الحضانة وحكم إسقاطها بالأمراض المنفِّرة
بين الشريعة، والقانون

دكتور/ خالد مشعل العتيبي

الأستاذ المشارك بأكاديمية سعد العبد الله للعلوم الأمنية

بدولة الكويت

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والعاقبة للمتقين، ولا عدوان إلا على الظالمين، وأشهد أن لا إله إلا الله ولي الصالحين، وأشهد أن محمداً عبد الله ورسوله المبعوث رحمة للعالمين.. أما بعد..

فإن الله تعالى شرع الحضانة للصغير وللكبير العاجز؛ ليحَفَظَهُمْ، ويصونَهم من الأضرار والأخطار، ويحقق لهم كمال العاقبةَ، وقوام الأوْد، ومنح جل وعلا القائم على هذه الوظيفة وإدارة إعداد المهمة الشرعية الأجر الجزيل في الآخرة، والذكر العاطر في الدنيا، فضلاً عن الرأفة والشفقة والرحمة التي يحصل عليها الحاضن من المحضون إذا كبر، وشب عن الطوق، وكما قيل قديماً: "كما تدين تدان".

وقد وضع الشارع الحكيم لهذه الولاية والكفالة أحكاماً وشروطاً، وآداباً، وحكماً، فوفى بها جل وعلا وأتمها حتى جعلها منظومة ووثيقة لا يجوز الخروج عنها، ومن الأحكام التي تحتاج إلى البحث والدراسة لأهميتها في هذا العصر مسألة شرط الحاضن أن يكون خالياً من الأمراض المعيقة والمنفرة.

والله أسأل أن يعينني على دراسة هذه القضية وتحقيقها، فإنه نعم المولى، ونعم النصير.

خطة البحث:

قسمت الدراسة إلى فصلين:

الفصل الأول: حقيقة الحضانة، والاسقاط، ومن له حق الحضانة.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: حقيقة الحضانة، والإسقاط لغةً، واصطلاحاً.

المبحث الثاني: مَن له حق الحضانة في الفقه الإسلامي والقانون.

الفصل الثاني: المهام الموكولة إلى الحاضنة إزاء المحضون، والشروط المعتبرة شرعاً في استحقاق الحضانة، وشرح قاعدة: الساقط لا يعود. وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: المهام الواجبة على الحاضن اتجاه المحضون.

المبحث الثاني: شروط استحقاق الحضانة شرعاً، وقانوناً.

المبحث الثالث: بيان مفهوم القاعدة الفقهية: " الساقط لا يعود ".

الخاتمة: وفيها النتائج، والتوصيات.

الدراسات السابقة:

لقد كتب الأقدمون من الفقهاء في الشروط الواجبة توفرها في الحاضن؛ ليستحق الحضانة شرعاً، وقد أفاضوا في أبحاثها ومتعلقاتها، ومما ركزوا عليه أيضاً شرط سلامة الحاضن من الأمراض والأوبِئَة المدمرة للمحضون، والمعوِّقة للحاضن من القدرة على إدارة المحضون وإسداء المنفعة الدنيوية والأخروية له، فأفاد القوم وأجادوا في عرض هذا الموضوع وإبداء حكمه شرعاً بموضوعية وتجرد واستدلال.

ولم أقف – على حد علمي – على أبحاث في هذا الموضوع تتعلق بالنظرة الشرعية فيه؛ فأحببت أن أسهم في إثراء المكتبة الفقهية، وإبراز الخطوط العريضة لهذه القضية التي أصبحت هاجساً وضرورة ملحة في الوقت الراهن يحتاج إليها المفتي والقاضي والمجتمع بأسره.

لذا أرجو أن يوفقني الله إلى تحرير هذه القضية وتحقيقها بالأدلة النقلية والعقلية، وإن كانت المسألة قصيرة لا تحتاج إلى تطويل وتفريع من حيث الكتاب والقيد، إلا أنه لابد – كما أرى – من تمهيد له لا يمكن إغفاله، وهذا ما فعلته للإفادة وتحرير المسألة.

منهجي في الدراسة:

١ – استخراج المفاهيم اللغوية والشرعية من مصادرها الأصيلة، مع عزو القول إلى قائله.

٢ – اقتصرت في تحقيق مسائل الخلاف، وتحرير القول فيها على مذاهب الأئمة الأربعة؛ معتمداً على أقوالهم وأدلتهم من مصادرها الأصيلة، وقد أضيف أحياناً بعض الآراء الفقهية لشدة الحاجة إليها.

٣ – توثيق الأدلة وتخريجها من مظانِّها بحسب ما تقتضيه أصول البحث العلمي، فالآيات أسندتها إلى مواضعها، والأحاديث النبوية إن كانت مخرَّجة في الصحيحين اكتفيت بتخريجهما، وإن كانت مخرَّجة في غيرها من دواوين السنة اعتمدت في الحكم عليها على أقوال أصحاب الشأن والاختصاص.

٤ – رجحت القول الذي أميل إليه؛ معتمداً على النصوص، والقواعد الشرعية، والأدلة العقلية.

٥ – أشرت في ذيل كل قضية إلى موقف القانون؛ معتمداً على نصوص القانون، وبعض شروحه.

٦ – عزو القواعد الفقهية إلى مظانها مع إيضاح المعنى منها.

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل.

الفصل الأول
حقيقة الحضانة، والإسقاط، ومَنْ له حق الحضانة
المبحث الأول
حقيقة الحضانة، والإسقاط لغةً، واصطلاحاً

الحضانة لغة (١):

مصدر مِن حَضَنَ الوالد ولده حَضْناً وحضانة، أي احتضنه وجعله في حِضنه، والحِضن هو حفظ الشيء، وصيانته، يقال: احتضنت المرأة طفلها أيْ جعلته أسفل إبْطها إلى كَشْحها، تستره، وتحفظه من كل أذى وبلية، وعليه تصيير الحاضن مِربداً، وسياجاً لوليدها، وحامية له من نائبات الدهر، وأما حَضَنَ (بالتحريكَ) فهو جبل في نجد، وفي المثل: " أنجد من رأى حَضَناَ".

الحضانة اصطلاحاً (٢):

حفظُ من لا يستقل، وتربيتُه.

وعرّفها ابن عرفة في الحدود: " حفظ الولد في مبيته، ومؤنةِ طعامه، ولباسِه، ومضجعه، وتنظيف جسمه " (٣).

وخلاصة ما ذكره الفقهاء في حقيقة الحضانة: أن الحاضن يقوم على جهة الولاية والسلطنة بحفظ ورعاية من عجز عن القيام بنفسه؛ لصغر أو لجنون أو لعَتَه، فيستره الحاضن من كل ما يضر به، ويحدق به من الأخطار والغوائل التي تضر ببدنه وعقله ودينه، ويقوم أيضاً على تنمية المحضون بما يصلحه بتعهد طعامه، وشرابه، وملبسه، ومسكنه، وتعليمه، وتربيته تربية صالحة حتى يستقل بنفسه.

وهذه الحضانة عند الفقهاء تمر بأربع مراحل: المرحلة الأولى: رضاعه، والمرحلة الثانية: حضانته إلى سن التمييز، والمرحلة الثالثة: رعايته أو حضانته أو كفالته إلى سن البلوغ، المرحلة الرابعة: وهي مرحلة الكفاية التي يكتفي فيها المحضون

---

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس (٣٠٢/١-٣٠١).

(٢) انظر: مغني المحتاج لمحمد بن الخطيب الشربيني (٤٥٢/٣)؛ التعريفات للجرجاني، ص٦٤؛ كشاف إصلاحات الفنون (٥٣٨/١).

(٣) شرح حدود ابن عرفة للرصّاع (٣٢٤/١).

بنفسه برشده وبلوغه واستقلاله بنفسه. فهذا لا حضانة ولا نفقة له في هذه المرحلة عند أكثر الفقهاء.

الإسقاط لغة (١):

الإيقاع، والحط، والتنازل، والإلقاء سقط اسمه من الديوان أي رُفع اسمه، وأزيل.

الإسقاط اصطلاحاً (٢):

فقد عرّف الفقهاء الإسقاط بأنه إزالة الملك، أو الحق، لا إلى مالك ولا إلى مستحق، وتسقط بذلك المطالبة به؛ لأن الساقط ينتهي ويتلاشى ولا ينتقل.

والحقوق والواجبات التي تعلقت في ذمة المكلف نوعان، وهي:

١- حقوق الآدميين التي يتعلق بها النفع الخاص؛ كالنفقات، والديون، والغرامات. فهذه حقوق مكتسبة لصاحبها فيجوز له أن يسقطها عن غيره اتفاقاً سواءً أكانت ديونا أم منافع أم أعيان بطرق التمليك للغير.

٢- حقوق إلاهية: ما يتعلق بها النفع العام، منها لا يجوز إسقاطها؛ لأنها حق خالص لله، كما في الحدود، والكفارات والعبادات، ومنها يجوز إسقاطها عن المكلف؛ لتخلف الشرط الشرعي، فإن عاد الشرط رجع الحكم لصاحبه، كشرط التكليف في الولاية والحضانة، كما لو سقطت عن المجنون، ثم أفاق رجعت إليه.

---

(١) لسان العرب مادة: سقط؛ المعجم الوسيط ص ٤٦١-٤٦٢.

(٢) انظر: الاختيار لتعليل المختار (١٢١/٣)؛ الذخيرة (١٥٢/١).

المبحث الثاني
مَنْ له حق الحضانة شرعاً، وقانوناً

ذكر الفقهاء أنّ الأوْلى بالحضانة والأليق بها هم الإناث؛ لأنهن أشفق بالولد، وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها، وأشدُّ ملازمة للمحضون، وقد اختلف العلماء في الأوْلى استحقاقاً بها وأهلية لها؛ اعتباراً بالأدلة، واعتماداً على المقصود من شرعية الحضانة، وهذا كله مع الاتفاق على أن الأحق بها بعد الطلاق هما الوالدان (الأم، والأب)؛ لشدة رأفتهما بولدهما وشفقتهما عليه، وقد نشب خلاف بين الفقهاء في الترتيب التسلسلي للأحق بالحضانة والأجدر بها على أربعة مسالك [(١)]:

١-مسلك فقهاء الحنفية والشافعية، ومن وافقهم في ترتيب الأولوية في الحضانة على الوجه الآتي تقدم الأم أولاً ثم أمهاتها وإن علون، ثم أم الأب وإن علت، ثم الأب، ثم الأخت من الأبوين، ثم الأخت من الأب، ثم الأخت من الأم، ثم الخالات ثم العمات، فإن تعذر وجود الإناث، فإن الحضانة تنتقل إلى الذكور من المحارم في العصبات، ويقدم فيها الأولى في مراتب التوريث بدءاً بالآباء، ثم الأجداد، ثم الأخوة، ثم الأعمام، ثم الحاكم يختار الأصلح والأورع، والأحفظ لحق المحضون في حياته أي معاشه وآخرته؛ والأصل في ذلك اختيار الأقرب من الإناث، والأشفق بالمحضون من جهة أمه؛ وبرهان ذلك ما ثبت عند أبي دواد، وغيره عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما: أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاءً، وثدي له سقاءً، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه منيّ، فقال رسول الله ﷺ: (أنت أحقُ به ما لم تنكحي) [(٢)].

وروى سعيد بن منصور في سننه أن أبا بكر الصديق ﷺ حكم على عمر بن الخطاب ﷺ بعاصم لأمه أم عاصم، وقال: " ريحها وشمَّها، ولطفها خيرٌ له منك"[(٣)].

---

(١) انظر: شرح فتح القدير لابن الهمام (٣٦٧/٤ – ٣٧٤)؛ حاشية الدسوقي (٥٢٦/٢ – ٥٢٩)؛ الحاوي للماوردي (١١٦/١٥-١/١٢٨)؛ مغني المحتاج (٤٥٢/٣ – ٤٥٣)؛ السلسبيل في معرفة الدليل صالح البليهي (١١٧/٣ – ١١٩)؛ المحلى لابن حزم (٣٢٣/١٠)؛ حلية العلماء (٤٣٤/٧ – ٤٤٥).

(٢) رواه أبو داود في سننه في كتاب الطلاق رقم ٢٢٧٦؛ ورواه أحمد في المسند (٢٤٦/٢).

(٣) رواه سعيد بن منصور في سننه، رقم (٢١١٣)؛ ورواه مالك في الموطأ (٧٦٧/٢) في الوصية. قال ابن عبد البر: " هذا حديث مشهور من وجوه منقطعة ومتصلة، تلقاه أهل العلم بالقبول والعمل ".

٢- مسلك مالك، ومن وافقه: أنه قدم الأم أولاً، ثم أم الأم وإن علت، ثم الخالة، ثم أم الأب، ثم الأب، ثم الأخوات ثم العمات، ثم العصبات بحسب الترتيب بالأولى في التوريث، ثم الحاكم يختار الأصلح والأورع؛ والأصل في ذلك أن النصوص اعتبرت الأم في الأحقية، ثم من كان فني منزلتها ثم الخالة ... ؛ للأحاديث السابقة الذكر، وأضاف أيضاً ما جاء في الصحيحين عن البراء بن عازب ﷺ أن ثلاثة من الصحابة وهم: علي وجعفر وزيد، اختلفوا في حضانة ابنة حمزة، فقال عليّ ﷺ: أنا أحق بها، هي ابنة عميّ، وقال جعفر ﷺ: هي ابنة عمي، وخالتها تحتي، وقال زيد ﷺ: هي ابنة أخي، فقضى رسول الله ﷺ لخالتها: وقال: "الخالة بمنزلة الأم"(١).

٣- مسلك بعض الشافعية. ومن وافقهم: فقد قدموا الأم أولاً، ثم أم الأم وإن علت، ثم الأخت، ثم أم الأب، ثم الخالات، ثم العمات، ثم الأقرب من العصبات، ثم الحاكم يختار الأورع والأتقى والأصلح؛ واعتبر الأخت للمحضون من جهة أمه أولى من الجدات من جهة الأب، والخالات من جهة الأم.

٤- مسلك الحنابلة، وأهل الظاهر: فقد قدموا الأم أولاً، ثم أم الأم وإن علت، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الجد، ثم أم أم الجد، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم العمات، ثم العصبات الأقرب فالأقرب، ثم الحاكم يختار الأصلح والأورع.

والذي نستخلصه من الخلاف السابق في الأولى بالحضانة أن العلماء متفقون على أن الأولى والأحق بالحضانة أولاً الأم، ثم أمهاتها، والخلاف بينهم فيما سوى ذلك، وكل له دليله ومدركه، مع مراعاة اختيار الأصلح والأورع والأحفظ للمحضون رعاية وتربية، وهذا ما يعول عليه فيما إذا تعدد الحاضنون من درجة واحدة.

وبما أن حكم الحاكم يحسم الخلاف كما هو مقرر في علم قواعد الفقه (٢)، وعليه فإن المعمول به في قانون الأحوال الشخصية الكويتي في الوقت الراهن هو ما اختاره المالكية.

---

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، رقم (٤٢٥٧)؛ ورواه مسلم في صحيحه، رقم (١٧٨٣).

(٢) حكم الحاكم يرفع الخلاف في موضع القضاء خاصة، وأما على عموم الخلق فيبقى الخلاف على وضعه الذي سار عليه الفقهاء، فكل يعمل بما يترجح له بالدليل، وهذا كله إذا كان الحاكم عدلا يتحرى الحق والدليل، وقد عمل بهذه القاعدة أكثر الفقهاء. الفروق للقرافي (١٠٣/١٢)؛ مجموع الفتاوى لابن تيمية (٣٧٢/٣٥).

موقف قانون الأحوال الشخصية الكويتي في الأحق بالحضانة [1]:

نصت المادة (١٨٩) ف/أ: حق الحضانة للأم، ثم لأمها وإن علت، ثم للخالة، ثم خالة الأم، ثم عمة الأم، ثم الجدة لأب، ثم الأب، ثم الأخت، ثم العمة، ثم عمة الأب، ثم خالة الأب، ثم بنت الأخ، ثم بنت الأخت بتقديم الشقيق، ثم الابن، ثم الأب في الجميع.

ف/ب: إذا لم يوجد مستحق للحضانة من هؤلاء، انتقل الحق في الحضانة إلى الوصي المختار، ثم الأخ من الجد العاصب، ثم الجد الرحمي، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابنه بتقديم الشقيق، ثم الأب.

ف/ج: إذا تساوى المستحقون للحضانة، اختار القاضي الأصلح منهم للمحضون.

(١) قانون الأحوال الشخصية الكويتي / ومذكرته التفسيرية.

الفصل الثاني
المهام المـــوكولـــة إلى الحاضن إزاء المحضون، والشروط المعتبرة شرعاً في استحقاق الحضانة، وشرح قاعدة الساقط لا يعود

المبحث الأول
المهام الواجبة على الحاضن اتجاه المحضون

لقد أوضحنا فيما سبق – كما هو مقرر عند الفقهاء – أن المحضون يتقلب مع حاضنه في أربع مراحل من سنوات نشأته وتأسيسه وقوام أوْده، وتأصيله على العقيدة الصافية، والأخلاق العالية، والتربية الصالحة، وهذه المراحل العمرية من المحضون. تحتاج إلى رعاية الحاضن له، وصيانته بما تستوجبه تلك المرحلة من العناية الفائقة، والرعاية البالغة التي تتواءم مع المتطلبات العمرية [1]:

المرحلة الأولى:

وهي إرضاعه في الحولين الأوليين، فالأم هي الأحق برضاعه، ولا يقدم عليها أحد، ولا يلزمها إرضاعه إلا إذا رفض قبول اللبن من غيرها ولم تكن متضررة من الرضاع، فإن أبت الأم إرضاع ولدها، وجب على الأب استئجار ظئر لولده؛ لتقوم بسد حاجته الماسَّة للبن في الحولين الأوليين، كما يلزم الحاضن في تلك الفترة تعهد المحضون من جهة نظافته وطهارته وملبسه، وحمايته من الأضرار والأخطار المحدقة به؛ والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلا وُسْعَهَا لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُـــــودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ (البقرة/٢٣٤).

ويلزم الحاضن عمل ذلك وجوباً لمصلحة المحضون، وعلى الوالد نفقة المحضون والحاضن، فهو الغارم لها أصلاً، فإن عُدم ذلك؛ فإن أجرة الحضانة تلزم من مال المحضون، فإن عدم ذلك، فهو واجب على ورثته، فإن عدم ذلك، فهو واجب في بيت مال المسلمين.

---

(١) انظر: رد المحتار (٥/٦١٠ – ٦٢٤)؛ التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل (٤/٢١٦ – ٢١٤)؛ الوسيط في المذهب للغزالي (٦/٢٤١)؛ الحاوي (١٥/١٠٠ – ١٠٣)؛ المبدع (٧/١٨٨ –١٨٩)؛ المحلى (١٠/٣٢٣).

المرحلة الثانية:

حضانته والقيام عليه بما يصلحه من أول سني عمره إلى سن التمييز سبع سنوات، فهو يحتاج في هذه الفترة علاوة على ما ذكرناه في المرحلة الأولى إلى تعليم المبادئ والقواعد الأولية في الأدب والرياضة الذهنية، وحفظ القرآن من خلال التلقين، والقدوة الحسنة، وغرس الأخلاق الفاضلة في سلوكه، مع الرعاية المتابعة لحالته الصحية والنفسية.

المرحلة الثالثة:

وهي مرحلة كفالة المحضون من سن التمييز إلى البلوغ والرشد، وتُعد هذه المرحلة من أدق المراحل وأحرجها وأصعبها على الحاضن؛ لأنه يعالج إشادة إنسان، واستصلاحه والنهوض به في أخطر فترة من فترات حياته، حيث ينفصل فيها المحضون عن حاضنه في أكثر أوقاته، ويختلط بأقران تختلف مشاربهم وطباعهم، وتعتريه من النوازع والدوافع السلبية التي تتغلب عليه في فترة المراهقة؛ ولذا يحتاج المحضون مع جسامة وعظم المسئولية إلى مزيد رعاية ومتابعة دقيقة من قبل الحاضن، فيتطلب من الحاضن فضلاً عمَّا ذكرناه في المراحل السابقة أن يهتم بتعليمه، وتوسيع مداركه، وتعميق ذاكرته، وإشغال وقته بالعلوم النافعة، والفنون الرائعة، والصنائع الناجحة التي يحتاج إليها الناس في حياتهم الدنيوية، ويحتاج أيضاً إلى متابعته ومراقبته مع زملائه واختيار الصحبة الخيرة المعينة له، ويحتاج المحضون في هذه الفترة إلى التشجيع والتحفيز على العبادات، والأعمال الصالحة، والحرص الشديد على فضائل الأخلاق، ومعالي الشيم، ولابد في تلك الفترة من تحبيب المحضون وربطه بكتاب الله تعالى، فإن كتاب الله تعالى خير حافظاً، وأعظم حصناً للإنسان في حياته لا سيما في تلك الحقبة الزمانية.

المرحلة الرابعة:

وهي مرحلة الكفاية، وهي تبدأ من سن البلوغ والاستقلال بالنفس من غير حاجة ولا زمانة إلى ما شاء الله، وبها تنتهي ولاية الحضانة من المحضون؛ لقدرته على القيام بنفسه، وتصريف أموره، وبهذا قال أكثر الفقهاء، وقال الحنفية: تنتقل الحضانة إلى الأب مباشرة بعد بلوغ الذكور والإناث إلى حين الانفصال عنه بالزواج، وقال المالكية: تبقى حضانة الأنثى عند الحاضن حتى تتزوج وتصير إلى بيت زوجها، وأما الذكر

فتنتقل حضانته إلى والده، وعلى كل الأحوال فإن الولد بعد تلك الفترة يحتاج من أهله النصح، والمتابعة، ورصد علاقاته الاجتماعية حماية وصيانة له، وينبغي على الوالدين أو أهل المحضون أن يحرصوا على إعفافه بالزوجة الصالحة التي ترعى عرضه وولده وأخلاقه، وماله التي بذل الحاضن جهده وغاية وسعه في ترسيخ المعاني الطيبة فيه، وحفظ حقوقه ومصالحة.

ونستطيع أن نلخص تلك الوظيفة الشرعية بما تصفوا عليه من مصلحة وإفادة بما قاله ابن حزم [1]: " فحيثما كانت الحياطة لهما في كلا الوجهين في الدنيا والآخرة، وجبت هنالك عند الأب، أو الأخ، أو الأخت، أو العمة، أو الخالة، أو العم، أو الخال، وذو الرحم أولى من غيرهم بكل حال، والدين مغلب على الدنيا ... ".

(١) المحلى لابن حزم (٣٢٣/١٠).

المبحث الثاني
شروط استحقاق الحضانة شرعاً وقانوناً

اشترط الفقهاء لثبوت حق الحضانة لمن له حق فيها، وأرادها شروطاً شرعية لا يتم الاستحقاق إلا بها، وهي في الأغلب محل اتفاق بين الفقهاء، فإذا تخلف منها شرط في الحاضن سقطت عنه الحضانة إلى حين ارتفاع الموجب الشرعي عنه.

ومما تجدر الإشارة إليه قبل بيان تفاصيل الشروط المطلوبة شرعاً، ويحسن التنبيه عليه كقاعدة في ولاية الحضانة: أن الأولى والأحق في السنوات الأولى إلى سبع سنوات الأم، وأما ما بعد ذلك فهو محل خلاف بين الفقهاء، فالحنفية يجعلون حضانة الأنثى إلى أبيها حتى تتزوج، والذكر إلى أبيه حتى البلوغ والاستقلال بالنفس، وأما المالكية فإنهم يجعلون الحضانة إلى الأم إلى البلوغ، وأما الأنثى فإنها تبقى مع أمها حتى تتزوج، وأما أكثر الفقهاء فإنهم يخيرون المحضون عند سن التمييز بين أبيه أو أمه، فيختار ما يهتدي إليه، فيبقى معه حتى يستقل بنفسه، وقال الحنابلة: تبقى الأنثى عند أبيها حتى تتزوج، وأما الذكر فإنه يخير عندهم في سن السابعة.

وأما الشروط المقررة في الفقه الإسلامي التي روعي فيها مصلحة المحضون، وهي:

١ – **الإسلام** [(١)]:

فقد اشترط أكثر الفقهاء في الحاضن إذا كان المحضون مسلماً أو كافراً، أن يكون مسلماً؛ لأن الحضانة ولاية فلا تصح للكافر على المسلم؛ ولأن الفاسق المعلن لا تصح حضانته، فمن باب أولى الكافر؛ لعدم الائتمان بدينه وسلوكه على المحضون، وقد قال الله تعالى: ﴿ وَلَن يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلا﴾ (سورة النساء:١٤١).

وأجاز الحنفية، والمالكية حضانة الأنثى الكافرة على الصغير إذا لم تكن مرتدة، وكان ذلك قبل سن الفهم والإدراك أي فيما دون سن السابعة، وأجازها الظاهرية مطلقاً فيما دون سن التمييز؛ لأن المقصود رعاية واستصلاح المحضون.

---

(١) انظر: رد المحتار لابن عابدين (٦١٠/٣)؛ التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل (٢١٦/٤)؛ الحاوي للماوردي (٦١٠/١٥)؛ كشاف القناع (٤٥٤/٣)؛ المحلى (٣٢٣/١٠).

٢ - **العقل**[١]،

ويشترط لاستحقاق الحضانة أن يكون الحاضن عاقلاً اتفاقاً، فلا تصح ولاية المجنون ولا المعتوه؛ لانعدام القدرة على إدارة نفسه فكيف يدير غيره؟.

٣ - **البلوغ**[٢]:

فلا ولاية للصغير الذي لا يُحسن إدارة نفسه، وهو لم يجر عليه قلم التكليف بالأحكام؛ ولذا لم تصح حضانته اتفاقاً؛ لحديث رسول الله ﷺ: (رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ) [٣].

٤ - **العدالة الظاهرة** [٤]:

والعدالة هي الاستقامة والاعتدال في المنهج، وهي تتمثل في المحافظة على الفرائض والنوافل، واجتناب الكبائر، وعدم الإصرار على الصغائر مع ملازمة المروءة، وكما هو معلوم فإن الحضانة ولاية، وولاية الفاسق المجاهر، والفاجر لا تصح، وأما من وقع في الصغائر وهو مستور الحال فإن حضانته تصح عند أكثر الفقهاء؛ ولأن حضانة الفاجر أو الفاجرة، أو المعلن بالفسق تضرٌّ بالمحضون فلا تصح إذن.

٥ - **الرُّشد**[٥]:

واشترط المالكية، والشافعية، ومن وافقهم أن يكون الحاضن مرشداً لا يتهم بسفه ولا تبذير، فهو لا يؤمن على مال المحضون؛ ولأنه ثبت في شرط الولاية

---

(١) رد المحتار(٦١٠/٣)؛ حاشية الدسوقي (٥٢٨/٢)؛ مغني المحتاج (٤٥٤/٣)؛ كشاف القناع للبهوتي (٤٩٨/٥)؛ المحلى (٣٢٣/١).

(٢) رد المحتار(٦١٠/٣)؛ حاشية الدسوقي (٥٢٩/٢)؛ مغني المحتاج(٤٥٤/٣ - ٤٥٥)؛ المغني لابن قدامة (٤١٠/٧)؛ المحلى (٣٢٣/١٠-٣٢٤).

(٣) رواه البخاري في صحيحه في كتاب الحدود موقوفاً على عليّ ﷺ رقم (٢٢)؛ ورواه أحمد في المسند(١٠٠/٦)؛ ورواه الترمذي في سننه في كتاب الحدود رقم (١)؛ ورواه أبو داود في سننه في كتاب الحدود رقم (١٧)، وقال أبو عيسى: "حديث علي حديثٌ حسن غريب" (٢٤/٤).

(٤) الاختيار لتعليل المختار عبدالله الموصلي (٢٢٨/٢)؛ ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي محمد الأمير (٥٥٠/٢)؛ مغني المحتاج (٤٥٥/٣)؛ المغني لابن قدامة (٤١٠/٧)؛ المحلي (٣٢٣/١٠).

(٥) انظر: ضوء الشموع شرح المجموع (٥٥٠/٢)؛ مغني المحتاج (١٥٤/٣).

أن يكون الولي مرشداً، كما ثبت أن رسول الله ﷺ قال: " لا نكاح إلا بولي مرشد، وشاهدي عدل" (١).

٦ - **فراغ المرأة** (٢):

وخلوها من رباط الزوجية الذي يستدعي منها التفرغ في خدمة الزوج، والانصراف إليه بالكلية، وعليه فلا حضانة للزوجة على ابنها أو قريبها؛ لصعوبة القيام بحقه، والنظر في مصلحته، ما لم يكن الزوج من عصبة المحضون الذي يؤثر بمصلحة الصغير على نفسه؛ فمن أجل ذلك أثبت رسول الله ﷺ حضانة الأنثى المتزوجة على صغيرها إذا كانت متزوجة بعصبة المحضون، كما أقر النبي ﷺ حضانة ابنة حمزة لجعفر بن أبي طالب، فهو ابن عم لها؛ وتحته خالتها، وهذا الحديث مخصص لحديث النهي عن إعطاء المتزوجة حق الحضانة على الصغير؛ لما ثبت في قضية المرأة، فقال ﷺ: (أنتِ أحق به ما لم تنكحي، فانطلقت به)(٣).

٧ - **الحرية** (٤):

واشترط الفقهاء لصحة الحضانة أن يكون الحاضن حراً، فلا ولاية للعبد؛ ولأن العبد متفرغ لخدمة سيده فلا يقوى على إدارة غيره ولو كان المحضون رقيقاً عند أكثر الفقهاء، وقال جماعة: تصح حضانته لرقيق سيده، أو لابنه.

٨ - **القدرة على القيام بشأن المحضون بدنياً وحركياً** (٥):

فلا ولاية لعاجز عن إدارة شأن الصغير العاجز، فمن عجز لكبر سِنٍّ، أو لفقد حاسة تعيقه عن رعاية وحفظ الصغير؛ كمن فقط حاسة الإبصار، أو السمع، أو النطق فلا تصح حضانته وكفالته اتفاقاً.

---

(١) قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٨٩/٤): رواه الطبراني في الأوسط ورجاله رجال الصحيح.

(٢) رحمة الأمة ص ٤٥٨؛ الإفصاح عن معانى الصحاح لابن هبيرة، ص (٣٧٢)؛ الوسيط للغزالي (٢٣٩/٦)؛ المغني (٤١٤/٧).

(٣) تقدم تخريجه في البحث.

(٤) رد المحتار (٦١١/٣)؛ حاشية الدسوقي (٥٣٠/٢)؛ الوسيط (٢٣٨/٦)؛ المغني (٤١٠/٧)..

(٥) رد المحتار (٦١٢/٣-٦١١)؛ حاشية الدسوقي (٥٢٨/٢)؛ مغني المحتاج (٤٥٦/٣)؛ كشاف القناع (٤٥٩/٥).

٩ - **واشترط الفقهاء قاطبة** [١]:

أن لا يكون بالحاضن مرض مُعْدٍ، أو لا يرجى برؤه يعيق من أداء الحاضن، ويلحق الأذى والضرر بالمحضون، كما في الأمراض الوبائية، والأمراض المستديمة التي تؤثر على حركة الحاضن ونشاطه، وحضور ذهنه، ودوام قدرته على تربية المحضون، والقيام بما يصلحه كمن بُلِيَ بمرض الفالج أو الأمراض القلبية والنفسية الملازمة له؛ والأصل في ذلك ما ثبت في الصحيحين قوله ﷺ: (فِرّ من المجذوم فِرارك من الأسد)[٢]، وثبت أيضاً قوله ﷺ: (لا يُورِدن ممرض على مصح)[٣]، وكما ثبت أيضاً قوله ﷺ: (لا ضرر، ولا ضرار)[٤].

وجه الدلالة:

إن الشريعة توجب الحجر الصحي، والطب الوقائي، وهذا يتمثل بالابتعاد عن الأمراض المعدية التي تحدث خطراً أو ضرراً على الأبدان الصحيحة، وتستجر على العقول عقائد زائفة كانت شائعة عند أهل الجاهلية، وهي الاعتقاد أن الممرض هو الشخص المريض الذي نقل المرض إلى الصحيح دون أن يكون لله أثر فيه، وهذا اعتقاد فاسد يؤثر على العقول والعلاقات الاجتماعية؛ ولأن الضرر منتف شرعاً وعقلاً، فلا يصح إلحاقه بالمحضون-؛ ولأن المقصود من الحضانة الكفالة، وجلب المصالح للمحضون، وهذا يتعذر في ظل الأمراض المميتة والمعيقة.

وأما الأمراض التي يُرجى برؤها؛ كالحمى والالتهابات الجلدية والنفسية وما كان في معناها، ففي حضانة من يعتريه ذلك تفصيل للفقهاء، ومفاده: إن كان المرض

---

(١) لم أعثر على نص في المذهب الحنفي بشأن هذا الشرط، إلا أن قواعدهم في الحضانة تقتضي لزومه؛ القوانين الفقهية لابن جزي ص١٨٢؛ الحاوي الكبير (١٥/١٠٥ - ١٠٦)؛ كشاف القناع (٥/١٩٩)؛ المحلي (١٠/٣٢٣ - ٣٣٤)؛ فقه السنة لسيد سابق (٢/٢٣٠).

(٢) رواه البخاري في صحيحه في كتاب الطب رقم (٥٧٠٧)؛ ورواه مسلم في صحيحه رقم (٢٢٢٠).

(٣) رواه البخاري في صحيحه في كتاب الطب رقم (٥٧٧١)؛ رواه مسلم في صحيحه رقم (٢٢٢١).

(٤) رواه أحمد في المسند (١/٣١٣)؛ ورواه عبدالله بن أحمد في زوائد المسند (٥/٣٢٧)؛ ورواه ابن ماجه في سننه رقم (٢٣٤٠)؛ وله شواهد كثيرة ترقى به إلى درجة الحسن، وقال ابن رجب، نقلاً عن أبي عمرو بن الصلاح: "هذا الحديث أسنده الدارقطني من وجوه، ومجموعها يقوي الحديث ويحسنه، وقد تقبله جماهير أهل العلم واحتجوا به"؛ جامع العلوم والحكم، ص٢٨٧.

لا يؤثر على إدراك الحاضن ولا حركته ولا قدرته فتجوز حضانته، وإن كان يؤثر على حركته ونشاطه وذهنه فلا تصح كفالته وحضانته حتى يزول العارض، ويعتدل المزاج، ويستوي البدن؛ لأن الأحكام تدور مع العلل وجوداً وانتفاءً، فإن قدر الحاضن على حفظ المحضون وإصلاح أمره والقيام بما يحتاجه صحت حضانته، وإن عرض له ما يمنعه من ذلك سقطت حضانته.

ويُفهم من هذا كله، أن الأمراض المعدية، والمستديمة التي تضر بالمحضون فهي أسباب تسقط بها الحضانة، وأما الأمراض البسيطة التي لا تضر بحركة الحاضن ونشاطه فإنها لا تسقط الحضانة عند عامة الفقهاء، والذي ينبغي إلفات النظر إليه والاهتمام به في باب الشروط المقررة في هذا المقام أن الشروط الشرعية التي اعتبرها الشارع الحكيم يجب توافرها في الحاضن من حين المطالبة بالحضانة إلى نهاية زمن الحضانة والاستغناء عنها من قبل المحضون، حيث تتحدد عند أكثر الفقهاء كما أشرنا ذلك بالبلوغ والقدرة على الاستقلال بالنفس مادياً ومعنوياً؛ ولذا يفهم من هذا أنه من تخلف عنه الشرط عند المطالبة فلا تصح مطالبته، ومن تخلف عنه الشرط بعد القيام بمهام ووظيفة الحضانة فإنها تسقط عنه إلى حين ارتفاع العارض المانع منها.

١٠ – أن يكون البلد والمكان المعد للحضانة آمِناً من الأمراض [١]، أو الحروب والكوارث:

لئلا يستضر المحضون، ويكدر عليه في معاشه ودينه، فيؤثر ذلك على بدنه وعقله وسلوكه ونفسيته، وهذا القدر متفق عليه بين الفقهاء.

١١ – أن يكون زمن الحضانة للصغير دون سن البلوغ:

وأما إذا كان المحضون مريضاً مرضاً مزمناً، أو مجنوناً، أو معتوهاً فإن حضانته تمتد إلى وفاته، أو إزالة العارض عنه، وهذا الشرط محل اتفاق بين العلماء.

١٢ – ويشترط في الحاضن إن كان ذكراً أن يكون مَحْرَماً للأنثى المحضونة[٢]:

حماية للدين، وصيانة للعرض، فإن لم يكن للمحضونة ناس من أقربائها، وإنما كان لها ذكر غير محرم من عصبتها، فإنه يجوز للحاكم أن يجعل حضانتها عنده إذا

(١) حاشية الدسوقي (٥٢٨/٢)؛ رحمة الأمة ص٤٥٩؛ الإفصاح ص٣٧٣، المغني (٤١٠/٧).

(٢) رد المحتار (٦١٩/٣)؛ حلية العلماء (٤٣٦/٧)؛ الوسيط (٢٤٥/٦)؛ المغني (٤١٦/٧).

وضعت الأنثى في يد زوجة، أو أخت الحاضن مؤتمنة في دينها، وللحاكم مراقبة ذلك، وبه قال أكثر الفقهاء.

١٣ - أن يكون الحاضن (الأم أو الأب) والمحضون في إقامة آمنة:

لأن السفر مظنة الأخطار والتقلبات، فبقاء المحضون في الحضر وأرض إقامته مع حاضنه أسلم له، وأصون لدينه ومعاشه؛ ولما كان مقصود الحضانة الكفالة، ورعاية المصلحة للمحضون فالواجب إبقاؤه في يد المقيم منهم حماية له من الأخطار والبلايا، فإذا تصورنا في المسألة المتعلقة بالسفر صوراً عقلاً، فإننا نخلص إلى الصور الآتية [١].

الصورة الأولى: يسافر الحاضن والولي سوياً إلى بلد واحد يرمي إليه الجميع فإن الحضانة تبقى للحاضن.

الصورة الثانية: إذا أراد أحد الأبوين السفر دون الآخر فاختلفا، فلمن تكون الحضانة يا ترى؟ ففي المسألة ثلاثة أقوال مشهورة للفقهاء، وهي:

١- إذا كان السفر لحاجه، ولأمر طارئ كعلاج أو زيارة أو اتجار، فإن الحضانة تكون للمقيم منهما، سواءٌ أكان الأب أم الأم، وبه قال أكثر الفقهاء، وقال المالكية: يبقى المحضون في يد الحاضنة ما دام قريباً من والده، وإذا كان السفر للانقطاع أو الاستيطان في بلد آخر فإن الأحق بالولد هو الأب سواءً أكان هو المسافر أم المقيم؛ لأن الأب هو الذي يقوم بتأديب ولده وتعليمه العلوم والصنائع، ولأن النفقة لازمة عليه، ولأن النسب محفوظ به.

٢- وقال الحنفية: إذا افترق الأبوان في حضانة الولد من جهة السفر والإقامة، فإن الأولى به الأم إن كانت مقيمة، وكذا إن كانت مسافرة بالشروط المعتبرة عندهم؛ لأن الأم هي الأرعى والأقدر على كفالة محضونها، والشروط التي اعتبرها الحنفية لاستحقاق الأم حضانة الولد إذا سافرت ما يلي: أن تسافر برضا الأب، إلى بلدها بقصد الاستيطان، وأن يكون البلد التي رامت إليه هو بلدها التي تزوجها فيه الأب (الزوج)، وأن تكون البلدة مسلمة آمنة للمحضون.

---

(١) رد المحتار (٦٢٨/٣-٦٢٥)؛ حاشيه الدسوقي (٥٣٤/٢-٥٣١)؛ حلية العلماء (٤٤٤/٧ - ٤٤٥)؛ رحمة الأمة ص٤٥٩؛ الإفصاح ص٣٧٣-٣٧٤؛ المغني (٤١٣/٧ - ٤١٤)؛ المحلى(٣٢٣/١٠ - ٣٢٥).

٣- وذهب الظاهرية إلى أن الأحق بالحضانة عند الاختلاف في السفر والإقامة هي للمقيم أيا كان أباً أو أُماً.

الصورة الثالثة: وأما إذا كان الحاضن غير الأم من الأقارب، فإنه لا يجوز لها السفر بالمحضون إلا بإذن الأب.

موقف قانون الأحوال الشخصية الكويتي من شروط استحقاق الحضانة (١):

اشترط قانون الأحوال الشخصية الكويتي شروطاً محكمة لاستحقاق الحضانة، فهي ترجع في غالبيتها إلى الحاضن؛ رعاية واهتماماً به، ولذلك اشترط القانون لإثبات حق الحضانة أن يكون الحاضن عاقلاً، بالغاً، أميناً، قادراً على القيام بشئون الصغير، وخالياً من الأمراض الصحية والخلقية التي تؤثر على شخصية المحضون، واشترط أيضاً أن يكون الحاضن محرماً للأنثى، وأن لا تكون المرأة متزوجة إلا إذا تزوجت بعصبة المحضون.

وأجاز القانون للحاضن الكافرة كفالة المحضون فيما دون سن السابعة، ولم يتكلم في الحرية؛ لأن القانون الدولي يمنع من الرق ويحرمه، ويجرم فاعله، وقد نص على ذلك كله في المواد ١٩٠ – ١٩٣.

ففي المادة ١٩٠ نص في الفقرة (أ ، ب) على أنه:

أ – يشترط في مستحق الحضانة البلوغ، والعقل، والأمانة، والقدرة على تربية المحضون، وصيانته صحياً وخلقياً.

ب – ويشترط في الحاضن أن يكون محرما للأنثى، وعنده من يصلح للحضانة من النساء.

وفي المادة (١٩١):

أ – نص على أنه إذا تزوجت الحاضنة بغير محرم للمحضون، ودخل بها الزوج تسقط حضانتها.

ب – سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بلا عذر بعد علمه بالدخول، يسقط حقه في الحضانة، وادعاء الجهل بهذا الحكم لا يعد عذراً.

وفي المادة (١٩٢) نص على أن: الحاضنة غير المسلمة تستحق حضانة الولد المسلم حتى يعقل الأديان، أو يخشى عليه أن يألف غير الإسلام، وإن لم يعقل الأديان،

(١) انظر: قانون الأحوال الشخصية الكويتي، ومذكرته التفسيرية.

وفي جميع الأحوال لا يجوز إبقاء المحضون عند هذه الحاضنة بعد بلوغ السابعة من عمره.

وقد وافق القانون مذهب عامة أهل العلم في جميع الشروط المذكورة أعلاه، وفي شرط الإسلام وافق القانون مذهب الحنفية، ومن وافقهم.

المبحث الثالث

بيان مفهوم القاعدة الفقهية " الساقط لا يعود "

في باب الحضانة خاصة

قاعدة " الساقط لا يعود، كما أن المعدوم لا يعود " [1].

١ – مفهوم هذه القاعدة عند الفقهاء:

أن كل الحقوق والواجبات التي تقبل السقوط بسبب مسقط الحق – كما في الحقوق الأدمية كالدين، والدية، والغرامة، والنفقة والشفعة، والقذف، والقصاص – فلا يجوز بعد إسقاطها العود في مطالبتها؛ لأنها أصبحت معدومة لا حق لصاحبها فيها ... وأما الحقوق التي لا تقبل الإسقاط فهي المتعلقة بحقوق الله – كحق النسب، والبنوة، وكالحدود، والعبادات، والكفارات ... ، فلا يصح لأحد أن يسقطها؛ لأنها حقوق لله تعالى محضة، فلا يحل لأحد أن يسقطها عن نفسه، أو عن غيره، فهي إذن عائدة على صاحبها ومطالب بها.

وهناك حقوق إلاهية مرتبطة بالشرط الشرعي، والموجب الديني، فإذا تخلف الشرط سقط الحق، ولكن إذا انتقى العارض عاد الحق لصاحبه من جديد، كما في الحضانة، وسقوط النفقة عن الناشزة، وسقوط القيام في الصلاة عن العاجز أو المشقوق عليه، فإن انتقى العارض لزمه القيام به، وسائر الشروط التي وضعها الشارع قيوداً في الأحكام.

(٢) توثيق هذه القاعدة:

فقد استدل الفقهاء على صحة القول بهذه القاعدة ووجوب العمل بها بالأدلة الآتية:

أ – قال تعالى: ﴿ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلا أَن يَصَّدَّقُوا...﴾(سورة النساء/٩٢)، وقوله تعالى: ﴿إِلا أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَن تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ (سورة البقرة/٢٣٧).

---

(١) انظر: مجلة الأحكام العدلية المادة رقم (٥١)؛ وانظر: الشرح درر الحكام، علي حيدر (٤٩/١-٤٨)؛ شرح القواعد الفقهية مصطفى الزرقا القاعدة (٥١) ص ٢٦٥.

وجه الدلالة:

أن الشارع الحكيم أجاز العفو والإبراء والإسقاط في الدية والمهور؛ لأنها من الحقوق الآدمية التي يصح التنازل عنها، فمن عفا عن ذلك أصبح ما كان له كالمعدوم فلا يصح الرجوع فيه.

ب- وثبت في الصحيحين عن عبد الله بن كعب عن أبيه أنه تقاضي ابْنَ أَبِي حَدْرَدٍ ديناً كان له عليه في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعه رسول الله ﷺ فخرج حتى كشت ستر حجرتَه فقال: (يا كعب ضع من دينك هذا، وأشار إليه بالشطر، قال: نعم فقضاه) [1].

(٣) حكم العمل بالقاعدة:

تشير هذه القاعدة نتيجة صحيحة لأدلة شرعية صحيحة، وفروع فقهية مختلفة في أبواب شتى من الفقه الإسلامي، تقرر وجوب العمل بهذه القاعدة عند عامة الفقهاء إلا ما استثناه النص، وما من قاعدة وضعية شرعية إلا وورد فيها استثناءات شرعية. وقد خرّج الفقهاء [2] على هذه القاعدة فروعاً فقهية كثيرة في أبواب شتى من الفقه الإسلامي. ومن ذلك ما ورد في باب الحضانة، فإن أكثر الفقهاء ذهبوا إلى أن الحضانة إذا سقطت لتعذر شرط من شروطها، فإنها تسقط ما دام العارض قائماً، فإن زال العارض رجعت الحضانة إلى صاحبها، فمن سقطت عنه الحضانة لجنون، أو مرض، أو كفر، أو ضعف، أو نحوه، ثم زال العارض الشرعي فإن الحضانة ترجع لصاحبها بعد ذلك، ولا يقال: الساقط لا يعود.

وذهب المالكية إلى التفصيل، فما سقط منها بسبب اختياري فإذا زال فلا ترجع الحضانة إليه، وما يسقط منها بسبب اضطراري كالجنون، والمرض، والعجز فإذا زال فإن الحضانة ترجع إلى صاحبها.

---

(١) رواه البخاري في صحيحه في كتاب الصلاة، رقم(٤٥٧)؛ ورواه مسلم في صحيحه في كتاب المساقاة رقم (١٥٥٨).

(٢) رد المحتار (٦٢١/٣ - ٦٢٠)؛ تقريرات محمد عليش على حاشية الدسوقي (٥٣٣/٢-٥٣٢)؛ الوسيط (٢٣٩/٦)؛ المغني (٤١٨/٧)؛ حلية العلماء (٤٣٥/٧)؛ الإفصاح ص٣٧٢؛ رحمة الأمة ص٤٥٨.

موقف قانون الأحوال الشخصية من هذه الجزئية:

فقد ذهب القانون إلى أن الساقط لعذر في باب الحضانة لا يسقط بالكلية، بل إذا زال العارض رجع الحق إلى صاحبه، كما نصت المادة (١٩٣) على أنه (لا يسقط حق الحضانة بالإسقاط، وإنما يمتنع بموانعه ويعود بزوالها)، وعليه إذا تزوجت الحاضنة سقط عنها حق الحضانة فإذا طلقت طلاقاً بائناً كان لها حق الرجوع بالمطالبة، وكذا لو سقطت الحضانة بسبب جنون أو عته أو مرض، ثم زال هذا المانع فإن الحق يرجع إلى صاحبه بعد ذلك، وقد وافق القانون بهذا القول مذهب جمهور الفقهاء.

الخاتمة

وفيها أهم النتائج والتوصيات

ويطيب لي في خاتمة هذه الدراسة أن أسجل أبرز النتائج، والتوصيات التي توصلت إليها:

أولاً: النتائج:

١- إن الحضانة في الفقه الإسلامي هي حفظ من لا يستقل بنفسه، وتربيته، أو القيام عليه بما يصلحه في معاشه ومعاده.

٢- وحقيقة الإسقاط عند الفقهاء هو: إزالة الملك والحق، لا إلى مالك ولا إلى مستحق، وتسقط بذلك المطالبة به.

٣- الحقوق الآدمية تقبل الإسقاط، فإذا أسقطها مالكها فلا تعود بعد ذلك، والحقوق الإلهية المتعلقة بالتكاليف والأحكام فإنها لا تقبل الإسقاط من قبل المكلف، وأما الحقوق المتعلقة بضابط شرعي فإنها تسقط بالمانع، فإذا زال المانع عاد الحق لصاحبه بعد ذلك.

٤- نظر الفقهاء في الأحق بحضانة الصغير ونحوه، فاختلفت عباراتهم في تقديم الأولى، وتقدير الأسبق منهم حقاً في الترتيب؛ بناءً على الأدلة الشرعية، وتحقيق الأقرب منهم بالمحضون شفقة وعطفاً، وهي على أربعة مذاهب:

أ- قدموا الأم، ثم أم الأم وإن علت، ثم أم الأب وإن علت، ثم الأب، ثم الأخت الأقرب فالأقرب، ثم الخالات، ثم العمات، ثم العصبات بالترتيب بحسب الترتيب، ثم الحاكم. وإن تعدد الحاضنون فالأولى الأصلح والأورع، وبهذا قال جمهور الفقهاء.

ب-وذهب المالكية، وهو المعمول به في القانون إلى تقديم الأم، ثم أم الأم، ثم الخالة، ثم أم الأب، ثم الأب، ثم الأخوات، ثم العمات، ثم العصبات ثم الحاكم.

ج- وذهب الحنابلة، وأهل الظاهر إلى تقديم الأم، ثم أم الأم، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الجد، ثم أمهات الجد، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم العمات، ثم العصبات، ثم الحاكم.

د – وذهب جماعة إلى تقديم الأم، ثم أم الأم، ثم الأخت، ثم أم الأب، ثم الأب، ثم الخالات، ثم العمات ... .

٥- ذكر الفقهاء أن للمحضون أربع مراحل يحتاج فيها إلى ما يرعاه ويصلحه:

- ففي المرحلة الأولى: الإرضاع، ويحتاج فيها المحضون إلى الإرضاع، وتنظيف جسده وتطهيره، وتطييبه، وحمايته من الأضرار والأخطار المحدقة به.
- وفي المرحلة الثانية: وهي مرحلة الحضانة إلى سن السابعة، وفيها يحتاج المحضون إلى تعليم المبادئ، والقواعد الأولية في الأدب والرياضة الذهنية، وحفظ القرآن، وغرس الأخلاق الفاضلة فيه، علاوة على تنظيفه وتطهيره، والعناية بملبسه وصحته.
- وفي المرحلة الثالثة: وهي مرحلة الكفالة من سن التمييز إلى سن البلوغ فهو يحتاج فيها – علاوة على ما ذكرنا في فترة الحضانة – إلى توجيهه وتشجيعه على نَهْل العلوم النافعة، والفنون الرائعة، والصنائع التي يحتاج إليها أهل زمانه، مع التركيز على عباداته، وحفظ كتاب الله تعالى، واختيار الصحبة الصالحة والمتابعة.
- وفي المرحلة الرابعة: وهي مرحلة الكفاية من بعد سن البلوغ والاعتماد على النفس مادياً ومعنوياً، فهو يحتاج إلى إعفافه، وترسيخ المعاني الفاضلة والشيم العالية فيه، ومراقبته ومتابعة تصرفاته، وبذل النصح له.

٦- اشترط الفقهاء شروطاً لصحة استحقاق الحضانة للحاضن، وهي شروط محل اتفاق عند الفقهاء في الأغلبية، وهي العقل، والبلوغ، والحرية، والإسلام، والعدالة الظاهرة، والرشد، والقدرة على القيام بمصلحة المحضون، وأن يكون الحاضن مقيماً في بلد آمن هادئ مستقر، وأن يكون المحضون صغيراً، إذا لم يكن مريضاً أو مجنوناً، وأن تكون الحاضنة غير متزوجة إلا إذا كان زوجها عصبة للمحضون، وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الكويتي بجميع ما ذكره الفقهاء من الشروط، وما سكت عنه فيرجع فيه إلى المذهب المالكي؛ عملاً بالمادة (٣٤٣) من القانون نفسه.

٧- اتفق الفقهاء على أن الحاضن لابد أن يكون خالياً من الأمراض المعدية والمنفرة، وأما الأمراض البسيطة التي يرجى برؤها، فإن لم تكن مؤثرة على حركة ونشاط الحاضن فإنها لا تسقط الحضانة، وما كان منها مؤثر فإنها تسقط الحضانة.

٨- ذهب أكثر الفقهاء إلى أن الساقط في الحضانة يعود إذا زال المانع، فمن مُنع لمرض أو جنون أو لزواج أو السفر، ثم زال هذا العارض فإن الحضانة ترجع إليه، ولا يقال الساقط هاهنا لا يعود، وفرَّق المالكية بين المانع الاضطراري والاختياري، فإن الاختياري لا يعود، وقد أخذ القانون بقول الجمهور.

ثانياً: التوصيات:

وأوصي في خاتمة دراسة الحضانة بما يلي:

١ - تثقيف المجتمع بحقوق الحاضن والمحضون، والتركيز على حاجيات ومتطلبات المحضون في مراحله.

٢ - إعلاء مكانة الإسلام، وتعظيم شأنه، وتلاحظ في مشهد الحضانة من خلال رعايته لحقوق ومكاسب المحضون في سنوات تكوينه، وحفظه له من الضياع والانحراف.

٣ - التشديد على شروط الاستحقاق للحضانة؛ رعاية واهتماماً بالمحضون، وتحقيقاً لمصلحته الخاصة.

٤ - التنبيه على أبرز الملاحظ في الحضانة، وهي اختيار الحاضن الأشفق، والألين، والأحن، والأورع.

أهم المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: كتب الحديث، وعلومه:

م	المرجع
١	جامع العلوم والحكم لابن رجب، من علماء القرن الثامن، مكتبة الرسالة، عمَّان.
٢	سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث ٢٧٥ هـ، مطبعة محمد محيي الدين عبدالحميد القاهرة، ١٩٣٥م.
٣	سنن الترمذي، محمد بن عيسى ٢٧٩ هـ، (د، ن) القاهرة، ١٩٣٠م.
٤	سنن ابن ماجه، عبد الله بن يزيد القزويني ٢٧٥ هـ، المكتبة العلمية، القاهرة، ١٩٥٢م، تحقيق: محمد فؤاد.
٥	سنن النسائي، أحمد بن شعيب ٣٠٣ هـ، مطبعة الشيخ محمد المسعودي، القاهرة شرح السيوطي.
٦	صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل ٢٥٦ هـ، بيت الأفكار الدولية، الرياض، ١٩٩٨م.
٧	صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج ٢٦١ هـ، دار ابن حزم، الرياض، ١٤١٩هـ.
٨	المستدرك، محمد بن عبد الله الحاكم ٤٠٥ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى.
٩	المسند، أحمد بن حنبل ٢٤١ هـ، (د، ن)، القاهرة، ١٩٨٥م.

ثالثاً: كتب الفقه الحنفي:

م	المرجع
١	الاختيار لتعليل المختار، عبدالله الموصلي ٦٨٣ هـ، مكتبه أمير، سوريا، الطبعة الأولى، تحقيق: بشار بكري عُرابي.
٢	رد المحتار شرح الدر المختار محمد أمين، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ.
٣	فتح القدير شرح الهداية لابن الهمام ٦٨١ هـ، دار الفكر، الطبعة الثانية.
٤	مجلة الأحكام العدلية، وشرحها درر الحكام، علي حيدر، دار الكتب العلمية، بيروت.

رابعاً: كتب الفقه المالكي:

م	المرجع
١	التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل محمد بن يوسف العبدري ٨٩٧ هـ، الطبعة الثانية.
٢	حاشية الدسوقي على الشرح الكبير وبهامشه تقريرات محمد عُليش أحمد بن عرفة، دار الفكر.
٣	ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي، محمد الأمير، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة.

خامساً: كتب الفقه الشافعي:

م	المرجع
١	مغني المحتاج على المنهاج للشربيني محمد الخطيب ٩٧٧ هـ، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٨م.
٢	الوسيط في المذهب، محمد بن محمد الطوسي الغزالي ٥٠٥ هـ، دار السلام، القاهرة، ١٩٩٧م.

سادساً: كتب الفقه الحنبلي:

م	المرجع
١	السلسبيل في معرفة الدليل، صالح البليهي، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الثالثة.
٢	كشاف القناع: شرح الإقناع للبهوتي منصور بن يونس البهوتي ١٠٥١ هـ، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى.
٣	المبدع: شرح المقنع لابن مفلح إبراهيم بن محمد بن مفلح ٨٨٤ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت١٩٩٧م.

سابعاً: كتب علم الخلاف:

م	المرجع
١	الإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة الحنبلي، دار النوادر، سوريا الكويت، الطبعة الأولى.
٢	حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، محمد بن أحمد الشاشي القفال ٥٠٧هـ، دار الباز مكة، الطبعة الأولى.

م	المرجع
٣	الحاوي الكبير علي بن محمد الماوردي٤٥٠ هـ، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٣م.
٤	رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، محمد الدمشقي ٧٨٠ هـ، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى.
٥	مجموع الفتاوي الكبرى، أحمد بن عبدالحليم، مكتبة التقوى، السعودية، ١٩٠٠م، ترتيب: عبدالرحمن بن محمد.
٦	القوانين الفقهية، محمد بن أحمد الكلبي٧٤١ هـ، دار الحديث، القاهرة.
٧	المحلي لابن حزم ٤٥٦ هـ، دار التراث، القاهرة، تحقيق: أحمد محمد شاكر.
٨	المغني شرح متن الخرقي، عبدالله بن قدامة المقدسي ٦٢٠ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية.
٩	فقه السنة الشيخ سيد سابق، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى.

ثامناً: كتب اللغة، ومتونها:

م	المرجع
١	التعريفات، علي بن محمد الجرجاني ٨١٦ هـ، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى.
٢	لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور ٧١١ هـ، دار المعارف، القاهرة.
٣	معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس ٣٩٥ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩م.

تاسعاً: كتب القواعد الفقهية:

م	المرجع
١	مجلة الأحكام العدلية، دار الكتب العلمية، بيروت.
٢	شرح القواعد الفقهية، مصطفى الزرقا، دار الفكر.

عاشراً: كتب القانون:

م	المرجع
١	قانون الأحوال الشخصية الكويتي، ومذكرته التفسيرية.