



دار المنظومة

DAR ALMANDUMAH

الرواد في قواعد المعلومات العربية

العنوان:	فقه قضاء الأحوال الشخصية
المصدر:	حولية فقه القضاء التونسي
الناشر:	كلية الحقوق بصفاقس - مدرسة الدكتوراه
المؤلف الرئيسي:	الرقيق، نعمان
المجلد/العدد:	ع1
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2013
الصفحات:	155 - 166
رقم MD:	933380
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	فقه القضاء، قضاء الأحوال الشخصية، القانون التونسي
رابط:	<a href="http://search.mandumah.com/Record/933380">http://search.mandumah.com/Record/933380</a>

© 2021 دار المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.  
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الإلكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو دار المنظومة.

## فقه قضاء الأحوال الشخصية

نعمان الرقيق

أستاذ محاضر بكلية الحقوق بصفاقس

### 1- الاختلاف في الدين لا يحول دون استحقاق الإرث: المساواة قوام حرية المعتقد

يعتبر الفصل 88 م.أ.ش من أهم النصوص التي يثيرها الفقه لإبراز العلاقة بين التشريع المتعلق بالأحوال الشخصية من جهة والمعاهدات الدولية من جهة أخرى. ولقد صدر أخيراً قرار تعقيبي يستند لأول مرة إلى المعاهدات لتأويل الفصل المذكور. ففي القرار عدد 31115 والمؤرخ في 5 فيفري 2009 (نشرية محكمة التعقيب 2009-1-291) نظرت محكمة التعقيب في الإشكال التقليدي المتمثل في، هل يمنع الفصل 88 م.أ.ش أن يرث غير المسلم المسلم؟

أجابت المحكمة بالنفي إذ رأت أنّ الفصل 88 يعتبر تنمة لنصوص أخرى تعرّضت لموانع الإرث كالفصل 122 م.أ.ش المتعلق بالحجب والفصل 72 من نفس المجلة والذي يهّم انقطاع الولد من نسب أبيه. وأضافت أنّ ذات الفصل يقرأ حسب "المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني التونسي كما وردت في الدستور وما تمت المصادقة عليه في اتفاقيات دولية".

من الواضح أن المحكمة لم تهتمّ بدين المطلوبتان أي بما إذا كانتا مسلمتان أم لا، إذ انبرت تحدد المبادئ التي تحكم المؤسسات القانونية والقائمة على المعاهدات الدولية للاستنتاج بأن الاختلاف في الدين ليس من

موانع الإرث. ويختلف هذا المنهج عن ذلك الذي اعتمده قضاة الأصل. فالمحكمة الابتدائية اعتمدت تعليلاً مزدوجاً. إذ ركزت على أن الفصل 88 لم ينص صراحة على هذا المانع وكذلك أنه لم يثبت إعتناق المطلوبتين لدين آخر إذ لم يقدّم الدليل على أنهما مارسا شعائر دينية مغايرة. أما محكمة الاستئناف فلقد ذهبت في نفس الاتجاه إذ ذكرت أنه "ليس هناك نصوص قانونية تتركس أن الدين مانع للزواج أو للإرث" وأضافت أن المطلوبتين تمسكتا بإسلامهما. ونلاحظ أن هذا التمشي ليس معزولاً إذ اعتمدته محكمة التعقيب في قرار يطرح نفس الإشكال (قرار ع4105 دد والمؤرخ في 19 جوان 2006، نشرية محكمة التعقيب 2006. قسم مدني 235). ففي هذا القرار تم رفع الدعوى للتشطيب على اسم ابنة الهالك من حجة الوفاة، والذي تمت إضافته بموجب حكم باعتبارها "ومنذ ولادتها مسيحية الديانة وعلى ملة والدتها الألمانية" ولأنه "لا يتوارث لأهل ملتين (هكذا!)" ورفضت الدعوى في الأصل. وأكدت محكمة التعقيب الموقف بقولها "إن والد المعقب عليها كان مسلماً وبالتالي فإن ابنته تعد مسلمة وهي قريبة واقعية لم يثبت من خلال أوراق الملف ما يدحضها سيما وأن المعقب ضدها كانت مصرة على كونها تدين بالديانة الإسلامية" وأضافت المحكمة، وهو الجزء الثاني من التعليل أن "أحكام القانون التونسي لم تشر إلى هاته المسألة بصريح اللفظ".

قد توجد هناك مبررات لهذا المنهج المعتمد من لدن قضاة الأصل وأيضاً من قبل محكمة التعقيب في قرار 2006. إذ أن المدعين أثاروا لدى قضاة الأصل ضرورة الرجوع إلى الفقه الإسلامي كمصدر تكميلي للقانون. وباعتبار أن هذا المصدر يقرّ بأن المسلم لا يرثه غير المسلم، فإنّ قضاة الأصل التجؤوا للردّ على هذا المطعن بالقول بأنه لم تثبت ردة البننتين. لكن هذا التفسير لا يمنع من القول أن هذا المنهج التوفيقي لا يستقيم لعدة أسباب. أولاً إذا تمّ الجزم بأن المشرع لم يعتمد قاعدة لا توارث بين ملّتين، فإنه يصبح من باب التزيّد النظر في مسألة إثبات دين المطلوبتين أي في أمر الاختلاف في الدين. ثانياً إذا لجأنا إلى الفقه الإسلامي لتأويل الفصل 88، فإننا نقيم تفرقة بين الأفراد على أساس الدين وهي تفرقة تتعارض مع قيم المساواة والمواطنة ضرورة أن المواطنين الذين لهم نفس الظروف، يجب أن يتمتعوا بنفس الحقوق وأن يكونوا ملزومون بنفس الواجبات بقطع النظر عن جنسهم ودينهم ولونهم...

ثالثاً، وبالنظر إلى تمشي المحاكم، ننتبين غياب معيار واضح لتقدير ما إذا كان شخص مسلماً أم لا وهو ما ينجّر عنه اضطراب في المواقف ومساس بالاستقرار القانوني. إذ رأت المحكمة الابتدائية أن زواج المرأة بغير مسلم لا يرتب حتماً خروجها عن دينها وإعتاقها دينا آخر طالما لم يثبت ممارستها لشعائر دينية مغايرة لدينها. أما محكمة الاستئناف، فذكرت أن مجرد تمسك المطلوبة بإسلامها كاف للقول بأنها مسلمة. ويمكن أن نضيف إلى هذه القرائن ما أقرته محكمة التعقيب في قرار 19 جوان 2006 أن إذا كان والد البنت مسلماً فإن إبنته تعد مسلمة، وإصرار هذه الأخيرة على كونها مسلمة يحول دون القول بالتباين في الأديان.

لم تكن هذه القراءة المزدوجة والمعتمدة من قبل قضاة الأصل محل ترحاب من محكمة التعقيب. إذ في قرارها المؤرخ في 5 فيفري 2009، استندت المحكمة إلى الفصلين 5 و 6 من الدستور والفصلين 18 و 26 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والفصل 4 م.إ.ع والفصل 174 م.إ.س وإلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المؤرخة في 18 ديسمبر 1979، وذلك لإبراز فكرة رئيسية وهي الفصل بين معتقدات الفرد من جهة وتمتعه بحقوقه المدنية من جهة أخرى. تكتسي أهمية هذا المنهج أبعاداً مختلفة. ففي البداية، يتجه التنويه بالمرجعية المعتمدة، إذ تمّ اللجوء فضلاً عن أحكام مجلة الالتزامات والعقود ومجلة الأحوال الشخصية، إلى الدستور والمعاهدات الدولية. فمن بين وظائف الدستور أنه يضع المبادئ الأساسية التي تقوم عليها العلاقات الاجتماعية وبالتالي من الطبيعي أن تأوّل القاعدة القانونية وهي بالأساس قاعدة اجتماعية، استناداً إلى هذه المبادئ وفي ذلك تكريس لعلويته وضمان لنسقية الحلول القانونية ولانسجامها مع هذه المبادئ. فهذه الأخيرة تعتبر الأرضية الرئيسية للتشريع وأيضاً للتأويل الذي يخضع له. كما تمّ اللجوء أيضاً إلى المعاهدات الدولية التي لها صلة بالمشكل القانوني المطروح أمام المحكمة.

طبعاً يعتبر الحل مطابقاً للفصل 32 من دستور 1959 الذي يكرّس علوية هذه المعاهدات على القوانين العادية، كما أنه يحقق أمرين، أولاً أنه يضبط مرجعية واضحة وثابتة لتحديد مضامين المبادئ الدستورية المنضمة للحياة الاجتماعية والسياسية في المجتمع، ثانياً، أن هذه المرجعية تمنح محتواً متطوراً لهذه المبادئ إذ تقرأ هذه الأخيرة وفق ما توصل له الفكر

الإنساني من قيم ومعان والتي تعتبر نتاج الحضارة الإنسانية بدون تمييز. فيعتبر إذن اللجوء إلى هذه المعاهدات الخيط الرابط بين التشريع الوضعي وقيم المجتمع الدولي المعبر عنها من خلال هذه المعاهدات. إذ تضمن هذه المرجعية انسجام القانون الوضعي مع مبادئ الدستور وتناغمه أيضا مع القيم الكونية.

الأهمية الثانية للمنهج المعتمد من لدن محكمة التعقيب هي أنه فصل بين المعتقد من جهة واكتساب الحقوق والتمتع بالحريات من جهة أخرى. إذ أكدت المحكمة على أنه " يجب عدم التمييز بين الأفراد لاعتبارات دينية مما يمنع تعليق الحق في الإرث على اعتبارات متعلقة بعقيدة الوارث ". وهذا الموقف جدير بالاحترام إذ من الضروري أن لا يتعارض التنصيص على حرية المعتقد مع مبدأ المساواة بين المواطنين. فلا يعقل أن يمنح الفرد كامل الحرية في اعتناق أي معتقد ثم يعاقب بالحرمان من بعض الحقوق على أساس المعتقد الذي اختاره. فلا معنى لحرية المعتقد إذا لم تدعم بالمساواة بين الأفراد. فضلا عن ذلك، إن إقامة علاقة بين المعتقد والتمتع بالحقوق المدنية سيمسّ من كرامة الفرد إذ يصبح محل مساءلة في أمر يجب أن يبقى شخصيا ولا دخل لأي كان فيه.

فاعتماد قاعدة أن الاختلاف في الدين لا يؤثر على الحق في الميراث وتأسيسها بالرجوع إلى المعاهدات الدولية هو تأكيد على بعض ملامح حق المواطنة أي الحق في الانتساب إلى دولة والتمتع بالحقوق والواجبات التي يتمتع بها الغير دون أن يتأثر ذلك بالمعتقد.

ثالثا، يعتبر هذا المنهج تنويجا من قبل محكمة التعقيب لموقف بعض قضاة الأصل الرائد في هذه المسألة وبالتحديد حكم المحكمة الابتدائية بتونس عدد 7602 والمؤرخ في 18 ماي 2000 (تعليق علي المزرغني، المجلة التونسية للقانون، 2000 ص 247). إذ جاء في هذا الحكم " حيث أن منع التمييز لاعتبارات دينية هو من المبادئ التي تؤسس للنظام القانوني التونسي فهو في مستلزمات الحرية الدينية كما كرّست بالفصل 5 من الدستور وكما وضع تضمينه في المواد 2 و 16 و 18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 وفي الفقرة الثانية من المادة الثانية فقرة أولى من العهد الدولي للحقوق السياسية والتي انخرطت فيها تونس كما أن عدم التمييز لاعتبارات دينية يستنتج بصفة ضمنية من كل النصوص التشريعية

السارية المفعول مما يجعله في صنف المبادئ العامة المهيمنة على النظام القانوني". وتضيف المحكمة " وحيث أن العمل بالدين كمانع من موانع الإرث يؤدي لجعل هذا الحق معلقا على معتقد الشخص مما قد يؤدي به إلى الضغط على حريته في اختيار دينه سعيا وراء ضمان نصيبه في التركة كما كان العمل بهذا المانع يؤدي بالمحكمة كلما كان نزاع إلى إجبار المتقاضين على التصريح بديانتهم وهو ما يتعارض مع واجب احترام الشعور الديني وضرورة بقائه في إطار الإيمان الباطني للفرد".

أخيرا، يقدم موقف محكمة التعقيب إضافة هامة في تأويل الفصل 535 م.إ.ع الذي يحيل إلى " القواعد العامة للقانون". إذ قطع مع الرأي القائل أن هذه الجملة تحيل إلى الفقه الإسلامي وتبنى رأي من اعتبر أنها تحيل إلى المبادئ الأساسية التي يبني عليها التشريع التونسي ومنها تلك المضمنة بالمعاهدات الدولية<sup>1</sup>. فلقد دعم الاتجاه الأخير وأبرز أيضا النقائص التي قد تتجرّ على الرأي الأول.

## 2- دعوى الطلاق بين تونسية ومصري "وفطر امتياز الجنس"

### " Le privilège du sexe "

بعد أن نادى أحد كبار الفقهاء في تونس الأستاذ محمد الشرفي بضرورة إلغاء الامتيازات في مقاله *Abolir le privilège* لاحظ بعض الأساتذة المختصين تواصل تأثير الاعتبارات الدينية على الحلول الفقه القضائية في النزاعات الدولية المتعلقة بالأحوال الشخصية<sup>2</sup> والتي تقوم على معايير تفضيلية. ويبدو أن هذا الاتجاه ما زال قائما لكن باعتماد معيار آخر وهو الجنس بدليل ما ورد في القرار التعقيبي عدد 32561 المؤرخ في 21 ماي 2009 (قرار بثينة) (نشرية محكمة التعقيب 2009-I-303). إذ أجابت المحكمة في هذا القرار عن الإشكال المتمثل في معرفة هل تختص المحاكم التونسية بدعوى الطلاق التي ترفعها الزوجة التونسية على زوجها المصري المقيم في مصر بالإيجاب معتمدة على منهج سعت من خلاله إلى حماية المرأة.

<sup>1</sup> حول هذا النقاش تراجع:

REKIK Noomen, L'ordre public et le contrat civil, Thèse d'Etat, 2005, p. 59 et s., n° 55 et s.

<sup>2</sup> Sami BOSTANJI, Les survivances du communautarisme dans l'application judiciaire du droit international privé tunisien ; R. Critique DIP, 2009.2.251.

وتتمثل الوقائع في أن بثينة، تونسية الجنسية، متزوجة من عبد العظيم، جنسيته مصرية وأنجبت منه ابنا. ولما ساءت العلاقة الزوجية بينهما، رفعت بثينة دعوى في الطلاق إنشاءً بالمحكمة الابتدائية بتونس قضي فيها لفائدتها مع إقرار الوسائل الوقتية في خصوص حضانة الطفل وتغريمها بمبلغ مالي لفائدة المدعى عليه. وتؤكد الحكم بقرار استئنافي بالرغم في أن المستأنف نعى على الحكم الابتدائي " عدم اختصاص المحاكم التونسية بالنظر باعتباره (المطلوب) مصري الجنسية". فطعن المطلوب في القرار ناسبا له خاصة خرق قواعد الاختصاص الحكمي لكون المحاكم التونسية بنتت في الدعوى رغم أن جنسية المطلوب مصرية وهو مقيم بمصر، وفي ذلك مخالفة لأحكام الاتفاقية القضائية التونسية المصرية. رفضت محكمة التعقيب هذا المطعن معتمدة على فكرتين رئيسيتين. الفكرة الأولى تتمثل في استبعاد الاختصاص الحكمي للمحاكم المصرية وذلك على أساس أنه " لا يمكن معارضة الخواص بأحكام الاتفاقيات الدولية إلا بعد نشرها في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية". والفكرة الثانية تكمن في أن هذا الاستبعاد يحصل " إذا ثبت أن الحكم بعلم الاختصاص من شأنه أن يهتد بصفة جد خطيرة الحق الذي يطلب المدعى حمايته".

تعتبر الفكرة الأولى مخالفة لصريح الفصل 33 من دستور 1959 الذي يقتضي أن المعاهدة المصادق عليها تكون نافذة المفعول ولم يشترط النص نشرها. كما أن قانون 5 جويلية 1993 المتعلق بنشر النصوص بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبنفاذها يقر صراحة في فصله الثاني أن النصوص تكون نافذة المفعول بعد مضي خمسة أيام على إيداع الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المدرجة به بمقر ولاية تونس العاصمة. وبالتالي يكون نشر القانون الذي بموجبه تمت المصادقة على الاتفاقية كاف لتنفيذ هذه الأخيرة دون ضرورة نشرها.

ويمكن أن نفهم رأي المحكمة إذ أن الاتفاقية التي دفع بتطبيقها والمؤرخة في 12 ماي 1976 تنص في مادتها 24 على أنه "تعتبر محاكم الدولة التي يكون الشخص من مواطنيها وقت تقديم الطلب مختصة في مواد الأحوال الشخصية والأهلية إذا كان النزاع المطروح عليها يدور حول اهلية هذا الشخص أو حالته الشخصية" (يراجع محتوى هذا الاتفاقية في مجلة القضاء والتشريع 1984، عدد مارس)، ولما كانت هذه الأحكام هي

المنطبقة على النزاع رأت المحكمة استبعادها باعتماد الموقف الذي يشترط نشر المعاهدة، وذلك حتى تتمكن من التعهّد بالنزاع.

غير أن استبعاد الاتفاقية لا يكون كافيا لقيام اختصاص المحكمة التونسية إذ من الضروري تأسيس هذا الاختصاص استنادا إلى قواعد الاختصاص الحكمي للمحاكم التونسية بمجلة القانون الدولي الخاص. وبالنظر إلى هذه القواعد، لا نجد ما يفيد هذا الاختصاص إذ أن المجلة تبنت المبدأ التقليدي المتمثل في أن المحاكم التونسية تكون مختصة بالنظر في النزاعات التي يكون فيها المطلوب مقيما بالبلاد التونسية، ولا تتضمن الاستثناءات القانونية الواردة فيها حولا تسمح بهذا الاختصاص. لذلك استندت محكمة التعقيب إلى الفكرة الثانية المتمثلة في أن المحاكم التونسية تكون مختصة " إذا ثبت أن الحكم بعدم الاختصاص في شأنه أن يهدد بصفة جد خطيرة الحق الذي يطلب المدعي حمايته".

لم تشر المحكمة إلى النص القانوني الذي يؤسس لهذا المعيار غير أنها تفضلت بتقديمه. إذ اعتبرت أن " الحكم بعدم الاختصاص من شأنه أن يهدد بصفة جد خطيرة حق الزوجة المقيمة بتونس في الحصول على حكم طلاق قابل للاعتراف به في تونس. فالزوجة لا يمكنها أن تطلب عند اللجوء إلى المحاكم المصرية إلا طلاق الخلع وهو طلاق لا يحكم به لفائدتها إلا بعد أن تتنازل عن جميع حقوقها المالية وترجع الصداق (أي المهر) وتعلن صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها ويكون الخلع في جميع الأحوال طلاقا بائنا ويصرّح به بموجب حكم غير قابل للطعن بأي وجه".

وتضيف المحكمة " حيث أن طلاق الخلع بهذه الشروط يناقض بشكل جوهري الاختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي القائمة على ضمان كرامة المرأة وتكريس المساواة بين الجنسين وصون حرمة الحياة الخاصة واحترام حرية الزواج حتى بعد الطلاق مع ضمان حق الطعن في جميع النزاعات الشخصية وهي مبادئ أساسية مكفولة خاصة بالفصول 5 و 6 و 9 من الدستور وبالفقرة 1- " أ " و " ب " من الفصل 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المؤرخة في 18 ديسمبر 1979 ". وتستنتج أخيرا أنه " طالما أن طلب الزوجة الطلاق في بلد إقامة المطلوب لا يضمن لها الحق في فك الرابطة الزوجية بموجب حكم قابل

للاعتراف به في النظام القانوني التونسي فإن المحاكم التونسية تكون مختصة بالنظر في النزاع".

من الواضح أن محكمة التعقيب اعتمدت معيارا فضفاضاً لا سند له يمنح للقضاء التونسي اختصاص النظر في الدعاوى بصفة احتياطية. فإذا كان اختصاص المحاكم الأجنبية يرتب تهديدا لحق المدعي بصفة جد خطيرة، فإنه لها حق النظر في هذه الدعاوى والبت فيها. فمعيار "الحق المهتد بصفة جد خطيرة" أصبح حسب المحكمة معيارا محددا لاختصاص المحاكم التونسية ومعيارا يسمح أيضا بإقصاء اختصاص المحاكم الأجنبية وهو ينطبق كلما رأت المحكمة موجبا لذلك. وبالنظر إليه نتبين أنه معيار غير محدد المضمون وهو رهين تقدير المحكمة له واعتماده يحّد من أحكام الفصل 3 م.ق.د.خ وما بعده إذ يصبح معه تحديد المحكمة المختصة مرتبط بهذا التقدير الأمر الذي يؤثر على الاستقرار القانوني.

إنّ التحقّق من قيام هذا المعيار جاء حاملا لعدّة هنات. فلقد رأت محكمة التعقيب أن الاختصاص الحكمي للمحاكم المصرية ينجر عنه أليا تطبيق القانون المصري على النزاع. بما يوحي وجود خلط بين قواعد الاختصاص الحكمي والقواعد المحددة للقانون المنطبق على النزاع. فمبدئيا، لا توجد علاقة بينهما. فقد يكون القاضي المصري متعهدا بالنزاع دون أن يطبق القانون المصري إذا كانت قاعدة التنازع للقانون المصري لا تسمح بذلك. فكان على المحكمة أن تبرز إحدى الأمرين، إما أن هذه القاعدة تحيل إلى القانون المصري من خلال إحدى العناصر المؤثرة للعلاقة أو أن الفصل 20 من قانون 1 لسنة 2000 المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراء التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية من الأحكام ذات التطبيق المباشر، وذلك للمرور لاحقا لتحديد ما إذا كان هذا القانون يتعارض أم لا مع النظام العام الدولي التونسي حتى تستنتج عدم نجاعة اللجوء إلى القاضي المصري.

كذلك لم تميّز المحكمة بوضوح بين أن تسند لنفسها حق التعهد بالدعاوى المتعلقة بالطلاق وبين أن تخضع النزاع إلى القانون التونسي. فبالرغم من وجود صلة بين أحد العناصر المؤثرة في العلاقة (جنسية الزوج) وبين نظام قانوني غير النظام القانوني التونسي (القانون المصري)، (فصل 2 م.ق.د.خ) فإن المحكمة لم تطبق قاعدة التنازع. فيما

أنّ هذه القاعدة تهّم النظام العام لأن موضوعها صنف قانوني يتضمّن حقوقاً ليس للأطراف حرّية التصرف فيها، فإنّه كان على المحكمة إثارتها من تلقاء نفسها. إذ لو تمّت إثارة قاعدة التنازع لتبيّنت المحكمة أن القانون التونسي ليس بالضرورة هو القانون المنطبق إذ يكون القانون المنطبق " هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلا تنطبق المحكمة قانونها " (فصل 49 م.ق.د.خ).

أقرّت المحكمة إذن اختصاص المحاكم التونسية للنظر في دعوى الطلاق التي رفعتها الزوجة التونسية ضدّ زوجها المصري وطبقت القانون التونسي على النزاع دون إعمال مبادئ القانون الدولي صراحة وقد يكون ذلك لغرض حماية المرأة بتطبيق أحكام مجلة الأحوال الشخصية.

### 3- مصلحة المحضون: مفهوم متحرك

يعتبر مفهوم مصلحة المحضون من المفاهيم المتحركة وذات مضمون متغيّر. وتسمح هذه المرونة بتحديد حلول تهّم المحضون وتتنجم مع ظروفه الاجتماعية والنفسية والاقتصادية. وهي في المقابل تؤدي إلى غياب الاستقرار وعدم القدرة على توقّع اتجاه المحكمة المتعهدّة بالنزاع. وبالنظر إلى القرارات الحديثة، فإننا نتبيّن صعوبة إيجاد معايير تضبط هذا المفهوم وتحدّد كميّة اعتماده. إذ حدّد فقه قضاء محكمة التعقيب مصلحة المحضون بطريقة سلبية وبطريقة أخرى إيجابية. ففي قرار عدد 32561 والمؤرّخ في 21 ماي 2009 (نشريّة محكمة التعقيب 303-I-2009) ميّزت المحكمة بين مصلحة الطفل ومصلحة وليّه إذ ذكرت " حيث أنّ قرار محكمة القرار المطعون فيه إسناد الحضانة للأم قد جاء معللاً اعتماداً على مصلحة الابن التي تقتضي إسناد حضانته لوالدته والعبارة في إسناد الحضانة هي مصلحة الطفل لا مصلحة وليّه عملاً بالفصل 67 " واستنتجت بذلك أيضاً أنّ الحكم المصري القاضي بإسناد الحضانة للأب " لم ينبن على مراعاة مصلحة الطفل في إسناد الحضانة ممّا يجعله مخالفاً للنظام العام الدولي على معنى الفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص ".

والملفت للانتباه في هذه الحيثيّة أن المحكمة لم تراقب تعليل محكمة القرار المطعون فيه في قضائها بإسناد الحضانة إلى الأم بل حدّدت مفهوم مصلحة المحضون بكونها مصلحة الطفل وليس مصلحة وليّه.

ويعتبر هذا الموقف سليماً لكونه يميّز بين المصلحتين بما يضمن استقلالية الأولى عن الثانية لكنه لم يبرز كنه هذه المصلحة التي قد تكون منصهرة في مصلحة الأم والحال أنها من المفروض أن تكون مستقلة عنها قائمة بذاتها.

نجد الاتجاه المخالف في قرار عدد 35890 والمؤرخ في 17 سبتمبر 2009 (نشرية محكمة التعقيب 2009-II-337) إذ اعتبرت المحكمة أن مصلحة المحضون تتمثل في ضمان حقّه في الأمومة مشددة على حق الولي "في الإشراف عن تنشئة - منظوره - والنظر في شؤونه وتأديبه". بما يعني فصل الأمرين عن بعضهما البعض. ورتبت عن هذا التحليل النتيجة التالية "إذا تضاربت المصلحة المذكورة (الحق في الأمومة) مع مصلحة الولي في ممارسة حقّه في الإشراف عليه. فلقد اقتضت القاعدة الأصولية الواردة بالفصل 556 م.ا.ع أنّ الأصل ارتكاب أخف الضررين ولا شك أنّ الضرر الذي سيلحق الطفل في سنواته الأولى من عطف وحنان أمّه أكثر أهمية من الضرر الذي سيلحق والده من ممارسة حق الزيارة بطريقة يسيرة ممّا يتعيّن معه تقديم مصلحة الطفل". وبقطع النظر عن وجهة الحل المعتمد من عدمه فإن إقصاء حق إشراف الأب على الطفل من دائرة مصلحة المحضون أمر غير مقبول إذ أن هذا الإشراف هو حق للابن أيضاً لما له من تأثير إيجابي على نفسيته وتكوين هويته. وهو ما عبّرت عنه المادة 8 من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل والمؤرخة في 29 نوفمبر 1989 والتي تنصّ في فقرتها الأولى "تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته واسمه وصلاته العائلية على النحو الذي يقرّه القانون وذلك دون تدخل غير شرعي". فأشراف الأب على الطفل من الأمور الأساسية المكوّنة لمصلحة المحضون.

ويتّجه أخيراً القول أنّه كان بإمكان المحكمة مع إقرار هذا الفهم تغليب عنصر على عنصر آخر بحسب وقائع القضية.

بيد أن محكمة التعقيب في قرار عدد 20892 والمؤرخ في 6 مارس 2008 (نشرية محكمة التعقيب 2008-I-243) اعتمدت موقفاً نقيضاً للاتجاه السابق. وتتمثّل وقائع هذا القرار في رفع الزوج دعوى ضد زوجته طالبا الطلاق إنشاءً فقضي له بذلك مع إسناد حضانة ابنهما بالتبني

محمّد أمين إلى الزوجة وتمكين المطلّق من الزيارة والاستصحاب. ونقضت محكمة الإستئناف هذا الحكم وأسندت للأب الحضانة ومكّنت الزوجة من الزيارة وحق الإستصحاب فعقبت الزوجة القرار معتمدة عدّة مطاعن منها ضعف التعليل لكونه أقر حلا مخالفا لما تضمّنه البحث الاجتماعي. ورفضت محكمة القانون هذا المطعن مستندة إلى مفهوم خاص لمصلحة المحضون إذ حدّدت مضمونه بشكل إيجابي معتمدة على ما جاء بالفصلين 4 و 8 من مجلّة حماية الطفل الذين تضمّنوا ضرورة الأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطفل في كل إجراء تتّخذه المحاكم، وأن يهدف كل قرار يقع اتخاذه إلى إبقاء الطفل في محيطه العائلي وعدم فصله عن أبويه. كما اعتمدت على ما ورد بالفصل 8 من اتفاقية حقوق الطفل المصادق عليها من قبل الدولة التونسية ثم استنتجت المحكمة أن المحافظة على هويّة الطفل يتمّ "بإبقائه في محيطه العائلي الأصلي وهو هدف أساسي للمحافظة على مصلحة الطفل بالفصلين وذلك بإثبات هويّته الأصليّة"، وقبلت على أساس هذا المعنى تعليل محكمة الاستئناف لما ذكرت أن "إسنادها لحضانة الطفل لوالده يقوم على أساس أنّه يمثل امتدادا للبيئة الطبيعيّة والدمويّة لذلك الطفل".

يعتبر الاستناد لأحكام مجلّة حماية الطفل اتجاها متميّزا بالرغم من أن المجلّة صدرت قصد حماية الطفل المههد وحماية الطفل الجانح وهي وضعيات بعيدة عن وضعية محمّد أمين. فأحكام المجلّة من الفصل الأول إلى الفصل 19 جاءت بمثابة إعلان عن مبادئ تهّم مصلحة الطفل ومستمدّة من المعاهدة الدوليّة لحماية حقوق الطفل. كما أن تدعيم هذا المحتوى بمبادئ أخرى مستمدّة من هذه المعاهدة يجعل من مضمون مصلحة الطفل مضمونا متطوّرا ومنسجما مع القيم الإنسانيّة وهو أمر يسهّل قبول الأحكام الصادرة عن المحاكم التونسيّة من قبل الأنظمة القانونيّة الأخرى، كما أن هذا المضمون لا يتعارض حسب رأينا مع قيم بلادنا المدنيّة.

غير أن الاستنتاج الذي قامت به المحكمة يبدو في أوّله غريبا ويبدو أيضا في اتجاه مناقض لفقه القضاء السابق. إذ من خلال مفهوم الهويّة وضرورة الحفاظ عليها تمّ إسناد الحضانة إلى الأب لكون ذلك امتدادا للبيئة الطبيعيّة والدمويّة لذلك الطفل. وكان هويّة الإنسان ملتصقة شديدة الالتصاق بعلاقته بأبيه وهو ما يذكّرنا بما تضمّنه الفصل 23 م.أ.ش قبل تنقيحها إذ أن الزوج "ينفق على زوجته وعلى أولاده منها" فيكون بذلك

مفهوماً منغلِقاً جامداً يسعى في النهاية إلى الحفاظ على مصالح الأب دون غيرها في حين أن الهوية مفهوم مركّب ومتحرّك تتكوّن من عناصر مختلفة ومن علاقات معقّدة تكون من بينها علاقته بأبيه. فهو مفهوم يتجه إلى المستقبل لا إلى الذكرى. "فالهوية بنت الولادة لكنها في النهاية إبداع صاحبها... هي ما تورّث لا ما نورث". غير أنّه من الواضح أن اتجاه المحكمة لم يكن سائراً في المعنى الأحادي للهوية إذ أنّها لم تقبل التفسير المعتمد من محكمة الاستئناف إلا بالنظر إلى خصوصيّة وضعيّة الطفل ذلك أن "الأب هو في الواقع العم بالنسبة للطفل المحضون بما يكون معه إرجاع الطفل المحضون إلى أبويه يرجع أساساً لعلاقات عائلية خاصّة بعدما صدر حكم في الرجوع في التّبني".

ولعلّ محكمة التعقيب قد تفتنت إلى هذا الفهم الواسع لمصلحة المحضون في قرارها عدد 25421 والمؤرّخ في 23 أفريل 2009 (نشريّة محكمة التعقيب 2009-I-311). إذ للإجابة عن الإشكال المتمثّل في معرفة هل تتعارض مصلحة المحضون مع حق الأب في الزيارة والاستصحاب قررت محكمة التعقيب أن "من أهم ركائز مصلحة المحضون ضمان التوازن النفسي والعاطفي وتفادي تجميع دور الأم المتّصل بالحنان والعاطفة ودور الأب المتمثّل في السلطة الرّاعية والمرشدة في شخص أحد الأبوين فقط ممّا يحدث اضطراباً نفسياً في نشأة الطفل المحضون قد تكون نتائجها سلبية ولا يمكن تفاديها في المستقبل". يقر موقف المحكمة مفهوماً متوازناً لمصلحة المحضون إذ يدرج صلبه دور الأم ودور الأب وبالتالي لا تكون مسألة الولاية أمراً خارجاً عن هذا المفهوم أو متعارضاً معه، كما أن هذا الموقف يبرز تعقّد المفهوم إذ يشتمل على عناصر مركبة في بينها حنان الأم وسلطة الأب.

فهل يمكن القول كاستنتاج عام أن غياب المعايير الموجهة لمفهوم مصلحة المحضون أمر مرتبط بطبيعة العلاقات المركبة التي ينطبق عليها أي أنه مفهوم غير قابل للضبط كالحصان الذي لا يقبل الترويض؟