ترتيب مستحقي الحضانة
في قانون الأحوال الشخصية الكويتي
دراسة فقهية مقارنة

د٠ حسين مبارك القحطاني (*)
د٠ راشد سعد الهاجري (*)

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين ، ثم أما بعد :

فإن الحضانة من محاسن التشريع إذ فيها حفظ الصغير ، ومراعاته في كل شئون حياته ، بدءاً واستمراراً وانتهاءً ، بما فيه مصلحة المحضون ، وبيان واجبات الحاضن تجاهه ، وهي أحكام قررها الفقهاء قديماً وحديثاً من خلال استقراء الشريعة الإسلامية كتاباً وسنة واجماعاً وقياساً ، إضافة إلى المصادر التبعية من المصلحة و الاستحسان والعرف وغيرها ، كما سارت الكثير من القوانين المتعلقة بالأسرة أو بما يسمى في بعض البلاد بقوانين الأحوال الشخصية من خلال تقنين المواد وصياغتها وقضاء المحاكم بها .

وتظهر الأهمية من هذه الدراسة في محاولة الوقوف على مراتب مستحقي الحضانة ومعاودة النظر في حق الأب من جهة الترتيب ، من الناحية الفقهية بدراسة مقارنة بين تلك المذاهب فيما ذهبت إليه ، ومن خلال قانون الأحوال الشخصية الكويتي مع موازنته ببعض القوانين الأخرى المتعلقة بالأسرة في البلاد العربية ، ولذا رأى الباحثان إماطة اللثام عن استحقاق الأب للحضانة من خلال

(*) أستاذ مساعد في قسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية ، جامعة الكويت .
(*) أستاذ مساعد في قسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية ، جامعة الكويت .

إعادة النظر في المادة (١٨٩) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي المتعلقة بترتيب مستحقي الحضانة ، ومدى صلاحيتها للتطبيق الحالي دون إمعان النظر إلى تغير الزمان والمكان والأحوال والأشخاص وقوانين التحول الاجتماعي، وبعيداً عن التطبيق المصلحي المراعي لروح التشريع ومقاصده ومبادئه ، وضرورة مراعاة المتغيرات المستمرة لحال الأسرة من ناحية، وإرساء للعدل في إعطاء كل ذي حق حقه سواء كان محضوناً أم حاضناً من ناحية أخرى.

إشكالية البحث :

تتمثل إشكالية البح ث في دراسة ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي والنظر في مرتبة الأب بين مستحقي الحضانة ، من خلال هاته الأسئلة :

- ما المراد بالحضانة في الفقه والقانون ؟
- لِمَ وقع ترتيب الأب بين مستحقي الحضانة بعيداً عن مرتبة الأم ؟
- هل هناك اتفاق بين الفقهاء والقوانين على اعتبار الترتيب بين مستحقي الحضانة ؟
- هل الترتيب بين مستحقي الحضانة أمر منصوص عليه ، أم هو تابع للاجتهاد ؟

منهجية البحث :

اتبع الباحثان المنهج الاستقرائي من خلال تتبع مفردات الموضوع وجمعها من مضانها الفقهية والقانونية ، والمنهج التحليلي من خلال الموازنة بين أقوال الفقهاء ومقررات القوانين وملاحظة أوجه المشابهة والاختلاف فيما بينها ، ومن ثم محاولة الوقوف على الراجح بين الأقوال المتخالفة تدليلاً وتعليلاً ، مع بيان الآراء من مصادرها الأصلية ومراجعها الفقهية والقانونية ، وتوثيق النقول ، وتخريج الأحاديث والآثار .

الدراسات السابقة :

لم يجد الباحثان دراسة خاصة بمرتبة استحقاق الحضانة للأب من خلال قانون الأحوال الشخصية الكويتي ، وإنما كان هناك العديد من الدراسات التي عالجت الحضانة بشكل عام أو خاص وذلك كما يلي :

- أحكام الحضانة في الإسلام دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، للباحث : سعيد بن عبد العزيز بن كليب ، بإشراف : د. محمد بحيري ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، المعهد العالي للقضاء ، ١٣٩٤هـ ، ١٩٧٤م .

وقد تعرض الباحث فيها لأحكام الحضانة بعامة ، مع مناقشة الآراء الفقهية المذهبية دون التعرض للقوانين المنظمة لأحكام الحضانة في الأقطار العربية ، وهو ما يختلف مع هذه الدراسة من بحث إشكالية ترتيب مستحقي الحضانة بخصوصها على ضوء المادة (١٨٩) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي ، والبحث في سبب الترتيب ، ومدى تأثيره على حق المحضون والحاضن ، ومقارنة ذلك بالقوانين الأخرى اتفاقاً واختلافاً ، وملائمة ذلك في ظل التغيرات المجتمعية .

- انتهاء الحضانة وحكم التخيير فيها في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية ، د. محمد يوسف المحمود ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، السنة ٤٣ ، العدد ٢، ٢٠١٩م .

ناقش الباحث موضوع انتهاء حضانة الصغير الذي لا يستقل بنفسه بعد فراق الوالدين، فوجد تبايناً كبيراً بين قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية في تحديد انتهاء الحضانة، وقد أعاد الباحث هذا التباين إلى اعتبارات اجتماعية تخضع لها هذه القوانين، كما تستند إلى آراء فقهاء المسلمين في هذا الشأن.

والفقهاء والقوانين يفرقون في انتهاء الحضانة بين الولد والبنت نظراً لاختلاف طبيعتهما.

وملخص اختلاف الفقهاء في موضوع الدراسة في أمرين:

الأول: في السن الذي تنتهي به الحضانة، ففريق يرى انتهاءها ببلوغ المحضون السن الذي يميز فيه الأمور، وفريق يرى انتهاءها بظهور علامات البلوغ للولد وبلوغ سن الزواج للبنت.

الثاني: في حكم التخيير للمحضون، و الخلاف في مستحق التخيير.

وهذه الدراسة تختلف عن موضوع دراستنا المنصب على مناقشة المادة (١٨٩) في بيان ترتيب مستحقي الحضانة ، وموضع الأب من هذا الترتيب ، وما يترتب عليه ، والمقترحات لتعديل هذه المادة .

- تخيير المحضون الصغير وكفالته في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية الكويتي ، د. يوسف حسن عبد الرحمن الشراح ، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، جامعة الكويت ، مجلد : ٢٥، العدد : ٨٠ ، ٢٠١٠م .

وقد ذهب الباحث إلى بيان حكم تخيير المحضون ، وأقوال الفقهاء وأدلتهم في التخيير ، ومناقشتها ، والترجيح ، مقارناً ذلك بقانون الأحوال الشخصية الكويتي ، و لم يتعرض الباحث إلى إشكالية الترتيب بين مستحقي الحضانة ، وكون الأب بمنزلة بعيدة عن مرتبة الأم ، وسبب ذلك ، ومدى تأثيره على المحضون ، وحق الأب في الحضانة ، وغيره مما تطرقنا إليه في هذه الدراسة.

خطة البحث ، قسم البحث إلى خمسة مباحث ثم الخاتمة والنتائج والتوصيات على النحو التالي :

*** المبحث الأول : تعريف الحضانة**

المطلب الأول : تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : تعريف الحضانة في القانون الكويتي

المبحث الثاني : مشروعية الحضانة

المبحث الثالث : شروط الحضانة

المطلب الأول : شروط الحضانة في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : شروط الحضانة في القانون الكويتي

*** المبحث الرابع : مراتب الحضانة**

الخاتمة وأهم النتائج والتوصيات .

المبحث الأول

تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي

نشرع أولاً في بيان تعريف الحضانة في اللغة حتى يتبين المراد اللغوي ومدى ارتباطه بالمعنى الاصطلاحي للحضانة عند الفقهاء ، ومن ثم نبين التعريف الاصطلاحي للحضانة عند فقهاء المذاهب الفقهية ، و يليه تعريف قانون الأحوال الشخصية الكويتي .

تعريف الحضانة لغة :

الحضانة مصدر حضن ، يقال : حضنت الأم الصبي حضناً وحضانة أي جعلته في حضنها وحفظته ، وحضن الطائر البيض إذا ضمه إلى نفسه ، والحُضن ما دون الإبط إلى الكشح [(١)] .

كما تدل الحضانة على النصرة والإيواء ، يقال : حضنه واحتضنه بمعنى آواه ونصره . [(٢)]

المطلب الأول : تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي :

يدور ما ذكره الفقهاء في معنى الحضانة حول معاني الحفظ والرعاية والتربية.

جاء عند الحنفية تعريف الحضانة بأنها :" فهو تربية الولد لمن له حق الحضانة "[(٣)] .

وعند المالكية : " حفظ الولد والقيام بمصالحه "[(٤)] .

---

(١) لسان العرب لابن منظور (١٢٢/١٣) ، مقاييس اللغة لابن فارس (٧٣/٢) ، المصباح المنير للفيومي ص(١٤٠) .
(٢) القاموس المحيط ، للفيروز آبادي (٢١٧/٤) ، المعجم الوسيط (١٨٢/١) .
(٣) رد المحتار لابن عابدين (٥٥٥/٣) ، وينظر : مجمع الأنهر لقاضي زادة (٤٨٠/١) .
(٤) الشرح الكبير للدردير (٥٢٦/٢) ، وينظر : شرح حدود ابن عرفة ص(٢٣٠) .

وعند الشافعية : " حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه "[١] .

وعند الحنابلة :" حفظ صغير ونحوه عما يضره وتربيته بعمل مصالحه "[٢]

فهذه التعريفات توضح معنى الحضانة وأنها القيام بحفظ الصغير ونحوه ممن لا يستقل بأموره عما يضره ، ورعايته بالقيام على مصالحه كتنظيف بدنه وموضعه وتعاهده بالطعام والشراب ، وتربيته وتنشئته بما يصلحه .

ولا يخفى أن المعنى اللغوي ألقى بظلاله على المعنى الاصطلاحي بحيث يتطابق المراد من الحضانة بكلا معنييه بأنه ما يحفظ المحضون ويرعاه ويكفله ويمنعه مما يؤذيه ويضره حسياً و معنوياً .

المطلب الثاني : تعريف الحضانة في القانون الكويتي

عرّف قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة (١٨٩) الحضانة : بأنه يراد بحضانة الصغير تربيته، ورعايته، وتعهده بتدبير طعامه، وملبسه، ونومه، وتنظيفه، وجميع شؤونه التي بها صلاح أمره، ممن له حق تربيته شرعًا .

وتعريف قانون الأحوال الشخصية الكويتي في حقيقته لا يختلف عن تعريفات الفقهاء بل هو موافق لها ، وإن كان تجاوز بيان حقيقة الحضانة إلى وصفها وبيان وظيفتها وغايتها وضرورتها للطفل الصغير وما يجب في حقه من رعاية لجميع شئونه الدينية والتربوية والتعليمية والصحية والعقلية والنفسية والحياتية من مطعم ومشرب ونوم ونظافة وتعليم والتي بها صلاح أمره ممن له حق تربيته شرعاً وعليه واجب العناية به والمحافظة عليه .

---

(١) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري (٤٤٧/٣)، وينظر : مغني المحتاج للشربيني (١٩١/٥).

(٢) الروض المربع للبهوتي ص(٦٢٧) ، وينظر : مطالب أولي النهى للرحيباني (٦٦٥/٥).

المبحث الثاني

مشروعية الحضانة

دل على مشروعية الحضانة الكتاب والسنة والإجماع .

فدليل الكتاب :

قوله تعالى : " **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُواْ أَوْلاَدَكُمْ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ** " [(١)] .

وفي هذه الآية أمر للوالدات بإرضاع الولد وهذا من معاني الحضانة وهي حفظه والعناية بصحته وأن الأم أحق بإرضاع طفلها وكفالته [(٢)]، والنهي عن الإضرار بالوالد بعدم حفظ ابنه والعناية بتنشئته [(٣)].

ودليل السنة :

١- أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قضى بابنة حمزة بن عبد المطلب لجعفر بن أبي طالب؛ إذ تنازع فيها علي بن أبي طالب وجعفر وزيد بن حارثة، فقال علي: هي ابنة عمي وعندي بنت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فأنا أحق بها، وقال جعفر: هي ابنة عمي وعندي خالتها فأنا أحق بها، وقال زيد:

---

(١) سورة البقرة آية (٢٣٣) .

(٢) المقدمات الممهدات لابن رشد (٥٦٢/١) .

(٣) فتح القدير للشوكاني (٢٨١/١) .

هي ابنة أخي وتجشمت لها السفر وكان قد خرج عنها حين أصيب حمزة فأقدمها [١] .

وفيه دليل على مشروعية الحضانة حيث إن النبي – صلى الله عليه وسلم – قد قضى بأحقية جعفر بن أبي طالب – رضي الله عنه – لحضانة ابنة حمزة بن عبد المطلب – رضي الله عنه – لكون خالتها عنده .

٢- حديث عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء ، وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني ، وأراد أن ينتزعه مني ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أنت أحق به ما لم تنكحي " [٢] .

ودلالة الحديث ظاهرة في مشروعية الحضانة حيث إن النبي – صلى الله عليه وسلم – قد أعطى الأم الحق في حضانة ابنها بعد طلاقها .

وأما دليل الإجماع :

فقد قال ابن رشد : " وأما الإجماع فلا خلاف بين أحد من الأمة في إيجاب كفالة الأطفال الصغار" [٣] .

---

(١) أخرجه البخاري في "صحيحه" (٣ / ٣) برقم: (١٧٨١) ، ومسلم في "صحيحه" (٥ / ١٧٣) برقم: (١٧٨٣) .

(٢) أخرجه أبو داود في "سننه" (٢ / ٢٥١) برقم: (٢٢٧٦) .

(٣) المقدمات الممهدات لابن رشد (٥٦٢/١) .

المبحث الثالث

شروط الحضانة

لما كان المطلب الأسمى للحضانة هو حفظ المحضون وصيانته والقيام على تربيته ورعايته وتعاهده بما يصلحه ؛ فإن ذلك يقتضي أن يكون للحاضن أهلية خاصة اشترط الفقهاء لها شروطا يكون الحاضن بها أهلا للقيام بالحضانة ، ومن خلال النظر في ما ذكره الفقهاء من شروط في من يتولى الحضانة نجد أن هذه الشروط تأخذ باعتبارها مصلحة المحضون والعناية به لتحقيق أكبر قدر برعايته واستقامة أحواله .

المطلب الأول : شروط الحضانة في الفقه الإسلامي

يمكن أن تقسم الشروط إلى ثلاثة أنواع من الشروط :

شروط عامة في النساء والرجال ، وشروط خاصة بالرجال ، وشروط خاصة بالنساء ؛ أما الشروط العامة فهي :

١- **الإسلام** ؛ وهذا شرط عند الشافعية[١] والحنابلة [٢]وقول لبعض المالكية[٣] ومذهب الحنفية[٤] بالنسبة للحاضن الذكر ؛ وذلك إذا كان المحضون مسلما ، إذ لا ولاية للكافر على المسلم، وحفاظا على المحضون حتى لا يفتن في دينه. أما عند المالكية[٥] في المشهور عندهم وعند الحنفية[٦] بالنسبة للحاضنة الأنثى، فلا يشترط الإسلام إلا أن تكون المرأة مرتدة . أما غير المسلمة –

(١) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري (٤٤٧/٣)

(٢) كشاف القناع للبهوتي (٤٩٨/٥)

(٣) منح الجليل لعليش (٤٢٥/٤) .

(٤) بدائع الصنائع للكاساني (٤٣/٤) .

(٥) المدونة للإمام مالك (٢٦٠/٢)، شرح الخرشي(٢١٢/٤) .

(٦) البحر الرائق لابن نجيم (١٨٥/٤) .

كتابية كانت أو مجوسية – فهي كالمسلمة في ثبوت حق الحضانة في الوقت الذي لم يعقل المحضون فيه الدين، أو يخشى على المحضون أن يألف الكفر فإنه حينئذ يتزع منها ويضم إلى أناس من المسلمين ، لكن عند المالكية إن خيف عليه فسادا فلا ينزع منها ، وإنما تضم الحاضنة لمسلمين ليكونوا رقباء عليها [١] .

– **البلوغ والعقل** ، فلا تثبت الحضانة لصغير ولا لمجنون أو معتوه [٢] ، إلا أن المالكية لا يعتبرون البلوغ شرطا إذا كان الصبي رشيدا [٣] .

– **الأمانة في الدين** ، فلا يمكن الفاسق من الحضانة وذلك لأن الفاسق لا يؤتمن ، والمراد : الفسق الذي يضيع المحضون ، كشرب الخمر ، والسرقة ، والزنى واللهو المحرم ، أما مستور الحال فتثبت له الحضانة [٤] .

– **القدرة على القيام بالعناية بالمحضون** ، فلا حضانة لمن كان عاجزا عن ذلك لكبر سن ، أو مرض ، أو عاهة لا يتمكن وحاله كذلك من القيام بشأن المحضون ، فكل هؤلاء لا حضانة لهم إلا إذا كان لديهم من يعنى بالمحضون [٥] .

---

(١) شرح الخرشي (٢١٢/٤) ، الشرح الكبير للدردير (٥٢٩/٢) .

(٢) منحة الخالق لابن عابدين(١٧٩/٤) ، تحفة المحتاج للهيثمي (٨٣٥٧) ، شرح الزركشي (٢١/٦)..

(٣) الفواكه الدواني للنفراوي (٦٦/٢) .

(٤) رد المحتار لابن عابدين (٥٥٥/٣) ، شرح الخرشي (٢١١/٤) ، مغني المحتاج للشربيني (١٩٥/٥) ، الإنصاف للمرداوي (٤٢٣/٩).

(٥) رد المحتار لابن عابدين (٥٥٦/٣) ، حاشية العدوي على كفاية الطالب (١٣٠/٢) ، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري(٤٤٨/٣) ، مطالب أولي النهى للرحيباني(٦٦٧/٥) .

– **السلامة البدنية** ؛ وذلك بأن يخلو الحاضن من مرض معد ، أو منفر يتعدى ضرره إلى المحضون ، كالجذام ، والبرص وشبه ذلك من كل ما يتعدى ضرره إلى المحضون [١] .

– **الرشد** ؛ وهو شرط عند المالكية[٢] وقد ذكره بعض فقهاء الشافعية[٣] وذكروا أنه منصوص الشافعي – رحمه الله –؛ فلا حضانة لسفيه مبذر لئلا يتلف مال المحضون .

– **الحرية** ؛ وذلك بأن لا يكون الحاضن رقيقا ؛ حتى لا ينشغل الحاضن بحق سيده عن القيام بشأن المحضون. وهذا ما عليه الحنفية والشافعية والحنابلة[٤] خلافا للمالكية[٥] .

– **أمن المكان** بالنسبة للمحضون الذي بلغ سنا يخشى عليه فيه الفساد ، أو ضياع ماله، فلا حضانة لمن يعيش في مكان مخوف يطرقه المفسدون والعابثون. وقد صرح بهذا الشرط المالكية [٦] .

– **عدم القسوة** بألا يكون الحاضن قاسيا على المحضون ، وأن على الحاضن استعمال الرفق وقد صرح بهذا الشرط المالكية [٧] .

---

(١) الشرح الصغير للدردير (٧٥٩/٢) ، مغني المحتاج للشربيني (١٩٥/٥) ، كشاف القناع للبهوتي (٤٩٩/٥).

(٢) حاشية الدسوقي (٥٢٨/٢) ،

(٣) حاشية الجمل للعجيلي (٥١٩/٤) .

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي (٤٩/٣) ، الوسيط للغزالي (٢٣٩/٦) ، الإنصاف للمرداوي (٤٢٣/٩) .

(٥) منح الجليل لعليش (٤٢٨/٤) .

(٦) الشرح الكبير للدردير (٥٢٨/٢) .

(٧) شرح الخرشي (٢١٠/٤) ، منح الجليل لعليش (٤٢٥/٤) .

– **عدم الغفلة** بأن لا يكون الحاضن مغفلا ؛ لأن الغفلة لا يمكن معها القيام بشأن المحضون على الوجه المطلوب ، وهذا الشرط قد ذكره بعض فقهاء الشافعية [١].

أما الشروط الخاصة بالحاضنين من الرجال فهي :

أ – إن كان المحضون بنتا مشتهاة فلا بد من المحرمية[٢] ويزيد الشافعية[٣] اشتراط الإرث مع المحرمية أو الإرث دون المحرمية على الصحيح، فإن لم يكن محرما كابن عم فإنه ينظر في حالها ؛ فإن كانت دون سبع فله حضانتها وإن كانت أكبر من ذلك فله حضانتها أيضا إن كان مأمونا وإلا فأمرها للقاضي عند الحنفية [٤] وعند الشافعية[٥] لا تضم إليه إلا إن كانت له بنت يستحيي منها فتجعل معها ؛ فإن لم يكن عنده فإنه يختار من النساء أمينة تحضنها ، وعند الحنابلة[٦] يسلمها إلى ثقة يختارها أو محرمة.

ب – يشترط المالكية لثبوت الحضانة للذكر أن يكون عنده من النساء من يصلح للحضانة[٧] .

أما الشروط الخاصة بمن تحضن من النساء فهي :

---

(١) الإقناع للشربيني (٤٩٢/٢) .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني (٤١/٤) ، حاشية الدسوقي (٥٢٨/٢) ، كشاف القناع للبهوتي (٤٩٦/٥) .

(٣) مغني المحتاج للشربيني (١٩٣/٥) .

(٤) رد المحتار لابن عابدين (٥٦٤/٣) .

(٥) بداية المحتاج لابن قاضي شهبة (٤٣٠/٣) .

(٦) الفروع لابن مفلح (٦١٥/٥).

(٧) الفواكه الدواني للنفراوي (٦٦/٢) .

أ- **أن تخلو الحاضنة من زوج أجنبي** ، الدخول ويحصل ذلك بالعقد عند الجمهور[١] واشترط المالكية[٢] .

واستثنى المالكية[٣] الصور التالية :

- أن تكون ذات زوج دخل بها ، ويسكت من يلي الحاضنة في المرتبة بعد علمه بالدخول بها وبالحكم ويمضي عام على ذلك .
- أن يكون الزوج محرماً للمحضون كالعم والخال ، أو ولياً كابن العم يتزوج الأم الحاضنة .
- أن تكون ذات زوج دخل بها لكن المحضون لا يقبل غيرها ، واستظهر بعضهم أن ذلك للرضيع خاصة ، أو قبل أن يرضع غير أمه لكن أبت المرضعة أن ترضعه إلا في بيتها ، أو بيت أمه فلا تسقط حضانة أمه .
- إذا لم يكن للولد بعدها حاضن شرعي حاضر ، أو يكون له لكن غير مأمون ، أو عاجز لمانع به .
- أن لا يكون الأب عبداً ، والأم حرة وكان هو من يليها في الترتيب .
- إذا كانت الحاضنة المدخول بها وصية على المحضونين وفيها روايتان[٤] عن مالك – رحمه الله – ؛ إحداهما : لا ينزع منها بشرط أن توفر لهم سكنا وعيشا لا يخشى عليهم فيه . والأخرى : ينزعون منها .

---

(١) منحة الخالق لابن عابدين (١٨٣/٤) ، مغني المحتاج للشربيني (١٩٦/٥) ، الروض المربع للبهوتي ص(٤٤٠) .

(٢) الشرح الكبير للدردير (٥٢٩/٢)

(٣) شرح الخرشي (٢١٣/٤-٢١٤) .

(٤) التاج والإكليل للمواق (٥٩٩/٥) .

واستثنى الشافعية[١] في الأصح والحنابلة[٢] الزوج القريب ولو لم يكن محرما وقيده الشافعية[٣] برضا الزوج والأب . وفي قول عند الحنابلة[٤] استثناء البنت إلى سبع وفي قول إلى البلوغ .

ب- **أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم** ؛ فلا حضانة لبنت العم ولا بنت الخال ، وهذا شرط عند الحنفية[٥] والمالكية[٦] ويوافقهم الشافعية[٧] إذا كان المحضون ذكرا مشتهى .

ج- **إرضاع المحضون** بألا تمتنع الحاضنة القادرة على الرضاع إذا كان يحتاج إلى رضاع ، وهذا الشرط صرح به الشافعية[٨] .

د- **ألا تقيم الحاضنة عند من يبغض المحضون** صرح بذلك الحنفية[٩] .

هـ- **ألا تسكن عند من سقطت حضانتها** ؛ كالجدة عندما تأخذ الحضانة من بنتها التي تزوجت فلا تسكن مع بنتها وهو قول المالكية في المشهور[١٠] .

- **أن تقيم الحاضنة في بلد الأب** ولا تسافر بالمحضون سفر انتقال[١١] ، واستثنى الحنفية[١٢] البلد الذي تزوجت به بأب المحضون .

---

(١) تحفة المحتاج للهيثمي (٣٥٨/٨) .
(٢) الفروع لابن مفلح (٦١٦/٥) .
(٣) مغني المحتاج للشربيني (١٩٦/٥) .
(٤) الإنصاف للمرداوي (٤٢٤/٩) .
(٥) بدائع الصنائع للكاساني (٤١/٤) .
(٦) منح الجليل لعليش (٤٢٧/٤) .
(٧) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري (٤٥٢/٣) .
(٨) نهاية المحتاج للرملي (٢٣٠/٧) .
(٩) رد المحتار لابن عابدين (٥٥٦/٣) .
(١٠) الشرح الصغير للدردير (٧٦٠/٢) .
(١١) منح الجليل لعليش (٤٢٩/٤) ، الإقناع للشربيني (٤٩١/٢) ، كشاف القناع للبهوتي (٥٠٠/٥) .
(١٢) البحر الرائق لابن نجيم (١٨٦/٤).

المطلب الثاني : شروط الحضانة في القانون الكويتي

جاء في قانون الأحوال الشخصية الكويتي بيان شروط الحضانة مضمنة في مادة واحدة نفصلها كالآتي :

جاء في نص المادة (١٩٠) :

(أ) يشترط في مستحق الحضانة :

البلوغ ، والعقل ، والأمانة ، والقدرة على تربية المحضون ، وصيانته صحياً ، وخلقياً .

(ب) ويشترط في الحاضن :

أن يكون محرماً للأنثى ، وعنده من يصلح للحضانة من النساء .

فالمادة (١٩٠) توضح أن شرط الحضانة من النساء أو الرجال :

١- البلوغ والعقل ، لأن كل من الصغير والصغيرة ، والمجنون والمعتوه في حاجة إلى عناية الغير ، لأنهم لا يحسنون القيام بشئون أنفسهم ، فكيف يوكل إليهم القيام بشئون غيرهم؟.

٢- الأمانة بحفظ كل من الدين والمال ، حسب المتبع من فقه المالكية .

٣- القدرة على تربية المحضون ، وصيانته صحياً ، وخلقياً ، فإن كان بالمرأة أو الرجل مرض يعجزه عن القيام بالعناية بالمحضون ، فلا حق لأحدهما في الحضانة ، وكذا كبر السن الذي يمنع الحاضن من القيام بشئون الصغير ، ولا يشترط إسلام الحاضنة أماً كانت أو غيرها ، لأن الحضانة مبناها على الشفقة، والحنان، ولا يؤثر فيهما اختلاف الدين، مالم يتبين خطر على دين المحضون، بأن بدأت حاضنته تعلمه أمور دينها ، وأصبح المحضون يعقل ذلك ، واتضح أن فيه خطراً على دينه ، فإنه في هذه المسألة يسقط حقها في الحضانة .

٤- واشترطت الفقرة (ب) من المادة أن يكون الحاضن محرماً للأنثى ، وعلى هذا لا يكون للرجل الحق في حضانة ابنة عمه ، لعدم المحرمية بينهما ، وإعطاؤه هذا الحق يؤدي إلى الفساد والفتنة ، فدرءاً لهذا لا يثبت له حق الحضانة .

٥- كما يشترط أن يكون عند الحاضن من يصلح للحضانة من النساء ، كزوجة أو أم ، أو خالة ، أو عمة ، لأن الرجل ليس له صبر على تربية الأطفال ، كالنساء ، فإن لم يكن عنده من يصلح من النساء فلا حق له في الحضانة .[(١)]

هكذا قرر قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة (١٩٠) شروط الحضانة وهي منقسمة إلى شروط خاصة بمستحق الحضانة وترجع في مجملها إلى قدرته الشخصية والعقلية والصحية في القيام بشئون المحضون والعناية بصلاحه وتربيته وحمايته ورعايته ، وشروط خاصة أخرى تتعلق بالحاضن فيما يختص بكون جنس المرأة أصلح من الرجل في القيام بشئون الحضانة وكونها محرماً للحاضن لأن المحرمية بين الحاضن والمحضون تدفع الفتنة ، وهذه الشروط مأخوذة من فقه المالكية .

(١) ينظر : شرح المذكرة الايضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي ص١٩٧ .

المبحث الرابع

مراتب الحضانة

اتفق الفقهاء[(١)] على أن الأم بعد الفرقة أولى بالحضانة من غيرها لما جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم : " أنت أحق به ما لم تنكحي " [(٢)] . قال ابن القيم –رحمه الله – :" ولما كان النساء أعرف بالتربية، وأقدر عليها، وأصبر وأرأف وأفرغ لها؛ لذلك قدمت الأم فيها على الأب ... فتقديم الأم في الحضانة من محاسن الشريعة والاحتياط للأطفال "[(٣)] .

المطلب الأول : مراتب الحضانة في الفقه الإسلامي

اختلفت اتجاهات الفقهاء في مستحق الحضانة بعد الأم ؛ وذلك يرجع لعدم ما ينص على ذلك بدلالة واضحة كما هو الحال مع الأم . وبيان ذلك فيما يلي :

مذهب الحنفية :

ذهب الحنفية إلى أن الأم أولى بالحضانة عند الفرقة ثم تلي الأم أمها ، ثم أم الأب [(٤)] وإن علت ، ثم الأخت لأبوين ، ثم الأخت لأم ، ثم الأخت لأب [(٥)] ، ثم

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/٤١) ، حاشية الدسوقي (٢/٥٢٧) ، نهاية المحتاج للرملي (٧/٢٢٨)، الإنصاف للمرداوي (٩/٤٢٠) .

(٢) أخرجه أبو داود في "سننه" (٢ / ٢٥١) برقم: (٢٢٧٦) .

(٣) زاد المعاد لابن القيم (٥/٣٩٢) .

(٤) قول زفر : إن الأخت الشقيقة أو لأم والخالة يقدمن على أم الأب . مجمع الأنهر لشيخي زاده (١/٤٨٠) .

(٥) تقديم الأخت لأب على الخالة هي إحدى الروايتين عن أبي حنيفة وهي التي مشى عليها أصحاب المتون، والرواية الأخرى تقديم الخالة وهي قول محمد وزفر . الجوهرة النيرة للعبادي (٢/٩٠) .

بنت الأخت لأبوين ، ثم لأم ، ثم الخالة لأبوين [١] ، ثم لأم ، ثم لأب ، ثم بنت الأخت لأب . ثم بنت الأخ لأبوين ، ثم لأم ، ثم لأب ، ثم العمة لأبوين ، ثم لأم، ثم لأب ، ثم خالة الأم ، ثم خالة الأب ، ثم عمات الأمهات والآباء ، ثم العصبات من الرجال بترتيب الإرث ، فيقدم الأب ، ثم الجد ، ثم الأخ الشقيق، ثم لأب ، ثم بنوه كذلك ، ثم العم ، ثم بنوه . وإذا اجتمعوا قدم الأورع ثم الأسن، ثم إذا لم يكن عصبة انتقل حق الحضانة لذوي الأرحام الذكور إذا كانوا من المحارم، فيقدم الجد لأم ، ثم يقدم الأخ لأم ، ثم لابنه ، ثم للعم لأم ، ثم للخال لأبوين ، ثم الخال لأب ، ثم للخال لأم ، فإن تساووا فأصلحهم ، ثم أورعهم ثم أكبرهم [٢] .

مذهب المالكية :

ذهب المالكية إلى الأم هي الأولى بالحضانة تليها أمها ، ثم جدة الأم من جهة أمها ثم جدة الأم من جهة أبيها ، ثم خالة المحضون [٣] ، ثم خالة الأم ، ثم عمة الأم ، ثم أم الأب [٤] ثم جدة الأب من جهة أمه ثم من جهة أبيه ثم بعد ذلك تكون الحضانة للأب ، ثم أخت المحضون ، ثم العمة ، ثم عمة الأب ، ثم خالة الأب ، ثم تقديم الأكفأ [٥] من بنت أخ أو بنت أخت [٦] ، ثم الوصي ، ثم الأخ ،

---

(١) تقديم الخالة على بنت الأخت لأب في الصحيح عند الحنفية ، والرواية الأخرى تقديم بنت الأخت لأب. البحر الرائق لابن نجيم (١٨٢/٤) .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني (٤١/٤-٤٢) ، فتح القدير لابن الهمام (٣٦٧/٤-٣٧٠) ، البحر الرائق لابن نجيم (١٨٢/٤-١٨٤) ، رد المحتار لابن عابدين (٥٦٢/٣-٥٦٣) .

(٣) وروي عن مالك : أن الأب يقدم عليها . المنتقى للباجي (١٨٩/٦) المقدمات لابن رشد (٥٦٥/١) .

(٤) وقيل : إن الأب مقدم على جميع قراباته لأنهن يدلين به . المعونة للقاضي عبدالوهاب ص(٩٤٢).

(٥) وقيل: تقدم بنت الأخ وقيل تقدم بنت الأخت . منح الجليل لعليش (٤٢٠/٤) .

(٦) وقيل : إن بنت الأخت لا حضانة لها . المقدمات لابن رشد (٥٦٧/١) .

ثم الجد من جهة الأب ، ثم ابن الأخ [١] ، ثم العم ، ثم ابن العم ، ثم المولى الأعلى ، وهو المعتِق ، ثم المولى الأسفل وهو المعتَق . ويقدم الشقيق ثم لأم ثم لأب في جميع من ذكر من الإخوة والأخوات والأعمام والعمات والخالات وأولادهم.

ويقدم عند التساوي الأكثر صيانة وشفقة ، ثم الأكبر سنا عند التساوي في ذلك ، ثم القرعة عند التساوي في كل شيء [٢] .

مذهب الشافعية :

ذهب الشافعية [٣] إلى أن الأم هي أول من يستحق الحضانة ثم أمهاتها الوارثات ثم الأب ثم أمهاته [٤] ، ثم الجد ثم أمهاته ، ثم الأخت الأبوين ، ثم الأخت لأب [٥] ، ثم لأم ، ثم الأخ لأبوين ثم لأب ثم لأم ، ثم خالة لأبوين ، ثم

---

(١) واختار اللخمي : أن الجد من جهة الأم يلي الجد من جهة الأب ، ومنع ذلك ابن رشد . حاشية الدسوقي (٥٢٧/٢).

(٢) منح الجليل لعليش (٤٢٢/٧-٤٢٣) ، حاشية الدسوقي (٥٢٧/٢-٥٢٨) ، حاشية العدوي على كفاية الطالب (١٣١/٢-١٣٢) ، الفواكه الدواني للنفراوي (٦٧/٢) .

(٣) ذكر الشافعية ترتيب الحواضن في كتبهم بتفصيل وفق كل جنس على حدة فذكروا ترتيب الإناث ثم ترتيب الذكور ثم الترتيب حال اجتماعهما وهو المطلوب لكونه يذكر الجميع بالترتيب المراد إيراده بالبحث . (نهاية المحتاج للرملي ٢٢٨/٧ ، و الحاوي للماوردي ٥١٩/١١)

(٤) هذا في الجديد وأما في القديم فتقدم الأخوات والخالات عليهن . وقيل في الأب : تقدم أمهاته عليه (روضة الطالبين للنووي ١١٢/٩ ، تحفة المحتاج للهيثمي ٣٥٣/٨ ، ومغني المحتاج للشربيني ١٩٢/٥)

(٥) هذا في الأصح وهو تقديم جهة الأب على جهة الأم وكذلك الأمر في الخالات ، والثاني: تقديم جهة الأم. (المرجعان السابقان نفس الموضع ، روضة الطالبين للنووي ١٠٩/٩).

لأب ، ثم لأم ، ثم بنت أخت [١] لأبوين ، ثم لأب ، ثم لأم ، ثم بنت أخ لأبوين ، ثم لأب ، ثم لأم ، ثم ابن أخ لأبوين ، ثم لأب ، ثم عمة لأبوين ، ثم لأب ، ثم لأم ، ثم عم لأبوين ، ثم لأب ، ثم بنت الخالة [٢] لأبوين ، ثم لأب ، ثم لأم ، ثم بنت الخال لأبوين ، ثم لأب ، ثم لأم، ثم بنت العمة لأبوين ، ثم لأب ، ثم لأم ، ثم بنت العم لأبوين ، ثم لأب ، ثم ابن العم [٣] لأبوين ثم لأب ثم يقدم أنثى كل من الأصناف المذكورة فتقدم الأخت مطلقا على الأخ مطلقا حتى إن الأخت لأم تقدم على الأخ لأبوين وإذا اجتمع مستحقو الحضانة ممن هم في درجة واحدة: فإنه يقرع بينهم قطعا للنزاع، فمن خرجت له فهو أولى بهذه الولاية [٤] .

مذهب الحنابلة :

ذهب الحنابلة إلى أن الأم أولى من يستحق الحضانة وتليها أمهاتها [٥] ، ثم الأب ، ثم أمهات الأب ، ثم الجد ، ثم أمهات الجد ، ثم الأخت ، ثم الخالة [٦]،

---

(١) تقديم بنات الأخوات وأولاد الإخوة على العمات هكذا رتبها الإمام والغزالي والبغوي كما نقله الرافعي في الشرح الكبير (١٠١/١٠) والنووي عنهم في روضة الطالبين (١٠٨/٩) و الوسيط للغزالي (٢٤٣/٦) والتهذيب للبغوي (٣٩٨/٦) . وحكى الروياني أن هذا وجه في المذهب (بحر المذهب للروياني ٥١٨/١١)

(٢) هذا في الأصح وهو إثبات الحضانة لبنت الخالة وبنت الخال وبنت العمة، والثاني : لا حق لهن . (المرجعان السابقان نفس الموضع) .

(٣) على الصحيح والثاني : لا حضانة له . (مغني المحتاج للشربيني ١٩٣/٥، ونهاية المحتاج للرملي ٢٢٨/٧).

(٤) الحاوي الكبير للماوردي (٥٢٠/١١) ، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري (٤٥٣/٣) ، تحفة المحتاج للهيتمي (٣٥٣/٨) ، مغني المحتاج للشربيني (١٩٤/٥-١٩٥) ، حاشية الجمل للعجيلي (٥١٩/٤).

(٥) هذا المذهب كما في الإنصاف ؛ وعنه : تقدم أم الأب ، وعنه : يقدم الأب والجد على غير الأم وهذه الرواية في الحقيقة هي مقتضى الرواية التي قبلها لأن أم الأب تدلي بالأب. (الإنصاف للمرداوي ٤١٧/٩).

(٦) وقيل : الأخت من أم والخالة أحق من الأب . (المرجع السابق ، نفس الموضع) .

ثم العمة ، ثم خالة أمه ، ثم خالة أبيه ، ثم عمة أبيه ، ثم بنات إخوته وبنات أخواته [١]، ثم بنات أعمامه وبنات عماته ، ثم بنات أعمام أبيه وبنات عمات أبيه ، تقدم من كل ذلك من كانت لأبوين ثم من كانت لأم ، ثم من كانت لأب [٢]، ثم تكون الحضانة لباقي العصبة الأقرب فالأقرب [٣]؛ وللعصبة المحارم ولو برضاع حضانة أنثى حتى إذا بلغت الأنثى المحضونة سبعا ، فلا حضانة عليها بعد السبع لابن العم [٤] ونحوه إن لم يكن محرما لها برضاع أو مصاهرة . وإذا لم يكن للحاضن أحد ممن ذكر انتقلت الحضانة لذوي الأرحام . وإن اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة وتساووا قدم المستحق منهم بالقرعة [٥].

---

(١) وقيل : العمات والخالات بعد بنات إخوته وأخواته(الفروع لابن مفلح ٦١٣/٥) .

(٢) وقيل : تقدم الأخت لأب على الأخت لأم والخالة على العمة ؛ قال ابن قدامة :" في الصحيح عنه " (المقنع لابن قدامة ص٣٩٥) وبين المرداوي في الإنصاف تناقض هذه الرواية لتقديمها جانب الأب في الأخوات وجانب الأم في الخالة على العمة (الإنصاف للمرداوي ٤١٨/٤) ، وقيل : يقدم ما كان من جهة الأب ؛ فتقدم الأخت لأب على الأخت لأم ، والعمة على الخالة ، وهو اختيار شيخ الإسلام وهو مذهب الخرقي (الفروع لابن مفلح ٦١٣/٥ و الإنصاف للمرداوي ٤١٩/٩) .

(٣) غير الأب والجد وهو واضح ، وقيل : يقدم العصبة الأقرب على الأنثى الأبعد كالأخ وبنته (الإنصاف للمرداوي ٤٢٠/٩) .

(٤) وقيل: له الحضانة إلى أن تبلغ البنت سبع سنين و قيل : إلى أن تشتهى و اختار ابن القيم أن له الحضانة مطلقا ويسلمها إلى ثقة يختارها هو أو إلى محرمه . (الإنصاف للمرداوي ٤٢١/٩) .

(٥) الإنصاف للمرداوي (٤٢٠/٩) ، المبدع لابن مفلح (١٨٢/٧-١٨٣) ، كشاف القناع للبهوتي (٤٩٧/٥) ، مطالب أولي النهى للرحيباني (٦٦٦/٥) .

المناقشة والترجيح :

من خلال ما سبق يتضح الخلاف في اتجاهات الفقهاء حتى في المذهب الواحد في ترتيب من يستحق الحضانة بعد الأم . ولبيان الترتيب المختار فلا بد من توضيح أن من المعلوم أن ترتيب الحضانة له تعلق بجنس الحاضن وقوة قرابته ؛ أما ما يتعلق بجنس الحاضن فقد سبق أن النساء أعرف بالتربية ، وأقدر عليها، وأصبر وأرأف وأفرغ لها؛ لذلك قدمت الأم فيها على الأب وهذا الأمر واضح مقرر بالحديث النبوي : " أنت أحق به ما لم تنكحي "، لأجل ذلك فجنس النساء يقدم على جنس الرجال ؛ وهذا التقديم إنما هو لأجل الأنوثة لا الأمومة يؤيد ذلك أن أصول الشرع وقواعده تدل على تقديم قرابة الأب في أبواب الولاية والميراث ودفع الديات ويترتب على ذلك أن قرابة الأب تقدم على قرابة الأم حتى في باب الحضانة إذ أن إخراج باب الحضانة عن ما دلت عليه أصول الشرع وقواعده يحتاج إلى دليل [(١)].

وأما ما يتعلق بقرابة الحاضن فإنه كلما زاد القرب زادت الشفقة والإحسان وتأكدت الصلة[(٢)]. وعلى ذلك فلا تكون الحضانة للبعيد مع وجود القريب وإنما للأقرب فالأقرب . وأي إخلال في هذين الأمرين سيؤدي حتما إلى تناقض في الترتيب قد يجر إلى تكلف في التعليل .

وعند دراسة ما في مذاهب الفقهاء ومناقشتها مع ملاحظة هذين الأمرين – جنس الحاضن وقوة قرابته – يتبين ما يلي :

في المذهب الحنفي ؛ قال الكاساني :" وهذه الولاية مستفادة من قبل الأم فكل من يدلي بقرابة الأم كان أولى"[(٣)]؛ لأجل ذلك قدمت أم الأم تليها أم الأب ، إلا أن

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية (١٢٣/٣٤) وزاد المعاد لابن القيم (٣٩٢/٥-٣٩٣) .

(٢) أسنى المطالب في صلة الأقارب لابن حجر الهيتمي ص(١٨٢) .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني (٤١/٤) .

تقديم أم الأب يخالف مقتضى ما ذكره الكاساني لكون أم الأب لا تدلي بالأم ، وعلى ذلك فإن الأولى تقديم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأم ثم الخالة على أم الأب، وهو قول زفر من الحنفية [١] وكلا الرأيين من الممكن مناقشته بأن فيه تقديماً للبعيد وهي الخالة على القريب كالأب مع ما في القريب من شفقة لا توجد في البعيد.

كما يمكن أن يناقش ما جاء عند الحنفية من تقديم الأخت لأب مع كونها لا تدلي بالأم على الخالة وهي إحدى الروايتين عن أبي حنيفة وسار عليها أصحاب المتون خلافا لمحمد وزفر [٢] وفي كلا الحالين أيضا تقديم للبعيد على القريب مثل الأب .

ويرى المالكية أن الترتيب بين الحواضن يكون بحسب الرفق والحنان ؛ قال أبو الوليد بن رشد عن الحضانة: "مرتبة فيهم بحسب الحنان والرفق لا يراعى في ذلك قوة الولاية ، كالنكاح وولاء الموالي ، والصلاة على الجنائز ، وولاء الميراث "[٣] ، فقدموا لأجل ذلك قرابة الأم على الأب وقرابته وقالوا في تعليل ذلك: "وكما تكون الأم أحق من الأب فإن قراباتها أحق من قرابات الأب"[٤]. ويمكن مناقشة ذلك بعدم التسليم بأن تقديم الأم موجب لتقديم قرابتها وذلك لاختلاف درجة القرب من المحضون ، كما لا يسلم بأن قرابة الأم ولو بعدن أكثر شفقة من غيرهن ولو قرب أو حتى لو تساوت درجتهما وينتقض ذلك بأنه يصعب أن تكون الخالة التي لا ينتسب لها الولد أكثر رفقا من والده .

---

(١) مجمع الأنهر لشيخي زاده (٤٨٠/١) .

(٢) الجوهرة النيرة للعبادي (٩٠/٢) .

(٣) المقدمات المهدات لابن رشد (٥٦٥/١) .

(٤) المرجع السابق ، نفس الموضع .

كما يقدم المالكية الوصي على الأخ والجد من جهة الأب وهذا التقديم لا يستقيم مع ما ذكروه في أن الترتيب يكون بحسب الرفق والحنان إذ كيف يكون الأجنبي أكثر شفقة من القريب .

أما عند الشافعية فإن ترتيب مستحقي الحضانة يرجع إلى قوة النسب وبين الماوردي ذلك بقوله : " يتقدمن فيها بقوة النسب ؛ وقوة النسب شيئان: وقوة النسب شيئان ؛ أحدهما: دنو القرابة ... . والثاني: قوة القرابة وقوتها تكون بخمسة أسباب ؛ أولها: مباشرة الولادة، ووجود البعضية . ثانيها: التعصيب. ثالثها: الميراث. رابعها : المحرم . خامسها : الإدلاء بمستحق الحضانة. وينقسم الإدلاء ثلاثة أقسام: أحدها: الإدلاء بالولادة، ... القسم الثاني: الإدلاء بالانتساب...، وهذا يتلوا الأول في القوة. والقسم الثالث: الإدلاء بالقربى " [(١)] .

ويمكن أن يناقش ترتيب الشافعية بأن تأخير العمات على الخالات مخالف لأصلهم في تقديم جهة الأبوة عند استواء الدرجة كما في تقديم الأخت لأب على الأخت لأم . وأجيب بأن تقديم الخالة على العمة بأن هاتين القرابتين لا حق لواحد منهما في الميراث ، والخالة تدلي بالأم والعمة تدلي بالأب فقدم جانب الأم كما قدمت أمهاتها على أمهات الأب بخلاف الأخت لأب فهي أقوى ميراثا من الأخت لأم فقدمت عليها [(٢)] . ويناقش هذا الجواب بأن مقتضى ذلك تقديم الخالة لأم وهي بنت أم الأم على الخالة لأب وهي بنت أبي الأم [(٣)]، وليس الأمر كذلك فالخالة لأب مقدمة على الخالة لأم كما في الجديد .

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي (١١/٥١٢-٥١٣) .

(٢) ينظر : نهاية المطلب للجويني (١٥/٥٥٦ و٥٥٨) .

(٣) وهو ما قطع به الصيدلاني من الشافعية . (المرجع السابق ١٥/٥٥٩) .

ومما يمكن أيضا مناقشة تقديم بنات الأخوات وأولاد الإخوة على العمات مع تقديم الخالات على من ذكر والحال أن الخالات والعمات في درجة واحدة من القرب مع كون العمة أقوى نسبا.

أما عند الحنابلة فيظهر في ترتيبهم لمستحقي الحضانة تقديم للأبعد على الأقرب كما في تقديم أمهات الأم على الأب الذي هو أقوى صلة ونسبا [(١)]، وكذلك تقديم عدد من النساء كالعمات والخالات [(٢)] وبناتهم على إخوة المحضون الذين هم أقوى صلة ونسبا وأكثر شفقة .

لأجل ما سبق ولضبط ترتيب مستحقي الحضانة بضابط مطرد لا يتناقض ولا يضطرب فقد ذكر ابن القيم – رحمه الله – بعد أن قرر أن تقديم الأم على الأب إنما هو لأجل أنوثتها وأن النساء أرفق بالطفل ، وأخبر بتربيته ، وأصبر على ذلك : "وإذا تقرر هذا الأصل فهو أصل مطرد منضبط لا تتناقض فروعه، بل إن اتفقت القرابة والدرجة واحدة قدمت الأنثى على الذكر، فتقدم الأخت على الأخ ، والعمة على العم ، والخالة على الخال ، والجدة على الجد، وأصله تقديم الأم على الأب . وإن اختلفت القرابة، قدمت قرابة الأب على قرابة الأم، فتقدم الأخت للأب على الأخت للأم ، والعمة على الخالة، وعمة الأب على خالته، وهلم جرا . وهذا هو الاعتبار الصحيح والقياس المطرد، وهذا هو الذي قضى به سيد قضاة الإسلام شريح، كما روى وكيع في مصنفه عن الحسن بن عقبة، عن سعيد بن الحارث قال: اختصم عم وخال إلى شريح في طفل، فقضى به للعم ، فقال الخال: أنا أنفق عليه من مالي، فدفعه إليه شريح [(٣)]. ومن سلك غير هذا

(١) وهو الأمر نفسه عند الحنفية والمالكية والشافعية .

(٢) وكذلك الأمر عند الحنفية والمالكية .

(٣) المحلى لابن حزم (١٠/١٤٥) .

المسلك لم يجد بداً من التناقض " [1] وهو قول شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله – وقد ضبطه تلميذه ابن القيم – رحمه الله – بقوله :" قد ضبط هذا الباب شيخنا شيخ الإسلام ابن تيمية بضابط آخر، فقال: أقرب ما يضبط به باب الحضانة أن يقال: لما كانت الحضانة ولاية تعتمد الشفقة والتربية والملاطفة كان أحق الناس بها أقومهم بهذه الصفات وهم أقاربه يقدم منهم أقربهم إليه وأقومهم بصفات الحضانة. فإن اجتمع منهم اثنان فصاعدا، فإن استوت درجتهم قدم الأنثى على الذكر، فتقدم الأم على الأب، والجدة على الجد، والخالة على الخال، والعمة على العم، والأخت على الأخ. فإن كانا ذكرين أو أنثيين، قدم أحدهما بالقرعة يعني مع استواء درجتهما، وإن اختلفت درجتهما من الطفل، فإن كانوا من جهة واحدة قدم الأقرب إليه، فتقدم الأخت على ابنتها، والخالة على خالة الأبوين، وخالة الأبوين على خالة الجد، والجدة والجد أبو الأم على الأخ للأم، هذا هو الصحيح " [2] وبيّن شيخ الإسلام – رحمه الله – أن نساء العصبات يقدمن على النساء من جهة الأم فقال: " أرجح القولين في الحجة تقديم نساء العصبة وهو الذي ذكره الخرقي في مختصره في العمة والخالة. وعلى هذا أم الأب مقدمة على أم الأم. والأخت من الأب مقدمة على الأخت من الأم. والعمة مقدمة على الخالة كما تقدم. وأقارب الأب من الرجال على أقارب الأم والأخ للأب أولى من الأخ للأم والعم أولى من الخال " [3].

(١) زاد المعاد لابن القيم (٥/٣٩٣-٣٩٤) .

(٢) المرجع السابق (٥/٤٠٢-٤٠٣) .

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية (٣٤/١٢٢) .

والذي يظهر – والله أعلم – أن الراجح هو قول الخرقي واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وأبي الحسن الآمدي وغيرهم [١] . وذلك أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كما في حديث عبد الله بن عمرو – رضي الله عنه – أن امرأة قالت : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء ، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني ، وأراد أن ينتزعه مني ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أنت أحق به ما لم تنكحي " [٢] لم يجعل لها حق الحضانة مطلقا ولم يحول الحق بعدها لأحد من قرابتها بعد نكاحها . ثم إن جهة الأم لو كانت راجحة لترجح رجالها ونساؤها وليس الأمر كذلك ؛ فدل هذا أن وجه تقديم الأم إنما لأجل الأنوثة لا لجهة الأمومة . كما أن الابن ينسب لأبيه وعصابته فهم أولى به وأقرب إليه من غيرهم وهذا مع مراعاة تقديم الأنثى منهم على الذكر . كما أن هذا الاختيار سالم من التناقض موافق لجميع أبواب الولايات .

المطلب الثاني : مراتب الحضانة في القانون الكويتي

نصت المادة رقم (١٨٩) على ما يلي :

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 لأم ، ثم لأب في الجميع .

ب- إذا لم يوجد مستحق للحضانة من هؤلاء ، انتقل الحق في الحضانة إلى الوصي المختار ، ثم الأخ ، ثم الجد العاصب ، ثم الجد الرحمي ، ثم ابن الأخ ، ثم العم ، ثم ابنه ، بتقديم الشقيق ، ثم لأم ، ثم لأب ، متى أمكن ذلك .

---

(١) ينظر : شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٣٧/٦) والمستدرك على مجموع الفتاوى (٧٥/٥).

(٢) أخرجه أبو داود في "سننه" (٢ / ٢٥١) برقم: (٢٢٧٦) .

ج- إذا تساوى المستحقون للحضانة اختار القاضي الأصلح منهم للمحضون.[١]

وجاء في شرح هذه المادة من المذكرة الايضاحية :

ويلاحظ على ما سبق في القانون الكويتي التزامه بترتيب الفقه المالكي من تقديم أقارب الأم على الأب ، رغم تقدم الأب على أقارب الأم قوة ورتبة ، فلزم من ذلك تعديل هذه المادة بما يتوافق مع القرب ولاسيما لتحقيق المقصود من المحافظة على مصلحة المحضون.

ويرى المالكية أن الترتيب بين الحواضن يكون بحسب الرفق والحنان ؛ قال أبو الوليد بن رشد عن الحضانة : " مرتبة فيهم بحسب الحنان والرفق لا يراعى في ذلك قوة الولاية ، كالنكاح وولاء الموالي ، والصلاة على الجنائز ، وولاء الميراث "[٢] ، فقدموا لأجل ذلك قرابة الأم على الأب وقرابته وقالوا في تعليل ذلك: "وكما تكون الأم أحق من الأب فإن قراباتها أحق من قرابات الأب"[٣] . ويمكن مناقشة ذلك بعدم التسليم بأن تقديم الأم موجب لتقديم قرابتها وذلك لاختلاف درجة القرب من المحضون ، كما لا يسلم بأن قرابة الأم ولو بعدن أكثر شفقة من غيرهن ولو قرب أو حتى لو تساوت درجتهما وينتقض ذلك بأنه يصعب أن تكون الخالة التي لا ينتسب لها الولد أكثر رفقا من والده .

كما يقدم المالكية الوصي على الأخ والجد من جهة الأب وهذا التقديم لا يستقيم مع ما ذكروه في أن الترتيب يكون بحسب الرفق والحنان إذ كيف يكون الأجنبي أكثر شفقة من القريب.[٤]

---

(١) قانون الأحوال الشخصية الكويتي ، م ١٨٩ ، ص٥٤ .

(٢) المقدمات الممهدات لابن رشد (٥٦٥/١) .

(٣) المقدمات الممهدات لابن رشد (٥٦٥/١) .

(٤) المذكرة الايضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي ، ص١٩٥-١٩٦.

المطلب الثالث: موازنة بين قانون الأحوال الشخصية الكويتي والقوانين العربية :

١- جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري القانون ٢٥ لسنة (١٩٢٩) المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة (١٩٨٥) خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، المادة (٢٠): "ويثبت الحق في الحضانة للأم، ثم للمحارم من النساء، مقدماً فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب، ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالي:

الأم، فأم الأم وإن علت، فأم الأب وإن علت، فالأخوات الشقيقات، فالأخوات لأم، فالأخوات لأب، فبنت الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فالخالات بالترتيب المذكور في الأخوات، فبنت الأخت لأب ، فبنت الأخ بالترتيب المذكور، فخالات الأم بالترتيب المذكور، فخالات الأب بالترتيب المذكور، فعمات الأم بالترتيب المذكور، فعمات الأب بالترتيب المذكور.

فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء، أو لم يكن منهن أهل للحضانة، أو انفضت مدة حضانة النساء، انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال، بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة.

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء، انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات، على الترتيب الآتي: الجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم، ثم الخال الشقيق، فالخال لأب، فالخال لأم".[(١)]

٢- وجاء في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المادة (١٤٦): ". على الترتيب التالي، على أن يراعي القاضي عند البت في ذلك مصلحة المحضون:

أ- الأم. ب- الأب. ج - أم الأم وإن علـــت. د- أم الأب وإن علـــت. هـ- الأخوات، بتقديم الشقيقة، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب. و- بنت الأخت الشقيقة. ز- بنت الأخت لأم.

---

(١) قانون الأحوال الشخصية المصري ، المادة (٢٠) .

ح- الحالات، بالترتيب المتقدم في الأخوات. ط - بنت الأخت لأب. ي- بنات الأخ، بالترتيب المتقدم في الاخوات. ك- العمات، بالترتيب المذكور. ل- خالات الأم، بالترتيب المذكور. م- خالات الأب، بالترتيب المذكور. ن- عمات الأم، بالترتيب المذكور. س- عمات الأب، بالترتيب المذكور.

٣- إذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء، أو لم يكن منهن أهل للحضانة، انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال، بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة.

٤- فإن لم يوجد أحد من هؤلاء، انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الطفل من الرجال غير العصبات، على الترتيب التالي: الجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم لأم، ثم الأخوال، بتقديم الخال الشقيق، فالخال لأب، فالخال لأم".[١]

٥- وجاء في قانون الأسرة القطري، المادة (١٦٩): "يثبت حق الحضانة على الترتيب التالي:

الأم، ثم الأب، ثم أمهات الأب الأقرب فالأقرب، ثم أمهات الأم الأقرب فالأقرب، ثم الجد لأب وإن علا، ثم أمهاته الأقرب فالأقرب، ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم الخالات الأقرب فالأقرب ، ثم العمات الأقرب فالأقرب، ثم خالات الأب الأقرب فالأقرب، ثم عمات الأب، ثم بنات الإخوة وبنات الأخوات، ثم بنات الأعمام وبنات العمات، ثم بنات عمات الأب.

وإذا تعذر وجود من هو أهل للحضانة من المذكورين في الفقرة السابقة، انتقل حق الحضانة إلى العصبات، وفقاً لترتيبهم في استحقاق الإرث، وإذا تعذر وجود

---

(١) قانون الأحوال الشخصية الإماراتي ، المادة (١٤٦) .

من هو أهل للحضانة منهم، يصار إلى ذي رحم محرم من ذوي أرحام المحضون الأقرب فالأقرب..".[١]

٣- وجاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة (١٧٠): "الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ثم بعد الأم ينتقل الحق لأمها ثم لأم الأب ثم للأب ثم للمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية".[٢]

٤- وجاء في مدونة الأسرة المغربية، المادة (١٧١): "تخول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم لأم الأم، فإن تعذر ذلك فللمحكمة أن تقرر – بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون – إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية..".[٣]

٥- وجاء في القانون الجزائري في المادة (٦٤) بعد تعديلها بالأمر 05-02 على أن : " الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب ، الجدة لأم ، ثم الجدة لأب، ثم الخالة ، ثم العمة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك " فيلاحظ أن المشرع الجزائري وضع الأب في المنزلة الثانية بعد الأم، ثم رتب مستحقي الحضانة بعدهما بالتناوب بين قرابة الأم و قرابة الأب عند اتحاد الدرجة مع تقديم النساء من جهة الأم على النساء من جهة الأب .[٤]

---

(١) قانون الأسرة القطري ، المادة (١٦٩) .

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (١٧٠) .

(٣) مدونة الأسرة المغربية ، المادة (١٧١) .

(٤) انظر : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، العربي بلحاج ، (١/ ٣٨٠) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط١ ، ٢٠٠٥م .

وبالنظر إلى القوانين العربية السالفة يتبين عدم موافقة أي قانون من القوانين العربية المختارة مع قانون الأحوال الشخصية الكويتي، وكذلك عدم توافق أغلبها مع بعضها ، إذ اعتمد كل قانون من هذه القوانين على ما يلائم الوضع الخاص بكل دولة على حدة ، وبالتالي كان وضع القوانين ابتداء أو التعديل عليها لاحقاً إنما هو خاضع لتقدير ضرورة مسايرة تغير الأحوال المجتمعية لتتوائم ومصلحة الأسرة من سن هذه القوانين .

وجاء في القانون العربي الموحد : المادة (١٣٢): الحضانة من واجبات الأبوين معا مادامت الزوجية قائمة بينهما، فإن افترقا فهي للأم ، ثم للأب ، ثم لأقرباء المحضون وفق الترتيب التالي ما لم يقدر القاضي خلافه لمصلحة المحضون .

جدة المحضون لأمه وإن علت ، ثم خالته ، ثم خالة أمه ، ثم عمة أمه ، ثم جدته لأبيه وإن علت ، ثم أخته ، ثم عمته ، ثم عمة أبيه، ثم خالة أبيه ، ثم بنت أخيهِ ، ثم بنت اخته ، ويقدم في الجميع الشقيق ، ثم لأم ، ثم لأب .[١]

وبالنظر إلى ما ذهب إليه القانون العربي الموحد من تقديم منزلة الأب وجعلها تالية لمنزلة الأم ، فحقيق بالمشرع الكويتي متابعة ما جاء في هذا القانون للأسباب الآتية :

- أن المصالح المتجددة يراعى فيها تغير الزمان، إذ من الثابت في القواعد الفقهية أنه " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان "[٢] ، وقد قررت محكمة التمييز في حكم لها : بأن الأحكام الصادرة في بعض مسائل الأحوال الشخصية التي

---

(١) وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية ، ص٣٦ ، جامعة الدول العربية ، الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب ، اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته السادسة ، بالقرار رقم ، ١٠٥ –د٦– ١٤٠٨/٨/١٧هـ ، ٤/٤/ ١٩٨٨م.

(٢) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ، ص٢٢٧ .

تقبل التبديل ومنها أحكام الحضانة . ذات حجة مؤقتة . علة ذلك. قابليتها للتبديل بسبب الظروف .[1]

- أن الأسرة الممتدة التي راعى فيها الفقهاء انتقال المحضون إلى الأجداد والأعمام ونحوهما ، ليست اليوم على ما كانت عليه بالأمس ، فقد أصبحت الأسر أصغر وأصابها الانكماش أكثر من ذي قبل بسبب التحولات المجتمعية والأسباب المعيشية وغيرها مما يستدعي معه معاودة النظر من المشرع الكويتي في جعل الحضانة للأب بعد الأم مباشرة خلافاً للوضع القائم اليوم .

- أن دور الأب التربوي والتعليمي والتأديبي يوجب تقديمه إلى منزلة بعد الأم مباشرة ، إضافة إلى الشفقة الطبيعية على المحضون وهي في الأب أكثر من غيره ممن قدموا عليه ، إذ المحضون بضعة منه ، لا سيما وأنه لا يوجد نص يوقف عنده ، وإنما هي اجتهادات فقهية معتبرة ناسبت وقتها ، ولعلها لا تناسب وقتاً وزمناً آخر يحتاج معه إلى مراعاة اجتهاد جديد ، وقد أشار المشرع الكويتي إلى مثل هذا المعنى وذلك عند تناوله في مذكرته الايضاحية للمادة (١٩١) : أن الحاضنة غير المسلمة كالمسلمة في حق إمساك ولدها ما لم يعقل ديناً ، أو يخاف أن يتألف غير الإسلام ، فإن كان يعقل الأديان أو يخشى عليه أن تنشئه على غير الإسلام ، فإنه ينزع منها لأن في ذلك مصلحة للمحضون ، وفي كل حال ينزع منها إذا بلغ السابعة من عمره ، لأن ذلك سن التمييز في الأعم الأغلب، **ومصدر هذه المادة مذهب الحنفية ، وهو الأصلح في هذا الزمن .**

- اعتبار مصلحة المحضون يوجب تقديم الأب على غيره بجعله بعد الأم مباشرة في الترتيب ، كما نص على ذلك المشرع الكويتي في أكثر من مناسبة ،

---

(١) الطعن ٢٠٠٣/٢٥٥ أحوال شخصية جلسة ٦/٢٧/ ٢٠٠٤ ، مج القسم الخامس ، المجلد الثاني ص١٢٠ ، انظر : المباديء التي قررتها محكمة التمييز في الأحوال الشخصية ص٤٩١ ، طبع وزارة العدل محكمة التمييز، المكتب الفني .

ففي شرح المذكرة الايضاحية للمادة (١٨٩) : وإذا تعدد المستحقون للحضانة وكانوا في درجة واحدة كالأخوات ، والعمات ، والشقيقات ، اختار القاضي منهم الأصلح للمحضون .

وكذلك في شرح المادة (١٩٣) : ويرى الحنفية والحنابلة أنه إذا أسقطت الحضانة لمانع ، ثم زال المانع عادت الحضانة لصاحبها، سواء أكان المانع ضرورياً أم اختيارياً ، ورئي الأخذ بهذا الرأي مراعاة لمصلحة المحضون .[(١)]

ولعل في هذا الأسباب وغيرها مقنعاً للمشرع الكويتي لتعديل ترتيب مستحقي الحضانة كما جاءت في وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد من وضع الأب في منزلته الطبيعية بعد الأم إذ هو أحق من غيره بالحضانة ، ولعل المشرع الكويتي يستشعر ذلك من خلال موافقته على هذا القانون العربي الموحد فيأخذ به .

(١) ينظر : المذكرة الايضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي ، ص ١٩٦ ، ص١٩٨.

الخاتمة والنتائج والتوصيات

بعد هذا العرض في ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي تم التوصل إلى العديد من النتائج على النحو التالي :

- تعد الحضانة من مزايا التشريع الإسلامي إذ فيه محافظة على الطفل الصغير والعاجز بحيث تكفل له الرعاية الكريمة والتربية الصالحة والعناية بكل شئونه الحياتية .
- اعتبر المشرع الكويتي تبعاً للمذهب المالكي حق حضانة الأب بعد قرابة الأم من النساء .
- ترتيب استحقاق الحضانة فيما عدا الأم ، أمر اجتهادي بحت ، لا يوجد نص يدل عليه ، وإنما كان النظر فيه لأسباب تتعلق بالشفقة والرحمة والقرابة وحال المجتمعات .
- دعوة المشرع الكويتي إلى وضع الأب في مرتبة بعد الأم في ترتيب مستحقي الحضانة لكثير من الأسباب الداعية إليه ، من جهة الشفقة والقرب ، ، وملاحظة مصلحة المحضون وحاجته لعناية الأب في ظل وضع الأسرة الحالي ، ومراعاة تغير الأحوال والمجتمعات .
- تختلف المذاهب الفقهية في الأساس الذي يقوم عليه ترتيب الحق في مستحقي الحضانة كما هو كذلك في القوانين العربية ، وما دام أنه ليس ثمة اتفاقاً في الترتيب ، فهو أمر راعت فيه المذاهب والقوانين الأحوال الخاصة بكل أسرة في هذه الأقطار .

التوصيات :

- يوصي الباحثان المشرع الكويتي بإعادة النظر في المادة (١٨٩) المتعلقة بحق الأب بين مستحقي الحضانة وتقديم ترتيبه فيما بين الحاضنين إلى المرتبة

الثانية بعد الأم ، مراعياً في ذلك التغيرات الأسرية والمجتمعية ومقاصد الشريعة ومبادئها في الرحمة والعدالة .

- تفعيل وثيقة الكويت في الأخذ بمقررات القانون العربي الموحد لقانون الأحوال الشخصية ، وقد راعى في الحضانة تقديم ترتيب الأب بعد الأم مباشرة ، وهو ثمرة لمراجعة قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية .

المصادر والمراجع

- أسنى المطالب شرح روض الطالب، زكريا بن محمد الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة .
- أسنى المطالب في صلة الأقارب ، أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي ، الدار الأثرية ، عمّان .
- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، دار الفكر ، بيروت .
- الإنصاف، علي بن سليمان المرداوي، تحقيق : محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الثانية .
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم (ابن نجيم)، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، الطبعة الثانية .
- بحر المذهب ، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني ، تحقيق : طارق فتحي ، دار الكتب العلمية ، الأولى، ٢٠٠٩ م .
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن رشد ، دار الحديث ، القاهرة ،١٤٢٥ هـ .
- بداية المحتاج في شرح المنهاج ، بدر الدين أبو الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي ابن قاضي شهبة ، دار المنهاج للنشر والتوزيع ، جدة ، الطبعة الأولى ، ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، أبوبكر مسعود بن أحمد الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م .
- التاج والإكليل لمختصر خليل ، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي ، دار الكتب العلمية ، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م .

- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي، المطبعة الأميرية، بولاق.
- تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر ، ١٩٨٣م .
- التهذيب في فقه الإمام الشافعي ، محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي ، تحقيق : عادل أحمد علي محمد معوض، دار الكتب العلمية ،الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧م .
- الجوهرة النيرة على مختصر القدوري ، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزَّبِيدِيّ اليمني الحنفي ، المطبعة الخيرية ، الطبعة الأولى ، ١٣٢٢هـ.
- حاشية الجمل (فتوحات الوهاب) ، سليمان بن منصور العجيلي، دار الفكر، بيروت .
- حاشية الدسوقي ، محمد بن عرفة الدسوقي، مطبعة محمد علي صبيح، الأزهر، ١٣٥٣هـ-١٩٣٤م.
- حاشية العدوي على كفاية الطالب، علي الصعيدي العدوي، دار الفكر، بيروت ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م .
- الحاوي الكبير، علي بن محمد بن حبيب الماوردي، تحقيق : علي معوض وعادل أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٩ هـ -١٩٩٩ م .
- رد المحتار على الدر المختار ، محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين ، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، الطبعة الثانية، ١٣٨٦ هـ -١٩٦٦م.
- الروض المربع بشرح زاد المستقنع مختصر المقنع ، منصور بن يونس البهوتي، مكتبة دار البيان، الطبعة الثانية ، ١٤٢٠ هـ- ١٩٩٩م .
- روضة الطالبين، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق : زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة،١٤١٢ هـ .

- زاد المعاد في هدي خير العباد ، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية ، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السابعة والعشرون، ١٤١٥هـ .
- سنن أبي داود ، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني ، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد ، المكتبة العصرية ، بيروت .
- الشرح الكبير، أحمد الدردير العدوي. مطبوع مع حاشية الدسوقي.
- شرح حدود ابن عرفة، محمد بن قاسم الرصاع، المكتبة العلمية،الطبعة الأولى،١٣٥٠هـ.
- شرح القواعد الفقهية، أحمد بن محمد الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٠٩هـ.
- شرح مختصر خليل، محمد بن عبدالله الخرشي، دار الفكر، بيروت.
- صحيح البخاري ، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي تحقيق: محمد زهير بن ناصر، دار طوق النجاة ، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ .
- العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني ، تحقيق : علي محمد عوض و عادل أحمد دار الكتب العلمية، بيروت ، الطبعة الأولى، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م .
- العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود البابرتي، مطبعة مصطفى البابي .
- فتح القدير، كمال الدين بن عبد الواحد (ابن الهمام)، مطبعة مصطفى البابي، مصر، الطبعة الأولى، ١٣٨٩ هـ -١٩٧٠م .
- فتح القدير، محمد بن علي الشوكاني، دار ابن كثير، دمشق ، الطبعة الأولى، ١٤١٤ هـ .

- الفروع، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٥هـ .
- الفواكه الدواني ، أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، دار الفكر، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
- قانون الأحوال الشخصية الجزائري .
- قانون الأحوال الشخصية الكويتي ومذكرته الإيضاحية .
- قانون الأحوال الشخصية المصري .
- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي
- قانون الأحوال الشخصية الأردني
- قانون الأسرة القطري
- كشاف القناع، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق: هلال مصيلحي، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ .
- لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م .
- المباديء التي قررتها محكمة التمييز في الأحوال الشخصية ، طبع وزارة العدل محكمة التمييز، المكتب الفني .
- المبدع في شرح المقنع ، أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤١٨ هـ .
- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد شيخي زاده، دار إحياء التراث العربي، بيروت .
- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، ١٤١٦هـ .
- المحلى بالآثار، علي بن أحمد بن حزم، دار الفكر، بيروت .

- المدونة، الإمام مالك بن أنس، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م .
- مدونة الأسرة المغربية.
- المستدرك على مجموع فتاوى شيخ الإسلام ، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني ، جمعه ورتبه : محمد بن عبد الرحمن بن قاسم ، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ .
- المصباح المنير، أحمد بن محمد الفيومي، المكتبة العلمية .
- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد الرحيباني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م .
- معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق : عبدالسلام هارون، دار الفكر، ١٣٩٩ هـ -١٩٧٩م .
- المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبدالوهاب البغدادي، تحقيق خميس عبدالحق، مكتبة نزار الباز، مكة المكرمة، الطبعة الثالثة، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م .
- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، تحقيق : علي معوض وعادل أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ -١٩٩٤م .
- المقدمات الممهدات، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، تحقيق : سعيد أحمد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.
- المقنع في فقه الإمام أحمد، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق : محمود الأرناؤوط، ياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي للتوزيع، جدة ، الطبعة الأولى ، ١٤٢١ هـ .

- المنتقى شرح الموطأ ، سليمان بن خلف الباجي ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة، الطبعة الثانية .
- منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد (عليش)، دار الفكر، بيروت،١٤٠٩ هـ -١٩٨٩ م .
- منحة الخالق على البحر الرائق ، محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين ، مطبوع مع البحر الرائق .
- نهاية المحتاج في شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي، طبعة الحلبي، الطبعة الأخيرة، ١٣٦٨ هـ -١٩٦٧ م .
- نهاية المطلب في دراية المذهب ، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، تحقيق : عبد العظيم محمود الدّيب ، دار المنهاج ، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.
- وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، جامعة الدول العربية، الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب ، اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته السادسة، بالقرار رقم، ١٠٥ -د٦- ١٤٠٨/٨/١٧هـ، ٤/٤/ ١٩٨٨م .
- الوسيط، محمد بن محمد الغزالي، تحقيق : أحمد إبراهيم ومحمد تامر، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ .

* * *