

كَيْفَ نَصوغُ تَشْرِيعِ الأُسْرَةِ الاتحادي؟

تأليف

الدكتور/ حسن بن أحمد الحمادي
رئيس المكتب الفني للمحكمة الاتحادية العليا

بسم الله الرحمن الرحيم

(1)

تمهيد

(وضع المشكلة – معطياتها)

1- تُقاس مكانة المجتمع الإماراتي في المجتمعات الإنسانية المدنية، وتطوره المدني، وتقدمه الاجتماعي، ورقبه الحضاري، بمدى متانة شرائعه، وسعة نظمه، ومرونة قواعده، ومواكبة قوانينه الاجتماعية والاقتصادية، لمدينة المجتمع الذي تحيا فيه، ذلك بأن التشريع إنما وظيفته الصحيحة دوماً، هي صياغة التنظيمات القانونية، والأحكام التشريعية، والقواعد الخلقية، والقيم النبيلة الخالدة، لشؤون المجتمع في كل عصر، وبيئة، وزمان، بحسب ما يطرأ عليه من أحوال مدنية متسارعة متجددة، وتصرفات اجتماعية متطورة، وواقعات حضارية متلاحقة، وحوادث سلوكية متغيرة، وتقدم اقتصادي سريع، توجب التدخل التشريعي الحاسم، لضبط سلوك المكلفين، وأفعالهم الدنيوية، ومعالجة الواقعات، بسن النظم والتشريعات المختلفة على هدي من مقاصد الشرع.

2- وعليه، كان الشرع كالأدب، هما صورة الاجتماع العام، يعبران عن حالة المجتمع، وحركته الفكرية المدنية، ويتفاعلان معه، تفاعل الذرة مع الأيون، ويكشفان عن تطوره ونموه، فهما عنوان سبقه وفخاره، ومرآة عاداته وأخلاقه وأعرافه، وبرهان تقدمه، وسير نهضته، إذ بسعة ما تكون طبيعة النصوص التشريعية في المصدرين الأساسيين – الكتاب والسنة – في أنواع القوانين المتعددة، والتشريعات المختلفة، مكتفية في المبادئ العامة، والقواعد الكلية، والأحكام الأساسية، والقيم المقاصدية، بجانب الأحكام التفصيلية القطعية، كلما كان الشرع وأفيا في نصوصه، راقياً في أحكامه، متطوراً في درجاته ومبادئه، صالحاً للتطبيق والعمل في العصور أجمعها، باقياً للخلود والاستمرار، وراقداً لحركة تقنين الأحكام التشريعية، وذلك باحتوائه على فكر تشريعي متنوع، وأصول عامة مرنة، وأحكام رئيسة حية ريفية، ذات سعة وتطور، تفي بحاجات المجتمع، يستنبط منها المشترعون، ويفرّع عليها القضاة الحاكمون، أحكاماً

تفصيلية، وقواعد قانونية، وفروعا تنظيمية، تليق بالحوادث التي تنزل بالمجتمع،
ةاتلسب الواقعات التي تكدر صفوه، حتى تكون تلك المبادئ التشريعية متسقة مع
أحوال المجتمع وواقعاته التي تسرى عليه، ومتماشية مع عوامل تطوره المدني
الاجتماعي، ومتفقة مع درجات رفعة الاقتصادية، لا تعرقل مسيرته التقدمية، ولا
تشل حركته المدنية المتسارعة، ولا تنافي خطوات حضارته العصرية .

3- هذا ، وقد كانت (إمارات الخليج العربي) جزءا من دولة الخلافة
الإسلامية، كسائر البلدان العربية الأخرى، فكان من الطبيعي أن تخضع للقانون
الإسلامي، إذ كانت الشريعة بمبادئها الراقية، وتشريعاتها السامية المرنة، هي
الشريعة العامة في بلدنا، والنظام التام السائد في مجتمعنا، إذ قام تشريع كامل،
وقضاء عظيم راق، حيث مرت هذه القرون على هذه البلاد، وهي تنتهج سكة
مستقيمة من الشرع، وطريقا معبدا ذلولا إلى الحق والعدل، تجري أحكامه في
التصرفات والواقعات كلها، وتطبق مبادئه في معاملات المكلفين جميعها، مدنية،
وتجارية، وبحرية، واقتصادية، واجتماعية، وأسرية، خضعنا له مئات السنين،
فما شكونا بأسا ولا اضطرابا .

4- لكن الزمان دار دورته، وأفصح عن أطوار مدنية متجددة، وحوادث
اجتماعية متغايرة، وتوقف هذا التشريع الاجتهادي عن الإبداع، والمرونة،
والسعة، وجمد المشترعون من فقهاء الشرع عن مواكبة تقدم الحضارة
وتطورها، ومسايرة حركة التقنيات الحديثة، واستنباط الأحكام الجديدة، وابتكار
القواعد التشريعية الوافرة، وصناعة القيم الخالدة، وترتيب النظم القانونية المتقنة،
وبيان مبادئ الشرع، ونظمه الاقتصادية، والأخلاقية الاجتماعية، وأوضاعه
العلمية الفنية، وما تمتاز به من تهذيب ومرونة، واكتفاء تشريعي ذاتي طبيعي،
بحجة الاكتفاء بنصوص الفقهاء الأقدمين، وأحكام القضاة الراسخين، وأقوال
المجتهدين من أئمة المذاهب الفقهية، ظنا منهم : أنه الشرع الذي لا ينبغي الحيد
عنه، والقانون الذي يتوجب العض عليه بالنواجذ، وأنه ما ترك الأول للأخر شيئا،
وأنه ليس في الإمكان أبدع مما كان، وخاصة في نظم الأسرة، وتشريعات
العامة .

5- هذا، وقد كادت التشريعات الوطنية أن تستقى من نظم مستوردة
غريبة على بيئتنا، وتشريعات وافدة على مجتمعنا، لكن حكمة حاكم البلاد، وباني
نهضتها، وصانع مجدها، ورجاحة عقله، وسداد رأيه، أثبت إلا أن تكون الشريعة

هي المصدر الوحيد للقوانين (1)، فأصدر توجيهاته النفيسة، في سنة 1976 للميلاد بالعمل على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، واعتبارها المصدر الوحيد للقوانين، فأصدر (مجلس الوزراء) قراره رقم 26/50 م لسنة 1978 بتاريخ 23 نوفمبر 1978، بتشكيل لجنة عليا للتشريعات الإسلامية، ومن هذه اللجنة العليا، انبثقت لجنة للتشريعات الجزائية وإجرائها، فصاغت مشروعاً للعقوبات صدر في سنة 1987، وأخرى للتشريعات المدنية والتجارية والبحرية والأحوال الشخصية، فصاغت مشروعاً للقانون البحري التجاري صدر في سنة 1980، ومشروعاً لقانون المعاملات المدنية صدر في 1985، ومشروعاً لقانون المعاملات التجارية صدر في 1992، ومشروعاً للأحوال الشخصية مع مذكرة إيضاحية إضافية له .

6 - لكن هذا المشروع المتعلق بأحكام الأسرة وشؤونها، لم ير النور منذ أكثر من خمس وعشرين سنة، منذ أن صيغ كمسودة، مشروع في نهاية السبعينات، ولم تتحرك مياهه الراكدة، إلا بعد أن علت صيحات أصحاب الفكر، وحقاق النظر، وأهل العلم في المجتمع المدني، بوجوب وضع قانون للعائلة، يواكب التطور الاجتماعي، ويحافظ على الثوابت، فأصدر وزير العدل قرار بتشكيل لجنة برئاسة النائب العام في سنة 1998/1997 لوضع مسودة مشروع لقانون الأحوال الشخصية الاتحادي، ولكن هذه المسودة لاقت ما لاقت المسودة الأولى من الصدور والنسيان، فأصدر وزير العدل في سنة 2002 قراراً بتشكيل لجنة خبراء فنية، من فقهاء وقضاة لوضع مسودة لقانون الأحوال الشخصية الاتحادي مع مذكرة إيضاحية.

7- إن المجتمع الإماراتي المدني جدت فيه واقعات أسرية متطورة، ونمت فيه حوادث عائلية متجددة، ضج المكلفون منها، فكان لا بد لها من تشريع متقن يسير أغوارها، وتنظيم قويم مرن يفصل أحواله، ويضبط نشاطها، ويعرف مراميها، ويكون كالقسطاس المستقيم، ويصاغ وفق خطة تشريعية محكمة، ورسم ثابت متناسق متين، تبين مصادر الصياغة، وأسس المنهج، الذي تستقى منه الأحكام الفقهية الأسرية .

8- وقبل أن نشرع في بيان هذه المصادر، وتفصيل الأسس المنهجية الفنية، يقمن بنا، أن نستعرض الأوضاع التشريعية السائدة الآن في الدولة، فيما يتعلق

بمسائل الاسرة وشؤونها، ومثالب هذه الأوضاع، وعيوبها الفنية، ثم بعد ذلك، نستعرض أسس الصياغة، ومنهجية التشريع، ومصدره .

(2)

ما الأوضاع التشريعية الأسرية السائدة، وعيوبها الفنية والواقعية؟ (القانون الذي يحكم مسائل العائلة)

8 - على الرغم، من أن الإمارات (إمارات الساحل) كانت تعد من الناحية المعنوية تابعة للدعوة العثمانية، بيد أنها لم تكن تخضع لسلطانها من الناحية السيادية (السياسية التشريعية)، فلم تسر عليها حركة التقنيات العثمانية، كمجلة الأحكام العدلية، وقانون العائلة (2)، بل كانت الأحكام التشريعية السائدة التي تحكم مسائل الأسرة، وشؤونها المختلفة، بين مجموع المكلفين ومن إليهم، من مواطني الإمارات السبع قبل قيام دولة الاتحاد في سنة 1971، هي أحكام الشريعة الإسلامية بمذاهبها الفقهية المتعددة، دون أن يعتمد القضاء على مذهب فقهي معين ملزم، إذ كان الدارج في كل إمارة من الإمارات، والسائد فيها، أن يطبق القاضي المذهب الفقهي الذي يسود هذه الإمارة، أو المذهب الذي يوجه شيخ الإمارة بتطبيقه (3)، واستمر هذا الوضع التشريعي جارياً العمل عليه في المحاكم الشرعية إلى ما بعد قيام الاتحاد، دون أن يصدر أي قانون أسري عصري اتحادي، يبين الحقوق، ويوضح الواجبات، ويفصل الالتزامات بين مجموع المكلفين من العائلة، ويضع العلاج الناجع الوافي، والدواء الشافي لمشكلات الأسرة .

10- ولم تدم هذه الحالة التشريعية طويلاً، والتمثلة في التعدد التشريعي الذي يسري على مسائل الأسرة، بعد أن اكتملت الوحدة السياسية للدولة، دون الوحدة القانونية التشريعية، فقد صدر قانون المعاملات المدنية الاتحادي في سنة 1985، ونص في مادته الأولى، على أن المحاكم تلتزم تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، متخذة أنسب الحلول الفقهية من مذهب الإمام مالك، والإمام أحمد بن حنبل، فبدأت المحاكم الشرعية تطبق المذهب المالكي، وخاصة المحاكم الشرعية في إمارة أبوظبي، وإمارة دبي (4)، أما باقي الإمارات فلم تتقيد بهذا الحكم التشريعي .

12 - وحينما ضمت دائرة النقض الشرعية في أبوظبي إلى المحكمة الاتحادية العليا في سنة 1990، بدأت هذه الدائرة ترسي مبادئ فقهية جليلة، وتلزم المحاكم الشرعية في الإمارات الأعضاء المنظمة إلى القضاء الاتحادي تطبيق المذهب المالكي، على أساس أنه القانون الواجب التطبيق على مسائل الأسرة وشؤونها(5).

13- لكن هذا العمل بأحكام المذهب المالكي، وتطبيقه على الوقعات الأسرية، وحوادثها المتسارعة المتطورة، دونما تشريع مستمد من أحكام المذاهب الفقهية المتعددة (6)، قد انتقده أهل الاختصاص من المفكرين، وعلماء الاجتماع، وفقهاء التشريع، وضجوا منه بالشكوى، تشريعياً وإجرائياً وموضوعياً، إذ إن المتقاضين من المكلفين كانوا يقيمون الدعاوى أمام المحاكم، أو ترفع عليهم الدعاوى، دونما معرفة سابقة بالحكم التشريعي الذي تستند عليه المحكمة على الواقعة المرفوعة أمامها، إذا يعتمد القضاة في أحكامهم القضائية، على آراء اجتماعية، وأقوال فقهية، ونصوص مذهبية، منثورة في كتب المذهب المالكي، في غير تشريع مسطور واضح، أو قانون منشور مبين، فلم تدون أحكامه في مواد متسلسلة، ونصوص تشريعية، وفقرات تقنية، ولم تجمع فروع المذهب في أحكام كلية جامعة، بل يوجد داخل المذهب المالكي آراء قانونية متعددة متعارضة، لم يجمع هؤلاء الفقهاء من المذهب على الراجح منها، أو الأصح، أو الأقوى، مما نتج منه أن يكون القضاة المختصون، ناهيك عن الخصوم المكلفين، وهم يبحثون عن الآراء الفقهية، والمسائل القانونية في المذهب، في كتب المتن، والشروح، والحواشي، والتقارير، والمبسوطات، في وسط بحر لجي، بل في خضم محيط عارم متلاطم لا ساحل له، من الآراء الفقهية، والأقوال الاجتماعية، والتصورات الفروعية، والاصطلاحات الفقهية المذهبية المختلف عليها، وخاصة اصطلاح (المشهور) (7)، إذا إن التنقيب عن نصوص فقهاء المذهب المالكي في كتب الفقه، والبحث عنها في مكانها، ومطابقتها، ومعرفة الراجح منها، يحتاج إلى مران فقهية، وخبرة فقهية عملية واسعة.

14- لا سيما، وأن بعض الأحكام الفقهية التشريعية في المذهب المالكي، قد غدت في التطبيق العلمي على واقعات الدعاوى المعروضة، لا تساير روح العصر (8) أو طبيعة المجتمع، وتطوره الاجتماعي الحضاري، وسرعة التنقل فيه (9)، إذ إنهم كانوا أئمة الأمر، لا ينقص من المكانة العلمية الفقهية لأئمة فقهاء المذهب المالكي، إذ إنهم كانوا

أئمة فقه قانوني، يساير الواقع، ويتمشى مع الأعراف (10)، فقد كانت أحكامهم الفقهية مبنية على العرف، وعادات المجتمع المدني، إن لم تكن فيها نصوص صريحة من الشرع، إذ العلم في المسائل الاجتهادية رأي، والرأي مصيب ومخطئ، وما صاغه لنا الإمام الكبير (مالك بن أنس) صاحب المذهب، من كلمات جليلة نفيسة راقية، تمثل عمق الفكر التشريعي، سرت في آذان الأجيال المتعاقبة، حين قال: (كل واحد منا يرد ويرد عليه، إلا على صاحب هذا القبر (11)).

15- ولا أدل على ذلك، من أن المحاكم بدأت تتناقض مع نفسها في تطبيق الآراء الفقهية للمذهب المالكي، فتارة ترسى (محكمة التمييز) في دبي مبدأ قضائياً، وحكما تشريعياً، في أن زواج المرأة دون ولي (12)، وتارة أخرى تقضي (المحكمة الاتحادية العليا)، بصحة زواج المرأة دون ولي (13)، أو تقضي (المحكمة الاتحادية العليا)، في أن سفر ولي المحضون سفر نقلة، إلى مسافة ستة برد أو أكثر، يسقط حضانة الأم (14)، ثم تناقض (المحكمة العليا) نفسها، وتقضي أن سكن الحاضنة مسافة ستة برد عن مسكن ولي المحضون، لا يسقط حضانتها (15).

16- هذا، وإنه مع هذين المثالبين الخطيرين، يوجد عيب ثالث أشد خطورة منهما، هو عدم صياغة (الأحكام الأسرية العامة) في مدونة تجمع شتات الفروع، وتفترق الجزئيات من خطبة، وزواج، ونفقة، وطلاق، وعدة، ووصية، وميراث، في كليات الجامعة، وأصول مرنة، إذ لا ينبغي في تيسير بيان الأحكام الأسرية، وتوطئة أكنافها، عرض الفروض الفقهية، وبيان الحلول الفرعية لها إنما ينبغي في ذلك، تجلية الأصول، وبيان القواعد، وتوضيح المبادئ، منفردة بذاتها، جامعة لجزئيات الأحكام، حتى يسهل رد الفروع إلى الأصول، واستنباط الجزئيات من الكليات .

17- كما أنه لا يوجد (تشريع أسري إجرائي)، ينظم إجراءات التقاضي أمام محاكم الأحوال الشخصية في الدولة، إذ يتعين الرجوع إلى الشريعة الإجرائية العامة لتطبيقها على مواد الأسرة، لكن نظرية المرافعات المدنية العامة، وإن كانت هي الشرع الإجرائي العام، التي تنظم اصول التقاضي أمام المحاكم الاتحادية، فإن تطبيق هذه الأصول الاجرائية على مسائل الأسرة، يكشف عن عيوب تشريعية.

18- إذ إن نظرية المرافعات العامة، مثلاً، تعطي الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأسرة، لمحاكم الدولة بنظر الدعوى التي ترفع على المواطنين، والدعوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الدولة (16).

19- أما إذا كان الأجنبي لا موطن له في الدولة، فإن الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة في مسائل الأسرة ينحسر عنها، إلا في حالات قليلة متعلقة بدعوى من زوجة لها موطن في الدولة على زوجها الذي كان له موطن فيها (17)، أو دعاوى نفقة أحد الوالدين، أو محجور عليه، أو بصغير، أو بنبيه، أو بالولاية على المال أو النفس، إذا كان طالب النفقة أو الزوجة، أو الصغير، أو المحجور عليه، له موطن في الدولة (18)، أو إذا كانت متعلقة بالأحوال الشخصية، وكان المدعي مواطناً، أو أجنبياً، له موطن في الدولة، وذلك إذا لم يكن للمدعي عليه موطن معروف في الخارج، أو كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى (16)، أو كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الدولة.

وعليه، فإن محاكم الدولة لا تختص بنظر الدعوى المتعلقة بفسخ عقود الزواج، أو بطلانها، أو الطلاق، أو التطليق، وكانت الدعوى مرفوعة من زوجة فقدت جنسية الدولة، ولها موطن أو محل إقامة في الدولة، متى كان لزوجها الأجنبي موطن أو محل إقامة في خارج الدولة.

20- كما أنه يتعين على المدعى عليه، وهي الزوجة، أو الأولاد، أو الوالدين، أو الحاضنة، السعي إلي مكان المدعى عليه، إذ إن الاختصاص المحلي في نظرية المرافعات المدنية، يكون للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، أو محل إقامته، أو محل عمله، ومن ثم، ينبغي لهؤلاء، تكبد المشاق، والسعي وراء المدعى عليه، وهو الزوج أو الأب، أو المطلوب منه النفقة، في موطنه، دون أن تسهل عليهم نظرية المرافعات المدنية الإجراءات، وتسمح لهم بإقامة هذه الدعوى في موطنهم، أو في موطن الزوجة، وخاصة فيما يتعلق بالنفقات والأجور والحضانة، والرؤية، والمهر، والتطليق، والخلع، والإبراء، والفسخ.

21- فضلاً عن أن قانون الإجراءات المدنية، يبيح تنفيذ الأحكام القضائية الصادر ببطلان عقود الزواج، أو الفسخ، أو التطليق، أو التفريق، أو موت المفقود، بعد صدور الأحكام من محاكم الاستئناف، باعتبارها أحكاماً نهائية قابلة للتنفيذ دون أن تكون حائزة قوة الأمر المقضي فيه، مما يوقع الزوجة في كثير من الأحيان في إشكالات عديدة إذا تزوجت من زوج آخر، ونقضت محكمة النقض حكم الاستئناف، فتصبح الزوجة في عصمة زوجين، وتتهمها النيابة العامة بجناية الزنى، وخاصة أن نظرية المرافعات المدنية لم توجب على المحكوم له في دعاوى التطليق، أو التفريق أو بطلان العقد، أو الحكم بموت المفقود، أن يعلن الحكم للمحكوم عليه، أو من صدر

الحكم بمواجهتهم، إذا كان الحكم قد صدر بمثابة الحضوري، حتى تسري بشأنه مدد الطعن.

22- كما أن قانون الاجراءات المدنية، يعطي للمنفذ عليه الحق في تقديم إشكال أول، يوقف تنفيذ الحكم القضائي، أو القرارات المستعجلة، والوقائية، الصادر في مسائل النفقة، والحضانة، والسكن، والرؤية، أو استئناف قرارات قاضي التنفيذ مما يوقف تنفيذها، إذ كثيرا ما يلجأ الزوج إلى تقديم هذه الإشكالات في التنفيذ، أو استئناف هذه القرارات نكاية بالزوجة أو الأولاد، ومن ثم، يتعين تضمين قانون الأسرة أحكاما إجرائية تنص على أن الإشكال في تنفيذ الأحكام والقرارات المستعجلة، لا يوقف التنفيذ، ما لم تر المحكمة خلاف ذلك.

23- وإذا كان تشريع الإجراءات المدنية، لا يستوعب نظم التقاضي أمام محاكم الأحوال الشخصية، فإن (طرق الإثبات) في المعاملات المدنية والتجارية، لا تتناسب في كثير من الأحكام التفصيلية مع مسائل الأسرة، وخاصة في دعاوى إثبات الزواج، أو الطلاق، أو التطبيق للضرر، أو إثبات النسب بالوسائل الحديثة، مما يتوجب أن يفرد لمسائل الأسرة، أحكام خاصة بالإثبات، تضمن قانون الأحوال الشخصية، تلزم أحكام الإثبات في مواد الأسرة، والمتعلقة بالنظام العام، وتتمشى مع الوسائل الحديثة في الإثبات، وخاصة في دعاوى التطبيق للضرر، وإثبات النسب.

24- لما كان ذلك كذلك، فإن أخطر عيب تشريعي في مسائل الأحوال الشخصية، هو إحالة المشرع الاتحادي على أحكام الفقه الإسلامي، أو مبادئ المذهب المالكي، لتطبيقها المحاكم على مواد الأسرة، وإثباتها، دون تشريع ملزم، وهو مسلك تشريعي غير سديد، وخاصة في هذا الجمع الكثير من الآراء الاجتهادية، والتصورات الفقهية المتعددة، لا سيما، وأن هذه الإحالة قد تعجز المحكمة الاتحادية العليا، في بسط رقابتها على الأحكام القضائية، وكيف تقضي بصحة حكم قضائي، وإن أصاب صحيح حكم الشرع، أو أنه أخطأ في تطبيق الشريعة، أو في تأويلها، أو في مخالفتها، وما ضابط الاختيار الذي تركز إليه هذه المحكمة العليا، في الموازنة بين رأي فقهي وآخر في المذهب المالكي نفسه، وما الحكمة التشريعية من هذه التوسعة على المحاكم في التخيير بين أحكام فقهية أسرية، متعارضة، متناقضة، في كثير من الأحيان في المسألة الواحدة، في المذهب الواحد (20).

(3)

مبادئ صناعة تشريع الأسرة العامة (خطة التقنين: إجراءاتها، ومنهجها، ومصدرها)

25- من الحقائق الثابتة، والمسلمات العامة، أن لكل من الفنون الاجتماعية، أصولاً يركز عليها، وقواعد يهتدى بها، وأحكام يرجع إليها، وصناعة التشريع فن كسائر الفنون الاجتماعية، لها أصولها العلمية الراسخة، وقواعدها الفنية الثابتة، وأحكامها الفلسفية العامة، ومبادئها الرئيسية المتينة، وإذ لم تكن تلك المبادئ مدونة، وهذه الأحكام مصاغة، والأصول مرتبة مبنية، في مدونات تشريعية، وكتب فقهية، ومؤلفات نظامية خاصة بها، فإن ذلك الأمر، لا يعني نفيها من الواقع، ولا يمنع من وجودها في الحقيقة، ووقوف أهل الفن عليها، وإحساس أصحاب الصنعة بها، وإدراك أهل التشريع بها إدراكاً تاماً .

26- وهذه الصناعة التشريعية التقنيية، لاتدرك أصولها بالعلم والدرس فحسب، بل لا بد مع التحصيل، المران، والتطبيق، والممارسة، لكن التجربة والملاحظة وحدها غير كافية، إذا تجردت عن الدرس، والإرشاد، ولم تكن وفق منهج قويم، وخطة مرسومة متقنة، وطرق علمية سليمة، وقواعد معلومة منطقية، وغاية دقيقة، ونظام موضوع مفروض، لا يفضي إلى نتيجة صحيحة مثمرة، بل يؤدي إلى عواقب وخيمة سلبية، تكون عقيمة، يقلد فيها السلف والحلف، تقليداً أعمى، ويفتقي أثره، بلا تبصرة، ولا هدي قويم، وما أكثر ما ذكر القرآن الكريم هذا المعنى، فقال: (إنا وجدنا آباءنا على أمة، وإنا على آثارهم مهتدون) [سورة الزخرف: 22] [قال: لقد كنتم أنتم وأباؤكم في ضلال مبين]. [سورة الأنبياء: 54]

27- نعم، إن مبادئ كل فن من الفنون، وخاصة صناعة التقنين، هي بنات أفكار التجارب، والتطبيق، والتنفيذ، وثمرات الاختيار، ولكن هذه المبادئ – مبادئ صياغة التشريع – لم تصبح قواعد منهجية منطقية، وأحكاماً معقدة نظرية، ولم تصغ في أصول علمية، وأفكار عامة، نقى بها في الصياغة، ونستصبح بها في الكتابة، إلا بعد أن دلت عليها الملاحظة، وأثبتتها التجارب، وأبان الاستقراء عنها، وأصح عنها التطبيق السليم، وأوضح العمل عن أحكام ثابتة، وأصول فنية راسخة، وقواعد متينة، واستقر الرأي التشريعي على وجوب اتباعها، والاجتهاد الفقهي على العمل

بمقتضاها، والفكر المنهجي المنطقي على التزام أحكامها، والأخذ بأصولها الممهدة السبل، إذ ثبت بجلاء راسخ، ويقين ثابت، أنها الأصلح والأجدر (21).

أ - قواعد خطة الصياغة

28- لقد جرت سنن صياغة التقنين، وعوائد التشريع، أن يكون للتقنين خطة مرسومة، وسبيل ممهدة، ومنهج قويم، لصياغته ووضعه، تكمن في ناحيتين، الأولى: الناحية الإجرائية، والثانية: الناحية الموضوعية (22)

1 - إجراءات الصياغة الشكلية

29- فأما الناحية الإجرائية، فهي ناحية خارجية، تعني ببيان أفضل السبل في إجراءات الصياغة، وشكليات التقنين، وخطط الاشتراع، وذلك بدءا باختيار لجنة قوية من أساطين علماء الشرع من المذاهب الفقهية المتعددة، ورجال القضاء الوطنيين، ونساء العمل الاجتماعي، موفور عددها، غزير علمها، متقد فكرها، مرن فقهها، ولا تجاوز عشرة أشخاص فنيين، ينتخبون من القضاة، والمحامين، والمشرعين، وعلماء الاجتماع والنفوس، لتضع قواعد التقنين، وتصوغ أحكام التشريع، وتصنع مبادئ الاشتراع، وتستعرض أسس الصياغة، وترسم مناهج القانون، غير متبعة لرأي فقهي معين، أو مقيدة بمذهب سائد، أو مقلدة لفكر متعصب، أو مسترشدة بمنهج متحرر، متحلل، إلا النصوص التشريعية في المصدرين الخالدين تتبعهما، وتنتهج خطهما التشريعي، وبين يديها آراء أئمة المذاهب الفقهية وتلاميذهم، وأحكام مناهج أصول التشريع وقواعده، وأمامها آراء فقهاء التشريع في بطون كتب الفقه، ومتونه، وشروحه، وتقريراته، وتحت أنظارها أحكام المحكمة العليا، ثم تستنبط من هذا الجمع الغزير، والفقه العزيز، والثورة التشريعية، والتصويرات الراقية، أحكاما قانونية، ومبادئ نظامية، وأسسا تشريعية، تصوغها في نصوص تقنية، تناسب حال المكلفين ومجتمعهم (23) بعد أن جمعت عن أحوال المجتمع، ومشكلاته الاجتماعية، والأسرية، إحصائيات جمة في المسائل الاجتماعية والاقتصادية، تعينها على معالجة المشكلات الواقعية.

30- ثم تقوم هذه اللجنة الرئيسية بنفسها، أو بوساطة لجنة فنية منها، لتضع مشروع (التبويب والتقسيم)، ثم تعود هذه اللجنة الرئيسية مرة أخرى للانعقاد، لصوغ الأحكام التشريعية، والقواعد القانونية، والمبادئ الفقهية التي أقرتها، في صورة مواد متسلسلة، ونصوص تقنية، وفق أصول صناعة التقنين، وقواعدها المنهجية المنطقية، ووفق المصادر التشريعية التي وضعتها اللجنة للاعتماد عليها في صياغة التقنين، وتحوّل بعد ذلك هذه اللجنة، هذه النصوص القانونية المصاغة على (المكتب الفني) الذي أعد تبويب التقنين وتقسيماته، لتحقيق الوحدة بين أجزاء المواد التقنية، وإجراء التناسق والتناغم بين فقرات التشريع، شكلاً، وموضوعاً، ولغة، وأسلوباً .

31- ويتعين على (المكتب الفني)، تحرير مذكرة فقهية إيضاحية، وافية، إضافية، تفصيلية، لمواد تشريع الأسرة الاتحادي، تبين كيفية الأخذ في كل موضوع، ومسالك الاستنباط في كل حكم، وسبل الاقتباس في كل مادة، وعلل القياس في كل نص، ومقاصد التقنين في كل مسألة، وطرائق التخرّيج في كل قاعدة، ووسائل التكييف لكل فقرة من فقرات التقنين، مع توضيح تفصيلي للنصوص التشريعية في المصدرين الخالدين، وسرد للنصوص الفقهية من كتب المذاهب الفقهية، ومدونات الفقهاء، من الشروح، والمتون، والهوامش، والتقريرات، والملخصات، التي استمد منها التقنين الأسري، وصيغ منها التشريع العائلي، حتى تكون هذه القواعد التشريعية، والنصوص الفقهية، وأصول المذاهب، وآراء الفقهاء، ومبادئ المشرعين، وأحكام القضاء العالي في الفقه الإسلامي، هي المرجع الوحيد، في تفسير دلالات أحكام التقنين، وبيانه، وشرحه، وتوضيحه، والعدة الأصلية في الاجتهاد القضائي للمحكمة الاتحادية العليا (34) .

32- وبعد هذا العمل التشريعي المضني، تعرض هذه اللجنة هذا المشروع الأسري الخطير على الرأي العام للاستفتاء، من رجال الشرع وقضاته، وأساتذة الاجتماع العمراني، وأصحاب الفكر العام، والكفايات العلمية، والهيئات الفنية الاجتماعية، واتحادات النسوة، ومراكز البحث العلمي، وكليات التشريع، ليدلوا برأيهم في هذا التقنين، تأييداً، ومناقشة، ونقداً، ومعارضة، وتقويماً، ومحاسبة، وتعديلاً، ثم تعرض هذه الآراء المؤيدة، أو المعارضة، أو المنتقدة، سواء أكانت في الأحكام الفقهية التشريعية، أم في منهج الصياغة، وأسلوب الصناعة، على اللجنة الرئيسية لتدرسها دراسة فاحصة متأنية فنية، لتأخذ منها ما وافق الصواب، وترد منها ما

أخطأه، وتجمع هذه الآراء المعارضة، مع محاضر جلسات اللجنة الرئيسية، واللجنة الفنية، معاً في كتاب واسع ضخمة، لتكون أعمالاً تحضيرية للتقنين الأسري.

33- ثم بعد ذلك، يحال هذا المشروع من وزير العدل على (مجلس الوزراء)، وفق ما رسمه الدستور الإماراتي، لإحالاته على (المجلس الوطني الاتحادي) لمناقشته كمشروع، فإذا ما أقره، عرض المشروع على المجلس الأعلى للحكم للتصديق عليه، وإصداره من (رئيس الدولة) كقانون اتحادي للأسرة.

2- منهج صياغة المادة الموضوعية

34- أما الناحية الموضوعية الداخلية : فهي تعني ببحث منهج صياغة تقنين الأسرة الاتحادي، إذ يجب أن يكون التقنين مبوباً تبويباً منطقياً متماسكاً، حتى يساعد المكلفين على فهم أحكامه التشريعية، وتعقل قواعده القانونية، والإحاطة بمبادئه الآمرة، واجتتاب أصوله النهائية، ويسهل على غير المتخصصين من البحث في ثناياه، فيحسن أن يكون هناك باب تمهيدي، يتقدم كل أبواب تقنين الأسرة، يضع الأحكام العامة لتشريع الباب، ويتعلق بالمبادئ الرئيسية التي تمشي على جميع أحكام الباب ثم يسرد الأحكام التفصيلية، والقواعد الجزئية، والمبادئ الفرعية لتشريع الأسرة، ويفضل أن ترتبط الأبواب مع الفصول بعضها ببعض ارتباطاً متيناً (25).

35- ثم إن التبويب المنطقي لتقنين الأسرة غير كاف، إذ يتعين أن تكون صياغة هذا التشريع صياغة عملية، لا صياغة علمية فقهية بحتة، فالتقنين مقصده العام التطبيق على المكلفين، وليس الغرض منه الجرس والتفقه والتعليم، وإبراز النظريات الفقهية التشريعية، وعليه، فإن التقنين لابد أن يوسم بروح عامة معتدلة، مبتعداً عن الشكليات وذلك من خلال الصياغة العملية، التي تضع الأحكام التشريعية الأسرية العامة، والتفصيلية، في متناول المكلفين جميعاً، وخاصة جمهور الناس من النسوة، إذ إن قانون الأحوال الشخصية، يتعلق بمسائل الأسرة وشؤونها الخاصة، ولا يتعلق بمعاملات الناس المدنية والتجارية، ومن ثم، يكون على المشتريين صياغة الأحكام بروح عملية واقعية، لا مجردة تجريداً فقهياً، متجنبين إيراد التعريفات المتفق عليها، والتقسيمات النظرية الفقهية، وذكر الأدلة على صحة الأحكام التشريعية، أو إيراد

أسباب القواعد القانونية، أو سوق أمثلة على المسائل المقننة، إذ مجال هذا الأمر الفقهي، هو صناعة الفقه، لا صناعة التشريع أو التقنين.

36- فإذا خلص هذا الأمر للجنة الصياغة، من كون صياغتها منطوية

عملية، وجب عليها أن يكون تشريعها متقن الوضع من حيث الكمال، والاتساع.

فالاتساع معناه: أن يغطي التشريع مسائل الأسرة كلها قديمها المبحوث، وجديدها الذي طرأ في واقعات المجتمعات، ولم يعرض له الفقهاء والمشرعون بحكمه التشريعي، وأن يستوعب قانون الأسرة أصول إجراءات التقاضي في دعاوى الأحوال الشخصية، حتى لا تتكبد المرأة، أو الأم أو الأب أو الأبن، تعقيدات رفع الدعاوى أمام محاكم الأسرة، و أن يوضع نص عام في مقدمة سريان التشريع، يبين المصدر الذي يرجع إليه القاضي عند انعدام النص التشريعي في القانون.

و أما **الكمال** فمراده : أن يأتي التشريع أو التقنين على صياغة قواعد تشريع الأسرة، صياغة عامة مرنة مجردة، تكون صالحة لكل زمان ومكان وحال وبيئة، بحيث يترك المشرعون مكانا واسعا خصبا للاجتهاد القضائي، حتى يواكب التقنين تطور حال الاجتماع العام، بترك الأحكام التفصيلية الدقيقة، والفروع الجزئية الفقهية لسلطان المحاكم دون أن يحيط بها إحاطة تامة وذلك بصياغة دقيقة مرنة، تضع المعايير الواسعة، والأسس المتطورة، لترشد المحاكم في صياغة الحل لكل واقعة، وما تحيط بها من أحوال وملابسات، وإنزال الحوادث على المنازل اللائقة بها من نصوص التقنين، وتوسيع قواعد التقنين المحدودة بالاستنباط والقياس، وتحكيم العلل والمقاصد التي ابتغاها المشرعون في تشريعه الأسري (26).

37- أما الأسلوب الفني لصياغة التقنين، فيجب أن نلبس التشريع، لبوسه

من **الشرع الحكيم**، ونشربه روحه، ومقاصده، وغاياته، وأن يتبع المشرعون اصطلاحات فقهاء الشريعة في مسائل الأسرة وما إليها، وأن يستعملوا العبارات السهلة الدقيقة المتينة، والموجزة الواضحة، والمناسبة للأحكام التشريعية المختلفة، التكاليفية، من حيث الأمر، والنهي، والإباحة، والأحكام الوضعية، وأن يكون للفظ في جنبات التقنين معنى واحد لا يتغير من باب إلى باب ولا يختلف من فصل إلى آخر (27).

فيقول الفقيه **(بتنام)** في إشارة إلى هذا المعنى: (ينبغي التمييز في عبارة القانون بين التحسين اللازم، والتحسين الثانوي، والأول: هو تخلص العبارة مما يفسد

معناها، والثاني: هو جعلها رشيقة بقدر احتمالها. وحيث كان الغرض من القانون، تنظيم سير الأفراد، وجب في تحصيله أمران: أن تكون عبارته واضحة، أي أنها تحدث في الذهن صورة مراد المقنن كما هي، وأن تكون مختصرة لثبوت في الذاكرة بالسهولة، والوضوح، والإيجاز، هما الصفتان اللازمتان، وكل ما كان من جانب الإيجاز فهو من جانب الوضوح أيضا. والأمور التي تمنع من حصول صورة ما أراده المقنن في الذهن مطلقا، أو كما هي عليه، أربعة: أولا: إذا كانت الجملة غير معقولة. ثانيا: إذا لم يشتمل إلا على جزء المعنى المراد. ثالثا: إذا أدت معنى غير الذي كان مقصودا للمقنن منها. رابعا: إذا تخلل الجملة الأصلية جملة أجنبية عن موضوعها. فعيوب العبارة حينئذ أربعة، عدم معقولية القضايا، إبهامها، اشتمالها على أكثر من المراد، قصورها عن اشتمال المراد (28).

ويقول في موضع آخر: (والإيجاز الذي نريده يكون في متن القانون فقط، أي في تركيب الجملة والفقر والطولة، معيبة، بالأخص في الموضع الذي يلزم للمقنن بيان إرادته فيه، وأكثر المعاييب في الفقرة هي أولا: الجملة المعترضة التي كان الواجب إفرادها على حدثها. ثانيا: التكرار بغير فائدة. تكرار ألفاظ الأنواع بدل ألفاظ الأجناس. ثالثا: تكرار التعريف بدل استعمال لفظ للمعنى المراد، وتعريفه مرة واحدة، رابعا: الاسترسال في الجملة بدل استعمال التقدير المتعارف، كما لو ذكر المؤنث والمذكر، وكان ذكر المذكر يغني عنهما، أو الجمع والمفرد، مع صلاحية أحدهما للدلالة عليهما. خامسا: الإيضاح بغير فائدة، كما لو أراد المقنن تعيين زمن، فلا يكتفي بذكر الوقت المستعمل للغاية المقصودة، بكل يذكر أيضا الأوقات السابقة.

ومن اللازم إراحة فكر مطالع القانون بتمييز الجملة، وفصل كل واحدة منها عن الأخرى في الفقرة الواحدة، وفي ذلك فائدة أيضا لسهولة الفهم والتعليق. وينبغي مع تقصير المواد، تنميرها للزوم فصلها عن بعضها، وجعل نمرة لكل مادة، هي الطريقة البسيطة التي تمنع الخط، وتسهل إيراد المواد والإحالة عليها.

وأما التحسين الثانوي، فثلاثة أمور: قوة التعبير، وانسجامه، ورفعته، فالقوة والانسجام، تابعان للغة من جهة، ولنظم الألفاظ من جهة أخرى، والرفعة ترجع إلى الاعتناء بتخليص العبارة من المعاني الثانوية التي لا لزوم لها، أو تضمينها ما احتاجت إليه من ذلك (29).

وفي موضع ثالث: (وإليك القواعد التي تنبغي مراعاتها في العمل: أولاً: ينبغي أن لا تستعمل في القانون إلا ألفاظ قانونية متعارفة عند الأمة، ثانياً: إذا ألجأت الضرورة لاستعمال لفظ اصطلاحي، وجب تعريفه في القانون نفسه. ثالثاً: يجب أن تكون ألفاظ التعاريف معلومة مستعملة، وإن لم يتيسر، وجب أن ينتهي التعريف بألفاظ من هذا القبيل ليس إلا. رابعاً: يجب أن يعاد المعنى بالألفاظ نفسها، فالدلالة على المعنى الواحد باللفظ الواحد، طريقة إيجاز، إذ يكفي بتغيير ذلك اللفظ أول مرة وفيها أيضاً زيادة إيضاح إذ تغير اللفظ يوجب الشك في قرار المقنن، وكما قلت الألفاظ واتحدت سهل على الكاتب إحكام معناها، والاعتناء باختيارها، أما من أسرف في الكلام، فهو غافل عن ضرر سقطاته ولن يبلغ حد الاحتراس حد المبالغة في عمل التقنين فيجب أن توزن ألفاظ القانون، كما توزن الجواهر الثمينة (30).).

38- وأما لغة تقنين الأسرة، فيجب على المشرع احترام لغة الدولة، وهي اللغة العربية إذ إنها مرآة حال الاجتماع العام وصورة تطورها وسجل علومها وآدابها وعنوان ما تمتاز به فمن العار أن تكون لغة التشريع والقانون والقضاء غير لغة الدولة، ومن الإنصاف والعدل، أن يتسنى للخصوم شرح دعاويهم وإبراز أدلتهم وتقديم دفوعهم ودفاعهم باللغة التي ألفوها ومرنوا عليها (31).

39- ثم هناك أخيراً، منهج صناعة التشريع، وهذا المنهج يتمثل في واجب المشرع في ملاحظة سعادة المجتمع المدني، وأحواله الاجتماعية العامة، ولا يتأتى ذلك إلا بمنهج رشيد يترسم دقة المنطق ومتانة الصياغة، يكمن في حسن صياغة جوهر (الحكم التشريعي) الأسري.

40- وهذا الحسن يتمثل في أساسين، الأساس الأول: العلم وهو معرفة المواد الأولية لصناعة الحكم التشريعي، عن طريق معرفة واقع الاجتماع العام، وحاجاته المتجددة وتسجيله بالمشاهدة، والتجربة والاستقراء وتقويمه بمثل المجتمع العليا القطعية في مصدره الخالدين الكتاب والسنة (32).

41- فالمواد الأولية تتكون من عنصرين الواقع والمثال، وتتمثل في الأصول الطبيعية، وتشمل أحوال المكلفين المادية، من حيث تكوين الإنسان العضوي، والخلقي والنفسي، ومن حيث تكوين الطبيعة من مناخ، وأجواء ومن حيث الأحوال الاقتصادية، والاجتماعية، وتتمثل في الأصول التاريخية، وتشمل الخبرات والعادات

التي اكتسبها المجتمع على مر العصور، وتتمثل في الأصول المثالية، وهي المثل العليا التي لا ينهض مجتمع إلا بها.

42- والأساس الثاني: الصياغة: وهي قالب أو النمط الذي يصنع من هذه المواد الأولية الواقعية، والمثالية ويصوغها في بنية أو شكل حكم تشريعي، تكليفي أو وضعي لحياة المجتمع المدني (33).

ب- مصادر الصياغة

43 - يجب أن يكون تقنين الأسرة مستمدا في صياغته من مصادر عديدة، إذ يتوجب على لجنة الاشتراع التي يوكل إليها مهمة صياغة تشريع الأسرة، ووضعه في صورة مواد متسلسلة تقنينية، أن تستمد مشروعها من أحكام الشريعة الإسلامية، وفقه مذاهبها ومن القضاء الإماراتي على مدى ربع قرن، ومن التقنيات الأسرية، ومدونات الأحوال الشخصية للدول العربية.

1 - الشريعة الإسلامية وفقهها

44- تعد الشريعة الإسلامية، هي شرعة البلاد الأصلية ومن ثم يجب أن تنال هذه الشريعة عناية المشرع، لتكون مصدر التقنين الوحيد إذ إن في الشريعة مبادئ جليلة وأحكاما نفيسة وقواعد مرنة تتطوي على قيم عظيمة لا يمارى في علوها وتفوقها وصلاحها لكل زمان ومكان، وأن مذاهبها الفقيهية وآراء الأئمة المشترعين منها تحتوي على ثروة فقهية قانونية، غنية بالأحكام التشريعية، والتصورات الفقهية، تلبي حاجات الحياة المدنية الحديثة.

45- إننا نريد أن نصوغ تقنينا للأسرة الاتحادي، من آراء فقهاء الشريعة الكبار في مسائل الزواج، ومقدماته من الخطبة والمهر والطلاق والنفقة والعدة والوصية والميراث، ما يكون أكثر اتساقا مع روح العصر وتمدنه دونما تقييد بمذهب فقهي معين، أو رأي إمام أو فقيه فيكون هذا التقنين إصلاحا قانونيا جذريا كاملا، في مجال الأسرة.

46- نحن لا نأبى الاقتباس، فالحكمة ضالة المؤمن، بيد أننا أثرياء في المصدر، والمادة، والموضوع، وخاصة في أحكام الأسرة وحقوقها، لكننا نحتاج إلى اقتباس أساليب الصياغة الحديثة، وقواعد صناعة التقنين، وفق التبويب والتقسيم، فنعمل على استنباط كنوز الأحكام التشريعية من هذا الفقه، العظيم، الذي تعاقبت أجيال المشرعين من أئمة الفقه، وعباقرته، على حراثته، وسقايته ورعايته، وتعهده، حتى نما كالشجرة العظيمة أصلها ثابت وفرعها في السماء. (34).

47- إننا نريد أن ندخل التقنين في الشريعة، فنضع تشريعاً جديداً ونصنع قانوناً مبتكراً ونصوغ نظاماً فريداً، على أساس متين من أصول شريعتنا، وقواعدها، ورسمها العتيد، لكننا حينما ندعو إلى هذه الشريعة، لا ندعو أن يكون صناعة التقنين مقيدة بما نص عليه (خليل)، أو (الدردير) أو (ابن عبد البر) أو (الخرشي) أو (عليش) أو (ابن حزم)، إنما نريد أن نرجع إلى الفقه الإسلامي بشموله، وتعدد اجتهاداته الفقهية، وتنوع تصوراته الحقوقية، وقيمه الخالدة، وحقائقه النبيلة ونظرياته التشريعية العميقة الخصبة.

48- وقد يتساءل إنسان، لكن ما الخطة التشريعية لصناعة تقنين للأسرة، مستمدة من نصوص الشريعة، ومجموع فقهاء الخالد؟

49- فالخطة التشريعية، تكمن في أن مجموعة الأحكام التشريعية الأسرية، ترجع إلى أصليين: الأول: النصوص التشريعية القطعية في المصدرين الخالدين. ثانياً: - الاجتهاد الذي هو مرجعه الوحيد تلك النصوص التشريعية، وإن تعددت طرقه وتنوعت (35).

50- وهذا الاجتهاد الذي ينبغي للجنة الرئيسية لصياغة التقنين، أن تسير عليه وتهتدي به، يقرر (36):

1- أن تلتزم لجنة صياغة تشريع الأسرة، أحكام الشريعة القاطعة في الثبوت والدلالة، والمبادئ الكلية، والقواعد الأسرية الثابتة، والقيم العائلية العامة، وأصولها الرئيسية، وروحها العامة، وأن لا تخالف النظام الشرعي العام، بحجة التطور، ومراعاة حقوق الأسرة، إذ إن هذه الأحكام القاطعة، والمبادئ الكلية، التي تعاقبت أجيال المشرعين على صياغتها، ورعايتها، هي الدعامات الأساسية، والركن القوي، للمحافظة على كيان الأسرة وتماسكها.

2- أن الشريعة وضعت لمصالح المكلفين، وتقويم حياتهم المدنية الاجتماعية، وأن هذا الدين يسر، وليس عسرا، وأن المشقة تجلب التيسير، وأنه كثيراً ما أخذ الفقهاء المتأخرون بالأراء المرجوحة، وغير المشهورة، والضعيفة، في مسائل الزواج، والطلاق، والرجعة، واعتمده أساساً لبناء الأحكام القانونية، والقواعد الفقهية، وذلك لتغيير الزمان، أو المكان، أو البيئة، أو الأعراف والعادات، أو لأن هذه الأراء كانت أرفق بحال المكلفين، ومعيشتهم اليومية، وما استجد من واقعات، وأحوال متطورة معقدة، وبما يحقق مصالحهم في محيط الأسرة.

3- أن تجمع لجنة صياغة التقنين الأراء التشريعية، والأحكام الفقهية، والمبادئ القانونية، والقواعد الأسرية، من كتب فقه المذاهب الفقهية كلها (متونها، وشروحها، وهوامشها، وتقاريراتها، وتلخيصاتها، ومبسوطها، ومطولها، ومختصراتها)، ومن غير كتب الفقه، ككتب الأصول، والقواعد، والتفسير، والسنة، والأدب، والحديث، ولا تعتمد على المنصوص عليه منها صراحة فحسب، بل تعتمد على غير المنصوص، وترتكز على ما يؤخذ منه مباشرة، أو غير مباشر، ومن عله ومقاصده، وغاياته، وحكمته، ومن القواعد العامة المذهبية للمذاهب الفقهية، وتلفق بين الأراء الفقهية، والقواعد القانونية في المذاهب.

لكن بشرط التنسيق بين هذه الأحكام التقنينية الملقاة، وربطها بعضها ببعض ربطاً متيناً، بمنهج واحد، وخطة مستقيمة، وفكر موحد، يكون فيه التشريع محكماً ومنطقياً، يجمع فيه أشتات الفروع الفقهية المستنبطة، والأحكام التشريعية المجمعة، في كل موضوع من موضوعات الأسرة بنسيج واحد، وهيئة متأخية غير متنافرة، بغير أن تصطم بالأحكام الكلية والروح العامة والنصوص التشريعية القاطعة لبيان الأسرة.

3- ألا تنقيد لجنة الصياغة بمذهب فقهي معين في صياغة تقنين الأسرة، بل تمد بصرها لهذه الثورة التشريعية من الأراء الفقهية، والنظريات الحقوقية في المسائل كلها، حتى في المسألة الواحدة بعينها، فتتزع حكم المسألة التشريعية الواحدة من أكثر من مذهب فقهي، وتلفق الأراء، وتوفق القواعد، وتلصق الأحكام الفقهية بعضها ببعض، لتوافق روح العصر، ومتطلبات الاجتماع العام، وتغيير الزمان، وتطور الحياة المدنية، وتسارع الأوضاع المستحدثة، ولا تنقيد بما نص على أنه القول الصحيح، أو الأصح، أو الراجح، أو المشهور، أو المعتمد،

أو المفتى به، أو المقضي به، في مذهب من المذاهب، أو في رأي من الآراء، أو في مسألة من المسائل، أو في حكم من الأحكام، أو في واقعة من الوقعات، بل يؤخذ بالمرجوح، وغير المتعمد، أو غير المشهور، طالما يحقق مصالح المكلفين وأسرهم، ويرفع الحرج باستنباط الحلول المبسطة اليسيرة.

5- أن تتخذ اللجنة أكثر الأقوال الفقهية ملاءة للصالح العام، وما يوافق سعادة المجتمع المدني، وحاجاته، ويواكب رقيه الاقتصادي والاجتماعي، على ضوء أحكام القضاء العالي، وما استقر عليه من مبادئ قضائية، واجتهادات راسخة في إصلاح الأسرة، وتماسكها وتقوية وحدتها، وحمايتها من التمزق والشتات.

6- أن تبتعد اللجنة عن الآراء المتطرفة، أو الأقوال الشاذة، والنظريات المتحررة، أو المصادمة لنصوص الشريعة القاطعة، أو روحها التشريعية العامة، أو أصولها الكلية، كالغاء تعدد الزوجات، وتمكين المرأة من الزواج دون رقابة الولي، وإلغاء واجب طاعة الزوج بالمعروف، وتقاسم أموال الزوج بعد الطلاق، ومنع الطلاق، مع الأخذ في الحسبان أن بعض الآراء الفقهية غير المعتمدة في المذاهب، كالتعويض عن فسخ الخطبة، وتقييد ألفاظ الطلاق، والطلاق الثلاث، أو الطلاق أمام موثق، أو اثبات الرجعة، قد يعتبرها بعض الفقهاء آراء متطرفة، أو شاذة، وهي ليست كذلك، إذ إنها تدخل في الأحكام الاجتهادية في إطار الشريعة السمحة.

7- أن ينظر في علاج المشكلات الاجتماعية، باستنباط الأحكام الشرعية لها، على ضوء الدرس، والتحليل، والإحصاء، والاستقراء، والنظرة الصحيحة الموضوعية المجردة، والنظر إلى هذه المشكلات بنظرة شمولية عامة، لا إلى مشكلة فرد بعينه، حتى يكون التشريع عامًا، ينظر إلى مجموع المكلفين، وخاصة أن أوضاع الأسرة معقدة، وشؤونها دقيقة، وأمورها متشابكة.

2 - أحكام القضاء الإماراتي

51- يحرص القضاء الإماراتي بشكل عام، على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وفقه مذهبها، على الدعاوي الأسرية ومنازعاتها المعروضة أمامه،

واستنباط القواعد الأسرية من تلك الأصول التشريعية اللائقة بالحوادث العائلية، وتفريع المبادئ، وإنزال الواقعات على المنازل المناسبة لها من الأحكام والنظم القانونية، فيرتق بهذا التطبيق عيوب الصناعة الفقهية، ويكمل بهذا التوسيع قصور الآراء النظرية، والصياغة التشريعية، ويتم بالتفسير والبيان مبهم اجتهادات الفقهاء، وقصور تصوراتهم القانونية.

52- ولذا، يعد القضاء الإماراتي من القضاء المتميز، في تطبيق الشريعة الإسلامية، المثبوت اجتهاد فحول الفقهاء في بطون متون كتب الفقه، وشروحه التفصيلية، إذ كانت مهمة القضاء الإماراتي، مهمة صعبة، ومحفوفة بالمخاطر وعسيرة، فقد كان يطلب منه أن يرسى مبادئ الأسرة التشريعية، وقواعدها القانونية، أخذاً من آراء المشرعين من مذاهب الفقه بتنوع مذاهبه، وتعدد آراء أئمتة، واختلاف فروعهم، ناهيك عن أصولهم.

53- وقد وفق هذا القضاء الراسخ في هذه المهمة، وقام بعمله الاجتهادي في التفسير، والبيان والإيضاح، والتطبيق والاستنباط، بشيء من المهارة الفقهية البارعة، واللياقة القانونية المنطقية البارعة، ومن ثم، فإنه يتعين على لجنة صناعة التشريع، أن تستفيد من هذه الاجتهادات العملية الرائعة التي أرساها هذا القضاء، ومن تجربته القضائية التطبيقية في حل مشكلات الأسرة، وذلك ضد صياغة التقنين.

54- ومن المستحسن، أن نذكر بعض الاجتهادات القضائية العليا، التي تعد جديرة بالبحث التشريعي، والدرس القانوني، لنمدل بها على وجوب اعتبار القضاء الإماراتي مصدراً في صياغة تشريع الأسرة، إذ حسم فيها القضاء خلافاً كان سائداً في الفقه الإسلامي.

1- الشكل في الإجراءات: من القضاء المشهور المبتكر (للمحكمة الاتحادية العليا) أنها لم تعتبر الشكل إلا أداة لصون حقوق المكلفين، ودفع الضرر عنهم، فقد قررت (أن أحكام الشريعة الإسلامية، لا تحتفل في الأصل بالتقيد بالشكل في إجراءات سير الخصومة، أو الطعون أمام القضاء، إلا اضطراراً لتصون به حقاً، أو ترد به باطلاً، ومن ثم ينبغي أن تكون مسألة القواعد الإجرائية، في ظل أحكام الشريعة الإسلامية، أداة طيعة، ذلولاً مأمونة الطريق من شأنها تيسير التقاضي، والتعجيل بحسم الخصومات، وتوفير الوقت والجهد على القضاة والمتقاضين (37).

2- **النفقة الزوجية:** أخذ القضاء الإماراتي بمذهب الفقه الإسلامي المالكي، بأن نفقة الزوجة، تقدر بحال الزوج والزوجة معاً، فقد قضت (محكمة تمييز) دبي، بأن (نفقة الزوجة عند المالكية تعد بوسع الزوج، وحال الزوجة (38)).

كما قررت بأن نفقة الزوجة ليست ديناً ضعيفاً، فلا يسقط بمرور الزمان، تقادم الدين، إذ قالت (من المقرر في المذهب المالكي، أن نفقة الزوجة لا تسقط بمرور الزمان، متى كان الزوج موسراً وأنها تقدر بحسب وسع الزوج، وحال الزوجة، وحال البلد الذي يقيم فيه الزوجان من حيث الأسعار (39)).

3- **التطبيق للضرر:** من الاجتهاد المبتكر للقضاء الإماراتي، أنه أجاز التطبيق للضرر الفاحش، ولو لم يتكرر، فقد قضت (محكمة التمييز) بدبي، بأنه (من المقرر في مذهب المالكية الذي يعتبر المصدر التشريعي لطلاق الضرر، والذي له الأولوية في التطبيق، على ما هو مقرر، قضاء هذه المحكمة، أن الزوجة إذا ادعت على زوجها، بأنه يؤذيها بأي من أنواع الإيذاء، من قول أو فعل مما لا يكون عادة بين أمثالهما، ولا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية بينهما، وطلبت تطبيقها منه، وأثبتت دعواها بالبينة، أو بإقرار الزوج، فإنه على القاضي أن يجيب طلبها، ويطلقها منه، طلاقاً بائناً، ولا يشترط لإجابة طلبها تكرار الضرر، إذا كان بيناً، أي فاحشاً، بل يكفي لذلك أن يثبت إنه صدر منه ولو مرة واحدة (40)).

4- **إثبات الضرر:** إن القضاء الإماراتي يتوسع في أدلة إثبات أضرار الزوج لزوجته، فقد قضت (المحكمة الاتحادية العليا)، (أن من وسائل إثبات ضرر الزوج لزوجته، شهادة الشهود، كشهادة العدول، أو شهادة السماع الفاشي المستفيض من الجيران، أو غيرهم يشهدون أن فلانا يضر بزوجته فلانة بضرب، أو شتم، أو تجويع، أو عدم كلام، أو غير ذلك، مما يقطع به العرف، أنه ضرر (41)).

5- **الطاعة الزوجية:** قضت (محكمة التمييز) بدبي، بأنه (من المقرر شرعاً، أن طاعة الزوجة لزوجها واجبة عليها، إذا توافرت شروط الطاعة، ومن تلك الشروط، إعداد الزوج لها مسكناً شرعياً، ويقرر فقهاء المذهب المالكي، أن يراعي في المسكن حال الزوج، ومدى قدرته المالية، وحال الزوجة من حيث

وصفها الاجتماعي، فإن كانت من ذوات القدر والمكان الرفيعة، فيلزمه أن يسكنها في مسكن مستقل، وخاص بها ، لا يشاركها فيه أحد من الناس، فإن أسكنها في دار فيها أقاربه، فلها الامتناع عن ذلك، ولو كان المشاركين لها في المسكن أبواه، لما فيه من الضرر بإطلاعهم على حالها، والتكلم عليها، إلا إذا يشترط عليها عند العقد، أن تسكن معهم، فليس لها الامتناع ما لم يحصل منهم ضرر (42).

6- **إثبات النسب:** استقر اجتهاد القضاء الإماراتي، على أن النسب يحتاط في إثباته، فقد قررت (محكمة التمييز) بدبي، أنه (من المقرر في قواعد الشريعة الإسلامية، أن الأصل في النسب الاحتياط في إثباته بقدر الإمكان، فيثبت مع الشك، ويبنى على الاحتمالات النادرة، التي يمكن تصورها بأي وجه، ولهذا يثبت بالادعاء مع القدرة على النطق، بخلاف سائر التصرفات، وإذا احتملت العبارة إثباته وعدمه، صرفت إلى الانتباه، وإذا تعارض ظاهران في إثباته قدم الظاهر المثبت، كما أن من القواعد المقررة في أحكام الشريعة الإسلامية، أن الإنسان إذا أقر ببنوة مولود، ثبت نسبه منه بإقراره، إذا توافرت الشروط اللازمة لصحة هذا الإقرار، ومن تلك الشروط أن يكون المقر له مجهول النسب، وأن يولد مثله لمثل المقر، وأن لا يقربأنه من الزنى، وأن يصادق المقر له المقر على هذا الإقرار، إن كان من أهل المصادقة، بأن كان بالغاً أو مميزاً، وإذا رجع المقر عن إقراره لا يلتفت إلى قوله، ولا ينتفي نسب الولد عنه برجوعه، لأن حق المقر له قد تعلق بهذا الإقرار، حيث ثبت نسبه منه، والنسب الثابت لا يقبل النقض والإبطال بوجه من الوجوه، والإقرار في النسب قد يكون صريحاً في عبارة المقر، وقد يكون ضمناً من دلالة التعبير، ومن السكوت في بعض المواضع التي يعتبر الساكت فيها مقراً بالحق المسكوت عنه، وذلك استثناء من القاعدة (لا ينسب إلى ساكت قول) (43).

7- **وثيقة السفر الخاصة بالبنات المتزوجة:** قضت (المحكمة الاتحادية العليا) في اجتهاد جريء، أن جواز السفر وثيقة شخصية لحاملها، لا يجوز حرمان صاحبه من الانتفاع به ولو كان بنتاً، فقد قالت: (إن جواز السفر، هو وثيقة شخصية تمنحها الدولة لمن ارتبط بها برباط الجنسية، وإن الغرض منه تمكين حامله من مباشرة حقه في التنقل خارج حدود الدولة، والتمتع بحمايتها له في الخارج، ممثلة في سفاراتها وقنصلياتها، وإثبات هوية وشخصية داخل الدولة،

وهو حق شخصي مستقل مصدره القانون، وسببه ثبوت رابطة الجنسية بين الفرد ودولته ومن ثم فلا يجوز حرمان الفرد من الانتفاع بجواز سفره في الغرض الذي أعد من أجله، إلا بموجب أمر قضائي لضرورة عاجلة، أو لدرء خطر حال وشيك، لا يمكن تداركه في إطار الشرعية والموضوعية (44).

8- **حكم الحكمين:** إستقر قضاء (المحكمة الاتحادية العليا)، على أن حكم الحكمين ملزم للزوجين وللقاضي، فقد قضت المحكمة بأن (فقهاء المذهب المالكي المعمول به في الدولة، قد نصوا على أن قرار الحكمين اللذين ثبتا على الوجه الصحيح شرعا ملزم للزوجين، وملزم أيضا للقاضي. (45).

2- حركة التقنيات الأسرية

55- لعل المشرع الاتحادي، وهو بصدد صياغة تشريع للأسرة، وصياغة تقنين للعائلة، يستفيد من حركة التقنيات العربية الأسرية، قديمها وحديثها، في وضع قانون للأحوال الشخصية الاتحادي، باعتبار أن هذه المدونات الأسرية مصدر ثري للجنة الصياغة، إذ تستطيع أن تستمد من هذه المدونات – الكثير من المبادئ القانونية، والأحكام التشريعية، في مجال تنظيم الأسرة، وشؤونها وخاصة أن تجارب غيرنا في حل مشكلاتهم الأسرية التي تتقارب مع مشاكلنا، خير عون لنا في صياغة أحكام القانون، تناسب حال الاجتماع العام، لاسيما، وأن المجتمعات المدنية ليست بكائن حي مستقل عن بعضه الآخر في مظاهر الحياة الاجتماعية (46).

56- لكن إذا كان من المقرر أن تجارب المجتمعات تشريعية، تعاون على حل المشكلات الاجتماعية، وأنه لا يمنع من الاستعانة بها، بيد أن هذه الاستعانة التشريعية لسد النقص أو التسلم في التشريع الأسري الاتحادي، يجب أن يسبقه تحديد المادة المستفادة منها، بطريقة فنية، بتقويم الموضوع اجتماعيا، ودرسه دراسة مستفيضة في التقنين الأسري المأخوذ عنه، وأن يتبع تطور المسألة التشريعية التي بصدها، من وقت نشوءها اجتماعيا، وبيان تطور الحالة مدنيا، وكيفية علاجها تشريعية، بمعنى أن المادة التشريعية في التقنين الأسري

المستقي عنه ، يجب أن تدرس ككائن حي، لا كمجرد هيكل عظمي مجرد من معنى الحياة، بتحليل النص التشريعي، وعلاقته بالحياة العملية وتحليل أحكام القضاء ثم إذا ارتأى مناسبة هذا الحكم التشريعي لحال الاجتماعي العام في المجتمع المدني، يتعين أن يدمج في التشريع الوطني، وينسق مع أحكامه العامة ليتسق معه، ويطبغ بطابعه، وروحه، ونظامه ونسقه (47).

57- فمثلا، لا يؤخذ من بعض التشريعات الأسرية العريقة، أحكام الخلع بإرادة منفردة، طالما أن التجارب الحق لم تثبت وجود المشكلات الاجتماعية في مجتمعنا، والتي دعت الأخذ إليه في هذه التشريعات، ولا يؤخذ أحكام منقولات مسكن الزوجية في التشريع الأسري المصري، إذ إن المقرر شرعا، أن الزوج في مجتمعنا هو الذي يلتزم تأنيث مسكن الزوجية، ولا تلتزم الزوجة شيئا منه، وقس على ذلك.

58- و إذ كانت الاستفادة من حركة التقنيات الأسرية، تحتاج إلى دراسة تاريخية للتشريعات المتماشية في البيئات المدنية الاجتماعية، والمتحدة في المصادر التشريعية، لبيئتنا، وتشريعاتنا، وموازنتها، فإنه لا يمنع الاستفادة من حركة هذه التقنيات، في صناعة التشريع، من حيث التبويب والتقسيم، والألفاظ، والصياغة، والشكل، للخروج بدقة الصناعة، ومتانة منطق الصياغة، لا من حيث الأحكام الموضوعية، فيجوز أن نقتبس الأساليب في وضع النصوص التقنية، وصياغة المواد، ضمانا لسلامة الأداء، ودقته اللغوية، ومتانته اللفظية، وذلك بالاسترشاد ببعض نصوص المدونات العربية الأسرية، للاستفادة من دقة تعبير نصوصها التشريعية، ولزيادة الاطمئنان إلى سلامة الصيغة، واللفظ التقني وتناسقه حتى يعبر عن معناه، ومراده التشريعي بذاته، كقانون الأحوال الشخصية الكويتي، ومشروع قانون الأحوال الشخصية العربي الموحد، وقانون الأحوال الشخصية الخليجي (وثيقة مسقط)، وقانون الأحوال الشخصية المغربي، ومشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للأقليم المصري والسوري (48).

(4)

الخاتمة

59- بنينا فيما سبق مقدمات منهجية، أننا نحتاج إلى وضع تقنين للأسرة الاتحادي غير مقيد بمذهب فقهي معين، يعالج المشكلات الأسرية ويحل العضلات العائلية الشائكة، وأنه آن الأوان بعد مرور قرابة أكثر من ربع قرن على قيام دولة الاتحاد، وصدور كثير من التشريعات المدنية والتجارية، ولم يعد غير تقنين الأسرة، ينتظر الولادة، بعد أن أعياه الانتظار وتعسرت ولادته.

60- أننا نريد أن يكون أساس التقنين وصياغته نبعين خالدين، لا نريد أن نتزحزح عنهما وقد جربنا الملاذ بهما والاعتصام بهديهما، قرونا عديدة (49) وكانت لنا العزة، والسعادة، والعقل من اتعظ بغيره، والسعيد من وقته التجارب، (فستذكرون ما أقول لكم، وأفوض أمري إلى الله، إن الله بصير بالعباد) [سورة غافر: 44].

61- فهل لنا أن نغتنب بصدور تقنين للأسرة اتحادي في ظل القيادة الرشيدة، لسلفنا الفقيد، ونحن على أعتاب القرن الواحد والعشرين، يكون فخرا لدولتنا الحبيبة، في عز نهضتها الرائدة، وتطورها المدني والاجتماعي، وعلمنا ومنازا بين أمتنا العربية والإسلامية، نرفع من شأنها الأسري التشريعي (50) .

أمل أن يكون ذلك التقنين الأسري منار فخر وإشعاع .

الحواشي والتعليقات

1- لقد أرست (المحكمة الاتحادية العليا) مبادئ نفسية، وأحكاما جلييلة، في أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد للتشريع في دولة الإمارات العربية المتحدة، وأن عملية التشريع يجب أن تستقي منها، إذ إن دين الدولة الإسلام، وأن

الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي بل المصدر الأسمى لكل ما يصدر عن سلطات الاتحاد من تشريعات (طلب التفسير رقم 4 لسنة 9، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 1983/1/25، وطلب التفسير رقم 14 لسنة 10، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 1983/1/30 والظعن رقم 4 لسنة 7 جزائي، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 1980/2/24).

2- ر: في مدى النفوذ العثماني وسيادته في الخليج العربي، (دراسة لتاريخ الإمارات العربية)، للدكتور جمال زكريا قاسم، ص 172، وما ب.

3- ر: في تفصيل إجراءات التقاضي وفقه المرافعات أمام القاضي في الإمارات، وكيفية اتصاله بالدعوى، بحث: (المحاكم المختصة بالدعوى الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة)، للمستشار عبد الوهاب عبدول، ص، 6، والمقدم إلى ندوة القضاء الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، العين، الموافق 29 مارس 2004، وبحث: (النظام القضائي البريطاني في منطقة الخليج العربي (1892-1946)، للدكتورة فاطمة الصايغ، ص 55، مجلة شؤون اجتماعية، سنة 12، عدد 48، (والإمارات من القبيلة إلى الدولة)، للدكتورة فاطمة الصايغ، ص 175.

4- قضت (محكمة التمييز) في دبي (بأن المحاكم في إمارة دبي ملزمة بإنزال حكم النصوص التشريعية المعمول بها في تلك الإمارة، وذلك على الدعوى والمواد التي تعرض عليها، فإذا لم تجد نصا يحكم النزاع، طبقت عليه أحكام الشريعة الإسلامية، على أن تراعى تخير أنسب الحلول من مذهب الإمام مالك، والإمام أحمد بن حنبل، فإن لم تجد فيهما حلا للمسألة المعروضة، رجعت في شأنها إلى مذهب الإمام الشافعي، والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة، ولما كان ذلك وكان الثابت في الدعوى، أن الطاعنة وقت انعقاد زواجها بالطاعن الأول من مواطني دولة الإمارات العربية المتحدة، وإن كانت لا توجد في هذه الدولة، ولا في إمارة دبي نصوص تشريعية تحكم الشروط الموضوعية لصحة الزواج، فإن أحكام الشريعة الإسلامية تكون هي الواجبة التطبيق على تلك الشروط، على أن يراعى عند تطبيقها، تخير أنسب الحلول من مذهب الإمام مالك، والإمام أحمد بن حنبل) (الظعن رقم 5 لسنة 1993، أحوال شخصية

محكمة التمييز بدبي، جلسة 1993/5/31، والطعن رقم 57 لسنة 1999،
أحوال شخصية، محكمة التمييز بدبي ، جلسة 2000/4/23).

لكن (المحكمة الاتحادية العليا) في حكمين لها، لم تغير قانون المعاملات
المدنية الاتحادي الشريعة العامة للأحوال الشخصية عند عدم وجود نصوص
تشريعية للنظرية العامة للأحوال الشخصية (الطعن رقم 140 لسنة 10 أحوال
شخصية المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 1989/1/17، والطعن رقم 29 لسنة
11، أحوال شخصية المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 1989/11/28).

5- لم تنقيد (المحكمة الاتحادية العليا) في بعض الأحيان، بمذهب الإمام
مالك، وخرجت عنه لتطبيق مذهب الإمام أبي حنيفة، فقد قضت في جلسة 29
سبتمبر 2001 (بأن المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية أوجبت تطبيق
النصوص الشرعية الإسلامية على جميع المسائل التي تتناولها نصوص هذا
القانون، على أن يراعى تخير أنسب الحلول من مذهب الإمام مالك والإمام أحمد
بن حنبل، وللفاضلي حسبما تقتضيه المصلحة أن يختار أنسب الحلول من مذهب
الإمام الشافعي وأبي حنيفة، وبما أن هذه المحكمة العليا سبق لها أن اختارت
الأنسب، فيما يخص ابتعاد ولي المحضون عن حضانتهم، أن لا تنقيد بما جاء في
ظاهر نص مذهب الإمام مالك، من أنه يجب على الحاضنة أن لا تسكن بعيدة
بمحضونها عن وليه بمسافة تزيد عن ستة يرد، بل راعت ما يستلهم من غاية هذه
النصوص، والحكمة التي تقتضيها، والتي جاءت في نصوص مذهب الإمام
الأعظم أبي حنيفة، والتي تنص على أن المطلقة إذا أرادت أن تخرج بولدها من
المصر إلى مقر آخر، فليس لها ذلك إلا إذا كان بين المصرين مسافة تمكن الأب
الولي أن يبصر ولده ثم يرجع من نهاره، وبما أن هذه المقتضيات خولت لفاضلي
الموضوع السلطة في تحصيل فهم الواقع، وتقدير أدلتها، وتفسيرها، واستخلاص
ما إذا كانت المسافة التي تفصل بين المحضون وهو بيد حاضنه وبين مسكن وليه
(والده)، يجعله يقوم بواجب مراقبة تربية ولده ، ورعاية مصالحه وفق ما يقتضيه
واجب ولايته عليه دون أن يتحمل مشقة غير عادية تحول بينه وبين قيامه بهذا
الواجب، فإذا توافر ذلك لم تسقط حضانة الأم على الرغم من سكنها بمحضونها
بغير المصر الذي يسكن به وليه، اعتبارا لتوافر مصلحة ورعاية المحضون
ببقائه، بيد أمه ترعاه، وتحنو عليه، مع تمكن والده من الإشراف على تربيته،

وتنظيم حياته، وبذلك تكون المصلحة الأساسية، وهي المتعلقة بصيانة الصغير قد توافرت بحصوله على حنان الأم، ورعاية الأب (الطعن رقم 60 لسنة 23، أحوال شخصية، المحكمة الاتحادية العليا جلسة 2001/9/29).

6- قارب هذا الوضع التشريعي في دولتنا الوضع التشريعي في مصر قبل صدور قانون للأسرة، وتطبيق المذهب الحنفي دون تعيين لطلبات وأحكام هذا المذهب، (الأحوال الشخصية)، للأستاذ الكبير محمد أبو زهرة، ص 9 .

7- ر: وفي بيان هذه الإصلاحات الفقهية في المذهب الإسلامي المالكي، نظم (أبو طليحية) للشيخ محمد العلاوي، ص 55 وما ب.

8- من الأحكام الفقهية التي تصر عليها (المحكمة الاتحادية العليا) على الرغم من منافاتها لروح العصر، وما وصلت إليه المرأة من مكانة اجتماعية، ما توجبه المحكمة في ترشيدها للمرأة للتصرف في أموالها، من بلوغ ودخول الزوج بها وشهادة العدول على صلاحها، وحسن تصرفها ومن ثم فإن عدم زواج المرأة البالغة من العمر الحادية والعشرين سنة، يجعلها محجورة (الطعن رقم 114 و 115 لسنة 17 أحوال شخصية، المحكمة الاتحادية العليا، وجلسة 1996/4/13 والطعن رقم 13 لسنة 20 أحوال شخصية، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 1998/11/14).

كما تذهب (المحكمة العليا) (ومحكمة التمييز) بدبي، إلى تطبيق المشهور من المذهب المالكي، الذي يقضي بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد في مجلس واحد، يقع ثلاثاً (الطعن رقم 96 لسنة 17 أحوال شخصية، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 1992/6/24، والطعن رقم 93 لسنة 21 أحوال شخصية، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 1999/6/19) (الطعن رقم 36 لسنة 1999 أحوال شخصية، محكمة التمييز بدبي، جلسة 2000/10/23). مع أن هناك رأياً فقهياً آخر في المذهب المالكي نفسه، يمثلته الفقيه ابن المغيث، واللخمي، وجمهرة فقهاء المذهب المالكي من علماء الأندلس، يرى أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يعد طلاقاً واحدة.

ومن الأحكام الفقهية التي لا تتناسب روح العصر، اعتبار التعويض (المتعة) عن تطليق الزوجة دون سبب، أمر جوازي في الفقه المالكي (الطعن رقم 10، 9 لسنة 1997 أحوال شخصية، محكمة التمييز بدبي، جلسة 1997/9/1).

9- جرى قضاء (المحكمة الاتحادية العليا)، على اعتبار قول الزوج لزوجته، (أنت علي حرام) طلاقاً بئنة، تبين منه الزوجة بينونة كبرى مع أن

الإمام القرافي يرى أن هذا الرأي المشهور في المذهب المالكي مبني على العرف. (الطعن رقم 155 لسنة 14 أحوال شخصية، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 1993/3/20)

10- إستقر (قضاء المحكمة الاتحادية العليا) على أن سفر ولي المحضون مسافة قدرها ستة يرد فأكثر، تسقط حضانة الحاضنة (الطعن رقم 37 لسنة 17 أحوال شخصية، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 1995/6/17 والطعن رقم 32 لسنة 20 أحوال شخصية، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 1998/7/4) ومن ثم فإن انتقال الولي من إمارة أبوظبي إلى إمارة الشارقة وهي تبعد أكثر من مئة وخمسين كيلو مترا، تسقط حضانة الحاضنة.

11- (سير أعلام النبلاء) للذهبي ، ح 8، ص 123.

12- ر: الطعن رقم 5 لسنة 1993 أحوال شخصية، محكمة التمييز بدبي، جلسة 1993/5/1.

13- الطعن رقم 31 لسنة 17 أحوال شخصية، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 1995/12/16.

14- الطعن رقم 32 لسنة 20 أحوال شخصية، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 1998/7/4، والطعن رقم 8 لسنة 17 أحوال شخصية، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 1995/6/17 .

15- الطعن رقم 60 لسنة 23 أحوال شخصية، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 2001/9/29، والطعن رقم 186 لسنة 18 أحوال شخصية، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 1997/12/27.

1 16- قضت (المحكمة الاتحادية العليا)، بأن القضاء يمثل مظهرا من مظاهر سيادة الدولة، وهذا يقتضي أن تتصدى محاكمها للفصل في النزاعات التي تثور على أرضها، إذ نصت المادة العشرين من قانون الإجراءات المدنية، أن المحاكم تختص بنظر الدعاوى التي ترفع على المواطن، والدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الدولة، ولما كان ذلك وكان الطاعن يقيم على أرض الدولة، وكذلك المطعون عليها، فإن محاكم الدولة هي المختصة بنظر النزاع بينهما (الطعن رقم 68 لسنة 15 أحوال شخصية، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 8 يناير 1994).

كما نصت (المحكمة الاتحادية العليا) بأن النص في المادة 21 من قانون المعاملات المدنية، على أنه (يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الإجرائية، قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات، وكان النص في المادة 20 من قانون الإجراءات المدنية، أنه فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار في الخارج، تختص المحاكم بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الدولة) والموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، ولا يعتد بموطن الزوج بالنسبة للزوجة إذا وقع الشقاق بينهما، إذ يفقد موطن الزوج صفته كمواطن للزوجة إذا تركته لتقيم بمكان آخر واستقرار الإقامة في مكان معين، مرده نية الشخص ويستدل على ذلك من أحوال الدعوى وملابساتها، وتقدير قيام عنصر الاستقرار ونية الاستيطان اللازم توافرها في الموطن، من الأمور الواقعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تحمله، لها أصلها الثابت في الأوراق، ولما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم اختصاص المحكمة دولياً بنظر الدعوى، على ما أورده بأسبابه من أن المطعون عليها تقيم بالمملكة العربية السعودية، وهذه أسباب سائغة لها معينها من الأوراق، إذ تبين من صورة جواز سفر المطعون عليها أنها أصبحت تقيم بالمملكة العربية السعودية بناء على تصريح إقامة من السلطات السعودية، ومن ثم فإن النعي لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً فيما لمحكمة الموضوع من سلطة فهم الواقع في الدعوى (الطعن رقم 28 لسنة 15 أحوال شخصية، المحكمة العليا، جلسة 27 يونيو 1998).

17- ر: في الاختصاص الدولي، إذ قضت (المحكمة الاتحادية العليا)، أن الدعوى المرفوعة من زوجة لها موطن في الدولة على زوجها الأجنبي الذي كان له موطن بها، تختص بها محاكم الدولة، مثال: في دعوى تطليق مقامة من زوجة عراقية تقيم في الدولة على زوجها اللبناني الذي كان يقيم بها، ثم غادر إلى لبنان (الطعن 127 لسنة 22 أحوال شخصية المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 10 فبراير 2001 والطعن رقم 22 أحوال شخصية، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 9 ديسمبر 2000).

18 - قضت (المحكمة الاتحادية العليا)، أن الدعاوى المتعلقة بنفقة الزوجة والصغير اللذين لهما موطن في الدولة، والمرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن في الدولة، تكون من اختصاص محاكم الدولة بنظرها (الطعن رقم

37 لسنة 23 أحوال شخصية، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 31 ديسمبر
(2002)

19- جرى قضاء (المحكمة الاتحادية العليا)، بأن دعاوى الأحوال الشخصية، ومنها دعوى التطليق للضرر التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن في الدولة، إختصاص محاكم الدولة بنظرها، إذا كان للمدعية موطن في الدولة، ولم يكن للمدعى عليه موطن معروف بالخارج، أو كان قانون الدولة هو الواجب التطبيق في الدعوى. (الطعن رقم 37 لسنة 23 أحوال شخصية، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 31 ديسمبر 2002).

20- ر : الوضع التشريعي نفسه بالنسبة لأحكام الحدود والقصاص والديات، بحث: (مدى سريان أحكام قانون العقوبات الاتحادي على جرائم الحدود والقصاص والدية)، للدكتور عوض محمد عوض، ص 174.

21- ر: في مشروعية التقنين ومزاياه، (المدخل الفقهي العام)، الزرقاء ص 313، (وتقنين الفقه الإسلامي) محمد زكي عبد البر، ص 7 وما ب.

22- ر: في تفصيل هذه النواحي، (وجوب تنقيح القانون المدني المصري)، السنهوري، ص 66، (وعلى أي أساس يكون تنقيح القانون المدني المصري)، ص 110.

23- ر: في وجوب اعتماد المصدرين الخالدين مرجعا وحيدا للتشريعات، (الكتاب والسنة يجب أن يكونا مصدر القوانين في مصر)، أحمد محمد شاكر، ص 44.

24- ر: في وجوب صياغة مذكرات إضاحية، وإفية، وضاافية، لكل القوانين العربية المستمدة من الفقه الإسلامي وأراء فقهاء الكبار، (نظرية الالتزام العامة) 9، مصطفى الزرقاء، ج 1 ص 39، (وروح الشريعة الإسلامية، وواقع التشريع اليوم في العام الإسلامي)، الزرقاء ص 369، يقول العلامة مصطفى الزرقاء: (ويجب أن يكون القانون العربي الجامع الجديد، مقرونا بمذكرة إضاحية وإفية، وضاافية تبين مسالك الأخذ، والاستنباط، والاقْتباس، والتخريج، والتكييف في كل موضوع، ثم تسرد النصوص الشرعية والفقهيّة التي استمدت منها المواد القانونية الجديدة، تسهيلا للرجوع إليها، ولكي تكون هذه الأصول والنصوص العربية في فقهها الإسلامي، حتى المرجع الأصلي للتفسير، والاجتهاد القضائي، الذي يتكون حول نصوص القانون، ولو أن نصوصه تتفق

مع مصادر أخرى أجنبية، ذلك لأنه لا يكفي أن تكون أحكام القانون العربي، موافقة لما في الفقه الإسلامي، إذ كانت مراجعها أجنبية وهي المعول عليها في التوسع، والتفسير، والاجتهاد القضائي، لأن هذا معناه دفن الفقه الإسلامي، لا إحيائه ولو اتفقت أحكام قانوننا معه، فكثير من أحكام القانون الفرنسي مثلا، تتفق مع أحكام الفقه الإسلامي (عقد الإعارة) لكن علماء القانون الفرنسي، لا يرجعون في بحثها وتطبيقها إلى الفقه الإسلامي، ليس مصدرا لها عندهم، ثم لما أخذت مصر القانون الفرنسي وفتحت هذا الباب الخاطئ بتأثيرات أجنبية، لم يكن فقهاء القانون والقضاة فيها يرجعون في اجتهاداتهم حول أحكامه – ولو كانت متفقة مع الفقه الإسلامي – إلا إلى مصادرها الأجنبية، فلا يكفي اتفاق الأحكام، وإنما المهم هو المصادر التي سيتوجه إليها الباحثون) (نظرية الالتزام العامة، ح 1، ص 39-40).

ويقول في موضع آخر (ليس المهم المخالفة والموافقة، قد نخرج بضع مواد مخالفة تعدلونها، ولكن المواد، ولو بقيت متفقة مع الفقه الإسلامي، فإن مرجعها الفقه الأجنبي، وإن هذا سيربط نظر أستاذ الجامعة، والدارس، والقاضي، والمحامي، والشارح، والباحث، سيربطه بعجلة الفقه الأجنبي في كل تفسير، وتوسع وقياس، وكل ما لم يرد عليه نص في القانون، لأنه يرجع إلي المنابع التي استمد منها، ونحن نريد قانوننا، يكون مستمدا من منابعنا، حتى يكون أبو حنيفة، ومالك والشافعي، وأحمد، وابن حزم، وأمثالهم هو مرجع القاضي، والشارح، وأستاذ الجامعة (روح الشريعة الإسلامية، ص 369 – 370) .

25- ر: (وجوب تنقيح القانون المدني المصري، السنهوري) ص 69.

(ومشروع تنقيح القانون المدني)، للسنهوري ص 565.

26 – ر: (أصول الشرائع)، بتتام، ص 157. (وجوب تنقيح القانون

المدني المصري) 71، وما ب.

27- ر: في أسلوب وضع القوانين، والأمور التي يجب مراعاتها، (روح

الشرائع)، لمونتسكيو، ح 2 ص 384 وما ب، (القانون العربي الموحد) للسنهوري، ص 24.

28 – أصول الشرائع، ص 161.

29- أصول الشرائع، ص 162.

30- أصول الشرائع، ص 164.

- 31- ر: في وجوب احترام المقنن لغة الأمة: (التشريع وواجب المشرع)، محمد عبد الهادي الجندي، ص 34.
- 32- ر: في القطعيات والظنيات في الشريعة الإسلامية، (أسباب الاختلاف بين أئمة المذاهب الإسلامية) للشيخ محمد محمد المدني، ص 170.
- 33- ر: في تفصيل صياغة التقنين، (أصول القانون) للدكتور حسن كيره ص 139 (والفقه صناعة إنسانية متطورة) للأستاذ فتحي عثمان، ص 855.
- 34- ر: (المدخل الفقهي العام)، للأستاذ الكبير مصطفى الزرقاء، ص 5.
- 35 - ر: (مصادر الفقه الإسلامي) للأستاذ الكبير أحمد إبراهيم، ص 185، (والقانون المدني العربي)، السنهوري ص 21.
- 36- ر: في فكرة التجديد، مقالات عن التجديد، للأستاذ أمين الخولي، ص 25 وما ب، وبحث (وجوب وضع قانون شرعي غير مقيد بمذهب فقهي معين)، للأستاذ الكبير أحمد إبراهيم، ص 4، وبحث (التفريق بين أحكام المذاهب) للشيخ محمد أحمد فرج السنهوري، ص 87.
- 37 - الطعن رقم 85 لسنة 4 مدني، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 4 مارس 1983.
- 38 - الطعن رقم 14 و 15 لسنة 2001، أحوال شخصية، محكمة التمييز بدبي، جلسة 6 مايو 2001، والطعن رقم 18 لسنة 20، أحوال شخصية، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 11 يوليو 1998.
- 39 - الطعن رقم 30 لسنة 1993، أحوال شخصية، محكمة التمييز بدبي، جلسة 25 يونيو 1994.
- 40 - الطعن رقم 3 لسنة 1994 أحوال شخصية، محكمة التمييز، جلسة 28 أكتوبر 1995.
- 41 - الطعن رقم 71 لسنة 16، أحوال شخصية، المحكمة الاتحادية العليا، جلسة 5 نوفمبر 1994.
- 42- الطعن رقم 18 لسنة 1994 أحوال شخصية محكمة التمييز بدبي، جلسة 22 ابريل 1995.
- 43- الطعن رقم 28 لسنة 1993، أحوال شخصية، محكمة التمييز بدبي، جلسة 8 أكتوبر 1994.

- 44- الطعن رقم 235 لسنة 23، أحوال شخصية المحكمة الاتحادية العليا،
جلسة 8 ديسمبر 2001.
- 45- الطعن رقم 191 لسنة 21، أحوال شخصية، المحكمة الاتحادية العليا،
جلسة 19 فبراير 2000، والطعن رقم 219 لسنة 23، أحوال شخصية المحكمة
الاتحادية العليا، جلسة الأول من أبريل 2002 .
- 46- ر: في فكرة الاستفادة من حركة التقنيات في قانون المعاملات المالية،
مقال (من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي وحركة التقنين المدني
في العصور الحديثة)، السنهوري، ص5.
- 47- ر: في معيار الاستفادة من القانون الموازن، وحركة التقنيات الأسرية
ودراسة الشرائع تاريخياً، وموازنتها، بحث (الفقه الإسلامي والقانون المدني
المقارن)، للدكتور محمد صادق فهمي، ص 236 وكتاب (المرافعات المدنية
والتجارية)، للدكتور أبو هيف، ص 63 وما ب، ومقال (نهضة القانون) للدكتور
عبد السلام ذهني، ص 578.
- 48- ر: في منهج التشريع وخطته، مشروع قانون الأحوال الشخصية
الموحد، الزرقاء، ص 13.
- 49- ر: في تفصيل كيفية صياغة التشريعات كلها وفق أحكام الشريعة،
وفقه مذاهبها، (بأي شرع نحكم)، للشيخ محمد سليمان، ص 41.
- 50- وقد صدر هذا القانون مع مذكرة في سنة 2005 بالقانون الاتحادي
رقم 28 لسنة 2005 في شأن الأحوال الشخصية.