

زواج المسلمة بغير مسلم باطل ، مشركاً كان الزوج أم كتابياً^٦ . وهذا الحكم ثابت بنص القرآن والسنة والإجماع . وينبني على هذه القاعدة عند الفقهاء حكم مفاده : أن المسلمة لا ينعقد زواجها على غير المسلم ، وعليه إذا أسلمت الزوجة وزوجها باق على دينه ، وامتنع عن الإسلام يفرق بينهما ، لأن عدم قيام سبب من أسباب التحريم شرط لإنشاء النكاح ، وشرط لبقائه ، فلا يقوم الزواج إلا إذا خلا الزوجان من أسباب التحريم ، ولا يبقى إلا بقاء الخلو من ذلك .

ثانياً : الفرض حيث ينعقد الزواج بين مستأمنين (أجنب)^٧ :

مثل هذا الزواج تحكمه ثلاث أصول :

الأول : كل زواج صحيح بين المسلمين هو صحيح بين غيرهم . وبنى على ذلك أن الزوجين لو أسلما أو ترافعا إلينا اقرا عليه ، وليس لأحد سبيل لابطاله . وهذا الأمر مجمع عليه^٨ . إذ مادام زواجهما قد صدر صحيحا في نظر الإسلام مستوفيا لشرائطه فلا معنى لفسخه من بعد . ولم يخالف في ذلك غير المالكية - وقولهم فيه بتجر من وصف المناسبة^٩ .

الثاني : الراجع بين الفقهاء وهو قول الحنابلة والشافعية والمالكية^{١٠} ، أن

(٦) الأم للشافعي ، ج ٥ ، أحكام القرآن للشافعي ج ١ ص ١٨٩ ، الكاساني ج ٢ ص ٢٧١ ، المغني ج ٦ ص ٦٣٤ ، شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٦١ ، الامام الشيخ أبو زهرة ، فقرة ٨٢ ص ١١٥ ، الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم ، مقاله السابق ، ص ٧ ، الدكتور / عبدالكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص ٣٥٤ .

(٧) اقرأ في عرض هذا الموضوع ومناقشته تفصيلاً : الامام الشيخ أبو زهرة ، المرجع السابق ، فقرة ٢١٤ وما بعدها ص ٣٠٢ ، الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم ، مقاله السابق ص ٩ وما بعدها ، الدكتور / عبد الكرم زيدان ، المرجع السابق ، ص ٣٥٦ وما بعدها .

(٨) الدر المختار ، ج ٢ ص ٥٣٠ ، الكاساني ، ج ٢ ص ٣١٠ ، فتح القدير ج ٢ ص ٥٠٢ ، المبسوط ج ٥ ص ٤٠ ، متن المنهاج ومغني المحتاج ج ٣ ص ١٩٢ ، شرح منتهى الارادات ، ج ٣ ص ٩٢ .

(٩) مواهب الجليل للحطاب ج ٢ ص ٤٧٨ ، الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٢٦٧ .

(١٠) المغني ج ٦ ص ٦١٣ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٦٧ ، شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٩٢ ، فتح العزيز ، ج ١٠ ص ١١٠ ، المدونة الكبرى ج ٤ ص ١٦٢ .

الأنكحة المعقودة بينهم تعد صحيحة في حقهم وإن كانت فاسدة بين المسلمين ، ماداموا يعتقدون في جوازها . وعليه فلا يتعرض لهم بشأنها ويقرون عليها . وفي ذلك تب الشيخ أحمد ابراهيم قائلًا " كل زواج حرم بين المسلمين لفقد شرطه في الإبتداء ، أي وقت العقد ، كعدم شهود ، وعدم عدة من زوج سابق غير مسلم ، فإنه يجوز في حقهم إذا اعتقدوه ويقرون عليه بعد الإسلام . فلو أن رجلاً غير مسلم تزوج امرأة غير مسلمة ولم يحضر عقدهما شهود ، أو تزوجها قبل أن تنقضي عدتها من زوج غير مسلم كانت متزوجة به من قبل ، وكان ذلك جائزاً عندهم ، فإن الشريعة الإسلامية تعتبره زواجاً صحيحاً في حقهم وتقرّ الزوجين عليه بعد إسلامهما ، وهذا هو القول الصحيح المَعُول عليه ، فإن كانت الزوجة معتدة لمسلم كان زوجاً لها من قبل فإن الحاكم يفرّق بينها وبين زوجها الثاني صيانة لحق المسلم " .

الثالث : القاعدة عند المالكية والحنابلة والشافعية والشيعة الإمامية والزيدية أن الزوجين غير المسلمين (ذميين كانا أم مستأمنين) اذا ترافعا أو أسلما أقرأ على نكاحهما إذا كانت المرأة تحل للزوج حال المرافعة أو الإسلام ، ولا ينظر في هذا الفرض إلى صيغة العقد ولا إلى كلفيته ولا إلى شروط صحته من ولي أو شهود . أما إذا كانت المرأة لا تحل للزوج وقت المرافعة أو الإسلام ، كما لو كانت من محارمه ، فإنهما لا يقران على نكاحهما لحرمة المحل ويلزم التفريق بينهما " .

ورأي الأحناف في هذه المسألة ليس بعيداً عن رأي الجمهور وحاصله أنه إذا جرى

(١١) مقاله السابق الإشارة إليه ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ١٩٣١ ، ص ٩ ، الشيخ الإمام محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، فقرة ٢١٤ ص ٣٠٢ وما بعدها ، وفي التفاصيل ، رسالة الدكتور/ عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص ٣٥٩ وما بعدها .

(١٢) المغنى ج ٦ ص ٦١٣ ، شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٩٣ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٦٨ الام ج ٥ ص ٤٤ ، ٥٠ ، تحفة المحتاج ج ٧ ص ٣٣٠ وما بعدها ، المدونة الكبرى ، ج ٤ ص ١٦١ وما بعدها ، البحر الزخار ج ٢ ص ١٤٧ . وفي عرض ذلك في الفقه الحديث ، الامام الشيخ أبو زهرة ، ص ٢٠٣ ، الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ٩ - ١٠ ، الدكتور عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص ٣٦٣ .

نكاح غير المسلمين بلا شهود أو في عدة آخر غير مسلم، والعدة لم تنقض ، فانهما يقران على هذا النكاح . وعند زفر لا يقران عليه . وأبو يوسف ومحمد يوافقان أبا حنيفة في النكاح بلا شهود ويوافقان زفر في النكاح في العدة^{١٣} .

ويبلور بعض الفقهاء هذا الأصل من اصول زواج المستأمنين والذميين فيما بينهم بقوله " كل زواج حرم لحرمة المحل " أي ابتداءً وبقاءً " كزواج المحارم مثل الاخت من الرضاع و بنت الأخت و بنت الاخ يعتبر صحيحاً في حقهم إذا كانوا يعتقدونه ، فلا نتعرض لهم فيه بل نتركهم وما يدينون ، وللزوجة في هذه الحالة النفقة اذا طلبتها ولو كان زوجها عمها أو خالها كما هو حاصل عند طوائف بعض أهل الكتاب ، غير أنهم لا يتوارثون على الصحيح غير أنه إذا تراعف إلينا الزوجان طالبين حكم الإسلام في هذا الزواج فانا نحكم ببطلانه " ^{١٤} .

ويلوح لنا من كتابات فقهاء المسلمين في هذا الشأن جملة ملاحظات نسجلها :

- أن الشريعة الإسلامية قد أفسحت مجالاً لانطباق بعض الأحكام الخاصة بالمستأمنين الأجانب من زمن بعيد . فالزواج الفاسد لفقده شرطاً من شروط الصحة في الابتداء - أي عند العقد - كعدم الشهود مثلاً يكون صحيحاً عندهم متى اعتقدوه ويقرون عليه عند إسلامهم . والمتأمل في المسألة يلحظ أن فقهاء المسلمين يقرون بصحة الزواج في هذا الفرض - رغم مخالفته لحكم الشريعة - متى نشأ الزواج صحيحاً في ظل قانون يجيزه . فالحق المكتسب الذي نشأ صحيحاً يظل هكذا ويرتب آثاره . بل إنه يظل كذلك ولو حدث في شأنه ما يسمى بالتنازع المتحرك^{١٥} في القانون الدولي الخاص . بمعنى أنه إذا أسلم الزوجان فانهما يقران

(١٣) في التفاصيل والأدلة ، الدكتور عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص ٣٦٤ .

(١٤) الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ٩ - ١٠ .

(١٥) في التنازع المتحرك ومعناه إقرأ رسالة المرجوم الدكتور محمد كمال فهمي " التنازع المتحرك " باريس ١٩٥١ .

على هذا الزواج متى نشأ صحيحاً ، ويظل كذلك رغم صيرورته محكوماً - منذ تأريد الانتقال إلى الإسلام - بنظام قانوني آخر ينظمه على وجه مخالف . والمتأمل هنا يلحظ إقرار الشريعة لهذا الحكم سواء أبقى ساكنا لم يطرح أمره على القضاء أم انتقل إلى حالة الحركة وثار بشأنه نزاع نظره القضاء في الدولة الإسلامية .

- والفاحص في المسألة يلحظ دون عناء أن فقهاء الشريعة الإسلامية - بفتح طريق مثل هذه الاستثناءات - قد وضعوا نواة لفكرة قواعد الإسناد التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق في العلاقات الخاصة بالزواج بين الأجانب^{١٦} . فليس صحيحاً أن الشريعة الإسلامية لم تعرف قواعد تنازع القوانين^{١٧} . فالحق أن " تنازع القوانين له ما يقابله في الفقه الإسلامي ، وإنما تختلف الصياغة التشريعية . . . فبينما هي إسنادية أصلاً في القوانين الحديثة هي موضوعية (دائماً) في الفقه الإسلامي ، ولم يثر اتباع الصياغة (الموضوعية) صعوبات نظراً لقلّة المعاملات ذات العنصر الأجنبي في ذلك الحين " .^{١٨} والذي يظهر لنا هو أن الشريعة الإسلامية كرسّت لمسائل الزواج بين الأجانب من حيث المبدأ قواعد مادية تشريعية تعطي الحل المباشر للنزاع، وهي قواعد لا ينازع الفقه في إدراجها في نظرية تنازع القوانين^{١٩} . وإلى جوار هذا التنظيم وضعت الشريعة قواعد ذات تطبيق مباشر تسرى على كافة العلاقات سواء أدخلها عنصر أجنبي أم كانت

(١٦) قارب الدكتور/ على الزيني ، المرجع السابق ، ص ١٨٥ ، الدكتور/ محمد عبد المنعم رياض بك ، مبادئ القانون الدولي الخاص ، ١٩٤٣ فقرة ٣٢١ وما بعدها .

(١٧) الدكتور جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ١٩٦٦ ، فقرة ١٥ ص ٤٤ ، الدكتور عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق فقرة ٤٩٧ ، ص ٥٩٣ وما بعدها .

(١٨) المرحوم الدكتور/ أحمد مسلم ، القانون الدولي الخاص ، ج ١ سنة ١٩٥٦ فقرة ٦٠ ص ٥٥ ، وأقرأ رسالته بالفرنسية بعنوان : النظام العام أمام القاضي المصري ، مطبوعة في مصر ١٩٥٠ ، ص ١٠١ وما بعدها .

(١٩) انظر في ذلك وفي تفاصيله ، لوسوارن وبوريل ، القانون الدولي الخاص ، الطبعة الرابعة - دالوز ١٩٩٣ ، فقرة ٦٩ وما بعدها ص ٤٧ وما بعدها ، وانظر بصفة خاصة فقرة ٧١ ص ٤٩ ، هولر وفوييه ودولابراديل ، القانون الدولي الخاص ، ١٩٨٧ ، ص ٣٣٧ وما بعدها .

علاقات وطنية بحته^{٢٠} ، كما هو الشأن مثلا في حرمة زواج المسلمة بغير المسلم . فالشريعة الإسلامية ، وهي شريعة ربانية ، ترى أن ثمة قواعد قانونية في دولة القاضي المسلم لا يتصور أن يزاحمها غيرها من القوانين الأجنبية . هي وحدها تكون واجبة التطبيق دون مزاحمة . فثمة قواعد ترى الدولة الإسلامية أهميتها وضرورتها لحماية بعض المصالح - أبرزها حماية حقوق الطرف المسلم - يكون اختصاص القواعد المقررة في الشريعة الإسلامية قاصرا عليها وحدها .

وبالإضافة إلى ذلك يبدو لنا أن فقهاء المسلمين تكلموا عن قواعد إسناد بالمعنى الفني ماثلة لتلك التي تعرفها القوانين الوضعية الحديثة . فهم بقولهم بترك غير المسلمين وما يدينون في شأن أنكحتهم وفي الحدود التي وضعوها إنما يكونون قد صاغوا قاعدة إسناد مؤداها : أن زواج غير المسلمين (طائفة الإسناد) يحكمها من حيث المبدأ القواعد المقررة في شرائعهم (القانون المسند إليه) . وهذا الإسناد يستمد شرعيته ومصدر وجوده من الشريعة الإسلامية ذاتها على نحو ما صاغه فقهاؤها في خصوص هذه المسائل الاجتهادية . وبعبارة أخرى ، فإن الإسناد إلى شريعة غير المسلمين هو بأمر الشريعة نفسها ونزولا ما تقول به . وإعمال نتيجة هذا الإسناد - ماثلة في تطبيق شريعة غير المسلمين - أمر معلق على شرط يعد جزءا من الإسناد ذاته موداه : ألا تخالف شريعة غير المسلمين القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية التي صاغت هذا الإسناد ونفخت فيه من روحها وأضفت عليه المشروعية .

وهكذا نلاحظ أن الحكم بغير الشريعة الإسلامية في الحدود المسموح بها - في العصر الذي تعرضوا فيه لهذه المسائل على ضوء معطيات العلاقات السائدة يومئذ

(٢٠) في دراسة مفصلة بشأن القواعد ذات التطبيق الضروري أو المباشر ، مؤلفنا في قانون العمليات المصرفية الدولية - دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٤ ، ص ١٦٩ وما بعدها .

- هو حكم بالشريعة الإسلامية نفسها معلق على شرط عدم مخالفة المفوض للمفوض بمقتضى الإسناد المذكور .

- إن الشريعة الإسلامية تحرص بصورة بارزة على حماية حقوق الطرف المسلم . وعندئذ يمكن للباحث أن يقرر دون مجازفة أن القواعد الخاصة بحماية حقوق المسلم تكون واجبة التطبيق حتماً أياً كانت الجنسية التي ينتمي إليها الطرف المسلم . فهذه القواعد تكون متعلقة بالنظام العام ، بل هي قواعد لا تقبل المزاحمة من غيرها ، وتنطبق - كما ذكرنا - بوصفها من القوانين ذات التطبيق المباشر .

- إن الفقهاء المسلمين وهم بصدد الكلام عن الزواج المبرم بين المستأمنين والذي يكون محله محرماً - ابتداءً وبقاءً - وفقاً لما يعتقدونه قد نظروا إليه من وجهين :

وجهه الأول فيما لو بقى " المركز القانوني " ثابتاً ساكناً لا يثير منازعة في أصله ولا يصل إلى القاضي أمره . هنا يستمر هذا المركز على وضعيته ولا يتحرك في مواجهته الحاكم المسلم . ولا تمتد إليه دعوى الحسبه ولا يفوض فيه تفريق بين الزوجين . وإن لم يثر نزاع في أصله وإنما عرض أمره بوصفه مسألة أولية للبت في مسألة أخرى أصلية كطلب نفقة رتب أثراً أمام القاضي المسلم . مثل هذه الرؤية أشبه بالفكرة المعروفة في القوانين الحديثة حين تقيم تفرقة بين الاعتراف بالحق في ذاته وبين إمكانية الاعتراف له ببعض آثاره وهي الفكرة المعروفة باسم " الأثر المخفف للنظام العام " ^{٢١} .

ووجهه الثاني فيما لو طرح أمر هذا الزواج أمام القاضي المسلم فإنه يحكم ببطلانه . ويجري الفقهاء المسلمون على القول في هذه الحالة " غير أنه إذا ترفع

(٢١) اقرأ في هذه الفكرة وتطبيقاتها ، مؤلفنا في الإجراءات المدنية والتجارية الدولية ، الطبعة الثانية - بيروت - الدار الجامعية ١٩٨٦ ، ص ٤٦٦ وما بعدها ، واستاذنا الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، فقرة ١٣١ ، ص ١٥٦ وما بعدها ، وفي الفقه الفرنسي ، هولو وفوييه ودولابراديل ، المرجع السابق ، فقرة ٦٠٣ وما بعدها ، ص ٢٩٦ ، وفقرة ٤٦٦ ، ص ٣٨٣ ، وفقرة ٥٦٨ ص ٤٥٤ .

إلينا الزوجان طالبين حكم الإسلام في هذا الزواج فإننا نحكم ببطلانه " " فالعبارات دالة هنا على أنهم هم الذين يطلبون حكم الإسلام فوجب الحكم بالبطلان . والأمر على غير ذلك في الوضع الحالي . فالمتقاضون يلجأون إلى القاضي في الدولة الإسلامية ليطبق عليهم حكم قانونهم الذي تشير إليه قاعدة الإسناد . والقانون الأجنبي الذي ينطبق في هذه الحالة إنما ينطبق بأمر من المشرع الوطني الذي وضع هذه القواعد^{٢٢} . ولو كان المشرع في الدولة الإسلامية الحديثة يريد وحسب تطبيق قوانينه الوطنية المستمدة من الشريعة وغيرها على المنازعات ذات العنصر الأجنبي ما وضع قواعد إسناد تشير إلى القانون الذي يجب تطبيقه . والدليل أيضا على أنه فتح الباب لانطباق القوانين الأجنبية في منازعات الزواج وغيرها أنه أناط تطبيقها بشرط ألا تخالف النظام العام والشريعة الإسلامية والآداب العامة في الدولة (م ٢٧ ق ٠ م ٠ م) .

المبحث الثاني

القانون الذي يحكم نشأة الزواج ذي العنصر الأجنبي

وأثاره وانقضاءه

تصدى المشرع الإماراتي لبيان القانون الواجب التطبيق في شأن الزواج وأثاره في قانون المعاملات المدنية (المواد من ١٢ - ١٤) . وقد ميز المشرع الإماراتي

(٢٢) الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم ، مقال ، ص ١٠ .

(٢٣) ويمكن التقريب بين هذا الوضع القائم الآن والوضع الذي تقول به الشريعة الإسلامية الغراء . فأحكام غير المسلمين التي تنطبق عليهم في بعض الاستثناءات أمام القاضي المسلم إنما تنطبق بناء على أمر من الشريعة الإسلامية نفسها . وهذا المعنى نقرأه بوضوح عند الإمام الكاساني وهو يتعرض لخلاف الامام زفر في فساد نكاح الذمي بلا شهود : " وأما قوله إنهم بالذمة التزموا أحكام الإسلام ، فنعم . لكن جواز أنكحتهم بغير شهود من أحكام الإسلام" . الكاساني ج ٢ ص ٣١١ .

بين فرضين : الأول حيث تكون العلاقة بين أجنبي (مسلمين أم غير مسلمين) ،
والثاني حيث يكون أحد أطراف العلاقة وطنياً رجلاً كان أم امرأة . في الفرض
الأول تصور المشرع امكانية تطبيق قانون أجنبي ، أما في الفرض الثاني فقد احتكر
الاختصاص لنفسه . وفي الأمر تفصيل نعالجه في مطلبين :

المطلب الأول

الزواج بين أجنبيين

بينت حكم هذا الفرض المادة ١٢ بقولها " يرجع في الشروط الموضوعية لصحة
الزواج إلى قانون كل من الزوجين وقت انعقاد الزواج " .

والشروط الموضوعية المقصودة هنا هي تلك الواجب توافرها عند نشأة الزواج .
وقد تطلب المشرع الإماراتي هنا - شأنه شأن معظم التشريعات العربية - أن يكون
الزواج صحيحاً من حيث الموضوع وفقاً لقانون كل من الزوجين . والعلة في ذلك
واضحة : " ذلك أن الزواج يؤدي إلى خلق رابطة قانونية جديدة بين شخصين
مستقلين ومنفصلين عن بعضهما البعض ولذا فمن المنطقي أن يؤخذ في الاعتبار عند
إنشاء هذه الرابطة قانون دولة كل من الطرفين اللذين يريدان الدخول في هذه
العلاقة "٢٤ .

وإذا اريد إعمال حكم هذا النص فالأمر لا يخرج عن واحد من فرضين اثنين :
الأول : وحاصله أن يكون الزوجان من جنسية واحدة كأن يكون الأمر متعلقاً
بزواج بين فرنسي وفرنسية ويطرح أمره أمام القاضي الإماراتي . في هذه الحالة لا
تثور أية صعوبة إذ يتعين على القاضي الإماراتي أن يحتكم إلى قانون جنسيتها
المشتركة للوقوف على ما إذا كان الزواج صحيحاً من الناحية الموضوعية أم لا .

(٢٤) استاذنا الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، فقرة ١٦٧ ص ٢٠٦ .

وأما الثاني : فمقتضاه أن يكون الزوجان من جنسيتين أجنبيتين مختلفتين كأن يتعلق الأمر بزواج بين إنجليزية وفرنسي ، أو بين سوري ولبنانية . . وهكذا . هنا يتعين على القاضي الإماراتي أن يرجع إلى " قانون كل من الزوجين " فما معنى ذلك ؟

المتأمل يمكنه أن يتصور امكانية أن يطبق القاضي " قانون كل من الزوجين " بأحد أسلوبين :

١- أن يتطلب القاضي في مثل هذا الزواج أن يكون صحيحاً من الناحية الموضوعية وفق قانون الزوجين جميعاً وهو ما يعرف بالتطبيق الجامع لقانون كل من الزوج والزوجة . ومؤدى هذا الأسلوب في التطبيق أن الزواج - في هذا الفرض - لا يكون صحيحاً تحت بصر القاضي الإماراتي إلا إذا كان قانون كل من الزوجين يعتبره كذلك حملاً على أن المشرع الوطني بوضعه لقاعدة الإسناد في هذا الفرض إنما قصد إلى حماية رابطة الزوجية في ذاتها فوق أن لهذا الأسلوب فضل اقضاء أن يكون الزواج صحيحاً تحت بصر قانون كل من دولتي الزوج والزوجة وهو حل يجنبنا قيام علاقة زوجية " عرجاء " صحيحة تحت بصر قانون أحد الزوجين وباطلة بالنسبة لقانون الآخر^{٢٥}.

على أن هذا الأسلوب في التطبيق مهجور بحسبان ما يؤدي إليه من نتائج شاذة أبرزها : أنه يفضي في نهاية المطاف إلى تطبيق القانون الأكثر تشدداً وتلك نتيجة تخالف صريح النص عندما يقول بضرورة " تطبيق قانون كل من الزوجين " .

٢- ولهذا يميل الفقه إلى تفضيل أعمال أسلوب آخر هو ما يعرف بالتطبيق الموزع الذي يتفق وإرادة المشرع الصريحة التي أودعها نص المادة ١٢ السالف ذكرها . ومؤدى هذا الأسلوب الذي يقضي بتطبيق قانون كل من الزوج والزوجة

(٢٥) بيليه ، مبادئ القانون الدولي الخاص ، ص ٣٢٣ ، فايس - الجزء الرابع ص ٥٤ .

تطبيقاً موزعاً أنه يكفي لصحة الزواج تحت بصر القاضي أن يتحقق في كل زوج على حد الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانونه لصحة الزواج . وتبدو منطقية هذا الحل متى أدركنا أن كل مشروع إنما يهدف بالدرجة الأولى إلى حماية مواطنيه .

ومن الجدير الإشارة إلى أن ثمة شروطاً للزواج توضع في صيغة المنع كأن يشترط بالا تكون الزوجة قريبة من درجة معينة بنت اخت أو أخ مثلاً . مثل هذه الشروط تتصل بجوهر الزواج ذاته وقيامها في أحد الزوجين لا يكون أمراً معزولاً وإنما ينعكس باللزوم على الطرف الآخر في العلاقة . فهي تتعلق بالزواج بوصفه وحدة غير قابلة للتجزئة ، ولذا يتعين بالنسبة لها أن تطبق تطبيقاً جامعاً وبحيث يكفي لبطلان الزواج أن ينص أحد القانونين - قانون الزوج أو الزوجة - على هذا المانع .

لكن ما المقصود بالشروط الموضوعية هذه ؟

نقرر ابتداءً أن ما يعد من قبيل الشروط الموضوعية هو مسألة تكييف المرجع فيها إلى قانون القاضي الإماراتي الناظر في المنازعة (م . ١٠ م . م . م) . وهو أمر نرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية وأنسب الحلول فيها على نحو ما حددته المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية . ونرى أيضاً أن ذلك لا يمنع القاضي في دولة الإمارات العربية المتحدة من أن يستأنس بالقانون المقارن والقانون المحتمل التطبيق، الأمر الذي يسمح بتوسيع مدارك فكرة الزواج المدرجة في القانون الداخلي .

والمتأمل في مختلف الشروط التي تقتضيها الشريعة الإسلامية لانعقاد الزواج يلحظ أن سائر هذه الشروط يعد من قبيل الشروط الموضوعية . فالشروط المتعلقة بوجود الإرادتين وتطابقهما ووجوب أن يكون العاقدان مميزين وأن يتحدد مجلس الإيجاب والقبول وعدم رجوع الموجب قبل القبول تعد من قبيل الشروط الموضوعية .

ومن ذلك أيضا كل ما يتعلق بمحل العقد أي صلاحية المرأة لأن تكون محلاً للعقد وألا تكون محرمة على من يريد الارتباط بها . ومن قبيل هذه الشروط شروط النفاذ - كاشتراط أن يتولى إنشاء العقد من له ولاية انشائه- وشروط اللزوم^{٢٦} .

ونرى في هذا الشأن أمرين :

أولهما : أنه إذا كانت شريعة الزوجين الأجنبية تتطلب شرطاً معيناً ، لا يعرفه القانون الإماراتي كاشتراط أن يتم الزواج أمام رجل دين معين ووفق ثقوس معينة ، فإن هذا الشرط لا يكون فيه ما ينافي مقتضى العقد ولا يناقض حكماً في الشريعة الإسلامية . فهو شرط مقبول لا ينال من صحة الزواج متى كان مقرراً عندهم . ومع ذلك يجب النظر إليه دائماً أبدا بوصفه شرطاً شكلياً بحسبان أن الشريعة الإسلامية لا تعرف الزواج الديني .

ثانيهما : أن الشرط الخاص برضا الوالدين بالزواج أو أحدهما والذي تعرفه بعض التشريعات شرط مقبول ليس فيه ما ينافي طبيعة الزواج ومقصده أو ما يمثل افتئاتا على الشريعة . إنه يتفق وأحكامها . ويجب النظر إليه باعتباره شرطاً موضوعياً .

أثر النظام العام والقانون الواجب التطبيق في شأن الشروط الموضوعية :

نظراً لارتباط الزواج بالنظام الديني في الدولة فإن هذا الميدان يعد ميداناً خصباً للتمسك بالنظام العام ومنع تطبيق القانون الأجنبي المخالف له في الدولة . ولا شبهة في أنه في كل مرة يقر فيها قانون أحد الزوجين مانعاً من موانع الزواج أساسه اعتبارات عرقية أو عنصرية كاختلاف اللون أو الجنس ، فإن القاضي الإماراتي يطيح بهذا القانون ولا يلتفت لهذا المنع لتعارضه مع مبدأ المساواة المعتبر (٢٦) استاذنا الدكتور/ فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٢٠٣ ، الدكتور/ منصور مصطفى منصور ، مذكرات في القانون الدولي الخاص ، ١٩٥٦ - ١٩٥٧ ، ص ٢٠١ .

من الأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع الإماراتي .

إلى ذلك نضيف أنه يجب استبعاد القانون الأجنبي في كل مرة تمثل أحكامه اعتداء على حقوق المسلم بصرف النظر عن جنسيته . فالأحكام المتعلقة برعاية حقوق المسلمين - وكما رأينا - تعد في دولة الإمارات العربية المتحدة من المبادئ الأساسية للجماعة والتي يجب الحفاظ عليها وصونها . وبالتطبيق لذلك نقرر أنه يعد مخالفا للنظام العام في دولة الإمارات القانون الأجنبي الذي يجيز زواج المسلمة بالكتابي ولو كان ذلك أمراً جائزاً وفقاً لقانون جنسية الزوجين^{٢٧} ، والقانون الأجنبي الذي يجيز زواج المسلمة بغير المسلم^{٢٨} ، وذلك الذي يحظر زواج المسلم بالكتابية^{٢٩} ، أو الذي يصادر حق الزوج المسلم في تعداد زوجاته^{٣٠} .

٢- القانون الذي يحكم آثار الزواج :

تنص المادة ١/١٣ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والآثار المتعلقة بالمال التي يرتبها عقد الزواج " .

يرتب الزواج جملة من الحقوق والواجبات على كل من طرفيه . هذه الحقوق وتلك الواجبات تكون تارة ذات صبغة شخصية . ومن هذا القبيل ما تقرره الشريعة الإسلامية الغراء للزوج من حقه على زوجته في الطاعة والقرار في منزل الزوجية

(٢٧) انظر في هذا الاتجاه في القضاء المصري ، حكم محكمة القاهرة الابتدائية (دائرة الأحوال الشخصية للأجانب) في ٦ أكتوبر ١٩٥٣ - مشار إليه عند الدكتور عز الدين عبد الله ، تنازع القوانين - الجزء الثاني ص ٢٥٣ هامش (١) .

(٢٨) راجع في أحكام القضاء العديدة في هذا المعنى في رسالتنا للدكتوراه - تنازع القوانين في مسائل تعدد الزوجات في القانون المصري والإنجليزي والفرنسي - باريس ١٩٨١ ، ص ٢٤٠ وما بعدها .

(٢٩) في مصر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ ، الدكتور هشام صادق ، ص ٥٠٤ ، الدكتور أحمد عبد الكريم سلامه ، المرجع السابق ، ص ٢٨٠ .

(٣٠) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ .

والعناية بأموره ، وحق الوجة على زوجها في العدل وحسن المعاشرة والمساكن والإخلاص . وتكون هذه الحقوق والواجبات تارة أخرى ذات طابع مالي . من ذلك ما تقرره الشريعة الإسلامية الغراء من حق للزوجة على زوجها في المهر وفي النفقة .

ولا شبه لدينا في أن كافة الحقوق والواجبات المتبادلة التي يرتبها عقد الزواج بالنسبة لكل من طرفيه تعد من آثار الزواج بصرف النظر عما تنصيح به من طابع مالياً كان أم شخصياً . وبصريح نص المادة ١/١٣ يحكم قانون جنسية الزوج وقت الزواج النظام المالي للزوجين . فهذا القانون هو الذي يحدد النظام القانوني الواجب اتباعه في حالة عدم اختيار الزوجين لنظام آخر . كما يرجع إلى هذا القانون لمعرفة تفاصيل هذا النظام ومدى حرية الزوجين في اختيار نظام آخر يحكم علاقتهما بالنسبة للأموال ، أي مدى حريتهما في عقد مشاركة زواج^{٣١} .

ويمكن لنا هنا أن نبدي الملاحظات الآتية :-

١- ان المشرع الإماراتي بمقتضى هذا النص واجه الفرض الذي يغير فيه الزوج جنسيته بعد انعقاد الزواج ، وهو ما يسمى بمشكلة التنازع المتحرك ، فرصد حلا مفاده : تبقى آثار الزواج محكومة بقانون الزوج وقت ابرام الزواج . وهو حل نقله المشرع الإماراتي عن المشرع المصري . وقد كنا نأمل لو أن المشرع تلافى الانتقادات الموجهة إلى النص المصري في الفرض الذي يغير فيه الزوج جنسيته إلى جنسية زوجته وبحيث يصبح الزوجان من جنسية مشتركة . فقد كان يتعين على المشرع أن يجمع آثار الزواج في هذا الغرض محكومة بقانون الجنسية المشتركة (٣١) الدكتور محمد كمال فهمي ، القانون الدولي الخاص ، الطبعة الثانية ١٩٨٠ ، ص ٣٨٠ . وفي تفاصيل أخرى عديدة في هذا الشأن ، الدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ص ٥١٦ وما بعدها .

للزوجين .

- إن المشرع الإماراتي قد أخضع الزواج بما فيه من أثر بالنسبة للمال لقانون جنسية الزوج وقت الزواج . فهذا التصريح منه يعني أنه يقبل تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية ولو كان مخالفا للقانون الإماراتي طالما لم يرق الخلاف إلى حد مصادمة النظام العام . ويتأتى هذا الفهم من أن القانون الإماراتي لا يعرف النظم المالية للزواج ، فالشريعة الإسلامية تجهل ذلك وكذا سائر التشريعات العربية وغيرها التي تأثرت بها .

- إن فكرة النظام العام هنا وتدخلها لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق محددة المجال ، ومرد ذلك إلى أن كافة التشريعات تفرض على الزوجين جملة من الحقوق والالتزامات . ومع ذلك نقرر أن فكرة النظام العام المستمدة من الشريعة الإسلامية ذات طبيعة حمائية للزوجة غير المسلمة ذاتها . فإذا كان القانون الأجنبي لا يفرض على الزوج المسلم واجب الانفاق على الزوجة الأجنبية تعين على القاضي الإماراتي استبعاد هذا القانون وتطبيق القانون الإماراتي .

- انه يجب على القاضي الإماراتي أن يعترف بآثار كل زواج صحيح عندهم ولو كان فاسداً عندنا متى اعتقدوا في صحته وعولوا عليه على التفاصيل التي قدمناها .

- أنه يجب استبعاد كل قانون أجنبي يرتب على الزواج أثرا يتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع الإماراتي . فإذا كان القانون الأجنبي يحدد حدا أقصى للنفقة لا يتم تجاوزه بحال ، فإنه يجب استبعاده واحلال القانون الإماراتي بدلا منه .

٣- القانون الذي يحكم انقضاء الزواج :

واجهت حكم هذه المسألة المادة ٢/١٣ من قانون المعاملات المدنية بقولها " أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق . ويسري على التطلق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى ."

- ويحسن بنا قبل أن نحدد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة أن نعرض بإيجاز شديد لما قال به الفقهاء المسلمون من أسباب تنقطع بها علاقة الزوجية بين المستأمنين .

أ - فرق النكاح بين المستأمنين (الأجنب) :

- يقرر الفقهاء المسلمون في هذا الخصوص جملة الأحكام نوجزها :
- عند الحنابلة والشافعية والحنفية والزيدية والإباضية يقع طلاق غير المسلم . فلا يشترط لوقوع الطلاق عندهم أن يكون المطلق مسلماً^{٣٢} .
 - خلع الأجنبي غير المسلم والذمي صحيح ، لأنه يملك الطلاق فيملك الخلع . وهذا هو مذهب الحنابلة والشافعية والزيدية والحنفية .
 - التفريق جائز بين المستأمنين للعيب أو لعدم الاتفاق أو الضرر^{٣٣} .
 - الفرقة بالإيلاء تصح من غير المسلم ، فمن صح ثلاقه صح إيلاؤه . وهو

(٣٢) المغني ج ٦ ص ٦٣٧ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٦٧ وما بعدها ، شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٩٢ ، الام للشافعي . ج ٤ ص ١٣١ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٧٦ ، الكاساني ج ٣ ص ١٠٠ ، الدر المختار ج ٢ ص ٥٠٦ ، المبسوط ج ٥ ص ٤٢ ، فتح القدير ج ٢ ص ٥٠٤ ، البحر الزخار ج ٣ ص ١٦٥ .

(٣٣) الدكتور عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص ٤٣١ .

مذهب الحنابلة والشافعية^{٣٤} ، كما تصح الفرقة باللعان بين المستأمنين على ما يقول به الشافعية والحنابلة والظاهرية والمالكية والشيعة الإمامية والإباضية .

- وفي الفرقة بسبب إباء الإسلام كلام جملة القول فيه :

أ- إذا انتقل الزوجان معان إلى الإسلام : إذا كانت الزوجة على صفة يجوز لزوجها ابتداء أن ينكحها في الحال فهما على نكاحهما . فإن كان لا يجوز للزوج ابتداء أن يتزوجها بأن كان بينهما سبب من أسباب التحريم فرق القاضي بينهما ، لأن المحرمية تنافي بقاء الزواج بعد الإسلام . وهذا حكم لا خلاف عليه .^{٣٥}

ب- إذا أسلم الزوج وحده : فإن كانت زوجته كتابية فالزواج باق على حاله ، لأنه يصح الزواج بينهما ابتداءً فيصح بينهما بقاء كذلك ، وإن كانت الزوجة غير كتابية يعرض عليها الإسلام ، فإن أسلمت فهي زوجته ، وإن أبت الإسلام أو أسلمت وكانت محرماً له فرق القاضي بينهما^{٣٦} .

ج- إذا أسلمت الزوجة وحدها : في هذه الحالة يعرض الإسلام على زوجها ، فإن أسلم يقران على زواجهما ما لم تكن محرماً له ، وإن أبى الإسلام أو أسلم وهي محرمة له فرق القاضي بينهما في الحال^{٣٧} .

ب : قاعدة الإسناد الحاكمة لانقضاء الزواج في القانون الإماراتي :

تصدى المشرع الإماراتي لبيان القانون الواجب التطبيق على الطلاق والتطليق

(٣٤) كشف القناع ج ٣ ص ٢٨٨ ، شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٣٠٢ ، المهذب ج ٢ ص ١٢٨ .

(٣٥) راجع في التفاصيل الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم ، مجلة القانون والاقتصاد ، ص ١١ ، الدكتور عبد الكريم زيدان ، ص ٤٠٣ وما بعدها .

(٣٦) في التفاصيل الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم ، ص ١٠ .

(٣٧) الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ١٠ - ١١ .

والانفصال الجسماني . والقانون الذي يحكم هذه المسائل واحد وهو قانون جنسية الزوج وإن كان المشرع قد غاير بين هذه المسائل من حيث الوقت الذي يُعتد فيه بجنسيته . ففي الطلاق وهو الانقضاء الإرادي للزواج - بناء على إرادة أحد الطرفين - يعتد فيه بجنسية الزوج وقت الطلاق . وأما التطليق وهو الانقضاء الذي يتم بحكم القضاء ، فالعبرة فيه بجنسية الزوج وقت رفع الدعوى . وذات الأمر بالنسبة للانفصال الجسماني الذي يعني التفريق في المعيشة بين الزوجين وانفصال حياتهما المشتركة ومن غير أن تنقضي الرابطة الزوجية .

وإعمالاً لهذا الحكم فإن قانون الزوج وقت الطلاق وقانونه وقت رفع الدعوى في حالة التطليق هو الذي يحدد قدر النفقة الواجب أدائها وعلى من تقع وكيفية تقديرها وما إذا كان لأحد الزوجين الحق في التعويض أم لا ، وكيفية تقدير هذا التعويض إذ كان له محل ، كما يحدد هذا القانون مدى حق الزوجة في حمل اسم زوجها السابق أم لا . كما يحدد قانون الزوج وقت رفع دعوى الانفصال الجسماني الأثر المترتب على الحكم بالانفصال وما إذا كانت الزوجة تستحق نفقة أم لا وقيمتها إن كان لها محل وكذا المدة التي يجب انقضاؤها ليتحول الانفصال إلى طلاق وشروط ذلك ، والطريقة التي تزول بها حالة الانفصال .

وقد كنا نأمل لو أن المشرع الإماراتي عند تقنينه لهذا النص قد تفادى الانتقادات التي قيل بها في حق نظيره المصري (م ٢/١٣) الذي أخذ عنه المشرع الإماراتي . فلقد كان من الأفضل إخضاع أسباب انقضاء الزواج جميعاً إلى جنسية الزوج وقت الزواج بوصفه القانون الذي يعرفه الزوجان حق المعرفة ، فوق أن تطبيقه كان ولا شك داخلاً في إطار توقعاتهم وعولوا عليه فيما يتعلق بانقضاء الرابطة الزوجية فيما بينهم . كما كنا نأمل لو أن المشرع اعتد - في هذا الشأن أيضاً -

بقانون الجنسية المشتركة للزوجين فيما لو اتحدت جنسيتهما بعد الزواج^{٣٨} (٣٨) .
كنا نأمل في ذلك لأن الحكم الذي يقول به المشرع في المادة ٢/١٣ معاملات مدنية
قد يؤدي إعماله إلى ترتيب نتيجة غريبة في بعض الفروض ، وذلك فيما لو غير
الزوج جنسيته ، حيث سيخضع انقضاء الزواج لقانون لم يكن معروفاً للزوجين وقت
انقضاء الزواج ولم يكن داخلاً في توقعاتهم ، ذلك أن القانون الجديد للزوج قد
يسمح بحل رابطة الزوجية لأسباب وفي حالات لا يقرها قانون جنسية الزوج وقت
الزواج .

يبقى أن نورد بخصوص هذا النص بعض ملاحظات :

أولاً : إن تحديد مفهوم كل من الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني مسألة
تكيف يرجع بشأنها القاضي إلى القانون الإماراتي . ويتعين على القاضي
الإماراتي أن يسترشد بالحلول المقال بها في هذا الشأن في القانون المقارن والقانون
المحتمل التطبيق . والقول بغير ذلك يعني أن القاضي الإماراتي سوف يقوم
بتكييف علاقات ذات طبيعة دولية وفق مفاهيم وضعت خصيصاً لمواجهة العلاقات
الداخلية . ولعل ذلك من شأنه أن يناقض إرادة المشرع الإماراتي ذاتها .
فالمشرع تكلم عن القانون الذي يحكم الانفصال الجسماني رغم أنه نظام مجهول في
الشريعة الإسلامية التي يستقي منها القانون الإماراتي أحكامه .

ثانياً : الإجراءات اللازمة لانقضاء الزواج بحكمها القانون الإماراتي نزولاً
على حكم المادة ٢١ من قانون المعاملات التي تنص على أنه " يسري على قواعد
الاختصاص وجميع المسائل الاجرائية قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر

(٣٨) إقرأ في ذلك في الفقه المصري ، الدكتور فؤاد رياض ، ص ٢٢٩ ، الدكتور جابر جاد
عبد الرحمن ، ص ٣٤٤ ، وقارن الدكتور محمد كمال فهمي ، المرجع السابق ، ص ٤٣٣ ،
والدكتور عز الدين عبد الله ، ص ٣٠١ .

فيها الإجراءات" كما أن القانون الإماراتي هو الذي يجب تطبيقه في خصوص الإجراءات الوقتية أو التحفظية التي تتخذ أثناء نظر دعوى التطلق ، أو الانفصال بحسبان أن هذه من المسائل الضرورية للتطبيق على إقليم الدولة (م ٢٢ إجراءات مدنية) . فالقانون الإماراتي هو وحده الذي يجب تطبيقه بشأن كافة الإجراءات اللازمة " للمحافظة على مصالح كل من الزوجين والأولاد وبوجه خاص الإذن للزوجة بالإقامة في منزل يتفق عليه الطرفان أو تعيينه المحكمة من تلقاء نفسها والأمر بتسليم الزوجة الأشياء اللازمة للاستعمال اليومي وتقدير نفقة وقتية" ^{٣٩} .

النظام العام وأثره على القانون الذي يحكم انقضاء الزوجية :

ذكرنا غير مرة أنه يتعين على القاضي في دولة الإمارات العربية المتحدة أن يستبعد أحكام القانون الأجنبي إذا كانت تتعارض والأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني والاجتماعي لدولة الإمارات . هذا المبدأ العام ينبغي التأمل فيه عند إعماله وبحيث يجب استخدامه دون إسراف . وفي هذا الصدد يجب التمييز بين مفهوم النظام العام الذي يحمي مصالح المسلم أياً كانت جنسيته والنظام العام في الفرض حيث يتعلق الأمر بعلاقة بين أجنب غير مسلمين :

أ - حماية الطرف المسلم وفكره النظام العام :

في هذه الحالة يجب على القاضي الإماراتي أن يطيح بالقانون الأجنبي الذي يحكم انقضاء الزواج إذا تضمن حكماً يخالف الأحكام التي قررتها الشريعة الإسلامية حماية للطرف المسلم . وعليه فإنه يعد مخالفاً للنظام العام في دولة الإمارات العربية المتحدة القانون الأجنبي الذي يجرد الزوج المسلم من حقه في إيقاع الطلاق بالارادة المنفردة وأياً كانت جنسيته . والحكم عينه فيما لو كان القانون

(٣٩) الدكتور منصور مصطفى منصور ، ص ٢٢٨ ، وفي تأييده الدكتور هشام صادق المرجع

السابق ص ٥٤٥ ، والدكتور فؤاد رياض ، ص ٢٣٣ .