المقدمة :

تحتكم الدراسة الحالية إلى إجراء دراسة رصينة ومعمقة حول موضوع التفريق لحبس الزوج، لما له من أهمية بالغة في الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية خصوصاً بعد إزدياد حجم السكان في بلدان العالم، حيث يهدف هذه الشريعة من تشريعها للزواج إلى بناء مجتمع متكامل وإيجاد أسرة متماسكة و تحصين الزوجين وقضاء غريزتهما الفطرية ضمن الحدود والضوابط الشرعية، وبالتالي تحقيق السكن والمودة والرحمة بين الزوجين فأوجد الإسلام عقد الزواج ليضبط ذلك كله، لكن إختلاف الطباع بين الزوجين قد تخلق مشاكل بين الزوجين مما يجعل تتحقق المقاصد المرجوة من عقد الزواج صعباً، لذا وضعت الشريعة الإسلامية الحلول لكل المشاكل التي قد تحدث بين الزوجين بعد العقد.

ومن أبرز ما وضع الإسلام له حلاً ذلك الضرر الواقع على الزوجة من قِبَل الزوج لأي سبب من الأسباب المتعددة، منها حبس الزوج ومكوثه في السجن مدة طويلة أو الحكم عليه بعقوبة الحبس المقيدة للحرية مدة طويلة، في هذه الحالة يقع الضرر على الزوجة نتيجة بُعد زوجها عنها، والشريعة الإسلامية جاء لرفع الحرج والمشقة والضرر عن الناس، موضوع الأحوال الشخصية بأكملها محل الإهتمام في القوانين الوضعية لكونها تعتبر خارطة الحياة لتنظيم علاقاتهم العائلية وتحديد الحقوق والواجبات بين الزوج والزوجة ثم أفراد العائلة، كما من المعلوم إن المباديء والمواد القانونية في قوانين الدول الإسلامية معظمها مأخوذة من مباديء الشريعة الإسلامية وآراء فقهاء الإسلام، لذا أجريت محاولات عديدة من قبل الدول العربية والإسلامية لإجراء بعض التعديلات في قوانينها الأحوال الشخصية لوضع بعض المواد الخاصة بحق الزوجة بالتفريق عن زوجها بحيث يحق للزوجة طلب التفريق في حالة حبس زوجها لمدة طويلة، ومن هذه القوانين، قانون الأحوال الشخصية العراقي حيث بدء المشرع إلى وضع خطوات تدريجية للمحافظة على الكيان الأسري وقضاء غريزة الزوج والزوجة ضمن

الحدود والضوابط الشرعية، وبما أن التفريق القضائي يكون بيد السلطة القضائية، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على عدم التسرع بالتفريق و ذلك من خلال الإجراءات الإحتياطية التي تسبق التفريق، ويعتبر التفريق القضائي بين الزوجين رادعاً لكل منهما، حتى لايقع الإعتداء على الحقوق من قبل أحدا الزوجين على الآخر أو الخداع أو التدليس، من هنا تبين أهمية دراستنا هذه، وهو حاجة القوانين للدراسة والمراجعة بين الحين والآخر لسد مايطرأ عليها من ثغرات أو نقص، وذلك من خلال معالجتها لكل ما يستجد من حوادث التي تؤدي للنزاع بين الزوجين، إضافةً لما تقدم، فإن سبب إختيار هذا الموضوع للدراسة هو معرفة علاقة القوانين ببعضها البعض من ناحية نوع ومرحلة الحكم المقيدة للحرية ومدة الحكم ثم تكييفها في قوانين الأحوال الشخصية موضوع دراستنا هذه، وقد تمت دراسة هذا الموضوع في ثلاثة مباحث، خصصنا المبحث الأول كتمهيد لمعرفة حكمة الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية، ومفهوم الحبس أما المبحث الثاني للتفريق القضائي وشروطة في الشريعة والقانون، أما المبحث الثالث والأخير فنسلط الضوء على حق الزوجة في طلب التفريق بسبب حبس زوجها وذلك في مطلبين، في المطلب الأول نبحث عن هذا الحق للزوجة في الشريعة وآراء الفقهاء في ذلك الصدد، أما المطلب الثاني نخصص بدراسة عن هذا الحق للزوجة في قانون الأحوال الشخصية العراقي و القوانين المقارنة.

## المبحث الأول

## حكمة الزواج و مفهوم الحبس و التفريق

سنتطرق في هذا المبحث إلى حكمة الزواج من ناحيتي الشرعية والقانونية ثم التعريف بمفهوم المصطلحات الأساسية لهذه الدراسة بصورة عامة ومختصرة و ذلك ليكون أساساً نستطيع من خلاله التمهيد والتعريف

بالموضوع، فسنقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول حكمة الزواج في الشريعة الأسلامية وقانون الأحوال الشخصية العراقية ونخصص المطلب الثاني لمعرفة مفهوم الحبس والتفريق.

## المطلب الأول: حكمة الزواج

نتناول هذا المطلب في فرعين، في الفرع الأول نتطرق الى حكمة الزواج في الشريعة الأسلامية، أما في الفرع الثاني فسنسلط الضوء على حكمة الزواج في القانون.

### الفرع الأول: حكمة الزواج في الشريعة الإسلامية

إن الشريعة الإسلامية قد أهتمت بالزواج إهتماما بالغاً، وأسبغت عليه قدسية تجعله فريداً بين سائر العقود، والزواج بإعتباره حكماً شرعياً لابد أن تكون من ورائه غايات وأهداف تجلب المصالح و تدفع المضار عن الفرد والمجتمع، فما شرع الله الزواج وما دعا إليه و رغب فيه إلا لتحقيق مقاصده، ومن هذه المقاصد[1]:

**أولاً: حفظ النسل الإنسان**:

فمن أغراض خلق الإنسان أن يكون خليفة الله في أرضه، كما قال تعالى عند خلق آدم عليه السلام: (إني جاعل في الأرض خليفة)[2]،فاعطاه الله الغريزة في الإنسان تدفعه و تسوقه إلى هذا الأمر، ويترتب على ذلك الإنجاب والتناسل، وفي هذا يقول تعالى ((وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ))[3] ومن خلال هذه الآيات الكريمة يتبين لنا بأن تكاثر الجنس البشري وبقائه معمراً في هذه الكون يكون عن طريق البنين والحفدة.

**ثانياً: الإستجابة لنداء الفطرة:**

---

[1]. الشاطبي: أبو إسحاق ابراهيم بن موسى محمد اللخمي، الموافقات،ط1، تحقيق مشهور بن حسن سلمان، السعودية، دار ابن عفان للنشر و توزيع، سنة 1997، ج3، ص132 و مابعد/ وأنظر: شلبى محمد مصطفى: أحكام الاسرة في الاسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذاهب الجعفري و القانون، ط1، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، سنة 1977، ص35_40/ وأنظر عبدالحميد، د. محمد محى الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى،ط1، بيروت، دار الكتاب العربي، سنة 1984، ص9_21/ وأنظر: السريتي، د. عبدالودود، أحكام الزواج و طلاق في شريعة الإسلامية، ط1، بيروت، الدار الجامعية، لسنة 1992، ص8و9/ وأنظر: زيدان عبدالكريم، مفصل في احكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط3، بيروت، مؤسسة الرسالة، سنة 1997، ص13_14.

2. سورة البقرة، الآية(30).

3. سورة النحل، الآية (72).

فلو ترك الناس لطبائعهم لآجتمع كل رجل بكل إمرأة أراد أن يجتمع بها، ولتدافع الكثيرون إلى إمرأة واحدة، وأدى ذلك الى فساد والإهمال وعدم إصلاح الأمة، أي شرع الزواج لإبتعاد الإنسان عن الفساد و العلاقات غير الشرعية، كما جاء في قول تعالى: ((ولا تقربو الزنا إنه كان فاحشةً وساء سبيلاً))[4]

**ثالثاً: حفظ الأنساب**

كما ذكرنا في الفقرة السابقة إن الشريعة الإسلامية حرم زنا ودواعيه وذلك لصحة النشاط الجنسي في الزواج وأعتبر كل نشاط جنسي خارجه عدواناً محرماً، فقال تعالى: ((وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ* إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ*فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ*))[5]

**رابعاً: توسيع دائرة القرابة**

فالإنسان عند مصاهرة للأخرين من أسرة أو قبيلة، يؤدي إلى ضم نفسه إلى تلك الأسرة أو القبيلة، وفي هذا الصدد يقول صاحب مغنى المحتاج ((من مقاصد النكاح، إتصال القبائل لأجل التعاضد والمعاونة وإجتماع الكلمة))[6]

## الفرع الثاني: حكمة الزواج (أهداف الزواج) في القانون

الزواج في اللغة معناه إقتران إحدى الشيئين بالآخر وأزدواجها أي صيرورتها زوجاً بعد أن كان كل منهما منفصلاً عن آخر ومن ذلك قوله تعالى ((وإذا النفوس زوجت))[7] ، أما الزواج من ناحية الإصطلاحية فقد عرفه قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة الثالثة بأنه ((عقد بين رجل وأمرأة تحل له شرعاً، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل))

يؤخذ من هذا التعريف:

1. الزواج عقد ذو طابع خاص يتميز عن باقي العقود ويحتاج الى مجلس و شهود، متى توافرت أركانه و شروطه أنتجت آثاره وفي مقدمها حل إستمتاع كل من الرجل والمرأة بالآخر.
2. إن الزواج المقبول شرعاً و قانوناً عقد بين الرجل و أمرأة حصراً.

---

4. سورة الأسراء، الآية (32).
5. سورة المؤمنون، الآية (5_7).
6. الشربيني، محمد الخطيب، مغنى المحتاج، ج3، بيروت، دار الفكر، دون رقم و سنة طبع، ص127.
7. سورة التكوير، الآية (7)

3. بما أن عقد تستهدف تكوين الأسرة، لذلك غير قابل للتوقيت و صفته الدائمية لايعني أنه عقد لمدى الحياة بل قابل للأنحلال للأسباب تحددها القانون.[8]

أما في أقليم كوردستان فقد عرف المشرع الزواج بأنه ((عقد تراضي بين رجل و أمرأة يحل به كل منهما للآخر شرعاً غايته تكوين الأسرة على أسس المودة والرحمة والمسؤلية المشتركة طبقاً لأحكام هذا القانون))[9]

وهذا التعريف للزواج الذي جاء مؤخراً من قبل المشرع الكوردستانى، يستوجب الوقوف على عدة أمور، نذكرها فيما يأتي:

1. إضافة عبارة (تراضي) إلى العقد، تعني ذلك فأن عقد الزواج في القانون يستلزم وجود الرضا ولا ينعقد بدونه ولا يصح.
2. إن عبارة (يحل به كل منهما للآخر شرعاً) وهي إثر من آثار العقد ولا حاجة الى التنصيص عليه وعبارة (تحل له شرعاً) الواردة في تعريف عقد الزواج في القانون قبل التعديل، لم يكن يقصد به الإحلال الذي هو أثرالعقد، بل كان المقصود منه ذكر شرط أساسي يجب توافره في العاقدين (الرجل و المرأة) بأن لاتكون بينهما علاقة محرمية، كأن يكونا ضمن الأصول أو الفروع أو سائر محرمات عقد الزواج.
3. إن عبارة (المسؤولية المشتركة) نص عام كانت تفيد فيما لولم يرد في القانون ما يخصصه، ولكن الحال هو أن القانون قد حددت واجبات وإلتزامات على الطرف المطلوب في كل ما يتعلق بالمهر و النفقة والحضانة وسائر الواجبات وإلتزامات، فعلى سبيل المثال لو كان القانون ساكتاً عن تحديد الطرف الذي يجب عليه الإنفاق لكان الإنفاق حينذٍ واجباً على الزوجين بصورة مشتركة إستناداً إلى عبارة (المسؤولية المشتركة) الواردة في التعريف، ولكن القانون قد حدد الطرف الذي يجب عليه الإنفاق، وهكذا في سائر الواجبات والالتزامات الزوجية، ولذلك فإن تلك العبارة تخلو من الفائدة القانونية تذكر سوى إشعارها بنفي فكرة القوامة في وقت لم يكن في القانون قبل التعديل ما يدل على منع الزوج القوامة على زوجته.[10]

---

[8]. د. فاروق عبداللة كريم، الوسيط في شرح القانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959، ط2، أقليم كوردستان، 2015، ص42_43.

[9]. المادة (1) من قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية العراقي الرقم 188 لسنة 1959 المعدل في أقليم كوردستان العراق، رقم 15 لسنة2008.

[10]. د. فاروق عبدالله كريم، المصدر السابق ، ص44.

## المطلب الثاني

## مفهوم الحبس والتفريق القضائي

إن مصطلحين الحبس والتفريق لهما جذر من ناحيتى اللغوية و الإصطلاحية، ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين وكالآتي:

### الفرع الأول: مفهوم الحبس في اللغة و الإصطلاح

**أولاً: الحبس في اللغة**

من حبس: حبسه يحبسه حبساً، فهو محبوس وحبيس، والحبس ضد التخلية، وأسم موضع:الحبس و المحبسة، والمحبس[11]

أما السجن في اللغة:

السجن بالفتح: المصدر، وقد سجنه يسجنه، أي حبسه.[12] قال ابن منظور: والسجن، وفي قراءة : (قال رب السجن أحب إلي)[13] في حالة كسر حرف (س) فهو المحبس وهو أسم، وفي حالة فتح حرف (س) فهومصدر سجنه سجناً، وفي قوله تعالى: ((كلا إن كتاب الفجار لفي سجين))[14] و بذلك يتبين من الناحية اللغوية أن سجن والحبس بمعنى واحد.

**ثانياً: الحبس إصطلاحاً**

فإن الحبس الشرعي ليس هو السجن في مكان ضيق وإنما هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه سواء أكان في بيت أو مسجد[15] كما عرف الكاسانى بقوله: الحبس هو منع الشخص من خروج إلى إشغاله و مهماته الدينية والإجتماعية[16] .

---

[11]. ابن منظور، لسان العرب، باء الحاء، الفصل الباء، ج2،ص294.
[12]. الجوهري، الصحاح، باب النون، فصل السين، ج5، ص564.
[13]. سورة يوسف، الآية (33).
[14]. سورة المطفغين، الآية (7).
[15]. الماروردي، أبو الحسن علي بن حبيب البصري البغدادى، كتاب الأحكام السلطانية، ط1، دار الفكر، بيروت، سنة 1966، ص148.
[16]. الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص174.

لكن لمعرفة معنى ومفهوم الحبس في القانون، نرجع الى القوانين الخاصة في هذا الصدد، فقد عرفه المشرع العراقي الحبس في قانون العقوبات بنوعيها الشديد والبسيط في مادتين منفصلتين، كما جاء فيه ((الحبس الشديد هو أيداع المحكوم عليه في إحدى المنشأت العقابية المخصصة قانوناً لهذا الغرض للمدة المقررة في الحكم، ولا تقل مدته عن ثلاثة شهور ولا تزيد على خمس سنوات مالم ينص على خلاف ذلك، وعلى المحكمة أن تحكم بالحبس الشديد كلما كانت مدة الحبس المحكوم بها أكثر من سنة))[17] .

أما الحبس البسيط عرفه المشرع ب((الحبس البسيط هوأيداع المحكوم عليه في إحدى المنشآت العقابية المخصصة قانوناً لهذا الغرض للمدة المقررة في الحكم، ولا تقل مدته عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد على سنة واحدة مالم ينص القانون على خلاف ذلك))[18]

إن هدف العقوبة سواء كانت سالبة للحرية كالحبس والسجن أو العقوبة المادية كالغرامة في القانون العراقي هي السعي إلى تحقيق العدالة بإنزال ألم بالجانى يكفر به عن إثم،[19].

## الفرع الثاني: مفهوم التفريق

في أحكام تحديد المعنى اللفظي لكلمة التفريق نتطرق إلى أهم التعاريف الواردة في اللغة العربية ومن ثم مفهومه الأصطلاحي، فنقسم هذا الفرع على النحو الآتي:

### أولاً: التفريق لغةً

مصدر فرق، والفرق خلاف الجمع ومنه التفريق والافتراق، ومن علماء اللغة من جعل التفريق بالتشديد في الابدان، الافتراق بالتخفيف في الكلام، يقال فرقت بين الكلام مبين فافترق، وفرقت بين الرجلين فتفرقت، وتفرق الرجلان، ذهب كل منهما في طريق.[20]

و يقع التفريق في عدة معاني متقاربة منها.[21]

1. التجزئة والقسمة، يقال، فرق الأشياء أي قسمها و وزعها.
2. التمييز يقال، فرق بين أشياء أي ميز بعضها عن بعض.

---

[17]. المادة (88) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة (1969).
[18]. المادة (89)، المصدر السابق.
[19]. على احمد رشيد، موجز في العقوبات و مظاهر تقرير العقاب، 1949، ص5.
[20]. محمد بن مكرم المصري، لسان عرب، ط3، موسوعة تأريخ العربي، دار أحياء، بيروت، سنة1993، ص 243.
[21]. سعدي ابو جيب، القاموس العربي الفقهي لغة واصطلاحاً، ط1، دار الفكر، دمشق، سنة 1988، ص284.

3. التبرد يقال، تفرق الشيء أي تبرد و تلاشي.

وفي التنزل جاء قوله تعالى على لسان سيدنا موسى عليه السلام ((قال رب إني لا أملك إلا نفسي و أخي فافرق بيننا وبين القوم الفاسقين))[22]

ويلاحظ من المعاجم اللغوية إن المعنى اللغوي للتفريق يراد به الفصل بين الشيئين،

**ثانياً : التفريق اصطلاحاَ**

الفرقة و التفريق هما مصطلحان فقهيان، وهما التسمية العملية للطلاق أو التطليق أو فسخ العقد، وقد اعتنى الفقهاء بتعريف الطلاق أكثر من تعريف الفرقة أو الفسخ، ولذا سوف نتعرف على معنى الفرقة اصطلاحاً من خلال نظرة الفقهاء الى معنى الطلاق لأن الطلاق هو أحد نوع من أنواع الفرقة.

فالإمام حنفي يرى الفرقة برفع قيد النكاح[23] أما الشافعية يرى إنها حل لعقد النكاح أو تصرف للزوج يقطع النكاح[24]وعند المالكية صفة حكمه ترفع حلية تمتع بزوجة[25] أو رفع قيد النكاح.[26] أما الحنابلة فالفرقة عندهم تعنى حل قيد النكاح أو بعضه[27] وقد استخدم الفقهاء كأبن نجيم وابن الهام لفظ التفريق مرادفاً للتطليق فقد جعلا قول القاضي للزوجين فرقت بينكما عند اباء الزوج حال اسلام زوجته وبعد اللعان جعل ذلك من طلاق.

ويأتي القضاء في اللغة الصنع و التقدير و الحتم والأمر والقضاء والإنهاء و البيان قال تعالى: ((ولا تجعل بالقرآن من قبل أن يقضى إليك وصية))[28]

ويلاحظ إن التفريق الأمثل هو جعل قيد الزواج يوقعه القاضى بناءاً على طلب زوج او زوجة عند تحقيق الأسباب القانونية ولوكان بدون رضاه، ويكون ذلك التعريف يتضمن النصوص التي خصصها المشرع العراقي في التفريق القضائي ويكون أما بطلب من الزوجين أو من الزوج أو من الزوجة إذا تحققت أسبابها.

---

[22]. سورة المائدة، الآية (25).

[23]. زين عابدين بن إبراهيم بن محمد الحنفي، البصرالرائق..شرح كنز الرائق، ج3، بيروت، دار المعرفة، دون ذكر سنة نشر، ص252.

[24]. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، الأقناع في أصل الالفاظ، ط1، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1994، ص 279.

[25]. محمد بن عبدالهمن بن حسن (الخطاب)، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ط2، ج4، بيروت، دار الفكر، بيروت، سنة 1398 هـ، ص18.

[26]. عبدالباقي يوسف بن احمد الزرقاوي المصرى، شرح الزرقاوي الموطأ، ط1، ج3، دار الكتب، بيروت، سنة 2002، ص216.

[27]. ابو الحسن علي بن سليمان بن احمد المرداوي، الإنصاف في المعرفة الراجع من الخلاف، ج8، دار الأحياء التراث العربي، بيروت، دون ذكر سنة نشر، ص429.

[28]. سورة طه، الآية (14).

## المبحث الثاني

## التفريق القضائي وشروطة في الشريعة والقانون

تعد المبادىء في الشريعة الإسلامية أساساً لأكثرية المبادىء والمواد القانونية في قانون الأحوال الشخصية في العراق وفي غالبية الدول العربية، لذا سوف نتناول في هذا المبحث عن التفريق القضائي في الشريعة ثم في القانون في مطلبين وعلى نحو الآتي:

### المطلب الأول: التفريق القضائي في الشريعة الإسلامية

إن الحياة الزوجية لاتخلوا من مشاكل والمتاعب، بعض الأحيان يبدأ الحل بالإرشاد والنصيحة ثم الإصلاح المستطاع على أن لايضر أحدهما بالآخر، أما إذا حدث نفاذ صبر أحد الزوجين بحيث لاتستطيع المعاشرة واصبحت لاتحقق المقاصد الموجودة منها، لهذا بل ولأكثر من هذا أصبح التفريق أمراً ضرورياً لجأت إليه ألأمم قديماَ وحديثاً وأقرته الشرائع السماوية وأخذت به القانون إلا ما شد منها، والإسلام بحكم كونه ديناً فطرياً من الطبيعي أن يقر هذا النظام بتشريع يحقق مصلحة الأسرة والأمة بشكل يكون بعيداً عن التعسف، بل رفع من مكانة المرأة وأقرَ حقوقها الطبيعية التى كانت محرومة من أكثرها قبل الاسلام، ووضع للطلاق أو التفريق اركاناً و شروطاً وحدد لها حدوداً وفرض على إرادة الزوج قيوداً بحيث لن يتمكن أن يعتبره عملاً كيفياً يقدم عليه متى شاء ولأي سبب أراد، وبذالك قد أخذ مسلكاً وسطاً بين الإفراط والتفريط المتمثلين في نظام طلاق الربانين من الموسويين.

بل اعتبره الدواء المركز يتعاطاه المرضى في بعض الأحيان، فإن أحسنوا إلاستعمال له أدى إلى نتيجة جيدة، وان أساءوا الاستعمال كما هو الوضع السائد والمؤسف في العالم الإسلامي اليوم جلب الفوضى والويل والمآسي على الفرد والمجتمع[29] .

يمكن استدلال التفريق في الشريعة الإسلامية في القرآن والسنة النبوية كالآتي:

#### الفرع الأول: التفريق في القران الكريم

[29]. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن، ط5، مديرية العامة للمكتبات العامة، أربيل ، 2012، ص 117.

قال تعالى: ((الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ))[30] وجه الدلالة أن من شأن العلاقة بين الزوجين ان تقوم على ما تعارف الناس عليه من إستقرار الحقوق التي قررها الإسلام أو قررتها العادات التى لاتنافي أحكام الشريعة الإسلامية، فإذا انتفى أهم الحقوق هو الإمساك بالمعروف تعين التسريح بأحسن طريق لرفع الضرر فإذا سرح الزوج امتثالاً لأمر الشارع فيها و إلا فإن للقاضي أن يوقع الفرقة رفعاً للضرر.[31]

قال تعالى: ((وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا))[32]

وإذا تعذر الصلح، ويكون الفراق حينها خيراً للزوجين من سوء المعاشرة فإذا لم يتفرقا بأتفاقهما، تدخل القاضي في رفع الخصومة، وحل التنازع في التفريق بينهما.[33]

## الفرع الثاني: التفريق في الأحاديث النبوية

روى ابن ماجة من حديث ابن عباس و عبادة بن الصمت، والبهيقي من حديث ابي سعيد الذري (رضي الله عنهم) أن رسول الله (ﷺ) قال: لا ضرر ولا ضرار.[34]

وجه الدلالة الحديث بمعناه نهى النبي الأكرم عن الضرر و الحديث عام والضرر الواقع من احدى الزوجين على الآخر يعتبر من جملة الضرر المنهي عنه فيجب ازالته وفقاً للقاعدة الضرر يزال[35] ومن غير معقول أن يأمر الشارع بالإبقاء على حياة الزوجية والضرر قائم مع أمر بإزالته، ولا معنى لذلك إلا جواز التفريق إذا توفرت أسبابه.[36]

## المطلب الثاني

---

[30]. سورة البقرة، الآية (229).
[31]. ابوبكرمحمد بن عبدالله معروف بابن عربي، أحكام القرآن، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988، ص262.
[32]. سورة النساء الآية 130.
[33]. عبدالله محمد بن احمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988، ص262.
[34]. الإمام أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، شرح إبن ماجة، دار أحياء التراث العربي، بيروت، بدون ذكر سنة النشر، ص 5.
[35].الأمام جلاالدين السيوطي، الأشياء و النظائر، بدون سنة و مكان النشر، ص 38.
[36]. الموسوعة الكونية، الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي، بدون ذكر سنة و مكان النشر، ص192.

## التفريق القضائي في القانون

الأصل في الطلاق أنه ملك للزوج دون الزوجة، يملك ايقاعه عليها ولكن إذا تضررت الزوجة من زوجها في كثير من الحالات ولم تجد سعادتها وهناءها في حياة الزوجية، كان لها أن ترفع الأمر إلى القاضي ليفرق بينها وبين زوجها جبراً عن الزوج وذلك من خلال إقامة دعوى التفريق القضائي، هذا النوع من الدعوى لاتختلف عن الدعاوى المدنية من حيث شروطها وأحكامها، إلا أن هذه الدعوى لها خصوصية معينة إذ تتناول أدق العلاقات الإجتماعية المتمثلة بالعلاقات الزوجية ولما لها من أثر إجتماعي مهم سواء بين الأقارب والأولاد لإقامة كل دعوى[37] لابد من توافر شروط معينة بدونها لايمكن قبول الدعوى يمكن أن يطلق عليها الشروط العامة وهناك دعاوى يتطلب القانون توافر شروط إضافية للشروط العامة وألا فأن الدعوى ترد ومنها دعوى التفريق القضائي، ولمعرفة موضوعنا هذا، نقسم هذا المطلب إلى الفرعين، في الأول تبيان الشروط العامة للدعوى القضائية، بينما يختص الفرع الثاني بالسمات الخاصة لدعوى التفريق بموجب قانون ألاحوال الشخصية العراقي على النحو الآتي:

### الفرع الأول: الشروط العامة لدعوى التفريق القضائي

هناك ثلاثة شروط لأقامة كل دعوى ثم معالجتها وتبيانها في قانون المرافعات المدنية العراقي

أذ نصت في المواد (3،4،5،6) ليبين هذه الشروط، وعلى المحكمة التأكد من توافر هذه الشروط قبل الخوض والدخول بموضوع الدعوى، وفي حالة تخلف أحد شروطها على المحكمة رد الدعوى وهى الأتي:

**أولاً: الأهلية**

نصت المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969على أنة (يشترط أن يكون كل من طرفي الدعوى متمتعاً بالأهلية الأزمة لإستعمال الحقوق التي تتعلق بالدعوى، وإلا وجب أن ينوب عنه من يقوم مقامه قانونا في إستعمال هذه الحقوق)[38].

ويجب على المحكمة التأكد من أهلية الخصوم حتى لولم يرد دفع بعدم صحتها (يجوز للخصم ايراد هذا الدفع في جميع مراحل الدعوى لأن تخلف شرط الأهلية في إحدى الخصوم من شأنه أن يبطل الحكم الصادر في الدعوى ويكون حضور الوكيل عنه في الدعوى باطلاً إذ أن فاقد لأهلية لايملك حق التوكيل الغير)[39].

---

[37]. المادة (2) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم 83 لسنة 1969.

[38]. المحامى جمعة سعدون الربيعى، المرشد إلى إقامة الدعوى الشرعية و تطبيقاتها العملية، ط2، بغداد، 2006، ص5.

**ثانياً الخصومة**

إن الخصومة نصت عليها في القانون المرافعات المدنية بـأنة (يشترط ان يكون المدعي عليه خصماً ويترتب على اقراره حكم بتقدير صدور اقرار منه وان يكون محكوماً او ملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى، ومع ذلك تصبح خصومة الولي والوصي والقيم بالنسبة لمال القاصر والمحجور والغائب وخصومة المتولي بالنسبة لمال الوقف، والخصومة من اعتبره القانون خصماً حتى في الأحوال التى لا ينفذ فيها اقراره)[40]

والخصومة في دعوى التفريق القضائي القائمة على الضرر الذى يصب أحدهما المدعي أو المدعي عليه مع حالة يتعذر معها إستمرار الحياة الزوجية بين الطرفين وإن تسعى المحكمة للتأكد من حصوله والسعى من معرفة مسببه لأنه يعتد المحور الجوهري لدعوى التفريق القضائي، ويجب ان تكون الخصومة ما بين الزوجين وعلى المحكمة التحقيق من قيام الزوجية بين الطرفين قبل الخوض في موضوع الدعوى[41]

**ثالثاً: المصلحة**

ويقصد بالمصلحة الفائدة العملية التى تعود على المدعي في الحكم له بطلبات الواردة في الدعوى فإن لم تكن هناك فائدة يقرها القانون للمدعي في دعواه فلا تقبل[42].

وفي دعوى التفريق القضائي فأن المصلحة لابد أن تكون موجودة وهي حماية المدعي سواء كان الزوج أو الزوجة من اذى المدعى عليه و رفع الأسباب التي تجعل الحياة الزوجية مستحيلة وتكون من خلال التفريق القضائي، وأشارت المادة السادسة من قانون المرافعات المدنية المعدل على (لايشترط في الدعوى ان يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي ان كان هنالك ما يدعو إلى التخوف من الحاق الضرر البذوي الشأن ويجوز كذلك الإدعاء بحق مؤجل على أن يراعي الأجل عند الحكم به في هذه الحالة يتحمل المدعى مصاريف الدعوى)[43] .

---

[39]عبدالرحمان العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، ج1، بغداد، سنة 1994، ص48.
[40]. المادة (4،5) من القانون المرافعات المدنية العراقية.
[41].القاضى مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، ط1، بغداد، ص12.
[42] .المحامى الجمعة سعدون الربيعي، المصدر السابق، ص 151.
[43].عبدالرحمان العلام، المصدر السابق، ص 89.

وهناك شروط أخرى لاتتعلق بموضوع الدعوى ولكن بالإجراءات الشكلية للدعوى نص عليها القانون و منها يجب ان تحيل عريضة الدعوى لدفع الرسم القانونى وإن عدم تحقق هذا الشرط يؤدى إلى بطلان إجراءات التى قامت المحكمة ) مع ذلك (أن الدعوى تعتبر قائمة من تأريخ دفع الرسم القانونى عنها)[44] .

ويضاف إلى ذلك شرط آخر وجوب تبليغ المدعي عليه وعلى المحكمة التأكد من صحة التبليغات على ضوء مارسمه قانون المرافعات المدنية، ويكون قبل ان تدخل المحكمة في موضوع الدعوى وإلا كانت إجراءاتها باطلة.[45]

## الفرع الثاني: السمات الخاصة للتفريق القضائي في قانون الأحوال الشخصية العراقي

اقر المشرع العراقي حق طلب التفريق القضائي لأسباب عديدة منها اسباب يشترك فيها الزوج والزوجة، ومنها خاصة بالزوجة، وسنستعرض ذلك في فقرتين بشكل مختصر وعلى نحو الآتى:

### أولاً: حالات يكون حق طلب التفريق لكل من الزوجين

نصت المادة(40) في قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل على أن لكل من الزوجين حق طلب التفريق عند قيام سبب من الأسباب التالية (الضرر، الخيانة الزوجية، عدم إكمال أهلية الزواج، الأكراه والزواج الثانى خارج المحكمة) سنأتي على بحث هذه الأسباب كل واحد منها على حدى وكالآتى:

1. الضرر: نصت المادة الأربعون في فقرتها الأولى على (إذا أضر أحد الزوجين بالأخرى أو بأولادها ضراراً يتعذر معه إستمرار الحياة الزوجية، ويعتبر من قبل الأضرار، الأدمان على تناول المسكرات أو المخدرات ، على ان تثبت حالة إدمان بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة) ومن المعلوم أن الضرر أمر تقديرى يخضع لسلطة القاضي التقديرية وقد توسع القضاء الكوردستاني تفسير الضرر بسرقة الزوج، أي قيام الزوج بسرقة وإعترافه أمام القضاء تثبت أضرار الزوج بزوجته وبسمعتها، فيحق للزوجة أن لاتعيش صحة،[46] وأيضاً الطعن ببكارة الزوجة يبيح التفريق للضرر حيث جاء في أحدى قرارات محكمة تمييز أقليم كوردستان ((...و تبين أن الحكم بالتفريق بين الزوجين صحيح و موافق للشرع و القانون لأن الطعن ببكارة الزوجة لا تحتملها الزوجة و يبيح

---

[44]. د. ادم النداوي، المرافعات المدنية، ط3، المكتبة القانونية، بغداد،2011، ص122.

[45]. المادة (9) من قانون رسوم عدلية العراقي رقم 114 لسنة 1981 .

[46]. قرار تمييزى صادر من محكمة تمييز أقليم كوردستان، هيئة الأحوال الشخصية المرقم (373/ هيئة الأحوال الشخصية/ 2018) في (2018/5/7) المنشور عند : القاضي صباح حسن رشيد، المختار من قضاء محكمة التمييز لإقليم كوردستان- قسم الأحوال الشخصية، ج2، ط1، المكتبة هةولير القانونية، أربيل، 2020، ص134.

التفريق للضرر لذا قرر تصديقة...))[47] وفي قرار جديد من نوعه قضى القضاء الكوردستاني بتفريق بين زوجين بسبب إدانة الزوج والقرار بسجنه وسبب هذا يعتبر من قبيل الضرر إن هذا الحكم رغم صوابه إلا أن من الأصح إستناده إلى الفقرة الأولى في المادة الثالثة والأربعون من قانون الأحوال الشخصية العراقي الخاصة بحق الزوجة طلب تفريق بسبب حبس زوجها[48]

2. الخيانة الزوجية: لكل من الزوجين طلب التفريق إذا ارتكب الزوج الآخر الخيانة الزوجية فقد نصت المادة (40) في فقرتها الثانية على (إذا ارتكب الزوج الآخر الخيانة الزوجية، ويكون من قبيل الخيانة الزوجية ممارسة الزوج فعل اللواط، بأى وجه من الوجوه) وقد فعل المشرع العراقي حسناً عندما أعتبر الخيانة الزوجية جريمة حيث جاء في المضمون النص (إذا ارتكب...) لأن بموجب القوانين المعمولة في العراق والكوردستان تعتبر الزنا الزوجية جريمة وتحدد عقوبته بموجب قانون العقوبات العراقي[49] وهناك قرارات قضائية من قبل محكمة تمييز أقليم كوردستان حول التفريق القضائي بسبب الخيانة الزوجية وإعتبارها جريمة و استحصال قرار ادانة وعقوبة الزوج المرتكب لفعل الزنا، حتى ولو عن طريق الموبايل وتبادل رسائل غرامية مع رجل أجنبي ويكون سبباً للحكم بالتفريق للضرر[50]، لكن هذا الحق للزوجة مشروط بتحريك شكوى جزائية و خلال المدة القانونة وهي ثلاثة أشهر [51] أي ليس لها الحق في طلب التفريق مع زوجها في حالة قبول الزوجة بالخيانة الزوجية من قبل الزوج وإدامة حياة الزوجية معها[52].

---

47.قرارات قضائي صادر من محكمة تمييز اقليم كوردستان، هيئة الأحوال الشخصية المرقم (65/شخصية/2009) في (2009/3/4) المنشور عن: قاضي جاسم جزاء جافر، مبادئ القانونية في قسم الأحوال الشخصية لمحكمة التمييز الكوردستان، ط2، مكتبة يادكار لبيع و نشر الكتب القانونية، سليمانية، 2018، ص113_114.

[48]. قرار تمييزى صادر من محكمة تمييز أقليم كوردستان، الهيئة الأحوال الشخصية المرقم (453/ هيئة الأحوال الشخصية/ 2018) في (2018/9/9) المنشور في : القاضي صباح حسن رشيد، المختار من قضاء محكمة التمييز لإقليم كوردستان- قسم الأحوال الشخصية، ج2، ط1، المكتبة هةولير القانونية، أربيل، 2020، ص141-142.

[49] . نصت المادة (377) من لقانون عقوبات العراقي على ((1-يعاقب بالحبس الزوجة الزانية ومن زنا بها ويفترض علم الجاني بقيام الزوجية مالم يثبت من جانبه إنه لم يكن في مقدوره بحال العلم 2-ويعاقب بالعقوبة ذاتها الزوج إذا زنا في منزل الزوجية)) .

[50] . قرار تمييزى صادر من محكمة تمييز أقليم كوردستان، هيئة الأحوال الشخصية المرقم (134/ هيئة الأحوال الشخصية/ 2018) في (2018/2/14) المنشور في : القاضي صباح حسن رشيد، المختار من قضاء محكمة التمييز لإقليم كوردستان- قسم الأحوال الشخصية، ج1، ط1، المكتبة هةولير القانونية، أربيل، 2020، ص 131 . -

[51]. المادة (6) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971 نصت على (لا تقبل الشكوى في الجرائم المبينة بالمادة الثالثة من هذا القانون بعد مضي ثلاثة أشهر من يوم علم المجنى عليه بالجريمة أو زوال العذر القهري الذي حال دون تقديم الشكوى ويسقط الحق في الشكوى بموت المجنى عليه ما لم نص القانون على خلاف ذلك) .

[52]-قرار تمييزى صادر من محكمة تمييز أقليم كوردستان المرقم (193/الهيئة الأحوال الشخصية/2019) في (2019/7/31) المنشور في : القاضي صباح حسن رشيد، المختار من قضاء محكمة التمييز لإقليم كوردستان- قسم الأحوال الشخصية، ج1، ط1، المكتبة هةولير القانونية، أربيل، 2020، ص 139.

في هذا القبيل لدينا قرار تمييزى و المتعلق بفقرين سابقين أي تفريق للضرر و تفريق بسبب الخيانة الزوجية، حيث جاء فيه (...إن طعن المدعي عليه بسمعة و شرف المدعى عليها و اتهامها بالخيانة الزوجية و عدم ثبوت ذلك بعد صدور حكم بالأفراج عنها يشكل ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية فكان على محكمة الالتفات الى هذه الجهة و اصدر حكمها العادل...)[53].

3. عدم اكمال أهلية الزواج: يحق لكل من الزوجين طلب التفريق إذا كان عقد الزواج قد تم قبل إكمال احد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي، كما نصت المادة الأربعون في فقرتها الثالثة على ((إذا كان عقد الزواج قدتم قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة دون الموافقة القاضي) يأتي سبب هذا النوع من التفريق القضائي على أساس أن هذا النوع من الزواج لم تستوف شروط وفق المادة (7) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.
4. الإكراه: لكل من الزوجين حق إقامة دعوى التفريق القضائي بسبب وجود إكراه سواء كان بدني أو معنوي، أي أذا كان الزواج قد جرى خارج المحكمة عن طريق إكراه وتم الدخول، في ذلك الصدد نصت المادة الأربعون في فقرتها الرابعة على (إذا كان الزواج قد جدى خارج المحكمة عن طريق اكراه وتم الدخول)) قضى محكمة التمييز اقليم كوردستان في قرار حول التفريق بسبب الأكراه بوجوبية إستئخار الدعوى التفريق بسبب الأكراه لحين صدور قرار بات من محكمة المختصة الجزائية كما جاء فيه ((أن طلب التفريق بسبب الأكراه يستوجب استئخار الدعوى لحين صدور قرار بات من المحاكم الجزائية بهذا الصدد)[54]، استحدث المشرع هذا السبب من خلال الشروط التاليه[55].

ا. أن يكون الزواج مقترنا بالأكراه.

ب. أن يجري خارج المحكمة.

ج.أن يتم الدخول.

وجديد بذكر إن التفريق بسبب الأكراه و التفريق بسبب عدم اكمال أهلية الزوج لهما علاقة بالاخر، أي اكثرية حالات الزوج في صغر السن يأتي عن طريق الأكراه، لكن بموجب القوانين المعمولة في العراق، خصوصاً قانون المرافعات المدنية يجب تحديد سبب واحد في عريضة الدعوى و إلا ترد الدعوى شكلا، كما قضى بها محكمة تمييز أقليم كوردستان في احد قراراتها (...إن المميز

---

[53]. قرار تمييزى الصادر من محكمة تمييز الأتحادية المرقم(9054/ هيئة الأحوال الشخصية و المواد شخصية/2017) في(2018/1/9) المنشور عند: المحامى رحيم العتابي/ المختار من قضاء محكمة التمييز الأتحادية_ الأحوال الشخصية،ج2، ط1، المكتبة القانونية، بغداد، 2019،ص25.

[54]. قرار تمييزى المرقم (53/شخصية/1999) الصادر من محكمة التمييز اقليم كوردستان، هيئة الأحوال الشخصية في (1999/4/14) المنشور عند: القاضي كيلان سيد احمد، المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان_العراق، ط1، مطبعة منارة، اربيل، 2010، ص58.

[55]. د. مصطفى إبراهيم الزلمى، مجموعة الأبحاث القانونية، ط1، نشر إحسان للنشر و التوزيع، 2014، ص 153_154.

عليها_المدعية_ طلبت في عريضة دعواها تفريقها قضائياً عن زوجها المميز لسببين أو لهما أنها كانت قاصرة وقت زواجها و ثانيهما أن زواجها كان عن طريق الأكراه، لذلك يكون طلب التفريق المطالب بة وفق أحكام الفقرتين 3و4 من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل حيث لايجوز طلب التفريق لأكثر من سبب لذلك فأن على المحكمة تكلف وكيل المميز عليها_المدعية_ بحصر طلب موكلته بالتفريق قضائياً عن زوجها المميز بأحد السببين المذكورين...)[56]

5. التفريق القضائي بسبب الخلاف: نصت المادة (41) في قانون أحوال الشخصية العراقي في فقرتها الأولى على ان (لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما، سواء اكان ذلك قبل الدخول أو بعده).

ويطلب التفريق بمقتضى ماورد في هذه المادة الإجراءات القضائية التالية:

ا. تقديم طلب من قبل أحد الزوجين.

ب. قيام نزاع حقيقي أياً كان مصدره ولا تشترط ذلك من الطرفين بل يكفى أن يكون من أحدهما ولو كان هو الطرف الذي طلب التفريق.

ج.أن يتعسر مع النزاع التوفيق بينهما.

د.أن يصعب إستمرار الحياة الزوجية مع الخلاف بين الزوجين.

ر. أن يكون التفريق مسبوقاً بما يلي:

*إثبات سبب الدعوى.

*اجراءات تعيين حكمين لهما، على أن يرفعا إلى المحكمة تقريراً يتضمن الآتي:

_الأسباب التي أدت إلى وقوع الخلاف بين الزوجين.

_تحديد الطرف الذي كان سبباً لهذا الخلاف.

_بيان رأيهما في وجوب التفريق بين الزوجين وعدمه.

وعلى المحكمة التفريق بين الزوجين إذا ثبت لها إستمرار الخلاف وعجزت بعد إجراءات الحكمين عن الإصلاح وأمتنع الزوج عن التطليق.

كما جاء في نصت المادة (41) و في فقرتها (2) : (على المحكمة إجراء التحقيق في أسباب الخلاف فأذا ثبت لها وجود تعين حكماً من اهل الزوجة و حكماً من اهل الزوج...) إلا أن محكمة تمييز

[56]. قرارات قضائي الصادرة من محكمة ءتمييز الاتحادية، هيئة الأحوال الشخصية المرقم (2055/شخصية/2007) في (2007/5/27) المنشور عند: دريد داود سلمان الجنابي، الأحوال الشخصية في قرارات محكمة التمييز الاتحادية، ج3، ط1، بغداد، 2011، ص145.

الاتحادية قضى بخلاف ذلك بالنسبة حكمين كما جاء فيه ((إن انتخاب والدي المتخاصمين كمحكمين لا يحقق الغاية وهي اصلاح ذات البين لان كل منهما ينحاز لابنه أو ابنته وعلى المحكمة قبول ترشيح أشخاص يسعون لأصلاح ذات البين و محايدين و يستحسن ان يكونا كبار السن ولا تربطهم صلة قرابة مباشرة مع الطرفين))[57].

## ثانياَ: الحالات التى تحق للزوجة فقط طلب التفريق

اوردت المادة (43) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل أسباب أخرى للتفريق القضائي، إن تلك الأسباب على إطلاقها لاتسمع في نظر المشرع العراقي بطلب التفريق إلا للزوجة، كما يتضح من الآتي:

1. إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.
2. إذا هجر الزوج الزوجة مدة سنة وأكثر بلا عذر شرعي وإن كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه.
3. لم إذا يطلب الزوجة غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين من تأريخ العقد ولايعتد بطلب الزوج زفاف زوجته إذا لم يكن قد اوفي بحقوقها الزوجية.
4. إذا وجدت زوجها عنيناً أو مبتلى بمرض لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية سواء كان ذلك لأسباب عضوية أو نفسية أو إذا أصيب بذلك بعد دخول بها وثبت عدم إمكان شفائه منها بتقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة على إنه إذا وجدت المحكمة أن سبب ذلك نفسي فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة أن تمكن زوجها من نفسها خلالها.
5. إذا كان الزوج عقيماً أو أبتلى بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة.[58]

---

[57]. قرار تمييزى الصادر من محكمة تمييز الأتحادية، هيئة الأحوال الشخصية المرقم (903/هيئة الأحوال الشخصية و المواد الشخصية أولى/2011) في (2011/3/6، المنشور عند: القاضي ليث راسم هندي، ، الزبدة في قضاء الأحوال الشخصية، مكتبة صباح، بغداد، 2020، ص125.

[58]. إن الغاية من إعطاء الحق الزوجة في طلب التفريق وفق المادة(43) فقرة(5) من قانون الأحوال الشخصية لكي لا تحرم الزوجة من إشباع عاطفة الامومة في نفسها،كما جاء في قرار التمييز المرقم(601/ هيئة الأحوال الشخصية/2018) في (2018/2/14) لمحكمة التمييز لأتحادية ((...أن المميزة اقامت دعواها بطلب التفريق طبقاً للمادة (43/اولا/5) من قانون الأحوال الشخصية مدعية اصابة زوجها بالعقم بسبب اجراء عملية (رفع الخصيتين) له قبل زواجهما وقد اقرت امام المحكمة وفي محضر الجلسة المؤرخ ١٣/١٢/٢٠١٧ ولكونها دخلت سن اليأس وما يؤيد اقرارها كونها تولد 1964حسب ماهو مثبت في عقد زواجهما المرقم 1794 في 1994/5/3 الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في كركوك وحيث أن الغاية من اعطاء الحق للزوجة في طلب التفريق طبقا للمادة التي استندت اليها المميزة هو لكي لا تحرم الزوجة من اشباع عاطفة الأمومة في نفسها وهو هدف لا يمكن تحقيقه وفق ما ورد بإقرار المميزة وحيث أن المقر ملزم بإقراره الا اذا كذب طبقا لنص المادة 68/اولا من قانون الاثبات فتكون المصلحة التي تبتغيها المميزة من اقامة الدعوى قد انتفت وهوما ذهب اليه الحكم المميز الذي قضى رد دعوى المدعية فيكون لما استند اليه من اسباب صحيحا ، لذا قرر تصديقه ورد الطعون.

6. إذا وجدت بعد العقد أن زوجها مبتلى بعلة لايمكن معها معاشرته بلا ضرر كالجزم أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون أو أنه قد اصيب بعد ذلك بعلة من هذه العلل أوما يماثلها على أنه إذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي إن العلة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة، وللزوجة أن تمتنع عن الإجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل أما إذا وجدت المحكمة أن العلة لايؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وأمتنع الزوج عن الطلاق وأصرَت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق.
7. إذا أمتنع الزوج عن الإنفاق عليها دون عذر مشروع بعد إمهاله مدة إقصاها ستون يوماً.
8. إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو إخفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة لاتزيد على سنة.
9. إذا أمتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوماً من قبل دائرة التنفيذ. في نفس الوقت في المادة الثالثة و الأربعون وفي فقرتها (الثانياً) أعطى للزوجة الحق في طلب التفريق قبل الدخول، وفي هذه الحالة على المحكمة ان تقتضي بالتفريق بعد ان ترد الزوجة الى الزوج ما قبضته من مهر وجميع ما تكبده من أموال ونفقات ثابتة صرفها لأغراض الزواج.[59]

## المبحث الثالث

## حق الزوجة في طلب التفريق بسبب حبس الزوج

من أنواع التفريق، التفريق للضرر والتفريق للغيبة وبعد الزوج عن زوجته، نظراً لما يصيب الزوجة جراء سجن زوجها وخشيت على نفسها الفتنة لها الحق في أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة التفريق لأجل ذلك، من المعلوم إن أكثرية المباديء ومواد قانون الأحوال الشخصية في العراق وفي بلدان العربية والإسلامية مأخوذة من المباديء الشريعة الإسلامية وآراء فقهاء المذاهب الإسلامية، لذلك نقسم المبحث إلى المطلبين، بحيث نسلط الضوء على آراء الفقهاء في المطلب الأول، ثم البحث في حق الزوجة في طلب التفريق بسبب حبس زوجها في قانون الأحوال الشخصية العراقي ودول المقارنة في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: آراء الفقهاء حول حق الزوجة في طلب التفريق بسبب حبس زوجها

نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع :

[59]. د. مصطفى ابراهيم الزلمى، المصدر السابق، ص 155.

الفرع الأول: ذهب الحنفية[60]والشافعية[61] والظاهرية[62] إلى أنه لا يحق للمرأة أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة التفريق من زوجها بسبب حبسه مهما طالت مدته، ولو لحق بها الضرر بسبب ذلك، وسواء كان حبسه بعذر أو بغير عذر.

فيرى الحنفية[63] أن الغائب لاتبين امرأته منه أبداً إلا إذا ثبت موته حقيقةً أو حكماً. ويرى الشافعية[64] رأياً قريباً من رأي الأحناف، حيث يقولون إنها لاتنكح أبداً حتى يأتيها يقين وفاته او يقين طلاقه، أو أن يحكم لها بالتطليق لعدم وجود ماتنفق منه بسبب عسرته، ويرى الظاهرية[65]أن أمرأة الغائب تظل امرأته أبداً حتى يصح موته حقيقةً أو تموت هي، وإذا كانوا لايجيزون طلب التفريق من الغائب والمفقود ففي عدم جوازه من المحبوس أولى.

ذهب فريق الثاني من الفقهاء، وهم المالكية[66] و الحنابلة[67] إلى أن لزوجة المحبوس إذا تضررت من حبس زوجها أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها، ولم يصرح بذلك إلا بعض الحنابلة في بعض فتاويهم، ولكن المذهب المالكى صرح بأن لزوجة الأسير الحق في طلب التفريق.

## الفرع الثاني: أدلة فريقين من الفقهاء حول حق الزوجة في طلب التفريق بسبب حبس زوجها

### اولاً: دلائل الحنفية والشافعية

استدل الحنيفية والشافعية[68] على عدم جواز طلب المرأة التفريق بينها وبين زوجها المحبوس بما يلى:

1. لم يرد نص من كتاب الله أو سنة النبي (ﷺ) أو فعل الصحابة أو نقل عنهم بجواز التفريق بسبب الحبس أو الغيبة، فلم يوجد ما يصح أن يبني عليه التفريق.
2. الأخذ بالأصل أن الطلاق لايملك إيقاعه إلا الزوج فقط من حديث رسول الله (ﷺ) الطلاق لمن أخذ بالساق[69]، فلا يملكه القاضي.

---

[60]. المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج2، ص 181/ وأنظر الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص197.
[61]. الشيرازي، المذهب، ج2، ص146/ وأنظر النووي، روضة الطالبين، ج8، ص400.
[62]. ابن حزم، المحلي، ج10، ص 134_140.
[63]. المرغيناني، المصدر السابق، ص181.
[64]. الشيرازي، المصدر السابق، ص146.
[65]. ابن حزم، المصدر السابق،ص 139.
[66]. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص431/ وأنظر العدوي، حاشية العدوي، ج2، ص198.
[67]. النفراوى، الفواكة الرواني، ج2، ص42/ وأنظر ابن مفلح، المبدع، ج7، ص 198.
[68]. لا يوجد في نصوصهم مايذكر أدلتهم صراحة، وإنم يفهم ذلك من خلال تناولهم البحث في المواضيع المتعلقة بة.

3. بما روى عن المغيرة بن شعبة قال: قال رسول الله (ﷺ): ((أمرأة المفقود أمرأتة حتى يأتيها البيان[70]، وإذا كان هذا في امرأة المفقود التى غاب عنها زوجها وفالمحبوس أولى بالأنتظار حتى يرجع)).[71]

**ثانياً: دلائل المالكية والحنابلة**

لايوجد في مذهب الإمام مالك ومذهب الإمام أحمد بن حنبل وهما يأخذان بأحكام التطليق للضرر والغيبة، التطليق لحبس الزوج إلا إنه لما كان المناط في تطليق القاضي الزوجة لغيبة زوجها عنها مدة سنة فأكثر في مذهب المالكية[72] ومدة ستة أشهر فأكثر عند الحنابلة[73]هو تضرر الزوجة من بعد زوجها عنها فإن هذا المعنى موجود وتحقق في زوجة المحبوس، فلا يختلف حال زوجة المحبوس عن حال زوجة الغائب سنة فأكثر، في أن مقامها وزوجها بعيداً عنها زمناً طويلاً أمر فيه إلحاق الضرر بها في الأعم الأغلب[74]، بذلك يكون مبنى التفريق عندهم بسبب الحبس هو ضرر الواقع على الزوجة بسبب حبس زوجها.

## الفرع الثالث: مدة الغيبة عند الفقهاء

يقول الدسوقي من المالكية إلايطلق على من ترك الوطء لغيبته إلا إذا طالت مدة الغيبة و ذلك سنة، وهو معتمد[75]وقال ابن عرفة[76] السنتان والثلاث ليست بطول بل لابد من الزيادة عليها ولابد أن تخشى الزنا على نفسها ويعلم ذلك منها وتصدق في دعواها حيث طالت مدة الغيبة[77]والشاهد في كلام الدسوقي الأول أن تضرر الزوجة من ترك زوجها الوطء لأى سبب من الأسباب علة تجيز طلب التفريق، وفي كلامه الثاني أن الغيبة

---

[69]. الحديث عن عبدالله بن عباس (رضى الله عنه) رواه ابن ماجة، وذكره الألباني في صحيح ابن ماجة وقال: حديث حسن، أنظر الألباني، محمد الناصرالدين، صحيح سنن ابن ماجة باختصار السند، ط3، الرياض، مكتب التربية العربية لدول الخليج، سنة 1988، باب طلاق، الحديث رقم 1692، ج1، ص355.

[70]. ذكرة الصناعي في سبل الإسلام و قال: الحديث ضعيف، أنظر الصنعاني محمد بن اسماعيل الأمير، سبل اسلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ط4، تحقيق محمد عبدالعزيز الخولي، بيروت، دار احياء التراث العربية، سنة 1379، ج3، ص 109.

[71]. الدسوقي، مصدر سابق، ص431.

[72]. البهوتي، كشف القناع، ج5، ص192/ وأنظر ابن قدامة، المغني، ج7، ص232.

[73].مصطفى فتحي حسن، دعاوي الطلاق والطاعة للمسلمين و غير المسلمين، منشأة المعارف، الأسكندرية، 1991، ص85..

[74]. الدسوقي، مصدر سابق، ص 431.

[75]. ابن عرفة، ابو عبدالله محمد بن محمد بن عرفة الورغي التونسي، هو الأمام العلامة المقرىء الفروعي اصولي البياني المنطقي، شيخ الشيوخ، وتفرد بشيوخة العلم والفتوى في المذهب له تصانيف عديدة، انتشر علمه شرقاً وغرباً، حتفظاً للمذهب ضابطاً لقواعد إماماً في علوم القرآن مجداً في العربية، له تآليف منها تقييدة الكبير في المذهب واختصر كتاب الصوفي اختصاراً وحيزاً وله تأليف في المنطق و غيره ذلك، توفي سنة ثمان و اربعين و سبعمائة و دفن بالبقيع، النظر/ ابن فرحون، ابراهيم بن على بن محمد اليعمرى المالكى، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، بيروت، دار الكتب العلمية، ج1، ص 337-340.

[76]. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج2، ص 431.

[77]. ابو محمد المقدسي، الأمام المحدث العابد الثقة ابو محمد عبدالله بن محمد بن سليم بن حبيب الفريابي الأصل القدسي، سمع محمد بن رمح و حرملة بن يحي وجماعة، حدث عنة أبوحاتم بن حبان و وثقة، مات سنة نيف عشرة و ثلاث مئة، أنظر الذهبي،سير اعلام النبلاء، ج 14، ص306.

إذا طالت سنة فأكثر وتضررت الزوجة وخشيت على نفسها الزنا علة تجيز التفريق وكلاهما ينطبق على الزوج المحبوس.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمة: وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتض للفسخ بكل حال سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد، ولو مع قدرته وعجزه كالنفقة، وأولى الفسخ بتعذره في الأيلاء إجماعاً وعلى هذا فالقول في أمرأة الأسير والمحبوس ونحوهما مما تعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فراقه كالقول في أمرأة المفقود بالأجماع كما قال ابو محمد القدسي[78] يقول إبن قدامة: وأن لم يكن له (أي للزوج المسافر) عذر مانع من الرجوع فإن إمام احمد ذهب الى توقيته بستة أشهر، فأنه قيل له كم يغيب الرجل عن زوجته قال ستة أشهر يكتب اليه فإن أبى أن يرجع فرق الحاكم بينهما[79].

## المطلب الثاني: حق الزوجة في طلب التفريق بسبب حبس زوجها في قانون الأحوال الشخصية العراقي و القوانين المقارنة

سنتناول في هذا المطلب التفريق بسبب حبس الزوج حسب شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي و القوانين المقارنة، ثم نأتي على المقارنة بين قانون الأحوال الشخصية العراقي وقوانين الأحوال الشخصية في بعض دول العربية، لذلك من الأفضل نقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع وعلى نحو الأتي:

### الفرع الأول: النص القانونى الخاص بالتفريق بسبب حبس الزوج و شروطه

اولاً: النص القانوني خاص بالتفريق بسبب الحبس الزوج:

أفرد قانون الأحوال الشخصية العراقي فقرة خاصة في المادة الثالثة والأربعون، فقدجاء فيه ((إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاثة سنوات فأكثر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه)) قد يرتكب الزوج من الجرائم ما يستحق عليه العقوبة المقيدة للحرية، فتقع زوجته في الضرر لذلك أجاز القانون للزوجة المحكوم عليه بعقوبة مقيد للحرية أن يطلب التفريق وبما أن الزوج الذي حكم عليه نهائياً بعقوبة مقيد للحرية ثلاث سنوات فأكثر يشبه الغائب الذي طالت غيبته سنة فأكثر في تضرر زوجته من بعده عنها، فيجوز لها بعد سنة من سجنه طلب التطليق عليه أذا تضررت من بعده عنها وذلك رفعاً للضرر عن زوجة السجين المشابهه الزوجة الأسير، أعتبر محكمة التمييز الأتحادي في إحدى قراراتها الحبس بالضرر التى تلحق بالزوجة، حيث

[78]. ابن قدامة، المغني، ج7، ص232.
[79]. عمرو، القرارات القضائي في القانون الأحوال الشخصية، القرارات رقم (11331)، ص 66.

جاء فيها (... لصدور حكم على الزوج(المميز) بعقوبة الحبس الشديد لمدة خمس سنوات وفق أحكام القرار 39 لسنة 1994 المعدل بالقرار 135 لسنة 1996 من محكمة جنايات بابل (370/ج/2012) في (2012/3/12) لذا فمن حق الزوجة المطالبة التفريق طبقاً لنص المادة (43/أولاً/1) من قانون الأحوال الشخصية، لذا قرر تصديقة...)[80] ومن هذا القبيل أكد القضاء الكوردستاني على هذا الحق للزوجة وإستعماله خلال فترة المحكوميه على زوجها، فإذا أنتهت محكومية الزوج وعادت الحياة الزوجية إلى طبيعتها فلا موجب قانوني بعدئذٍ للحكم بالتفريق[81]، وبرجوع إلى المادة الخامسة والأربعون الخاصة بتعريف وتكييف هذا النوع من تفريق، تبين لنا بأن التفريق الزوجة بسبب حبس زوجها يعتبر طلاقاً بائناً بينونة صغرى.

**ثانياً: شروط حق الزوجة في طلب التفريق بسبب حبس زوجها**

**هناك شروط التفريق بناء على طلب الزوجة وهي أن تكون مطابقة لنص القانون وهي كالآتي:**

1. أن يصدر على الزوج عقوبة سالبة للحرية: بمعنى لايكفي أن تدعي إنه (الزوج) حكم بسجن، لأنه ذلك لايقتضي دخوله السجن فعلاً لانه قد يكون غائباً في بلد آخر، وقيام البينة بعد ذلك على وجوده في السجن لا يجعل الدعوى صحيحة، كما أن الشهادة وحدها لاتكفي في مثل هذه حالة بل لابد من إبراز ما يؤيد الحكم على زوجها بالسجن لأن ذلك مما لا يحيط به علم الشهادة[82].
2. أن تكون العقوبة مدة تزيد على ثلاث سنوات: يجب أن تكون العقوبة مقيدة للحرية كالحبس سواء كان الحبس الشديد أو الحبس البسيط و مدته ثلاث سنوات وأكثر. حينما ورد جملة (ثلاث سنوات و أكثر) في نص المادة الثالثة و الأربعون يفيد منها جميع عقوبات مقيدة للحرية التى مدتها أكثر من ثلاث سنوات بما فيها سجن المؤبد و عقوبة الأعدام كما أكد محكمة التمييز الأتحادي في احدى قراراتها في هذا الصدد، حيث قضى بـ(من حق الزوجة طلب التفريق إذا ما صدر حكم بإلاعدام على زوجها وقد اكتسب الحكم الدرجة القطعية، لانه عقوبة الأعدام مع اعتبارها عقوبة بدنية الهدف منها حياة المدان لتحقيق الردع العام لأبناء المجتمع إلا انها مع ذلك تعتبر عقوبة مقيدة للحرية

---

[80]. قرار تمييزى الصادر من محكمة تمييز الأتحادية المرقم(3130/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/ 2014) في (2014/5/28) المنشور عند: قاضى قاسم فخرى الربيعي، مبادء محكمة تمييز الأتحادية في قرارات صادرة من محكمة الأحوال الشخصية في الحلة، ج1،ط2، دار الرياحين للنشر و التوزيع، بغداد، 2017، ص104.

[81]-قرار تمييزى صادر من محكمة تمييز الأتحادية المرقم (6471/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/2012) في (2012/8/12) المنشور عند :المحامي رحيم العتابي، المختار من قضاء محكمة التمييز الأتحادية-الأحوال الشخصية، ج2، ط1، المكتبة القانونية، بغداد، 2019، ص 60.

[82]. الفقي، عمرو عيسى، التطليق في أحوال الشخصية بمسلمين و غير المسلمين، دون سنة طبع، مطابع المجموعة المتحدة، 1998، ص61.

ابتداءاً من لحظة النطق بالحكم...))[83]، كما وجاء في قرار اخر لمحكمة التمييز الأتحادي (صدور حكم على الزوج (المميز) بعقوبة الحبس الشديد لمدة خمس سنوات وفقا أحكام القرار 39 لسنة 1994 المعدل من محكمة جنايات بابل(370/ج/2012) في (2012/3/12) لذا فمن حق الزوجة المطالبة بالتفريق طبقاً لنص المادة (43/اولاً/1) من قانون الأحوال الشخصية[84].

3. أن تكون العقوبة نهائياً: يجب أن يكون الحكم باتاً، أي لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طروق الطعن العادية بطريق إعتراض والإستئناف والتمييز، وذلك أما بفوات مواعيد او باستنفاذه[85]

أكد القضاء الكوردستاني في إحدى قراراته على حصر هذا الحق للزوجة فقط وليس للزوج الحق في طلب التفريق في حالة حبس زوجة[86].

## الفرع الثاني: التفريق للحبس في بعض قوانين الأحوال الشخصية في بعض دول العربية

تناولت قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية موضوع التفريق للحبس، وقد أقتصرت على بعض هذه القوانين وهي قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها في مصر والسودان وسوريا واليمن، وستناولها على النحو الآتي:

### اولاً: التفريق للحبس في القانون الأحوال الشخصية المصري:

نص قانون الأحوال الشخصية المصري رقم (25) لسنة 1929 على جواز التفريق بين الزوجين بسبب الحبس، حيث جاء في المادة (14) منه ما يلي: ((لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى قاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائناً للضرر، ولوكان له مال تسطيع الإنفاق منه)).

### ثانياً: التفريق للحبس في قانون الأحوال الشخصية السوداني:

---

[83]. قرار تمييزى الصادر من محكمة تمييز الأتحادية المرقم (6743/ الهيئة الأحوال الشخصية و المواد الشخصية/2017) في (2017/10/25) المنشور عند: القاضي ليث راسم هندي، مصدر سابق، ص 131.

[84]. قرار تمييزى الصادر من محكمة تمييز الأتحادية المرقم (3336/ الهيئة الأحوال الشخصية و المواد الشخصية/2014) في (2014/9/28) المنشور عند: قاضي احمد صبيع صايل، الأحوال الشخصية اشكالاتها و سبيل حلها، ط1، مطبعة الكتاب، بغداد، 2020،ص73.

[85].الصابونى، شرح قانون الحوال الشخصية السوري، ص78.

[86]-قرار تمييزى الصادر من محكمة تمييز أقليم كوردستان-العراق المرقم (18/الهيئة الأحوال الشخصية/2018) في (2008/11/11) المنشور في : القاضي جاسم جزاء جافر، المبادىء القانونية في قسم الأحوال الشخصية لمحكمة تمييز الكوردستانية، ط2، المديرية الامة لمكتبات، السليمانية، 2018، ص47-48.

نص قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991 على جواز التفريق بين زوجين بسبب الحبس، حيث جاء في المادة (190) منه مايلى: ((يجوز لزوجة المحبوس بحكم نهائي لمدة سنتين فأكثر طلب التطليق من زوجها ولايحكم لها بذلك إلا بعد مضي سنة من تأريخ الحبس))، ونصت المادة (191) منه على انه طلاق يقع بائناً.

**ثالثاً: التفريق للحبس في قانون الأحوال الشخصية السوري:**

نص قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (34) لسنة 1953 على جواز التفريق بين زوجين بسبب الحبس، حيث جاء في الفقرة الأولى من مادة (109) منه مايلي: ((إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجة بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب الى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه[87] وجاء في الفقرة الثانية من نفس المادة ((هذا التفريق طلاق رجعى فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين و المرأة في العدة حق له مراجعتها))[88].

**رابعاً: التفريق للحبس فى قانون الأحوال الشخصية اليمنى**:

نص قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم (20) لسنة 1992 على جواز التفريق بين الزوجين بسبب الحبس حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة (52) منه مايلي (( لزوجة المحكوم عليه نهائياً بعقوبة الحبس مدة لاتقل عن ثلاث سنوات طلب فسخ عقد نكاحها، ولايحكم لها بذلك إذا مضى على حبس الزوج مدة لاتقل عن سنة)).

## الفرع الثالث: مقارنة بين قانون الأحوال الشخصية العراقية و قوانين الأحوال الشخصية المذكورة سابقاً في حق الزوجة طلب التفريق بسبب الحبس الزوج

بعد النظر في نصوص تلك القوانين التي ذكرناه سلفاً في فرعين سابقين نجد أن هذه القوانين تتفق بعضها مع بعض في بعض الحالات، ويختلفون في حالات أخرى من بعض النواحي كالآتي:

**أولاً : من ناحية مرحلة الحكم:**

فقد اتفقت قوانين الأحوال الشخصية المصري والسودانى واليمني مع قانون الأحوال الشخصية العراقي على أن يكون الحكم بالسجن على زوج المحبوس نهائياً غير قابل للطعن بأي طريق من طروق الطعن العادية،

[87]. المرجع السابق.
[88] . عطرش، احكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية اليمني،ص 152.

وقد افترق قانون الأحوال الشخصية السوري، فلم يشترط مثل هذا الشرط في نصه، ومعنى هذا انه بعد صدور الحكم بالحبس و قبل رفعه لتصديقه من محكمة التمييز يحق للمراة في القانون السوري أن ترفع أمرها إلى القضاء طلب تفريق، وليس ذلك في القوانين ألاخرى إذا لو رفعت الزوجة أمرها قبل تصديق الحكم فإن ذلك يستوجب الرد.

**ثانياَ: أن تكون عقوبة السجن مقيدة للحرية**

فقد أتفق قانون الأحوال الشخصية المصري مع قانون الأحوال الشخصية العراقي في إشتراط أن تكون عقوبة الحبس المحكوم بها على زوج المحبوس مقيدة للحرية، بينما نجد أن قوانين الأحوال الشخصية السوداني و السوري واليمنى لم تتطرق لمثل هذا الشرط.

**ثالثاً: من ناحية مدة الحكم**

وقد أتفقت قوانين الأحوال الشخصية المصري والسوري واليمنى مع قانون الأحوال الشخصية العراقي في مدة الحكم على الزوج بأن مدته ثلاث سنوات، لكن خالف في ذلك قانون الأحوال الشخصية السوداني إلى أن المدة سنتان، فيحق للزوجة المحكوم على زوجها بسنتين فأكثر أن تطلب التفريق إذا وجدت بقية الشروط.

**رابعاً: من ناحية وقت إقامة الدعوى التفريق من قبل الزوجة**

فقد أتفقت قوانين الأحوال الشخصية في الدول المقارنة في ذلك، إلا مع قانون الأحوال الشخصية العراقي نصت فقرة (1) المادة (43) : إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر بعد مضى سنة على التنفيذ ولو كان لة مال تستطيع الانفاق منه.

**خامساً: من ناحية تكيف نوع التفريق**

فقد ذهب قوانين الأحوال الشخصية المصري وسودانى إلى ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية العراقية إلى أن التفريق الواقع بين زوجين بسبب الحبس هي طلاق بائن بينونة صغرى، وقد خالف في ذلك قانون الأحوال الشخصية السوري فقد ذهب إلى أن الفرقة هي طلاق الرجعي، أما قانون الأحوال الشخصية اليمني فقد ذهب إلى أن الفرقة هي فسخ وليست بطلاق، بناءاً على هذا الإختلاف انه إذا افرج عن الزوج المحبوس أو صدر عفو عام عنه بعد الحكم عليه بالتفريق زوجته منه و زوجته لازالت في العدة، فلا رجعة لأن الطلاق الواقعة عليه بائن ( بموجب قانون مصري و سوداني و العراقي)، أما قانون الأحوال الشخصية السوري الذي

ذهب الى أنه طلاق الرجعي فيحق فيه للزوج مراجعة زوجته في هذه الحالة دون الحاجة الى عقد و مهر جديدين، وتحسب عليه طلقة و نقص بذلك عدد الطلقات.

الخاتمة

توصلنا في دراستنا هذه الى جملة استنتاجات و سنتبعها بالتوصيات التي و جدنا أنها مفيدة وتساهم في إعطاء ألأهتمام اللازم بموضوع الدراسة بهذا الشأن من الناحية القانونية:

أولا: الاستنتاجات

1.يوجد تقصير من قبل المشرع العراقي في قانون الآحوال الشخصية رقم(188) لسنة 1959 بتخصيصة فقرة واحدة للمادة الثالثة و الآربعون بموضوع حق الزوجة في التفريق لحبس زوجها الا انها غير كافية لا ضواء هذا الأمر من كل نواحيها من انواع و مدة الحبس كما و حالات الحبس.

2. إن تحديد المدة العقوبة المقيدة للحرية للزوج ثلاث سنوات من قبل المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية العراقي و حق الزوجة طلب التفريق لذلك السبب، هي مدة طويلة ولا ينسجم مع واقع حال المجتمع العراقي، في ذلك الصدر أحسن المشرع السودانى بتحديد تلك المدة بسنتان.

ثانياَ: التوصيات

1.نوصي المشرع العراقي و الكوردستاني بتخصيص المادة الخاصة لموضوع حق الزوجة بالتفريق لحبس زوجتة، ثم تقسيم هذة المادة الى فقرات بحيث يحتوى على حالات و انواع الحبس، ومن جانب أخرى يجب على المشرع أن يفرق بين الحبس التى كان على اساس شكوى الزوجة، والحبس التي ناتجة عن الجرائم أخرى والمرتكبة من قبل الزوج.

2.نوصي المشرع العراقي و الكوردستاني بأعادة النظر في موضوع المدة التى حددت في الفقرة الآولى المادة الثالثة و ألأربعون وهي ثلاث سنوات، وجعل المدة بسنتين أو سنة واحدة، لآن الأساس و مشروعية حق الزوجة لحبس زوجته هي بعد الزوج من زوجتة وتضررها مادياَ و معنوياَ جراء ذلك، نجد بوجود نفس العلة في تفريق للهجر التى حددت مدة سنة واحدة لهجر الزوجة من قبل الزوج و تثبيت حق الزوجة للتفريق .

## المصادر:

**اولاً: القوانين**


1. قانون الأحوال الشخصية العراقي الرقم 188 لسنة 1959 المعدل.
2. قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية العراقي في أقليم كوردستان-العراق رقم 15 لسنة2008.
3. قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة (1969).
4. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة (1971)
5. قانون المرافعات المدنية العراقية رقم 83 لسنة 1969.
6. قانون رسوم عدلية العراقي رقم 114 لسنة 1981 .


**ثانياً : الكتب**


1. ابو الحسن علي بن سليمان بن احمد المرداوي، الإنصاف في المعرفة الراجع من الخلاف، ج8، دار الآحياء التراث العربي، بيروت، دون ذكر سنة نشر.
2. الشربينى، محمد الخطيب، مغنى المحتاج، بيروت، دار الفكر، دون رقم و سنة طبع، ج3.
3. الشاطبي: أبو إسحاق ابراهيم بن موسى محمد اللخمي، الموافقات،ط1، تحقيق مشهور بن حسن سلمان، السعودية، دار ابن عفان للنشر و توزيع، سنة 1997، ج3.
4. الماروردي، أبو الحسن علي بن حبيب البصري البغدادى، كتاب الأحكام السلطانية، ط1، دار الفكر، بيروت، سنة 1966.
5. الصابونى، شرح قانون الحوال الشخصية السوري.
6. دريد داود سلمان الجنابي، الأحوال الشخصية في قرارات محكمة التمييز الاتحادية، ج3، ط1، بغداد، 2011
7. شلبى محمد مصطفى، أحكام الاسرة في الاسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذاهب الجعفري و القانون، ط1، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، سنة 1977
8. السريتي، د. عبدالودود، أحكام الزواج و طلاق في شريعة الإسلامية، ط1، بيروت، الدار الجامعية، لسنة 1992.

9. الفقي، عمرو عيسى، التطليق في أحوال الشخصية بمسلمين و غير المسلمين، دون سنة طبع، مطابع المجموعة المتحدة، 1998.

10. المحامى جمعة سعدون الربيعى، المرشد إلى إقامة الدعوى الشرعية و تطبيقاتها العملية، ط2، بغداد، 2006.

11. المحامى رحيم العتابي/ المختار من قضاء محكمة التمييز الأتحادية_ الأحوال الشخصية،ج2، ط1، المكتبة القانونية، بغداد، 2019.

12. قاضي احمد صبيع صايل، الأحوال الشخصية اسكالاتها و سبيل حلها، ط1، مطبعة الكتاب، بغداد، 2020.

13. قاضى قاسم فخرى الربيعي، مبادء محكمة تمييز الأتحادية في قرارات صادرة من محكمة الأحوال الشخصية في الحلة، ج1،ط2، دار الرياصين للنشر و التوزيع، بغداد، 2017.

14. القاضي كيلان سيد احمد، المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان_العراق، ط1، مطبعة منارة، اربيل، 2010.

15. قاضي جاسم جزاء جافر، مبادئ القانونية في قسم الأحوال الشخصية لمحكمة التمييز الكوردستان، ط2، مكتبة يادكار لبيع و نشر الكتب القانونية، سليمانية، 2018

16. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2.

17. العدوي، حاشية العدوي، ج2.

18. النفراوى، الفواكة الرواني، ج2

19. البهوتي، كشف القناع، ج5.

20. ابن قدامة، المغني، ج7.

21. ابن حزم، المحلي، ج10.

22. النووي، روضة الطالبين، ج8.

23. الشيرازي، المذهب، ج2.

24. ابن عرفة، ابو عبدالله محمد بن محمد بن عرفة الورغي التونسي، هو الأمام العلامة المقرىء الفروعي اصولي البياني المنطقي، شيخ الشيوخ، وتفرد بشيوخة العلم والفتوى في المذهب له تصانيف عديدة، انتشر علمه شرقاً وغرباً، حتفظاً للمذهب ضابطاً لقواعد إماماً في علوم القرآن مجداً في العربية، له تآليف منها تقييدة الكبير في المذهب واختصر كتاب الصوفي اختصاراً وحيزاً وله تأليف في المنطق و غيره ذلك، توفي سنة ثمان و اربعين و سبعمائة و دفن بالبقيع، النظر/ ابن فرحون، ابراهيم بن على بن محمد اليعمرى المالكى، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، بيروت، دار الكتب العلمية، ج1.

25. المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج2، ص 181/ وأنظر الكاسانى، بدائع الصنائع، ج6.

26. القاضى مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، ط1، بغداد.

27. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج2.

28. ابن قدامة، المغني، ج7.

**29.** عبدالحميد، د. محمد محى الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى،ط1، بيروت، دار الكتاب العربي، سنة 1984

30. على احمد رشيد، موجز في العقوبات و مظاهر تقرير العقاب، 1949.

31. د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح القانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959، ط2، لسنة 2015.

32. د. ادم النداوي، المرافعات المدنية، ط3، المكتبة القانونية، بغداد،2011.

33. د. مصطفى إبراهيم الزلمى، مجموعة الأبحاث القانونية، ط1، نشر إحسان للنشر و التوزيع، 2014.

**34.** زيدان عبدالكريم، مفصل في احكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط3، بيروت، مؤسسة الرسالة، سنة 1997.

35. زين عابدين بن إبراهيم بن محمد الحنفي، البصرالرائق..شرح كنز الرائق، ج3، بيروت، دار المعرفة، دون ذكر سنة نشر.

36. القاضي ليث راسم هندي، ، الزبدة في قضاء الأحوال الشخصية، مكتبة صباح، بغداد، 2020،

**37.** محمد بن اسماعيل الأمير الصنعاني ، سبل اسلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ج3، ط4، تحقيق محمد عبدالعزيز الخولي، دار احياء التراث العربية، بيروت، سنة 137.

**38.** محمد بن عبدالهمن بن حسن (الخطاب)، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ط2، ج4، بيروت، دار الفكر، بيروت، سنة 1398 هـ .

39. مصطفى فتحي حسن، دعاوي الطلاق والطاعة للمسلمين و غير المسلمين، منشأة المعارف، الأسكندرية، 1991.

40. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، الأقناع في أصل الالفاظ، ط1، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1994.

41. عبدالباقي يوسف بن احمد الزرقاوي المصرى، شرح الزرقاوي الموطأ، ط1، ج3، دار الكتب، بيروت، سنة 2002.

42. عبدالرحمان العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، ج1، بغداد، سنة 1994.

43. عمرو، القرارات القضائي في القانون الأحوال الشخصية، القرارات رقم (11331) .

44. عطرش، احكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية اليمني.

45. سعدي ابو جيب، القاموس العربي الفقهي لغة واصطلاحاً، ط1، دار الفكر، دمشق، سنة 1988.

**ثالثاً: القرآن الكريم**

**ًرابعاً: الأحاديث الشريفة**

الحديث عن عبدالله بن عباس (رضى الله عنه) رواه ابن ماجة، وذكره الألباني في صحيح ابن ماجة وقال: حديث حسن، أنظر الألباني، محمد الناصرالدين، صحيح سنن ابن ماجة باختصار السند، ط3، الرياض، مكتب التربية العربية لدول الخليج، سنة 1988، باب طلاق، الحديث رقم 1692، ج1، ذكره الصناعي في سبل الإسلام و قال: الحديث ضعيف.

**خامساً : المعاجم والقواميس**

1. الجوهري، الصحاح، باب النون، فصل السين، ج5
2. الكاساني، بدائع الصنائع، ج7.
3. ابن منظور، لسان العرب، باء الحاء، الفصل الباء، ج2.
4. محمد بن مكرم المصري، لسان عرب، ط3، موسوعة تأريخ العربي، دار أحياء، بيروت، سنة1993.

**سادساً : القرارات التمييزية**

1. قرار تمييزي صادر من محكمة تمييز أقليم كوردستان المرقم (193/هيئة الأحوال الشخصية/2019) في (2019/7/31) المشار إليه : القاضي صباح حسن رشيد، المختار من قضاء محكمة التمييز لإقليم كوردستان- قسم الأحوال الشخصية، ج1، ط1، المكتبة هةولير القانونية، أربيل، 2020.

2. قرار تمييزي صادر من محكمة تمييز أقليم كوردستان، هيئة الأحوال الشخصية المرقم (373/ هيئة الأحوال الشخصية/ 2018) في (2018/5/7) المشار إليه :لدى القاضي صباح حسن رشيد، المختار من قضاء محكمة التمييز لإقليم كوردستان- قسم الأحوال الشخصية، ج1، ط1، المكتبة هةولير القانونية، أربيل، 2020.

3. قرار تمييزي صادر من محكمة تمييز أقليم كوردستان، هيئة الأحوال الشخصية المرقم (453/ هيئة الأحوال الشخصية/ 2018) في (2018/9/9) المشار إليه : القاضي صباح حسن رشيد، المختار من قضاء محكمة التمييز لإقليم كوردستان- قسم الأحوال الشخصية، ج1، ط1، المكتبة هةولير القانونية، أربيل، 2020.

4. قرار تمييزي صادر من محكمة تمييز أقليم كوردستان، هيئة الأحوال الشخصية المرقم (134/ هيئة الأحوال الشخصية/ 2018) في (2018/2/14) المشار إليه : القاضي صباح حسن رشيد، المختار

من قضاء محكمة التمييز لإقليم كوردستان- قسم الأحوال الشخصية، ج1، ط1، المكتبة هةولير القانونية، أربيل، 2020.

5. قرار تمييزي الصادر من محكمة تمييز الأتحادية المرقم (3336/ الهيئة الأحوال الشخصية و المواد الشخصية/2014) في (2014/9/28) المنشور عند: قاضي احمد صبيع صايل، الأحوال الشخصية اشكالاتها و سبيل حلها، ط1، مطبعة الكتاب، بغداد، 2020.

6. قرار تمييزي صادر من محكمة تمييز الأتحادية المرقم (6471/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/2012) في (2012/8/12) المشار إليه في :المحامي رحيم العتابي، المختار من قضاء محكمة التمييز الأتحادية-الأحوال الشخصية، ج2، ط1، المكتبة القانونية، بغداد، 2019

7. قرار تمييزي الصادر من محكمة تمييز أقليم كوردستان-العراق المرقم (18/الهيئة الأحوال الشخصية/2018) في (2008/11/11) المنشور في : القاضي جاسم جزاء جافر، المبادىء القانونية في قسم الأحوال الشخصية لمحكمة تمييز الكوردستانية، ط2، المديرية الامة لمكتبات، السليمانية، 2018.

8. قرار تمييزي صادر من محكمة تمييز أقليم كوردستان-العراق المرقم (18/هيئة الأحوال الشخصية/2018) في (2008/11/11) المشار إليه : القاضي جاسم جزاء جافر، المبادىء القانونية في قسم الأحوال الشخصية لمحكمة تمييز الكوردستانية، ط2، المديرية الامة لمكتبات، السليمانية، 2018.

9. قرارات تمييزي الصادر من محكمة تمييز اقليم كوردستان، هيئة الأحوال الشخصية المرقم (65/شخصية/2009) في (2009/3/4) المنشور عن: قاضي جاسم جزاء جافر، مبادئ القانونية في قسم الأحوال الشخصية لمحكمة التمييز الكوردستان، ط2، مكتبة يادكار لبيع و نشر الكتب القانونية، سليمانية، 2018.

10. قرار تمييزي الصادر من محكمة تمييز الأتحادية المرقم(9054/ هيئة الأحوال الشخصية و المواد شخصية/2017) في(2018/1/9) المنشور عند: المحامى رحيم العتابي/ المختار من قضاء محكمة التمييز الأتحادية_ الأحوال الشخصية،ج2، ط1، المكتبة القانونية، بغداد، 2019.

11. قرار تمييزي صادر من محكمة تمييز الأتحادية المرقم (6471/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/2012) في (2012/8/12) المنشور عند :المحامي رحيم العتابي، المختار من قضاء محكمة التمييز الأتحادية-الأحوال الشخصية، ج2، ط1، المكتبة القانونية، بغداد، 2019.

12. قرار تمييزي الصادر من محكمة تمييز الأتحادية المرقم(3130/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/ 2014) في (2014/5/28) المنشور عند: قاضى قاسم فخرى الربيعي، مبادء محكمة تمييز الأتحادية في قرارات صادرة من محكمة الأحوال الشخصية في الحلة، ج1،ط2، دار الرياحين للنشر و التوزيع، بغداد، 2017.

13. قرار تمييزي المرقم (53/شخصية/1999) الصادر من محكمة التمييز اقليم كوردستان، هيئة الأحوال الشخصية في (1999/4/14) المنشور عند: القاضي كيلان سيد احمد، المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان_العراق، ط1، مطبعة منارة، اربيل، 2010.

14. . قرار تمييزي الصادر من محكمة تمييز الأتحادية، هيئة الأحوال الشخصية المرقم (903/هيئة الأحوال الشخصية و المواد الشخصية أولى/2011) في (2011/3/6، المنشور عند: القاضي ليث راسم هندي، ، الزبدة في قضاء الأحوال الشخصية، مكتبة صباح، بغداد، 2020،

15. قرارات تمييزي الصادرة من محكمة ءتمييز الاتحادية، هيئة الأحوال الشخصية المرقم (2055/شخصية/2007) في (2007/5/27) المنشور عند: دريد داود سلمان الجنابي، الأحوال الشخصية في قرارات محكمة التمييز الاتحادية، ج3، ط1، بغداد، 2011.

16. قرار التمييز الصادرة من محكمة تمييز الأتحادية، هيئة الأحوال الشخصية المرقم(601/ هيئة الأحوال الشخصية/2018) في (2018/2/14) المنشورة عند: المحامى رحيم العتابي، المختار من قضاء محكمة التمييز الأتحادية_الأحوال الشخصية، ج2، ط1، المكتبة القانونية، بغداد، 2019.