الحضانة بدل في الخلع
" دراسة شرعية قانونية"

Jurisprudential difference and its impact on legal drafting
”The Libyan Marriage and Divorce Law is a Model“

أ.عبد السلام أبوشحمة إنديشة

a. Abdel Salam Abu Shahma Endesha

كلية القانون جامعة مصراتة

abdulsalam.abushamah@law.misuratau.edu.ly

استلمت الورقة بتاريخ 2024/12/31، وقبلت بتاريخ 2025/01/07، ونشرت بتاريخ 2025/01/09

الكلمات المفتاحية:
الحضانة، الخلع، الطفل، البدل، المشرع.

الملخص

يهدف هذا البحث إلى بيان حقيقة الحضانة وحكمها والحكمة من مشروعيها، ومن هو أحق بها أو صاحب الحق في حضانة الطفل بعد حصول الفرقة بين الزوجين، وإلى الوقوف على مدى جواز إسقاط الحضانة أو التنازل عنها من قبل الزوجة؛ للحصول على طلاقها من الزوج عن طريق الاتفاق بينها وبين الزوجين بأن تتنازل عن الحضانة ويطلقها نظير هذا التنازل، وذلك عن طريق الخلع الذي تتوافر فيه شروط الصحة، وسيتم ذلك عن طريق عرض الآراء الفقهية للمذاهب، ومقارنة هذه الآراء والترجيح فيما بينها وبين ما ذهب إليه المشرع الليبي في قانون الأحوال الشخصية الخاص بالزواج والطلاق وآثارهما.

ويحاول هذا البحث تجنب الإطالة باقتصاره في البحث عن الأم وأحقيتها من عدمها في الحضانة وجواز تنازلها، مع توضيح ما ذهب إليه المشرع الليبي في القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، في كل ما يتعلق بالخلع، وبخاصة نصه المتعلق بجواز أن يكون حق الحضانة عوضا في المخالعة، وتوجيه ما ذهب إليه.

1. المقدمة

إن الشريعة الإسلامية نظمت العلاقة بين الرجل والمرأة؛ فشرعت عقد الزواج وجعلته عقدا مقدسا وميثاقا غليظا، ووضعت له من الأحكام ما يضمن بقاءه واستمراره؛ لتتحقق به المقاصد المرجوة منه، والتي من بينها التناسل وتربية الأولاد في جو تسوده المحبة والوئام.

فشرعت الحضانة؛ لتحفظ للطفل حياته بأن وكلت أمره إلى من يقوم بتربته ورعايته، والاعتناء به في أكله وشربه ومبيته وغيرها، وذلك لصغر سنه، وعدم استغنائه بنفسه عن الغير.

كما أن الغايات التي أنيطت بعقد الزواج لا تتحقق إلا إذا كان العقد أبديا غير مؤقت بوقت؛ لذا أرشدت الشريعة إلى حسن الاختيار وإلى وجوب الرضا؛ لكي تضمن بقاءه واستمراره، وليؤدي ثمرته، لكن مع هذا فقد أباحت الشريعة إنهاء هذا العقد بالطلاق إذا استحالت العشرة بالمعروف بين الزوج والزوجة وجعلت أمر الطلاق بيد الزوج، ولكنها لم تمنع الزوجة من حق الوصول إليه؛ إذا تضررت من هذه الزوجية أو كرهت البقاء مع زوجها ورغبت في مفارقته؛ فشرع لها الخُلع طريقا، وهو: أن تطلب منه الطلاق نظير بدل تدفعه له ويقبل الزوج طلاقها نظير هذا البدل.

فقد تلجأ الأم إلى استخدام الحضانة كوسيلة للوصول بها إلى غايتها وهو طلاقها من زوجها؛ فتتنازل عن الحضانة وتسقطها عن نفسها؛ لتبلغ مرادها وغايتها، فالمشرع الليبي أعطى لها حق التنازل عنها، فما موقف الشرع الحكيم من ذلك، وهل يحق لها التنازل مطلقا.

فلأهمية الحضانة للطفل، وهو على حالته التي ذكرنا من الضعف والعجز؛ وصونا لهذه النفس من الهلاك، آثرت الكتابة في هذا الموضوع؛ لتجلية حقيقته والوقوف على الآراء الفقهية حوله والترجيح بينها والنظر بتمعن لموقف المشرع الليبي، ومعرفة مستنده الشرعي، والكشف عن مقصده الذي من أجله أجاز لها التنازل.

لأجل ذلك؛ نريد من خلال هذا البحث الإجابة عن التساؤلات الآتية: هل الأم أحق بالحضانة من غيرها، وهل هي صاحبة الحق فيها؟ إذا كانت الأم صاحبة الحق في الحضانة؛ فهل يجوز لها أن تتنازل عنها وتجعلها بدلا في الخلع وفي مقابل طلاقها؟ ولمن تنتقل الحضانة في حال تنازل الأم عن حقها في الحضانة؟ وعلى ماذا اعتمد المشرع الليبي في القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما بأن جعل البدل في المخالعة حق الحضانة، وهل أراد بهذا الجواز انتقال الحضانة إلى الزوج.

كل هذه التساؤلات التي أوقعنا فيها نص المشرع على الجواز :" أن يكون العوض حق الحضانة" سأحاول الإجابة عنها من خلال هذه البحث المعنون لها: (الحضانة بدل في الخلع "دراسة شرعية قانونية")

وقد اعتمدت في هذا البحث على المنهج الوصفي؛ لتحديد المشكلة موضوع الدراسة، وجمع البيانات حولها، والعوامل المؤثرة فيها، وعلاقتها بالمشكلة من خلال التفسير والتحليل، والمنهج الاستقرائي الناقص؛ لاستنباط ما يتعلق بالموضوع من براهين وتفسيرات، والمنهج المقارن للمقارنة بين الآراء الفقهية فيما بينها وبين القانون الليبي.

وقسمت هذا البحث إلى مطلبين اثنين على النحو الآتي:

المطلب الأول: الحضانة والخلع الماهية والشروط

المطلب الثاني: تنازل الأم عن الحضانة نظير طلاقها.

المطلب الأول: الحضانة والخلع الماهية والشروط

سأحاول من خلال هذا المطلب بيان ما يتعلق بالحضانة والخلع؛ مما له علاقة بموضوع البحث دون التطرق لكثير من الجزئيات المرتبطة بموضوعي الحضانة والخلع؛ لذا سأقتصر في هذا المطلب على تعريف الحضانة وبيان حكمها الشرعي، وصاحب الحق فيها وشروط استحقاقه لها، وعلى تعريف الخلع وبيان ما يصلح أن يكون بدلا في المخالعة شرعا وقانونا، وذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف الحضانة وحكمها

أ- الحضانة لغة واصطلاحا

في اللغة: الحضانة من الحضن، وهو ما دون الإبط إلى الكشح، والحضانة بالكسر، أي: جعله في كفالته وحفظه، ومنه الاحتضان، احتمالك الشيء وجعله في حضنك[1].

في الاصطلاح: هي حفظ الولد الذي لا يستقل بأموره وبما يصلحه؛ من نوم، وطعام، ولباس وتنظيف جسم[2].

وقد عرف الفقهاء الحضانة بتعريفات نوردها على النحو الآتي:

أولا- الحنفية: هي تربية الولد صغيرا أو صغيرة ممن له حق الحضانة[3].

ثانيا- المالكية: هي حفظ الولد، وكفالته، وتربيته، والقيام بجميع أموره ومصالحه، من مبيت، وطعام ولباس، وتنظيف[4].

ثالثا- الشافعية: هي حفظ وتربية الولد الذي لا يستقل بأموره بما يصلحه ويقيه كل ما يضره[5].

رابعا- الحنابلة: هي حفظ صغير أو صغيرة لا يستقل بنفسه عما يضره، وتربيته بعمل مصالحهم حتى يستقل بنفسه[6].

من خلال التعريفات السابقة نخلص إلى أن الفقهاء يتفقون على تعريف الحضانة: بأنها حفظ الصغير سواء كان ذكرا أو أنثى من كل ما قد يؤذيه في نفسه، والقيام بشؤونه من أكل ولباس ونوم وتنظيف وتربيته بما يصلحه في دينه ودنياه.

فمهمة الحاضنة تتمثل في:

1- القيام بمؤونة المحضون من أكل وشرب وغيرها.
2- رعاية المحضون بحفظه من كل ما يؤذيه.

---

[1] ينظر: لسان العرب، لجمال الدين بن منظور الأنصاري، دار صادر– بيروت، ط3، 1414هـ، (122/13) مادة (حضن)، والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد الفيومي الرافعي، المكتبة العلمية – بيروت، (140/1) وتاج العروس من جواهر القاموس، لمحمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الزَّبيدي، تح: مجموعة من المحققين، دار الهداية، دمشق (442/34).

[2] ينظر: شرح حدود ابن عرفة، لمحمد الأنصاري الرصاع، تح: محمد أبو الأجفان-الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي- بيروت- لبنان ط1- 1993م، (ص324)، والقاموس الفقهي لغة واصطلاحا، لسعدى أبو جيب، دار الفكر. دمشق – سورية، 1993م، ط2، 1408 هـ - 1988م، (ص93).

[3] ينظر: رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، دار الفكر-بيروت، ط2 1412هـ - 1992م (555/3)، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، دار إحياء التراث العربي (480/1).

[4] ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي، لمحمد بن عبد الله الخرشي، دار الفكر- بيروت، (207/4)، وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، لعلي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، تح: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر- بيروت، 1414هـ - 1994م (129/2).

[5] ينظر: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني، تح: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر- بيروت، (489/2)، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، 1415هـ - 1994م، (191/5).

[6] ينظر: كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتى، دار الكتب العلمية- بيروت، (495/5)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لأبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، دار إحياء التراث العربي- بيروت، (416/9).

3- تربيته بتنشئته على القيم الدينية والأخلاق الإسلامية التي تنفعه في دينه ودنياه[1].

أما المشرع الليبي في القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما؛ فقد عرف الحضانة في المادة (62) في الفقرة "أ" بأنها:" حفظ الولد وتربيته ورعاية شؤونه وتوجيهه من حين ولادته إلى أن يبلغ الذكر ويتم الدخول بالأنثى وذلك بم لا يتعارض مح حق الولي"[2].

لم يختلف المشرع الليبي في تعريفه للحضانة عن تعريف الفقهاء لها؛ إلا من حيث الألفاظ، فالمعنى متفق مع ما عرفها به الفقهاء، غير أن المشرع بيَّن مدة الحضانة للذكر والأنثى في نص المادة القانونية بالبلوغ الطبيعي للذكر، والزواج الذي يعقبه دخول بالأنثى.

كما أنه ذكر لفظ التوجيه الذي لا يكاد يختلف المعنى المراد منه عن معنى التربية الذي ذكره في النص وهو ما أوضحته سابقا وبينته عن مهمة الحاضنة وواجبها اتجاه المحضون.

ب- حكم الحضانة والحكمة من مشروعيتها:

قبل بيان حكم الحضانة عند الفقهاء والحكمة من مشروعيتها؛ يجدر بنا أن نبين الأدلة على مشروعيتها من الكتاب والسنة، فقد وردت في كل من:

الكتاب: قال الله -تعالى-: ﴿ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا ۚ وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [3]

وجه الدلالة: ولما كان ورود هذه الآية بعد آية الطلاق وافتراق الزوجين، وقد يفترقا ويكون بينهما ولد، فقد دلت الآية على أن الأم أحق بإرضاع طفلها من الأجنبيات؛ فهي أحن وأرق عليه، وانتزاع الولد منها إضرار به وبها، وهو ما يدل على أنها أحق بحضانته وإن فُطم؛ لأنها أحن وأشفق عليه[4].

وقال الله -تعالى-:﴿وَٱخۡفِضۡ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحۡمَةِ وَقُل رَّبِّ ٱرۡحَمۡهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ﴾[5]

وجه الدلالة: لما ذكر وحث -سبحانه- على الإحسان إلى الوالدين قبل هذه الآية، وكان من جملة الإحسان الدعاء لهما بالرحمة؛ للعلة الموجبة لذلك الإحسان ألا وهي عنايتهما به، وتربيتهما له في صغره؛ الأمر الذي يدعوه للإشفاق والرحمة بهما، وفيها دلالة واضحة على حضانتهما له في صغره حالة كونه غير قادر على القيام بشؤونه والإحسان إلى نفسه[6].

السنة: وقد روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: "أن امرأة قالت يا رسول الله إنه ابني كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزِعَه مني فقال لها رسول اللَّهِ - ﷺ- أنت أحق به ما لم تنكِحي"[7].

وجه الدلالة: دل الحديث على أن الأم أولى بحضانة طفلها عند حصول الفرقة بينها وبين زوجها؛ فهي أرفق به وأقدر على القيام بشؤونه من تنظيف وغسل، وأصبر على ملازمته من الأب؛ لاشتغاله عنه وهذا الحديث يدل على أن الحضانة والتربية تجب للطفل؛ لعدم قدرته واستغنائه بنفسه عن الغير[8].

ج- الحكم الشرعي للحضانة

الحضانة يعتريها حكمان تكليفيان فقد تكون واجبة وجوبا عينيا، أوكفائيا؛ فالوجوب الكفائي إذا قام بها أحد المستحقين للحضانة سقط وجوبها عن البقية، وفي حالة انفراد الحاضن وعدم وجود غيره، أو أن الطفل لم يقبل غيره كانت الحضانة

---

[1] ينظر: حقوق المحضون في الفقه الإسلامي" دراسة فقهية مقارنة" ، لعادل موسى عوض، مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية تصدر عن قسم الشريعة الإسلامية بكلية دار العلوم- جامعة القاهرة- مصر، العدد (62) (ص134).

[2] الجريدة الرسمية لسنة 1984م، ع 16، س 22، 3 يونيو 1984م، (ص660).

[3] سورة البقرة من الآية (231).

[4] الجامع لأحكام القرآن، لمحمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، تح : أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية – القاهرة ،ط2 1384هـ - 1964 م (160/3)

[5] سورة الإسراء من الآية 24.

[6] البحر المحيط في التفسير، لمحمد بن يوسف بن حيان، تح: صدقي محمد جميل، دار الفكر – بيروت، 1420 هـ (39/7).

[7] أخرجه أبو داود في سننه، سنن أبي داود، لسليمان بن الأشعث السجستاني، تح: محمد محيي الدين عبد الحميد الناشر: المكتبة العصرية صيدا – بيروت، كتاب: الطلاق، باب: من أحق بالولد، رقم الحديث: (2276)، (283/2).

[8] المنتقى شرح الموطأ، لسليمان بن خلف الباجي، مطبعة السعادة - مصر، ط1، 1332 هـ (186/5)، ومرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، لأبي الحسن نور الدين الملا الهروي، دار الفكر، بيروت – لبنان، ط1، 1422هـ - 2002م.(2209/6).

في حقه واجبة وجوبا عينيا؛ لكيلا يهلك الطفل بتركه بدون حفظ ورعاية؛ فتتعين على الأم الحضانة إذا لم يكن له أب، أو كان له ولا مال عنده، أولم يقبل الطفل غيرها[1].

د- الحكمة من مشروعية الحضانة

شرعت الحضانة؛ حفاظا على حياة الصبي، لكيلا يكون عرضة للهلاك؛ فهو غير قادر على حفظ نفسه وحمايتها، وهو محتاج إلى من يحفظه ويدبر شؤونه ويرعاه، ويعمل على تربيته وتنشئته[2].

كما أنه في بداية حياته يحتاج إلى الاطمئنان والحنان؛ لكي يكتمل نموه النفسي، ويحتاج إلى من يرعاه، ويوفر له حاجياته من أكل وشرب ولباس وغيرها، ويدفع عنه ما يهدد وجوده، ويعمل على تربيته على القيم والأخلاق الإسلامية؛ لينشأ نشأة صالحة يعود نفعها عليه وعلى المجتمع.

فالحكمة الإلهية اقتضت أن ينظم الشارع المسؤوليات المتعلقة برعاية الصغار، وتربيتهم، عن طريق تشريع الحضانة؛ فلم يجعلها للزوجين فقط؛ لأنهما قد يفترقا أو يختلفا، فينتهي الشقاق بينهما إلى ظلم الصغار وإهدار مصلحتهم؛ لذلك وضع الشارع ضوابط تحدد مستحقي الحضانة، وترتبهم حسب الأولوية في الاستحقاق، بحيث لا تتأثر مصلحة الصغار، بأيّ نزاع، أو خلاف يقع بين أولياء أُمورهم[3].

الفرع الثاني: صاحب الحق في الحضانة وشروط استحقاقه

لما كان الطفل غير قادر في أول أطوار حياته على القيام بشؤون نفسه، وتلبية احتياجاته من طعام وملبس، وتهيئة مكان نومه، والاعتناء بجسمه ونظافته، فقد أوكل الله -ﷻ- أمره إلى أقدر الناس على القيام بهذه الأمور، وتلبية هذه الحاجات ألا وهن النساء؛ لوفور شفقتهن وصبرهن، فكن أحق بحضانته من الرجال[4].

واتفق العلماء على أن الأم أحق بحضانة طفلها؛ لكمال شفقتها وعطفها عليه، ما لم تتزوج[5]، واستنادا للأدلة التي وردت بخصوص أحقيتها في الحضانة من غيرها، وأنها مقدمة على الغير، ومن هذه الأدلة:

-ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: "أن امرأة قالت يا رسول الله إنه ابني كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزِعَه مني فقال لها رسول اللَّهِ - ﷺ- أنت أحق به ما لم تنكِحي"[6].

وجه الدلالة: ما أفاده الحديث أن الأم هي الأحق بحضانة طفلها؛ فهي الأرفق به، والأقدر على الاهتمام به وبأكله وشربه، والقيام على تنظيفه وغسله، وقدرتها على ملازمته طيلة الوقت، بخلاف الأب فكان ذلك أرفق به[7].

وما ذكر في الحديث من صفات اختصت بها الأم؛ يجعل لها الحق في أن تقدم على غيرها في حضانة طفلها، لذلك حكم لها النبي -ﷺ- بها، مما يفيد أن المعنى الذي اقتضى الحكم، كان بسبب العلل والمعاني المستقرة في الفطرة السليمة، والتي يجب اعتبارها في إثبات الحكم[8].

وما روي عن سعيد بن المسيب، أن عمر بن الخطاب طلق أم عاصم، ثم أتاها عليها وفي حجرها عاصم، فأراد أن يأخذه منها، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر، فقال له أبو بكر: "يا عمر، مسحها، وحجرها، وريحها خير له منك حتى يشب الصبي، فيختار"[9].

---

[1] حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، لعلي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، تح: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر – بيروت، 1414هـ - 1994م (2/129-130)، المغني، لعبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، مكتبة القاهرة-مصر،1388هـ - 1968م، (237/8)

[2] ينظر: أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، لسعيد محمد الجليدي، مطابع عصر الجماهير- الخمس، ط2، 1998م، (2/268-269).

[3] ينظر: الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، لمُصطفى الخِنْ، وآخرون، دار القلم - دمشق، ط4، 1413 هـ- 1992م، (4/191-192).

[4] ينظر: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، لعبد الوهاب خلاف، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط2، 1357هـ- 1938م، (ص207).

[5] ينظر: بدائع الصنائع ، لأبي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية- بيروت، ط2، 1406هـ - 1986م، (4/41)، والمقدمات الممهدات، لأبي الوليد محمد بن رشد، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط1، 1408 هـ - 1988 م، (1/565)، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن حجر الهيثمي، المكتبة التجارية الكبرى – مصر، 1357 هـ - 1983 م، (8/353)، والمغني، لابن قدامة (8/238).

[6] سبق تخريجه.

[7] ينظر: المنتقى شرح الموطأ، لسليمان بن خلف الباجي، (6/185)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين الزيلعي الحنفي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط1، 1313 هـ ، (3/46)، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي، تح: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي- بيروت- دمشق- عمان، ط3، 1412هـ - 1991م، (9/98).

[8] ينظر: سبل السلام، لمحمد بن إسماعيل الصنعاني، دار الحديث، (2/330).

[9] أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: الطلاق، باب: ما قالوا في الرجل يطلق امرأته ولها ولد صغير، رقم: (19123)، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، لأبي بكر بن أبي شيبة، تح: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد – الرياض، ط1، 1409هـ، (4/180).

وجه الدلالة: أن أبا بكر الصديق-ﷺ-قضى لأم عاصم بحضانة طفلها، ثم شفَّع الحكم بالأسباب التي دعت إليه؛ بقوله: مسحها وحجرها وريحها خير له منك، وهذا فيه دلالة على كمال شفقتها ورحمتها بطفلها[1].

فالحضانة إنما شرعت لتراعي حق المحضون أولا في تأمين احتياجاته؛ لعجزه عن ذلك لصغر سنه، ثم حق الحاضنة؛ لشفقتها على المحضون وإشباعا لعاطفتها، وحق الولي الذي ينتسب إليه المحضون، والذي تجب عليه نفقته، ومسؤولية تربيته وتعليمه؛ فكان لزاما إثبات حقه؛ فمن أجل هؤلاء ثبتت الحضانة في الشريعة الإسلامية[2].

شروط استحقاق الأم للحضانة

فالأم كما ذكرنا هي أحق بحضانة طفلها من غيرها، لكن ثبوت هذا الحق وصحة الحضانة بالنسبة لها، يتوقف على شروط معينة، بعضها محل اتفاق وبعضها محل خلاف بين العلماء[3]، نُجمِل القول فيها على النحو الآتي:

أولا- الشروط المتفق عليها:

1 – العقل: فلا حضانة للمجنونة ومن في حكمها كالمعتوهة؛ لأنه لا قدرة لهما على القيام بشؤونهما فكيف يوكل إليهما الاعتناء بهذا الطفل[4].

2 – الأمانة: فيشترط في الحاضنة ألا تكون سيئة في أخلاقها مشتهرة بالفسق؛ ففسقها سيشغلها عن رعاية هذا الطفل، وستسوء أخلاقه، فالطفل يقلد من حوله في كل شيء، أما إن كان فسقها لا يشغلها عن الرعاية، ولا يخشى منه على أخلاق الطفل إن ترك عندها؛ فتثبت لها الحضانة[5].

3 – القدرة على رعايته وتربيته: فالحضانة هي: حفظ للمحضون وصيانته والقيام بشؤونه من أكل وشرب وتنظيف، وتربية له على الأخلاق الكريمة؛ لذا لا تثبت للعاجز كالمرأة المسنة، أو المريضة مرضا يمنعها من القيام بشؤونه، أو المرأة العاملة التي يستغرق عملها جُلَّ وقتها ويشغلها عن رعاية الطفل؛ فلا حضانة لها[6].

4 – السلامة من العيوب؛ فخلو الحاضنة من الأمراض المعدية كجذام مضر شرط لصحة حضانتها حتى ولو كان في المحضون مثل مرضها؛ لخوف اشتداد المرض على المحضون[7].

5 – ألا تكون متزوجة برجل غير محرم للمحضون: فإن تزوجت الحاضنة (الأم) سقط حقها؛ لأنها قد تنشغل عن ولدها بحق زوجها، وقد يعامل الزوج الولد معاملة قاسية؛ إلا إذا قريبا للطفل ففي الغالب قد يعطف عليه؛ فلا يسقط حقها في الحضانة[8].

ثانيا- الشروط المختلف فيها

1 – الإسلام: وهو اتفاق الحاضنة مع المحضون في الدين، فيرى الحنفية والمالكية أن اتفاق الدين ليس شرطا؛ لأن الحضانة مبنية على العطف والشفقة، وهي لا تختلف من باختلاف الدين فهو أمر فطري مطبوع في قلب الأم الحاضنة، ولكنهم اختلفوا في مدة بقائه عندها؛ فالحنفية إلى أن يبلغ سن التمييز ويعقل، أو ثبت أنها بدأت في تعليمه أمور دينها، أو تعوده

[1] ينظر: مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، لأبي الحسن نور الدين الملا الهروي، (2210/6).
[2] ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبة الزحيلي، دار الفكر- بيروت، ط4، (44/10)، وأحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، لسعيد محمد الجليدي، (271/2)، وحضانة الطفل بين الواقع والمأمول دراسة فقهية معاصرة، لخميس محمد عامر، مجلة الدراية، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنين بدسوق، جامعة الأزهر- مصر، العدد 23، ديسمبر 2023م، (ص403-404).
[3] ينظر: رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين بن عمر بن عابدين، دار الفكر-بيروت، ط2، 1412هـ - 1992م، (555/3)، وشرح مختصر خليل للخرشي، لمحمد بن عبد الله الخرشي، دار الفكر – بيروت، (211/4-214)، والإقناع في الفقه الشافعي، لعلي بن محمد البصري، الماوردي، (ص160)، والمبدع في شرح المقنع، لإبراهيم بن محمد ابن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1، 1418 هـ - 1997 م، (185/7).
[4] ينظر: أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، لسعيد محمد الجليدي، (275/2)، وشرح قانون الأحوال الشخصية الليبي، لسليمان محمد الجروشي، وسعد خليفة العبار، جامعة البحر المتوسط الدولية- ليبيا، ط3، 2017م، (ص318).
[5] ينظر: أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، لسعيد محمد الجليدي، (275/2)، وشرح قانون الأحوال الشخصية الليبي، لسليمان محمد الجروشي، وسعد خليفة العبار، (ص319).
[6] ينظر: أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، لسعيد محمد الجليدي، (277/2)، وشرح قانون الأحوال الشخصية الليبي، لسليمان محمد الجروشي، وسعد خليفة العبار، (ص319-320).
[7] ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية الليبي، لسليمان محمد الجروشي، وسعد خليفة العبار، (ص319).
[8] ينظر: أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، لسعيد محمد الجليدي، (275/2)، وشرح قانون الأحوال الشخصية الليبي، لسليمان محمد الجروشي، وسعد خليفة العبار، (ص319).

أخلاق الكفرة من أكل أو شرب أو فعل محرم[1]، أما المالكية يظل عندها إلى انتهاء حضانتها؛ إلا إن خيف منها أن تعلمه أمور دينها؛ فتسقط الحضانة عنها[2].

أما الشافعية والحنابلة فيرون أن اتفاق الدين شرط؛ لأن الحضانة من باب الولاية، ولا ولاية لكافر على مسلم، وقد يفتنه عن دينه، ويخرجه منه، ويعلمه الكفر ويزينه له[3].

2 – الحرية: بأن لا تكون الأم الحاضنة مملوكة؛ فالحرية شرط في الحضانة؛ لعدم قدرتها على القيام بشؤون الطفل المحضون، لانشغالها بخدمة مالكها، وهو ما ذهب إليه الجمهور[4].

وما ذهب إليه المالكية وابن حزم الظاهري، هو القول بعدم اشتراطها؛ لأنه لم يرد نص شرعي بجواز التفريق بين الحرة والأمة[5].

الفرع الثالث: الخلع، حكمه وشرائطه، وبدل المخالعة فيه.

سنتعرف من خلال هذا الفرع على تعريف الخلع في اللغة والاصطلاح، وعلى حكمه الشرعي، ونشير إلى الحكمة من مشروعيته، وشروط صحته، والعوض أو البدل الذي تصح به المخالعة، ونوع الطلاق المترتبة على المخالعة فقها وقانونا.

أولا- الخلع في اللغة والاصطلاح:

- في اللغة: الخُلع بالضم يعني النزع والإزالة، ومنه خلع الرجل ثوبه، أي: نزعه وأزاله، ولما كان كل من الزوجين كاللباس للآخر؛ لقوله تعالى:

﴿وَإِذَا سَأَلَكَ عِبَادِي عَنِّي فَإِنِّي قَرِيبٌ ۖ أُجِيبُ دَعْوَةَ الدَّاعِ إِذَا دَعَانِ ۖ فَلْيَسْتَجِيبُوا لِي وَلْيُؤْمِنُوا بِي لَعَلَّهُمْ يَرْشُدُونَ﴾[6] استعير لفظ الخلع لحل ما بينهما من العلاقة الزوجية التي جعلت أحدهما للآخر كاللباس[7].

-في الاصطلاح: "عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض "[8]، أو "إزالة ملك النكاح بأخذ المال"[9].

وقد عرف الفقهاء الخلع بتعريفات نوردها على النحو الآتي:

1 – الحنفية: عِبَارَةٌ عَنْ أَخْذِ الْمَالِ نظير إزالة مِلْكِ النِّكَاحِ بِلَفْظِ الْخُلْعِ أو ما في معناه[10].

2 – المالكية: هو إزالة عصمة الزوجية بعوض من الزوجة أو غيرها[11].

3 – الشافعية: هو فراق الزوج زوجته بلفظ المفاداة بعوض مخصوص راجع للزوج[12].

---

[1] ينظر: تحفة الفقهاء، لأبي بكر علاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط2، 1414 هـ - 1994 م، (231/2)، وبدائع الصنائع ، لأبي بكر بن مسعود الكاساني، (42/4)، وأحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، لسعيد محمد الجليدي، (278/2).

[2] ينظر: الشرح الكبير على مختصر خليل، للشيخ أحمد الدردير، دار الفكر- بيروت، (529/2)، وأحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما لسعيد محمد الجليدي، (278/2).

[3] ينظر: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني، تح: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر- بيروت، (491/2)، والمغني، لابن قدامة، (237/8-238)، وأحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، لسعيد محمد الجليدي، (278/2).

[4] ينظر: بدائع الصنائع ، لأبي بكر بن مسعود الكاساني، (42/4)، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم المصري، دار الكتاب الإسلامي- بيروت، ط2، (185/4)، والمجموع شرح المهذب، لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر- بيروت، (320/18)، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1 1415هـ - 1994م، (195/5)، والمغني، لابن قدامة، (237/8).

[5] ينظر: شرح مختصر خليل، لمحمد بن عبد الله الخرشي، دار الفكر- بيروت، (208/4)، والمحلى بالآثار، لعلي بن أحمد بن حزم الظاهري دار الفكر – بيروت، (145/10).

[6] سورة البقرة من الآية (186).

[7] ينظر: لسان العرب، لجمال الدين بن منظور الأنصاري، (76/8)، والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد الفيومي الرافعي (178/1)، مادة (خلع).

[8] شرح حدود ابن عرفة، لمحمد الأنصاري الرصاع، (ص188).

[9] التعريفات، لعلي بن محمد بن الجرجاني، تح: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، 1403هـ -1983م، (ص101).

[10] ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين الزيلعي الحنفي، (267/2)، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم المصري،(77/4).

[11] ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر- بيروت، (347/2)، والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني المؤلف: لشهاب الدين النفراوي الأزهري، دار الفكر- بيروت، 1415هـ - 1995م، (34/2).

[12] الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني، (434/2)، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني، (430/4).

4 – الحنابلة: هو فراق الزوج زوجته بعوض يأخذه منها بألفاظ مخصوصة[1].

من خلال التعريفات السابقة نتبين أن الفقهاء متفقون في تعريف الخلع بإنه: انهاء للزوجة من جهة الزوج نظير مال أو ما يقوم مقامه تدفعه الزوجة؛ لتفتدي به نفسها من الزوج، وتستخلص عصمتها منه لكن اختلفوا في عدِّ الألفاظ المستعملة في الخلع بين ألفاظ صريحة وكنائية؛ فيرجع فيها إلى كتبهم فلا يسع المقام لذكرها هنا[2].

أما المشرع الليبي لم يختلف في تعريفه للخلع كثيرا عن تعريف الفقهاء، وقد يكون تعريفه أقرب إلى تعريف الشافعية للخلع؛ فقد ورد تعريفه إياه في الفقرة "أ" من المادة (48) بقوله: " المخالعة التطليق بإرادة الزوجين لقاء عوض تبذله الزوجة بلفظ الخلع والطلاق"[3].

فقولنا: أنه أقرب إلى تعريف الشافعية؛ لأن مما ذكره الشافعية في التعريف لفظ المفاداة، والتي تدل على تبادل بين اثنين، وهما هنا الزوجان بأن تفتدي نفسها باستخلاص عصمتها، ويقبل منها الفداء نظير تطليقها؛ لذا ورد في تعريف المشرع لها بأنها مخالعة أي: تفاعل بين إرادتين.

وقد يؤخذ على المشرع أنه قد اقتصر في الألفاظ المستعملة في الخلع على لفظين اثنين، هما: الخلع والطلاق، بيد أن الشافعية لم يقتصروا على هذين اللفظين كذلك بقية الفقهاء، وهو ما أشرت إليه سابقا.

وفي ذلك مخالفة لما ذهب إليه من وقوع الطلاق بالألفاظ الكنائية، والخلع طلاق؛ وقد يكون حصره واقتصاره على هذين اللفظين إذا اقترنا بما يفيد المخالعة بهما نظير بدل تبذله الزوجة[4]، لكن مع هذا كان يجب أن يسلك فيه مسلكه في صيع الطلاق وألفاظه[5].

أ- الحكم الشرعي للخلع

فالخلع نوع من الطلاق غير أنه بعوض تبذله الزوجة لزوجها، وباتفاق إرادة الزوج والزوجة عليه فحكمه الشرعي يختلف بحسب الأحوال الداعية إليه، فقد تعتريه الأحكام التكليفية الخمسة.

أما حكمه الأصلي كالطلاق المنع والكراهة؛ إلا إذا كان بوجود سبب يدعو إليه كان جائزا[6]؛ لقوله -تعالى- ﴿ **وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ** ﴾[7] كأن تبغض الزوجة زوجها وتكره المقام معه لا لخلق ودين، وتخشى بذلك ألا تقيم حدود الله في حقه؛ فلا بأس أن تفتدي نفسها منه، فتدفع له الفداء مقابل طلاقها، وجاز للزوج أن يقبل منها ويخالعها نظير ما دفعته له كما وقع من جميلة بنت عبد الله بن سلول امرأة ثابت بن قيس؛ فقد أتت النبي -ﷺ- فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس، ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول -ﷺ-: "أتردين عليه حديقته؟" قالت: نعم، قال رسول الله -ﷺ-: "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[8].

ومن الفقهاء من ذهب إلى كونه مباحا[9]، وقد تعتريه بعض الأحكام التكليفية الأخرى وذلك بحسب السبب الداعي إليه[10].

ب- شروط صحة الخلع

لكي يقع الخلع صحيحا، وتتم عن طريقه المبادلة صحيحة بحصول المرأة على طلاقها، والزوج على البدل والعوض نظير طلاقه لها، لا بد فيه من شروط يجب توافرها[11] وهي:

---

[1] ينظر: كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتى، (212/5)، ودقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، لمنصور بن يونس البهوتى، عالم الكتب، ط1، 1414هـ - 1993م، (57/3).

[2] ينظر: الفقه على المذاهب الأربعة، لعبد الرحمن بن محمد الجزيري، دار الكتب العلمية- بيروت، ط2، 1424 هـ - 2003م، (343/4-347).

[3] الجريدة الرسمية لسنة 1984م، ع 16، س 22، 3 يونيو 1984م، (ص655).

[4] ينظر: أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، لسعيد محمد الجليدي، (145/2).

[5] ينظر: المرجع السابق، (145/2)

[6] ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين الزيلعي الحنفي، (267/2)، وشرح مختصر خليل للخرشي، لمحمد بن عبد الله الخرشي دار الفكر للطباعة – بيروت، (12/4)، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب، لزين الدين أبو يحيى السنيكي، دار الكتاب الإسلامي (241/3)، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني، (430/4).

[7] سورة البقرة من الآية (227).

[8] رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الطلاق، باب: الخلع وكيف الطلاق فيه ، رقم الحديث: (5273)، صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل البخاري، تح: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ، (46/7).

[9] ينظر: المغني، لابن قدامة، (323/7).

[10] ينظر: أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، لسعيد محمد الجليدي، (156/2).

[11] ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية الليبي، لسليمان محمد الجروشي، وسعد خليفة العبار، (ص268-269).

1 -أن يكون الزوج بالغا عاقلا، أهلا لإيقاع الطلاق؛ فلا يصح من الصبي والمجنون والمعتوه وفاقد التمييز فهو يعتمد القصد والإرادة، والرضا والاختيار في وقوعه؛ فهو كالطلاق في شروطه[1].

2 – أن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكما، فيقع أثناء قيام الزوجية، وفي أثناء العدة من الطلاق الرجعي؛ لأن ملك النكاح ما زال باقيا، فيمكنه رجعتها في أي وقت ما دامت لم تخرج من العدة، فجاز لها حينئذ استخلاص عصمتها عن طريق الخلع.

3 – أهلية الزوجة للتبرع بأن تكون بالغة عاقلة رشيدة، وأن يكون عن رضا، فهي تعد كالمتبرع بالبدل في الخلع؛ لأنها لا تأخذ مقابل بدلها مالا؛ وإنما تستخلص عصمتها، وهي أمر معنوي؛ لذلك اشترطت أهلية التبرع فيها[2].

4 – أن يكون الخلع نظير بدل تدفعه الزوجة للزوج؛ بأن ترد له مهره الذي قدمه لها، أو تسقط عنه دينا لها، أو تسقط عنه حقا من حقوق الزوجية، فإذا وقع بدون عوض أو بدل كان طلاقا بلفظ من ألفاظ الكناية[3].

وقد أشار المشرع الليبي في القانون رقم(10) لسنة 1984م إلى هذه الشروط في المادة (48) في الفقرتين " أ، ب " والتي ورد في كل منها:

أ) المخالعة: التطليق بإرادة الزوجين لقاء عوض تبذله الزوجة بلفظ الخلع أو الطلاق.
ب) يشترط لصحة المخالعة أن تكون الزوجة أهلا للبذل والزوج أهلا لإيقاع الطلاق طبقا لأحكام المادة الثانية والثلاثين من هذا القانون[4].

ففي الفقرة "ب" اشترط أهلية الزوجة للتبرع، وأهلية الزوج لإيقاع الطلاق بتوافر الشروط التي ذكرها في المادة (32) من هذا القانون في الفقرة " أ " والتي نصها: " يشترط في المطلق أن يكون بالغا عاقلا مختارا قاصدا اللفظ الذي يقع به الطلاق واعيا ما يقول"[5].

أما الفقرة " أ " فقد ذكر شرطين اثنين، أولهما: أن يكون الخلع لقاء عوض تبذله الزوجة لزوجها ثانيهما: أن تكون المخالعة بلفظي الخلع أو الطلاق بشرط وجود العوض، وبذلك خالف جمهور العلماء الذين لم يقصروا المخالعة على هذين اللفظ، وخالف نفسه فيما اعتد به في إيقاع الطلاق بالألفاظ الصرحة والكنائية، وهو ما أشرت إليه سابقا عند ذكر تعريف القانون للخلع[6].

ج- البدل (العوض) شرعا وقانونا

في اللغة: البدل من الشيء الخلف والعوض، ومن (بادل) الشيء بغيره مبادلة، وفلانا أعطاه شيئا منه بدله[7].

في الاصطلاح: البدل: هو العوض الذي يأخذه الزوج من زوجته في مقابل خلعه لها من عصمته [8] أو هو ما تلتزم به الزوجة لزوجها مقابل طلاقها [9] .

د- بيان ما يصلح أن يكون بدلا شرعا وقانونا.

إن ما يصلح أن يكون بدلا في الخلع هو كل ما يصلح أن يكون مهرا باتفاق [10]؛ لقوله -ﷺ- لزوجة ثابت بن قيس: أتردين عليه حديقته، قالت: نعم. فما صح أن يكون عوضا في النكاح صح أن يكون عوضا في الخلع، وليس كل ما صح عوضا في الخلع صح أن يكون عوضا في النكاح؛ إذ تساهل أكثر الفقهاء في عوض الخلع فأجازوا أن يكون بما فيه جهالة أو غرر يمكن إزالتهما، وبالمعدوم الذي ينتظر وجوده، وبغير الموصوف[11].

[1] ينظر: المرجع السابق، (ص208-212).
[2] ينظر: أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، لسعيد محمد الجليدي، (146/2).
[3] ينظر: المرجع السابق، (146/2).
[4] الجريدة الرسمية لسنة 1984م، ع 16، س 22، 3 يونيو 1984م، (ص655).
[5] المرجع السابق، (ص649).
[6] ينظر: أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، لسعيد محمد الجليدي، (146/2).
[7] ينظر المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى-أحمد الزيات-حامد عبد القادر-محمد النجار، دار النشر-دار الدعوة، تح: مجمع اللغة العربية(44/1).
[8] ينظر الموسوعة الكويتية (254/19) الطلاق والزواج في قانون الأسرة الجزائري، جمال عبد الوهاب عبد الغفار (87)
[9] أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، لسعيد محمد الجليدي، (150/2)
[10] ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين الزيلعي الحنفي، (269/2)، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، دار الحديث – القاهرة، 1425هـ - 2004 م، (89/3)، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب، لزين الدين أبو يحيى السنيكي، (241/3)، والموسوعة الكويتية (254/19).
[11] ينظر: أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، لسعيد محمد الجليدي، (150/2)

فيصح أن يكون البدل مالا أو مقوما بمال من ذوات القيم أو المثليات أو المكيلات أو الموزونات، أو منفعة تقوم بمال، ويصح أن يكون البدل معجلا أو مؤجلا، أو أن يكون حقا للزوجية تسقطه عن زوجها كالنفقة المتأخرة، وأجرة الرضاع والحضانة، ومؤخر الصداق وغيرها[1].

وقد نص المشرع الليبي في الفقرة "جـ" من المادة(48) على أنه: " يجوز أن يكون العوض حق الحضانة أو النفقة أو مؤخر الصداق أو غير ذلك"[2].

فما نص عليه المشرع من جواز أن يكون البدل في الخلع هو النفقة أو مؤخر الصداق فهذ ا البدل محل اتفاق بين الفقهاء؛ لأن الأصل في البدل يكون مالا أو منفعة مقومة بمال أو حقوقا مالية أو التي تؤول إلى مال، أما أن يكون البدل جواز إسقاط حق الحضانة فهذا محل نظر[3]، وهو ما خصصنا له هذا البحث.

هـ- الطلاق الواقع بالخلع

إذا وقع الخلع مستوفيا لشروط صحته، من أهلية الزوج لإيقاع الطلاق وأهلية الزوجة للتبرع، وبلفظ الخلع أو الطلاق نظير بدل تبذله الزوجة؛ يصح تملكه والانتفاع به، خاليا من الغرر والجهالة الفاحشة، فإذا كان الخلع بهذه الصورة وقع به الطلاق بائنا؛ لأنها ما دفعت بدلا إلا لأجل أن تستخلص عصمتها، ولا يمكنها ذلك إلا عن طريق الطلاق البائن الذي لا يمكن للزوج فيه أن يرجع زوجته في عدتها إلا بعقد جديد ومهر جديد وشرط الرضا[4].

المطلب الثاني: تنازل الأم عن الحضانة نظير طلاقها

سأخصص هذا المطلب لبيان الرأي الفقهي والقانوني في تنازل الأم عن حقها في الحضانة، وإيضاح ما ذهب إليه المشرع الليبي من خلال نص الفقرة (جـ) من المادة(48) من القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما. وذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: الرأي الفقهي

اختلف العلماء في تنازل الأم وإسقاطها لحقها في حضانة طفلها من زوجها نظير أن يطلها مقابل هذا التنازل والإسقاط؛ فهل هذا التنازل والإسقاط جائز ويكون حق الحضانة بدلا؟ وهل ينتقل هذا الحق بالإسقاط إلى الأب أو إلى من يلي الأم في الحضانة.

منشأ الخلاف: فاختلاف العلماء في هذه المسألة مرجعه إلى اختلافهم في التكييف الفقهي للحضانة: هل هي حق للمحضون؛ لاحتياجه لمن يقوم بخدمته لعجزه وصغر سنه، أو هو حق للحاضنة يجوز لها التنازل عنه، أو واجب على الحاضنة في حال احتياج الطفل إليها وتعلقه بها؛ فتلزم بحضانته، أو هي حق مشترك بين الطفل وأمه؛ فلا يجوز لأحدهما إسقاط حق الآخر[5].

أ- آراء العلماء

للعلماء في جواز إسقاط حق الحضانة من عدمها، وفي انتقالها إلى الأب أو إلى من يلي الأم رأيين اثنين، وهما:

الرأي الأول: قول جمهور الفقهاء: وهو عدم جواز أن يكون إسقاط حق الحضانة بدلا في الخلع؛ فيقولون بصحة الخلع وبطلان الشرط.

وقد قال السرخسي: " إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج، فالخلع جائز، والشرط باطل؛ لأن الأم إنما تكون أحق بالولد لحق الولد، فإن كون الولد عندها أنفع له... وَإذا ثبت أن هذا من حق الولد فليس لها أن تبطله بالشرط"[6]

[1] ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية الليبي، لسليمان محمد الجروشي، وسعد خليفة العبار، (ص271).
[2] الجريدة الرسمية لسنة 1984م، ع 16، س 22، 3 يونيو 1984م، (ص655).
[3] ينظر: أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، لسعيد محمد الجليدي، (2/150-151).
[4] ينظر: رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين بن عمر بن عابدين، (3/444)، والتاج والإكليل لمختصر خليل، لمحمد بن يوسف المواق دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ-1994م، (5/278)،
[5] ينظر: رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين بن عمر بن عابدين، (3/559-560)،
[6] المبسوط، دار المعرفة – بيروت، 1414هـ-1993م، (6/169).

وفي نهاية المحتاج: " لو طلقها على عدم الحضانة فقط أو على ذلك مع البراءة طلقت وعليها مهر المثل ولم تسقط حضانتها"[1].

فالحضانة حق للصغير؛ لاحتياجه إلى من يقوم برعايته، وتربيته وتأديبه، فهي قائمة على مراعاة مصلحة مستحقها، فإذا كانت الحضانة حق للصغير ، فإن الأم تجبر عليها؛ إن احتاج الطفل إليها، حتى لا يضيع حقه؛ لذا فإن أي شرط يكون سببا في ضياع حقه المشروع في الحضانة؛ فهو باطل.

الدليل: قوله --: " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط" وقوله --: " المسلمون على شرطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما".

الرأي الثاني: ذهب المالكية إلى أنه يصح الخلع على إسقاط الحضانة وانتقالها للأب على المشهور من مذهبهم.

قال مالك: "وإذا خالعها على أن يكون الولد عنده، فالخلع جائز وله شرطه، إلا أن يضر ذلك بالصبي ويخاف عليه إن نزع منها مثل أن يكون يرضع، وقد علق بها، فلا سبيل له إليه"[2] .

وقال في منتخب الأحكام: " قلت له: فإن خالعها على أن يكون أولاده منها عند الأب. فقال: قال مالك: هذا شرط جائز إلا أن يكون ذلك يضر بالصبي، مثل أن يكون يرضع وقد علق أمه، فيخاف عليه إن نزع منها أن يكون ذلك مضرة عليه، فإن كان كذلك لم يكن للأب أن يأخذه"[3].

وقال ابن القاسم: "وأنا أرى أنه إذا خرج الولد من حد الإضرار به أن للأب أن يأخذه بشرطه"[4].

فإن خالعته على إسقاط حقها في حضانة ولدها على أن يكون في حضانته، فالخلع يصح، ويقع الطلاق بائنا، وتنتقل إلى الأب ولو كان هناك من يستحقها غيره ، وهذا القول هو المشهور من مذهب المالكية، ولا تنقل الحضانة له إلا بتوافر شرطين اثنين هما:

1- ألا يخشى على الولد المحضون ضرر بمفارقة أمه.

2- أن يكون الأب قادرا على حضانته[5].

ففي حالة عدم تحقق هذين الشرطين يقع الطلاق بائنا ولا يسقط حقها في الحضانة باتفاق .

أما ما جرى به عمل الموثقين والحكام والقضاة وما عليه الفتوى أنها إذا أسقطت حضانتها للأب فلا تنتقل له، وإنما تنتقل إلى من يليها في حق الحضانة، قال في معِين الحكام : "... ثم إن تم إسقاط الأم، رجع الحق في الحضانة إلى أمها وأختها إن توجهت الحضانة لهم، وسواء أسقطت ذلك الأم في عقد المباراة أو بعده، هذا الذي عليه العمل في ذلك عند الموثقين.

الدليل: ما استدل به المالكية على جواز الإسقاط للحضانة بأن الحضانة حق للأم فإن شاءت أخذته إن شاءت تركته، فاتفاقها مع الزوج على أن يطلقها نظير إسقاط حقها في الحضانة إنما هو صلح، والصلح جائز؛ لقوله --:" الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا". وليس في تركها للحضانة بما بذله لها من طلاق تحليل للحرام أو تحريم للحلال[6].

ب- خلاصة الآراء:

إن ما ذهب إليه الفريقان من جواز الإسقاط من عدمه؛ يرجع في حقيقته إلى من هو صاحب الحق في الحضانة من عدمه، وهو ما أشرنا إليه في منشأ الخلاف بين العلماء، أما ما استدل به كل منهم إلى ما ذهب إليه يكاد يكون دليلا واحدا كل وجهه بحسب تكييفه الفقهي لصاحب الحق في الحضانة؛ فمن رأى أنه حق للمحضون وواجب على الحاضنة قال: إن الشرط باطل غير جائز؛ لما فيه من إبطال حق الغير، أما من قال أنه حق للحاضنة جعل شرط الإسقاط جائزا؛ لتصرف الشخص فيما هو له من حق.

---

[1] شهاب الدين الرملي، دار الفكر، بيروت، 1404هـ-1984م، (400/6).

[2] الجامع لمسائل المدونة والمختلطة، لأبي بكر بن عبد الله بن يونس الصقلي، تح: أبو الفضل الدمياطي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1 1433هـ-2012م، (432/4).

[3] ابن أبي زمنين الأندلسي، تح: الدكتور محمد حماد، مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث- الرباط- المغرب، ط1، 1430هـ-2009م،(م2-ج6-700)

[4] المرجع السابق.

[5] ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، (349/2).

[6] ينظر: فتاوى ابن رشد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، تح: المختار بن الطاهر التليلي، دار الغرب الإسلامي-بيروت، ط1، 1407ه، 1987م، (ص1547-1548).

الفرع الثاني: الرأي القانوني

لقد نظم المشرع الليبي ما يتعلق بالحضانة من أحكام من خلال نصوصه التشريعية في القانون رقم(10) لسنة 1984م المتعلق بأحكام الزواج والطلاق وآثارهما، باعتبارها أثرا من آثارهما، ولما قد يحدث فيها من نزاع، يستلزم وجود نصوص يحتكم إليها عند التخاصم.

لذا نجد أن المشرع الليبي قد نص على جواز إسقاط الحضانة والتنازل عنها، وهو ما نصت عليه الفقرة(جـ) من المادة (48) على أنه: " يجوز أن يكون العوض حق الحضانة أو النفقة أو مؤخر الصداق أو غير ذلك"[1].

والذي يلاحظ من هذا النص أن المشرع ساوى بين الحضانة وغيرها مما يجوز التنازل عنه كالنفقة ومؤخر الصداق باعتبارها أثرا من آثار الزواج والطلاق؛ بغض النظر عن كون الحقوق المالية أو التي تؤول إلى مال هي محل اتفاق بين العلماء، بخلاف حق الحضانة الذي هو محل اختلاف، وقد بينا الاختلاف حول هذا الحق في الفرع السابق[2].

ومما يفهم من نص المشرع أنه جعل للزوجة الحق في التنازل عن حقها في حضانة طفلها نظير طلاقها منه، وأن هذا الحق ينتقل بعد التنازل إلى الأب؛ وهو ما يتفق مع مشهور المذهب المالكي من جواز إسقاط هذا الحق لكون الحضانة حقا لها، غير أن المشرع لم يذكر الشروط التي يجب توافرها والتي نص عليها علماء المالكية لصحة انتقال الحضانة إلى الأب[3]، وعدم انتقالها إلى من يلي الأم في الحضانة وهي الجدة من جهة الأم.

كما أن هذا الفهم لظاهر نص المشرع في الفقرة (جـــ) من المادة (48) لا يمكن أن نسلم به؛ لأن القانون أورد نصوص بين فيها أحكام الحضانة، ورتب مستحقيها في حال افتراق الزوجين، وأوجب على المحمكة التقيد بهذا الترتيب وبخاصة في المستحقين الأربعة الأوائل، وذلك في المادة (62) فجاء في الفقرة (ب) ورتب المستحقين للحضانة بقوله: " في حال قيام الحياة الزوجية تكون حضانة الأولاد حقا مشتركا بين الأبوين فإن افترقا فهي للأم ثم لأمها ثم للأب ثم لأمه ثم لمحارم الطفل من النساء بتقديم من تدلي بجهتين على من تدلي بجهة واحدة ثم لمحارم الطفل من الرجال"[4].

فقد أعطى المشرع الحق للأم في الحضانة حال الفرقة بينها وبين زوجها، وقدمها على غيرها؛ أخذا برأي جمهور العلماء، وللأسباب التي أوضحناها سابقا[5]، ثم جعل أم الأم تليها في هذا الحق وإن بعدت أخذا برأي جمهور العلماء ما عدا الشافعية التي يقدمون البنت (أخت المحضون) عن جدته من جهة أمه ثم أعطى الأب الحق في الحضانة بعدها وبذلك خالف الجمهور وأخذ برأي الحنابلة، ثم جعل أم الأب تأتي في المرتبة الرابعة في استحقاق الحضانة وهو ما ذهب إليه الجمهور مخالفا في ترتيبه السابق ما ذهب إليه المالكية.

فنجد المشرع في ترتيبه للأربعة الأوائل المستحقين للحضانة لم يتقيد بالمذهب المالكي، وإنما جمع بين المذاهب جميعا؛ تماشيا مع مسلكه ومنهجه في التخير بين المذاهب الفقهية، وذلك كله من باب التيسير ورفع الحرج عن الناس ومراعاة مصالحهم.

ففي إسقاطه للحضانة عن الأم وإعطائها الحق في جواز التنازل عنها، أخذ بالمشهور من مذهب المالكية؛ الأمر الذي يجعلنا نحتار في المصلحة التي راعاها المشرع في هذا الاختيار، وفي نصه: على جواز أن يكون العوض في الخلع التنازل عن حق الحضانة، هل راعى مصلحة الحاضنة في أن تتخلص من هذه الزوجية التي كرهتها، أم راعى حق المحضون؟

فالإجابة عن هذا التساؤل تبدو واضحة من ظاهر النص الذي يفهم منه جواز التنازل عن حق الحضانة، أن المشرع نظر إلى مصلحة الزوجة؛ فأجاز لها التنازل، وجعلها صاحبة الحق في الحضانة؛ ليكون تنازلها عن الحضانة مشروعا، فهي صاحبة الحق، اللهم إلا إذا قلنا أنه ما أعطى لها الحق في التنازل؛ إلا لأن الحضانة لم تتعين في حقها، والطفل لن يتضرر من مفارقتها مع كون الأب قادرا على القيام بالحضانة وهذا الاستثناء من الفهم لم ينص عليه المشرع ولم يشر إليه؛ مما يجعل الفهم لظاهر النص قائما.

والأصل الذي من أجله شرعت الحضانة هو مراعاة مصلحة الطفل (المحضون)؛ فحقه في الحضانة مقدم على غيره، ومن مصلحته أن يكون في حضانة أمه؛ فهي أكثر شفقة عليه، وأكثر صبرا على احتماله والسهر عليه، ورعاية مصلحته، فالأولى مراعاة مصلحته على مصلحة غيره.

---

[1] الجريدة الرسمية لسنة 1984م، ع 16، س 22، 3 يونيو 1984م، (ص655).
[2] ينظر: أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، لسعيد محمد الجليدي، (151/2).
[3] ينظر: (ص) من البحث.
[4] الجريدة الرسمية لسنة 1984م، ع 16، س 22، 3 يونيو 1984م، (ص660).
[5] ينظر: (ص8) من البحث.

أما ما نص عليه المشرع في الفقرة (جـــ) من المادة (62) من أن : " للمحكمة ألا تتقيد بالترتيب الوارد في الفقرة السابقة لمصلحة المحضون فيما عدا أم المحضون وأمها وأبيه وأمه"[1].

فقد أورد في هذا النص ضرورة التزام المحكمة بترتيب المستحقين الأربعة الأوائل؛ مما يجعل ما ترجح لدينا من ظاهر النص وهو جواز انتقال الحضانة إلى الأب غير مراد، ومما يؤكد ذلك نصه في الفقرة (جـــ) من المادة (63) على أنه: " إذا تنازل مستحق الحضانة أو قام به مانع انتقل الحق إلى من يليه..."[2].

وقد حاول بعض شراح القانون الجمع بين هذه النصوص بقولهم: " أن القانون أخذ بما جرى عليه العمل والفتوى في مذهب مالك"[3] وهو جواز إسقاط الحضانة، وأنها لا تنتقل إلى الأب إلا إذا كان هو المستحق لها بعد الأم لعدم وجود أم الأم أو لعجزها عن الحضانة.

من خلال قراءتنا للنصوص القانونية السابقة؛ يمكن القول بأن ما ذهب إليه المشرع فيما يخص جواز التنازل عن الحضانة وجعلها بدلا في الطلاق، وما ترجحه بعض النصوص الواردة في الحضانة من عدم انتقالها إلى الأب بعد التنازل؛ إلا إذا كان هو المستحق لها. لا يمكن التسليم بما ذهب إليه المشرع للأسباب الآتية:

-الاختلاف الحاصل بين العلماء في الحضانة: هل هي حق للمحضون أو للحاضن أو لكليهما؟

والمشرع قد رجح أنها حق للحاضن؛ فأعطى لها الحق في التنازل مراعيا مصلحتها، بخلاف جمهور العلماء الذين قدموا حق المحضون على الحاضن؛ لأن الحضانة إنما شرعت لأجله، ورعاية لمصلحته؛ فكان هو الأولى بالاعتبار.

-عدم انتقال الحضانة إلى الأب بعد تنازل الأم وانتقالها إلى من يلي الأم وهي أمها، وهذا يجعلنا نتساءل لماذا لم تنتقل إلى الأب ما دام قادرا على الحضانة بتوافر شروطها؟

فالأدلة الشرعية قد تعطي له الحق في الحضانة بعد الأم والتي ترجحه عن غيره، ويمكننا أن نستعرض بعضها:

1 – عن أبي هريرة -ﷺ-قال: جاء رجل إلى رسول الله -ﷺ-فقال: يا رسول الله، من أحق الناس بحسن صحابتي؟ قال: "أمك" قال: ثم من؟ قال: "ثم أمك" قال: ثم من؟ قال: "ثم أمك" قال: ثم من؟ قال: "ثم أبوك"[4].

2 - عن المقدام بن معد يكرب، أن رسول الله -ﷺ-: قال "إن الله يوصيكم بأمهاتكم ثلاثا، إنّ الله يوصيكم بآبائكم، إنّ الله يوصيكم بالأقرب فالأقرب"[5].

وجه الدلالة: دلت الأحاديث أن الأم مقدمة على الأب في البر والإحسان؛ لذا ذكرها ثلاثا من باب التأكيد على برها لما عانته من مشقة حمل ثم وضع وإرضاع وتربية وخدمة وتمريض، فأجمع العلماء على أن الأم تُفضل في البر على الأب، فهي أشفق وأرحم منه، ثم يأتي بعدها في المنزلة؛ لما له من نسب، فهو سبب الولادة والقائم بالإنفاق والتربية والتعليم، فلا يقدم أحد عليه غير الأم، ثم الأقرب فالأقرب، فالوالدان هما أحق بحضانة الطفل إذا كانت زوجتهما قائمة، فإذا انفصلا فالـأم تقدم ثم يليها الأب[6].

3 - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: "أن امرأة قالت يا رسول الله إنه ابني كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزِعَه مني فقال لها رسول اللَّهِ - ﷺ- أنت أحق به ما لم تنكِحي"[7] .

وجه الدلالة: فقد دل الحديث على أن الأم أحق بالطفل عند التنازع بينها وبين الزوج على حضانته عند حصول الفرقة؛ وفيه دلالة على أن الحق ثابت للأب، ومنازعته لها دليل على أنه أيضا صاحب حق، لكن الأم مقدمة عليه؛ لأنها أحن وأرفق به وأصبر على عنايته والاهتمام به، فلهذا جعلها النبي -ﷺ- أولى به ما لم تتزوج؛ لأنها إن تزوجت تصبح مشغولة بحق الزوج عليها، فتنتقل الحضانة إلى الأب لسقوطها عن الأم بسبب التزوج؛ لأن الأب أصل النسب والسبب في الولادة[8].

4 - الآراء الفقهية التي ذهبت إلى أنه أحق بالحضانة بعد الأم والتي منها:

[1] الجريدة الرسمية لسنة 1984م، ع 16، س 22، 3 يونيو 1984م، (ص660).
[2] المرجع السابق، (ص661).
[3] أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، لسعيد محمد الجليدي، (152/2).
[4] رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الأدب، باب: من أحق الناس بحسن الصحبة ، رقم الحديث: (5971)، (2/8).
[5] رواه ابن ماجة في سننه، كتاب: الأدب، باب: بر الوالدين، رقم الحديث: (3661)، سنن ابن ماجه، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، (1207/2).
[6] ينظر: نيل الأوطار، لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، تح: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، ط1، 1413هـ - 1993م، (388/6)، والمنهاج شرح صحيح مسلم، لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط2، 1392م (102/16)، وحضانة الطفل بين الواقع والمأمول دراسة فقهية معاصرة، لخميس محمد عامر، (ص403-404).
[7] سبق تخريجه.
[8] ينظر: حضانة الطفل بين الواقع والمأمول دراسة فقهية معاصرة، لخميس محمد عامر، (ص405).

- فقد نقل عن المالكية: " وأما نقل الحضانة من الأم إلى غير الأب فليس في ذلك شيء يعتمد عليه"[1].
- كما وردت رواية عند الحنابلة مفادها أن الأم إن امتنعت عن حضانة الطفل انتقلت حضانته للأب[2].
- وَما ورد عن بعض التابعين: "من طريق عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال: الأم أحق بالولد ما لم تتزوج فإذا تزوجت أخذه أبوه"[3].

فهذه النصوص أفادت في جملتها أن الأب أحق بالحضانة بعد الأم إذا سقطت الحضانة عنها، وكان الأب مستوفيا لشروط الحضانة[4].

وفي الختام لو نظرنا وتأملنا نص المشرع الليبي وما أفاده هذا النص من جواز أن يكون حق الحضانة عوضا في المخالعة، وعدم نصه على مستحق الحضانة عند تنازلها؛ مما يفهم من ظاهر هذا النص أنها تنتقل إلى الأب.

والقول باستثناء هذا النص عن نصوص القانون المتعلقة بالحضانة، وبخاصة النص الذي يلزم القاضي بالتقيد بالترتيب الوارد للمستحقين للحضانة وعدم مخالفته له.

كما يمكن القول بأن النص الوارد بخصوص ترتيب المستحقين للحضانة والالزام به في حال تنازعهم في حق الحضانة ومطالبتهم بها، ليس كما في النص الواردة في المخالعة؛ فإنما هو تنازل صاحب الحق عن حقه؛ فقد جوز له الشرع التنازل وكذلك القانون أيضا.

[1] بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، الشهير بابن رشد الحفيد، (79/3).
[2] ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لأبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، (419/9).
[3] المحلى بالآثار، لعلي بن أحمد بن سعيد بن حزم، (153/10).
[4] ينظر: حضانة الطفل بين الواقع والمأمول دراسة فقهية معاصرة، لخميس محمد عامر، (ص406).

الخاتمة

1- إن المشرع الليبي في تعريفه للحضانة لم يختلف عن تعريف الفقهاء لها؛ إلا من حيث الألفاظ فهي عند الجميع تفيد الحفظ والتربية للطفل والاهتمام بشؤونه ورعايته.
2- الحضانة إنما شرّعت لحفظ الطفل من الهلاك؛ لعجزه عن القيام بشؤونه؛ لذا يعتريها حكمان تكليفيان: الوجوب العيني في حال انفراد الحاضن، أو عدم قبول الطفل غيره، أو الوجوب الكفائي في غير هذين الحالين.
3- اتفق العلماء على أن الأم أحق بحضانة طفلها؛ لكمال شفقتها وعطفها عليه؛ لكن هذه الأحقية لا تثبت ولا تصح إلا إذا كانت أهلا للحضانة بتوافر شروطها.
4- أجاز المشرع أن يكون البدل في الخلع هو النفقة أو مؤخر الصداق فهذ ا مال أو منفعة تؤول إلى مال وهو محل اتفاق لا اختلاف فيه، بخلاف حق الحضانة فهو أمر مختلف فيه.
5- ما أجازه المشرع من جواز أن يكون البدل حق الحضانة، فيه مخالفة للأصل الذي من أجله شرعت الحضانة ،وهو مراعاة مصلحة الطفل (المحضون)؛ فحقه في الحضانة مقدم على غيره ومن مصلحته أن يكون في حضانة أمه؛ فهي أكثر شفقة عليه، وأكثر صبرا على احتماله والسهر عليه، ورعاية مصلحته، فالأولى مراعاة مصلحته على مصلحة غيره.
6- نص المشرع الليبي على جواز أن يكون حق الحضانة عوضا في المخالعة، وعدم نصه على مستحق الحضانة عند تنازلها، يفهم منه أنها تنتقل إلى الأب، والأدلة الشرعية تدعم هذا الفهم.
7- التزام القاضي بالتقيد بالنص الوارد في ترتيب الأربعة الأوائل المستحقين للحضانة وهم (الأم-أم الأم-الأب- وأم الأب) والالزام به، يكون في حال التنازع، ليس في نص المخالعة التي هي عن تراض.

قائمة المراجع

❖ القرآن الكريم برواية قالون عن نافع.

- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، لعبد الوهاب خلاف، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط2، 1357هـ- 1938م.
- أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، لسعيد محمد الجليدي، مطابع عصر الجماهير- الخمس، ط2، 1998م.
- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لزين الدين أبو يحيى السنيكي، دار الكتاب الإسلامي.
- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني، تح: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر- بيروت.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لأبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، دار إحياء التراث العربي- بيروت.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم المصري، دار الكتاب الإسلامي- بيروت، ط2.
- البحر المحيط في التفسير، لمحمد بن يوسف بن حيان، تح: صدقي محمد جميل، دار الفكر– بيروت، 1420 هـ.
- بدائع الصنائع ، لأبي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية- بيروت، ط2، 1406هـ - 1986م.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، دار الحديث – القاهرة، 1425هـ - 2004 م.
- تاج العروس من جواهر القاموس، لمحمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الزَّبيدي، تح: مجموعة من المحققين، دار الهداية، دمشق.
- التاج والإكليل لمختصر خليل، لمحمد بن يوسف المواق، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ-1994م.
- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين الزيلعي الحنفي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط1، 1313 هـ.
- تحفة الفقهاء، لأبي بكر علاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط2، 1414 هـ - 1994 م.
- تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن حجر الهيثمي، المكتبة التجارية الكبرى – مصر، 1357 هـ - 1983 م.
- التعريفات، لعلي بن محمد بن الجرجاني، تح: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، 1403هـ -1983م.
- التلقين، لابن أبي زمنين الأندلسي، تح: الدكتور محمد حماد، مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث- الرباط- المغرب، ط1، 1430هـ-2009م.
- الجامع لأحكام القرآن، لمحمد بن أحمد الخزرجي شمس الدين القرطبي، تح: أحمد البردوني، وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية – القاهرة، ط2، 1384هـ - 1964م.
- الجامع لمسائل المدونة والمختلطة، لأبي بكر بن عبد الله بن يونس الصقلي، تح: أبو الفضل الدمياطي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، 1433هـ-2012م.
- الجريدة الرسمية لسنة 1984م، ع 16، س 22، 3 يونيو 1984م.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر- بيروت.
- حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، لعلي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، تح: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر- بيروت، 1414هـ - 1994م.
- حضانة الطفل بين الواقع والمأمول دراسة فقهية معاصرة، لخميس محمد عامر، مجلة الدراية، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنين بدسوق، جامعة الأزهر- مصر، العدد 23، ديسمبر 2023م.
- حقوق المحضون في الفقه الإسلامي" دراسة فقهية مقارنة" ، لعادل موسى عوض، مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية، تصدر عن قسم الشريعة الإسلامية بكلية دار العلوم- جامعة القاهرة- مصر، العدد (62).

- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، لمنصور بن يونس البهوتى، عالم الكتب ط1، 1414هـ - 1993م.
- رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين بن عمر بن عابدين، دار الفكر-بيروت، ط2، 1412هـ - 1992م.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي، تح: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي- بيروت- دمشق- عمان، ط3، 1412هـ - 1991م.
- سبل السلام، لمحمد بن إسماعيل الصنعاني، دار الحديث.
- سنن ابن ماجه، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي.
- سنن أبي داود، لسليمان بن الأشعث بن إسحاق السِّجِسْتاني، تح: محمد محيي الدين عبد الحميد الناشر: المكتبة العصرية، صيدا – بيروت.
- الشرح الكبير على مختصر خليل، للشيخ أحمد الدردير، دار الفكر- بيروت.
- شرح حدود ابن عرفة، لمحمد الأنصاري الرصاع، تح: محمد أبو الأجفان-الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي- بيروت- لبنان، ط1-1993م.
- شرح قانون الأحوال الشخصية الليبي، لسليمان محمد الجروشي، وسعد خليفة العبار، جامعة البحر المتوسط الدولية- بنغازي، ط3، 2017م.
- شرح مختصر خليل للخرشي، لمحمد بن عبد الله الخرشي، دار الفكر- بيروت،
- صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل البخاري، تح: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ.
- فتاوى ابن رشد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، تح: المختار بن الطاهر التليلي، دار الغرب الإسلامي-بيروت، ط1، 1407ه، 1987م.
- الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبة الزحيلي، دار الفكر- بيروت، ط4.
- الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، لمُصطفى الخِنْ، وآخرون، دار القلم، دمشق، ط4، 1413 هـ- 1992م.
- الفقه على المذاهب الأربعة، لعبد الرحمن بن محمد الجزيري، دار الكتب العلمية- بيروت، ط2، 1424 هـ - 2003م.
- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني المؤلف: لشهاب الدين النفراوي الأزهري، دار الفكر- بيروت، 1415هـ - 1995م.
- القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، لسعدى أبو جيب، دار الفكر. دمشق – سورية، 1993م، ط2، 1408 هـ - 1988م.
- الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، لأبي بكر بن أبي شيبة، تح: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد – الرياض، ط1، 1409هـ.
- كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتى، دار الكتب العلمية- بيروت.
- لسان العرب، لجمال الدين بن منظور الأنصاري، دار صادر– بيروت، ط3، 1414هـ.
- المبدع في شرح المقنع، لإبراهيم بن محمد ابن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1، 1418 هـ - 1997 م.
- المبسوط، دار المعرفة – بيروت، 1414هـ-1993م.
- المحلى بالآثار، لعلي بن أحمد بن سعيد بن حزم، دار الفكر – بيروت.
- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، دار إحياء التراث العربي.
- المجموع شرح المهذب، لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر- بيروت.
- مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، لأبي الحسن نور الدين الملا الهروي، دار الفكر- بيروت – لبنان، ط1، 1422هـ - 2002م.
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد الفيومي الرافعي، المكتبة العلمية – بيروت.
- المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى-أحمد الزيات-حامد عبد القادر-محمد النجار، دار النشر-دار الدعوة، تح: مجمع اللغة العربية.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، 1415هـ - 1994م.
- المغني، لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، مكتبة القاهرة- مصر،1388هـ - 1968م.
- المقدمات الممهدات، لأبي الوليد محمد بن رشد، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط1، 1408 هـ - 1988 م.
- المنتقى شرح الموطأ، لسليمان بن خلف بن سعد الباجي، مطبعة السعادة - مصر، ط1، 1332 هـ.
- المنهاج شرح صحيح مسلم، لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط2، 1392م.
- شهاب الدين الرملي، دار الفكر، بيروت، 1404هـ-1984م.
- نيل الأوطار، لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، تح: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، ط1، 1413هـ - 1993م.