

The following slides are the property of the authors and are provided on this website as a public service.

Please do not copy or redistribute these slides without the written permission of the listed authors.

For more information please contact [familyresearch@qf.org.qa](mailto:familyresearch@qf.org.qa)

الشرائح التقديمية التالية هي ملكية خاصة بالمؤلفين ، ويتم توفيرها في هذا الموقع كخدمة عامة . يرجى عدم نسخ أو توزيع و إعادة نشر هذه الشرائح دون الحصول على إذن كتابي من المؤلفين المدرجين .

لمزيد من المعلومات الرجاء الإتصال بـ : [familyresearch@qf.org.qa](mailto:familyresearch@qf.org.qa)

# مصلحة المحضون وإسناد الحضانة في الزواج المختلط

تشكّل الأسرة النواة الأولى للمجتمع، ويعتبر الطفل محورها وأحد المقاصد السامية للزواج، لذلك نلاحظ حرصاً مفرطاً من جميع الأنظمة، الدولية والعربية، على تنظيم المسائل التي تمسّ هذه الشريحة على غرار الحضانة التي تطرح عدّة إشكاليات خاصة في الزواج المختلط، إذ أنّ صدام الحضارات وإشكالية الهوية حتّى المشرّعين في أغلب الدول على الحفاظ على القيم التي تحكم مجتمعاتهم. فلقد سعى كلّ مشرّع، في تركيز مجهوده القانوني على الناشئة، إلى عدم الحياد عن الخطّ الحضاري والقيمي الذي يرتكز عليه مجتمعه. لكن قد تكون مصلحة المحضون، عند النزاع في الزواج المختلط، متعارضة مع ما رسمه المشرّع في محافظته على قيمه، وجعله من النظام العام الذي لا يمكن مخالفته.

ضمن هذا الإطار برز تيار مدافع عن مصلحة المحضون،  
جاعلا منها المعيار الأوّل الذي لا يجب تجاوزه لإسناد الحضانة  
في الزواج المختلط. ونلاحظ هنا وجود مجهود دولي ما انفكّ  
يتعاضم، ساعيا إلى تكريس هذا المعيار الذي لم تواكبه جلّ الدول  
العربيّة رغم التحدّيات الكبيرة للأسرة العربيّة، التي تشهد  
بدورها سيرورة حضاريّة متنوّعة وديناميكيّة على صعيد عربي  
ودولي. بيد أنّ هذا الإقرار قد يكون مجحفا أحيانا في حقّ بعض  
الأنظمة الساعية لمواكبة المجهود الدولي.

## فإلى أيّ مدى وقع اعتماد مصلحة المحضون لإسناد الحضانة في الزواج المختلط؟

في حقيقة الأمر لا يمكن الإجابة عن هذه الإشكالية إلا عبر دراسة الجهود الدولي الساعي إلى تكريس مصلحة المحضون وجعلها المعيار الأهمّ لإسناد الحضانة في الزواج المختلط (وهو ما سنتعرّض إليه في جزء أوّل)، حتّى نتبيّن (في جزء ثان) الواقع العربي ومدى مساهمته لهذا الجهود، فيقع حينها الوقوف على مواطن الخلل من ناحية، والتوقّف عند الأمثلة التي يمكن الانطلاق منها لتكريس هذا المعيار وتطبيقه من ناحية أخرى.

## الجزء الأول: المجهود الدولي لتكريس مصلحة المحضون

يوجد سعي دولي حثيث من أجل دعم مصلحة المحضون وتأكيدها، وهو ما يتجلى بوضوح في النصوص ذات الصبغة الدولية التي صدرت لكي تدعم بصفة مباشرة أو غير مباشرة هذا المعيار (أولاً). إضافة إلى ذلك هناك تعاون دولي-عربي يبرز من خلال مختلف الاتفاقيات الثنائية التي تترجم هذا المجهود الدولي، والتي تأتي لكي تعزز النصوص الدولية وتحرص على تطبيق مختلف أحكامها (ثانياً).

## أولاً- دور النصوص القانونية الدولية والإقليمية

نظرا لصعوبة التعرّض إلى جميع النصوص الدولية الصادرة في هذا الشأن، تبعا لضيق المجال، فإنّه سوف يقع التعرّيج على البعض منها فحسب.

• اتفاقية لاهاي المؤرّخة في 5 أكتوبر 1961 والمتعلّقة بالسلط المختصّة والقانون المطبّق في مادة حماية القصر.

لم تأت هذه الاتفاقية بجديد في شأن موضوع بحثنا: "مصلحة المحضون"، واقتصرت على التأكيد على أنّ السلط القضائيّة والإدارية للمكان الذي به مقرّ إقامة القاصر الاعتياديّة هي المختصّة لاتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية شخصه وماله.



• الاتفاقية الأوروبية حول الاعتراف بالأحكام المتعلقة بمادة  
حضانة الأطفال الممضاة بمدينة اللكسمبورغ في 20 ماي  
:1980

تهدف إلى حماية مصلحة المحضون من خلال تسهيل الاعتراف بالأحكام الصادرة في مادة الحضانة وتنفيذها وتيسير إرجاع الحضانة إلى صاحبها في صورة انتزاعها منه بشكل غير طبيعي وغير قانوني، مع الإقرار أن يكون للأحكام الصادرة في إحدى الدول الأوروبية المصادقة على الاتفاقية والمتعلقة بالمواد المشمولة بأحكام المعاهدة نفاذ آلي.

## • اتفاقية لاهاي لسنة 1980:

يمكن اعتبارها الأكثر تكريسا، وبشكل واضح، لمبدأ تقديم مصلحة المحضون على غيرها من المصالح، وذلك عبر إبقائه في البيئة التي اعتادها وألفها، مع إبعاده عن النزاعات القانونية التي تطرأ بين والديه إلى حين أن يتبين الأمر فيها بشكل نهائي. كما نصت على ضرورة أن تتخذ الجهة المختصة قرارا فاصلا في إسناد حضانته بشكل نهائي إلى أحد والديه أو من يعينه القانون من غيرهما، مع احترام حق الزيارة المعترف به لفائدة الوالد الذي لم تسند إليه الحضانة سواء في مرحلة النزاع أو بعدها.

## • اتفاقية الرياض للتعاون القضائي:

من أمثلة النصوص الإقليمية، خاصة في الوطن العربي، يمكننا ذكر اتفاقية الرياض للتعاون القضائي المؤرخة في 6 أبريل 1983، الجائز الاستلham منها لتعزيز حقوق التقاضي والدفاع عن مصلحة المحضون التي قد تكون مضمّنة في أحكام قضائية صادرة عن إحدى الدول المصادقة على الاتفاقية وواجبة الإكساء بالصيغة التنفيذية (l'exequatur des jugements).

## • اتفاقية لاهاي لسنة 1996:

تتعلق هذه الاتفاقية بالاختصاص والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الأبوية وإجراءات الحماية للأطفال، وبنطاق واسع من قضايا الحماية الدولية للطفل خاصة في النزاعات الأسرية حول حضانة الأطفال، وتعتبر بذلك اتفاقية عاكسة لمبدأ مصلحة الطفل الفضلى الذي نصت عليه اتفاقيات حقوق الطفل.

بالإضافة إلى اتفاقيات لاهاي، تمّ، بمناسبة سنّ قوانين لحماية  
الطفل، تكريس مصلحته التي تنصهر فيها حتما مصلحة  
المحضون، من ذلك:

## • اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989:

نصّت مادتها الثالثة على أنّه: «في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال،  
سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو  
السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل  
الفضلي».

علما وأنّه صدرت في نفس السياق عدّة نصوص أتت لكي تدعّم  
حقوق الطفل وتحفظها وتحرص على تمتيعه بالرعاية اللازمة.

وبمراجعة مختلف هذه النصوص، تبدو مصلحة المحضون من أهم أولويات التشريع والعمل القضائي، وهو ما سعت عدّة أنظمة إلى تطبيقه عبر اعتماد اتفاقيات مشتركة تصلح لتقديم هذه المصلحة خاصة في الزيجات المختلطة.

## ثانيا- دور الاتفاقيات الثنائية

وقع إبرام عدّة اتفاقيات ثنائيّة، إلى جانب الاتفاقيات الدوليّة والإقليميّة، رمت إلى تكريس مبدأ مصلحة المحضون وذلك بين عدّة دول سوف نذكر منها تلك التي تكون فيها بعض الدول العربيّة طرفا.

## • الاتفاقية التونسية – الفرنسية:

في 18 مارس 1982 بمدينة باريس، وقع إبرام الاتفاقية التونسية-الفرنسية والمتعلقة بمواد الحضانة والزيارة والنفقة... وقد هدفت إلى حماية القصر من المولودين من الزوجات المختلطة أو بين مواطنين من نفس الدولة يقيمان على تراب الدولة الأخرى أو تحصل أحدهما على حكم في إحدى المواد المذكورة من محاكم الدولة الأخرى، وقد وقع ضمان تحقيق ذلك عبر آليات إدارية وأخرى قضائية.



## • الاتفاقية المغربية - المصرية:

قامت المملكة المغربية بإمضاء عدّة اتفاقيات ثنائيّة في مجال الأحوال الشخصية، مثل الاتفاقية المبرمة مع جمهورية مصر العربيّة في 27 ماي 1998، التي أكّدت المادة الثانية عشرة منها على أن «تبدل السلطات المختصة في كل من الدولتين المتعاقدتين أقصى درجات التعاون القضائي في مجال حقوق الحضانة والزيارة (الرؤية)».

## • الاتفاقية اللبنانية – الأسترالية:

أقامت لبنان سنة 1989 اتفاقية تعاون بين حكومتها وحكومة أستراليا حول حماية ورعاية الطفل، وقد اقتضت مادتها الأولى أن تسعى هذه الاتفاقية إلى تحقيق عدّة أهداف على غرار «ضمان التعامل مع مصالح الطفل على أنّها فوق كلّ اعتبار في القضايا المتعلقة بحقّ الوالدين بحضانة أطفالهم والالتقاء بهم».

## • الاتفاقية الجزائرية - الفرنسية:

المؤرخة في 21 جوان 1988 والتي كرّست فعلا مصلحة المحضون مقارنة بأيّ مصلحة أخرى. فقد حدّدت ديباجة هذه الاتفاقية الأهداف المرجوة وهي الرغبة في دعم التعاون القضائي، والحرص على تحقيق أحسن حماية لأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، وحرية تنقلهم بين البلدين، وذلك اقتناعا بضرورة رعاية مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى، ووعيا بأن مصلحة الطفل تتطلب أن تكون لديه إمكانية المحافظة على علاقات مستقرّة ومتوازنة مع والديه المنفصلين حيثما توجد إقامتهما. فتمّ الاتفاق على وضع جملة من الآليات الكفيلة والناجعة.

← إنَّ الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين مختلف الدول العربيّة وبقية دول العالم عديدة ولا يمكن حصرها في هذا المجال، لكن نلاحظ أنّها في المجمل قد سعت إلى تكريس مصلحة المحضون وجعلها المنطلق الأساسي لإسناد الحضانة في الزواج المختلط.

← عاب العديد من الملاحظين عليها تقييد أحكامها بشروط تجعل من تحقيق هذه المصلحة محلّ تشكيك، كربطها بصفة مبالغ فيها أحيانا بضرورة احترام النظام العام والمعاملة بالمثل وغيرها من القيود...

النظام العام مفهوم يختلف من بلد إلى آخر، وقد يكون ما هو من النظام العام في بلد ما لا يعتبر كذلك في بلد آخر، في حين ترتبط مصلحة المحضون عند إسنادها أحيانا بكلاً النظامين القانونيين.

المعاملة بالمثل، كشرط يقدره القاضي عند النظر في أمر إسناد الحضانة، يبدو شرطاً تعجيزياً أحيانا، إذ أنه يقتضي لمراقبته أن يتحوّل القاضي إلى ديبلوماسي كي يقدر مدى توفره من عدمه. هذا فضلا عن تقيّد عدّة أنظمة عربيّة، عند النظر في هذا الموضوع، بأحكام قوانينها للأحوال الشخصية التي تتضارب في غالب الأحيان مع ما جاءت به هذه الاتفاقيات، الأمر الذي يقتضي دراسة الواقع القانوني والقضائي العربي والبحث في مدى تكريسه لمصلحة المحضون قصد إسناد الحضانة في الزيجات المختلطة.

## الجزء الثاني- الواقع العربي ومدى تكريس مصلحة المحضون لإسناد الحضانة في الزواج المختلط

بتفحص مختلف القوانين العربيّة وفقه قضائها نجد عموما إشارات لمصلحة المحضون كقاعدة لإسناد الحضانة عند تنازع القوانين. لكن يبدو تبني هذا المفهوم، سواء من الناحية النظرية أو التطبيقية، محدودا إن لم نقل منعدما أحيانا (أولا)، باستثناء ما ظهر في الفترة الأخيرة من بعض المحاولات التشريعية، والتي عقيتها ممارسات قضائية، بدت فعلا ساعية إلى تكريس قاعدة مصلحة المحضون وجعلها منطلقا أساسيا لإسناد الحضانة في الزيجات المختلطة وذلك في إطار مواكبة الجهود الدولي في هذه المسألة (ثانيا).

## أولاً- تناول محدود لقاعدة مصلحة المحضون

إنّ ما يمكن الإشارة إليه في مقدّمة دراسة هذه المسألة هو أنّ هذه المادة هي من اختصاص القانون الدولي الخاص، غير أنّ التطبيقات تسلتهم الأحكام، في أغلب الأحيان، من القوانين الداخلية المنظمة للمادة المدنية أو الأحوال الشخصية رغم وجود عنصر إسناد أجنبي.

## • مصر:

بنى المشرّع المصري الاختصاص على مجرد ضابط الإقامة دون الموطن والجنسيّة، لكن يبقى لمعيار الدين أهميّة قصوى في فقه القضاء المصري، إذ أنّ تكييف الحضانة يتمّ وفقاً للقاعدة العامة في القانون المصري، أي اعتماد الشريعة الإسلامية التي تعتبر القانون العام الواجب التطبيق في جميع مسائل الأحوال الشخصية في مصر، فيصير بذلك ضروريّاً استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق بشأن الأهلية للحضانة.



## • العراق:

خصّ القانون العراقي بعض المسائل، كالبنوة الشرعية والولاية، بقاعدة إسناد واحدة مع إخضاعها لقانون جنسية الأب قصد اجتناب الجدل عند تحديد القانون الواجب التطبيق في مسألة الحضانة. غير أنّه يتعلّل تطبيق هذه القاعدة إذا كان أحد الزوجين عراقياً عند إبرام عقد الزواج، فتطبيقاً للفقرة الخامسة من المادة 19 من القانون المدني العراقي تكون الجدّة لأب أولى بالحضانة من الأم الأجنبية غير المقيمة في العراق.

## • الكويت:

أخضع المشرّع الكويتي الحضّانة إلى قاعدة إسناد خاصة بها، إذ نصّت المادة 43 من القانون رقم 5 لسنة 1961 والمتعلّق بتنظيم العلاقات القانونيّة ذات العنصر الأجنبي على أنّه: «يسري قانون جنسيّة الأب في الولاية على النفس وفي الحضّانة».

## • اليمن:

حصر المشرّع اليمني الاختصاص في أغلب مسائل الأحوال الشخصيّة في القانون الوطني مع اشتراط رضاء الطرفين إذا كان الزوجان أجنبيين.

## • البحرين:

أخضع المشرّع البحريني إسناد الحضانة في الزواج المختلط لقانون جنسية الشخص المراد حمايته طبقاً لنصّ المادة 21/5 من قانون المرافعات البحريني، على أساس تحقيق مصلحة المحضون عند اعتماد هذه القاعدة.

## • تونس:

قبل سنّ مجلّة القانون الدولي الخاص في 27 نوفمبر 1997، عرف تعامل القانون التونسي مع المسائل الدولية الخاصة مرحلتين أساسيتين:

- تميزت المرحلة الأولى بغياب الإطار التشريعي المائم، فقد كانت الحلول في هذه المرحلة فقه قضائية بالأساس، على الرغم من وجود نصوص هامة على غرار الأمر العليّ المؤرّخ في 12 جويلية 1956، ومجلة الأحوال الشخصية لسنة 1956 التي لم يقع، في تلك المرحلة، الاستلهاً منها جيّداً.

- أمّا المرحلة الثانية فقد تميّزت بإقامة جملة من الامتيازات التي تتكامل وتدعم بعضها البعض، فقد كرّس فقه القضاء التونسي امتياز الجنسية (privilège de nationalité)، وهو امتياز يحتضن امتيازاً ثانياً وهو امتياز الدين (privilège de religion)، اللذين دعمهما امتياز المحاكمة (privilège de jurisdiction).

## • الجزائر:

تضمّن قانون الأسرة الجزائري عدّة أحكام خاصة بالحضانة، وأشار المشرّع الجزائري إلى ضرورة "مراعاة مصلحة المحضون"، غير أنّ المحاكم الجزائرية لا تجيز إكساء أيّ حكم أجنبي يتعلّق بالحضانة بالصيغة التنفيذية عندما يكون مخالفا للنظام العام الجزائري، إذ أُقرّ امتيازين: الجنسيّة والدين، من ناحية اشتراط اتّحاد الدين بين الحاضن والمحضون، وشرط الإقامة، حيث لا يمكن إسناد الحضانة لأمّ تعيش خارج القطر الجزائري.

## • الأردن:

بالنسبة إلى المشرّع الأردني، فإنّه رغم وضع المشرّع الأردني لفصل كامل، بعد تنقيح سنة 2010 لقانون الأحوال الشخصية، فقد حافظ على نفس القيود المنتقدة في القانون السابق، ذلك أنّ المادة 171، مثلاً، تحرمّ المرتدّة من حضانة طفلها حتّى ولو كانت مصلحته تكمن في العيش معها. إضافة إلى ذلك، لا يمكن للمرأة المسيحيّة لزوج مسلم أن تحضن طفلها الذي تجاوز سنّ السابعة. وهذه الأمثلة تخالف في الواقع مصلحة المحضون، وقد تؤدّي في العديد من الحالات إلى ظهور سلوك متسمّ بالتحيل والمناورة من أجل الفوز بإسناد الحضانة، من ذلك التظاهر باعتناق الإسلام فقط لتحقيق هذه النتيجة.

تبدو جلّ المواقف متصلّبة، رافضة لجميع القوانين والأحكام الأجنبية، وهو ما سيؤدّي حتما لتمزّق الأبناء القصّر الذين أصبحوا محور صراعات يطغى عليها في الغالب منطق الأمر الواقع، فقد يصدر حكم لصالح أحد الأبوين في بلده، ويعسر إكساؤه بالصيغة التنفيذية في بلد ثان لتعارضه مع قواعد الاختصاص الحكمي لمحاكم ذلك البلد أو لمخالفة مضمونه للنظام العام المحلي، فيعتمد الوالد الثاني إلى نقل الطفل إلى بلده بطريقة أو بأخرى، ويتعذّر بالتالي على من صدر لفائدته الحكم الأوّل تنفيذه أو استرجاع حضانة الابن، وقد يتعذّر عليه حتى ممارسة حقّه في زيارة ابنه...

← من الحتميّ "تجديد النظام العام" (renouvellement de l'ordre public) باستعمال قواعد أخرى غير تلك الكلاسيكية.



## ثانيا- محاولة مواكبة المجهود الدولي

إنّ المجهود الدولي الرامي لتحقيق مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة في الزواج المختلط وجد تجاوبا وتطبيقا من قبل عدّة أنظمة أجنبيّة لم تنجح أغلبيّة الأنظمة العربيّة في مجاراتها واللاحاق بها ومواكبتها.

فهل من استثناء لذلك؟

إنّ البحث في مختلف التشريعات والتطبيقات القضائية، ساعدنا إلى حدّ كبير على رصد تحوّل نوعيّ شهدته بعض الأنظمة العربيّة مثل النموذج التونسي حين تناول هذه المسألة في السنوات الأخيرة.

فلقد تدرّج المشرّع التونسي نحو التخلّي عن خوفه من القضاء الأجنبي، وأقام البرهان على تشبّعه بروح الثقة في الآخر بشكل عام، وهي نتيجة لروح التعاون التي يبني عليها القانون الدولي الخاص الحديث مقابل قيام النظم القديمة على مبدأ نفي الآخر وعدم الثقة فيه.

وبالتالي يكون قد أقرّ بأن تطبيق القانون التونسي ليس ضرورة أفضل الحلول لحماية التونسيين، فسمح بتطبيق القانون الأجنبي على نزاعات يكون أحد أطرافها على الأقلّ تونسيًا وذلك باعتماد معايير موضوعيّة عوضاً عن معيار الجنسية أو معيار الدين. ومن هذا المنطلق كان التحوّل، الذي شهدته واقع الحضارة في الزيجات المختلطة بتونس، على الصعيدين القضائي والتشريعي.

فمن الناحية القضائيّة، حريّ بنا أن نذكر هنا إحدى أهمّ القضايا التي أحدثت منعرجا هاما وحاسما، حيث وقعت نقلة نوعيّة هدفت إلى تقديم مصلحة المحضون فعليًا.

في هذه القضية طُلب تنفيذ حكم بلجيكي أسند حضانة طفلة مولودة من أب تونسي وتقيم معه بتونس لوالدتها الدنماركيّة الجنسيّة، فصدر حكم ابتدائيّ، ثمّ قرار استئنافيّ، لصالح الدعوى، أي اعتبار مصلحة المحضون تكمن في عيشه مع أمّه ولو كان ذلك ببلد أجنبيّ.

لكن محكمة التعقيب التونسية تصدّت، في مرحلة أولى، لذلك بشدّة معلّلة رأيها كما يلي: «وحيث ولئن كان لا يشترط لصحة حضانة الأمّ اتّحادها في الدين مع أب المضمون باعتبار أنّ الأمّ أحقّ بالحضانة، ولئن كانت كتابيّة، إلّا أنّه متى تبين أنّ في حضانتها خطرا على المحضون من حيث تنشئته في محيط غير محيطه العربي الإسلامي فإنّ حقّ الحضانة يصبح متعارضا مع حقّ الصغير وحقّ الصغير مقدّم على حقّ والديه لأنّ المعتبر في الحضانة هو مصلحة الصغير كيفما ذكر...».

لقد وقع، من بعد ذلك، إعادة نشر هذه القضية أمام محكمة الاستئناف بتونس لتعيد النظر فيها ثانية، لكن هذه المحكمة تشبّثت بموقفها الأوّل المتعارض مع حيثيات القرار التعقيبي، معتبرة أنّ تنفيذ الحكم الأجنبي لا يتعارض مع النظام العام التونسي، ومصلحة المحضون تقتضي تنفيذه. فقام الأب بالطعن في ذات القرار مرّة ثانية أمام محكمة التعقيب، فكانت المفاجأة:

إذ تخلّت هذه المحكمة عن رأيها الأوّل واعتبرت لأوّل مرّة أنّ تنفيذ الحكم الأجنبي المسند للحضانة لأمّ أجنبية لكي تقيم مع المحضون بالخارج لا يخالف في شيء النظام العام وإنّما يكون مراعيًا لما تقتضيه مصلحة المحضون،

فورد في قرارها: «وحيث لا شك أنّ المشرّع التونسي راعى في إسناد الحضانة مصلحة المحضون، وقد ارتأت محكمة الموضوع بدرجةتها أنّ مصلحة المحضون تكمن في إسناده لوالدته وعلّت وجهة نظرها من هذه الناحية بما هو سائغ ومؤدّي للنتيجة التي انتهت إليها دون تحريف.

بالإضافة إلى ذلك فإنّ إسناد حضانة البنت لوالدتها ليس فيه ما يتأدّى به النظام العام أو يخالف السياسة التشريعيّة للبلاد التونسيّة سيّما وأنّ الأمر من مشمولات علاقة قانونيّة ذات طابع دولي يتعلّق بحضانة طفلة قاصرة مصلحةها تكون هي الأولى في الاعتبار دون غيرها من الاعتبارات الأخرى».

من خلال هذا القرار الأخير، يظهر أنّ محكمة التعقيب التونسية قد تخلّت عن موقفها الأوّل من نفس القضية فخالفت فقه قضائها القديم المستقرّ منذ زمن بعيد، فبقدر ما ركّزت في قرارها الأوّل على الاعتبارات الدينيّة والروحيّة والوطنية والثقافية والاجتماعية في تحديد مضمون النظام العام، فإنّها لم تر في مختلف هذه العوامل، في قرارها الثاني، ما يمكن أن يقع تقديمه على مصلحة المحضون، فهذه المصلحة هي "الأولى في الاعتبار دون غيرها من الاعتبارات"، وهي بذلك واقعية عندما يكون الطفل في حاجة أكيدة لرعاية وعطف أمّه قصد تحقيق توازنه النفسي والعاطفي والفكري.



إنّ تاريخ قرار محكمة التعقيب التونسية الأخير(2 مارس 2001) يعدّ حقاً تاريخ تحوّل نوعي في فقه القضاء التونسي، تلتته عدّة قرارات قضائيّة أخرى رائدة في هذا الشأن، فلقد جعل من مصلحة المحضون قيمة عمليّة لا مجرد ألفاظ تزيّن بها المواد القانونيّة، وهو ما يتماشى مع ما جاءت به الاتفاقيات الدوليّة والقوانين الداخليّة خاصة الحديثة منها والمتعلّقة بالقانون الدولي الخاص الذي من غاياته قبول القاعدة القانونية الأجنبيّة وتيسير انتقال السندات عبر الحدود (faciliter la circulation de jugements à travers les frontières).

من الناحية التشريعية، وبعد صدور مجلة حماية الطفل بتاريخ 9 نوفمبر 1995 التي كرّست مبدأ "مصلحة الطفل الفضلى"، تمّ سنّ مجلة القانون الدولي الخاص بمقتضى القانون عدد 98 لسنة 1997 المؤرّخ في 27 نوفمبر 1997، ومن خلال هذه المجلة وقع تنظيم الحضانة في الزيجات المختلطة وإقرار مصلحة المحضون عبر إقرار قاعدة تنازع تبادلية أو اختيارية.

وعلى الرغم من الصعوبات التي قد تعترض القاضي في مهمّته، فلقد برهن القضاء التونسي في المرحلة الأخيرة على مدى تشبعه بمبادئ القانون الدولي الخاص وتقديم مصلحة المحضون على كلّ مصلحة أخرى، وعدم تمسّكه بامتياز الجنسيّة أو الدين، بل إنّه بتجاوز القاعدة التقليديّة أمكن لقواعد التنازع التقديم الفعلي لهذه المصلحة. فمن غير أن يقع ترك قواعد التوطين، تعدّدت عناصر الإسناد التبادليّة لكي يقع تعيين القانون الأصلح للمحضون من ضمن جملة القوانين المسندة للعلاقة القانونيّة.

← لقد أصبح تقديم مصلحة المحضون ضرورة لحماية الأسرة من التفكك حتى عند حلّ الرابطة الزوجية. إذ أنّ طلاق الزوجين انفصال قانوني لا يعكس الارتباط الأسري الذي يظلّ قائماً بواسطة الطفل. وتتعاظم هذه المصلحة إذا كنا أمام زيجة مختلطة يكون للحضانة فيها أثر كبير خاصة في واقع الأسرة العربية التي ظلت إلى يومنا هذا ساعية بكلّ جهدها إلى المحافظة على مختلف القيم الحضارية والإسلامية، وقد أستعمل لتحقيق ذلك آلية النظام العام حتى يصدّ كلّ ما هو دخيل من شأنه أن يمسّ تلك القيم.

غير أنّ الأمر قد يصبح موضوع تأمل إذا ما كانت مصلحة المحضون في وضعية خطيرة نتيجة للتصادم الحضاري والقيمي الناتج عن الزواج المختلط.

← ضرورة التفكير في إعادة صياغة تشريعات الأحوال الشخصية وأقلمتها حسب الاتفاقيات والمواثيق الدولية من أجل تحرير أيدي القضاة عسى أن تجود أقلامهم بأحكام رائدة راعية للمحضون ومقدّمة لمصلحته.

← المقترح: تنقيح التشريعات الحالية، التي تتعارض مع مصلحة المحضون وذلك عبر:

□ التخفيف من النظام العام و"تجديده" والانتقال به من الذاتية إلى الموضوعية.

□ اعتماد آليات ومعايير إسناد حديثة تقطع مع المعايير التقليدية المكرّسة لامتيازات الجنسية والدين، ومعايير تقبل الأخذ بما هو أجنبي في نطاق الانفتاح على الآخر دون خوف طالما اختار المواطن العربي الانفتاح والارتباط به، وطالما لم يختار الطفل أبويه.

شكرا على حسن الإنصات والمتابعة