# بِنيَة قانون الاحوال الشخصية العراقي دراسة قانونية فلسفية

# The Structure of Iraqi Personal Status Law
# A Legal and Philosophical Study

**أ.م.د. صفاء متعب فجة الخزاعي**

**كلية القانون – جامعة القادسية**

Safaa.faja@qu.edu.iq

**تاريخ استلام البحث: ٢٠٢٥/٦/٢ تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٥/٩/١**

**الملخص:**

إن لقانون الاحوال الشخصية في العراق بالخصوص والبلدان العربية الإسلامية عموماً؛ بُنى فوقية وتحتية أي اسس مباشرة واخرى غير مباشرة، وهي غير مصادره على نحو الدقة، يتكون منها كيانه ووجوده الخارجي كتشريع حيوي مهم، وتتمثل البِنية الفوقية لقانون الأحوال الشخصية؛ باللغة والفقه القانوني والاسلامي والاجتهاد القضائي، بينما تتمظهر البِنية التحتية له؛ بالفلسفة المعتمدة بالتشريع والحاجات الاجتماعية وتبدلها.

ومعرفة التكوين البِنيوي لتشريع قانون الأحوال الشخصية اهمية كبيرة، تؤثر على صياغة القاعدة القانونية في مثل مسائل الأحوال الشخصية، حيث إذا تمت مراعاة الأساس البِنيوي للقانون؛ فسوف يتم صياغة قاعدة قانونية قادرة على مواجهة المشاكل الواقعية، وتنظيم الامور المجتمعية على اتم وجه، وتحقيق السلم المجتمعي والامن القانوني والحفاظ على حقوق الافراد وهي الغاية من تشريع أي قانون.

وتأتي فرضية البحث من خلال تفكيك الكيان التشريعي لقانون الأحوال الشخصية الذي يتسم بالتعقيد وعدم الوضوح في كثير من موارده لاسيما أنه يجمع أكثر من فلسفة في صياغته، والوقوف على الجزء الظاهري لمثل هذا القانون المتمثل بالبِنية الفوقية وهي: اللغة والفقه القانوني والاسلامي والاجتهاد القضائي، والتركيز ايضاً على جزءه المخفي المتمثل بالبِنية التحتية وهي: الفلسفة التي يقوم عليها القانون والحاجات الاجتماعية وديناميكيتها.

أما إشكالية البحث فتتمثل بالإجابة على الاسئلة التالية: ماهي البِنية الفوقية التي يجب على الصائغ القانوني مراعاتها عند صياغته لقاعدة قانونية في مسائل الأحوال الشخصية؟ وماهي البِنية التحتية لمثل هذا القانون؟

**الكلمات المفتاحية:** بِنيَة، قانون الاحوال الشخصية العراقي، فلسفة.

**ABSTRACT:**

The Personal Status Law in Iraq, in particular, and in Arab-Islamic countries in general, possesses both super structural and infrastructural components - that is, direct and indirect foundations - which together constitute

its existence and external form as a vital piece of legislation. The superstructure of the Personal Status Law is reflected in language, Islamic jurisprudence (fiqh), and judicial interpretation, whereas the infrastructure is manifested through the philosophical underpinnings of the legislation, the prevailing social needs, and their evolution.

Understanding the structural composition of Personal Status Law is of great importance, as it significantly influences the formulation of legal norms in matters of personal status. When the structural foundations of the law are properly taken into account, the resulting legal norms are more capable of addressing real-world challenges, effectively regulating social affairs, ensuring societal peace and legal security, and safeguarding individual rights - which is the ultimate objective of enacting any law.

**Keywords**: structure, Iraqi personal status law, philosophy.

## المقدمة

**أولا: التعريف بفكرة البحث:** إن تحديد الكيان البِنيوي المتبع في قانون الاحوال الشخصية له أهمية بالغة في خلق التناسب الحركي بين النص والواقع وتبدلاته، إذ مثلاً تجد للغة أهمية بالغة فكل صائغ تشريعي يجب أن يكون ملم بلغة قانونية رصينة لكي يتمكن من انتاج مادة قانونية مرموقة، وايضاً بالنسبة للفقه الذي له دور مهم في مليء عناصر القاعدة القانونية من فرضٍ وحكم بقانون الاحوال الشخصية؛ لأن مثل هذا القانون مولود في بيئة الشريعة الإسلامية والتعاليم الدينية، كما وايضا الاجتهاد القضائي له اهمية في قانون الاحوال الشخصية ويعد المرتكز الحيوي الوحيد الذي يربط النص في مثل هذه القوانين بالواقع، من خلال سد النقص وتعديل النصوص غير الناجعة والتي تتعطل بفعل التطورات، ويتأتى ذلك من خلال الاجتهاد والتقدير الموضوعي من قبل المحكمة، وإصدار الحكم الملائم لتلك المسائل المعروضة في نطاق قانون الأحوال الشخصية المتبع في الدولة.

وإذا كانت القواعد القانونية المنصوص عليها في قوانين الأحوال الشخصية بنوعيها الجامد والمرن فهي ليست على نسق واحد، إذ انها على نوعين كما سبق ذكره: (قواعد جامدة) و (قواعد) مرنة؛ فالقواعد الجامدة غير قابلة للتغيير أو التعديل أو التطوير أو الانتقال من حال إلى آخر، بينما في حالة القواعد المرنة، فإن المحكمة تسترشد بتلك القواعد فيما يعرض عليه من مسائل أو قضايا ذات علاقة بالأحوال الشخصية ولا يتقيد فيها بحل واحد. وتتفاوت الحلول وتتغير طبقاً لتغير الملابسات والظروف، وهذه المرونة في مثل هذه القواعد لا تجعل من المحكمة قائمة بعمل المشرع؛ لأنه لا يصوغ قواعد قانونية جديدة، بل يقوم بعمل تقديري لتحديد مضمون الإرادة القانونية بهدف تحقيق غاية العمل القضائي وهي المصلحة العامة ومرتكزاً على اللغة والاجتهاد والفقه الإسلامي والقانوني والفلسفة التي يقوم عليها التشريع ومتطلبات المجتمع وضروراته.

**ثانيا: أهمية البحث:** يكتسب موضوع البحث أهمية تتجسد في مدى قدرة الصائغ والقاضي تفكيك الكيان البنيوي لصياغة وتطبيق قانون الأحوال الشخصية؛ والعمل على صياغة سد الكثير من الثغرات

الموجودة في القوانين الأحوال الشخصية، ونظرا لأن فهم البنية الفوقية والتحتية لقانون الأحوال الشخصية تمكن المختص من نشوء ومواجهة ظروف تطبيق القانون، والتي تختلف في ممارستها من ظرف ومجتمع وزمان ومكان لآخر، وكذلك تنصب أهمية البحث من خلال هذا البحث أيضا على دور الفقه الإسلامي والفلسفة المعتمدة بالتشريع في مواكبة التطور في المجتمع ويترتب على هذه المواكبة أن يفسر القوانين وفقا الضرورات واحتياجات المجتمع.

**ثالثاً: اشكالية الدراسة:** تتمثل بالإجابة عن التساؤل الأساسي: (ما هي البِنية الفوقية والتحتية لقانون الأحوال الشخصية بالعراق والبلدان الإسلامية).

١. كيف يمكن أن توثر اللغة وكيفية تأثيرها في فهم قانون الاحوال الشخصية ودور الفقه القانوني والإسلامي في تحديد المراد بالنصوص وإزالة الغموض فيها؟

٢. ما هو دور الفقه الإسلامي في قانون الأحوال الشخصية العراقي.

٣. ما هي أدوات وأساليب استخدام القاضي للسلطة التقديرية في قانون الأحوال الشخصية وكيف يعمل على تكامله؟

٤. ما هي طبيعة القانون المعتمد على فلسفة واضحة، وكيف يمكن التوافق بين فلسفة القانون والقوانين ذات الأصل الشريعي الإسلامي كقانون الأحوال الشخصية؟

٥. كيف أثر الفقه الإسلامي بكل مذاهبه في قانون الأحوال الشخصية، وكيف يمكن اختيار رأياً فقهياً معيناً كفرض وحكم في قاعدة تشريعية في قانون الاحوال الشخصية؟

**رابعاً: خطة البحث:** سنقسم هذا البحث على: المبحث الأول: البِنية الفوقية في قانون الأحوال الشخصية وسيكون المطلب الاول لبحث الفقه القانوني والإسلامي، بينما المطلب الثاني يتم بحث اللغة والاجتهادات القضائية

**اما المبحث الثاني:** سيكون للبِنية التحتية في قانون الأحوال الشخصية، وهي على مطلبين: الأول الضرورات الاجتماعية، بينما المطلب الثاني سيكون للفلسفة التي يقوم عليها قانون الأحوال الشخصية

## المبحث الأول: البِنية الفوقية لقانون الأحوال الشخصية بالعراق

إن من أهم مظهر فوقي بنيوي في قانون الأحوال الشخصية الذي يكسب شكله، هو الفقه الإسلامي، ونلاحظ أن الاختلاف الفقهي أثر بصورة مباشرة على فوضوية تطبيق قانون الأحوال الشخصية، ،قد يعود السبب في أن الفقهاء لا يتقيدون بلغة علمية واحده، وليس عليهم ضوابط صارمة لان قواعدهم لا تخضع للرقابة العلمية الصارمة كتلك التي يخضع لها الفقيه والباحث القانوني الذي يقوم بصياغة الفكرة القانونية مراقباً من قبل جهات رسمية، وعلى الرغم من ذلك يبقى مجال الاجتهاد القانوني بشكل عام قائم على حالات استجدت لم تكن في الحسبان، وبالتالي هنا يظهر دور القضاء والاجتهادات القضائية، التي تلعب دور مهم في سد الثغرات القانونية ويواكب تطورات المجتمع التي تحصل والظروف الاجتماعية لكل مجتمع تختلف من مكان لمكان ومن زمان لزمان[1].

وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين: نفرد الأول للفقه القانوني والإسلامي الإسلامي، بينما المطلب الثاني للغة والاجتهاد القضائي.

## المطلب الأول: الفقه الاسلامي والقانوني

إن للفقه القانوني والاسلامي، دور بنيوي في بناء القاعدة القانونية الاسرية، كونهما يمثلان المادة الحقيقية التي يُصاغ منها قانون الاحوال الشخصية في البلدان الاسلامية.

لذلك سنقسم هذا البحث على فرعين: اولهما الفقه القانوني، بينما الفرع الثاني سنفرده للفقه الاسلامي.

### الفرع الأول: الفقه القانوني

يعد الفقه القانوني بوجه عام؛ مصدراً مكمِّلاً ومفسِّراً للنصوص التشريعية، إذ ينشغل بدراسة كيفية استنباط الأحكام من مصادرها القانونية، ووضع الحلول للمسائل العملية أو المنازعات التي تنشأ بين الأفراد، فضلاً عن تقديم المعايير والآليات الكفيلة بتنظيم العلاقات القانونية. ومن ثمّ فهو يساهم بدور جوهري في تطوير القوانين بوجه عام، وقوانين الأحوال الشخصية بوجه خاص، من خلال قراءة النصوص وتفسيرها بما يحقق التوازن بين المصلحة الاجتماعية وروح النص التشريعي.[٢]

ونظراً لتأخر حركة التقنين في العالم العربي، ظل الفقه القانوني حديث النشأة مقارنة بالفقه الإسلامي الذي يمتاز بعمق تاريخي وضوابط راسخة في مجال استنباط الأحكام الشرعية، فالفقه الإسلامي يقوم على أصول دقيقة تهدف إلى توجيه المجتهد نحو استخراج الحكم الشرعي من أدلته الأصلية (القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والقياس)، وهو ما يمنحه ميزة خاصة عند معالجة قضايا الأحوال الشخصية المرتبطة بمفاهيم الحل والحرمة والعبادات والمعاملات الأسري.[٣]

إذ بدأ ظهور الفقه القانوني عموماً، مع بداية حركة التقنين في العالم العربي بتأثر مباشر بالقانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤، وكان أول محاولات للتقنين المدني في مصر بدأت في سنة ١٨٨٣.[٤] غير أنّ هذا الاستيراد أحدث إشكاليات عديدة، أبرزها عدم ملاءمته لبعض المسائل التي تُعد من صميم الأحوال الشخصية، مثل احكام والضوابط الشرعية للزواج والطلاق النفقة وأحكام الأسرة الاخرى، إذ عالجها وفق رؤية غربية تختلف عن البيئة الإسلامية، مما أظهر فجوة واضحة بين النصوص المستوردة والأحكام الشرعية الأصيلة.[٥]

وعلى الرغم من ذلك؛ ومع منتصف القرن العشرين، شهدت المنطقة العربية مراجعات تشريعية مهمة، تمثلت في إصدار القانون المدني المصري سنة ١٩٤٨، وصدور القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ الذي استقى الكثير من أحكامه من مجلة الأحكام العدلية (المستمدة من الفقه الحنفي). وفي هذا السياق برز دور الفقيه القانوني الدكتور عبد الرزاق السنهوري وفريقه [٦]، كأول ظهور حقيقي للفقه القانوني في نشوء وتطور القوانين العربية، والذي وضع منهجية متميزة تقوم على.[٧]:

١. **المزاوجة بين الفقه الإسلامي والتقنينات الغربية:** فقد عمد السنهوري إلى الاستفادة من أكثر النظم الغربية إحكاماً، مع محاولة المواءمة بينها وبين النصوص الفقهية الإسلامية. وإذا لم يجد نصاً صريحاً في

الفقه الإسلامي، سعى إلى تأويل النصوص الشرعية بما يسمح بتقريبها من الحلول التشريعية الحديثة، وهو ما انعكس في معالجته لبعض المسائل مثل الربا وعقود الغرر[٨].

٢. **إبراز فكرة القانون الإسلامي بمعناه الواسع:** بحيث لا يقتصر على أحكام العبادات، بل يشمل المعاملات المدنية وقوانين الأسرة. وقد دعا السنهوري إلى تجديد الفقه الإسلامي عبر مرحلتين؛

أ. **مرحلة علمية:** يتم فيها دراسة القواعد العامة للشريعة والنظر إلى المذاهب الفقهية باعتبارها تطبيقات متعددة لهذه القواعد، مع انتقاء ما يلائم واقع العصر[٩].

ب. **مرحلة تشريعية:** يتم فيها تدوين القوانين الإسلامية تدريجياً وبشكل متدرج، بدءاً بالأحوال الشخصية (لزوم ارتباطها المباشر بالشريعة)، ثم الانتقال إلى قوانين المعاملات المالية والعقارية، حتى تحل القوانين الإسلامية محل القوانين الأجنبية المستوردة.[١٠]

اما على صعيد قوانين الأحوال الشخصية تتجلى أهمية الفقه القانوني في مجال **مسائل الاسرة** بكونه حلقة وصل بين النصوص الوضعية المستمدة من حركة التقنين الحديثة، وبين القواعد الشرعية المستقرة في الفقه الإسلامي. فالمشرّع عند صياغة قوانين الأسرة .كأحكام الزواج، والطلاق، والنفقة، والحضانة، والميراث . لا يكتفي بالنصوص الفقهية الجامدة، بل يستعين بالفقه القانوني كأداة تفسيرية تُمكّنه من صياغة قواعد مرنة تتناسب مع التحولات الاجتماعية، دون الإخلال بالثوابت الشرعية[١١].

**ومن الأمثلة على ذلك:**

١. إدماج بعض المبادئ المستمدة من الفقه الإسلامي في نصوص قوانين الأحوال الشخصية العراقية والمصرية، مثل تنظيم أحكام الطلاق والولاية.

٢. اعتماد الفقه القانوني في تفسير القواعد المتعلقة بالنفقة والحضانة بما يحقق التوازن بين مصلحة الأسرة ومصلحة المجتمع.

٣. الاستفادة من مبادئ الفقه المقارن لإيجاد حلول لمسائل مستحدثة لم يرد بشأنها نص صريح في الشريعة، مثل بعض أشكال الزواج الذي يسمى بالمدني أو حقوق الطفل في حالات الانفصال[١٢].

اما موقف قانون الاحوال الشخصية العراقي وتعديله بالمدونة الاحوال الشخصية على المذهب الامامي الجعفري، فعلى الرغم من اهمية الفقه القانوني ومحوريته في بناء قانون الاحوال الشخصية من خلال الشرح والممازجة بين فلسفة القانون الوضعي واسبابه الموجبة وتفسيره وتأطير افكاره بصورة قانونية؛ إلا أن هذه التشريعات والتعديلات التي طرأت عليها ابقت على الغاء دور الفقه القانوني في المسائل الاحوال الشخصية بوصفه دليلاً استرشادياً او ملزماً بالعراق، بخلاف ما فعله القانون المدني النافذ[١٣]، وانما للأسف يقف عند حدود الشرح الأكاديمي فقط ممكن ان يساعد المشرّع في صياغة قوانين أحوال شخصية تراعي أصول الفقه الإسلامي لا اكثر، للتوضيح اكثر:

أولا: إن المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، عندما استعرض مصادر قانون الاحوال الشخصية في المادة الاولى ١ ثالثاً قيّد النص بالفقه الاسلامي فقط

بوصفه مصدراً استرشادياً لقانون الاحوال الشخصية، ومن ثم اخرج تخصصاً الفقه القانوني منه، حيث نصت المادة على: " تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقي".

ثانياً: إن المشرع العراقي في تعديل قانون الاحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٢٥، قد رفع من مقام الفقه الاسلامي وحوله دليلاً وحيداً ومباشراً وملزماً للقاضي، مع اتخاذ ذات المسلك الذي اتخذه قانون الاحوال الشخصية قبل التعديل الذي غاب فيه دور الفقه القانوني كمصدر قانوني او استرشادي، وسيأتي بيان الحجية القانوني للفقه الاسلامي بعد التعديل في الفرع الثاني.

**الفرع الثاني: الفقه الاسلامي**

يعد قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ إنجازًا تشريعيًا بارزًا في تاريخ العراق الحديث (مع الملاحظات العديدة)، إذ جاء استجابةً لحاجة الدولة إلى توحيد القواعد الأسرية للمسلمين بعد مرحلة طويلة من الاصطفاف الطائفي وتنوع المحاكم الشرعية قبل صدوره[١٤]، وقد اعتمد المشرّع في صياغته على مصادر الشريعة الإسلامية، مما أظهر بوضوح أثر الفقه الإسلامي العام في مبادئه وأحكامه، بهدف صياغة مدونة وطنية موحَّدة تجمع مختلف المذاهب تحت إطار قانوني واحد .[١٥]

وقد أعتمد هذا القانون عمليًا على الآراء الفقهية في المذاهب الإسلامية كافة، من خلال محاولة التوفيق بينها، الأمر الذي أثار جدلًا فقهيًا وقانونيًا لاحقًا، إذ وُجّهت إليه انتقادات بسبب اعتماده على ما اعتبره بعض الفقه فتاوى تلفيقية أو توليفات فقهية [١٦]، صيغت لخدمة أهداف تشريعية وسياسية في تلك المرحلة .[١٧]

وتؤكد الفقرة (٣) من المادة الأولى من القانون هذا التوجه بقولها: " تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية". وهو ما اعتُبر دليلًا استرشاديًا للمحاكم، يتيح للقاضي الرجوع إلى الفقه الإسلامي والفقه المقارن في إصدار أحكامه، دون الالتزام بشيء او بنوع من النمط الفقهي لمذهب معين.

لذلك فأن المشرّع للقانون اعلاه قد وظّف الأحكام الفقهية كأساس لعدد كبير من نصوص القانون، مع مراعاة مواءمة النصوص الفقهية مع مقتضيات الحداثة ومتطلبات الدولة المدنية، فشملت هذه المواءمة توحيد قواعد الإرث، والنفقات، والوصايا، والنكاح، والطلاق،[١٨] إلى جانب الاستناد إلى مفاهيم فقهية مألوفة مستمدة من المصادر السنية والشيعية على حد سواء، كما أضاف المشرّع أحكامًا مدنية تكميلية لتنظيم إجراءات التقاضي وضمان حماية بعض الحقوق.[١٩]

وقد أثمر هذا المزيج عن صياغة نصوص قانونية قابلة للتطبيق على مستوى القضاء المدني الوضعي، ومنسجمة مع المبادئ العامة للقانون الوضعي، مع الإبقاء على مساحة واسعة لاجتهاد فقهاء القانون والقضاة في مجال التفسير والتأويل، مما أضفى مرونة على أحكام القانون وساهم في تطوير التطبيق القضائي للأحوال الشخصية في العراق .[٢٠]

ولكن مع التحولات السياسية والاجتماعية التي شهدها العراق بعد عام ٢٠٠٣ وما ترتب عليها من تغيير في بنية السلطات والفلسفة التي تعتمد عليها الدولة، برزت محاولات تشريعية تسعى إلى تقنين الأحكام المستمدة من المذاهب الفقهية كل مذهب على حده، وقد تجسدت هذه المحاولات في مبادرات لإقرار مدونات خاصة أو إجراء تعديلات تشريعية تُلزم المحاكم على تطبيق مذهب فقهي ديني معين، وفعلاً نتج عن ذلك إقرار مدونة الفقه على المذهب الامامي الجعفري بتعديل قانون الاحوال الشخصية رقم١ لسنة ٢٠٢٥ الذي يلزم المحاكم من تطبيقه والرجوع له.

وعند صدور القانون اعلاه والمدونة اللاحقة به، أدت هذه التحولات إلى تحويل بعض الإرشادات الفقهية من مجرد دلائل استرشادي إلى قواعد مُلزمة واجبة التطبيق على المحكمة؛ ولا سيما عندما ربطت النصوص التشريعية أحكامها بآراء فقهية محددة، أو منحت المراجع الفقهية صلاحيات أوسع للفصل في قضايا الأحوال الشخصية.[٢١].

ونجد ذلك بما جاء به نص الفقرة (هـ) من التعديل الأخير لقانون الأحوال الشخصية على ما يلي:" هـ ـ يعتمد المجلس العلمي في ديوان الوقف الشيعي في وضع المدونة على الآراء المشهورة عند فقهاء المذهب الشيعي الجعفري، وفي حال عدم تحقق الشهرة عندهم في مسألة ما يعتمد المجلس العلمي الرأي الذي يذهب إليه أغلب مراجع التقليد المعروفين من فقهاء النجف الأشرف".

ونعتقد إن هذا النص يُجسّد انتقال دور الفقه الاسلامي من الإطار الاسترشادي إلى موقع الالزام والنظام العام، مما يترتب عليه أثر مباشر في صياغة السياسة نصوص قانون الاحوال الشخصية ومادتها المتكونة منه، وفي رسم حدود سلطة القضاء بين الآراء الفقهية والقوانين الوضعية.

## المطلب الثاني: اللغة والاجتهادات القضائية

في سبيل بحث هذا الموضوع سنقسمه على فرعين الأول نفرده للغة، والثاني سيكون للاجتهادات القضائية.

### الفرع الأول: اللغة

إن القانون له مفردات خاصة به ولا يستغني في كتابة أي قانون عن لغة الفقهاء ومشتقاتهم ومفرداتهم وأسلوب التعبير عنها في صياغة القانون، وان لغة القانون ولغة الفقهاء هي البنية الظاهرية لأي تشريع وهي صورته وهيئته الظاهرة؛ وهي تعتبر أدوات فنية يتمكن من خلالها المشرع من إيصال أفكاره [٢٢]، وعليه إن النص التشريعي هو عبارة عن صيغة لفظية تستوعب هدف يقصده المشرع وان لغة المشرع هي وسيلة تمكن المتكلم من بيان فكرته للجمهور الموجه إليه لأن النص التشريعي حصيلة تأمل واعي، وان اللفظ هو القالب الذي يتجسد فيه المعنى والصورة التي يعكسها اللفظ في تحديد معاني وغايات النص؛ لأنه إذا اختل عنصر التعبير يؤدي إلى اختلاف القضاة والفقهاء في تفسيرها، وبالتالي يؤدي هذا الاختلاف إلى زعزعة الاستقرار في نطاق تطبيقها [٢٣].

والأصل أن تصاغ التشريعات بلغة البلد الذي ستطبق فيه فليس من القانون أو العقل أن يسن المشرع قانون بلغة ويطلب من المجتمع فهم أفكاره وعبارته وفق لغة دوله اخرى لأن شرط صحة التكليف هي قدرة المكلفين على فهمه ولذلك يضع القانون وفق لغة البلد الذي سيطبق ويعمل في نطاقه[٢٤] حتى يتسنى للمجتمع من فهم مضمون النص وأن اللفظ له معنى لغوي ومعنى اصطلاحي، وبالتشريع يجب الأخذ بالمعنى الاصطلاحي عند إعداد التشريع وان النص التشريعي مكون من ثلاثة عناصر هي مفردات النص ودلالته وغايته أو حكمته ويجب أن تكون الكلمة مطابقة للفكرة حتى يتسنى فهمها وان التشريعات الموجه إلى الجمهور يجب صياغتها بقدر يتناسب مع القارئ الاعتيادي[٢٥] .

لذلك ينبغي أن يكون معنى الكلمة ومطابقتها للفكرة المراد التعبير عنها، هي السمة البارزة التي تميز لغة القانون، فالإيجاز والاقتضاب وحصر التعبير في كلمات واضحة وعبارات محددة هي الصفة الأولى التي يجب أن يتسم بها التشريع. ومع ذلك فإن كثيرا من النصوص القانونية يبدو سهل الفهم قريب المأخذ، فإذا ما محص النص وأمعن النظر فيه بدا الابهام والنقص وظهرت الحاجة إلى الدقة والتحديد وتبين أن الوضوح في صياغة النصوص القانونية قد ينقلب غموضا عند تطبيق هذه النصوص[٢٦] .

وتؤثر طبيعة الجمهور التشريعي على الأسلوب وعلى الاصطلاحات المستعملة، فالقوانين الموجهة إلى الجمهور العام يجب صياغتها بقدر الامكان بلغة يفهمها القارئ الاعتيادي، أما القوانين التي توجه أحكامها إلى جماعة مثقفة فيمكن تزويدها بالاصطلاحات المألوفة لدى تلك الجماعة، وقد يتطلب الأمر في بعض الأحيان استعمال لغة فنية لا يفهمها القارئ الاعتيادي بسهولة، وفي جميع الاحوال يجب أن تكون الصياغة على مستوى الفهم الشائع لدى مجموع تلك الجماعة وينبغي أن تكون القوانين سهلة بما يكفي لفهمها دون التضحية بجلال قدرها وان لا تكون مبالغة في التفاصيل والمعلومات وكأنها لتعليم من لا يستطيع اللجوء إلى الاستشارة القانونية [٢٧]، فحيث إن القوانين تكون في الاعم الغالب موجهة إلى رجال القانون والى المثقفين، فيجب إن تكون صياغتها واضحة دون التضحية بأسلوبها القانوني. ولا يتنافى أن تكون لغة التشريع فنية مع أن تكون بسيطة بحيث تنزل إلى مستوى فهم الجمهور. ولكن ليس من وظيفة المقنن كتابة الشروح للتعليم الذين لا يعلمون، كما أن ليس من المفروض صياغة القوانين بحيث يفهمها كل إنسان [٢٨]. ويجب على المقنن أن يتجنب تعزيز أحكامه بذكر الاسباب التي دعت إليها أو بإيراد الأدلة على صحتها أو بسياق أمثلة توضح هذه الأحكام، فكل هذه من عمل الفقه لا من عمل التشريع، وإذا كان لا بد أن يذكر شيء من هذا فيترك للأعمال التحضيرية وللمذكرات التفسيرية وكذلك يجب تجنب إيراد التعاريف الا القصوى، إذ ليس من وظيفة المشرع إيراد تعريفات الا في حالتين هما [٢٩]:

١. أن يكون غرض التعريف حسم خلاف فقهي قادم.

٢. أن يكون هذا التعريف مغايرا لمعنى مستقر أن للتعريف أضرارا في بعض الأحيان لأنه يقيد القاضي ويسلب منه حرية الحركة في التقدير.

## الفرع الثاني: الاجتهادات القضائية

يمثّل الاجتهاد القضائي عنصراً بنيوياً في تطبيق قانون الأحوال الشخصية وصيرورته التكاملية، إذ ينهض القاضي بدور فاعل في استجلاء إرادة المشرّع وتفسير النصوص بما يتلاءم مع الوقائع المستجدة والاحتياجات المتغيرة للمجتمع، ومن خلال سلطته التقديرية، يعمل القاضي على سدّ النقص التشريعي، ومعالجة مواطن النقص والغموض أو التعارض [٣٠]، إذ يقوم القضاء كأداة لتطوير القواعد القانونية الاسرية وضمان اتساقها مع مقاصد الشريعة من جهة، ومبادئ العامة للقانون من جهة اخرى،[٣١] ويتضح ذلك عملياً في اجتهاد المحاكم بشأن قضايا النفقة، حيث لم يضع المشرّع معايير دقيقة لتقديرها، فاستند القاضي إلى مبادئ العدالة والظروف الاجتماعية والاقتصادية لطرفي الدعوى لتحديد مقدارها [٣٢]، وكذلك في مسائل الحضانة، إذ اعتمد القضاء على مبدأ مصلحة المحضون كأساس للحكم في الحالات التي لم ينظمها النص بشكل كافٍ، حتى اضحى هذا المبدأ قاعدة مستقرة.[٣٣] وبهذا المعنى؛ يكون الاجتهاد القضائي مصدراً مكمّلاً للتشريع، يرفد تشريعات المدنية والأحوال الشخصية بالحيوية والمرونة التشريعية، ويؤمّن له القدرة على مواكبة التحولات الاجتماعية والواقعية عبر الزمن[٣٤].

فضلاً عن العديد من النصوص التشريعية الواردة في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨، التي خولت القاضي سلطة تقديرية في مسائل جوهرية؛ مثل جواز الإذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة متى اقتضت الضرورة.[٣٥] وهو ما يكشف بجلاء عن أن المشرّع لم يجعل النصوص القانونية مغلقة جامدة، بل اعتمد على الاجتهاد القضائي كأداة مكملة لها، بحيث يتدخل القاضي لتكييف الحكم بما يتلاءم مع خصوصية الواقعة المعروضة أمامه [٣٦].

مما تقدم: فإن نجاح الاجتهاد القضائي في ميدان الأحوال الشخصية يتبلور – كما نعتقد – في مبدأ التكامل التشريعي: ونقصد به إن اي تشريع لاسيما المرتبط بالوقائع والمستجدات يولد ناقضاً فيحتاج الى ترشيد وتكامل ويكون ذلك من خلال الاجتهاد القضائي وتفسير نصوصه وسدّ النقص وازالة الغموض؛ مما يستلزم أن يكون القاضي متمكناً من النصوص الشرعية والقانونية، مستوعباً لمقاصد العدالة، عارفاً بأحكام الأسرة والمعاملات والمواريث، وقادراً على معالجة المسائل الدقيقة والمتشابهة بوعي علمي رصين، ليصوغ حكمه صياغة قانونية منضبطة بعيدة عن الهوى، قائمة على الدليل، ومحققة للمصلحة. إذ إن انحراف القاضي عن مقتضيات النصوص القطعية أو إغفاله لمقاصد التشريع، من شأنه أن يؤدي إلى اضطراب الأحكام وخلل النظام القانوني، وهو ما يتنافى مع الغاية الأساسية التي أرادها المشرع من منح القاضي سلطة الاجتهاد، والمتمثلة في تحقيق العدالة وتفعيل النصوص بما ينسجم مع روح الشريعة ومقاصد قانون الأحوال الشخصية.

## المبحث الثاني: البِنية التحتية لقانون الأحوال الشخصية في العراق

ان معرفة البنية التحتية في قانون الأحوال الشخصية العراقي، أي بمعنى البحث في الاسس غير المرئية لهذا القانون، أي الاسس التي تدخل في العقل الباطن لصائغ قانون الأحوال الشخصية العراقي، وهي ادراكه الواعي واللاواعي للضرورات الاجتماعية التي تحصل في المجتمع والتغيرات والتطورات سواء من الناحية العملية أو الثقافية أو الاقتصادية أو الاجتماعية، التي تؤدي بالضرورة إلى تعديل القوانين حتى تواكب التطورات والاحداث، ليكون لجوء الأفراد إلى القانون[٣٧]، وهم متيقنين بأن هذا القانون يكفل لهم كل الحقوق التي يريدون أن يحصلوا عليها لأن القانون الذي لا يواكب التطورات تهتز فيه ثقة المجتمع ويودي إلى عدم الاستقرار، وكذلك يجب معرفة الفلسفة التي يقوم عليها قانون الاحوال الشخصية.

وعليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين وفق التقسيم الآتي: المطلب الأول يكون للضرورات الاجتماعية، بينما المطلب الثاني سيكون للفلسفة التي يعتمد عليها تشريع الأحوال الشخصية.

### المطلب الأول: الضرورات الاجتماعية

إن الضرورات الاجتماعية اي الأحداث التي تحصل في المجتمع نتيجة التطورات واختلاف الازمنة مما يحتاج إلى تفسير متطور، وان الفقه والقضاء يلعبون دوراً مهماً في التفسير؛ لكونهم اكثر تماس مع كل التطورات التي تحصل في المجتمع ؛ فلهذا هم يلجؤون إلى التفسير وفقاً للواقع وأنهم يعملون على سد الثغرات التشريعية التي غفل عنها المشرع، بما موجود من تعاون وثيق بين الفقه والقضاء؛ لأن الفقيه يكون لديه ثقافة قانونية عالية والمام بالقوانين بحيث قادر على تفسير وشرح القانون وإجلاء معانيه ويجب أن يبني هذه الشروحات وفقا لأحكام وقرارات القضاء[٣٨] ولا يجوز للفقهاء أن يعيشوا بمعزل عن القضاة بين جدران المكتبات وبطون الكتب والقاضي عليه أن يتابع احدث الشروحات والتطورات ويتفاعل مع الآراء الفقهية الحديثة، وإن الفقه له قدرة على مواكبة التطورات في المجتمع وأنه يبتعد عن الشكلية بخلاف القوانين القديمة مثل القانون الروماني الذي كان يركز على الشكلية وان الفقه يمتاز بالمرونة والنماء لمواجهة كل التغيرات وان الشريعة الاسلامية هي دين كامل متكامل لم يترك صغيرة أو كبيرة إلا ورد لها حكم ولكل الذي يتغير هو فقط التفسير لكي يواكب التطورات ويحق الحق ونجد أن قانون الاحوال الشخصية يقوم بالأساس على الشريعة الإسلامية[٣٩].

ويجب أن لا يكون هناك انفصال بين المشرع والمجتمع والدين الإسلامي وأنه هناك ارتباط وثيق بين القانون والمستقبل، لأن القانون ليس مجرد غاية بل هو هدف من أجل وضع نظام يناسب وضع المجتمع ولا يجوز نقل قانون من بلد الى آخر مختلف في البيئة وزرعه في مجتمع آخر في بيئة مختلفة [٤٠]؛ لان تفكير المجتمعات تختلف وعقلياتهم تختلف ومن ثم يجب عند وضع قانون أن يكون المصدر هو القانون الماضي من أجل الاستفادة منه ووضع قانون متكاملاً؛ فمثلاً نجد أن سن الزواج في السابق محدد بتسع سنوات أما في الوقت الحاضر ولضرورات اجتماعية تقتضيها الظروف والواقع الذي نعيشه حدد سن الزواج (ب ١٨ سنة) وفي حالات استثنائية حدده (ب ١٥ سنة) مع التأكد من أن هذا الزوج يكون لمصلحتها ولا يلحق بها ضرر فهذه هي الضرورات التي استجدت في الوقت الحاضر [٤١].

وأيضاً عمل الزوجة في السابق كانت الزوجة غير عاملة ومن ثم فإن الزوج غير ملزم بتوفير سكن قريب لها من عملها أما في الوقت الحاضر وبسبب التطورات أصبح واجب على زوج أن يوفر سكن قريب من عمل الزوجة وان يوفر لها كل التسهيلات اللازمة [٤٢]، هذا كله نبع من الواقع والتغيرات الاجتماعية والتطورات التي تحدث في المجتمع وتغير المستوى الفكري والثقافي لكل مجتمع من المجتمعات ونرى أن افكار كل مجتمع تختلف وبالتالي وبسبب هذا الاختلاف في الأفكار ينتج عنه تغيرات تحتاج إلى نص قانوني يحكم هذه التغيرات ويواكب التطورات، لذلك كما يقول البعض إن العرف هو اسرع من التشريع لمواكبة هذه التطورات[٤٣]؛ لإنه ينتج من المجتمع ذاته إذ أن الاعراف تختلف من مكان إلى آخر ومن زمان إلى آخر تبعا لكل مجتمع يوجد فيه الضرورة الاجتماعية هي مفهوم يشير إلى القيم، المعايير، أو السلوكيات التي تعتبر أساسية أو ملزمة داخل مجتمع معين، بحيث تؤثر على الأفراد بشكل قوي وتحدد كيف يجب أن يتصرفوا. بمعنى آخر، هي الأمور التي يجب على الأفراد اتباعها أو التكيف معها من أجل الانسجام والاندماج في المجتمع [٤٤].

ومن ثم اجلى الأمثلة التي نعتقد انها تمثل ضرورات اجتماعية في نطاق قانون الأحوال الشخصية، يمكن أن تكون ضرورة اجتماعية هي ضرورة سن الزواج، وايضاً شروط التعدد، أو ضرورة حضانة الام، ومراعاة احكام الاسلام، ومراعاة مسائل الحل والحرمة، وضرورة الولاية والموازنة بينها وبين الحضانة، إذ أن هذه الضرورات يمكن أن تكون معترف بها بشكل غير مكتوب أو تكون جزءًا من قوانين وأنظمة رسمية في بعض الأحيان، مما نجد ضرورة مراعاة المشرع لقانون الأحوال الشخصية هذه الضرورات عند صياغته لنص قانوني يرتبط بتنظيم شؤون الاسرة.

## المطلب الثاني: الفلسفة التي يقوم عليها قانون الأحوال الشخصية

تلعب فلسفة القانون الوضعي دوراً محورياً في تشكيل القوانين بوجه عام؛ إذ تمثل الإطار اللامرئي البنيوي الذي يوجه المشرع نحو تحديد المبادئ الأساسية والأسس المعرفية التي يقوم عليها تشريع ما [٤٥]. ونتوقع أن الموضوع تزداد اهميته في نطاق قانون الأحوال الشخصية في البلدان الاسلامية لاسيما العراق، حيث يظهر تأثير كل من الفلسفة المثالية والواقعية بشكل جلي في صياغة نصوصه وبنيته التنظيمية، من خلال سعي المشرع إلى تحقيق التوازن بين المبادئ النظرية والقيم العملية والدينية التي تحكم العلاقات الأسرية.

فالفلسفة المثالية [٤٦]، في القانون تعتمد على فكرة أن القانون ليس مجرد أداة ضبط اجتماعي، بل هو تعبير عن القيم الأخلاقية والمُثل العُليا التي يجب أن توجه السلوك الاجتماعي [٤٧]. وفي قانون الأحوال الشخصية العربي والعراقي بالخصوص، يظهر الطابع المثالي من خلال اعتماد نصوص القانون على مبادئ شرعية مستمدة من الشريعة الاسلامية والفقه الإسلامي، والتي تسعى إلى تحقيق العدالة والمساواة والكرامة الإنسانية في إطار الأسرة [٤٨].

لذلك نعتقد أنه يمكن ملاحظة الأساس الفلسفي المثالي في المواد التي تحدد الحقوق والواجبات الزوجية، كالنفقة والحضانة، حيث تتجسد القيم الأخلاقية والشرعية في صياغة التزامات محددة تضمن حماية الأسرة والمجتمع، وهو تعبير صريح عن أسس الفلسفة المثالية وجوهرها في بنية قوانين الاحوال الشخصية القائمة على الابعاد الاخلاقية والعقل المطلق.

أما الزاوية الاخرى لفلسفة القانون وهي الفلسفة الواقعية [٤٩]: فأنها تفرض نفسها في تشريعات الاسرة والأحوال الشخصية، من خلال التوجه نحو معالجة المسائل الاجتماعية المتغيرة، والنظر الى الواقع كما هو، وسد الثغرات العملية التي قد تواجه المحكمة عند تطبيق النصوص.[٥٠]

فعندما نقوم بتفكيك بنية قانون الاحوال الشخصية العراقي بالخصوص، نجده يمزج بين النصوص الشرعية ببعدها النصّي والفقهي وبين المقتضيات الاجتماعية والاقتصادية المعاصرة والمستجدة، مما يعكس طبيعة واقعية ترتكز على النتائج المادية وتلائم الظروف الفعلية للأفراد داخل المجتمع، مثال ذلك: تسمح بعض النصوص التشريعية للمحكمة بممارسة السلطة التقديرية سواء في تحديد النفقة المؤقتة أو السماح بزواج من لم تبلغ السن القانوني في حالات استثنائية، مما يمثل انعكاس حقيقي للتوجه الواقعي الذي يوازن بين النصوص المثالية من جهة، والظروف المعيشية والاجتماعية من جهة اخرى.

والتساؤل الذي يثار هنا هو: ما موقع الفلسفة الدينية من الفلسفتين اعلاه؟

للإجابة نقول: إن الفلسفة الاسلامية الدينية ببعدها العقدي والفقهي [٥١] تتمركز في قلب بنية قوانين الأحوال الشخصية بالبلدان العربية والعراق منها، فهي تشكل المصدر الأول لتحديد القيم والمبادئ الأساسية التي يستند إليها قانون الاحوال الشخصية بالعراق وما لحقه من تعديل [٥٢].

ولكن نعتقد نحن إن محورية وجوهرية الفلسفة الاسلامية العقدية والفقهية والعبادية في بنية قانون الاحوال الشخصية العراقي، لا تجعلها بمعزل عن الفلسفتين اعلاه: فهي تأخذ من الفلسفة المثالية في بعض ابعادها لاسيما تلك المرتكزة على الاساس الاخلاقي والقيمي النابع من الفطرة الانسانية والقانون الطبيعي، كما وتداخل في جانبٍ منها مع الفلسفة الواقعية التي تُعنى بأهمية التطبيق العملي للقانون وأثاره الواقعية، كما في خضوع المحاكم بقوة الواقع وهيمنته على اعتماد اساليب الاثبات الحديثة كالبصمة الوراثية و (DNA) في ثبوت او نفي مسائل عديدة مرتبطة بالزواج واثاره، ومن ثم يمكن القول إن القانون يحمل طابعاً مثاليًا من حيث المبادئ والقيم، لكنه يتبنى الواقعية في التطبيق، ما يجعله قانوناً دينياً عملياً مرناً ومتطوراً.

بالختام: إن النجاح في صياغة تشريعات الأحوال الشخصية عندنا تكمن في التوازن بين الفلسفة المثالية والواقعية، فالقانون المثالي يضمن في بنيته أحكاماً متسقة مع القيم الدينية والأخلاقية، بينما يوفر الطابع الواقعي للنصوص القانونية مرونة كافية لمعالجة حالات غير متوقعة أو معقدة، وهذا التوازن يجعل أي قانون يُبنى بهذا الشكل قادرًا على أن يكون ناجعاً بالواقع وشرعيًا وأداة عملية في الوقت ذاته، ويحقق حماية الأسرة وحقوق الأفراد مع مراعاة الظروف الاجتماعية المتغيرة.

## الخاتمة

**النتائج:**

١. توصلنا أن البنية الفوقية أي الظاهرة لقانون الاحوال الشخصية العراقي هي اللغة ولمدلولاتها دور كبير في صياغة القانون ونجاعته.

٢. وجدنا نظرية التكامل التشريعي أي ان القانون كل ما كثر تعديله وتنقيحه والاجتهاد القضائي فيه كلما كان أكثر استقراراً بالواقع وثباتاً عكس ما هو معروف ان تعديلات التي تطرأ على القانون هو ضعف به.

٣. تبين إن الاجتهاد القضائي يلعب دوراً كبيراً في تكامل تشريعات الاسرة وتسهل تطبيقها على ارض الواقع من خلال سد النقص وازالة الغموض والتعارض.

٤. إن الضرورات الاجتماعية والتحولات في الواقع الاجتماعي له دور كبير في صياغة وتشكيل بنية قانون الاحوال الشخصية.

٥. تبين إن السلطة التقديرية للمحكمة ضاقت جداً بصدور مدونة الفقه الجعفري بالعراق.

٦. تبين إن قانون الاحوال الشخصية قانون يقوم على الفلسفة المثالية والواقعية، وإن الفلسفة الاسلامية ليس بغريبة عن هاتين الفلسفتين.

**التوصيات:**

١. نوصي باعتماد الفلسفة الواقعية بوضوح في مسائل الاحوال الشخصية لأنها أقدر على التكّيف مع الواقع، مع الاخذ بنظر الاعتبار المسلمات الدينية في المجتمع العراقي.

٢. يجب أن يكون للفقه القانوني والقضاء مصادر رسمية للقانون الأحوال الشخصية ولا يمكن الوقوع على المراكز القانونية والحقوق بين الافراد في مسائل الاحوال الشخصية إلا بتوسيع السلطة التقديرية للمحكمة.

**الهوامش:**

(١) ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، لبنان – بيروت، سنة ٢٠١٤، ص١٩٢.

(٢) د. صفاء متعب الخزاعي، علم الاستنباط القانوني، ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢١، ص٣٤.

(٣) مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط٢، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٤، ص١٥٤.

(٤) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص٤٧.

(٥) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص٤٣٩.

(٦) للتفصيل أكثر بشأن مشروع السنهوري وفريقه يراجع: حمد بو جمعة، موفق السنهوري من تقنين الفقه الاسلامي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد الثامن، العدد الخامس، ٢٠٢٣، ص ١٧٤٣ وما بعدها.

(٧) المصدر اعلاه، وينظر ايضاً: د. فايز محمد حسين، أثر مشروع السنهوري في القوانين المدنية العربية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٤، ص٧ وما بعدها.

(٨) د.عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص ٤٣٤.

(٩) قد كتب السنهوري بهذا الشأن كتاب كامل حمل عنوان (فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية)، وهو يثبت فيه على ضرورة ان يكون القانون الاسلامي بعد تنقيحه قانوناً عاماً موسعاً. للتفصيل ينظر: عبد الرزاق السنهوري، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، ١٩٧٧، ص١١٤ وما بعدها.

(١٠) المصدر اعلاه.

(١١) د. نامق محمد اسماعيل، دراسة مقارنة بين قانون الاحوال الشخصية العراقي والفقه الاسلامي في مسألة الولاية على النكاح، مجلة المستقبل للدراسات الانسانية، العدد ١٤، مجلد١١، ٢٠٢٢، ص٩٢.

(١٢) محمد ابو زهرة، الاحوال الشخصية، ط٢، دار الفكر العربي، مصر، لا يوجد سنة، ص٨-٩.

(١٣) نص قانون المدني العراقي النافذ في المادة الاولى \ ثالثا: على الدور الاسترشادي للفقه القانوني بنصها:" ٣ – وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية.

(١٤) قبل تشريع قوانين الأحوال الشخصية، كانت الهيئات المختصة بمسائل الاحوال الشخصية هي المحاكم الشرعية التي تطبق أحكام الشريعة الإسلامية مباشرةً معتمدة على فقه المذاهب للمتداعين امام هذه المحاكم، وخاصة في قضايا مثل الزواج، الطلاق، النفقة، والحضانة، وبدون الاعتماد على وجود تشريعات قانونية تفصل وتنظم ذلك، فهي تعتمد بالدرجة الاساس على اجتهادات قضائية لرجال الدين متفاوتة في تطبيق هذه الأحكام. وبعد ذلك صدر اول قانون موحد في الدولة العراقية الحديثة المؤسسة بعد عام (٢٠٢٠) هو قانون الأحوال الشخصية العراقي عام ١٩٥٩. للتفصيل ينظر: محمد شفيق العاني، احكام الاحوال الشخصية في العراق، معهد البحوث والدراسات العربية قسم البحوث والدراسات القانونية الشرعية، بغداد، ١٩٧٠، ص٢٣.

(١٥) المصدر اعلاه، ص ٢٤.

(١٦) تعرف الفتاوى التلفيقية بأنها: " هو أن يأخذ المكلف في مسألة واحدة جزئيات مختلفة من مذاهب فقهية مختلفة بحيث لا يقر بها أي مذهب على حدة، مما يؤدي إلى تركيب لم يقل به أحد المجتهدين. ويرى كثير من العلماء أن هذا النوع من التلفيق ممنوع شرعاً، خاصة إذا كان يؤدي إلى تتبع الرخص أو مخالفة إجماع قطعي، بينما يرى آخرون جوازه بشروط". للتفصيل ينظر: د. محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والالفاظ الفقهية، دار الفضيلة، القاهرة، ٢٠١٦، ص٩٢.

(١٧) د. غسان كريم عبد ود. ضياء حسين عبيد، أثر التشريع الاسلامي في قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، مجلة الجامعة العراقية، العدد ٥٤، ج٢، بدون سنة نشر، ص٣٧٩.

(١٨) محمد شفيق العاني، مصدر سابق، ص٧٩.

(١٩) د. احمد الكبيسي، مصدر سابق، ص٢٤.

(٢٠) د. شذى مظفر حسين ود. صفاء متعب فجة ورسول علي حمود، المرونة التشريعية في احكام الزواج واثاره بين الثابت والمتغير، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد (٤) المجلد الخامس، ٢٠٢٣، ص٢٧٤.

(٢١) نصت المادة (١٧٤ج) من المدونة بهذا الشأن على: " إذا تصدى المرجع الديني لممارسة شيء من الصلاحيات الممنوحة للقاضي في مواد هذه المدونة، وهي له بالأصل بحسب الفقه الجعفري، ووثق ذلك بكتاب صادر منه او من مكتبه، يلتزم فيه قاضي الاحوال الشخصية".

(٢٢) د. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية دراسة مقارنة بين الفقهين الإسلامي والقانوني، لا يوجد طبعة، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، مصر، لا توجد سنة، ص ١٠٤-١٠٥.

(٢٣) د. صفاء متعب الخزاعي، التهافت المنطقي للمنطق القانوني، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، مج١٠، عدد ٢٩، ٢٠١٢، ص٩٧-٩٨.

(٢٤) د. صفاء متعب الخزاعي، التهافت المنطقي للمنطق القانوني، مصدر سابق، ص٩٨.

(٢٥) د. صفاء متعب الخزاعي، علم الاستنباط القانوني، ط٢، مكتبة القانون المقارن، بغداد، سنة ٢٠٢١، ص١٠٤.

(٢٦) عبد الوهاب خلاف، علم اصول الفقه وخلافة التشريع الاسلامي، مطبعة النصر، القاهرة، ١٩٤٧، ص ١٦١.

(٢٧) د. محمد احمد شحاته، الصياغة القانونية لغةً وفناً، ط١، المكتب الجامعي الحديث، مصر. ٢٠١٧، ص٨٨-٨٩.

(٢٨) د. سعيد احمد بيومي، لغة القانون في ضوء علم لغة النص دراسة في التماسك النصي، ط١، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص٣١٢.

(٢٩) د. عبد الوهاب العشماوي، افكار اصول صياغة الاحكام الفضائية، المجلة العربية للفقه والقضاء، الامانة العامة لجامعة الدول العربية، العدد الثالث عشر، القاهرة، ١٩٩٣، ص٣٧.

(٣٠) د. محمد احمد شحاته، الصياغة القانونية لغةً وفناً، ط١، المكتب الجامعي الحديث، مصر. ٢٠١٧، ص٨٨-٨٩.

(٣١) د. سعيد احمد بيومي، لغة القانون في ضوء علم لغة النص دراسة في التماسك النصي، ط١، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص٣١٢.

(٣٢) نظم المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل في المواد (٣١-٣٨) منه لم يشر القانون بصورة صريحة له. كذلك مدونة قانون الاحوال الشخصية وفق المذهب الامامي الجعفري سلكت ذات مسلك القانون الاصل.

(٣٣) نظم المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ في المادة (٥٧) المعدل ولم يذكر بالتفصيل مصلحة المحضون. بينما مدونة الفقه الجعفري ذهبت الى أكثر من ذلك واعتبرت ان حضانة الطفل اول سبع سنوات للام وبعد السبع سنوات للاب بدون النظر للام. للتفصيل بصدد المدونة. للتفصيل ينظر الباب الثالث احكام الحضانة.

(٣٤) د. عبد الوهاب العشماوي، افكار اصول صياغة الاحكام الفضائية، المجلة العربية للفقه والقضاء، الامانة العامة لجامعة الدول العربية، العدد الثالث عشر، القاهرة، ١٩٩٣، ص٣٧.

(٣٥) محمد شفيق العاني، مصدر سابق، ص٤٢.

(٣٦) العلامة عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الاسلامية، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان،١٩٩٧، ص ١٤٤.

(٣٧) ضياء شيت خطاب، مصادر القانون المدني العراقي، مجلة القضاء، العدد ٢، سنة ١٩٥٦، ص ٢٠٣.

(٣٨) مصطفى محرم، الواقعية في الفلسفة والأدب والفن والقانون، دار الهيئة العامة لقصور الثقافة، ٢٠١٨، ص٧٠.

(٣٩) د. محمد يوسف موسى، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٩، ط٢ ص ٩.

(٤٠) المصدر اعلاه.

(٤١) عمار مولود حاجم، العرف المجتمعي وأثره على الحقوق المالية الزوجية، مجلة كلية القانون والسياسة، العدد ١٠، جامعة تكريت، ٢٠٢٢، ص٢٢٩.

(٤٢) د. وهبه الزحيلي، حقوق الزوجين المشتركة، بحض منشور في مؤتمر تمكين المرأة في الشريعة الاسلامية، جامعة دمشق، سنة ٢٠١٤، ص٩. رابط البحث:

https://naseemalsham.com/uploads/Component/word%20new/Arabic/Research/2014/7okook_Al_Zawjeen_Al_Moshtraka.pdf

(٤٣) د. مصطفى احمد الزرقا، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد – المدخل الفقهي العام، ط٧، ج١، دار الفكر، بيروت، بدون سنة طبع، ص٧٩.

(٤٤) د.عبد الوهاب خلاف، السياسة الشرعية ونظام الدولة الاسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٧، ص١١٧.

(٤٥) د. فايز محمد حسين، فلسفة القانون، ط٢، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٢، ص١٤.

(٤٦) الفلسفة المثالية هي: " مذهب فكري واجتماعي يؤكد على أن الواقع يرتبط ارتباطًا وثيقًا بالعقل والأفكار العليا، حيث يعد العقل أو الروح العليا المرتكز الاساس في الوجود والحقيقة المطلقة، بينما تكون المادة أو العالم المادي سوى مظهر أو تجلٍ لهذا الواقع العقلي، ولا يمكن فهم الحقيقة إلا من خلال الفكر والعقل." للتفصيل ينظر: د. مجدي كامل، مذاهب فلسفية (٥) المثالية تعريفها . نشأتها. وأشهر أعلامها، دار الكتاب العربي، بيروت، ٢٠١٦، ص٣٢-٣٣. و د. محمود كيشاته، المثالية، المركز الإسلامي الدراسات الاستراتيجية، ط١، ٢٠١٨، ص٣٢ وما بعدها.

(٤٧) د. عبد الرحمن بدوي، فلسفة القانون والسياسة عند هيجل، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، القاهرة، ١٩٩٦، ص١٣٢.

(٤٨) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مجموعة أثار العلامة السنهوري-فلسفة الشريعة، ج٣، ط٤، دار السنهوري، بيروت، ص٩٣.

(٤٩) الفلسفة الواقعية هي: " مذهب فكري معرفي يقوم على أن العالم الخارجي موجود ومستقل عن وعي الإنسان وإدراكه، وتسلك هذه الفلسفة الرأي الذي يقول ان الحقائق توجد في العالم نفسه وليست مجرد أفكار في أذهاننا، بل يمكن فهمها مستقلة من خلال التجارب والادراكات والخبرات والملاحظة الحسية المباشرة، فنشأت جذورها في فلسفة أرسطو وتعارضت مع الفلسفة المثالية التي تقوم على العقل كمصدر للمعرفة، حيث أن الواقعية تؤكد أن مكان الحقائق هو الواقع المادي المحيط بنا وليس الفكر". للتفصيل ينظر: كرستيان اتياس، كتابات في فلسفة القانون، تعريب د. جورج سعد ود. نيقولا تبيني، ط١، دار النجوى للطباعة والنشر، بيروت، لا يوجد سنة، ص١٠٢ وما بعدها.

(٥٠) ثائر حامد عواد، فلسفة المشرع العراقي في ميدان الاحوال الشخصية بين الواقع والمنظور، اطروحة دكتوراه– جامعة الفلوجة، ٢٠٢٤، ص١١٧.

(٥١) الفلسفة الإسلامية هي: " نسق فكري نشأ في الحضارة الإسلامية، يعمل على خلق التوازن بين العقل والنص الديني لفهم قضايا الوجود والمعرفة والأخلاق، وقد تأثرت الفلسفة الاسلامية كثيراً بالفلسفة اليونانية القديمة بعد عصر الترجمة، وشملت مجالات متعددة كالميتافيزيقا وعلم الكلام ونظرية المعرفة ومصدر الاخلاق، وبرز فيها فلاسفة مثل الكندي، الفارابي، ابن سينا، والغزالي، وأثرت بشكل كبير على الفكر الغربي في العصور الوسطى. للتفصيل ينظر: ابراهيم مدكور، في الفلسفة الاسلامية، ط٢، دار الاحياء العربية، دمشق، ٢٠١٩، ص١٢ وما بعدها.

(٥٢) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، فلسفة الشريعة، مصدر سابق، ص١١٢.

## المصادر والمراجع:

### أولاً: الكتب


١) د. حسن الخطيب، الصياغة القانونية والمنطق القضائي، بغداد، ١٩٧٧.

٢) د. خالد حسين الخالد، الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي، مركز جمعة الماجد، دبي، ٢٠٠٩.

٣) د. سمير عالية، المدخل لدراسة القانون والشريعة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٢.

٤) د. عبد الوهاب خلاف، السياسة الشرعية ونظام الدولة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٧.

٥) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه وخلافة التشريع الإسلامي، مطبعة النصر، القاهرة، ١٩٤٧.

٦) د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٤.

٧) د. محمد يوسف موسى، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٩.

٨) د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، أصول القانون المدني، القاهرة، ١٩٧٧.

٩) د. مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد – المدخل الفقهي العام، دار الفكر، بيروت، بدون سنة طبع.

١٠) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، شركة الخنساء للطباعة، ط١٠، الجزء الأول.

١١) د. نسرين سلامة محاسنة، مهارات البحث والكتابة القانونية، دار المسيرة للنشر والطباعة، ٢٠١١.

١٢) علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ١٩٨٦.

١٣) العلامة عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٧.

١٤) محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر المعاصر، بيروت، ١٩٨١.

١٥) محمود كيشاته، المثالية، المركز الإسلامي للدراسات الاستراتيجية، ٢٠١٨.

١٦) مصطفى محرم، الواقعية في الفلسفة والأدب والفن، دار الهيئة العامة لقصور الثقافة، ٢٠١٨.

**ثانياً: المجلات المحكمة والمقالات**

١) د. عبد الوهاب العشماوي، أفكار أصول صياغة الأحكام القضائية، المجلة العربية للفقه والقضاء، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، العدد الثالث عشر، القاهرة، ١٩٩٣.

٢) ضياء شيت خطاب، مصادر القانون المدني العراقي، مجلة القضاء، العدد ٢، ١٩٥٦.

**ثالثاً: القوانين**

١) القانون المدني العراقي رقم ٤٨ لسنة ١٩٥١.

٢) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

٣) مدونة الاحوال الشخصية على الفقه الامامي الجعفري. بقانون رقم ١ لسنة ٢٠٢٥.