

## حماية مصلحة المحضون على ضوء قانون الأسرة الجزائري والمجلة التونسية

محمد بساس<sup>(1)</sup>،

(1) أستاذ متعاقد كلية الحقوق، جامعة عين تموشنت - بلحاج بوشعيب،  
الجزائر.

البريد الإلكتروني: [mohamed.bessas@univ-temouchent.edu.dz](mailto:mohamed.bessas@univ-temouchent.edu.dz)

### الملخص:

تهدف هذه الدراسة المقارنة إلى تحليل أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ومجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرتكزة على مبدأ المصلحة الفضلى للمحضون، حيث يكشف التحليل عن تباين جوهري، إذ أن القانون الجزائري يعتمد على الترتيب الهرمي لمستحقي الحضانة المستمد من المرجعية الفقهية، مع منح القاضي سلطة تقديرية محدودة، في المقابل، يتبنى التشريع التونسي نهجا حديثا، حيث يلغي الترتيب الإلزامي، ويجعل من مصلحة المحضون المعيار الأوحد، مانحا الأم الحاضنة صلاحيات الولاية المتعلقة بالتعليم والسفر، ويخلص البحث إلى الحاجة لتحديث القانون الجزائري لتعزيز مرونة القاضي ودعم استقلالية الأم الحاضنة.

### الكلمات المفتاحية:

الحضانة، قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المصلحة الفضلى، الولاية.

تاريخ إرسال المقال: 2025/11/08، تاريخ قبول المقال: 2026/04/11، تاريخ نشر المقال: 2026/06/30

المؤلف المراسل: محمد، [mohamed.bessas@univ-temouchent.edu.dz](mailto:mohamed.bessas@univ-temouchent.edu.dz)

## **The Protection of the Best Interests of the Custodial Child under the Algerian Family Code and the Tunisian Code**

### **Abstract:**

This comparative study aims to analyze custody provisions in the Algerian Family Law and the Tunisian Personal Status Code, focusing on the principle of the best interests of the child. The analysis reveals a fundamental divergence: Algerian law relies on a hierarchical arrangement for custody beneficiaries, derived from Fiqh (Islamic jurisprudence), while granting the judge limited discretionary power. In contrast, the Tunisian legislation adopts a modern approach, abolishing the mandatory hierarchy and making the child's interest the sole criterion, granting the custodial mother guardianship (Wilaya) powers related to education and travel. The research concludes that the Algerian law needs updating to enhance judicial flexibility and support the independence of the custodial mother.

### **Keywords:**

Custody, Algerian Family Law, Tunisian Personal Status Code, Best Interests of the Child, Guardianship.

## **La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant (l'intéressé) à la lumière du Code de la famille algérien et du Code tunisien du statut personnel**

### **Résumé :**

Cette étude comparative vise à analyser les dispositions relatives à la garde de l'enfant (hadhanah) dans le Code algérien de la famille et le Code tunisien du statut personnel, à la lumière du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'analyse met en évidence une divergence fondamentale entre les deux systèmes juridiques. Le droit algérien repose sur un ordre de priorité hiérarchique des titulaires du droit de garde, inspiré du fiqh islamique, tout en n'accordant au juge qu'un pouvoir d'appréciation relativement limité. À l'inverse, la législation tunisienne adopte une approche plus moderne, fondée sur l'abandon de toute hiérarchie obligatoire au profit de l'intérêt supérieur de l'enfant comme critère déterminant de l'attribution de la garde. Elle confère, en outre, à la mère gardienne certaines prérogatives de tutelle (wilaya), notamment en matière d'éducation et de déplacement de l'enfant.

La recherche conclut à la nécessité d'une réforme du droit algérien visant à renforcer la flexibilité du pouvoir d'appréciation du juge et à consolider l'autonomie juridique de la mère gardienne, afin d'assurer une meilleure protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

### Mots-clés :

Garde d'enfants (Hâdhanah), Code algérien de la famille, Code tunisien du statut personnel, Intérêt supérieur de l'enfant, Tutelle (Wilaya).

### مقدمة

تُعتبر الأسرة النواة الأساسية للمجتمع، وتعدّ قضاياها، وخصوصا المتعلقة برعاية الأطفال بعد انفصال الأبوين، من أكثر الموضوعات القانونية والاجتماعية حساسية وأهمية، ومن هذا المنطلق، تتصدر الحضانة قائمة المواضيع التي توليها تشريعات الدول عناية قصوى، لكونها تتعلق بالمصلحة الفضلى للطفل، التي تضمن له التنشئة السليمة والرعاية المتكاملة.

وتشير الحضانة، في مفهومها الفقهي والقانوني، إلى حفظ الولد وتربيته والقيام بجميع شؤونه خلال فترة زمنية محددة، وقد مرّت أحكام الحضانة عبر التاريخ بتطورات هامة؛ ففي الشريعة الإسلامية، التي تعدّ المرجع الأساسي لقوانين الأحوال الشخصية في الدول المسلمة، كانت الحضانة في البداية من حق الأم غالبا، باعتبارها الأقدر والأكثر حنانا، مع وجود ترتيبات فقهية دقيقة لتحديد مستحقيها، ومع التطور الاجتماعي والحضاري، وتزايد حالات الطلاق وما رافقها من ضرورة لدمج مبدأ المصلحة الفضلى للطفل كمعيار أساسي، شهدت التشريعات في الدول المغاربية، ومنها الجزائر وتونس، تحولا تدريجيا، فبدأت هذه التشريعات في الموازنة بين النصوص القانونية التقليدية وبين متطلبات العصر الحديث التي تعطي القاضي سلطة تقديرية أوسع لضمان استقرار المحضون.

هذا، وتأتي دراسة الحال لتقديم مقارنة تحليلية ومقارنة معمقة لأحكام الحضانة كما وردت في نصي قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup>، ومجلة الأحوال الشخصية التونسية<sup>2</sup>، حيث تهدف هذه المقارنة إلى تجاوز الوصف السطحي للنصوص إلى تحليل جوهر التباين في المنهجية التشريعية؛ إذ يظهر القانون الجزائري اعتمادا أكثر وضوحا

<sup>1</sup> قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 31، صادر في 12 جوان 1984، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15، صادر في 27 فبراير 2005.

<sup>2</sup> الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، متاح على الرابط: <https://wrcati.cawtar.org/preview.php?type=law&ID=10>، تم الاطلاع عليه بتاريخ 18 ديسمبر 2025، في التوقيت: 14:49.

على المرجعية الفقهية في تحديد الترتيب وسن السقوط، بينما تتبنى التشريعات التونسية توجهات حديثة تمنح القاضي والحاضنة صلاحيات أوسع، مع التركيز المطلق على مصلحة المحضون الفضلى كمعيار حاسم.

إن الفائدة المتوخاة من هذه الدراسة تتجسد في تحديد نقاط القوة والضعف في كلا التشريعين، وتقديم استنتاجات وتوصيات عملية يمكن أن تسهم في جهود تحديث وتطوير قانون الأسرة بما يخدم بشكل أفضل مصالح الأسر والأطفال في المنطقة المغاربية. وفي ضوء هذا التباين المنهجي، تتبلور الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة في التساؤل التالي: ما هي أبرز أوجه التباين والتقارب بين التشريعين الجزائري والتونسي في معالجة مسألة الحضانة، وما هو مدى تأثير المرجعية القانونية في مواجهة التطورات الاجتماعية والحقوقية على صياغة وتطبيق هذه الأحكام؟

لتحقيق أهداف الدراسة والإجابة على الإشكالية المطروحة، تم اعتماد المنهج التحليلي كأداة بحثية رئيسية، والذي يتطلب التحليل الدقيق للنصوص القانونية ذات الصلة بالحضانة في كل من القانون الجزائري والتونسي على حدة؛ والمنهج المقارن لمقارنة تلك الأحكام في مسائل محورية كتعريف الحضانة، ترتيب مستحقيها، سن سقوطها، وأثرها على الولاية الشرعية، مع رصد الخلفيات الفقهية والاجتماعية لكل حكم، علاوة على هذا يمكن المنهج المقارن من استخلاص الفروق الدقيقة وأسباب التباين في تناول التشريع.

تماشياً مع مقتضيات المنهج التحليلي المقارن المعتمد، وتلبيةً لأهداف التحليل والإجابة على إشكالياتها، تم تقسيم هذه الدراسة في هيكل منهجي يشمل مقدمة لضبط الإطار العام، وخاتمة تتضمن أبرز الاستنتاجات والتوصيات، ويتوسطهما مبحثان رئيسيان؛ حيث يتناول المبحث الأول الإطار القانوني والمقارن لترتيب مستحقي الحضانة في التشريعين الجزائري والتونسي، بينما يخصص المبحث الثاني لدراسة أحكام سقوط الحضانة وأثرها على الولاية الشرعية في كل من قانون الأسرة الجزائري ومجلة الأحوال الشخصية التونسية.

## المبحث الأول: أساس الحضانة والمعيار الحاسم لترتيب مستحقيها

لا يمكن فهم الفروقات الجوهرية بين التشريعين الجزائري والتونسي في تنظيم أحكام الحضانة إلا عبر الغوص في الأسس الفلسفية والمعارية التي وجهت صياغتهما، ذلك أن مسألة الحضانة، في جوهرها، تثير إشكالية التوفيق بين المرجعية القانونية التقليدية التي تضع ترتيباً صارماً للمستحقين، وبين المتطلبات الحقوقية المعاصرة التي تفرض مبدأ المصلحة الفضلى للمحضون كمعيار أسمى<sup>3</sup>، ومن هنا، يحدد هذا المبحث نقطة الانطلاق التشريعية لكل قانون، ويكشف عن مدى التزام أو تحرر كل منهما من القواعد الموروثة لصالح المرونة القضائية التي تخدم استقرار الطفل ورعايته.

<sup>3</sup> عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، قسنطينة، 1989، ص.293.

تبعاً لما تقدم، ينتظم هذا المبحث في مطلبين رئيسيين؛ يُخصص المطلب الأول لتحليل المعيار الحاسم لإسناد الحضانة، المتمثل في مبدأ مصلحة المحضون كضابط أسمى، في حين يُعنى المطلب الثاني بتوضيح الترتيب القانوني للأحق بالحضانة، ورصد مدى الالتزام بهذا الترتيب في التشريعين الجزائري والتونسي.

### المطلب الأول: المعيار الحاسم لإسناد الحضانة

يعدّ الانتقال من اعتبار الحضانة حقاً شخصياً لأحد الأبوين إلى كونها التزاماً وواجباً يهدف إلى تحقيق المصلحة الفضلى للطفل، من أهم التحولات التي شهدتها قوانين الأسرة الحديثة، ويمثل المعيار الحاسم لإسناد الحضانة نقطة التقاء رئيسية بين التشريعين الجزائري والتونسي في العصر الراهن، وإن اختلفا في مدى تطبيق هذا المبدأ، وفيما يلي تفصيل ذلك.

#### الفرع الأول: مبدأ مصلحة المحضون كضابط أسمى في القانون الجزائري

على الرغم من الالتزام الواضح للمشروع الجزائري بالمرجعية القانونية في صياغة أحكام الحضانة، إلا أنه أدرك الضرورة الملحة لمواكبة التطورات الحقوقية العالمية بشأن حقوق الطفل، وتتجلى عنايته بمصلحة المحضون أولاً في تعريف الحضانة ذاتها، حيث بيّنت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري غايتها بأنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

وفي سبيل حماية هذا الحق، أقر المشروع الجزائري مبدأ "مراعاة مصلحة المحضون" في أكثر من موضع يتعلق بالحضانة، بما في ذلك ما يتعلق بانقضاء مدتها لتمديد<sup>4</sup>، أو في أحكام سقوطها (المواد 66 إلى 70)، كما ورد هذا المبدأ صراحةً بالمادة 64 التي حددت الترتيب القانوني، حيث نصت على ترتيب مستحقي الحضانة بـ: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، ليس مجرد توصية، بل هو ضابط أسمى يرتقي ليشكل معياراً حاسماً، وربما يتجاوز، الترتيب المنصوص عليه عند التطبيق العملي<sup>5</sup>، وقد أكدت المحكمة العليا الجزائرية هذا التوجه في اجتهاداتها، مشيرة إلى أنه: "تراعى مصلحة المحضون، عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"<sup>6</sup>. وإن إدراج

<sup>4</sup> المادة 65 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

<sup>5</sup> زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2004-2005، ص.337.

<sup>6</sup> قرار رقم 613469 صادر بتاريخ 10 مارس 2011، منشور في مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص.285.

هذا المبدأ يمنح سلطة تقديرية واسعة للقاضي، تسمح له، بشكل استثنائي، بتجاوز الترتيب الهرمي للمستحقين إذا ما تبين له أن مصلحة الطفل الفضلى تقتضي ذلك.

وفي سياق التحليل القانوني، ورغم اعتراض بعض الباحثين على المشرع الجزائري لعدم إيراد تعريف محدد لمصلحة المحضون، إلا أن الرأي الفقهي الغالب يقر بأن هذا المصطلح يصعب حصره في قاعدة قانونية محددة، لارتباطه بظروف الواقع والزمان والمكان، لذا، ينظر إليه كمبدأ فقهي عام، أو "أصل عام" يوطر القواعد القانونية، كما أن المصلحة، وإن جاءت مطلقة في النص، فهي مقيدة بالإطار المرجعي للتشريع الجزائري، المتمثل في الشريعة الإسلامية ومقاصدها العامة، وذلك استنادا إلى المادة 222 من ق.أ.ج، التي تحيل إلى أحكام الشريعة، وبالتالي، يمكن القول إن القانون الجزائري حافظ على الشكل التقليدي، لكنه أفرغه جزئيا من إلزاميته المطلقة بمنح الجوهر الحديث "المصلحة" الأولوية في الفصل القضائي.

### الفرع الثاني: هيمنة مصلحة المحضون كمعيار وحيد في مجلة الأحوال الشخصية التونسية

تتميز مجلة الأحوال الشخصية التونسية المعدلة، بتبنيها للمقاربة الحديثة بشكل أكثر وضوحا، إذ تعتمد على مبدأ مصلحة المحضون كمعيار وحيد وأساسي لا يحده ترتيب شكلي، ولقد ألغت المجلة عمليا النظرة التقليدية التي تركز الحضانة كحق أصيل للأم أو الأب بحكم قرابتهما، لتجعل منها التزاما مطلقا يسند لمن هو الأكثر كفاءة وقدرة على توفير الرعاية والحماية والتربية السليمة للطفل<sup>7</sup>.

وفي هذا الصدد ينص الفصل 60 من المجلة، على هذا التوجه بشكل غير مباشر، من خلال إعطاء القاضي سلطة تقديرية واسعة في اختيار الأصلح، فهذا التوجه يجعل من القاضي التونسي فاعلا رئيسيا في تحديد مصير الحضانة، حيث لا يتقيد بالأسماء أو التراتيب بقدر تقيده بالتقارير الاجتماعية والنفسية التي تحدد واقعا قدرة كل طرف على تلبية المصلحة الفضلى للمحضون، حتى لو أدى ذلك إلى إسناد الحضانة لغير الأبوين مباشرة<sup>8</sup>.

### المطلب الثاني: الترتيب القانوني للأحق بالحضانة ومدى الالتزام به

يوصف تحديد الجهة الأحق بالحضانة للطفل بعد انفصال الزوجين كمحور جوهري ومهم، حيث يكشف عن تباين أصيل في الفلسفة التشريعية بين القانون الجزائري ونظيره التونسي، وهو قاعدة الترتيب القانوني لمن يستحق الحضانة ومدى صرامة الالتزام بها، ويظهر التباين الجوهري والأصلي بين القانونين، حيث يختلفان في

<sup>7</sup> إيمان خليل، "الحماية القانونية لحقوق الطفل المحضون"، مجلة إسهامات قانونية، جامعة جيجل - محمد الصديق بن يحي، المجلد 1، العدد 1، 2021، ص. 51.

<sup>8</sup> الفصل 60 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، سالف الذكر.

مدى الالتزام بقاعدة الترتيب القانوني، وهو ما يعكس الفجوة بين المرجعية النصية التقليدية التي تتبنى الترتيب الهرمي المقيد، والتطبيق العملي الحديث الذي يعلي من شأن صلاحية القاضي في التقدير، فهل ينظر إلى النص القانوني على أنه إطار قاطع وإلزامي، أم أنه مجرد إطار استرشادي يمكن للقاضي تجاوزه ليحقق المعيار الأسمي وهو مصلحة المحضون الفضلى؟ هذا الاختلاف في التعامل مع الترتيب القانوني هو ما يشكل جوهر المقارنة والتحليل.

وعليه، ومن خلال تحليل هذا التباين، سيتم تسليط الضوء على الإطار الذي يحكم الحضانة في كلا السنتين القانونيين، ومدى المرونة أو التقيد الذي يواجهه القاضي عند تطبيق أحكام الحضانة، وذلك من خلال ما سيأتي:

### الفرع الأول: الترتيب الهرمي المقيد في القانون الجزائري

حدد المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة، بعد تعديلها بموجب القانون 05-02، ترتيباً هرمياً متسلسلاً لمستحقي الحضانة، والذي يعتبر القاعدة الأساسية في نظام الحضانة الجزائري، حيث يمنح هذا الترتيب الأولوية للأب، ثم يضع الأب مباشرة في المرتبة الثانية، تليه الجدة لأب، ثم الجدة لأب، فالخالدة، فالعمة، ثم الأقربون درجة؛ ورغم أن هذا التسلسل يختلف في تفاصيله عن المذاهب الفقهية الإسلامية الأربعة، إلا أنه يظل منسجماً مع بعض هذه الاتجاهات في تقديم الأم والجدة لأب على غيرهن، غير أن تقديم الأب إلى المرتبة الثانية بعد الأم تحديداً، هو النقطة التي أثارت إشكالات فقهية وقانونية واسعة.

لقد أثار هذا التعديل، خاصة ما تعلق بوضع الأب في المرتبة الثانية، فضول الباحثين الذين حاولوا تبريره بافتراضات مختلفة، ومن هذه الافتراضات: التغيرات الاجتماعية كخروج المرأة لميادين العمل، أو تأثر المشرع بالاتفاقيات الدولية الداعية للمساواة بين الجنسين، مثل "اتفاقية سيداو"<sup>9</sup>، إلا أن التدقيق في هذه المبررات يضعف من حجتها؛ فالمرأة الجزائرية عرفت العمل منذ القدم دون أن يسقط حقها في الحضانة، كما أن الأب قد يكون أكثر انشغالا بالعمل، مما يجعل إسناد الحضانة للجدة أكثر منطقية، أما التأثر بدعوات المساواة، فلو كان هذا الأمر صحيحاً لامتد ليشمل نصوصاً أخرى أكثر ارتباطاً بالمساواة كأحكام الميراث، وعليه، فإن التفسير الأنسب

<sup>9</sup> إتفاقية "سيداو" هي إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، صادر عن الأمم المتحدة سنة 1979، وقد صادقت عليها الجزائر، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 جانفي 1996، ج.ر عدد 6، صادر في 24 جانفي 1996 مع بعض التحفظات، التي تم رفعها، بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 25-218 المؤرخ في 4 أوت 2025، ج.ر عدد 55، صادر في 17 أوت 2025.

هو تحوّل المشرع إلى اجتهادات فقهية معينة رأى أنها تحقق المصلحة الشرعية للمحضون وتناسب ظروف الزمان والمكان<sup>10</sup>.

يتسم هذا الترتيب بكونه مقيداً وجامداً، حيث يعتبر قاعدة أصلية لا يجوز للقاضي تجاوزها والانتقال إلى المرتبة التي تليها إلا في حالتين: إما ثبوت تخلف المتقدم عن شروط الحضانة المقررة قانوناً كالعقل أو الأمانة، أو بتفصيل مبدأ مصلحة المحضون المنصوص عليه في أواخر المادة 64، الذي يمنح القاضي هامشاً تقديرياً، وهذا التقييد يُبقي على هيمنة المرجعية النصية القانونية<sup>11</sup>، ومع ذلك، يرى بعض الفقهاء أن دلالة نص المادة 64 لا تفيد اللزوم المطلق، وأن الترتيب ما هو إلا تصور نظري تشريعي لمصلحة المحضون، وتبقى القاعدة مكملة وليست أمراً ملزمة، وبالتالي، متى رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتحقق في غير هذا الترتيب، وجب عليه السير إليها، وهو ما يتفق مع المنطق الذي يفرضه تقييد النص بعبارة "مع مراعاة مصلحة المحضون".

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يخرج عن إطار الشريعة الإسلامية ومقاصدها بتقديمه للأب، ذلك أن عدم ورود نص قاطع في الشريعة لترتيب الحاضنين بعد الأم يفتح باب الاجتهاد، كما أن التراث الفقهي قد ناقش بالفعل فرضية تقديم الأب، بل ذهب بعض الفقهاء كالشوكاني<sup>12</sup> والقنوجي<sup>13</sup> إلى تأكيد ثبوت حق الأب في الحضانة بعد الأم.

#### الفرع الثاني: غياب الترتيب الإلزامي وصلاحيّة القاضي في التشريع التونسي

تتبنى مجلة الأحوال الشخصية التونسية مقاربة تشريعية مغايرة تماماً لنظيرها الجزائري، حيث تقوم على تحرير القاضي من القيود الهرمية وإعلاء معيار المصلحة الفضلى للمحضون كمعيار وحيد وأسمى. على النقيض من النمط التقليدي الذي يفرض ترتيباً مغلقاً، فإن التشريع التونسي لا يلتزم بترتيب إلزامي أو قائمة متسلسلة لمستحقي الحضانة، فالنص التونسي يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة، فبمجرد ثبوت انفصال الزوجين، سواء بالطلاق أو بالوفاة، يخول الفصل 60 مكرر من المجلة إسناد الحضانة إلى أحد الأبوين أو إلى

<sup>10</sup> أنيسة لشهب، "الإشكالات المثارة بشأن ترتيب مستحقي الحضانة"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، المجلد 7، العدد 13، 2024، ص. 285.

<sup>11</sup> زكية حميدو، المرجع السابق، ص. 351.

<sup>12</sup> الشوكاني محمد بن علي، الدراري المضية، شرح الدرر البهية، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، لبنان، 2011، ص. 396.

<sup>13</sup> القنوجي البخاري أبي الصديق، الروضة الندية شرح الدرر البهية، ج2، دار إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 2013، ص. 90.

غيرهما كالجد، أو الخال، أو أي قريب مؤهل، دون فرض آلية التدرج الهرمي المتبعة في الفقه التقليدي أو التشريعات المقيدة<sup>14</sup>.

إن هذا التحرر التشريعي الجذري يشكل جوهر المقاربة التونسية، حيث ينتقل القاضي مباشرة إلى البحث عن الشخص "الأصلح" للطفل، أي الأكثر كفاءة وملاءمة لتوفير بيئة الرعاية المثلى، بدلا من التقيد بالمرتبة القانونية، وتُعتبر هذه المقاربة نتاجا لتبني التشريع التونسي لمقاصد متقدمة في إصلاح قانون الأسرة، حيث تم تحويل الأولوية من حق الحاضن المتمسك بالترتيب، إلى حق المحضون في الرعاية المثلى، ورغم هذا الغياب للترتيب الإلزامي، فقد استقر العمل القضائي التونسي على إسناد الحضانة للأم غالبا، خاصة في سن الحضانة المبكرة، إلا أن هذا الإسناد يتم بناء على أهلية الأم وكفاءتها ورعايتها الفعلية المثبتة، وليس بموجب أولوية مطلقة مستمدة من نص قانوني مغلق، فهذا التوجه يجعل من النص التونسي أكثر مرونة وقابلية للتكيف مع الحالات الفردية والظروف المعقدة للأسرة الحديثة، الأمر الذي يعكس تحولا من المرجعية النصية الجامدة إلى المرجعية القضائية القائمة على التقدير والاجتهاد<sup>15</sup>.

### المبحث الثاني: سن انتهاء الحضانة ومسقطاتها وأثرها على الولاية

إن التعرض للنموذجين التشريعيين الجزائري وتونسي من شأنه أن يقدم إضاءة وافية على التباين في المرجعيات والمنطلقات التي اعتمدها كل بلد في معالجة إحدى أدق قضايا تفكك الأسرة، وسيتم استعراض من خلال هذه الدراسة التحليلية المقارنة أهم أوجه الاختلاف بين هاتين المنظومتين التشريعتين، وذلك بالارتكاز على ثلاثة محاور رئيسية بالغة الحساسية، والمتمثلة في محددات نهاية فترة الحضانة، والأسباب القانونية والفقهية التي تقضي إلى سقوطها، وأخيرا، التأثير العميق الذي تتركه هذه الأحكام على العلاقة بين سلطة الحاضن وبين الولاية الأبوية "السلطة الأصلية للأب".

### المطلب الأول: سن انتهاء الحضانة كعامل اختلاف وتكيف تشريعي

يعتبر سن سقوط الحضانة نقطة خلاف محورية بين المذاهب الفقهية، وكذا بين التشريعات المعاصرة، حيث تعكس ضوابط تحديد هذا السن المرجعية الأساسية لكل قانون بين التقيد بالنصوص الفقهية الكلاسيكية، والمرونة في تحقيق المصلحة الفضلى للطفل.

<sup>14</sup> سامي بن حليمة، "حق زيارة المحضون"، مجلة القضاء والتشريع، تونس، ماي 1994، ص. 362.

<sup>15</sup> زكية حميدو، المرجع السابق، ص. 353.

## الفرع الأول: سن السقوط المزدوج مع سلطة التمديد في القانون الجزائري

تبنى المشرع الجزائري، بموجب أحكام المادة 64 من قانون الأسرة، نظاما دقيقا لإنهاء فترة الحضانة، حيث ركز على قاعدة التمييز بين جنس المحضون، ولقد جاء هذا التكيف التشريعي في سياق محاولة الموازنة الحكيمة بين الثوابت الفقهية الراسخة المستمدة من الشريعة الإسلامية وبين الضرورات الملحة للتكيف مع المستجدات الاجتماعية والتربوية المعاصرة<sup>16</sup>.

حددت المادة المذكورة سن انتهاء الحضانة بشكل مختلف، فأما بالنسبة للذكور، فتنتهي حضانتهم ببلوغهم عشر (10) سنوات، وهو تحديد يستند إلى تقدير فقهي يرى أن الصبي يصل في هذا العمر إلى مرحلة التمييز الجزئي، حيث تبدأ حاجته الملحة للانتقال إلى الرعاية الأبوية التي تركز على التربية على الخشونة وتحمل المسؤولية والاستعداد للحياة العامة، وهي مهام تقع تقليديا ضمن صلاحيات الأب، وفي المقابل، تمتد فترة الحضانة للإناث وتستمر حتى بلوغهن سن الزواج المحدد قانونا بسن 19 سنة، وهذا اعترافا من المشرع بأن الأنثى تظل في حاجة أكبر للرعاية والحماية الخاصة والاحتضان الحاني الذي توفره الأم أو من يليها من النساء، ويمتد ذلك الاحتياج حتى بلوغ مرحلة النضج الكامل استعدادا لمرحلة جديدة في الحياة<sup>17</sup>.

ومع إقرار هذه القواعد العمرية الثابتة نسبيا، أدرك المشرع الجزائري أن النصوص القانونية المجردة لا يمكنها أن تستوعب جميع ظروف الواقع المتغيرة والخاصة بكل حالة على حدة، لذلك، منح للقاضي صلاحية جوهرية واسعة للتكيف مع هذه القواعد، حيث يمكنه، بموجب سلطته التقديرية، أن يمدد الحضانة للذكر حتى سن ستة عشر (16) سنة، فهذا التمديد هو استثناء مشروط بتحقيق أحد عاملين رئيسيين: إما أن يكون المحضون متميزا في دراسته مراعاة للاستقرار الأكاديمي وضمان عدم تشتيت تركيزه في مرحلة التعليم الحساسة، أو إذا اقتضت مصلحته ذلك، ويعتبر هذا البعد الأخير، أي مراعاة مصلحة المحضون، هو المنظم والموجه للقاعدة القانونية بأكملها والمصدر لمرونتها القصوى<sup>18</sup>.

وفي هذا السياق، أكد القانون أن الترتيب أو التحديد العمري الوارد في نص المادة 64 لا يفيد اللزوم، ولا يعتبر قاعدة قطعية جامدة، بل هو مجرد تصور تشريعي نظري مسبق لمصلحة المحضون، فمضى استبان للقاضي أن المصلحة الفعلية للمحضون، وفقا لظروف الزمان والمكان وحالة الأطراف، لا تتحقق مع الافتراض

<sup>16</sup> أنيسة لشهب، المرجع السابق، ص. 287.

<sup>17</sup> نصر سلمان، سعاد سطيحة، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2003، ص. 206.

<sup>18</sup> أنيسة لشهب، المرجع السابق، ص. 288.

العمرى المحدد أو الترتيب الوارد، جاز له أن يتجاوزهما تماماً، وبذلك، يمارس القاضي سلطته التقديرية الواسعة في كشف حقيقة مصلحة المحضون بحسب قناعاته الشخصية، مؤكداً أن المصلحة الفضلى للطفل تبقى هي المنطلق والمحرك لكل الأحكام القضائية المتعلقة بالحضانة في القانون الجزائري، حتى ولو اقتضى ذلك الخروج عن الحدود العمرية المبدئية المرسومة أو الترتيب الوارد في النص<sup>19</sup>.

#### الفرع الثاني: خيار المحضون كمعيار مهم في القانون التونسي

تبنى القانون التونسي موقفاً تشريعياً أكثر مرونة مقارنة بالتشريع الجزائري، سواء فيما يتعلق بمسقطات الحضانة أو بتوسيع صلاحيات الأم الحاضنة.

فيما يخص زواج الحاضنة، فإن القانون التونسي لا يعتبر زواج الحاضنة "الأم" بغير قريب محرم مسقطاً آلياً للحضانة، بل يخضع هذه المسألة لتقدير القاضي حسب مصلحة المحضون، فهذا التوجه له نظرة شاملة لواقع الأسرة المطلقة، حيث لا يتم الاكتفاء بالعلة الفقهية العامة كالخوف من الأجنبي، بل يتم تقييم وضع الحاضنة وزوجها الجديد وحالة المحضون بشكل خاص في كل قضية، ويستطيع القاضي الإبقاء على الحضانة للأم إذا ثبت أن زواجها يوفر للطفل بيئة مستقرة وملائمة، مما يعزز تطبيق المصلحة الفضلى للمحضون على حساب القواعد الشكلية<sup>20</sup>.

أما بخصوص ولاية الحاضنة، فقد منح الأم الحاضنة في تونس صلاحيات الولاية المتعلقة بالسفر والدراسة والتصرف في الحسابات المالية<sup>21</sup> أهم اختلاف عن القانون الجزائري، هذا التمكين من شأنه أن يعزز الاستقلال التنفيذي للأم في رعاية المحضون وتسيير شؤونهم الحياتية والمستقبلية دون الحاجة الماسة والمقيدة للرجوع إلى الأب<sup>22</sup>.

هذا، ويهدف التطور التشريعي في تونس إلى تسهيل إدارة شؤون المحضون بفعالية أكبر، ويقلل من النزاعات المتكررة، ويعكس تقدماً لدور الأم الحاضنة وتركيزاً على فكرة أن من يقوم بمهمة الحضانة والرعاية اليومية هو الأجدر بممارسة صلاحيات الولاية المرتبطة بتلك الرعاية.

<sup>19</sup> المرجع نفسه، ص. 288-289.

<sup>20</sup> الفصل 63 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، سالف الذكر

<sup>21</sup> الفصل 60 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، سالف الذكر.

<sup>22</sup> سامي بن حليمة، المرجع السابق، ص. 364.

## المطلب الثاني: زواج الحاضنة وأثر الحضانة على الولاية

تظهر الأبعاد الاجتماعية والفقهية والقانونية بوضوح تام في أحكام سقوط الحضانة، لاسيما عند تناول حالة زواج الحاضنة، مما يعكس نظرة كل تشريع لدور الأم المطلقة وصلاحياتها بعد الانفصال، ويبرز هذا المطلب مدى ترسخ مفهوم الولاية للأب كأصل في التشريع الجزائري في مقابل التمكين الذي تمنحه تشريعات أخرى للأم الحاضنة.

### الفرع الأول: سقوط الحضانة بزواج الحاضنة وتأكيده ولاية الأب في القانون الجزائري

نظم القانون الجزائري مسألة سقوط الحضانة بزواج الحاضنة وتأكيده ولاية الأب، بوضوح بنص المادة 66 من قانون الأسرة، التي بينت قاعدة صريحة: "يسقط حق الحاضنة إذا تزوجت بغير قريب محرم من المحضون"، فهذا الحكم هو تجسيد مباشر ومتجذر في الفقه الإسلامي، الذي يعد المرجع الأساسي لقانون الأسرة الجزائري بموجب المادة 222 منه، وتقوم علة هذا الحكم على أساس فقهي راسخ وهو الخوف على المحضون من الأجنبي "أي الزوج غير المحرم"، الذي قد لا يراعاه الرعاية الكافية، أو يسيء معاملته، أو يتدخل في تربيته بما يضر بمصلحته، خاصة وأن مهمة الحضانة تشمل رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته والسهر على حمايته بشكل يومي.<sup>23</sup>

فهذا الحكم هو مسقط قانوني مباشر، يترتب عليه انتقال الحضانة إلى من يلي الحاضنة في الترتيب القانوني، لكن، هذا الإسقاط ليس مطلقا ولا يتم بشكل آلي، إذ يظل القاضي ملزما بمراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال، مما يمنحه سلطة تقديرية واسعة، ونتيجة لذلك، يمكن للقاضي استثناء أن يقرر بقاء الحضانة للأم المتروجة، حتى ولو تزوجت بغير محرم، إذا ثبت لديه بعد البحث والتحري أن مصلحة المحضون تقتضي ذلك، أو أن الزوج الجديد يتصف بأعلى درجات الصلاح والعناية، أو أن نقل الحضانة قد يضر بالطفل، فهذا التفعيل للسلطة التقديرية يهدف إلى إعمال مبدأ جوهرى يقضي بأن التطبيق الحرفي للنصوص يزول أمام تحقيق المصلحة العليا للطفل.<sup>24</sup>

أما فيما يتعلق بمسألة الولاية "السلطة الأبوية"، وهي سلطة قانونية أوسع تتجاوز الحضانة لتشمل اتخاذ القرارات التصيرية، فإنها تظل في القانون الجزائري للأب بشكل أساسي، باعتباره المسؤول قانونا وشرعا عن

<sup>23</sup> باديس دبابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص.149.

<sup>24</sup> أنيسة لشهب، المرجع السابق، ص.288.

رعاية وحماية الولد، ويتم منح الأم الحاضنة صلاحيات الولاية في حالة الطلاق لأجل الأمور المستعجلة فقط<sup>25</sup>، فهذا التقيد القانوني يحد بشكل كبير من استقلالية الأم الحاضنة في اتخاذ القرارات المصيرية المتعلقة بتربية وتعليم المحضون وسفره والتصرف في أمواله وحساباته المالية المهمة، وتبقى السلطة التنفيذية والنهائية للولاية في يد الأب، مما يفرض على الأم العودة إليه بشكل متكرر لاستصدار الموافقات اللازمة، وهو ما قد يخلق احتكاكا قضائيا وإداريا مستمرا بين الوالدين، ويعرقل أحيانا سير شؤون المحضون اليومية والمستقبلية<sup>26</sup>.

### الفرع الثاني: المرونة في مسقطات الحضانة وولاية الحاضنة في تونس

يتبنى القانون التونسي موقفا تشريعيًا يتسم بالمرونة العالية والتوجه نحو مسقطات الحضانة وصلاحيات الأم الحاضنة، ما يعكس فلسفة قانونية حديثة تركز على تعزيز دور الأم الحاضنة وضمان استقرار المحضون دون التقيد الحرفي بالعلل الفقهية القديمة.

#### أولاً: زواج الحاضنة

لا يعتبر زواج الحاضنة "الأم" بغير قريب محرم مسقطاً آلياً للحضانة، بخلاف التشريع الجزائري الذي يجعل هذا سبباً مباشراً للسقوط، بل يخضع القانون التونسي هذا الأمر بالكامل لتقدير القاضي حسب مصلحة المحضون<sup>27</sup>، فهذا النهج يعكس نظرة أعمق لمفهوم المصلحة، حيث لا يتم الاكتفاء بالعلة الفقهية العامة المتمثلة في الخوف من الأجنبي، بل يتطلب من القاضي تقييماً دقيقاً لوضع الحاضنة وزوجها الجديد وحالة المحضون بشكل خاص في كل قضية، وبالتالي، قد تستمر الحضانة للأم المتزوجة إذا تبين أن الزواج الجديد يوفر للطفل بيئة داعمة وأكثر استقراراً، مما يخدم مصلحته العليا.

#### ثانياً: ولاية الحاضنة

يمثل منح الأم الحاضنة في تونس صلاحيات الولاية المتعلقة باتخاذ القرارات المصيرية مثل السفر والدراسة والتصرف في الحسابات المالية<sup>28</sup>، وأهم وأبرز اختلاف عن القانون الجزائري، الذي يحصر هذه الصلاحيات في الأمور المستعجلة فقط، فهذا التمكين التشريعي يعزز الاستقلال التنفيذي الكامل للأم في رعاية المحضون وتسيير شؤونهم اليومية والمستقبلية دون الحاجة الماسة والمقيدة للرجوع إلى الأب، وبهذا نظام الحال يضمن سير أمور المحضون بسلاسة أكبر ويقلل من النزاعات القضائية المتكررة، وهو ما يعكس تطوراً في

<sup>25</sup> المادة 87 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

<sup>26</sup> باديس دبابي، المرجع السابق، ص. 151.

<sup>27</sup> الفصل 63 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، سالف الذكر.

<sup>28</sup> الفصل 60 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، سالف الذكر.

مفهوم السلطة الأبوية وتركيزا عمليا على دور الحاضن الفعلي باعتباره الأجدر بممارسة صلاحيات الولاية المرتبطة بالحضانة اليومية.

## خاتمة

توجت هذه الدراسة المقارنة لأحكام الحضانة بين قانون الأسرة الجزائري ومجلة الأحوال الشخصية التونسية بتحديد تباينات جوهرية في الفلسفة التشريعية والتطبيق العملي، مع نقطة التقاء عليا تتمثل في إعلاء مبدأ المصلحة الفضلى للمحضون، فبينما يتمسك المشرع الجزائري بالترتيب الهرمي كقاعدة أصلية مستمدة من المرجعية الفقهية، تُحرر التشريعات التونسية القاضي تماما لتجعل من معيار المصلحة هو الحاسم الأوحد، ولقد كشفت الدراسة عن مجموعة من النتائج نجملها فيما يلي:

- يتمسك القانون الجزائري بالترتيب الهرمي المُقيد لمستحقي الحضانة، مع إدراج الأب في المرتبة الثانية بعد الأم، وهو اجتهاد تشريعي يفتح باب التجاوز القضائي له استنادا إلى عبارة "مع مراعاة مصلحة المحضون"؛
- يغيب في التشريع التونسي الترتيب الإلزامي، وتمنح صلاحية مطلقة للقاضي لإسناد الحضانة لمن يراه الأصح، مما يعكس تحولا جذريا نحو المقاربة الحقوقية الحديثة؛
- يعتبر زواج الحاضنة بغير محرم مسقطا قانونيا مباشرا للحضانة، وإن كان هذا الإسقاط يخضع أيضا للسلطة التقديرية للقاضي الذي قد يبقى الحضانة للأم المتزوجة إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك؛
- في التشريع الجزائري، تظل سلطة الولاية للأب بشكل أساسي، مما يقيد استقلالية الأم الحاضنة في اتخاذ القرارات المصيرية للمحضون، ما يخلق احتكاكا قضائيا مستمرا؛
- في التشريع التونسي، لا يُعتبر زواج الحاضنة مسقطا آليا، كما تُمنح صلاحيات الولاية للأم الحاضنة، مما يعزز استقلاليتها في تسيير شؤون المحضون اليومية والمستقبلية؛
- اعتبار ترتيب مستحقي الحضانة الوارد في المادة 64 من ق.أ.ج، خالف للشرعية الفقهية التي اعتمدها الفقهاء، خاصة فيما يتعلق بتغيير مرتبة الأب من الرابعة إلى الموالية للأم، وهي مسألة اجتهادية تخضع لظروف المجتمع؛
- يُنقذ المشرع الجزائري لعدم تقييد إسناد الحضانة للأب، خاصة بضرورة وجود امرأة حاضنة معه، وأن المادة 64 تشوبها المآخذ والنقائص التي لا تكتمل إلا بظل القانون الجديد.

## التوصيات:

انطلاقاً من التباينات المذكورة والمآخذ على المادة 64 من ق.أ.ج، تبرز مجموعة من التوصيات لضمان حماية أكبر للمصلحة الفضلى للطفل:

- يجب على القاضي ألا يعتبر ترتيب أصحاب الحق في الحضانة إلزامياً، بل ضابطاً استرشادياً، مع وجوب تقديم معيار مصلحة المحضون عند الفصل في الدعوى؛
- اقتراح إضافة نص أو فقرة بالمادة 64 من ق.أ.ج، تعالج مشكلة تخلي من له الحق في الحضانة، بحيث يبين المشرع كيف يقاضي شؤون الأسرة (تطبيق القانون 12-15 الخاص بحماية الطفل)؛
- معالجة الانتقادات الموجهة للمشرع بشأن عدم تقييد إسناد الحضانة للأب بضرورة وجود امرأة حاضنة معه.
- الإسراع بإصدار النصوص التنظيمية المحددة لكيفية تطبيق القانون 12-15 المتعلق بحماية الطفل؛
- مراعاة مصلحة المحضون يجب أن تكون مبدأً أساسياً ومظلة يحمي بها القانون من كل نقص أو عيب يشوب النصوص.