مجلد خاص ببحوث مؤتمر كلية الصفوة الجامعة ٢٠١٨

حق الزوجة في طلب التفريق من زوجها المحبوس دراسة مقارنه بالفقه الاسلامي

ا.د . حيدر حسين كاظم الشمري

نبذة عن الباحث :
تدريسي في كلية القانون – جامعة كربلاء

م.د. عباس سمير حسين

نبذة عن الباحث :
تدريسي في كلية القانون – جامعة كربلاء

هدى نجيب عباس

نبذة عن الباحث :
مركز الدراسات الاستراتيجية – رئاسة جامعة كربلاء

المقدمة :

لاشك في ان الحياة الزوجية قد تتصدع من نواح عده ولعل من جملة هذه النواح صدور حكم بحبس الزوج .

فقد راعت الشريعة الاسلامية صيانة الزوجة من اي ضرر يلحق بها جراء غياب الزوج عنها ، سواء في تشريع حق التفريق للغيبه او الهجر او الفقدان على خلاف في الامر لدى الفقهاء المسلمين في مشروعية التفريق لهذا الامر او ذاك ولعل من المسائل التي ظهرت الى الوجود خاصه مع ظهور فكرة الدولة وتطور الوسائل العقابية مسالة حبس الزوج لاسيما في القضايا الجنائية وما تمخض عنه من اذى محتمل للزوجة في الابتعاد عن زوجها لاسيما ان حق البيتوتة او الحق في الوطء من الامور التي كفلها الشارع المقدس للزوجة الامر الذي دفع ببعض المذاهب الاسلامية الى اعطاء حق التفريق لحبس زوجها صيانه لها من الوقوع في هاوية الرذيلة حتى وان كان لزوجها المحبوس مال او نفقه تستطيع منه الزوجة العيش . ولاشك في التفريق لحبس الزوج من المسالة كثيرة الوقوع الا اننا نجد ان الشروحات الفقهية بخصوصها تمر مر السحاب دون تفصيل او تأويل وانعكس الامر ايضا على ساحة القضاء التي في الغالب تشهد قرارات قليلة بخصوصها و لا ندري ما السبب اهو من جانب القضاء العراقي واتجاهاته في الغالب لاسيما الحقبة التي تلت عام ٢٠٠٣ وميل

بعض القضاء الى رد دعوى التفريق القضائي بحجة مخالفتها لأحكام الشرع رغم بقاء النصوص القانونية دون تعديل ام انه يكمن في الزوجة ذاتها التي هي اما متمسكة بزوجها وتنتظر الافراج عنه ام انها تتردد عن طلب التفرق لأسباب اجتماعية ام غير ذلك؟

ولاشك في ان هذا الموضوع عن التعمق فيه نجد من الاشكاليات الجمى ما يجعل منه مادة صالحه للبحث والاستقصاء بل والخروج منه بمحصله من المقترحات التي تخدم واقع حال المجتمع العراقي.

ولعل من جملة هذه الاشكاليات تحديد مدلول الحبس وهل انه يعني كل جهات سلب حرية الزوج ام انها تعني صدور حكم قضائي بسلب الحرية ؟ وهل ان المشرع العر اقي كان موفقا في تشريع هذا النوع من التفريق قياسا على نهج باقي التشريعات العربية المقارنة ؟ وهل ان القضاء العراقي حاول ان ينهج نهجا اشد وطأة من الموقف التشريعي يحاول فيه فك الجمود التشريعي ؟

الاشكاليات في هذه الدراسة عدى سنحاول استعراضها كل في فقرته محاولين عرض الآراء الفقهية للاتجاهات التي اخذت بهذا النوع من التفريق او تلك التي عارضت في دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي على مختلف مذاهبه معززين الدراسة بمقارنة قانونية بين التشريع العراقي بمنظوماته القانونية المختلفة والتشريع المصري والجزائري والمغربي والاردني مع المحاولة في عرض الموقف القضائي لهذه التشريعات ان امكن .

وعليه فسنقسم هذه الدراسة على ثلاثة مباحث: نتطرق في الاول الى مفهوم التفريق للحبس وسنقسمه على مطلبين الاول نتعرض فيه الى ماهية التفريق للحبس ونعرج في الثاني الى مشروعية طلب التفريق للحبس .بينما سنتطرق في المبحث الثاني الى الشروط الموضوعية للتفريق للحبس وسنقسمه على مطلبين :الاول نتطرق فيه الى صدور حكم نهائي بحبس الزوج ،والثاني نتطرق فيه الى حصول ضرر جنسي للمرأة من جراء الحبس ،اما المبحث الثالث فسنعرج فيه الى احكام دعوى التفريق للحبس وسنقسمه على مطلبين: الاول نتطرق فيه الى الشروط الشكلية لدعوى التفريق للحبس، والثاني الى اثار دعوى التفريق للحبس.

المبحث الاول:مفهوم التفريق للحبس

لاشك في ان مفهوم التفريق للحبس ليس بمنحى ثابت بين الفقهاء الذين يجيزون التفريق به انطلاقا من فكرة الحبس التي تختلف في مدلولها عن الفقه الوضعي الامر الذي ادى الى وجود الاختلاف حتى في شروط الحبس وبالطبع فان مشروعية التفريق للحبس هي الاخرى محل نظر واختلاف بين الفقهاء المسلمين والمشرعين الوضعين .

عليه فأننا سنقسم هذا المبحث على مطلبين: الاول نتطرق فيه الى ماهية التفريق للحبس والثاني نعرج فيه الى مشروعية طلب التفريق للحبس.

المطلب الاول : ماهية التفريق للحبس

المطلب الثاني : مشروعية طلب التفريق للحبس

المطلب الاول : ماهية التفريق للحبس

ان البحث في ماهية التفريق للحبس يتطلب منا تقسيم هذا المطلب على فرعين :الاول التعريف بالتفريق للحبس والثاني تميز التفريق للحبس عما يشتبه به من حالات اخرى للتفريق.

الفرع الاول : التعريف بالتفريق للحبس

البحث في هذا الفرع يتطلب منا تقسيمه في محورين: الاول : التعريف اللغوي للحق بالتفريق للحبس ،والثاني التعريف الاصطلاحي للحق بالتفريق للحبس.

اولا: التعريف اللغوي للحق بالتفريق للحبس

ان مصطلح التفريق للحبس يتكون من مفردتين هما (التفريق) و (الحبس).

فالتفريق مشتق من الفرقة، والفرقة لغةٍ مشتقه من الافتراق ويعني الانفصال ، حيث جاء في القاموس المحيط " فَرَقَ بينهما فَرْقاً وفُرْقاناً بالضم: فَصَلَ" [١]، أما اصطلاحا فيعرفها الباحث بأنها كل الاحوال التي تنحل بها الرابطة الزوجية ،سواء بالطلاق او التطليق او المخالعة او الايلاء والظهار واللعان ....الخ".

اما الحبس في اللغة: مِن حَبَسَ: حَبَسَهُ يَحْبِسُه حَبْسَا، فهو محبوس وحبيس، والحَبْسُ ضد التخلية، واسم الموضع: الحَبْسُ و المَحْبَسَة، والمَحْبس [٢]، وقد يلتبس الحبس مع السجن وان كانا من حيث اللغة يلتقيان ، فالسَجْنُ بالفتح: المصدر، وقد سَجَنه يَسْجُنه، أي حَبَسَه [٣]، قال ابن منظور: "والسِّجن: المَحْبس، وفي قراءة :(قَالَ رَبِّ السِّجْنُ أَحَبُّ إِلَيَّ) [٤] فمَنْ كَسَرَ السين فهو المَحْبس وهو اسم، ومَن فتحَ السين فهو مصدر سَجَه سَجْنًا، وفي قوله تعالى: (كلا إِنَّ كِتابَ الْفجَّار لفِي سِجِّين) [٥]، قيل المعنى كتابُهم في حَبْس لخساستهم عند الله عز وجل) [٦] .

وحاصل جمع المفردتين في اللغة يقودنا الى تعريفه بانه(حق حل الرابطة الزوجية قضاءا لحبس الزوج).

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للحق بالتفريق للحبس

لم يورد الفقهاء ولا الباحثين على حد علمنا تعريف للتفريق للحبس وان كانون قد عرفوا الحبس والفرقة كل على حدا في معرض كلامهم عن الموضوع وهو في راي مصادرة على الموضوع لان الامر يتعلق بمدلول الحق للحبس والامر سيان في موقف التشريعات التي نظمت الاحوال الشخصية سواء المقارنة ام غيرها حيث نظمت الاساس والحق في التفريق مبتعدة عن ايراد التعريق لهذا الحق وهو مسلك حسن براي الباحث لما لا يراد التعريف للمصطلحات في النصوص القانونية من تقييد وحد للسلطة القاضي لاسيما وان مفهوم الحبس ، كما سنوضح، هو ذا مدلول متغير حبس افكار الفقهاء والباحثين ولا ينطبق على معنى دون اخر.

عليه يعرف الباحث الحق للتفريق للحبس بانه" حق الزوجة التي قيدت حرية زوجها دون ارادته ، بحكم قضائي او حجز او ايداع تحفظي ، بطلب الفرقة من زوجها خشية من تضررها لعدم المعاشرة اذا طال تقييد الحرية المدة المحددة ".

ومن خلال هذا التعريف نستطيع ان نوضح الامور الاتية

١- ان هذا الحق شرع براي من يرى جوازه للزوجة فقط دون الزوج عندما تحبس زوجته لما سنوضحه من تبريرات للأمر.
٢- ان هذا الحق امرا جوازي للزوجة التي ترغب بالتفريق من زوجها والتي لا تريد او تستطيع تحمل الفراق خوفا من مظنة وقوعها بالزنى او الاخراف.
٣- ان هذا الحق بالتفريق قيد بمدة محددة للحبس لا تستطيع الزوجة قبل ذلك من طلب ايقاع الفرقة.

واذا قيل لماذا شرع هذا الحق للزوجة حتى وان كان لها مصدر مالي تنفق عليه من مال زوجها او بعبارة ادق ما الحكمة من تشريع هذا النوع من التفريق على راي من يجيزه ؟ اجابة نقول ان محكمة تمييز العراق لخصت العلة في احدى تسبيباتها بالقول " حيث ان الزوج المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية ولمدة ثلاثة سنوات فاكثر فللزوجة ان تطلب التفريق عن زوجها المحكوم بطلب يقدم الى القاضي تبين فيه تضررها من مفارقته هذه المدة ولو كان ولو كان له مال تستطيع الزوجة ان تنفق منه على نفسها. اذ ان ضررها مفترض الوقوع ومشكلة الزوجة ليست بالإنفاق وانما الضرر الذي سيبقيها ثلاث سنوات او اكثر دون زوجها .

والضرر المفترض هو الذي عده المشرع مانعا من قدرة الزوجة على الانتظار خلاله وهي محتفظة بعفتها و شرفها ..... لان حبس الزوج يوقع الضرر بالزوجة لابتعاده عنها اذ تكون الزوجة يائسة من عودة قريبة ويتحكم الضرر بالزوجة لابتعاده عنها متى ما بقيت من دون زوجها الى نهاية مدة العقوبة بما لا تطيق معه الزوجة الانتظار مع محافظتها على العفة والشرف...مع التنويه انه في حالة اخلاء سبيل الزوج بعدها لا يخل بحق الزوجة بطلب التفريق بشرط طلب التفريق بصدور الحكم بالحبس درجة البتات" (٧).

الفرع الثاني:تميز التفريق للحبس عما يشتبه به من حالات اخرى للتفريق

قد يلتبس الامر بين التفريق للحبس وبين اوضاع اخرى للتفريق اهمها التفريق لعدم الانفاق وهو ما نتطرق اليه اولا والتميز بين التفريق لحبس الزوج والتفريق للضرر الناشئ عن ايذاء الزوجة وهو ما نتطرق اليه ثانيا.

اولا: تمييز التفريق للحبس عن التفريق لعدم الانفاق

يعرف التفريق لعدم الانفاق بانه حق الزوجة التي تعذر تحصيل نفقتها لحبس الزوج او امتناعه او فقده او غيبته في طلب التفريق منه لانتفاء حق من حقوقها المالية التي رتبها الشرع والقانون لها الا وهو النفقة ".

وواضح ان مسالة الانفاق على الزوجة من الحقوق التي رسمها الشارع الحكيم للزوجة وكذلك فعلت التشريعات المقارنة ومن ثم فان تعذر للزوجة استحصالها لهذه النفقة كان لها العذر في التخلص من الزوج املا برفع قيد حريتها ومن ثم سعيها نحو ايجاد مصدرا رزقا لها او لعيالها سواء ايجاد عملا لها تقتات منه ام بالزواج من اخر يستطيع الأنفاق عليها وعيشها بأمان.

١- اوجه الشبه

ولاشك في ان اوجه الشبه بين كلا الحقيين في التفريق انهما من الحقوق التي اقتصرت على الزوجة فقط دون الزوج وانهما من باب رفع الضرر عن الزوجة وانهما محل خلاف في الجواز بين الفقهاء المسلمين [٨] وكلاهما خاضع لسلطة القاضي وانهما فرقة بائنة قانونا كما سنوضح.

٢- اوجه الاختلاف

اما اوجه الاختلاف بينهما فتكمن براينا بالمحاور الاتية:

أ- ان التفريق للحبس انما يكون عند تضرر الزوجة جنسيا وخشيتها من الوقوع بالحرام لتعذر معاشرة الزوج لها وان كان للأخير اموالا تستطيع الزوجة الانفاق عليها بينما في التفريق لعدم الانفاق فان الزوجة قد تكون محصنة او مشبعة جنسا او لا تخشى على نفسها الوقوع في الحرام الا انها لا تملك من المال ما تنفق عليه وان بقاء حبسها على ذمة زوجها دونما فائدة تذكر من الانفاق عليها وهو حقها ومن ثم كيف ستعيش هي او عيالها ان كانونا صغارا لا يقون على عمل او عاجزين عنه ام اناث فكان لها الحق في التخلص من قيد الزوجية .ولكن هذا لا يمنع من القول باجتماع كلا الامرين العوز الجنسي والمالي ولكن لا يحق للزوجة الا اللجوء الى التفريق لأحدى الحالتين حيث لا يجوز الجمع بينهما كما سنوضح ذلك لاحقا.

ب- ان اثبات دعوى التفريق للحبس يتطلب استحصال حكم قضائي مكتسب الدرجة القطعية صادر بحق الزوج صادر من محكمة مختصة قانونا اما في التفريق لعدم الانفاق فيتطلب استحصال حكم قضائي بالزام الزوج بتأدية نفقه لزوجته وان لم يكتسب الحكم الدرجة القطعية وان تقوم الزوجة بتنفيذ الحكم الصادر امام دائرة التنفيذ وتستحصل استشهادا من هذه الدائرة بعدم التنفيذ .

ت- في التفريق للحبس فان الحكم الصادر بحق الزوج يكون في الغالب بناء على شكوى الغير او الحق العام وان لا يقدح صدوره بناء على شكوى الزوجة [٩] لكن في التفريق لعدم الانفاق فان الحكم الصادر بالزام الزوج بالنفقة يكون بناءاً على طلب من الزوجة فقط . مع ملاحظة انه اذا " حبس الزوج بطلب من الزوجة لعدم دفعه النفقة المتراكمة المنفذة بدائرة التنفيذ فليس للزوجة طلب التفريق لذلك السبب بل لها طلبه عند امتناع الزوج عن النفقة المستمرة دون عذر مشروع بعد امهاله من قبل المحكمة"[١٠].

ثانيا: التميز بين التفريق لحبس الزوج والتفريق للضرر الناشئ عن ايذاء الزوجة

إذا كانت معظم التشريعات المقارنة لم تضع تعريفا أو مدلول واضحاً للضرر المفضي للفرقة و إنما اكتفت، كما سنرى، بإيراد بعض صور هذا الضرر على سبيل المثال لا الحصر ،فان الفقه ،على الصعيدين الشرعي ام القانوني جرى مجرى هذه التشريعات مكتفياً في بعضها بسرد ما يُعد من قبيل الإضرار الذي يحكم بها في التفريق. ومع ذلك فمن رجال الفقه الاسلامي المعاصرين من عرف الضرر بأنه (إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل كالشتم والتقبيح المخل بالكرامة و الضرب المبرح والحمل على فعل ما حرم الله والإعراض والهجر لغير التأديب مع إقامته في بلد واحد معها أو اخذ مالها أو ما شاكل

ذلك [١١]. ويُطلق البعض تسمية الضرر الإرادي على التفريق للضرر تميزا له عن الحالات الأخرى للضرر(كالتفريق للعنة و الغيبة) . ويعرفه بأنه ما يكون منشأه عملا أو قولا لأحد الزوجين أو كليهما مباشرة أو تسبب سواء كان الضرر ماديا كالضرر المترتب على عدم الاتفاق أو معنويا كحرمان الزوجة من التمتع الجنسي بسبب غيبة الزوج أو هجره [١٢]. وإذا كان ما ذكرناه أعلاه من تعاريف للضرر ينصرف إلى حق الزوجة في التطليق (التفريق) إلا إن هذا لا ينفي حق الزوج في ذلك حيث يثبت لكلا الزوجين حق المطالبة بالتفريق إذا اضر به الزوج الأخر بالقول أو بالفعل بحيث لا يمكن مع ذلك الإضرار استمرار الحياة الزوجية [١٣]. وهو تطبيقاً للقاعدة الفقهية (لا ضرر ولا ضرار) المنبثقة عن الحديث النبوي الشريف(لا ضرر ولا ضرار). فالزوج الذي يمسك زوجته مع الضرر فهو إمساك بغير معروف نهى الشارع عنه بقوله تعالى(فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)[١٤]. فينبغي التسريح بإحسان فان طلقها برضاه ففيها وهو المطلوب وان أبى فيجبر على طلاقها قضاءً لقطع الضرر. فالضرر مرفوع بين المسلمين في جميع المعاملات ولا حد للضرر بل يخضع لتقرير القاضي حيث يراعي حالة الزوجين و ظروفهما وبيئتهما الاجتماعية. وسنوضح مدلول الضرر بشكل مفصل عند التطرق إلى شروط التطليق للضرر . وعموما اذا ما قلنا ان هذا التفريق هو اعطي الحق به لكلا الزوجين الا اننا سنركز في احدى صوره وهو الاذى والضرر الصادر من الزوج ضد زوجته فهو يقترب من صور التفريق للحبس الا انه في ذات الوقت يختلف عنه في بعض النقاط .عليه يمكن بيان اوجه الشبه والاختلاف بين هذين النوعين من التفريق .

١- : اوجه الشبه

يمكن ادراجها بالنقاط الأتية:

أ- في كلا النوعين من التفريق يكون الحق في رفع الدعوى من قبل الزوجة.

ب- في كلا النوعين من التفريق تكون الفرقة طلاقا بائنا بينونة صغرى.

ت- في كلا النوعين من التفريق لا تقع الفرقة من تلقاء نفسه بل لابد من اقامة دعوى بخصوصه.

ث- في كلا النوعين من التفريق يوجد ضرر لحق بالزوجة.

٢- : اوجه الاختلاف

يمكن ادراجها بالنقاط الأتية:

أ- في التفريق للضرر يكون السبب هو إيذاء الزوج لزوجته أو الزوجة لزوجها سواء بالقول مثل القذف والسب والتشهير أو بالفعل مثل الضرب والإيذاء وعدم النفقة بينما يكون في التفريق للحبس نتيجة ضرر جنسي يمكن ان تتعرض له الزوجة طوال تنفيذ حكم الحبس بحق زوجها .

ب- في الغالب يمون الاذى في التفريق للضرر واقعا عمديا من قبل الزوج ضد الزوجة او اولادها بينما في التفريق للحبس قد يكون الحكم الذي ادين به الزوج عن واقعة غير عمديه او عمديه وان لم تقع على الزوجة وانما وقعت على الغير.

ث- لا يشترط في التفريق للضرر صدور حكم بإدانة الزوج ولكن يشترط ذلك في التفريق للحبس.

ث- سلطة القاضي في التفريق للضرر اوسع منها للتفريق للحبس.

ج- اثبات دعوى التفريق للحبس تتطلب اثبات صدور حكم وايداع الزوج السجن ومن ثم لا يصح الحكم به ان الزوج هاربا ولكن في التفريق للضرر لا يشترط ذلك بل يمكن اثبات الاذى بكافة البينات وان كان الزوج هاربا.

المطلب الثاني:مشروعية طلب التفريق للحبس

اختلف الفقهاء المسلمين بخصوص مسالة جواز التفريق للحبس بين من يرى عدم جوازه و من يرى الجواز وكل له ادلته التي احتج فيها والامر كذلك بالنسبة للتشريعات الا اننا سنركز فقط على التشريعات التي نظمته مع تركيزنا على اوجه الاختلاف في الصياغة والشروط. عليه فأننا سنقسم هذا المطلب على فرعين : الاول نتطرق فيه الى موقف الفقه الاسلامي و الثاني نعرج فيه الى موقف التشريعات المقارنة .

الفرع الاول:موقف الفقه الاسلامي

انقسم الفقهاء المسلمون بخصوص امكانية التفريق للحبس غلى اتجاهين الاول يرى عدم الجواز والثاني يرى الجواز وكل اتجاه له ما يؤيده .عليه فأننا سنتناول كل اجاه بفقرة مستقلة.

اولا: القائلون بالمنع وادلتهم

يرى اصحابه انه لا يحق للزوجة ان ترفع امرها إلى القضاء طالبة التفريق من زوجها بسبب حبسه مهما طالت مدته، ولو لحقها الضرر بس ذلك، وسواء كان حبسه بعذر أو بغير عذر، وهو مذهب الامامية [١٥] والاحناف والشافعية والظاهرية [١٦] .

فالاحناف يرون أن الغائب لا تبين امرأته منه أبدًا إلا إذا ثبت موته حقيقة أو حكمًا اما الشافعية فيرون إنها لا تنكح أبدًا حتى يأتيها يقين وفاته أو يقين طلاقه، أو أن يحكم لها بالتطليق لعدم وجود ما تنفق منه بسبب عسرته. بينما علل الظاهرية قولهم بأن امرأة الغائب تظل امرأته أبدًا حتى يصح موته حقيقة أو تموت هي، وإذا كانوا لا يُجوزون طلب التفريق من الغائب والمفقود ففي عدم جوازه من المحبوس أولى.

واشار الامامية الى ان الزوج ان لم يكن قادرا على العود الى زوجته كما لو كان محكوما بالحبس مدة طويلة فصارت كالمعلقة بغير اختياره فان لم ترض بالصبر على هذا الحال فان الامر فيه اشكال على راي البعض الذي يرى ان الأحوط وجوبا للزوج الاستجابة لطلب زوجته بالطلاق وان امتنع عنه فعلى الزوجة الانتظار حتى يفرج الله تعالى عنه[١٧].

واستدل اصحاب هذا الاتجاه برايهم بالحجج الاتية:

١- انعدام الدليل سواء من نص في القران او السنة الشريفة او من اجماع او قول صحابي ام غيره على جواز مثل هذا الفرقة . ونوقش هذا الدليل من وجهة نظر بعض الباحثين انه لا ينهض حُجَّة لقولهم، وذلك لأنَّ الأمور المستجدة تكون دومًا بحاجة إلى حكم شرعي، وليس معنى أنه إن لم يَرِدْ نصٌّ من كتاب الله أو سنة نبيه (ص) أو فعل من الصحابة أنَّه ليس هناك حُكْم، فبذلك تتعطَّل الكثير من الأحكام في الأمور المستجدَّة، لاسيَّما إذا

علمنا أن السجن لمدة طويلة لم يكن موجودًا في عهد رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم، أو خلفائه من بعده، فإن قيل هذا في حقّ المسجون فما بال الغائب ؟ قلت: إنه لم يرد في حادثة أو واقعة أن امرأة جاءت إلى رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم أو إلى مَن ولي القضاء مِن بعده في عهد الخلفاء الراشدين تطلب التفريق بينها وبين زوجها الغائب فرَفضَ الحاكم إجابة طلبها حتى فحكم بعدم الجواز[١٨].

٢- قول الرسول (ص) " الطلاق لمن أخذ بالساق" [١٩] يعني ان الطلاق لا يقع الا من قبل الزوج فقط ومن ثم لا يحق لغيره ايقاعه ومن ثم لا يملك ذلك القاضي .ويرد على هذا الدليل من وجهة نظر بعض الباحثين ويرى ان مناسبة هذا الحديث أنه أتى النبيَّ(صلى اللّه عليه و اله سلم) رجلٌ فقال: يا رسول اللّه إن سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال ابن عباس فصعد رسول اللّه (صلى اللّه عليه و اله سلم) المنبر فقال: (يا أيها الناس ما بال أحدكم يُزوِّج عبدَه أمته ثمَّ يُريد أن يفرِّق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق) ولَمَّا كان الحديث في حق الموالي وأسيادهم فلا ينتهض حجة لقولهم [٢٠].

٣- ما روي عن الرسول (ص) من " ان امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان " [٢١] .وإذا كان هذا في امرأة المفقود فالتي غاب عنها زوجها وحُبس أولى بالانتظار حتى يرجع. ويرد البعض على هذا الحديث بانه ساقط السند بل و ضعيف [٢٢] .

٤- وتبرير فقهاء الامامية من اصحاب هذا الاتجاه ان حديث (الطلاق لمن اخذ بالساق) يعني انه لا ولاية للقاضي بحال من الأحوال بالتطليق الا اذا اوقعه الزوج. بل ان البعض يرى ان القول بجواز طلاق الزوجة من قبل القاضي مع احتمال الوقوع او خوف الوقوع في الحرام مع وجود الزوج امر نادر الوقوع جدا وعلى تقديره فلا مشاحة من عموم الولاية وان ادلة الضرر والحرج فغير شاملة للمورد قطعا لان الزوجة مهما رات من زوجها من الضرر فليس من حق الحاكم ان يطلقها مالم يدخل الامر تحت حرمانها من حقوقها الواجبة[٢٣].

ثانيا: القائلون بالجواز وادلتهم

يرى اصحاب هذا الاتجاه 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 المالكي صرَّح بأن لزوجة الأسير الحق في طلب التفريق وهو مسلك المالكية والحنابلة [٢٤]وراي عند بعض علماء الامامية [٢٥] مستندين الى قاعدة نفي الحرج والضرر .

واذا كان الجواز مسلك اصحاب هذا الاتجاه الا انهم لم يقدموا دليلا شرعيا واحدا على رايهم الا انهم برروا رايهم المتقدم بان المناط في تطليق القاضي الزوجة لغيبة زوجها عنها مدة سنة فأكثر في مذهب المالكية ومدة ستة أشهر فأكثر عند الحنابلة [٢٦] هو تضرر الزوجة من بُعدِ زوجها عنها فإنَّ هذا المعنى موجود و متحقق في زوجة المحبوس، فلا يختلف حال زوجة المحبوس عن حال زوجة الغائب سَنة فأكثر، في أن مَقامَها وزوجها بعيدًا عنها زمنًا طويلا أمرٌ فيه إلحاق الضرر بها في الأعم الأغلب [٢٧]، ولذلك يكون مبنى التفريق عندهم بسبب الحبس هو الضرر الواقع على الزوجة بسبب حبس زوجها.

ولكن المذهب المالكي، صرح بأن لزوجة الأسير الحق في طلب التفريق، لأن معيار و مناط التفريق عندهم هو بُعد الزوج عن زوجته، سواءً كان باختياره أو قهرًا عنه، كما في الأسير، لأن الضرر يلحق الزوجة من هذا البعد، و هذا المعنى متحقق في زوجة المحبوس[٢٨]، و لأن الزوج الذي حكم عليه نهائيا بسجنه، وبعد مضي سنة فأكثر على تنفيذ حكم الحبس ما يعادل الغياب لأكثر من سنة ، فلا تختلف حال زوجة المحبوس عن حال زوجة الغائب سنة فأكثر، في أن زوجها بعيد عنها زمنًا طويلا مع محافظتها على العفة و الشرف [٢٩]، وهو أمر صعب تحمله بالنظر إلى الطبيعة البشرية في الأعم الغالب من الحالات

واذا كان اصحاب هذا الاتجاه لم يقدموا أي دليلا من ادلة الاحكام على رايهم واستدلوا الى العقل والمنطق الا ان رايهم هذا لاقى القبول والترحيب من العديد من الشراح والباحثين المعاصرين الذين ايدوا هذا الرأي بالرغم من افتقار رايهم عبلى دليل.

فيرى البعض ان ما ذهب إليه القائلون بالتفريق بين الزوجين للغيبة والحبس إذا طلبته الزوجة هو الأولى بالمصير إليه، وذلك رفعًا للضرر الذي يلحق الزوجة جَرَّاء ذلك عملا بقاعدة لا ضرر ولا ضرار ، ولأنه إذا جاز التفريق لتعذر الوطء بالعنة وبالعجز عن النفقة، فلئن يجوز الفسخ بالغيبة التي تتضمن كل ذلك اولى[٣٠].

ويرى اخر ان مبنى التفريق لفقد الزوج أو غيبته هو تضرر الزوجة بفقد زوجها أو غيبته عنها، وأنَّ دفع هذا الضرر عنها يكون بتمكينها من ط لب التفريق، وهذا المعنى متحقق في زوجة الأسير والمحبوس، كما هو متحقق في زوجة المفقود او الغائب [٣١].

١- ويرى الباحث تأييد الاتجاه الذي يقضي بحق الزوجة في طلب التفريق لحبس زوجها لمن ليس في كل الجرائم والاحوال وانما في الحالات والاحوال التي سنوضحها لاحقا وعلى ان لا يكون سبب الحبس راجعا للزوجة كان تكون هي المشتكية او الشاهدة على الزوج .

الفرع الثاني:موقف التشريعات المقارنة

يلاحظ على التشريعات المقارنة انها اخذت بالاتجاه القائل بجواز التفريق للحبس مع اختلاف في بعض الامور .

فقد اشار قانون الاحوال الشخصية الاردني المرقم٣٦ لسنة ٢٠١٠ في م (١٢٥)على ان " لزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم قطعي بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته فسخ عقد زواجها منه ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه فإذا أفرج عنه قبل صدور حكم الفسخ يرد الطلب "[٣٢].

واشار قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ في م (١٤) منه على ان " لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فاكثر ان تطلب الى القاضي بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه " . وقد وردت أحكام التطليق لحبس الزوج في مشروع قانون الأحوال الشخصية الذي

وافق عليه مجمع البحوث الإسلامية، وهي أحكام لا تختلف عمّا نص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

ونصت م من ٢٠٥ من قانون الاحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ النافذ على انه " إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه ".

ونصت م٥٣ (معدلة) من قانون الاسرة الجزائري رقم ١١-٨٤ لسنة ١٩٨٤ المعدل بالقانون (٠٥-٠٢) في ٢٧ فبراير ٢٠٠٥ على انه "يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب الاتية: ٤- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الاسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية ".

ونصت م ٢/٥٣) من قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٢على ان" "لزوجة المحكوم عليه نهائيا بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات طلب فسخ عقد نكاحها ولا يحكم لها بذلك الا اذا مضى على حبس الزوج مدة لا تقل عن سنة."

واشار قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل في م ٤٣ اولا ف١ على ان للزوجة طلب التفريق عند توافر احد الاسباب الاتية "١- اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة الحرية مدة ثلاث سنوات فاكثر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه ".

واشارت م (١٢٠) من مشروع القانون العربي الموحّد للأحوال الشخصية على ان " لزوجة المحكوم عليه نهائياً بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات طلب التطليق، ولا يحكم لها بذلك إلا إذا مضى على حبسه مدة لا تقل عن سنة ".

ويلاحظ على التشريعات المقارنة انها اخذت بالراجح من القائلين بالجواز وتحديدا المذهب الحنبلي وان خرجت عن بعض محدداته .

كما وانها قصرت هذا الحق على زوجة المحبوس والتي صدر حكم نهائي بالحبس على زوجها مدة ثلاثة سنوات فاكثر اصبح قطعيا [٣٣].

الا ان الخلاف كما يبدو واضحا في ان المشرع العراقي لم يشترط مرور سنة على تنفيذ الحكم وكذلك القانون الجزائري [٣٤] بينما اشترط القانون المصري والاردني والسوري ذلك .

كما ان نوع الفرقة الحاصلة يكون فسخا في القانون الاردني بينما يكون طلاقا بائنا في القانونين العراقي والمصري والجزائري. وسنوضح هذه الفوارق بشكل اكثر عند التعرض للشروط والاحكام.

المبحث الثاني:الشروط الموضوعية للتفريق للحبس

نصت م١٢٥ من القانون الاردني على ان " لزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم قطعي بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته فسخ عقد زواجها منه ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه فإذا أفرج عنه قبل صدور حكم الفسخ يرد الطلب ".

ونصت م١٤ من القانون المصري على ان " لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فاكثر ان تطلب الى القاضي بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه " .

ونصت م من ٢٠٥ من قانون الاحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ النافذ على انه " إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه ".

ونصت م ٥٣ (معدلة) من ١٦- قانون الاسرة الجزائري رقم ١١-٨٤ لسنة ١٩٨٤ المعدل بالقانون(٠٥-٠٢) في ٢٧ فبراير ٢٠٠٥ على انه" يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب الاتية:- ٤- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الاسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية ".

ونصت م ٤٣ اولا ف١ من القانون العراقي على ان للزوجة طلب التفريق عند توافر احد الاسباب الاتية "١- اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة الحرية مدة ثلاث سنوات فاكثر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه ".

ومن خلال استعراض النصوص المتقدمة يتبين لنا ان هنالك شروطا اجرائية لطلب التفريق [٣٥] واخرى موضوعية .عليه فأننا سنعرج الى شروط للتفريق وسنقسم هذا المبحث على مطلبين كالاتي:

المطلب الاول : صدور حكم نهائي بحبس الزوج

المطلب الثاني : حصول ضرر جنسي للمرأة من جراء الحبس

المطلب الاول:صدور حكم نهائي بالعقوبة بحق الزوج

لاشك في ان مجرد صدور حكم جنائي على الزوج لا يعني الحق للزوجة في طلب التفريق بل لابد من توافر شروط بهذه الحكم وعليه يمكن تقسيم هذا المطلب على فرعين :الاول لبيان نوع العقوبة السالبة للحرية . والثاني لبيان نوع الجريمة المحكوم بها ومدتها .

الفرع الاول:نوع العقوبة السالبة للحرية

من خلال الاطلاع على النصوص القانونية للتشريعات محل المقارنة نجد ان القانونين المصري والاردني استخدما عبارة (المحبوس المحكوم عليه) بينما استخدم القانون العراقي عبارة (عقوبة مقيدة للحرية) ويتبادر السؤال هنا الى انه كل قيد في الحرية يمكن ان يدخل ضمن هذه النصوص ومن ثم يحق للزوجة بمقتضاه طلب التفريق من زوجها ام انه لابد من توافر شروط معينه ؟

ولو رجعنا الى الفقه الاسلامي لوجدنا ان فكرة الحبس ليست بذات المدلول الذي عرفته التشريعات الوضعية عموما والمقارنة خصوصا لذا فالقليل منهم من اورد تعريفا للحبس فقد عرَّف الكاساني الحبس بانه " منع الشخص من الخروج إلى أشغاله ومهماته الدينية والاجتماعية " [٣٦] واوضح الماوردي ان الحبس الشرعي ليس هو السجن في مكان ضيق وإنما هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه سواء كان في بيت أو مسجد، أو كان بتوكيل نفس الخصم أو وكيله عليه أو ملازمته له . ولهذا سمَّاه النبي صلى الله

عليه وسلم أسيرًا [٣٧] . والحبس بتهمة عند عامة الفقهاء هو:" الإخبار بحق لله أو لآدمي على مطلوب تعذرت إقامة الحجة الشرعية عليه في غالب الأحوال" [٣٨] .

ويظهر مما تقدم أنَّ الحبس ليس هو السجن في مكان ضيق، بل هو تقييد حرية المحبوس [٣٩] وان الدولة الاسلامية لم تعرف السجن كمستودع للمطلوبين بشكله الحالي لا في عهد الرسول (ص) ولا الخلفاء الثلاثة من بعده [٤٠] وانما عرف في عهد الخليفة الرابع الامام علي (ع).

اما وفق القانون فعرفت م ٨٧ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل والنافذ السجن بانه " هو ايداع المحكوم عليه في احدى المنشآت العقابية المخصصة قانوناً لهذا الغرض لمدة عشرين سنة ان كان مؤبداً والمدد المبينة في الحكم إن كان مؤقتاً. ومدة السجن المؤقت أكثر من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " . كما عرفت م (٨٨) منه الحبس الشديد بانه " هو ايداع المحكوم عليه في احدى المنشآت العقابية المخصصة قانوناً لهذا الغرض المدة المقررة في الحكم. ولا تقل مدته عن ثلاثة شهور ولا تزيد على خمس سنوات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " وعرفت م (٨٩) منه الحبس البسيط بانه " هو ايداع المحكوم عليه في احدى المنشآت العقابية المخصصة قانوناً لهذا الغرض المدة المقررة في الحكم ولا تقل مدته عن اربع وعشرين ساعة ولا تزيد على سنة واحدة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " [٤١] .

علما ان القانون العراقي استبدل كلمة الحبس او السجن بالنسبة للأحداث [٤٢] حيث نصت م ٩٤ من قانون العقوبات اعلاه على ان"١- الحجز في مدرسة الفتيان الجانحين: هو ايداع الفتى في مدرسة مخصصة لتدريبه وتأهيله المدة المقررة في الحكم.٢-الحجز في المدرسة الإصلاحية: هو إيداع الصبي مدرسة مخصصة لتدريبه وتأهيله المدة المقررة في الحكم ". ويفهم مما تقدم ان هذا الحق بالتفريق اذن يشمل العقوبات السالبة او المقيدة للحرية ايا كانت تسميتها (سجن ،حبس ، ايداع) [٤٣] والتي صدر حكم قضائي بحق الزوج وفقا لأحكام قانون العقوبات ولكن السؤال الذي يثار هنا هل ان هذا الحكم لابد ان يكون قطعيا اي نهائيا ؟ [٤٤]

عموما فيجب ان يصدر حكم قضائي بالحبس لان مجرد الاتهام لا يعطي هذا الحق للزوجة [٤٥] سواء اكانت الجريمة عمديه ام غير عمديه ،او واقعة عن النفس ام المال [٤٦].

والمطلع على نصوص التشريعات المقارنة يلمس انها انقسمت على اتجاهين: الاول لا يشترط ان يكون الحكم قطعيا وهو اتجاه القانون والمصري والسوري والثاني يشترط في الحكم ان يكون قطعيا [٤٧] وهو اتجاه القانون العراقي والاردني ومن ثم فان الحكم ان لم يكن باتا او نهائيا فلا يحق للزوجة طلب التفريق ذلك ان الحكم الاول قد يكون عرضة للنقض من قبل محاكم الطعن العليا على اختلاف مسمياتها ودرجاتها (التميز ،النقض).

الا اننا وان كنا نرجح موقف المشرع الاردني الا اننا نرى ان موقف التشريعات الاخرى التي لم تشترط القطعية انها حكمها واحد مع القانون الاردني ذلك ان الزوجة التي تقيم دعوى التفريق وفق هذه القوانين لا تستطيع الحصول على حكم بالتفريق مالم

يكتسب الدرجة القطعية والا اننا نرى ان على محكمة الموضوع استئخار الدعوى لحين البت بالحكم من قبل جهات الطعن المختصة عند الطعن به [٤٨].

ويلاحظ على المحكمة العليا في الجزائر انها لم تشترط قطعية الحكم لإعطاء هذا الحق للزوجة حيث ذهبت في احدى قراراتها ،عندما ردت المحكمة البدائية دعوى الزوجة للتفريق لحبس زوجها ،الى القول بانه " إذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزئيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي و حكم عليه غيابيا بسنة حبسا منفذة، فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسًا على الوجه المثار من الطاعنة في هذا الشأن. " [٤٩]

ولكن يثار التساؤل هنا هل ان اللجوء الى الطعن بإعادة المحاكمة بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية واقامة الزوجة دعوى التفريق فهل ان المحكمة سترد طلبها ام تستأخر الدعوى ام تمضي فيها ؟

اوضحنا فيما سبق ان الحكم يكون بات اما بمرور المدة القانونية وعدم الطعن به [٥٠] او استنفاذ الطعن به وتصديقه ومن ثم فأي طريق اخر غير الطرق العادية التي اشار اليها القانون راينا لا يمكن اعتبار الحكم باللجوء اليها انه غير بات كلجوء الزوج الى طريق اعادة المحاكمة بخصوص الحكم الذي صدر بحقه سواء لعدم قناعته به وظهور ادلة جديدة او لغرض المماطلة والتسويف او لغرض رد دعوى الزوجة بحقه طلبا للتفريق والذي نراه ان المحكمة تستمر بإجراءات الدعوى لان م (٢٧٣) من قانون اصول المحاكمات العراقي نصت على انه " لا يترتب على طلب اعادة المحاكمة وقف تنفيذ الحكم الا اذا كان صادراً بالإعدام " ،ومن ثم فالنص صريح لكن الذي نراه ان الزوج لو استطاع بعد الطعن بطريق اعادة المحاكمة وقبل صدور حكم بالتفريق من قبل محكمة الاحوال الشخصية ان يحصل على حكم بالبراءة او انقاص العقوبة السالبة للحرية دون الثلاث سنوات او استبدالها بعقوبة ماليه فهنا فان المحكمة التي تنظر دعوى التفريق تكون براينا ملزمة برد دعوى الزوجة بالتفريق لانتفاء الشروط القانونية كون هذه الشروط هي لازمه حتى لحظة صدور الحكم لا فقط وقت اقامة الدعوى .

ويرى بعض الشراح المصرين انه إذا صدر عفو عن الزوج المحبوس، سواء كان عفواً عن العقوبة ،أو عفواً شاملاً، فأن يحكم القاضي برفض الدعوى، لزوال سببها وهو العقوبة السالبة للحرية ،والرأي هنا يختلف عن موقفنا من الإفراج قبل انقضاء مدة العقاب، لأن العفو يزيل العقوبة ،أما الإفراج فهو يوقف الاستمرار في تنفيذها فحسب ،حتى لو لم يكن معلقاً على شرط .

وقد يتبادر الى الاذهان بعض التساؤلات منها هل ان العقوبة مع وقف التنفيذ تعطي الحق للزوجة بطلب التفريق ؟

جوابا نقول انه وفقا للقانون العراقي فان هذه الفرضية غير متحققة [٥١] لان وقف التنفيذ يشمل العقوبة السالبة للحرية (جناية – جنحه) التي لا تزيد عن سنة ومن ثم فان الزوجة لا تستطيع اقامة دعوى التفريق لعدم توافر المدة المحددة قانونا.

لكن ما الحكم لو ان الزوجة بعد اقامة دعوى التفريق وقبل صدور الحكم بحق زوجها صدر عفوا عاما او خاصا [٥٢] بحقه فهل ان المحكمة ستمضي بإجراءات التفريق ام سترد الدعوى ؟

الذي نراه ان المحكمة ملزمة برد الدعوى لانتفاء الحكمة من اعطاء الحق بالتفريق كون الزوج سيخرج من السجن ويرجع الى زوجته واذا ما صدر الحكم بالتفريق فمن حق الزوج الطعن به تمييزا ويكون القرار عرضه للنقض .

ولكن لو ان الزوج كان محكوما بأكثر من عقوبة لتهم مختلفة ليس بها وحدة ارتباط فان العفو العام او الخاص على احداها لا يمنع طلب الزوجة من التفريق للأخرى مادام العقوبة النافذة تتوافر فيها الشروط القانونية شرط ان يكون مجموع هذه العقوبات يتجاوز الثلاث سنوات والا فلا يحق لها ذلك [٥٣].

ونفس الامر نراه في حالة وقف العقوبة صفحا او صلحا في الاحوال التي يجيزها القانون.

ولكن هل ان الحق بالتفريق يشمل عقوبة الاعدام ؟

عرفت مادة ٨٦ عقوبات عراقي "عقوبة الإعدام هي شنق المحكوم عليه حتى الموت ". ومن ثم لا تكون مشمولة بالحق بطلب التفريق كونها عقوبة بدنية وليس سالبة للحرية على اعتبار ان الزوج سيعدم وتنقضي الحياة الزوجة بالوفاة ولا داع لإعطاء الزوجة مثل هذا الحق . و قد نعتبر ان هذا الامر هو مثلبة على نصوص التشريعات المقارنة التي لم تقرر شمول العقوبات البدنية وتحديدا الاعدام بحق الطلب بالتفريق خصوصا اذا ما علمنا بان اجراءات تنفيذ العقوبة لاسيما في العراق طويلة جدا وقد تقف امام معوقات اخرى منها التحايل على القانون الذي يجري من قبل المحكومين بالإعدام عن طريق الطعن بإعادة المحاكمة لا لشيء سوى المماطلة والتسويف وكسب الوقت املا بحصول متغيرات جديدة مثل صدور عفو عنهم او ان بعض العقوقات تتصل بالسلطة التنفيذية خصوصا عندما يمتنع رئيس الجمهورية عن المصادقة على تنقيذ عقوبة الاعدام وهذه المدة قد تطول جدا لاسيما اذا ما علمنا ان هنالك العديد من النزلاء المحكوم عليهم بالإعدام في شتى الجرائم لا يزالون احياءا مودعين السجن انتظارا لتنفيذ العقوبة رغم مرور عدة سنوات على صدور الحكم بحقهم واكتسابه الدرجة القطعية وهو يشكل ضرر جنسي بحق الزوجة ومن ثم نقترح تعديل نص م ٤٣/ اولا /١ من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ وجعلها تشمل عقوبة الاعدام ايضا .

ويؤيد ما تقدم البعض ويرى أن ذلك الضرر محقق بشكل مؤكد فيمن حُكِمَ عليه بالإعدام ومرَّت عليه ثلاث سنوات فأكثر دون أن يُطبَّق حُكْمُ الإعدام فيه، بل هو أَكد لكون الزوج ميؤوسًا من خروجه، وذلك بخلاف المحكوم عليه [٥٤] .

ولكن الذي نراه ان هذه العقوبة لو استبدلت بعقوبة سالبة للحرية مدة لا تقل عن ثلاث سنوات [٥٥] فان للزوجة الحق بطلب التفريق الا ان الفرضية لو كانت على العكس بان صدر حكما على الزوج سالبا للحرية مدة اكثر من ثلاث سنوات الا ان هذا الحكم نقضا ومن ثم شدد الى الاعدام فهنا ليس لها الحق بطلب التفريق .

كما اننا نرى ان المجنون او المعتوه او فاقد الادراك والتميز أيا كانت التسميه فانه وان كان من حيث الاصل لا يسئل جزائيا عن الغفلة الا اننا نرى انه لو اودع المصحة العقلية ومرت المدة المحددة قانون جاز للزوجة رفع دعوى التفريق ضده للحبس لان هذا الايداع يدخل مدخل الحبس .

ولكن هل يشترط في هذا الحكم ان يكون وجاهيا ام انه يمكن ان يكون غيابيا؟

الحكم الوجاهي هو الذي يصدر بحضور المتهم [٥٦] اما الغيابي فالذي يصدر بحق المتهم الهارب ومن ثم من حق الاعتراض على الحكم ضمن المدة القانونية بعد تسليم نفسه لغرض اعادة محاكمته ومن ثم يعتبر الحكم الصادر بحقه وجاهيا او بمنزلة الحكم الوجاهي[٥٧]

والذي نراه النص واضح في التشريعات المقارنة ان الحكم يجب ان يكون باتا سواء اكان وجاهيا ام غيابيا بمنزلة الحكم الوجاهي باستثناء العقوبات التي اوجب القانون [٥٨] اعادة المحاكمة بالنسبة للمتهم الهارب الذي القي القبض عليه او سلم نفسه بعد اكتساب الحكم بحقه درجة البتات، لكن القضاء العراقي اشترط ان يتم تنفيذ العقوبة ومن ثم لا يصح طلب التفريق في حالة هروب الزوج [٥٩] وان ذهب في بعض القرارات الى اعطاء مثل هذا الحق للزوجة وان كان الزوج هاربا [٦٠]. ولكن ما الحكم لو ان الزوج حكم بعقوبة مالية ولعدم استطاعته دفعها حبس مكانها فالذي نراه عدم تحقق شروط التفريق لان مدة الحبس في القانون العراقي عموما لا تزيد عن سنتين [٦١] .

ويعقب احد الشراح المصريين على أحكام القانون المتعلقة بالتطليق لحبس الزوج، أنها لم تعالج حالة المحكوم عليه الهارب، سواء كان هروبه قبل تنفيذ الحكم، أو بعد البدء في تنفيذه، فطبقاً لشروط المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، فإن زوجة الهارب لا يمكنها رفع دعوى التطليق إلا إذا جاء هروب المحكوم عليه بعد مضي السنة، أما إذا هرب بعد الحكم وقبل البدء في التنفيذ، أو بعد تنفيذ مدة من العقوبة تقل عن سنة، فالزوجة لا تجد طريقاً للتطليق لحبس الزوج، ولا تستطيع المطالبة بالتفريق إلا بناء على أسباب أخرى، ويضيف أن الهروب بعد بدء التنفيذ ولو قبل مضي السنة يعطي زوجة المحبوس الهارب حق رفع دعوى التطليق بعد مضي السنة حتى لو لم يقبض على المحبوس الهارب، ونفس الحكم ينطبق على المحكوم عليه الهارب بعد صدور الحكم وقبل بدء التنفيذ، أما الزوج الهارب قبل صدور الحكم فلا تستطيع الزوجة رفع دعوى التطليق لحبس الزوج، ولكنها تطالب به بناءً على الغيبة إذا توافرت شروطها، و في كل الأحوال لا يعتبر هروب السجين قاطعاً لمدة السنة، فعند القبض عليه، تحتسب من السنة المدة التي قضاها من العقوبة بالإضافة إلى مدة هروبه فلا تبدأ بالقبض عليه مدة جديدة [٦٢].

ويعلق بعض الشراح على نص م ١٣٠ من قانون الاحوال الشخصية الاردني الملغي التي تطابق م ١٢٥ من القانون النافذ حاليا بخصوص المتهم الهارب اذ إذ تشترط المادة (١٣٠) من القانون أن يكون السجن مقيِّدًا للحرية، ولم تعالج المادَّة مشكلَة المحكوم عليه الهارب، خاصة إذا كان هروبه بعد مرور سنة من تاريخ الحبس وبعد الحكم عليه بالعقوبة المقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر وقبل رفع القضية، وأيضًا إذا كان

هروبه بعد الحكم عليه وبعد مرور سنة من حبسه وأثناء السير في القضية، لم تعالج المادة (١٣٠) هذه المسألة، فلا بد من تدخل المُشرِّع لحسم مثل هذه المسائل [١٣].

ونرى أنَّ الزوج الهارب من السجن إذا ثبت أنه لم يلتق بزوجته يُعامَل معاملة المحبوس، وهروبه لا ينافي شرط تقييد الحرية إذ أنَّه في أي وقت يُضبط فيه يتم إدخاله السجن، ويكون تاريخ دخوله السجن المرة الأولى هو التاريخ الفعلي لحبسه لا المرة الثانية [١٤].ويرى البعض انه إذا هرب الزوج السجين وثبت أنه التقى بزوجته أو ادعى أنه خرج لرفع الضرر عنها فإن هذا موجب لرد القضية إن كانت منظورة، وإنْ دَفعَ الزوجُ الدعوى بذلك فإنَّ الدَّفع في مَحَلّه، وإذا كان قد هرب واختفى وتحقق أنه لم يلتق بزوجته فإن كانت القضية لا زالت منظورة فأرى أن يُستَمَرَّ في نظرها، لأن الهارب إلى جهة مجهولة يقاس على الغائب غيبة المجهول ولأن الحبس في الأصل مقاس على الغيبة، والضرر في كلتا الصورتين واقع على الزوجة [١٥].

عليه فان صدور حكم قضائي صادر من محكمة مختصة قانونا اختصاصا نوعيا و ولائيا يعطي الحق للزوجة بطلب التفريق والحبس حالة غياب فعلي ،والأعم الأغلب أن يكون المحبوس قد حوكم في وطنه، وحبسه تمّ داخل إقليم الدولة التي ينتمي إليها، وليس ذلك بشرط، فيستحق الحبس حتى لو حوكم الزوج خارج وطنه، وحبس في إقليم دولة أخرى، ويكفي العلم بحبسه ولا يشترط لتطبيق النص أن يكون مكان الحبس معلوماً للزوجة كما لا يشترط أن يكون الحبس في البلد التي فيها بيت الزوجية أو خارجها .

ولكن ما الحكم لو ان الزوج لم يصدر بحقه حكما قضائي بعد ، اي انه موقوف على ذمة القضية ومضى على الايقاف مدة طويلة تخشى الزوجة على نفسها الضرر الجنسي وليس لها القدرة على التحمل فهل يحق لها طلب التفريق ؟ ونفس الامر بالنسبة للاستيقاف او القبض ؟

القبض [١٦] يعني الإمساك بالمتهم من قبل المكلف بإلقاء القبض ووضعه تحت تصرفه لفترة قصيرة من الزمن تمهيدا لإحضاره امام سلطة التحقيق لاستجوابه و التصرف بشأنه [١٧]. وهو اجراء احتياطي يتخذ من قبل سلطة التحقيق ضد المتهم لذلك هو يختلف عن الاستيقاف الذي هو اجراء اداري قد يلجا اليه افراد الشرطة او الامن متى ما وجدوا شخصا او مجموعة اشخاص في وضع يدعو الى الريبة و الشك [١٨] ومن ثم عدم شمولها بمفهوم الحكم القضائي ومن ثم لا يحق للزوجة طلب التفريق .

اما التوقيف [١٩] فله تسميات اخرى منها الحبس الاحتياطي او الايقاف التحفظي او الاعتقال التحفظي وكلها تذهب الى نفس المعنى وهي تقييد حرية الشخص لفترة من الزمن ريثما يبت في مصير القضية المتهم بارتكابها [٧٠] ومن ثم عدم شمولها بمفهوم الحكم القضائي ومن ثم لا يحق للزوجة طلب التفريق .

وتساءل بعض الشراح في مصر عن الاعتقال هل يقاس على الحبس ويعتبر مثله سبباً للتفريق وبنفس شروطه ؟ أم أنه لا اجتهاد في موضع النص، فلا يعتبر الاعتقال حبساً في نص المادة (١٤) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ؟

فيرى أن الاعتقال غير الحبس، فالحبس دائماً وإن كان عذراً للغياب، فهو في كل الأحوال عذر غير مشروع ،أما الاعتقال فهو إجراء وقائي ،لا يحكم به القاضي، بل هو من صميم اختصاص سلطات الأمن ، وبينما يكون الحبس دائماً سليماً بحيازته الحجية القانونية، فإن الاعتقال قد يكون بتعسف، وقد يكون لغير سبب، وهو ليس المعنى الذي أراده المشرّع للحبس، و لو كان يريده لصرح به بل إن إيداع الشخص في مكان أمين وفقاً لما تقضي به محكمة القيم، لا يعد من الحبس الذي جعله المشرع سبباً للتطليق [٧١] .

وعموما نفس ما ذكرنا ينطبق على الاشخاص من غير القضاة الذين خولهم القانون حق اصدار الاحكام او قرارات الحجز والتوقيف.

ولكن ما الحكم لو حبس الزوج عن دين منفذ امام دائرة التنفيذ حيث لم يسدد الدين او يعرض التسوية وليس هو بالموظف حيث يمكن قطع خمس راتبه فهل تستطيع الزوجة طلب التفريق للحبس؟

الذي نراه عدم استطاعتها ذلك لان حبس مدني وليس جنائي اضف الى ذلك ان مدة الحبس عموما هي لا تتجاوز الاربعة اشهر الا اذا كان الحبس امتناع عن دفع النفقة وهنا وان استمر الحبس مدة طويلة فلا نرى انه يحق لها ذلك في القانون العراقي لان لها طرق اخر وهو التفريق لعدم الانفاق اذا تحققت شروطها.

عليه فانه يجب أن تكون العقوبة مقيدة للحرية، أي تتضمن عقوبة بدنية بالسجن أو الحبس، فإذا كانت العقوبة بالحبس مع وقف التنفيذ أو الوضع تحت الحراسة، أو الحكم بالغرامة فقط، أو الحرمان من الحقوق السياسية أو عقوبة الإفلاس، فإن هذا الشرط يسقط، و يسقط معه حق الزوجة في طلب التطليق.

الفرع الثاني:نوع الجريمة المحكوم بها ومدتها

سنقسم هذا الفرع على محورين الاول :سنخصصه لنوع الجريمة والثاني نتطرق فيه الى مدة العقوبة.

اولا: نوع الجريمة

لا توجد لدى الفقهاء المسلمين اية اشارة في تحديد ماهية الجريمة التي من اجلها حبس الزوج وعلى اساسه تطلب الزوجة التفريق بسببها التفريق وربما يكمن ذلك حسب اشارتنا السابقة لان الفقه الاسلامي لا يعرف مدلول العقوبات السالبة للحرية مثل التقسيمات التي وضعتها التشريعات الوضعية للجرائم والعقوبات من جنايات او جنحه او مخالفه [٧٢] ما يعني الرجوع الى التشريعات المقارنة بخصوص نوع العقوبة، ومن خلال استقراء النصوص نجد انها اطلق التسمية بالقول عقوبة سالبة الحرية دون تحديد ماهيتها ما يعني انها مطلقة دون تقييد لنوع الجريمة (سرقه ،قتل ،اغتصاب ...الخ) ولا يهم ان تكون عمدية ام غير عمديه من باب الجنايات او الجنح سواء الخطيرة ام العادية ،وسواء اكان فاعلا اصليا ام مساهما .غير ان القانون الاردني قد خرج عما تألفت عليه لتشريعات المقارنة وحدد ماهية الحبس الذي من اجله تطلب الزوجة التفريق بالقول "... جريمة فيها مساس بشرف الاسرة..." عليه فان الواجب توفره حتى تسمع دعوى الزوجة طالبًة التطليق من زوجها أن تكون العقوبة. التي صدر بها حكم على

الزوج شائنة حسب تعبير نص الفقرة الرابعة من المادة (٥٣)، و يقصد بالعقوبة الشائنة الأفعال و السلوكيات التي تنفر منها النفس البشرية، و تشمئز منها، و تخرج عن الأخلاق النبيلة، وتعاكس أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء، فمثل هذه التصرفات تنزل بصاحبها إلى الحضيض الأسفل، بل وتجرده من إنسانيته ومن أمثلة ذلك الشذوذ بمفهومه الواسع، سواءً كان المحكوم عليه فاعلا أخوف ما أخاف عليكم عمل قوم لوط أو مفعولا فيه، كاللواط و العياذ بالله، و قد قال الرسول من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول ، وقال أيضًا : و لعن من فعل فعلهم ثلاثا من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول ، وقال أيضًا: به وكذلك الوقوع مع المحارم في جريمة الزنا، وهي أيضًا تحتل المراتب به [٧٣] ،ويرى بعض رجال القانون ان نص الفقرة الرابعة من المادة ٥٣ التي جاءت كالاتي "الحكم بعقوبة شائنة، مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة ." ... صياغة رديئة حيث وصفت العقوبة بالشائنة و القبيحة، و العقوبة نطق بها القاضي، والنتيجة هي وصف عمل القاضي بالشينة والقبح، وترك العمل القبيح الذي ارتكبه المجرم . ويكون الصواب في التعبير و الصياغة كالاتي(الحكم بعقوبة لمدة أكثر من سنة عن أفعال شائنة)[٧٤] بالإضافة إلى ذلك غموض العبارة- شائنة -فهل تتعلق بجرائم الأخلاق التي هي من النظام العام والآداب العامة، أو يتعلق بالجرائم الواقعة على الأشخاص و الأموال.

وبالرجوع إلى التقرير التكميلي لمشروع قانون الأسرة الجزائري يظهر قصد المشرع من عبارة (شائنه) بانها الأفعال التي تؤدي إلى زعزعة الثقة بين الزوجين، ومن ثم تولد النفور بينهما، فالمعيار موضوعي ومرن، وهذه المرونة تسمح للقاضي أن يدخل فيها ما يشاء من الأفعال ويخرج عن دائرتها ما يشاء. وهذا المعيار الموضوعي يتكون من شرطين، متى اجتمعا كان الفعل المعاقب عليه من الأسباب التي تسمح للزوجة بطلب التطليق و هما [٧٥] تعلق الفعل بالجرائم الأخلاقية ، ومعيار الأخلاق واسع. ب -أن تكون الإدانة متصلة بشرف الأسرة حيث تشعر الزوجة أنها مست بعمق في كرامتها وحرمتها وقيمتها الاجتماعية ، بل تكون نقطة سوداء كبيرة في جبين الأسرة بما في ذلك الأبناء والأقارب [٧٦]. بل ان المشرع الجزائري انفرد عن بقية التشريعات المقارنة باشتراطه أن تكون العقوبة قرينة على استحالة مواصلة العشرة الزوجية الامر الذي اغفلته باقي التشريعات.

ويرى البعض ان السجن مما يسوغ للزوجة طلب التفريق من زوجها بسببه، لا سيما إن كان لتهمة تخل بالشرف والأخلاق أو غير ذلك كأن يُسجن لعجزه عن قضاء دين، لأنه وإن كان مقتضى العلاقة الزوجية أن تقف الزوجة إلى جانب زوجها في محنته، فلا يجوز أن يكون ذلك على حساب تضررها وتعريضها للفتنة [٧٧].

وعموما فعودة على ذي بدا نقول وان كانت الاشارة فيما تقدم بان التقسيمات الجنائية في التشريعات الوضعية للجرائم والعقوبات الا انه لو استعرضنا اقوال فقهاء المذهب الحنبلي بخصوص شروط الغيبة المجوزة للتفريق نجد انهم يشيرون الى انه " وإن لم يكن عذر مانع من الرجوع فإن أحمد وقته بستة أشهر" [٧٨] ما يعني ان ليس كل سجن يبيح

التفريق. فالسجين السياسي لا يجيز يبيح لأنه يعتبر بعذر، بينما من يسجن لأسباب أخلاقية أو نتيجة ارتكاب جريمة عمديه فهذا تعتبر غيبته بغير عذر فيجوز عندهم للزوجة أن تطلب التفريق [٧٩].

ويذهب بعض الشراح الى ضرورة التفرقة بين السجن لسبب سياسي أو عقائدي أو وطني وبين غير ذلك من الأسباب كالجرائم العادية كما فرق بين الغياب لعذر والغياب بدون عذر وذلك لأمرين، الأول: الغرض النبيل الذي لأجله سُجنَ الزوجُ فيجب أن يُعامَل المعاملة التي تليق به، والثانية: احتمال الإفراج عنه غير بعيد [٨٠].

وهنالك من الباحثين من يطلق العنان فيرى أن السجن مما يسوغ للزوجة طلب التفريق من زوجها بسببه، لا سيما إن كان لتهمة تخل بالشرف والأخلاق أو غير ذلك كأن يُسجن لعجزه عن قضاء دين، لأنه وإن كان مقتضى العلاقة الزوجية أن تقف الزوجة إلى جانب زوجها في محنته، فلا يجوز أن يكون ذلك على حساب تضررها وتعريضها للفتنة[٨١].

والذي نراه ان هذا الحق ينبغي ان لا يعطى للزوجة مطلقا بل لابد من تقييده بنوع معين من الجرائم سواء تلك التي تمس امن الدولة الخارجي او الداخلي او الجرائم المخلة بالشرف فلا ينبغي مثلا ان يحكم بالتفريق لهذا السبب في الجرائم غير العمدية او جرائم الاهمال البسيطة او الجرائم السياسية او المتعلقة بالفكر و والعقيدة لأنها من قبيل الغيبة بعذر اذ لا يد للزوج فيها . اما لو وقعت هذه الجريمة على الزوجة مثلا او ابنائها او اهلها فهي ستكون بالطبع مشمولة بحق الزوجة بطلب التفريق للضرر .

ثانيا: مدة العقوبة

اذا ما تأكد القول من ان الحبس الصادر قرار من القاضي (الحاكم) هو المعول عليه في طلب التفريق من قبل الزوجة الا ان التساؤل الذي يثار هنا هل ان مطلق الحبس يجيز طلب التفريق ام لابد من مدة معينة له ؟ واذا ما رجحنا التساؤل الاخير فما مدة العقوبة الازمة لذلك؟

جوابا نقول ان الراجح لدى الفقهاء المسلمين القائلون بالجواز انه لابد من مدة للحبس كي تستطيع الزوجة رفع الامر للقاضي لطلب التفريق الا انهم اختلفوا في هذه المدة على اتجاهات ثلاث :

الاول : حددها بستة اشهر صعودا وهو الراجح لدى الحنابلة حيث جاء في كتبهم" في الغائب: "وإن لم يكن –غائبًا– لعذر مانع من الرجوع فإن أحمد ذهب إلى توقيته بستة اشهر " [٨٢] وجاء ايضا " وإن سافر فوق نصف سنة وطلبته –ولم يقدم – فرق بينهما الحاكم بطلبها)" [٨٣].

واستدل الحنابلة بقولهم هذا عن الاثر فقد روي ان الخليفة الثاني سمع امرأة وهو في الطواف و هي تنشد شعرا مطلعه تطاول هذا الليل واخضل جانبه وأرقني إذ لا خليل ألاعبه : فلولا حذار الله لا شيء مثله لزعزع من هذا السرير جوانبه " فعند سؤالها اخبرته انها فارقت زوجها وهو مقاتل في الجيش منذ اربعة اشهر وقد اشتاقت اليه فدخل الخليفة على ابنته حفصه فقال: إني سائلك عن أمر قد أهمني فافرجيه عني كم تشتاق

المرأة إلى زوجها ؟ فخفضت رأسها فاستحيت ، فقال فإن اللّه لا يستحيي من الحق، فأشارت خمسة أشهر وإلا فستة فكتب عمر ألا تحبس الجيوش فوق ستة أشهر [٨٤].

الثاني: يرى ان الفترة هي سنة فاكثر اما لو كانت اقل من ذلك فلا يحق للزوجة طلب التفريق وهو المعتمد لدى المالكية حيث جاء في فتواهم "أن الراجح والمعتمد في المذهب هو السَّنة" [٨٥] و قولهم "لا يُطلَّق على من ترك الوطء لغيبته إلا إذا طالت مدة الغيبة وذلك كسنة فأكثر،وهو المعتمد" [٨٦] وقوله في الغائب " لكن الغائب لا بد من طول غيبته سنة فأكثر " [٨٧].

الثالث يرى ان المدة التي بها تطلب الزوجة التفريق هي اربعة سنوات وهو المعتمد لدى بعض فقهاء الحنابلة [٨٨] حيث يرون ان "حصول 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 الإيلاء إجماعًا، وعلى هذا فالقول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما مما تعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فراقه كالقول في امرأة المفقود بالإجماع " [٨٩] وعلى هذا فإن زوجة المحبوس بناء على قول ابن تيمية تتربص أربع سنين، فإن لم يخرج المحبوس فرّق القاضي بينها وبين زوجها [٩٠] .

ولكن في الفقه الاسلامي يمكن القول انه لا حد لأدنى مدة الحبس، وقد ورد أن النبي (ص)، حبس رجلا في تهمة ساعة من نهار ثم خلى سبيله [٩١] أما أكثره فيرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم حتى ينكشف حال المتهم، وقد نسب ابن تيمية هذا القول إلى مالك وأصحابه، وأحمد ومحققي أصحابه ،وأصحاب أبي حنيفة.

ونص المالكية على أنه لا يطال سجن مجهول الحال، والحبس الطويل عندهم ما زاد على سنة، وقال بعض الفقهاء: إن أكثر مدة يحبس فيها المتهم المجهول الحال يوم واحد. وحددها قوم بيومين وثلاثة، وأجاز آخرون بلوغها شهرا. أما المتهم المعروف بالفجور والفساد فأكثر مدة حبسه بحسب ما يقتضيه ظهور حاله والكشف عنه ولو حبس حتى الموت، وهذا هو الظاهر في مذاهب جمهور الفقهاء [٩٢].

ولو رجعنا الى موقف التشريعات المقارنة نجد ان الغالب منها حدد المدة للعقوبة السالبة للحرية بثلاثة سنوات فاكثر ما يعني انها اختطت موقفا وسطا بين المذهب المالكي الذي يجيز التفريق للحبس ان زاد الاخير عن السنة او وافقها وبين مذهب بعض الحنابلة الذين حددوه بأربعة سنين فاكثر وهو اتجاه القانون العراقي والاردني والمصري اما القانون السوري وان كان لم يخرج عن التوصيف المتقدم من الاتجاهات الفقهية الا انه خرج عن الاتجاه الغالب للتشريعات المتقدمة انه اشترط ان تكون مدة العقوبة اكثر من ثلاث سنوات فان كانت ثلاثة او اقل فلا يحق للزوجة طلب التفريق بخلاف التشريعات الثلاثة ،اما المشرع الجزائري فانه ام يحدد مدة معينة للعقوبة وانما اطلق العنان ما يعني ان الجرائم المشمولة بالتفريق والتي اوضحناها سابقا تعطي الزوجة الحق أياً كان مقدارها لان المطلق يجري على اطلاقه وان كنت لا اتفق مع المشرع الجزائري في هذا المسلك لان التفريق فيه من الاضرار ما قد يفوق الاضرار التي لحقت على الزوجة جراء الجرائم المشينة وقد تطول هذه الاضرار الاولاد بل وحتى المجتمع لاحقا وقد تكون هذه العقوبة

لتلك الجرائم قصيرة جدا ما يعني ضرورة جعل المدة معقولة ومقبولة وكقريناتها التشريعات المقارنة من ثلاث سنوات فاكثر[٩٣].

ويذهب احد الباحثين في بيان التطرق الى موقف المشرع الجزائري انتقاده للنص وضرورة هذه المادة بما يتناسب مع زوجة الأسير والمعتقل، وذلك بجعل المدة التي يجوز لزوجة المحبوس طلب التفريق بعدها سنتين [٩٤] .

الا ان هذه التشريعات وان وضعت في الغالب سقف اعلى للعقوبة الا انها ايضا وضعت في الغالب منها مدة دنيا لتنفيذ هذه العقوبة ببلوغها يحق للزوجة رفع دعوى التفريق وهذه المدة هي سنة من تنفيذ هذه العقوبة وهو اتجاه القانون المصري والسوري والاردني بينما اغفل المشرع العراقي هذا الشرط ما يعني انه وفقا للقانون العراقي فان مجرد صدور حكم قطعي بالعقوبة مدة ثلاثة سنوات فاكثر يعطي الحق للزوجة بطلب التفريق حتى لو مضى شهرا على العقوبة وهو موقف غير محمود من المشرع اذ كان لابد من حذا حذو باقي التشريعات الاخرى وتقييد حق طلب التفريق بمرور سنة على تنفيذ العقوبة [٩٥] . لذا نرى ضرورة تعديل نص م٤٣ اولا ف١ من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ بالصيغة الاتية "١- اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة الحرية مدة ثلاث سنوات فاكثر . ومرت سنة كاملة على تنفيذها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه ".

عليه يجب أن تكون العقوبة المقيدة للحرية لمدة أكثر من سنة، فلا يجوز للزوجة طلب التطليق إذا كانت العقوبة إحدى عشر شهرًا لعدم اكتمال النصاب القانوني الزمني المطلوب، سواءً كان الحبس المحكوم به منفذا أو موقوف التنفيذ، وحتى و لو توفرت الشروط الأخرى، فالسنة وأكثر شرط، و أن تكون حبسًا نافذًا، حتى يتحقق شرط تقييد الحرية، ومن ثم حدوث تضرر الزوجة بغياب زوجها عنها، مع الملاحظ أن احتساب مدة السنة يكون من تاريخ حبس الزوج أي تقييد حريته [٩٦]..

واخيرا لابد من التنويه الى ان حق الزوجة بطلب التفريق وفق موقف التشريعات اعلاه ،سواء التي اشترطت مرور سنه على الحبس ام التي لم تشترط ذلك فانه يبدا ،براينا وما هو ظاهر من دلالة وعبارة النص ، من وقت الحبس لا من وقت التوقيف وهذا يعني ان الزوج لو تم توقيفه يوم ٢٠١٥/١/١ وصدر حكم بحقه بالحبس لمدة ثلاث سنوات يوم ٢٠١٦/١/٢ فان الزوجة لها الحق بطلب التفريق في ٢٠١٧/١/٢على راي القانون المصري والسوري و الجزائري والاردني ومن وافقهم وعند اكتساب الدرجة القطعية في القانون العراقي ومن تاريخ الاعتقال او الحبس ايهما اقرب عند القانون المغربي. لكن لو قلنا ان الحكم صدر بعد سنتين من التوقيف فهنا يعن ان الزوجة لها الحق بطلب التفريق وقت خروج الزوج او ربما ان الزوج سيخرج بالإفراج الشرطي قبل هذه المدة ومن ثم تفوت على الزوجة فرصة طلب التفريق من زوجها. لذ نقترح الاشارة في القانون العراقي والتشريعات المقارنة الى ان المدة المشار اليها في القوانين محل المقارنة الى ان المدة التي يحق للزوجة رفع دعوى التفريق للحبس من لحظة التوقيف لا من وقت الحكم.

المبحث الثالث:احكام دعوى التفريق للحبس

ان مجرد تحقق شروط التفريق للحبس لا يعني تحقق الفرقة تلقائيا بل لابد من اقامة دعوى بذلك ولابد من صدور قرار حكم وما يرافق ذلك من اجراءات التقاضي واثبات الدعوى والامر لا ينتهي بصدور حكم بالتفريق بل ان هنالك اثار من حيث النفقة والعدة والمهر .

عليه فأننا سنقسم هذا المبحث على مطلبين:الاول لبيان الشروط الشكلية لدعوى التفريق للحبس

و الثاني لبيان اثار دعوى التفريق للحبس.

المطلب الاول:الشروط الشكلية لدعوى التفريق للحبس

ان البحث في الشروط الشكلية يتطلب منا تقسيم هذا المطلب على فرعين: الاول لبيان اطراف دعوى التفريق للحبس، و الثاني لبيان اجراءات دعوى التفريق للحبس .

الفرع الاول:اطراف دعوى التفريق للحبس

اولا: المدعي

سبق وان اوضحنا بان حق التفريق للحبس قد شرع للزوجة فقط ما يعني ان المدعي في دعوى التفريق للحبس لا يمكن تصوره الا الزوجة فقط والتي لابد من توافر الشروط القانونية و الشرعية لها منها ان تتمتع بالأهلية القانونية وهي في التشريع العراقي البلوغ والعقل [٩٧] ومن ثم فان سن البلوغ هو اكمال الثامنة عشر من العمر [٩٨] الا ان مسالة بلوغ السن القانونية امرا محققا هنا بالنسبة للزوجة التي اكمل السن القانوني للبلوغ اما اذا كانت دونه فهل يحق لها رفع دعوى التفريق بموجب قانون المرافعات الذي اشترط الاهلية الكاملة ؟

بدا لابد من القول من اننا سبق وان اشرنا لأحكام قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ حيث نصت م (٣/ اولاً) منه على ان" الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشرة من العمر، ويعتبر من اكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الاهلية "، ما يعني من لم تبلغ سن الثامنة عشر وتزوجت بإذن المحكمة تعتبر بالغة ولها الحق بإقامة دعوى التفريق دون حاجة لاذن من احد ولكن السؤال الذي يثار هنا ما الحكم لو تزوجت وهي لم تبلغ الثامنة عشرة من العمر دون اذن المحكمة ولم تقم بتصديق دعوى الزواج وحبس زوجها فهل يحق لها رفع الدوى مباشرة استنادا لقانون رعاية القاصرين ام لا ؟

جوابا نقول ان مفهوم المخالفة للنص المتقدم يوحي لنا القول بانها تعتبر قاصرا وغير بالغة طالما ان العقد اجري خارج المحكمة وان اكملت الخامسة عشر ومن ثم لا يحق لها اقامة هذه الدوى والامر محل اشكال ايضا لو كان عمرها دون الخامسة عشر فهي وان صدقت دعواها امام القاضي ام لا فلا ينطبق عليها النص اضف الى ذلك انها لم تصدق زواجها بعد ومن ثم تحتاج الى اقامة دعوى تصديق زواج اولا ومن ثم ان كانت بالغة سن الثامنة عشر اقامتها اصالة عن نفسها وان كانت دونه فنرى انها تعتبر قاصرا بحكم المادة اعلاه وان ذهبت العديد من المحاكم لاعتبارها بالغة سن الرشد الا اني ارى ان النص

ينطبق على عقود الزواج التي تجري لمن اكمل الخامسة عشر من العمر من قبل القاضي لا من تتزوج خارج المحكمة ودون اذنه ومن ثم تقيم دعوى تصديق الزواج .

وعموما فالقول بان الزوجة البالغة لها الحق بإقامة الدعوى بنفسها او توكيل غيرها لإقامتها سواء اكان هذا الغير هو محام ام قريب من الدرجة الاولى والثانية [٩٩] اجاز القانون له الترافع استثناءا من احكام قانون المحاماة [١٠٠] .

ولكن ما الحكم لو كانت الزوجة محجورا عليها لسفه او دينا او عاهة عقلية (جنون- عته- غفله) فهل يحق لها اقامة هذه الدعوى ؟

بدا فالقول بان الزوجة مجنونة ام معتوه فأنها تعد بحكم القانون محجورا عليها ولا يحق لها اقامة الدعوى ومن ثم فان اقامة مثل هذه الدعاوى يكون من قبل الولي او الوصي او القيم حسب الاحوال بعد ادخال مديرية رعاية القاصرين المختصة طرفا او شخصا ثالثا في الدعوى . ونفس الامر لمن يحجر عليها لسفه فأنها لا تستطيع اقامة مثل هذه الدعوى .

اما المحجور عليها لدين مدني فنرى انها تستطيع اقامة الدعوى بنفسها او عن طريق وكيلها (محام – قريب) لان هذا الحجر لا يتعلق بالأهلية القانونية بل حفاظا لحقوق الدائنين ونفس الامر بالمريض مرض الموت .

وقد يثار تساؤلا اخر مالحكم لو كانت الزوجة هي ايضا محبوسة فهل يحق لها اقامة مثل هذه الدعوى ام لا ؟

رغم ان مثل هذا الشرط لم يرد في التشريعات المقارنة الا ان الامر لا يخلو من القول بان هذا الشرط بديهي كما هو الحال بالنسبة لطلب الزوجة التفريق للعيب او العلل في زوجها حيث اشترط عدم اصابتها بعيب او علة تمنع من معاشرتها ونفس الامر نراه هنا اذ لابد من القول بان الزوجة يجب ان لا تكون محكوم عليها سواء اكانت مدة العقوبة اقل من ثلاث سنوات ام اكثر وان كنا نرى ان لها الحق بطلب التفريق بعد خروجها شرط ان يكون الزوج لازال محكوما عليه لمدة تطول عن الثلاث سنوات من وقت خروج الزوجة مهما كانت طبيعة هذا الحبس جنائيا ام مدنيا [١٠١]. بل ارى ان هذا المنع يسرى من وقت التوقيف او الحجز لا من وقت التنفيذ . علما ان القانون السوري اشار في المادة (٢٠٦) من قانون الاحوال الشخصية انه " إذا كانت الزوجة مسجونة، أو غائبة فخرجت فتبدأ السنة من تاريخ خروجها من السجن أو رجوعها " .

ثانيا : المدعى عليه

ان المدعى عليه في دعوى التفريق للحبس بالطبع سيكون هو الزوج المحبوس ونفس ما اشرنا اليه من شروط متعلقة بالمدعية (الزوجة) ينبغي انطباقها على (المدعى عليه) الزوج بخصوص الدعوى من اهلية وعقل فان كان الزوج المحكوم نزيلا حدثا [١٠٢] فلا يجوز اقامة الدعوى عليه مباشرة ان كان زواجه واقعا خارج المحكمة دون اذن القاضي سواء اكان مصدقا من المحكمة فيما بعد ام غير مصدق اما كون الزوج مجنونا ام معتوها فلا يمكن تصور ان يكون محبوسا او مودعا في السجون لانهما من موانع المسؤولية الجنائية[١٠٣].

ولكن السؤال الذي يتبادر الى الذهن هل ان المسجون يستطيع المباشرة بنفسه بالترافع في الدعوى المقامة ضده ام لابد من توكيل غيره للترافع ؟ ثم هل ان المحبوس ذو اهلية للترافع واقامة الدعوى من قبله او عليه ام انه محجورا عليه ومن ثم لابد من اقامتها على وليه ام وصيه ام القيم عليه ؟

بخصوص الشق الاول من السؤال فان كان الزوج ذا اهلية وعقل فلا مانع من اقامة العدوى من قبله او عليه فيستطيع تقديم طلب الى ادارة السجن لتسهيل امر ذهابه للمحكمة في اليوم المحدد للمرافعة وبعد استحصال الموافقات الاصولية يمكنه الذهاب برفقة الحراس وتامين عودته الى السجن كما بإمكان هذا الزوج توكيل محام عنه او احد اقاربه الى الدرجة الثانية كما اوضحنا بخصوص الزوجة والى ذلك ذهب القضاء العراقي الى القول بان" الحكم على الزوج بالسجن المؤبد لا يفقده اهلية الخصومة في القضايا الشخصية البحتة وعلى المحكمة تبليغه في يوم المرافعة والاشعار الى ادارة السجن لتامين احضاره في يوم المرافعة ولا يصح قيام المحكمة بنصب قيم مؤقت عليه للخصومة " [١٠٤] .كما ذهبت الى انه " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم الصادر في الدعوى غير صحيح ومخالف للقانون...لان محكمة الموضوع قبلت خصومة (المدعى عليه/مدير رعاية القاصرين/اضافة لوظيفته)رغم انه لا يصلح خصما لذلك ...لان الحكم على زوج المدعية بالسجن مدى الحياة لا يفقده الاهلية القانونية فيما يتعلق بحقوقه الشخصية البحتة... وان م ٩٧ من قانون العقوبات لا تسري على هذه الحقوق اذ انها تنص على ما يلي "....." لذا فان خصومة المدعى عليه / اضافة لوظيفته في الدعوى غير متوجهة ويقتضي اقامتها عليه شخصيا ...لذا قرر نقض الحكم ..."[١٠٥]

. اما لو كان هذا الزوج حدثا وان زواجه جرى خارج المحكمة وان صدق فيما بعد فنرى انه وفقا لنص م (٣) من قانون رعاية القاصرين فانه يعد غير بالغ سن الرشد ومن ثم لا يصح اقامة العدوى عليه اصالة والا ردت الدعوى لعدم توجه الخصومة وانما تقام على وليه او وصيه والا فينصب وصي او قيم عليه لأغراض الخصومة.

وعموما فان حق الخصومة في دعاوى التفريق تعود للسجين نفسه او وكيله وليس للقيم الذي نصب [١٠٦]. كما انه اذا حكم على الزوج بالحبس لمدة ثلاث سنوات ثم اعفي من العقوبة بعد قضائه سنة واحدة منها وحضر المرافعة بنفسه وهو طليق فليس للزوجة الحق بطلب التفريق بسبب الحبس [١٠٧] .

اما بخصوص الشق الثاني من السؤال يمكن القول بان الحكم بعقوبة سالبة للحرية لا يمنع من الترافع ذلك لان كل حكم صادر بالحكم بالسجن المؤبد او المؤقت يستتبعه بحكم القانون من يوم صدوره إلى تاريخ انتهاء تنفيذ العقوبة او انقضائها لأي سبب آخر حرمان المحكوم عليه من ادارة أمواله او التصرف فيها بغير الإيصاء والوقف إلا بإذن من محكمة الأحوال الشخصية او محكمة المواد الشخصية، حسب الأحوال، التي يقع ضمن منطقته [١٠٨] وعليه فان هذا الحظر لا يشمل اجراءات الترافع بل يشمل التصرف القانوني والاعمال المادية .ما عدا الايصاء والوقف.

الفرع الثاني :مستلزمات دعوى التفريق للحبس

ان البحث في هذا الفرع يتطلب تقسيمه على فقرتين :الاولى اجراءات دعوى التفريق للحبس، و

الثانية اثبات الدعوى وسلطة القاضي بالحكم.

اولا: اجراءات دعوى التفريق للحبس

تختص محاكم الاحوال الشخصية في العراق [١٠٩] اختصاصا نوعيا بنظر دعاوى التفريق [١١٠] اما الاختصاص المكاني فأجاز ال قانون للزوجة رفع الدعوى اما امام محل اقامة المدعى عليه او محل ابرام العقد او المكان الذي نشأ فيه سبب الخلاف ايهما شاءت ولكن هذا لا يمنع من اقامتها لدى محكمة شرعية في مكان اخر غيرها طالما ان الاختصاص المكاني لا يعد من النظام العام ولابد للخصوم ابداء هذا الدفع قبل الدخول بأساس الدعوى [١١١] .

ولابد من الاشارة الى مسالة التبليغ وتحديدا الزوج المحبوس ونرى انه لا يجوز ان يبلغ عنه ذويه او من هو كان ساكن معه قبل الحبس ل وان يتم تبليغه شخصيا في دائرة السجن التي يتم تنفيذ الحكم فيها بعد تأييد مدير الدائرة بمحكوميته وكونه نزلا عنده ولا يهم بعد ذلك ان وقع المحبوس على ورقة التبليغ او امتنع فيتم تأشير الامتناع على الورقة من قبل القائم بالتبليغ [١١٢]ولكن لو تبين ان المحبوس قد هرب بعد ايداعه السجن ولو بساعات فنرى انه لا مانع من قبول الدعوى [١١٣] ولكن يجري تبليغه حسب الاصول المرعية [١١٤].

مع ملاحظة ان الزوج لو كان محبوسا خارج دولة الزوجة [١١٥] فيجب ان تراعى الاصول القانونية في التبليغ من حيث الالية او الموعد [١١٦] ويترتب على التبليغ الصحيح السير بإجراءات الدعوى ان قرار الحكم مع حضور الزوج المحكوم يكون حضوريا وبخلافه يكون غيابيا والفرق واضح في ان طريق الطعن بالقرار في الحالة الاولى لا يكون الا الطعن تميزا في القانون العراقي بينما يكون قابلا للطعن عن طريق الاعتراض على الحكم الغيابي والتمييز في هذا القانون.

وتفرض بعض التشريعات المقارنة على القاضي الذي ينظر الدعوى عرض الصلح على الزوجين قبل البت في دعوى التفريق للحبس[١١٧] بخلاف القانون العراقي الذي لم يشترط اجراء التحكيم او الصلح بين الزوجين في دعوى التفريق وفق م٤٣ من قانون الاحوال الشخصية [١١٨].

ويلاحظ على المحكمة انها يجب ان تتحقق من وجود عقد زواج بين المتداعين وانه لايزال باق ومن ثم تبحث بطلب الزوجة واثباته على نحو ما سنبحثه .

ثانيا: اثبات الدعوى وسلطة القاضي

١- اثبات الدعوى:

بدا لابد من الاشارة الى ان محكمة الموضوع تتقيد بالطلبات الواردة في عريضة الدعوى ومن ثم لا يجوز الخروج عنها او تبديلها في ذات العريضة الا في الاحوال التي يجيزها القانون والا اعتبر تغيرا جوهريا يلزم رد الدعوى ، ومن ثم فان الزوج التي تقيم دعوى التفريق للضرر

وفق م ٤٠ فلا يجوز للقاضي الحكم بتفريقها وفق م ٤٣ بزعم صدور حكم بإدانة الزوج لضربه زوجته ان لم تذكر ذلك في عريضة الدعوى والى ذلك ذهب القضاء العراقي بالقول "ان المدعية طلبت التف ريق من زوجها المدعى عليه للخلاف والضرر في حين ان المحكمة نظرت الدعوى على اساس انها مقامة بطلب التفريق وفق م ٤٣/ اولا /١ من قانون الاحوال الشخصية التي اعطت الحق للزوجة طلب التفريق اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فاكثر وحيث ان المحكمة مقيده بطلب المدعية بعد ان تكلف وكيل المدعية بحصر طلبها بإحدى السببين [١١٩].

اذا ما اقيمت دعوى التفريق للحبس فلا شك انه وجب على الزوجة بصفتها مدعية يقع على عاتقها اثبات الادعاء ، لو رجعنا الى المادة (٤٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه " يجوز اثبات اسباب التفريق بكافة وسائل الاثبات بما في ذلك الشهادات الواردة على السماع إذا كانت متواترة ويعود تقديرها إلى المحكمة وذلك باستثناء الحالات التي حدد القانون وسائل معينة لإثباتها ." فهل يجوز اثبات هذه الدعوى بكل طرق الاثبات ام لابد من طريقة محددة ؟

جوابا نقول ان واقعة حبس الزوج باعتبارها واقعة قانونية لابد من اثباتها عن طريق الكتابة ومن جهة رسمية فقط ومن ثم نرى عدم جواز اثباتها عن طريق الاقرار او الشهادة حيث ان المحكمة بعد اجراء المرافعة سواء الحضورية ام الغيابية عليها جلب اضبارة الشكوى التي ادين بها الزوج وحبس على اساسها حيث ان على الزوجة حين اقامة الدعوى ذكر رقم القرار و تأريخه وجهة اصداره مع ارفاق صورة من مقتبس الحكم ان امكن والا خاطبت المحكمة جهة الاصدار لإرسال المقتبس اليها وذلك للتأكد من صحة الادعاء واكتساب الحكم الدرجة القطعية بل ومخاطبة دائرة السجن المودع فيها الزوج للتحقق من ايداعه وتنفيذ الحبس بحقه لكن المسالة تتعقد على القاضي الذي ينظر الدعوى في حالة كون الزوج محكوم عليه لدى دولة اخرى غير دولة بلدة ولم تقدم الزوجة ما يؤيد الحبس او التنفيذ فهنا عليه مفاتحة تلك الدولة وفق قنوات المخاطبة الاصولية وقد يستغرق ذلك وقتا وجهدا ومالا وكذلك مسالة تامين حضوره وقد ينهي الزوج مدة محكوميته والدعوى لما تحسم بعد، اضف الى ذلك ضرورة استماع المحكمة لراي المدعى عليه او دفوعه من باب استكمال التحقيقات واعطاء المجال له للدفاع عن نفسه وبيان رغبته بالإبقاء على الحياة الزوجية او عدم ممانعته لطلب الزوجة بالتفريق مع ملاحظة ان راي الزوج بالقبول او الرفض لطلب التفريق له تأثير على التفريق طالما ان الشروط متوافرة .لكن قد يقنع القاضي الزوج ايقاع الطلاق على زوجته في محضر الجلسة ومن ثم ينهي النزاع سلميا ويقلب دعوى التفريق بدعوى الطلاق او تصديقه .

عليه فان على المحكمة الاطلاع على بالحكم لغرض التحقق من ثلاثة امور هي ان يكون هنالك عقوبة بالحبس اولا وان تكون مدة العقوبة ثلاثة سنوات فاكثر ثانيا وان يكون الحكم قطعيا ثالثا اضافة الى ضرورة مفاتحة دائرة السجن للتحقق من ان مضي على تنفيذ العقوبة بحقه سنة على راي التشريعات المقارنة الاخرى عدا التشريع العراقي الذي لم يشترط ذلك وانما اكتفى بالشروط الثلاثة فقط .

ولكن هنالك بعض الامور التي قد تطرا على هذه الدعوى وتؤثر على مسالة السير بهد منها وفاة احد الزوجين او الزوج فهنا تنتفي المصلحة من اقامة الدعوى لانتهاء الرابطة الزوجية بعد انتهاء العدة ، ومنها صدور عفو عن الزوج او الافراج الشرطي عنه كل هذه الامور ستؤدي الى رد الدعوى.

٢- سلطة القاضي وطرق الطعن بالحكم الصادر

ان المطلع على مضمون النصوص للتشريعات المقارنة يتضح له ان القاضي لا يتمتع باي سلطة تقديرية بخصوص تقرير مصير دعوى وانما عليه بعد التحقق من شروط الدعوى وحسب الاصول المرعية اعلاه وبالطلب من قبل الزوجة ان يحكم بالتفريق وليس عليه الامتناع عن ذلك بحجة ان العقوبة قصيرة وان ما بقي على تنفيذها قليل او ان الزوج المحكوم عليه هو برايه غير مذنب او ضحية مؤامرة او ان بين الزوجين عدد من الاطفال الى غير ذلك من المسائل و الا عد ممتنع عن احقاق الحق اضافة الى ان حكمه سيكون عرضه للنقض من قبل المحاكم العليا عند الطعن به من قبل الزوجة اضافة لمسالة [١٢٠]. لكن لو وجد ان الحكم غير قطعي مثلا او لم تمضي على الحبس المدة التي اشترطتها بعض التشريعات فان عليه رد الدعوى وان جاز في الحالة الاولى (عدم القطعية) اعتبار الدعوى المقامة مستأخرة لحين بيان مصير الطعن او ثبوت قطعية الحكم. علما ان هذه المسائل تكون خاضعة لرقابة وتدقيق محكمة التمييز (الاستئناف / المحكمة العليا) حسب التشريعات.

عليه فيمكن تلخيص سلطة القاضي في هذه الدعوى بعد استكمال التحقيقات بالقرارات الاتية

١- الحكم بالتفريق بين الزوجين عند ثبوت الشروط القانونية اعلاه وطلب الزوجة التفريق.

٢- الحكم برد الدعوى عند تخلف احد الشروط القانونية للتفريق او عند الافراج عن زوجها قبل صدور الحكم كما اشار الى ذلك صراحة المشرع الاردني بالقول "... فإذا أفرج عنه قبل صدور حكم الفسخ يرد الطلب" [١٢١].

٣- الحكم بإبطال عريضة الدعوى عند تأجيل الدعوى لعدة مرات لنفس السبب كان تكلف المحكمة الزوجة بمتابعة جلب الدعوى او ابراز عقد الزواج او قرار الحكم او اثبات دفع ما في الدعوى وتتمادى بذلك عدة جلسات . وكذلك يحث الابطال بناء على طلب الزوجة او ترك الدعوى للمراجعة وعدم مراجعتها المدة المقررة قانونا.

وعموما فان طريق الطعن في الاحوال الثلاثة اعلاه في التشريع العراقي هو التميز امام محكمة تميز العراق [١٢٢] خلال مدة ثلاثون يوما من اليوم التالي لصدور قرار الحكم في الحالتين (١-٢) اعلاه وخلال مدة سبعة ايام في الحالة (٣) اعلاه . وعموما فان قضايا التفريق في القانون العراقي غير مشمولة بالتميز التلقائي بعد صدور قانون التعديل لقانون المرافعات بينما هي كذلك في القانون المصري [١٢٣].

المطلب الثاني: اثار دعوى التفريق للحبس

ان البحث في هذا المطلب يتطلب منا تقسيمه على فرعين: الاول لبيان نوع الفرقة الحاصلة والتزام العدة، والثاني لبيان حقوق الزوجة المفرق عنها .

الفرع الاول: نوع الفرقة الحاصلة والتزام العدة

واذا ما قلنا بان القاضي حكم بالتفريق بين الزوجين لحبس الزوج فما هي نوع هذه الفرقة هل هي فسخ ام تفريق ؟ وما العدة التي تلتزم بها الزوج ؟

جوابا نقول ان الاتجاه القائل بجواز التفريق لحبس الزوج لم يكن على وتيرة واحدة في تحديد نوع الفرقة الحاصلة للحبس فالتطليق للضرر الناتج عن الغياب هو فسخ عند الحنابلة، أما المالكية فجعلوه طلاقًا بائنا [١٢٤] وواضح الفرق بين الاثنين .

ويلاحظ على التشريعات المقارنة ان منها من نهج اتجاه الحنابلة واعتبر التفريق هو طلاقا بائنا وهو اتجاه المشرع العراقي[١٢٥] والجزائري [١٢٦] والمصري [١٢٧] ومنها من اعتبره فسخا عملا بمذهب المالكية كالمشرع الاردني[١٢٨] واليمني [١٢٩] ، وقد اختار المشرع السوري أن يكون الطلاق رجعياً، وهو ما أيّده جانب من الفقه، بدعوى أن تضرر الزوجة من حبس زوجها يرتفع بعودته ، فإذا أفرج عنه قبل انتهاء العدة فمن الأوفق أن يكون له الحق في مراجعتها [١٣٠].

وعموما فان كانت الفرقة فسخا ام طلاقا بائنا فتثار مسالة العدة على الزوجة المفرق عنها فما هي نوع عدتها ؟

بدا لابد من بيان ان الْعِدَّة فيُ اللغةٍ مصدر من عَدٌّ، والعَدٌّ :الاحصاء ،والاسم العَدَدُ والعَديدُ ،و بالكسر :الماء الجاري الذي له مادة لا تنقطع ،كماء العين ،والكثرة في الشيء...والعَديدُ: الند والقرن ،كالعِد والعِداد بكسرهما . والعَديدةُ: الحصة، والأيام المعَدوداتُ: ايام التشريق، وعِدةُ كتب، أي جماعة ،و عِدةُ المرأة: ايام اقرائها وأيام حدادها على الزوج [١٣١].

إما اصطلاحاً فقد عرفها الامامية بأنها "مدة تتربص فيها الْمَرأة لِتَّعرِفَ بَرَاءَة رَحِمِهَا مِن الْحَمل أَو تعَبداً " [١٣٢].عرفها الزيدية "العدة في الشَّرْع اسْمُ المدة تَتَرَبّصُ فِيهَا الْمَرأَة وَلَا يَحِل نِكَاحهَا إِلَّا بعدَ انْقضَائِهَا " [١٣٣]وعرفها الاحناف بأنها" اسم لأجل ضرب لانقضاء ما بقي من اثار النكاح " [١٣٤].وعرفها المالكية بأنها "مدة يُمتنع فيها الزواج بسبب طلاق المرأة او موت الزوج وفسخ النكاح" [١٣٥].وعرفها الشافعية بانها " اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها او للتعبد او لتفجعها على زوجها "[١٣٦].وعرفها الحنابلة بأنها" التربص المحدد شرعاً والمراد به المدة التي ضربها الشرع للمرأة فلا يحل لها التزوج فيها بسبب طلاقها او موت زوجها "[١٣٧].

بدا لابد من الاشارة الى ان حق التفريق للحبس لا يشترط فيه ان يكون الزوج سبق له ان دخل بزوجته بل يمكن ان يكون من غير دخول وان كان الامر نادرا الا في حالة العقد على الزوجة والحكم على الزوج قبل الزفاف والدخول وان كان للزوجة حق التطليق منه لسبب اخر [١٣٨] .

وعموما فان التفريق ان وقع قبل الدخول فسواء اكان فسخا ام تفريق فانه لا عدة على الزوجة حتى وان توفى الزوج بعد صدور الحكم بيوم واحد .

اما لو وقع بعد الدخول فان على الزوجة العدة سواء اكانت بالقروء ام بالأشهر حسب الاحوال . لكن لو كانت الزوجة حاملا فعدتها ان تضع حملها.

وقد اشار قانون الاحوال الشخصية العراقي في م(٤٧) منه الى القول بانه" تجب العدة على الزوجة في الحالتين الآتيتين: ١- إذا وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بعد الدخول سواء كانت عن طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى أو كبرى أو تفريق أو متاركة أو فسخ أو خيار بلوغ ."[١٣٩] وقد اشارت م(٤٩) منه الى ان "تبتدئ العدة فورا بعد الطلاق أو التفريق أو الموت ولو لم تعلم المرأة بالطلاق أو الموت " وهو قريب من موقف التشريعات المقارنة [١٤٠] .

ويترتب على الطلاق البائن بنوعيه الإحكام الاتية :

١-لايحق للمطلق إرجاع مطلقته إلا بعقد جديد في البينونة الصغرى وبعد إن تتزوج من أخر وتنتهي الزوجية بوفاة أو طلاق وتنقضي العدة بالنسبة للبينونة الكبرى.

٢- يحل مؤجل المهر إذا لم يحن اجله بعد.

٣- لا يجوز مراجعة المطلقة برضاها أو بدونه إلا بعقد جديد يتراضى عليه الطرفان.

٤- لا توارث بين الزوج و مطلقته.

الفرع الثاني : حقوق الزوجة المفرق عنها (نفقة – مهر- حضانة)

اذا ما قلنا بان الزوجة هي التي اقامت الدعوى وطلبت التفريق فهل تستحق حقوقها الزوجية المالية وغير المالية سواء ما تعلق منها بالمهر المؤجل او نفقه العدة او ما تعلق منها بالحضانة على الاولاد واستحقاق الاجرة عليها ؟

عليه فأننا سنتطرق في هذا الفرع ثلاثة جوانب الاول : استحقاق المهر والثاني استحقاق نفقة العدة والنفقات الماضية وثالثا الحق بحضانة الاولاد والاجرة عليها.

اولا: استحقاق المهر:

يعرف المهر[١٤١] لغةٍ المهر صَدَاق الْمَرأَةِ وَالْجَمعُ مهورَة مِثْل بَعلٍ وَبُعولَةٍ وَفَحلٍ وفُحولَةٍ وَ نهِيَ عَن مَهرِ الْبَغِيِّ أي عَن أُجرَةِ الفَاجِرَةِ وَمهَرت المَرأَةَ مَهرًا من بَابِ نَفَعَ أَعْطَيتهَا المَهرَ وَ أمهَرتهَا بِالْأَلِفِ كَذَلِكَ وَالثُّلَاثِي لغَةٌ تَمِيمٍ وَهِيَ أَكثَر استِعْمَالًا وَمِنهُم مَن يَقول مَهَرتهَا إِذَا أَعطَيتَهَا المَهرَ أو قَطَعتَه لَهَا فَهِيَ مَمهورَة وَ أمهَرتهَا بِالْأَلِفِ إِذَا زَوَجْتَهَا مِن رَجُلٍ عَلَى مَهْرٍ فَهِيَ مهَرَة فَعَلَى هَذَا يَكُونُ مَهَرتُ وَأمهَرتُ لِاختِلَافِ مَعْنَيَين [١٤٢]. إما اصطلاحاً فلا يوجد تعريف مباشر له من قبل الفقهاء المسلمين إلا إنه يمكن استنتاج تعريف للمهر لديهم بأنه المال الذي يدفعه الزوج لزوجته عند العقد عليها او بالدخول بها [١٤٣].وهو اتجاه التشريعات المقارنة [١٤٤].

والمهر حق للمرأة إما بالزواج الصحيح او الوطء بزواج فاسد او شبهة فالأول لا يشترط الدخول لاستحقاقه في حالة وفاة احد الزوجين بل هو لازما لتمامه بالفرقة فلو وقعت قبل الدخول استحقته نصف المهر المسمى او المثل [١٤٥] إما لو وقع بعده استحقته كاملاً.

واذا كان الفقهاء المسلمون الذين قالوا بجواز التفريق للحبس قد سكتوا عن الاشارة للمهر الا ان الامر لا يعني الا تطبيق الاحكام العامة في استحقاق المهر وهي التي لم تخرج عنها التشريعات المقارنة مع بعض الاختلافات .

فاذا ما وقع التفريق قبل الدخول فأنها تستحق نصف المهر ان كان مسمى وان لم يسمى فتستحق المتعة [١٤٦] وان وقع التفريق بعد الدخول فلها كامل مهرها لان القصور ليس منها اضافة الى الجواز الذي اعطاها القانون لها بل اضاف البعض استحقاق الزوجة للمهر المسمى بعد الخلوة الشرعية ان لم يتم الدخول [١٤٧] .

والامر غير مختلف في التشريعات المقارنة مع بعض الفوارق حسب استسقاء المشرع من مذهب معين [١٤٨].

ثانيا: استحقاق نفقه العدة

لاشك في ان نفقة العدة تختلف عن نفقة الزوجية . فالمرأة قبل صدور الحكم بالتفريق تستحق النفقة على زوجها وان كان محبوسا لأنها محتبسه عليه الا اذ كانت هي الاخرى محبوسة ولو بدين .

وعليه فان استحقاق الزوجة لنفقة العدة يتوقف على مسالة التزامها بالعدة فان كانت معتدة (مدخول بها) استحقت نفقة العدة وان لم تكن كذلك(غير مدخول بها) فليس لها النفقة.

علما ان النفقة تشمل فترة ثلاثة اشهر سواء قدرتها المحكمة جزافا ام لكل شهر وتبتدأ من يوم التفريق .

وقد اشار المشرع العراقي والتشريعات المقارنة لهذه المسالة [١٤٩] لكن المطلع على القانون اليمني يجد انه لا يوجب النفقة هنا كونه اعتبر الفسخ للحبس طلاقا بائنا واشار في م (٥/٧٨) منه الى ان المعتدة من طلاق بائن لا نفقة لها .

الخاتمه

اولا: النتائج

١- لم يود الفقهاء ولا الباحثين تعريف للتفريق للحبس والامر نفسه بالنسبة للموقف التشريعي..

٢- عرفنا الحق بالتفريق للحبس بانه" حق الزوجة التي قيدت حرية زوجها دون ارادته ، بحكم قضائي او حجز او ايداع تحفظي ، بطلب الفرقة من زوجها خشية من تضررها لعدم المعاشرة اذا طال تقييد الحرية المدة المحددة ".

٣- ان هذا الحق شرع على راي من قال به للزوجه فقط ومن ثم لايشمل الزوجه المحبوسة وذلك صيانة لها وان كان لها مال تستطيع صرفه من مال زوجها المحبوس. وان صدور حكم قضائي صادر من محكمة مختصة قانونا اختصاصا نوعيا و ولائيا يعطي الحق للزوجة بطلب التفريق والحبس حالة غياب فعلي

٤- انقسم الفقهاء المسلمون بخصوص مشروعية التفريق لحبس الزوج على اتجاهين: الاول يرى اصحابه انه لا يحق للزوجة ان ترفع امرها إلى القضاء طالبة التفريق من زوجها بسبب حبسه مهما طالت مدته. ولو لحقها الضرر بسب ذلك. وسواء كان حبسه بعذر أو بغير عذر. وهو مذهب الامامية و الاحناف والشافعية والظاهرية. بينما يرى اصحاب الاتجاه الثاني أن لزوجة المحبوس إذا تضررت من حبس زوجها أن ترفع أمرها إلى القاضي

طالبة التفريق بينها وبين زوجها، وهو مسلك المالكية والحنابلة وراي عند بعض علماء الامامية.

٥- التشريعات المقارنة اخذت بالراجح من القائلين بالجواز وتحديدا المذهب الحنبلي وان خرجت عن بعض محدداته وانها قصرت هذا الحق على زوجة المحبوس والتي صدر حكم نهائي بالحبس على زوجها مدة ثلاثة سنوات فاكثر اصبح قطعيا الا ان الخلاف كما يبدو واضحا في ان المشرع العراقي لم يشترط مرور سنة على تنفيذ الحكم وكذلك القانون الجزائري بينما اشترط القانونان المصري والاردني والسوري ذلك .كما ان نوع الفرقة الحاصلة يكون فسخا في القانون الاردني بينما يكون طلاقا بائنا في القانونين العراقي والمصري.

٦- يشترط قانونا لدعوى التفريق لحبس الزوج توافر شرطين اساسين هما : صدور حكم نهائي بحبس الزوج و حصول ضرر جنسي للمرأة من جراء الحبس و ان الحكم يجب ان يكون باتا سواء اكان وجاهيا ام غيابيا بمنزلة الحكم الوجاهي استثناء العقوبات التي اوجب القانون

٧- ولو رجعنا الى الفقه الاسلامي لوجدنا ان فكرة الحبس ليست بذات المدلول الذي عرفته التشريعات الوضعية .وعموما فان عقوبة الحبس هي المشمولة ومن ثم لا تشمل عقوبة الاعدام او العقوبات البدنية الاخرى ولا تشمل العقوبات المالية (الغرامة) وخلصنا الى ان هذه العقوبة لو استبدلت بعقوبة سالبة للحرية مدة لا تقل عن ثلاث سنوات فان للزوجة الحق بطلب التفريق

٨- خلصنا الى أنَّ الزوج الهارب من السجن إذا ثبت أنه لم يلتق بزوجته يُعامَل معاملة المحبوس، وهروبه لا ينافي شرط تقييد الحرية إذ أنَّه في أي وقت يُضبط فيه يتم إدخاله السجن، ويكون تاريخ دخوله السجن المرة الأولى هو التاريخ الفعلي لحبسه لا المرة الثانية.

٩- ان القاضي لا يتمتع باي سلطة تقديرية بخصوص تقرير مصير دعوى وانما عليه بعد التحقق من شروط الدعوى وحسب الاصول المرعية اعلاه وبالطلب من قبل الزوجة ان يحكم بالتفريق وليس عليه الامتناع عن ذلك بحجة ان العقوبة قصيرة وان ما بقي على تنفيذها قليل او ان الزوج المحكوم عليه .

ثانيا: التوصيات

٢- الذي نراه ان هذا الحق ينبغي ان لا يعطى للزوجة مطلقا بل لابد من تقييده بنوع معين من الجرائم سواء تلك التي تمس امن الدولة الخارجي او الداخلي او الجرائم المخلة بالشرف فلا ينبغي مثلا ان يحكم بالتفريق لهذا السبب في الجرائم غير العمدية او جرائم الاهمال البسيطة او الجرائم السياسية او المتعلقة بالفكر و والعقيدة لأنها من قبيل الغيبة بعذر اذ لا يد للزوج فيها ، اما لو وقعت هذه الجريمة على الزوجة مثلا او ابنائها او اهلها فهي ستكون بالطبع مشمولة بحق الزوجة بطلب التفريق للضرر.

٣- تعديل نص م ٤٣ من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ وذلك بجعل هذا الحق بعد مرور سنة من حبس الزوج او اعتقاله وعلى ان لا يكون سبب الحبس راجعا للزوجه كان تكون هي المشتكية او الشاهده على الزوج .

٤- نقترح تعديل نص م ٤٣/ اولا /١ من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ وجعلها تشمل عقوبة الاعدام ايضا لأن الضرر محقق بشكل مؤكد فيمن حُكِمَ عليه بالإعدام ومرَّت عليه ثلاث سنوات فأكثر دون أن يُطبَّق حُكْمُ الإعدام فيه، بل هو أكد لكون الزوج ميؤوسًا من خروجه، وذلك بخلاف المحكوم عليه.

المصادر

بعد القران الكريم

كتب اللغة

١- الأنصاري،جمال الدين ابن منظور:لسان العرب،منشورات دار الكتب العلمية - بيروت – لبنان ، بدون سنة طبع.

٢- الجوهري إسماعيل بن حماد: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، دار العلم للملايين، بدون سنة طبع.

٣- الفيروز آبادي،مجد الدين بن يعقوب:القاموس المحيط،ط١،شركة الاعلمي للمطبوعات- بيروت – لبنان،٢٠١٢م .

كتب الفقه الاسلامي القديم

١- ابن تيميه:الفتاوى الكبرى ،ط١،دار الكتب العلمية ،بيروت –لبنان،١٩٨٧.

٢- ابن حزم،علي بن احمد بن سعيد الأندلسي الظاهري:المحلى ،دار الفكر العربي- بيروت، بدون سنة نشر .

٣- ابن رشد الحفيد،القاضي أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد،بداية المجتهد و نهاية المقتصد ،دار الحديث –القاهرة ، ٢٠٠٤.

٤- ابن عابدين،محمد بن علي بن عبد الرحمن الدمشقي:حاشية رد المحتار على الدر المختار، مطبعة دار الفكر ،١٤١٥ هـ .

٥- ابن قدامه،عبد الله بن محمد :المغني ،ط١،دار الفكر- بيروت ،١٤٠٥هـ

٦- ابن مفلح إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان ،الطبعة الأولى ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

٧- ابن نجيم المصري،زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن بكر:البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ،،ط٢،دار الكتاب الاسلامي،بدون سنة طبع.

٨- اطفيش، محمد بن يوسف، شرح النيل وشفاء العليل، مكتبة الارشاد -جدة، ١٩٨٥ م

٩- البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس ، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب بيروت ،بدون سنة نشر.

١٠- الجوزيه ،ابن قيم:اعلام الموقعين عن رب العالمي،مكتبة الكليات الازهرية- مصر ،١٩٦٨م.

١١- الدردير ،احمد بن محمد العدوي ،الشرح الكبير لمختصر خليل ، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي
١٢- الدردير، الشرح الصغير، بهامش بلغة السالك (دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٩٥).
١٣- الدسوقي: شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفه ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط١، ١٤١٧ هـ ، دار الكتب العلمية بيروت.
١٤- الدمشقي ،علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس: الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، اختارها الشيخ البعلي، بيروت: دار المعرفة، دون رقم وسنة طبع.
١٥- الذهبي، الحافظ شمس الدين- الكبائر ، دار الفكر بيروت.
١٦- الألباني، محمد ناصر الدين: صحيح سنن ابن ماجة باختصار السند، ط ٣، الرياض: مكتب التربية العربي لدول الخليج، سنة ١٤٠٨ ه، ١٩٨٨
١٧- السيستاني،السيد علي : منهاج الصالحين ، المعاملات ،لبنان -بيروت ،بدون سنة طبع .
١٨- الشربيني ،محمد بن احمد الخطيب :مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ،دار إحياء التراث العربي ،١٩٥٨ .
١٩- الشافعي ،محمد بن ادريس: الام ،دار المعرفه- بيروت ،١٣٩٣هـ .
٢٠- الشيرازي أبو إسحاق،إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشافعي: المهذب في فقه مذهب الإمام الشافعي،مطبعة عيسى البابي،الحلبي و شركاء بمصر،بدون سنه طبع.
٢١- الصدر :السيد محمد صادق: ماوراء الفقه، ط١،دار الاضواء بيروت، ١٩٩٦.
٢٢- الصاوي، أحمد بن محمد المالكي ،حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف ،القاهرة.
٢٣- الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير: سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ط٤، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٣٧٩ هـ
٢٤- الصنعاني،احمد بن قاسم العنسي،التاج المذهب في احكام المذهب ،مطبعة الحلبي -مصر، بدون سنة نشر.
٢٥- الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق بن همام: مصنف عبد الرزاق، ط٢، بيروت: المكتب الإسلامي، سنة ١٤٠٣ هـ
٢٦- العدوي الشيخ علي: حاشية العدوي، مطبوع بهامش شرح الخرشي على مختصر خليل ،ط ٢،١٣٧١ هـ.
٢٧- العاملي، الشهيد الثاني زين الدين الجبعي: الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ،مطبعة أمير - قم ،١٤١٠هـ .
٢٨- القزويني، ابو عبد الله محمد ابن ماجه ، سنن ابن ماجة ،دار احياء الكتب العربية - القاهرة بدون سنة نشر.(٦٧٢/١)،حديث رقم ٢٠٨١.

٢٩- الكاساني ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرايع،ط٢،دار الكتاب العربي- بيروت ،بدون سنة طبع .
٣٠- المرغيناني: أبو الحسين علي بن أبي بكر الرشداني، الهداية شرح بداية المبتدأ، ط١ ،١٤١٠ هـ - ١٩٩٠، دار الكتب العلمية - بيروت
٣١- المدني ،السيد يوسف: منهاج الاحكام في النكاح والطلاق ،ط٦ ، ١٤٢٩ ه ـمطبعة دانش - ايران.
٣٢- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي: كتاب الأحكام السلطانية ، ط١، بيروت: دار الفكر سنة ١٣٨٦ ه، ١٩٦٦ م
٣٣- النسائي ،جلال الدين السيوطي:سنن النسائي بشرح السيوطي و حاشية السندي، دار - المعرفة ،بيروت- لبنان ،بدون سنة طبع.
٣٤- النفراوي أحمد بن غانم بن سالم بن مهنا: الفواكه الدواني،دار الفكر ،١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
٣٥- النووي، محي الدين يحيى بن شرف :روضة الطالبين،دار الكتب العلمية -بيروت ،بدون سنة نشر.

ثالثا: كتب الفقه المعاصر والكتب القانونية

١- ابراهيم المشاهدي: المبادئ القانونية في قضاء محكمة التميز ،١٩٨٩ ،مطبعة اسعد- بغداد.
٢- د. احمد سالم ملحم :الشرح التطبيقي لقانون الاحوال الشخصية الاردني،ط١، ١٩٩٨ ،عمان - الاردن.
٣- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية- بيروت، بدون سنة نشر.
٤- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ط٥، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون- الجزائر.
٥- ربيع محمد الزهاوي القاضي :النادر والمهم في قضايا محاكم الاحوال الشخصية، بيروت - لبنان،٢٠١٧
٦- د.سليم ابراهيم حربه وعبد الرحمن العكيلي: شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ،شركة العاتك - القاهرة بدون سنة طبع.
٧- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر بيروت لبنان ٢٠٠٠ م.
٨- عدنان علي النجار: التفريق القضائي بين الزوجين ،دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير رسالة ماجستير ،٢٠٠٤.
٩- عدنان مايح بدر، القاضي: الاجراءات العملية لدعاوى الاحوال الشخصية ،مطبعة الكتاب -بغداد،٢٠١٦
١٠- فضيل سعد ،شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق ، ١٩٨٥،المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر

١١- محمد علي السالم الحلبي: شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط١، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة ١٩٩٧ م.
١٢- محمد عزمي البكري- موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية ،ط٢، دار محمود للنشر و التوزيع – مصر،١٩٩٤.
١٣- محمد عقلة:نظام الأسرة في الإسلام،ط٢،مكتبة الرسالة الحديثه،الاردن- عمان ،١٩٩٠.
١٤- محمود عباس صالح أبو عيسى:التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج في الفقه الإسلامي والمعمول به في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية ،اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين،٢٠٠٥.
١٥- - د. مصطفى إبراهيم الزلمي: مدى سلطان الإرادة في الطلاق في الشرائع والقوانين والأعراف خلال أربعة آلاف سنة ، ط١ ،بدون ذكر اسم مطبعة او سنة الطبع.
١٦- مصطفى،فتحي حسن: دعاوى الطلاق والطاعة للمسلمين وغير المسلمين،ط٢، الإسكندرية : منشأة المعارف، سنة ١٩٩١.
١٧- وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته،دار الفكر – سوريَّة – دمشق، بدون سنة طبع.

تشريعات عراقية

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل والنافذ.
٢- قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل والنافذ.
٣- قانون المحاماة العراقي النافذ رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥المعدل والنافذ
٤- قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل والنافذ
٥- قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل والنافذ.
٦- قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١.
٧- قانون رعاية القاصرين رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٩.

التشريعات المقارنة

١- قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل والنافذ
٢- قانون الاحوال الشخصية الاردني المرقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ النافذ
٣- من قانون الاحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣المعدل والنافذ
٤- قانون الاسرة الجزائري رقم ١١-٨٤ لسنة ١٩٨٤ المعدل والنافذ.
٥- قانون الاحوال الشخصية اليمني رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٢ النافذ.

الهوامش:

[١] - الفيروز آبادي،مجد الدين بن يعقوب: القاموس المحيط،ط١،شركة الاعلمي للمطبوعات- بيروت - لبنان ،٢٠١٢ م ،ص٩٤٥،مادة(فرق).

[٢] - الأنصاري، جمال الدين ابن منظور: لسان العرب، منشورات دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، بدون سنة طبع ، باء الحاء، فصل الباء،(٢٩٤/٢) .

[٣] - الجوهري إسماعيل بن حماد: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، دار العلم للملايين ، بدون سنة طبع، باب النون، فصل السين، (٥٦٤/٥).

[٤] - سورة يوسف، آية ٣٣)

[٥] - المطففين/٧ .

[٦] - ابن منظور: لسان العرب، باب السين، فصل الجيم،(٥٠٤/٤)

[٧] - (العدد ١١٨٧ في ٢١- ٤- ٢٠١١ محكمة الاحوال الشخصية / الاعظمية).

[٨] - بخصوص التفريق لعدم الانفاق على الزوجة فقد انقسم هؤلاء الفقهاء بخصوص مشروعيته على اتجاهين: الاول: قول الحنفية والزيدية والظاهرية والإباضية فاختاروا عدم ثبوت هذا الحق للزوجة، ولا للقاضي فلو لم يمكن أخذ النفقة من الزوج لعدم ملكيته و فقره أو للجهل بما عليه أو لإخفائه بحيث لا يعلم مكانه، فلا أحقية للقاضي في التفريق لطلب الزوجة، بل له أن يفرض لها نفقة عليه، ويأذن لها بالاستدانة عليه، أو يحبسه. ينظر: الصنعاني،احمد بن قاسم العنسي،التاج المذهب في احكام المذهب ،مطبعة الحلبي - مصربدون سنة نشر. (٢٨٦/٢).المرتضى،الإمام المهدي لدين الله احمد بن يحيى: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ،ط١ ،مطبعة السنة المحمدية- مصر،بدون سنة نشر ،(٥٧/٢) ابن حزم،علي بن احمد بن سعيد الأندلسي الظاهري:المحلى ،دار الفكر العربي- بيروت، بدون سنة نشر (٥٦/٩). اطفيش، محمد بن يوسف، شرح النيل وشفاء العليل، مكتبة الارشاد -جدة، ،١٩٨٥ م. (٤٨٣/٦). ابن عابدين ،محمد بن علي بن عبد الرحمن الدمشقي:حاشية رد المحتار على الدر المختار، مطبعة دار الفكر ،١٤١٥ هـ (٣/ ٦٤٩).الثاني: قول الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة): الذين اعطوا للزوجة الحق في طلب التفريق لعدم الإنفاق،وألزموا القاضي الاستجابة لطلبها عند ثبوت صحة دعواها على اختلاف بينهم في التفصيلات، إلا أنهم قيدوا حقها في طلب التفريق باشتراط ثبوته عند القاضي بعد الرفع إليه، فلا تفسخ بنفسها، بل ترفع أمرها إلى القاضي ليأمره بالطلاق أو يفرق عليه الدردير، الشرح الصغير، هامش بلغة السالك (دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٩٥(٤٨٣/٢).الشربيني ،محمد بن احمد الخطيب :مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ،دار إحياء التراث العربي ،١٩٥٨ (٥٨٢/٣) .ابن قدامه،عبد الله بن محمد :المغني ،ط١،دار الفكر - بيروت ،١٤٠٥هـ (٢٤٨/٢).

[٩] - كما لو اعتدى عليها او حاول قتلها ولكن لها الحق بطلب التفريق للضرر المادي وفق م ٤٠ من قانون الاحوال الشخصية العراقي..

[١٠] - القرار التميزي ١٨٥٧/شخصية/٧٨ في ١٨-١٠-٧٨ نقلا عن ابراهيم المشاهدي : المبادئ القانونية في قضاء محكمة التميز،١٩٨٩،مطبعة اسعد- بغداد،١٩٨٩،ص ٧٨.

[١١] - د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته، ج٧ دار الفكر - سوريَّة - دمشق، بدون سنة طبع ، ص ٥٢٧ ، ٦٠١.

[١٢] - د. مصطفى إبراهيم الزلمي: مدى سلطان الإرادة في الطلاق في الشرائع والقوانين والأعراف خلال أربعة آلاف سنة ، ط١ ،بدون ذكر اسم مطبعة او سنة الطبع ، ص٣٧١.

[١٣] - **ينظر : د.احمد سالم ملحم ،الشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الأردني مكتبة الرسالة الحديثة ، عمان، ١٩٩٨ ، ص١٩٥.**

[١٤] - البقرة/٢٢١-٢٢٢ . ٢٢٩ .

[١٥] - ينظر : الصدر :السيد محمد صادق :ماوراء الفقه، ط١،دار الاضواء بيروت ١٩٩٦،(٢٣٣/٦).السيد يوسف المدني: منهاج الاحكام في النكاح والطلاق ،ط١٤٢٩،١هـ ،مطبعة دانش ايران،ص٥٧٥.

[١٦] - السيد السيستاني:منهاج الصالحين ج٣-المعاملات،لبنان-بيروت،بدون سنة طبع،ص١٠٩ ،مسالة٣٥٩. المرغيناني : أبو الحسين علي بن أبي بكر الرشداني، الهداية شرح بداية المبتدأ، ط١ ،١٤١٠هـ - ١٩٩٠، دار الكتب العلمية- بيروت (١٨١/٢).الكاساني ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرايع،ط٢،دار الكتاب العربي- بيروت ،بدون سنة طبع (١٩٧/٦).الشيرازي أبو إسحاق، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشافعي: المهذب في فقه مذهب الإمام الشافعي،مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر، بدون سنه طبع (١٤٦/٢).النووي ،محي الدين يحيى بن شرف : روضة الطالبين ،دار الكتب العلمية - بيروت ،بدون سنة نشر ،(٤٠٠/٨).ابن حزم: المحلى(١٠ /١٣٤) .

[١٧] - السيد السيستاني : منهاج الصالحين، (٣/ مسالة ٣٥٩).

[١٨] - محمود عباس صالح أبو عيسى، مرجع سابق ،ص ٤٤.

[١٩] - الألباني، محمد ناصر الدين: صحيح سنن ابن ماجة باختصار السند، ط٣، الرياض: مكتب التربية. العربي لدول الخليج، سنة ١٤٠٨ ه، ١٩٨٨ م، باب طلاق العبد، (٣٥٥/١) الحديث رقم (١٦٩٢).

[٢٠] - ابو عبد الله محمد القزويني ابن ماجه ، سنن ابن ماجة ،دار احياء الكتب العربية –القاهرة بدون سنة نشر،(٦٧٢/١)،حديث رقم ٢٠٨١.

[٢١] - الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير: سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ط ٤، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٣٧٩ هـ ،(٢٠٩/٣).

[٢٢] - محمود عباس صالح أبو عيسى، مرجع سابق ،ص٤٥.

[٢٣] - الصدر ،ما وراء الفقه،(٢٥٧/٦-٣٥٨).

[٢٤] - الدسوقي: حاشية الدسوقي،(٤٣١/٢)، العدوي الشيخ علي: حاشية العدوي، مطبوع هامش شرح الخرشي على مختصر خليل ،ط ٢،١٣٧١ هـ،(١٢١/٢). النفراوي أحمد بن غانم بن سالم بن مهنا: الفواكه الدواني، دار الفكر ،١٤١٥هـ -١٩٩٥م،(٤٢/٢). ابن مفلح إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان ،الطبعة الأولى ١٤١٨هـ-١٩٩٧م ،(١٩٨/٧). ابن تيميه:الفتاوى الكبرى ،ط١،دار الكتب العلمية ،بيروت- لبنان،١٩٨٧،(٤٨٢/٥).

[٢٥]- وهو ما نقله السيد محمد صادق الصدر عن استاذه المرجع السيد الخوئي (قدس) من انه ذكر ان بعض الاكابر ان المفقود المعلوم حياته مع عدم التمكن لزوجته من الصبر فيجوز للحاكم ان يطلق زوجته وكذلك المحبوس الذي لا يمكن اطلاقه من الحبس ابدا اذا لم تصبر زوجته على هذا الحال .ينظر :السيد محمد صادق الصدر :ما وراء الفقه،(٣٥٧/٦). وهو راي جماعة من المراجع الكبار اختلاف بينهم في الشروط و القيود، فقال السيد كاظم في ملحقات العروة باب العدة:(لا يبعد جواز طلاق الزوجة للحاكم الشرعي إذا علم أنّ زوجها محبوس في مكان لا يمكن مجيئه أبداً، وكذا في الحاضر المعسر الذي لا يتمكن من الإنفاق مع عدم صبر زوجته في هذه الحال).وهذا أفتى السيد محسن الحكيم في رسالته (منهاج الصالحين باب النفقات) . محمد جواد مغنيه، الفقه على المذهب الخمسة، مطبعة مؤسسة الصادق للطباعة و النشر- طهران ، ١٩٩٨،ص٤١٩.

[٢٦] - كما سنوضحه لاحقا.

[٢٧] - مصطفى، فتحي حسن: دعاوى الطلاق والطاعة للمسلمين وغير المسلمين،ط٢،الإسكندرية:منشأة المعارف ، سنة ١٩٩١ص٨٥.

[٢٨]- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية-بيروت، بدون سنة نشر ، ص ٤٤٨٢. محمد عزمي البكري- موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية ،ط٢، دار محمود للنشر و التوزيع – مصر،١٩٩٤،ص٤٢٠.

[٢٩] -بدران أبو العينين ، مرجع سابق، ص٤٤٨-٤٤٩

[٣٠] محمد عقلة: نظام الأسرة في الإسلام،ط٢، مكتبة الرسالة الحديثة ،الاردن -عمان،١٩٩٠، ص ٢٢٤ .

[٣١] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر بيروت لبنان ١٠٠٠ م،(٤٦٧/٨).

[٣٢] علما ان قانون الاحوال الشخصية الاردني الملغي رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ كان نص المادة (١٣٠) منه نصت على انه " لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فاكثر ان تطلب الى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته التطليق عليه بائنا ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه".

[٣٣] - هناك بعض التشريعات من حددت مدة الحبس بسنتين ،فقد نصت المادة (١٤٥) من قانون الأسرة القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ على انه " إذا حبس الزوج بحكم نهائي لمدة لا تقل عن سنتين جاز لزوجته أن تطلب التفريق منه، ولا يحكم بالتفريق إلا بعد مضي سنة من تاريخ الحبس ".

[٣٤] - رغم انه قبل قانون التعديل لعام ٢٠٠٤ قد اشترط السنة حيث كان نص ف ٤ قبل تعديلها " الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة اكثر من سنه فيها مساس بشرف الاسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية ".

[٣٥] - سنرجي البحث في هذه الشروط لاحق في المبحث القادم.

[٣٦] - الكاساني: بدائع الصنائع،(١٧٤/٧) .

[٣٧] - الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي: كتاب الأحكام السلطانية ، ط ١، بيروت: دار الفكر سنة ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦ م،(١٤٨/١).

[٣٨] - الجوزيه ،ابن قيم:اعلام الموقعين عن رب العالمين،مكتبة الكليات الازهرية- مصر،١٩٦٨ م،ص٩٣-٩٤.

[٣٩] - الكمال بن الهمام ، محمد بن عبد الواحد: شرح فتح القدير، ط٢ ، بيروت، دار الفكر - دون سنة طبع، (٧/ ٢٧٧-٢٧٨). الكاساني، البدائع،(٨١/٧).الماوردي، (٢٢٠/١).

[٤٠] - ولكن في نفس الوقت كانوا يس تعينون بطرق أخرى بالنسبة إلى المجرمين الذين لا بد من توقيفهم حتى يتعين الحكم فيهم، أو المدنيين الذين يمتنعون عن أداء ديونهم مع امتلاكهم المال اللازم لذلك، أو الأسرى الذين يؤسرون في حروب المسلمين.

[٤١] - وقد حدد المشرع الأردني العقوبات الجنائية السالبة للحرية بثلاث عقوبات، الأولى: الأشغال الشاقة المؤبدة؛ وهذه تقتضي بتشغيل المحكوم عليه في الأشغال الشاقة المجهدة التي تتناسب مع صحته وسنّه، وأنها تظل تنفذ على المحكوم عليه مدى حياته ولا سبيل للإفلات منها إلا بالعفو أو بعد أن يمضي المحكوم عليه مدة عشرين سنة من العقوبة وكان سلوكه حسنًا. الثانية: الاعتقال المؤبد أو المؤقت: وهو عبارة عن وضع المحكوم عليه في أحد سجون الدولة المدة المحكوم بها عليه مع منحه معاملة خاصة. والثالثة: عقوبة الحبس وهي عبارة عن وضع المحكوم عليه في أحد سجون الدولة المدة المحكوم بها عليه، وهي تتراوح بين أسبوع وثلاث سنوات إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك. .الحلبي، محمد علي السالم: شرح قانون العقوبات ،القسم العام، ط١، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة . ١٩٩٧ م،، ص ٤٧٣ .

[٤٢] - وهم من اكملوا التاسعة من العمر ولم يتموا الثامنة عشر منه وان كانوا متزوجين باذن المحكمة وعدوا بالغي الاهلية وفق احكام قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ حيث نصت م (٣/اولاً) منه على ان" الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشرة من العمر، ويعتبر من اكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الاهلية"..

[٤٣] - وفي القانون المصري فمجال تطبيق النص ينحصر في المحبوسين المحكوم عليهم بعقوبة مقيّد للحرية وهي الحبس، والسجن، الأشغال الشاقة المؤبّدة والمؤقتة

[٤٤] - الحكم البات هو الذي استنفذ كل طرق الطعن القانونية اما الحكم القطعي فهو الذي اكتسب الدرجة النهائية واصبح واجب التنفيذ.

[٤٥] - ذهبت محكمة التميز الاتحادية الى ان " مجرد اقام الزوج بارتكاب جرائم وفق قانون الارهاب رقم ١١لسنة ٢٠٠٥ لا يعتبر سببا لطلب الزوجة التفريق منه وفق م(١/٤٠) من قانون الاحوال الشخصية وحيث الثابت من الدعوى ان الدعوى التحقيقة الخاصة باقام المميز عليه /المدعى عليه ما تزال قيد الحقيق وان المتهم بريئا الا اذا صدر حكم بادانته لذلك فان هذه الدعوى التحقيقة لا تصلح ان تكون سببا لزوجته المميزة/المدعية لطلب التفريق منه ".رقم القرار ٣٤٩٤/ شخصية اولى/٢٠٠٩ في ٢٩-٧-٢٠٠٩،نقلا عن :القاضي عدنان مايح بدر: الاجراءات العملية لدعاوى الاحوال الشخصية ،مطبعة الكتاب – بغداد،٢٠١٦،ص٢٣٧.

[٤٦] - ذهبت محكمة التميز الاتحادية العراقية الى انه "لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون ...حيث ثبت للمحكمة ان المدعى عليه قد حكم عليه بالسجن ست سنوات استنادا لاحكام م ٢٨٩ من قانون العقوبات عن جريمة تزوير وثيقة تخرج من بغداد / كلية الهندسة ...كما حكم عليه بالسجن لمدة خمس سنوات وشهر استنادا لاحكام م ٢٩٨ من قانون العقوبات عن جريمة استعمال الوثيقة المزوره ... وقررت المحكمة تنفيذ العقوبة الاشد ...وهذه العقوبة وردت بالحكم المرقم --بالتالي فان دعوى المدعية لها سند من القانون ومجالا لتطبيق حكم م٣٤ /اولا/١ من قانون الاحوال الشخصية.....وذلك ما ذهب اليه المحكمة بحكمها المميز ...فقرر تصديقه" . القرار التميزي العدد/٣٥٦٦/ هيئة الاحوال الشخصية /٢٠١٢التسلسل ٤١٢٣ في ٢٠١٢/٦/٢٤ .(غير منشور).

[٤٧] - اوضحت م ١٦ من قانون العقوبات العراقي الحكم البات بالقول " يقصد بالحكم النهائي او البات في هذا القانون كل حكم اكتسب الدرجة القطعية بأن استنفذ جميع اوجه الطعون القانونية او انقضت المواعيد المقررة للطعن فيه "

[٤٨] - نصت مادة ٨٣ من قانون المرافعات العراقي على ان "١ - اذا رات المحكمة ان الحكم يتوقف على الفصل في موضوع اخر قررت ايقاف المرافعة واعتبار الدعوى مستأخرة حتى يتم الفصل في ذلك الموضوع وعندئذ تستأنف المحكمة السير في الدعوى من النقطة التي وقفت عندها . ويجوز الطعن في هذا القرار بطريق التمييز ".

[٤٩] - م.ع.غ.أ.ش،رقم رقم : ٣٤٧٩١في ١٩-١١-١٩٨٤ م.ق ١٩٨٩ العدد٣/٨٩ص٧٦.

[٥٠] - مع ملاحظة ان قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي اشار الى ان الاحكام الصادرة بالإعدام او السجن المؤبد تكون مشمولة بالتميز التلقائي (الوجوبي) عند عدم الطعن به من قبل ذوي العلاقة بعد مرور المدة القانونية

[٥١] - نصت م ١٤٤ من قانون العقوبات العراقي على ان " للمحكمة عند الحكم في جناية او جنحة بالحبس مدة لا تزيد على سنة أن تأمر في الحكم نفسه بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا لم يكن قد سبق الحكم على المحكوم عليه عن جريمة عمدية ورأت من أخلاقه وماضيه وسنه وظروف جريمته ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب جريمة جديدة وللمحكمة أن تقصر إيقاف التنفيذ على العقوبة الأصلية او تجعله شاملاً للعقوبات التبعية والتكميلية والتدابير الاحترازية واذا حكم بالحبس والغرامة معاً جاز للمحكمة أن تقصر إيقاف التنفيذ على عقوبة الحبس فقط. وعلى المحكمة أن تبين في الحكم الأسباب التي تستند إليها في ايقاف التنفيذ " .

[٥٢] - نصت مادة ١٥٣ من قانون العقوبات العراقي على ان " ١- العفو العام يصدر بقانون ويترتب عليه انقضاء الدعوى ومحو حكم الادانة الذي يكون قد صدر فيها، وسقوط جميع العقوبات الاصلية والتبعية والتكميلية والتدابير الاحترازية ولا يكون له أثر على ما سبق تنفيذه من العقوبات ما لم ينص قانون العفو على غير ذلك.

٢ - واذا صدر قانون بالعفو العام عن جزء من العقوبة المحكوم بها اعتبر في حكم العفو الخاص وسرت عليه أحكامه.
٣ - لا يمس العفو العام الحقوق الشخصية للغير.". وعرفت م ١٥٤ العفو الخاص بالقول"١ – العفو الخاص يصدر بمرسوم جمهوري ويترتب عليه سقوط العقوبة المحكوم بها كليا او بعضها او ابدالها بعقوبة أخف منها من العقوبات المقررة قانونا.
٢ -لا يترتب على العفو الخاص سقوط العقوبات التبعية والتكميلية ولا الآثار الجزائية الأخرى ولا التدابير الاحترازية ولا يكون له أثر على ما سبق تنفيذه من العقوبات وكل ذلك ما لم ينص مرسوم العفو على خلاف ذلك.

[٥٣] - فقد ذهب القضاء العراقي الى ان صدور عدة احكام بالحبس على الزوج لا يمنح الزوجة حق طلب التفريق وفق م ٤٣/اولا/١ من قانون الاحوال الشخصية... كون مدة الحبس لا تتجاوز السنتين. ينظر :القاضي ربيع محمد الزهاوي :النادر والمهم في قضايا محاكم الاحوال الشخصية، بيروت – لبنان، ٢٠١٧ ،ص٣٧٧.

[٥٤] - محمود عباس صالح أبو عيسى : التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير -جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين،٢٠٠٥.ص٨٠.
والمعمول به في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية

[٥٥] - سواء من خلال الطعن بالحكم تمييزا وتعديل العقوبة تخفيفا او بالعفو العام او الخاص.

[٥٦]- نصت مادة ١٤٥ من قانون اصول المحاكمات العراقي على انه " يجب حضور المتهم في المحاكمة الوجاهية ولا يغنى عن ذلك حضور وكيله ".

[٥٧] - نصت مادة ٢٤٨ من قانون اصول المحاكمات العراقي على انه "يستتبع اعتبار الحكم الغيابي بمنزلة الحكم الوجاهي ما يأتي : –
١ – تنفيذ العقوبات الاصلية والفرعية عدا احكام الاعدام.
٢ – لزوم اصدار المحكمة الجزائية امراً بالقبض على المحكوم عليه.
٣ – تنفيذ الحكم بالرد والتعويض وفق قانون التنفيذ على ان يقدم المحكوم له كفيلاً ضامناً بمبلغ تنسبه المحكمة اذا وجدت ضرورة لذلك. وتسقط هذه الكفالة بعد مضي ثلاث سنوات.
٤ – منع المحكوم عليه بالإعدام او بالسجن المؤبد او المؤقت ما دام هارباً من ادارة امواله والتصرف فيها ولزوم وضع المحكمة الحجز عليها وادارتها وفق قواعد ادارة الاموال المحجوزة بمقتضى احكام هذا القانون ان لم يسبق وضع الحجز عليها وكذلك منعه من رفع اية دعوى باسمه واعتبار كل تصرف او التزام بتعهد به باطلاً بحكم القانون.

[٥٨] - نصت مادة ٢٤٧ من قانون اصول المحاكمات العراقي على انه" آ – متى قبض على محكوم عليه غيابياً بالإعدام او بالسجن المؤبد او المؤقت او سلم نفسه الى المحكمة او أي مركز للشرطة فتجرى محاكمته مجدداً وللمحكمة ان تصدر عليه أي حكم يجيزه القانون ويكون قراراها تابعاً للطعن فيه بالطرق القانونية الاخرى."

[٥٩] -حيث ذهبت محكمة الاحوال **الشخصية** في البياع في الدعوى المرقمة ١٦٩٩/ش/٩٩ في ١٩٩٩/٦/٥ الى انه"لاطلاع المحكمة على قرار الحكم الصادر من محكمة جنح الرصافة بالدعوى (بالرقم/في)تضمن القرار خمس فقرات الاولى والثانية من الحكم غيابي على المجرم ---لمدة ثلاث سنوات عن جريمة تحرير صك دون رصيد وكذلك ثلاث سنوات اخرى عن جريمة تحريره لصك اخر وفق م ٤٥٩ ق.ع وحيث ان القرار المذكور اشار الى ان المدعى عليه لم يحضر جلسات المحاكمة وصدور القرار بحقه غيابيا ولم يكن ما يشير في هذه الدعوى ان المذكور قد تم تنفيذ الحبس بحقه)...بذلك فان نص م ١/٤٣ من قانون الاحوال الشخصية لا ينطبق على هذه الحالة احكامه لان المدعى عليه لم يجر حبسه...لذا قرر الحكم برد الدعوى. كما ذهبت هذه المحكمة الى انه "لاطلاع المحكمة على نسخة من قرار الحكم بالعقوبة الصادر من محكمة جنايات الكرادة (بالرقم/في) المتضمن الحكم غيابيا على المجرم--- بالسجن لمدة خمسة عشر سنه وفق احكام المواد--- واصدار امر القبض بحقه لتنفيذه وان القرار صدر غيابيا ولم يكتسب الدرجة القطعية...كما ان وكيلة المدعية اقرت بذلك في جلسة ٢٠٠٢/٦/٩ وحيث ان الحكم بعقوبة مقيدة للحرية يجب ان يكون القرار فيه مكتسب الدرجة ىالقطعية وان المدار لازال هاربا ولم القبض عليه لغرض تنفيذ الحكم بحقه من عدمه واعادة المحاكمة بحقه...لذا فان الدعوى تكون واجبة الرد....) مح-كمة الاحوال الشخصية في البياع /العدد ١٣٤٥١ في ٩-٦-٢٠٠٢.اشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي :النادر والمهم في قضايا محاكم الاحوال الشخصية، بيروت – لبنان،٢٠١٧ ،ص ٣٧٥ ٢٧٦--٣٧٦.

[٦٠] - حيث ذهبت محكمة الاحوال الشخصية في البياع في الدعوى المرقمة ٢٣١١/ش/ ٨٩ في ١١/١٥/ الى انه "١٩٨٩لما جاء بكتاب دائرة اصلاح الكبار للاحكام الطويلة قسم التسجيل (بالرقم/في) المتضمن تعذر عليهم تبليغ النزيل –كونه هرب في --- عند تمتعه بالاجازة المنزلية ولم يلق القبض٢ عليه لحد الان ... علما انه محكوم لمدة ١٥ سنة وفق م ٤٠٦/ ق ع بالدعوى (المرقمة/في) الصادر فيها قرار الحكم من قبل جنايات كربلاء ومرفقة مقتبس بالحكم من المحكمة المذكورة ...و لإقرار المدعية بانها مصرة على التفريق وانها محل للطلاق وغير حامل ومن ذوات الحيض المنتظمة والقرء وان الطلاق يقع بينهما للمرة الاولى ...ولكل ما تقدم قرر الحكم بالتفريق ..اشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي مرجع سابق،ص٣٧٥.

[٦١]- عرفت مادة ٩١ عقوبات عراقي "عقوبة الغرامة هي الزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى الخزينة العامة المبلغ المعين في الحكم وتراعي المحكمة في تقدير الغرامة حالة المحكوم عليه المالية والاجتماعية وما أفاده من الجريمة او كان يتوقع افادته منها وظروف الجريمة وحالة المجني عليه....". ونصت مادة ٩٢ منه "١ - إذا حكم بالغرامة على عدة متهمين بحكم واحد لجريمة واحدة سواء كانوا فاعلين أم شركاء فالغرامة يحكم بها على كل منها فيما عدا الغرامة النسبية.٢ - الغرامة النسبية يحكم بها بالإضافة إلى العقوبة الأصلية بنسبة تتفق مع الضرر الناتج من الجريمة او المصلحة التي حققها او أرادها الجاني من الجريمة ويحكم بها على المتهمين في جريمة واحدة على وجه التضامن سواء كانوا فاعلين أم شركاء ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. ونصت مادة ٩٣ منه "١ - إذا حكم على مجرم بالغرامة سواء أكانت مع الحبس أم بدونه فللمحكمة أن تقضي بحبسه عند عدم دفعه الغرامة مدة معينة لا تزيد على نصف الحد الأقصى المقرر للجريمة إذا كانت معاقبا عليها بالحبس والغرامة.٢ - وإذا كانت الجريمة معاقبا عليها بالغرامة فقط فتكون مدة الحبس الذي تقضي به المحكمة في حالة عدم دفع الغرامة يوماً عن كل نصف دينار على أن لا تزيد مدة الحبس في جميع الأحوال على سنتين .

[٦٢] - د. جابر عبد الهادي سالم - د. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، مطابع السعدني، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ٣٧٦. د. منى سعودي، الوسيط في أحكام دعاوى التطليق، آل طلال للنشر والتوزيع، الإسكندرية، ط١ ،٢٠١٥،ص١١١.

[٦٣] - د.احمد سالم ملحم :الشرح التطبيقي لقانون الاحوال الشخصية الاردني،ط١، ١٩٩٨،عمان - الاردن ،ص١٩٠.

[٦٤] - **محمود عباس صالح أبو عيسى**:التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج في الفقه الإسلامي والمعمول به في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية ،اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين،٢٠٠٥،ص ٨١-٨٢.

[٦٥] - المرجع السابق ،ص٨٢.

[٦٦] - التوقيف في اللغة: مصدر وقّف، يقال: وقّف الرجلُ دابّته جعلها تقف، وتوقف الرجل في مكان كذا مكث فيه، واستوقف الأميرُ فلانا سأله أن يقف . الفيروز ابادي ،القاموس المحيط، مرجع سابق، ص ١٣٣٣. مادة (وقف).

[٦٧] - د. سليم ابراهيم حربه وعبد الرحمن العكيلي : شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ج١،شركة العاتك - القاهرة بدون سنة طبع ، ص١٤١.

[٦٨] - المرجع السابق ، ص ١٤٢.

[٦٩] - يطلق الفقهاء على التوقيف لفظ الحبس ويقسمونه إلى ثلاثة أقسام:١ - الحبس للتهمة: وهو حبس الاستظهار الذي سبق تعريفه.٢ - الحبس للاحتراز: ويقصد به التحفظ للمصلحة العامة على من يتوقع حدوث ضرر بتركه، ولا يستلزم وجود تهمة، ومما ذكره الفقهاء من هذا النوع: حبس العائن الذي يضر الناس بعينه احترازا من أذاه، وحبس نساء البغاة وصبيانهم تحفظا عليهم من المشاركة في البغي، مع أنهم ليسوا من أهل القتال، وكان شريح القاضي يحبس من عليه الحق في المسجد مؤقتا إلى أن يقوم من مجلسه، فإن لم يعط الحق أمر به إلى السجن.٣ - الحبس لتنفيذ عقوبة أخرى: ويقصد به تعويق الشخص عن التصرف بنفسه حتى يتم استيفاء الحق الثابت منه. فإذا حال دون تنفيذ العقوبة المحكوم بها أمر عارض أرجئ التنفيذ حتى يزول العذر، فإذا خيف هرب المطلوب تنفيذ العقوبة عليه جاز حبسه. الموسوعة الفقهية : وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت ، سنة النشر: ١٤٠٤ - ١٩٨٣،(٢٩٢/١٦).

[٧٠] - المرجع السابق، ص ١٤٨.

[٧١] د. منى سعودي، مرجع سابق،ص١١٢.

[٧٢] - وان قسم هذه العقوبات الى حدود وقصاص ودية وتعازير ويدخل الحبس من ضمن الاخيرة.

[٧٣] - الحافظ شمس الدين الذهبي – الكبائر ، دار الفكر بيروت،بدون سنة نشرص٣٣.

[٧٤] - فضيل سعد ،شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق ،ج١٩٨٥،١،المؤسسة الوطنية للكتاب – الجزائر، ص ٢٨٩.

[٧٥]- المرجع السابق، ص٢٨٩.

[٧٦] - لقد عارض بعض النواب هذه الصياغة و اعتبروها غامضة لكنهم لسوء الحظ جاءوا بمبررات ضعيفة و أضافوا ما من شأنه أن يمكن المجرم من إجرامه ،فقد طلبوا إضافة عبارة "بشرط أن تكون من الكبائر شرعًا" وهو قول لا يضيف جديدًا للفقرة مما يجعل تمسك اللجنة بصياغة المادة إن صغائر الأمر تؤدي إلى كبائرها ". " أكثر فائدة لأن إضافة تلك العبارة للفقرة تُخرج صغائر الأمور التي قال عنها الرسول و جاءت اللجنة بمبررات قالت: " إن نص الفقرة ٤ من المادة ٥٣ واضح و يلخص الأفعال التي فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية، وإن ما أورده النواب المعترضون يختلف عن مضمون الفقرة الرابعة و يقع تحت طائلة قانون العقوبات. ينظر: فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص ٢٩٠ .

[٧٧] - عقلة: مرجع سابق،(٢٢٤/٣).

[٧٨] - اليهوتي :الروض المربع(١٣٠/٣).
[٧٩] - محمود عباس صالح أبو عيسى ،مرجع سابق،ص٥٠.
[٨٠] - الصابوني: مرجع سابق، ص ٧٩
[٨١] - عقلة ،مرجع سابق، ص ٢٢٤.
[٨٢] - ابن قدامة: المغني،(٢٣٢/٧) .
[٨٣] - اليهوتي: منصور بن يونس بن إدريس ، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب بيروت، بدون سنة نشر ،(١٣٠/٥) .
[٨٤] - الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق بن همام: مصنف عبد الرزاق، ط ٢، بيروت: المكتب الإسلامي، سنة ١٤٠٣هـ،(١٥١/٧) الحديث رقم ١٢٥٩٣.
[٨٥] - الدسوقي: حاشية الدسوقي(٤٣١/٢) .
[٨٦] - الدسوقي: حاشية الدسوقي(٤٣١/٢).
[٨٧] - الدردير: الشرح الكبير(٤٣١/٢) .
[٨٨] - منهم : ابن تيميه:الفتاوى(٤٨٢/٥) .
[٨٩] - العدوي: حاشية العدوي،(١٢١/٢).
[٩٠] - علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس الدمشقي: الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، اختارها الشيخ البعلي، بيروت: دار المعرفة، دون رقم وسنة طبع، ص ٢٤٧.
[٩١] - رواه النسائي في سننه ،مرجع سابق ،حديث رقم (٤٨٧٦).
[٩٢] - الموسوعة الفقهية(٢٩٤/١٦)، أحكام السجن صفحة ١٠٤
[٩٣] - ويلاحظ ان قانون الأحوال الشخصية السوداني، اشار في المادة (١٩٠) منه الى " يجوز لزوجة المحبوس بحكم نهائي لمدة سنتين فأكثر، طلب التفريق من زوجها، ولا يحكم لها بذلك، إلا بعد ضي سنة من تاريخ الحبس".
[٩٤] - عدنان علي النجار: التفريق القضائي بين الزوجين ،دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير رسالة ماجستير ،٢٠٠٤.ص ١٢٩
[٩٥] - مع ملاحظة ان الاحكام الصادرة من محكمة الثورة (الملغاة) تكون باتة لا طعن فيها ومن ثم يجوز طلب التفريق من تاريخ صدور الحكم .ينظر القرار التميزي :١٤٥٢/شرعية/٧٤ في ٢٩-١-٧٥ ، نقلا عن : ابراهيم المشاهدي ،مرجع سابق،ص٦٤.
[٩٦] - بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون- الجزائر ط٥ ،(٢٩٦/١).
[٩٧] - اشار قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل في مادة ٣ الى انه "يشترط ان يكون كل من طرفي الدعوى متمتعا بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى ولا وجب ان ينوب عنه من يقوم مقامه قانونا في استعمال هذه الحقوق .".
[٩٨] - نصت مادة(٢)من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في المسائل الأحوال الشخصية المصري على ان" تثبت أهلية التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس لمن أتم خمس عشرة سنة ميلادية كاملة متمتعا بقواه العقلية .وينوب عن عديم الأهلية او ناقصها ممثلة القانوني ، فإذا لم يكن له من يمثله او كان هناك وجه لمباشرة إجراءات التقاضي بالمخالفة لرأى ممثلة أو في مواجهته عينت الحكمة له وصى خصومه من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو الغير.".
[٩٩] - أي الاب او الام او الابن والبنت او الاخ والاخت وابن الابن او البنت.
[١٠٠] - نص قانون المحاماة العراقي النافذ رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥المعدل في م (٢٢) منه على انه " لا يجوز لغير المحامين المسجلين في جدول المحامين ابداء المشورة القانونية او التوكل عن الغير للادعاء بالحقوق والدفاع عنها امام المحاكم العامة والخاصة ودوائر التحقيق والشرطة واللجان التي خصها القانون بالتحقيق او الفصل في منازعات قضائية.
٢ - استثناء من احكام الفقرة السابقة يجوز : -
اولا- للمتقاضين في دعاوى الاصلاح الزراعي ودعاوى التسوية والدعاوى الصلحية ودعاوى الاحوال الشخصية ان يوكلوا عنهم اقرباءهم من الدرجة الاولى او الثانية في المرافعة . ولمن ينوب عن غيره بحسب الولاية او الوصاية او القيمومة او التولية هذا الحق ايضا .
ثانيا - للمحامي المتقاعد ان يمارس المحاماة بالوكالة عن زوجة او اصوله او فروعه فقط.
[١٠١] - اي حبست عن دين مدني بموجب احكام قانون التنفيذ.
[١٠٢] - اي عمره اقل من ١٨ سنة.

[١٠٣] - نصت مادة ٦٠ من قانون العقوبات العراقي على انه" لا يسأل جزائيا م كان وقت ارتكاب الجريمة فاقد الادراك او الإرادة لجنون او عاهة في العقل او بسبب كونه في حالة سكر او تخدير نتجت عن مواد مسكرة او مخدرة أعطيت له قسراً او على غير علم منه بها، او لأي سبب آخر يقرر العلم أنه يفقد الإدراك او المخدرة او غيرها سوى نقص او ضعف في الادراك او الإرادة وقت ارتكاب الجريمة عد ذلك عذراً مخففاً.".

[١٠٤] - القرار التميزي المرقم رقم القرار ١٧٩٤/شخصية اولى/٢٠٠٨ في ٦-٨-٢٠٠٨،نقلا عن :القاضي بدر، مرجع سابق،ص٣٢٧.

[١٠٥] - رقم القرار ٣٠٣/تسلسل ٧٦١ في ٣٠-٥-٢٠١٠. اشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي ،مرجع سابق ،ص٢٧٧.

[١٠٦] - وهو ما ذهبت اليه محكمة التميز العراقية في القرار المرقم١٣٥٧/شرعيه/٧٠ في ١٧-١٠-٧٠ ،النشرة القضائية – العدد الرابع ،السنة الاولى- ص٢٠.

[١٠٧] - ينظر القرار التميزي المرقم ٢١٥/شخصية/٧٩ في ١٨-٣-٧٩ ، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الاول، السنة العاشرة،ص٧٤.

[١٠٨] -نصت مادة ٩٦ من قانون العقوبات العراقي على ان "الحكم بالسجن المؤبد او المؤقت يستتبعه بحكم القانون من يوم صدوره وحتى إخلاء سبيل المحكوم عليه من السجن حرمانه من الحقوق والمزايا التالية ١ - الوظائف والخدمات التي كان يتولاها.٢ -أن يكون ناخباً او منتخباً في المجالس التمثيلية.٣- أن يكون عضوا في المجالس الادارية او البلدية او احدى الشركات او كان مديراً لها.٤ – أن يكون وصياً او قيماً او وكيلاً.٥ - أن يكون مالكاً او ناشراً او رئيساً لتحرير احدى الصحف." .ونصت مادة ٩٧منه على ان "الحكم بالسجن المؤبد او المؤقت يستتبعه بحكم القانون من يوم صدوره إلى تاريخ انتهاء تنفيذ العقوبة او انقضائها لأي سبب آخر حرمان المحكوم عليه من ادارة أمواله او التصرف فيها بغير الايصاء والوقف إلا بإذن من محكمة الأحوال الشخصية او محكمة المواد الشخصية، حسب الأحوال، التي يقع ضمن منطقتها محل اقامته .وتعين المحكمة المذكورة بناء على طلبه او بناء على طلب الادعاء العام او كل ذي مصلحة في ذلك، قيماً لإدارة أمواله ويجوز لها أن تلزم القيم الذي عينته بتقديم كفالة ولها أن تقدر له أجراً ويكون القيم تابعاً لها وتحت رقابتها في كل ما يتعلق بقوامته. وترد للمحكوم عليه أمواله عند انتهاء مدة تنفيذ العقوبة او انقضائها لأي سبب آخر. ويقدم له القيم حساباً عن ادارته ،كما نصت مادة ٩٨ منه على انه" كل حكم صادر بعقوبة الإعدام يستتبعه بحكم القانون من يوم صدوره إلى وقت تنفيذ الحكم حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادتين السابقتين بطلان كل عمل من أعمال التصرف او الإدارة، يصدر منه خلال الفترة المذكورة عدا الوصية والوقف، وتعين محكمة الأحوال الشخصية او محكمة المواد الشخصية – حسب الأحوال – بناء على طلب الادعاء العام او كل ذي مصلحة، قيماً على المحكوم عليه"

[١٠٩] - نصت مادة ٣٠٣ من قانون المرافعات المدنية على ان" تقادم الدعوى الشرعية في محكمة محل اقامة المدعى عليه . ومع ذلك يجوز ان تقام دعوى الزواج بمحكمة محل العقد . كما يجوز ان تقام دعوى الفرقة و الطلاق في احدى هاتين المحكمتين او في محكمة المحل الذي حدث فيه سبب الدعوى . ".

[١١٠] - نصت مادة ٣٠٠ من قانون المرافعات المدنية على ان" تختص المحكمة الشرعية بالنظر في الامور التالية :١ - الزواج وما يتعلق به من مهر ونفقة ونسب وحضانة وفرقة وطلاق وسائر امور الزوجية . ..". كما نصت مادة ١٠ منه على ان "تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الجزئية ، دعاوى الوقف وشروطه و الاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه .ويكون للمحكمة الابتدائية المختصة محليا بنظر دعوى الطلاق او التطبيق او التفريق الجسماني دون غيرها ، الحكم ابتدائيا في دعاوى النفقات او الأجور وما في حكمها سواء للزوجة او الأولاد او الأقارب ، وحضانة الصغير و حفظه و رؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضانته . وتلتزم المحاكم الابتدائية والجزئية التي رفعت او ترفع أمامها دعوى بأي من هذه الطلبات بإحالتها الى تلك المحكمة حتى يصدر فيها حكم قطعي واحد.".

[١١١] - نصت م ١٥ من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في المسائل الأحوال الشخصية المصري على ان" - تختص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى او المدعى عليه بنظر الدعوى المرفوعة من أولاد او الزوجة او الوالدين او الحاضنة حسب الأحوال في المواد الآتية: د- التطليق والخلع والإبراء والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية.

[١١٢] - نصت مادة ١٣ من قانون المرافعات العراقي على ان"١- يقوم بمهمة التبليغ مباشر والمحاكم ويجوز ان يقوم بها رجال الشرطة او غيرهم ممن يعينهم وزير العدل بتعليمات يصدرها. كما يجوز بأذن من الحاكم اجراء التبليغ برسالة رسمية من المحكمة بواسطة البريد المسجل المرجع باستثناء تبليغ عريضة الدعوى والحكم . ".

[١١٣] - نصت مادة ٢١ /١ من قانون المرافعات العراقي على انه" اذا تحقق للمحكمة بعد الاستفسار من جهة ذات اختصاص ان ليس للمطلوب تبليغه محل اقامة او مسكن معلوم ولم يكن موجودا فيجرى تبليغه بالنشر في صحيفتين يوميتين تصدر في منطقة المحكمة او اقرب منطقة لها ان لم يكن في منطقة المحكمة صحيفة تصدر . ويعتبر تاريخ النشر المتأخر في احدى الصحيفتين تاريخا للتبليغ .

ويجوز بالإضافة الى النشر في الصحيفة اذاعة التبليغ بواسطة الاذاعة ووسائل الاعلام الاخرى ".

[١١٤] - لكن الزوج لو هرب قبل الحكم عليه او جرت محاكمته غيابيا وحكم عليه غيابيا.

[١١٥] - كان يكون قد سافر الى الدولة (ص) وهو عراقي الجنسية وحكم فيها عن جريمة متعلقة بذلك البلد. او ان حكم عليه في العراق وزوجته مقيمة في دولة اخرى؟

[١١٦] - نصت المواد ادناه من قانون المرافعات العراقي . مادة ٢٢ "١ اذا كان محل اقامة الشخص المطلوب تبليغه يقع في البلدة التي بها المحكمة يجب ان يجرى التبليغ الاول قبل ثلاثة ايام على الاقل من اليوم المعين للمرافعة .

٢ - يضاف على المدد الاصلية يوم واحد عن كل خمسين كيلو مترا بين محل الاقامة ومحل المحكمة" . مادة ٢٣ "اذا كان المطلوب تبليغه مقيما في بلد اجنبي يطلب رئيس المحكمة الى وزير العدل التوسط لتبليغه بالطرق الدبلوماسية بمقتضى القواعد المقررة في ذلك البلد الا اذا وجدت معاهدة تنص على طريقة خاصة . ويضاف على المدد الاصلية بالنسبة لمن يقيم خارج العراق مدة للمسافة تحسب على الوجه الاتي ولو كان له وكيل مقيم في العراق :١ - شهر للمقيمين في اي بلد في الوطن العربي وتركيا وايران . ٢ - شهران للمقيمين في البلاد الاخرى . ".مادة ٢٤ "يجوز انقاص المدة او زيادتها تبعا لأحوال المواصلات وظروف الاستعجال بأمر من المحكمة يبلغ مع الورقة المطلوب تبليغها".

[١١٧] - نصت م (١٨) من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات القاضي في المسائل الأحوال الشخصية المصري على ان" تلتزم المحكمة في دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم، ويعد من تخلف عن حضور جلسة الصلح- مع علمه بها- بغير عذر مقبول رافضا له. وفي دعاوى الطلاق او التطليق لا يحكم بهما إلا بعد ان تبذل المحكمة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك. فان كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد على ستين يوما.".

[١١٨] - وان اشترط ذلك في قضايا التفريق للخلاف (الشقاق)وفق م ٤١ او عند اقامة العدوى المردودة وفق م ٤٠ من جديد.

[١١٩] - القرار التميزي المرقم :٣٣٨٥/شخصية اولى /٢٠٠٩ في ٢٦-٧-٢٠٠٩ نقلا عن :القاضي عدنان مايح ،مرجع سابق،ص٣٢٧.

[١٢٠] - نصت مادة ٣٠ من قانون المرافعات المدنية على انه " لا يجوز لاية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون او فقدان النص او نقصه والا عد الحاكم ممتنعا عن احقاق الحق . ويعد ايضا التأخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعا عن احقاق الحق .

[١٢١] - م ١٢٥ من قانون الاحوال الشخصية .

[١٢٢] - نصت مادة ٣٥ من قانون المرافعات العراقي على ان "تختص محكمة التمييز بالنظر في الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف ومحاكم البداءة والصلح وفي الاحكام الصادرة من المحاكم الشرعية وبالأمور الاخرى التي يحددها القانون . ".

[١٢٣] - نصت مادة ٦٣ من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات القاضي المصري على انه "لا تنفذ الأحكام الصادرة بفسخ عقود الزواج او بطلاقها او بالطلاق او بالتطليق إلا بانقضاء مواعيد الطعن عليها بطريق النقض، فإذا طعن عليها في الميعاد القانوني، استمر عدم تنفيذها لحين الفصل في الطعن. وعلى رئيس المحكمة او من ينيبه تحديد جلسة لنظر الطعن مباشرة أمام المحكمة في موعد لا يجاوز ستين يوما من تاريخ إيداع صحيفة الطعن لقلم كتاب المحكمة او وصولها إليه ، وعلى النيابة العامة تقديم مذكرة برايها خلال ثلاثين يوما على الأكثر قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن. واذا نقضت المحكمة الحكم كان عليها ان تفصل في الموضوع .وفي القانون الجزائري فأن الأحكام الصادرة في دعاوى فك الرابطة الزوجية بجميع صورها غير قابلة للاستئناف إلا فيما يتعلق بجوانبها المادية طبقا لمضمون م ٥٧ من قانون الأسرة

[١٢٤] - وهبة الزحيلي ،مرجع سابق ، ص ٥٣٥.

[١٢٥]- نصت م ٤٥ من قانون الاحوال الشخصية العراقي على ان "يعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد الأربعين والحادية والأربعين والثانية والأربعين والثالثة والأربعين طلاقا بائنا ببينونة صغرى ."

[١٢٦] م ٥٣ من قانون الاسرة الجزائري.

[١٢٧] - م ١٤ القانون المصري ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

[١٢٨] - م ١٢٥ من قانون الاحوال الشخصية الاردني

[١٢٩] - م ٢/٥٢ من قانون الاحوال الشخصية اليمني .

[١٣٠] - م ٢/١٠٩ من قانون الاحوال الشخصية السوري. والتي نصت على ان" هذا التفريق طلاق رجعي فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرآة في العدة حق له مراجعتها ".

[١٣١] - الفيروز ابادي،القاموس المحيط،مرجع سابق،مادة (عدد).ص٨١٣. وقالَ أَبُو عُبَيْدٍ العِدُّ بِلُغَةِ تَمِيمٍ هُوَ الكَثِيرُ وَبِلُغَةِ بَكْرِ بْنِ وَائِلٍ هُوَ القَلِيلُ وَالعُدَّةُ بِالضَّمِّ الاسْتِعْدَادُ وَالنَّاهُبُ وَالعُدَّةُ مَا أَعْدَدْتَهُ مِنْ مَالٍ أَوْ سِلَاحٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ وَالجَمْعُ عُدَدٌ مِثْلُ غُرْفَةٍ وَغُرَفٍ وَأَعْدَدْتُهُ إِعْدَادًا هَيَّأْتُهُ.ينظر:الفيومي، المصباح المنير(٦ / ٦٤).

[١٣٢] - العاملي، الروضة البهية (٤ / ٧٧).

[١٣٣] - الصنعائي ،التاج المذهب(١٢٤/٣).

[١٣٤] - الكاساني، البدائع(١٩٠/٣).

[١٣٥] - الدردير، الشرح الكبير(٤٨٦/٢).

[١٣٦] - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج(٣٨٤/٣).

[١٣٧] - ابن قدامه ،المغني(٤٨٨/٧).

[١٣٨] - نصت م (٣/٤٣) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه " "إذا لم يطلب الزوج زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين من تاريخ العقد، ولا يعتد بطلب الزوج زفاف زوجته إذا لم يكن قد أوفى لها بحقوقها الزوجية ".ولاشك في ان الزوجة تقييم دعوى التفريق للحبس افضل لها من اقامة التفريق لعدم الزفاف والدخول ضمانا لحقوقها الزوجية من نصف المهر لانها ستحرم منه في الحالة الاولى.

[١٣٩] - واوضحت مادة ٤٨منه ان "١ - عدة الطلاق والفسخ للمدخول بها ثلاثة قروء.٢ - إذا بلغت المرأة ولم تحض أصلا فعدة الطلاق أو التفريق في حقها ثلاثة أشهر كاملة . ٣ - عدة المتوفي عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام للحائل أما الحامل فتعتد بأبعد الأجلين من وضع الحمل والمدة المذكورة .٤ - إذا مات زوج المطلقة وهي في العدة فتعتد عدة الوفاة ولا تحتسب المدة الماضية ".

[١٤٠] - نضم القانون اليمني العدة بمواد منها : م (٧٩)" العدة أما عن طلاق أو فسخ أو موت.".وم (٨٠) " عدة الطلاق أو الفسخ لا تجب إلا بعد الدخول وتبدأ في الطلاق من تاريخ وقوعه إلا أن تكون المرأة غير عالمه به فمن تاريخ علمها وتبدأ في الفسخ من تاريخ الحكم به، وعدة الموت تجب قبل الدخول وبعده وتبدأ من تاريخ علم المرأة بوفاة زوجها، ويجب الإستبراء في الدخول بشبهة ويبدأ من تاريخ العلم بالمانع.".و م (٨١) " تنقضي عدة الحمل في جميع الأحوال بوضع جميع حملها متخلفا وعدة المتوفي عنها زوجها غير الحامل أربعة أشهر و عشرة أيام.".وم (٨٢) "عدة الطلاق لغير الحامل كالآتي :-أ- لذات الحيض ثلاث حيض غير التي طلقت وهي فيها.ب-لغير ذات الحيض كالآيسة ثلاثة أشهر.ج- المنقطعة لعارض تتربص ثلاثة أشهر فإذا لم يعد فيها الحيض أنقضت عدتها وأن عاودها الحيض خلالها استأنفت ثلاث حيض.د- دة المستحاضه ثلاث حيض أن كانت ذاكرة لوقتها وعددها وإلا فثلاثة أشهر، وإذا توفي الزوج أثناء العدة من طلاق رجعي استأنفت المرأة عدة الوفاة من تاريخ علمها بوفاة زوجها.".وم(٨٤)"العدة في الفسخ كالآتي:١- المنكوحة باطلا تستبرىء بحيضة أن كانت من ذوات الحيض وإلا فثلاثة أشهر.٢- سائر المفسوخات حكمهن حكم المطلقات على ماهو مبين بالمادة (٨٢).". وهو قريب من موقف القانون الاردني ،ينظر المواد (١٤٥-١٤٨) .وينظر كذلك م (٥٨) من قانون الاسرة الجزائري.

[١٤١] - ويسمى ايضاً بالصداق ،النحلة ،العطية ،العقر ،الصدقة والفريضة.

[١٤٢] - الفيومي ،المصباح المنير (٧٤/٩)،مادة(مهر).

[١٤٣] - ابن همام ،شرح فتح القدير(٣٠٤/٣).النووي ،المجموع(٦٠٥/١٨).

[١٤٤] - ينظر المواد : م٥٣ سوري.١٩ مصري .٤٩ اماراتي.١٤ جزائري .١٩ عراقي.

[١٤٥] - في حالة طلاق الزوج لها او التفريق بسبب الزوج إما لو كان بسببها كالضرر او الشقاق(الخلاف) الذي يكون تقصير الزوجة فيه ١٠٠% او استخدام خيارها للبلوغ او ردها فلا مهر لها قبل الدخول بل يسقط.

[١٤٦] - يعرف البعض المتعة بانها التعويض المالي للمرأة عما لحقها من ضرر بسبب الفرقة من زواج لم تكن هي المتسببة فيه. ذياب، القاضي زياد صبحي علي: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، ط ١، دار الينابيع للنشر، والتوزيع، سنة ٩٩٢ م، ص١٥.وذهب الجمهور الى ان المتعة واجبة بينما راى المالكية انها مستحبة . الدسوقي: حاشية الدسوقي،(٤٢٥/٢)، وانظر: ابن نجيم: البحر الرائق،(١٥٧/٣). الشافعي ،محمد بن ادريس:الام ،دار المعرفه- بيروت ،١٢٩٣هـ (٥٩/٥)،وانظر: البهوتي: كشاف القناع،(١٥٨/٥). ابن رشد الحفيد ،القاضي أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد،بداية المجتهد و نهاية المقتصد ،دار الحديث - القاهرة ، ٢٠٠٤،(٩٧/٢) .

[١٤٧] - وهو اتجاه الاحناف والحنابلة. الكاساني: بدائع الصنائع،(٢٩٢/٢)، وانظر :ابن قدامة: المغني،(١٩١/٧). بينما ذهب ذهب المالكية والشافعية إلى أنَّ الخلوة الشرعية لا تقوم مقام الدخول في تأكيد المهر، فإذا كان التفريق بعد الخلوة وكان قد سُمِّيَ للزوجة مهرٌ، وجب لها نصف المهر مسمى، وإن لم يكن قد سُمِّيَ لها مهرٌ وجبت لها المتعة. ابن رشد: بداية المجتهد (٢٢/٢). الشافعي: الأم،(٥٨/٥) .

[١٤٨]- نضم القانون اليمني المهر بعدة مواد منها م(٣٥)"يجب المهر كله بالدخول الحقيقي ويستحق بموت الزوجين أو أحدهما." .و م (٣٦)" يستحق نصف المهر المسمى بالطلاق أو بالفسخ إذا كان من جهة الزوج قبل الدخول فإذا كان الفسخ من جهة الزوجين معا أو من جهة الزوجة فقط فلا يستحق من المهر شيء ويكون على الزوجة رد ما قبضته مما لا يستحق لها ولا يلزمها رد مثل ما وهبته لزوجها". و م (٣٧)" إذا لم يسم المهر تسمية صحيحة فللمرأة المطلقة قبل الدخول المتعة وهي كسوة مثلها من مثله بما لا يزيد على نصف مهر المثل". و وهو قريب من موقف القانون الاردني ،ينظر المواد (٣٩-٤٥) .وينظر كذلك م (٥٨) من قانون الاسرة الجزائري.

[١٤٩] - نصت م(٥٠) من قانون الاحوال الشخصية على ان" تجب نفقة العدة للمطلقة على زوجها الحي ولو كانت ناشزا ولا نفقة لعدة الوفاة .".