The Exclusion Of Application Of Foreign Law Provisions For Violating Islamic Sharia Law In Terms Of Article (27) Of The UAE Civil Transactions Law Amended By Federal Decree-Law No. (30) of 2020

Assistant Professor Doctor
Nashwa Ahmed Mohamed
University of Sharjah – College of Law
nashwa.mohamed@sharjah.ac.ae

Assistant Professor Doctor
Munira Mohammed Salim Rahma
University of Sharjah – College of Law
Munira.salem@sharjah.ac.ae

Receipt Date: 9/1/2023, Accepted Date: 23/5/2023, Publication Date: 15/6/2023.
DOI: 10.35246/jols.v38i1.611
This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Abstract

This study is about the subject of exclusion of the application of foreign law as it violates the Islamic Sharia law in terms of Article (27) of the UAE Civil Transactions Law as amended in 2020, which before that date included all disputes involving a foreigner. According to the amendment referred to, the application of Islamic Sharia law shall be limited to civil transactions with the exclusion of personal status affairs.

The study concluded with many results, the most important of which is that the current text of Article (27) of the Civil Transactions Law as amended in 2020 is unable to explain what the judge may do in cases where the foreign law jurisdiction is referred to in one of the excluded texts, namely those related to personal status affairs contained in Articles 12 to 17 of the aforementioned law.

The study came out with several recommendations, including that the UAE legislator is urged to reconsider the text of Article (27), which excludes personal status affairs, by including in its scope all texts previous to it, deleting the reference to Islamic law, and deeming the public order as sufficient; based on the fact that the Islamic Sharia law is part of the public order in the UAE.

Keywords: Rules of Attribution, Public Order, Islamic Sharia Law, Peremptory Rulings, Sharia Policy, Foreign Law, UAE Law.

استبعادُ تطبيق أحكام القانون الأجنبيّ لمخالفته الشريعةَ الإسلاميَّة في ضوء المادة (27) من قانون المعاملات المدنيَّة الإماراتي المعدَّل بالمرسوم بالقانون الاتحادي رقم 30 لسنة 2020

أستاذ مساعد دكتورة
نشوى أحمد محمد
جامعة الشارقة ـ كلية القانون
nashwa.mohamed@sharjah.ac.ae

أستاذ مساعد دكتورة
منيره محمد سالم رحمه
جامعة الشارقة ـ كلية القانون
Munira.salem@sharjah.ac.ae

تاريخ الاستلام: 2023/1/9، تاريخ القبول: 2023/2/8، تاريخ النشر: 2023/6/15.

الملخص

تتناولُ هذه الدراسة موضوعَ استبعاد تطبيق القانون الأجنبيّ لمخالفته الشريعةَ الإسلاميَّة في ضوء المادة (27) من قانون المعاملات المدنيَّة الإماراتي المعدَّل سنة 2020، والتي كانت تشمل -قبل هذا التاريخ- جميعَ المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، ثم اقتصر إعمال الدفع بالشريعة الإسلاميَّة، بمقتضَى هذا التعديل على مجال المعاملات المدنيَّة دون مجال الأحوال الشخصيَّة.

ولقد انتهت الدراسة إلى العديد من النتائج، كان من أهمِّها: أن نَصَّ المادة (27) من قانون المعاملات المدنيَّة المعدَّل في سنة 2020، في صياغته الحاليَّة عاجزٌ عن بيان ما على القاضي القيامُ به في حال كان القانون الأجنبيُّ الذي أشارت باختصاصه أحد النصوص المستبعَدة من نطاقها، وهي تلك المُتعلِّقة بمسائل الأحوال الشخصيَّة والواردة في المواد من 12 إلى 17 من القانون المشار إليه. وخرجت الدراسة بالعديد من التوصيات منها: أننا نَهيب بالمُشرّع الإماراتي أن يُعيد النظر في نصِّ المادة (27) -مرة أخرى- القائم على استبعاد مسائل الأحوال الشخصيَّة، وذلك بأن يشمل نطاقُه جميعَ النصوص السابقة عليه، وحذف الإشارة الخاصَّة بالشريعة الإسلاميَّة، والاكتفاء بالنظام العام؛ كون الشريعة الإسلاميَّة في دولة الإمارات تعدُّ جزءًا منه.

الكلمات المفتاحية: قواعد الإسناد، النظام العام، الشريعة الإسلامية، الأحكام القطعية، السياسة الشرعية، القانون الأجنبي، القانون الإماراتي.

مقدّمة

فكرة النظام العام تعدُّ من أكثر الآليَّات القانونيَّة استجابةً للمُتغيّرات الاقتصاديَّة والسياسيَّة، وهي تعكس بحق الأفكارَ الأساسيَّة التي قد تَسود في مجتمع من المجتمعات، وتجد هذه الفكرة مجالَها الواسع في مسائل الأحوال الشخصيَّة باعتبار أن هذه الأخيرة هي الميدان الذي كان ولا يزال الأكثرَ ارتباطًا بقواعد الشريعة الإسلاميَّة في دولة الإمارات.

ولقد أسَّس المُشرّع الإماراتي لفكرة الشريعة الإسلاميَّة -إلى جانب النظام العام والآداب- كسببٍ من أسباب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص -لأول مرة- بموجب قانون المعاملات المدنيَّة رقم (5) لسنة 1985 في المادة (27) منه، الذي كان -في ظله- يحتلُّ الدفعُ بالشريعة الإسلاميَّة مكانًا أوسع في مسائل الأحوال الشخصيَّة لارتباط هذه المسائل بضابط الجنسيَّة، وهو ما يعني أن فرص تطبيق القوانين الأجنبيَّة تكون أكثر من فُرص تطبيق القانون الإماراتي أمام القاضي الإماراتي، فإن الواقع الحالي للمجتمع الإماراتي يشهد على ضرورة العمل على مراجعة قوانينه المحليَّة بهدف إعطائها فُرصًا أكثر للتطبيق. وهو ما قام به المُشرّع الإماراتي بالفعل وذلك بإدخاله تعديلاتٍ جوهريَّة على هذا القانون بمقتضَى المرسوم بقانون اتحادي رقم (30) لسنة 2020؛ شملت العديد من النصوص المتعلقة بقواعد الإسناد، اتخذ فيها من ضابط قانون البلد الذي تم فيه الزواج أساسًا لتحديد القانون المطبَّق في مسائل الزواج، وهو ما استتبع حذف النصوص المَعنيَّة بمسائل الأحوال الشخصيَّة من نطاق المادة (27) من هذا التعديل، والمتعلقة بموانع تطبيق القانون الأجنبي؛ نظرًا لأن الأخذ بهذا الضابط (قانون البلد الذي تم فيه الزواج) يزيد من فرص تطبيق القانون الإماراتي دون حاجةٍ لإعمال تلك الموانع بشأن مسائل الأحوال الشخصيَّة.

إشكاليَّة الدراسة:

تتمثَّل إشكاليَّة الدراسة في بيان مدى جواز امتناع القاضي الإماراتي عن تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته أحكامَ الشريعة الإسلاميَّة وفقًا للمادة (27) من قانون المعاملات المدنيَّة المعدَّل سنة 2020، وهل من أحكام وضوابط لهذا المانع في القانون والقضاء الإماراتيَّيْن؟

ويتفرَّع عن هذه الإشكاليَّة التساؤلات التالية:

1- ما أثر تعديل المادة (27) من قانون المعاملات المدنيَّة المشار إليه على سلطة القاضي في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في حالة إذا ما تعلَّق الأمر بمسألةٍ من مسائل الأحوال الشخصيَّة أحد أطراف العلاقة فيها مسلم أجنبي؟

2- ما مدى إمكانيَّة تطبيق فكرة الأثر المُخفَّف في مسائل الأحوال الشخصيَّة في القانون الإماراتي في إطار العلاقة بين المسلمين الأجانب؟

أهداف الدراسة:

1- تحديد مجال وحدود الدفع بالشريعة الإسلاميَّة قبل تعديل المادة (27) وفي ظل وضعها الحالي.
2- بيان مدى سلطة القاضي الإماراتي في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصيَّة في ظل التعديل الجديد لنص المادة (27).
3- التعرُّف على مدى إمكانية تطبيق فكرة الأثر المُخفَّف في مسائل الأحوال الشخصيَّة في القانون الإماراتي في إطار العلاقة بين المسلمين الأجانب.

أهميَّة الدراسة:

تتجلَّى أهميَّة الدراسة في كونها تتناول موضوعًا حديثًا لم يَنل حظَّه بعدُ من التحليل والدراسة. ومما زاد من أهميَّة الموضوع، إدخالُ المُشرِّع الإماراتي تعديلاتٍ جوهريَّةً على قانون المعاملات المدنيَّة سنة 2020 شملت -إلى جانب نص المادة 27- النصوص المتعلقة بقواعد الإسناد الخاصَّة بالزواج، بحيث اعتدَّ بضابط إسناد "قانون الدولة التي تم فيها الزواج"، إلى جانب استحداثه المرسومَ بقانون اتحادي رقم (41) لسنة 2022 في شأن الأحوال الشخصيَّة المدني (لغير المسلمين)؛ والذي من الطبيعي أن يؤدِّي إلى تقليص الدفع بالشريعة الإسلاميَّة.

منهج الدراسة:

تم اتباع المنهج التحليلي من خلال تحليل نص المادة (27) من قانون المعاملات المدنيَّة المعدَّل سنة 2020 والنصوص الأخرى ذات الصلة، وكذا الأحكام القضائيَّة الإماراتيَّة الصادرة في هذا الشأن، واستعراض بعض الآراء الفقهيَّة، إضافةً إلى المنهج المقارن، كلما اقتضى الأمر ذلك، والذي تم من خلاله توضيح اختلاف حالات تدخُّل الشريعة الإسلاميَّة في القضاء الإماراتي ومقارنتها بالقضاء المقارن لدى بعض الدول.

تقسيم الدراسة:

تقتضي طبيعة الموضوع تقسيمَه إلى مبحثَيْن رئيسيَّيْن، يسبقهما مطلب تمهيدي يتعلَّق بتحديد المقصود بأحكام الشريعة الإسلاميَّة وأهميَّته، الأول منهما جاء الحديث فيه عن مجال الدفع بالشريعة الإسلاميَّة وحدوده، على أنه في الثاني منهما استعرضنا شروط إعمال الدفع بالشريعة الإسلاميَّة والآثار المترتبة عليه.

مطلب تمهيدي
Introductory Requirement
تحديد المقصود بأحكام الشريعة الإسلاميَّة وأهميَّته
Determining the Meaning of Islamic Sharia and its Importance

سنوضِّح في هذا المطلب المقصودَ بأحكام الشريعة الإسلاميَّة (الفرع الأول)، ثم نعمد إلى بيان أهميَّة تحديد المقصود بأحكام الشريعة الإسلاميَّة (الفرع الثاني).

الفرع الأول
The First Branch
تحديد المقصود بأحكام الشريعة الإسلاميَّة
Determining the Meaning of Islamic Sharia Rules

أضحَى خارج دائرة الشك أن الشريعة الإسلاميَّة تعدُّ الأصلَ العامَّ في مسائل الأحوال الشخصيَّة، ومن ثَم تدخل الشريعة الإسلاميَّة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يُخالف أحكامَ الشريعة الإسلاميَّة[i]. ويُقصد بالشريعة الإسلاميَّة ما شرعه الله لعباده من الأحكام التي جاء بها محمد عليه الصلاة والسلام، سواء ما تعلَّق من هذه الأحكام بأعمال الناس ويُسمى "الفقه"، أم بكيفيَّة اعتقادهم، ويسمى "العقيدة"[ii]. ويدخل القسم الأول (الفقه) في نطاق دراستنا لأن موضوعه يتعلَّق بما يكون عليه كل عملٍ من أعمال العباد[iii].

ووفقًا للتعريف السابق يتبيَّن قدرُ التنوُّع الموضوعي في الأحكام التي ينطوي عليها النظام الشرعي القانوني الإسلامي. ولعل الناظر في هذا الخصوص يجد تنوعًا لهذه الأحكام الشرعيَّة، ما بين دائرتين: الأولى دائرة الأحكام القطعيَّة، والثانية دائرة الأحكام قسيمة القطعيَّة[iv]، أو كما يطلق عليها البعض "الأحكام السياسيَّة"[v].

وفي ضوء ذلك "تصبح الشريعة الإسلاميَّة في المقام الأول بما تحويه من مبادئ وقواعد عامَّة؛ ويصبح دور المجتهدين والعلماء البحث والتنقيب في ثنايا هذه الشريعة عن مقاصد الشارع الحكيم وخطته فيما أوحَى به من أحكام، وتطبيقها بعد ذلك على مستجدَّات كل عصر لاستنباط الأحكام التي يتطلبها"[vi].

الفرع الثاني
The Second Branch
أهميَّة تحديد المقصود بأحكام الشريعة الإسلاميَّة
Importance of Determining the Meaning of Islamic Sharia Rules

إن لتحديد المقصود بأحكام الشريعة الإسلاميَّة أهميَّةً من ناحية النتائج المترتبة عليه، المتمثِّلة في معرفة الأحكام المعتبَرة من النظام العامِّ في الشريعة الإسلاميَّة؛ ذلك أن

النظام العامَّ في نطاق مسائل الأحوال الشخصيَّة لا يقتصر على أحكام الشريعة الإسلاميَّة القطعيَّة، بل يمتدُّ أيضًا ليشمل الأحكام المرتبطة بالسياسة الشرعيَّة؛ فالنوع الأول يتمثَّل في القواعد الكليَّة والمبادئ الأساسيَّة للشريعة الإسلاميَّة، وهي قواعد لا تقبل التغيير والتبديل، ولا تختلف المصلحة فيها باختلاف الأحوال والأزمان، أي أن هذه الأحكام لا يمكن مخالفتها أو الخروج عليها، فهي بمثابة التشريع العامِّ لكل الناس، الغايةُ منها تحقيق المصالح ودرء المفاسد[vii]، وهذه القواعد هي التي وردت بنص صريح قطعي الثبوت والدلالة في القرآن الكريم أو السنة المتواترة، أو إجماع الأمَّة.

أما النوع الثاني فيضعه أو يصوغه وليُّ الأمر (المُشرّع) أو مَن يُفوِّضه (القاضي مثلًا) في المجال الذي لا يوجد بشأنه دليل على حكم معين -باعتبار أن الشريعة الإسلاميَّة كافَّة الجزئيَّات-بشرط عدم مخالفة هذه القواعد للنصوص القطعيَّة في الشريعة الإسلاميَّة[viii]. هذه القواعد تشكل نظامًا عامًّا يقوم على أساس ديني له نفس خصائص النظام العام الوضعي[ix]، وهي متطوِّرة ومتغيِّرة بتغيُّر المصلحة في الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيوتها[x].

ونشير فيما يتعلَّق بالأحكام المعتبَرة من النظام العام بالمفهوم المطلَق في الشريعة الإسلاميَّة، إلى أنه قد يكون الخطاب فيها موجهًا إلى المسلم أو غير المسلم. وهنا يميِّز الفقه بين نوعين من القواعد، قواعد ملزمة للكافَّة، سواء تعلَّق الأمر بالمسلمين أو غير المسلمين على السواء، ومثال القاعدة التي تقضي بحُرمة زواج المسلمة من غير المسلم، ومنع التوارث بين المسلم وغير المسلم[xi]. وقواعد أخرى هي أيضًا من النظام العام بالمفهوم المطلق في الشريعة الإسلاميَّة، ولكن الخطاب موجَّه فيها إلى المسلمين وحدَهم، كحق المسلم في طلاق زوجته بإرادته المنفردة، وحقه في الجمع بين أكثر من زوجة، ومن ثَم فإن الخروج على هذه القواعد عند غير المسلم لا يُبرِّر إعمال الدفع بالشريعة الإسلاميَّة[xii]، كونها لن تتأثر بمخالفة غير المسلم لقواعدها، لأنه -من الطبيعي- غير خاضع لها، ومن ثَم لا عبرة لإلزامه بها[xiii].

المبحث الأول
The First Topic
مجال الدفع بالشريعة الإسلاميَّة وحدوده
Scope of Application of Islamic Sharia and its Limitations

لقد أسَّس المُشرِّع الإماراتي لفكرة الشريعة الإسلاميَّة، إلى جانب النظام العام والآداب، كسبب من أسباب عدم تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق -لأول مرة- بموجب قانون المعاملات المدنيَّة رقم (5) لسنة 1985 في المادة (27) منه، الذي كان -في

ظله- يحتلُّ الدفعُ بالشريعة الإسلاميَّة مكانًا أوسع في مسائل الأحوال الشخصيَّة؛ لارتباط هذه المسائل بضابط الجنسيَّة، ثم طرأ على هذه المادة تعديل بمقتضَى المرسوم بقانون اتحادي رقم (30) لسنة 2020، لم ينل من اعتبار الشريعة الإسلاميَّة سببًا من أسباب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، ولكنه نال من دورها بشأن مسائل الأحوال الشخصيَّة الواردة في المواد من 12 إلى 17 من هذا القانون، بأن استبعدها من نطاق الدفع بالشريعة الإسلاميَّة أو النظام العام والآداب في دولة الإمارات، مما قلَّل من نسبة اللجوء إلى هذا الدفع لسبب بسيط هو اعتماد المُشرِّع الإماراتي -في مسائل الزواج- على ضابط قانون الدولة التي تم فيها إبرام الزواج[xiv]. وسنرى أن هذه التعديلات كان لها بالغ الأثر في إيجاد قواعدِ إسنادٍ تَحمِل في مضمونها حمايةَ النظام العام مباشرةً.

في ضوء ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نعالج في المطلب الأول: مجالَ الدفع بالشريعة الإسلاميَّة وحدوده قبل عام 2020، أما في المطلب الثاني: فنتناول ذات المسألة بعد عام 2020.

المطلب الأول
The First Requirement
مجال الدفع بالشريعة الإسلاميَّة وحدوده قبل عام 2020
Scope of Application of Islamic Sharia and its Limitations before 2020

أسلفنا القول أن المُشرِّع الإماراتي أسس لموانع تطبيق القانون الأجنبي أولَ مرَّةٍ في قانون المعاملات المدنيَّة رقم (5) لسنة 1985، من خلال المادة (27). وعلى الرغم من وجود هذا النص التشريعي فقد أدَّى التطبيقُ الحرفيُّ له إلى اختلافٍ في موقف القضاء الإماراتي.

في ضوء ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول: مجالَ الدفع بالشريعة الإسلاميَّة وحدوده في ضوء المادة (27) من قانون المعاملات المدنيَّة لسنة 1985، ثم نعرض في الفرع الثاني: مجالَ الدفع بالشريعة الإسلاميَّة وحدوده وفقًا لأحكام المحاكم الإماراتيَّة.

الفرع الأول
The First Branch
النص على عدم تطبيق القانون الأجنبي لمخالفة الشريعة الإسلاميَّة بصفة مطلقة
Stipulating that Foreign Law shall not be Applied Due to its Absolute Violation of Islamic Sharia

أعرب المُشرِّع الإماراتي صراحةً عن موقفه من موانع تطبيق القانون الأجنبي؛

حيث واجه هذه المسألة بنص صريح هو نص المادة (27) من قانون المعاملات المدنيَّة لسنة 1985، والتي كان يجري نصُّها على النحو الآتي: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلاميَّة، أو النظام العام، أو الآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة". ومطالعة هذا النص تُظهر عدة أمور:

الأمر الأول: أن صياغة النص جاءت عامة، بحيث ينصرف حكمها إلى جميع النصوص السابقة على نص المادة (27)، سواء المَعنيَّة منها بمسائل الأحوال الشخصيَّة أو تلك المَعنيَّة بمسائل المعاملات المدنيَّة.

الأمر الثاني: أن المُشرّع لم يقتصر على الموانع المتعارف عليها في مختلف التشريعات المقارنة بل أضاف إليها مانعًا آخرَ وهو الشريعة الإسلاميَّة. وهذا الموقف لا يوجد له -على حد علمنا-نظير في جميع التشريعات العربية سوى القانون السوداني[xv]، والقانون اليمني[xvi]. إذ إن المستقَرَّ عليه لدى أكثر الدول[xvii] أن موانع تطبيق القانون الأجنبي تقتصر فقط على النظام العام أو الآداب[xviii].

الأمر الثالث: النص يدلُّ بوضوح على توجه المُشرِّع باستبعاد القانون الأجنبي لمخالفة الشريعة الإسلاميَّة بصفة مطلقة[xix].

تأسيسًا على ما سبق فقد تساءل بعض الفقه[xx] عن أسباب نص المُشرِّع الإماراتي على عدم جواز تطبيق القانون الأجنبي لمخالفة الشريعة الإسلاميَّة، ولم يقتصر فقط على مخالفة النظام العام بمفهومه الواسع على نحو ما هو مُقرَّر في مختلف التشريعات العربية؛ وأورد هذا الفقهُ سببين وراء حرص المُشرّع على إضافة هذا القيد، وهما:

1-حرص المُشرّع الإماراتي على إثبات الهويَّة الإسلاميَّة لدولة الإمارات وتشريعاتها المختلفة. وبـذلك، كما يرى البعض، تكـون دولة الإمارات قد حمت الشريعة الإسلاميَّة من أي تعدٍّ على أحكامها ومنعت تطبيق أي قـانون أجنبـي مـن أن يُطبَّـق فيها ويكـون بـه مخالفـة للشـريعة الإسلاميَّة"[xxi].

2-الخشية من أن يواجه القاضي الإماراتي الكثير من القوانين الأجنبيَّة التي قد تخالف الشريعة الإسلاميَّة، وهو أمر ترتفع فُرَص حدوثه في دولة الإمارات نظرًا لطبيعة مجتمعها المتمايز جنسيَّة وديانةً؛ ويكأنَّ المُشرّع أراد التأكيد على ضرورة احترام أحكام الشريعة الإسلاميَّة في هذا الشأن؛ نظرًا لأن المجتمع الإماراتي متعدِّد الثقافات يستقطب أشخاصًا من جنسيات وديانات مختلفة، تقوم حقوقهم على أسس تشريعيَّة مختلفة في كثير من جوانبها عن تلك التي يتبناها التشريع الإماراتي؛ مما يضع المُشرّع أمام تحدٍّ كبيرٍ عند صياغته لقواعد قانونيَّة تراعي مثل هذه الاختلافات، وتسمح للأجانب المقيمين في الدولة بالتمتع بحقوقهم التي نشأت صحيحةً بموجب تشريعاتهم.

وعلى الرغم من هذه الأسباب، فإننا نرى إمكانية تحقيقها دون هذا التخصيص،

حيث إن أحكام الشريعة الإسلاميَّة هي جزء من النظام العام الإماراتي وفق المادة الثالثة من هذا القانون؛ لذا فلم يكن من الواجب أن ينص عليها المُشرِّع في المادة (27) بشكل مستقلٍّ، وكان من الأوفق الاكتفاء بما هو سائد في معظم التشريعات العربيَّة.

ولا شك أن موقف المُشرِّع الإماراتي في هذا الصدد يُظهِر نزعةً وطنيةً تتسم بالغلو، وفيه مبالغةٌ قد تُعرقل الهدف من منهجيَّة تنازع القوانين القائمة على منح الاعتبار للقانون الأجنبي الذي نشأ بمقتضاه الحق، ويتعارض مع حماية التوقعات المشروعة لأطراف هذه العلاقات[xxii].

الفرع الثاني
The First Branch
مجال الدفع بالشريعة الإسلاميَّة وحدوده وفقًا لأحكام المحاكم الإماراتيَّة
Scope of Application of Islamic Sharia and its Limitations in Accordance with the Rulings of the UAE Courts

تبيَّن لنا فيما سبق أن المُشرِّع الإماراتي، بمقتضَى المادة (27)، اعتبر أن كل ما يخالف أحكام الشريعة الإسلاميَّة يعدُّ سببًا لاستبعاد القانون الأجنبي المختص، أيًّا كان نوع الأحكام الشرعيَّة، وأيًّا كان نوع العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي.

أمام عموم هذا النص اختلفت المحاكم العليا بالدولة في تفسيره، بين قائل باستبعاد القانون الأجنبي بصفة مطلقة، ومُكتفٍ بقَصر استبعاد القانون الأجنبي عند مخالفة الأحكام القطعيَّة للشريعة الإسلاميَّة. وهو ما سنبينه من خلال الفقرتين التاليتين، على أن نختتم ذلك بتقييمٍ لهذه المواقف القضائيَّة.

أولًا: اتجاه محكمة التمييز:

تواترت أحكام محكمة تمييز دبي على أنه ليس كل مخالفة للشريعة الإسلاميَّة تعدُّ مانعًا لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقًا لقواعد الإسناد الوطنيَّة، ومن ثَم فإن قضاء هذه المحكمة يتَّجه نحو ضرورة عدم التوسُّع في اعتبار كل ما يخالف الشريعة الإسلاميَّة يجب استبعاده، فنجده يُبرر أحكامه بالسماح بتطبيق القوانين الأجنبيَّة؛ حتى لو كانت مخالفةً للشريعة الإسلاميَّة، بتبريراتٍ مختلفة: فتارةً يبرر أن "أحكام الشريعة الإسلاميَّة التي لا يتصور مخالفتها هي الأحكام قطعيَّة الثبوت والدلالة غير المختلف عليها بين المذاهب الفقهيَّة"[xxiii]. كما نجدها (تارة أخرى)، في حكمها الصادر في الطعن رقم (90) لسنة 2006، أشارت بضرورة وجود رابط يُبرّر تأثُّر الشريعة الإسلاميَّة بتطبيق القانون الأجنبي، كأن يكون الطرفان كلاهما أو أحدهما مواطنًا أو أجنبيًّا مسلمًا[xxiv].

كما بررت (أخيرًا) تطبيق القانون الأجنبي المخالف للشريعة الإسلاميَّة، في حكمها الصادر في الطعن رقم (38) لسنة 2006، بأن "الشريعة الإسلاميَّة وقد تركت غير

المسلمين من غير المواطنين المقيمين على أرضها على دينهم ومعتقدهم غير مجبورين على قبول ما يخالف شريعتَهم، فإنه يكون من باب أولى قبولها تطبيق القانون الذي ارتضوه منظمًا لأحوالهم الشخصيَّة"[xxv].

والملاحظات الأساسيَّة على هذه الأحكام القضائيَّة جميعاً نُجملها فيما يلي:

الملاحظة الأولى: ما نلاحظه من خلال الألفاظ الواردة في الأحكام القضائيَّة السابقة، ومنها عبارة (من المقرر في قضاء هذه المحكمة...) يبين أن الاجتهاد المستقِرَّ والثابت في قضاء محكمة التمييز هو أن أساس الدفع بالشريعة الإسلاميَّة يتمثَّل في المادتين 3 و27 من قانون المعاملات المدنيَّة.

الملاحظة الثانية: قصرت محكمة التمييز حدود الدفع بالشريعة الإسلاميَّة لاستبعاد القانون الأجنبي على الأحكام القطعيَّة. أما دون ذلك فلا يعد مبررًا لاستبعاد القانون الأجنبي لأن الشريعة الإسلاميَّة لن تتأذَّى.

الملاحظة الثالثة: طبَّقت محكمة التمييز النظام العام القائم على الارتباط في قضاياها بعد عام 2005، إذ إنها لا تستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع المخالف لأحكام الشريعة الإسلاميَّة طالما لم يكن أحد أطراف النزاع إماراتيًّا أو أجنبيًّا مسلمًا.

ثانيًا: اتجاه المحكمة الاتحادية العليا:

على النقيض من موقف محكمة التمييز، فإن قضاء المحكمة الاتحادية العليا يتمسك بمبدأ "أن كل ما يخالف الشريعة الإسلاميَّة يجب استبعاده دون النظر إلى تفصيل الوقائع المعروضة واختبار مدى تأثر الشريعة الإسلاميَّة بتطبيق القانون الأجنبي؛ حيث ترى أن مقصود المُشرّع من عبارة "الشريعة الإسلاميَّة" الواردة في نص المادة (27) لا ينبغي أن يقتصر على الأحكام القطعيَّة للشريعة الإسلاميَّة، بل يشمل جميع أنواع الأحكام الشرعيَّة، فكل ما يعتبر مخالفًا للشريعة الإسلاميَّة يعدُّ مبررًا لاستبعاد القانون الأجنبي.

ومن ذلك حكمُها في الطعن رقم (365) لسنة 2007 الذي قررت فيه "أن القانون الإنجليزي الذي يسلب الأزواج حقهم في إيقاع الطلاق مخالفٌ للشريعة الإسلاميَّة، ومخالف كذلك للنظام العام؛ لأن أحكام الأحوال الشخصيَّة تعتبر من النظام العام عملًا بالمادة الثالثة من نفس القانون..."[xxvi]؛ دون أن تبحث المحكمة في تسببها عن كون أحد الزوجين مسلمًا، أو كون الزواج عُقد في دولة الإمارات، أو غيرها من التبريرات التي تدفع المحكمة إلى التمسُّك بالشريعة الإسلاميَّة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

والملاحظات الأساسيَّة على هذا الحكم القضائي نُجملها فيما يلي:

الملاحظة الأولى: أساس الدفع بالشريعة الإسلاميَّة في قضاء المحكمة الاتحادية العليا هو المادة (27).

الملاحظة الثانية: يجب على القاضي الإماراتي استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته الشريعةَ

الإسلاميَّة بصفة مطلقة. استنادًا إلى أنه لا مساغ للاجتهاد في مورد النص.

الملاحظة الثالثة: لم تشترط المحكمة الاتحادية العليا أي معايير ارتباط للقول باستبعاد القانون الأجنبي.

ثالثًا: تقدير موقف القضاء الإماراتي:

تبيَّن لنا فيما سبق أنه فيما يتعلَّق بمدى استبعاد القانون الأجنبي بسبب مخالفته للشريعة الإسلاميَّة أن القضاء الإماراتي لم يكن موحَّدَ الاتجاهِ في هذه المسألة، ونرى أن اتجاه محكمة التمييز هو الأسلم، لأن اعتبار كل أحكام الشريعة الإسلاميَّة سببًا لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي من شأنه أن يُقوِّض فكرة تنازع القوانين من أساسها. كما أن موقف محكمة التمييز يتقاطع مع التعديلات الأخرى على قانون المعاملات المدنيَّة سنة 2020، التي طالت بعض قواعد الإسناد لا سيَّما تلك المتعلقة بالزواج (انعقاده، وانقضائه، وآثاره)، والتي اعتدَّ فيها بضابط قانون الدولة التي تم فيها إبرام الزواج، حيث راعَى المُشرِّع عند صياغة تلك القاعدة واقعَ المجتمعِ الإماراتي بالنظر إلى الخصائص السكانيَّة لدولة الإمارات من حيث غلبة العنصر الأجنبي فيها وتنوعه[xxvii].

ونرى أن موقف المحكمة الاتحادية العليا سوف يتغير-ليصبح على غرار موقف محكمة تمييز دبي- ابتداءً من تاريخ 1/ 2/ 2023 (وهو تاريخ عمل المحاكم الإماراتيَّة بمرسوم القانون الاتحادي رقم (41) لسنة 2022 في شأن الأحوال الشخصيَّة المدني).

وإذا كانت المبادرة إلى تعديل نص المادة (27)، هو أمر يُحمَد للمُشرِّع الإماراتي، إلا أن هذا التعديل يظل -من وجهة نظرنا- منتقدًا ومنقوصًا من عدة نواحٍ نفصلها في المطلب التالي.

المطلب الثاني
The Second Requirement
مجال الدفع بالشريعة الإسلاميَّة وحدوده بعد عام 2020
Scope of Application of Islamic Sharia and its Limitations after 2020

قام المُشرِّع الإماراتي بتعديل بعض نصوص قانون المعاملات المدنيَّة بموجب القانون رقم (30) لسنة 2020، وقد تنبه المُشرِّع في هذا التعديل إلى الاختلاف الحاصل في الاجتهاد القضائي الإماراتي بشأن مدى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفة الشريعة الإسلاميَّة، وإلى واقع المجتمع الإماراتي -الذي ألمحنا إليه قبلًا- فجاء نص المادة (27) المعدَّل على النحو التالي: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص (10)، (11)، (18)، (19)، (20)، (21)، (22)، (23)، (24)، (25)، (26) من هذا القانون، إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلاميَّة، أو النظام العام، أو الآداب في دولة الإمارات

العربية المتحدة".

يتبيَّن من هذا النص أنه لم يشمل جميع النصوص السابقة على نص المادة (27)، بل قصرها على بعض النصوص والتي بمطالعتها نجد أنها تتعلق بمسائل المعاملات المدنيَّة، ومن ثَم استبعد من نطاقها المواد من 12 إلى 17 وهي المواد المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصيَّة؛ وهو ما يجعلنا نتساءل عن أسباب استبعاد تلك المسائل؟ ثم ما الحكم فيما لو انبثق عن هذه النصوص تطبيق أحكام قانون أجنبي تخالف أحكامه الشريعة الإسلاميَّة في دولة الإمارات؟ ثم ما الغرض في الإبقاء على مانع الشريعة الإسلاميَّة (النظام العام الإسلامي المستند إلى السياسيَّة الشرعيَّة) والذي هو بذاته النظام العام الوضعي ذو الأساس الديني؟! نجيب عن كل هذه التساؤلات من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الأول
The First Branch
قصر الدفع بالشريعة الإسلاميَّة على مسائل المعاملات المدنيَّة
Limiting Islamic Sharia application to Civil Transaction Issues

وفقًا للمادة (27) سالفة الذكر، المسائل التي يمكن للشريعة الإسلاميَّة أن تتدخل فيها لمنع تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الإماراتي، تتمثل -على سبيل القصر- في النصوص المتعلقة بمسائل المعاملات المدنيَّة المواد التالية: (10)، (11)، (18)، (19)، (20)، (21)، (22)، (23)، (24)، (25)، (26) من قانون المعاملات المدنيَّة الإماراتي المعدَّل سنة 2020. وبمطالعة هذه النصوص نجد أنها -من الناحية التنظيمية الفنيَّة- نصوص عامَّة تنطبق على مسائل الأحوال الشخصيَّة أو غيرها من المسائل المتعلِّقة بالمعاملات المدنيَّة، وإن تلك النصوص هي التي تُحدِّد نطاق تدخُّل الشريعة الإسلاميَّة في التشريع الإماراتي[xxviii]؛ والتي تندرج ضمن حالات النظام العام الإسلامي المستند إلى السياسة الشرعيَّة، أي أن النظام العامَّ الذي نقصده هنا هو ذلك الذي تُفضي إليه السياسة الشرعيَّة باعتبارها "الأحكام التي تُنظَّم بها مرافق الدولة، وتُدبَّر بها شئون الأمة، مع مراعاة أن تكون مُتفِقة مع مبادئ الشريعة الكلية، محققة أغراضها الاجتماعيَّة، ولو لم يدل عليها شيء من النصوص التفصيليَّة الجزئيَّة الواردة في الكتاب والسنة"[xxix].

نَخلُص بذلك إلى أن لوَليِّ الأمر (المُشرِّع) أن يُصدر من التشريعات الضروريَّة لتيسير الأمور في الدولة ما يحقق لها المصالح ويدرأ عنها المفاسد، وهذه التشريعات لا قيمة لها إذا لم تحترم ولم يَنْصعْ إليها الأفراد، لذا فإن التشريعات -التي يصدرها وليُّ الأمر- المتعلقة بتقييد المباح لرفع ضرر عام، أو بجعل المباح واجبًا أو محظورًا، تعتبر مُلزمة للأفراد، لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على خلافها، فهي متعلقة بالنظام العام.

على هَديِ ما تقدَّم كنا نتمنَّى على المُشرِّع الإماراتي الذي أدخل تعديلًا على المادة

(27) واستثنى من نطاقها بعض النصوص أن يُكمِل مشواره إلى نهايته، ويستثني مانع الشريعة الإسلاميَّة كليًّا من نطاق هذه المادة، وأن يقتصر المنعُ على النظام العام فقط، نظرًا إلى أن حالات النظام العام المستندة إلى الدليل القطعي في ثبوته ودلالته محكومة بمقتضَى المادة (3) من قانون المعاملات المدنيَّة، وأن حالات النظام العام المستندة إلى السياسة الشرعيَّة هي ذاتها تلك المتعلقة بالنظام العام الوضعي المنظَّمة بمقتضَى المادة (27) من هذا القانون، ومن ثَم يمكن أن تتحقق النتيجة وفقًا لهذه الفكرة الأخيرة دون حاجة إلى تخصيص الشريعة الإسلاميَّة وإفرادها بشكلٍ مستقلٍّ كمانعٍ أو قيدٍ على تطبيق القانون الأجنبي. والحال كذلك، فلم يكن من الواجب أن ينصَّ عليها المُشرّع في المادة (27) بشكل مستقل. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، نرى ألا يقتصر نطاق المادة (27) على بعض النصوص، بل يجب أن يبقى شاملًا كلَّ النصوص السابقة لنص المادة (27)، كما كان في السابق، حيث أدى التعديل الذي أدخله المُشرّع على هذه المادة -الذي بمقتضاه أخرج مسائل الأحوال الشخصيَّة من نطاق موانع تطبيق القانون الأجنبي- إلى الغموض واللبس حول مضمون وأبعاد هذا التعديل، والتشكيك حول حقيقة دور القاضي في استبعاد القانون الأجنبي عندما تتعارض أحكامه ومسائل الأحوال الشخصيَّة المستمَدة من أحكام الشريعة الإسلاميَّة في القانون الإماراتي، ومدى قدرته على استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته تلك الأحكام. وهو ما سنحاول توضيحَه في الفرع التالي.

الفرع الثاني
The Second Branch
إخراج مسائل الأحوال الشخصيَّة من نطاق الدفع بالشريعة الإسلاميَّة وفقًا للمادة (27)
Excluding Personal Status Affairs from the Scope of Islamic Sharia Application as Per Article (27)

علمنا أن النصوص المستبعَدة من نطاق الدفع بالشريعة الإسلاميَّة وفقًا للمادة (27) من قانون المعاملات المدنيَّة المعدَّل سنة 2020، هي تلك المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصيَّة. وهو ما يجعلنا نتساءل عن أسباب استبعاد هذه المسائل من نطاق هذه المادة؟

ثمة سببان -باعتقادنا- وراء حرص المُشرِّع الإماراتي على حذف الإشارة الخاصَّة بالنصوص المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصيَّة من المادة (27):

السبب الأول: اعتماد المُشرِّع الإماراتي -بمقتضَى تعديلات قانون المعاملات المدنيَّة سنة 2020- على ضوابط إسناد (خاصَّة تلك المتعلقة بالزواج بمقتضَى المادتين 12 و13) تعمل بذاتها على حماية النظام العام في الدولة، حيث أصبح يعتدُّ بضابط "قانون الدولة التي عُقد فيها الزواج" بدلًا من ضابط الجنسيَّة.

السبب الثاني: فضُّ الاختلاف القضائي الحاصل بين المحاكم العليا بدولة الإمارات؛ حول

الحد المسموح به لمخالفة الشريعة الإسلاميَّة، ومن ثَم لا تكون مخالفتها مانعًا لتطبيق القانون الأجنبي. ولكن ما أثر تعديل المادة (27) على سلطة القاضي في استبعاد القانون الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصيَّة؟

لا غرو أن إخراج مسائل الأحوال الشخصيَّة من نطاق المادة (27) يعني -مع الأسف-للوهلة الأولى أنه لم يعد بمقدور القاضي الإماراتي استبعاد القانون الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصيَّة حتى ولو كان هذا القانون يخالف أحكام الشريعة الإسلاميَّة. ورغم هذه النتيجة التي تفيض من هذا النص، فلربما تَحُول الاعتباراتُ التالية دونَها:

1-إن استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام، بمفهومه الواسع، هو من الأمور المستقرة لدى كل دول العالم، حتى تلك التي لا تنص عليه صراحةً في قوانينها، كأمريكا وبريطانيا ولبنان وفرنسا، حيث كرَّسته من خلال الاتجاهات القضائيَّة[xxx].

2-كما أن استبعاد القانون الأجنبي يمكن من خلال الاستناد إلى المادة (3) من قانون المعاملات المدنيَّة، خصوصًا أن التطبيقات القضائيَّة الإماراتيَّة قد استندت إلى المادتين 3 و27 من هذا القانون؛ وإذا صرفنا النظر عن هذه المادة الأخيرة نظرًا لإخراجها مسائل الأحوال الشخصيَّة من نطاقها، فإنه -للقول بإمكانية استبعاد القانون الأجنبي- يمكن الاستناد إلى المادة (3)، والتي لم يطالها أي تعديل.

3-إمكانية استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بالاستناد إلى التطبيقات القضائيَّة الإماراتيَّة ذاتها التي تمنع تطبيق القانون الأجنبي الذي يخالف أحكام الشريعة الإسلاميَّة[xxxi]، بغض النظر عن اختلافها في حدود الدفع بالشريعة الإسلاميَّة.

وبالرغم من وجاهة هذه الاعتبارات إلا أنه يمكننا تسجيل بعض الملاحظات نُبديها على النحو التالي:

1-إن اعتبار موانع تطبيق القانون الأجنبي من الأمور المستقرة لدى كافَّة دول العالم، حيث يُعمِلها القضاء دون حاجةٍ لنص، من شأنه أن يؤدي إلى اختلاف القضاء حول تلك المسألة، وخير دليل على ذلك اختلاف المحاكم العليا بدولة الإمارات حتى في ظل وجود النص القانوني المنظم لتلك الموانع.

2-إن الاستناد إلى نص المادة (3) من قانون المعاملات المدنيَّة للقول بإمكانية استبعاد القانون الأجنبي يعوزه عدم الدقة، بحسبان أن هذا النص لا يُعدُّ قاعدة إسناد، بل هو قاعدة موضوعيَّة الغرض منها تعداد مسائل الأحوال الشخصيَّة -على سبيل المثال- التي تعدُّ من النظام العام في دولة الإمارات.

3-أما عن الاعتبار الخاص بالاستناد إلى السوابق القضائيَّة فما قيل في الملاحظة الأولى يصلح ردًّا على هذا الاعتبار.

المبحث الثاني
The Second Requirement
شروط إعمال الدفع بالشريعة الإسلاميَّة والآثار المترتبة عليه
Conditions of Islamic Sharia Application and its Implications

وضع المُشرّع الإماراتي عدَّة شروط لتطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع، ومن بين تلك الشروط شرط عدم تعارض القانون الأجنبي مع الأحكام القطعيَّة للشريعة الإسلاميَّة[xxxii]، بحيث إذا تخلَّف هذا الشرط وجب على القاضي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية، وتطبيق القانون الإماراتي. في ضوء ذلك نتناول في هذا المبحث شروط الدفع بالشريعة الإسلاميَّة (المطلب الأول)، ثم نعرض لآثار هذا الدفع (المطلب الثاني).

المطلب الأول
The First Requirement
شروط إعمال الدفع بالشريعة الإسلاميَّة
Conditions of Islamic Sharia Application

لإعمال الدفع بالشريعة الإسلاميَّة يجب أن يَثبُت الاختصاصُ التشريعي لقانون أجنبي (الفرع الأول)، وأن يخالف هذا الأخيرُ أحكامَ الشريعة الإسلاميَّة القطعيَّة[xxxiii] (الفرع الثاني). وسنعرض هذين الشرطين مُخصِّصين فرعًا لكل شرط.

الفرع الأول
The First Branch
ثبوت الاختصاص التشريعي لقانون أجنبي
Evidence of the Legislative Jurisdiction of a Foreign Law

إنَّ إعمال الدفع بالشريعة الإسلاميَّة يقتضي من القاضي الوطني التثبُّت من أن قاعدة الإسناد أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي، بحيث لا يقبل الدفع بالشريعة الإسلاميَّة إلا إذا كان القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع قانونًا أجنبيًّا، ثبت له الاختصاص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية[xxxiv]. ومفاد ذلك أن إعمال هذا الشرط لا يكون في مرحلة وضع قاعدة الإسناد؛ لأن القانون الأجنبي الذي يُنعَى عليه تَعارُضُه مع الشريعة الإسلاميَّة في دولة القاضي لا يكون قد تم التعرف عليه بعدُ.

كما أن هذا الشرط يوضِّح أن مجال إعمال هذا الدفع لا يتضمَّن حالة ما إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون القاضي[xxxv]، وهذا أمر بديهي؛ لأنه من غير المُتصوَّر

تعارُض القوانين الوطنيَّة مع الأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني، اللهم إلا إذا كنا أمام نوع من أنواع التنازع بين قوانين محليَّة أو إقليميَّة داخل الدولة الواحدة[xxxvi] بحسبان أن كافَّةَ هذه القوانين صادرة من المُشرّع الوطني، أما إذا كانت الدولة مقسَّمة إلى وحدات تشريعيَّة مستقلَّة فمن المُتصوَّر وجود اختلاف في الأسس والمبادئ الجوهريَّة التي يقوم عليها النظام القانوني في كل وحدة من هذه الوحدات التشريعية؛ مما يُبرّر إعمال النظام العام[xxxvii]، من ذلك مثلًا: منع الزواج بسبب اختلاف اللون، فإذا ما تقرَّر هذا المانع في إحدى الولايات الأمريكية وأراد أمريكي أسود الزواج من بيضاء في ولاية أخرى لا تأخذ بهذا المانع فمن الممكن استبعاد قانون الولاية الأولى باعتباره مخالفًا للنظام العام.

الفرع الثاني
The Second Branch
مخالفة القانون الأجنبي لمقتضيات الشريعة الإسلاميَّة
Violation of the Foreign Law to Islamic Sharia Requirements

اشترطت المذكرة الإيضاحية للمادة (3) من قانون المعاملات المدنيَّة المعدَّل في سنة 2020، في الأحكام المتعلِّقة بالنظام العام ألَّا تُخالف الأحكامَ القطعيَّةَ والمبادئ الأساسيَّة للشريعة الإسلاميَّة. كما تطلبت هذا الشرط أيضًا محكمة تمييز دبي[xxxviii].

تأسيسًا على ما سلف، إذا تبين للقاضي الوطني أن القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح أمامه هو قانون أجنبي وفقَ قواعد الإسناد الوطنيَّة فإنه يَشرع في فحص ذلك القانون الأجنبي للتثبُّت من مدى توافق أحكامه مع أحكام الشريعة الإسلاميَّة القطعيَّة؛ فهذه الأخيرة بدليلها القطعي تتحدَّد مُسبقًا، إذ الفرض في المكلف بها أنه عالِمٌ بها مُلزَم بتطبيقها كما دل عليها دليلها بحيث لا يجوز له مخالفتها[xxxix].

وما تقدم صحيح تمامًا، ولكنه مقصور على منازعات الأحوال الشخصيَّة التي يكون طرفاها -أو على الأقل أحدهما- من المسلمين، أما منازعات الأحوال الشخصيَّة الخاصَّة بغير المسلمين فيطبق بشأنهم قانون الأحوال الشخصيَّة المدني الإماراتي رقم (41) لسنة 2022، وفقًا للمادة الأولى منه[xl]، كما أوضحنا من قبلُ. لذلك يستقر القضاء الإماراتي على ضرورة استبعاد القانون الأجنبي في جُل مسائل الأحوال الشخصيَّة التي يتعلق فيها الأمر بحماية الطرف المسلم ولو كان أجنبيًّا[xli]. بل إن القانون الأجنبي قد يخالف أحكام الشريعة الإسلاميَّة ولو لم يكن أحد الأطراف مسلمًا، فمثلًا القانون الأجنبي الذي يسمح بزواج المحارم يعتبر مخالفًا للأحكام القطعيَّة للشريعة الإسلاميَّة التي تُشكِّل جزءًا من النظام العام الإماراتي، ولو لم يكن أيٌّ من الأطراف مسلمًا، استنادًا إلى أن تلك الأحكام ثابتةٌ لا تقبل التغيير ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها[xlii].

المطلب الثاني
The Second Requirement
آثار الدفع بالشريعة الإسلاميَّة
Implications of Islamic Sharia Application

المجرى الطبيعي لآثار الدفع بالنظام العام، يتمثَّل في استبعاد القانون الأجنبي (الأثر السلبي) وتطبيق قانون القاضي بدلًا منه (الأثر الإيجابي). على أن الفقه[xliii] -وهو بصدد بحثه عن مخالفة القانون الأجنبي لأحكام القانون الوطني (الشريعة الإسلاميَّة)- يُفرّق بين ما إذا كان الأمر يتعلق بإنشاء حق في دولة القاضي، أو كان يتعلق بالتمسُّك بآثار الحق المكتسَب في الخارج، ذلك أن رد فعل القانون الوطني في الحالة الأولى يكون أشد منه في الحال الثانية؛ حيث يكون الدفع في الحال الأولى كاملًا (الفرع الأول)، بينما في الحالة الثانية يكون له أثر مخفَّف، وهذا يقودنا للتساؤل عن مدى إمكانية إعمال هذا الأثر المُخفَّف في مسائل الأحوال الشخصيَّة المستمَدة من الشريعة الإسلاميَّة في القانون الإماراتي (الفرع الثاني).

الفرع الأول
The First Branch
أثر الدفع بالشريعة الإسلاميَّة عند إنشاء الحقوق في دولة القاضي
Implications of Islamic Sharia Application when Establishing Rights in the Judge's State

يتمثَّل دور القاضي -عندما يتعلق الأمر بإنشاء حق في دولته- في البحث عمَّا إذا كان إنشاء هذا الحق يخالف أو لا يخالف أحكام الشريعة الإسلاميَّة في دولة الإمارات، فإذا تبيَّن أن تكوين هذا الحق يصطدم مع الأحكام القطعيَّة وجب عليه استبعاد القانون الأجنبي المخالف[xliv]. ولكن هل بالضرورة عندما يستبعد القاضي تطبيق القانون الأجنبي باسم الشريعة الإسلاميَّة أو النظام العام يطبِّق قانونه الوطني؟

يُميِّز الفقه[xlv] -حيال هذه الإشكاليَّة- بين حالتين، الأولى: التي يكون فيها القانون الأجنبي يبيح أمرًا يحظره قانون القاضي؛ والحالة الثانية: التي يكون -على النقيض من ذلك-القانون الأجنبي يمنع أمرًا يبيحه قانون القاضي. وقد رأى البعض أنه في الحالة الأولى يقتصر أثر الدفع على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، ويكون الأثر عندئذ أثرًا سلبيًّا (أولًا). وأنه في الحالة الثانية يكون أثر الدفع -زيادة على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي- إحلال قانون القاضي محله ليحكم العلاقة، ويكون هذا الأثر عندئذ أثرًا إيجابيًّا[xlvi] (ثانيًا).

أولًا: الأثر السلبي:

يتحقق هذه الأثر عندما تكون القاعدة الوطنية المتعلقة بالشريعة الإسلاميَّة والتي

تسببت في استبعاد القانون الأجنبي من القواعد الناهية، مثال ذلك: أن يطالب فرنسي مسيحي بنصيبه في الميراث من قريبه الفرنسي المسلم أمام القضاء الإماراتي، فهذا القضاء سيرفض طلبه استنادًا إلى قاعدة: "عدم جواز التوارث بين المسلم وغير المسلم"[xlvii]. وفي هذا المثال لا يجد القاضي الإماراتي نفسه في حاجةٍ لتطبيق قانون آخر، لأن الغاية المبتغاة والمتمثلة، في منع التوارث بين المسلم وغير المسلم قد تحققت بمجرد استبعاد القانون الأجنبي. ولكن هل يستبعد القاضي الإماراتي القانون الأجنبي برُمَّته، أم يستبعد منه فقط الجزء المخالف للشريعة الإسلاميَّة؟

لئن كان الأثر السلبيُّ للدفع بمخالفة أحكام الشريعة الإسلاميَّة القطعيَّة يستهدف استبعاد أحكام القانون الأجنبي المختص، فلا مجال للأخذ بفكرة الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي -المختلَف بشأنها في الدفع بالنظام العام- إذ من المقرر أنه فيما يتعلَّق بأحكام الشريعة الإسلاميَّة القطعيَّة التي لا تَقبل التغيير أو التبديل أنه يجب استبعاد أي قانون أجنبي استبعادًا كليًّا لمصلحة تطبيق الشريعة الإسلاميَّة.

ثانيًا: الأثر الإيجابي:

قد يكفي أحيانًا استبعاد القانون الأجنبي دون الحاجة لإعمال قانون آخر، ومثال ذلك: الحالة التي يسمح فيها القانون الأجنبي بنشوء علاقةٍ لا يسمح بنشوئها القانون الوطني، كأن يريد فرنسيٌّ غير مسلم الزواجَ بفرنسية مسلمةٍ لدى موثِّق إماراتي؛ فالقانون الفرنسي يُبيح هذا الزواج، ولكن القانون الإماراتي يمنعه باسم الشريعة الإسلاميَّة[xlviii]. وفي هذه الحالة فإن أثر الدفع بالشريعة الإسلاميَّة يقتصر على استبعاد القانون الأجنبي (القانون الفرنسي) فيمتنع على الموثق الإماراتي إجراء هذا الزواج[xlix].

وإذا كان يترتب على الدفع بالشريعة الإسلاميَّة في مرحلة إنشاء الحقوق منعُ تكوين الحق الذي يصطدم مع الأحكام القطعيَّة للشريعة الإسلاميَّة في دولة الإمارات، فهل يكون للدفع بالشريعة الإسلاميَّة نفسُ الأثر إذا كان هذا الحق قد نشأ في الخارج وأراد صاحبُه التمسُّك بآثاره في دولة الإمارات؟ هذا ما سنجيب عليه في الفرع التالي.

الفرع الثاني
The Second Branch
أثر الدفع بالشريعة الإسلاميَّة عند التمسُّك بآثار الحق المكتسَب في الخارج
Implications of Islamic Sharia Application when Adhering to the Implications of the Acquired Right Abroad

إذا كانت القاعدة أن الدفع (بالنظام العام الكامل) يؤدي إلى استبعاد الأحكام التي يتضمَّنها القانون الأجنبي لتعارُضه مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي المطروح عليه النزاع، فإن الفقه استقرَّ على أن هذا الأثر يُطبَّق كاملًا على المركز القانوني الذي

يُراد إنشاؤه في دولة القاضي[l]. أما في حالة المراكز القانونيَّة التي تم نشوؤها بالخارج ويُراد الاحتجاج بها في دولة القاضي فإن أثر الدفع (بالنظام العام) لا يمتدُّ إلى المراكز القانونيَّة ذاتها التي نشأت في الخارج، بل يؤثر هذا الدفع على آثار هذه المراكز التي تمتدُّ إلى دولة القاضي. فإن كانت هذه الآثار غيرَ متنافية مع النظام العام الوطني فلا يُطبَّق بشأنها، أما إذا كانت هذه الآثار تتنافَى في ذاتها مع النظام العام الوطني فإنه يُطبَّق بشأنها، ولا يُحتجُّ بهذه الآثار في دولة القاضي[li]. تلك كانت فكرة الأثر المُخفَّف، أو كما يُطلَق عليها "النفاذ الدولي للحقوق"؛ فما مدَى إمكانيَّة تطبيق فكرة الأثر المُخفَّف في مسائل الأحوال الشخصيَّة في القانون الإماراتي في إطار العلاقة بين المسلمين الأجانب؟ وماذا لو تعلَّق الأمر بمسألة من مسائل الأحوال الشخصيَّة طرفا العلاقة فيها من غير المسلمين الأجانب؟

تجدر الإشارة إلى أن فكرة الأثر المُخفَّف، أو فكرة الحقوق المكتسَبة، لا تجد تطبيقًا لها في التشريع الإماراتي والتشريعات العربية التي تستند على أحكام الشريعة الإسلاميَّة في تنظيم مسائل الأحوال الشخصيَّة[lii]، حيث إنه في ظل الوضع القائم في القانون الإماراتي لا يمكن للقاضي أن يُطبِّق فكرة الأثر المُخفَّف بشأن مسألة من مسائل الأحوال الشخصيَّة أحد أطراف العلاقة فيها مسلم أجنبي، لأن تطبيق القاضي الإماراتي للقواعد المستمَدة من الشريعة الإسلاميَّة يمثِّل واجبًا يقع على عاتقه دونما تمييز بين حقٍّ نشأ في دولته، أو تم اكتسابه خارجَها ويُراد الاعتراف به في دولته، فلا يمكن للقاضي الإماراتي مثلا الاعتراف بآثار زواج نشأ صحيحًا في الخارج بين شخصين من نفس الجنس، لأن تطبيق قواعد الشريعة الإسلاميَّة تمنعه من التمييز بين ما إذا كان الأمر يتعلق بحق نشأ في الإمارات أم خارجها[liii]. وطبيعي أن يختلف الحكم فيما لو تعلَّق الأمر بمسألة من مسائل الأحوال الشخصيَّة طرفا العلاقة فيها من غير المسلمين الأجانب، خصوصًا بعد صدور قانون الأحوال الشخصيَّة المدني لسنة 2022، فلا مانع من الاعتراف بالحقوق التي نشأت صحيحةً بالخارج -بشأن المخاطَبين بهذا القانون - طالما أنه أصبح من الممكن نشوء هذه الحقوق في دولة الإمارات في ظل هذا القانون.

نعود ونقرِّر مرةً أخرى أن دَور الدفع بالشريعة الإسلاميَّة أو النظام العام في دولة الإمارات بشأن منازعات الأحوال الشخصيَّة التي يكون طرفاها -أو على الأقل أحدهما - من المسلمين الأجانب قد تقلَّص إثر التعديلات التشريعية التي أدخلها المُشرِّع الإماراتي على نصوص قواعد الإسناد، والتي أصبحت (الأخيرة) قادرةً بذاتها على حماية النظام العام في الدولة دون الحاجة لإعمال هذه الموانع لاستبعاد القانون الأجنبي.

وعلى الجانب الآخر -ونعني علاقات الأحوال الشخصيَّة ذات العنصر الأجنبي الخاصَّة بغير المسلمين الأجانب- فقد تواضع أيضًا دور الشريعة الإسلاميَّة أو النظام العام

بصدور المرسوم بقانون اتحادي رقم (41) لسنة 2022 في شأن الأحوال الشخصيَّة المدني لسنة 2022، حيث إن القاضي الإماراتي المعروض عليه نزاعٌ يتعلَّق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصيَّة (الزواج، والطلاق، والتركات، والوصايا، وإثبات النسب) طرفا العلاقة فيها من غير المسلمين الأجانب (أو بين طرفين أحدهما غير مسلم من مواطني دولة الإمارات والآخر أجنبي غير مسلم مقيم في الدولة) لا يستطيع دائمًا الدفع بالشريعة الإسلاميَّة أو النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص -حال التمسُّك بتطبيقه من أحدهم- باعتباره مخالفًا لأحكام الشريعة الإسلاميَّة، طالما أن هذا القانون الأجنبي يتماشَى مع أحكام قانون الأحوال الشخصيَّة المدني المذكور الذي أصبح من مكونات النظام القانوني الإماراتي. هذا القانون الاتحادي الذي يشمل جميع الإمارات سبق -كما نعلم- أن صدر في إمارة أبوظبي فقط قانون الأحوال الشخصيَّة لغير المسلمين رقم (14) لسنة 2021[liv] ونظرًا لنجاح هذه التجربة القانونيَّة الفريدة في تلك الإمارة، فقد تم تعميم تلك التجربة على جميع الإمارات.

الخاتمة
Conclusion

بعد أن انتهينا من توضيح مدى جواز التمسُّك بالدفع بالشريعة الإسلاميَّة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة (27) من قانون المعاملات المدنيَّة المعدَّل سنة 2020، فإن أهم النتائج المترتبة على هذا البحث وأهم التوصيات تتمثل فيما يلي:

النتائج:

1- تتعدد موانع تطبيق القانون الأجنبي في القانون الإماراتي: الشريعة الإسلاميَّة، النظام العام، الآداب العامة.

2- نص المادة (27) في صياغته الحاليَّة عاجز عن بيان ما على القاضي القيام به في حال كان القانون الأجنبي الذي أشار باختصاص أحد النصوص المستبعدة من نطاقها.

3- أظهرت الدراسة التبايُن الواضح في موقف المحاكم العليا بدولة الإمارات حول الحد المسموح به لمخالفة الشريعة الإسلاميَّة والتي لا تعتبر مُبررًا لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

4- طبقت محكمة تمييز دبي النظام العام القائم على الارتباط، إذ إنها لا تستبعد القانون الأجنبي المختص بنظر النزاع المخالف لأحكام الشريعة الإسلاميَّة طالما لم يكن أحد أطراف النزاع إماراتيًّا أو أجنبيًّا مسلمًا.

5- أثبتت الدراسة عدم إمكانية تطبيق فكرة الأثر المُخفَّف في مسائل الأحوال الشخصيَّة في القانون الإماراتي في إطار العلاقة بين المسلمين الأجانب.

التوصيات:

1- نوصي المُشرّع الإماراتي بالتقليص من عدد الموانع التي تَحُول دون تطبيق القانون الأجنبي، والاكتفاء بالمانع الخاص بالنظام العام. وهذا يستتبع؛

2- أن يُعيد المُشرّع الإماراتي النظر في نص المادة (27) -مرة أخرى- بحيث يُدرج فيها النصوص المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصيَّة، حيث أدى حذفها إلى إثارة الغموض واللبس حول مضمون وأبعاد هذا التعديل، والتشكيك في حقيقة دور القاضي في استبعاد القانون الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصيَّة، لذا نقترح أن يكون النص على النحو التالي: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام في دولة الإمارات العربية المتحدة".

3- على قضاء المحكمة الاتحادية العليا ألا يتشدَّد بإثارة الدفع بالشريعة الإسلاميَّة متى كانت أحكام القوانين الأجنبيَّة لا تمسُّ الأحكام القطعيَّة.

4- حريٌّ بالمحكمة الاتحادية العليا، بدءًا من تاريخ 2023/2/1، (وهو تاريخ نفاذ قانون الأحوال الشخصيَّة المدني) أن تسير على نهج محكمة تمييز دبي المؤيَّد من هذا القانون.

5- أن يسمح القضاء الإماراتي بإعمال فكرة الحقوق المكتسَبة في إطار العلاقة بين غير المسلمين الأجانب، فلا مانع من الاعتراف بالحقوق التي نشأت صحيحةً بالخارج طالما أنه أصبح من الممكن نشوء هذه الحقوق في دولة الإمارات وفقًا لقانون الأحوال الشخصيَّة المدني.

الهوامش
Footnotes

[i] في هذا المعنى انظر، محمد ضو فضيل، موانع تطبيق القانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص، مجلة كلية الشريعة والقانون، 2022، العدد (24)، الإصدار الأول، الجزء الرابع، تفهنا الأشراف- دقهلية، مصر، ص2078.

[ii] وهذا القسم (العقيدة) يتعلق بموقف الإنسان وواجباته تجاه الله -سبحانه وتعالى- مثل الصلاة والصوم والزكاة والحج، لهذا يخرج من نطاق بحثنا، أحمد سلامة، المقصود بأحكام الشريعة الإسلامية التي تنطبق على مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين: حول قضاء محكمة استئناف القاهرة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، 1960، المجلد(2)، العدد(2)، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، القاهرة، ص314.

[iii] ومفهوم الأحوال الشخصية يندرج تحت هذا القسم؛ الذي تم إدخاله على المستويين الداخلي والدولي من أجل الحفاظ على غير المسلمين بالحفاظ على القواعد الدينية التي تحكمهم وتؤثر على معتقداتهم. وهو ما بدا واضحًا في سياسة المُشرِّع الإماراتي، مؤخرًا، الذي أصدر المرسوم بقانون اتحادي رقم(41) لسنة 2022 في شأن الأحوال الشخصية المدني، وهو قانون خاص بغير المسلمين من مواطني دولة الإمارات العربية المتحدة والأجانب غير المسلمين المقيمين في الدولة.

[iv] عماد طارق البشري، النظام العام في الشريعة الإسلامية(2)، جمعية المسلم المعاصر، 2004، المجلد(28)، العدد (112)، ص23.

[v] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2002)، ص497.

[vi] انظر الفارق بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي تفصيلا، حسن حسين البراوي، تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري: دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، 2013، المجلد(3)، جامعة قطر، كلية القانون، ص5 وما بعدها.

[vii] في هذا المعنى انظر، حسام الدين كامل الأهواني وأحمد عبدالعال أبو قرين، أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، ص67؛ السيد عيد نايل، الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، القاهرة، منشورات جامعة عين شمس، 2002، ص144.

[viii] الزهراء زابر، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، تلمسان- جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011/2010، الجزائر، ص31.

[ix] بل اعتبره بعض الفقه "هو بذاته النظام العام الوضعي"؛ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، ص500.

[x] عبد الرحمن تاج، السياسة الشرعية والفقه الإسلامي، (القاهرة: مطبعة دار التأليف، 1415هـ)، الجزءان الأول والأخير، ط(1)، ص33.

[xi] السيد عيد نايل، الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، ص149؛ سمية كمال، علاقة قواعد الإسناد في مسائل الزواج بالنظام العام، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، 2021، العدد(7)، مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص بجامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، الجزائر، ص143.

[xii] محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، المجلد(27)، العدد(4)، جامعة الكويت- مجلس النشر العلمي، 2003، ص157.

[xiii] وقد بررت ذلك محكمة تمييز دبي بقولها: "إن الشريعة الإسلامية وقد تركت غير المسلمين من غير المواطنين المقيمين على أرضها على دينهم ومعتقدهم غير مجبورين على قبول ما يخالف شريعتهم، فإنه يكون من باب أولى قبولها تطبيق القانون الذي ارتضوه منظِّمًا لأحوالهم الشخصية، ما لم يكن ما جاء به هذا القانون مجافيًا أو معارضًا للقواعد والأسس الاجتماعية التي يقوم عليها المجتمع المسلم، باعتبار أن هذه القواعد والأسس من النظام العام الذي لا تجوز مخالفته، ويتأذَّى الشعور العام بالاتفاق على خلافه،

ولا تُعد الوصية لوارث مخالفةً للنظام العام بالمفهوم السابق إذا كان الموصي والموصى له وباقي الورثة من الأجانب غير المسلمين باعتبار أن الآثار المالية للوصية -في هذه الحالة- لا تنصرف إلا إليهم فقط...". الطعن رقم(38) لسنة 2006، أحوال شخصية.

(xiv) حيث شملت التعديلات التي أدخلها المُشرّع الإماراتي -إلى جانب تعديل المادة 27- على العديد من نصوص قواعد الإسناد، خاصة تلك المتعلقة بمسائل الزواج بمقتضى المادتين (12و13)، حول علاقة قواعد الإسناد في مسائل الزواج بالنظام العام، راجع: سمية كمال، علاقة قواعد الإسناد في مسائل الزواج بالنظام العام، ص122 وما بعدها.

(xv) حيث نصت المادة(2/16) من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 على أنه: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عيَّنته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في السودان".

(xvi) حيث نصت المادة(35) من القانون المدني رقم(14) لسنة 2002، على أنه: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي تعيَّن تطبيقه طبقًا للنصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو الآداب العامة في الجمهورية".

(xvii) انظر على سبيل المثال: المادة(28) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، والمادة(73) من قانون رقم (5) لسنة 1961 بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي، والمادة(29) من القانون المدني الأردني رقم(43) لسنة 1976، والفصل(36) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية رقم(97) لسنة 1998.

(xviii) والحق أن إضافة "الآداب" صراحة إلى موانع تطبيق القانون الأجنبي تزيُّدٌ ليس ضروريًّا، ففكرة النظام العام بمفهومها الواسع لا يُتصوَّر أن تكون مكتملة دون مراعاة الجوانب الأخلاقية (الآداب العامة). فهي -في تصوُّر البعض- جانبٌ من جوانب النظام العام، وبذلك يُغنِي ذِكر الأخير بالنص عن ذكر الآداب به. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص- الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص الدوليين، (القاهرة: دار النهضة العربية، 1969)، ط(9)، ص526.

(xix) فعبارة "الشريعة الإسلامية" الواردة في النص جاءت مطلقة، والقاعدة الفقهية أنَّ "المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصًّا أو دلالة". فالنص لم يحدد أي نوع من الأحكام الشرعية التي إذا خولفت من قِبل القانون الأجنبي تعدُّ مبررًا لاستبعاده.

(xx) عبد الله سيف علي السبوسي، إشكاليات تحديد القانون واجب التطبيق على منازعات الأحوال الشخصية وفق أحكام تنازع القوانين لدولة الإمارات العربية المتحدة. دراسة فقهية تحليلية، إدارة البحوث والدراسات، وزارة العدل، الإمارات، 2020، ص30.

(xxi) حمدان بن درويش الغامدي، دور القاضي في إعمال القانون الأجنبي وإثباته، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، المقالة(8)، المجلد(1)، العدد(35)، 2020، ص761.

(xxii) أحمد إبراهيم الهواري، قراءة نقدية لحلول مشكلات تنازع القوانين في تقنين المعاملات المدنية الإماراتي، مجلة الأمن والقانون، 2011، المجلد(19)، العدد(1)، أكاديمية شرطة دبي، ص75.

(xxiii) ومن ثَم فلم تر المحكمة في تطبيق القانون النمساوي الذي يجيز تزويج المرأة لنفسها بغير ولي مخالفةً للشريعة الإسلامية، طالما أن المذهب الحنفي يجيز ذلك؛ انظر الطعن رقم (36)، دائرة الأحوال الشخصية، تاريخ الجلسة: 2008/9/23، مكتب فني19، الجزء(2)، رقم القاعدة 206، ص: 1301.

(xxiv) الطعن رقم (90) لسنة 2006، دائرة الأحوال الشخصية، تاريخ الجلسة: 2007/2/13.

(xxv) وتتعلق دعوى الحال بطلب ملكية التركة بطريق الوصية يحكمها القانون الهندي الهندوسي باعتباره قانون جنسية الموصي ولا يغير من ذلك "أن يكون ما جاء به القانون الهندي الهندوسي -المشار إليه- من جواز الوصية لوارث مخالفًا لما هو معروف في الشريعة الإسلامية -وما هو مقنن في القانون رقم 28 لسنة 2005 في شأن الأحوال الشخصية من عدم جواز الوصية لوارث ما لم يُجزها باقي الورثة البالغين، ذلك أن تطبيق الشريعة الإسلامية، وتبعًا لذلك القانون المشار إليه (قانون الأحوال الشخصية) والذي استمد أحكامه منها في هذا الموضع- لا يكون إلا إذا كان النزاع بشأن الوصية بين طرفين كلاهما أو أحدهما

مواطنًا أو أجنبيًّا مسلمًا، أما إذا كان النزاع بشأن الوصية بين طرفين غير مواطنين وغير مسلمين، فإن القانون الذي ارتضياه أو ارتضى به أحدهما، يكون هو الواجب التطبيق، ولو جاءت أحكامه غير متفقه مع أحكام الشريعة الإسلامية، باعتبار أن الآثار المالية للوصية إنما تنصرف إليهما دون سواهما، ولن تتأذى الشريعة الإسلامية بتطبيق هذا القانون عليهما في هذا الموضع". الطعن رقم (38)، دائرة الأحوال الشخصية، لسنة 2006.

(xxvi) الطعن رقم (365) لسنة 28 قضائية، دائرة الأحوال الشخصية، مكتب فني29، رقم القاعدة 17، ص: 67، بتاريخ 12/ 6/2007.

(xxvii) فاعتماد هذا الضابط الجديد يُمكِّن دولة الإمارات من فرض سيطرتها على الأجانب المقيمين فيها تمهيدًا لدمجهم في جماعتها الوطنية. أي أن القانون الإماراتي أصبح يقتطع بعضًا من مجالات الجنسية لفائدة ضوابط أخرى من أجل استيعاب الأجانب وإدماجهم في المجتمع الإماراتي؛ وهو ما يزيد من فرص تطبيق القانون الإماراتي على حساب القانون الأجنبي.

(xxviii) فالمادة(10) تتعلق بالتكييف الذي يكون وفقًا لقانون القاضي، والمادة(11) تتعلق بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم، سواء في مسائل الأحوال الشخصية أو غيرها؛ فيحكمها كأصل قانون بلد الجنسية، والمادة(18) تُعنَى بالحقوق العينية باعتبار أن من مسائل الأحوال الشخصية ما قد يكون سببًا في اكتساب حقوق عينية، كما هو الحال بالنسبة للميراث كسبب لاكتساب الملكية، والمواد(19) تتعلق بالالتزامات العقدية، بينما المادة(20) تختص بالالتزامات غير التعاقدية، والمادة (21) المعنية بتحديد القانون الواجب التطبيق على الاختصاص والمسائل الإجرائية سواء في منازعات الأحوال الشخصية أو غيرها من المنازعات، والمادة(22) التي تنص على أولوية تطبيق المعاهدات الخاصة بتنازع القوانين سواء تلك المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية أو غيرها من المسائل. ومن النصوص المشتركة أيضًا المادة(23) التي تنص على تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص في كل ما لم يرد بشأنه نص، سواء في مسائل الأحوال الشخصية أو غيرها من المسائل، وكذلك الأمر بشأن المادة(24) التي تحدد القانون الواجب التطبيق في حالة عديمي الجنسية أو مجهوليها سواء في مسائل الأحوال الشخصية أو غيرها. والمادة(25) التي تحدد منهجية تحديد الشريعة الداخلية المختصة في حال كان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، أخيرًا المادة(26) التي تحدد موقف المُشرّع الإماراتي من الإحالة سواء في مسائل الأحوال الشخصية أو غيرها من المسائل.

(xxix) انظر عبد الرحمن تاج، السياسة الشرعية والفقه الإسلامي، ص13.

(xxx) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، ص491.

(xxxi) ولعله من المستغرب -في هذا الصدد- أن نجد محكمة تمييز دبي بعد عام 2020، تستند إلى المادة(27) من قانون المعاملات المدنية المعدل في سنة 2020 بصدد قضية تتعلق بنفقة بين الأقارب تحكمها المادة(15) من هذا القانون، وهي من المواد المستبعدة من نطاق المادة(27)، رغم أن معرض استدلال المحكمة كان يتعلق بأن القانون الإماراتي -قانون الأحوال الشخصية رقم 28 لسنة 2005 وتعديلاته- يسري على غير المواطنين ما لم يتمسك أحدهم بتطبيق قانونه وفق قواعد الإسناد المُبيَّنة في المواد السابقة، مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية القطعيَّة أو النظام العام أو الآداب العامة للدولة عند تطبيق المواد 10 ، 11 ، 18 ، 19 ، 20 ، 21 ، 22 ، 23 ، 24 ، 25 ، 26 من قانون المعاملات المدنية. الطعن رقم (501) لسنة 2021، دائرة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2022/1/12.

(xxxii) ++++بحسب المذكرة الايضاحية لنص المادة (2/1) من قانون الأحوال الشخصية رقم (28) لسنة 2005 المعدل بالقانون الاتحادي رقم(29) لسنة 2020(والتي بمقتضاه أصبحت الفقرة الثانية من ذات المادة)؛ ويستفاد من ذلك، أن شروط اعمال الدفع بالشريعة الإسلامية خرجت من رحم أحد شروط تطبيق القانون الأجنبي، ألا وهو شرط عدم تعارض القانون الأجنبي مع الاحكام القطعية للشريعة الإسلامية (والذي يقتضي بالطبع-هذا الشرط-ثبوت الاختصاص التشريعي لقانون أجنبي).

(xxxiii) ويضيف الفقه الالماني إلى هاذين الشرطين شرطا(ثالثا) يتمثل في" ضرورة وجود ارتباط بين النزاع المطروح ودولة القاضي"؛ وهذا الشرط لم يأخذ به المُشرِّع الإماراتي، في حين اشترط ذلك قضاء

محكمة تمييز دبي، ليتم إعمال الدفع بالشريعة الإسلامية أو النظام العام وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية، حيث حددت هذه المحكمة معايير الارتباط بمعيارين، ولم تشترط توافرهما معا، وهما، معيار الجنسية الإماراتية بالنسبة للوطني، ومعيار التدين بالدين الإسلامي بالنسبة للأجنبي من أجل استبعاد القانون الأجنبي المخالف لمقتضيات الشريعة الإسلامية القطعية، من ذلك حكمها في الطعن رقم (90) لسنة 2006، الذي لم تستبعد فيه القانون الهندي الواجب التطبيق بشأن تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم بالرغم من اختلاف أحكام هذا القانون مع أحكام الشريعة الإسلامية القطعية، بحجة أنه لم يكن من بين الورثة من يحمل الجنسية الإماراتية أو يدين بالدين الإسلامي. ما يعني-بمفهوم المخالفة-أنه لو كان أحد الورثة إماراتيا أو أجنبيا مسلما، فإن محكمة التمييز سوف تستبعد ذلك القانون الأجنبي المخالف لمقتضيات الشريعة الإسلامية القطعية؛ الطعن رقم (90) لسنة 2006، دائرة الأحوال الشخصية، تاريخ الجلسة: 2007/2/13.

(xxxiv) عصام الدين القصبي، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاختصاص القانوني الدولي الاختصاص القضائي الدولي، (القاهرة: دار النهضة العربية، 2011-2012)، ص239.

(xxxv) وهذا ما أخذت به محكمة التمييز الأردنية في احدى قراراتها، والذي جاء فيه"... فلا يتصور الدفع بالنظام العام واثارته إذا ما كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق ولا يوجد تزاحم بين القانون الوطني مع قانون أجنبي ... لأن الهدف من الدفع بالنظام العام هو تطبيق قانون القاضي وليس استبعاده"؛ القرار رقم(857) لسنة 2019، الصادر بتاريخ 2020/3/17؛ مشار إليه لدى، محمد صالح ملفي القضاة، أثر النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق دراسة مقارنة في القانون الأردني، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، 2021، المجلد(2)، الإصدار(3)، الأردن، ص93.

(xxxvi) عصام الدين القصبي، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاختصاص القانوني الدولي الاختصاص القضائي الدولي، ص239.

(xxxvii) انظر في ذلك، فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، (القاهرة: دار النهض العربية، 1971)، ص161.

(xxxviii) حيث قضت بأنه" لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة وذلك وفق ما يقضي به نص المادة (27) من قانون المعاملات المدنية الذي يمنع القاضي من تطبيق القانون الأجنبي كلما كانت أحكامه متعارضة مع الشريعة الإسلامية أو النظام العام والآداب في الدولة، وقد حددت المادة (3) من ذات القانون بعض المسائل التي تعد من النظام العام بالنص على أنه(يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب والأحكام المتعلقة بنظم الحكم وحرية التجارة وقواعد الملكية الفردية وغيرها من القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية). ومؤدى ذلك أن كل حكم شرعي دل عليه نص صريح قطعي الثبوت والدلالة يعد من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته"؛ انظر الطعن رقم (36)، دائرة الأحوال الشخصية، تاريخ الجلسة: 2008/9/23، مكتب فني19، الجزء(2)، رقم القاعدة 206، ص: 1301. وانظر أيضا الطعن رقم (14)، دائرة الأحوال الشخصية، تاريخ الجلسة: 2005/6/12، مكتب فني16، الجزء(1)، رقم القاعدة 194، ص: 1236.

(xxxix) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، ص502.

(xl) والتي بالتأمل فيها يتبين لنا أنها تضمنت قاعدة اسناد تتخذ من ديانة الأطراف ونوعية المنازعة ضابطا للإسناد، فالقاضي الإماراتي يفصل في تلك المنازعات وفقا لقانون الأحوال الشخصية المدني الخاص بغير المسلمين؛ فمسائل الأحوال الشخصية وثيقة الصلة بديانة هؤلاء. كما استحدث هذا القانون قاعدة إسناد تعطي للإرادة حرية اختيار القانون الذي من الممكن أن يحكم منازعاتهم في دولة الإمارات؛ وذلك من خلال الاتفاق على تطبيق القوانين الأخرى المنظمة للأسرة أو للأحوال الشخصية النافذة بالدولة بدلا من تطبيق أحكام هذا المرسوم بقانون (قانون الأحوال الشخصية المدني المتقدم ذكره)؛ ونقصد بتلك القوانين:

القانون رقم (15) لسنة 2017 بشأن إدارة تركات غير المسلمين وتنفيذ وصاياهم في إمارة دبي، وقانون رقم (14) لسنة 2021 في شأن الأحوال الشخصية للأجانب غير المسلمين في إمارة أبو ظبي.

(xli) انظر حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (90) لسنة 2006، دائرة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2007/2/13، من خلال مفهوم المخالفة لهذا الحكم أنه لو كان أحد الورثة مواطنا أو أجنبيا مسلما، فإن المحكمة سوف تستبعد القانون الهندي الواجب التطبيق لمخالفته الأحكام القطعية للشريعة الإسلامية.

(xlii) لذلك نجد المُشرِّع الإماراتي لم يغفل النص صراحة على هذه الموانع في ظل قانون الأحوال الشخصية المدني الجديد، بمقتضى المادة(5) منه، والتي جاء نصها على النحو التالي" يشترط لعقد الزواج المدني أن تتوافرا الشروط الآتية:1-...2-...3-ألا يكون الزواج بين الأخوة أو الأبناء أو الأحفاد أو الأعمام أو الأخوال، وأي حالات أخرى تحددها اللائحة التنفيذية...".

(xliii) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ص535؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط، ص176.

(xliv) ومثال ذلك إذاً ادعى ابن زنا فرنسي بحقه في ميراث منقولات متواجدة بالإمارات مملوكة لأبيه الفرنسي المتوفى في فرنسا، فإن القاضي الإماراتي سوف يستبعد تطبيق القانون الفرنسي المختص الذي يجيز توريث ابن الزنا، ويرفض من ثَم منح الحق في توريث ابن الزنا لهذا الابن في الإمارات، باعتبار أن توريث ابن الزنا مخالفا للقانون الإماراتي؛ علما بأن الاعتراف بولد الزنا كان ممنوعا في فرنسا ثم ما لبث أن سمح به وبجميع أثاره؛ انظر في ذلك، محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، ص148.

(xlv) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ص537 و538.

(xlvi) انظر هذا الرأي معروض لدى عصام الدين القصبي، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاختصاص القانوني الدولي الاختصاص القضائي الدولي، ص242.

(xlvii) وهي قاعدة ناهية متعلقة بالأحكام القطعية للشريعة الإسلامية بدولة الإمارات.

(xlviii)وفقا لصريح المادة(8/47) من قانون الأحوال الشخصية رقم (28) لسنة 2005؛ كما يمنعه القضاء الإماراتي، حيث تواتر قضاء محكمة تمييز دبي على تأكيد عدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم، فقد جاء في أحد احكامها أنه:" من المقرر شرعاً بنص صريح قطعي الثبوت والدلالة في الكتاب والسنة بطلان زواج المسلمة بغير المسلم بطلاناً مطلقا بما يتعين معه التفريق بينهما". الطعن رقم (51) لسنة 2008، دائرة الأحوال الشخصية، جلسة: 2008/10/21، مكتب فني(19)، رقم الجزء(2)، القاعدة(236)، ص1493.

(xlix) وقد يكون للدفع بالشريعة الإسلامية أثرا سلبيا (استبعاد القانون الأجنبي) وايجابيا (حلول قانون القاضي) في آن واحد، ومثال ذلك أن يريد أمريكي أسود اللون الزواج بأمريكية بيضاء وهو ما لا يجيزه القانون الأمريكي؛ ففي تلك الحالة يستبعد القاضي الإماراتي القانون الأجنبي ويحل محله القانون الإماراتي فيبرم الزواج.

(l) عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص551؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط، ص176؛ عصام الدين القصبي، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاختصاص القانوني الدولي الاختصاص القضائي الدولي، ص246.

(li) وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذه التفرقة وانتهت إلى أن أثر النظام العام، كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، يختلف في حالة المنازعات المتعلقة بحق نشأ في فرنسا عنه في الفرض الذي ينشأ فيه الحق ذاته في الخارج وفقاً لقانون دولة تجيزه وأريد الاحتجاج بآثاره في بلد القاضي لأمكن الاعتراف بها كونها غير متعارضة مع مقتضيات النظام العام في بلد القاضي في مرحلة نسوء الحق؛ فقد اعترفت محكمة النقض الفرنسية ببعض الحقوق المعروفة في الشريعة الإسلامية مثل الحق في تعدد الزوجات والحق في الطلاق بالإرادة المنفردة، على الرغم من عدم اعترافها بنشوء هذين الحقين في فرنسا، حيث اعترفت ببعض آثار زواج متعدد في فرنسا، رغم أن تعدد الزوجات محظور إنشاءه فيها، متى تم صحيحا في الخارج وفقا للقانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد الفرنسية، فقد اعترفت

هذه المحكمة للزوجة الثانية بالحق في طلب النفقة الزوجية. كذلك فيما يتعلق بالطلاق بالإرادة المنفردة الذي يتم في الخارج يمكن الاعتراف بأثره في فرنسا، ومع ذلك فإن هذه المحكمة لا تعتمد هذه التفرقة بصورة مطلقة في جميع الحالات؛ فقد رفضت الاعتراف بالأثر المخفف في مسائل الطلاق بالإرادة المنفردة؛ حول تلك القضايا وغيرها راجع، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، ص548 وما بعدها.

(lii) باستثناء التشريع التونسي الذي نص صراحة على الأخذ به، حيث جاء في الفصل (37) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998 أنه:" يتم الاعتراف بالبلاد التونسية بآثار وضعيات نشأت بصفة شرعية بالخارج وفق القانون الذي عيّنته قاعدة التنازع التونسية، ما لم تكن هذه الآثار ذاتها متعارضة مع النظام العام الدولي التونسي".

(liii) انظر في هذا المعنى حمزة بوخروبة، موانع تطبيق القانون الأجنبي من القانون المدني الجزائري في ضوء المادة 24 دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة سطيف(2) كلية الحقوق والعلوم السياسية-قسم الحقوق، الجزائر، 2014/2013، ص82.

(liv) جدير بالذكر أن هذا القانون، بمقتضى المادة(1/17) منه، نص على إنشاء محكمة متخصصة لنظر قضايا الأحوال الشخصية للأجانب غير المسلمين وتختص بنظر كافة الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية للأجانب غير المسلمين الذين لهم موطن، أو محل إقامة، أو محل عمل في الامارة؛ ولقد تم تفعيل هذا النص بأن أنشئت في امارة أبو ظبي" محكمة الأسرة المدنية لغير المسلمين"، والتي قامت بالفصل في العديد من المنازعات، كان من بينها منازعة طلاق لزوجين من الجنسية البريطانية مقيمين في الامارة منظورة أمام المحاكم البريطانية، حيث دفع الزوج بأن محاكم أبو ظبي هي الأولى بنظر الطلاق وليس محاكم بريطانيا نظرا لسابق إقامة الزوجين في دولة الإمارات العربية المتحدة. على إثره أصدرت المحكمة العليا في بريطانيا حكمها -الذي وصف بالتاريخي-بتأييد اختصاص محكمة الأسرة المدنية بأبو ظبي بنظر الطلاق، وبأن المحكمة (الوليدة) أُنشئت بهدف تقديم ضمانات قضائية للأجانب ولغير المسلمين لتوفير بيئة قضائية تشبه تلك الموجودة في بلدانهم الأجنبية؛ صدر هذا الحكم بتاريخ: 10/30/ 2022، المصدر: صحيفة البيان الإماراتية. **https://www.alittihad.ae/news**. تاريخ الزيارة: 2022/12/19؛ ولعل تلك الإشارة المقتضبة لهذا الحكم التاريخي هى دعوة للباحثين في مجال القانون الدولي الخاص-ونحن منهم-وحثهم على الكتابة في هذا الموضوع المهم.

المصادر

References

First: Books:

i. Al-Ahwani, Hossam El-Din Kamel. and Abu Qurain Ahmed Abdel-Aal. Provisions of Personal Status for Non-Muslim Egyptians, Matbaat Jameat Ain Shams, Cairo.

ii. Taj, Abdul Rahman. 1415 higri Shari'a policy and Islamic jurisprudence, the first and last two parts, edition (1), Matbaat Dar Altaalif, Cairo.

iii. Riyad, Fouad Abdel Moneim. and Rashid, Samia. 1971. The Mediator in Private International Law Conflict of Laws, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.

iv. Abdullah, Izz al-Din. 1969. Private International Law - Part Two in Conflict of Laws and Conflict of International Jurisdiction, 9th edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya**,** Cairo.

v. Al-Qasabi, Essam El-Din. 2011-2012. Al-Wajeez in Private International Law, International Legal Jurisdiction, International Jurisdiction, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.

vi. Nile, Mr. Eid. 2002. Personal Status of Non-Muslim Egyptians, Ain Shams University Publications, Cairo.

vii. AbdelAl, Okasha Mohamed. 2002. Conflict of Laws: A Comparative Study. Dar Almatbaa Aljamia, Alexandria.

Second: Scientific Theses:

i. Boukharouba, Hamza. Impediments to the application of foreign law from the Algerian civil law in the light of Article 24, a comparative study, Master's Thesis, jamaat Sétif (2) kuliyat alhuquq waleulum alsyasya, Algeria, 2013/2014.

ii. Zayer, Zahra. 2010/2011, Public Order in Private International Disputes Related to Personal Status, Master Thesis, talmisan, jamaat 'abi bakr bilqayd, kuliyat alhuquq waleulum alsyasya, Algeria.

Third: Research:

i. Al-Barawi, Hassan Hussein. 2013. The Impact of Islamic Sharia on Qatari Civil Law: A Comparative Study, International Journal of Law, Volume (3), jamaat Qatar, College of Law.

ii. Al-Bishri, Imad Tariq. 2004. Public Order in Islamic Law (2), jamaat almuslim almuaasir, Vol. (28), No. (112).

iii. Al-Ghamdi, Hamdan bin Darwish. 2020. The role of the judge in implementing and proving foreign law, Journal kuliyat alshari'a walqanun Tanta, Article (8), Volume (1), No (35) .

iv. Al-Hawary, Ahmed Ibrahim. 2011. A critical reading of solutions to problems of conflict of laws in codifying civil transactions in the UAE, Journal al'amn walqanun, Volume (19), No (1), 'akadimiat shurtat dubai.

v. Al-Masry, Mohamed Walid Hashem. 2003, An Attempt to Draw the Features of the Arab International Public System in the Concept of Private International

Law, Journal of Laws, Volume (27), No (4), Kuwait University - majlis alnashr aleilmi.

vi. Al-Sebousi, Abdullah Saif Ali. 2020, the problems of defining the law applicable to personal status disputes in accordance with the provisions of the conflict of laws of the United Arab Emirates. Analytical jurisprudence study, 'edarat albuhuth waldirasat, Ministry of Justice, UAE**.**

vii. Fadil, Mohamed Daou. 2022. Impediments to the Application of Foreign Law in Private International Law, Journal of the College of Law and Sharia, no (24), First Edition, Part Four, Tahafna Al-Ashraf-Dakahlia, Egypt.

viii. Alqudat, Mohamed Salih Milafiy. 2021, The Impact of Public Order on Excluding Applicable Foreign Law, A Comparative Study in Jordanian Law, Al-Zaytoonah University Journal of Legal Studies, Volume (2), No (3), Jordan.

ix. Salama, Ahmed. What is meant by the provisions of Islamic law that apply to matters of personal status for non-Muslims: On the judiciary of the Cairo Court of Appeal, Journal of Legal and Economic Sciences, 1960, Volume (2), Issue (2), Gamaat Ain Shams College of Law, Cairo.