

ذلك منهج القانون الإيطالى خلافاً للقانون الفرنسى الذى يلحق نظام الأموال بين الزوجين بموضوع العقود (٣٩) .

ولما كان نظام الأموال بين الزوجين يخضع فى دولة الإمارات لقانون جنسية الزوج ، فإن هذا القانون يكون هو المرجع فى تحديد مدى حرية الزوجين فى عقد مشارطتهما المالية وفى تعديل تلك المشاركة أثناء سريان علاقة الزوجية . وكذلك فى تحديد القانون الواجب التطبيق فى حالة إغفال الزوجين على الاتفاق على نظام الأموال بينهما . إلا أنه يجب مراعاة أن القانون الشخصى لا يطبق إلا فى الحدود التى لا تمس فيها أحكامه المركز القانونى للأموال لأن مركز الأموال يخضع لقانون الموقع .

فإذا كانت أموال الزوجين تقع فى دولة الإمارات وكان القانون الشخصى يقرر للزوجة حق رهن على أموال زوجها فإن القانون الشخصى لا تطبق أحكامه فى هذا الشأن لأن تحديد الحقوق التى تترتب على المال من المسائل التى تدخل فى نطاق تطبيق قانون موقع المال (٤٠) .

ثالثاً : القانون الذى يحكم إنحلال الزواج

تنقضى العلاقات القانونية الإرادية اما بإرادة طرفيها أو بإرادة أحدهما أو بحكم القضاء . وتنطبق هذه القاعدة على رابطة الزوجية التى قد تنقضى بالإرادة المنفردة للزوج وهو ما يعرف اصطلاحاً بالطلاق ( Repudiation ) أو بالإرادة المشتركة للزوجين ، كما يمكن أن تنقضى هذه العلاقة بحكم القضاء وهو ما يعرف بالتطليق ( Divorce ) . وأما الانفصال الجسمانى المقرر فى بعض القوانين فهو ليس إنهاءً للزوجية بل مجرد مباحة مادية بين الزوجين باعتبارها الإجراء الوحيد الذى قد يسمح به القانون لتراخى رابطة الزوجية إلى أن تنقضى

(٣٩) د . علوى أمجد على - المرجع السابق - ج ٢ - ص ١٥١ .

(٤٠) د . محمد كمال فهمى - المرجع السابق - ص ٥٤٥ .

نهائياً بوفاة أحد الزوجين .

وسواء تعلق الأمر بالطلاق أو بالتطليق أو بالتفريق فإن القانون الذي يحكم ذلك كله هو قانون جنسية الزوج . وفى ذلك تقضى الفقرة الثانية من المادة (١٣) من قانون المعاملات المدنية على أنه " أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق ، ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى " .

ويلاحظ أن المادة (١٣) فقرة (٢) ترسم قاعدتين احدهما خاصة بالطلاق وهى تقضى بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت الطلاق والأخرى خاصة بالتطليق والانفصال وتقضى بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى . وعلة هذه التفرقة فيما يتعلق بقاعدة الإسناد هو أن الطلاق عمل يقع بالإرادة فيكون الوقت الذى تعمل فيه الإرادة لإيقاع الطلاق هو الذى يتحدد بالنظر إليه القانون الذى يحكمه . أما التطليق والانفصال فهما لا يقعان إلا بحكم القضاء فيكون وقت رفع الدعوى هو الذى يتحدد بالنظر إليه القانون الذى يحكمهما (٤١) . على أن اخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وحده تعرض إلى انتقاد الفقهاء باعتبار أن علاقة الزواج تتكون وفقا لقانون الزوجين فكان بالأحرى أن لا تنحل هذه العلاقة إلا على أساس قانون يضم الطرفين معاً أو لقانون يكون الطرفان متبصرين به إن لم يخضعا لقانون واحد بما يحقق وحدة القانون الذى يحل رابطة انعقدت وفقا لقانون الطرفين . أما اخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وحده فمن شأنه أن يجعل رابطة الزوجية تنحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة . ويظهر الحرج فى مركز الزوجة إذا تغيرت جنسية الزوج ما بين وقت الزواج ووقت

(٤١) د . محمد كمال فهمى - المرجع السابق - ص ٥٤٦ .

الطلاق أو وقت رفع الدعوى وكان قانون الزوجة وقت الزواج يجيز الطلاق والتطليق فى حين أن قانونه وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى لا يجيز الطلاق أو التطليق . لذلك يذهب الفقه إلى أن تطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين يحقق وحدة القانون الذى يحل رابطة إنعقدت وفقاً لقانون الطرفين (٤٢) . وهذا ماحدى بالمرجع الكويتى الى النص فى المذكرة الإيضاحية للمادة (٤٠) من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي على أنه " تطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين هو أولى قانون يحل رابطة انعقدت وفقاً لقانون الطرفين . كما أن تطبيق قانون الزوج وقت انعقاد الزواج فى حالة انعدام الجنسية المشتركة فيه تبصرة كافية لكل من الطرفين بالقانون الذى يحل هذه الرابطة . وكلا القانونين خير من قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال " (٤٣) .

وهذا المبدأ هو الذى أخذت به اتفاقية لاهى الخاصة بالتطليق والانفصال ونرى الأخذ بهذه القاعدة فى دولة الإمارات لما يحققه من مصلحة جمة لطرفى الرابطة الزوجية ولتلافى العيوب الناجمة عن الأخذ بقاعدة تطبيق قانون جنسية الزوج وحده .

وبلاحظ هنا أن الإجراءات الخاصة بالتطليق والتفريق وكذلك الإجراءات الوقتية والتحفظية المتعلقة بالتطليق تخضع جميعها لقانون القاضى وفقاً لحكم المادة (١١) من قانون المعاملات المدنية التى تقضى بأنه " يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الإجرائية قانون الدولة التى تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات " . كما أن تكييف مسألة ما باعتبارها من مسائل

(٤٢) د . عزالدين عبدالله . المرجع السابق - ص ٣٠٨ .

(٤٣) أنظر فى ذلك د . عزالدين عبدالله . المرجع السابق - ص ٣٠٩ وأنظر كذلك د . فؤاد عبدالمنعم رياض ود . سامية راشد . تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائى الدولى - ط ١٩٨٩ ص ٢٧٧ ومايلبها .

الإجراءات أو من مسائل الموضوع يخضع أيضاً لقانون القاضى وأما آثار الطلاق فهي إن كانت تمس علاقة المطلق بمطلقته كحق المطلقة فى النفقة فإنها تخضع للقانون الذى يحكم الطلاق ذاته ، وإن كانت تتعلق بحق الزوج المطلق فى الزواج مرة أخرى فإنها تعتبر من الشروط الموضوعية لصحة الزواج فتخضع لقانون جنسية كل من الزوجين(٤٤) .

#### \* استثناء عام : تطبيق القانون الوطني

بعد أن بسط المشرع فى المادتين (١٢) و (١٣) من قانون المعاملات المدنية القاعدة فى القانون الواجب التطبيق على رابطة الزواج وانحلالها ، خرج على هذه القاعدة فى حالة خاصة وضع لها حلا استثنائياً . فلقد نصت المادة (١٤) من القانون على أنه " فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين وطنياً وقت إنعقاد الزواج يسرى قانون دولة الإمارات وحده فيما عدا شروط الأهلية للزواج " .

ويتضح من هذا النص أن قانون دولة الإمارات هو الواجب التطبيق فى كل حالة يكون فيها أحد الزوجين منتصباً إلى جنسية دولة الإمارات وقت انعقاد الزواج وذلك فيما عدا شروط الأهلية للزواج إذ يرجع فيه إلى قانون كل من الزوجين باعتبار أن حكم المادة (١٢) يظل سارياً .

ويبدو أن نص المادة (١٤) يقرر اختصاصاً تشريعياً لصالح قانون دولة الإمارات بغية مواجهة الحالة التى يحصل فيها الزواج بين إماراتى مسلم وأجنبية غير مسلمة ويكون الزواج صحيحاً وفقاً لقانون الزوج وغير صحيح وفقاً لقانون الزوجة فيحكم بصحته فى هذه الحالة وفقاً لقانون الزوج . ويعيب هذا

-----  
(٤٤) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبى .

النص أنه يسرى فى الحالة التى يكون فيها أحد الزوجين إماراتياً وقت انعقاد الزواج ولو أصبح أجنبياً بعد ذلك فى حين أنه لا يسرى فى الحالة التى يكون فيها الزوجان أجنبيين وقت الزواج ويكتسبان معا أو أحدهما الجنسية الإماراتية بعد ذلك . وعلى ذلك فمتى ما كان الزوجان يحملان جنسية دولة الإمارات وقت انعقاد الزواج خضع الطلاق والتطليق والانفصال للقانون الإماراتى بصرف النظر عن جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال . كما يجب تطبيق قانون دولة الإمارات حتى لو كان الزوجان أجنبيين وقت الطلاق إذا كان أحدهما إماراتياً وقت انعقاد الزواج فى حين أنه لا يوجد مبرر لتطبيق قانون دولة الإمارات فى هذه الحالة إلا مسألة حماية حقوق المسلم وهى مسألة يمكن تكفلها عن طريق فكرة النظام العام ولو لم يوجد نص المادة (١٤) . وقد يكون من الأجدر تشريعياً أن يسرى قانون دولة الإمارات على آثار الزواج وانحلاله إذا كان أحد الزوجين ينتمى الى الجنسية الإماراتية وقت انعقاد الزواج ووقت انحلاله .

رابعاً : القانون الذى يحكم الحضانة

يقصد بالحضانة شرعاً القيام على تربية الطفل ورعاية شئونه ممن له حق تربيته شرعاً . فالحضانه هى الولاية الأولى على الصغير ويلى ذلك الولاية على النفس وهى الولاية التى تتعلق بالنفس كصيانة الصغير على نفسه وهى تثبت فى المرحلة التى يتجاوز فيها الصغير سن الحضانة حتى البلوغ (٤٥) .

ولم ينص المشرع فى دولة الإمارات على قاعدة إسناد تخصص الحضانة وإنما نص فى المادة (١٦) على الولاية فقط بقوله " يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية عديمي

(٤٥) د . محمد كمال فهمى . المرجع السابق . ص ٥٤٩ .

الأهلية وناقصيها والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته " . ومن ثم فلا مناص من الرجوع إلى مبادئ القانون الدولي الخاص لتحديد قاعدة الإسناد واجبة التطبيق في مسائل الحضانة تطبيقاً لحكم المادة (٢٣) من قانون المعاملات المدنية التي تنص على أنه " تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين " . وتقضى مبادئ القانون الدولي الخاص في هذا الصدد بإعطاء الحضانة حكم الولاية ومن ثم يكون القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون الصغير (٤٦) .

ويذهب رأى في الفقه إلى أن كلمة " الولاية " الواردة في نص المادة (١٦) من القانون المدني المصري والتي تقابلها وتطابقها المادة (١٦) من قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات يقصد بها الولاية على المال دون الولاية على النفس . ويستبعد إمكانية قياس الولاية على النفس على الولاية على المال لاختلاف الإعتبارات التي تقوم عليها الأحكام الخاصة بكل من المسألتين . وينتهي هذا الرأى إلى القول بإخضاع الحضانة والولاية لقانون جنسية الأب (٤٧) . ونرجح هذا الرأى باعتبار أن البلاد الأنجلوساكسونية التي تفرق في أحكام الولاية بين ما يتعلق بشخص القاصر وبين ما يتعلق بماله تخضع الأول لقانون موطن الأب . كما أن الدول التي تنحو المنحى القانوني اللاتيني ولا تفرق بين الولاية على النفس والولاية على المال تخضع الولاية للقانون الشخصي للأب عند من يدخل الولاية في نظام الأسرة وهو الأغلب أو القانون الشخصي للقاصر عند من يدخل الولاية في نطاق حماية عديمي الأهلية . وهذا المبدأ هو الذي أخذ به القانون الكويتي الذي تنص المادة (٤٣) منه على أنه " يسرى قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفقى الحضانة " (٤٨) .

(٤٦) د . محمود محمد الطنطاوى . الأحوال الشخصية ١٩٨٨ . ص ٤٧٦ ومايلبها .

(٤٧) د . عزالدين عبدالله . المرجع السابق . ص ٣٣ .

(٤٨) د . عزالدين عبدالله . المرجع السابق . ص ٢٤٣ - ٢٤٤ - ٣٣٢ .

ولقد بينت المذكرة الإيضاحية لهذه المادة الأسباب التي دعت إلى الأخذ بقاعدة الإسناد التي تضمنتها ، فنصت على أنه " ولما كانت الولاية على النفس فرعاً من البنوة ، فإن القانون الذي يسرى في شأنها هو قانون جنسية الأب ، فيحدد هذا القانون ولاية الأب على ابنه الصغير ، وما يملك عليه من حق التأديب ، وما يقع على عاتقه من واجب التربية ، وغير ذلك مما يتعلق بالولاية على النفس . ولما كانت الحضانة هي المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس لذلك وجب أن تخضع للقانون الذي تخضع له الولاية وهو قانون جنسية الأب . فيتوحد بذلك القانون الذي يسرى على البنوة الشرعية والولاية على النفس والحضانة ، وهي مسائل ثلاث يتصل بعضها ببعض اتصالاً وثيقاً " .

#### المبحث الرابع

#### استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام

تنص المادة (٢٧) من قانون المعاملات المدنية على أنه " لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة " .

وتورد هذه المادة تحفظاً يقيد من تطبيق قاعدة الإسناد لوظيفتها عند منحها الاختصاص لقانون أجنبي . إذ أن المشرع في أي دولة عندما يسمح بتطبيق قانون أجنبي فإنه لا يفترض بطبيعة الحال مطابقة أحكام هذا القانون لأحكام القانون الوطني ، ولكنه في نفس الوقت لا يقبل تطبيق أحكام هذا القانون ضمن الاختصاص الإقليمي للدولة إذا كانت هذه الأحكام مرفوضة في ضمير المجتمع وتخالف الأسس والقواعد التي يقوم عليها وهو ما يعرف بمخالفة القانون للنظام العام في الدولة المراد تطبيقه فيها .

وفكرة النظام العام فكرة صعبة التحديد والحصر لأنها تعبر عن الأسس التي يقوم عليها كيان الدولة . كما أنها فكرة نسبية تختلف باختلاف الزمان والمكان ومن دولة إلى أخرى وعلى ذلك فعلى القاضى أن يقدر مقتضيات النظام العام فى دولته بالنظر إلى وقت الفصل فى النزاع لا وقت نشوء الحالة القانونية وهذا ما يعبر عنه بأن فكرة النظام العام فكرة حالية . وتعود فكرة النظام العام بوضعها الحالى إلى الإستاذ الألمانى " سافينى " الذى ذكر أن قواعد الإسناد إنما يعمل بها فى النطاق الذى يسمح به الاشتراك القانونى بين الدول . ثم طور " بارتان " هذا المفهوم فعرف فكرة الاشتراك القانونى على أنها مجرد التقارب بين الأصول العامة فى التشريع بما لا يجعل تطبيق القانون الأجنبى متنافراً تنافراً بيناً مع الأحكام الموضوعية فى قانون القاضى .

وهذا الاشتراك القانونى قد ينقطع لاستحالة تطبيق القانون الأجنبى استحالة فنية لأن النظام القانونى الذى تستند إليه الحالة غير معروف فى قانون القاضى كما لو كان قانون القاضى لا يعرف نظام رهن المنقول رهنأ رسمياً . وقد ينقطع الإشتراك القانونى لتنافر حكم القانون الأجنبى مع القانون الوطنى بناء على إعتبرات الملاءمة التى تستمد من الشعور العام للجماعة أو من سياسة التشريع كما لو كان القانون الأجنبى يبيح نكاح المحارم من الدرجة الأولى فى حين أنه ممنوع فى قانون القاضى (٤٩) .

ولم يعرف المشرع فى دولة الإمارات المقصود بالنظام العام ولكنه حدد فى المادة (٣) بعض المسائل التى تعد من هذا النظام بقوله : " يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب والأحكام المتعلقة بنظم الحكم وحرية التجارة وتداول الثروات وقواعد الملكية الفردية

-----  
(٤٩) القانون المدنى الكويتى .



وغيرها من القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية " .  
ونرى أن المسائل الواردة في هذه المادة لا تعتبر حصراً لمسائل النظام العام وإنما تعد مجرد أمثلة لتطبيقات فكرة النظام يمكن القياس عليها بدليل المشرع استخدم عبارة " يعتبر من النظام العام .... " وهى عبارة لا تعنى أن مالم تنصها المادة لا يعد من النظام العام .

كما أن المادة (٢٧) من قانون المعاملات المدنية تميزت عما يقابلها من المواد فى القوانين العربية الأخرى كالمادة (٢٨) مصرى و (٣٠) سورى (٢٣) عراقى باستبعادها أحكام القانون الأجنبى إذا كانت تخالف الشريعة الإسلامية . وهذا هو نفس النهج الذى اتبعته اتفاقية الرياض للتعاون القضائى العربى لسنة ١٩٨٣ (٥٠) . ويبدو أن هذا الاتجاه جديد تتجه نحوه التشريعات العربية بجعلها شرط عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية شرطاً لتطبيق القانون الأجنبى (٥١) . على أن هذا الاتجاه وإن كان محموداً لتوافقه مع الأسس التى تقوم عليها معظم دساتير الدول العربية بنصها على أن الشريعة الإسلامية هى مصدر رئيسى للتشريع (٥٢) ، إلا أن صياغة النص بشكلها الحالى معيبة . إذ أن الشريعة الإسلامية مصطلح واسع وقد تختلف أحكام الشريعة الإسلامية حول مسألة باختلاف رأى الفقهاء حولها . وعليه فإن التطبيق الحرفى لهذه المادة قد يودى إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبى فى كل مسألة يتضمن فيها هذا القانون حكماً لا يتوافق مع ما قد تقضى به أحكام الشريعة الإسلامية مما سيؤدى حتماً إلى تعطيل كافة قواعد الاسناد التى ذكرها المشرع فى المواد من ٢٠ .

(٥٠) د . محمد كمال فهمى - المرجع السابق - ص ٥١٠ ومايليهما .

(٥١) أنظر الفقرة الأولى من المادة (٣٠) من الإتفاقية .

(٥٢) AL - Baharna , Hussain , The Enforcement of Foreign Jud andl Arbitra Awards in the GCC . (1989 ) 4 Arab 2.Q. 332.

٢٠ من قانون المعاملات المدنية . ونرى أنه يجب تعديل صياغة النص بحيث يستبعد تطبيق القاعدة الأجنبية إذا كانت أحكامه تخالف الأحكام القطعية للشريعة الإسلامية أو إذا كان فيه مساس بمصلحة المسلم . فالشريعة الإسلامية مثلاً لا تبيح زواج المسلمة من غير المسلم وهو ما قد يجيزه القانون الأجنبي كما لا يصح شرعاً العقد على معتدة لمسلم مع أن القانون الأجنبي قد يجيز ذلك . ونرى أنه يجب في هذه الحالات أن يتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمساهة بمصلحة المسلم . أما إذا انتقى المساس بمصلحة المسلم فلا يجوز التمسك بالدفع بالشريعة الإسلامية أو بالنظام العام لمنع تطبيق القانون الأجنبي كالامتناع عن الحكم بصحة زواج بين غير مسلمين لمخالفتة لأحكام الشريعة الإسلامية كالزواج من معتدة لغير مسلم . ففي هذه الحالة نرى الحكم بصحة الزواج إذا كان القانون الأجنبي يعتبره كذلك ولو كان يخالف حكم الشريعة الإسلامية في هذا الشأن . وذلك هو الأقرب لتفسير نص المادة (٢٧) خاصة وأن المادة (٣) التي عدت بعض المسائل التي تعد من النظام العام أتبع ذلك بالقول " وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية " .

ويوافق هذا أيضاً ما يذهب إليه الفقه في محاولته بيان مدلول النظام العام ومن ذلك ما يذكره بعض الفقهاء من القول بأنه " أما في الشريعة الإسلامية فالأساس الذي ينبني عليه أن الحكم من النظام العام هو الدليل الذي دل على الحكم . فكل حكم دل عليه نص صريح قطعي الثبوت والدلالة فهو من النظام العام ولا تجوز مخالفته ولا يباح للأفراد والجماعات أن يتفقوا على خلافه بأي صورة من الصور" (٥٣) .

-----  
(٥٣) أنظر المادة رقم (٧) من الدستور المؤقت لدولة الإمارات العربية المتحدة، وأنظر كذلك المادة (٢) من الدستور الكويتي .

كما نرى أن ماذهب إليه المشرع مطلقاً فى المادة (٣) من اعتبار الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية من النظام العام أمر منتقد لأنه يؤدى إلى استبعاد قواعد الإسناد التى تضمنها القانون جملة وانعدام أى أثر لها ، لأنه إذا أدت تطبيق قواعد الإسناد المقررة فى القانون إلى تطبيق أحكام قانون أجنبى وكانت هذه الأحكام لا توافق أحكام الشريعة الإسلامية فإن مقتضى تطبيق نص المادة (٣) هو استبعاد هذه الأحكام . وأما إذا كانت هذه الأحكام توافق ماتضمنه الشريعة الإسلامية فإن هذا يعنى أن مايطبق حقيقة هى أحكام الشريعة الإسلامية وليس القانون الأجنبى . والذى نراه هو أن تتقلص مقتضيات النظام العام فى دائرة الحالات القانونية الأجنبية فى حالة تعلقها بغير المسلمين عنها فى حالة بمسلمين بحيث يقتصر تطبيق هذه القاعدة على الحالة التى يكون طرفا النزاع فيها أو أحدهما مسلماً . فلو كنا بصدده مسألة توزيع أنصبة الميراث . وكان طرف النزاع أجنبيين ولكنهما كانا أو أحدهما مسلماً فعندها يجب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بغض النظر عن القانون الواجب تطبيقه وفقاً لقواعد الإسناد المقررة قانوناً . بخلاف الحال فيما إذا كان الطرفان أجنبيين غير مسلمين فعندها يصار إلى تطبيق أحكام القانون الأجنبى الذى تقرره قاعدة الإسناد . وهذا هو المبدأ الذى قضت به محكمة النقض المصرية إذ قررت أنه " وفقاً للمادة (٢٨) من القانون المدنى لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته نصوص القانون إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب فى مصر ، وإذا كان تطبيق القانون الفرنسى على واقعة الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث بينما تعتبرهما الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من أصحاب الفروض والعصابات ، وكانت أحكام الموارث الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة فى الشريعة تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام فى مصر إذ هى وثيقة الصلة بالنظام القانونى والاجتماعى الذى استقر فى ضمير الجماعة بحيث سيتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها

وتغليب قانون أجنبي عليها بما لا يسع القاضى الوطنى معه أن يتخلى عنها  
ويطبق غيرها فى الخصومات التى ترفع إليه من كان المورث فيها من المسلمين ،  
إذا كان ذلك ، وكانت الثابت فى الدعوى أن المتوفاة مسلمة وأن الخصوم الذين  
يتنازعون تركتها مسلمون، فإن الحكم المطعون فيه إذ امتنع عن تطبيق أحكام  
القانون الأجنبى على واقعة الدعوى لا يكون قد خالف القانون " ( ٥٤ ) .

كما قضت محكمة النقض المصرية كذلك بأنه لا يجوز استبعاد أحكام القانون  
الأجنبى الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو  
الأداب فى مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية  
للجماعة، ولا يدخل فى هذا النطاق اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن القانون  
الوطنى فى تحديد المقدار الذى تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين ( ٥٥ ) .  
ويجب فى كل الأحوال عدم التوسع فى تطبيق مفهوم النظام العام واقتضاره  
فقط على الحالات التى تتعارض فيما أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق  
مع الأسس الإجتماعية والاقتصادية والسياسية التى تقوم عليها دعائم المجتمع  
حتى لا يضحى الدفع بالنظام العام ذريعة لاستبعاد تطبيق أحكام القانون  
الأجنبى .

وهذا هو المعيار الذى أخذت به محكمة النقض المصرية حينما قضت بأن ما  
يقضى به نص المادة ٢٨ من القانون المدنى هو نهي القاضى عن تطبيق القانون  
الأجنبى كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو  
الاقتصادية أو الخلقية فى الدولة مما يتعلق بالمصالح الجوهرية للمجتمع ( ٥٦ ) .

-----  
( ٥٤ ) عبد الوهاب خلاف - تفسير النصوص القانونية وتأويلها - مجلة المحاماة - س ٣١ - ص ١٨٢ .  
( ٥٥ ) نقض مدنى مصرى رقم ( ١٧ ) لسنة ٣٢ ق ( أحوال شخصية ) .  
( ٥٦ ) نقض مدنى مصرى رقم ( ٨ ) لسنة ٣٥ ق ( أحوال شخصية ) .

## \* حالات تعارض النظام العام مع القانون الأجنبي

سبق أن ذكرنا أن النظام العام قد يؤدي إلى استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي لاعتبارات فنية متعلقة باستحالة تطبيق القانون الأجنبي أو لتنافر أحكام القانون الأجنبي مع المبادئ الجوهرية للقانون الوطني . إلا أنه يلاحظ أنه يمكن تصنيف هذا النوع من التعارض إلى أربع حالات :

**الحالة الأولى :** يتعارض فيها النظام العام مع وجود الحق ذاته سواء أريد انشاؤه في داخل دولة القاضى أم كان قد أنشئ في الخارج وأريد الاعتراف له بآثاره في إقليم دولة القاضى كالاقرار بصحة عقد بين طرفين مسلمين أو كان أحدهما مسلماً وتم افراغه في شكله المحلى وكان هذا الشكل دينياً خالصاً في دولة غير مسلمة . وطبيعى أن النظام العام في دولة الإمارات يمنع من إنشاء هذا الحق لتعارض النظام العام في دولة الإمارات مع وجود هذا الحق في أية مرحلة من مراحلها .

**والحالة الثانية :** يتعارض فيها النظام العام مع إنشاء الحق وبعض آثاره كزواج المحارم من الدرجة الأولى . فالنظام العام في الإمارات مثلاً يمنع مثل هذا الزواج داخل الدولة . فإذا ما أبرم هذا الزواج في الخارج فإن النظام العام يحول دون نفاذ بعض آثاره وهي الآثار الشخصية أى الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين . أما آثاره الأخرى فإنها لا تمس النظام العام .

**والحالة الثالثة :** يتعارض فيها النظام العام مع إنشاء الحق ذاته دون آثاره . كما كان شأن الطلاق في فرنسا سنة ١٨٨٢ فلم يكن ممكناً قبل ذلك التاريخ التطليق في فرنسا في حين أن الطلاق إذا حكم به في الخارج كان يعترف له في فرنسا بكل آثاره .

**والحالة الرابعة :** لا يتعارض فيها النظام العام مع إنشاء الحق ولكنه

يحول دون ترتيب بعض آثار الحق الذي تنافيه فتعدل تلك الآثار بما يتفق ومقتضياته . مثال لذلك ما حكم به القضاء فى فرنسا من أن عصيان الزوجة لزوجها بما يمس مركزه كرب الأسرة يتعارض مع النظام العام ولو كان القانون الأجنبى الذى يحكم إنهاء الزواج يقضى بخلاف ذلك ( ٥٧ ) .

وختاماً نرى أن تطبيق نص المادة ( ٢٧ ) يعنى استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبى إذا مست مصلحة المسلم إذا كان أحد الزوجين مسلماً أو تعارض القانون الأجنبى مع أمر قطعى فى الشريعة الإسلامية . ومثال الحالة الأولى استبعاد القانون الأجنبى فى حالة الزواج الدينى غير الإسلامى أو حالة زواج المسلمة بغير مسلم حتى ولو كان هذا الزواج صحيحاً فى بلد الإبرام . كما يستبعد تطبيق القانون الأجنبى إذا كان يحرم الزوج المسلم من حقه فى الطلاق أو كان القانون الأجنبى ينص على إنهاء علاقة الزوجية فى حال تغيير الزوج لديانته فى حال تغيير الدين واعتناق الزوج للديانة الإسلامية مع احتفاظ زوجته بديانته الكتابية . ومثال الحالة الثانية اعتبار القانون الأجنبى الزواج بين المحارم من الدرجة الأولى صحيحاً أو عدم اعتبار القانون الأجنبى للزواج الذى يعقد بين أطراف مختلفي اللون مثلاً ، ففى هذه الحالات تستبعد أحكام القانون الأجنبى لمخالفته الواضحة لأحكام قطعية فى الشريعة الإسلامية ( ٥٨ ) .

( ٥٧ ) نقض مدنى مصرى رقم ( ٢٢ ) لسنة ٤٣ ق .

( ٥٨ ) أنظر د . محمد كمال فهمى - المرجع السابق - ص ٥٥٨ ومايليهما .

**القانون الواجب التطبيق**  
**في مسائل الأحوال الشخصية**  
**في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة**

**للأستاذ الدكتور / مكاشة محمد عبدالعال \***

قد يبدو للوهلة الأولى أن البحث في هذا الموضوع لا يشير عنناً في دولة الإمارات العربية المتحدة إذ المشرع قد رصد نصوصاً صريحة تبين القانون الواجب التطبيق في سائر النزاعات المنطوية على عنصر أجنبي (م. ١٠ - ٢٨ من قانون المعاملات المدنية). بالإضافة إلى أن هناك تراثاً فقهياً وقضائياً كبيراً موجود الآن في سائر التشريعات العربية التي حاكها المشرع الإماراتي وتأثر بها إلى حد التطابق عند رصده للنصوص المنظمة لهذه المسائل .

ومع ذلك فالأمور ليست بهذا التبسط واليسير . نعم هناك نصوصاً كرسها المشرع للأنزعة ذات الطبيعة الخاصة الدولية ، ولكن هذه النصوص لا ترصد أحكاماً موضوعية ، أو ما يسمى بالأحكام المادية ، التي تنطبق مباشرة على النزاع فتبين الحكم فيه مُعْطِيةً بذلك الحل النهائي للنزاع . إنها وحسب نصوص ارشادية كما يسميها فقه القانون الدولي الخاص ؛ بمعنى أنها ترشد وحسب إلى القانون الذي تتكفل قواعده باعطاء الحل النهائي للنزاع. ومن هنا جاءت التسمية بأن هذه النصوص إنما تضع " قواعد إسناد " . مقتضى ذلك ومؤداه أن عمل هذه النصوص يتعطل تماماً إذا كان حكم القانون الأجنبي المشار إليه - بمقتضى قاعدة من قواعد الإسناد التي وضعها المشرع الوطني - مخالف لما اصطُح على تسميته بالنظام العام في القانون الإماراتي .

---

\* أستاذ بقسم المعاملات بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة.

يضاف إلى ذلك - وهذا من عوامل تعقيد المسألة وصعوبتها - أن مفهوم النظام العام الوطني الذي يجب ألا يخالفه القانون الأجنبي الواجب التطبيق مفهوم " مبطن " بأسس دينية أساسها الشريعة الإسلامية الغراء . وفي ذلك تنص المادة ٢٧ من قانون المعاملات المدنية على أنه " لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة " ، كما تنص المادة ٣ من ذات القانون على أنه " يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب .... وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمباديء الأساسية للشريعة الإسلامية " .

وقبل أن نحاول إلقاء الضوء على هذا الموضوع فإننا نركز على اعتبارين جوهريين:

أولهما ، أن موضوعنا هو تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية . وفكرة تنازع القوانين ليست مجهولة بالكلية في الشريعة الإسلامية . التنازع الذي يثور في الفرض حيث يداخل العلاقة عنصر أجنبي عرفته الشريعة ورصدت له الحلول الملائمة له التي تراعي طبيعة أطرافه وطبيعة نظمهم القانونية عبر منهجية أخرى غير منهجية التنازع .

ثانيهما ، أن غير المسلمين الذين عرفتهم الشريعة الإسلامية وخصص لهم فقهاء الشريعة أدبيات مطولة فيها دقة وروعة لا تخفي ، هم الذميون والمستأمنون . والذمي ليس بأجنبي بلغة العصر الحديث . إنه مواطن من مواطني الدولة الإسلامية . أما المستأمن فهو الأجنبي بلغتنا الحاضرة ، من دار غير دارنا ومن دين غير ديننا . والأمان الذي يعد به من ليس من دارنا مستأماً هو بطبيعة الحال أمان مؤقت وهو على أنواع :



أمان مؤقت خاص يعطيه الإمام أو من يحل محله بالشروط التي يراها،  
وصورته في وقتنا الحاضر " سمة الدخول " التي تمنحها الجهات المختصة للأجنبي .  
- وأمان المودعة الذي يتحقق بالمعاهدة مع غير المسلمين . يجريه ولي الأمر أو من  
ينبئه في ذلك .

- الأمان بالتبعية . فالأولاد الصغار يدخلون في عقد الأمان تبعاً . وشبيهه  
بذلك ما يجري عليه العمل من السماح لابناء الأجنبي القصر بالدخول مع والدهم  
متى كانوا في كفالته وشملتهم سمة الدخول التي تمنحها الجهات المختصة في  
الدولة . فإذا ما استبان لنا من هو الأجنبي عند الفقهاء المسلمين كان من الميسور  
بعد ذلك أن نتفهم الأحكام التي رصدوها في شأن أحوالهم الشخصية .

يبقى أن نذكر أن بحثنا سوف لن يتناول بعض المسائل المتعلقة بالأحوال  
الشخصية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية كالنسب والتبني والأهلية والولاية  
والوصاية والقوامة أملين أن يتاح لنا في مناسبة أخرى أن نبحث فيها ونعرض  
لحكمها .

وبالنظر إلى ما تقدم نبحث في فصول ثلاثة متتابعة نخصصها كالتالي :  
الأول : في أحكام الزواج الخاصة بالأجانب والقانون الواجب التطبيق عليها .  
الثاني : في القانون الذي يحكم الميراث والوصية .  
والثالث : في موقف القضاء الإماراتي من مسألة تنازع القوانين في مسائل  
الأحوال الشخصية .

## الفصل الأول أحكام الزواج الخاصة بالأجانب ( المستأمنين ) والقانون الواجب التطبيق عليها

لقد صاغ الفقهاء المسلمون أحكاماً في شأن نظام الأسرة بالنسبة للمستأمنين فيها تفصيل واختلاف يعكس في عين الوقت عمقاً في الرؤية عندهم وبرازاً للمرونة التي تبديها الشريعة الإسلامية إزاءهم في خصوص أنكحتهم .

ونبحث الآن في حكم الشرع في زواج المستأمنين (الأجانب ) (مبحث أول)  
محدد القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد المكّسة في هذا الشأن  
( مبحث ثان ) .

### المبحث الأول زواج المستأمنين والقانون الذي يحكم وضع المسألة في الفقه الإسلامي

أفاض الفقهاء المسلمون في بحث هذه المسألة . ونرصد هنا الأحكام التي قرروها بالقدر الخادم لهذه الدراسة والبحث ، ولهذا نبحت أولاً : حكم زواج المسلم بالمستأمنة ( الأجنبية ) ، وحكم زواج المسلمة بمستأمن . ثم نعرض ثانياً حكم زواج المستأمنين الأجانب فيما بينهم . وفي القول تفصيل :

#### أولاً : الفرض حيث يكون أحد الزوجين متأمناً والآخر مسلماً

في هذا الخصوص يقرر الجمهور من الفقهاء المسلمين جملة قواعد يمكن حصرها

(١) في دراسة مفصلة اقرأ " حكم الشريعة الإسلامية في الزواج مع اتحاد الدين واختلافه وتغييره " - للمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم ، مجلة القانون والإقتصاد ، السنة الأولى ١٩٣١ ، ص ٦ وما بعدها .

في الآتي :

- يجوز زواج المسلم من الذمية والمستأمنة الكتابية <sup>٢</sup> .  
ودليل ذلك قوله تعالى " اليوم أحللت لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لك وطعامهم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا أتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذي [أخدان... " . واحتج الجمهور في ذلك أيضا بأن عثمان رضي الله عنه تزوج نائلة الكلبيه، وهي نصرانية، على نسائه، وأن طلحة بن عبيد الله تزوج يهودية من آل الشام، كما أنه لم ينقل أن أحداً من الصحابة قد أنكر ذلك مما يفيد أنهم كانوا متفقين على جواز نكاح الكتابيات <sup>٣</sup> .

- لا يجوز زواج المسلم ممن ليست من أهل الكتاب كالماجوسية وعبدة الأوثان ونحوهم والصابئة عند من اعتبر هذه الطائفة ممن ليسوا بأهل كتاب <sup>٤</sup> . هذا ومن الثابت " أن المرتدة عن الإسلام لا تعتبر ذات دين ، ولو انتقلت من الإسلام إلى دين كتابي ، ولذلك لا يحل للمسلم أن يتزوج مرتدة ، كما لا تتزوج المسلمة مرتداً ، بل إن المسلم إذا ارتدت زوجته فسخ النكاح وانتهى ... وإذا كان كذلك وفسخ نكاح بردة أحد طرفيه ، فإنه لا يحل زواج المرتدة مسلم قط " <sup>٥</sup> .

(٢) الحصاص ج ٢ ص ٣٢٤ ، المحلي ج ٩ ص ٤٤٥ ، المغني ج ٦ ص ٥٨٩ ، الهداية ج ٢ ص ٣٧٢ ، أحكام القرآن للشافعي ص ١٨٣ ، المهذب ج ٢ ص ٤٦ ، شرح النيل ج ٣ ص ٢١ .  
(٣) الشيخ الجليل المرحوم الام محمد أبو زهرة ، الألوال الشخصية ، مطبعة السعادة ، فقرة ٨٠ ص ١١٣ .  
(٤) راجع في تفاصيل ذلك الامام أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، فقرة ٧٩ ص ١١٢ ، والدكتور / عبد الكريم زيدان ، ص ٣٤٥ وما بعدها .  
(٥) الامام الشيخ أبو زهرة ، المرجع السابق ، فقرة ٨٠ ص ١١٤ ، الشيخ أحمد ابراهيم ، مقاله السابق ، ص ١٠ وما بعدها .