جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة كربلاء
كلية القانون

المركز القانوني للمرأة في الزواج المختلط

(دراسة مقارنة)

أطروحة تقدمت بها

الطالبة

رجاء حسين عبد الأمير

إلى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص

بإشراف

الأستاذ الدكتور

حسن علي كاظم

١٤٤١ هـ ٢٠٢٠ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

((يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيرًا وَنِسَاءً ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا))

صدق الله العظيم

سورة النساء

الآية(1)

الإهداء

إلى من ضحت ولا تزال مستعدة للتضحية من أجل سعادتي ، إلى من حقنت هذا القلم حبراً من صبرها وعطائها وتشجيعها لي حتى أصبحت قادرةً على الكتابة، إلى من تراني بقلبها قبل عينيها ، إلى الوحيدة في قلبي ، إلى أمي الغالية .

إلى ذلك الصرح الشامخ في قلبي ، إلى من كان نجاحي في الحياة هدفه، إلى من أتمنى أن أتمكن من رد اليسير من فضله، إلى أبي الغالي .

إلى من هو سندي في الحياة، إلى نور عيوني ، إلى شقيقي الغالي جواد .

أهدي هذا الجهد المتواضع .

الباحثة

شكر وعرفان

الحمد لله على نعمة والصلاة والسلام على رسوله وآله المنتجبين، سبحانه أنزل القرآن خلق الإنسان علمه البيان، ميزه عن كثير من المخلوقات بنعمة العقل، فله الحمد والشكر كله لتوفيقه لي بإنجاز هذا العمل.

قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم (من لا يشكر الناس لا يشكر الله) صدق رسول الله.

وانطلاقاً من ذلك الحديث النبوي الشريف لا يسعني وأنا أنهي هذا العمل المتواضع إلا أن أتقدم بفائق الشكر والعرفان لأستاذي المشرف على رسالتي الأستاذ الدكتور حسن علي كاظم لتفضله بقبول الإشراف على أطروحتي وتجشمه عناء المتابعة والتوجيه والإرشاد لي، وكان لملاحظاته ومتابعته الأثر الكبير في ظهور البحث بالصورة التي عليها الآن، فجزاه الله عني خير جزاء المحسنين وأمدّه الله بطول العمر والصحة الدائمة.

كما يتحتم عليّ أن لا أنسى الجهود المخلصة التي بذلها الأساتيذ الكرام في كلية القانون / جامعة كربلاء ممثلة بالسيد العميد والسادة أعضاء الهيئة التدريسية.

وكما أتقدم بفائق الشكر والعرفان لكل من مد لي يد العون والمساعدة وأخص منهم د. نعمان الإبراهيمي ، د. وائل بندق من جمهورية مصر العربية لمساعدتهم لي بالكثير من

المصادر، وشقيقي الغالي جواد حسين وجميع من ساندني مادياً ومعنوياً لإتمام هذه الأطروحة.

كما أتقدم بفائق الشكر والتقدير إلى السادة المقومين ، اللغوي والعلمي، وإلى رئيس وأعضاء لجنة المناقشة المحترمون، لتفضلهم بقبول مناقشة الأطروحة، وإبداء ملاحظاتهم القيمة لاستدارك أي خلل فيها لجعلها بالمستوى المطلوب.

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر الجزيل لجميع موظفي مكتبة جامعة كربلاء لما أبدوه لي من عون ومساعدة دعائي للجميع بالتوفيق.

الباحثة

المحتويات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	١-٥
الباب الأول/المركز القانوني للمرأة في ظل تنازع القوانين المتعلقة بالزواج المختلط	٦-١١٢
الفصل الأول/الزواج المختلط الصحيح	٦-٥٧
المبحث الأول / تكوين الزواج المختلط	٧-٣٠
المطلب الأول / المرحلة السابقة على تكوين الزواج المختلط	٨-١٥
الفرع الأول / تنازع القوانين بشأن الخطبة	٩-١٢
الفرع الثاني / آثار العدول عن الخطبة	١٣-١٥
المطلب الثاني / مرحلة انعقاد الزواج المختلط	١٦-٣٠
الفرع الأول / تنازع القوانين بشأن الشروط الموضوعية	١٦-٢٦
الفرع الثاني/ تنازع القوانين بشأن الشروط الشكلية	٢٧-٣٠
المبحث الثاني / آثار الزواج المختلط	٣٠-٥٧
المطلب الأول / أثر الزواج المختلط على الحالة العامة للمرأة	٣١-٤٤
الفرع الأول / جنسية المرأة المكتسبة بالزواج المختلط	٣٢-٣٨
الفرع الثاني / شروط اكتساب الجنسية بالزواج المختلط	٣٩-٤٤
المطلب الثاني / أثر الزواج المختلط على الحالة الخاصة للمرأة	٤٥-٥٧
الفرع الأول / الآثار الشخصية للزواج المختلط	٤٥-٤٩
الفرع الثاني / الآثار المالية للزواج المختلط	٥٠-٥٧
الفصل الثاني / المركز القانوني للمرأة في الزواج المختلط الباطل	٥٨-١١٢
المبحث الأول / مفهوم الزواج المختلط الباطل	٦٠-٨٤

المطلب الأول / التعريف بالزواج المختلط الباطل	٦٠-٦٨
الفرع الأول / تعريف الزواج المختلط الباطل	٦١-٦٤
الفرع الثاني / صور الزواج المختلط الباطل	٦٤-٦٨
المطلب الثاني / قواعد التنازع التي تحكم الزواج المختلط الباطل	٦٨-٨٤
الفرع الأول / دور قواعد الإسناد في تكوين الزواج المختلط الباطل	٦٨-٧٨
الفرع الثاني / دور قواعد الإسناد في حل الزواج المختلط الباطل	٧٩-٨٤
المبحث الثاني / أحكام جنسية أبناء الأم العراقية في المناطق المحررة	٨٤-١١٢
المطلب الأول / أحكام جنسية أبناء الأم العراقية الشرعيين	٨٥-٩٩
الفرع الأول / إثبات نسب الأبناء الشرعيين	٨٦-٩٤
الفرع الثاني / حق المرأة في منح جنسيتها لأبنائها الشرعيين	٩٥-٩٩
المطلب الثاني/ أحكام جنسية أبناء الأم العراقية غير الشرعيين	٩٩-١١٢
الفرع الأول/ نسب أبناء المرأة غير الشرعيين	١٠١-١٠٥
الفرع الثاني / حق المرأة في منح جنستها لأبنائها غير الشرعيين	١٠٥-١١٢
الباب الثاني / الأختصاص التشريعي لإنحلال الرابطة الزوجية	١١٣-٢١٢
الفصل الأول/ تنازع القوانين بشأن إنحلال الرابطة الزوجية	١١٤-١٥٦
المبحث الأول / إشكاليات تنازع القوانين بشأن إنحلال الرابطة الزوجية	١١٤-١٣٢
المطلب الأول / القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية	١١٦-١٢٣
الفرع الأول / القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية بالطلاق	١١٧-١٢٠
الفرع الثاني / القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية بالتفريق	١٢٠-١٢٣
المطلب الثاني/ إشكاليات تطبيق قانون جنسية الزوج على المركز القانوني للمرأة	١٢٣-١٣٣
الفرع الأول/ الأخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة	١٢٤-١١٣٠

الفرع الثاني / المساس بالحقوق المكتسبة المرأة	١٣٠-١٣٢
المبحث الثاني/ ضوابط الإسناد البديلة لقانون جنسية الزوج	١٣٢-١٥٦
المطلب الأول / قانون الإرادة كضابط إسناد	١٣٣-١٤٥
الفرع الأول/ مضمون قانون الإرادة كضابط إسناد	١٣٤-١٣٩
الفرع الثاني / إعمال قانون الإرادة	١٣٩-١٤٥
المطلب الثاني / منهج الحل الوظيفي كضابط إسناد	١٤٥-١٥٦
الفرع الأول / مضمون منهج الحل الوظيفي	١٤٦-١٤٩
الفرع الثاني / أثر منهج الحل الوظيفي على قاعدة الإسناد الخاصة بإنحلال الرابطة الزوجية	١٤٩-١٥٦
الفصل الثاني / قواعد الإسناد الحاكمة لآثار إنحلال الرابطة الزوجية	١٥٧-١١٢
المبحث الأول / الآثار المالية المترتبة على إنحلال الرابطة الزوجية	١٥٨-١٨٧
المطلب الأول / نفقة المرأة المطلقة	١٥٩-١٧١
الفرع الأول / النفقة المؤقتة	١٦٠-١٦٦
الفرع الثاني / نفقة العدة	١٦١-١٧١
المطلب الثاني/ القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية الناشئة عن الطلاق التعسفي	١٧١-١٨٧
الفرع الأول / تكييف الطلاق التعسفي	١٧٢-١٨٠
الفرع الثاني / التعويض عن الطلاق التعسفي	١٨١-١٨٧
المبحث الثاني / مركز المرأة القانوني في نزاعات دعوى الحضانة	١٨٨-٢١٢
المطلب الأول / الحضانة في الزواج المختلط	١٨٩-٢٠٢
الفرع الأول / الحق في الحضانة	١٩٠-١٩٨
الفرع الثاني / التكييف القانوني للحضانة	١٩٩-٢٠٢
المطلب الثاني / الاختصاص التشريعي للحضانة	٢٠٢-٢١٢

الفرع الأول / تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة	٢٠٣-٢٠٦
الفرع الثاني / الحلول التشريعية المقترحة	٢٠٣-٢١٢
الخاتمة:	٢١٣-٢١٨
المصادر:	٢١٩-٢٤١

المستخلص

قواعد الإسناد المتعلقة بالزواج المختلط، بدأ من القواعد المتعلقة بأبرام عقد الزواج، وما يترتب عليه من آثار، مروراً بإنحلال الرابطة الزوجية وما يتعلق بها من آثار، وحتى فيما يتعلق بالواجبات بين الآباء والأمهات، لم تراعي جانب المرأة، على الرغم من الرابطة الزوجية تقتضي مراعاة مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وهذا المبدأ كرسته الشريعة الإسلامية، التي راعت جانب المرأة في الرابطة الزوجية، بل جعلتها في مركزٍ متميزٍ، وما كانت القوامة إلا تشريفاً للمرأة، كما كرسه الدستور العراقي والأتفاقيات الدولية التي أنضم إليها العراق، فالمبدأ الدستوري الخاص بالمساواة بين الرجل والمرأة، يقتضي عدم التمييز بينهما في الحقوق، فضلاً عن ذلك قواعد الإسناد المتعلقة بالزواج المختلط نتيجة ما تتمتع به من جمود وحيادية، ليست قادرة على مواجهة الإشكاليات التي تواجهها المرأة، وبالأخص خلال النزاعات المسلحة التي تلقي بظلالها على المرأة كونها الطرف الأكثر تعرضاً للضرر، نتيجة ما تمارسه الجماعات الإرهابية الأجنبية ضد النساء من زواج قسري وأغتصاب وولادات مجهولة، وبما أن قواعد الإسناد قواعد قانونية، فبات من اللازم أن يلقي التطور الحاصل في الفكر القانوني بظلاله عليها، فكما هو معلوم أن القواعد القانونية تمثل انعكاساً للواقع الأجتماعي في المجتمعات، والواقع والتطور الحاصل يقتضي التخلي عن المنهج التقليدي لقواعد الإسناد، التي ينظر إليها بأنها قواعد غير مباشرة صماء مهمتها الإرشاد للقانون الواجب التطبيق بغض النظر عن عدالتها، والنظر إليها بأعتبارها قواعد قانونية مادية تنظم المجتمعات، وتؤدي وظائف وغايات، وكونها قواعد قانونية تخضع للرقابة الدستورية للقوانين، متى ما كانت تشكل خرقاً للمبدأ الدستوري الخاص بالمساواة بين الرجل والمرأة، إن بلوغ هذا الهدف يقتضي اتباع المنهج المقارن الذي سنركز من خلاله على دراسة الموضوع في تشريعات مقارنة تنتمي إلى نظم قانونية مختلفة، فقد عقدنا مقارنة بين القانون الأمريكي و القانون الألماني والعراقي فضلاً عن الفقه الإسلامي ومواقف الفقه القانوني والقضاء.

المقدمة

سنحاول من خلال هذه المقدمة إعطاء تصور أولي عن موضوع هذه الدراسة وكما يأتي:-

أولاً / أهمية موضوع البحث:-

للبحث في موضوع المركز القانوني للمرأة في الزواج المختلط أهمية كبيرة، وتبدو أهميته من الزاويتين الواقعية والقانونية، فمن الناحية الواقعية هناك الكثير من عقود الزواج ذات الطابع الأجنبي، خاصة في ظل تقدم المجتمعات والدول، وتطور وسائل الاتصال الحديثة، وما صاحب الثورة التكنولوجية من كسر لكل الحدود بين الدول، فأصبح العالم كله قرية صغيرة، أما من الناحية القانونية التي هي محور دراستنا، فعلى الرغم من أن قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، تناولت تحديد القانون الواجب التطبيق على الزواج، بدءً من انعقاده وحتى إنحلاله وآثاره، إلا أنها لم تكن منصفه للمرأة في مجموعها، على الرغم من أن ما يتعلق بالزواج والطلاق ما يترتب عليه من آثار، تعد الشريعة الإسلامية هي المصدر الأول لها، لذلك جاء قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل منسجما معها في عدم التمييز بين الرجل والمرأة، فلما لا تكون قواعد الإسناد الحاكمة لمسائل الزواج والطلاق وما يترتب عليها من آثار مكرسة لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، طالما الشريعة الإسلامية لم تميز بينهما، من جهةٍ أخرى دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ نص بصورة صريحة في المادة (٢/أ)، على أن الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع، فلا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام، ومبدأ عدم التمييز بين الجنسين من مبادئ وثوابت أحكام الإسلام.

مع الإشارة أن دراستنا تنصب على استظهار مركز المرأة القانوني في ظل تلك القواعد، للوقوف على مدى إنسجام قواعد الإسناد مع المبادئ الدستورية، ومنها مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، ومدى مراعاتها لمصلحتها وحقوقها، وبعبارة اخرى أين وضع المشرع العراقي المرأة بالنسبة للرجل؟ ومدى تحقق المساواة بينهما في ظل هذه القواعد؟ فهل وفر لها المشرع مركزاً متميزاً؟ كذلك وضع المرأة في الزواجات، التي تمت في المناطق التي سيطر عليها (إرهابيو داعش الأجانب) ومن

قبله (تنظيم القاعدة الإرهابي)، الذين تزوجوا النساء بناءً على فتوى فاسدة أو عمليات الاغتصاب، فهل نجد معالجات في المنظومة التشريعية العراقية لإشكاليات هذا الزواج، توفر الحماية للمرأة وتصون كرامتها وحقوقها؟ وهل قواعد الإسناد الواردة في المنظومة التشريعية العراقية قادرة على معالجة هذا الزواج وما ينشأ عنه من إشكاليات بصورة معززة لمركز المرأة بحيث لا تكون في مركزٍ منقوصٍ؟.

ولا بد من الإشارة أن الباحثة استخدمت مصطلح المرأة، حتى نستوعب موضوع الرابطة الزوجية بدءً من مقدماته، التي لا تكون فيه المرأة بمركز زوجة، وكذلك قبل أنعقاده فصحة الشروط الموضوعية للزواج تبحث قبل انعقاد الزواج، وكذلك في حالة إنحلال الرابطة الزوجية بعد مضي المدة المحددة للعدة الشرعية، فضلاً عن الزواج الباطل.

ثانياً / نطاق البحث:-

يتحدد نطاق البحث في موضوع (المركز القانوني للمرأة في الزواج المختلط)، من خلال تسليط الضوء على قواعد الإسناد الخاصة بالزواج، من حيث انعقاده وما يترتب عليه من آثار، سواءً كان زواجاً صحيحاً أم باطلاً، وكذلك قواعد الإسناد الخاصة بإنحلال الرابطة الزوجية وما يترتب عليه من آثارٍ، مع الإشارة إلى أننا نبحث في تلك القواعد لأستظهار المركز القانوني للمرأة، فهل وفر لها المشرع مركزاً متميزاً في مقابل مركز الرجل، أم لا بد من تعزيز مركزها القانوني؟.

ثالثًا/ أسباب أختيار الموضوع:-

تكمن أهمية الموضوع، في تعزيز مركز المرأة وفقاً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، والأبتعاد عن المفهوم التقليدي لقواعد الإسناد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية الراسخ في النصوص القانونية الواردة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١المعدل، وتبني قواعد إسناد تكون أكثر مرونة وحيادية تنسجم مع المبدأ الدستوري الخاص بالمساواة بين الرجل والمرأة، فضلاً عن تحقيق وظائف قواعد الإسناد، ويمكن أن نلخص الأسباب التي دفعتنا لدراسة هذا الموضوع نقطتين.

١. أثراء ساحة القانون الدولي الخاص بدراسات معمقة مفصلة تتولى وضع حلول تفصيلية لهذه الإشكالية، فالمركز القانوني للمرأة في الزواج في ظل قواعد الإسناد، لم يلقى أهتمام التشريعات وحتى ساحات القضاء، إلا في وقت متأخر، بسبب المفهوم التقليدي لقواعد الإسناد، بأنها قواعد إرشادية لا تتضمن حكماً مادياً، وإنما مهمتها الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق، دون النظر في مدى ملائمة هذا القانون للواقع والعدالة والمساواة بين طرفي النزاع، والحيادية بين الرجل والمرأة، وبالتالي لا تكون محلاً لرقابة القضاء على مدى دستوريتها، بخلاف المفهوم الحديث لقواعد الإسناد، بأنها قواعد تهدف إلى تحقيق العدالة المادية لا الشكلية كما هو سائد في المفهوم التقليدي، وبالتالي ضرورة أن تكون قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية منسجمة مع المبدأ الدستوري الخاص بالمساواة بين الرجل والمرأة، فضلاً عن ذلك لا بد من التخلص من جمود قواعد الإسناد، لإيجاد حلول تتلائم مع وظيفة وغاية قاعدة الإسناد، فالحياة العملية وخاصة فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية في تطور مستمر، وهو ما يقتضي أن تكون المعالجات القانونية بمستوى هذا التطور الحاصل في العلاقات عبر الحدود، من خلال تعديل المشرع للنصوص القانونية الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية، لا سيما ما نقترحه قد تبنته القوانين محل المقارنة، القانون الأمريكي القانون الألماني، فضلاً عما كرسه القضاء في كلا النظاميين.

٢. له أهمية بالنسبة للمرأة العراقية، التي تعرضت لأقسى أنواع العنف الجنسي والأستعباد من قبل (إرهابي داعش الأجانب) ومن قبله (تنظيم القاعد الإرهابي)، وما نتج عن ذلك نساءً لا يعرفن مصيرهن، هل هن زوجات لهؤلاء أم ماذا؟، وكيف لهن الخلاص من زواج يشكل لهن العار والخطر؟، فضلاً عن ما خلفته تلك المجاميع الإرهابية من أولاد شرعيين وغير شرعيين، لا يوجد لديهن ما يثبت هويتهم.

رابعاً / إشكالية البحث:-

تتمثل أشكالية البحث في المركز القانوني للمرأة في الزواج المختلط بالآتي:

١- مما يلاحظ أن المشرع العراقي بموجب قواعد الإسناد الواردة في المادة (١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، وسع من تبني ضابط إسناد جنسية الزوج، سواءً فيما يتعلق بشروط إنعقاد الزواج أو بأثاره، وبمسائل إنحلال الرابطة الزوجية، وما يترتب عليها من آثار، وما يخص الواجبات بين الاولاد والآباء من حضانة وغيرها من الواجبات، وهذا بلا شك يشكل تمييزاً ضد المرأة، إذ يخرق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، ويمس بحقوقها المكتسبة، فضلاً عن ذلك أن الفقرة الخامسة التي تقضي بسريان القانون العراقي على كل ما يتعلق بالزواج المختلط، لا يمكن الركون إليها، لأن لو كانت المرأة عراقية، ليس بالضرورة قانون جنسيتها يحقق مصالحها ويحمي حقوقها، لذلك لا بد من البحث عن ضوابط إسناد تكون محايدة ولا تشكل تمييزاً ضد المرأة، وتحقق الهدف والغاية من قواعد الإسناد المتمثلة بالمحافظة على توقعات الأطراف وتحقيق العدالة.

٢- ما يتعلق بمشكلة النساء اللواتي تم اغتصابهن، والزيجات التي تمت في تلك المناطق التي سيطر عليها إرهابيو داعش الأجانب، منها ما كانت صحيحة والبعض باطلة لتخلف شروطها الشرعية، وما نتج عن ذلك من أولاد شرعيين وغير شرعيين، كيف يمكن التعامل مع هذه الزيجات وتلك الولادات، إذ سيظهر جيل يشكل خطراً على البلاد، فهل قواعد الإسناد كافية لمعالجة تلك الزيجات، وما مدى حق الأم العراقية في الأفاضة بجنسيتها على أولادها، من أجل تعزيز مركز المرأة وصيانة حقوقها، ومن جهة رفع تهمة الزنا عن تلك النساء اللواتي استغلهن التنظيم الإرهاب أبشع أستغلال.

خامساً / منهجية البحث:-

خير منهج نراه جديراً في بحث موضوع المركز القانوني للمرأة في ظل الزواج المختلط، هو المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، من خلال أستعراض النصوص وتحليلها، ومدى نجاعة تلك النصوص والأخذ بها، وهل تعد كافية أم نحن بحاجة لإيجاد نصوص جديدة؟، كذلك الأستعانة

بالدراسة المقارنة، نظراً لما تتطلبه طبيعة الموضوع من متابعة التطورات التي لحقت المركز القانوني للمرأة في ظل الزواج المختلط، لا سيما في القانون الأمريكي والقانون الألماني، فضلاً عن موقف الفقه الإسلامي.

سادساً / خطة البحث:-

ستكون الدراسة موزعة على بابين، وقد أعتمدنا فيهما على التقسيم الثنائي، وحسب الآتي:

نظم البحث على وفق خطة مكونة من بابين، الباب الأول يتضمن المركز القانوني للمرأة في ظل تنازع القوانين المتعلقة بالزواج المختلط، يقسم إلى فصلين، الفصل الأول يتضمن الزواج المختلط الصحيح، من مرحلة تكوين الزواج المختلط، بدءاً من المرحلة السابقة على تكوين الزواج المختلط، وانعقاده وما يترتب عليه من آثار، وفي الفصل الثاني سوف نبحث المركز القانوني للمرأة في الزواج المختلط الباطل، من حيث صور الزواج، دور قواعد الإسناد في تكوين الزواج المختلط الباطل، أحكام الجنسية للولادات المرأة، وحق المرأة في منح جنستها لولاداتها الشرعية وغير الشرعية، أما الباب الثاني، فسيكون على فصلين، نتناول في الفصل الأول، المركز القانوني للمرأة في إنحلال الرابطة الزوجية، وإشكاليات تنازع القوانين بشأنها، من حيث الأخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، والمساس بمصلحة المرأة وحقوقها المكتسبة، وضوابط الإسناد البديلة لقانون جنسية الزوج، وفي الفصل الثاني نبحث قواعد الإسناد الحاكمة لآثار إنحلال الرابطة الزوجية، سواءً كانت آثاراً شخصية أو آثاراً مالية، والحلول التشريعية المقترحة لكليهما.

الباب الأول

المركز القانوني للمرأة في ظل تنازع القوانين المتعلقة بالزواج المختلط

نتيجة تقدم المجتمعات والدول وفي ظل وسائل الأنتقال الحديثة، التي كسرت الحدود بين الدول أصبح العالم قرية صغيرة، مما أدى إلى نشوء وتطور العلاقات الدولية الخاصة، وأتجاه العالم نحو الأنفتاح الاقتصادي، فلم يقتصر نشاط الفرد على الدولة التي ينتمي إليها الفرد بجنسيته، بل أمتد إلى دول أخرى، لا سيما بعد أنتشار الهجرة وأنتقال الأفراد من دولهم والأستقرار في دول أخرى، ودخولهم في علاقات تتضمن عنصر أجنبي وفي مجالات متعددة خاصة الزواج، الأمر الذي أدى إلى نشوء روابط قانونية.

وأصبح الزواج المختلط حقيقة لا يمكن تجاهلها، فلم يعد من المستغرب زواج عراقي من المانية، أو زواج الماني من أمريكية، وكان من المنطقي إخضاعه، إلى قواعد تتفق مع طبيعته، لا سيما أن الزواج المختلط من أكثر العلاقات القانونية، التي تحدد مركز الشخص في أسرتهِ، وخاصة مركز المرأة القانوني في ظل تنازع القوانين المتعلقة بالزواج، كون دراستنا ستكون من جانب المرأة، ولعل تأثر المركز القانوني للمرأة من حيث كونه متميزٍ أو غير متميزٍ، متساوي مع مركز الرجل أو غير متساوي، ينبع من أختلاف مفهوم الزواج بإختلاف نظرة الدول والأنظمة القانونية له.

ومن جانب أخر تثار مسألة الزواج الباطل، الذي تم بناءً على فتوى فاسدة، وحالات النساء اللواتي تم إغتصابهن من قبل الجماعات الإرهابية ذات الجنسيات المختلفة.

ولغرض بيان المركز القانوني للمرأة في كلا نوعي الزواج، الزواج المختلط الصحيح، والزواج المختلط الباطل، وما يترتب عليهما من آثارٍ، سوف نقسم هذا الباب إلى فصلين، نتناول في الفصل الأول الزواج المختلط الصحيح، ونتناول في الفصل الثاني الزواج المختلط الباطل.

الفصل الأول

الزواج المختلط الصحيح

الزواج المختلط عقد يربط بين رجل وامرأة كلٌ منهما من جنسيتين مختلفتين، أو عقد بين رجل وأمرأة لا يتحدان بالتبعية السياسية، إذ يكون الرجل ألماني والمرأة عراقية والعكس، أو يكون الرجل ألمانياً والمرأة أمريكية، أو هو عقد بين رجل وأمرأة، كلٌ منها من جنسية مختلفة عن الآخر، تحل له شرعاً غايته إنشاء الحياة المشتركة والنسل.

ولكي يكون الزواج المختلط صحيحاً، يجب أن يكون مستكملاً لشروطه الموضوعية والشكلية، الذي تكون فيه الزوجة كاملة الأهلية أو ناقصة الأهلية، ويسبق عقد الزواج مرحلة يطلق عليها مقدمات الزواج التي تتمثل بالخطبة، كما يترتب على ذلك الزواج آثاراً، تارةً تكون مالية وأخرى شخصية، ولابد من القول إننا لا نبحث في قواعد الإسناد، للتوصل للقانون الذي يحكم هذا الزواج، وإنما لغرض أستظهار المركز القانوني للمرأة في ظل هذه القواعد، ومدى مساواتها مع الرجل من عدمه، ومدى ملاءمة قواعد الإسناد المتعلقة بالزواج المختلط من حيث انعقاده وآثاره، لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، الذي تضمنه دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، وكذلك لقانون الجنسية العراقي النافذ رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، الذي أقر مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، فهل من اللازم أن تكون قواعد الإسناد منسجمة ومتلائمة مع هذا المبدأ، فضلاً عن ذلك القواعد الحاكمة للزواج وما يترتب عليه من آثارٍ الواردة في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، جاءت منسجمة مع مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة وفي مواطن عده نجدها تعزز مركز المرأة، ذلك المبدأ الذي أرستهُ الشريعة الإسلامية منذ قرون، التي جاءت لتوظف دون أن تفضل بين الرجل والمرأة.

وعلى هذا سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الاول تكوين الزواج المختلط، ونتناول في المبحث الثاني آثار الزواج المختلط.

المبحث الأول

تكوين الزواج المختلط

الزواج كرابطة مشتركة بين الرجل والمرأة لا يتم دفعةً واحدةً، فهناك مرحلة تمهيدية تسبق انعقاد الزواج تتمثل بالخطبة، وهي تعدُ مرحلة وسطى بين التفكير في الزواج ومرحلة إبرام العقد، فما هو مركز المرأة في هاتين المرحلتين، المرحلة التمهيدية أي المرحلة السابقة على تكوين الزواج، ومرحلة انعقاد الزواج، فهل تمتع المرأة في هذه المرحلة بمركزٍ متميزٍ في ظل قواعد الإسناد المتعلقة بها، وهل تمتع المرأة بمركزٍ مساوي لمركز الرجل، ومن أجل الإجابة عن هذه الأسئلة، سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول المرحلة السابقة على انعقاد الزواج المختلط، ونتناول في المطلب الثاني مرحلة انعقاد الزواج المختلط.

المطلب الأول

المرحلة السابقة على انعقاد الزواج المختلط

لقد نظمت الشريعة الإسلامية الزواج تنظيماً دقيقاً، نظراً لأهميته وما يرتبه من آثارٍ، لا تقتصر على الرجل والمرأة، بل على الأسرة والمجتمع ككل، أذ جعل من باب الأستحباب أن يسبق إبرام عقد الزواج مقدمةً تتمثل في الخطبة، وأولاها عناية بالغه، إذ حدد شروطها وطبيعتها، ومنح كلا الخطيبين حق العدول عن الخطبة، دون أن يقيد هذا الحق بشرطٍ أو قيدٍ معين، سوى عدم التعسف في أستعمال ذلك الحق.

إذ تعد الخطبة من مقدمات الزواج، وهي مرحلة أولية تسبق إبرام عقد الزواج، ومن المعلوم أن الزواج لا يتم دفعةً واحدةً، وإنما تسبقه مقدمات لإختيار الشريك، فما هو المركز القانوني للمرأة في تلك المرحلة..؟، لا سيما أن المشرع العراقي لم يخص الخطبة بقاعدة إسناد خاصة.

ولغرض الوقوف على المركز القانوني للمرأة في الخطبة، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول تنازع القوانين بشأن الخطبة، ونتناول في الفرع الثاني آثار العدول عن الخطبة.

الفرع الأول

تنازع القوانين بشأن الخطبة

الخطبة في الفقه الإسلامي تعني التماس الزواج من أمرأة معينة خالية من الموانع، وهي بهذا المعنى ليست عقداً، وإنما وعداً بالزواج ليس له قوة العقد[١]، تعدُ مرحلة أوليةً تسبق إبرام عقد الزواج، ليست ملزمةً لكلا الطرفين[٢]، وعرف الخطبة الفقيه الفرنسي كاربونييه بأنها (اتفاق أخلاقي ينشأ عنه واجب من الضمير بإتمام الزواج، وليس له التزام قانونياً)[٣]، أو هي طلب التزويج[٤].

فيما يتعلق بطبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي، أتفق الفقهاء المسلمون[٥]، على أن الخطبةَ وعدٌ بالزواج وليست عقداً، إلا أنهم أختلفوا في تفسير مدلول هذا الوعد، هل هو ملزمٌ أم غير ملزمٍ،

---

[١]- الأمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٧، ص٢٧.

[٢]- د. سامح سيد محمد، الخطبة كمقدمة وتمهيد لعقد الزواج، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٢٣.

[٣]- د. سمير السيد تناغو، أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨، ص٩٧.

[٤]- د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٧٦٢.

[٥]- د. وهبه الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، أحكام الأسرة، الجزء الثالث، الطبعة مصححة ومنقحة، دار الكلم الطيب، دمشق، ٢٠١٠، ص١٨، الأمام محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص٣٥، د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن (دراسة مقارنة بالقانون)، الطبعة الأولى، أحسان للنشر والتوزيع، العراق، ٢٠١٤، ص٣٥.

يرى جمهور الفقهاء[١]، أنه وعدٌ غير ملزم، لأن الخطبة تمهيد لعقد الزواج والإلزامية للعقد وليس للتمهيد، ويرى البعض من الفقه[٢]، أنها وعداً ملزم يجب الوفاء به، لأن مبادئ الشريعة الإسلامية تحث على الوفاء بالوعد.

ومن الناحية القانونية، تعد الخطبة مجرد وعد بالزواج مستقبلاً، فلا يترتب عليها التزام قانوني يقع على عاتق الخاطب، كدفع المهر أو النفقة، فلكل منهما أن يعدل عنه، لأن القول بغير ذلك يتعارض مع مبدأ الحرية في الزواج[٣]، وهذا ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩المعدل في المادة (٣/٣) أعتبر الخطبة وعداً بالزواج في المستقبل وليست عقداً، إذ نصت على أنه، (الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقداً)، وعلى ذلك يكون لكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عن الخطبة، لأن القول بالزام الطرفين أو أحدهما بإتمام العقد يتضمن معنى الإكراه، وبذلك يفقد عقد الزواج عنصر الرضا[٤].

أما بشأن تكييف الخطبة، يرى الفقه الأمريكي[٥]، أن الخطبة بموجب قوانين الأسرة في الولايات الولايات المتحدة الأمريكية، تعد وعداً بالزواج، تخضع لقانون الدولة التي تمت فيها الخطبة من حيث

---

[١]– د. وهبه الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، أحكام الأسرة، الجزء الثالث، مصدر سابق، ص٢٥، د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، مصدر سابق، ص٣٥، الأمام محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص٣٥.

[٢]– أبي الوليد محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقصد، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٢، ص٣.

[٣]– د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، مصدر سابق، ص٣٥، د. غالب علي الداودي و د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الأختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الثالثة، شركة العاتك للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٠٣، د. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح الأحوال وتعديلاته، الجزء الأول، الطبعة الأولى، شركة العاتك للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٠، ص٢٣.

[٤]– د. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، الطبعة الأولى، طبع على نفقة جامعة السليمانية، ٢٠٠٤، ص٢٥.

[5] – A nn L Aquer e Stin, Marriage and conflict in marriage A global perspective, The Duke's Journal of Comparative and International Law, University of law, USA, Volume=

شروطها الموضوعية والشكلية، أما بموجب أحكام القانون الألماني، تعد الخطبة عقداً لأنها تتم بإيجاب وقبول من الخطيبين، وهو ما ذهب إليه قانون الأسرة الألماني لسنة ١٩٧٦ المعدل، أعتبر الخطبة عقداً، فقد قضى بأن الخطوبة تخلق الالتزام يجب الوفاء به، وفي حالة فسخ الخطبة من قبل أحد الملتزمين، يجب تعويض الطرف الآخر عن أي خسائر ناجمة عن النفقات المتكبدة، أو الالتزامات المتعهد بها في أنتظار الزواج، كما يجب دفع التعويض للمتعاقد الآخر عن الخسائر التي يكون تكبدها، نتيجة أتخاذ تدابير تؤثر على ممتلكات أو مصدر دخله توقعاً للزواج[١]، والقانون الذي يحكم الخطبة هو قانون الإرادة (القانون المختار) من قبل كلا الخطيبين، إذ تعد الإرادة من ضوابط الإسناد التي تتفق مع القواعد الدستورية لجمهورية المانيا، المتعلقة بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، إذ أعمال ضابط الإرادة ليس من شأنه تفضيل قانون أحد الأطراف على حساب الطرف الآخر[٢].

في حين يرى البعض[٣] أن الخطبة أتفاق غير ملزم على الزواج، ويرى البعض[٤]، أن الخطبة هي مجرد وعد غير ملزم بالزواج، فيحق لكلا الخطيبين، الرجل أو المرأة العدول عنها، وهو ما أخذت به أغلب التشريعات التي وضعت قاعدة إسناد خاصة بالخطبة وما يتعلق بها من آثارٍ[٥]،

=27, Issue1, 2016, p482, Kourosh Ki Akhbari, Damage caused by breach of the promise of marriage, An article is available on the website, www.legalmatch.com, Date of the visit 14/2/2020, at 8:45pm.

[١]- المادة (١/١٢٩٨) من قانون الأسرة الألماني لسنة ١٩٧٦ المعدل، متوفر على الموقع الالكتروني، www.gesetze-im، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١٠/٢٥، الساعة ٣,٠٠ مساءً.

[2] – Rainer Gildeggen and Jochen Langkeit ،The New Conflict of Laws Code Provisions of the Federal Republic of Germany: Introductory Comment, Georgia journal of international and comparative law, volume 17, number 2, year 1987, p234.

[٣]- د. ئارام محمد صالح سعيد، أحكام الخطبة في التشريع العراقي، المجلة العلمية لجامعة جيهان، العراق، المجلد (١)، العدد (٤)، ٢٠١٧، ص٣١.

[٤]- د. غالب علي الداودي و د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص١٠٣، د. فاروق عبد الله كريم، مصدر سابق، ص٢٥.

[٥]- نصت المادة (٣٥) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١، على أنه، (تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، ويسرى عليها من حيث شروط صحتها قانون الجنسية بالنسبة إلى كل خاطب، ومن حيث آثارها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، ومن حيث فسخها قانون جنسية=

ولم يخص المشرع العراقي الخطبة بقاعدة إسناد خاصة، والرأي الراجح في الفقه العراقي[1]، أن الخطبة تخضع لقانون كلا الخطيبين، من حيث الأهلية والرضا وموانع الزواج، ومن حيث آثار العدول عن الخطبة، ونحن نتفق مع هذا الرأي، لأن إعمال قانون كلا الخطيبين يحقق وظيفة قاعدة الإسناد، المتمثلة بالأمان القانوني، من خلال المحافظة على توقعات كلا الطرفين الرجل والمرأة، كما يحقق العدالة من خلال إيجاد حلول عادلة، فضلاً عن ذلك أن إعمال قانون كلا الخطيبين، يتوافق مع المبدأ الدستوري المتعلق بالمساواة بين الرجل والمرأة الذي كرسه دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ في المادة (١٤)، إذ نصت على أنه، (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو...)، وكذلك ينسجم من الاتفاقية الدولية بشأن القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لسنة ١٩٧٩، إذ نصت المادة (١/١٥) على أنه، (تمنح الدول الأطراف المرأة المساواة مع الرجل أمام القانون)، كما نصت المادة (١/١٦) منها على أنه، (تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية...)[2]، ونرى ضرورة أن ينص المشرع العراقي في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على قاعدة إسناد خاصة بالخطبة، وما يتعلق بها من آثار، **ونقترح الصيغة التالية، (يسري على الخطبة من حيث شروط صحتها وآثارها قانون كلا الخطيبين وقت الخطبة، ومن حيث آثارها يسري قانون جنسية الطرف المضرور أو قانون موطنه).**

=الخاطب وقت الفسخ)، القانون متوفر على الموقع الإلكتروني، www.bibliotdroit.com، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١٢/٢٢، الساعة ٣,٢٢ مساءً .

[1]– د. غالب علي الداودي و د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص١٠٣.

[2]– اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة ١٩٧٩، مكتبة حقوق الانسان، مجموعة صكوك دولية، جامعة منيسوتا، على الموقع الالكتروني، http://hrlibrary.umn.edu/arabic/، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٩/٥، الساعة ١٠,١١مساءً.

الفرع الثاني

آثار العدول عن الخطبة

من المعلوم أن الخطبة مجرد وعد بالزواج ليس له أية قيمة ملزمة، إذ يحق لأي من الخاطبين العدول عنها، دون أن يترتب عليه مسؤولية، متى وجدت أسباب تبرره، إلا أنه قد يقترن بالعدول ضرراً مادياً أو معنوياً لأحد الطرفين، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، فيكون التعويض عن حدوث الضرر ليس عن مجرد العدول[١]، وهذا يقودنا إلى البحث عن مركز المرأة في قاعدة الإسناد التي تسري على الضرر نتيجة العدول لا على الفعل المتمثل بالعدول.

فتبدو هنا المساواة بين الرجل والمرأة، إذ أن للرجل الخاطب والمرأة المخطوبة حق الرجوع عن خطبته، وهو حق خالص لهما معاً يستعملانه بدون قيد أو شرط، إلا أن ذلك الحق مقيد بعدم التعسف في أستعماله.

أما القانون الذي يحكم آثار العدول عن الخطبة، المتمثلة بالأضرار التي تصيب أحد الخطيبين نتيجة عدول الخاطب الآخر بموجب القانون الأمريكي، تعد الخطبة وعداً بالزواج، ولكل من الخطيبين العدول عن ذلك الوعد، إذ سمحت قوانين جميع الولايات في الولايات المتحدة الأمريكية للخطيبة والخاطب، أن يرفع دعوى للمطالبة بالأضرار، التي أصابته بسبب العدول عن الوعد بالزواج[٢]، ويسري على آثار العدول عن الخطبة القانون الأكثر صلة بالعلاقة القانونية، وهذا ما كرسته محكمة أستئناف نيويورك، إذ قضت بأن القانون الواجب التطبيق على آثار العدول عن الخطبة هو القانون الأكثر صلة بالعلاقة القانونية، أستناداً لأحكام المادة (٢٤٤) من قواعد تنازع

---

[١] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٧٦٦، د. فاروق عبد الله كريم، مصدر سابق، ص٣٢.

[2] – A nn L Aquer e Stin, op. cit, p482.

القوانين الأمريكية بصيغتها الثانية لسنة ١٩٧١[١]، ونرى أن القانون الأكثر صلة قد لا يكون بالضرورة عادلاً أو يحقق مصالح المرأة ويتلائم مع توقعاتها، لا سيما أن الهدف هو جبر الضرر الذي أصاب المرأة نتيجة العدول عن الخطبة.

وبموجب قانون الأسرة الألماني لسنة ١٩٧٦ المعدل، تعد الخطبة عقداً، ويكون لكل من المتعاقدين فسخ الالتزام مع تعويض المتعاقد الآخر[٢]، وكون الخطبة عقداً فأن ما ينتج عن فسخها من أضرار تخضع لقانون الإرادة، القانون الذي يتم الأتفاق عليه كل من الخاطب والمخطوبة الرجل والمرأة[٣].

وذهبت المحكمة العليا الألمانية في ٢١ نوفمبر ١٩٥٨، أي قبل تعديل القانون الدولي الخاص عام ١٩٨٦المعدل، إلى تطبيق قانون دولة المدعى عليه المطالب بالتعويض، سواء كان الفاسخ الرجل أو المرأة[٤]، وقد عدلت المحكمة عن أتجاهها فيما بعد، وجعلت القانون الواجب التطبيق على العدول وآثاره قانون الإرادة باعتبار الخطبة عقد[٥].

وبالنسبة للقانون العراقي، بموجب قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩المعدل، تعد الخطبة وعداً بالزواج وليست عقداً[٦]، وبناءً على ذلك يجوز لكل من الخطيبين العدول عن وعده ولا يلزم بإتمام الزواج، إلا أن عدول أحد الطرفين، غالباً ما يسبب للطرف الآخر أضراراً مادية أو معنوية، وإزاء ذلك لم ينص القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، على قاعدة إسناد، يتحدد بموجبها القانون الواجب التطبيق على آثار العدول، لذلك طرح الفقه حلولاً، يرى

---

1 – New York Court of Appeals decision numbered New York Court of Appeals decision 0967/2018 decides on April 18, 2018, Available on the website https://law.justia.com, The date of the visit is 14/2/2020 at 12:23 am.

٢– المادة (١٢٩٨/١و٢) من قانون الأسرة الألماني لسنة ١٩٧٦ المعدل.

3 – Rainer Gildeggen and Jochen Langkeit, op.cit, p230.

٤– أشار إلى حكم المحكمة العليا الألمانية، د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص ٧٦٦.

5– Rainer Gildeggen and Jochen Langkeit, op.cit, p230.

٦– المادة (٣/٣) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

البعض[1]، ان القانون الذي يحكم آثار العدول عن الخطبة قانون دولة الخاطب الذي عدل عن الخطبة، سواءً كان الرجل الخاطب أو المرأة المخطوبة، لتعلق الأمر بمبدأ حرية الزواج.

ويذهب البعض من الفقه[2]، إلى أن القانون الذي يحكم آثار العدول، قانون الدولة التي وقع فيها العدول، على أعتبار أن الخطبة مجرد وعد وبالتالي المسؤولية الناشئة عن الأضرار، التي تلحق الطرف الآخر تقام على أساس المسؤولية التقصيرية، إلا أن ذلك يتناقض مع حق الخطيبين بالعدول، لأن المسؤولية التقصيرية في القانون تقام على أساس الخطأ التقصيري، والذي يتمثل بالفعل الضار، وإذا سلمنا أن الخطبة وعدً، ولكل من الخطيبين حق العدول، وبالتالي العدول لا يمكن اعتباره خطأ تقصيرياً، كون الخطأ التقصيري هو أخلال بالتزام قانوني، والعدول بحد ذاته لا يعد أخلالاً بالتزام قانوني، لذلك نرى ضرورة إقامة المسؤولية التقصيرية الناشئة عن العدول عن الخطبة على أساس المسؤولية المادية غير المشروطة بالخطأ، أي المسؤولية القائمة على أساس تحمل التبعة، التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، تلك المسؤولية المترتبة على مجرد واقعة الضرر البين لمجرد التسبب فيه.

فيجب أن تسند العلاقة القانونية المتمثلة في آثار العدول عن الخطبة، لقانون غير القانون الذي تخضع له شروط صحة الخطبة، وهو قانون كلا الخطيبين، لأن هذا القانون وأن كان يحقق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، إلا أنه قد لا يكون عادلاً بالنسبة للمرأة، خاصة عندما يكون العدول من جانب الرجل، لا سيما أن الضرر الذي يصيب المرأة أشد من الضرر الذي يصيب الرجل، كونها شديدة التأثر بحكم عاطفتها، لذلك نرى ضرورة إسناد العلاقة القانونية لقانون يحقق العدالة، فيكون قانون كلا الخطيبين، إذا كان الخطيبان من جنسيةٍ واحدةٍ، وإذا أختلفا بالجنسية طبق القاضي قانون جنسية الطرف المضرور أو قانون موطنه، أي القوانين أكثر مناسبة لحكم العلاقة القانونية.

---

[1] – د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٠، ص١٥٠.

[2] – د. غالب علي الداودي و د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص١٠٣.

المطلب الثاني

مرحلة انعقاد الزواج المختلط

يعد الزواج من التصرفات الإرادية، وكل تصرف إرادي لابد من أن تتوافر فيه شروط لانعقاده، ولا يخرج الزواج المختلط عن كونه تصرفاً إرادياً، يتطلب لانعقاده شروطاً موضوعيةً وأخرى شكليةً، وتحديد ما يدخل في نطاق الشروط الموضوعية، أو الشكلية موقوفاً على عملية التكييف التي يقوم فيها القاضي، إذ يقوم بتحديد طبيعة العلاقة القانونية، ثم يضمها ضمن طائفة النظم القانونية في قانونه، لإسنادها للقانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد، فما المركز القانوني للمرأة في ظل تلك القواعد، وما مدى تحقق المساواة بين الرجل والمرأة في ظل تلك القواعد، ولغرض الإجابة عن هذه الأسئلة، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول تنازع القوانين بشأن الشروط الموضوعية، ونتناول في الفرع الثاني تنازع القوانين بشأن الشروط الشكلية.

الفرع الأول

تنازع القوانين بشأن الشروط الموضوعية

الزواج في الشريعة الإسلامية، عقد وضعه الشارع، ليفيد حل استمتاع كل من الرجل والمرأة بالآخر على وجه مشروع[1]، ومن الناحية القانونية، عرفته المادة (١/٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل بأنه، (عقد بين رجل وأمرأة تحل له شرعاً غايته أنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)، وهذا التعريف يتفق مع الغاية التي شرع من أجلها الزواج، وإزاء ذلك يجب أن تتوافر فيه شروط معينة، لكي يحقق الغاية والوظيفة التي يبتغيها الشرع والقانون.

---

[1] – محمد زيد الابياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، ٢٠٠٦، ص٤، د. محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة والشيعة، الطبعة الثالثة، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٩٩١، ص٢٥.

ويختلف تعريف الزواج، لدى الدول الغربية في مضمونه عن تعريف الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، فقد عرف بأنه، عقد بين شخصين، دون أن يحدد جنس الشخصين، وهذا يعني أنها أجازت زواج المثليين، أي زواج الرجل من الرجل والمرأة من المرأة، ومما يؤكد ذلك هناك خمسة وعشرون دولة أوروبية، أجازت هذا الزواج، أولها هولندا في ٢٠٠١، وآخرها استراليا، اذ سمح القضاء الاسترالي بمنح الأذن بزواج المثليين في بداية كانون الثاني عام ٢٠١٨، وفي الولايات المتحدة الأمريكية، أصدرت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية قراراً، يقضي بالأذن بزواج المثليين، استناداً للدستور الأمريكي، الذي يمنح الزوجين من نفس الجنس حق الزواج[١]، ولابد من القول بأن هذا النوع من الزيجات لا يرقى إلى مستوى المنظومة الزوجية، التي تبتغيها الشريعة الإسلامية والشرائع السماوية بصورة عامة.

فالزواج سواءً في أطار العلاقات الوطنية أو العلاقات الدولية الخاصة، بأن يكون كلا الزوجين من جنسيةٍ واحدةٍ أو من جنسياتٍ مختلفةٍ، أو يكون أحدهما وطنياً والآخر أجنبياً، لأبد من أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية لصحته، والتي تعرف بأنها الشروط اللازمة لقيام الرابطة الزوجية، الذي يترتب على تخلفها أنتفاء الزواج أو وجوده مع قابليته للأبطال، وقسم فقهاء القانون الدولي الخاص، الشروط الموضوعية إلى قسمين، القسم الأول الشروط الموضوعية الإيجابية، المتمثلة بالأهلية والرضا والمهر والكفاءة وموافقة الولي، والقسم الثاني الشروط الموضوعية السلبية، تتمثل بعدم وجود مانع من موانع الزواج سواء كانت الموانع مؤقتة أم مؤبدة[٢].

وقد أختلفت قوانين الدول في تحديد القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج بين أمرأة أجنبية ورجل أجنبي، أو الزواج بين رجل وأمرأة أحدهما وطني والآخر أجنبي، ويعود ذلك إلى أختلاف الفكرة الاجتماعية أو الفلسفية التي يعتمدها المشرع في كل بلد، فالقانون الأمريكي، وبموجب

---

[1]– Emma Green, gay marriage Is not constitutional right in united ststes of America, jun,26, 2015, This article is available at www.theatlantic.com، Date for the visit, 20/9/2018, 5,00 pm.

[٢]– د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٧٧٠، د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٢٧٨.

قواعد تنازع القوانين الأمريكية بصيغتها الثانية لسنة١٩٧١ المعدلة، أخضع الشروط الموضوعية، لقانون محل إبرام العقد، ويعلل الفقه الامريكي[١] ذلك، بأن هذه القاعدة تُيسر الأمر أمام انعقاد الزواج، ولأن قانون كلا الزوجين قد يعرقل قيام الزواج، نتيجة أختلاف الشروط الموضوعية التي يتطلبها الزواج في قانون كل دولة.

أما القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل، قضى بان الشروط الموضوعية لصحة الزواج تخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها كل زوج[٢]، فقد جاء هذا النص منسجماً مع الأحكام الدستورية ذات الصلة بشأن عدم التمييز والمساواة بين الرجل والمرأة، إذ لم يغفل المشرع الألماني التطورات بشأن مركز المرأة القانوني، سواءً في أطار القواعد القانونية المنظمة للعلاقات الوطنية أو القواعد القانونية المنظمة للعلاقات الدولية الخاصة[٣]، كما أنه قضى بأنه وفي الأحوال التي لم يتم الوفاء بمتطلبات هذا القانون أي قانون الدولة التي ينتمي إليها كل من الزوجين، يطبق القانون الألماني، إذا كان أحد الزوجين يحمل الجنسية الألمانية، أو كان أحد الزوجين مقيماً إقامة معتادة في ألمانيا[٤]، مع الإشارة إلى أنه، أخذ بالإحالة بنوعيها من الدرجة الأولى والثانية، على وفق ما يحقق الغاية أو الوظيفة من قاعدة الإسناد[٥]، وقد أقرت المحكمة الفيدرالية الاتحادية الألمانية في

---

[1]– ST. Paul, Minn, Retatement of the law Secund Coyflict of laws 2d, Adopted and Promugated, Edition 2, the Amercan law institute, at Washington, 1971, p233, Herbert Goodrich, Foreign marriages are against the lawsm, University of Michigan Law School Scholarship Repositorym 1922, p746, Articles Faculty Scholarship, Available at: https://repository.law.umich.edu/, Date of visit 11/12/2018, 6,33 pm.

[٢]– المادة (١/١٣) من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل، متوفر على الموقع الالكتروني، www.gesetze-im-intrnent.de.english، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١٠/١٢، الساعة ٩,٣٣ مساءً

[3] – Michael Martinique, The Seven Pillars of Wisdom in Private International Law – German and Swiss experience in laws coding conflicts, Chinese yearbook of Private international law and comparative law, 2001, p52.

[٤]– المادة (١٣/٢/أ) من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل.

[٥]– نصت المادة (١/٤) من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل على أنه، (إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية، فأنه يجب أن تطبق أيضا قواعد الإسناد المعنية الموجودة في قانون هذه الدولة، بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية).

١٩٧١، بأن أعمال قانون كلا الزوجين لحكم الشروط الموضوعية لإبرام عقد الزواج، يعد تكريساً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، لأن تطبيق قانون الزوج يعد تمييزاً ضد المرأة، ولا يتلائم مع الحقوق الأساسية التي يجب أن يتمتع بها الأفراد[١].

وقد قضت المادة (١/١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، بأن القانون الذي يسري على الشروط الموضوعية لصحة الزواج هو قانون كلا الزوجين، إذ نصت على أنه، (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين...)[٢]، وهو أتجاه أغلبية قوانين الدول ذات النهج اللاتيني[٣].

---

[1] – Rainer Gildeggen, Jochen Langkeit, op. cit. p230.

[٢]– وبخصوص تطبيق قانون كل من الزوجين، عندما يكون كلاهما من جنسيات مختلفة، فكيف يطبق قانون كلا الزوجين، لم ينص المشرع العراقي على آلية التطبيق، إلا أن هناك حلول شائعة في أطار القانون الدولي الخاص، تتمثل بالتطبيق الجامع والموزع، التطبيق الجامع هو يستلزم توافر في كل من الرجل والمرأة الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونهما معاً، أما الموزع هو أن يطبق قانون كل من الرجل بصورة مستقلة عن قانون المرأة، أي يسرى على الشروط الموضوعية لصحة الزواج قانون الدولة التي ينتمي إليها الرجل فقط، ويسري على الشروط الموضوعية لصحة الزواج بالنسبة للمرأة قانون الدولة التي تنتمي إليها فقط، والتطبيق الموزع يعد الحل الأسهل وهو الحل الراجح، ويؤخذ بالتطبيق الجامع في حالات استثنائية، فيما يتعلق باختلاف الدين أو وجود مرض من الأمراض المعدية أو السارية، وبما أن التطبيق الموزع يعد من المبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، يمكن للمحاكم العراقية أن تطبق الحل الموزع، بشأن الزواج ما بين أجنبيين أستناداً لنص المادة (٣٠) التي نصت على أنه، (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً)، د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٨، ص٣٠٧–٣٠٨.

[٣]– القانون الدولي الخاص المجري رقم (٥٤) لسنة ٢٠١٧، إذ نصت المادة (١/٢٦) على أنه،(تخضع الشروط الموضوعية لصحة الزواج للقانون الشخصي المشترك للزوجين، وإذا اختلفت القوانين الشخصية للزوجين لا يكون الزواج صحيح مالم يستوفي الشروط الموضوعية وفقاً للقانون الشخصي لكلا الزوجين)، متوفر على الموقع الإلكتروني، www.cahdidatabases.coe.int، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٨/١٢ الساعة ١١,٣٣ صباحاً، القانون الدولي الخاص والإجرائي التركي رقم (٥٧١٨) لسنة ٢٠٠٧، إذ نصت المادة (١/١٣) على أنه، (... الشروط الموضوعية للزواج يحكمها القانون الوطني لكلا الطرفين لحظة عقد الزواج)، متوفر على الموقع الإلكتروني، www.elgaronline.com، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٨/١٥، الساعة ٥,٤٤ مساءً.

يفسر البعض من الفقه[1]، سبب أتجاه بعض التشريعات، التي تأخذ بضابط جنسية كل من الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج، بأن الزواج رابطة مشتركة بين الزوجين فمن المنطقي تطبيق قانونهما، فليس من المنطقي أن تقوم هذه العلاقة في ظل قانون دولة أحد الطرفين، بينما تكون باطلةً وفق قانون دولة الطرف الآخر، كما يرى البعض من الفقه[2]، أن عقد الزواج يُنشئ نظاماً قانونياً بين الرجل والمرأة كلاً منهما ينتمي لمجتمعٍ مختلفٍ عن الآخر، فلا يمكن تصور نشوء هذا النظام صحيحاً طبقاً لقانون أحدهما مع إهمال قانون الطرف الآخر، كما أن تطبيق قانون كل من الزوجين، يعد حلاً تمليه اعتبارات مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، ذلك المبدأ الذي تعترف به الشريعة الإسلامية في الحدود التي بينها الفقهاء، ونحن نتفق مع هذا الرأي، لأن خضوع الشروط الموضوعية لقانون كلا الزوجين، ينسجم مع مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة أمام القانون، ذلك المبدأ الذي كرسته الدساتير، ومنها دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، إذ نصت المادة (١٤) منه على أنه، (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس. ..)، كما أن الزواج رابطة مشتركة بينهما فمن المنطقي أن يطبق قانون كل من الزوجين.

ولو رجعنا لنص المادة (١/١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، المتعلقة بقاعدة الإسناد التي تسري على الشروط الموضوعية للزواج، نجدها تبدو للوهلة الأولى، أن المشرع أعتنق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في تحديد القانون، الذي يحكم الشروط الموضوعية لإبرام عقد الزواج، لكن بالرجوع للنصوص الأخرى، التي تتعلق بآثار الزواج وإنحلال الرابطة الزوجية، نجده يخرج عن هذا المبدأ، ويجعل القانون الذي يحكمها قانون الزوج، وهذا يوحي أنه لم يعتنق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، إلا أنه أخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون كل من الزوجين حتى لا تقوم هذه العلاقة في ظل قانون دولة أحد الطرفين صحيحة، بينما تكون باطلة وفقاً لقانون دولة الطرف الآخر.

---

[1] – د. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص٥٣.

[2] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص ٧٧٥.

كما ألغت أغلب قوانين الدول الأستثناء، الذي يقضي بتطبيق القانون الوطني، متى ما كان أحد الزوجين وطنياً، لم تورد قواعد تنازع القوانين الأمريكية بصيغتها الثانية لسنة ١٩٧١ المعدلة، استثناء على القانون الواجب التطبيق في الحالات التي يكون فيها أحد الزوجين، الرجل أو المرأة من مواطني الولايات المتحدة الأمريكية، أو له إقامة معتادة فيها، ولعل السبب يعود، إلى أن المشرع الأمريكي أخضع الشروط الموضوعية لإبرام عقد الزواج، لقانون محل إبرام العقد، دون الأخذ بنظر الأعتبار جنسية وموطن الزوجين، كذلك الحال في القانون الدولي الخاص الألماني، فقد ألغى الأستثناء الذي ورد في المادة (١٣/٢/أ) الذي يقضي بسريان القانون الألماني، إذا كان أحد الزوجين يحمل الجنسية الألمانية، أو كان أحد الزوجين مقيماً إقامة معتادة في ألمانيا، واستبداله بالصيغة التالية، (في الأحوال التي لم يتم الوفاء بمتطلبات هذا القانون أي قانون الدولة التي ينتمي إليها كل من الزوجين، يطبق القانون الألماني، إذا كان أحد الزوجين يحمل الجنسية الألمانية، أو كان أحد الزوجين مقيماً إقامة معتادة في ألمانيا).

أما بموجب أحكام القانون العراقي، قضت الفقرة الخامسة من المادة (١٩)، من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل[١]، بأن إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده، وبذلك يبدو أن المشرع العراقي ساوى بين الرجل والمرأة من جهة، فسواء كان الرجل عراقياً أو المرأة عراقية وقت انعقاد الزواج، يسري القانون العراقي وحده، فإذا كانت المرأة عراقية يطبق القانون العراقي دون مزاحمة قانون جنسية الزوج، ومن جهة أخرى تصبح المرأة في مركزٍ متميزٍ متى ما كان الرجل أجنبياً، ويصبح الرجل في مركزٍ متميزٍ متى ما كان عراقياً والمرأة أجنبية، إلا أننا نرى أن إيراد هذا النص، ليس من مقتضيات مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وإنما من مقتضيات السيادة والمصلحة العامة، فضلاً عن النطاق الشخصي للقوانين، ونقترح إلغاء نص هذه الفقرة، لأن ما يتعلق بمسائل الزواج لا تتعلق بالسيادة والمصلحة العامة، وإنما تتعلق بمصالح الأفراد الخاصة.

---

[١]- نصت المادة (١٩/٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على أنه، (في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة، إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده).

ولابد من القول أن الشروط الموضوعية التي يشترط توفرها في الزوجين، وفقاً لقانون كل منهما، قد يتساوى كل من الرجل والمرأة في وجوب توفرها، فتشترط الأهلية لكل منهما والرضا والكفاءة، وأتحاد مجلس الإيجاب والقبول، وعدم وجود مانع من موانع الزواج، إلا أننا نرى أن أحد هذه الشروط، والمتمثل في الأهلية، وفيما يتعلق بسن الزواج تحديداً، لا يتساوى فيها كل من الرجل والمرأة، في بعض القوانين الوطنية.

يشترط الفقهاء المسلمون على أختلاف مذاهبهم، لإبرام عقد الزواج البلوغ، إلا أنهم لم يحددوا سن الزواج، وإنما حدد الفقهاء السن الواجب للتكليف بالعبادات باعتبارين:

١- الأعتبار الشخصي: يتحدد بظهور علامات البلوغ بالنسبة للذكر والانثى.

٢- الأعتبار الموضوعي: يتمثل أساساً في تحديد سن معينةً، متى بلغها المعني بالأمر أعتبر بالغاً، وقد أختلف فقهاء المذهب الأمامي في تحديد سن البلوغ للبنت، بناء على الروايات التي قيلت في ذلك، يرى الأتجاه الأول من الفقه[١]، أن سن البلوغ للبنت تمام سن تسع سنوات قمرية، ويرى الأتجاه الثاني من الفقه[٢]، أن سن البلوغ للبنت إكمال عشرة سنوات قمرية، ويرى الأتجاه الثالث من الفقه[٣]، أن سن البلوغ للبنت إكمال ثلاثة عشرةَ سنةً، أما سن البلوغ للولد، فقد قيلت فيه ثلاث اقوال، الأول إكمال خمسة عشرةَ سنةً قمريةً[٤]، والثاني سن البلوغ إكمال ثلاثة عشرةَ سنةً[١]، والثالث سن البلوغ أربعة عشرةَ سنةً[٢].

---

[١]- العلامة الحسن بن يوسف الحلي، تذكرة الفقهاء تحقيق، الجزء الرابع عشر، الطبعة الأولى، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لأحياء التراث، قم، ١٤٢٣هـ، ص١٩٧، الشيخ محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، حقق وعلق عليه الشيخ علي الأخوندي، الجزء السادس والعشرون، الطبعة السادسة، دار الكتب الإسلامية، ايران، ١٣٩٤هـ، ص٣٨.

[٢]- العلامة أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، الوسيلة، تحقيق محمد الحسون، الطبعة الأولى مطبعة الخيام، قم، ١٤٠٨هـ، ص١٣٧، السيد محمد صادق الصدر، ما وراء الفقه، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار حضارة أكد للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٢٨هـ، ص١٧٢.

[٣]- السيد محمد حسن فضل الله، كتاب النكاح، تقريراً لبحثه بقلم الشيخ جعفر الشاخوري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الملاك، بيروت، ١٩٩٦، ص١٧٧.

[٤]- العلامة الحسن بن يوسف الحلي، مختلف الشيعة، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، مركز الأبحاث والدراسات الاسلامية، قم، ١٣٢٣هـ، ص٤٥١.

ولا بد من القول أن سن البلوغ، لم يكن سن الزواج، وإنما سن التكليف بالعبادات، فما يقال من أن الفقه الأمامي، جعل سن الزواج تسع سنوات قمرية فهو مردود، لأن إكمال التاسعة هو سن التكليف الشرعي، كما أن هناك روايتين، أحدهما تحدد سن التكليف، بإكمال خمسة عشرة سنةً قمريةً، والرواية الأخرى سن التكليف إكمال الثلاثة عشرة سنةً قمريةً، وهذا دليل على أن الفقه الأمامي لم يجمع على سن معين، وكما أثار مشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفري لسنة ٢٠١٣، الكثير من الانتقادات والاتهامات، بأنه قانون يشكل نكسه بخصوص حقوق المرأة العراقية، إذ يرى المعترضون أن القانون يسمح بزواج من أكملت التسع سنوات قمرية[٣]، في حين أن ما ورد في مشروع القانون هو سن التكليف وليس سن الزواج.

ولو نظرنا إلى قوانين الدول الأجنبية وفي مقدمتها الولايات المتحدة الأمريكية، نجد الحد الأدنى لسن الزواج يختلف من قانون ولاية إلى أخرى، فقانون الأسرة في ولاية (New Hampshire) الأمريكية لسنة ٢٠١٠ المعدل، نص بموجب المادة (٤/٤٥٧) بأن الحد الأدنى لسن الزواج ١٦ عام، وبموجب الفقرة السابعة من المادة ذاتها أجاز لمن هو دون سن ١٦ عام بالزواج بموافقة الوالدين وأذن من المحكمة[٤]، وفي بعض الولايات يجوز لمن يقل عمره عن ١٦ عام الزواج بموافقة الوالدين، أو أحدهما إذا كان أحدهما متوفياً[٥]، وقد وافقت محكمة المقاطعة القضائية الثامنة

---

[١]- الشيخ يوسف البحراني، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، الجزء الثالث عشر، الطبعة الأولى، دار الأضواء، بيروت، ١٩٩٣، ص١٨١.

[٢]- العلامة الحسن بن يوسف الحلي، مختلف الشيعة، مصدر سابق، ص٤٥١.

[٣]- د. فائزة باباخان، الأحوال الشخصية وفق الفقه الجعفري في الميزان (بحث مقارن)، منشور على شبكة الانترنت في ٢ مارس ٢٠١٤، البحث متوفر على الموقع الالكتروني، www.almubadarairaq.org، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١١/٣، الساعة ٧,٣٠ مساءً.

[٤]- المادة (٧/٤٥٧) من قانون ولاية (New Hampshire) الأمريكية لسنة ٢٠١٠ المعدل في ١/ يناير/٢٠١٩، متوفر على الموقع الإلكتروني، www.citizenscount.org، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١/١٩، الساعة ١١,٥٥ صباحاً.

[5] -Fraidy Reiss, Why can 12 years olds still get married in united, states, The article is available on the website, elmohir. Net / node/ e56 , Date of visit 20/8/2018, at 4:45 pm. Morgone Rubetti, Marriage of minors in united states of America, this report is=

بولاية نيفادا على زواج الفتاة البالغة من العمر ١٣عام، والفتى البالغ من العمر ١٤عام، دون موافقة الأبوين، وقد أستندت في قرارها، على أن الحق في الزواج يعد من الحقوق الدستورية، فضلاً عن ذلك قانون ولاية نيفادا لم يحدد سناً معيناً للزواج حتى تلتزم به المحكمة[١].

وتتفق القوانين محل المقارنة، على أن يكون هناك سناً معيناً للزواج، بحيث لا يمكن للرجل والمرأة إبرام عقد الزواج قبل بلوغ ذلك السن، مراعاة لقدرة كل من الرجل والمرأة على تحمل مسؤولية الزواج، كما أنها أجازت إبرام عقد الزواج قبل بلوغ سن الزواج على سبيل الأستثناء، مع توافر شروط، منها بلوغ سناً معيناً وموافقة الولي وأذن من المحكمة، إلا أنها أختلفت في السن القانوني، الذي يعد فيه كل من الرجل والمرأة كامل الأهلية لإبرام عقد الزواج، فقد ميزت بعض القوانين بين السن القانوني للرجل و السن القانوني للمرأة، إذ وضعت سن زواج للرجل مختلفاً عن سن الزواج للمرأة، لاسيما قوانين الدول التي تنادي بنبذ التمييز ضد المرأة، وضرورة مساواتها بالرجل أمام القانون، منها قوانين الولايات المتحدة الأمريكية، فبعض قوانين الولايات تميز بين السن القانوني للزواج بين الرجل والمرأة، فتجعل الحد الأدنى للزواج، يتراوح بين ١٨ و ١٩ عاماً للإناث، و للذكور كحد أدنى بين ١٨ و ٢١ عام، في حين بعض الولايات مثلا ولاية فرجينا لا تحدد سن أدنى للزواج، أذ سمح القضاء بالزواج بسن ١٢ عاماً كحد أدنى للفتيات و١٤عاماً للبنين بموافقة الوالدين وأذن من المحكمة، أما وولاية نيوهامبشير أجازت زواج الذكور البالغين سن ١٤ عاماً والبالغات ١٢ عاماً بموافقة الوالدين والمحكمة، إذ تجعل سن الزوجة أقل من سن الزوج، وهذا يعدُ تمييز واضحاً ضد المرأة، ويتبين من ذلك أن القانون الأمريكي، لم يراعي مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، في تحديد السن القانوني للزواج، إذ يجعل لكل منها سناً معين للزواج، رغم أن الولايات المتحدة الأمريكية من الدول المنظمة إلى أتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة ١٩٧٩، إذ نصت

=translated from French newspaper Figaro, in tuesdy 10, April, 2018, The article is available on the website, elmohir. Net / node/ e56 , Date of visit, 2/9/2018, at 2:00 pm.

[1] – Nevada State Judicial Court Eighth Decision, numbered 64 P.3d 1056 (2003), On 14 March, 2003, Available on the website, https://law.justia.com, date of visit 9/11/2018, 2,20pm.

صراحة على المساواة بين الرجل والمرأة أمام القانون[١]، كما أنها فرضت على الدول الأطراف أن تمنح المرأة في الشؤون المدنية أهلية قانونية مماثلة للرجل[٢]، وعلى الدول أن تتخذ جميع التدابير المناسبة، للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن أساس تساوي الرجل والمرأة الحق نفسه في عقد الزواج[٣]، فيبدو جلياً إلينا التناقض، فمن جهة الولايات المتحدة الأمريكية، تتعامل مع العالم على أساس لديها رسالة ومبادئ ديمقراطية وحقوق أنسان ومساواة بين الرجل والمرأة، ومن جهة أخرى نجد أن قوانينها، تتبع منهج التمييز ضد المرأة.

وهناك قوانين ساوت في السن القانوني للزواج بين الرجل والمرأة، فالقانون الألماني، بموجب قانون الأسرة لسنة ١٩٧٦ المعدل، جعل سن الزواج لكلا الزوجين ١٨عاماً[٤]، كحد أدنى لكلا الزوجين، إذ ساوى بين الرجل والمرأة في الحد الأدنى للزواج كلا الطرفين، ولم يجيز لمن بلغ سن ١٦ عاماً إبرام عقد زواج[٥]، ويعد عقد الزواج المبرم دون سن الرشد باطلاً[٦].

أما بموجب أحكام القانون العراقي، فقد قضت المادة (١/٧) من قانون الأحوال الشخصية رقم(١٨٨) لسنة ١٩٥٩المعدل، بأن سن الزواج القانوني إكمال الثامنة عشر، دون أن يميز بين الرجل والمرأة، فلكل منها يشترط أن يكون قد أكمل الثامنة عشر من العمر، إذ نص على أنه، (يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة)، كما أنه في المادة (٢/٨) حدد السن القانوني الأدنى للزواج لكلا الطرفين دون تمييز، فأجاز لكلا الطرفين الزواج ببلوغ سن الخامسة عشر، إذا وجدت المحكمة ضرورةً قصوى تدعوا لذلك، مع شرط تحقق البلوغ الشرعي والقابلية البدنية، كما أنه أجاز لمن أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج، بأذن من القاضي وموافقة

---

[١]- المادة (١/٥) من اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة لسنة ١٩٧٩.

[٢]- المادة (٢/٥) من الاتفاقية نفسها.

[٣]- المادة (١/١٦/أ) من الاتفاقية نفسها.

[٤]- المادة (١/١٣٠٣) من القانون الأسرة الألماني لسنة ١٩٧٦ المعدل.

[٥]- المادة (٢/١٣٠٣) من القانون نفسه.

[٦]- المادة (٣/١٣٠٣) من القانون نفسه.

الولي[1]، من ذلك يتبين أن المشرع العراقي لم يميز بين الرجل والمرأة في السن القانوني للزواج سواءً من حيث الأصل أو الأستثناء.

وهذا ينسجم مع المبدأ الدستوري، الذي أقره دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، المتمثل بالمساواة بين الرجل والمرأة، إذ نصت المادة (١٤) منه على أنه، (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس ...)، كما ينسجم مع الاتفاقيات الدولية التي تحضر التمييز في الحقوق والواجبات بين الجنسين، كاتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لسنة ١٩٧٩، التي تحظر كافة أشكال التمييز بين الرجل والمرأة، ويتفق مع ما نصت عليه المادة (٢٣) العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦، إذ نصت على أنه، (١- الأسرة هي الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدول ٢- يكون للرجل والمرأة، ابتداءً من بلوغ سن الزواج، حق معترف به في التزوج وتأسيس أسرة...)[2]، وينسجم مع ما نصت عليه المادة (١٦) من الإعلان العالمي لحقوق الأنسان لسنة ١٩٤٨، إذ نصت على أنه، (الرجل والمرأة متى أدركا سن البلوغ حق التزوج وتأسيس أسرة دون أيٍ قيد بسبب العِرق، أو الجنسية أو الدين...)[3].

---

[1]- نصت المادة (٨) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل على أنه، (١- إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج، فللقاضي أن يأذن به، إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية، بعد موافقة وليه الشرعي، فإذا أمتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له، فإن لم يعترض أو كان اعتراضه غير جديراً بالاعتبار أذن القاضي بالزواج،٢ -للقاضي أن يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة من العمر إذا وجد ضرورة قصوى تدعو إلى ذلك ويشترط لإعطاء الإذن تحقق البلوغ الشرعي والقابلية البدنية).

[2]- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦، مجموعة صكوك دولية، جامعة منيسوتا، على الموقع الالكتروني، http://hrlibrary.umn.edu/arabic/، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٩/٥، الساعة ٣,١١ مساءً.

[3]- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨، متوفر على الموقع الإلكتروني، www.moj.pna.ps، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٥/٥، الساعة ٩,٤٦ صباحاً.

الفرع الثاني

تنازع القوانين بشأن الشروط الشكلية

أن تحديد المركز القانوني للمرأة في ظل تنازع القوانين بشأن الشروط الشكلية، يقتضي منا أن نبين، ما المقصود بالشروط الشكلية، ومن ثم معرفة القانون الذي يحكم الشروط الشكلية، لمعرفة مدى تحقق أو عدم تحقق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في ظل قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الشكلية لعقد الزواج، المبرم بين رجل وأمرأة أجنبيين، أو بين رجل وأمرأة أحدهما وطنياً والأخر أجنبياً، عندما يكون النزاع معروضاً أمام القضاء العراقي.

والشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج، تتصل بالمظهر الخارجي الذي يتم فيه الزواج، وبها يتجسد أمام الأخرين[١]، فهي الإعلان عن الزواج من خلال أتخاذ الأوضاع اللازمة لإظهار هذا الزواج وجعله على مسمع من الناس[٢].

ولا بد من الإشارة إلى أن مؤلفات الفقهاء المسلمين، فيما يتعلق بشروط الزواج، تخلو من تقسيم شروط الزواج إلى شروط موضوعية وأخرى شكلية، إذ يقسمون شروط الزواج إلى شروط انعقاد وصحة ونفاذ ولزوم، التي تتمثل بالشروط الشرعية للزواج، وفي قوانين الأحوال الشخصية للدول العربية، تقسم إلى شروط شرعية وشروط قانونية، فتقسيم شروط الزواج إلى شروط موضوعية وشكلية هو تقسيم معروف لدى الفقه الغربي[٣]، ومنه أستخدم هذا التقسيم في قواعد الإسناد الواردة في القانون الدولي الخاص، لأن عقد الزواج بالأصل عقد قائم على مبدأ الرضائية، الذي لا يستلزم من

---

[١]– د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٧٨٢.

[٢]– د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص (وفق القانونين العراقي والمقارن)، الطبعة الأولى، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣، ص٢٨٠.

[٣] – د. صلاح الدين جمال الدين، مصدر سابق، ص٢٥.

وجوده أجراءٍ شكلي، إلا ما تتطلبه من علانيةٍ وإشهارٍ، إلا أن القوانين في تنظيمها للزواج في العلاقات الدولية الخاصة، نصت على شروطٍ موضوعيةٍ وشروطٍ شكليةٍ[١].

أما القانون الذي يحكم الشروط الشكلية لعقد الزواج، تتفق قوانين الدول على أن القانون الذي يسري على الشروط الشكلية قانون بلد إبرام العقد، وهذه القاعدة العامة المتعلقة بفض التنازع بشان شكل التصرفات القانونية، التي تجعل الاختصاص لقانون محل إبرام التصرف، إلا أن هذه القوانين أختلفت في مدى أعتبار هذه القاعدة الزامية أم أختيارية، بموجب قواعد تنازع القوانين الأمريكية بصيغتها الثانية لسنة١٩٧١ المعدلة، تعد قاعدة محل إبرام الزواج قاعدة آمرة، فلا يعد الزواج صحيحاً من الناحية الشكلية، إذا تم إبرامه خلاف الشكل المقرر في بلد الانعقاد، لابد من الإشارة إلى أن الزواج بموجب قوانين الولايات المتحدة الأمريكية، يحمل الطابع الديني والمدني، تاركاً أختيار أي من النظامين للزوجين[٢]، وقضى القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل، بأن الزواج في ألمانيا يعد صحيحاً، إذا تم وفق الشكل المحدد في القانون الألماني، أو تم في الشكل الذي ينص عليه قانون كلا الخطيبين[٣].

ويرى الفقه[٤]، أن قاعدة خضوع شكل الزواج لمحل إبرام عقد الزواج، بموجب القانون الألماني قاعدة أختيارية، أي أن الزواج يكون صحيحاً، إذا أفرغ في أحد الأشكال التي يقررها القانون الشخصي للزوجين أو الشكل المحلي.

وقضت المادة (١/١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١المعدل، يعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو أجنبي وعراقي صحيحاً، إذا تم وفق الشكل المقرر في بلد الإبرام، أو روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين، وهذا ما نصت عليه اتفاقية لاهاي بشأن

---

[١]– د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٧٨٢.

[2] – ST. Paul, Minn, op. cit, p235.

[٣]– المادة (٣/١٣) من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل.

[٤]– د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص ٧٨٢، د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية)، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص٣٧٧.

الأحتفال بالزواج والأعتراف به لسنة ١٩٧٨، إذ نصت المادة (٩) منها على أنه، (يعد الزواج صحيحاً، إذا تم وفق الشكل المقرر في بلد الإبرام)[١].

من خلال استعراض نصوص القوانين محل المقارنة واتفاقية لاهاي عام ١٩٧٨، يتبين لنا أن هذه القوانين جاءت متلائمة مع مبدأ عدم التمييز ضد المرأة، بالنسبة للدول التي راعت في قواعد إسنادها المبدأ الدستوري المتعلق بالمساواة بين الرجل والمرأة، أما بالنسبة للدول التي لم تراعي المبدأ الخاص بالمساواة بين الرجل والمرأة ومنها العراق، جاءت قواعد الإسناد المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية تشكل تمييزاً واضحاً ضد المرأة، فلا يمكن أن نقول أن قاعدة خضوع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل الإبرام أو قانون كل من الزوجين، أنها تنسجم مع مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وإنما المشرع أخضع الزواج من حيث الشكل لقانون محل الإبرام، أستناداً للقاعدة العامة القاضية، بأن الشكلية في التصرفات تخضع لقانون جهة الإبرام، التي أخذ بها المشرع العراقي، أذ نصت المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على أنه، (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها)، وعلى وفق ذلك جاء الشطر الثاني من المادة(١/١٩) منسجماً مع هذه القاعدة، إذ نصت على أنه، (... أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي، إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في البلد الذي تم فيه،...)، أما فيما يتعلق بالشطر الأخير منه، الذي يعد الزواج صحيحاً إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين، الهدف منه أن لا يكون الزواج صحيحاً وفقاً لقانون أحد الزوجين وباطلاً لقانون الزوج الآخر.

أما الفقرة الخامسة من المادة (١٩) التي قضت بأنه، إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج، رجلاً كان أم أمرأة، فيطبق القانون العراقي وحده، يرى الفقه[٢]، أن هذا النص يعدُ نصاً عاماً لما ورد في الفقرة الأولى من هذه المادة، ففي كل الأحوال التي يكون فيها الرجل أو المرأة عراقياً

---

[١]- اتفاقية لاهاي بشأن الأحتفال بالزواج والاعتراف به لسنة ١٩٧٨، متوفرة على الموقع الإلكتروني، www.dutchcivillaw.com، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١٢/٢٣، الساعة ١,١٢ صباحاً.

[٢]- د. غالب علي الداودي و د. حسن محمد الهداوي، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص١٠٨.

يسري القانون العراقي وحده، لكل ما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، بأستثناء ما يتعلق بالشروط الشكلية لعقد الزواج، فقد قيدت بالخضوع لمحل الإبرام أو لقانون كل من الزوجين، إذ يعد هذا الحكم خاصاً بالنسبة لما ورد في الفقرة الخامسة.

المبحث الثاني

آثار الزواج المختلط

عندما يستوفي الزواج شروطه الموضوعية والشكلية، وفقاً للقانون الواجب التطبيق، سواءً كان الزواج بين أجنبيين، أم أجنبي ووطني، فأنه يرتب اثاراً قانونيةً، تؤثر على حالة الزوجين بشكل أو بآخر، وسوف يكون التركيز على حالة المرأة (الزوجة)، كون أن دراستنا تنصب على بحث المركز القانوني للمرأة في الزواج المختلط، لذلك سوف نركز على مركز المرأة القانوني في ظل آثار الزواج المختلط، من خلال الحالة العامة[1]، التي تتحدد بتبعية الفرد للدولة معينة، تبعية سياسية عن طريق الجنسية، والحالة الخاصة، التي تحدد مركز الشخص من الأسرة، والتي تتمثل بالآثار الشخصية ومنها، حل المعاشرة والمساكنة وحق الزوجة في المعاملة الحسنة والحق في التسمي بأسم زوجها والنفقة، وأخرى آثاراً ماليةً تتمثل بالذمة المالية أو النظام المالي للزوجين، المقرر ببعض الشرائع التي تعطي للزوج حق إدارة أموال الزوجين، خلافاً لمبدأ الاستقلال المالي للزوجين الذي أقرته الشريعة الإسلامية، وكان لازماً من قانون يحكم تلك الآثار، ويظهر التنازع بين عدة قوانين في حالة الزواج المختلط، أي أن كل من الزوجين أجنبي، أو أحدهما وطني والآخر أجنبي، فما هو المركز القانوني للمرأة في ظل قواعد الإسناد التي تحكم تلك الآثار، هل المرأة في مركزٍ متميزٍ عن الرجل، وهل ساوت التشريعات محل المقارنة بين الرجل والمرأة أم لا.

[1] – اطلقنا مصطلح الحالة العامة وأردنا بذلك الجنسية، فالجنسية هي علاقة بين الفرد والدولة، وهذه العلاقة تقع في حظيرة القانون العام الداخلي، المتمثل بقانون الجنسية الذي يعد قانون عام.

ولبيان مركز المرأة القانوني في ظل هذه الآثار، سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول آثر الزواج المختلط على الحالة العامة للمرأة، ونتناول في المطلب الثاني آثر الزواج المختلط على الحالة الخاصة للمرأة.

المطلب الأول

أثر الزواج المختلط على الحالة العامة للمرأة

يقصد بالحالة العامة، هي تبعية الفرد لدولة معينة، تبعية سياسية عن طريق الجنسية، والحالة العامة للمرأة (الزوجة)، تتحدد بتبعية المرأة للدولة تبعية سياسية عن طريق الجنسية المكتسبة نتيجة الزواج المختلط، على الرغم من أن الزواج نظام يختلف أختلافاً جذرياً عن الجنسية فكل منها مستقل عن الآخر، فالزواج علاقة بين رجل وامرأة، ويعد من موضوعات الأحوال الشخصية، ونطاقها القانون الخاص، أما الجنسية علاقة بين الفرد والدولة، تدخل في أطار القانون العام، إلا أن التداخل بين النظامين، لا يمكن أنكاره في أطار الزواج المختلط، الذي يتم بين رجل وأمرأة كل منها يحمل جنسية مختلفة عن الآخر، مما يؤثر هذا الزواج على مصير جنسية المرأة.

أن تأثر أو عدم تأثر جنسية المرأة بالزواج المختلط، يعتمد على المفاهيم والأفكار القانونية السائدة في كل دولة من الدول، ونظرتها للمرأة كونها تابعه للزوج، أو تحترم حريتها وإرادتها في أمور جنسيتها، فما مركزها القانوني في أطار تلك المفاهيم، وإذا كانت حرية المرأة تحترم في أمور جنسيتها، فما مدى تلك الحرية، فهل تقيد بشروط معينة في حالة رغبتها بالحصول على جنسية زوجها، أم غير مقيدة؟ ولكي نجيب على هذه التساؤلات، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول جنسية المرأة المكتسبة بالزواج المختلط، ونتناول الفرع الثاني شروط اكتساب الجنسية بالزواج المختلط.

الفرع الأول

جنسية المرأة المكتسبة بالزواج المختلط

أختلف الفقه الإسلامي بشأن فكرة الجنسية والأعتراف بوجودها، إذ يرى البعض من الفقهاء المسلمين[١]، أن فكرة الجنسية بالمفهوم الذي تنص عليه القوانين الوضعية غير معروفه في الشريعة الإسلامية، وهذا يؤيده أتجاه من الفقه القانوني[٢]، إذ ينكر فكرة الجنسية كونها تتعارض مع عالمية الإسلام، فالإسلام دين ينهض على أساس العقيدة العالمية، فالمسلم لا جنسية له، إلا الإسلام فهو دين وجنسية، في حين يرى البعض[٣]، أن مفهوم الجنسية موجود في الشريعة الإسلامية، وعرفت فكرة الجنسية منذ نشأت الدولة الإسلامية، إلا أن الفقهاء المسلمين أستعملوا عدة مصطلحات للدلالة عليها، كالرعوية والولاء والتابعية وأهل الإسلام.

والجنسية كنظام قانوني تتصل أتصالاً وثيقاً بكيان الدولة، لذلك المشرع الوطني يضع أحكامها مع ما يتلائم ومصلحة دولته سياسياً واجتماعياً، وبما يتلائم مع مصلحة الأفراد، بما يضمن مبدأ

---

[١]- الشيخ محمد عبده، الفتاوى الإسلامية، المجلد الرابع، دار الإفتاء المصرية، وزارة الأوقاف، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، ١٩٨١، ص١٥٢٨.

[٢]- د. حامد سلطان، القانون الدولي العام وقت السلم، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص١٨٣، د. أحمد قسمت الجداوي، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص٨٤، د. احمد محمود الفضلي، القانون الدولي الخاص في الإسلام، مجلة البلقاء للبحوث والدراسات القانونية، المجلد (٣١)، العدد (١)، ٢٠٠٩، ص٢٨-٢٩، د. اشرف وفا محمد، العدالة في مجال علاقات الأفراد على الصعيد الدولي، ندوه تطور العلوم الفقهية، فقه العصر، مناهج التجديد الديني والفقهي، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، عمان، ٢٠١٥، البحث متوفر على الموقع الإلكتروني،www.nadwa,mara,gov,om ، تاريخ الزيارة ١٢/١٠/ ٢٠١٨ الساعة ٥,٣٠ مساءً.

[٣]- د. مصطفى دانش بجوه، المدخل إلى الجنسية في الفقه الإسلامي، مجلة نصوص معاصرة، مجلة مركز البحوث المعاصرة ، بيروت، السنة الثانية، العدد (٥)، ٢٠٠٦، ص٢٥٥.

المساواة بين الأفراد، وتعد جنسية المرأة من الموضوعات التي حاول المشرع أن يضع لها حلاً ، لإختلاف النظم القانونية في مدى تبنيها لمبدأ وحدة الجنسية أو مبدأ أستقلال الجنسية[١].

وفي الزواج المختلط أختلاف الجنسيات للرجل والمرأة، أما أن يكون معاصراً لأبرام الزواج، أو يكون لاحقاً لإبرامه، أي أن الزوج يكتسب جنسية أجنبية مع بقاء الزوجة محتفظة بجنسيتها، وفي الحالتين تتأثر جنسية المرأة، لكن حسب قانون الدولة المنظمة للزواج المختلط، وأثره على جنسية المرأة المتزوجة.

وإزاء ذلك ظهرت نظريتان، بشأن أثر الزواج المختلط على جنسية المرأة المتزوجة، الأولى نادت بوحدة الجنسية في العائلة، أذ تدخل الزوجة في جنسية زوجها بقوة القانون، كأثر مباشر للزواج، دون أن تعلن عن إرادتها أو رغبتها بذلك[٢]، لأن الزوج والزوجة في القانون شخص واحد، وأن السيطرة الذكورية على الزوجة تدوم مدة حياة الزوجة، فلابد من دخولها في جنسية زوجها كونها تابعه للزوج[٣]، وهذا ما كان سائد في الولايات المتحدة الأمريكية، إذ أن النظام الأساسي الأمريكي لسنة ١٨٥٥، يلحق المرأة الأجنبية المتزوجة من أمريكي بالجنسية الأمريكية تلقائياً، كما أن زواج المرأة الأمريكية من رجل أجنبي، يترتب عليه فقدان المرأة جنسيتها الأمريكية بمجرد زواجها تلقائياً ولا تعد مواطنة أمريكية[٤]، وقد أكدت المحكمة العليا الأمريكية ذلك في قرارها بشأن قضية (انى

---

[١]– د. نبراس ظاهر جبر، أثر التنظيم الدولي على جنسية المرأة المتزوجة (دراسة مقارنة)، ص٣، البحث متوفر على الموقع الالكتروني، www.iasj.net/iasj، تاريخ الزيارة ٣٠/١٠/ ٢٠١٨، الساعة ١١,٢٣ مساءً.

[٢]– د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مكتبة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٨٥.

[3]– Professor. Bruce, H.Seger, Married women's citizenship in the united states for a century and a half, journal of Research on women and gender, USA, volume 2, No 2, 2011, p29.

[4] – Nancy F. Cote, Marriage and Citizenship of Women in the United States, 1830–1934, American Journal of International Law, University of Oxford, USA, Vol 103, No 5 (December 1998), p1442.

كوميتس) في عام ١٨٩٦، أذ قضت بأن (كوميتس) لم تعد مواطنة أمريكية بزواجها من المواطن (لوريتو) إيطالي الجنسية[١].

وقامت هذه النظرية على عدة أعتباراتٍ، منها ما يكون لمصلحة الدولة، ومنها ما هو لمصلحة الأفراد، فيما يتعلق بالأعتبارات المشتقة لمصلحة الدولة، ليس من مصلحة الدولة بقاء أجانب على إقليمها، خاصة إذا كانت المرأة تحمل جنسية دولة معادية، أو في حالة حرب معها، فيقتضي ذلك إبعادها، وهذا بالنتيجة ينعكس على الأسرة مما يؤدي إلى تفككها[٢]، كما أنها تحقق التوافق الروحي والفكري في الأسرة، وتقصي عوامل التفرقة والأنفصال[٣]، كما أن وحدة الجنسية في العائلة تقضي على مشكلة تنازع القوانين فيما لو حدث خلاف بين الزوجين[٤].

ويرى الفقه[٥]، أن نظرية وحدة الجنسية، تتعارض مع مبدأ حرية الأشخاص في تغير الجنسية، كما أنها تتعارض مع مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات.

ونحن نتفق مع هذا الرأي، لأن مبدأ وحدة الجنسية يتعارض مع المبادئ، التي تنص عليها المواثيق الدولية والمبادئ الدستورية، القاضية بأن جميع الناس أحرار ومتساوون بالحقوق والكرامة، بغض النظر عن الجنس رجل أم أمرأة[٦]، والقول أن المرأة تلحق بجنسية زوجها تلقائياً يعد إهداراً لكرامة المرأة وأنتقاصاً من حقوقها أمام القانون، ومصادرة لحريتها وجعلها تابعاً للرجل لا إرادة لها،

---

[1]– John Lonele, American Women's Rights, working paper, Twenty – seventh Conference, Sub–Committee Immigration Committee, United States, March 2, 1933, The working paper is available on the website, www. loc.gov/law, Date of visit 25/10/2018, 1,30 am.

[٢]– د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص٦١.

[٣]– د. فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية في التشريعات العربية المقارنة، الطبعة الأولى، مطبعة الجبلاوي، القاهرة، ١٩٧٥، ص٤٩–٥٠.

[٤]– د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص٦١.

[٥]– د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الطبعة الحادية عشر، مطبعة الهيئة العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٨٦، ص٢٠٢، د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص٦١.

[٦]– نصت المادة(١) من الإعلان العالمي لحقوق الأنسان لسنة ١٩٤٨ على أنه، (يولد جميع الناس أحراراً ومتساوين ومتساوين في الكرامة والحقوق...).

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكي في قرارها الصادر في ١٨٩٥، بأن وحدة الجنسية في العائلة لا تنسجم مع حرية الفرد، فإذا كان الفرد يعيش في محيط غير المحيط الذي ولد فيه، فلا يمكن إجباره على البقاء فيه كعبد لا إرادة له ولا قوة[١]، كما يتعارض مع حق الانسان في الأحتفاظ بجنسيته، وعدم جواز حرمانه منها تعسفاً[٢]، كما أن إلحاق الزوجة بجنسية زوجها مباشرة بمجرد الزواج، يتنافى مع العرف الدولي، الذي يقضي بضرورة وجود علاقة حقيقية تربط الدولة بالفرد لمنحة أو أكسابه الجنسية، ونرى أن مجرد الزواج لا يحقق وجود هذه العلاقة بين الفرد والدولة، لذلك تشترط التشريعات لنقل الجنسية بالزواج المختلط، ضرورة أستمرار الزوجية مدة معينة والإقامة مدة معينة لتحقق تلك العلاقة.

وقد كرست أغلب قوانين الدول في السابق هذا المبدأ[٣]، ومنها القانون العراقي، إذ أخذ بمبدأ وحدة الجنسية في قانون الجنسية العراقي رقم (٤٢) لسنة ١٩٢٤ الملغي، إذ نصت المادة (١٧) منه على أنه، (زوجة العراقي عراقية وزوجة الأجنبي أجنبية)، وقد اتجهت قوانين الدول فيما بعد صوب النظرية الحديثة، التي تنادي بضرورة أستقلال المرأة في أمور جنسيتها، ومنها قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، وقانون الجنسية الألماني لسنة ١٩٩٩ المعدل، وقانون الهجرة والجنسية الأمريكي لسنة ٢٠٠٠ المعدل.

وإذا كان مذهب وحدة الجنسية في العائلة، كرستها القوانين الوطنية، نتيجة المفاهيم والأفكار التي كانت تسود بشان المرأة، باعتبارها في مركزٍ قانوني أدنى من الرجل أو منقوصٍ، وعدم تمتعها بأهليةٍ الكاملةٍ، فضلاً عن سيادة فكرة تبعية المرأة للرجل، إلا أن تلك المفاهيم تغيرت بظهور الحركات النسوية، التي تنادي بضرورة المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق أمام القانون، وعلى

---

[١] – أشار إلى قرار المحكمة العليا الأمريكية، د. غالب الداودي، تأثير الزواج في جنسية المرأة المتزوجة في القانون العراقي والتركي، مجلة الأقلام العراقية، العراق، العدد (١٢)، لسنة ١٩٦٦، ص١٠٨.

[٢] – نصت المادة (١٥) من الإعلان العالمي لحقوق الأنسان لسنة ١٩٤٨ على أنه،(لا يجوز تعسفاً حرمان أي شخص من جنسيته ولا من حقه في تغيير جنسيته).

[٣] – قانون الجنسية الفرنسي لسنة ١٩٤٥، قانون الجنسية الإيطالي لسنة ١٩١٢، قانون الجنسية الإسباني لسنة ١٩٣١، قانون الجنسية التركي لسنة ١٩٢٨، قانون الجنسية الكويتي ١٩٥٩، قانون الجنسية المصري١٩٢٩.

أعقاب ذلك ظهرت النظرية الحديثة، التي نادت باستقلال المرأة في أمور جنسيتها، فلا تلحق بجنسية زوجها، مالم تعلن عن إرادتها تحريرياً أختيار جنسية زوجها، فلا يجوز أهدار حرية وإرادة المرأة من خلال فرض جنسية زوجها عليها دون رغبتها، وكانت هذه النظرية أنعكاساً للمبادئ الديمقراطية، التي تقرر المساواة في المعاملة، أمام القانون بين الرجل والمرأة في الحقوق[١].

وقد ساهم في أنتشار هذه النظرية المواثيق الدولية، كالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦، إذ نصت المادة (٢٦) على أنه، (الناس جميعاً سواء أمام القانون، ويتمتعون دون أي تمييز بحق متساوٍ في التمتع بحمايته، وفي هذا الصدد يجب أن يحظر القانون أي تمييز، وأن يكفل لجميع الأشخاص على السواء حماية فعالة من التمييز لأي سبب، كالعرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي سياسي أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب)[٢]، وكذلك اتفاقية نيويورك بشأن جنسية المرأة المتزوجة لسنة ١٩٥٧، إذ نصت في المادة (١) على أنه، (توافق كل من الدول المتعاقدة على أنه لا يجوز لانعقاد الزواج وإنحلاله بين مواطنيها وأجنبي، ولا لتغيير الزوج لجنسيته أثناء الحياة الزوجية، أن يكون بصورة تلقائية ذا أثر على جنسية الزوجة)[٣]، ونصت صراحةً اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة ١٩٧٩(سيداو)، على أستقلال الزوجة الكامل بجنسيتها، من دون أن تلحق بجنسية زوجها بقوة القانون لمجرد الزواج، شأنها في ذلك شأن الرجل الذي يستقل بجنسيته من دون أن يلحق بجنسية زوجته بقوة القانون، إذ نصت المادة (١/٩) على أنه (تمنح الدول الأطراف المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل في أكتساب جنسيتها، أو الاحتفاظ بها، أو تغيرها، وتضمن بوجهٍ خاص ألا يترتب على الزواج من أجنبي أو تغير جنسية الزوج أثناء الزواج، أن تتغير تلقائياً جنسية الزوجة، أو

---

[١]– د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مصدر سابق، ص٨٦.

[٢]– العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، ١٩٦٦، مكتبة حقوق الأنسان، مجموعة صكوك دولية، جامعة منيسوتا، على الموقع الالكتروني، http://hrlibrary.umn.edu/arabic / ، تاريخ الزيارة ١٣/١١/ ٢٠١٨، الساعة ٩,٣٠ صباحاً.

[٣]– اتفاقية نيويورك بشأن المرأة المتزوجة لسنة ١٩٥٧، متوفر على الموقع الالكتروني، www.unesco.org ، تاريخ الزيارة ١٣/ ١١/ ٢٠١٨، الساعة ١٠,١٢ صباحاً.

أن تصبح بلا الجنسية، أو أن تفرض عليها جنسية الزوج)[١]، ولا بد من الإشارة إلى أن العراق قد صادق على هذه الاتفاقية بالقانون رقم (٦٦) في ١٩٨٦، واصبحت ملزمة للعراق، وقد تحفظت الجمهورية العراقية على المادة التاسعة منها[٢]، إلا أن هذا التحفظ تم إلغاءه بالقانون رقم (٣٣) لسنة ٢٠١١، الخاص بإلغاء تحفظ العراق على المادة (٩) من اتفاقية الغاء جميع أشكال التمييز ضد المرأة الوارد في القانون رقم (٦٦) في ١٩٨٦[٣].

وتنسجم هذه النظرية مع ما جاء به الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨، بأن للإنسان حق في التمتع بالحقوق التي جاء بها هذا الإعلان دون تمييز بين الرجل والمرأة، وهذا ما نص عليه في المادة (٢) منه، (بأن لكل أنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دونما تمييز بسبب العنصر أو اللون أو اللغة أو الجنس....)، ومن تلك الحقوق مبدأ حرية الأنسان في الاحتفاظ بجنسيته وعدم حرمانه منها تعسفاً، وهذا المبدأ كرسه في المادة (٢/١٥) إذ نصت على أنه، (لا يجوز تعسفاً حرمان أي شخص من جنسيته ولا من حقه في تغيير جنسيته)، وهذا الحق مطلق يتمتع به كل من الرجل والمرأة بدون تمييز، وبهذا تكون المرأة مستقلة في أمور جنسيتها، فلم تعد تابعة للرجل فلا تلحق بجنسية زوجها بقوة القانون، وإنما تدخل في جنسية زوجها أن هي رغبت بذلك، وهذا ما يجعل المرأة بمركزٍ قانوني غير منقوص ومساوياً لمركز الرجل، لا سيما أن المرأة أصبحت تتمتع بحقوق سياسية، وباتت تشغل وظائف عامة على مختلف درجاتها.

---

[١]- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ١٩٧٩، مكتبة حقوق الأنسان، مجموعة صكوك دولية، جامعة منيسوتا، متوفرة على الموقع الالكتروني، http://hrlibrary.umn.edu/arabic/ ، تاريخ الزيارة ٩/٥ / ٢٠١٨، الساعة ١٠,١١مساءً.

[٢]- نصت المادة (٩) من أتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة ١٩٧٩ على أنه، (١- تمنح الدول الأطراف المرأة حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في اكتساب جنسيتها أو تغييرها أو الاحتفاظ بها. وتضمن بوجه خاص ألا يترتب على الزواج من أجنبي، أو على تغيير الزوج لجنسيته أثناء الزواج، أن تتغير تلقائيا جنسية الزوجة، أو أن تصبح بلا جنسية، أو أن تفرض عليها جنسية الزوج، ٢- تمنح الدول الأطراف المرأة حقا مساوياً لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالهما).

[٣]- الوقائع العراقية، الجريدة الرسمية لجمهورية العراق رقم (٤٢٢٢٢) كانون الأول ٢٠١١، السنة الثالثة والخمسون.

وقد كرست القوانين الوطنية نظرية أستقلال المرأة في أمور جنسيتها، منها قانون الهجرة والجنسية الأمريكي لسنة ٢٠٠٠ المعدل، إذ نصت المادة (٣١٩) على أنه، (الزواج ليس له تأثير على جنسية المرأة الأجنبية التي تتزوج من مواطن أمريكي، إذ لا تكتسب جنسية زوجها بحكم القانون، وإنما لها أكتساب جنسية زوجها بناءً على رغبتها[١]، كما تبنى نظرية أستقلال المرأة في أمور جنسيتها، قانون الجنسية الألماني لسنة ١٩٩٩ المعدل في المادة (٩)، إذ نصت على أنه، (يتم التجنس بالجنسية الألمانية بالزواج من مواطن ألماني بعد ثلاث سنوات من الإقامة في ألمانية، واستمرار الزواج لمدة سنتين على الأقل)[٢].

وكرس المشرع العراقي نظرية أستقلال المرأة في أمور جنسيتها، في المادة(١١) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، (للمرأة غير العراقية المتزوجة من عراقي أن تكتسب الجنسية العراقية...)، ومن جهة أخرى ساوى بين الرجل والمرأة في الحصول على الجنسية العراقية عن طريق الزواج المختلط، فقد أجاز المشرع العراقي في المادة (٧) من هذا القانون للوزير أن يقبل تجنس غير العراقي المتزوج من أمرأة عراقية الجنسية، أذا توفرت الشروط الواردة في هذا القانون، كما أن المشرع العراقي قضى في المادة (١٢) بأن المرأة العراقية التي تتزوج من أجنبي وتكتسب جنسية زوجها فأنها لا تفقد جنسيتها العراقية مالم تعلن بصورة تحريرية تخليها عن الجنسية، وهكذا يبدو أن المشرع العراقي منح المرأة مركزاً قانونياً غير منقوصٍ أمام القانون، فيما يتعلق بجنسيتها في الزواج المختلط، فلا يسلبها الجنسية العراقية عندما تتزوج من أجنبي وتدخل في جنسيته، ولا يفرض عليها الجنسية العراقية إذا ما تزوجت من رجل عراقي، وهذا اعترافاً صريحاً بحرية المرأة واستقلاليتها في أمور جنسيتها.

---

[١]- قانون الهجرة والجنسية الأمريكي لسنة ٢٠٠٠ المعدل، متوفر على الموقع الرسمي لوزارة الأمن الداخلي الأمريكية، www.uscis.gov ، تاريخ الزيارة ٨ / ١١/ ٢٠١٨ الساعة٤,٣٠ مساءً.

[٢]- قانون الجنسية الألماني لسنة ١٩٩٩ المعدل، متوفر على الموقع الالكتروني، http://eudo-citizenship.eu/NationalDB/docs ، تاريخ الزيارة ٢٩/١٠/ ٢٠١٨ الساعة ١,٤٤ صباحاً.

الفرع الثاني

شروط أكتساب الجنسية بالزواج المختلط

تطبيقاً لنظرية أستقلال المرأة في أمور جنسيتها، وأحترام حرية المرأة ورغبتها في أكتساب جنسية زوجها، أصبح الأصل أن الزواج لا آثر له على جنسية المرأة، فلا تلحق المرأة (الزوجة) بجنسية زوجها تلقائياً، وإنما يحق لها أكتساب جنسية زوجها بناءً على طلبها، مع توافر شروط يحددها القانون.

وتقسم شروط اكتساب الجنسية بالزواج المختلط على قسمين، القسم الأول شروط تتعلق بذاتية الزواج المكسب للجنسية، والقسم الثاني شروط تتعلق بالمرأة طالبة أكتساب جنسية زوجها، فيما يتعلق بالشروط الخاصة بالزواج المكسب للجنسية، يشترط أن يكون الزواج صحيحاً، وهذا الشرط بديهي لأكتساب الجنسية بالزواج المختلط وأن لم ينص عليه القانون[١]، وقد نصت بعض التشريعات على صحة الزواج بصورة صريحة، إذ نص دليل سياسة المواطنة والتجنس في الولايات المتحدة الأمريكية، في الفصل الخاص بزوجات مواطني الولايات المتحدة الأمريكية في المادة (١) منه على أنه، (يجب أن يكون الزواج صحيحاً، ويتم تحديد صحة الزواج بموجب قانون المكان الذي تم إبرامه فيه)[٢].

وإذا كان شرط صحة الزواج لإكساب المرأة (الزوجة) جنسية زوجها، فلا بد من التساؤل عن القانون الذي يتحتم الرجوع إليه، لتقرير صحة أو عدم صحة الزواج، أختلف الفقه في القانون الذي

---

[١]– د. جبار صلاح الدين، اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في القانون الجزائري، مجلة المفكر، جامعة محمد خضير بهرك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، العدد (١١)، لسنة ٢٠١٤، ص١٤٧، مثنى محمد عبد القيسي، آثر الزواج المختلط على جنسية الزوجة، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، ٢٠٠٢، ص ١١.

[٢]– دليل سياسة المواطنة والتجنس الأمريكي، الفصل الثاني – الزواج والوحدة الزوجية للتجنس، الجزء(ز) زوجات مواطني الولايات المتحدة الأمريكية، المجلد (١٢) لسنة ٢٠١٤، متوفر على الموقع الرسمي لوزارة الأمن الداخلي الأمريكية، www.uscis.gov ، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١١/٨، الساعة ٨,٥ مساءً.

يقرر صحة أو عدم صحة الزواج المختلط، يرى البعض من الفقه[١]، أن القانون الذي يقرر صحة الزواج، هو القانون الوطني لدولة (الرجل) الزوج المراد أكتساب جنسيته، إلا أن هذا الرأي لا يمكن الأستناد إليه، لأن الزواج المختلط علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، وبالتالي يقتضي الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين، وما يؤيد رأينا أن جانباً من الفقه يرى[٢]، أن القانون الذي يتم الرجوع إليه لتقرير صحة أو عدم صحة الزواج، يكون القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد.

وإذا كان شرط صحة الزواج، يجعل طالب أكتساب الجنسية مؤهلاً، فما الحكم لو كان الزواج باطلاً أو فاسداً، أو زواجاً ظنياً، فهل يمكن أن يكون ذلك الزواج سبباً لأكتساب المرأة جنسية زوجها؟.

أن الزواج الباطل الذي تخلفت فيه أحد الأركان، لا يعد زواجاً، وإنما علاقة غير شرعية فهو والعدم سواء لا تترتب عليه آثار مطلقاً[٣]، وذلك البطلان يعد موجباً لإنحلال الزوجية، وبالتالي بما أن الزواج أصلٌ منعدمٌ وغير موجودٍ، فلا يمكن جعله سبباً لأكتساب المرأة جنسية زوجها، واذا ما اكتسبت المرأة (الزوجة) الجنسية بناءً على الزواج الباطل، فأنها تفقد الجنسية من وقت تقرير البطلان وبأثرٍ رجعي[٤].

أما الزواج الظني المعروف في النظم الغربية، ذلك الزواج الذي يتوافر فيه سبب من أسباب البطلان، وكان أحد الزوجين أو كلاهما حسن النية، يعد هذا الزواج باطلاً من وقت تقريره، أما

---

[١]– د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مطبعة الأهرام، القاهرة، ١٩٦٩، ص١٦٧.

[٢] – د. عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٣، ص٦٤٠، د. جابر ابراهيم الراوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مطبعة دار السلام، بغداد،١٩٧٧، ص١٢٧، د. جلال صلاح الدين، محاضرات في مادة الجنسية، جامعة سطيف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الدراسية ٢٠١٣-٢٠١٤، المحاضرات متوفرة على الموقع الإلكتروني، https://cours-examens.org/images، تاريخ الزيارة ١٤/١١/ ٢٠١٨، الساعة ١٢,٠٠ صباحاً.

[٣]– د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٨٢٩.

[٤]– د. حسن الهداوي، أكتساب الأجنبية لجنسية زوجها، الطبعة الأولى، مطبعة الرشاد، بغداد، ١٩٦٨، ص٨.

بالنسبة للماضي فيعامل على أنه، زواج صحيح ومرتّب لأثاره[١]، ويرى الفقه[٢]، أن الزواج الظني يشبه الزواج الفاسد المعروف في الفقه الإسلامي، ذلك الزواج الذي تخلفت فيه أحد شروط الصحة، وترتبت عليه الآثار المتمثلة بالنسب والمصاهرة والعدة، فأن أكتساب (المرأة) الزوجة لجنسية زوجها قبل تقرير أبطاله لا يمكن المساس بها.

كما يشترط أستمرار الزوجية مدة معينة سابقة لتقديم الطلب بأختيار جنسية الزوج، لغرض التأكد من أن الزواج ليس صورياً، وبالتالي يكون وسيلة للتحايل على أحكام القانون، والتأكد من جدية كلا الزوجين في العيش سوية[٣]، وقد أختلفت القوانين في تحديد مدة أستمرار الزوجية، اللازمة لطلب أكتساب الزوجة لجنسية زوجها، فبموجب قانون الهجرة والجنسية الأمريكي لسنة ٢٠٠٠ المعدل اشترطت المادة (٣١٩) منه، أستمرار الزوجية ثلاث سنوات سابقة على تقديم الطلب، أي أن يعيش الزوج والزوجة معاً طوال فترة ثلاث سنوات كاملة[٤]، وأشترط قانون الجنسية الألماني لسنة ١٩٩٩ المعدل في المادة (٩) منه، أستمرار الزوجية سنتين سابقة على تقديم طلب اكتساب الجنسية.

أما المشرع العراقي بموجب قانون الجنسية الجديد رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، أشترط في المادة(١١/ب، ج)، أستمرار الزواج لمدة خمس سنوات على زواجها وإقامتها في العراق.

ويثار التساؤل عن الأثر المترتب على الوفاة والطلاق على أكتساب المرأة (الزوجة) لجنسية زوجها، بموجب قانون الهجرة والجنسية الأمريكي لسنة ٢٠٠٠ المعدل، وفاة الزوج الأمريكي، يجعل المرأة (الزوجة) الأجنبية غير مؤهلة لطلب أكتساب الجنسية الأمريكي، ويستثنى من ذلك، إذا كان

---

[١]– د. محمد السعيد رشدي، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص١٩٣.

[٢]– د. عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،٢٠١٠، ص١٦٣–١٦٩، د. سامي عبد الله، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، الطبعة، دار العلوم العربية، بيروت، ١٩٨٧، ص٦٢.

[٣]– د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص٩٨. د. جبار صلاح الدين، أكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في القانون الجزائري، مصدر سابق، ص١٤٩، د. غالب علي الداودي، د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مصدر سابق، ص٩٧، د. غالب الداودي، مصدر سابق، ص ١١١.

[٤]– قانون الهجرة والجنسية الأمريكي لسنة ٢٠٠٠ المعدل.

الزوج الأمريكي توفى خلال الخدمة الفعلية في القوات المسلحة الأمريكية، في هذه الحالة تعد المرأة (الزوجة) مؤهلة لتقديم طلب أكتساب الجنسية الأمريكية، ويلاحظ أن النص شمل الزوج الأمريكي الذي يتزوج من أجنبية، والزوجة الأمريكية المتزوجة من أجنبي[١]، أما إنتهاء الرابطة الزوجية بالطلاق، يجعل الزوج الأجنبي سواءً كان زوجاً أو زوجة لا يعد مؤهلاً لتقديم طلب أكتساب الجنسية الأمريكية[٢]، ويبدو جلياً أن القانون الأمريكي لا يراعي جانب المرأة، إذ جرد المرأة من حقها في الحصول على جنسية زوجها في حالتي الطلاق والوفاة، إذ لا تعد مؤهلة لأكتساب الجنسية، حتى وأن كان لها ولداً من زوجها.

ولم ينص القانون الألماني على حالة الوفاة أو الطلاق، ومدى أثرهما على أكتساب الجنسية بالزواج المختلط، ويفسر سكوت المشرع الألماني، على أن الوفاة أو الطلاق لا يفقد حق المرأة، التي توفى عنها زوجها أو طلقها من أكتساب جنسية زوجها الألماني، بغض النظر عن مدة الإقامة وأستمرار الزوجية، لأنه لو أراد المنع لنص على ذلك[٣].

ويتبين من نص المادة (١١) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، الخاصة بإكتساب الأجنبية الجنسية العراقية بزواجها من العراقي، أن طلاق المرأة ووفاة الزوج قبل مضي المدة المحددة، تعد مانعاً يتعطل به الحق بنقل الجنسية من الزوج إلى المرأة (الزوجة)، ويستثنى من ذلك المرأة المطلقة أو المتوفي عنها زوجها ولديها ولداً من ذلك الزوج، ويبدو أن المشرع لم يراعي مصلحة المرأة، وإنما راعى مصلحة المولود كونه يحتاج إلى رعاية، لأنه لو كان قصد المشرع مراعاة مصلحة المرأة، لما جعل الوفاة والطلاق قبل انتهاء المدة مانعاً يعطل أنتقال الجنسية للمرأة في الحالة التي لا يكون فيها للمرأة ولد، ونرى ضرورة أن يتخلى المشرع العراقي عن منهجه في جعل الوفاة أو الطلاق، سبباً لحرمان المرأة من الحصول على جنسية زوجها المتوفي أو مطلقها.

---

[١]- المادة (٣١٩/ د) من القانون نفسه.

[٢]- المادة (٣١٩/ ج) من القانون نفسه.

[٣]- المادة (٢/٩) من قانون الجنسية الألماني لسنة ١٩٩٩ المعدل.

أما القسم الثاني من الشروط التي تتعلق بطالبة أكتساب الجنسية، فهي شرط الإقامة المعتادة في الدولة التي يحمل الزوج جنسيتها، والمقصود بالإقامة المعتادة، هي الوجود المادي على إقليم دولة معينة، وأعتبار تلك الدولة مكاناً للمعيشة والسكنى على وجه الأعتياد والدوام، وأتخاذها مركزاً لأعمالهِ المدنية والتجارية[١]، أذ أن الإقامة تمنح رابطة الجنسية واقعية وحجية في مواجهة الدول الأخرى، فبدونه لا يوجد مبررٌ للدولة لمنح جنسيتها لطالبها، فلا يمكن للدولة أن تمنح جنسيتها لشخص دون وجود علاقة حقيقية بينها وبينه، لأن ذلك يشكل مساساً بحقوق الدولة التي ينتمي إليها الأجنبي[٢]، والغاية من أستمرار الإقامة مدة معينة في دولة الزوج، لمعرفة مدى استعداد المرأة (الزوجة) في الأندماج بمجتمع الرجل (الزوج)، ومعرفة مدى جديتها في الحصول على جنسية زوجها[٣].

وتختلف القوانين في المدة المطلوب تحققها لأغراض أكتساب الجنسية بالزواج المختلط، كما أن بعض القوانين تنازلت عن شرط الإقامة في بعض الحالات، وعلى سبيل الأستثناء، فيما يتعلق بقانون الهجرة والجنسية الأمريكي لسنة ٢٠٠٠ المعدل، أشترط أن يكون مقدم الطلب (الزوج/الزوجة)، يعيش في أتحاد زواج مع زوجته/ زوجها في الولايات المتحدة الأمريكية، لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات مستمرة سابقة لتقديم طلب التجنس، أي يشترط أن يقيم كل من الرجل والمرأة (الزوج والزوجة) في الولايات المتحدة الأمريكية، إقامة فعلية طوال السنوات الثلاث السابقة لتقديم الطلب[٤]، ويستثنى من شرط الإقامة المستمرة والوجود المادي في الولايات المتحدة الأمريكية (الزوج/ الزوجة) الأمريكي الموظف خارج الولايات المتحدة الأمريكية، بأحد الوظائف التي نص عليها قانون الهجرة والجنسية الأمريكي، وهي موظف في القوات المسلحة الأمريكية، أو موظف في مؤسسة أمريكية للبحوث معترف بها، أو موظف في شركة أمريكية، أو شركة تعمل كلياً أو جزئياً في تطوير

---

[١]– د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مصدر سابق، ص١٧٥، د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص١٦٢.

[٢]– د. جبار صلاح الدين، اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في القانون الجزائري، مصدر سابق، ص١٥٠.

[٣]– د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص١٦٢.

[٤]– المادة (٣١٩/ أ) من قانون الهجرة والجنسية الأمريكي ٢٠٠٠ المعدل.

التجارة الخارجية أو شركة تابعة لها، أو موظف في منظمة دولية عامة تشارك فيها الولايات الأمريكية بموجب معاهدة أو قانون، أو مكلف بإداء مهام وزارية، على أن يستمر في وظيفته خارج الولايات المتحدة الأمريكية مدة لا تقل عن سنة[١]، أما قانون الجنسية الألماني لسنة ١٩٩٩المعدل، أشترط لتجنس الزوج من مواطن ألماني مضي سنتين من الإقامة المستمرة في المانيا[٢].

أما بموجب المادة (١١) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، فقد أشترطت مضي مدة خمس سنوات على الزواج والإقامة في العراق، تكون سابقة على تقديم الطلب، لأغراض أكتساب الجنسية بالزواج المختلط.

كما يشترط تقديم طلب للسلطة المختصة، تعلن فيه عن رغبتها في الحصول على جنسية زوجها، لأن المرأة المتزوجة من أجنبي لم تعد تلحق بجنسية زوجها تلقائياً بمجرد الزواج، وإنما تمتع المرأة المتزوجة بالاستقلال في أمور جنسيتها، اذ أن أشتراط تقديم الطلب من قبل المرأة (الزوجة)، يؤمن حرية المرأة في أمور جنسيتها، فلها الخيار في تقديم الطلب أو عدم تقديمه[٣].

ويتبين من ذلك أن الزواج لا يؤثر في جنسية المرأة، فهي لا تلحق بجنسية زوجها بحكم القانون، وإنما لها الحرية أن أرادت اكتساب جنسية زوجها، أن تلجأ إلى التجنس وتخضع للشروط التي ينص عليها القانون، وسوف تستفيد من تخفيض مدة الإقامة، التي يشترط تحققها لإكتساب المرأة جنسية زوجها، كما أن المرأة العراقية المتزوجة من أجنبي والمكتسبة لجنسيته، لا تفقد جنسيتها العراقية إلا إذا أعلنت تحريرياً تخليها عن الجنسية العراقية.

---

[١]– المادة (٣١٩/ب) من القانون نفسه.

[٢]– المادة (٩) من قانون الجنسية الألماني لسنة ١٩٩٩ المعدل.

[٣]– د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مصدر سابق، ص٩٣، د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص٩٦.

المطلب الثاني

آثر الزواج المختلط على الحالة الخاصة للمرأة

يترتب على عقد الزواج الذي أستوفى شروطه وأصبح نافذاً العديد من الآثار القانونية، التي تخص الرجل والمرأة معاً، كحل المعاشرة والمساكنة والأخلاص وحرمة المصاهرة والنسب، ومنها ما يخص كل واحداً منهما على حدة دون الآخر، كالمهر والنفقة والطاعة، والتي يطلق عليها الآثار الشخصية، وأخرى تتعلق بالنظام المالي للزوجين، أي الأموال التي يملكها أي منهما سواءً كانت أموالاً منقولة أم عقارية، والتي يطلق عليها الآثار المالية.

وقد أختلفت القوانين في تحديد القانون الذي يحكم تلك الآثار، تبعاً لأختلاف النظم والمفاهيم السائدة في كل دولة، فما مدى مراعاة تلك القوانين لمركز المرأة القانوني، وما مدى أعتماد قوانين الدول محل المقارنة على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في تحديد القانون الذي يحكم الآثار الخاصة للزواج، والتي تتمثل في الآثار الشخصية والآثار المالية.

وللإجابة على هذه الأسئلة، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول الآثار الشخصية للزواج المختلط، ونتناول في الفرع الثاني الآثار المالية للزواج المختلط.

الفرع الأول

الآثار الشخصية للزواج المختلط

للوقوف على المركز القانوني للمرأة في ظل قواعد تنازع القوانين، التي تحكم الآثار الشخصية للزواج المختلط، لابد من أن نبين المقصود بالآثار الشخصية، ومن ثم معرفة القانون الذي يسري عليها، لأستظهار المركز القانوني للمرأة في ظل قواعد الإسناد.

يقصد بالآثار الشخصية، تلك الآثار التي تتصل بشخص كل من الرجل والمرأة (الزوجين)، وتتناول علاقتهما الشخصية، وما يرتبط بهذه العلاقة من حقوق وواجبات، تتمثل في حل العشرة والمساكنة، والإخلاص وحق الرجل (الزوج) في الطاعة، والقرار في منزل الزوجية، والحق في القوامة

والتوجيه وكل ما يدخل في السلطة الزوجية، وحق المرأة (الزوجة) في المعاملة الحسنة، وحق التسمي بأسم زوجها والعدل بين الزوجات، وكل ما يقضي به القانون من حقوق وواجبات، تقع على عاتق كلا الزوجين[١].

أما القانون الذي يحكم آثار الزواج الشخصية، فقد اختلفت القوانين في تحديد القانون الذي يحكم هذه الآثار، منها ما يعتمد على ضوابط شخصية منفردة أم مزدوجة[٢]، والأخر يعتمد على ضوابط مكانية، ومنها ما يتبع ضوابط متعددة سواءً كانت تخييرية أو متدرجة، ومنها ما أتجه صوب إرادة الرجل والمرأة (الزوجين) لتعيين القانون الواجب التطبيق، وهذا يعتمد على مدى تكريس هذه القوانين لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وابتعادها عن التمييز ضد المرأة، فيما يتعلق قواعد تنازع القوانين الأمريكية بصيغتها الثانية لسنة ١٩٧١ المعدلة، فقد أخضعت الآثار الشخصية للزواج المختلط لقانون محل إقامة الزوجين، لتحقيق نوع من التوازن بين الرجل والمرأة، إذ يكون قانون الموطن المشترك معلوماً لكل من الرجل والمرأة (الزوج والزوجة)، كما يحقق المساواة بين الرجل والمرأة من خلال عدم أفضلية قانون أحدهما على قانون الآخر ويكفل تحقيق المساواة بينهما، لأنه يمثل الوسط المشترك لكل منهما وعند أختياره لا يكون هناك تفضيل لأي من الزوجين على الآخر[٣].

أما القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل في المادة (١٤) بفقراتها الأربعة، أنتهج منهجاً مخالفاً لما جاءت به قواعد تنازع القوانين الأمريكية، أنطلاقاً من المبدأ الدستوري، الخاص بالمساواة بين الرجل والمرأة، إذ منح إرادة الرجل والمرأة (الزوجين)، دوراً مهماً في تحديد

---

[١]– د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٨٠٤.

[٢]– ضابط أصلي ومنفرد، يرشد إلى قانون واحد يعد هو المختص من بين جملة القوانين الواجبة التطبيق، كما في حالة تحديد الجنسية كضابط أصلي في مسائل الأهلية، أو ضابط إسناد مزدوج ففي حالة عدم التمكن من تطبيق الضابط الأول يتجه القاضي إلى ضابط الإسناد الذي بعده أما بالترتيب أو التخيير بحسب القانون المناسب لأطراف العلاقة القانونية، د. حلتيم سراح، منهجية تحليل قواعد الإسناد أمام القضاء الوطني، مجلة الفقه والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، العدد (٣٣)، لسنة ٢٠١٥، ص٩٤.

[3] – Kurt H. Nadelmann, Joseph Story's Contribution to American Conflicts Law: The American Journal of Legal History, Oxford University, Vol 5, No 3, Jul. ،1961, p233.

القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج، إذ قضى بأن آثار الزواج تخضع للقانون الذي أختاره الزوجان وهذا القانون، أما أن يكون قانون الدولة التي يقيم فيها كلا الزوجين إقامة معتادة وقت أختيار القانون، أو قانون الدولة التي يقيم فيها كلا الزوجين إقامة أعتيادية أثناء الزواج، إذا كان أحدهما يقيم فيه هناك وقت أختيار القانون، أو قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوجان إذا أتحدا بالجنسية، وإلا يطبق قانون الدولة التي يرتبط بها الزوجان أرتباطًا وثيقًا[١]، ويرى الفقه في المانيا[٢]، أن التطور الذي أحدثه المشرع في القانون الدولي الخاص، وخاصة ما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، ما هو إلا تجسيدٌ لوظائف قواعد الإسناد، المتمثلة بتحقيق الأمان القانوني، الذي يحافظ على التوقعات المشروعة للطرفين، وتحقيق العدالة المادية، فضلاً عن ذلك أستبعاد النتائج غير العادلة التي يؤدي إليها الإسناد الآلي لقانون معين، قد لا يتلائم مع توقعات الأطراف، كما أن ذلك ينسجم مع المبدأ الدستوري الخاص بالمساواة بين الرجل والمرأة، ولا يغيب عن البال أن المحكمة الفيدرالية الاتحادية، ألغت قواعد الإسناد التي تشكل خرقاً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وتحقيقاً للغاية والهدف الذي أبتغاه المشرع الألماني، ويجب أستبعاد الإحالة الواردة في المادة (١/٤) من هذا القانون، إذ نصت على أنه، (إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية، فانه يجب أن تطبق أيضاً قواعد الإسناد المعنية الموجودة في قانون هذه الدولة...)، والدليل على ذلك ما جاءت به الفقرة الثانية من هذه المادة إذ نصت على أنه، (...بقدر ما يمكن للأطراف أختيار قانون الدولة، يمكنهم الرجوع فقط إلى القواعد المادية)، كما أن إعمال الإحالة مقيد بأن لا يتعارض مع روح قواعد الإسناد الألمانية، وهذا ما ورد الشطر الثاني من الفقرة الأولى، إذ نصت على أنه، (..بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية)[٣]، فإعمال الإحالة يشكل خرقاً لمبدأ الحرية الذي منحه المشرع للرجل والمرأة (للزوجين) في أختيار القانون الذي يسري على آثار الزواج العامة، كما يشكل أخلالاً صارخاً بتوقعات الرجل والمرأة (الزوجين)، وثقتهم في أختيار القانون الذي يحكم هذه الآثار.

---

[١]- المادة (١٤) من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦المعدل.

[2] - Felix Dorvelt, Legislative Objectives in Private International Law, Theoretical and Practical Consideration, Volume Two, First Edition, Posirius Law School Press, Hamburg, German, 2017, p66.

[٣]- القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل.

أما المشرع العراقي فقد أنتهج طريقاً آخراً، إذ أعتمد ضابط إسناد أصلي منفرد، إذ أسند آثار الزواج الشخصية، إلى قانون جنسية الزوج وقت الزواج، فقد نصت المادة (٢/١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل 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)، ومن الملاحظ أن المشرع العراقي أخضع آثار الزواج جميعها لقانون واحد، دون أن يميز بين الآثار الشخصية والآثار المالية.

ويبرر الفقه[١]، أسباب خضوع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج، هو التأكيد على مبدأ قوامة الرجل، كونه رئيس العائلة، والمكلف في إدارة شؤونها، والمسؤول عن إعالتها، وحفاظاً على تماسك الأسرة، ويرى البعض[٢]، أن التشريعات الغربية، قللت من شأن هذا المبدأ متأثرة بالأفكار التحررية، إلا إننا نرى أن القوامة لا تعني تفضيل زوج على زوجته في الحقوق أمام القانون، بل القوامة تعني تكليفه بحمايتها ورعايتها بسبب فروق عضوية وبيولوجية، وليس في الحقوق والواجبات، كما يفسر مبدأ قوامة الرجل على المرأة، وإذا كان أنشاء الرابطة الزوجية يقتضي تطبيق قانون كلا الزوجين، فأن ما ينشأ من آثار هذه الرابطة، يتطلب وحدة القانون الذي يحكمها، فمن الصعوبة أخضاع آثار الزواج لقانونيين في الوقت ذاتِهِ، فإذا أختلفت تلك القوانين لا يمكن تطبيق إيهما إلا بمخالفة الآخر[٣]، وقد تعرض حكم تطبيق قانون جنسية الزوج للأنتقاد من جانب مؤيدي الحركات النسوية، التي تطالب بالمساواة بين الرجل والمرأة أمام القانون[٤]، ونتفق مع هذا الرأي كون أخضاع الآثار الشخصية للزواج لقانون جنسية الزوج، يتعارض مع مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة أمام القانون وهو

---

[١]– د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص١١٠، د. عبد الواحد كرم، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي، الطبعة الأولى، مكتبة السيد سامي، بغداد، ١٩٧٩، ص٢٩، د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٨٦، ص٢٢٩.

[٢]– د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص١٤٦.

[٣]– د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص٢٢٩.

[٤]– د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الاجنبية، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص١١٥.

ما يتعارض مع ما كرسه دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، القاضي بالمساواة بين الرجل والمرأة[١].

ويتعارض كذلك مع الأتفاقيات والمواثيق الدولية، التي تنادي بمنع التمييز العنصري ضد المرأة، وضرورة جعل المرأة في مركز قانوني مساوياً للرجل، لا سيما أن التساوي المقصود هو تساوي المراكز القانونية لكل من الرجل والمرأة أمام القانون، فما عادت المرأة تتمتع بمركز التبعية للرجل وليست هي أدنى منه، كما نتفق مع من يرى[٢]، أن تطبق قانون جنسية الزوج على الآثار المالية للزواج يؤدي إلى عدم تحقيق المساواة المادية بين الرجل والمرأة، فضلا من تطبيق هذا القانون يشكل ضرراً بالزوجة.

لذلك نقترح على المشرع العراقي، تعديل نص المادة (٢/١٩) المتعلقة بقاعدة الإسناد التي يتحدد بموجبها القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج، واعتماد ضوابط متعددة، تتلائم مع مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، ونقترح الصيغة التالية، **(يسري على الآثار الشخصية للزواج قانون الجنسية المشتركة للزوجين، وإذا أختلفا بالجنسية يسري قانون الموطن المشترك لهما، وإذا أختلفا موطناً يسري القانون الذي يكون أكثر صلة بالعلاقة القانونية).**

---

[١]– نصت المادة (١٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على أنه، (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس...).

[٢]– د. هشام علي صادق، د. حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، القسم الثاني في الحلول الوضعية لتنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٩، ص٧٣.

الفرع الثاني

الآثار المالية للزواج المختلط

يرتب عقد الزواج بالإضافة إلى الآثار الشخصية آثاراً مالية، تتعلق بالذمة المالية لكل من الرجل والمرأة (الزوجين)، والأموال التي يملكها كل منهما قبل الزواج وبعده[١]، وهو ما يطلق عليه بالنظام المالي للزوجين المقرر في النظم الغربية خلافاً لما أوردته الشريعة الإسلامية، التي تقرر مبدأ الاستقلال المالي للرجل والمرأة (الزوجين)، فالمرأة تتمتع بأهلية كاملة في التصرف بأموالها وأستغلالها[٢]، ويعد ذلك تطبيقاً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وتعريف بشخصيتها المدنية وبحقها كالرجل أن يكون لها ذمة مالية مستقلة.

فقد ورد في مؤلفات الفقه الإسلامي[٣]، مسألة الذمة المالية، وعرفت بأنها، "محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه"، وعرفها الفقه القانوني[٤]، بأنها مجموع ما يكون للشخص من حقوق وما عليه من التزامات مالية في الحال والأستقبال، فهذه التعريفات تشمل في خطابها الرجل والمرأة دون تمييز، فلكلٍ منهما ذمة مالية مستقلة عن الأخر، ولا أثر للزواج على هذه الذمة، فلها الحق في ممارسة التصرفات المالية كافة بإرادتها المنفردة، قبل الزواج وبعد الزواج[٥]، إلا أن نطاق الذمة المالية في الفقه الإسلامي أوسع من نطاق الذمة المالية في القوانين الوضعية، إذ أن الفارق الرئيسي بين الذمة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، هو من حيث النطاق والمتعلق، فنطاق ومتعلق الذمة المالية في القانون الوضعي، هو الحقوق والواجبات المالية التي تتعلق بحق العباد، بينما نطاق ومتعلق الذمة في الفقه الإسلامي، يشمل الحقوق والواجبات المالية وغير

---

[١]- د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٨٠٤.

[٢]- د. غالب علي الداودي، حسن محمد المهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص١١٠.

[٣]- د. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، ١٩٩٩، ص٢٠١.

[٤]- الأستاذ المتمرس عبد الباقي البكري و المدرس زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص٢٩٢.

[٥]- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، حكم أحكام القرآن (العباد وأحكام الأسرة والمعاملات المالية)، الطبعة الأولى، دار نشر احسان، ايران، ٢٠١٤، ص٧٩.

المالية، سواءً كانت حقاً لله أم حقاً للعباد، لذلك أطلق عليها في القانون الذمة المالية، لأنها خصصت بالحقوق المالية والواجبات المالية دون الحقوق والواجبات غير المالية، كما أنها قيدت بالحقوق التي تتعلق بالعباد دون الحقوق التي تتعلق بحق الله[١]، فالشريعة الإسلامية أقرت مبدأ أنفصال الذمة المالية، ولا آثر للزواج عليها، اذ أن كل من الرجل والمرأة (الزوجين) يبقى محتفظاً بملكية أمواله[٢]، إلا أن أنفصال الذمة المالية لا يمنع من أن يتفق الرجل والمرأة على كيفية إدارة أموالهما، على أن ذلك لا يجعل أموالهم مشتركة على النحو المعروف لدى النظم الغربية، أي أن لكل زوج أمواله التي تكون ذمته المالية، ولا يحق لأحد الزوجين التصرف بأموال الزوج الآخر، إلا في أطار الحقوق المالية التي يرتبها عقد الزواج[٣].

وفي النظم الأنجلو أمريكية، ومنها الولايات المتحدة الأمريكية، المبدأ هو استقلال الذمة المالية لكل من الرجل والمرأة، ولا يؤثر الزواج على هذا الاستقلال، إذ يسود نظام انفصال أموال (الزوجين)[٤]، بخلاف القانون الألماني الذي جعل للزواج آثراً على أستقلال الذمة المالية لكل من الرجل والمرأة، إذ بمجرد أبرام عقد الزواج ينشأ نظاماً مالياً، وهذا النظام أما أن يكون اتفاقياً بين الرجل والمرأة (الزوجين)، أو ينشأ بقوة القانون عند أنعدام النظام الأتفاقي[٥].

---

[١] – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٥٤، ص١٩.

[٢] – د. رعد مقداد محمود، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص٢١.

[٣] – د. هجيرة الدنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد (١)، السنة ١٩٩٤، ص١٥٩.

[4] –Jeffrey Schonblum, United States of America Conflicts Laws on International and Marital Property: A Critical Analysis of Charania v. Schulman, The American Journal of Comparative Law, Willamette University – College of Law, Volume 103, Issue 4, May 2018, p2121.

[٥]-د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص١٠٥٩.

وعرف النظام المالي للزوجين في النظم[١]، التي أقرت اندماج الذمة المالية للرجل والمرأة بمجرد الزواج، مجموعة من القواعد التي تنشأ عن الاتفاق بين الزوجين أو الزوجين في المستقبل، المتعلقة بعلاقات الملكية بين الزوجين وفي علاقاتهم مع أطراف ثالثة، وتتعلق بتنظيم أموال كل من الزوجين من ناحية ملكيتها، أو أدارتها أو الانتفاع نتيجة للزواج أو فسخه[٢].

فيما يتعلق بدور الإرادة في أختيار القانون الذي يسري على آثار الزواج المالية، يسلم الفقيه الألماني سافيني، بفكرة خضوع الآثار المالية لقانون الذي يختاره الزوجان صراحةً أو ضمناً، وأن فكرة قانون الإرادة بلورها من قبل الفقيه الفرنسي ديمولان في القرن السادس، عندما أفتى بقضية الزوجين (دوجاني)، لأنَّ أموال الزوجين دوجاني تقع في أكثر من بلد، إلا أن القانون الذي تخضع له قانون موطن الزوجية، على أساس أن إرادة الزوجين الضمنية، أتجهت إلى أختيار ذلك القانون ليحكم الآثار المالية للزواج[٣].

ويرى البعض[٤] أن قانون إرادة الزوجين لا ينصرف في معظم الأحوال في شؤون الأحوال الشخصية، ويرفض التسليم بفكرة سريان قانون الإرادة على آثار الزواج المالية، لأن الأحكام التي يقررها قانون الإرادة قد تصطدم، بما يقرره القانون الذي يحكم آثار الزواج من أمور تتصل بنظام

---

[١]- النمسا، بلجيكا، بلغاريا، كرواتيا، قبرص، جمهورية التشيك، فنلندا، فرنسا، ألمانيا، اليونان، إيطاليا، لوكسمبورغ، مالطا، هولندا، البرتغال، سلوفينيا، اسبانيا، السويد، مع الإشارة إلى أن هذه النظم تتجه الأن إلى إعمال قانون إرادة الرجل والمرأة (الزوجين)، ليحكم النظام المالي للزوجين سواءً تم الأتفاق على القانون المختار قبل الزواج أو بعد إبرام العقد، لائحة مجلس الاتحاد الأوروبي (الاتحاد الأوروبي) بالرقم ٢٠١٦/١١٠٣ المؤرخة ٢٤ يونيو ٢٠١٦ بشأن تنفيذ التعاون المعزز في مجال الاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف بالقرارات المتعلقة بشؤون أنظمة الملكية الزوجية وتنفيذها.

[٢]- هذا ما نصت به المادة (٣) من للائحة مجلس الاتحاد الأوروبي (الاتحاد الأوروبي) بالرقم ١١٠٣/ ٢٠١٦ المؤرخة ٢٤ يونيو ٢٠١٦ بشأن تنفيذ التعاون المعزز في مجال الاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف بالقرارات المتعلقة بشؤون أنظمة الملكية الزوجية وتنفيذها، متوفرة على الموقع الإلكتروني، www.warwicklegal.com، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١/٢٤، الساعة ٥,٢١ مساءً

[٣]- نقلاً عن د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص١٠٥٩-١٠٦٠

[٤]- د. ممدوح عبد الكريم، مصدر سابق، ص٣١٢.

الأسرة، ومركز كل زوج في مواجهة الآخر، والحفاظ على ذلك النظام لا يكون إلا بإعمال القانون الذي يسري على الآثار الشخصية للزواج.

أما القانون الواجب التطبيق على النظام المالي، فقد أختلفت التشريعات في تحديد القانون الذي يحكمها، بالنسبة للقانون الأمريكي بموجب قواعد تنازع القوانين الأمريكية بصيغتها الثانية لسنة ١٩٧١ المعدلة، اقرت بأن القانون الذي يحكم ممتلكات الزوجية هو قانون الإرادة، أي القانون المختار من قبل الزوجين، وفي حالة عدم الأتفاق على القانون يسري قانون موطن الزوجين وقت إبرام عقد ازواج، كونه القانون غير القابل للتغيير، بغض النظر عن محل لإقامة الزوجين وقت أقتناء الممتلكات التي حصل عليها كلاً منها بعد الزواج، بإستثناء الممتلكات العقارية فهي لا تخضع للقانون المختار، وإنما تخضع لمحل موقع العقار[١]، وقد قضت المحكمة العليا في مقاطعة نيويورك، بما إن الزوجين لم يتفقا على القانون الواجب التطبيق، بشأن النظام المالي لممتلكاتهما، فيطبق قانون ولاية نيويورك، كونه قانون محل الإقامة المعتادة للزوجين، إذ أن الزوج أسباني الجنسية والزوجة إيطالية الجنسية، أنتقلا من إيطاليا إلى نيويورك لغرض الإقامة الدائمة فيها[٢].

أما القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦المعدل، ألغى المادة (١٥) منه، وأحال بما يتعلق بآثار الزواج المالية، لما نصت عليه لائحة مجلس الأتحاد الأوروبي بالرقم ١١٠٣/ ٢٠١٦، إذ أجازت للرجل والمرأة (الزوجين) أختيار القانون الواجب التطبيق على النظام المالي لهما، إذ قضت بأن يجوز للزوجين أو الأزواج المستقبليين الموافقة على تعيين أو تغيير القانون المنطبق على نظام ممتلكات الزوجية، بشرط أن يكون هذا القانون، أما قانون الدولة التي يكون فيها الزوجان أو الزوجان

---

1 –Kurt H. Nadelmann, op. cit, p233, Jeffrey Schonblum, op. cit, p2123, Simon Simonides, Choice of Law in American Courts in 2010, Twenty–fourth annual survey, The American Journal of Comparative Law, Willamette University – College of Law, Vol. 58, 2011, p457.

2 – New York District Supreme Court decision, M v M 2014 NY Slip Op 51086, Decided July 3, 2014, Available on the website, https://law.justia.com, date of visit 23/12/2019, 4,30 pm.

في المستقبل أو أحدهما، مقيماً بشكل أعتيادي وقت إبرام الاتفاق[١]، أو قانون دولة جنسية أي من الزوجين أو الزوج المستقبلي وقت إبرام الأتفاق[٢]، وإذا لم يتفق كل من الرجل والمرأة على تعيين القانون الواجب التطبيق، تنص اللائحة على أن القانون الواجب التطبيق على نظام الملكية الزوجية، هو قانون دولة الإقامة المعتادة الأولى المشتركة للزوجين عند إبرام الزواج[٣]، وإذا تعذر ذلك، يجب أن يكون القانون المنطبق هو قانون دولة الجنسية المشتركة للزوجين[٤]، وفي الحالات التي لا يكون فيها الزوجان من جنسية مشتركة، يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الأوثق صلة وقت إبرام الزواج[٥]، مع الإشارة إلى أن هذه اللائحة تستثني من نطاقها ما يتعلق بالأموال العقارية[٦]، إذ تخضع لقانون محل وجود العقار، وقد أنتهج القانون الألماني هذا المنهج انطلاقاً من مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وتحقيقاً للعدالة المادية، والتخلص من النتائج غير العادلة التي يؤدي اليها التطبيق الآلي لقواعد الإسناد[٧].

أما القانون العراقي، فقد أتبع مذهب الوحدانية في القانون الذي يحكم آثار الزواج، فقد أخضع الآثار الشخصية والآثار المالية، لقانون جنسية الزوج وقت الزواج، إذ نصت المادة (٢/١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل 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)، وهذا الأتجاه للمشرع العراقي يشكل مخالفةً واضحةً للمبدأ الدستوري الخاص بالمساواة بين

---

[١]- المادة (٢٢/أ) من لائحة مجلس الاتحاد الأوروبي (الاتحاد الأوروبي) بالرقم ١١٠٣/ ٢٠١٦.

[٢]- المادة (٢٢/ب) من اللائحة

[٣]- المادة (٢٦/١/أ) من اللائحة

[٤]- المادة (٢٦/١/ب) من للائحة

[٥]- المادة (٢٦/١/ج) من اللائحة

[٦]- المادة (١/٢/ز) من اللائحة

[7] - Melina Sterio, The Age of Globalization and Conflict of Laws: That is, Europe can learn from the United States and vice versa, Scholarship Articles at Cleveland University, School of Law, USA, vol. 13, 2016, p. 186.

الرجل والمرأة[1]، وبالتالي يعد هذا النص من الناحية الدستورية باطلاً ويجب الغائه، وذلك استناداً لنص المادة (١٣/ثانياً) من الدستور، إذ نصت على أنه، (لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويُعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه)، كما أنه يتعارض مع مبدأ الحقوق الذي أقره الدستور العراقي، فلم يجيز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات، إذ نصت المادة (٢/أولاً/ج) على أنه، (لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور)، فضلاً عن ذلك أن الذمة المالية لكل من الرجل والمرأة منفصلة وهو أكدته الشريعة الإسلامية، فلا يؤثر عليها الزواج بأي شكل من الأشكال، وما دامت الذمم المالية من حيث الأصل منفصلة ولكل منهما له ذمته المالية، فأن أخضاع ما يتعلق بأموال الزوجة للقانون الزوج يشكل خرقاً دستورياً آخراً، فكما هو معلوم لا يمكن سن قانون يتعارض مع ثوابت الإسلام، كون دين الدولة الإسلام، وهذا ما كرسه الدستور العراقي إذ نص في المادة (٢/أولاً/ب) على أنه، (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام)، كما إعمال قانون الزوج وقت الزواج على النظام المالي للزوجين، يشكل مساساً بحقوقها المكتسبة، فليس من العدل أن يطبق عليها قانوناً لا يتلائم مع توقعاتها ويضر بمصالحها، كما أنه لا ينسجم مع ما جاءت به اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لسنة ١٩٧٩، والتي صادق عليها العراق وأصبحت بمثابة قانون داخلي، والتي أحظرت كل ما من شأنه يشكل تمييزاً ضد المرأة.

وقد يُشكل على قولنا، بأن قواعد الإسناد تشكل تمييزاً ضد المرأة، وتعد غير دستورية ويترتب على ذلك أبطالها، على أساس أن قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، قواعد إرشادية محايدة وهي من خصائص قواعد الإسناد بصورة عامة في النظم القانونية، مهمتها تشير للقانون الواجب التطبيق، إذ أن عملها كما يصفها الفقيه أرمنجون أشبه بمكتب الاستعلامات في محطات السكك الحديدة، ترشد المسافر إلى الرصيف الذي يستقله، لا تتضمن حكماً مادياً ولا تنظم المجتمع ولا ترتب حقوقاً ولا مصالحاً للأفراد، وكونها قواعد ليست ذات طابع موضوعي تكون بمنأى عن مخالفتها للدستور، إذا ما تعارضت مع المبدأ الدستوري الخاص

[1]- نصت المادة (١٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على أنه، (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس...).

بالمساواة بين الرجل والمرأة، ويرد على ذلك أن الفقه الحديث في ألمانيا والولايات المتحدة الأمريكية والعراق[1] وأغلب دول العالم، يرفض فكرة التسليم بأن قواعد الإسناد ذات طابع محايد مهمتها الإرشاد للقانون الواجب التطبيق، وإنما تعد قواعداً موضوعيةً، كما هو الحال في القواعد الموضوعية التي تنظم المجتمع وتمنح الأفراد حقوقاً، وبالتالي لا تعد قواعد غير مباشرة، وإنما قواعداً موضوعية أسوةً بالقواعد الموضوعية الأخرى في القانون الداخلي، ودليلنا على ذلك قاعدة الإسناد الواردة في المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، الهدف منها مراعاة مصالح الأشخاص في أطار عقود التجارة الدولية، فليس صحيحاً أن قواعد الإسناد لا تنظم المجتمع ولا ترمي إلى تحقيق مصالح خاصة، وكذلك قاعدة الإسناد الواردة في المادة (٢٤)، المتعلقة بخضوع الأموال العقارية لقانون موقع العقار، فهي ترمي إلى تحقيق مصالح عامة للمجتمع والدولة، كذلك قاعدة الإسناد الواردة في المادة (١/١٩)، القاضية بخضوع الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون كل من الزوجين، والذي كان الهدف منها أن لا يكون الزواج صحيحاً وفقاً قانون الدولة وباطلاً وفقاً لقانون دولةً أخرى، وهذا ما يؤدي بالنتيجة إلى الحفاظ على مصالح المرأة من خلال تجنيبها آثار بطلان الزواج، كما أن آلية إلغاء قواعد الإسناد الغير دستورية، مارستها المحاكم في أغلب دول العالم، ولا سيما الدول الأوروبية، فقد قضت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية في ٨ ديسمبر ١٩٨٤، أن المادة (١/١٥) من القانون الدولي الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل، التي أخضعت النظام المالي للزواج لقانون جنسية الزوج، غير دستورية، كونها مخالفة للمبدأ دستوري مهم، وهو مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة[2].

لذلك نقترح الغاء هذ النص لعدم دستوريته، وأستبداله بالنص المقترح التالي، **(١- يجوز للزوجين تعيين القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج، على أن يكون هذا القانون،**

---

[1] – Joseph Bell, Therapy On conflict Laws, The first edition, Voorhees & Company, New York, 1935, p188, Dr. Uwe Schlegel, Köln, Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts (IPR), Monatszeitschrift für deutsches Recht (Fachzeitschrift), 2016, p187, د. كريم مزعل شبي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين)، مجلة جامعة كربلاء، العراق، المجلد (٣)، العدد (١٣)، ٢٠٠٥، ص٩.

[2] – Rainer Gildeggen, Jochen Langkeit, op. cit. p230.

أ- أما قانون الدولة يقيم فيها الزوجان أو أحدهما، إقامة معتادة وقت إبرام الاتفاق، ب- أو قانون دولة جنسية أي من الزوجين وقت إبرام الاتفاق)، ٢- وإذا لم يتفقا على تعيين القانون الواجب التطبيق، يطبق قانون دولة الإقامة المعتادة المشتركة للزوجين عند إبرام الزواج، أو قانون دولة الجنسية المشتركة الزوجين، وفي الحالات التي لا يكون فيها الزوجان من جنسية مشتركة، يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الأوثق صلة وقت إبرام الزواج).

والذي يبرر تطبيق قانون الإرادة على آثار الزواج المالية، بأن عقد الزواج يسمح بطبيعته الأستناد لإرادة الزوجين كضابط إسناد لقواعد التنازع الخاصة بها، لأن عقد الزواج يقوم من حيث الأصل على إرادة الرجل والمرأة في أختيار كل منهما للآخر، ويعد الرضا قوام ذلك العقد، كما نتفق مع يذهب بأن عقد الزواج في أطار القانون الدولي الخاص يعد عقداً دولياً كسائر العقود[١]، وبما أن الطابع الدولي يعد شرطاً ضرورياً لاستطاعة المتعاقدين أن يختاروا قانون ليحكم علاقتهم القانونية، فهذا الشرط متحقق في الزواج المختلط، كما أن المعيار الراجح في أطار القانون الدولي الخاص لكون العقد دولي، هو أن يتصل العقد بأحد عناصره بأكثر من نظام قانوني سواءً، أتصل هذا العنصر بموطن المتعاقدين أو بجنسيتهم أو بالأعمال المتعلقة بأبرام العقد، فنرى أن هذا المعيار ينطبق على عقد الزواج المختلط، كون الزوجين من جنسيات مختلفة، والآثار المالية المتولدة قد توجد في إقليم أكثر من دولة، وبالتالي يستطيع الرجل والمرأة (الزوجين) أختيار القانون الذي يحكم الآثار المالية لعقد الزواج.

وسوف نتناول في الفصل الثاني المركز القانوني للمرأة في الزواج المختلط الباطل، ذلك الزواج الذي تم في المناطق المحرر من داعش، دون مراعاة الشروط الشرعية والقانونية، للوقوف على مدى نجاعة قواعد الإسناد في حل المشكلات المتعلقة بأنعقاده وانحلاله، ومدى حق المرأة العراقية في منح جنسيتها لمولود سواء كان المولود شرعياً أو غير شرعياً.

---

[١]- د. فؤاد عبد المنعم و د. سامية راشد، مصدر سابق، ص٢٥٧.

الفصل الثاني

المركز القانوني للمرأة في الزواج المختلط الباطل

يعد الزواج سنة الله ورسوله الأعظم (صلوات الله عليه وآله وصحبه أجمعين) في العباد، وضعها الشارع المقدس لضمانِ استمرارية الحياة في جوٍ من المحبةِ والرحمةِ، ولتحقيق أهدافٍ نبيلةٍ ترتقي بالحياة الإنسانية وتقيد الغريزة، والقول بأن النكاح هو السبيل الشرعي للعلاقة بين الرجل والمرأة، يوصلنا إلى النظر في بعض الحالات التي تجعلهُ باطلاً أو محل شبهه، لذلك فرض الشارع المقدس أركاناً وشروطاً يستوجب أتباعها، لعدم الوقوع في الفاحشةِ أو المنكرِ، وحفاظاً على مكانةِ ومركز المرأة، حتى لا تهان ولا تستغل ولا تستعبد وتصبح مجرد سلعة تباع وتشترى، لا سيما أن النساء تحتل جزءً من أهتمام الجماعات الإرهابية في أوقات النزاعات المسلحة، والتي أستغلتها بأبشع أنواع الأستغلال والعنف الجنسي المُمنهج، اذ أستغلت المرأة من قبل الجماعات الإرهابية، (تنظيم القاعدة الارهابي، وتنظيم داعش الإرهابي)، بما يعرف بجهاد النكاح والسبي والعبودية في أغلب دول المنطقة العربية ومنها العراق خاصةً.

إذ تعرضت المرأة العراقية، لأبشع أنواع الأستغلال والعنف الجنسي خلال الهجمات الإرهابية التي تعرض لها العراق على مدى مرحلتين، المرحلة الأولى أبان دخول تنظيم القاعدة الإرهابي بعض مدن العراق، بعد الأحتلال الأمريكي للعراق عام ٢٠٠٣، وما نتج عنها من زيجات من أعضاء التنظيم الإرهابي الأجانب وولادات إلى الأن مصيرهم مجهول.

والمرحلة الثانية تمثلت (بتنظيم داعش الإرهابي)، في عام ٢٠١٤، الأمتداد الفكري والأيديولوجي لتنظيم القاعدة الإرهابي، أذ دخل هذا التنظيم إلى بعض مدن العراق وهي (الأنبار، الفلوجة، ديالى، صلاح الدين، نينوى)، تعرض أفراد الأقليات من (المسيحيين والآيزيديين والتركمان والشبك والعرب وغيرها)، إلى حملة تهجير وسبي واسعة بعد سيطرة عصابات داعش على هذه المدن، وما رافق ذلك من ممارسات منهجية لا إنسانية والمعاملة الوحشية التي أرتكبوها ضد النساء والفتيات، من قتلٍ واختطافٍ وبيعٍ كسبايا، ولازال الآلاف منهن لم يعرف مصيرهن إلى الآن، فضلاً

عن إجبارهن على تغيير ديانتهن، وتعرض العديد منهن إلى سوء المعاملة، ولا سيما العنف الجنسي بشتى أنواعهِ، كزواج جهاد النكاح الذي تم بناءً على فتوى فاسدة والاغتصاب وغير ذلك، لقد عكست هذه الممارسات جانباً أساسياً من ايديولوجيتهم المتطرفة، ولاسيما ضد الأقليات الدينية.

ولا يقتصر الأمر على نساء الأقليات، وإنما شمل ذلك التزويج القسري للنساء المسلمات، إذ تعرضن لحالات اغتصاب واعتداءات جنسية، وإذا أبدت الواحدة منهن أي رفض أو مقاومة فإنها تتعرض للإيذاء الشديد، والعديد من هؤلاء النسوة المتزوجات من عناصر داعش الإرهابي، عندما يقتل ذلك العنصر يقسرن على الزواج من عنصر آخر دون مراعاة العدة الشرعية، كما أن هؤلاء النسوة يطاردهن الخوف من التهديد بالقتل غسلاً للعار من قبل ذويهن، ويحملن قلقلاً إزاء مصير أطفالهن، الذين لا يمتلكون مستمسكاتً شخصيةً، ويعدُ مصيرهم مجهولاً، فضلاً عن المعاناة النفسية السيئة، التي أدت إلى أنتحار بعضهن، بسبب ما تعرضن له من عمليات اغتصاب واعتداءات جنسية واسترقاق جنسي وتزويج قسري، وما نتج عنه من حالاتِ حملٍ وأسقاطٍ، الأمر الذي أثرّ على صحتهن بشكل سيء.

ولابد من الإشارة، أننا لا نتناول الموضوع من الناحية السياسية، وإنما نتناوله من وجهة نظر القانون الدولي الخاص، وسوف نبين مفهوم الزواج الباطل بصورة عامة، وسنركز على الزيجات التي حدثت خلال فترة التنظيم الإرهابي من مقاتلي داعش الأجانب، من حيث بيان تعريف الزواج المختلط الباطل، وصور الزيجات من مقاتلي داعش الأجانب، ومن ثم نبحث ذلك الزواج في ظل قواعد الإسناد، من حيث انعقاده، ومدى حق المرأة في المطالبة بإثبات ذلك الزواج، ومدى إمكانية طلب إنحلاله أمام المحاكم المختصة، كما أننا سوف نُناقش حق المرأة في منح جنسيتها لأولادها، سواءً استطاعت أن تثبت شرعية زواجها أم لم تستطع، وحقها في منح جنسيتها لمولودها غير الشرعي الناشئ عن عمليات الاغتصاب التي تعرضت لها.

ولغرض البحث في المركز القانوني للمرأة في ظل تلك الزيجات، سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول مفهوم الزواج المختلط الباطل، ونتناول في المبحث الثاني أحكام جنسية أبناء الأم العراقية في المناطق المحررة.

المبحث الأول

مفهوم الزواج المختلط الباطل

نتناول في هذا المبحث، التعريف بالزواج المختلط الباطل، الذي تم في المناطق المحررة من داعش، تحت ما يعرف بجهاد النكاح وصور ذلك الزواج، إذ تسلل البطلان الى تلك الزيجات من عدة جوانب، ومن ثم نتناول دور قواعد الإسناد الوطنية في انعقاد ذلك الزواج، ومدى أمكانية إنهاء الرابطة الزوجية، لتحرير المرأة من تلك الزيجات، وإعادة الحياة الطبيعية لهن والتخلص من كابوس داعش الإرهابي من مخيلتهن، لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول التعريف بالزواج المختلط الباطل، ونتناول في المطلب الثاني قواعد التنازع التي تحكم الزواج المختلط الباطل.

المطلب الأول

التعريف بالزواج المختلط الباطل

للتعريف بالزواج المختلط الباطل، لابد من تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول تعريف الزواج المختلط الباطل، ونتناول في الفرع الثاني صور الزواج المختلط الباطل في المناطق المحررة.

الفرع الأول

تعريف الزواج المختلط الباطل

عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، اما أن يكون صحيحاً متى ما كان مستوفياً لأركانه وشروطه، أو يكون باطلاً إذا أختلت أركانه، إذ يصبح بمنزلة العدم، فلا يترتب عليه أي حكم من

الأحكام التي وضع العقد لإفادته[١]، وقد قال بذلك جمهور الفقهاء باستثناء الأحناف، الذين قسموا عقد الزواج إلى عقد صحيح وفاسد وباطل[٢].

وعرف عقد الزواج الباطل، هو ما فقد شرطاً من شروطِ الانعقاد[٣]، أو هو ما حصل خلل في ركنهِ أو شرط من شروطِ انعقادهِ[٤]، وبطلان العقد ما هو إلا جزاء يترتب على عدم توافر الشروط اللازمة للانعقادهِ أو لصحتهِ[٥]، ويمكن لنا أن نعرف الزواج المختلط الباطل، بأنه الزواج الذي تم بين رجل وأمرأة، كل منهما من جنسية مختلفة، وكان فاقداً لشرطاً من شروطِ انعقادهِ.

وسوف نركز في بحثنا، بشأن الزواج المختلط الباطل على الزيجات، التي حصلت في المناطق المحررة من داعش الإرهابي، تلك المجاميع ذات الفكر المتطرف، اذ كانت تلك المجاميع مكونه من ٦٨ جنسية من بلدان عربيةٍ وغير عربيةٍ[٦]، أذ أستقطب التنظيم المتطرف حسب تقارير أجهزة استخبارات لدول غربية، مقاتلين من مختلف أنحاء العالم، بينهم عرب وأوربيون، إذ كشفت

---

[١] – د. أحمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، الجزء الأول، الطبعة الأولى، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٥٤.

[٢] – د. وهبه الزحيلي، كتاب الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٥، ص٤٧.

[٣] – د. احمد فراج حسن، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار المطبوعات، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص١١٩.

[٤] – د. زكي الدين شعبان، الزواج والطلاق في الإسلام، الطبعة الأولى، دار القومية للطباعة، القاهرة، ١٩٦٤، ص٢٤، د. أحمد عبيد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مصدر سابق، ص٥٩.

[٥] – د. محمد احمد عابدين، قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص٨٩.

[٦] – الباحث هاشم الهاشمي، طرق زواج العراقيات من الدواعش، تقرير منشور في جريدة الشرق الأوسط، العدد ١٤٥٧، في ٧ يونيو ٢٠١٧، متوفر على الموقع الإلكتروني https.//aawsat.com/home تاريخ الزيارة ١٥/ ١٢/ ٢٠١٨، الساعة ٤,٠٠ مساءً.

وكالة الأستخبارات المركزية الأمريكية (CIA)، أن عدد عناصر التنظيم في العراق وسوريا يتراوح بين (٣٠- ٣١) الف إرهابي من مختلف الجنسيات[١].

فالهجمة التي تعرضت لها مدن العراق من قبل هذه الجماعات الإرهابية، القت بظلالها على المرأة العراقية، إذ أحتلت الجزء الأكبر من أهتمامها، فكانت الأكثر عرضةً للعنف ولانتهاك حقوق الأنسان من قبل تلك المجاميع الإرهابية، ولعل العنف الجنسي[٢] هو الأبرز والأكثر قسوةً على النساء، كونهُ يمس المرأة في شخصيتها وجسدها ونفسيتها، وتمثل ذلك الأعتداء بالزواج القسري[٣]، والأتجار بالنساء وبيعهن في سوق النخاسة، وأجبارهن على الحمل والأستعباد الجنسي والاغتصاب[٤]، إذ أستخدم تنظيم داعش الإرهابي العنف الجنسي لمهاجمة وتغيير الهوية العرقية أو الدينية للأقليات، وكعنصر لا يتجزأ من الاستراتيجيات الرامية إلى ضمان السيطرة على الأراضي

---

[1]– Dylan O'Driscoll, The Islamic State in Iraq, the current and historical drivers of violent extremism in Iraq, Help desk reports by the British Department for International Development, p54, 2019, Available on the website, assets.publishing.service.gov, date of visit 12/12/2019, at 3.15 pm.

[٢] – يشير مصطلح (العنف الجنسي المرتبط بالنزاعات)، (إلى الاغتصاب، والاستعباد الجنسي، والبغاء القسري، والحمل القسري، والإجهاض القسري، والتعقيم القسري، والزواج القسري، وأي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي التي ترتكب ضد النساء أو الرجال أو الفتيات أو الأولاد، والتي تحدث بشكل مباشر أو غير مباشر خلال النزاع، ويشمل المصطلح أيضاً الإتجار بالأشخاص، عندما يرتكب الفعل في حالات النزاع لأغراض تتعلق بالعنف أو الاستغلال الجنسي)، تقرير الأمين العام عن العنف الجنسي المتصل بالنزاعات رقم (S/2017/249) في ١٥ نيسان ٢٠١٧، الفقرة ٢، ص ٢-٣.

[٣] – الزواج القسري: هو أحد أشكال الزواج الذي يتم على الرغم من رفض المرأة للزواج من رجل معين، ويتم من خلال أكراه المرأة على الزواج، وقد يصل إلى استعمال العنف الجسدي أو الضغط النفسي، والذي يعد أنتهاك صريحا لحقوق الأنسان، ويعتبر هذا الزواج في اوقات النزاعات المسلحة رق زوجياً، نوعا من أنواع العبودية المستترة، أشار إليه،

Micaela Frulli, Advancing International Criminal Law, journal of International Criminal Justice, Brussels, Vol 6, No 5, 2008, p 1038.

[4] – Related of the secretary– General on conflict: related sexual violence, s/ 2018/ 250, 250, 23 March 2018, Available on the website, https://reliefweb.int/sites, Date of visit, 25/ 12/ 2018, At 4.12 pm.

والموارد، أدى العنف الجنسي المرتبط بالنزاعات إلى تدمير الأمن المادي والاقتصادي للنساء، وإن السبب الرئيسي للزواج القسري، هو عدم المساواة بين الجنسين، إذ تعتبر النساء والفتيات بسبب المعتقدات الثقافية والدينية لدى الجماعات الإرهابية، سلعاً عاجزةً عن أتخاذ قرارات سليمة، بشأن أختيار الزوج وتحديد موعد الزواج، إذ ترغم النساء والفتيات على الزواج، لأنه من السهل التحكم فيهن، ولأن القدرة على الإنجاب لدى الفتيات تستغرق فترة أطول فتكون الولادات بأعداد أكثر[١].

تم ذلك الزواج تحت ما يعرف ب(جهاد النكاح) تلك الفتوى الفاسدة، التي أستخدمها تنظيم داعش الإرهابي بين الترغيب والترهيب، بحجةٍ أن الزواج من أحد تنظيم داعش ستنال به المرأة الثواب والأجر عند الله تعالى، والتي بموجبها تم التغرير بالنساء العراقيات وإجبارهن على الزواج من عصابات التنظيم الإرهابي، ويتخلل البطلان إلى تلك العقود التي كانت تبرم داخل المحاكم الشرعية لداعش، من الناحية الشكلية والموضوعية، فضلاً عن حالات الاغتصاب التي تعرضت لها المرأة في تلك المناطق، وسوف نبين صور ذلك البطلان في الفرع الثاني بشكل مفصل.

ويمكن لنا أن نعرف الزواج المختلط الباطل في المناطق المحررة، بأنه (الزواج الذي تم بين رجل من إرهابي داعش الأجانب وأمرأة عراقية، والذي تم بناءً على فتوى فاسدة تبناها التنظيم الإرهابي، وكان فاقداً لشرطٍ من شروطِ انعقاده.

---

[١] – غولنارا شاهينيان، تقرير المقررة الخاصة المعنية بأشكال الرق المعاصرة، بما في ذلك أسبابه وعواقبه، مجلس حقوق الإنسان، (A/HRC/21/41)، الدورة الحادية والعشرون، البند ٣ من جدول الأعمال، تعزيز وحماية جميع حقوق الإنسان، المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما في ذلك الحق في التنمية، الأمم المتحدة، الجمعية العامة لحقوق الأنسان، ٢٠١٢، ص١٢، متوفر على الموقع الإلكتروني، www.ohchr.org، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١/٩، الساعة ١٢,٢٣ صباحاً.

الفرع الثاني

صور الزواج المختلط الباطل في المناطق المحررة

أتخذ الزواج في المناطق المحررة من الجماعات الإرهابية صوراً متعددة، سوف نحاول الإحاطة بها مع بيان موقف الفقه الإسلامي من تلك الزيجات، محاولة لتطبيق الأصول العامة لشروط الزواج على تلك الزيجات، تسربَ البُطلان إلى تلك الزيجات من ناحيتين.

أولا: شَرع ما يسمى (تنظيم داعش الإرهابي) في بعض المدن التي سيطر عليها، إلى فتح مكاتب لتنظيم عمليات زواج العراقيات العوانس والأرامل والمطلقات والفتيات الصغيرات، إذ بلغ عدد المكاتب التي أطلق عليها (المحاكم الشرعية) لزواج الفتيات الموصليات بولاية نينوى (٧٦) مكتبا[١]، وهذه المكاتب لا تتمتع بالشرعية القانونية ولا تُعدُ رسمية، كونها لم تشكل وفقاً للقانون، بل شكلت من قبل عصابات إرهابية خارجةً عن القانون، وبالتالي تعد عقود الزواج من حيث الشكل باطلة، كون عقود الزواج التي توثق من قبل المحاكم الرسمية المختصة وفقاً للقانون، تعد سنداً رسمياً وفقدان أي شرط من شروط تحريرها يجعلها باطلة كسندٍ رسمي، إلا أن ذلك لا يجرد العقد المبرم في محاكم داعش الإرهابي من كل قيمة بل ينزل بمزلة السند العادي بشرط أن يكون موقعاً من كلا الزوجين[٢]، ولا بد من الإشارة الى هذه الشروط لا تعد من شروط انعقاد أو من شروط الصحة ولا من شروط النفاذ واللزوم، وإنما يترتب على تخلفها أثراً قانونياً فقط، دون أن ترتب أثراً شرعياً[٣].

---

[١] – مكاتب داعشية لزواج الفتيات بالإكراه في الموصل، مقال منشور على الموقع الرسمي لصحيفة العرب في ١/٥/ ٢٠١٥، على الموقع الالكتروني، https://alarab.co.uk ، تاريخ الزيارة ١٣/ ٣/ ٢٠١٩، الساعة ١١,٠٠صباحاً.

[٢] – نصت مادة (٢١) قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل على أنه، (أولاً – السندات الرسمية، هي التي يثبت فيها موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه ما تم على يديه أو ما أدلى به ذوو الشأن في حضوره، ثانيا – إذا لم تستوف السندات الشروط التي استلزمتها الفقرة السابقة فلا يكون لها إلا حجية السندات العادية في الإثبات إذا كان ذوو الشأن قد وقعوها بامضاءاتهم أو ببصمات ابهامهم).

[٣] – د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، الجزء الأول، مصدر سابق، ص٥٥.

ثانياً: يتسرب البطلان لعقود الزواج التي أبرمت في المناطق المحررة من داعش الإرهابي، نتيجة وجود خلل في شروطهِ الموضوعية، وسوف نحاول بيان تلك الزيجات التي تمت في هذه المناطق، ومن ثم نبين موقف الفقه الإسلامي من تلك الزيجات، على وفق ما أورده الفقهاء من شروط وبيان مدى انطباقها عليها[١].

من تلك الزيجات، الزواج في فترة العدة، أي عدم التزام المرأة بالعدة الشرعية بعد كل زواج سواءً كانت حاملاً أو حائلاً، دون أن تكون لإرادتها دور في ذلك، بمجرد قتل الزوج الداعشي الذي يتم تزويجها إليه من قبل التنظيم، تزوج لأخر بعد مرور ٤٠ يوماً من تأريخ قتله، باستخدام وسائل الترغيب والترهيب[٢]، إذ أفتى التنظيم الإرهابي، بأن الزواج من أحد إلاهابي التنظيم يعدُ امتثالاً لأوامر الله، وتنال المرأة به الأجر والثواب عند الله تعالى، كما أفتى بردَّة وتكفير المسلمات اللواتي لا يخضعن لأحكامه، وتحت تلك الوسائل أعتقدن النساء بصحة العقد بأن الزواج في فترة العدة لا يعد محرماً من الناحية الشرعية، إلا أن ما جاءت به تلك الجماعات المتطرفة، يدل على جهلها بالأصول الفقهية والشرعية وانفصالهم عن الواقع المعاصر، بلا شك أن هذا الزواج وفقاً للشريعة الإسلامية باطلاً، فالمرأة أثناء العدة الشرعية سواءً من وفاة أو طلاق أو تفريق لا تعد محلاً لأبرام عقد الزواج، إذ تعد من المحرمات حرمة مؤقتة، لقولهِ تعالى (وَالّذين يُتوفّوْن منكُم وَيَذرُونَ أَزْواجاً يَتَربصْنَ بأَنفُسهِن أربْعَةَ أَشهرٍ وَعَشْراً)[٣]، ولقوله تعالى (وَالْمُطلَقَاتُ يَتَربصْنَ بأنفُسهِن ثلاثةَ قُروُءٍ)[٤]، فإذا كان هذا الزواج باطلاً، فهل يمكن أن نعتبره زواج شبهة لاعتقاد المرأة بصحة الزواج نتيجة التغرير بهن؟.

---

[١] – لقد قدمنا عدد من الاستفتاءات إلى المرجعيات الدينية في العراق، قدمت تلك الاستفتاءات في ٢٠١٨/١٢/٥، وتم إعادة تأكيدها ٢٠١٩/١/٧، ٢٠١٩/٢/٢٥، ٢٠١٩/٧/١٨، منها ما هو الكتروني عبر المواقع الإلكترونية لمكاتب المرجعية، ومنها ما كان ورقياً، ولم يصلنا رداً منهم.

[٢] – تقرير توثيقي عن جرائم داعش الإرهابية في الأوضاع الانسانية في محافظة نينوى للفترة من ١٠ حزيران٢٠١٤ لغاية ١٣ كانون الأول ٢٠١٦، المفوضية العليا لحقوق الأنسان في العراق، بغداد، نشر في كانون الثاني ٢٠١٧، على موقع المفوضية العليا لحقوق الانسان، http://ihchr.iq/upload، تاريخ الزيارة ٢٦/ ١٢ /٢٠١٨، الساعة ٥ مساءً.

[٣] – سور البقرة آية ٢٢٨.

[٤] – سور البقرة آية ٣٣٤.

والشبهة هي أن يقارن الرجل أمرأة تحرم عليه مع جهله بالتحريم[١]، أو (هو الوطء الذي ليس بمستحق شرعاً مع الجهل بذلك سواءً أكان جهلاً بالحكم أم بالموضوع، وسواءً أكان الجاهل قاصراً أم مقصراً ما لم يكن متردداً، وفي حكم الجاهل القاصر من أعتمد في استحقاق الوطء على طريق شرعي تبين خطأه لاحقاً، كالإجتهاد والتقليد وحكم الحاكم والبينة، وأخبار المرأة في مورد جواز الاعتماد على قولها، ويلحق بوطء الشبهة وطء المجنون والنائم وشبههما دون السكران إذا كان سكره بشرب المسكر عن عصيان)[٢].

وقد تكون الشبهة من الرجل والمرأة، بأن يكون كلاً منهما غير عالم وغير ملتفت، وقد تكون الشبهة من طرفٍ واحدٍ، وقد حرص الفقهاء المسلمين على عدم جواز الحكم على أنسان تولد من ماء أنسان أنه أبن زنا، متى أمكن حمله على أنه أبن شبهة، فلو توفر للقاضي (٩٩) حيثية للحكم بأنه أبن زنا وحيثية واحدة بأنه أبن شبهة وجب عليه الأخذ بها وترك ال(٩٩) حيثية[٣]، والسبب في ذلك ترجيحاً للحلال على الحرام، وقد ثبت عن النبي صل الله عليه وآله وسلم لدى جميع المذاهب الإسلامية (الحدود تدرأ بالشبهات)، وكون اعتقاد النساء بصحة العقد بأن الزواج في فترة العدة لا يعد محرماً من الناحية الشرعية، نتيجة الأفكار المتطرفة التي بثها التنظيم الإرهابي في عقول أهل تلك المناطق، يمكن أعتبار ذلك الزواج شبهة، وعلى ما يبدو من أن الحكمة من تشريع الشبهة، هي دفع تهمة الزنا عن المرأة والمحافظة على عفتها وشرفها وكرامتها، لا سيما أن المرأة في تلك المناطق، تعرضت لشتى الأنتهاكات وأشدها قسوة، فضلاً عن المحافظة المولود من الضياع والتشرد.

---

[١] – الشيخ محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، الطبعة الأولى، مؤسسة الصادق للطباعة والنشر، طهران، ١٩٦٧، ص٣٦٣.

[٢] – استفتاءات السيد علي الحسيني السيستاني، الموقع الرسمي الخاص بالاستفتاءات، www.sistani.org ، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١٢/٢٤، الساعة ٢,١٥ صباحاً.

[٣]– الشيخ محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، مصدر سابق، ص٣٦٥.

كما إن عدداً كبيراً من النساء والفتيات الصغيرات، يتم إكراههن على الزواج بأحد أفراد تنظيم داعش الإرهابي من الأجانب، دون رغبتهن وإلا يعدنّ كافرات، والكافرة تغتصب بالقوة وتعتبر ملك يمين، وإذا استمرت بالرفض تقتل[١].

يعد الأختيار والرضى شرطاً لصحة الزواج، وهو المشهور عن الأمامية، إذ يشترط لصحة العقد اختيار الزوجين، فلو أكرهت أو أكره أحدهما لم يصح، إلا إذا رضيت فيما بعد[٢]، وهذا ما عليه الجمهور بإستثناء الحنفية جعلوا العقد صحيحاً مرتباً لجميع اثارهِ[٣]، ونحن نميل مع الرأي الذي ذهب إليه الأمامية والجمهور باعتبار العقد باطلاً، حتى تتخلص المرأة من ذلك الزواج بمجرد المتاركة، كون العقد الباطل لا يلحقه طلاق أو تفريق.

كما أن إرهابي داعش لا يكشفون عن أسمائهم الحقيقية، وإنما فقط يعرفون بكُنيتهم، وبذلك لا يكون الرجل معلوماً ومعروفاً للمرأة التي يتزوجها، لأنهم حذرون من كشف هوياتهم [٤]، وقد أتفق

---

[١]– تقرير منظمة العفو الدولية، الفرار من الجحيم، التعذيب والعبودية الجنسية في الأسر لدى الدولة الاسلامية في العراق، الطبعة الأولى، ٢٠١٧، ص ١٠، متوفر على الموقع الإلكتروني، www.amnesty.org، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١١/٢٣، الساعة ٨,٢٣ مساءً.

[٢]– أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، المبسوط في فقه الأمامية، الجزء الخامس، دار الكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٢، ص٥١، السيد محمد تقي الخوئي، المباني في شرح العروة الوثقى، باب النكاح، الجزء الثالث والثلاثون، مؤسسة الخوئي الإسلامية، النجف الاشرف، ٢٠٠٩، ص١٦٢ وبعدها، السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، المعاملات، الجزء الثالث، الطبعة المصححة والمنقحة، بدون دار نشر، ١٤٣٩ هـ، ص٢٠.

[٣]– شمس الدين أبو بكر محمد السرخسي، المبسوط، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٠، ص٨٦، د. وهبه الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، أحكام الأسرة، الجزء الثالث، مصدر سابق، ص٥٢.

[٤]– الباحث خالد الطائي، زوجات عناصر داعش يطلبن الطلاق، مقال منشور على الموقع الرسمي لصحيفة ديارنا في ٢٠١٨/٧/٢٦، على الموقع الالكتروني، http://diyaruna.com ، تاريخ الزيارة ٣٠/ ١٢/ ٢٠١٨، الساعة ١٠,٠٠صباحاً.

الفقهاء المسلمون[1]، على وجوب أن يكون كلا العاقدين معروفاً ومعلوماً على وجهة يمتاز كل منهما عن غيره بالأسم أو الإشارة، وإذا لم يعيين كلا الزوجين على هذا الوجه يعدُ العقد باطلاً.

المطلب الثاني

قواعد التنازع التي تحكم الزواج المختلط الباطل

بعد أن بينا المقصود بالزواج المختلط الباطل وحددنا نطاقه، لابد من الخوض في دور قواعد التنازع التي تحكم هذا الزواج، لإستظهار مركز المرأة القانوني في القانون العراقي مقارنة بالقوانين مدار البحث، من حيث إبرامه والقواعد التي تحكم أنتهائه، لا سيما أن الأزواج هنا هم من إرهابي داعش الأجانب، الذين قتلوا والبعض هربوا إلى جهاتٍ غير معلومةٍ، والبعض الآخر في السجون العراقية، وللبحث عن مركز المرأة في ظل هذه الزيجات، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول دور قواعد الإسناد في تكوين الزواج المختلط الباطل، ونتناول في الفرع الثاني دور قواعد الإسناد في حل الزواج المختلط الباطل.

الفرع الأول

دور قواعد الاسناد في تكوين الزواج المختلط الباطل

الزيجات التي حدثت في المناطق التي سيطر عليها ما يسمى، (تنظيم الدولة الاسلامية– داعش الإرهابي)، أتخذت أنواعاً ثلاثةً، منها ما هو صحيح لاكتمال شروطهِ وأركانهِ الشرعية، ومنها

---

[1] – السيد محمد تقي الخوئي، المباني في شرح العروة الوثقى، مصدر سابق، ١٦٧ وما بعدها، الشيخ محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، مصدر سابق، ص٢٩٨، د. وهبه الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، أحكام الأسرة، الجزء الثالث، مصدر سابق، ص٣٤، الشيخ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، كتاب النكاح والطلاق، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٢٣.

ما هو باطل لأختلال شروط انعقاده، ومنها ما هو فاسد لأختلال شروط صحته، كما أن هذه الزيجات، أما أن يكون فيها الرجل والمرأة عراقيين، وهذه العلاقة القانونية تعد ذات طابع وطني لا تخضع لقواعد التنازع، أو زواج عراقية من إرهابي داعش الأجانب، إذ تصبح العلاقة ذات طابع دولي تخضع لقواعد التنازع للبحث عن القانون الواجب التطبيق، أو يكون الزواج تم في تلك المناطق بين أمرأة أجنبية ورجل أجنبي، لا سيما أن التنظيم الإرهابي جاء ومعه نساء من مختلف الجنسيات، كما أن أغلب الدواعش أصطحبوا عوائلهم إلى داخل المدن التي سيطروا عليها، هذا النوع من الزواج لا يدخل ضمن موضوعنا، كوننا نركز على المركز القانوني للمرأة العراقية في ظل تلك الأنتهاكات، التي تعرضت لها من زواجٍ قسري واستعبادٍ جنسي واغتصابٍ، وما نتج عنه من مشكلاتٍ تارةٍ تتعلق بالمرأة نفسها، وتارةٍ أخرى بولاداتها من هؤلاء المجرمين.

فيما يتعلق بموقف القوانين محل المقارنة، بخصوص عقد الزواج المختلط الباطل بصورة عامة، نجد أن قواعد تنازع القوانين الأمريكية بصيغتها الثانية لسنة ١٩٧١ المعدلة، فقد قضت بخضوع بطلان الزواج لقانون محل إبرام عقد الزواج، ويبدو أن هذا الحل منطقياً، كون أن القانون الذي يحكم صحة شروط الزواج الموضوعية والشكلية بموجب قواعد التنازع الأمريكية، قانون محل إبرام عقد الزواج، فهو القانون ذاته الذي يقضي بصحة الزواج، متى ما توافرت شروط انعقاده ويقضي ببطلانه متى ما أختلت شروط انعقاده، كون البطلان جزاءً يترتب على تخلف أركانِ العقدِ وشروطهِ[١]، كما أن هذا القانون يتلائم مع توقعات الطرفين خاصة إذا كان الطرفان يقيمان في إقليم الدولة ولهما معرفة بالقوانين السائدة في ذلك الإقليم، أما القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل، لم ينص على قاعدة الإسناد التي تحكم عقد الزواج الباطل.

أما في العراق، لم ينص القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، على قاعدة إسناد تحكم بطلان الزواج، لتخلف شروط انعقاده أو شروط صحته، ومن خلال تتبع عبارات

[١] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٨٣٢.

الفقهاء[1]، نجد أنهم لم يتطرقوا إلى القانون الذي يحكم بطلان عقد الزواج، لكنهم يشيرون بصورة غير مباشرة إلى أن القانون الذي يحكم بطلان الزواج، هو القانون ذاته الذي يحكم الشروط الموضوعية لصحة الزواج، هو قانون كل من الزوجين، فإذا توفرت الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الزواج يعد العقد صحيحاً، وإذا تخلفت يعد العقد غير صحيح، إذ أن البطلان جزاءً يترتب عند حدوث خلل في أركانهِ.

كما أن الرجوع إلى القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية لصحة الزواج، لتقرير بطلان عقد الزواج، يعد مبدأ شائعاً من مبادئ القانون الدولي الخاص في الدول ذات النهج اللاتيني، التي تأخذ بضابط الجنسية كضابط إسناد في مسائل الأحوال الشخصية، وكذلك قوانين الدول ذات النهج الأنجلو أمريكي، التي تأخذ بضابط الموطن كضابط إسناد في مسائل الأحوال الشخصية، إلا أننا نرى أن ضرورة النص على قاعدة إسناد تحكم بطلان الزواج لتخلف شروط انعقاده أو شروط صحته، حتى لا تبقى قواعد الإسناد المتعلقة بالزواج مرهونة بآراء الفقه، وما هو شائع من مبادئ في القانون الدولي الخاص، وخاصة في أوقات النزاعات المسلحة، والتي تكون فيها المرأة محوراً مهما لدى تلك الجماعات، كما حصل عندما سيطرت التنظيمات الإرهابية الأجنبية على بعض مدن العراق، كما أن تلك الهجمات من الممكن أن يتعرض لها البلد في ظل الظروف الأمنية غير المستقرة، **لذلك ونقترح أضافة فقرة أخرى تحدد القانون الواجب التطبيق على الزواج الباطل مقتضاها، (يسري على عدم صحة الزواج من حيث شروطه الموضوعية، قانون كل من الزوجين أو قانون جنسية الزوجة أو قانون موطنها في حالة غياب الزوج، أما من حيث الشكل يسري قانون محل الأبرام)**، لكي يستوعب النص الزيجات التي تقع في أوقات النزاعات المسلحة، من قبل الجماعات الإرهابية الأجنبية، لا سيما أن العراق تعرض وعلى مدى مرحلتين، لسيطرة الجماعات الإرهابية، التي أُستغلت النساء أبشع أستغلال.

[1] – د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص٢٨٠، د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص١٠٦.

أما فيما يتعلق بالزيجات التي حدثت في المناطق المحررة من داعش، فقد ذكرنا أنها أما تكون وطنية بطرفيها، أو تكون أجنبية بطرفيها، أو يكون أحد الطرفين وطنياً، وما يهمنا الزواج الذي يحصل بين أمرأة عراقية ورجل من إرهابي داعش الأجانب، وهذه الزيجات كما ذكرنا منها ما كان صحيحاً، ومنها ما كان باطلاً.

فيما يتعلق بالعقود الصحيحة، بالنسبة للقانونين محل المقارنة سبق وأنَّ بينا موقفها من القانون الواجب التطبيق على العقد الصحيح[١]، أما فيما يتعلق بموقف المشرع العراقي، نرى ضرورة إخضاع عقود الزواج الصحيحة التي تمت بين رجل من إرهابيي داعش الاجانب وأمرأة عراقية لقانون جنسية الزوجة أو لقانون موطنها، فالكثير من النساء العراقيات نقلهن التنظيم الإرهابي إلى خارج العراق، فأي القانونيين يحقق مصلحة المرأة ويحمي حقوقها يطبق، وبما أن المرأة هنا عراقية وموطنها في العراق، فالعلاقة القانونية تخضع للقانون العراقي، وهذا ليس بالأستناد إلى نص الفقرة الخامسة من المادة (١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، التي جاءت استثناءً على الفقرة الأولى من المادة ذاتها التي أخضعت صحة الشروط الموضوعية لقانون كل من الزوجين[٢]، وإنما بالأستناد إلى وظيفة قاعدة الإسناد في تحقيق الأمان القانوني، المتمثل في المحافظة على توقعات الأطراف، وتحقيق العدالة، فأن إعمال القانون العراقي يتلائم مع توقعات المرأة، فضلاً عن كونه القانون المناسب، لحكم الأوضاع القانونية الناشئ من زواج النساء من إرهابي داعش الأجانب، وبذلك نوفر للمرأة مركزاً متميزاً، وتتحقق مصلحتها من هذا القانون، كون ما يتعلق بالزواج نظمه المشرع العراقي بموجب قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، تنظيم يتفق مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية الغراء من مبادئ ساوت فيها بين الرجل المرأة في الحقوق، فضلاً عن تنظيمها للزواج بما يحفظ كرامة وعفت المرأة من أن تهدر أو تهان، كما أن تطبيق القانون العراقي يتلائم مع توقعات المرأة، فهي قد تعرف ما جاء به القانون من أحكام، فلا تتفاجئ بتطبيق نصوص قانونية تجهلها، وقد لا تحفظ لها كرامتها وعفتها وتصون حقوقها.

---

[١]– أنظر ص١٧–١٨ من هذه الأطروحة.

[٢] – نصت المادة (١٩/ ٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على انه، (في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده).

أما عقود الزواج الباطلة، فيما يتعلق بموقف القوانين محل المقارنة، بخصوص عقد الزواج المختلط الباطل بصورة عامة، نجد أن قواعد تنازع القوانين الأمريكية بصيغتها الثانية لسنة ١٩٧١ المعدلة، فقد قضت بخضوع بطلان الزواج لقانون محل إبرام عقد الزواج، ويبدو أن هذا الحل منطقياً كون أن القانون الذي يحكم صحة شروط الزواج الموضوعية والشكلية بموجب قواعد التنازع الأمريكية، قانون محل إبرام عقد الزواج، فهو القانون ذاته الذي يقضي بصحة الزواج، متى ما توافرت شروط انعقاده ويقضي ببطلانه متى ما أختلت شروط انعقاده، كون البطلان جزاءً يترتب على تخلف أركانِ العقدِ وشروطهِ[١]، كما أن هذا القانون يتلائم مع توقعات الطرفين خاصة إذا كان الطرفان يقيمان في إقليم الدولة ولهما معرفة بالقوانين السائدة في ذلك الإقليم، أما القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل، لم ينص على قاعدة الإسناد التي تحكم عقد الزواج الباطل.

أما بموجب أحكام القانون العراقي، فلم ينص المشرع العراقي على قاعدة الإسناد التي تحكم عقد الزواج الباطل فيما لو كان أحد طرفي الرابطة الزوجية عراقياً، وعلى ذلك وتحقيقاً لمصلحة المرأة العراقية وتعزيزاً لمركزها القانوني، وحفاظاً على حقوقها وصيانة كرامتها وحريتها، خاصة في الزيجات التي تحصل أوقات النزاعات المسلحة من قبل الجماعات الإرهابية، عندما تسيطر على جزء من إقليم الدولة، كما حصل عندما سيطر مقاتلو داعش الإرهابي ومن قبله تنظيم القاعدة الإرهابي، ونرى ضرورة أخضاع الزواج الباطل لقانون جنسية المرأة (الزوجة) أو لقانون موطنها، فأي القانونيين يحقق الأمان القانوني للمرأة يطبق، كون التنظيم الإرهابي نقل الكثير من النساء العراقيات إلى الخارج خاصة النساء من القومية غير العربية، فإذا كانت المرأة العراقية متوطنة في العراق، فيطبق القانون العراقي على هذه الزيجات، إذ يعد هو القانون المناسب الذي يحقق وظيفة قاعدة الإسناد، المتمثلة في الأمان القانوني الذي يحافظ على توقعات المرأة ويحقق العدالة، فضلاً عن ذلك القانون العراقي يعد الأوثق صلة بالعلاقة القانونية، كون أن المرأة عراقية(الزوجة) ومحل إبرام العقد حصل على إقليم الدولة العراقية، كما أن واقعة الزواج والاغتصاب تمت داخل العراق، وعندما نقول تطبيق القانون

[١]– نقلا عن د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٨٣٢.

العراقي لا نقصد القانون بمعناه الضيق، الذي يتمثل بالنصوص القانونية التي تسنها السلطة التشريعية، وإنما نقصد القانون بالمعنى الواسع، إذ يمكن الركون إلى الشريعة الإسلامية كونها المصدر الثاني من مصادر قانون الأحوال الشخصية بعد التشريع، والتي يمكن من خلالها إيجاد حلول للأوضاع القانونية (الزواج الباطل والأغتصاب وما نشأ عنه)، التي حدثت وقت سيطرة إرهابيي داعش الأجانب على بعض مدن العراق، والتي لم نجد لها معالجات في قانون الأحوال الشخصية، وبما أن القانون العراقي هو الواجب التطبيق، سوف نبحث إمكانية تصحيح عقود الزواج، التي شابها خلل في شروطها الموضوعية أو الشكلية، لخصوصية الزيجات التي حدثت في تلك المناطق، فكثير من النساء تم الزواج بهن بالإكراه، أو بالترهيب والترغيب من خلال التغرير بهن، فضلاً عن حالات الاغتصاب التي تعرض لها الكثير من النساء من القومية غير العربية.

بالنسبة للزواج الذي تم دون مراعاة العدة الشرعية، فقد نصت المادة (١٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، على أنه (يشترط لصحة الزواج أن لا تكون المرأة محرمة شرعاً على من يريد الزواج بها)، وقد نصت المادة (١٣) على النساء المحرمات شرعاً ومن بين تلك المحرمات المشغولة بحق الغير، كزوجة رجل آخر، أو معتدة من طلاق رجعي أو بائن أو وفاة، فلا يصح العقد عليهن، قد أنتقد البعض موقف المشرع العراقي [١]، كونه جعل العقد غير صحيحاً بوجود أحدى المحرمات في حين أنه من حيث الأصل لم ينعقد أي باطلاً، والعقد الباطل لا يوصف بالصحة من عدمها، وقد أعتبرناه شبهة كون المرأة في هذا الزواج كانت تعتقد بصحة العقد ولا تعتقد بوجود الحرمة، وبالتالي يترتب عليه آثار العقد الصحيح فيما يتعلق بإثبات النسب والحقوق المترتبة للزوجة، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأتحادية العراقية بقرارتها بخصوص زواج الشبهة، (زواج (الشبهة) لزوجة على ذمة زوج مفقود فأن ظهر المفقود يحكم ببطلان زواج (الشبهة) وثبوت نسب الولد لزوج (الشبهة) ....)[٢].

---

[١] – د. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح الأحوال الشخصية وتعديلاته، مصدر سابق، ص٦٩.

[٢] – قرار محكمة التميز الاتحادية العراقية المرقم (٢٢/ أحوال شخصية / ٢٠١٠) في ٢٠١٠/٢/٢٣، منشور على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى، www.hjc.iq/index ، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١/٢٢، الساعة ٤مساءً.

أما عقود الزواج التي تتم بالإكراه، بالنسبة للقوانين محل المقارنة، فبموجب قانون ولاية أليونوي الأمريكية لسنة ٢٠١٦، عدَّ الإكراه مبطلاً لعقد الزواج، ويجب على المحكمة أن تصدر حكمها الذي يعلن بطلان الزواج[١]، وبموجب قانون الأسرة الألماني لسنة ١٩٧٦المعدل، عدَّ الزوج بالإكراه باطلاً، مالم يصدر الرضا من الطرف الذي تم إكراهه على إبرام عقد الزواج[٢]، أما بموجب أحكام القانون العراقي، الزواج بالإكراه يعد باطلاً مالم يتم الدخول أستناداً إلى نص المادة (٩) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩المعدل التي تقضي بأنه، (...ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً إذا لم يتم الدخول....)، وبما الدخول تم فيعد الزواج صحيحاً مرتباً آثاره القانونية.

إلا أنَّ هذا الحل لا يحقق مصلحة المرأة، أذ تصبح الزوجية من الأجنبي الداعشي صحيحة، فلا يناسب المرأة العراقية أن تكون زوجة لإرهابي عاث بأرض بلادها الفساد والدمار، كما أن الإقرار بصحة الزواج بالإكراه بمجرد الدخول، يجعل المرأة ستواجه مشكلة إثبات الزوجية خاصة عندما يكون الزوج غير موجودٍ، فالبعض من مقاتلي داعش منهم من قتل ومنهم من هرب إلى جهة غير معلومة، والبعض الآخر في السجون العراقية، فضلاً عن صعوبة مطالبة المرأة بحل الرابطة الزوجية، بينما لو أعتبرنا الزواج بالإكراه باطلاً مالم يصدر الرضا من الزوجة، فإذا لم يصدر الرضا يعد الزواج باطلاً، وبالتالي وبما أنه باطل فلا يلحقه طلاق أو تفريق، وإنما ينحل الزواج بمجرد المتاركة، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الاتحادية العراقية بقرارها بأن، (العقد الباطل لا يلحقه التفريق وإنما الاكتفاء بتنبيه الطرفين بالمتاركة)[٣]، وبذلك تكون المرأة قد تخلصت من ذلك الزواج دون أن تتحمل المصاعب التي تواجهها أمام المحاكم، ونرى ضرورة تعديل نص الفقرة الأولى من المادة التاسعة من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل بالصيغة التالية، **(لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار إكراه أي شخص، ذكراً كان أم أنثى على الزواج دون رضاه، ويعتبر**

---

[١]– المادة (١/٣٠١) من قانون ولاية إلينوي الأمريكية لسنة ٢٠١٠، متوفر على الموقع الإلكتروني، متوفر على الموقع الإلكتروني، https://law.justia.com/، تاريخ الزيارة ١٢/١١/ ٢٠٠١٩، الساعة ٧,٢٣ مساءً.

[٢]– المادة (٤/١٣١٤) من قانون الأسرة الألماني لسنة ١٩٧٦ المعدل.

[٣] – قرار محكمة التميز الاتحادية العراقية المرقم (٢٢/ أحوال شخصية / ٢٠١٠) في ٢٠١٠/٢/٢٣.

عقد الزواج بالإكراه باطلاً، مالم يصدر الرضا من الزوجة، كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار، منع من كان أهلاً للزواج، بموجب أحكام هذا القانون من الزواج).

أما من حيث الشروط الشكلية لعقد الزواج الذي تم إبرامه في المناطق المحررة من داعش، سوف نطبق نص المادة (١/١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٩ المعدل، التي نصت على أنه، (...أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي، إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين)، فأن قول المشرع يعتبر صحيحاً، إذا تم وفق الشكل المقرر في بلد إبرام العقد أو روعيت الأشكال التي ينص عليها قانون كل من الزوجين، يمكن أن نحمله على المفهوم المخالف[١]، بأن الزواج إذا لم يعقد وفق قانون بلد الإبرام أو لم تراع فيه الأشكال التي نص عليها قانون كلا الزوجين يعد باطلاً من الناحية الشكلية، أو الأستناد إلى نص الفقرة التي تم اقتراحها.

وبالرجوع لقانون الأحوال الشخصية العراقي، كون أحد الطرفين (المرأة) عراقية، ومحل إبرام تلك العقود تم في العراق، لم يضع قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، شروطاً شكليةً لإبرام عقد الزواج، وإنما وضع شروطاً قانونية هي ليست للانعقاد ولا للصحة ولا للنفاذ ولا للزوم، وإنما لأثبات الزوجية، فلا يترتب على تخلفها بطلان الزواج، أذ يعد الزواج صحيحاً من الناحية الشرعية[٢].

وفيما يتعلق بأثبات الزواج من مقاتلي داعش الأجانب، يجب التمييز بين حالتين.

أولاً: الزواج الذي تم توثيقه في المحاكم الشرعية التي أنشئها التنظيم الإرهابي.

ثانياً: الزواج الذي لم يتم توثيقه، أي تم خارج المحاكم الشرعية التي أنشئها التنظيم الإرهابي .

---

[١] – مفهوم المخالفة، حكم مخالف للمنطوق، يستنبط من تخلف القيد الوارد في النص المعتبر في حكمة، د مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجة الجديد، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة عشر، شركة الخنساء للطباعة، بغداد، ٢٠٠٢، ص٤٢٢.

[٢] – د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مصدر سابق، ص٦٧.

فيما يخص الزواج الذي تم إبرامه في المحاكم الشرعية المنشئة من قبل التنظيم الإرهابي، سجلت هذه المحاكم مئات من حالات الزواج، فيما يخص مدى صحتها، يرى البعض[١]، بأنها عقود باطلة استناداً إلى قاعدة (ما بُني على باطل فهو باطل)، وكون تلك المحاكم لا تتمتع بالشرعية القانونية، كما أنها خارج نطاق سيطرة الدولة فكل ما يصدر عنها باطل، ما يؤخذ على هذا الرأي، أنه أطلق البطلان على عقود الزواج التي تم إبرامها في محاكم داعش الإرهابي، ونرى أنَّهُ لا يمكن أطلاق البطلان على هذه العقود من الناحية الموضوعية المتمثلة بالشروط الشرعية، والشكلية المتمثلة بالشروط القانونية، كون أن تلك العقود منها ما كان مستوفياً لشروطه الشرعية، وتعد صحيحة من الناحية الشرعية، ومسألة صدور تلك العقود من هذه المحاكم، لا يترتب عليها الإبطال، وإنما عقد الزواج المسجل في المحكمة المختصة يضفي عليه الرسمية، وكونها صادرة من محاكم لا تتمتع بالشرعية القانونية، فتكون قد فقدت شرط من شروطها، وأصبحت باطلة كسندٍ رسمي، وينظر إليها على أنها سنداً عادياً.

ويرى البعض[٢]، أنَّ عقود الزواج التي تمت في المحاكم الشرعية لداعش الإرهابي، تعد صحيحة وغير قابلة للإبطال من القضاء، لأن عقد الزواج تم بإيجاب وقبول بين طرفي العقد، كما أن بعض هذه العقود أستوفى لشروطه الشرعية، وعلى ذلك يمكن إلغائها وإصدار عقود تحمل ختم الدولة العراقية، وتحرر بالمعلومات الجوهرية التي نص عليها القانون، إذ أن الأمر لا يخرج عن الإطار الشكلي، فالعلاقة الزوجية تظل قائمة.

---

[١]– مكاتب داعشية لزواج الفتيات بالإكراه في الموصل، مقال منشور على الموقع الإلكتروني، https://alarab.co.uk، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١٢/٢٩، الساعة ٥,٤٧ مساءً.

[٢] – نوزت شمدين، داعش ألغى طقوس الزواج في الموصل ويعامل بعض الأزواج كزناة، مقال متوفر على موقع نقاش الالكتروني، نشر في ٤/٤ /٢٠١٦، http://www.niqash.org، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١٢/٣٠، الساعة ١٢,٥٢صباحاً.

وهناك رأي[1]، يذهب إلى أن عقود الزواج التي تم إبرامها في المحاكم الشرعية لداعش الإرهابي، تعد بمثابة ورقة عرفية يمكن من خلالها إثبات الزوجية، ونحن نتفق مع هذا الرأي، كون عقود الزواج تعد من السندات الرسمية، والسندات الرسمية بموجب أحكام المادة (٢١) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل[2]، إذا فقدت الشروط التي استلزمها القانون، يترتب عليها البطلان، على أن ذلك لا يجرد السند من كل قيمة، بل يعدُ سنداً عادياً بشرط، أن يكون موقع من ذوي الشأن، وكون هذه العقود فقدت شرط صدورها من موظفٍ عامٍ، أو شخص مكلف بخدمة عامة، طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصهِ، تعد عقود الزواج الموثقة من تلك المحاكم بمنزلة الورقة العرفية، أي بمثابة عقد زواج تم خارج المحكمة، إذ يمكن للمرأة الأستناد إليها لغرض إثبات الزوجية، ونفي تهمة الزنا عنها وحفاظاً على حقوقها، ودعماً لمركزها القانوني وتخفيف المعاناة التي تعرضت لها في تلك الفترة في ظل سيطرة التنظيم على تلك المناطق، فضلاً عن إثبات نسب أطفالها.

أما عقود الزواج التي لم يتم توثيقها في المحاكم الشرعية لداعش الإرهابي، يمكن إثباتها من خلال الشهادة[3]، إذ تعد من وسائل إثبات الزوجية في الحالات التي يتعذر فيها وجود الدليل الكتابي سواءً كان سنداً رسمياً أم عرفياً، أذ تعد الحل الأكثر يسراً للنساء في إثبات زواجهن من مقاتلي داعش الأجانب، لأن في الغالب لا توجد عقود مكتوبة أو موثقة، رغم إن المرأة ستواجه صعوبة في

---

[1] – د. حسن علي كاظم، أحكام الجنسية للولادات غير الشرعية في المناطق المحررة في العراق، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء كلية القانون، العراق، السنة (٩)، العدد (٢)، ٢٠١٧، ص٩٠.

[2] – نصت المادة (٢١) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل على أنه، (أولاً – السندات الرسمية، هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه ما تم على يديه أو ما أدلى به ذوو الشأن في حضوره، ثانياً – إذا لم تستوف السندات الشروط التي استلزمتها الفقرة السابقة فلا يكون لها إلا حجية السندات العادية في الاثبات، إذا كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو ببصمات إبهامهم).

[3] – الشهادة: هي أخبار شخص بحق لغيره على غيره. د. أدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص١٤١.

إقامة دعوى أثبات الزوجية، إذ أن مقاتلي داعش الأجانب المتزوجين من النساء العراقيات منهم من قتل والبعض هرب إلى جهة مجهولة.

ويمكن للزوجة إثبات الزوجية بالإقرار[1]، لم تنص قوانين الأسرة الامريكية على أثبات الزوجية بالإقرار، وكذلك قانون الأسرة الالماني لسنة ١٩٧٦ المعدل على الإقرار كوسيلة لإثبات الزوجية، أما المشرع العراقي بموجب قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩المعدل، عدّ الإقرار وسيلة لإثبات الزوجية، إذ نصت المادة (١١) في فقرتها الثانية على أنه، (إذا أقرت المرأة أنها تزوجت فلاناً وصدقها في حياتها ولم يكن هناك مانع قانوني وشرعي ثبت الزواج بينهما، وأن صدقها بعد موتها فلا يثبت الزواج)، وإثبات الزوجية بطريق الإقرار للزيجات التي حصلت في المناطق المحررة من داعش من الصعوبة الركون إليه، لأن صدور الإقرار من الزوجة يحتاج إلى تصديق الزوج لها وهذا لا يمكن تصوره، لأن هؤلاء الأزواج الذين هم من مقاتلي داعش الأجانب منهم من قتل والبعض هرب إلى جهة مجهولة خوفاً من الملاحقة القانونية.

ولفسح المجال للنساء اللواتي تزوجهن مقاتلو داعش الإرهابي، إثبات زواجهن لنفي تهمة الزنا عنهن، والمحافظة على حقوقهم وحقوق أولادهن، وحفاظاً على رعاية المرأة وتخليصها من كابوس داعش، لا بد من مساعدتهن للأقبال على المحاكم لتصديق زواجهن، من خلال إيقاف العمل بأحكام الفقرة الثانية من المادة (٤) من قانون مكافحة الإرهاب العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٥ المعدل، التي نصت على أنه، (يعاقب بالسجن المؤبّد من أخفى عن عمد أي عمل إرهابي أو آوى شخص إرهابي بهدف التستر)، فقط فيما يتعلق بحالة النساء المتزوجات من إرهابيي داعش، لكي يتسنى للزوجة كونها الطرف الضعيف في هذه القضية، أن ترفع دعواها للمحكمة لإثبات الزوجية، إذ تعزف المرأة ممن تزوجن من أحد إرهابي داعش الأجانب عن تصديق الزواج وإثبات النسب خوفاً من السمعة التي ستلصق بها، كونها تزوجت برجل إرهابي والخوف من المساءلة القانونية.

[1] – عرفت المادة (٥٩) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة١٩٧٩ المعدل، الإقرار بأنه (الإقرار القضائي إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لأخر...).

الفرع الثاني

دور قواعد الإسناد في حل الزواج المختلط الباطل

نحاول بيان مدى إمكانية المرأة العراقية المتزوجة من أحد إرهابيي داعش الأجانب في المطالبة أمام القضاء بحل الرابطة الزوجية، والتحرر من ذلك الزواج، تنحل الرابطة الزوجية من حيث الأصل أما بتحقق سبب من أسباب البطلان، أو بالطلاق أو بالتفريق أو تنتهي بالطريق الطبيعي بالوفاة، ولا تثير الوفاة كونها سبباً لإنحلال الرابطة الزوجية مشكلة تنازع القوانين[١].

فيما يتعلق بحل الرابطة الزوجية بالنسبة للنساء المتزوجات من إرهابيي داعش، نميز بين الزواج الصحيح والزواج الباطل، فيما يتعلق بالزواج الصحيح لا يمكن تصور إنحلاله عن طريق الطلاق، كون إرهابيي داعش الأجانب مصيرهم مجهولاً، بالنسبة لهؤلاء النسوة لا يعرفن عنهم شيئاً، وكذلك لا نتصور إيقاعه من المرأة بتطليق نفسها، فهذا يحتاج إلى توكيل أو تفويض، وهذا الأمر مستبعد بسبب نظرتهم للمرأة وما مارسه هذا التنظيم من استعباد وإذلال للمرأة، فكان يسلبها أبسط حقوقها فكيف يمكن أن نتصور أن يمنحها حق تطليق نفسها، لكن يمكن إنهاء الرابطة الزوجية بالتفريق، ويمكن أن نناقش مسألة التفريق للهجر، فهل تستطيع المرأة المتزوجة من أحد إرهابيي داعش الأجانب، أن تطلب التفريق أستناداً للهجر، الفقهاء المتقدمون من الامامية[٢]، أجازوا للمرأة التي يهجرها زوجها مدة أن ترفع أمرها إلى الحاكم الشرعي، فيلزم الزوج بأحد الأمرين، إما العدول عن هجرها، وأما تسريحها لتتمكن من الزواج من غيره، فإذا امتنع منهما جميعاً ولم يكن إجباره على القبول بأحدهما، جاز للحاكم أن يطلقها بطلبها ذلك، وذهب إلى ذلك فقهاء الحنابلة والمالكية[٣]، إذ لم يفرقوا في نوع الهجر سواء كان بعذرٍ أو بدون عذرٍ، وللقاضي أن يفرق في الحال إذا كان مكان

---

[١] – د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص٢٨٤.

[٢] – السيد عبد الهادي محمد تقي الحكيم، فقه المغتربين وفق فتاوى سماحة آية الله العظمى السيد علي الحسيني السيستاني ، دار المؤرخ العربي، بيروت، ١٩٩٨، ص٢٨٢.

[٣] – محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي، مواهب الجليل، شرح مختصر الجليل، الجزء الرابع، الطبعة الاولى، مطابع دار الكتاب، بيروت، ١٩٨٧، ص١٥٥، د. وهبه الزحيلي، الفقه المالي الميسر، الجزء الثالث، مصدر سابق، ص٢١٣.

الزوج مجهولاً بمجرد طلب الزوجة، وقد ذهب الجمهور من المتقدمين من الأمامية والحنفية والشافعية[1]، إلى أنه لا يحق للزوجة طلب التفريق للهجر وأن طالت مدته.

أما الزيجات التي تمت بالإكراه، والغالبية العظمى من تلك الزيجات تمت بالإكراه، فقهاء الأمامية ومعهم الجمهور باستثناء الحنفية[2]، اعتبروا عقد الزواج الواقع بالإكراه عقداً باطلاً مالم يتم الرضا، وبالتالي العقد الباطل لا يلحقه طلاق ولا تفريق وإنما تنحل الرابطة الزوجية بالمتاركة، يلحق بذات الحكم الزواج الذي تمَّ في فترة العدة فهو باطل، فلا يلحقه تفريق ولا طلاق، وكذلك الزيجات التي تمت وكان فيها الأزواج معينين بالكنية، دون أن يعين بالأسم أو الإشارة فهذه أيضاً باطلة لا يلحقها طلاق ولا تفريق، وإنما تنحل بمجرد المتاركة.

وفيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج الباطل، بالرجوع إلى الفقرة الثالثة من المادة (١٩)، من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، التي تنص على أنه، (ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى)، وفقاً للمنطوق الصريح للنص، أن هذا النص يتعلق بالزواج الصحيح دون الباطل، لأن الطلاق والتفريق من متعلقات عقد الزواج الصحيح، أما عقد الزواج الباطل فلا يلحق طلاق ولا تفريق، كما أن الركون إلى الاستثناء الوارد في الفقرة الخامسة من ذات المادة الذي ينص على أنه، (في الاحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده)، لا يمكن الاستناد إليه على أعتبار أن أحد الزوجين عراقياً، وهي المرأة في عقد الزواج الباطل، لأن هذا النص يمكن إعماله في الزواج الصحيح، فالأحوال المنصوص عليها في المادة (١٩) تتعلق بالزواج

---

[1] – أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن المحقق الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، المجلد الثاني، القسم الثالث، الطبعة الحادية عشرة، دار القارئ، بيروت، ٢٠٠٤، ص١٦، شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني، مغني المحتاج، الجزء الرابع، ،الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٧، ص١٨٦.

[2] – أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، مصدر سابق، ص٥١، السيد محمد تقي الخوئي، المباني في شرح العروى الوثقى، باب النكاح، مصدر سابق، ص١٦٢ وما بعدها، السيد على السيستاني(دام ظله)، منهاج الصالحين، المعاملات، الجزء الثالث، مصدر سابق، ص٢٠، شمس الدين أبو بكر محمد السرخسي، المبسوط، الجزء الخامس، مصدر سابق، ص٨٦، د. وهبه الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، الجزء الثالث، مصدر سابق، ص٥٢.

الصحيح، والزواج في هذه الحالة التي نحن بصددها باطلاً، فيكف يمكن معالجة حالات إنحلال زواج النساء اللواتي تزوجن من إرهابيي داعش الأجانب، والذي أعتبرناه باطلاً في بعض صوره.

نرى ضرورة خضوع إنحلال الزواج الباطل للقانون جنسية المرأة (الزوجة) أو قانون موطنها، فالكثير من النساء العراقيات نقلهن التنظيم الإرهابي إلى خارج العراق، وبما أن المرأة جنسيتها عراقية وموطنها في العراق، فالعلاقة القانونية تخضع للقانون العراقي، ليس بالأستناد إلى نص الفقرة الخامسة من المادة (١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١المعدل[1]، وإنما بالأستناد إلى وظيفة قاعدة الإسناد في تحقيق الأمان القانوني، المتمثل في المحافظة على توقعات الأطراف، وتحقيق العدالة، فأن إعمال القانون العراقي يتلائم مع توقعات المرأة، فضلاً عن كونه القانون المناسب، لحكم الأوضاع القانونية الناشئة من زواج النساء من إرهابيي داعش الأجانب، وبذلك نوفر للمرأة مركزاً متميزاً، وتتحقق مصلحتها من هذا القانون، كما أن سريان القانون العراقي على حل الرابطة الزوجية يحقق مصلحة المرأة، فقد يكون قانون الزوج الأجنبي لا يجيز الطلاق والتفريق فتبقى المرأة أسيرة هذا الزواج في الحالات التي يكون فيها الزواج صحيحاً، لا سيما أن المرأة لا تريد أن تبقى زوجة رجلٌ منظماً لتنظيم إرهابي، وبما أن القانون العراقي هو القانون الواجب التطبيق، سوف نحاول تسليط الضوء على التفريق القضائي، الوارد في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، ومن ثم نبين آلية إنحلال الزواج الباطل.

وقد قضت المادة (٤٣/ اولاً/ ٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، بأن للزوجة طلب التفريق، إذا هجرها زوجها مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع، وأن كان الزوج معروف الإقامة، ونرى ضرورة أستثناء زوجات داعش من شرط المدة المحددة لطلب التفريق للهجر، تعزيزاً لمركز المرأة وحمايتها كونها الطرف الضعيف في أوقات النزاعات المسلحة، التي تقوم بها الجماعات الإرهابية وما تتعرض له من عنف جنسي.

---

[1]– نصت (٥/١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على أنه، (في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة، إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت إنعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده).

ويمكن الأستناد إلى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٥٢٩) لسنة ١٩٨٥، الذي ينص على (أولاً: للزوجة طلب التفريق من زوجها إذا ..... هرب إلى جانب العدو، وعلى المحكمة أن تحكم بالتفريق مع الأحتفاظ للزوجة بكامل حقوقها الزوجية)[١]، مع الإشارة أن هذا القرار لا يزال نافذاً، ولم يعدل أو يلغى بأي نص تشريعي آخر، فلا بد من بيان المعنى المقصود بالعدو، حتى يتسنى لنا القول أن للمرأة (الزوجة العراقية)، أن تطلب التفريق من زوجها الإرهابي الداعشي، كونه هرب إلى جهة العدو، وقد بينت محكمة التمييز الأتحادية العراقية مفهوم العدو في أحدى قرارتها بأن، (العدو هو مفهوم متغير ويحدد تبعاً للنظام السياسي القائم حالياً، إذ أنه بعد تغيير النظام السياسي في ٢٠٠٣/٤/٩ فقد ظهر على الساحة العراقية تنظيم القاعدة الإرهابي وبعده تنظيم داعش الإرهابي، وهو العدو الأول للنظام السياسي العراقي الذي هدد الأمن السياسي والمجتمعي العراقي وخاض حرب شرسة مع القوات الأمنية العراقية أنتهت بإعلان النصر الكبير عليه في٢٠١٧/١٢/١٠)، وعلى ذلك أقرت محكمة التمييز الاتحادية مبدأ، مقتضاه أنتماء الزوج إلى تنظيم داعش الإرهابي يعدُ سبباً يجيز للزوجة طلب التفريق عنهُ باعتبارهِ أصبح في جانب العدو، وقد أعتبرت المحكمة الطلاق رجعياً[٢]، أستناداً إلى ما نص عليه قرار مجلس قيادة الثورة المنحل[٣]، ويأتي أتجاه المحاكم في قبول دعاوى التفريق التي تقيمها الزوجة، استناداً لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل، أتجاهاً محموداً لحماية جميع النساء اللواتي وقعن ضحية عناصر داعش الإرهابي، واللواتي أنتهكت حقوقهن.

وبسبب ما تعرضت له المرأة من عناصر داعش الأجانب، إذ أنتهكت كرامتها وحريتها وحقوقها، فاعتبروها مجرد سلعة تباع وتشترى بالأسواق، مع قسرها على الزواج بأساليب منافية لكل

---

[١] – منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٣٠٨١، في ١٩٨٦/١/٢٠.

[٢] – قرار محكمة التمييز الأتحادية العراقية رقم ٣٩٠/ هيئة موسعة مدنية /٢٠١٧، منشور على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى، ضمن مجموعة قرارات محكمة التمييز الاتحادية، www.hjc.iq/index-ar.php ، تاريخ الزيارة ٢٧/ ٣/ ٢٠١٩، الساعة ١٠,٠٠صباحاً.

[٣] – نصت الفقرة ثانيا من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٥٢٩) لسنة ١٩٨٥على أنه، (يعتبر التفريق بموجب هذا القرار طلاقاً رجعياً يجيز للزوج مراجعة زوجته، إذا التحق بالخدمة العسكرية أو عاد من الهروب خلال مدة العدة).

القيم الإنسانية والدينية، وتعزيزاً لأتجاه المحكمة في قبول دعاوى التفريق، نرى ضرورة أضافة فقرة جديدة للمادة (٤٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، مقتضاها الحق للزوجة بطلب التفريق عن زوجها الإرهابي سواءً كان عراقياً أو أجنبياً، بهدف حماية المرأة وتعزيز مركزها القانوني وحمايتها، مما تتعرض له من انتهاكات ترافق العمليات الإرهابية التي تحدث في البلد، لا سيما أن نظام التفريق في الإسلام هو معيار التوازن بين حق المرأة وحق الرجل، إذ شرع هذا النظام مقابل الطلاق الذي هو للرجل، ونقترح النص التالي **(للزوجة طلب التفريق من زوجها الإرهابي عراقياً أو أجنبياً، وعلى المحكمة أن تحكم بالتفريق، مع الاحتفاظ للزوجة بكامل حقوقها الزوجية، ويعتبر التفريق طلاقاً بائناً).**

يمكن الأستناد على نص المادة (٤٠/ ٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، (لكلا من الزوجين، طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الأتية، ٣- إذا كان عقد الزواج، قد تم قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشر دون موافقة القاضي)، فأغلب الزيجات تمت دون أن تبلغ البنت سن الرشد في المحاكم الشرعية لداعش، وقد اعتبارنا تلك العقود التي أبرمت في تلك المحاكم، هي عقود أبرمت خارج المحكمة دون موافقة القاضي، وبالتالي يعد العقد الصادر منها ورقة عرفية، وبما أن هذا الزواج تم دون موافقة القاضي، والفتاة كانت وقت انعقاد الزواج لم تكمل سن الثامنة عشر، فيمكن لها أن تقيم دعواها أمام المحكمة المختصة لطلب التفريق.

ويمكن الأستناد إلى نص المادة (٤٣/ ثالثاً) من القانون ذاته، التي نصت على أنه، (للزوجة العراقية طلب التفريق عن زوجها المقيم خارج العراق بسبب تبعية جنسيته لدولة أجنبية إذا مضى على إقامته في الخارج مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بسبب منعه أو إمتناعه عن دخول القطر)، مع أمكانية الأستناد إلى نص هذه الفقرة، فيما يتعلق بزوجات إرهابي داعش الأجانب، إذ نرى ضرورة قبول طلبهن بالتفريق، بغض النظر عن المدة التي مضت على إقامته في الخارج.

وفيما يتعلق بالحالات التي اعتبرنا فيها زواج المرأة العراقية من إرهابي داعش الأجانب زواج شبهة نتيجة التغرير بها، أو زواجاً باطلاً في حالات الإكره أو كون إرهابي داعش الأجنبي غير معلوم وغير معروف للمرأة بالأسم، في هذه الحالات ينحل الزواج الباطل بمجرد المتاركة، وقد كرس

القضاء العراقي في مناسبات عدة هذا المبدأ، إذ قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية بأن، (العقد الباطل لا يلحقه التفريق وإنما الاكتفاء بتنبيه الطرفين بالمتاركة)[١].

وقد أرسى القضاء العراقي مبدأً مهماً، يمكن الأستناد إليه لحل الزيجات التي كانت خلافاً لحكم الشريعة الإسلامية، إذ قضت محكمة التمييز الأتحادية (إنَّ معاشرة الزوجة خلافاً لأحكام الشرع واقعة تتعلق بالحل والحرمة وتخضع للإثبات بجميع طرق الإثبات المقررة قانوناً وتكون سبباً للحكم بالتفريق بين الزوجين)[٢].

المبحث الثاني

أحكام جنسية أبناء الأم العراقية في المناطق المحررة

المرأة في المناطق المحررة من التنظيم الإرهابي تعرضت لأقسى أنواع العنف الجنسي، من داعش الإرهابي ممن يحملون الجنسية غير العراقية، وأتخذ ذلك العنف صوراً متعددة، يمكن ردها إلى نوعين، أما زواج قسري وفق فتاوى روج لها التنظيم الإرهابي، أو اغتصاب، إذ يعمدون على اغتصاب الفتيات اللواتي يرفضن الزواج منهم، وكذلك اغتصاب الفتيات اللواتي هن من القومية غير العربية، إذ يعتبرهن التنظيم سبايا وأجاز استرقاقهن لأغراض جنسية، ونتج من كل ذلك أعداداً كبيرةً من الأطفال، يقدر عددهم بين (٢٥٠-٣٠٠ الف) طفل[٣]، بات مصيرهم مجهولاً مع مصير أمهاتهم، اللواتي لا يملكن وثائق تثبت هويات هؤلاء الأطفال، وفي الغالب لا يعرف من هم آبائهم، فوجودهم دون وثائق وأسرة يجعلهم يشكلون خطراً على العراق، مالم يتم دمجهم في بوتقة الشعب عن

---

[١]- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية المرقم (٢٢/أحوال شخصية/ ٢٠١٠) الصادر في ٢٠١٠/٢/٢٣

[٢] – قرار محكمة التمييز الأتحادية بقرارها المرقم ٢٤٥٧/تفريق /٢٠٠٨، منشور على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى العراقي.

[٣] – الباحث غزوان حسن الجبوري، بيانات قدمت ضمن مجموعة بحوث استخبارات الداخلية العراقية، منشور بتاريخ ٢٠١٧/٥/١٥ على موقع وزارة الداخلية، www.moi.gov.iq، نقلا عن د. حسن علي كاظم، أحكام الجنسية للولادات غير الشرعية في المناطق المحررة في العراق، مصدر سابق، ص٨٠.

طريق منحهم الجنسية العراقية، وبما أن هؤلاء الأطفال من أم عراقية، فهل المرأة العراقية بما تتمتع به من مركز قانوني في المنظومة التشريعية العراقية، يجعلها تفيض بجنسيتها العراقية على أبنائها من إرهابي داعش الأجانب، أم أن ذلك المركز لا يرقى لمنحها ذلك الحق.

سوف نحاول في هذا المبحث بيان مدى حق الأم العراقية في منح جنسيتها لأبنائها غير الشرعيين، ومدى الحق في منح جنسيتها لأبنائها الشرعيين في تلك الزيجات لخصوصية الموضوع، كون تلك الزيجات تمت من قبل إرهابيي التنظيم، الذين خلفوا أولاداً بلا وثائق رسمية، كما أن بعض هؤلاء الإرهابين الأجانب مصيرهم مجهولاً، والبعض منهم قتل على يد أبناء قواتنا المسلحة وأبطال الحشد الشعبي، لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول أحكام جنسية أبناء الأم العراقية الشرعيين، ونتناول في المطلب الثاني احكام جنسية أبناء الأم العراقية غير الشرعيين.

المطلب الأول

أحكام جنسية أبناء الأم العراقية الشرعيين

في ظل موجة الإرهاب التي تعرض لها العراق، المرأة أحتلت جزءاً مهماً من أهتمام تلك الجماعات الإرهابية، سواء في حقبة تنظيم القاعدة أو حقبة داعش الإرهابي ممن هم من الجنسية غير العراقية، والتي استغلتها بأبشع أنواع الأستغلال والعنف الجنسي المُمنهج، تحت ما يعرف (بجهاد النكاح)، الذي تم بناءً على فتوى فاسدة، إذ ترك التنظيم الإرهابي الكثير من النساء اللواتي تزوجهن مع أبنائهن يواجهون مصيراً مجهولاً إلى الأن، فلا يمتلكون مستمسكاتٍ شخصيةٍ تحدد هويتهم، فما مدى حق المرأة العراقية (الأم) في منح جنسيتها لأبنائها.

ولغرض بيان مدى حق المرأة في منح جنسيتها لأبنائها، لابد أولاً من البحث في إثبات نسب هؤلاء الأبناء، تمهيداً لمنحهم الجنسية العراقية على أساس حق الدم المنحدر من الأم، سواء كانت الولادة داخل العراق أم خارج العراق، لهذا سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول

إثبات نسب الأبناء الشرعيين، ونتناول في الفرع الثاني حق المرأة في منح جنسيتها لأبنائها الشرعيين.

الفرع الأول

إثبات نسب الأبناء الشرعيين

النسب من الحقوق الشرعية التي لا يمكن الأتفاق على مخالفتها، لأنها حق مشتركٌ بين الله والعبد، هو حق من حقوق الله، كون حفظ النفس مقصداً من مقاصدِ الشريعة الإسلامية ، وبالتالي حفظ الأمومة والبنوة والأبوة، وهو حق من حقوق المرأة (الأم) من خلاله تدفع تهمة الزنا عنها وتحفظ كرامتها وعفتها وشرفها، فضلاً عن كونه حق للأب، وحقٌ للولد لحمايته من التشرد وضمان حياة طيبة له[١].

ولا بد من الإشارة إلى أن نسب الأولاد من المرأة (الأم) يثبت فور الولادة، سواء كانوا ثمرة زواج صحيح أم غير صحيح، إلا أن ثبوت نسب الأولاد للأب، يحتاج إلى وسائل لإثباته[٢]، والغاية من إثبات النسب، هو دفعٌ لتهمة الزنا عن المرأة وحفظ كرامتها وعفتها، لا سيما أن المرأة في المناطق المحررة تعرضت إلى أبشع أنواع الأستغلال الجنسي من إرهابيي داعش الأجانب ومن قبله تنظيم القاعدة الإرهابي، فضلاً عن منح الأولاد الجنسية لينالوا حقوقهم من جهة ودمجهم في المجتمع من جهة أخرى.

---

[١] – د. سهيل محمد الأحمد، إثبات النسب ونفيه(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني)، مجلة جامعة الأزهر، سلسلة العلوم الإنسانية، غزة، فلسطين، المجلد (١٥)، العدد (٢)، لسنة ٢٠١٣، ص٤٤٣.

[٢] – د. وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الاحوال الشخصية، الجزء السابع، مصدر سابق، ص٦٨١.

فيما يتعلق بالقوانين القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي، تباينت التشريعات محل المقارنة، فقواعد تنازع القوانين الأمريكية بصيغتها الثانية لسنة١٩٧١ المعدلة، أخضعت البنوة الشرعية لقانون الدولة التي يتوطن بها الأب وقت ميلاد ولده[١].

بالنسبة للقانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل، فقد أخذ بأكثر من ضابط إسناد رعاية لمصلحة المولود، إذ نصت المادة (١/١٩) منه على أنه، (يسري على النسب قانون محل إقامة الطفل المعتاد، يمكن أيضًا تحديد النسب وفقًا لقانون بلد جنسية هذا الولد، إذا كانت الأم متزوجة، يمكن تحديد النسب أيضاً بموجب القانون الذي يحكم الآثار العامة للزواج بموجب المادة ١٤/ ١ وقت ولادة الطفل....)، وقد قررت المحكمة العليا الألمانية في ٢٠ مارس ٢٠١٩، بوجوب سريان القانون الألماني، لتحديد نسب الطفل المولود من الأم البديلة أوكرانية الجنسية وأب الماني الجنسية، كونه ولد في أوكرانيا ونقل فور ولادته للبقاء فيها بشكل دائم، إذ يسري على النسب قانون المكان الذي يقيم فيه الطفل إقامة أعتيادية بغض النظر عن محل الولادة[٢].

اما القانون الواجب التطبيق على أثبات نسب الأولاد الشرعيين لأب من إرهابيي داعش الأجانب وأم عراقية فيسري القانون العراقي، ليس أستناداً إلى الاستثناء الوارد في الفقرة الخامسة من المادة (١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، وإنما استناداً لوظائف وغايات قواعد الإسناد في تحقيق الأمان القانوني والعدالة، إذ أن القانون العراقي يعد القانون الملائم لحكم العلاقة القانونية، كون ولادة الطفل تمت في العراق وموطنه في العراق وأم الطفل عراقية، فالقانون العراقي يتلائم مع توقعات المرأة، فضلا عن معرفتها لذلك القانون.

---

[1] – ST. Paul, Minn, op. cit, p322.

[2] – BGH, Beschluss vom 20. März 2019 – XII ZB 530/17 – OLG Hamm AG Dortmund, In a decision published on April 23, 2019, Available on the website, www.loc.gov, Date of visit, 22/ 1/ 2020, At 4.12 pm.

ويثبت النسب من الأب في الفقه الإسلامي في عدة أساليب، أول تلك الأساليب الفراش[١] (الزوجية الصحيحة وما يلحق به من الزواج الفاسد والوطيء الشبهة)، وقد عرف الفراش بأنه، (تعيين المرأة للولادة لشخص واحد)[٢]، دون التوقف على إقرار أو بينة، لأن العقد الصحيح يجعل الزوجة مختصة بزوجها، فإذا جاءت بالولد فهو من زوجها، فالأصل حمل الناس على الصلاح، لذلك أحتمال أن يكون من غير زوجها مرفوض[٣]، ويشترط أن تمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر بأتفاق الفقهاء المسلمون، وتحسب هذه المدة من وقت الدخول لا من وقت تأريخ انعقاد العقد وهو ما عليه جمهور الفقهاء[٤]، بإستثناء الحنفية الذين قالوا، بأن المدة تحسب من تأريخ انعقاد العقد لا من وقتِ الدخول، لأن الأحكام تناط بما ينضبط والعقد منضبط بخلاف الوطء[٥]، وأن لا يمضي على الفرقة بين المرأة والرجل بالطلاق أو الوفاة سنة قمرية وهو المشهور عند الأمامية[٦].

فقد قضت المادة (٥٠) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل بأنه، (ينسب ولد كل زوجة إلى زوجها بالشرطين التالين، ١- أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل، ٢- أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً)، وبذلك يعد المولود لأب من إرهابيي داعش الأجانب، ثابت النسب لأبيه الأجنبي دون التوقف على إقرار من الزوج أو بينه تقيمها الزوجة، ومما يلاحظ أن المشرع لم يحدد أقصى مدة للحمل ويعد ذلك نقصاً تشريعياً، نرى ضرورة تلافيهِ وخاصة في ما يتعلق بولادات المرأة في تلك المناطق، على أن تكون بما جاء به مشهور الفقه

---

[١] - السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري، منهاج الصالحين، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، منشورات دار التفسير، قم، ١٤٢٩هـ، ص ٢٨٣، د. وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، الجزء السابع، مصدر سابق، ص٦٨١.

[٢] - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ١٣١٣هـ، ص١٠٥٠.

[٣] - د. سهيل محمد الأحمد، مصدر سابق، ص٤٥١.

[٤] - السيد عبد الأعلى الموسوي السبروازي، مصدر سابق، ص٢٨٣.

[٥] - د. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح الأحوال الشخصية وتعديلاته، مصدر سابق، ص١٩٨.

[٦] - السيد علي السيستاني، منهاج الصالحين، الجزء الثالث، الطبعة المصححة والمنقحة، ١٤٣٩هـ، مسائلة ٣٦٧، ص١١٢.

الأمامي أن أقصى مدة حمل سنة قمرية، كون تلك المدة تعد أكثر منطقية من المدد التي قال بها الجمهور الفقهاء[١].

أما الزواج الذي تم في فترة العدة الذي أعتقدت فيه المرأة أن زواجها من إرهابيي داعش الاجنبي، يعد مشروعاً خلالها، نتيجة النهج الديني المتطرف الذي باتت تلك الجماعات تغذي به عقول النساء والفتيات في تلك المناطق، والذي يعدُ من وجهة الشريعة الإسلامية زواج شبهة، فيثبت فيه النسب صوناً لشرف المرأة، ودفعاً لتهمة الزنا عنها، ومن جهة أخرى المحافظة على الولد من الضياع والتشرد، فيأخذ حكم الزواج الصحيح من حيث ثبوت النسب، ويرى الفقهاء المسلمون[٢]، بشان المرأة التي تتزوج في عدتها وحصل الدخول مع الجهل، فحملت مع كونها مدخولة للزوج الأول، فجاءت بولد، فإن مضى من وطء الزوج الثاني أقل من ستة أشهر، ولم يمض من وطء الزوج الاول أقصى مدة حمل لحق الولد بالأول، وأن مضى من وطء الأول أقصى مدة ومن الثاني ستة اشهر أو أزيد إلى ما قبل الأقصى، فهو يلحق بالثاني، وإن مضى من الأول ستة فما فوق ومن الثاني كذلك الأقوى يلحق بالثاني، وبما إن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، لم ينص على ثبوت نسب المولود من زواج الشبهة يمكن للمحاكم العراقية، إثبات نسب المولودين لأب من إرهابيي داعش الأجانب وأم عراقية، أستناداً إلى ما جادت به الشريعة الإسلامية، كونها مصدراً من مصادر القانون عند افتقاد النص التشريعي، وكذلك الحال في العقد الفاسد وتحسب مدة الحمل فيه من وقت الدخول بأتفاق المذاهب الإسلامية[٣].

ويمكن إثبات نسب أبناء إرهابيي داعش الأجانب، أستناداً إلى الإقرار، والإقرار في الفقه الاسلامي، إما أن يكون إقرار الشخص بالنسب على نفسهِ، كالإقرار بالبنوةِ أو الأبوةِ أو الأمومة، أو

---

[١] – عند المذهب الحنفية أقصى مدة للحمل سنتين وعند المالكية سنة قمري وعند الشافعية أربع سنوات، الشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، مصدر سابق، ص١٠٦١.

[٢] – السيد محمد تقي الخوئي، منهاج الصالحين، كتاب الإقرار، الجزء الثاني، مؤسسة الخوئي الخيرية، النجف الأشرف، ٢٠٠٤، ص١٩٥–١٩٦.

[٣] – د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ص٣١٨–٣١٩.

يكون إقرار الشخص بالنسب على الغير، كالإقرار بالأخوة والعمومة أو نحو ذلك[١]، وهو ما قضى به قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، في المادة (٥٢) بفقرتيها الأولى والثانية، إذ نصت على أنه، (١-الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به نسب المقر له إذا كان يولد مثله لمثله، ٢- إذا كان المقر أمرأة متزوجة أو معتدة فلا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بتصديقه أو بالبينة).

ويعرف الإقرار بأنه، (أخبار الشخص عن حق ثابت عليه أو نفي حق له سواء أكان من حقوق الله أم من حقوق الناس)[٢]، وقد ساوت الشريعة الإسلامية والقانون، في مسألة الإقرار بالأبوة والأمومة لإثبات نسب المولود، إذ يثبت نسب الولد من الرجل الذي يقر ببنوتهِ، ويثبت نسبه من المرأة بأمومتها، بشرط أن لا تكون زوجة أو معتدة، وإذا كانت المرأة متزوجة أو معتدة يمكن الأستناد إلى الإقرار لإثبات نسب الولد من زوجها، بشرط تصديق الزوج أو تثبت أن هذا الولد قد ولد على فراش الزوجية بالبينة[٣]، لأن تحميل النسب هنا يكون على غير المقر[٤]، وفي حالات ولادات إرهابيي داعش الأجانب من الصعوبة إثبات النسب عن طريق الإقرار، لأن البعض منهم هرب إلى جهة غير معلومة، والبعض الآخر تم قتلتهم، فلا يتصور إقرارهم، إلا أن الإقرار من المرأة متصور لكنه يحتاج إلى تصديق الرجل، وفي حالة المرأة في المناطق المحررة صعوبة التصديق لأسباب ذاتها التي ذكرناها لتعذر إقرار إرهابيو داعش، فيصار إلى البينة لكي تستطيع المرأة إثبات دعواها.

---

[١] – السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، المعاملات، كتاب الإقرار، الجزء الثاني، النجف الاشرف، ١٤٣٩هـ، مسألة ١٢٥٢، ص٤١٠، السيد محمد تقي الخوئي، منهاج الصالحين، كتاب الإقرار، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص١٩٥.

[٢] – السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، المعاملات، كتاب الإقرار، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص٤٠٩.

[٣] – نصت المادة (٢/٥٢) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل على أنه، (إذا كان المقر أمرأة متزوجة أو معتدة فلا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بتصديقه أو بالبينة).

[٤] – د. فاروق عبد الكريم، مصدر سابق، ص٢٥٣.

في الحالات التي لم تتمكن المرأة إثبات النسب بالفراش أو الإقرار، ويمكن لها إثبات النسب بالبينة، ويشترط الأمامية شهادة رجلين[١]، ومعهم المالكية، ورجلين أو رجل وامرأتين عند الحنفية، وجميع الورثة عن الشافعية والحنابلة[٢]، وأقر الفقه الأمامي إثبات النسب بالبينة تقبل سواءً كان الأب حياً أم ميتاً، وسواءً أكانت مقصودةً أصلاً أم تبعاً لدعوى بحق آخر، بخلاف المذاهب الأخرى التي تميز بين حالة الوفاة أو الحياة، ففي حالة الحياة تسمع سواءً كانت مجردةً أم ضمن دعوى حق آخر كالنفقة والإرث، أما في حالة الوفاة لا تسمع إلا ضمن حق آخر، كون الدعوى على الميت في حكم الدعوى على الغائب، التي لا تسمع استقلالاً وتسمع تبعاً[٣]، ولم ينص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، على إثبات النسب بالبينة.

بما أن الشريعة الإسلامية أقرت ثبوت النسب بالبينة، فيمكن للمحاكم العراقية الأستناد إليها، كون الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً أحتياطياً لقانون الأحوال الشخصية، يتم اللجوء إليه عند أنعدام النص التشريعي، لإثبات نسب أبناء إرهابيي داعش الأجانب، على أن تأخذ المحاكم بما جاء به الفقه الأمامي، بقبول إثبات النسب بالبينة سواءٍ كانت الدعوى مقصودةً أصلاً أم تبعاً لدعوى أخرى، وسواءٍ كان المدعى عليه (أحد إرهابيي داعش الأجانب) ميتاً أو حياً.

ويناقش البعض من الفقهاء المسلمون[٤]، أمكانية إثبات النسب بالتسامح، أي أشتهار الخبر بين الناس واستفاضته، فأجازوا إثبات النسب بالتسامح، لأن مبنى التسامح قائم على الأشتهار، فيقول الشاهد سمعت كذا أو نحوه، كما يمكن إثبات الزوجية بالبينة على وجود المعاشرة الزوجية،

---

[١] – السيد عبد الأعلى الموسوي، منهاج الصالحين، دار التفسير، قم، ١٤٢٩هـ، مسائلة ١٠٥٣، ص٢٠٥، السيد محمد تقي الخوئي، منهاج الصالحين، منهاج الصالحين، كتاب الإقرار، الجزء الثاني، مصدر سابق، مسائلة ٩٤٠، ص١٩٦، السيد علي الحسيني السيستاني، الفتوى متوفرة على الموقع الإلكتروني الخاص باستفتاءات www.sistani.org/arabic/qa تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١١/٣، الساعة ١٢,٠٠ صباحاً.

[٢] – د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، الجزء السابع، مصدر سابق، ص٦٩٥.

[٣] – د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مصدر سابق، ص٣٣٥.

[٤] – د. وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، الجزء السابع، مصدر سابق، ص٢٧٧، الشيخ شمس الدين أبو بكر محمد السرخسي، المبسوط، الجزء السادس عشر، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٩، ص١٥١-١٥٢.

والمقصود بالمعاشرة الزوجية، أن يعاشر الزوج الزوجة معاشرة الأزواج، ويبيت عندها ليلاً ويخرج نهاراً، ويقوم بشراء لوازم المعيشة، وقد صدقت محكمة التمييز الأتحادية، أحكام محاكم الأحوال الشخصية، التي أثبتت فيها الزوجية أستناداً للمعاشرة الزوجية، (أن الزوجية بين الزوجين، تثبت بالبينة على المعاشرة الزوجية)[1]، وفي حالة كون الزوج من إرهابيي داعش موجوداً في السجون العراقية وتم أحضارة لساحة المحكمة، وعجزت المرأة عن الإثبات بالأدلة والقرائن، عندئذ تمنح حق تحليفه اليمين، أذ نصت المادة (١١٨) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل على أنه، (إذا عجز الخصم عن إثبات إدعائه أو دفعه، فعلى المحكمة أن تسأله، عما إذا كان يطلب تحليف خصمه اليمين الحاسمة من عدمه، فان طلب ذلك وكان الخصم حاضراً بنفسه حلفته المحكمة، وفي حالة غيابه جاز لها إصدار الحكم غيابيا معلقا على النكول عن اليمين عند الأعتراض بناءً على طلب من الخصم حتى لو كان الخصم الآخر قد حضر بعض جلسات المرافعة)، فإذا نكل حكم للمرأة (المدعية) بصحة الزواج، وإذا حلف ترد دعواها، أستناداً للمادة (١١٩/ثالثا) من القانون أعلاه، إذ نصت على أنه، (كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر ما توجهت به اليمين)، أما في الأحوال التي يكون فيها إرهابي داعش الأجنبي غير موجودٍ، تقام الدعوى على مديرية رعاية القاصرين، فإذا ما عجزت عن الإثبات، لا يمكن تصور توجيه اليمين للممثل القانوني لمديرية رعاية القاصرين، لكن يمكن أن نتصور أن توجه اليمين للممثل القانوني فيردها على المرأة (المدعية)، في هذه الحالة يمكن تحليف المرأة اليمين الحاسمة، وهذا الحل يمكن أن يكون لحالات استثنائية ولأعتبارات إنسانية، لأنقاذ المرأة وحفظ كرامتها، وصيانة حقوقها، فقد أجاز قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل في المادة (١١٩/أولاً)، لمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه، إذ نصت على أنه، (إذا نازع من وجهت إليه اليمين في جوازها، أو في تعلقها بالدعوى ورفضت المحكمة منازعته، وقررت تحليفه اليمين، فعليها أن تبين في قرارها صيغة اليمين، وعلى من وجهت إليه اليمين أن يحلفها، أو يردها على خصمه...).

[1] – قرار محكمة التمييز الاتحادية بالرقم ٧٥/المعاشرة الزوجية /٢٠٠٦، منشور على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى.

وفيما يتعلق برفع دعوى إثبات النسب، لابد من تحديد الاختصاص القضائي كون العلاقة القانونية مشوبة بعنصر أجنبي، وفقاً لأحكام المادة (١٥) من القانوني المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، تعتبر المحاكم العراقية صاحبة الأختصاص، كون إرهابيي داعش من غير الجنسية العراقية، موجوداً في العراق، في الحالة التي يكون فيها مودعاً في السجون العراقية، وفي حالة الهرب إلى جهة مجهولة أو قتله، كذلك المحكمة العراقية ذات أختصاص في نظر الدعوى، كون موضوع التقاضي عقد تم إبرامه في العراق، إذ نصت المادة أعلاه على أنه، (يقاضى الأجنبي أمام المحاكم العراقية في الأحوال التالية، أ- إذا وجد في العراق، ج- إذا كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق).

بعد أن عُقدَ الاختصاص للمحكمة العراقية، تستطيع المرأة إقامة دعوى إثبات الزوجية والنسب، إذ تقيم الدعوى على إرهابيي داعش الأجنبي، إذا كان حياً وموجوداً في السجون العراقية، يتم التبليغ بواسطة مدير السجن أو من يقوم مقامه[١]، كما أن القضاء العراقي أرسى مبدأ مقتضاه، (الحكم على الزوج بالسجن المؤبد لا يفقده أهليته للخصومة في القضايا الشخصية البحتة، وعلى المحكمة تبليغه بيوم المرافعة والإشعار إلى إدارة السجن لتأمين أحضاره في يوم المرافعة، ولا يصح قيام المحكمة بنصب قيّم مؤقت عليه للخصومة)[٢]، أما إذا كان المدعى عليه ميتاً تقام الدعوى على ورثته، أستناداً لنص المادة (٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، إذ نصت على أنه، (يصح أن يكون أحد الورثة خصماً في الدعوى التي تقام على الميت...).

ونتسأل منهم الورثة الذين يمكن مخاصمتهم، أجابت على ذلك المادة (٨٨/١و٤) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، عند بيانها للأصناف المستحقة للتركة، إذ نصت على أنه، (١-الوارثون بالقرابة والنكاح الصحيح، ....٤- بيت المال)، فإذا وجد أحد الورثة

---

[١] - نصت المادة (١٠/٢١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل على أنه، (إذا كان المطلوب تبليغه سجيناً أو موقوفاً يتم التبليغ بواسطة مدير السجن أو الموقف أو من يقوم مقامهما) .

[٢] - قرار محكمة التمييز الأتحادية بالرقم ١٧٩٤/الخصومة/٢٠٠٨، منشور على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى العراقي.

تقام عليه، وفي حالة عدم وجود وارث تقام الدعوى على الدولة، كونها وارث لمن لا وارث له، وفقاً لنص المادة (٧٠) من القانون نفسه، إذ نصت على أنه، (... تعتبر الدولة وارث لمن لا وارث له).

كما نصت المادة (٧/٣٧) من قانون الأحوال المدنية العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٢، على أنه (إذا توفى أحد الزوجين ولم يسجل عقد الزواج، فيجوز للزوج الحى إقامة دعوى على أحد ورثة الزوج المتوفى، أو على من تصح خصومته قانوناً لغرض إثبات الزواج)، وهو النص ذاتُهُ الذي ورد بموجب قانون البطاقة الوطنية العراقي رقم (٣) لسنة ٢٠١٦[١].

وبناءً على ذلك هل تستطيع المرأة العراقية، أن تخاصم ورثة إرهابي داعش الأجنبي؟، وفقاً لما ورد في النص أعلاه، في الغالب المرأة العراقية لا تعرف إرهابي داعش الأجانب، فكيف يمكن معرفة ورثتهم أو حتى أماكن سكناهم، فلا تستطيع مخاصمة ورثتهم، لذلك وبهدف ضمان حقوق المرأة العراقية وتعزيز مركزها القانوني وحمايتها وحماية أطفالها، يمكن للمحاكم العراقية أن تعتبر هؤلاء لا وارث لهم، وبالتالي تعد الدولة العراقية هي الوارث، ومما يعزز ذلك نص المادة (٢٢/ب) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١المعدل إذ نصت على أنه، (الأجنبي الذي لا وارث له تؤول أمواله التي في العراق للدولة العراقية..)، بأعتبار الدولة وارث لمن لا وارث له، فتستطيع تقيم الدعوى على بيت المال، كون بيت المال هو أحد الورثة، فيمكن أن يكون خصماً في دعوى إثبات الزوجية أو دعوى إثبات النسب، كون الزوج متوفى ولا يملك وارثاً سوى الدولة.

وبخصوص إرهابيي داعش الأجانب ممن هربوا ولا يعرف مصيرهم، فيكون بحكم المفقود، فتقام الدعوى على القيم، وبما أن هؤلاء لا يوجد قيم عليهم، ففي هذه الحالة يصح مخاصمة دائرة رعاية القاصرين، فتقام الدعوى عليها بحسب وصايتها على المفقودين، وذلك أستناداً لنصوص قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٨٧) لسنة ١٩٨٠، إذ نصت المادة (٣/٩٠) على أنه، (عند عدم وجود قيم على المفقود، فتكون مديرية رعاية القاصرين هي المختصة بإدارة أمواله، وفقاً لأحكام هذا القانون)،

[١] – نصت المادة (٧/٢٨) من قانون البطاقة الوطنية العراقي رقم (٣) لسنة ٢٠١٦ على أنه، (إذا توفى أحد الزوجين ولم يسجل عقد الزواج، فيجوز للزوج الآخر إقامة دعوى على أحد ورثة الزوج المتوفى، أو على من تصح خصومته قانوناً لغرض اثبات الزواج).

وتأكيداً على صحة إقامة الدعوى على مديرية رعاية القاصرين نصت المادة(١٠٠) من القانون ذاتهِ على أنه، (لدائرة رعاية القاصرين، أن تنيب عنها أحد موظفيها الحاصلين على شهادة بكالوريوس بالقانون، في دعاوى القاصرين والمرافعة فيها، أمام المحاكم كافة مهما كانت قيمة الدعوى).

الفرع الثاني

حق المرأة في منح جنسيتها لأبنائها الشرعيين

بعد أن بينا كيفية أثبات المرأة لنسب أبنائها من أحد إرهابيي داعش الأجانب، الذي يعد ضرورياً لمنح المولود جنسية الأم العراقية، على أساس حق الدم المنحدر من الأم، نتساءل عن مدى حق المرأة المتزوجة من الأفاضة على أبنها بجنسيتها بعد ثبوت نسبهم لأبيهم من إرهابي داعش الأجانب، سواء كان يحمل جنسية دولة معينة أو عديم الجنسية أو مجهول الجنسية.

أنطلاقاً من المبدأ الدستوري القاضي بالمساواة بين الرجل والمرأة، الذي نص عليه دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، في المادة (١٤) التي نصت على أنه، (العراقيون متساوون أمام القانون، دون تمييز بسبب الجنس ...)، وكرس هذا المبدأ في المادة (١/١٨/ثانياً) منه، إذ نصت على أنه، (يعتبر عراقياً كل من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية وينظم ذلك بقانون).

كما أن المشرع العراقي في المادة (٣/أ) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، نص بصورة صريحة، على أن حق الدم المنحدر من الأم يعد أساساً لمنح المولود الجنسية العراقية الأصلية بمجرد الميلاد دون التوقف على شروط معينة[١]، إذ ساوى بين الرجل والمرأة في حق منح الجنسية لأولادهما، أستناداً على حق الدم المنحدر من الأم، وهذا الأتجاه منسجم تماماً مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية الغراء، التي أقرت مبدأ المساواة بين بين الرجل والمرأة كما بينا سابقاً، كما جاء مسايراً لما نصت عليه الاتفاقيات الدولية، لاسيما أن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة ١٩٧٩، إذ الزمت الدول الأطراف المتعاقدة، أن تمنح المرأة حقاً مساوياً للرجل فيما يتعلق

[١] – المادة (٣/أ) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ على انه، (يعتبر عراقياً من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية).

بجنسية أطفالها[1]، وتأكيداً على إنتهاج المشرع العراقي مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، فيما يتعلق بمسائل الجنسية، تم إلغاء تحفظ جمهورية العراق على المادة التاسعة من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المنصوص عليه في المادة الثانية من قانون تصديق الاتفاقية رقم (٦٦) لسنة ١٩٨٦[2]، وانسجاما مع جاء به الإعلان العالمي لحقوق الأنسان لسنة ١٩٤٨، الذي أكد على المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية، فقد نصت المادة (١) منه على أنه، (جميع الناس يولدون أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق)، كما نصت المادة (٢) منه على أنه، (لكل أنسان أن يتمتع بكافة الحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا الإعلان، دون تمييز من أي نوع سواءً كان بسبب اللون أو الجنس أو اللغة أو الديانة أو الرأي...)، كما أنه أكد بصورة صريحة في المادة (١٥) على أنه، (لكل فرد حق في التمتع بجنسية ما)[3].

ويستنتج من ذلك، أن الحقوق التي يتمتع بها الرجل هي ذاتها الحقوق التي تتمتع بها المرأة فيما يتعلق بالجنسية، وحق المرأة في منح جنسيتها لأولادها أستناداً على أساس حق الدم المنحدر من الأم.

وسوف نحاول أنَّ نبحث هنا، عن مدى حق المرأة في الأفاضة على مولودها من (إرهابيي داعش الأجانب) بالجنسية العراقية، مع المقارنة بالقانونين محل المقارنة، بالنسبة لقانون الهجرة والجنسية الأمريكية لسنة ٢٠٠٠ المعدل، فقد ساوى بين حق الدم المنحدر من الأب والأم لمنح الجنسية الأمريكي منذ الولادة، بغض النظر عن مكان الولادة والجنسية التي يحملها الطرف الآخر، فالمولود من أم أمريكية يعتبر أمريكياً بالولادة، بغض النظر عن الجنسية التي يحملها الأب، سواءً

---

[1] – نصت على ذلك المادة (٢/٩) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة ١٩٧٩.

[2] – نصت على ذلك المادة (١) من قانون رقم (٣٣) لسنة ٢٠١١، نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٢٢٢ لسنة ٢٠١١.

[3] – نصوص الإعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة ١٩٤٨، متوفرة على الموقع الإلكتروني، www.un.org، تاريخ الزيارة ١٦ / ٢/ ٢٠١٩، الساعة ٥,٠٠ مساءً.

كانت الولادة في أطار الرابطة الزوجية، أو خارج أطار الرابطة الزوجية[١]، وهذا في ضوء قرار المحكمة العليا في قضية (Sessions)، إذ قضت بأنه، أي شخص يولد في الخارج، خارج نطاق الزوجية، لأم أمريكية وأب أجنبي في أو بعد ١٢ يونيو ٢٠١٧ ، قد يكتسب الجنسية الأمريكية منذ الولادة. إذا كانت الأم مواطنة أمريكية في وقت ولادة الطفل[٢].

أما بموجب أحكام قانون الجنسية الألماني لسنة ١٩٩٩ المعدل، نصت المادة (٤/ ١) منه على أنه، (يحصل الطفل على الجنسية الألمانية بالميلاد إذا كان أحد الوالدين يحمل الجنسية الألمانية)[٣]، أياً كان مكان الولادة، وسواءً كانت الولادة شرعيةً أم غير شرعيةً، فلم يميز المشرع الألماني بين نوعي الولادة.

وفيما يخص موقف المشرع العراقي بموجب قانون الجنسية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، فقد قضت المادة (٣/أ) على أنه، (يعتبر عراقياً من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية)، فما مدى أمكانية تطبيق هذا النص على أبناء المرأة من إرهابيي داعش الأجانب، فتطبيق هذا النص لا يثير صعوبات فيما لو كان الأب عراقياً، إلا أن الأمر يشق عندما تكون الأم عراقية والأب أحد إرهابيي داعش الأجانب، والأجنبي هو كل من لا يحمل جنسية جمهورية العراق[٤]، وبالتالي كل من لا يحمل الجنسية العراقية يعد أجنبياً، سواءً كان حاملاً لجنسية دولة ما، أو كان عديم الجنسية ويلحق به من كان مجهول الجنسية، فاستناداً إلى نص المادة سابقة الذكر أن المولود من أم عراقية وأب من

---

[١] – المادة (٣٠٢) من القانون الهجرة والجنسية الأمريكي لسنة ٢٠٠٠ المعدل، متوفر على الموقع الإلكتروني، https://travel.state.gov، تاريخ الزيارة ٢٢/ ٣/ ٢٠١٩، الساعة ١٢,٠٠ صباحاً.

[2] – Sessions v. Morales-Santana, 582 US–, 137 S. Ct. 1678 (2017), Travel.State.Gov, US Department of State – Consular Affairs Office, https://travel.state.gov, Date of visit 12/1/2020 at 5,55 pm.

[٣] – قانون الجنسية الألماني لسنة ١٩٩٩ المعدل، بموجب التعديل الثاني في سنة ٢٠١٤، متوفر على الموقع الإلكتروني http://germanlawarchive.iuscomp.org، تاريخ الزيارة ١٥/ ١٢/ ٢٠١٨، الساعة ١٠,٠٠ مساءً.

[٤] – المادة (١/ ثانياً) من قانون إقامة الأجانب العراقي رقم (٧٦) لسنة ٢٠١٧، منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٤٦٦، في ٢٠١٧.

إرهابيي داعش الأجانب، يعدُ عراقياً أستناداً إلى حق الدم المنحدر من الأم، وذلك عملاً بإطلاق النص أينما حدثت الولادة، ويبدو أن المشرع العراقي منح المرأة مركزاً قانونياً لا يشوبه أنتقاصً في حق منح جنسيتها العراقية لأولادها الشرعيين، سواءً حدثت الولادة بالعراق أم خارج العراق.

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري العراقية، في مناسبات عدة على تأكيد مركز المرأة القانوني وتعزيزه من خلال منح أبناء المرأة العراقية الجنسية العراقية الأصلية، إذ أصدرت محكمة القضاء الإداري قرارها المرقم (٧٨/ قضاء إداري/ ٢٠٠٨) في ١٠/ ٥/ ٢٠٠٨، المتضمن إلزام المدعى عليه، السيد وزير الداخلية أضافة إلى وظيفته، بمنح الطفلة (ر. س. ع) المولودة لأم عراقية وأب أردني الجنسية، وفقاً لأحكام المادة (٣/أ) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، وقد صدقت المحكمة الاتحادية العليا هذا القرار، بقرارها المرقم (٢٤/أتحادية تمييز/ ٢٠٠٨)، في ٢١/٧/ ٢٠٠٨، وبموجب قرارها المرقم (٣٠/ أتحادية تمييز/٢٠٠٨)، ارست مبدأ مقتضاه، أن الحكم بمنح الجنسية العراقية لأبناء الأم العراقية والأب الأجنبي، يعد كاشفاً وليس منشأً، ومن حق الأم العراقية أن تقيم الدعوى بصفتها الشخصية لطلب منح أبنائها الجنسية العراقية [١].

ومما يلاحظ أن المشرع العراقي في المادة (٤) من قانون الجنسية أعلاه، أخرج من أطلاق نص المادة (٣/أ)، المولود غير الشرعي لأم عراقية عندما تتم الولادة خارج العراق، وكذلك عندما يكون الأب لا جنسية له، إذ نص على أنه، (للوزير أن يعتبر من ولد خارج العراق من أم عراقية وأب لا جنسية له عراقي الجنسية إذا اختارها خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد إلا إذا حالت الظروف...)، وبهذا النص يكون قد أنتقص من المركز القانوني الذي وفره لها بموجب نص المادة (٣/أ)، للأسباب التالية، أولاً الجنسية وفق المادة (٤) تعد جنسية مختارة للمولود، أن يختارها بعد بلوغه سن الرشد أي جنسية مكتسبة، في حين الجنسية المترتبة بموجب المادة (٣/أ) تعد جنسية أصلية تثبت بمجرد الميلاد، ثانياً المشرع لم ينص على الولادات غير الشرعية التي تحصل بالعراق،

---

[١] – قرار المحكمة الأتحادية العليا المرقم (٢٤/اتحادية تمييز/ ٢٠٠٨)، قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٣٠/ اتحادية تمييز/٢٠٠٨)، احكام وقرارات المحكمة الأتحادية العليا، جمهورية العراق، متوفرة على الموقع الإلكتروني للمحكمة، www.iraqfsc.iq، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٢/٣، الساعة ٤,٢٣ مساءً.

أو عندما يكون الأب عديم الجنسية، وهذا يعدُ نقصاً تشريعياً يجب تلافيه، كما أنه ينتقص من مركز المرأة القانوني، أذ تصبح ولادات المرأة غير المشروعة التي تمت بالعراق لا تملك المرأة العراقية إزائها منح جنسيتها لهم.

وإذا أردنا العمل بنص المادة (٤) بالأستنتاج بطريق القياس من باب أولى، كونه أحدى طرق تفسير النصوص التشريعية[١]، نقول أن من الأولى بمن يولد في العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له يعد عراقياً، فهل هذه الجنسية هنا تعد أصليةً أم مكتسبةً؟، نقول هذه المادة تتعلق بأسس الجنسية المكتسبة، وبالتالي لا يمكننا القول بأنها جنسية أصلية، وفق الأستنتاج بطريق القياس من باب أولى، لأنها لا تتعلق بأسس الجنسية الأصلية.

وبما أننا بصدد أحكام الجنسية للمولود الشرعي للمرأة العراقية (الأم)، يمكن منح الأبن الشرعي من إرهابيي داعش الأجانب، الجنسية العراقية استناداً لأحكام المادة (٣/أ) من قانون الجنسية العراقي، وعملاً بما عليه القضاء العراقي، بعد أن يتم إثبات الزوجية والنسب.

ويتم منح الجنسية العراقية لأبنائها بعد أن يتم أضافة زواجها في قيد نظام المعلومات المدنية الخاص بالمرأة، أستناداً إلى قرار إثبات الزوجية الصادر من المحكمة المختصة، ويسجل أولادها معها دون أن يشمل التسجيل الزوج الأجنبي، وتعد الزوجة مع أولادها أسرة ويسجل لها رقم تعريفي، كل ذلك وفقاً لأحكام المادة (٢٢/ ٣) من قانون البطاقة الوطنية العراقي رقم (٣٣) لسنة ٢٠١٦[٢].

---

[١]-د. عبد الباقي البكري، المدرس زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص١٢٦.

[٢] – قانون البطاقة الوطنية العراقي رقم (٣٣) لسنة ٢٠١٦منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٣٩٦ في ١ / ٢ /٢٠١٦.

المطلب الثاني

أحكام جنسية أبناء الأم العراقية غير الشرعيين

الأبن غير الشرعي للمرأة، متولد من حالة اغتصاب تعرضت لها النساء من القومية غير العربية من قبل إرهابيي داعش، ففي مطلع عام ٢٠١٥ بدأت عمليات الاغتصاب المُمنهج، إذ قامت تلك العصابات بتحويل ديانة النساء الايزيديات والمسيحيات إلى الدين الإسلامي قسراً، لم يكن من أجل الدعوة إلى الإسلام، بل هو لأجل المصالح السياسية والسلطوية وإن كان ظاهرها الإسلام، والإسلام براءة منهم، إذ لا علاقة للإسلام بما يقومون به، ومن ثم تم استخدامهن في الرق الجنسي وبيعهن وشرائهن في أسواق العبيد وتنقلهن بين ما يصل إلى أربعة من إرهابيي داعش، وقد بلغ عدد النساء الايزيديات اللواتي تم اختطافهن من قبل مقاتلي داعش في العراق وسوريا نحو (١٨٠٠) أمرأة وفتاة، إلا أن هذه الإحصائيات ليست دقيقة حسب ما ذكرت منظمة (هيومن راتيس ووتش)[١]، لكن ذكرت الأمم المتحدة بناءً على إحصائيات وتقديرات لمسؤولين آيزيديين أن هناك ما يصل الى (٣٥٠٠) امرأة لدى داعش الإرهابيي، تعرضن لأبشع أنواع الأسترقاق الجنسي، أذ أصدر التنظيم فتوى مقتضاها جواز اغتصاب الفتيات الصغيرات بعد سبيهن وبيعهن كسبايا، كما يعدُ الأبن غير شرعي في الحالات التي يتعذر فيها على المرأة إثبات زواجها[٢].

مما نتج عن ذلك العنف الجنسي أبناءً غير شرعيين، مما جعل النساء المغتصبات في أوضاع نفسية واجتماعية سيئة، وقد حاولن هؤلاء النسوة الانتحار لينجون من عمليات الاغتصاب وأتقاء العار، لا سيما أن القيم الأخلاقية في المجتمع العراقي ترفض هذه الأوضاع، فقد يصل الأمر إلى قتل المرأة التي تنجب طفلاً عن طريق الاغتصاب، لذلك أتجهت الكثير منهن إلى الأنتحار، لعدم قدرتهن على الإجهاض بسبب أنعدام الجانب الطبي لعمليات الإجهاض، فضلاً عن كون

---

[١] – هيومن رايتس ووتش (بالإنجليزية: Human Rights Watch) وتعني مراقبة حقوق الإنسان وهي منظمة دولية غير حكومية معنية بالدفاع عن حقوق الإنسان والدعوة لها، مقرها مدينة نيويورك، تأسست في سنة ١٩٧٨.

[٢] – تقرير منظمة العفو الدولية، مصدر سابق، ص ١٨.

الإجهاض يعد عملاً غير مشروعٍ، مما أدى إلى وجود أطفال غير شرعيين لا يملكون وثائق تحدد هويتهم ولا أباء من الممكن نسبتهم إليهم، ولا يحصلون على أدنى أنواع الحقوق والرعاية[١].

ولغرض الوقوف على حالة أبناء المرأة غير الشرعيين، والحلول الواجب توفرها لتلك الحالات التي أفرزها داعش الإرهابي، ومدى حقها في افاضتها على مولودها بالجنسية العراقية أستناداً لحق الدم المنحدر من الأم، وإمكانية تصحيح هذه العلاقة غير المشروعة، لابد أولاً من بحث مسألة أمكانية إثبات نسب هؤلاء الأولاد تمهيداً لمنحهم الجنسية، لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول نسب أبناء المرأة غير الشرعيين، ونتناول في الفرع الثاني حق المرأة في منح جنسيتها لأبنائها غير الشرعيين.

الفرع الأول

نسب أبناء المرأة غير الشرعيين

ولا بد من القول أن نسب الأبناء غير الشرعيين، يثبت بالنسبة للأم فور الولادة، سواءً كانوا ثمرة علاقة شرعية أو غير شرعية، لأن الولادة واقعة مادية، قابلة للإثبات بطرق الإثبات كافة [٢].

ذكرنا أن البنوة غير الشرعية، أما أنَّ تنشأ من واقعة الاغتصاب، أو من الحالات التي يتعذر على المرأة فيها إثبات الزوجية، فلا بد أولاً من أن نبين ما المقصود بالاغتصاب، وتمييزه عن الزنا، ثم نبين مدى إمكانية إثبات نسب الأبناء الذين يولدون من واقعة الاغتصاب في المناطق المحررة من

---

[١] – النساء العراقيات في ظل النزاعات المسلحة وما بعدها، تقرير منتصف الفترة لشبكة النساء العراقيات من (١شباط ٢٠١٤ لغاية ١آب٢٠١٦)، في مراجعة الملاحظات الختامية التي قدمتها لجنة سيداو بعد جلسه ٥٧ لتقرير العراق، مقدم من قبل "تحالف المنظمات غير الحكومية لتقرير الظل لسيداو"، متوفر على الموقع الإلكتروني، www.icrc.org، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١٢/٢٣، الساعة ٣,٥٥ مساءً.

[٢] – د. حسن علي كاظم، أحكام الجنسية للولادات غير الشرعية في المناطق المحررة في العراق، مصدر سابق، ص٨٤.

تنظيم داعش الإرهابي، يعرف الاغتصاب بأنه (وطء حرة أو أمة جبراً على غير وجه شرعي)[١]، ويرى البعض[٢] الاغتصاب هو إكراه على الزنا، إذ أن الزنا أما أن يكون طواعية أو بالإكراه، فإذا كان الوطء بالإكراه عُد اغتصاباً وهو أشد حرمة من مجرد الزنا.

فإذاً ما تعرضت له المرأة من القومية غير العربية هو الزنا بالإكراه، وهو ما يطلق عليه الاغتصاب، والذي يعدُ من أبشع أنواع العنف الجنسي، الذي تعرضت له المرأة على يد داعش الإرهابي، الذي نتج عنه أبناء دون أباء، إذ أن المرأة تجهل في الغالب من قام باغتصابها في تلك المناطق التي سيطر عليها داعش الإرهابي، فلا يعرفن أسماءهم ولا جنسياتهم، وإزاء ذلك نكون أمام مشكلة بمن يلحق هؤلاء الأولاد وكيف سوف تعامل المرأة إزاء تلك الولادات؟.

الفقه الإسلامي جعل آتيان الزنا والحكم به متعسراً ومتعذراً، وأكتفى بشهادة عدل لثبوت القتل، إلا أن الزنا لا يثبت شرعاً إلا بأربعة عدول يشهدون، وكان الغرض من ذلك الستر وعدم هتك عرض المرأة من جانب، وخوفاً من ضياع النسب وتشرد الأطفال من جانب آخر، وأتفق فقهاء المسلمين من المذاهب الإسلامية[٣]، أن ولد الزنا لا ينسب لمن تولد من مائهِ ولا توارث بينهما.

وقد أعترض البعض من فقهاء الأمامية[٤]، على القول المتقدم ذكره، إذ أفتى بأن أبن الزنا يلحق بأبيه الذي تخلق من مائهِ، ويعلل بأن البنوة والأبوة والعمومة والأخوة ليس لها حقيقة شرعية، وإنما هي مفهوم عرفي ترتب عليه الشريعة الإسلامية أحكاماً خاصة، فكل من يصدق عليه هذا المفهوم عرفاً سوف تترتب عليه الأحكام الخاصة في الشريعة، وبما أن الولد المتولد من الزنا هو أبنٌ عرفاً لصاحب الماء، فتمام الأحكام التي تترتب على البنوة ثابته به، فيلحق بأبيه نسباً، فيصبح أبو

---

[١] – الشيخ أبي الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨، ص٥٨٦.

[٢] – د. محمد علي هارب جبران، حكم استلحاق ولد الاغتصاب، مجلة الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية، ليبيا، السنة (١١)، العدد (٢٠)، ٢٠١٤، ص٩٤.

[٣] – نقلاً عن الشيخ محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، مصدر سابق، ص٣٦٨.

[٤] – السيد محمد تقي الخوئي، كتاب النكاح، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات مدرسة دار العلم، قم، ١٤٠٤هـ، المسألة، ٣٣، ص٣٩٨.

الزاني جد له وبنات أبيه أخوات له وأخوات أبيه عمات له، فيجب له ما يجب على الأبن من نكاح صحيح، أو شبهه وتثبت له النفقة على أبيه ولأمه الحضانة، ولا يصح له نكاح من حرمِ نكاحها بالنسب أو المصاهرة، باستثناء ما يتعلق بالإرث فلا توارث بين أبن الزنا وبين أبيه، ويناقش حديث الرسول الأعظم صلوات الله عليه واله وسلم، (الولد للفراش والعاهر للحجر)، إذ يقول أن هذا الحديث الشريف يتعلق بالمرأة الزانية ذات البعل، والتي يقع الشك في أن هذا الذي ولدتهُ الزانية هو متخلق من ماء الزاني أم من ماء زوجها، فالحكم الحاق الولد بصاحب الفراش، وهو هنا الزوج وأما الزاني ليس له سوى الحجر، وفي حالة عدم الشك أي في الحالة التي يعلم فيها على سبيل القطع واليقين، أن هذا الولد تخلق من ماء الزاني، فليس في الحديث ما يدل على الحاقه بصاحب الفراش، ولم يقل أحد من الفقهاء المسلمين بذلك، فالحديث الشريف ليس فيه ما يدل في حالة العلم، بأن الولد الذي تخلق من ماء الزاني، بأن يلحق هذا الولد بالزاني، وليس فيه ما يدل على عدم الحاقه، فأقصى ما يستفاد من الحديث الشريف أن الولد لا يلحق بالزاني في حالة الشك، أما في حالة العلم الحقيقي القطعي أن الولد لا يلحق بالزاني، وهذا مما لا يقتضيه الحديث الشريف، ومما يلاحظ أنه لم يميز في الحكم في الزنا كونه أختيارياً أو أضطرارياً أو أجبارياً.

وقد أجاز الفقهاء المسلمون المتأخرون[1]، أثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة، لغرض التأكد من هذا الولد متكون من ماء الزوج أو من ماء الزاني، من خلال أجراء فحص الحامض النووي (DNA)، أن القول بغير ذلك يتعارض مع النص القرآني الذي يحرم نسبة الولد لغير أبيه، كما أن القول بثبوت نسب ولد الزنا إلى أمه دون الأب، هذا يعني أن الأم سوف تتحمل المسؤولية وحدها، وسيعفى الزاني من تحمل المسؤولية، وهذا لا يتناسب مع التشريع الإسلامي[2].

---

[1] – السيد علي السيستاني، الفتوى متاحة على الموقع الإلكتروني الخاص بالاستفتاءات، www.sistani.org/arabic/qa تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٢/٣، الساعة ١٠,٠٠صباحاً، الشيخ حيدر حب الله، ولد الزنا في الفقه الإسلامي قراءة وتقويم، من سلسلة دراسات في الفقه الإسلامي المعاصر، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الفقه الاسلامي المعاصر، ٢٠١٥، ص٣١٩، محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، الطبعة الثانية، دار الفكر، عمان، الأردن، ١٩٩٦، ص٢٠٦.

[2] – الشيخ حيدر حب الله، مصدر سابق، ص٣٢٣.

ويرى البعض من الفقه[١]، لا يجوز أثبات النسب بالبصمة الوراثية لعدم ثبوت شرعية هذه الطريقة لأثبات النسب.

وفيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على النسب غير الشرعي، أختلفت التشريعات المقارنة حول تحديد القانون الواجب على النسب غير الشرعي، ذهب القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل، إذا كان أبوا الطفل غير متزوجين يسري على النسب قانون الدولة التي تقيم فيها الأم إقامة معتادة[٢].

أما موقف القانون العراقي، يرى البعض[٣]، أن المشرع العراقي في الفقرة الرابعة من المادة (١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، نص على البنوة الشرعية، ولم ينص على البنوة غير الشرعية، ونحن نتفق مع هذا الرأي، لأن المشرع نص على البنوة الشرعية بصورة صريحة دون البنوة غير الشرعية، كما أن الأخذ بالمفهوم المخالف للنص، يقضي أن البنوة غير الشرعية لا تخضع لقانون الأب، إذ نصت الفقرة أعلاه على أنه، (المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية.... يسري عليها قانون الأب)، كما أن الفقرة الخامسة من المادة (١٩) تعدُ دليلاً قاطعاً على عدم شمول نص الفقرة الرابعة بحكمها للبنوة غير الشرعية، إذ نصت على أنه، (....إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحدة)، إذ يشترط وجود عقد زواج، وبالتالي البنوة غير الشرعية الناشئة عن الاغتصاب، وبعض العقود التي اعتبرناه باطلة لا تدخل في نطاق النص.

ويرى البعض[٤]، أن البنوة غير الشرعية تعد أمراً مخالفاً للنظام العام، فلا تدخل في نطاق النص، ونحن نميل إلى الاعتداد بقانون جنسية المرأة (الأم)، لأن الأم في الغالب معروفة بخلاف

---

[١] – فتوى السيد كاظم الحائري، وردت في التقرير الفقهي الصادر عن مركز أبن إدريس الحلي للدراسات الفقهية، العراق، العدد (١)، سنة ٢٠٠٧، ص١٠.

[٢] – المادة (٢/١٩) القانون المدني الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل.

[٣] – د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣١١.

[٤] – د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص (دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، مشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦، ص٣٤٢.

الأب، كون إثبات النسب غير الشرعي الذي نحن بصدده فيه المرأة عراقية، وإذا سلمنا بأن القانون الذي يحكم النسب غير الشرعي هو قانون الأم، فيكون القانون الواجب التطبيق هو القانون العراقي، وإذا كان المشرع العراقي لا يعترف بالبنوة غير الشرعية، فيمكن الاستناد إلى الشريعة الإسلامية وما جاد به الفقهاء المسلمون من الحلول، كونها مصدراً من مصادر قانون الأحوال الشخصية، إذ يمكن الأحتكام إلى الرأي الذي يلحق الأبن غير الشرعي بأبيه، فيجب له ما يجب للأبن من نكاح صحيح، أو شبهه وتثبت له النفقة على أبيه ولأمه الحضانة، ولا يصح له نكاح من حُرمِ نكاحها بالنسب أو المصاهرة، باستثناء ما يتعلق بالإرث فلا توارث بينهما، وعلى ذلك إذا كانت واقعة الاغتصاب، وقعت من قبل عراقي ممن انضموا إلى التنظيم الإرهابي، يمكن إعمال نص المادة (٣٩٨) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل، الذي يقضي بزواج المغتصب للفتاة المغتصبة[١]، وأن كان هذا الحل يعد تغييب للمرأة ويجعلها في مركزٍ قانوني منقوص، إذ يسلب إرادة المرأة وينتهك حريتها في أختيار شريك حياتها، وبالمقابل يعزز من المركز القانوني للرجل، إذ بزواجه من المرأة التي أغتصبها يجعله يفلت من العقاب على حساب المرأة، كما أن هذا الحل يعدُ تدعيما لفكرة التميز بين الرجل والمرأة.

إلا أن هذا الحل يصعب إعماله عندما يكون الأب أحد إرهابيي داعش الأجانب، إذ البعض منهم قتل أو هرب إلى جهة غير مجهولة، والبعض أصلاً المرأة المغتصبة لا تعرفه، ففي هذه الحالة يثبت نسبه لأمه فقط، وسوف نبين آلية منح الجنسية العراقية، أستناداً لحق الدم المنحدر من الأم، أما فيما يتعلق بالذين تم إيداعهم بالسجون، يبدو أكثر سهولة، إذ يتم اللجوء إلى إجراء فحص (DNA) لهم ومطابقة مع الحامض النووي للأطفال غير الشرعيين، مع الإشارة أن المحاكم العراقية تعد فحص الحامض النووي وسيلة من وسائل إثبات النسب، إذ أصدرت محكمة التمييز الأتحادية

---

[١] – (إذا عقد زواج صحيح بين مرتكب أحدى الجرائم الواردة في هذا الفصل، وبين المجنى عليها أوقف تحريك الدعوى والتحقيق فيها والإجراءات الأخرى، وإذا كان قد صدر حكم في الدعوى أوقف تنفيذ الحكم، وتستأنف إجراءات الدعوى أو التنفيذ حسب الاحوال، إذا أنتهى الزواج بطلاق صادر من الزوج بغير سبب مشروع أو بطلاق حكمت به المحكمة، لأسباب تتعلق بخطأ الزوج أو سوء تصرفه، وذلك قبل انقضاء ثلاث سنوات على وقف الإجراءات، ويكون للادعاء العام وللمتهم وللمجنى عليها، ولكل ذي مصلحة طلب وقف تحريك الدعوى والتحقيق والإجراءات، وتنفيذ الحكم أو طلب استئناف سيرها أو تنفيذ الحكم – حسب الأحوال).

قراراً نص على أنه، (..ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون، ذلك لأن محكمة الموضوع ردت دعوى المميزة، دون أن تلاحظ بأنها أغفلت إكمال تحقيقاتها في أعتماد وسائل البحث العلمي بهذا الشأن من ضمنها الفحص الطبي وإجراء تطابق الأنسجة وفحص الحامض النووي...، وذلك لأن الغاية من إجراء التحقيقات هو الوصول إلى الحقيقة الشرعية والقانونية، بهدف إصدار الحكم العادل الذي يتفق مع الشرع والقانون)[١].

الفرع الثاني

حق المرأة في منح جنسيتها لأبنائها غير الشرعيين

الجنسية تعد (رابطة سياسية وقانونية وروحية، تربط الفرد بالدولة، ويترتب عليها حقوق والتزامات، وتؤثر في الكيان الاجتماعي والسياسي للدولة)[٢]، وللجنسية أهمية كبيرة للفرد والدولة، كونها الضابط الذي يتحدد في ضوئه التفرقة بين الوطني والأجنبي، التي تبدو أهميتها في الآثار الثانوية، التي يرتبها القانون على من يحمل الصفة الوطنية، فضلاً عن أهميتها في الإطار الدولي، كونها ترتب حقوقاً في مواجهة الدول، ونتيجة لما تعرضت له المرأة العراقية من عنف جنسي، تمثل بالاغتصاب في المناطق المحررة، فتركوا أبناءً غير شرعيين ونساءً مغتصبات[٣]، لا يعرفن مصيرهن هل هن زوجات أم عازبات ويجهلن مصير أبنائهن، فلا يملكون ما يثبت هويتهم ولا يحصلون على أدنى الحقوق، فلا بد من معالجة لتلك الحالات، وإزاء ذلك هل يحق للمرأة العراقية تفيض بجنسيتها على أبنها غير الشرعي، سواء كان من اغتصاب أو زواج لم تستطع المرأة إثباته بكافة طرق الإثبات، فهل منح المشرع العراقي المرأة الحق في الإفاضة بجنسيتها على مولودها غير الشرعي، وهل كان مركز المرأة في ذلك الحق منقوصاً أم لا؟.

---

[١] – قرار محكمة التمييز الأتحادية العراقية رقم ٣٢٩/ الهيئة العامة/ ٢٠١١ في ٢٠١١/٥/٣١، القرار غير منشور.

[٢] – د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص٣٤.

[٣] – د. حسن علي كاظم، أحكام الجنسية للولادات غير الشرعية في المناطق المحررة في العراق، مصدر سابق، ص٨٠.

أبناء الأم العراقية غير الشرعيين، أما من هم لأب مجهول أو لا جنسية له، أولاً لابد أن نبين ما المقصود بمجهولية الأب، وتمييزه عن من لا جنسية له الوارد في النص[١]، وكذلك مصطلح مجهول الجنسية، الذي أغفله المشرع العراقي، فيما يتعلق بمصطلح (أب مجهول)، المجهول المقصود به غير المعلوم أو غير المعروف، والجهل نقيض العلم، ومجهول الأب يعني أن الأب أنكر نسب المولد له لأنه ثمرة غير شرعية[٢]، أو لم يكن الأبن ثابت النسب لأبية[٣]، ومصداق الأب المجهول، ما حصل في المناطق المحررة من داعش الإرهابي، إذ كثير من النساء العراقيات تعرضن للاغتصاب، أو زواج لم تستطع المرأة أثباته بكافة طرق الإثبات، أما من لا جنسية له، هو من لا يحمل جنسية دولة معينة[٤]، أما مجهول الجنسية، فهو من يحمل جنسية دولة معينة، إلا أن جنسيته لم يتم تحديدها، كون إرهابيي داعش ينتمون إلى دول عربية وأجنبية، يتعذر على المرأة أن تحدد الدولة التي ينتمي إليها بجنسية من اللغة التي يتحدث فيها، فأبناء الأم غير الشرعيين منهم من إذا تمت ولادته على أقاليم الدولة العراقية، ومنهم من تمت ولادته خارج العراق، فكثير من النساء العراقيات اللواتي تعرضن للاغتصاب داخل العراق، تم نقلهن إلى خارج العراق من قبل مَنْ قام بشرائهن فحصلت الولادة خارج العراق، فما مدى حق الأم العراقية في الأفاضة بجنسيتها على أبنائها غير الشرعين من إرهابيي داعش الأجانب.

بالنسبة للقوانين محل المقارنة، فيما يتعلق بجنسية أبناء الأم غير الشرعيين، فبموجب قانون الهجرة والجنسية الأمريكي لسنة ٢٠٠٠ المعدل، فقد قضى بأن المولود خارج أطار الرابطة الزوجية يعد أمريكياً بالولادة، أستناداً إلى حق الدم المنحدر من الأم، إذا كانت تحمل الجنسية الأمريكية أينما تمت الولادة، سواءً داخل الولايات المتحدة الأمريكية أو خارجها[٥]، أما القانون الألماني، بموجب

---

[١] – نص المادة (٤) قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، (للوزير أن يعتبر من ولد خارج العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له عراقي الجنسية.....).

[٢] – د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٧٢.

[٣] – د. حسن على كاظم، القانون الدولي الخاص القسم الأول محاضرات القيت على طلبة المرحلة كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، ٢٠١٢، ص ١٨.

[٤] – د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٧٣.

[٥] – المادة (٣٠٩/ ج) من قانون الهجرة والجنسية الأمريكي لسنة ٢٠٠٠ المعدل.

قانون الجنسية لسنة ١٩٩٩ المعدل، لم يميز بين نوعي الولادة سواءً كانت شرعية أو غير شرعية، لمنح المرأة الألمانية (الأم) الحق في منح جنسيتها لمولودها، ودون الأعتداد بمكان الولادة، وسواءً كان الأب معلوم الجنسية، أم مجهول الجنسية، أو كان عديم الجنسية، إذ نصت المادة (٤/ ١) منه على أنه، (يكتسب الطفل الجنسية الألمانية بالميلاد إذا كان أحد الوالدين يحمل الجنسية الألمانية)[١].

الألمانية)[١].

أما بموجب أحكام القانون العراقي، وبخصوص نقل جنسية الأم العراقية لأبنائها غير الشرعيين من إرهابيي داعش الأجانب، أستناداً على حق الدم المنحدر من الأم، يرى البعض من الفقه[٢] أن نص المادة (٣/أ) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، الذي ينص على أنه، (يعتبر عراقياً من ولد لأبٍ عراقي أو لأمٍ عراقية)، لا يدخل في نطاقة حالة الأبناء غير الشرعيين، لأن ثبوت الجنسية يتطلب توافر شروط معينة، منها ضرورة وجود عقد زواج شرعي بين الزوج والزوجة، وبدون وجود عقد شرعي لا تمنح الجنسية للمولود، لان النسب غير ثابت، فالجنسية التي تمنح أستناداً لحق الدم المنحدر من الأب، يشترط لمنحها أن يكون الأبن ثابت النسب لأبيه، فانتفاء النسب ينفي المسوغ القانوني لمنح الجنسية، وبالتالي منح الجنسية أستناداً لحق الدم المنحدر من الأم تكون النتيجة واحدة، وهي ضرورة ثبوت النسب، ولا يثبت النسب مالم تكن هناك علاقة مشروعة، أي عقد زواج تم على وفق الشروط الشرعية والقانونية، فضلاً عن ذلك إن قانون الجنسية العراقي الجديد، ألغى نص الفقرة الثانية من المادة(٤) من قانون الجنسية رقم (٤٣) لسنة ١٩٦٣ الملغي، الذي ينص على أنه، (يعتبر عراقياً من ولد في العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له)، فهذا النص أعطى للأم الحق في نقل جنستها العراقية للمولود غير الشرعي، وهذا ما لا ينص عليه قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، وعدم النص لم يكن اغفالاً أو سهواً، لكنه أراد قصر حق الأم العراقية على نقل جنسيتها إلى أبنائها على الحالة التي ترتبط بها بعقد زواج تم وفقاً للشروط

---

[١] – قانون الجنسية الالماني لسنة ١٩٩٩ المعدل.

[٢] – د. حسن نعمة الياسري، دور الأم في نقل الجنسية إلى الأولاد في التشريعات العربية والعراقية(دراسة مقارنة)، مجلة أهل البيت، جامعة أهل البيت (عليهم السلام)، العراق، المجلد(١) العدد(١٢)، سنة ٢٠١٢، ص٧٨.

الشرعية والقانونية، وإخراج العلاقة غير المشروعة من نطاق النص، والقول بخلاف ذلك يتعارض مع القانون والنظام العام، وكل ما يتعارض مع النظام العام محكوما بالبطلان.

في حين يرى أتجاه آخر من الفقه[١] وهو ما نؤيده، أن المولود من أم عراقية وأب مجهول، تثبت له الجنسية العراقية الأصلية، ويعتبر من الاتجاهات الحديثة التي تدعوا للمساواة بين الدم المنحدر من الأم والدم المنحدر من الأب في نقل الجنسية إلى الأبناء، أستناداً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، الذي كرسته الأتفاقيات والمواثيق الدولية، إذ نصت المادة (٧) من الإعلان العالمي لحقوق الأنسان لسنة ١٩٤٨ على أنه، (الناس جميعاً سواء أمام القانون، وهم متساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز...)، كما نصت المادة (٢/٩) من الاتفاقية الدولية بشأن القضاء على التمييز ضد المرأة لسنة ١٩٧٩على أنه، (تمنح الدول الأطراف المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها)، كما أكد دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، إذ نصت المادة (١٤) على أنه (العراقيون متساوون أمام القانون، دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي).

وفيما يتعلق بالرأي الأول، نقول أن المشرع العراقي بموجب قانون الجنسية الجديد رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، الغى نص الفقرة الثانية من المادة (٤) من قانون الجنسية العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٦٣ الملغي، الذي تنص على أنه، (يعتبر عراقياً من ولد في العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له)، لأن المادة (٣/أ) أدخلت في حكمها نقل جنسية الأم لأبناها سواءً كان الأبن شرعياً أو غير شرعي، كون النص جاء عاماً لأن (من) الواردة في النص تعد من صيغ العموم[٢]، كما أن لفظ (لأم) تعد من صيغ العموم كونها مفرد محلى باللام[٣]، ومقتضى العام العمل به ولا ترفع اليد عنه،

---

[١] – د. حسن علي كاظم، أحكام الجنسية للولادات غير الشرعية في المناطق المحررة في العراق، مصدر سابق، ص٨٢، د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٥٣.

[٢] – د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجة الجديد، مصدر سابق، ص٣٣٧.

[٣] – الشيخ فاضل الصفار، المهذب في أصول الفقه(تطبيق للقواعد الأصولية على الشريعة والقانون)، الطبعة الثانية، مؤسسة الفكر الإسلامي، بيروت، ٢٠١٤، ص٢٠٧.

إلا إذ دخل عليه خاص يقصر العام على بعض أفراده بإخراج بعض ما يتناوله النص بدليل متصلٍ أو منفصلٍ[١]، وعلى وفق ذلك جنسية الأم العراقية تنتقل لأبنائها بغض النظر عن ثبوت أو عدم ثبوت النسب، فضلا عن ذلك أن النسب من جهة الأم يثبت في كل الأحوال وفور الولادة، وتعد جنسية أصلية تنتقل فور الميلاد، وبالتالي الأبناء غير الشرعيين للأم العراقية ولأب من إرهابي داعش الأجانب، يعتبرون عراقيين دون قيد أو شرط، أستناداً لعمومية النص، إلا أن المشرع أخرج من هذا العموم، المولود خارج العراق لأم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له، إذ لا تنتقل الجنسية العراقية الأصلية فور الميلاد، للأبناء غير الشرعيين المولودين لأم عراقية إذا حصلت الولادة خارج العراق، وهذا أستناداً لنص المادة (٤) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، إذ نصت على أنه، (للوزير أن يعتبر من ولد خارج العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له عراقي الجنسية، إذا اختارها خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد إلا إذا حالت الظروف ...)، وهذا دليل على شمول أبناء الأم غير شرعيين بالجنسية الأصلية، إذا تمت داخل العراق، وعلى ذلك أبناء الأم غير الشرعيين لأب من إرهابيي داعش الاجانب المولدين بالعراق، يعتبرون عراقيين بحكم القانون، أي تعتبر الجنسية أصلية.

ويرى البعض من الفقه[٢]، بشأن أبناء الأم العراقية غير الشرعيين، المتولدين من واقعة الاغتصاب من إرهابيي داعش أو إرهابي تنظيم القاعدة الأجانب، أو حالة الزواج الذي عجزت فيه المرأة من إثبات زوجها، ويمكن لها أن تقيم دعوى أمام محكمة الأحوال الشخصية في محل أقامتها، تخاصم فيها أمين السجل المدني في دائرة الأحوال المدنية، أستناداً لقانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، وقانون الأحوال المدنية العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٢، إذ نصت المادة (٣٣) منه على أنه،(يسجل ..... والأبن غير الشرعي بالكيفية التي ينص عليها النظام)، وبالرجوع إلى نظام الأحوال المدنية رقم (٣٢) لسنة ١٩٧٤المعدل، نجد أن المادة (٢٨) نصت على

---

[١] – د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجة الجديد، مصدر سابق، ص٣٥٠، الشيخ فاضل الصفار، مصدر سابق، ص٢٠٩.

[٢] – د. حسن علي كاظم أحكام الجنسية للولادات غير الشرعية في المناطق المحررة في العراق، مصدر سابق، ص٩٤.

آلية تسجيل الأبن غير الشرعي، إذ نصت على أنه، (١ – يسجل الوليد غير الشرعي المعروف أحد والديه في سجل واقعات الولادة، بعد إبراز قرار من المحكمة الشرعية أو المحكمة المواد الشخصية ، الذي يتضمن أثبات البنوة و أسم الوليد وتأريخ الولادة و محلها، والأسم الذي تختاره المحكمة للمجهول من الأبوين و الجدين، و يرحل قيد الوليد بعدئذ من سجل الواقعات إلى السجل المدني تبعا لذلك، ٢ – يعتبر أصحاب الأسماء المختارة وفق الفقرة(١) من هذه المادة بحكم الأشخاص المتوفين و تؤشر حالة اليتم في السجل المدني تبعاً لذلك)، وبموجب الدعوى تطالب المرأة إلزام المدعى عليه (أمين السجل المدني)، تسجيل الطفل دون البحث عن الحالة الزوجية للأم وثبوت النسب بالنسبة لها، ومنح الجنسية العراقية الأصلية على أساس حق الدم المنحدر من الأم فقط، أستناداً لنص المادة (٣/أ)، وبناءً على طلبها، تقوم محكمة الأحوال الشخصية بمفاتحة محكمة الأحداث، لغرض تسمية الطفل، إذ يعطى أسماً، وأسم أب وجد ولقب وهمي، وكون الأب هنا مجهولاً لا يوجد ما يمنع من منح الأبن غير الشرعي لقب الأم، أستناداً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وعلى محكمة الأحداث، أن ترسل إلى وزارة الصحة والمديرية العامة، نسخة من القرار الخاص بترتيب الطفل الذى لا تعرف المعلومات الكافية عن صحيفة أبويه وأسميهما، بسبب وفاتهما أو وفاة أحدهما أو غيابهما أو غياب أحدهما، متضمناً أسم الطفل ولقبه وأسم أبويه وجديه وتأريخ ومحل ولادته وعمره مستنداً إلى تقرير طبيب عدلي، وتقوم وزارة الصحة بإصدار شهادة بالولادة، وفقاً لأحكام المادة (٣/٣٢) من قانون الأحوال المدنية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٢، وبناءً على ذلك تصدر محكمة الأحوال الشخصية حجة مجهول النسب من جهة الأب على وفق اختصاصها، بعد ورود الحجة إلى دائرة الأحوال المدنية التي يوجد فيها سجل يسمى على وفق ما ورد في المادة (٢٨) من نظام الأحوال المدنية رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٤ المعدل، سابقة الذكر، ولا تدون أي علامة أو إشارة تدل على كونه مجهول الأب، وتكون هذه المعلومات سرية، ومن ثم تصدر له هوية الأحوال المدنية أو البطاقة الوطنية.

أما أبناء الأم غير الشرعيين الذين تمت ولادتهم خارج العراق، نتيجة لما قام به التنظيم الإرهابي من نقل النساء إلى خارج العراق، وبيعهن في أكثر من دولة، فهؤلاء يخضعون لنص المادة (٤) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، التي تعتبر الجنسية بموجبها مكتسبة وليست أصلية، إذ للأبن غير الشرعي من الأم العراقية اختيار الجنسية العراقية خلال سنة من بلوغه سن

الرشد، إلا إذا حالت الظروف الصعبة دون ذلك، بشرط أن يكون مقيماً في العراق وقت تقديمة طلب الحصول على الجنسية العراقية.

الباب الثاني

الأختصاص التشريعي لإنحلال الرابطة الزوجية

أباحت الشريعة الإسلامية للزوجين حل الرابطة الزوجية، عندما يتعذر أستمرارها، وفي هذا الباب ساوت الشريعة الإسلامية بين مركز الرجل وبين مركز المرأة في حل الرابطة الزوجية، إذ منحتها حق إنهاء تلك الرابطة في أي وقت، وعلى هذا سارت قوانين الأحوال الشخصية وخاصة قوانين الدول التي تعد الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر قوانينها، ويمكن استظهار تلك المساواة من خلال خط سير طرق إنحلال الرابطة الزوجية، سواءً ما جاءت به الشريعة الإسلامية، أو ما قضت به القوانين الوطنية المتأثرة بالشريعة الإسلامية.

وبالرجوع إلى قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، التي تتعلق بتحديد القانون الذي يسري على إنحلال الرابطة الزوجية وما يترتب عليها من آثارٍ، نجد أن المشرع العراقي هنا أبتعد كثيراً عن مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، من خلال تفضيل قانون جنسية الزوج على جنسية الزوجة دون مبرر، بالرغم من إنحلال الرابطة الزوجية أكثر ارتباطاً وتأثراً بالشريعة الإسلامية، التي لم تنتهج منهجاً تميزياً ضد المرأة، مما يجعل أتجاه المشرع يثير إشكاليات تتعلق بخرق مبدأ المساواة ويمس بالحقوق المكتسبة للمرأة، فكان على المشرع أن يراعي مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، ذلك المبدأ الذي نصت عليه الشريعة الإسلامية منذ قرون، فضلاً عن ذلك أن ما يتعلق بقواعد الإسناد وما جاء به قانون الأحوال الشخصية هما من المنظومة التشريعية ذاتها، فلا بد من أن هناك انسجاماً فيما بين القوانين داخل المنظومة التشريعية الواحدة.

لذلك سوف نقسم هذا الباب إلى فصلين، نبحث في الفصل الأول تنازع القوانين بشأن إنحلال الرابطة الزوجية، ونبحث في الفصل الثاني قواعد الإسناد الحاكمة لآثار إنحلال الرابطة الزوجية.

الفصل الأول

تنازع القوانين بشأن إنحلال الرابطة الزوجية

مفهوم الزواج يختلف بأختلاف نظرة الدول له، بعض الدول تعتبر الرابطة الزوجية مؤبدة، ودول أخرى الرابطة الزوجية قابلة للانحلال، وفي هذه الدول تختلف طرق حل الرابطة الزوجية، فهي أما أن تنحل بصورة إرادية بالطلاق او التطليق أو الانفصال، وفي الأحوال كلها أختلفت الدول في وضع قاعدة إسناد بموجبها يتحدد القانون الواجب التطبيق، فمنها ما يراعي مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، من خلال وضع قاعدة إسناد ليس من شأنها تفضل قانون الرجل (الزوج) على قانون المرأة (الزوجة)، والبعض الآخر يفضل قانون الرجل (الزوج) على قانون المرأة (الزوجة)، كما تنحل الرابطة الزوجية بصورة غير إرادية بوفاة أحد الزوجين، وهذه لا تثير مشكلة تنازع القوانين، ولغرض البحث عن المركز القانوني للمرأة في ظل قواعد الإسناد المتعلقة بإنحلال الرابطة الزوجية، سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نبين في المبحث الأول إشكاليات تنازع القوانين بشأن إنحلال الرابطة الزوجية، والذي من خلاله تستظهر مدى المساواة بين الرجل والمرأة من عدمه، ونخصص المبحث الثاني لضوابط الإسناد البديلة لقانون جنسية الزوج، في ضوء ضوابط إسناد تبدو أكثر تحقيقاً لتلك الغاية.

المبحث الأول

إشكاليات تنازع القوانين بشأن إنحلال الرابطة الزوجية

قواعد الإسناد الحاكمة لإنحلال الرابطة الزوجية، التي بموجبها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق، تشير إلى قانون جنسية الرجل (الزوج) تفضيلاً على قانون جنسية المرأة (الزوجة) دون مبرراً مقبولاً، بالرغم من أن الشريعة الإسلامية ساوت بين مركز الرجل وبين مركز المرأة في حل الرابطة الزوجية، ويمكن استظهار تلك المساواة من خلال خط سير طرق إنحلال الربطة الزوجية، فالأصل في الطلاق يباشره الرجل كونه حق من حقوقه، إلا أن الشريعة الإسلامية ومن باب المساواة

بين الرجل والمرأة، قد منحت المرأة (الزوجة) حق تطليق نفسها، إذا فوضت أو وكلت به من قبل الرجل (الزوج)، وكما أن الشريعة الإسلامية راعت جانب المرأة مرة أخرى ومساواتها ثانيةً مع الرجل في حل الرابطة الزوجية عن طريق التطليق أو ما يعرف بالتفريق، للموازنة بين مركز الرجل (الزوج) ومركز المرأة (الزوجة)، فبعد أن جعلت العصمة في الطلاق بيد الرجل (الزوج)، أجازت انتقالها للمرأة (الزوجة) بالتوكيل أو التفويض كما للرجل(الزوج) بإرادته المنفردة إيقاع الطلاق، إذ منحت الشريعة الإسلامية الحق للمرأة (الزوجة) طلب التفريق حفاظاً على حقوقها وكرامتها، فلم تهمل جانب المرأة وحقها في حل الرابطة الزوجية، إذا ما جلبت لها أضرار مادية أو معنوية يتعذر معها استمرارها، إذ فتحت لها باب لنوع آخر من الطلاق، حتى تتخلص من ذلك الزواج الذي يسبب لها المتاعب.

كما أن الشريعة الإسلامية ذهبت إلى أبعد من ذلك في حماية المرأة وتعزيز مركزها والحفاظ على كرامتها، إذ منحتها حقاً آخر في حالة عدم تمكنها من إثبات تضررها من الرجل (الزوج)، أن تفتدي نفسها من زوجها مقابل مال تدفعه له، وهو ما يعرف بالخلع والذي يتم باتفاق إرادتين كل من الرجل والمرأة (الزوج والزوجة)، وجاء قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، مكرساً لما جادت به الشريعة الإسلامية في هذا الجانب.

وبذلك تكون قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، تثير إشكاليات تتعلق بخرق المبدأ الدستوري الخاص بالمساواة بين الرجل والمرأة، وتمس بالحقوق المكتسبة للمرأة، وللوقوف على ذلك، سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول، نتناول في المطلب الأول القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية، ونتناول في المطلب الثاني إشكاليات تطبيق قانون جنسية الزوج على المركز القانوني للمرأة.

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية

الزواج كعقد أو علاقة قانونية، مثلما يبدأ أو ينشأ ينتهي، وينتهي الزواج بطرق غير إرادية أو طبيعية كالوفاة أو بطرق إرادية، يترتب عليها إنحلال الرابطة الزوجية، أما إنحلالاً فعلياً كالبطلان أو الفسخ أو الطلاق والتفريق، أو إنحلال حكمياً كالانفصال الجسماني الذي أخذت به الدول التي لا تجيز الطلاق أو التفريق، وفيما يتعلق بإنحلال الرابطة الزوجية بالوفاة لا تثير مشكلة تنازع القوانين.

فيما يتعلق بالطرق الإرادية لحل الرابطة الزوجية تكون على نوعين، الأول طلاق يتم إيقاعه بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين دون تدخل من المحكمة، إلا فيما يستلزمه القانون من وجوب تصديق الطلاق، والثاني التفريق هو حل الرابطة الزوجية بحكم قضائي بناءً على طلب أحد الزوجين أو كليهما، وقد أختلفت قوانين الدول في تحديد القانون الواجب التطبيق على طرق إنحلال الرابطة الزوجية، منها ما أعتمد على ضابط الجنسية للزوج، ومنها ما أعتمد ضابط الموطن، ومنها من أعتمد على ضابط الجنسية المشتركة وإذا أتحدا بالجنسية، وضابط جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج عند أختلاف جنسية الزوجين، ومنها ما أعتمد على ضابط الإرادة لتعيين القانون المختص لحكم مسألة إنحلال الرابطة الزوجية.

ولغرض الوقوف على مركز المرأة القانوني في إنحلال الرابطة الزوجية، لا بد من أن نتناول القانون الواجب التطبيق على الطلاق، والقانون الواجب التطبيق على التفريق، واعتمدنا هذا التقسيم لأن المشرع العراقي يميز بين الطلاق والتفريق في تحديد القانون المختص، إذ أتخذ من الوقت معياراً للتمييز، ففي الطلاق جعل القانون المختص هو قانون الزوج وقت الطلاق، وفي التفريق جعل القانون المختص قانون الزوج وقت رفع الدعوى، لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية بالطلاق، ونتناول في الفرع الثاني القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية بالتفريق.

الفرع الأول

القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية بالطلاق

الطلاق يقع بالإرادة المنفردة للرجل(الزوج) أو بالإرادة المنفردة للمرأة (الزوجة) متى فوضت أو وكلت به من قبل الرجل (الزوج)، دون أن يتوقف إيقاعه على قرار قضائي، فهو يتم مجرد ترديد الصيغة المحددة للطلاق، وهذا محل أتفاق الفقهاء المسلمين[١]، وهو ما أخذت به التشريعات المتأثرة بالشريعة الإسلامية ومنها قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، إذ نصت المادة (٣٤/ اولاً) منه على أنه، (الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة وإن وكلت به أو فوضت...)[٢].

وقد أختلفت التشريعات في أطار القانون الدولي الخاص، بشأن تبني ضابط الإسناد، الذي يتم بموجبه إسناد الرابطة القانونية المتمثلة بإنحلال الرابطة الزوجية بالطلاق للقانون الواجب التطبيق، ويعود سبب الأختلاف أن الدول عندما تضع قوانينها تضعها بما يتلائم مع الفلسفة السياسية والأجتماعية والأقتصادية السائدة في تلك الدولة، فضلاً عن تأثر التشريعات بالجانب الديني السائد وخاصة ما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية لأرتباطها بالأسس الدينية في تلك الدولة[٣]، لذلك

---

[١]- السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، الجزء الثالث، مصدر سابق، ص١٤٩، د. وهبه الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، أحكام الأسرة، الجزء الثالث، مصدر سابق، ص١٥٣-١٧١، الشيخ زين الدين أبن نجم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، شركة علاء الدين للطباعة، بيروت، ١٩٩٧، ص٢٦٠.

[٢]- نص قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٦٣) لعام ٢٠١٠، في المادة (٨٠) على أن (يكون الزوج أهلاً للطلاق إذا كان مكلفاً واعياً مختاراً)، كما نصت المادة (٨٥) من ذات القانون على أنه، (للزوج ..... أن يفوض زوجته بتطليق نفسها ...)، كما نصت المادة (١٠٠) قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥ المعدل في سنة ٢٠١٧ على أنه، (يقع الطلاق من الزوج، أو من وكيله بوكالة خاصة، أو من الزوجة إن ملكها الزوج أمر نفسها)، كما نص قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣ المعدل في المادة (٢/٧٨) على أنه، (للزوج أن يوكل غيره بالتطليق وأن يفوض المرآة بتطليق نفسها).

[٣]- د. عبد الباقي البكري، المدرس زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مصدر سابق، ص٨٦.

فأن إنحلال الرابطة الزوجية بالطلاق تثير مشكلة تنازع القوانين، كلما كان الرجل والمرأة (الزوج والزوجة) كل منهما يحمل جنسية مختلفة عن الآخر.

وسوف نحاول أن نبين موقف القوانين محل المقارنة من مسألة إنحلال الرابطة الزوجية، بالطلاق الصادر من الرجل أو المرأة، إذا فوضت أو وكلت به، فبموجب قوانين الأسرة الأمريكية لا يجوز للأزواج حل الرابطة الزوجية إلا أمام القضاء[١]، فلم ينظم الطلاق الذي يصدر بإرادة الرجل(الزوج) أو المرأة (الزوجة) إذا فوضت أو وكلت به، وإنما نظم التفريق القضائي والانفصال الجسماني، كونهما من طرق إنحلال الرابطة الزوجية، لذلك لا توجد قاعدة إسناد تحكم الطلاق الذي يقع بمجرد ترديد الصيغة المخصوصة بالطلاق، ويبدو ذلك واضحاً من خلال تتبع قوانين الأسرة في الولايات، فمثلا ما قضى به قانون ولاية إلينوي الأمريكية، قانون الزواج وحل الزواج لسنة ٢٠١٦، إذ نصت المادة (٢/٤١١/أ) على أنه، (تبدأ إجراءات حل الزواج أو الانفصال بناءً على طلب أحد الزوجين أو كلاهما، عن طريق تقديم مذكرة استدعاء للمحكمة ودفع رسوم ...)[٢]، لذلك قواعد تنازع القوانين الأمريكية لم تضع قاعدة إسناد خاصة بهذا الطريق من طرق إنحلال الربطة الزوجية.

ولم يختلف القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل، فلم يضع قاعدة إسناد خاصة بالطلاق الصادر بالإرادة المنفردة، وهذا يعود إلى أن القانون الألماني لم يجيز الطلاق إلا بقرار قضائي، إذ نصت المادة (١٥٦٤) من قانون الأسرة الألماني لسنة ١٩٧٦ المعدل على أنه،

---

[1] – Vivian E. Hamilton, Principles of U.S. Family Law, This article is published on a repository William & Mary Law School Scholarship Repository, p41, Available on the warehouse website, https://scholarship.law.wm.edu , Date of visit 15/8/2018 at 6.13 pm.

[٢]– قانون الزواج وحل الزواج لولاية إلينوي الأمريكية، لسنة ٢٠١٦، متوفر على الموقع الإلكتروني، https://law.justia.com/، تاريخ الزيارة ١١/١٢/ ٢٠٠١٩، الساعة ٧,٢٣ مساءً.

(لا يجوز حل الزواج بالطلاق إلا بقرار قضائي بناء على عريضة أحد الزوجين أو كليهما)[١]، وهذا لا يعد طلاقاً، وإنما يعد تفريقاً قضائياً.

أما المشرع العراقي وبموجب قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، فقد فرق بين الطلاق الذي يقع دون أن يتوقف على قرار قضائي وإنما يكفي لوقوعه ترديد الصيغة المخصوصة بالطلاق فقط، والتفريق الذي يقع بقرار قضائي بناءً على طلب أحد الزوجين أو كليهما[٢].

وهو ما قضت به الشريعة الإسلامية فلم تشترط لصحة الطلاق وقوعه أمام المحكمة، وإنما يعد الطلاق نافذاً ومرتباً لآثارهِ حتى لو وقع خارج المحكمة[٣]، فالطلاق بهذه الصورة ملكه الشارع الأقدس للرجل (الزوج) بإرادته المنفردة فله إيقاعه دون حضور أمام المحكمة، ويعد طلاقه واقعاً شرعاً وإن لم يتم إثباتهُ أمام المحكمة[٤]، فجاءت قواعد الإسناد الخاصة بإنحلال الرابطة الزوجية، متلائمة ومنسجمة مع جاءت الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية، من حيث تميَّزها بين التفريق والطلاق، كون الطلاق يقع بالإرادة المنفردة بمجرد ترديد الصيغة دون التوقف على حكم قضائي، فقاعدة الإسناد متلائمة ومنسجمة من حيث التمييز بين طرق إنحلال الرابطة، إلا أنها جاءت مخالفة للشريعة الإسلامية والدستور وقانون الأحوال الشخصية، من حيث عدم تكريسها لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، إذ شكلت خرقاً دستورياً وشرعياً لمبدأ المساواة بين الجنسين، إذ أخضع المشرع الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق، دون مراعاة قانون جنسية الزوجة، إذ نصت المادة (٣/١٩) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على أنه، (ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق....)، وهذا أتجاه أغلب التشريعات ذات النهج اللاتيني التي

---

[١]- قانون الاسرة الألماني لسنة ١٩٧٦ المعدل، متوفر على الموقع الإلكتروني www.gesetze-im-internet.de, تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٩/٢٥، الساعة ١٢,٣٠ مساءً.

[٢] – د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مصدر سابق، ص١٧٢.

[٣] – د. عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص٢٨٥.

[٤]– د. جميل فخري محمد حاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر، عمان، ٢٠٠٨، ص٤٠٤.

أخذت بضابط جنسية الزوج دون جنسية الزوجة، وقد برر البعض[١]، ذلك بالأستناد إلى مبدأ القوامة، بأن الرجل هو رب الأسرة ويقع عليه الالتزام بالإنفاق على أسرته ورعايتها وإدارة شؤونها، لذلك قانون جنسية الزوج يعد الأجدر لحماية حقوقه ومراعاة مصالحة، وهو التبرير ذاته الذي برره الفقهاء في أطار قانون الأحوال الشخصية، من مسألة منح الرجل سلطة إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، فضلاً من ذلك أن الرجل أكثر تريثاً من المرأة وأكثر صبراً، وكونها مرهفة الحس وشديدة العاطفة وسريعة الأنفعال، فتندفع إلى الطلاق دون تبصر بالعواقب[٢].

إلا أن الأعتماد على مبدأ القوامة وتفضيل قانون جنسية الزوج على قانون جنسية الزوجة لا نسلم به، لأن حتى لو أستندنا إلى القوامة كما برر البعض، سنكون أمام مشكلة تفضيل قانون جنسية الرجل (الزوج) على قانون جنسية المرأة (الزوجة)، والقوامة في حقيقتها لا تقوم على المفاضلة، وإنما تقوم على الوظيفة فالإسلام يوظف ويصنف ولا يميز بين الرجل والمرأة، فهو يجعل لكل من الرجل والمرأة وظيفة أجتماعية ويعاملان على درجة من المساواة، وسوف نعرض ذلك مفصلاً في المطلب الثاني المتعلق بالإشكاليات التي يثيرها قانون جنسية الزوج[٣].

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية بالتفريق

التفريق هو حل أو فك قيد الرابطة الزوجية بحكم قضائي بناءً على طلب الرجل (الزوج) أو المرأة (الزوجة) عند تحقق أحد الأسباب الموجبة لحل الرابطة الزوجية، أو حل الرابطة الزوجين بأتفاق الرجل والمرأة (الزوج والزوجة) وهذا ما يعرف بالخلع[٤].

---

[١]– د. بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٤، ص٢٥٦.

[٢] – د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مصدر سابق، ص٢٩٠.

[٣]– المطلب الثاني من هذه الدراسة، ص١٢٢.

[٤]– د. فاروق عبد الله كريم، مصدر سابق، ص١٩٣–٢٢١.

فقد عرفنا الطلاق، الذي يكون بإرادة منفردة باعتباره سلطة ممنوحة للرجل ويعدُ من الإيقاعات بمجرد توفر شروطه يقع دون حاجة إلى حكم قضائي، وهو حق للرجل (الزوج) لا يملكه أحداً غيره، إلا إذا فوضه أو وكل به، إلا أن الشريعة الإسلامية لم تهمل جانب المرأة مطلقاً، فمن جهة شرع لها طلاق نفسها بإرادتها المنفردة بموجب تفويضٍ أو توكيلٍ من الرجل، وأكثر من ذلك تكريماً لمكانتها وحرصاً على مصلحتها وكرامتها، منحتها الشريعة الإسلامية حق طلب التفريق عند تضررها، ومن جهة أخرى لها حق افتداء نفسها إذا كرهت زوجها ولم تستطيع دوام المعاشرة معه، وهذا ما يعرف بالخلع أي طلاق بعوض مقصود لازم لجهة الزوج، بل وأكثر من ذلك يجب على الزوج أن يجيب طلب الزوجة بالمخالعة[١]، فتظهر هنا الموازنة والمساواة في أبهى صورها، إذ أن الله سبحانه وتعالى جعل الخلع بيد المرأة، إذا أبغضت زوجها كما جعل الطلاق بيد الرجل إذا أبغض زوجته، وهذا دليلٌ قاطعٌ أن الإسلام لم يهضم حقوق وكرامة المرأة، ولم يجعلها في مركزٍ منقوصٍ، كما يتوهم البعض من مدعي الحرية والديمقراطية وينادي بضرورة المساواة بين الرجل والمرأة، وهو ما عليه قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل[٢].

أما فيما يتعلق بالقوانين محل المقارنة، نجد أن قوانين الأسرة الأمريكية، أجازت حل الرابطة الزوجية عن طريق التفريق القضائي، إذ نص قانون ولاية إلينوي الأمريكية، بموجب قانون الزواج وحل الزواج لسنة ٢٠١٦ في المادة (٢/٤١١/أ) على أنه، (تبدأ إجراءات حل الزواج أو الانفصال بناءً على طلب الملتمس، عن طريق تقديم مذكرة استدعاء للمحكمة ودفع رسوم ...)[٣]، أما قانون

١- الأمام الحسن بن يوسف بن الحلي، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، الجزء السابع، الطبعة الثانية، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤٣٤هـ، ص٣٩٢، د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مصدر سابق، ص٢٥٤، د. فاروق عبد الله كريم، مصدر سابق، ص٢٢٢.

٢- نصت المادة (٤٦) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل على أنه، (الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي مع مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون، يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق، وأن تكون الزوجة محلاً له ويقع بالخلع طلاق بائن – للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو أقل من مهرها).

٣- قانون الزواج وحل الزواج لولاية إلينوي الأمريكية، لسنة ٢٠١٦، متوفر على الموقع الإلكتروني، https://law.justia.com/، تاريخ الزيارة ١١/١٢/ ٢٠٠١٩، الساعة ٧,٢٣ مساءً.

الأسرة الألماني، لم يجيز الطلاق بمجرد اللفظ، كما هو الحال في بعض التشريعات العربية ومنها العراق[١]، وإنما حصر إنحلال الرابطة الزوجية بالتفريق القضائي فقط بناءً على طلب من الرجل (الزوج) أو المرأة (الزوجة)، إذا توفر سبب من الأسباب التي نص عليها القانون، وأن تمضي مدة سنة على الأقل على انفصال الزوجين[٢]، كما نصت المادة (١٧) من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل أنه، (لا يجوز الطلاق في هذه الدولة إلا من قبل المحكمة).

وفي ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على التفريق، أختلفت التشريعات في تبني ضابط إسناد، بموجبهِ يتم إسناد العلاقة القانونية للقانون الواجب التطبيق، فبموجب قواعد تنازع القوانين الأمريكية بصيغتها الثانية لسنة ١٩٧١ المعدلة، يسري على الطلاق قانون موطن الزوجية، إذ نصت المادة (٢٨٥) على أنه، (القانون المحلي لدولة موطن الزوجية سيتم تطبيقه لتحديد الحق في الطلاق)[٣]، وتتمتع المحاكم بمقتضى المادة (١١٩) بمنع أحد الزوجين أو كلاهما من أرتكاب أي أحتيال على قانون موطنهم من خلال الإقامة المؤقتة في دولة أخرى، بهدف الحصول على الطلاق متى ما كان قانون الموطن يحظره، فضلاً ذلك يرى الفقه[٤]، أن تطبيق هذا القانون يحقق وظيفة قواعد الإسناد المتمثلة في المحافظة على توقعات الزوجين، وتحقق العدالة المادية لا الشكلية.

---

[١] – نصت المادة (٣٠) من قانون الأحوال الشخصية التونسي لسنة ١٩٥٦ المعدل على أنه (لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة).

[2] – Dr. Daniela Cridler Plus, Ano Credler Plus und Collagen, Family Law in Germany: An Overview, Search available on the website https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com, Date of visit 13/7/2019 at 6,43 pm.

[3]– Restatement (second) of conflict of laws, ch. 3, topic 3 (AM. LAW INST. 1971).

[4] – Walter B. Jones, Conflict Laws in Divorce Cases, Notre Dame Magazine Law Review Vol 10 | Issue 1, 1977, p41., Lalive: “cours général de droit international privé ”. Rec. des Cours, La Haye 1977, T155, p210.

ويرى أتجاه في الفقه الأمريكي[1]، أن قواعد الإسناد التقليدية ما عادت تنسجم مع التطورات التي يشهدها المجتمع، ويدفع بضرورة الأعتراف للرجل والمرأة بحرية أختيار القانون الواجب التطبيق على الطلاق، كما تخضع العقود التجارية الدولية للقانون المختار من قبل طرفي العقد، بشرط أن توجد صلة بين القانون المختار وعقد الزواج.

أما القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل، إذ قضت المادة (١٧) بأنه، (يجور للزوجين تعيين القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال القانوني على أن يكون أحد القوانين التالية، ١-قانون دولة الإقامة المعتادة للزوجين وقت إبرام الاتفاق، ٢- قانون دولة آخر إقامة اعتيادية للزوجين، على أن يكون أحدهما لا يزال يقيم هناك وقت إبرام الاتفاق، ٣- قانون دولة جنسية أحد الزوجين وقت إبرام الاتفاق، ٤ - قانون القاضي المرفوع أمامة النزاع).

المطلب الثاني

إشكاليات تطبيق قانون جنسية الزوج على المركز القانوني للمرأة

أن ضابط الإسناد الذي نصت عليه المادة (٣/١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، والمتعلق بالقانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطةِ الزوجيةِ، والمتمثل في قانون جنسيةِ الزوجِ وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى، دون الأخذ بنظرِ الأعتبار جنسية الزوجة أو موطنها، يثير إشكاليات تتعلق بأمرينِ مهمين بالنسبةِ للمرأةِ (الزوجة)، الأول الأخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، والثاني المساس بالحقوق المكتسبة للمرأة.

[1]- Ann Laquer estin, Marriage And divorce conflicts in international perspective Duke Journal of Comparative and International Law, Vol 27, November2, 2017, p517.

وللوقوف على هذه الإشكاليات يقتضي أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول الأخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، ونتناول في الفرع الثاني المساس بالحقوق المكتسبة للمرأة.

الفرع الأول

الأخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة

لا بد من أن نبين المقصود بالمساواة حتى نتمكن من بيان مكامن الأخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، الذي تضمنته الفقرة الثالثة من المادة (١٩) المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على مسائل إنحلال الرابطة الزوجية، ونقارن ذلك بالقوانين محل المقارنة في هذه الدراسة.

المساواة في اللغة، سواء الشيء مثله، وجمعهُ اسواء، كما يقال عدّه وعديده أي مثله، والمساواة مصدر قولهم مساواة يساويه، المساواة هي المعادلة المعتبرة بالذرع والوزن والكيل، يقال هذا الثوب مساوٍ لذلك الثوب وهذا الدرهم مساوٍ لذلك الدرهم وهذا التمر مساوٍ لهذا التمر[١].

والمساواة أصطلاحاً خضوع كافة المراكز القانونية المتماثلة لمعاملة قانونية واحدة على نحو يتناسب بطريقة منطقية للهدف الذي توخاه القانون[٢]، أو هي غياب كل معاملة تفضيلية بين الرجل والمرأة في أطار علاقة قانونية معينة[٣]، والمساواة التي نحن بصددها هي المساواة القانونية، التي تفرض على المشرع أن يتبنى قوانين محايدة لا تحمل بين طياتها سواءً بمنطوقها أو بمفهومها موافقاً

---

[١]- محمد بن محمد عبد الرزاق مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، الجزء العاشر، الطبعة الثانية، دار الهداية، بيروت، ١٩٧٢، مادة (٣٨)، ص١٠٣٢٩.

[٢]- الباحث مروان المصدر، مفهوم مبدأ المساواة، بحث منشور على الموقع الالكتروني، alwatannews.net، تاريخ الزيارة ١/ ٥ / ٢٠١٩، الساعة ١٠,٣٣ مساءً.

[٣]- د. عمار مساعدي، مبدأ المساواة وحماية حقوق الأنسان في أحكام القرآن ومواد الإعلان، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والطباعة، الجزائر، ٢٠٠٦، ص١١.

أو مخالفاً، تمييزاً بين الرجل والمرأة في المعاملة، بل وضع قوانين تعزز المساواة بين الرجل والمرأة في المعاملة أمام القانون.

فمن الوجهة الفلسفية أن الرجل والمرأة هما من نوعٍ واحدٍ، أي أن الإنسانية لا تقبل الزيادة والنقصان والتفاضل والتفاوت، فالصورة الجوهرية التي تتمثل بالعقل لا تقبل الأقل والأكثر، فلا يكون أنسان أكثر من أنسان، فالأنسان هو الأنسان بما هو أنسان، فعندما ينظر إلى الأنسان ينظر إليه بما هو أنسان لا بما هو رجل أو أمرأة، ويمكن تعزيز هذه الوحدة النوعية بين الذكورة والأنوثة عن طريق الوحدة الدلالية، فأسم الأنسان في اللغة العربية غير مشتق من الرجل، بل هو أسم جامد قائم بحد ذاته، كذلك أسم المرء هو أسم مرادف لأسم الأنسان مشتق من المرأة أسم محايد، إزاء الرجل والمرأة غير منحاز لأحد دون الآخر، وهذه الحيادية تسبغ صفة السلم على أسم الأنسان، فلا وجود للصراع بين الرجل والمرأة، لكن الصراع يظهر للوجود عندما نتخلى عند الحياد ونشير إلى أنسان ما بأنه رجل أو أمرأة[١].

وقد أكدت الشريعة الإسلامية، على أهمية مبدأ المساواة وعدم التمييز، فجميع البشر خلقهم الله تعالى من تراب، لقوله تعالى: ((وَاللَّهُ خَلَقَكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ مِن نُّطْفَةٍ ثُمَّ جَعَلَكُمْ أَزْوَاجًا...))[٢]، كما ساوى بين الرجل والمرأة في القيمة الإنسانية الوجودية، فلا يوجد فرق بين الرجل والمرأة من حيث الأهمية والقيمة، فكل منهما نفس، خلقها لتتكامل مع النفس التي تناظرها في الخليقة[٣]، لقوله تعالى ((يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيرًا وَنِسَاء))[٤]، ويؤكد الإسلام على أن قيمة أحد الجنسين لا ترجع إلى كون هذا رجل وتلك أمرأة، بل ترجع إلى العمل والتقوى لقوله تعالى ((يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا

---

[١] – د. محمد مصباحي، الذكورة والأنوثة جدل المساواة والأختلاف بين فلسفة الوجود وفلسفة السياسة عند أبن رشد، مقال متوفر على الموقع الإلكتروني www.ibn.rushd.org ، تاريخ الزيارة ٢/٥/ ٢٠١٩، الساعة ٩,٤٨ صباحاً.

[٢] – سورة فاطر آية (١١).

[٣] – د. علي حسن محمد الطوالبة، حق المساواة في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية، بحث منشور على موقع المركز الأمني في مملكة البحرين، www.policemc.gov.bh، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٨/٢٤، الساعة ٣,٠٠ مساءً.

[٤] – سورة النساء آية (١).

وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ))[١]، فلم يفتح الإسلام كما يتوهم البعض مجالاً للتفضيل والتمييز للرجل دون المرأة، بل جاء الإسلام ليتمم مكارم الأخلاق ويحسن حياة المجتمعات، إذ رفض روح التشاؤم التي كانت سائدة لدى العرب أتجاه البنت، فهو دين صالح لكل زمان ومكان لم يظلم المرأة ويهضم حقوقها، ولعل ما صرح به القرآن الكريم بقوله تعالى ((وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ، وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ، وَاللهُ عَزِيزٌ حَكُيمٌ))[٢]، فلم يستثن من المساواة إلا درجة فسرتها آية القوامة في سورة النساء ((الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۚ))[٣]، تلك القوامة المتمثلة في إدارة الأسرة والأنفاق عليها ورعايتها وحمايتها، فهي تكليف للزوج وتشريف للمرأة، إذ أوجب الشارع عليه رعاية هذه المرأة التي أرتبط بها برباط الشرع واستحلَّ الأستمتاع بها بالعقد الذي وصفه الله بالميثاق الغليظ، لقوله تعالى (وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا)[٤]، فالقوامة تشريف وتكريم للمرأة، فالرجل في القوامة أمين على المرأة يتولى أمرها ويحفظها ويرعاها، ليس كما فسرها البعض بأنها أفضلية وتمييز، وقهر وتسلط ومصادرة الحقوق وظلمها والتحكم الجزافي بها، واستعبادها وهذا التفسير لم يكن ذنب الإسلام، وإنما ذنب من لم يسمح له أستيعابه أن يفهم ما أرادة الله سبحانه وتعالى، فالنص القرآني صيغ بطريقة تتسع لمفاهيم عديدة دون قسر أو تطويع[٥].

وإذا كانت المساواة بين الرجل والمرأة بهذا المفهوم المتوازن، سوف نحاول تسقيط هذا المفهوم على نص الفقرة الثالثة من المادة (١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، لنقف على مدى تكريس المشرع لتلك المساواة، إذ نصت الفقرة أعلاه على أنه، (ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى)، ويلاحظ أن المشرع أسند

---

[١] – سورة الحجرات آية (١٣).

[٢] – سورة البقرة آية (٢٢٨).

[٣] – سورة النساء آية ٣٤.

[٤] – سورة النساء الآية ٢١.

[٥] – د. جمال البناء، المرأة المسلمة بين تحرير القرآن وتقييد الفقهاء، الطبعة الأولى، دار الفكر الإسلامي، القاهرة، ٢٠١١، ص١٣–١٥، د. إسماعيل صديق عثمان إسماعيل، مساواة المرأة بالرجل وشبهات القوامة في العصر الحديث، مجلة جيل لدراسات المقارنة، مركز جيل للبحث العلمي، الجزائر، العدد (٦)، ٢٠١٨، ص٤١.

إنحلال الرابطة الزوجية بالطلاق والتفريق والانفصال لقانون واحد وهو قانون الزوج، ولا نعلم على ماذا أستند، هل أستند على أن الطلاق من حيث الأصل يوقعه الرجل بإرادتهِ المنفردة، وهذا مردود لأن الطلاق تستطيع المرأة إيقاعه بإرادتها المنفردة، إذا وكلت أو فوضت به، أم أستند إلى التفريق، والتفريق حق لكلا الزوجين على حد السواء، بل أن الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، حصر بعض حالات التفريق بالمرأة دون الرجل[١]، وأكثر من ذلك منحت الشريعة الإسلامية المرأة حق الخلع، إذا المرأة كرهت زوجها ولا يوجد سبب من

---

[١] – نصت المادة (٤٣) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل على أنه، (أولاً: للزوجة طلب التفريق، عند توفر أحد الأسباب الآتية١–إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه، ٢–إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع، وإن كان الزوج معروف الإقامة، وله مال تستطيع الإنفاق منه٣– إذا لم يطلب الزوج زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين من تاريخ العقد، ولا يعتد بطلب الزوج زفاف زوجته، إذا لم يكن قد أوفى بحقوقها الزوجية، ٤– إذا وجدت زوجها عنيناً أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية، سواءً كان ذلك لأسباب عضوية أو نفسية، أو إذا أصيب بذلك بعد الدخول بها وثبت عدم إمكان شفائه منها بتقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة، على أنه إذا وجدت المحكمة أن سبب ذلك نفسي، فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة، شريطة أن تمكن زوجها من نفسها خلاله، ٥– إذا كان الزوج عقيماً، أو أبتلي بالعقم، بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة، ٦– إذا وجدت بعد العقد، أن زوجها مبتلى بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر، كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون، أو أنه قد أصيب بعد ذلك بعلة من هذه العلل أو ما يماثلها، على أنه إذا وجدت الحكومة بعد الكشف الطبي، أن العلة يؤمل زوالها، فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة، وللزوجة أن تمتنع عن الإجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل، أما إذا وجدت المحكمة، ان العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وإمتنع الزوج عن الطلاق وأصرت الزوجة على طلبها، فيحكم القاضي بالتفريق، ٧– إذا إمتنع الزوج عن الإنفاق عليها دون عذر مشروع، بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوماً، ٨– إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو إختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة، ٩– إذا إمتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها، بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوماً من قبل دائرة التنفيذ، ثانياً: للزوجة الحق في طلب التفريق قبل الدخول، وفي هذه الحالة على المحكمة أن تقضي بالتفريق، بعد أن ترد الزوجة إلى الزوج ما قبضته من مهر وجميع ما تكبده من أموال ونفقات ثابتة صرفها لأغراض الزواج، ثالثاً: أ– للزوجة العراقية طلب التفريق عن زوجها المقيم خارج القطر بسبب تبعية جنسيته لدولة أجنبية إذا مضى على إقامته في الخارج مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بسبب منعه أو إمتناعه عن دخول القطر، ب– يعتبر تأييد الجهة الرسمية المختصة بإقامة الزوج في الخارج لأغراض هذه الفقرة بديلاً عن إجراءات تبليغه بلائحة الدعوى وموعد المرافعة، على أن يتم نشر الحكم الصادر على الزوج في إحدى الصحف المحلية، رابعاً: للزوجة المفقود الثابت فقدانه بصورة رسمية أن تطلب من المحكمة التفريق عن زوجها بعد مرور أربع سنوات على فقدانه، وعلى المحكمة أن تتثبت من أستمرار الفقدان بالطريقة نفسها التي ثبت بها فقدانه ثم تصدر حكمها بالتفريق).

أسباب التفريق تستند إليه لطلب التفريق، أم أستند إلى مبدأ القوامة[١]، ومقتضى القوامة لا يكون مبرراً لتفضيل قانون الزوج على قانون الزوجة، لأن مقتضى القوامة يتضمن تكليف الزوج بقيادة وإدارة ورعاية الأسرة فهي تتضمن تحميل الرجل بالمسؤولية ليس تفضيل، وإنما تكريماً للمرأة، الإسلام قام بعملية توظيف وتصنيف، دون أن يفرق بين الرجل والمرأة فلكل منهما وظيفة ويعاملان على درجة من المساواة.

ويرى الفقيه الألماني (ماكاروف)[٢]، أن تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها الرجل (الزوج) بجنسيتهِ، حتماً يؤدي إلى تفضيل قانون الوطني على قانون المرأة (الزوجة)، وهذا التفضيل من شأنه يخرق المبدأ الدستوري، القاضي بالمساواة بين الرجل والمرأة، فضلاً عن ذلك يحرم المرأة من تطبيق قانونها، الذي قد يكون من مصلحتها تطبيقه، أو على الأقل تطبيق قانون محايد، بدلاً من تطبيق قانون الرجل، فالواقع يقضي أن كل شخص لديه من حيث المبدأ مصلحة من تطبيق قانونه، ويجب أن يحاكم على الأقل في شؤونه الشخصية وفقاً للقانون القريب منه، الذي يتلائم مع توقعاته.

ولا بد من القول أن أعتماد ضابط جنسية الزوج لم يعتنقه المشرع العراقي فقط، وإنما أغلب التشريعات ذات النهج اللاتيني، سواءً تشريعات عربية أو غير عربية[٣]، وقد أنتقد الفقه موقف تلك التشريعات بالقول[٤]، أن قاعدة الإسناد تقضي بسريان القانون الوطني للزوج، دون الأخذ بنظر

---

[١] –((الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ))، سورة النساء آية (٣٤).

[2] – pierre lalive, trends and method in private international law, (general course), excluding trade, printed for private circulation only, A26 LALI, Paris, 1997, P349.

[٣] – نصت المادة (٢/١٣) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ على أنه، (أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى)، كما نصت المادة (٢/١٤) من القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩ على أنه، (الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى)، كما نصت المادة (٢/١٣) من القانون الدولي الخاص الجزائري على أنه، (يسري على إنحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى).

[٤] – د. خالد برجاوي، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار القلم، الرباط، ٢٠٠١، ص٩٨، د. دربه امين، تنازع القوانين في مجال الزواج وإنحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، الجزائر، العدد (٤) لسنة ٢٠١١، ص٢٤٥.

الأعتبار جانب المرأة (الزوجة) يجعلها قاعدة تتسم بالذكورية وعدم الحيادية، وهذا يشكل خرقاً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وتعسفاً بحق المرأة ويمس بحقوقها ومصلحتها، كما أن هذا التوجه يخالف الأتجاهات الحديثة، التي تتبنى قواعد إسناد ترشد إلى قانون محايد دون أن تفضل قانون على آخر، وهذا مقتضى المساواة بين الرجل بين الرجل والمرأة.

ونحن نتفق مع هذا الرأي، إذ تبدو قاعدة الإسناد الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية، تتسم بالنظرة الذكورية التي هي موروث الحضارات القديمة، التي لازالت تلقي بظلالها إلى الأن، فضلاً عن عدم أستيعاب قواعد الشريعة الإسلامية بالشكل الصحيح، والذي بالنتيجة يسلب المرأة حقوقها، إذ جاء النص القانوني مغيباً المرأة تماماً ويجعلها في مركزٍ قانونيٍ منقوصٍ، فيما نجد أن الشريعة الإسلامية أعطت المرأة مكانةً جوهريةً، فكان على المشرع أن يراعي ذلك لا سيما أن الشريعة الإسلامية تعد من المصادر الرسمية القانون، فلا بد أن يكون منسجماً معها، وهذا ما نصت عليه المادة (٢/ أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على أنه، (الإسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر أساس للتشريع)، كما قضت الفقرة (أ) من ذات المادة بانه، (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام)، وبلا شك مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة يعد من ثوابت الإسلام، كما أن خضوع إنحلال الرابطة الزوجية لقانون الزوج يتعارض مع نص الفقرة (ب) من ذات المادة بأنه، (لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور)، كما أن قانون جنسية الزوج يتعارض تماماً مع المبدأ الدستور الخاص بالمساواة بين الرجل والمرأة[1]، وبالتالي فأن الأثر الذي يترتب على سن نص قانوني يتعارض مع النصوص الدستورية والشريعة الإسلامية يعد باطلاً، لصريح نص المادة (١٣/ثانيا) التي تقضي بأنه، (لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويُعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه)، وعلى ذلك تعد الفقرة (٣) من المادة (١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل غير دستورية، مما يستدعي تعديلها بصورة تأتي متلائمة مع أحكام الشريعة الإسلامية، وأحكام الدستور الذي يستند بالدرجة الأولى إلى أحكام الشريعة الإسلامية،

[1]– نصت المادة (١٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على أنه، (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس.....).

فضلاً عن ذلك أن القانون لم يكن علماً منفصلاً أو مولوداً من الفراغ، بل هو منبثقٌ من الواقع الأجتماعي والأقتصادي، فيجب أن تأتي القواعد القانونية ومنها قواعد الإسناد مترجمة للواقع، سواءً من حيث نشأة القواعد القانونية أو من حيث تعديلها، والواقع يقضي بضرورة عدم التمييز بين الرجل والمرأة أمام القانون[١]، فالمشرع لا بد من يراعي الواقعية، ومبدأ المساواة بين الرجل والمرأة أمام القانون هو من صلب الواقع الأجتماعي، فلا بد من أن تكون قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية مكرسه لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، لا سيما أن الزواج يقوم على أتفاق ورضا كل من الرجل والمرأة، فلا بد أن تكون النصوص القانونية التي تنظمه بدأً من مقدماتهِ إلى إنحلاله تكرس مبدأ المساواة ولا تفضل قانون الرجل (الزوج) على قانون المرأة (الزوجة).

كما أن ذلك ينسجم مع ما نصت عليه الاتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة ١٩٧٩[٢]، إذ قضت المادة (١/١٥) بأنه، (تمنح الدول الأطراف المرأة المساواة مع الرجل أمام القانون)، كما قضت المادة (٢/ و) منها بأنه، (تتعهد الدول الأطراف باتخاذ جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعي منها، لتغيير أو إبطال القائم من القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات التي تشكل تمييزاً ضد المرأة).

الفرع الثاني

المساس بالحقوق المكتسبة للمرأة

الإشكالية الثانية التي تثيرها قاعدة الإسناد، الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو التفريق أو الانفصال، هي المساس بالحقوق المكتسبة للمرأة،

---

[١] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، مبدأ الواقعية والقانون الدولي للجنسية، مدونة أبحاث في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٨٨٠–٨٨١.

[٢] – صادق العراق على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة ١٩٧٩ بموجب قانون تصديق الاتفاقية رقم (٦٦) لسنة ١٩٨٨، كما أنه ألغى التحفظ الوارد على نص المادة (٩) بموجب قانون رقم (٣٣) لسنة ٢٠١١.

ويبدو ذلك من خلال النص على المعيار الزمني الذي بموجبه يعتد بضابط جنسية الزوج، فلا بد من بيان ما المقصود بالحقوق المكتسبة، ومدى أعتبار قانون الزوج وقت رفع الدعوى أو وقت الطلاق ماساً بحقوق المرأة المكتسبة من عدمه، عندما يقوم الرجل (الزوج) بتغيير جنسيته في الفترة الزمنية الواقعة بين انعقاد الزواج، وبين وقت إيقاع الطلاق أو وقت رفع الدعوى.

إنّ ضرورة أحترام الحق المكتسب وتعميم مفعوله على الحياة الدولية، ظهر على يد فقهاء القانون الدولي الخاص منذ القرن الرابع عشر، ونادى بها الفقيه الألماني (سافيني)، ثم عنى بإبرازها في شكلها الحديث الفقهاء الإنكليز المحدثون خاصة (دايسي ووستليك) ومعهم الفقيه الفرنسي (بيليه)، و يعدُ مبدأ أحترام الحقوق المكتسبة من المبادئ الجوهرية في القانون الدولي الخاص[١]، والحقوق المكتسبة هي تلك الحقوق، التي تتكون وتنشأ في ظل قانون دولة بشكل صحيح، ويراد إنفاذها أو الأحتجاج بها في ظل قانون دولة أخرى[٢]، فعندما ينعقد الزواج وفقاً لقوانين تكون الزوجة على علم ودراية بها، يكون قد تكون لها حق مكتسب وفقاً لتك للقوانين، فعندما يقوم الزوج بتغيير جنسيتهِ وتنحل الرابطة الزوجية، تكون تلك الحقوق قد تعرضت للمساس، إذ ستفاجئ بقانون لا يتلائم مع توقعاتها ويعرض مصلحتها للضرر.

قد أختلف الفقه في مدى أعتبار الطلاق حق مكتسب يتمتع بقوة نفاذ دولية من عدمه، يرى البعض[٣]، أن الطلاق ليس حقاً مكتسباً للمرأة يتمتع بقوة النفاذ الدولية، كونه ليس أثراً من آثار الزواج، وبالتالي يعد تغيير جنسية الزوج بعد الزواج وتغيير القانون تبعاً لذلك، يطابق تماماً مسألة إلغاء القانون القديم وإصدار قانون جديد، فيكون للقانون الجديد نفاذ مباشر وأثر فوري، فتطبيق قانون الجنسية الجديد لا يمس بحقوق ومصالح المرأة.

---

[١] – د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ٣٩.

[٢] – د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، النفاذ الدولي للحقوق المكتسبة في مسائل الأحوال الشخصية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل كلية القانون، العراق، العدد (٣)، السنة السادسة ٢٠١٣، ص٢٠٩.

[٣] – د. زورتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين(في ضوء القانون ٠٥ –١٠ المؤرخ في ٢٠ جوان ٢٠٠٥) دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة المسيلة – الديورة، الجزائر،٢٠١٠، ص١٨٢.

ويرى جانب آخر من الفقه[1]، من خلال استقراء عباراتهم، أن الطلاق أثر من آثار الزواج وبالتالي يعد حقاً مكتسباً، إذ أن إخضاع الطلاق أو التفريق أو الانفصال لقانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى من شأنه يمسُ بحقوق المرأة المكتسبة في ظل قانون انعقاد الزواج ويضر بمصلحتها، إذ تنحل الرابطة الزوجية هنا وفقاً لقانون ليس بوسعها معرفته أو التبصر به ولا يتلائم مع توقعاتها، والذي لا يحقق مصلحتها من ذلك الطلاق، وهذا يعد إجحافاً بحق المرأة، فالرجل يسعى إلى تغيير جنسيته عندما يرغب بالطلاق أو التفريق، بهدف الحاق ضرراً بها وحرمانها من حقوقها وفقا لقانون جنسيته الجديد، ويقضي المنطق السليم أن تنحل الرابطة الزوجية وفقاً لقانون يراعى فيه مصلحة الرجل والمرأة، قانون يتلائم مع توقعات المرأة ولا يمس بحقوقها.

المبحث الثاني

ضوابط الإسناد البديلة لقانون جنسية الزوج

لقد توصلنا في المبحث الأول من خلال دراستنا، إلى أن ضابط الإسناد المتمثل بقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى، يثير إشكالية تمثلت بجعل المرأة في مركزٍ قانونيٍ منقوصٍ، من خلال الأخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وكذلك يمس بحقوق ومصلحة المرأة،

---

[1] – د. غالب الداودي، د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص ١١٣، د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٧، ص١١٣، د. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥، ص ١٧٢–١٧٣، د. عكاشة محمد عبد العال، الإحالة في القانون الدولي الخاص والموقف منها في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد(دراسة في القانون المقارن وقانون دول الأمارات العربية المتحدة)، ص٢١٧، بحث منشور على الموقع الإلكتروني لمركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، www.almajidcenter.org ، تاريخ الزيارة ١٧/ ٩/ ٢٠١٩، الساعة ١٠,٥٥ صباحاً، د. عليوش قربوع، القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية، مجلة جامعة عبد الرحمن منيرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، العدد الخاص بالملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الاحوال الشخصية، ٢٠١٥، ص١٦١ .

فصار لزاماً البحث عن حلول تتمثل بضوابط إسناد تكون أكثر فعالية وأكثر مرونة، بحيث تعيد التوازن بين المراكز القانونية لكل من الرجل والمرأة، وكذلك تواكب التطورات الحاصلة على صعيد القانون الدولي الخاص في مسائل الأحوال الشخصية وخاصة ما يتعلق، بإنحلال الرابطة الزوجية، وقد أهتدينا إلى ضابطي إسناد منها ما كرسته التشريعات محل المقارنة ومنها ما نادى به الفقه الحديث وكرسه القضاء، وبما أن ضابط الإسناد المتمثل بقانون جنسية الزوج لم يكن هدف المشرع من تبنية حماية أمن ونظام الدولة، ولا يترتب على أستبعاده عموم الفوضى والمساس بسيادة الدولة، وإنما رغبة المشرع في حماية مواطني الدولة والحفاظ على حقوقهم، ومادامت هناك ضوابط تكون أكثر أستجابة لحماية حقوق الأفراد وعدم المساس بها، وتكرس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وتحمي حقوق المرأة، فيمكن الركون إليها.

وعلى ذلك يمكن أن تكون إرادة الرجل والمرأة أن تحدد القانون الذي يسري على إنحلال الرابطة الزوجية، على وفق معطيات معينة وبشرط أن لا يتعارض مع فكرة النظام العام لقانون الدولة المختار، فهذا يكرس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة و يتلائم مع توقعات المرأة وأكثر حماية لحقوقها مصالحها، ويمكن أن يكون ضابط الحل الوظيفي كبديل عن قانون جنسية الزوج، أي البحث عن هدف قاعدة الإسناد دون تفضيل قانون الزوج على قانون الزوجة.

ولبيان هذين الضابطين، سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول قانون الإرادة كضابط إسناد، ونتناول في المطلب الثاني منهج الحل الوظيفي كضابط إسناد.

المطلب الأول

قانون الإرادة كضابط إسناد

يعدُ الزواج عقداً رضائياً قائم على تطابق إرادتين كغيره من العقود الرضائية، وفي أطار دراستنا هنا عقد الزواج يعد عقداً مشوباً بعنصر أجنبي، أي عقد ذو طبيعة دولية كون كل من الرجل

والمرأة مختلفي الجنسية، والمعيار المتفق عليه حتى يكون العقد دولياً وهو المعيار القانوني، الذي بمقتضاه يعتبر العقد دولياً عندما يكون طراف العقد كل منهما يحمل جنسية دولة ما، فإذا كان كذلك فهل يمكن أن يترك تحديد القانون الذي يسري على إنحلال الرابطة الزوجية للرجل (الزوج) والمرأة (الزوجة)، وهل توجد قيود على ذلك الأختيار.

ولبيان مدى قدرة الإرادة على أختيار القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو التفريق، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول مضمون قانون الإرادة كضابط إسناد، ونتناول في الفرع الثاني إعمال قانون الإرادة.

الفرع الأول

مضمون قانون الإرادة كضابط إسناد

من خصائص قواعد الإسناد بأنها قاعدة مجردة، تشير إلى القانون الواجب التطبيق لحكم العلاقة القانونية محل النزاع[1]، دون الأخذ بنظر الأعتبار مضمون ذلك القانون وعدالته، إذ ينحصر دور قاعدة الإسناد وعلى وفق المنهج التقليدي في تحديد القانون المختص، بغض النظر عن كون هذا القانون يتلائم مع توقعات الخصوم من عدمه، ويحقق العدالة والمساواة بين الرجل والمرأة من عدمه وخاصة في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، ومنها إنحلال الرابطة الزوجية محل البحث، فقاعدة الإسناد المتعلقة بتحديد القانون المختص بإنحلال الرابطة الزوجية تبدو متجردة من السعي لتحقيق مصالح المرأة وحماية توقعاتها، كما أنها متجردة من تحقيق المساواة بينها وبين الرجل فهو، يفضل ويغلب قانون الزوج مما يجعل المساواة منعدمةً تماماً، فإذا كان الزوج مصري الجنسية والزوجة أمريكية في دعوى تتعلق بحل الرابطة الزوجية، فالقاضي العراقي يطبق قانون جنسية الرجل (الزوج) دون قانون جنسية المرأة (الزوجة)، دون النظر إلى مضمون ذلك القانون وعدالتهِ كما أن تلك القاعدة شكلت تمييزاً واضحاً ضد المرأة، دون أن يكون هناك مبرر منطقي لذلك التميز، إذ سيؤدي

[1] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٠.

على حد تعبير الفقيه الالماني (Raap) إلى أن القاضي يستقبل القانون الأجنبي المختص معصوب العينين[١]، لذلك وصف الفقه قواعد الإسناد بصورة عامة بانها قواعد صماء[٢].

وخلال النصف الأول من القرن العشرين، تعرض منهج تنازع القوانين التقليدي لأنتقادات من بعض أعضاء المجتمع القانوني الأمريكي، الذين اعتبروه نهجاً جامدًا وتعسفياً، فالطريقة التقليدية تؤدي إلى التطبيق القسري لقانون دولة ما مع عدم وجود صلة إلى أي من الطرفين[٣]، وقد أنكر البعض من الفقه[٤]، خاصية التجريد كونها أحدى خصائص قواعد الإسناد، إذ يرى أنَ لا وجود لها في الواقع العملي، فالمشَرع عندنا ينص على تطبيق قانون الزوج على الطلاق أو التفريق، فهو يكون قد فضل لرجل (الزوج) دون المرأة (الزوجة)، أستناداً إلى أعتبارات موضوعية سائدة في مجتمعة، وبالتالي يكون المشرع أستهدف تحقيق غاية موضوعية متمثلة بتغليب قانون الرجل (الزوج) على قانون المرأة (الزوجة)، بالمخالفة لمبدأ المساواة الدستوري بين الرجل والمرأة.

وخلال هذه الفترة التي تزامنت مع صعود حركة الواقعية القانونية، ولدت عددًا من الأساليب الجديدة المبتكرة[٥]، ومن تلك الأساليب قانون الإرادة الذي أنتهجته أغلب قوانين الدول.

فالمحاولات الأولى لظهور فكرة قانون الإرادة في أطار الأحوال الشخصية كانت على يد الفقيه الفرنسي (ديمولان)، لما أفتى بقضية الزوجين (دوجاني)، المتعلقة بنزاع دائر حول النظام المالي لهما، فكانت أموال الزوجين موزعة في إقليم أكثر من دولة، إذ أخضع العلاقة القانونية لقانون موطن الزوجية، معللاً لذلك بأن الإرادة الضمنية للزوجين أتجهت إلى أختيار ذلك القانون، وقد سلم

---

[١]– د. عبدة جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية، بيروت، ٢٠٠٨، ص١٩٤.

[٢]– د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٣٤.

[3]– Robert A. Leflar, Choice Influencing Consideration in the Conflict ofLaws, 41 NYUL Rev. 267 (1966), p1585.

[٤]– د. هشام علي صادق، حق المرأة في المساواة وقواعد الإسناد، بحث منشور في مجموعة الأبحاث الصادرة عن مؤتمر بعض الجوانب الاجتماعية للمرأة في مصر المنعقد في الغردقة، سبتمبر ١٩٨٨، بالاشتراك مع مؤسسة كوندار اديناور بألمانيا، ص ١٧.

[5]– Robert A. Leflar, op. cit, p1585

الفقه في ألمانيا وأمريكا، فيما بعد بفكرة خضوع عقد الزواج وما يتعلق به للقانون الذي يختاره الأطراف صراحةً أو ضمناً[١]، وقد نادى الفقه الألماني[٢]، بضرورة أستقلال إرادة الرجل والمرأة في أختيار القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية.

ونحن نتفق مع هذا الرأي كون القانون منح الأفراد حق إبرام عقودهم أستناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة، فيكون من باب أولى أن يسمح لهم أن يختاروا القانون الذي يحكم عقودهم في أطار العلاقات الدولية الخاصة، فلو طبقنا ذلك على الزواج، فالزواج عقد أستناداً إلى نص المادة (١/٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل على أنه، (الزواج عقد بين رجل وامرأة....)، عقد الزواج ينعقد بتراضي الطرفين بالإيجاب والقبول قائم على إرادتين[٣]، كما أنه يرتب التزامات على الرجل والمرأة كما يرتب على طرفي أي عقد التزامات مع أختلاف طبيعة الالتزامات في كل عقد، وفضلاً عن ذلك أن عقد الزواج يمكن أن ينتهي، كما تنتهي باقي العقود، وأن أختلفت طريقة أنهاء عقد الزواج عن بقية العقود الأخرى، وبما أن العنصر الأجنبي تخلل عقد الزواج، فأصبح العقد ذو طبيعة دولية، استناداً إلى أختلاف جنسية كل من الزوجين، ولعل المعيار المتفق عليه في الفقه هو المعيار القانوني لإضفاء الصفة الدولية على العقد، وبالتالي يمكن للرجل (الزوج) والمرأة (الزوجة) أختيار القانون الواجب التطبيق في حالة رغبة أي منهما أو كلاهما بحل الرابطة الزوجية، لتعذر أستمرارها كما يحصل في العقود الأخرى، إذ أنَّ الطرفين يتفقان على قانون يكون واجب التطبيق فيما لو حدث نزاع بشأن ذلك العقد، ولا نرى في ذلك مساساً بمصالح الدولة العليا أو بنظامها العام، لا سيما أن هناك قواعد تعدُ صمام أمان وضعتها التشريعات، المتمثلة بمانع

---

[١] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص١٠٦٠.

[2] – Andrea Büchler, Islamic family law in Europe? From dichotomies to discourse – or beyond cultural and religious identity in family law, International Journal of Law in Context, Cambridge University, Britain, Volume 4 Issue 1,2012, p199.

[٣] – نصت المادة (٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل على أنه، (ينعقد الزواج بإيجاب يفيد لغةً أو عرفاً من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه)، كما نصت المادة (١) من اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج لسنة ١٩٦٤ على أنه، (لا ينعقد الزواج قانوناً إلا برضا الطرفين رضاءً كاملاً لا إكراه فيه).

تطبيق القانون الأجنبي متى ما كان يتعارض مع فكرة النظام العام للدولة، فمتى ما كان القانون المختار يتعارض مع النظام العام للدولة فذلك القانون يستبعد، وهذا ما قضت به المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل بأنه، (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام وللآداب في العراق)، وبما أن هناك صمام أمان يمنع تطبيق قانون مخالف للنظام العام، فلا يوجد ما يمنع من السماح للزوجين من أختيار قانون يسري على إنحلال الرابطة الزوجية، وهذا ما يكرس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة فلا تفضيل لقانون الرجل (الزوج) على حساب قانون المرأة (الزوجة).

ويمكن الأستناد إلى وظائف قواعد الإسناد، لتعزيز فكرة قانون الإرادة كضابط إسناد، لتعيين القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة، فمن وظائف قاعدة الإسناد تحقيق الأمان القانوني، والعدالة في تنظيم العلاقات الدولية الخاصة من خلال تعيين القانون الملائم، لحكم العلاقة القانونية، فالأمان القانوني يحافظ على توقعات أطراف العلاقات الدولية الخاصة، وهذه هي غاية قواعد الإسناد، وقد سلم الفقه الانجلو أمريكي بأن قاعدة الإسناد تقوم على اعتبارين، الأول الأمان القانوني، والثاني العدالة المقارنة المتمثلة في الوصول إلى حلول عادلة[١]، فإذا كانت تلك هي غاية قاعدة الإسناد، فلا يوجد ما يمنع من أن نترك للرجل والمرأة (الزوجين) المجال في أختيار القانون الذي يسري على مسألة إنحلال الرابطة الزوجية، مادام ذلك الأختيار يحافظ على توقعات الطرفين وخاصة المرأة، فلا تفاجئ بقانون غير جدير بحماية مصالحها وحقوقها، كما لا تكون هناك مفاضلة بين قانون الرجل على حساب قانون المرأة، وهذا ما يكرس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، ويذهب البعض من الفقه[٢]، إلى ضرورة منح الزوجين مرونة أكبر من خلال السماح لهم باختيار القانون

---

[١]– د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٤٠–٤١.

[2]– Patrick Kinsch, Patrick Kinsch, Political independence in national law, And in European law, Working paper submitted to the University of Luxembourg, in 2005, available on the website , www.researchgate.net , Date of visit 8/8/2019, 12,11 am, p18.

الواجب التطبيق على الطلاق، ويعد ذلك شكلاً من أشكال أستقلال الإرادة في شؤون الأحوال الشخصية.

وقد كرست التشريعات أعتناق الإرادة كضابط إسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية[١]، إذ نجد القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل، نص في المادة (١/١٧) منه على منح (الزوجين) كل من الرجل والمرأة، إمكانية أختيار القانون الواجب التطبيق على الطلاق[٢]، أذ أحال بموجب المادة (١/١٧)، كل ما يتعلق بتعيين القانون الواجب التطبيق على الطلاق إلى لائحة المجلس الأتحاد الأوروبي الثالثة رقم (١٢٥٩/ ٢٠١٠) في ٢٠ ديسمبر ٢٠١٠ بشأن القانون المطبق على الطلاق والانفصال القانوني، أذ نصت المادة (١/٥) منها على أنه، (يجوز للزوجين الموافقة على تعيين القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال القانوني...)[٣]، وقد وضعت اللائحة شروط لذلك القانون سوف نتناولها مفصلا في الفرع الثاني.

ويرى الفقه[٤]، أن الهدف من إعمال قانون الإرادة على الطلاق، هو تكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، إذ أن إرادة الزوجين ستختار قانوناً محايداً يحقق مصلحتهما معاً دون تفضيل قانون

---

[١]- وقامت المحاكم في بلجيكا، وبلغاريا، وألمانيا، واستونيا (اعتبارًا من تاريخ ٢٠١٨/٢/١١)، وفرنسا، واليونان (من تاريخ ٢٩/ ٧/ ٢٠١٥)، وإيطاليا، ولاتفيا، ولوكسمبورغ، و ليتوانيا، ومالطا، والنمسا، والبرتغال، ورومانيا، وإسبانيا وسلوفانيا، وهنغاريا (من تاريخ ٢٢/٥/ ٢٠١٤)، بالأحتكام إلى بنود معاهدة روما الثالثة، لاختيار أي القوانين لتطبيقها على مسألة طلاق معينة، بعض الدول بصدد الانضمام إلى المعاهدة، أما بالنسبة للدول غير المنضمّة، فيتم تطبيق القوانين المحلية الخاصة بها للنظر في قضايا الطلاق كما هو معتاد.

[٢]- القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل، متوفر على الموقع الإلكتروني www.ilo.org، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٨/١٣ الساعة ٣,٤٠ مساءً.

[3]- Council Regulation of the European Union No. 1259/2010 of December 20, 2010 on the implementation of enhanced cooperation in the field of law applicable to divorce and legal separation, Official Gazette of the European Union 29.12.2010 EN) Volume 53, available on the website https: //eur-lex.europa .eu, Date of visit 4/4/2019, 4:24pm.

[4] -Katarina Granath, Study to inform a subsequent Impact Assessment applicable law in divorce matters Draft final report to the European Commission DG Justice, Freedom and Security, April 2006, p115, A report is available on the website, https://www.euromed-

على آخر، كما يمنح الرجل والمرأة أختيار القانون الأكثر ملاءمة للطلاق، فيكون هذا الضابط مراعياً جانب المرأة ومصلحتها ويعزز مركزها القانوني، بخلاف لو فضل قانون الزوج على قانون الزوجة، فذلك يجعل المرأة في مركزٍ قانونيٍ منقوصٍ، كما أن أعتماد قانون الإرادة يمنح الرجل والمرأة فرصاً متساويةً في الحصول على الطلاق، خاصة عندما تكون المرأة (الزوجة) تحمل جنسية دولة تمنع الطلاق وترغب المرأة بالتحرر من ذلك الزواج، لتعذر أستمرار الحياة الزوجية أو يكون قانون الزوجين سواءً كان قانون الجنسية أو الموطن يمنع الطلاق، فقانون الإرادة يوفر فرصة للمرأة في الحصول على حريتها من زواج لا جدوى منه، فالهدف ليس أعلاء ضابط الإرادة بقدر ما كان الهدف هو تكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في مسائل إنحلال الرابطة الزوجية، وحماية حقوق المرأة رعاية مصالحها.

الفرع الثاني

إعمال قانون الإرادة

لقد تبين فيما سبق، أن إرادة الرجل والمرأة قادرة على أختيار القانون الواجب التطبيق، وأن منح الحق لهما بتعيين القانون الذي يسري على الطلاق، يكرس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة أمام القانون، ويحافظ على حقوق المرأة ومصالحها، ويوفر لها مركزاً قانونياً مساوياً لمركز الرجل، والأن نتسأل عن مدى قدرة إرادة الرجل والمرأة على أختيار القانون، وإذا سلمنا أن لإرادة الرجل والمرأة إمكانية تعيين القانون الذي يسري على الطلاق، متى يتم الأتفاق على القانون الواجب التطبيق؟،

=justice.eu, Date of visit 8/9/2019, 6.15 pm, Patrick Kinsch, op. cit, p17, Teresa Henderson, From Brussels to rome the necessity of resolving divorce law conflicts across the European union, Wisconsin International Law, University of Wisconsin Law School, Journal Vol 28, No 4, 2011, p773, Pietro Franzina, The law applicable to divorce, p91, A report is available on the website, https://ojs2017.uc3m.es, Date of visit 8/9/2019, 9.30 pm.

وقت انعقاد الزواج، أم بعد الانعقاد أو قت طلاق؟، وما هو الحل لو أن الطرفين لم يحددان القانون الواجب التطبيق؟، وما حكم القانون المختار إذا كان يتعارض مع النظام العام لقانون الدول التي ينتمي اليها الطرفان، أو مخالف للنظام العام لقانون الدولة المنظور النزاع أمام محاكمها؟، سوف نحاول في هذا الفرع الإجابة على هذه التساؤلات.

فيما يتعلق بحرية الرجل والمرأة في أختيار القانون الواجب التطبيق على الطلاق، نجد أن تلك الحرية أقترنت بمنهج الإداء المميز، أي أختيار القانون الأفضل والأصلح، القانون الذي يلبي مصالح الطرفين على حدٍ السواء دون تمييز، وهذا مقتضى فكرة الإداء المميز، التي تسعى إلى التوصل لأكثر القوانين ملائمة وعدالة لحكم مسائل إنحلال الرابطة الزوجية، وتعد فكرة الإداء المميز من الأفكار التي كرستها التشريعات المقارنة، ومنها القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل في المادة (١٧)، إذ أحال إلى ما جاءت به لائحة روما الثالثة رقم (١٢٥٩/ ٢٠١٠) في ٢٠ ديسمبر ٢٠١٠ بشأن القانون المطبق على الطلاق والانفصال القانوني، وعلى ذلك نصت المادة (١/٥) من اللائحة على أنه، (يجوز للزوجين الموافقة على تعيين القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال القانوني بشرط أن يكون أحد القوانين التالية: قانون الدولة التي يقيم فيها الزوجان عادة في وقت إبرام الاتفاق، أو قانون الدولة التي كان الزوجان يقيم فيها بشكل معتاد، حيث لا يزال أحدهما يعيش هناك وقت إبرام الأتفاق، أو قانون دولة جنسية أي من الزوجين وقت إبرام الأتفاق، أو قانون القاضي)[1]، إذ للرجل والمرأة (الزوجين) أختيار القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الانفصال، على أن يكون القانون المختار، قانون محل الإقامة المعتاد وقت إبرام الأتفاق على القانون الواجب التطبيق، أو قانون جنسية أحد الزوجين وقت الأتفاق أو قانون آخر محل إقامة للزوجين، وهذا ما يضفي المرونة على قانون الإرادة، فضلا عن ذلك لا يوجد ترتيب بين القوانين المذكورة، فلا يوجد تسلسل يمكن للزوجين اللجوء إليه، إذ وردت على سبيل التخيير فلهما أختيار القانون الذي يكون أكثر ملائمة للرجل والمرأة، القانون المناسب الذي يحقق مصلحتهما معاً.

[1]– Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementin enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation.

ولا بد من الإشارة إلى أن القضاء الألماني قبل مصادقته على لائحة روما، أصدر أحكاماً متعددةً بشأن قواعد الإسناد المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية التي تشكل تمييزاً ضد المرأة، واعتبرها تشكل خرقاً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وعدها قواعد غير دستورية وأصدر أحكاماً بإلغائها، إذ استبعدت المحكمة الفدرالية الألمانية، نص المادة (١/١٧) في حكمها الصادر ٨ ديسمبر ١٩٨٢، وذلك لمخالفته المبدأ الدستوري، مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وفي ٨ يناير ١٩٨٥ ألغت نفس المحكمة المادة (١/١٧)، لأنها أخضعت الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، مخالفة بدورها المبدأ الدستوري، المقرر للمساواة بين الرجل والمرأة، وعلى أثر ذلك المشرع الألماني في عام ١٩٨٦، قام بتعديل بعض أحكام القانون الدولي الخاص، استجابة لما نادى به الفقه وما جاء به القضاء، الذي أخضع ما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية في حالة عدم أتحاد جنسية الرجل والمرأة (الزوجين)، لقانون الموطن أو محل الإقامة المشتركة لهما[١]، وبعد مصادقة المشرع الألماني على لائحة روما الثالثة لسنة ٢٠١٠، بشأن القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال، تم إلغاء العمل بنص المادة (١٧)، والإحالة بشأن القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية، لما نصت به اللائحة.

يرى البعض[٢]، أنه بالنظر إلى الخيارات الممكنة، أنها تعتمد بشكل أساسي على عوامل الربط الخاصة بالإقامة المعتادة أو الجنسية أو الموطن أو قانون القاضي، إذ يمكن أعتبار ذلك حلاً وسطًا بين التقاليد المختلفة في القانون الدولي الخاص، فقواعد تنازع القوانين الوطنية لمعظم الدول، تغلب قانون الجنسية المشتركة أو قانون الإقامة المعتادة المشتركة أو الموطن المشترك أو قانون القاضي، ورغم حرية الاختيار تدور بنطاق معين، إلا أن ذلك يمنح قانون الإرادة مرونة أكبر، ويتلائم مع غاية ووظيفة قاعدة الإسناد، التي تهدف إلى توفر الأمان القانوني، من خلال حماية توقعات المرأة حتى لا تفاجئ بقانون لا يتلائم مع توقعاتها، ولا يحقق مصالحها، ولا يصون حقوقها.

---

[١] – أشار إلى تلك الأحكام، د. هشام صادق، حق المرأة في المساواة وقواعد الإسناد، مصدر سابق، ص١٢.

[2]– Patrick Kinsch, op. cit 20.

أما فيما يتعلق بوسيلة التعبير عن الإرادة في تعيين القانون الذي يسري على الطلاق أو الانفصال القانوني، وسيلة التعبير عن إرادة الزوجين يشترط أن تكون كتابة، وتذيله بالتوقيع والتأريخ، ويعتبر أي اتصال بالوسائل الإلكترونية معادلاً للكتابة، فإذا وافق الزوجان في رسالة بريد إلكتروني على قانون الواجب التطبيق، فسيكون هذا التعبير صحيحاً[١]، فأشتراط الكتابة للتعبير عن إرادة الرجل والمرأة (الزوجين) في أختيار القانون الواجب التطبيق، يدل أن الأعتداد بالإرادة الصريحة دون الضمنية، فعدم وجود التعبير بالشكل الذي اشترطه القانون، يدل على إنعدام الأتفاق، ومن خلال نص المادة (٧) من لائحة روما الثالثة، نجد أنها اشترطت أن يكون الأتفاق على القانون، مكتوباً وموقعاً ومؤرخاً، وبالتالي لا يمكن الأعتداد إلا بالإرادة الصريحة من خلال التعبير عنها بالصيغة المكتوبة.

وفي حالة سكوت الرجل والمرأة (الزوجين) عن أختيار القانون الذي يسري على الطلاق، أي أن الإرادة غير معلنة، نكون أمام وضع تخلف قانون الإرادة، وفي أطار العقود الدولية بصورة عامة، لذلك يطرح الفقه[٢]، مناهج مختلفة للإسناد قائمة على أساس التركيز الموضوعي للعلاقة القانونية، ويمكن حصر تلك المنهاج في منهجين.

المنهج الأول يقوم به المشرع بنفسه، من خلال تركيز العلاقة القانونية تركيزاً موضوعياً عند تخلف قانون الإرادة، إذ يلجأ المشرع إلى إيراد ضوابط محددة يلتزم القاضي بتطبيقها، و لا مجال للإجتهاد بشأنها، وهذا مأخوذ به في العديد من التشريعات في أطار العقود الدولية بصورة عامة، منها القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل، إذ في هذا الفرض يطبق قانون محل الإقامة المعتاد للدائن، والذي يختلف باختلاف العقود، مع الإشارة إلى المشرع الألماني أخضع ما

---

[١] – المادة (١/٧) من لائحة روما الثالثة رقم (١٢٥٩/ ٢٠١٠) في ٢٠ ديسمبر ٢٠١٠ وكذلك المادة (٤٦) من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٦٨ المعدل.

[٢] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص١١٠٢، د. عكاشة محمد عبد العال، الإحالة في القانون الدولي الخاص والموقف منها في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد، مصدر سابق، ص٢٢٢.

يتعلق بالالتزامات التعاقدية إلى لائحة روما الأولى بشأن الالتزامات التعاقدية لسنة ٢٠٠٨[١]، والمادة (٢/١٨٨) من قواعد تنازع القوانين الأمريكية بصيغتها الثانية لسنة ١٩٧١ المعدلة، نصت على أنه، (في حالة عدم اتفاق الطرفين على قانون العقد، تحدد المحكمة القانون الذي يكون أكثر صلة بالعلاقة القانونية، على أن تأخذ بنظر الأعتبار، مكان التعاقد، مكان التفاوض، مكان الإداء، مكان تنفيذ العقد، الموطن، الإقامة، الجنسية، مكان التأسيس، ومكان عمل الأطراف)[٢]، والمادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، نصت على أنه، (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا أتحدا موطناً، فإذا أختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان، أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه)، ونصت المادة (٨) من لائحة روما الثالثة رقم (١٢٥٩) لسنة٢٠١٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال القانوني على أنه، (في حالة عدم وجود اختيار بموجب المادة (٥)، يخضع الطلاق والانفصال القانوني، لقانون محل الإقامة المعتادة للزوجين وقت رفع الدعوى، وإذا لم يكن للزوجين محل إقامة معتادة يطبق قانون أخر محل إقامة للزوجين بشرط أن يكون أحد الزوجين مقيما فيه وقت إقامة الدعوى، وإذا لم يوجد طبق القاضي قانون الجنسية المشتركة للزوجين، وإذا لم تتحد أو تشترك جنسية الزوجين طبق القاضي قانونه الوطني).

أما المنهج الثاني، وهو دور القاضي، إذ عليه أن يجتهد للوصول للقانون الواجب التطبيق، من خلال تركيز العقد تركيزاً موضوعياً، أو يطبق أكثر القوانين ارتباطاً أو أتصالاً بالعلاقة القانونية[٣]، وهو منهج الإداء المميز كما يسميه البعض من الفقه[٤]، أذ يقوم القاضي بالبحث عن

---

1 – Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Official Gazette Of the European Union, Vol 51, 4, July, 2008.

2 – Rephrase (II) Conflict of Laws (Main Volume 1969), Rephrase Second Law, Conflict of Laws 2d, Copyright (c) 1971 American Law Institute.

٣ – د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص١١٠٢، د. عكاشة محمد عبد العال، الإحالة في القانون الدولي الخاص والموقف منها في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد، مصدر سابق، ص٢٢٤.

4– Patrick Kinsch, op. cit 22.

الإداء المميز والجوهري في العقد، من خلال تركيز العقد في المكان الذي تتحقق فيه الوظيفة الاجتماعية للعقد، فإذا كان منهج الإداء المميز يعتمد على طبيعة العقد الذاتية وخصوصيته من خلال الأعتماد على عنصر داخلي في العقد، فهو لا يكون واحداً في كل العقود وإنما يتنوع بتنوع العقود وتعددها، وهذا بالنتيجة يؤدي إلى أعتبار الإداء المميز، ضابط إسناد يشير إلى القانون الذي يتلائم مع كل عقد على حده، مما يخفف من جمود قواعد الإسناد، التي وضعت في ظل حقبة زمنية تبدو بها تلك الضوابط هي الأفضل، كما أنها كانت تتلائم مع الفلسفة السياسية للدولة[١]، أما الآن فقد أصبحت تلك الضوابط لا تنسجم مع التطور الذي حصل على صعيد العلاقات الدولية بصورة عامة، وعلى صعيد العلاقات في أطار الأحوال الشخصية بصورة خاصة، كما لا تنسجم مع المبادئ الدستورية التي تؤكد على المساواة بين الرجل والمرأة.

أما وقت الأتفاق على القانون الواجب التطبيق على الطلاق أو الانفصال، نصت لائحة روما الثالثة رقم (١٢٥٩) لسنة٢٠١٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال القانوني، في الفقرة الثانية من المادة (٥) على أنه، (يجوز للطرفين اختيار القانون في أي وقت حتى وقت نظر المحكمة)، وهذا يعني أنه يمكن للطرفين تعديل الاختيار في أي وقت، كما ذهبت اللائحة إلى أبعد من ذلك في الفقرة الثالثة إذ نصت على أنه، (يجوز للزوجين أيضاً تعيين القانون الواجب التطبيق أمام المحكمة أثناء سير الإجراءات)، وهذا ما يمنح الرجل والمرأة مرونة أكبر في تعيين القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال، ولا يمكن استبعاد تطبيق أحكام القانون المختار، إلا في حالة واحدة، كون القانون المختار من قبل الطرفين يتعارض مع النظام العام لقانون الدولة المرفوع أمام محاكمها دعوى الطلاق أو الانفصال[٢].

---

[١]- د. عبد السلام علي الفضل، منهج الإداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي، مجلة جامعة اليرموك، كلية القانون، الأردن، المجلد ٤٦، العدد (١)، ملحق (١)، ٢٠١٩، ص٥٦٣-٥٦٤.

[٢]- المادة (١٢) من لائحة روما الثالثة رقم (١٢٥٩) لسنة٢٠١٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال القانوني.

وإذا تبين أن القانون المتفق عليه، لا يمنح أحد الزوجين المساواة في الطلاق أو الانفصال القانوني، ففي هذه الحالة القانون المختار يستبعد، ويطبق القاضي قانونه الوطني[١].

وعلى وفق ما تقدم، نرى ضرورة إلغاء نص الفقرة الثالثة من المادة (١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، ونقترح الصيغة التالية، **(يجوز للزوجين الموافقة على تعيين القانون الواجب التطبيق على الطلاق والتفريق والانفصال القانوني، بشرط أن يكون ١- أما قانون الدولة التي يقيم فيها الزوجان عادة في وقت إبرام الاتفاق، ٢- أو قانون الدولة التي كان الزوجان يقيم فيها بشكل معتاد، ٣- أو قانون دولة جنسية أي من الزوجين وقت إبرام الاتفاق، ٤- أو قانون القاضي).**

المطلب الثاني

منهج الحل الوظيفي كضابط إسناد

غاية قواعد الإسناد، تحقيق الأمان القانوني والعدالة في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية، وذلك من خلال تعيين القانون الأكثر ملائمة لحكم العلاقة القانونية، سواءً كان القانون المعين قانوناً أجنبياً أو وطنياً، إذ أن تحقيق العدالة من مقومات قاعدة التنازع، لا سيما أن قاعدة الإسناد هي قاعدة قانونية غايتها تحقيق العدالة[٢]، فلا بد من أيجاد حلول تحقق هذا الغرض، لذلك نادى الفقه بضرورة أعتماد منهج الحل الوظيفي، كضابط إسناد لتعيين القانون الواجب التطبيق، دون تفضيل لقانون على آخر، وسوف نحاول في هذا المطلب التعرض لفكرة الحل الوظيفي كضابط إسناد في مسائل إنحلال الرابطة، من حيث مفهومها وآلية إعمالها، وأثرها على قواعد الإسناد المتعلقة بإنحلال الرابطة الزوجية، لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول مضمون منهج الحل الوظيفي، ونتناول في الفرع الثاني أثر منهج الحل الوظيفي على قاعدة الإسناد الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية.

---

[١]- المادة (١٠) من لائحة روما الثالثة رقم (١٢٥٩/ ٢٠١٠) في ٢٠ ديسمبر ٢٠١٠.

[٢]- د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٤٣.

الفرع الأول

مضمون منهج الحل الوظيفي

يرتبط ظهور منهج الحل الوظيفي لقواعد الإسناد بمشكلة الإحالة، فبين الأتجاه الذي يؤيد الإحالة، وبين الأتجاه الرافض لفكرة الإحالة، ظهر أتجاه يمثله الفقيه الألماني (Zitelman)، الذي يدعو بضرورة البحث عن غاية ووظيفة قاعدة الإسناد، بغض النظر عن قبول أو عدم قبول الإحالة، فالإحالة تكون مقبولة، فيما لو أدى العمل بها إلى أن قاعدة الإسناد تحقق الغاية والوظيفة التي قصدها المشرع الوطني، فعلى القاضي إذا ما تبين له أن الإخذ بالإحالة يقف عائقاً أمام الغاية التي تسعى إليها قاعدة الإسناد الوطنية، أو التسليم بها يؤدي إلى خروج قاعدة الإسناد عن وظيفتها، وتمس بمصلحة المرأة وحقوقها فعليه رفضها وهجرها [١]، وهذا ما ينقل نظرية الإحالة من المفهوم الشكلي المجرد إلى المفهوم الغائي، فقواعد الإسناد قواعد قانونية يضعها المشرع الوطني في كل دولة، ولكل قاعدة قانونية بدون أدنى شك لها غاية ووظيفة تسعها إليها، فوظيفة القواعد القانونية بصورة عامة تحقيق العدالة، والمساواة بين الأفراد بغض النظر عن الجنس واللون واللغة والمعتقد والدين، فضلاً عن ذلك قواعد الإسناد وظيفتها، تعيين القانون المناسب، القانون الأكثر صلة بالنزاع، دون تفضيل قانون المرأة (الزوج) على قانون المرأة (الزوجة)، فلا تتفاجئ بتطبيق قانون لا يتلائم مع توقعاتها، على الرغم من منهج الحل الوظيفي ظهر أول الأمر في موضوع التنازع الإيجابي للجنسيات، إذ استخدمه لأول مرة الفقيه (F. Rigou)، تم تبناه الفقيه الفرنسي (Paul Lagarde) في مقاله (نحو تقريب وظيفي للتنازع الإيجابي للجنسيات سنة ١٩٨٨)[٢].

يقصد بفكرة الحل الوظيفي، أتباع الأسلوب التحليلي الذي يستند على تفسير غائي لكل قاعدة من قواعد الإسناد، دون أتباع حل مجرد ينطبق على كافة الحالات والفروض، بغض النظر

---

1 – Felix Dorvelt, op. cit, p33.

و د. عكاشة محمد عبد العال، الإحالة في القانون الدولي الخاص والموقف منها في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد (دراسة في القانون المقارن وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة)، مصدر سابق، ص٢٠٢.

٢– نقلاً عن د. زورتي الطيب، حماية الطفل من منظور القانون الدولي الخاص، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، المجلد (٤١)، العدد (١)، لسنة ٢٠٠٠، ص١٦٢.

عن قبول أو رفض الإحالة، فإذا بدت الإحالة تحقق غاية ووظيفة قاعدة الإسناد أخذ بها، وإذا لم تحقق غاية قواعد الإسناد بأن شكلت أخلالاً بتوقعات الأفراد، ولم تحقق الأمان القانوني والعدالة ترفض الإحالة[١]، فقبول الإحالة أو رفضها في مسائل الأحوال الشخصية، وخاصة ما يتعلق بإنحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو التفريق أو الانفصال، يجب أن يعتمد على تفسير وتحليل دقيق في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد والغاية التي تهدف إليها، لا سيما أن وظيفة قاعدة الإسناد تحقيق الأمان القانوني في العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، وذلك عن طريق تعيين القانون الأكثر ملائمة لحكم العلاقة القانونية، والقانون الأكثر ملائمة أو القانون المناسب، والمقصود به من وجهة نظرنا، القانون الذي يتلائم مع توقعات المرأة، وتكون على علم ودراية به، ويحمي حقوقها ومصالحها، ليس تغليب لقانون جنسية الرجل (الزوج) على قانون جنسية المرأة (الزوجة)، فضلاً عن ذلك القانون المناسب أو الملائم يجب أن يكرس المساواة الدستورية بين الرجل والمرأة أمام القانون.

ونادى الفقه الأمريكي[٢]، بضرورة أعتناق الإحالة إذا كانت تحقق غاية وهدف قاعدة الإسناد، المتمثلة بتحقيق الأمان القانوني والعدالة، وأختيار القانون المناسب أو الملائم لحكم العلاقة القانونية محل النزاع، وحماية توقعات الأفراد، وأنتقد وجهة نظر الفقيه الأمريكي (currie)، الذي كان يرى أن على القاضي، قبول الإحالة إذا كان من شأنها توصل إلى الحل الملائم، والحل الملائم وفق رؤيته، هو وجود مصلحة للدولة التي سيطبق قانونها، فإذا لم تجدْ المحكمة مصلحةً من تطبيق قانونها يحال إلى القانون الأجنبي، وإذا وجدت المحكمة هناك مصلحة من تطبيق قانونها طبقت قانونها.

---

[١]– د. عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص٣٩.

[2]– Kermit Roosevelt III, Legal Realism and the Conflict of Laws, Search published on Penn Law: Legal Scholarship Repository, University of Pennsylvania Law School, 2015, p59, http://scholarship.law.upenn.edu, Date of the visit 23/2/2019, 2.22 pm, Donald Earl Childress III, To compliment as conflict Revive international comedy Conflict of laws, Journal of Private International Law, University of California, USA, Volume 44, Issue 11, 2010, p66.

ويرى الفقه[1]، أن وظيفة قواعد الإسناد لا تتعلق بمصالح الدول، وإنما تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد، ونحن نتفق مع هذا الرأي كون أن قواعد الإسناد لا علاقة لها بمصالح الدول من حيث الأصل، وإنما تتعلق بالعلاقات الدولية الخاصة أي بالمصالح الخاصة للأفراد، لذلك يمكن قبول الإحالة إذا كان من شأنها تصحح مسار قاعدة الإسناد، والتي تؤدي بالمحصلة إلى قانون يتلائم مع توقعات الأطراف ينسجم مع وظيفة قواعد الإسناد.

ولا بد من أن يرتكز منهج الحل الوظيفي، على أسس قانونية يلتزم القاضي بمراعاتها عند تعيين القانون الواجب التطبيق، والمقصود بالأساس القانوني، ما يرتكز عليه الحل القانوني للمسائل المعروضة[2]، فالمشرّع عندما يضع قواعد الإسناد يراعي أن تلك القواعد تحقق وظيفة وغاية، يروم الوصول إليها في أطار العلاقات الدولية الخاصة، تختلف عن الأسس التي تمثل فلسفته التشريعية التي تحكم العلاقات القانونية الوطنية، فالأمان والعدالة هدف تشريعي يرمي إليه عند وضع تلك القواعد.

ويرى الفقه الأمريكي[3] أن المقصود بالعدالة التي ترمي إليها قواعد الإسناد هي العدالة المقارنة، التي يراد بها الوصول إلى حل للنزاع، دون الأبتعاد عن الحلول التي يمكن الوصول إليها عند البحث في القوانين المقارنة، بعد أن يتم تفريد معاملة لكل علاقة قانونية، والأمان القانوني يتمثل في الحفاظِ على توقعاتِ الأطرافِ، فهذا لا يمكن إدراكه بمجرد التحديد الأعمى للقانون الواجب التطبيق، فلا بد أن يكون هذا الأمان القانوني مدعوماً باعتبارات العدالة بالمفهوم الذي تم بيانه،

---

[1]- Arthur Taylor von Mehren, Recent Trends in Choice-Of-Law Methodology, Cornell Law Review, Journal Du droit International, Harvard Law School, USA, Volume 60, Issue 6 August 1975, p928، د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٤٥٣، د. حسن علي كاظم، قواعد الإسناد وآليات التطبيق في العراق، مجلة اهل البيت عليهم السلام، جامعة اهل البيت، العراق، العدد٢٠، ٢٠١٦، ص٣٠٨.

[2]- محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ١٩٥٦، ص٢٤٥.

[3] - نقلا عن د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٤١.

وكذلك الأمر بالنسبة للتعايش بين النظم القانونية وتطبيق القانون الأجنبي، فهذه الأسس لا نجدها في القواعد التي تنظم العلاقات الوطنية الخاصة، وذلك لخصوصية العلاقات الدولية الخاصة، وما تحمله من تأثير على مستوى حركة الأشخاص عبر الحدود ومن ثم على العلاقات الدولية.

الفرع الثاني

أثر منهج الحل الوظيفي على قاعدة الإسناد الخاصة بإنحلال الرابطة الزوجية

منهج الحل الوظيفي، يمكن أن يلعب دوراً ايجابياً في القضاء على جمود قاعدة الإسناد الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية، إذ تخرجها من نطاقها الضيق المحدد بقانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى، وهو أختيار يشكل تمييزاً واضحاً ضد المرأة، ويشكل تعسفاً بشأن حقوقها لا سيما أن الزواج عقد مبتنى على توافق إرادتين وليس إرادة الزوج فقط، فليس من العدل تغليب قانون الرجل (الزوج) على قانون المرأة (الزوجة) فلا يوجد مبرر بذلك، فمن يقول بعدم المساواة وخاصة قوانين الدول الإسلامية، فهذا مردود كما بينا، كون الشريعة الإسلامية لم تميز بين الرجل والمرأة، بل وظفت دون أن تمييز بينهما كما بينا في المبحث السابق.

وقد كرست بعض التشريعات فكرة الحل الوظيفي ومنها التشريعات محل المقارنة[1]، إذ نصت المادة (١/٤) القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل على أنه، (إذا تمت الإحالة إلى

---

[1]- هناك العديد من القوانين التي تأثرت بمنهج الحل الوظيفي، ويعد القانون الدولي الخاص التشيكي لعام ١٩٦٣ المعدل أول التشريعات التي نصت عليها، إذ نصت مادة (٣٥) منه على أنه، (إذا عينت نصوص القانون الدولي الخاص التشيكي قانون دولة ما، وأحالت نصوص هذا القانون الأخير إلى القانون التشيكي، أو إلى قانون دولة أخرى، في حالة الإحالة من الدرجة الثانية، فإن تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان ذلك القبول يؤدي إلى حل مقبول وعادل للعلاقة المعنية)، كما جاء معنى الحل الوظيفي في نطاق تنازع الجنسيات لدى المشّرع السويسري، في المادة (٢٣) من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد الصادر في ١٨ ديسمبر ١٩٨٧، والتي نصّت على انه (٢. إذا تعلق الأمر بمسألة كان القانون الواجب التطبيق فيها هو قانون الجنسية، فانه يجب الاعتداد بالجنسية الواقعية، أي تلك التي يكون بها له علاقات وثيقة ورباط وطيد، سواء وقع التزاحم بين جنسيات أجنبية، أم بين الجنسية السويسرية

قانون دولة أخرى، فإن القانون الدولي الخاص لذلك البلد سيتم تطبيقه أيضاً، طالما لا يتعارض مع معنى الإحالة، وإذا كان قانون دولة أخرى يشير إلى القانون الألماني، تطبق الأحكام الموضوعية الألمانية)[1]، وما يستفاد من نصّ الفقرة أعلاه، إنّ المشرع الألماني، تأثر بالاتجاهات الفقيه، التي نادت بأن منهج الحل الوظيفي، هو إتاحة المجال لقاضي النزاع في أن يختار القانون المناسب من بين القوانين المتنازعة في حكم العلاقة القانونية، بما يحقق غاية قاعدة الإسناد الوطنية دون التقيد بضرورة تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق، والأخذ بإشارة قواعد الإسناد في الأخير، بالقدر الذي لا يتعارض مع روح قاعدة الإسناد الألمانية، فالمشرع الألماني أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى والثانية، متى توافر شرطان لازمان، أولهما، أن لا يكون في الأخذ بالإحالة مساس بروح قاعدة الإسناد الألمانية، وثانيهما أن تشير قاعدة الإسناد الألمانية، إلى تطبيق القواعد الموضوعية وحدها في القانون الأجنبي[2]، إذ إنّ منهج الحل الوظيفي ناشئ من التطويع الذي أدخله القضاء على النصوص القانونية، بهدف تلطيف جمود بعض تلك النصوص، بعد أن أخذت غالبية القوانين بمنع الأخذ بالإحالة والاقتصار على الأخذ بالقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، الذي أشارت باختصاصه قواعد الإسناد الوطنية دون التركيز على وظيفة قاعدة الإسناد[3].

=وجنسيات أجنبية أخرى، ٣. بالنسبة للأعتراف بالأحكام الأجنبية المتعلقة بمزدوجي الجنسية فانه يستوي للأعتراف بهذا الحكم أن يكون الاختصاص قد انعقد صحيحاً للمحكمة الأجنبية وفقا لقانون أي من الجنسيات التي يحملها الشخص، إذ الغاية من العمل هي الأعتراف بالحكم الأجنبي)، فالمشرع السويسري لم يعتد بقانون الجنسية الوطنية، كقاعدة عامة، متى كانت جنسيته من بين الجنسيات المتزاحمة، وإنما نظر إلى مسألة التنازع من زاوية المسألة الأصلية المرتبط بها التنازع هذا، إذ لما كان التنازع يحسم في ضوء المسألة الأساسية، وكانت غاية الأخيرة ووظيفتها تحقيق الحماية لطرف في العلاقة أو تحقيق العدالة، أو حماية توقعات الأطراف، عليه كان لابدّ للقاضي أن يختار أنسب الجنسيات لحكم المنازعة وهذه هي نقطة البداية لمنهج الحل الوظيفي.

[1]– القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل.

[2] – د. فاطمة الزهراء جندولي، قراءة تشريعية للإحالة في القانون الدولي الخاص– تأصيل وتجديد، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس بسيدي بلعباس، الجزائر، العدد (١١)، لسنة ٢٠١٥، ص٢٤٨.

[3] – د. خير الدين كاظم الأمين، دور القضاء في العلاقات الخاصة الدولية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، كلية القانون جامعة بابل، العراق، المجلد الأول، العدد (١)، لسنة ٢٠٠٩، ص٢٥٥.

وقد نادى البعض من فقهاء القانون الدولي الخاص في الولايات المتحدة الأمريكية[١]، بضرورة أيجاد بدائل حديثة، تستند على وظيفة قواعد الإسناد، وتتلائم مع الحركة الواقعية القانونية، فلم تعد الوسائل التقليدية تتلائم أو تنسجم مع الرؤية الجديدة لقواعد القانون الدولي الخاص، فلم ينظر إليها على أنها قواعد تشير إلى القانون الواجب التطبيق، وإنما ينظر إليها على إنها قواعد لها وظيفة وغاية، وعلى القاضي أن يحلل كل علاقة دولية خاصة على أنفراد ومن ثم تعيين القانون المناسب في ضوء ما تصبو إليه قاعدة الإسناد، بحيث يأتي القانون المعين سواءً كان قانوناً وطنياً أو أجنبياً متلائم مع توقعات الأطراف، ودون أن يشكل ذلك التعيين تمييزاً بين الخصوم، خاصة فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بإنحلال الرابطة الزوجية، فأعتماد الحل الوظيفي يقضي على جمود قواعد الإسناد دون أن يلغيها، فحتى تعمل قاعدة الإسناد تؤدي وظيفتها لابد للمشرع الوطني من وضع ضوابط إسناد لحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو التفريق، تكون أكثر مرونة بحيث يستطيع القاضي في ضوئها أجراء تحليل دقيق ومنطقي، لتلك الضوابط والعلاقة القانونية محل النزاع للوقوف على طبيعة وغاية قواعد الإسناد، مع النص على الأخذ بالإحالة متى ما كانت تساعد قاعدة الإسناد على تحقيق غايتها ووظيفتها، فغاية قاعدة الإسناد الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية المتمثلة بتحقيق الأمان القانوني والعدالة، المتمثلين بحماية توقعات الأطراف أي الرجل والمرأة معاً لا الرجل فقط، كما أن ذلك يعزز المركز القانوني للمرأة، ويحمي حقوقها التي أكتسبتها وقت انعقاد، كما أن ذلك يكرس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في حل الرابطة الزوجية، سواء بالطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج أو الزوجة إذا فوضت أو وكلت به، أو عن طريق التفريق، أو الانفصال الذي نظمته بعض التشريعات التي لا تجيز الطلاق أو التشريعات التي وضعت له قواعد إسناد وأن لم تجيزه[٢]، ولا

---

[1]– Ralf Michaels, The Functional method of comparative law, Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Upcoming; Legal Studies Paper for Duke Law School, No 87, 2011, p331, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=839826, date of visit 9/5/2018, 2,20 pm.

[٢] – نصت المادة (١٢) معدلة، من القانون المدني الجزائري (٧٥–٥٨) لسنة ١٩٧٥ المعدل، بموجب الامر (٠١–٠٥) في يونيو ٢٠٠٥، على أنه، (يسري على إنحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى)، وأشار القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، إلى الانفصال الجسماني، إلا

يتحقق ذلك بتقيد إنحلال الرابطة الزوجية بقانون جنسية الزوج فقط، فذلك يعطل وظيفتها والغاية المبتغاة منها، فقواعد الإسناد كأي قواعد قانونية أخرى لها وظائف، لابد أن تتحقق على أرض الواقع وعدم تحقق تلك الوظائف والغايات ينفي وجود القاعدة القانونية، فضلاً عن تعرضها للأبطال والإلغاء مادامت لم تكرس المبدأ الدستوري المتمثل بالمساواة بين الرجل المرأة، أي تصبح قاعدة غير دستورية، والأصل لدينا أن النص القانوني العادي، يجب أن ينسجم ولا يتعارض مع النصوص الدستورية، وإلا تعرض للإلغاء أستناداً إلى الرقابةِ الدستوريةِ على صحةِ القوانين[١].

وقد أتجهت الدول الأوربية، إلى إلغاء قواعد الإسناد التي تشكل خرقاً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، إذ ألغت المحكمة الفدرالية الألمانية المادة (١/١٧)، لأنها أخضعت الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، مخالفة بدورها المبدأ الدستوري، المقرر للمساواة بين الرجل والمرأة[٢].

ونحن نتفق مع الرأي الذي يذهب إلى[٣]، ضرورة أن ينص المشرع على الأخذ بالإحالة متى ما كانت تساعد قاعدة الإسناد على تحقيق غايتها ووظيفتها، وأن حل هذه المسألة يقتضي منح القاضي سلطة تفسير قاعدة الإسناد الوطنية، للوقوف على غايتها الأساسية وهدفها، دون مراعاة الأعتبارات الأخرى فيما إذا تعارضت معها تحقيقًا للعدالة في كل حالة على حدة سواءً قبولاً أو رفضاً للإحالة.

=أنها إشارة خجله، ولا يمكن أن يفسر لفظ الانفصال الوارد، على أنه انفصال جسماني الذي أخذت به التشريعات الغربية، لأن المشرع ذكر الطلاق والتفريق والحق بذلك الانفصال، إذ نصت المادة (٣/١٩) على أنه، (ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى).

[١]– الأستاذ المتمرس، عبد الباقي البكري والمدرس زهير البشير، مصدر سابق، ص١٢٣.

[٢] – وقد أصدرت المحكمة الدستورية الإيطالية، حكمها الصادر في ٢٦ فبراير ١٩٨٧، الغت بموجبه المادة (١/١٨) من النصوص التمهيدية للقانون المدني الإيطالي، والتي أسندت الأثار الشخصية للزواج لقانون جنسية الزوج في حالة أختلاف جنسية الزوجين، أشار إلى تلك الأحكام، د. هشام صادق، حق المرأة في المساواة وقواعد الإسناد، مصدر سابق، ص١٢.

[٣]– د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص١٧٣.

وقد عاب الفقه[١]، ترك سلطة تقديرية للقاضي في الأخذ بالإحالة من عدمهِ في ضوءِ ما يراه أكثر تحقيق للعدالة في كل حالة على حدة، وهذا يتعارض مع وظيفة القاضي عند تطبيق القاعدة القانونية، وفقاً للمبادئ العامة للقانون، فليس من المقبول أن يطبق القاضي القاعدة القانونية بصورة تختلف من حالة إلى أخرى حتى وأن كانت تحت ستار العدالة[٢]، وإنما على القاضي أن يسلك مسلكاً موضوعياً في تطبيق القاعدة القانونية حماية لأستقرار المعاملات.

ويرى البعض[٣]، أن هذا الأتجاه مردود فسلطة القاضي ليست مطلقة، وإنما محكومة بمبدأ جوهري، مفاده أنَ يكون الحل الذي يصل إليه من خلال الإحالة عادلاً ومقبولاً، لأنّ قرار القاضي المتعلق بالأخذ بالإحالة أو رفضها أحتراماً لتوقعات المرأة، سيخضع فيه إلى رقابة المحاكم العليا، كون الأمر يتعلق بمسألة قانونية، فضلاً عن ذلك أن القاضي ملزمٌ بتسبيب قراره برفض الإحالة، وبالتالي يشكل خضوع القضاة لرقابة المحاكم العليا صمام أمان تتحقق معه وحدة الحلول، ومنع تباين الأحكام من قاضي لأخر، كما يرى البعض[٤]، طالما كانت الغاية من قاعدة الإسناد تختلف من مشرعِ لآخر، فأنه من الطبيعي أن تتباين الحلول المتبعة بشأنِ الإحالةِ، وطالما أن المشرع يقصد من غاية الإسناد البحث عن أنسب القوانين، لحكم إنحلال الرابطة الزوجية، دون تنسيق مع غيره من المشّرعين، فإنّ ذلك يشكل خللاً في وظيفة قاعدة الإسناد في الوصول إلى أكثر الحلول ملائمة لحكم العلاقة القانونية محل النزاع، وبالتالي على القاضي أن يعالج هذا الخلل في وظيفة الإسناد عن طريق تقنية الحل الوظيفي وقبول الإحالة.

---

[١]- د. هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص١٠٩.

[٢]- العدالة تعني الأنصاف، والأنصاف يعني وضع الحلول لسريانها على الأشخاص ولتطبيقها على الحالات مع مراعاة دقائق الظروف وجزئيات المسائل، الاستاذ المتمرس. عبد الباقي البكري والمدرس زهير البشير، مصدر سابق، ص٤١.

[٣]- عكاشة محمد عبد العال، الإحالة في القانون الدولي الخاص والموقف منها في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد (دراسة في القانون المقارن وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة)، مصدر سابق، ص٢٤٢.

[٤]- د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٧٣وما بعدها.

أما بخصوص موقف المشرع العراقي، فإنّ منهج الحل الوظيفي، لم يرد له ذكر صريح وتنظيم تشريعي واضح، كما أنه لم يأخذ بالإحالة، إلا على سبيل الأستثناء[1].

ولغرض تدعيم فكرة الحل الوظيفي سوف نطبقها على مسألة إنحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق أو الانفصال، المشرع العراقي نص في المادة (٣/١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على بأنه، (ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى)، فقد أعقد الأختصاص لقانون الزوج في حالتين حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للرجل (الزوج) والمرأة (الزوجة)، وحالة التفريق القضائي والانفصال، فانفراد قانون جنسية الزوج في مسألة إنحلال الرابطة الزوجية، توجه غير صائب كون الزواج رابطة بين رجل وأمرأة، نشأت أولاً بإرادة الطرفين وفي ظل قانون كل منهما دون تفضيل لقانون على آخر، ولعل الفقرة الأولى من ذات المادة نصت بصورة صريحة على ذلك بقولها، (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين، أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين)، دون أن يكون هناك تفضيل لقانون على آخر، فكان من باب أولى أن ينحل الزواج وفقاً لقانون محايد، دون أن يكون هناك تفضيل بين قانون جنسية الزوج وقانون جنسية الزوجة، قانون يحقق المساواة بين الرجل والمرأة قانون تكون فيه المرأة متبصرة به و يتلائم مع توقعاتها، وبالتالي يكون إعمال ضابط قانون الدولة التي تكون أكثر أرتباطاً بالعلاقة القانونية (إنحلال الرابطة الزوجية) أكثر تحقيقا لغاية قاعدة الإسناد، مع إعمال الإحالة متى ما حققت غاية قاعدة الإسناد ورفضها إذا أخلت بتلك الغاية.

وعليه كان من الأجدر الأخذ بالتوجه الحديث الذي يسمح للإحالة بتصحيح مسار قاعدة الإسناد، من خلال الوقوف على وظيفتها والغاية منها، وفي هذا الشأن نأمل أن يتدخل المشرع

---

[1] – نصت المادة (٤٨/ ثانياً) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل على أنه، (يرجع في تحديد أهلية الالتزام بمقتضى الحوالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته، فإذا أحال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة الواجبة التطبيق.

العراقي لتعديل منهجه، والنص على الإحالة من الدرجة الأولى والثانية بما يتلاءم ومقتضيات الجماعة الدولية، خاصة بعد أزدياد دخول الجالية الأجنبية إلى العراق، وكذا نزوح الجالية الوطنية إلى الخارج، وذلك أستناداً على قواعد العدالة كونها مصدر من مصادر القانون، ونقترح تعديل نص المادة (٣١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٩ المعدل **بالصيغة التالية، (يمنح القاضي سلطة الأخذ بالإحالة فيما إذا تقرر أن قانونًا أجنبيًا هو واجب التطبيق بما يحقق المبادئ التي شرع هذا القانون لمراعاتها).**

ونرى ضرورة تعزيز دور القضاء في سد النقص التشريعي، وإكمال القصور التشريعي في قواعد الإسناد خاصة بالقواعد المتعلقة بالأحوال الشخصية، ومنها قواعد الإسناد المتعلقة بإنحلال الرابطة الزوجية، إذ يرى الفقه[1]، أن القاضي يستطيع بما يملكه من سلطة تقديرية أن يخلق الحلول عند وجود نقصٍ تشريعي أو فراغٍ تشريعي، لا سيما في أطار العلاقات الدولية الخاصة ، إذ أن أحد أطرافها ينتمي لنظام قانوني أجنبي، أي ينتمي إلى منظومة تشريعية تختلف كلاً أو جزءاً عن المنظومة القانونية لمشرع الوطني، وهذا بالنتيجة يتطلب من القاضي أن يتدخل، ليحقق حالة التعايش بين قانونه الوطني والقانون الأجنبي، إذ أنَّ الحكمة من القانون الدولي الخاص التنسيق والتعايش بين النظم القانونية، بهدف رعاية مصلحة أطراف العلاقة القانونية وتحقيق العدالة المادية، وهذا ما يطلق عليه الأبتكار والأبداع، فالقضاء لا يعد مصدراً تفسيرياً للقانون فقط، لأن لو كانت القاعدة القانونية غير موجودة أصلاً ماذا سوف يفسر أو يطبق؟، فأنه يبتدع القاعدة القانونية فدور

---

1 – par pierre lalive, op. cit, p322,

و د. هشام علي صادق، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري)، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص١٨٤، د. عكاشة محمد عبد العال، الإحالة في القانون الدولي الخاص والموقف منها في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد (دراسة في القانون المقارن وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة)، مصدر سابق، ص٢٣٣، د. خير الدين كاظم عبيد، مصدر سابق، ص٥١٨، د. عزيز إطوبان، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الثاني، محاضرات القيت على طلبة كلية والعلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية– المحمدية، جامعة الحسن، الدار البيضاء، لسنة ٢٠١٦–٢٠١٧، ص٢١. د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ١٤، د. صاحب الفتلاوي، قراءة جديدة لقواعد التنازع القوانين المتعلقة بالزواج والأموال في القانون المدني العراقي، مجلة جامعة النجاح، للأبحاث (العلوم الإنسانية)، كلية الحقوق جامعة عمان، المجلد (١٩)، العدد (٤)، لسنة ٢٠٠٥، ص ١٢٧٨.

القاضي في مجال تنازع القوانين دور فعال لا يمكن أنكاره، والدليل على ذلك هناك الكثير من النظريات صاغها القضاء، كالإحالة التي أنشئها القضاء الألماني والأنكليزي في منتصف القرن التاسع عشر وظهرت بشكل واضح على يد القضاء الفرنسي في قضية فوركو الشهيرة[1]، وقانون الإرادة والجنسية الفعلية.

[1] – فوركو ولد طبيعي من اصل بافاري ويتمتع بالجنسية البافارية، أنتقلت به أمه وهو في الخامسة من عمره إلى فرنسا، فأقام بها حتى وافته المنية وهو في الثامنة والستين، ولم يحصل على وثيقة التوطن في فرنسا، ولهذا فأن القانون الفرنسي في ذلك الوقت، لم يعد الشخص الأجنبي متوطناً في فرنسا إذا لم يحصل على هذه الشهادة من السلطة المختصة، وفقا للمادة ١٣ من القانون الفرنسي بالرغم من طول المدة التي يقضيها، وتبعا للقانون الفرنسي، فان الدولة وارث بالنسبة إلى الولد الطبيعي، في حين ان قانون بافاريا يعطي حق الأرث للقربى من جهة الحواشي، وتبعا لقواعد الإسناد الفرنسية، فأن قانون بافاريا هو الواجب التطبيق بكونه قانون الجنسية الذي يحكم كل مسائل الوصية، وبموجب قواعد الإسناد في قانون بافاريا، فأن القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق بوصفه قانون موطن المتوفي، وبوصفه قانون وجود الأموال التي هي موضع الإرث أيضاً، وان تحديد الموطن للمتوفي يجب أن يكون على وفق قانون بافاريا أيضاً، وبموجب هذا القانون يعد الموطن هو المكان الذي يقيم أو يعيش فيه الشخص بصورة معتادة، لقد طبقت محكمة الدرجة الأولى (وايدتها محكمة الاستئناف) قواعد الإسناد الفرنسية ورجعت إلى قانون بافاريا (القواعد الموضوعية) أي قانون الميراث، وقررت حق الورثة الحواشي لأم بالإرث، ولكن محكمة النقض قضت بإلغاء هذا الحكم على أساس أن القانون البافاري يقضي بتطبيق قانون الموطن الفعلي للمتوفي وهو هنا القانون الفرنسي، وإذاً فقد طبقت هذه المحكمة قاعدة الإسناد في القانون البافاري ولم تتجه مباشرة الى تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون، هذا يعني ان المحكمة أخذت بفكرة الإحالة وأن كانت لم تنص عليه في حكمها، أشار الى ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٤٣٤، د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص٦٨-٦٩.

الفصل الثاني

قواعد الإسناد الحاكمة لآثار إنحلال الرابطة الزوجية

تبين لنا سابقاً أن الزواج المختلط ممكن أن يكون عرضة للإنحلال، كما هو الحال في الزواج الذي يتم بين الوطنين، وبينا أنَّ حل الرابطة الزوجية يتم بالطلاق أو بالتفريق أو بالوفاة، وهذا الإنحلال يؤدي إلى تغيير المراكز القانونية للطرفين، إذ يتحول مركز الرجل والمرأة من زوجين إلى مطلقين، وينشأ عن هذا عدة آثار، منها ما يتعلق بالرجل ومنها ما يتعلق بالمرأة، سواء كانت الرابطة بين وطنيين أو وطني وأجنبي أو بين أجنبيين، وسنقتصر على ما هو يتعلق بالمرأة، لإقتصار بحثنا على المركز القانوني للمرأة في الزواج المختلط، ولنبحث مركزها القانوني في قواعد الإسناد التي بموجبها يتحدد القانون الواجب التطبيق على تلك الآثار، فهل تلك القواعد وفرت مركزاً متميزاً للمرأة أم جعلتها في مركزٍ قانونيٍ منقوصٍ، وأبتعدت عن مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، ولغرض الوقوف على ذلك سوف نبحث مركز المرأة من تلك الآثار في الشريعة الإسلامية، وقانون الأحوال الشخصية، ومن ثم نقارن ما جاءت به الشريعة الإسلامية من رعاية وحماية للمرأة، مع ما نصت عليه قواعد الإسناد التي ميزت تمييزاً واضحاً بين الرجل والمرأة، محاولين وضع ضوابط تتلائم مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية، إذ أن دين الدولة الرسمي هو الإسلام وهو مصدرٌ أساس للتشريع، إذ نصت المادة (٢/أولاً) على أنه، (الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع)، ولا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام، ويعد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة من ثوابت أحكام الإسلام، وقد وضعت الشريعة الإسلامية للمرأة ما يكفل كرامتها، وحقوقها وما يصونها من كل ما يعد تميزاً ضدها.

ويرتب إنحلال الرابطة الزوجية عدة آثار، منها ما هو ذو طابع مالي ومنها ما هو ذو طابع شخصي، وسوف نحاول في هذا الفصل التركيز على الآثار التي تخص المرأة ويبدو فيها مركز المرأة منقوصاً، ويحتاج إلى معالجة على مستوى قواعد تنازع القوانين، الواردة في المنظومة التشريعية العراقية، لذلك سوف نركز على النفقة التي تستحقها المرأة المطلقة خلال فترة العدة، وأثناء مراحل

المرافعة قبل صدور قرار المحكمة بالتفريق من عدمه، وكذلك ما يتعلق بالتعويض عن الطلاق التعسفي، الذي يوقعه الرجل بإرادته المنفردة، وكذلك مسألة الحضانة التي أختلف الفقه بشأن تكييفها كونها حقاً للأم أم حق للمحضون، فضلاً عن أختلافهم هل هي من آثار الطلاق أم من آثار الزواج؟، لذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول الآثار المالية المترتبة على إنحلال الرابطة الزوجية، ونتناول في المبحث الثاني الآثار الشخصية المترتبة على إنحلال الرابطة الزوجية، وسوف تقتصر دراستنا فيها على الحضانة، لذلك سيكون المبحث الثاني حول مركز المرأة في نزاعات دعوى الحضانة

المبحث الأول

الآثار المالية المترتبة على إنحلال الرابطة الزوجية

يترتب على إنحلال الرابطة الزوجية آثاراً ماليةً متعددةً، واطلقنا عليها الأثار المالية، لأن متعلقها التزاماً مالياً في ذمة الرجل للمرأة، تتمثل بالمهر والنفقة بنوعيها النفقة المؤقتة، التي تفرض من وقت إقامة دعوى الطلاق أو التفريق أو الانفصال لحين حسم الدعوى، والغرض منها حماية المرأة من العوز والحاجة، ففي الغالب إجراءات الدعوى تستمر فترة قد تطول أو تقصر، خاصة في أطار العلاقات الدولية الخاصة، والنوع الثاني من النفقة هو نفقة العدة، التي تستحقها المرأة بعد صدور قرار المحكمة بالطلاق أو التفريق أو الانفصال.

وكذلك التعويض عن الطلاق، في الحالات التي يسئ فيها الرجل أستعمال حقه في ايقاع الطلاقِ بإرادتهِ المنفردة، إذ يوقع الطلاق دون حاجة تدعوا إليه، وبهدف حماية المرأة من تعسف الرجل في أستعمال حقه في إيقاع الطلاق، أقر القانون للمرأة حقٌ بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي أصابتها، نتيجة تعسف الرجل في أستعمال حقه في إيقاع الطلاق، دون وجود حاجة تدعو إليه، وتعد المسؤولية التقصيرية أساساً لذلك التعويض، كون إساءة أستعمال الحق تعد تطبيقاً من تطبيقات المسؤولية التقصيرية.

في ظل تلك الآثار ما هو المركز القانوني للمرأة..؟، فهل وفرت قواعد الإسناد الواردة في المنظومة التشريعية العراقية مركزاً متميزاً للمرأة، من خلال إخضاع النفقة كونها أثر من آثار إنحلال الرابطة الزوجية لقانون محايد، ليس من شأنه تفضيل قانون الرجل على قانون المرأة، وهل قاعدة الإسناد الخاصة بالمسؤولية التقصيرية، تعد كافية لضمان حق المرأة في الحصول على التعويض عما أصابها من أضرار، أم نحن بحاجة إلى تطوير قواعد الإسناد بالصورة التي تعزز مركز المرأة وتضمن حصولها على حقوقها، فضلاً عن أضفاء الحيادية عليها منعاً للتمييز بين الرجل والمرأة أمام القانون.

وفي سبيل أستظهار مركز المرأة القانوني في تلك الآثار وإيجاد الحلول، سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول نفقة المرأة المطلقة، ونتناول في المطلب الثاني القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية الناشئة عن الطلاق التعسفي.

المطلب الأول

نفقة المرأة المطلقة

نفقة المرأة المطلقة واجبة على مطلقها، بعد إيقاع الطلاق، أو بعد صدور قرار التفريق، والنفقة التي تستحقها المطلقة في هذه الحالة هي النفقة المؤقتة ونفقة العدة، كما بينا في مطلع المبحث، ولغرض استظهار مركز المرأة في هذا النوع من النفقات في ظل قواعد الإسناد، ومدى تعزيز قدرتها على حماية حقوق المرأة وصون كرامتها، فضلاً عن مدى حيادية تلك القواعد في تكريس المبدأ الدستوري القاضي بالمساواة بين الرجل والمرأة، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول النفقة المؤقتة، ونتناول في الفرع الثاني نفقة العدة.

الفرع الأول

النفقة المؤقتة

عرفت النفقة المؤقتة، بأنها النفقة التي تطلبها المرأة تحت ضغط الضرورة والاستعجال والحاجة، والخشية من خطر تأخر حسم دعوى الطلاق أو التفريق أو الحضانة أو أي أمر أخر[١]، أو هي طلب مستعجل تقدمه المرأة للمحكمة، للحصول على قرار بالنفقة، ويكون مصيره معلقاً على الحكم الحاسم للدعوى الأصلية، ويكون مشمولاً بالنفاذ المعجل للأحكام، فالنفقة المؤقتة تفرض للمرأة سواءً كانت زوجةً أو مطلقةً بشرط أن لا تكون عدتها انتهت، لذلك نتناولها كونها أثر من آثار إنحلال الرابطة الزوجية، والتي تفرض وقت رفع الدعوى، والحكمة من فرض هذه النفقة قد تطول مدة إجراءات الدعوى فتقع المرأة في حرجٍ من تأخير الحكم مع حاجتها إلى ما تنفق منه على نفسها[٢]، ولا سيما أن مدة الدعوى في أطار العلاقات الدولية الخاصة، تكون أطول من مدة حسم الدعوى التي يكون فيها الزوجين وطنيين، فتبدو النفقة المؤقتة في أطار العلاقات الدولية الخاصة أكثر أهمية بالنسبة للمرأة.

وفي القوانين محل المقارنة، تفرض النفقة المؤقتة لأي من الزوجين المعوز على الزوج الآخر خلال إجراءات التقاضي ولحين الفصل بالدعوى، لتمكين الزوج أو الزوجة المضي في إجراءات الدعوى، وقد أقر القانون الأمريكي يجوز للمحكمة أن تأمر بنفقة الزوج أو الزوجة المؤقتة أثناء دعوى الطلاق، يطلق عليه أمر الدعم أو الصيانة المؤقتة، هو وسيلة لحماية رفاهية الزوج المعال مالياً بين وقت تقديم الألتماس ومنح الطلاق، الغرض من توفير الدعم المؤقت أثناء نظر دعوى الطلاق، حتى يتم إصدار الحكم النهائي، ويتم تحديد المبلغ وفقًا لأحتياجات مقدم الطلب، وتبدو أهمية النفقة المؤقتة عندما يكون أحد الزوجين معوزاً، وقد نص قانون محاكم الأسرة الامريكي لسنة ١٩٦٤ المعدل، بموجب قانون (تعديل) محاكم الأسرة لسنة ٢٠١٥، إذ نصت المادة (١٧/أ) على أنه، (في أي مرحلة من مراحل الدعوى المتعلقة بالنفقة أو الطلاق، يجوز لمحكمة الأسرة أن تصدر

---

[١]– د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩١٩.

[٢]– المستشار محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، المجلد الثاني، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨، ص٣٥١.

أمرًا مؤقتًا للنفقة.....)[1]، وقد أصدرت محكمة ولاية ساوث كارولينا، أمرًا مؤقتًا يمنح الزوجة نفقةً مؤقتةً، لحين الفصل في دعوى الطلاق، بناءً على الانفصال المستمر لمدة عام واحد[2].

وبموجب القانون الألماني في أطار العلاقات الدولية الخاصة في مسائل الأسرة، لكل من الزوج أو الزوجة طلب النفقة المؤقتة وقت رفع دعوى الطلاق، إذ نصت المادة (١/٢٥) من قانون النفقة الأجنبية الألماني لسنة ٢٠١١ المعدل على أنه، (يطالب بالنفقة الوقتية بالتزامن مع دعوى الطلاق أو الفسخ ...)[3].

وقد أجاز قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، للقاضي أن يفرض للزوجة على زوجها نفقة مؤقتة قابلة للتنفيذ المعجل بعد تسجيل عريضة الدعوى لدى المحكمة المختصة، إذ نصت على ذلك المادة(١/٣١) منه على أنه، (للقاضي أثناء النظر في دعوى النفقة أن يقرر تقدير نفقة مؤقتة للزوجة على زوجها ويكون هذا القرار قابلاً للتنفيذ)، ويبدو أن هذا النص أوجد حلاً عاجلاً للزوجة لحين أنتهاء إجراءات دعوى الطلاق أو التفريق التي قد تطول مما تتضرر المرأة فلا تجد ما يسد عوزها، على الرغم من إن المشرع أراد أن يحفظ كرامة المرأة بأن لا تبقى معوزة طيلة إجراءات الدعوى، إلا أنه لم يوفق في توفير الحماية المطلوبة للمرأة والحيلولة دون تضررها، فالنص يمنح القاضي سلطة قبول أو رفض طلب المرأة بالنفقة المؤقتة، لذلك يقتضي أن لا يكون النص جوازياً يجيز للقاضي في فرض أو عدم فرض نفقه مؤقتة، وإنما يجب أن يكون فرض النفقة المؤقتة وجوبياً، لوجود ضرورة تدعوا إليه وهي حماية المرأة من تحكم القضاء، وعدم حيادته أو عدم نزاهته في بعض الأحيان، فضلاً عن ذلك أن الزوج قد يعمد إلى المماطلة، وتأجيل حسم الدعوى

---

[1] – قانون محاكم الأسرة الأمريكي لسنة ١٩٦٤ المعدل بموجب قانون (تعديل) محاكم الأسرة لسنة ٢٠١٥، متوفر على الرابط الإلكتروني، https://pcsw.punjab.gov.pk › family_courts، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١٢/٣٠، الساعة ١,٣٣ صباحاً.

[2] – South Carolina Supreme Court Decision No. 26714, On August 31, 2009, Available on the website, https://law.justia.com, date of visit 9/11/2018, 2,20 pm.

[3] – قانون النفقة الأجنبية الألماني لسنة ٢٠١١، متوفر على الموقع الإلكتروني www.gesetze-im-internet، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١٢/١٠ الساعة ٣,٥٥ مساءً.

بقصد الأضرار بها، لذلك نرى ضرورة تعديل نص المادة سالفة الذكر، بالصورة المقترحة التالية، **(على القاضي أثناء النظر في دعوى النفقة أن يقرر تقدير نفقة مؤقتة للزوجة على زوجها ويكون هذا القرار قابلاً للتنفيذ)**، لا سيما أن القرار بالنفقة المؤقتة يكون تابعاً للحكم الأصلي، إذا لم ترد دعواها احتسب ما تسلمته منها، وإن ردت دعواها فما قبضته على سبيل النفقة المؤقتة دين للزوج في ذمتها، وهذا ما نصت به الفقرة (٢) من ذات المادة على أنه، (.. القرار المذكور تابعاً لنتيجة الحكم الأصلي من حيث إحتسابه أو رده)، وبذلك يتحقق التوازن بين المرأة والرجل من جهة حماية المرأة وسد عوزها خلال مراحل الدعوى، ومن جهة أُخرى ضمان عودة مبلغ النفقة المؤقتة للرجل (الزوج).

كما ندعو إلى ضرورة تفعيل قرار مجلس قيادة الثورة المنحل بالرقم (٢٥٣) لسنة ١٩٨٠، الخاص بتأسيس صندوق النفقات المؤقتة يمول من الميزانية العامة[١]، تكون مهمته تسليف المحكوم لها بنفقة مؤقتة، وبما أن محاكم الأحوال الشخصية تقضي بنفقة مؤقتة للمرأة (الزوجة)، لتدارك حالة الفاقة أو العوز، لأنها من ضرورات العيش واستمرار الحياة، خصوصاً إذا كانت الزوجة لا تملك مورداً مالياً مستقلاً وإنها ربة بيت، لكن مما يؤسف له، أن أغلب هذه النفقات المؤقتة تكون غير قابلة للتنفيذ، بسبب الالتفاف على الوقائع من قبل المحكوم عليه لذلك فان إنشاء هذا الصندوق يعد ضرورةً ملحةً، وقد بين القرار آلية استحصال النفقة المؤقتة، إذ تخصص ميزانية لذلك الصندوق من الموازنة العامة، ومن ثم يتم تسليف المرأة (الزوجة) المحكوم لها بالنفقة المؤقتة مقدار تلك النفقة، ومن ثم تعود دائرة التنفيذ على الزوج بالمطالبة بالوفاء بهذه المبالغ، باعتبارها دين من ديون الممتازة، وعلى وفق أحكام المادة (٧) من القرار أعلاه التي نصت على أنه، (تعتبر سلفة النفقة المؤقتة، التي تدفع الى المحكوم له من الصندوق ديناً ممتازاً، تتولى دائرة التنفيذ استرداده وفقاً لأحكام قانون التنفيذ).

[١]– قرار مجلس قيادة الثورة المنحل بالرقم (٢٥٣) لسنة ١٩٨٠، الخاص بتأسيس صندوق النفقات المؤقتة، متوفر على الموقع الإلكتروني لقاعدة التشريعات العراقية، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١١/١٢، الساعة ١,١٢ صباحاً.

وبشأن تكييف النفقة المؤقتة لتعيين القانون الواجب التطبيق، أختلف الفقه بشأن تكييفها، يرى البعض من الفقه[١]، أن النفقة المؤقتة تعد من المسائل الإجرائية الوقتية، التي يجب على القاضي أنَ يتخذها لاعتبارات تتعلق بمصلحة المرأة (الزوجة)، التي هي بأمس الحاجة إلى نفقة لحين الفصل في الدعوى الأصلية، فضلاً عن مصلحة الدولة في تدبير حل لحالة من حالات الضرورة، ولا يجوز أن تعتبر حقاً يتصل بموضوع الرابطة التي تطرح على القضاء، ولهذا جاز أن تتقرر النفقة المؤقتة في دعوى الطلاق، في حين يرى البعض من الفقه[٢]، أن النفقة المؤقتة تتعلق بمسائل البوليس والأمن المدني (ذات التطبيق المباشر)، وبالتالي تخضع النفقة المؤقتة كونها من المسائل الإجرائية أو من قواعد ذات التطبيق المباشر، لقانون الدولة المرفوع أمام محاكمها الدعوى دون القانون الذي يسرى على الموضوع، وهذا يعني أن المطالبة بالنفقة المؤقتة في دعوى الطلاق أو التفريق أو الانفصال، لا يسري عليها القانون الذي يسري على الطلاق أو التفريق أو الانفصال[٣].

وينتقد البعض من الفقه[٤]، هذه الآراء بالقول أن أعتبار النفقة المؤقتة من مسائل الإجراءات مردود، لأنه يخلط بين الإجراءات والموضوع، فالاستعجال أو الوقتية تفرض وسيلة معينة، تتمثل بالسرعة في أتخاذ تدبير معين، لوقف خطر محدق وهذه ليست من المسائل الإجرائية، فضلاً عن ذلك الإجراءات هي كل ما يتصل برفع الدعوى وإعلان الأوراق القضائية، وحضور الخصوم وسير الدعوى وإصدار القرارات، أما التدابير المستعجلة كالنفقة هو غاية تلك المسائل الإجرائية، وهو أمر موضوعي لا تتطرق إليه الطبيعة الإجرائية ينظر فيه إلى ظروف الخصوم وحالة الاستعجال، كما أن أعتبار النفقة المؤقتة تتصل بالقواعد ذات التطبيق المباشر، فهو مردود كون النفقة المؤقتة هي تدبير ينظمه قانون معين يطبق في ظرف استعجال بهدف يتعلق بالبوليس والأمن ولو طبق في الظروف

---

[١]– د. حسن أحمد بغدادي، تعليقات على الأحكام في القانون الواجب تطبيقه على النفقة الوقتية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية– كلية الحقوق، مصر، المجلد (٤)، العددان (٢،١)، ١٩٥٠، ص١٥١، د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص– المبادئ العامة في تنازع القوانين، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، دمشق، ٢٠١٨، ص١٤٢.

[٢]– د. رعد مقداد محمود الحمداني، مصدر سابق، ص٨٢.

[٣]– د. حسن أحمد بغدادي، مصدر سابق، ص١٥١، رعد مقداد محمود الحمداني، مصدر سابق، ص٨٢.

[٤]– د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٢٤.

العادية لا يكون من قوانين البوليس، وتطبيق قانون القاضي على النفقة المؤقتة لا يعني أنه يتعلق بالبوليس، وإنما وضع طالب النفقة والخطر الذي يحيط به يستدعي الإسراع ويبدو قانون القاضي أقرب وأسرع، لتلبية طلب النفقة المؤقتة، وينتهي بالقول وإن كانت النفقة الوقتية تعد من التدابير المستعجلة، إلا أنها تخضع للقانون الذي يحكم النفقة بصورة عامة، وفي حالة استحالة تطبيق ذلك القانون، كأن أحتاج الأمر البحث عن أحكامه وتفسيره وتحديد مدى أتفاقه مع النظام العام الوطني، فهنا فقط القاضي يطبق قانونه ويستند في تطبيقه إلى فكرة الأستعجال، واقتضاء الأمر بنفقة مؤقتة وسريعة لدفع حالة العوز والفاقة عن المرأة.

أما موقف القوانين المقارنة، قواعد تنازع القوانين الأمريكية بصيغتها الثانية لسنة ١٩٧١ المعدلة، بموجب المادة (١٢٤) أخضعت النفقة المؤقتة لقانون لقاضي، أي تخضع لقانون المحكمة المختصة بنظر النزاع الاصلي[١].

أما القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل، فلم ينص على القانون الذي يسري على النفقة المؤقتة، لكن بالرجوع لقانون الإجراءات في المسائل الأسرية ومسائل الاختصاص القضائي لسنة ٢٠٠٨ المعدل في ٢٠ أبريل ٢٠١٣، نص في المادة (١/١٣٧) على جملة من الإجراءات المساعدة أو الوقتية، ومنها النفقة المؤقتة، وبما أنها من الإجراءات فأن القانون الواجب التطبيق بشأنها قانون القاضي، وقد نصت على ذلك المادة (١٢٤) من القانون ذاته على أنه، (تبدأ الإجراءات في مسائل الزوجية، عند تقديم طلب خطي، ويطبق بشأنها أحكام قانون الإجراءات المدنية...)[٢].

أما بموجب القانون العراقي، لم تتضمن قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، إشارة إلى القانون الذي يسري على النفقة المؤقتة، كما هو الحال في أغلب التشريعات العربية، وخلاف بعض التشريعات العربية والأجنبية، التي نصت صراحة على القانون

---

[1] – Walter B. Jones, op .cit, p45.

[٢] – قانون الإجراءات في المسائل الأسرية ومسائل الاختصاص القضائي الألماني لسنة ٢٠٠٨ المعدل، متوفر على الموقع الالكتروني، www.gesetze-im-internet.de، تاريخ الزيارة ٢٩١٩/١٢/٢٢، الساعة ٤,٥٥ مساءً.

الذي يسري على النفقة المؤقتة[١]، وعلى ذلك يرى البعض من الفقه[٢]، يسري على النفقة المؤقتة قانون القاضي، لاعتبارات إنسانية الغرض منها حماية المرأة (الزوجة)، ودفعاً للضرر الذي قد يلحق بها في الفترة ما بين رفع دعوى الطلاق وصدور الحكم النهائي، إذ قد تطول إجراءات الدعوى خاصة في العلاقات الدولية الخاصة، فضلاً عن بطء القضاء في حسم الدعوى.

ونحن نرى أن النفقة المؤقتة التي تطالب بها المرأة (الزوجة) أثناء نظر دعوى الطلاق أو دعوى التفريق، وأن تقع ضمن فكرة إنحلال الرابطة الزوجية، إلا أنها تعدُ من الأمور المستعجلة التي تتخذها المحكمة بناء على طلب المرأة لضرورة وحاجة مستعجلة، وبالتالي لا تتعلق بأصل دعوى الطلاق أو التفريق، وإنما المراد منها درء الضرر والحاجة عن المرأة فلا يوجد لديها ما تنفق منه على نفسها أو أولادها، ففي الغالب تطول إجراءات حسم دعوى الطلاق أو التفريق خاصة في أطار العلاقات الدولية الخاصة، وما يدعم رأينا من أن النفقة المؤقتة من الأمور المستعجلة نص المادة (٣٠٢) مرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، الذي أعطى محكمة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية صلاحية النظر في الأمور المستعجلة، التي تدخل في اختصاصها ومن الأمور المستعجلة النفقة المؤقتة وتعيين أمين على المحضون، إذ نصت على أنه، (تختص المحكمة الشرعية بالحكم بصفة مستعجلة بنفقة موقتة، أو بتعيين أمين على محضون متنازع على حضانته يقوم برعايته والمحافظة عليه، إذا قام لديها من الأسباب ما يخشى منه خطر عاجل على طالب النفقة، أو على بقاء المحضون تحت يد حاضنه حتى يبت في أساس الدعوى كما تختص بغير ذلك من الأمور المستعجلة)، وبذلك تكون النفقة المؤقتة من الأمور المستعجلة، التي ينظر بها القاضي بصورة مستعجلة، وإذا كانت النفقة المؤقتة من الأمور المستعجلة، نرى أن القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون القاضي، كونه يتلائم مع الصفة المستعجلة للنفقة، إذ أن البحث عن القانون

---

[١]– القانون الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١ الخاص بتنظيم العلاقات ذات الطابع الأجنبي، نص في المادة (٥٤) على أنه، (يسري على الالتزام في النفقة بين الأقارب والأصهار قانون المدين بها، أما النفقة الوقتية للأقارب والأصهار فيسري عليها القانون الكويتي)، القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧ المعدل نص في المادة (٢/٦٢) على أنه، (التدابير المؤقتة التي تتخذها المحكمة في دعوى الطلاق أو الانفصال القانوني تخضع للقانون السويسري).

[٢]– د. رعد مقداد محمود الحمداني، مصدر سابق، ص٨٢.

المختص عندما تكون الرابطة الزوجية مشوبة بعنصر أجنبي، تكتنفها بعض الصعوبات منها مسألة البحث عن القانون المختص، وتفسيره وإثباته وترجمته مما يحتاج ذلك الى وقت، في حين تكون المرأة بحاجة ماسة للنفقة المؤقتة.

الفرع الثاني

نفقة العدة

نفقة العدة هي ما ينفقه الرجل (الزوج) على المرأة (الزوجة)، بكل ما يلزمها من طعام وكسوة وسكن، سواءً كانت حاملاً أم حائلاً[١]، فهي دين في ذمة الرجل للمرأة المطلقة تستحقها من تاريخ الطلاق، ولا تسقط إلا بالإداء أو بالإبراء، ولهذه النفقة أساسٌ شرعي وقانوني، بالنسبة للأساس الشرعي باتفاق المذاهب الإسلامية، تستحق المرأة المطلقة طلاقاً رجعياً نفقة العدة، والمطلقة طلاقاً بائناً بينونة صغرى وكانت حاملاً نفقة العدة لحين وضع حملها[٢]، وهذا ثابت في القران الكريم لقوله تعالى ((وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ))[٣]، والحكم الذي يدل عليه النص هو للوجوب لأن (فأنفقوا) فعل أمر، والأمر من أنواع الخاص في دلالة النصوص، وحكمة الوجوب على وجه الحتم والإلزام، ودلالته على المعنى الموضوع له يكون قطعي الدلالة[٤]، وتظهر هنا مدى عناية الشريعة الإسلامية بالمرأة، اذ وجوب نفقة العدة للمرأة ما هو إلا وضع الأمور في نصابها وحفاظاً على كرامتها وعفتها، وإن أختلف الفقهاء المسلمون بشأن المطلقة طلاقاً بائناً بينونه صغرى وكانت حائلاً بين مجيز للنفقة العدة وبين من لا يجيز.

فيما يتعلق بالأساس القانوني بموجب القوانين محل المقارنة، قانون الأسرة الأمريكي لم ينص على نفقة العدة للمرأة المطلقة، وإنما نص على الصيانة الزوجية (نفقة الأزواج بعد الطلاق)، هي

---

[١]– د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مصدر سابق، ص١٤٨.

[٢]– السيد علي السيستاني، منهاج الصالحين، مصدر سابق، المسائل ٤١٨، ٤١٩، ص، الشيخ محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، مصدر سابق، ص٣٨٤، الأمام أحمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص٣٨٥، د. زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الفقه والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص١٤٧.

[٣]– سورة الطلاق الآية ٦.

[٤]– د. مصطفى أبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجة الجديد، مصدر سابق، ص٣٠٢.

دعم مالي مقدم من أحد الزوجين إلى الآخر بعد الطلاق أو الانفصال من خلال تقديم طلب لمحكمة الأسرة من أحد الزوجين السابقين، ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في تقدير مدة النفقة ففي الزيجات التي زادت مدتها عن خمسة وعشرين عاماً تمنح المحكمة نفقة للمرأة المطلقة إلى أجل طويل أو لأجل غير مسمى، وتقل مدة النفقة كلما قلت مدة الفترة الزوجية[١]، وعلى ذلك نصت المادة (٤٨) من قانون أصلاح النفقة لولاية ماساتشوستس الأمريكية لسنة ٢٠١١ على أنه، (دفع الدعم من الزوج الذي لديه القدرة على الدفع إلى الزوج الذي يحتاج إلى الدعم لفترة زمنية معقولة بموجب أمر من المحكمة)، وتنتهي النفقة بمدة معينة، إذ نصت المادة (٤٩/ ب) من نفس القانون أعلاه على أنه، (تنتهي النفقة في موعد لا يتجاوز تاريخًا معينة تحت الحدود الزمنية التالية:

١- إذا كانت مدة الزواج ٥ سنوات أو أقل، فإن النفقة العامة تستمر لمدة لا تزيد عن نصف عدد أشهر الزواج، ٢- إذا كانت مدة الزواج ١٠ سنوات أو أقل ولكن أكثر من ٥ سنوات تستمر النفقة العامة لمدة لا تزيد عن ٦٠ في المائة من عدد أشهر الزواج، ٣- إذا كانت مدة الزواج ١٥ سنة أو أقل ولكن أكثر من ١٠ سنوات تستمر النفقة العامة لمدة لا تزيد عن ٧٠ في المائة من عدد أشهر الزواج، ٤- إذا كانت مدة الزواج ٢٠ سنة أو أقل ولكن أكثر من ١٥ سنة تستمر النفقة العامة لمدة لا تزيد عن ٨٠ في المائة من عدد أشهر الزواج)، ونصت الفقرة (ج) من ذات المادة على أنه، (يجوز للمحكمة أن تأمر بالنفقة لمدة غير محددة من الزمن للزواج الذي كان طوله يزيد عن ٢٠ سنة)[٢].

وكذلك الحال لم ينص القانون الألماني على نفقة العدة للمرأة المطلقة، وإنما نص على مبدأ المسؤولية الشخصية للزوجين السابقين متى ما كان أحد الزوجين المطلقين غير قادر لتوفير نفقته

---

[1] – Judge Gretchen Lenderson, Family Law Guide, the Legal Effects of Marriage and Divorce in Washington, DC 2019, Washington State Supreme Court Justices Association, Family and Juvenile Law Commission, p22, A brochure is available on the website, www.courts.wa.gov, Date of visit 6/12/2019, at 10 pm.

[٢]- قانون أصلاح النفقة لولاية ماساتشوستس الأمريكية لسنة ٢٠١١، متوفر على الموقع الإلكتروني http://ivkdlaw.com/Massachusetts ، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١٢/١٠، الساعة ١١,٢٩ مساءً.

فيحق له أو لها المطالبة بالنفقة من الزوج الآخر[١]، وهذه النفقة هي نفقه الزوج أو الزوجة السابقة للزوج السابق الأخر متى ما كان أحد الزوجين معوز، ولا تفرض إلا في حالة عدم مقدرته على الأنفاق على نفسه فهنا جاز له أن يطلب من المحكمة، إذ نصت المادة (١٥٦٩) من قانون الأسرة الألماني لسنة ١٩٧٦ المعدل على أنه، (بعد الطلاق يكون كل زوج مسؤولاً عن توفير نفقته الخاصة وإذا لم يكن في وضع يسمح له بذلك فله المطالبة بالنفقة ضد الزوج الآخر ...)[٢].

أما القانون العراقي، فقد أوجب للمرأة المطلقة نفقة عدة وتعدُ ديناً في ذمة الرجل، ويبدو الوجوب من خلال ما نص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، في المادة (٥٠) منه على أنه،(تجب نفقة العدة للمطلقة على زوجها الحي ولو كانت ناشزاً ولا نفقة لعدة الوفاة)، ويبدو أن المشرع العراقي أوجب النفقة للمرأة المطلقة بغض النظر عن نوع الطلاق رجعياً أو بائناً بينونه صغرى أو كبرى وسواءً كانت المرأة حاملاً أم حائلاً.

ويبدو الفرق واضحٌ بأنَّ القانون العراقي، جاء متأثراً بالشريعة الإسلامية، التي راعت جانب المرأة أكثر مما جاءت به القوانين محل المقارنة، إذ أوجب للمطلقة نفقة العدة بغض النظر عن كون المرأة المعتدة معوزة أو غير معوزة وسواءً أستمرت الزوجية مدة طويلة أو قصيرة ففي كل الأحوال هناك نفقة عدة للمرأة المطلقة.

أما بخصوص القانون الواجب التطبيق على نفقة العدة للمرأة المطلقة، أختلقت التشريعات في تبني قانون معين، بعضها نص صراحة القانون الواجب التطبيق على نفقة المرأة المطلقة، ومنها القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل، فقد نصت المادة (١٨) منه على أنه، (تسري لائحة الأتحاد الأوروبي بشأن التزامات النفقة بالاقتران مع بروتوكول لاهاي لعام ٢٠٠٧ بشأن

---

[1] – Prof. Dieter Martiny, Professor M. Dieter Schwab, Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses, Working paper presented to a symposium on maintenance obligations in Europe, University of Europe Viadrina Frankfurt (Oder), 2002, p3, Available on the website ceflonline.net, Date of visit 12/30/2019 at 4:10 pm.

[٢]– من قانون الأسرة الألماني لسنة ١٩٧٦ المعدل، متوفر على الموقع الإلكتروني www.gesetze-im-internet.de ، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١٢/٥، الساعة ٩,٣٠ مساءً.

التزامات النفقة، وبالرجوع إلى لائحة الاتحاد الاوربي المرقمة (٢٠٠٩/٩٤١ / EC) بشأن القانون الواجب التطبيق على التزامات النفقة[1]، نجدها أخضعت ما يتعلق بالنفقة لقانون إقامة الدائن، إذ نصت المادة (١/٣) على أنه، (تخضع التزامات النفقة لقانون دولة الإقامة المعتادة للدائن)، ويبدو لنا أن قانون الدائن بالنفقة يعد القانون الأكثر ملائمة، كونه يتلائم مع توقعات الدائن، فلا يتفاجئ بتطبيق قانون قد يجهل أحكامه.

كما نصت الفقرة الثانية من المادة ذاتها على أنه، (في حالة حدوث تغيير في الإقامة المعتادة للدائن، يسري قانون دولة الإقامة المعتادة الجديدة أعتباراً من لحظة حدوث التغيير)، وفي حالة أعتراض أحد الزوجين يطبق القانون الأكثر صلة، إذ نصت المادة (٥) على أنه، (في حالة التزام النفقة بين الزوجين أو الزوجين السابقين أو أطراف الزواج الذي تم أنهائه، لا تسري المادة (٣) إذا أعترض أحد الطرفين وكان هناك قانون دولة أخرى، يعد لديه أتصال أوثق في مثل هذه الحالة، يسري قانون تلك الدولة الأوثق صلة)، فبموجب القانون الدولي الخاص، القانون الذي يحكم نفقة المرأة المطلقة هو قانون الإقامة المعتاد للدائن في كل الأحوال سواءً قام الرجل بتغيير محل الإقامة أم لم يقم، وفي حالة أعتراض أحد الطرفين يطبق القانون الأكثر صلة، فضلاً عن ذلك تلعب الإرادة دوراً مهما في أختيار القانون الواجب التطبيق على النفقة، كما أنه ذهب أبعد من ذلك إذ أضفى المرونة على قانون الإرادة من خلال إعمال نظرية الإداء المميز، التي مال إليها القانون الدولي الخاص الألماني في مسائل الأحوال الشخصية، وهذا ما كرسته المادة (١/٨) منه، إذ نصت على أنه، (على الرغم من المواد ٣ إلى ٦، يجوز للدائن والمدين بالنفقة تعيين أي من القوانين التالية في أي وقت على أنه ينطبق على التزام النفقة، أ- قانون أي دولة يكون أي من الطرفين من مواطنيها وقت التعيين، ب- قانون دولة الإقامة المعتادة لأي من الطرفين في وقت التعيين، ج- القانون الذي حددته الأطراف على أنه ينطبق، أو القانون المطبق في الواقع على نظام ممتلكاتهم، د- القانون

---

[1] -(2009/941 / EC): Council Decision of 30 November 2009 on the conclusion of the European Community of the Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, Published in the Official Gazette of the European Union No. 331/17 on 16/12/2009, p17-23.

الذي حددته الأطراف على أنه مطبق، أو القانون المطبق في الواقع على الطلاق أو الانفصال القانوني)، وهنا تبدو قواعد الإسناد غير متحيزة لقانون أحد الطرفين على حساب الطرف الآخر.

وذهب الفقه العراقي[1]، إلى أن نص المادة (٢١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، يسري على جميع أنواع النفقات سواءً تلك النفقة المترتبة بسبب الزواج أو بسبب الطلاق أو بسبب القرابة، ففي كل الأحوال تخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها المدين، إذ نصت على أنه، (الالتزام بالنفقة يسري عليه قانون المدين بها)، وكون النص أعلاه لا يحدد المدين بالنفقة، فلا بد من الأستعانة بالنصوص الأخرى لتعيين المدين، وكون النفقة محل البحث هي نفقة المطلقة فيسري عليها القانون الذي يسري على الطلاق والتفريق والانفصال، أي قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو قت رقع الدعوى.

وأن إعمال قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى يثير إشكاليات متعددة، إذ يشكل مساساً بالحقوق المكتسبة للمرأة ، كما يعدُ ذلك تحيزاً لقانون الزوج دون الزوجة، وهذا التحيز مبني من وجهة نظرنا على الأعتبارات الموضوعية في المجتمع العراقي، القائمة على أساس أن الرجل هو رب الأسرة وهو المسؤول عنها، وعلى ذلك هذه القاعدة تستهدف تحقيق الغاية التي تبناها المشرع الوطني، ألا وهي تفضيل قانون الرجل (الزوج) على قانون المرأة (الزوجة)، وتحققت تلك الغاية بالمخالفة لمبدأ المساواة الدستوري بين الرجل والمرأة، ذلك المبدأ الذي نصت عليه جل الدساتير العربية والأجنبية ومنها، دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، إذ نصت المادة (١٤) منه على أنه، (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس...)، فضلا عن الاتفاقيات الدولية التي تحظر التمييز ضد المرأة بأي شكل من الأشكال، ومنها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز

---

[1]- د. جابر جاد عبد الرحمن، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٩، ص٢١٧، د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص١١٨-١١٩، د. حسن علي كاظم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الأختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، الجزء الثاني، محاضرات القيت على طلبة المرحلة الرابعة، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، ٢٠١٥، ص٢٢، د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٧٥-٢٧٦.

ضد المرأة لسنة ١٩٧٩[١]، إذ حظرت جميع أنواع التمييز في كافة المجالات وضمن المساواة بينها وبين الرجل أمام القانون، إذ نصت المادة (١/١٥) منها على أنه، (تعترف الدول الأطراف للمرأة بالمساواة مع الرجل أمام القانون)، لا سيما أن العراق قد صادق على هذه الاتفاقية، وإزاء ذلك لابد من تعديل قواعد الإسناد التي تشكل خرقاً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، من خلال أعتماد ضوابط إسناد تكون أكثر حيادية وأكثر إنصافاً للمرأة، مثل قانون محل الإقامة المشتركة للزوجين، أو القانون الأكثر صلة بالعلاقة القانونية من خلال البحث عن مركز الثقل في تلك العلاقة، أو أعتماد منهج الحل الوظيفي، كضابط إسناد يمكن من خلاله تعيين القانون الذي يحقق مصلحة المرأة في النفقة ويتلائم مع توقعاتها ويحقق العدالة بين الطرفين، لا سيما تلك هي وظائف قواعد الإسناد.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية الناشئة عن الطلاق التعسفي

أقر الإسلام نظام الطلاق بتشريع يحقق مصلحة الأسرة أولاً ومصلحة المجتمع ثانياً، فلم يسمح للرجل أن يعتبر المرأة سلعة تباع وتشترى، بل رفع مكانتها وصان كرامتها من أن تهدر، أقر لها حقوقها الطبيعية ووضع للطلاق أركاناً وشروطاً، وفرض على الرجل قيوداً ووضع أمام الرجل عقبات للتروي والتفكير قبل إيقاع الطلاق، إذ لم يعد الطلاق أمراً خاضعاً لأهواء الرجل ولأي سبب.

وإذا كان الطلاق الذي يقع بإرادة الرجل المنفردة يعد حقاً، إلا إن ذلك الحق مقيدٌ بعدم إساءة أستعماله، فإذا طلق الزوج زوجته دون حاجة تدعو إلى الطلاق، فيكون قد تعسف في أستعمال حقه في الطلاق، فيعد حينئذ الطلاق تعسفياً موجباً للضمان، كون إساءة استعمال الحق أو التعسف في أستعماله من شأنه يلحق ضرراً مادياً ومعنوياً للمرأة، فالتعويض يعد جبراً لذلك الضرر.

---

[١]- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة ١٩٧٩، متوفرة على الموقع الإلكتروني، www.unicef.org، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١١/٢٥، الساعة ٢,٥٥ مساءً.

ولكي نستظهر المركز القانوني للمرأة في التعويض عن الطلاق التعسفي في أطار قواعد الإسناد، لا بد أولاً من تكييف الطلاق التعسفي وبيان النظام القانوني الذي ينطوي تحته، ومن ثم بيان مدى إمكانية قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية توفير مركزاً متميزاً في حصولها على التعويض عن الطلاق التعسفي، لذلك سوف نقسم هذ المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول تكييف الطلاق التعسفي، ونتناول في الفرع الثاني التعويض عن الطلاق التعسفي.

الفرع الأول

تكييف الطلاق التعسفي

سوف نحاول تكييف الطلاق الواقع بإرادة الزوج المنفردة، فهل يمكن عده تعسفاً وبالتالي يدخل في نطاق نظرية التعسف في أستعمال الحق التي تعد من تطبيقات المسؤولية التقصيرية المعروفة في القانون الوضعي، والتي يطلق عليها الفقه الإسلامي المسؤولية المادية أو المطلقة الموجبة للضمان.

سيكون ذلك من خلال النظر إلى أصله، أختلف الفقهاء المسلمين في أصل الطلاق، جانب من الفقهاء المسلمون[١]، يرى أن الأصل في الطلاق الإباحة، إذ استندوا إلى الآية المباركة لقوله تعالى (الطلاق مرتان) وغيرها من الآيات القرآنية المباركة التي تناولت أحكام الطلاق، فلا تترتب أي مسؤولية على الرجل، في حين يرى جانب أخر من الفقه[٢]، أن الطلاق جائز إلا أنه مكروه إذا لم

---

[١]- أبي عبد الله محمد بن محمد الانصاري القرطبي، الجامع لأحكام القران، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٩٣٦، ص١٢٦، كمال الدين محمد بن الواحد، شرح فتح القدير، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار أحياء الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢، ص٤٤٥-٤٤٦، د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق في الشرائع والقوانين والأعراف خلال أربعة آلاف سنة، الطبعة الأولى، أحسان للنشر والتوزيع، إقليم كردستان، العراق، ٢٠١٤، ص١٧٥.

[٢]- محمد جمال الدين مكي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، الجزء السادس، الطبعة الأولى، مؤسسة الأعلمي، بيروت، ١٩٦٧، ص٣٦، رضى الدين أبن نصر الحسن الطبرسي، مكارم الأخلاق، الطبعة السادسة،

توجد حاجة تدعو إليه، ومنهم من ذهب[1]، إلى الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا لحاجة وسبب مشروع، لما ينتج عنه من أضرار مادية ومعنوية تصيب المرأة، فضلاً عن تشتيت شمل الأسرة.

القول الذي يرى إن الأصل في الطلاق الإباحة، نجده يتعارض مع الكثير من القواعد الفقهية التي أقرتها الشريعة الإسلامية، منها قاعدة لا ضرر ولا ضرار التي أساسها الحديث النبوي الشريف (لا ضر ولا ضرار)، وكذلك القاعدة الفقهية (درأ المفاسد أولى من جلب المنافع)، وقوله (صل الله عليه واله وسلم)، (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)، والمراد باليد صاحبها ليس المقصود بها بما هي يد[2]، وقد أشتق الفقهاء المسلمون من تلك القواعد الفقهية نظرية الأستعمال المذموم للحق، المعروفة في القوانين الوضعية بإساءة أستعمال الحق، وهو مصطلح مرادف للتعسف في استعمال الحق، إذ أعتمدوا في تقريرها على روح الشريعة الإسلامية القائمة على أساس العدالة والأنصاف، وعلى ذلك يمكن القول أن حتى مع إباحة الطلاق الذي يعد حقّاً بلا شك مقيد بعدم التعسف في أستعماله.

والقول الذي يرى أن الأصل في الطلاق الحظر إلا لحاجة تدعوا إليه وسبب معقول، فهو يباح لحاجة وسبب معقول، فهو يتلائم مع ما أقرته الشريعة الإسلامية، ويتلائم مع القواعد الفقهية التي أشتقها الفقهاء المسلمون من الكتاب والسنة، التي تحرم الأضرار بالغير توجب الضمان في حالة

مؤسسة الإعلمي، بيروت، ١٩٧٢، ص٢١٧، أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، المبسوط في الفقه الأمامي، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٢، ص٥.

[1]- الأمام أحمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٧، ص٢٨٢، محمد أمين أبن عابدين، رد المختار على الدرر المختار شرح تنوير الابصار، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار عالم الكتاب، الرياض، ٢٠٠٣، ص٤٢٧، د. مجيد علي العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الاسلامية، كلية العلوم الإسلامية، العراق، المجلد (١)، العدد (٣)، ٢٠٠٩، ص١٩، د. جميل فخري محمد، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد، عمان، ٢٠٠٤، ص١٦٩.

[2]- هذه القواعد نقلت من د. محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٦، ص٢٥١، ص٣٧٢، ص٢٦٥.

وقوعه، وتقيد أستعمال الحق بعدم الإضرار بالغير، لذلك الحاجة ومعقولية السبب هي ما ترفع التعسف عن أستعمال الحق.

وبهذا الجانب أختلف الفقه في إسناد الطلاق التعسفي لنظرية التعسف في أستعمال الحق، يرى جانب من الفقه[١]، أن نظرية التعسف في أستعمال الحق نظرية عامة تشمل في نطاق تطبيقها جميع الحقوق والحريات على حد السواء، لذلك يرى البعض من الفقه[٢]، أنَ الطلاق الذي هو في أصلهِ محظورٍ إلا لحاجةٍ تدعوا إليه يعد من قبيل التعسف في أستعمال الحق، فمن يطلق زوجتهِ دون سبب ودون صدور خطأً منها يستوجب الطلاق، يعدُ قرينة على قصد الأضرار بها فيكون متعسفاً في أستعمال حقه في الطلاق، أو تجاوز الغرض المراد من الطلاق لأسباب تدعو إليه، وإذا كان الطلاق لا يحقق مصلحة أو يحقق مصلحة ليست على قدر من الأهمية مقارنة بالضرر الذي يصيب المرأة، فأنه يكون متعسفاً في أستعمال حقه، كمن يطلق زوجتهُ عندما تطالبه بزيارة أهلها، وإذا أوقع الرجل الطلاق لتحقيق مصلحةٍ غير مشروعة، ثبتت عندئذ تعسفه في أستعمال حقه وترتب على ذلك الضمان.

مع وجاهة هذا الرأي ومقبوليته في تكييف الطلاق التعسفي، بأن التعسف في استعمال الحق يدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية، كون التعسف في أستعمال الحق يعد من تطبيقات المسؤولية التقصيرية[٣]، إلا إنه أغفل المعايير الأخرى التي أقرها الفقه الإسلامي، معيار الضرر الفاحش

---

[١]– د. فتحي الدَريني، نظرية التعسف في أستعمال الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٨، ص٢٨٦، د. رشيد عمري، التعسف في استعمال حق الطلاق، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة وهران السانية، الجزائر، المجلد ٢٩، العد الأول، ٢٠١٨، ص٢٥٠.

[٢]– د. رشيد عمري، مصدر سابق، ص٢٥٠، د. مجيد علي العبيدي، مصدر سابق، ص٣٢.

[٣]– ذهب أتجاه من الفقه إلى إبعاد التعسف في أستعمال الحق عن مجال الخطأ التقصيري، ذلك أن التعسف في أستعمال الحق أوسع مجال من الخطأ التقصيري، ولصعوبة إثبات عنصر الخطأ في حق المسؤول، فقد نادوا بالبحث عن أسس جديدة للمسؤولية لتوفير أكبر قدر من الحماية للمضرور، من تلك الاسس ما نادى به الفقيه جوسران ارتباط فكرة التعسف في استعمال الحق بفكرة الحق ذاته، أشار الى ذلك، د. فتحي الدَريني، مصدر سابق، ص٢١٨، ٣٢٤، وقد نادى الفقيه(ساليلاس) و (كامبيون) بإرتباط فكرة التعسف في استعمال الحق بقوام المجتمع، من خلال إرتباط التعسف في استعمال الحق بمخالفة القواعد الأخلاقية أو إرتباط التعسف في أستعمال الحق بالإخلال بالمبادئ

كطلاق المريض مرض الموت لحرمان المرأة من الميراث، ومعيار تعارض المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة، كقيام الرجل (الزوج) بتطليق المرأة (الزوجة) ولديه عدد من الأولاد، مما يجعل هؤلاء الأولاد يفقدون الجو الأسري القائم على المودة والرحمة والأساس السليم للتربية، مما يجعلهم أكثر عرضه للانحرافات وهذا بلا شك يلحق ضرراً بمصلحة العامة، فهنا تعارضت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة فإذا أوقع الرجل الطلاق أصبح متعسفاً في أستعمال حقه.

في حين يرى البعض[1]، أن نظرية التعسف في أستعمال الحق لا تصلح لتكييف الطلاق التعسفي على أساسها، إلا في حالة واحدة فقط، وفق المعيار المتعلق بإستعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة، كمن يطلق زوجته كي يعاشر أمرأة أخرى معاشرة غير شرعية، هذا المعيار يمكن الأستناد إليه للقول أن الطلاق التعسفي هو إساءة لأستعمال الحق، لأن المصلحة غير المشروعة يمكن إثباتها، كون الطلاق له خصوصيته التي تميزه عن المعاملات المالية، فيما يتعلق بالمعيار بشأن استعمال الحق بقصد الأضرار بالغير، هذا المعيار يصعب تطبيقه على الطلاق التعسفي، لأن قصد الأضرار أمر نفسي لا يمكن التوصل إليه، إلا من خلال القرائن الدالة عليه، أما المعيار المتعلق بأستعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة ذات أهمية أقل من الضرر الذي يصيب الغير، هذا المعيار لا يصلح إعماله في مسائل الطلاق وأن كان يصلح في المعاملات المالية، لصعوبة الترجيح بين المصلحة التي يسعى إليها الرجل والضرر الذي يصيب المرأة.

وهذا القول لا يمكن التسليم به، لأن نظرية التعسف في أستعمال الحق لا تقتصر على حق دون آخر فهي تشمل جميع الحقوق، ويبدو ذلك من خلال تطبيقات هذه النظرية على مستوى المعاملات المالية وغير المالية، وفيما يتعلق بمسألة إثبات القصد فهذا يثبت بمجرد أن يقوم الرجل

الاجتماعية، إلا أنَ تلك المحاولات لم تجد نفعا ولم يكتب لها البقاء، كون نظرية التعسف في أستعمال الحق تعدُ الحل الأقرب إلى المنطق والعدل، أشار إلى ذلك، أودية نسرين، الطبيعة القانونية للتعسف في أستعمال الحق وفقاً للفقه= =والقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، ٢٠١٦، ص٤٤-٤٥.

[1]- د. لاتي محمد، أساس التعويض عن الطلاق التعسفي، مجلة القانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، العدد (٤)، ٢٠١٦، ص٢٦٣-٢٦٤.

بإيقاع الطلاق دون وجود حاجة تدعو إليه، وكذلك أنتفاء المصلحة يعد قرينة على قصد الأضرار، أما مسألة صعوبة الترجيح بين المصلحة التي يسعى إليها الرجل والضرر الذي يصيب المرأة، فأن معيار إنعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق (الرجل) والضرر الذي يصيب المرأة يمكن التوصل إليه من خلال النظر إلى مآلات الأفعال ونتائجها، فإذا كان للفعل مآلان متعارضان، وكان الضرر مساوياً للمصلحة أو راجح عليها، عُدَ الفعل غير مشروع، فما بالك إذا كانت المصلحة ضئيلة لا تتناسب مع ما يتحقق منها من ضررٍ، فإذا كان الطلاق لا يحقق مصلحة أو يحقق مصلحة ليست على قدر من الأهمية مقارنة بالضرر الذي يصيب المرأة يكون متعسفاً في أستعمال حقه في إيقاع الطلاق[١].

وينفي البعض[٢]، مسؤولية الرجل عن طلاق المرأة دون وجود حاجة تدعو إليه، بالقول أنَ حق المرأة المطلقة في المطالبة بتعويض تعسفي حق لا تعرفه الشريعة الإسلامية، لأن الطلاق هو أبغض الحلال وهو حق للزوج على زوجته فكيف يكون صاحب الحق ملزم بالضمان، مقتضى هذا الرأي أن الطلاق التعسفي لا يدخل في نطاق نظرية التعسف أستعمال الحق.

هذا القول لا يمكن التسليم به وأن كان يتوافق مع النزعة الفردية التي تعترف بالحق الفردي وحده على وجه مطلق، التي تقضي بأن من يستعمل حقاً فهو حر وغير مسؤول، إلا أنها لم تتلائم مع مقتضيات الشريعة الإسلامية القائمة على التوازن بين مصلحة الفرد والمصلحة العامة، وإلا ما جدوى إقرار الفقه الإسلامي لنظرية التعسف في استعمال الحق[٣]، القائمة على أساس التوازن بين المصالح، من خلال تحديد سلطات الحق الفردي وتقييدها، أو توجيه أستعماله على نحو يفضي به

---

[١]– د. رشيد عمري، مصدر سابق، ص٢٥٠، د. مجيد علي العبيدي، مصدر سابق، ص٣٢، د. فتحي الدَريني، مصدر سابق، ص٣٤٤– ٣٤٥.

[٢]– د. حيدر حسين الشمري، قانون الأحوال الشخصية العراقي بين المقتضى والمبتغى والبديل، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد (٧)، ٢٠٠٨، ص٢٠٧.

[٣]– تجدر الإشارة الى أن مصطلح التعسف بأستعمال الحق لم يرد على لسان الفقهاء المسلمين، وإنما ورد مصطلح (الأستعمال المذموم)، تعبيراً عن التعسف في استعمال الحق الذي درج عليه فقهاء القانون العرب، وهو مصطلح أستخدمه فقهاء القانون الغربين في فرنسا وبريطانيا.

للمصلحة الاجتماعية أو الاقتصادية التي شرع من أجلها ذلك الحق، فضلا عن إقامة التوازن بين المصالح المشروعة في أصلها والمتعارضة فيما بينها، لتدرأ أسباب التطرف قصداً أو مآلاً بمنع التسبب في ذلك قبل الوقوع وقطع استمراره وإزالة آثاره بعد الوقوع، وبالتالي أن التعسف في أستعمال الحق يعدَ مناقضاً لقصد الشارع من تشريعهِ[١].

فعندما نقول أن الطلاق حق للرجل مع مبغوضيته، حق مطلق لا يترتب عليه الضمان ذلك يعدَ مناقضاً لمقاصد الشريعة الإسلامية، المتمثلة في الحرص على إبقاء الصفة المزدوجة في الحق الفردية والجماعية، لذلك يمكننا القول أن الطلاق وأن كان حق وأصله مشروع وفيه مصلحة أو منفعة، لكن إذا عارضت مصلحة المرأة وسببت لها ضرراً، أصبحت مصلحة الرجل غير معتبرة، والدليل على ذلك القاعدة الأصولية القاضية ب (درء المفاسد مقدم على جلب المنافع)، وكذلك قول الرسول الأعظم (صل الله عليه وآله وسلم) (لا ضر ولا ضرار)، فضلاً عن ذلك أن الشريعة الإسلامية لم تشرع الحقوق كغايات حتى يكون صاحبها مطلق التصرف بها، وإنما شرعت الحقوق لتكون وسائل لتحقيق مصالح، وبالتالي كل حق مقيد بغاية، والأنحراف عن هذه الغاية هو التعسف بعينه[٢]، ولعل أبرز مثال على الطلاق التعسفي، طلاق المريض مرض الموت بقصد حرمان المرأة (الزوجة) من الميراث، رغم أختلاف الفقهاء المسلمين في مسألة وقوعه أو عدم وقوعه، إلا أنهم أتفقوا على أنها ترثه، إذ عامله الشارع بنقيض قصده[٣].

فيما يتعلق بالقوانين محل المقارنة، بالنسبة لقوانين الولايات المتحدة الأمريكية، يتم حل الرابطة الزوجية بالفسخ أو الأنفصال القانوني، بناءً على طلب يقدمه أحد الزوجين أو كلاهما للمحكمة المختصة، وهذا ما قضى به قانون ولاية إلينوي الأمريكية، قانون الزواج وحل الزواج لسنة

---

[١]- د. فتحي الدَريني، مصدر سابق، ص٤-٥.

[٢]- المصدر نفسه، ص٥٣.

[٣]- أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، المبسوط في الفقه الأمامي، الجزء الخامس، مصدر سابق، ص٦٨، د. وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، الجزء الثالث، مصدر سابق، ص١٨٢.

٢٠١٦، إذ نصت المادة (٤١١/٢/أ) على أنه (تبدأ إجراءات حل الزواج أو الانفصال بناءً على طلب أحد الزوجين أو كلاهما، عن طريق تقديم مذكرة استدعاء للمحكمة ودفع رسوم ...)[١].

وبموجب القانون الألماني لا يجيز الطلاق إلا أمام المحكمة، إذ نصت المادة (١٣١٣) من قانون الأسرة لسنة ١٩٧٦ المعدل على أنه، (لا يقع الطلاق إلا بقرار قضائي...)[٢]، هذا يعني لا نتصور حصول تعسف في الطلاق، لذلك يرى الفقه الألماني[٣]، أنه لا يمكن للزوجة أو الزوج المطالبة بالتعويض عند حل الرابطة الزوجية، وإنما يمكن لهما المطالبة بالتعويض في حالة الأخلال بواجب النفقة، في حالة أنتهاك أي منهما التزاماته المتعلقة بالنفقة بعد إنحلال الرابطة الزوجية.

أما بموجب أحكام القانون العراقي، نجد أن قانون الأحوال الشخصية أخذ بما جاءت به الشريعة الإسلامية، إذ أجاز للزوج أن يوقع الطلاق بإرادتهِ المنفردة، وهذا ما نصت به المادة (٣٤/اولاً) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل على أنه، (الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج....)، إلا أن ذلك الحق لم يكن مطلقاً، وإنما مقيد بعدم التعسف في أستعمال الحق إضراراً بالمرأة، فالطلاق كسائر الحقوق يخضع لرقابة وإشراف القضاء[٤]، فإذا تبين للمحكمة أن أستعمال الرجل لحقه في الطلاق غير مشروع، ويصبح الطلاق غير مشروع، إذا لم يكن القصد منه سوى الأضرار بالمرأة، أو إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الأستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب المرأة من ضررٍ بسببها، أو إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الأستعمال لتحقيقها غير مشروعة، أو إذا كانت المصلحة أو المنفعة التي يبغيها تتعارض مع المصلحة العامة، قضي بالتعويض لها.

---

[١] – قانون ولاية إلينوي الأمريكية، قانون الزواج وحل الزواج لسنة ٢٠١٦، متوفر على الموقع الإلكتروني، https://law.justia.com/، تاريخ الزيارة ١١/١٢/ ٢٠٠١٩، الساعة ٧,٢٣ مساءً.

[٢] – قانون الأسرة لسنة ١٩٧٦ المعدل في عام ٢٠١٣، متوفر على الموقع الإلكتروني، www.gesetze-im ، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٩/٢٥، الساعة ١٢,٣٠ مساءً.

[3] – Prof. Dieter Martiny, Professor M. Dieter Schwab, op. cit 30.

[٤] – د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مصدر سابق، ص١٩٣.

وهذا ما نصت عليه المادة (٣/٣٩) من القانون ذاته على أنه، (إذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة أن الزوج متعسف في طلاقها وإن الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المادية ودرجة تعسفه، يقدر جملة على أن لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى)، ولكل قاعدة قانونية غاية معينة والغاية من إيراد هذا النص حماية المرأة من تعسف الرجل في إيقاع الطلاق عليها بدون حاجة تدعو إليه، إلا اضراراً بالمرأة، وكذلك حفاظاً على كرامة المرأة وتعزيزاً لمركزها القانوني، إذ جاء في الأسباب الموجبة التي تم تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، وذلك بالقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٥ على أنه، (حماية للزوجة من إيقاع الزوج عليها تعسفاً، وتعويضاً لها عما أصابها من ضرر من جراء ذلك، وضماناً لعيشتها وحفظاً لكرامتها شرع هذا القانون).

وبذلك يكون المشرع أعتمد نظرية التعسف في أستعمال الحق الواردة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل فقد نصت المادة (٧) منه على أنه، (١- من أستعمل حقه أستعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان،٢- ويصبح أستعمال الحق غير جائز في الأحوال الأتية: أ-إذا لم يقصد بهذا الأستعمال سوى الأضرار بالغير، ب- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الأستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، ج- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الأستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة).

ويرى البعض من الفقه[١]، أن المشرع بهذا النص أعتبر التعسف في أستعمال الحق خطأً تقصيرياً موجباً للتعويض، ويعرف الخطأ التقصيري بأنه، إخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن إدراك، ويرى البعض[٢]، وبالرجوع إلى نظرية التعسف في أستعمال الحق، أنَ التعسف مختلف تماماً عن الخطأ التقصيري، التعسف إنحراف في السلوك، إنحراف صاحب الحق عن الغاية التي يقرر

---

[١]- د. عبد المجيد الحكيم و الاستاذ عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة التعليم العالي، بغداد، ١٩٨٠، ص٢٣٠،

[٢]- د. نواف حازم خالد و مدرس مساعد علي عبيد، المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف في أستعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد (١٢)، العدد (٤٤)، ٢٠١٠، ص١١٣-١١٤.

على أساسها الحق دون تجاوز حدوده، وإن لم يخل بواجب الحيطة واليقظة، وبذلك يكون التعسف في أستعمال الحق ذا طبيعة مستقلة عن الخطأ التقصيري لاختلاف محل كل منهما، كون محل الخطأ هو الأخلال بالتزام قانوني، ومحل التعسف إنحراف صاحب الحق عن الغاية التي يشرع الحق على أساسها، التعسف مرتبط بالحقِ بذاتهِ وغايته، وبذلك نظرية التعسف في أستعمال الحق لا تدخل من نطاق المسؤولية التقصيرية، وإنما هي نظرية مستقله لها مبناها ومعاييرها الخاصة.

ونحن نتفق مع الرأي الذي يذهب إلى[١] إن التعسف في أستعمال الحق يكيف على أساس المسؤولية المادية غير المشروطة بالخطأ، أي المسؤولية القائمة على أساس تحمل التبعة، التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، تلك المسؤولية المترتبة على مجرد واقعة الضرر البين لمجرد التسبب فيه.

وأستناداً على ذلك، يمكن القول أن التعسف في أستعمال الزوج لحقه في الطلاق دون وجود حاجة تدعو عليه، يقوم على أساس المسؤولية المترتبة على واقعة الضرر الذي يصيب المرأة من ذلك الطلاق التعسفي، واستبعاد عنصر الخطأ، وندعو المشرع العراقي إلى إعادة النظر في أساس هذه المسؤولية، وإقامة المسؤولية الناشئة عن التعسف في أستعمال الحق على عنصر الضرر وحده وأستبعاد عنصر الخطأ من أسس هذه المسؤولية، أي إقامتها على أساس تحمل التبعة.

كما أن القانون المدني الألماني لسنة ١٩٠٠ المعدل، أقام المسؤولية الناشئة عن التعسف في أستعمال الحق، على أساس الضرر وحده مستبعداً عنصر الخطأ، إذ نصت على ذلك المادة (٢٢٦) منه على أنه، (أستعمال الحق غير جائز إذا لم يكن له القصد منه سوى الأضرار بالغير)[٢]، والواضح من هذا النص أن المشرع الألماني ضيق من نطاق التعسف في أستعمال الحق في حدود قصد الأضرار بالغير، وبالتالي لا يعد تعسفاً باستعمال الحق عندما تكون المصلحة أو المنفعة منتفيه أو ضئيلة، ولا يعدُ تعسفاً عندما يكون أستعمال الحق يحقق مصالح غير مشروعة.

---

[١] – د. فتحي الدَريني، مصدر سابق، ص٣٤٢.

[٢] – القانون المدني الألماني لسنة ١٩٠٠ المعدل، متوفر على الموقع الإلكتروني www.gesetze-im ، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١٢/٢٢، الساعة ٣,١٨ مساءً.

الفرع الثاني

التعويض عن الطلاق التعسفي

توصلنا في التكييف من الناحية الفقهية، إلى أن إيقاع الطلاق بإرادة الرجل المنفردة دون وجود سبب أو حاجة تدعو إليه، يعد تعسفاً في أستعمال الحق يوجب الضمان على أساس تحمل التبعة، الذي أقره الفقهاء المسلمين، والذي رجحنا ودعونا المشرع العراقي إلى تبنيه، فيما كان التكييف القانوني يعد التعسف في أستعمال الرجل لحقه في إيقاع الطلاق يوجب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، كون التعسف يعد تطبيقاً من تطبيقات الخطأ التقصيري، وبعد أن انتهينا من التكييف بهذه الصورة، لابد من البحث عن المركز القانوني للمرأة في قواعد الإسناد التي يتم بموجبها تعيين القانون الذي يسري على تلك المسؤولية، نتسأل الأن عن القانون الواجب التطبيق على تلك المسؤولية، فهل تكفي قاعدة الإسناد الواردة في المادة (٢٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، بأن توفر للمرأة مركزاً متميزاً من خلال حصولها على تعويض عادل عن الأضرار المادية والمعنوية، التي أصابتها نتيجة الطلاق التعسفي، أم نحن بحاجة إلى قاعدة إسناد.

إذا كان الطلاق بقصد الأضرار بالمرأة، أو كانت المصلحة أو المنفعة بالنسبة للرجل ضئيلة مقارنة بالضرر الذي أصاب المرأة، أو كانت المصلحة المتوخاة من الطلاق غير مشروعة عُدَ الطلاق تعسفياً، يدخل في نطاق المسؤولية الموجبة للضمان، لا يثور التنازع بشأن العلاقة القانونية محل النزاع إذا كانت وطنية بعناصرها، وكذلك الأمر لو تحققت عناصرها في إقليم دولة واحدة دون أن تتعدى لحدود دولة أخرى، رغم أختلاف جنسيات الزوجين، ففي هاتين الحالتين يسري القانون الوطني، إلا أن التنازع يحصل عندما يكون كل من الرجل والمرأة (الزوجين) كل منهما يحمل جنسية مختلفة عن الأخر، وتتوزع عناصر المسؤولية في إقليم دولتين أو أكثر.

إذا أعتبرنا الطلاق التعسفي يرتب المسؤولية المدنية الموجبة للتعويض عن الأضرار التي أصابت المرأة نتيجة ذلك الطلاق، فما هو القانون الواجب التطبيق وفق المحاولات التي نادى بها الفقه في أطار القانون الدولي الخاص، وما أخذت به التشريعات محل المقارنة؟.

ظهرت عدة محاولات للبحث عن قاعدة الإسناد التي بموجبه يتم تعيين القانون الذي يسري على الالتزامات غير التعاقدية بشكل عام، منها إخضاع المسؤولية التقصيرية لقانون الدولة التي وقع فيها الفعل الضار على إقليمها، إذ نادى الفقيه الألماني (سافيني) بقاعدة خضوع المسؤولية عن الفعل الضار لقانون محل وقوعه، على أساس الفعل الضار وما يرتبه من أثار تركزت في ذلك المحل، كما لكل علاقة قانونية مركز ثقل، والواقعة المنشة للضرر تعد مركز الثقل في المسؤولية التقصيرية، فيكون قانون مكان وقوع الفعل الضار هو القانون الأكثر ملائمةً لحكم العلاقة القانونية، كما إنَ مبدأ الإقليمية يقتضي إنَ قانون دولة ما يسري داخل إقليمها على كل الأشخاص المتواجدين في الإقليم والأشياء والوقائع، فيكون من المنطقي أن يطبق قانونها على الأفعال الضارة التي تقع على ذلك الإقليم، فضلاً عن ذلك انعقاد الاختصاص لقانون الدولة التي وقعت فيها الواقعة المنشئة للالتزام يتفق مع توقعات أطراف العلاقة القانونية، فمن يوجد على إقليم دولة معينة ملزم باحترام قوانينها ومن ثم يتوقع تطبيقها عليه عندما يقوم بارتكاب عملاً ما[1].

وتأسيساً على ذلك، أن المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الأضرار التي تصيب المرأة نتيجة الطلاق التعسفي تخضع لقانون محل إيقاع الطلاق التعسفي، وعلى الرغم من مقبولية الأعتبارات التي يستند إليها هذا الأتجاه، إلا أن هناك أتجاهات أخرى تقضي بإمكانية منح الاختصاص لقانون آخر من خلال الأعتماد على قواعد إسناد تكون أكثر مرونة، حتى تتلائم مع التطور الحاصل في أطار العلاقات الدولية الخاصة، وخاصةً العلاقات الدولية الخاصة في أطار الأحوال الشخصية.

[1]– أشار إلى ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص١١٧٠.

وهناك من يرى[1]، أن قانون محل وقوع الفعل الضار غير ملائم لحكم العلاقة القانونية، لعدم وجود صلة بين ذلك القانون والعلاقة القانونية من حيث جنسيات الأطراف الرجل والمرأة أو محل إقامتهم، كما أن الواقعة المنشة للالتزام قد تقع بشكل عارضاً أو مصادفةً، كون الرجل والمرأة ليست لهم إقامة في ذلك الإقليم، فقد يكون تواجدهم على سبيل المرور في تلك الدولة.

لذلك ظهر أتجاه في الفقه[2]، ينادي بتطبيق القانون الأكثر صلة، من خلال تركيز وقائع وظروف العلاقة القانونية وملابساتها المحيطة، بالنظر إلى الموطن المشترك أو الإقامة المشتركة لأطراف المسؤولية، التي تكون مؤشراً إلى أرتباط الوضع الناشئ عن المسؤولية بقانون دولة الموطن، أو الإقامة أو الجنسية المشتركة، أكثر من أرتباطه بالدولة التي وقع فيها الفعل الضار، بما يبرر تفضيله على قانون تلك الدولة، وظهر هذا المبدأ في الفقه والقضاء الأمريكي في قضية (بابكوك ضد جاكسون)، التي فصلت فيها محكمة استئناف نيويورك عام ١٩٦٣، ملخص تلك القضية ذهب زوج وزوجة من نيويورك في رحلة بالسيارة مع صديق لهما يدعى (بابكوك) إلى أونتاريو، تعرضوا لحادث سيارة في أونتاريو، فرفع (بابكوك) دعوى ضد (جاكسون) السائق مدعياً أن إهماله تسبب في حادث سيارة، أثارت هذه القضية مسألة اختيار القانون الذي يسري على تلك الحادثة، فهل يتم تطبيق قانون مكان إقامة ضحايا الحادث (نيويورك) أو تطبيق قانون مكان الضرر (أونتاريو)، بموجب قواعد التنازع الأمريكية القديمة، القانون الواجب تطبيقه هو قانون مكان الحادث، وبما الحادث وقع في أونتاريو فأن القانون الواجب التطبيق هو قانون أونتاريو، ولما قانون (أونتاريو) يحظر على الركاب مقاضاة السائق عن الأضرار، التي تسببها حوادث السيارات، فوجدت المحكمة أن هذا يشكل إجحافاً

---

1 – Moffatt Hancock, Torts in the Conflict of Laws, University of Michigan Law School Scholarship Repository Michigan Legal Studies Series Law School History and Publications, Ann Arbor, Chicago, 1942, p57.

2 – Rick Kierges, Dismantling the choice of law for damages and contraction, Journal of International Law, University of Washington College of Law, USA, Volume 72 | Issue 1, 2015, p86, Kurt Lipstein, Characteristic Performance A New Concept in the Conflict of Laws, Northwestern Journal of International Law & Business, USA, Volume 3, Issue 2, Fall 1981, p410-412.

بحقوق المتضررين لذلك قررت البحث عن مركز الثقل في تلك العلاقة القانونية من خلال عناصرها، جنسيات الأطراف، ومحل الإقامة ومحل وقوع الفعل المشكل للضرر، والمحكمة المرفوع أمامها النزاع، فوجدت أن محل وقوع الفعل ليس له علاقة بقانون أونتاريو ولا يتناسب مع توقعات المتضررين، وبالتالي ليس من المنطقي والعدل تطبيق ذلك القانون، وخلصت إلى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون نيويورك كونه القانون الأكثر صلة[١]، ومن ثم نصت عليها صراحة قواعد تنازع القوانين الأمريكية بصيغتها الثانية لسنة ١٩٧١ المعدلة، إذ نص المادة (١٤٥) على أنه، (تتحدد حقوق ومسؤوليات الأطراف في دعوى الأضرار وفق القانون المحلي للدولة التي لها أكثر الروابط وثوقاً بالنظر إلى تلك الدعوى)، وقضت الفقرة السادسة بمجموعة مبادئ يجب أن تؤخذ بنظر الأعتبار للتعيين القانون الأكثر صلة، أذ نصت على أنه، (على المحكمة أن تأخذ بنظر الأعتبار الصلات والروابط المتمثلة بمكان ترتب الضرر، مكان وقوع السلوك الضار، موطن وإقامة وجنسية الأطراف، مكان الرابطة بين الأطراف إذا كانت هناك رابطة سابقة...)[٢]، مقتضى هذا أن كل نزاع يتعلق بالعلاقات الدولية الخاصة، هناك أعتبارات على القاضي أن يأخذها بعين الأعتبار، وهذه الأعتبارات تتمثل في توقعات الأفراد وتنوع العلاقات الدولية وتسهيل مهمة القاضي وتغليب مصالح الطرف المتضرر، وتطبيق القاعدة الأفضل في القوانين المتنازعة، على أن هذه الاعتبارات ليست متساويةً وإنما تختلف بحسب كل نزاع[٣].

وعلى ذلك، إذا كان الطلاق تعسفياً موجباً لتعويض المرأة عن الأضرار التي أصابتها، نتيجة تعسف الرجل في ذلك الطلاق، تم إيقاعه في دولة معينه وكان كلاً من الرجل والمرأة يحملان جنسية

---

1 – Babcock v. Jackson, 191 NE2d 279, 12 NY2d 473 (NY 1963), Details of the case are available on the website, www.nycourts.gov, Date of visit 12/24/2019, 4. 58pm.

2 – Reworking Second Conflict Law from Laws 2D Chapter 7. Damages Subject 1. Damages Title A. of 1971, American Law Institute, www.kentlaw.edu, Date of visit 12/24/2019, 12:41 pm.

3 – Hanotiaux (B.), Droit international privé American, L. G. D. J.,1979, p204, Article disponible sur le site Web www.hvdb.com, Date of visit 25/12/2019, 4:00 pm.

تلك الدولة أو لهما موطن مشترك فيها أو يقيمان فيها، فيكون من المناسب أن يسري القانون الوطني لتلك الدولة.

ويرى البعض من الفقه الألماني[١] بما أن المسؤولية عن التعسف في أستعمال الحق على أساس الضرر وحدة مع استبعاد عنصر الخطأ، أن القانون الذي يسري على المسؤولية الناشئة عن الأضرار التي يسببها الغير هو قانون محل تحقق الضرر، كون الهدف الأساسي من نظام المسؤولية تعويض المتضرر عما أصابهُ من ضرر، كما أن مكان تحقق الضرر يعد المكان الذي أختل فيه التوازن بين المصالح، التي يهدف القانون إلى حمايتها، وهو عليه القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل، إذ نصت المادة (١/١٧) منه على أنه، (يكون القانون الواجب التطبيق على التزام غير تعاقدي ناشئ عن ضرر هو قانون البلد الذي يحدث فيه الضرر، بغض النظر عن البلد الذي أدى فيه الحدث إلى حدوث ضرر وبغض النظر عن البلد أو البلدان التي تحدث فيها العواقب غير المباشرة لهذا الحدث)[٢].

أما بموجب أحكام القانون العراقي، فقد نص القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل في المادة (١/٢٧) على أنه، (الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام)، إذ أن المشرع العراقي لازال يعتنق المذهب التقليدي، الذي يخضع الالتزامات غير التعاقدية لإختصاص القانون المحلي، لقانون الدولة التي وقع فيها الفعل المنشئ للالتزام، وقد برر الفقه العراقي[٣]، موقف المشرع على إن الأفعال الضارة التي تقع في أقاليم دولة ما تعدُ خرقاً لقواعد سلوك الأفراد في المجتمع الذي وقعت فيه الأفعال الضارة، كما إن تقدير الأضرار

---

[1] – Luis de Lima Pinheiro, Selection of the Non-Contractual Obligations Law between Communication and Globalization – A Preliminary Assessment of the European Community Law, Rome II, Journal of international private and procedural law, Faculty of Law, University of Lisbon, Issue 4, 2008, p25.

[٢]– القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل.

[٣]– د. غالب علي الداودي و د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص١٥٩-١٦٠، د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص٢٩٣.

المترتبة من قبل المحكمة يخضع للظروف المحلية السائدة في المكان الذي وقعت فيه الحادثة المسببة للضرر.

وعلى وفق ذلك المسؤولية التقصيرية الموجبة للتعويض عن الطلاق التعسفي في أطار العلاقات الدولية الخاصة، يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام المتمثلة بواقعة الطلاق التعسفي، ونرى أن قانون مكان وقوع الفعل لا يعد عادلاً بالنسبة للمرأة ويجعلها في مركزٍ قانونيٍ منقوصٍ، كون بعض قوانين الدول[١]، لا تجيز الطلاق إلا عن طريق المحكمة، والذي يعرف بالتفريق القضائي، فلا يتصور وقوع الطلاق التعسفي بإرادة الرجل المنفردة خارج ساحة القضاء، كما تقضي بذلك الشريعة الإسلامية وقوانين الدول العربية، إذ لا يعتد بالطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للرجل إلا بموجب حكم قضائي، وعندئذ يعد القرار منشئاً وليس كاشفاً، وعلى فرض حصول الطلاق خارج ساحة القضاء، لم تنص قوانين تلك الدول على تعويض يمنح للمرأة المطلقة، إلا أنها تنص على نفقة المطلقة والتي تكون لفترة زمنية تتناسب مع مدة الحياة الزوجية، والتي يطلق عليه الصيانة أو الدعم لأحد الزوجين السابقين[٢]، ونتيجة أختلاف قوانين الدول في مدى قدرة المرأة عن الحصول التعويض الطلاق التعسفي من عدمه، نجد عدم قدرة قانون محل وقوع الفعل على أن يعزز مركزها القانوني ويوفر لها وسائل الحصول على التعويض نتيجة الطلاق التعسفي، لذلك لابد من البحث عن قواعد إسناد تعزز المركز القانوني للمرأة في أطار العلاقات الدولية الخاصة، قواعد تكون أكثر عدالة وأنصاف للمرأة في حصولها على التعويض عما لحق بها من أضرارٍ ماديةٍ ومعنويةٍ، لاسيما أن الأضرار المعنوية التي تتعرض لها المرأة من الطلاق التعسفي

---

[١]- نصت المادة (١٣١٣) من قانون الأسرة الألماني لسنة ١٩٧٦ المعدل على أنه، (لا يقع الطلاق إلا بقرار قضائي...).

[٢]- نصت المادة (٤٨) من قانون أصلاح النفقة لولاية ماساتشوستس الأمريكية لسنة ٢٠١١ على أنه، (دفع الدعم من الزوج الذي لديه القدرة على الدفع إلى الزوج الذي يحتاج إلى الدعم لفترة زمنية معقولة بموجب أمر من المحكمة)، ونصت المادة (٤٩/ ب) من نفس القانون اعلاه على أنه، (تنتهي النفقة في موعد لا يتجاوز تاريخًا معين تحت الحدود الزمنية ...)، قانون الاسرة الالماني لسنة ١٩٧٦ المعدل، في المادة (١٥٦٩) على أنه، (بعد الطلاق يكون كل زوج مسؤولاً عن توفير نفقته الخاصة وإذا لم يكن في وضع يسمح له بذلك فله المطالبة بالنفقة ضد الزوج الآخر ...).

تكون أقسى من الأضرار المادية خاصةً عندما لا يكون هناك مبرر معقول للطلاق، ولم يكن ما بينهما مشاكل أو خلافات ما يتوقع معها حصول الطلاق التعسفي.

وبهدف تعزيز مركز المرأة نرى ضرورة إخضاع المسؤولية التقصيرية بصورة عامة للقانون المحلي للدولة التي يكون لها أكثر الروابط صلة، بالنظر إلى تلك الدعوى، مع الأخذ بنظر الأعتبار الصلات والروابط المتمثلة بمكان ترتب الضرر، مكان وقوع السلوك الضار، موطن وإقامة وجنسية الأطراف، مكان الرابطة بين الأطراف إذا كانت هناك رابطة سابقة، دون الأعتماد على قانون محل الفعل أو قانون محل تحقق الضرر، وبما إن الطلاق التعسفي من تطبيقات نظرية إساءة استعمال الحق، الذي يوجب المسؤولية التقصيرية التي تنضوي تحت الالتزامات غير التعاقدية، فإن القانون الذي تخضع له المسؤولية الناشئة عن التعويض عن الطلاق التعسفي للقانون الأكثر صلة بالعلاقة القانونية، ونحن نتفق مع رأي البعض من الفقه[١]، الذي يرى أن إعمال قانون الدولة الذي يكون أكثر أرتباط بالعلاقة القانونية، يتلافى إشكاليات توزع عناصر المسؤولية التقصيرية في أكثر من إقليم، كأن يتم إيقاع الطلاق في دولة ويتحقق الضرر في دولةٍ أخرى أو يتم إيقاع الطلاق في مناطق تنتفي فيها السيادة.

ونقترح أن يكون نص المادة (٢٧) الفقرة الأولى بالصيغة التالية، **(تتحدد حقوق ومسؤوليات الأطراف في الالتزامات غير التعاقدية وفق القانون المحلي للدولة التي تكون فيها أكثر الروابط صلة بالنظر إلى تلك الدعوى)**، وأضافت فقرة ثانية تقضي بمجموعة مبادئ على المحكمة تأخذها بنظر الاعتبار للتعيين القانون الأكثر صلة، **(على المحكمة أن تأخذ بنظر الاعتبار في دعوى الأضرار، الصلات والروابط المتمثلة بمكان ترتب الضرر، مكان وقوع السلوك الضار، موطن وإقامة وجنسية الأطراف، مكان الرابطة بين الأطراف إذا كانت هناك رابطة سابقة)**، يعدُ ذلك أفضل الحلول لتعزيز المركز القانوني المرأة.

---

[١]– د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص١٢٠٥.

المبحث الثاني

مركز المرأة القانوني في نزاعات دعوى الحضانة

من المعلوم أن الحضانة من الوسائل المهمة لحفظ الطفل والقيام بشؤونه من طرف الحاضن، الذي يكون مؤهلاً لهذه المهمة الشاقة والصعبة، إلا أن إسناد الحضانة إلى الشخص الأكثر كفاءة وقدرة على القيام بالتزاماته المحضون من أكثر المسائل صعوبة، وتزداد تعقيداً في حالة الزواج المختلط، حيث تؤثر الخلافات بين الزوجين على علاقة كل منهما بالمحضون، لذلك من الضروري وقبل دراسة هذه الإشكالية وما تثيرها الحضانة من إشكاليات في مجال القانون الدولي الخاص على المركز القانوني للمرأة، يجدر بنا تحديد مضمون فكرة الحضانة في الشريعة الإسلامية، والدور الذي لعبته في تكريس مصلحة المرأة وصيانة حقها في هذا الجانب، ومقارنة ما جاءت به الشريعة الإسلامية بالقوانين الوطنية سواءً ما ورد في قانون الأحوال الشخصية أو قواعد الإسناد المتعلقة بالحضانة، محاولين استظهار مركز المرأة في تلك القوانين ومدى ملائمتها لما جاءت به الشريعة الإسلامية من ضوابط، لحفظ كرامة المرأة وحماية حقوقها ومساواتها مع الرجل، الذي يصبح طليقها بعد إنحلال الرابطة الزوجية وإنتهاء الحياة المشتركة فيما بينهما.

لأجل تحديد مركز المرأة القانوني في إطار تنازع القوانين بشأن الحضانة، لابد من أن نبين تكييف الحضانة لتحديد أي قاعدة إسناد تحكمها، على الرغم من المشرع العراقي وضع قاعدة إسناد بشأن الحضانة، ومن ثم نبين طبيعتها هل هي حق للمرأة أم حق للمحضون، لأننا لا يمكن أن نستظهر مركز المرأة القانوني من دون تحديد من له الحق في الحضانة وتكييفها القانوني، وأستقراء قاعدة الإسناد التي وضعها المشرع ومدى مراعاتها لمركز المرأة ومن ثم وضع الحلول، التي تعزز مركز المرأة وتراعي وجودها من ناحيتين، ناحية الأمومة وناحية كونها كائن حي لها حقوق كما للرجل حقوقٍ، ولا بد من القول أن جل الدراسات في أطار القانون الدولي الخاص ركزت على القانون الواجب التطبيق وإشكالياته تحديده على مصلحة المحضون، دون أن تولي أهتماماً ملموساً بمركز

المرأة في مسالة الحضانة، وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول الحضانة في الزواج المختلط، ونتناول في المطلب الثاني الاختصاص التشريعي للحضانة.

المطلب الأول

الحضانة في الزواج المختلط

الحضانة تتداخل ضمن أفكار متعددة، تارةً ضمن فكره الزواج باعتبارها من آثاره، ومرةً أخرى ضمن فكرة الطلاق كونها من آثار إنحلال الرابطة الزوجية، وتارةً أخرى ضمن العلاقة بين الآباء والأولاد، لذا نجد أن التشريعات المختلفة للدول قد تباينت فيما بينهما في تبني موقف موحداً إزاء ذلك، وبالتالي الأمر أنعكس على القانون لواجب التطبيق الذي يحكم مسألة الحضانة، فمنها ما يراعي مصلحة المحضون، ومنها ما يراعي مصلحة الأب، ومنها ما يراعي مصلحة الأبوين انطلاقاً من مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة وضرورة عدم التمييز بينهما أمام القانون.

وكوننا لا نبحث عن القانون الواجب التطبيق على مسألة الحضانة، وإنما عن مركز المرأة فيها مدى مراعاة جانب المرأة ومبدأ المساواة بينها وبين الرجل، لابد من أن نبحث هل الحضانة حق للمرأة أم حق للمحضون، ومن ثم نبحث في تكييف مسألة الحضانة كونها علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي للتوصل للقانون الواجب التطبيق، والذي يمكن أن يكرس مصلحة المرأة وحقوقها، لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول الحق في الحضانة، ونتناول في الفرع الثاني التكييف القانوني للحضانة.

الفرع الأول

الحق في الحضانة

فيما يتعلق بالمقصود بالحضانة وضع الفقه[١]، عدد تعريفات للحضانة وقد ركزت تلك التعريفات على مصلحة الصغير (المحضون)، ويبدو ذلك من عبارات الفقهاء وتعبيراتهم عند وضعهم تعريف للحضانة، فكانت جل عباراتهم تتمحور حول التربية والحفاظ والعناية والقيام بمصالح الصغير، مع إعطاء الأولية لمن يقوم بذلك للمرأة (الأم) فهي الأحق بحضانة الصغير سواء كان ذلك الصغير ذكر أم أنثى.

سوف نحاول أولاً تتبع آراء الفقهاء المسلمين، لكي يتسنى لنا الوقوف على مدى تعزيز الشريعة الإسلامية لمركز المرأة في الحضانة وحتى يتركز في الأذهان أن الشريعة الإسلامية ما كانت تفضل وتمييز بين الرجل والمرأة بل كانت توظف وتنصف، كما مر ذلك بيانه في كلامنا عن حقيقة مبدأ القوامة، وسوف يبدو ذلك واضحاً من خلال تتبع آراء الفقهاء المسلمين.

يرى الفقهاء المسلمون من الأمامية[٢]، أن الحضانة حق للحاضنة، والحاضنة هي الأم، فهي أحق بحضانة الصغير من الأب عندما تقع الفرقة بينهما، وهو ما عليه البعض من الشافعية والحنابلة والحنفية والأمام مالك[٣]، كون الحضانة هي من الأمور الطبيعية التي جعلها الله تعالى بين

---

[١]- محمد أمين أبن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٣، ص ٢٥٢، شمس الدين محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٢٢٥، عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ١٩٩٠، ص١٩٤.

[٢]- العلامة أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، مسائل الخلاف، الجزء الثاني، دار المعارف الإسلامية، بيروت، ١٤٠٧هـ، ص١٣١، السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري، منهاج الصالحين، المعاملات، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، منشورات دار التفسير، قم، ١٤٢٩هـ، المسألة (١٥٦٤)، ص٢٨٥.

[٣]- محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، الجزء الثاني، دار أحياء الكتب العربية، بولاق، مصر، ١٩٧٤، ص٦٢٠، الإمام مالك أبن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٣٢٣هـ، ص٣٦٥، شمس الدين أبو بكر محمد السرخسي، المبسوط، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، القاهرة،

الأم وأولادها لحنانها وللحاجة بين الولد والأم من ناحية الارتباط الروحي والإنشداد العاطفي والحاجة النفسية بينهما وهي ليست من مختصات الإنسان بل لدى الكائنات الحية أجمعها، فهي حق طبيعي خاص للأم لمدة خاصة لحكم ومصالح تتعلق بها حياة الطفل وبناء مستقبله الإنساني والاجتماعي.

ويذهب البعض من الفقه الحنفي[١] إلى القول بأن الحضانة حق للصغير على أمه وليس حقاً للأم فيه، وبالتالي الأم تجبر على حضانته ولا خيار لها في التنازل أو الأمتناع عن ذلك، ويرى البعض من الفقه الأمامي وبعض من الشافعية[٢] إلى أنها حقٌ للأم والصغير، فأن وجد من يقوم بها لا تجبر الأم، وأنَّ تعينت فليس لها الأمتناع، وحق الصغير فيها أقوى لأن مصلحته مقدمةً على مصلحة الحاضنة، ويجب العمل بما هو أنفع وأصلح للصغير، فإذا أسقطت الأم حقها في الحضانة بقي حق الصغير، وهذا يترتب عليه أن الأم تجبر على الحضانة في حالة عدم وجود غيرها، كما ليس للأم أن تصالح زوجها على ترك حضانة صغيرها منه، كأن تتنازل عن دين أو نفقة مقابل ذلك، لكن التصالح على أجرة الحضانة جائز لأن أجرة الحضانة حق خالص لها[٣].

ولم تبتعد آراء الفقه القانوني في العراق عما أدلت بها الشريعة الإسلامية، كون الحضانة حق للمرأة (الأم) دون الرجل سواءً كانت المرأة (الأم) في عصمة زوجها الذي هو والد الصغير أو كانت مفترقه عنه[٤].

=١٣٢٤هـ، ص٢٩٧، الشيخ موفق الدين قدامة المقدسي، المغني، المغني، الجزء الحادي عشر، الطبعة الأولى، عالم الكتب، الرياض، ١٩٩٧، ص٤١٤، عبد الوهاب خلاف، مصدر سابق، ص١٩٤.

[١]- كمال الدين محمد أبن الهمام الحنفي، فتح القدير في شرح الهداية، الجزء الثالث، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ١٣٥٦ هـ، ص٣١٦، شمس الدين الرملي، مصدر سابق، ص٢٢٨.

[٢]- محمد جواد مغنيه، فقه الأمام الصادق، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٨، ص٣٨٢، محمد أمين أبن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء الخامس، مصدر سابق، ص٢٥٣، أحمد شهاب الدين بن محمد الشافعي، الفتاوى الكبرى الفقهية، الجزء الرابع، مطبعة المشهد الحسيني، القاهرة، ٢٩٧٢، ص٢١٦، أحمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص٤١٣.

[٣]- أحمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص٤١٣، د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مصدر سابق، ص٣٤٦.

[٤]- د. فاروق عبد الكريم، مصدر سابق، ص٢٦٤، د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، الجزء الأول، مصدر سابق، ص٣٤٧.

ويرى البعض من الفقه الأمريكي[1] إن الحضانة حقاً خالص للطفل بعد أن كانت حق للأم، في أواخر القرن العشرين وبداية القرن الواحد والعشرين في الولايات المتحدة الأمريكية، إزدادت معدلات الطلاق بشكل كبير، وأصبح من الصعب تحديد القواعد التي تحكم حضانة الصغير في الوقت الذي بدأ الطعن في القرارات، التي تمنح الأم حق الحضانة عند إنحلال الرابطة الزوجية، كون الأم لا تملك في حد ذاتها القدرة على تربية ورعاية الصغير فالرعاية التي يقدمها الأب تكون أفضل بكثير، وهذا ما جاءت به محكمة نيويورك في عام ١٩٧٣، ومن هذا الوقت تم تغيير الأساس الذي يستند عليه القضاء لمنح الحق في الحضانة على أساس المصلحة الفضلى للصغير، إذ أن القاضي يحدد ما هو الأفضل للصغير، من خلال النظر في العديد من العوامل بما في ذلك رغبات الطفل، والروابط العاطفية بين الطفل والآباء والأمهات، إذ يختار القاضي أحد الأبوين، يعهد إليه بالطفل ويسمح لمن تؤول إليه الحضانة من الأم أو الأب باتخاذ قرارات طويلة الأجل بشأن تربية الطفل ورفاهه، ويبقى الطفل لدى أحد الأبوين الذي يتم تعينه من قبل المحكمة حسب المصلحة الفضلى للطفل، والغاية من ذلك تعزيز مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وأعتماد حلول أكثر حيادية، ففي أي طلاق تحرص المحكمة على ضمان معاملة الزوجين على قدم المساواة والإنصاف.

فيما تبنى البعض من الفقه الأمريكي الحديث[2] مبدأ ما يعرف بالحضانة المشتركة كمعيارٍ جديدٍ لما كان يعتبر في المصلحة الفضلى للطفل، حيث يقسم الطفل وقته بين مقر إقامة الوالدين، أي أن الحضانة تعد حقاً مشتركاً للأب والأم على أن ترعى في ذلك مصلحة الطفل.

---

1 – Mary Ann, Divorce and guard Encyclopedia of Children and Childhood in History and Society, Second Edition, library of congress, Printed in the United States of America, 2004, p 276-279.

2 – Mary Ann Mason, Child Custody Law (Law over the Last Half Century), Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, Vol. 24, 2012, p435, Lynne Marie Kohm, Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence, Journal of law & family studies, Regent University – Faculty of Law , Vol. 10, 2008, p33.

وقد أرسى القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية منذ عام ١٩٧٣، مبدأ الحضانة المشتركة كمعيار للمصلحة الفضلى للطفل، دون الأخذ بنظر الأعتبار مدى حق الأم أو الأب بحضانة الطفل بعد إنحلال الرابطة الزوجية، فقد أشارت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية إلى حق الآباء والأمهات في حضانة أطفالهما، ويعد ذلك من المبادئ الدستورية، التي نص عليها دستور الولايات المتحدة الأمريكي المتمثل بالمساواة بين الرجل والمرأة[١]، وفي مناسبات عدة قضت المحاكم الأمريكية، بالحق بالحضانة للأب أو الأم تماشياً مع المصلحة الفضلى للطفل، إذ أصدرت محكمة استئناف إنديانا الأمريكية قرارها المرقم (49A02-2017-DR-235 | October 25, 2017)، يقضي بأحقية الأب بحضانة الطفل كون المصلحة الفضلى للطفل عندما يكون الطفل مع الأب[٢].

وقد أنتقد البعض من الفقه الأمريكي[٣]، مبدأ الحضانة المشتركة الذي تبنته قوانين الولايات المتحدة الأمريكية، بالقول أن نظام الحضانة المشتركة يعطل نظاماً أوجد من أجل مساعدة المرأة، فعندما تكون الحضانة حق للمرأة وتمنح حضانة الصغير لها، فأنها سوف تستحق أجرة على تلك الحضانة، فإقرار الحضانة المشتركة يمس بحقوق المرأة ومكانتها كأم، وأن كان يحقق المساواة بين الأبوة والأمومة إلا أنه يضر بمصلحة المرأة.

---

[1]- Supreme Court decision of the United States of America No. 530 US 57 (2000) in the case of Troxel v. Granville, https://supreme.justia.com, Date of visit 11/12/2019. 5pm.

[2] - Indiana Court of Appeals decision numbered 49A02-1702-DR-235 | October 25/ 2017, Case Law of the Court of Appeal of the Eleventh Circuit United States of America2017, Available on the official website of the US Court of Appeals for the Eleventh Circuit https://law.justia.com/ Date of visit 13 / 11/2019 at 8 pm.

[3] - Michael Allison Chandler, More than 20 states in 2017 considered laws to promote joint custody of children after divorce, (Astrid Ricken / The Washington Post), p23, An article is available on the website www.washingtonpost.com, published on 11/12/2017, Date of visit 11/11/2019, 6,55pm.

وفي ألمانيا نجدُ الاتجاهات الفقيه الحديثة[١]، تنادي بضرورة جعل الحضانة مشتركة بين الآباء والأمهات، دون تمييز خاصة بالنسبة للآباء والأمهات غير المتزوجين من بعضهما البعض، مع الأخذ بنظر الأعتبار المصلحة الفضلى للطفل في الحالتين، وقد أنتقد موقف المشرع الألماني الذي كان يمنح الأمهات فقط حق الحضانة عندما لا يكون الأب والأم متزوجين من بعضهما البعض، وقضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، بأن قانون الحضانة الألماني يميز ضد الآباء غير المتزوجين بحرمانهم من الحضانة دون موافقة الأم، وإزاء ذلك عدلت المانيا القواعد الخاصة بالحضانة في قانون الأسرة الألماني لسنة ١٩٧٦ المعدل، إذ نصت المادة (١٦٢٦) منه على انه، (١- الآباء والأمهات لديهم حضانة مشتركة لأطفالهم، وتبقى هذه الحضانة مستمرة بعد الأنفصال الجسماني أو الطلاق)، (٢- إلا إذ، تقدم أحد الوالدين للمحكمة بطلب إنهاء الحضانة المشتركة وانفراده بحضانة الطفل على أن تكون هناك أسباب لتقديم الطلب ولا يعد معيشة الأب والأم في مكانيين مختلفين سبباً كافياً لأنهاء الحضانة المشتركة)[٢]، والمقصود بالحضانة المشتركة، هي أن يتقاسم الوالدان سلطة إتخاذ القرار وتربية الطفل، ويقيم الطفل في كلا المنزلين، يشار أحياناً إلى هذا الترتيب بأسم الإقامة المزدوجة، ويقسم الوقت الذي يقضيه الطفل بالتساوي بين دار الوالدين، أو قد يقضي الطفل معظم الوقت مع أحد الوالدين ووقت أقل مع الوالد الآخر[٣]، ويلاحظ أن الأصل تكون الحضانة مشتركة بين الأب والأم معاً، إلا أذا وجدت أسباب قوية من شأنها تفضل أحد الوالدين على الآخر حسب مصلحة الطفل.

---

[1] -Prof. Dr. Nina Dethloff & Prof. Dr. Dieter Martiny, Parental Responsibilities – Germany, National report: Germany, University of Bonn, p8, Article available on the website www.jura.uni-bonn.do, Date of visit 11/11/2019, 3,40pm.

[٢]- قانون الأسرة الالماني لسنة ١٩٧٦ المعدل.

[3] – Pradip Mighty, The effect of joint custody laws on the future outcomes of the labor market for children, International Review of Law and Economics, USA, Volume 43, 2015,p25.

أما المشرع العراقي، فلم يبتعد عما جاءت به الشريعة الاسلامية، إذ جعل الحضانة حقاً خالصاً للأم من حيث الأصل، إذ نصت المادة (١/٥٧) من أحكام قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل على أنه، (الأم أحق بحضانة الولد وتربيته، .....).

وإذا كانت الحضانة حقاً للمرأة (للأم) دون الرجل (الأب)، فيقتضي أنَّ يكون الحق للمرأة أولاً دون الرجل، وتكون قرابة المرأة (الأم) مقدمة على قرابة الرجل (الأب)، وتعزيزاً لمركز المرأة، نجد أن الشريعة الإسلامية عندما وضعت ترتيباً لمن له الحق في الحضانة، جعلت المرأة في صدارة ذلك الترتيب، إذ بدأ الترتيب بالنساء ومن ثم الرجال، فيبدأ الترتيب بالنساء على الوجه التالي (الأم ثم أم الأم ثم أم الأب مروراً بأخوات المحضون من الخالات والعمات وبنات الأخوات والأخوة)، وبالنسبة للرجال يخضع لقاعدة العصبة وفق ترتيب الميراث، فيبدأ الترتيب (بالأب ثم الجد لأب ثم الأخ الشقيق ثم الأب ثم أبن الأخ الشقيق)، ولا تنتقل الحضانة إلى الرجل وفق الترتيب أعلاه، إلا في حالة أنعدام وجود أحدى النساء اللواتي هن أحق بالحضانة من الرجل وفق ما ذكره الفقهاء المسلمون[١].

ويرى الفقهاء من الأمامية والحنابلة[٢]، أن الأم أحق بحضانة الصغير ثم الأب، فإذا مات أو جن بعد أن أنتقلت إليه الحضانة وكانت على قيد الحياة عادت إليها الحضانة، وكانت أحق بها من جميع الأقارب، بما فيهم الجد للأب حتى لو كانت متزوجة من أجنبي، وإذا توفى الأبوان تنتقل الحضانة إلى الجد لأب وإذا توفى تنتقل الحضانة إلى أقارب الصغير حسب الميراث والأقرب يمنع الأبعد.

---

[١]- أحمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص٤٠٧، محمد أمين أبن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء الخامس، مصدر سابق، ص٢٦٣، الإمام مالك أبن أنس الأصبحي، مصدر سابق، ص٣٥٧، د. محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، الطبعة الأولى، منشاة المعارف، الإسكندرية ١٩٨٣، ص٢٧٣، د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، الجزء الأول، مصدر سابق، ص٣٤٨.

[٢]- الشيخ محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، مصدر سابق، ص٣٧٨، عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، مصدر سابق، ص١٩٥.

ومن ذلك نستنتج أن الشريعة الإسلامية لقد منحت الأولوية في الحضانة للمرأة في الدرجة الأولى سواءً كانت أماً أم جدة لأم أو جدة للأب أو خالة أو عمة، تقديراً لها واعترافاً بدورها وقدرتها على حماية المحضون، لأنها أشفق وأهدى إلى تربيته والصبر على القيام بشؤونه وهي معترفة لها منذ الولادة، ولم يكن حنان وعطف المرأة السبب الوحيد لمنحها الحق بالحضانة الصغير، فليس بالضرورة أن تكون تلك المرأة تحمل من العطف والحنان ما يجعلها أهلاً لأن تكون حاضنة لذلك الصغير، وإنما الشريعة الإسلامية شريعة العدل والمساواة والواقعية، أرادت أن توازن بين مركز الرجل ومركز المرأة في ما يتعلق بأحوالهم الشخصية، دون أن تكون هناك كفةً راجحةً على أخرى، فتمثلت تلك المساواة بما يعرف بالتوظيف، فلكل منهما له وظيفة ويعاملان على درجة من المساواة، ومن جهة أخرى تبدو الحضانة تسند بالمساواة ما بين المرأة والرجل، لكن تقدم المرأة على الرجل بمرتبة لأنها أولى وأقدر وأصبر على تربية الصغير والسهر على رعايته، لذلك تكون الحضانة للأبوين في حالة قيام الزوجية وفي حالة إنحلال الرابطة الزوجية تكون للمرأة.

وقد أستقر القضاء العراقي في أحكامه على أن الحضانة حق للأم، إذ قضت محكمة التمييز، (أن الأم أحق بالحضانة مادامت محتفظة بشروط الحضانة)[1]، كما أصدرت محكمة التمييز الأتحادية قراراً يقضي بأحقية الأم بحضانة وتربية ولدها بعد الفرقة مالم يتضرر المحضون، وتعد تلك القرارات تكريس لما نص عليه المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل في المادة (١/٥٧)، إذ نصت على أنه، (الأم أحق بتربية وحضانة ولدها، حال قيام الزوجية وبعد الفرقة...)[2].

كما أن الشريعة الإسلامية من جانب أخر راعت مصلحة المحضون، أي المصلحة الفضلى للمحضون، التي ينادي بها الأن الفقه الغربي، والتي تعد من الأفكار الحديثة لديهم، وتجسدت تلك

---

[1]- قرار محكمة التمييز المرقم (١١٢٦/ شخصية/ ٢٠٠٠)، القرار متوفر على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى العراقيwww.hjc.iq/index-ar.php ، تاريخ الزيارة ١/ ١١/ ٢٠١٩ الساعة ٤,٥٠ مساءً.

[2]- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٢٠١٢/٨٥١٧)، القرار متوفر على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى العراقيwww.hjc.iq/index-ar.php ، تاريخ الزيارة ٩/ ١١/ ٢٠١٩ الساعة ١٠,١٩ صباحاً.

المصلحة من خلال عبارات الفقهاء المسلمين حول الشروط الواجب توفرها في الحاضنة، إذ كان الغرض منها مصلحة المحضون.

كما أن المشرع العراقي راعى مصلحة المحضون، ويبدو ذلك من خلال تتبع نصوص القانونية الواردة في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، على الرغم من أنه منح الأم الحق في الحضانة للأم، فقد قضت المادة (١/٥٧) على أنه، (الأم أحق بحضانة الولد .....ما لم يتضرر المحضون من ذلك)، أذ جعلت الحضانة حقاً للأم بشرط عدم تضرر المحضون، يبدو تركيز المشرع على مصلحة المحضون وتغليبها على حق الأم بالحضانة، فضلاً عن الشروط التي وضعها المشرع، فماهي إلا لمراعاة مصلحة المحضون، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ذاتها أعلاه على أنه، (يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانته، ولا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها، وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الأم والأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون)، كما نصت الفقرة السابعة من المادة ذاتها على أنه، (في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها، تنتقل الحضانة إلى الأب، إلا إذا إقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك، وعندها تنتقل الحضانة إلى من تختاره المحكمة، مراعية بذلك مصلحة الصغير)، فالمشرع راعى مصلحة المحضون قبل كل أعتبار، كما أن القضاء كرس في أحكامة روح النص وتمسك بحكمة التشريع، ويبدو ذلك واضحاً من خلال الأحكام التي يصدرها بشأن حضانة الصغير، أذ قضت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم (١٧٢٠/ شخصية/ ٢٠٠٦) بأنه (الأصل في الحضانة مراعاة مصلحة الصغير قبل أي أعتبار آخر...)[1]، كما قضت محكمة تمييز إقليم كوردستان العراق بقرارها المرقم (٢٠٣/ شخصية/ ٢٠٠٩) بأن، (الأم أحق بحضانة المحضونيين طالما ثبت لمحكمة الموضوع أمتناع المدعى عليه عن التعاون مع المحكمة وعرض المحضونيين على اللجنة الطبية، ولم يصدر قرار من اللجنة الطبية بخلاف ذلك ولا تحرم الأم من حضانة المحضونيين، إلا إذا إقتضت مصلحة المحضونيين ذلك أو فقدت الأم أحد شروط

[1]- القرار التمييزي الصادر من محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٧٢٠/ شخصية /٢٠٠٦ و المؤرخ في ٢٠٠٦/٥/٢٨ – قرار غير منشور.

الحضانة)[1]، وقد أكدت المحكمة الاتحادية العليا مؤخراً بصورة صريحة مبدأ المصلحة الفضلى للطفل بقرارها المرقم (١٢/ اتحادية/ ٢٠١٩)، إذ نص على أنه، (أن المادة (١/٥٧) من قانون الاحوال الشخصية المتعلقة بأحقية الأم بحضانة الولد لا تخالف أحكام الدستور، لأنها جاءت ضمن الأحكام المتكاملة لقانون الأحوال الشخصية في موضوع الحضانة، ومتوافقة مع الأحاديث الشريفة وآراء الفقهاء، ومع التشريعات المماثلة في الدول الإسلامية، التي جاءت لصالح الأنسان ولدفع الضرر عنه، سيما إذا كانت تخص الصغار منهم، لأنهم الأولى بالرعاية من مصالح الخصوم، كما أن المحكمة المختصة بنظر دعوى الحضانة تتحرى أين تكمن مصلحة المحضون، وأن الأصل في أحكام الحضانة أنها تدور مع مصلحة المحضون ودرء الضرر عنه، وقد فصل قانون الأحوال الشخصية أحكام الحضانة وجعلها متكاملة، وذلك أن التشريعات توضع لصالح البشرية ودفع الضرر عنها، سيما إذا كانت تخص الصغار منهم، لأنهم الأولى بالرعاية من مصالح الخصوم، كما أن المحكمة المختصة بنظر دعوى الحضانة تتحرى أين تكمن مصلحة المحضون)[2].

ويبدو جلياً أن مركز المرأة في مسائل الحضانة، التي نص عليها المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، والتي اقتبسها من الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي، منحت المرأة مركز متميزاً مقارنة بالقوانين محل المقارنة، إذ أن الحق بالحضانة من حيث الأصل للأم وحدها لا يشاطرها أحد فيه، وتستحق على تلك الحضانة أجرة، وهذا ما قضت به نصوص قانون الأحوال الشخصية الراقي، الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة مع مراعاة مصلحة المحضون، في حين القوانين محل المقارنة جعلت الحضانة حق مشترك بين الأب والأم مراعية بذلك مصلحة المحضون.

---

[1]- القاضي كيلان سيد أحمد، المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كردستان العراق- مقررات الهيئة- الأحوال الشخصية للسنوات ١٩٩٩- ٢٠٠٩، الطبعة الأولى، أربيل، كردستان العراق، ٢٠١٠، ص٢١٢.

[2]- قرار المحكمة الأتحادية العليا بالمرقم (١٢/ اتحادية/ ٢٠١٩) في ٢٠١٩/٣/٥، القرار متوفر على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى العراقيwww.hjc.iq/index-ar.php ، تاريخ الزيارة ٢٠/ ١٢/ ٢٠١٩، الساعة ١٠,١٩ مساءً.

الفرع الثاني

التكييف القانوني للحضانة

أن أختلاف التكييف القانوني للحضانة أدى بدوره إلى أختلاف القانون الواجب التطبيق عليها، والتكييف يعد عملية فنية تستهدف تحديد الوصف القانون للمسألة التي ثيرها وقائع منازعة في أطار العلاقات القانونية الدولية الخاصة بغية إدراجها في طائفة معينة من طوائف العلاقات القانونية، التي وضع لها القانون قاعدة إسناد[١]، وعرفه البعض[٢]، بأنه عملية فنية أولية تسبق الإسناد، بمقتضاه يتم تحديد طبيعة العلاقة الدولية الخاصة، بهدف إعطائها الوصف القانوني المناسب لأحد الأفكار المسندة تمهيداً لإسنادها للقانون الواجب التطبيق، ولا بد من القول أن التكييف هو البداية لأعمال قواعد الإسناد، فإذا تم التكييف بالشكل الصحيح، هذا سوف ينسحب على الإسناد، وإذا تم التكييف بصورة خاطئة يترتب على ذلك أختيار خاطئ للفكرة المسندة وبالتالي أختار خاطئ لقواعد الإسناد، مما ينتج عنه عدم ملائمة القانون المختار لحكم العلاقة القانونية محل النزاع.

الهدف من دراسة مسألة تكييف الحضانة، هو محاولة بيان هذه العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، أين يمكن أن تصنف هل هي من آثار الزواج، أم من آثار إنحلال الرابطة الزوجية؟، ومدى ملائمة قاعدة الإسناد التي وضعها المشرع العراقي؟، محاولين أيجاد قاعدة إسناد تتناسب مع ما نتوصل إليه من تكييف والذي من المزمع بيانه في المطلب الثاني من هذا الفصل.

لقد أختلف الفقه في تكييف الحضانة إلى عدة آراء فضلاً عن أختلاف التشريعات في تبنى ما جاد به الفقه، بما أنَ عملية التكييف من صنع القاضي، فتكييف قاضي لعلاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي يختلف عن تكييف قاضي آخر للعلاقة القانونية نفسها ذات العنصر الأجنبي في

---

[١]– د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٣٧٦.

[٢]– د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٧٠.

دولةٍ أخرى، وذلك لاختلاف المفاهيم القانونية والأجتماعية في كل دولة من الدول مما يؤدي إلى أختلاف التكييفات[١].

لا خلاف بين الفقهاء على أن الحضانة تدخل في نطاق الأحوال الشخصية، وبالتالي مرتبطة بعلاقة الأبوين مع الأولاد، إلا أن الفقه والتشريعات أختلفت حول ردها إلى علاقة معينة، فيمكن تكييفها على أنها أثر من آثار الزواج كون الأولاد هم ثمرة ذلك الزواج، أو أعتبارها أثر من آثار إنحلال الربطة الزوجية أو من آثار النسب.

يرى جانب من الفقه[٢]، أن الحضانة تعد أثراً من آثار عقد الزواج، لأنها من متعلقات البنوة، والبنوة من الناحية الواقعية تعدُّ أثراً من آثار الزواج، فيما يرى البعض من الفقه[٣]، أن التدقيق في آثار عقد الزواج نجد أنها تشمل حقوقاً والتزامات، تتمثل بحقوق تخص الرجل (الزوج) وهي ذاتها التزامات تقع على عاتق المرأة (الزوجة)، وحقوق تخص الزوجة وهي التزامات تقع على عاتق الرجل (الزوج) أتجاه المرأة (الزوجة) وحقوق مشتركة بينهما، فضلاً عن ذلك العلاقة بين الأولاد وأبويهما لها نطاق مختلف تماماً عن علاقتهما ببعضهما.

ويرى جانب أخر من الفقه[٤]، أنَّ الحضانة تعدُّ أثراً من آثار إنحلال الرابطة الزوجية، سواءً بالطلاق أو بالتفريق أو بالانفصال الجسماني، الذي يؤدي بالنهاية إلى التفريق القضائي، كون النزاع

---

[١]- د. أحمد محمود الفضلي، القانون الدولي الخاص في الإسلام، مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، كلية الحقوق، جامعة العلوم التطبيقية الخاصة، الأردن، المجلد (١٣)، العدد (١)، ٢٠٠٩، ص٤٠.

[٢]- د. فؤاد رياض و د. سامية راشد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص٣١٣، د. أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص المقارن، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٦، ص٢٢٨، د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص٢٨٢.

[٣]- د. عزت محمد علي البحري، القانون الواجب التطبيق على الحضانة (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد (٢٥)، لسنة ٢٠٠٧، ص٤٦٢.

[٤]- د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص٢١٣، د. جليلة دريسري، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، الطبعة الأولى، دار القلم للطباعة والنشر، دمشق، ٢٠١٠، ص٢٧، د. يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد (٣)، ٢٠٠٥، ص١٩٢.

بين الزوجين حول الحضانة لا يثار إلا بعد إنحلال الرابطة الزوجية وحدوث خلافات بين الزوجين، ففي حال قيام الزوجية تكون الحضانة مشتركة بين الزوجين ولا يثار بشأنها خلاف، لكن بعد وقوع الفرقة بين الزوجين تبدأ مشكلة الحضانة، وهي بذلك تعدَّ من آثار الإنحلال الرابطة الزوجية، وهو ما ذهب إليه البعض من الفقه الأمريكي[١]، إذ عدها من آثار الطلاق، لان مشكلة الحضانة لا تثور إلا وقت إنحلال الرابطة الزوجية.

لكننا نرى أن مسألة النزاع بشأن الحضانة قد تحدث حال قيام الزوجية، فليس بالضرورة أن يحدث النزاع على الحضانة بعد إنحلال الرابطة الزوجية، لذلك لا يمكن القول أن الحضانة أثر من آثار إنحلال الرابطة الزوجية، والدليل على ذلك ما جاءت به المادة (١/٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، إذ نصت على أنه، (الأم أحق بحضانة الولد وتربيته، حال قيام الزوجية، وبعد الفرقة..)، كما أن الواقع العملي يؤكد ذلك الكثير من دعوى الحضانة التي تقام أمام المحاكم العراقية مع استمرار الزوجية.

ويرى البعض من الفقه[٢]، أن الحضانة أثر من آثار النسب، كون الحضانة هي المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس، كما أن آثار النسب تمتد إلى الحقوق والواجبات المتبادلة بين الأب والأبن، لكن بالرجوع إلى مسألة الحضانة في الفقه الإسلامي، لا نجد الفقهاء المسلمين يشيرون إلى أن الحضانة أثر من آثار النسب، كون النسب يتعلق بشرعية الأولاد أي يتعلق بإثبات النبوة أو الأمومة ولا يتعلق بالحضانة، وكما رأينا أن ليس بالضرورة أن تعهد الحضانة للأم أو الأب فقد تعهد إلى طرفٍ ثالثٍ، حسب الترتيب الذي يضعه الفقه الإسلامي، كما أن الحضانة لا تعد المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس، وإنما هي ولاية التربية وهي المرحلة الأولى من مراحل

---

[1]– Michael Allison Chandler, o.p. cit, p15.

[٢]– د. عنايت عبد الحميد ثابت، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص٢٩١، د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية للكتاب، مصر، ١٩٨٦، ص٣٣٣، هشام علي صادق، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري)، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص٣٥٥.

الولاية[1]، فضلا عن ذلك أن الحضانة كما بينا تعهد من حيث الأصل للمرأة أولاً باتفاق الفقه سواءً كانت من باب الحقوق أو من باب الواجبات أتجاه المحضون.

والحضانة بموجب أحكام القانون العراقي أدرجت تحت الباب الخاص بالولادة ونتائجها، وبالتالي لا يمكن عدها من آثار الطلاق أو آثار الزواج، لا سيما لدينا في العراق يمكن أن يثار النزاع بشأن الحضانة سواءً كانت الزوجية قائمةً أو بعد إنحلال الرابطة الزوجية، ولا يمكن عدها من آثار النسب لأن المشرع أفرد للنسب فصلاً خاص تحت الباب الخاص بالولادة ونتائجها، وهذا يعني أن الحضانة هي من آثار العلاقة بين الوالدين والطفل، وليست من قبيل آثار العلاقة بين الزوجين سواءً وقت قيام الزوجية أو بعد الفرقة، وما يؤكد ذلك أن المشرع العراقي في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، وضع قاعدة إسناد خاصة بكل ما يتعلق بالعلاقة بين الطفل والآباء سواءً ما يتعلق بالبنوة الشرعية والولاية وكل الواجبات التي تنشأ بين الطفل والآباء كأثر من آثار الولادة، إذ نصت المادة (٤/١٩) على أنه، (المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب).

المطلب الثاني

الاختصاص التشريعي للحضانة

لغرض دراسة الإطار التشريعي لحضانة الصغير، لابد أولاً من بيان القانون الواجب التطبيق على الحضانة، لأستظهار مركز المرأة القانوني في ظل قواعد الإسناد الحاكمة للحضانة، ومدى انسجامها مع المبدأ الدستوري القاضي بالمساواة بين الرجل والمرأة، ومن ثم طرح الحلول التشريعية التي تعزز من مركز المرأة، وتكون منسجمة مع ما أدلت به الشريعة الإسلامية من مساواة بين الرجل والمرأة في مسائل الزواج والإنحلال الرابطة الزوجية، وما ينشأ من ذلك من آثار عن طريق ما يعرف

[1] – تثبت على الطفل حين الولادة ثلاثة ولايات، الولاية الأولى ولاية تربية ورعاية وهي الحضانة، الولاية الثانية الولاية على النفس، والولاية الثالثة الولاية على أمواله، الامام محمد ابو زهرة، مصدر سابق، ص٤٠٥.

بالتوظيف لا التفضيل بينهما كما توهم البعض، فضلاً عن أنسجام الحلول المقترحة مع النص الدستوري الذي يوجب المساواة بين الرجل والمرأة أمام القانون، لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة، ونتناول في الفرع الثاني الحلول التشريعية المقترحة.

الفرع الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة

ذكرنا أن التكييف له دورٌ مهم في تعيين القانون الواجب التطبيق على الحضانة، وقد أختلفت القوانين في القانون الذي يسري على الحضانة، تبعاً للتكييف الذي يقوم به القاضي، أستناداً إلى قانونه الوطني في أعتبار علاقة قانونية تنطوي على طائفة معينة من العلاقات القانونية، وبالتالي تنتمي لنظام قانوني معين، وبالمقابل هناك قوانين[1] سكتت عن وضع قاعدة إسناد خاصة بتعيين القانون الذي يحكم الحضانة.

تتداخل مسألة الحضانة ضمن أفكار متعددة، تارةً ضمن فكره الزواج باعتبارها أثراً من آثاره، وتارةً أخرى ضمن فكرة الطلاق، وتارةً أخرى ضمن علاقة الأولاد بالآباء، لذا نجد أن التشريعات المختلفة للدول قد تباينت فيما بينهما من تبني موقف موحداً إزاء ذلك، الأمر الذي ينعكس على مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة الحضانة فبدلاً من أن يكون هناك قانون واحد واضح ينعقد له الاختصاص في مسائل الحضانة، نجد أن هناك عدة قوانين قد تتزاحم فيما بينها، ويعد تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة أهمية كبيرة نظراً لعدم النص عليه في جل القوانين العربية والأجنبية، ويمكن رد هذه الأختلافات إلى مجموعة من الاتجاهات.

أتجاه يخضع الحضانة للقانون الذي يراعي المصلحة الفضلى للمحضون، وقد أخذت به المدرسة الأنجلو أمريكية، إذ قضت قواعد تنازع القوانين الأمريكية بصيغتها الثانية لسنة ١٩٧١

[1] – القانون المصري والقانون الجزائري والقانون الفرنسي، هذه القوانين لم تضع قاعدة إسناد بموجبها يتحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة.

المعدلة، إلى أنه يسري على الحضانة القانون الأصلح للطفل، إذ تغلب حق الطفل على حق الحاضن فيطبق القانون الذي يحقق المصلحة الفضلى للطفل.

وقد أكد القضاء الأمريكي هذا الأتجاه في منازعات الحضانة في أطار العلاقات الدولية الخاصة، ففي نزاع نشأ بين رجل فلسطيني وأمرأة أمريكية، سبق وأن تزوجا في فلسطين ثم أنتقل الزوجين للإقامة في الولايات المتحدة الأمريكية، وقد أنجبا طفلاً لكن الحياة الزوجية لم تستمر لوجود خلافات بين الزوجين، مما أدت إلى انفصال الزوجين وعودة الزوج إلى فلسطين، وحصوله على حكم من المحكمة الشرعية في غزة في سنة ١٩٩٣ يقضي بحقه بحضانة الصغير، وفي الوقت نفسهِ لجأت الزوجة لمحكمة نيوجيرسي الأمريكية مطالبة بحقها في الحضانة، إذ أصدرت حكمها على أساس تحقيق أفضل حماية لمصلحة الطفل وهو ما أكدته السوابق القضائية، كما أنها رفضت تنفيذ الحكم الصادر من محكمة غزة، كونه يستند إلى السن الذي أعتبرته أساساً تلقائياً أو تحكمياً، الذي يختلف عن قانون ولاية نيوجيرسي الذي يؤسس الحضانة على أساس المصلحة الفضلى للطفل، وأنتهت المحكمة إلى القانون الذي طبقته محكمة غزة يخالف النظام العام وفق المفهوم المعمول به في الولاية[١].

وأتجاه أخر يتمثل بالقانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل، فقد أخضع الحضانة لقانون الإقامة المعتادة للطفل، ولم يعطي تعريفاً للمقصود بالإقامة المعتادة، وقد أتخذت محكمة العدل الأوروبية عدة قرارات بشأن مصطلح الإقامة المعتادة في قضايا متعددة منها – Case C (497/10 PPU/2010)، إذ قضت بأنه، (محل الإقامة المعتادة هو المكان الذي يمكن فيه تحديد درجة اندماج الطفل في البيئة الاجتماعية والعائلية، ويجب على المحكمة أن تحدد الإقامة المعتادة للطفل على أساس كل الظروف، حسب ظروف كل حالة على حده، بالإضافة إلى ولادة الطفل وتواجده بصورة تعكس الاندماج في الدولة التي يتواجد فيها)[٢].

---

[١] – نقلاً عن د. عزت محمد علي البحيري، مصدر سابق، ص٤٦٨.

[2] – (C – 497/10 PPU/2010),Judgment of the Court (First Chamber) of 22 December 2010, Details of the decision are available at http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf, Date of visit 23/11/2019 at 2.30 pm.

وقد أرسى القضاء الألماني هذا المبدأ في مناسبات عدة، ففي قضية بين زوج ألماني وزوجة سنغافورية تزوجا في ألمانيا في عام ٢٠٠٩ وُلد الطفل الأول للزوجين في ألمانيا في عام ٢٠١٠، وجدت الزوجة الحياة صعبة في ألمانيا، لأنها لم تستطع التحدث باللغة الألمانية، كما أنها لم تستطع التغلب على الاختلافات الثقافية بينها وبين عائلة زوجها، وفي عام ٢٠١٢ عادت العائلة إلى سنغافورة للاحتفال بالسنة الجديدة مع أقارب الزوجة، عاد الزوج فقط إلى ألمانيا، ورفضت الزوجة العودة إلى ألمانيا مع طفلها، بعد عودة الزوج إلى ألمانيا، حصل على أمر من المحكمة الألمانية لإعادة الزوجة والطفل إلى ألمانيا، إلا أن الزوجة رفضت إعادة الطفل إلى ألمانيا، وبدأت بدلاً من ذلك إجراءات الحضانة الوحيدة لرعاية الطفل والسيطرة عليه في سنغافورة، وبما أن سنغافورة من الدول المصادقة على اتفاقية ١٩٨٠، المتعلقة بالجوانب المدنية للأختطاف الدولي للأطفال، إذ تتفق الدول الموقعة عمومًا على أن تكون محاكم بلد الإقامة المعتادة للطفل هي المحفل لتقرير جميع القضايا المتعلقة بحضانة الطفل ورعايته في هذه الحالة، ونظرًا لأن الطفل كان يعيش في ألمانيا منذ ولادته واستقرت الأسرة في ألمانيا لجميع النوايا والأغراض قبل سفرهم إلى سنغافورة، وعلى ذلك يسري على الحضانة القانون الألماني، كون الحضانة يسري عليها قانون محل الإقامة المعتادة للطفل، وبالعودة لقانون الأسرة الألماني حكمت المحكمة بالحضانة المشتركة لكل من الزوج والزوجة، وكون الزوج طلب من المحكمة إنفراده بحضانة الطفل كون الأم تعاني من أمراض نفسية، فقضت المحكمة بالحضانة المنفردة للأب وعودة الطفل إلى ألمانيا مع أبيه أستناداً لأحكام المادة (١٦٢٦) من قانون الأسرة الألماني، إذ نصت على انه، (١- الآباء والأمهات لديهم حضانة مشتركة لأطفالهم، وتبقى هذه الحضانة مستمرة بعد الانفصال الجسماني أو الطلاق)، (٢- إلا إذا تقدم أحد الوالدين للمحكمة بطلب إنهاء الحضانة المشتركة على أن تكون هناك أسباب لتقديم الطلب ولا يعد معيشة الأب والأم في مكانيين مختلفين سبباً كافياً لأنهاء الحضانة المشتركة)، إلا أنَ الزوجة طعنت بالقرار أمام محكمة الاستئناف السنغافورية وذكرت أن هناك خطرًا من عودة الطفل إلى ألمانيا، إذ سيتعرض لضررٍ نفسي بسبب انفصاله عن والدته، إذ أدعت الزوجة بأنها غير قادرة على العودة إلى المانيا لأسباب طبية، كما أدعى الزوج أن الأسباب الطبية للزوجة كانت في معظمها نفسية وأنها غير راغبة (وغير قادرة) على العودة إلى المانيا مع الطفل، عينت محكمة الاستئناف خبيراً طبياً مستقلاً وجد في

النهاية أن الزوجة تعاني من أمراض عقلية تتطلب علاجاً مكثفاً، أخذت محكمة الاستئناف رأي الخبير بشأن الحالة العقلية للزوجة في الاعتبار في قرارها، وأيدت قرار المحكمة بعودة الطفل إلى ألمانيا ومنح الزوج الحضانة المنفردة[١].

ويرى البعض من الفقه العراقي[٢]، إن القانون العراقي أتخذ موقفاً متميزاً، وذلك بجمع المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد بقاعدة إسناد واحدة، وأخضع كل تلك المسائل لقانون جنسية الأب، لغرض تلافى الجدل الحاصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة.

ونحن نرى وأن كان المشرع يجمع ما يتعلق بالنبوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات بين الآباء والأولاد وأخضعها لقاعدة إسناد واحدة، لتلافي الجدل حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة، إلا أن ذلك لا يتلائم مع طبيعة الحضانة التي نصت عليها المادة (١/٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، كونها حق للأم مع مراعاة المصلحة الفضلى للطفل، فإذا كانت حق للأم كان من باب أولى خضوع مسائل الحضانة لقانون الأم، إنصافاً للمرأة وتكريساً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، إذ أن أغلب قواعد الإسناد الخاصة بمسائل الأسرة أسندت لقانون الرجل، أو بما أن المشرع راعا مصلحة الطفل فيكون من باب أولى أيضاً إسناد الحضانة لقانون جنسية الطفل، فإذا قانون الأحوال الشخصية أنصف المرأة فلا بد أن تأتي قاعدة الإسناد متلائمة معها، كما أن قاعدة الإسناد المار ذكرها لا تتلائم مع تكييف الحضانة من كونها من نتائج الولادة، وهذه ليست من مختصات الأب فقط يشترك فيها الأبوين معاً، فلا بد من أن يكون القانون متلائم ومنسجماً مع التكييف، لكي لا يثير هذه الإشكاليات.

---

[1]– Jun Lim, Case study: Cross-border custody of children and the Hague Convention on International Child Abduction, Published on 2 April 2016, Available at https://singaporelegaladvice.com, Date of visit 11/12/2019 at 4:40 pm.

[٢]– د. فراس كريم شيعان، تنازع القوانين في الحضانة (دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، كلية القانون، العراق، المجلد الخامس، العدد الاول، ٢٠١٣، ص١٦٦.

الفرع الثاني

الحلول التشريعية المقترحة

لابد من القول أن ما نص علية المشرع العراقي، فيما يتعلق بالقانون الذي يسري على الحضانة في المادة (٤/١٩) التي نصت على أنه، (المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والاولاد يسري عليها قانون الأب)، يقدم نموذجاً يعتمد على تفضيل قانون الرجل على قانون المرأة، وهذا يشكل أنتهاكاً للمبدأ الدستوري الخاص بالمساواة بين الرجل والمرأة[١]، وبذلك تعد هذه الفقرة غير دستورية مما يقتضي تعديلها من ناحيتين، الأولى يجب أن تكون موافقه للنص الدستوري، وثانيا أن تأتي معززة لمركز المرأة أو تتسم بالحيادية دون تفضيل قانون جنسية الرجل على قانون جنسية المرأة، فضلا عن ذلك أعتماد قواعد إسناد تكون أكثر مرونة وواقعية، مع الأخذ بنظر الأعتبار في كل ذلك مصلحة المحضون.

من الحلول المقترحة، أخضاع الحضانة لقانون جنسية المحضون، كون قانون جنسية المحضون يعدُ قانوناً حيادياً لا يفضل قانون جنسية الأب على قانون جنسية ألام، كما يرى البعض من الفقه[٢]، أن الطفل هو محور العلاقة القانونية ومركز الثقل فيها، وقد نصت أتفاقية لاهاي لسنة ١٩٦١ المتعلقة باختصاص السلطات والقانون الواجب التطبيق في مجال حماية القصَّر، على أعتماد قانون الدولة التي ينتمي اليها الصغير على مسائل الحضانة وما يتعلق بحمايته الصغير بصورة عامة، إذ نصت المادة (٤) منها على أنه، (أ- إذا قدرت سلطات الدولة التي ينتمي إليها الصغير بجنسية أن مصالح الصغير تتطلب أتخاذ تدابير وفقًا لقانونها لحماية شخصه أو أمواله فيجوز لها بعد إبلاغ سلطات دولة محل إقامته المعتادة، ب- يحدد هذا القانون شروط بدء وتعديل وإنهاء التدابير المذكورة، كما يجب أن تحكم آثارها سواء فيما يتعلق بالعلاقات بين الصغير والأشخاص أو المؤسسات المسؤولة عن رعايته، وفيما يتعلق بالأشخاص الآخرين، ج- يجب ضمان تطبيق التدابير

---

[١]- نصت المادة (١٤) من دستور جمهورية لسنة ٢٠٠٥ على أنه، (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس..).

[٢]- د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٨٤٩.

المتخذة من قبل سلطات دولة جنسية الطفل، د- تحل التدابير المتخذة بموجب الفقرات السابقة من هذه المادة محل أي تدابير قد تكون اتخذتها سلطات دولة محل الإقامة المعتادة للصغير)[1].

إلا أن إخضاع الحضانة لقانون جنسية المحضون، يثير إشكاليات تتعلق بكون المحضون متعدد الجنسية أو عديم الجنسية، نتيجة اختلاف أسس فرض الجنسية فيما بين قوانين الدول التي ينتمي إليها كل من الأب والأم، ويمكن تلافي هذه الإشكالية من خلال إعمال فكرة الحل الوظيفي التي تعد من الأتجاهات الحديثة، دون الأعتماد على المناهج التقليدية التي طرحت بشأن التنازع الايجابي للجنسيات[2]، لأن هذه المناهج كثيراً ما يفضي تطبيقها إلى رفض تنفيذ الأحكام الأجنبية الخاصة بالحضانة، وعليه إذ كان المحضون يحمل جنسية عراقية وجنسية أجنبية، وأردنا تعيين القانون الواجب التطبيق على مسائل الحضانة، فيتم إخضاعها للقانون الذي يحقق مصلحة الطفل ولو كان ذلك القانون أجنبياً، فمصلحة الطفل هي الغاية المبتغاة، وبعبارة أخرى تعيين القانون الواجب التطبيق يتم وفق وظيفة قاعدة الإسناد، دون الأخذ بنظر الأعتبار الرابطة التي تربط المحضون بالقانون العراقي عن طريق الجنسية العراقية، إلا في حالة القانون المختار وفق منهج الحل الوظيفي يتعارض مع النظام العام والآداب، ففي هذه الحالة يستبعد ذلك القانون وإن كان يحقق مصلحة المحضون، إذ يعد النظام العام في كل دولة بمثابة صمام أمان في الحالات التي يتعارض فيها القانون الأجنبي المختار مع النظام العام للدولة المراد تطبيق القانون الأجنبي فيها، وهذا ما نصت عليه المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على أنه، (لا يجوز تطبيق قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الإحكام مخالفة للنظام العام والآداب في العراق).

---

[1] - The Hague Convention of 1961 regarding the jurisdiction of the authorities and the applicable law in the field of protection of minors, www.hcch.net, Date of the visit / 27/12/2019, at 10.55 am.

[2] - الحلول التقليدية، (قانون القاضي، الطريق الدبلوماسي، الجنسية اللاحقة، الجنسية السابقة، جنسية الدولة التي بها محل الاقامة المعتادة، الجنسية الفعلية)، د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص٤٩-٥٠.

وقد أولى القضاء الألماني أهتماماً كبيراً بمنهج الحل الوظيفي، بالرغم أن من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل، ينص في المادة (١/٥) على وجوب تطبيق القانون الألماني في الحالات التي تثبت فيها للشخص جنسيات متعددة من بينها الجنسية الألمانية، إلا أن محكمة استئناف (Hamm) الألمانية ذهبت إلى تطبيق القانون الأوكراني بوصفه قانون الجنسية التي يحملها الشخص، وأستبعاد القانون الألماني رغم أن الشخص يحمل الجنسية الألمانية، على أثر قضية تتلخص وقائعها بشأن نزاع يتعلق بحضانة طفل يحمل الجنسيتين الألمانية والأوكرانية من أبوين أوكراني وألمانية، وكانت العائلة قبل الانفصال تقيم في أوكرانية، صدر حكم من المحكمة العليا الأوكرانية، يقضي بمنح الحضانة إلى الأب، وعلى الرغم من ذلك فقد أعتادت الأم على أصطحاب الصغير إلى ألمانيا لأكثر من مرة دون علم والد الطفل، وعلى أثر ذلك تقدم الأب إلى المحاكم الألمانية طالباً الأعتراف وتنفيذ الحكم الصادر من المحكمة الأوكرانية العليا والقاضي بحضانتهِ للصغير، فأجابت المحكمة الألمانية طلب الأب وأصدرت قرارها بالاعتراف بالحكم الاجنبي وتنفيذه في المانيا، بالرغم من أن القانون الألماني هو صاحب الأختصاص بالنزاع كون الصغير يحمل الجنسية الألمانية استناداً لنص المادة (١/٥) من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل[١]، التي نصت على أنه، (إذا كان تعيين القانون الواجب التطبيق وفقًا لأحكام هذا التشريع يقوم على الجنسية وجب تطبيقه، بالنسبة للأشخاص الذين لهم جنسيات متعددة ولهم في الوقت ذاته الجنسية الألمانية)، إلا أنها أعتبرت الصغير يرتبط بالجنسية الأوكرانية أكثر مما يرتبط بالجنسية الألمانية، فولادة الصغير تمت في أوكرانية، وأقام مع عائلته فيها لحين انفصال أبويه وحصول النزاع بشأن الحضانة، وبالتالي يكون القانون والقضاء الأوكراني، الأكثر ملائمة للفصل في النزاع من القانون الألماني والمحكمة الألمانية بالنسبة لمصلحة الصغير[٢].

لذلك ندعو المشرع العراقي إلى تبني فكرة الحل الوظيفي فيما يتعلق بالتنازع الإيجابي للجنسيات، لا سيما أن المادة (١/٣٣)، منحت المحكمة سلطة تقديرية في تحديد القانون الذي

---

[١] – القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل.

[2] – Court of appeal decision W 413/16-15, in 26.09.2017, Available on the link, https://openjur.de, date of visit 8/2/2020, 11:42 pm.

يخضع له الأشخاص الذي تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد، بما أن المشرع لم يصرح بأعتماد الجنسية الفعلية كما فعلت بعض قوانين الدول، فهذا أضفى على النص بعض المرونة، التي من خلالها يستطيع إعمال منهج الحل الوظيفي في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، أو تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد، على أن فكرة الحل الوظيفي يمكن إعمالها سواءً كان مزدوج الجنسية حضر أمام قضاء دولة لها علاقة بالنزاع أم لم يكن لها علاقة، إذ أن المحكمة تعتمد قانون جنسية الدولة الذي يحقق مصلحة المتنازع في جنسيته، والتي من خلالها يتحقق الهدف والغاية والوظيفة من القواعد القانونية، لذلك نقترح إلغاء الفقرة الثانية من المادة (٣٣)، وتعديل نص الفقرة الأولى بالصيغة الأتية، **(تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو تثبت لهم جنسيات متعددة أو تثبت لهم في الوقت ذاته الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية)**، وإلغاء نص الفقرة الثانية من المادة (١٠) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ الذي ينص على أنه، (تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية)، أو يعدل النص بالصيغة الأتية، **(تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية فيما يتعلق بالمسائل الواردة بهذا القانون)**، أذ يسري القانون العراقي على من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية، بما ورد بهذا القانون من أحكام تتعلق بمنح الجنسية واكتسابها واستردادها، وما يتعلق بذلك من مسائل أخرى، وردت بهذا القانون، لتلافي التعارض بين نص المادة(٣٣) من القانون المدني العراقي والنص الوارد في المادة (٢/١٠) من قانون الجنسية العراقي أعلاه.

ومن الحلول التي نقترحها، لتحقيق التوازن والحيادية والأبتعاد عن التمييز بين الرجل والمرأة، فضلاً عن أضفاء المرونة على قواعد الإسناد، دون خضوعها لقانون معين بالذات سواءً كان قانون جنسية الصغير أو قانون محل أقامته أو قانون جنسية الأب أو الأم، إخضاع الحضانة وما يتعلق بها للقانون الأصلح للطفل، دون التقييد بقانون معين، أي القانون الذي يوفر المصلحة الفضلى للطفل، إذ تخضع الحضانة وما يتعلق بها لذلك القانون، والذي يعرف في القانون الدولي الخاص بمبدأ المصلحة الفضلى للطفل، وقد تبنت اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ هذا المبدأ، إذ نصت

المادة(١/٣) من هذه الاتفاقية على أنه، (في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواءً قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى)[١].

ويمكن اعتماد قانون محل الإقامة المعتادة للطفل كضابط إسناد، كونه المكان الذي تتركز فيه حياة الصغير وعلاقته بغيره، كما أن قانون محل الإقامة المعتادة يعد أكثر حيادية من اعتماد قانون جنسية الاب أو الأم ليحكم مسائل الحضانة، مع إعطاء حرية للقاضي في تحديد ذلك وفقاً لوظيفة قاعدة الإسناد.

وهذا ما قضت به اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٩٦، إذ أخضعت الأختصاص بإتخاذ الإجراءات، التي من شأنها توفر الحماية للطفل، سواءً في شخصه أو أمواله إلى السلطة الإدارية أو القضائية للدولة المتعاقدة، التي يكون فيها محل الإقامة المعتادة للطفل، حتى في الحالات التي يتغير فيها محل الإقامة عندئذ يكون الأختصاص لسلطات محل الإقامة الجديد، إذ نصت المادة (٥) منها على أنه، (١- للسلطات القضائية أو الإدارية في الدولة المتعاقدة التي تقع في محل الإقامة المعتادة للطفل، الاختصاص في أتخاذ تدابير موجهة لحماية شخص الطفل أو ممتلكاته، ٢- مع مراعاة المادة (٧) في حالة تغيير الإقامة المعتادة للطفل إلى دولة متعاقدة أخرى، يكون لسلطات دولة الإقامة المعتادة الجديدة اختصاص)، ومنحت هذه الأتفاقية السلطات المذكورة في المادة أعلاه بأن تطبق قانونها عند ممارسة أختصاصها المذكور، وهذا ما نصت عليه المادة (١٥) بقولها، (١- عند ممارسة اختصاصها .... ، تطبق سلطات الدولتين المتعاقدتين قانونها الخاص، ٣- إذا تغيرت إقامة الطفل المعتادة إلى دولة متعاقدة أخرى، فإن قانون تلك الدولة الأخرى يحكم من وقت التغيير شروط تطبيق التدابير المتخذة في دولة الإقامة المعتادة السابقة)، وفي سبيل توفير حماية أكثر للطفل سمحت الأتفاقية للسطات القضائية والادارية، وعلى سبيل الاستثناء أن تطبق قانون دولة أخرى متى

---

[١]- اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩، متوفرة على الموقع الإلكتروني، www.arij.org، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١١/٢٧، الساعة ٩,٣٠ مساءً، صادقت جمهورية العراق على الأتفاقية بموجب قانون تصديق اتفاقية الطفل (٣) لسنة ١٩٩٤.

ما ارتبطت بها الحالة أرتباط وثيق، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة أعلاه على أنه، (٢- ومع ذلك وبقدر ما تتطلب حماية الطفل أو ممتلكات، يجوز لهما أن تطبق أو تأخذ في الاعتبار بشكل استثنائي قانون دولة أخرى ترتبط الحالة فيها ارتباطًا كبيرًا)[١].

وأن الحلول التي طرحناها قد أتجهت لها القوانين محل المقارنة، والتي تعرضنا لها عن بحث للقانون الواجب التطبيق على الحضانة، فضلاً عن الاتفاقيات الدولية التي منها ما أخذ بمعيار أو مبدأ المصلحة الفضلى للطفل، ومنها ما أخذ بضابط محل الإقامة المعتادة للطفل، وبما أن العراق أنضم وصادق على الاتفاقية التي تعني بشؤون الأطفال وحضانتهم وحمايتهم وما يتعلق بالحضانة من حقوق الزيارة والانتقال، بات من اللازم تعديل قواعد الإسناد الخاصة بحضانة الأطفال وما يتعلق بها بما يتلائم مع ما جاءت به الاتفاقيات التي أنضم اليها العراق، بهدف القضاء على التمييز بين الرجل والمرأة، ووضع ضابط إسناد محايد لا يفضل قانون جنسية الرجل على قانون جنسية المرأة،

كما يمكن أعتماد قانون جنسية الطفل على أعتبار أن العراق من الدول ذات الأتجاه اللاتيني الذي يعتمد على ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية، ونقترح أن يكون النص بالصيغة التالية، **(المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون جنسية الأولاد)**، على أن يتم تعديل نص المادة (٣٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل بالصيغة تمت اقتراحها، وإلغاء نص المادة الفقرة الثانية من المادة (١٠) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، أو الأستناد إلى معيار المصلحة الفضلى للطفل، ويكون بالصيغة المقترحة التالية، **(المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها القانون الأكثر رعاية لمصلحة الأولاد)**، وبذلك يكون المشرع تبنى قواعد إسناد، لا تشكل خرقاً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة.

---

[١]- اتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختصاص، والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مجال المسؤولية الأبوية وإجراءات حماية الأطفال لسنة ١٩٩٦ المنقحة سنة ٢٠١٦، متوفرة الاتفاقية على الموقع الالكتروني https://assets.hcch.net تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١١/٢٧، الساعة ٩,٣٠ مساءً، وقد انضمت جمهورية العراق بموجب قانون انضمام جمهورية العراق إلى اتفاقية لاهاي الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للطفل رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٣، منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٣٠٥ في تاريخ ٢٠١٤/١/٧.

الخاتمـــــــــة

توصلنا في هذه الدراسة إلى عدد من النتائج تتبعها جملة من المقترحات، نتمنى على المشرّع العراقي أن يأخذها بنظر الاعتبار، لحظة إعادة النظر بقواعد الإسناد وخاصة القواعد المتعلقة بالزواج والطلاق وما ينشئ عن ذلك من آثار.

أولًا/ النتائـــــج:-

١. إنّ اعتماد المنهج التقليدي لقواعد الإسناد، يشكلُ خرقاً واضحاً للمبدأ الدستوري الخاص بالمساواة بين الرجل والمرأة، فالمشرع العراقي أعتمد على جنسية الرجل (الزوج) دون مراعاة لقانون جنسية المرأة (الزوجة)، في كل ما يتعلق بمسائل الزواج والطلاق وآثار كلاً منهما، على الرغم من أن ذلك يعدُ تعدياً على حقوق المرأة الدستورية.

٢. يبدو لأول وهله أن المشرع أعتنق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في تحديد القانون، الذي يحكم الشروط الموضوعية لإبرام عقد الزواج، لكن بالرجوع للنصوص الأخرى، التي تتعلق بآثار الزواج وإنحلال الرابطة الزوجية، نجده يخرج عن مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، ويجعل القانون الذي يحكمها قانون الزوج، وهذا يوحي أنه لم يعتنق مبدأ المساواة.

٣. لم يضع قاعدة إسناد تسري على مقدمات الزواج، المتمثلة بالخطبة والعدول عنها ما يترتب عن العدول من آثار، لا سيما أن الخطبة ليست عقداً، وإنما وعد بالزواج غير ملزم لكلا الطرفين الرجل والمرأة.

٤. زواج المرأة من رجل أجنبي لم يؤثر على التبعية السياسية للمرأة، فلا تتأثر جنسية المرأة بالزواج، إذ تبقى محتفظة بجنسيتها مالم تعلن التخلي عنها تحريرياً، وهذا أتجاه محمود للمشرع العراقي، ينسجم مع الإعلانات العالمية والاتفاقيات الدولية التي تقرر أن المرأة مستقلة في أمور جنسيتها ولم تعد تابعاً للرجل.

٥. الفقه الحديث في ألمانيا والولايات المتحدة الأمريكية والعراق وأغلب دول العالم، يرفض فكرة التسليم بأن قواعد الإسناد ذات الطابع المحايد مهمتها الإرشاد للقانون الواجب التطبيق، وإنما تعد قواعداً موضوعيةً، كما هو الحال في القواعد الموضوعية التي تنظم المجتمع

وتمنح الأفراد حقوقاً، وبالتالي لا تعد قواعد غير مباشرة، وإنما قواعد موضوعية أسوةً بالقواعد الموضوعية الأخرى في القانون الداخلي، وبهذا التوصيف يقتضي خضوعها للرقابة الدستورية، في حالة مخالفتها للمبادئ الدستورية، وخاصة مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة.

٦. لقد أقر القضاء الألماني، أن قواعد الإسناد لم تعد قواعداً إرشادية تهدف إلى العدالة الشكلية، وإنما هي قواعد موضوعية تهدف لتحقيق العدالة المادية، وخاصة القواعد المتعلقة بالأحوال الشخصية في الزواج والطلاق وآثارهما، إذ ألغى جميع النصوص القانونية التي تشكل تمييزاً ضد المرأة في هذا الجانب، ووضع حلولاً تعزز مركز المرأة وتكون أكثر حيادية وأكثر عدالة، فالقضاء يملك بموجب التشريع خلق القواعد القانونية ويملئ الفراغ التشريعي، وهذا ما اعتمده القضاء الألماني ولفت انتباه جانب من التشريعات، وفقه القانون الدولي الخاص إليها.

٧. أعتبار الزيجات التي تمت في المناطق المحررة، بحكم زواج الشبهة، وبالتالي تعد باطلة، إلا أنها ترتب آثاراً لعل أهمها ثبوت نسب الأولاد، لحماية المرأة من تهمة الزنا، والمحافظة على عفتها وكرامتها من أن تهان أو تهدر.

٨. قبول نظرية الإحالة ورفضها في أطار ضوابط الإسناد، التي تنظم مسائل الزواج والطلاق وما يترتب عليهما من آثار، يتوقف على مدى استجابتها لوظيفة قاعدة الإسناد، فإذا كان العمل بالإحالة يؤدي إلى نتيجة تتعارض مع الغاية التي تسعى إليها هذه القواعد فيجب استبعادها، أما إذا كان العمل بها يحقق تلك الأهداف، فعلى القاضي الإستعانة بها.

٩. إعمال قانون الإرادة في مسائل الأحوال الشخصية، في تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج وعلى إنحلال الرابطة الزوجية، إذ أن وظيفة قواعد الإسناد تحقيق الأمان القانوني والعدالة، وليس الهدف منها حماية المصلحة الوطنية للدولة أو حماية سيادتها ونظامها وأمنها، حتى لا يسمح لإرادة الرجل والمرأة، اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم الخاصة الدولية في مسائل أحوالهم الشخصية، فضلاً عن ذلك وجود صمام أمان يمنع تطبيق القانون المختار كلما كان مخالفاً للنظام العام والآداب.

١٠. إن التعسف في أستعمال الحق، الذي يكيف على أساس المسؤولية المادية غير المشروطة بالخطأ، أي المسؤولية القائمة على أساس تحمل التبعة، التي جاءت بها الشريعة

الإسلامية، تلك المسؤولية المترتبة على مجرد واقعة الضرر البين لمجرد التسبب فيه، تعد الأنجع والأكثر حمايةً للمتضرر من ذلك التعسف، وخاصةً في الطلاق التعسفي.

١١. لم يعد ضابط محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام يكفي لمعالجة تعيين القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية، الناشئة عن الطلاق التعسفي، لأن مشرع أي دولة عندما يضع ضابط إسناد، فهو يضع حكماً عاماً للوضع الغالب، قاصدًا به غايات محددة، ليس من بينها احترام إرادة الأطراف ولا تحقيق العدالة المادية ولا التنسيق بين النظم القانونية.

١٢. خضوع الحضانة لقانون الدولة التي ينتمي إليها الأب، يعد خرقاً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، لا سيما الحضانة حق للأم وتراعى فيه مصلحة المحضون، فكان الأولى بالمشرع أن يراعي هذا الأعتبار في تحديد قانون يتناسب مع طبيعة الحضانة، دون أن يفضل قانون الرجل على قانون المرأة.

ثانيًا/ المقترحات:-

١. نقترح على المشرع أضافة مادة تتعلق بشروط صحة الخطبة وآثار العدول عنها، ويكون بالصيغة التالية، **(يسري على الخطبة من حيث شروط صحتها وآثارها قانون كلا الخطيبين وقت الخطبة، ومن حيث آثار يسري قانون جنسية المضرور أو قانون موطنه).**

٢. نقترح على المشرع إلغاء الفقرة الثانية من المادة (١٩) الخاصة بالآثار الشخصية واستبدالها بالصيغة التالية، **(يسري على الأثار الشخصية للزواج قانون الجنسية المشتركة للزوجين، وإذا أختلفا بالجنسية يسري قانون محل الإقامة المشتركة للزوجين، وإذا أختلفا بمحل الإقامة يسري القانون الذي يكون أكثر صلة بالعلاقة القانونية).**

٣. نقترح إلغاء الفقرة الثانية المتعلقة بآثار المالية للزواج، واستبدالها بالصيغة التالية، **(١- يجوز للزوجين تعيين القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج، على أن يكون هذا القانون، أ- أما قانون الدولة التي يقيم فيها الزوجان أو أحدهما، إقامة معتادة وقت إبرام الاتفاق، ب- أو قانون دولة جنسية أي من الزوجين وقت إبرام الاتفاق)، ٢- وإذا لم يتفقا على تعيين القانون الواجب التطبيق، فيطبق قانون دولة الإقامة المعتادة المشتركة للزوجين عند إبرام الزواج، أو قانون دولة الجنسية المشتركة الزوجين، وفي الحالات التي لا يكون فيها الزوجان من جنسية مشتركة، يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الأوثق صلة وقت إبرام الزواج).**

٤. ونقترح أضافة فقرة أخرى تحدد القانون الواجب التطبيق على الزواج الباطل بالصيغة التالية، **(يسري على عدم صحة الزواج من حيث شروطه الموضوعية، قانون كلا الزوجين أو قانون الزوجة أو قانون موطنها في حالة غياب الزوج، أما من حيث الشكل يسري قانون محل الأبرام).**

٥. نقترح تعديل نص الفقرة الأولى من المادة التاسعة من قانون الأحوال الشخصية بالصيغة التالية، **(لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار إكراه أي شخص، ذكراً كان أم أنثى على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً، مالم يصدر الرضا من الزوجة، كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار، منع من كان أهلاً للزواج، بموجب أحكام هذا القانون من الزواج).**

٦. إيقاف العمل بأحكام الفقرة الثانية من المادة (٤) من قانون مكافحة الارهاب العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٥ المعدل، فيما يتعلق بحالة النساء اللواتي تعرضن للاغتصاب وزواج القسري في المناطق التي سيطرت عليها التنظيمات الإرهابية (تنظيم القاعدة وداعش)، التي نصت على أنه، **(يعاقب بالسجن المؤبّد من أخفى عن عمد أي عمل إرهابي أو آوى شخص إرهابي بهدف التستر)**.

٧. أضافة فقرة للمادة (٤٣) من قانون الأحوال الشخصية بالصيغة التالية، ونقترح النص التالي **(للزوجة طلب التفريق من زوجها الإرهابي عراقياً أم أجنبياً، وعلى المحكمة أن تحكم بالتفريق، مع احتفاظ للزوجة بكامل حقوقها الزوجية، ويعتبر التفريق طلاقاً بائناً)**.

٨. إلغاء نص الفقرة الثالثة من المادة (١٩) من القانون المدني العراقي، ونقترح الصيغة التالية، **(يجوز للزوجين الموافقة على تعيين القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال القانوني، بشرط أن يكون ١-أما قانون الدولة التي يقيم فيها الزوجان عادةً في وقت إبرام الاتفاق، ٢-أو قانون الدولة التي كان الزوجان يقيم فيها بشكل معتاد، حيث لا يزال أحدهما يعيش هناك وقت إبرام الأتفاق، ٣-أو قانون دولة جنسية أي من الزوجين وقت إبرام الاتفاق، أو قانون القاضي)**.

٩. نقترح على المشرع تعديل نص المادة (٣١) من القانون المدني العراقي بالصيغة التالية، **(يمنح القاضي سلطة الأخذ بالإحالة فيما إذا تقرر أن قانونًا أجنبيًا هو واجب التطبيق بما يحقق المبادئ التي شرع هذا القانون لمراعاتها)**.

١٠. نقترح على المشرع تعديل نص الفقرة الأولى المادة (٣١) من قانون الأحوال الشخصية، بالصورة المقترحة التالية، **(على القاضي أثناء النظر في دعوى النفقة أن يقرر تقدير نفقة مؤقتة للزوجة على زوجها ويكون هذا القرار قابلاً للتنفيذ)**.

١١. ندعو المشرع إلى ضرورة تفعيل قرار مجلس قيادة الثورة المنحل بالرقم (٢٥٣) لسنة ١٩٨٠، الخاص بتأسيس صندوق النفقات المؤقتة يمول من الميزانية العامة.

١٢. نقترح أن يكون نص المادة (٢٧) الفقرة الأولى بالصيغة التالية، **(تتحدد حقوق ومسؤوليات الأطراف في الالتزامات غير التعاقدية وفق القانون المحلي للدولة التي لها أكثر**

الروابط صلةً بالنظر إلى تلك الدعوى)، وأضافت فقرة ثانية تقضي بمجموعة مبادئ على المحكمة تأخذها بنظر الاعتبار للتعيين القانون الاكثر صلة، **(على المحكمة أن تأخذ بنظر الاعتبار في دعوى الأضرار الصلات والروابط المتمثلة بمكان ترتب الضرر، مكان وقوع السلوك الضار، موطن وإقامة وجنسية الأطراف، مكان الرابطة بين الأطراف إذا كانت هناك رابطة سابقة).**

١٣. نقترح الغاء الفقرة الثانية من المادة (٣٣)، من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، وتعديل نص الفقرة الاولى بالصيغة التالية، **(تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو تثبت لهم جنسيات متعددة أو تثبت لهم في الوقت ذاته الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية).**

١٤. إلغاء نص الفقرة الثانية من المادة (١٠) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ أو يعدل النص بالصيغة التالية، **(تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية فيما يتعلق بالمسائل الواردة بهذا القانون).**

١٥. ونقترح تعديل الفقرة الرابعة من المادة (١٩) من القانون المدني بالصيغة التالية، **(المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون جنسية الأولاد)**، أو يكون بالصيغة التالية، **(المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأكثر رعاية لمصلحة الأولاد).**

المصادر

القران الكريم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة.

أولاً / المصادر العربية

أ_ مؤلفات الفقه الإسلامي

١. الشيخ أبي الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨.

٢. أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن المحقق الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، المجلد الثاني، القسم الثالث، الطبعة الحادية عشرة، دار القارئ، بيروت، ٢٠٠٤.

٣. الشيخ أبي الوليد محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقصد، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٢.

٤. العلامة أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، المبسوط في فقه الأمامية، الجزء الخامس، دار الكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٢.

٥. العلامة أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، مسائل الخلاف، الجزء الثاني، دار المعارف الإسلامية، بيروت، ١٤٠٧هـ.

٦. العلامة أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، الوسيلة، تحقيق محمد الحسون، الطبعة الأولى مطبعة الخيام، قم، ١٤٠٨هـ.

٧. الشيخ أبي عبد الله محمد بن محمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القران، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٩٣٦.

٨. الأمام أحمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٧.

٩. الشيخ أحمد شهاب الدين بن محمد الشافعي، الفتاوى الكبرى الفقهية، الجزء الرابع، مطبعة المشهد الحسيني، القاهرة، ١٩٧٢.

١٠. د. أحمد فراج حسن، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الطبعة الاولى، دار المطبوعات، الإسكندرية، ١٩٩٧.

١١. العلامة الحسن بن يوسف الحلي، مختلف الشيعة، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، مركز الأبحاث والدراسات الاسلامية، قم، ١٣٢٣هـ،

١٢. الأمام الحسن بن يوسف الحلي، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، الجزء السابع، الطبعة الثانية، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤٣٤ هـ.

١٣. العلامة الحسن بن يوسف الحلي، تذكرة الفقهاء تحقيق، الجزء الرابع عشر، الطبعة الأولى، مؤسسة ال البيت عليهم السلام لأحياء التراث، قم، ١٤٢٣هـ.

١٤. د. جمال البناء، المرأة المسلمة بين تحرير القرآن وتقييد الفقهاء، الطبعة الأولى، دار الفكر الإسلامي، القاهرة، ٢٠١١.

١٥. الشيخ حيدر حب الله، ولد الزنا في الفقه الإسلامي قراءة وتقويم، من سلسلة دراسات في الفقه الإسلامي المعاصر، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الفقه الإسلامي المعاصر، ٢٠١٥.

١٦. رضى الدين أبن نصر الحسن الطبرسي، مكارم الأخلاق، الطبعة السادسة، مؤسسة الإعلمي، بيروت، ١٩٧٢.

١٧. د. زكي الدين شعبان، الزواج والطلاق في الإسلام، الطبعة الأولى، دار القومية للطباعة، القاهرة، ١٩٦٤.

١٨. الشيخ زين الدين أبن نجم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، شركة علاء الدين للطباعة، بيروت، ١٩٩٧.

١٩. د. سمير السيد تناغو، احكام الاسرة للمصريين غير المسلمين، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨.

٢٠. الشيخ شمس الدين أبو بكر محمد السرخسي، المبسوط، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٠.

٢١. الشيخ شمس الدين أبو بكر محمد السرخسي، المبسوط، الجزء السادس عشر، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٩.

٢٢. الشيخ شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني، مغني المحتاج، الجزء الرابع، ،الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٧.

٢٣. شمس الدين محمد أحمد الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.

٢٤. السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري، منهاج الصالحين، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، منشورات دار التفسير، قم، ١٤٢٩هـ.

٢٥. الشيخ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، كتاب النكاح والطلاق، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.

٢٦. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ١٩٩٠.

٢٧. السيد عبد الهادي محمد تقي الحكيم، فقه المغتربين وفق فتاوى سماحة آية الله العظمى السيد علي الحسيني السيستاني ، دار المؤرخ العربي، بيروت، ١٩٩٨.

٢٨. الشيخ عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، الجزء التاسع، الطبعة الاولى، دار المعارف الإسلامية، بيروت، ١٤٠٥هـ.

٢٩. السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، المعاملات، الجزء الثالث، الطبعة المصححة والمنقحة، ١٤٣٩هـ.

٣٠. السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، المعاملات، كتاب الإقرار، الجزء الثاني، النجف الاشرف، ١٤٣٩هـ.

٣١. الشيخ فاضل الصفار، المهذب في أصول الفقه(تطبيق للقواعد الأصولية على الشريعة والقانون)، الطبعة الثانية، مؤسسة الفكر الإسلامي، بيروت، ٢٠١٤.

٣٢. د. فتحي الدَريني، نظرية التعسف في أستعمال الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٨.

٣٣. الشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ١٣١٣هـ.

٣٤. السيد كاظم الحائري، وردت في التقرير الفقهي الصادر عن مركز أبن إدريس الحلي للدراسات الفقهية، العدد (١)، سنة ٢٠٠٧.

٣٥. كمال الدين محمد بن الواحد، شرح فتح القدير، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار أحياء الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢.

٣٦. الإمام مالك أبن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٣٢٣هـ.

٣٧. الأمام محمد أبو زهرة، الاحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٧.

٣٨. الشيخ محمد عبده، الفتاوى الإسلامية، المجلد الرابع، دار الإفتاء المصرية، وزارة الأوقاف، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، ١٩٨١، ص١٥٢٨.

٣٩. د. محمد أحمد عابدين، قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الطبعة الاولى، دار المطبوعات الجامعة، الاسكندرية، ١٩٩٤.

٤٠. محمد أمين أبن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٣.

٤١. محمد أمين أبن عابدين، رد المختار على الدرر المختار شرح تنوير الابصار، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار عالم الكتاب، الرياض، ٢٠٠٣.

٤٢. د. محمد السعيد رشدي، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.

٤٣. محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي، مواهب الجليل، شرح مختصر الجليل، الجزء الرابع، الطبعة الاولى، مطابع دار الكتاب، بيروت، ١٩٨٧.

٤٤. محمد بن محمد عبد الرزاق مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، الجزء العاشر، الطبعة الثانية، دار الهداية، بيروت، ١٩٧٢.

٤٥. السيد محمد تقي الخوئي، كتاب النكاح، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات مدرسة دار العلم، قم، ١٤٠٤هـ.

٤٦. السيد محمد تقي الخوئي، المباني في شرح العروة الوثقى، باب النكاح، الجزء الثالث والثلاثون، مؤسسة الخوئي الإسلامية، النجف الأشرف، ٢٠٠٩.

٤٧. السيد محمد تقي الخوئي، منهاج الصالحين، كتاب الإقرار، الجزء الثاني، الطبعة الثانية والثلاثون، مؤسسة الخوئي الخيرية، النجف الأشرف، ٢٠٠٤.

٤٨. محمد جمال الدين مكي العاملي، الروضة البهية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مؤسسة الأعلمي، بيروت، ١٩٦٧.

٤٩. محمد جواد مغنيه، فقه الامام الصادق، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٨.

٥٠. محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، الطبعة الأولى، مؤسسة الصادق للطباعة والنشر، طهران، ١٩٦٧.

٥١. الشيخ محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، حقق وعلق عليه الشيخ علي الأخوندي، الجزء السادس والعشرون، الطبعة السادسة، دار الكتب الإسلامية، إيران، ١٣٩٤هـ.

٥٢. السيد محمد حسن فضل الله، كتاب النكاح، تقريراً لبحثه بقلم الشيخ جعفر الشاخوري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الملاك، بيروت، ١٩٩٦.

٥٣. محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة والجعفرية، الطبعة الثالثة، مكتبة وهبه، القاهرة، ١٩٩١.

٥٤. د. محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، الطبعة الأولى، منشاة المعارف، الاسكندرية ١٩٨٣.

٥٥. محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، ٢٠٠٦.

٥٦. د. محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٦.

٥٧. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، الجزء الثاني، دار احياء الكتب العربية، بولاق، مصر، ١٩٧٤.

٥٨. السيد محمد الصدر، ما وراء الفقه، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار حضارة أكد للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٢٨هـ.

٥٩. د مصطفى إبراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجة الجديد، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة عشر، شركة الخنساء للطباعة، بغداد، ٢٠٠٢.

٦٠. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، حكم أحكام القرآن (العباد وأحكام الأسرة والمعاملات المالية)، الطبعة الأولى، دار نشر احسان، ايران، ٢٠١٤.

٦١. الشيخ موفق الدين قدامة المقدسي، المغني، الجزء الحادي عشر، الطبعة الأولى، عالم الكتب، الرياض، ١٩٩٧.

٦٢. د. وهبه الزحيلي، كتاب الفقه الإسلامي وادلته، الأحوال الشخصية، الجزء السابع، الطبعة السابعة، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٥.

٦٣. د. وهبه الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، أحكام الأسرة، الجزء الثالث، الطبعة مصححة ومنقحة، دار الكلم الطيب، دمشق، ٢٠١٠.

٦٤. الشيخ يوسف البحراني، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، الجزء الثالث عشر، الطبعة الأولى، دار الأضواء، بيروت، ١٩٩٣.

ب / المؤلفات القانونية

١. د. أحمد عبد الكريم سلامة، مبدأ الواقعية والقانون الدولي للجنسية، مدونة أبحاث في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

٢. د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٣. د. أحمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٣.

٤. د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، الجزء الاول، الطبعة الاولى، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.

٥. د. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح الأحوال وتعديلاته، الجزء الأول، الطبعة الأولى، شركة العاتك للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٠.

٦. د. أحمد قسمت الجداوي، الموجز في الجنسية ومركز الاجانب، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.

٧. – د. أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص المقارن، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٦.

٨. د. أدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.

٩. د. بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٤.

١٠. د. جابر ابراهيم الراوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مطبعة دار السلام، بغداد،١٩٧٧،

١١. د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٠.

١٢. د. جابر جاد عبد الرحمن، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٩.

١٣. د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.

١٤. د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

١٥. د. جليلة دريسري، اشكالية الحضانة في الزواج المختلط، الطبعة الأولى، دار القلم للطباعة والنشر، دمشق، ٢٠١٠.

١٦. د. خالد برجاوي، القانون الدولي الخاص في مادة الاحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار القلم، الرباط، ٢٠٠١.

١٧. د. حامد سلطان، القانون الدولي العام وقت السلم، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.

١٨. د. حسن الهداوي، أكتساب الأجنبية لجنسية زوجها، الطبعة الأولى، مطبعة الرشاد، بغداد، ١٩٦٨.

١٩. د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني (دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٧.

٢٠. د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.

٢١. د. رعد مقداد محمود، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠.

٢٢. د. زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الفقه والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥.

٢٣. د. زورتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين(في ضوء القانون ٠٥ –١٠ المؤرخ في ٢٠ جوان ٢٠٠٥) دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة المسيلة – الديورة ، الجزائر،٢٠١٠

٢٤. د. سامح سيد محمد، الخطبة كمقدمة وتمهيد لعقد الزواج، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

٢٥. د. سامي عبد الله، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، الطبعة، دار العلوم العربية، بيروت، ١٩٨٧.

٢٦. د. عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن،٢٠١٠.

٢٧. د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.

٢٨. د. عبد الباقي البكري، المدرس زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.

٢٩. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٥٤.

٣٠. د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٨.

٣١. د. عبد المجيد الحكيم و الأستاذ عبد الباقي البكري و الأستاذ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة التعليم العالي، بغداد، ١٩٨٠.

٣٢. د. عبد الواحد كرم، الاحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي، الطبعة الأولى، مكتبة السيد سامي، بغداد، ١٩٧٩.

٣٣. د. عبدة جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية، بيروت، ٢٠٠٨.

٣٤. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الطبعة الحادية عشر، مطبعة الهيئة العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٨٦.

٣٥. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٨٦.

٣٦. د. عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،١٩٩٤.

٣٧. د. عنايت عبد الحميد ثابت، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

٣٨. د. عمار مساعدي، مبدأ المساواة وحماية حقوق الأنسان في أحكام القرآن ومواد الإعلان، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والطباعة، الجزائر، ٢٠٠٦.

٣٩. د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مكتبة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.

٤٠. د. غالب علي الداودي و د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، الطبعة الثالثة، شركة العاتك للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٩.

٤١. د. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، ، الطبعة الرابعة، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥.

٤٢. د. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، الطبعة الأولى، طبع على نفقة جامعة السليمانية، كلية القانون، ٢٠٠٤.

٤٣. د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص– المبادئ العامة في تنازع القوانين، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، دمشق، ٢٠١٨.

٤٤. د. فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية في التشريعات العربية المقارنة، الطبعة، مطبعة الجبلاوي، القاهرة، ١٩٧٥.

٤٥. د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مطبعة الأهرام، القاهرة، ١٩٦٩.

٤٦. القاضي كيلان سيد أحمد، المبادئ القانونية في قضاء محمة تمييز اقليم كردستان العراق– مقررات الهيئة– الاحوال الشخصية للسنوات ١٩٩٩– ٢٠٠٩، الطبعة الأولى، أربيل، كردستان العراق، ٢٠١٠.

٤٧. د. محمد السعيد رشدي، الاحوال الشخصية لغير المسلمين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.

٤٨. المستشار محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، المجلد الثاني، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨.

٤٩. د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.

٥٠. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن (دراسة مقارنة بالقانون)، الطبعة الأولى، أحسان للنشر والتوزيع، العراق، ٢٠١٤.

٥١. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق في الشرائع والقوانين والأعراف خلال أربعة آلاف سنة، الطبعة الأولى، أحسان للنشر والتوزيع، اقليم كردستان، العراق، ٢٠١٤.

٥٢. د. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، ١٩٩٩.

٥٣. د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص (وفق القانونين العراقي والمقارن)، الطبعة الأولى، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣.

٥٤. د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية)، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤.

٥٥. د. هشام علي صادق، د. حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، القسم الثاني في الحلول الوضعية لتنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٩.

٥٦. د. هشام علي صادق، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري)، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤.

٥٧. د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص (دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، مشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦.

ت / الرسائل

١. أودية نسرين، الطبيعة القانونية للتعسف في أستعمال الحق وفقاً للفقه والقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، ٢٠١٦.

٢. مثنى محمد عبد القيسي، اثر الزواج المختلط على جنسية الزوجة، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، العراق، ٢٠٠٢.

ث/ البحوث والدوريات

١. د. أحمد محمود الفضلي، القانون الدولي الخاص في الإسلام، مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، كلية الحقوق، جامعة العلوم التطبيقية الخاصة، الأردن، المجلد (١٣)، العدد (١)، ٢٠٠٩.

٢. د. إسماعيل صديق عثمان إسماعيل، مساواة المرأة بالرجل وشبهات القوامة في العصر الحديث، مجلة جيل لدراسات المقارنة، مركز جيل للبحث العلمي، المغرب، العدد (٦) لسنة ٢٠١٨.

٣. د. جبار صلاح الدين، اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وأثارة في القانون الجزائري، مجلة المفكر، جامعة محمد خضير بهرك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، العدد (١١)، لسنة ٢٠١٤.

٤. د. حسن أحمد بغدادي، تعليقات على الأحكام في القانون الواجب تطبيقه على النفقة الوقتية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية– كلية الحقوق، مصر، المجلد (٤)، العددان (١،٢)، ١٩٥٠.

٥. د. حسن علي كاظم، قواعد الإسناد وآليات التطبيق في العراق، مجلة أهل البيت عليهم السلام، جامعة أهل البيت، العراق، العدد (٢٠)، ٢٠١٦.

٦. د. حسن علي كاظم، أحكام الجنسية للولادات غير الشرعية في المناطق المحررة في العراق، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء كلية القانون، العراق، السنة (٩)، العدد (٢)، ٢٠١٧.

٧. د. حسن نعمة الياسري، دور الأم في نقل الجنسية إلى الأولاد في التشريعات العربية والعراقية(دراسة مقارنة)، مجلة اهل البيت، جامعة اهل البيت (عليهم السلام)، العراق، المجلد(١) العدد(١٢)، سنة ٢٠١٢.

٨. د. حلتيم سراح، منهجية تحليل قواعد الاسناد أمام القضاء الوطني، مجلة الفقه والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، العدد (٣٣)، لسنة ٢٠١٥.

٩. د. حيدر حسين الشمري، قانون الأحوال الشخصية العراقي بين المقتضى والمبتغى والبديل، مجلة مركز دراسات الكوفة، العراق، العدد (٧)، ٢٠٠٨.

١٠. د. خير الدين كاظم الأمين، دور القضاء في العلاقات الخاصة الدولية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، كلية القانون جامعة بابل، العراق، المجلد الاول، العدد (١)، لسنة ٢٠٠٩.

١١. د. دربه امين، تنازع القوانين في مجال الزواج وإنحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، الجزائر، العدد (٤) لسنة ٢٠١١.

١٢. د. رشيد عمري، التعسف في استعمال حق الطلاق، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة وهران السانية، الجزائر، المجلد ٢٩، العد الأول، ٢٠١٨.

١٣. د. زورتي الطيب، حماية الطفل من منظور القانون الدولي الخاص، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، المجلد (٤١)، العدد (١)، لسنة ٢٠٠٠.

١٤. د. سهيل محمد الأحمد، أثبات النسب ونفيه(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني)، مجلة جامعة الازهر، غزة، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد (١٥)، العدد (٢)، لسنة ٢٠١٣.

١٥. د. صاحب الفتلاوي، قراءة جديدة لقواعد التنازع القوانين المتعلقة بالزواج والأموال في القانون المدني العراقي، مجلة جامعة النجاح، للأبحاث (العلوم الإنسانية)، كلية الحقوق، عمان، المجلد (١٩)، العدد (٤)، لسنة ٢٠٠٥.

١٦. د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، النفاذ الدولي للحقوق المكتسبة في مسائل الأحوال الشخصية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل كلية القانون، العراق، السنة السادسة، العدد (٣)، ٢٠١٣.

١٧. د. عبد السلام علي الفضل، منهج الإداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي، مجلة جامعة اليرموك، كلية القانون، الاردن، المجلد (٤٦)، العدد (١) ، ملحق (١)، ٢٠١٩.

١٨. د. عزت محمد علي البحري، القانون الواجب التطبيق على الحضانة (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد (٢٥)، ٢٠٠٧.

١٩. د. عليوش قربوع، القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية، مجلة جامعة عبد الرحمن منيرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، العدد الخاص بالملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الاحوال الشخصية، ٢٠١٥.

٢٠. د. غالب الداودي، تأثير الزواج في جنسية المرأة المتزوجة في القانون العراقي والتركي، مجلة الأقلام العراقية، العراق، العدد (١٢)، ١٩٦٦.

٢١. د. فاطمة الزهراء جندولي، قراءة تشريعية للإحالة في القانون الدولي الخاص- تأصيل وتجديد، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس بسيدي بلعباس، الجزائر، العدد (١١)، ٢٠١٥.

٢٢. د. فراس كريم شيعان، تنازع القوانين في الحضانة (دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، كلية القانون، العراق، المجلد الخامس، العدد (١)، ٢٠١٣.

٢٣. د. كريم مزعل شبي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين)، مجلة جامعة كربلاء، العراق، المجلد (٣)، العدد (١٣)، ٢٠٠٥.

٢٤. د. مجيد علي العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الاسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الانبار، العراق، المجلد (١)، العدد (٣)، ٢٠٠٩.

٢٥. د. محمد علي هارب جبران، حكم استلحاق ولد الاغتصاب، مجلة الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية، ليبيا، السنة الحادية عشر، العدد (٢٠)، ٢٠١٤.

٢٦. د. مصطفى دانش بجوه، المدخل الى الجنسية في الفقه الاسلامي، مجلة نصوص معاصرة، مجلة مركز البحوث المعاصرة ، بيروت، السنة الثانية، العدد (٥)، ٢٠٠٦.

٢٧. د. نواف حازم خالد و د. علي عبيد، المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف في أستعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد (١٢)، العدد (٤٤)، ٢٠١٠.

٢٨. د. هجيرة الدنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العراق، العدد (١)، السنة ١٩٩٤.

٢٩. د. هشام علي صادق، حق المرأة في المساواة وقواعد الإسناد، بحث منشور في مجموعة الابحاث الصادرة عن مؤتمر بعض الجوانب الاجتماعية للمرأة في مصر المنعقد في الغردقة، سبتمبر ١٩٨٨، بالاشتراك مع مؤسسة كوندار اديناور بألمانيا.

٣٠. د. لاتي محمد، أساس التعويض عن الطلاق التعسفي، مجلة القانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العراق، العدد (٤)، ٢٠١٦.

٣١. د. ئارام محمد صالح سعيد، أحكام الخطبة في التشريع العراقي، المجلة العلمية لجامعة جيهان، العراق، المجلد (١)، العدد (٤)، ٢٠١٧.

٣٢. د. يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العراق، العدد (٣)، ٢٠٠٥.

ج / الإعلانات العالمية والاتفاقيات الدولية

١. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨، متوفر على الموقع الالكتروني
www.moj.pna.ps

٢. اتفاقية نيويورك بشأن المرأة المتزوجة لسنة ١٩٥٧، متوفر على الموقع الالكتروني
www.unesco.org

٣. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦، متوفر على الموقع الالكتروني،
http://hrlibrary.umn.edu/arabic/

اتفاقية لاهاي بشأن الأحتفال بالزواج والاعتراف به لسنة ١٩٧٨، متوفرة على الموقع الإلكتروني،
www.dutchcivillaw.com

٤. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة لسنة ١٩٧٩، متوفرة على الموقع الالكتروني،
http://hrlibrary.umn.edu/arabic

٥. اتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختصاص و القانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مجال المسؤولية الأبوية وإجراءات حماية الأطفال لسنة ١٩٩٦ المنقحة سنة ٢٠١٦، متوفرة على الموقع الالكتروني

https://assets.hcch.net

ح / التقارير

١. غولنارا شاهينيان، تقرير المقررة الخاصة المعنية بأشكال الرق المعاصرة، بما في ذلك أسبابه وعواقبه، مجلس حقوق الإنسان، (A/HRC/21/41)، الدورة الحادية والعشرون، البند ٣ من جدول الأعمال، تعزيز وحماية جميع حقوق الإنسان، المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما في ذلك الحق في التنمية، الأمم المتحدة، الجمعية العامة لحقوق الأنسان، ٢٠١٢.

٢. النساء العراقيات في ظل النزاعات المسلحة وما بعدها، تقرير منتصف الفترة لشبكة النساء العراقيات من (١شباط ٢٠١٤ لغاية ١آب٢٠١٦)، في مراجعة الملاحظات الختامية التي قدمتها لجنة سيداو بعد جلسه ٥٧ لتقرير العراق، مقدم من قبل "تحالف المنظمات غير الحكومية لتقرير الظل لسيداو".

٣. تقرير توثيقي عن جرائم داعش الارهابية في الأوضاع الانسانية في محافظة نينوى للفترة من ١٠ حزيران٢٠١٤ لغاية ١٣ كانون الاول ٢٠١٦، المفوضية العليا لحقوق الانسان في العراق، بغدادً.
٤. تقرير الأمين العام عن العنف الجنسي المتصل بالنزاعات رقم (S/2017/249).
٥. تقرير منظمة العفو الدولية، الفرار من الجحيم، التعذيب والعبودية الجنسية في الأسر لدى الدولة الاسلامية في العراق، الطبعة الأولى، ٢٠١٧.

خ / القوانين والأنظمة

١. القانون المدني الألماني لسنة ١٩٠٠ المعدل.
٢. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٣. قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.
٤. قانون محاكم الأسرة الامريكي لسنة ١٩٦٤ المعدل.
٥. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٦. قانون الأسرة الألماني لسنة ١٩٧٦ المعدل.
٧. قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٨. قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل.
٩. القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل.
١٠. قانون الجنسية الالماني لسنة ١٩٩٩ المعدل.
١١. قانون الهجرة والجنسية الامريكي لسنة ٢٠٠٠ المعدل.
١٢. قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦.
١٣. قانون الإجراءات في المسائل الأسرية ومسائل الاختصاص القضائي الألماني لسنة ٢٠٠٨ المعدل.
١٤. قانون ولاية (New Hampshire) الأمريكية لسنة ٢٠١٠ المعدل.
١٥. قانون أصلاح النفقة لولاية ماساتشوستس الأمريكية لسنة ٢٠١١.
١٦. قانون النفقة الأجنبية الالماني لسنة ٢٠١١.
١٧. قانون الزواج وحل الزواج لولاية إلينوي الأمريكية، لسنة ٢٠١٦.
١٨. قانون البطاقة الوطنية العراقي رقم (٣٣) لسنة ٢٠١٦.
١٩. قانون إقامة الاجانب العراقي رقم (٧٦) لسنة ٢٠١٧.

٢٠. نظام الأحوال المدنية العراقي رقم (٣٢) لسنة ١٩٧٤المعدل.

٢١. دليل سياسة المواطنة والتجنس الأمريكي، الفصل الثاني – الزواج والوحدة الزوجية للتجنس، الجزء(ز) زوجات مواطني الولايات المتحدة الأمريكية، المجلد (١٢) لسنة ٢٠١٤.

د / المواقع الإلكترونية العربية

١. د. أشرف وفا محمد، العدالة في مجال علاقات الافراد على الصعيد الدولي، ندوه تطور العلوم الفقهية، فقه العصر، مناهج التجديد الديني والفقهي، وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، عمان، ٢٠١٥، البحث متوفر على الموقع الالكتروني،www.nadwa,mara,gov,om تاريخ الزيارة ١٢/١٠/ ٢٠١٨ الساعة ٥,٣٠ مساءً.

٢. د. جلال صلاح الدين، محاضرات في مادة الجنسية، جامعة سطيف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الدراسية ٢٠١٣-٢٠١٤، المحاضرات متوفرة على الموقع الالكتروني، https://cours-examens.org/images، تاريخ الزيارة ١٤/١١/ ٢٠١٨، الساعة ١٢,٠٠ صباحاً.

٣. الباحث خالد الطائي، زوجات عناصر داعش يطلبن الطلاق، مقال منشور على الموقع الرسمي لصحيفة ديارنا في ٢٠١٨/٧/٢٦، على الموقع الالكتروني، http://diyaruna.com ، تاريخ الزيارة ٣٠/ ١٢/ ٢٠١٨, الساعة ١٠,٠٠صباحاً.

٤. د. عكاشة محمد عبد العال، الاحالة في القانون الدولي الخاص والموقف منها في ضوء وظيفة قاعدة الاسناد(دراسة في القانون المقارن وقانون دول الامارات العربية المتحدة)، ص٢١٧، بحث منشور على الموقع الالكتروني لمركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، www.almajidcenter.org ، تاريخ الزيارة ١٧/ ٩/ ٢٠١٩، الساعة ١٠,٥٥ صباحاً.

٥. استفتاءات السيد علي الحسيني السيستاني، الموقع الرسمي الخاص بالاستفتاءات، www.sistani.org، تاريخ الزيارة ٢٤/١٢/ ٢٠١٨، الساعة ٢,١٥ صباحاً.

٦. د. علي حسن محمد الطوالبة، حق المساواة في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية، بحث منشور على موقع المركز الامني في مملكة البحرين، htt://www.policemc.gov.bh، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٨/٢٤، الساعة ٣,٠٠مساءً.

٧. د. فائزة باباخان، الأحوال الشخصية وفق الفقه الجعفري في الميزان (بحث مقارن)، منشور على شبكة الانترنت في ٢ مارس ٢٠١٤، البحث متوفر على الموقع الالكتروني، www.almubadarairaq.org، تاريخ الزيارة ٣/١١/٢٠١٨، الساعة ٧,٣٠ مساءً.

٨. الباحث مروان المصدر، مفهوم مبدا المساواة، بحث منشور على الموقع الالكتروني، alwatannews.net، تاريخ الزيارة ١/ ٥ / ٢٠١٩، الساعة ١٠,٣٣ مساءً.

٩. د. محمد مصباحي، الذكورة والانوثة جدل المساواة والاختلاف بين فلسفة الوجود وفلسفة السياسة عند ابن رشد، مقال متوفر على الموقع الالكتروني www.ibn.rushd.org ، تاريخ الزيارة ٢/٥/ ٢٠١٩، الساعة ٩,٤٨ صباحاً.

١٠. د. نبراس ظاهر جبر، أثر التنظيم الدولي على جنسية المرأة المتزوجة (دراسة مقارنة)، ص٣، البحث متوفر على الموقع الالكتروني، www.iasj.net/iasj، تاريخ الزيارة ٣٠/١٠/ ٢٠١٨، الساعة ١١,٢٣ مساءً.

١١. نوزت شمدين، داعش ألغى طقوس الزواج في الموصل ويعامل بعض الأزواج كزناة، مقال متوفر على موقع نقاش الالكتروني، نشر في ٤/٤ /٢٠١٦، http://www.niqash.org، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١٢/٣٠، الساعة ١٢,٥٢صباحاً.

١٢. الباحث هاشم الهاشمي، طرق زواج العراقيات من الدواعش، تقرير منشور في جريدة الشرق الاوسط، العدد ١٤٥٧، في ٧ يونيو ٢٠١٧، متوفر على الموقع الالكتروني https.//aawsat.com/home تاريخ الزيارة ١٥/ ١٢/ ٢٠١٨، الساعة ٤,٠٠ مساءً.

١٣. مكاتب داعشية لزواج الفتيات بالإكراه في الموصل، مقال منشور على الموقع الرسمي لصحيفة العرب في ١/٥/ ٢٠١٥، على الموقع الالكتروني، https://alarab.co.uk ، تاريخ الزيارة ١٣/ ٣/ ٢٠١٩، الساعة ١١,٠٠صباحاً.

١٤. مكاتب داعشية لزواج الفتيات بالإكراه في الموصل، مقال منشور على الموقع الالكتروني، https://alarab.co.uk، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١٢/٢٩، الساعة ٥,٤٧ مساءً.

ثانياً / المصادر الأجنبية

أ- المؤلفات

1. Felix Dorvelt, Legislative Objectives in Private International Law, Theoretical and Practical Consideration, Volume Two, First Edition, Posirius Law School Press, Hamburg, German, 2017.

2. Joseph Bell, Therapy On conflict Laws, The first edition, Voorhees & Company, New York, 1935.

3. pierre lalive, trends and method in private international law, (general course), excluding trade, printed for private circulation only, A26 LALI, Paris, 1997.

4. Michael Martinique, The Seven Pillars of Wisdom in Private International Law – German and Swiss experience in laws coding conflicts, Chinese yearbook of Private international law and comparative law, German, 2001.

5. Mary Ann, Divorce and guard Encyclopedia of Children and Childhood in History and Society, Second Edition, library of congress, Printed in the United States of America, 2004.

6. Moffatt Hancock, Torts in the Conflict of Laws, University of Michigan Law School Scholarship Repository Michigan Legal Studies Series Law School History and Publications, Ann Arbor, Chicago, USA, 1942.

7. ST. Paul, Minn, Retatement of the law Secund Coyflict of laws 2d, Adopted and Promugated, Edition 2, the Amercan law institute, at Washington, 1971.

ب- البحوث الأجنبية

1. A nn L Aquer e Stin, Marriage and conflict in marriage A global perspective, The Duke's Journal of Comparative and International Law, University of law, USA, Volume 27, Issue1, 2016.

2. Arthur Taylor von Mehren, Recent Trends in Choice-Of-Law Methodology, Cornell Law Review, Journal Du droit International, Harvard Law School, USA, Volume 60, Issue 6 August 1975.

3. Andrea Büchler, Islamic family law in Europe? From dichotomies to discourse – or beyond cultural and religious identity in family law, International Journal of Law in Context, Cambridge University Press, Volume 4 Issue 1, 2012 .

4. Ann Laquer estin, Marriage And divorce conflicts in international perspective Duke Journal of Comparative and International Law, USA, Vol 27, No 2, 2017.

5. Professor .Bruce, H.Seger, Married women's citizenship in the united states for a century and a half, journal of Research on women and gender, USA, volume 2, N0 2, 2011.

6. Donald Earl Childress III, To compliment as conflict Revive international comedy Conflict of laws, Journal of Private International Law, University of California, USA, Volume 44, Issue 11, 2010.

7. Jeffrey Schonblum, United States of America Conflicts Laws on International and Marital Property: A Critical Analysis of Charania v. Schulman, The American Journal of Comparative Law, Willamette University - College of Law, Volume 103, Issue 4, May 2018.

8. Kurt H. Nadelmann, Joseph Story's Contribution to American Conflicts Law: The American Journal of Legal History, Oxford University, Vol 5, No 3, Jul. ،1961.

9. Kurt Lipstein, Characteristic Performance A New Concept in the Conflict of Laws, Northwestern Journal of International Law & Business, USA, Volume 3, Issue 2, Fall 1981.

10. Luis de Lima Pinheiro, Selection of the Non-Contractual Obligations Law between Communication and Globalization - A Preliminary Assessment of the European Community Law, Rome II, Journal of international private and procedural law, Faculty of Law, University of Lisbon, Issue 4, 2008.

11. Lynne Marie Kohm, Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence, Journal of Law & family studies, Regent University - Faculty of Law, USA, Vol 10, 2008.

12. Melina Sterio, The Age of Globalization and Conflict of Laws: That is, Europe can learn from the United States and vice versa, Scholarship Articles at Cleveland University, School of Law, USA, vol 13, 2016.

13. Micaela Frulli, Advancing International Criminal Law, journal of International Criminal Justice, Oxford, Vol. 6, No. 5, 2008.

14. Mary Ann Mason, Child Custody Law (Law over the Last Half Century), Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, Vol. 24, 2012.

15. Nancy F. Cote, Marriage and Citizenship of Women in the United States, 1830-1934, American Journal of International Law, University of Oxford, Vol 103, No 5 (December 1998.

16. Pradip Mighty, The effect of joint custody laws on the future outcomes of the labor market for children, International Review of Law and Economics Volume 43, 2015.

17. Rainer Gildeggen and Jochen Langkeit ،The New Conflict of Laws Code Provisions of the Federal Republic of Germany: Introductory Comment, Georgia journal of international and comparative law, volume 17, number 2, year 1987.

18. Robert A. Leflar, Choice Influencing Consideration in the Conflict of Laws, 41 NYUL Rev. 267 (1966).

19. Rick Kierges, Dismantling the choice of law for damages and contraction, Journal of International Law, University of Washington College of Law, Volume 72 | Issue 1, 2015.

20. Simon Simonides, Choice of Law in American Courts in 2010, Twenty-fourth annual survey, The American Journal of Comparative Law, Willamette University - College of Law, Vol 58, 2011.

21. Teresa Henderson, From Brussels to rome the necessity of resolving divorce law conflicts across the European union, Wisconsin International Law, University of Wisconsin Law School, Journal Vol 28, No 4, 2011.

22. Dr. Uwe Schlegel, Köln, Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts (IPR), Monatszeitschrift für deutsches Recht (Fachzeitschrift), 2016.

23. Walter B. Jones, Conflict Laws in Divorce Cases, Notre Dame Magazine Law Review, Paris, Vol 10 | Issue 1, 1977.

ت/ المواقع الإلكترونية

1. Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, Official Journal of the European Union 29.12.2010 EN) Volume 53, 29 December 2010, available on the website https://eur-lex.europa.eu , Date of visit 4/4/2019, 4:24 pm.

2. Council Regulation of the European Union No. 1259/2010 of December 20, 2010 on the implementation of enhanced cooperation in the field of law applicable to divorce and legal separation, Official Gazette of the European Union 29.12.2010 EN) Volume 53, available on the website https: //eur-lex.europa .eu, Date of visit 4/4/2019, 4:24pm.

3. Dr. Daniela Cridler Plus, Ano Credler Plus und Collagen, Family Law in Germany: An Overview, Search available on the website https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com, Date of visit 13/7/2019 at 6,43 pm.

4. Dylan O'Driscoll, The Islamic State in Iraq, the current and historical drivers of violent extremism in Iraq, Help desk reports by the British Department for International Development, p54, 2019, Available on the website, assets.publishing.service.gov, date of visit 12/12/2019, at 3.15 pm.

5. Prof. Dieter Martiny, Professor M. Dieter Schwab, Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses, Working paper presented to a symposium on maintenance obligations in Europe, University of Europe Viadrina

Frankfurt (Oder), 2002, p3, Available on the website ceflonline.net, Date of visit 12/30/2019 at 4:10 pm.

6. Emma Green, gay marriage Is not constitutional right in united ststes of America, jun,26, 2015, This article is available at www.theatlantic.com ،Date for the visit, 20/9/2018, 5,00 pm.

7. Fraidy Reiss, Why can 12 years olds still get married in united, states, The article is available on the website, elmohir. Net / node/ e56 , Date of visit 20/8/2018, at 4:45 pm.

8. Indiana Court of Appeals decision numbered 49A02-1702-DR-235 | October 25 /2017, Case Law of the Court of Appeal of the Eleventh Circuit United States of America2017, Available on the official website of the US Court of Appeals for the Eleventh Circuit https://law.justia.com/ Date of visit 13 / 11/2019 at 8 pm.

9. John Lonele, American Women's Rights, working paper, Twenty - seventh Conference, Sub-Committee Immigration Committee, United States, March 2, 1933, The working paper is available on the website, www. loc.gov/law, Date of visit 10/25/2018, 1,30 am .

10. Judge Gretchen Lenderson, Family Law Guide, the Legal Effects of Marriage and Divorce in Washington, DC 2019, Washington State Supreme Court Justices Association, Family and Juvenile Law Commission, p22, A brochure is available on the website, www.courts.wa.gov, Date of visit 6/12/2019, at 10 pm.

11. Jun Lim, Case study: Cross-border custody of children and the Hague Convention on International Child Abduction, Published on 2 April 2016, Available at https://singaporelegaladvice.com, Date of visit 11/12/2019 at 4:40 pm.

12. Kurt H. Nadelmann, Joseph Story's Contribution to American Conflicts Law: The American Journal of Legal History, Vol. 5, No. 3, Jul. ،1961,Oxford

University, p233, The material is available on the website, https://www.jstor.org, Date of visit 11/21/2018, at 1.55 am.

13. Katarina Granath, Study to inform a subsequent Impact Assessment applicable law in divorce matters Draft final report to the European Commission DG Justice, Freedom and Security, April 2006, p115, A report is available on the website, https://www.euromed-justice.eu, Date of visit 8/9/2019, 6.15 pm,

14. Kermit Roosevelt III, Legal Realism and the Conflict of Laws, Search published on Penn Law: Legal Scholarship Repository, University of Pennsylvania Law School, 2015, http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1582, Date of the visit 23/2/2019, 2.22 pm.

15. Pietro Franzina, The law applicable to divorce, p91, A report is available on the website, https://ojs2017.uc3m.es, Date of visit 8/9/2019, 9.30 pm.

16. Morgone Rubetti, Marriage of minors in united states of America, this report is translated from French newspaper Figaro, in tuesdy 10, April, 2018, The article is available on the website, elmohir. Net / node/ e56 , Date of visit, 2/9/2018, at 2:00 pm.

17. Michael Allison Chandler, More than 20 states in 2017 considered laws to promote joint custody of children after divorce, (Astrid Ricken / The Washington Post),p15, An article is available on the website www.washingtonpost.com , published on 11/12/2017, Date of visit 11/11/2019, 6,55pm.

18. Prof. Dr. Nina Dethloff & Prof. Dr. Dieter Martiny, Parental Responsibilities – Germany, NATIONAL REPORT: GERMANY, University of Bonn, p8, Article available on the website, www.jura.uni-bonn.de, Date of visit 11/11/2019, 3,40pm.

19. Related of the secretary- General on conflict: related sexual violence, s/ 2018/ 250, 23 March 2018, Available on the website, https://reliefweb.int/sites, Date of visit, 25/ 12/ 2018, At 4.12 pm.

20. Ralf Michaels, The Functional method of comparative law, Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Upcoming; Legal Studies Paper for Duke Law School No. 87, 2011, p; Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=839826, date of visit 9/5/2018, 2,20 pm.

21. Reworking Second Conflict Law from Laws 2D Chapter 7. Damages Subject 1. Damages Title A. of 1971, American Law Institute, www.kentlaw.edu, Date of visit 12/24/2019, 12:41 pm.

22. Herbert Goodrich, Foreign marriages are against the lawsm, University of Michigan Law School Scholarship Repositorym 1922, p746, Articles Faculty Scholarship, Available at: https://repository.law.umich.edu/, Date of visit 11/12/2018, 6,33 pm.

23. The Hague Convention of 1961 regarding the jurisdiction of the authorities and the applicable law in the field of protection of minors, www.hcch.net, Date of the visit / 27/12/2019, at 10.55pm.

24. Vivian E. Hamilton, Principles of U.S. Family Law, This article is published on a repository William & Mary Law School Scholarship Repository, p41, Available on the warehouse website, https://scholarship.law.wm.edu , Date of visit 15/8/2018 at 6.13 pm.

Abstract

The rules of attribution related to marriage related to mixed marriage, starting from the rules relating to the conclusion of the marriage contract, and its implications, through the dissolution of the marital bond and its effects, and even with regard to duties between parents, the woman's side was not observed, despite the marital bond It requires observing the principle of equality between men and women, and this principle was enshrined in Islamic law, which took into account the woman's side in the marital bond, but rather made it in a privileged position, and the stewardship was nothing but honor for women, as enshrined in the Iraqi constitution and the international agreements that Iraq joined, so the principle In the constitution on equality between men and women, non-discrimination in their rights requires, in addition to the rules of support related to mixed marriage as a result of its rigidity and impartiality, which are not able to face the problems faced by women, during armed conflicts that cast a shadow on women being the most party As a result of harm caused by foreign terrorist groups against women, including forced marriage, rape, and unknown births, and since the rules of attribution are legal rules, it is necessary that the development of legal thought cast a shadow over them, as it is known that the legal rules represent your As a basis for social reality in societies, and the reality and development that takes place requires abandoning the traditional approach to attribution rules, which are seen as deaf and indirect rules whose mission is to guide the applicable law regardless of its fairness, and to consider it as material legal rules that regulate societies, perform functions and goals, and that they are rules Material is subject to constitutional control of laws, whenever they violate the constitutional principle of equality between men and women, To reach this goal requires a comparative approach through which we will focus on studying the subject in comparative legislation belonging to different legal systems Roll, we have made a comparison between American law and German and Iraqi law as well as Islamic jurisprudence and the positions of legal jurisprudence and the judiciary.

Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific Research

Karbala University

College of Law

The legal status of women in mixed marriage

Comparative Study

A Thesis Submitted by the Student Rejaa Hussain Abdul Amir to the College of Law Council in Karbala University in Fulfillment of the Requirements for the Doctor of Private Law

Supervisor

prof. Dr.

Hassan Ali Kadum

2020 AD **1441 H**