# الخلع وإشكاليات تكييفه في القانون العراقي
## -دراسة تحليلية مقارنة-

Doi: 10.23918/ilic2021.14

م: سندس علي عباس
كلية القانون/ جامعة صلاح الدين
sundus.abbas@su.edu.kurd

**مقدمة**

إن الغرض الأساسي من الزواج هو تحقيق المودة والرحمة بين الزوجين والإكثار من الذرية الصالحة التي تخدم الأسرة والمجتمع، فإذا تعذر ذلك، وأصبح من المستحيل الاستمرار في الحياة الزوجية، عندها يمكن إنهاء هذه الرابطة بإرادة الزوج أو بالإرادتين، أو بإرادة الزوجة، ولم يُتَرَك إرادة الزوجين حرة في إنهاء الزواج، بل وضع له الشرع والقانون أسسا تحقق مصلحة الزوجين بصورة عامة، وكقاعدة عامة فإن الرابطة الزوجية لا تحل إلا بالطلاق الذي لا يتم إلا بإيقاعه من الزوج، فإن شاءت الزوجة ان تتحلل منها ولم تكن تملك التوكيل بالطلاق او التفويض، فلا يكون أمامها إلا الخلع في مقابل عوض تدفعه للزوج تخلصا من قيد الزواج، فهل يعد أو يكيف الخلع على أنه طلاق كونه يقع بإرادة واحدة أو تفريق يحتاج لرضى الزوج؟ وما هي الإشكاليات التي تنتج الاختلاف في تكييف الخلع؟ وتثور مشاكل بهذا الصدد إذا أرادت الزوجة إنهاء العلاقة الزوجية بطريق الخلع في نزاع يتسم بوجود عنصر أجنبي أمام محكمة عراقية، فكيف يمكن للقاضي إيجاد القانون الواجب التطبيق في الخلع؟ وهل يوجد ضابط أسناد محدد يمكن للقاضي الاستناد عليه لإيجاد القانون الواجب التطبيق؟

**أهمية البحث:** تكمن أهمية البحث في النقاط التالية:

١- يساهم تكييف الخلع في تسهيل الأمور على محاكم الأحوال الشخصية، لأن المشرع العراقي لم ينظم أحكام الخلع بصورة وافية ولم يبين كيفية إيجاد القانون الواجب التطبيق فيه.
٢- يتعلق الخلع بحقوق المرأة التي غالبا ما تلجأ إلى الخلع لإنهاء الرابطة الزوجية بسبب عدم التزام الزوج بما فرضه الله عليه من واجبات، فتستفيد المرأة من هذا البحث كون الموضوع يتعلق بحق من حقوقه.
٣- يتميز أهمية الخلع عن الوسائل الأخرى لإنهاء الرابطة الزوجية، أنه تكون لإرادة الزوجة دور كبير في إيقاعه، عندما تكون الاستمرار في الحياة الزوجية شبه مستحيل بالنسبة لها.

**أهداف البحث:** يهدف البحث إلى:

١- معرفة مفهوم الخلع وتكييفه وبيان الإشكاليات التي تثور بسبب الإختلاف في تكييفه.
٢- معرفة القانون الواجب التطبيق على الخلع وآثاره، والوقت الذي يعتد به لتحديد ضابط الإسناد.

**فرضيات البحث**

١- ما هو تعريف الخلع وتكييفه؟ ما هي الإشكاليات التي تثور حول الإختلاف في تكييف الخلع؟
٢- هل نظم المشرع العراقي موضوع الخلع بصورة دقيقة ومنتظمة في قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني؟
٣- ما هو القانون الواجب التطبيق والوقت لسريان هذا القانون في الخلع وفي الآثار التي تترتب عليه؟

**إشكالية البحث:** تكمن إشكاليات البحث في:

١- وجود قصور في قانون الاحوال الشخصية العراقي وقانون تعديله بخصوص تعريف الخلع وتكييفه، ما أدى إلى تضمين النص الكوردستاني لحكمين وتكييفين مختلفين، وقصور التعريف العراقي من بيان المقصود بالخلع وتكييفه.
٢- أيهما أفضل وأقرب للعدالة وأكثر انسجاما مع النصوص الشرعية، الأخذ برأي جمهور الفقهاء، أو الأخذ برأي البعض منهم في عدم اعتبار رضى الزوج ركنا في الخلع؟
٣- وجود إختلاف بين الفقهاء حول اعتبار الخلع طلاقا أم تفريقا، وهل يقع بإرادة الزوجة أم برضى الطرفين؟
٤- لم يرد الخلع في النصوص المتعلقة بتنازع القوانين في موضوع إنتهاء الزواج، ما أدي إلى ضرورة تكييفه لمعرفة اعتباره طلاقا ام تفريقا لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق والوقت الذي يعتد به؟

**منهجية البحث**

تم اتباع المنهج التحليلي لدراسة موضوع الخلع وإشكاليات تكييفه في القانون العراقي، مع مقارنة بين القانونين العراقي والكوردستاني والفقه الإسلامي.

**نطاق البحث**

يدور نطاق البحث (الخلع وإشكاليات تكييفه في القانون العراقي)، في إطار القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، وقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩المعدل، وقانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨، والفقه الإسلامي.

**تصميم البحث**

بعد المقدمة، تم تقسيم الموضوع إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول مفهوم الخلع وأركانه في مطلبين. أما المبحث الثاني فنتناولنا فيه بالدراسة إشكاليات تكييف الخلع وآثاره، في مطلبين، ثم أهم الاستنتاجات والمقترحات، وأخيرا قائمة بالمصادر.

## المبحث الأول
## مفهوم الخلع وأركانه

شُرع لأحد الزوجين إنهاء العلاقة الزوجية عندما تكون الحياة لا تطاق مع الزوج الآخر، فمُنح الزوج حق طلاق زوجته وفي المقابل يحق للزوجة طلب الخلع عند تعذر العيش مع زوجها، وعليه سنتناول بالدراسة مفهوم الخلع من حيث تعريفه اللغوي والاصطلاحي، وبيان أركانه وشروط صحته في مطلبين.

### المطلب الأول
### مفهوم الخلع

لإزالة الغموض والإبهام حول مصطلح الخلع، سنقوم ببيان مفهومه وبيان أدلة مشروعيته في فرعين.

**الفرع الأول: تعريف الخلع:** في هذا الفرع يتم تعريف الخلع لغويا واصطلاحيا

**أولا: تعريف الخلع لغة واصطلاحا**

**١- تعريف الخلع لغة: الخلع يعني النزع والإزالة. خلع إمرأته خُلعا وخِلاعا: أزالها عن نفسه وطلقها على بذل منها له[١].**

**٢- تعريف الخلع في الإصطلاحين الفقهي والقانوني:**

أ- **تعريف الخلع في الاصطلاح الفقهي: وردت عدة تعاريف بخصوص الخلع، فعند الحنفية هو: (إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو في ما معناه)[٢]. وعند المالكية هو: (طلاق بعوض أو بلفظه)[٣]. وعرفه الشافعية بأنه: (فراق بعوض مقصود بلفظ طلاق أو خلع راجع لجهة الزوج)[٤]. أما الحنابلة فقد عرفوه بأنه: (فراق الزوج لزوجته بعوض بألفاظ مخصوصة)[٥].**

**يتبين من التعاريف الفقهية ان الخلع هو احد أساليب إنهاء الرابطة الزوجية في مقابل عوض تعطيه المراة لزوجها[٦]، او هو بذل المرأة او وليها أو وصيها للرجل مالا من أجل أن يطلقها أو ان تسقط عنه حقا لها عليه في مقابل ذلك[٧].**

ب- **تعريف الخلع في الاصطلاح القانوني: نص قانون الأحوال الشخصية العراقي في (ف١/م٤٦) على أنه: (الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو في ما معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي...). تأثر المشرع العراقي برأي الحسن البصري بأن:** (الطلاق الخلعي يجب أن يكون أمام القاضي[٨]). **وسنبين ملاحظاتنا حول التعريف لاحقا. بينما عرفه المشرع الكوردستاني في (م٢١) بعد إيقافه العمل ب(م٤٦) على أنه: (١- الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو في ما معناه مقابل عوض لا يزيد عما قبضته من المهر المسمى ولا يشترط رضى الزوج في الخلع إذا تبين للقاضي عن طريق التحكيم أن الزوجة لا تطيق العيش معه)[٩]. وسنورد ملاحظتنا على التعريف لاحقا.**

**الفرع الثاني: مشروعية الخلع**

**أولا: مشروعية الخلع في القرآن الكريم:** قال تعالى في سورة البقرة: الآية ٢٢٩: [الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُم أَن تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَإِن خِفتُم أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيهِمَا فِيمَا افتَدَت بِهِ ...]، يتبين من الآية أنه لا يحل للرجل أن يسترد شيئا من صداق أو نفقة أنفقها في مقابل تسريح المرأة إذا لم تصلح حياته معها، ما لم تجد هي أنها كارهة لا تطيق عشرته، وسيقودها ذلك إلى الخروج عن حدود الله في حسن العشرة، فهنا يجوز لها أن تطلب الطلاق منه، وأن تعوضه برد الصداق أو النفقات لتعصم نفسها من معصية الله، ولا يقسر الزوجة على حياة تنفر منها، وفي الوقت ذاته لا يضيع على الرجل ما أنفق بلا ذنب جناه[١٠]. فإذا أبغضت الزوجة زوجها ولم تقدر على معاشرته، فلها أن تفتدي منه بما أعطاها[١١].

**ثانيا: مشروعية الخلع في السنة النبوية:** عن ابن عباس (رضي الله عنهما)، أن امرأة ثابت أتت النبي (صلى الله عليه وسلم)، فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس، ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): (أتردين عليه حديقته؟)، قالت: نعم[١٢].

**ثالثا: الإجماع:** الاجماع منعقد على مشروعية الخلع وإباحته عندما تسوء العشرة وتكره الزوجة زوجها[١٣]، ما عدا أبو بكر بن عبد الله المزني وهو أحد فقهاء الشافعية فهو لا يجيز الخلع، وسنده في ذلك أن الآية (٢٢٩) من سورة البقرة منسوخة بقوله تعالى: [وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا[١٤]]، ويقول جمهور الفقهاء: إن هذا السند غير صحيح ومعنى ذلك إذا كان بغير رضاها، فإذا كان برضاها جائز كما في الخلع[١٥].

---

(١) صالح العلي الصالح، أمينة الشيخ سلمان الأحمد، المعجم الصافي في اللغة العربية، رياض، ١٤٠١هـ، ص١٥٣.

(٢) ابن نجيم، زين الدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط٢، دار الكتاب الاسلامي، القاهرة، ٧٧/٤.

(٣) الحطاب، شمس الدين بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ،ط٣، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٢، ٤/٤.

(٤) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج شرح المنهاج، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، ط٣، لبنان، ١٤٢٤، ٣٩٣/٦.

(٥) البهوتي، منصور بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، دار الفكر، بيروت، ١٠٧/٣.

(٦) أحمد بخيت الغزالي، عبد الحليم محمود منصور، أحكام الأسرة في الفقه الأسلامي، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨، ص٣٥.

(٧) الجياش، عبد الحميد، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وآثارهما، دار النهضة العربية، لبنان، ٢٠٠٩، ص٢٢٤.

(٨) الزلمي, د.مصطفى إبراهيم، مدى سلطان الإرادة في الطلاق, مطبعة العاني, بغداد, ١٩٨٤م, ١٦٩/٢.

(٩) قانون تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل في اقليم كوردستان- العراق بقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨.

(١٠) سيد قطب، تفسير في ظلال القرآن، دار الشروق، القاهرة- مصر، ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م، ٢٤٨/٢.

(١١) ابن كثير، إسماعيل الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار الآفاق العربية، القاهرة، ١٤٢٧هـ- ٢٠٠٦م، ٢٩٦/١.

(١٢) البخاري، صحيح البخاري، دار طوق النجاة، دمشق، ١٤٢٢هـ ٥٢٧٣-٤٦/٧.

(١٣) سمارة، د.محمد أحكام وآثار الزوجية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨م. ص٣٠٥.

(١٤) سورة النساء: الآية ٢٠.

(١٥) البكري، محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، بلا سنة طبع، ٥٧٤/٤.

## المطلب الثاني
## أركان الخلع وشروط صحته في الفقه الاسلامي والقانون

يتوقف صحة انعقاد أي تصرف شرعي أو قانوني على توفر أركانه، وللخلع أركان وشروط لا بد من توفرها للحكم بصحته؛ لذلك سندرس في هذا المطلب أركان الخلع وشروط صحته في فرعين.

**الفرع الأول: أركان الخلع وشروط صحته في الفقه الاسلامي:** أركان الخلع المتفق عليها أربعة؛ المخالع والمخالعة والصيغة والبدل، وقد اختلفوا في ركنية رضى الزوج في الخلع.

**أولا: المخالع والمخالعة:** فاتفق الفقهاء على اشتراط البلوغ والعقل في الزوج والزوجة، ما عدا الحنابلة فإنهم قالوا بصحة الخلع من الزوج الصغير المميز كما يصح منه الطلاق، واتفقوا على صحة خلع السفيه بشرط أن يسلم العوض الى وليه، واتفقوا على صحة خلع المريض مرض الموت؛ لأن طلاقه يصح عندهم[١]، واتفقوا على بطلان خلع الزوجة الصغيرة غير المميزة والمجنونة، ولكن الحنفية قالوا بعدم صحة خلع السفيهة أو الصغيرة المميزة إلا إذا أذن لها الولي والتزم بدفع عوض الخلع من ماله الخاص، أما المالكية فلا يصح خلع السفيهة أو الصغيرة المميزة عندهم مطلقاً سواء أذن لها الولي بذلك أم لم يأذن؛ لأن الملتزم بعوض الخلع يجب أن يكون أهلاً للتبرع غير محجورا عليه لصغر أو جنون أو سفه، ولكن الشافعية قالوا بجواز خلع السفيهة إذا خشي الولي عليها أو على مالها من زوجها دفعا للظلم عنها[٢]. واتفق الفقهاء على صحة خلع المريضة مرض الموت ويلزمها البدل الذي قبلته، ولكن بشروط[٣]، فعند الحنفية إذا ماتت المريضة أثناء العدة، فللزوج الأقل من نصيبه في ميراثها أو ثلث تركتها أو بدل الخلع، وذلك للمحافظة على حقوق الورثة لاحتمال أن تتواطأ الزوجة مع زوجها على الخلع فتسمي له بدلا باهظا يزيد على نصيبه في ميراثها، فإذا ماتت الزوجة بعد انقضاء العدة، فللزوج الأقل من بدل الخلع وثلث تركتها؛ لأن ميراثه منها منتفي لانقطاع العلاقة الزوجية[٤]، وعند المالكية إذا كان العوض أكثر من نصيبه في الميراث فللزوج بمقدار ميراثه ويرد الزيادة، أما الحنابلة فقد قالوا بصحة خلع المريضة إذا كان العوض بمقدار ميراثه منها فما دون، وان خالعته بزيادة بطلت الزيادة فقط. وقال الشافعية بصحة خلع المريضة إذا كان بمقدار مهر مثلها، وان زاد على ذلك تخرج الزيادة من ثلث تركتها[٥].

**ثالثا: الصيغة:** يشترط لصحة الخلع أن تكون صيغته بلفظ الخلع أو ما في معناه، فإذا حصل التخالع ما اشتق منه كالاختلاع أو المخالعة أو بلفظ يؤدي معنى الخلع كالمباراة أو الافتداء أو البيع والشراء، فالخلع يقع صحيحاً عند جمهور الفقهاء، إذ يجوز عندهم أن تكون صيغة الخلع باللفظ الصريح أو باللفظ الكنائي كما هو الحال في الطلاق[٦]، واللفظ يكون لفظ كناية إذا كان مستتر المراد وغير واضح المعنى ويستعمل في الخلع وفي غيره، كأن يقول الزوج لها: بارئتك أو أبنتك ونحوهما من كنايات الطلاق[٧]، وعند الحنفية يمكن أن يكون الخلع بلفظ البيع أو الشراء كما لو قال لها: بعتك نفسي بكذا فتقول اشتريت، وعند الشافعية يجوز أن يكون الخلع بلفظ البيع[٨]، أما إذا كانت الألفاظ المستعملة غير دالة على معنى الخلع فلا يقع فيها الخلع[٩].

**رابعا: البدل**

١- **نوع البدل:** البدل في الطلاق الخلعي هو العوض الذي تلتزم به الزوجة لزوجها مقابل طلاقها منه، فاتفق الفقهاء على أن كل ما يصح أن يكون مهراً يصح أن يكون عوضا في الخلع، وبدل الخلع قد يكون المهر المؤجل باعتباره دينا في ذمة الزوج، ويصح أن يكون هذا الشيء مما يقوم بالمال شرعاً[١٠]؛ وعليه، فالبدل يمكن أن يكون من النقود، أو من كل مال متقوم أو منفعة تقوم بالمال كالمنقولات والعقارات وسكنى الدار أو زراعة الأرض لمده معينة وغيرها، أما الخلع على مال غير متقوم كالخمر أو الخنزير فيصح عند الحنفية والمالكية والحنابلة إذا علم الزوج والزوجة بالتحريم؛ لأن الزوج إذا خالعها على شي من ذلك فقد رضي بالفرقه بغير عوض فلا يلزمها شي، ويصح به الخلع عند الشافعية وللزوج مهر المثل. ولا خلاف بين الفقهاء على جواز جعل الرضاع عوضا في الخلع حسب المدة التي اتفقا عليها[١١]. ولكنهم اختلفوا في استحقاق أجرة الحضانة، فذهبت الشافعية والحنابلة إلى أن للحاضنة الحق في طلب أجرة الحضانة على أن يتم تحديد مدة الحضانة[١٢]، وقال الحنفية بوجوب أجرة الحضانة إن لم تكن الزوجية قائمة ولم تكن معتدة من طلاق رجعي أو بائن، بينما قال المالكية أن الحاضنة لا تستحق الأجرة على الحضانة[١٣]. والحضانة عند جمهور الفقهاء حق للام فيمكنها التنازل عنها متى شاءت، فيصح عندهم أن يكون مقابل الخلع إسقاط الحضانة، وعند الحنفية لا يحق للام التنازل عن الحضانة ولا جعلها عوضا في الخلع؛ لأنها حق لها وللولد أيضا، ويجيز الفقهاء جعل نفقة الصغير بدلا في الخلع لمدة معينة[١٤]. ولكن إذا ظهر بعد الخلع وخلال مدة الانفاق أن الزوجة معسرة لا تقدر على نفقة الولد جاز لها أن تطالب الزوج بالانفاق عليه من ماله، فإذا أمتنع اجبر على ذلك، ويرجع عليها بما انفق عند يسارها؛ لأن النفقة حق للولد وهي واجبة في الأصل على الأب ولكنها انتقلت إلى

---

(١) مغنية، محمد جواد, الفقه على المذاهب الخمسة, ط٥, الصادق للطباعة والنشر, طهران, ١٤٢٧هـ, ص ص٤٢٦-٤٢٧.
(٢) الزلمي، مصدر سابق، ١٥٣/٢.
(٣) مغنية, مصدر سابق، ص١٢٦.
(٤) عبد الحميد, محمد محي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ،المكتبة العلمية، بيروت، ٢٠٠٧، ص٣٤٣.
(٥) الزلمي، مصدر سابق، ١٥٠/٢.
(٦) سماره, مصدر سابق, ص٣٠٩.
(٧) د.أحمد بخيت الغزالي، د.عبد الحليم محمد منصور, مصدر سابق , ص٢٦٩-٢٧٠.
(٨) مغنية, مصدر سابق, ص٤٢٧.
(٩) ناجي, محسن، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٦٢م, ص٤٨.
(١٠) الجندي, أحمد نصر، موسوعة الأحوال الشخصية, دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦م, ٥٥٤/١، ٥٥٩.
(١١) مطلوب, د.عبد المجيد، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤م, ص ص٣٤٨- ٣٤٩.
(١٢) الكبيسي، د.احمد, الوجيز في شرح الأحوال الشخصية، ط٣، شركة العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠١٠م, ٣١٧/١.
(١٣) مغنية, مصدر سابق, ص ص٣٨٠، ٣٨٢.
(١٤) الجندي, مصدر سابق, ص٥٥٨.

الأم كبدل للخلع، فاذا عجزت عن القيام بالانفاق وجب على الأب أن يقوم مقامها في ذلك إحياءً للولد وصيانة له من الهلاك[١].

٢- **مقدار البدل:** يرى جمهور الفقهاء انه ليس لبدل الخلع حد معين، فيجوز للزوج أن يأخذ من زوجته أي مبلغ يتفقا عليه سواء كان مساوياً للمهر أو اقل أو أكثر، وحجتهم قوله تعالى: **[فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ]**، وما تفتدي به نفسها يشمل القليل والكثير، فالخلع ليس لعوضه تحديد والزوجة تلتزم بالعوض الذي اتفقت عليه مع زوجها بالغا ما بلغ لأنها التزمت برضاها، ويرى بعض الحنفية انه لا يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته عوضاً على الخلع إذا كان هو السبب في الخلع، ويتفق الحنفية مع بعض الحنابلة والظاهرية على انه يجب أن لا يزيد عوض الخلع على مقدار المهر، وحجتهم قول الرسول (صلى الله عليه وسلم) لامرأة ثابت:أتردين عليه حديقته؟ قالت نعم، فأمر الرسول ثابتا أن يأخذ ما ساق إليها ويطلقها ولا يزداد[٢].

**خامسا: رضى الزوج:** يذهب جمهور الفقهاء إلى أن أركان الخلع هما الإيجاب والقبول، فإذا صدر الإيجاب بالخلع من الزوج وجب قبول الزوجة، فلا تقع الفرقة ولا يستحق الزوج العوض دون رضى الزوجة؛ ودليلهم قوله تعالى: **[فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ]**، فدلت الآية على رفع الجناح عن الزوجين عند الافتداء، ولم تتضمن أمراً للزوج بقبول الخلع، كما ويستندون إلى قول الرسول (صلى الله عليه وسلم) لثابت بن قيس: (إقبل الحديقة وطلقها تطليقه)، وهذا الأمر أمر إرشاد وتوجيه؛ لان الطلاق بيد الرجل كما يقول الرسول (صلى الله عليه وسلم): (الطلاق لمن اخذ بالساق) والذي يأخذ بالساق هو الزوج؛ لان الزوج يملك تطليق زوجته بغير عوض فكذلك يملك أن يخالعها بعوض. وذهب بعض الفقهاء وعلماء الحديث: إلى أن ركن الخلع هو الإيجاب فقط، وليس للزوج إلا أن يستجيب لرغبة زوجته في الخلع خشية ألا تقيم حدود الله، فللقاضي إلزام الزوج بإيقاع الخلع، ودليلهم أن ثابت وزوجته رفعا أمرهما للنبي وألزمه الرسول (صلى الله عليه وسلم) بأن يقبل الحديقة ويطلقها والأمر هنا للوجوب[٣]. لأن أمر الله ورسوله مانع من الاختيار, كما قال تعالى في سورة النساء الآية ٩٢: **[وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ]**[٤]. وكان ذلك أول طلاق خلعي في الإسلام[٥].

وبدورنا نؤيد ما ذهب إليه البعض من الفقهاء من أن رضى الزوج ليس بركن في الخلع، ويترتب عليه اكتفاء إيقاع الخلع بإرادة الزوجة دون الحاجة لرضى الزوج، ولأن تفسيرهم لحديث ثابت بن قيس أقرب إلى الصواب، كون الفعل (إقبل) جاء على صيغة الأمر، والأمر للوجوب.

**الفرع الثاني: أركان الخلع وشروط صحته في القانون**

**أولا: المخالع والمخالعة:** نصت (ف١/م٤٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل على أنه: (... وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي ... )، وهذا يعني أن أركان الخلع في نظر المشرع العراقي هما الإيجاب والقبول، ويترتب على هذا وجوب وجود المخالع (الزوج) والمخالعة (الزوجة)، ووجوب رضى الزوج على الخلع كركن من أركان الخلع، وهذا يشير إلى تأثر المشرع العراقي برأي جمهور الفقهاء ولكنه أوجب إيقاع الخلع أمام القاضي[٦]. ويلاحظ أن الإيجاب الصادر من الزوج يختلف عن الإيجاب في عقود المعاوضات؛ لأن فيه معنى التعليق، فلا يملك الزوج الرجوع عنه قبل قبول الزوجة، والايجاب الصادر من الزوجة فيه معنى المعاوضة، فتملك الزوجة الرجوع عنه قبل قبول الزوج، وهنا يشتبه بالإيجاب في عقود المعاوضات، فللموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الطرف الأخر، إلا إذا حدد الموجب لإيجابه ميعادا، فإنه لا يمكنه الرجوع عنه قبل انقضاء المدة[٧].

وبخلاف المشرع العراقي فلم يأخذ المشرع الكوردستاني برأي جمهور الفقهاء على إطلاقه من جعل رضى الزوج ركنا في الخلع، وإنما اكتفى بإرادة الزوجة في إيقاع الطلاق بالخلع إذا تبين للقاضي عن طريق التحكيم أن الزوجة لا تطيق العيش مع زوجها، ولم يشترط أيضا أن يكون الخلع أمام القاضي، هذا ما نصت عليه **(م٢١)** من القانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨، **على أنه: (...١- الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو في ما معناه مقابل عوض لا يزيد عما قبضته من المهر المسمى ولا يشترط رضى الزوج في الخلع إذا تبين للقاضي عن طريق التحكيم أن الزوجة لا تطيق العيش معه). يلاحظ أن المشرع الكوردستاني قد نص على وقوع الطلاق بالخلع بإرادة الزوجة دون الحاجة لرضى الزوج في حالة عدم إطاقة العيش معه، وحسب ما ورد في النص فعند عدم وجود هذا السبب فإن الطلاق لا يقع بإرادتها فقط وإنما يحتاج لرضى الزوج؛ ويترتب عليه عدم وضوح موقف المشرع الكوردستاني من المسألة، فأساس الخلع هو عدم إطاقة الزوجة العيش مع زوجها، فهذا الأمر لا خلاف فيه بين الفقهاء، وعليه، ليس للإستثناء الوارد في المادة قيمة شرعية أو قانونية؛ لأن عدم إطاقة العيش يعد السبب الذاتي والرئيسي للخلع، وتضمين النص حكمين مختلفين معيب، وذلك لأن الخلع إنما شُرع للزوجة التي لا تطيق العيش مع زوجها لأي سبب كان في مقابل ما للزوج من حق في طلاقها عند عدم إطاقته العيش معها، فلا حاجة لذكر السبب في التعريف، فكما أن الطلاق يقع بإرادة الزوج، يقع الخلع بإرادة الزوجة.** وقد نصت (ف٢/م٤٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه: (يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق ... أن تكون الزوجة محلاً له )، وينبني على ذلك وجوب أن يكون الزوج والزوجة كاملي الأهلية، فلا يصح الخلع من السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من غضب أو مصيبة أو كبر أو مرض، وسبب ذلك أن طلاقهم لا يقع قانونا، فلا يقع خلعهم من باب أولى، هذا ما أكدتها (م٣٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، إلا ان المشرع الكوردستاني قد أوقف العمل بهذه المادة ونص على وقوع طلاق المريض مرض الموت إذا لم

---

[١] مطلوب, مصدر سابق, ص٣٥٠. والبكري, مصدر سابق, ص١٢٩.
[٢] الجندي, مصدر سابق, ص ص٥٤٥، ٥٦٤- ٥٦٥.
[٣] البكري, مصدر سابق, ص ص٥٨٢ -٥٨٤.
[٤] د.رمضان علي السيد الشرنباصي, د.جابر عبد الهادي الشافعي, أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦م, ص٥٢٤.
[٥] د.أحمد بخيت الغزالي، د.عبد الحليم محمد منصور علي, مصدر سابق، ص٣٥٦.
[٦] الجندي، مصدر سابق، ٥٢٤/١.
[٧] سماره, مصدر سابق, ص ص٣٠٨- ٣٠٩.

يكن فاقدا للتمييز، وقد أغفل المشرع الكوردستاني النص على عدم وقوع طلاق الصغير رغم إيقافه العمل بالمادة، مع أن طلاقه لا يقع بإجماع الفقهاء، ولو كان المشرع قد أخذ برأي الحنابلة الذين قالوا بوقوع طلاق الصغير المميز، لأشارَ في النص المذكور الى عدم وقوع طلاق الصغير المميز، وهذا يدل على عدم تنبه المشرع إلى هذه الحالة.

ولأن الخلع من جانب الزوجة معاوضة فيها معنى التبرع، ولا يملك التبرع إلا من كان أهلاً له وذلك بكمال الأهلية، وأن تكون الزوجية قائمة حقيقةً إذا كانت من عقد زواج صحيح؛ لأن الخلع لا يقع في العقد الفاسد، أو حكماً إذا كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي، فيصح للزوج أن يخالع زوجته المطلقة أثناء مدة العدة؛ لأن ملك النكاح يبقى فيه حكماً، فلو انقضت العدة لم تكن الزوجة محلاً للخلع[١].

**ثانيا: الصيغة:** والخلع في القانون لا يكون صحيحا مرتبا لآثاره إلا إذا كانت الألفاظ المستعملة في الخلع تدل عليه وتفيد معناه، وهذا ما نصت عليه (ف١/م٤٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، ونص (م٢١) من التعديل الكوردستاني، وعليه، فان الخلع لا يقع إلا بالألفاظ التي تدل عليه أو الألفاظ التي تدل على معناه كقول الزوج لها: بارئتك على كذا فتقول هي قبلت[٢]. وهنالك ألفاظ أخرى تعتبر من الألفاظ الصريحة للخلع وهما: (الفداء) مثل قول الزوج لزوجته: أفتدي نفسك بكذا، ولفظ (الفسخ) مثل قول الزوج لها: فسخت نكاحك على كذا؛ لان الفسخ في حقيقته يدل على معنى الخلع[٣].

**رابعا:البدل:**

١- **نوع البدل:** يحدد نوع البدل كأصل في القانون على أساس المهر، هذا ما نصت عليه (ف٣/م٤٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، و (م٢١) من التعديل الكوردستاني الذين مر شرحهما. وعليه لا يصح أن يكون مقابل الخلع أجرة الحضانة؛ لأن الحاضنة لا تستحق الأجرة على الحضانة إذا كانت زوجيتها قائمة حقيقيةً أو حكماً بمقتضى نص (ف٣/م٧٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي: (...ولا يحكم بأجرة الحاضنة ما دامت الزوجية قائمة أو كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي). وفي المقابل يصح الخلع مقابل إسقاط الأم لحضانتها عن الصغير بموجب (ف١/م٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي: (الأم أحق بحضانة الولد)، وهذا ما قضت به محكمة تمييز العراق بقولها: (الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون)[٤].

٢- **مقدار البدل:** اخذ المشرع العراقي برأي جمهور الفقهاء في جعل البدل خاضعا لرضى الزوجين، وجواز أن يكون مقداره أقل أو أكثر من المهر المسمى، حسب نص (ف٣/م٤٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي: (للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو اقل من مهرها). بينما نص المشرع الكوردستاني بعد تعديله للمادة بموجب (م٢١)، على أنه: (.... مقابل عوض لا يزيد عما قبضته من المهر المسمى...)، وقد أحسن المشرع الكوردستاني بتعديله لهذه المادة؛ لأن بدل الخلع قبل التعديل كان عبارة عن المهر بصورة مطلقة سواء المقبوض أم المؤجل، المسمى أم غير المسمى، وسواء زاد على المهر أم كان أقل منه، وقد قام المشرع الكوردستاني بتعديل هذه المادة لما فيه من إجحاف بحق المرأة التي لا تطيق العيش مع زوجها، فيسر السبيل للزوجة في الخلاص من زوجها بتحديد مقدار العوض الذي تدفعه الزوجة مقابل طلاقها منه وهو ألا يزيد عن المهر المسمى والمقبوض من قبلها، وهذا يعني أنه إذا لم تقبض المرأة المهر المسمى او تزوجت بدون مهر، فإنها تستطيع عن طريق الخلع أن تتخلص من الزوج دون أن تدفع شيئا للزوج، وهذا لا ينسجم مع أحكام الخلع الذي لا بد له من عوض تدفعه الزوجة للزوج، فكان على المشرع الكوردستاني عند تعديله للمادة وتنظيمه لأحكام الخلع أن ينتبه لهذا الموضوع.

## المبحث الثاني
## إشكاليات تكييف الخلع

بما أن الزواج ينتهي كأصل بإرادة الزوج، وأن الخلع يقوم على أساس اعتبار إرادة الزوجة؛ لذلك اختلف الفقها المسلمون والقوانين في تكييف الخلع، ونتيجة لهذه الاختلافات برزت إشكاليات عدة من حيث اعتباره طلاقا أو فسخا او تفريقا، ومن حيث القانون الواجب التطبيق في الخلع، عليه، سنتطرق في هذا المبحث لإشكاليات تكييف الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية العراقي وتعديله في كوردستان، وفي القانون المدني من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق فيه.

### المطلب الأول
### إشكاليات تكييف الخلع في الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية

اختلف الفقهاء المسلمون والقوانين في تكييف الخلع، فما هي الإشكاليات التي تنتج عن هذا الاختلاف؟ سنتناولها في فرعين.

**الفرع الأول: إشكاليات تكييف الخلع في الفقه الإسلامي**

اعتبر جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والشافعية في الجديد واحمد بن حنبل في رواية، الخلع طلاقاً بائناً ينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج، فلا ترجع الزوجة إلى زوجها إلا بعقد جديد؛ لأنه لو كان للزوج في العدة منه الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى[٥]؛ وحجتهم ما روي في حديث ابن عباس (رضي الله عنهما) السابق حيث قال: (إقبل الحديقة وطلقها) فكان ذلك دالاً على ان الخلع طلاق). ويقولون: إن الخلع فرقة بعوض حاصلة من قبل الزوج فتكون طلاقا؛ وأن لفظ الخلع من ألفاظ

---

[١] ينظر، الكبيسي, مصدر سابق, ص ص٤٤- ٤٥،١٧٥.

[٢] ناجي, مصدر سابق, ص٤٨.

[٣] سماره , المصدر نفسه , ص٣٠٩.

[٤] القرار رقم ٦٣٢٣/ شخصية في ٢٠٠١/٢/٤، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، قضاء محكمة التمييز– قسم الأحوال الشخصية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٦م، ص٥٧.

[٥] أبو جزر، تهاني رمضان، أحكام انفراد المرأة في إنهاء عقد النكاح، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، مقدمة إلى الجامعة الإسلامية، فلسطين، ٢٠١٢،ص١٤٣.

الكنايات أتي به لقصد فراق الزوجة فكان طلاقاً لأن الخلع معناه النزع لغة فكان معنى نزع المرأة هو إخراجها عن ملك الزوج، وهو معنى طلاق البائن، أما الفسخ فمعناه الرفع وجعل الزواج كأن لم يكن، وهذا لا يتفق مع معنى الإخراج عن الملك فكان الراجح عند مذهب الجمهور(١).

إن لفظ الخلع لا يملكه إلا الزوج فكان طلاقاً ولو كان فسخاً لما جاز على غير الصداق كالإقالة لكن الجمهور على جوازه بما قل وكثر فدل على أنه طلاق)(٢).

بينما ذهب ابن عباس وآخرون وهو مشهور مذهب الإمام أحمد وهو قول الإمام الشافعي في القديم، إلى اعتبار الخلع فسخاً لعقد الزواج لا طلاقاً، فلا تنقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج حتى لو أعاد الزوج زوجته التي خالعها إلى عصمته بعقد جديد عادت إليه كما كان يملك عليها من الطلقات قبل الخلع، وحجتهم ظاهر قوله سبحانه: **[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 ...]** يقولون أن الله تعالى ذكر أن الطلاق مرتان ثم ذكر الخلع بقوله سبحانه **[فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ]** ثم ذكر سبحانه الطلاق الثالث بقوله سبحانه: **[فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ]** فلو كان الخلع طلاقاً لازداد عدد الطلقات على ثلاث وأصبح عددها أربع طلقات، واستدلوا كذلك بأنه عليه الصلاة أمرها أن تعتد بحيضة، وهذا أقوى دليل على أن الخلع فسخ وليس بطلاق إذ لو كان طلاقاً لم يكتف بحيضة واحدة(٣). واحتجوا بما روي عن ابن عباس (رضي الله عنهما) (أنه سأله رجل طلق امرأته طلقتين ثم اختلعها قال: نعم ينكحها فإن الخلع ليس بطلاق، ذكر الله الطلاق في أول الآية وآخرها والخلع فيما بين ذلك فليس الخلع بشيء). واحتجوا أيضا بالقياس فقالوا: (إن قياس عقد النكاح على البيع أمر متصور؛ لأنه عقد محتمل الفسخ كعقد البيع بفسخ أو بالإقالة). وقد ترتب على هذا الخلاف أمرين:

١. إن من خالع زوجته زمن حيضها، لم يجز خلعه لأنه طلاق بدعي غير واقع عند بعض الأئمة ومن قال انه فسخ أجاز الخلع في الحيض.
٢. إذا خالع الرجل المرأة ثلاثاً طلقت ثلاثاً عند من قال أن الخلع طلاق فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، أما من قال أنه فسخ فلا تحرم الزوجة على زوجها وإن خالعها مائة مرة(٤).

وقد اختلف الفقهاء أيضا في كون الخلع يمين او معاوضة؛ حيث يرى الجمهور بان الخلع معاوضة، ويرى الحنفية أنه يمين من جانب الزوج؛ لأن الزوج علق طلاقه على دفع العوض والتعليق يعد يميناً في اصطلاح الفقهاء ومعاوضة من جانب الزوجة؛ أما من جانب الزوجة فهو معاوضة؛ لأنها التزمت بدفع عوض في مقابل خلاصها من الزوج إلا أنها شبيهة بالتبرع؛ لأن المعاوضة الخالصة لا تكون إلا إذا كان كل من العوضين مالاً، وخلاص الزوجة من زوجها ليس مالاً). ويترتب على اعتبار الخلع معاوضة، أنه يحق للزوجة الرجوع عن إيجاب الخلع قبل أن يصدر القبول من الزوج؛ ولا بد من قبول الزوجة في مجلس الإيجاب إن كانت حاضرة أو في مجلس علمها إن كانت غائبة؛ لأن المعاوضات المالية تبطل إذا تفرق المتعاقدان بعد الإيجاب وقبل القبول. يجوز للزوجة أن تشترط لنفسها الخيار (كتحديد مدة معينة لإيجابها أو قبولها) سواء كانت هي الموجبة أم كانت قابلة، ولها أن ترفض الخلع في تلك المدة أو تقبله فيها. بينما يترتب على كون الخلع يميناً من جانب الزوج، أنه إن أوجب الزوج الخلع فليس له أن يرجع عن هذا الإيجاب قبل قبول زوجته لأن إيجابه في معنى تعليق الطلاق، والطلاق المعلق كالمنجز لا يجوز الرجوع منه، وإذا قام الزوج من المجلس الذي أوجب الخلع فيه قبل قبول الزوجة فلا يبطل إيجابه بهذا القيام، فلو قبلت الزوجة في مجلسها بعد قيامه تم به الخلع وعد قبولها صحيحاً، وليس من حق الزوج أن يشترط مدة يكون له الخيار فيها؛ لأنه لما لم يكن يملك الرجوع فإنه لا يملك الخيار(٥).

**الفرع الثاني: إشكاليات تكييف الخلع في قانون الأحوال الشخصية العراقي والتعديل الكوردستاني: بسبب الاختلاف في تكييف الخلع برزت إشكاليات عدة في قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل، وقانون تعديله في إقليم كوردستان- العراق.**

**أولا: إشكاليات تكييف الخلع في قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل: ورد مصطلح (الخلع) في الباب الرابع من قانون الأحوال الشخصية في الفصل الثالث المعنون ب (التفريق الاختياري) (الخلع)، في (ف١/م٤٦)على أنه: (الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع او ما في معناه وينعقد بايجاب وقبول أمام القاضي...)، وقد افرد المشرع في قانون الأحوال الشخصية النافذ أحكام الطلاق في الفصل الأول من الباب الرابع، وعرفه على أنه: (الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة إن وكلت به أو فوضت أو من القاضي، ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصوصة له شرعا)، يلاحظ إن كل عنوان له وصف وحكم**

---

(١) تنظر، الكاساني، بدائع الصنائع، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢، ١٤٥/٣. والسرخسي، المبسوط، ط٢، دار المعرفة، بيروت، ١٩٧٨م، ١٧٢/٦. وابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار ابن حزم، بيروت، ١٩٩٥، ٤١/٣. وابن قدامة، المغني، دار الفكر للنشر، لبنان،١٤٠٥هـ ٥٧/٨. والرملي، مصدر سابق، ٣٩/٦. والمزني، إسماعيل بن يحي، مختصر المزني على هامش الأم، مطبعة الأميرية للنشر، لبنان، ١٣٢١هـ.٥٢/٤.

(٢) ابن حجر، أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط٣، نشر المكتبة، ١٤٠٧ه، ٣٠٧/٩.

(٣) تنظر، الصنعاني، إسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ط٥، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٣٩١هـ-١٩٧٣م، ١٦٧/٣. وابن حزم، أبي محمد علي، المحلي، المكتب التجاري للنشر والتوزيع، مصر، ٢٣٧/١٠. والتويجري، محمد بن إبراهيم، موسوعة الفقه الإسلامي، المملكة العربيه السعودية، ٢٠٠٩، ٢٣٢/٤. وابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، مكتبة المدينة، المملكة العربية السعودية،١٣٨٤ه، ٢٠٥/٣. وابن القيم، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل للنشر والتوزيع، لبنان،١٩٧٣، ١٠٢/٤. والسرطاوي، محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط٣، دار الفكر العربي للنشر، مصر،٢٠٠٧، ص١٨٩. والصابوني، عبد الرحمن، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط٢، دار الفكر للنشر، ص٦٠. وابن رشد، مصدر سابق، ص٦٩. والجزيري، عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الفكر، بيروت، ١٩٦٩م، ١٦٨/٣.

(٤) ابو العينين، بدران، الفقه المقارن للاحوال الشخصية، دار النهضة الحديثة، بيروت، لبنان، ١٩٦٧، ٤٠٩/١.

(٥) تنظر، السرخسي، مصدر سابق، ١٧٣/٦. والكاساني، مصدر سابق، ١٤٥/٣. والكبيسي، مصدر سابق، ٢٣٦/١. وشلبي، د.محمد مصطف، أحكام الأسرة في الإسلام، ط٤، الدار الجامعية، بيروت، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، ص ص٥٥٤-٥٥٦.

**يختلف عن الأخر؛ فالخلع تفريق اختياري وهو اتفاق الطرفين على إزالة قيد الزواج برضاهما، أما الطلاق فيقع من احد طرفي الرابطة الزوجية دون توقفه على قبول أو رضا الطرف الآخر بخلاف الخُلع الذي يتم باتفاق الطرفين، وعليه، هناك اختلاف بين الطلاق والخلع، ولكل منهما آثار تختلف عن الآخر، ويدل هذا على وجود اختلاف في المعنى والأثر بين مصطلحي الطلاق والخلع**[1]**.**

**مع التواضع الشديد لرأي القاضي، لا نتفق مع هذا الرأي رغم تنظيم المشرع العراقي لأحكام الخلع على أنه تفريق وليس بطلاق؛ إلا أننا نتفق مع من يقول بأن الخلع طلاق لأنه يقع بإرادة الزوجة، وليس باتفاق الطرفين، وقد يؤخذ على التعريف أنه اشترط رضى الزوج على الخلع وأن يكون أمام القاضي، وهذا الشرط معناه** إجبار الزوجة على العيش مع زوج تبغض الحياة معه، ويجعل الزوج ممسكا بزوجتـــه بقصد الإضرار بها، **واعتبار الخلع تفريقا يترتب عليه حل الرابطة الزوجية من تأريخ رفع الدعوى وليس من تأريخ وقوع الخلع، إضافة إلى أنه لم يحدد الحد الأعلى للعوض الذي تقدمه الزوجة للزوج.**

**يلاحظ على المشرع العراقي أنه تطرق بشكل مختصر وغير واف لأحكام الخلع في (م٤٦)، في حين أن هذه المسألة مهم جدا ويحتاج إلى تشريع مفصل، فيلاحظ انه اشترط في(ف٢/م٤٦) الأهلية في الزوج الذي لا يبذل مالا، ولم يشترط الأهلية في الزوجة التي تبذل مالا مقابل خلاصها من زوجها، وتاتي تارة متناقضة مع أحكام الخلع كاشتراط رضى الزوج ووجوب وقوع الخلع امام القاضي**[2]**.**

**ثانيا: إشكاليات تكييف الخلع في ضوء قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ الكوردستاني**: قام المشرع الكوردستاني في (م٢١) بتعديل (م٤٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، كالاتي : (**...الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو في ما معناه مقابل عوض لا يزيد عما قبضته من المهر المسمى ولا يشترط رضى الزوج في الخلع إذا تبين للقاضي عن طريق التحكيم أن الزوجة لا تطيق العيش معه)، أحسن المشرع الكوردستاني بتعديله لهذه المادة؛ لأن هذا التعريف يبين بوضوح حق الزوجة في الخلع ووقوعها بإرادتها، في مقابل ما للزوج من حق في طلاقها عند عدم رغبته في العيش معها، بخلاف المشرع العراقي الذي اشترط رضى الزوج، وقد سد هذا التعريف الكوردستاني باب إستغلال الزوج لزوجته عند طلبها الخلع بعدم تمكنه من طلب عوض ذات قيمة مالية باهضة، عندما حدد قيمة العوض بعدم زيادته عن ما قبضته الزوجة من المهر المسمى، ولكن تبرز إشكالية وهي: إذا لم تكن للزوجة المهر المسمى، أي أنها رضيت بالزواج بدون مهر، فعلى ماذا يكون الخلع؟ أي كيف يتحدد العوض الذي تلتزم به الزوجة مقابل خلاصها من زوجها؟ يلاحظ ان أساس البدل يتحدد بالمهر المسمى، فإذا لم يوجد المهر المسمى، فهذا يعني ان الزوجة لا تلتزم بشيء في مقابل خلاصها بالطلاق الخلعي، وهذا لا يتلائم مع أحكام الخلع الذي لا بد من وجود عوض تدفع للزوج من قبل الزوجة، لذا كان على المشرع الكوردستاني إيجاد حل لهذه المسألة، وهو إلزام الزوجة بدفع مهر المثل عند عدم تسمية المهر في عقد الزواج، وقد ركز التعريف على ذكر سبب الخلع وهو (إذا كانت لا تطيق العيش معه) وهو السبب الرئيسي للخلع، فجعلت هذه الجملة من الخلع الذي يقع بإرادة الزوجة إستثناء على القاعدة العامة وهي أن الخلع يرد بتراضي الزوجين، إلا أن الأصل في الخلع أن يقع بإرادة الزوجة دون حاجة لموافقة الزوج، فيعاب على هذا النص أنه تضمن حكمين أو تكييفين مختلفين للخلع، فنامل من المشرع الكوردستاني تعديل المادة وإلغاء الجملة الشرطية، ليستقيم النص من حيث المضمون والحكم، بالشكل الآتي: (الخلع هو إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو في ما معناه مقابل عوض لا يزيد عما قبضتها من المهر المسمى أو مهر المثل عند عدم تسمية المهر، ولا يشترط في الخلع رضى الزوج)؛ لأن الخلع إنما شُرع للزوجة التي لا تطيق العيش مع زوجها لأي سبب كان في مقابل ما للزوج من حق في طلاقها عند عدم إطاقته العيش مع زوجتها، فلا حاجة لذكر السبب في التعريف، فكما أن الطلاق يقع بإرادة الزوج، يقع الخلع بإرادة الزوجة، أي اعتبار الخلع طلاقا يقع بإرادة الزوجة أو يوقعه القاضي بناء على إرادة الزوجة له، ويترتب عليه حل الرابطة الزوجية من تأريخ وقوع الخلع وليس من تأريخ رفع الدعوى.**

## المطلب الثاني

## إشكاليات تكييف الخلع في تحديد القانون الواجب التطبيق في الخلع وآثاره

بما أن الخلع سبب من أسباب انتهاء الزواج سواء بتكييفه طلاقا أم تفريقا، فقد أثارت مسألة تكييفه إشكاليات عدة بخصوص القانون الواجب التطبيق عليه وعلى آثاره المالية وغير المالية، وسنتناول بالدراسة هذه الممسائل في فرعين.

### الفرع الأول: إشكاليات تكييف الخلع في تحديد القانون الواجب التطبيق في الخلع

إنتهاء الزواج إما أن يكون بإرادة أحد الزوجين ويسمى بالطلاق، أو بتدخل القضاء بناءا على طلب ورضى الزوجين وهو ما يعرف ب(التفريق القضائي)، فكيف يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق في الخلع حسب تكييف الخلع تفريقا يقع برضى الزوجين أو طلاقا يقع بإرادة الزوجة؟

نصت (ف٣/م١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، على أنه: (ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى) مع مراعاة (ف٥) من نفس المادة، بموجب نص هذه المادة فقد أخضع المشرع العراقي انتهاء الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى إذا تفريقا أو انفصالا، بمعنى أن قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى يسري في الخلع باعتباره تفريقا وفق تكييف المشرع العراقي واحد التكييفين للمشرع الكوردستاني إذا لم يكن أحد الزوجين عراقيا، وإلا سرى القانون العراقي وقت انعقاد الزواج. لم ينظم المشرع العراقي أحكام الخلع المختلف في تكييفه، فهل يطبق القاعدة الخاصة بالطلاق أم قاعدة التفريق؟ فكان الأفضل استبدال مصطلحي الطلاق والتفريق ب (انتهاء الزواج) لأنه

---

[1] الموسوي، سالم الروضاوي، (الخلع طلاق أم تفريق)، مجلس القضاء الأعلى، جمهورية العراق ٢٠١٦/١٠/١٣. مقال متاح على العنوان الالكتروني: https://www.hjc.iq/index-ar.php. Last visit; 10\12\2020 at 8;30pm .

[2] كاظم، حيدر حسين، قانون الأحوال الشخصية بين المبتغى والبديل، بحث منشور في مجلة قانون الأحوال الشخصية، العدد السابع، مركز دراسات الألوفة، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠٠٨، ص٢٠٤.

يشتمل على جميع الحالات التي ينتهي فيها الزواج، وكان الأفضل أيضا النص على سريان القانون وقت الزواج وليس وقت الطلاق أو التفريق؛ لأنه القانون الذي ارتضياه؛ وبسبب إختلاف المشرع العراقي والكوردستاني حول تكييف الخلع، فإنه يسري في الخلع حسب تكييف المشرع العراقي قانون الزوج وقت رفع الدعوى، أو وقت الطلاق حسب تكييف المشرع الكوردستاني للخلع باعتباره طلاق يقع بإرادة الزوجة عند عدم إطاقتها العيش مع زوجها، ولم يأخذ المشرع إرادة الزوجة بنظر الاعتبار في إنتهاء الزواج فنص على سريان قانون الزوج فقط، ولم ينص على سريان قانون الزوجة؛ فقد يلجأ الزوج إلى تغيير جنسيته بجنسية دولة يكون قانونها أكثر تحقيقا لمصالحه، فتحقيقا للعدالة نقترح بتعديل (ف٣/م١٩) وجعله كالآتي: **(يسري في انتهاء الزواج والانفصال قانون الزوج وقت الزواج أو قانون الزوجة وقت الزواج إذا وقع الطلاق بإرادتها)** فهذه القاعدة تسد باب التحايل أمام كل من الزوجين إذا أراد أحدهما تغيير الجنسية كوسيلة لتغيير القانون الواجب التطبيق. وبهذا يسري قانون الزوجة فقط في حالة إذا تم إنهاء الرابطة الزوجية بناء على إرادتها وقت الزواج، وإلا سرى قانون الزوج. ويحدد قانون حنسية الزوج فقط وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى من له الحق في إيقاع الطلاق وكيفية ممارسته والقيود التي ترد على استعمال هذا الحق سواء كانت العصمة بيد الزوج أم بيد الزوجة، ولنا نفس الملاحظات التي أوردناها بشان سريان القانون الواجب التطبيق ووقته، فيحدد قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى (دونما أي اعتبار لقانون الزوجة) الشروط الواجب توفرها للحكم بالتفريق والقواعد الموضوعية الخاصة بإثبات دعاوى الطلاق والتفريق[١]. أما الجوانب الشكلية والإجرائية فتخضع لقانون القاضي[٢].

**الفرع الثاني: إشكاليات تكييف الخلع في تحديد القانون الواجب التطبيق في آثار الخلع**

**أولا: إشكاليات تكييف الخلع في تحديد القانون الواجب التطبيق في نفقة المرأة المخالعة وعدتها:** بما أن (م٢١) من القانون المدني لم تبين من هو المدين بنفقة العدة، وجاء بعبارة النفقة بصورة مطلقة دون التمييز بين النفقة كأثر من آثار الزواج أو كأثر من آثار انتهاء الزواج، لذلك نرجع إلى قانون الأحوال الشخصية العراقي لمعرفة المدين بالنفقة، فقد نصت (م٥٠) منه على أنه: (تجب نفقة العدة للمطلقة على زوجها الحي ولو كانت ناشزا ولا نفقة لعدة الوفاة)[٣]. يتضح من هذان النصان أن الزوج يلتزم بنفقة عدة المخالعة وهو المدين بها، ولا يمكن اعتبار نفقة العدة من آثار الزواج، لأن عقد الزواج قد انقضى بالمخالعة، وعليه، فإن المدين بنفقة عدة المخالعة هو الزوج، وقت الطلاق عند تكييف الخلع طلاقا أو وقت رفع الدعوى عند تكييفه تفريقا.

واختلف الفقه القانوني في تحديد القانون الواجب التطبيق في عدة المخالعة؛ فمنهم من يرى باختصاص القانون الذي يحكم الخلع، ومنهم من يرى باختصاص قانون القاضي، بينما يرى الآخرون بتطبيق قانون الزوجة[٤]. وبدورنا نؤيد الرأي الذي يذهب باختصاص قانون القاضي لتعلق الأمر بالنظام العام والاداب أيضا لتعلقه بمسألة الحل والحرمة.

**ثانيا: إشكاليات تكييف الخلع في تحديد القانون الواجب التطبيق في الحضانة:** إن الحضانة تعد من أهم الآثار التي تترتب على انتهاء الزواج، فقد نصت (م٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، على أنه: (١- الأم أحق بحضانة الولد وتربيته، حال قيام الزوجية وبعد الفرقة، ما لم يتضرر المحضون بذلك....، ولا يحكم بأجرة الحضانة ما دامت الزوجية قائمة، أو كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي) يتضح من نص هذه المادة أن أجرة الحضانة تعد أثرا من آثار الخلع باعتباره طلاقا بائنا بينونة صغرى، وعليه، فقد أخضع المشرع العراقي الحضانة في القانون المدني العراقي في (ف٤/م١٩) التي تنص على: (المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب) إلى قانون جنسية الأب في كل ما يتعلق بالحضانة، كالحق في الحضانة ومدتها وأجرة الحضانة والحاضنة...[٥]. لم تنص المادة على قانون الأم ولم تحدد الوقت الذي يجب فيه نعيين جنسية الأب؟ يرى البعض بالأخذ بقانون جنسية الأب وقت ولادة الطفل،أو قانون الأب وقت وفاة الأب أو وقت الزواج[٦]. ويذهب رأي آخر إلى تطبيق القانون الأصلح لحماية الطفل وتامين رعايته والحفاظ على حقوقه، والبحث عن ذلك القانون ينحصر من بين كل من القانون الواجب التطبيق على آثار التفريق وقانون الطفل[٧]. فنرى بتواضع شديد بتطبيق قانون الأب او الأم أيهما أصلح للطفل وقت الزواج؛ لأن الزوجين قد ارتضيا أحكام هذا القانون بخضوعهما للزواج في ظله وارتضيا أيضا أن يكون هذا القانون ساريا في حقوقهما وحقوق أولادهما، لذلك نقترح بتعديل (ف١٩/٤) من القانون المدني، كالآتي: **(المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب او الأم وقت انعقاد الزواج).** وتسري على أهلية الحاضن أو الحاضنة، أي صلاحية الشخص لممارسة الحقوق أو مباشرة التصرفات القانونية، قانون جنسية الحاضن أو الحاضنة بموجب (م١٨) من القانون المدني العراقي.

**الاستنتاجات والمقترحات**

**أولا: الاستنتاجات**

١- الخلع هو وسيلة تلجأ الزوجة إليها لإنهاء الرابطة الزوجية عند عدم إطاقتها العيش مع زوجها مقابل عوض تدفعه للزوج.

٢- اختلف الفقهاء المسلمون في تعريف الخلع وتبعا له اختلفوا في تكييفه، فيكيفه جمهور الفقهاء على أنه طلاق ومعاوضة، وكيفه الحنفية على انه فسخ ويمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة.

---

[١] ينظر، حسن محمد الهداوي، غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، المكتبة الوطنية، بغداد، ١٩٨٨، ١١٣/٢. و د.ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣، ص٢٨٦.

[٢] ينظر، (م/٢٨) من القانون المدني.

[٣] النص بعد التعديل: (تجب نفقة العدة للمطلقة على زوجها الحي ولا نفقة لعدة الوفاة) نقترح باستبدال عبارة (مطلقها) بعبارة (زوجها)، لأن وصف الزوج يطلق على من يرتبط بعقد الزواج، ولا وجود لعقد الزواج بعد الطلاق، فنأمل نصحيح العبارة.

[٤] سلامة، د.أحمد عبد الكريم، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، ١٩٩٦، ص٨٤٥.

[٥] حسن محمد الهداوي، غالب علي الداودي، مصدر سابق، ص١١٧.

[٦] د. حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥م، ص ص١١٣-١١٤.

[٧] سلامة، مصدر سابق، ص ص٨٤٧-٨٤٨.

٣- اعتبر المشرع العراقي الخلع على انه تفريق ويقع بإيجاب وقبول امام القاضي، بينما اعتبره المشرع الكورستاني طلاقا يقع بإرادة الزوجة عند عدم إطاقتها العيش مع زوجها.

٤- **ركز التعريف الكوردستاني على ذكر سبب الخلع وهو (إذا كانت لا تطيق العيش معه)، فجعل من الخلع الذي يقع بإرادة الزوجة إستثناء على القاعدة العامة وهي أن الخلع يرد بتراضي الزوجين، إلا أن الأصل في الخلع أن يقع بإرادة الزوجة دون حاجة لموافقة الزوج، فيعاب على التعريف أنه تضمن حكمين أو تكييفين مختلفين للخلع.**

٥- اتفق الفقهاء المسلمون والقانون على وجوب توفر أربعة أركان في الخلع، وهي: (المخالع والمخالعة والصيغة والبدل) ولكنهم اختلفو في ركنية رضى الزوج، فعند جمهور الفقهاء فإن رضى الزوج ركن في الخلع، بينما هو ليس بركن عند البعض منهم، وقد أخذ المشرع الكوردستاني بالرأي الأخير.

٦- شرع الخلع للزوجة التي لا تطيق العيش مع زوجها في مقابل ما للزوج من حق في طلاق زوجته، لذلك وبالاستناد إلى الأمر الوارد في حديث (ثابت)، (إقبل الحديقة وطلقها)، دليل على عدم اشتراط رضى الزوج في الخلع، وبانه يقع بإرادة الزوجة فقط.

٧- الفقهاء متفقون على وقوع الخلع في مقابل بدل تلتزم به الزوجة، ولكنهم اختلفوا في مقدار البدل، فلم يضع جمهور الفقهاء حدا له، بينما اشترط البعض عدم زيادته عن المهر، وقد أخذ المشرع الكوردستاني بهذا الرأي، بينما لم يضع المشرع العراقي حدا أعلى للبدل، فيجوز أن يزيد أو يقل عن المهر.

٨- **اعتبار الخلع طلاقا يقع بإرادة الزوجة أو يوقعه القاضي بناء على إرادة الزوجة له، يعني أن الرابطة الزوجية تحل من تأريخ وقوع الخلع وليس من تأريخ رفع الدعوى، أما اعتباره تفريقا يقع برضى الطرفين يعني أن الرابطة الزوجية تحل من تأريخ رفع الدعوى وليس من تأريخ وقوع الخلع.**

٩- لم ينظم المشرع العراقي أحكام الخلع في العلاقات الخاصة الدولية، ولكنه أخضع في (ف٣/م١٩) انتهاء الزواج لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق إذا تم إنهائه بإرادة أحد الزوجين، وتطبيق هذه القاعدة على الخلع يعني أن قانون جنسية الزوج وقت الخلع يسري في الخلع.

١٠- لم يضع المشرع العراقي أي اعتبار لإرادة الزوجة عند تنظيمه لأحكام إنتهاء الزواج في القانون الدولي الخاص باعتبار أن الطلاق يقع بإرادة الزوج فقط دون مراعاة للحالات التي يقع فيها الطلاق بإرادة الزوجة فهذا التنظيم لا تخدم مصلحة الزوجة، ولا يحقق العدل، لأن الزوج قد يلجأ إلى تغيير جنسيته بجنسية دولة يكون قانونها أكثر تحقيقا لمصالحه.

١١- عند تكييف الخلع طلاقا يكون وقت سريان القانون الواجب التطبيق هو وقت الخلع، اما إذا تم تكييفه باعتباره تفريقا فيكون وقت تحديد القانون الواجب التطبيق هو وقت رفع الدعوى، فيستطيع الزوج تغيير جنسيته إلى الجنسية التي يرتضي لأحكامه إلى حين رفع الدعوى.

١٢- إن المدين بنفقة عدة المخالعة هو الزوج، وقت الطلاق عند تكييف الخلع طلاقا أو وقت رفع الدعوى عند تكييفه تفريقا.

١٣- لم ينظم المشرع العراقي أحكام الحضانة في القانون الدولي الخاص في (ف٤/م١٩) من القانون المدني العراقي، واكتفى بوضع قاعدة عامة تسري على الواجبات بصورة عامة، ولم يحدد الوقت الذي يحدد فيه القانون الواجب التطبيق، ولم ينص على قانون الأم لسريانه على أحكام الحضانة واكتفى بسريان قانون الأب.

**ثانيا: المقترحات**

١- **أحسن المشرع الكوردستاني بإيقاف العمل ب(م٤٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، بإحلاله (م٢١) محله؛ لأن (م٤٦) لم تنصف الزوجة عندما اشترط رضى الزوج في الخلع في مقابل بدل لا يعرف حده الأعلى، ولوجود قصور في التعديل نقترح على المشرع الكوردستاني بتعديل (م٢١) من قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨، بالشكل الآتي: (الخلع هو إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو في ما معناه مقابل عوض لا يزيد عما قبضتها من المهر المسمى أو مهر المثل عند عدم تسمية المهر، ولا يشترط في الخلع رضى الزوج)**، ونقترح على المشرع العراقي تعديل (م٤٦) من قانون الأحوال الشخصية بنفس الصياغة.

٢- نقترح بتعديل (ف٣/م١٩ق.م.ع)، كالآتي: (يسري في انتهاء الزواج والانفصال قانون الزوج وقت الزواج أو قانون الزوجة وقت الزواج إذا وقع الطلاق بإرادتها) فهذه القاعدة يسد باب الغش والتحايل أمام كل من الزوجين إذا أراد أحدهما تغيير الجنسية كوسيلة لتغيير القانون الواجب التطبيق وإعطاء شأن لإرادة الزوجة في الخلع.

٣- نقترح بتعديل (ف١٩/٤) من القانون المدني، كالآتي: (المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب او الأم وقت انعقاد الزواج).

**قائمة المصادر**

القرآن الكريم

**أولا:التفاسير**

١- ابن كثير، إسماعيل الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار الآفاق العربية، القاهرة، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

٢- سيد قطب، في ظلال القرآن، دار الشروق، القاهرة- مصر، ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م.

**ثانيا: الكتب**

١- ابن القيم، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل للنشر والتوزيع، لبنان، ١٩٧٣.

٢- ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، مكتبة المدينة، المملكة العربية السعودية، ١٣٨٤ه.
٣- ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط٣، نشر المكتبة، ١٤٠٧ه.
٤- ابن حزم، أبي محمد علي، المحلي، المكتب التجاري للنشر والتوزيع، مصر.
٥- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار ابن حزم، بيروت، ١٩٩٥.
٦- ابن قدامة، المغني، دار الفكر للنشر، لبنان،١٤٠٥هـ.
٧- ابن نجيم، زين الدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط٢، دار الكتاب الاسلامي، القاهرة.
٨- ابو العينين، بدران، الفقه المقارن للاحوال الشخصية، دار النهضة الحديثة، بيروت، لبنان، ١٩٦٧.
٩- أحمد بخيت الغزالي، عبد الحليم محمود منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الأسلامي، دار الفكر الجامعي للنشر، ٢٠٠٨/٢٠٠٩.
١٠-البخاري، صحيح البخاري، دار طوق النجاة، دمشق، ١٤٢٢هـ.
١١-البكري، محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء -الأحوال الشخصية-، المجلد الرابع، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة ، بلا سنة طبع.
١٢-البهوتي، منصور بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، دار الفكر، بيروت.
١٣-التويجري، محمد بن إبراهيم، موسوعة الفقه الإسلامي، المملكة العربيه السعودية، ٢٠٠٩.
١٤-الجزيري، عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الفكر، بيروت، ١٩٦٩م.
١٥-الجندي, أحمد نصر، موسوعة الأحوال الشخصية, دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦م.
١٦-الجياش، عبد الحميد، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وآثارهما، دار النهضة العربية، لبنان، ٢٠٠٩.
١٧- حافظ، د.ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣.
١٨-حسن محمد الهداوي، غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المكتبة الوطنية، بغداد، ١٩٨٨.
١٩-الحطاب، شمس الدين بن محمد الطرابلسي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ،ط٣، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٢.
٢٠-د.رمضان علي السيد الشرنباصي, د.جابر عبد الهادي الشافعي, أحكام الأسرة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦م.
٢١-الرملي، شمس الدين محمد، نهاية المحتاج شرح المنهاج، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، ط٣، لبنان، ١٤٢٤.
٢٢-الزلمي, د.مصطفى إبراهيم، مدى سلطان الإرادة في الطلاق, مطبعة العاني, بغداد, ١٩٨٤م.
٢٣-السرخسي، المبسوط، ط٢، دار المعرفة، بيروت، ١٩٧٨م.
٢٤-السرطاوي، محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط٣، دار الفكر العربي للنشر، مصر،٢٠٠٧.
٢٥-سلامة، د.أحمد عبد الكريم، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، ١٩٩٦.
٢٦-سمارة، د.محمد، أحكام وآثار الزوجية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨م.
٢٧-شلبي، د.محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، ط٤، الدار الجامعية، بيروت، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
٢٨-الصابوني، عبد الرحمن، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط٢، دار الفكر للنشر.
٢٩-صالح العلي الصالح، أمينة الشيخ سلمان الأحمد، المعجم الصافي في اللغة العربية، رياض، ١٤٠١هـ.
٣٠-الصنعاني، إسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ط٥، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٣٩١هـ-١٩٧٣م.
٣١-عبد الحميد, محمد محي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ،المكتبة العلمية، بيروت، ٢٠٠٧م.
٣٢-الكاساني، بدائع الصنائع، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢.
٣٣-الكبيسي, د.احمد، الوجيز في شرح الأحوال الشخصية، ط٣، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠١٠م.
٣٤-المزني، إسماعيل بن يحي، مختصر المزني على هامش الأم، مطبعة الأميرية للنشر، لبنان، ١٣٢١هـ.
٣٥-مطلوب, د.عبد المجيد محمود، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤م.
٣٦-مغنية, محمد جواد، الفقه على المذاهب الخمسة, ط٥, الصادق للطباعة والنشر, طهران, ١٤٢٧ه.
٣٧-ناجي, محسن، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٦٢م.
٣٨-الهداوي، د.حسن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥م.

**ثانيا: الرسائل**

أبو جزر، تهاني رمضان، أحكام انفراد المرأة في إنهاء عقد النكاح، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، مقدمة إلى الجامعة الإسلامية، فلسطين، ٢٠١٢.

**ثالثا: البحوث والمقالات**

١- حيدر حسين كاظم، قانون الأحوال الشخصية بين المبتغى والبديل، بحث منشور في مجلة قانون الأحوال الشخصية، العدد السابع، مركز دراسات الألوفة، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠٠٨.
٢- سالم الروضاوي الموسوي، (الخلع طلاق أم تفريق)، مجلس القضاء الأعلى، جمهورية العراق ٢٠١٦/١٠/١٣ https://www.hjc.iq/index-ar.php.

**رابعا: الدوريات**

مجلة قانون الأحوال الشخصية، العدد السابع، مركز دراسات الألوفة، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠٠٨.

**خامسا: القوانين والقرارات**

١- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

٢- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٣- قانون تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية العراقي في اقليم كوردستان- العراق رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨.

٤- القرار رقم ٦٣٢٣/ شخصية في ٢٠٠١/٢/٤، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، قضاء محكمة التمييز– قسم الأحوال الشخصية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٦م

**سادسا: المواقع الالكترونية**

https://www.hjc.iq/index-ar.php.

**پوختە**

خولع یەکێکە لە ڕێگاکانی کۆتایی هێنان بە ژیانی هاوسەرگیری لە بەرامبەر بڕێك لە مالأ کە ژنەکە دەیدات بە هاوسەرەکەی تاوەکوو دەربازی بێ لەو کۆتە، زاناکان و یاساناسان هەڵساون بە پێناسە کردنی خولع بە شێوەی جۆراوجۆر، ئەمەش وایکردووە جیاوازی هەبێت لە تەکیفەکەی، بۆیە هەندێك پێیان وایە تەلاقە و هەندێکیش بە تەفریقی دادەنێن، ئەم جیاوازیە وایکردووە گرفت بکەوێتەوە سەبارەت بە یاسای باری کەسێتی عێراقی کە بە تەفریقی داناوە و ڕەزامەندی پیاوەکەی کردۆتە مەرج بۆ ئەنجامدانی خولعەکە لە بەرامبەر بڕێك مالأ کە دەکرێ کەمتر بێ یان زیاتر لە مارەییەکەی، لەبەرامبەردا خولع لە لایەن یاسادانەری کوردستانی تەکیفکراوە بە تەلاق و وەکوو بنەما پێویستی بە ڕازامەندی ژن و مێرد هەیە، بەڵام ئەگەر دەرکەوت لە ڕێگەی تەحکیم ژنەکە ناتوانێ لەگەڵأ ئەو پیاوە بژیێ ئەوا ڕەزامەندی پیاو پێویست نیە و تەنها بە ویستی ئافرەتەکە خولعەکە ئەنجام دەدرێ لە بەرامبەر بڕێك مالأ کە نابێ زیاتر بێ لەو مارەییەی وەریگرتووە، هەروا ئەم جیاوازی تەکیفە وایکردووە گرفت هەبێت لە دیاریکردنی یاسای پێویستی جێبەجێکراو و کاتەکەی؛ چونکە بە پێی تەکییفی عێراقی کە هەر ئەحکامی خولعی ڕێکنەخستووە، ئەوا یاسای پێویستی جێبەجێکراو یاسای پیاوە و هیچ ڕێزێك بۆ ویستی ژن یا دایك دانەنراوە، ئەگەر تەلاق بێ ئەوا کاتی خولعەکە ڕەچاو دەکری بۆ زانینی یاسای پێویستی جێبەجێکراو ، بەڵام ئەگەر بە تەفریق وەریگری ئەوا کاتی بەرزکردنەوەی داوا ڕەچاودەکرێت بۆ زانینی یاسای پێویستی جێبەجێکراو ، هەر بۆیە پێشنیازمان کردووە بە هەمواکردنەوەی ماددە (٤٦) لە یاسای باری کەسێتی عێراقی، و ماددە (٢١) لە یاسای کوردستانی، و بڕگە ٣ و ٤ ی ماددە (١٩) لە یاسای شارستانی عیراقی تاوەکوو بگونجێن لەگەڵ بنەماو ئەحکامەکانی خولع کە داندراوە بۆ بەرژەوەندی ئەو ئافرەتەی ناتوانێ لەگەڵأ مێردەکەی بەردەوامی بدات بە ژیانی هاوسەرگیری .

**Abstract**

Khul' is one of the ways to end a marital relationship Dislocation has been defined with different definitions depending on its different adaptation" Some consider it a divorce, others consider it a separation, and this difference has resulted in many problems" The Iraqi Personal Status Law considered it a separation, and the consent of the husband is considered a pillar of the divorce in exchange for an allowance that may be less or more than the wife's dowry. Khul' was adapted in the Kurdish adaptation as a divorce that takes place as an asset by the will of both parties, and an exception occurs by the will of the wife when it is not possible for her to live with her husband without the husband's consent being stipulated. The difference in the adaptation of khul' has resulted in problems in the applicable law and its time. If we consider it a separation, then the time of filing the lawsuit is the time when the applicable law takes effect" But if we consider khul' as a divorce, the time of khul' is the time when the law applicable in khul' and its effects comes into force, and the Iraqi legislator is criticized for taking into consideration the will of the husband only without taking into account the will of the wife or the mother. Therefore, we proposed to the Iraqi legislator the amendment of Article (46) of the Iraqi Personal Status Law, the amendment of Article (21) of Law No. (15) of 2008 of Kurdistan, and the amendment of paragraphs 3 and 4 of Article (19) of the Iraqi Civil Code; To be consistent with the provisions of khul' that were legislated for the benefit of the wife who cannot bear to live with her husband.

**Keywords**: Khul', marital relationship, The Iraqi Personal Status Law, the divorce, Kurdistan legislator.