



أزمة التفكير القانوني بمسائل الأحوال الشخصية

دراسة نقدية تحليلية لقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديله عام 2025

ا.م.د. صفاء متعب فجة

كلية القانون – جامعة القادسية

Safaa.faja@qu.edu.iq

الملخص

تسعى هذه الدراسة المتواضعة إلى تناول إحدى إشكاليات التفكير القانوني في مجال الأحوال الشخصية، من خلال مقارنة فلسفية -نقدية- تحليلية لنصوص قانون الأحوال الشخصية العراقية النافذة وتعديله الجديد، بهدف الكشف عن أبعادها التاريخية والمنهجية والمعرفية. وتنطلق الدراسة من فرضية مفادها : أن العقل القانوني العراقي والعربي ؛ ويقصد به كل من يمارس التفكير القانوني، سواء الفقيه القانوني أو القاضي أو أي شخص يتعامل مع المفاهيم القانونية، لم يتمكن من إحداث التوازن المنهجي المطلوب بين التراث الاستنباطي في التشريع الإسلامي، بما يشمل من أدوات الفهم وأصول الفقه، وبين مقتضيات التفكير القانوني الحديث.

وقد أدى عدم التمكن هذا إلى نشوء تناقضات في بنية التفكير القانوني وآليات فهم النصوص القانونية وتفسيرها، فضلاً عن تأثيره المباشر في الواقع القضائي وفي منظومة الاستدلال المنطقي والفلسفي، ولا سيّما في القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية. كما يهدف البحث إلى تحليل الأسباب البنوية الكامنة وراء هذه الأزمة، وبيان انعكاساتها النظرية والعملية على استقرار النظام القانوني في مسائل الأحوال الشخصية في العراق .

الكلمات المفتاحية: الفكر والتفكير، التناقض بين هيكل القانون الوضعي والفقه الإسلامي، تفسير النصوص، المنطق الارسطي والمنطق الوضعي، اخلاق مطلقة واحلاق نسبية.

Abstract

This study undertakes a philosophical and critical examination of the crisis of the Arab legal mind in matters of personal status, with the objective of revealing its historical, methodological, and epistemological dimensions. It is grounded in the assumption that the Arab legal intellect has been unable to achieve a coherent methodological equilibrium between the deductive legacy of Islamic legislation—embodied in the interpretive instruments of Usul al-Fiqh (the principles of Islamic jurisprudence)—and the conceptual framework of modern legal rationality.



This methodological dissonance has generated a profound contradiction within the structure of legal reasoning itself and within the foundational bases of understanding and interpreting legal texts, particularly in the realm of personal status law, where religious and secular legal paradigms most vividly intersect. The study further aims to analyze the structural and cognitive roots of this crisis and to assess its theoretical and practical implications for the coherence and stability of the legal systems governing personal status in Arab and Islamic societies.

Keywords: Thought and Thinking, The Contradiction between the Structure of Positive Law and Islamic Jurisprudence, Interpretation of Texts, Aristotelian Logic and Positivist Logic, Absolute Ethics and Relativity.

المقدمة

أولاً: فكرة البحث: تُعدّ أزمة التفكير القانوني في مسائل الأحوال الشخصية من الإشكاليات المعرفية العميقة التي تمسّ بنية التفكير القانوني ذاته قبل أن تمسّ نصوص التشريع. إذ تتجاذب هذا التفكير عوامل متعارضة بين مرجعية الفقه الإسلامي الموروث، ومتطلبات الهيكل القانوني وحركيته في الدولة الحديثة التي تستند إلى المنهج الوضعي في صياغة التشريعات. وقد أدى هذا التنازع إلى تشكّل أزمة مزدوجة مهمة وهي - محل دراستنا - تتضمن أزمة في المنهج وأزمة في الهوية، (تمثلت بتناقض منطق القانون الوضعي ومنطق الشريعة أي تناقض هيكل القانون الوضعي وفلسفته ومنطقه مع هيكل نظام التشريع الإسلامي ومقاصده ومنطقه) ، اثرت بجلاء في مجال قوانين الأحوال الشخصية في العراق وهي قانون رقم 188 لسنة 1959 والتعديل الأخير الذي طرأ عليه رقم (1) لسنة (2025) والذي نتج منه مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري، بوصفه الميدان الأوضح لتفاعل الفقه الاسلامي والاحكام الشرعية مع القانون الوضعي.

ثانياً: أهمية البحث: تنبع أهمية هذا البحث من أنه يتناول منطقة حساسة من الفكر القانوني ، حيث تتقاطع بعض موارد التراث الديني والتاريخي مع مقتضيات الحداثة القانونية. كما أنه يسعى إلى إعادة قراءة الذهنية القانونية العراقية والعربية عموماً بمنظار نقدي فلسفي، يكشف حدود تأثير التراث الفقهي على التكوين المعرفي للعقل القانوني عموماً وفي مسائل الاحوال الشخصية خصوصاً، ويوضح مكامن الخلل التي تعيق تحديث التشريعات في مجال الأحوال الشخصية او مشاكل تطبيقها كما رافق قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 ومدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري. وتكمن أهمية البحث كذلك في أنه يقدم نموذجاً تحليلياً يمكن الاستفادة



منه في نقد بنية التفكير القانوني بمسائل الاحوال الشخصية وتوجيهه نحو تأسيس تفكيراً قانونياً معاصراً قادر على الموازنة بين الأصالة الاسلامية الغراء والمعاصرة.

ثالثاً: إشكالية البحث: تتمثل الإشكالية الرئيسية في التساؤل الآتي:

كيف تشكلت أزمة التفكير القانوني في مسائل الأحوال الشخصية بالعراق، وما العوامل التاريخية والمنهجية التي أدت إلى اضطراب الواقع التشريعي والقضائي العراقي وتناقض الهوية المنطقية والفلسفية لقانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 وتعديله عام 2025؟ ويتفرّع عن هذه الإشكالية عدد من التساؤلات الفرعية:

1. ما المقصود بالفكر والتفكير القانوني وكيف تشكل تاريخياً؟
2. ماهي الازمة؟ وهل هي ازمة أم أزمت؟
3. كيف أسهم التداخل بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي في إنتاج الأزمة؟
4. ما أبرز آثار الازمة وما الاضطراب الذي خلفته على الواقع التشريعي والقضائي والمناهي؟

رابعاً: منهجية البحث: اعتمد البحث المنهج النقدي التحليلي القائم على تفكيك المفاهيم وتحليلها في ضوء الفكر الفلسفي القانوني، مع تتبّع المراحل التاريخية لتكوّن التفكير القانوني وتفاعله مع البنية الغربية والفقهيّة. كما استُخدم المنهج التحليلي واقتصرنا فقط على قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديله بقانون رقم (1) لسنة (2025)، بغية الكشف عن مواطن التناقض البنوي والاختلاف في منطق الاستنباط والتفسير في هذا القانون.

خامساً: خطة البحث: جاءت خطة البحث على النحو الآتي:

تطرقنا في المبحث الأول: تشكّل أزمة التفكير القانوني عموماً . وكان المطلب الأول: بنية التفكير القانوني بوجه عام. ففي الفرع الأول: تعريف التفكير بوجه عام. بينما في الفرع الثاني: تعريف التفكير القانوني. أما المطلب الثاني: مضمون الأزمة. فكانت على فرعين: الفرع الأول: تشكّل الأزمة تاريخياً. وفي الفرع الثاني: اسباب الأزمة.

بينما المبحث الثاني: آثار أزمة التفكير القانوني بمسائل الأحوال الشخصية. قسمناه في المطلب الأول: آثار أزمة التفكير القانوني بمسائل الاحوال الشخصية على الواقع التشريعي والقضائي. وحيث المطلب الثاني: آثار أزمة التفكير القانوني بمسائل الاحوال الشخصية على المنهج الاستدلالي. وسيكون على فرعين: الاول يكون اضطراب الهوية المنطقية للتفكير القانوني في مسائل الأحوال الشخصية. والفرع الثاني سيكون لاضطراب الهوية الفلسفية للتفكير القانوني في مسائل الأحوال الشخصية . واختتمنا البحث بنتائج وتوصيات مهمة.



المبحث الأول

تشكل أزمة التفكير القانوني بوجه عام

يتشكل التفكير القانوني في قوانين الأحوال الشخصية في البلدان الإسلامية عموماً في بيئة معرفية معقدة، تجمع بين الموروث الفقهي الإسلامي والأنماط القانونية الحديثة التي استمدت من النظم الوضعية الغربية. ولأنّ الفكر بوجه عام هو ذلك النسق الذهني الذي يُنتج الفهم ويضبط آليات التفكير والاستنباط وفق منطق منهجي محدّد كما سيأتي بيانه، فإنّ التفكير القانوني يمثل صورة مخصوصة من هذا النسق، تتولّد من تفاعل الوعي الديني والتاريخي مع مقتضيات التشريع الوضعي المعاصر المبني على الفلسفة الغربية.

غير أنّ هذا التفاعل لم يكن انسجاماً، بل حمل في طياته تناقضاً بنيوياً بين مرجعية تستند إلى النص الإلهي وأدوات الاجتهاد الأصولي، وبين بنية قانونية وضعية تستقي من التجربة الغربية مفاهيمها ومنهجها في التفتين والتفسير. ونتيجة لذلك، نشأت أزمة في طبيعة التفكير القانوني ذاته، إذ أصبح المفكر القانوني العربي عموماً يعيش حالة انقسام بين منطق يستمد شرعيته من مقاصد الشريعة، ومنطق آخر يستمد مرجعيته من النظم الوضعية الحديثة. هذه الازدواجية أفرزت أزمة منهجية ومعرفية في قوانين الأحوال الشخصية. ومن ثمّ، فإنّ دراسة هذه الأزمة ستكون على مطلبين: الأول سيكون لبنية التفكير القانوني، والمطلب الثاني سيكون لمضمون الأزمة.

المطلب الأول

بنية التفكير القانوني بوجه عام

يقصد بالفكر بوجه عام ذلك النسق الذهني الذي يُنتج المعرفة وينظّم طرائق التفكير والاستدلال وفق قواعد منهجية محدّدة، تُمكنه من تفسير الظواهر وفهم القيم والمعاني. أمّا التفكير القانوني العربي فهو تجلّ خاص لهذا النسق، يتكوّن من تفاعل الموروث الفقهي الإسلامي مع مفاهيم القانون الوضعي الحديث، في محاولة لتأصيل القاعدة القانونية ضمن بيئة ثقافية ودينية مميزة. لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين: الأول سيكون لتعريف التفكير بوجه عام، وبينما الفرع الثاني سيكون لتعريف التفكير القانوني.



الفرع الأول

تعريف التفكير بوجه عام

إن على الرغم من إن الوقوف على المصطلحات لغةً وفق المنطق العلمي المعاصر غير محبذ¹؛ وهي من الأساليب القديمة للبحث العلمي؛ إلا أن بالقدر الذي يصب وفق المنهج العلمي المعاصر في البحث العلمي² نقول:

إن الفلسفة النقدية المعاصرة والشائعة في البحث العلمي والقائمة على الشك المنهجي في تتبع الحقائق العملية ومنها القانون³ وهي منهج دراستنا؛ تنصب ضمناً على التمييز بين الفكر والتفكير؛

1 . إن لسان العرب قد بحث الجذر اللغوي للفكر والتفكير: إذ أن الفَكْرُ هو: " إعمال الخاطر في الشيء"، قال سيبويه: ولا يجمع الفَكْرُ "ولا العِلْمُ ولا النظرُ"، قال: وقد حكى ابن دريد في جمعه أفكاراً. والفكرة كالفكر وقد فُكِرَ في الشيء؛ قوله: " وقد فكر في الشيء الخ" وبابه ضرب كما في المصباح وايضاً: " وأفكرَ فيه وتَفَكَّرَ بمعنى". أما عند الجوهري فإن: التَّفَكُّرُ التأمل، والاسم الفَكْرُ والفكرة، والمصدر الفَكْرُ، بالفتح. قال يعقوب: يقال: ليس لي في هذا الأمر فِكْرٌ أي ليس لي فيه حاجة، قال: والفتح فيه أفصح من الكسر.

للتفصيل ينظر: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، لسان العرب، مج 18، دار صادر، بيروت، 1414هـ، ص7112؛ عمرو بن عثمان بن قنبر الحارثي بالولاء، يُكنى أبو بشر، الملقب سيبويه، الكتاب، تحقيق عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي القاهرة، 1988، ص411. أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج2، المكتبة العلمية، بيروت، ص718.

2 . اختلف البحث العلمي بين القديم والمعاصر اختلافاً كبيراً جذرياً ويرجع ذلك الى تحول في المناهج التي تتحكم بالمعرفة البشرية؛ فبعدما كانت المنهج السائد هو المنهج العقلي النظري، تحوّل بعد ذلك الى المنهج التجريبي وشمل العلوم الاجتماعية والإنسانية ومنها القانون بعد ان جاء أو كست كونت، وعلى مستوى البحث العلمي وضع أهم كتاب اعتقد انه يتحكم في طريقة البحث العلمي المعاصر هو كتاب (المنطق العلمي) للفيلسوف الوضعي كارل بوبر، الذي قدم نظرية جديدة بالبحث العلمي الا وهي أن الاطروحة التي توصف بأنها علمية يجب أن تكون قابلة للدحض او النقص، أما الأفكار والاطروحات غير قابلة للدحض فهي لاتعد علمية.

للتفصيل ينظر: كارل بوبر، منطق البحث العلمي، ترجمة د.محمد البغدادي، المنظمة العربية للترجمة والنشر، لا يوجد مكان، المقدمة وما بعدها.

3. النقد هو طريقة الدراسة المنضبطة والمنهجية لخطاب مكتوب أو شفوي، فعلى الرغم من أن النقد يُفهم عموماً على أنه اكتشاف الأخطاء والحكم السلبي، يمكن أن ينطوي أيضاً على الاعتراف بالجدارة، وفي التقليد الفلسفي يعني أيضاً ممارسة منهجية للشك.

فقد تأثر الإحساس المعاصر بالنقد إلى حد كبير بنقد التنوير للتحيز والسلطة والتي دافعت عن التحرر والاستقلالية عن السلطات الدينية والسياسية.

- للتفصيل ينظر: جيل دولوز، فلسفة كانط النقدية، ترجمة أسامة الحاج، لا يوجد مكان للنشر، 2010، ص22.

عموماً إن مصطلح النقد مشتق عن طريق اللغة الفرنسية من اليونانية القديمة (κριτική) (kritikē) التي تعني (كلية الحكم)، أي تمييز قيمة الأشخاص أو الأشياء؛ كما يُعرف النقد أيضاً بالمنطق الرئيسي على عكس المنطق البسيط أو الديالكتيك.

اما النقد في الفلسفة: إذ أن الفلسفة هي تطبيق الفكر النقدي وهي الممارسة المنظمة لمعالجة مشكلة نظرية عملية في السياقات الفلسفية، مثل القانون يتأثر النقد كثيراً بعمود الفلسفة النقدية وهو منهج إيمانويل كانط، الذي يعني للمصطلح ليعني فحصاً عاكساً لصحة وحدود القدرة البشرية أو مجموعة من المطالبات الفلسفية.

وقد تم توسيع منهجية كانط بالنقد في الفلسفة الحديثة ليعني تحقيقاً منهجياً في ظروف وعواقب مفهوم أو نظرية أو نظام أو نهج أو محاولة لفهم قيود وصلاحيه ذلك، حيث إن المنظور النقدي، بهذا المعنى، هو عكس المنظور



أي بين وعاء المعرفة والمعرفة ذاتها؛ بمعنى إن دلالة معنى الفكر تختلف عن دلالة معنى التفكير؛ الفكر: " عبارة عن وعاء الحائز على معرفة وهي في حالة سكون وكأنه مخزن للمعلومات دون انتاج المعنى او حكما ما"¹.

فالفكر هو عبارة عن مجموعة كبيرة من العمليات الذهنية والعقلية التي يقوم بها العقل البشري، والتي تجعله قادراً على تكوين شكلاً مميزاً للعالم الذي يعيش فيه الإنسان، وبناءً على ذلك يصبح عالماً به، وقادراً على التعامل معه بفاعلية أكبر، وذلك من أجل الوصول إلى الأهداف والخطط والرغبات المراد تحقيقها².

بينما التفكير – وسنتوسع به كونه محور موضوعنا- نعتقد أنه: عملية معقدة تتضمن حسب ما يقول كانط عوامل سيكولوجية وأنتروبولوجية وميثولوجية تعيد صياغة ما يدخل الى الفكر من معلومات وينتج من خلالها المعنى او الحكم ومنها بالقانون؛ فالتفكير عملية حركة وديناميكية واعدة ترتيب للفكر ومحتواه وفق قواعد ومقولات وأسس يمتلكها المفكر كل حسب اختصاصه وبيئته ومسلّماته.

وقد يتسق طرحنا مع ما ذهب اليه الفيلسوف جون ديوي G.Dewe في تعريفه للتفكير بقوله: "إن التفكير هو النشاط العقلي الذي يرمي إلى مشكلة ما"³. اما آخرون فقد وصفوا عملية التفكير بأنها: " سلسلة من النشاطات العقلية التي تدخّن بها الدماغ عندما يتعرّض لشيء ما ، بحثاً عن معنى في الموقف أو الخبرة ، وسلوك هادف وتطوري ويتشكّل من داخل القابليّات والعوامل الشخصية والعمليّات المعرفيّة وفوق المعرفيّة ، والمعرفة الخاصّة بالموضوع الذي يدور حوله التفكير " ⁴. او بأنه: "التفكير في مفروغ من الباطن"⁵.

نلاحظ إن عملية التفكير هي عملية عقلية منظمة تبحث عن حل لمشكلة ما وهو يمثل مايمكن أن يدركه العقل؛ ومن خصائص التفكير بأنه: نشاط العقلي، والتفكير سلوك هادف لحل مشكلة ما مجهولة، التفكير كما أنه عملية ترتبط دقتها بالتدرب عليها، ويتوقف التفكير على الفكر و التحليل

العائدي. كتب كانط في كتابه الخالد (نقد العقل المحض) : " نحن نتعامل مع مفهوم عائدي إذا اعتبرنا أنه وارد في إطار مفهوم آخر للموضوع الذي يشكل مبدأ العقل ويحدده بما يتوافق مع هذا، لكننا نتعامل معها بشكل نقدي فقط إذا نظرنا إليها فقط في إشارة إلى كليّاتنا المعرفية وبالتالي للظروف الذاتية للتفكير، دون التعهد باتخاذ قرار بشأن موضوعه".

¹ . كارل بوبر، مصدر سابق، ص212.

² . د.فؤاد زكريا، التفكير العلمي، سلسلة الشهرية للكتاب التي تصدر عن عالم المعرفة، الكويت، 1978، ص42.

³ . جون ديوي، الحرية والثقافة، ترجمة امين مرسي قنديل، مطبعة البحرين، البحرين، 2013، ص144.

⁴ . د أديب محمد الخالدي، سيكولوجية الفروق الفردية والتفوق العقلي، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان، 2008، ص19.

⁵ . المصدر أعلاه، ص22.



والتصور ، وكذلك يمكن أن تقاس عملية التفكير وتلاحظ إذ يمكن قياسها بواسطة الاختبارات والاستقراء والمعلومات الخارجية، طبيعة التفكير تميل إلى النمو والتطور كلما نضج الفرد وتعلم. ومن ثم فإن التفكير هو الطريقة التي تتحرك بها نفس الإنسان بين المجالات المختلفة للواقع وكل ما هو منطقي ومعقول للعقل البشري، وذلك من أجل التأمل والكشف عن المعقول¹. وللتفكير أركان اربعة رئيسية وهي:

1. الواقع: هو الوحيد الذي ممكن لأي إنسان أن يكون قادراً على التفكير به، فلا يمكنه التفكير في غير الواقع، وبمعنى آخر هو لا يستطيع التفكير في لا شيء².
2. الحسّ: عبارة عن الحواس الخمسة، السمع، والبصر، والشم، والذوق، واللمس، بحيث تعمل على نقل الواقع بطريقة معينة إلى الدماغ³.
3. الدماغ: الإنسان العاقل والسليم هو الوحيد القادر على ربط الأمور ببعضها البعض، والتواصل مع الآخرين ومع الحقائق⁴.
4. المعلومات السابقة: هو كل ما سبق للحواس أن نقلته إلى الدماغ، واختزنه الدماغ، وهذا يمثل كل صور الواقع باختلافاتها، حيث عملت الحواس على نقلها من قبل⁵، فضلاً عن ان للتفكير مجموعة من الأنواع⁶ وله أهمية في الوصول الى النتائج⁷ الحقيقية والتي قد تكون موهومة او خرافية⁸.

11. جون ديوي، المصدر السابق، ص118.

2. د. حسن الذنون، فلسفة القانون، دار السنهوري، بيروت، 2012، ص18.

3. محمد عثمان نجاتي، الادراك الحسي عند ابن سينا، ديوان المطبوعات الجامعية، بيروت، 2018، ص36.

4. د. اديب محمد الخالدي، مصدر سابق، ص21.

5. ايمانويل كانط، نقد العقل المحض، دار الكتب العلمية، بيروت، 2020، ص411.

6. ديفيد ايجلمان، الدماغ أسطورة التكوين، ترجمة د. خليل شحادة القطوانة، دار ابيكو، المانيا، 2015، ص64.

7. يعد التفكير محور الوصول الى الحقيقة من خلال الأساليب التي يتم استعمالها من اجل الوصول للحكم فهنا: التفكير الفعّال: هو التفكير الذي يتّصف بالتنظيم والمرونة والموضوعية ودقة التعاطي مع المدخلات والمخرجات ويتّصف أصحابه بالخصائص التالية: 1. معرفة المشكلة بالتحديد. 2. توثيق المعلومات من مصادرها الصحيحة. 3. الاطلاع على الموضوع من كافة جوانبه. 4. المرونة في استخدام الحرية. 5. تقصي الأسباب ومعالجتها. 6. معرفة أصل الفكرة في سبيل تطويرها والوقوف في الفكرة الأصلية. 8. التفكير جيداً قبل إصدار الأحكام السابقة. التفكير التقليدي مبني على فرضيات خاطئة ومتناقضة ويتّصف أصحاب هذا التفكير بما يلي: 1. البعد عن موضوع النقاش بالتمويه واختلاق المواقف المضللة. 2. اللّعب بالكلمات والأوصاف للبعد عن صلب الموضوع. 3. البعد عن البعد العلمي والطرف الآخر. 4. التعصّب في المواقف وعدم القبول بغير رأي واحد مع العلم أنّه لا يوجد رأي صائب بالمطلق. فعال ومُنفعّة وفاعلية ، ونافعة وفعالة. - للتفصيل ينظر: د. إبراهيم فريد الدر، الأسس الداخلي لسلوك الإنسان ، دار الأفاق الجديدة ، بيروت ، 1983 ، ص344-347.

8. من طرق التفكير التي تؤدي الى نتائج موهومة او خرافية هم ممن يتبعون هذا الأسلوب من خلال إحالة كل الظواهر إلى غضب الآلهة أو السحر، وقد حرّر الإسلام العقل من الوقوع في ذلك الفخ بالنهاي عن الطيرة والسحر والتشاؤم والحث على طلب العلم، كذلك من موارد الانحراف في التفكير عند ربط التفكير الديني في الظواهر وتفسير كل ماموجود بالحياة بتفسيرات عقائدية مبالغ بها وربطها بالجبر والتفويض وغيره.



لذلك فإن عملية التفكير هي التي تحدد لنا المعرفة بذاتها والأحكام او المعاني المراد الوصول اليها وليس الفكر بذاته .

الفرع الثاني

تعريف التفكير القانوني

وعند عرض مصطلحي الفكر والتفكير على ما يحوزه المفكر القانوني من معرفة، نعرف النتيجة جلياً دون تأمل عميق؛ إذ أن الفكر القانوني الناتج مما يمتلكه المختص بالقانون من معرفة او معلومات قانونية من الكلية او الممارسة القانونية وهي نتيجة مباشرة لمعلوماته. بينما التفكير القانوني نعتقد هي العملية التي تُعنى بإنتاج الحكم أو الرأي او المعنى القانوني، بالاستناد على عوامل عديدة منها الفكر القانوني ومحتواه المعرفي ومسلمات المفكر الدينية والاجتماعية والمنهجية والسياسية والاقتصادية ومزاجياته الخفية ووجدانه وغيرها من المسائل الاخرى.

فكل ذلك يؤثر بصورة مباشرة في انتاج المعنى او الحكم القانوني، ومن ثم نعتقد إن المشكلة والازمة تكون في التفكير القانوني وليس الفكر القانوني؛ كون هذا الاخير يمكن حيازته بالوقت المعاصر بسهولة منها الكلية او الممارسة او الانترنت او الاستشارات.¹

لكن المشكلة تكمن في التفكير وهو صب هذه المعلومات في قوالب جاهزة منها منهجية او دينية او عرفية او وجدانية او سياسية تؤثر على شكل الحكم الصادر بالقانون.²

ونستطيع ان نورد مثال: عندما يريد القانوني وهو الشائع في مجتمعاتنا أن يتوصل الى حكم او رأي بمسألة قانونية ذات صلة بتعددية الزوجات او الشذوذ الجنسي، او متعلقة بالحريات الشخصية او الخصوصية؛ فإن حكمه لا ينفك مطلقاً عن اسقاطاته الاجتماعية والدينية التي تملي عليه ان يصيغ حكمه وفق متبنياته وبيئته حتى وإن لم ينص عليها القانون، بل هذه محددات لأطر تفكير اي انسان.

والملاحظ ايضاً ليس كل تفكير قانوني هو ملكة قانونية؛ لأن الملكة القانونية هي قدرة ذهنية راسخة يكتسبها القانوني بالتجربة والممارسة، تجعله قادراً على فهم النصوص والتعامل معها

للتفصيل ينظر: د. اديب محمد الخالدي، مصدر سابق، ص 141 ومابعدها.

¹ . د. زهير نعيم، مدخل الى أسس التفكير القانوني، ط1، دار الافاق المغربية للنشر والتوزيع، الرباط، 2020، ص42.

² . د. زهير نعيم، مصدر سابق، ص44.



بمرونة وسرعة.¹ أما التفكير القانوني فهو العملية العقلية التحليلية التي يستخدمها لفهم الوقائع واستنباط الأحكام.²

وعليه يبدو لنا: إن الملكة تمثل الاستعداد الدائم بعد التمرس على التفكير، بينما التفكير هو الفعل الذهني المؤقت، والتفكير القانوني يقوم على المنطق والمنهج، في حين أن الملكة تُبنى على الخبرة والتعود، والتفكير القانوني وسيلة ومقدمة للملكة، بينما الملكة القانونية نتيجة وقدرة تمكّن من حسن استعمال تلك الوسيلة.

مع الالمام إن ليس المراد هنا القول بخطأ ما يقيد عقلية القانوني وتفكيره! بل قد تكون من هذه العوامل صحيحة، وإنما المراد هو تفسير لظاهرة التفكير القانوني لكل إنسان؛ فالغربي مثلاً له محددات ومقيدات أيضاً وكل إنسان يتمتع بخصائص التفكير البشري له هذه المحددات. يتضح لنا إذن: إن الإشكالية الحقيقية التي تمثل أزمة في ذهن الإنسان المختص كالفقيه القانوني والقاضي والباحث هو في عملية التفكير وليس الفكر بذاته.

المطلب الثاني

مضمون الازمة

تتمثل الأزمة الحقيقية في بحثنا هذا بتناقض هيكل القانون الوضعي مع بنية التفكير القانوني في العراق والبلدان الإسلامية، من خلال التصادم بين هيكل القاعدة القانونية المستوردة وبين منهج التفكير المستند إلى الموروث الفقهي والاجتماعي المحلي، وقد نشأت الأزمة بسبب تبني النظم العربية نماذج تشريعية غربية دون إعادة مواءمتها مع الذهنية القانونية الاجتماعية المحلية. وفي سبيل ذلك لا بد من تقسيم على المطلب على فرعين: الأول سيكون لتشكّل الازمة، بينما الفرع الثاني لنتيجة الازمة.

الفرع الأول

تشكّل الازمة تاريخياً

بلا شك نعتقد إن البلدان الإسلامية مثقلة بتراث فكري كبير وغني وهذا التراث مرتبط بالدين مما اكسبه بسلبياته وإيجابياته وبحقيقته المنقولة وبما هو ثابت أو متغير وشاح التقديس مما يصعب زواله أو تجاوزه بالتكيف مع بديلاته من افكار مناقضة له أو مع المتغيرات الاجتماعية وإن كانت صحيحة.

¹ . د. احمد سيد احمد محمود، الملكة القانونية ومجال تطبيقها، العدد 2، المجلد 38، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون – جامعة بغداد، 2023، ص243-244.

² . د. دمايسة عبد علي السيد، دور المنطق في الاستدلال القانوني، عدد 2، مجلد 12، مجلة الآداب للإنسانيات وعلوم الاجتماع، جامعة الجزائر، 2020، ص270.



فمثلا منذ القدم ارتبط القانون بالعراق بفكرة الاله فنجد حمورابي وسرجون الاكدي يربط فكرة النظام والقانون الحاكم بأنه ذات مصدر ثيوقراطي الهي¹، واستمر الحال بعد الاسلام لاسيما بعصر الدولة العباسية التي تشكلت في العراق وأسست فكر تشريعي واسع في زمنها ارتبط بالدين وفق قواعد فقهية واصولية صارمة جداً. فأضحت عملية التفكير التشريعي مرتبطة بالدين، فترسخ في نفس المكلف المسلم قدسية هذا النوع من التفكير في حين أنه تفكير تستخدم فيه أدوات بشرية يونانية متغيرة².

فمثلا: عندما يريد الفرد المسلم في بلداننا ان يبيت في مسألة مرتبطة بالأحوال الشخصية أو بنكية او مصرفية او مالية كأن تتعلق بالفوائد المالية او نظام الدولة او قوانين الحريات، فلا بد ان يستعرض في عملية التفكير القانوني التي يمارسها الموقف الشرعي لاشعورياً من هذا الفوائد او التعامل مع البنوك او الحريات وبعد ذلك قد يرفض القواعد القانونية اذا خالف موقفه الشرعي. ونعتقد إن الامر يتجلى بوضوح أكثر في تشريعات الاحوال الشخصية ومسائله، إذ غالباً ما يُقحم المكلف موقفه الديني في تقييمه للحكم القانوني دون وعي منه، فيربط بين الحكم الشرعي والحكم القضائي ربطاً لاشعورياً. فعند بحثه في مسائل كالطلاق، أو الميراث، أو التفريق او تعدد الزوجات، أو الحضانة، يميل إلى استحضار البعد الديني بوصفه الأصل الملزم، بينما ينظر إلى النص القانوني على أنه مجرد أداة تنفيذية يجب أن تنسجم مع ذلك الأصل. ومن ثم، تتكوّن فجوة بين الإلزام القانوني والإقناع الديني، فينشأ نوع من الازدواج في الوعي القانوني بين ما يمليه القانون الوضعي وما يراه العقل الجمعي مشروعاً دينياً³. كل ذلك أفرز لنا نتيجتين مهمتين وهما:

الأولى: إن نمط التفكير التشريعي الذي ورثناه يرتبط بأصول دينية وعقائدية لم يستطع المفكر القانوني المعاصر في بلداننا من تجاوزه ، فعلى الرغم من تبنيه للقانون الوضعي وطريقة تفكيره، إلا انه بقي مرتبطاً بأطر التفكير الشرقي الارسطي المثقل بالتراث الفقهي.

¹. لتفصيل ينظر: د. عامر سليمان، القانون في العراق القديم دراسة تاريخية قانونية مقارنة، مكتبة المجمع العلمي، بغداد، لاتوجد سنة، ص56.

². د. عابد الجابري، مصدر سابق، ج1، ص343.

³. نجد هذه الظاهرة بوضوح في المجتمع العراقي، إذ يُلاحظ أن المكلف المسلم غالباً ما يُبرم تصرفاته المتعلقة بالزواج أو الطلاق خارج نطاق المحكمة، مستنداً في ذلك إلى القواعد الشرعية والعرفية أكثر من اعتماده على النصوص القانونية. ولا يلجأ إلى القضاء أو الإجراءات القانونية إلا لأغراض التوثيق الشكلي أو اتقاءً للعقوبة المقررة قانوناً، كما في حالة الزواج غير المسجل لدى المحكمة المختصة. الذي عاقبت عليه المادة 3 من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل.



الثانية: النظرة السلبية للقانون الوضعي التي خلفت حاجز نفسي لدى المفكر القانوني من مختص او فرد عادي يمارس تفكير قانوني وعدم ايمانه به كسلوك للحياة، ومن ثم اوضحت الكثرة الكاثرة من القانونيين يمتلك ولاء مزدوج كأى مواطن اسلامي اخر، فهو لديه ولاء للقانون والتخصص والنظام والدولة ومصادر وجودها وحركتها، وولاء للمعقيدة والمذهب الفقهي الذي قد يتعارض احياناً مع نظام والدولة والقانون، ومن ثم تجد ان هناك ارتباك في عملية التفكير القانوني فهو يفسر نص او يتبنى رأي بشرط أن لا يخالف ما يؤمن به من مذهب الفقهي¹، فنجد ان تشريعات الاحوال الشخصية وتشريعات الضرائب و الفوائد والحريات واموال الدولة كلها مرتبكة وغير ناجعة بالتطبيق من الناحية العملية.

نستنتج مما تقدم، إن الفكر القانوني في بلداننا وما فرضه من طريقة تفكير في بيئته لا تتطابق مع طريقة التفكير القانوني لدينا التي تشكلت بموجب عوامل الأعراف والقيم الاخلاقية والدينية والمنطق الصوري الارسطي الذي لهذا الاخير دور مهم في توجيه أي قانون يحكم السلوك الاجتماعي وهذا الذي يجعل ماموجود يتناقض في تفسيره بما موجود في هيكل القانون الوضعي الغربي.

الفرع الثاني

أسباب الازمة

إن من الأسباب الأساسية التي تعزز الازمة البنيوية للتفكير القانوني هي تأريخ ومعنى مصطلح القاعدة القانونية:

فعلى مستوى تأريخ نشوء مصطلح القاعدة القانونية: إذ بعد التحقيق وجدنا - على حد علمنا- أن اقدم مدونة تم ذكر مصطلح القاعدة القانونية فيها هي (روح القوانين أو روح الشرائع) (لمونتسكيو)

1 . وهذه النظرية موجودة سابقاً في الديانة المسيحية وهي (نظرية السيفين): ظهرت بعد ان تحولت المسيحية كحركة دينية لها نظامها المستقل عن الدولة وكانت هي المسؤولة عن النواحي الروحية وتسعى لتخليص الإنسان من الخطيئة ، وكانت تنظر للدولة كمؤسسة مستقلة تستمد سلطتها من الله مما يستوجب خضوع الكنيسة لسلطتها، ولكن مع تعاظم دور الكنيسة وتمتعها بسلطة منافسة لسلطة الإمبراطور طرحت الكنيسة فكرة ((الولاء المزدوج)) والتي تدور حول وجوب خضوع المسيحي لنوع من الولاء المزدوج انطلاقاً من ازدواج طبيعته؛ فالإنسان يتكون من روح وجسد والروح تتوجه بالولاء نحو خالقها والذي تظهر سلطته في الأرض من خلال الكنيسة أما الجسد فيتوجه بولائه إلى السلطة الدنيوية ممثلة في الحكومة الإمبراطورية ، وهكذا خرجت إلى الوجود((نظرية السيفين أو ازدواج السلطة)) على أساس وجود نوعين من الوظائف في المجتمع تم إساءة استعمالها من قبل الكنيسة والتدخل بالامور الدنيوية من جديد وهذه الوظائف التي يفترض ان تطبق .:

1- وظائف خاصة بالقيم الروحية والأخلاقية وتتولاها الكنيسة وتراقبها .

2- وظائف تتعلق بالمحافظة على الأمن والنظام وتحقيق العدالة وتتولاها الحكومة.

- للتفصيل ينظر: د. أحمد علي عجيبة، البابوية وسيطرتها على الفكر الأوروبي في العصور الوسطى، المدى للنشر والتوزيع، دمشق، 1981، ص123 ومابعداها.



الصادر سنة (1748م)⁽¹⁾، وكان ايجاده لهذا المصطلح ناتج من التأسيس للنظرية السياسية لبناء الدولة في البلدان الاوربية، لذلك فإن نظريته كانت ناتجة من بيئته الفكرية التي تختلف تماماً عن البيئة الشرقية الإسلامية.

إن (مونتسكيو) وأمثاله من الفلاسفة قاموا بتأسيس القانون منطلقين من العقل المادي المحض في تفسير القضايا التي ينظمها القانون متأثرين بالفلسفة المادية⁽²⁾، لذلك هم بدؤوا وانتهوا من البيئة الفكرية في مجتمعهم بتأسيس القاعدة القانونية، و وضعوا حلولاً لها تنسجم مع مفاهيم مجتمعاتهم وقضاياها العامة، ومن ثم اوجدوا للقانون ماهية وخلقوا عناصر للقاعدة القانونية هي نتاج افرازاتهم الفلسفية التي تلائم المنظومة السياسية والأخلاقية والمعرفية لديهم، وقد اكد ذلك مونتسكيو بقوله: "إذا كان من الصحيح أن سجية النفس وأهواء القلب تختلفان إلى الغاية في مختلف الأقاليم؛ فإن على القوانين أن تكون تابعة لاختلاف هذه الأهواء واختلاف هذه السجاي"⁽³⁾.

أما على مستوى معنى القاعدة القانونية فإن تشكّل هذه الازمة يرجع الى ماهية القاعدة القانونية نفسها والمبنية بموجب الفلسفة الغربية، إذ نجدها تتكون من عناصر غير منسجمة وفق المنطق الارسطي الذي نعتمده في تفكيرنا، فنحن مجتمعات تحكم طريقة تفكيرنا القانوني القاعدة المنطقية الارسطية العامة التي تقول: إن كل عنصر أو أركان الشيء وكل علاقات العلة بالمعلول لا بد أن تكون بينها نسخية او مناسبة أو خصوصية ومشابهة، أي يجب أن تكون من جنس واحد ومشتقان من ماهيته وكل عنصر جزء من هذه الماهية⁽⁴⁾، والحال إن مادة القاعدة القانونية الوافة الينا من الغرب تتكون من عناصر ذات ماهيات مختلفة وهي الفرض والحكم: فالفرض هو الفعل او السلوك المادي الخارجي التي جاءت القاعدة لتحده، أما الحكم هو الحل الذي وضعه المشرع لهذا الفرض كما سبق ذكره، والحال نجد الحكم هو من ماهية مجازية اعتبارية مشتق من الخارج وهي الواقعة، أما الفرض فيتمثل بالواقعة او التصرف الملموس وهي مادية واقعية، ومن ثم فإن القاعدة القانونية شيء خارجي وتصورها والحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية مأخوذ من الخارج ايضاً فيه تتبع المدرسة الواقعية والمنهج التجريبي بامتياز وهي لاتخضع لاي معيار او ضابط أخلاقي باطني، لذلك فإن المبادئ المثالية التي تنشأ القاعدة القانونية تم وضعها في نهاية مصادر القانون كقواعد العدالة وهي هامشية ليس لها دور فاعل بالواقع، بينما التفكير القانوني المبني على المنطق

(1) - ورد مصطلح (القاعدة القانونية) في الفصل السابع من الكتاب، للتفصيل ينظر: مونتسكيو (دولابيرد ودو)، روح الشرائع، ترجمة عادل زغير، بلا عدد للطبعة، مؤسسة هنداوي للنشر والطباعة، القاهرة، 2012، ص153.

(2) - دينس لويد، فكرة القانون، بلا عدد للطبعة، مطبعة المركز الثقافي، بيروت، 2011، ص82.

(3) - مونتسكيو، المصدر السابق، ص408.

(4) - أبو رشيد القرطبي، تهافت التهافت، تحقيق د.محمد عبد الجابري، ط1، مركز دراسات الوحدة العربية، تونس، 2009، ص64-65.



الارسطي واصول الفقه يضع معايير كلية منها أخلاقية ومنها تفسيرية توجه الحكم ويجب ان يخضع له، وهذا بحد ذاته تناقض بين ماهية صياغة القانون والحكم القانوني وبين طريقة تفكيرنا بانتاجه وصياغته.

ورُب تساؤل يبرز هنا: إن القاعدة القانونية وإن تكونت في الغرب إلا أنها مفهوم مجازي يتحدد وفق مقتضيات كل مجتمع وقضاياه، وليس معناه ان نأتي بمضمون القاعدة القانونية في البلدان الغربية وتطبيقها في البلدان العربية والإسلامية؟
الجواب عن ذلك يكون بالنقاط الآتية:

1- إن القاعدة القانونية على الرغم من أنها مصطلح مجازي، إلا أنها ذات مفهوم هجين لا وجود له في الجذور التاريخية للبنى التشريعية في الثقافة الشرقية الإسلامية، وبمفهومها الهجين أحدثت خللاً في قبولها وكيفية تطويعها على الفكر القانوني العربي الإسلامي الشرقي.

2- إن القاعدة القانونية مفهوم فضفاض اختلف الفلاسفة في بيان ماهيتها ومصدر وجودها وغايتها اختلافاً ماهوياً أي (شكلاً ومضموناً)، فرى إن (ليون ديجي) لايعتد بالقاعدة القانونية الصادرة من سلطة مختصة بل يعتبر القاعدة التي تتحقق بالرأي القانوني للمجتمع وتحقق التضامن الاجتماعي والدولة كاشفة لها⁽¹⁾، بينما (هانز كلسن) يعتبر القاعدة التي تسن من السلطة المختصة حصراً هي الوحيدة التي تعبر عن إرادة الدولة ويحكم بحقيقتها⁽²⁾، ورأي ثالث للفيلسوف (جيني) يعتبر القاعدة القانونية متحققة بفعل عناصر طبيعية ومثالية وشكلية، وتتكون متى تحقق العلم القانوني لدى المجتمع ومن ثم تنتقل الى الفن القانوني أي التقنين⁽³⁾، بينما هيغل عدّ القانون هي الفكرة العقلية المعبرة عن الدولة في عصرها⁽⁴⁾.

3- إن القاعدة القانونية ليست مجرد مفهوم مجازي بسيط، بل تُشكّل وحدة بناء الهيكل العام للقانون الحالي، كما ذهب لذلك جملة من الفقه والفيلسوف (هانز كلسن)⁽⁵⁾؛ لأن كل التشريعات منها الأعلى والعادي والادنى عبارة عن قواعد قانونية، وبقبولها يستلزم قبول ما تفرضه من هيكل عام للقانون أي بمعنى الاعتراف بالهيكل العام الحالي ككل دون

(1) - ديجي، التطورات العامة في القانون الخاص، مكتبة المعارف، الإسكندرية، 2013، ص24.

(2) - هانز كلسن، النظرية المحضة في القانون، دار احياء للنشر والتوزيع، بيروت، ص44.

(3) - نقلا عن: د. عبد الحميد فودة، جوهر القانون، ط2، مركز الفكر العربي، القاهرة، 1997، ص274.

(4) - جورج فولهم هيغل، أصول فلسفة الحق، ترجمة امام عبد الفتاح، ط3، دار التنوير للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، بلا سنة، ص54.

(5) - هانز كلسن، مصدر سابق، ص. كذلك د. عمرو طه بدوى محمد، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الأول، بلا عدد للطبعة، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، بلا مكان، 2007، ص6.



تبعيض او تجزئة ويكون حاكم على كل القيم والمفاهيم السائدة في مكان وزمان وجود القاعدة القانونية.

4- إن الأصل في كل لغات البشر ومنطقها، يكون للمصطلح معنى ثابت له ومنتزع منه ومرتبطة به بعلاقة دلالية⁽¹⁾، وافتراس تغيير مضمون القاعدة القانونية مع بقاء المصطلح هو افتراض لا أساس علمي له، إذ بتغيير مضمونها يستتبع خروجها عن مصطلحها وفقدان ماهيتها، وهذا ما ننشده في هدمها من خلال إعطاء مضمون جديد لوحدة بناء القانون.

5- إن من سلبيات أسقاط التفكير الشرقي الإسلامي على مفهوم القاعدة القانونية وما أسسته من هيكل خاص للقانون، افرزت مشكلة كبرى تتمثل في قواعد او طرق فهمها وتفسيرها؛ إذ أن قواعد التفسير للنصوص العربية كما قلنا لها خصوصية ومستقرة في ميدان الاستنباط الفقهي، وقد أجاد العلماء العرب والاصوليين في تقنينها في حقل تخصصهم، ولكن عند تطبيق هذه القواعد اللغوية والاصولية لتفسير القاعدة القانونية قد فشلت فشلاً ذريعاً في توظيف هذه القواعد في فهمها وتفسيرها؛ لأن القاعدة القانونية كما قلنا ذات مفهوم هجين مبني على الفلسفة الغربية التي أسست لها الشكلية والوضعية القانونية او المادية او الغائية وغيرها والمشتقة من خصوصية لغة خطابهم ومفاهيمهم السائدة.

6- إن القاعدة القانونية عندما ينشئها أي مشرّع فهو ينطلق من تحقيق المصالح والقضاء على المفساد في مجتمعه، إلا أنه يبقى لهذه القاعدة خصائص محددة وأسس صارمة ترسم علاقتها بالأخلاق والدين؛ ويستلزم على الكل اتباعها والخضوع لها، وعلى كل الأفكار والمفاهيم وإن كانت مخالفة لمضمونها ان تدعن لها دون أي نقاش، وإن هذه الخصائص أو الأسس للقاعدة القانونية تُشكّل عقبات تُبرر عدم قبولها وضرورة استبدالها؛ لأن مهما حاولنا ان نفككها بصورة تنسجم مع فكرنا القانوني فما ممكن أن يكون هذا الانفكاك كلي بصورة لم تتأثر بالعقلية القانونية الغربية، فمثلاً في القواعد القانونية التي تحدد الحريات والخصوصية الشخصية التي اعتبرت من حقوق الإنسان العالمية ودخلت البلدان العربية فيها بمعاهدات بسبب انضمامها للأمم المتحدة، ومن ثم يجب أن تطبق كما هي، وقبولها كما هي يصطدم بالعقل العربي الإسلامي الشرقي وقيمه السائدة، كما في السلطة الأبوية التي تعتبرها القيم الشرقية العربية حق للأب وان أدى إلى نوع من التعنيف الجسدي الخفيف والفكري والنفسي، إلا إنه وفق القواعد القانونية الدولية تعتبرها محظورة ومجرمة، وغيرها من القواعد التي تتقاطع مع الفكر العربي الاسلامي.

(1) - محمد باقر الصدر، دروس في علم أصول الفقه (الحلقة الثانية)، مطبعة قم، ايران، 2008، ص58.



وخلاصة القول: إننا نعتقد قد تم نقل أفكار القانون الغربي وقواعده كما هي الى البلدان الإسلامية، بصورة تم اقامه قسراً، وقد حاول الكثير من رجالات القانون العرب وفلاسفته الكبار⁽¹⁾، أن يمازجوا بين الفكر القانوني الغربي وبين المنظومة الفكرية الإسلامية الشرقية لدينا، إلا أن النتيجة كانت في غالبيتها سلبية وفشلت. إذ أن من أهم موارد الانحراف أو الفشل هو عدم استطاعة المختصين من وضع قواعد حقيقية ودقيقة خاصة بتفسير القواعد القانونية التي تتضمنها النصوص القانونية، لذلك تجد القاضي في مسألة تفسير النصوص القانونية يكون تائهاً في انتقائه لقواعد التفسير المنبثقة من علم أصول الفقه واللغة معتمداً على ما يمتلكه من خبرةٍ وذهنيةٍ وملكةٍ في فهم النصوص. وكل ذلك يرجع كما سبق بيانه إلى فشل توظيف القواعد المنبثقة من اللغة العربية والموروث المنطقي والاصولي لدينا بمسألة تفسير واستنباط الاحكام من القواعد القانونية. وخاتمة الكلام: لا يمكن ابعاد كل موروثنا الفكري والتاريخي الغني بجوانب مضيئة عديدة عن ساحة الحياة، ولكن لابد من أن يتلائم الفكر والتفكير القانوني بكل ابعاده المختلفة سواء من حيث الصياغة والانشاء والفهم والتطبيق للقانون مع المنظومة التشريعية الإسلامية. كما ندعوا الى ضرورة الاعتراف الصريح باعتماد فلسفة معينة في بلداننا الإسلامية الشرقية، دون غموض، وعدم البقاء بالظل والتردد من تبني فلسفة واضحة ترسم ملامح تشريعاتنا وحدودها، ولكي نضع حل للكثير من المشاكل القانونية التي نعانيها وانعكست على واقعا كالتهرب من تشريع قوانين الاحوال الشخصية و الحريات العامة والخصوصية والقواعد التي تحكم العلاقات الاسرية وفق مبادئ العنف الاسري المعاصرة وتشريعات البنوك والفوائد والإدارة المالية وتشريعات نظام الحكم وطريقته وخصوصية أموال الدولة وغيرها من منات التشريعات التي لم يتم تشريعها عمداً بسبب الاضطراب الفلسفي الذي نعيشه.

المبحث الثاني

آثار أزمة التفكير القانوني بمسائل الأحوال الشخصية

تظهر آثار أزمة التفكير القانوني في مسائل الأحوال الشخصية في مجموعة من الانعكاسات العملية والنظرية التي تؤثر على فاعلية القانون وتطبيقه. منها اضطراب في تفسير نصوص الأحوال الشخصية، إذ يختلف فهم القواعد القانونية وتطبيقها باختلاف الخلفيات الدينية والثقافية والاجتماعية للمفكر القانوني من قاضي او شارح او فقيه، ما يضعف التناسق في الاجتهاد القانوني. كما ينعكس التناقض على الهوية المنطقية والفلسفية للقوانين، فتظهر نصوص متفرقة أو متناقضة

(1) - ونقصد بهؤلاء الأباء المؤسسين أمثال د. السنهوري والفيلسوف د. عبد الرحمن بدوي وغيرهم من كبار الفقهاء والفلاسفة.



بين ما هو مستمد من الشريعة الإسلامية وما هو مستورد من القانون الوضعي. ويؤدي هذا إلى خلل منهجي في البناء القانوني لتشريعات الأحوال الشخصية لدينا، يجعل المشرع في بعض الحالات عاجزاً عن إنتاج قاعدة متماسكة قابلة للتطبيق على الجميع. إضافة إلى ذلك، كما تظهر تحديات عملية أمام القضاة في تفسير النصوص وملاءمتها للواقع الاجتماعي، مما يزيد من التفاوت في الأحكام.

وفي سبيل بحث هذا الموضوع سنقسمه على مطلبين: الأول نستعرض فيه آثار أزمة التفكير القانوني على الواقع التشريعي والقضائي بمسائل الأحوال الشخصية. بينما المطلب الثاني سيكون لآثار أزمة التفكير القانوني على المنهج الاستدلالي بمسائل الأحوال الشخصية.

المطلب الأول

آثار أزمة التفكير القانوني على الواقع التشريعي والقضائي بمسائل الأحوال الشخصية

إن أزمة التفكير القانوني في مسائل الأحوال الشخصية انعكست بوضوح على الواقعين التشريعي والقضائي، إذ أفرزت ازدواجاً في المرجعية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وأدت إلى اضطراب في فهم النصوص وتطبيقها. فالقانون كثيراً ما يُصاغ بمعايير مستمدة من الفقه، بينما يفسره القاضي بعقل قانوني وضعي، مما أحدث فجوة بين النص والواقع. وقد تجلّى أثر هذه الأزمة في تضارب الأحكام القضائية وتعدد المناهج التفسيرية، وتراجع قدرة التشريع على تحقيق التوازن بين مقاصد الشريعة ومتطلبات الواقع الاجتماعي المعاصر. ومن افرازات هذه الأزمة هي عدم نجاعة واضطراب تفسير النصوص التشريعية بالتفكير القانوني والتي سنفرد لكل واقعاً فرعاً خاصاً احدهما للواقع التشريعي والآخر للواقع القضائي:

الفرع الأول

أثر الإلزام على الواقع التشريعي

حاول علماء الفقه الإسلامي ومن منطلق مجاراتهم للواقع إيجاد نهجاً وسطاً يشكّل مساحة حرة بين الوجوب والجواز الشرعي؛ وذلك من خلال الإجهاد في الواقع، والذي يدعو إلى إنزال الحكم الشرعي من النص إلى الواقع وشريطة ذلك أن يكون أثره المصلحي أرجح من ضرره، وبالتالي لا ينبغي أن تكون مهمة المجتهد تنزيل الحكم الشرعي تنزيلاً آلياً مجرداً من إعتبارات المآلات، فهو بهذا المعنى عملية مركبة تقتضي أن يلتقي فيها فقيه النص مع فقيه الواقع، حيث كل واحد منهما يعمل على تفعيل الواقع وتطويعه للإرادة الإلهية وذلك بالربط المحكم بين وحي السماء



وواقع الأرض، فالاجتهاد بهذه المآل لا يتحدد حقيقته في معرفة الحكم الشرعي وإدراكه في الوقائع الجزئية، بل هو تنزيل هذه الأحكام على الوقائع⁽¹⁾.

فما يوجد به فقه الواقع على ماتقدم؛ هو تطويع الواقع لمجاراته الحكم الشرعي وهذا ما لن يساهم في حل الإشكالية المتبناة مطلقاً. فالواقع قائم على ركيزتين هما الوعي والعلم التاريخيين⁽²⁾، وأن أردنا الاستناد إلى الشريعة بمعلمها الأبرز "الحكم الشرعي" نكون أمام آلية جامدة لا تتناسب وديناميكية الواقع الذي يمثل كل ما له وجود، ومتحقق على الدوام⁽³⁾، وهذا ما يجعلنا أن ننقاد بضرورة التعامل مع الشريعة كونه إرث حضاري يساهم في تشكّل العبادات دون المعاملات كون الأخيرة محكومة بواقعيتها المفرطة وهذا ما لم يتناسب مع مناط الحكم الشرعي.

ومما تجدر الإشارة إليه؛ هناك ما يُعرف بالإسلام "العلمي" وهو أحد مسميات اليسار الإسلامي في مُقابل الخرافي والأسطوري، ولا يعني العلم هنا العلم الطبيعي المتغير طبقاً لتصورات العلم وكيفية تطبيقها في التقنيّة الحديثة والمتجددة باستمرار؛ إنّما يعني الإسلام الطبيعي الذي يتفق مع مُعطيات الطبيعة العامّة وليست الميافيزيقا المُغرقة في النظريات والمُجردات والتأملات باسم الدين، وهو أيضاً الإسلام الواقعي المُتوق مع مُقتضيات الواقع⁽⁴⁾، لكن هذا التصوّر، كصورة مُحدثة، يبقى مقتصر على زاعميه دون أن يكون له نصيب من سطوة وهيمنة ما ساد من أحكام شرعية ثابتة تُعتمد لحكم الواقع.

وحصيلة لما خضناه وللتعارض البين في مواطن كثيرة؛ بين الشريعة والواقع نقترح أن ننضوي تحت لواء الأحكام الشرعية في المسائل العبادية وترك ما سواها لسيولة الواقع وجريانه، وهي بذلك ستشكّل إطار محيط وموجه دون أن تكون لها كلمة فصلى في ذلك.

وبالعودة إلى قُطبي الإشكالية الأصلية نجد إن الواقع متخوم بتطبيقات تكيفت فيها الأحكام الشرعية لتلائم الواقع، كما في حالة إثبات النسب حيث هُجرت الأحاديث والمُسلمات الحكيمية في مواجهة استخدام (DNA) كوسيلة للإثبات؛ وقد نصت مدونة الاحكام الشرعية على الفقه الجعفري بصورة واضحة في المادة (86) بقولها: " إذا تحقق شرط الحاق الولد بالزوج فليس له نفيه عن نفسه حتى مع ثبوت زناء المرأة فضلاً عما لو كانت متهمه به من دون اثبات. ويستثنى من ذلك ما

(1) د. محمد بوعمر، من الاجتهاد في النص إلى الاجتهاد في الواقع (نحو مساهمة في تأصيل فقه الواقع)، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2009، ص18-19.

(2) جاك لوغوف، التاريخ والذاكرة، ترجمة: جمال شحيد، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، بيروت-لبنان، ط1، 2017، ص27.

(3) ريتشارد داوكنز، سحر الواقع كيف نعرف حقيقة الواقع؟، ترجمة: عنان علي ماكين، التنوير، القاهرة-مصر، 2020، ص9.

(4) حسن حنفي، الوحي والواقع تحليل المضمون، مؤسسة هنداي، المملكة المتحدة، 2021، ص32.



إذا كانت هناك طريقة علمية بيّنة - كما هو المعروف بشأن فحص الحمض النووي (-) DNA وتم التأكد من إجرائه بصورة صحيحة يمكن التعويل عليها إذا كشفت عن عدم كون الزوج أباً للولد، فيجوز له أن ينفيه عن نفسه".

حيث إنّه يُعد دليل قطعيّ فوق الإقرار كونه "حقيقةً علميةً"، فهنا تمّ العدول عن النصوص الشرعية المرتبطة بأثبات النسب من أجل الحقيقة العلمية، أيّ بالمحصلة تحقق تأثرها بالواقع والعلم⁽¹⁾، وحدث العكس أيضاً حيث طوّعت الكثير من الوقائع والحالات بما تُناسب الحكم الشرعيّ؛ وإنّ قانون الأحوال الشخصية يزخر بذلك، كما في حالة الحضانة فما استقرت عليه المادة (57)² من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 و نص المادة (81) من مدونة الاحكام الشرعية على المذهب الشيعي الجعفري³ هو ذو أساس شرعيّ مطلق، حيث إنّهما استقتا موقفهما من توليف الأحكام الشرعيّة للخروج بقاعدة أُسريّة تحكم حالات حضانة الطفل.

مما تقدم : نفهم إن صناعة التشريع لا تنتهي بسنّه أو بسريانه وبتطبيقه على أرض الواقع، بل تقتضي العمليّة مراجعة التشريعات وإدارة المخزون التشريعيّ، ودراسة ما ينبغي تعديله أو تغييره أو حذفه من التشريعات النافذة، وهذا الأمر يتطلب دراسة مُستدامة ومُستفيضة للتشريعات ومدى نجاعتها، والأهداف التي تحققها ونتائج تطبيقها⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

أثر الأزمة على الواقع القضائي

يتضح لنا أن أهم مظهر من مظاهر أزمة التفكير القانوني ومحوره هو فهم النصوص الشرعية والقانونية المنظمة للعلاقات الأسرية من خلال تفسيرها من قبل القضاء. غير أن أزمة التفسير في هذا المجال قد تفاقمت نتيجة الضبابية المنهجية التفسيرية التي تحكم آليات الفهم القانوني في نظمنا القضائية وذهن القاضي.

(1) د. صفاء متعب الخزاعي، محاضرة أُلقيت على طلبة الدراسات العليا السنة التحضيرية، كُلية القانون-جامعة القادسية، بتاريخ 2024/4/16.

(2) نصت المادة (57) من قانون الأحوال الشخصية النافذ على : " 1- الأم النسبية أحقّ بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة 2- يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلةً أمانةً قادرةً على تربية المحضون وصيانته، غير متزوجة بأجنبيّ عن المحضون .- 3- إذا اختلف الزوجان في أجره الحضانة أو مدتها، قدرها القاضي في مصلحة الصغير.....".

(3) نصت المدونة الجعفرية في المادة (81) على : " المادة - ٨١- حضانة الولد وتربيته وما يتعلّق بها من مصلحة حفظه ورعايته تكون في مدة الرضاع - وهي حولان كاملان - من حق الأم، وتبقى لها الى أن يبلغ الولد سبع سنوات - ذكراً كان أو أنثى - ثم تكون الحضانة للأب إلى آخر مدتها".

(4) د. محمد سليمان الأحمد، الهندسة التشريعية، مركز البحوث القانونية في وزارة العدل-إقليم كردستان العراق، كردستان العراق، ط1، 2022، ص104.



فعند التأمل في الاحكام القضائية المتعلقة بتفسير بعض نصوص الأحوال الشخصية، نجد أنها لا تزال متأثرة بما تركه الموروث الأصولي واللغوي من قواعد وضوابط في تفسير النصوص الشرعية امام القضاء، حيث جرى نقل هذه القواعد إلى مجال القانون الوضعي في الأحوال الشخصية دون تكييف منهجي دقيق، مما أدى إلى اضطراب في القرارات القضائية التي تفسير النصوص القانونية ذات الطبيعة الشرعية.¹

إن هذا الاضطراب مرده إلى الاختلاف البنوي بين أدوات تفسير النص الشرعي وأدوات تفسير النص القانوني الوضعي، إذ إن القواعد الأصولية التي وضعها الفقهاء لفهم النصوص الدينية تستند إلى مرجعيات لغوية وفقهية وروحية لا تتسجم تماماً مع الإطار القانوني الحديث. ونتيجة لذلك، لم يتمكن المفسر القانوني من قاضي وفقه في مسائل الأحوال الشخصية من توظيف الصيغ اللفظية والدلالية (كالأمر، والنهي، والمشارك اللفظي، ودلالة الظاهر) بالدقة التي عرفت في المنهج الأصولي الإسلامي. فبينما نجد الفقهاء يعتمدون على منظومة تفسيرية متماسكة تُفضي إلى نمط موحد في استنباط الأحكام الشرعية، يعاني التفسير في قوانين الأحوال الشخصية من تعدد المناهج وتباين الاجتهادات بين المحاكم والباحثين، مما أضعف الهوية التفسيرية القانونية لهذا الفرع الحيوي من فروع القانون؛ بل اختلاف في الظهور اللفظي نفسه الذي تفهم النصوص منه من بين ماموجود بالفقه وماموجود بالقانون.⁽²⁾، منها قضية الالفاظ المجازية التي لم تكن عاملة في صياغة وفهم القواعد القانونية بخلاف مامستقر عند الفقهاء عند تفسير الآيات التي تعطي توصيف بشري للخالق جل و علا يحملوها على المجاز أو الكناية كما في لفظ اليد والوجه.⁽³⁾

لذلك فقد حاول المختصين لاسيما بالاجتهاد القضائي ان يطوّعوا هذه القواعد الفقهية والشرعية في مجال اختصاصهم الى انها دون جدوى، وبعد الاطلاع على كثير من القرارات القضائية وبعض اراء الفقه القانوني وجدنا أن المحاكم وبعض الفقه لم تكن موحدة في القواعد التي تتبعها في التفسير

¹ . د. اغسان كريم عبد و د. ضياء حسين عبيد الزوبعي، أثر التشريع الإسلامي في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959، مجلة الجامعة العراقية، المجلد 54، العدد 3، ص. 401.

⁽²⁾ - وقد تم تعريف الظهور اللفظي بانه: ظهور حال المتكلم في إرادة اقوى المعاني الدالة على اللفظ، كما تم تعريفه بأنه (استباق المعنى من نفس اللفظ مجرد عن كل قرينة)، أو تفسير آخر بأن الظهور هو المعنى الذي يتبادر للذهن بمجرد سماع اللفظ أو تحسسه من دون المعاني الأخرى، أما الذي خرج عن الاجماع الذي يؤكد حجية ظاهر القرآن الكريم هم الاخباريون. والاخباريون فرقة تُنسب إلى الشيعة الإمامية، ويرجع تأسيس مذهبهم للعلامة الأستربادي المتوفى سنة (1032هـ) الفيلسوف الكبير والعرفاني، وكان مبناهم يقضي بحرمة الاجتهاد وعدم جواز الرجوع إلى ظاهر القرآن الكريم إلا بعد الرجوع لروايات أهل البيت. للتفصيل ينظر: عبد الرسول عبوديت، النظام الفلسفي لمدرسة الحكمة اليونانية، بلا طبعة، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي، لا يوجد مكان، بلا سنة، ص64 ومابعدها؛ مؤلفنا، أصول الفقه الإسلامي دراسة قانونية، دار الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ص62.

⁽³⁾ - عمرو بن بحر الجاحظ بن عثمان، كتاب الحيوان، ج5، ط1، مصطفى البابي الحلبي للطبع والنشر، 2007، ص23 ومابعدها.



في مسائل الاحوال الشخصية، فتارةً يتم الاعتماد على البحث عن الجذر اللغوي؛ وهو لا يعد قاعدة أصولية تستخدم في الاستنباط⁽¹⁾، فقد ورد في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية فيما يتعلق بالأحوال الشخصية إذ نصت على ان : " عبارة على ان لا يبييت لدى حاضنته الواردة في الشق الاخير من الفقرة (4) من المادة (57) من قانون الاحوال الشخصية النافذ تدل على الالتزام والوجوب وهي غير مخالفة لأحكام الدستور....."² بل هو امر عام استعان القضاء في كثير من فروع القانون.³

وتارةً أخرى قيام القضاء بإضافة قيود تفسيرية على مسائل للأحوال الشخصية لم تنص عليها الاحكام الشرعية كما في اشتراط الكفاءة المالية و المأذونية من القضاء للزواج الثاني ، حيث قررت المحكمة الاتحادية العليا في قرار لها : " أن ما اشترطه قانون الاحوال الشخصية من شروط لعقد الزواج بأكثر من زوجة واحدة ، لم يتضمن ما يخالف احكام الدستور لعدم مخالفته لثوابت احكام الاسلام ، كونها امور تنظيمية الغرض منها تسجيل عقد الزواج لأثبات حقوق الزوجين ونسب الاولاد منهما. لا يوجد في الشريعة الاسلامية او عند اي مذهب من مذاهبها ما يلزم الزوج استأذان زوجته قبل الزواج من أخرى او حتى إظهارها او اعلامها ، ولم يشترط قانون الاحوال الشخصية ذلك ايضاً".⁴

وكذلك في قرارات أخرى كان القضاء الاتحادي العراقي الموقر اكثر جرأة؛ إذ قلل من المسائل التعبدية في مسائل الأحوال الشخصية ويبدو أنه حصرها (بالمحارم) فقط ، ونجد ذلك جلياً في عدد بعض أحكام الميراث المختلف بها ليس من قبيل ثوابت الاحكام⁵ أي ادخلها في باب المعاملات⁶، ولكن هذا لا يعني أنها لم تستند بصورة دقيقة لما هو موجود في مقاصد الشريعة

(1) - قرار المحكمة محكمة التمييز الاتحادية: رقم 305\احوال شخصية\2023. مجموعة الاحكام القضائية الصادرة من وزارة العدل، العدد 32، لسنة 2024، ص434-435.

2 - . قد استدلت القضاء كثيراً في المباني اللغوية للمصطلحات ففي قرار قضائي قد بني حكمه على الجذر اللغوي للكلمتين (الدفع) الواردة في المادة (278) من قانون التجارة العراقي رقم (13 لسنة 1984) المعدل ومدى مقاربتها من كلمة (الاحتفاظ). ينظر للقرار رقم 2384/ب/2013 الصادر من رئاسة محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية، محكمة الباءة في الكراة، غير منشور.

4 . قرار المحكمة الاتحادية العليا : رقم / 136 اتحادية / 2023مجلة القضاء الدستوري، العدد 1، المجلد 1، 2024، ص88-89.

5 . وقد أكد على ذلك القضاء العراقي : ففي قرار له اعتبر أن الاختلاف في ميراث البنات لا يعد من قبيل ثوابت الاحكام الإسلام مستنداً الى ان اختلاف الفقهاء المسلمين فيما بينهم في ميراث البنات. للتفصيل ينظر : قرار محكمة الاتحادية العليا ، قرار ذي العدد 147\ اتحادية\ 2023. منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا : .

https://iraqfsc.iq/krarid/147_fed_2023.pdf

6 . حيدر حسين الشمري، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية المعدل رقم 188 لسنة 1959، دار الوراثة للطباعة، كربلاء، 2018، ص124.



الإسلامية، إذ على الرغم من تبرير القضاء العراقي بالبُعد التنظيمي لبعض التصرفات والاحكام وكان واقعياً بتنظيمه لمحيط الأسرة بإطارها المجتمعي إلا أنه بقي منقاد وملتزم بالاحكام الشرعية وما نطقته الشريعة الغراء عن لسان علماءها الكبار، مراعيًا الثابت والمتغير بالشريعة الإسلامية الغراء من جانب اخر.

ومن موارد آثار ازمة التفكير القانوني في الواقع التشريعي العراقي؛ هناك بعض القواعد القانونية والتفسيرية تم وضعها في محلٍ ليس لها، فمثلاً، قد تكون الاستعانة بقاعدة متعلقة بالمعاملات المالية وتعميمها على الاحوال الشخصية كالقواعد المنصوص عليها في القانون المدني التي تنظم احكام الشروط المقترنة بالعقد واحكام الفسخ وتم اقامتها في قانون الاحوال الشخصية دون ان نعرف الاثر القانوني والاحكام القانونية التفصيلية لتخلف الشرط والفسخ فهل ينظر له برؤية مدنية كما في المعاملات المالية أم ينظر له من جانب فقهي تعبدية؟¹. وكذلك ومثل قاعدة (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص)⁽²⁾.

مما وُلد ذلك نتيجتين مهمتين احدهما جزئية والاخرى كلية: اما الجزئية فتتمثل في الاختلاف السلبي وفساد الاستدلال بصدور الأحكام وتناقضها بين محكمتين في نفس موضوع الدعوى، أما الكلية تتسجد في المنهج الخاطيء في توظيف النظريات القانونية واسقاطها على السلوك لاتعبدية بالعلاقات الاسرية للافراد.

فهم مما تقدم: إنَّ لأزمة التفكير القانوني في مسائل الاحوال الشخصية، آثار كبيرة انعكست على وضوح نظرية التفسير لدى القضاء العراقي ينبع بالأساس من الفجوة الجوهرية بين القانون الوضعي ونمط التفكير المستمد من الشريعة الإسلامية، ولم تردم هذه الفجوة على الرغم من أن الاجتهاد القضائي من إيجاد انسجام منهجي بين نصوص التشريع الوضعي المستحدث ومبادئ الأحكام الشرعية التقليدية. وقد أدى هذا التباين إلى تضارب الأحكام القضائية، حيث يفرض ضغط الواقع الاجتماعي وسيادة ظروفه على مسارات الاستدلال القضائي، مما يجعل الفهم القانوني للأحوال الشخصية متأرجحاً بين المنطق الوضعي وعمليات الاستنباط الفقهي. وبهذا، يظهر أن الارتباك في العلاقة بين منهج القانون الوضعي ونمط التشريع الاسلامي ومنهجه في التفسير لم يولد فقط اختلافاً في الأحكام الجزئية، بل أثر أيضاً على المقاربة الكلية للفكر القانوني لدى القضاء،

1. تجلّى ذلك في نص المادة السادسة من قانون الاحوال الشخصية النافذ المذكورة في فقرتين على: " 3- الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها. 4 - للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم إيفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج".

(2)- د.نادية خير الدين، القواعد والضوابط الفقهية وحجيتها في قانون الأحوال الشخصية، بحث منشور في مجلة الرافيين للحقوق\ كلية الحقوق - جامعة الموصل، المجلد(12)، العدد(44)، لسنة 2010، ص192.



مما يستدعي إعادة النظر في منهجية التفسير بطريقة أكثر اتساقاً مع متطلبات الواقع الاجتماعي والقانوني.

المطلب الثاني

أثر ازمة التفكير القانوني على المنهج الاستدلالي بمسائل الأحوال الشخصية

يتمثل أثر الازمة على المنهج الاستدلالي؛ والذي نقصد به هنا: القواعد المنطقية والاسس الفلسفية التي يعتمد عليها المفكر القانوني في انتاج القرار او الحكم او الرأي القانوني في مسائل الأحوال الشخصية، وتأثير الازمة هنا تكمن بما تؤديه من اضطراب الهوية المنطقية في مسائل الأحوال الشخصية ، والذي يتمثل بالتنازع بين منطقتين مختلفتين؛ أحدهما المنطق الأرسطي وهو المنطق الاستنباطي الذي اعتمدته الشريعة الإسلامية في انتاج احكامها، والآخر وضعي استقرائي تبناه العلم التجريبي والذي انبثق منه القانون الحديث ، وقد وُجد ذلك خلافاً في منهج الفهم في التفكير القانوني لدى القاضي والفقير القانوني. أما اضطراب الهوية الفلسفية فيتجلى في التناقض بين الرؤية القيمية التي تجعل قانون الأحوال الشخصية امتداداً للعدالة الإلهية، وبين الفلسفة الوضعية بقسميها المثالية والواقعية التي تفصله عن بعده الأخلاقي. وقد أدى هذا الازدواج المنطقي والفلسفي إلى فقدان الانسجام بين النصوص الشرعية والمفاهيم القانونية، وانعكس سلباً على وحدة الفكر القانوني في مجال الأحوال الشخصية.

لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين: نبحث بالأول اضطراب الهوية المنطقية للتفكير القانوني في مسائل الأحوال الشخصية، بينما الفرع الثاني سيكون لاضطراب الهوية الفلسفية للتفكير القانوني في مسائل الأحوال الشخصية.

الفرع الاول

اضطراب الهوية المنطقية للتفكير القانوني في مسائل الاحوال الشخصية

بوجه عام نشأت هذه الحيرة من غموض وضبابية المنهج المنطقي الذي يحكم التفكير القانوني في مسائل الاحوال الشخصية، إذ نجد إن علم المنطق المعتمد لدينا كجزء من موروثا الفكري هو المنطق الارسطي وهو قانونٌ عقليٌ يجب أن يتم مراعاته في كل عملية تفكير واستنتاج، أما على صعيد القانون فقد توغل الفلاسفة القانونيين في وضع دراسات غزيرة من اجل توصيف العلاقة بين هذا المنطق وبين القانون، وبذلوا جهوداً لبيان أهمية تطبيقات المنطق الارسطي في الاستدلال



القانوني⁽¹⁾، واصطُح على الدراسات التي تحاول توظيف المنطق في القانون (بالمعنى القانوني أو المنطق القضائي)⁽²⁾.

بالإضافة إلى ذلك فإنه لا ينكر هذه الجهود التي بُذلت في بيان العلاقة بين المنطق والقانون وهي جهوداً كبيرة، إلا أنها متشعبة تشعباً أفقدت المنهج المنطقي الذي يحكم عملية التفكير القانوني هويته؛ بسبب الضبابية والغموض، ومن أهم موارد الضبابية بدأت في الاختلاف في ماهية المنطق القانوني أو القضائي اختلافاً بينياً، إذ تم وصف المنطق القانوني من قبل البعض بأنه: " هو المنهج الذي يؤدي إلى نشأة القانون وصياغته وتطبيقه وتفسيره واستخلاص مبادئه العامة"⁽³⁾، وقد عرّفه آخر تعريفاً يكاد يتطابق مع المنطق الارسطي بوجه عام بقوله: " هو التفكير المنظم، وعلم المنطق علم التفكير في التفكير"⁽⁴⁾، ويفهم من تقسيمات فقيه آخر إن المنطق القانوني هو أقرب لعلم أصول الفقه واللغة العربية بحيث: (عبارة عن دلالات الالفاظ والتصورات في القانون)⁽⁵⁾، أما المنطق القضائي فهو " الاستعانة من قبل القاضي في تطبيق أدوات المنطق في الواقع القضائي عندما يراد استصدار قرار قضائي"⁽⁶⁾.

ومن ثم وبسبب الاختلاف البنيوي بين القانون الوضعي الوافد إلينا والمنطق الذي يحكم تراثنا، فإن الفقه القانوني والاجتهاد القضائي في بلداننا اضطرب في بيان العلاقة بين القانون والمنطق الارسطي، وذهبوا إلى مذاهب شتى: فمنهم من عدّ علم المنطق القانوني هو منطق خاص لا يمكن إن يُخضع للمنطق الارسطي⁽⁷⁾، ومنهم من ذهب إلى أن المنطق القانوني هو منطق الوقائع وليست التصورات النظرية⁽⁸⁾، وثالث قسم المنطق إلى منطق نظري يتعلق بنشأة القانون وتطوره وهو المنطق القانوني، ومنطق عملي يتعلق بتطبيق القانون على الوقائع ويتأثر بالنظام الاجرائي⁽⁹⁾.

(1) - د.فايز محمد حسين، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه، بلا عدد طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية-مصر، 2011، ص4-5.

(2) - د.محمود السقا، المنطق القانوني والمنطق القضائي، بلا عدد للطبعة، دار الثقافة العربية، دمشق، 2001، العنوان. د.فايز محمد حسين، المصدر أعلاه، ص65.

(3) - د.محمود السقا، مصدر سابق، ص10.

(4) - د.محمد علي الصافوري، مقدمات في المنطق القانوني، بلا عدد للطبعة، مكتبة الكتب العربي المعارف العامة، بلا مكان، بلا سنة، ص246.

(5) - يفهم هذا التعريف من خلال تصفح كتاب المنطق القانوني بالتصورات للعلامة د.مصطفى الزلمي عندما قسم مؤلفه النابيع فصول بحث بالاول مفهوم المنطق بوجه عام والفصل الثاني لصلة علم المنطق اللغوي والمنطق القانوني، ومبادئ ومقاصد التصورات بالفصل الثالث والرابع. للتفصيل ينظر: د.مصطفى إبراهيم الزلمي، المنطق القانوني في التصورات، ط1، احسان للنشر والتوزيع، بلا مكان، 2014، القسم الثاني، ص8-9.

(6) - د.فايز علي حسين، مصدر سابق، ص

(7) - نقلاً عن د.فايز محمد حسين، المصدر السابق، ص4-5.

(8) - نقلاً عن المصدر أعلاه، ص57.

(9) - المصدر أعلاه، ص54.



بالنتيجة نعتقد أن مآطره فقهاء القانون أعلاه محل احترام، إلا أنه يتعدّر التسليم بأن آرائهم لها أهمية عملية في الواقع القانوني؛ إذ بقيت أزمة فهم وتطبيق القانون وتفسيره مستعصية لوجود لها، ولم توضع الحلول الحقيقية لوضع منهج منطقي واضح يحكم التفكير القانوني في بلداننا؛ فلا نحن اعتمدنا على منطق اباؤنا ولا نحن اعتمدنا على المنطق المعاصر، ومن ثم لم يوظف علم المنطق توظيفاً حقيقياً بكل صورته.

وعليه فإن دراسات المنطق القانوني والقضائي تتضمن موضوعات انتقائية وموضوعات خارجة عن ماهية المنطق الارسطي في جزء منها، ومتفاوتة تفاوتاً بيناً بين مؤلف وآخر؛ لأن مؤلفات المنطق القانوني تارةً تتضمن اللغة القانونية وبُنيتها ودورها في إيصال الخطاب⁽¹⁾، وتارةً أخرى يتم تجزئة أو انتقاء بعض القواعد المنطقية كالقياس المنطقي دون الحجج الأخرى، أو الاقتصار على قسم التصورات وذكر أمثلة عليها⁽²⁾، وتارةً ينظر فيها للواقع وتبدله بعيداً عن قواعد عقلية تحكمه

أما على مستوى أثر الاضطراب المنطقي على التفكير القانوني في مسائل الاحوال الشخصية، يتجلى ذلك حينما نريد المقارنة بين مدونة الاحكام الشرعية على المذهب الشيعي الجعفري الجديدة وقانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959، إذ أن المدونة اعتمدت على الفقه الإمامي الجعفري القائم على الاستنباط من الكليات إلى الجزئيات وفق المنطق الأرسطي، فكانت أحكامها ذات طابع تجريدي يركز على النص الشرعي وهو قاعدة كلية³ وينطلق منه وجعله اولوية تتقدم على الواقع الاجتماعي لاسيما اذا كانت احكاماً شرعية تعبدية كبعض مسائل الاحوال الشخصية⁴. وايضاً نرى هذا التجلي في أحكام الحضانة التي بُنيت على مقدمات شرعية وعقلية مسبقة أكثر من بنائها على مصلحة الطفل الواقعية، إذ نصت المادة (81) من المدونة على: "حضانة الولد وتربيته وما يتعلّق بها من مصلحة حفظه ورعايته تكون في مدة الرضاع - وهي

(1) - ينظر : المصدر أعلاه، ص160 ومابعدها.

(2) - ينظر د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المنطق القانوني في التصورات، القسم الثاني، المصدر السابق، ص8-9. ³ . يعتبر الاصوليون ان النصوص الشرعية بالقران الكريم والروايات الشريفة قواعد كلية تنطبق على افراد متعددين وهي ذات مصدر وحي الهي. للتفصيل ينظر: الشيخ مرتضى الانصاري، فراند الاصول، ط2، دار النجف الاشرف للنشر، النجف الاشرف، 2006، ص89. الشيخ محمد رضا المظفر، اصول الفقه، دار المسك للاحياء التراث الاسلامي، النجف الاشرف، 2009، ص188-189.

⁴ . إن الاحكام الشرعية التعبدية تعتبر احكاماً معللة بعلة لا يدركها العقل على خلاف احكام المعاملات فأنها معللة بعلة، وعدّ كثير من الاصوليين ان مسائل الاحوال الشخصية من نكاح وطلاق وارث تقرب من المسائل التاعبدية وليس معاملات، ومن ثم ليا مجال لمطابقتها بالواقع كونها احكاماً لا يدركها العقل. للتفصيل ينظر: الشيخ مرتضى الانصاري، المكاسب، ج2، مطبعة المعارف الاسلامية، قم، 2012، ص45. أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج2، المكتبة العصرية، بيروت، 2008، ص141. دو حيدر حسين الشمري، مصدر سابق، ص93.



حولان كاملان - من حق الأم، وتبقى لها الى أن يبلغ الولد سبع سنوات - ذكراً كان أو أنثى - ثم تكون الحضانة للأب إلى آخر مدتها".

يفهم من هذا النص وهو التطبيق الحرفي للقياس المنطقي الذي يقوم على تعديد الكليات على الجزئيات ، فإن ايراد أحكام الحضانة والرضاع بأسلوب عام ومطلق، مع تحديد مدد الحضانة للأم (حتى سن السابعة) ثم انتقالها إلى الأب حتى آخر المدّة، دون أي تمييز بين الحالات الواقعية للأطفال أو الظروف الخاصة لكل طفل. وبذلك، يظهر أن النص يأخذ منظوراً شرعياً عامّاً قائماً على قواعد كلية ومستنبطة من الفقه، مع عدم الاهتمام المباشر بمصلحة المحضون الفردية أو خصائصه النفسية والاجتماعية. وهذا يوضّح الفارق بين المنطق الأرسطي الاستنباطي الذي يحكم النصوص الفقهية والتشريعية التقليدية، وبين المنطق الواقعي للقاضي أو الفقيه القانوني المعاصر الذي يأخذ بعين الاعتبار ظروف الطفل ومصالحته الواقعية عند الفصل في قضايا الحضانة. بالتالي، يُبرز النص الطبيعة الكلية التعبدية للأحكام الشرعية في سياق قانوني، والتي قد لا تتوافق دائماً مع طبيعة عمل القضاء الذي يراعي متغيرات الواقع الاجتماعي للأسرة.

أما قانون الأحوال الشخصية رقم 188، فعلى الرغم من أنه استند إلى آراء فقهية متعددة، إلا أنه لم يلتزم بمذهب واحد، بل اختار من الفقه ما يتناسب مع الواقع ومتطلباته الاجتماعية، فجاءت أحكامه انتقائية مرنة تراعي مبدأ الملاءمة بين النص والواقع. ومن ثم، فإن الفرق الجوهرى بين القانونين يكمن في أن المدونة تأسست على منطق استنباطي نظري مستمد بصورة صارمة على الاستنباط الفقهي، بينما قام القانون رقم 188 على منطق فقهي واقعي تطبيقي، مما جعله أقرب إلى الفكر القانوني الحديث القائم على الوقائع لا على التصورات.

أما موقفنا من ازمة اضطراب الهوية المنطقية في مسائل الاحوال الشخصية، فنجد أن المعالجة الحقيقية هو أن نسلق طريقاً خاصاً منبثق من علم المنطق الوضعي المعاصر؛ لأننا نجد أن كل موضوعات القانون منبثقة من الواقع، بل أن الوصف المنطقي للنصوص القانونية هي وقائع مستجدة ومتغيرة لا يمكن الوقوف على حقيقتها الا بالإحصائيات والبيانات والاستطلاع وتشخيص اهل المصلحة. لاسيما إن المنطق الارسطي هو منطق بشري يمكن ان يخضع للتطور والتحديث.

الفرع الثاني

اضطراب الهوية الفلسفية في مسائل الأحوال الشخصية

نعتقد إن العلوم قائمة كلها على الفلسفة والتفلسف ومنها القانون، إذ أن القانون لا ينفك ابداً عن الفلسفة بل هما صنوان وعلاقة بينهما ذاتية؛ إذ أن الصياغة التشريعية منذ الأزل تتوقف على مصدرها والمصدر بطبيعة الحالة هو من صنعة الفلسفة بامتياز.



ولتوضيح ذلك: إن شكل وطبيعة ونطاق كل قانون او نظام ينظم حياة مجتمع معين تتوقف على الفلسفة الذي يتبناها ذلك المجتمع والتي تنعكس على دستورها وقوانينها كتشريعات الاقتصاد والسياسة وطريقة نظام الحكم فيها.

فإذا كان المجتمع ذو طبيعة دينية نجد إن القوانين التي تحكمه منبثقة من مصدر ميتافيزيقي ديني كما في بعض البلدان العربية كالمملكة العربية السعودية والإسلامية كجمهورية ايران الإسلامية¹. والمجتمع المادي الذي يركز على إبعاد العامل الأخلاقي من رؤيته للحياة والواقع والقانون؛ لذلك نجده تتراوح قوانينه بين التشريعات الليبرالية الديمقراطية القائمة على المذهب الفردي كما في أمريكا وأوروبا الغربية²، وبين التشريعات والأنظمة الشمولية الشيوعية او الاشتراكية القائمة على المذهب الاجتماعي كما في الصين وروسيا وأوروبا الشرقية³.

واجمالاً إن الفلسفة المعاصرة التي تحكم القانون في الوقت المعاصر هي؛ اما فلسفة مثالية قائمة على ضرورة صياغة قاعدة قانونية تتفق مع القيم العقلية والاخلاقية او الدينية⁴. أو فلسفة واقعية قائمة على المذهب التجريبي التي تنكر وجود معيار او ميزان توضع القاعدة القانونية فيه، بل إن القاعدة القانونية وليدة المصلحة بالواقع وتتغير بتغير هذه المصلحة دون النظر الى خلفها او مدى مطابقتها مع شيء مثالي او معياري⁵.

وبطبيعة الحال نجد إن القوانين القائمة على الفلسفة الواقعية هي السائدة في العالم بالوقت المعاصر وسمي القانون بالوضعي على اساس انه موضوع من قبل البشر ومرتبب بمصالحه الواقعية.

مما تقدم، فإن الازمة التي يعيشها العراق وبلداننا الإسلامية على مستوى التفكير القانوني بمسائل الاحوال الشخصية تنبثق من ضبابية الإجابة عن التساؤل التالي: ماهو موقع الفكر والتفكير القانوني المعاصر في العراق والبلدان الإسلامية من الفلسفة المثالية والواقعية ومن المذاهب الفردية والاجتماعية؟

1 . نص النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية في المادة الأولى ودستور جمهورية ايران الإسلامية على اعتماد كتاب الله وسنة المعصوم وعلى سنة نبيه بنصها: " المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية ذات سيادة تامة ؛ دينها الإسلام ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله ولغتها هي اللغة العربية. وعاصمتها مدينة الرياض" وكذلك الدستور الإيراني في المادة الأولى والثانية اقر باعتماد الشريعة الإسلامية على المذهب الامام.

2 . كما في أوروبا الغربية والولايات المتحدة الأمريكية واليابان وكوريا الجنوبية. للتفصيل ينظر: برتراند رسل، تاريخ الفلسفة الغربية- الكتاب الثاني، ترجمة زكي نجيب محفوظ، مؤسسة هنداوي، لا يوجد مكان للطبع، 2017، ص114.

3 . المصدر أعلاه.

4 . د. ميشيل تروبير، فلسفة القانون، ترجمة جورج سعد، ط1، دار النجوى للنشر والتوزيع، دمشق، 2016، ص64.

5 . د. عبد الحى حجازي، جوهر القانون، دار النهضة العربية، مصر، 2012، المقدمة.



وبسبب ضبابية الإجابة عن هذا التساؤل؛ فإن له آثار كبيرة جداً على قضايا الأسرة؛ منها ما وأده من أزمة حقيقية في صياغة تشريع قانون الاحوال الشخصية رقم 188 والتعديل الذي طرأ عليه بقانون رقم (1) لسنة (2025) في العراق، وهذه الازمة ناتجة من الاضطراب الفلسفي الذي تعيشه المجتمعات الإسلامية ككل، والحائرة بين مطرقة طغيان الفلسفة الغربية المتسلحة بالتكنولوجيا والذكاء الاصطناعي والقيم الإنسانية الغربية من جهة، وبين سندان التراث وعبء الحضارة في بلداننا التي تجعل المجتمعات الإسلامية مكبلية وصعبة التغير والتكيف مع العالم المعاصر.

وتشكّلت هذه الازمة في العراق من الاضطراب الفلسفي وعدم وضوح الرؤية الفلسفية في دستور عام 2005 والتشريعات المنبثقة منه من جهة¹، وفي فهم وعقلية الفرد المسلم سواء مختص بالقانون او غير مختص من جهة أخرى الذي يعيش في صراع بين واقع الحياة المعاصرة ذات الإيقاع السريع والمؤثر والتي فرضت عليه نمط الحياة وشكل القانون والنظام فيه والقيم الإنسانية الغربية؛ وبين ما يؤمن به من قيم وتقاليد تكاد تتلاشى في وسط هذه المعرفة الوافدة من الغرب.

وقد تفرعت من هذه الازمة الرئيسية أزمتان قانونية اخرى؛ أهمها الازمة الأخلاقية بمسائل الاحوال الشخصية ومدى فعاليتها عند تعارضها مع احكام شرعية: إذ إن من الموارد الخطيرة التي أدت إلى تعقيد العلاقة بين الفكر القانوني الغربي بوضعه الحالي والفكر التشريعي الإسلامي الشرقي في قضايا الأسرة هي ما يعرف (بالفلسفة الأخلاقية أو الحكمة العملية)⁽²⁾.

ولتوضيح ذلك: أن القوانين الغربية تقوم على فلسفة الأخلاق النسبية التي نشأت في عصر التنوير وبعد انتكاسة الأفكار الكنسية، ومفاد الاخلاق النسبية هو "إن الأخلاق متغيرة بتغير الزمان والمكان لذلك قد يكون فعلاً قبيحاً في زمان ما ويكون جميلاً في زمان آخر"⁽³⁾، في حين إن المجتمعات الإسلامية والعربية بالخصوص قائمة على الفلسفة الأخلاقية المطلقة المنبثقة من الدين، وهي بخلاف الاخلاق النسبية ومفادها أن الأخلاق ثابتة ولايطرأ عليها التغيير بتغير الزمان والمكان؛

¹ . د.كاظم جعفر شريف د.محمد عباس حمودي د.جواد احمد البهادلي، الأساس الدستوري لثوابت احكام الإسلام في ضوء نصوص الدستور العراقي النافذ لعام 2005، العدد الثالث، المجلد (1) ، مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، 2025، ص388.

(2) - تُعرف الفلسفة الأخلاقية أو ما يعبر عنها الفلاسفة المسلمين بالحكمة العملية: هي نظريات أخلاقية معيارية التي تحدد سلوك الانسان وفضائل العقل وطباع الفرد. يناقش الأخلاقيون مسائل وطبيعة وتعريف الفضائل وغيرها من المسائل ذات الصلة واثرها على السلوك الاناني ومدى قابلية تغييرها من عدم تغيرها. على سبيل المثال، كيف يتم الحصول على الفضائل؟ كيف يتم تطبيقها في مختلف سياقات الحياة الحقيقية؟ هل الفضائل متجذرة في طبيعة الإنسان العالمية أو في تتعدد بتعدد الثقافات؟. ينظر: عمار أبو رغيغ، الحكمة العملية دراسات في النظرية وأثارها التطبيقية، ط5، مركز رعاية الدراسات الجادة، قم، 1386هـ، ص6. وايضاً. د.محمد كمال الدين سعد، الفلسفة والأخلاق، بلا عدد للطبعة، دار الكتب الجامعية، بلا مكان، 1968، ص161.

(3) - أيمانويل كانت، تأسيس ميتافيزيقيا الاخلاق، ترجمة د.عبد الغفار مكاي، مراجعة د.عبد الرحمن بدوي، ط1، منشورات الجمل، المانيا، 2002، ص151.



لأن منشأها التحسين والتقيح العقليين كما يقول المعتزلة او منشأها الشريعة كما يقول الاشاعرة، فمثلاً الصديق لا يتغير بتغير الزمان والعفة أيضاً وغيرها من صور السلوك البشري وقد بحثها الفلاسفة الإسلاميين في كتبهم وقد أثرت بصورة كبيرة على مفاهيم القانون والمجتمع ورؤيته للعلاقات الاجتماعية بين الافراد⁽¹⁾.

ونرى إن تناقض ما مفروض على منظومة الفكر القانوني في قضايا الاسرة من فلسفة نسبية للأخلاق مع مانؤمن به من فلسفة مطلقة للأخلاق، قد رتب آثار قانونية ايجابية وسلبية ذات أهمية كبرى:

فالأثار الإيجابية التي نعتقدها؛ كما في مسألة تغيير النظرة الى المرأة وحقوق الزوجة ورفض العبودية والرق وحق عمل الزوجة، وهي مسائل فرضتها قواعد قانونية عالمية وداخلية تدعو لفرض المساواة بين الرجل والمرأة وتعزيز حقوق الإنسان وحظر الرق والعبودية والاضرار الزوجي.

أما الأثار السلبية للأخلاق النسبية الغربية فقد ترتب عليها احكام خطيرة منها شرعنة الزواج المثلي وفرض الحرية المطلقة و تضعيف السلطة الابوية داخل الاسرة وتلاشي القيم الأخلاقية الدينية السائدة كحرية الحجاب وغيره من الاحكام التي تعتقد المجتمعات الإسلامية أنها تهدد قيمها السائدة.

لذلك بعد انتقال الفكر القانوني الغربي ونمط الفهم فيه مرتدياً وشاح الفلسفة النسبية الذي أثر على خصائص القاعدة القانونية التي أهمها قاعدة سلوك اجتماعية أي أنها تتغير بتغير سلوكيات المجتمع ومحسورة بزمان ومكان⁽²⁾، أدى ذلك إلى تناقضها مع الكثير من الاحكام الشرعية التي تحكم الاسرة المسلمة في بلداننا.

ومن آثار الازمة القانونية في العراق على المستوى الفلسفي هي مسألة حدود الحريات والعلاقات الأدبية في الأسرة وغيرها من التصرفات المحكومة بأسس شرعية وعرفية عديدة، فهل تقاس في ضوء الفلسفة الاخلاق النسبية ام فلسفة الاخلاق المطلقة؟

فمثلاً بالنسبة لحرية البنت والزوجة وحقوقها داخل الاسرة وخصوصيتها وعفتها هل يجب أن تتأثر بالرؤية الاجتماعية وتغيرها أم تبقى ثابتة؟ فبموجب فلسفة الأخلاق النسبية الغربية نعم تتأثر ويمكن أن تتبدل حقوقها والتزاماتها بقدر فهم المجتمع ورؤيته، فيجوز لها أن تنزع الحجاب أو

(1) - مرتضى مطهري، تحقيق النظرية النسبية بالاخلاق، بلا عدد للطبعة، مطبعة داقت، قم، 1411هـ، ص32. عمار أبو رغيث، مصدر سابق، ص60.

(2) - للتفصيل ينظر خصائص القاعدة القانونية، د.محمد وحيد الدين سوار، المدخل لعلوم القانونية، ط4، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1993، ص14.



تطلق نفسها أو تتخذ عشيق إذا ماتقبل المجتمع هذه الفكرة، أما وفق فلسفة الأخلاق المطلقة فلا يمكن ذلك لأن العفة تعد مبدأ أخلاقي فطري ثابت بثبوت الزمکان ولا يمكن تجاوزه، ومن ثم مسألة الحجاب والحرية المحددة والحقوق الابوية، مسائل ثابتة لا تتغير بتغير الأزمنة والامكنة وفقاً لهذه الفلسفة⁽¹⁾.

ومن آثار الازمة القانونية ايضاً في مسائل الاحوال الشخصية على المستوى فلسفة الاخلاق للتشريعات؛ هو التناقض الفلسفي في (مسألة الخصوصية الشخصية بين افراد الاسرة)، إذ نجد أغلب التشريعات في العراق والبلدان الاسلامية لم تشرع قانون لحق الخصوصية الشخصية بين افراد الاسرة وما هي حدود السلطة الابوية عليه، ومنها القانون العراقي على الرغم من أنه نص في الدستور عليه⁽²⁾؛ ويرجع ذلك إلى التصادم بين التفكير القانوني بصيغته الغربية القائم على الفلسفة الأخلاقية النسبية وبين الاصول الأخلاقية في مجتمعاتنا المنبثقة من الفلسفة الأخلاقية المطلقة، التي ولدت عدم الملائمة بين بعض السلوكيات التي تكفلها خصوصية الإنسان وحرية المراهي وهذا مخالفة لقيم المجتمع الاسلامي وتقاليده، فالتناقض في رسم حدود الخصوصية هل تكون حدودها في اطار النسبية الأخلاقية أي مايراه المجتمع جميل أو قبيح في زمان ومكان محدد، أم ينبغي رسم حدودها في إطار الأخلاق المطلقة اي في حدود المنطق الفطري والقيم الدينية ؟ لذلك نعتقد أن المشرع العراقي قد تغافل تغافلاً متعمداً عن هذا الأمر وبسبب هذا التناقض الذي شكّل ازمة حقيقية لا يستطيع حلها في الوقت الحالي إلا بعد زوال الضبابية واضطراب الهوية الفلسفية لقوانين الاحوال الشخصية، وهل نأخذ بالفلسفة الغربية او الاسلامية ام نلائم بينها ؟

الخاتمة

بعد البحث في أزمة التفكير القانوني في مسائل الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 وتعديله لسنة 2025، يتضح أن جوهر الإشكالية لا يكمن في النصوص ذاتها بقدر ما يكمن في المنهج العقلي والفكري الذي يُوجّه عملية الفهم والتطبيق في قضايا الاسرة. ومن خلال الدراسة النقدية التحليلية يمكن استخلاص النتائج والمقترحات الآتية:

(1) - مرتضى مطهري، مصدر سابق، ص25.

(2) - نصت المادة (17\ اولاً) على: " لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الاخرين والآداب العامة".



أولاً: النتائج:

- 1- إن التفكير القانوني يمثل عملية ذهنية تتجاوز الفهم الحرفي للنص إلى تحليل أسسه الفلسفية والمنهجية، غير أن الفكر القانوني العراقي يحتاج الى جهد آخر يوازي تطور النصوص.
- 2- إن الأزمة الحقيقية للتفكير القانوني في التشريعات موضع الدراسة تتمثل في التناقض البنوي بين القانون الوضعي الذي يستمد منطقه من العقل التجريبي الغربي، وبين العقل الفقهي الإسلامي الذي يستند إلى أدوات الاستنباط الفقهي ذات الجذور الأرسطية، مما ولد آثار كبيرة على ضبابية المنهج المنطقي والفلسفي للمفكر القانوني في قضايا الاسرة من باحث وفقهه قانوني وقاضي.
- 3- انعكست هذه الأزمة على الواقع التشريعي والقضائي من خلال اضطراب نظرية التفسير وتجاذب القواعد القانونية الحاكمة لمسائل الأحوال الشخصية بين القانون المدني من جهة والقواعد الفقهية التعبدية من جهة اخرى، فظهرت أحكام قضائية متعارضة نتيجة غياب معيار موحد في فهم وتفسير وتأويل النصوص في تشريعات الأحوال الشخصية.
- 4- نتج من الازمة اضطراباً في الهوية المنطقية والفلسفية للتفكير القانوني في مسائل الأحوال الشخصية: فالاضطراب المنطقي للتفكير القانوني تجسّد في التداخل الفوضوي بين المنطق الأرسطي التقليدي والمنطق الوضعي الحديث، الذي أدى إلى خلل في الاستدلال ونتاج الآراء القانونية والاحكام القضائية. أما الاضطراب في الهوية الفلسفية فتمثّلت في ضياع التفكير القانوني بمسائل الأحوال الشخصية من تبني فلسفة واضحة مثالية او واقعية يمكن من خلالها معرفة القواعد والرؤية الاستدلالية بوضوح في انتاج الآراء القانونية والاحكام القضائية، ومن امثلتها ما أصبح عليه القاضي والفقهاء القانوني في مفترق بين فلسفة الأخلاق المطلقة في الشريعة وفلسفة الأخلاق النسبية في الفكر القانوني الحديث.

ثانياً: التوصيات.

- 1- ضرورة إعادة بناء التفكير القانوني وفق رؤية معرفية توحد المرجعية الفكرية بين النص التشريعي والمنهج الفقهي، من خلال تبني نموذج لقواعد الاستدلال في قانون الأحوال الشخصية تستند إلى منطق مقاصدي عقلاني يوازن بين القيم الشرعية ومتطلبات الواقع القانوني الحديث.
- 2- ضرورة تأسيس علم جديد بأسم علم الاستنباط القانوني او علم أصول الفقه القانوني بالتوازي مع علم أصول الفقه الإسلامي، يتضمن قواعد واضحة مستقرة في البيئة القانونية لإنتاج الاحكام القانونية، بالقياس على ما موجود من نمط الاستنباط المستند على قواعد عميقة وصارمة لدى الفقهاء المسلمين الكرام.



3- تعديل تشريعات الأحوال الشخصية بالعراق من خلال البتّ في مسائل الاسرة التي تدور في المناطق الرمادية وتتأرجح الاحكام فيها من قبيل: تنظيم حدود الولاية الابوية وحق الخصوصية وسلطة رب الاسرة لاسيما في المسائل الإلكترونية الحديثة، وايضاً تنظيم موضوع خصوصية الزوجين وغيرها من المسائل التي تمثل جوهر الازمة الناتجة من جدلية التناقض بين الفلسفة الغربية والفلسفة الإسلامية التي انعكست بوضوح على التفكير القانوني في العراق والبلدان الاسلامية.

المصادر

أولاً: الكتب اللغوية:

- 1- أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج2، المكتبة العلمية، بيروت، لاتوجد سنة.
- 2- محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، لسان العرب، مج 18، دار صادر، بيروت، 1414هـ، ص7112؛ عمرو بن عثمان بن قنبر الحارثي بالولاء، يُكنى أبو بشر، الملقب سيبويه، الكتاب، تحقيق عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي القاهرة، 1988.

ثانياً: كتب الفقه الاسلامي:

- 1- أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج2، المكتبة العصرية، بيروت، 2008.
- 2- الشيخ محمد رضا المظفر، اصول الفقه، دار المسك لاحياء التراث الاسلامي، النجف الاشرف، 2009.
- 3- السيد محمد باقر الصدر، دروس في علم أصول الفقه (الحلقة الثانية)، مطبعة قم، ايران، 2008.
- 4- الشيخ مرتضى الانصاري، فرائد الاصول، ط2، دار النجف الاشرف للنشر، النجف الاشرف، 2006.
- 5- الشيخ مرتضى الانصاري، المكاسب، ج2، مطبعة المعارف الاسلامية، قم، 2012.

ثانياً: الكتب العلمية والفلسفية:

- 1- ابن رشد القرطبي، تهافت التهافت، تحقيق د.محمد عابد الجابري، ط1، مركز دراسات الوحدة العربية، تونس، 2009.
- 2- د.إبراهيم فريد الدر، الأسس الداخلية لسلوك الإنسان، دار الآفاق الجديدة، بيروت، 1983.
- 3- د. أحمد علي عجيبة، البابوية وسيطرتها على الفكر الأوروبي في العصور الوسطى، المدى للنشر والتوزيع، دمشق، 1981



- 4- د أديب محمد الخالدي، سيكولوجية الفروق الفردية والتفوق العقلي، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان، 2008.
- 5- أيمنويل كانت، تأسيس ميتافيزيقيا الاخلاق، ترجمة د. عبد الغفار مكاي، مراجعة د. عبد الرحمن بدوي، ط1، منشورات الجمل، المانيا، 2002.
- 6- ايمنويل كانط، نقد العقل المحض، دار الكتب العلمية، بيروت، 2020.
- 7- برتراند رسل، تاريخ الفلسفة الغربية- الكتاب الثاني، ترجمة زكي نجيب محفوظ، مؤسسة هنداوي، لا يوجد مكان للطبع، 2017.
- 8- جاك لوغوف، التاريخ والذاكرة، ترجمة: جمال شحيّد، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، بيروت-لبنان، ط1، 2017.
- 9- جون ديوي، الحرية والثقافة، ترجمة امين مرسي قنديل، مطبعة البحرين، البحرين، 2013.
- 10- جيل دولوز، فلسفة كانط النقدية، ترجمة أسامة الحاج، ط1، لا يوجد مكان للنشر،
- 11- حسن حنفي، الوحي والواقع تحليل المضمون، مؤسسة هنداوي، المملكة المتحدة، 2021.
- 12- د.فؤاد زكريا، التفكير العلمي، سلسلة الشهرية للكتاب التي تصدر عن عالم المعرفة، الكويت، 1978.
- 13- ديفيد ايجلمان، الدماغ أسطورة التكوين، ترجمة د.خليل شحادة القطاونة، دار ابيكو، المانيا، 2015.
- 14- ريتشارد داوكنز، سحرُ الواقع كيف نعرف حقيقة الواقع؟، ترجمة: عنان علي ماكّين، التنوير، القاهرة- مصر، 2020.
- 15- عابد الجابري، نقد العقل العربي- تكوين العقل العربي ، ج1، ط10، مركز دراسات الوحدة العربية، مراكش، 2009، ص343.
- 16- عبد الرسول عبوديت، النظام الفلسفي لمدرسة الحكمة اليونانية، بلا طبعة، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي، لا يوجد مكان، بلا سنة.
- 17- عمار أبو رغيف، الحكمة العملية دراسات في النظرية وأثارها التطبيقية، ط5، مركز رعاية الدراسات الجادة، قم، 1386هـ.
- 18- عمرو بن بحر الجاحظ بن عثمان، كتاب الحيوان، ج5، ط1، مصطفى البابي الحلبي للطبع والنشر، 2007.
- 19- كارل بوبر، منطق البحث العلمي، ترجمة د.محمد البغدادي، المنظمة العربية للترجمة والنشر، لا يوجد مكان.



- 20- د.محمد كمال الدين سعد، الفلسفة والأخلاق، بلا عدد للطبعة، دار الكتب الجامعية، بلا مكان، 1968.
- 21- محمد عثمان نجاتي، الإدراك الحسي عند ابن سينا، ديوان المطبوعات الجامعية، بيروت، 2018.
- 22- د. محمّد بُعمر، من الإجتهد في النص إلى الإجتهد في الواقع (نحو مساهمة في تأصيل فقه الواقع)، دار الكتب العلميّة، بيروت-لبنان، 2009.
- 23- مرتضى مطهري، تحقيق النظرية النسبية بالأخلاق، بلا عدد للطبعة، مطبعة داشت، قم، 1411هـ.

ثالثاً: الكتب القانونية.

1. جورج فولهم هيغل، أصول فلسفة الحق، ترجمة امام عبد الفتاح، ط3، دار التنوير للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، بلا سنة.
2. د. حسن الذنون، فلسفة القانون، دار السنهوري، بيروت، 2012.
3. د. حيدر حسين الشمري، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية المعدل رقم 188 لسنة 1959، دار الوراثة للطباعة، كربلاء، 2018.
4. ديجي، التطورات العامة في القانون الخاص، مكتبة المعارف، الإسكندرية، 2013.
5. دينس لويد، فكرة القانون، بلا عدد للطبعة، مطبعة المركز الثقافي، بيروت، 2011.
6. د. زهير نعيم، مدخل الى أسس التفكير القانوني، ط1، دار الافاق المغربية للنشر والتوزيع، الرباط، 2020.
7. د. صفاء متعب الخزاعي، أصول الفقه الإسلامي دراسة قانونية، دار الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ص62.
8. عابد الجابري، نقد العقل العربي- تكوين العقل العربي ، ج1، ط10، مركز دراسات الوحدة العربية، مراكش، 2009، ص343.
9. د. عبد الحي حجازي، جوهر القانون، دار النهضة العربية، مصر، 2012، المقدمة.
10. عامر سليمان، القانون في العراق القديم دراسة تاريخية قانونية مقارنة، مكتبة المجمع العلمي، بغداد، لا توجد سنة.
11. عبد الحميد فودة، جوهر القانون، ط2، مركز الفكر العربي، القاهرة، 1997.
12. د. عمرو طه بدوى محمد، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الأول، بلا عدد للطبعة، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، بلا مكان، 2007.



13. د. فايز محمد حسين، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه، بلا عدد طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية-مصر، 2011.
 14. د. محمد سليمان الأحمد، الهندسة التشريعية، مركز البحوث القانونية في وزارة العدل- إقليم كردستان العراق، كردستان العراق، ط1، 2022.
 15. د. محمد علي الصافوري، مقدمات في المنطق القانوني، بلا عدد للطبعة، مكتبة الكتب العربي المعارف العامة، بلا مكان، بلا سنة.
 16. د. محمد وحيد الدين سوار، المدخل لعلوم القانونية، ط4، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1993.
 17. د. محمود السقا، المنطق القانوني والمنطق القضائي، بلا عدد للطبعة، دار الثقافة العربية، دمشق، 2001.
 18. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المنطق القانوني في التصورات، ط1، احسان للنشر والتوزيع، بلا مكان، 2020.
 19. ميشيل تروبير، فلسفة القانون، ترجمة جورج سعد، ط1، دار النجوى للنشر والتوزيع.
 20. مونتسيكيو (دولابيرد ودو)، روح الشرائع، ترجمة عادل زغير، بلا عدد للطبعة، مؤسسة هنداوي للنشر والطباعة، القاهرة، 2012.
 21. هانز كلسن، النظرية المحضة في القانون، دار احياء للنشر والتوزيع، بيروت.
- رابعاً: البحوث المنشورة.**
- 1- د. احمد سيد احمد محمود، الملكة القانونية ومجال تطبيقها، العدد 2، المجلد 38، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون – جامعة بغداد، 2023.
 - 2- د. غسان كريم عبد و د. ضياء حسين عبيد الزوبعي، أثر التشريع الإسلامي في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959، مجلة الجامعة العراقية، المجلد 54، العدد 3، 2022.
 - 3- د.كاظم جعفر شريف د.محمد عباس حمودي د.جواد احمد البهادلي، الأساس الدستوري لثوابت احكام الإسلام في ضوء نصوص الدستور العراقي النافذ لعام 2005، العدد الثالث، المجلد (1)، مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، 2025.
 - 4- د.مايسة عبد علي السيد، دور المنطق في الاستدلال القانوني، عدد 2، مجلد 12، مجلة الآداب للإنسانيات وعلوم الاجتماع، جامعة الجزائر، 2020.



5- د.نادية خير الدين، القواعد والضوابط الفقهية وحجيتها في قانون الأحوال الشخصية، بحث منشور في مجلة الراافدين للحقوق\ كلية الحقوق – جامعة الموصل، المجلد(12)، العدد(44)، لسنة 2010.

خامساً: المجالات والمجموعات القضائية.

- 1- مجموعة الاحكام القضائية الصادرة من وزارة العدل ، العدد 32 لسنة 2024.
- 2- مجلة القضاء الدستوري الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا، المجلد 1، العدد 1، 2024.
- 3- 2013/ب/2384 الحكم الصادر من رئاسة محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية، محكمة البداءة في الكراةة، غير منشور.
- 4- موقع المحكمة الاتحادية العليا الرسمي :
https://iraqfsc.iq/krarid/147_fed_2023.pdf

سادساً: الدساتير والتشريعات.

- 1- دستور جمهورية إيران الاسلامية 1979 المعدل.
- 2- نظام الحكم في المملكة العربية السعودية لسنة 1992.
- 3- دستور جمهورية العراق لعام 2005.
- 4- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل.
- 5- قانون تعديل قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (1) لسنة 2025. ومدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري الملحقه به.