وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
والتكنولوجيا
جامعة تونس المنار

كلية الحقوق والعلوم
السياسية بتونس

الأم العـــزبـــاء

مذكرة للإحراز على شهادة الماجستير في قانون الأعمال

إشـــراف :
الأستاذ : محمد بقبق

إعـــداد الطـــالبة
إيمان العروسي

أعضاء اللجنة

- السيد : .....رئيسا
- السيد : محمد بقبق عضوا ومشرفا
- السيد : .....عضوا

السنة الجامعية : 2009/2008

شكـــــــر وإهداء

الفضـــــــــل والشكـــــــــر :

لله سبحانه وتعالى

لزوجي معز الذي غمرني بحبه وتفهمه

لوالدي اللذان أحاطاني بكثير من العطف والمساندة

لوالدي زوجي وبقية أفراد العائلة الذين شجعوني ووقفوا إلى جانبي

وأعانوني على القيام بجزء من واجباتي إزاء أسرتي.

لإخوتي الأعزاء

لأستاذي المؤطر السيد " محمد بقبق"

ولكل من قدم لي يد العون لإنجاز هذا العمل

ولكلهم جميعا. أصدق عبارات التقدير والاعتراف بالجميل .

وأهدي ثمرة جهدي المتواضع إلى زوجي وإبنتايا قرتا عيني

" سرين ولينا" رمز الأمل ونور الحياة

إيمان العروسي حرم عبودة

إن الآراء الواردة في هذه المذكرة خاصة بصاحبها ولا تلزم الكلية في شيء.

فـــهرس عـــام

جزء I: حقوق الأم العزباء

فصل I : حقوق الأم العزباء بصفة أصلية

مبحث I: التخلي عن الأمومة قبل الولادة " الإجهاض"

فقرة I : حق الأم العزباء في إبطال حملها (خلال 3 أشهر الأولى)

فقرة II: تعليق حق الإجهاض على أسباب صحية في مرحلة لاحقة

مبحث II : التخلي بعد الولادة

فقرة I: حق التخلي المؤقت للأم العزباء عن طفلها

فقرة II : حق التخلي النهائي للأم العزباء عن طفلها

فصل II- حقوق الأم العزباء بصفة تبعية لطفلها

مبحث I- حق الأم العزباء في إثبات الأبوة الطبيعية

فقرة I – حق القيام بدعوى لإسناد اللقب العائلي للأب للطفل مجهول النسب

فقرة II – وسائل إثبات الأبوة

مبحث II- حقوق الأم العزباء عند ثبوت الأبوة الطبيعية

فقرة I- حق المطالبة بالرعاية لمولودها

فقرة II- حق المطالبة بحقوق مادية

مبحث III- الحق في الإرث

فقرة I- الابن يرث أمه وقرابتها

فقرة II- ميراث الأم

جزء II – واجبات الأم العزباء

فصل I- الواجبات العينية

مبحث I- إلزام الأم العزباء بالإنفاق على ابنها الطبيعي

فقرة I- الإلتزام القانوني بالانفاق

فقرة II- الضمانات القانونية لأداء النفقة

مبحث II- حلول الأم العزباء محل الطفل في التعويض عن المسؤولية المدنية :

فقرة I- شروط قيام المسؤولية على كاهل الأم العزباء:

فقرة II– مبنى مسؤولية الأم العزباء عن فعل ابنها

فصل II– الواجبات الشخصية

مبحث I– إسناد اللقب العائلي

فقرة I– وجوبية إسناد الأم العزباء إسما ولقبها العائلي لأبنها القاصر ومجهول النسب

فقرة II – مدى إمكانية قبول فكرة إسناد لقب الأم العزباء لأبنائها

مبحث II– واجب الرعاية

فقرة I– حضانة الأم العزباء لابنها القاصر ومجهول النسب

فقرة II – ولاية الأم العزباء على إبنها القاصر ومجهول النسب

المختصـــــــــــرات

ج.	جزء
ص.	صفحة
فق.	فقرة
م.أ.ش.	مجلة الأحوال الشخصية
م.أ.ع.	مجلسة الالتزامات والعقود
م.ح.ط.	مجلة حماية الطفل
م.ج.	المجلة الجنائية
م.ق.ت.	مجلسة الدراسات القانونية
م.م.ف.	مجلة القضاء والتشريع
م.م.م.ت.	المجلة المدنية الفرنسية
ن.	مجلة المرافعات المدنية والتجارية
	نشرية محكمة التعقيب

Al.	Alinéa
Art.	Article
A.Précité	Article précité
C.Civ.	Code Civil
Cass.civ.	Arrêt de la Cour de cassation en matière civile
C.P.U.	Centre de Publication Universitaires
D.	Dalloz
D.H.	Recueil Hebdomadaire Dalloz
D.P	Recueil Périodique Dalloz
Ed.	Edition
Gaz.Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Même référence
J.C.P.	Juris- Classeurs périodique ‘ semaine juridique)
L.G.D.J.	Librairis générale de droit et de la jurisprudence
N°.	Numéro
Op.cit.	Ouvrage précité
P.	Page
Pan.	Panorama
P.U.F.	Presse Universitaire de France
R.T.D.	Revue Tunisienne de Droit
R.T.D.civ.	Revue Trimestrielle de Droit civil
S.	Suivant
T.	Tome
T.G.I.	Tribunal de Grande Instance

فهـــــرس

مقدمة 1

جزء I: حقوق الأم العزباء 12

فصل I : حقوق الأم العزباء بصفة أصلية 13

مبحث I: التخلي عن الأمومة قبل الولادة "الإجهاض"..... 13

فقرة I : حق الأم العزباء في إبطال حملها (خلال 3 أشهر الأولى) 14

1- اقتصار إبطال الحمل على رغبة الأم العزباء..... 15

2- الإجراءات 16

فقرة **II: تعليق حق الإجهاض على أسباب صحية في مرحلة لاحقة** 17

1- حالة الضرورة 18

2- الشروط المدعمة 19

مبحث II : التخلي بعد الولادة..... 21

فقرة I: حق التخلي المؤقت للأم العزباء عن طفلها..... 22

1- الإيداع المؤقت لدى مؤسسات الرعاية البديلة 23

(المعهد الوطني لرعاية الطفولة أو احدى وحدات العيش التابعة للجمعيات).....

2- وضع الطفل بصفة مؤقتة في الكفالة أو الإيداع العائلي 25

أ- مؤسسة الإيداع العائلي..... 25

ب- الكفالة 26

فقرة II : حق التخلي النهائي للأم العزباء عن طفلها 28

1- تكريس نظام الولاية العمومية 29

2- تكريس مؤسسة التبني 30

أ- حق إيداع الأم العزباء ابنها للتبني 31

ب- مدى إمكانية الرجوع في التبني..... 33

فصل II- حقوق الأم العزباء بصفة تبعية لطفلها..... 36

مبحث I- حق الأم العزباء في إثبات الأبوة الطبيعية..... 37

فقرة I – حق القيام بدعوى لإسناد اللقب العائلي للأب للطفل مجهول النسب..... 37
1- الأطراف المخول لهم القيام بدعوى للمطالبة باسناد لقب الأب العائلي للطفل المجهول النسب..... 38
أ- صفة الأم في القيام بدعوى اثبات الأبوة..... 38
ب- دور النيابة العمومية..... 40
2- مدى قابلية سقوط دعوى إثبات الأبوة الطبيعية بمرور الزمن..... 42
أ-عدم قابلية الدعوى للسقوط بمرور الزمن..... 42
ب- قابلية الدعوى للسقوط بمرور الزمن..... 44
فقرة II – وسائل إثبات الأبوة 46
1- الوسائل التقليدية لإثبات الأبوة 46
أ- الإقرار..... 47
ب- الشهادة 50
2- وسائل الإثبات الحديثة : التحليل الجيني..... 53
أ- التحليل الجيني كوسيلة لإثبات الأبوة..... 54
ب- التحليل الجيني إثر تنقيح 2003 : وسيلة لإثبات الأمومة 59
مبحث II- حقوق الأم العزباء عند ثبوت الأبوة الطبيعية 61
فقرة I- حق المطالبة بالرعاية لمولودها 62
أ- تشريك الأب الطبيعي في حضانة ابنه..... 63
1- إسناد الحضانة..... 63
2- مسؤولية الحاضن عن فعل المحضون..... 64
ب – تشريك الأب الطبيعي في الولاية على ابنه 67
1- ممارسة صلاحية الولاية..... 67
2- إنتهاء ولاية الأب على ابنه الطبيعي..... 70
فقرة II- حق المطالبة بحقوق مادية 71
أ- حق الأم العزباء في المطالبة بنفقة إبنها الطبيعي..... 71
1- إلزام الأب بدفع نفقة ابنه الطبيعي..... 72
2- ضمانات استخلاص الأم العزباء لدين نفقة ابنها 75

ب- حق الأم العزباء في المطالبة بالسكنى..... 76
1- مفهوم عبارة " الحضانة ليس لديها مسكن"..... 78
2- كيفية تنفيذ واجب إسكان الأم العزباء مع ابنها المحضون..... 80
مبحث III- الحق في الإرث..... 82
فقرة I- الابن يرث أمه وقرابتها..... 83
فقرة II- ميراث الأم 85
جزء II – واجبات الأم العزباء..... 88
فصل I- الواجبات العينية..... 89
مبحث I- إلزام الأم العزباء بالإنفاق على ابنها الطبيعي..... 89
فقرة I- الإلتزام القانوني بالانفاق..... 90
1- شروط إلزام الأم العزباء بالنفقة..... 90
أ- الشروط المتعلقة بمستحق النفقة..... 90
ب- الشروط المتعلقة بالأم العزباء المدينة بالنفقة..... 91
2- مدى وجاهة إلزام الأم العزباء بالإنفاق على ابنها الطبيعي..... 92
فقرة II- الضمانات القانونية لأداء النفقة 95
1- التدخل القضائي وإلزام الأم بالإنفاق على ابنها..... 95
2- صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق..... 97
مبحث II- حلول الأم العزباء محل الطفل في التعويض عن المسؤولية المدنية :. 98
فقرة I- شروط قيام المسؤولية على كاهل الأم العزباء:..... 100
1- شرط المساكنة..... 100
2- شرط السن..... 101
3- الفعل الضار..... 103
فقرة II- مبنى مسؤولية الأم العزباء عن فعل ابنها 104
1- في وجود الأب الطبيعي : مسؤولية تضامنية 105
2- في غياب الأب الطبيعي : مسؤولية منفردة 108
فصل II- الواجبات الشخصية 110

مبحث I– إسناد اللقب العائلي..... 110

فقرة I– وجوبية إسناد الأم العزباء إسما ولقبها العائلي لأبنها القاصر ومجهول النسب..... 111

1- شروط إسناد لقب الأم لابنائها 115

أ- شرط الحضانة..... 115

ب– شرط السن..... 116

2- إجراءات إسناد لقب الأم..... 118

فقرة II – مدى إمكانية قبول فكرة إسناد لقب الأم العزباء لأبنائها 122

1- مخالفة المبدأ العام في إسناد اللقب العائلي..... 123

2- الكشف عن حقيقة البنوة الطبيعية..... 125

مبحث II– واجب الرعاية..... 128

فقرة I– حضانة الأم العزباء لابنها القاصر ومجهول النسب..... 128

1- النظام القانوني للحضانة 129

أ- إسناد الحضانة للأم العزباء..... 129

ب– إعتماد معيار مصلحة المحضون..... 132

2- إسقاط الحضانة وزوالها..... 137

أ- الإسقاط الإرادي للحضانة..... 137

ب– الإسقاط القانوني للحضانة..... 141

ج– انتفاء موجب إسكان الأم العزباء 143

فقرة II – ولاية الأم العزباء على إبنها القاصر ومجهول النسب..... 146

1- ممارسة الأم العزباء للولاية 147

أ- الولاية الجزئية للأم العزباء على ابنها القاصر..... 148

ب– الولاية الكلية للأم العزباء على ابنها القاصر..... 150

2- فقدان الأم العزباء لمشمولات الولاية 159

أ- عند ثبوت إحدى حالات التقصير 160

ب– عند سقوط الحضانة..... 161

الخاتمة 163
المراجع..... 166

المقدمـــــــــــــة

"إن الأمومة ولئن تفقد معانيها في بعض الوضعيات الخاصة إلا أنه مع ذلك تبقى حقوق الإنسان عامة وحقوق الطفل خاصة في بلدنا محمية بل مقدسة"[1]

إن الأمومة هي الرابطة القانونية بين الطفل و أمه و منشئ هذه الرابطة الأصلي هو صلة التكوين و الحمل و الولادة.

وغير أن خصوصية تلك الرابطة القانونية بين الأم و أبنائها تبرز علاقة القانون بالإيديولوجيات الأخلاقية و الدينية كما تتعلق باختيارات المشرع في قانون العائلة و بالشكل الذي ينظم به العلاقات بين أفراد الأسرة.

ففي كل المجتمعات الإنسانية نجد شكلا شرعيا مسيطرا يؤسس للعلاقات داخل مجموعة معينة، لكن العلاقات بين أفراد المجموعة تختلف مما يخلق عائلات مختلفة الأشكال سواء من حيث مدى إتساع العائلة أو من حيث رابطة القرابة المسيطرة، فقديما كانت العائلة تجمع تحت سقف واحد الأصول و الأبناء و لأحفاد، ثم انتشرت العائلة المضيقة التي تتكون من الأبوين و الأبناء فقط Famille conjugale و مع تراجع قيمة الزواج في بعض المجتمعات أصبحت العائلة تقوم على أحد الأبوين مع الأبناء."Famille monoparentale".

إن هذا التوجه دعا أحد فقهاء القانون الفرنسيين إلى تصنيف الأمومة (وهي من اللاتينية maternitas المشتقة من maternas = أمومى) إلى أمومة قانونية maternité légale و هي أمومة المرأة التي تضع مولودا، رباط تنتج بينته عن ثبوت الولادة و من البينة في أن الولد المرتبط بها هو ذاته الولد الذي وضعته و إلى أمومة شرعية maternité légitime و هي أمومة ناتجة عن الزواج ينتج إثباتها العادي عن وثيقة الولادة (سند) أو في حال عدم وجودها عن الحالة الظاهرة و كذلك إلى أمومة طبيعية maternité naturelle وهي أمومة خارج الزواج ينتج إثباتها عن الاعتراف أو الحالة الظاهرة أو نتيجة حكم.[2]

---

[1]– الطفل المهدد الواقع والآفاق دراسة حول حقوق الطفل المهدد – نجيبة الشريف بن مراد تونس2000.

[2] جيرار كورنو: معجم المصطلحات القانونية: ترجمة منصور القاضى، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع بيروت، 1998 ص 286–287.

ولقد أولى القانون اهتماما بحماية الأمومة على الصعيد الدولي وعلى الصعيد الوطني[1] ، أما مجلة الأحوال الشخصية – التي تشكل دستورا للعائلة جامعة بين الأصالة و المعاصرة – فلما تشر لعبارة الأمومة إلا في إطار فصل وحيد وهو الفصل 70 و الذي يتعلق بإقرار الإبن بالأمومة و لذلك قد إعتمد غالب الفقهاء في إبراز العلاقة القانونية بين الأم و إبنها على أحكام الفصل 152 م أ ش الذي يرسي من خلال الإرث لعلاقة قانونية بينهما و إستنتج منه أن القانون التونسي لا يفرق على غرار الفقه الإسلامي بين أمومة شرعية و غير شرعية. إذا يثبت نسب الطفل بالولادة "و لا يتوقف على شيء أخر و لا فرق في أن تكون الولادة من زواج صحيح أو زواج فاسد أو من سفاح أو من وطء بشبهة".[2]

فرابطة الأمومة من الأمور الظاهرة التي لا يمكن نفيها عن الأم سواء كان الطفل من فراش أو لم يكن و سواء كان ثمرة علاقة غير شرعية أقامتها الأم أثناء الزواج، أو حتى دون زواج أصلا، وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم " تحوز المرأة لقيطها وولدها الذي لا عنت عليه"[3]

وبالتالي في صورة نشأة الطفل خارج إطار العائلة الزوجية فإن الأم هي التي تتحمل عناء هذا الفعل نتيجة لرباط الأمومة الذي يوحدها بولدها فينبذها المجتمع و تبقى حاملة لتهمة ولادة أبن من علاقة خنائية مثلما عبر عن ذلك بعض الفقهاء.[4]

و الأم العزباء حسب تعريف أحد فقهاء القانون الفرنسيين هي الإمرأة الغير متزوجة و تكون أما بالتبني أو الإمرأة الطبيعية – و كانت تسمى حتى وقت قريب الإبنة الأم – التي تربي

[1]– على الصعيد الدولي يمكن أن نذكر مثلا ما نصت عليه المادة الخامسة فقرة ثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948 من أن " للأمومة و الطفولة الحق في مساعدة وعناية خاصتين" وأما على الصعيد الوطني فقد تطرق المشرع التونسي في عديد فروع القانون لهذه الرابطة فكرس حماية الأمومة في تشريعات الشغل، من خلال باب كامل يحمل عنوان " حماية الأمومة" وضع القانون الجنائي بدوره عديد الأحكام الهادفة لحماية الأمومة قبل الولادة أو بعدها سواء من خلال الإجراءات المعتمدة في السجون وفي تنفيذ العقوبات عندما تكون المدانة حاملا أومن خلال ما سنه المشرع من أحكام لزجر الأعمال الضارة التي ترتكبها الأم في حق طفلها أو تلك التي يرتكبها الغير لإضرار بأمومتها.

[2] بدران أبو العينين بدران: الفقه للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة النسبة و المذهب الجعفري و القانون: الجزء I: الزواج و الطلاق دار النهضة العربية، بيروت، لبنان 1967 ص 488.

[3] انظر إبن القيم الجوزى كتاب زاد المعاد في هدى خير البلاد الجزء الرابع الطبعة الأولى 1928 المطبعة المصرية.

[4] Aitzai (N) l’enfant illégitime dans la société musulmane RTD 1990 page 16 « elle fera l’impossible, pour lui tout reste dans le secret. Si elle ne commet pas l’infanticide, elle abandonne l’enfant à la mosquée au coin d’une rue. »

ولدها[1] و بما أن القانون التونسي لا يعترف بالتبني من قبل إمرأة عزباء فستقتصر دراستنا على حالة الأم العزباء التي تكون فيها أما طبيعية.

و الأم الطبيعية عرفها الفقه الفرنسي بأنها الأم التي إعترفت بولد أنجبته خارج الزواج أو التي نشأت أمومتها عن الحالة الظاهرة أو بنتيجة حكم، تقال أيضا في أم أمومتها الطبيعية يقينية و إنما غير قائمة شرعا.[2]

أما العزوبية فهي الحالة المدنية للشخص الذي لم يسبق له الزواج.

فالعزب هو الذي لا أهل له و نضيره مطرابة و مطواعة و مجذامة و مقدامة و إمرأة عزب تعني لا زوج لها. قال الشاعر في وصف إمرأة:

إذا العزب الهوجاء بالعطر نافحت بدت شمس دجن طلة ما تعطر.

و يقال أنه لعزب لزب و إنها لعزبة لزبة و تعزب الرجل ترك النكاح و كذلك المرأة و المعزابة هو الذي طالت عزوبته، حتى ماله في الأهل من حاجة.[3]

و تجدر الإشارة إلى غياب تعريف قانوني للأم العزباء في القانون التونسي رغم أنها ظاهرة إجتماعية باتت متفشية بصورة لافتة للإنتباه.

و يفسر هذا الموقف المزدري و المتجاهل للأم العزباء من قبل المشرع التونسي بتأثير أحكام الشريعة الإسلامية في قوانين الأحوال الشخصية في البلدان الإسلامية عامة و من بينها بلادنا التي لا تعترف بالأم العزباء و لا تنظم لها وضعية قانونية عملا بقول الرسول صلى الله عليه و سلم "الولد للفراش و للعاهر الحجر" و التي تعني أن الولد يلحق بالزوج أما العاهر أي الزاني فإنه يقام عليه الحد.

و تجدر الملاحظة أن الحرية الجنسية هي كعلاقات، مستهجنة و ملامة دينيا و أخلاقيا، فجميع الأديان السماوية منذ فجر التاريخ حرمت تلك العلاقات معتبرة و أن الزواج هو الإطار الوحيد للحرية الجنسية و الإنجاب حتى تكون الحرية الجنسية حرية فعل و لا حرية إنفعال تجعل من الغريزة الجنسية كغريزة بهائمية و ليكون مؤدى و منتهى الغريزة الجنسية هو الحفاظ على إستمرارية العنصر البشري و الحيلولة دون إختلاط الأنساب.

---

[1] جيرار كورنو: المرجع السابق ص.

[2] جيرار كورنو: المرجع السابق ص.

[3] ابن منظور: لسان العرب، دار الفكر، لبنان، الطبعة الأولى 1990.

و قد عبر فقهاء الشريعة الإسلامية عن مثل تلك العلاقات "الوطء المحرم الذي يحدث في غير ملك" إلا أنه مع سيطرة النظرة العلمانية و بروز المفهوم الإجتماعي الجديد المؤسس للحرية الشخصية و حق الشخص في التصرف في جسده، أصبحت المجتمعات تشعر بالرغبة في التحرر من قيود الأخلاق و الدين و أصبح الإعتداء على العلاقات الجنسية بالحد منها أو إلغاؤها إعتداءا على الحرية الذاتية.[1]

و قد إندفعت معظم دول أوروبا نحو هذا الإتجاه ثم إندفعت وراءها الدول المتأثرة بها و منها التشريع المصري و التشريع التونسي و كنتيجة لهذا الإتجاه أصبح الحمل خارج إطار الزواج بأروبا حالة طبيعية و شائعة. و في فرنسا[2] تظهر إحصائيات في عام 2006 أن عدد الأطفال المولودين خارج إطار الزواج فاق عدد المولودين في إطاره فلا يوجد ما يعيب الأم العزباء في أوروبا، و هو غالبا قرار إختياري من قبلها، و قد سعت معظم القوانين الغربية لحمايتها و حماية مولودها.

أما في تونس، و لئن كان تنازل المشرّع النهائي عن المفهوم الأخلاقي للعلاقات الجنسية– التي أصبحت تعتبر حرية شخصية–، من الأسباب المباشرة التي أدت إلى إستفحال ظاهرة الأمهات العازبات، إلا أنه هناك عوامل أخرى لا تقل أهمية و تتمثل في الأمية و الفقر، حيث تثبت الإحصائيات أن 74.4% من الأمهات العازبات أميات أو شبه أميات حيث لم تتجاوزن السنوات الأولى من التعليم الإبتدائي.

[1] أدوار غالى الدهبي، الجرائم الجنسية، الطبعة الثانية 1988 ص 105.

[2] – " اتبع المشرع الفرنسي المرحلية في : إقرار حقوق الطفل الطبيعي، حيث كان هذا الأخير قبل الثورة الفرنسية لا يتمتع إلا بحق الانفاق عليه فحسب وهو ما كان يشجع الأباء على الاعتراف بأبنائهم الطبيعيين وقد حوصل هذا الموقف الذي تبناه التشريع المسيحي إزاء الابن الطبيعي عالم شهير من علماء القانون الرنسي Loysel في قوله المعروف « qui fait l'enfant doit le nourrir » أي على كل شخص ينجب طفلا أن يطعمه أو أن ينفق عليه وقد تدرج التشريع الفرنسي في إقرار حقوق للطفل الطبيعي إلى ان تمت بمقتضى قانون 3 جانفي 1972 المساواة بين الطفل الطبيعي والطفل الشرعي في الحقوق المترتبة عن اثبات البنوة"

- L'article 334, al, 1^{èr} , enonce « L'enfant naturel a , en général, les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapport avec ses père et mère ». La naissance et la grâce (à propos du projet de la loi sur la filiation.
Gérard cornu. Receuil Dalloz sirey 1971, 25ème cahier- Chronique.

إضافة إلى أن 48.8% من الأمهات العازبات يشتغلن كمعينات منزلية بينما 40% منهن عاطلات عن العمل و يقطن لدى أقارب أو أهلهن نزحوا من مناطقهم و استقروا بالعاصمة. ويمكن الإشارة كذلك لعامل السن، حيث أن نسبة 10% من الأمهات العازبات قاصرات [1].

فجل هذه العوامل تؤدي إلى سهولة التغرير بهاته الفتيات و يقعن ضحايا الاستغلال الجنسي أو الإغتصاب أو الوعود الواهية بالزواج. و لئن أقر المشروع صراحة أن الوّعد بالزواج أو الخطبة لا يعتبر زواجا و لا يقضى به بالفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية فإن مسألة نسب ولد الخطيبين طرحت لدى أهل القانون عديد الإشكاليات الاجتماعية و الأخلاقية و القانونية.[2]

فقد ظهر إتجاه أول لفقه القضاء بين عامي 1968 و 1973 و ذهب إلى أن علاقة الخطبة التي تصل إلى الإتيان الجنسي و الحمل و الولادة ما هو إلا زواج على خلاف الصيغ القانونية يثبت به نسب المولود (الفصل 36 ق ح م). هذا الاتجاه أنشغل أساسا بحماية المخطوبة بوصفها أما عزباء و بحماية مولودها من صفة الابن الطبيعي المرفوضة إجتماعيا و كان هذا الموقف متأثرا بالجو الإجتماعي و السياسي و التشريعي العام السائد في ذلك الوقت، حيث كانت الدولة مركزة على حماية الفتاة الداخلة حديثا ميدان التعليم و ميدان الشغل من العبث بعواطفها و مستقبلها[3] و من الناحية النظرية يبدو أن الخطبة لا تتجاوز في تصور القضاة آنذاك مجرد التعارف البريء أما و قد تصل بعض الوعود بالزواج إلى حد الإتصال الجنسي و إنجاب الأولاد، فإنها حسب رأيهم لا يمكن إلا أن تشكل زواجا هو بطبيعة الحال زواج باطل، لكنه يثمر نسبا شرعيا[4] لكن "هذا الحل الإنساني" و غير القانوني لم يصمد طويلا أمام الإنتقاد و إتجه الإجتهاد القضائي بداية من عام 1973 نحو إعتبار العلاقة الجنسية القائمة بين الخطيبين علاقة غير شرعية مما يجعل المولود الناتج عنها ولدا طبيعيا[5] و لو أقر الخاطب بأبوته البيولوجية

---

[1] برنامج الدفاع و الإدماج الإجتماعي، ظاهرة الإنجاب خارج الإطار الشرعى للزواج و فئة الأمهات العازبات محمد رجب سبتمبر 2001.

[2] محمد المنصف بوقرة، اثبات نسب إبن الخطيبين في فقه القضاء التونسي، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1979.

[3] محمد الحبيب الشريف زواج الجاني بالمجني عليها ق ت فيفري 1995 ص 39.

[4] قرار تعقيبي مدني عدد 5350 بتاريخ 2 أفريل 1968، ن 1968، ق-م ص 33.

[5] قرار تعقيبي عدد 9210 بتاريخ 6 مارس 1973، ن 1973، ق م ، ج1، ص 142.
قرار تعقيبي مدني عدد 9108 بتاريخ 11 ديسمبر 1973، ن 1973، ق م، ج1، ص 44.

وهو ما يتماشى مع المقتضيات الفصلين الأول و 68 م ا ش و بالتالي وقع غلق منفذ لمثل هذه الفئة من الأمهات العازبات اكتسبن منه نسبا شرعيا لأبنائهن.

أما بنسبة للتشريع التونسي ; فرغم غياب نص قانوني يقر صراحة بوضعية الأم العزباء ، إلا انه وفر حماية نسبية لها، عبر نصوص متفرقة. فقد قام المشرع التونسي باكرا بإيجاد حل جذري لهذه الظاهرة و ذلك في الترخيص في الإجهاض بالفصل 214 من المجلة الجزائية[1].

و قد وجدت عدة أمهات في هذا التشريع منفذا لتدارك "الخطأ" و كحل نهائي، حيث يجيز المشرع القيام بعمليات الإجهاض في المستشفيات العمومية و المصحات الخاصة و رغم عدم وجود إحصائية رسمية فان عمليات الإجهاض قد تتجاوز ثلاثة ألاف حالة خلال العام الجاري مقابل 2126 حالة سنة 2005.

كما أن قانون الولاية العمومية و الكفالة و التبني عدد 53 لسنة 1959 المؤرخ في 4 مارس 1958 منح للأم العزباء الحق في إيداع ابنها للتبني أو الكفالة إن قررت التخلي عنه.

و لا بد من الإشارة في هذا المجال إلى الحماية النسبية التي تتمتع بها الأم العزباء القاصر ففي جريمة مواقعة أنثى برضاها سنها دون العشرين حسب الفصل 227 مكرر مجلة جزائية الزواج يوقف التتبعات و في هذه الصورة حرص المشرع على حماية الفتيات المغرر بهن بفرض الزواج معهن و هو ما يبدو كأنه إكراه تشريعي[2] من شأنه إفساد إرادة الزواج و إفراز عائلة بدون رغبة و لا استقرار و ربما أولاد غير مرغوب فيهم من كلا الأبوين. و الجدير بالذكر أن نفس هذه الإشكاليات الواقعية و القانونية يطرحها أيضا بنفس الجدية تقريبا زواج الفار بالمفرور بها جريمة الفصل 239 م ج .

كما قد تكون الأم العزباء ضحية جريمة اغتصاب فيقع تتبع مرتكب الجريمة عدليا (الفصل 227 مجلة جزائية)[3].

قرار تعقيبي مدني عدد 11609 بتاريخ 15 جويلية 1975، ن 1975، ق م، ج2، ص182.
قرار تعقيبي مدني عدد 790 بتاريخ 26 أفريل 1977، ن 1977، ق م، ج1، ص 243.

[1] وقع تنقيح الفصل 214 م ج بالقانون عدد 24 لسنة 1965 المؤرخ في غرة جويلية 1965 و بالمرسوم عدد 2 لسنة 1973 المصادق عليه بقانون عدد 53 المؤرخ في 19 نوفمبر 1973

[2] محمد الحبيب الشريف : النظام العام العائلي : التجليات ص 619، مركز النشر الجامعي، تونس2006.

[3] – نقح الفصل 227 م ج بالقانون عدد 9 لسنة 1985 المؤرخ في 7 مارس 1985 وبالقانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989.

و بما أن المشرع التونسي كما بينا سابقا لا يفرق بين أمومة شرعية و غير شرعية، فالأمومة ترتب دائما جميع آثارها و هذا ما تبيناه من أحكام الفصل 152 م أ ش، و تدعم بأحكام الفصل 1 جديد و الفصل 3 جديد من قانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 7 جويلية 2003 المنقح لبعض أحكام القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 و المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو المجهولي النسب.

فالأم مهما كانت صفتها تستمد سلطتها من مؤسستين هما الحضانة و الولاية التي أصبحت تتمتع بها بمقتضى قانون 12 جويلية 1993، و الاتجاه القانوني الحديث الذي انتهجه هذا القانون بالفصل 67 م ا ش خاصة جعل من مشمولات الولاية امتيازا للأم الحاضنة دون غيرها من الحاضنين.

ووقوفا عند الدور المحوري للأم في التنشئة الاجتماعية للأبناء وانطلاقا من واقع يجعل المسكن هو الإطار الفعلي لهذه التنشئة، جاءت التشريعات المتعلقة بحق السكنى ومنها تلك التي تضمن حق الأم الحاضنة في مساكنة المحضون[1]

إضافة إلى أن المشرع اتخذ نفس موقف بعض الفقهاء[2] الذين يعتبرون أن فكرة مصلحة الطفل كثيرا ما تتطابق مع توسيع سلطات الأم. فتكون تلك المصلحة هي الأساس الذي يمكن أن يبرر في نظام ينهل من مصادر مختلفة[3] سواء فقهية تقليدية أو قوانين حديثة إعطاء سلطات الولاية للأم[4]

كذلك لا بد من الإشارة إلى الدور الذي قام به التشريع التونسي لحماية الأم العزباء و مولودها في كل من قانون عدد 53 لسنة 1959 ، القاضي بأن يكون لكل تونسي لقبا وجوبا و القانون عدد 47 لسنة 1967 المؤرخ في 21 نوفمبر و المتعلق بوضع الأطفال لدى عائلات

[1]– دلندة الطويل، سكنى الحاضنة بين الحماية القانونية والإشكالات التطبيقية، مجلة المرأة، العدد 134، أوت 2005، ص16.

[2] Neirick © ; la protection de l'enfant contre ses parents, Paris L.G.D.J, 1984.

[3] Bouraoui (S), Droit de la famille et relations familiales à la lumière des derniers reformes Juridiques, RTD 1993 P.122 « la constatation qu'il existe plusieurs ordres de règles et les relations qu'ils entretiennent est une autre question : ce que nous voulions faire remarquer c'est plutôt le glissement d'un ordre à l'autre et leur chevauchement lorsqu'on parle de l'évolution qui marque l'ordre juridique,… au sein d'un même code, le pluriel est aujourd'hui consacré, le droit se distribuant désormais à la carte ».

[4] Ferchichi (B) la tutelle des pères et mères sur leurs enfants mineurs dans les droits marocains et tunisiens comparés, Thèse, Tunis 1983

و أمر 8 لسنة 1973 المؤرخ في 8 جانفي 1973 المتعلق بتنظيم المعهد الوطني لرعاية الطفولة.

و مع صدور مجلة حقوق الطفل بقانون 9 نوفمبر 1995 التي كانت نقلة نوعية للابن الطبيعي، اعترف المشرع التونسي أخيرا بالطفل الطبيعي بعد سكوت دام أربعين عاما و بموجب قانون 28 أكتوبر 1998 قدمت النصوص القانونية حلولا شاملة و دائمة للأبناء المولودين خارج إطار الزواج، هذا القانون الذي تم تنقيحه في 2003 بموجب القانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 7 جويلية 2003 أدى إلى نتائج ايجابية تتمثل بالخصوص في تقلص عدد الأطفال مجهولي النسب، إضافة إلى انه مكن الأم العزباء من المطالبة بإثبات أبوة ابنها الطبيعي و بإسناد لقب الأب لمولودها، و أكد على واجبها كحاضنة في إسناد اسم و لقبها العائلي لمولودها القاصر و المجهول النسب.

غير انه رغم هذا السعي المتواصل من قبل المشرع للإحاطة بالابن الطبيعي، فان الإشكال يبقى مطروحا بالنسبة للأم العزباء في غياب مؤسسة قانونية شاملة لهذه الشريحة من المجتمع ذات الوضعيات الخاصة، فاهتمام المشرع بهاته الفئة ظل محتشما رغم كثرة النداءات[1] و هو أمر مؤسف.

فعلى المستوى النظري لا يخلو موضوع الأم العزباء من الأهمية إذ انه حلقة مرتبطة ارتباطا مباشرا بالإبن الطبيعي، فليس من المنطق الاهتمام بوضعية هذا الابن و تغافل وضعية أمه و إنكارها، سيما و أنها جانية و ضحية في نفس الوقت، في مجتمع تكون فيه الأم العزباء "وصمة عار" و وضعية اضطرارية و ليست اختيارية كما في أغلب المجتمعات الغربية.

كما تبرز أهمية هذا الموضوع مع توجهات المخطط العاشر للتنمية الرامي لمزيد ترسيخ قيم التضامن و التآزر بين كافة الشرائح الاجتماعية الضعيفة و لقد ورد في البند 62 من هذا المخطط أنه "***و سيتواصل دعم الإحاطة بالأسرة و خاصة منها الأسرة ذات الولي الواحد و تكثيف التنسيق بين الأطراف المتدخلة للإحاطة بالأم المفارقة أو المطلقة***"[2]

[1] انظر كلمة السيدة قمر الكعبي في مداولات مجلس النواب 3 جويلية 2003 حول مشروع القانون المتعلق بتنقيح بعض أحكام قانون 28 أكتوبر 1998 و كيف وقع تجاهل الاجابة على اقتراحاتها.

[2] المخطط العاشر للتنمية 2002 – 2006 – المجلد الثاني المحتوى القطاعي.

و بناءا على هذه التوجهات فان السعي إلى احتضان مشاكل الأمهات العازبات و مساعدتهن على ممارسة حياتهن بصورة طبيعية دون تحسيسهن بالذنب أمر ذو أهمية قصوى خاصة و أن المعنيات كثيرا ما يكن ضحايا لمجتمع ذكوري، يظن أن كل شيء مسموح به للذكر، و ضحايا الجهل و الفقر، و كي لا تتسبب القسوة إضافة في القضاء على الأم، القضاء على مولودها الذي لا يتحمل أي مسؤولية.

لذا وجب خلق إطار قانوني و إنساني يوفر لهذه الأم ولمولودها الحماية الضرورية التي تحول دون حصول تطورات أخطر و أخطر تكون لها آثار اجتماعية سلبية للغاية، فالخطأ قائم مهما كانت دوافعه، لكن يجب أن لا يبقى الحل مفقودا.

ونظرا لكون ظاهرة الأم العزباء من الظواهر الاجتماعية النفسية المعقدة والصعبة لما تحدثه من بلبلة في الاستقرار الاجتماعية بصفة عامة، ولتأثيرها المباشرة على التوازن الأسرى بصفة خاصة، فقد تدعمت القوانين بتدخل الهياكل الاجتماعية، و بعض الجمعيات كجمعية "أمل" لتأهيل الأمهات العازبات، قصد إيجاد الحلول لبعض الوضعيات الحرجة.

و تفيد الإحصائيات أن نسبة الأم العزباء في تزايد مستمر إذ تفيد إحصائيات أجريت في أحياء كبرى من وسط العاصمة أن نسبة الأمهات العازبات بلغت سنة 2007، 23,8 حالة على مجموع 50 ألف ساكن في حين أثبت تقرير لليونيسيف أنجز سنة 2004 أن نسبة الأطفال الذين يولدون ببلادنا خارج إطار العلاقة الشرعية أي الزوجية يصل إلى ألف حالة سنويا مقابل نحو 300 في فترة الستينات، بينما يشير المعهد الوطني للإحصاء إلى وجود 1600 حالة سنويا.[1]

وتبدو مسالة تنظيم وضعية الأم العزباء حاجة متأكدة تفرض نفسها أكثر من أي وقت مضى بالنظر للواقع الاجتماعي الحالي، سيما وأن هاته الشريحة من الأمهات تأخذ في الإزدياد في السنوات الأخيرة مع تراجع الضوابط الدينية والأخلاقية من جهة وتنامي العلاقات الحرة والروابط الجنسية خارج إطار الزواج من جهة أخرى.

[1] البيان 21 جانفي 2008 : رحلة في عالم الأمهات العازبات : الأرقام : الأسباب و نظرة المجتمع و القانون ص 7 – توفيق الشريف–

و مهما كان عدد هذه الحالات فان الحالات المصرح بها تبقى أقل مما هي عليه في الواقع، فأغلب الإحصائيات تستند إلى الحالات التي يتم خلالها إنجاب المواليد بالمستشفيات العمومية.

و عليه يطرح التساؤل عن ***الحلول و الآليات التي قررها المشرع التونسي للأم العزباء*** حتى تخرج من الوضعية المتردية التي فيها إلى وضعية أفضل، وضعية توفر لها حقوقا و تمليها واجبات و تكفل لها العيش بكرامة مثل بقية الأمهات دون التوقف على طبيعة أمومتها ان كانت شرعية أو غير شرعية.

هذا ما سنحاول الخوض فيه من خلال التعرض إلى ***حقوق الأم العزباء وواجباتها في القانون التونسي.***

فللإجابة على هذا التساؤل فائدة جمة، حتى نقف على الإمكانيات التي قد يكون المشرع التونسي قد وفرها للام العزباء حتى تنفذ منها و تقيها نظرة الناس عموما و المحيط العائلي خاصة، رأفة بهذه الأخيرة و رحمة بها و مراعاة لضعفها.

و في إطار معالجة وضعية الأم العزباء في القانون التونسي يتجه دراسة حقوق الأم العزباء في (جزء أول) و يتم التعرض إلى واجبات الأم العزباء في (جزء ثان).

الجـــزء الأول
حقوق الأم العزباء

جزء I : حقوق الأم العزباء :

تظهر الأمومة كرابطة مادية ظاهرة تستهل بالحمل وتكتمل بالولادة، وهذه الفكرة هي التي تعبر عنها المقولة الرومانية الشهيرة Mater semper certa est والتي تعني أن الأمومة تثبت بمجرد الحمل الظاهر والولادة بحيث لا تكون معهما علاقة الأم بمولودها محل شك[1] .

ورغم أن الأمومة هي حلم يراود كل أنثى، إلا أن هذه الأمومة التي تعيشها المرأة العزباء سواء قبل الولادة أو بعدها قد تتحول إلى كابوس وسط دوامة موروث ثقافي رافض لهذه الأمومة خارج إطار الزواج.

فتلجأ الأم العزباء خلال فترة الحمل أو بعد الولادة إلى البحث عن الحلول التي وفرها لها المشرع عبر نصوص قانونية متفرقة – وذلك بصفة ذاتية (فصل I) أملا منها في نسيان الماضي واتقاء نظرة المجتمع القاسية أو للتغلب على الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية المتردية التي تعيشها.

وقد تتغلب عاطفة الأمومة لدى الأم العزباء على المجتمع والقيم السائدة به فتكون أكثر جرأة وتقدم على الاحتفاظ بمولودها غير الشرعي وتطالب بحقوق وفرها لها المشرع بصفة تبعية لطفلها القاصر ومجهول النسب (فصل II).

[1] – Roland (H) et Boyer (L) : Adage de droit français, 3ème ed. Mater semper certa est, Digest livre2, titre 4 Fragments 5

فصل I : حقوق الأم العزباء بصفة أصلية

إن الأم العزباء تجد نفسها في وضع حساس ودقيق باعتبار أن مجتمعنا المحافظ لا يتقبلها ولا يتعامل معها باللين والتفهم المطلوبين. وهذا يؤدي إلى جعلها تعاني ظروفا قاسية تجعل وطأة الحياة ثقيلة عليها .

وقد أقر المشرع حلولا لمثل هذه المآسي تتمثل في امكانية التخلي عن هذه الأمومة غير المرغوب فيها وذلك قبل الولادة (مبحث I) حيث يجيز القانون التونسي حق الأم في الاجهاض

كما أنه حفاظا على حقوق الطفل الطبيعي وحماية لمصلحته الفضلى ونمائه أقر المشرع حق الام العزباء في التخلي عن أمومتها بعد الولادة (مبحث II) وذلك بصفة وقتية أو نهائية[1].

مبحث I : التخلي عن الأمومة قبل الولادة : الإجهاض

لا يؤدي حرمان الأم العزباء من لجوؤها لإجهاض جنين غير مرغوب إلى عدولها عنه، بل إنها تسعى للتمتع بهذا " الحق " بكل الوسائل.

والإباحة المطلقة للإجهاض فيها تكريس للاعتداء على حق الجنين في الحياة لإنعدام الضوابط والقيود، إذ يكون بذلك للأم حقا جديدا متمثلا في سلطتها الكلية على حياة جنينها.

لذا وقع السعي لضمان ممارسة الإجهاض بطريقة منظمة، وهذا ما ارتآه المشرع التونسي بالفصل 214 م.ج[2] التي فضل العمل بنظام الإباحة المتضمنة لمعادلة بين الجنين والأم حتى لا يقع الإخلال بإحدى المصالح أو الحقوق.

---

[1]– في القانون المدني الفرنسي ليس هناك رابطة إلزامية بين الأم وابنها من أجل ذلك انفرد المشرع الفرنسي بطريقة L accouchement sous "X" وهو أن تلد المرأة طفلا دون أن تعبر عن هويتها .
من أجل مزيد الايضاح أنظر :
Rubelin Devichi (J) : droit de la mère et droits de l'enfant : Reflexion sur les formes de l'abandon RTS civ 1991 695 et suivant

[2]– الفصل 214 (نقح بالقانون عدد 24 لسنة 1965 المؤرخ في غرة جويلية 1965 وبالمرسوم عدد 2 لسنة 1973 المؤرخ في 26 سبتمبر 1973 المصادق عليه بالقانون عدد 53 لسنة 1973 المؤرخ في 19 نوفمبر 1973 " .... يرخص في إبطال الحمل خلال الثلاثة أشهر الأولى منه من طرق طبيب مباشر لمهنته بصفة قانونية في مؤسسة استشفائية أو صحية أو في مصحة مرخص فيها.
كما يرخص فيه بعد الثلاثة أشهر إن خشي من مواصلة الحمل أن تتسبب في إنهيار صحة الأم أو توازنها العصبي أو كان يتوقع أن يصاب الوليد بمرض أو آفة خطيرة وفي هذه الحالة يجب أن يتم ذلك في مؤسسة مرخص فيها".

وقد تميزت هذه الإباحة بالتدرج عبر مراحل الحمل بالتوازي مع درجة النمو التي وصل إليها الجنين، فوقعت إباحة الإجهاض في المرحلة الأولى من الحمل مع تقييده في المرحلة المتقدمة منه.

والإجهاض الأول هو إجهاضي اجتماعي مؤسس على الظروف الاجتماعية، الاقتصادية والنفسية التي قد تمر بها الأم العزباء وبمقتضاها يقع إباحة الإسقاط .

والثاني إجهاض طبي متعلق بالأم والجنين معا، فأي خطر يهدد صحة الأم هو موجب للإجهاض وكذلك الأمراض والعاهات التي قد تصيب الجنين.

وفي المرحلة الأولى نلمس سيطرة الأم على هذا الحق ويليها في المرحلة الثانية أهل الاختصاص.

فقرة I : حق الأم العزباء في إبطال حملها (خلال 3 أشهر الأولى)

بالتأمل في الفصل 214 م ج نلاحظ أن المشرع التونسي اتخذ موقفا وسطا يمنع الإجهاض مبدئيا، غير أنه يسمح بإجرائه في صور عديدة تقتضيها الضرورة، مثل الإجهاض لإنقاذ حياة الأم تبعا لتدهور صحتها البدنية والعقلية، الحمل نتيجة الاغتصاب، الحمل الناتج عن علاقة محرمة،[1] احتمال ولادة طفل معوق، وضعية اجتماعية غير لائقة...

وتبعا لذلك فقد ميز المشرع بين جريمة الإجهاض المحضور وفعل الإجهاض المباح والإجهاض المسموح به هذا ليس فقط علاجيا، ولكنه أحيانا انتقائيا[2] واجتماعيا.

وقد حدد الفصل 214 مجلة جنائية في فقرته الثالثة أجل إجازة الإجهاض بثلاثة أشهر يجوز خلالها أبطال الحمل ويمكن تبرير هذا الاختيار بأسباب طبية، فالطب أثبت أن الجنين بصفة عامة، يمر بفترتين أولا يكون " أمبريون" « Embryon » ثم يتحول " لفيتوس" « Fœtus » وهذا التحول لا يتحقق إلا بعد مرور الشهر الثالث.

[1] – L'Inceste
[2] –Eugénique

ولئن سمحت أغلب القوانين الوضعية بحق الاجهاض إلا أنها اختلفت حول الأجل الذي يسمح فيه بالإجهاض، فكل تشريع أخذ بالنتيجة التي تتماشى ووضعية مجتمعه واقتناعاته والاتجاهات الفقهية السائدة وموقفه من الجنين والأم.

بل إن ذلك لم يمنع من وجود تشريعات رفضت هذه الإجابة نفسها، ومن ذلك قانون العقوبات المصرية بالمواد 260 و 264 فهذا القانون يعاقب على الإجهاض في جميع مراحل الحمل[1].

أما المشرع التونسي، فقد راعى الظروف الخاصة بكل وضعية ومكن الأم العزباء من إبطال حملها برغبة (1) منها ويكون هذا الحق بالتالي مبررا بالحالة الحرجة التي تمر بها (2).

1- إقتصار إبطال الحمل على رغبة الأم العزباء:

إن المشرع التونسي بإباحته للإجهاض خلال المرحلة الأولى من الحمل قد وجه الاهتمام لوضعية المرأة الحامل، فإذا رأت أنها غير راغبة في الجنين، فبإمكانها إجهاضه، فعدم الرغبة في الحمل هي في ذاتها سبب في إعطاء المرأة حق الإجهاض.

وقد وجدت عديد الأمهات العازبات الحل في هذا التشريع كمنفذ لتدارك الخطأ وكحل نهائي، حيث يجيز المشرع القيام بعمليات الإجهاض في المستشفيات العمومية والمصحات الخاصة.

ورغم عدم وجود إحصائية رسمية فإن عمليات الإجهاض قد تتجاوز ثلاثة آلاف حالة خلال عام 2008 مقابل 2126 حالة سنة 2005[2].

بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية، فقد وقع السماح بإجهاض الجنين الناتج عن الاغتصاب لأن المرأة ضحية بدورها[3]. وأغلب القوانين المقارنة تجيز ذلك.

---

[1]– أدى هذا التشريع وفقا لدراسة عن الإدارة العامة للأسرة والطفولة بوزارة الشؤون الاجتماعية المصرية، إلى وجود ألف طفل مجهول النسب بمصر 85 % منهم ناتجون عن زواج عرفي، مما يعني وجود 14 ألف أم عزباء تسعى لإثبات نسب طفلها الناتج عن علاقة خارج مؤسسة الزواج الرسمي. صباح الشرقي " من يحمي الأم العزباء ويتكفل بحقوق مولودها" « Wednesday » 2008, 15 October.

[2]– " الأم العزباء في تونس الأرقام في إزدياد والحل في الإجهاض" 10-3-2008 إسماعيل دبارة.

[3]– عبد الله أحمد الهلالي الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية– الطبعة الأولى دار النهضة العربية – القاهرة 1989.

أما الجنين الناتج عن زنا فقد تصدت الشريعة الإسلامية لإجهاضه لأن في ذلك تضحية بحياة الجنين من أجل ذنب ارتكبه غيره[1]. لكن ما نلمسه في إطار الفصل 214 مجلة جنائية في فقرته الثالثة هو الغياب الكلي لهذا النوع من الشروط ولعل الشرط الموضوعي الوحيد لتبرير الإجهاض خلال هذه الفترة هو أن تمر الأم العزباء بحالة ضيق أو حالة حرجة « Etat de détresse » تجعل من الرغبة في الإجهاض مسيطر عليها لذا أعتبر هذا الإجهاض إجهاضا إجتماعيا.

2- الإجراءات

إن المشرع لم يكبل الأم الحامل الراغبة في الإسقاط بإجراءات قد تكون عائقا أمام رغبتها، فكل أم حامل بما فيها الأم العزباء ذات الوضعية الخاصة حرة في اتخاذ قرار الإجهاض درءا للفضيحة إذ يكفي تكوين ملف اجتماعي من طرف مرشدة اجتماعية لإبطال حملها. على خلاف الأم العزباء القاصر فإلى جانب الحصول على رضاها يجب الحصول أيضا على موافقة احد والديها ، ولا تستثني هذه الموافقة إلا في صورة وفاتهم، وهنا يوكل لأمر للأخ الأكبر الذي عليه إبداء موافقته مع تقديمه لمضامين وفاة الوالدين. وإذا ما كانت الأم العزباء القاصرة هي بدورها الكبرى بين إخوتها فشخص مسؤول عنها من العائلة.

أما بالنسبة للشروط المتعلقة بالإطار الطبي فقد نصت أغلب النصوص القانونية على أن لا يقوم بإجراء الإجهاض إلا أهل الاختصاص ولكن ما نلاحظه في الفصل 214 م ج في فقرته الثالثة اقتصاره على عبارة " طبيب مباشر لمهنته بصفة قانونية فالاختصاص إذن ليس شرطا، وهذا قد يعتبر من نقائص الفصل 214 م ج فمن الواجب حماية المرأة الحامل عند إجراء الإجهاض وذلك باشتراط أن يقوم به طبيب مختص.

وبخصوص مكان الإجهاض فيجب أن يتم في " **مؤسسة استشفائية أو صحية مرخص فيها**" عملا بالفقرة الثالثة من الفصل 214 مجلة جنائية دون بيان هل أن هذا الإطار المكاني يجب أن يكون مختصا بدوره للقيام بعمليات الإجهاض.

---

[1]– أم كلثوم يحي مصطفى الخطيب قضية تحديد النسل في الشريعة . الطبعة الثانية – الدار السعودية للنشر 1982 ص 170 " فجاءت القامدية فقالت : يا رسول الله إني زنيت فطهرني. وأنه ردها .
فلما كان الغد قالت يارسول الله إني لحبلى . فقال إذهبي حتى تلدي، فلما ولدت أتته بالصبي. قالت : هذا قد ولدته. قال إذهبي فارضعيه حتى تفطميه فلما فطتمه وقد أكل الطعام. فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها وأمر الناس فرجموها" صحيح مسلم

وإن هذا الحق للأم العزباء في إبطال الحمل خلال الأشهر الأولى منه وقع الحد منه في الفترة المتقدمة من الحمل.

فقرة II : تعليق حق الإجهاض على أسباب صحية في مرحلة لاحقة:

بالتأمل في أحكام الفصل 214 م ج نلاحظ أن المشرع التونسي أخذ بمبدأ منع الإجهاض، ووضع عقوبة على فاعله، ثم أجازه في حالات مذكورة على وجه الحصر، وبشروط معينة، فقد ميز بين جريمة الإجهاض المحظور وفعل الإجهاض المباح. وقد اتخذ المشرع التونسي موقفه المبدئي المانع للإجهاض تماشيا مع ما استقر عليه الفقه الإسلامي، باعتباره المصدر المادي الأساسي لقانون العائلة في تونس، علما وأن الصبغة العائلية للإجهاض لا نقاش فيها في كل الأحوال، سواء كانت المرأة المجهضة متزوجة أو لا، لأنه يعتبر اعتداء على حياة الطفولة وعلى النسب المؤسس للعائلة الشرعية أو الطبيعية، أي العائلة القائمة على الزواج أو تلك ذات الولي الواحد المتمثل هنا في الأم العزباء. وقد وضع المشرع صنفين من العقاب صنف أول يستهدف فاعل الإجهاض وصنف ثان يستهدف المرأة التي أسقطت حملها، والعلة في التخفيف عن المرأة المجهضة تتمثل بلا شك في مراعاة ظروفها النفسية والعائلية والاجتماعية، إذ كثيرا ما تكون حريصة على اتقاء الفضيحة تبعا لكونها حملت من سفاح، وهي عزباء[1] أو مطلقة أو أرملة، أو أنها كثيرة الأطفال مع ضيق ذات اليد، أو أنها كثيرة الأطفال مع ضيق ذات اليد، أو أنها حملت من علاقة قرابة محرمة.

ويتعين ملاحظة أن المشرع بعد مرور الأجل المضبوط للسماح بالإجهاض خلال الأشهر الأولى من الحمل – حد من هذه الإمكانية بشروط ذات صبغة طبية، وقد سمي الإجهاض المجرى بعد هذه الفترة بالإجهاض الطبي، فلم يعد اتخاذ قرار إبطال الحمل بيد المرأة ودوافعها الشخصية بل أصبح بيد الأطباء, وفي ذلك أكثر موضوعية.

وقد وقع ضبط إباحة الإسقاط في المراحل المتقدمة من الحمل بحالة الضرورة (1) وبشروط أكثر تدعيما (2) مقارنة بالإجهاض الاجتماعي.

[1] – سعاد بوشارب، وضع الأمهات – البنات، تحليل اجتماعي ونفسي نشر بمجلة الحياة الثقافية عدد 121، دراسات، جانفي 2001 ص 31.

1- حالة الضرورة :

وقع الحد من الحالات التي يسمح بمقتضاها بإبطال الحمل بحالة الضرورة التي تعتمد عادة لتبرير تصرف ما[1] تجاه خطر معين قد يهدد الحياة ويؤدي للهلاك.

وحالة الضرورة لم تقتصر على الأم فقط كما هو الشأن بخصوص إجهاض الفترة الأولى من الحمل بل وقع الأخذ بعين الإعتبار الجنين.

فمضاعفات الحمل تختلف من شخص لآخر وقد يشكل الحمل خطرا على حياة الأم وبذلك يقع التضحية بالجنين مقابل حياتها لأن حياتها ثابتة بيقين وحياة الجنين محتملة كما أن الأم هي الأصل والجنين فرع منها والأصل مقدم على الفرع[2].

فالإجهاض في هذه الصورة يصبح مجرد حالة اضطرار لإنقاذ حياة الأم عملا بقوله تعالى " لا تضار والدة بولدها ولا مولودا له بولده" سورة البقرة الآية 233.

كما أن حالة الضرورة التي على أساسها يجوز الإجهاض قد يكون موضوعها أقل حدة فإلى جانب الحياة تشمل أيضا الحالة الصحية للمرأة.

إذن فدواعي إباحة الإجهاض الطبي وقع التوسع فيها إذ كانت مقتصرة على حياة الأم[3]، لكن أصبحت تشمل صحتها وليست الصحة الجسمية فقط بل وحتى النفسية، فالإنسان ليس جسما فقط بل هو جسد ونفس وعواطف.

هذا التوسع في مفهوم الصحة نجده بالفصل 214 م ج في فقرته الرابعة " إنهيار صحة الأم أو توازنها العصبي، فاستعمال المشرع هذه العبارات يعكس اعتماده المطلق على مفاهيم موسعة قد تحوي جل الحالات الصحية التي قد تتعرض لها الأم العزباء أثناء حملها فالمشرع لم يكتف بالتنصيص على الصحة وما تحويه من جانب مادي ومعنوي بل دعم ذلك بعبارة "

---

[1] - « Le médecin ne peut disposer la vie du petit enfant : ni celle de la mère, aucune personne privée, aucun pouvoir humain ne l'autorise à détruire directement cette vie »
Cardahi choucri « droit et moral ». Le droit moderne et la législation de l'islam au regard de la morale- Tome II Librairie, générale de droit et de Juriprudence paris 1958 page 66

[2]– محمد سلام مذكور " التعقيم والإجهاض من وجهة نظر الإسلام" المؤتمر الإسلامي " الإسلام وتنظيم الأسرة" الرباط من 24 إلى 29 ديسمبر 1971 الدار المتحدة للنشر. بيروت 1973 ص 296.

[3]– في إطار تشريعنا تمت الإشارة لهذا الشرط ولهذا المبرر بقانون 25 أفريل 1940 ولكن بتنقيح 1 جويلية 1965 وقع حذف الفقرة السادسة من الفصل 214 التي تناولت حياة الأم.

التوازن العصبي" حتى يؤكد على أهمية الجانب النفسي بالنسبة للمرأة الحامل خصوصا عندما تكون أما عزباء وأخذه بعين الاعتبار كسبب مبيح للإجهاض.

وليس من الضروري أن يتزامن الخطر النفسي والجسدي بل يكفي أن يكون سبب الإجهاض حالة نفسية لا غير لأن الفصل 214 في فقرته الرابعة استعمال صحتها " **أو**" توازنها العصبي، مع عدم بيانه للطرق التي تمكن من تقدير مدى الضرر الملحق بصحة الأم من جراء الحمل والذي يصبح بمقتضاه الإسقاط جائز.

وفي إطار الإجهاض الطبي لم يقع الاقتصار على الأم وحالتها الصحية ليمكن إبطال الحمل، بل وجه الاهتمام للجنين وقد وقع تبرير ذلك بحالتين الأولى إصابة الجنين بمرض ما و الثانية إصابته بتشوه قد يؤدي لولادته بإعاقة.

وإن كان من الأفضل ضبط مفهوم " المرض" أو " الآفة الخطيرة بدقة في إطار النصوص القانونية حتى نضمن للجنين الحد الأدنى من الحماية.

هذه الحالات التي بموجبها يقع السماح بإبطال الحمل وقعت إحاطتها بمجموعة من الشروط.

2- الشروط المدعمة :

تميزت هاته الشروط بالشمولية نظرا لإلمامها بجل أصناف الأمهات سواء منها المتزوجة أو العزباء، الراشدة أو القاصرة وكذلك الأجنبية ويبرز تدعيم شروط الإجهاض من المراحل المتقدمة من الحمل من خلال الإطار الطبي و الإجراءات.

فبالنسبة للإطار الطبي ونظرا لحساسيته وأهميته القصوى في ضمان صحة الأم والجنين في نفس الوقت فقد وقع التشدد نوعا ما في الشروط الواجب توفرها مقارنة بالإجهاض الاجتماعي، فالفصل 214 م . ج في فقرته الرابعة والخامسة اشترط توفر طبيبان الأول له مهمة المعالجة وإعداد تقرير في ذلك، والثاني، يتولى الإجهاض على ضوء النتائج المنصوص عليها بذلك التقرير.

لكن هذا التدعيم في مستوى الأطباء قابلة تراجع بخصوص مكان إجراء الإجهاض إذ لم يقع إلا اشتراط مؤسسة مرخص فيها فما هو سبب حذف عبارة مؤسسة استشفائية أو صحية الواردة بالفقرة الثالثة من الفصل 214 ؟ فهل يعني ذلك إمكانية إجراء الإجهاض في مكان آخر غير المستشفى؟

أما فيما يتعلق بالإجراءات، فالفصل 214 م .ج لم يتعرض لأي إجراء ما عدى التقرير الذي يعده الطبيب المباشر للمعالجة.

لكن في التطبيق يقع العمل بنفس الإجراءات المعمول بها بالنسبة للإجهاض الاجتماعي.

ويبرز من الموقف المدروس للمشرع التونسي أن الصبغة العائلية للإجهاض لا نقاش فيها في كل الأحوال، سواء كانت الأم المجهضة متزوجة أو لا، لأنه يعتبر اعتداءا على حياة الطفولة وعلى النسب المؤسس للعائلة الشرعية أو الطبيعية، أي العائلة القادمة على الزواج، أو تلك ذات الولي الواحد المتمثل هنا في الأم العزباء.

وسعيا من المشرع لحماية الطفل المهدد وإحاطته المرتكزة على مقاربة اجتماعية نفسية تربوية للطفل وأسرته،

وقع سن القانون عدد 94 لسنة 1992 المؤرخ في 1992/10/26 المتعلق بإحداث المركز النموذجي لملاحظة الأحداث. ثم القانون عدد 109 لسنة 1993 المؤرخ في 1993/11/8 المتعلق بضبط مهام مراكز الدفاع والإدماج الاجتماعي كذلك وقع اتخاذ جملة من القرارات الرئاسية اللاحقة المكملة لهذه القوانين[1] تم إثرها بعث فرعين لحماية الأطفال المهددين بكل من مركز ملاحظة الأحداث بمنوبة ومركز الإحاطة والتوجيه الاجتماعي بدوار هيشر ليشمل الفتيات المتراوح أعمارهن بين 6 و 18 سنة ، وحسب ما تقوم به هذه المراكز من أعمال سواء من الناحية القانونية أو الإنسانية فهي تمثل مرصدا لإستقطاب الحالات الإنسانية الحساسة والضعيفة مهما كان سنها.

[1]– صدرت جملة من القرارات لفائدة الطفل المهدد خلال المجلس الوزاري المضيق المنعقد بتاريخ 1998/02/18 وخلال المجلس الوزاري المنعقد بتاريخ 1999/1/11 حول وضع الطفولة وعلى أثر الاجتماع يوم 1999/4/1 مع وزيري الشؤون الاجتماعية.

حيث تتعهد إدارة المركز أولا بحماية الطفل والجنين مع متابعة حالة الأم نفسيا وبدنيا إلى حين فترة الوضع وذلك حتى لا يولد معوقا أو تتعمد الأم قتله أو إهماله خوفا من الفضيحة أو لعجزها عن تحمل المسؤولية[1].

لكن القدر قد يتدخل في بعض الأحيان ليزيد الطين بلة حين تصبح فتاة قاصر وقع العبث بها حاملا حتى قبل بلوغها سن الزواج القانوني فماهو مصير هذه الأم وما مصير طفلها؟

تجدر الإشارة أنه بصفة عامة لئن لم تلتجئ الأم العزباء للإجهاض كوسيلة للتخلص من " فضيحتها" رغم تمتعها بحقها في ذلك، فإنها قد تقدم على التخلي عن مولودها إثر ولادته.

مبحث II : التخلي بعد الولادة

يولد الطفل ضعيفا عاجزا عن القيام بشؤونه، محتاج إلى من يتولى إطعامه وإكساءه وحفظه في مبيته وتنظيف جسمه وصيانته من كل الأمراض والأخطار التي تهدد حياته وهو بدون هذا لا يقدر على البقاء حيا ويهلك حالا.

وإن القيام بهذه المصالح المادية لا يكفي وحده، لإعداده للحياة فلابد له مع ذلك من تربية خلقية لتهذيب القلب والروح وضبط النفس وتقويم الطباع وتعديل السلوك.

كما لابد له من تربية عقلية تشمل ما يتصل بتنمية الذكاء وتقوية العقل ويدخل في ذلك القراءة وتعلم العلم واكتساب الثقافة والحرفة.

فهو لتحقيق جميع ذلك في حاجة إلى شخص يباشر ليلا نهارا ولا يكون هذا الشخص إلا من أهلته الطبيعة وهيأت له من الأسباب النفسية والبشرية ما يجعل قيامه بهذا العبء مصدر من مصادر سعادته وزينته في الحياة. فالأبوان إذن أحق بهذه الرعاية والتربية.

ولكن في وضعية تكون فيها الأم عزباء فإن وزر هذه المسؤولية قد يكون ثقيلا عليها خاصة في ظل مجتمع محافظ يدين العلاقات الجنسية خارج إطار الزواج، إذ الزواج وحده يسمح لها بالأمومة.

[1]– نجيبة الشريف بن مراد : الطفل المهدد الواقع والأفاق، دراسة حول حقوق الطفل المهدد تونس 2000.

وبوجود هذه الضغوط الاجتماعية والنفسية قد تضطر الأم العزباء إلى التخلي عن مولودها إثر ولادته فيحق لها أن تتخلى مؤقتا عن مولودها (فقرة أولى) بحكم ضيق ذات اليد إلى أن تستتب الأمور لديها وتهدأ نفسيتها المضطربة إلا أن حالات الاسترجاع تبقى قليلة مقارنة بقرارها المتمثل في التخلي النهائي عن طفلها (فقرة ثانية).

فقرة I : حق التخلي المؤقت للأم العزباء عن طفلها:

هي صورة كون الأم العزباء بعد وضعها لمولودها، تقرر تسليم مولودها للجمعيات أو لمصالح المستشفى لفترة معينة إلى أن تستتب الأمور لديها وتهدأ نفسيتها المضطربة، وتثور داخلها عاطفة الأمومة، فتتقدم إلى المصلحة التي سلمتها مولودها وتعرب عن رغبتها في استرجاعه، فيكون لها ذلك بعد ترتيب أمورها كالسكن في منطقة بعيدة عن عائلتها درءا للهزات العائلية ولمشاكسات الفضوليين.

إلا أن هذه الحالات التلقائية نادرة جدا بحكم ضيق ذات اليد للأم العزباء التي تجد نفسها منبوذة من عائلتها ومن كافة المحيطين بها لذلك لا تجرأ على طلب استرجاع مولودها أملا في نسيان الماضي والبدء من جديد عل الظروف تسعفها.

إلا أنه وفي هذا الإطار ولأن الاسترجاع التلقائي نادر فإن أعضاء الجمعيات يسعون إلى الاتصال بالأم العزباء ومحاولة إقناعها بعدم التخلي عن مولودها وتحسيسها بمسؤوليتها تجاه طفلها مع العمل على مساعدتها ماديا ومعنويا ولذلك بإيجاد شغل لها متواضع أو بتمكينها من منحة الإيداع العائلي حتى تقتات بها وطفلها[1] .

وفي رحلة البحث عن الذات وقبل التمكن من النهوض ثانية واسترجاع مولودها يمكن للأم العزباء إيداع طفلها مؤقتا بالمعهد الوطني لرعاية الطفولة أو بإحدى وحدات العيش التابعة للجمعيات (1) أو وضعه بصفة وقتية في الكفالة أو الإيداع العائلي (2).

[1]– الوضعية القانونية للطفولة " فاقدة السند" مجلة القضاء والتشريع، 1995 عدد 10 عبد الفتاح زراتي ص 89.

1- الإيداع المؤقت (بالمعهد الوطني لرعاية الطفولة أو بإحدى وحدات العيش التابعة للجمعيات) لدى مؤسسات الرعاية العمومية

وقع إحداث المعهد القومي لرعاية الطفولة بمقتضى القانون عدد 71 -59 في 31 ديسمبر 1971 وهو يخضع لإشراف وزارة الشّؤون الاجتماعية[1]. وتتمثّل مهامه الأساسيّة في السّهر على تطبيق سياسة الدّولة في مجال رعاية الطفولة الفاقدة للسّند العائلي من الرضع والأطفال دون السّت سنوات والذين يطلق عليهم اسم محضوني الدولة وذلك إلى حين استرجاعهم من طرف عائلاتهم الطبيعية أو إدماجهم لدى عائلات بديلة في إطار التّبنّي أو الكفالة أو الإيداع العائلي.

كما يسعى المعهد على تشجيع الجمعيّات ذات الاختصاص على تطوير تدخّلها لفائدة الأم العزباء في اتجاه مساعدتها على العودة إلى الاندماج في وسطهنّ العائلي كلّما أمكن ذلك واكتساب استقلاليتهنّ الاقتصاديّة لاحتضان أطفالهن والتعهّد بهم في أحسن الظّروف وقد وقع توزيع الأدوار بين عدّة أطراف متدخلة في مجال التعهّد بوضعيّات الأطفال المولودين خارج إطار الزواج وتقديم المساعدات للأم العزباء[2].

إذ في نطاق تطبيق أحكام القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرّخ في 28 أكتوبر 1998 فإنه تقرّر إحداث لجنة خاصّة قارة في مختلف أقسام ومراكز التوليد بالمؤسّسات الصحيّة في كامل ولايات الجمهورية يتوجّب إعلامها "**فورا**" بكل حالات الولادة خارج إطار الزواج لإعداد ملف لكل أم عزباء وذلك قصد ضمان الإحاطة اللاّزمة للطفل ووالدته والتصدي لظاهرة الإهمال وتسهيل إجراءات إثبات النّسب[3] . وفي صورة ضرورة إيداع الأم العزباء للطفل بالمعهد أو بوحدة عيش، فإنه يمكنها إيداع طفلها بنفسها مباشرة خاصة في الحالات التي تمّت فيها الولادة خارج المستشفيات العموميّة أما في صورة وقوع الولادة بمستشفى عمومي فإن ممثل وزارة الشؤون الاجتماعية والتضامن يقوم بإعلام مندوب حماية الطفولة أو قاضي الأسرة عند الاقتضاء بالتنسيق مع ممثل الصحة العمومية كما يقوم بتوجيه الأم العزباء واصطحابها

[1] وقع تنظيمه بمقتضى الأمر عدد 73-8 المؤرخ في 8 جانفي 1973 المنقح بالأمر عدد 91-1005 والمؤرخ في 26 جوان 1991.

[2] انظر الوثيقة الخاصة بتوزيع الأدوار بين مختلف المتدخلين في مجال التعهد بوضعيات الأطفال المولودين خارج إطار الزواج الصادرة عن وزارة الشؤون الاجتماعية والتضامن.

[3] انظر منشور عدد 128 و 192 صادرة عن وزارة الصحة العمومية.

كلما أمكن ذلك إلى المندوب أو قاضي الأسرة ثم إلى المعهد الوطني لرعاية الطفولة أو إلى وحدة العيش.

ويتعهّد مندوب حماية الطفولة المختصّ ترابيا بتشجيع الأم العزباء على الاحتفاظ بطفلها وتوعيتها بأهمية تنشئه وسط عائلته واتخاذ التدبير الملائم معها مراعاة لوضعيتها ولمصلحة الطفل الفضلى.

ويعلم مندوب حماية الطفولة الأم العزباء غير القادرة على احتضان طفلها مباشرة بعد الولادة بإمكانية إيداعه بالمعهد إلى أن تتحسّن وضعيّتها ولمدّة أقصاها ثلاثة أشهر وفي حالة إيداع الطفل بالمعهد أوبوحدة عيش يعد المندوب تقريرا يتضمنه وثيقة التزام الأم باسترجاع طفلها خلال الثلاثة أشهر الموالية للإيداع وتعتمد هذه الوثيقة في صورة عدم حضورها لدى المندوب أو لدى قاضي الأسرة لاسترجاع طفلها كبداية حجّة على رغبتها في التّخلّي عنه كما يقوم كل من المندوب والمعهد ووحدات العيش بحثّ الأم على السعي خلال فترة الإيداع بالمعهد أو بوحدة عيش على تحسين وضعيتها الاجتماعية والاقتصادية بما يمكّنها من استرجاع طفلها في الآجال المحددة، وذلك بالاستعانة بأعوان الوحدة المحلية للنهوض الاجتماعي ومركز الدفاع والإدماج الاجتماعي و بالجمعيات.

وتستدعى كل ثلاثة أشهر لتقييم التّطوّر الحاصل على مستوى وضعيتها الاجتماعية والاقتصادية (مصالحة مع الأب أو العائلة، وجود شغل، الانتفاع بتكوين يسهل لها الحصول على شغل...). وفي صورة تمسّكها بطفلها، وإذا ظهرت لمندوب حماية الطفولة بوادر احتمال استرجاع الطفل يمكن له أن يمدّد في فترة إقامة الطفل بالمعهد أو بوحدة عيش بثلاثة أشهر إضافيّة في كل مرة على أن لا تتجاوز فترة التعهّد القصوى للطفل من طرف المعهد أو وحدة العيش السنة والنصف وذلك ضمانا للتوازن النفسي للطفل، وأثناء ذلك يسمح للأم العزباء بزيارة طفلها حسبما يقتضيه مصلحة الطفل للإبقاء على أواصر القرابة بينهما. إلاّ أنّه هناك حالات نفسيّة وصحيّة للطفل تستوجب وضعه بصفة مؤقتة في الكفالة أو الإيداع العائلي المؤقت في انتظار تسوية وضعيته وذلك لحمايته من الانعكاسات السّلبيّة للإقامة في مؤسّسة وذلك في صورة عدم استرجاع الطفل من طرف أمه في أجل أقصاه ستة أشهر.

2- وضع الطفل بصفة مؤقتة في الكفالة أو الإيداع العائلي:

إنّ الأمومة ولئن تفقد معانيها في بعض الوضعيّات الخاصّة نظرا لتضافر ظروف اجتماعية واقتصادية صعبة للأم العزباء تمنعها مؤقتا من الاعتناء بطفلها والإشراف على تربيته بنفسها في سنواته الأولى (عدم توفّر مورد رزق – عدم مصالحتها مع العائلة – نفسية مضطربة – نبذ اجتماعي...) إلاّ أنّه مع ذلك تبقى حقوق الإنسان عامّة وحقوق الطفل خاصّة مقدّسة وقد سعى التّشريع التّونسي إلى توفير عناية خاصة للأطفال المحرومين من الأمومة ويكون ذلك بإيجاد الأمومة البديلة[1] في إطار الإيداع العائلي[2] (أ) أو الكفالة (ب) ممّا يتيح للأم العزباء وكذلك للراغبين في رعاية الأطفال المحتاجين إلى عائلة بديلة اختيار النظام القانوني الذي يناسب قناعاتهم ويلائم ظروفه.

أ- مؤسّسة الإيداع العائلي:

تحاول القوانين تعويض الطفل عن الحرمان من أسرته الطبيعية بواسطة أسر بديلة.

والإيداع العائلي هو أن تتولّى مؤسسة خيرية تعنى بالطفولة الفاقدة للسّند إيداع طفل من هؤلاء الأطفال لدى إحدى العائلات لتتولى إدماجه أسريا وتأهيله تربويا ويوجد بالمعهد القومي لرعاية الطفولة قسم خاص بالإيداع العائلي يعني بإيداع الأطفال فاقدي السند لدى الأسر بمختلف صيغها وتتقاضى عائلات الاستقبال منحا مقابل رعاية الأطفال المودعين لديها بصفة وقتية منحا تتراوح بين 25 دينار و75 دينار شهريا حسب مقتضيات الحالة الصحيّة للطفل والوضع الاجتماعي للأسرة [3] إضافة إلى حصولها على إمدادات عينيّة من ملابس ولوازم مدرسيّة وأدباش فراش لازمة لكل طفل. ويتم تنظيم زيارة الأم العزباء لابنها من قبل المعهد القومي لرعاية الطفولة داخل المعهد وتحت إشراف مندوب حماية الطفولة.

---

[1] الطفل المهدّد. نجيبة الشريف بمراد تونس 2000 ص 92 الواقع والآفاق.

[2] مؤسسة الإيداع العائلي أنتجها القانون عدد 47 لسنة 1967 الصادر في 21 نوفمبر 1967 وبقي متروكا منسيّا بحكم طبيعة العقلية السائدة آنذاك وتواصل ذلك حتى سنة 1978 حيث جاء قرار السيد وزير الشؤون الاجتماعية بتاريخ 25 سبتمبر 1978 الخاص بالإيداع كأمر تطبيقي عملي.

[3] اثر صدور القانون عدد 47 لسنة 1967 المؤرخ في 67/11/21 والمتعلق بوضع الأطفال لدى العائلات. صدر أول قرار عن وزارة الشؤون الاجتماعية مؤرخ في 1978/9/25 يتعلق بالمكافآت الممنوحة للعائلات الحاضنة للأطفال في إطار الإيداع العائلي وقع تنقيحه في مناسبتين وذلك بالتعديل والترفيع في مبلغ المنحة الممنوحة للعائلة الحاضنة للطفل المتعهد به (قرار مؤرخ في 83/10/5 ثم قرار 1995/4/18)

ويتولّى الإطار المكلّف بمتابعة ملف الأطفال الفاقدين للسند العائلي العمل بالتنسيق مع الوحدات المحلية للنهوض الاجتماعي – وبالاتفاق مع الأم العزباء الراغبة في احتضان طفلها أو استرجاعه لاحقا وفي كنف السرّيّة المطلقة – على مصالحها مع عائلتها وإقناع العائلة بأهمية التعهد بالأم وطفلها وتوفير الإحاطة بها في صورة قيامها باسترجاع طفلها لتفادي إهمال المولود وللوقاية من حالات العود والانحراف[1]

إلاّ أنّه مراعاة لنفسية الطفل المودع لدى عائلة وحثّا للأم العزباء على ضرورة إسراعها لتسوية وضعيتها واتخاذ قرارها باسترجاع طفلها وقع الحدّ من طول فترة إيداع الطفل لدى عائلة استقبال واعتبار الأم متخلّية بعد مضيّ سنة من تاريخ وضعه في الإيداع العائلي[2].

إنّ مؤسّسة الإيداع العائلي شبيهة بمؤسّسة الحضانة في القانون التونسي ضرورة أنه إذا لم يتيسّر احتضان الطفل من طرف أحد أبويه لسبب من الأسباب فإنّ ترشيح شخص مناسب للقيام بهذه المهمة على أن يلتزم الأب بتمكين الحاضن مبلغ مالي كفيل بالإنفاق على الطفل[3] فلم لا يقع الترفيع في منحة مؤسسة الإيداع العائلي حتى تتشجّع العائلات وتقبل على احتضانها هاته الشريحة من المجتمع. إلى أن تهدأ نفسية الأم العزباء والمضطربة وتتحسّن ظروفها الاقتصادية والاجتماعية علما وأنه لم يقع إيجاد قائمات في العائلات البديلة كما ورد بمجلة حماية الطفل[4] وعلى هذا الأساس لا بدّ من القيام بحملات إعلامية هامة لتحسيس العائلات بأهمية هذا العمل الإنساني.

ب-الكفالة:

وقع ضبط مؤسسة الكفالة وضبطت شكليّاتها وحدّدت شروطها وآثارها صلب القانون المؤرخ في 1998/3/4 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي إذ ينصّ الفصل 3 كتعريف لهذه المؤسسة " **أنّ الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية**

[1] دليل توزيع الأدوار بين كافة المتدخلين في مجال الطفولة الفاقدة السند العائلي الصادرة عن وزارة الشؤون الاجتماعية (انظر الملحق)

[2] انعقدت ثلاثة مجالس وزارية مضيقة بتاريخ 11 أكتوبر و 20 نوفمبر و25 ديسمبر 2002 لدراسة الوضع بالمعهد الوطني لرعاية الطفولة انبثقت عنها جملة من القرارات الرئاسية تتعلق بالخصوص بظبط الفترة القصوى لبقاء الطفل بالمعهد ووضع الطفل في الإيداع العائلي أو الكفالة واعتبار الأم متخلية بعد مضي سنة من تاريخ وضعه في الكفالة أو الإيداع العائلي.

[3] رئيس العائلة المودع عندها مشبه بالشخص الحاضن للطفل بصفة قانونية كما هو منصوص عليه بالفقرة 4 من الفصل 53 من القانون عدد 30 لسنة 1960 المؤرخ في 1960/12/14 المتعلق بأنظمة الضمان الاجتماعي.

[4] مجلة حماية الطفل (صدرت بمقتضى القانون عدد 92 لسنة 1995 المؤرخ في 1995/11/09 ودخلت حيز التنفيذ في 96/01/11

أو هيئة برّ بكفالة طفل قاصر " وهذا العقد يبرم لدى عدلين بين الكفيل من جهة وبين أبوي المكفول أو أحدهما إذ كان الآخر ميتا أو مجهولا أو عند الاقتضاء الولي العمومي أو من يمثّله من جهة أخرى (الفصل 4)

في هذا الإطار يمكن تصوّر حالة كون المرأة أنجبت طفلا من أب مجهول (لم تفصح عنه) وهناك من أهل البرّ والإحسان من يروم التّكفّل بهذا الطفل. في هذه الحالة يبرم عقد لدى عدلين بين المتكفّل الذي يشترط فيه أن يكون متمتعا بحقوقه المدنية، وبين أبوي الطفل أو أحدهما عند الاقتضاء ونعني بذلك في هذا الإطار الأم العزباء ويصادق حاكم الناحية على عقد الكفالة وذلك قصد التثبت منه والتأكّد من سلامته وبالتّالي لضمان حسن التربية والتّكفّل بالطفل المكفول.

لعقد الكفالة آثاره لعلّ أهمّها هو أنّه بمقتضى هذا العقد يكون للكفيل والمكفول نفس الحقوق والواجبات المنصوص عليها بالفصل 54 من م.أ.ش. وما بعده.

والكفيل علاوة على ذلك مسؤول مدنيا عن أعمال مكفوله مثل أبويه[1] كما أنه ملتزم بالإنفاق على المكفول[2] إلاّ أنه رغم هذه الالتزامات يحتفظ المكفول بحقه في الاسم واللقب الذي أسنده إليه الولي العمومي أو أمه قبل إبرام عقد الكفالة.

وهو ما يعني أن الكفالة لا ينجم عنها من الآثار القانونية إلاّ فيما يتعلق بالحضانة والمسؤولية المدنية (الفصل 5) دون بقية الآثار الناتجة عن النّسب الشرعي، ضرورة أن المكفول لا يرث ولا تنقطع صلته بعائلته الأصليّة بصفة عامة وأمه العزباء بصفة خاصة بل يحتفظ المكفول بجميع حقوقه الناتجة عن نسبه وبالأخصّ لقبه وحقّه في الإرث.

يمكن لأم المكفول أو للوليّ العمومي إذا ما تخلّت الأم عن طفلها لفائدة مؤسسة مختصّة طلب فسخ عقد الكفالة، كلما تبيّن لهما إخلال الكفيل بالالتزامات المحمولة على عاتقه[3] وإن لم يرد بأحكام الكفالة ما يفيد وجود مراقبة دوريّة للعائلة الكفيلة للوقوف على مدى قيامها بواجباتها

[1] فصل 5 من قانون 4 مارس 1958.

[2] فصل 49 م.أ.ش.

[3] – فصل 7 قانون 1958 " يمكن للمحكمة بطلب من الكفيل أو من أولياء المكفول أو من النيابة العمومية فسخ عقد الكفالة حسبما تقتضيه مصلحة الطفل".

تجاه الطفل المكفول، لكن تبقى ملاحظة هذه الإخلالات رهين حرص كلّ من أم المكفول أو وليّه العمومي على مراقبة التزام العائلة الكفيلة بالواجبات المحمولة عليها[1]

ويكون النّظر في مدى الاستجابة لطلب الفسخ مبنيّا على مصلحة الطفل المكفول، باعتبار أن انعدام هذه المصلحة يجعل عقد الكفالة برمّته ومن أساسه، غير ذي موضوع ودون جدوى.

وتتمثّل مصلحة الطفل المكفول في سلامته البدنية والمعنوية من كلّ ضرر يمسّ من جسده أو شخصه أو كرامته ويعود تقدير مدى توفر مصلحة الطفل في فسخ عقد الكفالة للقاضي فإذا كان الضرر جسيما وجب الفسخ أما إذا كان الضرر بسيطا ومما يمكن قبوله إذا صدر من الوالد تجاه ولده مثل تأديبه تأديبا معقولا فلا مجال لفسخ عقد الكفالة.

وتعتبر مؤسسة الكفالة في تونس مؤسسة محتشمة على مستوى التطبيق، وربّما هذا راجع لصمت وسائل الإعلام عن التعريف بهذه المؤسسة وغيرها[2]

كما أنّها مؤسّسة مؤقتة وانتقاليّة من الممكن أن تفضي إلى التبنّي، إلاّ أنّها تمثّل سندا يزيح عبئا كبيرا عن كاهل الأم العزباء المقرة بأمومتها تجاه طفلها والذي يضلّ حاملا للقبها العائلي.

ففي حالة عجز الأم العزباء تماما عن الاعتناء بطفلها وإعالته نظرا لظروفها الصعبة، يكون الهدف من هذه المؤسسات حفظ الطفل وعدم تركه عرضة للضياع. إلا أنه قد تكون الحياة أكثر قسوة مع الأم العزباء مما يدفعها إلى التخلّي النهائي عن مولودها.

فقرة II حق التخلي النهائي للأم العزباء عن طفلها

رغم التّبرير الذي قد تحمله حالات التغرير أو الاغتصاب التي تقع تحت طائلة الإغراء ورغم أن ظاهرة الأم العزباء لم تعد منذ سنوات من " المسكوت عنه" إلاّ أنّ الموروث الثّقافي ما زال يقسو على الأم العزباء وينظر إليها على أنها " وصمة عار" لأنها أتت ما يعارضه القانون والمجتمع والقيم السائدة. فتلجأ الأم إلى التّخلّي نهائيا عن طفلها درءا للفضيحة وأملا منها في نسيان الماضي والبدء من جديد عل الظروف تسعفها، إلاّ أنّ انعدام وجود الأم في حياة ابنها له انعكاسات صحية ونفسية خطيرة على الطفل والذي يؤثّر حتما على سلامة المجتمع

[1]– سعاد يحياوي :البنوة في القانون التونسي والجزائري والمغربي رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في العلوم القانونية والسياسية، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية 2008/2007 .

[2]– عبد الفتاح زراتي. الوضعية القانونية للطفولة فاقدة السند، القضاء والتشريع عدد 10–1995

ككل. وكذلك حرصا على منع حصول قتل الأم لمولودها بمجرد وضعه تخلصا من الفضيحة[1]، حظي المشرّع التونسي هذه الشريعة الخاصة من المجتمع بعدة قواعد قانونية تؤطّر طريقة التّخلّي النهائي عن المولود وذلك بجعل الطفل اللقيط أو المهمل محضونا للدولة داخل مؤسسة عمومية مكرسا بذلك الولاية العمومية(1) وتدعم هذه الحماية بوسيلة التبني كإطار أسري بديل (2).

1- تكريس نظام الولاية العمومية:

عمليا تتقدم الأم العزباء للمصلحة التابعة للمستشفى بين يديها مولودها أو تلده بالمستشفى ثم بعد أخذ بعض الإرشادات عنها تغادر وكأنّ شيئا لم يحصل أو تترك مولودها أمام مسجد أو أمام دار لرعاية الأطفال أملا في التقاطه ورعايته من قبل من يعثر عليه...

إن هاته الحالات المأساويّة أوجبت التّدخّل السريع للمشرّع كحماية الطفل وغيرها الذي تخلّت عنه أمه نهائيا ولإرساء وضع قانوني لهذه الفئة من الأطفال يضمن لهم من خلاله أدنى مقوّمات الحماية اللاّزمة لتحقيق اندماجهم السّليم في المجتمع وذلك عبر إرساء مؤسسة الولاية العمومية المنظمة بقانون 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي.

وتتمثّل الولاية العمومية في ممارسة صلاحيّات الولاية القانونيّة على ذات القاصر وعلى ماله. وينصّ الفصل الأول من قانون 4 مارس 1958 أنّه يعتبر وليّا عموميّا للأطفال اللقطاء والمهملين "**متصرّفوا المستشفيات والمئاوى ومعاهد الرضّع ومديرو الإصلاحيّات ومئاوي الأطفال عندما يتعهدون بحفظهم...**" فهؤلاء الموظّفون المسؤولون عن مؤسّسات رعاية الطفولة، والمذكورون على سبيل الحصر، يمارسون الولاية العموميّة على الأطفال اللقطاء والمهملين المودعين بمؤسساتهم وفي هذه الصورة نعني إيداع الأم العزباء لابنها لهذه المؤسسات العمومية وذلك طول التعهّد بحفظهم وتعتبر ولايتهم وقتيّة ومشروطة بإيداع الطفل تحت أنظارهم.

أمّا الولاية العمومية التي يمارسها الوالي فهي احتياطية وتشمل "جميع الصور الأخرى" الواردة بآخر الفصل الأول من قانون 8 مارس 1958 أي فور العثور على لقيط ألقته أمّه على

[1] تجد هذه الأم نفسها تحت طائلة الفصل 211 من المجلة الجنائية المنقح بالقانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989 والذي يرصد لها عقوبة السجن النافذ مدتها عشرة أعوام.

أحد الأرصفة أو تحت جدار مسجد أو غيرها من الحالات. إضافة إلى ذلك يمارس الوالي ولاية احتياطية عند نقل الطفل من مؤسسة إلى أخرى ولقانون 11 أوت 1985 المتعلق بإسناد لقب عائلي إلى الأطفال مجهولي النّسب أو المهملين علاقة واضحة في هذا المجال بقانون 4 مارس 1958 المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي إذ اقتضى بالفصل الأول أن "**يكلّف الوليّ العمومي للأطفال المجهولي النّسب أو المهملين المعرّف بالفصل الاوّل من القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرّخ في 4 مارس 1958 والمتعلق بالولاية العموميّة والكفالة والتبنّي باختيار اسم ولقب عائلي لهؤلاء الأطفال إذا لم يطالب أحد من أهلهم بإقامة رابطة القرابة مع الأطفال المعنيّين في ظرف ثلاثة أشهر بعد قبولهم من طرف السّلط المختصّة**".

كما حدّد قانون 4 مارس 1958 آثار الولاية العمومية لما اقتضى الفصل 2 منه أنّه "**للوليّ العمومي نفس الحقوق الّتي للوليّ الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات. وتكون الدولة أو البلدية أو المؤسسة العمومية حسب الحالة مسؤولة مدنيّا عن أعمال الأطفال المشار إليهم بالفصل السابق**".

والملاحظ أن المشرّع يرمي من وراء تنظيم الولاية العمومية إلى إحداث عائلة اعتباريّة تقوم داخل المؤسّسات العمومية (مؤسّسات رعاية الطفولة المعبّر عنها بمئاوي الأطفال) بما تقوم به العائلة العادية نحو الطفل، اقتناعا منه بحاجة كل طفل إلى جوّ عائلي يحقّق رعايته المتوازنة وإنماءه الطبيعي حتى لا تؤثّر في نفسيّته تخلّي أمه النهائي عنه.

ولقد جرى العمل في هذا الخصوص على تسمية العاملة المكلفة فعليا برعاية مجموعة من الأطفال بالمؤسّسة العموميّة أمّا يناديها أولئك الأطفال بذلك الاسم المشحون عاطفة ووجدانا[1].

وقد وقع تدعيم هذه الحماية العمومية للطفل بمؤسسة التبنّي كإطار أسري بديل.

2- تكريس مؤسّسة التّبنّي:

التبنّي هو استلحاق شخص معلوم النسب أو استلحاق مجهول النسب مع التصريح بأنه يتخذّه ولدا وليس بولد حقيقي[1] وهي مؤسسة محرمة في الشريعة الإسلامية ولا يقرّها الغالبية الساحقة

[1]قرى أطفال s.o.s تقوم بوظائف الأسرة الطبيعية تحت إشراف امرأة تقوم بدور الأم على عدد معيّن من الأطفال تعاملهم مثل أبنائها وذلك بقيامها بواجبات الأم بمساعدة مشرف اجتماعي يقوم بدور الأب لكل أطفال القرية" هاجر العكروت، محمد سامي بوراوي" نوعية الرعاية بقرى س.و.س وانعكاساتها على المراهقين الفاقدين للسند العائلي". الجمعية التونسية لقرى س.و.س ندوة تونس 14،15 جانفي 2000.

لمفكّري الفقه الإسلامي، قديما وحديثا وأبطلته خاصة بالنسبة إلى معلومي النسب[2] إلاّ أنه رغم هذا الاحتراز اعترف المشرّع التونسي بنظام التبنّي بموجب القانون عدد 27 لسنة 1958 ومكّن بذلك الأم العزباء اليائسة من إمكانية رعاية طفلها والاهتمام به، لقساوة الظروف الاجتماعية والاقتصادية عليها، من إيداع ابنها للتبني وتكون بذلك قد منحته فرصة الارتقاء إلى وضعية مماثلة لوضعية الأبناء الشرعيين (أ) إلاّ أنّ المشرّع التزم الصمت فيما يتعلق بمدى إمكانية الرجوع في التبني (ب).

أ- حق إيداع الأم العزباء ابنها للتبنّي:

يمكن للأم العزباء إيداع ابنها للتّبني وتكون بذلك قد مكّنت طفلها من فرصة الارتقاء إلى وضعيّة شبيهة مماثلة لوضعيّة الأبناء الشرعيّين، إذ رغم احتراز البعض من التّبنّي لأسباب دينيّة وفكريّة إلاّ أنّ المشرّع التّونسي اعترف بنظام التبنّي، بموجب القانون عدد 27 لسنة 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي المؤرخ في 4 مارس 1958، كما ورد هذا القانون وفي جرابه حلول لفئة من الأطفال ما فتئت تتزايد يوما بعد يوم خاصة أطفال الأمهات العازبات وذلك تحقيقا لمرامي المجتمع في حماية الطفولة المهملة والمشرّدة وايجادا للتوازن داخل العائلة التي تحتاج لذلك خاصة عندما يعوقها الإنجاب[3]. وقد عرف المشرع التونسي التبنّي على انه عقدا يتم أمام حاكم الناحية بمحضر المتبني وزوجه أو عند الاقتضاء بمحضر والدي المتبني وفي هاته الحالة تكون الأم العزباء المتخلية عن مولودها أو من يمثل السلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية على الطفل الكفيل. ويكون حكم التبني نهائيا بعد التحقق من توفر الشروط القانونية ومن مصادقة الحاضرين بمن فيهم الأم العز باء.

---

[1] محكمة النقض المصرية نقض 10 مارس 1976 عن موسوعة الأحوال الشخصية لمعوض عبد التواب الجزء الأول ص 475.

[2] عملا بقوله تعالى " ادعوهم لآبائهم هو اقسط عند الله" سورة الأحزاب الآية 4 وقوله تعالى " وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله" سورة الأحزاب الآية 6
مصطفى الرفاعي، نظام الأسرة عند المسلمين المسيحيين فقها وقضاء، الشركة العالمية للكتاب، ش، م، ت مكتبة المدرسة ودار الكتاب العالمي، الطبعة الأولى 1990.

[3] يرى بعض المدافعين عن مؤسسة التبني أن تونس تعتبر الدولة الإسلامية الوحيدة التي أخذت بالتبني منذ قانون 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبنيّ وغايتها حماية الطفل مما يدفع في قضايا القانون الدولي الخاص إلى استبعاد القانون الأجنبي خاصة قانون الدول الإسلامية التي تمنع إعمال هذه المؤسسة القانونية.
Voir Ali Mezghani, Commentaires du code de droit international privé. Op-cit, p82
Voir Monia Ben Jémai, Le jeu de l'ordre public dans les relations internationales privées de la famille, Thèse pour le doctorat d'Etat en Droit. Faculté des sciences juridiques politiques et sociales de Tunis II , 1997, p126.

ينتج عن عقد التّبنّي تمتّع الطفل مجهول النسب المتبنّى بكل حقوق الابن الشرعي[1] من حق في حمل لقب المتبنيّ وحق في النفقة والحضانة والميراث[2] كما حدد قانون 4 مارس 1958 شروط متعلقة بالمتبنيّ والمتبنىّ من بينها أن يكون الفرق بين عمر المتبنى والمتبني خمسة عشرة سنة على الأقل (الفصل 10) إلا في الصورة التي يكون فيها المتبنّى ابن زوج المتبنّي وهو ما أكّدته محكمة التعقيب التونسية بقرارها في 5 ماي 1981[3]. وان كان المشرّع التّونسي قد ادخل على هذا المبدأ استثناء، هو إمكانيّة السّماح بتبنّي طفل يقلّ فارق السّن بينه وبين متبنّيه عن الخمس عشرة سنة في صورة إن كان هذا الطفل هو ابن لزوجته. وهنا يمكن أن نتصوّر الابن مجهول النسب الذي احتفظ بعلاقته بأمه التي أنجبته وهي عزباء، ثم تزوّجت هذه الأم، فقام زوجها بتبنّيه وإلحاقه به دون توقف على شرط فارق السّن وهي إمكانية وقرها المشرع للأم العزباء وطفلها مجهول النسب حتّى يضاعف من حظوظه في الارتقاء لوضعيّة الطفل الشّرعي بواسطة التّبنيّ من قبل أمه الطبيعية وزوجها.

كما تجدر الإشارة انه ولئن ينشئ التشريع بحكم التبني عائلة بديلة للعائلة الأصلية للمتبني[4] فانه لا يتجاهل تماما تلك العائلة الأصليّة ونعني بها بصفة خاصة الأم العزباء.

وقد اقتضى الفصل 15 من قانون 1958 ***"انّه في الصورة التي يكون فيها أقارب المتبنىّ معروفين، تبقى موانع الزواج المنصوص عليها بالفصول 14-15-16-17 من مجلة الأحوال الشخصية قائمة"***

إنّ التّبنّي وان كان وسيلة للحصول على نسب فهو نسب في الحقيقة مصطنع ومقلّد على النّسب الحقيقي، وان كان التّبنّي بمثابة الولادة الثّانية للطفل المجهول النّسب فانه يجب عدم تجاهل آثار ولادته الأولى إذا كان الطفل يعلم والدته وقرابتها فلا مجال للقطع كليا مع قرابته السّابقة لعمليّة التّبني، كالسّماح له مثلا بالارتباط بخالته (في الأصل) لما في ذلك من اختلاط في الأنساب يوقر الفرصة لظهور الابن القرابي، وهو ما جعل المشرّع التّونسي يقرّ موانع الزواج

[1] نصّ الفصل 15 من قانون 4 مارس 1958 على أن للمتبنى نفس الحقوق التي للابن الشرعي وعليه ما عليه من واجبات، وللمتبني إزاء المتبنّي نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما

[2] انظر وضعية اللقيط في القانون التونسي- عبد الناصر الشعلالي، مذكرة الحصول على شهادة الدراسات المعمقة في العلوم القانونية الأساسية. السنة الجامعية 1998/1997. ص64

[3] القرار التعقيبي عدد 5168، مؤرخ في 5 ماي 1981 ن. مج التع لسنة 1981، ق.م، ج1، ص261

[4] يحال مضمون من الحكم بالتبني في ظرف ثلاثين يوما على ضابط الحالة المدنية ويقع ترسيمه بطريقة رسم ولادة المتبني

النّاشئة قبل عملية التّبني حتّى لا يمكن لهذا الطفل الزواج بأخته أو خالته أو أخته من الرضاع باعتبار أن موانع الزواج تكون بالقرابة والمصاهرة والرضاع. ولعل هذا الحل لا يكون فاعلا إلا في صورة احتفاظ الطفل المجهول النّسب بعلاقته بأمه وقرابتها، على عكس مجهول النّسب مطلقا كاللقيط والمهمل.

تجدر الإشارة إلى انه رغم أهمية قانون 4 مارس 1958 من حيث توفيره لسند عائلي حقيقي لمجهول النّسب إلاّ أنّ فقه القضاء حدّ من فاعليّة هذا الحل وجدواه وذلك بإقراره في الكثير من الأحيان إمكانيّة الرجوع في التّبنّي

ب- مدى إمكانية الرجوع في التبني:

إنّ المشرّع التّونسي التزم الصمت في خصوص مسألة الرجوع في التّبنّي، وان كان القانون الفرنسي الذي يعتبر مصدرا هاما من مصادر قانون 1958 المذكور قد خرج عن صمته منذ 1923.

لقد فرّق القانون الفرنسي بين نوعين من التّبنّي هما التّبنّي المطلق أو الكامل[1] والتّبنّي البسيط[2] ففي حين يعتبر التّبنّي المطلق والذي هو"بنوّة يقع بمقتضاها مماثلة الابن البيولوجي بالابن المتبنّى"[3] غير قابل للرجوع فيه وغير قابل للإبطال بعلّة مثلا أن الرّضا الصّادر عن الأم العزباء بمناسبة التّبنّي لم يكن صادرا بصورة قانونية، إلاّ انّه قابل للطعن فيه بواسطة الاعتراض، ما دامت الآجال القانونية لم تنقرض[4] ويقول العميد "كورنو" في هذا الشأن بان التّبنّي الكامل غير قابل للتراجع فيه"irrévocable" عملا بأحكام الفصل 359 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة ولو أن الاعتراض مفتوح بقدر يسير[5].

أمّا التّبني البسيط والذي هو" بنوّة تتواجد مع علاقة القرابة الدمويّة"[6] فقد كان في مرحلة أولى غير قابل للرّجوع فيه ولكن منذ قانون 19 جوان 1923 قبل المشرّع الفرنسي إمكانية

[1] Adoption plénière
[2] Adoption simple
[3] G.Cornu, droit civil, la famille, Paris, Montchastein 6 éme éd, 2000, p365
[4] Art 353 du code civil Français.
[5] G.Cornu, opcit, p 365.
[6] G.Cornu, opcit, p 376.

الرجوع فيه، وذلك إذا تجاوز المتبنّي سنّا معيّنة[1] إضافة إلى وجوب توفّر أسباب خطيرة للرّجوع في التّبنّي، إما بطلب من المتبني إذا اتضح له أن الطفل من ذوي العقوق أو من قبل أم الطفل، إذا اتّضح أن المتبنّي مخلّ بواجباته نحو الطفل بصورة فادحة، والملاحظ أن القانون الفرنسي لا يفتح المجال للرجوع في التّبنّي، على أساس الاتفاق الذي قد يحصل على ذلك بين والدة الطفل المتبنّى والوالدين بالتّبنّي[2]

أمّا المشرّع التّونسي فان التزامه للصّمت إزاء مسالة الرّجوع في التّبنّي ترك المجال واسعا أمام المحاكم حتى تجتهد في إيجاد أساس لقبول الرّجوع في التّبنّي بين الجواز والمنع.

وفي هذا السياق تقول محكمة الاستئناف بالمنستير في قرارها الصادر بتاريخ 9 جانفي 1986 [3] بان "**سكوت المشرع... يجب تأويله حينئذ لمصلحة المتداعين، تيسيرا عليهم وضمانا لحرّياتهم وتماشيا مع واقعهم المعاش، خاصة وان القانون جعل لتنظيم حياة الأفراد ومعاملاتهم دون قمع لإرادتهم متى كانت مقبولة منطقا وقانونا**" وقد تبنّت محكمة الاستئناف في هذا القرار النظرية المختلطة. التي تعتبر أن التّبني عقد يصدر بمصادقة قاضي الناحية، فلا هو ذو صبغة عقدية محضة يمكن الرجوع فيه بمجرد اتّفاق الأطراف المتعاقدة على الفسخ، ولا هو ذو صبغة حكمية بحتة لا يمكن الرجوع فيه باتفاق الأطراف موضوع حكم التّبنّي إذ أن الرّجوع في أحكام التّبنّي وإبطالها أمر ممكن قانونا ليس فقط قياسا على القانون المقارن المقتبس منه قانونا، بل وكذلك تماشيا مع نظرية تطابق الأشكال القانونية ومراعاة لمصلحة المتبنّى والمتبنّين والأبوين الأصليّين أو عند الاقتضاء الأم الطبيعية كأفراد من جهة والمجتمع ككل من جهة ثانية.

كما اختلفت أسس رفض الرجوع في التّبنّي أو قبوله على مستوى الفقه وفقه القضاء[4] فأحيانا ترى المحاكم أن قانون 1958 قانون يتعارض مع الشّريعة الإسلاميّة والدستور وأحيانا تؤسّس المحاكم الرّجوع في التّبنّي على اتّفاق الأطراف الذين صادقوا على عقد التبني على فسخ

[1] في قانون 11 جويلية 1966 اشترط المشرع الفرنسي جعل السن الدنيا للطفل المتبنى المراد الرجوع في تبنيه، خمس عشرة سنة بعد أن كان ثلاثة عشر سنة في أمر 29 جويلية 1939.

[2] انظر ساسي بن حليمة، التعليق على القرار الاستئنافي عدد 145 بتاريخ 9 جانفي 1986–م.ق.ت 1989 ص 136

[3] قرار استئنافي عدد 145 صادر بتاريخ 9 جانفي 1986، مع تعليق الساسي بن حليمة، م.ق.ت سنة 1989 ص 122

[4] انظر محمود شمام، التبني، م.ق.ت 1959، ص 30

آثاره وأحيانا أخرى تراعي المحكمة الحالة النفسيّة الصّعبة التي أصبحت عليها الأم الأصليّة، أو نظرا لندمها عن تخليها عن ابنها.

وإن كان من المستحسن اعتبار مصلحة الطفل في المقام الأول وقد ذهبت محكمة التعقيب في قرارها المؤرخ في 23 مارس 1993 في هذا الاتجاه[1] واعتبرت أن "**مصلحة المتبنّى هي المبرّر الرئيسي للرّجوع في حكم التّبنّي**" وهو ما أكّدته محكمة القيروان[2]

وللرّجوع في التّبنّي عدّة آثار على وضعيّة الطفل المتبنّى إذ يفقد الطفل المتبنّى الهويّة المكتسبة بالتّبنّي[3] كما يفقد حقوقه المالية من نفقة وارث وحقوقه الشّخصية من حضانة وولاية، إذ تتحوّل هذه السّلطة إلى أمه أو للولي العمومي إذا ما رفضت الأم حضانته أو بالتالي الولاية عليه أو العائلة الأصلية إن تمكن الطفل المجهول النسب من التعرف عليها.

وعليه فان لم ينجح الطفل الطبيعي في الالتحاق بعائلة بديلة توفّر له السّند العائلي فان علاقته بأمه تظلّ الحلّ الأخير أمامه والحقيقة الثابتة في حياته والانتماء الوحيد المعلوم لديه.

[1] القرار التعقيبي عدد 229577، بتاريخ 23 مارس 1993، ن مج تع 1993 ق م ص 290

[2] حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالقيروان عدد 20973، صادر في 6 مارس 1989، ص 137

[3] جاء الحكم الابتدائي المؤرخ في 19 نوفمبر 1991 انه "عملا بالفصول 7و12و13 من قانون 4 مارس 1958 قضت المحكمة الابتدائية بالرجوع في حكم التبني عدد 769 ... والإذن للسيد ضابط الحالة المدنية بالتنصيص على ذلك بدفاتر المدعية المختصة كالإذن بترسيمها باسم سنية بنت زكية..."

فصل II : حقوق الأم العزباء بصفة تبعية لطفلها

لا تتمتع الأم العزباء بصفة ذاتية بحماية قانونية كافية, فهي في وضعية قانونية مهمشة رغم تمثيلها لشريحة هامة من المجتمع. فالقانون التونسي لا يعترف للأم العزباء بأي حقوق ذاتية مثل النفقة تجاه الأب البيولوجي لمولودها لعدم قيام علاقة قانونية ملزمة – الزواج – بينهما كما لا يعترف بوضع خاص للأم العزباء غير المطالبة بحقوق ابنها المولود خارج إطار الزواج فيمكنها أن ترفع دعوى لإسناد اللقب العائلي للأب لمولودها مجهول النسب إذ تنص الفقرة الأولى من الفصل 3 مكرر من قانون 28 أكتوبر 1998 [1] على **أنه « و يمكن للمعنى بالأمر و الأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب إلى مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل ».**

وإن تمكنت الأم العزباء من إثبات الأبوة يتحول الأب الطبيعي إلى شريك مسؤول و فاعل, يتحمل تبعات أخطائه و تطالبه الأم العزباء بحقوق ابنها الشخصية و المادية إذ يخول الفصل 3 مكرر في فقرته الرابعة من قانون 28 أكتوبر 1998« **للطفل الذي ثبت بنوته الحق في النفقة و الرعاية من ولاية و حضانة إلى أن يبلغ سن الرشد أو بعده في الحالات المنصوص عليها بالقانون و تبقى مسؤولية الأب و الأم قائمة نحو الطفل و الغير طيلة المدة القانونية و في كل ما يتعلق بأحكام المسؤولية وفق ما يقتضيه القانون » .**

ولمزيد دراسة هذه الحقوق يتعين علينا التعرض في مرحلة أولى إلى حق الأم العزباء في إثبات الأبوة الطبيعية (فقرة 1) لنتعرض إلى حقوق الأم العزباء عند ثبوت الأبوة الطبيعية (فقرة II).

1 أضيف هذا الفصل القانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في جويلية 2003 المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 54 الصادر في 8 جويلية 2003 ص 2259

مبحث I – حق الأم العزباء في إثبات الأبوة الطبيعية

حرص المشرع التونسي من خلال قانون 7 جويلية 2003 المنقح لأحكام قانون 28 أكتوبر 1998 على تسوية وضعية الطفل المهمل أو مجهول النسب و تمكينه من إثبات هويته الحقيقية, وهو ما يترتب عنه أولوية إسناد اللقب العائلي الأبوي.

إذ أن اكتساب الطفل للقب العائلي يحكمه مبدأ هام كرسته جل التشاريع المعاصرة وهو مبدأ أولوية اللقب العائلي الأبوي « le principe patronymique » والذي يقتضي أن يكون لكل شخص لقب عائلي ينتقل له من أبيه مباشرة[1] .

غير أنه و لئن كان انتماء الطفل الشرعي لأبيه و اكتسابه للقبه العائلي نتيجة حتمية للتصريح بولادته، فإن هذا الإنتماء يبقى نسبيا بالنسبة للطفل الطبيعي لغياب الروابط الأسرية الشرعية، ضرورة وأن هذه العلاقات نشأت في غياب إطارها القانوني، وبالتالي فإن اكتساب الطفل للقب أبيه العائلي يبقى مجرد إمكانية تقوم أساسا على الرابطة الدموية.

و أمام هذه الوضعية الحساسة, أوجد المشروع الحق في القيام بدعوى لإسناد اللقب العائلي للأب للطفل المجهول النسب فقرة (1) و هو ما يستوجب حتما بيان الوسائل المثبت للأبوة في القانون التونسي فقرة (2).

فقرة I – حق القيام بدعوى لإسناد اللقب العائلي للأب للطفل مجهول النسب

لا يمكن الحديث عن إسناد الطفل المجهول النسب لقب أبيه إذ لم تقع المطالبة به من طرف الأشخاص المخول لهم القانون لدى القضاء.

وقد حدّد المشرع التونسي صراحة الأشخاص المخول لهم القيام بدعوى إسناد اللقب العائلي صلب الأحكام الفصول 3 و3 مكرر من قانون 28 أكتوبر 1998 وهم الأب و الأم و النيابة العمومية و لكل مجهول النسب تجاوز سنه العشرين على أن التطبيق أفرز أن الأم العزباء هي التي تقوم بمعظم هاته الدعاوى إضافة إلى المساندة الإضافية التي تدعمها بها النيابة العمومية للقيام بمثل هذه القضايا (1) و السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال لمزيد توفير الحماية للأم العزباء و طفلها يتمثل في معرفة هل أن دعوى إثبات الأبوة قابلة للسقوط بمرور الزمن ؟(2).

[2] - Meddeb (s) « l'attribution du nom » Mémoire DEA Faculté de Droit des science politique de Tunis 1996, p48

1- الأطراف المخول لهم القيام بدعوى للمطالبة بإسناد اللقب العائلي للأب للطفل المجهول النسب

أ-صفة الأم العزباء في القيام بدعوى إثبات الأبوة:

تعتبر صفة الأمر العز باء في المطالبة بإسناد لقب عائلي لطفلها مجهول النسب حلاً منطقيا كرسه المشرع و دعمه من خلال تنقيح 7 جويلية 2003 باعتبارها و في اغلب الحالات تكون الأحرص على تمتيع طفلها بهوية عائلية حقيقية خاصة و انه قاصر و لا يسعه القيام بمفرده بدعوى المطالبة بإسناد لقب والده الحقيقي. و اعتبارا لمصلحتها المباشرة في أن يحمل ابنها القاصر لقب أبيه, وهو ما يجنبها إلى حدّما , الظهور بمظهر الأم الزانية.[1]

فإلى جانب إلزام المشرع أم مجهول النسب بإسناد لقبها إليه إذا لم تتمكن من الحصول على لقب الأب الحقيقي، فإن الفصل 3 مكرر من قانون 7 جويلية 2003 اقر لها إمكانية رفع قضية مدنية لطلب إسناد لقب شخص معين لابنها والذي تعتقد أنه والده الحقيقي بحكم علاقة اتصال جنسي حصلت بينهما كما اقر لها إمكانية طلب عرض نفسها على التحليل الجيني لإثبات أنها أم مجهول النسب[2] .

إن صورة قيام الأم بدعوى إسناد لقب شخص معين لطفلها مجهول النسب، حتى يقع التنصيص على لقبه بدفاتر الحالة المدنية هي الصورة الأكثر واقعية و تواترا على صعيد التطبيق من صورة قيام الأب بهذه الدعوى.

فمن الممكن أن تتصور أن الأم العزباء عند ولادة الطفل لم يخطر ببالها أن ترسمه باسم والده لعدم وجود رسم صداق بينها و من باب أولى اذا كان ذلك الوالد متزوجا بغيرها[3] .

إن المشرع التونسي بإقراره هذا الحل،يكون قد وضع حدا للجدل الفقهي و الفقه القضائي القائم قبل صدور هذا القانون حول توفر الصفة في الأم لتمثيل أبنائها القصر في قضايا النسب حيث

---

[3] انظر رشيد الصباغ,صفة الأم في رفع دعوى في إثبات نسب ابنها من أبيه ,ودعوى بإلزامه في الاتفاق عليه,م ق ت,1979,ج1,ص51

[2] الفصل 3 مكرر« يمكن للمعنى بالأم او الأب أو لأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب ألى مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود بواسطة التحليل الجيني" أضيف هذا الفصل بمقتضى القانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 7 جويلية 2003 , المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 54 الصادر في 8 جويلية 2003.

[3] ساسي بن حليمة : إثبات البنوة حسب الأحكام القانون المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 مجموعة الدراسات المهداة للأستاذ حبيب العيادي ,مركز النشر الجامعي, 2000 ص460.

أثارت محكمة الاستئناف بسوسة هذا المشكل من تلقاء نفسها بمناسبة قضيتين نظرت فيهما سنة 1971

ففي قرارها الصادر بتاريخ 28 جانفي 1971 [1] أقرت محكمة الاستناف « **إن القصد من الصفة المنصوص عليها بالفصل 19 من م م م ت هو المصلحة الشخصية المباشرة في رفع الدعوى وعليه إذا قامت امرأة طالبة إلحاق نسب ابنتها القاصرة برجل تدعي انه والدي تلك البنت فإن هذه الدعوى لا تقبل لأن البنت تعتبر مستقلة تماما عن أمها القائمة بالدعوى برغم مالهذه الأخيرة من المصلحة الواضحة في القيام بدعواها،وكان من الوجيه بالنظر إلى أن البنت قاصرة عن سن الرشد و لا سبيل لأن يقوم الأب بالدعوى بناء على أنه الخصم المنكر للأبوة أن يقع السعي في إقامة مقدم على البنت بواسطة النيابة العمومية، و مهما يكن من أمر، فإن على المحكمة أن تحكم عفويا برفض الدعوى الطالبة لثبوت نسب ابنتها نظرا لفقد الصفة** » .

وأصدرت محكمة الاستناف بسوسة قرار أخر في نفس الاتجاه بتاريخ 25 فيفري 1971 [2] وسارت على نفس الدرب محكمة الاستئناف بصفاقس و التي أنكرت على الأم صفتها في القيام في حق ابنها القاصر بحجة أن لا صفة لها في القيام،و أن مصالحها تختلف و مصلحة الطفل المقام في حقه[3].

لكن هذا الحل لم يحظ بموافقة جميع رجال القانون فلقد انتقده الرئيس رشيد الصباغ[4] حيث بين أن محكمة التعقيب في القضايا التي نظرت فيها و التي كانت تهدف إلى إثبات نسب من قبل أم الطفل لم تثر مشكل صفة الأم لتمثيل الطفل ،واستنتج أن الأم لها الصفة لتمثيل أبنها في قضايا النسب إثباتا أو نفيا إذ لو كان الأمر خلاف ذلك لأثارت محكمة التعقيب من تلقاء نفسها عدم تمتعها بتلك الصفة نظرا لما للموضوع من مساس بالنظام العام

لذلك جاء القانون 1998 مدعما بتنقيح 2003 ليضع حدّا لهذا النقاش بأن مكن الأم مباشرة ودون حاجة إلى مقدم وقتي للنزاع من القيام بالنيابة عن ابنها مجهول النسب بدعوى إثبات بنوته و

[1] قرار محكمة استناف سوسة عدد، 1246 مؤرخ في 28 جانفي 1971 مجلة القضاء و التشريع عدد 5 ستة 1971،ص36.
[2] قرار محكمة استئناف سوسة عدد 2790 مؤرخ في 25 فيفري 1971 منشور بمجلة القضاء و التشريع عدد 5 سنة 1971 ص 646.
[3] قرار محكمة استئناف صفاقس عدد 575 بتاريخ 20 أفريل 1972 مع تعليق الأستاذ ساسي بن حليمة،المجلة القانونية التونسية،1972،ص145.
[4] رشيد الصباغ :صفة الأم في رفع الدعوى بإثبت نسب أبنها من أبيه و دعوى إلزامه بالانفاق عليه،مجلة القضاء و التشريع،سنة 1979 ج-1،ص51

هو ما من شأنه ان يخدم مصلحة الأم و الطفل على حد سواء،كما أن هذا الحل التشريعي يمثل تيسيرا للمتقاضين و اختصارا لأطوار النزاع علاوة على أنه يخفف العبء المالي على الأم،اعتبارا و أن تعيين مقدم وقتي للنزاع يثقل كاهل الأم لارتفاع تكاليف إجراءات التعيين [1]وفي تطبيقها لهذا القانون أقرت محكمة التعقيب في قرارها الصادر بتاريخ 8 أكتوبر 2004 [2]

« ***و حيث خول هذا القانون للأم ضمن فصله الأول رفع الدعوى إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد وليدها لقب والدها بما تكون معه المدعية تستمد صفتها في القيام من القانون المشار اليه.*** »

و يزيد المشرع في قائمة الأشخاص الذين يمكنهم اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإسناد اللقب العائلي للطفل مجهول النسب بالإشارة إلى النيابة العمومية.

ب- دور النيابة العمومية

إلى جانب دورها الرئيسي في رفع الدعاوى الجنائية، خول القانون التونسي للنيابة العمومية لعب دور هام في الدعاوى المدنية حيث مكنها الفصل 3 مكرر من قانون 2003 من اللجوء إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب إلى مجهول النسب أو لطلب عرض الأم على التحليل الجيني لإثبات انها ام المعنى بالأمر مجهول النسب.

هذا الفصل يعطى صراحة للنيابة العمومية دورا هاما في دعاوى النسب حيث جعل منها طرفا أصليا له الصفة و المصلحة في رفع دعوى مدنية شخصية في محاولة لتحقيق فرص أوفر للمحافظة على فئة الأطفال مجهولي النسب أو المهملين. و قد جاء هذا الفصل مطبقا للفصل 251 م م م ت الذي ينص على أنه « **لممثل النيابة العمومية الحق في القيام بالقضايا كلما كانت هناك مصلحة شرعية تهم النظام العام.** »

وهو نفس الحلّ الذي كرسه المشرع الفرنسي عند إصداره لمجلة الإجراءات المدنية لسنة 1995 في فصلها 423 جديد [3].

[1] Awatef Abdel Kader : la filiation paternelle après la loi du 28 octobre 1998 p 45 – 1999-2000 faculté de science juridique ,politique et sociales de Tunis (Tunis II)

[2] تعقيبي مدني عدد 2494 بتاريخ 8 أكتوبر 2004 غير منشور انظر ملحق.

[3] - Art 423 c.p.c.f « En dehors de ces cas légaux il peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui – ci »

والمتفق عليه "فقها و قضاء" أن الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية و الحالة المدنية و الهوية تهم النظام العام لمساسها بالحقوق الشرعية للأطراف خاصة إذا تعلق الأمر بأم عزباء قاصر.

وهذا ما أقرته محكمة التعقيب منذ قرارها المؤرخ في 17 جانفي 1961[1] الذي جاء فيه إن "**القانون يخول للنيابة العمومية القيام بالدعاوي المتعلقة بحقوق الأسرة لأنها راجعة للنظام العام.**" **وقد أكدت موقفها هذا في مادة النسب تحديدا في قرارها المؤرخ في 29 أكتوبر 1968 [2] الذي جاء فيه أن« مسألة النسب تهم النظام العام و يسوغ للنيابة العمومية القيام بها من تلقاء نفسها. »**

وتجدر الإشارة إلى نجاعة هذا الدور الذي تلعبه النيابة العمومية باعتبار أن صفتها كممثل للمجتمع تساعدها على معرفة الأطفال مجهولي النسب و ربما كان ذلك بمناسبة شكاية ترفعها الأم العز باء ضد الوالد المزعوم و خاصة إذا كان الاتصال الجنسي بينهما يمثل جريمة كأن يكون من قبل مواقعة قاصر على معنى الفصل 227 مكرر من المجلة الجنائية.

ذلك أنه « **إذا كان الموضوع بهم قاصرا فعلى النيابة تقديم ملحوظاتها كتابة اعتبارا لمصلحة القاصر و هذا الإجراء يهم النظام العام حسبما جاء به الفصل 251 من م م م ت**[3]**. »**

كما تجدر الإشارة إلى أنه في جميع الحالات التي تكون فيها الأم العزباء متوفية أو فاقدة للأهلية أو تقاعست عن القيام بدعوى إسناد لقب الأب لطفلها،فإنه يمكن للنيابة العمومية أن تكون طرفا أصليا في الدعوى بأن تأخذ مركز المدعى.

ويمكن القول بأن إعطاء المشرع الحق للنيابة العمومية لتكون مدعية في دعوى لإسناد لقب عائلي للطفل يمثل توسيعا في قائمة الأشخاص المخولين قانونا للقيام بهذه الدعوى.

ذلك أن كل شخص يعلم هوية والد الطفل الطبيعي يمكنه أن يرفع الأمر إلى النيابة العمومية و يمكن أن يكون مدير المؤسسة التي أودع بها الطفل أو الممثل عن وزارة الداخلية و التنمية المحلية الذي يتعهد بالقيام في نطاق اختصاصه بالتحريات اللازمة للتعرف على الشخص المنسوبة إليه

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 319 ، مؤرخ في 17 جانفي 1961، نشرية محكمة التعقيب، سنة 1961، قسم مدني ،ص10.
[2] تعقيبي مدني عدد 5575 مؤرخ في 29 أكتوبر 1968، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1968 قسم مدني ص96.
[3] قرار تعقيبي مدني عدد7751 بتاريخ 20 جويلية 1971،م.ق.ت 1972،عدد أكتوبر ص51.

الأبوة من قبل الأم العز باء و بعد قيامه بالأبحاث في أجل أقصاه 3 أشهر يحيل الملف إلى النيابة العمومية المختصة ترابيا.[1]

وتقوم النيابة العمومية برفع دعوى في إثبات الأبوة و تسهر على تنفيذ الأحكام الصادرة بإسناد لقب الأب إلى مجهول النسب في صورة ثبوت الأبوة بالإقرار أو شهادة الشهود أو التحليل الجيني.[2]

2- مدى قابلية سقوط دعوى إثبات الأبوة الطبيعية بمرور الزمن

لم يعمل المشرع التونسي من خلال قانون 7 جويلية 2003 على سد الثغرة الموجودة لم أش. فيما يتعلق بإثبات النسب الشرعي و التي استمرت مع قانون 28 اكتوبر 1998 فيما يتعلق بإثبات البنوة و ذلك حول إمكانية سقوط دعوى اثبات الأبوة بمرور الزمن.

فهل من المتجه اعتبار إن دعوى اثبات الأبوة الطبيعية تسقط بمرور الزمن؟ و ماهو أجل سقوطها؟

أمام سكوت النص فان الإجابة على هذين السؤالين تضعنا أمام حلين متباينين يقر الأول بعدم قابلية هذه الدعوى للسقوط بمرور الزمن (أ) في حين يقر الحل الثاني بقابليتها للسقوط (ب).

أ- عدم قابلية الدعوى للسقوط بمرور الزمن

يمكن تأسيس الحل النظري القائل يعدم قابلية دعوى إثبات الأبوة الطبيعية للسقوط بمرور الزمن على أحكام الفصل 391م.أ.ع الذي ينص على أنه :«***لا سقوط للدعوى بمرور الزمن ..فيما بين الوالدين و أولادهما*** » .غير أن بعض رجال القانون[3] يقر بعدم إمكانية تطبيق هذا النوع من الدعاوى المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص حيث لا يمكن قراءته إلا في إطاره الخاص المتعلق أساسا بالألتزامات و العقود نظرا لورده بم.إ.ع.لذلك و حتى يمكن تطبيق هذا النص على مثل هذه الدعاوى بجب قراءته على ضوء الفصل 535 م.إ.ع. الذي ينص على أنه "**إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون أعتبر القياس فان بقي شك جرى الحكم على مقتضى القواعد العامة للقانون**".

[1] أنظر وثيقة خاصة بتوزيع الأدوار بين مختلف المتدخلين في مجال التعهد بوضعيات الأطفال المولودين خارج الزواج (الماحق).

[2] ساسي بن حليمة اثبات البنوة حسب احكام القانون المؤرخ في 28 اكتوبر 1998،المقال السابق ص253

[3] حكم ابتدائي،صادر عن المحكمة الابتدائية بقفصة عدد 43979 بتاريخ 21 فيفري 1994 مرجع سابق الذكر،ص4.

فنستنتج بذلك أنه أمام غياب نص خاص بسقوط دعوى إثبات الأبوة الطبيعية بمرور الزمن يمكن القول من خلال تطبيق هذين الفصلين أنه إذا كانت الدعاوى المتعلقة بالتزامات غير قابلة للسقوط فإنه من باب أولى و أحرى إخراج الدعاوى المتعلقة بإثبات الأبوة من دائرة السقوط.

يمكن أيضا تأسيس عدم قابلية دعوى إثبات الأبوة الطبيعية للسقوط بمرور الزمن على التأويل العكسي للفصل 402 م.إ.ع.الذي ينص على "**أن كل دعوى ناشئة عن تعمير الذمة لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة ما عدا ما أستثني بعد و ما قرره القانون في صور مخصوصة**" فبما إن دعوى إثبات الأبوة ليست من دعاوى تعمير الذمة و تخرج عن ميدان النزعات المالية باعتبارها تتعلق بالحالة المدنية للأشخاص فإن التأويل العكسي لهذا الفصل يفترض عدم قابليتها للسقوط بمرور الزمن كما بمكن تأسيس هذا الحل أيضا على أحكام الفصل 6 من قانون 28 أكتوبر 1998 الذي حافظ عليه تنقيح 7 جويلية 2003 و الذي ينص على أنه "**يكون لأحكام هذا القانون مفعول رجعي على الوضعيات السابقة لتاريخ نفاذه**".

فيستنتج من هذا الفصل أن كل شخص بقطع النظر عن تاريخ ميلاده له الحق في القيام بإثبات بنوته حسب أحكام هذا القانون حتى أن المحكمة الابتدائية بالمنستير قبلت دعوى إسناد لقب عائلي على أساس الفصل الأول الفصل الأول من قانون 28 أكتوبر 1998 مقامة من قبل فتاة ولدت قبل 20 سنة من صدور هذا القانون[1]. وهذا الحل أقره فقه القضاء في العديد القرارات.

إن المناسبات التي قال فيها فقه القضاء كلمته حول مدى قابلية سقوط دعوى الأبوة الطبيعية بمرور الزمن قليلة و تعلقت أساسا بنفي النسب و ليس إثباته.حيث قررت محكمة التعقيب عدم قابلية سقوط دعوى نفي النسب بمرور الزمن في قرارها الصادر بتاريخ 20 نوفمبر 1984 [2] الذي أقرت فيه أن : "**دعاوى نفي النسب تتعلق بالحقوق الشخصية المحضة فلا ينالها التقادم للحق مهما بلغت مدته**".

[1] حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالمنستير عدد 12173 بتاريخ 30 ديسمبر 1999،ملحق عدد3

[2] –تعقيبي مدني:عدد 11027، بتاريخ 20 نوفمبر 84، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1984،قسم مدني،جزء1،ص92

نفس هذا المبدأ اعتمدته محكمة التعقيب في قرار صادر لها بتاريخ 13 جوان 1989 أقرته فيه أن: دعوى نفي النسب تتعلق بالحقوق الشخصية المحضنة فلا ينالها التقادم مثل الدعاوى الناشئة عن تعمير الذمة التي جاءت بها أحكام الفصلين 384،402 [1].

يمكن القول أن محكمة التعقيب تقر نفس المبدأ إذا تعلق الأمر بدعوى إثبات الأبوة الطبيعية.

لكن يمكننا القول أنه لما لهذه الدعوى من مساس بالحالة الشخصية للأفراد كان على المشرع أن يضع من خلال تنقيح 7 جويلية 2003 حدّا لإمكانية القيام بدعوى إثبات الأبوة حتى يضمن لأفراد استقرار حالتهم المدنية.

ب- ***قابلية الدعوى للسقوط بمرور الزمن:***

إن القول بقابلية سقوط دعوى إثبات الأبوة الطبيعية تستوحيه عدة مبررات منطقية و تفرضه نجاعة الدعوى.

فالقول بعدم قابلية هذه الدعوى للسقوط بمرور الزمن قد ينجر عنه اضمحلال وسائل الإثبات على مر السنين من جهة كما أنه يجعل من جهة أخرى هذه الدعوى مفتوحة أمام الأم العزباء حتى و إن تقدم بها العمر و تبقى بذلك مسلطة على المدعى عليه لذي يبقى مهددا إلى بقية عمره وربما سينتقل إلى ورثته بقضية في بنوة طفل يدعى انه من صلبه.

فالأب يبقى مهددا بقيام الدعوى ضده طيلة عمره في حين تبقى حالة الابن غير مستقرة إلى حين تمكنه من إثبات بنوته.

ومن بين المبررات المنطقية لسقوط هذه الدعوى بمرور الزمن أيضا هو إن الهدف من هذه الدعوى هو التمتع بآثار إثبات الأبوة لكن إذا كانت غير قابلة لسقوط فماهي الفائدة التي يمكن إن تنجر للأم العزباء المتقدمة في العمر من إثبات أبوة طفلها حيث انه لا يمكنها تمتيع طفلها بنفقة و لا بالإرث باعتبار و أن الفصل 3 مكرر من القانون 28 أكتوبر 1998 ينص بخصوص النفقة على انه :"**يخول للطفل الذى تثبت بنوته الحق في النفقة و الرعاية من ولاية و حضانة إلى أن يبلغ سن الرشد أو بعده في الحالات المنصوص عليها بالقانون**" .

أما في فيما يخص الإرث فإن سكوت النص عنه دفع بعض الفقهاء إلى القول بعدم استحقاق الابن الطبيعي للإرث .

[1]-تعقيبي مدني: عدد 23480، بتاريخ 13 جانفي 89،مجلة القضاء و التشريعي،عدد 4 لسنة 1998 ،مع تعليق الأستاذ ساسي بن حليمة.

ولكن تبقى كل أم عزباء في حاجة ملحة إلي إثبات أبوة مولودها المجهول النسب فهل أن الإثبات المتأخر لهذه الأبوة يمثل حلا ناجعا لاستقرار حالة هؤلاء الأشخاص؟ هل هناك أجل لسقوط الدعوى؟

لم يشر الفصل 3 مكرر من القانون 28 اكتوبر 1998 لا صراحة لا ضمنيا إلى قابلية الدعوى إلى السقوط بمرور الزمن و لا إلى أجلها و ذلك على خلاف المشرع الفرنسي الذي و لئن أقر بداية عدم قابلية دعوى إثبات البنوة للسقوط بمرور الزمن من خلال الفصل 328 من المجلة المدنية الفرنسية إلا أنه تراجع ليقر قابليتها للسقوط في أجل قصير صلب 340-4 من المجلة المدنية الفرنسية الذي يشير فيه إلى أن دعوى إثبات الأبوة يجب أن تقع في بحر عامين منذ تاريخ ولادة الطفل.

أمّا بالنسبة للقانون التونسي فإن الفصل من 4 من قانون 28 اكتوبر 1998 ينص على أنه : "**لكل شخص تجاوز سنة العشرين عاما أن يطلب الأذن بإسناد إسم و لقب عائلي إن كان خاليا من ذلك وفق أحكام القانون عدد 53 لسنة 59 المؤرخ في 59/05/26 المتعلق باللقب العائلي**".

قراءة هذا الفصل يمكن أن تبعث على الظن بأن هذه الدعوى تسقط ببلوغ الطفل سن الرشد باعتبار أن هذا الأخير له الحق في الحصول على لقب عائلي بالطريقة الإدارية فقط غير أن الرجوع إلى الفصل 6 من نفس القانون يجعل من هذا التأويل غير صحيح باعتبار أن هذا الفصل يشير إلى أنه : "**يكون لأحكام هذا القانون مفعول رجعي على الوضعيات السابقة لتاريخ نفاذه**".فيمكن بذلك قبول الدعوى على الوضعيات السابقة لتاريخ نفاذه.

هذا الموقف يتدعم مع تنقيح 7 جويلية 2003 الذي منح صراحة من خلال الفصل 3 مكرر لمجهول النسب الرشيد الحق في المطالبة قضائيا بإثبات بنوته.

أمام هذا التناقض بين نصوص القانون يرى بعض رجال القانون[1] أن أجل سقوط الدعوى بمرور الزمن هو خمسة عشر عاما باعتباره أطول أجل لسقوط الدعوى في القانون التونسي،و أن هذا الأجل يسري بداية من بلوغ الطفل مجهول النسب سن الرشد بالنسبة للمولودين بعد صدور

[1] Sassi ben Halima : la filiation paternelle légitime en droit tunisien, thèse de Doctorat, Université de Tunis, Faculté de droit et des Sciences Politiques, 1976, P. 112-113.

القانون،وبداية من تاريخ هذا القانون حيز النفاذ بالنسبة لمجهولي النسب المولودين قبل صدور هذا القانون.

لكن يبقى هذا الحل غير ملزم للقضاة التونسيين و هو ما يجعل من تدخل المشرع ضرورة ملحة لتنظيم هذه المسألة التي غفل عنها تنقيح 7 جويلية 2003.

لكن هل أن هذه الثغرات التشريعية تقتصر فقط على إجراءات القيام بدعوى إثبات الأبوة الطبيعية أم تمتد على مستوى وسائل الإثبات؟

فقـرة II – وسـائل إثبات الأبـوة:

حتى يتم اسناد لقب الأب الى الطفل مجهول النسب، يستوجب الفصل 3 مكرر من القانون 28 أكتوبر 1998 في فقرته الأولى أن يتم إثبات الأبوة في مرحلة أولى باعتبار أن إسناد اللقب يشكل أثرا أساسيا لذلك الاثبات .

و يعتمد الفصل 3 مكرر على وسائل تقليدية لإثبات رابطة الأبوة (1) في حين يعتمد على وسيلة علمية مستحدثة لإثبات البنوة بصفة عامة أي لإثبات الأبوة والأمومة على حد سواء(2)

1- **الوسائل التقليدية لإثبات الأبوة :**

تنص الفقرة الأولى من الفصل 3 مكرر من القانون 28 أكتوبر 1998 على أنه « ***و يمكن للمعنى بالأم أو للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب إلى مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجينـي أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل.*** »

فهذا الفصل يتعرض صراحة إلى وسيلتين تقليديتين لإثبات الأبوة و ذلك لسبق تعرض الفصل 68 م أش لهما فيما يتعلق بإثبات النسب.وتتمثل هاتين الوسيلتين في الإقرار (أ) و شهادة الشهود (ب) مقصيا بذلك الفراش لاعتباره منعدما.

أ- الإقرار:

أن الإقرار بالنسب شرعا هو إخبار الشخص بوجود القرابة بينه و بين شخص أخر كأن يقول المقر هذا ابني و يسمي أيضا بالدعوة أو الاستحقاق.

وقد مكن الإقرار الوارد بالفقرة الأولى من الفصل 3 مكرر من القانون 28 أكتوبر 1998 من إثبات الأبوة رغم عدم شرعية العلاقة الرابطة بين والدي الطفل .فمكن المشرع من وراء ذلك من تلافي الإشكال المطروح أمام فقه القضاء عند تطبيقه للفصل 68 م أش حول إمكانية إثبات نسب الابن المتولد عن علاقة خنائية بواسطة الإقرار[1] .

حيث ظهر اتجاهين لفقه القضاء يتمثل الأول في قبول إقرار الأب طالما لم يبرز العلاقة الخنائية و هو موقف قانوني و إنساني سمح لعدد من الأطفال مجهولي النسب بتصحيح وضعياتهم و الالتحاق بنسب آبائهم في إطار ما يسمح به القانون.

وقد أكدت محكمة التعقيب هذا في أحد قراراتها [2]حين اعتبرت أن ثبوت النسب لا يتوقف على ثبوت الزوجية.فطالما أن الشخص قد اعترف اعترافا مجردا بنسب الطفل له،فلا ضرورة للبحث عن طبيعة العلاقة الرابطة بينه و بين والدة الطفل.[3] وقد قبل فقه القضاء الإقرار الحكمي و غير الحكمي الذي يفيد ثبوت نسب الطفل نحو المقر.

وقد اعتبرت محكمة التعقيب في احد قراراتها [4]« **أن تصريح الأب بولادة الطفل لدى ضابط الحالة المدنية و مطالبته بترسيمه تحت اسمه،يعد إقرارا منه بنسب الطفل له ضمنه ببطاقة الحالة المدنية**".

لكن هذا الاتجاه لم يعمر طويلا و حل محله اتجاه أخر يطبق القانون دون مراعاة للجانب الإنساني في المسألة وقد درج الاتجاه القضائي على رفض إثبات النسب،طالما أن المقر بالنسب أبرز العلاقة الخنائية وقد أكدت محكمة التعقيب التونسية بأحد قراراتها [5] على أن الإقرار لا عمل

---

[1]القرار التعقيبي المدني عدد 5350 في 2 أفريل 1968 م.ق.ت 1969 ص25 انظر أيضا القرار التعقيبي المدني عدد 6143 في 18 جويلية 1968 م.ق.ت. 1969 ، ص 271.

[2]القرار التعقيبي المدني عدد 2000 ، مؤرخ في 5 ديسمبر 1963/ م ق ت 65/63 ، ص23

[3] أنظر ساسي بن حليمة ، حكم الطفل المولود قبل إبرام عقد الزواج م.ق.ت ديسمبر 1975،ص24

[4] القرار التعقيبي المدني عدد 5575 ، مؤرخ في 29 أكتوبر 1968.

[5]–القرار التعقيبي المدني عدد 2183 ، مؤرخ في 30 ديسمبر 1963 م ق ت 1969 ،م ق ت 1969 /1965،ص49 "إن الإقرار اذا كان صريحا في أن المولود المعترف به هو نتيجة لعلاقة خنائية محضة....لا يمكن اعتماد قانونا لخرقه للقواعد الأصولية في نظام الأحوال الشخصية" القرار التعقيبي المدني عدد 9210 مؤرخ في 6 مارس 1973،ن1973،قم،ج1،ص142.

عليه إذا ما كشف القناع عن العلاقة الخنائية، التي ارتبط والدا الطفل مجهول النسب في قضية جزائية مثارة ضده من أجل مواقعه قاصر على معنى الفصل 227 من م.ج، وقد قضت محاكم الأصل بثبوت النسب تأسيس على هذا الإقرار،فقام الأب المزعوم بتعقيبه و قبلت محكمة التعقيب مطلبه بنقض القرار الإسئنافي،معللة ذلك بأن "الإقرار الصادر عن الأب المزعوم يبرز العلاقة الخنائية التي جمعت الخطيب بخطيبته و التي كان الطفل المزمع إثبات نسبه من ثمارها و عليه فلا عمل على هذا النوع من الإقرار الذي يتنافى و أحكام الفصل 439 من م.أ.ع" أي يخالف النظام العام و الأخلاق الحميدة.

إن موقف القضاء التونسي و إن كان قانوني و سليم[1] إلى حدّما ، إلا أنه موقف قاسي جدا على الأم العزباء و مولودها اذ يتحملان لوحدهما وزر علاقة غير شرعية و يتنصل طرف ثالث من مسؤولية كليا.

كما إن اعتبار الإقرار المتضمن للاعتراف بوجود علاقة خنائية بين المقر و والدة الطفل من قبيل الإقرار المخالف للنظام العام و الأخلاق الحميدة، يبدو أمر نسبيا باعتبار اختلاف مفهوم النظام العام و الأخلاق الحميدة من جيل إلى أخر و من شخص لأخر ،ومن قانون لأخر،فالمشرع الذي لا يعاقب و لا يجرم الاتصال الجنسي الواقع بين شخصين رشيدين برضائهما يجعل أنه لا يمكن أن يعتبر هذا الاتصال الجنسي مخالفا للنظام العام و الأخلاق الحميدة،و إلا ناقض نفسه بنفسه و كان أولى به أن يجرمه و يمنعه و يضع له عقابا جزائيا[2].

و تأسيسا على ذلك يكفى إقرار مجرد من الوالد أن الطفل هو ابنه حتى يقع إثبات نسبه على معنى الفصل 68 م أ ش ، إلا أن فقه القضاء لم ترق له المرونة التي تعامل بها المشرع مع طالبي إثبات النسب بتمكينهم من ثلاث وسائل مستقلة عن بعضها لإثباته و قطع بذلك على الاتجاه القضائي المتعاطف مع الأم و طفلها مجهول النسب.

[1]– أنظر في نفس الاتجاه قرار تعقيبي عدد 9853 صادر في 29 أفريل 1975 يتبع لسنة 1975،ق م ، ج1، ص231 و القرار التعقيبي المدني عدد 1852،مؤرخ في جانفي 1979،ن م ح تع 1979، ق م، ج1 ،ص11 و القرار التعقيبي المدنى عدد 3712 مؤرخ في 12 مارس 1981 ،ن م ح تع 1981، ق م، ج1 ، ص 99.

[2]– أنظر ساسي بن حليمة،وضعية الطفولة الطبيعية و غير الشرعية في تونس،محاضرات التربص للمحامين،تونس 1966، ص 120،

فرأت المحكمة الاستئناف بصفاقس[1] ضرورة مطالبة طرفي قضية في إثبات نسب بالإدلاء بما يفيد وجود زواج بينهما، رغما عن وجود إقرار الأب بنسب ابنه إقرار حكميا و مجردا ، كما أكدت محكمة التعقيب في أحد قراراتها على أن " **الإقرار بالعلاقة الخنائية يجعل البنت ثمرة هذه العلاقة بنت زنا و لايمكن إثبات نسبها للزاني لانتقاء الفراش الشرعي**" [2] و هذا الموقف لمحكمة التعقيب دعمه قرارها الصادر في 12 فيفري 1991[3].

و كذلك اعتمدته حتى بعد صدور قانون 28 اكتوبر 1998 حيث اعتبرت في قرار صادر لها بتاريخ 24 أكتوبر 2003[4]، أمام هذا يحق التساؤل هل يعقل أن قضاء ما قبل.أكثر جرأة و مرونة مع الأم العزباء و طفلها مجهول النسب الراغب في الارتقاء لوضعية الطفل الشرعي،منه من قضاء سنوات التسعين و ما بعدها؟ كيف لا يستطيع قضاء اليوم فعل نفس الأمر؟ هل واكب فعلا تطلعات المجتمع باعتبار أن الأم العزباء و الأطفال المجهولي النسب يمثلون فئة هامة منه.

أمام هذا و تحقيقا لمصلحة هذه الشريحة من المجتمع، قام المشرع التونسي بإصداره قانون عدد 75 لسنة 1998 الذي يعترف من خلاله بالابن الطبيعي و يمكنه من إثبات بنوته بقطع النظر عن طبيعة العلاقة الناتج عنها.و هو ما يمكننا من القول بوجود إقرارين مختلفين إقرار أول وارد صلب الفصل 68م اش يؤسس عليه دعوى في إثبات النسب.

وإقرار ثان وارد صلب الفصل 3 مكرر من قانون 28 اكتوبر 1998 يمكن اعتماده كأساس في إثبات الأبوة الطبيعية فهنا تظهر جليا أهمية هذا القانون سواء في صيغة التقليدية أو بعد تنقيحه في 7 جويلية 2003 في تمكينه للأم العزباء من إثبات الأبوة بإقرار الأب الطبيعي بذلك بقطع النظر عن طبيعة العلاقة التي جمعتها به.

و السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال يتمثل في معرفة إن كان فقه القضاء قد اعتمد نفس الموقف المتشدد بخصوص الوسيلة الثانية المعتمدة لإثبات الأبوة و المتمثلة في الشهادة ؟

[1] قرار استئنافي صادر عن محكمة الاستئناف بصفاقس عدد 575مؤرخ في 20 افريل 1972،م ق ت 1975،ج1 ص 143
[2] القرار التعقيبي المدني 1352 مؤرخ في جانفي 1979 ن مح تع لسنة 1979، ق م، ج1 ،ص11.
[3] القرار التعقيبي المدني عدد 25274، مؤرخ في 12 فيفري 1991 مجلة القضاء و التشريع، سنة 1992، ص 193
[4] القرار التعقيبي المدني عدد 25155 مؤرخ في 24 أكتوبر 2003 غير منشور ،أنظر ملحق.

ب- الشهادة :

الشهادة لغة هي المعاينة أو العلم الذي يحصل بالرؤية أو السماع أو الاستفاضة أي الشهرة تثمر الظن او العلم [1] و هي وسيلة إثبات ناقصة فلا تصدر إلا عن شخص أجنبي عن النزاع [2] و قد دأب فقه القضاء على اعتمادها ما لم تدحضها قرائن قاطعة.

و الشهادة على معنى الفقرة الأولى من الفصل 3 مكرر تمكن إثبات الأبوة المتولدة عن علاقة غير شرعية باعتبار وان الشهادة المثبتة لبنوة الطفل المولود في إطار علاقة الزواج الشرعي ينظمها الفصل 68م .أ.ع.

و هو ما يمكننا من القول أن الشهادة على معنى الفصل 3 مكرر. سيكفي أن تثبت إلى جانب العلاقة البيولوجية بين الطفل و أبيه،وجود علاقة متينة بين والدي الطفل أثناء فترة الحمل حتى تمكن من إثبات البنوة الطبيعية و هو ما يعبر عنه الأستاذ ساسي بن حليمة بقوله " يجب القبول بأنه تطبيقا لقانون 28 أكتوبر 1998 ، يمكن اعتماد هذه الشهادة لإثبات البنوة الطبيعية.إذ يكفي إثبات العلاقة بين والدي الطفل أثناء المدة القانونية للحمل،دون أن يكون ضروريا إثبات شرعية هذه العلاقة"[3].

هذا من شأنه أن يحقق استقلالية الشهادة عن الفراش و يضع حدا للتناقض في موقف فقه القضاء عند تطبيقه للفصل 68 م.إ.ع الذي يضمن أيضا الشهادة من بين وسائل إثبات النسب دون تحديد محتواها.وذلك على خلاف المشرع المغربي الذي كرس موقف الفقه الإسلامي حين أقر بالفصل 39 من مدونة الأحوال الشخصية أن مضمون البينة بالشهادة يكمن في معرفة أن المدعى عليه فلان رزق بالمدعي ولدا شرعيا له من نكاح شرعي صحيح من أمه فلانة بنت فلان.

وقبل صدور قانون 28 أكتوبر 1998 برز التناقض في موقف فقه القضاء، إذ في قرارها عدد 2000 الصادر سنة 1963 [4] اكتفت محكمة التعقيب بأن يثبت الشاهدان أن الطفل هو فلان ابن أبيه فلان دون أن يكونا مطالبين بالكشف عن أصل البنوة التي يدليان بوجودها.ولهذا القرار أهمية

---

[1] حافظ بوعصيدة : اثبات الأبوة ،مجلة القضاء و التشريع ،جوان 1999 ، ص 21

[2] محمد كمال شرف الدين: قانون مدنى،النظرية العامة- الأشخاص اثبات الحقوق ، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية،الطبعة الأولى ص308.

[3] Sassi Ben Halima : la filiation naturelle en droit Tunisien, étude offerte a Mohamed Charfi, C.P.U.2001, p.465-466

[4] قرار تعقيبي مدني : عدد 20، بتاريخ 5 ديسمبر 1963، مجلة القضاء و التشريع سنة 1971 عدد 10 ص 17

بالغة بما أنه يعطي للفقرة 3 من الفصل 68 م.أ.ش حلا صريحا و يرى أنه لا لزوم لإثبات الزواج لكي يثبت النسب بالنسبة وهو مدلول كلمة "أو " الواردة بهذا الفصل.

هذا الموقف اعتمدته محكمة الاستئناف بتونس في قرارها الصادر في 1967/12/11 [1] حيث اكتفت فيه المحكمة ببعض القرائن لكي تثبت نسب طفل بما أن الأب المراد الانتساب إليه كان ينفق على والدة ذلك الطفل بانتظام و يدفع لها معين كراء المحل الذي تقطنه و كثيرا ما كان يزورها في محل سكانها و يتناول معها الطعام و هو ما من شأنه أن يدفع الشخصين إلى الاتصال الجنسي فالحمل فالوضع.

فالمحكمة اكتفت بذلك بإثبات العلاقة بين والدي الطفل خلال المدة القانونية للحمل لإثبات النسب دون حاجة على إثبات الزواج.

وقد دعمت محكمة الاستئناف بتونس هذا الموقف في قرارها الصادر سنة 1972 [2] معتبرة فيه أن الشهادة المثبتة للخلوة و الاتصال الجنسي بين الخطيبين كفيلة وحدها لإثبات نسب ابنيهما.

غير أن المحكمة التعقيب [3] نقضت هذا القرار متبنية بذلك موقفا مغايرا حين أقرت أن "النسب المعترف به قانونا على معنى الفصل 68 من المجلة المذكورة إنما هو النسب الناتج عن الاتصال الجنسي الواقع بموجب علاقة زواج".

فالمحكمة أوّلت الفصل 68 م.أ.ش تأويلا ضيقا معتبرة أن الشهادة المثبتة للنسب لا يمكن أن تتضمن شيئا أخر غير الفراش. و في ذلك مظلمة للأبن الطبيعي الذي يبقى مجهول النسب إلى أخر عمره و فاقدا لركن هام من أركان هويته.

وقد أصرت محكمة التعقيب على موقفها في قرارات لاحقة لها.ففي قرارها الصادر بتاريخ 2 جوان 1992 [4] أقرت أنه :"**طالما أن الشهادة التي إستندت عليها المدعية لا تفيد قيام فراش صحيح و لا فاسد فلا تصلح سند النسب**".

و في قرار لها صادر بتاريخ 1996/11/26 [1] اعتبرت محكمة التعقيب أن الشهادة المقصودة بالفصل 68 م.أ.ش هي التي يثبت من خلالها الشاهد شرعية العلاقة بين والدي الطفل.

---

[1] استئناف تونس : قرار مدني عدد 60943 مؤرخ في 67/12/11،غير منشور .

[2] استئناف تونس : قرار مدني عدد 63341 ،بتاريخ 13 جانفي 1972،مجلة القضاة و التشريع سنة 1972،ص.276.

[3] تعقيبي مدني : عدد 9210،بتاريخ 6 مارس 1973، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1973،قسم مدني،ص183.

[4] قرار تعقيبي مدني : عدد 26431 ، صادر بتاريخ 2 جوان 1992، نشرية محكمة التعقيب، سنة 1996 ،قسم مدني،ص 183.

هذا الموقف لفقه القضاء أثار بدوره تناقضا في مواقف الفقهاء . حيث انتقد الأستاذ ساسي بن حليمة [2] هذا الموقف لمحكمة التعقيب على أساس أنه يدور في حلقة مفرغة.فالإقرار بضرورة إثبات الشهادة للزواج حتى تثبت النسب يفقدها جدواها باعتبار وأن الفراش كاف وحده لإثبات النسب.واقترح تبعا لذلك إلغاء هذه الوسيلة.

في حين ساند البعض الأخر [3] موقف محكمة التعقيب القائل بضرورة إثبات الشهادة لشرعية العلاقة بين والدي الطفل المراد إثبات نسبه و ذلك لتطابقه مع روح التشريع الإسلامي.

و أمام هذا التناقض تظهر أهمية الفصل 3 مكرر من 28 أكتوبر 1998، باعتبار انه لتلافي حكم بعدم سماع الدعوى في إثبات النسب ان كانت الشهادة غير مثبتة للعلاقة الشرعية فإنه أضحى من الممكن عملا بهذا الفصل من اثبات البنوة بواسطة شهادة الشهود بصفة مستقلة عن الفراش حيث تقتصر هذه الوسيلة على إثبات العلاقة التى تربط الأب بالطفل مهما كانت صلة الأب المزمع بالأم.

غير أن هذا لا يخفي السلبيات المحيطة بهذه الوسيلة.

لأن الشهادة تقوم على إثبات العلاقة بين والدي الطفل أثناء المدة القانونية للحمل لكن لا يمكنها أن تثبت بصورة قطعية أن الطفل الفلاني هو من الشخص الفلاني، فلربما اتصلت والدة الطفل بغير الشخص المراد الانتساب إليه. وهنا يحوم الشك حول حقيقة الأبوة من الناحية البيولوجية باعتبار أن الشهادة تثبت أبوة محتملة.فحسب العميد Carbonnier ، فإن هذه الوسيلة تحدد الشخص الذي يحتمل أن يكون والد الطفل " le pouvant être père de l’enfant " و ليس الأب الحقيقي.

كما أن الأبوة المثبتة عن طريق الشهادة تقوم على جملة من الوقائع حتى تترسخ لديها القناعة بوجود علاقة حميمة بين والدي الطفل أثناء المدة القانونية للحمل كتردد الأب المزعوم المستمر على البيت الذي تقيمه والدة الطفل ودفعه لمعلوم الكراء أو كالإنفاق عليها و على مولودها.

---

[1] قرار تعقيبي مدني : عدد 5146 ، صادر بتاريخ 26 نوفمبر 1996، نشرية محكمة التعقيب، سنة 1996 ،قسم مدني،ص 228.

[2] Sassi Ben Hlima : la filiation paternelle légitime en droit Tunisien , thèse précité ,p.175.

[3] علي الفطناسي: اثبات النسب بالبينة،مجلة القضاة و التشريع،عدد7 ،لسنة 75،ص.19.

و هذه القرائن دفعها جائز قانونا بسائر وجوه المدافعة وذلك على خلاف وسائل الإثبات الأخرى الواردة بالفصل 3 مكرر من 28 أكتوبر 1998. فمحكمة التعقيب أقرت في قرارها الصادر في 89/06/13 [1] القوة الثبوتية للإقرار التي لا يمكن دفعها بواسطة الشهادة.

أما الشهادة فهي وسيلة إثبات هشة قابلة للدحض بسهولة وهو ما من شأنه أن يهدد استقرار حالة الأم العزباء والإبن الطبيعي لذلك يمكننا القول أنه للمحكمة المتعهدة بدعوى إسناد اللقب أن تلتجئ في نطاق سلطتها التقديرية بعدم كفاية الشهادة لإثبات الأبوة إلى وسيلة الإثبات المحدثة بواسطة هذا القانون و هي التحليل الجيني الذي يعد من أعمال الخبراء و نتائجه محققة.

2- وسيلة الإثبات الحديثة : التحليل الجيني

التجأ المشرّع صلب الفصل 3 مكرر من 28 أكتوبر 1998 إلى العلم لإثبات البنوة غير الشرعية و ذلك باعتماده للتحليل الجيني من بين وسائل الإثبات وذلك إيمانا منه بحتمية الأخذ بتطور التقنيات الطبية خدمة للفرد متى كانت تلك التقنيات متماشية و المبادئ الأخلاقية التي تقوم عليها حقوق الإنسان متجاوز بذلك الفصل 68 م.أ.ش لهذه الوسيلة العلمية .

وقد اعتمد فقه الفرنسي تقنية التحليل الجيني منذ القضية المشهورة بقضية " إيف مونتان"[2] التي آل الحكم فيها إلى نفي نسب البنت المزعوم نسبها الى الممثل الفرنسي الشهير "إيف مونتان" من قبل القضاء الفرنسي بعد أن وقع تحليل الحامض النووي المأخوذ عينة منه من جثته و مقارنته بنتيجة تحاليل فصائل البنت المنسوبة إليه و والدتها.

وتركزت هذه التقنية بصفة فعلية في تونس قبل صدور قانون 28 أكتوبر 1998 حيث تم تركيز وحدة متطورة للتحليل الجيني لأول مرة في معهد باستور بتونس منذ سنة 1996، إثر ذلك تم تجهيز العديد من المستشفيات بالوسائل اللازمة للقيام بهذه التحاليل في مختلف مناطق البلاد.وقد كانت تعتمد هذه التقنية في تونس قبل صدور قانون 1998 حسب مقالة الرئيس محمد الهاشمي دحيدح [3]، من باب القرينة بمقتضى الفصل 479 م.إ.ع.

[1] تعقيبي مدني : عدد 23480،صادر بتاريخ 1989/06/13 ، المجلة القانونية التونسية،سنة 1993،ص.217.

[2] Cour d'appel Paris 1 er chambre,6 novembre 1997,d,97.IR,page 262

[3] محمد الهاشمي دحيدح : نفي النسب عن طريق تحليل الدم،مجلة القضاء و التشريع ، ماي جوان.1974.

ولئن اقتصرت الصياغة الأصلية لهذا القانون على اعتماد التحليل الجيني كوسيلة لإثبات الأبوة فقط (فقرة1) إلا أن تنقيح 7 جويلية 2003 جعل منها أيضا الوسيلة الوحيدة لإثبات الأمومة (فقرة 2).

أ- ***التحليل الجيني كوسيلة لإثبات الأبوة***

إن منطلق طريقة التحليل الجيني أن كل خلايا الجسم تحتوي على تركيبة A.D.N [1] وهذه الأخيرة تحمل جميع الخاصيات الوراثية للإنسان و كل شخص له تركيبة جينية خاصة به و تختلف من شخص إلى أخر.وتقع أثناء التحليل مقارنة التركيبة الجينية لخلايا الأب مع التركيبية الجينية لخلايا الطفل و تثبت العلاقة بين الطرفين بصورة قطعية عند تطابق تركيبتهما الجينية.

أما في صورة الاختلاف بينهما فيتم نفي العلاقة بصفة قطعية.

ويمكن إخضاع الطفل لهذه الوسيلة بمجرد ولادته و تبقى فاعلة حتى بعد الموت فيما بقي من عظام أو أسنان أو غيرها من الخلايا وقد تم أخذ عينات من شخص ميت لإخضاعه للتحليل الجيني بمناسبة قضية نظرت فيها محكمة الاستئناف بصفاقس [2] أقرت من خلالها "**وحيث ثبت من التقرير الطبي الصادر في 2001/02/01 عن معهد باستور بالعاصمة و الملخص لأعمال التحليل الجيني الذي أذنت المحكمة بأجرائه بهذا الطول، و بعد معرفة الخصائص الجينية للمستأنفة بتلك المأخوذ من جثة المقام ضده مورث مستأنف ضدهم، ثبت أن هذا الأخير هو أب للمستأنفة و أن احتمال الخطأ منعدم.**"

وقد طبق قضاة الأصل وسيلة التحليل الجيني لإثبات البنوة الطبيعية على ضوء قانون 1998 بطرق مختلفة حيث اعتمدها البعض كوسيلة إثبات أساسية في حين اعتمادها البعض الاخر كوسيلة إثبات تكميلية.

فبالنسبة للتحليل الجيني كوسيلة إثبات أساسية: فقد جعل قانون 28 أكتوبر1998 في صياغته الأصلية و مع تنقيحه بمقتضى قانون 7 جويلية 2003 من التحليل الجيني وسيلة أساسية و مستقلة لإثبات البنوة الطبيعية حيث استعمل عند تعداده لوسائل الإثبات عبارة "أو" بحيث يكفي

[1] (j) Galloux,l'empreinte génétique : la preuve parfaite,J.C.P., (éd.G) 1991,I,N° 3497.

[2] قرار استنافي مدني عدد 2694 بتاريخ 18 أفريل 2001 مجلة القضاء و التشريع 2002، عدد 12 ص 91.

أن تثبت الرابطة البيولوجية بين الطفل و الأب بواسطة إجراء التحليل الجيني حتى تصرح المحكمة بثبوت البنوة و تقتضي بإسناد اللقب العائلي للطفل مجهول النسب[1].

وقد نظر قضاة الأصل في دعاوى موضوعها إسناد لقب عائلي إلى مجهول النسب و يقوم إثبات البنوة فيها أساسا على التحليل الجيني و نذكر في هذا المجال الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالمنستير بتاريخ 13 جويلية 2000 [2] الذي أقرت فيه " **وحيث يتضح من خلال مظروفات الملف و خصوصا من نسخة البحث الجزائي المجرد في الغرض أن المطلوب الأن يعترف لدى أعوان الشرطة العدلية باتصاله جنسيا بالمدعية لكنه أنكر أبوته للمقام في حقه و حيث أثبت التحليل الجيني المجري في الغرض أبوة المطلوب للمقام في حقه.**

وحيث لا يسوغ و الحالة ما ذكر سوى إسناد لقب المطلوب للطفل المقام في حقه و تسجيل أبوته له".

نفس الاتجاه اعتمدته المحكمة الابتدائية ببن عروس في حكمها الصادر بتاريخ 22 أكتوبر 1999 والذي جاء فيه أنه " ***وحيث أثبت التحليل الجيني المجري على الطفلة و على أمها و على المطلوب إسناد ذلك.وعليه يتم إسناد البنت " هـــدى. ط" لقب والدها " س " و التشطيب على لقب ط من مضمون ولادتها و إضافة اسم والدها في الخانة المخصصة لذلك ".***[3]

وبالنسبة للتحليل الجيني وسيلة إثبات تكميلية : فان بعض الأحكام الصادرة عن قضاة الأصل لا تعتبره وسيلة أساسية قائمة بذاتها و إنما يتم اللجوء إليه لتفادي الشك الحاصل حول علاقة الطفل مجهول النسب بالأب المدعى عليه و المترتب عن اعتماد وسيلتي الإقرار أو شهادة الشهود. وهو ما أقرته المحكمة الابتدائية بصفاقس في حكمها الصادر بتاريخ 1999/06/25 [4] الذي تتمثل وقائعه في قيام أم بطلب إثبات نسب ابنتها المتولدة عن علاقة غير شرعية وذلك على أساس الفصل 68 م.أ.ش مستندة على شهادة امرأتين غير أن المدعى عليه أنكر أبوته باعتباره متزوج منذ سنوات و له أبناء فطلب المدعية من القاضي الإذن بإجراء التحليل الجيني الذي أفادت نتيجته أن نسب الطفلة يقدر بنسبة % 99.98 . وأقرت المحكمة انتساب البنت المدعي عليها

[1] ايمان بن شعبان : الحق في الهوية، مذكورة الإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون العقود و الاستثمارات،كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس 2002 –2003،ص.106.

[2] حكم ابتدائي مدني : مؤرخ في 2000/07/13 ،غير منشور ،ملحق

[3] حكم ابتدائي صادر عن محكمة الابتدائية ببن عروس، عدد 67639 بتاريخ 22 أكتوبر 1999 غير منشور.

[4] حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بصفاقس : عدد 42121 ،بتاريخ 25 جوان 1999،غير منشور .

بالاعتماد أساسا على شهادة الشاهدين مدعمه بنتائج التحليل الجيني وأسندت تبعا لذلك لقب المدعى عليه إلى البنت مجهولة النسب.

الإشكال الذي يطرح نفسه في هذا المجال يتمثل في هل أن القاضي مجبرا على ضوء هذا القانون على الإذن بإجراء التحليل الجيني إذا طلبه أحد أطراف الدعوى؟ وبصفة خاصة الأم العزباء؟.

بالرجوع إلى فقه القضاء فقد استقرت محكمة التعقيب على الإقرار بأن قاضي الأصل مجبر على الاذن باجراء الاختبار الطبي المطلوب من أحد أطراف الدعوى باعتبار و أنه من وسائل الدفاع المنصوص عليها بمقتضى القانون .[1] كما أنه بالرجوع إلى فقه قضاء محكمة التعقيب فقد استقر على اعتبار "مسألة النسب تهم النظام العام. ويسوغ بالنيابة العمومية القيام بها من تلقاء نفسها"[2]

و بالتالي يمكننا القول بما أن مسألة إثبات البنوة تهم النظام العام فإنه من الممكن الإذن بإجراء التحليل الجيني من قبل المحكمة بصورة تلقائية.[3] فهل أن نتيجة التحليل تقيد القاضي؟

إن الفصل 3 مكرر لم ينص صراحة على ضرورة تقيد القاضي بنتيجة التحليل الجيني.لكن يمكننا القول بأنه ليس منطقيا على مستوى التطبيق أن يرفض القاضي نتيجة تحليل تتجاوز نسبة الخطأ فيها واحد على عشر مليارات.

ومن ناحية أخرى وقع اعتبار أن رفض خضوع الأب للتحليل الجيني يشكل قرينة على الأبوة فالأب الذي لا يستجيب لإذن المحكمة بإجراء التحليل الجيني يعتبر مقرا ضمنيا بأبوته.غير أن هذا الحل أثار تناقضا في مواقف فقه القضاء.

حيث اعتبرت محكمة الاستئناف في قرارها المؤرخ في 9 نوفمبر 2000 [4] ***"إن رفض المطلوب في الأصل الخضوع للتحليل الجيني لا يمثل إقرار منه بالأبوة على معنى الفصل الأول من قانون 28 أكتوبر 1998 و لا موجب لإعمال مقتضيات الفصل 429 من م.إ.ع".***

[1] تعقيبي مدني: عدد 27777 ،بتاريخ 26 جانفي 1993،نشرته محكمة التعقيب لسنة 1993 قسم مدني،ص.283.

[2] – تعقيبي مدني عدد 5575 بتاريخ 9 أكتوبر 1968، نشرية محكمة التعقيب، قسم مدني لسنة 1968 . ص.96.

[3] ساسي بن حليمة :نفي النسب بواسطة التحليل الدموي:تعليق على قرار تعقيبي مدني عدد 27777 بتاريخ 26 جانفي 93، الأحداث القانونية التونسية،عدد 10،لسنة 1996.

[4] قرار استنافي مدني ،عدد 1349400 ، مؤرخ في 9 نوفمبر 2000، غير منشور،ملحق.

غير أن المحكمة الابتدائية بصفاقس اتخذت موقفا مغايرا في حكمها الصادر بتاريخ 25 جوان 1999 [1] مقرة أنه : " ***وحيث أن امتناع المطلوب غير المبرر عن الاتصال بالحكيم المنتدب للخضوع للتحاليل اللأزمة رغم دعوته لذلك و تعهده بإجرائها يعد إقرارا منه بثبوت نسب الطفل بلال إليه طبقا لأحكام الفصل 429 م.إ.ع. الذي نص على أن "الإقرار الحكمي ينتج من سكوت الخصم إذا دعاه الحاكم ليجيب عن الدعوى الموجهة عليه و أصر على سكوته و لم يطلب أجلا للجواب".***

هذا الموقف أقرته لا حقا محكمة الاستناف بالمنستير في قرارها الصادر بتاريخ 12 جويلية 2000 [2] معتبرة أن رفض المستأنف ضده إجراء التحليل الجيني و لئن كان من حقه لعدم وجود آلية قانونية صلب قانون 28 أكتوبر 1998 لجعله مجبرا على ذلك إلا أنه يمنح للمستأنف و المحكمة في نطاق مبدأ المواجهة بين الطرفين من إحراز وسيلة إثبات جازمة في النزاع ويخول ترتيبا على ذلك للمحكمة أن تستنتج من ذلك الرفض إقرارا ضمنيا بالأبوة.

ويرى الأستاذ ساسي بن حليمة [3] أن "الحل الذي وضعته محكمة الاستئناف بالمنستير ومن قبلها المحكمة الابتدائية بصفاقس هو أكثر الحلول منطقا لتطبيق قانون 28 اكتبوبر 1998 و إيجاد حل و لو كان منقوصا لأبناء الطبيعيين."

لذلك اغتنم المشرع تنقيح 7 جويلية 2003 ليضع حلا للتناقض في مواقف فقه القضاء حيث تقتضي الفقرة 3 من الفصل 3مكرر من هذا القانون أن تبت المحكمة في الدعوى عند عدم الإذعان إلى الإذن الصادر عنها بإجراء التحليل بالاعتماد على ما يتوفر لديها من قرائن متعددة و متضافرة و قوية و منضبطة.

و بذلك يمكن للمحكمة أن تستنتج من رفض المطلوب الخضوع للتحليل الجيني قرينة قوية ضده على ثبوت أبوته.

[1] المحكمة الابتدائية بصفاقس،عدد 42123 ،مؤرخ في 25 جوان 1999 ، غير منشور ،ملحق.
[2] محكمة الاستناف بالمنستير، قرار عدد 13936 ،مؤرخ في 12 جويلية 2000،غير منشور.
[3] ساسي بن حليمة : تعليق على قرار محكمة الاستناف عدد 13936،بتاريخ 12 جويلية 2000 جريدة الصباح 1-2-3 نوفمبر 2000.

هذا الحل أقرته محكمة التعقيب في قرارها الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 2003 [1] الذي جاء فيه "***حيث أن محكمة القرار المنتقد قد استخلصت من نكول المدعي عليه اعترافا ضمنيا بالأبوة وهو أمر موكول لاجتهادها المطلق***".

نفس هذا الموقف دعمته محكمة التعقيب في قرارها 8 أكتوبر 2004 [2] الذي جاء فيه "***وحيث أن إحجام المعقب عن عرض نفسه لإجراء التحليل الجيني يعد منه إقرار ضمنيا بثبوت أبوته الطبيعية للبنت المقام في حقها***".

هذا الموقف يتوافق مع رد وزير العدل على أسئلة أعضاء مجلس النواب على التحليل الجيني و لماذا لا يلزم بالقوة حيث أجاب أنه "يجب أن يميز بين شيئين :المحكمة تقر إخضاع أب و أم لتحليل جيني و لا تقره إلا على أساس بداية حجة لا يجب أن تفهم من ذلك أن كل إمرأة تذهب إلى المحكمة و تدعي هذا الابن هو من صلب فلان فيخضع فلان إلى التحليل الجيني،فدعواها تكون مرفوضة إن لم تكن لها مؤيدات أو ما نسميه بلغة القانون بداية حجة،و المحكمة تقر إخضاع الأب أو الأم إلى التحليل الجيني لكن لا يمكن في منظومتنا القانونية و على أساس دستورنا الذي يحترم الحرمة الجسدية و ينص على ذلك صراحة،لا يمكن لنا في إطار قضية مدنية و في المسائل الجزائية الأمر يختلف ،أن نجبر شخصا على أن يعطي شيئا من جسمه للتحليل حتى و لو كان ذلك شعرة منه لأن التحليل الجيني يمكن أن يكون على شعرة لكن ما الحل؟ وقيمنا الدستورية و نحن فخورون بها هي تلك، الحل هو عوضا أن نجبر بالقوة نستنتج النتائج القانونية بناء على الأدلة و على القرائن، و أمام رفض الشخص الخضوع إلى التحليل الجيني يقرر القاضي عندئذ أن ذلك الابن هو من ذلك الأب أو من تلك الأم فالشخص يتحمل مسئوليته إن رفض التحليل".

هذا الحل التشريعي من شأنه أن لا يجعل من هذه التقنية العلمية حبرا على الورق من جهة و أن يقلص من جهة أخرى من فئة الأبناء مجهولي النسب بمنحهم فرص أوفر للتمتع بإثبات بنوتهم سواء من خلال إثبات الأبوة أو إثبات الأمومة.

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 25560 ، بتاريخ 28 اكتوبر 2003،غير منشور،ملحق
[2] قرار تعقيبي مدني عدد 2494 ، بتاريخ 08 اكتوبر 2004،غير منشور،ملحق

ب- التحليل الجيني إثر تنقيح 2003 : وسيلة لإثبات الأمومة.

إن المشرع يكرس صراحة تجزأة البنوة و منطلق هذا المبدأ هو أن غياب رابطة قانونية بين الأب و الأم يخلق رابطتين منفصلتين ،رابطة بين الطفل و أبيه من جهة، ورابطة بين الطفل و أمه من جهة أخرى [1] و الأثر الطبيعي لهذه الفكرة هو أن يقع إثبات كل من الأبوة و الأمومة كل على حدة و هو ما من شأنه أن يساعد على إيجاد غطاء قانوني لوضعية الطفل غير الشرعي دون اشتراط شرعية العلاقة بين أبويه.

و لقد برر غالب الفقهاء سكوت المشرع عن تنظيم هذه المسألة اعتمادا على سهولة إثبات الأمومة باعتبار و أن الأمومة هي حسب القواعد الفقهية التقليدية رابطة بيولوجية مادية ترجع إلى صلة التكوين و الوراثة.فعلاقة الطفل بأمه هي واقعة من الممكن إقامة الدليل على وجودها بشتى الوسائل[2] وخاصة من خلال واقعة الولادة سواء كانت تلك الولادة من زواج صحيح أو باطل أو من سفاح أو وطئ بشبهة.فالقانون التونسي لا يفرق بين الأمومة الشرعية و الأمومة غير الشرعية.فعلاقة الطفل بأمه تكتسي دائما صبغة شرعية و بذلك تكون حقيقة الأمومة حقيقة واحد تتحد فيها الحقيقة القانونية مع الحقيقة البيولوجية على خلاف الرابطة التي تربط الطفل بغير الأم فهي رابطة قانونية تخضع لنظام الإثبات[3].

غير أننا نرى اليوم أن إثبات الوقائع لا يكفي لإثبات الأمومة خاصة في صورة نزاع على الأمومة كأن يقع نسبة الطفل في مضمون الولادة لا مرأة أخرى سواء نتيجة لعملية تحيل أو نتيجة لحكم بالتبني أو في الصورة التي تنقسم فيها الأمومة بين صاحبة البويضة (la mère génétique) أو الأم الحاملة لها (la mère porteuse) باعتبار و أن تطور العلوم الطبية و إدخال وسائل الإنجاب المساعدة طبيا أدخل التذبذب و الشك في الأمومة حيث يتم اخذ بويضة ملقحة من رحم أم ليتم زرعها في رحم امرأة أخرى تتكفل بمهمة الحمل و الولادة لفائدة امرأة أخرى.هذا التطور العلمي أصبحت أمامه الوقائع عاجزة عن الإثبات خاصة و أن القانون لا يستطيع أن يعترف سوى بأم واحدة في الوقت الذي أصبح فيه العلم يعترف بعدة أمهات.لذلك جاء

---

[1] (R) Benattar : la filiation dans le code de statut tunisien, revu Tunisienne de droit 1968,1999.p.25-26.

[2]– محمد المنصف بوقرة: إثبات نسب ابن الخطيبين في فقه القضاء التونسي – مذكرة سابقة الذكر ص10.

[3] عبد الرؤوف بن الشيخ: الوضعية القانونية للبنوة الغير الشرعية في القانون التونسي،مذكرة في شهادة الدراسات العليا للقانون الخاص،كلية الحقوق و العلوم السياسية و الاقتصادية،نوفمبر 1979،ص.68.

قانون 7 جويلية 2003 في محاولة لمواكبة هذا التطور العلمي ليضبط نظاما خاصا و معاصرا لإثبات الأمومة يستجيب للمستجدات العلمية.

فهذا القانون يعطي صراحة للمحكمة الابتدائية المختصة الأساس القانوني الذي يخول لها الإذن بإجراء التحليل الجيني لإثبات الأمومة في صورة وجود نزاع حولها " ذلك أن الغالب في الأمور هو أن تتولى الأم بصفة تلقائية التصريح بولادة ابن لها ثم يتولي الأب أو الابن المعني بالأمر أو النيابة العمومية عند ظهور مايفيد أن الطفل المذكور أنجبته امرأة أخرى رفع دعوى في نفي نسب الأبن المعني بالأمر عن تلك المرأة كما يمكن أن يرفع دعوى في إثبات الأمومة إذا أهمل المولود ثم قام والده أو النيابة العمومية أو الأبن المعني بالأمر نفسه بدعوى لطلب الحكم بثبوت نسبه لامه، لذلك فقد تضمن مشروع القانون نصا يخول للمحكمة اللجوء الى التحليل الجيني لإثبات الأمومة بنفس الكيفية التي يجري بها التحليل الجيني على الأب المحتمل "[1]

و الحق في إثبات الأمومة أقرته محكمة التعقيب التونسية في قرارها الصادر بتاريخ 23 مارس 1993 [2] الذي جاء فيه انه :" **لكل إنسان حق مشروع في الانتساب إلى أبويه الحقيقين و هذا حق مقدس ناصرته تشريعات حقوق الإنسان**". هذا الموقف يتوافق مع المادة 7 من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل التي تنص على حق الطفل في معرفة والديه و تلقي رعايتها و إباحة القانون للحق في إثبات الأمومة لا يتعارض مع التشريع الإسلامي حيث جاء في قوله تعالى " الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم و إنهم ليقولون منكرا من القول وزرا و أن الله لعفو غفور"[3] وقول الرسول صلى الله عليه و سلم:" من فرق بين والدة و وليدها فرق الله بينه و بين أحبته يوم القيامة". وقوله عليه الصلاة و السلام : " تحوز المرأة لقيطها و ولدها الذي لا عنت عليه."[4]

فللأم العزباء الحق في إثبات أمومتها للطفل الذي يثبت نسبه تجاهها بواسطة التحليل الجيني و هو حق يبيحه القانون و ناصرته تشريعات حقوق الإنسان و الأديان السماوية التي تنادي بإلحاق الطفل بأمه الحقيقية.

---

[1] الرائد الرسمي للجمهورية التونسية،مداولات مجلس النواب ،جلسة 3 جويلية 2003، ص 1267.

[2] قرار تعقيبي مدني :عدد 295، بتاريخ 23 مارس 1993، المجلة القانونية التونسية ،1997،ص.107

[3] الاية 2 من سورة المجادلة.

[4] ابن القيم الجوزي : زاد المعاد الجزء 4،الطبعة 1 سنة 1923 ص.110.

مبحث II : حقوق الأم العزباء عند ثبوت الأبوة الطبيعية

لا تملك الأم العزباء حقوقا ذاتية ذات صبغة شخصية أو مالية تجاه الأب الطبيعي، لانعدام رابط قانوني يجمعها به.

إلا أنها إذا تمكنت من إثبات الأبوة ووقع إسناد اللقب العائلي الأبوي لمولودها، أصبح بإمكانها المطالبة بحقوق بصفة تبعية لطفلها وذلك بصفتها كأم وكحاضنة، نظرا للرابطة الدموية التي تربط ابنها بوالده الطبيعي. فإسناد اللقب العائلي الأبوي لطفلها يعكس انتماءه الأسري لعائلة رغم ما تتسم به هذه العلاقة من خصوصية، فهي عائلة طبيعية Famille naturelle نتيجة نشأتها في إطار علاقة غير قانونية.

إلا أن إسناد لقب الأب للطفل الطبيعي لن يتعدى مبدئيا مسألة الهوية على المستوى الشكلي لذلك أقر قانون 7 جويلية 2003 للطفل غير الشرعي جملة من الحقوق التي ترمي لحمايته حماية فعلية، وتضمن له ولأمه العيش المتوازن داخل المجتمع حيث أكد الفصل 3 مكرر من القانون المذكور على أنه "**يخول للطفل الذي تثبت بنوته، الحق في النفقة والرعاية من ولاية وحضانة إلى أن يبلغ سن الرشد أو بعده في الحالات المنصوص عليها بالقانون.**

وتبقى مسؤولية الأب والأم قائمة نحو الطفل والغير طيلة المدة القانونية في كل ما يتعلق بأحكام المسؤولية وفق ما يقتضيه القانون."

قبل صدور قانون 28 أكتوبر 1998 لم يكن الطفل الغير شرعي ليتمتع بهذه الحقوق تجاه الأب إلا إذا تمكنت أمه من إثبات نسبه تجاهه بواسطة الفراش، أو إقرار الأب أو شهادة شاهدين من أهل الثقة، أما في غياب هذه العلاقة، فإنه يدخل في دائرة أبناء الزنا الذين يمنحهم الفصل 152 م أ ش حقوقا تجاه الأم فقط، مما له تأثيرا سلبيا على نفسية الطفل وأمه باعتبار النظرة المزرية التي يرمي بها المجتمع الإسلامي هذه الفئة من الأمهات، إلى أن جاء قانون 28 أكتوبر 1998 ليضمن لهذه الشريحة من المجتمع جملة من الحقوق ذات انعكاسات إيجابية على توازنها وسط المجتمع.

لكن هل أن الفصل 3 مكرر من قانون 28 أكتوبر 1998 يضمن لطفل الأم العزباء نفس الحقوق الممنوحة للإبن الشرعي بمقتضى أحكام م أ ش، حقوقا يمكن للأم العزباء المطالبة بها في حق إبنها بصفتها كأم وحاضنة؟

تتوقف الإجابة عن هذا السؤال على دراستنا لمختلف الحقوق التي يحق للأم العزباء المطالبة بها في حق ابنها والتي يمكن تقسيمها إلى حق المطالبة بحقوق معنوية (الرعاية) (فقرة أولى) وحق المطالبة بحقوق مادية فقرة (فقرة ثانية).

فقرة I : حق المطالبة بالرعاية لمولودها :

خولت الفقرة 4 من الفصل 3 مكرر من قانون 28 أكتوبر 1998 الحق في الرعاية من ولاية وحضانة، لكن من الملاحظ أن المشرع أقر صلب هذا الفصل الحق في الرعاية التي تشمل الولاية والحضانة من بين آثار إثبات الأبوة الطبيعية دون أن يضبط لهما نظاما خاصا يراعي فيه خصوصية وضعية الطفل الطبيعي، فهل يعنى ذلك أنه أخضع هذين المؤسستين إلى القواعد العامة المنظمة لولاية وحضانة الابن الشرعي الواردة بمجلة الأحوال الشخصية؟

يجيب بعض رجال القانون[1] على هذا السؤال أن مسائل مثل النفقة والولاية والحضانة هي مسائل شخصية أوردها المشرع على إطلاقها أيضا بموجب القانون كما أن ورودها بمجلة الأحوال الشخصية جاء على إطلاقه أيضا وأطراف هذه المسائل هي الأب والأم والطفل وليس الزوج أو الزوجة أو الطليقة أو المطلقة، وبموجب الأحكام الحالية فإن الأمر يتعلق بأم حاضنة مبدئيا وأب صار كذلك بموجب حكم وطفل استمد من هذا الحكم حقوقا في النفقة والولادة والحضانة وهي بذلك خاضعة في كل ما يتعلق بها إلى الأحكام المتعلقة بتلك المسائل والمضمنة بمجلة الأحوال الشخصية.

وحتى نتأكد من ملائمة القواعد القانونية المنظمة للولاية والحضانة الواردة بمجلة الأحوال الشخصية لخصوصية وضعية الأم العزباء سوف نتطرق أولا إلى التشريك في الحضانة (أ) لنتعرض بعد ذلك إلى مسألة التشريك في الولاية (ب).

[1]– حافظ بوعصيدة : إثبات الأبوة، مجلة القضاء والتشريع، جوان 1999.ص.39 –40.

أ – تشريك الأب الطبيعي في حضانة ابنه

أقر المشرع التونسي حق الطفل المهمل أو مجهول النسب في احتضانه من قبل أحد والديه شأن بقية الأطفال الشرعيين، والحضانة كما عرفها الفصل 54 من م أ ش هي "**حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته**" غير أن هذا التعريف يبقى قاصرا على استيعاب حضانة الطفل الطبيعي لغياب الرابطة الزوجية بين والديه وهو ما قد يطرح بعض الصعوبات العملية المتعلقة خصوصا بإسناد الحضانة (1) ومسؤولية الحاضن عن فعل المحضون (2).

1- إسناد الحضانة :

قد لا تثير مسألة إسناد الحضانة إشكالا جديا في صورة ثبوت بنوة الطفل تجاه أحد والديه دون الآخر أو في صورة اتفاق الأبوين حول قيام أحدهما بحضانته، لكن ماذا لو لم يحصل الاتفاق بين والدي الطفل الطبيعي؟

في غياب نص صريح ينظم مسألة حضانة الطفل المهمل أو مجهول النسب بإعتباره ثمرة علاقة غير شرعية يتجه الرجوع إلى الأحكام العامة الواردة بمجلة الأحوال الشخصية وخاصة الفصول من 54 إلى 67 فيما لا يتعارض مع البنوة الثابتة بموجب قانون 7 جويلية 2003.

من ذلك أنه يمكن القياس على مسألة إسناد الحضانة في صورة انفصام الرابطة الزوجية بطلاق أو وفاة[1] أو حتى في غياب اتفاق أبوي الطفل.

وتطبيقا لأحكام الفقرة الثالثة من الفصل 67 من م أ ش فإنه على القاضي عند البت في مسألة إسناد الحضانة أن يراعي مصلحة المحضون، وهو ما أقره أيضا فقه القضاء التونسي في العديد من المناسبات حيث اعتبرت محكمة التعقيب في أحد قراراتها أن "**الحضانة وإسنادها يراعي فيها مصلحة المحضون تماشيا مع فكرة التشريع والاعتبارات التي شرعت من أجلها الحضانة وهي جميعها ترمي إلى حفظ المحضون ورعايته بما يتوجب من عناية وما يضفي عليه من السكينة والاطمئنان، وعلى القاضي عند البت في ذلك أن يراعي مصلحة المحضون**".[2]

[1]– أنيس سكمة: إثبات النسب بين مجلة الأحوال الشخصية والقانون عدد 75 لسنة 1998 رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء 2001 ص 113

[2]– قرار تعقيبي مدني عدد 36815 مؤرخ في 8 مارس 1993 ن.م.ت. 1993، ق.م.ج 2، ص 294.

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن مسألة إسناد الحضانة تبقى خاضعة إلى السلطة التقديرية للقاضي الذي يحدد الطرف القادر على حضانة الطفل ومراعاة مصلحته الفضلى بشرط التعليل المستساغ واقعا وقانونا.

وقد جرى العمل على إجراء بحث اجتماعي في الغرض بتكوين قناعة القاضي وإسناده الحضانة على ضوء ما يتوفر لديه من معطيات تتعلق بالوضعية المادية والعائلية والأدبية من كل واحد من الأبوين.

وفي غياب أي نزاع حول مسألة إسناد الحضانة فإن الواقع الاجتماعي يبرز أنه غالبا ما تتولى الأم القيام بمهام الحضانة سواء كان الطفل شرعيا أو طبيعيا، ويبقى الأب متمتعا بحقه في الزيارة والإشراف على تربية طفله والإنفاق عليه، لكن هذا لا يمنع من أن يقع إسناد الحضانة للأب كلما اقتضت مصلحة الطفل ذلك وكلما أثبت البحث الاجتماعي أن ظروف الأم غير صالحة لها.

ومهما يكون من أمر فإن إسناد حضانة الطفل الذي ثبتت هويته الحقيقية تجاه أبيه على معنى أحكام قانون 7 جويلية 2003 تخول للأب الحاضن ممارسة جميع صلاحيات الحضانة والتي تجعله يسعى للحفاظ على مصلحة الطفل من خلال حسن رعايته وتربيته إلى جانب احترام مصالح الغير وتحمل المسؤولية في صورة حصول أي ضرر يتسبب فيه الطفل تجاه الغير.

2- *مسؤولية الحاضن عن فعل المحضون :*

الأصل في مادة المسؤولية التقصيرية أن لا يكون الإنسان مسؤولا إلا عن الأفعال الضارة التي تصدر عنه مباشرة وشخصيا وهو ما يعبر عنه بالمسؤولية عن الفعل الشخصي.[1]

غير أن مبدأ التضامن العائلي يفرض تحمل الأولياء تبعة الأفعال الصادرة عن أطفالهم وتعويض الضرر الذي قد يتسبب فيه أحدهم تجاه الغير.[2]

وعلى هذا الأساس أقر المشرع التونسي على غرار بقية التشاريع المقارنة مسؤولية الآباء والأمهات عن أفعال أبنائهم القصر بمجرد ثبوت خطأ في ممارسة الرقابة والتقصير في

[1]- أنيس سكمة : مرجع سابق ص 115

[2] - Starck (B), obligations, responsabilité délictuelle, 4ème éd Litec, p.452.

الحفظ وهو ما اقتضاه الفصل 93. م إ ع.[1] الذي تنص أحكامه على ما يلي : "**الأب والأم مسؤولان بالتضامن عن الفعل الصادر عن الطفل بشرط أن يكون ساكنا معها ويجوز دفع هذه المسؤولية إذا أثبت أحدهما أنه راقب الطفل كل المراقبة اللازمة أو أن الضرر نتج عن خطأ من المتضرر نفسه. وفي صورة تجزئة مشمولات الولاية فإن أحكام هذا الفصل تنطبق على الحاضن**".

وبموجب تنقيح 7 جويلية 2003 تدخل المشرع للتوسيع في نطاق هذه المسؤولية المشتركة بين الوالدين وجعلها تشمل إلى جانب الأبناء الشرعيين أيضا الأبناء الطبيعيين الذين ثبتت هويتهم الحقيقية على معنى أحكام هذا القانون وفي ذلك حماية لهؤلاء الأبناء من المسؤولية المباشرة من جهة وحفظ لحقوق الغير الذي قد يلحقه ضرر من جراء تصرفاتهم.

حيث نص الفصل 3 مكرر على أنه "**وتبقى مسؤولية الأب والأم قائمة نحو الطفل والغير طيلة المدة القانونية في كل ما يتعلق بأحكام المسؤولية وفق ما يقتضيه القانون.**"

وما يمكن ملاحظته في هذا الخصوص هو أن تنقيح 2003 جعل المسؤولية مشتركة بين الأب والأم خلافا لما تضمنه قانون 1998 من ضرورة تحمل الأب بمفرده مسؤولية أفعال طفله القاصر في صورة ثبوت أبوته له، وفي ذلك تكريس لمبدأي العدالة والمساواة بين الأطفال الطبيعيين والشرعيين من جهة وبين الأبوين من جهة ثانية.

فالأب كذلك يتحمل المسؤولية عن الأفعال المضرة بالغير والصادرة عن أبنائه بصفته أبا، بقطع النظر إن كانت أبوته شرعية أو غير شرعية على أنه بالنسبة للأبوة الثابتة على معنى قانون 1998، فإنه لا يمكن الحديث عن مسؤولية بالتضامن بين الأب والأم، لانعدام المساكنة القانونية بينهما تبعا لإنعدام الإطار الشرعي للمساكنة، وهو الزواج فضلا على أن الانفراد بالحضانة في جميع الأحوال، سواء بالنسبة للابن الشرعي الذي انفصل أبواه بموجب الطلاق أو الوفاة أو بالنسبة للابن الطبيعي، يترتب عنه الانفراد بالمسؤولية.

فلا يمكن أن تكون المسؤولية مشتركة بينهما، وإنما يتحملها من عهدت إليه حضانة الطفل والتي تعتبر أساس المسؤولية عن أفعال هذا الأخير، لأنها تحمل الحاضن واجب رعاية

[1]– محمد الزين : المسؤولية التقصيرية، محاضرات مرقونة ألقيت على طلبة السنة الثانية من الأستاذية في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، السنة الجامعية 2001–2002.

الطفل وحفظه وحسن تربيته، وعليه فإن إسناد الحضانة للأب هو الذي يرتب مسؤوليته تجاه الغير نتيجة تصرفات إبنه التي تحدث ضررا بهذا الغير، لأن الحضانة هي التي ترتب مساكنة الطفل للأب، والتي تعد أحد أركان المسؤولية على معنى الفصل 93 مكرر م إ ع . وهو ما يجرنا إلى تعريف المساكنة والتي استقر الفقه على أن لها مفهومين أحدهما ضيق والآخر واسع[1]. فبنسبة للمفهوم الضيق فتعرف بأنها الاقامة بصفة اعتيادية ومتواصلة، بحيث أن عدم توفر أحد هذين الشرطين يؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية. أما المفهوم الواسع للمساكنة، فيعرفها الفقه بأنها كل إقامة، بقطع النظر عن وجود التعود من عدمه، ودون اشتراط للإستمرارية، بحيث أن إسناد الحضانة للأم لا يمنع من قيم مسؤولية الأب إذا ارتكب الطفل الفعل الضار أثناء ممارسة الأب لحقه في زيارة المحضون، واستصحابه له في مسكنه باعتبار أن واجب الرقابة والحفظ قد انتقل بموجب الزيارة المذكورة للأب، مما يحمله مسؤولية الفعل الضار الصادر عن ابنه، والحال أنه إذا اعتمدنا المفهوم الضيق تكون الأم مسؤولة مدني عن فعل ابنها.

وبالرجوع إلى أحكام الفصل 93 مكرر م إ ع، نلاحظ أن عبارة المساكنة قد جاءت مطلقة، لذا فإنها تجري على إطلاقها، واتجه اعتماد المفهوم الواسع للمساكنة. على ذلك جاز القول أن اسناد الحضانة للأب بموجب حكم قضائي أو تعهده بحضانة الطفل فعليا، بما يترتب عن ذلك من قيام واجبه في حفظ الطفل ورعايته والالتزام برقابته، يجعله مسؤولا عما يرتكبه الطفل من أفعال ضارة بالغير. ويرى البعض أن مسؤولية الأب عن الأفعال الصادرة عن ابنه القاصر، والتي تسبب ضررا بالغير، تعتبر أثرا من أثار ولاية التربية. مستندين في ذلك إلى أن القانون حمل الولي التزاما بتوفير الحماية الضرورية للقاصر، وجعله المسؤول عن توفير السلامة الجسدية والسلوكية للمولى عليه وهو التزام ببذل عناية، تنتج عنه مسؤولية الولي كلما أخل بواجبه[2]

[1] - Ferchichi (B), la tutelle des pères et mères sur leurs enfant mineurs dans le droit marocain et Tunisien comparées, thèse pour le doctorat d'Etat en droit, université de Tunis, Faculté de droit de Tunis P.26.

[2] – جمال شهلول، الحق في الهوية، المقال السابق، ص 135.

ب- تشريك الأب الطبيعي في الولاية على ابنه:

تعرض المشرع التونسي إلى مسألة الولاية في عدة فصول من مجلة الأحوال الشخصية وكذلك في قانون 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

والولاية في دلالتها اللغوية لها عدة معان منها القرابة والسلطة، وقد جاء في لسان العرب أن الولاية كلمة تشعر بالتدبير والقدرة على الفعل. أما اصطلاحا فهي سلطة شرعية تخول من يتولاها إنشاء التصرفات في حق غيره من الأشخاص العاجزين عن القيام بشؤونهم.[1]

ويمكن تقسيم الولاية حسب موضوعها إلى ولاية على النفس وولاية على المال.

فالولاية على النفس تشمل واجب الولي حفظ الطفل في مبيته والسهر على تربيته والعناية بشؤونه من ملبس ومأكل ومعالجته والقيام بمراقبته وتأديبه إن لزم الأمر وتعليمه وأيضا تزويجه.

أما الولاية على المال فتعني تصرف الولي في الذمة المالية للطفل، أي إدارة ممتلكاته وحفظها دون التفويت فيها وتنتهي هذه الولاية كلما بلغ الطفل سن الرشد القانوني أو وقع ترشيده أو بتوفير سبب شرعي يوجب الحكم بانتفائها.[2]

ولقد أقر قانون 7 جويلية 2003 حق الطفل المهمل أو مجهول النسب في الولاية باعتبارها من أهم آثار ثبوت الهوية الحقيقية سواء تعلق الأمر بثبوت الأبوة أو ثبوت الأمومة، إلا أنه لم يراعي خصوصية وضعية هذا الابن الطبيعي ولم يفرده بأحكام خاصة وهو ما يتجه معه الرجوع إلى الأحكام العامة المتعلقة بالولاية الواردة بمجلة الأحوال الشخصية، خلافا للمشرع الفرنسي الذي أقر أحكاما خاصة بالطفل الطبيعي في المجلة المدنية الفرنسية تلافيا لما قد يطرح من إشكاليات تتصل أساسا بممارسة صلاحيات الولاية (1) وانتهاء الولاية وإسقاطها (2).

1- ممارسة صلاحيات الولاية :

إن الهدف من ممارسة صلاحيات الولاية على الطفل هو حمايته في أمنه وصحته وأخلاقه و تربيته وإدارة مكاسبه بما يحقق مصلحته الفضلى في كل الأحوال.[3]

[1]- عبد الرزاق دنقير: ولاية الأم على القاصر، م. ق. ت أكتوبر 1995، ص 47.
[2]- الصادق بوفان : الحق في الهوية ، م .ق .ت، أكتوبر 1995 ص 253.
[3]- مبروك بن موسى : إسقاط الولاية، م .ق. ت، جانفي 1999، ص 25.

ومبدئيا فإن ولاية الأب على ابنه القاصر تمثل امتيازا وسلطة خولها له القانون باعتباره رئيس العائلة ومن واجبه السهر على رعاية طفله وحمايته في نفسه وماله حتى يصبح قادرا على حماية مصالحه بنفسه.[1]

وفي هذا المعنى نصت أحكام الفصل 154 من م أ ش على أن "**القاصر وليه أبوه أو أمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته...**" وبالرجوع إلى أحكام قانون 28 أكتوبر 1998 يتضح أن المشرع أقر مبدأ أحقية الأب البيولوجي في ممارسة صلاحيات الولاية نحو إبنه في صورة ثبوت الأبوة تكريسا لمبدأ المساواة بين جميع الأطفال.

غير أن ممارسة صلاحيات الولاية في العائلة الشرعية لم تعد حكرا على الأب بمفرده حيث تدخل المشرع بموجب تنقيح 12 جويلية 1993 لتشريك الأم في الإشراف على شؤون الأسرة والعناية بالأبناء وتصريف شؤونهم الخاصة، وهو ما تؤكده أحكام الفصل 23 من م أ ش في صيغته الجديدة والتي جاء بها : "**يقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة ويتعاونان على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية.**"

وعلى هذا الأساس فإن ممارسة صلاحيات الولاية بالنسبة للطفل الشرعي أصبحت مسؤولية مشتركة موزعة بين الأب والأم تطبيقا لمبدأ التعاون على تسيير شؤون الأسرة بين الزوجين والعناية بالأبناء على قدم المساواة.

أما المشرع الفرنسي فقد أقر مبدأ المساواة بين الأبوين في ممارسة صلاحيات الولاية على الأبناء الشرعيين.[2]

ومسايرة لهذا التوجه التشريعي أقر المشرع بموجب تنقيح 2003 واجب التعاون بين الأب والأم في ممارسة صلاحيات الولاية على ابنهما القاصر والذي ثبتت بنوته إليهما.

وبإعتبار خصوصية وضعية الطفل المهمل أو مجهول النسب الذي ثبتت بنوته فإن ممارسة صلاحيات الولاية تبقى مرتبطة بمسألة إسناد الحضانة لأحد والديه.

[1]– أنيس سكمة: مرجع سابق، ص 118.
[2]– أنيس سكمة: مرجع سابق، ص 119.

ويتجه التذكير في هذا الصدد، أن المشرع التونسي قد ضم بالفصل الأول من قانون 1998، مصطلحي الحضانة والولاية في مصطلح واحد، وهو مصطلح الرعاية بما يتجه معه القول أنه بالنسبة للأب في صورة ثبوت الأبوة، يرتبط ممارسته لصلاحيات الولاية، بإسناد الحضانة له، ففي هذه الصورة له أن يتخذ جميع القرارات المتعلقة بمصالح الطفل، المالية منها، وغير المالية، من تربية وتأديب وإرساله إلى أماكن التعليم وسفره وزواجه عند الاقتضاء، إلا أنه في المقابل لا يملك السلطة المطلقة في ذلك، إذ أن اعتباره الولي الشرعي للطفل لا يمنع من التأكيد على إبقاء دور فاعل للأم، من خلال ممارستها لحقها في المتابعة والتعرف على كيفية إدارة الأب لشؤون الصغير، ولها أن تلجأ إلى قاضي الأسرة إذا تراءى لها أن مصالح ابنها مهددة، وبات من الضروري التدخل لحمايته تطبيقا لأحكام الفصل 20 وما بعده من مجلة حقوق الطفل كما يمكنها في هذه الحالة المطالبة بانتقال الحضانة إليها وإسنادها جميع مشمولات الولاية.

وإذا كان المشرع قد كرس واجب التعاون بين الزوجين صراحة لتصريف شؤون الطفل ورعايته في ظل العائلة الشرعية، فإنه لا شيء يمنع من التأكيد على ضرورة تكريس هذا الواجب بين الأم والأب الذي ثبتت بنوته على معنى قانون 1998. بحيث يتعاونان ويتكاملان في ممارسة صلاحيات الولاية على ابنهم القاصر. وهو حل من السهل استنباطه من الأحكام العامة المتعلقة بالولاية الواردة في م أ ش ت، أما في حالة التنازع بين الأبوين في اتخاذ قرار يتعلق بالطفل، فإن قاضي الأسرة هو المختص بفض هذا الإشكال، اعتبارا وأن هذه الحالة يمكن تكييفها بأحد الحالات التي تهدد مصلحة الطفل على معنى الفصـــــل 20 من مجلة حقوق الطفل.

وعليه إن تكريس قانون 1998 لحق الطفل في أن يضطلع الشخص الذي ثبتت أبوته له في أن يمارس صلاحيات الولاية عليه، الهدف الأساسي منه هو رعاية مصالح هذا الطفل وحمايته في نفسه، وفي ماله، وتبقى هذه الصلاحية المخولة للأب ليست مطلقة، بل إنها ظرفية، تنتهي بانتهاء موجبها.

2- انتهاء الولاية للأب على ابنه الطبيعي:

أقر المشرع التونسي، بعض الحالات التي تنقضي بموجبها الولاية من ذلك بلوغ المولى عليه سن الرشد القانوني والذي حدده الفصل 7 م إ ع بعشرين سنة كاملة، كما تنقضي الولاية أيضا بالترشيد القانوني عملا بأحكام الفصل 153 من م أ ش الذي نص على أن "**زواج القاصر يرشده إذا تجاوز السابعة عشرة من عمره فيما يتعلق بحالته الشخصية ومعاملاته المدنية والتجارية.**" إلى جانب الترشيد القضائي الذي يمكن للقاضي الإذن به إذا ما أتم الصغير سن الخامسة عشرة.[1]

وأخيرا ورغم عدم وجود نص في التشريع التونسي يقتضي ذلك فإن الولاية تزول بموت الصغير المولى عليه لانعدام موضوعها.

وعموما فإنه يمكن تطبيق الأحكام العامة المتعلقة بالولاية على الطفل الطبيعي الذي ثبتت بنوته على معنى قانون 7 جويلية 2003 ولا يزال قاصرا أو محجورا عليه بسبب الجنون أو ضعف العقل.

ومهما يكن من أمر فإن مسألة الولاية قد لا تطرح إشكاليات عملية بالنسبة لوضعية الطفل الطبيعي لارتباط أهم مشمولاتها بحضانة هذا الطفل والتي ستسند في غالب الأحوال إلى الأم باعتبارها الأحرص على رعاية ابنها وحماية مصالحه مقارنة بالأب الذي قد لا يكون حريصا على المطالبة بحضانة هذا الطفل وممارسة صلاحيات الولاية عليه، نظرا لطبيعة بنوته ولضعف الروابط العاطفية التي تجمعها، ضرورة أن انعدام الروابط الأسرية المنظمة وغياب العائلة الشرعية من شأنها أن تحد من متانة علاقة هذا الطفل بأبيه.

لذلك فإن الحقوق المعنوية التي أقرها تنقيح 2003 للطفل الذي توصل إثبات أبوته تعد غير كافية في حد ذاتها لضمان الأم العزباء تربية طفلها وحمايته حماية كاملة مقارنة بالحقوق المادية التي تعد أكثر جدوى باعتبارها تكفل لها ولطفلها العيش الكريم وتضمن لهما الحد الأدنى من الحاجات المعيشية.

[1]- الفصل 159 من م إ ش

فقرة II – حق المطالبة بحقوق مادية

نصت الفقرة الرابعة من الفصل 3 مكرر من تنقيح 7 جويلية 2003 على أنه " **ويخول للطفل الذي تثبت بنوّته الحق في النفقة إلى أن يبلغ سنّ الرشد أو بعده في الحالات المنصوص عليها بالقانون**"

وبذلك يكون المشرّع أقرّ صراحة الحقّ في النفقة للطفل المهمل أو مجهول النسب الذي تثبت أبوته، إذ يترتب على ثبوت انتساب الطفل الطبيعي لأبيه، إمكانية مطالبة أمه بصفتها كأمّ بالإنفاق عليه (أ) إضافة إلى مطالبتها بحقها في السكنى بصفتها كحاضنة (ب)

أ-حق الأم العزباء في المطالبة بنفقة ابنها الطبيعي

النفقة لغة ، هي ما يبذله الإنسان ويصرفه من ماله تبرعا في مقابل يبتغيه أو ينفقه على نفسه وعلى عياله. وفقها هي كفالة من يموّنه من الطعام والكسوة والسكنى[1]. وقانونا يمكن تعريفها بأنها إعالة شخص أو أشخاص تربطهم بالمنفق إحدى ثلاث صلات هي الزوجية والقرابة والإلزام[2].

إن قيام رابطة البنوة يشكل شرطا أساسيا للإلزام والإنفاق. وقد تعرض الفصل 43 من م.أ.ش إلى من تجب لهم النفقة بموجب القرابة وصنّفهم إلى صنفين. اختص الصنف بمن تجب لهم النفقة من الأصول والصنف الثاني لمن تجب لهم النفقة بموجب القرابة، وهم الأولاد وإن سفلوا. واعتبارا إلى أنّ المشرّع لا يعترف صراحة إلا بالبنوة الشرعية، فإن مطالبة الأم العزباء بنفقة الأبناء تستوجب الإثبات المسبق لنسبهم. ذلك أن الفصل 72 من م.أ.ش نص على أن: "**انقطاع الولد من نسب أبيه يخرجه من العصبة ويسقط حقه في النفقة والإرث**"

وقد مثل ربط الحق في النفقة بثبوت النسب انتهاكا لحق الطفل الطبيعي في الانتفاع بمستوى معيشي ملائم، يضمن له ضروريات الحياة من غذاء وكساء وسكن وتعليم. ولقد نادت الاتفاقيات الأممية لحقوق الطفل بإلغاء كل أشكال التمييز بين سائر الأطفال، وتحميل الوالدين أو احدهما مسؤولية القيام في حدود إمكانياتهم وقدراتهم بتأمين ظروف المعيشة اللازمة لنمو الطفل. لذلك تتدخل المشرع في قانون 28 أكتوبر 1998، واقرّ الحق في النفقة للطفل الذي تثبت بنوته.

---

[1] وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ج7،ص.765.

[2] الفصل 37 من م.أ.ش

ورغم إقرار قانون 1998 الحق في النفقة لمن تثبت بنوته، فانه سكت عن بيان الشروط المستوجبة للانتفاع بها والضمانات القانونية لدفعها. وقد جاء في رد وزير العدل عن أسئلة النواب في هذا الخصوص بأنه " عندما يقع التعرف على الأب يجب أن يطبق عليه القانون مثل الأب العادي، بحيث إذا لم يعط النفقة يعاقب..."

وتأسيسا على ذلكـــ، سنعتمد في دراسة إلزام الأب بالإنفاق على ابنه الطبيعي[1]على الكتاب الرابع من مجلة الأحوال الشخصية المتعلق بالنفقة، قبل التعرض إلى الضمانات القانونية لتسديدها[2].

1- إلزام الأب بدفع نفقة ابنه الطبيعي

من الطبيعي أن يتحمل الأب واجب النفقة على الأبناء، وقد حوصل هذا الموقف عالم شهير من علماء القانون الفرنسي Loysel في قوله:

« Qui fait l'enfant doit le nourrir » أي على كل شخص ينجب طفلا أن يطعمه أو أن ينفق عليه.

يعتبر إلزام الأب بأداء نفقة ابنه الطبيعي من الوضعيات المستحدثة بمقتضى قانون 28 أكتوبر 1998، إذ نصّت الفقرة 4 من الفصل 3 مكرر من قانون إسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب على انه "**ويخوّل للطفل أن ثبتت بنوته الحق في النفقة والرعاية من ولاية وحضانة إلى أن يبلغ سن الرشد أو بعد في الحالات المنصوص عليها بالقانون**".

هذه الفقرة تحيل إلى الفصل 46 من م.أ.ش[3] الذي ينص على انه " ***يستمر الإنفاق على الأبناء حتى بلوغ سن الرشد أو بعده إلى نهاية مرحلة تعلمهم، على أن لا يتجاوزوا الخامسة والعشرون من عمرهم، وتبقى البنت مستحقة للنفقة إذا لم يتوفر لها الكسب، أو لم تجب نفقتها على زوجها.***

كما يستمر الإنفاق على الأبناء المعوقين العاجزين عن الكسب بقطع النظر عن سنّهم" وبالتالي فان هذه الحالات تطبق أيضا على الطفل المهمل أو مجهول النسب الذي تثبت بنوته على معنى الفصل 3 مكرر من قانون 7 جويلية 2003.

---

[1] المادة 27 ثانيا من اتفاقية حقوق الأطفال.

[2] ساسي بن حليمة: وضعية الطفولة الطبيعية أو الغير شرعية في تونس،م.ق.ت 1966، عدد فيفري، ص8.

[3] الفصل 46، كما وقع تنقيحه بالقانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993.

وفي جميع الأحوال فان وجوب توفر شرط السن في مستحق النفقة يكون مرتبطا بحاجته للإنفاق عليه لعدم قدرته على التكسب وفقدانه الموارد المالية الذاتية التي تضمن له الحد الأدنى من ضروریاته المعيشية.

فإذا كان للطفل أموال خاصّة به تأتّت له من هبة أو ميراث مثلا فإنه لا يمكنه المطالبة بالإنفاق عليه لعدم حاجته إلى ذلك. وتأكيدا لهذا المعنى نصّ الفصل56 من م.أ.ش على أنّ " مصاريف شؤون المحضون تقام من ماله إن كان له مال وإلاّ فمن مال أبيه" وعلى خلاف ذلك اتجه بعض الفقهاء إلى القول أن واجب الإنفاق المحمول على الأب يترتب بالأساس على ثبوت علاقة البنوّة بغضّ النظر عن حاجة الطفل إلى ذلك[1].

فواجب الإنفاق يجد أساسه في علاقة القرابة التي تقتضي العطف والتضامن بين أفراد العائلة. ويبدو أنّ فقه القضاء التونسي استقرّ على اعتبار استحقاق النفقة يتوقف على مدى حاجة الابن لها[2].

وعموما فإنه يصعب تصوّر وجود حالات يكون فيها الطفل المهمل أو مجهول النسب قادرا على الإنفاق على نفسه من ماله الخاص، فعادة ما يكون في حاجة أكيدة إلى المال، خاصّة إذا كانت أمّه عاجزة عن الإنفاق عليه وتمرّ بظروف مادية صعبة.

وتجدر الإشارة أن القانون الفرنسي يعتبر الطفل في حاجة إلى النفقة إذا انعدمت مداخيله أو كانت ضئيلة مقارنة بمداخيل والديه، كما خوّل للطفل الطبيعي المطالبة بحقه في النفقة حتى في صورة عدم ثبوت رابطة البنوّة بين الطفل ووالده من خلال ما يسمّى بدعوى" Action à fin de subsides"، وهي دعوى تقوم على المسؤولية وتهدف إلى تمكين الطفل من النفقة في شكل جراية معاشيّة يحكم بها ضد كل شخص ثبت أنه كان على علاقة حميمة بالأم أثناء الفترة القانونية للحمل ودون حاجة إلى ثبوت الأبوّة[3].

[1] Derrida (F) : obligations d'entretien, obligation des parents d'élever leurs enfants, thèse. Alger 1947 e.d.D, 1952 p 176.

[2] Mechri (F) : l'enfant objet et sujet d'affection, approche juridique et juristique du rapport, parents, enfant en droit Tunisien et droit compare. C.P.U.2003.P. 105.

[3] Courbe (P) : droit de la famille, Armand colin 2éme ed.2003 p 320

وعلى كل فإن مطالبة الأم العزباء بنفقة ابنها في ظل القانون التونسي لا يمكن أن يكون إلا في صورة ثبوت أبوّته الحقيقية وانتسابه فعليا إلى أبيه الطبيعي على أساس قيام الرابطة الدموية التي ترتّب الالتزام القانوني بالنفقة المحمول على عاتق الأب.

ويبقى تقدير النفقة خاضعا لمطلق اجتهاد محاكم الموضوع اعتمادا على الوضع المادي والاجتماعي للمنفق المبسوط لديها بأوراق ملف القضية. هذا وقد أحاط المشرّع استخلاص مبالغ النفقة المحكوم بها بجملة من الضمانات القانونية.

ويمكن للأم العزباء في هذه الصورة القيام في حق ابنها بدعوى النفقة لدى محكمة الناحية، التي لها اختصاص مطلق للحكم في قضايا النفقات، تطبيقا لأحكام الفصل 39 م.م.م.ت.

أمّا بالنسبة للاختصاص الترابي، فيمكن القيام بالدعوى لدى المحكمة التي بدائرتها مقر الدائن بالنفقة، أو التي بدائرتها مقرّ المطلوب، ويخضع ذلك لاختيار الأم تطبيقا لأحكام الفصل 30 أو 36 م.م.م.ت.، وذلك تسهيلا عليها لإجراءات القيام بالدعوى وتخفيفا عليها من أعباء التقاضي.

وعموما فإنّ التدخل القضائي، يكفل إلزام الأب بالإنفاق على أبنائه، وذلك من خلال الحكم عليه بدفع معينات النفقة التي يخضع تقديرها لاجتهاد المحكمة المختصة عملا بأحكام الفصلين 50 و52 م.أ.ش.ت. ويجوز للمحكمة الإذن بالتنفيذ الوقتي لأحكام النفقة بالنظر للصبغة المعاشيّة لهذه الأحكام، ولتأكد حاجة الابن للنفقة، تطبيقا لأحكام الفصل 126 م م م ت. كما يجوز للأب المحكوم عليه بالنفقة، كما هو الشأن بالنسبة للابن المدين بالنفقة أو لأمه العزباء المطالبة قضائيا بمراجعة حكم النفقة وتعديله بما يتلاءم مع حاجيات الابن المنفق عليه، وقدرة المنفق ووسعه في الإنفاق. وقد أكّدت محكمة التعقيب التونسية على مبدأ قابلية أحكام النفقة للمراجعة، تطبيقا لأحكام الفصل 52 م.أ.ش.[1] كما جرى عمل المحاكم على قبول مطلب مراجعة النفقة كلّما تمّ تقديم المطلب، إثر ثلاث سنوات من صدور الحكم، غير أنّ هذا الأجل لا يعدّ ملزما بالنسبة للقاضي، ويجوز مراجعة حكم النفقة ولو قبل انقضاء هذا الأجل، إذا وجدت أسباب جدّية تبرّر المراجعة. ويبقى ذلك من المسائل الموضوعية الخاضعة لاجتهاد محاكم

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 26654، مؤرخ في 30 أفريل 1991،ن 1991، ق م، ص135.

الأصل شرط التعليل طبعا. ومن ناحية أخرى فان صدور حكم يقضي بإلزام الأب بالإنفاق على ابنه، قد لا يجدي نفعا إذا أصرّ الأب على عدم الإذعان له، لذا استوجب توفير ضمانات استخلاص الدين.

2- ضمانات استخلاص الأم العزباء لدين نفقة ابنها:

قد يكون الطفل الذي حكم بإثبات أبوته وافر الحظ، فيتكفل والده بحضانته والإنفاق عليه، أو يتفق مع الأم العزباء على أن تتولى هاته الأخيرة الحضانة مع التزامه بتسديد مبلغ مالي بعنوان معيّن نفقته.

ولكن هاته الصورة قد تلوح مثالية، بل وموغلة في المثالية، إذ أن المنتظر غالبا هو أن تحتفظ الأم العزباء بحضانة طفلها، وأن تلهث طويلا وراء الوالد ليقوم بالإنفاق على ولده، حتى إذا ما أتعبها السعي فإنها تلجأ إلى القضاء فتستصدر حكما بإلزام الوالد بالإنفاق. وهنا قد تتساءل الوالدة ونتساءل معها حول ضمانات تنفيذ حكم النفقة الذي استصدرته في حق طفلها؟

إن ما يتجه التفكير إليه بداهة، هو القول إن الطفل يتمتع بضمانين اثنين على اقل تقدير لاستخلاص دينه، وهما تتبع الوالد المتقاعس عن سداد دينه من أجل جريمة إهمال عيال، وكذلك اللجوء إلى صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق ليتولى دفع مبالغ النفقة بدلا عن الوالد المتلدد. لكن، هل يتمتع الطفل الطبيعي الذي حكم بإثبات أبوّته حقا بهذين الضمانين؟ أفلا توجد عراقيل أمام ذلك؟

إنّ الإجابة تختلف بحسب ما إذا تعلق الأمر بالقيام بتتبع الوالد من أجل جريمة إهمال عيال، أو اللجوء إلى صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق لمطالبته بدفع النفقة بدلا عن الوالد الذي تخلف عن ذلك.

فبالنّسبة إلى تتبع الوالد من أجل جريمة إهمال عيال، فإنه لا حائل مبدئيا دون قيام الأم العزباء بتتبع الوالد المتقاعس. غير أن إيقاع العقاب بالوالد لا يتيسّر إلا بتوفر شرطين متضافرين، وهما أن يقضي الوالد مدة شهر دون دفع ما حكم عليه بأدائه، وأن يكون تخلفه عن الدفع تخلّفا عمديّا[1].

[1] انظر الفصل 53 مكرّر من م.أ.ش

فإذ ما تم إعلام الوالد بحكم النفقة وقام بالخلاص بعد تسع وعشرين يوما من ذلك الإعلام فلا جريمة ولا تتبع. كذلك، فإنه إذا ما مثل الوالد أمام المحكمة وأفاد بما يدل على أن تخلّفه عن سداد دينه لم يكن متعمّدا، بل إن ما أقعده عن ذلك هو مرض عضال منعه من التّكسب، أو فاقة شديدة ألمّت به نتيجة طرده من عمله، فإن المحكمة ستقضي لا محالة بعدم سماع الدعوى المقامة ضده.

ويبقى التساؤل مطروحا في صورة تعذّر تنفيذ الأحكام الباتة بالنفقة الصادرة ضد الأب لفائدة الطفل الطبيعي، فهل يمكن مطالبة صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق بدفع المبلغ المستحقة خاصة وأنّ الفقرة الثانية من الفصل 53 مكرر من م.أ.ش. نصّت على أنّه " ***ويتولى صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق دفع مبلغ النفقة أو الجراية الصادرة بها أحكام باتة تعذّر تنفيذها لفائدة المطلقات وأولادهن من المحكوم عليه بسبب تلدّده وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها بالقانون المحدث للصندوق***".

وبالرجوع إلى أحكام القانون المتعلق بإحداث صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق يتضح أنه يمكن للمطلقات وأولادهن فحسب الانتفاع بخدماته، وبالتالي لا يمكن تصوّر تدخّله لدفع مبالغ النفقة المحكوم بها للابن الطبيعي. وربّما يكون من الأفضل لو يتدخّل المشرّع لمراجعة أحكام هذا القانون وتمتيع ابن الأم العزباء بخدماته، ضرورة وأنّ الصبغة المتأكّدة والوجوبيّة للنفقة تتطلب آلية سريعة تمكّن الطفل من استخلاصها.

كما أنّ الغاية من إحداث هذا الصندوق تكمن في إزالة الأضرار اللاحقة من جرّاء عدم دفع مستحقات النفقة وتوفير الحماية المالية اللازمة للأبناء الشرعيين، فلا مانع من توسيع نطاق هذه الحماية لتشمل أيضا الأبناء الطبيعيين وتكفل حقهم في النفقة تحقيقا لمبدأ المساواة بين جميع الأطفال[1].

ب- حق الأم العزباء في المطالبة بالسكنى:

عرف الفصل 54 من م.أ.ش. الحضانة بأنها **حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته.**

والحضانة من حقوق الأبوين ما دامت الزوجية مستمرة بينهما فإذا انفصمت العلاقة الزوجية وكان الزوجان على قيد الحياة عهدت الحضانة إلى أحدهما أو إلى غيرهما. وعلى القاضي

[1] انظر أحكام الفصل 27 من اتفاقية حقوق الطفل على انه تتخذ الدول الاطراف كل التدابير المناسبة لكفالة تحصيل نفقة الطفل

عند البت في ذلك أن يراعي مصلحة المحضون. وأما بخصوص مصاريف شؤون المحضون فإنها تقام من ماله إن كان له مال وإلا فمن مال أبيه، وإذا لم يكن للحاضنة مسكنا فعلى الأب إسكانها مع المحضون[1].

فإذا كانت الحضانة تخضع عموما إلى الأحكام السالف عرضها، فهل يمكن تطبيق تلك الأحكام على الطفل الذي أسند له لقب أبيه بموجب حكم قاض بإثبات الأبوة؟

مبدئيا، يمكن الإجابة بنعم. لأنه لا شيء يمنع من اعتبار أن الطفل الذي أسند له لقب أبيه هو في حكم الطفل الذي انفصمت العلاقة بين والديه بطلاق.

فإذا كان هذا الطفل يقيم لدى والدته، فإنه يمكن اعتبار أن هذه الوالدة هي حاضنة فعليّة له. والحضانة الفعلية هي الحضانة التي لم يصدر بها حكم قضائي.

فالوالدة الحاضنة فعليا لطفلها يمكنها اللجوء إلى المحكمة للمطالبة بتوفير سكن لها ولمحضونها. وحق المطالبة بالسكنى هو حق تابع لمصلحة المحضون والأم العزباء الحاضنة إنما ينظر إليها على وجه التّبع لا بصفتها معنية أصلية بواجب الإسكان

وعلى الصعيد العملي يستبعد منطقيا أن يؤول الحق المذكور إلى إسناد حضانة الطفل لوالده، ضرورة أن هذا الوالد قد تكون له عائلة شرعية وفي هاته الصورة فإنه من شبه المستحيل أن يستقبل الطفل المحكوم بإسناد لقب رب الأسرة إليه بالحفاوة والترحاب داخل الأسرة الشرعية، بل الرّاجح أنه سيلقى بالازدراء والاشمئزاز أو بأسوأ من ذلك. كذلك فإنه إذا كان الأب غير متزوج فإنه قد يصعب عليه توفير حاضنة خصوصا إذا ما رفضت والدته أن تقوم بشؤون الطفل نظرا إلى أنه قد أتى من طريق محرم.

وهكذا، فإن الحق في الحضانة الذي متع به الطفل المصرح قضائيا بإثبات بنوته، قد لا يعني له أي شيء، إذ أن جدواه قد تقتصر على فتح الباب لوالدته لكي تطالب بتوفير سكن تباشر فيه حضانة الطفل أو أن تطالب بالأحرى بمنحة سكن إذا لم يكن لها مسكن بعلمها حق العلم أنه لا أحد غيرها يمكنه أن يحنو على طفلها ويرعاه، نظرا إلى كونه قد ولد من علاقة سفاح.

ولقد قال المشرّع: "...**وإذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الأب إسكانها مع المحضون**"

[1] انظر الفصول 56 و 57 و 67 من م.أ.ش

وإذا أردنا أن نحلل هذا النص، فإننا نجده يفترض توفر حالة معينة وهي أن الأم العزباء الحاضنة ليس لها مسكن(1) ويستنتج منها تحميل الأب بواجب يتمثل في إسكان الحاضنة مع المحضون (2) فكيف يمكن فهم تلك العبارات وإعطائها مدلولا عمليا؟

1- مفهوم عبارة "الحاضنة ليس لديها مسكن"

تبدو هذه العبارة في بعض الأحيان واضحة غير مثيرة لأي إشكال في التطبيق ولذا فإن بعض المحاكم[1] اكتفت بذكرها نقلا عن المشرّع دون مزيد من التّعمّق في البحث عن مفهومها. ومن الواضح أن الاكتفاء بذلك لا يعين على تأويل ما يقصده المشرّع عندما يقول "إذا لم يكن للحاضنة مسكن"

فهل هذه العبارة تعني انه يجب أن تكون الأم العزباء الحاضنة غير مالكة لمسكن؟ ام هل أنها تعني أن "الأم العزباء" لا يمكنها أن تسكن في أي مكان كان؟

لنأخذ المفهوم الأول أي أن الأم العزباء لا تملك مسكنا– فإذا كانت تملك مسكنا فمن الواضح انه لا يمكنها أن تطالب بمحل سكنى لكن إذا افترضنا انه لديها مسكن ولكنه غير شاغر لأنه مسوّغ مثلا، فهل يمكن مجابهة الأم العزباء بوجوب تسويغ محل لنفسها ولطفلها بفضل معيّن الكراء الذي تقبضه. وكذلك إذا افترضنا انه ليس لديها مسكن لكن لديها المال لتوفير مسكن لها ولطفلها، فهل يمكن مجابهتها بتوفّر المال لديها لتوفير مسكن؟

لا نظن انّه من الممكن التوسع في مفهوم النص على ذلك النحو، فالمشرع يتحدث عن مسكن ولا يتحدث عن إمكانية تسوّغ مسكن.

ولذا فان الأم العزباء الحاضنة محقة مبدئيا في المطالبة بمسكن ولو كانت مستطيعة ماديا على تسوغ مسكن مادام لم يكن لها مسكن

وبالنسبة للمفهوم الثاني، ففي بعض الأحيان لا تملك الأم العزباء مسكنا لكنه يمكنها السكنى في محل أهلها. فهل يمكنها التمسك بأحكام الفقرة الثانية من الفصل 56 م أ ش؟

لقد طرح السؤال في بعض الصور القضائية وأجاب فقه القضاء بأن سكنى الحاضنة بمحل والدها تنفي لزوم إسكانها[2]. من الواضح أن فقه القضاء يعتبر أن ملكية الأم العزباء لمسكن ليس

[1] محكمة الاستئناف بتونس مثلا في قرارها عدد 56433 الصادر في 11 ديسمبر 1963(مجلة القضاء والتشريع 1964– ص149) تكتفي بالتفكير بنصّ الفصل 56 م أ ش.

[2] قرار تعقيبي عدد 2567 الصادر في 1979/2/6 نشرية محكمة التعقيب 1979–1–63

بالصورة الوحيدة التي يمكن فيها للأب عدم توفير مسكن لها فيكفيه التمسّك بان الأم الحاضنة تسكن بمحل أهلها وفي مثل هذا التأويل رحمة بالنسبة إلى الأب، فليس من باب العدل أن يحكم بمنحة سكن للام العزباء تواصل التّمتع بها طيلة مدّة مباشرتها للحضانة والحال أنها تسكن مجانا بمحلّ أهلها.

لكنه لا يكفي التمسّك بأنها تسكن بمحلّ والدها كي لا يحكم لها بمسكن مستقلّ فالأمر من الممكن أن يختلف حسب الصور والظروف فالرّجوع إلى محل أهلها يمكن أن تفرضه على الأم العزباء الظروف التي أصبحت تعيش فيها مع طفل بين أحضانها، في غياب رباط شرعي مع والده.

فمن البديهي أن تفكر أحيانا في الرجوع إلى محل أهلها خاصة إذا لم يكن لها الإمكانيات المادية لمجابهة مصاريف الكراء، ومن البديهي مبدئيا أن يقبلها أهلها على مضض لأنها تمثل خيبة أمل بالنسبة لهم ووصمة عار لا تمحى، فهل أن وجودها بمحل أهلها يصبح بمثابة فخّ لها يحرمها من إمكانية المطالبة بمحل سكنى مستقل؟

نرى انه من المتجه البحث عن المعطيات التي تختص بها كلّ قضية، فالأم العزباء التي تسكن أو يمكن أن تسكن في محلّ لوالدها فيه من الغرف ما يكفي لإيوائها وإيواء طفلها، تكون مبدئيا غير محقة في المطالبة بسكنى مستقلة، إلا أنه من الممكن بسهولة تصور انه رغم اتساع المحل، من الممكن بسهولة تامة أن تنبثق المشاكل بين الأم العزباء وأهلها نظرا لحساسة وضعيتها وقد تصل حتى إلى الاعتداء بالعنف عليها، وقد يكون بصفة متكررة. إذ يتسبب التعايش في مشاكل ومشاكسات تعود بالمضرّة على الطفل الطبيعي الذي لم يجد راحة أو هناء من جرّاء سكناه مع عائلة أمه التي تكنّ له الكره. وهي حالات قد نجدها حتى بالنسبة للطفل الشرعي وأمه المطلقة فماذا يحلّ حين تكون الأم عزباء وابنها غير شرعي؟

كما قد يكون المشكل من نوع آخر في بعض الأحيان، فقد وقع التصالح بين الأم العزباء وأهلها الذين أصبحوا مستعدّين نفسانيا لإيوائها لكنّ المحلّ لا يوفّر المناخ الكافي لكلّ أعضاء الأسرة، ممّا يجعل الأم العزباء وابنها الطبيعي يعيشان في ضيق.

ولذا فانه من الضروري بالنسبة لكلّ قضية الوقوف عندما تختصّ به من ميزات متعلّقة بمحلّ أهل الأم العزباء الحاضنة. إذ قد تكون الأم العزباء ضحية الظروف التي يعيش فيها أهلها والحال أن الأب الطبيعي مطالب مبدئيا بأن يوفّر لها مسكنا.

وإذا أبدينا بعض التحفّظات بالنسبة لحرمان الأم العزباء من السّكن في صورة سكناها بمحلّ والدها، فإننا نبدي بطبيعة الحال نفس التحفّظات وأكثر منها إذا كان المحلّ المتحدّث عنه محلّ لبعض أقاربها[1]. ولا نظن انه من الممكن أخذ ذلك المحلّ بعين الاعتبار إلاّ إذا كان هو الحلّ الوحيد لفضّ مشكل سكنى الأم العزباء وابنها باعتبار الحالة المادية التي يكون عليها الوالد من عجز عن توفير مسكن ولو متواضع للأم العزباء وإلزامها بالسكنى بمحلّ بعض أقاربها مع ما ينجرّ عن تلك السّكنى من مشاكل.

تلك هي بعض الصعوبات التي يمكن أن تنبثق عند تأويل العبارة التي استعملها المشرّع إذا لم يكن للحاضنة مسكن، ولنفترض أن الأم العزباء ليس لها مسكن حتى في التأويل الواسع الذي ذهب إليه فقه القضاء، ففي تلك الصورة يصبح الوالد مطالبا بإسكان الحاضنة مع المحضون فكيف يمكن تصوّر تنفيذه لذلك الواجب؟

2- كيفية تنفيذ واجب إسكان الأم العزباء مع ابنها المحضون:

لم يبيّن الفصل 56 م.أ.ش. كيف يجب على الوالد أن ينفذ واجب إسكان الحاضنة مع المحضون، ولربما كان أحسن حل لتنفيذ ذلك الواجب يتمثّل في تنفيذه عينا أي في وضع محل على ذمة الحاضنة[2].

لكن هل يمكن للمحكمة أن تلزم الوالد بأن يضع على ذمة الأم العزباء وابنها محله الخاص؟ مبدئيا لا، سواء كان ذلك المحل على ملكه أو في تسوغه، فإذا كان على ملكه فإن قرار إبقاء الأم العزباء الحاضنة به صحبة محضونها وإخراج الوالد منه يتعارض مع حق الملكية ويصبح ضربا من ضروب الانتزاع للمصلحة الخاصة ورغما عن ذلك فإن بعض المحاكم تقضي بإبقاء الحاضنة بمحل الزوجية بعد الطلاق ولو كان الوالد غير راغب في ذلك الحل وإن كان هذا الحلّ ليس متوفرا بالنسبة لوضعية الأم العزباء لعدم ارتباطها بزواج سابق مع أب طفلها، وعدم

[1] انظر القرار التعقيبي المدني الصادر في 10 /1986/12، تحت عدد6569- نشرية محكمة التعقيب 1986- الجزء الثاني- وفيه إشارة إلى ما قضي به من إبقاء الحاضنة بمحلّ عمّها لحرمانها من حقّ المطالبة بالسكنى

[2] انظر القرار التعقيبي عدد 1892 الصادر في 18 /1960/7- نشرية محكمة التعقيب 1960 ص 128.

توفّر محلّ الزوجية، وإذا كان المحل في تسوغه فإننا لا نظن كذلك أنه يمكن إلزامه بالخروج منه وتركه للأم العزباء وطفلها ما دام عقد الكراء باسمه خاصة وأنه يمكنه فسخ ذلك العقد مما يصير الأم العزباء شاغلة للمحل بدون صفة ما لم يتحول عقد الكراء باسمها – هذا فضلا على كون الأب يمكنه أن يتقاعس عن دفع الكراء مما يؤدي بالمالك إلى القيام بقضية ضد الحاضنة في الخروج لعدم الخلاص.

وأما السؤال الثاني الذي يتبادر إلى الذهن فهو يتمثّل في معرفة فما هو الحل في صورة عدم عرض الأب مبلغا كافيا من المال لكراء محلّ خاص لابنه الطبيعي؟

في هذه الصورة فإنه لا مناص من اعتبار إن الالتزام لا يمكن تنفيذه إلا بإلزام الوالد بأن يدفع للحاضنة مبلغا ماليا يمثّل معيّن كراء لمحل لائق بها وبالمحضونين ويبقى الأمر موكولا لاجتهاد محكمة الموضوع لتقدير ذلك المبلغ.

ومن الواضح أنه إذا اعتبر ذلك المبلغ دينا مدنيا عاديا في ذمة المدين فمن الممكن أن يبقى دون تنفيذ إذا كان والد الأبناء غير عابئ بمصير أبنائه في صورة عدم دفعه لذلك المبلغ. ولذا فإننا نرى أنه من المتجه اعتباره نفقة يخضع إلى أحكامها وخاصة إلى ما ينجر عن التقاعس عن دفعها من تكوين لجريمة إهمال عيال.

وسيكون ذلك في حدّ ذاته بمثابة الضّمان للأم العزباء الحاضنة حتى تحمي حقّها في الحصول على المبلغ الذي فرضته المحكمة في صورة تقاعس الأب المدين عن الدّفع

وإن اعتبار منحة السكن بمثابة النفقة يجعلها تخضع من جهة إلى طرق التنفيذ المدنية ومن جهة أخرى تحظى بالحماية الجزائية.

وقد أكسى المشرّع الأحكام الصادرة في مادة النفقة بالنّفاذ العاجل وجعلها قابلة للتنفيذ بمجرّد الإعلام بها[1].

واقتضى الفصل 39 م م م ت في هذا الشأن أنّ الحكم ينفّذ بقطع النظر عن الاستئناف، فيما إقتضى الفصل 32 م أ ش أن قرار قاضي الأسرة ينفّذ على المسودّة وهو غير قابل للطّعن وإنما يقبل المراجعة ما لم يصدر الحكم في الأصل.

[1] زينب لغلوغ، النفقة، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، 1994، ص 89.

ولئن اعتبر المشرّع النفقة من قبيل الديون المدنية إلاّ انّه لم يكتف بما سنّه في شأنها من ضمانات على الصّعيد المدني بل تجاوز ذلك إلى إضفاء حماية جزائية لهذا الصنف من الدّيون من خلال تجريمه امتناع المدين بالنفقة عن أداء المبلغ المحكوم به عليه[1].

وسواء اعتبرنا منحة السّكن دينا مدنيا عاديا أو نفقة، فان تنفيذها في الحقيقة يبقى رهين شعور الأب بمسؤوليته نحو إبنه الطبيعي. فيجب على الأب الطبيعي أن يحافظ على ما بقي بالإمكان المحافظة عليه وذلك بتحميله مسؤولياته كاملة تجاه ابنه الطبيعي حتى يضمن له العيش الكريم والطمأنينة وعدم الخوف من الغد، وخاصة الالتزام بدفع النفقة ومنحة السكن لما لهما من صبغة معاشية مؤكدة. فكلّ شخص وهو في إطار قيام عائلة هو بحاجة إلى النفقة والمسكن، فما بالنا بهذه الحاجة عند انعدام العائلة، وبصفة أخصّ في صورة الأم العزباء والابن الطبيعي، فالمسكن هو المكان الذي يحفظان فيه كرامتهما ويحقق حمايتهما من التشرّد والضياع في الشوارع. وقد يضمن تكوين شخصية للطفل الطبيعي خالية من العقد النفسية. ولكلّ هذه الاعتبارات وجب تمسّك الأم العزباء بحقّها في الحصول على مسكن تحضن فيه ابنها الطبيعي.

مبحث III – الحقّ في الإرث

أمام سكوت المشرّع صلب الفصل 3 مكرر من قانون 7 جويلية2003 عن مسألة حق الطفل الطبيعي في الإرث أجاب السيّد وزير العدل أثناء عرض مشروع قانون 28 أكتوبر 1998 على المناقشة لأول مرة وكذلك عند عرضه للمناقشة بمناسبة تنقيحه في7 جويلية 2003، "أن مسالة الإرث هي من مسائل الأحوال الشخصية الواردة بأحكام مجلة الأحوال الشخصية..." وبالرجوع إلى أحكام هذه المجلة نجد أن فصلا وحيدا يتعلق بحق الابن الطبيعي في الإرث وينظم علاقته بأمه فقط مع إقصاء كلي للأب وهو الفصل 152 الوارد بالباب الثامن تحت عنوان " في مسائل متنوعة" والذي ينص على انه ***"يرث ولد الزنا من الأم وقرابتها وترثه الأم وقرابتها"***. فهذا الفصل دون تنظيم لوضعية الابن الطبيعي، يجعل من الأمومة متى تثبت ترتّب حقا متبادلا في الإرث بين الأم والطفل. وهو موقف متماش مع روح الشريعة الإسلامية

[1] ينصّ الفصل 53 مكرّر م أ ش (فقرة أولى) "كلّ من حكم عليه بالنفقة أو بجراية الطّلاق فقضى عمدا شهرا دون دفع ما حكم عليه أداءه يعاقب بالسّجن مدّة تتراوح بين 3 اشهر وعام وخطية من مائة دينار(100د) إلى ألف دينار (1000د).

التي تقر بثبوت النسب بين الأم وطفلها الناتج عن الزنا لأنه بالنسبة للام كالشرعي لأنه ولدها[1] وذلك أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال"ترث المرأة ثلاثة،لقيطها وعتيقها ووليدها الذي لا عنت عليه".

لكن السّؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال يتمثل في معرفة هل أنّ صدور قانون 28 أكتوبر 1998 الذي يمكّن من ثبوت الأبوة من شأنه أن يلغي الفصل 152 م.أ.ش؟ بالرجوع إلى القاعدة العامة الواردة بمجلة الالتزامات والعقود فان الفصل 452 من هذه المجلة ينص على انه "لا تنسخ القوانين إلا بقوانين بعدها إذا نصت المتأخرة على ذلك نصّا صريحا أو كانت منافية لها أو استوعبت جميع فصولها"

وإذا أمعنّا النّظر في أحكام قانون 28 أكتوبر 1998 فإنها لم تنص صراحة على إلغاء الفصل 152 م.أ.ش فأحكامه لا تتطابق مع هذا الفصل الذي ينظم مسالة سكت عنها هذا القانون ولم يستوعبها[2]. وهو ما يمكّننا من القول بتطبيق أحكام الفصل 152 م.أ.ش على وضعيّة الإبن الطبيعي متى تم إثبات الأمومة حتى يتمكن من الحصول على حقه في الإرث تجاه والدته وقرابتها.

الفقرة 1: الابن يرث أمه وقرابتها:

على عكس النّسب الذي لا يترتب عنه ميراث إلا متى كان شرعيا[3]، فإن الأمومة متى ثبتت يترتب عنها الميراث سواء كان الطفل شرعيا أو غير شرعي وهو أمر ورد صراحة بالفصل 152 أش الذي ينص على ما يلي: " **يرث ولد الزنا من الأم وقرابتها وترثه الأم وقرابتها**".

غير أن عبارات هذا الفصل تستدعي بعض التوضيح. فلفظة ابن الزنا لا يجب أخذها بمعناها الضيق أي الابن الذي ولد من علاقة غير شرعية لامرأة متزوجة، لأن لفظة " ابن

[1] حاتم الفارسي حق الطفل في هوية كاملة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق بصفاقس سنة 2005/2004 ص 162.

[2] Awatef Abdelkader : « la filiation paternelle après la loi du 28 octobre 1998, mémoire précité, p 99.

[3] هذه القاعدة تبقى قائمة حتى وان وقع إثبات الأبوة تجاه الابن الطبيعي بمقتضى القانون عدد 75 لسنة 1998 حيث لم يشر الفصل الأول من هذا القانون لاستحقاق الميراث.

الزنا" لها في الفقه الإسلامي معنى عام يشمل جميع أشكال البنوّة غير الشرعية سواء تعلق الأمر بابن زنا بالمعنى الضيق أو بابن قرابي أو بابن ناتج عن علاقة بغاء[1].

وهكذا فإن الابن الطبيعي يرث أمه بنفس الصورة التي يرث بها الابن الشرعي، وتتجاوز تلك العلاقة الأم لتصل إلى عائلة الأم فيرث الطفل من قرابة أمه سواء كانوا أصحاب فروض أو من ذوي الأرحام[2] وذهب الفقهاء إلى اعتبار عصبة أمه عصبة له لأنه لا قرابة له من جهة أبيه[3].

كما يكون للابن الحق في الوصية الواجبة[4] متى توفيت أمه قبل والديها وذلك عملا بأحكام الفصل 131 و192 م. .أ.ش. على ألا تتجاوز تلك الوصية ثلث التركة.

ولقد اعتبر بعض الفقهاء[5] أن العلاقة الميراثية بين الطفل مجهول النسب وبين أمه قد تكتسي شكلا أعمق ذلك أن الطفل ثابت النسب لئن كان له الحق أن يورث أمه وأن يرثها إلا أنه لا يمكن أن يكون من الورثة الشرعيين لأبوي أمه (وإن كان يتمتع تجاههما بالوصية الواجبة). وهذا مخالف لوضعية الطفل الذي لا يكون له نسب معروف، فيرث هذا الأخير أمه وأبويها وأعمامها بنفس الصورة التي يرث بها الطفل عصبته.

وبرر بعض الفقهاء[6] هذا الحل بأنه يقوم على افتراض خيالي« Fiction » يجد سندا له في أهمية الرجل في الفقه الإسلامي، ذلك أنه في الصورة التي لا تثبت فيها العلاقة القانونية للطفل إلا تجاه أمه ويكون فيها نتيجة لذلك محروما من العاصب بالنسب، يقوم الفقه الإسلامي بمحاولة لتجاوز ذلك النقص وذلك بأن يعطي للطفل عصبة أمه عن طريق هذه الأخيرة، ويقع نتيجة لذلك خلق علاقة قانونية بعائلة الأم ولكن عن طريق الذكور.

---

[1] Salem (G) : les problèmes de la filiation en droit musulman p 28 ; cité par pruvost (L) : thèse précitée p 294

[2] حسن خالد وعدنان نجا: المواريث في الشريعة الإسلامية، دار لبنان للطباعة والنشر، بيروت ص 283.

[3] Brunschvig (R) : de la filiation maternelle en droit musulman, Studia Islamica, 1958 n 9 p55

[4] "هي وصية كما عرفها الفصل 171 م. أ. ش... لكنها سميت واجبة لانها قرينة قانونية على وجود ايصاء يتحصل بموجبه من لم يشمله الميراث على حصة من التركة" حسين بن سليمة أحكام المواريث في الشريعة والقانون، اوربيت للطباعة، تونس 1998 ص69

انظر أيضا: لؤى عطاء الله: الوصية الواجبة، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق تونس 1992.

[5] Pruvost (L) : L'établissement de la filiation en droit Tunisien, Thèse, université de droit, d'économie et des sciences sociales, Paris II, 1997.

[6] Ladjili (L) : Puissance des agnats puissance du père de la famille musulmane à la famille Tunisienne, R.T.D 1972. p25.

الفقرة I I- ميراث الأم

عملا بأحكام الفصل 152 م.أ.ش. وببقية أحكام الميراث وخاصة منها الفصل 107 م.أ.ش. تتبين أن الأم ترث ابنها وقرابته مهما كانت ظروف ولادة ذلك الطفل سواء في إطار زواج أو خارجه، والأم هي ذات فرض[1] ولا تكون ذات عصبة[2] وللأم حالات ثلاث وردت ضمن الفصل 107 أش الذي ينص على ما يلي : " **للأم أحوال ثلاثة:**

1- السدس إذا كان للميت ولد أو ولد ابن وإن سفل أو مع اثنين من الأخوة فصاعدا كيفما كانت جهتهما لأبوين أو لأب أو لأم.

2- ولها ثلث كل المال عند عدم المذكورين.

3- ولها ثلث ما بقي بعد فرض أحد الزوجين وذلك في مسألتين: إحداهما زوج وأبوان، والثانية زوجة وأبوان.

ولو كان مكان الأب جد فللأم ثلث المال بعد فرض أحد الزوجين".

والأصل في ميراث الأم هو قوله تعالى بسم الله الرحمن الرحيم : " ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له إخوة فلأمه السدس من بعد وصية يوصي بها أو دين"[3].

وتجدر الملاحظة أن الأم لا يمكن أن تحجب حجب حرمان ولكنها يمكن أن تحجب حجب نقصان وذلك بأن ينقص نصيبها من الثلث إن لم يكن معها فرع وارث إلى السدس عند وجود الفرع الوارث أو عند وجود الإخوة[4] الذين حددهم المشرع التونسي باثنين فأكثر. كما يمكن للأم أن ترث ثلث باقي التركة بعد نصيب أحد الزوجين وليس معها فرع وارث ولا أكثر من أخ أو أخت، فلو مات أحد وترك زوجا وأبا وأما فللزوج النصف وللأم ثلث النصف الباقي وللأب ثلثاه. ومن مات عن زوجة وأب وأم فترث الزوجة الربع فرضا وترث الأم ثلثا الباقي تعصيبا[5].

---

[1] أصحاب الفروض، هم من لهم الحق في أخذ نصيب معين من التركة محدد بنسبة معينة (أنظر بن حليمة مرجع سابق ص 32)

[2] الوارث العاصب هو من ليس له نصيب معين مسبقا في القانون لكنه يرث ما بقي من التركة بعد القسمة على أصحاب الفروض.

[3] سورة النساء- الآية 11.

[4] حسين خالد وعدنان نجا: المواريث في الشريعة الإسلامية، دار لبنان للطباعة والنشر، بيروت

[5] تعرف هاتين المسالتين بالعمريتين وذلك لقضاء سيدنا عمر ابن الخطاب عليه السلام بتلك الصورة واتبعه في ذلك المذاهب الفقهية الإسلامية.

أما ابن الزنا فإن ميراثه يكون لأمه وورثتها من بعدها وذلك عملا بالفصل 152 م.أ.ش. وتتركز هذه الصورة على عملية قياس على موت الابن الشرعي عن غير وارث من جهة الأب فينتقل بذلك الميراث إلى الأم وعائلة الأم.

وبعد الميراث من الآثار الطبيعية والتقليدية لرابطة الأمومة، لكن القانون رتب بعض الآثار الحديثة التي فرضتها الوضعية الجديدة للأم العز باء كطرف مسؤول ومستقل اقتصاديا. ومن أجل ذلك أقر القانون التونسي تحميل الأم العز باء جملة من الواجبات (الجزء II).

الجـــزء الثاني
واجبات الأم العزباء

جزء II- واجبات الأم العزباء

إن واجبات الأم العزباء تجاه ابنها الطبيعي تعكس فكرتين أساسيين فرضتهما من جهة خصوصية الرابطة بين الأم والطفل في القانون التونسي، ومن جهة أخرى التطور الذي حققته المرأة داخل المجتمع في تونس والذي من الطبيعي أن ينعكس على دورها داخل الأسرة.

فعلى عكس النسب التي لا ينتج جميع آثاره إلا متى كان شرعيا، فالعلاقة القانونية بين الأم وطفلها هي دائما علاقة شرعية [1] ونتيجة لذلك ترتب هذه العلاقة جميع الآثار المترتبة عن البنوة وتتحمل الأم العزباء نفس الواجبات تجاه طفلها التي تتحملها الأم الشرعية [2] بل قد تتوسع هذه الواجبات أكثر بين الام العزباء وابنها الطبيعي لتعوض الأم وعائلة الأم والاب وعائلته [3] وذلك خدمة لمصلحة الطفل

ولقد أثار أحد الفقهاء العلاقة الجدلية التي توجد بين مصلحة الطفل من جهة وبين مصلحة توسع دور الأم من جهة أخرى ذلك أن تطور وضعية وسلطات الأم داخل العائلة غاليا ما يتوافق مع تحقيق مصلحة الطفل[4] .

كما أن سيطرة العائلة المضيقة اليوم جعلت الطفل الطبيعي مرتبطا أكثر فأكثر بأمه وتزامن ذلك مع الحركات المنادية بالمساواة بين الأجناس وبإزالة جميع أشكال التمييز ضد المرأة مع الأهمية المتزايدة المعطاة لحقوق الطفل والتي كانت محل اتفاقيات صادقت عليها تونس[5] مما سجل تراجعا لسلطة الأب الذي لم يعد في القوانين الحديثة حجر الزاوية في العائلة[6]. ولم يحد المشرع التونسي عن ذلك التيار الحديث ولقد استلهم في مختلف التنقيحات التي قام بها [7] القواعد القانونية من مختلف المصادر الحديثة هادفا لجعل الأم شريكة للأب في

---

[1]- هذه الفكرة وقع استنتاجها في القانون التونسي في حين وردت صراحة بالفصل 83 من المدونة المغربية الذي ينص "البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب فلا يترتب عليها شيء من ذلك اطلاقا وهي بالنسبة للأم كالشرعية لأنه ولدها

[2] – Ben Halima (S) thèse précitée p.12

[3]- أنظر ما سيلي خاصة فيما يتعلق باسناد لقب الأم للطفل مجهول النسب وأيضا فيما يتعلق بالنفقة

[4] - Neirik (C) : la protection de l'enfant contre ses parents, L.G.D.J ; Paris 1984, p.9

[5]- خاصة اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة لحقوق الطفل الثقافية الامم المتحدة لحقوق الطفل والتي وقع تجسيمها بعد ذلك من خلال مجلة حماية الطفل، انظر أيضا اتفاقية نيويورك والمتعلقة بإزالة جميع أشكال التميز ضد المرأة والتي صادقات عليها تونس

[6] - Mannai (D) le déclin des pères par le droit , revue interdisciplinaire des études juridique , 1994 p.85 et suiv. « L'autorité du père n'est plus le pivot de la vie domestique, sa figure n'est plus la pierre angulaire de la structure familiale, les repère de socialisation cessent d'être exclusivement masculins »

[7]- بالخصوص :

القيام بشؤون الطفل وساعيا لتحقيق مصلحة الطفل مما خلق للأم العزباء واجبات تجاه طفلها الطبيعي سواء كانت واجبات عينية (فصل I) أو واجبات شخصية (فصل II) .

فصل I- الواجبات العينية

أصبحت الأم اليوم قادرة على الكسب ، فنتج عن ذلك دور اقتصادي تلعبه الأم العزباء تجاه ابنها الطبيعي ، وهو دور أقره قانون 28 أكتوبر 1998 صراحة من إلزام الام العزباء بالإنفاق على طفلها الطبيعي (مبحث I) ومن تحمل أعباء التعويض، متى نتج عن أفعاله إضرار بالغير (مبحث II) .

المبحث الأول : إلزام الأم العزباء بالإنفاق على ابنها

تقوم النفقة على القرابة وعلى رابطة البنوة التي تعكس التضامن الأسري، حيث تعرف النفقة قانونا وحسب مقتضيات الفصل 37 م أ ش[1] بكونها إعالة شخص أو أشخاص تربطهم بالمنفق إحدى ثلاث صلات وهي الزوجية والقرابة والإلزام وتشمل وفق أحكام الفصل 50 م أ ش "**الطعام والكسوة والمسكن والتعليم وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.**"

ولئن كان واجب النفقة في القانون التونسي محمولا أساسا على الأب تجاه أبنائه فإن ذلك لا يمنع أن تكون الأم ملزمة في عديد الأحيان بنفقة أبنائها سواء بصفة ثانوية إن كان لها مال[2] أو كان الأب في حالة عسر[3] أو بصفة رئيسية متى لم يوجد الأب سواء قانونيا كالغيبة أو واقعيا نتيجة الوفاة.

كما يمكن أن نستنتج من أحكام الفصل 152 م أ ش ما يفيد وجوب إنفاق الأم على طفلها الطبيعي حيث وقع تأويل هذا الفصل تأويلا واسعا باعتبار أنه يؤسس لعلاقة الأمومة بين الأم وطفلها.[4]

- القانون عدد 81 – 7 المؤرخ في 18 فيفري 1981 المتعلق بتنقيح بعض فصول مجلة أ ش
- القانون عدد 74 لسنة 93 المؤرخ في 12 جويلية 1993 والمتعلق بتنقيح بعض فصول مجلة أ ش
- القانون عدد 95 لسنة 95 المؤرخ في 09-11-95 المتعلق بتنقيح واتمام بعض فصول مجلة إ ع

[1]– فصل 37 م أ ش ينص على أن "أسباب النفقة هي الزوجية والقرابة والإلزام".

[2]– فصل 23 م أ ش

[3]– فصل 47 م أ ش

[4] - Sassi ben Hlima : « La filiation paternelle légitime en Droit Tunisien » Thèse pour le doctorat, Tunis 1976, P.331.

ومتى ثبتت تلك العلاقة فإنه من الطبيعي أن ترتب جميع آثارها ومن أهم الآثار المالية المترتبة عن إثبات البنوة هي النفقة والميراث وهذا الفصل يقر الميراث بين ابن الزنا وأمه وقياسا على ذلك يمكن الإقرار بأحقية الإبن الطبيعي بمطالبة أمه بالنفقة غير أن صدور قانون 7 جويلية 2003[1] مكن الابن الطبيعي من إلزام من تثبت أبوته من الأب أو الأم بأداء النفقة كما جعل هذا القانون صراحة من الأم مدينة أصلية للنفقة إذا تم نسبة الطفل إليها أمام هذا الموقف الصريح للمشرع إزاء إلزام بالنفقة يتعين التطرق لهذا الالتزام القانوني للأم العزباء بالإنفاق (فقرة أولى) لنتعرض إلى الضمانات القانونية لأداء هذا الالتزام بالنفقة (فقرة ثانية).

فقرة I : الالتزام القانوني بالإنفاق

أقر المشرع صراحة بموجب تنقيح 7 جويلية 2003 واجب الإنفاق على الأبناء الطبيعيين من قبل الأم على غرار الأبناء الشرعيين، وهو واجب كان قبل صدور هذا القانون مستنتجا من الفقه الإسلامي ومن خلال قراءة لبعض فصول المجلة.

إلا أنه لم يفرد واجب النفقة بأحكام خاصة تتماشى ووضعية الطفل الطبيعي مما يستوجب معه الرجوع إلى الأحكام العامة الواردة بمجلة أ ش لتحديد شروط إلزام الأم بالنفقة (1) لتعرض إلى دراسة مدى وجاهة هذا الإلزام القانوني الصريح للأم العزباء بالإنفاق (2).

1- شروط إلزام الأم العزباء بالنفقة :

يتوقف إلزام الأم العزباء بالانفاق على ابنها، على ضرورة توفر جملة من الشروط القانونية في الابن المستحق للنفقة من جهة (أ) وفي شخص الأم المدينة بالنفقة من جهة ثانية (ب).

أ- الشروط المتعلقة بمستحق النفقة :

تجدر الإشارة إلى أن المشرع نص صراحة من خلال تنقيح 2003 على وجوب إنفاق الأم على طفلها المنسوب إليها مادام لم يبلغ سن الرشد القانوني أو بعده في الحالات المخولة قانونا.

وبقصد بالحالات المخولة قانونا تلك التي اقتضتها أحكام الفصل 46 من م أ ش إذ أنه يستمر الإنفاق على الأبناء حتى بلوغ سن الرشد أو بعده إلى نهاية مراحل تعلهم، على ألا

[1]- الفقرة 4 من الفصل 3 مكرر من قانون 7 جويلية 2003.

يتجاوزوا الخامسة والعشرين من عمرهم، وتبقى البنت مستحقة للنفقة إذا لم يتوفر لها الكسب، أو لم تجب نفقتها على زوجها، كما يستمر الإنفاق على المعوقين العاجزين على الكسب بقطع النظر عن سنهم.

وبالتالي فإن هذه الحالات تنطبق أيضا على الطفل المهمل أو مجهول النسب الذي تثبت بنوته على معنى أحكام الفصل 3 مكرر من قانون 7 جويلية 2003.

وإضافة إلى الشرط المتعلق بالسن فإن استحقاق الابن للنفقة يتطلب توفر شرط سلبي في جانبه وهو أن يكون معدما أي لا مال له وهذا الشرط مستفاد من أحكام الفصل 56 مـــــــن م أ ش الذي ينص على أن مصاريف شؤون المحضون تقام من ماله إذا كان له مال، وأغلب الظن أن هذا الشرط صعب التحقيق بالنسبة للطفل الطبيعي إلا إذا كان أحد المحسنين قد أوصى له بجزء من مكاسبه وأغدق عليه من ماله رأفة به وحنوا.

وعموما فإن استحقاق الطفل الطبيعي للنفقة من جانب أمه في ظل القانون التونسي لا يمكن أن يكون إلا في صورة ثبوت بنوته الحقيقية وانتسابه فعليا إلى أمه الطبيعية على أساس قيام الرابطة الدموية التي ترتب الالتزام القانوني بالنفقة المحمول على عاتق الأم العزباء.

إذ أن قانون 7 جويلية 2003 يعطي من خلال فقرته الرابعة من الفصل 3 مكرر المضاف إلى قانون 28 أكتوبر 1998 للطفل الطبيعي الحق في الحصول على النفقة من قبل من تثبت أبوته من الأب أو الأم باعتباره جعل الحق في النفقة أثرا مباشرا لإثبات البنوة التي تشمل على حد السواء إثبات الأبوة الأمومة. كما جعل الفصل 3 من نفس هذا القانون صراحة من الأم مدينة أصلية للنفقة إذا تم نسبة الطفل إليها طبق أحكام الفصل 3، غير أن النفقة لا تستحق تجاهها إلا من تاريخ جريان العمل بهذا القانون.

المشرع الفرنسي اعتمد نفس الحل حيث يقر بمساهمة كل من الأب والأم في الإنفاق على طفلهما الطبيعي في حدود إمكانياتهما ذلك أن الطرف غير الحاضن للطفل يقوم بدفع مساهمته في النفقة إلى الطرف الحاضن.[1]

[1] – Gerard Cornu : droit civil, introduction, les personnes, les biens, 11ème édition mont chrestien , EJA, Paris, 2003.

ب- الشروط المتعلقة بالأم العزباء المدينة بالنفقة

لقد نص الفصل 52 من م أ ش على أن " **النفقة تقدر بقدر وسع المنفق وحال المنفق عليه وحال الوقت**".

والأصل أن يتحمل الأب واجب الإنفاق على أبنائه سواء كانوا أبناء شرعيين أو طبيعيين، على أنه لا يمكن أن يتيسر ذلك في جميع الأحوال خاصة إذا كان معسرا لا يملك موارد مالية تخول له الاضطلاع بهذا الواجب، أو مجهولا ولم تثبت أبوته تجاه ابنه الطبيعي.

وفي هذه الحالة فإن واجب الإنفاق ينتقل إلى الأم باعتبارها أيضا مسؤولة عن طفلها وهو ما تؤكده أحكام الفصل 47 من م أ ش والذي جاء فيه "**الأم حال عسر والأب مقدمة على الجد في الإنفاق على ولدها**".

فالأم تبقى ملزمة بالإنفاق في صورة عسر الأب أو حتى في صورة عدم ثبوت أبوته لطفلها الطبيعي، والتزام الأم هنا بالنفقة هو التزام أصلي لثبوت رابطة الأمومة لأنه لا يمكنها من الرجوع على الأب ولا على الجد باعتبار أن المشرع اعتمد العائلة المضيقة المكونة من الأبوين وأطفالهما وهو ما يظهر أيضا من أحكام الفصل 47 م أ ش.

2- مدى وجاهة إلزام الأم العزباء بالإنفاق :

كما إن واجب الإنفاق على الطفل الطبيعي من قبل الأم تعود جذوره إلى ما قبل صدور قانون 7 جويلية 2003 ذلك أن، الفصل 152 من م أ ش تعرض إلى علاقة التوارث التي تقوم بين ولد الزنا وأمه وقرابتها. إذ جاء بالفصل المذكور ما يلي : "**يرث ولد الزنا من الأم وقرابتها وترثه الأم وقرابتها**".

ولئن اختار المشرع التونسي لغة المباشرة فتحدث صراحة على الزنا واقتصر على بيان حكم علاقة التوارث بينه وبين أمه وقرابتها، فإن المشرع المغربي استعمل عبارات ألطف وأعطى بصياغته هامشا أوسع للاستنتاج.[1]

[1]- رضا خماخم: أحكام النفقة حسب تنقيح مجلة أ ش في 12 جويلية 1993، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية 19952 .ص 54.

إذ جاء بالفقرة الثانية من الفصل 83 من المدونة المغربية بأن : "**البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب فلا يترتب عليها شيء من ذلك إطلاقا، وهي بالنسبة للأم كالشرعية لأنه ولدها.**" ويفهم من هذه العبارات أن للابن حقوقا تجاه أمه منها الحق في النفقة.

وإذا عدنا إلى الفقه الإسلامي نجد أن الأحناف يوجبون على الأم نفقة ما يسمى بالابن الزنيم لأنه ابنها قطعا[1]، بذلك يمكن عن طريق التأويل الواسع القول بأحقية الابن الطبيعي في مطالبة أمه بالنفقة باعتبار أنه إذا كان حقه في الإرث من أمه وقرابتها قائما فمن باب أولى أن يكون حقه في النفقة قائما.

وليس هذا هو التخريج الوحيد الذي يمكن الأخذ به، بل يمكن أيضا الاستناد إلى طريقة القياس كما أكد ذلك أحد شراح القانون الذي ذكر في هذا الصدد أنه: "مهما يكن موقف المشرع، وحتى إذا قمنا بتأويل الفصل 152 تأويلا ضيقا وحصرنا تطبيقه في الميراث، فذلك لا يمنعنا من قياس آثار النسب الثابت بالنسبة للآثار الناتجة عن النسب الثابت للأب.[2]

وفي تعليق عن هذا الاستنباط لوحظ : "أن هذا الرأي قد راعى الترابط الموجود بين النفقة والنسب، وهو ترابط عضوي ومطلق بالنسبة للقانون التونسي، فالنفقة لا تعدو أن تكون أثرا مباشرا وحتميا لثبوت نسب الطفل سواء من جهة الأب أو الأم"[3]

وأما بعد صدور قانون 28 أكتوبر 1998 الذي خول إثبات الأبوة الطبيعية، فقد أصبح للطفل الطبيعي الحق في الإنفاق عليه من قبل والده، فهل يعني ذلك أن الأم العزباء تعفى من الإنفاق على ابنها الطبيعي في حال إثبات بنوته تجاه والده؟

إن الفصل الأول للصياغة الأصلية لقانون 28 أكتوبر 1998 جعل من النفقة أثرا لإسناد اللقب عندما نص على أنه : "**وفي هذه الحالة فإن إسناد اللقب يخول للطفل الحق في النفقة...**" فحضر هذا الفصل واجب الإنفاق في الأب مقصيا بذلك دور الأم ولا يلزمها في الإنفاق على ابنها الطبيعي.[4]

---

[1]– عمر فروخ : الأسرة في الشرع الإسلامي، الطبعة الثانية، المكتبة العصرية صيدا (بيروت)، 1974 ص 110.

[2]– عبد الرؤوف بالشيخ : الوضعية القانونية للبنوة الغير شرعية في القانون التونسي، مذكرة ص 167.

[3]– سعيد غبوش: نفقة الأبناء مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1980 ص. 28.

[4]– رضا الوسلاتي الحماية القانونية لمجهولي اللقب العائلي، مجلة القضاء والتشريع عدد 4 سنة 2004، ص 62

غير أن شراح القانون اعتبروا أن هذا الفصل لا يقصي دور الأم نهائيا في الإنفاق وذلك بالرجوع إلى صياغة الفصلين 46-47 من مجلة م أ ش التي توحي بأن قاضي الموضوع سوف يأخذ بعين الاعتبار مساهمة الأم في الإنفاق على إبنها عند تحديده لمبلغ النفقة سيما وإن كانت في حالة يسر، إلى أن أقر قانون 7 جويلية 2003 صراحة وجوبية النفقة في جانب الأم العزباء.

وفي ذلك مراعاة لأحكام الاتفاقية الأممية لحقوق الطفل التي نادت بإلغاء جميع أشكال التمييز بين سائر الأطفال وتحميل الوالدين أو أحدهما مسؤولية القيام في حدود إمكانياتهم وقدراتهم بتوفير ظروف المعيشة اللازمة لنمو الطفل.[1]

كما أن المتأمل في مختلف أحكام مجلة الأحوال الشخصية عموما وأحكام النفقة على وجه الخصوص إضافة إلى قانون 7 جويلية 2003، يجد أن المشرع قد خفف كثيرا من حدة الطابع الأبوي وذلك بإعطاء دور فاعل للأم العزباء على مستوى واجب النفقة على ابنها وذلك بتمكينها من المشاركة والإسهام في هذا الواجب[2] ، وذلك منعا للإلتجائها إلى التواكل أو الانتظار الذي لا طائل منه نتيجة تلدد أب عن أداء النفقة، أو غيابه أو فراره.

فواجب الإنفاق المحمول على الأم العزباء يدفعها إلى العودة إلى الإندماج في وسطها العائلي كلما أمكن ذلك واكتساب استقلاليتها الاقتصادية لاحتضان طفلها والتعهد به في أحسن الظروف.

لاسيما مع تدخل العديد من الأطراف لمد يد المساعدة لهذه الأم كاللجنة الجهوية للمتابعة التي تحت إشراف كاتب الدولة لدى وزير الشؤون الاجتماعية تسعى بالتنسيق مع المصالح الجهوية إلى توفير موطن شغل للأم العزباء كلما أمكن ذلك وقاية لها من الانحراف، وتفاديا لإهمال طفلها.

وعموما فإن انتقال واجب الإنفاق إلى الأم لا يثير إشكالا مقارنة بانتقال هذا الواجب إلى الجد في صورة إعسار الأب أو الأم.

ويمكن القول أن خصوصية وضعية الطفل الطبيعي لا يمكن أن ترقى إلى وضعية الطفل الشرعي وهو ما يجعل الجد للأب أو الجد للأم غير مطالب مبدئيا بواجب الإنفاق على الطفل

[1]- المادة 27 ثانيا من اتفاقية حقوق الطفل.
[2]- رضا خماخم : المرجع السابق

الطبيعي، كما أن القانون 7 جويلية 2003 هو قانون خاص لا يثبت سوى الرابطة الدموية ويرتب بعض الالتزامات المحمولة على الأب أو الأم حددها على وجه الحصر.[1]

فالأم العزباء مطالبة إذا على جانب الأب في الإنفاق على ابنها غير الشرعي لكن ماذا لم أخلت بواجبها في الإنفاق، هل يمكن أن تطبق في هذه الحالة نفس الضمانات لأداء النفقة بالنسبة للابن الشرعي؟

فقرة II : الضمانات القانونية لأداء النفقة

لئن كان قانون 7 جويلية 2003 قد ألزم الأم بالإنفاق على ابنها الطبيعي إلا أنه في غياب تنصيص صريح يضمن أداء النفقة من قبل الأم العزباء لفائدة طفلها المهمل أو مجهول النسب، يقع التساؤل، هل يعني هذا أن هذا القانون يحرم الابن من فرصة المطالبة بالحصول على مستحقاته في النفقة؟

و يمكن الأم العزباء من التفصي من الإنفاق على ابنها؟

نظرا للصبغة المعاشية للنفقة يمكن قياسا على الأحكام العامة المطالبة بذلك قضائيا (1) وفي صورة تعذر تنفيذ الأحكام الباتة بالنفقة الصادرة ضد الأم لفائدة طفلها الطبيعي فهل يمكن مطالبة صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق بدفع المبالغ المستحقة (2).

1- التدخل القضائي وإلزام الأم بالإنفاق على ابنها :

عند امتناع الأم العزباء عن الإنفاق عن طفلها بصفة إرادية، فالابن إذا كانت له أهلية التقاضي أو للأب أو من أسندت له الحضانة القيام في حقه بدعوى النفقة لدى المحكمة المختصة أما بالنسبة للاختصاص الترابي فيمكن القيام بالدعوى لدى المحكمة التي بدائرتها مقر الدائن بالنفقة، أو التي بدائرتها مقر المطلوب، ويخضع ذلك لاختيار القائم بالدعوى وذلك تسهيلا عليه لإجراءات القيام بالدعوى، وتخفيفا عليه من أعباء التقاضي.

وعموما فإن التدخل القضائي يكفل إلزام الأم العزباء بالإنفاق على ابنها، وذلك من خلال الحكم عليها بدفع معينات النفقة التي يخضع تقديرها لإجتهاد المحكمة، ويجوز للمحكمة الإذن بالتنفيذ الوقتي لأحكام النفقة، بالنظر للصبغة المعاشية لهذه الأحكام ولتأكد حاجة الابن للنفقة كما

[1]– أنيس سكمة : مرجع سابق، ص 132.

يجوز للأم العزباء المحكوم عليها بالنفقة كما هو الشأن بالنسبة للابن المدين بالنفقة المطالبة قضائيا بمراجعة حكم النفقة وتعديله بما يتلاءم مع حاجيات الابن المنفق عليه وقدرة المنفق ووسعه في الإنفاق، ويجوز مراجعة حكم النفقة إذا وجدت أسباب جدية تبرز المراجعة، ويبقى ذلك من المسائل الموضوعية الخاضعة لإجتهاد محاكم الأصل، شرط التعليل طبعا.

ويعد امتناع الأم العزباء الملزمة قانونا بالإنفاق على طفلها عن تقديم مبالغ النفقة المحكوم بها قضاءا لصالحه جريمة، إذ يمكن تتبعها من أجل جريمة إهمال عيال المنصوص عليها.

وعلى عقاب مرتكبها بالفصل 53 من م أ ش والذي يقتضي أن "**كل من حكم عليه بالنفقة أو بجراية الطلاق فقضى عمدا شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه يعاقب بالسجن مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وعام وبخطية من مائة دينار إلى ألف دينار والأداء يوقف التتبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب**".

وما يمكن ملاحظته إن عبارة هذا الفصل وردت مطلقة دون تمييز بين الأطفال على أساس طبيعة البنوة بعبارة "**كل من حكم عليه بالنفقة**" مما يجعل أحكام هذا الفصل تطبق على الأب الطبيعي وكذلك الأم العزباء ، باعتبار وأن الأم أصبحت بمقتضى قانون 7 جويلية 2003 مطالبة بالإنفاق على ابنها الطبيعي و يمكن تبعا لذلك تتبعها من أجل جريمة إهمال عيال.

وإذا ما افترضنا جدلا أن حضانة الطفل الطبيعي أسندت إلى والده، فهل يمكن لهذا الأخير مطالبة أم الطفل بالإنفاق عليه وهل يمكنه تتبعها عند تلددها في دفع النفقة؟

لقد نص الفصل 3 من القانون عدد 53 لسنة 2003 المؤرخ في 7 جويلية 2003 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض أحكام قانون إسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، على أن "**النفقة لا تستحق تجاه الأم إن ثبت نسبة الطفل إليها طبق أحكام الفصل 3 مكرر من هذا القانون إلا من تاريخ جريان العمل به**".

لذلك يمكن القول بأنه لا شيء يحول دون قيام الأب الحاضن للطفل الطبيعي بمطالبة أمه بالمساهمة في الإنفاق على ابنها، ولا شيء يمنع الأب كذلك من تتبع الأم من أجل جريمة إهمال عيال طبق الفصل 53 مكرر من م أ ش وهذا الاتجاه يتأكد من خلال تدخل المشرع بموجب

تنقيح 7 جويلية 2003 وإقرار حق الطفل المهمل أو المجهول النسب التمتع بنفقة أمه في صورة ثبوت أمومتها تجاهه.

وتجدر الملاحظة أن المشرع أقر مبدأ عدم رجعية وجوبية النفقة سواء تجاه الأب أو تجاه الأم.

حيث نص الفصل 6 من قانون 1998 في نسخته الأصلية على أنه : "**يكون لأحكام هذا القانون مفعول رجعي على الوضعيات السابقة لتاريخ نفاذه على أن النفقة لا تستحق إلا من تاريخ جريان العمل بهذا القانون**"

كما أضاف الفصل 3 جديد من تنقيح 7 جويلية 2003 "**وتنطبق مقتضيات هذا القانون على الوضعيات السابقة لتاريخ نفاذه على أن النفقة لا تستحق تجاه الأم التي تثبت نسبة الطفل إليها طبق أحكام الفصل 3 مكرر من هذا القانون إلا من تاريخ جريان العمل به.**"

فرغم تأكيد المشرع على انطباق أحكام القانون المتعلق بإسناد اللقب العائلي بمفعول رجعي إلا أنه استثنى من ذلك الأحكام الخاصة بالنفقة، بحثي لا تكون النفقة واجبة على الأم العزباء بحسب الحالات الأمن تاريخ سريان العمل بهذا القانون.

ويمكن تبرير ذلك برغبة المشرع في إيجاد حلول شاملة وكاملة وتشجيع الآباء والأمهات العزباوات على الاعتراف بأبنائهم والقيام بواجباتهم المالية دون خوف من إثقال كاهلهم يدفع مستحقات قديمة أو إمكانية تعرضهم للتتبعات المدنية أو الجزائية من جراء عدم تحمل مسؤوليتهم والتزاماتهم تجاه طفلهم الطبيعي.

2- صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق :

إذا تلدد الأب أو أم في خلاص ما حكم عليه من نفقة، أو أنهما عجزا عن ذلك بحكم عدم توفر القدرة المادية لهما، فهل يمكن مطالبة صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق بدفع المبالغ المستحقة، خاصة وأن الفقرة الثانية من الفصل 53 مكرر من م أ ش نصت على أنه:"**ويتولى صندوق النفقة وجراية الطلاق دفع مبلغ النفقة أو الجراية الصادرة بها أحكام باتة تعذر تنفيذها لفائدة المطلقات وأولادهن من المحكوم عليه بسبب تلدده وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها بالقانون المحدث للصندوق.**"

إن الغاية من إحداث هذا الصندوق تكمن في إزالة الأضرار اللاحقة من جراء عدم دفع مستحقات النفقة وتوفير الحماية اللازمة للأبناء الشرعيين دون توسيع نطاق الحماية لتشمل أيضا الأبناء الطبيعيين وتكفل حقهم في النفقة.

كما أنه يمكننا القول أنه من خلال قراءة هذه الفقرة من الفصل 53 مكرر م أ ش نلاحظ أن التمتع بخدمات صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق يخص "**المطلقات وأولادهن**" وتقتضي القاعدة العامة الواردة بالفصل 532 م إ ع أن "**نص القانون لا يتحمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون**" وهو ما من شأنه أن يحرم الإبن الطبيعي من التمتع بخدمات هذا الصندوق نظرا لخصوصية طبيعة بنوته المؤسسة على عدم شرعية العلاقة بين أبويه.

وهو ما يدعو المشرع التونسي إلى إعادة التفكير في موقفه ومحاولة إقحام الأبناء الطبيعيين ضمن قائمة المتمتعين بخدمات هذا الصندوق لحماية حقوقهم وأخذا بمبدأ المساواة مع غيرهم من الأبناء بما ينسجم مع أحكام الفقرة 4 من الفصل 27[1] من الاتفاقية الأممية لحقوق الطفل ومع الغايات المنصوص عليها بالفصل 1 من مجلة حماية الطفل.

مبحث II : حلول الأم محل الطفل في التعويض عن المسؤولية المدنية

إن مبدأ العام للتشريعات يقتضي أن المسؤولية شخصية فكل فرد يتحمل مسؤولية أفعاله غير أنه وحفاظا على حقوق المتضرر أعفت أغلب القوانين المقارنة المتضرر من إثبات الخطأ للحصول على التعويض وأوجدت قرينة الخطأ في جانب من التزم بالرقابة بمقتضى الإتفاق أو القانون.[2]

فالأصل في مادة المسؤولية التقصيرية أن لا يكون الإنسان مسؤولا إلا عن الأفعال الضارة التي تصدر عنه مباشرة وشخصيا وهو ما يعبر عنه بالمسؤولية عن الفعل الشخصي.[3]

[1]- تنص أحكام الفصل 27 من اتفاقية حقوق الطفل على أنه " تتخذ الدول الأطراف كل التدابير المناسبة لكفالة تحصيل نفقة الطفل".

[2]– جمال شهلول: الحق في الهوية، مجلة القضاء والتشريع، جانفي 1993، ص 136.

[3]– أنيس سكمة : مرجع سابق ص 115

غير أن مبدأ التضامن العائلي يفرض تحمل الأولياء تبعة الأفعال الصادرة عن أطفالهم وتعويض الضرر الذي قد يتسبب فيه أحدهم تجاه الغير.[1]

وعلى هذا الأساس أقر المشرع التونسي على غرار بقية التشاريع المقارنة مسؤولية الآباء والأمهات عن أفعال أبنائهم القصر بمجرد ثبوت خطأ في ممارسة الرقابة والتقصير في الحفظ وهو ما اقتضاه الفصل 93 م إ ع[2] الذي تنص أحكامه على ما يلي "**الأب والأم مسؤولان بالتضامن عن الفعل الصادر عن الطفل بشرط أن يكون ساكنا معهما. ويجوز دفع هذه المسؤولية إذا أثبت أحدهما أنه راقب الطفل كل المراقبة اللازمة أو أن الضرر نتج عن خطأ من المتضرر نفسه. وفي صورة تجزئة مشمولات الولاية فإن أحكام هذا الفصل تنطبق على الحاضن.**"

وبموجب تنقيح 7 جويلية 2003 تدخل المشرع للتوسيع في نطاق هذه المسؤولية المشتركة بين الوالدين وجعلها تشمل إلى جانب الأبناء الشرعيين أيضا الأبناء الطبيعيين الذين ثبتت هويتهم الحقيقية على معنى أحكام هذا القانون وفي ذلك حماية لهؤلاء الأبناء من المسؤولية المباشرة من جهة وحفظ لحقوق الغير الذي قد يلحقه ضرر من جراء تصرفاتهم.

حيث نص الفصل 3 مكرر على أنه "**وتبقى مسؤولية الأب والأم قائمة نحو الطفل والغير طيلة المدة القانونية في كل ما يتعلق بأحكام المسؤولية وفق ما يقتضيه القانون**".

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الأم تتحمل التعويض سواء كان الطفل شرعيا أو طبيعيا ثبتت بنوته للأب طبقا لأحكام قانون 1998 المنقح بقانون 7 جويلية 2007 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب حيث تحمل المسؤولية على الأب والأم في صورة ثبوت أبوته.[3]

كما يمكن لنا أن نستنتج من ذلك تحمل الأم العزباء للمسؤولية بصورة منفردة بالنسبة للابن الطبيعي متى لم تثبت الأبوة.

---

[1] – Starek (B), Obligations, responsabilité délictuelle, 4ème éd Litec, P 452.

[2] – محمد الزين: المسؤولية التقصيرية، محاضرات مرقونة ألقيت على طلبة السنة الثانية من الأستاذية في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، السنة الجامعية 2001–2002

[3] – Voir à ce propos : Awatef Abdelkader : la filiation paternelle après la loi du 28 octobre 1998 DEA Sciences Juridiques fondamentales faculté de sciences juridiques de Tunis 1999-2000

وبصورة عامة فإن قيام واجب التعويض على الأم العزباء سواء بالتضامن أو بصورة منفردة وانطباق قرينة الخطأ عليها يخضع لشروط قيام المسؤولية الواردة بالفصل 93 مكرر التي لا يمكن للأم أن تكون مسؤولة في غيابها اللهم عن فعلها الشخصي وتتميز هذه الشروط (فقرة أولى) بأنها تقوم بنفس الصورة تجاه الأم والأب.

غير أن خصوصية قيام المسؤولية على الأم العزباء تكمن في الجدل الذي أثاره مبنى هاته المسؤولية (فقرة ثانية).

فقرة I : شروط قيام المسؤولية على كاهل الأم العزباء :

إن هذه الشروط لم تشهد تغييرا بمقتضى الفصل 93 مكرر ويمكن حصرها في شرط المساكنة والسن والفعل الضار.

1- شرط المساكنة

لئن كانت مسؤولية الأبوين قائمة على افتراض خطأ في الرقابة والتربية[1] فإن واجب الرقابة والتربية لا يمكن أن يقوم دون مساكنة ومن أجل ذلك فقد نصت على هذا الشرط عديد التشاريع كالتشريع الفرنسي[2] والتونسي سواء قبل تنقيح 9 نوفمبر 1995[3] أو بعده.

ففي إطار الفصل 93 مكرر م إ ع اشترط المشرع قيام المساكنة عند الإشارة إلى المسؤولية التضامنية بين الأبوين وسكت عن هذا الشرط في الفقرة الثانية من هذا الفصل والمتعلقة بمسؤولية الأم الحاضنة منفردة في صورة حضانتها لأطفالها عند انفصام الرابطة الزوجية، غير أن توفر شرط المساكنة يمكن استنباطه ضمنيا في هذه الصورة بما أن المساكنة تعتبر العنصر المادي لممارسة الحضانة.[4]

ولقد أثار شرط المساكنة عديد الإشكاليات التي تعلقت بالخصوص بكيفية تقدير ذلك الشرط ولقد وجد فقه القضاء نفسه ملزما بالإجابة عن بعض الأسئلة منها ما تعلق بنوعية

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري : الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، دار التراث العربي بيروت ص 357.

[2]– الفصل 1384 فقرة رابعة سالف الذكر

[3]– الفصل 93 قديم:..."الوالد والأم بعد وفاة زوجها مسؤولان عن الضرر المتسبب عن فعل أولادهم الذين سنهم دون 18 سنة كاملة والساكنين معهما"

[4]– سعاد باباي يوسف: مسؤولية الأبوين أو من حل محلهما عن الضرر الصادر عن الطفل، قضاء وتشريع، مارس 1997، ص 194.

المساكنة التي يجب الأخذ بها، فهل هي المساكنة الفعلية أم المساكنة القانونية؟ وهل يجب أن تكون تلك المساكنة متواصلة أم يصح الاكتفاء بالمساكنة الظرفية؟

لقد تبنى فقه القضاء الفرنسي التقليدي مفهوما ضيقا وماديا للمساكنة فاعتبر أن انقطاع المساكنة ولو بصورة ظرفية نتيجة ظروف معينة كانتقال الطفل قصد الدراسة إلى مدينة أخرى حين حصول الضرر[1] أو لأي سبب آخر يكون فيه الطفل حين حصول الضرر غير مساكن لأمه[2] سببا كافيا لإعفاء الأبوين من المسؤولية.

غير أن هذا الإعفاء من المسؤولية غالبا ما وقع ربطه بمدى مشروعية الانقطاع عن المساكنة فإذا كان هذا الانقطاع نتيجة إهمال مثلا فإن المسؤولية تبقى قائمة.[3]

ويرى أحد الفقهاء[4] أن القانون التونسي أخذ نفس الاتجاه مستنتجا من عبارات الفصل 93 م إ ع أن المشرع يهدف إلى تفسير ضيق للمساكنة فلا تنطبق قرينة الخطأ إلا في صورة مساكنة اعتيادية ومتواصلة : " Une cohabitation habituelle et continue ".

إن هذه النظرية وقع نقدها من خلال الفقه الفرنسي باعتبار أنها قد تؤدي إلى عدم وجود طرف مسؤول مما جعل فقه القضاء الفرنسي الحديث يتخذ اتجاها مخالفا يجعل للمساكنة مفهوما مجردا يقصي إمكانية تفصي الوالدين اعتمادا على عدم وجود هذا الشرط.[5]

2- شرط السن :

لقد أشار الفصل 93 في تحريره القديم إلى شرط السن حين اعتبر أن قرينة المسؤولية لا تنطبق على الأبوين إلا إذا كان ولدهم لم يبلغ بعد 18 سنة.[6]

إلا أن الفصل 93 مكرر والذي أحدث بموجب تنقيح 1995، لم يتعرض لذلك الشرط، فهل يعد ذلك تخليا من المشرع عن ذلك الشرط؟

---

[1] − Cass civ – 4 Juillet 1951, Gazette du palais, 1951, 2 p.239.

[2] − Cass- crim 27/02/1931 Gazette du palais 1931, 1er semestre p 614 : le principe : « le juge ne peut déclarer la mère veuve civilement responsable de son fils mineur sans constater que celui-ci habitait avec sa mère au jour de délit ».

[3] − Trib. Grand inst du 14/01/1966. D1966 p.707, note Pelier.

[4] − Ferchichi (B) : Thèse précitée p 582.

[5] − Voir a ce propos : Gouttenoire cornu (A) : responsabilité des parents ; notion de cohabitation JCP n°36, 6 Septembre 2000 p 1607 et suiv.

[6] – فصل 93 قديم : "الوالد والأم بعد وفاة زوجها مسؤولان عن الضرر المتسبب عن فعل أولادهم الذين سنهم دون الثامنة عشر سنة كاملة..."

يمكن أن يتبادر للذهن أن المشرع أراد تمديد تلك المسؤولية إلى بلوغ الطفل سن الرشد أي 20 سنة وتجد هذه الفكرة مبررا لها في أحكام الفصل 7 م إ ع فهذا الفصل كان في تحريره القديم يحدد سن الرشد بـــ18 سنة[1] ، وكان بذلك متماشيا مع اشتراط سن الثمانية عشر الوارد بالفصل 93 قديم ثم أصبح بمقتضى قانون 3 أوت 1956 سن الرشد القانوني هو 20 سنة مما يستوجب فهم الفصل 93 مكرر على هذا الأساس، أي استمرار انطباق قرينة المسؤولية إلى بلوغ سن الرشد.

إن النصوص الحديثة تدعونا إلى تأويل مخالف لذلك، فعبارة الطفل المشار إليها بالفصل 93 مكرر يجب فهمها بالصورة التالية على ضوء الفصل 3 من مجلة حقوق الطفل: "**المقصود بالطفل على معنى هذه المجلة كل إنسان عمره أقل من 18 سنة...**" مما يؤكد أن شرط السن لم يتغير وهو أمر أقرته محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 28 ماي 1996 الذي جاء فيه "حيث أن الآباء يعتبرون مسؤولين شخصيا ومن مالهم الخاص عن الأضرار التي تتسبب فيها أولادهم الساكنين معهم الذي سنهم دون 18 سنة".[2]

غير أن هنالك إشكالا يطرح نفسه يتمثل في مدى انطباق قرينة المسؤولية على الأم في صورة ترشيد الطفل؟

لم تورد مجلة الالتزامات والعقود حلا صريحا في هذه المسألة على خلال المشرع الفرنسي[3] الذي يرى في الترشيد أهلية مسبقة تعفي الأبوين من المسؤولية، فهل يمكن اتخاذ نفس الموقف في القانون التونسي؟

إن القانون التونسي نظم نوعين من الترشيد: الترشيد بالزواج[4] والترشيد القضائي[1] . فالترشيد هو عمل قد يحصل بقوة القانون أو بتدخل السلطة القضائية بهدف إلحاق شخص قاصر بوضعية الشخص الرشيد.[2]

---

[1]– الفصل 7 قديم : "كل إنسان ذكر تجاوز 18 سنة كاملة يعتبر رشيدا بمقتضى هذا القانون أما الأنثى فإنها تبقى في قيد الحجر إلى مضي عامين من تاريخ تزويجها"

[2]– قرار تعقيبي عدد 40202 مؤرخ في 28 ماي 1996، النشرية القسم المدني ص 388.

[3] - 482-2.c.civ.fr : « le mineur émancipé cesse d'être sous l'autorité de ses père et mère ceux-ci ne sont pas responsables de plein droit en leur seule qualité de père ou de mère du dommage qu'il pourra causer postérieurement à son émancipation.

[4]– الفصل 153 أ ش : "...وزواج القاصر يرشده إذا تجاوز السابعة عشر من عمره فيما يتعلق بحالته الشخصية ومعاملاته المدنية والتجارية".

وهو ما يجعل تحميل المسؤولية تقوم على الطفل المرشد خاصة وأن الفصل 3 من مجلة حقوق الطفل حين عرف الطفل استثنى من بلغ سن الرشد بمقتضى نصوص خاصة.

3- الفعل الضار :

لقد اشترط المشرع التونسي لقيام المسؤولية على كاهل الأبوين بصفة عامة والأم بصفة خاصة صدور فعل ضار عن الطفل لكنه لم يعتن في المقابل بتوضيح طبيعة ذلك الفعل الضار فهل يقتصر الأمر على الفعل الشخصي للطفل أم أنه يشمل أيضا فعل الأشياء التي في حفظه؟ وهل أن حصول الضرر كاف لقيام المسؤولية على الأبوين أم يشترط قيام الطفل بفعل خاطئ؟

إن هذا السؤال يكتسي أهمية كبرى لأنه لا يبين إن كانت مسؤولية الأم مسؤولية أصلية للصغير تقوم بمجرد حصول الفعل الضار عن الطفل أم أنها مسؤولية تبعية لا تقوم إلا متى ثبتت مسبقا جميع عناصر المسؤولية في شخص الطفل.

لقد اعتبر بعض الفقهاء أن أساس قيام مسؤولية الأبوين هو افتراض خطأ في التربية والرقابة ولا يمكن استنتاج هذا الخطأ إلا من خلال التصرف المخطئ للطفل[3].

ولقد سار في هذا الاتجاه جانب من فقه قضاء محكمة التعقيب الفرنسية[4].

غير أن اشتراط الخطأ في جانب الطفل يطرح إشكاليتين تتعلق الأولى بمدى قيام مسؤولية الأبوين في صورة حصول الضرر عن صغير غير مميز، وتتعلق الثانية بمدى قيام هذه المسؤولية إذا كان الضرر ناتجا عن الأشياء التي تكون في حفظ الصغير.

ففي صورة حصول الضرر عن الطفل غير المميز[5] فإن عنصر الخطأ لا يمكن أن يتحقق لأن الخطأ يفترض التمييز والإدراك الكامل لعواقب الأفعال[6] مما قد يحول دون إمكانية قيام مسؤولية الأبوين.

---

[1]– فصل 158 أ ش : " يمكن للحاكم ترشيد الصغير مقيدا أو مطلقا كما يمكن له الرجوع في الترشيد إذا قام لديه موجب في ذلك" وفصل 159 أ ش:" لا يمكن ترشيد الصغير إذا لم يتم الخامسة عشرة"

[2] - Ferchichi (B) : Les responsabilité des pères et des mères du fait de leurs enfants mineurs, mémoire pour obtenir un DEA en privé ; Faculté de droit de Tunis 1972-1973 p20-21.

[3] – Martin tJ) : la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs, JCP 1963, I, P 1755

[4] – Cass civ, du 25-1-1957, D 1957, P.163

[5] – Voir a ce propos : Xavier Blanc (J) : la responsabilité de « l'infans », R.T.D, civ 1957, P.28 et suiv.

[6]– ينص الفصل 105 م أ ع على أنه : "لا ضمان على الصغير غير المميز وكذلك المجنون حال جنونه وهو بذلك يكرس النظرية الشخصية للمسؤولية المدنية التي تجعل الخطأ متكونا من 3 عناصر وهم عنصر مادي وعنصر اجتماعي وعنصر معنوي أي الإرادة."

وفي نفس ذلك الإطار فإن قيام مسؤولية الطفل باعتباره حافظا للشيء قد لا تمكن من انطباق قرينة المسؤولية على كاهل الأم ذلك أن الخطأ ليس أساسا للمسؤولية الشيئية التي تثبت وتأكدت طبيعتها الموضوعية.[1]

لكن محكمة التعقيب الفرنسية[2] ذهبت في عكس هذا الاتجاه مبينة أن القانون لم يفرق بين الأسباب التي تقوم عليها مسؤولية الطفل فسواء كانت مسؤولية الطفل قائمة عن فعله الشخصي أم عن الأشياء التي في حفظه فإن قرينة المسؤولية تقوم على الأبوين.

ولقد أدى تطور نطاق المسؤولية التي أصبحت تهدف بالأساس لضمان التعويض إلى تبني القانون وفقه القضاء الفرنسي لمفهوم موضوعي لمسؤولية الأبوين.[3]

الفقرة II : مبنى مسؤولية الأم العزباء عن فعل ابنها

إن تنقيح 2003 جعل المسؤولية مشتركة بين الأب الطبيعي والأم العزباء خلافا لما تضمنه قانون 1998 من ضرورة تحمل الأب بمفرده مسؤولية أفعال طفله القاصر في صورة ثبوت أبوته له، وفي ذلك تكريس لمبدأي العدالة والمساواة بين الأطفال الطبيعيين والشرعيين من جهة وبين الأبوين من جهة ثانية.

غير أنه يتجه الرجوع إلى الأحكام العامة المنظمة للمسؤولية عن فعل الغير وتحديدا الفصل 93 مكرر من م إ ع المتعلق بمسؤولية الآباء عن أفعال أبنائهم القصر لتحديد مبنى هذه المسؤولية ونظامها القانوني.

وقبل تنقيح الفصل 93 م إ ع بقانون 1995/11/9 كان من المتعذر إيجاد مبنى قانوني واضح لمسؤولية الأبوين بصفة عامة ولمسؤولية الأم العزباء بصفة خاصة، خاصة وأنه لم تقع الإشارة ضمن الفصل 93 م إ ع قديم إلى أي مؤسسة من المؤسسات التي تنظم في القانون التونسي علاقة الأبوين بأبنائهما وذلك خلاف للفصل 93 مكرر الذي أشار في فقرته الثانية إلى

[1]– لقد نص على ذلك المشرع الفرنسي صراحة بالفصل 1384 من المجلة المدنية الفرنسية، كما أقرت الدوائر المجتمعة التونسية الأساس الموضوعي للمسؤولية الشيئية بعد فترة من تذبذب فقه القضاء : أنظر قرار تعقيبي مدني عدد 475822 المؤرخ في 1995/03/16، قضاء وتشريع 1996 عدد 5 ص 53.

[2] -C.Cass, chb civ, 10-2-1966, RTD civ. P.333 : « Si la responsabilité des parents suppose que celle de l'enfant ait été établie, la loi ne distingue pas entre les causes qui ont pu donner naissance à la responsabilité de l'enfant ».

[3]– سعاد يوسف باباي : مقال سابق ص 197.

كل من الحضانة والولاية مما يلزم الباحث الرجوع إليهما لدراسة إمكانية إسناد مسؤولية الأم عليهما في صورة وجود الأب الطبيعي (1) وفي صورة غيابه (2).

1- في وجود الأب الطبيعي مسؤولية تضامنية :

ينص الفصل 93 مكرر في فقرته الأولى على ما يلي : "**الأب والأم مسؤولان بالتضامن عن الفعل الضار الصادر عن الطفل**".

لقد أنشأ قانون 1995/11/09 بمقتضى هذه الفقرة مسؤولية تضامنية[1] تقوم بالتساوي بين الأب والأم في صورة قيام الرابطة الزوجية أي في حالة وجود مساكنة بينهما ويذكرنا هذا الاتجاه التشريعي بالقانون الفرنسي المؤرخ في 4 جوان 1970 والذي جاء منقحا لأحكام الفصل قديم 1384.[2]

فلقد كان الفصل 1384 قديم من المجلة المدنية الفرنسية كما هو الشأن بالنسبة للفصل 93 قديم م إ ع ينص على مسؤولية تفاضلية تقوم أولا على كاهل الأب ثم على كاهل الأم في صورة وفاته ولقد ورد تنقيح الفصل 1384 من المجلة المدنية الفرنسية في إطار توجه تشريعي جديد ونظام كامل يهدف إلى دعم المساواة بين الأبوين[3] بأن ألغى رئاسة العائلة " La puissance paternelle" وعوضها بالسلطة الأبوية "L'autorité parentale"[4] مما جعل الأم على قدم المساواة مع الأب في الحقوق والواجبات وهو ما حتم تنقيح الفقرة الرابعة من الفصل 1384 وإرساء المسؤولية التضامنية.

وسار المشرع التونسي في نفس الاتجاه عند تنقيح 2003 بأن جعل المسؤولية تضامنية بين الأم بصفة عامة والأم العزباء بصفة خاصة والأب الذي ثبتت أبوته وذلك في التعويض عن الأضرار الناتجة عن ابنهما القاصر.

---

[1]– يعتبر الالتزام التضامني من بين الالتزامات المتعددة الأطراف التي يرتبط فيها الأطراف المتعددون بعلاقة خاصة تجعلهم متضامنين في الدين أو في الحق موضوع ذلك الالتزام". عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام ج.3 الأوصاف الحوالة الانقضاء، ص 190.

[2] – Art 1384 « Le père et la mère, en tant qu'ils exercent le droit de garde, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs ».

[3] – Art 213 de la loi n°70 – 4-459 du 4 Juin 1970 portant modification dans le livre I du c.civ du titre IX intitulé « de l'autorité parentale ».

[4] – Voir sur cette notion : Brazier : « l'autorité parentale », JCP 1970, I, 2362 colombert (c) : l'autorité parentale commentaire de la loi du 4 Juin 1970 D 1971 chron P.1

إلا أنه لئن كان مبدأ التضامن في المسؤولية المدنية مؤسسا على افتراض خطأ في الرقابة والتربية فإن واجب الرقابة والتربية لا يمكن أن يقوم دون مساكنة، وهو ما قد يطرح إشكالا قانونيا إذ لا يمكن الحديث عن مسؤولية بالتضامن بين الأب والأم العزباء على معنى قانون 2003 لانعدام شرط المساكنة القانونية بينهما تبعا لانعدام الإطار الشرعي للمساكنة وهو الزواج، كما أن إسناد حضانة الطفل الطبيعي لأحدهما يترتب عنه الإنفراد بالمسؤولية تطبيقا لأحكام الفصل 93 مكرر فقرة ثانية من م إ ع.

ومن هنا يمكن القول أن المسؤولية لا يمكن أن تكون مشتركة بين الأب الطبيعي والأم العزباء وإنما يتحملها فقط من عهدت إليه حضانة الطفل الطبيعي نتيجة تحمل الحاضن واجب رعاية الطفل وحفظه وحسن تربيته وباعتبار المساكنة عنصرا ماديا لممارسة الحضانة[1] وكنها لها.[2]

وبذلك فإن إسناد الحضانة للأم العزباء بموجب حكم قضائي يترتب عنه قيام واجب حفظ الطفل ورعايته والالتزام برقابته وتحمل مسؤولية تبعات أفعاله الضارة بالغير[3]، كما أن هذه المسؤولية يتحملها الأب أيضا في صورة إسناد الحضانة إليه ولا يجوز دفع هذه المسؤولية.

غير أن جعل الحضانة سندا لمسؤولية الأم وقع انتقاده بناء على أن محتوى الحضانة ليس واسعا بما فيه الكفاية ليشمل كل عناصر العناية والتربية والرقابة التي تقتضيها المسؤولية فالمفهوم التقليدي للحضانة لا يمكن أن يكون أساسا لقرينة الخطأ في الرقابة المحمولة على الأم.

ففي هذه الصورة لا يمكن تأسيس مسؤولية الأم العزباء على الحضانة لأن الولاية في تلك الصورة تبقى للأب وهي التي تخول له وحده سلطة الرقابة والتربية وهما أساس كل

[1]– سعاد باباي يوسف : مسؤولية الأبوين أو من حل محلها عن الضرر الصادر عن الطفل م ق ت، مارس 1997، ص 194.

[2]– Ferchichi Béchir : La tutelle des pères et mères sur leurs enfants mineurs dans le droit marocain et Tunisien comparés, Thèse pour le doctorat d'état en droit. Université de Tunis. Faculté de droit de Tunis.P.26.

[3] - Becheur (A) a fondé la responsabilité de la mère sur la garde : « le fondement d'une telle responsabilité réside dans l'obligation de garde laquelle implique une surveillance constante, la réalisation du dommage s'analyse en une faute de négligence dans l'accomplissement de cette obligation » ;
Becheur (A) : la notion de garde dans le droit tunisien de la famille, revue algérienne de jurisprudence et de législation, 1968, p.1149 et suiv.

مسؤولية كما لا يمكن أن تقوم مسؤولية الأب لأنه في هذه الصورة يفتقر لعنصر المساكنة المشترط في الفصل 93[1]، هل يوجد لهذا المأزق حل؟

يمكن الحديث عن قيام المسؤولية لمجرد ممارسة أحد الأبوين لحقه في زيارة المحضون واستصحابه له في مسكنه اعتمادا على المفهوم الموسع للمساكنة والذي يعرفها بأنها كل إقامة بقطع النظر عن وجود التعود من عدمه ودون توقر شرط الاستمرارية،[2] وبالتالي فإن واجب الحفظ والرعاية والرقابة ينتقل بموجب ممارسة حق الزيارة والاستصحاب وتنتقل معه المسؤولية المدنية الناشئة عن فعل الطفل لمن له حق الزيارة.

ويجوز دفع هذه المسؤولية إذا أثبت أحدهما أنه راقب الطفل كل المراقبة اللازمة أو أثبت أن الضرر نتج عن خطأ المتضرر نفسه.

ويتجه البعض إلى اعتبار مسؤولية الآباء والأمهات عن أفعال أبنائهم أثرا من آثار ولاية التربية على أساس أن القانون حمل الولي التزاما بتوفير الحماية الضرورية للقاصر وجعله المسؤول عن توفير السلامة الجسدية والسلوكية للمولى عليه وهو التزام ببذل عناية تنتج عنه مسؤولية الولي كلما أخل بواجبه.[3]

وأمام عدم إمكان الجزم بقيام مسؤولية الأم العزباء على الولاية والحضانة يمكننا اعتبار قيام هذه المسؤولية بالأساس على أهداف تعويضية تخدم مصلحة المتضرر أكثر من قيامها على مؤسسات وسلطات أعطاها المشرع للأم، فالمسؤولية التضامنية تمكن المتضرر من القيام على أحد الأبوين بالخيار ويمكنه ذلك من حظوظ أوفر في الحصول على غرم الضرر خاصة مع تطور وضعية الأم بصفة عامة التي أصبحت تكسب ولها مداخيل، فيكون بذلك للمتضرر الحق في أن يقوم على أحد الأبوين بكامل الضرر، وعلى من سدد كامل المبلغ أن يرجع على الطرف الآخر بالقدر الذي ساهم به في إلحاق الضرر.[4]

[1]- Ferchichi (B) Thèse précité p.595

[2] - Ferchichi (B) Thèse précité p.597

[3]– عمار الداودي : الولاية على نفس الصغير مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس ص 254.

[4] – Carbonnier (J) : Droit civil : les obligations T 4 21ème édition PUF ed 2000 P.410

2- في غياب الأب الطبيعي مسؤولية منفردة

يمكن للأب الطبيعي للطفل أن يكون مجهولا أو لم يقع إثبات أبوته، أو متوفيا وفاقدا للأهلية وغيرها من الوضعيات التي تجد الأم العزباء نفسها أمامها مضطرة إلى تحمل المسؤولية عن أفعال ابنها القاصر بصفة منفردة.

وقبل تنقيح 1995 لمجلة الإلتزامات والعقود وبالرجوع إلى الأحكام العامة للقانون كانت الصورة الوحيدة التي يمكن للأم العزباء أن تقوم مقام أبنائها في التعويض هي صورة وفاة الأب أو فقدانه الأهلية بمقتضى أحكام الفصل 154 م أ ش ولقد كان من المتعذر قبل تنقيح 1981 إيجاد أساس قانوني واضح لتلك المسؤولية، فالحضانة لا يمكن أن تكون أساس لمسؤولية الأم مادامت تفتقر لذلك المعنى الواسع الذي يحتوي على جميع عناصر التربية والتوجيه[1] والولاية لا يمكن أن تكون أيضا أساسا لمسؤولية الأم العزباء باعتبارها لا تنتقل إليها بمجرد وفاة الأب[2] إذ تاريخيا لم تكن مجلة الأحوال الشخصية تسمح للأم أن تكون ولية إلا متى عينها القاضي أو الزوج وصية على أطفالها القصر فتخضع نتيجة لذلك للرقابة القضائية عند ممارستها للولاية على المال.[3]

لكن تنقيح 18 فيفري 1981[4] والذي أعطى الولاية آليا بمجرد وفاة الأب بمقتضى أحكام الفصل 154 م أ ش أدى ببعض الفقهاء إلى تبنى الولاية كمبنى لمسؤولية الأم العزباء[5] في صورة وفاة الأب أو في صورة فقدانه الأهلية[6].

غير أن تنقيح 1981 لم يضع حدا للنزاع الذي يمكن أن ينشب بين قواعد الولاية والحضانة.[1]

---

[1] - La garde n'est pas encore entrée dans sa période de l'équilibre, gérée dans le cadre étroit de la filiation paternelle et de l'exclusive tutelle du père durant sa vie la femme est légale de l'homme mais elle ne partage pas avec lui la fonction éducative.
Ladjili (J) : recherche d'une responsabilité égale des pères et mère dans la garde de l'enfant mineur en droit Tunisien, RTD 1980 P.239-240.

[2] - Ferchichi (B) : Thèse précitée P.352 et suiv.

[3]– وذلك طبقا للأمر المؤرخ في 20 ذو الحجة 1376 (18 جويلية 1957) والمتعلق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم ينطبق هذا القانون على الوصي ولا ينطبق على الولي الشرعي.

[4]– القانون عدد 7 لسنة 1981 المؤرخ في 18 فيفري 1981 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض فصول مجلة الأحوال الشخصية

[5] – Ferchichi (B) : Thèse précitée p 598 : « Le législateur Tunisien de 1981 a donc réussi a surmonter la dualité des sources en proposant la tutelle légale comme fondement unitaire a la responsabilité des père et mère ».

[6]– نفس المرجع السابق ص 599

ينص الفصل 67 في فقرته الأخيرة على ما يلي :"**ويمكن للقاضي أن يسند مشمولات الولاية للأم الحاضنة إذا تعذر على الولي ممارستها أو تعسف فيها أو تهاون في القيام بالواجبات المنجزة عنها على الوجه الاعتيادي أو تغيب وصار مجهول المقر أو لأي سبب يضر بمصلحة المحضون.**"

فهل يمكن تأسيس مسؤولية الأم العزباء في هذه الصورة على الحضانة؟

لا يمكن اعتبار الحضانة أساسا لمسؤولية الأم في هذه الصورة لأنه لو كان الأمر كذلك لوقع إقرار مسؤولية الحاضن سواء أكان أما أو غيرها، كما لا يمكن اعتبار الولاية أساسا لأنه لو كان الأمر كذلك لما وقع اشتراط الحضانة، ذلك أن الأم يمكنها في بعض الحالات أن تكون ولية دون أن تكون حاضنة[2] وفي هذه الصورة لا تكون هي المسؤولة بصورة منفردة. ومن أجل ذلك اقترح أحد الفقهاء[3] أساسا مزدوجا لمسؤولية الأم ينبني على الحضانة والولاية مجتمعين، فالحضانة يجب أن تكون مدعمة بالولاية ذلك أن الحضانة مجردة من مشمولات الولاية لا تعطي للأم سلطة الرقابة على أبنائها ولا تصلح أن تكون سندا للمسؤولية عن فعل الطفل.

ونتبين من خلال ذلك أن قيام المسؤولية المدنية على كاهل الأم العزباء وتحملها التعويض هو أثر هام من آثار الأمومة، فلئن كانت النتيجة المباشرة لقيام مسؤولية الأم عن فعل إبنها هو التعويض، فإن أساسها يقوم إضافة إلى الأهداف التعويضية على مؤسسات أخرى كالولاية والحضانة والتي تشكل في حد ذاتها بعض من الواجبات الشخصية للأم العزباء تجاه ابنها القاصر.

---

[1]– عبد العزيز بن ضياء : خواطر حول مبنى مسؤولية الأم عن تصرفات ابنها الحدث بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي التونسي المجلة التونسية للقانون 1976 ص 55.

[2]– فصل 60 م أ ش : "للأب وغيره من الأولياء وللأم في شأن المحضون وتأديبه وإرساله إلى أماكن التعليم لكنه لا يبيت إلا عند حاضنه".

[3]– سعاد باباي يوسف : مقال سابق ص 182

فصل II- الواجبات الشخصية

لقد تعرضنا في إطار الفصل الأول للواجبات العينية للأم العزباء إزاء ابنها الطبيعي ، غير أن رابطة الامومة ترتب أيضا واجبات ذات طابع شخصي للأم، تبرز خاصة مع وضعية الام العزباء، فإضافة إلى تحميلها لواجبات الام الشرعية المتمثلة في الرعاية من ولاية وحضانة (مبحث II) اعتمادا على النصوص العامة الواردة بـــ. م أ ش أوجب قانون 28 أكتوبر 1998 على الام العزباء الحاضنة اسناد اسم ولقبها العائلي لابنها القاصر ومجهول النسب (مبحث I).

مبحث I : إسناد اللقب العائلي

إن قاعدة إسناد لقب الأب العائلي للطفل Le principe patronymique المعمول بها في مختلف التشريعات العربية الإسلامية والتي تقوم رابطة البنوة فيها على أساس النسب الشرعي، لا يمكن تطبيقها على الطفل الطبيعي باعتباره مجهول الأب إذا لم تتمكن الأم من التعرف عليه، أو إذا امتنعت عن كشف هويته، ففي هذه الحالتين لن يكون بوسع الطفل الطبيعي باعتباره مجهول الأب إذا لم تتمكن الأم من التعرف عليه أو إذا امتنعت عن كشف هويته، ففي هذه الحالتين لن يكون بوسع الطفل الطبيعي إلا أن يحمل لقب أمه، حيث أن رابطة الأمومة ثابتة بحكم طبيعتها[1] وهي من الأمور الظاهرة التي لا يمكن نفيها عن الأم سواءا كان الطفل من فراش أو لم يكن وسواءا كان ثمرة علاقة غير شرعية أقامتها الأم أثناء الزواج أو حتى بدون زواج أصلا.

والنسب وفي حال انقطاعه من الأب يتحول إلى الأم وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم "**تحوز المرأة لقيطها أو ولدها الذي لاعنت عليه**".[2]

وقد جرى العمل في القانون التونسي على أن يحمل الطفل الطبيعي لقب الأم، هذا الحل مستروح من أحكام الفصل 152 م أ ش وهو حل مصطنع استدعى تدخلا تشريعيا لتسوية الوضعية القانونية لهوية هذه الشريحة من الأطفال.[1]

[1] - Grimoldi (M) : Patronyme et famille : l'attribution du nom, Defrenois-1987, article n° 34117, n°2 « Le principe patronymique serait un contre poids à une infériorité de la condition masculine, alors que la maternité, toujours certaine, n'a nul besoin d'un confort matronymique ».

[2] – ابن القيم الجوزي : زاد المعاد في هدى خير العباد، الجزء الرابع الطبعة الأولى، 1928 ص 110.

فصدر قانون 28 أكتوبر 1998 المنقح بقانون 7 جويلية 2003 ليمنح الطفل غير الشرعي الحق في الاسم واللقب العائلي وكرس مبدأ إسناد لقب الأب إلى الطفل غير الشرعي في الصورة التي يكون فيها الأب معروفا ومتى تثبت أبوته نتيجة إقراره أو شهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني.

إذ أن غاية قانون 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين والمجهولي النسب تتمثل في رفع الحرج عن الطفل مجهول النسب وفي جعله في وضعية شبيهة بوضعية الطفل الشرعي معلوم النسب تلافيا للآثار النفسية الناجمة عن الكشف عن حقيقة وضعه للعموم.[2]

إلا أن المشرع التونسي حافظ على اكتساب الطفل لقب والدته في الصورة التي يكون فيها الأب مجهولا إذ أوجب قانون 28 أكتوبر 1998 على الأم الحاضنة إسناد اسم ولقبها العائلي لأبنها القاصر ومجهول النسب (فقرة أولى) وحقيقة لا ترى مصلحة للطفل من جراء التنصيص على وجوبية إسناد الأم لقبها العائلي لطفلها ولا يوجد مبرر منطقي لإقرار هذه الوجوبية (فقرة ثانية) التي من شأنها إحداث التمييز وإظهار إبن الأم العزباء بمظهر ابن الزنا، خاصة وأن المشرع يهدف من وراء تمتيع الإبن الطبيعي بهوية كاملة إلى طمس بنوته الطبيعية.

فقرة I :وجوبية إسناد الأم العزباء اسما ولقبها العائلي لإبنها القاصر ومجهول النسب.

لم يكن القانون التونسي قبل سنة 1998 ينص على إمكانية إسناد لقب الأم العزباء لأبنائها، غير أنه كان هناك عرف قديم يتمثل في جعل اسم الأم لقبا لإبنها مجهول النسب فيقال مثلا "**محمد إبن زينب**" وهو ما يمكن أن نعبر عنه بالإسم المركب. إلا أن هذه الطريقة كانت تظهر الطفل بمظهر إبن الزنا وهو أمر يتعارض مع مصلحة الطفل التي تقتضي ألا يدل لقبه على أنه إبن غير شرعي، ولقد سعى المشرع التونسي إلى تفادي ذلك الأمر بأن أحاط مضامين

[1]– ليلى عاشور : مضمون الولادة، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس 1997 ص 110.

[2]– الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، مداولات مجلس النواب، عدد 34 بتاريخ 3 جويلية 2003 ص 1269.

الحالة المدنية بالسرية وبأن منع التنصيص فيها صراحة على كون مولود معين هو من أب أو من أم مجهولين.[1]

كما اعتمد المشرع الحديث على حل يضمن مصلحة الطفل وذلك بإحالة اللقب العائلي للأم العزباء لأبنائها في صورة جهالة نسبهم وهو حل اعتمدته غالب التشاريع[2] ونص عليه صراحة الفصل 1 من قانون 1998[3] الذي جاء فيه : "**على الأم الحاضنة لإبنها القاصر ومجهول النسب أن تسند له اسما ولقبها العائلي أو أن تطلب الإذن بذلك طبق أحكام القانون المتعلق بتنظيم الحالة المدنية**"

ونلاحظ أن هذا الفصل قد منح الأم العزباء سلطة إعطاء اسم للطفل إضافة للقبها العائلي، ذلك أن الاسم واللقب هما مكونان أساسيان للشخصية ولهوية الطفل التي هي حق منصوص عليه بمجلة حقوق الطفل[4] وفقدانها يضر بمصلحة الطفل نفسيا واجتماعيا ويخلق تمييزا بين الأطفال على أساس المولد.[5]

إن سعي المشرع للمحافظة على اكتساب الطفل الطبيعي لقب والدته من خلال سن القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 والذي أوجب على الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول السند أن تسند له اسمها ولقبها العائلي وهو توجه محمودا لكنه بقي قاصرا عن تمتيع الطفل بهوية كاملة لافتقادها لحلقة من حلقات السلسلة الممتدة من الأسماء التي تربط الطفل بعائلة ما خاصة بالنسبة للسلسلة النسبية من جهة الأب.[6]

وهو ما استوجب تدخل المشرع لتنقيح وإتمام بعض أحكام قانون 1998 من خلال تنقيح 7 جويلية 2003 والذي نص في فصله الأول جديد على أنه "**على الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب أن تسند إليه اسما ولقبها العائلي أو تطلب الإذن بذلك طبق أحكام القانون**

---

[1]– الفصل 26 فقرة 2 من قانون 1 أوت 1957 المتعلق بتنظيم الحالة المدنية ينص على: "ويحجر على المؤتمنين على دفاتر الحالة المدنية التنصيص في النسخ من كون المولود من أب مجهول أو من أم مجهولة أو على هذه الملاحظات بالدفاتر وبرسوم الحالة المدنية وعند ترسيمها"

[2]– مثلا فصل 337 مجلة مدنية فرنسية.

[3]– القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 والمتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب.

[4]– فصل 5 من مجلة حقوق الطفل : "لكل طفل الحق في الهوية منذ ولادته وتشمل الهوية الاسم و اللقب العائلي وتاريخ الولادة والجنسية"

[5]– جمال شهلول : الحق في الهوية : مجلة قضاء وتشريع ، جانفي 1999 ص 113.

[6]– ليلى عاشور : مضمون الولادة : مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1997 ص 109.

المتعلق بتنظيم الحالة المدنية. كما عليها في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ الوضع أن تطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أو نائبه أن يسند إليه اسم الأب واسم جد ولقبا عائليا يكون في هذه الحالة وجوبا لقب الأم".

إن تنصيص القانون على وجوب طلب الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب من رئيس المحكمة الابتدائية أو نائبه أن يسند إليه اسم أب ولقب له واسم جد، يعد من الوضعيات المستحدثة بمقتضى تنقيح 7 جويلية 2003 للقانون عدد 75 لسنة 1998 والمؤرخ في 28 أكتوبر 1998. ذلك أن الفصل الأول في صيغته الأصلية لم يلزم الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب إلا بأن تسند له إسما ولقبها العائلي. ويعتبر هذا التنقيح ضروريا خاصة وأن التوجه القانوني العام يرمي إلى تمتيع هذه الشريحة من الأطفال بهوية كاملة بملء الفراغات التي كانت تظهر في رسوم الحالة المدنية المتعلقة بهم بالبيانات المكلمة.

ويضيف الفصل 4 مكرر في فقرته الرابعة أنه ينص برسم ولادة الطفل مجهول النسب أو المهمل الذي أسندت إليه عناصر هوية تطبيقا للفصل الأول والفصلين 2 و3 من هذا القانون على أن الأب الذي لم يصرح بالولادة تونسي الجنسية، كما يعتبر جده للأب تونسي الجنسية كذلك. وفي ذلك حماية تشريعية للطفل، خاصة إذا لم تتمكن الأم من إثبات نسبه من جهة الأب لأي سبب من الأسباب، ووقاية له من حالة نقصان الهوية. لهذا الغرض، افترض المشرع كون والده تونسيا، وأن والد والده المفترض تونسي كذلك.

إنه لمن البديهي أن إتمام هوية طفل الأم الطبيعي من شأنه أن يرفع عنه الكابوس الناجم عن ترسيمه بدفاتر الحالة المدنية بوصفه مجهول الأب[1]، لأن هذه الوضعية من شأنها أن تسبب للطفل شرخا نفسيا عميقا مرده حدة الشعور بالنقص مقارنة بغيره من الأطفال، وقد تؤدي به حتى إلى الانتحار. فهذا الطفل الطبيعي يظل طيلة حياته يعاني من نظرة الاحتقار والازدراء التي يواجهه بها المجتمع الذي لا يغفر له عدم انتسابه إلى أب خاصة أن هذه الحقيقة تبرز بسهولة من خلال جميع الأوراق المعرفة بهويته وفي مقدمتها مضمون الولادة، زيادة على بقية الوثائق المتعلقة به، مدرسية كانت أم إدارية.

[1]– ساسي بن حليمة: إثبات البنوة حسب أحكام القانون المؤرخ في 28 أكتوبر 1998، مجموعة الدراسات المهداة للأستاذ الحبيب العيادي، مركز النشر الجامعي، 2000، ص 262.

ولقد حرص المشرع على ضمان سرية المعطيات التي من شأنها أن تكشف حقيقة طبيعة نسب الطفل، من خلال التأكيد في الفصل 4 جديد من القانون السابق الذكر على أنه:"**يحجر على المؤتمنين على دفاتر الحالة المدنية التنصيص بمضمون الولادة على ما من شأنه الكشف عن حقيقة عناصر الهوية المسندة إلى مجهول النسب**".[1]

ولئن اعتبرت هذه القاعدة الحمائية من الإضافات التي أتى بها تنقيح 7 جويلية 2003، إلا أنها في حقيقة الأمر لا تعدو أن تكون سوى تأكيدا لما اقتضاه الفصل 26 من قانون الحالة المدنية الذي "**يحجر على المؤتمنين على دفاتر الحالة المدنية التنصيص على كون المولود من أب مجهول أو أم مجهولة أو على عدم تسمية، ولا أية ملاحظة من هذا القبيل. ولا يجوز أيضا التنصيص على هذه الملاحظات بالدفاتر وبرسوم الحالة المدنية وعند ترسيمها**".[2]

ذلك أن احترام الحياة الخاصة للطفل من أوكد الحقوق التي نصت الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية على مراعاتها. وفعلا، نص الفصل 6 من مجلة حماية الطفل[3] على أنه:"**لكل طفل الحق في احترام حياته الخاصة**" وقد تكرس هذا المبدأ في وقت لاحق بصدور القانون الأساسي عدد 61 لسنة 2004 المؤرخ في 27 جويلية 2004 لحماية المعطيات الشخصية[4] الذي ينص في فصله الأول على أنه:"**لكل شخص الحق في حماية المعطيات الشخصية المتعلقة بحياته الخاصة باعتبارها من الحقوق الأساسية المضمونة بالدستور**".

يمكن القول أن المشرع من خلال هذا التنقيح أبقى على النظام المعمول به في ظل قانون 1998 والمتمثل في واجب الأم الحاضنة إسناد لقبها العائلي إلى طفلها مجهول النسب، إلا أن الإضافة التشريعية تبرز في طلب إتمام عناصر هوية افتراضية جزئية، والمتمثلة في اسم أب واسم جد افتراضيين لطفلها ولقب للأب على أن يكون لقد هذا الأخير هو نفس لقب الأم وجوبا.

وبما أن اللقب هو الأثر المباشر والظاهر للبنوة، فإننا يمكن أن نعتبر أن المشرع أرسى لعلاقة الأمومة بكل آثارها وإلحاق الطفل بنسب أمه هو تحويل للنسب تجاه الأب إلى الأم قائمة مقامه في ذلك، وهي فكرة لا تبتعد على الاتجاه القانوني العام كما أنها ليست غريبة عن روح

[1]– الفصل 4 جديد من القانون عدد 75 لسنة 1998 كما وقع تنقيحه في 7 جويلية 2003.
[2]– الفصل 26 فق 2 من قانون الحالة المدنية
[3]– القانون عدد 92 لسنة 1995 مؤرخ في 9 نوفمبر 1995 والمتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل.
[4]– الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 61 بتاريخ 30 جويلية 2004 ص 2084.

الفقه الإسلامي الذي يسمح بتمتيع الطفل الطبيعي بنسب أمه لافتقاده أو لانقطاعه عن نسب أبيه[1]، غير أن الفصل 1 جديد من قانون 1998 المنقح بقانون 2003 يستدعي الوقوف عند بعض النقاط التي تناولها هذا الفصل والتي تثير إشكاليات تتعلق بشروط إسناد لقب الأم لأطفالها وإجراءاته.

1- شروط إسناد لقب الأم لأبنائها :

لقد اشترط الفصل 1 من قانون 28 أكتوبر 1998 ثلاثة شروط لإسناد لقب الأم لإبنها وهم جهالة نسب هذا الأخير، وحضانتها له إضافة إلى شرط السن وإن كان الشرط الأول لا يثير أي إشكال بإعتبار أن الطفل معروف النسب يتمتع آليا بلقب أبيه فإن الشرط الثاني والثالث يستدعيان بعض التوضيح.

أ- شرط الحضانة :

إن اشتراط المشرع تمتع الأم بالحضانة لإعطاء لقبها لأبنائها يثير بعض التساؤلات : فما هي قيمة مثل ذلك الشرط متى كان هدف المشرع من هذا القانون تفادي بقاء أطفال دون ألقاب عائلية. فهل يحرم الطفل من ذلك الحق إذا أسندت الأم حضانته لفرد من أفراد عائلتها؟ وماذا يكون مصير ذلك الطفل حينئذ؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات تقتضي الرجوع إلى عبارات الفصل 1 من قانون 1998 والذي جاء فيه ما يلي : "**على الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب أن تسند له اسما ولقبها العائلي**". وبقراءة هذا الفصل نتبين أنه جاء في صيغة إلزامية نستمد منها أن الأم التي تكون حاضنة لإبنها مجهول النسب تكون ملزمة قانونا بإعطائه لقبها العائلي، أما في غير هذه الصورة أي عندما تكون غير حاضنة فإن ذلك الأمر يبقى اختياريا، بالنسبة لها، ومتى امتنعت عنه فإن اسناد لقب عائلي للطفل يتكفل به في هذه الصورة الولي العمومي عملا بأحكام الفصل 2 جديد من قانون 1998[2].

[1] – Pruvost (L) , « L'établissement de la filiation en droit Tunisien », Thèse, Université de droit, d'économie et de sciences sociales, Paris II, 1997 P.293.

[2] – اعتبارا لأهمية دور الولي العمومي كجهاز إداري، أوجب عليه المشرع طلب إسناد هوية افتراضية للطفولة فاقدة السند وفق ما اقتضاه الفصل الثاني جديد من قانون 7 جويلية 2003 والذي نص على أنه "إذا لم يطلب احد من أهل الأطفال المهملين أو مجهولي النسب إسناد عناصر الهوية إليهم في ظرف ستة أشهر بعد قبولهم من السلط المختصة يجب على الولي العمومي المعرف بالقانون المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني أن يسند اسما إلى مجهولي النسب وفق أحكام القانون المنظم للحالة

وتتجلى هذه الصورة إذا ما تخلت الأم عن طفلها لصالح مؤسسة مختصة أو مستشفى أو أهملته في مكان ما، وبالتالي فإن إمكانية إسنادها اسما ولقبها العائلي لطفلها تنقص بمجرد مرور أجل ستة أشهر ويكون الولي العمومي وحده مؤهلا لطلب إتمام هوية الطفل الطبيعي.

لكن يحق لنا التساؤل في هذا الصدد عن القيمة العملية للتفريق بين الأم الحاضنة وغير الحاضنة، فلئن كانت عبارات الفصل 1 من قانون 1998 ملزمة للأم الحاضنة فإنه لم يرد أي نص قانوني يدل على إمكانية إجبار الأم على ذلك الأمر متى رفضت ترسيم محضونها بلقبها العائلي، كما لم يرد أي فصل قانوني ينص على جزاء مخالفة الأم الحاضنة لأحكام الفصل 1 جديد من قانون 1998 مما يدعونا إلى القول مع بعض الفقهاء أن إعطاء الأم الحاضنة للقبها العائلي رغم فرضه من المشرع إلا أنه يبقى مسألة أخلاقية منها تجاه محضونها[1] وهو أمر يمكن أن نستنتج منه أن إسناد الأم لقبها لأبنائها سواء كانت حاضنة أو غير حاضنة يعود في الحالتين لإرادتها وضميرها.

ويمكن تبرير غياب أي جزاء في صورة عدم قيام الأم بطلب إسناد هوية افتراضية لطفلها تفاديا لتعقيد الأمور عليها بما يجعلها تتخلى عن حضانة طفلها وتسلمه إلى مؤسسات خاصة.[2]

ب- شرط السن :

لقد اشترط المشرع في الابن الذي سوف يقع إسناد لقب أمه له أن يكون قاصرا والقاصر في القانون التونسي هو الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني وهو عشرون سنة. غير أن المشرع استعمل عبارة "الطفل" في الفقرة الثانية من الفصل الأول أي فيما يتعلق بلقب الأب، ونحن نعلم أن الطفل هو الذي لم يتجاوز الثمانية عشر سنة طبقا للتعريف الذي خصه به الفصل الثالث من مجلة حماية الطفل ولا ندري إن كان هذا التفريق في السن عند طلب إعطاء لقب الأم أو الأب مقصودا أو سهوا من المشرع، إلا أننا لا نجد له أي مبرر قانوني خاصة وأن الفصل 4 من قانون 28 أكتوبر 1998 ينص على أن :"**لكل شخص تجاوز سنه العشرون عاما أن يطلب**

المدنية كما عليه أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أن يسند إلى كل طفل مهمل أو مجهول النسب اسم أب واسم جد ولقبا عائليا واسم أم واسم أب ولقبا عائليا لها، ويكون اللقب العائلي للطفل وجوبا اللقب المسند للأب"

[1]- حافظ بو عصيدة : إثبات الأبوة، قضاء وتشريع: جوان 1999 ص 16.

[2]- الرائد الرسمي للجمهورية التونسية : مداولات مجلس النواب 3 جويلية 2003 ص 1267.

الإذن بإسناد اسم ولقب عائلي إن كان خاليا من ذلك وفق أحكام القانون عدد 53 لسنة 1959 المؤرخ في 26 ماي 1959 المتعلق باللقب العائلي". مما نفهم منه أن المشرع التونسي مكن الأب والأم أو النيابة العمومية من القيام في حق القاصر باعتبار أن المشرع لم يمكنه من التقاضي بنفسه لصغر سنه، أما إذا صار رشيدا فيمكنه أن يقوم بنفسه بطلب إسناد لقب له.

حيث راعى المشرع وجود فرضية يكون فيها الابن قد بلغ سنه العشرين عاما وبقي مجهولا بدون هوية كاملة، بسبب تقاعس جميع الأطراف المخول لهم التدخل لطلب هويته.

وأقر بموجب تنقيح 7 جويلية 2003 وتحديدا الفصل 3 جديد إمكانية قيام المعني بالأمر بنفسه لدى السلطة القضائية المختصة لطلب إسناد اسم ولقب عائلي واسم أب واسم جد واسم أم واسم أبيها ولقبها العائلي أو بعض هذه العناصر إن كان خاليا منها.

ولا شك أنه في إقرار حق الطفل في اكتساب سلسلة نسبية افتراضية كلية حتى بعد بلوغه سن الرشد ضمانة أساسية لحقه في الهوية، خاصة وأنه يوجد العديد من الحالات الصعبة والمأسوية التي تكشف عن معاناة الطفل المهمل أو المجهول النسب بسبب انتقاص هويته أو انعدامها أصلا لا فقط خلال مرحلة الطفولة بل تتعداها لتتواصل إلى مرحلة الشباب وربما لا يعلم الكثيرون أنه من كان مجهول الأم أو الأب يشكو من فراغات في الوثائق المثبتة لهويته لذلك كان لابد من وجود حل لهذه الوضعية حتى لا يشعر هذا الشخص بحرج بعد بلوغه سن الرشد ودخوله معترك الحياة اليومية خاصة أثناء الانتقال إلى المرحلة الجامعية أو البحث عن عمل أو في تكوين عائلة وإنجاب الأطفال[1] لذا فهو في أمس الحاجة إلى الحصول على هوية كاملة وإن كانت افتراضية يتسلل من خلالها إلى المجتمع ويندمج فيه.

وتجدر الإشارة أن المشرع لم يحدد أجلا معينا لمطالبة الابن إسناده عناصر هوية افتراضية وبالتالي يمكن القول انه يحق له المطالبة بها في أي مرحلة من مراحل حياته، على أن اللقب العائلي المسند للابن يكون وجوبا لقب الأب الافتراضي وذلك في جميع الأحوال التي يكون فيها مجهول الأم، أما في صورة وجود أمه العزباء فإن لقبه يكون نفس لقبها العائلي.

[1]– الرائد الرسمي للجمهورية التونسية : مداولات مجلس النواب 3 جويلية 2003 ص 1276.

2- إجراءات إسناد لقب الأم :

إن الإجراءات التي يجب اتخاذها عند إسناد لقب الأم، تختلف عن الإجراءات التي يقع القيام بها عند إسناد لقب الأب والتي تتطلب دائما القيام بقضية مدنية شخصية أمام المحكمة الابتدائية.

أما إسناد لقب الأم فلا يتطلب إلا الإذن بإسناد الاسم واللقب طبق أحكام مجلة الحالة المدنية. فماذا يقصد المشرع بالإذن طبقا لأحكام مجلة الحالة المدنية؟

أجاب أحد الفقهاء[1] عن هذا السؤال مفرقا بين صورتين. الصورة الأولى وهي التي يتم فيها الإعلام عن الولادة في الأجل القانوني أي في الأيام العشرة الموالية للوضع وفي هذه الحالة فإن إجراءات الترسيم تتم دون حاجة إلى إذن قضائي فيرسم الطفل بلقب أمه ويبقى الواد المخصص للقب الأب واسمه شاغرا.

أما الصورة الثانية فهي التي لا تتولى فيها الأم الإعلام بالولادة في الأجل القانوني فإنها تكون في هذه الحالة ملزمة بطلب الإذن من رئيس المحكمة الابتدائية بترسيم تلك الولادة وذلك طبقا لأحكام الفصلين 22 و 23 من قانون الحالة المدنية.

إذ يتم إسناد عناصر الهوية للطفل الطبيعي الذي لم يقع التخلي عنه من قبل الأم بموجب التصريح المباشر لضابط الحالة المدنية في غضون عشرة أيام من تاريخ الوضع أو بموجب الإذن من قبل السلط المختصة طبق أحكام الفصل 22 من ق. ح. م والذي جاء به أنه "**يقع إعلام ضابط الحالة المدنية بالمكان بالولادات خلال عشرة أيام التي تلي الوضع**".

هذا وتمتد التوجهات الحمائية المقررة لفائدة الطفل المهمل أو مجهول النسب لتشمل أيضا أولئك المولودين خارج التراب التونسي، حيث مكن المشرع الأم التونسية المقيمة بالخارج من طلب إسناد هوية افتراضية جزئية بمجرد تقديم مطلب في ذلك في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ الوضع إلى رئيس المحكمة الابتدائية بتونس العاصمة شرط أن تتمتع الأم بالجنسية التونسية.[2]

[1]– حافظ بوعصيدة : إثبات الأبوة، قضاء وتشريع : جوان 1999 ص 15

[2]– فقرة 2 من الفصل 1 من القانون عدد 51 المؤرخ في 7 جويلية 2003.

وعلى خلال ذلك لم يجعل المشرع الفرنسي من إسناد الهوية للطفل الطبيعي موضوع إذن قضائي وإنما أقر منذ قانون 4 مارس 2002 إمكانية اتفاق الأبوين على اختيار لقب عائلي لطفلهما الطبيعي.[1]

أما المشرع المغربي فقد أوكل للأم واجب اختيار سلسلة نسبية من جهة الأب، حيث ينص الفصل 16 من المدونة المغربية "**تصرح بالابن مجهول الأب، أمه أو من يقوم مقامها كما تختار له اسما شخصيا أو اسم أب مشتقا من أسماء العبودية لله تعالى واسما عائليا خاصا به.**"

ويمكن القول أن هذه الإمكانية المتاحة للأم في طلب إسناد سلسلة نسبية افتراضية لطفلها مجهول النسب تخفي في الواقع حماية لها من النظرة القاسية للمجتمع الذي لا يزال يرفض إلى يومنا هذا المرأة الزانية ويجنبها النقمة والعار.

فإقرار مثل هذا الحل من شأنه أن يشجعها على احتضان طفلها وتربيته والعناية به لا التفكير في التخلص منه لمجرد كونه ابنا غير شرعي، خاصة وأن هناك اتجاه من المشرع لتشجيع الأم على الاحتفاظ بطفلها.[2]

ومن ناحية أخرى فإن هذا الحل يحقق استقرارا نفسيا للطفل الطبيعي ويجنبه حرج الظهور كابن زنا عند تقديم أي وثيقة رسمية مدرسية كانت أو حتى إدارية.

ولعله كان من الأفضل ترك مسألة اختيار اللقب العائلي للطفل الطبيعي إلى الأم باعتبارها الأكثر دراية بمصلحته تجنبا لكل تمييز متمثل في الاختلاف في المعاملة وغياب المبررات الموضوعية لذلك نتيجة حمل الطفل لقب أمه.

ويمكن تبرير غياب أي جزاء في صورة عدم قيام الأم بطلب إسناد هوية افتراضية لطفلها تفاديا لتعقيد الأمور عليها بما قد يجعلها تتخلى عن حضانة طفلها وتسلمه إلى مؤسسات خاصة[3].

---

[1] – Cornu (G) : Droit civil, introduction les personnes, les biens. 11ème édition, Monchrestien, E.J.A Paris, 2003.

[2] – أنظر ملحق عدد 9

[3] الرائد الرسمي للجمهورية التونسية : مداولات مجلس النواب 3 جويلية 2003، 1267.

ولقد أقر المشرع بموجب تنقيح 2003 إجراءا احتياطيا جديدا تفاديا لاحتمال تقاعس الأم عن القيام بهذا الواجب يتمثل في ضرورة إعلام ضابط الحالة المدنية لوكيل الجمهورية المختص بوجود رسوم ولادة خالية من اسم الأب واسم الجد ولقبه وهو ما يخول لهذا الأخير المطالبة بإسناد عناصر هوية افتراضية جزئية للطفل.

ولقد جاء بالفصل الأول جديد من تنقيح في فقرته الثالثة أنه "**على ضابط الحالة المدنية أن يعلم وكيل الجمهورية المختص بعد انقضاء الأجل المنصوص عليه بالفصل 22 من القانون المتعلق بتنظيم الحالة المدنية بخلو رسم ولادة الطفل من اسم جد ولقب عائلي للأب وجنسيته. وعلى وكيل الجمهورية بعد انقضاء الأجل المشار إليه بالفقرة الأولى من هذا الفصل أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية الإذن بإتمام الرسم بأن يسند إلى الطفل مجهول النسب اسم أب وجد ولقبا عائليا يكون في هذه الحالة وجوبا لقب الأم**".

لقد حمل المشرع بموجب تنقيح 2003 ضابط الحالة المدنية واجبا إداريا يقتضي ضرورة إعلام وكيل الجمهورية لدى المحكمة الابتدائية التي وقع بدائرتها تحرير رسم الولادة بخلو هذا الرسم من المعطيات المتعلقة بالسلالة الأبوية في هوية الطفل بعد انقضاء عشرة أيام من تاريخ التصريح بالولادة وذلك بمقتضى كشف إحالة يعده للغرض.

وفي ذلك حماية احتياطية للطفل المهمل أو مجهول النسب وضمانا لاكتسابه جملة من الأسماء الافتراضية التي تعوض الحلقة المفقودة من الهوية من جهة الأب، وذلك إلى جانب السلسلة النسبية الحقيقية المكتسبة من جهة الأم خاصة وأن المشرع يهدف من خلال تنقيح 2003 إلى تمتيع الطفل الطبيعي بهوية كاملة وطمس طبيعة بنوته الطبيعية.

ويمكن القول في خصوص واجب الإعلام المحمول على عاتق ضابط الحالة المدنية أنه يعد بمثابة المنبه الذي يشعر وكيل الجمهورية بوجود حالات تستدعي التدخل، ونعني خاصة حالات الولادة التي تتم خارج المستشفيات العمومية أي سواء في المنازل أو في المصحات الخاصة أو في أي مكان آخر، ضرورة وأنه و في إطار العناية بالأطفال المولودين خارج إطار الزواج تم تركيز لجان خاصة وقارة بكافة مراكز التوليد العمومية[1] في كامل أنحاء الجمهورية للتصدي لظاهرة الإهمال وتسهيل إجراءات حصول الطفل على هوية كاملة، وبالتالي فإن جميع

[1]– منشور صادر عن وزارة الصحة العمومية عدد 128 بتاريخ 27 نوفمبر 1998 أنظر ملحق.

حالات الولادة غير الشرعية يقع حصرها وجوبا والإعلام بها للنيابة العمومية دون حاجة للإعلام من قبل ضابط الحالة المدنية.

هذا وقد أوجب القانون المتعلق بتنظيم الحالة المدنية[1] على ضابط الحالة المدنية إعلام وكيل الجمهورية في حالة العثور على مولود ألقته أمه العزباء في مكان ما أو أودعته في مؤسسة عمومية.

لكن لم يرتب المشرع جزاء إخلال ضابط الحالة المدنية بواجب إعلام وكيل الجمهورية وهو ما يدعو للتساؤل عن قيمة هذا الإجراء خاصة وأنه تطبيقيا نلاحظ ندرة الحالات التي يقوم فيها ضابط الحالة المدنية بإعلام وكيل الجمهورية بخلو رسم ولادة الطفل من سلسلة نسبية.

وتجدر الإشارة أن تدخل وكيل الجمهورية لطلب الإذن بإتمام الهوية من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة يهم النظام العام باعتبار وأن المشرع أوكل له اختصاصا عاما في القضايا التي تهم الطفل القاصر بصورة عامة، ولذلك يتعين مراعاة حقوقه وحمايتها وخاصة منها حقه في الهوية[2] بما أنه كائن ضعيف عاجز عن الدفاع عن نفسه.

غير أن تدخل وكيل الجمهورية لطلب إسناد سلسلة نسبية افتراضية للطفل من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة لا يمكن أن يتم إلا بعد مضي ستة أشهر من تاريخ الوضع[3] أي بعد انقضاء الأجل الممنوح للأم الحاضنة للقيام بواجب طلب إتمام عناصر هوية طفلها المنقوصة على أنه يجب التذكير في هذا الصدد أن الفصل الأول من قانون 11 أوت 1985[4] كان يمنح أجلا قدره ثلاثة أشهر من تاريخ قبول الطفل من طرف السلطة المختصة بانقضائه يقع إسناده إسما ولقبا عائليا من قبل الولي العمومي، ويمكن تبرير هذا التمديد في هذا الأجل برغبة المشرع في منح مزيد من الوقت للأم التي تخلت عن طفلها علها تتراجع عن موقفها وتتحرك عاطفة الأمومة لديها وتعيش بنبل مشاعرها فتتقدم إلى المصلحة التي تسلمت مولودها وتعبر عن رغبتها في الاعتراف به خاصة وأن الطفل في حاجة أكيدة إلى رعاية والديه الحقيقيين والانتساب إليهما لما في ذلك من استقرار لحالته النفسية، فتلزم الأم العزباء بإسناد لقبها العائلي

[1]– الفصل 27 من قانون 1 أوت 1957 المتعلق بالحالة المدنية.

[2]– ينص الفصل 5 من مجلة حماية الطفل على أن "لكل طفل الحق في الهوية منذ ولادته"

[3]– إذن بإسناد هوية افتراضية صادر بتاريخ 2006/05/26 أنظر ملحق.

[4]– قانون 11 أوت 1985 المتعلق بإسناد لقب عائلي لفائدة الأطفال المهملين ومجهولي النسب. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 59 بتاريخ 16–20 أوت 1985 ص 1034.

لطفلها مجهول النسب خارقة بذلك التقاليد والأعراف ومبدأ أولوية اللقب العائلي الأبوي وهو ما يدعو للتساؤل عن مدى إمكانية قبول فكرة إسناد لقب الأم لأبنائها.

فقرة II : مدى إمكانية قبول فكرة إسناد لقب الأم العزباء لأبنائها :

إن إسناد لقب الأم لأبنائها هو مطلب نادت به بعض الاتجاهات الفقهية الأجنبية ووقع تكريسه بالفعل في بعض القوانين المقارنة، فلقد طالبت بعض الحركات النسائية بإعطاء الحق للأم في إحالة لقبها العائلي لأبنائها حتى وإن كانوا أبناء شرعيين خاصة إن كان ذلك اللقب يحمل مجدا تليدا.[1]

ولقد بنى البعض الآخر هذا المطلب على فكرة المساواة في الحقوق والواجبات بين الأب والأم والتي هي مناط كل التشريعات الحديثة مما يدعو إلى إقرار تلك المساواة في إحالة اللقب العائلي.[2]

وبالفعل فلقد نصت اتفاقية نويورك المتعلقة بإلغاء جميع أنواع التمييز ضد المرأة في فصلها 16 على إعطاء الأب والأم نفس المسؤوليات طيلة الزواج أو بعده داخل الأسرة وتجاه الأبناء وتمتيعهما بنفس الحقوق بما في ذلك الحق في اختيار اللقب العائلي لأبنائهما.

ولقد صادقت على هذه الاتفاقية 90 دولة بما في ذلك الجمهورية التونسية بمقتضى القانون عدد 68-85 المؤرخ في 12 جويلية 1985، إلا أن المشرع التونسي وضع بعض الاحترازات على عدد من فقرات الفصل 16 تعلقت خاصة بالحق في الميراث وبإسناد لقب الأم العائلي لابنها[3]. وعلى عكس ذلك وتماشيا مع هذه الاتفاقية أقرت بعض التشاريع الأخرى حق الأم في إحالة لقبها لأبنائها.

[1] - Lindon (R) : La transmission du nom de la mère légitime à ses enfants, D 1985, P113.
[2] - Carbonnier (J) : Droit civil, Tome I , les personnes, personnalité, incapacités, personnes morales, Paris, PVE, 21ème édition, 2000 P.61
[3] – Chekir (H) : La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, RTD 1989 P.79-81.

فالقانون الفرنسي على سبيل المثال فتح الإمكانية لكل شخص رشيد لإضافة لقب أمه إلى لقب أبيه ويكون الطفل في هذه الصورة حاملة للقبين إثنين[1] مما قد ينتج تضخم للقب عبر الأجيال المتعاقبة[2]، وفي نفس ذلك التوجه التشريعي جعل القانون الكندي إعطاء اسم الأم لأطفالها أمرا اختياريا يتفق عليه الأبوين مسبقا[3].

ومن الفقهاء من أثار مساوئ إحالة لقب الأم إلى أبنائها، معتبرا أن ذلك من شأنه أن يظهر الطفل بمظهر الابن الطبيعي، كما أنه يمكن أن يجعل الأب يشك في أبوته للطفل وقد يثير مشاكل بين الأبوين عند عدم الاتفاق حول إحالة لقب أحدهما.[4]

أما المشرع التونسي فقد استبعد إسناد لقب الأم لأبنائها وارتأى أن الحل التقليدي هو الحل الأسلم والمتمثل في اقتصار إسناد لقب الأم على صورة الطفل الطبيعي وجوبا مخالفا بذلك المبدأ العام في إسناد اللقب العائلي (1) وكاشفا عن حقيقة بنوة الطفل الطبيعية (2).

1- مخالفة المبدأ العام في إسناد اللقب العائلي :

"**الحكم الأصلي في اللقب العائلي هو اكتسابه الآلي وانتقاله من الأب إلى الولد بصفة تلقائية**"[5]، واللقب العائلي هو العلامة الدالة على الانتماء إلى عائلة، ويكتسب عن طريق التواصل المسترسل من الأصول الذكور إلى الفروع.

يقوم النسب في القانون التونسي على ثبوت العلاقة القانونية بين الطفل ووالده، ويعتبر حمل الطفل للقب أبيه من نتائج ثبوت نسبه تجاهه[6].

فقاعدة إسناد لقب الأب العائلي للطفل **Le principe patronymique** معمول بها في مختلف التشريعات العربية المتأسسة على الشريعة الإسلامية والتي تقوم رابطة البنوة فيها على أساس النسب الشرعي، بينما تسير القوانين الغربية في اتجاه التخلي عن هذه القاعدة بترك

---

[1] – L'art 43 de la loi du 23 dec 1985 relative a l'égalité entre époux : « toute personne majeure peut ajouter a son nom, à titre d'usage, le nom de celui de ses parents qui ne lui a pas transmis le sien. A l'égard des enfants mineurs, cette faculté est mise en œuvre par le titulaire de l'autorité parentale ». Carbonnier se demande a ce porpos : « de même que la puissance paternelle s'est bilateralisée en autorité parentale, le nom patronymique ne cédera t-il pas la place au nom parental ?

[2] – Lindon (R) : la transmission du nom de la mère légitime à ses enfants D 1985, P.113

[3] – الفصل 56–1 من القانون المدني لجنوب كندا.

[4] – Lindon (R) op. cit p.113.

[5] – محمد الشرفي وعلي المزغني : مدخل لدراسة القانون، المركز القومي البيداغوجي، تونس 1993.ص215.

[6] – ليلى عاشور: مذكرة، ص.106

الأمر بإرادة الزوجين. ويلمس هذا التحول الجذري في القانون الفرنسي على سبيل المثال، والذي تخلى عن عبارة اللقب العائلي للأب **nom patronymique** واستبدلها بعبارة اللقب العائلي **nom de famille** ، في قانون 4 مارس 2002، وذلك لما تحمله العبارة الأولى من معاني تتمثل أولا في أن الشخص وإن كان يحمل لقبا عائليا، فإن ذلك اللقب مكتسب من جهة الأب بالذات، وبهذا التغيير يكون المشرع الفرنسي قد قطع مع القاعدة العرفية التي يقوم عليها اللقب العائلي للطفل الشرعي والنابعة أساسا من المفهوم الذكوري للنسب Conception patriarcale[1]

ويجدر التأكيد على أنه لا يمكن تطبيق قاعدة اللقب العائلي على الطفل الطبيعي باعتباره مجهول الأب إذا لم تتمكن الأم من التعرف عليه أو إذا امتنعت عن كشف هويته، ففي هاتين الحالتين لن يكون بوسع الطفل الطبيعي إلا أن يحمل لقب أمه. ورغم الدور الاحتياطي للقب الأم يمثل إسناده الوجوبي للطفل الطبيعي انتهاكا للمبدأ العام المعمول به في مادة اللقب العائلي، خاصة بعد تنقيح 2003 للقانون المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب.

ذلك أن القانون الجديد يمكن الطفل الطبيعي الذي لم يقع التخلي عنه من قبل الأم، من اكتساب جملة من الأسماء الافتراضية التي تعوض الحلقة المفقودة من الهوية من جهة الأب، وذلك إلى جانب السلسلة النسبية الحقيقية المكتسبة من جهة الأم. وحقيقة لا ترى مصلحة تمتيع الطفل الطبيعي بهوية كاملة، إلى طمس طبيعة بنوته الطبيعية.

قد يكون من الأفضل ترك مسألة اختيار اللقب العائلي للطفل الطبيعي إلى الأم باعتبارها الأدرى بجدوى إسناد لقبها العائلي من عدمه، خاصة أن مثل هذا الإلزام قد يدفع الأم الحاضنة لإبنها القاصر ومجهول النسب إلى التخلي عنه إذا كانت غير راغبة في إسناد لقبها العائلي خوفا من الظهور بمظهر الزانية.

ويتأكد انعدام الجدوى من التنصيص على وجوبية حمل الطفل للقب أمه الحاضنة له في صورة تزوج الأم ورغبة زوجها في تبني طفلها هذا، لاسيما وأن الفصل 14 من القانون المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني[2] ينص على أنه : " **يحمل المتبنى لقب المتبنى**".

[1]– الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 19 بتاريخ 7 مارس 1958، ص.236.
[2]– الرائد الرسمي للجهورية التونسية عدد 19 بتاريخ 7 مارس 1958، ص 236.

ويبدو من خلال ما تقدم أن القانون المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، لم يأت بحلول ناجعة تمكن من تثبيت هوية الطفل الطبيعي، علاوة على إفراده بنظام خاص فيما يخص اللقب العائلي، وهو ما يشكل خرقا للمادة 2 من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل المؤرخة في 20 نوفمبر1989[1] والتي تنص على احترام الدول الأطراف للحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية وضمانها لها لكل طفل يخضع لولايتها، دون أي نوع من أنواع التمييز، خاصة أنه لا يوجد مبرر منطقي لإقرار وجوبية حمل الطفل الطبيعي للقب أمه والتي من شأنها إحداث التمييز، المتمثل في الاختلاف في المعاملة وغياب المبررات الموضوعية لذلك.[2]

وفي حقيقة الأمر، ينطوي موقف المشرع التونسي على قسوة في معاملة الطفل الطبيعي في ظل عدم سعيه إلى ملاحقة المذنبين الذين كانوا وراء ظهوره إلى الحياة.[3] ويتجلى هذا الموقف خاصة في منح الطفل الطبيعي الحق في اكتساب هوية كاملة دون السعي إلى إخفاء طبيعة بنوته الطبيعية في المقابل.

2- الكشف عن حقيقة البنوة الطبيعية :

من الطبيعي أن يكون تكريس حق الطفل في هوية كاملة أمرا محمودا باعتباره يرفع عن الطفل الطبيعي الكابوس الناتج عن ترسيمه بدفاتر الحالة المدنية بوصفه مجهول الأب.

فمثل هذه الوضعية كفيلة بأن تتسبب في أزمة نفسية حادة لهذا الطفل وفي شعور بالنقص مرده الفراغات التي تظهر في الأوراق الناصة على هويته وأبرزها مضمون الولادة، ومثل هذا الكابوس لن يرفعه القيام بملء هذه الفراغات بصورة اعتباطية.

إلا أن إقرار المشرع لوجوبية حمل الطفل الطبيعي للقب أمه الحاضنة له، لن يكون مدعاة للشرف ومبعثا لافتخار الطفل بنفسه، بل سيكون رزحا نفسيا واجتماعيا ووجوديا ثقيلا،

---

[1]– القانون عدد 22 لسنة 1991 المؤرخ في 29 نوفمبر 1991، المتعلق بالمصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل المنشور بموجب الأمر عدد 1865 لسنة 1991، المؤرخ في 10 ديسمبر 1991، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 84 بتاريخ 10 ديسمبر 1991.

[2] - Claire Neirinck : Le droit de l'enfant après la convention des Nations Unies, 1ère éd, Delmas, collection française, 1993, p.22.

[3] –Elhem Azaiz : De quelques aspects du droit de l'enfant face à la convention des nations unies du 20 Novembre 1989, mémoire pour l'obtention de diplôme des études approfondies en droit privé général, faculté de droit et des sciences politiques, Tunis, 1994, P.16

لأن هذا الإجراء يظهره بمظهر إبن السفاح أو ثمرة الخطيئة[1]. ذلك أن الحمل يفترض تلاقي شخصين، ذكر وأنثى وبالتالي لا يمكن بالمرة أن يتصور من مقاطعة المبدأ العام في إسناد اللقب العائلي والذي يقتضي حمل الطفل للقب أبيه، أن حمل الطفل للقب أمه عوضا عن لقب أبيه، مرده عدم حصول أي اتصال جنسي بين أمه ورجل ما. فلقد أفرد الله عز وجل السيدة مريم العذراء بالحمل دون أن يمسها بشر، إذ ورد في كتاب الله العزيز: "**قالت أنى يكون لي غلام ولم يمسسني بشر ولم أك بغيا**"[2] وبالتالي فإن إسناد الطفل لقب أمه سيجزه حتما في صورة ابن الزنا، استحقاقه لهوية كاملة مثل سائر البشر.

بل وأكثر من ذلك، إن المشرع بهذا التنصيص قد خلق نوعا من التمييز بين الأطفال الطبيعيين، باعتبار أنه أوجب إسناد لقب الأم العزباء لطفلها الطبيعي الذي لم تتخل عنه، مما يجعله يظهر بمظهر الابن الطبيعي أو الطفل الغير الشرعي ويظهر أمه بمظهر الزانية، العاهرة، مما يخلق عقدة وأزمة نفسية حادة تظل عالقة بهما طوال الحياة، في ظل مجتمع رافض لمثل هذه البنوة وفي المقابل حرصا من المشرع على عدم الكشف عن هوية الطفل المعهود به إلى الولي العمومي، اقتضى حمله للقب أب افتراضي بما يظهره بمظاهر الابن الشرعي، وهو أمر مثير للتعجب والاستغراب.

ولئن كان لرابطة الطفل بأمه أهمية أكيدة ووزن اجتماعي وعاطفي كبير، فإن المشرع، على غرار الفقه الإسلامي، لم يواز بينهما وبين علاقته بأبيه على الصعيد القانوني. ذلك أن ثبوت نسب الطفل لأبيه يمثل قرينة لشرعية العلاقة بين الأب والأم، وبالتبعية يمثل قرينة لشرعية بنوة الطفل. ولا يمكن أن يمثل ثبوت نسب الطفل لأمه مثل هذه القرينة. فكلما اختفى لقب الأب العائلي، برز الطفل بمظهر ابن السفاح[3]، خاصة وأن حمل لقب الأم ليس من باب المساواة بين الأب والأم باعتبار أن الأب مجهول في هذه الحالة، وهو ما يعد شكلا من أشكال التمييز بين الجنسين.

أما في القانون المقارن، يشكل موضوع اللقب العائلي مادة أكثر ثراء وانفتاحا منها على القانون التونسي، حيث تأثرت القوانين الغربية بالاتفاقيات الدولية المتعلقة بإلغاء كل أشكال

[1] – Walid Ben Cheikh Laarbi : « le nom » mémoire D.E.A. en Sciences Juridiques fondamentales, Faculté des Sciences Juridiques Politiques et Sociales, Tunis 2003, P.42.

[2] – سورة مريم : الآية 19

[3] – ليلى عاشور: مذكرة، ص 112.

التمييز بين المرأة والرجل، المصادق عليها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1979، والتي دخلت حيز التطبيق في 3 سبتمبر 1981، والتي تنص في المادة 16 أولا منها على أن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية يتخذون جميع الإجراءات اللازمة لإلغاء أشكال التمييز إزاء المرأة في مسائل الزواج، والعلاقات العائلية، وبالأخص ضمان المساواة بين المرأة والرجل في الحقوق الشخصية ولاسيما اختيار اللقب العائلي. هذه المعاهدة كانت محل احتراز من قبل حكومة الجمهورية التونسية التي اعتبرت أنها لا يمكن أن تكون حاجزا أما التشريع الوطني المتعلق بالأحوال الشخصية.[1] علما وأن تونس صادقت على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بمقتضى القانون عدد 68 لسنة 1985 المؤرخ في 12 جويلية 1985.

أما المشرع الفرنسي، فقد عكس قانون 4 مارس 2002 المتعلق باللقب العائلي تأثره بما جاءت به الاتفاقية الدولية المتعلقة بإلغاء جميع أشكال التمييز بين المرأة والرجل[2]، من خلال تخليه على القاعدة التقليدية القاضية بإسناد لقب الأب للمولود، وأصبح إسناد اللقب للمولود يخضع لإرادة الأب والأم والطفل أيضا، وهو ما يشكل تكريسا تاما لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في مجال إسناد اللقب العائلي.

إذ بعد صدور قانون 4 مارس 2002 المتعلق باللقب العائلي، انقلب نظام اكتساب اللقب عامة رأسا على عقب، محدثا عدة تغييرات جذرية في خصوص آليات اكتساب اللقب العائلي سواء تعلق الأمر بلقب الطفل الطبيعي أو بلقب الطفل الشرعي. فتراجعت بالتالي المنظومة القانونية لإسناد اللقب **La dévolution légale** لتترك المجال مفتوحا لإرادة الأبوين **La volonté des père et mère** الذين يتفقان على إسناد الطفل أحد لقبيهما.

وقد تم تعليل هذا التغيير الجذري في قانون اللقب العائلي بضرورة ملائمته مع بقية القوانين الفرنسية التي تكرس المساواة بين الرجل والمرأة بعد أن تعالت الصيحات – خاصة من

[1] −Hafidha Chekir : « La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ». R.T.D 1989, pp.70-83.

[2] − Jacque Massip : « La loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille » Gaz pal. Juillet – Août 2002.

النساء للتخلي عن التمييز بين الجنسين في إسناد اللقب، القائم أساسا على النظرة الذكورية المهيمنة **Conception patriarcale dominatrice** [1].

ويعزى هذا التطور التشريعي إلى المجهود الذي بذله الفقه الفرنسي في سبيل تحقيق المساواة الحقيقية بين المرأة والرجل، لأن اللقب العائلي لا يمكن أن يبقى بمنأى عن التطور الذي يشهده قانون العائلة.

إن من الفقهاء الفرنسيين والأوروبيين عموما من اعتبر قاعدة إسناد اللقب العائلي للطفل هي قاعدة مبهمة **Absurde** لأنه يفترض أن يعين اللقب العائلي هوية الإنسان من خلال التنصيص على أصله البيولوجي، أي على علاقته البيولوجية بأبويه معا. وبالتالي فإن إقصاء الأم في هذا المستوى ليس من العدل بمكان ويمس من كرامة المرأة كإنسان.

لكن، هل يمكن أن نتصور مثل هذا التغيير في الأحكام المتعلقة بإسناد اللقب العائلي في القانون التونسي؟ عن هذا التساؤل أجاب الأستاذ محمد الشرفي بالنفي معتبرا أن قانون العائلة يصعب تعديله لأنه يمس عدة جوانب دينية واجتماعية مستقرة منذ عهود طويلة.[2]

مبحث II- واجب الرعاية

فقرة I - حضانة الأم العزباء لابنها القاصر ومجهول النسب

امتدت عناية المشرع بالابن الطبيعي إلى تكريس حقه في الحضانة حيث أقر الفصل 3 مكرر من قانون 28 أكتوبر 1998 الحضانة من بين أثار إثبات البنوة إلى عندما نص على أنه " ويخول للطفل الذي تثبت لنوية الحق في النفقة والرعاية من ولاية وحضانة إلى أن يبلغ سن الرشد أو بعده في الحالات المنصوص عليها بالقانون".

وذلك لما للحضانة وما تشمله من رعاية وحنان وقيام على شؤون الطفل من آثار إيجابية على صحة الطفل ونفسيته ونمائه متوازنا وسط مجتمعه[3].

---

[1] - Serge Lagauche : Rapport d'information, n°416 de la session ordinaire de 2000-2001, de l'assemblée nationale français.(Annexe 4).

[2] – Mohamed Charfi : « Rapport de synthèse », en droit et environnement social au Maghreb. Paris, CNRS, 1989, P32.

[3]– جمال شهلول : الحق في الهوية : مجلة القضاء والتشريع، جانفي 1999 ص 135.

وقد عرف الفصل 54 م أ ش الحضانة بكونها " **حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته**" أما محكمة التعقيب التونسية فقد عرفتها بالقول بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير والتعهد بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه ويضره وتربيته نفسيا وعقليا"[1].

ومهما يكن تعريفها فإنه لا جدال أن الحضانة مؤسسة قانونية شرعت بغاية توفير العناية اللازمة للطفل، من حيث مأعلمه وملبسه ومسكنه.

وعموما فإن حضانة الطفل الشرعي، لا تطرح إشكاليات قانونية هامة مثل التي تطرحها حضانة الطفل الطبيعي التي تطرح خاصة على مستوى التطبيق تفرضها طبيعة بنوة هذا الطفل وطبيعة العلاقة التي تربط أمه العزباء بأبيه اعتبارا وأنه لا تجمعهما في العادة حياة مشتركة والرابطة الزوجية في حالته غير قائمة أصلا، وهو ما يطرح عديد الصعوبات تتعلق خصوصا بالنظام القانوني للحضانة (1) وانتهاء الحضانة (2).

1- النظام القانوني للحضانة

يشير النظام القانوني لحضانة الطفل الذي ثبت بنوته على معنى قانون 1998 عديد الإشكاليات مقارنة بالابن الشرعي نظرا لأن وجوده في الحياة غير مرحب به أصلا، من قبل والديه فيجد نفسه في وضعية أب رافض لحضانته وأم عزباء قد تتحرك لديها مشاعر الأمومة فترفض التخلي عن مولودها، وتقبل بحضانته وإن كان أحيانا على مضض، فيقع اسناد الحضانة إليها باعتبار أنها الأرفق والأشفق على هذا الطفل (أ) إلا أن اسناد الحضانة للأم لا يتم بصفة آلية للأم وخاصة في وضعية كوضعية الابن الطبيعي وأمومة مشكوك فيها. كأمومة الأم العزباء فيقع اعتماد معيار مصلحة المحضون (ب).

أ- إسناد الحضانة للأم العزباء

في غياب رابطة زوجية بين الأم العزباء والأب الطبيعي للطفل الذي ثبت بنوته على معنى قانون 1998 يطرح إسناد حضانة هذا الطفل عديد الإشكاليات، التي لم يسع المشرع التونسي أن يخصها بحلول تشريعية خاصة تتفق مع طبيعة هذه البنوة.

[1]- قرار تعقيبي مدني عدد 36815 بتاريخ 8 مارس 1993، ، 1993 ، ق م ، ص 294.
أنظر البشير الفرشيشي، خواطر حول الحضانة في فقه القضاء التونسي، م ق ت ، 1978، ص 9.

ومبدئيا يمكن القول، أن إسناد الحضانة يخضع إلى الأحكام العامة الواردة بمجلة الأحوال الشخصية التونسية الواردة بالفصول من 54 إلى 67 م أ ش ت ، فيما لا يتعارض مع طبيعة البنوة الثابتة بموجب قانون 1998، والتي من الممكن إخضاعها للأحكام المتصلة بحضانة الطفل الشرعي الذي انفصلت الرابطة الزوجية بين أبويه بموجب الطلاق، أو أيضا بموجب الوفاة طالما أنه في كلا الحالتين لا وجود لروابط زوجية، ولو أن بنوة الطفل في قانون 1998 ثابتة تجاه أبيه وأمه.

واعتمادا على الأحكام العامة للحضانة، فإنه حري بنا التأكيد على أن أبوي الطفل يجوز لهما الاتفاق حول مسألة إسناد حضانة الطفل، وهو اتفاق صحيح ما دام لا يتعارض مع مصلحة الطفل.

وهو الحل الذي أكدته محكمة التعقيب في عديد المناسبات، إذ جاء بأحد قراراتها : " ***أحكام الحضانة لها مساس بالنظام العام لتعلقها بالأسرة، وتأسيسا على ذلك فكل تعاقد بشأنها يتجافى مع مصلحة المحضون، يعد لاغيا".***[1]

وفي غياب اتفاق الأبوين حول حضانة الطفل، فإنه وكما سلفت الإشارة إلى ذلك من الممكن القياس على مسألة إسناد الحضانة في صورة انفصام الرابطة الزوجية بطلاق أو وفاة، نظرا لانعدام حلول خاصة بوضعية الطفل الذي ثبتت بنوته على معنى قانون 1998.

وبالرجوع إلى أحكام الفصل 67 م أ ش ت الذي اقتضى أنه : " ***إذا انفصم الزواج بموت عهدت الحضانة إلى من بقي حيا من الأبوين،*** " يمكن القول أنه في حالة الطفل غير شرعي الذي ثبتت بنوته على معنى قانون 1998، فإن حضانته تنتقل إلى من بقي حيا من الأبوين في صورة وفاة المطالب بحضانة الطفل بيد أنه في هذه الصورة لا مناص من التذكير بموقف محكمة التعقيب في هذا الإطار والتي تؤكد أن إسناد الحضانة في هذه الصورة ليس آليا أو حتميا، وإنما من الممكن لأحد أقرباء الطفل غير الوالد الذي بقي على قيد الحياة أن ينازع في إسناد الحضانة وأن يطالب بها لنفسه[2]

---

[1]- قرارا تعقيبي مدني عدد 1773، مؤرخ في 7 مارس 1978، ن 1978، ق م ، ج1، ص 80.
أنظر أيضا القرار التعقيبي المدني، عدد 2651، مؤرخ في 9 مارس 1978، ن 1978، ق م ،ج2، ص54.
محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 17044، م ق ت، لسنة 1959، ص496.

[2]- قرار تعقيبي مدني عدد 10473، مؤرخ في 12 ماي 1975، ن 1975، ق م ج 2، ص 87.

وفي غياب أي نزاع حول إسناد الحضانة، فإنّ الواقع الاجتماعي يظهر أن الأم بصفة عامة والأم العزباء بصفة خاصة هي التي تقوم بمهام الحضانة وإسناد الحضانة إلى الأم أقرته الشريعة الإسلامية خلافا لبقية الشرائع تأسيسا على كون الأم أرفق وأشفق على الولد[1] ولأنها " **أعرف بالتربية وأقدر عليها ولها من الصبر من هذه الناحية ما ليس للرجل أو غيره من الأجانب وعندها من الوقت والحنان والرأفة ما لا يمكن أن يتوفر لدى غيرها من أقارب الطفل**[2]" فتصبح الأم ملتزمة طبيعيا بما تمليه عليها عاطفة الأمومة، "**بحفظ الصغير والتعهّد بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه ويضرّه وتربيته نفسيا وعقليا**"[3]

ويمكن القول إنه في صورة الأم العزباء التي تمكنت من إثبات أبوة ابنها. فإن حضانة ابنها تسند إليها في غالب الأحيان، وذلك في صورة وجود اتفاق بينها وبين الأب الذي يعمد إلى التخلي عن حضانة ابنه لها لانعدام رابط عاطفي يجمعه بهذا الابن الذي قد يكون أتى للحياة نتيجة نزوة أو علاقة جنسية عابرة.

إلا أنّ إسناد حضانة الطفل الطبيعي إلى أمه العزباء لا يعني حرمان الطفل من التواصل مع أبيه وعائلته الموسّعة.

وقد نصّت الاتفاقية الأممية لحقوق الطفل في مادتها الثامنة أولا على أن : " تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته، واسمه، وصلاته العائلية على النحو الذي يقرّه القانون...". وكذلك الفصل 11 من م.ح.ط. نص على أن "***تضمن هذه المجلة للطفل المنفصل عن أبويه أو أحدهما حق المحافظة بصورة منتظمة على علاقات شخصية وعلى اتصالات بكلا أبويه وبقية أفراد عائلته...".***

وفي حقيقة الأمر، لقد تبنت مجلة الأحوال الشخصية مبدأ حق الطفل في الاتصال بوالديه. إذ يمكن أن نستشف ذلك من خلال الفصل 66 منها، الذي ينص بعبارات عامة على أن " **الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من زيارته ومن تعهده...**". ولكن هل يمكن الاستنتاج من سكوت قانون 1998 عن حق الزيارة، أنه لا يبيح ذلك؟

---

[1] رشيد الصباغ: الطفل وولاية التربية، م ق ت 1966 عدد أكتوبر ص 14.
[2] تعقيبي مدني عدد 36815 مؤرخ في 8 مارس 1993 ق، م، ص 294.
[3] فصل 54 م أ ش تعريف الحضانة.

تبدو الإجابة عن هذا التساؤل بديهية. ذلك أن المشرع الذي أباح إثبات بنوة الطفل لوالديه بصرف النظر عن عدم شرعية علاقتهما، لا يمكن تأويل سكوته بطريقة لا تتماشى مع فلسفة هذا القانون. ولقد قال أحد الفقهاء في هذا الشأن، بأن التوازن العاطفي والنفسي للطفل يتطلب اتصاله بكلا أبويه، لأنه في حاجة إلى عطف كل منهما[1].

ويعتبر حق الزيارة حقا مقدسا أو حقل طبيعيا بالنسبة للطفل ولوالديه. ولقد أجمعت التّشاريع الوطنية على إقرار حق الزيارة لغير الحاضن من والدي الطفل. إذ يمكن إرجاع هذا الإجماع على حق الزيارة، إلى اليقين بأن الطفل مما يفعله والداه براء[2]. ولكن قداسة هذا الحق قد تهدد في الواقع السلم العائلي، خاصة إذا كان الطفل محضونا من قبل أمه العزباء. ذلك أن تردّد الأب البيولوجي لزيارة الطفل في منزل الأم، قد يسبب لها بعض المتاعب مع عائلتها، ويحول دون مبادلة الزوج مشاعر الأب الحقيقي مع الطفل، وهو ما لا يتماشى مع مصلحة المحضون.

ويرى الأستاذ فاروق المشري، أن الحق في الزيارة لا يمكن اقتصاره على والدي الطفل فحسب. ذلك أن قانون 1998 يلحق الطفل بعائلتي والديه، ولذلك لا شيء يمنع القضاة من تخويل أجداد الطفل الطبيعي الحق في زيارته[3]. وهو ما أقره المشرع الفرنسي في الفصل 371 من م.م.ف.، بعد أن تعرضت محكمة التعقيب الفرنسية إلى عديد الانتقادات جراء رفضها القبول بإقرار حق الزيارة لأجداد الطفل الطبيعي قبل قانون 3 جانفي 1972 المتعلق بالبنوة بحجة انعدام الرابطة القانونية بينهما.

ب- اعتماد معيار مصلحة المحضون:

إن إسناد الحضانة لا يعهد آليا للأم العزباء باعتبار أنها الأولى بحفظ طفلها والأرفق والأشفق عليه، وإنما تبقى موكولة لاجتهاد المحكمة المتعهدة التي لها سلطة تقديرية واسعة لإسناد الحضانة لمن تتوفر فيه الشروط العامة في مستحق الحضانة، كيفما نص عليها الفصل 58 م أ ش " **يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلفا أمينا قادرا على القيام بشؤون**

[1] Farouk Mechri : L'enfant objet et sujet d'affection, op. cit, p 91.

[2] Gerard Cornu : Droit civil, la famille, , op. cit, p 119.
« il existe dans le droit de la filiation, une certitude fondamentale, une seule, c'est l'innocence de celui qui n'a pas demandé à naitre »

[3] Farouk Mechri : L'enfant objet et sujet d'affection, op. cit, p 102.

المحضون سالما من الأمراض المعدية ويزاد إذا كان مستحق الحضانة ذكرا أن يكون عنده من يحض من النساء وأن يكون محرّما بالنسبة للأنثى وإذا كان مستحق الحضانة أنثى فيشترط أن تكون خالية من زوج دخل لها ما لم ير الحاكم خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون وإذا كان الزوج محرّما للمحضون أو وليا له أو يسكت من له الحضانة مدّة عام بعد علمه بالدخول ولم يطلب حقه فيها أو أنها كانت مرضعا للمحضون أو كانت أمّه ووليّة عليه في آن واحد".

كما أنه تطبيقا لأحكام الفصل 67 م أ ش فإنه على القاضي عند البت في مسألة الحضانة أن يراعي مصلحة المحضون ويعتبر مبدأ مصلحة المحضون الرائد الأساسي لمؤسسة الحضانة وهو مبنى جرى عليه العمل في الفقه الإسلامي وقررته المحاكم التونسية قبل أن يقع إقراره تشريعيا.[1]

فبموجب القانون عدد 49 لسنة 1966 المؤرخ في 3 جوان 1966 أحدث المشرّع تغييرا جذريا في أحكام الحضانة إذ وقع التأكيد صراحة ومباشرة على أن المرجع في تحديد مستحق الحضانة والأساس الجوهري فيه هو مصلحة المحضون.[2] وقد اعتبرت محكمة التعقيب في أحد قراراتها أن " ***الحضانة وإسنادها يراعى فيها مصلحة المحضون تماشيا مع فكرة التشريع والاعتبارات التي شرّعت من أجلها الحضانة وهي جميعها ترمي إلى حفظ المحضون ورعايته بما يتوجب من عناية وما يفضي عليه من السكينة والاطمئنان. وعلى القاضي عند البتّ في ذلك أن يراعي مصلحة المحضون".***[3]

ويمكن القول أنه قياسا على الفقرة الأولى من الفصل 67 م أ ش فإنه عند وفاة الأب البيولوجي أو عدم ظهوره واعترافه بالابن الطبيعي فإن الحضانة كانت قبل تنقيح 3 جوان 1966 ستسند آليا للأم وفي صورة موتها فإن قائمة مستحقي الحضانة تقدم فيها النساء على الرجال والقريبات من جهة الأم على القريبات من جهة الأب، وبالتالي لا تمنح الحضانة بصفة

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 1892 مؤرخ في 8 جويلية 1960، ن.ق.م. 1960 ص 128.

[2] " ركز المشرع التونسي في إسناد الحضانة على مراعاة مصلحة المحضون باعتبارها الهدف الأوحد لنظر القضاء" قرار تعقيبي مدني عدد 38775 مؤرخ في 8 مارس 1994، ن . ق. م. 1994، ص 282.

[3] قرار تعقيبي مدني عدد 36815 مؤرخ في 8 مارس 1993 ن. ق. م، ج 2، ص 294.

آلية للأب الطبيعي عند موت الأم العزباء ما عدا في صورة غياب كل من سبقوه في الرتب أو إعراضهم عن الحضانة.

هذه الحلول جاءت متماشية مع أحكام التشريع الإسلامي الذي يرى أنه لا يمكن تحقيق مصلحة الطفل إلا بمنح أولوية إسناد الحضانة إلى الأم ومن يليها من النساء وبتوفر عدة شروط في الحاضنة والحاضن.[1] كما أن هذا التوجه الذي كان معتمدا في القانون التونسي قبل تنقيح 3 جوان 1966 ينطبق على معظم التشاريع الوضعية العربية كالتشريع المصري والمغربي والجزائري[2]. إن قاعدة مراتب الحضانة ترتكز على مصلحة الطفل كما قدرها الفقهاء في ظروف كانت فيها الروابط العائلية قوية ومتماسكة ولكنها اليوم تغيرت وأصبحت تتميز على العكس من ذلك بتفكك العائلات[3] وخاصة في وضعية كوضعية الأم العزباء، حيث تكون في غالب الأحيان في علاقة عداء مع عائلتها، لما ألحقته من عار بها. فهذا الترتيب أضحى لا يراعي بالضرورة مصلحة الطفل فعدل عنه بموجب تنقيح سنة 1966، فإذا انفصمت الرابطة الزوجية بموت فحضانة الأبناء القصر تعهد إلى من بقي حيا من الزوجين مع الأخذ بعين الاعتبار بمصلحة الطفل.[4] والمشرّع بذلك أطلق يد القاضي ليتمكّن من تحديد الأصلح لحضانة الطفل دون التقيّد بأشخاص متمتعين بالأولوية.[5]

إنّ قرينة الأصلحية لحضانة الطفل من جانب المتبقي من الوالدين تطرح إشكالا من حيث تحديد طبيعتها: هل هي قرينة مطلقة أم بسيطة؟

فإن كانت هذه القرينة مطلقة فإنّ ذلك سيؤدي إلى إسناد الحضانة إلى المتبقي من الأبوين بصورة آلية دون الخوض في مسالة الأصلحية وهو ما ذهب إليه فقه القضاء في بعض من القرارات[6]، ولكنه اتجاه لاقى انتقادا شديدا من طرف رجال القانون[7] إذا اعتبروا أن هذا الرأي

---

[1] بشير الفرشيشي، " خواطر حول الحضانة"، المرجع السابق، ص 9.

[2] محرز الوشتاتي، المرجع السابق ص 105.

[3] رشيد الصباغ،" الحضانة" مرجع سابق ص 15.

[4] قرار تعقيبي مدني عدد 2005.3230 مؤرخ في 24 نوفمبر 2005 غير منشور ، قرار تعقيبي مدني عدد 67854 مؤرخ في 26 جانفي 1999، ن.ق.م. 1999، ص 335.

[5] قرار تعقيبي مدني عدد 2005. 8796 مؤرخ في 02 مارس 2006، غير منشور، الملاحق – قرار تعقيبي مدني عدد 70563 مؤرخ في 8 جوان 1999، ن.ق. ت. 1999، ص 338.

[6] قرار استئنافي مدني تونس عدد 32141 مؤرخ في 19 أفريل 1973، ق.ت. عدد 1 لسنة 1976، ص 72.

[7] ساسي بن حليمة، " هل يمكن إسناد الحضانة لأحد الزوجين أو لغيرهما حال قيام الزوجية ودون وجود قضيّة في الطلاق؟" م.ق.ت. عدد 5 لسنة 1994، ص 7.

يقدّم مصلحة الحاضن على مصلحة المحضون وهو ما يتعارض مع روح التشريع المتعلق بالحضانة.[1] أما إذا اعتبرت هذه القرينة بسيطة فإنه دحضها بكل الوسائل المثبتة لعدم صلاحية المتبقي من الوالدين بالحضانة. هذه القاعدة لا يمكن أن تكون ملزمة للقاضي الذي يجب أن لا يتقيّد إلا بمصلحة الطفل وبالتالي من الممكن منازعة من بقي حيا من الأبوين في صلوحيته للقيام بشؤون الحضانة وهو موقف تبنته محكمة التعقيب في عديد القرارات.[2]

أما في صورة تواجد كل من الأب الطبيعي والأم العزباء وسعي كل منهما لنيل حضانة الأطفال، فإن الحضانة تسند لأحد الأبوين أو لغيرهما حسب ما تقتضيه مصلحة الطفل، فمصلحة الأولاد هي المنظور لها بالدرجة الأولى وهي المعيار الوحيد والرائد الأساسي لإسناد الحضانة".[3]

فالمشرّع ألغى قائمة مستحقي الحضانة وعدل عن معيار السن الذي كان معتمدا لتحديد مدة حضانة النساء. وتبرير هذا التغيّر في أحكام الحضانة حسب ما جاء في تفسير كاتب الدولة للعدل حول أسباب التنقيح يتمثّل في " أنّ هذه الحلول لا تأخذ بعين الاعتبار المعطيات الإنسانية والقانونية، وفعلا فإنّ حق الأولوية الذي منحه القانون لأشخاص دون آخرين لا معنى له فلا دليلا أن الخالة أجدر وأرفق من الجدة للأب فيما يتعلّق بتنفيذ الالتزامات المتولدة عن الحضانة. من ناحية أخرى فإنّ سن السابعة أو التاسعة ليس له معنى واضح ولا يتماشى مع الواقع بل إنّ البتّ في مسألة الحضانة على أساس السن فقط قد يولّد حالات خطيرة".[4] فعند إلغاء المشرّع أمد الحضانة الذي كان معمولا به إنّما كان يهدف إلى ضمان مصلحة الطفل التي وحدها تبرر تواصل حضانته أو انتهائها بحسب الأحوال والتي تفرض إلغاء دابر المساواة المضرّة بمصالح الطفل وتفرض حذف كل امتياز،[5] فقد رأى البعض أن وجود سلم تفاضلي في مستحقي الحضانة دليل على تجاهل معيار مصلحة الطفل.[6]

---

[1] بشير الفرشيشي، المرجع السابق، ص 10.

[2] قرار تعقيبي مدني عدد 8603 مؤرخ في 03 جويلية 1973، ن.ق.م. 1973، ص 61ن قرار تعقيبي مدني عدد 36815 مؤرخ في 08 مارس 1993، ن.ق.م. 1993، ص 294، قرار تعقيبي مدني عدد 2005 8796 مؤرخ في 02 مارس 2006، غير منشور، الملاحق.

[3] قرار تعقيبي مدني عدد 47466 مؤرخ في 22 أفريل 1997، ن.ق.م. 1997، ص 277.

[4] منشور السيد كاتب الدولة حول القانون عدد 49 لسنة 1966 المؤرخ 3 جوان 1966، ق.ت. أكتوبر 1966، ص 77.

[5] رشيد الصباغ، "الطفل وولاية التربية مرجع سابق، ص 193.

[6] Béji Mohamed, « la garde de l'enfant en droit Tunisien », mémoire D.E.A. de droit privée, 1978, P3

ورغم هذا التحوير الذي يرمي إلى ضمان مصلحة الطفل فإنّ البعض[1] في تونس يرى أنه ليس من الحكمة جعل الأم على قدم المساواة مع بقية مستحقي الحضانة وخاصة في وضعية كوضعية الأم العزباء، فلن يكون لهذا الطفل المسكين من يقبله بسهولة ويرعاه مثل أمه في بقية أفراد العائلة التي قد تنفر منه، وتسيء معاملته، وتهمل العناية به، فالأم مهما كانت لا تفقد الأولوية إلا إذا ثبت أنها غير قادرة على حضانة طفلها. الظاهر أن المحاكم التونسية مقتنعة بهذا الرأي[2] إذ نادرا ما تمّ إسناد حضانة الأبناء إلى شخص غيرها، وقد اعتبر الأستاذ رشيد الصباغ أن قاعدة أولوية الأم بحضانة الأطفال الصغار هي خلاصة ما وصل غليه النظر الفقهي وتجارب العلم والقضاء في القديم والحديث وأنه يتجه لذلك إثباتها بالنص مع إبقاء حرية الاجتهاد للقاضي في تقدير الأصلح بالمحضون في جميع الحالات.[3]

فالفقهاء لم يقرروا إسناد الحضانة للأم إلا ما ظهر من مصلحة محققة للطفل وقد وضعوا هذه المصلحة بأنها المشفقة في المرتبة الأولى وأنها ما فطرت عليه المرأة من المقدرة على مباشرة الصغير وما هيّأه الواقع الاجتماعي من بقاء المرأة بالبيت.[4]

ولكننا اليوم نشهد تغييرا في حياة المرأة والتي كانت تتمحور حول أطفالها بما أنهم شاغلها الوحيد لا يزاحمهم في ذلك لا عملها ولا متطلباتها الخاصة بل يغلب على تفكيرها مشاعر الأمومة التي تجعل من أطفالنا أولى أولوياتها وهو ما يفسّر الحلول التي اتجهت نحو تمكين الأم من رعاية أبنائها وحضانتهم بما أنها ستكون الأحرص على مصلحتهم. أمّا اليوم فقد اقتحمت المرأة سوق الشغل فتنامت طموحاتها وكثرت مشاغلها ولم يعد أطفالها على راس قائمة أولوياتها، وإن كانت هذه وضعية الأم بصفة عامة، فوضعية الأم العزباء قد تكون أتعس، إذ قد لا تكنّ مشاعر أمومة حقيقيّة تجاه هذا الابن الذي يذكّرها بخطيئتها ويمثل وصمة عارها أمام المجتمع، فتنعدم في قلبها مشاعر الرحمة، وتصبح في بعض الأحيان تمثل تهديدا حقيقيّا لطفلها مما يستدعي وجوب إسقاط الحضانة عنها.

---

[1] رشيد الصباغ، "الحضانة"، مرجع سابق، ص 18.

[2] قرار تعقيبي مدني عدد 2005، 9017 مؤرخ في 11 ماي 2006 غير منشور، الملاحق، قرار تعقيبي مدني عدد 69523 مؤرخ في 4 جانفي 1999، ن.ق.م. 1999، ص 331.

[3] رشيد الصباغ، "الحضانة"، مرجع سابق، ص 14.

[4] رشيد الصباغ، "الحضانة"، مرجع سابق، ص 12.

2- إسقاط الحضانة وزوالها:

إنّ إسناد الحضانة للأم العزباء في حالة الطفل الطبيعي، على غرار إسناد حضانة الطفل الشرعي لأمه التي انفصلت عن أبيه بطلاق هو إسناد قضائي يخوّل للمحكمة حيّزا هاما لتقدير مصلحة الطفل في جميع أبعادها المادية والنفسية، ونظرا إلى إمكانية توفر ظروف جديدة تطرأ على وضعية الأم العزباء من شأنها أن تضرّ بمصلحة المحضون. أقرّ المشرع إمكانية الإسقاط الإداري للحضانة (أ) حتى لا يجبر أمّا عزباء رافضة لحضانة طفلها على الاهتمام به، كما تبنى من جهة أخرى الإسقاط القانوني لحضانة الأم العزباء (ب) في صورة الوضعيات التي تمثل تهديدا للطفل الطبيعي وما ينجر عن ذلك من انتفاء موجب إسكان الأم العزباء الحاضنة بالنسبة للأب الطبيعي (ج).

أ- الإسقاط الإرادي للحضانة:

بالرجوع إلى أحكام الفصل 64 م أ ش الذي اقتضى أنه " **يمكن لمن عهدت إليه الحضانة أن يسقط حقه فيها ويتولى الحاكم في هذه الصورة تكليف غيره بها**"، يمكن القول إنه في حالة الأم العزباء التي عهدت إليها حضانة ابنها، فإنه بإمكانها أن تسقط حقها فيها والقاضي في هذه الصورة يكلّف غيرها بها، فالحضانة بالإضافة إلى أنها واجب على الأم لكنها كذلك حق لها يمكنها التنازل عنها[1]. وقد تعود أسباب هذا التنازل لحدوث تغيير على أوضاع الأم العزباء، إذ يمكن أن تكون عاجزة عن مواصلة حضانة ابنها الطبيعي وتحمل أعباءه، أو غير راغبة في حضانته كأن يتقدّم إليها شخص راغب في الزواج منها دون أن يكون محرّما بالنسبة لمحضونها، فتخيّر الأم العزباء إسقاط حضانتها كي تتمكن من إبرام الزواج ونسيان ماضيها كما أنه في وضعيات أخرى قد تجد هذه الأخيرة نفسها تضطلع بكل المهام الموكولة لها بصفة شخصية ومباشرة ولا يمكن لها أن تعهد بها إلى غيرها[2] فيحدّ ذلك من حريّتها ويقف عائقا أمام تطلعاتها المستقبلية وطموحاتها الشخصية.

إلا أنّ هذا الحق للأم العزباء الحاضنة ليس أقوى من حق المحضون[3].

---

[1] معز الزيادي، مرجع سابق ، ص 100.

[2] رضا الأسود، "الحضانة"، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء 1995 / 1996، ص 99.

[3] " إلا أن حق المحضون أقوى من حق الحاضنة وإن إسقاط الحاضنة لحقها لا يسقط حقّ الصغير في الحضانة"، قرار تعقيبي مدني عدد 36815 مؤرخ في 8 مارس 1993، ن.ق.م. 1993، ص 294.

فالمحكمة تتولى النظر في أسباب التنازل وتقديرها اعتمادا على مصلحة الطفل لتقرر على ضوء ذلك إما قبول الإسقاط الاختياري للحضانة ما دام لا ينال من مصلحة الطفل أو جبر الأم العزباء الحاضنة على الحضانة حتى لو أبدت عدم رغبتهما فيها.

فبإمكان الأم العزباء الحاضنة أن تسقط حقها في الحضانة وتقبل المحكمة بذلك وتتولى إسناد الحضانة لغيرها فقبول هذا الإسقاط مشروط بوجود من يصلح للحضانة من جهة وعدم امتناعه عن الاضطلاع بأعبائها من جهة أخرى. إنّ مصلحة الطفل تقتضي ألا يترك دون حاضن، أما إذا لم يوجد من تتوفر فيه شروط إسناد الحضانة أو من يريدها أصلا فإن المحكمة لا تقضي بالإسقاط فالأم العزباء الحاضنة التي أرادت التنازل تجبر على الحضانة لأنه لا يوجد غيرها[1] إذ أنّ إجبارها على مواصلة الحضانة بالرغم من تنازلها عنها أفضل بالنسبة إلى الطفل من تركه دون حاضن أو إسناد حضانته لمن هو ليس أهلا لها.[2]

على هذا المعنى رأت محكمة التعقيب[3] " ***أن الحضانة حق للصغير لاحتياجه إلى من يرعاه ويحفظه ويقوم على شؤونه... لذلك يتعيّن إجبار الأم على الحضانة حسب الفصل 55 من م أ ش... ولئن كان لكل من المحضون والحاضنة حق الحضانة إلاّ أن حق المحضون أقوى من حق الحاضنة وإن إسقاط الحاضنة حقها لا يسقط حق الصغير في الحضانة***".

وقد طرح الإشكال بشدة حين تقوم الأم العزباء الحاضنة والمتمتعة بمشمولات الولاية طبق أحكام الفقرة الخامسة من الفصل 67 جديد، التخلي عن حضانتها، فهل يتم قبول إسقاط حضانتها مع بقائها متمتعة بممارسة مشمولات الولاية؟

غير أنّ أحكام الفصل 64 م. أ. ش وضعت سنة 1966 [4] وفي ذلك التاريخ لم تكن الأم الحاضنة تتمتع بمشمولات الولاية وبالتالي فإن أحكام هذا الفصل لا تنطبق على وضعية الحال إلا بصفة نسبية، وذلك نظرا إلى أنه إذا ما طبقنا أحكام هذا الفصل فإنه يمكن للأم إسقاط

[1] الفصل 55 من مجلة الأحوال الشخصية

[2] قرار استئنافي عدد 55681 مؤرخ في 10 جانفي 1963، ق ت عدد 8 1963، ص 48.

[3] قرار تعقيبي مدني عدد 36815 مؤرخ في 8 مارس 1993، ن ق م 1993، ص 294.

[4] نقح الفصل 64 بمقتضى القانون عدد 49 لسنة 1966 المؤرخ في 3 جوان 1966. وكان في صياغته الأولى الصادرة بها م.أ.ش. في 13 أوت 1956 ينص على أنه " لمستحق الحضانة أن يسقط حقه فيها فينتقل الحق إلى من يليه في الرتبة فإن امتنع من يريه فالرتبة المبنية في الفصل 57 أو لم يوجد مستحق آخر للحضانة فلا يقبل الإسقاط.

حضانتها ولكن إذا ما سقطت الحضانة تسحب جميع مشمولات الولاية من الأم لأنها أسندت إليها بصفتها حاضنة.

أما إذا لم تتمتع بهذه الصفة فلا يمكنها إلا المساهمة في تأديب أبنائها وإرسالهم إلى أماكن التعليم (حسب الفصل 60 الجديد) أما فيما يتعلق ببقية مشمولات الولاية فانه لا يمكنها ممارستها لعدم توفر شرط الحضانة ولا يجد الأبناء بالتالي من يتولّى ممارسة مشمولات الولاية في حقهم. إذ يستفاد من أحكام الفقرة الخامسة من الفصل 67 أن الأب الولي الشرعي للأبناء لم يعد يمارس مشمولات الولاية سواء لأسباب اختيارية (تعسّف أو تهاون) أو قهرية (تعذّر أو تغيّب) أو غيرها من الأسباب والأم العزباء بما أنها لم تعد حاضنة لا يمكنها ممارسة مشمولات الولاية. فمن سيتولى ممارسة هذه المشمولات في حق الأبناء إذا ما سمح القاضي للـــأم العزباء بإسقاط حضانتها؟ خاصة وأن القاضي لم يعد بإمكانه رفض مطلب الإسقاط بعد تنقيح الفصل 64 بمقتضى قانون 3 جوان 1966.

ولا يمكن للأم العزباء تسمية وكيل عنها يقوم بممارسة مشمولات الولاية في حقها لأنها هي نفسها لم تعد تتمتع بحق ممارسة هذه المشمولات عملا بأحكام الفصل 551 م.إ. ع. الذي ينص على أنه " **لا يجوز لشخص أن يمنح لغيره أكثر مما لنفسه من حقوق**" كما لا يمكنها التعاقد مع كفيل يحل محلها ومحل الأب للقيام بالواجبات المنجرّة عن الولاية تجاه الأبناء لان الفصل 4 من القانون عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني[1] لا يسمح بإبرام عقد الكفالة من قبل احد أبوي المكفول إلا إذا كان قرينه ميتا أو مجهولا[2] ويبقى الأبناء بالتالي في حالة إهمال فإيداع الطفل المجهول النّسب للكفالة كما ذكرنا سابقا، هي فقط إمكانية متاحة للام العزباء التي لم تتمكن من إثبات أبوّة ابنها، وبقي الأب مجهول الهوية.

تفطن المشرع التونسي سنة 1995 لخطورة هذه الوضعية واعتبرها ضمن الحالات الصعبة التي تهدد صحة الطفل أو سلامته البدنية أو المعنوية" حسب عبارة الفصل 20 من مجلة

[1] الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 19 بتاريخ 9 مارس 1958، ص306.

[2] الفصل 4:" يبرم عقد الكفالة لدى عدلين بين الكفيل من جهة وبين أبوي المكفول أو أحدهما إذا كان الآخر ميتا أو مجهولا أو عند الاقتضاء الولي العمومي أو من يمثله من جهة أخرى. ويصادق حاكم الناحية على عقد الكفالة"

حماية الطفل الذي حدد هذه الحالات وذكر من بينها حالة الإهمال[1] ويعطي الفصل 21 من نفس المجلة مفهوم الإهمال إذ ينص على انه "**يقصد بالإهمال تعريض سلامة الطفل العقلية أو النفسية أو البدنية للخطر سواء بتخلي الأبوين عنه بدون موجب بمكان أو مؤسسة عمومية أو خاصة أو بهجر محل الأسرة لمدة طويلة ودون توفير المرافق اللازمة له أو رفض قبول الطفل من كلا الأبوين عند صدور قرار في الحضانة أو الامتناع عن مداواته والسهر على علاجه**"

وأعطى المشرع لقاضي الأسرة جملة من التدابير لتلافي الانعكاسات السلبية لهذه الحالة على الأبناء فمكنه الفصل 51 من مجلة حماية الطفل من التعهّد من تلقاء نفسه في مثل هذه الحالات. كما مكنه الفصل 56 من نفس المجلة في فقرته الثانية من " **اتخاذ قرار وقتي في إبعاد الطفل عن عائلته والإذن بوضعه تحت نظام الكفالة مع إلزام أبويه بالمساهمة في الإنفاق عليه** " **إذا اقتضت مصلحة الطفل ذلك. كما يذهب المشرع إلى مطالبة قاضي الأسرة بالسهر** "**على متابعة وضعية الأطفال المأذون بكفالتهم بالاستعانة بمندوب حماية الطفولة وبالمصالح والهيئات الاجتماعية المختصة (الفصل 57 من مجلة الطفل)**

غير أن إبعاد الطفل عن عائلته والإذن بوضعه تحت نظام الكفالة ليس الحل الوحيد الذي يمكن لقاضي الأسرة اتخاذه. بل يلتجأ إليه في أقصى الحالات إذ يعطيه المشرع إمكانية "**إبقاء الطفل لدى عائلته وتكليف مندوب حماية الطفولة بمتابعة ومساعدة العائلة وتوجيهها**". حسب الفصل 59 ثانيا من مجلة حماية الطفل. وهو ما يمكّن القاضي عند قبوله لإسقاط الأم لحضانتها أن يسند هذه الحضانة لشخص آخر (الخالة أو الجدة أو العمة...) مع تكليف مندوب حماية الطفولة باتخاذ التدابير اللازمة قصد الوصول إلى اتفاق بين الوالدين والطفل والحاضن

[1] الفصل 20 من مجلة حماية الطفل "تعتبر بوجه خلص من الحالات الصعبة التي تهدّد صحة الطفل أو سلامته البدنية أو المعنوية:
-أ فقدان الطفل لوالديه وبقاؤه دون سند عائلي.
-ب تعريض الطفل للإهمال والتشرد
-ج التقصير البيّن والمتواصل في التربية والرعاية
-د اعتياد سوء معاملة الطفل
-ه إستغلال الطفل ذكرا كان أو أنثى جنسيا
-و إستغلال الطفل في الإجرام المنظم
-ز تعريض الطفل للتسول أو لاستغلاله اقتصاديا
ج- عجز الأبوين أو من يسهر على رعاية الطفل عن الإحاطة والتربية"..

بخصوص كيفية ممارسة مشمولات الولاية والعناية بالطفل (الفصل 40). كما يقوم مندوب حماية الطفولة بالعمل التوعوي والتوجيه ومتابعة الطفل ومساعدة الأسرة على القيام بالواجبات المحمولة عليها للعناية بالطفل مع إعلام القاضي بجميع الحالات التي يتعهد بها (الفصل 41).
إلى غير ذلك من التدابير التي وضعها المشرع صلب مجلة الطفولة لتنظيم الحالات التي يقع فيها إهمال الأطفال والتي لم يتعرض إليها صلب مجلة الأحوال الشخصية عند تنظيمه لمسالة الحضانة وخاصة إثر قانون جويلية 1993 حين مكن الأم الحاضنة من ممارسة مشمولات الولاية.

ب. الإسقاط القانوني للحضانة:

إنّ موضوع إسقاط الحضانة كان محل جدل بين المذاهب، فالمالكيّة يرون أن للحاضنة الحق في إسقاط الحضانة كي ينتقل الحق لمن يليها من مستحقي الحضانة، في حين يرى الحنفيّة أن الحضانة لا تسقط بالإسقاط ولا تقدر الحاضنة على إبطال حق الصغير فيها.[1]
أمّا المشرع التونسي فقد اعتبر أنّ الإخلال بمصلحة الطفل سبب لإسقاط الحضانة إذ خول القيام ضد الأم الحاضنة عموما وضد الأم العزباء الحاضنة بصفة خاصة. بدعوى أصلية الهدف من ورائها إسقاط الحضانة عنها ولا تقضي المحكمة بالإسقاط إلا إذا تبيّن لها وجود سبب جدّي وخطير أدّى إلى الإخلال بمصلحة الطفل. فقد رأت محكمة الاستئناف بتونس[2] أن تحويل الحضانة من أحد الحاضنين إلى آخر يرتكز على مصلحة المحضون.

أما صور إسقاط الحضانة فهي متعددة، فهناك الإسقاط للإخلال بموجبات الحضانة وهناك الإسقاط للإخلال بمتطلبات الولاية. من جهة يعتبر الإخلال بموجبات الحضانة إخلالا بمصلحة الطفل يستدعي الإسقاط سواء إثر المس بشروط إسناد الحضانة أو عبر تقصير الحاضن أو تعمده الإضرار بالطفل. واعتمادا على النصوص العامة الواردة بـــ م.أ. ش. المتعلقة بالحضانة فالأم العزباء الحاضنة لا بد أن تتوفر فيها شروط عامة وأخرى خاصة[3] حتى تسند لها الحضانة وقد يحدث أثناء ممارسة الحضانة أن يفقد أحد هذه الشروط مما يضرّ بمصلحة الطفل وينال منها فيكون للمحكمة وحدها السلطة التقديرية في تحديد تأثير فقدان تلك

[1] محمود الشمام، "الحضانة وتطورها في التطبيق بالبلاد التونسية" م.ق.ت. جويلية 1982، ص 24.
[2] قرار استئنافي بتونس عدد 16780 مؤرخ في 29 ماي 1958، ق.ت. عدد 6، 1959، ص 54.
[3] الفصل 58، م.أ.ش

الشروط على مصلحة الصغير. فالإسقاط بذلك ليس آليا إذ قد تقتضي مصلحة الصغير في بعض الحالات الإبقاء على حضانة الأم العزباء الحاضنة رغم غياب أحد شروط الإسناد.[1]

ومن مظاهر الإخلال بشروط الإسناد، زواج الأنثى بغير محرم، هذا الرأي كان عرضة للنقد إذ رأى أحدهم أنه " لئن كان هدف المشرّع الرامي إلى حماية مصلحة الطفل واضحا فإنه لا يبرر شرط عدم زواج الحاضنة كمبدأ لاستمرار حضانتها خصوصا وأنه لا وجود لمثل هذا المنع بالنسبة إلى الحاضن الذكر بينما قد تقتضي مصلحة المحضون ذلك[2]

ومن بين المظاهر الأخرى حضور طارئ على أهليّة الحاضن أو عراقيل تجعله عاجزا عن القيام بشؤون المحضون وبما أن مصلحة الطفل هي المعيار الوحيد عند النظر في إسقاط الحضانة فكلما عمدت الأم العزباء الحاضنة بتصرفاتها إلى الإضرار بها أمكن المطالبة بإسقاط الحضانة عنها هذا الإضرار يمكن أن يكون ماديا أو معنويا عن قصد أو نتيجة تقصير كترك الطفل في حالة من الحاجة رغم قيام الأب بدفع مبالغ النفقة[3] أو ثبوت سوء معاملة الأم الحاضنة للمحضون مما أدى إلى نفوره وفراره عنها[4].

من جهة أخرى ولضمان مصلحة الطفل كان لا بدّ من تكامل بين كل من الأم العزباء الحاضنة والأب الطبيعي فمتى عمدت الأم إلى التعدّي على حقوق الأب المعترف بأبوته على المحضون بمنعه من ممارسة الولاية أو يجعل ممارستها صعبة سقطت الحضانة عنها فقد رأت محكمة التعقيب أن الحضانة قد "***شرعت على اعتبار حقين أحدهما لفائدة المحضون في إقامته عند حاضنته حتى لا يحرم من عطف الأمومة وثانيهما لفائدة الولي في الإشراف على تنشئة المحضون***".[5]

فالولاية تخوّل لصاحبها حق النظر في شأن المحضون وتأديبه وإرساله إلى أماكن التعليم وإدارة مكاسبه وتمثيله، وعندما لا يكون الولي غير مساكن للمحضون يستحيل تحقيق ذلك إلا إذا تمكن من الاتصال بالمحضون ومرافقته. والعمل على عدم الاتصال بين الولي ومنظوره

---

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 57466 مؤرخ في 1997/4/12، ن ق م 1997، جII ، ص 277.

[2] Dina Charif Feller, « la garde (Hadanah) en droit musulman et dans les droits égyptien et Tunisien » librairie Droz, Genève 1996, P 77-78.

[3] قرار استئنافي بتونس عدد 62229 مؤرخ في 22 أكتوبر 1970 ق.ت. عدد 6، 1971، ص 55.

[4] قرار تعقيبي مدني عدد 5037 مؤرخ في 1997/4/12، ن ق م 1981 جزءI ، ص 147.

[5] قرار تعقيبي مدني عدد 3984 مؤرخ في 20 ديسمبر 1965، ق.ت. عدد 3، 1966، ص 66.

خرقا لأحكام الفصلين 60 و66 م.أ.ش. وموجب لإسقاط الحضانة لأن مثل هذه التصرفات قد تضرّ بالمحضون أكثر من وليّه لم قد تؤديه من إخلال بالتوازن النفسي للطفل في المستقبل.

كما يمكن أن ينتج الإسقاط نتيجة صعوبة ممارسة صلاحيات الولاية، وتتجلى هذه الصورة خاصة في سفر الحاضنة بالمحضون سفر نقلة لمسافة بعيدة عن مكان إقامة الولي[1] ***و"تأسيسا على ذلك يمنع كل من الأم العزباء الحاضنة والولي من السفر سفر نقلة والاستقرار بمكان بعيد يتعطل معه حق الآخر[2] وللمحكمة وحدها حق الاجتهاد المطلق في تقدير بعد المسافة أو قربها"[3]***. وترتيبا على ذلك فإن المحكمة تقضي بالإسقاط إذا تبين لها أن المسافة بعيدة بشكل يجعل من العسير على الولي ممارسة حقوقه. وقد رأت محكمة التعقيب[4] أن الحضانة المحضون تسقط عن الأم عند انتقالها نقلة يعسر معها على الأب القيام بواجباته إزاء منظوره تطبيقا للفصل 61 م.أ.ش. وعليه، فإن إسقاط الحضانة عن الأم العزباء ينجرّ عنه انتفاء حقها في السكنى.

ج- انتفاء موجب إسكان الأم العزباء:

لئن كانت الأم العزباء الحاضنة تتمتع بحق شخص في مطالبة الأب بتوفير السكنى لها ولمحضونها إذا لم يكن لها مسكن يأويان إليه، وهو حق تتمتع به بناء على ما اقتضته أحكام الفقرة الثانية من الفصل 56 م.أ.ش. إلا أنه لا يمكنها التمتع بحقها في السكنى إلا لكونها حاضنة تقوم بواجب الحفظ والتربية والرعاية، فالسكنى حق تابع لمصلحة المحضون والحاضنة إنما ينظر إليها على وجه التبع لا بصفتها معنية أصلية بواجب الإسكان لذلك فإذا انتهت الحضانة بسبب إسقاطها أو انتهاء أمدها لم يبق للأم العزباء الحاضنة الحق في المطالبة بالسكنى طالما لم تعد هناك حضانة.

فعندما تصبح هذه الأخيرة غير قادرة على الاضطلاع بدورها التربوي على أحسن وجه ولم تعد لها القدرة على رعاية المحضون لأي سبب من الأسباب، أو إذا أعربت عن عدم رغبتها في مواصلة الحضانة، كل هذه الأسباب تجعل من إسقاط الحضانة أمرا حتميا وحاجة ملحة حتى

---

[1] الفصل 61 م. أ. ش

[2] قرار تعقيبي مدني عدد 33540 مؤرخ في 12 ديسمبر 1992، ن .ق.م. 1992، ص 167.

[3] قرار تعقيبي مدني عدد 606 مؤرخ في 1 فيفري 1961، ق.ت. عدد 4، لسنة 1961، ص 38.

[4] قرار تعقيبي مدني عدد 18718، مؤرخ في 6 أكتوبر 1987، ن، ق.م. 1987، ص 207.

لا يقع المساس بمصلحة المحضون وإذا ما تم الإسقاط يقع تبعا له إسقاط كل الحقوق المنجرّة عن إسناد الحضانة كحق الأم العزباء في الحصول على نفقة المحضون وحقها في السكن.

ويتمسّك الأب الطبيعي بأحد الأسباب المسقطة للحضانة حتى يثبت أن هذه الأم لا تصلح لحضانة أبنائها وبذلك يسقط لها كل حق كانت ستتمتع به بعد إسنادها الحضانة فيدفع أمام المحكمة بأن هذه الأم العزباء الحاضنة التي تطالب بتوفير السكنى لها ولمحضونها لا تستحق أي حق لأنها أمّ مخلة بواجباتها وعاجزة عن تربية ابنها وقد يصل الأمر إلى حدّ التشكيك في سلوكها. وهكذا يقوم الأب بحرمان الأم العزباء الحاضنة أبنها حتى يصل إلى مبتغاه في عدم توفير السكنى. وقد يكون إسقاط الحضانة بسبب عجز الأم العزباء الحاضنة بدنيا مما يصيّرها غير قادرة على حضانة ابنها خاصة إذا كان صغيرا ولا يستطيع الاعتماد على نفسه أو تدبير شؤونه.

إذا سقطت حضانة الحاضنة الأولى وانتقلت إلى غيرها من الحاضنات ينص الفصل 63 م.أ.ش على أنّ " ***من انتقل لها حق الحضانة لسبب غير العجز البدني بالحاضنة الأولى، لا تسكن بالمحضون مع حاضنته الأولى إلاّ برضى المحضون وإلا سقطت حضانتها***".

إن قراءة هذا الفصل تستدعي إبداء بعض الملاحظات، فإذا سقطت حضانة الأم العزباء – الحاضنة الأولى– سقط حقها في السكنى مع المحضون وذلك إذا كان لسبب غير العجز البدني وينتقل بالتالي الحق في المطالبة بالسكنى إلى الحاضنة الثانية ونظرا لتعلق السكنى بمصلحة المحضون فإنه كلما انتفت مصلحة المحضون مع حاضنته انتفى حق هذه الأخيرة في الحصول على سكنى ومتى انتقلت مصلحة المحضون إلى حاضنة جديدة انتقل الحق في المطالبة بالسكنى إلى هذه الحاضنة ويصبح الأب بالتالي في مواجهة صاحب حق جديد وليس عليه إلا تنفيذ واجباته كاملة.

نضيف أيضا أن الفصل 63 م أ ش يؤكد أن من انتقل لها حق الحضانة لغير العجز البدني لا تسكن بالمحضون مع حاضنته الأولى إلا برضى ولي المحضون، فإذا رضي الولي بأن تبقى الحاضنة الجديدة مع الحاضنة الأولى فلا إشكال في خصوص السكنى إذ لن يتغير محل سكنى المحضون ولا الحاضنة وإذا كان سبب انتقال الحضانة هو العجز البدني فإنه أيضا لا إشكال في خصوص السكنى إذ لا مانع قانوني من أن تسكن الحاضنة الجديدة كأن تكون مثلا الجدة مع

الحاضنة الأولى دون أن يتوقف ذلك على رضا الأب. وفي غير هذه الصورة وإذا لم يرض وليّ المحضون لا تسكن من انتقل إليها حق الحضانة مع الحاضنة الأولى وإلا سقطت حضانتها هي أيضا، لذلك يصبح من حق الحاضنة الجديدة أن تطالب الأب بأن يوفر لها المسكن حتى لا يستغل وجودها مع الأم العزباء الحاضنة الأولى، ويطالب بإسقاط حضانتها عملا بأحكام الفصل 63 المذكور.

ويمكن أن تسقط الحضانة حسب الفصل 61 م ا ش "***إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة لمسافة يعسر معها على الوليّ القيام بواجباته نحو منظوره...***" فالأم العزباء الحاضنة كانت حرّة في اختيار المسكن الذي ستعيش فيه فإنّ هذه الحرية ليست مطلقة بل تحدّها المسافة ليطالب بحرمان الأم العزباء الحاضنة من حقها في حضانة ابنها ويحرمها تبعا لذلك من كل الحقوق المنجرّة لها عن الحضانة ومنها التمتع بالسكنى. خاصة إذا كان الأب قد نفّذ التزامه بأن وفّر لها مسكنا قريبا من محلّ إقامته ولكنها اختارت لنفسها مسكنا آخر بعيدا بحيث يعسر معه على الأب الإشراف على شؤون منظوره ومراقبته ومتابعة أموره.

وقد يحدث أن تسند المحكمة للحاضنة الحق في مطالبة الأب بالسكنى ويتم تنفيذ هذا الواجب مثلما نصّ عليه القانون ونطقت به المحكمة ولكن الأب يبقى مترصّدا للأم العزباء الحاضنة حتى يجد أي سبب يؤسس عليه طلبه بخصوص الرجوع في السكنى خاصة إذا انتفى موجب إسكان الحاضنة وذلك بسقوط هذه الصفة عنها عند انتهاء أمد الحضانة.

ولئن حدد المشرع سن انتقال الحضانة في الفترة الممتدة بين 1956 و1966 بسبع سنين للذكر وتسع سنين بالنسبة للأنثى وبعد انقضاء هذه المدة يجتهد القاضي في إسناد الحضانة لمن هو أصلح.

فإنه قد تدخل بموجب القانون رقم 49 لسنة 1966[1] الذي ألغى العمل بتحديد سن انتقال الحضانة نظرا لما كان لهذا الحل من مساوئ في التطبيق. إذ كثيرا ما يعمد الآباء حين بلوغ المحضون السن التي نص عليها الفصل 67 في تحريره القديم إلى الضغط على الحاضنة وجبرها على التنازل عن حقوقها وحقوق محضونها مقابل تنازله عن حقه في الحضانة.[2]

[1] قانون عدد 49 لسنة 1966 مؤرخ في 3 جوان 1966، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 24 الصادر في 3 جوان 1966.

[2] رشيد الصبّاغ، مرجع سابق، ص 47.

فتسقط حقها في المطالبة بنفقة محضونها كما تتخلّى عن حقها في التمسك بتوفير السكنى لها وكان يمكن أن تفقد الحاضنة حقها في السكنى في وقت جد مبكر نظرا لقصر المدة الزمنية التي بمضيّها ينتهي حق الأم في الحضانة وتنتقل إلى غيرها "***ما لم ير الحاكم أنّ من الأصلح بقاء المحضون عند حاضنته***"[1]

وبعد التنقيح المذكور بقى انتهاء الحضانة غير محدد، ولكن يمكن للأب أن يتمسك بأن الأبناء قد ترشّدوا وأصبحوا في غنى عن حضانة والديهم وبالتالي فإن طلب الحاضنة الرامي إلى تمكينها من منحة سكن يكون غير طريقه وليس له ما يبرّره لأنّه يحقّ لها المطالبة بالسكن بصفتها حاضنة فحسب واتجه على هذا الأساس عدم اعتماد طلبها.[2]

ينصّ الفصل 46 م أ ش المتعلق بالنفقة على أنّه " ***يستمرّ الإنفاق على الأبناء حتى بلوغ سنّ الرشد أو بعده إلى نهاية مراحل تعلّمهم، على ألا يتجاوزا الخامسة والعشرين من عمرهم، وتبقى البنت مستحقة للنفقة إذا لم يتوفر لها الكسب أو لم تجب نفقتها على زوجها، كما يستمرّ الإنفاق على الأبناء المعوقين العاجزين عن الكسب بقطع النظر عن سنّهم***"

إنّ استمرار واجب الإنفاق على غاية هذا السن التي حددها الفصل المذكور يبرره أهمية النفقة وحاجة الأبناء الملحة إليها، وهو ما نظنّه يتلاءم مع مسألة السكنى إذ أنّ بلوغ الابن الطبيعي سنّ الرشد واستغلال الأب لذلك حتى يزيح واجب الإسكان الملقى على عاتقه قد يكون فيه إضرار بهذا الابن الذي ما زال يزاول تعليمه هو في حاجة إلى السكنى حتى نضمن له وأمه العزباء الاستقرار والسكن والسكينة وتضطلع بدورها في تربيته وتعليمه حتى تتوفر لهما أدنى ظروف العيش الكريم والأمل في نسيان الماضي.

فقرة II : ولاية الأم العزباء على إبنها القاصر ومجهول النسب

إن ولاية الأم على ابنها القاصر خارج الزواج الشرعي تبدو غريبة عن المنظومة القانونية للدول العربية وعلى هذا الأساس مجلة الأحوال الشخصية يوم صدورها أو إثر التنقيحات التي تتالت على نصوصها لم تشر سوى لمؤسسة الولاية المرتبطة بالزواج، لذلك

[1] استئنافي مدني (تونس) عدد 16980 مؤرخ في 29 ماي 1958 ق ت جوان 59، ص 54.

[2] حكم ابتدائي عدد 20862 مؤرخ في 21 أفريل 1997، غير منشور، انظر أيضا تعقيبي مدني عدد 5587 مؤرخ في 24 نوفمبر 2005، غير منشور .

تحدث الفصل 23 م أ ش عن الزوجين وجاءت الولاية القانونية ضمن الفصل 154 م أ ش في صورة وفاة الزوج والفصل العام للولاية بعد انفصام الرابطة الزوجيـــة أي الفصل 67 م أ ش أشار إلى الزواج الذي يمكن أن ينفصم بموت أو ينفصم وكان الزوجان على قيد الحياة ويجمع في هذه الصورة الطلاق والبطلان.

لكن خارج مفهوم الزواج لم ينظم المشرع مسألة ولاية الأم على ابنها القاصر، هذا الموقف التشريعي لم يكن يتماشى مع تطور الوضع الاجتماعي الذي أوجد صورة الأم العزباء فنشأة هذه العائلة التي لا تتبني بالضرورة على رابطة الأبوة والأمومة في نفس الوقت لذلك إنكب الفقه وفقه القضاء حول إسناد الأم صفة في دعوى إثبات نسب إبنها وأداء نفقته وبقيت مسألة الولاية ككل غير واضحة المعالم. غير أن المشرع كان أكثر حرصا مع قانون 28 أكتوبر 1998 والمنقح بقانون 7 جويلية 2003 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو المجهولي النسب والذي أقر واجب ولاية الطفل من قبل أبويه أو أحدهما إذا ثبتت بنوته منهما.

ذلك أن الولاية تعتبر من أهم آثار ثبوت الهوية الحقيقية للطفل، إلا أن المشرع لم يراعي خصوصية وضعية هذا الإبن الطبيعي ولم يفرده بأحكام خاصة وهو ما يتجه معه الرجوع إلى الأحكام العامة المتعلقة بالولاية الواردة بمجلة الأحوال الشخصية، خلافا للمشرع الفرنسي الذي أقر أحكاما خاصة بالطفل الطبيعي في المجلة المدنية الفرنسية تلافيا لما قد تطرح من إشكاليات تتصل أساسا بممارسة صلاحيات الولاية (1) وانتهاء الولاية واسقاطها (2).

1- ممارسة الأم العزباء للولاية

إن الهدف من ممارسة صلاحيات الولاية على الطفل هو حمايته في أمنه وصحته وأخلاقه وتربيته وإدارة مكاسبه بما يحقق مصلحته الفضلى في كل الأحوال[1] وتعد ولاية الأم عموما على ابنها تكليفا لها بواجب السهر على رعاية الطفل وحمايته في نفسه وفي ماله إلى أن يكتمل وعيه و بصبر قادرا على حماية مصالحه بنفسه.

وقد نص الفصل 155 من م أ ش "**أن للأب ثم للأم ثم للوصي الولاية على القاصر أصالة لا تبطل إلا بإذن من الحاكم لأسباب شرعية**".

[1] – مبروك بن موسى : إسقاط الولاية، م ق ت جانفي 1999 ص 25

إلا أن قانون 12 جويلية 1993 غير من موقع الأم، بتشريكها في الإشراف على شؤون الأبناء وإدارة الشؤون العائلية، فقد أشار الفصل 23 م أ ش في صيغته الجديدة إلى واجب التعاون على تسيير شؤون الأسرة بين الزوجين والعناية بالأبناء على قدم المساواة، وهو ما يدعو للتساؤل حول الحلول الممكنة للوضعية الخاصة بالإبن الطبيعي المنتمي إلى أم عزباء وأب طبيعي يكون غالبا رافضا لهذا الطفل ومتملصا من واجبه في الولاية على إبنه أو مجهولا غير معروف الهوية وغير معترف بأبوته، إذ أنه نظرا لعدم تضمن قانون 1998 حلولا لمسألة تنظيم الولاية فإن الإشكال يطرح حول كيفية ممارسة الأم العزباء للولاية على طفلها وذلك عند حصول اتفاق بينهما وبين الأب الطبيعي بممارسة الولاية الجزئية على طفلها (أ) وكذلك في صورة ممارستها للولاية الكلية على طفلها (ب) سواءا قضائيا وذلك في صورة حصول نزاع بينها وبين الأب الطبيعي أو قانونيا عندما يكون متوفيا أو فاقدا للأهلية أو في أغلب الحالات الواقعية مجهولا تماما.

أ- الولاية الجزئية للأم العزباء على إبنها القاصر :

غني عن البيان أن صلاحيات الولاية بالنسبة للطفل الشرعي، لا يمارسها الأب وحده، بالنظر لما أدخله المشرع التونسي من تغيير في موقع الأم، سواء عند قيام الرابطة الزوجية أو بعد انفصامها.

وذلك بموجب تنقيح مجلة الأحوال الشخصية التونسية، بقانون 12 جويلية 1993 الذي سعى من خلاله المشرع التونسي إلى تشريك الأم في الإشراف على شؤون الأبناء وإدارة الشؤون العائلية.

فقد أشار الفصل 23 م أ ش ت في صيغته الجديدة إلى واجب التعاون على تسيير شؤون الأسرة بين الزوجين والعناية بالأبناء على قدم المساواة وقد نص على أن "**يقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة ويتعاونان على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية**".

أما الفصل 6 م أ ش ت فقد أبقى بموجب تنقيح 1993 على موافقة الولي على زواج إبنه القاصر، إلا أنه اشترط أيضا موافقة الأم بعد أن كان حق التزويج من حق الولي الذكر العاصب

بالنسب فحسب، كما نص على ذلك الفصل 8 م أ ش[1]. وتماشيا مع فلسفة المشرع الهادفة إلى تشريك الأم في إدارة شؤون العائلة، والعناية بالطفل المحضون، قرر الفصل 60 جديد م أ ش إسناد حق النظر في شؤون المحضون وتأديبه وتربيته وإرساله إلى الدراسة إلى الأب بوصفه وليا وللأم أيضا.[2]

ففي ظل العائلة الشرعية، توزع إذن صلاحيات الولاية على الأبناء القصر بين الأب والأم فمن حق كل واحد منهما أن يطلب من الطرف الآخر القيام بواجبه المتمثل في المساندة والتعاون، كما له أن يطالبه بإتاحة الفرصة ليشرف على تربية الأبناء وتصريف شؤونهم، وهو ما قد ينشأ عنه عديد من الإشكاليات لم يضع لها المشرع التونسي حلولا.

على أنه تجدر الإشارة في هذا الصدد ، أنه وإثر تدخل المشرع التونسي بموجب مجلة حقوق الطفل التي وسعت في اختصاص قاضي الأسرة، يمكن القول أن المشاكل التي قد تنشأ بين أبوي الطفل فيما يتعلق بالقرارات المزمع اتخاذها بشأن الطفل ، أصبحت من اختصاص قاضي الأسرة الذي أصبح بمقتضى هذه المجلة مختصا بالنظر في الحالات التي تهدد مصالح الطفل ، سواء كان داخل الأسرة أو خارجه [3]

وعموما فإن ممارسة صلاحيات الولاية في ظل العائلة الشرعية ، ليست من اختصاص الأب وحده، وإنما تعتبر مسؤولية مشتركة موزعة بين الأب و الأم، تطبيقا لمبدأ التعاون الذي أدخله المشرع التونسي في قانون الأحوال الشخصية بموجب تنقيح 12 جويلية 1993 والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا السياق، يتعلق بمدى إمكانية الحلول المقررة للطفل الشرعي على الطفل الطبيعي الذي ثبتت بنوته على معنى قانون 1998؟

للإجابة على هذا التساؤل يتجه التذكير في هذا الصدد أن المشرع التونسي قد ضم بالفصل الأول من قانون 1998، مصطلحي الحضانة و الولاية في مصطلح واحد، وهو مصطلح الرعاية. بما يتجه معه القول أنه بالنسبة للأب في صورة ثبوت أبوته ترتبط ممارسته لصلاحيات الولاية بإسناد الحضانة له، ففي هذه الصورة فإنه يمكن لهذا الأخير ممارسة سلطة

[1] – يرى بعض الفقهاء أن هذا الفصل يتعارض مع القاعدة الأصولية المانعة لولاية المرأة في الزواج استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم "لاتزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها".

[2] – اقتضى الفصل 60 م أ ش ت أنه "للأب وغيره من الأولياء وللأم النظر في شؤون المحضون وتأديبه وإرساله إلى أماكن التعليم لكنه لا يبيت إلا عند حاضنه كل ذلك ما لم ير القاضي خلافه لمصلحة المحضون"

[3] – Jean (L) Guide du droit de la famille , édition France, loisir, 2000, p33

الولاية على ابنه القاصر ويتخذ في شأنه جميع القرارات المتعلقة بشؤونه المالية وغير المالية من تربية وتأديب وتعليم وسفر وتزويجه عند الاقتضاء وفي المقابل تحافظ الأم على دورها في متابعة كيفية إدارة الأب لشؤون طفله المحضون، ولها أن تلجأ إلى قاضي الأسرة كلما تبين لها أن مصالح طفلها أصبحت مهددة وتستوجب الحماية لأحكام الفصل 20 وما بعده من م ح ط[1] كما يمكن لها في هذه الحالة المطالبة بانتقال الحضانة إليها وإسنادها جميع مشمولات الولاية .

أما إذا أسندت الحضانة للأم فلها أن تمارس صلاحيات الولاية بشكل جزئي وفق مقتضيات الفصول 6 و 60 و 67 من م أ ش المتعلقة أساسا بسفر المحضون ودراسته والمعاملات المالية . على أن تبقى للأب بصفته وليا لابنه واجب الإشراف على تنشئة المحضون والنظر في شؤونه وتأديبه وممارسة بقية الصلاحيات التي لم تسند للأم صراحة بموجب أحكام الفصل من 67 م أ ش

ب- الولاية الكلية للأم العزباء على ابنها القاصر

إلى جانب تمكين الأم قانونا من المساهمة في ممارسة بعض صلاحيات الولاية عند إسناد الحضانة إليها مكنها المشرع عبر تنقيح 1993 من فرصة تمتعه ببقية مشمولات الولاية وبالنظر إلى الفصل 67 من م أ ش نلاحظ أن إسناد مشمولات الولاية للأم الحاضنة العزباء يتم بصفة قضائية ، خلافا للصورة التي يكون فيها إسناد بعض صلاحيات الولاية قانونيا

❖ إسناد مشمولات الولاية قضائيا للأم العزباء

الجدير بالإشارة أنه أصبح من الممكن للمحكمة أن تسند مشمولات الولاية إلى الأم العزباء الحاضنة في أربعة حالات نص عليها المشـــــــرع بالفصل 67 في فقـــــــرته الرابعة من م أ ش وذلك إذا تعذر على الأب ممارستها أو تعسف فيها أو تهاون في القيام بالواجبات المنجرة عنها على الوجه الاعتيادي أو تغيب عن مقره وأصبح مجهول المقر، ولأي سبب يضر بمصلحة المحضون ، وهو حل تطبيقي للمشاكل التي يتعرض لها الأبناء اثر انفصام علاقة والديهم حين يستعمل الأب السلطات التي تخولها له ولايته عليهم للتشفي والانتقام من أمهم فيتعسف في ممارسة واجباته المنجرة عن صفته كولي من ذلك استخراج

[1]- الولاية على المال هي سلطة التصرف في أموال المولى عليه ضمد الحدود المعينة في النصوص القانونية

الأوراق اللازمة للترسيم بالمدارس ، استخراج بطاقة وظيفية أو جواز سفر في عديد هذه الصور.

إذا ما ثبت تعسف الأب، فإن الأم تتقدم للتمتع بمشمولات الولاية الكلية لكن المشكل المطروح في هذه الصورة أن الأم ستقوم بإثبات أمر سلبي ونفساني في جانب الأب ، وبالتالي فإن وضع الأب في حكم المتعسف في استعمال مشمولات الولاية يرجع إلى تقدير القاضي، وكذلك في صورة تهاون الأب في القيام بواجباته المنجرة عن الولاية، كالأعمال التي تعتبر ضرورية ولا يقوم بها، وكمثال على ذلك تمثيل القاصر لدى المحاكم للحصول على حكم بالترشيد إذا كان الصغير يتعاطى التجارة على معنى الفصل 6 من المجلة التجارية.

يخضع التقدير في تصنيف تصرفات الأب ضمن العادي أو الغير عادي إلى سلطة قاضي الموضوع الذي يبت فيه بالاعتماد على مصلحة المحضون كما نص الفصل 67 فقرة خامسة عن إمكانية إسناد مشمولات الولاية الكلية للأم إذا تعذر على الولي ممارستها ، هذا التعذر يمكن أن يكون إعاقة جسدية للأب، من ذلك صورة المرض كما يمكن أن يكون وجود عامل تعذر إذا كانت مهنة الأب تحول دون تمكينه من مباشرة صلاحيات الولاية بأن يستغرق كل وقته في العمل، وقد يعتبر بعضهم أن التعذر يمكن أن ينتج عن قوة قاهرة ويعتبرها أهم صورة للتعذر [1] إلا أنه ربما لا يجوز اعتباره مجرد التعذر الناتج عن قوة قاهرة سببا لاسناد مشمولات الولاية الكلية إلى الأم العزباء ذلك أنه بزاول هذا التعذر المفاجئ يمكن للأب استعادة إمكانياته في التولي على الأبناء القصر كما أن شرط الغياب لا يكفي بذاته لإسناد الأم العزباء الولاية الكلية على الأبناء القصر فيجب أن يكون مقترنا بوجود صيرورته مجهول المقر وذلك مقابل تمكين الأب ضمن الفصل 61 من إسقاط الحضانة عندما تجعله الحاضنة غير قادر بسبب نقلتها من ممارسة مشمولاته المنجرة عن الولاية .

وتجدر الإشارة في هذا الإطار أن الأب عندما يتغيب ويكون مجهول المقر هو ليس في حكم المفقود ذلك أن هذا الأخير تنظمه أحكام الفصل 154 من م أ ش ويعتبر ضمن المحكوم بفقدانه وبالتالي الأم ستمارس ضرورة بعد الحكم بالفقدان الولاية القانونية أصالة في حين أن

[1]– عبد الله الأحمدي الولاية ، ملتقى قانون الأحوال الشخصية حول تنقيح 12 جويلية 1993 يومي 7 و 8 جانفي 1993 المعهد الأعلى للقضاء ، ص 73

الغائب مجهول المقر هو الشخص الذي لا يمكن الاتصال به في مقره الرسمي أو المختار حسب الفصل 7 م م م ت [1] . ومجهول المقر يختلف بصفة كلية عن المفقود الذي انقطعت أخباره . ولعل المشرع بإضافته معيار مصلحة المحضون، أراد أن يستوعب كل الحالات التي يمكن أن يكون قد سهى عنها، كأن يكون الأب من ذوي السوابق العدلية أو مدمنا على الكحول أو المخدرات وهي أمور في غاية الخطورة على توازن الطفل وتربيته التي يجب أن يوفرها له الولي والتي يمكن أن تبرر سحب مشمولات الولاية من الأب وقد تمكنه هذه الطريقة من إعطاء سلطة واسعة للقاضي في تكييف الأفعال الصادرة عن الأب الولي

ويمكنه في هذا المجال الاهتداء إلى بعض القوانين الأجنبية التي تقرر اسقاط الولاية صراحة ومنها القانون الفرنسي عدد 118 لسنة 1952 المنظم لأحكام سلب الولاية على النفس والذي اقتضى أن الولاية تسلب من الأولياء الذين صدرت ضدهم أحكاما معينة في جرائم معينة أو اشتهر بفساد السيرة ويتعرض الصبي الذي هو في ولايتهم بسب ذلك إلى الفساد في صحته أو أخلاقه .

ومهما يكن من أمر فإن المسائل من قبيل الأمور الأصلية التي يراعى فيها القاضي كافة الظروف الملمة بمطلب الأم العزباء الحاضنة التي تريد إسناد الولاية الكلية إليها. لكن من هو القاضي المختص؟ وكيف يبت في هذا الطلب .

بالنسبة للقاضي المختص فإن الفصل 67 من م أ ش لم يحدده صراحة بل أشار إلى كلمة "القاضي" في المطلق مما يستبعد ربما التفكير في أن قاضي الأسرة الذي حدد مشمولاته الفصل 32 من م أ ش هو الذي يبت في إسناد مشمولات الولاية للأم ذلك أن دوره مرحلي يتم إثر النظر في قضايا الطلاق

وبالرجوع إلى القواعد العامة للإجراءات المدنية والتجارية وبما أن الفصل 67 جاء في صيغة عامة ولا يوجد نص خاص يسند هذا الاختصاص إلى قاضي معين فإن القاضي المختص هو القاضي الابتدائي [2]

[1]– الفصل 7 م م م ت "المقر الأصلي هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة والمكان الذي يباشر فيه الشخص مهنته أو تجارته يعتبر مقرا أصليا له بالنسبة للمعاملات المتعلقة بالنشاط المذكور والمقر المختار هو الذي يعنيه الاتفاق أو القانون لتنفيذ التزام أو القيام بعمل قضائي"

[2]– الفصل 40 م م م ت "تنظر المحكمة الابتدائية ابتدائيا في جميع الدعاوى عدى ما خرج عنها بنص خاص"

أما بالنسبة لإجراءات الإسناد من حيث القيام وشكل الدعوى فإن المشرع لم يشترط شروط خاصة ضمن الفصل 67 من م أ ش وبالتالي يمكننا الرجوع إلى الأحكام العامة في مادة الأحوال الشخصية، بالنسبة لإنابة المحامي فهي غير وجوبية لأن المشرع لم يشترط تكليف محامي في أي دعوى تتعلق بالأحوال الشخصية عدا القيام بقضية الطلاق[1]

بقي أن دعوى إسناد مشمولات الولاية الكلية تنضوي على خصوصية تتعلق بصفة القائم بها إذ هي تخص الأم العزباء الحاضنة فقط دون غيرها وهو استثناء لقواعد القيام بالدعوى الشخصية إذ اشترط الفصل أنه "**يمكن للقاضي أن يسند مشمولات الولاية إلى الأم الحاضنة** ..." علاوة على أن منظومة إسناد الولاية على الرغم من اتساع الحالات التي تؤدي لوقوعها الواردة بالفصل 67 م أ ش فهي تبقى إمكانية متاحة إلى القاضي وبالتالي يمكنه رفض المطلب أو قبوله إذا تبين له أن هذه الشروط غير ثابتة في جانب الأب وبالتالي لا تمثل هذه الصورة حالة إسناد آلية مثلما هو الشأن بالنسبة للفصل 154 م أ ش حتى أن المشرع لم يضفها إلى الحالات المذكورة بالفصل 154 م أ ش إلى جانب وفاة الأب أو فقدانه الأهلية.

ومهما يكن من أمر فإنه إذا تم إسناد الولاية للأم العزباء فإن هذا المركز القانوني الجديد للأم يرتب عدة نتائج هامة وجوهرية. .

فبمجرد إسناد القاضي للأم العزباء الحاضنة مشمولات الولاية بعد ثبوت إحدى الحالات المنصوص عليها بالفصل 67 فقرة خامسة في جانب الأب تكتسب الأم صفة الحاضنة الولية فعلاوة على المشمولات التي تتمتع بها الأم العزباء بصفتها حاضنة مقررة على أساس امتياز الحاضنة وهي : التعليم – السفر والتصرف في الحسابات المالية وكذلك ما قرره الفصل 60 جديد م أ ش الذي يمكن الأم غير الحاضنة من النظر في شأن المحضون وإرساله إلى أماكن التعليم جاء الإسناد القضائي المخول بالفقرة الخامسة من الفصل 67 ليوسع في نطاق مشمولات ولاية الأم .

وعلى هذا الأساس يمكن للأم العزباء أن تتصرف في كافة الأمور المالية للصغير مع مراعاة الأحكام العامة المنظمة للتصرف في أموال القصر المنصوص عليها بمجلة الالتزامات والعقود من ذلك الفصل 15 الذي يتضح من خلاله أن ولي القاصر سواء كان أبا أو أما وصيا

[1]– الفصل 68 م م م ت " إنابة المحامي وجوبية لدى المحكمة الابتدائية إلا في مادة الأحوال الشخصية..."

أو مقدما وكل مدير لكسب بوجه قانوني ليس لهم أن يتصرفوا فيما هو موكول لنظرهم إلا بإذن من الحاكم المختص حسبما يلي : البيع المعاوضة ، الكراء لمدة تتجاوز ثلاثة أعوام، الإنزال، الشركة، المقاسمة، الرهن، وفيما هو مصرح به في القانون

كما تنطبق على الأم العزباء الحاضنة والولية الأحكام الواردة في باب التصرفات الممنوعة التي يعتبرها الأستاذ الفرشيشي من قبيل التصرفات التي فيها خروج من الذمة المالية للقاصر دون أن يقابله دخل فيها

« Ce sont les actes les plus dangereux dont l'interdiction repose sur l'idée qu'aucune garantie n'a été jugée suffisamment protectrice des intérêts »

ويمكن حوصلتها في عقد التبرع، عقد الكفالة، عارية الاستعمال، اتفاقية التحكيم، كما يمكن للأم بصفتها ولية ولاية كاملة أن تتولى إجازة تصرفات ابنها المنصوص عليها بالفصل 156 م أ ش وبالنسبة للأمور غير المادية فإن الأم العزباء يمكنها القيام بالدعاوي في حق إبنها بصفة عامة من ذلك دعوى الترشيد حسب التشريع المتعلق بهذه المادة وذلك إذا بلغ الصغير 15 سنة (158 و 159 م أ ش) أو ثمانية عشر حسب الفصل 6 من المجلة التجارية ليتمكن من ممارسة التجارة

بقي أن مسألة تزويج القاصر هي التي تطرح تساؤلا، ذلك أن أهم عنصر جاء به تنقيح 1993 فيما يتعلق بالولاية على النفس تزويج القاصر، فالقانون القديم كان يشترط لصحة زواج القاصر موافقة وليه الشرعي ودون التوقف على موافقة الأم وعلى أهمية الإضافة التي جاء بها التنقيح والتي تشترط أن زواج القاصر يتوقف على موافقة الأم حسب مقتضيات الفصل 6 من م أ ش فإن موقف المشرع يستدعي إبداء بعض الملاحظات

فعندما أتاح ضمن الفصل 67 فقرة خامسة الإمكانية للقاضي أن يسند كافة مشمولات الولاية للأم فمن المفروض أن تكون مصلحة المحضون تقتضي أن لا يتولاه الأب لأنه لم يعد أهلا لتحمل مسؤوليات الولاية ذلك أنه ثبت في شأنه إحدى حالات التقاعس أو التعسف أو الإضرار بمصلحة المحضون وعلى الرغم من ذلك أبقى المشرع صيغة الفصل 8 على حالها يعتبر الأب الولي الشرعي في الزواج مع المحافظة على الشروط العامة للولي في الزواج وخاصة شرط الذكورة .

وبالتاي فإننا نجد الأب المعتبر متقاعسا ومتهاونا يشارك الأم العزباء في تزويج القاصر التي أسندت لها تلك المشمولات اعتبارا لكفاءتها وتوفر مصلحة المحضون في جانبها

المشرع التونسي منح الأم بصفة عامة والأم العزباء بصفة خاصة صلاحيات واسعة في ميدان الولاية حتى أصبحت بإمكانها التولي ولاية كلية والأب لازال على قيد الحياة فإذا كان المشرع يبحث من وراء هذا التنقيح إلى خلق نوع من التساوي بين حقوق الأب والأم فلماذا لم يفردها ويمكنها من ولاية الزواج أصالة ؟

يبدو أن المشرع التونسي يحاول التمسك بمخزون المكاسب المسجلة مع محاولة تطويرها تماشيا في ذات الوقت مع روح الإسلام والقوانين المقارنة والمواثيق الدولية والواقع المعيش[1]

لكن مهما يكن من أمر فإن المشمولات العامة في ميدان الولاية على المال وعلى النفس التي تتمتع بها الأم العزباء الحاضنة والتي تحصلت على حكم بإسناد الولاية إليها لا تقل أهمية عن تزويج القاصر .

❖ ***الولاية القانونية للأم العزباء على ابنها القاصر ومجهولي النسب***

جاء بالفصل 154 م أش اثر تنقيه ناصا على يلي : "**القاصر وليه أبوه أو أمه إذ توفى أبوه أو فقد أهليته مع مراعاة أحكام الفصل الثامن من هذه المجلة المتعلقة بالزواج ولا يعمل بوصية الأب إلا بعد وفاة الأم أو فقدانها الأهلية**".

فهذا الفصل يعتبر منطلقا لتكريس الولاية القانونية للأم العزباء على ابنها القاصر ومجهول النسب في الوضعيات السابقة وفي الوضعية التي يكون فيها الأب الطبيعي مفقودا ومجهولا تماما، ويمكن القول أن هذا التنقيح يعتبر تجديد ذا أهمية بالغة لأنه قطع مع عديد النظريات السائدة التي تنتظر إلى المرأة نظرة إقصائية ولا تعتبرها أهلا لتحمل أعباء الولاية على الأبناء القصر .

ومع التنقيح الجديد وضع المشرع الأم على قدم المساواة مع الأب في تحمل أعباء الولاية الشرعية على الأبناء مما جعل الأوساط المحافظة توجه نقدا لهذا الخيار التشريعي سواء داخل اللجان المكلفة بدراسة مشاريع القوانين أو داخل مجلس الأمة أثناء المداولة[2]

[1]– محمد الحبيب الشريف، تحرير المرأة والتوازن الأسري، المرجع المذكور ص 111

[2]– الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ، مداولات الأمة عدد 21 يوم الاثنين 1981/02/16 ص 929 وما بعدها

لكن تكريس الولاية الشرعية للأم بعد وفاة الأب الفصل 154 بعد تنقيحه يستوجب ابداء بعض الملاحظات

وهي أن المشرع التونسي مكن الأم العزباء من ولاية شرعية احتياطية لا تصبح ذات نفاذ إلا بعد وفاة الأب الطبيعي فهي لا تكسب هذه الصفة إلا بعد وفاة الأب وبالتالي ليس هنالك تزامن في تقاسم مشمولات الولاية الشرعية بين الأب والأم بالاعتماد مثلا على معيار مصلحة المحضون [1].

وبالنسبة لتكريس الولاية الشرعية في حد ذاتها فالمشرع التونسي لم يضع سابقة في هذا المجال لأن تمتع الأم بها إثر وفاة الأب مكرس في التشريع الاسلامي [2]

على أن المشرع التونسي في الفصل 154 م أ ش جعل مرتبة الأم مباشرة بعد الأب وهذا تغيير في مرتبتها مقارنة مع القاعدة الحنفية أما بالنسبة لوضع الولاية الشرعية من ناحية مضمونها وآليات تطبيقها نلاحظ أن هذا التنقيح جاء محدودا من ناحيتين .

من خلال قراءة كاملة 155 م أ ش نستنتج ترتيب تفاضلي في التمتع بالولاية الشرعية إذ نص الفصل "***الأب ثم الأم ثم الوصي الولاية على القاصر أصالة...***"

هذا الترتيب يوحي بأن الأم العزباء إثر وفاة الأب تتولى تعيين الولي بالوصاية لكن هذه النتيجة لا تتماشى مع أحكام الفصل 154 الذي يوقف نفاذ وصية الأب على شرط وفاة الأم أو فقدانها الأهلية وبالتالي لا يعمل بوصيته إذا كانت الأم العزباء على قيد الحياة وقادرة على تحمل مشمولات الولاية، ومهما يكن من أمر فإن رغبة الأب وسلطته في تحديد الولية بالوصاية تتواصل حتى بعد وفاته وتنفذ بالشروط الجديدة التي وضعها الفصل 154 م أ ش .

وبالتالي : فالإبقاء على انفراد الأب الطبيعي في تحديد الولي بالوصاية قد يمس أحانا بمصلحة الابن القاصر الطبيعي إذا توفي الأب في سن مبكرة وكان الإبن صغيرا وقد يمتد زمن طويل لتتوفى الأم العزباء وتوضع وصايته حيز التطبيق . وبالتالي فالشخص الذي كان يراه الأب في قائم حياته أهلا للتولي على الإبن الطبيعي بعد وفاة الأم تضمحل منه تلك الصفات ولا تعود تتماشى مع مصلحة الإبن

[1] – Meziou Khalthoum : Féminisme et Islam dans la réforme du code de statut personnel du 18 Février 1981, RTD, 1984 P.278.

[2] – Ferchichi (B) Thèse précité p. 79

لذلك فالحل الأنجع يتمثل ربما في ترك اختيار الولي بالوصاية لمن بقي حيا من الأبوين وهذا الاختيار قد يكون منطقيا في تبني مؤسسة الولاية بالوصاية[1] .

وعلى صعيد أخر يطرح إشكال قانون هام في القانون التونسي وفي الفقه الإسلامي أن الولي على النفس يجب أن يكون ذكرا وهذا المعطى الأصولي أنشأ تضاربا بين الفصل 8 و الفصل 154 من حيث حدود تمتع الأم المتوفى عنها زوجها بالولاية الشرعية التي لا تمتد إلى تزويج القاصر من بعد الأب، فتجد الأم العزباء نفسها عاجزة عن تزويج الابن القاصر أو البنت القاصر لوحدها. وبالتالي فهذا موضوع في حاجة لدراسة لأن ولاية الأم بصفة عامة والأم العزباء بصفة خاصة تكون ولاية منقوصة لا تشمل الولاية على النفس [2]

ومها يكن من أمر فإن المشرع التونسي تمكن من تكريس ولاية قانونية لفائدة الأم المتوفي عنها زوجها أو الفاقد الأهلية لما من شأنه أن يضع بناء جديد يؤسس لولاية متكاملة للأم على أبنائها وقد سوى المشرع سنة 1981 بين وفاة الزوج وكذلك فقدانه الأهلية لوضع ولاية الأم حيز التطبيق، وهي حالات شبيهة تماما بحالة للأم العزباء التي لم تتعرف على الأب الطبيعي أو في صورة كونه مجهولا ولم يعترف بابنه الطبيعي أو مفقودا.

فتجد الأم العزباء نفسها وحيدة تماما في رعاية طفلها ولهذا كرس المشرع الولاية القانونية لها على طفلها حفاظا على مصلحته.

والمقصود بفقدان الأهلية أن تسري على الأب حالة من إحدى الحالات الواردة في باب الحجر بالفصول 160 وما بعدها من مجلة الأحوال الشخصية ويمكن عرضها على التوالي.

- **المجنون :**

وهو حسب الفصل 160 م أ ش ا الشخص الذي فقد عقله سواء كان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أو متقطعا تعتريه فترات يثوب إليه عقله فيها والمحجور مجنون لأنه فاقد للتمييز، فحجره حمائي والجنون هو فقدان التمييز فيصير المجنون كالصبي غير المميز وتسري عليه قواعد متشابهة إذ يفقد تماما أهلية الأداء[3].

[1] –Mezziou Kalthoum , article précité, p.280

[2] – عبد الله الأحمدي ، المرجع المذكور ص 72

[3] – محمد كمال شرفي الدين، قانون مدني، النظرية العامة للأشخاص، إثبات الحقوق ، ص 217.

- **ضعيف العقل :**

وهو الشخص الغير كامل الوعي السيئ التدبير الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرائجة ويغبن في المبايعات ويختلف ضعف العقل قانونا عن المرض كعيب من عيوب الرضاء عموما وعن مرض الموت خصوصا[1] .

- **السفيه :**

وهو الذي لا يحسن التصرف في ماله ويعمل فيه بالتبذير والإسراف والحجر عليه يتوقف على حكم من الحاكم.

وهذه الحالات السالفة الذكر تعتبر صور لفقدان الأهلية التي يمكن للأم العزباء فيها ممارسة ولاية قانونية على الآباء القصر.

لكن المشرع لم يوضح صراحة ما المقصود بكلمة فقدانه الأهلية ولم يشر إلى أعمال الفصول المتعلقة بالحجر ضمن الفصل 154 م أ ش لذلك نجد صعوبة في تحديد ميدان فقدان أهلية الأب بكل دقة ذلك أنه توجد صورة لا تمثل حالة من الحالات المذكورة بالفصل ولكنها شبيهة بها من حيث النتائج من ذلك الحالات التالية :

- **فقدان الأب :**

نص الفصل 81 م أ ش أنه "***يعتبر مفقودا كل من انقطع خبره ولا يمكن الكشف عنه حيا***".

والفقدان يتم تقريره بحكم قضائي يصدره القاضي بعد استقاء إجراءات البحث دون نتيجة وذلك خلال عامين من بداية الفقدان. وهنالك فراغ في تنظيم الولاية على شؤون القاصر خلال فترة الفقدان وقبل التصريح بالحكم.

- **المحكوم عليه لمدة تتجاوز 10سنوات :**

إذ نص الفصل 30 م ج أنه يكون حتما كل محكوم عليه في جناية واحدة بالسجن لمدة تتجاوز عشرة أعوام من تاريخ الحكم عليه إلى إتمام مدة عقابه تحت قيد الحجر. ويعين له مقدم للقيام بإدارة مكاسبه بحيث انه لا يمكنه التصرف فيها إلا بالإيصاء كما لا يمكنه قبول أي مبلغ ولو جزئي من ربحها. وترجع له مكاسبه عند انقضاء مدة عقابه ويحاسبه حينئذ المقدم على تصرفه مدة تقديمه.

[1]- محمد كمال شرف الدين، المرجع المذكور ، ص 225.

وفي هذه الصورة يكون الأب المسجون لمدة تتجاوز 10 سنوات ذو أهمية مقيدة لكن هذا المنع القانوني من التصرفات القانونية لا يمتد إلى الحقوق الشخصية بحيث لا يمكن للمقدم أن يقوم لدى القضاء دون موافقة السجين وذلك حسب مقتضيات الفصول 13 و 16 من الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957.

وتجدر الإشارة في هذا المجال أن السجين ليس بفاقد الأهلية ولكنه تسلط عليه عقاب نتيجة اقترافه لعمل غير مشروع وعليه فإن الآثار المترتبة فيما يتعلق بتسيير مكاسبه لم تكن ناتجة عن فقدانه الأهلية وإنما عن عقوبة السجن إذ أن المسجون هو مبدئيا كامل مداركه العقلية، وهذا المنع القانوني من ممارسة الحقوق وأداء الواجبات تسمح للأم بالحلول محل الأب في التمتع بمشمولات الولاية القانونية.

هذه صور قد تكون واضحة في منح الأم العزباء مشمولات الولاية القانونية على الأبناء القصر[1] . بقي سؤال مطروح بالنسبة للمفلس فهل يعتبر في حكم فاقد الأهلية ؟

وعلى هذا الأساس تمكن الأم العزباء من الولاية القانونية على أبنائها القصر وذلك بالاعتماد على الفصل 6 من م أ ش الذي اعتبر المفلس ضمن الأشخاص ذوي الأهلية المقيدة، وقد اعتبرت محكمة التعقيب أن " ***المحجور عليهم لتفليسهم ذوي أهلية مقيدة أي أنهم لا يمكنهم القيام مباشرة لدى المحاكم إلا بواسطة، علاوة على أن الفصل 154 م أ ش اقتضى أن القاصر وليه أبوه أو أمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته وطالما أن الأب فقد أهليته بموجل التفليس وأصبح ذو أهلية مقيدة فإن قيام الأم في حق أبنائها القصر في طريقة ومتماشيا مع القانون***"[2]. ولعل ما يدعم هذا الفهم هو البحث عن تحقيق مصلحة القاصر التي تفترض ألا يقع إسناد إدارة شؤونه إلى شخص ثبتت عدم مقدرته وكفاءته في إدارة شؤونه المالية فمن باب أولى ألا تمنح إليه سلطة إدارة أموال غيره.

2- فقدان الأم العزباء لمشمولات الولاية

يثار تساؤل حول خصوصية الولاية المسندة للأم العزباء بالمقارنة مع الأب الطبيعي وهو تساؤل مرده الارتباط الذي أصبح وثيقا بين مؤسستي الحضانة والولاية.

---

[1] - Ferchichi (B). Thèse précitée. P 92 et suiv

[2] - قرار تعقيبي مدني عدد 33810 المؤرخ في 23 نوفمبر 1992، ن م ت لسنة 1992، ص374.

فالأم العزباء تكتسب مشمولات الولاية ما دامت أسباب منحها إياها قائمة وما دامت حضانتها للإبن قائمة.

وبالتالي تفقد الأم العزباء مشمولات الولاية بسقوط أحد أسباب إسقاط الولاية الواردة بالفصل 67 م أ ش (أ) وتفقدها كذلك عند سقوط الحضانة (ب).

أ- عند ثبوت إحدى حالات التقصير:

في هذا الإطار وتطبيقا لمقتضيات الفصل 67 م أ ش قد يطرأ على الأم العزباء أي سبب من الأسباب التي تجعلها لا تتمتع بمشمولات الولاية وعملا بمدأ توازي الشكليات فإن إسناد الولاية للأم العزباء أنبنى على ثبوت إحدى حالات التقصي في جانب الأب فيمكن له إذن تقديم دعوة لسلب الأم العزباء تلك المشمولات نظرا إلى أن معيار مصلحة المحضون أصبحت في خطر ولم تعد تصرفات الأم العزباء مثلا تستجيب لمعيار الأب الصالح الذي قدرها قاضي الأصل حين منحها مشمولات الولاية الكلية.

لذلك فإن تلك الأسباب قابلة للمراجعة بناءا على وضع مصلحة المحضون التي جعلت القاضي يسند هذه المشمولات للأم العزباء وبالتالي لا مانع من أن يتقدم الأب الطبيعي لإثبات إحدى الحالات المذكورة في جانب الأم ويستعيد مشمولات الولاية وهذه الإمكانية المتاحة للأب مردها أمرين:

أولهما : القراءة المتكاملة للفصول المنظمة للولاية الشرعية تمكننا من استنتاج أن الأب هو الولي الشرعي فالفصل 154 م أ ش الذي ينص " ***أن القاصر وليه أبوه أو أمه بعد وفاة الأب....***"، كما أن الفصل 8 م أ ش لم يقع تنقيحه ولا زال يعتبر الولي هو العاصب بالنفس ويجب أن يكون راشدا، ذكرا.

وعلى هذا الأساس فالولاية الممنوحة للأم هي مجمل حقوق أصلية متفرعة في جانبها مثلها مثل الأب يمكن مراجعتها متى نشأ سبب يجعل ذلك الحق يسقط.

ثانيهما : هو القراءة الدقيقة للفصل 67 م أ ش نفسه فالمشرع تحدث عن حالات إسناد لمشمولات الولاية للأم وسكت عن مسألة سحب الولاية من الأب وهذا السكوت يجعلنا نعتقد أن المشرع أراد الإبقاء على الهيكل العام للولاية الأبوية بالرغم من أنه وفر لأم إمكانيات واسعة للتمتع بمشمولات الولاية الكاملة.

ولكن تبقى هذه الولاية المسندة للأم العزباء حق قابل للمراجعة كلما توفرت الأسباب التي تجعلها محل مراجعة من قبل القاضي علاوة على أن هذه الولاية مرتبطة بمعطى جوهري آخر وهو صفة الحاضنة.

ب- فقدان الأم العزباء الولاية بسقوط الحضانة

إن كانت المسائل السالفة الذكر تهم العلاقة بين الأم العزباء الحاضنة والأب من حيث مدى ممارسة مشمولات الولاية من عدمها فإن شرط الحضانة يهم علاقة الأم بالصغير وبالتالي ما دامت حضانة الأم العزباء متواصلة فإن الولاية باقية وبمجرد انتهاء الحضانة تفقد الأم ما أسند إليها من صلاحيات في مجال الولاية لأن الفصل 67 م أ ش جاء واضحا بخصوص هذه المسألة." ***ويمكن للقاضي إسناد مشمولات الولاية إلى الأم الحاضنة...***"

فهذه الصفة شرط أولي لتمكن الأم من بعده المطالبة عند ثبوت إحدى الحالات في جانب الأب من إسنادها مشمولات الولاية الكاملة. وهذا الارتباط بين مؤسسة الحضانة ومؤسسة الولاية يستدعي إبداء بعض الملاحظات خاصة في وضعية تكون فيها الأم العزباء ، أما لعدة أطفال طبيعيين، وهي وضعية وقع لمسها في المجتمع التونسي، إذا تم إسناد الحضانة للأم العزباء وكانت الحضانة تشمل كافة الأطفال القصر ثم تولت الأم شؤونهم المتعلقة بالولاية على أساس الفصل 67 فقرة خامسة فإن الأمر لا يطرح إشكالا ذلك أن الأم تكتسب صفة الحاضنة تجاه كافة الأطفال وبالتالي آثار الولاية ستمتد إلى المجموعة التي في حضانتها.

أما إذا كانت الحضانة قد أسندت على أسس التجزئة فتكون حضانة الأبناء في جزء منها للأم العزباء والآخر للأب أو حتى الغير، لأن معيار مصلحة المحضون اقتضى أن تكون الحضانة على ذلك النحو مثال أن تمنح حضانة الصغار الرضع للأم والأطفال الذي لازالوا قاصرين لكنهم كبار إلى الأب. في هذه الصورة وتماشيا مع أحكام الفصل 67 م ا ش تسند للأم الولاية بالنسبة للأطفال الذين في حضانتها فقط.

وبما أن صفة الولية بالنسبة للأم العزباء مرتبطة بديمومة الحضانة فهذه الصفة قد تسقط عن الأم وبالتالي لا يمكنها أن تواصل ممارسة مشمولات الولاية الكاملة على أبنائها القصر. أما عن سقوط الحضانة فيمكن أن يكون إراديا برغبة من الأم أو أن تتم مراجعة الحضانة وسحبها من الأم.

وبالرغم من أن أحكام الفصل 64 م أ ش وضعت سنة 1966 قبل أن يتغير نظام الولاية بمقتضى تنقيح 1993 لكنه يمكن تطبيقه على وضعية الأم العزباء الحاضنة التي أسندت لها مشمولات الولاية الكاملة وتريد إسقاط حضانتها وبالتالي تسحب جميع هذه المشمولات منها لأنها أسندت إليها بناءا على صفة الحاضنة.

بقي أن الأم التي سقطت حضانتها وسحبت منها مشمولات الولاية تتمتع بحق النظر في شان الابن القاصر على معنى الفصل 60 م أ ش أي تأديب الأبناء وإرسالهم إلى أماكن التعليم أما فيما يتعلق ببقية مشمولات الولاية فإنه لا يمكنها ممارستها لعدم توفر شرط الحضانة.

خـاتـــمـــة

إن وجود فئة الأم العزباء في مجتمعنا، ككل المجتمعات هي حقيقة اجتماعية وواقع ملموس لا مهرب منه ولا مفر، وباعتبار عدم إمكانية إنكار هذه الحقيقة، فقد بات وجوب التكيف معها حتميا بحيث لا يمكن إقصاؤها أو تجاهلها أو تهميشها وعلى أساس أن القانون جاء لينظم الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، باعتبار أنه ليس بمعزل عن الواقع، فالقانون لا يعيش في برج عاجي، بل هو أكثر شيء يلامس الواقع، حتى يستجيب لمتطلباته

وعلى أساس أن فئة الأم العزباء هو واقع يجب على القانون أن يلامسه ويتفاعل معه بأن يؤطره وينظم له وضعية قانونية، فإن الضرورة تستدعي من المشرع التونسي المزيد من الجرأة ليتدخل وينظم وضعية قانونية للأم العزباء .

لعل المشرع التونسي فوت على نفسه فرصة صدور قانون 28 أكتوبر 1998 المنقح بالقانون عدد 51 لسنة 2003، المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب، ليضع نظاما قانونيا متكاملا للأم العزباء، إذ نجده في هذا القانون يواري حقوق الام العزباء الذاتية و حقوق ابنها المعنوية والمادية و واجباتها كأم تجاه ابنها من واجبات مادية ومعنوية بين فصول قانون جعل له عنوان أبعد ما يكون عما ينتظره طفلها من إنصاف له في الوقت الذي لم ينصفه فيه الأب الذي أخطأ في حقه وفي حقه أمه بأن إرتكب فعلته ثم فر، تاركا أما عزباء في وضع حساس ودقيق باعتبار أن مجتمعنا المحافظ لا يتقبلها ولا يتعامل معها باللين والتفهم المطلوبين .

وفي حقيقة الأمر، ينطوي موقف المشرع على قسوة في معاملة الأم العزباء وطفلها الطبيعي وذلك في منحه الحق في اكتساب هوية كاملة دون السعي إلى إخفاء طبيعة بنوته الطبيعية في المقابل باعتبار أنه أوجب إسناد لقب الأم العزباء للطفل الطبيعي الذي لم تتخلى عنه مما يجعله يظهر بمظهر الطفل الغير شرعي ويظهر أمه بمظهر الزانية العاهرة مما يخلق عقدة وأزمة نفسية تلازمهما مدى الحياة .

وتبرز نقائص قانون 7 جويلية 2003 أيضا على مستوى النتائج التي ربطها المشرع بإثبات الأبوة حيث ولئن أقر حق الام في المطالبة بحقوق ابنها المادية والمعنوية إلا أنه سكت عن مسألة ميراث الابن الطبيعي، كما أن النصوص وردت عامة وغامضة يستوجب معها الرجوع إلى الأحكام العام للقانون المنصوص عليها بمجلة الأحوال الشخصية التي تنظم الأسرة الشرعية وهو ما يخلق تضاربا وتناقضا في بعض الحالات نظرا للوضعية الأسرية الخاصة للابن الطبيعي. إذ يبرز نقائص م أ ش بصورة صارخة مع وضعية الأم العزباء، حيث كان على المشرع حماية مصالح الأبناء وتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة أن يجعل ممارسة مشمولات الولاية مرتبطة بالحضانة ويقع إسنادها من قبل القاضي الذي ينظر إلى مصلحة المحضون لسند الحضانة وحق ممارسة مشمولات الولاية معا إلى الحاضن دون التمييز بين الأب والأم.

فعلى أي أساس اعتبر المشرع الأب أفضل من الأم في ممارسة مشمولات الولاية؟ وخاصة في وضعية الأم العزباء ، حيث يكون الأب رافضا لأبوته؟.

وبالتالي كان على المشرع أن يجعل مصلحة المحضون هي الأساس لإسناد الولاية مثلها مثل الحضانة حتى يتمكن من تركيز المساواة التامة بين الرجل والمرأة وحماية مصلحة الأبناء في نفس الوقت. كما أن غموض عبارات الفصل 56 م أ ش حول سكنى الحاضنة جعل هذا الفصل قاصرا على استيعاب كل الحالات الواقعية وهو ما يستوجب تدخل المشرع السريع لإيجاد حماية حقيقية لحق الحاضنة في السكنى مما قد يخفف آلام ومعاناة الأم بصفة عامة والأم العزباء بصفة خاصة وتضمن لطفلها السكن والسكينة .

وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى وجوبية مراجعة أحكام القانون المتعلق بإحداث صندوق النفقة وجراية الطلاق وتمتيع الأم العزباء بخدماته، ضرورة وأن الصبغة المتأكدة والوجوبية للنفقة تتطلب آلية سريعة تمكن الطفل من استخلاصها.

كما وجب إعداد خطة عمل تتماشى وقانون 1998 يكون من أهدافها المساهمة في دعم العمل التربوي والتثقيفي والصحي لحماية الشباب والوقاية من الحمل غير المرغوب فيه وخارج الإطار الشرعي للزواج. مساعدة الأم العزباء على الاندماج في الوسط العائلي، حمايتها مما يهدد سلامتها وسلامة رضيعها، دعم قدراتها الذاتية بغية إعادة إدماجها الاقتصادي وتأمين

حاجياتها وحاجيات طفلها، ودعم مؤسسات المجتمع المدني بالموارد البشرية المختصة ووضع وانجاز برنامج توعوي وتربوي مع تحديد دور كل متدخل فيه وإحداث مكتب إنصات لهذه الفئة من الأمهات وخاصة داخل مراكز الصحة الأساسية والأقسام الجهوية للنهوض الاجتماعي.

وهو ما من شأنه أن يشجع الأم العزباء على احتضان مولودها وعدم التخلي عنه مؤقتا أو نهائيا لفائدة المؤسسات العمومية أو نظام الكفالة أو التبني.

هذه هي وضعية الأم العزباء في القانون التونسي، إذ نجحنا في الاهتمام بها لتشعبها ولم شتاتها لتفرقها فعسى أن المشرع يوفر عليها هذا المجهود ويلم شتاتها بنفسه في قانون خاص بفئة الأم العزباء ويسوي بينهما وبين الأم الشرعية وينصفها تحقيقا لمصلحة طفلها ونبذا للتمييز بين أفراد المجتمع مهما كانت أشكاله وأسبابه، بوضع أحكام واضحة دالة على معناها فالخطأ قائم مهما كانت دوافعه، لكن يجب ألا يبقى الحل مفقودا.

قـــائـمة المـــراجـــع

❖ المؤلفات

- بدران أبو العينين بدران: الفقه للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون: الجزء I: الزواج و الطلاق دار النهضة العربية، بيروت، لبنان 1967.
- إبن القيم الجوزى كتاب زاد المعاد في هدى خير البلاد الجزء الرابع الطبعة الأولى 1928 المطبعة المصرية.
- أدوار غالى الدهبي، الجرائم الجنسية، الطبعة الثانية 1988.
- محمد الحبيب الشريف : النظام العام العائلي : التجليات مركز النشر الجامعي تونس 2006 ص 619.
- عبد الله أحمد الهلالي الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية– الطبعة الأولى دار النهضة العربية – القاهرة 1989.
- أم كلثوم يحي مصطفى الخطيب قضية تحديد النسل في الشريعة . الطبعة الثانية – الدار السعودية للنشر 1982 .
- مصطفى الرفاعي، نظام الأسرة عند المسلمين المسيحيين فقها وقضاء، الشركة العالمية للكتاب، ش، م، ت مكتبة المدرسة ودار الكتاب العالمي، الطبعة الأولى 1990.
- محمد كمال شرف الدين: قانون مدنى،النظرية العامة– الأشخاص اثبات الحقوق ، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية،الطبعة الأولى ص308.
- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، الجزء السابع، دار الفكر العربي،1976.
- حسن خالد وعدنان نجا: المواريث في الشريعة الإسلامية، دار لبنان للطباعة والنشر، بيروت.
- حسين بن سليمة أحكام المواريث في الشريعة والقانون، اوربيت للطباعة، تونس 1998
- حسين خالد وعدنان نجا: المواريث في الشريعة الإسلامية، دار لبنان للطباعة والنشر، بيروت.3
- رضا خماخم أحكام النفقة حسب تنقيح مجلة الأحوال الشخصية في 11 جويلية 1993، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية 1995، شركة فنون النشر والرسم والصحافة 1995.
- عمر فروخ : الأسرة في الشرع الإسلامي، الطبعة الثانية، المكتبة العصرية صيدا (بيروت)، 1974.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري : الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، دار التراث العربي بيروت ص 357.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام ج.3 الأوصاف الحوالة الانقضاء.
- محمد الشرفي وعلي المزغني : مدخل لدراسة القانون، المركز القومي البيداغوجي، تونس 1993.ص.78.
- محمد كمال شرفي الدين، قانون مدني، النظرية العامة للأشخاص، إثبات الحقوق، ص 217.

* مقالات دراسات وتعاليق

- ✓ الطفل المهدد الواقع والآفاق دراسة حول حقوق الطفل المهدد – نجيبة الشريف بن مراد تونس2000.
- ✓ برنامج الدفاع و الإدماج الإجتماعي، ظاهرة الإنجاب خارج الإطار الشرعى للزواج و فئة الأمهات العازبات محمد رجب سبتمبر 2001.
- ✓ محمد الحبيب الشريف زواج الجاني بالمجني عليها ق ت فيفري 1995 ص 39.
- ✓ دلندة الطويل، سكنى الحاضنة بين الحماية القانونية والإشكالات التطبيقية، مجلة المرأة، العدد 134، أوت 2005، ص16.
- ✓ البيان 21 جانفي 2008 : رحلة في عالم الأمهات العازبات : الأرقام : الأسباب و نظرة المجتمع و القانون ص 7 – توفيق الشريف–
- ✓ صباح الشرقي " من يحمي الأم العزباء ويتكفل بحقوق مولودها" 15 ,2008 « Wednesday » October.
- ✓ إسماعيل دبارة "الأم العزباء في تونس الأرقام في إزدياد والحل في الإجهاض" 10–3–2008.
- ✓ سعاد بوشارب، وضع الأمهات – البنات، تحليل اجتماعي ونفسي نشر بمجلة الحياة الثقافية عدد 121، دراسات، جانفي 2001 ص 31.
- ✓ عبد الفتاح زاراتي الوضعية القانونية للطفولة " فاقدة السند" مجلة القضاء والتشريع، 1995 عدد 10 ص 89.
- ✓ الساسي بن حليمة، التعليق على القرار الاستئنافي عدد 145 بتاريخ 9 جانفي 1986–م.ق.ت 1989 ص 136
- ✓ الساسي بن حليمة تعليق على قرار استئنافي عدد 145 صادر بتاريخ 9 جانفي 1986، مع تعليق الساسي بن حليمة، م.ق.ت سنة 1989 .
- ✓ رشيد الصباغ,صفة الأم في رفع دعوى في إثبات نسب ابنها من أبيه ,ودعوى بإلزامه في الاتفاق عليه,م ق ت,1979,ج1,ص51

- ✓ ساسي بن حليمة : إثبات البنوة حسب الأحكام القانون المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 مجموعة الدراسات المهداة للأستاذ حبيب العيادي ,مركز النشر الجامعي, 2000.
- ✓ ساسي بن حليمة تعليق على قرار تعقيبي مدني عدد 23480،بتاريخ 13 جانفي 89،مجلة القضاء و التشريعي،عدد 4 لسنة 1998.
- ✓ ساسي بن حليمة ، حكم الطفل المولود قبل إبرام عقد الزواج م ق ت ديسمبر 1975.
- ✓ حافظ بوعصيدة : اثبات الأبوة ،مجلة القضاء و التشريع ،جوان 1999.
- ✓ علي الفطناسي: اثبات النسب بالبينة،مجلة القضاة و التشريع،عدد7 ،لسنة 75،ص.19.
- ✓ محمد الهاشمي دحيدح : نفي النسب عن طريق تحليل الدم،مجلة القضاء و التشريع ، ماي جوان.1974.
- ✓ ساسي بن حليمة :نفي النسب بواسطة التحليل الدموي:تعليق على قرار تعقيبي مدني عدد 27777 بتاريخ 26 جانفي 93، الأحداث القانونية التونسية،عدد 10،لسنة 1996.
- ✓ ساسي بن حليمة : تعليق على قرار محكمة الاستناف عدد 13936،بتاريخ 12 جويلية 2000 جريدة الصباح 1-2-3 نوفمبر 2000.
- ✓ سعاد باباي يوسف : مسوؤلية الأبوين أو من حل محلهما عن الضرر الصادر عن الطفل، م .ق. ت، مارس 1997، ص 194.
- ✓ الصادق بوفان : الحق في الهوية ، م .ق .ت، أكتوبر 1995 ص 253.
- ✓ مبروك بن موسى : إسقاط الولاية، م .ق. ت، جانفي 1999، ص 25.
- ✓ ساسي بن حليمة: وضعية الطفولة الطبيعية أو الغير شرعية في تونس،م.ق.ت 1966،
- ✓ رضا الوسلاتي الحماية القانونية لمجهولي اللقب العائلي، مجلة القضاء والتشريع عدد 4 سنة 2004.
- ✓ جمال شهلول: الحق في الهوية، مجلة القضاء والتشريع، جانفي 1993، ص 136.
- ✓ عبد العزيز بن ضياء : خواطر حول مبنى مسؤولية الأم عن تصرفات ابنها الحدث بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي التونسي المجلة التونسية للقانون 1976.
- ✓ حافظ بوعصيدة : إثبات الأبوة، قضاء وتشريع : جوان 1999 .
- ✓ البشير الفرشيشي، خواطر حول الحضانة في فقه القضاء التونسي، م ق ت ، 1978.
- ✓ رشيد الصباغ: الطفل وولاية التربية، م ق ت 1966 عدد أكتوبر.
- ✓ رشيد الصباغ،" الحضانة" م ق ت أكتوبر 1968.
- ✓ ساسي بن حليمة، " هل يمكن إسناد الحضانة لأحد الزوجين أو لغيرهما حال قيام الزوجية ودون وجود قضيّة في الطلاق؟" ق.ت. عدد 5 لسنة 1994.

✓ محمود الشمام، "الحضانة وتطورها في التطبيق بالبلاد التونسية" ق.ت. جويلية 1982،
✓ مبروك بن موسى : إسقاط الولاية، م ق ت جانفي 1999 .

❖ الأطروحات والمذكرات

✓محمد المنصف بوقرة، اثبات نسب إبن الخطيبين في فقه القضاء التونسي، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1979.
✓سعاد يحياوي، البنوة في القانون التونسي والجزائري والمغربي رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في العلوم القانونية والسياسية، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية 2008/2007 .
✓عبد الناصر الشعلالي وضعية اللقيط في القانون التونسي، مذكرة الحصول على شهادة الدراسات المعمقة في العلوم القانونية الأساسية. السنة الجامعية 1998/1997.
✓ايمان بن شعبان : الحق في الهوية، مذكورة الاحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون العقود و الاستثمارات،كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس 2002 –2003.
✓عبد الرؤوف بن الشيخ: الوضعية القانونية للبنوة الغير الشرعية في القانون التونسي،مذكرة في شهادة الدراسات العليا للقانون الخاص،كلية الحقوق و العلوم السياسية و الاقتصادية،نوفمبر 1979،ص.68.
✓أنيس سكمة: إثبات النسب بين مجلة الأحوال الشخصية والقانون عدد 75 لسنة 1998 رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء 2001.
✓عمار الداودي: الولاية على نفس الصغير للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1995 ص 254.
✓زينب لغلوغ، النفقة، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، 1994.
✓حاتم الفارسي حق الطفل في هوية كاملة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق بصفاقس سنة 2005/2004.
✓لؤى عطاء الله: الوصية الواجبة، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق تونس 1992.
✓سعيد غبوش: نفقة الأبناء مذكرة، للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس–1980.
✓ليلى عاشور : مضمون الولادة، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس 1997.
✓رضا الأسود، "الحضانة"، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء 1995 / 1996.

- ✓حنان غربال : إثبات البنوة من خلال الفصل 3 مكرر من قانون 7 جويلية 2003.

مذكرة للإحراز على شهادة الماجستير في القانون الخاص –2006–2007.

- ✓ سوسن الريحاني : مصلحة الطفل في مجلة الأحوال الشخصية " مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص ، 2005–2006.
- ✓ هند المالكي : سكنى الحاضنة مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق " شعبة القانون الخاص، 2006–2007.
- ✓ آمال المسعودي : الإجهاض وحق الجنين في الحياة، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في العلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس ، 2006–2007.
- ✓ مليكة العمري سعيدي : ولاية الأم على القاصر " مذكرة للحصول على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص ، كلية الحقوق بتونس ، 2005–2006.

- **محاضرات وملتقيات**

– محمد سلام مذكور " التعقيم والإجهاض من وجهة نظر الإسلام" المؤتمر الإسلامي " الإسلام وتنظيم الأسرة" الرباط من 24 إلى 29 ديسمبر 1971 الدار المتحدة للنشر. بيروت 1973.

– هاجر العكروت، محمد سامي بوراوي" نوعية الرعاية بقرى س.و.س وانعكاساتها على المراهقين الفاقدين للسند العائلي". الجمعية التونسية لقرى س.و.س ندوة تونس 14،15 جانفي 2000.

– ساسي بن حليمة،وضعية الطفولة الطبيعية و غير الشرعية في تونس،محاضرات التربص للمحامين،تونس 1966.

– محمد الزين: المسؤولية التقصيرية، محاضرات مرقونة ألقيت على طلبة السنة الثانية من الأستاذية في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، السنة الجامعية 2001–2002.

– عبد الله الأحمدي الولاية ، ملتقى قانون الأحوال الشخصية حول تنقيح 12 جويلية 1993 يومي 7 و 8 جانفي 1993 المعهد الأعلى للقضاء .

– محمد الحبيب الشريف، تحرير المرأة والتوازن الأسري، الأعمال الكاملة للملتقى الدولي الذي نظمته وزارة شؤون المرأة والأسرة بالتعاون مع مركز الدراسات القانونية والقضائية وذلك يومي 3 و 4 جويلية بمناسبة اختيار تونس عاصمة ثقافية إقليمية لسنة 1997، مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل، تونس 1997.

- **المعاجم**

- جيرار كورنو : معجم المصطلحات القانونية: ترجمة منصور القاضي : المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع – بيروت، 1998.
- ابن منظور : لسان العرب، دار الفكر، لبنان، الطبعة الأولى. 1990.

Bibliographie

Les Ouvrages

- Cardahi choucri « droit et moral ». Le droit moderne et la législation de l'islam au regard de la morale- Tome II Librairie, générale de droit et de Juriprudence paris 1958 page 66
- G.Cronu, droit civil, la famille, Paris, Montchastein 6 éme éd, 2000,
- Starck (B), obligations, responsabilité délictuelle, 4ème éd Litec, p.452.
- Mechri. Farouk ; L'enfant objet et sujet d'affection, approche juridique et juridique des rapports parents, enfant en droit tunisien et droit comparé C.P.U.2003
- Brunschvig (R) : de la filiation maternelle en droit musulman, Studia Islamica, 1958
- Gerard Cornu : droit civil, introduction, les personnes, les biens, 11ème édition mont chrestien , EJA, Paris, 2003..
- Carbonnier (J) : Droit civil : les obligations T 4 21ème édition PUF ed 2000 .
- Cornu (G) : Droit civil, introduction les personnes, les biens. 11ème édition, Monchrestien, E.J.A Paris, 2003.
- Carbonnier (J) : Droit civil, Tome I , les personnes, personnalité, incapacités, personnes morales, Paris, PVE, 21ème édition, 2000 P.61
- Claire Neirinck : Le droit de l'enfant après la convention des Nations Unies, 1ère éd, Delmas, collection française, 1993, p.22.
- Dina Charif Feller, « la garde (Hadanah) en droit musulman et dans les droits égyptien et Tunisien » librairie Droz, Genève 1996, P 77-78.
- Jean (L) Guide du droit de la famille, édition France, loisir, 2000,

❖ Articles Chroniques et notes

- ✓ Gérard conu. à propos du projet de la loi sur la filiation. Receuil Dalloz sirey 1971, 25ème cahier- Chronique.
- ✓ Neirick © ; la protection de l'enfant contre ses parents, Paris L.G.D.J, 1984.
- ✓ Rubelin Devichi (J) : Droits de la mère et droit de l'enfant : Réflexion sur les formes de l'abondon R.T.D. Civ .1991.
- ✓ Bouraoui (S), Droit de la famille et relations familiales à la lumière des derniers reformes Juridiques, RTD 1993
- ✓ Ali Mezghani, Commentaires du code de droit international privé. Op-cit, p82
- ✓ Sassi Ben Halima : la filiation naturelle en droit Tunisien, étude offerte à Mohamed Charfi C.P.U, 2001.
- ✓ Galloux,l'empreinte génétique : la preuve parfaite,J.C.P., (éd.G) 1991,I,N° 3497.
- ✓ Benattar : la filiation dans le code de statut tunisien, revue Tunisienne de droit 1961.
- ✓ Ladjili (L) : Puissance des agnats puissance du père de la famille musulmane à la famille Tunisienne, R.T.D 1972.
- ✓ Gouttenoire cornu (A) : responsabilité des parents ; notion de cohabitation JCP n°36, 6 Septembre 2000
- ✓ Martin (J) : la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs, JCP 1963.
- ✓ Mannaî (D) : Le déclin des pères par le droit, Revue interdisciplinaire des études juridiques 1994.
- ✓ Xavier Blanc (J) : la responsabilité de « l'infans », R.T.D, civ 1957.
- ✓ Brazier : « l'autorité parentale », JCP 1970, I, 2362 colombert (c) : l'autorité parentale commentaire de la loi du 4 Juin 1970 D 1971 chron P.1
- ✓ Ladjili (J) : recherche d'une responsabilité égale des pères et mère dans la garde de l'enfant mineur en droit Tunisien, RTD 1980

- ✓ Grimoldi (M) : Patronyme et famille : l'attribution du nom, Defrenois-1987, article n° 34117

1. Lindon (R) : La transmission du nom de la mère légitime à ses enfants, D 1985.

- ✓ Hafidha Chekir « La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes », RTD 1989.
- ✓ Jacque Massip : « La loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille » Gaz pal. Juillet – Août 2002.
- ✓ Serge Lagauche : Rapport d'information, n°416 de la session ordinaire de 2000-2001, de l'assemblée nationale français.
- ✓ Rolant (H) et Boyer : Adages du droit français 3ème éd. Mater semper Certa est, Digest livre 2, titre 4, fragments5.
- ✓ Mohamed Charfi : « Rapport de synthèse », in droit et environnement social au Maghreb. Paris, CNRS, 1989.
- ✓ Meziou Khalthoum Feminisme et Islam dans la reforme du code de statut personnel du 18 Février 1981, RTD 1984.

❖ Thèses et mémoires

- ✓ Monia Ben Jémai, Le jeu de l'ordre public dans les relations internationales privées de la famille, Thèse pour le doctorat d'Etat en Droit. Faculté des sciences juridiques politiques et sociales de Tunis II , 1997.
- ✓ Awatef Abdel Kader : la filiation paternelle après la loi du 28 octobre 1998– 1999-2000 faculté de science juridique ,politique et sociales de Tunis (Tunis II)
- ✓ Sassi ben Halima : la filiation paternelle légitime en droit tunisien, thése de doctorat, Université de Tunis, Faculté de droit et des sciences politiques 1976
- ✓ Ferchichi Bechir : la tutelle des pères et mères sur leurs enfants mineurs dans le droit marocain et Tunisien comparés, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit, université de Tunis, faculté de droit de Tunis.

- ✓ Derrida (F) : obligations d'entretien, obligation des parents d'élever leurs enfants, thèse. Alger 1947 e.d.D, 1952 .
- ✓ Pruvost (L) : L'établissement de la filiation en droit Tunisien, Thèse, université de droit, d'économie et des sciences sociales, Paris II, 1997.
- ✓ Ferchichi (B) : Les responsabilité des pères et des mères du fait de leurs enfants mineurs, mémoire pour obtenir un DEA en privé ; Faculté de droit de Tunis 1972-1973.
- ✓ Elhem Azaiz : De quelques aspects du droit de l'enfant face à la convention des nations unies du 20 Novembre 1989, mémoire pour l'obtention de diplôme des études approfondies en droit privé général, faculté de droit et des sciences politiques, Tunis, 1994.
- ✓ Walid Ben Cheikh Laarbi : le « nom » Mémoire D.E.A. en Sciences Juridiques fondamentales, faculté des sciences Juridiques, politique et sociales, Tunis 2003.
- ✓ Béji Mohamed, « la garde de l'enfant en droit Tunisien », mémoire D.E.A. de droit privée, 1978.
- ✓ Meddeb (s) « l'attribution du nom » Mémoire DEA Faculté de Droit des science politique de Tunis 1996.
- ✓ Awatef Abdel Kader : la filiation paternelle après la loi du 28 octobre 1998– 1999-2000 faculté de science juridique ,politique et sociales de Tunis (Tunis II)
- ✓ Sassi ben Halima : la filiation paternelle légitime en droit tunisien, thése de doctorat, Université de Tunis, Faculté de droit et des sciences politiques 1976
- ✓ Ferchichi Bechir : la tutelle des pères et mères sur leurs enfants mineurs dans le droit marocain et Tunisien comparés, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit, université de Tunis, faculté de droit de Tunis, p26.
- ✓ Derrida (F) : obligations d'entretien, obligation des parents d'élever leurs enfants, thèse. Alger 1947 e.d.D, 1952 .

- ✓ Pruvost (L) : L'établissement de la filiation en droit Tunisien, Thèse, université de droit, d'économie et des sciences sociales, Paris II, 1997.
- ✓ Ferchichi (B) : Les responsabilité des pères et des mères du fait de leurs enfants mineurs, mémoire pour obtenir un DEA en privé ; Faculté de droit de Tunis 1972-1973.
- ✓ Elhem Azaiz : De quelques aspects du droit de l'enfant face à la convention des nations unies du 20 Novembre 1989, mémoire pour l'obtention de diplôme des études approfondies en droit privé général, faculté de droit et des sciences politiques, Tunis, 1994.
- ✓ Walid Ben Cheikh Laarbi : le « nom » Mémoire D.E.A. en Sciences Juridiques fondamentales, faculté des sciences Juridiques, politique et sociales, Tunis 2003.
- ✓ Béji Mohamed, « la garde de l'enfant en droit Tunisien », mémoire D.E.A. de droit privée, 197

المـــلاحـــــق