحكيم دار النهضة العربية ١٩٩٧ ص، ١٥

عبارة عن اداة يتم اللجوء عليها لاستبعاد تطبيق القانون الذي اشارت اليه قاعده التنازع متى ما كان هذا القانون يخالف النظام العام والآداب في دوله القاضي

قاعدة الاسناد الخاصة بشأن انحلال الزواج

يتضح لنا من خلال نصوص المواد(٣٨،٢٥، ٤٣،٤٢،٤١،٤٠(٤٢)(٤٣) (٤٦))[١٢] من قانون الأحوال الشخصية العراقي إن حل الرابطة الزوجية أما أن يتم بإرادة الزوج المنفردة ، واما بالتراضي بين الزوجين ، او بطلب من الزوجة اذا توافرت احدى الحالات التي نصن عليها م /٤٦ على انه (١ الخلع ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع او ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول امام القاضي مع مراعاة احكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون)[١٣].

اما في الدول الغربية فإن انحلال الزواج يقع بطريقتين اما الطلاق او الانفصال الجسماني الذي بموجبه يلجأ الزوجان الى القضاء ،لإصدار حكم قضائي في هذا الشأنً ، وبه تتم المباعدة بين الزوجين لمدة معينة فلا تجمعهم عيشة مشتركة مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة ، وقد تنتهي حالة الانفصال بعد انتهاء مدتها ، اما بالعودة للحياة المشتركة واما تحويل الانفصال الى طلاق ونظام الانفصال الجسماني لا تعرفه الشريعة الاسلامية،[١٤] اما ضابط الاسناد في القانون المقارن فقد اخذت اوربا والدول اللاتينية بإخضاع التطليق والطلاق والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وحده[١٥] اما في البلاد الأنجلوساكسونية ،والولايات المتحدة الامريكية فإنها يخضعان الطلاق لقانون القاضي، اما بالنسبة لموقف مشرعنا الوطني فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٩) من القانون المدني العراقي على انه :(ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق اوقت رفع الدعوى) ويتبين من هذه الفقرة ان المشرع العراقي وضع قاعدة تنازع واحدة لوسائل انقضاء الزواج ، إذ اخضع انقضاء الزواج الى قانون جنسية الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى . ابتداء يلاحظ ان المشرع العراقي لم يفرق ، بخلاف القانون المصري بين الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج ، او بتراضي الزوجين او ذلك يكون بناء على طلب الزوجة وهذا الحكم منتقد لأنه لا يؤدي إلى احترام الحقوق المكتسبة للزوج الاخر ،لأن مجرد تغيير الزوج لجنسيته بعد الزواج ، يودي إلى تغيير القانون المختص ، ويطبق قانون اخر وهو قانون جنسية الزوج الجديد .[١٦] ويلاحظ هنا ان المشرع العراقي لم يعالج حالة الانفصال الجسماني وهو نظام مقر في القوانين الغربية اذ من الجائز ان

(١٢) تنص المادة ٣٨ على انه(الطلاق قسمان:١- رجعي وهو ما جاز للزوج مراجعة زوجته أثناء عدتها منه دون عقد وتثبت الرجعة بما يثبت به الطلاق.٢- بائن وهو قسما: أ- بينونة صغرى وهو ما جاز فيه للزوج التزوج بمطلقته بعقد جديد. ب- بينونة كبرى وهي ما حرم فيه على الزوج التزوج من مطلقته التي طلقها ثلاثا متفرقات ومضت عدتها).
م/٤٠(لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية
(١٣) المادة (٣٩) من قانون الاحوال الشخصية تعالج إقامة الدعوى واستحصال الحكم في الطلاق وتسجيله وهي شروط واجراءات تطبق على الخلع أيضا حسب ما تقضي به المادة (٤٦)
(١٤) أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، ٢٠٠١ ، ص ٣٦٠
(١٥) علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية،٢٠٠٥ص ٦٣
(١٦) عباس العبودي ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية ، مكتبة السنهوري ،٢٠١٥، ص ١١٥

تعرض امام القضاء العراقي منازعات بشأن زوجان يقر قانونهما الشخصي هذا النظام الذي يفرق بين الزوجين دون انهاء الرابطة الزوجية.

وكذلك يدخل في مجال تطبيق قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى شأن التطليق أو الانفصال الجسماني ، تحديد أسباب الطلاق والتطليق (التفريق) ، اذ يتم الرجوع إلى قانون جنسية الزوج وقت الطلاق لمعرفة مدى أحقية أحد الزوجين بالطلاق من عدمه وكيفية ممارسته والقيود التي قد ترد على هذه الممارسة اما فيما يتعلق بالتطليق أو الانفصال الجسماني ، فإن قانون جنسية الزوج يحدد وقت رد ع الدعوى ، كما يحدد هذا القانون أسباب التطليق والانفصال الجسماني[١٧]

اما من ناحية البطلان، يختص القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية أو الشكلية ، بتحديد وجود البطلان من عدمه ، نتيجة لتخلف أحد الشروط ، فيكون قانون كل من الطرفين أو قانون محل الإبرام ، هو الذي يحدد من له حق التمسك بالبطلان والمدة التي يجب خلالها التمسك به وأسبابه[١٨]، كما يرجع إلى هذا القانون في شأن القواعد الموضوعية الخاصة بالإثبات ، ومثال على ذلك تحديد من يقع عليه عب ء ، الإثبات والأدلة التي يمكن قبولها في الدعوى ومدى قوتها[١٩]

ويخرج من مجال إعمال قانون جنسية الزوج ، إجراءات التطليق و الانفصال الجسماني ، حيث تخضع هذه الإجراءات القانون دولة القاضي كما يجوز أيضا اتباع الإجراءات المقررة في قانون البلد الذي تمت فيه هذه الإجراءات وهو ما نص عليه مشرعنا الوطني في المادة ٢٨ من القانون المدني العراقي (قواعد الاختصاص وجميع الاجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى او تباشر فيها الاجراءات) اي ان المشرع هنا قد خير بين قانون القاضي وقانون البلد الذي تمت فيه الاجراءات وهو ما نص عليه المشرع المصري كذلك وذلك وفقا للمادة (٢٢) من القانون المدني المصري التي تنص على ان(يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى او تباشر فيه الإجراءات)[٢٠] . ويعتبر التكييف هو الاساس في تحديد ما إذا كانت المسالة من الإجراءات ، أم أنها من الأحكام الموضوعية ، فإذا تبين أنها مسألة متعلقة بموضوع النزاع طبق عليها قانون جنسية الزوج ، أو القانون الذي يطبق على انقضاء الزواج ، أما إذا كيف القاضي المسألة على أنها من مسائل الإجراءات فإنه يطبق عليها قانون القاضي (القانون العراقي) في حالة كون القاضي عراقي ويخضع التكيف لقانون القاضي الذي ينظر في النزاع [٢١] . وتختلف إجراءات التطليق في بعض الدول عنها في بعضها الآخر ، فهي قد تكون من اختصاص السلطة التشريعية ، والبعض الآخر يعتبرها من اختصاص السلطة الدينية [٢٢] وهناك

(١٧) عز الدين عبد الله، مصدر سابق ص٣١٠.

(١٨) فؤاد رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، بيروت ،١٩٦٩،ص ١٩٥

(١٩) أحمد عبد الكريم سلامه، مصدر سابق ، ٨٤٠

(٢٠) سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية، ١٩٩٤، ص ١٩٧

(٢١) ابراهيم احمد ابراهيم ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ،ص ١٦٨

(٢٢) ففي فرنسا جرى الخلاف حول ما إذا كان التطليق لدى سلطة دينية أو لدى سلطة تشريعية ، مما يوجبه القانون واجب التطبيق ، فهل يعتبر من جوهر موضوع التطليق أم من شكله وإجراءاته ، حيث يعتبر القضاء أنه من الموضوع في بعض=

من يتفق مع هذا الرأي في عمومه ، إلا أنه جعل هناك استثناء لحالة معينة وهي حالة ما إذا كان قانون الجنسية يتطلب إجراء الطلاق بالشكل الديني فإذا كان طرفا العلاقة من ملة وطائفه وأحدة تطبق عليهما أحكام شريعتهما ، التي تكيف هذا الشرط الديني باعتباره شرطاً موضوعياً أما إذا اعتبرته شرطاً شكلياً (من الإجراءات) ، ففي الأول يخضع للقانون الذي يحكم شروط التطليق ، وفي الثاني يخضع لقانون دولة القاضي ، أما إذا كان الزوجان مختلفي – الملة والطائفة ، فهنا يتعين الرجوع إلى الشريعة الإسلامية لتحديد طبيعة هذا الشرط ، المتعلق بإجراء التطليق بالشكل الديني [٢٣] كما يخرج من مضمون قاعدة الاسناد الخاصة بانقضاء الزواج ، مسائل الإجراءات الوقتية والتحفظية التي تتخذ أثناء نظر دعوى التطليق أو الانفصال ، وهي التي تختلف بحسب الجهة المختصة بإيقاعه أو اتخاذ إجراءاته ويذهب الفقه والقضاء في العراق ومصر وفرنسا إلى إخراج هذه المسائل من نطاق تطبيق القانون الذي يحكم انقضاء الزواج وادخالها في نطاق تطبيق قانون دولة القاضي المعروض امامه النزاع و يستند تبرير الأخذ بهذا الاختصاص ، باعتبار أن هذه المسائل أو التدابير تتعلق بالأمن والسلام العام في بلد القاضي ، كما أنها تتعلق بتدابير يجب اتخاذها في ضوء مبادئ القانون الطبيعي واعتبارات العدالة التي يكفلها قانون القاضي ، وكذلك فكرة الدفع بالنظام العام [٢٤]

المطلب الثاني: قاعدة الاسناد الخاصة بأثر انحلال الزواج

يقصد بآثار انحلال الزواج تلك التي يخلفها الطلاق في علاقة الوالدين بأبنائهما، و التي تعتبر من أهم المسائل التي يجب أن ينظر إليها القاضي ، خلال النطق بالحكم بالطلاق و ترتب على انقضاء الرابطة الزوجية أثار شخصية ، أبرزها انحلال الرابطة الزوجية وضرورة مراعاة فترة العدة ، لإمكان إتمام عقد زواج جديد آخر ، ويدخل في نطاق قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت التطليق ، النفقة العادية للمطلقة(نفقة عدة ونفقة مؤقتة) ، وما تستحقه من تعويض « نتيجة الضرر الذي لحقها من خطا الطرف الآخرة في العلاقة الزوجية[٢٥]

وبانقضاء الزوجية يصبح كل من الزوجين مستقلاً عن الآخر ، ويخضع لقواعد الإسناد الخاصة بالحالة وهو قانون الجنسية لكل من الطليقين ، وبالتالي يخرج من مجال إعمال قاعدة انقضاء الزواج ، كل ما يتعلق بتحديد حالة الشخص وأهليته ، فقانون جنسية الزوجة هو الذي يحدد ما إذا كانت من حقها أن تسترد اسمها السابق على الزواج ، أو

=الحكامية ، أما الفقه فاعتبره من الشكل ، وهو ما أخذ به في العراق ومصر ، باعتبار أن المراسم الدينية في الزواج شكلا . وللمزيد عن ذلك ، أنظر : د عز الدين عبد الله .. القانون الدولي الخاص – مصدر سابق ، ص ٣١٤ _٣١٥

(٢٣) فؤاد عبد المنعم رياض ،د سامية رشيد ,مصدر سابق ص ٣٠٢

(٢٤) انظر : احمد عبد الكريم سلامة –– مصدر سابق – ص ٨٥٠. قد تتخذ المحكمة الإجراءات الوقائية والتحفظية أثناء نظر الدعوى (التطليق والانفصال الجسماني) ، إما لغرض الحفاظ على مصالح كل من الزوجين والأولاد ، كالإذن للزوجة بالإقامة في منزل يتفق عليه الطرفان أو تعينه المحكمة ، وتقدير نفقة مؤقتة ، والعهدة بحضانة الأولاد لأحد الوالدين . والمزيد من ذلك انظر : د . هشام علي صادق ، د عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص ٣٤٥

(٢٥) احمد عبد الكريم سلامة –– مصدر سابق – ص٨٤٤

من حقها إبرام زواج جديد [٢٦] ومن اهم الاثار التي تترتب على انقضاء الرابطة الزوجية هي النفقة و الحضانة و البنوة وسنعرض ذلك من خلال الفرعين التاليين

الفرع الاول /النفقة

تعتبر النفقة من أهم الآثار التي تترتب على انقضاء الزوجية سواء تم ذلك بالطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني. ويعرف البعض النفقة بأنها : « مال نقدي او عيني يلتزم بأدائه قانوناً او قضاء – شخص تجاه آخر ، لسد حاجاته الضرورية كلها أو بعضها بسبب رابطة شرعية بينهما «[٢٧] ، وقد نص قانون الاحوال الشخصية العراقي في المادة ٥٨ على انه (نفقة كل إنسان في ماله إلا الزوجة فنفقتها على زوجها) لهذا فإن سبب نفقة الزوجة على زوجها هو عقد الزواج الذي جعلها محتسبه لحقوق زوجها أي مقصورة عليه كما أن واجب الإنفاق على الأولاد واجب شرعي على أبيهم [٢٨] والنفقة إما ان تكون مؤقتة أو تكون نفقة مطلقة ، فالأولى يقررها القاضي للزوجة عند رفع دعوى التطليق ولحين الانتهاء منها لسد احتياجات الزوجة الضرورية , وبالتالي فأنها تخضع لقانون القاضي وهو الراي السائد في الفقه [٢٩] اما جانب اخر من الفقه فإنه يرى آن النفقة الوقتية تخضع للقانون الذي يحكم النفقة العادية ، وليس لقانون القاضي ، فالقانون الذي يحكم آثار الزواج ، هو الذي يحكم النفقة الوقتية التي تطالب بها الزوجة أثناء نظر الدعوى ، أي ان القانون الذي يحكم التطليق هو الذي يحكم النفقة الوقتية أثناء نظر الدعوى والإجراءات التي تستغرقها ، إلا إذا حالت ظروف السرعة والاستعجال دون إعمال ذلك القانون ، بأن يحتاج الأمر البحث عن أحكامه والكشف عنها وتفسيرها وتحديد مدى اتفاقها مع النظام العام الوطني ، فهنا يمكن في هذه الحالة تطبيق قانون القاضي على النفقة الوقتية ، ومع وجود حالة الاستعجال يؤكد الأستاذ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة ، أن قانون القاضي يكون غير واجب التطبيق على النفقة الوقتية طالما كانت أحكام القانون الأجنبي واجب التطبيق على موضوع الدعوى الأصلية [٣٠] ونحن نؤيد الرأي الأول وذلك لان هذا الراي يحقق مصلحة الزوجة نتيجة للظروف التي تمر بها فهي بأمس الحاجة إلى الحكم لها بنفقة وقتية ، وهذا يتحقق بالسرعة والاستعجال من خلال تطبيق قانون القاضي وليس بالبحث عن القانون الأجنبي . فبالنسبة للقانون واجب التطبيق على النفقة بين الزوجين استنادا للمادة ٢١ من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه (الالتزام بالنفقة يسري عليه قانون المدين بها) و الزوج هو الملتزم بالنفقة أي القانون الذي يطبق على النفقة هو قانون الزوج وهذا هو حكم بقية التشريعات العربية[٣١] وكذلك نصت المادة ١٩ من القانون المدني العراقي على انه «يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج «

(٢٦) فؤاد عبد المنعم رياض ،د سامية رشيد، مصدر سابق ، ص٣١٣

(٢٧) احمد مسلم ، النفقة الوقتية تكيفها والقانون الذي يحكمها ، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء. السنة الرابعة . العدد الاول .١٩٥١ص ٢

(٢٨) احمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته ، الجزء الاول ،دار السنهوري ،٢٠١٥،ص ٢٣٩

(٢٩) هاشم صادق ، مصدر سابق ، ص ٥٥١ وكذلك د فؤاد عبد المنعم رياض ،د سامية رشيد ، مصدر سابق ص ٩٢٤.٩٢٥

(٣٠) احمد عبد الكريم سلامة –– مصدر سابق – ص٩٢٣.٩٢٤

(٣١) المادة (١٥) من القانون المدني المصري والمادة (٤٥) من القانون الكويتي والمادة (١٦) من القانون المدني الاردني والمادة (١٤) من القانون المدني الجزائري والمادة (١٦) من القانون المدني السوري والمادة ١٥ من القانون الاماراتي والمادة (١٥) من القانون المدني الليبي والمادة (٢١/٤) من القانون البحراني

فهذا هو الأصل العام غير أنه هناك استثناء وارد في المادة ١٩ فقرة ٤ من القانون المدني التي تنص على أنه يسري القانون العراقي وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادة ١٩ إذا كان احد الزوجين عراقي .

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على أن الآثار المالية للطلاق وخاصة النفقة الواجبة السداد بعد الطلاق تخضع لاتفاقية لاهاي المبرمة في ٢ اكتوبر ١٩٧٣ ، بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات المالية بين الزوجين و قد أخذت هذه الاتفاقية (اتفاقية لاهاي) حول القانون واجب التطبيق على النفقة بين الزوجين المطلقين بالقانون الذي طبق على الطلاق[٣٢]

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية ، أن الالتزام بالرعاية والحفظ ، الواقع على الأب والأم لصالح الطفل القاصر ، لا يجوز التصرف فيه أو التنازل عنه ، إذ أن الالتزام بالنفقة بسبب طابعه الإنساني يمس بالقريب النظام العام ومثال ذلك ، أقرت محكمة اغادير اتفاق الزوجين على التطليق في ١١/٨/٢٠٠٣ ، وقبول الزوج مقابل التزام الزوجة برعاية البنت دون التزام من الأب بالإنفاق عليها ،ونظراً لأن حق النفقة لا يدخل ضمن الحقوق التي يجوز التنازل عنها أو التصرف فيها ، باعتبار أن حق النفقة من النظام العام حتى في القانون الداخلي لذا يعتبر الحرمان من النفقة دون تعويض أو أي أداء مالي هو مخالف للنظام العام ونقضت الحكم [٣٣] وبالتالي اذا كان القانون واجب التطبيق بموجب قاعدة الاسناد يخالف النظام العام في دولة القاضي هنا يمتنع القاضي عن تطبيق القانون الاجنبي ويطبق قانونه الوطني .

الفرع الثاني / الحضانة والبنوة

غالبا ما يطرح الزواج مع الأجانب عند انحلال الرابطة الزوجية مسألة الحضانة والنسب و القانون واجب التطبيق عليها حتى يتسنى معرفة من يحق له الحضانة ولمن ينسب المولود وهو ما سوف نبينه في الفقرتين الاتيتين

اولا: الحضانة : «يقصد بالحضانة هي القيام بتربية الطفل والتزام شؤونه ممن له الحق في ذلك شرعا» [٣٤] اما عن ترتيب الحضانة فقد نصت م ٧٥ من قانون الاحوال الشخصية العراقي ان الام أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة مالم يتضرر المحضون من ذلك ، ولم يخص المشرع العراقي مسألة الحضانة بقاعدة إسناد صريحة تبين القانون واجب التطبيق عليها ، غير أنه يسهل تبيان ذلك من خلال عملية التكييف التي تخضع للقانون العراقي باعتباره قانون القاضي تطبيقا لنص المادة ١٧ من القانون المدني العراقي ، ومن ثم فإن الحضانة وفقا لقانوننا العراقي هي من الأثار الناتجة عن الطلاق ، و بالتالي تطبق عليها القاعدة العامة التي تحكم الطلاق أي قانون

(٣٢) وللمزيد من التفاصيل ، انظر احمد عبد الكريم سلامة – القانون الدولي الخاص – مصدر سابق – ص ٥٥٣

(٣٣) مشار لدى ثامر محمود الخزاعي، النظام العام والقانون واجب التطبيق في علاقات الأسرة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠١٧، ص٣٤١.

(٣٤) احمد الكبيسي، المصدر السابق ،ص ٢١٣

الزوج وقت رفع الدعوى [٣٥] ، ولكن اذا كان النزاع مرفوع امام قاضي عراقي وكانت قاعد الاسناد تشير الى ان القانون واجب التطبيق يحرم الام من الحضانة او يمنع الاب من رعاية شؤون ولده او يجيز ان تطلب الزوجة الطلاق مقابل تنازلها عن حضانة فهنا القاضي يستبعد تطبيق القانون الاجنبي لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي . وبالتالي اذا اتجهت قواعد الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي على مسالة الحضانة ، وكان هذا القانون يصطدم بالمبادئ الأساسية في دولة القاضي ، فإن هذا القانون يستبعد باسم النظام العام ،ومثال على ذلك فقد استبعد القاضي الفرنسي القانون الأجنبي الذي يعطي الحضانة تلقائياً للأب اوالأم حسب سن وجنس الطفل ، نتيجة لمخالفة هذا القانون للنظام العام الفرنسي ،. وتعتبر مجموع القواعد الفرنسية حول السلطة الأبوية من النظام العام ، وتكون واجبة التطبيق أياً كانت أحكام القانون الأجنبي المطبق . ويراعي القاضي مصلحة الطفل ، ويستبعد التشريع الذي ينظم السلطة على الطفل دون أن يراعي مصلحة الطفل.[٣٦]

ثانيا: البنوة : هناك نوعان من البنوة. هي البنوة الشرعية و البنوة الطبيعية . فالبنوة الشرعية يقصد بها نسب الولد لأبويه نتيجة لعقد زواج صحيح ،أما البنوة الطبيعية أو غير الشرعية فهي ثمرة علاقة غير مشروعة بين الوالدين وبالتالي فإن البنوة الطبيعية تختلف عن البنوة الشرعية في أن الأولى تكون قاصرة على الانتماء إلى أحد الوالدين دون الآخر في حين أن البنوة الشرعية ينتمي فيها الابن إلى الأب و الأم . وإن القانون العراقي والمصري لا يعترف سوى بالبنوة الشرعية [٣٧] وتخضع البنوة الشرعية لقانون موطن الأب في التشريعات التي تأخذ بالاتجاه الانكلوسكسوني بينها تخضع لقانون جنسية الأب في الدول التي تأخذ بالاتجاه اللاتيني كما هو الحال في الدول العربية [٣٨] وقد اخذ مشرعنا الوطني بذلك إذ نصت المادة (١٩/٤) مدني عراقي على أن (المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الاباء والاولاد يسري عليها قانون الأب) ، ولم يحدد وقت الاعتداد بقانون الأب وقد تعددت الآراء حول هذا الوقت ، فهناك من يرى اخضاع البنوة لقانون الأب وقت الزواج بوصفه اثر من اثاره ، ومنهم من اخضعها لقانون الأب وقت الميلاد ، إلا أن الراجح يخضع البنوة لقانون الأب وقت الميلاد بوصفه الوقت الذي يتحقق فيه وجود المولد وثبوت نسبه للاب ويكون هذا القانون مختص بحكم إثبات النسب ومواعيد إقامة دعوى النسب واهلية المقر بالنسب ويبقى تطبيق القاعدة التي تقضي بإعطاء الاختصاص في البنوة الشرعية الى قانون جنسية الاب ، مقيداً بأحكام الفقرة الخامسة من المادة ١٩ من القانون المدني العراقي [٣٩] أما بالنسبة للتشريع الفرنسي والذي ينظر إلى البنوة الطبيعية و القانون الواجب التطبيق فقد نصت المادة ٣١١ الفقرة

(٣٥) نصت المادة ١٩ من القانون المدني العراقي «يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج «

(٣٦) هاشم صادق ، تنازع القوانين ، منشاة المعرف الاسكندرية ، ط ٣ ،١٩٩٧٤ ،ص ٢٩١

(٣٧) مريم عبدالله احمد . القانون الواجب التطبيق على الزواج في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، رسالة دكتوراه ، مقدمة الى كلية الحقوق . جامعة القاهرة .١٩٩٨،ص ٣٦٩

(٣٨) عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، قانون الدولي الخاص، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٨،ص ٣١١

(٣٩) عباس العبودي ، مصدر سابق ،ص١٢٧

١٤ من القانون المدني الفرنسي والتي تقضي بتطبيق قانون جنسية الأم وقت ولادة الابن عند معرفتها و قانون جنسية الولد عند عدم معرفتها و عندما يكون للولد و أحد الوالدين مسكن اعتيادي في فرنسا، مشتركا أو منفصلا، أما في مسألة الاعتراف الإرادي للبنوة لقد نصت المادة ٣١١ الفقرة ١٧ من القانون المدني الفرنسي على أن «اعتراف الأب أو الأم إراديا بالولد هو صحيح إذا تم أما وفقا للقانون الشخصي للمعترف و إما وفقا للقانون الشخصي للولد» . (٤٠) وغالبا ما كان النظام العام، يقف حائلا دون تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق. كأن يستبعد قضاء الدول الإسلامية القانون الفرنسي – مثلا – إذا كان يجيز إثبات النسب خارج الطرق المحددة في قوانينها. و بالمقابل قد استبعدت فرنسا تطبيق قوانين الدول الإسلامية حتى و لو كانت هي الواجبة التطبيق لمخالفتها للنظام العام الفرنسي. فالقانون العراقي الذي لا يعترف إلا بالبنوة الشرعية تطبيقا للمادة ١٩ فقرة ٤ من القانون المدني العراقي إذا كان هو الواجب التطبيق في فرنسا، يستبعد تطبيقا لمبدأ المساواة بين الولد الشرعي و غير الشرعي المتبنى من القانون الفرنسي بموجب قانون ٣ جانافي ١٩٧٢ حتى الناجمين عن الزنا (adultérin ،(كما أن صدور قانون ٨ جانافي ١٩٩٣ حول البحث عن الحقيقة البيولوجية، قد وسع من مجال إثبات دعوى النسب الأبوي خارج إطار الز واج، بحيث أصبح معيار تدخل النظام العام في القانون الفرنسي هي مصلحة الطفل (٤١) . نخلص إلى القول ، بأن الدفع بالنظام العام ، لا يوجد له معيار واضح ودقيق يمكن عن طريقه تحديد حالات مخالفة القانون الأجنبي له ، وذلك لان فكرة النظام العام فكرة نسبية تختلف من دولة إلى أخرى ، ومن وقت إلى أخر في ذات الدولة .

(٤٠) سامي بديع منصور ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ،ط١ ،دار العلوم العربية ،١٩٩٤ ،ص ٣٧٥
(٤١) يوسف فتيحة ، دراسات قانونية ، مجلة سداسية، جامعة ابو بكر بالقايد، كلية الحقوق ، العدد ٠٨/٠٥ ،ص ٢٢٤.٢٢٣

المبحث الثاني
أثر النظام العام على القانون واجب التطبيق بشأن انحلال الرابطة الزوجية

تلعب فكرة النظام العام دورا هاما واساسيا في مجال حل الرابطة الزوجية ، حيث يتم استبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق وذلك لان هذا القانون يخالف المبادئ الاساسية لدولة القاضي ، وتنبع الخطورة في هذا الشأن من أن المبادئ العامة متغيرة بطبيعتها وذلك بتغيير المفاهيم والقيم الاخلاقية والقانونية في كل دولة ، إضافة الى أن قوانين بعض الدول تقر اسباب لانحلال الرابطة الزوجية وقد تنكرها انظمة قانونية اخرى ، كما هو الشأن في ما يتعلق بالطلاق بالإرادة المنفردة المعروف في البلدان الاسلامية وتجهله قوانين الدول الاوروبية ، كما أن من النظم القانونية ما يتوسع في اسباب التطليق ، في حين أن منها ما يضيق من هذه الاسباب(٤٢).

ويؤدي اعمال فكرة النظام العام الى استبعاد قانون الزوج إذا كان هذا القانون يسمح بالتطليق لأسباب لا يقرها قانون القاضي ، أو اذا كان هذا القانون أكثر تساهلا من قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع في إباحة التطليق، وذلك بالنسبة للدول التي لا تسمح بانقضاء الزواج الا في نطاق ضيق(٤٣) فمثلا اذا كان النزاع مرفوع امام قاضي عراقي وكان قانون الزوج يجيز الطلاق لأسباب عنصرية او طبقية لا يطبق القاضي قانون الزوج ويستبعده لمخالفته النظام العام في الدولة .

ويتسع الدفع بالنظام العام في مجال انهاء الرابطة الزوجية عندما يكون أحد أطراف العلاقة مسلماً، فيتحرك الدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي الذي يخالف قاعدة من قواعد الشريعة الإسلامية ، ومثال ذلك يُعدَ مخالفاً للنظام العام في العراق ومصر القانون الأجنبي الذي يمنع المسلم أيا كانت جنسيته من الطلاق، وكذلك القانون الأجنبي الذي يعتبر تحول الزوج الى الديانة المسلمة سبباً من أسباب انقضاء الزوجية، وهذا يخالف مبدأ من مبادئ الشريعة الاسلامية وهو صحة زواج المسلم بكتابية.((٤٤)

ففي العراق ومصر، فإن اعمال فكرة النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق في مسألة انقضاء الزواج هو اضيق نطاقاً منه في الدول الأخرى فالنظام القانوني العراقي هو نظام مركب يتضمن عدة نظم لطوائف مختلفة الى جانب الشريعة الاسلامية، فهناك شرائع عديدة تسري على غير المسلمين من العراقيين ومنها الشرائع (المسيحية والصابئة واليزيدية واليهودية وغيرها.)(٤٥).

---

(٤٢) صلاح الدين جمال الدين ، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٤ ، ص٥٨.

(٤٣) ثامر محمود الخزاعي، مصدر سابق ، ص٣٤١.

(٤٤) حكم محكمة القاهرة الابتدائية/ دائرة الأحوال الشخصية/ الأجانب/ جلسة ١٢ يونيه ١٩٥١ في القضية رقم (٢٦٦٦) كلي سنة ١٩٤٩. وكذلك حكم محكمة استئناف القاهرة في هذا الشأن الخاص بالنظام العام _ بجلسة ١٢ يونيه ١٩٥٢_ والمنشور في مجلة المحاماة_ س٣٦_ ص٩٠٠. مشار اليه لدى عز الدين عبدالله، مصدر سابق ، ص٣١٢-٣١٣.

(٤٥) ثامر حمود الخزاعي، مصدر سابق، ص٣٤٢.

ويُعدَ مخالفاً للنظام العام في العراق ومصر، القانون الأجنبي الواجب التطبيق على انتهاء العلاقة الزوجية إذا كان لا يقر أي وسيلة على الاطلاق لوضع حد للعلاقة الزوجية، لاستحالة العشرة وتصدع الحياة الزوجية ومن ثم يتوجب على القاضي العراقي او المصري أن يستبعد القانون الأجنبي لكونه يتنافى مع الاسس العامة التي يقوم علها النظام القانوني الاجتماعي في كل من العراق ومصر(٤٦).

وكذلك يعتبر القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام في كل من مصر والعراق، إذا كان يجيز التطليق من الزوجة غير المسلمة بسبب اسلام زوجها، وهذا يعتبر مخالفا لمبادئ الشريعة الاسلامية التي تجيز زواج المسلم بغير المسلمة. وكذلك يعتبر متعارضا مع النظام العام في كل من مصر والعراق، القانون الأجنبي الذي لا يجيز تطليق المسلمة من زوجها الذي خرج عن الاسلام.

وتستبعد احكام القانون الأجنبي اذا كانت تسمح بانتهاء رابطة الزوجية لاختلاف اللون او الجنس، ، فالواقع العملي يبرز دور القاضي في حماية هذا النظام العام الذي يرعى مصالح المسلم ايا كانت جنسيته، وهو نظام عام مطلق سواء نشأ في العراق أو في الخارج واريد الاحتجاج به في العراق . ومثال ذلك تزوج شخص ايطالي من ايطالية ثم اعتنق الاسلام بعد ذلك وطلقها، فرفعت الزوجة في العراق دعوى طلبت فيها عدم الاعتداد بالطلاق وعدم اعتداد تحول زوجها للإسلام، فهنا القاضي لا يطبق قانون الزوج المختص بموجب قاعدة الاسناد لأنه يعد مخالفا للنظام العام في العراق ، لأنه يحرم الزوج المسلم من حقه في الطلاق. كما يذهب القضاء الى ان اسلام الزوجة الأجنبية يعطيها الحق في رفع دعوى الطلاق وفقا لما تقرره الشريعة فقد قضي بتطليق زوجة يونانية من زوجها اليوناني لاعتناقها الاسلام (٤٧) أما في فرنسا ، فقد ظل التطليق حتى تعديل ١١ يوليو ١٩٧٥ أرضاً خصبة لفكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص ، حيث كان التطليق محظوراً في الفترة من ١٨١٦- ١٨٨٤ من القانون الداخلي ، وقد منعت المحاكم الفرنسية تطليق الأجانب في فرنسا إذا كان قانونهم الوطني يسمح لهم بذلك . ثم صدر قانون ٢٧ يوليو ١٨٨٤ وقرر قبول التطليق ولكن حدد أسباب التطليق بالزنا ، الإدانة بعقوبة صارمة وفاضحة ماسة بالشرف ،. وقد اعتبرت هذه الأسباب حدا أقصى من قبل المحاكم الفرنسية ،واستبعدت القوانين الاجنبية الاكثر تساهلاً باعتبارها مخالفة للنظام العام (٤٨). واختلفت تطبيقات النظام العام في فرنسا قبل إصدار قانون ١١ يوليو ١٩٧٥ ، الذي عدل عن الموقف التشريعي المتشدد حيال حظر التطليق عنه بعد صدور هذا القانون ، ومع ذلك فإن الحظر الذي كان سائدا بشأن الطلاق والتطليق لم يمنع المحاكم الفرنسية من إعمال فكرة الأثر المخفف للنظام العام بالنسبة للطلاق والتطليق الذي يقع خارج فرنسا ، ويريد الاحتجاج به على الإقليم الفرنسي ، كتقرير نفقة للمطلقة والحكم لها بالحضانة أو الحق لها بالزواج من رجل آخر(٤٩)

(٤٦) جمال محمود الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط٢ منقحة ١٩٩٧-١٩٩٨، ص٢٦٧.
(٤٧) عكاشة محمد عبد العال ،مصدر سابق ،ص ٣٥٩
(٤٨) صلاح الدين جمال الدين ،مصدر سابق ,ص ٣٠٤.٣٠٣
(٤٩) مريم عبد الله احمد ،مصدر سابق ،ص ٣٥٢

وعليه نستطيع القول ، بأن النظام العام الفرنسي يتدخل ويمنع تطبيق القانون الأجنبي إذا كان انحلال الرابطة الزوجية لأسباب لا يعرفها القانون الفرنسي ، أو إذا كان القانون الأجنبي يأخذ بالأسباب العنصرية كسبب من اسباب التفريق ، أو إذا كان القانون الأجنبي أكثر تساهلاً بحيث يجيز الطلاق بالإرادة المنفردة ، على أن لا تغفل التطور الذي حدث في القانون الفرنسي بعد صدور قانون ١١ يوليو ١٩٧٥ ، الذي اعتبر الطلاق علاجاً إذا أصبحت الحياة الزوجية مستحيلة ، وأن انحلال هذه العلاقة يضع حداً لهذه المصاعب ، كما أن القضاء الفرنسي بدأ بالاعتراف بالطلاق بالإرادة المنفردة الذي وقع في الخارج والآثار المترتبة عليه ، وهذه خطوة متطورة في مجال القانون الدولي الخاص الفرنسي .

وعليه نستطيع القول أن الدفع بالنظام العام يلعب دورا كبيرا في انحلال الرابطة الزوجية من حيث أن في الدول الإسلامية يؤثر اعتناق الدين الإسلامي أو الارتداد عنه ، إذ يجوز أن يحكم بالطلاق للمسلم ولو كان قانونه الشخصي يمنع ذلك، وكذلك أن تمتع المسلم بالحقوق المقررة في الشريعة الإسلامية هي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، فيقع باطلا الاتفاق على عدم الطلاق أو التنازل عنه سواء في الروابط الوطنية أو الزواج المختلط فالقاضي يستطيع الدفع بعدم تطبيق القانون الاجنبي إذا كان هذا القانون يخالف النظام العام في دولة القاضي . وقد أخذت معظم دول العالم بفكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي ، ونصت عليها في تشريعاتها ، إلا أنها لم تضع فكرة محددة للنظام العام ذاتها ، بل أكثر من ذلك استحالة وضع قائمة بالحالات التي يشملها النظام العام ، نظراً لتطور وتبدل فكرته باستمرار ، ما يجعل من العصي وضع مفهوم النظام العام في قالب علمي واضح . ويعتبر النظام العام في جوهره استثناء صريح على قاعدة التنازع التي تبرز من خلال استبعاد القانون المختص بصورة عادية ، واستبداله بالقاعدة التي تستقي في الغالب من قانون القاضي حيث بينا ان مسائل الأحوال الشخصية تعد من المجالات الخصبة في إثارة المنازعات القضائية في حالة اختلاف جنسية الأطراف ، وذلك لارتباط قوانين الأحوال الشخصية بالشريعة السائدة (الأديان) في كل دولة ، وتأثيرها على الفكرة الوطنية للنظام العام . فالأحوال الشخصية هي مجموعة القواعد والأعراف التي تنظم المسائل المتعلقة بالأشخاص ومدى علاقتها بالنظام العام.

الخاتمة

لقد توصلنا في نهاية بحثنا حول اثر النظام العام على القانون واجب التطبيق بشأن انحلال الرابطة الزوجية الى مجوعة من النتائج والمقترحات ، وكما يأتي :

اولا:النتائج

١. أن اختلاف الأسس الاجتماعية ، الأخلاقية ، الدينية ، الثقافية التي يقوم عليها تنظيم الأسرة و خاصة فيما يتعلق بالزواج و انحلال الرابطة الزوجية بين الدول التي ينتمي نظامها القانوني إلى الشريعة الإسلامية و ضرورة وجود دول غربية التي يرتكز نظامها على غير النظام الإسلامي و بوجود الزواج الذي يشمل عنصر أجنبي قد تحدث نزاعات بين الأفراد، و استناد إلى قواعد الإسناد التي تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي و قد يتضمن هذا الأخير أحكاما مخالفة للأسس الاجتماعية و القيم الأخلاقية لقانون القاضي فبتطبيقه نكون قد قضينا على هذه الأخيرة لولا تدخل صمام الأمان المسمى بالنظام العام الذي يحد من تطبيق هذا القانون و يستبعده.

٢. أن قانون الاحوال الشخصية ، يعتبر في علاقاته بالنظام العام بمثابة حجر الزاوية في تعارض القوانين العربية الإسلامية) والقوانين الأجنبية ، وذللك لتبين الثقافة القانونية حقيقة المكان الذي يشغله النظام العام في هذه العلاقات ولاسيما انحلال الرابطة الزوجية واثارها ، حيث يتمتع بالأسبقية في هذا المجال ، على اعتبار أنه يتدخل بقوة في هذه النظم الخاصة بالأحوال الشخصية ولاسيما الزواج وانحلال الرابطة الزوجية واثارها.

٣. أن القانون واجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية هو قانون الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى .

٤. ان القانون واجب التطبيق فيما يتعلق بمسائل النفقة استنادا الى ما نصت عليه المادة ٢١ من القانون المدني العراقي هو قانون المدين بها .

٥. أن القانون واجب التطبيق على الآثار التي يرتبها عقد الزواج هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج وأن القانون واجب التطبيق على المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الاباء والاولاد هو قانون الأب.

ثانياً المقترحات

١. على المشرع أن يعطي الاهتمام الكبير لموضوع النظام العام ولاسيما في انحلال الرابطة الزوجية لاحتوائها على العنصر الأجنبي و ذلك في حالة تنازع القوانين و إخراجها من الجانب النظري إلى الجانب التشريعي لتوضيح معالمه في قالب قانوني .

٢. ضرورة أن تفرض رقابة صارمة على القاضي الوطني ، وهو بصدد تطبيق

قانونه الخاص على المنازعات ذات الطابع الدولي المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية ، وذلك لتبرير تحويل الاختصاص من القانون الأجنبي إلى القانون الوطني ، استناداً للنظام العام ، مما يحقق للقانون الدولي الخاص هدفه المتمثل في إقامة تعايش وتناسق بين الأنظمة القانونية المختلفة.

٣. على المشرع الوطني الا يتجاهل الفلسفة العالمية لمفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص ، وذلك بالنظر إلى مصالح أطراف النزاع من جهة ومصالح الدولة من جهة أخرى ، باعتبار أن إعطاء الفرصة للدول لتطبيق قوانينها على إقليم دولة القاضي ، هو ما يضمن مصلحة دولة القاضي في الخارج ، وهكذا يبقى التوازن قائماً والتناسق مصاناً بين النظام القانوني الوطني والنظام القانوني الأجنبي ، ويظل القانون الدولي الخاص ، قانوناً حيادياً محققاً لهدفه ، رغم انحياز بعض قواعده العائدة إلى طبيعتها الوطنية .

٤. نوصي مشرعنا الوطني تعديل المادة ١٩ ف ٣ من القانون المدني وان يأخذ بجنسيه الزوج وقت الزواج بوصفه القانون الذي كان معلوما وقت انعقاد الزواج وكذلك ان تطبيق قانون الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى لا يؤدي الى احترام الحقوق المكتسبة للزوج الاخر لأنه بمجرد تغيير الزوج جنسيته بعد الزواج يؤدي الى تغيير القانون المختص وتطبيق قانون اخر هو قانون جنسية الزوج الجديدة .

٥. نوصي مشرعنا الوطني تعديل المادة ٢١ من القانون المدني لان عبارة(المدين بها) تنطوي على مصادرة المطلوب اذ تفترض سلفا ان الشخص مدين بالنفقة في حين ان قانون جنسيته هو الذي يحدد ما اذا كان يعد مدين بالنفقة ام لا ويفضل تطبيق قانون محل الاقامة العادية لطالب النفقة لأنه هو الطرف الضعيف الذي يستحق الحماية .