الخلع وأثره على الحضانة في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي

د. عمار عبد الحافظ عبد الكبيسي
كلية الإمام الأعظم «رحمه الله» الجامعة

الملخص

إنَّ هذا الموضوع عظيم الأهمية لما فيه من اعطاء المرأة حقها في الخلع بما يزيل عنها ما يؤرقها من زواج لا نفع من البقاء فيه،ولأن رابطة الزواج مبنيةُ على المودة والرحمة،وتحصين للأنفس ، وحفضاً للدين.

إهتمام الشريعة الإسلامية بالزوجة بأن جعل لها الحق في فرقتها من زوجها برضاها وطلب منها،فيما تفتدي به نفسها،على إن لا يكون بأكثر مما اتاها بدليل قوله ﷺ أما الزيادة فلا.

أجاز للزوج أن يأخذ البدل الذي تقدمه زوجته في مقابل خلاصها منه، بشرط أن تكون هي الكارهة لزوجها.

حكم الحضانة: من فروض الكفاية إذا تعدد الحاضن؛ لأن المحضون قد يهلك أو يسري عليه الضرر إذا تُرك بدون رعاية وحفظ ، فيجب تخليصه وتنجيته من الهلاك والإنفاق عليه.

إن الحضانة تتعلق بها ثلاثة حقوق: حق الحاضنة،وحق المحضون،وحق الأب أو من يقوم مقامه.

إذا طلّقت الأم ولم تتزوج فلها الحق بالحضانة، مصداقاً لقوله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تُنكحي».

ونرى أن القانون قد اخذ بيد الأطفال وحرصا منه على تربيتهم وحفظهم وعدم حرمانهم من الأمومة فجعل الحضانة للام ولا يحق لها أن تتنازل عنه.

Summary:

This issue is of great importance because of the fact that it gives women the right to be deprived by removing what stifles them from a marriage that does not benefit from staying in it, and because the bond of marriage is based on affection and compassion, and immunization of souls, and a preservation of religion.

The interest of Islamic Sharia in a wife by making her the right to divide her husband with her consent and asking her, while redeeming herself, provided that it should not be more than what was given to her in evidence saying قوله As for the increase then it is not.

It is permissible for the husband to take the allowance offered by his wife in exchange for her salvation from him, provided that she is the one who hates her husband.

Ruling on custody: one of the assumptions of sufficiency if there are multiple custodians; Because the cuddly may perish or damage to him if left without care and preservation, it must be freed and saved from perishing and spending on it.

The custody has three rights attached to it: the right of the custodian, the right of custody, and the right of the father or his representative.

If the mother divorces and does not marry, she has the right to custody, in accordance with his saying r: «You are entitled to it unless you are given up».

We see that the law was taken in the hands of children and out of concern for them to raise and protect them and not deprive them of motherhood, so he made custody of the mother and she has no right to give it up.

المقدمة

الحمدُ لله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله، وعلى آله وأصحابه ومن اهتدى هداه.

أما بعد؛ فالإسلام يريد للحياة الزوجية أن تبقى ما بقيت دعائمها الأساسية قائمة، وهي السكون والمودة والرحمة فإن فقدت، فلا معنى لفرض الصحبة بالإكراه، ولهذا أعطى للرجل حق إنهاء الحياة الزوجية بالطلاق، وأعطى في مقابله للمرأة حق إنهائها بالخلع، وذلك عند تعذر الوفاق في كلا الحالتين وفي هذا قيل إن لم يكن وفاق، ففراق، وهنا يؤكد القرآن الكريم أن يكون الفراق بالمعروف، إذا لم تكن المعاشرة بالمعروف، ويحذر من المضارة والفصل الذي ينافي أخلاقية الإنسان المسلم، والذي قد يدفعه إلى الغضب وحب الانتقام وحب المال يقول تعالى: ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖۚ وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ﴾ [البَقَرَة الآية ٢٣١]، وقد ثبتت مشروعية الخلع بالقرآن، والسنة، والإجماع فالفرد الصالح: هوأساس الأسرة الفاضلة، والأسرة الفاضلة هي نواة المجتمع الخير، ولهذا فإن الإسلام عُني بالفرد منذ نعومة أظفاره، بل قبل ذلك بزمن طويل عندما أمر الرجل أن يختار الزوجة الصالحة والبذرة الصالحة.

وقد نبّه رسول الله ﷺ إلى أهمية تنشئة الطفل تنشئة صالحة، فقال: «كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ أَوْ يُنَصِّرَانِهِ أَوْ يُمَجِّسَانِهِ»[1].

ولهذا فإنّ الحضانة في الإسلام لها أهمية خاصة، وخطورة بالغة، من أجل ذلك أوجبها الإسلام على الأب أو من ينوب عنه، في حال الوفاة أو العجز.

وتزداد أهمية الحضانة ويعظم قدرها عندما يفترق الزوجان، وتنشأ بينهما نزاعات وخصومات تعرض الطفل لمخاطر كبيرة، ولانحرافات مثيرة، إذا لم يلتزم الطرفان المتنازعان بالأحكام الشرعية والآداب المرعية، ويتقيا الله في أنفسهما وأولادهما، ويقدما مصلحة الأولاد على حظوظ النفس.

- **منهج البحث:**

بعد الاستعانة بالله سبحانه، رأيت أن يكون بحثي هذا تأصيلاً لمبدأ الخلع، وآثاره على الحضانة، مستمدا معلوماته من المصادر الأصلية من قرآن وسنة وإجماع، وقانون فعزوت الآيات القرآنية إلى مواضعها من السور وذكر أرقامها، وخرّجت كلَّ الأحاديث الواردة في البحث، وبينت المعاني اللغوية من معاجم اللغة المعتمدة وارجعت النصوص القانونية إلى موادها .

---

(١) صحيح البخاري باب ما قيل في اولاد المشركين (٤٦٥/١)رقم الحديث (١٣١٧).

خطة البحث: حاولت في بحثي هذا، أن أركز على أهم الأمور التي تكتنف الخلع، ولهذا جعلت البحث متوسطاً بين الإطناب الممل، والإيجاز المخل، وقسمته بعد المقدمة على تمهيد ومبحثين وخاتمة.

تحدثت في المقدمة عن أهمية الموضوع وسبب اختياري إياه، ومنهجي في البحث، وخطته.

أما المبحث الأول: فيضم أربعة مطالب: المطلب الأول: صفة الخلع وما يترتب عليه، والمطلب الثاني: شروط الخلع، والمطلب الثالث: أحكام الخلع. فيما احتوى المطلب الرابع على آثار الخلع، وكان المبحث الثاني يشتمل على ثلاثة مطالب: المطلب الأول: تعريف الحضانة، والمطلب الثاني: من له الحق في الحضانة

والمطلب الثالث، مدة الحضانة، ثم انتهى البحث بخاتمة لخصت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها.

أسال الله أن يكون ما قدمته في بحثي هذا موطن رضا أستاذي المشرف والسادة أعضاء لجنة المناقشة الكرام .

وأخيراً، أن كان ما جئت به صواباً فهو من عند الله وحسن توفيقه ، وأن كان خطئاً فمن نفسي ، وعذري اني أردت الصواب وقصدته.

التمهيد

الخلع في الاسلام ودليل مشروعيته

الخلع لغةً: النَزع وخَالعت المرأة زوجها مُخالعة إذا افتدتْ مِنهُ وَطلقها على الفِدية [١] .

واصطلاحاً :عرفه الشافعية بأنه :فرقه بين الزوجين بعوض، بلفظ طلاق أو خلع، كقول الرجل للمرأة طلقتك أو خالعتك على كذا، فتقبل [٢].

وعرفه الحنفية بانه: إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع [٣]

وعرفه المالكية بأنه: الطلاق بعوض [٤] .

عرفه الحنابلة بأنه: فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة [٥].

وعرفه المشرع العراقي: في الفقرة (١) من المادة (٤٦) فقال: (الخلع: إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع، أو ما في معناه، وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي، ونصت المادة منه على من أراد الطلاق أن يقيم الدعوى في المحكمة الشرعية بطلب إيقاعه واستحصال حكم به فإذا تعذر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة وتبقى حجة الزواج معتبرة إلى حين إبطالها في المحكمة [٦] .

وجاء في القرار رقم ٥٢٢ / ش/٩٧١ المؤرخ ٣-٣-١٩٧١ ما نصه» إقرار الزوج بالطلاق الخلعي دون مصادقة الزوجة لا يكفي للحكم بصحته، بل يلزم إثبات وقوعه بصيغة الإيجاب والقبول، فان لم يثبت ذلك فيعتبر الطلاق الذي أقربه الزوج رجعياً).

---

(١) المصباح المنير أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، ت٧٧٠هـ، ط: مصطفى البابي الحلبي مادة خلع.

(٢) مغني المحتاج (٣/ ٢٦٢)، والمهذب (٢/ ٧١).

(٣) فتح القدير :الكمال بن الهمام، دار إحياء التراث، (٤/ ٥٨)، والدر المختار ورد المحتار، علاء الدين الحصكفي ط:١، (٢/ ٧٦٦).

(٤) الشرح الصغير :أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير ت١٢٠١هـ، دار المعارف بمصر (٢/ ٥٦٨) الشرح الكبير مع الدسوقي(٣/ ٢١٦).

(٥) كشاف القناع عن متن الاقناع: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، ط:أنصار السنة (٥/ ٢٢٧)، المغني :لابن قدامة المقدسي، مكتبة الرياض الحديثة (٧/ ٥٠).

(٦) مادة (٤٦) فقرة ،١من القانون المدني.

- **دليل مشروعيته:**

أولاً:القرآن الكريم.

قوله تعالى: ﴿فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ﴾ [البَقَرَة الآية ٢٢٩].

تؤكد هذه الآية الكريمة، بصريح العبارة، على جواز الخلع عند تعذر ديمومة الحياة الزوجية.

ثانياً: السنة النبوية .

روي أن هذه الآية نزلت في جميله بنت عبد الله بن أبي، وفي زوجها ثابت بن قيس، وكانت تبغضه، وكان يحبها أشد الحب [١]، فأتت رسول الله ﷺ وقالت: فرق بيني وبينه فأني أبغضه ولقد رفعت طرف الخباء فرأيته يجيء في أقوام فكان أقصرهم قامة، وأقبحهم وجهاً، وأشدهم سواداً وإني أكره الكفر بعد الإسلام[٢]، فقال ثابت: يا رسول الله مرها فلترد عليَ الحديقة التي أعطيتها، فقال لها: (ما تقولين) ؟ قالت نعم وأزيده، فقال: (لا حديقته فقط). ثم قال لثابت: (خذ منها ما أعطيتها وخلَ سبيلها)، ففعل. فكان ذلك أول خلع في الإسلام .

(١) الكفر هنا: كفران العشير والتقصير بحقه، والعشير هو الزوج ينظر الحديث الصحيح عند البخاري برقم (٤٨٦٩، ٤٨٦٨، ٤٨٦٧) في كتاب الطلاق والنسائي وغيرهما.

(٢) ويسألونك عن المرأة، الشيخ الأستاذ، د، عبد الحافظ الكبيسي، بغداد، مطبعة أنوار دجلة ، ط٤ ص٢٧٩-٢٨٠.

المبحث الأول

الخلع في الإسلام

- **المطلب الأول: صفة الخلع وما يترتب عليها**

الخلع في رأي المالكية والشافعية والحنابلة معاوضة[١]، فلا يحتاج لصحته قبض العوض فلو تم من قبل الزوج فماتت المرأة أو فلّست، أخذ العوض من تركتها وأتبعت به، ويجوز الرد العوض فيه بالعيب، لأن أطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب، فثبت فيه الرد بالعيب كالمبيع والمهر، ويصح الخلع منجزاً بلفظ المعاوضة، لما فيه من معنى المعاوضة، ويصح معلقاً على شرط لما فيه من معنى الطلاق، ويملك العوض بالعقد، ويضمن بالقبض، لكن فصل الحنابلة في الضمان فقالو: العوض في الخلع كالعوض في الصداق والبيع: إن كان مكيلاً أو موزوناً، لم يدخل في ضمان الزوج، ولم يملك التصرف فيه إلا بقبضه، وإن كان غيرهما دخل في ضمانه بمجرد الخلع وصح تصرفه فيه .

إلا أن الشافعية قالوا :الخلع معاوضة فيها شَوب تعليق، لتوقف وقوع الطلاق فيه على قبول دفع المال من الزوجة . وذهب ابو حنيفة [٢]، إلى أن الخلع قبل قبول المرأة يمين من جانب الزوج فلا يصح الرجوع عنه لأنه علق طلاقه على قبول المال والتعليق يمين اصطلاحاً .

ويعتبر معاوضة بمال من جانب الزوجة، لأنها التزمت بالمال في مقابل افتداء نفسها وخلاصها من الزوج، لكنها عند أبي حنيفة ليست معاوضة محضة، بل فيها شبه بالتبرعات، لأن بديل العوض ليس مالاً شرعاً، وانما هو افتداء المرأة نفسها، فلا يكون الخلع معاوضة محضة. وقال الصاحبان: الخلع يمين بالنظر إلى الزوجين جميعاً.

ويترتب على الخلع يميناً من جانب الزوج الآثار التالية:

١ لا يصح رجوع الزوج عنه قبل قبول المرأة.

٢ لا يقتصر إيجاب الزوج على مجلسه، فلو قام من المجلس قبل قبول الزوجة لا يبطل إيجابه بهذا القيام.

٣ لا يصح للزوج أن يشترط الخيار لنفسه في مدة معلومة، لأنه لا يملك الرجوع عن الخلع، لأنه يمين من

(١) الشرح الصغير، مع حاشية الصاوي: ٥٣١ ، ٥١٨، ٢، مغني المحتاج:٣٦٩، ٣، المهذب:٣/٧٣-٧٣، المغني: ٦٦/٧، ٥٨.

(٢) الدر المختار ورد المحتار:٣/٧٦٨-٧٦٩، البدائع:٣/١٤٥.

جانبه، فإذا اشترط الخيار كان الشرط باطلاً ولكن لا يبطل الخلع به.

٤- يجوز للزوج أن يعلق الخلع بشرط وأن يضيفه إلى زمن مستقبل، مثل: إذا قدم فلان فقد خالعتك على كذا، أو خالعتك على كذا غداً أو رأس الشهر القادم، والقبول للزوجة عند تحقق الشرط، أو حلول الوقت المضاف إليه.

ومذهب الحنابلة [١]: لا يصح تعليق الخلع على شرط، ومذهب المالكية والشافعية: يجوز تعليق الخلع كأن يقول: متى ما أعطيتني فأنت طالق.

ويترتب الخلع معاوضة لما له شبه بالتبرعات من جانب الزوجة ما يأتي:

١- يصح للزوجة رجوعها عن الإيجاب إذا ابتدأت الخلع قبل قبول الزوج.

٢- يقتصر قبول الزوجة في المجلس إن كانت حاضره فيه، وفي مجلس علمها بالخلع إن كانت غائبة عن مجلس الإيجاب كالبيع . ولا يشترط حضور المرأة في المجلس، بل يتوقف الإيجاب على ما وراء المجلس بعكس عقد الزواج، فلو كانت غائبه فبلغها الخبر، فلها القبول في مجلس علمها به ؛ لأنه في جانبها معاوضة.

٣- يجوز للزوجة أن تشترط لنفسها في مدة معلومة يكون لها فيها الحق في القبول أو الرد، إذا ابتدأت الخلع، كأن تقول لزوجها: خالعتك على الف على أن لي الخيار ثلاثة أيام، فإذا قبل الزوج صح الشرط، ولها أن تقبل أو ترفض، لأن الخلع من جانبها معاوضة والمعاوضات يصح فيها اشتراط الخيار.

وقال الصاحبان والحنابلة [٢]: لا يصح اشتراط الخيار للزوجة، لأن الفرقة عند الحنابلة وقعت بالتلفظ بالخلع، وما وقع لا سبيل الى رفعه ولأن الخلع يمين الصاحبين بالنظر إلى الزوجين جميعاً، وليس معاوضة من جانب الزوجة، وإذا اشترط صح الخلع وبطل الشرط لأنه لا يفسد بالعوض الفاسد، فلا يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح .

٤- لا يصح للزوجة تعليق الخلع ولا إضافته إلى زمن مستقبل، لأن الخلع من جانبها معاوضة وتمليك، إذ التمليك لا يقبل التعليق ولا الإضافة.

٥- لا تلزم الزوجة ببدل الخلع إلا إذا كانت أهلاً للتبرع بأن تكون بالغة عاقلة رشيدة، لأنّ الخلع وإن عُدّ معاوضة من جانب الزوجة ففيه شبه بالتبرعات.

- **المطلب الثاني: شروط الخلع**

١- أن يكون البُغض مِن الزوجة، فإن كان الزوج هو الكاره لها فليس له أن يأخذ منها فدية، وإنما عليه أن

---

(١) كشاف القناع:٥/٢٤٣.

(٢) المرجع السابق، المغني:٧/٦٠.

يصبر عليها، أو يطلقها إن خاف ضرراً.

٢- أن لا تطالب الزوجة بالخلع حتى تبلغ درجةً من الضَرر، تخاف معها أن لا تقيم حدود الله في نفسها، أو في حقوق زوجها.

٣- أن لا يعتمد الزوج أذية الزوجة حتى تخالع منه، فإن فعل فلا يحل له أن يأخذ منها شيئا ابداً، وهو عاصٍ، والخلع ينفذ طلاقاً بائناً، فلو أراد مراجعتها لا يحل لهو إلا بعد عقدِ جديدِ[١].

اما الشروط الواجب توافرها لصحة الخلع من خلال دراسة النص القانوني الوارد في قانون الأحوال الشخصية المادة (٤٦) يتضح لنا[٢].

١- توافر لفظ الخلع، أو ما يدل على معناه كالإبراء أو غيره من الألفاظ حيث لا تسمى الفرقة خلعاً، كما اشترط المذهب الجعفري وجود شاهدين عادلين.

٢- أن يكون الزوج المخالع أهلاً لإيقاع الطلاق حيث يشترط لإيقاع الخلع العقل والرشد فلا يصح الخلع من السكران والمجنون أو المعتوه أو المكره أو من كان فاقد التميز لغضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض أو غير ذلك وكل من لم يوقع القانون طلاقه لا يقع خلعه ايضاً.

٣- أن تكون الزوجة محلاً للطلاق بأن تكون الزوجية صحيحة قائمه حقيقة او حكماً.

٤- أن يكون الخلع على مالٍ تدفعه الزوجة وبدونه لا يكون الخلع قائماً كأن يكون المهر أو سكن الدار أو حضانة طفل أو نفقتها أو نفقت طفلها وكل ما يصح أن يكون محل للإبراء يصح تملكه أو بيعه.

٥- أن تكون الزوجة راضية بالخلع عالمه بمعنى الصيغة... فلا عبره بما تدعيه الزوجة إنها كانت مكرهة على الخلع كونه من الشروط الاساسية له توافر الرضا من الطرفين....[٣].

- **المطلب الثالث: أحكام الخلع**

من خلال تعريف الخلع تبين أنه لا بد فيه من توافر الأمور التالية لكي يرتب أثره:

أولاً: أن تكون الفرقة بلفظ الخلع أو ما يدل على معناه كالإبراء والافتداء، أما إذا كانت بلفظ من الفاظ الطلاق الصريحة أو الكنائية فلا تسمى الفرقة حينئذ خُلعاً، حتى ولو كانت على مالٍ من الزوجة، وإنما يسمى طلاقاً على مال، وهذا خلافاً للشافعية الذين جعلوا الفرقة في الحالتين خُلعاً أي لفظ كانت ما دامت على مال [٤].

---

(١) فقه المرأة المسلمة، يوسف الحاج أحمد، مكتبة أبن حجر، ط١، كتاب أحكام الأسرة ص٤٨٢

(٢) المادة ٤٦، قانون الاحوال الشخصية لعام ١٩٥٩.

(٣) المادة (٤٦) من قانون الاحوال الشخصية لعام ١٩٥٩

(٤) خلافا للشافعية الذين جعلوا الفرقة في الحالتين خلعاً أي لفظ كانت مادامت على مال. أنظر: نهاية المحتاج/٣٦٨.

ثانياً: أن تكون الفرقة على مال تدفعه الزوجة للزوج، أما إذا كانت بدون عوض من الزوجة فإنها لا تكون خلعاً حتى ولو كانت بلفظ الخلع، وإنما هي من الالفاظ الكنائية ويقع بها طلاق بائن .

ثالثاً: أن يرضى به كل من الطرفين، لأن لكل منهما شأناً فيه، فحقوق الزوج تسقط به فلا بُدّ من رضاه، وتلتزم الزوجة بدفع العوض فلا بُدّ من رضاها[1] .

- **حكم أخذ البدل في الخلع:**

يجوز للزوج أن يأخذ البدل الذي تقدمه زوجته في مقابل خلاصها منه، بشرط أن تكون هي الكارهة لزوجها وتريد الخلاص منه، واشترط جمهور الفقهاء لجواز ذلك: أن لا يزيد ما يأخذه منها، على ما أعطاه لها من الصداق، لحديث امرأة ثابت بن قيس، حين قال لها النبي ﷺ أما الزيادة فلا .

أما إذا كانت الكراهية من الزوج وحده، وأراد التخلص منها: فلا يحل له أن يأخذ منها شيئاً في مقابل طلاقه لها لقوله تعالى: ﴿إِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٢٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظًا ﴿٢١﴾﴾ [النِّسَاء من الآية ٢٠ الى الآية ٢١] ومثل ذلك: أن يمسك الرجل زوجته على كره، ويسيء معاملتها لكي يدفعها الى إفتداء نفسها منه. فلا يحل له شيءٌ من مالها عوضاً عن الطلاق. لقوله تعالى ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾ [البَقَرَة الآية ٢٣١].

إلا أن القضاء يلزمها بدفع ما التزمت به ولو كان الامر كما ذكرنا وهكذا قال الحنفية [2] .

هل يقع الخلع طلاقاً أو فسخاً ؟

إن الخلع يقع طلاقاً بائناً.

وإذا اشترطت المرأة أن يكون الخلع بينونه كبرى فلها ذلك.

وافق الحنفية والمالكية ورواية عن الشافعية والحنابلة الحسن في أن الخلع طلقة بائنة، والرواية الثانية عن الشافعية والحنابلة أن الخلع فسخ [3].

واحتج من جعله طلاقاً بأن الفسوخ إنما هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع إلى اختياره وهذا راجع الى الاختيار، فليس بفسخ .

---

(١) د. أحمد الكبيسي ، الأحوال الشخصية، المكتبة القانونية بغداد ، ج ١، ص ٢٧٠،

(٢) المصدر السابق نفسه، ص٢٧٤.

(٣) الفسخ حل رابطة العقد، الأشباه والنظائر لأبن نجيم. أول احكام الفسوخ (٢ /١٩٥) الطلاق إنهاء للرابطة العقدية. والفرق بين الحل للعقد ، وأنهاء العقد أن الانهاء: إيقاف لمفعول العقد مع الاقرار بصحة نشوئه، أما الحل :إعدام للعقد واعتباره كأن لم يكن، فسخ الزواج. د. أحمد الحجي الكردي (ص٧١).

والفرقة بلفظ الخلع طلاق، ينقص العدد كلفظ الطلاق، لأن الله تعالى ذكره بين طلاقين، في قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البَقَرَة الآية ٢٢٩]، فدل على أنه ملحق بهما، ولأنه لو كان فسخاً لما جاز على غير الصداق، إذ الفسخ يوجب استرجاع البدل.

واحتج من جعله فسخاً[١]: أن الله تعالى ذكره في كتابه فقال: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البَقَرَة الآية ٢٢٩] ثم ذكر الإفتداء فقال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البَقَرَة الآية ٢٣٠]، فلو كان الافتداء طلاقاً، لكان الطلاق الذي لاتحل له فيه إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع

والراجح والله اعلم هو أن الخلع طلاق، لأن الخلع لا يقع إلا بإيقاع الزوج فكان كالطلاق.

وأما الفسخ: فيقع دون أن يصدر عن الزوج ودون إرادته.

- **خلع الزوجة التي ليست اهلاً للتبرع**

بدل الخلع لا يلزم الزوجة، إلا إذا كانت من أهل التبرع، لما بينا مِن أن الخلع معاوضة شبيهة بالتبرع، والتبرع يلزم منه أن تكون الزوجة بالغة، عاقلة، غير محجور عليها لسفه أو مرض.

أولاً: إذا كانت الزوجة صغيرة، مميزة، تفهم معنى الخلع وآثاره، وخالعها زوجها على مقدار من المال، وقبلت الزوجة ذلك، وقع عليها الطلاق ولا يلزمها المال. وسبب ذلك: أن الزوج علق الطلاق على قبول المال، وما دامت الزوجة مميزة، فقبولها معتبر شرعاً في حق وقوع الطلاق، فيقع. أما عدم لزوم المال فلأنها ليست أهلاً للتبرع.

ثانياً: وإذا كانت كبيرة، ولكنها محجور عليها لسفه، وخالعها زوجها على مال وقبلت: صح الخلع ووقع الطلاق. لأن وقوع الطلاق في الخلع يتوقف على القبول وقد تحقق منها، ولكن لا يلزمها المال. لأنها ليست اهلاً للتبرع كالصغيرة[٢].

ثالثاً: وإذا تولى الخلع عن الصغيرة أو السفيهة أبوها: فأن التزم بأداء البدل من ماله بحيث لا يرجع عليها به: صح الخلع ووقع الطلاق ولزم الاب المال.

أما إذا قبل الاب ولكنه، لم يلتزم بدفع المال من ماله هو، بل أضافه في القبول الى مال ابنته: فان المال لا يلزم أحداً، حتى ولو تكفل به الأب. أما وقوع الطلاق: ففيه روايتان، إحداهما: لا يقع. والثانية وهي الصحيحة، إنه يقع لأن الطلاق معلق على قبول الاب، وقد وجد الشرط، فيقع الطلاق[٣].

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ٦٩) والمغني (٧/ ٥٧) ومغني المحتاج (٣/ ٣٦٨).

(٢) جاء في القرار رقم١٥٤/ش/٧١ والمؤرخ في ١٤-٣-١٩٧١ ما نصه، (لا تصح مخالفة الزوجة البالغة مالم يثبت رشدها ليجوز لها التصرف بأموالها بالبذل).

(٣) أنظر: حاشية أبن عابدين على الدر المختار ٢/ ٥٨٤ وفتح القدير ٣/ ٢١٨.

رابعاً: وأما إذا كانت الزوجة مريضه مرض الموت، وخالعها زوجها على مال وقبلت: صح الخُلع ولزمها المال، إذا كان لا يزيد على ثلث التركة، ولا عن نصيب الزوج في الميراث. فإذا ماتت الزوجة وهي في العدة، استحق الزوج الأقل من بدل الخلع وثلث التركة ونصيبه في الميراث. لأن تبرعات المريض مرض الموت تأخذ حكم الوصية لتعلق حق الورثة والدائنين بالتركة من وقت حلول المرض الذي سبب الوفاة.

أما إذا حدثت الوفاة بعد انقضاء العدة: فان الزوج يستحق الأقل من بدل الخلع، وثلث التركة، ولا محل للنظر حينئذ الى نصيب الزوج من الميراث لانقطاع سببه.

أما الجعفرية: فانهم يرون إن خلع المريضة مرض الموت يقع به الطلاق بائنا[1]، ويثبت به الاقل من الأمرين بدل الخلع وثلث التركة ولوزاد عن نصيب الزوج في الميراث، سواء أماتت الزوجة في عدتها أم بعدها . وهذا مبني على رأي الجعفرية في صحة الوصية للوارث .

وقد أخذ المشرع العراقي برأي الجعفرية هذا. فقد نصت المادة الثالثة والسبعون من قانون الأحوال الشخصية على أنه: {تراعى في الوصية أحكام المواد من ١١٠٨ الى ١١١٢ من القانون المدني .وتنص الفقرة ٢ من المادة ١١٠٨ من القانون المدني على أنه: تجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة....}[2].

وعلى هذا، فلا يكون هناك فرق بين موت الزوجة وهي في العدة، وموتها بعد العدة، فالحكم واحد في الحالتين، وهو أن الزوج يستحق الأقل من بدل الخلع أو ثلث التركة.

- **المطلب الرابع: آثار الخلع في القانون:**

١- يقع به طلاق بائن بينونه صغرى استنادا الى نص المادة(٢/٤٦)

٢- يكون البدل الذي اتفقا عليه لازماً في ذمة الزوجة، ولا فرق بين أن يكون هو المهر أو غيره، ويصح أن تكون النقود بدلاً في الخلع وغيرها مثل (منفعة تقابل مال كسكن الدار، وزراعة الأرض، وإرضاع ولدها منه).

٣- لما كان البدل في المخالعة، هو في مقابل افتداء الزوجة نفسها فإنه لا يسقط إلا ما اتفق عليه من حق لأحد الزوجين على الآخر، مما يتعلق بالزواج كالمهر، والنفقة الماضية المتفق عليها وقت الخلع، فلا يجوز التخالع على نفقة الأولاد وحضانتهم، وإن وقع أي شيء من ذلك عُدّ الخُلع صحيحاً، ويبطل الشرط المتعلق بالتخلي عن حضانة الأولاد، ونفقتهم. وينفرد المذهب الجعفري بأن للزوجة أن ترجع عن بذلها خلال العدة بشروط:

---

(١) ينظر: جواد مغنية ، ص١٤٢.

(٢) فقرة(٢) من المادة ٥٧ ، قانون الأحوال الشخصية.

١- أن يكون الرجوع عن البذل خلال العدة.

٢- أن يبلغ المطلق بهذا الرجوع خلال العدة.

٣- أن يتم الإبلاغ بحيث يستطيع الزوج الرجوع بالزوجة ، وأن لا يمنع من ذلك مانع كزواجه بأختها مثلاً أو زواجه برابعة .لئلاتكون الزوجة بعد البذل الخامسة[١]. فإذا رجعت الزوجة عن البذل، أنقلب الطلاق البائن بينونه صغرى، الى طلاق رجعي واستحقت الزوجة جميع حقوقها الزوجية وبالمقابل جاز للزوج الرجوع بالزوجة، وله أن يتركها دون مراجعة، وتمضي عدتها فينقلب الطلاق الرجعي الى طلاق بائن بينونه صغرى، وتستحق حقوقها في المهر، ونفقه العدة، ولا يسقط شيء منها، لكونها رجعت بالبذل خلال فترة العدة، وليس بعد انتهاء مدتها[٢]. ولا يتوقف الرجوع على موافقة الزوج[٣] . ويعد الطلاق الخُلعي رجعياً، إذا كانت الزوجة قاصرة عند المخالعة لعدم أهليتها لبذل أي حق من حقوقها، كما ليس لوليها أن يبذل شيئاً من حقوقها لعدم جواز التبرع من مال القاصرة، وفي هذه الحالة يصح رجوع الزوج بزوجته خلال العدة، وتحكم المحكمة بصحة الطلاق الرجعي، وبالرجعة عند ثبوتهما، لأنها لا تملك حق البدل[٤]، أما إذا كانت قد تزوجت بعد إكمالها الخامسة عشر بإذن من المحكمة، فإنها تعامل معاملة الرشيدة وفقا لحكم المادة(٢) من قانون رعاية القاصرين.

(١) أنظر: حسين على الأعظمي، أحكام الزواج، مطبعة المعارف، ط٢، بغداد ١٩٤٨-١٩٤٩، ص١٤٠-١٤١.

(٢) انظر: شرح قانون الأحوال الشخصية، محمد عباس السامرائي وأخرون، ص١٦٥.

(٣) قرار٣٩٤، ٢/ شخصية، ٨٢-٩٨٣ بتاريخ ١٩٨٣/٧/٢٧. مجموعة الأحكام العدلية ، الأعداد (٤، ٣، ٢، ١)لسنة ١٩٨٣.

(٤) هذا على رأي المذهب الجعفري ، لاحظ قرار محكمة التمييز رقم ٢٢١٩ ، شخصية، ١٩٧٨/في ١٩٧٨/١٢/٥.مجموعة الأحكام العدلية العدد الرابع ، السنة التاسعة، ١٩٧٨.

المبحث الثاني

- **المطلب الأول: الحضانة لغةً واصطلاحاً وقانوناً:**

الحضانة لغةً: مصدر حَضَنَ، ومنهُ حضَن الطَّائرُ بَيْضهُ إِذَا ضَمَّهُ إِلَى نَفْسه تَحْتَ جَناحَيْه، وحَضنَتِ الْمَرْأَةُ صَبيّهَا إِذَا جَعَلَتهُ في حِضْنِهَا أَو رَبتهُ، والْحاضِنُ والحاضِنَةُ الْموَكلاَنِ بِالصبِي يَحفظَانه وَيرَبيَانهِ، وَحضَنَ الصَّبِيّ يَحْضنُه حَضْنًا: رَبَّاهُ[١][١].

الْحَضَانَةُ اصطلاحاً: هي حِفظُ مَن لا يَستقل بأمورهِ وتربيتهِ بِما يُصلِحه[٢][٢].

الحضانة في القانون: لم يأت قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل بتعريف واضح للحضانة، وترك أمر ذلك للقضاء لكي يتولى معالجة ما يثار أمامه من خصومات و قضايا، و ترجيح ما يلائمها من رأي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون .

و يمكن أن نعرف الحضانة بأنها رعاية الصغير و تربيته و المحافظة عليه و القيام بشؤونه

- **حكم الحضانة:**

واجبة شرعاً، لأن المحضون قد يهلك، أو يتضرر بترك الحفظ، فيجب حفظه عن الهلاك، محكمها الوجوب العيني إذا لم يوجد إلا الحاضن، أو وجد ولكن لم يقبل الصبي غيره، والوجوب كفائي عند تعدد الحاضن [٣].

وقد استدل الفقهاء على حكم الحضانة، بالقرآن، والسنة، و إجماع الأمة.

١- القرآن الكريم: وردت آيات كثيرة تثبت حق الحضانة، ومن تلك الآيات قوله تعالى في حق الأبوين: ﴿ وَٱخۡفِضۡ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحۡمَةِ وَقُل رَّبِّ ٱرۡحَمۡهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرٗا ٢٤ ﴾ [الإسْرَاء الآية ٢٤] وقوله جلا وعلا

١(١) لسان العرب لابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري الناشر: دار صادر - بيروت (١٢٢/١٣). والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي الناشر: المكتبة العلمية - بيروت (١٤٠/١). ٢ مادة: (حضن).

٢(٢)-ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الناشر: مُحَمَّدٌ الشِّرْبِينِيُّ الْخَطِيبُ مغني المحتاج:(٣ / ٤٥٢) ينظر: المغني، لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد الناشر: دار الفكر- بيروت(٧ / ٦١٣). القوانين الفقهية تأليف: أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي (٢٢٤) نشر دار الكتاب العربي، حاشية ابن عابدين (٢ / ٦٤١).

(٣) ينظر: المقدمات الممهدات لأبن رشد الجد، (٥٦٤/١) المغني لأبن قدامه المقدسي، ٢٩٧١٩ ؛ الفواكه الد واني، /١٠٢ غاية المنتهى، (٢٤٩/١) كشاف القناع، (٥٧٦/٥) .

عن لسان أخت موسى عليه السلام لآسية امرأة فرعون: ﴿وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ ٱلْمَرَاضِعَ مِن قَبْلُ فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰٓ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُۥ لَكُمْ وَهُمْ لَهُۥ نَٰصِحُونَ ﴿١٢﴾ فَرَدَدْنَٰهُ إِلَىٰٓ أُمِّهِۦ كَىْ تَقَرَّ عَيْنُهَا وَلَا تَحْزَنَ وَلِتَعْلَمَ أَنَّ وَعْدَ ٱللَّهِ حَقٌّ وَلَٰكِنَّ أَكْثَرَهُمْ لَا يَعْلَمُونَ ﴿١٣﴾﴾ [القَصَص من الآية ١٢ الى الآية ١٣]، وقال في مريم بنت عمران: ﴿فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنۢبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عِمْرَان الآية ٣٧] .

٢- السنة النبوية: من يتصفح السنة النبوية يرى أحاديث كثيرة نكتفي منها بحديث عبد الله بن عمرو بن العاص: ((أن امرأة قالت: يا رسول ﷺ اللفة، إن أبني هذا كان بطني له وعاءً وثدي له سقاء ومجري له حواء وان أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها رسول الله ﷺ: أنتِ أحق به ما لم تنكحي))[(١)].

٣- الإجماع: **لقد أجمعت الأمة على وجوب الحضانة للقصر من البنين والبنات، وفي هذا المعنى يقول ابن رشد:** لا خلاف في أحد من أعلام الأمة في إيجاب كافة الأطفال ولحاجتهم لذلك؛ لأن الإنسان خلق ضعيفاً مفتقراً إلى من يكفله ويربيه حتى يستغني بذاته وينفع نفسه ويقوم بحاجته [(٢)]

- **المطلب الثاني: من له الحق بالحضانة**

١- قال الحنفية، والمالكية وغيرهما: إنَّ الحضانة حق للحاضن، لأن له أن يسقط حقه ولو بغير عوض، ولو كانت الحضانة حقاً لغيره لما سقطت بإسقاطه. وقيل: إنها حق للمحضون، فلو أسقطها هو سقطت.

أما في القانون: فقد نصت المادة (٥٧) ف١ من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل على أن: (الأم أحق بحضانة الولد و تربيته حال قيام الزوجية و بعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك).

والظاهر أن الحضانة تتعلق بها ثلاثة حقوق معاً:

- الأول: حق الحاضنة.
- الثاني: وحق المحضون.
- الثالث: وحق الأب أو من يقوم مقامه[(٣)][(١)]..

فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق وجب المصير إليه، وإن تعارضت، قدم حق المحضون على غيره. وتفرع عن ذلك الأحكام الآتية [(٤)][(٢)]:

١- تجبر الحاضنة على الحضانة إذا تعينت عليها، بأن لم يوجد غيرها.

---

(١) مسند احمد بن حنبل (٢/ ١٨٢) برقم(٦٧٠٧)، وأبو داود في باب من أحق بالمولد، برقم (٢٢٧٦)، والحاكم في المستدرك، ٢/ ٢٠٧، وقال صحيح الإسناد و وافقه الذهبي، والدار قطني في سننه، (٣/ ٣٠٥).

(٢) المقدمات الممهدات لأبن رشد، (١/ ٥٦٢-٥٦٤)

(٣) ينظر: الدر المختار ورد المحتار: ٢/ ٨٧١، ٨٧٥، والقوانين الفقهية: ص ٢٢٥، والشرح الصغير: ٢/ ٧٦٣.

(٤) ينظر:الأحوال الشخصية للأستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج: ص ٤٥٧، وللأستاذ الشيخ زكي الدين شعبان: ص ٦١٤.

٢- لا تجبر الحاضنة على الحضانة إذا لم تتعين عليها؛ لأن الحضانة حقها، ولا ضرر على الصغير لوجود غيرها من المحارم.

٣-إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج، فالخلع عند الحنفية صحيح والشرط باطل؛ لأن هذا حق الولد، أن يكون عند أمه ما دام محتاجاً إليها.

٤-لا يصح للأب أن يأخذ الطفل من صاحبة الحق في الحضانة، ويعطيه لغيرها إلا لمسوغ شرعي.

٥-إذا كانت المرضعة غير الحاضنة للولد، فعليها إرضاعه عندها كما تقدم؛ حتى لا يفوت حقها في الحضانة [١]، وقد قدم الفقهاء الحواضن بعضهن على بعض بحسب مصلحة المحضون، فجعلوا الإناث أليق بالحضانة؛ لأنهن أشفق، وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال، كما تقدم، ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق وأقرب، ثم الرجال العصبات المحارم، واختلفوا أحياناً في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة المصلحة، على النحو التالي علماً بأن مستحقي الحضانة إما إناث فقط، وإما ذكور فقط، وإما الفريقان، وذلك في سن معينة، فإذا انتهت تلك السن، كان الرجال أقدر على تربية الطفل من النساء[٢].

والذي يبدو لي: أن الحضانة تكون للأم إذا لم تتزوج وإليكم التفصيل

الأم أحق بحضانة الولد بعد الفرقة بطلاق أو وفاة، بالإجماع لوفور شفقتها، إلا أن تكون مرتدة أو فاجرة فجوراً يضيع الولد به كزنا وغناء وسرقة ونياحة، أو غير مأمونة، بأن تخرج كل وقت، وتترك الولد ضائعاً.

ودليل تقديم الأم من السنة: ما روي أن امرأة جاءت إلى رسول ﷺ الله، فقالت له: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاءً، وثديي له سقاءً، وحِجري له حواء[٣]، وإن أباه طلّقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال: «أنت أحق به ما لم تنكحي»[٤] وقال ﷺ: **«مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللهُ تَعَالَى بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»**[٥].

اما موقف القانون العراقي من شروط الحضانة: حيث أن الحضانة مهمة خطيرة، لأنها تتضمن مسؤولية حفظ إنسان في دور التكوين والنشوء، وهو في أشد الحاجة إلى الرعاية والعناية و على هذا فان الحضانة، لا

---

(١) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته: (١/ ٦٢٢٩)

(٢) ينظر: البدائع: ٤/٤١-٤٤، الدر المختار: ٢/٨٧١ وما بعدها، ٨٧٧، فتح القدير: ٣/٣١٣-٣١٨، الكتاب مع اللباب: ٣/١٠١-١٠٣، القوانين الفقهية: ص ٢٢٤، الشرح الصغير: ٢/٧٥٦ وما بعدها، المهذب: ٢/١٦٩-١٧١، مغني المحتاج: ٣/٤٥٢-٤٥٤، كشاف القناع: ٥/٥٧٦ وما بعدها، غاية المنتهى: ٣/٢٤٩، المغني: ٧/٦١٣، ٦١٩-٦٢٤.

(٣) الحواء: المكان الذي يضم الشيء ويجمعه ينظر: لسان العرب (٢/١٩).

(٤) مسند أحمد بن حنبل، باب مسند أبي بكر الصديق ﷺ (١ / ٦) رقم (٢٠).

(٥) سنن البيهقي الكبرى، باب التفرق بين المرأة وولدها (٩ / ١٢٦) رقم (١٨٠٨٩).

تثبت في مستحقيها سواء كان رجلاأو امرأة إلا إذا توافرت فيه الشروط التي أوردتها الفقرة (٢) من المادة (٥٧) من القانون المدني العراقي و هي:

١- البلوغ: يجب أن تكون الحاضنة بالغة، لان من كانت دون البلوغ فأنها هي نفسها تحتاج إلى الحفظ و الرعاية فكيف تستطيع المحافظة على غيرها و يكون في حضانتها ضرر للصغير و المقصود من الحضانة رعاية الصغير و المحافظة عليه .

٢- العقل: المرأة المجنونة أو المعتوهة لا يمكن أن تؤمن على نفسها و هي ليست أهلا للتكليف في نفسها من هذا فلاتكون مكلفة أو مسؤولة عن غيرها ، إذا فلا حضانة للمرأة المجنونة أو المعتوهة . و لا يشترط أن يكون الجنون مطبقا لكي يكون مسقطا للحضانة، بل إذا كانت المرأة مدعية الحضانة مصابة بأخف درجات الجنون يجب أن ترد دعواها . و يعرف ذلك بالسؤال من أهل الذكر و هم الأطباء الأخصائيون في الإمراض العقلية) [١].

حيث يجب إحالة المدعية بالحضانة إلى لجنة طبية مختصة للتأكد من قواها العقلية.

٣- الأمانة و القدرة على تربية المحضون و صيانته :إذا كانت الحاضنة تكثر الخروج من دارها و تهمل المحضون و لا تترك أحدا عنده ممن يرعاه و يحفظه وجب نزع الصغير منها ان كان في حضانتها.

اما إذا كانت أفعالها لا تؤثر على المحضون فيترك عندها. و إذا كانت الحاضنة تمسكه في بيت من يبغضه أو يضمر له الحقد أو أن بقاءه لدى الحاضنة مما يفسد دينه و أخلاقه فينزع منها و كذلك إذا كانت غير قادرة على تربية المحضون و صيانته بسبب وضعها الصحي أو شيخوختها أو إصابتها بأمراض معدية كالجذام و البرص و السل أو إصابتها بالعمى [٢].

ولا شك ان جميع الشروط التي جاءت بها الفقرة (٢) من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل. إنما هي شروط شرعية منها ما هو منضبط كالعقل والبلوغ ومنها ما هي نسبية واحتمالية يرجع تقديرها إلى القضاء كالأمانة و القدرة على تربيتة.

وخلاصة ما توصلت إليه: إنَّ الحضانة حقُ مشترك بين الرجل والمرأة، ولكل واحد منهم له الحق أن تكون له الحضانة، لكن هنا الأولوية تكون للمرأة لأنها أشفق وأليق ورفقهن بحضانة الصغار أدرى، وهذا هو رأي الأحناف وغيرهم، وما أخذ به المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية .

---

(١) د. احمد الكبيسي - الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية و تعديلاته - الزواج و الطلاق و اثارهما - الجزء الأول ص ٢١٥-٢١٦

(٢) أنظر: علاء الدين خروفة، ص٢٢٦

- **المطلب الثالث: مدة الحضانة**

إنقسم الفقهاء في مدة الحضانة على فرقتين:

الفرقة الأولى: ذهب الشافعية والحنابلة إلى مدة الحضانة إلى سن التميز والاستغناء، أي تستمر الحضانة إلى أن يميز المحضون ويستغني، بمعنى أن يأكل وحده ويشرب وحده، ونحو ذلك، وإذا بلغ إلى هذا الحد انتهت فترة الحضانة، سواء كان المحضون ذكراً أو أنثى، وحد الحنابلة ذلك بسبع سنين، والشافعية بسبع أو ثمان سنين من العمر[١]، وبعد ذلك تبدأ فترة الكفالة.

ووجه هذا القول: أنَّ هذه السن أول حال أمر الشارع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة فإذا بلغ الطفل سبع سنين يؤمر بالصلاة، وهذا دليل على أنه اختلف حكمه الآن من الحال التي قبلها.

ولأن الأم أو من يقوم مقامها من الجدات أو النساء قدمن في حال الصغر لحاجته إلى حمله، ومباشرة خدمته، وهي اعرف بذلك وأقوم به، فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه، فيختلف الحكم، وهو التخيير[٢].

الفرقة الثانية: ذهب الظاهرية والمالكية إلى أنه يبقى المحضون عند الحاضنة حتى يبلغ الاحتلام، أو تحيض الجارية، إلا أن المالكية قالوا: حتى تتزوج الجارية، مادام لم يخشى من الحاضنة الفساد على المحضون[٣]، لأنها ثبتت لها فلا تزول إلا بدليل من الشرع ولا دليل.

ومدة الحضانة في قانون الاحوال الشخصية العراقي: هي عشر سنوات سواء كان المحضون ذكرا او انثى حيث نصت الفقرة الرابعة من المادة (٥٧) المعدلة منه على انه (للأب النظر في شؤون المحضون و تربيته و تعليمه حتى يتم العاشرة من العمر و للمحكمة ان تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى إكماله الخامسة عشرة إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها و الشعبية ان مصلحة الصغير تقضي بذلك على ان لا يبيت إلا عند حاضنته) . ان هذه الفقرة تشير إلى ان للأب ان يشرف على شؤون المحضون وتربيته ولو كان لدى الحاضنة . فله ان يشرف على تربية و تقويم سلوكه و أخلاقه و يرعى صحته و يراقب مسيرته في دراسته . و الأب قبل بلوغ الصغير سن العاشرة لا يستطيع ان يطالب الحاضنة بتسليم المحضون ما دامت محتفظة بشروط الحضانة، اما إذا فقدت احد تلك الشروط المنصوص عليها في الفقرة (٢) من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ عندئذ يسلم المحضون إلى أبيه، و لو لم يبلغ العاشرة من عمره، الا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك . أما إذا كانت الحاضنة محتفظة بشروط الحضانة و أتم

(١) الشافعي: الأم (٥/٩٢) وابن قدامه: الكافي (٣/٣٨٥) والرملي، نهاية المحتاج (٧/٢٣١).
(٢) المغني: لأبن قدامه، (٧/٦١٥).
(٣) ينظر: ابن حزم: المحلى (١٠/١٤٣)، وابن عبد البر: كتاب الكافي (٢/٦٢٥).

الولد العاشرة من عمره وأقام الأب الدعوى مطالبا بضم ولده إليه لانتهاء سن الحضانة و دفعت الحاضنة بأن مصلحة المحضون تقتضي بإبقائه لديها لمرضه أو لأي سبب آخر مقنع يقضي بإبقاء الولد لديها، عندئذ تستطيع المحكمة الإستعانة باللجان الطبية أو الشعبية للتأكد من توافر الأسباب المذكورة، فإذا وجدت أن مصلحة المحضون تقضي بإبقائه لدى حاضنته، فتقرر المحكمة تمديد حضانته ولها أن تمددها لسنة، أو لسنتين أو لحين إكمال المحضون الخامسة عشرة من العمر مراعية في ذلك مصلحة الصغير.[1]

- **الرأي الراجح:**

الذي يظهر لي، أن المحضون يبقى عند الحاضنة حتى يبلغ الإحتلام، أو تحيض الجارية، وهذا ما ينسجم مع مدلول الشرع والواقع، والله أعلم.

(١) فقرة (٢) من المادة ٥٧، قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ .

الخاتمة وأهم النتائج

وفي الختام.. أشكر الله الذي وفقني لإكمال بحثي، وعسى ان أكون قد وفقت في كتابته، وبعد هذه الرحلة الفقهية، والقانونية أقف مستخلصاً، أهم ما توصلت إليه من نتائج:

١- إنَّ هذا الموضوع عظيم الأهمية لما فيه من اعطاء المرأة حقها في الخلع بما يزيل عنها ما يؤرقها من زواج لا نفع من البقاء فيه، ولأن رابطة الزواج مبنيةٌ على المودة والرحمة، وتحصين للأنفس ، وحفضاً للدين.

٢- إهتمام الشريعة الإسلامية بالزوجة بأن جعل لها الحق في فرقتها من زوجها برضاها وطلب منها، فيما تفتدي به نفسها، على إن لا يكون بأكثر مما اتاها بدليل قوله ﷺ أما الزيادة فلا .

٣- أجاز للزوج أن يأخذ البدل الذي تقدمه زوجته في مقابل خلاصها منه، بشرط أن تكون هي الكارهة لزوجها.

٤- حكم الحضانة: من فروض الكفاية إذا تعدد الحاضن؛ لأن المحضون قد يهلك أو يسري عليه الضرر إذا تُرك بدون رعاية وحفظ ، فيجب تخليصه وتنجيته من الهلاك والإنفاق عليه.

٥- إن الحضانة تتعلق بها ثلاثة حقوق: حق الحاضنة، وحق المحضون، وحق الأب أو من يقوم مقامه.

٦- إذا طلّقت الأم ولم تتزوج فلها الحق بالحضانة، مصداقاً لقوله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تُنكحي».

٧- ونرى أن القانون قد اخذ بيد الأطفال وحرصا منه على تربيتهم وحفظهم وعدم حرمانهم من الأمومة فجعل الحضانة للام ولا يحق لها أن تتنازل عنه .

أهم المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.

- الحديث الشريف.

١. صحيح مسلم: لمسلم بن الحجاج النيسابوري(٢٦١هـ)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة دار إحياء التراث العربي بيروت.

٢ السنن الكبرى: للبيهقي، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مطبعة مكتبة الباز، مكة المكرمة، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

٣-مسند الإمام أحمد: للإمام أحمد بن حنبل(٢٤١هـ)، مطبعة مؤسسة قرطبة، مصر.

- **كتب الفقه:**

٤- الأم: الشافعي، أبو عبدالله محمد بن إدريس، (ت٢٠٤هـ) بيروت، دار المعرفة، (ب. ت) .

٥-المغني: المقدسي، أبو محمد بن قدامة، (ت٦٢٠هـ) مطبعة دار الفكر، ط١ ، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.

٦- مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج: لشمس الدين محمد الخطيب الشربيني، اعتنى به محمد خليل، مطبعة دار المعرفة، ط٢ ، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م

٧- موسوعة فقه المرأة المسلمة، يوسف الحاج أحمد، مكتبة ابن حجر، ط١ ، ١٤٢٤هـ

٨- المصباح المنير، في غريب الشرح الكبير، للرافعي لأحمد بن محمد بن علي، المقري، الفيومي ، المكتبة العلمية، بيروت.

٩- الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني: لأحمد غنيم الأزهري (١٠٢٦هـ) ، ضبطه الشيخ عبد الوارث محمد علي، مطبعة دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

١٠- المقدمات و الممهدات: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي(٥٢٠هـ)، تحقيق محمد الحجي وعبد الله الأنصاري، مطبعة دار إحياء التراث الإسلامي قطر، ط١، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

١١- حاشية ابن عابدين: لمحمد ابن عابدين، تحقيق عبد المجيد طعمة / مطبعة المعرفة

١٢- لسان العرب: لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور (٧١١هـ) ، مطبعة دار صادر بيروت، ط٢٠٠٣.

١٣- كشاف القناع عن متن الإقناع: للبهوتي، مكتبة النصر الحديثة الرياض.

١٤- نهاية المحتاج في شرح المنهاج: لأبي العباس محمد الرملي(١٠٠٤هـ)، مطبعة دار الفكر، الطبعة الأخيرة، ١٤٠٤هـ١٩٨٤م

١٥- فتح القدير: ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، (ت٨٦١هـ) القاهرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٥٦هـ.

١٦-الفقه الإسلامي وأدلته: للدكتور وهبة الزحيلي، مطبعة دار الفكر، دمشق، ط٤، ١٤١٨هـ١٩٩٧م.

١٧ الفقه على المذاهب الاربعة: الشيخ محمد جواد مغنية، مكتبة الشروق الدولية

كتب عامة

١٨-الأحوال الشخصية للأستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج، وللأستاذ الشيخ زكي الدين شعبان.

١٩- الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون :الدكتور أحمد الكبيسي، المكتبة القانونية ، بغداد ج١

٢٠- الوجيز في شرح الأحوال الشخصية وتعديلاته ، الدكتور. أحمد الكبيسي

٢١- أحكام الزواج، حسين علي الاعظمي، مطبعة المعارف، ط٢، بغداد ١٩٤٨-١٩٤٩.

٢٢- شرح قانون الأحوال الشخصية محمد عباس السامرائي، واخرون.

٢٣- ويسألونك عن المرأة، الشيخ الأستاذ الدكتور، عبد الحافظ الكبيسي، مطبعة انوار دجلة، بغداد، ط٤، ١٤٤٠هـ.

- **القرارات والأحكام:**

٢٤- مجموعة الأحكام العدلية الأعداد (٤، ٣، ٢، ١،) لسنة١٩٨٣ قرار ٢/٣٩٤ شخصية ٨٢-٩٨٣ .

٢٥-قرار محكمة التمييز.

- **المواد :**

٢٦-مادة ٤٦ من القانون المدني العراقي.

٢٧-مادة ٥٧ من قانون الاحوال الشخصية العراقي .