انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص

Extinction du mariage en droit international privé

الدكتور جعفر الفضلي
كلية القانون والسياسة - جامعة الموصل

المقدمة Introduction :

١ - ينتهي الزواج، إما بالوفاة، وإما بالتفريق، وإما بالبطلان كما يذهب اليه البعض[1]، وإما بالانفصال الجسماني. فالوفاة الطبيعية لا تثير مشكلة في

(١) يذهب الدكتور جابر جاد عبد الرحمن والدكتور حسن الهداوي الى اعتبار البطلان سببا من اسباب انقضاء الزواج (حسن الهداوي) «تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص» مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٧٢، ص١٧٣. وكذلك د. جابر جاد عبد الرحمن «القانون الدولي الخاص العربي» جامعة الدول العربية، ١٩٦٠ - ص ١٩١.

ولكننا لا نتفق معهم، لان البطلان في رأينا لا يعتبر سببا من اسباب انقضاء الزواج، لأن البطلان يعدم الزواج فيجعله كأن لم يكن، ولأن آثار البطلان تنسحب الى الماضي بحيث يعتبر الزواج كأن لم يكن في يوم من الأيام ولو كانت العلاقة قد اخذت مظهر الزواج لفترة من الزمن. ويظهر هذا بالنسبة للاشخاص وبالنسبة للاموال على السواء وهذا هو الاصل. على ان بعض النظم القانونية تخفف من غلواء هذه القاعدة في حالات معينة، فتقرر عدم انسحاب آثار البطلان الى الماضي بشروط معينة اهمها حسن النية عند احد الزوجين رعاية له وللاولاد، بحيث يعتبر الزواج قائما من الوجهة الفعلية منذ انعقاده الى ان يتقرر بطلانه. ويعد الزواج في هذه الفترة ظنيا Putatif. =

تنازع القوانين. فالارث ـ الاثر المباشر لهذا الانقضاء ـ يخضع الى قواعد اسناد مستقلة به[٢]. اما الاسباب الاخرى لانتهاء الزواج، فانها تثير اختلافا واضحا بين القوانين. فغالبية الدول، تجيز حل الرابطة الزوجية، اما بالطلاق حيث منها ما يجعله معلقا على ارادة الزوج أو الزوجة، ان فوضت به كما هو عندنا في الشريعة الاسلامية، ومنها ما لا يبيحه اطلاقا كما هو عند الكنائس الكاثوليكية في دول الشرق وبذلك نظمت قوانين هذه الدول ما يسمى بالانفصال الجسماني Separation des biens الذي يطلبه أي من الزوجين اذا ما ضاقت الحياة الزوجية ولتوفر احد الاسباب الذي يحددها ذلك القانون[٣]. واما تجيزه الدول بحكم القاضي وهو ما اخذت به معظم التشريعات الاجنبية حيث ان امر الطلاق موكول الى المحكمة ولا يمنح الا بتوفر الاسباب والتي تختلف من دولة لاخرى[٤].

٢ ـ والشريعة الاسلامية بالرغم من تقريرها حكم الكراهية للطلاق، الا انها ترى ان الحياة الزوجية، لا يمكن ان تبقى مع الخلاف، لذا فانها قد جعلت الطلاق بيد الرجلRepudiation، وللزوجة أن تطلب التطليق أو ما

= والشريعة الاسلامية تفرق بين الزواج الباطل لتخلف ركن من اركان انعقاده والذي يعد والعدم سواء، وبين الزواج الفاسد والذي فقد شرطا من شروط الصحة. فهذا الاخير تترتب عليه نتائج اذا دخل الزوج دخولا حقيقيا، اذ يجب المهر للزوجة وتثبت نسبة الولد الذي تحمل به الزوجة من الدخول كما تجب العدة عليها.

ويفرق الفقهاء المسلمون بين البطلان والفسخ حيث ان البطلان يرجع الى عيب في ركن من اركان العقد كما ذكرنا اما في الفسخ فاركان العقد سليمة مستوفية لشروطها، فينشأ العقد صحيحا ثم تنشأ طارئة تؤدي الى فسخه كردة الزوج عند المسلمين فالعقد هنا ليس باطلا وانما مفسوخ..

(٢) د. عبد الواحد كرم «الاحوال الشخصية في القانون الدولي» مطبعة المعارف بغداد ١٩٧٩ ـ ص ٣٥.

(٣) د. عز الدين عبد الله «القانون الدولي الخاص» القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة السادسة، ١٩٧٢ ـ ص٣٠٥. وانظر كذلك د. جابر جاد عبد الرحمن «المصدر السابق» ص١٩١.

(٤) د. ممدوح عبد الكريم حافظ «القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن» الطبعة الثانية ـ ١٩٧٧ ـ ص٢٩٥.

يدعى عندنا بالقانون بالتفريق divorce من المحكمة اذا توفرت احد اسباب أو مبررات التطليق أي التفريق التي ذكرها قانون الاحوال الشخصية المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل .

٣ ـ ولم تشترط الشريعة الاسلامية لصحة الطلاق ضرورة وقوعه في المحكمة، وهذا ما اتفق عليه الفقهاء المسلمون، وانما يكون الطلاق نافذا حتى لو وقع خارج المحكمة، ولكن المادة ٣٩ من قانون الاحوال الشخصية المعدل، اشترطت التسجيل في المحكمة خلال مدة العدة. فالتسجيل في المحكمة اذن هو اجراء رسمي لغرض تنظيم حالات الطلاق، ولا يعني ذلك عدم الاعتراف بالطلاق الواقع خارج المحكمة .

٤ ـ ومما يجدر ذكره، ان الطلاق يقع على المرأة حال قيام الزوجية الصحيحة فعلا أو حكما قبل الدخول أو بعده. والمراد بقيام الزوجية حكما هو حال قيامها عند المعتدة من طلاق رجعي أو بائن بينونه صغرى أو من فسخ بسبب طارىء لا ينقض العقد بل يمنع استمراره كالتفريق بسبب ردة أحد الزوجين أو بسبب اباء المرأة المشركة الاسلام بعد اسلام زوجها[٥] .

٥ ـ من هنا يتضح لنا بأن الدول تختلف في نظرتها الى انقضاء الزواج، وهذا بدوره يؤدي الى اختلاف القوانين. وبالنظر لأهمية معرفة مشكلات التطبيق العملي لقواعد انقضاء الزواج ذات الطابع الدولي، فقد تم اختيارنا لهذا الموضوع بغية دراسته وتحديد تلك المشكلات واقتراح الحلول المناسبة لها. لذا فان دراستنا له ستدور حول مضمون فكرة الطلاق والتفريق والانفصال الجسماني أولا، ومن ثم بيان اجراءات انقضاء الزواج وموانع تطبيق القانون الواجب التطبيق. وسيكون محور دراستنا مرتكزا بصورة رئيسية على بيان موقف القانون العراقي وموقف الفقه والقضاء الاجنبي وبشكل خاص الفرنسي منها. ولئن جادت الغلبة في هذه الدراسة لما يجرى عليه العمل في فرنسا، فانما مرد ذلك لكونها رائدة في هذا الميدان من القانون .

---

(٥) د. احمد الخطيب، د. أحمد الكبيسي، د. محمد عباس السامرائي «شرح قانون الاحوال الشخصية» وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ـ بغداد، ١٩٨٠ ـ ص١٣٦.

الفصل الاول
مضمون فكرة انقضاء الزواج
Contenu de l'dée

٦ ـ لكي نتمكن من تحديد فكرة انقضاء الزواج، لابد لنا من الاطلاع على القانون الواجب التطبيق على الطلاق والتفريق والانفصال الجسماني وآثار ذلك، وهذا يتطلب منا دون شك دراسة ومعرفة أولا القانون الواجب التطبيق ومن ثم معرفة آثار هذا الانقضاء.

المبحث الأول
القانون الواجب التطبيق
La loi applicable

٧ ـ تختلف القوانين في موضوع الطلاق اختلافا واضحا. لذا فان تحديد ما يدخل في مفهوم الطلاق أو التفريق أو الانفصال الجسماني هو مسألة تكييف Qualification يخضع بالضرورة لقانون القاضي.

٨ ـ نص القانون المدني المصري في المادة الثالثة عشرة في الفقرة الثانية على أنه «أما الطلاق فيسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت الطلاق ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت رفع الدعوى. من هذا النص نرى ان القانون الواجب التطبيق في الطلاق والتطليق والانفصال يخضع كقاعدة عامة لقانون جنسية الزوج. وقد نص القانون السوري في المادة الرابعة عشرة الفقرة الثانية وكذلك القانون الليبي الفقرة الثانية على نفس المعنى.

٩ ـ أما القانون الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١ فقد نص على خلاف ذلك. فقد جاء بالمادة ٤٠ على أنه «يسري على الطلاق والتطليق والانفصال قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل الطلاق أو قبل

رفع الدعوى بالتطليق أو بالانفصال، فان لم توجد هذه الجنسية المشتركة سرى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج».

١٠ ـ أما القوانين التي تأخذ بالموطن فهي كل من القانون النرويجي والانجليزي والدنماركي وقانون الولايات المتحدة الاميريكية[٦] .

١١ ـ أما في معظم التشريعات الأجنبية التي يكون الطلاق فيها من مهمة المحكمة ولا يمنح الا لأسباب محدودة فانها تختلف في نظرتها اليه .

١٢ ـ فالفكرة السائدة في الفقه في فرنسا هي خضوع التطليق لذات القانون الذي يحكم آثار الزواج أي قانون الجنسية باعتبار أن التطليق في القانون الفرنسي هو جزاء للاخلال بواجبات الزوجية[٧]. ولكن هناك من الكتاب الفرنسيين من يقترح تطبيق قانوني الزوجين تطبيقا جامعا على أساس أنه وان أمكن الاكتفاء بتطبيق القانونين تطبيقا توزيعيا بشأن انعقاد الرابطة الزوجية، فان الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لانحلالها، حيث يتعين توافق القانونين مجتمعين في هذا الشأن، فلا يحكم بالطلاق الا اذا كان القانونين يسمحان به[٨] .

أما القضاء الفرنسي فقد اتجه نحو تطبيق قانون موحد على انقضاء الزواج. فقد قررت محكمة التمييز الفرنسية في احكامها الحديثة على «أن الطلاق بين زوجين مختلفي الجنسية يخضع لقانون موطنهما المشترك[٩]» .

---

(٦) ان اعطاء الاختصاص الى قانون الموطن في رأينا لا يحقق الاستقرار في العلاقات القانونية وذلك ان الموطن في الامكان تغييره بسهولة.

(٧) نبوابيه «القانون الدولي الخاص» الجزء الخامس ـ ص٤٣٢ وانظر كذلك باتيفول «المصدر السابق» رقم الفقرة ٤٦٠ وكذلك بارتان «المبادىء العامة في القانون الدولي الخاص» الجزء الثاني ـ ص١٨٧.

(٨) أرمنجون «الوجيز من القانون الدولي الخاص» الجزء الثالث رقم الفقرة ١٧٥.

(٩) محكمة التمييز الفرنسية في ١٧ نيسان ١٩٥٣ ـ جي، سي، به ١٩٥٣ الجزء الثاني ص ٧٨٦٣ تعليق بيشه وانظر كذلك قرارها في ١٥ مايس ١٩٦١ دالوز، ١٩٦١ ـ ص٤٣٧ مع تعليق هوليو.

١٣ ـ أما القانون الألماني فقد أخذ بقاعدة اخضاع التطليق لقانون الزوج وقت رفع الدعوى حيث تنص الفقرة الاولى من المادة ١٧ من القانون الألماني بأنه «يسري على التطليق قانون الدولة التي يتبعها الزوج وقت رفع الدعوى» .

١٤ ـ أما في الدول الاشتراكية، فان القانون البولوني الذي يمثل احد الاتجاهات الحديثة فيها، فان المادة ١٨ من القانون الدولي الخاص البولوني الصادر في عام ١٩٦٥، تقضي بانه «يطبق في التطليق القانون الوطني الذي يخضع له الزوجان وقت رفع دعوى التطليق ، فاذا لم يكن لهما قانون وطني مشترك طبقا قانون موطنهما، واذا لم يكن لهما موطن في الدولة ذاتها، طبق القانون البولوني. وبنفس المعنى تأخذ به المادة (٢٢) من القانون الدولي الخاص التشيكسلوفاكي الصادر في عام ١٩٦٣[١٠] .

١٥ ـ هذا وقد اختار المشرع العراقي من بين مختلف وجهات النظر التي عرضناها الحل الذي يأخذ بتطبيق قانون الجنسية أي جنسية الزوج حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة ١٩ من القانون المدني العراقي على انه «يسري في الطلاق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى» وعلى ذلك يرجع الى قانون جنسية الزوج وقت الطلاق لمعرفة ما اذا كان من حق أي من الزوجين ان يطلق من عدمه. ان وقت الطلاق يعني الوقت الذي حدث أو وقع فيه الطلاق قبل وصول الامر الى القاضي حيث لم تشترط الشريعة الاسلامية ولا القانون ضرورة وقوع الطلاق في المحكمة وانما يكون نافذا حتى لو وقع خارج المحكمة ولكن القانون اشترط التسجيل فقط. اما وقت رفع الدعوى فيقصد به تاريخ رفع الدعوى الخاصة بالطلاق امام المحكمة الشرعية أو محكمة المواد الشخصية حسب قانون المرافعات المدنية[١١].

أما القضاء العراقي فقد سار على ذلك عملا بنص المادة ١٩ الفقرة

---

(١٠) انظر المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص الصادرة في فرنسا عام ١٩٦٦ ـ ص٣٢٣.
(١١) الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ «القانون الدولي الخاص» ص٢٩٦.

الثالثة من القانون المدني العراقي[١٢] .

١٦ ـ وقد قيد المشرع العراقي تطبيق قانون جنسية الزوج بالقانون العراقي اذا كان احد الزوجين عراقيا وقت انعقاد الزواج، كما نصت على ذلك الفقرة الخامسة من المادة التاسعة عشرة من القانون المدني العراقي.

١٧ ـ هذا ومن الجدير بالذكر ان القانون العراقي قد خص الباب الرابع من قانون الاحوال الشخصية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل انحلال عقد الزواج في ثلاثة فصول من المادة الرابعة والثلاثين الى المادة السادسة والاربعين حيث يعلق انحلال الزواج على ارادة الزوج كقاعدة عامة، وفي أحيان اخرى بحكم القاضي أو بالتقاء الزوجين أو بحكم الشرع وتحصل الفرقة بين الزوجين. والفرقة بين الزوجين التي لا تتوقف على قضاء هي الطلاق الرجعي والذي يكون في المرة الأولى والثانية وللزوج بعدهما أن يراجع زوجته. ولا فرصة للرجوع بعد الطلاق الثالث[١٣]. بعد ذلك تنتقل الشريعة الاسلامية بعد هذه الخطوة الى جانب المرأة حيث انها قد حافظت على حقوقها وحمايتها من الاضرار بها. لذلك شرعت انواعا أخرى من الطلاق:

أ ـ طلاق توقعه المرأة متى شاءت اذا دعت الحاجة الى ذلك وهو طلاق التفويض، اذا اشترطت في العقد ان تكون عصمتها بيدها كما جاء بالمادة الرابعة والثلاثين الفقرة الاولى من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

ب ـ طلاق تطلب الزوجة وقوعه في حالة ما اذا أخل الزوج بشرط من الشروط المشروعة التي اتفقاعليها في العقد عملا بقول النبي الكريم «ان احق الشروط ان توفوا بها ما استحللتم بها الفروج».

جـ ـ طلاق يقع باتفاق ارادتي الزوج والزوجة وعن تـراضٍ منهما وهو

(١٢) محكمة التمييز العراقية رقم ٥٤/شخصية /١٩٦٢ في ١٩٦٢/١٠/٣.

(١٣) للتفصيل انظر الدكتور احمد الكبيسي «الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون» الطبعة الثانية، الجزء الاول مطبعة الارشاد، بغداد ـ ١٩٧٢ ص١٨٧.

طلاق الخلع وهو لقاء عوض تدفعه الزوجة للزوج (المادة السادسة والاربعون من قانون الاحوال الشخصية) .

د ـ طلاق القضاء أي التفريق كما جاء في القانون، وبه تستطيع الزوجة ان ترفع امرها الى القضاء وتطلب التفريق بينها وبين زوجها. وقد عدد القانون الأسباب التي يحق بها طلب التفريق القضائي (المواد ٤٠، ٤١، ٤٢، ٤٣، ٤٤، ٤٥ من قانون الاحوال الشخصية) .

١٨ ـ وانتقد بعض الكتاب[١٤]، بحق، المشرع العراقي في الأخذ بجنسية الزوج في الطلاق والتفريق والانفصال الجسماني على اساس انه يؤدي الى مفاجأة الزوجة. وكان الاولى بالمشرع العراقي حفظا للحقوق المكتسبة وقت الزواج ان يأخذ بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بوصفه القانون المعلوم لكل من الطرفين حيث ارتضى كل منهما الارتباط به، فليس من العدالة ان تفاجأ الزوجة بقانون آخر عند تغيير الزوج لجنسيته وقد يحصل ان يكون هذا القانون اكثر اضرارا بمصالح الزوجة .

ان انفراد قانون الزوج في رأينا وقت الطلاق والتفريق والانفصال الجسماني بحكم هذه الامور، لا يخلو كما ذكرنا من الانتقاد حيث لا تنحل الرابطة الزوجية الا وفقا لحكم قانون يجمع الطرفين أو لقانون يكون الطرفان متبصرين به ان لم يخضعا معا لقانون واحد. وهذا ما اخذ به في اتفاقية لاهاي الخاصة بالتطليق والانفصال حيث تذهب المادة الثامنة الى انه «اذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة فيكون قانون آخر جنسية مشتركة لهما هو القانون المعتبر بالنسبة لتطبيق المواد السابقة (وهي المواد الخاصة بالتطليق والانفصال) أنه هو قانون جنسيتهما». ولكن عيب هذا انه قد لا يكون للزوجين جنسية مشتركة في أي وقت من الاوقات، ومما لا شك فيه ان تطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين يحقق وحدة القانون، كما وان تطبيق قانون الزوج وقت

(١٤) د. حسن الهداوي «المصدر السابق» ص١٧٤ ود. ممدوح عبد الكريم «المصدر السابق» ص٢٩٥ .

انعقاد الزواج في رأينا في حالة عدم وجود الجنسية المشتركة هو الاصلح لكل من الطرفين بالقانون الذي يحل الرابطة الزوجية.

المبحث الثاني
الآثار المترتبة على انقضاء الزواج
Effets de l'extinction du mariage

١٩ ـ ان جميع الآثار المترتبة على انقضاء الزواج (من الطلاق والتفريق والانفصال الجسماني) تخضع لقانون جنسية الزوج، وتعد من الآثار نفقة الزوجة المطلقة حيث تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى. كما يعد من الآثار الشخصية لانقضاء الزواج مدى حق الزوجة في الاحتفاظ باسم الزوج بعد انتهاء الزوجية والذي يكون مقررا في بعض التشريعات.

اما الالتزام بالتعويض الذي يلتزم به الزوج الذي نسب اليه الخطأ، فقد ذهب البعض[١٥] الى اخضاعه للقانون المحلي باعتباره القانون الواجب التطبيق في شأن المسؤولية التقصيرية .

ويرى البعض الآخر[١٦] بان مسؤولية الزوج الذي نسب اليه الخطأ والتزامه بالتعويض في مواجهة الطرف الآخر هي تدخل في مضمون التطليق وبالتالي بالقانون الذي يحكمها، أي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى على اعتبار ان مسؤولية الزوج المخطىء عن انحلال الزواج هي اقرب الى فكرة الرابطة الزوجية منها الى فكرة المسؤولية التقصيرية. وهناك من الكتاب[١٧] من يرى ان قانون الجنسية يحكم ايضا علاقات المطلق والمطلقة بالاولاد كالحضانة باعتبارها من آثار الطلاق. هذا وان القانون العراقي قد حصر كل المسائل

(١٥) د. منصور مصطفى «مذكرات في القانون الدولي الخاص» ١٩٥٦ ـ ١٩٥٧ ص ١٢٨ نقلا عن د. هشام علي صادق «المصدر السابق» ص٥٤٠.

(١٦) د. هشام علي صادق «المصدر السابق» ص ٥٤٠.

(١٧) د. جابر جاد عبد الرحمن «المصدر السابق» ١٩٦٠ ص ٢١٣.

الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات بين الآباء والاولاد بقانون الاب وهذا ما ذهبت اليه المادة ١٩ الفقرة الرابعة من القانون المدني العراقي .

٢٠ ـ اما مدى حق الزوج في ان يعقد زواجا جديدا، أو المدة التي يتعين على الزوجة انتظارها للتزوج من جديد، فهذه تخرج عن مضمون فكرة آثار انقضاء الزواج حيث انها تخص كل زوج على حدة ويرجع في شأنها بالتالي الى قانون جنسيته بوصفها من الشروط الموضوعية للزواج الجديد[١٨] .

٢١ ـ اما الآثار المتصلة بحالة كل من الطرفين فهي محكومة بقانون جنسية كل من الزوجين فيخضع الزوج لقانون جنسيته وتخضع الزوجة لقانون جنسيتها[١٩] .

٢٢ ـ اما فيما يتعلق بالمال فإنه يخضع لقوانين أخرى. فاذا تعلق الامر بالنظام المالي للزوجين فانه يجب ان يخضع للقانون الذي يحكم هذا النظام وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج حيث نصت المادة ١٩ الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي على انه يسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من اثر بالنسبة للمال .

---

(١٨) د. محمد كمال فهمي «اصول القانون الدولي الخاص» الطبعة الثانية، الاسكندرية ١٩٧٨ ص ٥٤٧ .

(١٩) د. جابر جاد عبد الرحمن «المصدر السابق» ص ٢١٦ .

الفصل الثاني
اجراءات انقضاء الزواج وموانع تطبيق القانون الأجنبي

٢٣ ـ ليست اجراءات التطليق واحدة في قوانين الدول. فلكل بلد اجراءاته وقوانينه بما في ذلك قانوننا العراقي. كما تختلف الدول في الحد من تطبيق القانون الأجنبي، وهذا ما نريد ان نعرفه مبتدئين ذلك بالتعريف بالاجراءات المتبعة في انقضاء الزواج، ومن ثم نتعرف على موانع تطبيق القانون الأجنبي .

المبحث الاول
اجراءات انقضاء الزواج
Procédures de l'extinction du mariage

٢٤ ـ تختلف اجراءات التطليق في بعض الدول، فهي في بعض منها تتم بعمل من السلطة التشريعية، والبعض الآخر يتم لدى السلطة الرئيسية أما الغالبية منها، فانه يتم بحكم القضاء .

٢٥ ـ في العراق تتم هذه الاجراءات وفقا لقانون القاضي وقد نصت المادة ٣٩ من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل على أنه :

١ ـ على من اراد الطلاق ان يقيم الدعوى في المحكمة الشرعية بطلب ايقاعه واستحصال حكم به، فاذا تعذر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة .

٢ ـ تبقى حجة الزواج معتبرة الى حين ابطالها من المحكمة. فاذا راجع المواطن محكمة الاحوال الشخصية واقام الدعوى وطلب ايقاع الطلاق واستحصال حكم به، أصدرت المحكمة له ذلك. لأن الطلاق حق الرجل، واذا صدر منه، وقع شرعا والمحكمة ما عليها الا ان تثبت ذلك في حكمها ويمكنها ان تناقشه فيما يقصد اليه قبل ان يصدر منه ذلك، وربما تقنعه بالرجوع

عما قدم من أجله، اما اذا تعذرت عليه مراجعة المحكمة واوقع الطلاق فعليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة. والغاية من ذلك ان تعلم المحكمة قبل فوات الاوان ـ أي اوان الرجعة ـ لعله يراجع زوجته بعد افهامه من قبل المحكمة بخطورة ما اقدم عليه. هذا ولم يرتب المشرع العراقي جزاء على من خالف أحكام هذه المادة سوى ما ذكره في الفقرة الثانية من المادة ٣٩ من بقاء حجة الزواج معتبرة الى حين ابطالها في المحكمة.

٢٦ ـ ويخضع ايضا لقانون القاضي الاجراءات التحفظية والوقتية المتعلقة بالتطليق كنفقة الزوجة والاذن لها بالاقامة في مسكن خاص واتخاذ ما يلزم لحماية مصالح الأولاد.

٢٧ ـ ولقد جرى الخلاف في فرنسا حول ما اذا كان اجراء التطليق لدى السلطة الدينية أو التشريعية، مما يوجب القانون الواجب التطبيق يعتبر من جوهر التطليق أم من شكله واجراءاته.

يبدو ان القضاء الفرنسي قد اتجه الى تكييف تدخل السلطة الدينية أو التشريعية لايقاع الطلاق على انه مسألة موضوعية تخضع لقانون الجنسية، لذا نرى أن هذا القضاء قد اضطر للدفع بعدم الاختصاص على أساس أن الاجراء المتطلب للقانون غريب عن القانون الفرنسي ولا يمكن بالنتيجة اتخاذه[٢٠]. وقد قضت محكمة التمييز الفرنسية بعدم اختصاصها بنظر دعوى تطليق امرأة روسية الجنسية ذات أصل يهودي لكون القانون الروسي في ذلك الوقت يخول للسلطات الدينية الوطنية دون غيرها الاختصاص بايقاع هذا الطلاق. وقد قضت المحكمة ذاتها في نفس المعنى بالنسبة لشروط التطليق التشريعي في ايرلندا[٢١].

ولقد انتقد الفقه الفرنسي هذا الاتجاه على أساس أن القضاء قد كيف خطأ شرط تدخل السلطة الدينية أو التشريعية لايقاع الطلاق على أنه مسألة

---

(٢٠) محكمة التمييز الفرنسية في ٢٩ مايس ١٩٠٥، دالوز، ١٩٠٥، الجزء الاول، ص ٣٥٣.

(٢١) انظر هذه القرارات في كتاب باتيفول «المصدر السابق» ص ٤٩٩.

تدخل في جوهر التطليق أي أنه مسألة موضوعية. ويضيف البعض بأن الاتجاه الذي أخذ به القضاء يؤدي الى انكار العدالة. لأن التجاء الخصوم إلى السلطات المختصة في بلادهم لايقاع الطلاق قد يكون متعذراً نظراً لسكنى هؤلاء غالباً في فرنسا. ويشير أنصار هذا المذهب إلى أن الاتجاه نحو اعتبار شرط تدخل السلطة الدينية لايقاع الطلاق مسألة موضوعية تخضع لقانون الجنسية لم يعد متفقاً مع ما انتهى إليه القضاء الفرنسي في شأن تكييف شرط الطقوس الدينية الذي تشترطه بعض التشريعات لانعقاد الزواج على أنه مسألة شكل يرجع في شأنها لقانون البلد الذي انعقد فيه الزواج[٢٢]. هذا وقد علل بعض الكتاب الفرنسيين دخول هذه في اختصاص القانون الفرنسي بوصفه قانون القاضي ليس فقط بناء على مجرد اعتبارها من مسائل الاجراءات بل أكثر من ذلك على أساس مراعاة النفع العام أو على أساس اعتبار هذه مما يتعلق بالأمن المدني، ولذلك فإنه يقضي بها وفقاً لقانون القاضي ولو كان قانون جنسية الزوج لا يجيزها[٢٣]. ومع ذلك فقد اعتبر أحد الكتاب الفرنسيين لوى ليكا الاجراء الديني الذي يتطلبه القانون الأجنبي من المسائل اللصيقة بالموضوع[٢٤].

٢٨ ـ هذا وقد اعتبر بعض الكتاب العرب[٢٥] بحق، سلامة النتائج التي توصل إليها الفقه الفرنسي والذي يؤدي إلى القول بأن شرط تدخل السلطات الدينية أو التشريعية لايقاع الطلاق هو مسألة اجراءات أي أنه يحق للقضاء أن يحكم بالتطليق ما دام أنه قد توافرت الشروط الموضوعية المقررة في قانون جنسية الزوج، حتى لو كان هذا القانون يستلزم ايقاع التطليق بواسطة

---

(٢٢) انظر باتيفول «المصدر السابق» فقرة ١٣١، ص ٤٩٦.

(٢٣) انظر باتيفول «المصدر السابق» فقرة ٤٥١.

(٢٤) لوي ليكا «الفرق بين الجوهر والشكل في قاعدة نزاع القوانين الجزء الأول» دراسات موري ص ١٩٥.

(٢٥) د. عز الدين عبد الله «المصدر السابق» ص ٣٠٥ وكذلك د. هشام علي صادق «المصدر السابق» ص ٥٤٣.

سلطات معينة سواء كانت دينية أو تشريعية دون غيرها. ويعتقد بعض الفقهاء في مصر بأنه لم يكن جائزاً للأجانب اجراء التطليق أو الانفصال أمام الجهات الدينية المصرية، لأن الأمر هنا ولاية قضاء، وولاية القضاء لهذه الجهات قاصرة على المصريين المتحدي الديانة والمذهب[٢٦].

وتجدر الاشارة إلى أن القضاء المصري قد تردد في تكييف المراسيم الدينية في الزواج، فبعض المحاكم قد قضت باعتبارها من الشكل[٢٧] والبعض الآخر قد اعتبرها شرطاً موضوعياً لصحة الزواج[٢٨].

٢٩ ـ وبما أننا نتفق مع أصحاب الرأي السابق[٢٩]، لذا نعتقد بأن من حق القضاء العراقي أن يحكم بالتطليق ما دامت قد توافرت الشروط الموضوعية المقررة في قانون جنسية الزوج حتى لو كان هذا القانون يستلزم اشكالاً معينة وحتى لو سلمنا بأن شرط التدخل لايقاع الطلاق على أنه شرط موضوعي يرجع في شأنه الى القانون الأجنبي لأن تطبيق القانون الأجنبي في هذا الافتراض يصطدم بالنظام العام في دولة القاضي. فأحكام هذا القانون التي حددت اختصاص سلطات معينة دون غيرها بايقاع التطليق تشكل خرقاً لحق الدولة في تنظيم اختصاص قضاتها على الوجه الذي تراه. وما دام الأمر كذلك فإنه يتعين استبعاد حكم القانون الأجنبي باختصاص هذه السلطات بايقاع التطليق وتطبيق قانون القاضي بدلاً عنه. وليس معنى هذا اخضاع شروط التطليق الأخرى لقانون القاضي ذلك أن أثر النظام العام في الحقيقة يقتصر على استبعاد الجزئية التي تتعارض مع فكرة النظام العام في القانون

---

(٢٦) د. عز الدين عبد الله «المصدر السابق» ٣١٥.

(٢٧) محكمة استئناف مصر المختلطة في ١٥ مايس ١٩٤٩ رقم ٤٩٨، ص ٧٣ قضائية.

(٢٨) محكمة استئناف اسكندرية في ٩ نيسان ١٩٥٠، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد السادس، ١٩٥٠ ص ٢٣٦.

(٢٩) الرأي الذي يذهب إلى أن تدخل السلطات الدينية لايقاع الطلاق هو مسألة اجراءات.

الأجنبي، لهذا يحق للقضاء الوطني أن يقوم باجراءات التطليق مع رجوعه في شأن الشروط الأخرى الى القانون الأجنبي[٣٠].

٣٠ ـ أما بالنسبة للاثبات فإنه لم يرد في قواعد الاسناد العراقية نص يحدد الاختصاص في هذا الشأن. وفي رأينا أن عدم وجود نص يقودنا إلى تطبيق ما هو متعارف عليه دولياً. وفي قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ نصت المادة الثالثة عشرة الفقرة الأولى منه على أنه «يسري في شأن أدلة الاثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تطبق القانون العراقي، إذا كان دليل الاثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي».

المبحث الثاني
موانع تطبيق القانون الأجنبي
Empechements d'application de la loi étrangère

٣١ ـ ان تعلق انحلال الرابطة الزوجية بفكرة الزواج وارتكاز هذه الفكرة على اعتبارات دينية، من شأنه أن يؤدي الى اختلاف القوانين في الحق في حل هذه الرابطة وأسبابه. وهذا يؤدي بدوره إلى تقييد القانون الشخصي. فقد يحدث من جهة أن يتبين القاضي أن تطبيق القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الاسناد الوطنية يصطدم بالمبادىء الأساسية السائدة في دولته. وهذا ما يدفعه الى استبعاد أحكام هذا القانون وتطبيق القانون الوطني باسم النظام العام. ومن جهة أخرى قد يتضح للقاضي من ظروف الدعوى أن الخصوم قد تعمدوا الافلات من أحكام القانون المختص، وهذا ما نريد أن نبينه في حق القضاء في سد الطريق أمام التحايل وذلك بالتحدث عن الغش نحو القانون.

---

(٣٠) د. هشام علي صادق «تنازع الاختصاص القضائي الدولي» الاسكندرية، ١٩٧٠ ص ١٩.

المطلب الأول ـ النظام العام
L'ordre public

٣٢ ـ في فرنسا مثلاً تقف فكرة النظام العام حائلاً يمنع 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 للاخلال بالواجبات الزوجية[٣١].

غير أن هناك بعض قرارات القضاء الفرنسي الحديثة تدعو إلى التساؤل فيما إذا كانت هناك خطوة واسعة تم اجتيازها من قبل هذا القضاء للاعتراف في فرنسا بالطلاق الاسلامي الواقع في الخارج.

إن الاختلاف الظاهر بالدرجة الأولى هو اختلاف في الحلول فمحكمة التمييز الفرنسية في القرار الصادر في ٢٠ حزيران ١٩٧٨ تتمسك بمعارضة طلاق جزائري للنظام العام. والمحكمة نفسها تقرر في القرار الصادر في ١٨ كانون الأول ١٩٧٩ عكس الذي قررته سابقاً. وهناك قراران صدرا في ٥ كانون الأول ١٩٧٩ من محكمة باريس يقرران بدورهما توافق طلاق مغربي مع النظام العام[٣٢].

إن قرارات محكمة التمييز الفرنسية تدعو للغرابة من ناحيتين، معارضة النظام العام للطلاق الرجعي وعدم معارضته له عندما تتمكن الزوجة بما تدعيه وتدافع عنه وهذا ما تقرر في القرار الصادر في ١٨ كانون الأول ١٩٧٩.

في الحقيقة يبدو على القرارين الابتعاد عن الوضع التقليدي المتبع من

(٣١) باتيفول «المصدر السابق» رقم الفقرة ٤٦٠.

(٣٢) انظر تعليق الأستاذ ابراهيم فضل الله في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص الصادرة في فرنسا في العدد كانون الثاني ـ آذار، الجزء السبعون ١٩٨١.

قبل بالقرارات المشار إليها عندما يحدث الطلاق برضاء الزوجين فيتعين اهمال أحاديته الشكلية دون أن تكون هناك حاجة منذ تنظيم الطلاق بالقانون الصادر في ١١ تموز ١٩٧٥ الى اللجوء إلى الأثر المخفف للنظام العام. إن القرار الصادر في ١٨ كانون الأول ١٩٧٩ يكشف عن نية المحكمة العليا في قبول الطلاق الاسلامي بشكل واسع ويجب دون شك أن لا يعتبر ذلك نقضاً للحلول التي تم التوصل إليها، إن رضاء الزوجة يكفي في صون نظام الطلاق ولكنه لم يعد ضرورياً. وإذا كان هذا التفسير للقرار المشار إليه أعلاه صحيحاً يبقى أن نعرف ما إذا كانت محكمة التمييز الفرنسية تكتفي من الآن فصاعداً بالضمان الاجرائي الشكلي البحت، وبهذا تكون خطوة كبيرة قد تم اجتيازها نحو القبول بشكل غير مشروط عملياً بالطلاق في الشريعة الاسلامية ولكن الانطباع يبقى من أن المحاكم الفرنسية تعتزم الاحتفاظ برقابة لم تحدد معاييرها بوضوح على الطلاق الصحيح وغير الصحيح ، وهذا ما يؤكده القرار الصادر في ٢٠ حزيران ١٩٧٨ ، فالمحكمة العليا قد بدت أقل استعداداً لقبول الطلاق الرجعي الواقع في الجزائر. ولكن يبدو أن القرار المذكور بصورة خاصة يستند على تفسير خاطىء. إن قابلية الارجاع في الطلاق في الشريعة الاسلامية بعيداً عن دعم ميزات الزوج وتبعية الزوجة تظهر كحاجز ضد تجاوزات الأول وضماناً للثاني. فهو يراعي فترة انتقال تكون فيها العلاقة الزوجية مفككة ولكنها غير مقطوعة بشكلٍ نهائي. إن الطلاق في الشريعة الاسلامية يشبه إلى حد ما الانفصال الجسماني أو التنظيم القضائي لانقضاء الحياة المشتركة في فترة اجراءات الطلاق. فالدور الاصلاحي للقاضي وكذلك مدد التفكير والتأمل التي تفرض أحياناً تنبعث من نفس الالهام. ومن وجهة النظر الغربية فإن الطلاق في الشريعة الاسلامية يعني تماماً الطلاق الذي يمكن الرجوع عنه.

بقي أن نتساءل عما إذا كان النظام العام بهذا الاعتبار قد تدخل فعلاً بأثره المخفف وهل أن المحاكم الفرنسية مستعدة أن توافق على الطلاق الواقع بناء على طلب من الزوج؟ إن احترام الصفة القضائية للطلاق في فرنسا يتطلب

تأخير آثار هذه الواقعة حتى صدور حكم بالطلاق، وتبقى مع ذلك ثمة مشكلة مطروحة تتعلق بمدى السلطة التقديرية للقاضي الفرنسي، ولكن الجمع بين المادة الجديدة ٣١٠ من القانون المدني الفرنسي وقواعد الاختصاص القضائي سوف يقلل كثيراً من الفرص المتاحة للمحكمة الفرنسية في تطبيق الشريعة الاسلامية مباشرة.

٣٣ ـ وإذا كانت فكرة النظام العام في فرنسا تقف حائلاً يمنع تطبيق القانون الأجنبي الذي يحرم الزوجة من هذا الحق لتعارضه مع النظام العام في العراق، ولكن وجود قوانين أخرى شرعية بجانب الشريعة الاسلامية تحرم على الزوج العراقي حق الطلاق بارادته، كما هو عند الكنائس الكاثوليكية، جعل من تطبيق نصوص القانون الأجنبي المتضمنة لحكم مماثل أمر لا يتعارض مع النظام العام في العراق.

٤٠ ـ ومن الجدير بالذكر أن لفكرة النظام العام في العراق دوراً لا يقل أهمية واتساعاً عن الدور الذي للنظام في البلاد التي فيها الزواج مدنياً، إذ يجرى القضاء العراقي على استبعاد القانون الأجنبي الذي تتضمن أحكامه اضراراً بمصلحة المسلمين ولو كانوا من الأجانب فإذا كان الزوج الأجنبي مسلماً فيحق له أن يطلق زوجته حتى لو كان قانون جنسيته يحرمه من الطلاق، لأن تمتع المسلم بالحقوق المقررة في الشريعة الاسلامية أمر يتعلق بالنظام العام.

ولقد ذهبت المادة ٣٢ من القانون العراقي إلى أنه إذا كانت أحكام القانون الأجنبي تخالف مبدأ النظام العام أو الآداب في العراق فيجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

المطلب الثاني ـ الغش نحو القانون
Fraude a la loi

٣٥ ـ ان الزوج الأجنبي يستطيع التوصل الى الطلاق في العراق دون حاجة إلى تغيير جنسيته، أو حتى دون حاجة إلى رفع دعوى التطليق، فهو يستطيع أن يكتفي بمجرد اعتناق الاسلام، وبهذا يمكنه التوصل إلى تطبيق الشريعة الاسلامية بما تتضمنه من أحكام تبيح له طلاق زوجته بارادته المنفردة.

إن حرية الدين والعبادة مكفولة بالقانون وذلك ما هو واقع حقاً في بلادنا إلا أنه لما كان الدين أساساً لتحديد القانون المطبق فإن تغيير الشخص دينه يؤدي إلى اختلاف القانون الذي يطبق عليه في دينه الثاني عنه في دينه الأول. شأنه في ذلك شأن تغيير الجنسية والموطن. وفي الاسلام إذا بدل المسلم دينه كان مرتداً يستحق القتل وفق الأحكام التي نص عليها الفقهاء. ومن الأحكام التي لها علاقة بالقانون، أن ارتداد أحد الزوجين ينجم منه فسخ النكاح في الحال فتحرم عليه زوجه ويحرم عليها وتنقطع بينهما العلاقة الزوجية[٣٣]. أما الأولاد فإنهم يتبعون أشرف الأبوين ديناً وهو المسلم منهما، أما إذا ارتدا لأحدهما لم تكن لأحدهما على أولادهما ولاية لأن الكافر لا يلي المسلم وأعطاهم القاضي للمسلم ممن له الحضانة أو الولاية بعد الأبوين، ومن آثار هذا أن ينقطع في المرتد الاختصاص التشريعي فلا تعود الشريعة الاسلامية قانونه الذي يطبق في أحواله الشخصية أما إذا أسلم غير المسلم فإنه يكون مسلماً كسائر المسلمين ويدخل في شريعتهم. ومن ذلك أن يكون طلاق زوجته بيده وأنه يصح أن يتزوج من الكتابية ولا يفسخ نكاحه من زوجته إذا كانت كتابية لم تتبعه في الاسلام.

هذا وفي قرار لمحكمة التمييز العراقية رقم ١١٥١ / شخصية / ١٩٧٠

---

(٣٣) محكمة التمييز العراقية رقم ١٩١ / هيئة عامة ثانية ١٩٧٤ في ١ / ٢ / ١٩٧٥ والقرار رقم ٣٦٧٠ / شرعية / ١٩٧٠ في ١٣ / ٣ / ١٩٧١ النشرة القضائية، العدد الأول ـ السنة الثانية.

في ٢٥ / ٦ / ١٩٧٠ رفضت المحكمة الخوض في مسألة اشهار الاسلام وابطاله حينما رفعت أم انكليزية الدعوى أمام المحكمة لابطال إشهار اسلام ابنتها أولاً ولابطال الزواج لأن ابنتها القاصرة بموجب القانون الانكليزي لم تستحصل موافقة الولي (الأم) وخلاصة القضية هو أن فتاة انكليزية متوطنة مع أمها في العراق وكانت بعمر (١٢) سنة أعلنت اسلامها وتزوجت من عراقي مسلم أمام المحكمة الشرعية في بغداد.

هذا وتجدر الاشارة إلى أن محكمة التمييز العراقية في قرارها ١٠٠٩ / ١٩٦٩ في ٦ / ١٢ / ١٩٦٩ قد ذهبت الى «أن الاعتقاد الديني مسألة نفسانية لا يمكن للجهة القضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجية». ولكن بالرغم من ذلك فعلى المحكمة في رأينا أن تحاول التقليل من فرص التحايل الذي يهدف إليه الافراد من تغيير دياناتهم. ففي حالة تغيير الدين بالنسبة لغير المسلمين فإن الجهة الدينية الجديدة في اعتقادنا لها الحق في أن تستوثق من جدية الطلب وصدوره عن نية سليمة قبل قبول الفرد في الطائفة التي تتبعها وعلى المحكمة أن تخول هذه الجهة الدينية الغاء انضمام الشخص إليها بعد قبوله فيما لو تبين بعد ذلك أن انضمامه إليها قد انطوى على الغش والتحايل. إن الغش قد تم بالفعل منذ اللحظة التي غير فيها الشخص ديانته إلى الاسلام تحقيقاً لمآربه الخاصة وهو تغيير يسمح به، بل يباركه القضاء نفسه[٣٤].

ولعل الأفضل من هذا كله في رأينا هو السماح للقاضي بعدم الاعتداد بهذا التغيير ابتداء فيما لو تبين من ظروف الحال ما يقطع بأن هذا التغيير يهدف

---

(٣٤) وقد تواتر في قضاء محكمة النقض المصرية القول كذلك بأن «الاعتقاد الديني مسألة نفسية محضة لا يجوز لأي جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الرسمية». انظر البحث القيم المقدم من قبل الدكتور حسام الدين الأهواني الموسوم «بالاتجاهات الحديثة لمحكمة النقض في سبيل الحد من الغش في تغيير العقيدة» مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الأول ـ السنة ١٥ ـ نيسان ١٩٧٣ ـ ص ٧٢.

إلى التحايل على القانون بدلاً من حرمان القاضي من حق التصدي للنوايا والبواعث في هذا المجال والاكتفاء بما هو سائر بمجرد منع الشخص من الارتداد عن الاسلام بعد أن حقق مآربه الخاصة كاملة.

٣٦ ـ ان استخدام فكرة النظام العام لحماية المسلمين لم يعد له محل فيما لو كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج إذ يتعين في هذه الحالة تطبيق القانون العراقي استثناء من القاعدة العامة التي وردت في شأن القانون الواجب التطبيق على انقضاء الزواج، وهذا ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة التاسعة عشر من القانون المدني العراقي «إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج. يسري القانون العراقي وحده». ومن الملاحظ أن العقبات التي تعترض تحقيق غرض المشرع من هذا القيد في آثار الزواج هي نفسها في حالة انقضاء الزواج. فحين يغير الزوج، عراقي الجنسية، جنسيته قبل رفع الدعوى، فإن القاضي يكون في مواجهة أجنبيين، ومع ذلك فإنه يطبق عليهما القانون العراقي، وبذلك ينتفي الغرض من هذا الاستثناء، ولا وجه للحماية في هذه الحالة. كما قد تنعكس الحالة فيما لو كانت الزوجة عراقية وقت رفع الدعوى، لأنها حصلت على الجنسية العراقية بعد زواجها، ومع ذلك فإنها لا تخضع للقانون العراقي لأنها لم تكن عراقية وقت الزواج.

ولعل الأفضل من هذا كله هو النص على أن يكون الزوج عراقياً وقت انعقاد الزواج أو عند رفع الدعوى، ليكون خاضعاً لأحكام القانون العراقي.

الخلاصـــة

Conclusion

٣٧ ـ بينا في بحثنا اتجاه المشرع العراقي في الأخذ بقانون الجنسية عند الحكم على انقضاء الزواج. ولقد وضحنا عيب هذا الاتجاه لأنه يؤدي كما قلنا إلى عدم احترام الحقوق المكتسبة للزوج الآخر الذي يرتبط بالزواج على أساس حكمه بقانون معين. لأن مجرد تغيير الزوج لجنسيته بعد الزواج يؤدي إلى تغيير القانون المختص وتطبيق قانون آخر هو قانون جنسية الزوج الجديدة.

وحفظاً للحقوق المكتسبة وقت الزواج ولتحقيق العدالة يفضل الأخذ بقانون الجنسية المشتركة للزوجين، كما وأن تطبيق قانون الزوج وقت انعقاد الزواج في حالة عدم وجود الجنسية المشتركة هو الأفضل لكل من الطرفين في رأينا.

٣٨ ـ ومن الملاحظ أن تطبيق قانون جنسية الزوج في العراق مقيد بقيدين كما ذكرنا وهو فيما إذا كان أحد الطرفين يحمل الجنسية العراقية وقت الزواج، فالعبرة بالقانون العراقي وحده، ولعل الأفضل في رأينا النص على أن يكون الزوج عراقياً وقت الزواج أو عند رفع الدعوى ليكون خاضعاً لأحكام القانون العراقي.

أما القيد الثاني وهو إذا كانت أحكام القانون الأجنبي تخالف مبدأ النظام العام أو الآداب فيجب استبعاد القانون الأجنبي، ولعل من المفيد ولغرض استبعاد الغش نحو القانون، السماح للقاضي بعدم الاعتداد بتغيير الدين فيما لو تبين من ظروف الحال ما يقطع بأن هذا التغيير يهدف إلى التحايل على القانون.

المراجع

أ ـ باللغة العربية:

١ ـ د. أحمد الكبيسي «الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون» مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٧٢.

٢ ـ د. أحمد الخطيب ود. أحمد الكبيسي ود. محمد عباس السامرائي «شرح قانون الأحوال الشخصية»، كلية القانون والسياسية، بغداد، ١٩٨٠.

٣ ـ د. أحمد مسلم «موجز القانون الدولي الخاص المقارن» دار النهضة بيروت ـ ١٩٦٦.

٤ ـ د. أدمون نعيم «الموجز في القانون الدولي الخاص» ١٩٦٧.

٥ ـ حامد مصطفى «مبادىء القانون الدولي الخاص» الطبعة الثانية بغداد، ١٩٧٠.

٦ ـ د. حسن الهداوي «تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص» الطبعة الثانية، بغداد، ١٩٧٢. وكذلك «القانون الدولي الخاص / القسم الثاني وزارة التعليم العالي ١٩٨٢».

٧ ـ د. جابر جاد عبد الرحمن «القانون الدولي الخاص العربي» جامعة الدول العربية، ١٩٦٠.

٨ ـ د. عبد الحميد أبو هيف «القانون الدولي الخاص في أوربا ومصر. القاهرة ١٩٦٢.

٩ ـ د. عبد الواحد كرم «الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي» مطبعة المعارف بغداد، ١٩٧٩.

١٠ ـ د. عز الدين عبد الله «القانون الدولي الخاص» القاهرة، ١٩٧٢.

١١ ـ د. فؤاد رياض «مبادىء القانون الدولي الخاص»، القاهرة، ١٩٦٩.

١٢ ـ د. محمد كمال فهمي «أصول القانون الدولي الخاص» الطبعة الثانية ـ الاسكندرية ـ ١٩٧٨.

١٣ ـ د. ممدوح عبد الكريم حافظ «القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن» الطبعة الثانية ـ بغداد ـ ١٩٧٧.
١٤ ـ د. منصور مصطفى منصور «مذكرات في القانون الدولي الخاص»، ١٩٥٦، ١٩٥٧.
١٥ ـ د. هشام علي صادق «تنازع الاختصاص القضائي» الاسكندرية ـ ١٩٧٠.

ب ـ المراجع الفرنسية

١ ـ الكتب:

1 - Arminjon "Précis de droit international privé. Paris, 1948.
2 - Batiffol "Droit international privé. Paris, 1974.
3 - Niboyet "Manuel de droit international privé. 1928.
4 - Bartin "Principes de droit international prive. Tomesl etll. Paris. 1930.
5 - Bourel "Les conflits de lois en matiere d 'obligations extra - Contractuelles. thèse, Paris. 1961.
6 - Lucas - louis "La distinction du fond et de la forme dans le reglement de conflits de lois. Maury. t.II 1938.

٢ ـ المجلات:

1 - Revue critique de droit international privé. Paris 1966.
2 - Revue critique de droit international privé. Paris 1981.