تراجع معيار جنسية المدعي عليه في مسائل الاحوال الشخصية

Retreating the standard of defendant's nationality in personal status

أ.د. خيرالدين الأمين
استاذ القانون الدولي الخاص المقارن
كلية القانون / جامعة بابل
Prof. Khair Al Dine Al Amine
College of Law
University of Babel
khairobbed@yahoo.fr

الملخص

شهدت الفترة الاخيرة في حياة القانون الدولي الخاص توسع اخذ بالازدياد في مجال تبني ضابط الإرادة في علاقات الاحوال الشخصية, حيث يسمح القانون الدولي الخاص المعاصر للأطراف، في بعض الاحيان ، باختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم الشخصية. وهذا التوجه بدأ العمل به على الصعيدين: التشريعات الوطنية المقارنة والاتفاقيات الدولية, والمثال بالنسبة للتشريعات الوطنية, القانون الدولي الخاص البلجيكي لعام ٢٠٠٤ ومجموعة اخرى من قوانين دول امريكا الشمالية وكذلك القانون الالماني, حيث تم الاعتراف بضابط الإرادة في مسائل الاحوال الشخصية والإرث في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق , اما على صعيد الاتفاقيات الدولية, فقد لاحظنا ان لائحة روما الثالثة تمثل مرحلة مهمة لتراجع معيار الجنسية امام معيار قانون الارادة, حيث بات هذا المعيار هو من يحدد كيفية الوصول الى الاحكام الموضوعية في القانون الواجب التطبيق.

اما بالنسبة للهدف المباشر من معالجة هذا الموضوع, هو معرفة مدى امكانية تعديل المادة ١٩ من القانون المدني العراقي النافذ, وذلك بمنح الأطراف امكانية تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعاتهم مع الاخذ بنظر الاعتبار بعض المحددات المعروفة في القانون الدولي الخاص, من مثل فكرة النظام العام ونظرية الغش نحو القانون وغيرها.

Abstract

Contemporary private international law sometimes allows parties to choose the law applicable to their personal relations. This approach is applicable at both levels: national legislation and international conventions, for example national legislation, Belgian private international law of 2004 and other laws of North American countries as well as German law. In terms of international agreements, we have noted that the Rome Statute III represents an important stage for the revision of the criterion of nationality before the will of the law of will, as this standard now determines how to reach the substantive provisions of the applicable law. The immediate aim of addressing this issue was to determine the extent to which Article 19 of the Iraqi Civil Code in force could be amended by giving the parties the possibility to determine the law applicable to their disputes, taking into account some of the known limitations of private international law, such as the notion of public order.

المقدمة

Introduction

ان الاختلاف في التشريع فيما بين الأنظمة القانونية المختلفة ليس محض صدفة, انما هو تأكيد لفلسفة قائمة في تلك الدولة, هذه الفلسفة تأتي انعكاسا للحاجات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية لتلك الدولة, لذلك من الطبيعي ان نجد هذا الاختلاف في التشريع, الا ان مساحة هذا الاختلاف قد تتسع وقد تضيق La Restriction في بعض الاحيان, وهذا الاخير محكوم بما نسميه ((بمبدأ التوازن في الاتفاقيات الدولية بشكل عام وفي اللوائح الاوربية بشكل خاص)) Le Principe de l'équilibre dans les conventions internationales , وخير مثال على ما نقول تجربة دول الاتحاد الأوروبي , حيث حاول هذا الاخير ومازال يحاول نحو ايجاد نوع من التوازن في تبني المعايير التي تحكم العلاقات القانونية , فيما بين اطراف تنتمي الى الدول الاعضاء, حيث انها من حيث المبدأ تتفق فيما بينها على احترام بعض القيم الأساسية في تنظيم الحق, كما على سبيل المثال, الحق في الزواج وتكوين أسرة, وهذا ما اشارت اليه المادة 12 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية[1] وكذلك المادة 9 من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي (CFRUE) فيما يتعلق بالمساواة بين الزوجين– 19 وتعتبر هذه من المبادئ القانونية الشائعة بين الدول الأعضاء .ومع ذلك ، فإن هناك ثمة اختلاف في وجهات النظر في معالجة بعض المسائل القانونية، مثل استقرار الروابط الأسرية، هنا يتم موازنة بعضها مع البعض الاخر في كل بلد على خلفية التقاليد المحلية والاجتماعية السائدة ، مما ينتج عن ذلك اختلافات بين التشريعات الوطنية.

ان المتفحص للقواعد الخاصة بالطلاق والانفصال القانوني في القانون المقارن وعلى وجه التحديد في القارة الاوربية, تُظهر ان هذه القواعد , غير متوائمة ومتنوعة Variétés وبالتالي لا يوجد توحيد لهذه القواعد, في نفس الوقت نلمس ان الدول الاوربية لديها الرغبة بضرورة الانفتاح والحوار بين الثقافات, هذان العنصران كما نعلم يلعبان دورًا مهمًا بين الاستراتيجيات الهادفة إلى معالجة القضايا التي يطرحها تنقل الأفراد المتزايد فيما بين الدول، وكما قلنا ان النظم القانونية الوطنية تحتفظ بوجهات نظر مختلفة فيما يتعلق بالطريقة التي ينبغي بها إقامة توازن عادل, فيما

بين معيارين مهمين اولهما يتمثل في تعزيز التنوع الثقافي وثانيهما حماية القيم الاجتماعية المحلية Promouvoir la diversité culturelle et Protection des valeurs sociales locales علاوة على ذلك، عند التعامل مع هذا الواقع ، يجب مراعاة حقيقة أن التمتع الفعلي بالحقوق الأساسية للأفراد في مجال قانون الاحوال الشخصية، يعتمد إلى حد كبير على وجود قواعد ملائمة للقانون الدولي الخاص, حيث ان هذه الاخيرة سوف تساهم في حماية توقعات الأطراف في العلاقة القانونية ، وحماية الطرف الضعيف ,ومنع خطر ظهور حالات" عدم الاختصاص القانوني "في هذا المجال ،هذا الواقع ليس فقط انه يتوائم مع منطق" الاطمئنان "بل يتوافق مع الهدف الذي التزمت به الدول الاوربية, ذلك الهدف الذي يتمثل بضرورة السعي نحو التوافق مع الأحكام الدولية والدستورية ذات الصلة بحقوق الإنسان[٢] .

على صعيد التشريعات الاوربية, نلحظ ان قوانين الدول تتباين في موقفها من مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الطلاق والانفصال القانوني, ذلك ان هناك عدد من الدول ، تتبنى موقفآ ليبراليآ نسبيًا تجاه هذه المشكلة ، وتميل إلى تجنب تطبيق قانون اخر غير قانونها أو انها تحاول الحد من تطبيق قانون اخر غير قانونها, على العموم, في أوروبا ، نجد نموذجين متعارضين فيما يتعلق بتطبيق القانون الأجنبي في موضوع الطلاق والانفصال القانوني, اولهما يتمثل بإنكلترا ،حيث يخضع الطلاق ، كقاعدة عامة ، لقانون المحكمة ، بغض النظر عما إذا كان الوضع يتميز بوجود عنصر اجنبي أم أنه محلي بطبيعته, وبالتالي ، فإن إقامة دعوى الطلاق في إنكلترا يؤدي تلقائيًا إلى تطبيق القانون الإنكليزي على الجوانب الموضوعية للعلاقة القانونية ,وفي نفس الوقت يمكننا ان نجد نفس النهج ، مع وجود بعض الاختلافات وبعض الاستثناءات ، في السويد وفنلندا وإيرلندا وقبرص[٣] , اما النموذج الثاني على العكس من النموذج الأول ،حيث هناك مجموعة من الدول الأعضاء في الاتحاد الاوربي يتم التعامل مع القضايا المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال القانوني من خلال قواعد تنازع الاسناد بمعنى أنه يجوز وفقًا لظروف معينة ، تحديد او تطبيق قانون اخر غير قانون المحكمة المقامة امامها الدعوى .

ومع ذلك ، يوجد اختلاف فيما بين الدول الأعضاء التي تتبنى النموذج الثاني (اسلوب قواعد الأسناد) فيما يتعلق بالضابط او الضوابط التي يمكن اللجوء اليه او اليها من اجل احداث ربط ما بين القانون المختص وواقعة الطلاق او الانفصال القانوني, حيث تلجا بعض القوانين الى استعمال ضابط الجنسية المشتركة للزوجين باعتباره الضابط الرئيس في تحديد القانون الواجب التطبيق من

مثل ,إيطاليا وبولندا وإسبانيا ، في حين هناك قوانين تستند في المقام الأول على تطبيق قانون الدولة التي يقيم فيها الزوجين أو الذين يقيمون فيه عادة, من مثل القانون الليتواني والقانون إلا ستوني, على خلاف هذا وذاك ومن منظور مختلف ،هناك اتجاه يُسمح باستقلالية الزوجين, اي يمنح الأطراف امكانية تحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة الطلاق أو الانفصال القانوني, وهذا الاتجاه نجده واضحا في بعض البلدان الأوروبية مثل ألمانيا وبلجيكا وهولندا.

لقد ازدادت عدد حالات الطلاق بشكل كبير في السنوات الأخيرة على الصعيدين الوطني والدولي حتى على صعيد دول الاتحاد الأوروبي، وكما هو معروف فإن عملية الطلاق يمكن أن تخلق الكثير من الصعوبات والمشاكل, من بينها ، مسألة القانون الواجب التطبيق على الطلاق وآثاره حيث تنشأ تلك المشكلة بشكل واسع, ولا بد من القول هنا, إن التباين والتعقيد الكبيرين لقواعد تنازع القوانين والقوانين الوطنية في هذا المجال يؤديان إلى انعدام ألأمن القانوني Insécurité juridique وإمكانية التنبؤ بأحكام القانون الواجب التطبيق La prévision juridique .

في ضوء ما تقدم ، يمكن اعتبار اللائحة رقم 1259/2010 محاولة للتوفيق بين التقاليد المتنوعة والمتعددة للدول الأعضاء وتجديدها فيما يتعلق بالطريقة التي ينبغي التعامل بها مع مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال القانوني عند وجود عنصر أجنبي.

سوف نحاول من خلال هذا البحث تسليط الضوء على الملامح العامة للائحة وعلى اهم المبادئ والأحكام القانونية التي تضمنتها, بدءا من تلك التي تحدد نطاق تطبيقها وكذلك تسليط الضوء على القاعدة القانونية التي جاءت بها المادة ٥, تلك القاعدة التي تسمح لطرفي العلاقة القانونية, الزوج والزوجة بالاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال القانوني ، وهذه تعتبر احد السمات البارزة للأداة الجديدة ، وكذلك الحال في حالة اذا لم يحصل الاتفاق فيما بين الزوجين على اختيار القانون الواجب التطبيق, ايضا سوف يسعى البحث الى تفحص القيود التي تؤثر على عمل هذه القواعد بسبب الأختلافات الجوهرية والفوارق الهامة في مجال قانون الاحوال الشخصية بين دول الاتحاد الاوربي.

بنفس الاتجاه، وفي الوقت الذي ندرك فيه أن التكامل التشريعي الذي تسعى اليه دول الاتحاد ليس بالأمر السهل وذلك بسبب من وجود اختلافات جوهرية بين دول الاتحاد, على انه يجب ان لا يغيب عن البال لما للأجهزة والمؤسسات القانونية والقضائية القائمة في اطار الاتحاد الاوربي من دور والتي تحاول من خلاله تعزيز تطبيق قوانين الاتحاد الأوروبي ، من مثل محكمة العدل الاوربية وكذلك محكمة حقوق الانسان الاوربية والتي تسهر من اجل مراقبة مدى موائمة التشريعات الاوربية مع مبادئ حقوق الانسان والميثاق الاوربي، أو العمل الذي يمكن أن تقوم به المؤسسات

القضائية الاخرى في المسائل المدنية والتجارية لتعزيز " التعاون الثقافي القانوني" فيما بين الدول الأعضاء.

هدف البحث : محاولة معرفة مدى امكانية استفادة المشرع العراقي من المبادئ والاحكام القانونية التي جاءت بها لائحة روما ٣ وتعديل المادة ١٩ من القانون المدني العراقي والتي تبنت ضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق ولم تعطي اية امكانية للأطراف بأختيار هذا القانون, هذا التبني لضابط الإرادة سوف يساهم في سرعة اجراءات الفصل في الدعوى وكذلك يعزز اليقين القانوني لدى الاطراف.

كلمات مفتاحية: الطلاق ، التفريق القانوني، اليقين القانوني، ضابط الارادة, ضابط الجنسية.

المبحث الاول / منهج اللائحة

Approach of Regulation

تعتبر اللائحة واحدة من الادوات القانونية المهمة لما نسميه بالقانون الدولي الخاص الاوربي[٤] جنبا الى جنب مع لائحة روما ١ الخاصة بالالتزامات التعاقدية لعام ٢٠٠٨ وكذلك لائحة روما ٢ الخاصة بالالتزامات التقصيرية لعام ٢٠٠٧ فضلا عن لائحة بروكسل ٢٠١٢ المتعلقة بتحديد المحكمة المختصة وتنفيذ الاحكام الاجنبية وغيرها. في الواقع, لقد حاولت لائحة روما ٣ توحيد القواعد المتعلقة بمسائل الطلاق والانفصال القانوني، والهدف الاكبر من وراء ذلك كان, هو السعي لضمان درجة عالية من اليقين القانوني للأطراف.

المطلب الاول / الطلاق

Divorce

كما نعلم ان قاعدة الاسناد تتكون من ثلاثة عناصر, هي فكرة الاسناد وضابط الاسناد والقانون المسند إليه, اما بالنسبة لفكرة الاسناد هي العلاقة موضوع التنازع, حيث يتم الكشف عن طبيعتها من خلال آليةتسمى بالتكييف,هذا الأخير يصنف العلاقات على شكل افكار مسندة, تتمثل بالأهلية والزواج والطلاق والنفقة والميراث والوصية والتصرفات المالية وغير المالية.

اما ضابط الاسنادفهو الوسيلة التي تصل فكرة الاسناد بالقانون المسند إليه, وهذا الضابط يستمد وجوده وطبيعته من مركز ثقل العلاقة, ولما كانت العلاقة تتكون من ثلاثة عناصر, وهي الأشخاص والموضوع والسبب فإذا كان مركزها العنصر الأول, هنا سوف يكون الضابط ذات طبيعة شخصية, ويظهر الضابط بمظهر الجنسية أو الموطن, وبالتالي تعتبر العلاقة من مسائل الاحوال الشخصية كالزواج, اما إذا كان مركز ثقل العلاقة العنصر الثاني من العلاقة, هنا سوف تكون من مسائل الاحوال العينية والضابط هنا إقليمي, أي يستمد طبيعته من الإقليم ويتمثل بموقع المال أو محل إبرام التصرف أو تنفيذه, اما إذا كان مركز ثقل العلاقة العنصر الثالث سوف تكون العلاقة, اما علاقة عقدية اوغير عقدية, علاقة يغلب عليها الطابع الشكلي، فان كانت من الوصف الأول فالضابط هنا سوف يستمد طبيعته من العقد, حيث إن العقد مبني على تلاقي ارادة طرفين او اكثر ,فان الضابط يكون ارادي (ضابط الارادة)، اما إذا كانت من الوصف الثاني فالضابط يأخذ طبيعته من المكان الذي تركزت فيه العلاقة كالفعل النافع والضار فيكون الضابط محل حدوث الفعل, اما إذا كانت من الصنف الثالث هنا سوف يستمد الضابط وجوده من مكان نشوء التصرف المرتبط بالشكل ويتمثل في الغالب بمحل نشوء التصرف.

اما القانون المسند اليه حيث يكون شخصي كما هو الحال بالنسبة لفكرة الاسناد الخاصة بالأهلية يكون فيها الضابط شخصي وهو ضابط الجنسية, وبذلك تكون وبحسب التقسيم المتقدم القوانين شخصية وتحكم جميع مسائل الاحوال الشخصية، وإقليمية وتحكم جميع المسائل العينية وقوانين تقف بين القوانين اعلاه ويمثلها قانون الارادة. وتقصر بعض القوانين مسائل الاحوال الشخصية على الحالة والاهلية والزواج بينما قوانين أخرى توسع من هذا الأحوال وتجعلها تمتد على الحالة والاهلية والزواج والطلاق والبنوة والنسب والوصية والميراث وهذا هو موقف المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

ان الاساس الفلسفي الذي تستند عليه هذ المسائل تعتمد على فكرة بسيطة للغاية وهي أنه لا ينبغي تغيير وضع الشخص وفقًا لحركته وانتقاله من دولة الى اخرى, على سبيل المثال يحدد القانون العراقي سن الرشد بتمام الثامنة عشرة, فانه لا يصبح قاصرا عند انتقاله من العراق الى بلد اخر يحدد هذا الاخير سن الرشد ب ٢١ سنة, ان وضع الشخص او الحالة الشخصية للأشخاص تتطلب الثبات والاستقرار, لذلك من الضروري ان يخضع هذا النظام الأساسي إلى قانون لا يختلف اعتمادًا على ما إذا كان الشخص موجودًا مؤقتًا في مكان آخر, على انه يجب الاشارة الى ان هذا الدوام والثبات يهدف في نفس الوقت إلى حماية الأفراد, بالإضافة إلى ذلك ، فإن جميع القواعد التي تحكم

وضع وحالة الأفراد هي من حيث المبدأ قواعد إلزامية, لذلك فإن الدول نفسها لديها مصلحة في استقرار وضع الأفراد وإخضاع هذا الوضع بقانون يمكن تحديده بسهولة ويمكن التنبؤ به.

في القانون العراقي[٥] كما في القانون الفرنسي ، تخضع مسائل الأحوال الشخصية للقانون الوطني للفرد أو القانون الشخصي, وقد كرس المشرع الفرنسي هذا المبدأ في الفقرة ٣ من المادة ٣ من القانون المدني ، والتي تنص على أن "القوانين المتعلقة بالحالة الشخصية واهلية الأشخاص تحكم الفرنسيين ، وحتى لو كانوا مقيمين في بلد أجنبي. وهكذا يخضع المواطنون الفرنسيون لأحكام القانون المدني عندما يتعلق الأمر بأحوالهم الشخصية, الا انه وعن طريق المعاملة بالمثل ، يخضع الاجنبي الذي يعيش في فرنسا لقانون الدولة التي يكون هو من مواطنيها[٦].

يعتبر الطلاق والانفصال الجسدي من الموضوعات التي تتعلق بالحالة الشخصية للأفراد, وتعد من المسائل الحساسة التي تمس الجانب المعنوي والاعتباري للأشخاص ,ان القواعد الحاكمة لهذه المشكلة والتي تتفرع منها على مستوى القانون الموضوعي, تختلف اختلافا كبيرا من بلد إلى آخر، ومرد هذا الاختلاف كونه يعتمد على مجموعة من العوامل الاجتماعية والسياسية والتاريخية والدينية في بعض الأحيان.

وفقا لنص المادة الاولى من اللائحة فان الموضوعات التي تحكمها اللائحة هي الطلاق الانفصال الجسدي, ذات العنصر الدولي, اي التي تتحقق فيها فكرة تنازع القوانين, بكلمة اخرى ضرورة انتماء اطراف العلاقة القانونية الى اكثر من دولة, وذلك من اجل ان تتحقق في العلاقة القانونية الصفة الدولية[٧]، رغبة من واضعي اللائحة بتسهيل الإجراءات وسرعة حسم الدعوى[٨], وعلى النقيض من ذلك فأنها لا تحكم المسائل التي تتعلق بأسماء الزوجين ، والآثار المترتبة على الزواج ، والمسؤولية الأبوية ، والتزامات النفقة ، والائتمان والعقارات, تلك المسائل الناشئة في سياق موضوع الطلاق أو الانفصال الجسدي[٩], ايضا لا يدخل في نطاق احكام اللائحة مسألة القانون الواجب التطبيق على قضايا من مثل اهلية الزواج أو وجود الزواج أو صحته أو الاعتراف به[١٠].

وفقًا للأسباب الموجبة ولديباجة اللائحة ، يجب أن تكون الاحكام التي تتضمنها لائحة روما الثالثة متوافقة مع لائحة بروكسل المكررة Bruxelles II bis.

اما بشأن مفهوم الطلاق, يلاحظ ان اللائحة قد خلت من هذا التعريف, وعليه فانه وفقاً للائحة, في حالة عدم وجود تعريف صريح ، يجب اعتبار "الطلاق" و "الانفصال القانوني" لهما مفاهيم "مستقلة" وتفهم على أنها تحمل نفس المعنى المشار اليه في لائحة "Brussels II bis"[١١], وفقا لهذه الاخيرة ، فان الطلاق والانفصال القانوني ينبغي أن يشمل جميع الإجراءات المرفوعة أمام محاكم الدول الاعضاء بهدف حل الرابطة الزوجية.

والطلاق يعتبر واحد من هذه القضايا وعليه يمكن تعريف الطلاق لغرض تطبيق اللائحة هو انقضاء او انحلال الرابطة الزوجية مما يتسبب عنه فسخ عقد الزواج بناءآ على أمر من محكمة مختصة ويمكن طلب هذا الفسخ لعقد الزواج للأسباب المذكورة على سبيل الحصر في القانون . وبهذا الصدد نشير الى قرار محكمة العدل الاوربية والذي ذهبت فيه الى عدم اعترافها بقرار الطلاق الناتج من جانب واحد ومن هيأة دينية شرعية في سوريا وفقا للائحة روما ٣ لعام ٢٠١٠ , ففي قضية طلاق بين زوجين, جنسيه الزوج المانية متزوج من مواطنة ذات اصول سورية وجنسيتها المانية، أعلن المواطن الألماني السوري الاصل انه متزوج من مواطنة سورية ، وانه طلقها أمام احدى المحاكم الشرعية السورية قبل ان يتم طلب الاعتراف بهذا الطلاق في ألمانيا, ووفقًا للمحكمة ، إن لائحة روما ١ والتي تطبق داخل دول الاتحاد الأوروبي ، وبالتحديد في المادة الاولى منها, ان المقصود بالطلاق لأغراض تطبيق هذه اللائحة هو ذلك الطلاق الذي يتم إما عن طريق محكمة من محاكم الدولة الرسمية او بما تسميه محكمة العدل الاوربية ((ان تقع تحت سيطرة الدولة)). تبعا لذلك، ترى المحكمة أن المادة ١ من اللائحة تستبعد هذا النوع من الطلاق الناتج من جانب أحد الزوجين وأمام محكمة دينية، وتذهب المحكمة الى ان اللائحة تعتمد فقط الأوامر القانونية للدول الأعضاء المشاركة في هذه اللائحة، اي الأوامر الصادرة من الهيئات العامة والتي بإمكانها اتخاذ قرارات لها قيمة قانونية في المنازعات, بعكس ذلك لا يدخل في نطاق تطبيق المادة الاولى من هذه اللائحة, وبالتالي تم رد دعوى الاعتراف بالحكم بالطلاق[١٢].

يلاحظ في الوقت الحاضر ، أن اغلب قوانين دول الاتحاد الأوروبي تسمح بالطلاق, ومع ذلك فإن القواعد والمعايير التي تحدد اسباب الطلاق وغيرها من الجوانب المهمة من الناحية العملية تختلف من دولة الى اخرى ،من مثل شروط الطلاق والانفصال القانوني, وهذا يثبت لنا اختلاف الفلسفة الاجتماعية التي تؤسس طريقة التعامل المختلفة مع هذه المواضيع التي لا تزال تتعامل بها المؤسسة في جميع أنحاء القارة, على سبيل المثال لا تشترط قوانين بعض الدول (21) ، مثل فنلندا

والسويد ، على الزوجين الاستناد الى أسباب معينة لحل زواجهما ، ويتجاهل الانفصال بمعنى اخر انه لم يتولى هذا الاخير بالتنظيم كمؤسسة قانونية مستقلة[١٣]. بالمقابل هناك قوانين اوربية اخرى تستخدم معايير أكثر صرامة تجاه موضوع الطلاق والانفصال الجسدي ، على سبيل المثال القانون المالطي ، لم يكن يعترف بفكرة الطلاق حتى وقت قريب جدًا ،بموجب تعديل القانون المدني المالطي لسنة ٢٠١١ فانه بات من الممكن فسخ عقد الزواج شريطة الانفصال لمدة أربع سنوات، كذلك أن تكون المحكمة مقتنعة بعدم وجود احتمال ودلائل معقولة تشير الى امكانية المصالحة و التوفيق بين الزوجان[١٤].

وهذا الواقع ينطبق بشكل خاص على القواعد المتعلقة بانقضاء الزواج ,مع العلم ان هذا الموضوع يعتبر من الحريات الخاصة , وأن احترام الحياة الخاصة والعائلية مكفول في جميع الدول الأعضاء بموجب المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[١٥] ، وبموجب المادة 7 من CFRUE.

تقليديًا, وعلى صعيد القارة الاوربية تمنح قوانين الاحوال الشخصية في موضوع الطلاق سلطة تتمتع فيه الدول بهامش واسع من التقدير .وفي هذا الصدد ، أقرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن" حماية الحياة الخاصة أو العائلية قد تستلزم في بعض الأحيان وسائل يمكن من خلالها إعفاء الأزواج من واجب العيش معاً "، في قضية Jonhnston v. Ireland, back in ، في عام 1986[١٦].

ومن اجل تطبيق احكام اللائحة, فأنه يمكننا تعريف الطلاق على انه قطع الرابطة الزوجية والتي تؤدي الى فسخ عقد الزواج بموجب حكم قضائي صادر من قاضي مختص في دعاوى الاحوال الشخصية, وهذا القطع للعلاقة الزوجية يجب ان يستند الى الاسباب التي حددها القانون بصورة حصرية.

المطلب الثاني / التفريق القانوني

legal separation

كما نوهنا, أن اللائحة حاولت وضع إطار قانوني واضح وشامل في مجال القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال القانوني فيما بين الدول الأعضاء في الاتحاد الاوربي، بما يضمن خلق قواعد لها القدرة على التنبؤ وتتمتع بمرونة عالية, كذلك تمنع تسابق أحد الزوجين إلى اقامة دعوى

الطلاق امام محكمة معينة قبل الطرف الاخر,لضمان خضوع الإجراءات لقانون معين, يعتبره أكثر ملاءمة وفقا لمصالحه الخاصة, علما ان اللائحة جاءت متوائمة مع الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان, وبالتالي فهي تحترم الحقوق الأساسية في موضوع الطلاق والانفصال القانوني, وتراعي المبادئ المعترف بها في ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي ، ولا سيما المادة ٢١ [١٧]، التي تحظر التمييز على أساس الجنس أو العرق أو اللون أو الأصل الاثني أو الخصائص الاجتماعية أو الوراثية أو اللغة أو الدين أو المعتقد أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر أو الانتماء الوطني أو الثروة أو الولادة أو الإعاقة أو السن أو التوجه الجنسي.

يمكننا ان نعرف التفريق القانوني على انه إجراء يتيح للزوجين العيش بشكل رسمي وبطريقة منفصلة ودائمة يضع حدا ، مؤقتا أو نهائيا ، للحياة المشتركة للزوجين, وهو اجراء قليل ما يلجأ اليه, ويستخدم بشكل رئيسي من قبل الأشخاص الذين يرفضون الطلاق (عن طريق المعتقد الديني على سبيل المثال), وبموجب هذا النوع من الانفصال فأن الرابطة الزوجية لا تنتهي حيث يبقى الزوجان في حالة زواج الا انه لا يمكن تحقق حالة الاجتماع فيما بينهم. وفقا لذلك فأن الانفصال القانوني هو مجرد بديل للطلاق حيث انه يضع حدا لالتزام المعاشرة الزوجية الا انه لا يؤدي كما اشرنا انفا الى قطع العلاقة الزوجية, بمعنى اخر ان الانفصال هو اجراء يسمح بموجبه للزوجين بالعيش منفصلين بشكل دائم وبصورة رسمية, وبهذه المثابة فأنه يضع حدا ، مؤقتا أو نهائيا ، للحياة المشتركة للزوجين.

والانفصال القانوني يتعلق فقط بالأشخاص المتزوجين, على عكس الطلاق فهو يسمح للزوجين بالبقاء متزوجين ، ولكن ليس للعيش معًا, يمكن أن ينشأ هذا النوع من التفريق عن طريق الزوجين مباشرة, بوثيقة خاصة وبالإمكان ان يصادق عليها محامي الزوجين او محكمة مكان سكن الزوجين. ويترتب على التفريق القانوني العديد من الاثار التي تتعلق ب (الأطفال والممتلكات والأطراف الثالثة وما إلى ذلك), علما ان هذا التفريق يتوقف على وجه الخصوص ، إذا ما استأنف الزوجان الحياة معًا أو توفي أحدهما, وينطوي الانفصال الجسدي دائمًا على فصل الممتلكات ويخضع للقواعد الإجرائية التي تطبق على الطلاق. اما بالنسبة لأسباب الانفصال القانوني, يلاحظ انها نفس أسباب الطلاق.

المبحث الثاني / قدرة الاطراف على اختيار الاحكام الموضوعية (القانون الواجب التطبيق)

(Parties' ability to choose substantive dispositions (applicable law)

اعطت اللائحة للأطراف امكانية تحديد القانون الواجب التطبيق, والمتصور هنا ان الأطراف قد يعمدون الى هذا التحديد مباشرة, هذه فرضية اولى, اما الفرضية الثانية قد لا يتم هذا التحديد بشكل صريح, وبالتالي تلجأ اللائحة الى المعايير الاحتياطية والتي تتمثل بمعيار الاقامة المعتادة للزوجين.

المطلب الاول/ الاختيار الصريح

Explicit choice

ان أحد أهم ابتكارات القانون الدولي الخاص المعاصر، هو منح الاطراف امكانية تعيين القانون الواجب التطبيق في العلاقات القانونية التي تتعلق بالحالة الشخصية للأشخاص[١٨], يلاحظ أن استقلال الإرادة قد غزا بالفعل القانون الدولي الخاص المعاصر ، خاصة منذ بدء نفاذ اتفاقية روما لعام ١٩٨٠, وقد امتد هذا المبدأ ليشمل مجالات أخرى غير العقود, من مثل مسائل الاحوال الشخصية, ويبرر هذا الدور المتنامي لضابط الارادة والقبول المتزايد له في القانون الدولي الخاص المقارن، كونه "يتفق مع الظروف الاجتماعية والديمغرافية للحياة الدولية" المعاصرة , كذلك يمثل عامل مهم في سرعة انجاز الدعوى[١٩].

ان هذا الضابط يمثل مرحلة متطورة بالنسبة للمعايير الاخرى ويمثل انقلاب على معيار الإقامة أو (الإقامة المعتادة) ومعيار الجنسية ، تاريخيا وخصوصا على صعيد القارة الاوربية كانت القوانين تفضل الاخذ بالمعيار القانوني الذي يرتبط به الشخص قانونًا برباط قوي (ثقافي, اجتماعي او سياسي) ، وقد لوحظ ان تطبيق هذه المعايير الأخيرة (ضابط الاقامة او الجنسية) يؤدي الى اهدار المساواة في التعامل بين اطراف العلاقة القانونية [٢٠]. إن تبني ضابط الإرادة يمكن من خلاله التغلب على هذه الصعوبات عن طريق السماح بتكييف القانون الواجب التطبيق بحسب طبيعة العلاقة القانونية وظروفها[٢١].

ويتخذ شكل اللجوء الى ضابط الارادة في القانون الدولي الخاص في مسائل الأحوال الشخصية أشكالًا مختلفة: كأن يكون عبارة عن قاعدة فرعية قابلة للتطبيق عندما تكون القاعدة الرئيسة غير

.

قابلة للتنفيذ [٢٢]، او قد يكون عبارة عن قاعدة بديلة إضافية قابلة للتطبيق افتراضا, أو ان يكون شكل تبني هذه القاعدة كمبدأ [٢٣].

وقد ترجمت الفقرة١ من المادة ٥ الهدف الذي جاءت من اجله اللائحة, حيث نصت على ان للزوجين بالاتفاق أمكانية اختيار القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال الجسدي وفي نفس الوقت فان هذا الاتفاق محكوما بمجموعة من ضوابط الاسناد منها قانون دولة الإقامة المعتادة للزوجين وقت إبرام الاتفاق ؛ أو قانون دولة آخر إقامة اعتيادية للزوجين ، شريطة أن يكون أحدهما لا يزال يقيم هناك وقت إبرام الاتفاق ؛ أو قانون دولة جنسية أحد الزوجين وقت إبرام الاتفاق ؛ أو قانون دولة المحكمة la loi du for.

يتمثل الابتكار الذي توفره اللائحة في منح الطرفين بمرونة أكبر من خلال السماح لهم باختيار القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال القانوني, والقوانين التي يمكن اختيارها هي فقط تلك التي تربط الأزواج بها علاقات وثيقة بسبب إقامتهم المعتادة أو آخر إقامة مشتركة معتادة إذا كان أحدهم لا يزال يقيم هناك، وجنسية أحد الزوجين الأزواج ، وقانون الدولة التي توجد فيها المحكمة التي اقيمت امامها الدعوى.

المادة 5 من اللائحة والتي تتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الطرفين

١- يجوز للزوجين الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال القانوني ، بشرط أن يكون أحد القوانين التالية:

أ -(قانون دولة الإقامة المعتادة للزوجين وقت إبرام الاتفاق ؛ أو

ب -(قانون دولة آخر إقامة اعتيادية للزوجين ، شريطة أن يكون أحدهما لا يزال يقيم هناك وقت إبرام الاتفاق ؛ أو

ج -(قانون دولة جنسية أحد الزوجين وقت إبرام الاتفاق ؛ أو

د -(قانون المحكمة الذي تقام فيها الدعوى[٢٤].

اما في الفقرة 3 ، فأنها جاءت بحكم مضمونه انه يجوز إبرام او تعديل الاتفاق الذي يحدد القانون الواجب التطبيق في أي وقت ، شريطة ان لا يكون هذا الابرام او التعديل وقت انتهاء المرافعات ووصول المحكمة الى مرحلة التهيؤ الى اصدار القرار .

يحدث عملا ان لا يحصل الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الاطراف قبل البدء بالخصومة من قبل المحكمة, وبالتالي فأنه ووفقا للائحة بإمكان الأطراف ممارسة حقهم القانوني

في الاختيار اثناء السير في الدعوى, شريطة ان تحيط المحكمة علما بالتسمية او التعيين لهذا القانون وفقا لقانون المحكمة المعروض عليها النزاع.

على انه يلاحظ انه لا يوجد ما يمنع من تعديل الاتفاق في اختيار القانون الواجب التطبيق بين الاطراف, ويلاحظ ان المادة 4 قد حاولت وضع اطار عالمي لأحكامها, حيث انها لم تشترط ان يكون الاتفاق بين الاطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق, ان يكون من بين قوانين الدول الاعضاء, حيث ليس هناك ما يمنع الزوج الالماني المتزوج من فرنسية ويرومان الطلاق, من اختيار الاحكام الموضوعية التي يتضمنها قانون من خارج دول الاتحاد الاوربي[٢٥]. اما بالنسبة للوقت المحدد لأبرام الاتفاق بين الطرفين فقد نصت على ذلك الفقرة ٣ بقولها على انه دون الإخلال بالفقرة 3 ، يجوز إبرام وتحديد الاتفاق بشأن القانون الواجب التطبيق في أي وقت ولكن على الأكثر في وقت عرض او تقديم الدعوى إلى المحكمة[٢٦]. إذا نص قانون المحكمة على ذلك (اي بالحكم الذي تبنته الفقرة ٢) ، يجوز للزوجين او للأطراف أيضًا تعيين القانون الواجب التطبيق أمام المحكمة أثناء سير الإجراءات, في هذه الحالة ، يتوجب على الأطراف احاطة المحكمة علما بالتسمية وفقا لقانون المحكمة التي تنظر النزاع.

ان حرية اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الاطراف هو تصرف قانوني مثله مثل اي تصرف قانوني اخر يجب ان تتوافر فيه شروط شكلية ومادية لصحة هذا الاتفاق, حيث يخضع وجود وصلاحية أي اتفاق بشأن اختيار القانون الواجب التطبيق أو أي بند منه, إلى القانون الذي يسري بموجب هذه اللائحة إذا كان الاتفاق المبرم ما بين الأطراف أو الشرط نافذا اي مستوفيا لشروط الصحة المادية والشكلية, ومع ذلك ، من أجل إثبات عدم وجود الرضا ، يجوز للزوج أن يعتمد على قانون بلد الإقامة المعتاد في الوقت الذي يتم فيه نظر المحكمة للدعوى إذا كانت الظروف تشير إلى أنه ليس من المعقول تحديد سلوك ذلك الزوج وفقًا للقانون المشار إليه في الفقرة[٢٧].

اما بالنسبة للشروط الشكلية, كما قلنا ان اللائحة اعطت للأطراف امكانية اختيار وتحديد الاحكام الموضوعية التي يتضمنها القانون الواجب التطبيق موضوع الطلاق والانفصال القانوني, على انه يلاحظ ان هذا الجواز القانوني الذي اعطته اللائحة للأطراف محكوم بمجموعة من الشروط, مما يترتب على ذلك ان فعالية هذا الاتفاق محكومة او معلقة على وجود او عدم وجود هذه الشروط,

وهذه الشروط تتوزع فيما بين شروط شكلية ومادية, وكما صرحت على ذلك المادة(7) 1و (2) بالقول يجب أن يكون الاتفاق المشار إليه في المادة ٥ خطيًا ، ومؤرخًا وموقعًا من كلا الزوجين. فضلا عن ذلك, ان اللائحة و وفقآ للفقرة ١ من المادة ٧ اجازت ان يبرم الاتفاق بين الطرفين على تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال شبكة الانترنيت ويتم ذلك بإحدى الوسائل الإلكترونية, شريطة ان يسجل هذا الاتفاق الكترونيآ بحيث يجعل من الممكن مراجعة الاتفاقية بشكل دائم, واذا ما تحقق ذلك فان الاتفاق يعد كما لو كان في شكل مكتوب بالطريقة الكلاسيكية[٢٨] ,ومع ذلك ، إذا كان قانون الدولة العضو باللائحة التي ينتمي اليها الطرفين (الزوج والزوجة) التي يقيم فيها الزوجان إقامة عادية وقت إبرام الاتفاق, ينص على قواعد رسمية إضافية لهذا النوع من الاتفاق ، فإن هذه القواعد هي التي تطبق إذا كان للزوجين ، وقت إبرام الاتفاق ، اقامة معتادة في دولة عضو اخرى وكانت قوانين تلك الدول تنص على قواعد رسمية مختلفة ،عليه سوف يكون هذا الاتفاق ساري المفعول شكلا, إذا استوفى الشروط المنصوص عليها بموجب قانون هذه الدولة, وهذا ما نستطيع الاصطلاح عليه بالامتداد الموضوعي ما بين الاحكام التي تتضمنها اللائحة وما بين القانون الواجب التطبيق[٢٩].

اما إذا كان القانون الواجب التطبيق بموجب المادة 5 أو 8 لا يتضمن نصوص تجيز الطلاق أو الانفصال القانوني ,أو في فرضية اخرى ,لا ينظر بعين المساواة فيما بين الرجل والمرأة في ممارسة حق الطلاق أو الانفصال القانوني، في هذه الحالة يصار الى تطبيق قانون المحكمة. اما في المادة ١١ فأنها استبعدت الأخذ بالإحالة , عندما اشارت بان المقصود بقانون الدولة، هو القواعد الموضوعية المعمول بها في تلك الدولة وبالتالي فأن هذه اللائحة تستبعد تطبيق الإحالة بمعنى اخر تستبعد تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص . وفي المادة 12 من اللائحة تبنت مبدأ النظام العام : لا يمكن بأي حال من الاحوال استبعاد تطبيق أحكام القانون المختار من قبل الاطراف بموجب اللائحة إلا إذا كان ذلك التطبيق يتعارض بشكل واضح مع النظام والسياسة العام لقانون القاضي.

المطلب الثاني/ غياب الاختيار

Absence of choice

في حالة عدم ممارسة الأطراف لحقهم في اختيار القانون الواجب التطبيق، هنا نصت اللائحة على الية يجب اتباعها في تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث بموجب نص المادة الثامنة, انه في حال عدم تحقق فرضية الاختيار من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق وفقًا للمادة 5 ،في هذه الحالة يخضع الطلاق والانفصال القانوني لاحد القوانين التالية:

قانون مكان الإقامة المعتادة للزوجين La loi de résidence habituelle d'un couple وقت تقديم عريضة الدعوى الى المحكمة .وإذا تعذر ذلك، قانون مكان آخر إقامة معتادة للزوجين ، شريطة ألا ان تكون تلك الإقامة قد انتهت قبل أكثر من سنة من وقت تقديم الدعوى الى المحكمة شريطة أن يكون أحد الزوجين لا يزال يقيم في تلك الدولة وقت عرض الدعوى على المحكمة او إذا تعذر ذلك ، قانون دولة جنسية الزوجين في وقت عرض الدعوة على المحكمة .أو إذا تعذر ذلك، قانون المحكمة المعروض امامها النزاع.

هذا مع العلم ووفقا للائحة ان هناك امكانية تحويل الانفصال الانفصال القانوني إلى طلاق وهذا ما عالجته المادة ٩ منها في حالة تحول الانفصال القانوني إلى طلاق ، فإن القانون الواجب التطبيق على الطلاق هو القانون الذي تم تطبيقه على الانفصال القانوني ، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك وفقًا للمادة 5 ومع ذلك ، إذا كان القانون الواجب التطبيق على الانفصال القانوني لا ينص على تحول الانفصال القانوني إلى طلاق ، في هذه الحالة تطبق المادة 8 ، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك وفقًا للمادة 5, وفقا لأحكام هذه المادة فان هناك تسلسل هرمي، مما يعني أنه في حالة عدم وجود دولة إقامة مشتركة للزوجين ، سيطبق القاضي قانون دولة آخر مكان إقامة اعتيادي للزوجين ، إذا كان عمر هذا المكان أقل من عام, فأن هذا المكان يعد, هذان الزوجان يعيشان او يسكنان هناك وما زال أحد الزوجين يعيش هناك وما إلى ذلك.

ان القواعد التي تبنتها لائحة روما ٣ لعام ٢٠١٠هي محاولة لتوحيد القواعد الواجبة التطبيق على الطلاق والانفصال القانوني, وفي سبيل ضمان التوحيد في تطبيقها يتوجب على الدول الأطراف اعتماد التفسير الذي يتماشى مع الغرض والهدف الذي من اجله تم تبني اللائحة, هذا التفسير الموحد سوف يسمح في الواقع لهذه القواعد بضمان تحقيق أهدافها ، مع ضمان المساواة في الحقوق والالتزامات الناشئة عنها بالنسبة للأفراد المعنيين بها[٣٠].

في الواقع ، ان اللائحة رقم 1259/2010 لا تؤدي إلى تحقيق التوحيد التام داخل الدول الأعضاء المشاركة فيما يتعلق بالقواعد التي تحكم مسائل تنازع القوانين فيما يتعلق بالطلاق والانفصال القانوني, ويرجع هذا النقص في التوحيد الى عدة اسباب.

في المقام الأول ,ان الأحكام القانونية التي تتضمنها اللائحة ، لا تمنع الدول الأعضاء من تطبيق القواعد القانونية المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية التي سبق وان انضمت اليها تلك الدول ، بدلاً من القواعد الجديدة .وقت اعتماد اللائحة) المادة 19 فقرة ١.

ثانياً ، تتوخى اللائحة نفسها أن بعض أحكامها يمكن أن تستكمل بالقواعد المحلية ,على سبيل المثال ، بموجب الفقرة 2 من المادة 7 من اللائحة ، يخضع موافقة الزوجين على القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال القانوني للمتطلبات الرسمية الإضافية ، إن وجدت ، المنصوص عليها في قانون الدولة العضو المشاركة حيث يقيم الزوجان عادة.

ثالثًا ،ايضا من الاشكاليات الاخرى التي تواجهها اللائحة, تتمثل في حالة النظام العام, ففي حالة ما اذا تبين ان الاحكام الموضوعية في القانون الذي تم اختياره من قبل الاطراف مخالف للقواعد والمبادئ الاساسية في تلك الدولة كما نصت على ذلك المادة ١٢ من اللائحة ، حيث إن النص الجديد لا يحدد القانون الذي ينبغي تطبيقه.

وبصفة عامة، يبدو أن الفجوة او الفراغ القانوني lacune juridique في هذا النظام من اجل توحيد القواعد التي تحكم القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال القانوني, لا يمكن ملؤه من خلال التفسير أو عن طريق القياس، أي من داخل ا اللائحة / أو من قانون الاتحاد الأوروبي, وانما هي مسؤولية تقع على عاتق المحاكم الوطنية , يُسمح لهم بالقيام بذلك طالما أن القواعد المحلية المعنية لسد الفراغ لا تمس " الفعالية القانونية للائحة" ، "Efficacité juridique du règlement" أي قدرة الأخيرة على تحقيق أهدافها .

الخاتمة

Conclusion

تمثل اللائحة رقم ٢٠١٠/١٢٥٩ حصيلة مشروع طموح يمس مجالًا مهما من مجالات القانون الدولي الخاص, الملاحظ ان هذا المجال لم يشهد تطور مهم فيما بين الدول ، سواء على صعيد القارة الاوربية أو في أي مكان آخر, وبالتالي فان اللائحة الاوربية تمثل تطور مهم في هذا الصدد.

وحسب الفقه المقارن وكما اشرنا في متن البحث , فان هذه اللائحة الاوربية, ربما تكون الأداة الجديدة ذات التعبير الأكثر وضوحًا ، حتى الآن ، والتي تعبر عن فكرة "التكامل المتبادل" "Intégration mutuelle"بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. حيث تهدف اللائحة الى تعزيز اليقين القانوني والقدرة على التنبؤ في مسائل الطلاق والتفريق القانوني ذات الصفة "الدولية" ؛ كذلك من اجل زيادة المرونة عن طريق إدخال بعض الاستقلالية للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق ؛ ومنع "التسرع وتسابق الاطراف في الذهاب إلى المحكمة الاقرب بالنسبة لاحد الزوجين". تطبق اللائحة الجديدة على القضايا ذات الطبيعة الدولية فقط وتتحق هذه في حالة اختلاف جنسية الطرفين ,أو في حالة اقامتهم في دول مختلفة.

الفلسفة التي يستند اليه التوجه الاوربي ,تقوم على إمكانية التوفيق بين المتطلبات المستمدة من أهداف اللائحة والمتطلبات المختلفة المستمدة من الخيارات الأخلاقية, الثقافية, السياسية أو الاجتماعية للدول الأعضاء، والتي تتمثل في موازنة هذه المتطلبات المتنافسة وفقًا لمعايير "المعقولية" من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، في الاعتراف بأن السلطات الوطنية تكون في بعض الأحيان في وضع أفضل لحل الاختلاف في التفسير المتعلق بالقوانين الأوروبية.

هذا النهج ، المنصوص عليه في حكم Schmidberger والذي تم تطويره لاحقًا في أحكام Omega et Sayn Wittgenstein، مكّن الدول الأعضاء من تبرير إجراءاتها على أسس بعض منها ذات طبيعة سياسية أو اقتصادية[٣١].

اخيرآ وبسبب من الزيادة في الهجرة من العراق الى دول اجنبية ، وتطور قواعد القانون الدولي الخاص في مسائل الاحوال الشخصية, ثم وفي محاولة للتكيف مع المنازعات القانونية التي من الممكن ان تظهر نتيجة للتوسع في مسائل الزواج للعراقيين في الخارج, وما يترتب على ذلك من اثار, نقترح على المشرع العراقي تبني معيار حرية ارادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق, لما يحققه من نتائج سواء على صعيد تعزيز اليقين القانوني, وسرعة انجاز الدعوى, وذلك بالنص في المادة ١٩ / ٣ من القانون المدني العراقي على امكانية تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف, شريطة ان لا يؤدي اختيار ذلك القانون الى المساس بالنظام العام الوطني.

الهوامش

Endnotes

[1] Article 12 Convention européenne des droits de l'homme

Droit au mariage

A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit.

المادة 12 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان

الحق في الزواج

للرجال والنساء في سن الزواج ,الحق في الزواج وتأسيس أسرة ,وفقًا للقوانين الوطنية التي تحكم ممارسة هذا الحق

[2] P. Kinsch, «Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad. Private International Law Rules and European Human Rights Law», in K. Boele-Woelki / T. Einhorn / D. Girsberger / S. Symeonides (eds.), Convergence and Divergence in Private International Law. Liber amicorum Kurt Siehr, The Hague, Eleven International Publishing, p. 259 et seq.

[3] C.M.V. Clarkson / J. Hill, The Conflict of Laws, 4th ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 428 et seq.

[٤] قدمت اللجنة المشكلة من اجل اعداد اللائحة في ١٧ يوليو ٢٠٠٦ مقترحًا بشأن اللائحة التنفيذية (EC) رقم ٢٠٠٣/٢٢٠١ ، تدعى روما ٣ ، وأشار المجلس الاوربي في ٢٠٠٨ إلى عدم وجود إجماع على هذا الاقتراح وان هناك صعوبات كبيرة لا يمكن التغلب عليها للحصول على اتفاق الدول, وفي مواجهة هذا المأزق، قدمت مجموعة من الدول طلب إلى اللجنة يوضح أنهم يعتزمون إقامة تعاون فيما بينهم, من مثل بلجيكا ، بلغاريا ، ألمانيا ، اليونان (التي سحبت طلبها في ٣ مارس ٢٠١٠) ، إسبانيا ، فرنسا ، إيطاليا ، لاتفيا ، لوكسمبورغ ، المجر ، مالطا ، النمسا ، البرتغال ورومانيا وسلوفينيا. هذه هي المرة الأولى في تاريخ الاتحاد الأوروبي التي تلجأ فيها البلدان إلى هذه الآلية ، التي تسمح لتسعة بلدان أو أكثر باعتماد تدبير مهم تمنعه أقلية صغيرة من الدول تحتفظ دول الاتحاد الأخرى بالحق في الانضمام وقتما تشاء في ١٢ يوليو ٢٠١٠ ، اعتمد المجلس القرار رقم ٤٠٥/٢٠١٠ / الاتحاد الأوروبي الذي يجيز تعزيز التعاون في مجال القانون المطبق على الطلاق والانفصال القانوني.

[٥] المادة ١٩ من القانون المدني العراقي تنص على انه :

١. يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين، اما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين اجنبيين او ما بين اجنبي وعراقي اذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، او اذا روعيت فيه الاشكال التي قررها قانون كل من الزوجين.
٢. ويسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزواج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من اثر بالنسبة للمال.
٣. ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى.
٤. المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والاولاد يسري عليها قانون الاب.
٥. في الاحوال المنصوص عليها في هذه المادة اذا كان احد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده.
٦.

[6] B. Ancel et Y. Liquette, D. Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 1998, n° 1 : la première décision appliquant la loi nationale au statut personnel d'un étranger, CA Paris, 13 juin 1814, B. Ancel et Y. Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé, 2e é. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 45 N°2, Avril-juin 1993. p. 497;

L Article 3 du Code civil francais prevoit aue Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.

[٧] (انظر المادة ١ ، الفقرة ١ والمادة ١٦)

تمت الموافقة على المشروع من قبل البرلمان الأوروبي ، وفي ٢٠ ديسمبر ٢٠١٠ ، اعتمد مجلس الاتحاد الأوروبي اللائحة (الاتحاد الأوروبي) رقم ٢٠١٠/١٢٥٩ لتنفيذ الاتفاق الذي يهدف الى تعزيز التعاون في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال القانوني. لائحة روما ٣ ذي الرقم ١٢٥٩ المؤرخة في ٢٠ ديسمبر ٢٠١٠، هذه اللائحة تسمى روما الثالثة ،حاولت هذه اللائحة وضع قواعد موحدة لموضوعات تنازع القوانين في مسائل الطلاق والانفصال, ووفقا للأحكام المنظمة لهذه اللائحة فأنها تطبق بين دول الاتحاد الاوربي وتمثل هذه اللائحة في نفس الوقت ثمرة "التعاون فيما بين دول الاتحاد الأوروبي ألاربع عشرة. دخلت حيز النفاذ في اليوم التالي لنشرها في الجريدة الرسمية للاتحاد الاوربي وتطبق اعتبارا من تاريخ ٢١ حزيران ٢٠١٠ ماعدا المادة ١٧ والتي دخلت حيز النفاذ اعتبارا من ٢١ حزيران ٢٠١١ .

[٨] انظر المادة (٢))

[٩] (المادة ١ (٢))

[١٠] انظر نصوص هذه اللائحة على الموقع التالي:

http://publications.europa.eu

[11] Règlement Rome III / Champ d'application du règlement / Notion de « divorce » / Arrêt de la Cour (Leb 825 Saisie d'un renvoi préjudiciel par l'Oberlandesgericht München (Allemange), la Cour de justice de l'Union européenne a interprété, le 20 décembre 2017, l'article 1er du règlement 1259/2010/UE mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (dit « Rome III »), lequel est relatif au champ d'application du règlement (Sahyouni, aff. C-372/16). Dans l'affaire au principal, un ressortissant allemand, marié avec une ressortissante syrienne, a prononcé la formule de divorce devant un tribunal religieux de la charia de Syrie avant de demander la reconnaissance de ce divorce en Allemagne. L'épouse a contesté la décision de la juridiction nationale de faire droit à la demande de reconnaissance du divorce, laquelle a estimé que ce divorce était régi par le droit syrien en vertu du règlement. Saisie dans ce contexte, la juridiction de renvoi a interrogé la Cour sur le point de savoir si l'article 1er du règlement doit être interprété en ce sens qu'un divorce résultant d'une déclaration unilatérale de l'un des époux devant un tribunal religieux, tel que celui en cause au principal, relève du champ d'application matériel de ce règlement. La Cour précise qu'aucune disposition de ce règlement ne fournit de définition de la notion de « divorce ». Néanmoins, elle relève que les références à l'intervention d'une juridiction et à l'existence d'une procédure, qui figurent dans plusieurs dispositions du règlement, mettent en évidence que ce dernier vise exclusivement les divorces prononcés soit par une juridiction étatique, soit par une autorité publique ou sous son contrôle. Elle rappelle que lors de l'adoption de ce règlement, dans les ordres juridiques des Etats membres participant à une telle coopération renforcée, seuls des organes à caractère public pouvaient adopter des décisions ayant une valeur juridique dans la matière concernée. Selon la Cour, en adoptant ledit règlement, le législateur de l'Union européenne a eu uniquement en vue les situations dans lesquelles le divorce est prononcé soit par une juridiction étatique soit par une autorité publique ou sous son contrôle. Partant, la Cour considère que l'article 1er du règlement doit être interprété en ce sens qu'un divorce résultant d'une déclaration unilatérale d'un des époux devant un tribunal religieux,

tel que celui en cause au principal, ne relève pas du champ d'application matériel de ce règlement.

[12] The salient features of both the substantive and the conflict-of-laws provisions in force in the Member States of the European Union are illustrated in the Commission Staff Working Document accompanying the Commission's Proposal of 2006 aimed at amedning the «Brussels II bis» regulation and introducing rules on the law applicable to divorce (hereinafter, Working Document); SEC (2006) 949. Unless otherwise specified, information regarding the mentioned domestic rules are taken form this Working Document.

Civil Code (Amendment) Act, 2011, in Government Gazette of Malta No. 18.784 of 29 July 2011, available at http:// www.doi.gov.mt. The amended text shall be effective as of 1 October 2011.

[13] Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme

Droit au respect de la vie privée et familiale

Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

[14] European Court of Human Rights, judgment of 18 December 1986, Johnston and others v. Ireland; the text is available through the Hudoc database at http://echr.coe.int . M. Antokolskaia, «The 'Better Law' Approach and the Harmonisation of Family Law», in K. Boele-Woelki (ed.), Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Antwerp, Intersentia, 2003, p. 174 et seq.

[15] Article 21 non-discrimination de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

1. Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre

opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

2. Dans le domaine d'application du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, et sans préjudice des dispositions particulières desdits traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite.

[16] M.-Cl. Foblets et publiés in M.-CL. FOBLETS, « Quelques propositions concrètes en vue de consolider la situation familiale de la femme marocaine immigrée en Belgique ; le mariage et le divorce », in Femmes marocaines et conflits familiaux en immigration : quelles solutions juridiques appropriées, M.-CL. FOBLETS (éd.), Maklu, 1998, 213-293, spéc. pp. 268-269, n° 66 et pp. 275-276

P. GANNAGÉ, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », Rev. crit. dr. int.priv., 1992, (425), 427.

[17] L'Exposé des motifs qui accompagnait le projet de Code précisait par exemple à propos de l'option de loi permise en matière successorale que « L'objectif poursuivi par la faculté d'option est de permettre au défunt d'exprimer son attachement à sa loi nationale, c'est-à-dire à son pays d'origine ... » (Exposé des motifs, Proposition de loi portant le Code de droit international privé, 1er juillet 2003, Doc. Parl., Sénat 3-27/19.(

[18] L'Institut de droit international avait d'ailleurs opté dans la résolution adoptée au Caire en 1987, sur rapport de M. Loussouarn, pour une généralisation de l'option de droit afin de dépasser le clivage opposant loi du domicile et loi nationale : Résolution adoptée lors de la session du Caire, 1987, sur la dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé. L'option retenue par l'Institut pouvait porter soit sur la loi nationale soit sur la loi du domicile.

[19] L'art. 14 § 3 de l'EGBGB permet par exemple aux époux de sélectionner la loi applicable aux effets du mariage, lorsque les rattachements principaux (à la nationalité commune des époux) sont déficients. Il est intéressant de noter que cette règle exclut l'application des principes de solution retenus par l'EGBGB en matière de conflit de nationalités. Il est donc permis aux parties de choisir la loi nationale de l'un d'entre eux, quand bien même l'époux concerné posséderait deux nationalités et alors que la nationalité qui n'a pas été retenue, est la plus effective, voire la nationalité allemande. Comme l'a noté M. Pirrung, la consécration de l'autonomie

de la volonté dans cette hypothèse s'explique « non pas, comme on pourrait le croire, [par] la conviction que des solutions basées sur l'autonomie des parties sont généralement plus appropriées », mais bien par le constat que les rattachements retenus peuvent dans certains cas mener à des résultats insatisfaisants (J. PIRRUNG, « La réforme du droit international privé en République Fédérale d'Allemagne, spécialement dans le domaine des relations entre époux », Travaux comité français dip, 1987-88, (201), 210.(

[20] Et non simplement comme règle permettant de départager les lois objectivement applicables par un choix de la ou des parties, ce qui peut être une conception stricte de la professio iuris. Voy. dans le droit international privé néerlandais l'article 1(2) de la Wet Conflictenrecht echtscheiding, qui permettait aux époux souhaitant divorcer d'effectuer un choix soit pour la loi néerlandaise, soit pour la loi de la nationalité commune des époux. Le choix des parties n'était pas fonction des liens qu'ils possédaient avec la nationalité commune. Les époux pouvaient opter pour l'application de la loi de leur nationalité commune même si celle-ci n'était pas la plus effective (voy. N. A. BAARSMA, The Europeanization of international family law, diss. Groningen 2010, 18) Cette règle est devenue l'article 56 du Livre 10 du Code civil néerlandais, adopté récemment (infra). En droit international privé européen, voy. l'article 5 du Règlement Rome III (règlement No 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps), qui retient clairement l'autonomie de la volonté comme principe général et non comme mécanisme de correction

[21] Article 5

Choix de la loi applicable par les parties

1. Les époux peuvent convener de designer la loiapplicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes:
    a) la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention; ou
    b) la loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention; ou

c) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention; ou

d) la loi du for.

Article 4 Application universelle

La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre participant.

2. Sans préjudice du paragraphe 3, une convention désignant la loi applicable peut être conclue et modifiée à tout moment, mais au plus tard au moment de la saisine de la juridiction.

3. Si la loi du for le prévoit, les époux peuvent également désigner la loi applicable devant la juridiction au cours de la procédure. Dans ce cas, la juridiction prend acte de la désigna- tion conformément à la loi du for.

[22] L'article 6

Consentement et validité matérielle

1. L'existence et la validité d'une convention sur le choix de la loi ou de toute clause de celle-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu du présent règlement si la convention ou la clause était valable.

[23] Toutefois, pour établir son absence de consentement, un époux peut se fonder sur la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle au moment où la juridiction est saisie si les circonstances indiquent qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cet époux conformément à la loi visée au paragraphe 1.

[24] Article 7

Validité formelle

1. La convention visée à l'article 5, paragraphes 1 et 2, est formulée par écrit, datée et signée par les deux époux. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.

2. Toutefois, si la loi de l'État membre participant dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention prévoit des règles formelles supplé- mentaires pour ce type de convention, ces règles s'appliquent.

3. Si, au moment de la conclusion de la convention, les époux ont leur résidence habituelle dans des États membres participants différents et si les lois de ces États

prévoient des règles formelles différentes, la convention est valable quant à la forme si elle satisfait aux conditions fixées par la loi de l'un de ces pays.

4. Si, au moment de la conclusion de la convention, seul l'un des époux a sa résidence habituelle dans un État membre parti- cipant et si cet État prévoit des règles formelles supplémentaires pour ce type de convention, ces règles s'appliquent.

[٢٥] أيضا تنص الفقرة ٣ من المادة السابعة على انه إذا كان وقت إبرام الاتفاق، الوقت الذي يقيم فيه أحد الزوجين إقامة عادية في دولة عضو اخرى ويحتوي قانون تلك الدولة على قواعد رسمية إضافية لهذا النوع من الاتفاق ، فأنه يستلزم تطبيق هذه القواعد.

[26] Cf., ex pluribus, Court of Justice, judgment of 22 March 1983, Martin Peters Bauunternehmung, case 34/82, EC Reports, 1983, p. 987 et seq., paragraph 9.

[27] CJCE, 12 juin 2003, Schmidberger, aff. C 112/00 ; CJCE, 14 octobre 2004, Omega, aff. C 36/02; CJUE, 22 décembre 2010, Sayn-Wittgenstein, aff. C-208/09. Voir, pour un exemple récent d'élargissement du cadre des justifications, CJUE, 19 décembre 2012, Commission/Belgique, aff. C-577/10 et les observations de V. Michel in Europe, Février 2012, comm. n° 79. En général, D. Ritleng, « Les Etats membres face aux entraves », in L. Azoulai (dir.), L'entrave dans le droit du marché intérieur, Bruxelles, Bruylant, p. 303.

المصادر

References

I. القانون المدني العراقي

II. القانون المدني الفرنسي

III. P. Kinsch, «Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad. Private International Law Rules and European Human Rights Law», in K. Boele-Woelki / T. Einhorn / D. Girsberger / S. Symeonides (eds.), Convergence and Divergence in Private International Law. Liber amicorum Kurt Siehr, The Hague, Eleven International Publishing.

IV. C.M.V. Clarkson / J. Hill, The Conflict of Laws, 4th ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.

V. B. Ancel et Y. Liquette, D. Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 1998, n° 1 : la première décision appliquant la loi nationale au statut personnel d'un étranger, CA Paris, 13 juin 1814, B.

VI. Ancel et Y. Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé, 2e é. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 45 N°2, Avril-juin 1993.

VII. la Convention européenne des droits de l'homme

VIII. http://publications.europa.eu

IX. M.-Cl. Foblets et publiés in M.-CL. FOBLETS, « Quelques propositions concrètes en vue de consolider la situation familiale de la femme marocaine immigrée en Belgique ; le mariage et le divorce », in Femmes marocaines et conflits familiaux en immigration : quelles solutions juridiques appropriées, M.-CL. FOBLETS (éd.), Maklu, 1998.

X. P. GANNAGÉ, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », Rev. crit. dr. int.priv., 1992.

XI. L'Exposé des motifs qui accompagnait le projet de Code précisait par exemple à propos de l'option de loi permise en matière successorale que « L'objectif poursuivi par la faculté d'option est de permettre au défunt d'exprimer son attachement à sa loi nationale, c'est-à-dire à son pays d'origine ... » (Exposé des motifs, Proposition de loi portant le Code de droit international privé, 1er juillet 2003, Doc. Parl., Sénat 3-27/19).

XII. L'Exposé des motifs qui accompagnait le projet de Code précisait par exemple à propos de l'option de loi permise en matière successorale que « L'objectif poursuivi par la faculté d'option est de permettre au défunt d'exprimer son attachement à sa loi nationale, c'est-à-dire à son pays d'origine ... » (Exposé des motifs, Proposition de loi portant le Code de droit international privé, 1er juillet 2003, Doc. Parl., Sénat 3-27/19).

XIII. Voir, pour un exemple récent d'élargissement du cadre des justifications, CJUE, 19 décembre 2012, Commission/Belgique, aff. C-577/10 et les observations de V. Michel in Europe, Février 2012, comm. n° 79. En général, D. Ritleng, « Les Etats membres face aux entraves », in L. Azoulai (dir.), L'entrave dans le droit du marché intérieur, Bruxelles, Bruylant.