القانون الخاصّ للأسرة

سنة أولى ماجستير قانون خاصّ

كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس المنار

الأستاذة المحاضرة: سهيمة بن عاشور

المراجع العامّة:

محمّد اللّجمي، 2008، قانون الأسرة.

ساسي بن حليمة، قانون العائلة.

تعليق على م.أ.ش، فاطمة الزهراء بن محمود وسامية دولة، قراءة في فقه القضاء، 2015.

سهيمة بن عاشور ورشيدة الجلاصي، ستينيّة م.أ.ش، مركز النشر الجامعي 2019

المحاور:

1. **العلاقة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلاميّة.**
2. **تغيير الجنس.**
3. **الطّلاق في القانون التونسي.**
4. **سكنى الحاضنة.**
5. **التطوّر العلمي والبنوّة.**
6. **ولاية الأم في القانون التونسي والقانون المقارن.**
7. **الأسرة البديلة: التبنّي والكفالة، في القانون التونسي والمقارن.**

المحور الأوّل: العلاقة بين القانون الوضعيّة والشريعة الاسلاميّة:

مجلّة الأحوال الشّخصية كانت حلّ وسط بين الرجوع للشريعة الإسلامية والتخلّي عن بعض أحكامها.

المواريث، المهر، العدّة، إثبات النّسب، الولاية والكفالة فيهم إخلاص للشريعة الإسلاميّة.

الطّلاق، الغاء تعدد الزوجات، التطليق ثلاثا والتّبنيّ فيهم مخالفة لأحكام الشريعة الاسلاميّة.

لم تحسم إلى اليوم جدليّة الشّريعة / القانون الوضعي. فمجلة الأحوال الشخصية لا تشير البتة إلى وجوب الرجوع للشريعة الإسلامية في صورة وجود ثغرة في النصّ وذلك على عكس ما هو وارد في بعض التشريعات العربية (الفصل 444 من المدونة المغربية يوجب الرجوع للفقه المالكي في صورة غموض النصّ أو غيابه).

وفي خصوص بعض المسائل الجدليّة نذكر:

- **زواج المسلمة بغير مسلم (5 م.أ.ش)**
- **اختلاف الدين كمانع من موانع الإرث (88 م.أ.ش)**
- **تغيير الجنس**
- **التبنّي والرّجوع فيه.**

وفي هذا الإطار يمكن تقسيم فقه القضاء إلى 3 مراحل أساسيّة:

مرحلة التمسّك بالمرجعية التقليدية / مرحلة التردد بين التقليدي والحداثي / النّزعة الحداثية، هل هي مرحلة الاستقرار؟

1. المرجعيّة التقليديّة:

كانت هذه المرجعية طاغية في فترة من بداية الستينات إلى بداية التسعينات.

أ) تأويل المفاهيم الغامضة:

الفصل 5 م.أ.ش نصّ أنّ على الزوجين أن يكونا خلوا من 'الموانع الشّرعيّة'. هذا الفصل أثار اختلافا فقهيّا واسعا. علي المزغني اعتبر عبارة الموانع الشرعية تحيل على الفصول 14 وما بعده. الهادي كرّو اعتبر أنّ عبارة شرعيّة دلالتها الرجوع إلى موانع الزواج الموجودة في الشريعة الاسلاميّة.

قرار حوريّة المؤرّخ في 31 جانفي كان في هذا الاتّجاه.

هذا التوجّه يتدعّم بمجموعة من المناشير:

- **منشور وزير الدّاخليّة الصّادر في 1962/03/17: يتّجه لضباط الحالة المدنية وعدول الاشهاد. هذا المنشور يرتكز على الفصل 5 م.أ.ش ويمنع على ضباط الحالة المدنية وعدول**

الاشهاد إبرام زواج المسلمة بغير مسلم إلّا إذا اعتنق الإسلام. (هذا الشّرط طرح جدلا حول الوسيلة المعتمدة لإثبات اعتناق الإسلام).

- **منشور وزير العدل الصّادر في 1973/11/05 يتّجه للقضاة ويمنع إبرام زواج المسلمة بغير مسلم. يستند لعدة حجج من بينها أنّ المشرّع في 5 م.أ.ش منع ضمنيا هذا الزواج بالإشارة إلى الموانع الشرعية وذلك بهدف الحفاظ على الهوية الإسلامية للأسرة التونسية ويضيف أنّ الزواج المبرم مع غير المسلمين ينافي السياسة التشريعية التونسيّة.**
- **منشور الوزارة الأولى الصادر في 1988/05/14: رجع لمنشور 1973 وأكّد أنّ الشّهادة التي يدلي بها مفتي الجمهورية هي وسيلة الاثبات الوحيدة لاعتناق الديانة الإسلامية. ثمّ إنّ هذا الزواج لا يمكن إبرامه إلا بعد الإدلاء بشهادة المفتي. يشير هذا المنشور أيضا لمناشير أخرى غير معروفة من بينها منشور 21 أوت 1974 ومنشور 30 مارس 1987.**

ب) سدّ الثّغرات:

رجع فقه القضاء للمرجعية التقليدية لسدّ بعض الثغرات.

من بين هذه الثغرات، نجد تغيير الجنس في سجلات الحالة المدنيّة.

مسألة تغيير الجنس تصنّف لنوعين: نوع على أساس *جسدي* ونوع على أساس *نفسي*.

نجد قرار سامي-سامية الذي رفض مطلب تغيير الجنس ونجد حكم ابتدائي معروف بحكم لينا-ريّان الذي قبل مطلب تغيير الجنس.

فقه القضاء يقبل عادة بتغيير الجنس لأسباب جسديّة بينما موقفه متقلّب فيما يتعلق بتغيير الجنس لأسباب نفسيّة (في حكم لينا-ريّان المحكمة قبلت).

قانون الحالة المدنية ومجلة الأحوال الشخصية لم يتطرّقا للمسألة. فقه القضاء اجتهد.

- **في مرحلة أولى، رفضت المحاكم تغيير الجنس (محكمة استئناف تونس في قرار سامي سامية الصادر في 1993/12/22: ولد ذكر وسجّل سامي ولمّا بلغ سنّ الرشد غيّر جنسه بعملية جراحية فاعتبرت المحكمة أن تغيير الجنس هنا راجع لخلل نفسي، رغم أنّ الوقائع تبرز أنّ تغيير الجنس كان راجعا لخلل جسديّ فيزيولوجي ونفسي في آن واحد. فأسست رفضها على مرجعية تقليدية إسلامية واعتمدت على الفصل الأول من الدستور وعلى أحاديث نبويّة.**

2. التّردّد بين التقليدي والحداثي:

مثال على النزعة التقليدية:

- **قرار Louise-Charlotte الصادر عن محكمة التعقيب في 13 فيفري 1983 أقرّ بأنّ إدلاء المعنية بالأمر الشهادة بعد وفاة زوجها الغير مسلم لا يجعل منها مسلمة ولا يدخلها في قائمة الورثة.**

بعض القرارات الأخرى بقيت في نفس النزعة المحافظة لكنها أبدت بوادر انفتاح على مستوى وسائل الاثبات:

- **قرار تعقيبي مدني في 2001/01/02 تفيد وقائع القضية زواج تونسية من ألماني ووفاة الزوجة في جانفي 1999 وقيام دعوى أمام المحكمة التونسية من طرف الأم والإخوة لاستبعاد زوجها الألماني من قائمة الورثة. الزوج لم يتحصل على شهادة المفتي في تونس لكنه أدلى بشهادة سلّمت له من المركز الثقافي الإسلامي ببرلين في 1988. اعتبر قضاة الأصل أنّ هذه الشهادة التي تحصل عليها هي قرينة يمكن دعمها بقرائن أخرى من بينها شهادة الشهود. وقبلت محكمة التعقيب مجموعة القرائن واعتبرتها كافية لإثبات الديانة الإسلاميّة.**
- **قرار Janine-Stanbouli في 11 جويلية 2001 الصادر عن محكمة استئناف تونس أقرّ بأنّ اعتناق الديانة الإسلامية هو واقعة يمكن اثباتها من خلال عدة قرائن متظافرة منها أنّ المدعى عليها في قضية الحال اتبعت دروس في التربية الإسلامية مستعملة إسم 'أمينة' ولها الجنسية التونسية وعرفت بإعانتها للمحتاجين والفقراء.**
- **قرار Rosaria-Kalthoum في 14 جويلية 1993 عن محكمة استئناف تونس اعتمدت فيه المحكمة على مجموعة من القرائن لإثبات واقعة اعتناق الديانة الإسلامية من بينها أن المدعى عليها تحمل إسم من أسماء بنات الرسول 'كلثوم' وأنّه بالرجوع لشهادة العديد ممن عرفوها فهي تقوم بالصلوات الخمس وتصوم كامل شهر رمضان وتحترم العادات والتقاليد الإسلامية منها إعداد عصيدة المولد وعادات عيد الأضحى.**
  فإلى جانب اعتماد وسائل إثبات أخرى إضافة إلى شهادة المفتي أبرز فقه القضاء تغيرا على مستوى اعتماد زمن اعتناق الديانة الإسلامية وبالتالي تم قبول شهادة المفتي المتحصل عليها بعد وفاة المورّث فكلثوم تحصلت على شهادة المفتي بعد شهرين من وفاة زوجها.

3. النّزعة الحداثية، هل هي مرحلة الاستقرار؟

أ) المرحلة الأولى: تردّد قضاة الأصل:

تردد قضاة الأصل بصورة متوازية وتطورت لديهم نزعتان:

أوّلا: نزعة حداثية اعتمدت على الدستور، الاتفاقيات الدولية:

حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس صادر في جوان 1999 تعلق بزواج تونسية ببلجيكي اعتبرت فيه المحكمة الابتدائية أن الزواج صحيح + حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس في 18 ماي 2000 تعلق بزواج أجنبية توفّي زوجها.

=> في هذين الحكمين هناك اعتماد على:

- **م.إ.ع وتحديدا على قواعد التأويل من خلال:**
  - **الفصل 532 م.إ.ع (النص القانوني لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته حسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون)**
  - **والفصل 540 م.إ.ع (التّأويل الضّيق للقواعد الاستثنائيّة).**

نلاحظ أيضا اعتماد محاكم الأصل على الحقوق الأساسية المضمنة بـ :

- **دستور 1959:**
  - **الفصل 5 منه: ضمان الحريات الأساسية وحقوق الإنسان.**
  - **الفصل 6 منه: المساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات.**
- **المعاهدات الدوليّة:**
  - **اتفاقية نيويورك في 1969 المتعلقة بالرضا في الزواج وتحديد السنّ الدنيا والتي جاء في توطئتها أنّه يتعيّن على الدول المتفقة أن تتخذ كل التدابير المفيدة قصد تحطيم العادات القديمة لتحقيق الحرية الكاملة في اختيار القرين.**
  - **اتفاقية سيداو 1970 المتعلقة بمنع كلّ أشكال التمييز ضد المرأة (الفصل 16).**
  - **الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في 1948 (هو نصّ لا ينتمي للقانون الوضعي ولا يعدّ معاهدة دوليّة) هذا الإعلان يضع مبدأ عدم التمييز بين الجنسين في حرية اختيار القرين.**

<u>ثانيا: نزعة نادرة بقيت في إطار المرجعية التقليدية متبنّية قراءة جديدة في الأحاديث النبوية التي اعتمدت عليها:</u>

- **حكم صادر عن محكمة الناحية في 2009/08/05 تعلق بزوج تونسي توفي في 1995 ولم يتم ذكر الزوجة الإيطالية في حجة الوفاة فتقدمت هذه الأخيرة بدعوى في تغيير حجة الوفاة وقبلتها المحكمة معتبرة أنّ هذه الزوجة كتابية وأنها ترث زوجها المسلم بالرجوع للحديث 'لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر'**
- **حكم صادر عن محكمة الاستئناف بنابل في 2009/12/24 'Anne Gérard' اعتمدت فيه المحكمة على جملة من الحجج:**

- **الشريعة كمصدر أساسي للتشريع في قراءة للفصل الأول من الدستور.**
- **لا يمكن الرجوع لاتفاقية نيويورك التي اعتمد عليها قضاة الأصل لأنّ الاتفاقية تتعلق بالزواج لا بالميراث.**
- **يجب التمييز بين الأحاديث النبوية وبالرجوع إلى صحيح البخاري فإنّ الحديث القائل 'لا توارث بين ملتين' يعتبر حسب علماء الحديث بالحديث الغريب وأنّ المنع لا يهمّ إلاّ من كان كافرا.**

وكنتيجة لذلك قبلت المحكمة ميراث الزوجة.

ب) المرحلة الثانية: تردد محكمة التعقيب:

لو عدنا للفترة الفاصلة بين 2004 و2009 يمكن أن نجد على الأقل 5 قرارات تعلّقت بمسألة تأويل الفصل 88 م.أ.ش تراوحت بين الرّفض والقبول وهي الآتية:

- **قرار في 20 ديسمبر 2004 قبلت فيه المحكمة ميراث غير المسلمة واعتبرت أنّ الاختلاف في الدين ليس من موانع الإرث اعتمادا على قواعد التأويل وبالرجوع للحقوق الأساسية في الدستور والمعاهدات الدولية.**
- **قرار في 08 جوان 2006 تعلق بزوجة غير مسلمة أراد ورثة زوجها إبعادها عن الميراث وقبلت محكمة التعقيب الدعوى واعتبرت أن الاختلاف في الدين هو مانع من موانع الإرث.**

- **قرار عرف بقرار صوفيّة تعلّق بوارثة تونسية لأب تونسي وأمّ ألمانية ترعرعت في أمانيا اعتبرت فيه المحكمة أنّ الاختلاف في الدين ليس مانعا من موانع الإرث.**
- **قرار في 16 جانفي 2007 Georges Jabeur اعتبرت فيه المحكمة أن اختلاف الدين من موانع الإرث.**
- **قرار ثريّا في 05 فيفري 2009 اعتبرت فيه المحكمة أنّ اختلاف الدين ليس من موانع الإرث وأنّ الفصل 88 فصل واضح تتوجه قراءته السليمة إلى مقاربته مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني التونسي من خلال المواثيق الدولية والدستور وحتى بعض الفصول الموجودة في القوانين العادية كالفصل 4 م.إ.ع الذي لا يعتد باختلاف الدين في التعاقد والفصل 174 م.أ.ش الذي لا يعتد باختلاف الدين في الوصيّة. مشيرة إلى أنّ عبارة من التبعيضية في الفصل 88 تحيلنا على موانع الإرث الأخرى الموجودة في م.أ.ش والمتمثلة في الحجب وانقطاع الولد من نسب أبيه.**

ت) المرحلة الثالثة: ...

...

- **قرار تعقيبي مدني في 2014/10/28 تعلق بزوجة إيطالية توفي عنها زوجها ولا وجود لورثة له فشاب نزاع بين المكلّف العام لنزاعات الدّولة وهذه الأرملة. محكمة التعقيب قبلت بميراث الزوجة مؤسسة قرارها على المستندات المذكورة (الدستور والاتفاقيات الدولية) وبالتالي تم قبول ملف الزوجة واستبعاد ملفّ صندوق الدّولة.**
- **المنشور الصّادر عن رئيس الحكومة في 08 سبتمبر 2017 والقاضي بإلغاء التعليمات الكتابية التي سبق أن أصدرها الوزير الأول في 19 أكتوبر 1973 تحت عدد 606.**

...

المحور الثّاني: تغيير الجنس

المراجع[1]

الجنس هو عنصر: جسدي – بيولوجي / نفسي – الإحساس بالانتماء لجنس معيّن / اجتماعي.

قد يحصل خلل داخل أحد هذه المعايير أو بين المعايير الثلاث.

- **اختلاط الجنس intersexualité (خلل في المعيار الجسدي).**
- **اضطراب الهويّة الجندريّة transsexualité انفصال في الشخصية بين المعطيات الجسدية والنّفسيّة.**
- **Hermaphrodisme**

قانونا، الجنس عنصر من عناصر الهويّة في رسم الولادة وله آثار قانونية هامّة (إرث، زوجيّة، حقوق وواجبات). يقع التنصيص عليه طبق الفصل 26 ق.ح.م في رسم الولادة.

هناك رأي يقرّ بأنّ التغيير ممكن في صورتين:

- **صورة الفصل 13 ق.ح.م المتعلّق بالطّعن بالزّور.**
- **صورة التغيير لإصلاح الغلط المادّي بحكم طبق 63 ق.ح.م عن طريق رئيس المحكمة الابتدائية بمنطقة تحرير الرّسم.**

لا يمكن تأسيس دعوى تغيير الجنس على الفصلين 13 أو 63 من ق.ح.م.

الصّورة 1: تغيير الجنس لأسباب بيولوجيّة Intersexualité:

إذا كان الاضطراب راجعا لأسباب جسدية أو بيولوجية، غدية أو جينية، أي غير راجعة لإرادة الشخص، فإنّ المحاكم عموما تقبل بالتغيير:

- **المحكمة الابتدائية ببن عروس في 1990/03/28: مولود كان يشكو من اضطراب المظهر الخارجي على مستوى الجنس، تمّ تسجيله كذكر اسمه أمير، ثم وببلوغ سنّ المراهقة ظهرت عليه ملامح الانتماء للإناث بصفة طبيعية Mutation spontanée فعينت المحكمة خبير وأقرّت تغيير الجنس في رسم الحالة المدنية.**
- **المحكمة الابتدائية بقفصة في 2007/02/12: مولودة سجلت سكينة لكن انتماءها لأحد الجنسين لم يكن واضحا. بعد عدد من الاختبارات الطبية، اتضح أنّ المولود ينتمي لجنس**

---

[1] **تعليق رشيدة الجلاصي على قرار محكمة الاستئناف في 1993/12/22 بالمجلة القانونية التونسيّة.**
تعليق على قرار 2005/12/15 في المؤلف الجماعي، اجتهادات قضائيّة 2017.
حكم لينا-ريّان في 2018/07/09.
تعليق على حكم لينا ريّان
Le juge tunisien reconnait la dysphorie de genre
تغيير الجنس في القانون التّونسي، مذكّرة، تقوى ماني (منير العياري)، كلية حقوق سوسة، رقم التصنيف | MD 6992 : رمز شريطي00360000125143 :

الذكور وتم إجراء عملية جراحية. فقبلت المحكمة تغيير الجنس وأكدت أنّه لم يكن راجعا لإرادة المعنيّ بالأمر.

الصّورة 2: تغيير الجنس لأسباب نفسيّة Transsexualité:

يبرز الشخص في هذه الصورة رغبة واضطرابا منذ الطفولة. ويمكن أن نذكر:

- **قرار سامي سامية الصادر عن محكمة استئناف تونس أين تعلقت حيثيات القضية بشخص سمّي سامي وكان يشكو من اختلاط جسدي راجع لأسباب طبية ثم عندما بلغ سن الرشد قام بعملية جراحية في اسبانيا لتغيير الجنس وتحوّل بهذا التدخل إلى جنس الإناث، ثم تحصل على وثائق تثبت تغيير الجنس (وثائق طبيّة وقانونية) وطلب من المحاكم التونسية تغيير الجنس في الحالة المدنية لكنّ المحاكم التونسية رفضت ذلك.**
- **قرار تعقيبي مدني 'منية' في 2005/12/15 (تعليق تقوى همامي) شخص ولد كأنثى (منية) ثمّ ظهرت عليها ملامح ذكوريّة فقامت بعملية جراحية لتغيير الجنس وطلبت إصلاح الحالة المدنيّة. فرفضت محكمة التعقيب ذلك متحججة باستقرار رسوم الحالة المدنيّة.**
- **حكم المحكمة الابتدائيّة بتونس 'لينا-ريّان' الصّادر في 2018/07/09:**

تفيد وقائع القضية أنّ شخصا ولد كأنثى ورسّمت تحت اسم لينا، تشكو من اضطراب وعدم تناسق بين الجنس الجسدي والجنس النفسي، فسافرت لألمانيا أين خضعت لعمليتين جراحيتين لتغيير الجنس فحصلت على حكمين من ألمانيا، الأوّل يتعلق بتغيير الجنس من لينا إلى ريّان، والثاني يتعلق بتغيير الدنس في 2009، وسنة 2017، تقدم بدعوى للمحكمة الابتدائية بتونس لتغيير الجنس والاسم، فعين القاضي مجموعة من الخبراء النفسيين والخبراء في الطب الشرعي، ثم قررت قبول الدعوى. هذا الحكم يعتبر مجدّدا ومؤسسا ومغيرا للحلول.

1. **التّجديد على مستوى الأسس: ازدواجيّة المرجعيّات:**

اعتمدت المحكمة على نوعين من المرجعيّات، مرجعية تقليدية هي الفقه الإسلامي كمصدر مادّي للقانون التونسي ومرجعية حداثية تعتمد على منظومة الحقوق الأساسيّة.

أ) الاعتماد على المرجعية الحداثية: الحقوق الأساسيّة:

مبدأ حماية الحياة الخاصّة وذلك من خلال:

- **الفصل 17 من عهد الحقوق السياسية والمدنيّة الصادر في 1966/12/16.**
- **الفصل 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان الصادرة في 1950/11/04 الذي يقرّ بأنّ لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة والعائلية وحرمة منزله ومراسلاته.**
- **قرار صادر عن المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان في 1992/03/25 أدان وألزم الدول بتغيير تشريعاتها على أساس الفصل 8 المذكور. (هذه المحكمة جهاز يتعلق بالنظر في مسائل حقوق الانسان في الدول المنتمية للمجلس الأوروبي).**
- **الفصل 20 من الدستور الذي يحمي الحياة الخاصّة.**

على مستوى الشّكل، ننقد ترتيب المحكمة للمصادر، هي بدأت بالقانون المقارن.

على مستوى الأصل، لو رجعنا إلى فقه القضاء، يمكننا اعتبار عدم التطابق بين الانتماء الجنسي الظاهر والمسجّل في الوثائق الرّسميّة اللازمة لكلّ العمليّات القانونية فيه مسّ من الحياة الخاصّة لأنّه قد يجبر الشّخص على التفسير وقد يمنعه من مباشرة بعض حقوقه، فلكلّ شخص الحقّ في التمتع بهويّته بصفة عاديّة.

ب) الاعتماد على المرجعية التقليدية: الفقه الإسلامي:

قاعدة فقهيّة 'الضّرورات تبيح المحظورات'.

ثمّ استندت المحكمة لحكم سابق استند لنفس القاعدة وهو قرار سامي سامية رغم الاختلاف الذي يكمن في اعتماد حكم موضوع التعليق على هذه القاعدة الفقهية دون غيرها بينما قرار سامي سامية عاد إلى القرآن وبعض الأحاديث النبويّة (لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء...) والآية (الله يعلم ما تحمل كلّ أنثى وما تبيض كلّ الأرحام...) لتعتبر أنّ لا وجود لضرورة، أمّا حكم لينا-ريّان فقد اعتبر أنّ حالة المدعية النفسية حالة ضرورة تسمح بتجاوز المنع. وقد أطنبت المحكمة في تحليل الحالة النفسية وفي اضطراب الهوية الجنسية معتمدة على الاختبار الطبي إذ يكون هذا المرض في شكل انعكاس لكره الجسد الذي يتنافر مع الهوية الجنسية وينتج عنه رفض للجنس الذي يكون عليه الجسم. وتضيف ' وهذا ما يسمى بالخطوط الجندريّة وهذه الخطوط هي المسؤولة عن الشعور بالجنس. وحيث كان يعتبر تصنيف هذا الاضطراب مرض فهو لم يعد كذلك.

2. <u>التّجديد على مستوى الحلول:</u>

<u>أوّلا: محتوى الحلول:</u>

في حكم لينا-ريّان قبلت المحكمة مسألة تغيير الجنس وقبل لأوّل مرّة بتغيير الجنس لأسباب نفسيّة بحتة إذ يبدو أنّ القاضي اقتنع بالملفّ الطبّي الذي تقدّمت به الطّالبة وبالاختبار الصّادر عن الخبراء في نفس الحكم.

رجع القاضي كذلك إلى القانون المقارن فذكر القانون الأرجنتيني الّذي يتيح تغيير الجنس بمجرّد التّصريح به ثمّ ذهب إلى القانون الفرنسي وتدخّل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في هذا الشّأن. وفي هذا السّياق يمكن أن نلخّص تطوّر فقه القضاء الفرنسي في 3 مراحل:

- **مرحلة الرّفض: أصدرت محكمة التعقيب الفرنسيّة سلسلة من القرارات[2] رفضت فيها تغيير الجنس الناتج عن إجراء عملية جراحيّة ثمّ أكّدت على نفس الموقف في مناسبات أخرى[3]. فتدخّلت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان واعتبرت في قرار في 1992/03/25 أنّه لا يمكن رفض تغيير الجنس في الحالة المدنيّة بعد إجراء العمليّة الجراحيّة.**
- **مرحلة ثانية غيّر فقه القضاء الفرنسي موقفه وصدرت قرارات من محكمة التعقيب بتاريخ 1992/12/11 وقبلت محكمة التعقيب الفرنسية تغيير الجنس بدفاتر الحالة المدنيّة وذلك إثر إجراء العمليّة الجراحيّة واشترط في ذلك بصورة واضحة 4 شروط:**
  - **إثبات الاضطراب النّفسي في ملفّ طبّي.**

---

[2] قراران صادران في 16 ديسمبر 1976

[3] 4 قرارات بتاريخ 21 ماي 1990 جاء في أحدها ' La transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu ne peut s'analyser'

- وجود علاج لهذا الاضطراب وإجراء عمليّة جراحيّة[4].
- أن يكون المظهر الخارجي واضحا وقريبا من الجنس الآخر.
- أن يكون التّصرّف الاجتماعي للطالب موافقا للجنس الجديد.

المحكمة الابتدائية بتونس في حكم لينا-ريّان الصادر في 09 جويلية 2018 تأثّر بهذه المرحلة في تطوّر فقه القضاء الفرنسي فقد استند القاضي صراحة إلى هذا القرار الصّادر عن محكمة التّعقيب الفرنسيّة.

- مرحلة ثالثة تدخّل فيها المشرّع بمقتضى قانون 18 نوفمبر 2016 بقانون يسمّى تحديث العدالة في القرن الـ 21. وقد سمح هذا القانون بتغيير الجنس دون إجراء العمليّة الجراحيّة وقد فصل المشرّع الفرنسي بين التّدخّل الطبي وتغيير الجنس في دفاتر الحالة المدنيّة.

ثانيا: أبعاد الحلّ:

يثير تغيير الجنس في دفاتر الحالة المدنية عدّة أسئلة إذ ينجرّ عن تغيير الجنس تغيير في الوضعية القانونية للشّخص ويؤدّي قبول الجنس في المحكمة إلى قبول المساس بالحالة المدنية والقبول بتغييرها.

ويختلف الحلّ الذي جاء به حكم لينا ريّان على ما ذهب إليه فقه القضاء في قرارين سابقين (منية + سامي-سامية) اللّذان اعتمدا على استقرار الحالة المدنيّة كمبدأ [5] إذ يمكن نقد هذا الرّأي فهذا المبدأ يبقى نظريّا ويمكن نقده ذلك أنّ الحالة المدنيّة تتغيّر طوال حياة الإنسان حسب الحالات (زواج، طلاق، إثبات نسب، إعتراف بالبنوّة).

لكنّ السّؤال الّذي يطرح نفسه هو هل أنّ تغيير الجنس يرتّب تغيير كلّ عناصر الحالة المدنيّة؟

الإشكال يطرح على مستوى الزّواج فإذا كان الشّخص متزوّجا، ما هو مآل الزّواج؟

المسألة لم تطرح أمام فقه القضاء التّونسي ولكن طرحت أمام القضاء الفرنسي فتراوحت الحلول بين البطلان وسقوط الزواج بينما ذهبت بعض المحاكم إلى إقرار الطّلاق للضّرر.

وما هو مآل النّسب، البنوّة والتّبنّي، العلاقات الماليّة والميراث؟

---

[4] Opération de réassignation sexuelle

[5] Indispensabilité de l'état des personnes

المحور الثّالث: الطّـلاق

المراجع[6]

(الرّجوع إلى الدّرس العام)

الطلاق هو انحلال الرابطة الزوجية بموجب حكم قضائيّ. لغويّا، هو الفراق. وقد كان الطلاق قبل صدور م.أ.ش بيد الزوج يوقعه متى شاء ولم تكن الزوجة تتمتع بحماية ناجعة فكان الزوج يعطيها تعويضا بخسا. وكان بإمكان الزوج الرجوع إلى زوجته المطلقة قبل انقضاء مدّة العدّة وهنا يدعى الطلاق رجعيّا. أمّا إذا وقع الطلاق ثلاث مرّات فيصير غير رجعيّ.

أمّا الزوجة فكان من الصعب عليها الوصول إلى الطلاق بإرادتها. فكان في مقدورها اللجوء إلى الخلع والخلع هو طلب الطلاق من طرف الزوجة مقابل مبلغ مالي تدفعه لزوجها. وكان الزوج في بعض الأحيان يسلّط ضغطا على الزوجة وعائلتها بطلب مبلغ ماليّ مرتفع مقابل قبول الخلع.

كما كان للزوجة في صورة معيّنة أن تلجأ للقاضي لطلب الطلاق للضرر لكن الأمر لم يكن بالهيّن ولم يكن للزوجة من السهل الحصول على الطلاق حتى في صورة ثبوت ضرر.

ومع صدور م.أ.ش في 1956 تغيّرت الوضعية بصفة جذريّة فقد أرست قواعد قانونية تقوم على مبدأ المساواة بين الزوجين وحماية المرأة بصفة خاصّة.

الفقرة الأولى: صور الطّلاق:

1. الطّلاق بالتّراضي أو الطلاق الاتّفاقي:

هو طلاق يؤسّس على فكرة العقد ولا يجوز للزوجين الإفصاح عن سبب الطلاق. هناك جلسة صلحيّة واحدة. ولم يضع المشرّع قيدا أو شرطا للطلاق الرضائي فلم يضع مدة معينة للزواج قبل طلب الطلاق خلافا للقانون الفرنسي. كذلك إذا اتفق الطرفان على الطّلاق بالتراضي وعبّرا عنه أمام القاضي وصرّحا به فلا يمكن الرّجوع في ذلك الطّلاق في الطّور الاستئنافي دون رضا الطّرف الآخر[7]

2. الطّلاق للضّرر:

الضّرر واقعة يمكن إثباتها بكلّ الوسائل ويجب التّمييز بين الضرر المعنوي، الجسدي والمادّي.

مثال: رفض الزوجة المساكنة دون مبرّر شرعي[8] + تعوّد الزّوج التّخلّف عن البيت + الاعتداء بالعنف + الزّنا...

3. الطّلاق برغبة من أحد الزّوجين:

---

[6] أحكام الطّلاق في الشّريعة والقانون الوضعي، مذكّرة، سلوى السلايمي (فاخر بن سالم)، | 00036000013067 : | MD 7459 :
حقّ المرأة في طلب الطلاق، مذكّرة، علي النعماني (عز الدين العرفاوي)، 00360000058022، MD4549

[7] قرار تعقيبي مدني في 12 جانفي 1952

[8] قرار تعقيبي مدني في 28 مارس 1989

يستعمل المشرّع عبارات مختلفة للدّلالة على الإرادة المسبّبة للطلاق من قبل أحد الزّوجين. فهو يستعمل عبارة إنشاء الزّوج ومطالبة الزوجة به. وهنا يبرز تأثير الفقه الإسلامي على م.أ.ش إذ لا يمكن حلّ عقد الزّواج إلا برغبة من الزّوج ولا يمكن لا للقاضي ولا للطرف الآخر أن يعارض طلب الطلاق وهو ما أقرته محكمة التعقيب في العديد من قراراتها بل أنّها استقرّت على ذلك[9].

4. الطّلاق للإخلال بخيار الشّرط:

أساسه الفصل 11 م.أ.ش.

هو اشتراط أحد الزّوجين أو كلاهما شرط متعلّق بالأشخاص أو بالأموال على ألا يكون هذا الشّرط على ألا يكون الشّرط مخلّا بالنّظام العامّ أو ماسّا بالحقوق الأساسية للأفراد.

ويترتب عن الإخلال بخيار الشّرط إمكانيّة المطالبة بالطّلاق ولا يجب أن يكون الشّرط المتّفق عليه مخلاّ بالأخلاق الحميدة وماهية الزّواج (اشتراط المطالبة بالطّلاق، اشتراط ألا تعمل الزّوجة...)

5. الطّلاق لإعسار الزّوج:

هي وضعيّة الزّوج الّذي لا يمكنه الإنفاق على الزّوجة والأبناء فقد جاء بالفصل 39 أنّ الزّوج الّذي ليس له أيّ مورد رزق لا يلزم على الإنفاق ولكنّ الفصل 39 أعطى للقاضي أن يتيح له فترة مدّتها شهرين وإذا عجز عن الإنفاق طلّقت عليه زوجته. وإذا كانت الزوجة عالمة عسره حين إبرام العقد فلا حقّ لها هنا في الطّلاق على هذا الأساس لكن يمكنها تأسيس الطلاق على الفصل 31 م.أ.ش.

6. طلاق الغيبة:

هي صورة الفصل 40 م.أ.ش. 'إذا غاب الزوج عن زوجته ولم يكن له مال ولم يترك لها نفقة ولم يقم أحد بالإنفاق عليها حال غيابه ضرب له الحاكم أجلا مدة شهر عسى أن يظهر ثمّ طلّق عليه زوجته'.

الفقرة الثّانية: إجراءات الطّلاق:

[9] قرار تعقيبي في 07 ديسمبر 1982

أحاط المشرع الطلاق بإجراءات صارمة ضمانا لحقوق الأفراد وتجنبا للتعسف في حلّ الرابطة الزوجية. وتنقسم الإجراءات التي تمّ إقرارها إلى مرحلتين، مرحلة صلحية ومرحلة حكميّة.

1. المرحلة الصّلحيّة:

لا يمكن للقاضي أن يحكم بالطلاق إلا بعد المرور بمرحلة الصلح بين الزوجين. وجاء بالفصل 32 م.أ.ش بعد تنقيح 12 جويلية 1993 ' لا يحكم بالطلاق إلا بعد أن يبذل قاضي الأسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز في ذلك.

أ) إجراءات الجلسة الصلحيّة:

أسند المشرع لقاض مختص وهو قاضي الأسرة مهمة القيام بالمسار الصلحي وقاضي الأسرة يختاره رئيس المحكمة من بين وكلائه طبق الفقرة 1 من الفصل 32 م.أ.ش والوكيل يكون قاض من الدرجة الثانية لا تقل أقدميته في الممارسة القضائية عن 10 سنوات لكنّ المشرّع لم يشترط أن يكون مختصا في الأحوال الشخصية. وجرى العمل القضائي على أنّ القضاة بهذه الرتبة يتولون هذه المهمة بالتداول بينهم وهذا يعني أنّ القاضي الصلحي يمكن أن يكون في الأصل منتميا للدائرة الجزائي مما قد يقلل من فرص نجاحه في المحاولات الصلحية لعدم إلمامه بخصوصية العلاقة الزوجية. وتبعا لذلك وقع تنقيح الأمر المتعلق بضبط الوظائف التي يمارسها القضاة من الصنف العدلي سنة 1996 لتصبح وظيفة قاضي الأسرة خطة مستقلة بذاتها.

ويحاول قاضي الأسرة بصفة عامة تقصي الأسباب الحقيقية للنزاع ومحاولة إثناء المدعي عن طلب الطلاق وتوعية الأطراف بخطورة الطلاق وآثاره.

وجاء بالفقرة الرابعة من الفصل 32 أنّه عند وجود أبناء قصّر فإنّ الجلسة الصلحية تتكرر ثلاث مرات على أن تنعقد الواحدة منها 30 يوما بعدها على الأقل. فقد أوجبت هذه الفقرة على قاضي الأسرة أن يكرر الجلسات الصلحية ثلاث مرات في صورة وجود أبناء قصّر ويرمي هذا الإجراء للحفاظ على الأسرة من التفكّك والانحلال.

ويعقد قاضي الأسرة الجلسة أو الجلسات الصلحية بمكتبه وتكون هذه الجلسة مغلقة بمعنى أنّه لا يحضرها سوى الزوجين والقاضي دون المحامي.

ب) احترام حقوق الدفاع:

تعني حقوق الدفاع وجوبا حضور الطرفين ووجوب استدعائهما في جميع أطور القضيّة.

- الحرص على إبلاغ الاستدعاء للمدعى عليه:

تقع دعوى الطلاق وفق القواعد العامة بموجب عريضة دعوى يتم فيها تحديد الجلسة الصلحية مع احترام كل الشروط والإجراءات العامة.

واحترام حقوق الدفاع يتجسّد خاصّة في الحرص على إبلاغ الاستدعاء للمدعى عليه وذلك تفاديا للنظر في الطلاق دون علم الطرف الآخر وتحقيقا لجدوى المساعي الصلحية. ولهذا الغرض، حرص المشرع على بلوغ الاستدعاء للمدعى عليه شخصيا إذ لا جدوى من عقد الجلسة الصلحية إن لم يحضر أحد الطرفين. فعادة ما يحضر المدعي لكنّ المدعى عليه قد لا يكون على علم ببداية

الإجراءات لذلك جاء بالفقرة 3 من الفصل 32 م.أ.ش ' إذا لم يحضر المدعى عليه ولم يبلغ الاستدعاء لشخصه فإنّ قاضي الأسرة يؤجل النظر في القضية ويستعين بمن يراه لاستدعاء المعني بالأمر شخصيا أو لمعرفة مقره الحقيقي واستدعاءه منه'

ولم يعد دور القاضي يقتصر على التثبت من تبليغ الاستدعاء من الناحية القانونية فقط بل أصبح يتأكّد من تبليغ الاستدعاء كذلك من الناحية الواقعية الفعلية إذا كان المطلوب معلوم المقرّ أو الحرص على معرفة مقرّه إذا كان مجهول المقرّ. ويعتبر هذا الدور استثناء من مبدأ حياد القاضي وذلك نظرا لأهمية حضور الأطراف في إجراء المحاولة الصلحية. لكن في بعض الحالات، يبذل القاضي كلّ الجهود للتوصّل إلى استدعاء المدعى عليه لكنّه لا ينجح في ذلك فيضطرّ إلى الحكم غيابيّا بالطّلاق.

- **تجريم تحيل أحد الزوجين لعدم بلوغ الاستدعاء:**

خلافا للقواعد العامّة، فإنّ التحايل لعدم بلوغ الاستدعاء للطرف الآخر لا يوجب فقط عقابا مدنيا يتمثل في بطلان عريضة الاستدعاء بل يوجب أيضا عقابا جزائيا حسب تنقيح 1993 للفصل 32 المذكور ' إذا تحيّل أحد الزوجين لغاية عدم بلوغ الاستدعاء إلى الطرف الآخر، يعاقب بالسّجن لمدّة سنة'. وتهدف هذه الفقرة إلى ردع من يعمد من الزوجين عند قيامه بقضية في الطلاق إلى الغش من خلال الحيلولة دون استدعاء الطرف الآخر وذلك مثال من يخفي الاستدعاء أو يعطي عنوانا خاطئا. كما يرجع هذا التجريم أيضا إلى خصوصية آجال الطّعن في حكم الطلاق الّذي ينطق من يوم صدور الحكم لا من يوم الإعلام به. لذلك يعتبر تبليغ الاستدعاء الوسيلة الوحيدة للعلم بوجود الدعوى ولممارسة حق الطعن في الحكم في الآجال.

2. المرحلة الحكميّة:

هذه المرحلة هي الّتي تلي المرحلة الصلحية وهي المرحلة التي تصرّح فيها المحكمة الابتدائية بالطلاق ويتخذ القاضي في هذه الفترة الحكمية جميع القرارات المتعلقة بالسكنى والحضانة والنّفقة وحقّ الزيارة والجراية.

ويقع تنفيذ هذه القرارات بالرّغم من وجود طعن بالاستئناف أو بالتعقيب بما يعني أنّ القرارات التي يصدرها القاضي والمتعلقة بهذه المسائل تنفّذ فوريّا بمجرّد صدور الحكم. والجدير بالذّكر أنّ إنابة المحامي غير وجوبية في الطور الابتدائي خلافا للطور الاستئنافي.

الفقرة الثالثة: آثار الطّلاق:

يصبح حكم الطلاق باتا عندما يستنفذ كلّ طرق الطعن ويترتب عن ذلك انفصام الرابطة الزوجية ليصبح الزوجان أجنبيان عن بعضهما البعض.

ويترتب عن حكم الطلاق إضافة إلى انفصام الرابطة الزوجية عدة آثار منها ما يهم الزوجين كواجب النفقة وجبر الضرر ومنها ما يهمّ الأبناء كالحضانة.

1. الآثار فيما يهمّ العلاقات بين الزّوجين:

يتجسّد حلّ الرابطة الزوجية على مستوى النفقة وجبر الضّرر:

أ) النّفقة:

تجب النفقة على الزوجة وجوبيّتها من طرف زوجها بسبب الرابطة الزوجية التي كانت قائمة فإذا تمّ حلّ الرابطة الزوجية ينتفي واجب الإنفاق المحمول على الزوج لكن واجب النفقة لا ينقضي بمجرّد التصريح بحكم الطلاق بل يتواصل أثناء مدّة العدّة. فنفقة العدة واجبة مهما كانت صور الطلاق ومهما كان وضع الزوجة سواء كانت مدعية أو مدعى عليها ويتم تقدير هذه النفقة وفق شروط النفقة الزوجية.

ب) جبر الضّرر:

كانت الصياغة الأصلية للفصل 31 م.أ.ش مبنية على مبدأ المساواة بين الزوج والزوجة فكان من الممكن الحكم على أحد الزوجين بجبر الضرر للآخر حسب نفس القواعد ثمّ ادخل التنقيح بمقتضى القانون عدد 7 لسنة 1981 المؤرخ في 18 فيفري 1981 تغييرات هامة بإسناد بعض الحقوق للزوجة دون الزوج. ويتعين على الزوج الذي أضرّ بزوجته أو الزوجة الّتي أضرّت بزوجها أو الطرف الطالب للطلاق على أساس إرادته أن يقوم بجبر الضرر المادي والضرر المعنوي.

- **الضرر المادي: يخضع تقدير الضرر المادي لاجتهاد القاضي ويأخذ القاضي بعين الاعتبار لتقدير هذا الضرر جملة من العناصر من بينها الوضعية المادية للزوجين وعمل الزوجين ونمط العيش وقد أتاح المشرع للزوجة فقط حق الخيار في المطالبة بالتعويض عن الضرر المادّي بين رأس مال يدفع سبرة واحدة أو جراية عمرية أي مبلغ مالي يدفع لها طول عمرها وذلك شهريا مباشرة بعد انقضاء مدّة عدّتها. بينما لم يعط المشرّع حرية الاختيار بين رأس المال والجراية العمريّة اعتبارا منه أنّ واجب الإنفاق محمول على الزوج دون الزوجة.**
  ولم يطرح إسناد الاختيار للزوجة بين رأس المال والجراية العمرية أيّ إشكال عندما لا تتعاطى الزوجة نشاطا مهنيا يسمح لها توفير مورد رزق. وقد جرت العادة القضائية على التقيّد بالاختيار المتاح للزوجة كلما لم يكن لها مورد رزق. لكن إذا كانت الزوجة تتعاطى نشاطا مهنيا فإنّ فقه القضاء استقرّ على عدم استحقاقها لجراية عمرية وبالتالي لا يمكن لها أن تحصل على التعويض إلاّ في شكل رأس مال[10].

ت) الآثار بالنسبة للأبناء:

يؤدّي الطلاق إلى إعادة تنظيم الحياة الأسريّة وتعدّ العلاقات مع الأبناء من أهمّ المسائل الّتي تطرح إثر الطلاق. وتشتمل هذه الآثار على إسناد الحضانة، سكنى الحاضنة والنّفقة.

المحور الرّابع: سكنى الحاضنة على ضوء قانون 08/03/04:

[10] قرار تعقيبي مدني عدد 51162 مؤرّخ في 02 نوفمبر 1996

نظّم المشرّع التونسي سكنى الحاضنة منذ صدور مجلة الأحوال الشخصية سنة 1956 وقد وقع تنقيح الفصول القانونية المتعلقة بسكنى الحاضنة بمقتضى القانون عدد 20 لسنة 2008 والمؤرّخ في 04 مارس 2008 أين أضاف المشرّع عدّة نقاط هامّة.

- **سكنى الحاضنة والمفاهيم المجاورة:**

- **نفقة الزوجة، نظمها المشرع في الفصلين 23 و50 وهي نفقة تسير أثناء الحياة الزوجية وتتواصل أثناء العدّة. على مستوى العمل القضائي يمكن أن تتضمن نفقة الزوجة –حتى في صورة عدم وجود الأبناء- سكناها وذلك في صورة عدم وجود مورد رزق للزوجة.**
- **الجراية العمرية: تتمتع بها الزوجة في صورة الطلاق إنشاء أو في صورة الطلاق للضرر. الجراية العمرية قد تشتمل إلزام الزوج بإسكان الزوجة إذ يعدّ واجب الإسكان من مشمولات النفقة الواجبة ذلك أنّه قد جاء في الفصل 50 م.أ.ش 'تشتمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن والتعليم...'**

- **سكنى الحاضنة قبل قانون 2008:**

قبل تنقيح 2008، أضفى الواقع القضائي إلى عدد من الإشكاليات المتعلقة أساسا بعدم تخصيص سكنى للحاضنة ومن ذلك يمكن أن نذكر بعض الوضعيات:

- **بقاء الزوجين بنفس المحلّ بعد الطلاق بمعنى إسكان الحاضنة بمحلّ سكنى الأب وقد جاء في قرار محكمة الاستئناف بتونس في 15 نوفمبر 1975 أنّه 'إذا قبلت المطلّقة بمقرّ الزوجية، لا يجبر الزوج على مغادرة المحلّ لفائدة أبنائه.'**
- **صورة بيع أو رهن المحل المخصص لسكنى الحاضنة تجد الزوجة نفسها وأبنائها بدون مسكن وهذا ما قرّرته محكمة التعقيب في قرار مؤرّخ في 04 جويلية 1982 الّذي أقرّ أنّه يمكن للمالك الجديد إخراج الحاضنة وأبنائها بمقتضى حكم استعجالي.**
- **صورة الحق الذي لا يمكن معارضة الغير به خصوصا إذا صار حقا عينيا على ذلك المحل ووقع ترسيمه بالسّجل العقّاري عملا بأحكام الفصل 305 م.ح.ع.**
- **التّقاعس في دفع معيّنات الكراء المخّصصة لسكنى الحاضنة.**

لذلك، تدخّل المشرّع بمقتضى القانون عدد 20 لسنة 2008 وأضاف 6 فقرات على الفصل 56 م.أ.ش وأضاف الفصل 56 مكرر الخاص بالعقوبات الجزائيّة.

- **سكنى الحاضنة بعد قانون 2008:**

أدخل المشرّع على الفصل 56 م.أ.ش عدة إضافات لحماية سكنى الحاضنة وحقّ بقائها الوجوبي وإلزام الزوج بدفع معيّنات الكراء. كما أضاف المشرع حماية جزائية على هذا الحق وذلك بإدخال ثلاث جرائم جديدة أوردها المشرع بالفصل 56 مكرّر م.أ.ش. وهي جريمة التسبب في التفويت في محلّ سكنى بعوض أو بدون عوض، إخراج الحاضنة من المحل المحكوم بإسكانها ومحضونها به بتعمّد فسخ الكراء بالتراضي مع المكري وقضاء شهر دون دفع ما حكم عليه بأدائه.

الفقرة الأولى: قيام سكنى الحاضنة:

1. الشّروط المتعلّقة بالأشخاص:

يجب أن يكون للأم صفة الحاضنة أمّا إذا أسندت الحضانة للأب أو الجدة فإنّ الأم لا تستحق سكنى الحاضنة.

بالنّسبة لسنّ المحضون، هنالك اتّجاهان في تأويل نهاية سكنى الحاضنة فإذا اعتبرنا أنّ سكنى الحاضنة جزء من النفقة فإنّ إسكان الحاضنة يكون محمولا على الأب إلى نهاية واجب النفقة حسب الفصل 46 م.أ.ش.

وقد اعتبر قرار تعقيبي مدني مؤرّخ في 23 فيفري 2011 أنّ سكنى الحاضنة تتبع صفة الحاضنة وإذا كانت الحضانة تنتهي مع بلوغ الأبناء سنّ الرّشد فإنّ سكنى الحاضنة تنتهي مع ذلك التاريخ أيضا.

ويتّجه التفريق بين السّكن بوصفه أحد مشمولات النفقة وسكنى الحاضنة وهي تفرقة بين صورة الفصل 56 وصرة الفصل 50 م.أ.ش.

أقرت المحكمة في هذا القرار أنّ الإبن الذي تجاوز 18 سنة ولم يبلغ سنّ الـ 25 يستحق السكن باعتباره من مشمولات النفقة وعلى الأب إسكانه ولكن لا يمتد واجب السكنى للحاضنة لأنّ الحضانة تنتهي مع بلوغ الـ 18.

2. الشّروط المتعلّقة بالمسكن:

اشترط الفصل 56 عدم توفر مسكن للحاضنة لكي تتمكن من الحضانة القانونية ووضع فقه القضاء الشروط المتعلقة بالمسكن منها أن يكون المسكن لائقا مستقلّا وبالتالي اعتبرت محكمة التعقيب في قرار صادر في 2012 أنّ سكن الحاضنة مع والديها لا يعفي الأب من واجب إسكان الحاضنة وهو قرار مستلهم من أحكام الفصل 56 فمن واجب الأب تمكين الحاضنة من محل سكنى إن لم يكن لها أيّ مسكن على ملكها الخاص وبالتالي فإنّ سكن الحاضنة مع والديها لا يعفي الأب من الواجب المحمول عليه في الفصل 56.

كذلك عندما تكون للحاضنة ملكية مشاعة، فإنّ واجب الإسكان المحمول على الأب لا ينقضي وهو ما أوردته محكمة التعقيب في قرار صادر في 11 أكتوبر 2012 وتمثلت الوقائع في أنّ الحاضنة تملك منابا مشاعا في ملك مشترك ولم يثبت أنّ هذا الملك يمثل منزل مستقل يفي بحاجيات المحضون لإيوائهما بصفة مستقلة عن بقية المتشاركين.

الفقرة الثانية: حماية سكنى الحاضنة:

1. الحماية المدنيّة:

وضع المشرّع ثلاث آليّات مختلفة لحماية سكنى الحاضنة على المستوى المدني.

أوّلا: حقّ البقاء فقد جاء بالفصل 56 م.أ.ش 'ويترتّب للحاضنة عند إلزام الأب بإسكانها مع المحضون حقّ البقاء في المسكن الّذي على ملك الأب ويزول هذا الحقّ بزوال موجبه'. ثمّ أضاف المشرّع ' ولا يحول حق البقاء الممنوح للحاضنة ومحضونها بالمسكن الذي على ملك الأب دون

إمكانية التفويت فيه بعوض أو بدونه أو رهنه شريطة التنصيص على هذا الحق بسند التفويت أو الرهن.'

ثانيا: إمكانية إسكان الحاضنة بمحلّ مكري ودفع الكراء مباشرة للمالك وقد جاء بالفصل 56 م.أ.ش ' وفي صورة إلزام الأب بإسكان الحاضنة مع المحضون في المسكن الذي في تسوغه يستمر الأب على أداء معينات الكراء إلى زوال الموجب.'

ثالثا: إلزام الأب بأداء منحة سكن لفائدة الحاضنة ومحضونها فجاء في 56 م.أ.ش ' وعند إلزام الأب بأداء منحة سكن لفائدة الحاضنة ومحضونها يتم تقديرها بحسب وسع الأب وحاجيات المحضون وحال الوقت والأسعار .'

أعطى المشرع سلطة تقديريّة للقاضي ليختار من بين هذه الثلاث آليّات ولم يرتّبها بصورة تفاضلية وعلى القاضي أن يقدر مصلحة المحضون. فقد جاء في القرار التعقيبي المؤرّخ في 15 نوفمبر 2015 'يتمتع القاضي بسلطة تقديرية لاختيار تلك الآليات التي وضعها المشرع بالفصل 56 م.أ.ش وذلك حسب المصلحة الفضلى للطفل الّتي أكّد عليها الدستور والاتفاقيات الدولية ومنها الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل لسنة 1989.

2. الحماية الجزائيّة:

أضاف المشرع بالقانون عدد 20 لسنة 2008 حماية جزائيّة لتعزيز الحماية المدنية أي لحماية سكنى الحاضنة وذلك من خلال:

الفقرة الأولى من 56 مكرّر: يعاقب بالسجن من ثلاثة أشهر إلى عام وبخطية من مائة دينار إلى ألف دينار كل من يتعمد التفويت بعوض أو بدونه في محل سكنى ألزم الأب بإسكان الحاضنة ومحضونها به أو رهنه دون التنصيص بسند التفويت أو الرهن على حق البقاء المقرر للحاضنة ومحضونها قاصدا حرمانها من هذا الحق.

الفقرة الثّانية من 56 مكرّر: ويعاقب الأب بنفس العقوبات المقررة بالفقرة المتقدمة إذا تسبب في إخراج الحاضنة من المحل المحكوم بإسكانها ومحضونها به وذلك إمّا بتعمده فسخ عقد الكراء بالتراضي مع المكري أو عدم أداء معينات الكراء الحالة عليه وفي صورة الحكم عليه بمنحة سكن، قضائه شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه.

المحور الخامس: التّطوّر العلمي والبنوّة:

تعني نشأة العلاقة الأسرية قيام رابطة قانونية بين الوالدين وأبنائهم وهذه الرابطة القانونية تقوم على رابطة دموية وبيولوجية بين الوالدين والأبناء. وللدلالة على هذه الرابطة يعتمد المشرّع على لفظ النّسب في الفصول من 67 إلى 76 م.أ.ش كما يعتمد أيضا على مصطلح الأبوّة.

ويمكن تقسيم الرابطة القانونية بين الوالدين وأبنائهم إلى 3 أنواع:

- **البنوّة الشّرعيّة.**
- **البنوّة الطبيعيّة.**
- **البنوّة بالتّبنّي.**

1. البنوّة الشّرعيّة:

هي التي تنشأ في كنف العلاقات الشرعية أو الزوجية.

أ) قيام البنوّة الشرعيّة:

يخضع إثبات النسب للفصل 68 م.أ.ش الّذي ورد فيه 'يثبت النّسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادتين شاهدين من أهل الثّقة فأكثر'

لإثبات النسب استعمل المشرع ثلاث وسائل هي الفراش، الإقرار والشهادة.

- **الفراش هي عبارة تستعمل للدلالة على العلاقة الشرعية بين الوالدين أو على الزواج ويعد الزواج قرينة قانونية على ثبوت النسب ويكون الإبن الموجود في إطار علاقة زوجيّة إبنا شرعيا حتى وإن كان الزواج فاسدا أي باطلا وفق ما جاب في 71 م.أ.ش 'إذا ولدت الزوجة لتمام 6 أشهر فأكثر من حين عقد الزواج سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا يثبت نسب المولود من الزوج'. نفس الحل وقع إقراره في الفصل 22 م.أ.ش إذ يرتب هذا الفصل آثارا من بينها ثبوت النسب عن الزواج الباطل كما يؤكّد الفصل 36 من قانون الحالة المدنية على نفس الحلّ إذ ينصّ على أنّ الزواج الباطل تنتج عنه آثار قانونية من بينها ثبوت النسب.**
وتأسيسا على فكرة ثبوت النسب في صورة وجود زواج باطل اتجه فقه القضاء إلى اعتبار أنّ ابن الخطيبين إبن شرعيّ وهذا ما أقرّته المحاكم في فترة ما يسمّى بالعشرية الذهبية من سنة 1968 إلى أواخر السبعينات أين اعتبر فقه القضاء أنّ الخطبة من قبيل الزواج الباطل[11]. ثمّ تراجعت محكمة التعقيب عن موقفها ورفضت اعتبار ابن الخطيبين ابنا شرعيا مستندة في ذلك إلى الفصل الأوّل م.أ.ش وهذا ما يتجلّى مثلا من خلال القرار الصادر بتاريخ 02 جوان 1992. ولا تكفي قرينة الفراش لإثبات النّسب فهي مشروطة بولادة الإبن خلال مدّة قانونيّة حدّد المشرع أدناها وأقصاها. أمّا أدنى مدّة الحمل فقد حددها المشرع في الفصل 71 بـ 6 أشهر من تاريخ عقد الزواج أمّا أقصى مدّة الحمل فقد حددها المشرع بالفصل 69 م.أ.ش بسنة كاملة من تاريخ غيبة الزوج، وفاته أو الطلاق.
هذا التحديد ليس موافقا للحقيقة العلمية والبيولوجية لمدّة الحمل فمدّة الحمل لا تتجاوز 9 أشهر وكان الحلّ الّذي أقرّه المشرع التونسي متأثرا بالفقه الإسلامي الّذي سعى لحماية الأطفال وإقرار النّسب.

---

[11] **قرار تعقيبي مدني صادر في 02 أفريل 1968**

- **الوسائل الأخرى: الإقرار وشهادة الشاهدين. طرحت هذه الوسائل جدلا حول القيمة القانونية لكلّ منهما. فهل أنّ الإقرار والشهادة يمثلان وسيلتين مستقلتين عن الزواج لإقرار النسب وإثباتها؟**
  لو ذهبنا إلى استقلالية الإقرار والشهادة عن الفراش، يمكن إثبات النسب خارج العلاقة الزوجية (البنوّة الطبيعية). أمّا إذا اعتبرنا أنّ الإقرار والشهادة ليسا سوى وسيلتين تدعمان وجود الزواج (مثلا في صورة الزواج العرفي قديما فإننا نقرّ بإثبات النسب خارج إطار الزواج).

ب) انقطاع النسب:

يخضع إلى فصلين مختلفين، الفصل 69 م.أ.ش والفصل 75 م.أ.ش.

- **صورة الفصل 69: هي متعلقة بإنكار النسب على عكس دعوى نفي النّسب لا تخصّ الأب فقط بل يمكن استعمالها من طرف من له مصلحة في ذلك مثلا من طرف الأم الّتي تريد إنكار نسب الطفل لزوجها لكي يقرّ شخص آخر بنسب ذلك الطّفل أو من طرف الإبن بعد بلوغه سنّ الرّشد.**
- **صورة الفصل 75: وهي ما يسمّى بنفي النّسب ودعوى نفي النّسب هي دعوى لا يمكن أن يستعملها الأب الّذي يقوم بنفي نسب الطفل المنسوب إليه ويمكن أن يقع الالتجاء إلى مختلف وسائل الإثبات مثل التحليل الدموي أو إقرار الأم. ويذهب جانب من الشّراح إلى إمكانية اعتماد اللّعان كوسيلة للإثبات في هذا الإطار خاصّة أنّ الفصل المذكور استعمل عبارة 'وسائل الإثبات الشّرعيّة'.**

2. البنوّة الطّبيعيّة:

البنوة الطبيعية هو مصطلح فقهي لم يستعمله المشرّع ودلالتها العلاقة مع أب وأمّ لا تربطهما علاقة شرعيّة أي زواج. في علاقة البنوّة الطبيعية بالقانون التونسي، يمكن أن نميّز بين فترتين:

- **قبل صدور قانون 28 أكتوبر 1998:**

أثناء هذه الفترة، كانت وضعية الابن الطبيعي تختلف حسب تأويل الفصل 68 م.أ.ش إذ ترددت محكمة التعقيب في التعامل مع هذا الفصل ومرّت في هذا الصّدد بعديد المراحل:

- **مرحلة أولى: هي الفترة الذهبية التي اعتبرت فيها محكمة التعقيب أنّ الإقرار لوحده كاف لإثبات النّسب دون حاجة لاقترانه بالفراش.**
- **مرحلة ثانية: تتلخص في قرار صادر في 15 ماي 1984 اعتبر أنّ الإقرار ليس بوسيلة إثبات للنسب مستقلّة بذاتها وإنّما هو وسيلة إضافية يمكن الأخذ بها لدعم الزواج الباطل.**
- **مرحلة ثالثة: بدايتها كانت مع قرار صادر في 1989 رجعت فيه المحكمة إلى التأويل الأول معتبرة أنّ وسائل الإثبات الثّلاثة الواردة في 68 م.أ.ش مستقلّة ولو أراد المشرع ربط الإقرار بالفراش لاقتصر على الفراش.**
- **مرحلة رابعة: قرار 13 ماي 1997 ' لا يمكن استعمال الوسائل الثلاث التي جاء بها الفصل 68 لإثبات نسب الطفل المولود داخل إطار الزواج حتى وإن كان أحد شروطه الشكلية أو الأصلية غير متوفّرة'**

- **مرحلة خامسة: قرار تعقيبي صادر في 18 أكتوبر 2002 ' يستشفّ من الفصل 68 أنّ كلّ واحدة من الوسائل تنهض لوحدها حجة كافية لإثبات النّسب دون أن تكون مقترنة بتوفّر أيّ شرط آخر لأنّ تلك الوسائل جاءت معطوفة بالواو التي تفيد لغة التّنويع.**
- **الفترة اللاحقة لصدور قانون 28 أكتوبر 1998:**

صدر قانون 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال الهملين أو مجهولي النسب ووقع تنقيح هذا القانون في 07 جويلية 2003.

أ) قيام البنوّة الطبيعية:

أوّلا: الشّروط الأصليّة:

فور صدور القانون المذكور، اعتبرت المحاكم أنّه يتعلّق فقط بإسناد اللقب العائلي مقلّصة من نطاقه. ومن ذلك قرار محكمة التعقيب الصادر في 11 أوت 2001 الذي جاء فيه 'يؤخذ من الفصل الأوّل من القانون عدد 75 لسنة 1998 أنّه يجوز إسناد لقب الأب للطفل الّذي يستند بالإقرار أو بشهادة الشّهود أو التحليل الجيني...'. ثمّ صدرت عدة قرارات وأحكام عن محاكم الأصل رجعت إلى التأويل الصحيح واعتبرت أنّ هذا القانون يتعلّق أساسا بالبنوّة وليس إسناد اللقب إلاّ أثرا من آثار الاعتراف بالبنوّة.

الوسائل التي أقرّها هذا القانون لقيام البنوّة عديدة وهي:

- **الإقرار، ويختلف إقرار الفصل 68 والذي يقع اللجوء إليه في صورة قبول الأب بالطفل، وبين إقرار قانون 1998 الذي يقع اللجوء إليه في صورة رفض الأب الاعتراف بالطفل. وقد حاولت المحاكم تأسيس الإقرار على الفصل 68 كي تمتّع الطفل بكلّ آثار البنوّة وكي يتسنّى للطفل الحصول على الميراث. كما يمكن للأب التمسك بالإقرار الوارد بقانون 1998.**
- **شهادة الشهود، هي في العادة وسيلة ضعيفة يلجأ لها القاضي لتدعيم الإقرار.**
- **التحليل الجيني، هي الوسيلة الأساسية التي جاء بها قانون 1998 وتتمتّع بقوّة ثبوتيّة عالية.**

السّؤال الّذي يطرح هو، هي يمكن استعمال التحليل الجيني لنفي النّسب بالرّغم من أنّ هذا التحليل جاء لإثبات البنوّة وبالتّالي هل يمكن استعمال التحليل الجيني خارج قانون 1998؟

ترددت محكمة التعقيب مثلها مثل محاكم الأصل في الإجابة على هذا السّؤال فظهر تيّار أوّل في فقه القضاء اعتبر أنّه لا يمكن التّوسّع في الفصل 68 فقد جاء في القرار الصادر في 16 نوفمبر 2000 أنّه لا يثبت النّسب إلاّ بالوسائل المذكورة في الفصل 68 م.أ.ش.

بينما هنالك تيار آخر مثّلته محكمة الاستئناف بسوسة في قرار صادر في 12 ديسمبر 2001 وقرار تعقيبي صادر في 11 أكتوبر 2001 قبل نفي النسب تأسيسا على الفصل 75 م.أ.ش قالت فيه المحكمة أنّ 'المشرع في مادة نفي النسب لم يعدد وسائل معينة للتصريح بنفي النسب وهو ما جعل محكمة الأصل تأذن بإجراء الاختبار الجيني وبالتّالي فإنّ القرار الّذي اتّخذته المحكمة بخصوص الاختبار الجيني لم يكن تطبيقا للقانون عدد 75 لسنة 1998 وإنّما تطبيقا للفصل 75 م.أ.ش الّذي أعطى للقاضي صلاحيات استعمال كلّ 'وسائل الاثبات الشرعية' وطالما أنّ القانون لم

يبيّن وسيلة إثبات معيّنة لنفي النّسب فإنّه يمكن الالتجاء لكلّ الوسائل الفنّية والعلميّة الجاري بها العمال بما في ذلك التّحليل الجيني'.

<u>أمّا في صورة رفض الخضوع للتحليل الجيني، فما الذي يترتب عن ذلك؟</u>

عندما صدر قانون 1998، سكت المشرع عن مسألة رفض الأب الخضوع للتحليل الجيني مما تسبب في انقسام على مستوى القضائي بين تيّار اعتبر أنّ رفض الأب لا يعتبر من طرفه إقرارا بالبنوة على معنى 429 م.إ.ع[12] ونزعة أخرى تعتبر أنّ رفض الأب الخضوع للتحليل الجيني يعتبر إقرار منه بالبنوّة[13].

أمّا مع صدور قانون في 07 جويلية 2003 أضيف الفصل 3 مكرّر لقانون 1998 وجاءت في فقرته الثالثة 'وتبت المحكمة في الدعوى عند عدم الإذعان إلى الإذن الصادر عنها بإجراء التحليل الجيني بالاعتماد على ما يتوفّر لديها من قرائن متعددة ومتظافرة وقويّة ومنضبطة' وتبعا لذلك، اتجهت محكمة التعقيب في قرار مؤرخ في 09 أكتوبر 2004 إلى أنّ رفض الخضوع للتحليل الجيني مع وجود قرائن متظافرة أخرى إقرار ضمنيّ من الأب بالبنوّة.

<u>ماذا عن إثبات البنوّة الطبيعية إزاء الأمّ؟</u>

جاء مفهوم الأمومة الطبيعية في تنقيح 2003 إذ يمكن إثبات الأمومة الطبيعية بناء على وسيلتين، إمّا سعي الأم بإرادتها حسبما جاء في الفصل الأول جديد من قانون 1998، وإمّا من خلال المعني بالأمر أو الأب أو الأم أو النيابة الذي يرفع الأمر للمحكمة الابتدائية المختصة لطلب عرض الأم على التحليل الجيني لإثبات أنّها أمّ المعني بالأمر مجهول النّسب طبق الفقرة الثانية من الفصل 3 مكرّر.

<u>ثانيا: الشّروط الإجرائيّة:</u>

المحكمة المختصة: هي المحكمة الابتدائية وتحديدا دائرة الأحوال الشخصيّة.

الصفة: يمكن أن يكون المعني بالأمر أي الطفل حال رشده، الأب، الأم، النيابة العمومية.

والفصل 3 ينصّ أنّه يجوز لكل شخص تجاوز ال20 عاما أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية أن يسند له إسما ولقبا عائليا أي القيام بدعوى تتعلق بالهوية الافتراضية وتختلف هذه الدعوى عن دعوى إثبات البنوّة المؤسسة على الفصل 3 مكرر من نفس القانون.

ب) آثار البنوّة الطبيعيّة:

<u>أوّلا: الآثار الشّخصيّة:</u>

ما ان وقع الإقرار بالبنوة الطبيعية يتمتع الإبن الطبيعي بعدة آثار على المستوى الشخصي لعلّ أهمّها:

- **اللقب العائلي الذي يمكن أن ينقسم إلى ثلاث أصناف، لقب الأب (الفصل 3 مكرر) لقب الأم (الفصل 1) اللقب الافتراضي (الفصل 2).**
- **الحضانة أوردها المشرع في الفصل 3 مكرر في فقرته الرّابعة.**

---

[12] قرار تعقيبي مدني صادر في 16 نوفمبر 2000

[13] قرار تعقيب مدني مؤرّخ في 12 أكتوبر 2001

ثانيا: الآثار الماليّة:

أقرّ المشرّع صراحة النفقة بمعنى أنّ من واجب الأب الّذي يثبت أنّه والد ذلك الطفل، الإنفاق عليه لكنّ المشرع سكت من جهة أخرى في شأن الميراث. وقد رأى في ذلك جانب من الفقهاء أنّه رفض للميراث بالنسبة للطفل المولود خارج إطار الزواج في حين ذهب شقّ آخر إلى اعتبار سكوت المشرع لا يعني رفض الميراث.

وعلى مستوى فقه القضاء، إذا كان ثبوت البنوّة مؤسّسا عن الإقرار فإنّ المحاكم تذهب إلى تطبيق الفصل 68 وبالتالي إلحاق الإقرار بثبوت النسب وتبعا لذلك حقّ الميراث، أمّا إذا رفض الأب الإقرار والتوجه للتحليل الجيني فلا يرث الطفل شيئا.

أمّا ميراث الأم فهو مقبول منذ صدور م.أ.ش وتحديدا الفصل 152 الذي ورد فيه أنّه 'يرث ولد الزنا من الأم وقرابتها وترثه الأمّ وقرابتها'.

المراجع:

إثبات البنوة من خلال الفصل 3 مكرر من قانون 28 أكتوبر 1998، مذكّرة، حنان غربال (سامي الجربي)، كلية حقوق صفاقس، 036000039633، MD 3510.

نسب الإبن الطبيعي، مذكّرة، عبد السلام العويني (نعمان الرقيق)، كلية حقوق صفاقس، 00360000080744، MD4978.

المحور السّادس: الأسرة البديلة، الكفالة والتّبنّي

- **الولاية العموميّة: هي حماية مؤسساتية ويعتبر الفصل الأول من قانون 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي وليّا عموميّا للأطفال اللقطاء والمهملين: متصرّفو المستشفيات، معاهد الرضّع، مديرو الإصلاحيّات، مآوى الأطفال عندما يتعهّدون بحفظهم والولاة في جميع الصور الأخرى.**
وجاء بالفصل 2 من القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرّخ في 1958/03/04 'للوليّ العمومي نفس الحقوق التي للوليّ الشرعي وعليه ما عليه من واجبات وتكون الدولة أو البلدية أو المؤسسة العمومية حسب الحال مسؤولة مدنيا عن أعمال الأطفال المشار إليهم بالفصل السابق'
- **الكفالة: هو عقد يقوم بمقتضاه شخص أو هيئة بكفالة شخص.**
- **التبنّي: هو عقد ينشأ بين الأسرة الأصليّة أو الوليّ العمومي والأبوين بالتبنّي.**
- **الإيداع العائلي: هي مؤسسة وقتية بمثابة العقد يجمع الدولة والأسرة التي تتحصل على مقابل مادي للتكفل بطفل وهو إيداع وقتي جاء به القانون قبل المرور إلى مرحلة التبني أو الكفالة.**

القسم الأوّل: شروط قيام الأسرة البديلة:

الفقرة الأولى: الشروط الأصليّة:

1) شروط التبنّي:

حاول المشرّع أن يقترب من وضعية الأسرة الشرعية أو الطفل الشرعي وذلك باشتراط أن يكون المتبنّي راشدا متمتعا بحقوقه المدنيّة، ذو أخلاق عالية وقوّة بدنيّة. ثم اشترط الزواج وهو شرط قانوني وليس شرط اجتماعي أو شرط صحّي يفرضه المشرع لكن هنالك إمكانيّة لإعفاء طالب التبنّي من شرط الزّواج إذا يمكن للقاضي إعفاءه وذلك في صورتين فقط:

- **صورة انحلال الزواج بالطلاق: في صورة انحلال الزواج قبل المرحلة القضائية يمكن لأحد الزوجين أن يتراجع على مطلب التبني وبالتالي يكون شرط الرضا في التبني مفقود.**
- **صورة وفاة أحد الزوجين.**

بخصوص الطفل المتبنّى ينبغي أن يكون قاصرا أي لم يبلغ سنّ الرشّد بعد وهو ما يختلف مع بعض القوانين المقارنة التي تقبل أن يكون التبنّي حتى بعد بلوغ المتبنّى سنّ الرّشد كالقانون الفرنسي.

كما يمنع القانون التونسي تبنّي الطفل الأجنبي حسب الفصل 10 من قانون 1958 وسكت المشرع عن إمكانية تبنّي الأجنبي لطفل تونسي مما أدّى إلى تدخّل فقه القضاء

الذي تراوح بين الرفض والقبول وسدت بعض القرارات التعقيبية هذا الفراغ وذلك بالسماح للأجنبي بتبني طفل تونسي شريطة اعتناقه الديانة الإسلاميّة.

2) شروط الكفالة:

الكفالة على عكس التبنّي لا تخضع لجملة الشروط الأصلية إذ يكفي أن تتمّ الكفالة من طرف الشخص الراشد الذي يتمتع بحقوقه المدنيّة كالجمعيات مثلا

الفقرة الثانية: الشروط الإجرائيّة:

1) المرحلة التحضيرية:

هي مرحلة تسبق القضائية ولا يمكن الالتجاء إليها إلاّ إذا كان الطفل لدى الوليّ العموميّ أمّا إذا كان الطفل لدى أسرته الأصليّة أو الشّرعيّة يقع المرور مباشرة إلى المرحلة القضائية أي قيام عقد بين الأسرة الأصلية والأسرة البديلة.

أمّا إذا كان الطفل فاقدا للسند العائلي ويكون تحت رعاية الوليّ العموميّ تكون المرحلة التحضيرية وجوبيّة.

المرحلة التحضيرية تبدأ مع تقديم مطلب لوزارة المرأة والطفولة وكبار السنّ أو وزارة الشّؤون الاجتماعية ثمّ يقع إرسال مرشدة اجتماعية للقيام ببحث اجتماعي للتثبت من قدرتها على التكفل بالطفل ويمكن أن يدوم عدة سنوات خاصّة في صورة التبنّي.

ثمّ بعد القيام بالأبحاث يقدّم تقرير إمّا برفض المطلب عندما لا تستجيب الأسرة لمجموعة الشروط أو بقبوله وفي صورة الموافقة يقع اللجوء إلى مرحلة ثانية وهي المرحلة القضائيّة.

2) المرحلة القضائيّة:

تتعلّق بالكفالة أو بالتّبنيّ. تبدأ هذه المرحلة بتدخل قاضي الناحية.

أ) بالنسبة للكفالة:

هو عقد بين الكافل من جهة وهو الأسرة البديلة بين أبوي الطفل أو الوليّ العمومي من جهة أخرى. ويقتصر دور حاكم الناحية على التصديق على العقد الذي يقع إبرامه من طرف عدل إشهاد عادة.

ب) بالنسبة للتبني:

تكون الإجراءات مختلفة إذ جاء بالفصل 13 من قانون 1958 أنّه يتمّ عقد التبنّي بحكم يصدره حاكم الناحية بمكتبه بمحضر المتبنّي وزوجه أو عند الاقتضاء بمحضر أمّ المتبنّى أو من يمثّل السلطة الإدارية المتعهّدة بالولاية.

لا يمكن لحاكم الناحية أن يحكم بالتّبنّي إلاّ بعد أن يتأكّد من الشّروط ثمّ تقع إحالة حكم التبنّي في أجل 30 يوما على ضابط الحالة المدنيّة ويتمّ ترسيم حكم التبنّي برسم الولادة ويتمّ الحفاظ على الهويّة الأصليّة أي الإحتفاظ بالملفّ لدى الضابط أو عادة لدى المعهد الوطني لرعاية الطفولة.

ولا يمكن المصادقة على عقد كفالة أو الترخيص في التبنّي إلاّ بموافقة ورضاء الأسرة الأصليّة. ويقصد برضاء الأسرة الأصليّة أنّه إذا كانت الأم موجودة وصرّحت بهويتها بعد أن أقرّت بالأمومة الطبيعية فلا يمكن المرور إلى الكفالة أو التبنّي إلاّ في صورة تخلّي الأمّ عن الطّفل.

القسم الثاني: آثار قيام الأسرة البديلة:

جاء بالفصل 6 من القانون المذكور 'يحتفظ المكفول بجميع حقوقه الناتجة عن نسبه وبالأخصّ لقبه وحقوقه في الإرث' أمّا بخصوص المتبنّى جاء الفصل 15 قائلا بأنّ ' للمتبنّى نفس الحقوق بالنسبة للابن الشرعي وعليه ما عليه من واجبات'.

الفقرة الأولى: الآثار الشّخصيّة:

لا يتمّ إسناد اللقب العائلي في صورة الكفالة أمّا في صورة التبني فيقع إسناده بصفة آلية.

تختلف المسألة أيضا بخصوص الولاية فالوليّ في التبنّي هي الأسرة المتبنّية وذلك على منوال الأسرة الشّرعيّة. أمّا الولاية في الكفالة فتبقى للوليّ العموميّ أي أنّها تبقى ممارسة من طرف الوليّ العمومي ولكن جرى العمل على إسناد الولاية القضائية للكفيل بمعنى أنّه في إطار عقد الكفالة تسند الكفالة الولاية للكفيل (مثال: استخراج ب.ت.و، تسجيل الطفل في مؤسسة تربويّة) ولا تنتفي رقابة الوليّ.

إذا كانت الأسرة الأصلية موجودة وقائمة على زواج فإنّ موانع الزواج المنصوص عليها بالفصول 14 وما بعده تبقى قائمة حسبما جاء في الفصل 15 من قانون 1958.

أمّا عقد الكفالة فلا تنجرّ منه موانع للزواج إزاء الأسرة الكفيلة إذ لا يوجد نصّ قانوني يمنع ذلك.

الفقرة الثانية: الآثار الماليّة:

يمكن تقسيمها إلى آثار مالية تخصّ الميراث وأخرى تخصّ النفقة.

1) الميراث:

لا وجود لحقّ في الميراث بالنسبة للأسرة الكفيلة في حين يوجد إرث في صورة التبنّي. هنالك تشبيه بين وضعيّة المتبنّى والابن الشّرعي.

2) النّفقة:

بالنسبة لنفقة المتبنّى فهي تخضع لنفس النظام القانونيّ الّذي أقرّه المشرّع بالنسبة للطفل الشرعي أي أنّ النفقة في إطار التّبنّي تبقى حتى بعد بلوغ المتبنّى سنّ الرّشد حسب مقتضيات الفصلين 45 و46 م.أ.ش.

أمّا بالنسبة لنفقة الكفالة، فهي تنتهي قانونا مع بلوغ سنّ الرشد إذ جاء بالفصل 7 من قانون 1958 أنّه 'تنتهي الكفالة عند بلوغ المكفول سنّ الرّشد' أي أنّه قانونيّا لا يلزم للأب الّذي كفل طفلا أن يواصل الإنفاق عليه بعد بلوغه سنّ الرّشد.

القسم الثّالث: انتهاء العلاقة:

الفقرة الأولى: الانتهاء القانوني:

لا يتعلق الانتهاء القانوني إلاّ بالكفالة وفي هذا الإطار ورد بالفصل 7 من قانون 1958 أنّه 'يمكن للمحكمة الابتدائية بطلب من الكفيل أو من أولياء المكفول أو من النّيابة العمومية فسخ عقد الكفالة وبالتّالي تنتهي كلّ الآثار المتعلّقة بواجب الكفالة وأهمّها النّفقة'

الفقرة الثّانية: الانتهاء القضائي:

بالنسبة للكفالة يمكن أن يتدخّل القاضي حسبما ورد بالفصل 7 فقرة 2.

أمّا بالنّسبة للتّبنّي فقد طرح السّؤال حول إمكانية التدخّل القضائي بالنسبة لإنهائه أو ما يعرف بالرّجوع في التّبنّي وقام جدل حول تأويل عبارات الفصل 13 من قانون 1958 والذي جاء فيه 'ويصدر حاكم الناحية حكمه بالتّبنّي... وحكمه هذا يكون نهائيّا'

فانقسم قضاة محاكم الأصل ومحكمة القانون في تأويل عبارة نهائي فهنالك أحكام اعتبرت أنّ هذه العبارة يقصد بها نهائيّ الدرجة وهناك أحكام أخرى اعتبرت أنّ هذه العبارة يقصد بها نهائيّ على مستوى الدرجة ولا يمكن الرجوع فيه.

وفي هذا السياق أقرّت محكمة الاستئناف بالمنستير سنة 1989 أنّه يمكن الرّجوع في التبنّي وأصدرت في هذا الإطار محكمة التعقيب قرارها في 1993 معتبرة أنّ 'للتبنّي

طبيعة مزدوجة قضائيّة وتعاقديّة في نفس الوقت وبالرجوع للصبغة التعاقدية للتبنّي يمكن إبرام العقد وحلّه باتّباع نفس الشّكليّات أي بالاستناد إلى إرادة الأطراف المتعاقدة الّتي يصادق عليها القاضي' وقد رجعت المحكمة في قرارها إلى 'مصلحة الطّفل'.

ثمّ رجع قضاة الأصل إلى التأويل الّذي يرفض الرجوع في التبنّي من ذلك محكمة الاستئناف بسوسة في قرار صادر في 15 ماي 1995 وجاء في هذا القرار أنّه 'يتّضح أنّ مقصد المشرع كان واضحا لا يقبل أيّ تأويل في أنّ كلمته الأخيرة جاءت في معناها اللغوي أي أنّ حكم التبنّي نهائيّ ولا رجوع فيه ولا بمعنى نهائيّ الدرجة' وتضيف المحكمة هنا أنّا ' طالما أنّ أحكام التبنّي تتعلّق بمصير حياة الطّفل فإنّ المشرّع التّونسي عندما جعل أحكام التبنّي نهائيّة فإنّه بذلك يحافظ على مستقبل الطّفل واستقراره.

قرار آخر صادر عن محكمة استئناف تونس بتاريخ 02 جويلية 2014، في هذه القضيّة تمّ تبنّي طفلة سنة 1968 من طرف زوجين ثمّ في أفريل 1985 توفّيت الأم بالتبنّي وصدر حكم في الرّجوع في التبنّي في جويلية 1985 ومرّت عدّة سنوات إلى حدّ وصول سنة 2013 قامت الطفلة المتبنّاة بتقديم دعوى لدى المحكمة الابتدائية لإبطال الرجوع في التبنّي الصادر سنة 1985 فوقع رفض الدعوى ابتدائيّا وقبلت استئنافيّا أي قبلت محكمة الاستئناف في تونس الرجوع في التبنّي وأسست المحكمة حكمها على عدد من الحجج منها ما هو إجرائي وما هو أصلي:

- **الحجج الإجرائيّة:**

اعتبرت محكمة الاستئناف أنّ حكم الرجوع في التبنّي الصادر سنة 1985 لا تتوفّر فيه المبادئ الأساسية للقضاء ومن بينها أنّ هذا الحكم لم يقع البحث فيه عن الحقيقة وراء الرجوع في التبني وانحرف بالتالي عن الواجب المحمول على القاضي كما جاء في الفصول 12 و36 م.م.م.ت.

- **الحجج الأصليّة:**

حكم الرّجوع لم يكن مؤسّسا على مصلحة الطّفل، عدم تمثيل البنت القاصر آنذاك، غياب مصلحة للطفل عموما، عدم وجود مصلحة في الرّجوع.