وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جـــامعة ديـــالى

كلية القانون والعلوم السياسية

# حبس الزوج واثره في التفريق القضائي

بحث تقدم به الطالب

عبد الله محمود حسين

وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

بإشراف:

م.م. صفاء حسن نصيف

٢٠١٧م ١٤٣٨هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا ﴾

سورة النساء الآية (١٣٠)

صدق الله العظيم

# الاهداء

الى من ربياني صغيراً وتعهداني كبيراً

الى روح والدي و والدتي الطاهرة

الى العلماء و العاملين في هذا المجال

الى العاملين على تحقيق العدل

الى طلبة العلم

اهدي هذا الجهد المتواضع

# الشكر و الامتنان

من الواجب نسب الفضل الى اهله وذويه وانطلاقا من ذلك اقدم جزيل شكري وفائق تقديري الى :

م.م. صفاء حسن نصيف لتقديمه كل التسهيلات الممكنة للوصول الى نتائج ايجابية في موضوع البحث .

وكذلك شكري وتقديري الى كل من :

١ – ا.د فاضل عبود خميس

٢ – ا.د بكر عباس

٣ – ا.م.د امير طالب الشيخ

٤ – ا.م.د وصفي محمد عبد

على ما بذلوه من جهد في توجيهاتهم لإعانتي في بحثي هذا .

و الى كافة الهيئة التدريسية في قسم القانون على ما بذلوه خلال السنوات السابقة من جهد .

كما لا يسعني الا وان اتقدم بشكري لا عظاء اللجنة المشرفة

والى امناء مكتبتي كلية القانون – جامعة ديالى ، و مكتبة كلية الحقوق جامعة النهرين .

## قائمة المحتويات


| المحتويات | رقم الصفحة |
|---|---|
| المقدمة | ١-٢ |
| **المبحث الاول** : مفهوم التفريق القضائي | ٣ |
| **المطلب الاول** : تعريف التفريق القضائي | ٣-٥ |
| **المطلب الثاني** : مشروعية التفريق وحكمه | ٥-١١ |
| **المبحث الثاني** : شروط دعوى التفريق القضائي | ١٢ |
| **المطلب الاول** :الشروط العامة لدعوى التفريق | ١٢-١٤ |
| **المطلب الثاني** : موقف قانون الاحوال الشخصية من دعوى التفريق | ١٥-١٨ |
| **المبحث الثالث** : مدى جواز التفريق لحبس الزوج | ١٩ |
| **المطلب الاول** : مفهوم الحبس وشروطه | ١٩-٢٣ |
| **المطلب الثاني** : التفريق لحبس الزوج | ٢٣-٢٦ |
| **الخاتمة** | ٢٧-٢٨ |

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيد المرسلين سيدنا محمد ، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين ، وعلى التابعين وتابعيهم بإحسان الى يوم الدين ، وجعل شريعته صالحة لكل زمان و مكان . وبعد :-

سبحانه وتعالى الحكيم في تقدير النكاح ، وهو الحكيم الذي شرع الفراق والله يغني الناس بالجمع ، وقال تعالى ﭽ ﭑ ﭒ ﭓ ﭔ ﭕ ﭖ ﭗﭘ ﭙ ﭚ ﭛ ﭜ ﭽسورة النور من الآية ٣٢ ، وكذلك يغني سبحانه الناس بالفراق قال تعالى (ﮋ ﮌ ﮍ ﮎ ﮏ ﮐﮑ ﮒ ﮓ ﮔ ﮕ ﭼ سورة النساء من الآية ١٣٠ .

نستدل من ذلك الشريعة الاسلامية قد احتاطت لأمر الزواج واستمراره واحاطته بالأوامر والنواهي التي تتضمن نجاح الحياة الزوجية ، فامرت الزوجين بحسن المعاشرة واوصيت الرجال بالنساء خيرا ، وكذلك امرت الزوجة بحفظ زوجها في بيته وماله والاولاد ونهت الشريعة الاسلامية عن كل ما يسيء الى الحياة الزوجية او يؤدي الى قطعها .

ورغم ذلك راعت ما قد يطرأ على الحياة الزوجية من امور التي يستحيل استمرارها دون ان يلحق ضررا بأحد الزوجين ، لذا اجازت التفريق القضائي بين الزوجين لأي سبب من الاسباب التي تضر بالأخر ،

ويتم تقسيم هذا البحث الى ثلاث مباحث نتناول في المبحث الاول مفهوم التفريق القضائي حيث نتناول في المطلب الاول تعريف التفريق لغة واصطلاحاً وفقهاء الشريعة ، اما المطلب الثاني تناول مشروعية التفريق وحكمه ، اما المبحث الثاني تناول شروط دعوى التفريق القضائي وتكون في مطلبين يتناول الاول الشروط العامة لدعوى التفريق وفي المطلب الثاني موقف قانون الاحوال الشخصية منه ، وكذلك في المبحث الاخير يكون في مطلبين يتناول في الاول مفهوم الحبس وشروط الحبس و يتناول في المطلب الثاني التفريق لحبس الزوج و الخاتمة .

## اهمية الموضوع

بالإضافة الى ما ذكر في المقدمة فأن اهمية الموضوع تبرز في ان التفريق القضائي يكون بيد السلطة القضائية ، ان يدل هذا على شيء فإنما يدل على عدم التسرع بالتفريق وبين ذلك من خلال الاجراءات الاحتياطية التي تسبق التفريق .

ويعتبر التفريق القضائي بين الزوجين رادعا لكل منهما ، حتى لا يقع الاعتداء على الحقوق من قبل الزوجين على الاخر او الخداع او التدليس ، ويكون التفريق لرفع الضرر وتغريم المتسبب اذا رفع الامر اليه ، و تبدو اهمية البحث في ان التفريق القضائي يضمن للزوجة من الحصول على جميع حقوقها الشرعية ، او يكفل لها حريتها المشروعة للعيش بكرامة في ضل المجتمع المسلم .

ولبيان الشريعة الاسلامية من حفظ حقوق المرآة واعطائها الحق في طلب التفريق ان اصابها الضرر حتى ولو كان لها مال يكفي لإنفاقها ، وكذلك ان التفريق القضائي بين الزوجين يعتبر الحل الاخير ، اذا لم تتم المعاشرة بين الزوجين او لحبسه او لغيبته ... لرفع الضرر الواقع على الزوجة .

واضافتا الى ما تقدم تكمن الاهمية في ان الحبس باعتباره من العقوبات السالبة للحرية وهو يعتبر عقوبة للجاني للردع عن الافعال التي يقوم بها اتجاه الاخرين وتحرمه من الحقوق والمزايا ، وكذلك ان هناك اسباب كثيرة تدعوا الشخص الى الحبس منها عدم دفع النفقة .

## اسباب اختيار الموضوع

ان اسباب اختيار الموضوع يرجع الى عدة اسباب ولعل ابرز هذه الاسباب هي اهمية هذا الموضوع بالنسبة للزوجين ، وحقوق كل منهما ، من حيث استمرار الحياة الزوجية وفق الغرض الذي انشأ منها او انهاؤها وتقرير الحقوق ، و لضرورة معرفة ما كتب في هذا الموضوع وعدم الاكتفاء بما كتب قديما في هذا الموضوع ، واعداد دراسة فيما استمد من احكام وفقه اجرائي ، حيث فقه الموضوع ممتزج في هذه الدراسة بفقه القضاء ، لان التفريق هنا هو مخرج من مخرجات عدة عمليات فقهية فرعية وقضائية .

وكذلك لحاجة القوانين الشرعية للدراسة والمراجعة بين الحين والاخر ، لسد ما يطرأ عليها من ثغرات او نقص ، و إظهار مرونة الشريعة الاسلامية وذلك من خلال معالجتها لكل ما يستجد من حوادث التي تؤدي للنزاع بين الزوجين ، ولرفع الظلم الواقع على بعض الازواج جراء جمود بعض المواد القانونية القضائية بما يلائم مقتضيات العصر

وان اضافة لذلك يكون سبب الاختيار هو ان الشريعة الاسلامية اساسها رفع الظلم على الناس وهي بذلك تكون رد على الخصوم الذين يدعون ظلم الاسلام للمرآة ، ويطالبون بمنحها الحرية ، ولمعرفة اراء الفقهاء في الموضوع الواحد والرأي الراجح الذي يلائم مقتضيات العصر لرفع الحرج عن الناس .

اضافة لما تقدم فان السبب الاخير هو لمعرفة مدى علاقة القوانين ببعضها البعض من خلال مدة العقوبة واساسها حيث يدل القانون الجنائي ليس الاساس في تنفيذ العقوبة وانما بقدر تحقيق العدالة .

وقد تمت دراسة هذا الموضوع في ثلاث مباحث هي اولا مفهوم التفريق القضائي ، وثانيا شروط دعوى التفريق القضائي ، وثالثا مدى جواز التفريق لحبس الزوج .

## المبحث الاول

## مفهوم التفريق القضائي

التفريق القضائي عبارة عن صفة وموصوف ، فالموصوف هو التفريق ، وصفته انه قضائي ، ولابد التعرف عن حقيقة مضمون هذا البحث والتي مرتكزها الفرقة بين الزوجين بواسطة القضاء ، وللوصول الى حقيقة المعنى المراد نرى ضرورة بيان تعريفه اولا ثم نتطرق بعدها الى بيان مدى مشروعيته في ضوء المطلبين الآتيين .

### المطلب الاول

### تعريف التفريق القضائي

**اولا التعريف لغة** ، مصدر فرق ، والفرق خلاف الجمع ومنه التفريق و الافتراق ، ومن علماء اللغة من جعل التفريق بالتشديد للابدان ، والافتراق بالتخفيف في الكلام ، يقال فرقتُ بين الكلاميين فافترق ، وفرقت بين الرجلين فتفرق .

وتفرق الرجلان ، ذهب كل منهما في طريق [١] .

ويقع التفريق في عدة معاني متقاربة منها [٢] .

١ – التجزئة والقسمة ، يقال ، فرق الاشياء أي قسمها ووزعها .

٢ – التميز يقال ، فرق بين الاشياء أي ميز بعضها عن بعض .

**٣ – التبرد يقال تفرق الشيء أي تبرد وتلاشى .**

وفي التنزيل جاء قوله تعالى على لسان سيدنا موسى عليه السلام ﴿ ﴾ [٣]

ويلاحظ من مراجعة المعاجم اللغوية ان المعنى اللغوي للتفريق يراد به الفصل بين الشيئين ، وقد وردت شواهد في القرآن الكريم لمعنى الفرقة حيث وردت الفرقة بين الزوجين اشتقاقها اللفظي في ثلاث مواضع هي :

اولا – قوله تعالى عن السحرة ﴿ ﴾ [٤] .

ثانيا – قوله تعالى ﴿ ﴾ [١] .

---

١ – محمد بن مكرم المصري ، لسان العرب ، الطبعة الثالثة ، موسوعة التاريخ العربي ، دار احياء التراث العربي – بيروت ،سنه ١٩٩٣ صفحة ٢٤٣ .

٢ – ينظر سعدي ابو جيب ، القاموس العربي الفقهي لفة واصطلاحا ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٨ ، دار الفكر ، دمشق ، صفحة ٢٨٤ .

٣ – سورة المائدة ، جزء من الآية ، ٢٥ .

٤ – سورة البقرة – اية (١٠٢) .

ثالثا – قوله تعالى چ ژ ژ ڑ ڑ ک ک ک ک ک گ گ گ گ ڳ ڳ چ [٢] .

**ثانيا : التفريق في اصطلاح الفقهاء**

الفرقة والتفريق هما مصطلحان فقهيان ، التسمية العملية للطلاق او التطليق او الفسخ العقد وقد اعتنى الفقهاء بتعريف الطلاق اكثر من تعريف الفرقة او الفسخ ، ولذا سوف نتعرف على معنى الفرقة اصطلاحا من خلال نظرة الفقهاء الى معنى الطلاق لان الطلاق هو احد نوعي الفرقة .

فالحنفية يرون ان الفرقة رفع لقيد النكاح [٣] ، والشافعية يرون انها حل لعقد النكاح او تصرف للزوج يقطع النكاح [٤] ، وعند المالكية صفة حكمية ترفع حلية تمتع بزوجته [٥] ، او رفع قيد النكاح [٦] .

اما الحنابلة فالفرقة عندهم تعني حل قيد النكاح او بعضه [٧] ، وقد استخدم الفقهاء كابن نجيم وابن الهام لفظ التفريق مردفا للتطليق فقد جعلا قول القاضي للزوجين فرقت بينكما عند اياء الزوج حال اسلام زوجته وبعد اللعان جعل ذلك من الطلاق .

ويأتي القضاء في اللغة الصنع و التقدير و الحتم والامر والقضاء والانهاء والبيان قال تعالى ((و**لا تجعل بالقرآن من قبل ان يقضي اليك وحيه** )) [٨] .

ويلاحظ ان التعريف الامثل هو جعل قيد الزواج يوقعه القاضي بناءاً على طلب الزوج او الزوجة عند تحقيق الاسباب القانونية ولو كان بدون رضاه ، ويكون ذلك التعريف يتضمن النصوص التي خصها المشرع العراقي في التفريق القضائي ويكون اما بطلب من الزوجين او من الزوج او من الزوجة اذا تحققت اسبابها .

---

١ – سورة الطلاق – اية (٢) .

٢ – سورة النساء – اية (١٣٠) .

٣ – زين العابدي بن ابراهيم بن محمد الحنفي ، البحر الرائق – شرح كنز الرقائق ، بيروت دار المعرفة ، الجزء الثالث ، صفحة ٢٥٢ .

٤ – شمس الدين محمد بن محمد الخطيب ، الاقناع في حل الالفاظ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الاولى ، الجزء الثالث ، ١٩٩٤ ، صفحة ٢٧٩ .

٥ – محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن حسن (الحطاب ) ، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ، ١٣٩٨ هـ ، الطبعة الثانية ، بيروت دار الكر ، الجزء الرابع ، صفحة ١٨ .

٦ – عبد الباقي بن يوسف بن احمد الزرقاوي المصري ، شرح الزرقاوي الموطأ ، ٢٠٠٢ ، الطبعة الاولى ، دار الكتب ، بيروت ، الجزء الثالث ، صفحة ٢١٦ .

٧ – ابو الحسن علي بن سليمان بن احمد المرداوي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، بيروت ، دار احياء التراث العربي ، الجزء الثامن ، صفحة ٤٢٩ .

٨ – سورة طه – جزء من الآية ١١٤ .

حيث يمكن النظر الى التفريق القضائي من معنيين :-

اولا : هو العملية الاجرائية الموضوعية بكامل عناصرها واطرافها ابتدأ من رفع الدعوى وحتى صدور الحكم النهائي .

ثانيا : ان يكون التفريق باعتباره هو النتيجة للعملية القضائية

## المطلب الثاني

## مشروعية التفريق و حكمه

لمعرفة مدى مشروعية التفريق بعد ذكر مفهومه لابد من معرفة السند الذي استند عليه رغم انه يكون يحكم القانون بناءاً على احد الاسباب المعقولة وان يكون مستند الى الشريعة الاسلامية وغير مخالف الى العادات الصحيحة من خلال تناولنا في هذا المطلب في مدى مشروعية وكذلك حكم الطلاق لأنه باعتباره ممتدا مع مشروعية التفريق مبني على احد الاسباب وعدم اللجوء اليه رغم حلاله فانه يباح في الضرورات لدفع الحرج عن الناس وتكون المعاشرة صحيحة حسب ارادة الشرع .

**أولا** : مشروعية التفريق الحديث عن مشروعية التفريق القضائي حديث عن مشروعية الفرقة بين الزوجين استناداً الى سبب من اسباب التفريق وهناك تشابه بين مشروعية التفريق القضائي وبين مشروعية الطلاق في نوع واحد منه اذ من غير الممكن ان نتصور ان يكون التفريق خاليا من السبب سواء كان ماديا او معنويا يخص الزوج او الزوجة او الولي او الحالة الشرعية العامة المقررة في التشريع .

ان القاضي عندما تنصيبه للنظر في خصومات الناس ، اعتبر هذا تكليفاً له بمهمة اقامة العدل وازالة الظلم ، واعطاء الحق لأصحابها فمتى ترافع عنده خصمان وجب عليه ان ينظر في خصومتهما [١] .

ويحقق في ذلك وفق الاصول عند الفقهاء واهل العلم لان نصب القضاء امر واجب ، لاستناده الى القيام بواجب شرعي وهو وسيلة من وسائل الامر بالمعروف والنهي عن المنكر [٢] .

يمكن استدلال مشروعية التفريق القضائي في القرآن الكريم و السنة النبوية و المعقول .

**١ – في القرآن الكريم**

قال تعالى ﴿ ٥ ٨ ٩ ٨ ٨ ٨ ٨ ٨ ﴾[٣] ، وجه الدلالة ان من شأن العلاقة بين الزوجين ان تقوم على ما تعارف الناس عليه من استقرار الحقوق التي قررها الاسلام او قررتها العادات التي لا تنافي احكام الشريعة الاسلامية ، فاذا

---

١ – ينظر مغني المحتاج ، الجزء ٤ ، صفحة ٣٧٣ .

٢ – زيدان عبد الكريم ، نظام القضاء في الشريعة الاسلامية ، ١٩٨٤ ، مطبعة العاني بغداد ، الطبعة الاولى ، صفحة ١٤ – ١٥ .

٣ – سورة البقرة ، جزء الآية ٢٢٩،

انتفى اهم الحقوق هو الامساك بالمعروف تعين التسريح بإحسان طريق لرفع الضرر فاذا سرح الزوج امتثالا لأمر الشارع فيها ونعمت والا فان القاضي ان يوقع الفرقة رفعا للضرر [١] .

قال تعالى چ ژ ڑ ڑ ک ک ک ککگ گ گ گ چ [٢] ، وجه الدلالة في هذه الآية اذن صريح بالفراق اذا تعذر الصلح ، ويكون الفراق حينها خيراً للزوجين من سوء المعاشرة ، فاذا لم يتفرقا باتفاقهما ، تدخل القاضي في رفع الخصومة ، وحل التنازع في التفريق بينهما [٣] .

**٢ – في السنة النبوية**

روى ابن ماجة من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت ، والبهيقي من حديث ابي سعيد الذري (رضي الله عنهم ) ان رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال لا ضرر ولا ضرار [٤] .

وجه الدلالة الحديث بمعناه نهى النبي الاكرم عن الضرر وان كان الاخبار أي لا يضر بعضكم بعضاً والحديث عام والضرر الواقع من احد الزوجين على الاخر يعتبر من جملة الضرر المنهي عنه فيجب ازالته وفقاً للقاعدة الفقهية الضرر يزال [٥] ، ومن غير المعقول ان يأمر الشارع بالإبقاء على الحياة الزوجية والضرر قائم مع امر بإزالته ، ولا معنى لذلك الا جواز التفريق اذا توفرت اسبابه [٦] .

**٣ – المعقول**

١ – ابو بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي ، احكام القرآن ، ١٩٨٨ ، الطبعة الاولى دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٦٢ .

٢ – سورة النساء ، جزء الآية ، ١٣٠ .

٣ – ابو عبدالله محمد بن احمد القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ١٩٨٨ ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٦٢ .

٤ – الامام ابو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجة ، شرح ابن ماجة ، دار احياء التراث العربي ، بيروت .

٥ – انظر الامام جلال الدين السيوطي ، الاشياء والنظائر ، ٣٨ .

٦ – انظر الموسوعة الكونية ، الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي ، ١٩٢ .

ان اسمى غايات النكاح ان يجد كل من الزوجين في صاحبه سكناً لروحه وجسده ، الامر الذي يترتب عليه بناء المجتمع ، وحفظ النوع البشري ، قال تعالى ((ومن آياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجاً لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة )) [1] .

لكن الحياة الزوجية لا تخلوا من المشاكل والمتاعب بعض الاحيان فيبدأ بالإرشاد والنصيحة تم الصلاح بينهما قدر المستطاع على ان لا يضر احدهما بالأخر ، اما اذا حدث نفاذ صبر احد الزوجين بحيث لا تستطيع المعاشرة واصبحت لا تحقق المقاصد المرجوة منها فان الشارع لا يأمر بالبقاء على هذه العلاقة ، بل يفضل في ذلك بما فيه للصلح العام وذلك بالأذن بالفراق اذ يتخذ طريق للمصالحة وليستأنف كل من الزوجين حياته بروابط زوجية جديدة تناسبه وتحقق مقاصد الشارع من النكاح [2] ، لقوله تعالى ((وان يفترقا يغنِ الله كلاً من سعته )) [3].

**٤ – مذاهب الفقهاء**

من خلال مشروعية التفريق فان اراء الفقهاء كانت لها رايها في ذلك وهنالك حالات عديدة منها اختلاف الفقهاء في حق الزوجة وطلب التفريق بينها وبين زوجها اذ غاب عنها مدة وتضررت بغيبته وخشياً على نفسها من الفتنة في مذهبين هما :

**المذهب الاول** : الحنفية والشافعية والضاهرية وقالوا ليس للزوجة الحق في طلب التفريق بسبب غيبة الزوج عنها ومهما طال هذا الغياب ومهما كان سببه ومهما كان الضرر ورايهم في سبب ذلك عدم وجود دليل شرعي في ذلك ، يسمح بالتفريق في هذه الحالة .

**المذهب الثاني** : ذهب كل من المالكية والحنابلة الى جواز التفريق للغيبة اذا طالت وتضررت بها الزوجة ولو ترك لها مالا منه اثناء الغياب ، الا انه المالكية والحنابلة اختلفا في نوع الغيبة ومدتها في التفريق وفي نوع الفرقة لذلك اشترط المالكية لصلاح غيبة الزوج ان تكون مسببا للتفريق وفق الشروط الاتية :-

١ – ان تكون مدة غيبة الزوج سنة فاكثر ولا فرق ان تكون بعذر او دون عذر .

٢ – ان تخشى الزوجة الزنى على نفسها وتصرف في خشيتها اذا طالت مدة سنة فاكثر .

---

١ – سورة الروم ، جزء الآية ٢١ .

٢ – انظر الامام محمد ابا زهرة ، شرح الاحوال الشخصية ، ١٧ .

٣ – سورة النساء ، جزء الآية ١٣٠ .

٣ – الكتابة الى الزوج الغائب ان علم مكانه وامكن الوصول اليه بان يحضر او يقيم زوجته اليه او يطلق ، والا طلق عليه القاضي ، اما اذا كان مكانه مجهول فان القاضي يفرق في الحالة عند طلب الزوجة ويكون طلاق بائناً ما عدا فرقة بسبب الايلاء وعدم الانفاق .

اما الحنفية فانهم جعلوا الغيبة سببا لتفريق ففرقوا بين حالتين اذا كانت بدون عذر ، اما اذا كانت بعذر فأنها لا يحق لها طلب التفريق وحدوث الغيبة عندهم سنة فاكثر .

اما جمهور الفقهاء غير المالكية لم يجيزوا التفريق لحبس الزوج ويرون لعدم وجود دليل شرعي على ذلك .

اما المالكية فأجازوا للزوجة طلب التفريق بسبب حبس الزوج اذا كانت مدة الحبس سنة فاكثر وتكون الفرقة طلاقاً بائناً .

والرأي الراجح هو ما ذهب اليه الحنابلة لان رأيهم يراعي موقف كل من الزوج و الزوجة وارادتهما ، باشتراط اجراءات يقوم بها القاضي مثل انذاره بكتاب يرسله بطلب الرجوع او نقلها اليه فان لم يفعل ومن دون عذر مشروع فمعناه ان يرضى بكل ما يترتب على تصرفه بشأن علاقته الزوجية [١] .

وقال الجعفرية والحنفية الى انه لا يحق للزوجة طلب التفريق لهذا السبب اذا اضيفت الفتنة ولم تستطيع الزوجة الصبر [٢] .

اما اذا كان الحكم غيابي فيتم ارجاء رفع الدعوى لحين ان يصبح وجاهياً وحكم غيابي بالإعدام على الزوج لا يصبح وجاهياً الا بعد القبض عليه .

وكذلك ذهب ابن تيمية في فتواه الى القول في امرأة الاسير و المحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع المرأة به اذا طلبت الفرقة كالقول في امرأة المفقود بالأجماع ... .

وقال و الجواب في امرأة المفقود مذهب الصحابي عمر بن الحطاب وغيره من الصحابة وهو ان تتربص اربع سنوات ثم تعتد للوفاة ويجوز ان تتزوج بعد ذلك ، فمبنى التفريق هو تضرر الزوجة بعد زوجها او غيبته عنها وان دفع الضرر يكون بتمكينها من طلب التفريق .

وهذا المعنى متحقق في زوجة الاسير و المحبوس كما هو متحقق في زوجة المفقود والغائب [٣] .

---

١ – انظر ، د. محمد خضير قادر ، دور الارادة في احكام الزواج والطلاق و الوصية ، ٣١١ .

٢ – انظر ، السيد محسن الحكيم ، منهاج الصالحين ، ٢٣٢ .

٣ – انظر ، المستشار احمد نصر الجندي ، موسوعة الاحوال الشخصية زواج طلاق تفريق بين الزوجين ، ٤٨١ .

ان المدرك الشرعي في مشروعية التفريق القضائي عند الامامية هو الحديث الشريف المروي عن الامام الباقر (عليه السلام)، عن ابيه، عن جده (صلى الله عليه وآله وسلم ) انه قال ( من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يواري عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حق على الامام ان يقرق بينهما ).

بالإضافة الى جمهور الفقهاء استدلوا بالقاعدة العامة لأفعال المكلفين عند عدم وجود الدليل التفصيلي من هذه القواعد قاعدة ( لا ضرر ولا ضرار ) المنصوص عليها في الحديث الصادر عن النبي محمد (صلى الله عليه وسلم) مع السيرة الممتدة الى عصر المعصوم عليه السلام والتي يستفاد منها التفريق في مواد غير منصوص عليها [1] .

ان مشروعية التفريق القضائي في قانون الاحوال الشخصية العراقي كان بالاستناد الى احد المذاهب بالاستناد الى ((مذهب الامام مالك بن حمبل رضي الله عنه )) [2].

ونلاحظ مما سبق ان الشريعة الاسلامية في كافة مذاهبها انما هي كانت في مناهج بحثها ليس للتفرقة بين المذاهب وانما كان هدفها رفع الضيق والحرج بين الناس ويكون بالاستناد الى القرآن والسنة النبوية .

وبذلك يكون قد استند القانون الى الحكم بالتفريق القضائي بالاستناد الى اراء الفقهاء التي استندت الى القرآن الكريم والسنة النبوية ، وكذلك فلو ان الناس ساروا على سنن الشرع ولم يعتدوا حدود الله وراعوا ان الطلاق ابغض الحلال عنده بالرغم من ذلك اباحه الله سبحانه وتعالى واللجوء اليه عند الضرورات اذا تحققت اسبابها لان الاصيل فيه الحضر واباحته عند الضرورات والواجب ان نقدر الضرورة بقدرها .

**حكم الطلاق**

الطلاق في الشريعة يصدر من الزوج بإرادته ، وتوجد هناك عدة احكام تدل عليه اما قبل ذلك (أي قبل هذه الاحكام) فقد اختلف الفقهاء في حكم الطلاق بين الاباحة والحظر و الحظر والكراهية وقد استدل هؤلاء بالاحاديث التي وردة عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) بالنهي عن الطلاق ، وكذلك القرآن الكريم نفر من الطلاق واعتبر الامتناع عنه من نوع التقوى والبر ، بالإضافة الى ذلك شرع الاسلام انواعاً اخرى تفادي للظلم الذي ربما يقع عليه ، وسيتم تفصيل ذلك على النحو الاتي :

فقد اختلف الفقهاء في حكم الطلاق قبل ان تعتريه الاحكام الخمسة وهي كالاتي

١ – الوجوب ، كطلاق المولي وطلاق الحكمين في الشقاق وطلاق المظاهر .

---

١ – ينظر ، ا.م.د هادي حسين الكرعاوي ، التفريق القضائي دراسة مقارنة ، جامعة الكوفة /كلية الفقه ، مجلة الكوفة ، العدد الرابع ، ١٠٤ .

٢ – ينظر ، الدكتور احمد الكبيسي ، الاحوال الشخصية .

٢ — الكراهية ، كطلاق من غير حاجة تدعوا اليه ، لان المطلق يقر بنفسه وزوجته وفيه انعدام للمصلحة الحاصلة من غير الحاجة اليه .

٣ — الاباحة ، ويكون عند الحاجة اليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر منها .

٤ — الندب ، وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله ، او ان تكون له امرأة غير عفيفة .

٥ — الحظر ، وهو الطلاق في الحيض او في الطهر الذي باشرها الزوج فيه ويسمى (الطلاق البدعي) ، فذهب بعضهم الى ان الاصل فيه الاباحة كما في القرطبي [١] (دار الكتاب و السنة و اجماع الامة على ان الطلاق مباح غير محظور ، قال ابن منذر : وليس في المنع منه خبر ثابت ) وذهب فريق ان الاصل في الطلاق الحظر ، ولا يباح الا للحاجة .

قال الكمال بن الهمام [٢] (والا صح حظره الا لحاجة) ، وقال الكاساني [٣] (الاصل هو الحظر والكراهية ، الا انه رخص للتأديب) ، وقد استدل هؤلاء بالاحاديث التي وردت عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) بالنهي عن الطلاق ، كقوله ان ابغض الحلال عند الله الطلاق [٤] .

وكذلك ان الشارع قد حرص على وضع الصعوبات امام المطلق وذلك لتأني في هدم الحياة الزوجية التي قدسها الله الا لحاجة تدعوا اليها الضرورة .

فاعتبر القرآن الكريم الامتناع عن الطلاق من نوع البر و التقوى ، وقد نفر القرآن الكريم من الطلاق بقوله ﭽ ﯤ ﯥ ﯦ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ ﭼ (سورة النساء/١٩ ) ، واصر سبحانه وتعالى بالإصلاح بين الزوجين اذا ظهرت بوادر الشقاق بينهما [٥] .

ويستدل على ما تقدم بان الاصل في الطلاق الحظر ، ولا يباح الطلاق لحاجة تدعوا اليه مما يتعذر معها المعيشة الزوجية المشتركة ، واباحة الطلاق امر ناشئ عن واقعية الاسلام ، واذا كان المجتمع الاسلامي يعاني من سوء استعمال الرجل لحقه وتعسفه فيه ، فان المصلحين وقادة الفكر يطالبون بالعودة الى نظام الطلاق الذي اراده الاسلام كما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية الصحيحة وعلى هدي الروح السامية للتشريع الاسلامي هو ان يكون الطلاق محظور اصلاً ويباح عند الحاجة واباحته مقيدة بقيود تكفل تحقيق الصالح العام ، كما ان الاسلام حين اباح الطلاق انما يبيح امراً كريها

---

١ – ينظر : ابو عبدالله محمد بن احمد القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،١٩٨٨ ، الجزء الثالث — صفحة ١٢٦ .

٢ – ينظر فتح القدير ، الجزء الثالث ، ٢٢ .

٣ – ينظر : الامام ابو بكر علاء الدين مسعود بن احمد الكاساني ، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العربي ، بيروت ،١٩٨٢ ج ٣ صفحة ٩٥ .

٤ – ينظر : الامام ابو عبدالله محمد بن يزيد القزيويني ، سنن ابن ماجة ، دار احياء التراث العربي بيروت ، الجزء الاول ، صفحة ٣١٨ .

٥ – ينظر كتاب الاحوال الشخصية ، د. احمد الكبيسي ، ١٨٣ — ١٨٤ .

لضرورة قاهرة اقتضت ذلك كي لا يكون الزواج اشد كراهة وبشاعة ، وكذلك اتخذ الاسلام بعض النظم لتحديد حقوق الزوجين وحث كل منهم على احترام الاخر و التضحية من اجله وروي في ذلك ان رجلا جاء الى عمر بن الخطاب يستشيره في طلاق امرأته فقال له لا تفعل فقال لكني لا احبها فقال عمر (ويحك الم تبن البيوت على الحب ؟ فاين الرعاية والترحم ؟ )، واخيرا اراد الاسلام ان يحول بين الزوج وبين الطلاق بالأعباء المالية والاجتماعية الثقيلة [1] .

وبذلك نرى مما تقدم ان الشريعة الاسلامية اباحة الطلاق استنادا الى القرآن الكريم و السنة النبوية الصحيحة ، وقد صدرت نصوصه ولم يباح الا للضرورات وامر سبحانه وتعالى بين الزوجين ان ظهرت بوادر الشقاق ويكون بذلك المجتمع الاسلامي يجعله ضرورة لازمة للاستقرار العائلي ، واشترط ان يكون الطلاق من الزوج او نائبه وان يكون عاقلا بالغاً فلا يقع طلاق الصبي و المجنون .

## المبحث الثاني

١ – ينظر ، الدكتور احمد الكبيسي ، الاحوال الشخصية في الفقه والقانون ، ١٨٥ – ١٨٩ .

## شروط دعوى التفريق القضائي

دعوى التفريق القضائي ( بعدها من الدعاوي الشرعية ) فأنها لا تختلف عن الدعاوي المدنية من حيث شروطها وأحكامها ، ألا ان هذه الدعوى لها خصوصية معينة إذ تتناول أدق العلاقات الاجتماعية المتمثلة بالعلاقة الزوجية ولما لها من أثر اجتماعي مهم سواء بين الأقارب والأولاد لكونها التي كرمها سبحانه وتعالى .

لإقامة كل دعوى [1] لابد من توافر شروط معينة بدونها لا يمكن قبول الدعوى يمكن ان يطلق عليها الشروط العامة وهنالك دعاوي يتطلب القانون توافر شروط إضافية للشروط العامة والا فأن الدعوى ترد ومنها دعوى للتفريق القضائي ولمعرفة هذه الشروط نقسم هذا المبحث الى مطلبين الأول تبيان الشروط العامة للدعوى القضائية بينما يختص المبحث الثاني بالسمات الخاصة لدعوى التفريق القضائي بموجب قانون الأحوال الشخصية العراقي وعلى النحو الأتي : -

### المطلب الأول

### الشروط العامة لدعوى التفريق القضائي

هنالك ثلاثة شروط لإقامة كل دعوى ثم معالجتها وتبيانها من قبل قانون المرافعات إذ نصت المواد ( ٣ ، ٤ ، ٥ ، ٦ ) لتبيين هذه الشروط وعلى المحكمة التأكد من توفر هذه الشروط قبل الخوض والدخول بموضوع الدعوى وفي حالة تخلف أحد شروطها على المحكمة رد الدعوى وهي الأتي : -

**أولاً الأهلية** / نصت المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ الى (( يشترط ان يكون كل من طرفي الدعوى متمتعاً بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بالدعوى ، و إلا وجب ان ينوب عنه من يقوم مقامه قانوناً في استعمال هذه الحقوق ) . [2]

**والأهلية المطلوبة هنا هي أهلية الأداء .**

وسن الرشد ثمان عشر سنة كاملة حسب المادة (١٠٦) من القانون المدني والاستثناء من هذا السن أعتبرت م (٣ / ١) من قانون رعاية القاصرين من أكمل الخامسة عشر من عمره وتزوج بإذن المحكمة كامل الأهلية .

---

١ - الدعوى / طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء ( م / ٢ ) قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

٢ - كتاب المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد الى اقامة الدعوى الشرعية وتطبيقها العملية ، الطبعة الثانية ، بغداد ، ٢٠٠٦ ، صفحة ٥ .

ويجب على المحكمة التأكد من أهلية الخصوم حتى لو لم يرد دفع بعدم صحتها (( يجوز للخصم ايراد هذا الدفع في جميع مراحل الدعوى لأن تخلف شرط الأهلية في احد الخصوم من شأنه ان يبطل الحكم الصادر في الدعوى ويكون حضور الوكيل عنه في الدعوى باطلاً إذ أن فاقد الأهلية لا يملك حق التوكيل الغير )) [١] .

٢ – **الخصومة** : ان الخصومة هي حيث نصت عليها بعض المواد في قانون المرافعات المدنية (( يشترط ان يكون المدعي عليه خصماً ويترتب على إقراره حكم بتقدير صدور اقرار منه ، وان يكون محكوماً او ملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى ، ومع ذلك تصح خصومة الولي والوصي والقيم بالنسبة كمال القاصر والمحجوز والغائب وخصومة المتولي بالنسبة لمال الوقف ، وخصومة من اعتبره القانون خصماً حتى في الاحوال التي ينفذ فيها اقراره )) [٢] .

والخصومة في الدعوى تكون على الطرفين المدعي والمعدي وان المادة الرابعة قد قصرتها على المدعي عليه ، وان المدعي يجب ان يكون خصماً للمدعي عليه حتى يكون طرفين في الدعوى ،

(( لان المدعي هو صاحب الحق المدعي به وهذه الصفة مطلوبة حتى تقبل دعواه اي خصومته في الدعوى )) [٣] .

والخصومة في دعوى التفريق القضائي القائمة على الضرر الذي يصب احدهما المدعي او المدعي عليه مع حالة يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية بين الطرفين وان تسعى المحكمة للتأكد من حصوله والسعي من معرفة مسببه لأنه يعتبر المحور الجوهري لدعوى التفريق القضائي ، ويجب ان تكون الخصومة ما بين الزوجين وعلى المحكمة التحقق من قيام الزوجية بين الطرفين قبل الخوض في موضوع الدعوى [٤] .

**٣ – المصلحة** / ويقصد بالمصلحة الفائدة العملية التي تعود على المدعي غذا حكم له بطلباً الواردة في الدعوى فأن لم تكن هنالك فائدة يقرها القانون للمدعي في دعواه فلا تقبل ) [٥] .

وفي دعوى التفريق القضائي فأن المصلحة لابد ان تكون موجودة هي حماية المدعي سواء كان الزوج أم الزوجة من اذى المدعي عليه ورفع عنه الاسباب التي تجعل الحياة الزوجية مستحيلة وتكون من خلال التفريق القضائي .

---

١ – عبد الرحمن العلام شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، الجزء الأول ، بغداد ١٩٩٤ ، صفحة ٤٨.

٢ – م / ٤ – ٥ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .

٣ – القاضي مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، الجزء الأول ، بغداد ، ١٩٩٤ ، ص ١٢.

٤ – المحامي جمعة سعدون الربيعي المرشد الى اقامة الدعوى وتطبيقاتها العملية ، الطبعة الثانية ، المكتبة القانونية بغداد ، ٢٠٠٦ ، صفحة ١٥١ ( ينظر نفس الهامش ) .

٥ – عبد الرحمن المصدر السابق صفحة ٨٩ .

و أشارت المادة السادسة من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل على لا يشترط في الدعوى ان يكون المدعي به مصلحة معلومة وحالة ممكنة ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي ان كان هنالك ما يدعو الى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن ويجوز كذلك الادعاء بحق مؤجل على ان يراعي الأجل عند الحكم به وفي هذه الحالة يتحمل المدعي مصاريف الدعوى ) [١]

وهنالك شروط اخرى لا تتعلق بموضوع الدعوى ولكن بالاجراءات الشكلية للدعوى نص عليها القانون ومنها يجب ان تحيل عريضة الدعوى لدفع الرسم القانوني وان عدم تحقق هذا الشرط يؤدي الى بطلان اجراءات التي قامت المحكمة .

(( أن الدعوى تعتبر قائمة من تاريخ دفع الرسم القانوني عنها )) [٢]

ويضاف الى ذلك شرط آخر وجوب تبليغ المدعي عليه وعلى المحكمة التأكد من حصة التبليغ على ضوء ما رسمه قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ويكون قبل ان تدخل المحكمة في موضوع الدعوى والا كانت اجراءاتها باطلة .

ويعرف الدكتور الشرقاوي المصلحة بأنها (( الحاجة الى حماية القانون للحق المعتدي عليه والمهدد بالاعتداء عليه . والمنفعة التي يحصل عليها المدعي بتحقيق الحماية )) [٣] .

## المطلب الثاني

## موقف قانون الاحوال الشخصية العراقي

للمعرفة بهذا الموضوع لقد بين المشرع العراقي التفريق القضائي في قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل فالمواد التالية ( ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢ ، ٤٣ ) من القانون وسنبين ما ذكر في هذه المواد من تفاصيل حول هذا الموضوع وليس التفريق لعدم الانفاق او الاضرار او عدم حسن المعاشرة ... الخ . وانما هنالك حالات للزوجة في

١ – الدكتور آدم النداوي ، المرافعات المدنية ، المكتبة القانونية بغداد ، الطبعة الثالثة ، ٢٠١١ ، صفحة ١٢٢.

٢ – م (٩) من قانون الرسوم العدلية وتعديلاته رقم ١١٤ لسنة ١٩٨١.

٣ – عبد المنعم الشرقاوي ، نظرية المصلحة في الدعوى ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، ١٩٤٧ ، صفحة ٥١ .

طلب التفريق قبل الدخول بها واذا هجرها مدة ستون يوماً فأكثر بدون مشروع وان كان ذا مال او معروف للإقامة ، و للزوجة طلب التفريق اذا اشهر الزوج بها منها إياها بزوال بكارتها .

– المادة (٤٠) لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر احد الاسباب التالية : –

١ – اذا أضر احد الزوجين بالزوج الاخر او باولادها ضرراً معه استمرار الحياة الزوجية ويعتبر من قبل الاضرار ، الادمان على تناول المسكرات او المخدرات ، على ان تثبت حالة الادمان بتقرير من لجنة طبية مختصة . ويعتبر من قبل الاضرار كذلك ممارسة القمار في بيت الزوجة .

٢ – اذا ارتكب الزوج الاخر الخيانة الزوجية ويكون من قبل الخيانة الزوجية ، ممارسة الزوج فعل اللواط بأي وجه من الوجوه .

٣ – اذا كان عقد الزواج قد تم قبل اكمال احد الزوجين الثامنة عشر دون موافقة القاضي .

٤ – اذا كان الزواج ، قد جرى خارج المحكمة عن طريق الإكراه ، وتم الدخول .

٥ – اذا تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون إذن المحكمة .

المادة (٤١)

١ – لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما ، سواء كان قبل الدخول ام بعده .

٢ – على المحكمة اجراء التحقيق في اسباب الخلاف .

٣ – على المحكمين ان يجتهدا في الاصلاح ، فأن تعذر عليهما ذلك رفعا الامر الى المحكمة موضحين الضرف الذي ثبت تقصيره / فاذا اختلفا ضمن المحكمة لها حكماً ثالثاً

٤ – وقد تضمنت الفقرة الرابعة عدة فروع .

أ – اذا اثبتت للمحكمة استمرار الخلاف بين الزوجين وعجزت عن الاصلاح بينهما وامتنع الزوج عن التطبيق فرقت المحكمة بينهما .

ب – اذا تم التفريق بعد الدخول يسقط المهر المؤجل ، اذا كان التقصير من جانب الزوجة .

ج – اذا تم التفريق قبل الدخول وثبت التقصير من جانب الزوجة تلزم برد ما قبضته من المهر المؤجل [1] .

م / ٤٢ – اذا ردت الزوجة دعوة التفريق لاحد الاسباب المذكورة في المادة الارعين من هذا القانون لعدم ثبوته ولكتب قرار الرد درجة البنات محلها المواد المذكورة وذلك بموجب التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية رقم ٢١ لسنة ١٩٧٨.

المادة (٤٣) – للزوجة طلب التفريق ونتناول هذا الموضوع في المبحث الثالث لمعرفة حبس الزوج واثره في التفريق القضائي.

لقد عالجت لبحث هذه المواد التفريق عند توافر الأسباب المبينة في المواد المذكورة أعلاه و عالجت في المادة الأربعون التفريق بناء على طلب احد الزوجين .

وعالجت المادة (٤١) التفريق عند خلاف بين الزوجين سواء كان قبل الدخول او بعده .

والمادة (٤٢) بصيغتها الجديدة تناولت حالة جديدة من حالات التفريق لم يكن يعالجها القانون وهي حالة اذا ردت الدعوى التفريق المقاومة من قبل احد الزوجين لاحد الأسباب الواردة في المادة الأربعين .

وقد اسميت الفقرة للبند ثانياً من المادة الثالثة والأربعون أبيح للزوجة ان تطلب الشهادات المتعلقة بالأحوال الشخصية .

ان الحقوق الشرعية لا تتطلب النفقة فقط بل ان طلب المعاشرة الزوجية حق من حقوقها وكذلك اذا الزوج لم يبادر الى طلب الزفاف دون ان يكون له عذر شرعي ، وهذه المدة عدلت وتكون خلال سنتين من تاريخ العقد ولم يفِ بحقوقها الزوجية وليس للمحكمة ان تحكم بالتفريق بترك الزوج زوجته دون نفقة الا بعد أحمالة مدة أقصاها ستون يوماً وكذلك لها الطلب في التفريق قبل الدخول فيها ان ترد للزوج المهر وجميع ما تكبده من أموال ونفقات مصروفة لأغراض الزواج [2] .

وللزوجة ان تطلب من المحكمة اذا هجرها زوجها سنتين فأكثر بلا عذر شرعي فأن كان ذا مال ومعروف الإقامة

وهنالك حالات للزوجة تطلب التفريق على زوجها اذا تحققت أسبابها ونصت عليها المادة الثالثة والأربعون :

---

١ – قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل .

٢ – شرح / ٣ قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .

ينظر قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .

١ – للزوجة طلب التفريق عند توافر احد أسبابها .

٢ – التفريق بين هجر الزوج زوجته .

٣ – التفريق لعدم الدخول بالزوجة .

٤ – التفريق بسبب عنه الزوج .

٥ – التفريق بسبب العقم .

٦ – التفريق بسبب علة طارئة بالزوج .

٧ – التفريق للامتناع عن الإنفاق على الزوجة .

٨ – التفريق بسبب تعذر تحصيل النفقة .

٩ – التفريق لعدم سداد متجمد النفقة .

ويعتبر التفريق في الحالات المنصوص عليها في المواد الأربعين والحادية والأربعين والثانية والأربعين والثالثة والأربعين طلاقاً بائناً بينونة صغرى .

والطلاق البائن بينونة صغرى شرطه ان يكون طلاقاً أولاً أو طلاقاً ثانياً أما اذا كان الطلقة الثالثة فهو طلاق بائن بينونة كبرى . [١]

( وسائل الاثبات – بلا شك هي التي تمكن القضاء من القيام بمهمته في تحقيق العدالة وصيانة المجتمع عن طريق ايصال الحقوق الى اصحابها فالقاضي لا يصدر حكماً الا عن حسب ما تدل عليه وسائل الاثبات )

ومن حيث وسائل فأن لا يجوز الشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه بالعين او يسمعه بنفسه ويكون موافق لموضوع معين .

غير ان الفقهاء اجازوا الشهادة بالتسامع من الناس وان لم يعاين الشاهد بنفسه وهي اجازوها الفقهاء لضرورة دعت اليها رعاية مصلح الناس والحاجة الشديدة لأضهار الحقوق اذا لم تقبل الشهادة عليها بالتسامع لأذى ذلك الى الحرج والحرج مدفوع شرعاً .

---

١ – المستشار ، احمد نصر الجندي ، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، صفحة (١١٥ – ١٢٦ ) .

وقد يكون الخبر المشهود بين العلم وبين الاستقامة ، فالقانون اشترط الاليات شهادة او شهادة رسمية فلا يكون الاثبات الا بالوسيلة التي حددها القانون .

ان وسائل الاثبات بالقانون تكون في ضوء ما يكون ضمن القانون ام الفقهاء اجازوا الشهادة بالتسامع وذلك لدفع الضرر ورعاية مصالح الناس وان التفريق يكون آخر حالات لم يكن فيها الصلح أو الصلح يكون مستحيل كما في الطعن في شرف الزوجة قبل الدخول فيها او هجرها ولو كان ذا مال او [1] .

## المبحث الثالث

## مدى جواز التفريق لحبس الزوج

ان الحديث عن مدى جواز التفريق لحبس الزوج يستوجب بيان المراد من الحبس فابدأ بمفهوم الحبس من حيث اللغة والمصدر وتعريفه حسب شرح المبادئ العامة لقانون العقوبات / العام .

وما يتضمنه انواعه من حيث قانون العقوبات العراقي باعتباره من العقوبات السالبة للحرية وكذلك حبس الزوج وآثره في التفريق القضائي وكذلك يتضمن حق الزوجة في طلب التفريق بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية وسيتم شرحه بشيء من الإيجاز في المطلبين الآتيين .

### المطلب الأول

### مفهوم الحبس وشروط التفريق لحبس الزوج

١ – المستشار ، احمد نصر الجندي ، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، صفحة ١٢٦ .

ان هذه التشريعات ادخلت اصلاحات في النظم العقابية بالقياس الى ما كانت تقره التشريعات القديمة ، وقد تمثلت هذه الاصلاحات في الغاء العقوبات البدئية وحصرها في نطاق ضيق ، فأنفردت بعض العقوبات السالبة للحرية ومنها الحبس نظاماً قياساً تتميز به عن باقي العقوبات المانعة الأخرى وتناول المفهوم من حيث اللغة والاصطلاح وانواعه والعقوبات الدالة عليه وشروط التفريق لحبس الزوج .

**أ – الحبس في اللغة /**

الحبس في اللغة هو المنع والامساك / مصدر حبس ويطلق على الموضع / ويقال للرجل محبوس وحبيس للجماعة ويظم الحاء والباء للمرأة الحبسة [١]

والحبس ضد التخلية ، واحتباس الشيء اي اختصاصك نفسك به [٢]

والحبس هو المنع من الانبعاث وقد يرد بمعنى المنع المطلق ___ عمدة الحافظ الجزء الأول [٣] .

والحبس يقع في كل شيء لما وقفه صاحبه وقفاً محرماً لا يباع ولا يورث [٤].

فقد عرف ابن القيم له بأنه / تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه، سواء كان ذلك في بيت أو في مسجد أو كان بتوكيل الخصم أو وكيله عليه وملازمته له ، ومن حيث مشروعية الحبس فبين ان الحبس مشروع ولا خلاف في جوازه [٥]

**والحبس في الاصطلاح :**

الحبس الشرعي هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه سواء كان في بيت او مسجد [٦]

والسجن بفتح السين يأتي بمعنى الحبس واما بكسر السين فهو مكان الحبس ، قال تعالى (( قال رب السجن أحب إلي مما يدعونني اليه ))[٧] .

وقد يأتي الحبس بلفظ الأعتقال / يقال اعتقلت الرجل اي حبسته واعتقل لسانه إذا حبسه

وكذلك الحبس يأتي بمعنى الحبس من قوله تعالى (( وجعلنا جهنم للكافرين حصيراً )) أي سجناً وحبساً [٨] .

---

١ – لسان العرب ، ابن منظور ، الجزء السادس صفحة ٤٤.

٢ – لسان العرب المصدر السابق نفسه صفحة ٤٥ .

٣ – ينظر الامام العلامة احمد بن محمد بن علي الفيوحي ، طبعة بلوين مسيرة سنة ٥٣٣ هـ .

٤ – ينظر : لسان العرب ، ابو الفضل جمال بن مكرم ، ( ابن منظور ) ٢٠٠٣ ، الجزء الرابع ، صفحة ١١١ .

٥ – ينظر : هشام عبد القادر عقدة ، ضوابط الحبس واثاره في الشريعة الأسلامية ، دار الصفرة ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٤٣٤ هـ .

٦ – د. محمد رواس قلعة جي ، موسوعة فقه ابن تيمية ، دار النقاش ، الجزء الأول ، صفحة ٥٦٠ .

٧ – سورة يوسف الجزء الثاني عشر اية ٢٣ .

٨ – الموسوعة الفقهية ، وزارة الاوقاف والشؤون الدينية الكويت ، ج ١٦ ، صفحة ٢٨٣ .

حبس في القانون تحفظي ( ايداع بأمر من السلطة المخصصة في مؤسسة او مكان المودع لحماية من الاخطار او الاضرار سواء بالأخرين او من نفسه [١]

ومن خلال كل التعاريف في اللغة والاصطلاح نلاحظ الغرض من الحبس له عدة ألفاظ واستقرت في معنى واحد هو حبس الشيء او الشخص واختصاص المودع به هذا ما جاء في كتاب لسان العرب حيث شمل جميع ، الشخص أو الاشياء ، وكذلك ما جاء في تعريف موسوعة ابن تيمية في الحبس الشرعي هو تعويق الشخص من التصرف بنفسه والذي يخصنا في هذا الموضوع هو حبس الزوج وجعله سبباً للتفريق القضائي .

والذي يهمنا في هذا المطلب هو الحبس من ناحية قانون العقوبات ومعرفته وعلاقته بالحبس بناءاً على امر قضائي صادر من السلطة المختصة وعلى أثارها يعني الحق للزوجة في التفريق القضائي هذا نتناوله في المطلب الثاني .

الحبس / هو (( وضع المحكوم عليه في السجن المدة المحكوم بها عليه )) [٢] .

ويكون الحبس ليس نوع واحد وانما يكون بمدة العقوبات المقررة في حدها الاذى والحد الأقصى وهو بذلك يكون على نوعين : -

١ – **الحبس الشديد** / ان العقوبة المقررة في هذا النوع هي (( لا تقل عن ثلاثة شهور ولا تزيد عن خمس سنوات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك )) [٣] .

٢ – **الحبس البسيط** / لقد حدد قانون العقوبات العقوبة المقررة هي / (( لا تقل عن اربع وعشرين ساعة ولا تزيد على سنة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك )) [٤] .

وقد ذكر في المبادئ العامة لقانون العقوبات ان للحبس البسيط جوانب سلبية من ناحية قصر المدة فهي تحول دون اصلاح المحكوم عليه لان هذه العملية تتطلب وقتاً طويلاً ومن ناحية ثانية فإنها تضر المحكوم عليه واسرته وتسبب لهم أضراراً :

---

١ – معجم المعاني ، الوسيط

ar . ar ldikt ( w.w.w.qlmany.com )

( w.w.w. majim.com ) dictoany .

٢ – د. علي حسن خلف ، د. سلمان عبد القادر الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، بيروت ، صفحة ٤٢٥ .

٣ – م / ٨٨ قانون العقوبات العراقي ١١١ – لسنة ١٩٦٩ .

٤ – م / ٨٩ قانون العقوبات العراقي .

فلذلك (( دعت المؤتمرات والهيئات الدولية الى اصلاح بدائل اخرى محلها أهمها عقوبة الغرامة )) [١] .

أما هدف العقوبة في القانون العراقي / فإنها تسعى الى تحقيق العدالة بإنزال ألم بالجاني يكفر به عن أثم ، والمنفعة (( المنع العام أو المنع الخاص )) وصرفهِ عن التفكير عن تقليدهِ ووسيلتها في ذلك التخريف والارهاب المنع العام وبإصلاحه لا يمد به الوازع على ارتكاب جريمة أو حتى بأقصائه عن المجتمع اذا كان غير قابل للأصلاح المنع الخاص [٢] .

وعليه يجب على المحكمة ان تحكم بالحبس الشديد كلما كانت الجريمة المرتكبة يعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على سنة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ويكلف المحبوس اداء الأعمال المقررة قانوناً في المنشأة العقابية إما في الحبس البسيط لا يكلف المحبوس بأداء الاعمال المقررة قانوناً في المنشأة العقابية .

ولا يحرم المحكوم عليه بالحبس من ادارة أمواله .

وكذلك جاء تعريف آخر في قانون العقوبات العام لا يختلف عن مضمون التعريف السابق ولكن ذكر في هذا التعريف المكان الذي يقصد به وضع المحكوم عليه في احدى اقسام الاصلاح الاجتماعي فقد عرفه /

**الحبس** / (( هو ايداع المحكوم عليه في احدى اقسام الاصلاح الاجتماعي المخصصة لهذا الغرض المدة المقررة في الحكم )) [٣] .

والحبس هي العقوبة لجنحة او مخالفة والحكم بالسجن لا يترتب عليه العقوبات التبعية التي تترتب على الحكم بالسجن وهي حالة حرمان من بعض الحقوق والمزايا التي تنص م ( ٩٦ ) ومراقبة الشرطة تنص م ( ٩٩ ) من قانون العقوبات العراقي .

أما اذا حكم عليه بعقوبتين مقيدتين للحرية واحتسب النفاذ احدهما عقب الاخرى وان مدة التوفيق تخصم من مدة العقوبة المحكوم بها ، والمقصود بالتوفيق حجر المتهم اثناء التحقيق وابقاءه على هذه الحالة حتى تا\قام الدعوى العمومية عليه ويصدر بشأنه حكم نهائي وبذلك يختلف الحبس ليس له صفة العقوبة ، ولذلك فإنه يوضع في مكان خاص وتكون معاملته تختلف عن معاملة تنفيذ عقوبة بحقهم [٤] .

---

١ – الاستاذ سمير الجزوري ، الأسس العامة لقانون العقوبات ، ١٩٧٧ ، صفحة ٧٢٠ .

٢ – ينظر : علي احمد رشيد ، موجز في العقوبات ومظاهر تقرير العقاب ، ١٩٤٩، ص ٥ .

٣ – فخري عبد الرزاق علي الحديثي ، شرح قانون العقوبات ( القسم العام ) الطبعة الثانية ، ٢٠٠٧ مطبعة الزمان ، صفحة ٣٩٨ .

٤ – ينظر د. علي حسين خلف ، سلمان عبد القادر ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، صفحة ٤٢٣ – ٤٢٦ .

**شرط التفريق لحبس**

بعد ان تناولت مفهوم الحبس من خلال التعريفات اللغوية وكذلك انواعه اما الان فسوف نتناول الشروط التي يجب ان تتوافر في طلب التفريق لحبس .

وقد يرتكب الزوج من الجرائم ما يستحق عليه عقوبة مقيدة للحرية فتقع زوجته في الضرر الذي تقع فيه زوجته الغائب .

ولذلك أجاز القانون لزوجة المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية ان تطلب التفريق ولكن في حدود توافر الشروط الذي يجب توافرها وكما يلي : –

١ ) ان يصدر على الزوج حكم نهائي بدرجة قطعية بعقوبة مقيدة للحرية .

٢ ) ان تكون العقوبة مدة ثلاث سنوات فأكثر .

٣ ) ان تطلب زوجة هذا المحكوم عليه التطليق بسبب العقوبة المحكوم بها وكذلك ان طلب التفريق حتى ولو كان للزوج مال يستطيع الانفاق على زوجته .

ويعتبر وصف الطلاق في الحلات المثبتة في المواد [١] من قانون الاحوال الشخصية طلاقاً بائناً بينونة صغرى . والطلاق البائن بينونة صغرى شرطه ان يكون طلاقاً أولاً أو طلاقاً ثانياً – أما اذا كانت الطلقة الثالثة فهو طلاق بائن بينونة كبرى وبذلك تستحق النفقة خلال مدة العدة [٢] .

## المطلب الثاني

## التفريق لحبس الزوج

١ – مولد ( ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢ ، ٤٣ ) قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ( ١٨٨ ) لسنة ١٩٥٩ المعدل .

٢ – ينظر : د. احمد نصر الجندي ، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، صفحة ١١٠.

سنتناول في هذا المبحث التفريق لحبس الزوج حسب شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي والمواد القانونية التي نصت عليه وكذلك اراء بعض الفقهاء التي تناولت هذا الموضوع وكيف المشرع العراقي قد أخذ حكمه بالاستناد الى احد المذاهب التي اجازته .

فقد نصت المادة الثالثة والاربعون من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩

**أولاً** // للزوجة طلب التفريق عند توفر احد أسبابها ومن هذه الاسباب .

(( أذا حكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ، ولو كان له مال يستطيع الانفاق منه )) [١] .

( قد يترتب الزوج من الجرائم ما يستحق عليه العقوبة المقيدة للحرية ، فتقع زوجته في الضرر – ولذلك أجاز القانون لزوجة المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية ان تطلب التفريق ) [٢] .

ولكن هنالك شروط لتحقق التفريق بناءاً على طلب الزوجة وهي ان تكون مطابقة لنص القانون وهي كالآتي : –

١ – ان يصدر على الزوج عقوبة سالبة للحرية .

٢ – ان تكون العقوبة مدة تزيد على ثلاث سنوات .

٣ – ان يكون بناءاً على طلب الزوجة ( أي زوجة المحكوم عليه ) بسبب العقوبة .

وان حالة التفريق في هذه الحالة لا يمنع من ان يكون لهذا الزوج مال ان تنفق بهخا على نفسها

كما ان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الشروط التي وضعها نص القانون ( المصري ) ،

(( ان يصدر حكم نهائي بعقوبة مقيدة للحرية ويكون الحكم نهائياً اذا لم يكن من الممكن اعادة النظر في الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم مرة ثانية بالطرق التي بينها القانون بألا يكون قابلاً للطعن عليه بحسب طبيعته )) [٣]

---

١ – المستشار أحمد نصر الجندي ، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، صفحة ١١٥.

٢ – ينظر : المستشار احمد نصر الجندي ، المصدر نفسه ، صفحة ١١٧ .

٣ – المستشار احمد نصر الجندي ، موسوعة الاحوال الشخصية ، الجزء الاول ، دار الكتب القانونية ، مصر ، سنة ٢٠٠٦ ، صفحة ٤٨٨ ، ج ١ / .

بمعنى ذلك ان يكون الحكم باتاً لا يجوز الطعن فيه وذلك أما استنفذ كل طرق الطعن الجائزة قانوناً أو يكون مضى موعد الطعن ولم يستخدم حقه في ذلك .

وكذلك ان تكون مدة العقوبة المحكوم بها ثلاث سنوات فأكثر وان ترفع الزوجة الدعوى دعوى التطليق بعد مرور سنة كاملة من تنفيذ الحكم ، ولذلك يجوز لها طلف التفريق اذا تضررت من بعدها عنها .

( أما مدة السنة التي تطلب بعدها الزوجة التطليق فهي مدة لقبول دعواها وتوافر شروط م / ١٤ ورفع الدعوى ليس قرينة على تحقق الضرر المقصود من النص يضل الضرر قائماً وسبباً لدعواها فاذا خرج الزوج المحبوس ومثل في الدعوى وتمسك بزوجته فلا محل لوجود الضرر )) [١]

أما التفريق بسبب حبس الزوج ان جمهور من ( الفقهاء ) [٢] غير المالكية لم يجيزوا لحبس الزوج ويرون ذلك لعدم وجود دليل شرعي بذلك .

أما ( المالكية ) [٣] فأجازوا للزوجة طلب التفريق بسبب حبس الزوج اذا كانت مدة الحبس سنة فأكثر وتكون الفرقة طلاقاً بائناً .

( والرأي الراجح هو ما ذهب اليه الحنابلة لأن رأيهم يراعي موقف كل من الزوج والزوجة واولادهما ) [٤] .

فيراعي ارادة موقف الزوج تجاه زوجته باشتراط انذار القاضي بكتاب يرسل اليه امره الرجوع الى زوجته او نقلها اليه فاذا لم يفعل ذلك دون عذر مشروع فمعناه ان يرضى بكل ما يترتب عليه بشأن الفقهاء وحرصهم على الحفاظ على الرابطة الزوجية واستمراريتها والتي تتفق مع روح الشريعة الاسلامية [٥] .

وان التفريق بين للحبس هو نوع من انواع التفريق للضرر والقاضي يحكم لها بذلك ويكون طلاقاً بائناً [٦].

---

١ – ينظر : المستشار احمد نصر الجندي ، موسوعة الاحوال الشخصية صفحة ٨٣٠

٢ – ينظر : ابن عابدين محمد امين ، رد المختار الدرر ، دار الفكر بيروت ، ١٣٨٦ هـ ، الجزء الخامس ، صفحة ٣٠٦ .

٣ – ينظر : شمس الدين محمد عرفة / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار الفكر بيروت ، الجزء الثاني ، ١٩٩٧، صفحة ٥١٩

٤ – د . محمد خضير قادر ، دور الادارة في احكام الزوج والطلاق والصية ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٩ ، صفحة ٣١١.

٥ – ينظر : د. محمد قضري قادر ، المصدر السابق نفسة ، صفحة ٣١١.

٦ – هذه الاحكام نصت عليه م ( ١٤ ) ونصها (( الزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر ان تطلب من القاضي بعد سنة من حبسه التطليق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال يستطيع الانفاق منه ) .

وان التفريق بين المحبوس وزوجته هو المنصوص في فتاوي ابن تيمية الحنبلي فقد جاء في باب عشرة النساء ما نصه (( مما يتعذر انتفاع امرآته به اذا طلبت فرقته كالقول في امرأة المفقود ) ) .

ولذلك ان اخذ حاجة القياس المحبوس على الغائب بحكم القانون بل يؤخذ بالنص من مذهب احمد بن حنبل [١] .

المشرع العراقي قد منع حق طلب التفريق بمجرد توفير الضرر ( وقد اخذ المشرع العراقي حكمه في هذا من مذهب الامام مالك – ايضاً لان الجعفرية والحنفية لا يجعلون طلب التفريق لهذا السبب ) [٢] .

ولذلك يكون حق للزوجة في طلب التفريق حتى ولو كان للزوج مال تستطيع الزوجة ان تنفق على نفسها واولادها منه ، بمجرد اكتساب القرار الدرجة القطعية .

– اننا نرى في وجهة نظر من ان المشرع العراقي ان يخذو خذو المشرعين الباقين ، بينما اشترط ذلك الكثير من القوانين كالقانون الاردني في م / ١٣٠ والقانون السوري في / (١٠٩) والقانون المصري في م / ١٤ والتي تنص على : –

(( لزوجة المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر ان تطلب الى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه.

واشترط مضي سنة من الحبس في القانون المصري انما هو لأحتمال الإفراج عنه بعفو يصدر .

وان كان هذا يدل على شيءً فأنما يدل على انه الشريعة الاسلامية لم تكن في غفلة من كل الاحتمالات التي تصيب المجتمع وذلك لاستمرارها ويكون بناءها بناءاً صحيحاً .

والشيء الذي يشير الجدل يثار حالياً في العراق ينصب حول الغاز التشريع في مجال الاحوال الشخصية واللجوء الى الفقه الاسلامي بعد نفاذ الدستور الدائم لعام ٢٠٠٥ والذي اشار في م (٤١) منه على انه (( العراقيون احرار في الالتزام بأحوالهم الشخصية حسب دياناتهم او مذاهبهم او معتقداتهم او اختياراتهم وينظم ذلك بقانون )) .

وبذلك ان يكون الحكم وفق قانون الاحوال الشخصية العراقي ويكون هذا القانون بالتوافق مع اغلب المذاهب او بين اكثر من مذهب وليس كما خصه الدستور العراقي في المادة السابعة الذكر ، مع الاعتبار حين صدور القانون مراعاة ما يلي / قانون يخص العراقيون المسلمون مع مراعاة قانون خاص يراعي فيه العراقيون غير المسلمين .

---

١ – الامام محمد ابو زهرة الاحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، مدينة نصر ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، صفحة ٣٦٧ ، ٣٦٨ .

٢ – د . احمد نصر الجندي ، الاحوال الشخصية في الفقهاء والقانون ، الجزء الأول ، القاهرة ، صفحة ٣٥٨.

## الخاتمة

حضي هذا البحث بتسجيل اهم النتائج والتوصيات

**أولاً // النتائج**

١ – التفريق بحكم يعد فسخاً لا طلاقاً ، لا ما نص على كونه طلاقاً ، او دعت المصلحة الى ذلك.

٢ – يعتبر التفريق فسخاً ويرسخ مبدأ العدل بين الزوجين من حيث الاثار المترتبة عليه وان الحقوق المالية المستحقة للزوجة ، لا تنقص اذا كان التفريق بعد الدخول .

٣ – يحق لزوجة المحبوس ثلاث سنوات فأكثر التفريق ولو كان له مال يستطيع الانفاق منه لان تواجد اضرار متعلقة بأحد مقاصد النكاح انهدم هذا المقصد روعي الضرر الناشئ عن ذلك بتجويز الفرقة ازالة الضرر .

٤ – ان طرق اختيار الحالات والاسباب التي تجيز التفريق بين الزوجين هي طريق اجتهادي وتنوعت كانت الحالات كذلك ان مناهج الفقهاء تتلخص بما يلي : –

أ – يعتبر المذهبان الحنفي والظاهري اكثر تضييقاً وتشدداً في حالات التفريق وذلك لاقتصارهما على النص والاجماع في تشريح الحالات .

ب – جاء المذهب الشافعي وسطاً بين المذاهب ، كان اوسع من الحنفية لقبوله القياس سبباً في اثبات الفرقة .

ج – اما المذهبان المالكي والحنبلي كان اوسع المذاهب وسار في ذلك بين المذهب الجعفري على ما سار عليه المذهبين وذلك لاعتمادهم لما اعتمد غيرهم في اصول الاثبات واضافوا اليه المصلحة واعتبار المعنى العام .

٥ – فيما يخص الحبس في القانون الجنائي لا يحرم المحكوم عليه بالحبس من ادارة امواله كما في السجن اختلاف الحبس البسيط عن الحبس الشديد فأن الاول لا يطلف المحبوس باداء الاعمال المقررة قانوناً في المنشأة العقابية .

**التوصيات / بعد الوقوف على عدد من الحقائق فأنه الحاجة تدعوا الى تسجيل بعض التوصيات وهي كما يلي :**

-

١ – ان قانون الاحوال الشخصية هو مستمد من احكام الشريعة الاسلامية لذا من واجبات طلبة العلم الشرعي النهوض بهذا القانون واجراء بحوث ودراسة على اقسامه المختلفة يتناسب وتغير الزمان والاحوال .

٢ – من واجب العلماء اصدار الابحاث والمقالات التي تظهر مكانة المرآة في الاسلام وذلك للتصدي الى حجم الغزو الفكري والثقافي الذي يحاول الغرب من خلاله التأثير على مفاهيم المرآة المسلمة .

٣ – لم يشترط المشرع العراقي مضي مدة من العقوبة فاجاز طلب التفريق بمجرد اكتساب القرار الدرجة القطعية .

٤_ من خلال اطلاعي على بعض القوانين العربية كالقانون الاردني م (١٣٠) والقانون السوري م (١٠٩) والقانون المصري م (١٤) ، لزوجة المحكوم بعقوبة ثلاث سنوات فأكثر ان تطلب التفريق بعد مضي سنة من حبسه ، ويكون بائناً للضرر ولو كان له مال للأنفاق منه .

٥ – اجراء المزيد من البحث من القانون الواجب التطبيقي عند اختلاف الجنسية والتوصية في النص في قانون الاحوال الشخصية .

٦– الحبس البسيط هو نوع من انواع الحبس الغرض من العقوبة في القانون العراقي ليس تنفيذ العقوبة وانما انزال ألم في الجاني وذلك لأصلاح المجتمع وبث الأمن والطمأنانية .

٧- ومن خلال اطلاعي على بعض القوانين العربية نرى بأن العقوبة الهدف منها اصلاح الجاني اقترحت تبديلها بعقوبة اخرى كالغرامة اذا كانت مدة الحبس اقل من سنة واحدة لانها فترة قصيرة بالاضافة الى ذلك تكلف الدولة مبالغ ضخمة من خلال الانفاق عليه ممكن تحويلها الى عقوبة اخرى كالغرامة بدلها .

٨ – من خلال اطلاعي على الدستور العراقي وجدت انه م / ٤١ ( يحق للعراقيين طلب التفريق كلاً حسب مذهبه ) .

أ – اقترح ما يلي ان الشريعة الاسلامية اساس هذا القانون اذن لابد من تقريب المذاهب والخروج بقانون يتلائم معها وليس كلاً حسب شريعته اما الحكم بالقانون او بالشريعة وعدم التفرقة بينهما .

ب – ان يكون قانون خاص بالعراقيين المسلمين وقانون آخر يضم العراقيين غير المسلمين .

**المصادر و المراجع**


القرآن الكريم .

١– ابن عابدين محمد امين ، رد المحتار عن الدر ، دار الفكر ، بيروت ، الجزء الخامس ، ١٣٨٦ .

٢– ابو الحسن علي بن سلمان بن احمد المرداوي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، بيروت ، دار احياء التراث العربي ، الجزء الثامن .

٣– الامام ابو بكر علاء الدين مسعود بن احمد الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الطبعة الثانية ، بيروت ، دار الكتب العربي ، الجزء الثالث ، ١٩٨٢ .

٤– ابو بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي ، احكام القرآن ، الطبعة الاولى دار الكتب العلمية ، بيروت ، الجزء الثالث ، ١٩٨٨ .

٥– ابو عبدالله محمد بن احمد القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ١٩٨٨، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت.

٦– الامام ابو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجة ، شرح ابن ماجة ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، الجزء الاول .

٧– احمد الكبيسي ، الاحوال الشخصية في القضاء والقانون ، الجزء الاول ، القاهرة .

٨– المستشار احمد نصر الجندي ، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي ، دار الكتب القانونية ، مصر .

٩- الدكتور ادم النداوي ، المرافعات المدنية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، الطبعة الثالثة ، ٢٠١١ .

١٠- الامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، الاشتباه والنظائر ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٣ .

١١- المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد الى اقامة الدعوى الشرعية وتطبيقها العملي ، الطبعة الثانية ، بغداد ، ٢٠٠٦ .

١٢- الدكتور حسن ابو رغدة ، احكام السجن و دولة السجناء في الاسلام ، مكتبة المنار الاسلامية ، الطبعة الاولى ، الجزء ١٦ ، ١٩٨٧ .

١٣- زيدان عبد الكريم ، ١٩٨٤ ، نظام القضاء في الشريعة الاسلامية ، مطبعة العاني بغداد ، الطبعة الاولى .

١٤- زين العابدين بن ابراهيم بن محمد الحنفي ، البحر الرائق – شرح كنز الرقائق ، بيروت دار المعرفة ، الجزء الثالث .

١٥- سعدي ابو جيب ، القاموس العربي الفقهي لفة واصطلاحا ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٨ ، دار الفكر ، دمشق .

١٦- الاستاذ سمير الجزوري ، الاسس العامة لقانون العقوبات ، ١٩٧٧ .

١٧- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب ، الاقناع في حل الالفاظ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الاولى ، الجزء الثالث ، ١٩٩٤ .

١٨ - شمس الدين محمد بن محمد الخطيب ، مغني المحتاج ، الجزء الرابع ، دار المعرفة ، لبنان .

١٩- شمس الدين محمد عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار الفكر ، بيروت ، الجزء الثاني ، ١٩٩٧ .

٢٠- عبد الباقي بن يوسف بن احمد الزرقاوي المصري ، شرح الزرقاوي الموطأ ، ٢٠٠٢ ، الطبعة الاولى ، دار الكتب ، بيروت ، الجزء الثالث .

٢١- عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، الجزء الاول بغداد ، ١٩٩٤ .

٢٢- عبد المنعم الشرقاوي ، نظرية المصلحة في الدعوى ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، ١٩٤٧ .

٢٣- علي احمد رشيد ، موجز في قانون العقوبات و مظاهر تقريب العقاب ، ١٩٤٩ .

٢٤- الدكتور علي حسن خلف والدكتور سلمان عبد القادر الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، بيروت .

٢٥- فخري عبد الرزاق علي الحديثي ، شرح قانون العقوبات (القسم العام) ، الطبعة الثانية ، مطبعة الزمان ، ٢٠٠٧ .

٢٦- السيد محسن الحكيم ، منهاج الصالحين ، الطبعة الاولى ، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٩٩٦م .

٢٧- الامام محمد ابو زهرة ، شرح الاحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .

٢٨- محمد الرطاوي ، شرح قانون الاحول الشخصية الاردني ، الطبعة الاولى ، ١٩٨١ .

٢٩- محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن حسن (الحطاب) ، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ، ١٣٩٨ هـ ، الطبعة الثانية ، بيروت دار الكر ، الجزء الرابع .

٣٠- محمد بن مكرم المصري ، لسان العرب ، الطبعة الثالثة ، سنة ١٩٩٣ ، موسوعة التاريخ العربي ، دار احياء التراث العربي ، بيروت .

٣١- الدكتور محمد خضير قادر ، دور الارادة في احكام الزواج والطلاق و الوصية ، عمان ، ٢٠٠٩ .

٣٢- القاضي مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، الجزء الاول ، بغداد ، ١٩٩٤ .

٣٣- الدكتور هادي حسين الكرعاوي ، التفريق القضائي دراسة مقارنة ، جامعة الكوفة /كلية الفقه ، مجلة الكوفة ، العدد الرابع ، ١٠٤ .

٣٤- هشام عبد القادر عقدة ، ضوابط الحبس واثاره في الشريعة الاسلامية ، دار الصفرة ، القاهرة الطبعة الاولى ، ١٤٣٤ هـ.

٣٥- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل

٣٦- قانون الرسوم العدلية وتعديلاته رقم ١١٤ لسنة ١٩٨١ .

٣٧- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .

٣٨- قانون المرافعات المدني العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .

٣٩- الموسوعة الفقهية ، وزارة الاوقاف والشؤون الدينية / الكويت ، الجزء ١٦ .

٤٠- الموسوعة الكويتية ، محمد جمال الدين امام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع ، ١٩٩٦ .

٤١- الموسوعة الكونية ، الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي .

٤٢- موسوعة الاحوال الشخصية ، د. احمد نصر الجندي ، الجزء الاول دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٦ .

٤٣- موسوعة الاحوال الشخصية زواج طلاق تفريق بين الزوجين ، المستشار احمد نصر الجندي .

٤٤- معجم المعاني الجامع المعجم الوسيط

. /http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar