TEL + 212 649027884 ww.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

الدكتور سنية النوالي
حاصلة على درجة الدكتورة في القانون الخاص

حماية القاصر في القانون المدني التونسي

Protection of a minor in the Tunisian civil code

مقدمة:

يقول ابن العربي[381] " الانسان وضع في حياته أمام موضوعين، الوضع الأوّل يسمح له بصون نفسه الماديّة و المعنويّة، أمّا الثاني فيكون عاجزا عن التصرّف لمصلحة نفسه أو غيره تصرّف العقلاء، فاحتاج الضعيف لمن يرعى مصالحه و يصون حقوقه شاء أو أبى لتعلّق الأمر بالنظام العام." فكل من كانت أهليته مقيّدة أو منعدمة لا يمكنه التعاقد إلا بواسطة ممثّله القانوني أي الممثل الشرعي الذي يرعى مصالحه، وهو استثناء لقاعدة عامة تقول أنّ كل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم تصرّح القوانين بخلاف ذلك.[382]

على هذا الأساس حدد المشرع التونسي عوارض الأهليّة وأسباب انعدامها أو تقييدها،[383] حيث يمثّل عامل السن إحدى أهمّها[384]، فسن الرشد محددة بثمانية عشر عاما و من كان دونها يعد قاصرا، وبذلك لا يعرّف المشرع التونسي القاصر تعريفا صريحا إنّما يركّز على عامل السن، فهو يتحدّث عن الصغير المميز الذي تجاوز سنّه ثلاثة عشر عاما دون بلوغ سن الرشد و يعتبره صغيرا غير مميز إذا كان سنّه دون ثلاثة عشر سنة، و في الحالتين يعتبر كل من الصغير المميز والصغير غير المميز "قاصرا".

---

[381] عزيز أعميلة: دور قاضي شؤون القاصرين في حماية القصّر والأطفال المهملين، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة المولى إسماعيل، كليّة العلوم القانونيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة، السنة الجامعيّة 2012/2011 ص 1.

[382] أحكام الفصل من مجلة الالتزامات والعقود.

[383] أحكام الفصول 5 و 6 و 7 و 8 و 9 من مجلة الالتزامات و العقود.

[384] المشرع المغربي أيضا يعتمد على نفس المعيار في تعريفه للقاصر وهو ما يتجلى بوضوح من خلال أحكام المادة 233 من مدوّنة الأسرة المغربيّة:" للنائب الشرعي الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله على بلوغ سن الرشد القانوني...".

معيار السن إذن، الذي اعتمده المشرع التونسي في تعريفه للقاصر يعتبر معيارا متغيّرا، فقد تغيّر هذا المعيار في القانون التونسي بمفعول عامل الزمان وبين مختلف الأقطار، فسن الرشد في القانون التونسي كانت خمسة عشر سنة بالنسبة للإناث و ثمانية عشر عاما بالنسبة للذكور عملا بأحكام مجلة الأحوال الشخصيّة المؤرخة في 17 أوت 1956، ثم في فترة لاحقة تمّ تنقيح المجلة لتصبح سن الرشد سبع عشر سنة بالنسبة للإناث و عشرون عاما بالنسبة للذكور إلى أن تمّ توحيد هذه السن بمقتضى الفصل 8 من القانون عدد 39 لسنة 2010 المؤرخ في 26 جويلية 2010 المتعلّق بتوحيد سن الرشد المدني لتصبح ثمانية عشر عاما بالنسبة للجنسين. وهو نفس السن الذي اعتمدته مجلة حماية حقوق الطفل في تعريفها للطفل.[385]

وكما أسلفنا الذكر يتغيّر السن القانوني للرشد في القوانين المقارنة من ذلك أحكام المادة 40 من القانون المدني الجزائري التي تنص أحكامها على سن التاسع عشر كسن للرشد،[386] وتصل إلى سن الواحد و العشرون في القانون المصري.[387]

أمّا القاصر حسب الفقه[388]، فهو "من لا يتوفّر على الأهليّة المدنيّة لإجراء التصرّفات القانونيّة سواء أكان عديم الأهليّة أو ناقصها، صغير السن أو مصابا بأحد عوارض الأهليّة، محجرا عليه أم لا".

وتلتقي هذه التعاريف مع التعريف اللغوي للكلمة، فالقاصر في اللغة قصر الأمر قصورا، عجز وكفّ عنه والقاصر من لم يبلغ سن الرشد.[389]

والمؤكد أنّ المشرع يسعى دائما إلى تكريس حماية قانونيّة للقاصر وهو يلتقي في ذلك مع بقيّة القوانين المقارنة وما أبرم من اتفاقيات دوليّة[390] تذهب كلّها في اتجاه نفس الهدف.

---

385 حسب احكام الفصل 3 من مجلة حماية حقوق الطفل : " المقصود بالطفل على معنى هذه المجلة، كل انسان عمره أقل من ثمانية عشر عاما، ما لم يبلغ سن الرشد بمقتضى أحكام خاصة".

386حسب المادة 40 من القانون المدني الجزائري: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقليّة، ولم يحجر عليه، يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنيّة. وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة".

387حسب المادة 44 من القانون المدني المصري سن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلاديّة كاملة.

388أحمد الخمليشي: التعليق على قانون الأحوال الشخصيّة، الجزء الثاني، آثار الولادة والأهليّة والنيابة القانونيّة، مطبعة المعارف الجديدة 1994، ص 324.

389 مجمع اللغة العربيّة: المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدوليّة 2004، ص 738-739.

390إتفاقيّة الأمم المتحدة لحقوق الطفل المؤرخة في 20 نوفمبر 1989 ودخلت حيز النفاذ في 2 سبتمبر 1990 والتي صادقت عليها تونس بمقتضى القانون عدد 92 المؤرخ في 29 نوفمبر 1991 والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل صادقت عليها تونس في 29 جوان 1991.

ويبقى للأحكام المتّخذة في هذا السياق وفي إطار القانون المدني ذات خصوصيّة تذكر، ذلك أنّ القانون المدني ينظم الروابط القانونيّة الماليّة والشخصيّة أيضا، بمعنى أنّه ينظّم نوعين من العلاقات الخاصة للأفراد، أوّلها المعاملات الماليّة وثانيها الأحوال الشخصيّة، وهو ما سيتم داخل حدوده ضبط أوجه الحماية التي يتمتّع بها القاصر.

التطور التاريخي:

لقد حضي القاصر بعناية تجلّت بوضوح عبر التاريخ خاصة من خلال كتابات الفقهاء والفلاسفة اليونانيين على غرار أفلاطون و سقراط[391]، و هو ما سار عليه الرومان أيضا، حيث يعتبر قاصرا في القانون الروماني ناقص الأهليّة حتى يبلغ سن الخامسة و العشرون من عمره، وإذا ثبتت قدرته على إدارة أمواله يمكن للإمبراطور إخراجه من تلك الوضعيّة منذ سن العشرين بالنسبة للذكور و في سن الثمانية عشر بالنسبة للإناث.[392]

وقد أولت الشريعة الاسلاميّة أهميّة لرعاية مصالح القاصر الماليّة و الشخصيّة[393] وهو ما سار عليه رسول الله صلّى الله عليه وسلّم و من بعده الخلفاء الراشدون.[394]

وبالمثل تطور القانون التونسي في اتجاه تدعيم حماية القاصر، حيث توزّعت النصوص التشريعيّة في هذا الغرض ضمن مجلة الالتزامات والعقود والمجلة الجزائيّة أيضا، هذا وقد صدرت مجلة حماية الطفل بمقتضى القانون عدد 92 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995، بالإضافة إلى بعض القوانين الخاصة منها القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلّق بالولاية العموميّة والكفالة والتبني والقانون عدد75 لسنة 1998 المتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب.

وتوفر مجلة الأحوال الشخصيّة الصادرة بتاريخ 17 أوت 1956 حماية للمرأة، للقاصر وللأسرة ككل، وأهم ما يمكن ذكره فيما يتعلّق بالحماية التي أقرّها مشرع 1956 للطفل بصفة

---

[391]صفوان العوني: حماية القاصر، موقع الذخيرة القانونيّة، ص1.
[392]فريد بن جحا: ترشيد القاصر، معهد الدراسات العليا للنشر 2015، ص 6.
[393]كقوله تعالى في الآية 31 من سورة الاسراء:" ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقكم وايّاكم ان قتلتهم كان حطئا كبيرا."
وقوله في الآية 10 من سورة النساء: " إنّ الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنّما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا."
[394]عبد اللطيف دراز: الحماية القضائيّة للقاصر في مدوّنة الأسرة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص(المغرب)، السنة الجامعيّة 2018/2017، ص 3.

عامة، حذف تزويج الأطفال و ذلك بتحديد السن القانوني كشرط للزواج ضمن الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصيّة وعرف هذا الفصل عدّة تنقيحات أوّلها كان سنة 1964 ثم تنقيح سنة 2007 الذي تمّ بمقتضاه توحيد سن الزواج بين الجنسين ليصبح 18 سنة، و التي اعتبرت سنّا للرشد في القانون التونسي بمقتضى قانون جويلية 2010.[395]

ولئن نظّم المشرّع التونسي أحكاما تتعلّق بإثبات نسب الابن الشرعي في مجلة الأحوال الشخصيّة،[396]وبمقتضى قانون 4 مارس 1958 تمّ اقحام مؤسسة التبني فقد صدر بتاريخ 28 أكتوبر 1998 القانون المتعلّق بالبنوّة.

الفائدة من طرح الموضوع:

وبالتوازي مع التطور التشريعي تطور دور القضاء وتوسّعت سلطاته التقديريّة من أجل ضمان أكثر حماية لمصلحة القاصر،[397] فالحركيّة التشريعيّة خلقت اجتهادات فقه قضائيّة متنوعة وهو ما يؤكّد أهميّة طرح هذا الموضوع، فكّلما كان القاصر طرفا، سواء كان ذلك في نزاع أو تعاقد، أو موضوعا كأن يكون محلّ استغلال أو موضع تهديد إلا وكان للمشرّع أن يصوغ أحكاما خاصة تتعلّق بكيفيّة إدارة أموال القاصر وتحدد الإجراءات و الآليات الكفيلة بتوفير الحماية اللازمة للقاصر، وكان للقضاء أن يلعب دوره الذي يوصف بالجوهري في هذا النطاق.

إشكاليّة البحث:

وهو ما يحيلنا بالضرورة إلى طرح الاشكاليّة التالية: ماهي تجليات الحماية التي يتمتّع بها القاصر في المادة المدنيّة؟

هذا الطرح يحيلنا إلى اعتماد منهجيّة تحليلية في ظاهرها، تقييمية في باطنها، تقوم على جزئين رئيسيين، يتعلّق الأول بتفعيل الحماية التشريعية للقاصر (جزء أوّل) ويهم الثاني تثمين الحماية القضائيّة للقاصر (جزء ثاني).

الجزء الأوّل: تفعيل الحماية التشريعيّة للقاصر

[395]ساسي بن حليمة: دراسات في الأحوال الشخصيّة، مركز النشر الجامعي، ص 4.
[396]أحكام الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصيّة.
[397]ساسي بن حليمة:(مرجع سابق) ص 45 وما يليها.

يضطلع المشرّع بدور أساسي في حماية القاصر من خلال ما يصوغه من أحكام، ولنا أن نفرّق بين الأحكام الموظفة من أجل توفير حماية وقائيّة سابقة للقاصر (مبحث أوّل) وبين تلك المتعلّقة بضمان حماية علاجيّة لاحقة (مبحث ثاني)

مبحث أوّل: الحماية التشريعيّة السابقة

يقر المشرّع التونسي نيابة عن القاصر الذي تنعدم أهليته أو تقيّد (فقرة أولى) وقد يتّسع نطاق تصرفات النائب أو تقيّد بحسب الأحوال (فقرة ثانية)

فقرة أولى: تعيين نائب عن القاصر

اتحد القول عملا بمقتضيات الفصول القانونيّة[398] المتعلّقة بالأهليّة وسن الرشد القانونيّة أن القاصر هو الصغير الغير مميز باعتباره لم يتجاوز سن الثلاثة عشر عاما، والصغير المميز الذي لم يبلغ سن الرشد فهو الصغير الذي تجاوز الثالثة عشر سنة من العمر دون أن يبلغ الثامنة عشر منه، الأمر الذي يعيقهم عن مباشرة تصرفاتهم بأنفسهم، لذلك وضع المشرّع التونسي مجموعة من الضوابط المتعلّقة بإدارة أموالهم تتمثّل بالأخص في إقرار ولاية عنهم، بمعنى إسناد سلطة التصرف نيابة عنهم و لحسابهم لأشخاص يحددهم المشرع، وهذه تسمى ولاية عن المال، وهي تختلف عن ولاية النفس[399] التي ينحصر نطاقها في تربية الطفل وتعليمه و تزويجه...

إذ تعرّف الولاية في القانون التونسي[400] على أنّها صلاحيّة بالنسبة لمال الغير وتستمر إلى حين بلوغ القاصر سن الرشد، وعملا بمقتضيات الفصل 157 من مجلة الأحوال الشخصيّة[401]" إذا أتمّ الصغير المولّى عليه الثمانية عشر عاما كاملة و لم يسبق صدور حكم بالتحجير عليه لسبب من الأسباب غير الصغر، فانه يصبح وجوبا رشيدا له كامل الأهليّة لمباشرة حقوقه المدنيّة و تكون جميع تصرّفاته نافذة ".

---

[398] أحكام الفصول 5، 6، 7، 8، و9 من مجلة الالتزامات والعقود.

[399] سناء شيخ، نسيمة شيخ: حماية أموال القاصر في القانون الجزائري، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونيّة والسياسيّة، العدد الأوّل جوان 2017، ص 79.

[400] فريد بن جحا: ترشيد القاصر، معهد الدراسات العليا للنشر 2015، ص 5.

[401] تنقيح مجلة الأحوال الشخصيّة بمقتضى القانون عدد 39 لسنة 2010 مؤرخ في 26 جويلية 2010 متعلق بتوحيد سن الرشد المدني.

وعملا بأحكام الفصل 154 من نفس المجلة " القاصر وليّه أبوه أو أمّه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته مع مراعاة أحكام الفصل الثامن من هذه المجلة المتعلّق بالزواج، ولا يعمل بوصيّة الأب إلا بعد وفاة الأم أو فقدانها الأهليّة، وعند وفاة الأبوين او فقدان أهليتهما ولم يكن للقاصر وصي وجب أن يقدّم عليه الحاكم."

وتأتي أحكام الفصل 155 من نفس المجلة بمزيد من التوضيح حيث تسند الولاية على القاصر أوّلا للاب ثمّ للأم ثم للوصي ولا تبطل إلا بإذن من الحاكم لأسباب شرعيّة.[402]

وبذلك فإن المكلفين بالولاية على القاصر حسب المشرع وعملا بالتطبيقات القضائيّة أيضا،[403] هم الولي، الوصي والمقدم.

إذ تعد الولاية على القاصر من قبيل الصلاحيّة القانونيّة التي تخوّل لمن أسند له القانون حق ممارستها الاضطلاع بتمثيل المحجور عنه للصغر لدى القضاء ونيابته في التصرّفات القانونيّة بما من شأنه حماية مصالحه وضمان حقوقه.[404] والولاية نوعان، ولاية على النفس ويقصد بها السلطة التي يملكها الولي على المولى عليه والتي تمكّنه من رعايته، تعليمه و تربيته، وولاية على المال وهي التي تهمنا، فالولي هو الشخص الذي يمنحه القانون سلطة الاشراف على أمور القاصر وإدارة أمواله، وعملا بمقتضيات الفصل 8 من مجلة الأحوال الشخصيّة " الولي هو العاصب بالنسب ويجب أن يكون عاقلا، ذكرا، رشيدا والقاصر ذكرا كان أو أنثى وليه وجوبا أبوه أو من ينيبه. والحاكم ولي من لا ولي له". وبذلك فإن الولي على القاصر هو أبوه، إلا أنّ هذا القول لا يستقيم إلا في صورة استمراريّة الرابطة الزوجيّة أمّا في صورة انفصامها بطلاق فإن سلطات الولاية تجزء، إذ تتمتع الأم الحاضنة بالبعض من صلاحيات الولاية أساسا ما يتعلّق بسفر المحضون ودراسته والتصرّف في حساباته الماليّة، ومن الممكن أن يسند لها القاضي جميع مشمولات الولاية كلّما تعذّر على الولي ممارستها أو تعسّف فيها أو كان متهاونا في القيام بالواجبات

---

[402] للاب ثمّ للأم ثم للوصي الولاية على القاصر أصالة ولا تبطل إلا بإذن من الحاكم لأسباب شرعيّة."

[403] حسب القرار الاستئنافي المدني عدد 3111 المؤرخ في 18 مارس 1998 للاب ثم للام ثم للوصي الولاية على القاصر ولا تبطل إلا بإذن من الحاكم لأسباب شرعيّة. وهذا الاتجاه أجمع عليه فقهاء الشريعة وبذلك ليس من السهولة بمكان أن تتجرّد الأم عن ولايتها في غياب وجود اب شرعي للطفل بمجرد إمضائها لعقد تنازل أو إهمال بل أن هذه الولاية تظل معقودة لها حق شخصي طبيعي مقرر قوامه الشفقة والعلم والدراية وإن كانت هذه الولاية قابلة للزوال بانتفاء موجبها وإلى الابطال بإذن القاضي لأسباب شرعيّة كيفما نصّ على ذلك صريح الفصل 155م ا ش.

[404] محمد اللجمي: قانون الأسرة، تونس 208، ص 451.

المنجرة عنها وغيرها من الأسباب التي من شأنها الاضرار بمصلحة المحضون طبقا لما ورد بالفصل 67 من مجلة الأحوال الشخصيّة من أحكام.[405]

وتنتقل الولاية على الأبناء القصّر إلى الأم أيضا في صورة وفاة الأب أو فقدانه للأهليّة.

واستنادا إلى الأحكام القانونيّة السابق الإشارة إليها يتأكّد أن الولي يستمد سلطته من القانون وهي حق وواجب بالنسبة له، لذلك لا يمكنه التفصّي من مسؤوليته تلك،[406] إلا أن تلك الصلاحيات تزول في جميع الأحوال ببلوغ القاصر سن الرشد القانوني و تستمر إلى ما بعد الزواج بالنسبة للأنثى.[407]

وقد يتعهّد بالولاية على القاصر ولي عمومي، فعملا بأحكام الفصل الأوّل من القانون عدد 27 لعام 1958 المؤرّخ في 4 مارس 1958 المتعلّق بالولاية العموميّة والكفالة والتبني يعتبر وليّا عموميا للأطفال اللقطاء والمهملين: متصرّفو المستشفيات ومئاوى ومعاهد الرضّع ومديرو الاصلاحيات ومئاوى الأطفال عندما يتعهدون بحفظهم، والولاة في جميع الصور الأخرى. فالقاصر اللقيط أو المهمل له ولي عمومي له نفس الحقوق وعليه نفس الواجبات التي للولي الشرعي.[408]

أمّا بالنسبة للوصي فبالاستناد إلى أحكام الفصل 54 من مجلة الأحوال الشخصيّة بعد وفاة الأم او فقدانها للأهليّة يعمل بوصيّة الأب وبذلك فالوصي هو الشخص الذي يعيّنه الأب لتولي شؤون القاصر، وتشترط القوانين المقارنة[409] ضرورة أن يكون الوصي مسلما، عاقلا، بالغا، أمينا ويحسن التصرّف وفي صورة عدم توفر هذه الشروط يمكن للقاضي أن يعزله.

وقد يعيّن على القاصر مقدّم قضائي، فإذا لم يكن للقاصر وليّا أو وصيّا يعيّن له القاضي مقدّما قضائيّا يدير أمواله ويتصرّف فيها بما يتلاءم مع مصلحة القاصر طبقا لأحكام الفصلين 3

---

[405] اقتضت أحكام الفقرتين الرابعة والخامسة من الفصل 67 من مجلة الأحوال الشخصيّة ما يلي: " وتتمتع الأم في صورة اسناد الحضانة إليها بصلاحيات الولاية فيما يتعلّق بسفر المحضون ودراسته والتصرّف في حساباته الماليّة. ويمكن للقاضي أن يسند مشمولات الولاية على الأم الحاضنة إذا تعذّر على الولي ممارستها أو تعسّف فيها أو تهاون في القيام بالواجبات المنجرّة عنها على الوجه الاعتيادي، أو تغيّب عن مقرّه وأصبح مجهول المقر، أو لأي سبب يضر بمصلحة المحضون."

[406] سناء شيخ، نسيمة شيخ: (مرجع سابق) ص 81.

[407] محمد اللجمي: قانون الأسرة، تونس 2008، ص 451.

[408] أحكام الفصل الثاني من القانون عدد 27 لعام 1958 المؤرّخ في 4 مارس 1958 المتعلّق بالولاية العموميّة والكفالة والتبني.

[409] أحكام الفصل 93 من قانون الأسرة الجزائري.

و5 من الأمر المؤرّخ في 18 جويلية 1957 المتعلّق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرّفاتهم وحساباتهم.[410]

إن الغاية من تعدد الأشخاص المكلّفين بالنيابة على القاصر تتمثّل بكل تأكيد في إدارة أموال القاصر وحماية مصالحه قدر الإمكان.

فقرة ثانية: تحديد نطاق سلطات النائب

حسب الفصل 156 م ا ش " الصغير الذي لم يتم الثالثة عشر يعد مميز وجميع تصرّفاته باطلة.

والصغير الذي تجاوز الثالثة عشرة مميزا وتصرّفاته تكون نافذة إذا كانت من قبيل النفع المحض وباطلة إذا كانت من قبيل الضرر المحض ويوقف نفاذها في غير الصورتين المذكورتين على إجازة الولي."

على هذا الأساس نميّز بين وضعيّتين للقاصر، فهو من جهة أولى صغير مميّز لم يتم الثالثة عشر من عمره، وهو من جهة ثانية صغير مميّز تجاوز عمره الثالثة عشر سنة دون أن يبلغ سن الرشد، ويستفاد من هذه التفرقة أن الصغير الغير مميّز يعد فاقدا للأهليّة وبذلك لا يمكنه إبرام تصرّفات سواء بنفسه أو بواسطة، أمّا الصغير المميّز فتكون أهليّته مقيّدة، بمعنى أنّه يمكن له القيام بالتصرّفات النافعة نفعا محضا، من شأنها أن تؤدي إلى الزيادة في ذمّته كأن يتلقى هبة بدون عوض أو يتم الإيصاء له، في حين تبطل تصرّفاته الضارة بذمّته الماليّة،[411] وفي غير هاتين

[410] ورد بالفصل 3 من الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 المتعلّق بترتيب المقدمين ومراقبة تصرّفاتهم وحساباتهم: " يتضمّن رسم الوفاة أسماء جملة الورثة وعمر من كان دون سن الرشد بغاية التحرّي. وتقييد التركة يقع بزمام بمحضر الورثة الرشداء إن كالن من الورثة من هو رشيد، والوصي إن كان هناك وصي، وإن لم يكن هناك وصي فإن وكيل الجمهوريّة أو حاكم الناحية يكلف بمجرّد قرار منه مقدّما وقتيّا على من كان غير رشيد ينتخب بقدر الإمكان من أفراد العائلة ".

ورد بالفصل5 من الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 المتعلّق بترتيب المقدمين ومراقبة تصرّفاتهم وحساباتهم: " بمجرد ما يقع التضمين يتولى الوصي إدارة أملاك القاصر. وفي حالة عدم وجود وصي فإن حاكم التقاديم المشار إليه بالفصل 11 من هذا الأمر يعيّن بطلب من وكيل الجمهوريّة مقدّما على القاصر سواء أكان المقدم الوقتي أم غيره. ويتولى المقدم المعيّن أو الوصي التصرّف في مكاسب منظوره طبق القانون وعلى أوفق وجه لمصالح القاصرين".

[411] أحكام الفصل 9 من مجلة الالتزامات والعقود: "لمن ليست له أهليّة التعاقد والصغير الذي تجاوز ثلاثة عشر عاما القدرة على تحسين حالهما ولو بلا مشاركة الأب أو الولي وذلك بقبول هبة أو غيرها من التبرّعات التي من شأنها الزيادة في كسبهما أو إبراء ذمتهما بدون أن يترتب عليهما شيء من جرّاء ذلك".

الصورتين تكون تصرّفات الصغير المميز دائرة بين النفع و الضرر، وفي هذه الحالة يكون نفاذها متوقفا على إجازة الولي الذي له أن يتصرّف في هذه الحالة أصالة عن القاصر دون الخضوع لضوابط باستثناء ما يقرّه القانون من قيود فيما يتعلّق ببعض أنواع التصرّفات، حيث لا يمكن للولي التصرّف نيابة عن القاصر في بعض الحالات إلا بعد الحصول على إذن قضائي وتبرير ذلك يتمثّل في العمل على توفير أكثر حماية للقاصر، فمصلحة هذا الأخير تقتضي تدخّل القاضي ليأذن الولي في التصرف أو عدمه وذلك في حالات عدّة من ذلك التصرّف بالبيع أو القسمة أو الرهن أو إيجار عقّار، وكذلك في صورة بيع منقولات ذات أهميّة، أو في صورة استثمار أموال القاصر.

مبحث ثاني: الحماية التشريعيّة اللاحقة

إن الحماية التي أقرّها المشرّع التونسي للقاصر لا تقتصر على مجرّد الوقاية المتجسّدة في إقرار ولاية على القاصر، فهي تتعدّى ذلك، حيث يحدّد مآل تصرّفات القاصر التي يقوم بها دون تدخّل الولي ليكون مآلها الإبطال (فقرة أولى) ويعفيه من المسؤوليّة طبقا لما ورد بمادة المسؤوليّة التقصيريّة من أحكام (فقرة ثانية).

فقرة أولى: إبطال تصرّفات القاصر

تتجه نيّة المشرّع نحو حماية الذمّة الماليّة للقاصر بشكل أوضح من خلال إعتماد البطلان كجزاء لما يقوم به من تصرّفات بفرده أي دون تدخّل الولي، فما يأتيه الصغير الغير مميز من تصرّفات يكون مآله البطلان المطلق وذلك نظرا لغياب الأهليّة التي تعد ركنا أساسيا في التعاقد عملا بأحكام الفصل 2 من مجلة الالتزامات و العقود،[412] ويكون جزاؤها البطلان النسبي إذا كان المتعاقد صغيرا غير مميّز، باعتبار أنّ أهليّة هذا الأخير مقيّدة، وعلى هذا الأساس تكون تصرّفاته باطلة بطلانا نسبيّا بمعنى أنّه يمكن للولي أن يجيزها فيما بعد.

فبالرجوع إلى أحكام الفقرة الأولى من الفصل 156 م ا ش نتبيّن أنّ " الصغير الذي لم يتم الثالثة عشر يعد مميز وجميع تصرّفاته باطلة.

حسب أحكام الفصل 8 من مجلة الالتزامات والعقود يعد "الصغير الذي تجاوز ثلاثة عشر عاما والسفيه إذا عقد عقدا بلا إذن الأب أو الولي لا يلزمه شيء من جرّاء ذلك وله أن يطلب فسخه على الشروط المبيّنة بهذا العقد"..

[412] أحكام الفصل 2 من مجلة الالتزامات والعقود.

وبهدف حماية القاصر أقر المشرّع التونسي أيضا ضرورة فسخ العقد إذا ثبت وجود غبن فيه أي فارق بين القيمة الحقيقيّة للشيء المتعاقد عليه والقيمة المصرّح بها في العقد، وكان المغبون صغيرا، حيث ورد بأحكام الفصل 61 من مجلة الالتزامات والعقود: " الغبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيرا أو ليس له أهليّة التصرّف ولو كان العقد بحضرة وليّه أو من هو لنظره على الصورة المرغوبة قانونا ولو لم يقع تغرير من معاقده الآخر والغبن في هاته الصورة هو ما إذا كان الفرق بين القيمة الحقيقيّة والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثلث."

وبالمثل يمكن المطالبة بنقض القسمة بسبب الغبن إذا تعلّق بمناب من ليس له أهليّة التصرّف وكان الفارق في القيمة الربع.[413]

كما يذهب المشرّع من أجل توفي مزيد من الحماية للقاصر المتعاقد في التضييق من آثار البطلان، وذلك من خلال عدم إلزام القاصر بأكثر ممّا عاد عليه بالنفع من تنفيذ العقد طبقا لما ورد بالفصل 13 من مجلة الالتزامات والعقود الذي اقتضت أحكامه أنّه:" إذا تمّم الرشيد ما التزم به للصغير أو القاصر فهما ملزومان بقدر ما انتفعا به من جرّاء ذلك والمنفعة المذكورة تعتبر حاصلة إذا أنفقا المال الذي أخذاه في مصاريف لازمة أو نافعة أو كان موجودا عندهما."

ونحو مزيد تدعيم هذه الحماية خوّل المشرّع للقاصر عند بلوغه سن الرشد إمكانيّة المطالبة بإبطال العقد الذي كان قد أبرمه في صورة عدم مطالبة الولي بذلك.

فقرة ثانية: إعفاء القاصر من المسؤوليّة

يمكن تعريف المسؤوليّة المدنيّة على وجه عام بأنها التزام الشخص بالتعويض عن الضرر الذي ألحقه بالغير، ويمكن أن تكون هذه المسؤوليّة إمّا مسؤوليّة تعاقديّة تنشأ نتيجة اخلال بالتزام تعاقدي أو مسؤوليّة تقصيريّة ترتبط بصدور فعل ضار أي الاخلال بالتزام قانوني خارج النطاق التعاقدي، وترتكز المسؤوليّة التقصيريّة على ثلاث أركان أساسيّة وهي على التوالي: الخطأ، الضرر والعلاقة السببيّة بين الخطأ و الضرر،[414] وبذلك فإن قواعد المسؤوليّة التقصيريّة تقوم على التمييز، فمن فقد ملكة الإدراك يعفى من المسؤوليّة فلا ضمان على

[413] أحكام الفقرة الثانية من الفصل 125 من مجلة الحقوق العينيّة.
[414] حسب الفصل 82 من مجلة الالتزامات والعقود:" من تسبّب في ضرر غيره عمدا منه واختيارا بلا وجه قانوني سواء كان الضرر حسيّا أو معنوياً فعليه جبر الضرر".

الصغير غير المميز، وإذا كانت له درجة من التمييز تمكّنه من معرفة العواقب وجبت عليه العهدة.[415]

حيث يتوسع نطاق المسؤوليّة عن فعل الغير لشمل مسؤوليّة الآباء عن مسؤوليّة الأبناء، فعملا بأحكام الفصل 93 مكرر من مجلة الالتزامات والعقود الذي أضيف بالقانون عدد 95 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995 الأب والأم مسؤولان بالتضامن عن الفعل الضار الصادر عن الطفل بشرط أن يكون ساكنا معهما، ويجوز دفع هذه المسؤوليّة في الحالات التي نصّت عليها أحكام هذا النص، وفي صورة تجزئة مشمولات الولاية فإن الحاضن يتحمّل مسؤوليّة المحضون، أمّا في صورة وفاة الابوين أو فقدانهما الأهليّة يكون الكافل مسؤولا عن الفعل الضار الصادر عن الطفل ولا يمكنه التفصّي من هذه المسؤوليّة ما لم يثبت أنّه راقب الطفل كل المراقبة اللازمة أو أنّ الضرر نتج عن خطاء من المتضرر نفسه.[416]

وعملا بأحكام هذا النص يعفى الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد من المسؤوليّة عن فعله الضار، وفي المقابل يتحمّل الأبوين أو أحدهما أو غيرهما ونقصد هنا الكافل، تبعة تقصيره واخلاله بواجب مراقبة الطفل ولا يعفى من هذه المسؤوليّة إلا إذا أثبت أنّه راقب الطفل كل المراقبة اللازمة أو أن الضرر نتج عن خطأ من المتضرر نفسه.[417]

وعلى عكس ما أتت به أحكام القانون التونسي التي تعفي القاصر من تحمّل المسؤوليّة الشخصيّة عن الفعل الضار الذي صدر عنه وجعلها تقع على عاتق غيرهما في إطار ما يسمى بالمسؤوليّة عن فعل الغير التي تعد استثناء للأصل المتمثّل في أن لا يسأل الشخص إلا عن فعله الشخصي، تذهب بعض القوانين المقارنة[418] إلى تحميل الصغير مسؤوليّة استثنائيّة واحتياطيّة بمعنى انّه لا يمكن اللجوء إليها إلا في صورة عدم وجود شخص مسؤول عنه أو وجد هذا الأخير لكن انتفت مسؤوليّته لأي سبب من الأسباب التي يحددها المشرع، ويبقى الأمر في جميع الأحوال خاضعا لسلطة القاضي الاجتهاديّة و تظل مسؤوليّة الصغير في مثل هذه الحالات الاستثنائيّة مسؤوليّة مخفّفة.

---

[415] أحكام الفصل 105 من مجلة الالتزامات والعقود.
[416] أحكام الفصل 93 مكرر من مجلة الالتزامات والعقود.
[417] أحكام الفقرة الثانية من الفصل 93 مكرر من مجلة الالتزامات والعقود.
[418] ورد بالفقرة الثانية من الفصل 164 من القانون المصري أنّه: " ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميّز، ولو يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذّر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا في ذلك مركز الخصوم."

إجمالا، ولئن كانت الإحاطة التشريعيّة بالقاصر مهّمة فإن دور القاضي لا يقل عنها أهميّة.

الجزء الثاني: تثمين الحماية القضائيّة للقاصر

يعد الدور الذي يقوم به القضاء من أجل حماية القاصر دورا حيويا وهو ما يمكن ضبطه سواء على مستوى السلطات الرقابيّة (مبحث أوّل) أو على مستوى الصلاحيات الاجتهاديّة (مبحث ثاني)

مبحث أوّل: السلطات الرقابيّة

يمارس القضاء سلطته الرقابيّة من أجل حماية القاصر وهو ما يتجلى من خلال تعدد هياكل الرقابة القضائيّة (فقرة أولى) ومن خلال فحوى الرقابة في ذاتها (فقرة ثانية)

فقرة أولى: آليات الرقابة القضائيّة

تتوزّع هياكل الرقابة القضائيّة بوصفها ضمانة أساسيّة لحماية القاصر بين القضاء الفردي والقضاء المجلسي.

فبمجرد حصول العلم لوكيل الجمهوريّة أو حاكم الناحية بمن توفي وترك من بين ورثته قاصرا، يأذن حالا بإقامة رسم الوفاة ويجري بعد ذلك في ظرف أجل لا يتجاوز العشرين يوما ما يراه مناسبا ومطابقا للحال في تقييد التركة وضبطها وحفظها، حيث يتضمّن رسم الوفاة أسماء جميع الورثة بما فيهم غير الرشداء أي القصّر، ويقع تقييد التركة بمحضر الورثة والوصي على القاصر وإذا لم يكن هناك وصي يتم اتخاذ قرار بتكليف مقدّم وقتي يتولى فيما بعد إدارة أموال القاصر والتصرّف في مكاسب منظوره طبق القانون وبما يتو افق مع مصلحة القاصر،[419] تحت رقابة قاضي التقاديم،[420] الذي يتولى بالإضافة إلى دوره هذا النظر في قضايا التقديم على الصغير وفي مطالب ترشيد الصغير المميّز.

[419] ورد بالفصل 5 من الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 المتعلّق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم: " بمجرد ما يقع التضمين يتولى الوصي إدارة أملاك القاصر. وفي حالة عدم وجود وصي فإن حاكم التقاديم المشار إليه بالفصل 11 من هذا الأمر يعيّن بطلب من وكيل الجمهوريّة مقدّما على القاصر سواء أكان المقدم الوقتي أم غيره. ويتولى المقدم المعيّن أو الوصي التصرّف في مكاسب منظوره طبق القانون وعلى أوفق وجه لمصالح القاصرين".

[420] حسب مقتضيات الفصل 7 من الأمر المؤرّخ في 18 جويلية 1957 المتعلّق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرّفاتهم وحساباتهم: "حاكم التقاديم يأذن كتابة المقدم أو الوصي بإجراء التصرّفات التي تتوقف على إذن سابق من طرفه حسب النصوص الجاري بها العمل. كما ينظر في كل خلاف في شأن المصادقة على حساب المقدّم أو الوصي وكل الدعاوى التي ترمي إلى تعويضهما وذلك بطلب ممّن يهمه الأمر. وينظر حاكم التقادم زيادة على ذلك بطلب

وعملا بأحكام الفصل 11 من الأمر المؤرّخ في 18 جويلية 1957 المتعلّق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم ومحاسبتهم يقوم بوظائف حاكم التقاديم بالمحكمة الابتدائيّة بتونس حاكم برتبة وكيل رئيس بها، أمّا بقيّة المحاكم الابتدائيّة فيقوم بذلك رئيس المحكمة أو من ينوبه.

وبالاستناد إلى قواعد الاختصاص الحكمي نتبيّن أنّ قاضي الناحية ينظر ابتدائيّا في قضايا النفقة التي ترفع إليه بصفة أصليّة،[421] في حين يختص قاضي الأسرة بالنظر في دعاوى الطلاق ولهذا الأخير أن يتّخذ القرارات الفوريّة الخاصة بسكنى الزوجين وبالنفقة بناء على ما تجمّع لديه من عناصر عند محاولة الصلح طبقا لما ورد بالفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصيّة من أحكام،[422] مع ترك إمكانيّة الاتفاق بين الوالدين حول كل ذلك ما لم تتعارض مع مصلحة الأبناء القصّر.

وطبقا لمقتضيات نفس الفصل سالف الذكر يختار رئيس المحكمة قاضي الأسرة من بين الوكلاء، وهذا الأخير يبذل جهدا أكبر في المحاولات الصلحيّة بين الزوجين كلّما وجد إبن قاصر أو أكثر، و يقدّر قيمة النفقة و يسند الحضانة ويتخذ غيرها من القرارات بشرط أن يقوم دائما بمراعاة مصلحة القاصر.

وجليّ بالذكر أنّ دور القضاء الفردي الذي يمثّله قاضي الناحية، قاضي التقاديم، وقاضي الأسرة، يتكامل مع دور القضاء المجلسي، ذلك أنّ المحكمة الابتدائيّة تتعهّد بتركيبتها المجلسيّة بالنظر في قضايا إثبات النسب و إثبات البنوّة أيضا، وحول هذا ورد بالفصل 3 مكرر من القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرّخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب حسبما تمّ تنقيحه بمقتضى القانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرّخ في 7 جويلية 2003 أنّه يمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنيابة العموميّة رفع الأمر على المحكمة الابتدائيّة المختصّة لطلب اسناد لقب الأب على مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أنّ هذا الشخص هو أب ذلك الطفل، وتبت المحكمة في الدعوى عند

ممّن يهمه الأمر أو من وكيل الجمهوريّة في قضايا التقديم على الغائب وعلى الصغير الذي لا ولي له أو المجنون أو ضعيف العقل أو في ترشيد الصغير ترشيدا حسب أحكام الفصول 83 و154 و158 و160 من مجلة الأحوال الشخصيّة كما ينظر في التقديم على المحكوم عليه بالأشغال الشاقة حسب أحكام الفصل 30 من المجلة الجنائيّة".

[421] أحكام الفصل 39 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية المنقح بالقانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994.

[422] أحكام الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصيّة.

عدم الإذعان إلى الإذن الصادر عنها بإجراء التحليل الجيني بالاعتماد على ما يتوفّر لديها من قرائن متعدّدة ومتظافرة وقويّة ومنضبطة.

فقرة ثانية: تجليات الرقابة

لئن مثّل تعيين نائب عن القاصر للقيام بإدارة أمواله ضمانة أساسيّة في حماية القاصر، فإنه وبهدف تدعيم هذه الحماية يتمتّع القاضي بسلطات رقابيّة واسعة على تصرفات النائب، فللقاضي دور أساسي في تعيين النائب[423] وله أن يراقب تصرّفاته التي يمارسها في إطار ولايته على القاصر.

فلا يمكن للنائب مباشرة بعض التصرّفات نيابة عن القاصر إلا بعد الحصول على إذن من قاضي التقاديم،[424] وذلك في صورة بيع عقار أو منقول ذا أهميّة أو كراء العقار لمدة تتجاوز ثلاث سنوات، وهنا تكون الرقابة القضائيّة قبليّة، فنظرا لأهميّة هذه التصرّفات وخطورتها في نفس الآن على الذمّة الماليّة للقاصر لا يمكن للنائب ممارستها إلا بعد الإذن له في ذلك من قبل القاضي، فلئن اقتضت أحكام الفصل 156 من مجلة الأحوال الشخصيّة توقف صحة تصرّفات القاصر على إجازة الولي فإنه هذه التصرّفات تكون أيضا خاضعة لإجازة القاضي الذي تتوسّع صلاحياته الرقابيّة أكثر إذا كان النائب عن القاصر وصيّا عليه أو وليّا عموميّا.[425]

كما لا يمكن للولي تجاوز حدود سلطاته بما من شأنه الإضرار بمصلحة القاصر، وفي هذا المستوى يمارس القاضي رقابة بعديّة، تتسّع في إطارها سلطات قاضي التقاديم، فمن منطلق رعاية مصالح القاصر والحفاظ على ذمّته الماليّة، يتولى القضاء الإشراف على إدارة مكاسبه وذلك بمتابعة الحسابات التي يتعيّن على الوصي أو المقدّم الادلاء بها لوكيل الجمهوريّة في نهاية شهر مارس ونهاية شهر أكتوبر من كل عام،[426] ويتّخذ ما يراه مناسبا من الإجراءات وذلك إمّا من تلقاء نفسه أو بطلب من الولي الشرعي أو غيرهما، فكلّما ثبت لديه سوء تصرّف من قبل النائب

[423] أحكام الفصل الاوّل والثاني من الأمر المؤرّخ في 18 جويلية 1957 المتعلّق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم.
[424] أحكام الفصل 7 من الأمر المؤرّخ في 18 جويلية 1957 المتعلّق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرّفاتهم وحساباتهم.
[425] أحكام الفصل الأوّل من القانون عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلّق بالولاية العموميّة والكفالة والتبني.
[426] أحكام الفصل 6 من الأمر المؤرّخ في 18 جويلية 1957 المتعلّق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم.

أمكن له أن يقرر إعفاءه و تعويضه.[427] كما يمكن أن تقوم مسؤوليّة النائب المدنيّة والجزائيّة أيضا، وهو ما تناولت التنصيص عليه في نصوص قانونية بعض القوانين المقارنة.[428]

وتتوسّع سلطات قاضي التقاديم ليضطلع بدور أساسي في قضايا التقديم على الصغير الذي لا ولي له، وكذلك للنظر في ترشيد الصغير،[429] وقد يكون الترشيد مقيّدا أو مطلقا[430] كما يمكن له الرجوع في الترشيد إذا قام له موجب في ذلك بحسب مصلحة القاصر، وكل ذلك يدخل في نطاق سلطاته الرقابيّة التي تتداخل بالضرورة مع صلاحياته الاجتهاديّة.

مبحث ثاني: الصلاحيات الاجتهادية

الصلاحيات الاجتهاديّة تكون في اتجاه حماية الحقوق الماليّة للقاصر (فقرة أولى) أو الحقوق المعنوية له (فقرة ثانية).

فقرة أولى: حماية الحقوق المالية للقاصر

الأصل هو أن تتم إدارة أموال القاصر من قبل الولي الشرعي إلا أنّه وبصورة استثنائيّة يمكن للقاصر المميز التصرّف بفرده وذلك في صورة ترشيده، فالترشيد يعد صلاحيّة مهمة منحها المشرّع للقاضي التي من خلالها يتم تجاوز القيود المفروضة على القاصر والمرتبطة أساسا بعامل السن، فقد تقتضي مصلحة القاصر فك قيد الحجر عنه حتى يتمكّن من الانخراط في الحياة الاقتصاديّة للاستفادة والتكسّب. ومن أجل هذا، يتمتّع القاضي بسلطات اجتهاديّة واسعة، فلهذا الأخير أن يعاين وجود الشروط التي على ضوء توفرها يمكن للقاضي ترشيد القاصر الأمر الذي يتوقف على مدى قدرة القاصر على مباشرة شؤونه وتسييرها بمفرده إذا كانت له درجة من النضج بالإضافة إلى بلوغه سن الخامسة عشر من عمره.[431]

---

[427] أحكام الفصل 7 من الأمر المؤرّخ في 18 جويلية 1957 المتعلّق بترتيب تسمية المقدّمين ومراقبة تصرّفاتهم وحساباتهم.

[428] اقتضت أحكام الفصل 98 من قانون الأسرة الجزائري أن: " يكون الوصي مسؤولا عمّا يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره".

[429] أحكام الفصل 7 من الأمر المؤرّخ في 18 جويلية 1957 المتعلّق بترتيب تسمية المقدّمين ومراقبة تصرّفاتهم وحساباتهم.

[430] ورد بالفصل 158 من مجلة الأحوال الشخصيّة " يمكن للحاكم ترشيد الصغير ترشيدا مقيّدا أو مطلقا كما يمكن له الرجوع في هذا الترشيد إن قام لديه موجب في ذلك ".

[431] فريد بن جحا: ترشيد القاصر، معهد الدراسات العليا للنشر 2015، ص 14.

ويكون الترشيد بناء على مطلب كتابي في شكل اذن على عريضة ،[432] يقدّمه ولي القاصر وهو ما نصّ عليه المشرع الفرنسي صراحة ضمن أحكام الفص 413 من المجلة المدنيّة الفرنسيّة،[433] التي تسند للوادين إمكانية تقديم مطلب الترشيد في صورة قيام الرابطة الزوجيّة وللحاضن في صورة انفصامها، وذات الشيء يستشف ضمنيّا من أحكام الفصلين 154 و155 من مجلة الأحوال الشخصيّة، كما يمكن للقاصر أن يطلب بنفسه رفع الحجر عنه وهو ما نصّت عليه أحكام الفصل 168 من مجلة الأحوال الشخصيّة،[434] وبما أن حماية القاصر تعد من النظام العام[435] فإنه يمكن والحالة تلك للنيابة العموميّة تقديم المطلب.[436]

وفي جميع الأحوال يبقى لقاضي التقاديم[437] باعتباره قاضي الاختصاص مطلق الحريّة، فله أن يرشّد القاصر ترشيدا مطلقا أو مقيّدا،[438] والتقييد يعني أنّه لا يمكن للقاصر التصرّف إلا حدود ما هو مأذون له فيه، وفي جميع الأحوال يمكن للقاضي الرجوع في ذلك الاذن إذا أساء الصغير التصرّف بما يؤدي إلى افتقار ذمّته الماليّة وخسارته.[439]

والجلي بالذكر أنّ الصغير المرشّد يمكنه ممارسة حقوقه المدنيّة دون أن يمتد ذلك ليشمل أعمال التجارة، فبمقتضى القانون المؤرخ في 26 جويلية 2010 المنقح للمجلة التجارية تمّ التخفيض في سن الرشد القانوني من سن العشرين إلى ثمانية عشر عاما وإلغاء أحكام الفصل 6 من المجلة التجاريّة الذي كان بمقتضاه للقاصر المرشّد ترشيدا مطلقا تعاطي أعمال التجارة.

فقرة ثانية: حماية الحقوق المعنويّة للقاصر

---

[432] أحكام الفصول 213 إلى 223 من مجلة المرافعات المدنيّة والتجاريّة.

[433] Selon l'article 413-2 code civil : « Le mineur, même non marié, pourra être émancipé lorsqu'il aura atteint l'âge de seize ans révolus.
Après audition du mineur, cette émancipation sera prononcée, s'il y a de justes motifs, par le juge des tutelles, à la demande des père et mère ou de l'un d'eux.
Lorsque la demande sera présentée par un seul des parents, le juge décidera, après avoir entendu l'autre, à moins que ce dernier soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté. »

[434] حسب أحكام الفصل 168 من مجلة الأحوال الشخصيّة: " للمحجور عليه مهما كان سبب الحجر حق القيام بدون واسطة لدى المحاكم بطلب رفع الحجر عنه ".

[435] فريد بن جحا: (مرجع سابق) ص 38.

[436] أحكام الفصل 251 من مجلة المرافعات المدنيّة والتجاريّة.

[437] أحكام الفص 7 من الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 المتعلّق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم.

[438] الفصل 158 من مجلة الأحوال الشخصيّة.

[439] احكام الفصل 12 م ن مجلة الالتزامات والعقود وأحكام الفصل 158 من مجلة الأحوال الشخصيّة.

إن تدخّل القاضي من أجل حماية القاصر يوصف بمزدوج الأبعاد، فهذا الأخير يتمتّع بسلطة اجتهاديّة يمارسها من أجل حماية الذمة المالية للقاصر من جهة، ومن أجل حماية حقوقه المعنوية من جهة أخرى، وهو ما يمكن ضبطه على مستويات عدّة، حيث نجد القاضي يجتهد من أجل تحقيق مصلحة القاصر الفضلى كمعيار لإسناد الحضانة، ولإثبات النسب ومن أجل حماية الطفولة المهددة.

فلقد تطوّرت الأحكام التشريعيّة المتعلّقة بإسناد الحضانة، الأمر الذي يؤكد النية التشريعيّة الحمائيّة التي تتكامل مع دورقاضي الأسرة[440] في هذا الصدد، فلئن كانت الحضانة من أوكد واجبات الأبوين تجاه الأبناء مادامت الزوجيّة مستمرة بينهما،[441] فهي تعني حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته[442] ورعاية مصالحه والقيام على عامة شؤونه،[443]فإنه في صورة إيقاع الطلاق بينهما تسند الحضانة لأحدهما أو غيرهما بحسب مصلحة المحضون، وهنا يحمل على القاضي مراعاة مصلحة المحضون،[444]عملا بما ورد بالفصل 67 من مجلة الأحوال الشخصيّة المنقح بمقتضى القانون عدد 49 لعام 1966 المؤرخ في 3 جوان 1966، الذي من خلاله تدعّمت الصلاحيات المسندة للقاضي في اتجاه حماية القاصر بعد أن كانت مقيّدة بأحكام النص الذي تمثّل فحواه في صياغته الأصليّة فيما يلي:" الحضانة من حقوق الأبوين مادامت الزوجية مستمرة بينهما. فإذا انفصمت الزوجية بطلاق أو موت فمستحقو الحضانة على الترتيب هم: أم المحضون ثمّ جدّته من قبل الام، ثم خالته، ثم خالة الأم، ثمّ عمّة الأم، ثمّ جدّة المحضون من قبل الأب، ثم ابنته، ثمّ اخته، ثمّ عمّته، ثمّ عمّة أبيه، ثمّ خالة أبيه، ثمّ بنت أخ المحضون، ثمّ بنت أخته، ثمّ الوصي، ثمّ أخ المحضون، ثمّ عمّه ثمّ إبن عمّه. ويقدّم الشقيق على الذي للأم، والذي للام على الذي للأب في جميع المراتب التي يمكن فيها ذلك. وإذا تساوى المستحقون للحضانة في درجة واحدة يقدّم أصلحهم، ثمّ اكبرهم سنّا."

الملاحظ إذن أن المشرع التونسي اتبع في البداية منهج الفقه المالكي فيما يتعلّق بإسناد الحضانة ثمّ تجاوزه وكرّس معيار مصلحة المحضون وأخضعه لمطلق الاجتهاد القضائي،

---

[440]الفصل 32 جديد من مجلة الأحوال الشخصية.
[441]أحكام الفصل 57 من مجلة الأحوال الشخصية
[442]أحكام الفصل 54 من مجلة الأحوال الشخصية.
[443]محمد اللّجمي: (مرجع سابق) ص 447.
[444] أحكام الفصل 67 من مجلة الأحوال الشخصية.

فبإدراجه لمفهوم غير دقيق وغير مضبوط المحتوى، يكون المشرّع قد فتح المجال أمام القاضي ليتدخّل ويلتمس أفضل الحلول تحقيقا للمصلحة الفضلى للقاصر.

وفي جانب أخر وصف القاضي التونسي بالمتشوّق لإثبات الأنساب، فلئن حدد المشرّع ضمن مقتضيات الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية وسائل إثبات النسب وحصرها في الفراش، إقرار الأب وشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر، فإن اجتهاد القضاء كان متذبذبا ومتنوعا، حيث دأبت المحاكم طيلة عشر سنوات على التوسيع في تأويل أحكام الفصل 36 من قانون 1957 ممّا أدى إلى اعتبار الخطبة زواجا باطلا أعتبر على ضوئه ابن الخطيبين ابنا شرعيّا، ولنا أن نشير في هذا الصدد إلى القرار التعقيبي المدني المؤرخ في 1972/11/19[445]، والحكم الابتدائي عدد 15849[446] والحكم المدني عدد 3411 المؤرخ في 1974/1/17[447] وغيرها من القرارات التي كان فيها للمحاكم أن تطبق مفهوم الزواج الباطل تطبيقا واسعا،[448] ثم اختلفت التوجهات الفقه قضائية لتعود مجددا الى الالتزام والتقيّد بفحوى النص القانوني دون أن تجنح إلى التأويل الواسع لأحكام الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصيّة إلى أن صدر القانون المتعلّق بإثبات البنوّة المؤرخ في 1998/10/28، الذي مثّل و بالرغم من نقائصه[449] خطوة تشريعيّة إيجابيّة في اتجاه توفير مزيد من الحماية القانونيّة والقضائيّة للقاصر.

ومن أجل تحقيق نفس الغاية المتمثّلة في الإحاطة القضائيّة بالقاصر حماية له تتوسّع صلاحيات قاضي الأسرة الذي يتمتّع في مجال الطفولة المهدّدة بدور أساسي منذ صدور مجلة حماية الطفل في 9 نوفمبر 1995،[450] فكلّما وجد الطفل في وضعيّة صعبة بدنيّا أو معنويّا على وجه الخصوص عند فقدانه لأبويه وبقائه دون سند عائلي أو عند تعرّضه للإهمال والتشرّد،[451] أو في صورة ما إذا كان محل استغلال أو ضحيّة سوء معاملة، يتدخل قاضي الأسرة لاتخاذ ما يراه مناسبا من الإجراءات و التدابير الحمائيّة اللازمة بمساعدة مندوب حماية الطفولة وله جميع

---

[445] قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 1972/11/19 نشريّة مجلة القضاء والتشريع لسنة 1972 ص 54. (مأخوذ من مرجع محاضرات في قانون الأحوال الشخصية ساسي بن حليمة ص 169).

[446] حكم ابتدائي مدني عدد 15249، نشرية مجلة القضاء والتشريع 1971، ص 975.

[447] حكم ابتدائي مدني عدد 3411 مؤرخ في 1974/01/17، نشريّة مجلة القضاء والتشريع جانفي وفيفري 1974 ص 66.

[448] ساسي بن حليمة: محاضرات في قانون الأحوال الشخصيّة، مركز النشر الجامعي 2011، ص 169.

[449] ساسي بن حليمة: (مرجع سابق) ص 172. " وقد يكون المشرّع قد استجاب إلى نداء الأبناء الطبيعيين ففعل ذلك بصورة محتشمة وعرضيّة ومنقوصة وذلك عند سن قانون 1998/10/28".

[450] محمد اللّجمي: قانون الأسرة، تونس 2008، ص 305.

[451] أحكام الفصلين 20 و21 من مجلة حماية الطفل.

صلاحيات المتابعة ضمانا لتنفيذها، ويوصف دور قاضي الأسرة في هذا الغرض بالدور الوقائي الذي يسبق دور قاضي الطفل ويختلف عنه.[452]

خاتمة:

يتكامل دور المشرّع والقاضي دائما، فحسن تطبيق القاعدة القانونيّة يمثّل نقطة الالتقاء بينهما، وبهدف حماية الذمّة الماليّة للقاصر ضبط المشّرع التونسي مجموعة من الآليات الوقائيّة تمثّلت خاصة في إقرار نيابة شرعيّة على القاصر وأخرى علاجيّة تتخذ بصفة لاحقة تتمثّل في إبطال التصرّفات التي من شأنها الإضرار بمصلحة القاصر، و تحقيقا لنفس الغرض يحمي القاضي القاصر فيقوم بترشيده حتى لا يحرمه من فرصة التكسّب كلّما ثبت لديه من و اقع الأمور نضجه و قدرته على ذلك، وتتوسّع سلطات القاضي الاجتهاديّة بتفويض من المشرّع الذي خوّله العمل على تحقيق المصلحة الفضلى للقاصر سواء عند اسناد حضانة الطفل لأحد الأبوين أو غيرهما في صورة انفصام الر ابطة الزوجيّة، أو عند إثبات نسبه، ويعد القضاء دعامة لحماية الطفولة المهدّدة بامتياز.

وهذا التكامل يعكس من دون شك أهميّة الحماية التي يتمتّع بها القاصر وهو ما أردنا تثمينه مع التأكيد على تواصل العمل من أجل مزيد تدعيم هذه الحماية سواء في المادة المدنيّة، المادة الجز ائيّة وغيرها.

لائحة المراجع:

عزيز أعميلة: دور قاضي شؤون القاصرين في حماية القصّر والأطفال المهملين، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة المولى إسماعيل، كليّة العلوم القانونيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة، السنة الجامعيّة 2012/2011.

أحمد الخمليشي: التعليق على قانون الأحوال الشخصيّة، الجزء الثاني، آثار الولادة والأهليّة والنيابة القانونيّة، مطبعة المعارف الجديدة 1994.

اللطيف دراز: الحماية القضائيّة للقاصر في مدوّنة الأسرة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص(المغرب)، السنة الجامعيّة 2018/2017.

[452] محمد اللّجمي: (مرجع سابق) ص 306.

سناء شيخ، نسيمة شيخ: حماية أموال القاصر في القانون الجزائري، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونيّة والسياسيّة، العدد الأوّل جوان 2017.

تنقيح مجلة الأحوال الشخصيّة بمقتضى القانون عدد 39 لسنة 2010 مؤرخ في 26 جويلية 2010 متعلق بتوحيد سن الرشد المدني.

فريد بن جحا: ترشيد القاصر، معهد الدراسات العليا للنشر 2015.

قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 1972/11/19 نشريّة مجلة القضاء والتشريع لسنة 1972 ص 54. (مأخوذ من مرجع محاضرات في قانون الأحوال الشخصية ساسي بن حليمة ص 169).

حكم ابتدائي مدني عدد 3411 مؤرخ في 1974/01/17، نشريّة مجلة القضاء والتشريع جانفي وفيفري 1974 ص 66.

ساسي بن حليمة: محاضرات في قانون الأحوال الشخصيّة، مركز النشر الجامعي 2011.