مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015

المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 457 - 478

العرف وأثره على الحقوق المعنوية للمحضون - دراسة فقهية قانونية -

Custom and its effect on the moral rights of the child in custody - Comparative study-

سعاد فرشيشي *
طالبة دكتوراه
جامعة ابن خلدون تيارت
كلية الحقوق والعلوم السياسية
مخبر البحث في تشريعات حماية النظام البيئي
University of Tiaret , Algeria
souad.ferchichi@univ-tiaret.dz

مبطوش الحاج
أستاذ التعليم العالي
جامعة ابن خلدون تيارت
كلية الحقوق والعلوم السياسية
مخبر البحث في تشريعات حماية النظام البيئي
University of Tiaret , Algeria
hadj.mabtouche@univ-tiaret.dz

تاريخ إرسال المقال: 20-01-2022 تاريخ قبول المقال: 30-05-2022 تاريخ نشر المقال:30-06-2022

الملخص: يعتبر العرف مستندا عظيم الشأن في بناء الأحكام الشرعية في أبواب لا حصر لها في الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه، ويأتي هذا البحث لإبراز مكانة العرف كدليل شرعي في استنباط الأحكام الشرعية والقانونية وبيان حجيته وشروطه المعتبرة مع إسقاط ما تم تحصيله من معطيات نظرية على الجانب العملي المتعلق بمنازعات الحضانة ومدى مراعاة القضاء لهذا المصدر الخصب والمتجدد والمتغير بتغير الزمان والمكان، وقد خصصنا هذه الدراسة لتبيان أثر العرف على أحد الجوانب المتعلقة بالحقوق المعنوية للمحضون وهما: تحديد مدة انتهاء الحضانة وتنظيم الحق في الزيارة.
الكلمات المفتاحية: العرف، الحضانة، بناء الأحكام، الحقوق المعنوية، انتهاء الحضانة، حق الزيارة.

Abstract:Custom is considered a great document in the construction of legal rulings in countless chapters in Islamic jurisprudence of its various schools, and this research comes to highlight the position of custom as a legal guide in deriving legal and legal rulings and to indicate its authority and its considered conditions with dropping what has been obtained from theoretical data on the practical aspect related to Custody disputes and the extent to which the judiciary takes into account this fertile, renewable and changing source with the change of time and place.

KEY WORDS: Custom, nursery, making judgments, moral rights, End of nursery, right of visit.

***المؤلف المرسل**

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 457 - 478

مقدمة

تتميز الشريعة الإسلامية بخصائص فريدة تجعلها تحتل مكان الريادة بين باقي التشريعات في حفظها لمصالح العباد ومراعاة أحوالهم المتجددة، فهي إلى جانب ثبات مصادرها الأصلية تتمتع بمرونة أحكامها الفقهية القابلة للتجديد و التغيير، ومن أجل مظاهر هذه المرونة اعتبارها للعرف مهما تطور وجعله مستندا عظيم الشأن في بناء الأحكام الشرعية في الفقه الاسلامي على اختلاف مذاهبه في أبواب لا حصر لها، ولقد برز ذلك جليا في العديد من مواضيع الأحوال الشخصية، بما فيها الحضانة والتي سيتناول هذا البحث جانب منه وهو أثر العرف على بعض الأحكام المتعلقة بالحقوق المعنوية للمحضون. من خلال ما سبق تبرز أهمية الموضوع في كونه جاء لإبراز مكانة العرف كدليل شرعي في استنباط الأحكام الشرعية وبيان حجيته وشروطه المعتبرة شرعا مع إسقاط ما تم تحصيله من معطيات نظرية على الجانب العملي المتعلق بمنازعات الحضانة وبيان مدى مراعاة القضاء لهذا المصدر الخصب والمتجدد والمتغير بتغير الزمان والمكان في هذا الشأن، خاصة وأن الشرع يستوجب على المجتهد والمفتي والقاضي معرفته للأعراف العامة والخاصة، وهو ما يفرض عدم التقيد بما كان عليه الحكم رفعا للمشقة وإزالة للضرر وتحقيقا للمصالح.

وقد استمد البحث مادته العلمية من مجموعة من الدراسات الأكاديمية والبحوث السابقة العامة والمتخصصة نذكر منها:

. أثر العرف في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية قانونية، لأحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي بكلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، 2013.

. أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، دراسة تطبيقية مقارنة، إلهام عبد الله عبد الرحمان باجنيد، ماجستير شريعة ودراسات إسلامية فرع الفقه والأصول، كلية الشريعة والدراسات العليا، جامعة أم القرى، 2003.

. السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، عبد الفتاح عمرو، رسالة دكتوراه تخصص الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 1998.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 457 - 478

وقد تمحورت إشكالية الدراسة فيما يلي: ما أثر العرف على الأحكام المتعلقة بالحقوق المعنوية للمحضون؟

للإجابة على هذه الإشكالية تم اعتماد خطة ذات مبحثين تناول المبحث الأول: مفهوم كل من العرف والحضانة، أما المبحث الثاني فقد تم التعرض فيه: أثر العرف على الحقوق المعنوية للمحضون مع الاستعانة بالمنهجين التحليلي الوصفي والاستقرائي في ذلك.

المبحث الأول: مفهوم العرف والحضانة

تتضمن الشريعة الإسلامية أحكاما وقواعد كلية ثابتة في فقه المعاملات يراعى في تطبيقها على المستجدات التي لم يرد بشأنها نص خاص من الشارع المصلحة واختلاف البيئة والأعراف التي تتبدل وتختلف بتغير الزمان والمكان، الأمر الذي يفسر اختلاف وجهات نظر الفقهاء بشأن كل مسألة، ويدل في الوقت ذاته على مرونة وسعة الشريعة الإسلامية في مراعاة أعراف الناس مهما تغيرت[1]. ويشكل جانب الحقوق المعنوية للمحضون في الأحوال الشخصية دليلا واضحا على أثر العرف في بناء الأحكام المتعلقة بها فقها وقانونا وقضاء كما سيأتي بيانه، إلا أن الأمر يستوجب بداية التطرق لمفهوم كل من العرف والحضانة في مطلبين.

المطلب الأول: مفهوم العرف

لم يعرف قانون الأسرة الجزائري[2] العرف، لذلك وجب الرجوع إلى التعريفات الفقهية له وفقا لما تقتضيه المادة 222 منه والتي تنص:" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية "، على اعتبار أن للعرف في الشريعة الإسلامية أحكام خاصة ومغايرة عن تلك المنصوص عليها في القانون المدني.

الفرع الأول: التعريف الاصطلاحي للعرف

ذكر الفقهاء تعريفات متعددة للعرف نستعرض بعضها بالإضافة الى أبرز التقسيمات الممنوحة له، كما سيأتي بيانه.

---

[1] عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 1998، ص 300.

[2] قانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة بالجريدة الرسمية عدد 24 في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05 / 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 15 في 27 فبراير 2005.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 457 - 478

أولا: التعريف الفقهي للعرف

العرف والعادة بمعنى واحد في الاصطلاح الفقهي، وإنما جعل العرف أصلا لكثرة الرجوع إليه في مسائل الفقه[3]، وقد توسع الفقهاء في التعبير عنه بعدة ألفاظ غير العادة، ومن ذلك الشبه والغالب والتعامل والظاهر، ومرادهم في كل ذلك في الأغلب العرف[4]، وقد أعطيت له عدة تعريفات منها:

أن العرف: "ما يتعارفه أكثر الناس، ويجري بينهم، من وسائل التعبير، وأساليب الخطاب والكلام، وما يتواضعون عليه من الأعمال، ويعتادونه من شؤون المعاملات مما لا يوجد في نفيه ولا إثباته دليل شرعي[5].

وهو أيضا: " ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول ".[6]

كما عرف على أنه: " ما ألفه المجتمع واعتاده وساروا عليه في حياته من قول أو فعل "[7].

ويلاحظ أن كل هذه التعاريف تتفق مع التعريف الذي أقره الاجتهاد الجماعي في القرار الصادر عن المجمع الفقهي الاسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخاص بالكويت من 10 إلى 15 ديسمبر 1988، والذي عرف العرف بأنه " ما اعتاده الناس، وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك، وقد يكون معتبرا شرعا أو غير معتبر"[8].

ثانيا: تقسيمات العرف

للعرف تقسيمات عديدة أوردها الفقهاء في مؤلفاتهم، نذكر في هذا الصدد مايلي:

1 – تقسيم العرف باعتبار مظهره:

قسم العرف باعتبار المظهر إلى عرف قولي: وهو العرف الذي يستعمل فيه لفظ في معنى معين لا تدل عليه اللغة، كإطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، وإطلاق لفظ اللحم على غير السمك.

وعرف عملي: وهو ما اعتاده الناس في أساليب معاشهم، وأنماط معاملاتهم وأحوالهم الشخصية، كعادات الخطبة والزواج، ودفع المهر المعجل والمؤجل.

---

[3] محمد سراج، أصول الفقه الاسلامي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص 233.

[4] مصطفى عبد الرحيم أبو عجيلة، العرف وأثره في التشريع الاسلامي، الطبعة الأولى، المنشأة العامة، طرابلس، ليبيا، 1986، ص 73.

[5] عبد الكريم نملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، تحرير لمسائله ودراستها دراسة نظرية تطبيقية، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد للنشر، الرياض، 1999، ص 1020.

[6] علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، دار الفصيلة، القاهرة، 2004، ص 125.

[7] عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، الطبعة السادسة، 1976، ص 256.

[8] قرار رقم 9 بشأن العرف، صادر عن مجمع الفقه الاسلامي في مؤتمره الخامس بالكويت من 10 إلى 15 ديسمبر 1988.1969 / ar/ org – aifi – iifa.

Journal OF LEGAL STUDIES (Class C) - مجلة الدراسات القانونية (صنف ج)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 457 - 478

2 – تقسيم العرف باعتبار مصدره:

قسم العرف باعتبار مصدره إلى عرف عام وعرف خاص عرف عام وهو ما تعارفه الناس في بلد معين على اختلاف أعمارهم وفئاتهم وأعمالهم.

أما الخاص: فيطلق على ما اعتاده أهل بلد دون بلد، وأهل حرفة دون حرفة[9]، فإن كان عاما فهو يعتبر في حق الجمع وإن كان خاصا فهو معتبر عند أهله[10].

3 – تقسيم العرف من حيث اعتباره:

أ – عرف أقره النص الشرعي، وأثبته كمراعاة الكفاءة في النكاح، ووضع الدية على العاقلة وهو عرف يجب اعتباره والأخذ به. [11]

ب – عرف لم يعتبره النص شرعي ونفاه وهو العرف الفاسد، كعادة أهل الجاهلية في التبرج، والجمع بين الأختين.

ج – وعرف لم يقم الدليل الشرعي على اعتباره أو نفيه، وهو موضع نظر الفقهاء[12].

الفرع الثاني: حجية العرف

اختلف الفقهاء حول مدى اعتبار العرف مصدرا من مصادر الأحكام الشرعية المستقلة والقائمة بذاتها [13] ، إلا أنهم اعتبروه على اختلاف مذاهبهم أصلا ينبني عليه شطر عظيم من أحكام الفقه [14] حيث كانوا يرجعون إلى عادات الناس في بناء الأحكام عليها، بل ويغيرون أحكامهم التي كان مناطها العرف والعادة تبعا لتغير العرف [15] مع العلم أن هذا التغيير في الأحكام يتعلق بالأحكام الشرعية العملية التي بنيت على الأعراف المتغيرة، وليس الأحكام القطعية التي جاءت بها الشريعة الاسلامية والتي لا يطالها تبديل

---

[9] محمد كمال الدين إمام، مقدمة لدراسة الفقه الاسلامي، مدخل مذهبي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1996، ص 146، 147.

[10] أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1998، 45.

[11] محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص147.

[12] الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 30، الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة، مصر، ص 57.

[13] محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الاسلامي، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الخير، دمشق، 2006، ص 267، 268. السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الاسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ص 237 وما يليها.

[14] أحمد فهمي أبوسنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، شهادة العالمية درجة أستاذ جامع الأزهر، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص 23 وما يليها، عبد الرحمان بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، 1990، ص 90، حيث قال: " اعلم أن اعتبار العادة والعرف راجع إليه في الفقه مسائل لا تعد كثرة ".

[15] عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، الطبعة السادسة، ص 258.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 457 - 478

أو نسخ بل يرجع إليها في الاستدلال على هذه الأخيرة، وذلك ما جعل الفقهاء يعتبرون أن العرف ليس دليلا مستقلا[16] قائما بذاته ، وإنما يرجع فيه بناء الأحكام إلى أدلة الشريعة المعتبرة[17] واستدلوا على حجية العرف وصلاحيته لاستنباط الأحكام منه بمجموعة من الأدلة منها:

1 – مراعاة الشارع الحكيم لبعض عادات العرب في الجاهلية الصحيحة كالطلاق بعد أن نظم طريقته[18] والدية على العاقلة، وإقراره لبعض المعاملات كالمضاربة والشركة ونحو ذلك[19].

2 – أن العرف في حقيقته يرجع إلى دليل من أدلة الشرع المعتبرة، كالإجماع والمصلحة المرسلة والذرائع مراعاة لما له من سلطان على النفوس ورفع الحرج عنهم، ما دام صالحا وليس فاسدا.

3 – احتجاج الفقهاء بالعرف في مختلف العصور واعتبارهم إياه في اجتهادهم، لأن عملهم به ينزل منزلة الإجماع السكوني[20].

وأخيرا ما أقره الاجتهاد الجماعي صراحة في القرار رقم 47 (9 / 5) بشأن العرف الصادر عن مجمع الفقه الاسلامي الدولي في دورة المؤتمر الخامس بالكويت من 10 إلى 15 ديسمبر 1988، حيث أكد فيه على حجية العرف وأنه " ليس للفقيه مفتيا كان أو قاضيا، الجمود على المنقول من غير مراعاة تبدل الأعراف"[21].

من خلال ما تم عرضه يتبين أنه يشترط لإعمال العرف عند الفقهاء وليكون حجة شروط وهي:

---

[16] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 259.

[17] محمد كمال الدين إمام، مقدمة لدراسة الفقه الاسلامي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ص 135، عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص254.

[18] علي العشي، قاعدة مراعاة العرف في الفتوى المالكية وأثرها في خصوصية النوازل الفقهية في الغرب الإسلامي، المعيار المغرب للونشريسي نموذجا، مجلة العبر للدراسات التاريخية والأثرية، المجلد الثاني، العدد الأول، يناير، 2019، ص 117.

[19] عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، دار عمر ابن الخطاب، الاسكندرية، ص 206.

[20] عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، المرجع السابق ص 254، 255، أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية قانونية، ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الجليل، 2013، ص 14 وما يليها.

[21] قرار رقم 09 بشأن العرف موقع المجمع الفقهي الاسلامي، المرجع السابق.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 457 - 478

1/ - أن لا يكون مخالفا لنص شرعي بحيث يكون معطلا له، أو مناقض لأصل قطعي في الشريعة، لأن نص الشارع مقدم على العرف أما إن أمكن تنزيل النص الشرعي على العرف أو التوفيق بينهما، فالعرف عندئذ معتبر[22].

2/ - أن يكون سابقا أو مقارنا للعقد أو التصرف لأن العرف دليل ولذلك لا بد أن يسبق مدلوله أسبقية عقلية وشرعية[23].

3 / - أن لا يناقض العرف شرط المتعاقدين لأن الاتفاق أقوى منه، كالاتفاق مثلا على تأجيل شيء من المهر شهر أو سنة، فإنه لا يرجع في وجوبه بأدنى الأجلين الموت أو الطلاق[24]، فالقاعدة هنا " ما يثبت بالعرف بدون ذكر، لا يثبت إذا نص على خلافه "[25].

المطلب الثاني: مفهوم الحضانة

لفهم معنى الحضانة لابد من التطرق أولا إلى تعريفها الاصطلاحي في كل من الشريعة والقانون، ثم بيان التكييف الشرعي والقانوني لها لفهم الأسس التي تقوم عليها الحقوق المعنوية للمحضون وعلاقتها بهذا التكييف.

الفرع الأول: التعريف الاصطلاحي للحضانة

بالرغم من أن المشرع الجزائري عرف الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة كما سيأتي بيانه، إلا أن استقراء مختلف التعريفات الفقهية في هذه المسألة أمر مهم كونه يساهم في بلورة الإطار المفاهيمي للحضانة واستخلاص ما يمكن تحصيله من نتائج حوله، وذلك ما سيتم معالجته تباعا كما يلي:

أولا: التعريف الفقهي للحضانة

عرفها المالكية بقولهم:" الحضانة هي حفظ الولد في مبيته وذهابه ومؤنته وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه وموضعه "[26].

وعرفها الحنفية بقولهم: " الحضانة شرعا تربية الولد ممن له حق الحضانة "[27].

---

[22] محمد مقبول حسين، محاضرات في تاريخ التشريع الاسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص94.

[23] كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 139.

[24] محمد سيراج، أصول الفقه الاسلامي، منشأة المعارف الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1998، ص234. جاء في المبسوط:" وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر "، محمد بن أحمد بن أبي سهل بن (السرخسي)، المبسوط، الجزء 12، دار المعرفة، بيروت، 1993، ص 196.

[25] عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، دون ذكر بلد المنشأ، ص257.

[26] شمس الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، دار الفكر، 1992، ص 214.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 457 - 478

وعرفها الشافعية بقولهم: " الحضانة شرعا حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه، لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيته، أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك "[28].

أما الحنابلة فعرفوها بقولهم: " الحضانة حفظ صغير ومجنون ومعتوه وهو المختل العقل عما يضرهم بعمل مصالحهم "[29].

والملاحظ أن الفقهاء اختلفوا حول صفة المحضون لأن الحضانة وإن كانت تثبت للصغير اتفاقا، إلا أنها تثبت للبالغ المجنون والمعتوه عند الجمهور، أما عند الجمهور لدى المالكية فتنقطع في الذكور بالبلوغ ولو كان زمنا أو مجنونا، وعند الأحناف ببلوغهم سن التمييز [30] ، إلا أنهم اتفقوا على أن سبب الحضانة هو الفرقة بين الزوجين، وأن مقتضاها هو حفظ المحضون وإمساكه عما يؤذيه وتربيته لينمو، وذلك بعمل ما يصلحه، وتعهده[31].

ثانيا: التعريف القانوني للحضانة

عرف المشرع الجزائري الحضانة بموجب نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها أن: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

بالرجوع إلى هذا التعريف يمكن استخلاص مجموعة من النتائج نوجزها في ما يلي:

1/ - أنه تضمن كافة العناصر التي تتحقق بها كامل مقاصد الشريعة الإسلامية من الحضانة [32]، حيث

---

[27] ابن عابدين، محمد أمين بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، 1992، ص 555.

[28] الشافعي، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1994، ص 191.

[29] منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، البهوتي، الحنبلي، كشاف القناع عن متن القناع، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، ص 495.

[30] عبد الله بن بيه، الحضانة في الشرع, binbayyah. Net اطلع عليه في 01 / 08 / 2021، عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبث المسلم في الشريعة الاسلامية، المرجع السابق، ص 6 و 7.

[31] أبي العباس أحمد بن تيمة الحراني، رسالة في تسليم البنت إلى الأب أو الأم، الحضانة، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف الرياضي، مكتبة المعارف، ص 7.

[32] راجع بشأن مقاصد الشريعة الاسلامية من الحضانة حمزة بن حسين الفعر الشريف، أحكام الحضانة في ضوء المقاصد الشرعية، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة ، رابطة العالم الاسلامي، المجمع

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 457 - 478

يعتبر تعريف شامل جمع كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية[33].

2/ - أنه اتفق مع المالكية والأحناف في كونه جعل مفهوم الحضانة يقتصر على حضانة الولد الصغير – وهو ما يتفق مع المتبادر إلى الذهن من إطلاق كلمة الحضانة – مستثنيا بذلك من لا يستقل به بأموره من الكبار لجنون أو عجز[34].

3/ - أنه قيد القاضي عند الفصل فيما يتعلق بإسناد الحضانة بمناسبة فك الرابطة الزوجين أن يراعي توافر كل هذه العناصر التي تضمنها التعريف[35]، في من يحضنه ويراعي شؤونه، ويستدل على ذلك بالعبارة الواردة في الفقرة 02 من المادة 62 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: " يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

لذلك يمكن القول أن النص الذي جاءت به المادة 62 من قانون الأسرة يشكل قاعدة مبدأ شملت بتعريفها للحضانة الغاية منها والشروط الواجب توافرها في الحاضن بما يضمن تحقق هذه الغاية، كما أشارت إلى مختلف الجوانب المادية والمعنوية الواجب مراعاتها من طرف القاضي عند إسناد الحضانة تحقيقا لمصلحة المحضون.

الفرع الثاني: التكييف الشرعي والقانوني للحضانة

الحضانة واجبة شرعا في الشريعة الإسلامية، وهي تأخذ حكم الوجوب العيني إذا لم يوجد إلا الحاضن، أو وجد ولكن لم يقبل الصبي غيره، وحكم الوجوب الكفائي في حال تعدد الحاضن[36]، لأن الإنسان بعد ولادته يكون في حاجة إلى من يقوم بحفظه وتربيته وكل ما يلزمه في حياته ومعيشته لكونه عاجزا وغير مدرك لمصلحته، وقد جعلت

الفقهي الاسلامي بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية أم القرى مكة المكرمة، 1436، ص 19 وما يليها.

[33] ربيحة إلغات، الحضانة بين أحكام التشريع الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا، حوليات العدد 27، الجزء الأول / 2015، ص 38.

[34] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية، الجزء العاشر، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص 7، الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية، الجزء 17، الطبعة الثانية، السلاسل، الكويت، ص 306.

[35] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث، قسنطينة، 1989، ص 293.

[36] الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية، الجزء 17، الطبعة الثانية، دار السلاسل، الكويت، 1427 هـ، ص 301.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 457 - 478

هذه الولاية التي يراعى فيها الأصلح والأنفع للصغير في يد الأم في المرحلة الأولى من حياة الصغير، لأنها الأهدى والأشفق والأرفق والأحق به من غيرها، فإذا بلغ سنا يستغني فيها عن خدمة النساء، انتقل الإشراف التام عليه للأب الذي يحق له أن يتعهد ولده، فهو في هذه المرحلة يحتاج إلى من يشرف على تعليمه وتهذيبه وصيانته من عوامل الانحراف[37] ، اعتبارا لمصلحته في أن يربي الصغير تربية قويمة ويشب على الجادة، وهو في ذلك أقدر من الأم.

لذلك فمن الصواب القول بأن الحضانة حق للصغير، وحق للأم، وحق للأب وأن هذه الحقوق متى أمكن التوفيق بينها وجب أن يصار إلى التوفيق بينها اعتبارا لمصلحة الصغير، فإذا تعارضت كان لزاما أن يقدم حق الصغير لأن مدار الحضانة شرعا هو مصلحة المحضون[38].

ويترتب على اعتبار الحضانة حق للمحضون على الحاضن، أن الحاضن يجبر عليها إذا تعينت عليه، حفظا لحياة الطفل من الضياع، وعلى اعتبار أنها حق للحاضن أنه يجوز له أن يتنازل عنها لغيرها إذا لم يكن في ذلك ضرر بالطفل، ولا يجوز لغيره أن يأخذها منه إذا تمسك بها لأنه صاحب حق إلا إذا قصر في الحفظ والرعاية.

وفيما يتعلق حق الأب في الحضانة، فإن عليه النفقة والكسوة للمحضون، وله حق في رؤيته، وتفقد أحواله وتعهده وتأديبه وتعليمه[39].

المبحث الثاني: أثر العرف على الحقوق المعنوية للمحضون

يعتبر العرف مستندا لأحكام فقهية لا حصر لها، ومن أهم هذه المسائل تلك التي تتصل بفترة حرجة ومهمة في حياة الصغير ألا وهي الحضانة، ومن المهم التنويه إلى أن العرف لا يقتصر أثره على المسائل المادية المتعلقة بهذه المرحلة بل يتعداها إلى العديد من الجوانب المعنوية المتعلقة بها ومنها تحديد مدة انتهاء الحضانة، وحق المحضون في الزيارة.

---

[37] الشحات ابراهيم محمد منصور، حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة والقوانين الوضعية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011، ص 42.

[38] راجع موقف القضاء المصري، محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، الطبعة الرابعة، دار محمود، ص 667.

[39] الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث، مؤسسة الريان، لبنان، 2006، ص 157.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 457 - 478

المطلب الأول: تحديد مدة انتهاء الحضانة وأثر العرف فيها

تقدير سن انتهاء مدة الحضانة أمر مختلف عليه من طرف الفقهاء، ولمعرفة أثر العرف في بناء الأحكام المتعلقة بهذه المسألة من الناحية القانونية وجب التطرق أولا إلى استعراض هذه الآراء الفقهية ثم تبيان أثر العرف فيها.

الفرع الأول: موقف الفقه في تحديد مدة انتهاء الحضانة

اختلف الفقهاء في تقديرهم للسن التي تنتهي فيها الحضانة وهي السن التي تنتفي فيها - حاجة الصغير إلى حاضنته ويعتمد فيها على نفسه – كل حسب وجهة نظره - معتمدين في ذلك على تقدير الحال والظرف وطبيعة الأجواء والزمن والأعراف والعادات كما سيأتي بيانه.

أولا: مذهب الحنفية في تحديد مدة انتهاء الحضانة

يرى الحنفية أن الأم أو غيرها أحق بحضانة الغلام حتى يستغني عن النساء بأن يأكل ويشرب ويلبس ويستنجي وحده، والمراد بالاستنجاء تمام الطهارة، بأن يتطهر بالماء بلا معين الطهارة الشاملة للتطهير من النجاسة والطهارة للوضوء، وقدر زمن استغلال الغلام بسبع سنين وقيل تسع سنين وعلتهم في ذلك أن الأب يكون أقدر على تأديب الذكر من النساء بعد هذه السن.

أما الأنثى فحضانتها تنتهي ببلوغها وعلامة ذلك الحيض أو الإنزال أو السن التي قيل أنها تسع سنين، وقيل إحدى عشر سنة، وبعد بلوغها تحتاج إلى تحصينها وحفظها، والأب على ذلك أقدر وأقوى[40].

ثانيا: مذهب المالكية في تحديد مدة انتهاء الحضانة

يرى المالكية أن حضانة الذكر تستمر إلى البلوغ، فإن بلغ زمنا أو مجنونا سقطت الحضانة عن الأم واستمرت نفقته على الأب وعليه القيام بحقه، ولا تسقط حضانة الأم عن الخنثى المشكل ما دام مشكلا، أما الأنثى فتستمر حضانتها حتى يدخل بها زوجها [41]وفي قول حتى تبلغ سن الزواج [42]، فإن بلغته وكانت أمها في حرز وتحصين كانت أحق بها أبدا حتى تنكح وإن بلغت ثلاثين أو أربعين سنة فأمها أحق بها ما لم تنكح

---

[40] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر، الجزائر، طبعة خاصة، 1984، ص 746.

[41] الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، دون طبعة ودون تاريخ، دار الفكر، ص526.

[42] مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، الجزء (2)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1994، ص 258.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 457 - 478

الأم أم يخف عليها في موضعها، فإن خيف عليها في موضع الأم ضمها أبوها أو أولياؤها إذا كان في الموضع إليه كفالة وحرز وإلا فينظر السلطان في أمرها، والبنت تحضن إلى أن يدخل بها زوجها، لأن البنت تحتاج إلى حفظ ومراعاة أكثر مما تحتاج إليه الابن، فكانت المصلحة لها في بقاء حق الحضانة عليها إلى ما بعد البلوغ، وحتى تتزوج[43].

وهكذا يكون مذهب الحنفية والمالكية عدم تخيير المحضون سواء كان ذكرا أو أنثى[44].

ثالثا: مذهب الشافعية في تحديد مدة انتهاء الحضانة

يرى الشافعية أن مدة الحضانة تنتهي في الصغير ذكر كان أو أنثى بالتمييز، وسن التمييز عند الشافعية غالبا سبع سنين أو ثمان تقريبا، وقد يتقدم أو يتأخر عن الثمان، والحكم مداره على التمييز لا بالسن، فإذا أصبح الصغير مميز وافترق أبواه وكانا صالحان للحضانة، خير الولد بينهما ولو فضل أحدهما على الآخر دينا أو مالا أو محبة، لأنه يعتبر عارفا بأسباب الاختيار وتقدير مصلحته، وإلا أخر إلى حصول ذلك، والأمر موكول في ذلك إلى اجتهاد القاضي[45].

رابعا: مذهب الحنابلة في تحديد مدة انتهاء الحضانة

يرى الحنابلة أن الحضانة تستمر إلى سبع سنين بالنسبة للذكر والأنثى، وبعد هذه السن يخير الولد بين أبويه ويكون مع من اختاره منهما، إذا تنازعا عليه، لأنه إذا مال إلى أحدهما دل ذلك على أنه أرفق به وأشفق عليه، إلا إذا علم أنه اختار أحدهما، ليمكنه من فساد ويكره الآخر للأدب فلا يعمل بمقتضى شهوته لأن ذلك إضاعة له، ومتى اختار أحدهما سلم إليه ولو عاد واختار الآخر رد إليه لأنه اختيار شبه وهكذا. أما إذا زال عقله فيرد إلى أمه، لأن المعتوه بمنزلة الطفل وإن كان كبيرا، لذا فالأم أحق بكفالته، أما الفتاة فأن بلغت سبع سنين، فالأب أحق بها وجوبا ولا تخير خلافا للشافعية، لأن الغرض من الحضانة الحفظ، وهو أحفظ لها، أما الأنثى المشكل فيكون كالبنت البكر حتى يجيء في جواز استقلاله وانفراده عن أبويه الخلاف[46].

---

[43] عبد الوهاب البغدادي، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي، المعونة على مذهب عالم المدينة الامام مالك بن أنس، المكتبة التجارية مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، دكتوراه بجامعة أم القرى مكة المكرمة، ص 941.

[44] ابن عابدين، المرجع السابق، الجزء 3، ص 571.

[45] الشافعي، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ص 198.

[46] منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن ادريس البهوتي الحنبلي، المرجع السابق، ص 501، 502، 503.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 457 - 478

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري في مسألة تحديد مدة انتهاء الحضانة

نصت المادة 65 من قانون الأسرة على ما يلي: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون ".

يبدو من قراءة هذه المادة أن المشرع اقترب من مذهب المالكية في تحديده لسن انتهاء مدة الحضانة إلا أنه اختلف في بعض التفاصيل حيث عمد إلى تحديد سن انتهاء الحضانة عند كل من الذكر والأنثى وهو في اجتهاده يكون قد قدر أن مدة استغناء الولد عن حاضنته تكون ببلوغه سن العاشرة، في الغالب الأعم وأن سن البلوغ تكون تبعا للغالب وجريا للعادة أيضا(16) سنة ، وهي في كلتا الحالتين مسألة اجتهادية تتأثر بتغير الزمان والمكان والأعراف والعادات دون التقيد برأي معين[47].

أما بالنسبة للبنت فقد قدر أن سن انتهاء حضانتها هو ببلوغها سن الزواج، وقد أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ وهو أن: "حضانة البنت تنتهي ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها"[48]، واعتبرت أن سن الزواج هو 18 سنة مراعية في ذلك ما جرت عليه الأعراف والعادات المتعلقة بسن الزواج من غير النظر إلى النص القانوني في للمادة 7 من قانون الأسرة والذي حدد سن الأهلية للزواج ب 19 سنة في جعل الحكم في هذه الحالة مداره القدرة على الزواج وفق للعرف لا اعتمادا على ما جاء في النص.

الفرع الثالث: اعتبار العرف في مسألة تحديد مدة انتهاء الحضانة

إن مسألة تحديد انتهاء مدة الحضانة تتم بالنظر إلى القدر الذي يحتاج فيه المحضون إلى حاضنته[49]، وهي مسألة اختلف حولها الفقهاء وكانت غايتهم في رأيهم حول هذا الأمر تقديم ما فيه الأفضل والأكمل رعاية لمصلحة الصغير[50]، من خلال

---

[47] عبد الفتاح عمرو، السياسة في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 1998، ص 109، 110، بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد 05 / 02، موسوعة الفكر القانوني، 2004، ص 170.

[48] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 347914 بتاريخ 04-01-2006، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2006، ص 449.

[49] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية، الجزء العاشر، الطبعة الأولى، مؤسسة بيروت،1993، ص 68.

[50] محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص 126.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 457 - 478

تعيين سن معينة تصلح لأن تكون قرينة أو دليلا على استغناء الولد ذكرا كان أو أنثى عن الحاضنة، معتمدين في ذلك تقدير الحال والظرف وطبيعة الأجواء والزمن فهي إذن مسألة اجتهادية تتغير بتغير الزمان والمكان والأعراف والعادات[51].

ومثاله ما ذهب إليه بعض الفقهاء كما سبق بيانه، في تقديرهم أن اعتماد الصغير على نفسه في الأكل والشرب واللبس يكون في سن 7 أو 8 سنوات لتعيين انتهاء مدة الحضانة، وهذا يعني أنه لوكان الغالب في بيئة معينة أن الأطفال لا يعتمدون على أنفسهم في هذه السن بل على أمهاتهم إلى ما بعدها، لوجب النظر في هذا التقدير ورفع سن الحضانة تبعا للغالب الشائع[52]، كما فعل المشرع الجزائري وفقا لما تم عرضه.

إن هذا المبدأ أكدت المحكمة الدستورية العليا لمصر بصفة جلية، بصدد النظر في دعوى لمناقشة مدى دستورية الفقرة الأولى من المادة 20 للمرسوم رقم 25 سنة 1929 والتي عدلت في سن الحضانة حيث قضت أنه: " يتعين أن لا تكون سن الحضانة محددة بقاعدة جامدة صارمة لا تأخذ في اعتبارها الزمان والمكان، أو تغفل في مجال تطبيقها ما يقتضيه التميز في نطاق الحضانة بين الصغير والصغيرة بالنظر إلى طبيعة كل منهما وخصائص تكوينه ودرجة احتياجه إلى من يقوم على تربيته وتقويمه وما تتطلبه الذكورة والأنوثة من تنمية ملكاتهما، وفي ذلك قدر من المرونة التي تسعى الشريعة في أحكامها الفرعية المستجيبة دوما للتطور، توخيا لربطها بمصالح الناس واحتياجاتهم المتجددة، وأعرافهم المتغيرة التي لا تصادم حكما قطعيا ... "[53].

المطلب الثاني: الحق في زيارة المحضون وأثر العرف فيه

العرف محل اعتبار في مسألة حق زيارة المحضون وتعهده والإشراف عليه، وهي مسألة ذات أهمية بالغة لكونها تساهم في تحقيق التوازن النفسي والتربوي لديه وقبل تبيان أثر العرف على هذه المسألة لا بد من استعراض الكيفية التي نظم بها كل من الفقه والقانون هذه المسألة.

---

[51] أحمد رشاد عبد الهادي بوحسين، أثر العرفي الأحوال الشخصية، دراسة فقهية قانونية، ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، 2013، ص 199.

[52] محمد سراج، أصول الفقه الاسلامي، منشأة المعارف، الإسكندرية ،1998 ، ص 409

[53] محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، الطبعة الرابعة، دار محمود، ص 711، 712.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 457 - 478

الفرع الأول: موقف الفقه في تنظيم زيارة المحضون

حق زيارة المحضون ورؤيته إذا افترق الوالدان أمر متفق عليه شرعا[54]، وقد ذكر الفقهاء آراء مختلفة بشأن تنظيمهم لمسألة زيارة المحضون وتعهده بالرقابة ورعايته في ضوء ما يأتي:

- بعد المسافة بين الأبوين ومدى تأثيرها على الزيارة، وهو ما يترتب عليه تقييد الحاضنة في الانتقال بالمحضون إلى مكان يمكن للأب مراجعة ولده فيه ثم العودة قبل الليل اعتبارا لحقه في ذلك[55]، حيث قال السرخسي " فإن وقعت الفرقة بينهما وانقضت عدتها، فإن كان أصل النكاح في المصر الذي فيه فليس لها أن تخرج بولدها إلى مصر آخر، لما فيه من الأضرار بالزوج بقطع ولده عنه إلا أن يكون بين المصرين قرب بحيث لو خرج الزوج لمطالعة الولد أمكنه الرجوع إلى منزله قبل الليل "[56].
وقد راع الفقهاء في كل ذلك أمران وهما وسائل النقل المتوفرة آنذاك وصعوبات الصغر حيث لم تكن الطرق ممهدة، كما أن السفر ليلا لم يكن مأمونا كما هو الحال في زماننا[57].

- من حيث عدد الزيارات وعدد الأيام التي تتم فيها الزيارة حيث أطلق الأحناف القول فيها بجواز تبصر أمور المحضون كل يوم، ولم يحدد وقت معين للزيارة، فلفظ كل يوم عندهم يقتضي أن يكون الوقت في كل يوم من أيام الأسبوع معقولا، لا يضر بالولد والأم أيضا، مع التأكيد على أن الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من النظر إليه ومن تعهده[58].

- مذهب المالكية في تنظيم زيارة المحضون

يرى المالكية أن للأم أن ترى أولادها الصغار كل يوم، وأولادها الكبار كل أسبوع مرة، والأب مثل ذلك قبل بلوغ سن التعليم[59] ، أما بعد بلوغها فيجب على الأب أن

[54] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 740.
[55] محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص 192، 193.
[56] السرخسي، محمد بن أحمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، الجزء 6، دون طبعة، دار المعرفة، بيروت، 1993، ص170.
[57] محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 690.
[58] ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ص 571.
[59] محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، دون طبعة ودون تاريخ، دار الفكر، ص 512.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 457 - 478

يأخذه لتعليمه وتأديبه وإسلامه في المكتب والصنائع، كما يكون له أن يقوم بجميع أمور ولده كأن يختنه في داره ثم يرسله لأمه، قال ابن عرفة: " وللأب وغيره من الأولياء تعهده عند أمه [60] وأدبه وبعثه للمكتب ولكن لا يبيت إلا عند حاضنته " وتعهد الولد يقصد به النظر إليه[61]، وهو يقتضي وجوبا مراعاة المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة والرقابة، وبالتالي تقييد الحاضنة بعدم الانتقال بالأولاد إلى مكان تغيب فيه أخبارهم عن أبيهم وأوليائهم، أو سفرها سفر نقلة وانقطاع مسافة ستة برد فأكثر واعتبروا ذلك شرطا لدوام أحقية الحضانة للحاضن ذكرا كان أو أنثى[62]، ذلك أن تعهد الأب أو الولي لهم لمعرفة أخبارهم والاطلاع عليهم عن قرب لا يتأتى إلا بتكرار الزيارة والمشاهدة والرعاية وهو ما يستوجب القرب عند الإمام مالك[63].

- مذهب الشافعية في تنظيم زيارة المحضون :

قال الشافعية أن المحضون إذا خير، وكان أنثى وقد اختارت الأم، فإنها تكون عندها ليلا ونهارا، ويزورها الأب بحسب العادة، من مرة في يومين فأكثر لا في كل يوم، من غير أن يخلو الزوج بالأم، ويمنع من زيارتها ليلا للعادة لما في ذلك من التهمة والريبة، ولا يطلب إحضارها لأنه أصون وستر لها.

أما إن اختارت الأنثى الأب فتكون عنده ليلا نهارا، وتأتي الأم لزيارتها لأنها أولى بالخروج لسنها، ويكون ذلك بحسب العادة أيضا، وعلى الأم أن تتحرى أوقات خروج أبيها إلى معاشه، وأن لا تطيل الإقامة في بيت الزوج[64].

وأما إذا اختار الذكر الأب فإنه يكون عنده ليلا ونهارا، ويرسله الأب لأمه لتنظر إليه، ولا يكلفها المجيء إليه، لأنها عورة، فسترها أولى. ويزورها على ما جرت به العادة كاليوم في الأسبوع، لا يمنع من زيارة أمه، لئلا يكون ساعيا في العقوق، وقطع الرحم، وكل ذلك بحسب العادة، ولا يمنعه أمه، لئلا يكون ساعيا في العقوق، وقطع الرحم[65].

---

[60] شمس الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان الطرابلسي (الحطاب الرعيني)، المرجع السابق، ص 215.

[61] محمد بن أحمد بن عرفة، المرجع السابق، ص 527.

[62] المرجع نفسه، ص 531.

[63] محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص 194.

[64] الشافعي، المرجع السابق، ص 199.

[65] الشافعي، المرجع السابق، ص 200.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 457 - 478

- مذهب الحنابلة في تنظيم زيارة المحضون:

يرى فقهاء هذا المذهب أن الخيار يكون للذكر دون الأنثى، فإن اختار أباه كان عنده ليلا ونهارا، ولا يمنع من زيارة أمه، ولا تمنع هي من تمريضه وإن اختارها كان عندها ليلا، وعند أبيه نهارا ليؤدبه ويعلمه في مكتب أو في صناعة، أما الأنثى فتكون عند أبيها بعد سن السابعة إلى الزفاف ولو تبرعت الأم بالحضانة لأن الغرض من الحضانة الحفظ، والأب أحفظ لها لأنها تخطب منه فوجب أن تكون تحت نظره، والأم تزور ابنتها بحسب العادة، لأن الحاجة داعية إلى ذلك، والبنت أحق بالستر والصيانة، لأنها مخدرة بخلاف أمها. والعادة في زمنهم كما في كتب الشافعية تكون بزيارة الطفل في زمنهم في كل يومين، أو كل أسبوع، ولا تكون كل يوم[66].وهذا يعني أن العادة إذا تغيرت عمل بعادة الوقت، لا بما هو منصوص في كتبهم[67].

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري في مسألة تنظيم زيارة المحضون

نص المشرع الجزائري على حق الزيارة في المادة 64 من قانون الأسرة وألزم القاضي الحكم بها عند إسناد الحضانة، كما جعلها من التدابير المؤقتة التي تفصل فيها القاضي على وجه الاستعجال بموجب المادة 57 من نفس القانون، وألزم القاضي بالحكم بها ولو غفل المعني بالأمر عن طلبها، إلا أنه لم يفصل في الأحكام التي تنظم ممارستها، فترك الأمر بذلك إلى السلطة التقديرية للقضاء وفق ما تقتضيه مصلحة المحضون ومبادئ الشريعة الإسلامية في ذلك [68]، وما ينبغي مراعاته عرفا وهو الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في العديد من القرارات منها ما جاء فيها أنه: " من المقرر شرعا بأن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة والرقابة بمسافة البرود الستة المقررة عن الفقهاء الأقدمين، لا يمنع استعمال ذلك الحق بفضل الوسائل الحديثة "[69]، وما تم التأكيد فيها على أن للأب الحق في رؤية أبناءه مرة في الأسبوع على الأقل تماشيا مع ما ذهب إليه المالكية بشأن واجبه بتعهد الأبناء حيث قضت: " متى أوجبت المادة 63 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه

---

[66] منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسين بن ادريس البهوتي الحنبلي، المرجع السابق، ص 502.

[67] إلهام عبد الله عبد الرحمان باجنيد، العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة – دراسة تطبيقية مقارنة -، ماجستير، جامعة أم القرى (السعودية)، كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، فرع الفقه والأصول، 2003، ص 443.

[68] لعناني أميرة، نزاعات الحضانة في ضوء القضاء الجزائري، ماجستير في القانون الخاص فرع قانون أسرة، جامعة الجزائر 1بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2014 - 2015، ص 232.

[69] قرار غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا رقم 59784 مؤرخ في 18 / 11 / 1970، النشرة القضائية 1972، عدد 1، ص 67.

Journal OF LEGAL STUDIES (Class C) - مجلة الدراسات القانونية (صنف ج)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 457 - 478

من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع بتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم. ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون "[70].

الفرع الثالث: اعتبار العرف في مسألة تنظيم حق المحضون في الزيارة

ينبغي الإشارة بداية إلى أن الفقهاء اعتمدوا في مسألة زيارة المحضون وتعهده مسألتين:

أولا: معيار يقوم على القرب والبعد عن بلد الأب، حيث يتحقق القرب بتمكن الأب من رؤية الولد والعودة إلى محل إقامته قبل حلول الليل. وقد راعوا في وضع هذا المعيار أمرين وهما الأول وسائل النقل البدائية آنذاك وصعوبات السفر الذي كان يتم غالبا إما سيرا على الأقدام أو ركوب الدواب في طرق لم تكن ممهدة، والثاني أن السفر ليلا لم يكن مأمونا لكثرة اللصوص وقطاع الطرق، إضافة إلى كون هذه الطرق غير مضاءة كما هو الحال.

ولما كانت مسألة القرب أو البعد يجب أن تحسب على ما هو كائن في كل زمان، فإنه يجب احتساب القرب والبعد عن بلد الأب في الآونة الحاضر على أساس التطور الحاصل في وسائل المواصلات على اختلاف أنواعها، لا على أساس قطع المسافة سيرا على الأقدام أو بركوب الدواب، كما يجب أن اعتبار أن الليل لم يعد مانعا من السفر بسبب استتباب الأمن وإضاءة الطرق فهو كالنهار في ذلك، وعليه فإن كان الأب يستطيع الذهاب إلى البلد التي انتقلت إليه الأم بالصغير بالوسائل المتوفرة والعودة ليلا أو نهارا، فإن البلد يكون قريبا أما إذا لم يستطع ذلك كان البلد بعيدا، وإنما ينبغي مراعاته هو مقدرة الرجل على تحمل نفقات السفر لرؤية ولده[71].

ثانيا: أن تنظيم أوقات زيارة المحضون من حيث عدد الزيارات وعدد الأيام يراعى فيها عادات وأعراف الناس، وذلك ما صرح به الشافعية والحنابلة، حيث أن العادة في زمانهم تكون بزيارة الطفل مرة كل يومين، أو كل أسبوع، ولا تكون كل يوم، وهذا يعني أن عرف الناس إذا تغير عمل لا بما هو منصوص عليه في كتب الفقه[72].

---

[70] قرار رقم 59784 صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 16 / 04 / 1990، المجلة القضائية 1994، عدد 4، ص 126.

[71] محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 690.

[72] أحمد رشاد عبد الهادي أبو الحسين، المرجع السابق، ص202.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 457 - 478

والملاحظ أن قضاء المحكمة العليا في الجزائر لم يتقيد بما هو منقول عن الفقهاء في هاتين المسألتين بل كان يراعي في كل مرة تغير العادات والأعراف و تطور الأحوال في هذا الزمان فلم يتقيد في تقدير المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة والرقابة بما اعتمده الفقهاء الأقدمين في مؤلفاتهم، بل راع التطور الحاصل في الوسائل الحديثة للنقل في بنائه للأحكام المتعلقة بهذه المسألة من جهة، كما أخذ بعين الاعتبار ماهو سائد من أعراف في الوقت الراهن لتحديد أوقات الزيارة وتنظيمها كما سبق بيانه.

خاتمة:

من خلال ما تم عرضه في البحث نخلص إلى مايلي:

1- أن العرف يشكل أحد الأدلة المعتبرة شرعا باتفاق العلماء وهو من المصادر الخصبة التي لها أثر كبير في العديد من الأحكام الفقهية حيث يمتد أثره في الأحوال الشخصية إلى مسائل متعددة منها الحقوق المعنوية للمحضون.

2- أن تقدير السن التي تنتهي فيها الحضانة وهي السن التي تنتفي فيها حاجة الصغير إلى حاضنته ويعتمد فيها على نفسه، لابد أن يتم وفقا للغالب وجريا للعادة بالنظر إلى ما هو حاصل في كل بيئة وزمان وهو الأمر الذي اعتمده الفقهاء القدامى، وهذا يعني أنه لو تغيرت العادة في بيئة مغايرة زمانا أو مكانا عند الأطفال لوجب اعتبار هذا التغيير وإعادة النظر في هذا التقدير تبعا للغالب الشائع دون التقيد بقواعد فقهية او قانونية جامدة، وهو ذات المنحى الذي انتهجه المشرع الجزائري في تحديده للسن التي تنقضي فيها الحضانة في المادة 65 من قانون الأسرة.

3- أن المعيار المعتمد في مسألة زيارة المحضون القائم على القرب والبعد عن بلد الأب، وكذا تنظيم أوقات الزيارة لمستحقيها هي كلها مسائل لابد أن يراعى فيها القاضي المقتضيات التي تفرضها البيئة والأعراف والعادات في كل زمان ومكان.

4- أنه على القاضي أن يكون ملما بالمصادر الأصلية والاحتياطية للشريعة الإسلامية وبمنهج فقهائها في إرسائهم للأحكام المبنية عليها بما يتوافق ومقاصد الشريعة الإسلامية على اعتبار أن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تحيل على أحكام هذه الأخيرة في كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون، كما يتعين عليه عدم الاكتفاء بما هو منقول عنهم ومراعاة تبدل الأعراف حتى يتمكن من مسايرة المستجدات في هذا الشأن.

5- أنه نظرا لكون العرف معتبر شرعا وقانونا في بناء الأحكام فإنه يتعين على القاضي أن يكون عالما بالأعراف السائدة في دائرة اختصاصه ويجوز له الاستعانة في ذلك

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015

المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 457 - 478

بالأشخاص الملمين بالأحكام العرفية في تلك الدائرة ، وهو في هذه الحالة يخضع في تطبيقه للعرف إلى رقابة المحكمة العليا.

قائمة المراجع:

❖ الكتب

1. ابن عابدين، محمد أمين بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، 1992.
2. أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1998، 45.
3. أبي العباس أحمد بن تيمة الحراني، رسالة في تسليم البنت إلى الأب أو الأم، الحضانة، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف الرياضي، مكتبة المعارف.
4. أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية قانونية، ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الجليل، 2013.
5. أحمد فهمي أبوسنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، شهادة العالمية درجة أستاذ جامع الأزهر، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص 23 وما يليها.
6. إلهام عبد الله عبد الرحمان باجنيد، العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة – دراسة تطبيقية مقارنة -، ماجستير، جامعة أم القرى (السعودية)، كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، فرع الفقه والأصول، 2003.
7. بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد 05 / 02، موسوعة الفكر القانوني، 2004.
8. حمزة بن حسين الفعر الشريف، أحكام الحضانة في ضوء المقاصد الشرعية، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة ، رابطة العالم الاسلامي، المجمع الفقهي الاسلامي بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية أم القرى مكة المكرمة، 1436.
9. السرخسي، محمد بن أحمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، الجزء 6، دون طبعة، دار المعرفة، بيروت، 1993.
10. السيد صالح عوص، أثر العرف في التشريع الاسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة.
11. الشافعي، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، معنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الجزء الخاص، الطبعة الأولى، الكتب العلمية، 1994.
12. الشحات ابراهيم محمد منصور، حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة والقوانين الوضعية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011.
13. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، دار الفكر، 1992.
14. الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث، مؤسسة الريان، لبنان، 2006.

15. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث، قسنطينة، 1989.
16. عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 1998.
17. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه، الطبعة السادسة ، دون سنة النشر، ، مؤسسة قرطبة، بلد النشر.
18. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، دار عمر ابن الخطاب،،دون سنة النشر، الإسكندرية .
19. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية، الجزء العاشر، الطبعة الأولى، مؤسسة بيروت،1993.
20. عبد الكريم نملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، تحرير لمسائله ودراستها دراسة نظرية تطبيقية، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد للنشر، الرياض، 1999.
21. عبد الوهاب البغدادي، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي، المعونة على مذهب عالم المدينة الامام مالك بن أنس، المكتبة التجارية مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، دكتوراه بجامعة أم القرى مكة المكرمة.
22. علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، دار الفصيلة، القاهرة، 2004.
23. لعناني أميرة، نزاعات الحضانة في ضوء القضاء الجزائري، ماجستير في القانون الخاص فرع قانون أسرة، جامعة الجزائر 1بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2014 / 2015.
24. مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، الجزء (2)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1994.
25. محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، المبسوط، الجزء 12، دار المعرفة، بيروت، 1993.
26. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، دار الفكر، دون ذكر بلد النشر، دون ذكر سنة النشر.
27. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، دون طبعة ودون تاريخ، دار الفكر.
28. محمد سراج، أصول الفقه الاسلامي، منشأة المعارف الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1998.
29. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، الطبعة الرابعة، دار محمود.
30. محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2010.
31. محمد كمال الدين إمام، مقدمة لدراسة الفقه الاسلامي، مدخل مذهبي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1996.
32. محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الاسلامي، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الخبر، دمشق، 2006.
33. محمد مقبول حسين، محاضرات في تاريخ التشريع الاسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون ذكر سنة النشر.

34. مصطفى عبد الرحيم أبو عجيلة، العرف وأثره في التشريع الاسلامي، الطبعة الأولى، المنشأة العامة، طرابلس، ليبيا، 1986.
35. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، البهوتي، الحنبلي، كشاف القناع عن متن القناع، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، دون ذكر بلد النشر ، دون ذكر بلد النشر.
36. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية، الجزء 17، الطبعة الثانية، السلاسل، الكويت،1427هـ.
37. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية، الجزء 30، الطبعة الثانية، دار السلاسل، الكويت، 1427 هـ.
38. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر، الجزائر، طبعة خاصة، 1984.

❖ **المجلات:**

1. ربيحة إلغات، الحضانة بين أحكام التشريع الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا، حوليات العدد 27، الجزء الأول / 2015.
2. علي العشي، قاعدة مراعاة العرف في الفتوى المالكية وأثرها في خصوصية النوازل الفقهية في الغرب الإسلامي، المعيار المغرب للونشريسي نموذجا، مجلة العبر للدراسات التاريخية والأثرية، المجلد الثاني، العدد الأول، يناير، 2019.

❖ **القوانين:**

قانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة بالجريدة الرسمية عدد 24 في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05 / 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 15 في 27 فبراير 2005.

❖ **المجلات القضائية:**

1. النشرة القضائية 1972، عدد 1.
2. المجلة القضائية 1994، عدد 4.
3. مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2006.

❖ **المواقع الإلكترونية:**

1. قرار رقم 9 بشأن العرف، صادر عن مجمع الفقه الاسلامي في مؤتمره الخامس بالكويت من 10 إلى 15 ديسمبر 1988.1969 / ar/ org – aifi – iifa.
2. عبد الله بن بيه، الحضانة في الشرع, binbayyah. Net اطلع عليه في 01 / 08 / 2021.