كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
ⵜⴰⵖⵡⵍⵍⵉⵜ ⵏ ⵜⵣⵔⴼⵉⵏ ⵜⵉⵙⴽⵔⴰⵙⵉⵏ ⴰ ⵜⵉⵏⵣⴰⵔⵓⵉⵏ ⴰ ⵜⵉⵏⵎⵓⵔⵉⵙⵉⵏ
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES, ECONOMIQUES ET SOCIALES

ماستر الأسرة في القانونين المغربي والمقارن

الفوج: الرابع

الفصل الأول

عرض تحت عنوان:

إشكالات إثبات النسب ونفيه قانوناً، قضاءً وفقهاً

من إعداد الطلبة:

- ✓ أسماء جكني
- ✓ عائشة إدهمو
- ✓ نفيسة أو ماخير
- ✓ حسن الحمداني

تحت إشراف الدكتور:

عادل حاميدي

السنة الجامعية: 2019/2018

بـــــــسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة:

يعتبر النسب من أقوى الدعائم التي تقوم عليه الأسرة، ومن أهم الحقوق التي اعتنى بها الإسلام ونظمها المشرع في نصوص تشريعية، و عرفه المشرع الأسري بأنه:" لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف"،[1]أو بدلالة أخرى النسب : هي القرابة التي سببها هي الولادة وهي الاتصال بين إنسانين اتصالا شرعيا بالاشتراك في ولادة شرعية،[2] واعتبارا لأهمية النسب جعلته الشريعة الإسلامية من الضروريات الخمس، لذا أولته عناية خاصة لأجل الحفاظ عليه وعدم تضييعه، وفي هذا الصدد فإن العناية والاهتمام بالنسب أن القانون منع الآباء إنكار نسب الأولاد إليهم، وحرم على النساء نسب الولد إلى أبيه غير الحقيقي، ومنع الأبناء انتسابهم إلى غير آبائهم، وبالرغم من أن المشرع المغربي أولى بالغ اهتمامه بالنسب إلا أنه تحيطه جملة من الإشكالات سواء من ناحيته الفقهية أو القانونية ولعل أبرزها تلكم المتعلقة بإثبات النسب ونفيه سواء المتمثلة في الوسائل التقليدية أو الحديثة والتي هي موضوع بحثنا هذا الموسوم ب "إشكالات النسب إثباته ونفيه فقهيا وقضائيا وقانونيا"، والذي يمكن اعتباره محاولة لاستجلاء بعض الإشكالات والاستفهامات المرتبطة بالنسب سواء في الإثبات أو النفي ، فما هي الإشكالات المتعلقة بوسائل إثبات ونفي النسب؟ وما هي الصعوبات المثارة بشأن الخبرة كوسيلة من وسائل إثبات ونفي النسب؟

---

[1]- مدونة الاسرة المادة 150.

[2]- عبد الكريم شهبون الشافي في مدونة الأسرة الجزء الأول ص 366.

ومحاولة للإجابة على الإشكال المطروح اعتمدنا تقسيما ثنائيا للموضوع كالتالي:

المبحث الأول: لمدارسة الإشكالات المرتبطة بالفراش و الاقرار والبينة في لإثبات النسب.

المبحث الثاني: الإشكالات القانونية والقضائية المتعلقة بالخبرة الطبية في إثبات ونفي النسب.

المبحث الأول:
الإشكالات المرتبطة بالفراش والبينة لإثبات النسب ونفيه.

يعتبر النسب أهم لبنة من لبنات المجتمع ، وركيزة من ركائزه التي يقوم عليها مجتمع متوازن، باعتباره من أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، لذا أحاطه الشارع الإسلامي بحصانة كبيرة لتشوفه إلى ثبوته ، حتى لا تختلط الأنساب ، وهو نفس التوجه الذي كرسه المشرع المغربي، من خلال مقتضيات مدونة الأسرة إذ اعتمد مجموعة من الوسائل إلا أنها شابتها جملة من المشاكل ولاستجلائها قسمنا هذا المبحث إلى ثلاث مطالب أساسية.

المطلب الأول: الإشكالات المرتبطة بالفراش.

يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب بحيث لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه بصدور أمر قضائي، وقد جاء في تعريف المجلس الأعلى للفراش أن المراد به العقد الصحيح، مع إمكان الاتصال بينهما ، وحصول الوضع بعد ستة أشهر من تاريخ العقد ، حسبما هو ثابت من الفقه المعمول به[1] أما عند الفقهاء فيقصد بالفراش قيام الزوجية الصحيحة قائمة بينهما أو كان هذا الرجل أهلا للولادة وأهلا لأن ينسب له هذا الحمل، فإن المولود ينسب إليه بدون حاجة إلى اعتراف الرجل بالأبوة وبدون حاجة إلى تكليف الزوجة بالبينة على أن هذا المولود من ذلك الرجل.[2] وحسب مدونة الأسرة فقد نصت المادة 154 على أنه" يثبت نسب الولد بفراش الزوجية: إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال، سواء أكان العقد صحيحا أم فاسدا"،[3] إذ أن العقل لا يجزم قطعا بأن هذا الولد من ذلك الزوج، لأن عقد الزواج مقتضاه أن تكون هذه المرأة

---

[1]- قرار المجلس الأعلى عدد 622 صادر في 1988/05/10.
[2]- عبد الكريم شهبون الشافي في شرح مدونة الأسرة مكتبة الرشاد سطات ص 365.
[3]-مدونة الأسرة المادة 154 ص ...

مقصورة على ذلك الرجل ،ولا يسوغ لها أن تمكن غيره من نفسها،وهو المنحى الذي سار عليه العمل القضائي حسب قرار المجلس الأعلى:" الفراش حجة قاطعة على ثبوت النسب، وأنه لا يمكن نفيه شرعا إلا عن طريق اللعان ، أو الخبرة القضائية أذا توفرت شروطها"،لذا فإن إثبات النسب بالفراش أو حال قيام الزوجية لا يثير أية إشكالات تذكر سواء من جانبه القانوني ، الفقهي أو القضائي، فمن الناحية القانونية فقد حسمت المدونة في ثبوت النسب بالفراش، حيث لا ينازع في قوته أي سبب كيفما كان، إذ يعتبر حجة قاطعة على ثبوت النسب، سيما إذا ما تم مراعاة أمد الحمل وأقصى الحمل- الذي بدوره مناط إشكال بحيث إن المدونة لم تحسم في السنة المقصودة هل القمرية أم الشمسية – وإذا توفرت شروط الفراش، فقد جاء في قرار محكمة النقض:" الفراش يكون حجة قاطعة على ثبوت النسب إذا تحقق الإمكان العادي والشرعي، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه استبعدت دعوى نفي النسب بناء على قاعدة الولد للفراش وحدها دون أن تناقش شروطها رغم إدلاء الطالب بما يثبت عدم قدرته على الإنجاب من شواهد طبية ، وتحاليل مختبرية ، ورغم تخلف المطلوبة عن حضور الخبرة الجينية المأمور بها مما جعل قرارها خارقا للقانون وقواعد الفقه" [1] .

أما من ناحيته الفقهية فقد جاء في الحديث النبوي الشريف عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :" الولد للفراش وللعاهر الحجر.[2] و يمكن اعتباره هذا الحديث أقوى الدعائم الأساسية في إثبات النسب للفراش، إلا أن الإشكال يكمن تصوره في مقتضيات المادة 154 إذ يلاحظ أن أقصى مدة الحمل هي سنة من تاريخ الفراق ، و قد يتقدم رجل لخطبة امرأة فور انتهاء عدتها من مطلقها فيظهر حمل بالمخطوبة و يتقدم الخاطبان

---

[1]-الشافي في شرح مدونة الأسرة– مصدر سابق ص 357.

[2]- قرار المجلس الأعلى عدد 4 الصادر بتاريخ 2006/01/04.

[3]-عدد 321 الصادر بتاريخ 24 ابريل في الملف الشرعي عدد 2010/1/408.

[4] -أخرجه البخاري في كتاب الحدود باب للعاهر الحجر 6818 ومسلم في كتاب الرضاع باب الولد للفراش وتوقي الشبهات 1458 من حديث أبي هريرة.

بطلب إثبات النسب في إطار المادة 156 ، ويتدخل أيضا المطلق هنا ليتقدم بدعوى إثبات النسب في إطار المادة 154 فهل ستقضي المحكمة بنسبة الحمل للخاطب أم ستقضي بها للمطلق؟

المطلب الثاني : الإشكالات المرتبطة بثبوت نسب الابن الطبيعي أو البيولوجي :

فإن كان إثبات النسب للفراش لا يعرف أي سجال وشنآن بين مختلف الحساسيات والمكونات القانونية ، الفقهية والقضائية ، فإن إثبات النسب للابن الطبيعي أفرز وولد مجموعة من المفارقات بين الابن الشرعي والابن الطبيعي في المركز القانوني لكليهما فيما يتعلق بإثبات النسب، مما أمسى معه الحد الفاصل بين الوضعيتين هوة سحيقة سيتطلب ردمها مشاكسة ومجادلة ومحاججة حادة ودقيقة ،وكذا إرادة سياسية تفضي إلى تعديل مقتضيات المدونة بما يجعلها تتماشى وما يحقق إثبات النسب للأبناء الطبيعيين، لكن هذا لا يثنينا من القيام بمحاولة لاستجلاء بعض الإشكالات المطروحة، و المرتبطة أساسا بالمركز القانوني للابن غير الشرعي في إثبات النسب، وهو الأمر الذي حدا بنا إلى طرح الإشكالية والاستفهام التالي كمدخل أساسي لهذا المحور الذي حاولنا مقاربته من الناحية القانونية والفقهية والقضائية أو ما استقر عليه العمل القضائي وهو كالتالي:

هل تحقق القواعد المعتمدة في مشروع قانون الأسرة المقصد العام و الشرعي الأساسي من النسب؟

لقد عملت مدونة الأسرة على عدم تقديم تعريف دقيق للبنوة غير الشرعية إذ يقول الأستاذ محمد باية: " فقد أحسنت المدونة صنعا بعدم إعطاء تعريف احتراما للقاعدة الأصولية القائلة بأن:" الشرع متشوف للحوق الأنساب"، فمن شأن إعطاء تعريف دقيق للبنوة غير الشرعية تقييد القضاء في تكييف الوقائع لإلحاق الأنساب بأهلها[1]ومن خلال الاطلاع على مقتضيات مدونة الأسرة نجد أن المشرع المغربي عمد إلى التمييز بين البنوة

[1]- محمد باية إشكالية التمييز بين انساب النسب ووسائل إثباته في مدونة الأسرة المجلة القانونية للمحكمة الابتدائية بمكناس العدد الأول سنة 2008 ص65.

و النسب إذ جاء في مدونة الأسرة: " تتحقق البنوة بتناسل الولد من أبويه وهي شرعية وغير شرعية "،[1] في حين عرفت المادة 150 النسب بأنه " النسب لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف "،[2] ليتضح بجلاء أن المدونة أبقت على نفس توجه مدونة الأحوال الشخصية الملغاة إذ نصت الفقرة الثانية من الفصل 83 على أن: "البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب، فلا يترتب عليها شيء من ذلك إطلاقا، وهي بالنسبة للأم كالشرعية لأنه ولدها" .[3] وهو نفس التوجه الذي سار على منواله بعض التشريعات المقارنة حيث نص المشرع التونسي من خلال مقتضيات الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بصريح العبارة على أنّه :" يثبت النّسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثّقة فأكثر".[4] مما يؤكد بمفهومها المخالف على عدم شرعية إثبات النسب بمعزل عن هذه الوسائل المومأ إليها أعلاه، وهو حال المشرع الجزائري الذي نص في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري على أنه « ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة، "[5]، وهو الأمر الذي استقر عليه العمل القضائي المغربي حيث عمد إلى نفي النسب للابن الطبيعي ، سواء كان نتاج علاقة جنسية رضائية غير شرعية إذ جاء في قرار المجلس الأعلى :" إن النسب الشرعي لا يثبت علاقة فساد إذ لا يجتمع حد ونسب إلا في حالات ليس بينها هذه الحالة، لما ثبت لدى المحكمة الابتدائية، وجود حكم جنحي بإدانة المدعية بجنحة الفساد، وعدم تحقق الشروط الواجب اعتبارها في الخطبة، فان قضاءها برفض طلب المدعية إثبات زوجيتها مع المدعى عليه ولحوق نسب البنت يكون صحيحا، ويكون تأييده بالاستناد إلى ذلك معللا تعليلا سلميا.[6]

أو كان نتاج اغتصاب، بالرغم من أن القانون المغربي لم يولي أي اهتمام بواقع الطفل الناشئ عن جريمة اغتصاب ولا بمركزه القانوني في مواجهة والده إذ اكتفت المادة 147

---

[1]-مدونة الأسرة المادة 142

[2]- مدونة الأسرة المادة 150

[3]- مدونة الأحوال الشخصية المادة 83.

[4]- مجلة الأحوال الشخص ص 15.

[5]-قانون الأسرة الجزائري المادة 41 ص 7

[6]- قرار عدد2/20 ملف شرعي عدد 2013/1/826 بتاريخ 2015/1/13.

من مدونة الأسرة باعتبارها شرعية في مواجهة الأم فقط حيث نصت على أنه:" تعتبر بنوة الأمومة شرعية في حالة الزوجية والشبهة والاغتصاب" وبعدم اعتبار ذلك في مواجهة الأب ،حيث لا ترتب أي أثر من آثار البنوة الشرعية، وحملتها للام وحدها بالرغم من كونها مجرد ضحية لهذا الجرم. إذ جاء في قرار محكمة النقض يعتبر النسب لحمة شرعية بين الأب وولده ولا ينال بالمحظور، وإذا كانت الخبرة القضائية حسب المادة 158 من مدونة الأسرة من وسائل إثبات النسب فإن المقصود النسب الشرعي الناشئ بعقد زواج صحيح أو فاسد أو باطل مع وجود حسن النية أو بشبهة الفعل أو العقد أو الحل ، أما الاغتصاب فلا يعتبر سببا من أسباب لحقوق النسب الشرعي لان الحد والنسب لا يجتمعان،" هذا القرار الذي بات غير مستساغ ومجحف في حق المغتصبة نظرا لكون المشرع لم يرتب إي علاقة للمغتصب مع ابنه البيولوجي وتبقى معه الأم هي وحدها من تتحمل وزر ما ارتكبوه معا، وهو ما يجعلنا أمام مفارقة عجيبة وغريبة في آن واحد مفادها أن المرأة التي سلمت نفسها عن طواعية واختيار إلى خاطبها يتحقق لها إثبات نسب ما أنتجته هذه العلاقة، في حين تتحمل المغتصبة نتاج ما أسفره الاغتصاب لوحدها، هذا الأمر الذي يمكن اعتباره ضربا صارخا في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي صادق عليها المغرب بتاريخ 21 يونيو 1993 والتي تحمله التزاما قانونيا بضرورة العمل على مراجعة كل التشريعات الوطنية التي لا تتفق ومقتضياتها، علاوة على أن عليه إقرار كل الإجراءات والقواعد الكفيلة بتدعيم حقوق الطفل وحمايتها، إذ تجد الالتزامات أعلاه، سندها ودعامتها في مقتضيات المادة الثانية من الاتفاقية المذكورة التي ورد فيها أنه: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتكفل للطفل الحماية من جميع أشكال التمييز أو العقاب القائمة على أساس مركز والدي الطفل..." وكذا مقتضيات المادة 7 من نفس الاتفاقية التي تنص على أنه " -يسجل الطفل بعد والدته فورا ويكون له الحق منذ والدته في اسم والحق في اكتساب جنسية، ويكون له قدر الإمكان، الحق في معرفة والديه

---

[1]-مدونة الأسرة المادة 147.

[2]- القرار عدد 215 الصادر بتاريخ 26 ابريل 2011 في الملف الشرعي عدد 2009/2/754

[3]-اتفاقية حقوق الطفل اعتمدتها الجمعية العامة بقرارها 52/44 المؤرخ في 52 تشرين الثاني / نوفمبر 9191 بدأ نفادها في 5 أيلول / سبتمبر 9112 بموجب المادة 4 ص 3.

وتلقي رعايتهما[1].كما يعتبر أيضا خرقا سافرا لمقتضيات أسمى القوانين المغربية إذ تنص الفقرة الثالثة من الفصل 32 من الدستور على أنه:" تسعى الدولة لتوفير الحماية القانونية، والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال، بكيفية متساوية، بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية[2].

ليتأكد بالملموس على أن المدونة ركنت إلى الرأي الفقهي التقليدي بالرغم من التطورات العلمية العالية والاكتشافات الطبية الحديثة التي يشهدها عالم اليوم الذي يمكن من خلالها إثبات النسب دون ادني شك محتمل.

وبالنظر إلى ما سبق ذكره يمكن القول أن مدار ودواعي هذا التوجه الفقهي وتأسيسا عليه التوجه القانوني والقضائي ، راجع بالأساس إلى غياب وسيلة لإثبات نسب ابن الزنا لأبيه البيولوجي، وفي ذات السياق يقول الشيخ محمد رشيد رضا: "إذ لا يمكن إثبات نسبه بالبينة، والدليل على اعتبار الحقيقة في ذلك إذا عرفت هو إجماع الأمة على أن ولد الزانية يلحقها ويرثها للعلم بأنها أمه[3] هذا الامر الذي بات غير مطروح .

أما فيما يرتبط بنسب الابن الطبيعي والشريعة الإسلامية فإن هذه الأخيرة اهتمت بالأعراض والأنساب غاية الاهتمام، فجعلت حفظ النسل والعرض مقصدا من مقاصدها الكلية الضرورية؛ وذلك لما لهذا الأمر من أهمية في انضباط الحياة الإنسانية، واستقامتها؛ فشأن الضروريات كما قال عنها الشاطبي: " لابد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت؛ لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارجوفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة، والنعيم، والرجوع بالخسران المبين[4] أما إثبات النسب لابن الزنا إذا استلحقه فقد تباينت حوله ثلاثة آراء فقهية كالتالي :

1- نفس المصدر ص 4.
2- دستور 2011 الفصل 32 ص 9.
3 - تفسير المنار. ج.4. ص. .467
4- نفي النسب في الفقه الإسلامي ودور الحقائق العلمية المعاصرة فيه ،مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية) المجلد السادس عشر، العدد الثاني، ص25 يونيه 2008 ص 2.

القول الأول : لا يثبت نسب ولد الزنى ال الزاني وقد قال به جمهور العلماء وأئمة المذاهب

القول الثاني: يثبت نسب ولد الزنى إذا استلحقه مطلقا وقد قال به : اسحاق وعروة وسليمان بن يسار

القول الثالث: يثبت نسب ولد الزنى من الزاني إذا استلحقه بشرط أن يقام عليه الحد :

هذا الاختلاف الفقهي نستنبط منه أن الأمر ليس توقيفي بل الأمر يتحمل اجتهادات فقهية أخرى على ضوء المستجدات والمتغيرات الحديثة بما يضمن إثبات النسب لأبناء الطبيعيين وتلافي الإشكال القانوني والقضائي والواقعي الذي تفرضه هذه الظاهرة بما يتنافي والمقصد العام من الشريعة من حفظ النسب أو النسل ، وفي ذات السياق وهي سابقة في تاريخ القضاء المغربي استصدرت ابتدائية طنجة بتاريخ 2017/01/30 ملف 2016/1620/1391 حيث قضت المحكمة بثبوت البنوة بين الطفلة وبين المدعى عليه اعتمادا على نتائج الخبرة الطبية التي أثبتت العلاقة البيولوجية بينهما، هذا الحكم الذي اعتمدت فيه المحكمة مستصدرة القرار على حيثيات غير مسبوقة معللة قرارها بنصوص من اتفاقيات دولية ومن الدستور سيق وأن تم ذكرها قبل لأن يتم الطعن فيه بالاستئناف وتعديل الحكم وإلغاء ثبوت البنوة مما يدفعنا إلى البحث عن منافذ وإيجاد حل للأبناء الطبيعيين الذين يبقون بنصف هوية مما يفضي إلى مجتمع وواقع تختلط فيه الأنساب مما يتنافى والمقاصد الشرعية والاتفاقيات الدولية والدستور المغربي والواقع المعاش.

1- أصول السرخصي المبسوط 17/ 154.
-2ابن قدامه المغني 6//266.
3- ابن قدامه المغني 6//266..

المطلب الثالث : الإشكالات المرتبطة بالبينة (شهادة عدلين – شهادة السماع):

تعد البينة من الطرق والأدلة العامة في النسب، وهي في اللغة – الحجة القوية والدليل، وعرفها الراغب الأصفهاني بأنها الدلالة الواضحة، عقلية أو محسوسة، وجمعها: بينات وهي عند المالكية: هي شهادة رجلين فقط ،ويشترط –لاعتمادها –أن تكون متوفرة على شروط قبولها المقررة في الفقه المالكي :

كما تعتبر من بين وسائل إثبات النسب حسب ما جاء في مقتضيات لمادة 158 من مدونة الأسرة :" يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية، وهو ما كرسه العمل القضائي فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى بأن المحكمة لما عللت قرارها أن المطلوب من مواليد 1940 وأن الناس كانوا يعقدون على زوجاتهم خلال هذه الفترة عن طريق الجماعة، أو ما يسمى بـ "الفاتحة" دون تحرير عقود الزواج، وقد أسسته على الموجب أللفيفي الذي شهد شهوده بثبوت العلاقة الزوجية بين الطرفين، ومعلوم أن البينة من وسائل إثبات النسب... جاء بذلك قرارها المطعون فيه معللا تعليلا كافيا." وبالنظر الى شروط الشهادة لأنها تستوجب في الشاهد العدالة ، وهو الأمر الذي يطرح أكثر من إشكال بالنظر لغياب الوازع الديني وكثرة شاهدي الزور بما يتنافى مع مبدأ حفظ الأنساب من الاختلاط وقس على ذلك شهادة السماع التي تنبني عل السمع وحسب، سماعا فاشيا أن فلانا ابن فلان دون توقف عند حقيقته، أما ثاني الإشكال فيتمثل في أن المدونة لم تنظم البينة سواء شهادة السماع أو شهادة عدلين بل اكتفت بإحالة ذلك على المذهب المالكي بناء على المادة 400 من مدونة الأسرة إذ كان بالإمكان عدم إدراج البينة كآلية او وسبة لإثبات النسب في ظل التطور العلمي الحديث خاصة وأن الأمر مرتبط بالنسب.

---

[1] - الراغب الاصفهاني ، لمصباح المنير: بين. المفردات في غريب القرآن: ص68.
2-القاضي الفقيه أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد البيان والتحصيل: 14/ 279.
3 - ابن عاصم البهجة على التحفة ج 1 ص 137
4- مدونة الاسرة المادة 158 ص 43.
5- قرار المجلس الأعلى عدد 30 الصادر في 2005/11/30

المبحث الثاني:

الإشكالات العملية المثارة بشأن إمكانية اللجوء للخبرة الطبية في إثبات النسب.

إذا كان للنسب شأن عظيم في الإسلام، فإن المشرع المغربي كان دائما حريصا على حمايته والحفاظ عليه من كل اختلاط وريبة، بكون مدونة الأسرة قد جاءت بمستجدات جد هامة في موضوع إثبات ونفي النسب، تعد ثورة حقيقية وهادئة ومنسجمة مع روح فلسفة المشرع، لأنها سايرت التطورات العامة والاكتشافات العلمية التي عرفها مجال العلوم البيولوجية، و جاءت منسجمة مع متطلبات العصر، وذلك بأخذها وسائل شرعية و علمية لإثبات ونفي النسب ، غير أن إدراج الخبرة الطبية ضمن وسائل إثبات ونفي النسب يطرح عدة إشكالات، سواء تلكم المتعلقة بالعمل بالخبرة الطبية أو تأثيرها على الوسائل الشرعية، أو كذلك تأثيرها على العمل باللعان .

المطلب الأول: إشكاليات العمل بالخبرة الطبية.

يطرح العمل بالخبرة الطبية عدة اشكالات عملية تتجلى في الحالة التي تمتنع فيها المحكمة عن اصدار حكم تمهيدي بإجراء خبرة طبية (الفقرة الاولى)، ثم حصر حق طلب نفي النسب بالخبرة على الزوج وحده (الفقرة الثانية)، عدم تحديد المشرع لأمد تقادم دعوى نفي النسب (الفقرة الثالثة)،عدم انصياع الزوج لإجراء الخبرة الطبية (الفقرة الرابعة) .

الفقرة الأولى: عدم إصدار المحكمة الحكم التمهيدي بإجراء الخبرة.

بالرغم من أنت المادة 153 من مدونة الأسرة نصت على الخبرة الطبية كوسيلة علمية لنفي النسب إلا أنها ضيقت إمكانية اللجوء إليها بشكل يجعل من الصعب الاستفادة منها نظرا لشرطيها المتلازمين والمتمثلين في:

أولا: إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعاء المعني بدلائل قوية على ادعائه.

ثانيا: صدور أمر قضائي بهذه الخبرة.

وهنا يكمن الخلل ويطرح إشكالية مفادها أنه يمكن للقاضي أن يرفض إصدار أمر قضائي بهذه الخبرة مهما كانت قوة دلائل الزوج ذلك، إذ أن للقاضي سلطة واسعة في تقدير قوة الدلائل التي يدلي بها الزوج، وهو ليس مجبرا على إصدار الأمر بالخبرة الطبية، لأن هذه المسألة مسألة واقع لا مسألة قانون،[1] كما أنه قد نجد اختلافا في توجه كل قاض على حدة ، فما يعتبره أحد القضاة دليلا قويا على ما يدعيه الزوج، قد لا يعتبره قاض أخر كذلك، فقد جاء في قرار محكمة الاستئناف[2] بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 29 ماي 2006 أنه لم يتم الاستجابة لطلب الزوج بإجراء الخبرة نظرا لكون نسب الولد يثبت بالفراش الزوجية إذا ولد الولد خلال سنة من تاريخ الفراق.

الفقرة الثانية: حصر حق طلب نفي النسب بالخبرة على الزوج وحده.

من بين إشكالات إعمال الخبرة الطبية أنها محصورة في طلب نفي النسب استنادا إلى الخبرة على الزوج وحده ما دام حيا دون غيره، حتى ولو كان عديم أهلية أو ناقصها وفي هذا الصدد رفضت المحكمة الابتدائية بمراكش طلب الورثة الهادف إلى نفي النسب للمدعى عليه من مورثهم استنادا إلى أن مورثهم كان عقيما، معللة رفضها بما يلي:" ولئن كان النسب يثبت بالظن ولا ينفى إلا بحكم قضائي وفقا للمادة 151 من مدونة الأسرة فإن المشرع حدد أسباب لحوق النسب بشكل حصري وجعل نفي النسب حكرا على الزوج وحده ـ قد حياته ـ أن يطعن في نسب الولد إليه عن طريق اللعان أو بخبرة طبية تفيد القطع بوجود أو عدم وجود العلاقة بينه وبين الطفل المعني. ليأتي هذا الحكم تكريسا للتوجه القانوني للمدونة التي لازمت التقييد والتشديد في نفي النسب.

---

[1] محمد كشبور شرح مدونة الأسرة الجزء الثاني ص 313.

[2] قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء رقم 183 ملف رقم 2005/1565 مأخوذ من مدونة الأسرة بين القانون والممارسة القضائية على ضوء أهم الاجتهادات القضائية مجلة العلوم القانونية عدد مزدوج 5/4 الجزء الثاني ص 25.

[3] حكم ابتدائية مراكش قسم قضاء الأسرة رقم 250 الصادر بتاريخ 2006/01/23 ملف شرعي رقم 2005/2561

الفقرة الثالثة: أمد التقادم لدعوى نفي النسب.

فالمشرع المغربي لم يحدد سواء في المادة 153 من مدونة الاسرة أو ما يليها مدة تقادم دعوى نفي النسب عن طريق الخبرة الطبية، بخلاف المشرع الفرنسي الذي حددها في الفصل 316 من القانون المدني في ستة أشهر من تاريخ الولادة أو من تاريخ الحضور إذا كان الزوج غائبا أو من تاريخ اكتشاف التدليس أذا تمت إخفاء واقعة الولادة عنه، الأمر الذي أحدث فراغا تشريعيا وتبقى معه عدة تساؤلات قائمة ،حول أمد تقادم دعوى النسب، بحيث أنه لم يجعلها مقيدة بأجل كما في التشريع الفرنسي، كما أنه لم ينص صراحة على أنها لا تخضع لأي تقادم كما هو حال المشرع التونسي الذي أكد أن دعوى نفي نسب بالخبرة الطبية لا ينالها أي تقادم كما جاء في قرار محكمة التعقيب :" دعاوى نفي النسب تتعلق بالحقوق الشخصية المحضة، فلا ينالها التقادم للحق مهما بلغت مدته".[1] أم أن المشرع خضعها فعلا للسلطة التقديرية للقاضي وهو التوجه الذي كرسه العمل القضائي إذ استصدرت المحكمة الابتدائية اليوسفية حكما[2] يقضي بنفي النسب لولد يناهز عمر سبع سنوات وقت رفع الدعوى استنادا إلى تحاليل الخبرة الطبية.

الفقرة الرابعة: عدم انصياع الزوج للخبرة.

ففي هذه الحالة يتجلى الإشكال في ما إذا أصدرت المحكمة حكما تمهيديا بإجراء خبرة طبية، ما إذا كان الولد المزعوم نسبه إلى شخص ما من صلبه أو لا ؟وامتنع عن المثول بين يدي خبراء المختبر العلمي الشرطي أو الدركي المعهود له بإجراء تلك الخبرة ، وذلك بعد توصله باستدعاء بصفة قانونية، فهناك ثلاثة أراء مختلفة إثر تخلفه عن ذلك :

الرأي الأول: يرى أن الامتناع عن إجراء الخبرة بعد التوصل يعد إقرارا ضمنيا بمزاعم الخصم وهو اتجاه قضائي غالب[3]، حيث لا يرى أي موجب لتخلفه عن إجراء الخبرة ، وأن من

---

[1] قرار عدد11027 بتاريخ 20 نونبر 1984

[2] الحكم رقم 57 الصادر بتاريخ 2005/01/27 ملف رقم 16/04/441.

[3] عادل حاميدي ، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية الطبعة 2016 ص 332

شأن تخلفه عن الحضور وإجراء الخبرة دون ترتيب أي أثر على ذلك، شرعنة التنصل من كل التزام ومسؤولية بكل سهولة إذ يكفي عدم امتثاله لإجراء الخبرة .

الرأي الثاني: أن الامتناع مجرد قرينة بسيطة على ثبوت النسب، تقوي جانب الظن الذي يثبت به النسب عملا بالمقتضيات المادة 151 من المدونة .[1]

الرأي الثالث: أن الامتناع هو مجرد واقعة سلبية لا تفيد معنى ولا تنتج أثرا ، بل غاية ما يخوله الامتناع الحق في الحصول على التعويض ، لأن الزواج عقد ديني والنسب له طابع ديني و أخلاقي.[2]

ومن خلال ما سبق يتضح بجلاء أن المشرع قوى من السلطة التقديرية للقاضي الأمر الذي سيفضي ويؤدي إلى إشكال آخر حول مبدأ مساواة المواطنين أمام القضاء وبالأكيد سيخلق شرخا وهوة بين محكمة وأخرى لذا فإن الأمر يقتضي إصدار اجتهاد قضائي يوحد العمل القضائي في جميع المحاكم .

---

[1] نفس المصدر ص 333.

[2] ابراهيم باحماني، مداخلة في نطاق المائدة المستديرة الثانية حول مستجدات مدونة الاسرة وتطبيقاتها العملية المنظمة من قبل استئنافية الرباط بتاريخ 2010/10/6 مأخوذة من كتاب عادل حاميدي ، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية الطبعة 2016 ص 333 .

المطلب الثاني: تأثير الخبرة الطبية على وسائل الشرعية لإثبات ونفي النسب.

أمام التحول الكبير الذي عرفته المدونة فيما يتعلق بإثبات النسب من خلال اعتماد الخبرة الطبية أضحى لهذه الأخيرة أثر في مجال النسب من ناحية الإثبات أو النفي ، كما لها أيضا تأثير الخبرة الطبية على الوسائل الشرعية لإثبات ونفي النسب في حالة إذا تعارضت نتائج الخبرة ADN مع قاعدة الولد للفراش، أو مع الإقرار بالنسب أو نفيه، إذ أن المشرع المغربي لم يعد يحيل في مجال إثبات النسب على الوسائل الشرعية فقط، بل أضاف الخبرة كوسيلة جديدة يمكن توظيفها سواء في إثبات النسب أو نفيه، الأمر يثير جملة من الإشكالات خاصة فيما يتعلق بتنازع الخبرة والوسائل الشرعية التي أنفنا ذكرها، لذا تم اعتماد هذا المبحث لإبراز تجليات هذا التنازع وكيف تعامل القضاء المغربي معه ؟

الفقرة الأولى: التنازع بين الفراش والخبرة الطبية.

يشكل إثبات النسب استنادا للفراش أو للخبرة الطبية والتنازع القائم بينهما محط نقاش فمن الناحية الفقهية يعتبرون الفراش المستجمع لشروطه أقوى أدلة إثبات النسب، استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم:" الولد للفراش"، وبقول الشيخ نصر فريد واصل: " إن أدلة ثبوت النسب من الفراش الذي هو قيام حالة الزوجية والبينة أو الشهادة و الإقرار أذا وجدت كلها أو بعضها فإنها تقدم على البصمة الوراثية..."[1]ويستشف من هذا أن في حالة تنازع النسب بين الفراش والخبرة فانه يقدم الأول على الثاني، وهو تم اعتباره أيضا من لدن البعض بالصواب إذ لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعا، وذلك حماية لأعراض الناس

[1] نصر فريد واصل ، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ، مجلة المجمع الفقهي الاسلامي ، العدد 17 السنة 15 – 2004، ص 78.

وصونا لأنسابهم، لأنه من القواعد الفقهية والأصولية "إن درء المفاسد تقدم على جلب المصالح."

أما من الناحية القانونية فالمشرع المغربي لم يتطرق لهاته المسألة بنص صريح، ومن الصعب جدا إيجاد حل واضح وحاسم لها على مستوى النصوص القانونية لكن العمل القضائي كرس نفس توجه الفقهاء وهو الأمر الذي يتضح من خلال قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء من خلال الصادر بتاريخ 29مي 2006 والذي لم يستجب لطلب الزوج إجراء الخبرة نظرا لكون :" نسب الولد يثبت بفراش الزوجية إذا ولد الولد خلال سنة من تاريخ الفراق، كما نصت على ذلك المادة 154 من مدونة الأسرة.[1]

هذا الأمر الذي سيحدث شرخا بين ما هو نظري وما هو علمي وخصوصا وان مقتضيات المدونة عمدت إدراج الخبرة كإحدى وسائل إثبات ونفي النسب لكن العمل القضائي والواقعي، إذ أنه قلما يلتجأ إليها نظرا لسلطة التقدير الواسعة للقاضي، أو يطمسها إن تعارضت مع باقي الوسائل الشرعية مما يطرح جدوائية سلوك مسطرتها أو حتى التنصيص على مقتضياتها بالمدونة.

الفقرة الثانية: تنازع البصمة الوراثية والإقرار بالنسب.

الإقرار بالنسب هو إلحاق شخص مجهول النسب بنسب من أقر بنسبه متى تحققت شروطه طبقا للمواد 160 و 161و 162 من مدونة الأسرة ، لكن ما الحكم إذا أقر شخص بنسب آخر، ثم عاد فطالب بنفي النسب اعتمادا على البصمة الوراثية؟ نذكر بأن الإقرار بالبنوة متى تم صحيحا، لا يقبل الرجوع فيه من الناحية الفقهية بأي وجه من الوجوه، فقد جاء مثلا في جواهر الإكليل للآبي الأزهري أنه متى استلحق رجل ولدا وأقر له بنسبه وثبت

[1]- قرار رقم 1183 في الملف رقم 2005/1565 مأخوذ من مجلة العلوم القانونية ، مدونة الأسرة بين القانون والممارسة على ضوء أهم الاجتهادات القضائية ص 25.

هذا النسب وصح الإقرار فلا يملك المقر الرجوع فيه ،بل وليس له أن يتراجع عن إقراره ولو كانت ولادة المقر به لأقل مدة الحمل[1] وأغلب الفقه المعاصر مجمع على أن الإقرار بالنسب يقدم على النفي بالبصمة الوراثية، تغليبا لحق الطفل المجهول النسب والذي تدعمه قاعدة أن الشرع متشوف للحوق النسب ، وفي هذا الصدد جاء قرار للمجلس الأعلى أن الإقرار بالنسب يمنع بعد ذلك سماع دعوى تتعلق بنفيه ، ورغم ذلك، فقد تتواجد المحكمة أمام دلائل قوية تدفعها إلى الاستعانة بالخبرة الطبية، ومن ذلك أن يقر شخصان في نفس الوقت بنسب طفل مجهول النسب وليس هناك ما يرجح جانب أحدهما، أو يقر شخص بنسب شخص أخر، ثم يثبت بأن زوجته قد جاءت به لأقل مدة الحمل وتدعي أن الحمل ليس من زوجها، أو يتنازع المقر والمقر له حول الإقرار بحيث يدعيه أحدهما وينفيه الأخ ، غير أنه في غياب الدلائل القوية التي يجب أن تبرزها المحكمة من خلال تعليلها، فلا تقبل البصمة الوراثية لهدم الإقرار بالنسب.

الفقرة الثالثة: تنازع اللعان والخبرة الطبية.

يعتبر اللعان أهم وسيلة لنفي الحمل أو النسب عن الزوج بالخصوص ، لكن ما الحل الواجب الإتباع عندما تتعارض هذه الوسيلة مع النتائج المحصلة من البصمة الوراثية؟

أفرز الواقع عدة آراء فقهية يمكن اختزالها في المواقف الفقهية الاتية :

الموقف الأول : يرى أن البصمة الوراثية تحل محل اللعان في الإثبات، لأن نتائجها يقينية، و اللعان مبني في أساسه على الشك لا اليقين ، وهكذا فمتى أثبتت البصمة الوراثية النسب أو نفته عن الزوج، فلا يصح بعد ذلك نفيه أبدا بواسطة اللعان، والعكس صحيح.

[1] عبد السميع الأبي الأزهري ، جواهر الاكليل في شرح مختصر خليل في مذهب الامام مالك، إمام دار التنزيل ، المجلد الثاني ، دار الفكر، بيروت، ص 140 نقلا عن مجلة العلوم القانونية ، مدونة الأسرة بين القانون والممارسة على ضوء أهم الاجتهادات القضائية ص 31.

الموقف الثاني : يرى أن البصمة الوراثية لا تقدم على اللعان، لأن من شأن ذلك أنه سيؤدي إلى تعطيل نص قطعي في كتاب الله ، نعم يبقى للزوج أن يختار إحدى الوسيلتين، وهو إن اختار لا يرجع، والمحكمة مقيدة بالطلب القضائي، طبقا للفصل 3 من قانون المسطرة المدنية بعد التحقق شروطها، في نظرنا فإن تقنية البصمة الوراثية تظل وسيلة احتياطية لا يمكن اللجوء إليها بعد التحقق من شروطها إلا في حالة عدم الاحتكام إلى اللعان، إضافة إلى أنه يجب أن يكون هناك تبرير لها وهو ما أكدته المادة 153 من مدونة الأسرة[1].

الموقف الثالث: وهو الموقف الوسط حيث حاول التوفيق بين الرأي الأول والثاني، بحيث يمكن الجمع بين اللعان كوسيلة تقليدية لنفي النسب، والخبرة الطبية كوسيلة حديثة لإثباته، وأن التعارض بينهما لا يعدو أن يكون تعارضا ظاهرا بقدر ما هو تعارض جوهري، إذ أن يمكن للقاضي أن يسلك مسطرة الملاعنة دون أن يعوقه ذلك من الاستجابة لإجراء اختبار البصمة الوراثية.[2]

ومن كل ما سبق يمكن القول أن المشرع المغربي لم يفصل أحكام وشروط العمل بالخبرة الطبية في مجال إثبات ونفي النسب ومدى حجيتها خاصة عند تعارضها مع باقي الوسائل الشرعية مما يطرح عدة إشكالات تحتاج إلى مزيد من الوقت والتمحيص للحصول على اجتهادات مستقرة وحلول قضائية ملائمة وكفيلة بتوحيد العمل القضائي.

---

[1] محمد الكشبور البنوة والنسب في مدونة الاسرة قراءة في المستجدات البيولوجية ص 210-218 بتصرف

[2] من مدونة الأسرة بين القانون والممارسة القضائية على ضوء أهم الاجتهادات القضائية مجلة العلوم القانونية عدد مزدوج 5/4 الجزء الثاني ص .29

الخاتمة:

يتضح مما تقدم مدى أهمية العناية بأحكام النسب ومدى خطورة الآثار المترتب عليه، سواء في حالة الإثبات أو في حالة النفي، فمن خلال نصوص مدونة الأسرة و من خلال القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى التي تم الاطلاع عليها و إدراجها في العرض، يتجلى أن المشرع الأسري توسع في دائرة وسائل إثبات النسب وضيق من وسائل النفي، نزولا عند المبدأ العام القاضي بأن المشرع متشوف دائما للحوق النسب ،كما أن القضاء يتساهل في تعامله مع وسائل إثبات النسب ويتشدد في تعامله مع وسائل النفي، كما أثرنا الحديث عن الإشكالات المرتبطة بالخبرة الطبية كوسيلة من وسائل إثبات ونفي النفس مبرزين الإشكالات المرتبطة بها وتنازعها مع باقي الوسائل الشرعية.

حتى لا نطيل الكلام فقد حاولنا قدر المتيسر إعطاء فكرة عامة حول الموضوع بإشكالاته القانونية والفقهية والقضائية و العملية المتشعبة النابعة من تشعب الموضوع نفسه لكن يبقى هذا جهد المقل ونسأل الله السداد فيه إنه سميع مجيب.

لائحة المراجع

- ✓ دستور المملكة المغربية 2011.
- ✓ مدونة الاسرة.
- ✓ عادل حاميدي ، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية الطبعة 2016 .
- ✓ محمد الكشبور شرح مدونة الأسرة الجزء الثاني.
- ✓ محمد الكشبور البنوة والنسب في مدونة الاسرة.
- ✓ عبد الكريم شهبون الشافي في مدونة الأسرة الجزء الأول.
- ✓ محمد باية إشكالية التمييز بين انساب النسب ووسائل إثباته في مدونة الأسرة المجلة القانونية للمحكمة الابتدائية بمكناس.
- ✓ نـفي النسب في الفقه الإسلامي ودور الحقائق العلمية المعاصرة فيه ،مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية) المجلد السادس عشر، العدد الثاني، -يونيه 2008.
- ✓ الراغب الاصفهاني ، لمصباح المنير: بين. المفردات في غريب القرآن.
- ✓ القاضي الفقيه أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد البيان والتحصيل: 14/ 279.
- ✓ ابن عاصم البهجة على التحفة الجزء الاول.
- ✓ نصر فريد واصل ، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ، مجلة المجمع الفقهي الاسلامي ، العدد 17 السنة 15 – 2004 .

الفهرس

مقدمة: 1

المبحث الأول: الإشكالات المرتبطة بالفراش والبينة لإثبات النسب ونفيه 3

المطلب الأول: الإشكالات المرتبطة بالفراش. 3

المطلب الثاني : الإشكالات المرتبطة بثبوت نسب الابن الطبيعي أوالبيولوجي : 5

المطلب الثالث : الإشكالات المرتبطة بالبينة (شهادة عدلين – شهادة السماع): 10

المبحث الثاني: الإشكالات العملية المثارة بشأن إمكانية اللجوء للخبرة الطبية في إثبات النسب 11

المطلب الأول: إشكاليات العمل بالخبرة الطبية. 11

الفقرة الأولى: عدم إصدار المحكمة الحكم التمهيدي بإجراء الخبرة. 11

الفقرة الثانية : حصر حق طلب نفي النسب بالخبرة على الزوج وحده. 12

الفقرة الثالثة: أمد التقادم لدعوى نفي النسب. 13

الفقرة الرابعة: عدم انصياع الزوج للخبرة. 13

المطلب الثاني: تأثير الخبرة الطبية على وسائل الشرعية لإثبات ونفي النسب 15

الفقرة الأولى: التنازع بين الفراش والخبرة الطبية. 15

الفقرة الثانية: تنازع البصمة الوراثية والإقرار بالنسب. 16

الفقرة الثالثة: تنازع اللعان والخبرة الطبية. 17

الخاتمة: 19

لائحة المراجع 20

الفهرس 21