الجامعة اللبنانية
كلية الحقوق والعلوم السياسية

"مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية"

- تونس مثالا -

رسالة لنيل الماجستير المتخصص في حقوق الطفل

إعداد

عائدة اليرماني غربال

لجنة المناقشة

الدكتور وحيد الفرشيشي	الأستاذ المشرف	رئيساً
الدكتور رامز محمد عمار		عضواً
الدكتور لطفي الشاذلي		عضواً

2005- 2006

« TOUTES LES GRANDES PERSONNES ONT D'ABORD ETE DES ENFANTS MAIS PEU S'EN SOUVIENNENT »
Antoine De Saint Exupéry

"جميع الكبار كانوا
أطفالا، لكن قلة منهم
من يتذكرون"

أنطوان دو سان اكزيبيري

إهداء

إلى زوجي ورفيق دربي من أجل مساندته وتشجيعه لي

إلى بناتي لعلهن يجدن في التحدي الذي رفعته لإتمام هذا

الماجستير مثالا يقتدين به للاجتهاد في دراستهن

إلى أمي وأبي

شكر

أتقدم بالشكر إلى كل من ساندني
لإتمام هذا الماجستير
وأخص بالذكر
الأستاذ حاتم قطران
الأستاذ وحيد الفرشيشي
اليونيسيف
المعهد العربي لحقوق الإنسان
الجمعية التونسية لحقوق الطفل

الفهرس

المقدمة 7
الجزء الأول : 16
مصلحة الطفل الفضلى عند انفصام العلاقة الزوجية 16
الباب الأول : 18
مصلحة الطفل الفضلى أثناء إجراءات الطلاق 18
المحور الأول : إجراءات الطلاق : أي مراعاة لمصلحة الطفل الفضلى؟ 19
الفقرة الأولى : الطلاق القضائي 19
الفقرة الثانية : الجلسات الصلحية ضمانة لمصلحة الطفل الفضلى 20
المحور الثاني : مصلحة الطفل الفضلى من خلال القرارات الفورية 23
الفقرة الأولى : إشكاليات التقدير 23
الفقرة الثانية: دور قاضي الأسرة في حماية الطفل أثناء قيام النزاع 25
المحور الثالث : في الطور الحكمي : الحضانـــــــــــة 28
الفقرة الأولى : القاضي ضامن لتحقيق مصلحة الطفل الفضلى من خلال الحضانة معايير التقدير 29
أ. دور القاضي في تحقيق مصلحة الطفل الفضلى 30
ب. الشروط الواجب توفرها في الحاضن 32
الفقرة الثانية : السلطة التقديرية للقاضي والاستعانة بأهل الاختصاص 34
الفقرة الثالثة : الطفل شريك في تحديد مصلحته الفضلى 36
الباب الثاني : 39
مصلحة الطفل الفضلى بعد انفصام الرابطة الزوجية 39
المحور الأول : إبقاء الطفل على علاقة بوالديه 41
الفقرة الأولى : حق الزيارة 41
الفقرة الثانية : الإشكاليات المطروحة 43
أ. جريمة عدم إحضار محضون 43
ب. امتناع الولي الغير حاضن عن ممارسة حقه في الزيارة 44
ج. موقف الطفل من الزيارة 45
المحور الثاني : صلاحيات الولاية 47
الفقرة الأولى: مبدأ الولاية للأب 47
الفقرة الثانية: المسؤولية المشتركة للوالدين 49
المحور الثالث : حق الطفل في النفقة 51
الفقرة الأولى : الضمانات القانونية لحق الطفل في النفقة 51
الفقرة الثانية: مسؤولية الدولة في تحصيل النفقة:صندوق ضمان النفقة 54

المحور الرابع: مراجعة الحضانة 56
الفقرة الأولى : إسقاط الحضانة 56
أ. إخلال الحاضن بواجباته 57
ب. إهمال الطفل برفض قبوله عند صدور قرار في الحضانة 57
ج. مراجعة الحضانة لتغير حال الحاضن 58
الفقرة الثانية: التخلي التلقائي عن الحضانة 60
الجزء الثاني : 61
الطفل المولود خارج إطار الزواج 61
الباب الأول : 64
حق الطفل الطبيعي في هوية كاملة 64
المحور الأول : حق الطفل في التسجيل فور الولادة, في الجنسية وفي معرفة أصله 67
الفقرة الأولى : الحق في التسجيل فور الولادة 68
الفقرة الثانية : الحق في الجنسية 68
الفقرة الثالثة: حق الطفل في معرفة أصله 69
المحور الثاني : الحق في اللقب العائلي 72
الفقرة الأولى : المقتضيات القانونية 72
الفقرة الثانية : آثار إسناد اللقب العائلي 75
الباب الثاني : 77
حق الطفل الطبيعي في عائلة بديلة 77
المحور الأول : شروط التبني 80
الفقرة الأولى : الشروط الخاصة بالمتبني ومصلحة الطفل الفضلى 80
الفقرة الثانية : الشروط الخاصة بالمتبنى 83
الفقرة الثالثة: حقّ الطفل في التعبير عن رأيه في مسالة التبني 87
المحورالثاني : آثار التبني 89
الفقرة الأولى:الحقوق المترتبة عن التبني 89
الفقرة الثانية :حماية الحقوق المترتبة عن التبني من خلال سحب الحضانة من العائلة المتبنية والرجوع في التبني 90
أ. سحب الحضانة من الأسرة المتبنية ضمانا لمصلحة الطفل الفضلى 90
ب. الرجوع في التبني خدمة لمصلحة الطفل الفضلى 93
1. الموقف المدعم لحقّ الرّجوع في التبني 93
2. الموقف المنتقد لحقّ الرّجوع في التبني 95
الخلاصة 98
المراجع 99

المقدمة

أعطت كافة الصكوك الدولية التي كرستها وخاصة الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل حقوق الطفل, من منطلق المعنى التحديثي لها ، موقعا جديدا للطفل لم يعهده من قبل.

ويتمثل الموقع الأول للطفل في انتمائه لمجموعة من الأفراد محددة من حيث السن بين 0 و18 سنة، ولو كانت هذه الفترة نفسها مجزأة إلى عدة مراحل وهي الطفولة المبكرة، الطفولة، المراهقة والشباب.

كما تدعمت مكانة الطفل أيضا باعتباره لم يعد مجرد منتفع بالحماية من العائلة أو مؤسسات الدولة وإنما صاحب حقوق يمكن له ممارستها والمطالبة بها سواء داخل الأسرة أو في المجتمع باعتبار حقه في المشاركة كحق أصيل يمكنه من التعبير عن رأيه في كافة القرارات التي تهمه. و مما لا شكّ فيه أن الاهتمام بحقوق الطفل من الناحية القانونية قد جاء متأخرا نوعا ما على الاهتمام به ككائن من النواحي الاجتماعية و النفسية.

وقد مثلت النظريات و الأفكار المتصلة بنشأة الطفل وموقعه داخل الأسرة و في مسار تكون البشرية محاور أساسية في الفكر اليوناني القديم و في التصورات الدينية و الأدب وصولا إلى النظريات التربوية و البيداغوجية خصوصا في القرنين التاسع عشر و العشرين مع النهضة التي عرفتها العلوم الإنسانية و التي أثمرت عديد النظريات الأسرية وتعرضت إلى الصعوبات التي تعيشها الأسرة و الطفولة.

و بالرغم من الامتداد الذي عرفته هذه النظريات في مجال العمل الاجتماعي والتربوي فإن الاهتمام بحقوق الطفل لم يبرز بشكل منظم و رسمي إلا منذ 1923 عندما تولى الإتحاد الدولي لإسعاف الأطفال إعداد ما يعرف بإعلان جنيف تضمن النقاط الخمس التي اعتبرت بمثابة مبادئ أساسية لحماية الطفولة في العالم و قد تلت ذلك الإعلان عصبة الأمم المتحدة سنة 1924 الدول الأطراف إلى احترام تلك المبادئ. ومنذ سنة 1959 أصبحت حقوق الطفل من ضمن مجالات الاهتمام البارزة في المجتمع الدولي وأثمرت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل بتاريخ 20 نوفمبر 1989 التي تعد أهم آداة دولية لحقوق الطفل.

وهكذا فإن حقوق الطفل قد شهدت تغيرا عميقا على مستوى إطارها المفاهيمي، والمعايير المعتمدة لصيانة"المصلحة للطفل" والتي تحولت إلى "المصلحة الفضلى للطفل"[1].

وممّا لا شكّ فيه أنّ تعبير مصلحة الطفل الفضلى يندرج ضمن هذه المنظومة المفهومية القانونية لحقوق الطفل بشكل عام. هذه المنظومة التي شهدت نقله نوعية ضمن التفاعلات التي عرفتها في السنوات الأخيرة منظومة حقوق الإنسان تحت تأثير الفعاليات الأممية وضغط هياكل المجتمع المدني.

وقدكرسته الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في فصلها الثالث والذي ينص على ما يلي:

1- في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولى الاعتبار لمصالح الطفل الفضلى.

2- تتعهد الدول الأطراف بأن تضمن للطفل الحماية والرعاية اللازمتين لرفاهه، مراعية حقوق وواجبات والديه أو أوصيائه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين قانونا عنه، وتتخذ، تحقيقا لهذا الغرض، جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة.

3- تكفل الدول الأطراف أن تتقيد المؤسسات والإدارات والمرافق المسؤولة عن رعاية أو حماية الأطفال بالمعايير التي وضعتها السلطات المختصة، ولا سيما في مجالي السلامة والصحة وفي عدد موظفيها وصلاحيتهم للعمل وكذلك من ناحية كفاءة الإشراف".

وقد حظي مفهوم المصلحة الفضلى للطفل بالاهتمام على مستوى التحاليل الأكاديمية أكثر من أي مفهوم آخر بالاتفاقية[2].كما كانت مصلحة الطفل حاضرة في العديد من التشريعات الوطنية، وهو ليس بالجديد في الصكوك الدولية للقانون الدولي و الإنساني، فالإعلان العالمي لحقوق الطفل لسنة 1959 ينص في المبدأ الثاني منه على أن الطفل يجب أن يتمتع بحماية خاصة و أن توفر له كل الإمكانيات و التسهيلات بمقتضى القانون و بكل الوسائل حتى يتمكن من النمو الطبيعي على المستوى الجسدي، الذهني، العاطفي، الروحي و الاجتماعي في ظروف من الحرية و الكرامة ويجب أن يكون وضع القوانين لهذه الغاية و أن تكون المصلحة الفضلى للطفل الاعتبار الأول .كما

[1] Jean Zermatten « L'Intérêt Supérieur de l'Enfant De l'Analyse Littérale à la Portée Philosophique »P : 3 Working report 3-2003 www :http// childrenright.org

[2] Manuel d'application de la convention relative aux droits de l'enfant p36 ed UNICEF juillet 1999 ISBN 92-806-3480-1

تعرضت الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المراة لسنة 1979 لهذا المبدأ في مادتين منها.

كذلك الشأن بالنسبة للإعلان العالمي حول المبادئ الاجتماعية و القانونية الواجب تطبيقها في حماية الطفل و تحقيق رفاهة في مجال التبني و الإيداع العائلي فقد وضع مصلحة الطفل الفضلى في الاعتبار الأول عند أخذ القرارات, أما العهدين الدوليين لحقوق الإنسان فلم يتعرضا له بشكل مباشر و إنما جاء في ملاحظتين عامتين للجنة حقوق الإنسان في تأويلها للعهدين ما يفيد أن مصلحة الطفل يجب أن تكون الاعتبار المهيمن في حالات انفصام الروابط الزوجية [3].

كما أكدت اللجنة الدولية لحقوق الطفل في تعاليقها على أن مصلحة الطفل الفضلى هي إحدى المبادئ الأساسية للاتفاقية وعلى الترابط المتين بين الفصل 3 و بقية أحكام الاتفاقية وخاصة الفصول 9و 12و18و20و37و40 المتعلقين تباعا بعدم فصل الطفل عن والديه، حق الطفل في المشاركة، مسؤولية الوالدين في تربية أبنائهم، الرعاية البديلة للطفل المحروم من بيئته العائلية و حماية حقوق الطفل الجانح.

ويقتضي احترام المادة الثالثة من الاتفاقية في فقرتها الأولى حسب لجنة حقوق الطفل أن تكون أن يتم تطبيقها على جميع الأطفال وفي كل الإجراءات المنصوص عليها بالمادة الرابعة. وقد جاء في ملاحظات اللجنة حول التقرير الدوري للمكسيك أنه"ترى اللجنة أن مبدأ المصلحة الفضلى للطفل يجب أن تكون المبدأ التوجيهي الذي يحكم تنفيذ الاتفاقية"[4].

وتتحمل الدولة المسؤولية في تكريس مبدأ المصلحة الفضلى للطفل وذلك من خلال رصد الميزانيات والموارد وإدماج هذا المبدأ في الخطط والسياسات العامة للدولة وتلك الموجهة للطفل بشكل عام. ومن هذا المنطلق فإن لجنة حقوق الطفل تهتم بشكل خاص عند مناقشتها للتقارير الدورية للدول حول تنفيذ الاتفاقية بالحصة المخصصة من الميزانيات للبرامج والخدمات الموجهة للأطفال ومدى أخذها مصلحتهم بعين الاعتبار وإعطائها الأولوية عند توزيع الموارد.

وعلى صعيد آخر فإن اللجنة تأمل أن يتم التنصيص على المصلحة الفضلى للطفل في التشريعات الوطنية بما يسمح بالاحتجاج به أمام المحاكم من ذلك أنه جاء في ملاحظاتها حول

[3] Comité des droits de l'homme observation générale 17, par 16 et observation générale 19, par 6, HRI,GEN/1 Rev.2

[4] Manuel d'application p 41

تقارير بعض الدول أنه "يجب إدماج مبدأ المصلحة الفضلى للطفل ومبدأ عدم التمييز في التشريع الوطني بشكل يسمح بإثارته أمام المحاكم"[5].

ومن ناحية أخرى فإن اللجنة ترى أنه لا يجب أن يخضع تطبيق المبادئ العامة للاتفاقية لأي استثناء ولو في حالات الطوارئ ، وتضمن تقريرها ليوم النقاش العام حول الأطفال والنزاعات المسلحة " أن المقتضيات العامة للمواد 2و3و4 من الاتفاقية يجب أن تنطبق في كل الظروف بما في ذلك في حالات الحروب والطوارئ"[6]

و بالإضافة إلى ما تم ذكره فإن مصلحة الطفل الفضلى في علاقتها بالأسرة وردت في عدة مواضع من الاتفاقية ابتداء من الديباجة التي أكدت على أهمية الأسرة في تنشئة الطفل تنشئة سليمة وبقية المواد التي جعلت من بقاء الطفل داخل محيطه الأسري وعدم فصله عنه أولوية يجب أن يحرص القائمون في شؤون الطفولة على احترامها, وأن الفصل لا يمكن أن يكون إلا استثنائيا ولمصلحة الطفل الفضلى وأن يحافظ على علاقات منتظمة مع كلا أبويه وأن يتم توفير الحماية للطفل المحروم من الأسرة في إطار عائلة بديلة أو مؤسسة تتوفر فيها الشروط اللازمة لتحقيق هذه المصلحة.

إن اختيار موضوع مصلحة الطفل الفضلى في إطار هذا البحث يجد تبريره في أنه مبدأ محوري يحكم كل الحقوق في الاتفاقية وهو مبدأ ينشد المثالية غير واضح المعالم ويستدعي البحث والتدقيق في مقتضيات تطبيقه والعلاقات الأسرية من بين أهم المسائل التي تجد مجالا واقعيا للتطبيق من خلال التنصيص عليه في التشريعات الوطنية ومجالا للخروج به من الشمولية إلى الخصوصية ومن العمومية إلى الدقة في التنفيذ وقابلية للقياس في مدى التطبيق,وهو كذلك مبدأ يطرح في إطار تعارضه أو تنافسه مع مصالح أخرى مثل مصالح الأبوين ولكنه يغلب عليها.

ويتطلب البحث في هذا الموضوع الخوض في المسائل التالية التي يبدو من باب الضرورة المنهجية الملحة التعرض إليها باعتبارها بعض المفاهيم الأساسية ذات العلاقة وهي:

1- مفهوم مصلحة الطفل الفضلى

2- تقييم مصلحة الطفل الفضلى

[5] Manuel d'application p 43
[6] Manuel déapplication p 44

3- تطبيق معيار مصلحة الطفل الفضلى في الوضعيات الخصوصية وخاصة في علاقته بالأسرة

إنّ جملة هذه المفاهيم ذات الدلالة الإنسانية لا تستمدّ جوهرها من مجال المطلق خارج إطار المكان والزمان وإنّما ترتبط بسياقات وأنماط أنتروبولوجية ثقافية تختلف من مجتمع إلى آخر من زمان إلى آخر فإذا كان الطفل طفلا من الناحية البيولوجية في كلّ الأزمنة فإنّ مصلحته الفضلى ليست ذاتها في كلّ الأزمنة وفي كلّ السياقات الثقافية. هذا البعد الإبيستيمولوجي يضفي على تعيير المصلحة الفضلى درجة في الفهم تجعله تحت تأثير جوانب ثقافية متعدّدة منها ما هو الديني وما هو حضاري وما هو اجتماعي وما هو سياسي واقتصادي.

و مازال مبدأ المصلحة الفضلى للطفل كمفهوم قانوني يعاني من القصور على مستوى التعريف. فقد تعددت المحاولات لإيجاد تعريف دون أن تفضي إلى إيجاد تعريف يرتقي بهذا المفهوم إلى المستوى العلمي الموضوعي وقد"حاول العديد من البحوث إبراز الطابع غير العلمي لهذا المفهوم متناسين ما تتميز به الغاية العلمية والغاية القانونية:الأولى في بحثها عن الحقيقة الموضوعية والثانية في محاولتها لبلوغ العدل. وقد حاول آخرون بيان الجانب الاجتماعي لهذا المفهوم"[7]

وقد عرف البعض مصلحة الطفل الفضلى بأنها "اختيار أفضل الحلول وأصلح الوضعيات لتمتيع الطفل بها، ولذاك قد لا يستقيم إطلاق صيغة الجمع على هذه المصلحة التي لا تكون حسب تقديرنا,,,,لصيغة التفضيل ألا مفردا"[8]

وعرف جان زرماتن المصلحة الفضلى للطفل أنها"الأداة القانونية التي تسمح بتحقيق رفاه الطفل على المستوى البدني والنفسي والاجتماعي.ويحمل الواجب على المؤسسات والهياكل العمومية والخاصة للتحقق من أن هذا المعيار تم أخذه بعين الاعتبار عند أخذ قرار في شأن الطفل وأنه يضمن أن تكون مصلحة الطفل على المدى البعيد.كما يجب أن يكون وحدة القياس عندما يكون هنالك تنافس بين عدة مصالح."[9]

[7] Youf, Dominique Penser les droits de l'enfant / Dominique Youf. – p128
Paris : PUF, 2002. – 184 p : couv. ill en coul ; 22 cm . –
(Questions d'éthique). – ISBN : 2. 13 050 317. 9

[8] علي الشورابي، الحماية القانونية لمصالح الطفل القضاء والتشريع عدد 1 1999

[9] Voir Jean Zermatten « L'Intérêt Supérieur de l'Enfant De l'Analyse Littérale à la Portée Philosophique »P : 15 Working report 3-2003 www :http// childrenright.org

إلا أنه في غياب تعريف واضح ومحدد "لمصلحة الطفل الفضلى" من خلال نص الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وبالرغم من الإجتهادات المختلفة التي حاولت تحديدها، فإن هذا المعيار الذي تتخذ على أساسه كل القرارات التي تتعلق بالطفل، يبقى صعب التحديد.

وقد تبدو مسألة التجرد الذاتي إحدى التحديات الكبرى أثناء تأويل الوضعيات التي يمكن أن يعيشها الطفل واتخاذ القرارات باسم مصلحته. فإلى أي مدى يمكن للإنسان أن يتجرد من المخزون الثقافي والاجتماعي الذي تحمله ذاته البشرية؟

وماهي الآليات والمعايير المؤهلة لتحديد هذه المصلحة ولمن توكل مهمّة تحديد المصلحة الفضلى للطفل ؟

وإلى أيّ مدى يمكن للخلفية الحمائيّة للتعامل مع الطفل أن تكون مرجعا ومعيارا موضوعيا كافيا لتحديد المصلحة الفضلى بما يحمله تعبير الفضلى من معايير ذاتية، ومن مجال واسع للاجتهاد من ناحية ومن تضييقات قانونية وفقر على مستوى فقه القضاء من ناحية أخرى في تحديد مصلحة الطفل الفضلى أي أنّ افتراض التعريض إلى العدوانية والأذى يشكّل دافعا محورياّ لنشأة التشريع الدولي وإنشاره على المستوى القطري. وإنّ البعد الحمائي لتقدير مصلحة الطفل الفضلى لا يتوقف عند هذا الحدّ وإنّما يتجاوزه لمصدر التقدير ومأتاه.

فهل هو المشرع أو هو القاضي أم هي الأسرة أم هو الطفل في حدّ ذاته أم هو كلّ هذه الأطراف مجتمعة.

وهكذا فإنّ هشاشة هذا المفهوم تتأتى من البعد الثقافي والحضاري الذي لم يعد من الممكن تجاوزه في عصر يحتلّ فيه الآخر مترلة الأنا وينبني فيه المجتمع الإنساني على قواعد الإقرار في الحقّ في الاختلاف.

هذا المعطى يدفعنا إلى الاقتراب من مفهوم ينتشر اليوم بقوّة في مجال العلوم الإنسانية ومجال السياسات القطرية وهو مفهوم الخصوصية إذ يصعب لعدة اعتبارات اعتماد تعبير مصلحة الطفل خارج نطاق الخصوصية بما تتضمنه من معاني التنوع والاختلاف ولما تضمنه من نجاعة علمية في تحقيق أهداف التنمية وبلوغ غاياتها.

ويتبين من خلال ما سبق التعرض إليه أن مفهوم المصلحة الفضلى للطفل ومعايير تطبيقها ميدان شاسع غير واضح المعالم إذا نظرنا إليه في إطاره العام "ذلك ن مبدأ المصلحة الفضلى للطفل عندما يتم التطرق إليه في التشريعات الوطنية فإنه يكون غالبا عند أخذ قرارات في شأن الطفل

وخاصة في إطار الطلاق أو فراق الأبوين ، التبني أو في حالة تدخل الدولة ضد التعسف أو سوء المعاملة من طرف الأبوين"[10] . وهز ما يجرنا للحديث عن الأسرة وعلاقتها بالمصلحة الفضلى للطفل .

والأسرة هي المكوّن الطبيعي والأساسي للمجموعات البشرية أي كونها ترتبط بعلاقة وجود مع المجتمع الإنساني بحيث ينتفي هذا الأخير بانتفائها. يكفينا مشقة البحث في الثنايا الفقهية المتصلة بتحديد معنى العائلة كما أنّه يضعفنا إزاء حقيقة جوهرية وهي أنّ العائلة هي الإطار الواقعي والأوّلي الذي تشكّل داخله وضمن تفاعلاته شخصية الطفل والذي يعدّ الأحقّ من سواه في تحديد احتياجات الطفل الجسمية والمعنوية وأساليب تلبيتها.

وقد تضمنت ديباجة الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل بأن الأسرة باعتبارها الوحدة الأساسية للمجتمع والبيئة الطبيعية لنمو ورفاهية جميع أفرادها وبخاصة الأطفال، ينبغي أن تولي الحماية والمساعدة اللازمتين وتشير كذلك إلى الإقرار بأن الطفل كي تترعرع شخصيته ترعرعا كاملا ومتناسقا ينبغي أن ينشأ في بيئة عائلية في جو من السعادة والمحبة والتفاهم.

وقد أكد المبدأ السادس للإعلان العالمي لحقوق الطفل "الحرص... على تنمية الطفل في كنف رعاية والديه وهو ما يجعل مصلحة الطفل الفضلى مرتبطة حتما ببقائه مع أبويه و أفراد عائلة، و عند التعذر في عائلة بديلة توفر له ما يحتاج من الدفء والرعاية. و هذه الفكرة تجعل العائلة في حد ذاتها تمثل أبرز حاجيات الطفل على الإطلاق. فحق الطفل في الانتماء إلى عائلة حق أساسي، و لذلك إذا لم تتيح له فرصة الانتماء عائلته الأصلية، فإن المشرع يتيح له فرص أخرى لإيجاد عائلة بديلة بفضل آليات الكفالة و وضع الأطفال لدى العائلات (أو الإيداع العائلي) والتبني، طبق ما سيقع تحليله في مواقع أخرى من هذا البحث.

كما أن إقرار الواجبات المشتركة، و كذلك المسؤولية المشتركة للأبوين تجاه الطفل، مما يكرس المساواة بين الأبوين في الحقوق و الواجبات و المسؤولية، و يطرح استفهامات حول الولاية و رئاسة العائلة، بل يدعو بصورة غير مباشرة إلى الانتقال من السلطة الأبوية إلى سلطة الأبوين و من قوامة الرجل ورئاسته المنفردة إلى الإدارة المشتركة للعائلة، و من مسؤوليـــة الأب إلى مسؤولية الوالدين.

[10] Guillemette Meunier- L'application de la convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties in Logiques juridiques ed l'L'Harmattan p62

وتكريما منها لما أطلقت عليه الجمعية العامة" أساس المجتمع الإنساني"[11] أعلنت الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1994 سنة دولية للأسرة. وقد حظيت الأسرة من حيث أهميتها وحقها في الحماية بالاهتمام من طرف المجموعة الدولية حيث ينص الفصل السادس عشر من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن الأسرة هي العنصر الرئيسي للمجتمع ولها الحق في الحماية من الدولة. وقد تم تبني نفس المبدأ من طرف العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وكذلك الأمر في جميع الصكوك الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان.

وسواء تعلّق الأمر بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان أو باتفاقية حقوق الطفل فإنّ مفهوم الحماية بدا مرتبطا ارتباطا وثيقا على صعيد النظرية والتطبيق بكلّ من مفهومي المرأة والطفل وهو ارتباط مأتاه خاصية يشترك فيها هذا الثنائي وهي أنّه الأكثر عرضة لمظاهر التسلط والعنف الرمزي والمادي للمحيط.وهو تعريف تحتمه الخلفية الحضارية لحقوق الإنسان.

إنّ الخلفية الحمائية تشكّل المرجع الأساسي للتشريع في مجال الأسرة وإذ كنّا نسوق هذه الملاحظة في هذا الموضع لتأكيد خاصية مفادها أنّ الخلفية الحمائية هي مرجع لاغنى عنه لتحقيق مصلحة الطفل الفضلى دون إغفال احترام الحق في المشاركة وإبداء الرأي هذا الحق الذى جعل من الطفل إنسان صاحب حقوق وليس فقط كائن في حاجة للحماية.

وبناء على ذلك فإن الأسرة تعتبر إحدى مقومات تكريس المصلحة الفضلى للطفل وهي المسؤولة بالدرجة الأولى على صيانتها وفقدان الأسرة أو تصدعها يمس بالضرورة بها وهو ما يبرر تدخل الدولة من خلال التشريعات والتدابير لحمايتها.

و في الواقع فإن المصلحة الفضلى للطفل هي عنصر ماثل في شتى التشريعات المنظمة للأسرة بشكل متفاوت باعتبارها وحدة الانتماء الأصلية و الطبيعية للطفل و في المسائل ذات الصلة بالأوضاع الخصوصية التي يعيشها طفل ما ع وسط ما.

وقد أولى المشرع التونسي اهتماما خاصا بالطفل فعمل على إرساء منظومة تشريعية اختزلت جملة المعاني والقيم ارتكزت على أخلاقيات مؤداها أن الطفل بسبب عدم نضجه البدني والفكري هو دائن بالحماية للمجتمع بأسره . فبعد المصادقة على الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل تم

[11].http;// www.unhcr/fr/egi/texis

إصدار مجلة حماية الطفل وجاءت هذه المجلة لتدعم المنهج الذي سطرته مجلة الأحوال الشخصية في تنظيم العلاقات الأسرية .

وسنحاول من خلال هذا البحث تسليط الضوء على التشريع التونسي في تناوله لمسألة مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية التي غالبا ما تطرح إشكاليات مهمة على المستويين التأويلي والتطبيقي.

لذلك سنتناول بالدرس في الجزء الأول من هذا البحث مصلحة الطفل الفضلى عند انفصام العلاقة الزوجية وذلك أثناء القيام بإجراءات الطلاق (الباب الأول) وما تطرحه من إشكاليات خصوصية في الطورين الصلحي والحكمي والمرتبطة أساسا بالقرارات الفورية والسلطة التقديرية للقاضي. كما سنتناول بالدرس مصلحة الطفل الفضلى بعد انفصام الرابطة الزوجية(الباب الثاني) لتحليل حق الطفل في إبقاءه على علاقة بوالديه، ممارسة صلاحيات الولاية وتأثيرها على تصريف شؤون الطفل، وكذلك حق الطفل في النفقة، ومراجعة قرار إسناد الحضانة في جميع الصور المتاحة.

وأخذا بعين الاعتبار ما يمكن أن يعيشه الطفل المولود خارج إطار الزواج من تمييز وهضم لحقوقه، وما تطرحه صيانة مصلحته الفضلى من تحديات يتناول الجزء الثاني من هذا البحث حق الطفل في التمتع بعناصر هوية كاملة(الباب الأول) أي حقه في التسجيل فور الولادة، في الجنسية وفي معرفة أصله.

ويتناول الباب الثاني حق الطفل الطبيعي في عائلة بديلة من خلال التبني نظرا لأهمية هذه الوسيلة خاصة في محيطنا العربي الإسلامي ومدى تماشيها مع مصلحة الطفل الفضلى وذلك من خلال دراسة شروط التبني وأثاره.

فإلى أي مدى راعت التشريعات والتطبيقات في تونس مصلحة الطفل الفضلى؟

الجزء الأول :

مصلحة الطفل الفضلى عند انفصام العلاقة الزوجية

يمثل التفكك الأسري وانحلال الروابط الزوجية بالطلاق من بين التهديدات التي تترصد الطفل وتؤثر على تنشئته في بيئة يسودها الحب والتفاهم ويمثل الأطفال بحكم هشاشتهم وحاجتهم المفرطة للحماية ضحايا الطلاق. طلاق الأبوين يتناقض مع مصلحة الطفل الفضل، من حيث المبدأ ذلك أن عواقبه وخيمة على المدى القريب والبعيد على مستقبل الطفل.

كما أن وضع الطفل في الطلاق من بين المسائل التطبيقية الهامة التي يمكن أن يتم تناول مصلحة الطفل الفضلى في نطاقها وباعتبار أن الطلاق يتطلب اتخاذ قرارات قضائية وإجراءات إدارية مصاحبة يجب أن تراعي مصلحة الطفل الفضلى حسب المادة 3 من الاتفاقية وسيتم التعرض للطلاق كأحد المسائل الأسرية الهامة التي يجب أن تراعي فيها مصلحة الطفل الفضلى وما مدى مراعاة المشرع التونسي لمصلحة الطفل الفضلى من خلال مجلة الأحوال الشخصية في كافة مراحل الطلاق وفي القرارات المتخذة وتأثيرها على الطفل. وسيتم التعرض في الباب الأول إلى مصلحة الطفل الفضلى أثناء إجراءات الطلاق وفي الباب الثاني إلى مصلحة الطفل الفضلى عند انفصام الرابطة الزوجية.

الباب الأول :

مصلحة الطفل الفضلى أثناء إجراءات الطلاق

المحور الأول : إجراءات الطلاق : أي مراعاة لمصلحة الطفل الفضلى؟

خلافا للدين المسيحي الذي اعتبر رابطة الزواج أبدية وحرم الطلاق أجاز الدين الإسلامي الفراق بين الزوجين بموجب الطلاق ونظم آثاره[12] وقد اعتمد التشريع الإسلامي من بين مصادر التشريع في تونس و نظم المشرع التونسي الطلاق وخصه بالكتاب الثاني (الفصول من 29 إلى 33) من مجلة الأحوال الشخصية الصادرة في 13 أوت 1956 ويعرف الفصل 29 من مجلة الأحوال الشخصية الطلاق أنه "حل عقدة الزواج" ويفهم من هذا التعريف أن الطلاق هو طريقة لانحلال الزواج أو بالأحرى لانحلال عقد الزواج الصحيح، لأن الإبطال ينحل به الزواج الفاسد أو الباطل[13]. وسنتناول في هذا المحور إجراءات الطلاق ومدى ملاءمتها لمصلحة الطفل الفضلى من خلال الطلاق القضائي(الفقرة الأولى) ثم إلى الجلسات الصلحية ضمانة لمصلحة الطفل الفضلى(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الطلاق القضائي

ينص الفصل 30 من مجلة الأحوال الشخصية أن الطلاق " لا يتم إلا أمام المحكمة " والطلاق أمام المحاكم يعد من بين مظاهر التجديد التي اعتمدها المشرع التونسي في تنظيم العلاقات العائلية حيث كان الزواج والطلاق عرفيا قبل الاستقلال (20مارس 1956) هو أن جعل الزواج رسميا والطلاق قضائيا، بحيث استضاف الرابطة الزوجية إلى "قصور الدولة" وأحاطها بعناية خاصة ضرورة أنه جعل السلطة العامة تتدخل مباشرة للإشراف على إنشائها ولمراقبة انحلالها، إذ أتاح للزوجين إمكانية الاقتران أمام ضابط الحالة المدنية "بقصر البلدية" وإذا كتب لهما الفراق فيكون ذلك على يد السلطة القضائية التي تنطق الطلاق "بقصر العدالة"[14]. وبتدخل السلطة القضائية في

[12] " مجلة الأحوال الشخصية جمع وتعليق القاضي الأستاذ محمد الحبيب الشريف" – ص 71 – دار الميزان للنشر.

[13] نفس المرجع س – ص 71 –

[14] نفس المرجع – ص 75 – دار الميزان للنشر.

إصدار أحكام الطلاق سعى المشرع إلى غايات نبيلة تتمثل في حماية الوحدة العائلية وكافة أفراد العائلة وخاصة المرأة والطفل ذلك أن الطلاق القضائي يحمي الأسرة من التفكك الأسري الذي قد يحدث بقرار جائر من الزوج تمليه أهوائه . كما مكن المرأة من نفس الحقوق في طلب الطلاق وحباها بتمييز إيجابي في التمتع بحقوق يحتمها وضعها الاجتماعي كمرأة وأمّ حاضنة كالحق في السكن وجراية الطلاق والنفقة.

أما فيما يخص حماية الأطفال وهو موضوعنا الأساسي وبآعتبار أنّهم الأكثر تأثرا بعواقب الطلاق فقد " حققت الدولة بفرض التقاضي في الطلاق رقابة قضائية دقيقة على مصلحة الأطفال فيما يتعلق بحضانتهم وزيارتهم ونفقتهم وسكناهم (الفصل 32 م.أ.ش) وتعتمد المحكمة في كل هذه القرارات مصلحتهم الفضلى قبل أي اعتبار[15]. ويحكم بالطلاق حسب الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية:بتراضي الزوجين أو بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر أو بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.

الفقرة الثانية : الجلسات الصلحية ضمانة لمصلحة الطفل الفضلى

أدخل المشرع تنقيحا هاما على أحكام الفصل 32 م. أ.ش المتعلق بإجراءات الطلاق ضمن القانون 74 لسنة 1993 بإدخال آثار جديدة عن عدم التبليغ للاستدعاء في قضايا الطلاق من خلال إضافة الفصل 32 مكرر الذي ينص على " إذا تخيل أحد الزوجين لغاية عدم بلوغ الاستدعاء إلى الطرف الآخر يعاقب بالسجن مدة عام" ولا يفوتنا أن نذكر في هذا السياق أنّ التنقيح المذكور في إجراءات الطلاق جاء بعد مصادقة تونس على الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وذلك لتعزيز حماية الأطفال وصيانة حقوقهم والحفاظ على مصالحهم في الفترة السابقة للطلاق نظرا لاحتداد الخلافات بين الأبوين وحالة التوتر التي يصبحان عليها وما يمكن أن ينجر عنه من تفصي في تحمل الواجبات تجاه الأبناء فيما يتعلق بدفع النفقة أو تأمين الرعاية واستعمال الأطفال كرهينة للصراع بينهما. وباعتبار هشاشة الطفل فهو الضحية التي يجب حمايتها لذلك سعى المشرع لتأمين مصلحة الطفل من خلال إجراءات الطلاق حيث أتى تنقيح 1993 لمجلة الأحوال

[15] " مجلة الأحوال الشخصية جمع وتعليق القاضي الأستاذ محمد الحبيب الشريف" – ص 76 – دار الميزان للنشر.

الشخصية بجملة من المقتضيات لعل أهمها تخصصا قضائيا يتمثل في قاضي الأسرة وهو قاض من الدرجة الثانية له من الخبرة والسن ما يؤهله للتعامل مع الإشكاليات الأسرية بنضج وتروي. وأوكلت له "مهمة المصالحة بين الزوجين في قضايا الطلاق إلى قاضي الأسرة، هذه المؤسسة القضائية الجديدة المندرجة في إطار دعم التخصص لدى القضاة في مجال الأحوال الشخصية"[16].

وسعيا إلى تقريب وجهات النظر بين الزوجين وإثنائهما عن عزمهما في الطلاق والبقاء معا مراعاة لمصالح الطفل أتاح المشرع لقاضي الأسرة إمكانية الاستعانة بمن يرى لمحاولة الصلح بين الزوجين وتبليغ الاستدعاء والاستعانة بحكمين لإصلاح ذات البين بين الزوجين المقبلين على الطلاق. وقد نص على ذلك الفصل 25 من م.أ.ش دون ذكر الشروط الواجب توفرها في الحكمين. وبالرجوع إلى القانون المقارن الفرنسي أو الكندي نجد أنّ هذه المهمة يقوم بها الوسيط العائلي[17] وهو اختصاص يتطلب الدراسة في العلوم ذات العلاقة أي الاجتماعية والنفسية والقانونية مما يخوله الانتماء إلى المهنة وتستعين به المحاكم في قضايا الطلاق بشكل وجوبي .

ونظرا لعدم وجود هذه المهنة في تونس فإن الحاكم يلجأ أحيانا إلى الاستعانة بأهل الخبرة في المجال الاجتماعي والنفسي من العاملين في المؤسسات الاجتماعية كمراكز الدفاع والإدماج الاجتماعي. ويبقى هذا الفصل غير مفعل بالشكل الكافي إن لم نقل تماما بالرغم من الفوائد والمزايا التي يمكن أن تحصل من خلال تطبيقه خاصة بالنسبة لتقريب وجهات النظر بين الأبوين بخصوص القرارات التي تهم الأطفال.

وفي نفس الإطار و سعيا من المشرع إعطاء فرصا للأبوين للصلح والحفاظ على اللحمة العائلية من خلال منحهم متسعا من الوقت للتفكير والتروي في أخذ قرار الطلاق "كرس المشرع التونسي تطويل إجراءات الطلاق عند وجود ولد أو أكثر من القصر لدى الزوجين المتداعيين حيث أوجد التنقيح الجديد تكرار الجلسة الصلحية ثلاث مرات في ظرف ثلاثة أشهر، وأحدث فترة تأمل تدوم شهرين كاملين قبل طور المرافعة."[18] وفي حالة طلب الطلاق بالتراضي أو عدم وجود أبناء قصر فقد ترك المشرع للقاضي مجالا للاجتهاد حول عدد الجلسات الصلحية، فالطلاق

[16] دولة.سامية: مبدأ مصلحة الطفل الفضلى بمجالات التكريس / سامية دولة حقوق الطفل في مجلة الأحوال الشخصية:—

[17] Médiateur familial

[18] " مجلة الأحوال الشخصية جمع وتعليق القاضي الأستاذ محمد الحبيب الشريف" – ص 11 – دار الميزان للنشر.

بين زوجين بدون أبناء قرار يتخذه راشدين لا تمس نتائجه سواهما وهما قادرين على تحديد مصلحتهما دون تدخل القاضي.

و في حالة الطلاق بالتراضي ووجود أبناء قصر فإن الاتفاق يحصل بينهما بالضرورة في كل المسائل المنجرة عن الطلاق بما في ذلك تلك المتعلقة بالأبناء بخصوص حضانتهم ونفقتهم ومسكنهم وزيارتهم من طرف الولي غير الحاضن. وقد تبرز الإحالة الصريحة في أحكام مجلة الأحوال الشخصية لمصلحة الطفل في علاقتها بمسؤولية الأبوين من خلال نص الفصل 32 منها الذي أقر للزوجين إمكانية الاتفاق صراحة على ترك كلا أو بعضا من المسائل الخاصة بسكنى الزوجين وبالنفقة والحضانة وبزيارة المحضون شريطة أن لا تتعارض هذه الاتفاقيات مع مصلحة الأبناء القصر طالما أنها حقوق مطلقة تتعلق بشخصهم[19].ويعتبر هذا الإجراء تكريسا لمسؤولية الأسرة بالدرجة الأولى في رعاية أبنائها وحرصها على مراعاة مصالحهم مثلما تنص عليه المواثيق الدولية لحقوق الإنسان وخاصة الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل (المادة 18) فالدولة لا تتدخل إلا لمساعدتها على آداء دورها أو في حالة وجود خلاف من شأنه أن يمس مصلحة الطفل لحمايته من تعسف الأسرة وإلحاق الضرر به من طرف الوالدين.

[19] قرار تعقيبي مدني عـ3475ـدد مؤرخ في 24 نوفمبر 1964 ن.م.ت 1964 ص 56 والقرار الإستئنافي المدني (تونس) عـ5822ـدد المؤرخ في 30 نوفمبر 1965 ق.ت 1966/10 ص 73.

المحور الثاني : مصلحة الطفل الفضلى من خلال القرارات الفورية

يتخذ قاضي الأسرة في الطور الصلحي ولو بدون طلب من الزوجين الإجراءات الفورية المتعلقة بالسكن وبالنفقة وبالحضانة وبزيارة المحضون فما هي إشكاليات التقدير لهذه القرارات(الفقرة الأولى)وما هو دور قاضي الأسرة لحماية الطفل أثناء قيام النزاع(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : إشكاليات التقدير

يتولى قاضي الأسرة في الطور الصلحي عملا بأحكام الفصل (32 من م.أ.ش) اتخاذ القرارات الفورية فيما يتعلق بالسكن والنفقة والحضانة والزيارة باعتبارها من المسائل الحياتية المتأكدة وذلك لتأمين قدر أدنى من الاستقرار العاطفي والمادي للطفل في مرحلة قبل التصريح بحكم الطلاق ولو بدون طلب من الزوجين. وعلى الصعيد العملي فالإجراءات مبسطة جدا، فالقاضي يُـــحرّر قراراته المتعلقة بالحضانة وبالنفقة وبالسكنى على محضر الجلسة ثم يمضيه ويسلمه فورا إلى كتابة المحكمة التي تُـــمكن الزوجين من نسخة قانونية من ذلك المحضر، تنفذ على المسودّة.

ومن خلال اتخاذه لقرارت فورية في قضايا الطلاق من تلقاء نفسه "يتدخل القاضي في شؤون العائلة لحماية أطفالها باسم النظام العام الذي لم يعد في مفهومه الحديث يشمل حماية المصلحة العامة من الإرادة الفردية فحسب بل أصبح يشمل أيضا حماية المصالح الخاصة من تجاوزات تلك الإرادة. ولذلك يجوز اعتبار أن الوظيفة الحمائية للنظام العام العائلي تنطلق من حماية الوحدة العائلية من جهة ومن حماية كل فرد من أفراد العائلة ضد بقية أفرادها من جهة ثانية."[20]

[20] الشريف محمد الحبيب النظام العام العائلي التشكلات ص 712

وتجدر الإشارة إلى أنّ مراعاة مصلحة القاصر لا تقتصر على اتّخاذ القرارات الفوريّة فحسب، وإنما تمتدّ إلى طريقة تنفيذها، وانطلاقا من هذه الاعتبارات فقد ضمن المشرع لحماية الطفل نجاعة قصوى بأن جعل القرارات المتعلقة به قرارات قابلة للتنفيذ الفوري أي أنها تصبح ملزمة حالا وبمجرد الإعلام بها دون انتظار لأي أجل[21]. وبتسليم هذه نسخة من المحضر إلى عدل التنفيذ فإنه يسعى إلى تنفيذ قرارات قاضي الأسرة بجميع الطرق القانونية المتاحة وان اقتضى الأمر بالاستعانة بالقوة العامة.

وتتأكد نجاعة وسائل حماية الطفل في المرحلة الصلحية بما أكساها به المشرع من حصانة ضد كل ما من شأنه أن يعيق أو يعطّل آثارها، حيث قام المشرع بتحصين القرارات الفورية ضد الطعون التي قد توجه إليها فاعتبر أنه لا يمكن الطعن فيها لا أمام محكمة الاستئناف وحتى في حالة استئناف الحكم أو تعقيبه تنفذ أجزاء الحكم المتعلقة بالحضانة والنفقة والسكن وحق الزيارة [22].

و بخلاف ما عليه الأمر في النزاعات المدنية العادية التي يرفع عنها القاضي يده بمجرد إصداره للقرار بشأنها فإن مهمة حماية القاضي للطفل من تبعات طلاق والديه لا تنتهي باتخاذه للقرارات الفورية المنظمة لشؤونهم وتبقى القرارات الفورية المتعلقة بالأبناء قرارات ذات صبغة وقتية ما دامت قضية الطلاق جارية، وهو ما يعني أنه يمكن لقاضي الأسرة مراجعتها بإدخال تعديلات عليها سواء من تلقاء نفسه أو بطلب من الزوجين، وتعديل القرارات الفورية يخضع دائما إلى مراعاة مصلحة الطفل ووضعها فوق كل اعتبار، فيمكن مثلا للقاضي أن يرّفع في مقدار النفقة إذا ثبت له في أي مرحلة من مراحل النزاع أن الأب تعمد التصريح بدخل يقلّ عن دخله الحقيقي مما يجعله قادرا على دفع نفقة أرفع من تلك التي حكم بها عليه بموجب القرار الأوّل.

وما يمكن ملاحظته أن كل هذه السياسة التشريعية ترمي في جوهرها وتطبيقاتها إلى حماية الطفل ضحية الطلاق وتتناغم مع مقتضيات الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في المبدأ المتعلق بتحقيق مصلحة الطفل الفضلى وكذلك الفصل الرابع من مجلة حماية الطفل الصادرة في 9 نوفمبر 1995 الذي تبنى هذا المبدأ من خلال الإجراءات القضائية التي تتخذ في شأنه عند طلاق والديه .

[21] الفقرة السابعة من الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية
[22] الفقرة الأخيرة من الفصل 32 من م.أ.ش

إلا أنه وعلى المستوى التطبيقي فإن هذه القرارات الفورية قد لا تكون محققة لمصلحة الطفل من حيث الجانب الإجرائي وكذلك من حيث المحتوى فما هي السبل المتاحة لتجاوز هذه الإشكاليات.

الفقرة الثانية: دور قاضي الأسرة في حماية الطفل أثناء قيام النزاع

مثلما تم التطرق إليه في الفقرة السابقة يتولى قاضي الأسرة خلال الجلسة الصلحية الأولى اتخاذ القرارات الفورية المتعلقة بالنفقة والحضانة والزيارة. والقاضي الصلحي ينظر في قضايا الطلاق كقاضي منفرد حيث يتم تكليفه من قبل رئيس المحكمة من بين وكلاءه ويتمتع بالتالي بشرطي السن والأقدمية دون أن تتوفر لديه بالضرورة الخبرة الكافية للتعاطي مع المسائل العائلية التي تستوجب بالإضافة إلى التكوين القانوني المتين إلمام بالعلوم الإنسانية «فالتكوين القانوني المتين الذي قد يكفي في حسم النزاعات العقدية والعقارية والتجارية يبدو قاصر المفعول وغير كاف لبلوغ غاية العدل والإنصاف وتحقيق مرامي النظام العام العائلي عندما يوظف وحده للبحث عن الحلول في شأن النزاعات العائلية "[23]. وقد صرّحت مجموعة من قضاة الأسرة في إطار دراسة[24]أن"أغلبهم يمارسون مهنة القضاء منذ ما يناهز العشرين سنة، ومنهم من هو متحصل على مرحلة ثالثة في إحدى الاختصاصات القانونية، لم يتلق تكوينا معمقا في مجال حماية الطفولة باستثناء بعض الندوات المتناثرة حول حقوق الطفل ،لذلك فإنهم يطالبون بتكوين شامل ومتعمق في مجال التعامل مع الأسرة والطفل في محاور مثل ديناميكية العلاقات داخل الأسرة ــ تقنيات فض النزاع ،أساليب التنشئة وصعوبات الاندماج "

وبالإضافة إلى تكوين القاضي وشخصيته والعوامل الذاتية التي قد تؤثر في اتخاذ القرار تطرح مسائل تطبيقية أخرى مثل حجم العمل الهام في المحاكم وتراكم القضايا الذي يجعل الوقت المخصص لكل جلسة صلحية لا يفي بالحاجة للتعمق في كل حالة وفهمها واتخاذ القرار بناء على ذلك. كما أنه وعلى مستوى التعهد بقضايا الطلاق في الطور الصلحي فإنه لا يتم دائما التعهد

[23] محمد الحبيب الشريف ، النظام العام العائلي , التشكلات مركز النشر الجامعي تونس 2006 ص ،645

[24] وزارة شؤون المرأة والأسرة والطفولة والمسنين / مرصد الإعلام والتكوين والتوثيق والدراسات حول حماية حقوق الطفل – دراسة حول مجلة حماية الطفل بين المتمثلات الاجتماعية ومجالات الممارسة- التقرير النهائي جوان 2007

بنفس الملف من طرف نفس القاضي مما يقلص من نجاعة هذا الإجراء نظرا لانعدام الاستمرارية في التمشي الصلحي وبلوغ الغاية منه في التوفيق بين الزوجين.

ومهما يكن من أمر فإن كل هذه العوامل المذكورة أعلاه قد تجعل أخذ القرارات الفورية يتم بصفة استعجالية ومبنية على تصريحات الزوجين دون أن تتاح للقاضي إمكانية التثبت من الوقائع فهي غالبا تثبيت لوضع قائم حيث تعطى الحضانة لمن يكون حاضنا فعليا. هذه القرارات وإن كانت غايتها حماية الطفل قد تكون منافية لها. فالحماية القانونية للطفل يجب أن تبقى مستمرة ومتواصلة ما دامت حاجته إلى هذه الحماية قائمة، ومرور الزمن وما يحمله من تأثير سواء على ظروف الأبوين أو على حاجيات أبنائهما يجعل من الضروري ملاءمة القرارات الخاصة بالطفل مع ما قد يجدّ من مستجدات"[25].

وقد تفطن المشرع إلى هذه المسألة وأتاح طلب مراجعة القرارات التي لا تكون في مصلحة الطفل إلا أنه على المستوى التطبيقي يجب انتظار الجلسة الصلحية التالية وتقديم المؤيدات التي تدعم مطلب المراجعة. وفي هذا الإطار يتم غالبا الالتجاء إلى قاضي الأسرة في إطار تعهده بقضايا الطفولة المهددة وهي مشمولات جديدة أضافتها له مجلة حماية الطفل. ويتمثل دوره بمقتضى مجلة حماية الطفل في رفع التهديد عن الطفل بصفة آنية لكنه على المستوى الواقعي لا يقوم بالتدخل لاتخاذ قرار في تغيير الحضانة طالما أنه هنالك قضية منشورة في الطلاق وينتظر البت النهائي فيها. وما يمكن ملاحظته أن المنحى التشريعي في تكليف قاضي الأسرة بمهمة التدخل لفائدة الطفل المهدد إبان وضع مجلة حماية الطفل نظرا لقربه من مشاغل الأسرة لا يحقق مغزاه في هذا المجال بالرغم من الإمكانية المتاحة له بالتعهد التلقائي بالطفل الذي يتفطن إلى تعرضه للتهديد عند تعهده بقضايا الطلاق. ومرد ذلك حسب رأينا إسناد مهمة الصلح في قضايا الطلاق إلى قضاة غير قاضي الأسرة بالإضافة إلى الاجتهادات الضيقة للقضاة حيث يرفضون اتخاذ قرارات متعارضة مع القرارات الفورية وينتظرون البت في القضية من حيث الأصل للتدخل وحماية الطفل. وقد يفسر ذلك بحرص القاضي على تفادي سوء آستغلال مقتضيات مجلّة حماية الطفل من طرف الأولياء والمحامين وآدّعاء تعرض الطفل إلى التهديد خدمة لمصالح الأب أو الأمّ وليس بالضرورة مصلحة الطفل.

---

[25] ماك الغزواني
حقوق الطفل في مجلة الأحوال الشخصية

كل هذه المقتضيات الإجرائية لا يمكن أن تكون في مصلحة الطفل ذلك أن عامل الوقت لا يتخذ بعين الاعتبار بالرغم من أهميته في حياة طفل. فالطفل الذي يتم تعنيفه أو إهماله من طرف الولي الحاضن يمكن أن يلحقه ضرر لا يمكن تجاوزه بمرور الزمن خلال الشهر الفاصل بين جلسة صلحية وأخرى ومن الضروري التدخل العاجل لحمايته بتغيير القرار الفوري عند الاقتضاء وبعد التأكد من وضعية الطفل. وبالرغم من هذه الإشكاليات فإن الفرصة لتدارك الأمر وحماية مصلحة الطفل في المرحلة الحكمية التي تكون القرارات فيها مدروسة ومدعمة تبقى واردة.

المحور الثالث : في الطور الحكمي : الحضانـــــــــــة

تتولى المحكمة بعد انتهاء الجلسات الصلحية وعند إصدارها لحكم الطلاق إعادة تـــفحص القرارات الـــفورية لمزيد التثبت من وجاهتها واستجابتها لمصلحة الطفل، فالمحكمة بهيأتها المتركبة من ثلاث قضاة تتولى الـــتمعـــن في القرارات الخاصة بالأطفال وهي بذلك تسعى إلى توفير أكبر قدر من الحماية باعتبار أن القرارات الفورية يتخذها قاضي الأسرة الذي هو قاضي فردي. فإذا ثبت للمحكمة وجاهة تلك القرارات من حيث تحقيقها لمصلحة الأطفال فإنها تحكم بـــإقرارها وتـــثـــبيتها في حكم الطلاق، أو تعديلها فيما عدى ذلك بما يستجيب لمصلحة الأبناء.

ومن بين القرارات التي يتخذها القاضي الصلحي حضانة الطفل وهي مسالة مصيرية بالنسبة له لا يرجع إليه أخذ القرار في شأنها " فالطفل عند فراق والديه موضوع حقوق دون أن يكون مسؤولا عن القرار الذي يتم اتخاذه في شأن مقر إقامته، إنه ليس شيئا يمكن تقاسمه. ولذلك فإن تحديد مقر إقامته يتم بالنظر إلى مصلحته وليس بالنظر إلى مصلحة والديه"[26].

ينص الفصل 54 من م.أ.ش على أن الحضانة هي حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته ووضع المشرع أمرين يكونان الحضانة وهما أن يبيت المحضون عند حاضنه وأن يتولى هذا الأخير تربيته وتعليمه والحرص على تنشئته تنشئة سليمة.

والحضانة من حقوق الأبوين عند قيام الزوجية حسب ما نص عليه الفصل 57 من م.أ.ش أما إذا انفصم الزواج بموت أحد الأبوين عهدت الحضانة إلى من بقي حيا منهما وإذا انفصم الزواج بالطلاق عهدت الحضانة إلى أحدهما أو إلى غيرهما مع مراعاة مصلحة المحضون. وتعهد إلى القاضي مسؤولية تحديد هذه المصلحة فماهي معايير تقديرها (الفقرة الأولى) ،والسلطة التقديرية للقاضي ليست مطلقة ولكن تحكمها معطيات موضوعية يساعده في جمعها أهل الاختصاص(الفقرة الثانية) كما أن الطفل باعتباره ذات قانونية وصاحب حقوق شريك في تحديد مصلحته الفضلى (الفقرة الثالثة).

[26] Y Dominique « penser les droits de l'enfant question d'étique « ed puf

الفقرة الأولى : القاضي ضامن لتحقيق مصلحة الطفل الفضلى من خلال الحضانة معايير التقدير

تنص المادة 3 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل أنه " في جميع القرارات التي تتعلق بالأطفال سواء صدرت عن مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولى الاعتبار لمصلحة الطفل الفضلى" والقرار بإسناد الحضانة لأحد الأبوين أو غيرهما عند الطلاق يعتبر من بين أهم المجالات التطبيقية لمبدأ مصلحة الطفل الفضلى وإعطائها الاعتبار الأول. وإن لم تعرف الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل المصلحة الفضلى للطفل فقد جعلتها تقوم بالأساس على مفهوم إجرائي ينقل عبر الإثبات على الدول لبيان الحالات التي لا تشكل فيها هذه المصلحة الاعتبار الأولي [27].

وعلى الصعيد الوطني كانت مصلحة الطفل في مفهومها التقليدي القائم على تلبية حاجياته الأساسية وتغليب حمايته عند تعارض مصلحته مع مصالح أخرى مكرسة منذ صدور مجلة الالتزامات والعقود لحماية أموال القاصر، إلا أن المفهوم برز أكثر في أحكام مجلة الأحوال الشخصية التي اعتنقت مصلحة الطفل القاصر أو المواجه لإجراءات دعوى طلاق أبويه أو المحضون أو المنفصل عن أحد والديه وحاجته إلى الاتصال بالآخر ونزلتها منزلة النظام العام العائلي.

لقد ورد إبان إصدار مجلة الأحوال الشخصية بمذكرة وزير العدل التوضيحية أنه "حدد سن حضانة المحضون بسبع سنوات للذكور وتسع للإناث وبعد ذلك يكون الحق لوالده في أخذه ونقله إليه إلا إذا رأى الحاكم أن الأصلح بقاؤه عند حاضنه وهو أمر معقول يتماشى مع أحد المذاهب وروعيت فيه مصلحة المحضون وحسن رعايته وتربيته وأحاطته بسياج من الحفظ وعدم الإهمال مع الاستقرار أين تتجه الفائدة والمصلحة له..." [28].

أكدت هذه المذكرة الوزارية السابقة لمجلة الأحوال الشخصية على مصلحة الطفل كمعيار توجيهي لإسناد الحضانة أو انتزاعها كما اعتمده فقه القضاء في تونس منذ بداية تطبيق مجلة الأحوال الشخصية حيث أقرّ أنّ " تحويل الحضانة من أحد الحاضنين إلى الآخر يرتكز على مصلحة

[27] Zermatten Jean Droits de l'enfant Réalité d'aujourd'hui défi de l'enfance, une année demain, in colloque international « Le code de protection de après » Institut superieur de magistrature- Tunis 7-8 Janvier 1956.

[28] مذكرة وزير العدل المؤرخة في 13 أوت 1956 بمناسبة إصدار م.أ.ش الحبيب الشريف النظام العام العائلي التشكلات ص 100

المحضون[29] و ينصص عليه المشرع صراحة كمعيار أساسي لإسناد الحضانة وألغيت القائمة الترتيبية لمستحقي الحضانة التي كان يتضمنها الفصل 57 قديم المنقح بموجب القانون عدد 49 لسنة 1966 المؤرخ في 1966/6/3 والفصل 60 من مجلة الأحوال الشخصية المنقح بقانون 18 فيفري 1981.

وبمصادقة تونس على الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وإصدارها لمجلة حماية الطفل أصبحت مصلحة الطفل الفضلى هي المعيار الأساسي لاتخاذ القرارات القضائية والإدارية في شأنه و جعل مفهوم مصلحة الطفل الفضلى جزء لا يتجزأ من المنظومة الوضعية القانونية الوطنية بموجب الفصل الرابع من مجلة حماية الطفل الصادرة بمقتضى القانون عدد 92 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995.

وإذا كانت مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة[30] فعلى القاضي عند البت في الحضانة أن يراعي هذه المصلحة حسب الفصل 67 من مجلة الأحوال الشخصية وقد يعتمد في هذا الصدد بما للقاضي من حق في التقدير ولكن تضل حدود هذا الحق وضوابطه موضع تساؤل لا سيما وأن مقتضيات التأويل في مجال رعاية حقوق الطفل تسمح باعتماد مرجعيات لا تستند حصرا إلى المنظومة القانونية البحتة وإنما إلى اعتبارات تربوية وبيداغوجية وفنية..." [31].

ويوكل تحديد معيار مصلحة الطفل إلى اجتهاد القاضي(أ) عند التطبيق في غياب تعريف قانوني لهذا المفهوم أو توجيهات لتحديده ويمكن الاعتماد على الشروط الواجب توفرها في الحاضن والتي عددها الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية كأحد المعايير المتبعة لتحديد الأصلح من الأبوين لإسناده الحضانة(ب).

أ. دور القاضي في تحقيق مصلحة الطفل الفضلى

أشار المشرع في الفصول المتعلقة بالحضانة بمجلة الأحوال الشخصية إلى مسؤولية القاضي في الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون دون الحديث عن المصلحة الفضلى للطفل. حيث تقتضي

[29] قرار استئنافي مدني – تونس- عدد 16980 مؤرخ في 29 ماي 1958 – ق- ت/19596 ص 54)

[30] قرار تعقيبي مدني عدد 4812 مؤرخ في 14 فيفري 1967-ن 1967 ق م،ص 55-ق-ت عدد 19679 ص 52

[31] عادل بن نصر مبدأ مصلحة المحضون إشكاليات التقدير د. عادل بن نصر حقوق الطفل في مجلة الأحوال الشخصية ص 93.(تحت الطبع)

مصلحة الطفل الفضلى اختيار أحسن الحلول بالنسبة للطفل أو أفضلها إذا تعددت الحلول وترجيحها على بقية المصالح بما في ذلك مصالح الأبوين. وفي مجال الطلاق ذهب فقه القضاء إلى "أن حق الحضانة ليس حقا للحاضن ولا هو حق شرعي وإنما هو حق خاص بالمحضون[32] واعتبار لأن الحضانة من حق الطفل فإن من مسؤولية القاضي كفالة هذا الحق ووقاية الطفل من الإهمال الذي قد يحصل له إذا لم يكن له حاضن أو أن لا تتوفر الظروف الكفيلة بتمكين الطفل من التمتع بهذا الحق على أحسن وجه.

ومصلحة المحضون "هي مسألة موضوعية أوكلها القانون لاجتهاد القاضي وتبصره وحكمته فهو يقدر على ضوء الأبحاث التي أجراها لتحقيق تلك المصلحة ويعلل حكمه تعليلا واضحا حتى تتمكن محكمة التعقيب من إجراء ما لها من حق المراقبة على حسن تطبيق القانون" [33]وعدم اعتبار القاضي لمصلحة المحضون عند إصدار الحكم بالحضانة يجعل هذا الحكم قابلا للنقض حسب فقه القضاء " يكون قابلا للنقض لضعف التسبيب الحكم الذي قضى بالحضانة دون مراعاة مصلحة المحضون مع أنها أساسية في الموضوع " [34].

إن التأكيد على السلطة التقديرية للقاضي المبنية على الاجتهاد في تحديد مصلحة المحضون يجعله أمام مسؤولية جسيمة وخطيرة وبالرجوع إلى فقه القضاء نستنتج أنه أكد على ضرورة الاجتهاد دون التعرض إلى مقتضياته وبالرجوع إلى القانون المقارن مثل القانون الكندي أو الانقليزي نجد أنّها وضعت قائمة في المعايير الموضوعية التي يجب أن يعتمدها القاضي لوضع مصلحة الطفل الفضلى فوق كلّ اعتبار، منها ما هو متعلق بالطفل مثل سنه والاستماع إلى رأيه ومنها ما هو متعلق بالأبوين مثل قدرتهما البدنية والنفسية وعلاقتهما بالطفل بالإضافة إلى العوامل المتعلقة بالمحيط الاجتماعي للطفل.

إن التفكير في الإشكاليات التي يطرحها تقدير مصلحة المحضون يمكن اختزاله في السؤال التالي ما هي المعطيات التي تضمن للقرار كل وسائل التعليل وبالتالي ما الذي يؤسس مبدأ الصلاحية في الحضانة؟

---

[32] حكم ابتدائي – مدني – تونس 1958 1967 – 1966 RTD

[29] قرار تعقيبي مدني عدد 7019 مؤرخ في 24 مارس 1970 – ن 1970 ، ق.م، ص 57 ق.ت 1970/8 ص 73

[34] قرار تعقيبي مدني عدد 4812 مؤرخ في 24 أوت 1966 – ن 1966. ق.م ، ص 31 ق.ت 1966 ص 27 : RTD 1968,111, obs DELAGRANG

ب. الشروط الواجب توفرها في الحاضن

نلاحظ أن مشمولات الحضانة لم يقع حصرها بتشريع جامد وإنما ارتبط تحديدها بتوفير مفهوم توجيهي هو مصلحة المحضون ومراعاة ما يقتضيه العرف والعادة "[35] ومصلحة المحضون تقتضي توفر جملة من الظروف الموضوعية المتعلقة بمستحق الحضانة والمحيط الاجتماعي والعوامل الضامنة لاستقرار الطفل على المستوى العلائقي من حيث الوسط المدرسي العائلة الموسعة والأصدقاء.

فعلى مستوى الشروط الواجب توفرها في الحاضن ينص الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية على ضرورة توفر الشروط التالية في الحاضن" أن يكون أمينا قادرا على القيام بشؤون المحضون سالما من الأمراض المعدية وإن كان ذكرا أن يكون له من يحضن من النساء وأن يكون محرما بالنسبة للأنثى. أما إذا كانت أنثى فيجب أن تكون خالية من زوج دخل بها ما لم يرى الحاكم خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون أو إذا كان الزوج محرما للمحضون أو وليا له أو سكت الولي الذي ليست له الحضانة مدة عام بعد علمه بالدخول ولم يطلب حقه فيها أو إذا كانت الحاضنة مرضعا للمحضون أو كانت أما وولية عليه في نفس الوقت."

وضع المشرع من خلال هذا الفصل الشروط الواجب توفرها في الحاضن والمتعلقة خاصة بالقدرة البدنية وحسن الأخلاق" والمنظور أصالة في الحضانة هي قدرة الحاضن على القيام بشؤون المحضون وتحليه بما يجب من الصفات الأخلاقية والصحية أما الرشد القانوني فلم يشترطه وإنما اشترط التكليف وهو التمييز والبلوغ الطبيعي [36].

ودون أن يحدد القانون من هو الأصلح للحاضنة من الأبوين، دأب فقه القضاء على إسناد الحضانة للأم وإن لم يتضمن الفصل 67 من مجلة الأحوال الشخصية إشارة صريحة إلى ذلك فإن في اشتراطه توفر من يحضن من النساء مع الحاضن إذا كان ذكر، بل توجه ضمني إلى الأحقية للأم في الحضانة دأب عليه فقه القضاء فحسب محكمة التعقيب " الأم أحق بالحضانة ما لم يقع مانع لأنها أعرف بالتربية وأقدر عليها ولها من الصبر من هذه الناحية ما ليس للرجل أو لغيره من الأجانب، وعندها من الوقت والحنان والعطف والرأفة ما لا يمكن أن يتوفر لدى غيرها من أقارب

[35] درة اللومي رسالة ختم الدروس – المعهد الأعلى للقضاء السنة القضائية 1989/1990)".

[36] قرارا تعقيبي مدني عدد 1507 مؤرخ في 6 نوفمبر 1962 – ن 1962، ق.م ، ص 57.

الطفل.إن الحضانة حق للصغير لاحتياجه إلى من يرعاه ويحفظه ويقوم على شؤونه ويتولى تربيته، ولذلك يتعين إجبار الأم على الحضانة حسب الفصل 55 من مجلة الأحوال الشخصية إذا احتاج الطفل إليها و لم يوجد غيرها لأن إهمال الطفل يعرضه للهلاك والضياع" [37]. وبالإضافة إلى الفصل 55 المذكور أعلاه من تأكيد على استحقاق الأم للحضانة فإن الفصل 59 من مجلة الأحوال الشخصية ينص على "إذا كانت مستحقة للحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضانتها إلا إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره وأن يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه ولا تنطبق أحكام هذا الفصل على الأم إذا كانت هي الحاضنة."

واستنادا إلى هذا الفصل فإن الأم وإن كانت من غير دين الأب فإنها لا تحرم من حضانة ابنها وهو ما أكده فقه القضاء في العديد من الأحكام نذكر منها القرار التعقيبي التالي « فإذا اختلف الزوجان في الحضانة وكانا مختلفين في الدين فلا يمنع ذلك من إسناد الحضانة للأم، لأن اختلاف الأديان يوجب إسناد الحضانة للأب عدا إذا كانت الأم هي الحاضنة."[38].

والأم إذا كانت مستحقة للحضانة فقد اشترط المشرع ضمن الفصل 58 المذكور سابقا أن تكون خالية من زوج دخل بها ما لم ير الحاكم خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون. وما نلاحظه في هذا الصدد أنّه وإن وضع المشرع شروطا تتعلق بعدم زواج الأم أو أن يكون الزوج محرما للمحضون أو وليا له فقد ترك المجال لاجتهاد القاضي لتحديد مستحقّ الحضانة مصلحة المحضون دون غيرها.

هذا بالنسبة للشروط الواجب توفرها في الحاضن أمّا بالنسبة لبقية العوامل المؤثرة و المتعلقة بشخصية الطفل، بنوعية علاقاته مع كلا والديه وبقية الأشخاص المحيطين به من أصدقاء وأفراد العائلة الموسعة بالإضافة إلى العوامل المتعلقة بالاستقرار في المؤسسة التربوية التي يرتادها والمحيط الاجتماعي والجغرافي الذي تعود العيش فيه فإن كل هذه الاعتبارات على أهميتها لم تحظ بالاهتمام على مستوى النص التشريعي وتركت لمطلق اجتهاد القاضي. فما هي حدود القاضي لتحقيق مصلحة المحضون من خلال قراره في إصدار الحضانة؟

[37] قرار تعقيبي مدني عدد 36815 بتاريخ 8 مارس 1993، ن 1993، ق.م،ص 294).

38

الفقرة الثانية : السلطة التقديرية للقاضي والاستعانة بأهل الاختصاص

جعل المشرع مسؤولية مراعاة مصلحة الطفل من خلال إسناد الحضانة إلى أحد الأبوين عند الطلاق على عاتق قاضي الأسرة، وجعل الحضانة من المسائل المتعلقة بالنظام العام حيث كرس فقه القضاء ذلك من خلال العديد من الأحكام إذ ينصّ أحدها "أنّ الأحكام المتعلق بالحضانة لها ارتباط بالنظام العام و على محكمة التعقيب السهر على حسن تطبيقها بصرف النظر عن المطاعن التي يثيرها طالب التعقيب"[39].

و إن ترك المشرع للقاضي حريّة الاجتهاد في تقدير مصلحة الطفل عند إسناد الحضانة يمكن تفسيره أن المسألة تحكمها الميولات الشخصية للقاضي و نظرته الذاتية للموضوع فإنّ فقه القضاء قد أوجب التعاطي الموضوعي مع مسألة الحضانة باعتبار أهميّة آثارها في تحديد مستقبل الطفل و ظروف نشأته.فذهب إلى أن أسباب الحضانة توجب على المحكمة أن تستوعب جميع العناصر المادية و الأدبية التي تحيط بالدعوى لتقرير حقيقة الأصلحية حرصا على حماية المحضون أمر أساسي وقانوني يهم النظام العام، و أن تحقيق هذه العناية و إن كان أمرا اجتهاديا إلا أنّه أمر أساسي و مسألة موضوعيّة تتطلب من القاضي الموضوعي البحث و التحقيق وهو أمر خارج عن نطاق القاضي الاستعجالي الذي لا يجوز له الخوض في الأصل و البتّ فيه"[40].

و ما يمكن استنتاجه مما سبق فإنّ اجتهاد القاضي لا يجب أن يكون استنادا إلى آراءه الخاصّة و إنما إلى عناصر موضوعيّة و ماديّة ملموسة لها علاقة بحياة الطفل و مدعمة و جعل التحليل مبدأ أساسي في إسناد الحضانة" في خصوص الحضانة فإن الفصل 67 م.أش يركز على مصلحة المحضون فقط و إن فقه القضاء المتوارد في هذه المادة يرتكز على مبدأ يتمثل في وجوب تحليل مصلحة المحضون عند إسنادها لأحد الطرفين[41].

ولهذا الغرض تستعين المحكمة عادة بالأعوان الاجتماعيين لجمع المعطيات المادية والاجتماعية والنفسية حول الوالدين قبل البت في تحديد الأصلح منهما لإسناد الحضانة إليه ويقر فقه القضاء بأن حصر الصلاحية لا يتوقف على رأي أهل الخبرة فالحكم بالحضانة والمصلحة

[39] قرار تعقيبي مدني عدد 5431 مؤرخ في 26 جوان 1967 ن 1967، ق م ، ص 49- ت- 3 / 1968، ص 51

[40] قرار تعقيبي مدني عدد 20431 بتاريخ 2 فيفري 1989 – ق – ت 1991/7،ص 94

[41] قرار تعقيبي مدني عدد 25913 بتاريخ 8 ماي 1990 –ن 1990، ف م، ص 259

موكول لمطلق اجتهاد محكمة الموضوع[42] وترى محكمة التعقيب من ناحية أخرى أنه يتوجب الاستنجاد بأهل الخبرة إذ على المحكمة أن تستوعب جميع الظروف التي تحيط بالمحضون أدبيا وماديا لتقدير حقيقة الأصلحية حرصا على حماية المحضون[43] ومن ثم فإن القاضي يقدر على ضوء الأبحاث التي أجراها تحقيق المصلحة[44]" والتي تؤخذ في مرحلة أولى وأساسية من البحث الاجتماعي[45] الذي يؤدي تغييبه إلى خرق القانون مما يوجب نقض الأحكام[46].

ويجري القاضي تحرياته عن طريق الأعوان الاجتماعيين"الذين ينتدبهم لإجراء البحث الاجتماعي حول وضع عائلي محدد أو للتثبت في تصرفات أحد الزوجين أو من مصلحة الأسرة أو مصلحة الطفل"[47] لما يتمتعون به من خبرة ودراية بشؤون الأسر وقدرتهم على الدخول إلى البيوت وزيارة المؤسسات التربوية التي يؤمها الطفل والاتصال بكل من له علاقة بالطفل لتقييم الوضع العام للطفل والأسرة وإنارة القاضي لاتخاذ القرار الأصلح في شان الحضانة.

و منذ إصدار مجلّة حماية الطفل سنة 1995 و إحداث خطّة مندوب حماية الطفولة بمقتضى أحكامها (وهو مكلّف حسب الفصل 30 بـــ" توكل لمندوب حماية الطفولة مهمة التدخل الوقائي في الحالات التي يتبين فيها أن صحة الطفل أو سلامته البدنية أو المعنوية مهددة أو معرضة للخطر وذلك نتيجة للوسط الذي يعيش فيه الطفل، أو للأنشطة والأعمال التي يقوم بها أو لشتى أنواع الإساءة التي تسلط عليه وخاصة الحالات الصعبة المحددة بالفصل 20 من هذه المجلة".

و باعتبار ارتباط مندوب حماية الطفولة بقاضي الأسرة و خضوعه لمراقبته فقد أصبح يكلف من طرف القضاء لإجراء البحوث الاجتماعية في إطار قضايا الطلاق لإنارة القضاء في اتخاذ القرار الأنسب لمصلحة الطفل من خلال تحديد مستحق الحضانة.ومندوبو حماية الطفولة نظرا لإلمامهم بخصوصيات الطفولة وتكوينهم وخبرتهم في التعاطي مع الأطفال من خلال تعهدهم بالأطفال المهددين وبالاستناد إلى مرجعيتهم في العمل المتمثلة في مراعاة المصلحة الفضلى للطفل واحترام حقوق الطفل بشكل عام يجعلهم مؤهلين للدفاع عن مصالح الطفل وإبلاغ صوته إلى المحكمة ومساعدة القضاء على اتخاذ القرار الأكثر ملاءمة لمصلحته.

---

[42] قرار تعقيبي مدني عدد 5449 مؤرخ في 31 مارس 1981 –ن.ق.م.ج 1، -1981

[43] قرار تعقيبي مدني عدد 6648 مؤرخ في 13 ماي 1969 – ن 1969، ق.م.ص 55 – ق.ت عدد 2 لسنة 1970 ص 31

[44] قرار تعقيبي مدني عدد 7019 مؤرخ في 24 مارس 1970 – ن1970، ق.م.ج، ص 207)".

[33] قرار تعقيبي مدني عدد 6522 مؤرخ في 19 نوفمبر 1981 ق.م.ج 3 ص 259

[34] قرار تعقيبي مدني عدد 6694 مؤرخ في 20 أفريل 1982–ن 1982،ق.م.ج2، ص 207

[47] Thérry Garé, L'enquête sociale dans la désunion des parents, Aspects juridiques R.T.D. CIV,p692

ودون الخوض في الإمكانيات المتاحة لهم وقدرتهم على الاستجابة إلى الحاجة إلى خبرتهم واختصاصهم فإنه يبدو لنا أن دورهم هذا لا يمكن إلا أن يكون عاملا من العوامل التي تضمن مصلحة الطفل الفضلى عند النظر في مسألة حضانته فهو بإمكانه أن يلعب دور محامي الطفل كما يخول هذا التمشي المتمثل في تداخل الاختصاصات الاجتماعية والنفسية والقانونية في إطار نظرة شاملة للطفل تؤخذ بعين الاعتبار مكوّنات شخصيّته والعوامل الخارجية المؤثرة فيها نسج آليات تطويع لما يتميز به كل اختصاص عند معالجة وضعيات الطفولة.

والإستئناس برأي أهل الاختصاص أصبحت قناعة لدى القضاء التونسي في مجال الطفولة وهذا ما يبرهن حرصه على إيلاء البحث الاجتماعي و رأي الخبراء أهمية بالغة في تصور التدابير و أخذ القرارات في شأن الأطفال.

وعليه يصبح تقدير مصلحة المحضون مبنيا على نهج تشاركي فهو خلاصة لتفاوض بين أطراف متعددة وحوصلة لتقارير ميدانية أعدها أهل الاختصاص و اعتمدها القاضي.

الفقرة الثالثة : الطفل شريك في تحديد مصلحته الفضلى

إن فراق الأبوين بالطلاق حدث مأساوي بالنسبة للأطفال مهما كان سنهم. فهو قرار يدخل عليهم الحيرة ويجعلهم يتساءلون عن ماذا سيحدث في المستقبل وكيف ستكون حياتهم التي ستطرأ عليها تغييرات جذرية على المستوى العاطفي الاجتماعي والاقتصادي وهم مع ذلك لا يملكون أية رقابة على القرار وما عليهم إلا قبوله. إن الوضع القانوني للطفل التي كرسته الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل من خلال المادة 12جعلت منه كائن صاحب حقوق وليس موضوع فهو شريك في تحقيق مصالحه الفضلى من خلال تشريكه في اتخاذ القرار وإتاحة الفرصة له للتعبير عن آرائه وأحاسيسه وتمثيله قانونيا خاصة إذا كان غير مميز.

ويستبان من ذلك أن "مصلحة الطفل الفضلى ليست حكرا على تقدير الرشداء لما هو نافع بالطفل إلا أن ممارسة حق الطفل في التعبير يتطلب عمليا مساعدته عند اتخاذ القرارات الصعبة والمصيرية في حياته وهو ما يؤول لضرورة توافر شرط مكمل أساسي لمصلحة الطفل الفضلى،"[48].

[48] عماد فرحات مصلحة الطفل الفضلى :السمات الجوهرية حقوق الطفل في مجلة الأحوال الشخصية ص 50

ولا يعني تشريك الطفل في قرار الحضانة أن يسأل مع من يريد أن يعيش عند طلاق والديه فهو يجيب غالبا مع الاثنين ، فهنالك فرق بين أن يتم الاستماع إلى آراء الطفل و بين إجباره على الاختيار بين أحد والديه الذين يريد أن يكون وفيا لكليهما في كلّ الحالات وبالتالي فإن دعوته إلى الاختيار لا يمكن أن تكون في مصلحته .

وعلى المستوى التشريعي في تونس ليس هناك إشارة صريحة إلى الاستماع إلى رأي الطفل عند إسناد الحضانة ولكن يمكن الإحالة إلى الفصل 156 من مجلة الأحوال الشخصية الذي تضمن أن" الصغير الذي تجاوز الثالثة عشر يعد مميزا" وإلى مجلة حماية الطفل التي في فصلها العاشر الذي ينص على "تكفل هذه المجلة للطفل حق التعبير عن آرائه بحرية وتؤخذ هذه الآراء بما تستحق من الاعتبار وفقا لسن الطفل ودرجة نضجه".

و الحق في المشاركة يبدأ من الحق في الإعلام وينص الفصل التاسع من مجلة حماية الطفل إلى أنه "في جميع الإجراءات الواقع إقرارها تجاه الطفل، يتولى من عهدت إليه مسؤولية التدخل إعلام الطفل.... بصفة مفصلة بمضمونها ومختلف مراحلها، وبكامل الحقوق والضمانات التي يقرها القانون لفائدتهم بما في ذلك حقهم في الاستعانة بمحام...." ويحيلنا هذا الفصل إلى مسألة هامة تتعلق بإمكانية استعانة الطفل بمحام للدفاع عن حقوقه عند طلاق أبويه. ففي وضعيات الخلافات الحادة ورغبة الوالدين في الحصول على الحضانة لدوافع خاصة بهم تحكمها مصالحهم الشخصية يستعين كليهما بمحام للدفاع عن حضوضه تضيع مصلحة الطفل التي غالبا ما تغيب عن اهتمام المحامين. ويكون الاستماع إلى الطفل ضرورة ملحة سواء من طرف القاضي أو من طرف المختصين في شؤون الطفولة وفي بعض البلدان مثل كندا يتيح القانون إمكانية تعيين محام للدفاع عن مصالح الطفل وجعلها في المقام الأول من اهتمام القضاء عند الحكم بالحضانة.(خلاف لما هو معمول به على المستوى التطبيقي في تونس بالرغم من الإمكانية القانونية المنصوص عليها بالفصل التاسع من مجلة حماية الطفل المشار إليه أعلاه). وفي الواقع يتم الاستماع غالبا إلى الطفل من طرف الأعوان الاجتماعيين المكلفين بإجراء البحث الاجتماعي لإسناد الحضانة ونادرا من طرف القضاء وقد تعرضت تونس في هذا الشأن إلى انتقادات لجنة حقوق الطفل عند مناقشة تقريرها الدوري الأول حول تطبيق الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل سنة 1995. وسواء تم الاستماع إلى الطفل من طرف الأعوان الاجتماعيين أو القضاة فإن الكيفية التي يتم بها الاستماع محل نقاش حول مدى قدرتهم على ذلك نظرا للمتطلبات الفنية والبيداغوجية والمهارات الواجب توفرها والتي

يفتقرون إليها سواء على مستوى تكوينهم الأساسي أو التكوين المستمر وهو ما يطرح التساؤل عن مدى استجابة تمتع الطفل بحقه في المشاركة والتعبير عن رأيه لمصلحته الفضلى في غياب الشروط الواجب توفرها في المكلفين بالتواصل مع الطفل وآستقاء رأيه.

والاستماع إلى آراء الطفل عند إسناد الحضانة لا يعني بالضرورة الاستجابة لرغباته ولكن إعطائه الأهمية التي يستحقها في محور التمشي[49] الرامي إلى أخذ القرار واحترام إنسانيته ووضعه ككائن صاحب حقوق من شأنه ضمان حسن تنفيذ الحكم الصادر في شأن الحضانة " إذ من دون شك أنّ حكم الحضانة الذي قبل صدوره قد أخذ بعين الاعتبار رأي المحضون وحالته النفسية والاجتماعية لن تترتب عنه صعوبات عند تنفيذه باعتبار أنه مثلا عند رفض المحضون الذهاب مع حاضنه وإصراره على البقاء عند حاضنه الفعلي لا يمكن التنفيذ عليه بواسطة اللجوء إلى الوسائل المعتمدة في التنفيذ الجبري على الذات أو البدن لما في ذلك من تعريض المحضون إلى إساءة بدنية ونفسية "[50] وبالتالي عدم احترام مبدأ المصلحة الفضلى للطفل.

[49] Processus décisionnel

[50] مداخلة الأستاذ محمد الحبيب الشريف حول طرق التنفيذ في مسائل الأحوال الشخصية، مجلة القضاء والتشريع، ديسمبر 2000 ص 12 وما يليها."

الباب الثاني :

مصلحة الطفل الفضلى بعد انفصام الرابطة الزوجية

إن حماية الطفل عند طلاق أبويه هي في نفس الوقت حماية مـــلازمة لقضية الطلاق ومـــستـــقـــلة عنها لأن جميع وسائل هذه الحماية تصدر بمناسبة النظر في هذه القضية لكنها في نفس الوقت حماية لا تتأثر بالطعن في حكم الطلاق. بعد صدور الحكم بالطلاق فان الطعن فيه بالاستئناف أو بالتعقيب لا يؤثر على مفعول القرارات التي يتضمنها بخصوص الأبناء، وهذه حصانة مَـــتّع بها المشرع حماية الأطفال ضد ما يسمى بالأثـــر الـــتعليقي للطعن في حكم الطلاق[51]، فاستئناف هذا الحكم أو تعقيبه يوقف تنفيذه إلاّ في فرعه المتعلق بالأبناء الذي يبقى نافذا لا يـــتأثر بمسار القضية[52]. وسنتولى في هذا الباب التطرق إلى مسألة إبقاء الطفل على علاقة بوالديه بعد الطلاق (المحور الأول) وإلى صلاحيات الولاية (المحور الثاني) ف النفقة (المحور الثالث) ثم مراجعة الحضانة (المحور الرابع).

[51] مالك الغزواني حماية الطفل عند طلاق أبويهص485 – حقوق الطفل في مجلة الأحوال الشخصية
[52] الفقرة الأخيرة من الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية

المحور الأول : إبقاء الطفل على علاقة بوالديه

تضمن الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل حق الطفل المنفصل عن أحد أبويه في البقاء على اتصال بهما ما لم يتعارض ذلك مع مصالحه الفضلى حيث تنص المادة التاسعة في الفقرة الثالثة على"تحترم الدول الأطراف حق الطفل المنفصل عن والديه أو أحدهما في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات بكلا والديه إلا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل الفضلى".

كما أكدت مجلة حماية الطفل على حق الطفل في البقاء على اتصال بوالديه المنفصل عنهما إذ ينص الفصل 11 من المجلة على"للطفل المنفصل عن أبويه أو أحدهما حق المحافظة بصورة منتظمة على اتصالات بكلا أبويه وبقية عائلته إلا إذا قررت المحكمة المختصة خلاف ذلك وفقا لمصلحته الفضلى". ومحافظة الطفل على صلاته بكلا والديه المنفصلين بالطلاق يضمنها الحق في الزيارة الذي يتظّمه القانون. ونتناول في هذا المحور الحق في الزيارة(الفقرة الأولى) والاشكاليات المطروحة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : حق الزيارة

أكدت الدراسات والبحوث المنجزة حول التأثيرات السلبية التي يتعرض لها الطفل جراء انفصال والديه وفقدانه للعلاقة مع أحدهما. ومصلحة الطفل تقتضي أن يبقى الطفل على علاقته بكلا والديه بعد الطلاق ذلك أنه يولد بين أبويه ومن غير العدل أن يحرم من أحدهما إذا افترقا.

ينصّ الفصل 61 من مجلّة الأحوال الشخصية على حق المحضون في أن يبقى على صلة بوليّه إذ أنّه "إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة مسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو منظوره سقطت حضانتها". وهذا الفصل ينسجم تماما مع الفصل 66 من ذات المجلّة الذي يقتضي أنّ "الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من زيارته ومن تعهّده، وإذا طلب نقله إليه للزيارة فكلفة الزيارة عليه".

ويتولى قاضي الأسرة عند النظر في قضايا الطلاق بعد إسناد الحضانة تمكين الولي غير الحاضن من زيارة المحضون في أوقات محددة يتم التنصيص عليها ضمن نص الحكم **أو** ضمن القرارات الفورية في الطور الصلحي.وغاية المشرع من ذلك دون شك الحفاظ على الروابط الأسرية وضمان التوازن النفسي للطفل. وقد ترك المشرع للقاضي حرية تحديد المسائل التطبيقية للزيارة ودأب فقه القضاء على جعلها من أنظار السلطة المطلقة للقضاء "مدة الزيارة والكيفية التي تقع عليها من مطلقات قاضي الموضوع دون معقب عليها في ذلك"[53]وسلطة القاضي في بتنظيم كيفية ممارسة حق الزيارة تعتمد أساسا على مصلحة المحضون، بالرجوع إلى خصوصياته المرتبطة بالمراحل العمرية التي يمر بها إذا يسمح باستصحاب الرضيع ويأذن للأب برؤية ابنه في محل إقامة حاضنته ذلك المكان، وإذا بلغ الطفل سنا يستطيع فيها الابتعاد عن أمه لمدة لا تكون طويلة فإن القاضي يسمح للأب باستصحاب طفله لفترة يُـــعيّـــنها بدقة وتكون متراوحة بين بعض الساعات واليوم، أما بالنسبة إلى الطفل الذي بمقدوره قضاء الليل بعيدا عن حاضنته فإن القاضي يسمح للأب باصطحاب الطفل عنده ومبيته أو حتى قضاء جزء من العطل لديه.

بالرغم من تأكيد الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل ومجلة حماية الطفل على حق الطفل في البقاء على اتصال بوالديه المنفصل عنهما والزيارة تجسيد لهذا الحق إلا أن مجلة الأحوال الشخصية لا تعبر عنه بهذا الشكل ولكن تجعل منه حقا للولي غير الحاضن وقد أكد فقه القضاء هذا المبدأ حيث ينص القرار التعقيبي التالي على ذلك" حق الزيارة هو حق يتمتع به أحد الأبوين الذي لم تسند إليه الحضانة"[54]. وحق الولي الغير حاضن في زيارة المحضون وما قد يسببه له الطلاق والابتعاد عن ابنه من ألم وتمزق على أهميته لا يجب أن يكون مبررا لترجيح مصالحه على حساب مصلحة الطفل إذ ليس هنالك أسوأ من فقدان طفل مهما كانت الطريقة التي يحدث بها ذلك ولكن الأسوأ من ذلك بالنسبة لطفل أن يفقد وليا كان له حضورا مميزا في حياته ولي يمثل جزء من هويته" [55] ودون التعمق في نقاش هذه المسألة نذكر أن " الطلاق يتم النظر إليه من منظور شخصي وليس اجتماعي ويمنح القانون وضعا قانونيا لقرار فردي لوضع حد للزواج، وهو دون شك اعتراف

[53] قرار تعقيبي مدني عدد 3092 مؤرخ في 26 أكتوبر 1964 –ن1964 ،ق.م ،ص 43

[54] قرار تعقيبي مدني عدد 3092مؤرخ في 26 أكتوبر 1964- ن 1964،ق,م,ص43

[55] 10ٔEdward kurk réunion 27 vancouver p

قانوني بالحق في الزواج والطلاق.هذا الحق الذي يمكن أن يكون له انعكاس على حقوق أفراد آخرين لا يأخذه القانون بعين الاعتبار وبالتالي فإن التوازن الذي يميز التشريع الاجتماعي غائبا في القوانين التي تنظم الطلاق[56]".

ومن هذا المنطلق فإنه من حق الطفل أن تكون مصلحته هي الأولى في الاعتبار عند النظر في مسألة الزيارة باعتبار أن الوالدين يفترض أن يتحملون تبعات قرارهم بالانفصال ويراعون مصلحة الأطفال قدر الإمكان, إلا أن هذا الأمر ليس بديهيا ويطرح العديد من الإشكاليات نتعرض إليها في الفقرة التالية.

الفقرة الثانية : الإشكاليات المطروحة

وبالرغم من وضع الضوابط القانونية وحرص القضاة على تنفيذها تطرح الزيارة في علاقتها بمصلحة الطفل الفضلى عدة مسائل تطبيقية وواقعية تتعلق بتنفيذ الأحكام، مثل رفض التنفيذ من طرف من له حق الزيارة، منع الأمهات الآباء من ممارسة حقهم في زيارة أو امتناع هؤلاء لأسباب مختلفة وأحيانا رفض الأطفال الامتثال لحكم الزيارة.

أ. جريمة عدم إحضار محضون

تكتسي مسألة الحضانة و الزيارة صعوبات على مستوى التنفيذ "و لعل التنفيذ يكون أعسر في خصوص القرارات المتعلقة بالحضانة، لأنها من قبيل التنفيذ على الذات، التي تنبذها منظومة حقوق الإنسان لمساسها بقيم الحرية و الكرامة و الحرمة الفردية" [57].

و تتعلق هذه الصعوبات كذلك بالبعد العاطفي و النفسي الذي يتداخل مع البعد القانوني و الذي قد يؤدي إلى عدم احترام القرارات القضائيّة و افتعال الأعذار لعدم تنفيذها و لذلك تدخل المشرع من خلال القانون عدد 22-1962 المؤرخ في 24 ماي 1962 المتعلق بجريمة عدم إحضار

[56] 10 Edward kurk réunion 27 Vancouver a

[57]الشريف محمد الحبيب الشريف :النظام العام العائلي :التجليات ص547

الحضون "لحماية الحقوق المدنية بموجب أحكام جزاية و تتعلق هذه الحقوق المدنية بالزيارة و الحضانة " [58].

وينص القانون المذكور على أنه " في صورة صدور حكم وقتي أو بات بالحضانة فإن الأب أو الأم أو كل شخص آخر لا يحضر المحضون لمن له الحق في إحضاره أو يتعمد ولو بدون حيلة أو قوة اختطاف ذلك المحضون واختلاسه أو يكلف من يتولى اختطافه أو اختلاسه من أيدي من هو في حضانتهم أو من المكان الذي وضعوه فيه يعاقب بالسجن ....".

وإن يعاقب القانون الولي الغير حاضن لعدم إحضار المحضون لحاضنه فإنه يحمي الحاضن في استرجاع محضونه ولكنه لا يأخذ بعين الاعتبار حق المحضون على مستوى الرغبة في البقاء لدى وليه الغير حاضن له ويجعل الغاية حماية قرارات المحكمة والحرص على تنفيذها ويؤكد بالتالي أن الزيارة ينظر إليها من زاوية حق الوالدين وليس حق الطفل ومصلحته.

ب. امتناع الولي الغير حاضن عن ممارسة حقه في الزيارة

وفي نفس السياق نشير إلى عدم تنفيذ حكم الزيارة من طرف الأب غالبا وهي من بين الإشكاليات التي يتعرض لها أبناء الطلاق إذ يمتنع الأب عن ممارسة حقه في الزيارة بعدم الالتزام بمواعيدها أو بقطع كل صلة له بابنه وهو ما يولد عقدا نفسية لدى الطفل كالإحساس بالذنب والإحباط والشعور بأنه متخلى عنه, ويبرر الآباء هذا التصرف بالرغبة في نسيان تجربة زواج فاشل ويحملون الأطفال مسؤولية هم أبرياء منها خاصة عندما تتواصل الخلافات مع الأم بعد الطلاق. ونظرا لعدم توفر إحصائيات وبيانات حول هذا الموضوع على المستوى الوطني نسوق على سبيل المثال نتيجة دراسة تمت في الولايات المتحدة بينت أن خمسين بالمئة من الأطفال يفقدون كل علاقة لهم بالأب الغير حاضن [59] وفي هذه الحالة لا يتدخل القانون لحماية مصلحة الطفل الفضلى التي تحتم مثلما تم ذكره سابقا في البقاء على "اتصال بكلا والديه وبأجداده إثر الفراق بين الأبوين

[58] الشريف محمد الحبيب :النظام العام العائلي التجليات :ص475

[59] Édward Kruk professeur en travail social de l'université de la colombi britannique, étudie les enfants et le divorce depuis 20ans ,il a précisé que selon une étude américaine, plus de 50p100 perdent contact avec le père non gardien

مهما كانت طبيعة العلاقة بين الكهول إلا إذا كانت هذه العلاقة تمثل خطرا بالنسبة للطفل على المستوى البدني أو النفسي "[60]. ويترك الأمر موكولا لرغبة الأب في الزيارة من عدمها.

ويبرر بعض الآباء عدم ممارسة حقهم في الزيارة بالتوتر الشديد للعلاقة مع الأم مما يجعل كل موعد للزيارة مناسبة للخصام وتبادل الشتائم مما يعرض الطفل إلى مواقف صعبة تصل أحيانا إلى تسليم الطفل إلى والده بمراكز الشرطة مما يدخل عليه الشعور بالخوف والتمزق بين أبوين لا يعيان الضرر الذي يلحقانه بالطفل وهو دون شك أمر يتنافى مع مصلحته الفضلى ويجعله رهينة للصراعات بين أبويه. وقد تصدت بعض البلدان الغربية مثل فرنسا كندا والولايات المتحدة إلى هذه الإشكالية من خلال بعث مراكز للزيارة المراقبة تشرف عليها الجمعيات و تكلف من طرف القضاء بتنفيذ حكم الزيارة.

ج. موقف الطفل من الزيارة

بالرجوع إلى الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل نرى أنه من الواضح أن رأي الطفل من بين المعايير الواجب اعتمادها لتحقيق مصلحته الفضلى"ويمكن القول أن الاستماع إلى الطفل وفحص الحلول في شأنه هما العناصر المؤثرة في مصلحته فهنالك إذا تواز بين مصلحته والاستماع إلى رأيه"[61] وفي هذا الإطار نشير إلى رفض الطفل الامتثال للحكم في الزيارة وذلك لأسباب عديدة منها ما هو متعلق بما للطفل من ذكريات سيئة عن حياته مع والده في حالات الطلاق الناتجة عن العنف الأسري سواء تجاه الأم أو الأبناء فيصاب الطفل بالخوف وعدم الشعور بالأمان مع والده ويرفض بالتالي رؤيته وهي حالات مأساوية ينتج عنها تمزق واضطراب نفسي عواقبه وخيمة على الطفل. ويتعلق الأمر كذلك بنوعية العلاقة بينهما قبل الطلاق وبمدى قدرة الأب على التواصل مع الأطفال وتأمين ظروف زيارة ملائمة لاحتياجات الطفل.

[61] Zermatten Jean la parole de l'enfant dans les procédures et la vie publique « On peut dire que l'audition de l'enfant et l'examen in fconcreto des solutions envisagées à son égard sont les deux éléments constitutifs de son intérêt Il ya donc un parallélisme entre intérêt et audition de l'enfant"

وإذا كان حق الطفل في التعبير عن رأيه"حقا ذاتيا للطفل الذي تتوفر فيه الشروط الخاصة بالنضج والسن"[62] فإن عدم هذه توفر الشروط يجعله عرضة إلى التلاعب به[63] فالأم يمكن أن تلعب دورا سلبيا في التأثير على الطفل وإبعاده عن والده كتعبير عن ولائه لها وهي من خلال ذلك تنتقم من الأب غير آبهة بما للأمر من خطورة على الطفل . ومن أجل الوصول إلى غايتها تتهم الأم في بعض الحالات الأب بتعنيف الطفل خلال الزيارة أو التحرش به جنسيا لتطلب تعليق الزيارة أو منع الأب من التمتع بهذا الحق. وقد عرفت مسألة اتهام الأب بالاعتداء الجنسي على ابنه انتشارا واسعا في البلدان الغربية وأصبحت ذريعة لسحب حق الزيارة من الأب. وبالرغم من عدم وجود معطيات دقيقة عن الموضوع في تونس فإنه لا يمنع من وجود بعض الحالات والمسألة تتطلب الدرس لما لها من أهمية في مجال تأثير الطلاق على الأطفال.

قد حضي الموضوع بالاهتمام على المستوى الدولي وأنجزت العديد من البحوث والدراسات أفضت إلى التوصل إلى استنباط مفهوم جديد يعرف بالاغتراب الوالدي[64] الذي عرفه طبيب نفس الأطفال الأمريكي غردنر Gardner .بمجموعة العوارض النفسية التي يعاني منها الأطفال الذين يواصل والديهم التناحر بعد الطلاق"[65] اعتمدته المحاكم في كندا واتخذت من مدى استعداد الولي الحاضن لتمكين الولي الغير حاضن من الإبقاء على العلاقات مع المحضون كمعيار أساسي لإسناد الحضانة أو سحبها إلى جانب معايير أخرى تتعلق بشخصية الأب و شخصية الأم و مدى قدرتهما على حضانة الطفل بما يتماشى مع مصلحته الفضلى في كل جوانبها الاجتماعية و النفسية.

[62] Zermatten . Jean « la prole de l'enfant dans les procédures et dans la vie publique » Conférence Belfast (29.08.2006) www.chilsrights.org
[63] manipulation
[64] Aliénation parentale : ensemble de manifestation psychologiques liéés aux tensions auquelles sont soumis les enfants dont les parents se déchirent après le divorce
[65] http://www//papa-maman-et-moi-pour-lavie.com/aliénation-prentale#maltraitance

المحور الثاني : صلاحيات الولاية

أكدت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل على المسؤولية المشتركة للوالدين و تنص المادة 18 على : "تبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل أن كلا الوالدين يتحملان مسؤوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه وتكون مصالح الطفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي " وتدعم هته المادة السابعة من الاتفاقية التي تمنح الحق للطفل في معرفة والديه وفي تلقي رعايتهما. والمقصود هنا هما الوالدين كأفراد بقطع النظر عن وضعهما القانوني في علاقتهما بالطفل من خلال رابطة الأمومة و الأبوة. كما كرست المادة 16 من اتفاقية رفع جميع أشكال التمييز ضد المرأة هذا المبدأ حيث دعت الدول الأطراف إلى اتخاذ جميع التدابير المناسبة التي تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتهما الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالهما وفي جميع الأحوال، يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول. وبالتالي فإن"طلاق الوالدين لا يجب أن يحد من هذه الحقوق. ومن هذا المنطلق فقد تولت فرنسا في إطار ملاءمة تشريعها مع الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التأكيد من خلال قانون 1993 أن الوالدين يمارسان واجباتهما وحقوقهما الوالدية أينما كانت إقامة الطفل"[66] . فالحضانة لا تمنح أية أولوية قانونية ولا امتياز مبدئي لأحد الوالدين على الآخر ولا تعني من جهة أخرى أن عيش الطفل مع أحد الوالدين يؤدي إلى انتفاء دور الولي الغير حاضن في التربية والرعاية والولاية. ونتناول هذا المحور من خلال مبدأ الولاية للأب(الفقرة الأولى) والمسؤولية المشتركة للوالدين(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مبدأ الولاية للأب

تعرف الحضانة بأنها من باب الولاية على النفس وتبدو الحدود ضيقة بين الولاية والحضانة. و الولاية مؤسسة حمائية للطفل سه وماله و قد أبقى المشرع التونسي الولاية للأب إذ ينص

[66] Y Domique « penser les droits de l'enfant question d'étique » p125 ed puf 22417996/01/2002

الفصل 60 من مجلة الأحوال الشخصية على أن "للأب وغيره من الأولياء وللأم النظر في شأن المحضون وإرساله إلى أماكن التعليم لكنه لا يبيت إلا عند حاضنه كل ذلك ما لم ير القاضي خلافه لمصلحة المحضون".

ولتمكين الأب من ممارسة ولايته على منظوره التي تستوجب القرب الجغرافي فقد وضع المشرع على تنقل الأم بالمحضون قيودا من خلال الفصل 61 من مجلة الأحوال الشخصية الذي ينص على أنه"إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو منظوره سقطت حضانتها "وتنبت محكمة التعقيب هذا الموقف في القرار التعقيبي التالي المدني "اقتضى الفصل 60 من م.أ.ش أن للولي النظر في شؤون المحضون وتأديبه وإرساله للمدرسة. ومن البديهي أن الولي لا يتمكن من القيام بهذا الواجب إلا إذا كان المحضون بالقرب منه أو على مسافة معقولة، وتفريعا على ذلك يكون غير قائم على قاعدة قانونية، الحكم الذي قضى برفض مطلب إسقاط الحضانة على أساس أن الولي أصبح غير قادر على مراقبة المحضون بعد انتقال الحاضن لبلد بعيد عن مسقط رأسه"[67].

كما أن الأب وبالرغم من ولايته على المحضون فإنها ليست ولاية مطلقة ذلك أن الأم تشاركه في بعض مشمولاتها ولا يجوز له السفر بإبنه دون موافقة حاضنته حسب منطوق الفصل 62 من مجلة الأحوال الشخصية إذ "يمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمه إلا برضاها وما لم تقتضي مصلحته خلاف ذلك " وفي كل الحالات تبقى مصلحة الطفل هي المعيار لاتخاذ القرار.

ولتفادي التقاطع بين مشمولات الحضانة والولاية وما يمكن أن يلحقه البعد الجغرافي للأب أو الاختلاف في الرأي حول إحدى المسائل الحياتية للطفل من ضرر بالمحضون، أسند المشرع بعض مشمولات الولاية للأم وأكد بالتالي تواصل المسؤولية المشتركة للوالدين بعد انفصام الرابطة الزوجية "وهذه سابقة في القانون التونسي إذ منح القاضي سلطة تمكنه من إسناد الولاية أو بعض مشمولاتها إلى غير الأب في حين انه على قيد الحياة ومتمتع بأهلية كاملة وذلك لإرساء نوع من التوازن في الإسناد بين مؤسستي الولاية والحضانة"[68] و ذلك حماية لمصالح المحضون.

[67] قرار تعقيبي مدني عدد 6707 مؤرخ في 15 جويلية 1969 –ن 1969،ق.م،ص88-ق-ت 4/ 441970

68سعاد معمّر حقوق الطفل في الولاية "حقوق الطفل في مجلة الأحوال الشخصية ص264

و يبدو من خلال قراءة النصوص أن المشرع أحدث سنة 1993 إصلاحا عميقا على مؤسسة الولاية وجعلها مشتركة بين الأبوين سواء عند الزواج أو بعد انفصامه بالطلاق و لكن بهدوء و حذر و في إطار الأسس القديمة، فالأب يبقى رئيس العائلة و مبدئيا ولي الأطفال القصر رغم أنه جرد من عديد صلاحيات الولاية.

الفقرة الثانية: المسوؤلية المشتركة للوالدين

مكن تنقيح 12 جويلية 1992 لمجلة الأحوال الشخصية الأم الحاضنة من التمتع بصفة آلية ببعض مشمولات الولاية بإضافة فقرة إلى الفصل 67 من م.أ.ش تنص على" وتتمتع الأم في صورة إسناد الولاية إليها بصلاحيات الولاية فيما يتعلق بسفر المحضون ودراسته والتصرف في حساباته المالية". و بمجرد الإدلاء بما يفيد حضانتها تصبح الأم الحاضنة هي التي تتمتع بالمنح العائليّة حسب منطوق الفصل 53 من قانون الضمان الاجتماعي المؤرخ في 14-12-1960

و الحاصل مما سبق أن تنقيح سنة 1993 أحدث تغييرا جوهريا على مؤسسة الولاية ففيما اكتفى المشرع سنة 1981 بتقديم الأم أو فقدان أهليته فإنه غير سنة 1993 المفاهيم بصورة جذرية و مكن الأم من ممارسة صلاحيات الولاية لا فقط أثناء قيام الرابطة الزوجية، بل كذلك اثر انفصامها بالطلاق.

إن حق الأم الحاضنة في ممارسة صلاحيات الولاية على المحضون بصفة آلية يعتبر مكسبا هاما من مكاسب أطفال الطلاق وهو حق أقره المشرع ليمنع كل تلاعب بمصلحة المحضون عند فراق الأبوين. وأصبح واجب التعاون أحد القواعد الأساسية المؤثرة في الالتزامات والحقوق التي تقوم بين الطرفين بوصفهما أبوين حتى وإن انتفت عنهما صفة الزوجين أثناء حصول الطلاق طالما تعلقت بشؤون الأبناء ومصلحتهم "[69].

و يبدو من خلال قراءة النصوص أن المشرع أحدث سنة 1993 إصلاحا عميقا على مؤسسة الولاية و لكن بهدوء و حذر و في إطار الأسس القديمة، فالأب يبقى رئيس العائلة و مبدئيا ولي الأطفال القصر رغم أنه جرد من عديد صلاحيات الولاية.

[69] مبدأ تعاون الأبوين لخدمة مصلحة الطفل روضة الورسيغي حقوق الطفل في مجلة الأحوال الشخصية ص 103"

كما أتاح المشرع للأم الحاضنة طلب الحصول بموجب حكم على بقية مشمولات الولاية بما من شأنه أن يجرد الأب منها و"يمكن أن تتحول تجزئة مشمولات الولاية بين الزوجين المتفارقين إلى إسناد كلي لمشمولات الولاية لفائدة الأم المفارقة وإسقاط كل حق للأب فيها إذا تعذر عليه ممارستها أو تعسف أو تهاون في القيام بها على الوجه الاعتيادي أو تغيّب عن مقرّه وأصبح مجهول المقر، أو لأي سبب آخر يضر بمصلحة المحضون.[70] وطلب إسناد بقية مشمولات الولاية للأم لا بد أن يكون معللا ومبنيا على مصلحة الطفل "وان المشرع أكد صراحة على اعتماد مصلحة المحضون كأساس لإسقاط أو لإسناد الولاية ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية هامة تمكنه فعلا من حماية مصلحة الصغير في كلّ الحالات[71]. وتمثل صورة إسقاط الولاية عن الأب من الحالات التي ترجح فيها مصلحة الطفل عن مصلحة الأب وحقه في الولاية على أبنائه وهي بالتالي تكريس واضح لمصلحة الطفل الفضلى.

[70] عماد فرحات مصلحة الطفل الفضلى السمات الجوهرية : حقوق الطفل في مجلة الأحوال الشخصية ص178

[71] سعاد معمر :حق الطفل في الولاية : حقوق الطفل في مجلة الأحوال الشخصية ص 264

المحور الثالث : حق الطفل في النفقة

إن حق الطفل في التمتع بالنفقة في مغزاه مرتبط بالحق في البقاء والنماء الذي تضمنه الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في المادة السادسة إذ بدون توفير الموارد الضرورية لسد حاجيات الطفل يصبح مهددا في بعض الحقوق الأساسية التي بدونها لا يمكن التحدث عن الحقوق الأخرى.

ويجد واجب الإنفاق على الطفل في تونس" أساسه المنطقي والواقعي والقانوني في مبدأ التضامن بين أفراد العائلة الواحدة[72]. وقد أقرّ المشرّع التونسي هذا الواجب وأفرد له كتابا خاصّا بمجلّة الأحوال الشخصيّة حدّد فيه الشروط القانونيّة التي تخوّل لمن له نظر على الطفل المطالبة بنفقته ضدّ من تجب عليه قانونا[73].(الفقرة الأولى)

وتتمثّل موجبات نفقة الأطفال في تحديد نوع الرابطة التي من الواجب أن تجمع بين الطفل والمدين بالإنفاق عليه، وهو الأب بصفة أصلية والأمّ بصفة تكميلية عند إعسار أو تلدده الدائن الأصلي أو التكميلي لهذه النفقة تتدخل الدولة في إطار مسؤوليتها كضامنة لمصلحة الطفل الفضلى لتحصيل نفقته من خلال صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الضمانات القانونية لحق الطفل في النفقة

ينظر القضاء عند البت في قضايا الطلاق في النفقة الواجب على الأب دفعها من خلال القرارات الفورية وتقوم المحكمة عند إصدار حكم الطلاق بتثبيتها أو بمراجعتها حسب ما تقتضيه مصلحة الطفل وبناء على ما يتوفر من معطيات في ملف القضية ذلك أن " الحضانة هي حماية معنوية ونفسية وتربوية فإنها تبقى غير كافية إذا لم تلازمها رعاية مادية ومالية للطفل لضمان توفير

[72] **Ajmi Bel Haj Hammouda, A la recherche d'une autre famille: La famille nourricière (cas de droit tunisien), RTD 1996, p 11.**

[73] سعيد غيوش، نفقة الأبناء، مذكّرة في القانون الخاص، تونس 1980. أنظر: باب "أطروحات ورسائل"، المجلّة القانونيّة التونسيّة 1980، ص 333

ما يلزم لتغطية ما يحتاجه من مصاريف[74] الطعام والكسوة والمسكن والتعليم وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة "الفصل 50 من مجلة الأحوال الشخصية".

ونظمت مجلّة الأحوال الشخصية من خلال الفصل 46 نفقة الأولاد، ذكورا وإناثا، حيث ينص على أنه "يستمرّ الإنفاق على الأبناء حتى بلوغ سن الرشد أو بعده إلى نهاية مراحل تعلمهم، على ألاّ يتجاوزوا الخامسة والعشرين من عمرهم، وتبقى البنت مستحقة للنفقة إذا لم يتوفّر لها الكسب، أو لم تجب نفقتها على زوجها. كما يستمر الإنفاق على الأبناء المعوقين العاجزين عن الكسب بقطع النظر عن سنّهم".

ولقد أصبحت صياغة الفصل 46 من مجلّة الأحوال الشخصية على النحو المذكور بعد تنقيحه بمقتضى قانون 12 جويلية 1993 الذي أقرّ حق البنت في إنفاق أبيها عليها إلى حين زواجها، ومدّد في استحقاق الابن للنفقة إلى حين بلوغ سنّ الرشد، أي عشرون عاما من العمر، وإلى سنّ خمسة وعشرين سنة إذا كان مزاولا للتعليم. كما كرسّ حق الأطفال المعوقين ذكورا أو إناثا في الإنفاق عليهم بدون حد زمني إذا كانوا غير قادرين على الكسب والإنفاق على أنفسهم و المشرع بذلك يتجاوز سن الطفولة المنصوص عليها بالاتفاقية و يمنح البنات و المعوقين تمييزا ايجابيا يقتضيه وضعهم الخصوصي.

كما يمكن طلب الترفيع في مقدار النفقة إذا أصبحت قيمتها بعد سنوات من صدور حكم الطلاق زهيدة بالنظر إلى تدهور قيمة النقود وازدياد حاجيات الطفل.

ونظرا لما تكتسيه النفقة من صبغة معاشية وحياتية، فقد جعل منها المشرع حقا مطلقا تغطيه مظلة جزائية وتضمنه الدولة وذلك درءا لكل محاولات للتلدد والمماطلة في دفعها [75] وتعتبر النفقة حقا مطلقا لاشتراك ومسؤولية الأب والأم في الإنفاق وعند إسناد الحضانة للأم يلزم الأب بالنفقة ولقد اعتبرت المحاكم التونسية أنّ "حق الأبناء في النفقة هو حق مطلق لا يؤثّر عليه نشوز أمّهم وتفريعا على ذلك يكون فاقد الأساس القانوني الحكم الذي قضى برفض مطالبة الزوجة لزوجها بإنفاق أبنائهما بعلّة أنها بارحت محلّ الزوجيّة بدون مبرر قانوني ورفعت معها أبناءها[76].

[74] حقوق الطفل في مجلة الأحوال الشخصية مالك الغزواني حماية حقوق الطفل عند طلاق أبويه ص315

[75] نفس المرجع ص 316

[76] قرار تعقيبي مدني عدد 3475 مؤرّخ في 24 نوفمبر 1964، ن 1964، ق.م، ص 56.

ومن ناحية أخرى جعل المشرع من النفقة حقا مطلقا لأنه لا يمكن التنازل عليه أو التصالح في شانه حيث تنص مجلة الالتزامات والعقود أنه " لا يجوز الصلح على النفقة)"[77] وحق النفقة يبقى قائما ولو لسنوات طويلة خلاف لباقي الديون العادية التي تسقط بمرور فترة من الزمن[78].

كما جعل المشرع التلدد في دفع النفقة جريمة "جريمة إهمال عيال"يعاقب عليها القانون بالسجن لمدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وعام واحد وبخطية مالية قد تصل إلى ألف دينار ومن الملاحظ أن الغاية من وراء أحداث هذه الجريمة ليست الردع بل حمل المدين على دفع المبالغ المستحقة في النفقة وعدم حرمان الطفل من وسيلة عيش أساسية والدليل على ذلك أن الدفع يوقف جميع التتبعات أو المحاكمة الجزائية أو حتى تنفيذ العقاب المحكوم به[79]

بالإضافة إلى العناصر السابقة الذكر المتعلقة بحق الطفل في النفقة و علاقة هذا الحق بتحقيق مصلحة الطفل الفضلى نشير إلى مسالة ترتيب مستحقي النفقة في علاقتها بهذا المبدأ حيث سعى المشرع إلى ضمان مصلحة الطفل الفضلى من خلال النفقة لكنه لم يوليها الاعتبار الأول في حالة عصر المنفق إذ ينص الفصل 53 من م.أ.ش " إذا تعدد المستحقون للنفقة و لم يستطع المنفق الإنفاق عليهم جميعا قدمت الزوجة على الأولاد و الأولاد الصغار على الأصول و قد تكون الإحالة إلى مصلحة الطفل الفضلى من خلال هذا الفصل ضمنية ذلك أن الأم و إن قدمت على الأطفال في استحقاق النفقة فإنها بالضرورة ستنفق عليهم و يبقى العكس حالة شاذة . وتثير مسألة تغليب مصلحة الطفل الفضلى من خلال حقه في النفقة إشكالية أخرى تتعلق بسكن المحضون الذي يعتبره الفصل 50 من م.أ.ش من عناصر النفقة. وينص الفصل 56 من م.أ.ش أنّه على الأب توفير مسكن للمحضون إذا لم يكن للحاضنة مسكن ويتضمّن عادة القرار الفوري في حكم الطلاق ببقاء الحاضنة بمحلّ الزوجية أو يقضي لها بمنحة سكن وفي كلتا الحالتين تطرح إشكاليات.

فسواء كان محلّ الزوجية على ملك الزوج أو متسوّغا من طرفه، فإنّ بعض الآباء وبدافع الانتقام من المطلقة وعدم الوعي بمسؤولياتهم تجاه الأبناء ، يفرّطون في المحلّ بالبيع ممّا ينجرّ عنه إخراج الحاضنة والأطفال من المترل لعدم الصفة من الشاري . وإذا كان المحلّ على وجه التسوّغ

[77] الفصل 1464 من مجلة الإلتزامات والعقود أنه

[78] المادة 391 من م.ا.ع.

[79] الفصل 53 مكرر فقرة ثانية من مجلة الأحوال الشخصية

فإنّهم لا يدفعون معاليم الكراء فيتمّ إخراج الحاضنة والأطفال لعدم الدفع. وينجرّ عن ذلك فقدان الأطفال لمقرّ سكناهم ويعرّضون إلى التشرّد والضياع.

كما تثير مسألة البقاء بمحلّ الزوجية إشكالية تتعلّق بعدم تنصيص الحكام على خروج الزوج من هذا المحلّ بعد الطلاق ويتعلق الأمر هنا خاصة عند وجود خلافات حادّة وعنف أسري يتواصل بعد الطلاق، ودون التوقف عند آثاره على الأطفال التي تكون لا محالة مأساوية فلا المشرع ولا القاضي اهتم بها وعالجها.

وفي حالة الحكم بدفع منحة سكن فإنّ بعض المحاكم لا تعتبر منحة السكن كعنصر من عناصر النفقة ولاتطبق على من يتعمّد عدم تسديدها أحكام الفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية الذي يعاقب من يتخلف عن دفع النفقة.

وتبعا لهذه الإشكاليات ونظرا لما للسكن من أهمية جوهرية لتحقيق استقرار الطفل المادي والعاطفي فقد آن الوقت لاتخاذ التدابير القانونية لحماية مصلحة الطفل الفضلى التي مازالت غير محتلّة للاعتبار الأوّل في هذه المسألة.

الفقرة الثانية: مسؤولية الدولة في تحصيل النفقة:صندوق ضمان النفقة

تضمن الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل حق الطفل في مستوى معيشي ملائم لنمائه. وتتحمل الأسرة المسؤولية الأولى في كفالة هذا الحق وتضمن لها الدولة المساعدة اللازمة عند الحاجة وتقدم للطفل الدعم المادي على مستوى الغذاء والكسوة والسكن حيث تنص المادة 27 على "تتخذ الدول الأطراف كل التدابير المناسبة لكفالة لتحصيل نفقة الطفل من الوالدين أو من الأشخاص الآخرين المسؤولين ماليا عن والدي الطفل أو من الأشخاص الآخرين سواء داخل الدولة الطرف أو في الخارج " وتخذ الدول الأطراف الإجراءات لضمان استخلاص النفقة من الوالدين.

واستنادا إلى هذه المادة أحدث المشرع التونسي صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق بمقتضى تنقيح مجلة الأحوال الشخصية لسنة 1993 الآنف الذكر. ويتولّى صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق دفع مبالغ النفقة أو جراية الطلاق الصادرة بها أحكام باتة تعذر تنفيذها لفائدة

المطلقات وأولادهن من المحكوم عليه بسبب تلدّده ويحلّ هذا الأخير محل المحكوم لهم في استخلاص المبالغ التي دفعها"[80]. ويتولى الصندوق صرف مبالغ النفقة أو الجراية لمستحقيها مشاهرة في أجل لا يتجاوز الخمسة عشر يوما من تقديم المطلب المستوفي للشروط وتحل الدولة محل الدائن الولي المتلدد وتصبح دائنة فالدولة ضامن وكفيل في تحصيل النفقة الدائن الأصلي هو الأب والدولة تدفع وتعود عليه.

[80] أضيف الفصل 53 (مكرر) إلى م.أ.ش بمقتضى القانون عدد 7 لعام 1981 المؤرّخ في 18 فيفري 1981 الذي ألغى الفصل الثالث منه أحكام الأمر المؤرّخ في 22 ماي 1926 المتعلّق بجريمة إهمال عيال، المنقح بالأمر المؤرّخ في 13 سبتمبر 1928. وبعد أن أضيف الفصل 53 (مكرر) إلى م.أ.ش بمقتضى قانون 18 فيفري 1981 الذي ألغى الفصل الثالث منه أحكام أمر 22 ماي 1926 المتعلّق بجريمة إهمال عيال، المنقح بالأمر المؤرّخ في 13 سبتمبر 1928، نقّح الفصل 53 مكرر بدوره بمقتضى القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرّخ في 12 جويلية 1993 والمتعلق بتنقيح بعض فصول م.أ.ش، وقد أتى هذا القانون بصندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق المحدث بقانون 5 جويلية 1993والمنظم بأمر 9 أوت 1993. ولقد كان هذا الفصل قبل التنقيح الأخير ينصّ على ما يلي: "كلّ من حكم عليه بنفقة أو بالجراية المنصوص عليها بالفقرة الثالثة من الفصل 31 والفقرتين الخامسة والسادسة من الفصل 32 من هذه المجلة، فقضى عمدا شهرا بدون دفع ما حكم عليه بأدائه يعاقب بالسجن مدّة تتراوح بين الثلاثة أشهر والعام وبخطية من مائة دينار (100د) إلى ألف دينار (1000د).

المحور الرابع: مراجعة الحضانة

لا يقتصر الاهتمام بمصلحة المحضون عند إسناد الحضانة فقط بل يتواصل إلى مرحلة ممارسة صلاحيات تلك الحضانة من طرف من أوكلت له المحكمة مهمة ذلك، فوسائل حماية الأطفال لا يمكن أن تكتسي طابعا جـــامدا فهي ليست قرارات نهائية وإنما هي قرارات قـــابلة للـــمراجعة الـــمســـتمرة بحسب ما تمليه حاجاتهم بعد. "وبخلاف ما هو الأمر لحكم الطلاق الذي يصبح بعد الاستئناف والتعقيب حكما بـــاتا لا يمكن بأي حال الرجوع فيه فإن القرارات المنظمة لشؤون الأبناء لا تكتسي أبدا طابـــعا نهائيا ولا يسري عليها مثل سائر القرارات القضائية مبدأ اتصال القضاء الذي يمنع من إعادة النظر في نزاع سبق إصدار حكم فيه". فباب إعادة النظر في القرارات الخاصة بالأبناء يـــبقى مفتوحا حتى تظل هذه القرارات مستجيبة باستمرار لمصلحتهم.[81]

على هذا الأساس فإنه يبقى من الممكن طلب إسقاط الحضانة عن الطرف الذي عهدت إليه بموجب حكم الطلاق إذا ثبت لاحقا أنه لم يعد يُـــوفّر للمحضون ظروف التربية السليمة المطلوبة منه، (الفقرة الأولى) أو تخلي الحاضن عنها بصفة تلقائية(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : إسقاط الحضانة

تحمل على الحاضن مسؤوليات تجاه المحضون باعتباره صاحب حقوق من واجب الحاضن ضمانها. وهي الواجبات الطبيعية المحمولة عل الأبوين حسب ما يقتضيه العرف والعادة والهادفة إلى تحقيق الرفاه النفسي والبدني للطفل إضافة إلى واجب التربية والتوجيه والتي تؤول إلى الحاضن عند الطلاق ويتم ذلك تحت رقابة الولي غير الحاضن الذي يمكن له طلب إسقاط الحضانة وإسنادها إليه حسب ما تقتضيه مصلحة الطفل وما يراه الحاكم مناسبا إذ يمكن له إسنادها لغير الأبوين.

[81] المالك الغزواني: حماية حقوق الطفل عند الطلاق : حقوق الطفل في مجلة الأحوال الشخصية ص353

أ. إخلال الحاضن بواجباته

يعتبر من قليل إخلال الحاضن في واجباته تجاه المحضون إهماله بالتقصير البيّن في تربيته ورعايته المبين بالفصل 23 من مجلة حماية الطفل الذي ينصّ على أنه "يعتبر من قبيل التقصير البيّن في التربية والرعاية اعتياد ترك الطفل دون رقابة أو متابعة والتخلّي عن إرشاده وتوجيهه أو السهر على شؤونه"، لئن أعطى المشرّع بالفصل 23 من مجلة حماية الطفل أمثلة عن التقصير البيّن في التربية والرعاية، فإنّه لم يبين المقصود بهذه العبارات لذلك يتعيّن تحديد مدلولها التقصير البيّن في التربية والرعاية هو تهاون الحاضن بصفة ملحوظة عن أداء واجبه في تربية الطفل ورعايته بقصد الإهمال، والمقصود بالتربية هنا التربية بكل مكوناتها الأخلاقية والسلوكية ومتابعة الدراسة. وبالإضافة إلى الجوانب المعنوية للتربية المتعلقة بالإنفاق وتسديد الحاجيات المادية للطفل فلا يجوز للأمّ الحاضنة مثلا أن تصرف نفقة أبنائها المحضونين لقضاء شؤونها الخاصّة وتركهم في حالة خصاصة وهو ما جاء صراحة بالحكم الاستئنافي المدني الصادر في 22 أكتوبر 1970 حيث قضت المحكمة "بإسقاط حصانة الأمّ لأبنائها إذا تبيّن أنّ مال النفقة الذي قبضته لفائدتهم إنّما تصرفه لخاصّة نفسها حتى تظهر بالمظهر اللائق في الحفلات وقد أبقت بهذا التصرّف أبنائها في حالة خصاصة وإهمال"[82].

ب. إهمال الطفل برفض قبوله عند صدور قرار في الحضانة

إنّ المقصود بعبارة "الرفض" الواردة بالفصل 21 من مجلة حماية الطفل هو الرفض الواقعي وليس الرفض القانوني الذي يعبّر عنه أحد أبوي المحضون للمحكمة عند صدور حكم في الحضانة. والرفض الواقعي عادة ما يصعب إثباته لأنّ الأمّ أو الأب أو غيرهما ممّن تولّى حضانة القاصر بصفة قانونيّة ثم بعد ذلك لا يلتزم بواجباته تجاه المحضون أو يتخلى عنه تصعب إدانته لأنّ عبء إثبات رفض الحضانة يبقى محمولا على المدّعي وهو الأب أو الأمّ فتصبح المسألة كأنها مكائد محاكمة ضدّ الحاضنة أو الحاضن إذا لم تتوفر المؤيدات والإثباتات الواقعية.

[82] حكم استئنافي مدني عدد 62229 صادر عن محكمة الاستئناف بتونس مؤرخ في 22 أكتوبر 1970، قضاء وتشريع عدد 6 لسنة 1971 ص 85.

وجاء بالفصل 212 مكرّر من المجلة الجنائية أنّ "الأب أو الأمّ أو غيرهما ممّن تولّى بصفة قانونيّة حضانة قاصر إذا تخلّص عن القيام بالواجبات المفروضة عليه إمّا بهجر منزل الأسرة لغير سبب جدّي أو بإهمال شؤون القاصر أو بالتخلّي عنه داخل مؤسسة صحيّة أو اجتماعية لغير فائدة أو بدون ضرورة أو بتقصيره البين في رعاية مكفوله بحيث يكون قد تسبب أو أسهم في التسبب بصورة ملحوظة في ألحاق أضرار بدنية معنوية به يعاقب بالسجن مدّة ثلاثة أعوام وبخطية قدرها خمسمائة دينار".

والإهمال في هذه الحالة يجب أن يكون إراديا مما يبرر تعمّد الجاني اقتراف الفعل الإجرامي بعبارات النصّ كقول المشرّع "لغير سبب جديّ" أو "لغير فائدة وبدون ضرورة" فالإهمال لا يكون اضطراريا – كأن يكون في حالة فقر وخصاصة أو عجز بديني للولي لا يسمح له بالتكفل بالطفل – بل اختاره الحاضن عن تلقائية ليتنحّى أن واجب حفظه ورعايته للمحضون.

كما أن التخلّي عن الطفل داخل مؤسسة صحيّة أو اجتماعية حسب الفصل 212 مكرّر من المجلة الجنائية بدون فائدة أو ضرورة يعتبر من قبيل الإخلال ذلك أنّ الحاضن قد يكون اختار ذلك الحلّ للتخلّص من القيام بوجباته.

ومهما يكن من أمر فإن الإهمال والتخلي عن المحضون من قبيل التقصير والأفعال الضارة بالطفل. فإن كانت قصدية فإنه من البديهي أن تسحب الحضانة من الأب أو الأم أو غيرهما كإجراء حمائمي. أما إذا كان عن دون قصد وجراء العجز فإنه من مسؤولية الدولة مساعدة الولي على القيام بشؤون محضونه ذلك أنه تغيير الحضانة من شأنه أن يدخل اضطرا بات على الطفل ويخل بالضرورة بمصلحة الطفل.

ج. مراجعة الحضانة لتغير حال الحاضن

من صور تغير أحوال الحاضن لمراجعة الحضانة نذكر زواج الحاضنة أو انتقالها نقلة سفر يتعذر بمفعولها عن الأب تعهد إبنه بالرعاية والتربية وممارسة صلاحياته في الولاية وحقه في الزيارة.

من حق المحضون، أن تكون له، حاضنة لا تضرّ بمصالحه ومن شروط الحضانة حسب الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية ، أن تكون الحاضنة خالية من زوج دخل بها ما لم ير

القاضي خلاف ذلك تبعا لمصلحة المحضون. وإذا كانت الحاضنة متزوّجة فلا بدّ أن يكون الزوج محرّما بالنسبة إلى المحضون أو وليّا له أو يسكت من له الحضانة مدّة عام بعد علمه بالدخول و لم يطلب حقّه فيها أو أنّها كانت مرضعا للمحضون أو كانت أمّا ووليّة عليه في آن واحد.

وإسقاط الحضانة لزواج الحاضنة حسب هذا الفصل وإن أتاحه المشرع فقد جعله مقترن بمطالبة الأب به على أن يتم ذلك قبل انقضاء سنة من العلم بالزواج واشترط أن لا تكون الحاضنة مرضعا أو أما وولية على المحضون في نفس الوقت وترك القرار النهائي للقاضي تحكمه سلطته التقديرية حسب مصلحة المحضون. بالتمعن في هذا الفصل وفي ارتباطه بالفصل 67 من نفس المجلة ا لذي يعطي للأم الحاضنة مشمولات الولاية خاصة فيما يتعلق بسفر المحضون نرى أن إسقاط الحضانة عن الأم من أجل الزواج فقط لم يعد قابلا للتطبيق و لم تعد تحكمه إلا مصلحة الطفل دون سواها من المصالح.

وبخصوص انتقال الحاضن بالمحضون نقلة يتعذر بموجبها على الولي ممارسة صلاحيات في الولاية ينص الفصل 61 من مجلة الأحوال الشخصية على"إذا سافرت الحاضنة مسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو منظوره سقطت حضانتها"هذه الحالة التي تسمح بإسقاط الحضانة تبقى مثل زواج الحاضنة رهينة اجتهاد القضاء فمن حيث المسافة ذهب فقه القضاء إلى أن"للمحكمة حق الاجتهاد المطلق في تقدير بعد المسافة أو قربها لزيارة المحضون "[83] واتخذ مناحي مختلفة لإسقاط الحضانة من أجل نقلة الحاضنة فمنهم من رأى أن"يكون غير قائم على قاعدة قانونية الحكم الذي قضى برفض مطلب إسقاط الحضانة على أساس أن الولي أصبح غير قادر على مراقبة المحضون بعد انتقال الحاضنة لبلد بعيد عن مسقط رأس الولي"[84] ومنهم من رأى أن عدم نقلة المحضون مع حاضنته يتعارض مع مصلحته " إذا أسقط الولي حقوقه في الحضانة فمصلحة المحضون تقتضي ملازمته لحاضنته حيثما انتقلت , ورفض نقلة المحضون مع حاضنته أمر يعارض مصلحته والفصل 61 من م.أ.ش لا يتعارض مع صورة الحال".[85] وفي كل الحالات فإن القاضي يقدر مصلحة المحضون ويقرر على ضوئها إسقاط الحضانة عند تغيير وضع الحاضن في علاقته بمصلحة المحضون وليس في المطلق .

[83] قرار تعقيبي مدني عدد 606 مؤرخ في 1 فيفري 1961-ق.ت/1961،ص38

[84] قرار تعقيبي مدني عدد 6707مؤرخ في 15 جويلية 1969،ن1969،ق.م,ص88-قت1970/4

[85]قرار استئنافي مدني عدد 59881 مؤرخ في 6 جويلية 1967 -ق.ت عدد 4و /1968 , ص54

الفقرة الثانية: التخلي التلقائي عن الحضانة

يمكن لمن عهدت إليه الحضانة أن يسقط حقه فيها ويتولى الحاكم فهذه الصورة تكليف غيره بها حسب الفصل 64 من م.أ.ش وأصبح هذا الفصل على النحو المذكور بعد تنقيحه بمقتضى القانون عدد 49 لسنة 1966 المؤرّخ في 3 جوان 1966. ولقد كان هذا الفصل في صياغته الأولى الصادرة بها مجلّة الأحوال الشخصية في 13 أوت 1956 ينصّ على أنّه "لمستحق الحضانة أن يسقط حقه فيها، فينتقل الحق إلى من يليه في الرتبة، فإن امتنع من يليه في الرتبة المبينة في الفصل57، أو لم يوجد مستحق آخر للحضانة، فلا يقبل الإسقاط". أي بعبارة أخرى، يجوز جبر الحاضنة على الحضانة إذا لم يوجد غيرها. وهو ما يدلّ على أنّ الحضانة واجب على الحاضنة أكثر ممّا هي حق لها[86]. ممّا يجعل حق الطفل في الحضانة حقا أساسيا لا نقاش فيه يتوقّف عليه وجوده وسلامته البدنية والمعنوية[87].

وفي نفس الإطار المذكور، يضيف الفصل 63 من مجلّة الأحوال الشخصية أنّه "من انتقل لها حق الحضانة بسبب غير العجز البدني بالحاضنة الأولى لا تسكن بالمحضون مع حاضنته الأولى إلاّ برضى ولي المحضون وإلا سقطت حضانتها". ويرمي هذا الفصل إلى منع كلّ أوجه التلاعب، كأن يقع امتناع الحضانة الأولى من الحضانة أو إسقاط حضانتها لسبب من الأسباب المضرّة بمصلحة المحضون، ثمّ البقاء مع المحضون بصورة فعلية من خلال السكنى مع حاضنته الثانية.

ولا شكّ أنّ الحق في إسقاط الحضانة[88] وواجب تحمّلها نتيجة الإجبار عليها لا يخلوان من طرح إشكاليات عديدة تتعلق بتعارض بين مصلحتين مصلحة الحاضن في إسقاط الحضانة وحق الطفل في حاضن ، ومصلحة الطفل لا تقتضي دون شك بقاءه في عهدة ولي غير راغب في حضانته والأسباب ليست من الأهمية بمكان بقدر الأهمية التي تكتسيها النتائج على الطفل .

---

[86] ساسي بن حليمة، هل يمكن إسناد الحضانة لأحد الزوجين أو لغيرهما حال قيام الزوجية ودون وجود قضية في الطلاق؟، م.ق.ت 1992، ص 25.

[87] Farouk MECHRI, La signification juridique du sentiment d'affection dans le droit des rapports familiaux, Thèse pour le Doctorat d'Etat, Paris 1978.

[88] نرجس حمزة، إسقاط الحضانة، مذكّرة مرحلة ثالثة بكليّة العلوم القانونيّة والسياسية والاقتصادية بتونس.

الجزء الثاني :

الطفل المولود خارج إطار الزواج

يعتبر الإنجاب من بين الوظائف الطبيعية للأسرة الشرعية المبنية على زواج، إلا أن العديد من الولادات تشذ عن هذه القاعدة.إذ عرفت كل الحضارات دون استثناء ومنذ فجر التاريخ الولادة خارج إطار الزواج الشرعي.

وتختلف نظرة المجتمعات إلى الطفل ثمرة العلاقة غير الشرعية باختلاف الثقافات والعادات الاجتماعية السائدة وتأثير العوامل الدينية، إلا أنها اتفقت عبر التاريخ على اعتبار هذا الطفل ثمرة خطيئة اجتماعية وأخلاقية ووصمة عار للأم وعائلتها لا يمكن أن تنمحي إلا بالتخلص من الطفل عن طريق التخلي أو قتل المولود درءا للفضيحة.

إنه من الأهمية بمكان التوقف عند مفهوم الطفل المولود خارج إطار الزواج، فالتسمية تتراوح بين الطفل غير الشرعي والطفل الطبيعي والطفل اللقيط. فالطفل غير الشرعي يرتبط بمصدر ولادته من علاقة جنسية محرمة بين رجل وامرأة خارج الإطار المنظم للعلاقات الجنسية المتمثل في الزواج وهي تسمية سائدة في المجتمعات المحافظة التي تستلهم قوانينها من المرجعيات الدينية التي تحرم و تجرم العلاقات الجنسية خارج الزواج " الابن للفراش وللعاهر الحجر "[89]-وبالتالي تنفي علاقة البنوة الناتجة عنه. وكذلك الشأن بالنسبة للقوانين الوضعية في البلدان الإسلامية التي لا تعترف بوجود قانوني للأسرة خارج إطار الزواج[90].

أما المشرع التونسي فقد تبنى نفس التوجه الذي "يجعل العائلة مبنية على الزواج وحده وهو مفهوم العائلة الشرعية المعتمد تقليديا في الفقه الإسلامي وفي القانون التونسي والمؤسس على الزواج (النكاح, الفراش) المولد للنسب الشرعي " [91] وكذلك الشأن بالنسبة للقوانين الوضعية في البلدان الإسلامية التي لا تعترف بوجود قانوني للأسرة خارج إطار الزواج[92].

والعبارة الثانية المتعارف عليها قانونيا وثقافيا هي اللقيط وهو الطفل المهمل أو المتخلى عنه والذي يتم العثور عليه والتقاطه واحتضانه من طرف الشخص الغريب الذي يعثر عليه. وينتشر استعمال هذه العبارة في المجتمعات العربية الإسلامية للحديث عن الأطفال الطبيعيين وهو ما يعكس النظرة الدونية السائدة حول هذه الفئة من الأطفال المبنية على التمييز والنمطية التي تحكم التعامل معها.

---

[89] حديث نبوي شريف

[90] F Mechri L'enfant objet et sujet d'affection p 167 Centre de publications universitaires ed PUBLISUD

[91] محمد الحبيب الشريف النظام العام العائلي التجليات ص 43

[92] F Mechri L'enfant objet et sujet d'affection p 168 Centre de publications universitaires ed PUBLISUD

أما المجتمعات الغربية فقد عرفت تطورا في اتجاه الاعتراف القانوني بالطفل الطبيعي في سياق التحرر الذي عرفته "فالتمييز ضد الطفل الطبيعي الذي كان سائدا في القانون الفرنسي دخل طي التاريخ منذ قانون 1993"[93].

ويطرح الوضع القانوني والاجتماعي للطفل المولود خارج إطار الزواج عدّة إشكاليات تتعلق بالتمتع بحقوقه سواء المعنوية أو المادية المضمونة للأطفال دون تمييز ويتطلب تجاوزها إرادة من الدول لرفع التمييز الذي تتعرض له هذه الشريحة من الأطفال في العديد من الدول فما هو وضع الطفل المولود خارج إطار الزواج في تونس وماهي ملاءمة التشريع والواقع لمصلحة الطفل الفضلى؟.

و سيتم التطرق في هذا الجزء إلى الطفل المولود خارج إطار الزواج من خلال المسائل المتعلقة بحقه في هوية كاملة (الاسم و اللقب و الجنسية و الحق في معرفة والديه في باب أول و إلى حقه في أسرة بديلة من خلال التبني كأحد الحلول دون غيرها والمتمثلة أساسا في الإيداع العائلي والكفالة و الإيداع بالمؤسسات الرعائية في باب ثاني.

[93] F mechri L'enfant objet et sujet d'affection Centre de publication Universitaire ed PUBLISUD P 168 « Cette discrimination qui a longtemps » marqué le droit français, n'a plus qu'un caractère historique depuis la loi de 1993

الباب الأول :

حق الطفل الطبيعي في هوية كاملة

حظيت مسألة الطفل الطبيعي بالاهتمام على المستوى الدولي خاصة من خلال حرص المشرع الدولي على رفع التمييز المبني على أصل الولادة حيث أقرت الأدوات الدولية وجوب إلغاء جميع أنواع التمييز ضده وتمكينه من جميع حقوقه وخاصة الحق في التسجيل فور الولادة وإتمام كامل عناصر هويته وكذلك في العيش داخل أسرة سواء أسرته الطبيعية أو من خلال الرعاية الأسرية البديلة.

وفي هذا السياق نذكر مقتضيات:

- المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تمنع صراحة التمييز المبني على الولادة ؛
- المادة الخامسة والعشرين ،فقرة ثانية ، من نفس الإعلان التي تشير إلى "يتمتع الأطفال بنفس الحماية الاجتماعية إن ولدوا عن طريق الزواج أو خارجه"
- المادة الثانية، فقرة أولى، والمادة الرابعة والعشرين من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 حيث يشار مباشرة إلى إلغاء التمييز المبني على أصل الولادة،
- المادة الثانية، الفقرة الثانية، من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الذي يمنع من جانبه جميع أنواع التمييز.

أما على مستوى الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل فقد تجاوز من خلالها المشرع الدولي الالتزام المحمول على الدول لرفع التمييز ضد الطفل المولود خارج إطار الزواج في اتجاه تحقيق المساواة التامة له مع بقية الأطفال ووضع الأسس الكفيلة بالاعتراف بحقوقه وإعمالها.

و على المستوى الأوروبي فقد أعطت الاتفاقية الأوروبية حول الوضع القانوني للطفل المولود خارج الزواج[94] الحق في الانتساب لوالدته بمجرد الولادة (المادة 1) ولوالده باعترافه أو بمقتضى قرار قضائي (المادة 2) ووضعت على كاهل الأب والأم واجب الرعاية المحمول عليهما تماما مثلما ما يفترض أن يكون تجاه الطفل المولود في إطار الزواج (المادة الثالثة) .

[94] Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage adoptée le 15 /1O/19975 entrée en vigueur le 11/08/1978

وسيتم التعرض في هذا الباب إلى حق الطفل في التسجيل فور الولادة, في الجنسية وفي معرفة أصله (المحورالأول) وإلى حقه في اللقب العائلي (المحورالثاني). من خلال المثال التونسي.

المحور الأول : حق الطفل في التسجيل فور الولادة, في الجنسية وفي معرفة أصله

اعتنى المشرع في تونس بالطفل الفاقد للسند العائلي منذ فجر الاستقلال وأقر له جملة من الحقوق تضمن له وجوده وتؤمن له الحماية من الإهمال والتشرد, حيث أقر وجوب تسجيل كل الولادات من خلال قانون الحالة المدنية[95]دون تمييز بين الابن الشرعي والابن الطبيعي وإقرار حق الطفل المهمل في رعاية أسرية بديلة بسن القانون عدد عدد27 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني. وقد تدعمت هذه الحقوق بعد مصادقة تونس على الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل بمقتضى القانون عدد القانون عدد 91/92 المؤرخ في 29 نوفمبر 1991 [96]وإصدار مجلة حماية الطفل في 9 نوفمبر 1995[97] التي كرست حماية الطفل الفاقد للسند العائلي ومراعاة مصلحته الفضلى باعتباره طفلا من ناحية وباعتباره مهددا من ناحية أخرى.

كما تم إصدار القانون عدد 75لسنة 1998 المنقح بالقانون عدد51 المؤرخ في 7 جويلية 2003 المتعلق بإسناد لقب عائلي للطفل المهمل وإتمام عناصر هويته وذلك إيمانا من المشرع بأهمية الهوية في حياة الفرد وحرصا على رفع أحد أشكال التمييز التي تتعرض لها هذه الفئة من الأطفال.كلّ هذه القوانين دعّمت وضع الطفل الطبيعي بعد مصادقة تونس على الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي تنصّ على ضرورة أن " يسجل الطفل فورا ويكون له الحق منذ ولادته في اسم (الفقرة الأولى) والحق في اكتساب جنسية (الفقرة الثانية)، ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما (الفقرة الثالثة)."

[95] القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في غرة أوت 1957

[96] الأمر عدد 91/1865المؤرخ في 10 ديسمبر 1991

[97] القانون عدد 92 لسنة 1995 مؤرخ في 9 نوفمبر 1995 يتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل

الفقرة الأولى : الحق في التسجيل فور الولادة

يمنح الاسم و اللقب من, خلال التسجيل, الوجود القانوني للطفل واثبات هويته التي بدونها لا يمكن الحديث عن إنسانيته وعن بقية الحقوق التي تضمنها له الصكوك الدولية لحقوق الإنسان بشكل عام والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل بشكل خاصّ.

و يبدو الأمر بديهيا أن يسمى الطفل فور ولادته و ينسب لأبويه و لكن ذلك ليس حقيقة نافذة لجميع الأطفال. و إن كان الاسم لا يطرح إشكاليات خاصة فان اللقب العائلي و عناصر البنوة لا تتاح للطفل المولود خارج إطار الزواج أو المهمل أو اللقيط. ذلك أن الأبوين المسئولين عن ولادة الطفل تحمل مطالبين بتمكينه من عناصر نسبه وتحمل واجباتهما تجاهه وهو ما تسمح به مؤسسة الزواج , وولادة الطفل خارج إطار الزواج لا يجب أن تكون ذريعة لحرمان الطفل من حقوقه .[98]

وعلى مستوى التشريع التونسي فإن الحقّ في التسجيل فور الولادة المنصوص عليه بالمادة 7 من الاتفاقية ليس مضمونا بمقتضى قانون الحالة المدنية فحسب بل يترتب على عدم التسجيل عقوبات لمن يحضر ولادة و لا يبلغ عنها[99]. ويؤكد القانون التونسي في الفصل 26 على أنّه ينصّ برسم الولادة على إسم ولقب ومكان وتاريخ ولادة ويحجر على المؤتمنين على دفاتر الحالة المدنية التنصيص في النسخ على كون المولود من أب مجهول أو أمّ مجهولة أو على عدم تسميته أو أيّة ملاحظات من هذا القبيل ويرفع هذا القانون السابق للاتفاقية كلّ تمييز مبني على أصل المولد.

الفقرة الثانية : الحق في الجنسية

[98] D Youf Penser les droits de l'enfant « questions d'étique » p68 ed puf

[99] ينص الفصل 25 من قانون الحالة المدنية على"يعاقب كل شخص حضر الولادة و لم يعلم بذلك حسب ماقرره الفصل 22 بالسجن لمدة ستة أشهر وبخطية قدرها 3000 فرنك أو بإحدى العقوبتين "

تضمن الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل حق كل طفل دون تمييز في التسجيل فور ولادته و في تمتعه بكل عناصر هويته من اسم و لقب عائلي و جنسية، و تطرح هذه الحقوق بحدّة بالنسبة للطفل المولود خارج إطار الزواج .

و لا يفوتنا أن نؤكد في هذا المجال أهميّة الحق في الجنسية و ما يمثله من شرط للتمتع بالحقوق الأساسية للإنسان مثل الحق في التعليم و الصحّة و العمل و المشاركة في الحياة الاجتماعية و السياسية (الحقّ في الانتخاب و في الترشح لهيئات تمثيلية برلمانات أو لوظائف سامية في الدولة) .

لا تتيح كلّ الدول للطفل الحصول على جنسية والدته إذا كان مجهول الأب أو الأبوين فيما يضمنها التشريع التونسي فالطفل الموجود على التراب التونسي المجهول الهويّة يمنح الجنسية التونسية و كذلك مجهول الأب الذي يتمتع بالجنسية التونسية عن طريق والدته إذ ينص الفصل السادس من قانون الجنسية أنه" يكون تونسيا من ولد من أم تونسية وأب مجهول أو لا جنسية له ...." .

والمشرع التونسي لا شك أنه يراعي مصلحة الطفل الفضلى التي لا يمكن أن تتحقق في ضوء الحرمان من الجنسية ويرفع التمييز عن الأطفال المولودين خارج إطار الزواج وما يمكن أن يتعرضون له من مساس بوجودهم القانوني بحرمانهم من التمتع بهذا الحقّ.

الفقرة الثالثة: حق الطفل في معرفة أصله

تضمن الاتفاقية الدولية حقوق الطفل حق الطفل في معرفة والديه إذ تنص المادة السابعة على "....ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه ...." وتطرح عبارة قدر الإمكان تساؤلات تتعلق بالمقصود منها، حيث تجعل هذا الحق محل اجتهاد من طرف السلط المكلفة بتمكين الطفل من معرفة أصوله. "إن القيد الموضوع على هذا الحق لا يعني بالإضافة إلى التأويلات السائدة التي تجعل من معرفة الوالدين والعيش معهما لا تتوقف على الإرادة المطلقة للأبوين وهو ما يعني أن الدولة مثلما تؤكد عليه المحكمة الأوروبية يجب أن تلائم قوانينها بما يسمح بتيسير التمتع بهذا الحق".[100]

[100] D Youf Penser les droits de l'enfant « questions d'étique » p78 ed puf

والأمر يتعلق بالتضارب الذي قد يحدث بين مصالح راشدين ومصلحة الطفل الفضلى من ناحية وفي ارتباط مصلحة الطفل الفضلى بمعرفة أصوله من ناحية أخرى.

فبالنسبة للراشدين الذين قد يعترضون على تمتع الطفل بحقه في معرفة أصله نجد الأم التي قد تفضل الاحتفاظ بالسرية بخصوص إنجابها خارج إطار الزواج مثل الولادة تحت نظام Xالذي يضمنه القانون الفرنسي للأم[101] والذي تعرضت من أجله فرنسا للانتقاد من طرف المدافعة عن حقوق الطفل نظرا لتنافيه مع مصلحة الطفل .

أما الحالة الثانية فتتعلق بالطفل المتبنى ذلك أنه " في حالة قطع نسب الطفل إثر التبني فإنه يجب أن تعطى له الإمكانية لبناء هوية سردية بفضل معرفة والديه "[102] إلا أن حرص العائلة المتبنية للطفل على الاحتفاظ بالسرية بخصوص عناصر هوية الطفل الأصلية وذلك خشية منها فقدان الطفل يضع مصلحة الطفل في تنافس مع مصلحة العائلة ولا توضع بالضرورة في الاعتبار الأول .

وعلى مستوى التشريع التونسي فقد أدخل المشرع من خلال تنقيح 7 جويلية 2003 لقانون 1998 المذكور أعلاه حق الطفل البالغ لثلاثة عشر سنة في معرفة أصوله إن رغب في ذلك إذ تنص الفقرة الثانية من الفصل 3 جديد على أنه"يمكن لصاحب رسم الولادة عند بلوغه سن الثالثة عشر أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة وفق الصيغ القانونية الإذن له بالإطلاع على هويته إذا وجدت أسباب وجيهة قانونا ....." وبالرغم من ضمان حق الطفل في معرفة أصوله من خلال هذا الفصل فقد وضع قيودا على هذا الحق تتمثل في وجود أسباب وجيهة لهذا الطلب وهو ما يفتح مجالا للاجتهاد قد لا يكون بالضرورة مراعيا لمصلحة الطفل الفضلى وقد ترجح مصالح أخرى على حسابه إذا تعارضت معها وخاصة مصالح الأبوين الطبيعيين أو مصالح الأبوين بالتبني إذا كان الطفل متبنيا. كما لم يشر القانون إلى الإجراءات الخاصة بالتطبيق وإن كان يمكن الطفل أن يقوم بذلك مباشرة أو عن طريق ممثل له.

ومن الجانب الواقعي فإنّ المعهد الوطني لرعاية الطفولة[103] يحرص على الأخذ بعين الاعتبار لهذه المسالة عند التقييم النفسي للعائلات المقبلة على التبني حيث تسأل على مدى استعدادها

[101] art 314 du code civil Français

[102] D Youf Penser les droits de l'enfant « questions d'étique » p79 ed puf

[103] المحدث بالأمر عدد 8لسنة 1973 المتعلق بتنظيم المعهد الوطني لرعاية الطفولة المنقح والمتمم بالمر عدد 1005لسنة 1991 المؤرخ في 26 جوان 1996 والأمر2514 لسنة 2006 المؤرخ في 18 سبتمبر 2006

لتمكين الطفل من معرفة أصوله بل وتشجع على ذلك من خلال توعيتها بأهمية معرفة الجذور في تكوين شخصية الفرد ويؤخذ هذا المعطى عند إعطاء الموافقة على التبني .

و بخصوص مدى ملاءمة معرفة الطفل لأصوله لمصلحته الفضلى فإن الأمر يتعلق بالتأثير المحتمل لذلك على استقرار الطفل النفسي وما يمكن أن يحدث له من هزات نفسية قد تؤثر على نموه وتكوين شخصيته بالإضافة إلى الاستقرار الاجتماعي الذي يحققه له الانتماء إلى عائلته بالتبني.

ومهما يكن من أمر فقد أثبتت الدراسات والتجارب الألم النفسي الذي يعاني منه الطفل المتبنى عند معرفة حقيقته وخاصة عندما لا تكون عائلته بالتبني من يعلمه بذلك وما ينجر عنه من اضطرا بات سلوكية نتيجة فقدانه الثقة في والديه بالتبني. فالطفل في حاجة إلى معرفة الحقيقة، إلى الإجابة على مجموعة من الأسئلة التي تخامره حول معرفة ظروف ولادته وسبب تخلي والديه عنه، إلى من يشبه, إلى تاريخه الذي بدونه لا يمكن له بناء حاضره ومستقبله. وهذه الحاجة لا تعني بالضرورة الرغبة في الرجوع إلى والديه الأصليين.

ومن هذا المنطلق فإن مراعاة مصلحة الطفل الفضلى عند اتخاذ القرار بالتبني لا يجب أن تنبني على مصلحته الآنية من خلال توفير عائلة بديلة بل كذلك على تحقيق ديمومة هذه المصلحة في المستقبل ومدى استعداد العائلة المتبنية واقتناعها بتمكين الطفل من معرفة أصوله يجب أن تكون من المعايير المحددة لمصلحة الطفل الفضلى في مجال التبني.

المحور الثاني : الحق في اللقب العائلي

إن اللقب العائلي من المشمولات الأساسية للهوية القانونية و قد فرض المشرع باسم النظام العام العائلي ربط كل طفل بعائلة محددة منذ ولادته و سن للغرض جملة من القوانين سيتم التعرض إلى مقتضياتها في الفقرة الأولى و إلى آثارها في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى : المقتضيات القانونية

لما كان اللقب العائلي من أهم مقومات الهوية جاء القانون عدد 53 لسنة 1959 المؤرخ في 1959/5/26 موجب أن يكون لكل تونسي إسم ولقب وضرورة أن يتم إسنادهما لمن كان خاليا منهما أو من أحدهما. غير أن تحديد مجال تطبيقه في الزمن بسنتين حال دون تسوية العديد من الحالات بما في ذلك العديد من الأطفال المهملين ومجهولي النسب. وفي محاولة من المشرع لحل الإشكاليات القانونية والواقعية التي أفرزها القانون السابق الذكر أصدر القانون عدد 81 لسنة 1985 المؤرخ في 1985/8/11[104] الذي أوكل للولي العمومي للأطفال المهملين ومجهولي النسب مسؤولية اختيار اسم ولقب عائلي لهم وضبط شروطا لذلك. إلا أنه أفرد الأطفال دون الراشدين بمجال تطبيقه وحدد لهم مدة سنتين كمرحلة انتقالية لتسوية وضعياتهم.

" وظلّ الأمر على تلك الحال إلى أن صدرت مجلة حماية الطفل في 9 نوفمبر 1995[105] معلنة عن الحق في الهوية كوجه من أوجه الحماية بالنسبة إلى كل طفل منذ ولادته، دون أي تمييز أو استثناء ".[106]

[104] القانون عدد 81 لسنة 1985 المؤرخ في 11 أوت 1985 والمنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 59 في 16-20 أوت 1985 ص 1035

[105] القانون عدد 92 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995 والمتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل، والمنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر في 10 نوفمبر 1995 ص 2205

[106] محمد الحبيب الشريف النظام العام العائلي التجليات ص 346

وينص الفصل 5 من مجلة حماية الطفل على أنه " لكل طفل الحق في الهوية منذ ولادته. وتشمل الهوية الإسم واللقب العائلي وتاريخ الولادة والجنسية ". ويعتبر هذا الفصل في تناغم تام مع المادتين 7 و8 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل.

كما صدر قانون 28 أكتوبر 1998 المنقح والمتمم بالقانون عدد 51- لسنة 2003 المؤرخ في 07 جويلية 2003 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب تلافيا للثغرات القانونية السابقة وحرصا على ضمان حق الطفل في الهوية.

وقد أثار هذا القانون جدلا عند مناقشته من طرف مجلس النواب حول المغزى منه والمقاصد التشريعية التي يرمي إليها وكانت إجابة وزارة العدل في اتجاه ضمان تمتع الطفل الطبيعي بحقوقه دون تمييز انطلاقا من تمكينه من اللقب العائلي وتحميل الأبوين وخاصة الأب مسؤوليته في الإنجاب التي كان في السابق يتفصى منها في غياب سند قانوني يجبره على الإيفاء بواجباته تجاه الطفل " الهدف من مشروع القانون هو حماية الطفل غير الشرعي حتى لا يتنصل الأب من فعلته ويتولى استبعاد قيامه بواجباته كأب ..."[107]

ومكن قانون 1998الأطفال مجهولي الأب من إسنادهم لقب الأم إذ ينص الفصل الأول منه على أنه " على الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب أن تسند له اسما ولقبها العائلي أو أن تطلب الإذن بذلك طبق أحكام مجلة الحالة المدنية ".

أما بالنسبة للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، فقد حمل الولي العمومي المعرف بالفصل الأول من القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، اختيار اسم ولقب عائلي لهؤلاء الأطفال إذا لم يطلب أحد من أهلهم إسناد اسم ولقبه العائلي لهم في ظرف ستة أشهر بعد قبولهم من طرف السلط المختصة. كما خول قانون 1998 إمكانية إسناد لقب الأب متى تم التعرف عليه إما نتيجة إقراره أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني وقد اعتمد صراحة بالفقرة الثانية من الفصل الأول طريقة التحليل الجيني في إثبات الأبوة البيولوجية[108] للأطفال المولودين خارج إطار الزواج.

[107] الرائد الرسمي للجمهورية التونسية مداولات مجلس النواب، عدد 2، جلسة يوم الثلاثاء 20 أكتوبر 1998 ص 85

[108] محمد الحبيب الشريف النظام العام العائلي التشكلات ص 169

ولقد "جاء هذا القانون لأول مرة في تاريخ التشريع الوطني التونسي باعتماد طريقة التحليل الجيني في إثبات البنوة "[109]وإن لم يعرف القانون التحليل الجيني فإنه يمكن تعريفه من خلال الإجراءات بأنه "عملية فنية مخبرية تجرى على عينة من الدم يقوم بها بيولوجيون مختصون بحثا عن تطابق التركيبة الجينية لخلايا شخص معين مع خلايا شخص آخر قصد تأكيد دعوة أبوة بينهما أو نفيها"[110].

وبالرغم من أن طريقة إثبات البنوة عن طريق التحليل الجيني تتميز بالصبغة العلمية والقاطعة فإن العديد من الإشكاليات التطبيقية تحول دون تمكين الطفل من إتمام عناصر هويته والمتعلقة خاصة بغياب الأب أو عدم التعرف عليه أو امتناعه عن الامتثال للتحليل الجيني هروبا من تحمل المسؤولية. ولتلافي هذه الإشكالية تدخل المشرع عن طريق تنقيح قانون 1998 بالقانون عدد 51 المؤرخ في 7 جويلية 2003 من خلال الفصل 3 مكرر الذي ينص على" وتبت المحكمة في الدعوى عند عدم إذعان إلى الإذن الصادر عنها بإجراء التحليل الجيني بالاعتماد على ما توفر لديها من قرائن متعددة ومتظافرة وقوية ومنضبطة " وهو تنقيح سعى المشرع من خلاله إلى حماية الطفل من تعسف الأب وتحقيق مصلحته الفضلى ورجح هذه المصلحة على مصلحة الأب في رفضه الاعتراف بابن من صلبه.

كما مكن تنقيح 2003 من إسناد هوية افتراضية للطفل مجهول النسب والذي يتعذر التعرف على أبويه أو أحدهما وتحتوي الهوية الافتراضية على اسم ولقب أسم أب واسم جد وذلك رفعا لكل أشكال التمييز الذي يمكن أن يتعرض لها جراء فقدان أحد عناصر هويته.

ولم يقتصر قانون 1998المنقح والمتمم بقانون 2003 على الأطفال وإنما أتاح لكل شخص تجاوز العشرين عاما من المطالبة بإسناد لقب عائلي له إذا كان خاليا منه. وقد ترتبت عن قانون 1998 عدة إجراءات إدارية تساعد على حسن تطبيقه تمثلت في إصدار مناشير وزارية تتعلق بإحداث لجنة إثبات النسب[111] وتنظيم عملية التعهد بالطفل المولود خارج إطار الزواج في اتجاه تسوية وضعيته القانونية بإتمام عناصر هويته وتسوية وضعيته الاجتماعية باسترجاعه من طرف والدته أو والده بعد فترة إيداع مؤقت بالمعهد الوطني لرعاية الطفولة أو إحدى وحدات العيش

[109] حافظ بوعصيدة إثبات الأبوة ،ق.ت عدد 1999/6 ص11

[110] Circulaire n° 52/99 du ministère de la santé n date du 22 Juin 1999 (non publiée) publique

[111] أحدثت بمقتضى المنشور عدد 128 المؤرخ في 27 نوفمبر1998 الصادر عن وزير الصحة العمومية

التابعة للجمعيات (10 جمعيات متخصصة بالتكفل بالأطفال المولودين خارج إطار الزواج) كما يتمتع هؤلاء الأطفال وأمهاتهم بالعديد من الخدمات الاجتماعية ويتمتع الأطفال بالتغطية الصحية المجانية [112]إذا كانوا في حضانة أمهاتهم إلى حدود إثبات نسبهم وتحمل آبائهم لمسؤولياتهم تجاههم.

و لم يتطرق القانون إلى الأطفال المولودين من علاقات زنا المحارم [113] و إنما جرى العمل بعدم انتساب الأطفال إليهم و إتمام الإجراءات مثلما هو الحال ببقية الأطفال و إنما الاكتفاء بمنحهم عناصر هوية افتراضية و الأمر يتعلق بحماية مصلحة الطفل من الانتساب إلى عمه أو خاله أو جدّه كأب له و ما للأمر من تأثير سلبي عليه على المستوى النفسي والاجتماعي بفعل تعرضه للوصم وتحميله مسؤولية خطئ لم يرتكبه.

الفقرة الثانية : آثار إسناد اللقب العائلي

يعتبر" قانون 28 أكتوبر 1998 لبنة لتنظيم قانوني للولد الطبيعي الذي بدأ يتحصل على البعض من حقوق الطفل الشرعي[114]"حيث أعطى للطفل الطبيعي جملة من الحقوق المتعلقة بالرعاية والحضانة والنفقة والولاية في ارتباطها بالحق في اللقب العائلي وإثبات بنوته وحمل واجبات على الأب البيولوجي الذي ينسب الطفل إليه.

وتتمثل الآثار القانونية لقانون أكتوبر 1998, ومتى تثبت بنوة الطفل بإحدى الوسائل المذكورة واسند له لقبه بمقتضى ذلك ورسم طبق الإجراءات المنصوص عليها بالقانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في غرة أوت 1957 والمنظم للحالة المدنية, في أن يصبح له الحق في النفقة والرعاية من ولاية وحضانة وتبقى مسؤولية والده المنسوبة له قائمة نحوه ونحو الغير وتنطبق عليه القواعد الخاصة بموانع الزواج.

وبالرغم من هذه الإجراءات والقوانين الرائدة التي وضعت لرعاية هذه الفئة من الأطفال إلا أنهم مازالوا يعانون من الإشكاليات والتمييز خاصة فيما يتعلق بعدم تمتع الأمهات برخصة الوضع

[112] منشور وزير الصحة العمومية عدد 70 -2004 مؤرخ في 09سبتمبر 2004 حول علاج الأطفال المولودين خارج إطار الزواج بالهياكل الصحية التابعة لوزارة الصحة العمومية

[113] Inceste

[114] محمد الحبيب الشريف النظام العام العائلي التجليات ص 45

إذا كن من العاملات كما لا تشملهن خدمات الضمان الاجتماعي من علاج ومنح عائلية باعتبارها لا تسند إلى الأمّ العزباء.

بالرغم من حق الطفل في النفقة فإنه في حالة تلدد الأب عن دفع النفقة فإن الأم العزباء لا يمكن لها التمتع بخدمات صندوق النفقة الذي يفترض الزواج والطلاق وتلدد الأب في دفع النفقة وقيام الزوجة بقضية في إهمال عيال والحصول على حكم في ذلك لتستجيب للشروط الإجرائية التي تنظم صندوق النفقة وجراية الطلاق.

بالإضافة إلى ذلك فإن قانون 1998 لا يمنح للطفل الذي تثبت بنوته الحق في أن يرث والده ويكتفي بالإرث عن والدته بمقتضى أحكام مجلة الأحوال الشخصية[115].

ما يمكن استنتاجه أن وضع الطفل المولود خارج إطار الزواج عرف تطورا مهما على المستوى التشريعي والاجتماعي من حيث ضمان حقوقه وتمكينه من جملة من الخدمات الاجتماعية إلا أنه لم يبلغ بعد نفس المترلة التي يتمتع بها الابن الشرعي. فالإنجاب خارج إطار الزواج واقع لا يمكن تجاهله إلا أن المجتمع مازال حريصا على حماية الأسرة كإطار للإنجاب والزواج كأساس للأسرة ولا تجعل من مصلحة الطفل الفضلى الاعتبار الأول بل ترجع عليها مصلحة الأسرة والخطوات الواجب قطعها للوصول بالطفل الطبيعي إلى مرتبة الطفل الشرعي مازالت تعرقلها العقليات والثقافة السائدة.

[115] الفصل 152 من مجلة الأحوال الشخصية

الباب الثاني :

حق الطفل الطبيعي في عائلة بديلة

التبني مثالا

حظي الطفل المحروم من الرعاية الأسرية بالاهتمام على المستوى الدولي من خلال تأكيد الصكوك الدولية لحقوق الإنسان على أهمّيّة الأسرة و دورها في تحقيق رفاه الطفل وقد أكدت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل على حق الطفل المحروم من الأسرة في رعاية أسرية بديلة أو الإقامة في مؤسسات رعاية عند تعذر ذلك مع مراعاة مصلحة الطفل الفضلى عند اختيار الحلول في شأنه. وجعل المشرع الدولي على مسؤولية الدولة وضع التشريعات والتدابير الاجتماعية الملائمة لتحقيق مصلحة الطفل وتحقيق رفاهه النفسي والاجتماعي وقد حرصت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل على تأمين حق الطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئة عائلية في رعاية بديلة يمكن أن تتخذ، حسب صريح المادة العشرين من نص الاتفاقية "شكل الحضانة أو الكفالة الواردة في التشريع الإسلامي، أو التبني أو عند الاقتضاء في مؤسسات لرعاية الأطفال " وتضيف هذه المادة أنه "عند النظر في الحلول ينبغي إيلاء الاعتبار الواجب لاستصواب الاستمرارية في تربية الطفل".

وفي نفس السياق تنص المادة الواحدة والعشرون من الاتفاقية على "تضمن الدول التي تقر أو تجيز نظام التبني إيلاء مصالح الطفل الفضلى الاعتبار الأول ". وتؤكد هذه المادة على ضرورة أن يخضع التبني إلى قوانين وإجراءات تضبطها التشريعات الداخلية للدول، بالإضافة إلى ضرورة أن يكون أولياء الطفل أو أوصياءه على علم بالتبني ويبدون موافقتهم عليه. كما تجيز الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التبني الدولي إذا تعذر إيجاد حلول في البلد الأصلي للطفل مع توفير الضمانات القانونية اللازمة حتى لا يصبح التبني الدولي مصدرا للربح ومجالا لاتجار بالبشر.

كما خصصت لجنة حقوق الطفل يوم نقاش عام حول الرعاية البديلة للطفل المحروم بصفة دائمة أو مؤقتة من أسرة يوم 16 سبتمبر 2005 أكدت خلاله على حق الطفل في رعاية أسرية أو مؤسساتية وتتولى الدولة ضمان مراعاة مصلحته الفضلى من خلال التشريعات والإجراءات الإدارية .

كما أصدرت الجمعية العامّة للأمم المتحدّة يوم 3 ديسمبر 1986 الإعلان عدد 4185 المعروف بإعلان المبادئ الاجتماعية و القانونية الواجب تطبيقها لحماية و رفاه الأطفال بخصوص الممارسات في مجال التبني و الإيداع العائلي على المستوى الوطني و الدولي [116].

[116] Déclaration ° 4185 du 3 Décembre 1986 sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien être des enfants envisagés surtout sous l'ongle les pratiques en matière d'adoption et de placement familiale sur les plans national et international.

و قد تضمن هذا الإعلان إشارة ما يفيد أنّ في كلّ الإجراءات المتعلقة بالإيداع العائلي و التبني يجب أن تحتل فيها مصلحة الطفل الاعتبار الأهم. و تنصّ المادّة الأولى من هذا الإعلان على أنه على كل دولة أن تعطي الأولوية لرفاه العائلة و الطفل وتنصّ المادة الثانية على أن رفاه الطفل مرتبط برفاه العائلة. أما المادة 13 من نفس الإعلان فتنصّ أن الهدف الرئيسي من التبني هو توفير عائلة دائمة للطفل الذي لا يقدر والداه الطبيعيان على رعايته.

كما أكد هذا الإعلان على أن الأولوية في رعاية الأطفال توكل إلى والديهم و إن تعذر ذلك إلى أفراد العائلة الموسعة ثمّ إلى الإيداع العائلي أو التبني. على و أن التبني يجب أن يتمّ في محيط عائلي يسمح برفاه الطفل و أن تضمن القوانين نفس الحقوق للطفل المتبني مثله مثل الابن الطبيعي.

و سيتم التطرق في هذا الباب إلى مسألة التبني دون بقية الوسائل البديلة للرعاية الأسرية للطفل الفاقد للسند باعتباره من اخطر هذه الوسائل على مستقبل الطفل من حيث الآثار و"لأنّ العائلة البديلة كلّا كانت أقرب من حيث الصورة والوظيفة إلى العائلة العادية كانت أفضل وأنجع"[117] نظرا لتعلقه بتغيير مسار الطفل بشكل نهائي على مستوى الهوية والرعاية من ناحية وكذلك باعتباره يمثل أحد خصوصيات التشريع التونسي بالنسبة للبلدان العربية والإسلامية الذي يجيز التبني من ناحية أخرى.و سيكون ذلك من خلال التعرض إلى شروط التبني (المحور الأول) ثم إلى آثار التبني (المحور الثاني)

[117] محمد الحبيب الشريف -النظام العام العائلي-التحليات ص 352

المحور الأول : شروط التبني

تحرص كل الصكوك الدولية على ضرورة تحقيق التبني لمصلحة الطفل في إطار عائلي ملائم إلا أنّ الطابع العام لهذه المقتضيات لا يحدد ما هي الظروف و الملامح الذي يجب أن تتوفر في الأسر المتبنية لتحقيق المصلحة و ترك المشرع الدولي للمشرع الوطني تحديد هذه الشروط وفق الخصوصيات الاجتماعية و الثقافية لكلّ دولة مع حصول الاتفاق على ضرورة أن تستجيب الأسرة المتبنية للحاجيات الأساسية للطفل سواء المادية أو العاطفية بالإضافة إلى الحقوق القانونيّة.

أما المشرع التونسي فقد نظم, من خلال القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني, مؤسسة التبني. ويعتبر هذا القانون السابق للاتفاقية الدولية لحقوق الطفل ثوريا باعتباره نتاج المنهج الاجتهادي الذي اتبعه لمشرع التونسي منذ بداية الاستقلال و يعرف التبني بأنه عقد شكلي يشترط فيه من ناحية رضا الأطراف و من ناحية أخرى تصديق حاكم الناحية بموجب حكم "بمحضر والدي المتبني أو من يمثل السلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية على الطرف الكفيل و يضيف الفصل 13 من قانون 1958 أنّ حاكم الناحية يصدر حكمه بالتبني بعد التحقق من توفر الشروط القانونيّة و من مصادقة الحاضرين و حكمه هذا يكون نهائيا [118]".و نتناول في هذا المحور الشروط الخاصة بالمتبني (الفقرة الأولى) و الشروط الخاصة بالمتبنى (الفقرة الثانية) و كذلك حقّ الطفل في التعبير عن رأيه في مسالة التبني (فقرة الثالثة).

الفقرة الأولى : الشروط الخاصة بالمتبني ومصلحة الطفل الفضلى

مثلما تعرضنا إليه سابقا من خلال الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في المادة الواحدة والعشرون يجب أن يراعي التبني المصلحة الفضلى للطفل.ونظرا لما لهذا المبدأ من طابع عام وفضفاض بالرغم من أنه مصطلح قانوني يمثل حجر الزاوية للاتفاقية والحقوق المنصوص عليها

[118] عثمان بن فضل المجلّة القانونية التونسية 1997 –ص 143

للطفل فيها، فإن المشرع الدولي ترك للدول مسؤولية تحديد محتوى المصلحة في التطبيق والمعايير الواجب أخذها بعين الاعتبار حسب الوضعيات.

ينص الفصل الثامن من قانون4 مارس 1958 المذكور أعلاه على أنه "يجوز التبني حسب الشروط المبينة بالفصول الآتية " ويعدد الفصل التاسع الشروط الواجب توفرها لراغب في التبني وهي حسب منطوق الفصل"ينبغي أن يكون المتبنى شخصا رشيدا ذكرا أو أنثى متزوجا متمتعا بحقوقه المدنية ذا أخلاق حميدة سليم العقل والجسم وقادرا على القيام بشؤون المتبنى".

ويمكن للحاكم إعفاء طالب التبني الذي فقد زوجه بالموت أو بالطلاق من شرط الزواج إذا اقتضت مصلحة الطفل ذلك.وفي هذه الصورة للحاكم سماع كل من يرى فائدة في سماعه لتحقيق الظروف والأسباب التي تضمن المصلحة المذكورة ".

أما الفصل العاشر فينص على أنه "ينبغي أن يكون الفرق بين عمر المتبني والمتبنى خمس عشر سنة على الأقل، إلا في الصورة التي يكون فيها المتبنى ابن زوج المتبني....." ويهم هذا الفصل الطفل المتبنى وكذلك المتبني .

حدد إذن المشرع الشروط الواجب توفرها في الراغبين في التبني والمذكورة أعلاه والمتعلقة بتحديد السن وهو سن الرشد والحالة الصحية والأخلاقية والاجتماعية للزوجين والجنسية وكذلك الزواج، ويمكن إعفاء طالب التبني من شرط الزواج إذا كان أرمل(ة) أو مطلق(ة) إذا رأى الحاكم أن ذلك يتماشى مع مصلحة الطفل.

فالنسبة للسن حدد المشرع سنّ الرشد كسنّ دنيا للمتبني على أن لا يتجاوز الفرق بين المتبني و المتبني خمسة عشر سنة إلا إذا كان المتبني ابن زوج المتبنى.

و سنّ الرشد هو السنّ التي تخوّل للفرد الأهلية في التعاقد في القانون العام و باعتبار التبني له صبغة تعاقدية فإن المشرع حرص على أن يكون المتبني له الأهلية القانونيّة للتعاقد و اختيار هذه السنّ أخذ بدون شكّ بعين الاعتبار هذه المسألة دون غيرها من المسائل المتعلقة بالنضج النفسي و العاطفي الذي يجب توفره للقيام بدور الأم أو الأب على خلاف المشرع الفرنسي فإنه في رأينا عندما حدد السنّ الدنيا بثماني وعشرين سنة قد أخذ بعين الاعتبار هذه المسائل وهو ما من شأنه أن يوفر أكثر حظوظ للطفل للعيش مع أسرة بالتبني أكثر قدرة على تحمل المسؤولية تجاهه.

أما بالنسبة للسنّ القصوى فلم يحدّدها المشرع التونسي و ترك المجال لاجتهاد للقاضي حسب ما تحتمه مصلحة الطفل. و بالرغم من تطور مؤمل الحياة عند الولادة في تونس لتبلغ 74

سنة فإن العديد من الأطفال الذين تم تبنيتهم من طرف أولياء متقدمين في السنّ قد تيتموا أو يتعرضوا إلى مآسي عديدة خاصة في ضلّ رفض العائلة الموسعة التكفل بهم و المشاكل التي يثيرها الميراث في هذه الحالات.و تتعلق مسألة السنّ كذلك بالجانب النفسي للطفل الذي سيتأثر لا محالة إذا كان أبواه في سنّ متقدمة تقارب أو تبلغ سنّ أجداده.

و في رأينا فإنّ مصلحة الطفل الفضلى تقتضي أن لا تكون السنّ الدنيا للمتبني مفرطة في الانخفاض مثلما هو الحال بالنسبة للتشريع التونسي كما يبقى تحديد سنّ قصوى للتبني ضرورة ملحة حتى لا يترك الأمر رهين اجتهادات ذاتية للقضاة و الأعوان الاجتماعيين المكلفين بمساعدتهم على تقييم مدى ملاءمة ظروف الأسرة المرشحة للتبني لمصلحة الطفل الفضلى.

أمّا بخصوص شرط الزواج فقد أوجب المشرع من خلال الفصل 11 من قانون4 مارس 1958 الذي ينص على أنه "يجب في كل الصور مصادقة زوج المتبني مع مراعاة الفقرة الثانية و الثالثة من الفصل 9 "،و لكنه أعطى إمكانية إعفاء المطلقين و الأرامل منه إذا رأى الحاكم مصلحة للطفل في ذلك. وهو ما يدفع للتساؤل حول سبب منع غير المتزوجين من التبني أليسوا بالنسبة للطفل في نفس وضعية المطلقين والأرامل وما يمثله ذلك من وضع غير طبيعي يتمثل في الانتماء إلى أسرة أحادية والحالة المدنية للأمّ لا تهمّ هنا بقدر ما للمسألة من تأثير سلبي على الطفل, فقد أثبتت البحوث أن النمو النفسي السليم للطفل يتطلب الوجود الفعلي أو الرمزي لصورة الأب و الأم لمرجع أنثوي و مرجع ذكوري.

كما تطرح مسألة التبني من طرف غير المتزوجين إشكالا على مستوى تمكين الطفل من كامل عناصر هويته و الذي يعتبر من بين أهداف التبني فهل يحافظ الطفل المتبني على اسم و لقب والده الطبيعي إذا تمّ الاعتراف به من طرفه و إتمام الإجراءات أو اسم و لقب عائلي افتراضي إذا تعذر ذلك. و سواء تعلق الأمر بأحد الحلين أو غيرهما فإنه في النهاية لا يمكن أن يكون من مصلحة الطفل و يؤكد أن شرط الزواج في المتبنين شرط ذو أهمية بالغة لتحقيق مصلحة الطفل الفضلى.

و لذلك فإنّه في مجال التبني و في إطار اختيار أفضل الحلول للطفل يجب ترجيح الأسرة المتكونة من أب و أم وهي في رأينا في صميم تحقيق مصلحة الطفل الفضلى. فالطفل الذي يعيش مع أحد أبويه نتيجة اليتم و الطلاق يحتفظ بالصورة الرمزية للأب أو للأم الذي يفارقه,

و يبقى الحكم بالتبني لصالح أسرة أحادية[119] حسب رأينا في مصلحة الطفل إذا تمّ الفراق أو وفاة أحد الزوجين بعد التكفل بالطفل و قبل صدور حكم التبني وذلك مراعاة للاستمرارية في الرعاية وعدم تعريض الطفل إلى فراق وقطع صلة حميمية مع أم عوضته عن تجربة مؤلمة مرتبطة بتخلي أمه الطبيعية عنه .

وإذا نظرنا في الرعاية إلى القانون المقارن نجد أن المشرع الفرنسي مثلا وضع شروطا مختلفة فحدد السن الدنيا بثماني وعشرين سنة و لم يشترط الزواج وإن كان طالب التبني متزوجا يشترط أن يكون ذلك منذ سنتين على الأقل وأن لا يكون الزوجان مفترقين. جسديا ولا ينطبق الشرط المتعلق بمدة الزواج على من تجاوز سنهم الثماني والعشرين سنة[120].

هذا بالنسبة للشروط المتعلقة بالسن والزواج أمّا بخصوص الشرط المتعلق بالجنسية اقتصر الفصل 10 من قانون 1958 على القول أنه " للتونسي أن يتبنى أجنبيا " وسكت على إمكانية تبني التونسي من طرف أجنبي وذهب فقد القضاء إلى تمكين الأجنبي المسلم أو المعتنق للإسلام من تبني طفل تونسي وصدرت عدة أحكام في هذا الشأن ومثال على ذلك القرار المدني التالي " بعد الإدلاء بشهادة في اعتناق الإسلام من طرف المتبني يكون حكم التبني فرنسيين لتونسي صحيحا إذا لم يكن مانع قانوني[121].

وفقه القضاء وإن سمح بتبني الطفل التونسي من طرف مسلمين فإنه لم يول مسألة الهوية الثقافية ما تستحقه من عناية وما يمكن أن يحصل لها من طمس بحكم العيش داخل أسرة أجنبية ذات قيم ثقافية وحضارية مختلفة ومدى ملاءمة هذا القرار مع مصلحة الطفل الفضلى يثير جدلا فلسفيا وثقافيا ودينيا تحسمه قناعات القاضي في اتجاه الحكم صالح التبني الدولي أو ضده.

الفقرة الثانية : الشروط الخاصة بالمتبنى

[119] monoparentale

[120] art 343 du code civil français.

[121] (حكم مدني – ناحية تونس- عدد 2272 مؤرخ في 26 ديسمبر 1974 – منشور بالفرنسية M . k . MEZIOIS : RTD 1975 .2. 117

لم يعرف المشرع الطفل القابل للتبني[122] وفتح المجال لتبني الأطفال المهملين والموضعين تحت الولاية العمومية وللأطفال الخاضعين لولاية والديهم سواء منهم الشرعيين أو الطبيعيين ،ولكنه وضع شروطا خاصة بالمتبنى حيث ينص الفصل12 من مجلة الأحوال الشخصية على "ينبغي أن يكون المتبنى طفلا قاصرا ذكرا أو أنثى".غير أنه رخص بصفة انتقالية إلى حدود موفى ديسمبر 1959 التبني للأبناء الرشداء إذا ثبت أنهم كانوا مكفولين قبل رشدهم وصرحوا بموافقتهم على تبنيهم.

وبتنصيصه على تبني الطفل القاصر ذكرا أو أنثى فإن المشرع تجاوز سنّ الطفولة المحدد بثمانية عشر سنة ليصل إلى سنّ العشرين وهو سنّ الرشد، و تسحب الحماية من خلال هذه المقتضيات إلى سنّ متقدمّة تتجاوز الطفولة و تسمح للفاقدين للسند العائلي بالحصول على رعاية أسرية بديلة تتيح لهم العيش ضمن أسرة بالتبني.

ومن ناحية أخرى جعل الفصل 13 من قانون 1958 من مصادقة والدي الطفل أو الولي العمومي على التبني في الجلسة التي يعقدها حاكم الناحية شرط أساسي لإصدار حكم التبني.

و بالنظر إلى القانون المقارن فإن القانون الفرنسي يحدد سنّ التبني بالنسبة للطفل الفرنسي بين 3 أشهر و 15 سنة و مباشرة بعد الولادة بالنسبة للأجنبي[123] مع الإشارة إلى ضرورة أن يتم تبني الإخوة من طرف نفس العائلة ويتيح كذلك إمكانية تبني طفل معاق.

و الجدير بالذكر أنّه قبل صدور قانون 1998 كان الطفل يصبح قابلا للتبني و يوضع تحت نظام الولاية العمومية بمجرد إمضاء الأم وثيقة إدارية تعرف بعقد التخلي. إلا أنّه و بعد صدور هذا القانون و حرصا من القائمين على شؤون الأطفال الفاقدين للسند فإن التخلي أصبح يتم أمام قاضي الأسرة في إطار تعهده بقضايا الطفولة المهددة و بعد إتمام إجراءات إثبات النسب بحضور الأم و الأب ونذكر على سبيل المثال القرار التالي "وإثر الجلسة وبعد الإطلاع على أوراق الملف وعلى رأي مندوب حماية الطفولة بتونس وعلى رأي ممثل النيابة العمومية. " قررنا نحن .....قاضي الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتونس وعملا بأحكام الفصل 59 رابعا من مجلة حماية الطفل والفصل 2 من القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 إيداع الطفلة

[122] adoptable

[123] الفصل 343 من القانون المدني الفرنسي.

.....نهائيا بالمعهد الوطني لرعاية الطفولة وينفذ هذا القرار على المسودة"[124] وبمقتضى هذا القرار يصبح الطفل تحت الولاية العمومية وبالتالي قابلا للتبني.

في صورة رغبة الأم في التخلي عن الطفل وانتظار إتمام الإجراءات المتعلقة بإثبات نسب الطفل لوضعه تحت الولاية العمومية وعلى أهميتها في حفظ حقّ الطفل في الحصول على عناصر هويته فإنّها تقلصّ من فرص حصول الطفل على رعاية أسرية بديلة في إطار التبني ، نظرا لما تتطلبه من طول آجال يكون الطفل غالبا في ذلك الوقت في الإيداع المؤقت بالمعهد الوطني لرعاية الطفولة أو لدى عائلة استقبال. وتطول الإجراءات خاصة عند تعذر التعرف على الأب أو امتناعه على الامتثال لإجراء التحليل الجيني أو تمسك الأم بالكتمان إزاء هوية الأب. كما يمثل اختفاء الأب أو الأم أو الاثنين وعدم العثور عليها للحضور أمام قاضي الأسرة للتخلي عن الطفل عائقا أمام تسوية وضعية الطفل وتمكينه من عائلة بديلة. و حماية للطفل يجتهد بعض القضاة بعد توجيه أكثر بين استدعاء للأبوين للحضور و أمام غيابهما أو غياب أحدهما يعتبرهما متخلين فعليا عن الطفل ويضعه تحت الولاية العمومية.

أما الطفل الذي يتم العثور عليه فإنّ قانون سنة 1998في فصله الثاني جديد ينص على أنه إذا لم يطلب أحد من أهل الأطفال المهملين أو مجهولي النسب إسناد عناصر الهوية إليهم في ظرف ستة أشهر يتولى الولي العمومي إتمام الإجراءات بإعطائهم هوية افتراضية قبل الإذن بوضعهم تحت نظام التبني وهي المدّة القصوى التي يرى المختصون أن الطفل يمكن أن يقضيها في مؤسسة بأقل ما يمكن من التأثيرات السلبية للحياة المؤسساتية على النمو الحسي الحركي للطفل.

و مهما يكن من أمر فإن العائلات تقبل على التبني للأطفال حديثي الولادة حيث يفقد الطفل حظوظه في التبني كلما تقدم في السن و من هذا المنطلق فإنّ حق الطفل في إتمام عناصر هويته لا يمكن أن يتم على حساب حقّه في التمتع برعاية أسرية دائمة. وفي هذا الإطار وعند رغبة الأم في التخلي و في غياب الأب فإنه من الأفضل للطفل أن يصبح قابلا للتبني في ظرف 3 أشهر مما يعطي للأم الفرصة للتفكير في قرارها بالتخلي وفي هذه الحالة تتم مواصلة الإجراءات و الاحتفاظ بالبيانات الخاصّة بالطفل لتوضع تحت تصرفه إذا رغب في معرفة أصوله. وقد تتعارض هذه الإمكانية إن تم العمل بها مع مصلحة الأب إذا تم التعرف عليه ورغب في استرجاع ابنه

[124] قرار قاضي الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتونس القضية عدد 1268 جلسة يوم 25 ماي 2005 (قرار غير منشور)

واحتضانه. إلا أن هذه الإمكانية وان كانت واردة فإنها تبقى نادرة الحدوث ويبقى القرار النهائي ذلك الذي يراعي مصلحة الطفل الفضلى والتي يبقى بكل تأكيد الإطار الأمثل لها الرعاية الأسرية البديلة والدائمة.

مسألة أخرى تهم الشروط الواجب توفرها في الطفل المتبنى وهي جنسية الطفل حيث ينص الفصل 10 من قانون 1958 على أنه « للتونسي أن يتبنى أجنبيا " وهو ما يفتح المجال للتبني الدولي من طرف التونسيين وتجدر الإشارة إلى أن تونس لم تصادق على اتفاقية لاهاي لسنة 1993 المتعلقة بالتبني الدولي، كما أنه على المستوى الوطني لا يقبل التونسيين على تبني أطفالا أجانب بالرغم من الإمكانية التي يتيحها المشرع.

وبالرغم من ندرة هذه الحالات فنجد في فقه القضاء ما يفيد أنها حصلت ويمكن الاستدلال بالقرار التعقيبي التالي " التبني يمكن إتمامه سواء أكان المتبنى تونسيا أو أجنبيا حسب الفصل 10 من قانون التبني ونتيجة لذلك فإن خطأ المستندات في بيان الجنسية للأبناء المتبنيين لا تأثير له على الحكم بالتبني مادام أنه لا تأثير على أصل التبني ولا أنه يعد من باب اتصال القضاء في مسألة الجنسية[125].

وما يمكن الإشارة إليه في هذا الصدد كذلك أنه بحكم الاعتراف القانوني بالطفل المولود خارج إطار الزواج والحقوق التي منحها له قانون 1998، فإن نسبة التخلي النهائي من طرف الأمهات أصبحت تنخفض من سنة إلى أخرى فقد بلغت سنة 2005 67,5% وسنة 2006 59%[126] إذ يتم استرجاعهم من طرف أمهاتهم بعد إتمام إجراءات إثبات النسب حيث بلغت نسبة الاسترجاع 29%سنة 2005 و38%سنة 2006[127] وبالتالي فإن عدد الأطفال القابلين للتبني في انخفاض هذا بالإضافة إلى سياسة الانتقاء التي أصبح ينتهجها المعهد الوطني لرعاية الطفولة في اختيار أصلح العائلات لتمكينها من الموافقة على التبني وذلك على أساس تقييم نفسي واجتماعي للأبوين المقبلين على التبني. وتبعا لذلك فإن التبني الدولي ربما يكون حلا في المستقبل يلتجأ إليه الراغبون في التبني من التونسيين إذا عجزوا عن تبني طفل تونسي.

[125] قرار تعقيبي مدني عدد 7823 مؤرخ في 15 سبتمبر 1971، ق.ت 1/ 1972، ص 64- RTD 1973. 162. Note : Lucie Privost

[126] التقرير السنوي للمعهد الوطني لرعاية الطفولة لسنة 2005

[127] التقرير السنوي للمعهد الوطني لرعاية الطفولة لسنة 2006

الفقرة الثالثة: حقّ الطفل في التعبير عن رأيه في مسالة التبني

يتعلق الحكم القاضي بوضع طفل لدى عائلة بديلة تحت نظام التبني قرارا مصيريا. و في ضوء الاتفاقية الدوليّة لحقوق الطفل و ما تضمنه من مبدأ حقّ الطفل في المشاركة في القرارات التي تتخذ في شأنه حيث تنصّ المادّة الثانية عشر أنّ الدول الأطراف في هذه الاتفاقية تكفل للطفل القادر على تكوين آرائه الخاصّة حقّ التعبير عن تلك الآراء بحريّة في جميع المسائل التي تمسّه و تولّي آراء الطفل الاعتبار الواجب وفقا لسنّه و نضجه و تحقيقا لهذه الغاية نصت الفقرة الثانية من المادة نفسها على أنّه "يجب أن تتاح للطفل بوجه خاصّ فرصة الاستماع إليه في أي إجراءات قضائيّة و إداريّة تمسّ الطّفل"

تطبيقا لهذه المادة ينبغي السماح للأطفال بالمشاركة الفاعلة في جميع الأمور التي تؤثر على حياتهم[128] و لا شك أنّ التبني من بين المسائل الأساسية في حياة الطفل فإذا كان الإنسان يولد في أسرة لا يمكن له اختيارها فإنّ التبني يتيح للطفل اختيار الأسرة التي يرغب في العيش في إطارها.

و الطفل باعتباره صاحب حقوق و ذات قانونية مستقلة فإنّه من حقّه المشاركة في أخذ قرار خطير مثل التبني و يعتبر مبدأ المشاركة من بين المعايير التي تحدّد مصلحة الطفل الفضلى.و المشاركة تقتضي شروطا تتعلق خاصّة بالسنّ و بدرجة النضج فمن غير المعقول أن ننتظر مشاركة رضيع أو طفل في سنّ منخفضة في قرار التبني[129].

لم تحدّد الاتفاقية السنّ الذي يمكن فيه اعتبار الطفل مميزا و تختلف هذا السنّ من بلد إلى أخرى فهو 16 سنة في Barbades [130] و في بلدان أخرى 12 سنة مثل الدنمارك . أما في تونس فإنّ سنّ التميز حسب مجلّة الأحوال الشخصية حماية الطفل فهو 13 سنة.

[128] فاطمة شحاته أحمد زيدان مركز الطفل في القانون الدولي العام أطروحة دكتوراه دولة،ص75 .

[129] "Si l'on se reporte aux mécanismes de la CIDE, il est clair que l'opinion de l'enfant est un des éléments à prendre en compte pour établir l'intérêt supérieur de l'enfant" Jean Zermatten la parole del'enfant dans les procédures et dans la vie publique conférence Belfast 29-08-2006 http// : www.childsrights.org

[130] Cf observations finales du comité des droits de l'enfant sur les Barbades du 24-08-1999 CRC/c/3 ADD45 par 17)

وعلى المستوى الوطني فقد تعرض المشرع إلى المسألة من خلال الفصل 12 من قانون 1958 الذي ينص على أنه يمكن تبني من تجاوز سنّ الرشد بصفة انتقالية إلى موفى ديسمبر 1959 على أن يوافق على تبنيه.و موافقة المتبني على تبنيه تقتضي بلوغه سنّ الرشد و بصفة انتقالية أي أن هذه الفقرة لم تعد قابلة للتطبيق.

و استنادا إلى ما تمّ ذكره فإن مسألة مشاركة الطفل المميز و التعبير عن رأيه في مسألة التبني باتت أمرا يجب أخذه بعين الاعتبار في التشريع التونسي في إطار ملاءمته لمقتضيات الاتفاقية و ضمانا لأكثر قدر من الظروف لتحقيق مصلحة الطفل الفضلى من خلال التبني علما و أنّ لجنة حقوق الطفل قد عبرت عن انشغالها بخصوص عدم الاستماع إلى آراء الطفل في القضايا التي تهمه عند مناقشتها للتقرير الدوري الثاني لتونس[131].

[131] observations finales du comité des droits de l'enfant : Tunisia. 13/06/2002 CRC/C/Add.181.(Concluding Observations).

المحورالثاني : آثار التبني

بالرجوع إلى المادة 20 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل فإن للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من أسرته الحق في رعاية أسرية بديلة والتبني من بين الحلول التي تطرحها الاتفاقية.

من حيث المبدأ فالتبني هو تمكين الطفل الفاقد للسند العائلي من أسرة مع ما يوفره ذلك من حماية ورعاية. ولئن يحترز البعض من التبني لأسباب دينية وفكرية فإنّ البعض الآخر يدافع عنه دفاعا مستميتا لأنه يحقق في نظره مرامي المجتمع في حماية الطفولة المهملة والمشردة من جهة وفي إيجاد توازن بين العائلة التي تحتاج إلى ذلك عندما يعوقها الإنجاب من جهة أخرى.[132] ومظاهر الحماية من خلال التبني تتمثل في الحقوق المترتبة للطفل عن التبني(الفقرة الأولى) وفي سحب الحضانة والرجوع في التبني لحماية الطفل(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:الحقوق المترتبة عن التبني

يمنح التبني للطفل المتبنى جميع الحقوق التي يتمتع بها الابن الشرعي إذ ينص الفصل 14 من قانون 1958 على "يحمل المتبنى لقب المتبني ويجوز أن يبدل إسمه وينص على ذلك بحكم التبني بطلب من المتبنى" ويضيف الفصل 15 أنه " للمتبنى نفس الحقوق التي للابن الشرعي وعليه وما عليه من الواجبات وللمتبني إزاء المتبنى نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه ما يفرضه من واجبات عليهما".

والقانون التونسي بإعطاء الطفل المتبنى المكانة القانونية للطفل الشرعي يمكنه من جميع الحقوق ويحمل والديه بالتبني جميع الواجبات المحمولة عادة على الأبوين سواء تلك المتعلقة بالجوانب المعنوية أو المادية بما في ذلك الإرث. فالطفل المتبنى له الحق في النسب بما يحتويه من عناصر هوية وجنسية وكذلك الحضانة والولاية على نفسه وماله والنفقة وحسن المعاملة والتربية بما يقتضيه العرف والعادة.

[132] Monia Ben Jemaa,le jeu de l'ordre public dans ces relations internationales privées de famille,thèse pour le doctorat d'état en droit ;faculté des sciences juridiques et sociales de Tunis, Tunis II,1997 p126.

كما يحمل القانون واجبات للطفل المتبني يتحملها تجاه والديه بالتبني من احترام والتزام بقواعد التربية داخل الأسرة كما تستوجب وضعيته الإنفاق على والديه عند كبرهما وحاجتهما إلى ذلك وحسب ما تنص عليه مجلة الأحوال الشخصية في الفصل 43 في مستحقي النفقة وهم الأبوان والأصول من جهة الأب وإن علوا، ومن جهة الأم في الطبقة الأولى.

وضمانا لعدم اختلاط الأنساب وانسجاما مع أحكام الشريعة الإسلامية ينص الفصل 15 من قانون 1958 على " أنه في الصورة التي يكون فيها أقارب المتبنى معروفين تبقى موانع الزواج المنصوص عليها بالفصول 14-15-16-17 من مجلة الأحوال الشخصية قائمة ".

وبالتمعن في هذه المقتضيات للقانون التونسي نلاحظ أنها ملائمة إجمالا للصكوك الدولية المتعلقة بالتبني وتضاهي التشريعات الدولية من حيث ضمان كل الحقوق للطفل المتبنى وبالتالي ضامنة لاستقرار وضعه على المستوى المادي والمعنوي ومستجيبة لتحقيق مصلحته الفضلى إذا استثنينا عدم تمتع الأم بالتبني العاملة من رخصة أمومة تسمح لها برعاية الطفل الرضيع والقيام بشؤونه على غرار رخصة الوضع التي تضمنها بعض التشريعات في بلدان أخرى في مجال العمل للأمهات. ويمكن في هذا الصدد الاستئناس بالقانون الفرنسي الذي يخول للأم بالتبني التمتع برخصة أمومة

الفقرة الثانية : حماية الحقوق المترتبة عن التبني من خلال سحب الحضانة من العائلة المتبنية و الرجوع في التبني

إن وضع الطفل المتبنى في تونس مطابق لوضع الابن الشرعي على مستوى الحقوق لا يمنع الدولة من التدخل لحمايته من انتهاك تلك الحقوق من طرف الأسرة وذلك من خلال سحب الحضانة من الأسرة المتبنية (أ) والرجوع في التبني (ب)

أ. سحب الحضانة من الأسرة المتبنية ضمانا لمصلحة الطفل الفضلى

مثلما تم التعرض له في الفقرة السابقة يخول التبني للطفل التمتع بجميع الحقوق المضمونة للطفل الشرعي ويحمل بالتالي والديه واجبات تجاهه. وقد يقصر الوالدان بالتبني في القيام بهذه الواجبات تجاه الطفل مما يعرضه إلى التهديد والخطر ويضر بنمائه سواء البدني أو النفسي. ولحماية الطفل من هذه التهديدات وبالرغم من أن حكم التبني نهائي فإن المشرع تدخل لحماية الطفل منها وفصل الطفل عن عائلته بالتبني مراعاة لمصلحته. وتجدر الإشارة إلى أن الفلسفة العامة للتشريع في تونس تعطي الأولوية للأسرة لتربية أبنائها ورعايتهم وفصلهم عنها إجراءا استثنائيا يؤخذ لمراعاة مصلحة الطفل الفضلى.

وينص الفصل 13 من القانون عدد 27 لسنة 1985 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية و الكفالة و التبني على "و يصدر حاكم الناحية حكمه بالتبني بعد التحقيق من توفر الشروط القانونيّة و من مصادقة الحاضرين و حكمه هذا يكون نهائيا" إذ عبارة حكمه هذا يكون نهائيا في منطوق الفصل المذكور تحيل إلى أهميّة هذا الحكم و تأثيره في حياة و مستقبل الطفل و ما تتطلبه رعايته من استقرار نفسي و اجتماعي يحرص المشرع على تحقيقه من خلال التبني.

وينصّ الفصل 16 من قانون 1958 على "يمكن للمحكمة الابتدائية بطلب من وكيل الجمهورية أن تحكم بترع الحضانة من المتبني و إسنادها إلى شخص آخر حسبما تقتضيه مصلحة المتبني، و ذلك إن اتضح أن المتبني أخل بوجباته إخلالا فادحا"

إذا كان الهدف و الغاية من التبني هو تحقيق المصلحة الفضلى للطفل فإنّ استمراره يصبح دون موجب إذا ما تضررت هذه المصلحة.

و حسب الفصل 16 فإن مصلحة الطفل تتضرر متى أخل المتبني بواجباته إخلالا فادحا وفي محاولة لتعريف هذا الإخلال الفادح بالواجبات يمكن أن نشير إلى تقصير الوالدين في التربية والرعاية أو العجز عن مواصلة تأمين حماية الطفل أو تعريضه إلى شتى الاعتداءات و سوء المعاملة أو الاستغلال الجنسي أو الاقتصادي.

وفي هذا الشأن لا بد من الإشارة إلى الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي تضمن من خلال المادة التاسعة عشر "حماية الطفل من كافة أشكال العنف والضرر أو الإساءة البدنية أو العقلية والإهمال أو المعاملة المنطوية على إهمال وإساءة المعاملة أو الاستغلال بما في ذلك الإساءة الجنسية وهو في رعاية (الوالد) الوالدين ..... وتضع الاتفاقية على كاهل الدول وضع التشريعات

والتدابير الاجتماعية الوقائية والعلاجية لفائدة الطفل". وعلى المستوى الوطني تدخل المشرع لحماية الطفل المعرض للتهديد من خلال مجلّة حماية الطفل الصادرة في 9 نوفمبر 1995 و خاصة الفصل 20 منها التي تعرف أنواع التهديد التي يمكن أن يتعرض لها الطفل و التي تستوجب تدخلّ الهياكل الاجتماعية (مندوب حماية الطفولة) و القضائيّة (قاضي الأسرة) و وكيل الجمهورية في حالة حدوث جريمة ضدّ الطفل.وبالاستناد إلى الاتفاقية والمجلة يمكن أن نعرف الإخلال الفادح في الواجبات تجاه الطفل بتعريضه إلى أشكال خطيرة من الاعتداءات سواء البدنية أو الجنسية أو الإهمال و التي تشكل جريمة من منظور القانون الجزائي وتستوجب بالتالي تدخل النيابة العمومية. ففصل الطفل عن عائلته بالتبني و إسناد حضانة إلى الغير قرار خطير لا يؤخذ إلا في الحالات القصوى التي تشكل فيها العائلة تهديدا جديا على حياة الطفل و بقائه. ويمكن أن يتم الفصل عن الأسرة بمقتضى تدبير صادر عن مندوب حماية الطفولة أو قرار صادر عن قاضي الأسرة في إطار تعهده بقضايا الطفولة المهددة أو بمقتضى حكم صادر عن دائرة الأحوال الشخصية قاضي بإسناد الحضانة إلى غير الوالدين.

و الأمر لا يتعلق فقط بالعائلة بالتبني و لكن يشمل كذلك العائلة الأصلية التي يمكن أن تنتزع منها حضانة أطفالها لحمايتهم من العنف أو الإساءة أو الإخلال الخطير في واجبات التربية و الرعاية.

معلوم أن مصلحة الطفل الفضلى تقتضي توفير رفاهه البدني و النفسي و العاطفي و كلّ ما يخلّ بذلك يستوجب تدخل القانون و الهياكل الاجتماعية لحمايته.

و سواء تمّ إسناد حضانة الطفل المفصول عن أسرته بالتبني غلى عائلة بديلة أو مؤسسة فإنّ هذا القرار يجب أن تحكمه مصلحة الطفل الفضلى كما أنه يجب مراعاة هذه المصلحة عند اختيار الوسيلة لحمايته و الحرص على أن يكون المحيط الأسري أو المؤسسي البديل ضامنا لهذه المصلحة.

و نظرا لما لخطورة هذه المسألة و تعلقها بتغيير جذري في حياة الطفل فإنّ رأي هذا الأخير يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار و تتم مشاركته فيه حسب ما تقتضيه المادّة 12 من الاتفاقية التي تؤكد على مشاركة الطفل و إبداء رأيه في القرارات الإداريّة و القضائيّة التي تتخذّ في شأنه. و لا شكّ أنّ الطفل و إن كان مهددا في سلامته من طرف عائلته فإنّ فصله عنها اجتثاث له من جذوره و له تأثيرات نفسية سلبيّة وهو لذلك قد يعارض هذا القرار و يفضل البقاء داخل أسرته . و هنا لا بدّ من الإشارة و التأكيد على الاستماع إلى آراء الطفل و أخذها بما تستحق بعين

الاعتبار و إعلامه في كلّ مراحل اتخاذ القرار وإعداده من طرف المختصين لقبول القرار و كذلك تأمين الظروف الملائمة لتمكينه من رعاية بديلة تأخذ بعين الاعتبار حاجياته من ناحية أخرى فإن الفصل 16 من قانون 1958 لا يذكر إذا كان من حقّ العائلة استرجاع حضانة الطفل، وهو أمر ذو أهميّة في تحديد مستقبل الطفل واستقراره.

ب. الرجوع في التبني خدمة لمصلحة الطفل الفضلى

و بالرغم من الصبغة النهائيّة لحكم التبني حسب النصّ و عدم قابليته للنقض فقد أخذ فقه القضاء في تونس منحى يسمح بالرجوع في التبني اعتبارا لمصلحة الطفل في الحالة الأولى و اعتبارا لرغبة المتبني الراشد في الانتساب إلى أبويه الطبيعيين أو لاتفاق بين الأبوين الأصليين و الأبوين بالتبني على ذلك.

و قد لا يخلو الخوض في مسألة الرجوع في التبني من عدمه من عديد التفسيرات حسب تنوع المقاصد. فقد وجد فيها مثلا فقهاء الشرع الإسلامي ركيزة للتصدي للتبني بدعوى عدم إباحته وهو ليس موضوع هذا البحث لذلك سنعتمد في تحليلنا المواقف المختلفة لفقهاء القانون و تحليل فقه القضاء المعتمد على المواثيق الدّوليّة و القوانين الوطنيّة.

و في هذا الباب تنقسم المواقف بين مؤيد و معارض لمسألة الرّجوع في التبني.

1. الموقف المدعم لحقّ الرّجوع في التبني

يتجلى هذا الموقف في قرار شهير لمحكمة التعقيب التونسية[133] التي أقرت بأن "مصلحة المتبني هي السبب الجوهري و الرئيس لسنّ عقد التبني و هذا العقد شأنه شأن بقيّة العقود المدنية يمكن الرّجوع فيه لفقدان أو تغيب مقوماته الشكلية أو القانونيّة" مؤيدة في ذلك موقف محكمة الأصل.

[133] محكمة التعقيب ، قرار مدني عدد 295 بتاريخ 23 مارس 1993

و تتمثل الوقائع في أنّه في سنة 1988 أصدرت محكمة ناحية تونس حكما بالمعقبين لابنتهما القاصر (ز) تبني المولودة في 9 جوان 1987 و نظرا للحالة النفسيّة التي أصبحت عليها الأم الطبيعيّة للمتبناة نتيجة حكم التبني و تجنبا للتأثير السلبي للخلاف المستفحل بين الطرفين على مزاج و نفسية البنت فإنهما يطلبان الرّجوع في التبني والإذن بالتنصيص على ذلك بدفاتر الحالة المدنيّة.

و قد أسست محكمة التعقيب موقفها على تحليلين أوّلهما يخصّ التشريع الوطني والثاني يتعلق بمبادئ حقوق الإنسان و بحقوق الطفل و ببعض القوانين المقارنة :

- في تأويلها لقانون 1958/314 أقرت محكمة التعقيب بإمكانية الرّجوع في التبني نظرا لأنّه لم يرد بأي فصل من فصول قانون 1958 تحريم صريح للرّجوع في التبني لإضافة إلى أنّ قرار التبني ليس حكما و إن كان يصدر في صيغة الحكم بحسب تعبير الفصل 13 من نفس القانون.
- كما أقرت محكمة التعقيب أن للمتبني حق رفض التبني و إصراره على الحفاظ على نسبة الأصلي متى بلغ سنّ التمييز أو الرشد معتبرة أن نسبه الأصلي متى بلغ سنّ التمييز أو الرشد معتبرة أن ذلك حقّ مقدّس له علاقة بحرية الشخص و حقّه كإنسان في الحفاظ على حقّه المشروع في الانتساب لأبويه الحقيقيين مثل حقّه في اكتساب الجنسيّة التي يختارها لنفسه عند ترشده دون تقيد بما اختاره أبواه، وهي حقوق مقدمة في الاعتبار ناصرتها تشريعات حقوق الإنسان و حقوق الطّفل و حرص على اعتبارها قانون التبني وأعطاها أولويّة الاعتبار". إضافة إلى اعتماد هذا المبدأ من طرف قوانين مقارنة مثل القانون المدني الفرنسي و الألماني و السويسري.

والملفت للانتباه من خلال قرار محكمة التعقيب أنها لم تشر صراحة إلى الاتفاقية الدّوليّة لحقوق الطّفل التي صادقت عليها تونس بمقتضى القانون عدد 92 لسنة 1991 المؤرخ في 28 نوفمبر 1991 دون اتخاذ أي احتراز إزاء أحكام التبني الواردة بها إضافة إلى أن الفصل 32 من الدستور التونسي يقرّ بعلويّة المعاهدات الدّولية على أحكام النصوص القانونيّة الدّاخلية.

وفي تعليق له على قرار محكمة التعقيب المشار إليه أعلاه [134] يرى الأستاذ عثمان بن فضل أن "المصلحة من التبني لا تدع مجالا للشكّ عندما يكون الطّفل مجهول النسب أو مهجورا من أمّه

[134] عثمان بن فضل ..... ص 131 /132

و أبيه" و لكن الإشكال يكمن حسب رأيه عندما يكون الطّفل معلوم الأبوين اللّذين يريدان أن يتفضلا به على عائلة أخرى محرومة من الإنجاب. لذلك فإنّه من المهمّ سماع رأي الطّفل و للأخذ بعين الاعتبار ميولاته و مشاعره وهو لا يعني حسب الكاتب "أننا نزيح عنه صفة القاصر و إنما يعني أننا نرفض أن يأخذ الطّفل صفة الشيء المجرّد من المشاعر و الحقوق و ما ينجرّ عن ذلك من سلطة القرار. فالطفل ليس فقط محلا للقرارات المأخوذة في شأنه و إنّما هو طرف في هذه القرارات"[135].

2. الموقف المنتقد لحقّ الرّجوع في التبني

يتفرع الموقف المنتقد للرجوع في التبني إلى نوعين موقف قانوني وموقف أخلاقي.

- **الموقف القانوني :**

ويرتكز هذا الموقف على تأويل ضيق لأحكام التبني و القواعد العامّة للعقود و الالتزامات أهمّها أنّ قانون 1958 لو كان أباح الرّجوع في التبني لكان نصّ على ذلك صراحة في حين أنّه نصّ في الفصل 16 منه على أنّه "يمكن للمحكمة الابتدائية بطلب من وكيل الجمهوريّة أن تحكم بنزع الحضانة من المتبني و إسنادها إلى شخص آخر حسبما تقتضيه مصلحة المتبني..."

كما يفهم من الفصل 12 من الاتفاقية الدّولية لحقوق الطفل الذي ينصّ على أنّه ""... تتاح للطّفل بوجه خاصّ، فرصة الاستماع إليه في أي إجراءات قضائيّة و إداريّة تمسّ الطفل، إمّا مباشرة، أو من خلال ممثل هيئة ملاءمة، بطريقة تتفق مع القواعد الإجرائيّة للقانون الوطني"

إن حق الرّجوع في التبني يرجع أوّلا و بالذات إلى قرار الطّفل المتبني و يمكن له ممارسة هذا الحقّ حسب قدرته على تكوين آرائه.

و يحمل على القاضي واجب أخذ آراء الطّفل بعين الاعتبار وفقا لسنّ الطّفل و لنضجه.

و قد لاقت أحكام الفصل 12 من المعاهدة نقاشا فكريا هامّا و متضاربا، فمنهم من يرى أن لا يمكن أبدا تسليم القرار إلى الطفل بسبب عدم نضجه البدني و الفكري و أن الطّفل يكون بذلك فريسة سهلة لتأثير الغير عليه ممّا من شأنه أن يؤثر سلبا على مصلحته الفضلى.

[135] عثمان بن فضل .....ص 136

كما نبه البعض الآخر[136] من تحوّل فكرة التسليم للطّفل بشرعية المطالبة بحقوقه إلى وضع استقالة من طرف الرّشد إذا أن مسؤولية القصر ترجع بطبيعة الأمر إلى أوليائهم. كما نبّه آخرون من خطورة تحميل الطفل أعباء مسؤوليات جسيمة تتنافى مع مقتضيات سنه وحقّه في العيش دون الاكتراث بمشاكل الكبار.

أمّا عن الدّفوعات القانونيّة فهي تتعلّق بالسنّ الذي يمكن للطّفل أن يكون فيها آرائه الخاصة به من جهة و صعوبات قيام القاصر بالإجراءات القانونيّة المتعلقة بالرّجوع في التبني من جهة أخرى.

إذ تعتبر مجلّة الأحوال الشخصيّة في فصلها 56 أن الطفل يصبح مميزا إذا بلغ سنّ الثالثة عشر سنة. و لا يمكن للطّفل في هذه السنّ أن يقوم على وليّه بأي إجراء قانوني للرّجوع في التبني لأنّه ليس راشدا. و حتى الترشيد المقيّد الذي يجيزه الفصل 158 من م.إ.ش[137] فإنّه يشترط أن يبلغ الطّفل سنّ الخامسة عشر سنة.

و بناء على ذلك لا يمكن للطّفل طلب الرّجوع في التبني ما لم يبلغ سنّ الرشد.

- **الموقف الأخلاقي**

وهو الموقف المؤيد لمبدأ الولد لمن تبناه إذ ليس هناك في القانون التونسي لأي قاعدة تقتضي بصفة قطعيّة بضرورة إلحاق الطّفل بأبويه الطبيعيين.

و قد أكدت ذلك اتفاقية حقوق الطفل من خلال اعتمادها على مبدأ مصلحة الطّفل الفضلى.

و متى توفرت تلك المصلحة في مؤسسة التبني ووجد فيها الطّفل توازنه النفسي و المعنوي وحكم لهما بالتبني على ذلك الأساس فإنّه لا يجدر التراجع في ذلك بناء على مجرّد رغبة الأبوين الطبيعيين.

و إذا أخذنا بذلك فإن استقرار الطّفل و توازنه النفسي يصبح مهدّدا كما أنّ مثل هذا القرار لا يأخذ بعين الاعتبار إلا مصلحة أحد الأطراف المتعاقدة وهي العائلة الطبيعيّة. في حين تتخلى عن مصلحة بقيّة الأطراف و أهمّها مصلحة الطّفل.

---

[136] Alain Finkielkrant ; « La nouvelle statut de Pavel Morozou », P : 122 in « Droit de l'enfance et de la famille » n°spécial : « La convention inter des droits de l'enfant » centre de formation et d'étude de la protection judicaire de la jeunesse. Vancresson, n° 29/1990/1. France

[137] ينصّ الفصل 158 من م.أ.ش ـــنّه لا يمكن للمحاكم ترشيد الصغير ترشيدا مقيدا ..."

ومهما يكن من أمر فإن الرجوع في التبني مسألة قد تطرح تنافسا بين مصلحتين مصلحة الأبوين الطبيعيين وحقهما في استرجاع ابنهما ومصلحة الطفل وحماية حقه في مواصلة العيش ضمن أسرة تربطه بها أواصر المودة والعاطفة . وبناء على ذلك فإن الرجوع في التبني قرار خطير يستوجب الدراسة من كل الجوانب وتأثيرها على الطفل وبالتالي لا يجب أن تحكمه إلا مصلحته الفضلى .

الخلاصة

ما يمكن قوله في نهاية هذا البحث هو أن ارتباط مصلحة الطفل الفضلى بالأسرة ارتباط يجعل هذا المفهوم مهددا في وجوده في غيابها كليا أو جزئيا إذا لم تتدخل الدولة من خلال التشريعات والمؤسسات لتكريسه. الأسرة هي الإطار الأول لحماية الطفل وصيانة حقوقه نبراسها في ذلك تحقيق مصلحته. هذه المصلحة التي كان الوالدان يحرصان على صيانتها بصفة طبيعية انطلاقا من مشاعر الأمومة والأبوة وكانت الغاية التي يرميان إليها من خلال تعهد الطفل بالتربية والرعاية وتوفير مستلزماته الحياتية. كل ذلك في إطار سلطة يمارسها الأب باعتباره رئيس العائلة وكل ذلك في مصلحة الطفل. وما أضافته الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل هو التعامل مع الطفل على أساس المسؤولية عوضا عن السلطة، المسؤولية المشتركة للأبوين تجاه الطفل ومسؤولية الدولة لمساعدة الأسرة على آداء دورها في حالة عجزها، والإحلال محلها في حالة فقدانها. واعتماد مصلحة الطفل الفضلى كمعيار لأخذ القرارات والإجراءات الإدارية والقضائية في شأنه. ومفهوم المصلحة الفضلى الذي جاءت به الاتفاقية كمفهوم جديد يعتبر مكملا لمفهوم المصلحة في شكله التقليدي ، ويتجلى ذلك من خلال إيلائها الاعتبار الأول في حالة تعارضها مع مصالح أخرى. وقد تعرضنا إلى هذه المسألة في مواقع عديدة من هذا البحث تعلقت خاصة بترجيح مصلحة الطفل على مصلحة الأبوين سواء عند الطلاق أو فقدان الأسرة بالنسبة للطفل الطبيعي ورأينا أن المشرع في تونس جعل مصلحة الطفل الفضلى في مرتبة النظام العام .

هذا الموقف يجرنا إلى التساؤل حول" معرفة أن ترجيح مصلحة الطفل مثلما هو عليه الحال متطابق لهذه المصلحة التي كانت مضمونة من خلال الوصاية الوالدية ،يمكن أن نعبر عن قلقنا على هذا الشكل:أليس الحد من السلطة التي تضمن مصلحة الطفل باسم مصلحة الطفل يمثل خطرا على هذه المصلحة"[138].

[138] Laurence Garei –L'exercice de l'autorité parentale Bibliothèque de roit privé Tome 413 L.G.D.J

المراجع

1/ الـــكـــتب

- محمد الحبيب الشريف ، النظام العام العائلي : التشكلات ، مركز النشر الجامعي، 2006، 857 صفحة، غلاف بالألوان ، 24 سم.
- محمد الحبيب الشريف ، النظام العام العائلي : التجليات ، مركز النشر الجامعي، 2006، 1023 صفحة، غلاف بالألوان ، 24 سم.
- محمد الحبيب الشريف، " مجلة الأحوال الشخصية : جمع وتعليق القاضي الأستاذ محمد الحبيب الشريف"، 71 صفحة، سلسلة الميزان التشريعي، دار الميزان للنشر ،

  ISBN : 9973-9739-4-1
- أحمد زيدان ، فاطمة شحاتة، مركز الطفل في القانون الدولي العام ، 2004، 461 صفحة، غلاف معد بالألوان ، 24 سم.
- مركز البحوث والدراسات والتوثيق والإعلام حول المرأة، مجلة الأحوال الشخصية (1956 – 2006) : أصالة وحداثة ، تونس ، 2006، 280 صفحة ،24 سم.
- رضا خماخم "مجلة حماية الطفل آداة للبيداغوجيا الجماعية"، تونس 1997 ، 157 صفحة،

  ISBN :9973 –17 –767-3
- مرصد الإعلام والتكوين والتوثيق و الدراسات حول حماية حقوق الطفل، "حقوق الطفل في مجلة الأحوال الشخصية"، 2007 ، (تحت الطبع)

- Quentel, Jean – Claude, L'enfant : problème de genèse d'histoire Jean – Claude Quentel . – Bruxelles : De boeck, 1997. – 326 p ; 24 cm . – (Raisonnances),
  ISBN : 2 – 8040 2626 – 9
- Rygaard , Neels Peter, L'enfant abandonné : guide de traitement des troubles de l'attachement / Neels Peter Rygaard ; Pref . Françoise Remy Hallet. – Bruxelles : De boeck , 2005 . –225 p . : com – ill en coul ; 23 cm . – (comprendre),
  ISBN : 2 – 8041 – 4885 – 8

- ALFOLID , Francis Evaluer en protection de l'enfance : théorie et méthode , Francis Alfolid . – paris : Dunod , 2005 . –243 p . ; 24 cm . – (protection de l'enfance) , ISBN : 210 48 4370
- Mechri, Farouk « L'enfant objet et sujet d'affection : Approche juridique et juristique des rapports parents » – enfants en droit tunisien et en droit comparé – Farouk Mechri. –Tunis : centre de publications universitaires, 2002. – 274 p ; 25 cm.
- J. Ceci, Stephan,L'enfant – témoin : une analyse scientifique des témoignages d'enfants / Stephan J.Ceci ; Maggie Boruck, Bruxelles : De boeck / 1998. – 417 p : couv. ill en coul ; 24 cm. – (oxalis). ISBN : 2 – 7445 0037 – 2
- Bon marige, Joseph, « L'enfant entre maltraitance et protection » / Joseph Bonarige ; Jacques Marquet . – Louvain – La Neuve : Bruylant, 2001. – 193 p : cou – ill en coul ; 24 cm. – (collection des cahiers d'études de la famille et de la sexualité). ISBN : 2 – 87209 – 626 – 4
- Gareil, Laurence, L'exercice de l'autorité parentale / laurence Gareil ; L'aurent Leveneur . – Paris : librairie générale de droit et de Jurisprudence, 2004. – 604 p ; 24 cm. – (Bibliothèque de droit privé, 413). ISBN : 2 – 2750 2473 - 5
- Youf, Dominique, Penser les droits de l'enfant / Dominique Youf. –Paris : PUF, 2002. – 184 p : couv. ill en coul ; 22 cm . – (Questions d'éthique). – ISBN : 2. 13 050 317. 9
- Eugeen Verhellen, La convention relative aux droits de l'enfant contexte, Motifs, Stratégies – Grandes lignesEd Garant – Louvain 1999, 216 biz – 24 cm, ISBN : 90 – 5350 – 877 – 5
- Guillemette Meunier, L'application de la convention des Nations Unies relative aux droits internes des Etats parties coll : Logiques juridiques, ed l'Harmattan, ISBN : 2–7475–2793 – 5

2/ دراسات و رسائل ختم دروس

- وزارة شؤون المرأة والأسرة والطفولة والمسنين ، مرصد الإعلام والتكوين والتوثيق والدراسات حول حماية حقوق الطفل ، دراسة حول "مجلة حماية الطفل بين التمثلات الاجتماعية ومجالات الممارسة"، التقرير النهائي جوان 2007
- نرجس حمزة، إسقاط الحضانة، مذكّرة مرحلة ثالثة بكليّة العلوم القانونيّة والسياسية والاقتصادية بتونس.

- Farouk MECHRI, La signification juridique du sentiment d'affection dans le droit des rapports familiaux, Thèse pour le Doctorat d'Etat, Paris 1978
- Monia Ben Jemaa,le jeu de l'ordre public dans ces relations internationales privées de famille,thèse pour le doctorat d'état en droit ;faculté des sciences juridiques et sociales de Tunis, Tunis II,1997 p126.

3/ منشورات خاصة

- وزارة شؤون المرأة والأسرة والطفولة والمسنين، فعاليات الندوة الدولية حول الحداثة والتنمية وحقوق الإنسان، أي تفاعل مع مجلة الأحوال الشخصية في تونس، وزارة شؤون المرأة والأسرة والطفولة والمسنين، 12-2006/12/13، تونس ،271 ص، غلاف معد بالألوان ، 24 سم.
- التقرير السنوي للمعهد الوطني لرعاية الطفولة لسنة 2005
- التقرير السنوي للمعهد الوطني لرعاية الطفولة لسنة 2006
- Zermatten Jean, Droits de l'enfant Réalité d'aujourd'hui défi de l'enfance, une année demain, in colloque international « Le code de protection de l'enfant, 10 ans après », Institut supérieur de magistrature, Tunis 7-8 Janvier 1956.
- Manuel d'application de la convention relative aux droits de l'enfant, ed UNICEF, juillet 1999 , ISBN 92-806-3480-1

4/ المجلات

- عثمان بن فضل، محكمة التعقيب : قرار مدني بتاريخ 23 مارس 1993. المجلة القانونية التونسية، ع 6، 1997
- محمد الحبيب الشريف ، مداخلة حول "طرق التنفيذ في مسائل الأحوال الشخصية"، مجلة القضاء والتشريع، ديسمبر 2000
- طارق الحناشي، "التبني الدولي" ، مجلة القضاء والتشريع ، جوان 1998
- علي الشورابي، "الحماية القانونية لمصالح الطفل"، مجلة القضاء والتشريع عدد 1، 1999
- سعيد غيوش، "نفقة الأبناء"، مذكّرة في القانون الخاص، تونس 1980، انظر: باب "أطروحات ورسائل"، المجلّة القانونيّة التونسيّة، 1980.

- ساسي بن حليمة، "هل يمكن إسناد الحضانة لأحد الزوجين أو لغيرهما حال قيام الزوجية ودون وجود قضية في الطلاق"، م.ق.ت 1992

- Thérry Garé, L'enquête sociale dans la désunion des parents, Aspects juridiques R.T.D. CIV
- Alain Finkielkrant , « La nouvelle statut de Pavel Morozou », in « Droit de l'enfance et de la famille », n°spécial : « La convention inter des droits de l'enfant » centre de formation et d'étude de la protection judicaire de la jeunesse,. Vancresson, n° 29/1990/1, France
- Ajmi Bel Haj Hammouda, « A la recherche d'une autre famille: La famille nourricière » (cas de droit tunisien), RTD, 1996.

5/ مواقع إلكترونية

http://www.unhcr/fr/egi/texis

http://www//papa-maman-et-moi-pour-lavie.com/aliénation-prentale#maltraitance

http://www.childsrights.org

6/ المراجـــع القانونيـــة

المراجع الدوليـــة :

- "الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل" الجمعية العامة للأمم المتحدة، 1989
- "الاتفاقية الدولية لرفع جميع أنواع التمييز ضدّ المرأة"، منظمة الأمم المتحدة، 1979
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، منظّمة الأمم المتحدة، 1948
- العهدان الدّوليان للحقوق المدنيّة و السياسيّة، منظمة الأمم المتحدة 1966
- الإعلان عدد 4185 بتاريخ 3 ديسمبر 1986 حول المبادئ الاجتماعية و القانونيّة المتعلقة بحماية الأطفال و رفاههم، 1986
- الإتفاقية الأوروبية حول الوضعيّة القانونيّة للأطفال (المولودين خارج إطار الزواج، منظمة الأمم المتحدّة، مصادق عليها في 1975/10/15
- الملاحظات النهائيّة للجنة حقوق الطّفل، تونس،2002
- الملاحظات النهائيّة للجنة الدّولية

المراجع الوطنيّة :

1/ القوانيـــن

- القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في غرة أوت 1957
- القانون عدد 92 لسنة 1995 مؤرخ في 9 نوفمبر 1995 يتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل
- القانون عدد 81 لسنة 1985 المؤرخ في 11 أوت 1985 والمنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 59 في 16-20 أوت 1985 ص 1035
- القانون عدد 92 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995 والمتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل، والمنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر في 10 نوفمبر 1995 ص 2005

2/ الأوامر و المناشير

- الأمر عدد 1865/ 91 المؤرخ في 10 ديسمبر 1991
- منشور وزير الصحة العمومية عدد 70 -2004 مؤرخ في 09سبتمبر 2004 حول علاج الأطفال المولودين خارج إطار الزواج بالهياكل الصحية التابعة لوزارة الصحة العمومية
- الرائد الرسمي للجمهورية التونسية مداولات مجلس النواب، عدد 2، جلسة يوم الثلاثاء 20 أكتوبر 1998 ص 85

3/ القرارات

- قرار تعقيبي مدني عـــ3475ـــدد مؤرخ في 24 نوفمبر 1964 ن.م.ت 1964 ص 56 والقرار الإستئنافي المدني (تونس) عـــ5822ـــدد المؤرخ في 30 نوفمبر 1965 ق.ت 1966/10 ص 73.
- قرار تعقيبي مدني عدد 4812 مؤرخ في 14 فيفري 1967-ن 1967 ق م،ص 55-ق-ت عدد 19679 ص 52
- قرار تعقيبي مدني عدد 7019 مؤرخ في 24 مارس 1970 – ن 1970 ، ق.م، ص 57 ق.ت 1970/8 ص 73
- قرار تعقيبي مدني عدد 4812 مؤرخ في 24 أوت 1966 – ن 1966. ق.م ، ص 31 ق.ت 1966 ص 27 RTD 1968,111, obs : DELAGRANG
- قرارا تعقيبي مدني عدد 1507 مؤرخ في 6 نوفمبر 1962 – ن 1962، ق.م ، ص 57.
- قرار تعقيبي مدني عدد 36815 بتاريخ 8 مارس 1993، ن 1993، ق.م،ص 294).

- قرار تعقيبي مدني عدد 5431 مؤرخ في 26 جوان 1967 ن 1967، ق م ، ص 49- ت- 3 / 1968، ص 51
- قرار تعقيبي مدني عدد 20431 بتاريخ 2 فيفري 1989 – ق – ت 1991/7،ص 94
- قرار تعقيبي مدني عدد 25913 بتاريخ 8 ماي 1990 –ن 1990، ف م، ص 259
- قرار تعقيبي مدني عدد 5449 مؤرخ في 31 مارس 1981 –ن.ق.م.ج 1، -1981
- قرار تعقيبي مدني عدد 6648 مؤرخ في 13 ماي 1969 – ن 1969، ق.م.ص 55 – ق.ت عدد 2 لسنة 1970 ص 31
- قرار تعقيبي مدني عدد 7019 مؤرخ في 24 مارس 1970 – ن1970، ق.م.ج، ص 207)".
- قرار تعقيبي مدني عدد 6522 مؤرخ في 19 نوفمبر 1981 ق.م.ج 3 ص 259
- قرار تعقيبي مدني عدد 6694 مؤرخ في 20 أفريل 1982-ن 1982،ق.م.ج2، ص 207
- قرار تعقيبي مدني عدد 3092 مؤرخ في 26 أكتوبر 1964 –ن1964 ،ق.م ،ص 43
- قرار تعقيبي مدني عدد 3092مؤرخ في 26 أكتوبر 1964- ن 1964،ق,م.ص43
- قرار تعقيبي مدني عدد 6707 مؤرخ في 15 جويلية 1969 –ن 1969،ق.م،ص88-ق-ت 4/ً1970 44
- قرار تعقيبي مدني عدد 3475 مؤرّخ في 24 نوفمبر 1964، ن 1964، ق.م، ص 56.
- قرار تعقيبي مدني عدد 606 مؤرخ في 1 فيفري 1961-ق.ت/1961،ص38
- قرار تعقيبي مدني عدد 6707مؤرخ في 15 جويلية 1969،ن1969،ق.م,ص88-قت1970/4
- قرار تعقيبي مدني عدد 7823 مؤرخ في 15 سبتمبر 1971، ق.ت 1/ 1972، ص 64- .RTD 1973. 162 Note : Lucie Privost
- محكمة التعقيب ، قرار مدني عدد 295 بتاريخ 23 مارس 1993
- قرار استئنافي مدني – تونس- عدد 16980 مؤرخ في 29 ماي 1958 – ق- ت/19596 ص 54)
- قرار استئنافي مدني عدد 59881 مؤرخ في 6 جويلية 1967 –ق.ت عدد 4و /1968 , ص54
- حكم استئنافي مدني عدد 62229 صادر عن محكمة الاستئناف بتونس مؤرخ في 22 أكتوبر 1970، قضاء وتشريع عدد 6 لسنة 1971 ص 85.

- حكم ابتدائي – مدني – تونس 1958 1967 – 1966 RTD
- (حكم مدني – ناحية تونس- عدد 2272 مؤرخ في 26 ديسمبر 1974 – منشور بالفرنسية .2. 1975 RTD 117 : M . k . MEZIOIS
- قرار قاضي الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتونس القضية عدد 1268 جلسة يوم 25 ماي 2005 (قرار غير منشور)
- قرار قاضي الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتونس، القضيّة عدد 1268 جلسة يوم 25 ماي 2005 (قرار غير منشور)