حكم المخالعة مقابل إسقاط الحضانة
- دراسة فقهية مقارنة -

Ruling on Khula' versus Losing Custody

A Comparative Jurisprudential Study

اعداد

أ.م.د. ئاوات صالح عبدالله

أستاذ مساعد في جامعة حلبجة/ كلية العلوم الإنسانية

قسم أصول الدين

Prepared by

Prof. Dr. Awat Salih Abdalla

Assistant Professor,

University of Halabja, College of Humanities,

Department of Fundamentals of Religion

ملخص البحث

«هذا البحث تحت عنوان حكم المخالعة مقابل اسقاط الحضانة يتكون من مبحثين، فالمبحث الأول خصص لبيان معنى الخلع ومشروعيته، أما المبحث الثاني خصص لذكر عوض الخلع وأركانه و المخالعة على إسقاط حضانة الأم»،

«ويهدف هذا البحث الى بيان الحكم الشرعي للمخالعة مقابل إسقاط حق حضانة الأم لولدها، وتمت مناقشة هذه المسألة من خلال عرض آراء الفقهاء ومناقشتها، فضلاً عن عرض رأي قانون الأحوال الشخصية العراقي حول هذه المسألة، وبينت أن هذه المسألة من المسائل الفقهية المهمة التي يتوجب على كل الأزواج معرفتها والعمل بها وفق ما جاءت به الشريعة الإسلامية الغراء، خاصة في هذا العصر بسبب كثرة ظاهرة الطلاق والمشكلات الأسرية بين الأزواج».

الكلمات المفتاحية: (الحكم الشرعي، عوض الخلع، إسقاط الحضانة).

Research Summary:

This research, titled "The Ruling on Khul' in Exchange for Losing Custody," consists of two sections. The first section is devoted to explaining the meaning of Khul' and its legitimacy. The second section is devoted to discussing the compensation for Khul', its components, and Khul' in exchange for losing the mother's custody.

This research aims to clarify the legal ruling on khul' in exchange for the mother's relinquishing of custody of her child. This issue was discussed by presenting and discussing the opinions of jurists, in addition to presenting the opinion of the Iraqi Personal Status Law on this issue.

She explained that this is an important jurisprudential issue that all spouses must know and act upon in accordance with the noble Islamic Sharia, especially in this era due to the prevalence of divorce and family problems between spouses.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وأصحابه مفاتيح الحكم ومصابيح الظلم، أما بعد:

عندما امتلئت الحياة الزوجية بالمشاكل والخلافات ووصل الأمر الى حد أن الزوجة لا تريد أن تستمر هذه الحياة الزوجية ، وأن الشريعة الإسلامية أعطت للزوجة حق المخالعة وهو طلب انحلال عقد الزواج بينها وبين زوجها مقابل تعويض تعطيها لزوجها مقابل أن يخالعها، وهذا التعويض لا يقتصر على المهر أو النقود فقط، وبسبب كثرة ظاهرة الطلاق في مجتمعنا خلال العقدين الماضيين نرى أزواجاً يخالعون زوجاتهم مقابل إسقاط حق حضانة الأم من ولدها وحرمانهم من حضانة أولادهم، لذا من الضروري جداً أن نبيّن هذا النوع من العوض هل موافقا للشريعة والقانون أم لا؟، وهذا سنبيّنه من خلال هذا البحث.

أولا: التعريف بالموضوع: يهدف هذا البحث الى بيان رأي الشريعة الإسلامية والقانون الأحوال الشخصية العراقي من إسقاط حق حضانة الأم لولدها مقابل المخالعة، وهذا من خلال دراسة فقهية مقارنة.

ثانيا: أسباب اختيار الموضوع:

١. نرى بعض الأزواج يخالعون زوجاتهم مقابل تنازل الزوجة من حضانة الأولاد وحرمانهن من حق الأمومة بدون علمهم بحكمه الشرعي وآثاره النفسي والاجتماعي على الأولاد والأمهات.

٢. حاجة الأزواج لمعرفة أحكام الخلع في الفقه الإسلامي والقانون.

٣. لعل هذه الدراسة تكون عونا للمهتمين والمتخصصين في هذا المجال.

ثالثا: أهمية البحث:

١. تكمن قيمة هذا البحث في كونه متعلقا بحياة الزوجية، فيحتاج الى معرفة أحكامه كل من الزوج والزوجة، لأنه يمس حياتهم الشخصية فهو بحث لعامة الناس وخواصهم.

٢. وتكمن أهمية البحث في كونه يبين الحكم الشرعي للمخالعة مقابل إسقاط حق حضانة الأم لولدها، مستأنسا بآراء الفقهاء.

٣. وتكمن أهمية البحث في كونه يدرس قضية فقهية يتعلق بحياة الاسرة.

٤. تحاول الدراسة جمع آراء الفقهاء حول المخالعة مقابل إسقاط حق حضانة الأم لولدها، فضلاً عن رأي قانون الأحوال الشخصية العراقي.

رابعا: منهجية دراسة الموضوع:

اعتمدت في دراستي على منهج العرض والمقارنة، فبدأت في كل الموضوع بتحديد عنوان المسألة تحديداً دقيقاً قبل بيان حكمها، ليبين المقصود من بيان دراستها، ثم بدأت بتعريف الكلمات لغوياً واصطلاحياً.

وقمت بدراسة مسألة إسقاط حضانة الأم لولدها كعوض للمخالعة دراسة فقهية مقارنة، فضلاً عن قيامي بدراسة المسألة دراسة قانونية من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

وإذا كانت المسألة من المسائل التي لا خلاف عليها أذكر حكمها بدليلها مع توثيق الاتفاق من المصادر المعتبرة في كتابة البحث العلمي في هذا المجال.

وقمت بعزو الآيات القرآنية الكريمة الى محلها في السور بذكر رقم الآية في السورة مع ذكر وجه الدلالة لكل آية، فضلا عن قيامي بتخريج الأحاديث النبوية الشريفة والآثار من مصادرها مع ذكر وجه الدلالة، وهذا بحسب الطرق المعتمدة في التخريج بعزوها الى مصادرها الاصلية مقتصرا على الصحيحين عند ورود الحديث فيهما، أو في أحدهما إن ورد فيه فقط، وإلا أشرت الى أغلب المصادر الأخرى التي ورد فيها الحديث إن لم يرد فيهما.

وثقت أقوال العلماء وآرائهم من كتبهم مباشرة ما وجدت الى ذلك سبيلا، كما وثقت آراء المذاهب الفقهية وأدلتهم من مصادرها الأصلية المعتمدة، وذلك لغرض مناقشتها وتحليلها بغية الوصول الى الرأي الراجح.

وعزوت الأقوال الى أصحابها، وذكرت المصادر في الهامش مباشرة.

وكذلك رتبت المصادر والمراجع في نهاية البحث.

وقمت بتقسيم الدراسة على مبحثين، مسبوقة بمقدمة ومتلوة بخاتمة.

أما المقدمة- وهي هذه- ضمنتها الحديث على التعريف بموضوع البحث، وأسباب اختيار الموضوع وأهميته، ومنهجية دراسة الموضوع وخطة البحث.

وكان المبحث الأول قد خصصته لمعنى الخلع ومشروعيته.

وكان المبحث الثاني قد خصصته لعوض الخلع وأركانه و المخالعة على إسقاط ح ضانة الأم.

هذا هو بحثي كما رسمته، ولا أدّعي خلوه من نقص وقصور، فمادام الكمال لله وحده والعصمة للأنبياء والرسل عليهم الصلاة والسلام والخطأ للإنسان فلا بُد أن يتخلل عمل الإنسان النقص والقصور ، وهذا هو اللائق به وحسبي أني لم أدّخر جهداً في سبيل إنجازها، فإن أصبت فهذا من فضل الله سبحانه، وإلا فللمجتهد إن أخطأ نصيبه، وأرجو أن لا يفوتني ذلك.

وبقي أن أقول أن هذا عمل يسير عشت فيه أسعد أيام عمري؛ لأنه دراسة في شريعتنا الغراء، وحاجة للمجتمع وخاصة الأزواج، وأدعو الله تعالى أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم، وأن ينفعني به وأن يجعله زاداً لي يوم الحساب.

المبحث الأول
معنى الخلع ومشروعيته

سنبين في هذا المبحث معنى الخلع ومشروعيته، وبناءً على ذلك سنوزع دراسة هذا المبحث على مطلبين، يسلط الضوء في المطلب الأول على تعريف الخلع لغةً واصطلاحاً، ويسلط الضوء في المطلب الثاني على مشروعية الخلع.

المطلب الأول: معنى الخلع

أولا: تعريف الخلع لغة:

الخاء واللام والعين أصل واحد مطرد. وهو مزايلة الشيء الذي كان يشتمل به أو عليه. تقول: خلعت الثوب، أخلعه خلعاً. وخلع الوالي يخلع خلعاً. وخالعت المرأة زوجها وقد اختلعت، أي افتدت نفسها منه بشيء تبذله فهي خالع((١)).

والخلع: النزع والتجريد والإزالة، فخلع الرجل ثوبه، أي أزاله((٢)).

ثانياً: تعريف الخلع اصطلاحاً:

عرف الفقهاء الخلع بتعاريف كثيرة سنعرض كلاً منها على حدة.

١- عرفه الحنفية بأنه: « إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها- الزوجة- بلفظ الخلع أو ما في معناه»((٣)).

٢- عرفه المالكية بأنه: « الطلاق بعوض أو بلفظه»((٤)).

---

(١) ينظر: معجم مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، باب خلع: ٢٠٩/٢.

(٢) ينظر: لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقي (المتوفى: ٧١١هـ)، دار صادر – بيروت ، ط٣ - ١٤١٤ هـ، مادة خلع: ٧٦/٨.

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي، ط٢. ٧٧/٤.

(٤) بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)،لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ)، دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ. ٥١٨/٢.

٣- عرفه الشافعية بأنه: « هو فرقة بعوض مقصود بلفظ طلاق أو خلع راجع لجهة الزوج»[(١)].

٤- عرفه الحنابلة بأنه: « فراق الزوج امرأته بعوض بألفاظ مخصوصة[(٢)].

ثالثا: تعريف الخلع في القانون:

عرف قانون الأحوال الشخصية العراقي في الفقرة الأولى من المادة (٤٦): بأنّ « الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بلفظ إيجاب وقبول أمام القاضي، مع مراعاة المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون».

ولا يختلف التعريف القانوني للخلع عن التعريف الشرعي من حيث المضمون.

المطلب الثاني: مشروعية الخلع

«ذهب أكثر العلماء الى جواز الخلع لحاجة الناس إليه بوقوع الشقاق والنزاع وعدم الوفاق بين الزوجين، فقد تبغض المرأة زوجها وتكره العيش معه لأسباب جسدية خَلْقية، أو خلُقية أو دينية، أو صحية لكبر أو ضعف أو نحو ذلك، وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته، فشرع لها الإسلام في موازاة الطلاق الخاص بالرجل طريقاً للخلاص من الزوجية، لدفع الحرج عنها ورفع الضرر عنها، ببذل شيء من المال تفتدي به نفسها وتتخلص من الزواج، وتعوض الزوج ما أنفقه في سبيل الزواج بها. وقد حصر جمهور العلماء أخذ الفدية من مال الزوجة مقابل الطلاق في حال النشوز وفساد العشرة من قبل الزوجة»[(٣)].

---

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: ١٠٠٤هـ) دار الفكر، بيروت، ط أخيرة - ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م، ٣٩٣/٦.

(٢) ()»المبدع في شرح المقنع لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبي إسحاق، برهان الدين (المتوفى: ٨٨٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط١، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧م، ٦/ ٢٦٧، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين علي بن سليمان بن أحمد المرداوي (المتوفى سنة ٨٨٥هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط»١، ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م، ٨/ ٣٨٢.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبب الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ)،دار الحديث - القاهرة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م، ٨٩/٣، و رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، دار الفكر-بيروت، ط٢ ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ٧٦٧/ ٢، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، ٤٣٠/٤، المغني لابن قدامة، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، ٣٢٣/٧.

واستدل الجمهور على جواز الخلع بجملة أدلة منها:

أولا: القران الكريم:

قال: تعالى: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ»(١).

وجه الدلالة: « دل على جواز الخلع بأكثر مما أعطاها» (٢).

ثانيا: السنة النبوية الشريفة:

«عن ابن عباس رضي الله عنهما قال جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق إلا أني أخاف الكفر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فتردين عليه حديقته فقالت نعم فردت عليه وأمره ففارقها»(٣).

وجه الدلالة: «أن الشقاق إذا حصل من قبل المرأة فقط جاز الخلع والفدية ولا يتقيد ذلك بوجوده منهما جميعا وأن ذلك يشرع إذا كرهت المرأة عشرة الرجل ولو لم يكرهها ولم ير منها ما يقتضي فراقها»(٤).

وفي رواية عن ابن عباس رضي الله عنهما: «أول خلع كان في الإسلام امرأة ثابت بن قيس» (٥).

ثالثا: الإجماع:

قال ابن قدامة المقدسي رحمه الله: «وبهذا- أي بجواز الخلع- قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام».

قال ابن عبد البر رحمه الله: «ولا نعلم أحدا خالفه، إلا بكر بن عبد الله المزني؛ فإنه لم يجزه، وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه: {وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج»}.

---

(١) سورة البقرة، من الآية: ٢٢٩.

(٢) تفسير القرطبي، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية – القاهرة، ط٢، ١٣٨٤هـ- ١٩٦٤ م، ١٤٠/٣.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٧/٧، كتاب الطلاق، باب الخلع، الحديث رقم (٥٢٧٦).
الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، لمحمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط١، ١٤٢٢هـ.

(٤) فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩ رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، تخريج وتصحيح: محب الدين الخطيب، ٤٠١/٩.

(٥) المصدر السابق ٤٠٠/٩.

«ودعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر الجمع، وأن الآية الناسخة متأخرة، ولم يثبت شيء من ذلك».

«وأنه قول عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم، لم نعرف لهم في عصرهم مخالفا، فيكون إجماعاً»(١).

المبحث الثاني

عوض الخلع وأركانه و المخالعة على إسقاط حضانة الأم

سنبين في هذا المبحث عوض الخلع وأركانه والمخالعة على إسقاط حضانة الأم لولدها، وبتاءً على ذلك سنوزع دراسة هذا المبحث على ثلاثة مطالب، يسلط الضوء في المطلب الأول على عوض الخلع في الشريعة الإسلامية، ويسلط الضوء في المطلب الثاني على عوض الخلع في القانون، ويسلط الضوء في المطلب الثالث على إسقاط حضانة الأم لولدها كعوض للمخالعة.

المطلب الأول

عوض الخلع في الشريعة الإسلامية

«كل ما يصلح أن يكون مهراً من مال أو منفعة تقوم بالمال يجوز أن يكون عوض الخلع، وليس لعوض الخلع حد أدنى فيتحقق الخلع بأي عوض كثير أو قليل، ويستحب ألا يأخذ الرجل أكثر مما أعطى المرأة من الصداق عند أكثر العلماء»(٢)

المطلب الثاني: عوض الخلع في القانون

نص قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة (٤٦): كالآتي:

١. «الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه، وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي مع مراعاة أحكام المادة (٣٩) من هذا القانون».

٢. «يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلاً لإيقا ع الطلاق وأن تكون الزوجة محلاً له ويقع بالخلع طلاق بائن».

٣. « (للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو أقل من مهرها) «(٣).

(١) المغني لابن قدامة المقدسي ٣٢٤/٧.

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، ط»٢، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م ١٤٨/٣، ١٤٨/٣، الشرح الصغير٥٢٢/٢، مغني المحتاج للشربيني ٤٣٥/٤، المغني لابن قدامة ٣٢٥/٧.

(٣) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

«وهذه الفقرات تؤكد أن الخلع هو اتفاق بين الطرفين على إزالة قيد الزواج باختيارهما ورضاهما على أن تقام به الدعوى لدى محكمة الأحوال الشخصية (دعوى التفريق الاختياري –خلع-)».

«ويرى بعض الفقهاء أن الخلع لا ينعقد إلا أمام القاضي لضمان حرية الزوجة في البذل وتوفر بقية الشروط وأن نص المادة (٤٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي يوحي بذلك حيث وردت بصيغة(... وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي...) إلا أن العمل جرى على قبول الخلع الواقع خارج المحكمة ونحن نرجح الأخذ بحرفية القانون ورفض تصديق الخلع الواقع خارج المحكمة أو اعتباره طلاقاً بلا بذل»[١].

«ولما كان الخلع طلاقاً على عوض تبذله الزوجة لتخليص نفسها من العصمة الزوجية فإنه يشترط لصحته وجود جميع الشروط الشرعية المقررة لإيقاع الطلاق، إذ أن تكون بالغة عاقلة[٢] رشيدة وأهلاً للبذل لأن المخالفة من جانبها فيها معنى التبرع وأن تكون بصيغة الخلع أو ما في معناه كالإبراء والافتداء».

«ولا يشترط في صحة الخلع أن تكون الزوجة مدخولاً بها بل يصح مطلقاً، لأن كلا منهما أي المدخول بها وغير المدخول بها محل لإيقاع الطلاق فتكون محلاً للخلع، ومتى اتفق الزوجان على الخلع في مقابل مهر معين وقع الطلاق البائن بينونة صغرى[٣]. ولا تصح الرجعة فيه ولا تثبت الزوجية إلا بعقد ومهر جديدين[٤] مادامت الزوجة لم ترجع عن البذل خلال العدة»[٥].

«ويلاحظ هنا أن قانون الأحوال الشخصية العراقي أخذ بقول القائلين جواز يكون بدل الخلع أكثر مما أعطاها الزوج وذلك في الفقرة (٣) من المادة (٤٦) أي للزوج أن يخالع زوجته على أكثر من مهرها أو أقل، وليس ثمة ما يمنع من أن تتنازل الزوجة عن مهرها، أو أن يتفق الطرفان على رأي بشأن الأثاث المنزلية بأن يتنازل عنها أحد الطرفين الآخر، وذلك أن الخلع هو في حكم

---

(١) الباحث يؤيد هذا الاتجاه، وليس الخلع بالذات حتى عقد الزواج وايقاع الطلاق يجب أمام القاضي بالمحكمة المختصة، وهذا للمحافظة على حقوق المرأة ولكيان الأسرة من التفكك وهو أمر مطلوب في الشرع والقانون، وحتى لا يتلاعب أهل الأهواء بالزواج والطلاق خارج المحاكم، خاصة هذا العصر أصبح الطلاق ظاهرة اجتماعية، وازداد الزواج خارج المحاكم.

(٢) «لا يصح الخلع من زوجة مختلة العقل، قرار محكمة التمييز٢٥٠١/ شخصية شرعية/١٩٧٢ «في ١٩٧٢/٨/٣ النشرة القضائية العدد (٣) س ٣، ١٩٧٤.

(٣) شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، للقاضي محمد حسن كشكول ، عضو محكمة التمييز العراق، والقاضي عباس السعدي، المكتبة القانونية، بغداد شارع المتنبي، ص: ١٧٧ – ١٧٩.

(٤) قرار ٩٠٣/ شخصية/ ٩٧٨ في ١٩٧٨/٧/٥، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، س٩، ١٩٧٨.

(٥) قرار ٩٠٦/ شخصية ١٩٨٩ بتاريخ ١٩٨٠/٨/٢٥ منشور في مجلة الأحكام العدلية، العدد الثالث، السنة الحادي عشرة ١٩٨٠.

الصلح والقصد منه إزالة قيد الزواج برضاهما».

آثار الخلع هي:

١. «يقع به طلاق بائن بينونة صغرى استنادا الى المادة (٤٦) الفقرة (٣) «.

٢. «يكون البدل الذي اتفقا عليه لازما 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، كإرضاع ولدها منه) «

٣. «لما كان البذل 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 الخلع صحيحاً ويبطل الشرط المتعلق بالتخلي عن حضانة الأولاد ونفقتهم»[١].

المطلب الثالث: المخالعة على اسقاط حضانة الأم

أولا: في الفقه الإسلامي:

ذهب جمهور الفقهاء الى جواز المخالعة على اسقاط حق حضانة الأم لابنها بالشكل الآتي:

عند الحنفية: «يصح الخلع على إسقاط حق الحضانة، ولا يسقط حق الأم في الحضانة؛ لأن هذا الحق للولد، فلا تملك الأم التنازل عنه»[٢].

عند المالكية: «وأجاز المالكية في مشهور المذهب إسقاط الحضانة بالخلع وانتقالها إلى الأب بشرطين:

الأول: أن لا يلحق الولد ضرر من مفارقة أمه».

الثاني: أن يكون الأب قادراً على حضانة الولد.

لكن المفتى به عند المالكية: «أن الحضانة لا تنتقل بإسقاط الأم إلى الأب، ولكنها تنتقل إلى من يلي الأم في حق الحضانة»[٣].

---

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، للقاضي محمد حسن كشكول ، عضو محكمة التمييز العراق، والقاضي عباس السعدي، ص: ١٧٩-١٨٠.

(٢) الفتاوى الهندية للجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، ط٢، ١٣١٠هـ. ٤٩٠/١

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ)، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ. ٣٤٩/ ٢، الشرح الصغير: ٥٢٢/ ٢.

عند الشافعية: «ذكروا فقهاء الشافعية الخلع على نفقة الصغير وحضانته وقالوا: « وإذا خالعها على أن تكفل ولده عشر سنين، وبيّن مدة الرضاع وقدر النفقة وصفتها أنه – أي الخلع - يصح»[١].

عند الحنابلة: وقالوا: «لو خالعته الزوجة على حضانة ولدها مدّة معينة أو خالعته على نفقته مدّة معينة كعشر سنين ونحوها صحّ عقد الخلع ولو لم يصف النفقة، فلا يشترط ذكر قدر الطعام وجنسه ولا قدر الأدم وجنسه، والأولى أن يذكر مدّة الرضاع من تلك المدّة وأن يذكر صفة النفقة بأن يقول: ترضيعه من العشر سنين حولين أو أقل حسب ما تفقان عليه ، ويذكر ما يقتاته الولد من طعام أو أدم»[٢].

ثانيا: في القانون:

لم ينص قانون الأحوال الشخصية العراقي على جواز المخالعة على اسقاط حق حضانة الأم لأبنها ونفقته بعكس ما قاله الفقهاء على جوازه، بل منعه قانون الأحوال الشخصية العراقي هذا الشرط كما ذكرناه في المطلب السابق ؛ لأن الحضانة والنفقة من حق الأطفال والأم لا تستطيع أن تتنازل عنهما.

الرأي الراجح: «لا يجوز المخالعة على إسقاط حق الزوجة المختلعة من حضانة ولدها الصغير بالتنازل عنه لأبيه الزوج المخالع؛ لان الأم إنما تكون أحق بالولد لحق الولد؛ لان كونه عندها أنفع له، فإذا ثبت أن هذا من حق الولد فليس لها أن تبطله بأن تجعله عوضا في الخلع».

«ولكن يجوز للمصلحة الشرعية الظاهرة جعل عوض الخلع ترك حضانة الصغير للأب المخالع، كعدم قيام الأم بتربية الولد تربية إسلامية رصينة، أوتعلمهم أخلاق سيئة، يعني إذا كان الولد متضرراً عند أمه، خاصة في هذا الزمان أن تربية الأولاد أمر صعب ، ويرجع ذلك الى تقدير القاضي». والله أعلم

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، بدون طبعة وتاريخ. ٤٩٢/٢.

(٢) المغني لابن قدامة ٣٣٥/٧، كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢ه، ٢٢٠/٥.

الخاتمة

في ختام هذا البحث توصلت الى نتائج عدة والتوصيات وهي:

أولاً: التوصيات:

١. الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بلفظ إيجاب وقبول.

٢. ذهب أكثر العلماء الى جواز الخلع لحاجة الناس إليه بوقوع الشقاق والنزاع وعدم الوفاق بين الزوجين، فقد تبغض المرأة زوجها وتكره العيش معه لأسباب جسدية خَلْقية، أو خلُقية أو دينية، أو صحية لكبر أو ضعف أو نحو ذلك.

٣. كل ما يصلح أن يكون مهراً من مال أو منفعة تقوم بالمال يجوز أن يكون عوض الخلع، وليس لعوض الخلع حد أدنى فيتحقق الخلع بأي عوض كثير أو قليل، ويستحب ألا يأخذ الرجل أكثر مما أعطى المرأة من الصداق عند أكثر العلماء.

٤. نص قانون الأحوال الشخصية العراقي على أن الخلع يكون أمام القاضي، ولكن إذا خالع الزوج زوجته خارج المحكمة فإن المحكمة تصادق على هذا الاتفاق والخلع وتعتبره خلعا خارجيا.

٥. أجاز قانون الأحوال الشخصية العراقي أن للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو أقل من مهرها.

٦. يقع بالخلع طلاق بائن بينونة صغرى.

٧. يصح أن تكون النقود بدلاً في الخلع وغيرها مثل منفعة تقابل مال كسكن الدار وزراعة الأرض، كإرضاع ولدها منه.

٨. القانون لم يجز التخالع على نفقة الأولاد وحضانتهم، وإن وقع – أي شيء من ذلك – عُدّ الخلع صحيحاً ويبطل الشرط المتعلق بالتخلي عن حضانة الأولاد ونفقتهم.

ثانياً: التوصيات:

أوصي بما يأتي:

١. أوصي الزوجات بعدم اللجوء الى الخلع لخلاف بسيط مع زوجها، والمحافظة على أولادها وأسرتها أعظم وأولى، لأن الأولاد يكون الضحية في حال تفكيك الأسرة، وأن الزوجة

مسؤولة أمام الله على تفكيك الأسرة وأولادها.

٢. أوصي الزوج بعدم اجبار الزوجة المختلعة على ترك حضانة ولدها لأبيها إن كانت الزوجة المختلعة مستعدة لأخذ حضانة ولدها، إن كانت أمينة ولا تتضرر بالولد.

٣. أوصي جميع الجهات المعنية بقضايا الأسرة ببذل الجهود لإزالة الخلافات بين الأزواج الذين وصلت مشكلتهم الى المحاكم حتى لا يتفكك أسرتهم ولا يكون أولادهم ضحية لهذا القرار.

٤. في حال عدم التوافق نهائيا بين الأزواج لإزالة خلافاتهم الزوجية، أوصي بأن خطواتهم يكون مطابقا للشريعة الإسلامية ويراعون مصلحة أولادهم في هذا الانفصال، ولا يتعاملون كل واحد مع الآخر بروح الانتقام، وأن مصلحة أولادهم فوق كل شيء.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

١. معجم مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

٢. لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقي (المتوفى: ٧١١هـ)، دار صادر – بيروت ، ط٣ - ١٤١٤ هـ.

٣. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي، ط٢.

٤. بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)،لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ)، دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ.

٥. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: ١٠٠٤هـ) دار الفكر، بيروت، ط أخيرة - ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

٦. المبدع في شرح المقنع لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبي إسحاق، برهان الدين (المتوفى: ٨٨٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط١، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧م.

٧. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين علي بن سليمان بن أحمد المرداوي (المتوفى سنة ٨٨٥هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م.

٨. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبب الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ)، دار الحديث - القاهرة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م.

٩. رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، دار الفكر-بيروت، ط٢ ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

١٠. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

١١. المغني لابن قدامة، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، بدون طبعة.

١٢. تفسير القرطبي، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية – القاهرة، ط٢، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤ م.

١٣. صحيح البخاري لمحمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط١، ١٤٢٢هـ.

١٤. فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩ رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، تخريج وتصحيح: محب الدين الخطيب.

١٥. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

١٦. الفتاوى الهندية للجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، ط٢، ٥١٣١٠.

١٧. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ)، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.

١٨. المهذب في فقه الإمام الشافعي، لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، بدون طبعة وتاريخ.

١٩. كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي
تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، ٥١٤٠٢.

٢٠. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

٢١. مجلة الأحكام العدلية، العدد الثالث، السنة الحادي عشرة ١٩٨٠.

٢٢. شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، للقاضي محمد حسن كشكول ، عضو محكمة التمييز العراق، والقاضي عباس السعدي، المكتبة القانونية، بغداد شارع المتنبي.

٢٣. قرار محكمة التمييز٢٥٠١/ شخصية شرعية/١٩٧٢ في ١٩٧٢/٨/٣ النشرة القضائية العدد (٣) س ٣، ١٩٧٤.

٢٤. قرار ٩٠٣/ شخصية/ ٩٧٨ في ١٩٧٨/٧/٥، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، س٩، ١٩٧٨.

Sources and References:

The Holy Quran.

1. Mu'jam Maqayis al-Lughah, by Ahmad ibn Faris ibn Zakariya al-Qazwini al-Razi, Abu al-Husayn (d. 395 AH), edited by Abd al-Salam Muhammad Harun, Dar al-Fikr, 1399 AH - 1979 AD.

2. Lisan al-Arab, by Muhammad ibn Makram ibn Ali, Abu al-Fadl, Jamal al-Din ibn Manzur al-Ansari al-Ruwaifi'i al-Ifriqi (d. 711 AH), Dar Sadir, Beirut, 3rd ed. - 1414 AH.

3. Al-Bahr al-Ra'iq, a commentary on Kanz al-Daqa'iq, by Zayn al-Din ibn Ibrahim ibn Muhammad, known as Ibn Nujaym al-Misri (d. 970 AH), Dar al-Kitab al-Islami, 2nd ed.

4. Balaghat al-Salik li-Aqrab al-Masalik, also known as Hashiyat al-Sawi ala al-Sharh al-Saghir (The Small Commentary is Sheikh al-Dardir's commentary on his book entitled Aqrab al-Masalik li-Madhhab al-Imam Malik), by Abu al-Abbas Ahmad ibn Muhammad al-Khalwati, known as al-Sawi al-Maliki (d. 1241 AH), Dar al-Ma'arif, no edition and undated.

5. Nihayat al-Muhtaj ila Sharh al-Minhaj, by Shams al-Din Muhammad ibn Abi al-Abbas Ahmad ibn Hamza Shihab al-Din al-Ramli (d. 1004 AH), Dar al-Fikr, Beirut, final edition - 1404 AH/1984 AD.

6. Al-Mubdi' fi Sharh al-Muqni', by Ibrahim ibn Muhammad ibn Abdullah ibn Muhammad ibn Muflih, Abu Ishaq, Burhan al-Din (d. 884 AH), Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, Beirut, Lebanon, 1st ed., 1418 AH - 1997 AD.

7. And "Al-Insaf fi Ma'rifat al-Rajih min al-Khilaf" by Ala' al-Din Ali ibn Sulayman ibn Ahmad al-Mardawi (d. 885 AH), Dar Ihya' al-Turath al-Arabi, Beirut, 1st ed., 1400 AH - 1980 AD.

8. "Bidayat al-Mujtahid wa Nihayat al-Muqtasid" by Abu al-Walid Muhammad ibn Ahmad ibn Muhammad ibn Ahmad ibn Rushd al-Qurtubi, known as Ibn Rushd al-Hafid (d. 595 AH), Dar al-Hadith, Cairo, 1425 AH - 2004 AD.

9. Radd al-Muhtar ala al-Durr al-Mukhtar, by Ibn Abidin, Muhammad Amin ibn Umar ibn Abd al-Aziz Abidin al-Dimashqi al-Hanafi (d. 1252 AH), Dar al-Fikr, Beirut, 2nd ed. 1412 AH - 1992 CE.

10. Mughni al-Muhtaj ila Ma'rifat Ma'ani Alfaz al-Minhaj, by Shams al-Din, Muhammad ibn Ahmad al-Khatib al-Sharbini al-Shafi'i (d. 977 AH), Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 1st ed., 1415 AH - 1994 CE.

11. Al-Mughni by Ibn Qudamah, by Abu Muhammad Muwaffaq al-Din Abdullah ibn Ahmad ibn Muhammad ibn Qudamah al-Jama'ili al-Maqdisi, then al-Dimashqi al-Hanbali, known as Ibn Qudamah al-Maqdisi (d. 620 AH), Cairo Library, no edition.

12. Tafsir al-Qurtubi, by Abu Abdullah Muhammad ibn Ahmad ibn Abi Bakr ibn Farah al-Ansari al-Khazraji Shams al-Din al-Qurtubi (d. 671 AH), edited by Ahmad al-Bardouni and Ibrahim Atfeesh, Dar al-Kutub al-Masriya, Cairo, 2nd ed., 1384 AH - 1964 AD.

13. Sahih al-Bukhari by Muhammad ibn Ismail ibn Ibrahim ibn al-Mughira al-Bukhari, Abu Abdullah, edited by Muhammad Zuhair ibn Nasir al-Nasir, Dar Tawq al-Najah, 1st ed., 1422 AH.

14. Fath al-Bari, a Commentary on Sahih al-Bukhari, by Ahmad ibn Ali ibn Hajar Abu al-Fadl al-Asqalani al-Shafi'i, Dar al-Ma'rifah, Beirut, 1379 AH. Books, chapters, and hadiths by Muhammad Fu'ad Abd al-Baqi. Verification and proofreading by Muhibb al-Din al-Khatib.

15. Bada'i' al-Sana'i' fi Tartib al-Shara'i', by Ala' al-Din, Abu Bakr ibn Mas'ud ibn Ahmad al-Kasani al-Hanafi (d. 587 AH), Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 2nd ed., 1406 AH - 1986 AD.

16. Al-Fatawa al-Hindiyyah by the Committee of Scholars, headed by Nizam al-Din al-Balkhi, Dar al-Fikr, 2nd ed., 1310 AH.

17. Al-Dasuqi's Commentary on the Great Commentary, by Muhammad ibn Ahmad ibn Arafa al-Dasuqi al-Maliki (d. 1230 AH), Dar al-Fikr, no edition and no date.

18. Al-Muhadhdhab fi Fiqh al-Imam al-Shafi'i, by Abu Ishaq Ibrahim ibn Ali ibn

Yusuf al-Shirazi (d. 476 AH), Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, no edition and no date.

19. Kashf al-Qina' an Matn al-Iqna', by Mansour ibn Yunus ibn Idris al-Bahuti Edited by Hilal Musalhi Mustafa Hilal, Dar al-Fikr, Beirut, 1402 AH.

20. Iraqi Personal Status Law No. 188 of 1959, as amended.

21. Al-Ahkam Al-Adliya Magazine, Issue No. 3, Year 11, 1980.

22. Explanation of Iraqi Personal Status Law No. 188 of 1959 and its Amendments, by Judge Muhammad Hasan Kashkoul, Member of the Iraqi Court of Cassation, and Judge Abbas Al-Saadi, Legal Library, Baghdad, Al-Mutanabbi Street.

23. Court of Cassation Decision No. 2501/Legal Personality/1972, dated August 3, 1972, Judicial Bulletin No. (3), Issue No. 3, 1974.

24. Decision No. 903/Personality/978, dated July 5, 1978, Al-Ahkam Al-Adliya Collection, Issue No. 3, Issue No. 9, 1978.