قواعد تنازع القوانين المتعلقة بالزواج في قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني «دراسة تحليلية مقارنة»

الدكتور مهند أحمد صانوري
أستاذ القانون الدولي الخاص المشارك

الدكتور محمد عبد الحفيظ الخمايسة
أستاذ القانون المدني المساعد

قسم القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة العلوم التطبيقية ، البحرين

مقدمة:

إن تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولي يتم عن طريق قواعد إسناد تشير إلى القانون واجب التطبيق على العلاقة محل البحث ويتم اختيار القانون عن طريق ضابط يستمد أساساً من معطيات العلاقة ذاتها.
وهذه القواعد عبارة عن قواعد قانونية يضعها المشرع الوطني هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة المشتملة على عنصر أجنبي وتكون مهمة هذه القواعد إسناد الحكم الى القانون الأكثر ملائمة لحكم العلاقة المتنازع في شأنها من ضمن بقية القوانين الأخرى المتنازعة لأنه هو أكثرها إيفاءً بمقتضيات العدالة من وجهة نظر هذا القانون المختار.

وحتى تأخذ دراستنا لتنازع القوانين على عقد الزواج يجب أن نتناول هذا العقد بشقيه: إنشائه وإنحلاله لأن إنشاء هذا العقد يرتب آثاراً شخصية ومالية، وكذلك فإن انحلاله يرتب أيضاً آثاراً شخصية ومالية، ولهذا فإن خطتنا لدراسة هذا البحث ستكون من خلال تقسيمه إلى ركيزتين أساسيتين، الأولى نخصصها لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج خلال مرحلة إنعقاده، والثانية لتحديد القانون واجب التطبيق على عقد الزواج خلال مرحلة إنحلاله، وذلك من خلال مبحثين على التوالي.

المبحث الأول: انعقاد الزواج.

المبحث الثاني: انحلال الزواج.

المبحث الأول
إنعقاد الزواج

عرفت المادة الرابعة من قانون أحكام الأسرة البحريني رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٩، الزواج على أنه: «عقد شرعي بين رجل وامرأة لتكوين أسرة بشروط وأركان مع انتفاء الموانع تترتب عليه حقوق وواجبات شرعية متبادلة».
وبناءً عليه، فهو عقد ينشأ بايجاب وقبول ومهر مسمى وتسبقه في العادة خطبة لفترة زمنية معينة وله شروط شكلية وأخرى موضوعية ويترتب عليه آثار شخصية وأخرى مالية(١).

١ انظر في تعريف الزواج وبيان أحكامه، سيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٨م، ص٥ وما بعدها، وكذلك د. أحمد فراج حسين، الزواج، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨م، ص١١ وما بعدها.

ويتضح مما تقدم، أن المقصود بالزواج هو حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه الذي ابتغاه الشارع، وتكوين أسرة يجعل لكل من الزوجين حقوقاً وواجبات على الآخر لتحقيق أهداف وحكم متنوعة تعود بالخير على الفرد والمجتمع والبشرية(١).

ومن البديهي أن الزواج يسبقه خطبة، لذا يجب التعرف على ماهية القانون الذي يحكم الخطبة، ثم القانون الذي يحكم الزواج.

وعليه، فإن دراسة القانون الواجب التطبيق على الزواج في مرحلة إنعقاده يقتضي تحديد القانون الواجب التطبيق على شروطه الشكلية وشروطه الموضوعية، ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على آثاره الشخصية وآثاره المالية، ولكن وقبل كل ذلك لابد من تحديد القانون الواجب التطبيق على الخطبة التي تسبق الزواج.

المطلب الأول
القانون الواجب التطبيق على الخطبة

تعتبر الخطبة وعد متبادل بين رجل وامرأة على الزواج في المستقبل(٢)، وهي من مقدمات الزواج وبالتالي وتمهيداً له يقوم طرفي العقد بالاختيار وإعلان الرغبة من جانب الخاطب أو من يمثله ويقابلها القبول، فهي تواعد متبادل بين رجل وامرأة أو من يمثلها بعقد زواجهما في المستقبل. ولم يتطلب التشريع الإسلامي في الخطبة شكلية معينة ولا مكان خاص يجرى بها ولا صيغة خاصة، وما يقدم من هدايا فأمر مرده إلى العرف، وإذا ما تم التوافق بين الطرفين قامت الخطبة ووجد الوعد بالزواج وترتبت بعض الآثار(٣).

وقد أدخلها المشرع البحريني ضمن مسائل الأحوال الشخصية وتصدى لها في قانون أحكام الأسرة رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٩(٤)، إلا أنه لم يحدد القانون الواجب التطبيق عليها وكذلك لم تتضمن قواعد الإسناد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (١٢) لسنة ١٩٧١(٥) نصاً يبين أو يحدد القانون الواجب التطبيق على الخطبة أيضاً، كذلك الوضع في القوانين العربية الأخرى كالقانون المصري والأردني والعراقي والسوري، وبالتالي يقتضي الالتجاء إلى القواعد العامة في لتحديد القانون الواجب التطبيق على الخطبة.

أما المشرع الكويتي فقد نظم الخطبة في المادة (٣٥) من القانون رقم (٥) لسنة ١٩٦١ الصادر بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، والتي نصت على أنه: «تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، ويسري عليها من حيث شروط صحتها قانون الجنسية بالنسبة لكل خاطب، ومن حيث آثارها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، ومن حيث فسخها قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ».

وفي إطار القواعد العامة نعتقد أن الخطبة تأخذ حكم الزواج فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليها على سبيل القياس وبالتالي ينطبق عليها كل من الفقرتين (٢ و ٣) من المادة (٢١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني، أما المواطنين البحرينيين فيمكن إعمال القواعد القانونية الواردة في قانون أحكام الأسرة.

وتأسيساً على ما تقدم نجد أن الشروط الموضوعية لصحة الخطبة تخضع إلى قانون كل من المخطوبين وقت

١ د. محمد يوسف، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي، مصر، طبعة ١٣٧٦هـ/١٩٥٦م، ص٣٨ وما بعدها.
٢ معجم مصطلحات الشريعة والقانون، عمان، ١٩٩٧م، ص١٨٦.
٣ د. محمد سلام مذكور، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، ص١٠-١٤.
٤ نصت المادة الأولى من القانون المذكور على أن «الخطبة طلب الزواج والوعد به».
٥ المادتين (٢١ و ٢٢) منه.

الخطبة سنداً لنص المادة (٢/٢١) من قانون المرافعات التي تنص على أنه: «يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون بلد الزوجين»(١).

أما من حيث الشروط الشكلية لصحة الخطبة فتخضع إلى قانون البلد الذي تمت فيه بحسب الأصل العام، كما يمكن أن تخضع على سبيل الإستثناء إلى كل من قانون موطن المخطوبين المشترك أو قانونهما المشترك.

وأما من حيث الآثار المترتبة على الخطبة سواءً الآثار المالية كالهدايا وغيرها أو الشرعية كالفسخ وعدم الإتمام والعدول عن الخطبة فتخضع لقانون الخاطب وقت الخطبة وفقاً لنص المادة (٣/٢١) من قانون المرافعات البحريني التي تنص على «يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال....»(٢).

ومن الجدير بالذكر إغفال المشرع البحريني، مقارنةً بالتشريعات العربية، التأكيد على أن خضوع آثار الخطبة لقانون الخاطب وقت انعقاد الخطبة لا يسري إلا إذا كان الخاطب أو المخطوبة على الأقل بحريني الجنسية فعندئذٍ لابد من انطباق القانون البحريني انسجاماً مع القواعد العامة في هذا المجال.

وقد تختلف جنسية الخاطب عن جنسية المخطوبة ويتزامن ذلك مع وجود حقوق يقرها قانون جنسية المخطوبة ولا يقرها قانون الخاطب مثلاً، كأن يكون قانون الخاطب وهو القانون البحريني ويكون قانون المخطوبة قانون آخر أجنبي يقرر التزاماً على الخاطب الذي يعدل عن الخطبة بدفع مبلغ معين للمخطوبة على سبيل التعويض، هنا لابد من انطباق قانون الخاطب البحريني واستبعاد قانون المخطوبة كونه يقرر أعباءً مالية قد تشكل في بعض الحالات إكراهاً على الاستمرار في خطبة مشؤومة وهو ما يشكل مخالفة للنظام العام وفقاً للمادة (٢٢) من قانون المرافعات البحريني.

ويعتقد البعض(٣) أن التزام الخاطب برد الهدايا لا يعدو أن يكون تطبيقاً عملياً لنظرية الإثراء بلا سبب وبالتالي يتم تطبيق قانون المحل الذي وقع فيه الفعل المنشيء للالتزام (الإثراء) ونحن إذ نخالف هذا التوجه نقرر أن رد الهدايا كالتزام على الخاطب يعتبر من قبيل الآثار المالية التي يفرضها على الخاطب نظام الخطبة بحد ذاتها وبالتالي يطبق عليه ما يطبق على آثار الخطبة المالية وهو قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة.

المطلب الثاني
القانون واجب التطبيق على الزواج من حيث الشكل

يقصد بشكل الزواج «كل مسلك يلزم اتباعه لإظهار الإرادة وكل إجراء ضروري لإثبات الزواج أو لإشهاره وعلانيته(٤).

وإن تحديد ما يعتبر من الشروط الشكلية للزواج هو مسألة تكييف تخضع للقانون البحريني باعتباره قانون دولة

---

١ وتقابل هذه المادة كل من المادة (١٢) مدني مصري، (٣٦) دولي خاص كويتي، (١/١٣) مدني أردني، (١٢) مدني ليبي، (١٣) مدني سوري، (١٩) مدني عراقي.

٢ تقابلها كلاً من المادة (١٣) مدني مصري، المادة (٣٩) كويتي، (١/١٤) مدني أردني، (١٣) مدني ليبي، (١٤) مدني سوري.

٣ د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث في إنشاء الحقوق واستعمالها وحمايتها، ١٩٥٣م، ص٨٠، د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة نشر، بند ٩٢، ص٢٠٥-٢٠٦.

٤ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، بدون جهة نشر، ١٩٩٧م، ص١٥١.

القاضي (نظرية بارتان) (١). وتختلف الشروط الشكلية للزواج من دولة إلى أخرى ومن دين إلى آخر، وباختلاف ما إذا كان الشكل المحلي في الدولة التي يراد إبرام الزواج بها هو الشكل المدني أم الشكل المحلي.
وقد لاذ المشرع البحريني حيال الشروط الشكلية للزواج بالصمت فلم يقرر إخضاعها لقانون معين كما فعل بالنسبة للشروط الموضوعية، وعليه لا يكون أمامنا سوى اللجوء للقواعد العامة الخاصة بشكل التصرفات القانونية والذي يعتبر الزواج واحداً منها.

ومن المتعارف عليه وفقاً لقاعدة شكل التصرفات القانونية فإنه يخضع بحسب الأصل إلى قانون البلد الذي تم فيه، وبالتالي فان الشروط الشكلية للزاوج تخضع كأصل عام أيضاً إلى قانون البلد الذي انعقد فيه هذا الزواج، حيث يرجع إلى هذا البلد لبيان فيما إذا كان هذا الزواج قد توافرت له شروط صحته من الناحية الشكلية إذا كان هذا البلد يقرر إخراج الزواج بشكل أو وسيلة معينة كالتسجيل المدني أو التوثيق من المراجع المختصة.
إذن الأصل العام في حل المنازعات المتعلقة بالشروط الشكلية لصحة الزواج هو خضوعها لقانون البلد الذي تم فيه هذا الزواج، أما الاستثناء فهو خضوعها للقانون الذي يحكم شروطه الموضوعية أو لقانون الموطن المشترك للزوجين أو قانون جنسيتهما المشتركة.

ويترتب على ذلك أن البحرينيين خارج المملكة أن يعقدوا زواجهم طبقاً للشكل المحلي للبلد المتواجدين فيه، ولكن ينبغي الانتباه أنه إذا كان هذا الشكل دينياً وكان الزوجان بحرينيان ومسلمان فلا يجوز لهما إجراء زواجهما طبقاً لهذا الشكل وذلك خضوعاً وقبولاً بسيادة الشريعة الإسلامية على غيرها من الشرائع، أما إذا كان هذا الشكل مدنياً فلا غضاضة في عقد زواجهما طبقاً له حتى ولو كان الزوجان مسلمان(٢).
ويلحق بحكم خضوع الزواج من الناحية الشكلية لقانون بلد الإبرام وفقاً للقاعدة العامة في هذا الشأن، مسألة إثبات الزواج التي اتفق الفقه الراجح على خضوعها للقانون الذي يخضع له الزواج من ناحية الشكل، فإذا تم هذا الزواج وفقاً للشكل المحلي فإن إثبات هذا الزواج بدوره يخضع لهذا القانون المحلي أيضاً، أما إذا تم إبرامه وفقاً للقانون الشخصي (قانون جنسية الزوجين) فإن إثباته يخضع بدوره إلى هذا القانون الشخصي أيضاً وهكذا فالقانون الذي يخضع له الزواج من حيث الشكل هو القانون الذي تخضع له مسألة إثبات هذا الزواج.

---

١ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص١٥١.

٢ انظر: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص٢٩٠، د. أحمد عبد الكريم، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م، ص٣٨٢، د. عوض الله شيبة الحمد السيد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنفيذ القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية – دراسة مقارنة، منشورات جامعة البحرين، ٢٠١٣م، ص٢٢٧-٢٢٨، وهذا كذلك ما قضت به محكمة التمييز الأردنية بقولها: «يعتبر عقد الزواج المدني المنظم خارج الكنيسة صحيحاً ومنتجاً لآثاره عملاً بأحكام المادة (١٣) من القانون المدني، إذا كان منظماً ومسجلاً وفق الأصول وقانون البلد الذي تم فيه انعقاد العقد. وعليه فلا يرد القول بأنه كان على المميز ضدها إثبات النسب قبل تقديمها طلب الحصول على حجة حصر الإرث، لأنها قدمت البينة الكافية لإثبات أنها ابنة المتوفى من زوجته الأمريكية بموجب عقد زواج رسمي وشهادة ميلاد وشهادات الشهود». تمييز حقوق رقم ١٩٩٣/٧٩٥ المنشور على الصفحة ١٢٨٠ من عدد مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٤م، كذلك قضت محكمة التمييز بصفتها الحقوقية بأنه: «١– إن القاعدة السائدة في القانون الدولي الخاص تعتبر الزواج صحيحاً إذا أبرم وفقاً للشكل المقرر في قانون الدولة التي تم فيها العقد حتى ولو لم يتفق مع الشكل المقرر في قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج. ٢- إن الزواج المدني الذي عقد بين المدعي والمدعى عليها المسيحيين في الولايات المتحدة الأمريكية لا يعتبر منعدماً وإن كان قانون العائلة البيزنطي لا يعتبر الزواج صحيحاً ما لم يعقد بمعرفة كاهن ذو أهلية وطبقاً لطقوس الكنيسة، مادام أنه قد أبرم وفقاً للشكل المقرر في قانون الدولة التي تم فيها الزواج» تمييز حقوق أردني رقم ١٥٧ لسنة ١٩٧٥ المنشور على الصفحة ١٨٩ من العدد الرابع من مجلة نقابة المحامين النظاميين الأردنيين لسنة ١٩٧٦م.

المطلب الثالث
القانون الواجب التطبيق على الزواج من حيث الموضوع

يندرج تحت مدلول الشروط الموضوعية لصحة الزواج، الأهلية للزواج وصحة الرضاء، وشرط رضاء الوالدين بالزواج وشرط الخلو من موانع الزواج(١).

وقد أخضع المشرع البحريني شروط صحة الزواج من حيث الموضوع إلى قانون جنسية الزوجين معاً، حيث نص على ذلك صراحة في متن المادة (٢/٢١) من القانون المدني فقرر أنه «يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون بلد الزوجين»(٢).

والواقع أن إخضاع مسألة صحة الشروط الموضوعية لقانون بلد الزوجين يثير أكثر من تساؤل ويضع على طاولة البحث أكثر من فرض، حيث يثور التساؤل عن الفرض الذي يختلف فيه الزوجان من حيث جنسية كل واحد منهما، كما يثور التساؤل عن الفرض الذي يكون الزواج فيها مختلطاً بحيث تكون جنسية الزوجين مختلفة تماماً عن بعضهما البعض كأن يكون الزوج بحرينياً وتكون جنسية الزوجة ألمانية مثلاً.

الفرض الأول: أحد الزوجين بحرينياً والآخر أجنبياً (اختلاف الزوجين من حيث الجنسية) أي قانون نطبق؟ قانون الزوج أم قانون الزوجة؟

الواقع أن المشرع البحريني لم يذكر حلاً لهذا التساؤل لذا لا ضير من الرجوع إلى التشريعات المقارنة ومنها على سبيل المثال نص المادة (١٥) من القانون المدني الأردني التي قرر فيها المشرع أنه «في الأحوال المنصوص عليها في المواد (١٣ و ١٤) إذا كان أحد الزوجين أردنياً وقت انعقاد الزواج، يسري القانون الأردني وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج»(٣).

الفرض الثاني: الزوجين أجنبيين أو من جنسيتين مختلفتين تماماً وليس من ضمنها الجنسية البحرينية:

هذا الفرض يثير مسألة في غاية الأهمية وهي معرفة وتحديد القانون واجب التطبيق في الفرض الذي يكون فيه الزوجان الأجنبيان مختلفي الجنسية وليست الجنسية البحرينية من ضمن هذه الجنسيات المختلفة، فما هو الحل؟ هل نطبق كلا القانونين وبالتالي نبحث عن صحة الشروط الموضوعية في كلا القانونين! أم نبحث عن صحة هذه الشروط في واحد فقط من هذين القانونين المختلفين!!

وحيال التساؤلات السابقة انقسم الفقه إلى رأيين، الأول(٤) يرى ضرورة البحث عن صحة الزواج من الناحية الموضوعية في كلا القانونيين وبالنسبة لكل من الزوج والزوجة وهو ما يسمى بالحل الجامع، بينما يرى الآخر وهو الرأي الراجح(٥) ضرورة البحث عن ذلك في قانون كل واحد من الزوجين على حدة وهو ما يسمى بالحل الموزع. ويقوم الحل الجامع على أساس أن الزواج لا يعتبر صحيحاً في الفرض السابق إلا إذا توافرت شروط صحته وفقاً

١ د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث في إنشاء الحقوق واستعمالها وحمايتها، المرجع السابق، ص٢٥٨.

٢ وتقابل هذه المادة كل من المادة (١٢) مدني مصري، (٣٦) كويتي، (١/١٣) مدني أردني، (١٢) مدني ليبي، (١٣) مدني سوري، (١٩) مدني عراقي.

٣ وتقابلها كل من المادة (١٤) مدني مصري، (٣٦) كويتي، (١٤) مدني ليبي، (١٥) مدني سوري، (١٩) مدني عراقي.

٤ انظر هذا الرأي والتعليق عليه د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص٢٦٠، د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، بند ٩٤، ص٢٠٧ –٢٠٨، د. أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م، ص١٠٢ – ١٠٣.

٥ ومن مؤيدي هذا الرأي كل من د. شمس الدين الوكيل، دروس في القانون الدولي الخاص، ملقاة على طلبة السنة الرابعة بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٦٢ – ١٩٦٣م، ص١١٧، د. عز الدين عبدالله، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص٢٦٠-٢٦١، د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، بدون جهة وسنة نشر، ص٢٠١.

لقانونه وقانون زوجته معاً، ونتيجة صعوبة هذا الحل تم هجره من قبل الفقهاء خاصة وأن نتيجته في الحقيقة هي تطبيق القانون الأشد في أحكامه.

أما الحل الموزع فيقصد به أن نبحث في شروط صحة الزواج من الناحية الموضوعية من جهة الزوج في قانونه ومن جهة الزوجة في قانونها، بمعنى أن يطبق قانون الزوج على الزوج فقط وقانون الزوجة على الزوجة فقط، وبالتالي يعتبر الزواج صحيحاً من الناحية الموضوعية إذا كان الزوج قد أوفى بالشروط الموضوعية لصحة الزواج وفقاً لقانونه، وأوفت الزوجة بشروط الزواج الموضوعية لصحة الزواج وفقاً لقانونها، على اعتبار أن القانون أي قانون لا يحمي إلا وطنيي الدولة دون غيرهم وبالتالي لا مجال لإنطباقه عليهم.

وعلى الرغم من رجاحة الحل الموزع بالمعنى المتقدم إلا أنه لا يطبق بصورة مطلقة وفي كل الفروض، حيث نجد أن أصحابه يرون – بحق – أن هناك بعض الشروط الموضوعية للزواج لا يمكن التأكد منها إلا وفقاً للحل الجامع كشرط السن وموانع الزواج كالقرابة والطلاق والعدة والزاوج السابق والزنا.

وقبل الانتهاء من الحديث عن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج ينبغي الإشارة إلى أن المشرع البحريني وفي نص المادة (٣/٢١) من قانون المرافعات قد عالج مسألة في غاية الأهمية ألا وهي مسألة تحديد الوقت الذي يعتد به في تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج، فحددها بوقت إنعقاد الزواج عند معالجته لمسألة آثار الزواج، والتي عبر عنها المشرع بعبارة «وقت انعقاد الزواج» في متن المادة المشار إليها.

ويترتب على ذلك نتيجتان:

أن حكم المادة (٣/٢١) لا يطبق إلا إذا كان الزوجان أجنبيين وقت انعقاد الزواج ثم صار الزوج بحرينياً بعد إنعقاده.

أن حكم المادة (٣/٢١) ينطبق إذا كان الزوجان أو احدهما بحرينياً وقت إنعقاد الزواج حتى لو صار بعد ذلك أجنبياً.

وبناءً على هاتين النتيجتين نقرر مع البعض– بحق– أنه لو تزوج شخصان كانا أجنبيان لحظة إبرام الزواج وكان الزوج كتابياً والزوجة مسلمة، ثم اكتسب الزوج الجنسية البحرينية بعد هذا الزواج فإن هذا الزواج يعتبر في هذه الحالة باطلاً سواءً قبل اكتساب الزوج الجنسية البحرينية أم بعد اكتسابه لها والسبب في ذلك هو ليس نص المادة (٣/٢١) حيث لا مجال لتطبيقه، وإنما النظام العام على اعتبار أن زواج الكتابي من المسلمة لا يصح شرعاً ولا قانوناً.

أما لو تزوج كتابي بأجنبية مسلمة وكان هو وطنياً وقت إنعقاد الزواج ثم اكتسب جنسية أجنبية لبطل زواجه أيضاً ولكن ليس على أساس النظام العام هنا؛ بل على أساس نص المادة (٣/٢١) من قانون المرافعات والتي تفرض تطبيق القانون البحريني على هذا الزواج والمقصود بالقانون البحريني هو الشريعة الإسلامية كونها المختصة بحكم هذا الزواج والتي تقرر بطلان زواج الكتابي من مسلمة.

المطلب الرابع
القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج

سبق لنا القول بان الزواج عقد يتكون من خلال ايجاب مقترن بقبول، وإن هذا العقد كغيره من العقود يرتب آثاراً معينة منها ما هو شخصي الطابع ومنها ما هو مالي الطابع.

ويقصد بآثار الزواج مجموعة الحقوق والالتزامات سواء كانت شخصية الطابع أم مالية والتي تنشأ لكلا الزوجين نتيجة الزواج، حيث يترتب على عقد الزواج حقوقاً والتزاماً متبادلة لكلا الزوجين، كحق الزوج على زوجته في الطاعة والقرار في المنزل والقيام على شؤونه، وحقها في النفقة الزوجية والمهر والعدل وطيب العشرة(١).

ومشرعنا البحريني أخضع كقاعدة عامة آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج، حيث نص في المادة (٣/٢١) من قانون المرافعات على أنه «يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال....».

ويلاحظ هنا أن المشرع البحريني قد أقر بأهمية خضوع آثار الزواج إلى قانون واحد فقط وهو قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج، ولم يخضعه لقانون بلد الزوجين كما هو الحال بالنسبة لشروط الزواج الموضوعية على اعتبار أن الحرص على العائلة وديمومتها تقتضي أن تخضع آثار الزواج إلى قانون واحد فقط.

وخضوع آثار الزواج الشخصية والمالية إلى قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج كقاعدة عامة يقيده أمرين، الأول هو إذا كان أحد الزوجين بحرينياً فالعبرة دائماً بالقانون البحريني وحده فيكون واجب التطبيق هنا، الثاني هو أن لا يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق مخالفاً للنظام العام فعندئذٍ يوقف العمل به حتى ولو كان واجب التطبيق هو قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج.

ولكن رغم قاعدة الإسناد الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على آثار الزواج بنوعيها (الشخصية والمالية) قانون الدولة التي ينتمي لها الزوج وقت إنعقاد الزواج، إلا أن هناك بعض المسائل التي تحتاج إلى بعض التفصيل والتمحيص، كمسألة النفقة الزوجية المؤقتة ومسألة أهلية الزوجة، النظام المالي للزوجين.

الفرع الأول
القانون الواجب التطبيق على النفقة المؤقتة للزوجة

تخضع النفقة الزوجية بشكلها العادي إلى قانون الزوج وقت إنعقاد الزواج على اعتبار أن هذه النفقة تعتبر – بحق – أثراً من آثار الزواج (المادة ٤٤ من قانون أحكام الأسرة البحريني) وبالتالي ينطبق عليها نص المادة (٣/٢١) المتقدم بيانها.

والنفقة الزوجية بالمعنى المتقدم تخرج من إطار فكرة النفقة بين الأقارب المنصوص عليها في المادة (٤/٢١) من قانون المرافعات البحريني(٢)، على أساس أن هذه النفقة تعتبر حقاً خالصاً للزوجة على زوجها كنتيجة طبيعية لحق الرجل في الاستمتاع بزوجته وتنفيذاً لأمر إلهي بالانفاق على الزوجة المحتبسة لمصلحة زوجها والتي تمكنه منها طواعية وعن طيب خاطر.

---

١ د. عوض الله شيبة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص٢٣٠-٢٣١.

٢ تقابلها كلاً من المادة (١٥) مدني مصري، (٤٥) كويتي، (١٦) مدني أردني، (١٥) مدني ليبي، (١٦) مدني سوري، (٢١) مدني عراقي.

والنفقة الزوجية بهذا المعنى الاعتيادي لها لا تثير أدنى مشكلة حيث أخضعها المشرع البحريني لقانون معين بذاته وفقاً لما تقدم، أما النفقة التي تثير اللبس والجدل حولها فهي النفقة المؤقتة أو المستعجلة(١) التي تطالب بها الزوجة زوجها الذي طلقها زوجها كوسيلة للإنفاق على نفسها وسد حاجتها الحياتية العاجلة.

مما لا شك فيه أن النفقة العاجلة أو المؤقتة لا تعتبر من الآثار المترتبة على الزواج، ولهذا أخرجها المشرع البحريني من إطار تطبيق نص المادة (٣/٢١) واعتبرها أنها بمثابة إجراء من إجراءات التقاضي التي يلجأ إليها للمحافظة على نظام السلامة العامة والأمن الاجتماعي العام في الدولة وبالتالي أخضعها إلى قانون القاضي الناظر فيها(٢).

الفرع الثاني
القانون الواجب التطبيق على أهلية المرأة المتزوجة

تخضع أهلية الشخص – كما سنعرف لاحقاً – سواءً كان ذكراً أم أنثى إلى قانون جنسيته، ولكن التساؤل هنا هل تحتاج المرأة المتزوجة وهي بصدد القيام بتصرف معين إلى إذن زوجها أم لا؟ بمعنى آخر هل تعتبر المرأة المتزوجة ناقصة الأهلية بسبب زواجها وبالتالي تحتاج إلى إذن زوجها لقيامها بتصرف قانوني معين.

الواقع أن التشريع البحريني لا يرتب نقص أهلية الزوجة نتيجة زواجها وبالتالي تبقى الزوجة البحرينية أو الزوجة الأجنبية المتزوجة ببحريني كاملة الأهلية ولا يعتورها نقص نتيجة هذا الزواج، ولهذا نرى أن الحديث عن أثر الزواج على أهلية المرأة المتزوجة لا يوجد له مجال في البحرين، بينما قد يجد له مجال خصب في غيره من الدول التي ترتب على الزواج آثار خاصة بأهلية المرأة المتزوجة كما هو الوضع في لبنان(٣).

وعلى العموم وحتى تعم الفائدة نقرر أن الفقه الراجح(٤) يعتبر أن نقصان أهلية المرأة بسبب زواجها يعتبر من قبيل الآثار المترتبة على الزواج وبالتالي تخضع إلى قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج حيث يرجع لهذا القانون لبيان فيما إذا كان من اللازم حصول الزوجة على إذن زوجها عند قيامها بتصرف قانوني معين.

---

١ تنص المادة (٤٩) من قانون أحكام الأسرة البحريني على أنه: «للقاضي أن يقرر بناءً على طلب من الزوجة نفقة مؤقتة لها ولأولادها، وأن يأمر بعودتها إلى منزل الزوجية في حال إخراجها منه، ويكون قراره في كلتا الحالتين مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون».

٢ انظر بهذا المعنى د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢م، ص١٣٩ والهامش رقم ١ والذي جاء فيه أن محكمة التمييز اللبنانية قد صدقت على خضوع مسألة النفقة المؤقتة التي تطالب فيها الزوجة أثناء نظر دعوى التطليق إلى قانون القاضي (القرار رقم ٥٧ تاريخ ١٩٦٨/٣/١٩م، النشرة القضائية اللبنانية، ١٩٦٨م، ص٦٧٧) وكان ذلك التصديق على قرار استئنافي أعطى الصيغة التنفيذية لحكم محكمة ستراسبورغ الفرنسية والذي قضى بإلزام الزوج اللبناني بدفع مبلغ ٣٠ ألف فرنك فرنسي كتدبير مؤقت لأن النفقة الوقتية ليست أثراً من آثار الزواج.

٣ نص المادة (١١) من قانون التجارة اللبناني «إن المرأة المتزوجة مهما تكن أحكام القانون الشخصي الذي تخضع له لا تملك الأهلية التجارية إلا إذا حصلت على رضى زوجها الصريح أو الضمني».

٤ د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٩م، ص٣١٠، د. عز الدين عبدالله، الكتاب الثالث، ص٢١٥، د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص٢٢٠، وإن كانو يفرقوا بين اعتبار نقص أهلية المرأة المتزوجة عاماً ويعتبروه عندئذ أثر من آثار الزواج وبين أن يكون نقص الأهلية للمرأة المتزوجة هنا نقصاً خاصاً ويروا وجوب خضوعه في هذه الحالة للقانون الذي يحكم التصرف ذاته، وكذلك انظر في تأييد هذا الاتجاه الدكتور هشام علي صادق، المرجع السابق، ص٥١٥ حيث يرى أن من الخير أن يستأنس القاضي في تكييفه لهذه المسالة بالقانون الأجنبي المحتمل التطبيق، فإذا تبين أن نقص أهلية المرأة المتزوجة وفقاً لهذا القانون قد قصد به حماية الأسرة، فلم يعد هناك شك في اعتبار المسألة داخلة في فكرة آثار الزواج أما لو تبين القاضي أن نقص الأهلية يستهدف غاية أخرى تتعلق بالمرأة بالذات كما لو كان يهدف إلى حمايتها بالنظر إلى جنسها، فيكون من الأوفق اخضاع الأهلية في هذه الحالة لقانون جنسية الزوجة.

الفرع الثالث
القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين

النظام المالي للزوجين نظام مستورد لا نظير له في شريعتنا الإسلامية ولا بالتالي بتشريعنا البحريني، لذلك لم تشمله قواعد الإسناد الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية كونه من الأنظمة القانونية الغريبة على تشريعتنا.

ويقصد بالنظام المالي للزوجين الاتفاق المبرم بين الزوجين والذي يبين حقوق والتزامات كل واحد منهما من حيث امتلاكه للأموال المنقولة وغير المنقولة واستغلال ايراداتها وكذلك يبين حجم الديون المترصدة بذمتهما قبل الزواج وبعده وحتى بعد انحلاله كما يبين أيضاً طرق تسوية كافة المنازعات المتعلقة بهما بخصوص هذه الحقوق أو تلك الالتزامات(١).

ولقد سبق لنا توضيح أن المشرع البحريني أخضع آثار الزواج بشقيها الشخصي والمالي لقانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج وبالتالي فإن القانون الواجب التطبيق على أي نظام مالي بين الزوجين هو قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج طبقاً لنص المادة (١/١٤) من القانون المدني(٢).

ويثور التساؤل حول إبرام الزوجين لعقود تخرج عن نطاق النظام المالي لهما كعقود البيع والهبات والشركات، فهل تخضع مثل هذه العقود بين الزوجين إلى القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج مثلها في ذلك مثل النظام المالي بين الزوجين أم أن هناك حل آخر؟

والواقع أن الفقه بخصوص الإجابة على التساؤل السابق منقسم إلى اتجاهين، الأول(٣) يرى أن مثل هذه العقود يجب أن تخضع للقاعدة العامة التي تحكم كافة العقود وهي قانون الإرادة كما سنرى لاحقاً.

أما الرأي الثاني(٤) فيرى أن هذه العقود لا تخرج عن نطاق فكرة النظام المالي وبالتالي يجب أن تخضع هذه العقود لقانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج كونها لا تخرج عن إطار تطبيق نص المادة (٣/٢١) من قانون المرافعات البحريني، ويبرر هذا الاتجاه الذي نؤيده موقفه السابق على أساس من القول بأن الهدف الذي ينشده المشرع من وضع بعض القيود على فكرة العقود بين الزوجين لا يتعلق بحماية العقد نفسه أو حماية أطرافه وإقامة التوازن بينهما؛ بل الهدف أبعد من ذلك وأعمق وهو حماية نظام الزواج بحد ذاته وبالتالي لابد من خضوع هذه العقود لنفس القانون الذي يحمي كافة الآثار المترتبة على الزواج وهو قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج كونه القانون القادر على حماية الزواج والعمل على ضمان ديمومته واستمراره.

---

١ انظر د. عز الدين عبدالله، المرجع السابق، ص٢١٥، وكذلك د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص٥١٧.

٢ ويأخذ بهذا الحل أيضاً العديد من الدول الأوروبية والعربية كالقانون اليوناني (المادة ١٥ مدني يوناني) والقانون الاسباني (المادة ١٣٢٥ مدني إسباني) والقانون البرتغالي (المادتين ١١٠٦و ١١٠٧ مدني برتغالي) والقانون الألماني والقانون الهولندي والقانون الايرلندي والقانون البلجيكي كما أخذ به المؤتمر الرابع للقانون الدولي الخاص المنعقد في لاهاي سنة ١٩٠٩، انظر في كل ما تقدم د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص٥١٧ والهامش رقم ٣.

٣ وتعتبر رائدة هذا الاتجاه المدرسة الفقهية الفرنسية والتي ترى أن لا يوجد ما يبرر الخروج عن القواعد العامة في اسناد العقود لغير قانون الإرادة، راجع هذا الموقف، د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص٥٢٢.

٤ ويتمثل في الاتجاه الفقهي والقضائي الغالب في فرنسا، راجع هذا الاتجاه والتعليق عليه د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص٥٢٣ وما بعدها.

المبحث الثاني
إنحلال الزواج

كما ينشأ عقد الزواج بإيجاب وقبول ومهر مسمى فإنه ينحل وينقضي بالطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني، وعليه فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج في مرحلة إنحلاله ستكون من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على كل من الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني.

وتجدر الإشارة إلى أن انحلال الزواج سواء بالطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني يختلف عن فكرة بطلان الزواج الذي قد يحدث نتيجة تخلف إحدى شروط صحته الشكلية أو الموضوعية.

وسنقوم تباعاً باستعراض القانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على كل من الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني ومن ثم استعراض القانون الواجب التطبيق على بطلان الزواج.

المطلب الأول
القانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج

بينا سابقاً أن الزواج ينقضي وتنحل أواصره إما عن طريق الطلاق وإما عن طريق دعوى التطليق أو عن طريق الانفصال الجسماني، وحتى نتعرف على القانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج لابد من تحديد القانون الذي يحكم كل من الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني.

وكقاعدة عامة يخضع إنحلال الزواج سواءً أكان السبب في ذلك الطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني إلى قانون الجنسية، حيث نصت المادة (٣/٢١) من قانون المرافعات البحريني 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»(١).

إذن القاعدة العامة في هذا الشأن – كما رأينا – هو تطبيق قانون الجنسية على الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني ولهذا نقرر أن إنحلال الزواج يخضع كقاعدة عامة إلى قانون جنسية الزوج وقت وقوع انحلال أو إنقضاء الزواج.

وينتقد جانب من الفقه العربي(٢) له وجاهته – بحق – هذا الموقف التشريعي على أساس أنه يؤدي إلى مفاجأة الزوجة بالطلاق أو التطليق وفقاً لأحكام قانون جنسية الزوج عند ايقاع الطلاق في الحالة الأولى، أو وقت رفع الدعوى في الحالة الثانية، وكان الأولى وفقاً لهذا الجانب الفقهي أن يعتد الشرع بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بوصفه القانون المعلوم لكل من الطرفين والذي ارتضى كل منهما الارتباط في ظله «فليس من العدل أن

---

١ وتقابل هذه المادة كل من المادة (١٣) مدني مصري، (٤٠) كويتي، (٢/١٤) مدني أردني، (١٣) مدني ليبي، (١٤) مدني سوري.

٢ ومن أصحاب هذا الرأي: د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص٢٢٢، د. جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص٢٣٧، ويؤيد هذا الموقف أيضاً د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص٥٣٥، د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص١٤٢، د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، الطبعة الثانية، الإصدار الخامس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥م، ص١١٤.

تفاجأ الزوجة مثلاً بقانون آخر عند تغيير الزوج لجنسيته وقد يكون هذا القانون أكثر إضراراً بمصالح الزوجة من حيث تيسير الطلاق أو التطليق».

وبالاضافة إلى ما تقدم يعتقد الرأي الفقهي السابق – بحق – أن الاعتداد بوقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى يسهل على الزوج التحايل على القانون عن طريق تغيير جنسيته بغرض التوصل إلى النتائج التي يهدف إليها، وبطريقة قد لا تكفينا نظرية الغش نحو القانون التقليل من خطورة هذا الوضع(١).

وعلى الرغم من انتقادنا لموقف المشرع البحريني المشار إليه آنفاً إلا أن الملاحظ على موقفه المتعلق بالمادة (٣/٢١) أنه ربط تحديد قانون الجنسية بالوقت الذي تم فيه انحلال أو إنقضاء عقد الزواج وبالتالي خلصنا من مشكلة تحديد قانون الجنسية فيما لو تعددت بالنسبة للزوج أو اختلفت فيما بين إبرام الزواج وانحلاله فالعبرة عندئذ بالجنسية التي يكون الزوج متمتع بها لحظة تحقق سبب الانحلال سواءً أكان طلاقاً أم دعوى تطليق أو انفصال جسماني(٢).

وإذا كنا قد أقرينا بخضوع قانون إنحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج لحظة الانحلال بسبب الطلاق أو التطليق أو الانفصال، فإن هذا القانون تخضع له أيضاً بالاضافة للطلاق والتطليق والانفصال كل من شروطها والآثار المترتبة عليها الأسباب الموجبة للحكم فيها، وكذلك تخضع له أيضاً القواعد الخاصة بإثبات هذه الدعاوى.

بمعنى أن شروط صحة الطلاق أو شروط صحة دعوى التطليق أو دعوى الانفصال الجسماني وكذلك مدى توافر الأسباب الموجبة للحكم بالتطليق أو الانفصال(٣) تخضع أيضاً إلى قانون جنسية المطلق وقت الطلاق أو قانون المدعي في دعوى التطليق لحظة رفع هذه الدعوى أو قانون المدعي في دعوى الانفصال الجسماني لحظة إقامتها.

ومن الأمور التي تدخل في صميم فكرة الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني، القواعد الموضوعية الخاصة بإثبات دعاوى الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني، حيث يرجع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال الجسماني لتحديد وسائل الإثبات وعبء الاثبات ومدى حجيتها وآلية سماع البينة الشخصية وتقديم الدليل الكتابي وغيرها من وسائل الإثبات الأخرى(٤).

وكذلك الأمر بالنسبة للآثار المترتبة على كل من الطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني، حيث تخضع لقانون جنسية الزوج جميع الآثار المترتبة على إنحلال الزواج سواء في شقها الشخصي أو في شقها المالي.

ومن الآثار الشخصية لإنحلال الزواج مدى أحقية المطلقة في الاحتفاظ باسم الزوج بعد إنفصام عرى الزوجية

---

١ انظر لمزيد من التفصيل والتعمق في هذا الموضوع، د. حسام الدين الأهواني، بحث الاتجاهات الحديثة لمحكمة النقض في سبيل الحد من الغش في تغيير العقيدة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة ١٥، شهر كانون ثاني سنة ١٩٧٣م، ص٩٩ وما بعدها.

٢ انظر بهذا المعنى، سيف النصر زكي، بحث متخصص في القانون الواجب التطبيق في قضايا التطليق، منشور في مجلة المحاماة، العدد ٣٤ العدد ٤، ص٥٧٧ وما بعدها.

٣ انظر بهذا المعنى كلاً من د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص٢٢٥، د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص٥٣٦.

٤ بهذا المعنى د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص٥٣٧، هامش (١) والذي ساق لنا فيه ما يؤكد اتجاه القضاء المصري نحو الأخذ بما ورد بالمتن فيما يتعلق بقواعد وإجراءات الاثبات، حيث جاء في قرار محكمة النقض المصرية الدائرة المدنية الصادر في ١٩٥٣/١/٨م بخصوص وقائع قضية طالب فيها زوج فرنسي أمام المحاكم المصرية تطليق زوجته الفرنسية بسبب الزنا واستند في دعواه إلى خطابات ومفكرات خاصة بالزوجة تثبت علاقتها غير المشروعة برجل آخر، ودفعت الزوجة بعدم قبول الدليل المقدم في الدعوى لأن زوجها قد عثر على هذه الخطابات بعد أن كسر الدرج الخاص بها، ولما عرض الأمر على محكمة النقض نقضت حكم الموضوع الذي حكم بالطلاق بناءً على الدليل المتقدم وجاء في عبارات الحكم «ولما كان طرفا الدعوى فرنسيين والقانون الواجب التطبيق في هذا الخصوص هو القانون الفرنسي سواء فيما يتعلق بموضوع الدعوى أو بالدليل المقبول فيها، وكان ما قرره الحكم من قبول هذه الخطابات والمفكرات كدليل إثبات أياً كانت الوسيلة التي حصل بها الزوج عليها مع تمسك الزوجة بأن حصوله عليها كان بطريق السرقة وكسر درج خاص بها هو تقرير غير صحيح أنبنى عليه القضاء في الدعوى». انظر هذا الحكم في مجموعة أحكام النقض السنة الرابعة رقم ٥٠، ص٣٤٩.

بينها وبين طليقها والتي تخضع إلى قانون جنسية المطلق وقت الطلاق حيث يبحث في هذا القانون دون غيره فيما إذا كان يمنح المطلقة مثل هذا الحق أم لا؟

ولا تعتبر من قبيل الآثار الشخصية لإنحلال الزواج وبالتالي لا تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الإنحلال كل من مدى إجازة الزواج بعد الطلاق وما هي المدة اللازمة على المطلقة إنتظارها حتى تتزوج من جديد، حيث تعتبر هذه المسائل من الأمور التي تدخل ضمن نطاق فكرة الشروط الموضوعية للزواج الجديد وبالتالي تخضع لقانون جنسية كلا الزوجين طبقاً للمادة (٢/٢١) من قانون المرافعات البحريني.

ومن الآثار المالية لإنحلال الزواج حق المطلقة في النفقة والتي رأينا أنها تخضع لقانون جنسية الزوج على اعتبار أنها تمثل أثراً من آثار الزواج، ولكنها هنا تعتبر من الآثار المترتبة على إنحلال الزواج برمته وبالتالي نراها تخضع إلى قانون جنسية المطلق وقت الطلاق، وفي حالة التطليق فتخضع لقانون جنسية الزوج وقت إقامة دعوى التطليق وكذلك الأمر بالنسبة لدعوى الإنفصال الجسماني.

كذلك من الآثار المالية المترتبة على إنحلال الزواج حق المطلقة في الحصول على تعويض فيما لو كان تطليقه دون مبرر شرعي أو قانوني (الطلاق التعسفي) حيث يخضع هذا الأثر إلى قانون جنسية الزوج وقت إقامة دعوى التعويض فإذا كان قانونه يعطي هذا الحق للمطلقة حصلت عليه وإلا فلا.

ومن الجدير ذكره في هذا الصدد أن إجراءات إنحلال الزواج سواءً كان ذلك بسبب الطلاق أو بسبب التطليق أو الانفصال الجسماني تخرج من فكرة انحلال الزواج برمتها وبالتالي لا تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الانحلال؛ بل تخضع – كونها إجراءات تقاضي – إلى قانون القاضي الناظر فيها وفقاً للرأي الراجح(١) وعلى ذلك جرت أعمال القضاء(٢).

المطلب الثاني
القانون الواجب التطبيق على علاقة الآباء والأبناء

تتكون الحالة المدنية للشخص من مجموعة الحقوق والالتزامات التي يتمتع بها أو يتحملها الشخص سواءً تلك الناتجة عن علاقة الزواج كما رأينا منذ قليل أو تلك الناتجة عن علاقة النسب القائمة بين الآباء والأبناء والناتجة عن علاقة النسب.

ولقد قصر المشرع البحريني في قانون المرافعات معالجته للحالة المدنية للفرد على الزواج وما يترتب عليه من نتائج وحقوق والتزامات، تاركاً الشق الثاني من الحالة المدنية والمتمثلة في النسب والعلاقة بين الآباء والأبناء إلى مشرع الأحوال الشخصية.

---

١ د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص١٣١، د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص٥٤٣ وما بعدها.

٢ انظر قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١٩٥٣/٦/٣٠ والمنشور في مجموعة النقض السنة الرابعة، العدد الثالث (نيسان وأيار وحزيران) على الصفحة رقم ١٢٦٣ وما بعدها وكذلك انظر قرار محكمة استئناف الاسكندرية (دائرة الأحوال الشخصية للأجانب) الحكم الصادر بتاريخ ١٩٥٧/١٠/٢٣م والمنشور لدى د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص٥٤٤، هامش (٢)، والذي كان بخصوص الطلب المقدم من جزائريين الجنسية يهوديين الديانة المتضمن التصديق على تطليقهما الذي تم باراتهما على أساس أن الشريعة الموسوية الواجبة التطبيق جعلت الطلاق في يد الرجل وحده ووضعت له شروطاً معينة يجب اتباعها حتى يقع الطلاق صحيحاً فيتعين حصوله أمام السلطة الشرعية ويحضره شاهد وأن يثبت في وثيقة وكل طلاق يقع أمام سلطة أجنبية لا يعتبر صحيحاً شرعاً (المواد ٣٢٤ و ٣٣٦ و ٣٣٧) من مجموعة الأحكام الشرعية للإسرائيليين، وعليه فإن الشريعة الموسوية لا تعترف بحصول الطلاق أمام جهة أخرى غير الجهة أو السلطة الشرعية التابعين لها ولا وقوعه بمجرد التراضي بينهما، ولما كانت المادة (٩٠٤) مرافعات تشترط أن يكون القانون الواجب التطبيق يجيز التفريق أو التطليق بالتراضي وكانت الشريعة الموسوية لا تجيز ذلك فيكون طلب التصديق على عقد التطليق بالتراضي أمام المحكمة أمراً لا تقره الشريعة وبالتالي يتعين الحكم برفض الدعوى.

وعلى الأساس السابق تضمن قانون أحكام الأسرة(١) ما يشير إلى اعتبار المسائل المترتبة عن النسب كالبنوة والاعتراف بالأبوة أو إنكارها وكذلك العلاقة بين الأصول والفروع والحضانة وتصحيح النسب ونفقة الأقارب من المسائل الداخلة ضمن إطار قانون أحكام الأسرة.

ومن هذا المنطلق نقرر أن البنوة والأبوة والاعتراف بها أو إنكارها وكذلك الحضانة وتصحيح النسب ونفقة الأقارب وكذلك كافة الدعاوى المتعلقة بها تعتبر من قبيل المسائل المكونة للحالة المدنية للفرد وبالتالي يقتضي دراستها ضمن معالجتنا للقانون الواجب التطبيق على الحالة المدنية للفرد وبالتالي أيضاً يقتضي خضوعها من حيث الأساس والأصل العام إلى القانون الشخصي للفرد (قانون جنسيته).
وعلى الرغم من تنظيم المسائل المترتبة على النسب السابق ذكرها أعلاه ضمن نصوص قانون أحكام الأسرة، واعتبارها تبعاً لذلك من المسائل المكونة للحالة المدنية للفرد وبالتالي خضوعها للقانون الشخصي وهو قانون الجنسية، إلا أن ذلك في إطار القانون الدولي الخاص لا ينهض لأن يكون بمثابة قاعدة اسناد خاصة بهذه المسائل وذلك لأن قواعد الاسناد تضمنتها - كما سبق لنا بيانها – المادتين (١٢ و ٢٢) من قانون المرافعات البحريني والتي رأينا أنها جاءت خالية من قاعدة اسناد خاصة بمسائل النسب على الرغم من أهميتها.
وهذا ما يقودنا إلى ضرورة الاستناد إلى نصوص القوانين المقارنة كنص المادة (٢٣) من القانون المدني المصري الداعية إلى اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص. والبحث سواءً في القانون المقارن أو في آراء فقه القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الناتجة عن النسب كمسألة البنوة وتصحيح النسب والتبني والحضانة والولاية على النفس ونفقة الأقارب. وهذا ما سنبحثه في فروع مستقلة على التوالي.

الفرع الأول
القانون الواجب التطبيق على البنوة

البنوة علاقة ثلاثية الأطراف تربط كل من الابن مع الأب والأم، وهذه العلاقة قد تكون ناتجة عن علاقة زوجية صحيحة وشرعية، وقد تكون ناتجة عن علاقة غير شرعية لا يقرها شرع ولا يعترف بها قانون، وقد تكون مصطنعة ومختلقة وسنقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على كلا العلاقتين.

أولاً – القانون الواجب التطبيق على البنوة الشرعية:

البنوة الشرعية هي تلك العلاقة التي تربط الابن مع أبيه وأمه والناتجة عن علاقة زواج شرعي وصحيح(٢)، ومادامت البنوة جزء من الحالة المدنية للشخص، فهي بالتالي تخضع لقانونه الشخصي وهو قانون الجنسية، ولكن قانون جنسية من: الأب أم الأم أم الابن؟
لا شك في اعتبار علاقة البنوة الشرعية من أهم الآثار المترتبة عن عقد الزواج، ولقد بينا سابقاً أن آثار الزواج تخضع كأصل عام إلى قانون جنسية الزواج وقت الزواج، وبالتالي فإن القانون الواجب التطبيق وفقاً لهذا التحليل هو قانون جنسية الزوج وقت الزواج، بمعنى آخر العبرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على البنوة الشرعية

١ المواد من (٧٠ – ٨٢).
٢ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص١٧٦.

هو قانون جنسية الأب وقت إنعقاد زواجه على الأم والذي نتج عنه ولادة الإبن.

ونشير هنا إلى أن تطبيق قانون جنسية الزوج على البنوة الشرعية وفقاً للأصل العام الذي تقدم بيانه يؤطره دائماً أمران:

الأول : إنطباق القانون البحريني وحده ودون غيره من القوانين إذا كان أحد الزوجين وقت الزواج بحرينياً استناداً إلى فكرة المصلحة الوطنية.

الثاني : الانسجام مع النظام العام بمعنى أن لا يكون في قانون جنسية الزوج وقت الزواج ما يتعارض مع النظام العام والآداب داخل الدولة، كأن يكون قانون الزوج مثلاً يعترف بالولد الحرام المولود نتيجة علاقة غير شرعية داخل دولة لا تقر ولا تعترف بهذا المولود.

ثانياً – القانون الواجب التطبيق على البنوة غير الشرعية (البنوة الطبيعية):

البنوة الطبيعية هي التي تنشأ عن علاقة غير مشروعة بين الأب والأم خارج إطار الزواج الصحيح والمشروع، وهذه البنوة لا يعترف بها القانون البحريني ولا الشريعة الإسلامية التي تقرر أن «الولد للفراش وللعاهر الحجر»(١) وبالتالي لا نجد لمثل هذه البنوة أي أثر داخل المملكة لا بصورة مباشرة ولا بصورة غير مباشرة.

ومع عدم الاعتراف بهذه البنوة إلا أن الدول العربية ونتيجة ازدياد عدد حالات أطفال الحرام قررت الاجتماع وحل هذه الظاهرة فقررت في المادة الخامسة من الاتفاقية العربية لسنة ١٩٥٤ الخاصة بأحكام الجنسية بين الدول العربية والتي تسمى اصطلاحاً باتفاقية الرياض «اكتساب الولد المولود لأم عربية وفي بلد عربي لم يثبت نسبته لأبيه قانوناً لجنسية أمه، على أنها تزول عنه ويكتسب جنسية أبيه العربي بعد ثبوت النسب إليه ما لم يكن قد أتم سن الثامنة عشر».

وهذا ما قضت به المادة (٤/ب) من قانون الجنسية البحريني لسنة ١٩٦٣ والمعدل بالمرسوم بقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٨٩ على أن: «يعتبر الشخص بحرينياً: إذا ولد في البحرين أو خارجها وكانت أمه بحرينية عند ولادته، على أن يكون مجهول الأب أو لم تثبت نسبته لأبيه قانوناً».

ثالثاً – القانون الواجب التطبيق على البنوة المصطنعة (التبني):

البنوة المصطنعة أو التبني هو نظام معروف في البلدان الغربية يتم فيه خلق علاقة بنوة بين اثنين لا علاقة حقيقية بينهما من حيث رابطة الدم.

وفي الدول التي تعترف بالتبني نجد أن المتبنى يرث المتبني في ماله واسمه كما لو كان ابنه الفعلي والواقعي بصرف النظر فيما إذا كان المتبنى طفلاً لقيطاً أو ولداً شرعياً، أما في الدول العربية ومن ضمنها البحرين فنرى أن التبني غير معترف به ويعتبر من المحرمات وبالتالي لا مجال للحديث عن قاعدة إسناد خاصة تنطبق على التبني(٢).

---

١ حديث شريف صحيح، سنن أبي داود، رقمه ١٩٣٥ وقصته بالكامل كما وردت في المصدر كما يلي «حدثنا سعيد بن منصور ومسدد قالا حدثنا سفيان عن الزهري عن عروة عن عائشة اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ابن أمة زمعة فقال سعد أوصاني أخي عتبة إذا قدمت مكة أن أنظر إلى ابن أمة زمعة فأقبضه فإنه ابنه وقال عبد بن زمعة أخي ابن أمة أبي ولد على فراش أبي فرأى رسول الله صلى الله عليه وسلم شبها بينا بعتبة فقال الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي عنه يا سودة زاد مسدد في حديثه وقال هو أخوك يا عبد".

٢ قارن مع د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص١٤٩ حيث يرى بأن النظام العام لا يحول دون معالجة مسألة التبني فيما يتعلق بالأجانب أو لغير المسلمين وبالتالي نراه يدعو المشرع إلى ضرورة تكريس أحكام لمعالجة الحالات التي يمكن أن تعرض على القاضي البحريني بهذا الخصوص، كذلك د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٦-١٩٨٧م المرجع السابق، ص٢٥٧.

ولكن في الدول التي تعترف بنظام التبني فإن الراجح هو تطبيق قانون المتبني (الأب) وقانون المُتبنى (الأبن) معاً فيما لو اتحدا في الجنسية، ولكن ماذا لو اختلفا في الجنسية، فما هو القانون الواجب التطبيق؟

اختلفت الآراء حيال التساؤل السابق، فالبعض يرى تطبيق القانون الأشد أو ما يسمى بالتطبيق الجامع للقانونين قانون الأب المتبني وقانون الإبن المُتبنى والأخذ بأكثرهما شدة ودقة فيما يتعلق بالتبني(١)، بينما يرى البعض تطبيق قانون الإبن المُتبنى على أساس من القول بأن التبني يتعلق بالحالة المدنية لهذا الأخير أكثر من تعلقها بحالة طالب التبني(٢)، والبعض الآخر يرى تطبيق قانون طالب التبني على أساس أن التبني هنا يتعلق بحالة هذا الشخص العائلية، وهناك من يرى ضرورة خضوع التبني عن اختلاف جنسية أطراف هذه العملية إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج!! ومنهم من يرى تطبيق القانون الوطني فيما إذا كان المتبني أو المُتبنى وطني!! ومنهم من يرى – بحق – تطبيق القانون الأكثر رعاية للمُتبنى حتى ولو كان قانوناً أجنبياً وذلك لأن هذا القانون دون غيره هو القانون الذي ينسجم مع الغاية المرجوة من إقرار نظام التبني وهو حماية المُتبنى(٣).

الفرع الثاني
القانون واجب التطبيق على تصحيح النسب

تصحيح النسب هو جعل إبن الحرام إبن حلال وذلك من خلال زواج الأب من الأم التالي لواقعة ميلاد الإبن فيصبح الولد الطبيعي وفقاً للمعنى المتقدم لهذا الولد ولداً شرعياً. فإذا ما صحح النسب وأصبح من كان حراماً بالأمس حلالاً وشرعياً فإن معنى ذلك اعتبار واقعة الميلاد كأثر من آثار الزواج مثلها في ذلك مثل البنوة الشرعية وبالتالي يطبق عليها قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج.

ويشترط لإعمال الحل السابق أن لا يكون مخالفاً للنظام العام، حيث لا يجوز تصحيح نسب كافة المولودين نتيجة علاقة جنسية خارج إطار الزواج الصحيح والشرعي، ولهذا لا يصح تصحيح نسب ولد ناتج عن علاقة جنسية غير شرعية بين المحارم مثلاً أو ولد ناتج عن علاقة زنا.

الفرع الثالث
القانون واجب التطبيق على آثار النسب

يترتب على علاقة النسب المتمثلة في العلاقة بين الآباء والأبناء العديد من الآثار منها ما تم علاجها وتحديد القانون الواجب عليها ومنها ما تدخل ضمن نظم قانونية أخرى فتخضع للقانون الواجب التطبيق على هذه النظم، ويعنينا في هذا الصدد التصدي للنوع الأول من هذه الآثار.

ومن أمثلة هذه الآثار الولاية والقوامة وكافة مسائل الولاية على النفس التي أخضعها قانون المرافعات وفي المادة

١ انظر هذا الرأي منشور لدى د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص٥٧٣، وكذلك انظر نفس الرأي بمؤلف د. محمد وليد المصري، الوجيز في في شرح القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص١٤٩.

٢ انظر د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص٥٧٣، د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص١٤٩.

٣ انظر جميع هذه الآراء والتعليق عليها د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص٥٧٣ وما بعدها، د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص١٤٩ وما بعدها.

(٥/٢١) منه لقانون جنسية الشخص الواجب حمايته(١) وهو إما القاصر الخاضع للولاية أو القوامة بمعرفة المحكمة الشرعية.

ولقد انتقد جانب من الفقه العربي هذا التوجه على اعتبار أن موقف المشرع في إخضاع القوامة والولاية كمسائل تتعلق بالولاية على النفس لقانون الشخص الذي يجب حمايته جاء على سبيل القياس مع المسائل المتعلقة بالولاية على المال، وشتان بين المسألتين وبالتالي يرى هذا الجانب الفقهي ضرورة خضوع مسائل الولاية على النفس لضابط اسناد آخر غير قانون الشخص الذي يجب حمايته وجعله يخضع لقانون جنسية الأب وقت الميلاد على اعتبار أن هذه المسائل تعتبر – بحق – أثر من آثار النسب.

وكذلك من آثار النسب التي عالجها المشرع البحريني موضوع النفقة أو الالتزام بالانفاق الذي يلتزم به شخص بمواجهة شخص آخر بينهما نسبت فتعتبر دون أدنى شك أثراً من آثار النسب على الرغم من أن المشرع البحريني يخضعها لقانون الملتزم بها طبقاً لنص المادة (٤/٢١) من قانون المرافعات(٢) والسبب في ذلك هو تمييزها قدر الإمكان عن النفقة الزوجية التي تعتبر بمثابة أثر من آثار الزواج وبالتالي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج.

ومن آثار النسب التي عالجها المشرع صراحةً موضوع الحضانة وإن كان موضوعها لا يزال محلاً للاختلاف والتردد بين العديد من ضوابط الاسناد المتعددة، فالبعض يرى أن الحضانة تعتبر من قبيل الآثار المترتبة عن الزواج فتخضع بالتالي لقانون جنسية الزوج وقت الزواج، والبعض الآخر يرى أنها أثر من آثار الطلاق وبالتالي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق، ومنهم من يرى أنها تأخذ حكم مسائل الولاية على النفس وبالتالي تخضع لقانون الصغير أو المحضون الذي يجب حمايته.

ومن جانبنا نعتقد جازمين – متفقين في ذلك مع البعض(٣) – بأن الحضانة تعتبر أثر من آثار النسب وبالتالي يجب أن تخضع إلى قانون جنسية الأب وقت ميلاده كونه الوقت الذي تتكون فيه رابطة النسب وهو ما يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر الحضانة أثراً من آثار النسب وتثبت للأقارب بترتيب معين بصرف النظر عن قيام الزوجية بين والدي الطفل أو انقضائها.

الفرع الرابع
القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب

تعد النفقة «التزام على عاتق شخص معين بتقديم معونة مالية أو عينية إلى قريب أو صهر معوز. وترتكز بسببها إما على رابطة القرابة بين المعوز والمدين، سواء المباشرة منها أو قرابة الحواشي، أو على رابطة المصاهرة بينهما»(٤).

تعتبر النفقة بين الأقارب أثر من الآثار المترتبة على النسب وبالتالي كان من اللازم خضوعها وفقاً للأصل العام لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الابن، ولكن المشرع البحريني اختار قانوناً آخر يطبق على هذا النوع من النفقة

١ تقابلها هذه المادة كلاً من المادة (١٦) مدني مصري، (٤٦) كويتي، (١٧) مدني أردني، (١٦) مدني ليبي، (١٧) مدني سوري، (٢٠) مدني عراقي.

٢ تقابلها كلاً من المادة (١٥) مدني مصري، (٤٥) كويتي، (١٦) مدني أردني، (١٥) مدني ليبي، (١٦) مدني سوري، (٢١) مدني عراقي.

٣ د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص٢٤٠، د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص١٣٠، د. عز الدين عبدالله، المرجع السابق، ص١٠٦، د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص٥٦٥.

٤ د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص٢٦٠-٢٦١.

وهو قانون المدين بها، حيث نص في المادة (٤/٢١) على أنه: «يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها».

ولقد سبق لنا بيان سبب اتجاه المشرع البحريني نحو إخضاع النفقة بين الأقارب لقانون آخر غير قانون جنسية الأب وقت الميلاد على الرغم من اعتبارها من الآثار المترتبة عن النسب، وهذا السبب هو تمييز هذه النفقة عن النفقة الزوجية التي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج على اعتبار أنها من آثار الزواج.

ويخرج من مضمون فكرة نفقة الأقارب كل من النفقة الزوجية التي وجدنا أنها تعتبر أثر من آثار الزواج وكذلك تخرج من مضمون فكرة نفقة الأقارب النفقة التي تطالب بها المطلقة كون هذه النفقة تعتبر من قبيل آثار الطلاق أو التطليق أو الانفصال.

كما يخرج أيضاً من مضمون فكرة نفقة الأقارب النفقة الوقتية أو النفقة المستعجلة التي تخضع لقانون القاضي على اعتبار أنها تعتبر من قبيل الإجراءات القضائية التي تخضع لقانون القاضي الناظر فيها.

وبالتالي لا يتبقى من أفكار تدخل ضمن فكرة نفقة الأقارب سوى ذاتها بمعناها المتداول بين الناس، والتي تجد أصلها من المادة (١٣) من القانون المدني البحريني والتي تعرف الأقارب بأنهم: «..... ويعتبر كل من يجمعهم أصل مشترك من ذوي القربى»(١).

وبالتالي نجد أن هذا التعريف كان من الواجب أن يُخرج من مضمون فكرة نفقة الأقارب ما يعرف بنفقة الأصهار، إلا أن القانون المدني نفسه أدخل نفقة الأصهار ضمن مفهوم فكرة نفقة الأقارب عندما نص في متن المادة (١٥) من ذات القانون بأنه: «يعتبر أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر»(٢).

ومعنى ما تقدم أنه ينبغي معرفة الشخص الملتزم بدفع النفقة لأقاربه وتحديد جنسيته ومن ثم الرجوع إلى قانون جنسيته لتحديد فيما إذا كان هذا الأخير يلزمه بالإنفاق على أقاربه أم لا.

١ تقابلها كلاً من المادة (٣٤) مدني مصري، (١٥) مدني كويتي، (٢/٣٤) مدني أردني، (٣٤) مدني ليبي، (٣٦) مدني سوري، (٣٨) مدني عراقي.

٢ تقابلها كلاً من المادة (٣٧) مدني مصري، (١٧) كويتي، (٣٧) مدني أردني، (٣٧) مدني ليبي، (٣٩) مدني سوري، (٣٩) مدني عراقي.

خاتمة

إن قواعد التنازع لها أهمية كبرى في حل النزاعات الدولية الخاصة، ويثير الزواج المختلط مشاكل عديدة داخل الأنظمة القانونية، لذلك سعت الدول إلى تنظيمه بقواعد قانونية لتحكم هذه المنازعات التي يتخللها عنصراً أجنبياً، ويبلغ هذا التنازع حده خاصة في مجال الزواج وانحلاله.

فبالنسبة لشروط انعقاد الزواج نجد المشرع البحريني، وعلى غرار التشريعات الأخرى يفرق بين الشروط الموضوعية لانعقاده وبين شروطه الشكلية، فأخضع الشروط الموضوعية لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، بينما لا يوجد نص يذكر بالنسبة لشروطه الشكلية الأمر الذي يقتضي تطبيق ما نصت بشأنه القوانين العربية المقارنة من تطبيق قانون محل الإبرام، إضافة إلى ضوابط إسناد احتياطية تحكم هذه الشروط الشكلية، إما لقانون الجنسية المشتركة، أو قانون الموطن المشترك، أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

ويوجد صعوبة في تحديد هذه الشروط، ما إذا كانت من قبيل الشروط الشكلية أو الشروط الموضوعية، في هذه الحالة فإنه يترك للقاضي المعروض أمامه النزاع السلطة التقديرية في تحديدها طبقاً لقانونه الوطني، على أساس أن التكييف يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه المنازعة.

وقد يرتب عقد الزواج آثاراً تنقسم إلى آثار مالية وأخرى شخصية، وأخضعها المشرع البحريني لضابط إسناد واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بصريح المادة (٣/٢١) من قانون المرافعات.

كما خلصنا إلى أنه يمكن لرابطة الزواج أن تنحل لسببٍ أو لآخر، وهذه الحالة كثيرة الوقوع في الزواج المختلط، ونجد مواقف مختلفة في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الحالة، إذ أخضعها المشرع البحريني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى حسب المادة (٣/٢١) من قانون المرافعات، مفرقاً، أسوةً بالتشريعات العربية كالتشريع المصري والأردني السوري، بين الطلاق الصادر بالارادة المنفردة للزوج وأخضعه لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق، أما الحالات الأخرى فأخضعها لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

ويثير انحلال الزواج مشكلة الحضانة، وهي ظاهرة كثيرة الوقوع في مجال الزواج المختلط، ويتم إخضاعها لقانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته إعمالاً لنص المادة (٥/٢١) مرافعات بحريني، والهدف منها هو حماية مصلحة المحضون.

فضلاً على ذلك، إن قواعد التنازع التي سبق ذكرها في مجال الزواج من شروطه، وآثاره إلى انحلاله وآثاره، لابد من مراعاة أحكام نصوص القوانين العربية المقارنة وهو سريان القانون البحريني وحده إذا كان أحد الزوجين بحرينياً وقت انعقاد الزواج، وذلك لتسهيل مهمة القاضي البحريني في تطبيق القانون الوطني، وبالأخص حماية المصالح الوطنية.

من هنا يتبين أن قواعد الاسناد هي وسيلة القاضي التي يلجا اليها من أجل حل النزاعات ذات العنصر الأجنبي، وإن هذه القواعد رغم أنها لا تفصل في النزاع، لكنها تعتبر المفتاح لحل اللغز القانوني المتمثل في كيفية فض النزاع ذو العنصر الأجنبي بوجود القانون الواجب التطبيق، وهي ليست قواعد موضوعية تفصل في النزاع.

وقد خلصت الدراسة إلى مجموعة من التوصيات:

ركزت هذه الدراسة على وضع نصوص قانونية مقترحة تعدل أو تحل محل النصوص القانونية الحالية، التي

وضعت في ظروف زمنية معينة، أو جاءت متأثرة بقوانين أخرى في هذا البلد أو ذاك. ونستطيع في هذه الخاتمة أن نوصي المشرع البحريني بما يلي:-

١ – لابد للمشرع البحريني من إصدار قانون دولي خاص يتضمن جميع مباديء القانون الدولي الخاص بصورة عامة، وبصورة خاصة قواعد الإسناد أو القواعد الموضوعية مع بيان آليات تطبيق هذه القواعد لمختلف المسائل المطروحة والتي يمكن أن يثار بشأنها تنازع قوانين.

٢ – وضع قاعدة إسناد للخطبة، حيث لا توجد قاعدة إسناد لهذه المرحلة التي تعد مقدمة هامة للزواج، الذي يخلق اللبنة الأساسية في المجتمع المتمثلة في الأسرة. ولذلك طالبنا بضرورة عدم إهمال هذه المرحلة، والاقتداء ببعض القوانين العربية والأجنبية، التي وضعت قواعد إسناد خاصة بها. وبالضرورة يجب أن تنسجم هذه القاعدة مع طبيعة هذه المرحلة في مجتمعاتنا العربية.

٣ – تعديل النص القانوني الذي يحدد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج الذي يقطع بالأخذ بالتطبيق الجامع أو الموزع لقانون الزوج والزوجة. واقترحنا الأخذ بالتطبيق الموزع إلا في حالة وجود مانع قانوني يحول دون ذلك، أو مخالفة واضحة للنظام العام أو الآداب.

٤ – عدم وجود قاعدة إسناد لحكم النسب في حالة اختلاف الجنسية بسبب مرور الزمان، تحت ذرائع غير مقنعة، مما أدى إلى الانفلات في التأويل والتفسير بشكل لا تحمد عقباه. لذلك اقترحنا الاقتداء بالمشرع العراقي، الذي انفرد بوضع قاعدة إسناد، حدد فيها القانون الواجب التطبيق لهذه المسألة الخطيرة.

٥ – من الملاحظ على قاعدة الإسناد الخاصة بانتهاء الزواج، والتي تخضع هذا الانتهاء إلى قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى، وهو ما يضيع على الزوجة الكثير من الحقوق المكتسبة، لذلك نقترح اعتماد قاعدة إسناد جديدة، وهي الأخذ بقانون الزوج وقت الزواج، بدلاً من قانونه وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى.

٦ – يجب أن يُضمن المشرع نصاً خاصاً في قانون المرافعات البحريني يتعلق بحماية المصلحة الوطنية – أسوةً بالقوانين المقارنة – فيما إذا كان أحد الزوجين بحرينياً فإن القانون البحريني هو الأولى بالتطبيق.

قائمة المراجع

أولاً – مؤلفات التراث الإسلامي:

سيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٩٨م.

د. محمد سلام مذكور، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة.

د. محمد يوسف، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي، مصر، طبعة ١٣٧٦هـ/١٩٥٦م.

معجم مصطلحات الشريعة والقانون، عمان، ١٩٩٧م.

ثانياً – المؤلفات القانونية:

د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، بدون جهة نشر، ١٩٩٧م.

د. أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.

د. أحمد عبد الكريم، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م.

د. أحمد فراج حسين، الزواج، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨م.

د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٩م.

حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، الطبعة الثانية، الإصدار الخامس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥م.

د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث في إنشاء الحقوق واستعمالها وحمايتها، ١٩٥٣م.

د. عوض الله شيبة الحمد السيد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنفيذ القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية – دراسة مقارنة، منشورات جامعة البحرين، ٢٠١٣م.

د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٦-١٩٨٧م.

د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢م.

د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، بدون جهة وسنة نشر.

د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة نشر.

ثالثاً – المجلات القانونية:

د. حسام الدين الأهواني، بحث الاتجاهات الحديثة لمحكمة النقض في سبيل الحد من الغش في تغيير العقيدة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة ١٥، شهر كانون ثاني سنة ١٩٧٣م.

سيف النصر زكي، بحث متخصص في القانون الواجب التطبيق في قضايا التطليق، منشور في مجلة المحاماة، العدد ٣٤.

مجلة نقابة المحامين النظاميين الأردنيين.

رابعاً – التشريعات:

القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ وتعديلاته.
القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩.
القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٠.
القانون المدني الليبي الصادر في ١٩٥٣/١١/٢٨م.
القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٨٤.
قانون أحكام الأسرة البحريني رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٩.
قانون التجارة اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم (٣٠٤) بتاريخ ١٩٤٢/١٢/٢٤.
قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني رقم (١٢) لسنة ١٩٧١ وتعديلاته.
القانون الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١ الصادر بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.