المملكة المغربية

وزارة العدل

المعهد العالي للقضاء

بحث نهاية التمرين

حول موضوع:

إشكالية إثبات النسب ونفيه في التشريع الأسري المغربي على ضوء العمل القضائي

إعداد الملحق القضائي:
محمد العربي لعبيدي
الفوج 36

إشراف الأستاذ:
سعد أصبان
رئيس قسم قضاء الأسرة
بالمحكمة الابتدائية بسلا
أستاذ بالمعهد العالي للقضاء

فترة التدريب:
2011-2009

كلمة شكر

بعد شكر الله سبحانه وتعالى على فضله ونعمه

أتقدم بالشكر الجزيل لأستاذي الفاضل سعد أصبان والذي لم يدخر جهدا في مساعدتي بتوجيهاته النيرة ونصائحه الغالية سواء في إنجاز هذا البحث أو أثناء تكويننا بالمعهد العالي للقضاء

أتقدم بجزيل الشكر للسيد محمد سعيد بناني المدير العام للمعهد العالي للقضاء

أتقدم بجزيل الشكر للسيد محمد الأيوبي مدير تكوين الملحقين القضائيين والقضاة

تشكري وتقديري لأساتذة المعهد الأجلاء الذين ساهموا في تكويننا بعلم وصناعة القضاء والتقاضي

شكري لكل الموظفين العاملين بالمعهد العالي للقضاء

محمد العربي لعبيدي

إهداء

إلى:

أبي وأمي

رمز المحبة

والعطاء

مقدمة:

تعتبر رابطة النسب في الإسلام من أبرز آثار عقد الزوج الذي اعتبره الله ميثاقا غليظا بين الزوجين، ورتب عليه حقوقا، أولها ثبوت نسب كل فرد إلى أبيه حتى لا تختلط الأنساب ويضيع الأولاد. ولم يقل اهتمام الشريعة الإسلامية بنفي النسب كما كان لها أكبر الاهتمام بإثباته، وذلك لما يتمتع به من مكانة مقدسة بين نصوص الشرع وأحكامه الفقهية، إذ يعد أحد أركان ومقاصد الشريعة الخمسة التي من بينها النسل "النسب". لذا أمر الله عز وجل الآباء أن ينسبوا إليهم أولادهم ونهاهم عن إنكار بنوتهم في قوله جل ثناؤه: (أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله)([1])، كما توعد الرسول صلى الله عليه وسلم الأبناء الذين ينتسبون إلى غير آبائهم فقال صلى الله عليه وسلم: "من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام"([2])، كما نهى المرأة عن إنساب ولد إلى زوجها ، تعلم أنه ليس منه فقال: "أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الجنة"([3])، وأبطل أن يكون الزنا طريقا لثبوت النسب فقال الرسول صلى الله عليه و سلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"([4]).

والنسب باعتباره صلة الإنسان بمن ينتمي إليه من الآباء والأجداد يدور حول محورين أساسيين، وهما الإثبات بمعنى تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق، والنفي وفق الشروط والضوابط الشرعية والقانونية. وإذا استقر النسب التحق المنسب بقرابته وتعلقت به سائر الأحكام الشرعية المرتبطة بهذا النسب من ميراث ونفقة وموانع الزواج وترتبت عليه حقوق وواجبات، فكان استقرار النسب استقرارا للمعاملات في المجتمع.

([1]) – الآية 5 من سورة الأحزاب.

([2]) – رواه البخاري ومسلم.

([3]) – رواه أبو داوود والنسائي.

([4]) – رواه الجماعة إلا أبا داود.

وقد نظم المشرع المغربي أحكام النسب في المواد 150 إلى 162 ضمن الباب الثاني من الكتاب الثالث بمدونة الأسرة والتي جاءت بمستجدات هامة وفي مقدمتها الخبرة الطبية لإثبات النسب أو نفيه التي تعتبر من التطورات العلمية الجديدة، كما سمحت بإلحاق نسب الابن المزداد خلال فترة الخطبة بالخاطب للشبهة شريطة توفر شروط منصوص عليها في المادة 156 من مدونة الأسرة.

والنسب حسب مدونة الأسرة هو لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف (المادة 150 من مدونة الأسرة).

والنسب في اللغة يعني القرابة، وسميت القرابة نسبا لما بينهما من صلة واتصال، فيقال نسبت فلانا إلى أبيه أنسبه نسبا إذا رفعت في نسبه إلى جده الأكبر([1])، أما اصطلاحا فهو سلالة الدم أو رباط سلالة الدم الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه([2]).

والنسب حق للولد يدفع به عن نفسه المعرة والضياع وحق لأمه تدرأ به الفضيحة والاتهام بالفحشاء، وحق لأبيه يحفظ به نسبه وولده على أن يضيع أو ينسب إليه([3])، كما أنه حق يكتسي طابعا آمرا متعلقا بالنظام العام، وهو ما يؤكده قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمكناس" وطبقا للقواعد الآمرة فإن البنت ملحقة بنسب أبيها ولا يعتد بأي اعتراف بالحمل قبل العقد لتعلق قاعدة النسب بالنظام العام والقواعد المطبقة فيه آمرة"([4])، ومن هنا يبرز الدور الأساسي الذي يلعبه الاجتهاد القضائي في حل الإشكالات العملية وبلورة القواعد من خلال النوازل المعروضة عليه باعتباره مصدرا من مصادر القاعدة القانونية. وخاصة في حالة تعارض

([1]) – ابن منظور لسان العرب، ج 14- فعل نسب، ص 118-119.

([2]) – مغنية رشيدي: حق الطفل في النسب دراسة فقهية تشريعية قضائية، رسالة لنيل دبلوم د.ع.م في القانون الخاص، وحدة الأسرة والطفولة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس 2002-2003،ص 19.

([3]) – محمد جوهر: إثبات ونفي النسب بين الطب والعجب، المجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية العدد 50- 2004، ص 149.

([4]) – قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 3560 والصادر بتاريخ 11-12-2008 في الملف الشرعي عدد 8/08/1951، غير منشور.

الخبرة كوسيلة علمية حديثة لإثبات ونفي النسب مع باقي الطرق الشرعية الأخرى، وهذا ما أسعى لإبرازه في هذا البحث الميداني المتعلق بالنسب من خلال محاكم التدريب: استئنافية مكناس، وابتدائية مكناس وميسور.

أهمية الموضوع ودوافع اختياره:

تتجلى أهمية **دراسة** موضوع إشكالية إثبات النسب ونفيه في التشريع الأسري المغربي على ضوء العمل القضائي في إبراز الأسس القانونية التي جاءت بها مدونة الأسرة في موضوع النسب وخاصة ما يتعلق بالمستجدات الجديدة المتعلقة به، والوقوف على مختلف الإشكالات الواقعية التي أفرزها الواقع المعيش وكيف تعاملت معها محاكم التدريب ومدى مسايرتها لمواقف المجلس الأعلى بهذا الخصوص.

ولقد كان الدافع لاختيار هذا الموضوع كمحور لهذه الدراسة الميدانية كون أن النسب بالغ الخطورة وله أبعاد وآثار نفسية على الولد بدرجة أولى كما له بعد اجتماعي لكونه يحقق مصلحة عامة للمتجمع ويتضمن حرمات الله. كما كان الدافع الوقوف على كيفية تعامل القضاء من خلال محاكم التدريب مع أهم المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة في مجال إثبات ونفي النسب.

إشكالية الموضوع:

تتجلى إشكالية البحث فيما يلي:

- ماذا عن المضامين الجديدة التي جاءت بها مدونة الأسرة في النسب؟

- كيف تعامل القضاء – محاكم التدريب- مع أحكام النسب بصفة عامة ومع مستجدا ته في مدونة الأسرة بصفة خاصة؟

- وماذا عن الإشكاليات العملية التي يفرزها التطبيق القضائي من حين لآخر في قضايا النسب؟

منهجية البحث:

إن دراسة موضوع إشكالية إثبات النسب ونفيه في التشريع الأسري المغربي على ضوء العمل القضائي يقتضي ضرورة اعتماد منهجية معينة لمعالجة هذا الموضوع، ومن هنا عالجت هذا الموضوع وفق منهج تحليلي، من خلال تحليل مجموعة من النصوص المتعلقة بالنسب والمضمنة في مدونة الأسرة، وأيضا الأحكام والقرارات الصادرة عن محاكم التدريب في نفس الموضوع.

خطة البحث:

بحث هذا الموضوع من خلال الخطة التالية:

- **المحور الأول: وسائل إثبات النسب**

المبحث الأول: إثبات النسب بالفراش

المبحث الثاني: إثبات النسب بالإقرار وبالبينة الشرعية

- **المحور الثاني: وسائل نفي النسب**

المبحث الأول: نفي النسب عن طريق إثبات اختلال أحد شروط الفراش أو باللعان.

المبحث الثاني: نفي النسب بواسطة الخبرة الطبية.

المحور الأول: وسائل إثبات النسب

لقد نصت المادة 158 من مدونة الأسرة على أنه : "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو بينة السماع وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعاً بما في ذلك الخبرة القضائية" محددة بذلك طرق تقليدية وأخرى علمية في إثبات النسب وكاشفة عن تطور في قواعد إثبات النسب في القانون المغربي.

وهكذا فإن النسب يثبت بالفراش(المبحث الأول) وبالإقرار وبالبينة الشرعية (المبحث الثاني) وذلك ما سأوضحه فيما يلي:

المبحث الأول: إثبات النسب بالفراش

الفراش لغة هو ما بسط عادة للنوم والجلوس عليه، ويطلق على المرأة التي يستمتع بها زوجها ([1])، لقوله تعالى " وفرش مرفوعة إنا أنشأناهن إنشاء فجعلناهن أبكاراً عرباً أتراباً لأصحاب اليمين" ([2]).

واصطلاحاً، الزوجية القائمة أي أن المرأة متعينة للولادة لشخص واحد ولا يكون ذلك عادة إلا بالزواج الصحيح أو ما ألحقه به المشرع استثناءاً كالزواج الباطل أو الفاسد والاتصال عن طريق الشبهة بخصوص ثبوت النسب ([3]).

وعليه، سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين أخصص (الأول) للحديث عن ثبوت النسب في الزواج الصحيح، وفي المطلب الثاني أتحدث عن ثبوت النسب في الزواج غير الصحيح والوطء بشبهة.

([1]) محمد ابن منظور: "لسان العرب" ، دار صادر بيروت ج6 ص :326

([2]) الآيات من 35 إلى 38 من سورة الواقعة

([3]) محمد الكشبور: "البنوة والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية"، دراسة قانونية وشرعية مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة 14 ط/2007، ص : 67

المطلب الأول: ثبوت النسب في الزواج الصحيح

جاء في المادة 50 من مدونة الأسرة "إذا توفرت في عقد الزواج أركانه وشروط صحته وانتفت موانعه، فيعتبر صحيحاً وينتج جميع آثاره من الحقوق والواجبات التي رتبتها الشريعة بين الزوجين والأبناء والأقارب، المنصوص عليها في هذه المدونة".

ولا شك أن من أبرز وأهم الآثار ثبوت نسب الولد الذي يزداد على فراش الزوجية لصاحب هذا الفراش.

كما جاء في المادة 154 من مدونة الأسرة الشروط المعتبرة في الفراش لإثبات النسب وهكذا نصت هذه المادة على أنه "يثبت نسب الولد بفراش الزوجية:

1- إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال سواء كان العقد صحيحاً أم فاسدا.

2- إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق"

وعليه يمكن الحديث عن هذه الشروط في النقط التالية:

أولا: إبرام عقد زواج صحيح

إن العمل بقاعدة الولد للفراش تستوجب توفر عقد زواج صحيح مستوف الأركان والشروط وموثقاً. وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى "... أنه لما كان عقد الزواج موثقا والطلاق ثابتاً بتاريخه وتم الوضع خلال الأجل القانوني وفي ظل غياب أي دليل قوي لما يدعيه الطاعن لأنه لا وجود لأي تقرير يفيد العقم، فإن قرار المحكمة كان مرتكزاً على أساس قانوني وما جاء في الوسيلة عديم الجدوى" ([1]).

([1]) قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 2009/3/18، الملف رقم 2007/1/2/479 تحت عدد 116، منشور بكتاب "أهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق الكتاب الثالث من مدونة الأسرة، ط ادكل للطباعة والنشر، الرباط 2007، ص 79.

وهو نفس ما تعتمده محاكم الموضوع، إذ جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمكناس "... بالرجوع إلى نسخة عقد الزواج المدلى بها بالملف، يتبين أن الزواج تم بين طرفي الدعوى بتاريخ 1997/12/12 في حين أن الابن المذكور ازداد بتاريخ 1999/4/21 أي بعد سنة وأربعة أشهر من تاريخ عقد الزواج وبالتالي فهو لا يحق للمستأنف وتعين تبعاً لذلك رد الدفع المذكور" (1). كما جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس "... وحيث إن العلاقة الزوجية قائمة بين الطرفين استنادا إلى نسخة مشهود بمطابقتها للأصل من نسخة عقد زواج... وأن المدعى عليه عقد على المدعية بتاريخ 1997/07/8 وأن الولادة تمت بتاريخ 1998/01/30...

وحيث إنه في غياب الدلائل القوية يمتنع اللجوء إلى الخبرة لنفي النسب المستند إلى فراش صحيح" ([2]).

كما جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة التابع لابتدائية تاونات : " حيث أنكر المدعى عليه بواسطة دفاعه أية علاقة له بالمدعية وابنها ولم تدل المدعية بما يثبت زواجها منه.

وحيث إنه وفضلا عن ذلك أجري البحث بواسطة السلطة المحلية فوردت نتيجته مكذبة لإدعاء المدعية. كما أن أغلب الشهود المستمع إليهم لا يؤكدون تلك العلاقة، الشيء الذي يكون معه الطلب غير مؤسس ويتعين رفضه..." ([3]).

فمن خلال هذا العمل القضائي يتضح أن إعمال قرينة الولد للفراش تتطلب أن يصب عقد الزواج الصحيح في رسم مكتوب من طرف عدلين منتصبين

([1]) قرار عدد 3035 صادر عن محكمة الاستئناف بمكناس بتاريخ 2008/9/23 في الملف الشرعي عدد 8/08/1000 – غير منشور.

([2]) حكم المحكمة الابتدائية بمكناس بتاريخ 07/5/9 في الملف الشرعي عدد 5/5/1783ج، منشور بكتاب المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة ، الجزء الأول منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية سلسلة الشروح والدلائل، العدد 10 فبراير 2009، ط/ بدون، ص 257.

([3]) حكم رقم 380 ، ملف 06/2 ج ، صادر بتاريخ 06/11/8 قسم قضاء الأسرة التابع لابتدائية تاونات (غير منشور) أوردته الملحقة القضائية عزيزة حميدي في بحث نهائية التمرين الفوج 34، ص 12.

للإشهاد ومخاطب عليه من طرف قاضي التوثيق. مع ملاحظة أن الكتابة في هذا الصدد هي للإثبات لا لانعقاد حسب ما يفهم من المادة 16 من مدونة الأسرة.

غير أن الإشكال الذي يطرح حول ما إذا كان نسب الولد يثبت بمجرد إبرام عقد الزواج ومرور المدة المعتبرة شرعاً أم لا بد للمدعي من إثبات واقعة الدخول بالزوجة بعد إبرام العقد ؟

هذا السؤال كان محط خلافات فقهية، غير أن مدونة الأسرة قررت ثبوت النسب إن مر على عقد الزواج أقل مدة الحمل مع إمكان الاتصال ودون تكليف مدعي النسب بإثبات واقعة الدخول (الفقرة الأولى من المادة 154 من مدونة الأسرة).

وهكذا اعتبر المجلس الأعلى الاتصال حاصلا ودونما حاجة لإثباته في الواقعة التي يتم الاتفاق فيها على بعد مرور أدنى أمد الحمل. وينفي الزوج الاتصال دون إثبات. لأن الخلوة بين الزوجين ثابتة، ولأنها هي الأصل، ولم يثبت خلاف هذا الأصل ([1]).

ففي هذا القرار اكتفى المجلس الأعلى بالعقد ومرور أقل أمد الحمل للتدليل على حصول الاتصال وأنه لا حاجة لإثباته، لأن الخلوة ليست شرطاً من شروط قيام العلاقة الزوجية وما ينتج عنها من آثار، بل هي مفترضة بمجرد كتابة عقد الزواج وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبته بأدلة واقعية ومحسوسة.

ثانيا: مدة الحمل المعتبرة شرعا

لا يكفي لكي يلحق النسب بالزوج حسب مدونة الأسرة إبرام عقد زواج صحيح، بل لابد من تحقق مدة الحمل المعتبرة شرعاً إما في حدها الأدنى أي ستة أشهر من تاريخ العقد، وإما في حدها الأقصى أي سنة من تاريخ انتهاء عقد الزواج.

([1]) قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1999/2/16، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 55، ص 1123 وما بعدها.

ولعل هذا ما كرسه المجلس الأعلى من خلال قرارات متواترة عنه، إذ جاء في إحدى قراراته "... لكن حيث إن الولد للفراش إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل وأمكن الاتصال وكذا إذا ولد بعد فراق داخل سنة واحدة... والمحكمة لما ثبت لها أن المطلوبة في الطعن قد أتت بالمولودة... لأكثر من ستة شهور من تاريخ العقد ولأقل من سنة من تاريخ الطلاق مما يجعلها لاحقة بنسب والدها الطاعن بناء على فراش الزوجية... تكون قد أقامت قضاءها على أساس " ([1]) وجاء في قرار آخر "... لكن حيث إن المادة 154 من مدونة الأسرة تنص على انه يثبت نسب الولد للفراش إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد. والثابت من أوراق الملف أن الولد... ازداد على فراش الزوجية بتاريخ 2001/02/3 أي بعد ستة أشهر من تاريخ العقد... والمحكمة لما ردت دفوع الطاعن بعلة أن الفراش يعتبر حجة قاطعة على النسب بصريح المادة 153 من مدونة الأسرة... تكون قد بنت قضاءها على أساس" ([2]).

ونفس النهج سارت عليه محاكم الموضوع، إذ جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بمكناس " بالرجوع إلى نسخة عقد الزواج ... يتبين أن الزواج تم بين طرفي الدعوى بتاريخ 1997/12/12 في حين أن الابن المذكور ازداد بتاريخ 1999/4/21 أي بعد سنة وأربعة أشهر من تاريخ العقد وبالتالي فهو لاحق للمستأنف..." ([3]). وجاء في قرار آخر لها " ويحث إن العلاقة الزوجية ربطت بين طرفي النزاع ابتداء من تاريخ 2005/5/2 وانتهت بالحكم بالتطليق بتاريخ

([1]) قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 2006/06/28 رقم 1/2/188 2005 تحت عدد 418، منشور بكتاب أهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق الكتاب الثالث من مدونة الأسرة، م.س، ص 75.

([2]) قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 2006/11/15 الملف رقم 2005/1/2/317 تحت عدد 639، المرجع نفسه، ص 77.

([3]) قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 3035 في الملف عدد 8/08/1000 والصادر بتاريخ 2008/9/23، غير منشور.

07/7/26 مما يجعل ازدياد الابن... بتاريخ 2007/2/14 حصل أثناء العلاقة الزوجية... مما يجعل نسبه لوالده تابتا استنادا لقاعدة الولد للفراش" ([1]).

وجاء في قرار آخر لها " وحيث إن الابن... ازداد خلال مدة 7 أشهر و 19 يوم من تاريخ الطلاق أي خلال سنة، وأن المحكمة كانت على صواب لما اعتبرت نسبه ثابتا لوالده"... ([2]). وجاء في حكم لقسم قضاء الآسرة التابع للمحكمة الابتدائية بمكناس" وحيث تبين للمحكمة من خلال إطلاعها على عقد الزواج المذكور مراجعه أعلاه ورسم ولادة البنت ... أنها ازدادت داخل الأجل القانوني، وبذلك يعتبر الفراش حجة قاطعة على ثبوت النسب... "([3]). وجاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية لبولمان بميسور "وحيث أدلى المدعي بنسخة مقاررة بزواج... مما يعني أن ولادته كانت لأكثر من ستة أشهر من تاريخ العقد. وحيث إن الولد الذي يولد أثناء فترة العلاقة الزوجية المحددة في المادة 154 من مدونة الأسرة يثبت نسبه إلى الزوج بقرينة قانونية قاطعة..." ([4]).

والملاحظ أن القضاء المغربي يتشدد في ضرورة توفر أقل أمد الحمل، ففي قرار صادر عن المجلس الأعلى جاء فيه "الولد للفراش متى ولد لستة أشهر من عقد الزواج وهي أدنى مدة الحمل إن أمكن الاتصال وإلا فلا يلحق نسبه" ([5]). أما فيما يخص أقصى أمد الحمل ، فقد تم تحديده في سنة من تاريخ الفراق، ومع ذلك فإن المجلس الأعلى يتساهل في هذه المدة فقد جاء في إحدى قراراته " على أن

([1]) قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 590 في الملف عدد 8/08/3019 والصادر بتاريخ 2009/2/24، غير منشور.

([2]) قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 2182 في الملف عدد 8/04/1092 والصادر بتاريخ 2004/11/19، غير منشور.

([3]) حكم المحكمة الابتدائية بمكناس قسم قضاء الأسرة عدد 2183 في الملف عدد 5/2078ج/08 والصادر بتاريخ 2010/6/8.غير منشور.

([4]) حكم المحكمة الابتدائية لبولمان قسم قضاء الأسرة عدد 378 /05 والصادر بتاريخ 05/11/28 في الملف عدد272_05 غير منشور.

([5]) قرار المجلس الأعلى رقم 1303 صادر بتاريخ 1991/12/12 منشور بمجلسة قضاء المجلس الأعلى عدد 83-95 ص 107

ما بين تاريخ الطلاق وفاتح أبريل لا يتعدى أسبوعا وقد نص الفقهاء على أن مثل هذه المدة غير مؤثرة الشيء الذي كان معه الحكم المطعون فيه ناقص التعليل" ([1]).

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المادة 154 من مدونة الأسرة أغفلت الإشارة إلى التقويم المعتبر في احتساب المدة الشرعية للحمل هل هو القمري أو الشمسي، وهو ما خلف إشكالا خاصة أن التقويم الشمسي يفوق التقويم القمري بإحدى عشر يوماً.

هذا وقد حسم المجلس الأعلى في هذا الإشكال من خلال عدة قرارات ، بحيث جاء في إحدى قراراته "لكن حيث إنه من جهة أولى فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما اعتمدت التقويم القمري في احتساب أقل مدة الحمل بدلا من التقويم الشمسي فإنها تكون قد طبقت ما هو مقرر فقها وما جرى به العمل القضائي" ([2]). وجاء في قرار لمحكمة الاستئناف بمكناس " وحيث إنه بمقتضى مدونة الأسرة، فإن أقل أمد الحمل هو ستة أشهر، والمعروف عند الفقهاء أن الحساب في ذلك يكون بالشهور القمرية" ([3]).

فمن خلال حيثيات هذين القرارين يتضح أن العمل القضائي يعتمد التقويم الهجري أخذاً بالأحوط وتفاديا للإضرار بحق الطفل في النسب إلى أبيه، وهو في الحقيقية إعمال للمادة 400 من مدونة الأسرة التي تحيل على المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام فيما لم يرد عليه نص في المدونة.

إضافة إلى ما سبق، فهل يجب مراعاة أمد الحمل لإثبات نسب الولد للفراش حتى ولو أثبتت الخبرة البنوة ؟

([1]) قرار المجلس الأعلى رقم 1461 صادر بتاريخ 1988/11/29 في الملف عدد 87/6711 أشارت إليه مغنية رشيدي، حق الطفل في النسب ، دراسة فقهية تشريعية قضائية ر.ل.د.د.ع.م في القانون الخاص وحدة الأسرة والطفولة جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، 2002-2003- ص 92.

([2])المجلس الأعلى قرار عدد 43 بتاريخ 2006/1/18 منشور بكتاب المنتقى من عمل القضاء،م.س، ص 227

([3]) محكمة الاستئناف بمكناس قرار عدد 3560 صادر بتاريخ 2008/11/11، في الملف عدد 8/08/1951 غير منشور.

لا بد من مراعاة أقل مدة الحمل وأكثرها لإثبات النسب بالفراش ولو أثبتت الخبرة البنوة، لكون الخبرة قاصرة على إثبات العلاقة الطبيعية فقط، ولكن الفراش يثبت الإطار الشرعي الذي تكونت فيه هذه العلاقة([1]).

وتجدر الإشارة إلى أن من يرفع دعوى تخص إثبات النسب وحتى يستفيد من المقتضيات التشريعية التي تحدد أقل مدة الحمل وأقصاها عليه أن يحدد بكل دقة تاريخ إبرام العقد في الحالة الأولى وتاريخ وقوع الطلاق في الحالة الثانية، بالإضافة إلى تاريخ الولادة، والمسألة قانونية تتصل بجوهر النظام العام وتخضع بالتالي لرقابة المجلس الأعلى ([2]). وهكذا جاء في إحدى قراراته بغرفتين". لئن كان الفراش الشرعي قرينة قاطعة على إثبات النسب، فإن ذلك مشروط بأن تكون الولادة ثابتة التاريخ وداخل الأمد المعتبر شرعاً بشكل لا مراء ولا جدال فيه... وأنه وأمام اختلاف الزوجين بشأن تاريخ ازدياد الابن المذكور، فإنه كان على المحكمة أن تبحث بوسائل الإثبات المعتمدة شرعاً ومنها الخبرة التي لا يوجد نص قانوني صريح يمنع المحكمة من الاستعانة بها"([3]). كما أن محاكم الموضوع تستند إلى وسائل الإثبات المعتمدة لتحديد تاريخ الولادة بكل دقة لترتب الأثر المناسب عليها. وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بمكناس " حيث تبث للمحكمة أن الطفل مزداد بتاريخ ... حسب أوراق الملف، وأن الشهادة الإدارية المسلمة في هذا الشأن تعد حجة على ذلك إلى أن يثبت ما يخالفها"([4]).

([1]) عمر لمين : د. ملحق بوزارة العدل، رئيس غرفة بمحكمة الاستئناف في ندوة تم إلقاؤها بالمعهد العالي للقضاء سنة 2007.

([2]) محمد الكشبور : "البنوة والنسب في مدونة الأسرة"، م.س، ص 93.

([3]) قرار المجلس الأعلى بغرفتين بتاريخ 2005/03/9 في الملف عدد 2003/1/2/615، منشور بكتاب المنتقى م.س، ص 226.

([4]) .قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 1295 صادر بتاريخ 2008/4/8 في الملف عدد 8/07/3313- غير منشور .

وهكذا يتضح من خلال حيثيات هذين القرارين أن المحكمة ملزمة باعتماد جميع الوسائل المقررة شرعاً لتحديد تاريخ الازدياد من نسخة عقد زواج أو رسم طلاق أو شهادة الوفاة وشهادة الولادة لإثبات الازدياد وتاريخه مع الإشارة إلى أن هذه الوثيقة الأخيرة يجب أن تتضمن البيانات اللازمة وصادرة عن الجهة المختصة وإلا فلا يعتد بها كما هو حال الشهادة الصادرة عن ضابط الحالة المدنية والمحررة من طرفه بناء على تصريح يحتمل الصدق والكذب.

بقي أن أشير إلى نقطة تتعلق بأقصى أمد الحمل ومشكلة الريبة فيه، فقد جاء في المادة 134 من مدونة الأسرة "في حالة إدعاء المعتدة الريبة في الحمل، وحصول المنازعة في ذلك، يرفع الأمر إلى المحكمة التي تستعين بذوي الاختصاص من الخبراء للتأكد من وجود الحمل وفترة نشوءه لتقرر استمرار العدة أو انتهائها". فإذا تأكد من ذوي الاختصاص أن ما في بطن المرأة هو حمل وجب الحكم آنذاك باستمرار العدة وبكيفية غير مباشرة الزيادة في أقصى أمد الحمل.

ومن بعض الخرافات المتداولة أن الحمل قد يرقد في بطن أمه لسنوات طوال، فالثابت علميا أن الحمل لا يمكن أن يمكث في بطن الأم أكثر من تسعة أشهر إلا استثناءاً جداً ولفترة جد قصيرة. وقد قرر المشرع سواء في المغرب أو مصر أن أقصى مدة الحمل سنة وذلك من باب الاحتياط لا غير ([1]).

ثالثا : إمكانية الاتصال بين الزوجين

تتعلق الاستفادة من قرينة الولد للفراش بالإضافة إلى شرطي الزوجية والمدة على شرط آخر وهو إمكانية اتصال الزوج بزوجته، أي الإمكان المادي، كما يستفاد من المادة 154 من مدونة الأسرة ... "وأمكن الاتصال..." والملاحظ أن هذا الفصل يتحدث عن إمكانية الاتصال لا عن تحققه وفي هذا الصدد جاء في قرار للمجلس الأعلى "...لكن حيث إن محكمة القرار لما عللت قرارها بأن الوضع المتفق على حصوله في غشت 1990 قد جاء بعد عقد الزواج المؤرخ في

([1]) محمد الكشبور : " البنوة والنسب"، م.س، ص 96- 97.

89/12/21 أي بعد مرور أكثر من ستة أشهر أي داخل الأمد الذي يترتب عن الوضع خلاله ثبوت نسب المولود إلى الزوج طبقا للفصول 76 و 84 و 85 و98 من المدونة وبذلك يكون الاتصال قد حصل ولا حاجة لإثباته" ([1]) وجاء في قرار آخر له " يتحقق إمكان الاتصال بعد ما تبث أن الزوج المقيم بالخارج كان يتردد على المغرب حيث تقيم الزوجية خلال قيام العلاقة الزوجية ([2]). وهو نفس ما تسير فيه محكمة الاستئناف بمكناس حيت جاء في قرار لها " وحيث تبث للمحكمة من خلال أوراق الملف وإقرار المستأنف نفسه كون هذا الأخير لم يتم أسره من طرف.... إلا بتاريخ 4 يناير 1980 أي بعد ولادة المطلوب نفي نسبه. مما يكون الحكم المستأنف صادف الصواب ويتعين تأييده"([3])

ويستتبع إمكانية اتصال الزوج بزوجته إمكانية إنجابها منه بأن يكون بالغاً قادراً على الوطء، وألا يكون مجبوبا ولا عنيناً ولا مخصياً أي الإمكان الشرعي وهو ما سكتت عنه مدونة الأسرة.

ويقوم المانع الشرعي الذي يحول دون انتساب الولد للزوج وذلك فيما إذا كانت المدة الفاصلة بين وضع الحمل وبين عقد الزواج أقل من ستة أشهر لان المانع مكتسب من دليل شرعي ما لم يقر الزوج بالمولود فيلحق حينها بنسبه. كما جاء في قرار المجلس الأعلى([4]).

([1]) قرار المجلس الأعلى عدد 84 والصادر بتاريخ 99/2/16 في الملف الشرعي عدد 94/2/2/5729 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 61-ص : 76.

([2]) قرار المجلس الأعلى عدد 488 والصادر بتاريخ 2005/5/19 في الملف الشرعي عدد 95/2/2/572 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد مزدوج 59-60- ص : 163.

([3]) قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 159 والصادر بتاريخ 08/1/15 في الملف الشرعي عدد 8/7/2025، غير منشور.

([4]) قرار عدد 213 صادر بتاريخ 2005/04/13 في الملف عدد 2004/2/356 ، منشور بمؤلف إبراهيم بحماني، العمل القضائي في قضايا الأسرة مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة ط/2008، مكتبة دار السلام – الرباط- ص 379 وما يليها.

المطلب الثاني: ثبوت النسب في الزواج غير الصحيح والوطء بشبهة

بعد ما سأتحدث عن ثبوت النسب في الزواج غير الصحيح (أولا) سأنتقل للحديث عن ثبوت النسب للشبهة (ثانيا).

أولا : ثبوت النسب في الزواج غير الصحيح

نصت المادة 96 من مدونة الأسرة على أن " الزواج غير الصحيح يكون إما باطلا وإما فاسدا". من هنا سأتحدث عن كل نوع على حدة لمعرفة آثارهما على ثبوت النسب.

(1) **الزواج الباطل** :

تطرقت المادة 51 من مدونة الأسرة لحالات الزواج الباطل، بحيث نصت على أنه : "يكون الزواج باطلا

1-إذا اختل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه.

2-إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39 أعلاه.

3-إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول

كما نصت المادة 58 من نفس المدونة على ما يلي :

" تصرح المحكمة ببطلان الزواج تطبيقا لأحكام المادة 97 أعلاه بمجرد اطلاعها عليه أو بطلب ممن يعينه الأمر.

يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة".

وهكذا فإذا تم بناء بالمرأة في الزواج الباطل، ونتج عن هذا البناء حمل، فإن المشرع قد ميز بين حالة حسن وسوء النية ونكون أمام حسن النية إذا كان الزوج المعني جاهلا بسبب التحريم، أما إذا كان عالما بذلك ومتيقناً منه فنكون أمام سوء النية.

وفي هذا الصدد استنبط الفقهاء قاعدة عامة مفادها عدم اجتماع حد ونسب، مع التنبيه إلى أن الأصل في الشخص أنه حسن النية، لكن متى يعتد بحسن النية ؟

يرى الأستاذ إبراهيم بحماني، أن المعتبر لحسن القصد هو وقت صدور الإيجاب والقبول، ويعتبر الإيجاب والقبول متوافراً في الحالات التالية :

1- عندما يثبت انه وقع حفل زواج أو خطبة بالشهود.

2- وجود وثائق تفيد اتصال الزوجين بنية الزواج وتكون صادرة عنهما فعلا.

3- إذا قام أحد الزوجين أو هما معاً لدى المصالح الإدارية بإنجاز وثائق يقران فيها أو أحدهما بالزواج كتسجيل الأبناء بمكتب الحالة المدنية مثلا([1]).

والملاحظ أن مدونة الأسرة تعتبر أن مدة الحمل في الزواج الباطل تبدأ من تاريخ الدخول لا من تاريخ العقد. كما أن المعول عليه هو قصد الزوج لا الزوجة.

هذا وقد كرس العمل القضائي المقتضيات أعلاه، إذ جاء في قرار للمجلس الأعلى "لكن رداً على ما ورد في النعي أعلاه، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه تبت لها أن المطلوب في النقض عقد على الطاعنة وهي حامل... وقضت تبعاً لذلك بفسخ (البطلان حسب مدونة الأسرة) عقد النكاح المبرم بين الطرفين، كما قضت بعدم لحوق نسب الولد للمطلوب في النقض... وبذلك تكون

([1]) إبراهيم بحماني : م.س: ص 23 وما يليها.

المحكمة قد عللت قرارها تعليلا كافياً وطبقت القانون تطبيقا صحيحا" ([1]) . وجاء في حكم لقسم قضاء الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية بفاس ما يلي : " وحيث إن بطلان العلاقة الزوجية بين والدي البنت... لا يؤثر في نسبها إليهما باعتبار أن بطلان العقد يرتب عند حسن النية لحوق النسب وأن حسن النية في العلاقات الزوجية هو الأصل"([2]). وجاء في حكم آخر له " وحيث إن الزوج عقد قرانه مع زوجته في وقت كانت فيه حامل مما يجعل المانع المؤقت من الزواج قائما وقت إبرام العقد مما ترتب عنه بطلان هذا العقد تطبيقاً لمقتضيات المادة 58 من مدونة الأسرة... وحيث إن الولدين قد ازدادا خلال المدة المعتبرة شرعاً الأمر الذي يجعل نسبهما إلى والديهما المذكورين في رسم الزواج الذي تم إبطاله ثابتاً نظرا لوجود حسن النية لدى الزوجان اللذان أقرا أمام هيئة المحكمة خلال جلسة البحث بأن الإيجاب والقبول والتراضي على الزواج كان حاصلا بينهما وتمت إقامة حفل الزفاف الذي حضره جمع من الناس"([3])..

وهكذا يتضح من خلال حيثيات العمل القضائي أعلاه أن الزواج الباطل يترتب عنه عند حسن نية الزوج إلحاق الولد به ويترتب عن ذلك بالتبع ترتيب جميع الآثار المتعلقة بالقرابة بحيث يحرم الزواج في الدرجات الممنوعة وتتحقق به نفقة القرابة والإرث.

(2) الزواج الفاسد

ينقسم الزواج الفاسد طبقا للمادتين 60 و 61 من مدونة الأسرة إلى زواج فاسد لصداقه وزواج فاسد لعقده.

([1]) قرار المجلس الأعلى بتاريخ 2006/5/10 في الملف عدد 2005/1/2/598 منشور بكتاب المنتقى من عمل القضاء، م.س، ص 231.

([2]) حكم قسم الأسرة بالمحكمة الابتدائية بفاس رقم 2009 والصادر بتاريخ 2009/4/6 في الملف رقم 8/2/3674، غير منشور.

([3]) حكم قسم الأسرة بالمحكمة الابتدائية بفاس رقم 390 والصادر بتاريخ 2007/1/29 في الملف رقم 06/1/783 غير منشور.

والزواج الفاسد لصداقه هو الذي اختل فيه شرط كأن يسمى للزوجة صداق مما لا يصح التعامل به شرعا، ولا يطرح هذا الزواج أي إشكال على مستوى النسب مادام أنه يفسخ قبل الدخول ويصحح بعد الدخول بصداق المثل.

ويكون الزواج فاسداً لعقدة طبقا لأحكام المادة 61 في الحالات الثلاث الآتية:

1- إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين إلا أن يشفى المريض بعد الزواج.

2- إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا.

3- إذا أبرم الزواج بدون ولي في حالة وجوبه.

والقاعدة أن الزواج الفاسد لعقده يفسح قبل البناء وبعد ويعتد فيه بالطلاق والتطليق إن حدث قبل الحكم بالفسخ، ولم يتطرق المشرع بكيفية صريحة إلى مسألة ثبوت النسب في الزواج الفاسد لعقده، وإنما نص في المادة 64 من مدونة الأسرة وبصيغة العموم على ما يلي :

"الزواج الذي يفسخ تطبيقا للمادتين 60 و 61 أعلاه لا ينتج أي أثر قبل البناء وتترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه".

ومن هنا فالزواج الفاسد لعقده يرتب آثار الزواج الصحيح متى تم بناء بالزوجة ومن ثمة فالنسب يثبت به دون اعتبار لنية الزوج خلافاً للزواج الباطل([1]).

هذا وقد كرس العمل القضائي المقتضيات أعلاه إذ جاء في قرار للمجلس الأعلى "... والمحكمة لما عللت قراراها بأن رسم ثبوت الزوجية المحتج به لا يتضمن الإيجاب والقبول وبالتالي ليس زواجاً صحيحاً، دون أن تناقش إذا كان زواجاً فاسداً في إطار المادة 157 من مدونة الأسرة... تكون قد جانبت الصواب"

([1]) محمد الكشبور : البنوة والنسب، م.س، ص: 84 وما بعدها.

للمزيد من التوسع حول طبيعة النسب في الزواج الباطل والفاسد، راجع في هذا الصدد .د.إبراهيم بحماني، نسب الأبناء في الزواج الفاسد، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون العدد 149 ص 23 وما بعدها.

([1]). وجاء في قرار آخر له " لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه اعتبرت ما تم بين الطرفين زواجاً... ولما لم يشهد عليه ولم يسم فيه الصداق فإنه يبقى زواجاً فاسداً طبقا لمدونة الأحوال الشخصية. وأنه بمقتضى الفصل 37 من المدونة المذكورة (المادتان 64 و 157 م. الأسرة) فإن الزواج الفاسد لعقده يفسخ قبل الدخول وبعده ومن آثاره لحوق النسب" ([2]) .

وهكذا فالمجلس الأعلى يؤكد على أنه متى تعلق الأمر بزواج فاسد فعلى المحكمة أن تناقشه وترتب لحوق النسب عليه بعد تأكدها من توفر شروطه من إبرام لزواج فاسد لصداقه أو عقده وانصرام المدة الشرعية من تاريخ العقد أو الإنهاء، وإمكانية ولادة الزوجة من زوجها.

ثانيا: ثبوت النسب للشبهة([3]): (المادة 156 من مدونة الأسرة نموذجاً)

الشبهة هي كل ما لم يتيقن هل هو حلال أم حرام، فهو لا يكون زنا ولا ملحقاً بزنا ولا يكون بناء على نكاح صحيح أو فاسد ومن هنا دخلته الشبهة التي أنزلته منزلة الفراش على مستوى ثبوت النسب.

وفي التشريع الأسري المغربي اعتبرت المادة 152 من مدونة الأسرة أن الشبهة تعتبر سببا من أسباب لحوق النسب.

ونصت الفقرة الأولى من المادة 159 من نفس المدونة على ما يلي :

([1]) قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 2009/3/18 في الملف رقم 2008/1/2/340 تحت عدد 113، منشور بكتاب أهم قرارات المجلس الأعلى ، م.س. ص 90-91.

([2]) قرار المجلس الأعلى عدد 39 الصادر بتاريخ 2010/01/27 في الملف عدد 2008/1/2/305، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 72 مطبعة الأمنية الرباط، 2010. ص 114.

([3]) والشبهة أنواع :

- شبهة العقد: وهي ما كان الاشتباه بحل الوطء فيها ناشئاً عن عقد غير صحيح.
- شبهة الفعل: وهي ما كان الاشتباه بحل الوطء فيها ناشئاً عن خطأ غير مقصود، كما لو زفت إليه غير الزوجة التي عقد عليها وقيل له زوجته ولم تكن كذلك في واقع الأمر.
- شبهة المحل : إذا وجد على فراشه امرأة ظنها زوجته فوطئها ثم تبين أنها أجنبية.

"إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل وولدت المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها ثبت نسب الولد من المتصل".

ولان الاتصال بشبهة عبارة عن واقعة مادية فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 195 أعلاه أنه: "يثبت النسب الناتج عن الشبهة بجميع الوسائل المقررة شرعاً".

وباعتبار الاتصال عن طريق الشبهة واقعة مادية فغالباً يبقى استخلاصها وتقديرها من مسائل الواقع التي تخضع للسلطة التقديرية لمحاكم الموضوع ولا رقابة عليها في ذلك من طرف المجلس الأعلى إلا من حيث التعليل، وهي من الحالات النادرة والتي لا تصل إن وقعت إلى ساحة المحاكم لأن الأطراف تفضل الستر على العلنية في هذا المجال([1]).

هذا ولعل أبرز المستجدات التشريعية التي جاءت بها مدونة الأسرة القاعدة المنصوص عليها في المادة 156 : " إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة ينسب للخاطب إذا توفرت الشروط التالية:

- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء.
- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة.
- إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما.

تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن، إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب".

([1]) محمد الكشبور : " البنوة والنسب"، م.س، ص : 71 وما بعدها.

من هنا فقد جاءت مدونة الأسرة بمقتضى جديد في المادة 156 منها إذا اعتبرت الحمل أثناء الخطبة بمثابة شبهة يثبت بها النسب إذا توفرت الشروط المنصوص عليها في هذه المادة، وقد صار الاجتهاد القضائي في هذا الصدد.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى " لكن حيث إنه بمقتضى المادة 156 من مدونة الأسرة، فإن من ضمن شروط إلحاق النسب بالخاطب للشبهة ثبوت الخطبة الناتج عنها الحمل، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه رفضت طلب إلحاق النسب بالمطلوب بعلة أنه لا مجال لتطبيق مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة لما تبت لها عدم حصول الخبطة بين الطرفين، وأن الحمل ناتج عن علاقة فساد ، فتكون بذلك أسست قضاءها على أساس" ([1]).

فالمجلس الأعلى يؤكد على ضرورة حصول الخطبة بين الطرفين لإلحاق الابن بالخاطب أما إذا كانت العلاقة عبارة عن علاقة جنسية عابرة لا تستند إلى اتفاق على زواج امتنع نسب الحمل إلى الخاطب. وفي هذا جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية بمكناس " لكن حيث إن المدعية لم تستطع إثبات وجود خطبة بينها وبين المدعى عليه واشتهارها بين الأسرتين، كما أنها لم تستطع إثبات وجود حمل أثناء الخطبة.

وحيث إن هذه الشروط هي الواجب توفرها في مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة حتى يمكن الحديث عن أسباب لحوق النسب. ([2])

وفي نفس السياق نجد المجلس الأعلى يؤكد على ضرورة اشتهار الخطبة بين أسرتي الخطيبين وإقرار الخطيبين بان الحمل منهما ووقوعه أثناء الخطبة، إذ جاء في إحدى قراراته " لئن كانت المادة 156 من مدونة الأسرة تجيز لحوق نسب حمل المخطوبة للخاطب للشبهة، فإن ذلك رهين باشتهار الخطبة بين أسرتيهما، وإقرار الخطيبين معاً بأن الحمل منهما وبثبوت وقوعه أثناء الخطبة. كما أن

([1]) قرار المجلس الأعلى عدد 264 والصادر بتاريخ 2006/4/26 منشور بكتاب المنتقى، م.س، ص : 230

([2])حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس عدد 1029 والصادر بتاريخ 2010/3/23 في الملف عدد 5/9/1795ج، غير منشور.

الشهود المستمع إليهم من طرف المحكمة استقى معظمهم علمه بالخطوبة عن طريق السماع. والمحكمة لما قضت بثبوت النسب إلى الطاعن رغم إنكاره تكون قد أساءت تطيق المادة المحتج بها".([1]).

وهكذا فالمجلس الأعلى يؤكد على أنه لا يكفي التواعد السري بين الرجل والمرأة، بل ضروري من اشتهار الخطبة بين أسرتيهما حتى يساهما في إثبات هذه الخطبة عند النزاع ولدرء مظنة التستر على حمل كان نتيجة سفاح. ويقع عبئ إثبات اشتهار الخطبة على الخطيبين، ففي حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بميسور جاء فيه : " وحيث إن الخطبة تمت واشتهرت بين الناس لمدة 5 سنوات حسب الشاهد والذي صرح أمامنا بعد ازدياد الابن أنه له، وهذا يعد قرينة على أن الابن ازداد داخل فترة الخطوبة([2]).

كما أن موافقة ولي المخطوبة إذا كانت قاصرة ضرورية لأجل أن تكون الخطبة صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية ، وإن كان فيه تعارض مع مقتضيات المادة 13 من مدونة الأسرة لأن الولي شرط لصحة عقد الزواج لا الخطبة. ففي حكم لقسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس جاء فيه " وحيث إن الخطوبة اشتهرت بين الطرفين حسب ما أكدته المخطوبة وكذا الخاطب ووالديها، كما وافق أب المدعية وهو وليها عليها... مما يتعين معه الاستجابة لطلب ثبوت نسب البنت.... ([3])

هذا وقد ذهب المجلس الأعلى إلى أنه إذا تمت الخطبة وحصل معها حمل من المخطوبة ينسب للخاطب بشروط المادة 156 ولا يشترط لذلك قيام العلاقة

([1]) قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 2007/4/18 في الملف رقم 2006/1/2/282 تحت عدد 226. منشور بكتاب أهم قرارات المجلس الأعلى ، م.س، ص 87.

([2]) حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية لبولمان بميسور رقم 05/24 الصادر بتاريخ 05/2/28 في الملف الشرعي عدد 04/313، حكم غير منشور.

([3]) حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية بمكناس رقم 09/285 الصادر بتاريخ 09/11/2 في الملف رقم 18/09/493 غير منشور.

الزوجية، إذ جاء في قرار صار عنه "والبين من أوراق الملف ومن شهادة الشهود المستمع إليهم من طرف المحكمة أن تصريحاتهم اقتصرت على وجود خطبة بين الطالب والمطلوبة في النقض واشتهار هذه الخطبة بين الناس دون أن تكون في هذه التصريحات ما يفيد انعقاد الزواج بينهما بحصول الإيجاب والقبول بالشكل المقرر في المادة 16 من مدونة الأسرة... وكان على المحكمة أن تتحقق من توفر شروط المادة 156 وترتب عليها أثارها بدل أن تطبق المادة 16"([1]).

والسؤال الذي يطرح، هل يشترط أقل مدة الحمل في إثبات النسب بالشبهة في الخطوبة أم أنه قاصر على فراش الزوجية فقط ؟

إن إعمال المادة 156 من مدونة الأسرة يقتضي مراعاة المادة 154 من نفس المدونة والتي تتحدث عن مدة الحمل المعتبرة شرعاً، طبقا للمادة 155 من المدونة والتي تشترط أقل مدة الحمل أو أقصاها عند الاتصال بشبهة والذي يبدأ من التاريخ الذي انعقدت فيه الخطبة بالنسبة لأقل مدة الحمل أو من تاريخ العدول عن الخطبة أو فسخها أو الوفاة بالنسبة لأقصى مدة الحمل، وهو ما يمكن إثباته بكل وسائل الإثبات المعتمدة في مجال إثبات النسب.

كذلك ما الحكم إذا نازع الخطيب أن الولد ليس منه، فهل يمكن إثبات نسبه بوسيلة أخرى ؟

تشير الفقرة الأخيرة من المادة 156 من مدونة الأسرة إلى الجواب عن هذا السؤال " إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب" والمقصود بها طبعاً الخبرة الطبية للتحقق من النسب، ففي حكم لقسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بفاس جاء فيه: " وحيث نصت المادة 156 على أنه إذا أنكر الخاطب... وحيث إنه إعمالا لهذا المقتضى

([1])قرار المجلس الأعلى بتاريخ 09/03/18 في الملف رقم 07/1/2/213 تحت عدد 108، منشور بكتاب أهم قرارات المجلس ، م.س، ص 88.

فقد أمرت المحكمة تمهيديا بإجراء خبرة على الحامض النووي لكل من المدعى عليه والطفلة... لمعرفة ما إذا كانت هذه الأخيرة قد تنصلت من صلبه...

وحيث إنه بناء على العلل مجتمعة، اقتنعت المحكمة جازمة بأن الشروط المنصوص عليها بمقتضى المادة 156 من المدونة قام الدليل على توافرها في نازلة الحال. كما أن تقرير الخبرة جاء شاهدا بلسان حاله على تنسل الطفلة... من صلب والدها المدعى عليه " ([1]). على أنه إذا تأكدت المحكمة من عدم توفر شروط المادة 156 من مدونة الأسرة فإنها لا تلجأ إلى إجراء الخبرة. ففي قرار للمجلس الأعلى جاء فيه " المحكمة مصدرة القرار المطعون لما رفضت طلب إلحاق النسب بالمطلوب بعلة أنه لا مجال لتطبيق مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة بما في ذلك إجراء خبرة لما تبث لها عدم حصول الخطبة بين الطرفين وأن العلاقة المزعومة الناتج عنها الحمل موضوع النزاع مجرد علاقة فساد... يكون قد أسست قضاءها على أساس قانوني صحيح" ([2]).

وجدير بالذكر فإنه من خلال تصفح مجموعة من الأحكام الصادرة عن قسم قضاء الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية بمكناس بخصوص إثبات النسب وفق المادة 156 من مدونة الأسرة فهو لا يكلف نفسه عناء البحث في وجود ظروف استثنائية حالت دون توثيق عقد الزواج كالحصول على إذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج إذا كان أحد طرفيه قاصراً أو الإذن بالتعدد، أو إذن السلطة الرئاسية إذا تعلق الأمر بزواج العسكريين أو وجود ظروف مادية أو عائلية. وهي مسائل موضوعية تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة والتي يجب عليها أن تتعامل بنوع من المرونة تماشياً مع المادة 151 والتي تؤكد على أن النسب يثبت بالظن ولا ينتفي إلا بحكم قضائي. وفي هذا الإطار نجد أن المحكمة الابتدائية بفاس في حكمها

([1]) حكم صادر عن قسم الأسرة بالمحكمة الابتدائية بفاس عدد 4650 والصادر بتاريخ 2007/10/15 في الملف الشرعي عدد 05/1/3181، غير منشور

([2]) قرار المجلس الأعلى عدد 264 والصادر بتاريخ 2006/04/20 في الملف رقم 2005/1/2/607 ، منشور بكتاب أهم قرارات المجلس الأعلى، م.س، ص 86.

بتاريخ 2006/04/31 اعتبرت أن الظروف المادية والعائلية لم تسمح بتوثيق عقد الزواج نظراً لمرض الجد والوالدين بمثابة ظرف قاهر حال دون توثيق عقد الزواج" ([1]).

وجدير بالذكر أن الخاطب لا يجوز له ملاعنة المخطوبة فيما إذا شكك في سلوكها أثناء الخطبة لأن النسب لا يثبت له إلا بحكم قضائي وذلك عكس الفراش في الزواج الصحيح. كما أن الحمل الناتج عن الخطبة لا يمكن تسجيله في سجلات الحالة المدنية لتوقف ذلك على استصدار حكم قضائي يثبت توفر شروط المادة 156 من مدونة الأسرة أولا لترتيب الآثار القانونية عليه ثانيا.

وقبل ختم هذا المبحث المتعلق بإثبات النسب بالفراش أود التأكيد على أنه عند توفر شروط الفراش فلا يستجاب لطلب الزوج المبني على أن الولد ليس منه، وأنه ناتج عن علاقة الخيانة الزوجية- أو أنه عقيم. ففي قرار للمجلس الأعلى "إذا ثبت النسب بالفراش فلا يستجاب لإجراء طبي لنفيه" ([2]). كما جاء في قرار أخر " لكن حيث إنه لما كان الفراش الصحيح حجة قاطعة على ثبوت البنت.. فإن صدور حكم بإدانة المطلوبة في النقض بالخيانة الزوجية وإقرارها بذلك أمام الضابطة القضائية، لا تأثير على ثبوت النسب" ([3]) .

المبحث الثاني: إثبات النسب بالإقرار والبينة الشرعية

هكذا بعدما سأتحدث عن إثبات النسب بالإقرار (المطلب الأول) سأنتقل للحديث عن إثبات النسب بالبينة الشرعية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إثبات النسب بالإقرار

([1]) حكم رقم 3382 صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بقاس، في الملف رقم 06/18/3671 أشارت إليه الملحقة القضائية عزيزة حميدي في بحث نهاية التمرين، الفوج 34، ص 37.

([2]) قرار المجلس الأعلى عدد 304، صادر بتاريخ 2003/6/12 في الملف عدد 2001/2/2/374، أورده ذ. إبراهيم بحماني في مؤلفه م.س، ص : 329.

([3]) قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 2006/01/4 في الملف عدد 2004/1/2/547 منشور بكتاب المنتقى م.س، ص 234.

يعتبر الإقرار أو الاستلحاق وسيلة من وسائل إثبات النسب وقد تعرضت له مدونة الأسرة، في المادة 152 منها كسبب من أسباب لحوق النسب. وكذلك في المادة 158 كوسيلة من وسائل إثبات النسب.

والإقرار في اللغة هو الإذعان للحق والاعتراف به([1]) واصطلاحاً خبر يجب على قائله فقط بلفظه أو بلفظ نائبه. والإقرار بالنسب إخبار شخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر.([2]).

هذا ولكي يرتب الإقرار أثاره القانونية لابد من توفر شروط معينة (أولا) بعد أن يتم إثباته (ثانيا).

أولا: شروط الإقرار

جاء في المادة 160 من مدونة الأسرة ما يلي: " يثبت النسب بإقرار الأب ببنوة المقر به ولو في مرض الموت، وفق الشروط الآتية:

1- أن يكون الأب المقر عاقلا.

2- ألا يكون الولد المقر به معلوم النسب.

3- أن لا يكذب المستلحق عقل أو عادة.

4- أن يوافق المستلحق إذا كان راشداً حين الاستلحاق، وإذا استلحق قبل أن يبلغ سن الرشد، فله الحق في أن يرفع دعوى نفي النسب عند بلوغه سن الرشد.

إذا عين المستلحق الأم، أمكنها الاعتراض بنفي الولد عنها، أو الإدلاء بما يثبت عدم صحة الاستلحاق.

([1]) ابن منظور : " لسان العرب"،ج 5 م.س – ص88.

([2]) محمد مصطفى شلبي أحكام الأسرة في الإسلام ط،/ 2 سنة 1973ص.683 .

لكل من له مصلحة أن يطعن في توفر شروط الاستلحاق المذكورة ما دام المستلحق حيا".

لقد ذهبت محكمة الاستئناف بمكناس في كثير من قراراتها إلى اعتبار الإقرار وسيلة من وسائل إثبات النسب متى توفرت شروطه، حيث جاء في إحدى قراراتها " وحيث إن من بين أسباب لحوق النسب إقرار الأب ببنوة المقر به استناداً للمادة 152 و160 من مدونة الأسرة وبذلك فإن ما قضى به الحكم المستأنف في محله مما يتعين معه التأييد([1]).

وجاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس ما يلي "وحيث لكي يرتب الإقرار بالنسب أثاره القانونية لابد من توفر شروطه... وحيث يتبين من خلال وثائق الملف أن المدعي يتمتع بكامل قواه العقلية وبالغ سن الرشد وأن الولد المقر به غير معلوم النسب، مما يكون الطلب مبرراً ويتعين الاستجابة له([2]).

فمتى توفرت شروط الإقرار فإن الابن يلحق بأبيه، ولو ازداد الولد لأقل من أدنى أمد الحمل وفي هذا الصدد جاء في قرار للمجلس الأعلى " الإقرار ولو لولد ازداد لأقل من أدنى أمد الحمل استناداً إلى ما في مدونة الإمام مالك ج 3ص 146 من أن الزوج إذا اقر بنسب الولد إليه، ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر، فإنه يلحق به على اعتبار أن الرضا بالزواج كان متوفراً قبل كتابة العقد"([3])، وهو نفس ما سار عليه قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس ، إذ جاء في حكم له " وحيث تبث للمحكمة من خلال تصريحات الطرفين معاً أن الرضا بالزواج كان متوافراً قبل كتابة العقد، ومن المنصوص عليه فقها كما جاء في المدونة

([1]) قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 3509 والصادر بتاريخ 2007/11/20 في الملف الشرعي عدد 8/07/2269 ، غير منشور.

([2])حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس عدد 3738 والصادر بتاريخ 2010/10/26 في الملف عدد 5/1573ج/10 ، غير منشور.

([3]) قرار المجلس الأعلى عدد 553 الصادر بتاريخ 2006/9/27 أشار إليه د. عمر لمين، م.س، ص 8

الكبرى للإمام مالك ج 3، ص 146 أن الزوج إذا أقر بنسب الولد إليه ولو جاءت به لأقل من 6 أشهر فإنه يلحق به...

وحيث بناء على ما تقدم فإن طلب المدعين مؤسس مما يتعين والحالة هذه الاستجابة له " ([1]).

هذا ويعتبر الاستلحاق بشروطه سبباً لثبوت النسب بدون تكليف الأب المقر بالبينة شرط ألا يصرح أن الولد المستلحق به من زنى، وفي هذا الإطار جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمكناس " وأن الفصل 152 و 160 من مدونة الأسرة حين أكدا ثبوت النسب بالإقرار، فإن ذلك معلوم بالضرورة أن يكون الإقرار لا تشوبه أي شائبة تذهب إلى وجود فساد... والفقه لا يلحق النسب في الزنا " ([2]). فالأب يمكنه استلحاق المزداد خارج نطاق الزواج شرط أن لا يصرح أنه من علاقة غير شرعية، لأن مقطوع النسب لا يجوز استلحاقه. كما أنه إذا أدين المتهم بحكم نهائي في جريمة الفساد فلا يعمل بإقراره لكون هذا الحكم حجة على أن العلاقة بين الطرفين غير شرعية. أما إذا لم يدل بحكم نهائي في جريمة الفساد، فيعتبر إقراره في هذه الحالة أقوى من إثبات النسب بالظن([3]).

وجدير بالذكر أن القضاء لا يقبل رجوع المقر – بنسب البنتين في عقد الخلع- في إقراره ([4]). بحيث من أقر بالنسب لا يمكنه فيما بعد أن ينفيه بالاعتماد على أن الوضع كان لأقل من مدة الحمل المعتبرة شرعاً، أو أنه عقيم وذلك تماشيا مع مقاصد الشرع المتشوف للحوق النسب، كما أن موافقة المستلحق إذا كان راشداً تكون ضرورية حيث جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو" وحيث

([1]) حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس بتاريخ 2006/8/22 في الملف عدد 06/5/2808 ج، كتاب المنتقى م.س، ص 282.

(.[2]) قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 3490 والصادر بتاريخ 2008/11/4 في الملف الشرعي عدد 8/08/183. غير منشور.

([3]) عمر لمين : م.س، ص 9

([4]) قرار المجلس الأعلى عدد 4 الصادر في 2006/1/4، أشار إليه عمر لمين، م.س، ص 8.

إن إقرار الأب ببنوة البنت المطلوب إلحاق نسبها إليه تجب أن تتوفر فيه الشروط المتطلبة قانوناً....

وحيث أنه للتأكد من قيام تلك الشروط كان من الواجب الاستماع إلى المطلوب إلحاق نسبها لأنها راشدة. وكذا أمها ما دامت معلومة.

وحيث أشعر الطالب بالإدلاء بعنوان والدة البنت المطلوب استلحاقها وكذا إحضار البنت وأمهل ولم يفعل.

وحيث بذلك يكون الطلب غير متوفر للشروط المتطلبة قانونا فهو غير مقبول"([1]).

أما إذا كان المستلحق قاصراً فله أن يرفع دعوى نفي النسب عند بلوغه سن الرشد القانوني وإذا عين المستلحق الأم أمكنها الاعتراض بنفي الولد عنها أو الإدلاء بما يثبت عدم صحة الاستلحاق، وقد درجت المحكمة الابتدائية بمكناس قسم قضاء الأسرة قبل البث في موضوع النسب للإقرار استدعاء الأم إذا عينها المستلحق لتجيب عن ادعاءاته إثباتا أو نفياً، بحيث جاء في أحد أحكامها " وحيث حضر المدعيان ...وصرحا بأنهما يتعاشران معاشرة الأزواج... وأقرا على أن الطفلين من صلبهما"([2]). كما جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بميسور "وحيث أقر الزوج المدعي الأول أن الابن... هو من صلبه ازداد له من زوجته المدعية الثانية، وهو ما أكدته هاته الأخيرة كذلك"([3]).

ثانيا: إثبات الإقرار بالنسب

([1]) حكم المحكمة الابتدائية بصفرو – قسم قضاء الأسرة رقم 297 صادر بتاريخ 5/14/ في الملف رقم 07/493، أشارت إليه الملحقة القضائية عزيزة حميدي، الفوج 34 في بحث نهاية التمرين ص : 21

([2]) حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس بتاريخ 06/8/22 في الملف عدد 06/5/2808ج، المنتقى م.س، ص 281.

([3]) حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بميسور رقم 420 صادر بتاريخ 2011/05/2 في الملف عدد 2011/318، غير منشور

جاء في المادة 162 من مدونة الأسرة"يثبت الإقرار بإشهاد رسمي أو بخط يد المقر الذي لا يشك فيه"

وقد كرست محكمة الاستئناف بمكناس مقتضيات هذا الفصل بحيث جاء في إحدى قراراتها "وحيث أقر المستأنف في رسم البنوة المضمن تحت عدد أن الابن.... هو ابنه من صلبه ودمه وله على فراشه من زوجته... كما تبنى وأيد رسم الزوجية التي أقامتها زوجته الذكورة ([1]). كما جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس"حيث التمس المدعيان الحكم بالإشهاد على لحوق نسب البنت بوالدها.

وحيث إثباتا لدعواهما أدلى المدعيان بشهادة الولادة... كما أدلى المدعيان بصورة مطابقة للأصل من إقرار ببنوة ضمن بعدد..... صحيفة.....سجل المختلفة بتاريخ ..... توثيق مكناس... تبين من خلاله أنه حضر لدى شهيديه... وأشهد أن البنت..... المزدادة بتاريخ .....بمكناس من صلبه...من المرأة... إقراراً منه بالحق ودفعاً للباطل"([2]).

فمن خلال حيثيات العمل القضائي أعلاه يتضح أن الإقرار الشفوي بالنسب لا يكفي بل لابد من توثيقه إما في شكل إشهاد رسمي لدى الموظف المختص أو إشهاد عرفي بخط يده ويوقع عليه، والقصد من ذلك الوقوف على الإرادة الحقيقية للمقر. وأنه كان في كامل قواه العقلية وبإرادة حرة.

هذا وقد توسع المجلس الأعلى في مجال وسائل إثبات الإقرار، حيث أخذ بالرسائل المتبادلة بين الطرفين، بحيث جاء في قرار له " حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار ذلك أنه بمقتضى المادة 151 من مدونة الأسرة، فإن النسب يثبت بالظن ولا ينتفي إلا بحكم قضائي. والتا بث من الرسائل المتبادلة بين

([1]) قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 3509 صدر بتاريخ 2007/11/20 في الملف الشرعي عدد 8/07/2269، غير منشور

([2]) حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس عدد 11/442 صادر بتاريخ 2011/2/8 في الملف رقم 5/2680ج/2008

الطرفين أنهما تراضيا على الزواج قبل كتابة العقد...وأن المطلوب أقر بثبوت نسب البنت... إليه كما جاء ذلك بمحضر استجواب عدد يقر فيه بنسب البنت إليه ومن الشهادة الطبية المؤرخة في... التي يقر فيها أيضا بتاريخ... بأن حمل الطاعنة منه ومن الرسالة الرابعة التي بعثها إليها والتي أورد فيها بأنه في أمس الحاجة إلى ابنته... والمحكمة لما قضت برفض نفقة البنت لكونها ازدادت بعد ثلاثة أشهر من تاريخ النكاح... تكون قد خرقت القانون([1]).

فمن خلال حيثيات هذا القرار فالمجلس الأعلى كان يهدف إلى حماية الطفل وتحقيق تشوف الشرع لثبوت النسب وذلك باعتبار الرسائل المتبادلة دليل إثبات على وجود الإقرار بالنسب وبالتالي عدم الاعتداد بمدة ثلاثة أشهر من تاريخ العقد على اعتبار أن الرضا بالزواج كان موجوداً قبل كتابة العقد.

والإشكال الذي يطرح هل يعتبر الإقرار المضمن في محررات قضائية أو إدارية حجة أمام محكمة الموضوع التي تنظر في دعوى نفي النسب ؟

الجواب نعم حسب العمل القضائي، إذ جاء في قرار للمجس الأعلى " والبين من وثائق الملف أن المطلوب أقر أمام السيد وكيل الملك.... بأبوته للنبت... ومحكمة القرار التي استبعدت الإقرار تكون قد أساءت تطبيق القانون" ([2])، والهدف دائما تشوف الشرع إلى ثبوت النسب والاكتفاء في ثبوته بالظن.

وجدير بالذكر من أن التسجيل بسجلات الحالة المدنية مم طرف الأب لا يعد إقرارا يثبت به النسب، بحيث جاء في قرار للمجلس الأعلى "لكن حيث انه من المقرر فقها وقضاء أن النسب لا يثبت إلا بالوسائل المقررة في الفصل 89 المحتج

([1]) قرار المجلس الأعلى عدد 553 بتاريخ 2006/9/27، منشور بكتاب المنتقى، م.س، ص 223.

([2]) قرار المجلس الأعلى بتاريخ 2005/6/8 في الملف عدد 2003/1/2/713، المنتقى، م.س، ص 233.

به وليس من ضمنها شهادة الميلاد وأن تسجيل مولود بسجل الحالة المدنية لا يعتبر إقرارا بالبنوة ممن قام به" ([1]).

فالمجلس الأعلى في هذا القرار اعتبر التسجيل في الحالة المدنية لا يثبت النسب ولا ينفيه كذلك باعتبار أن سجلات الحالة المدنية موجود بإدارة عمومية وبإمكان كل من له مصلحة أن يطلع عليها متى شاء وفي أي وقت شاء. وإن كانت وثيقة الحالة المدنية المبنية على أمر قضائي حائز لحجية الأمر المقضي به تفيد في إثبات تاريخ ازدياد الولد. مع التنبيه إلى أن الإقرار بالبنوة لا يمكن الاعتماد عليه للتسجيل بالحالة المدنية باعتبار أن طلب التسجيل فيها موقوف على الإدلاء بعقد الزواج أو ما يقوم مقامه كالحكم بثبوت الزوجية.

المطلب الثاني: إثبات النسب بالبينة الشرعية

كما يثبت النسب بالفراش أو الإقرار ، فإنه قد يثبت بشهادة عدلين أو بينية السماع. وفي هذا نصت مدونة الأسرة في المادة 158 على أنه: يثبت النسب... بشهادة عدلين أو بينة السماع..." وهكذا بعدما سأقف على ماهية كل واحدة منهما (أول) سأنتقل للحديث عن موقف القضاء منهما.

أولا : ماهية شهادة عدلين وبينة السماع

فالشهادة في حقيقتها إخبار الإنسان بحق لغيره على غيره، وقد اعتبرها المشرع المغربي في مدونة الأسرة حجة كافية لإثبات النسب، إلا أنه لم ينظمها بمقتضات خاصة ، ومن هنا فالمعول عليه هو أحكام الفقه المالكي والذي تحيل عليه المادة 400 من مدونة الأسرة.

والقاعدة العامة أن شهادة الشهود التي يثبت بها النسب في الفقه الإسلامي عموماً والفقه المالكي على وجه الخصوص هي شهادة رجلين أو شهادة رجل

([1]) قرار المجلس الأعلى 74 صادر بغرفتين في 18 فبراير 2004 في الملف المدني عدد2000/1/2/352، منشور بكتاب البنوة والنسب ،م.س، ص 228 وما يليها.

وامرأتين، على أنه متى تعلق الأمر بإثبات الولادة فيمكن مبدئيا أن يقع الإثبات عن طريق شهادة امرأتين فقط على أساس أن الولادة من الأمور التي لا يطلع عليها إلا النساء عادة دون الرجال ([1]).

والفقه المالكي يميز في الشهادة بين الشهادة الأصلية والتي يكون موضوعها من إملاء المشهود عليه، وبين الشهادة الاسترعائية وهي شهادة الشاهد بما في علمه.

أما بينة السماع فهي نقل خبر مشاع بين الناس([2])، وهي اللفيف التي يشهد فيها 12 شاهداً بأنهم سمعوا سماعاً شافياً بين الناس بالواقعة موضوع الشهادة أي أنهم لا يشهدون بعلمهم المباشر بالواقعة كما أنهم لا يرونها أو ينقلونها عن شخص أو أشخاص معينين، وإنما يعتمدون فيما يشهدون به على السماع الفاشي والمنتشر بين الناس([3]). فبينة السماع كافية لإثبات النسب حسب الفقه المالكي بشروط وهي: الاستفاضة والسلامة من الريبة. وأداء اليمين تزكية لها، وطول المدة([4]) .

ثانيا : موقف القضاء من شهادة عدلين وبينة السماع

لقد ذهب القضاء إلى اعتبار شهادة عدلين وبينة السماع وسيلتان لإثبات النسب من أجل تحقيق الغاية السامية للشارع وهي حماية الأنساب، ففي قرار للمجلس الأعلى جاء فيه "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو بينة السماع بأنه ابنه ولد على فراشه" ([5]). وجاء في قرار أخر له " وإذ هي

([1]) محمد الكشبور : " البنوة والنسب"، م.س، ص 130.

([2]) مرزق أيت الحاج : " الوجيز في التوثيق العدلي ط/1. 2005، مطبعة طوب بريس، ص 219.

([3]) احمد الخمليشي : " التعليق على قانون الأحوال الشخصية ج2، ط/1. 1994، المعارف الجديدة، الرباط: 61.

([4]) محمد الكشبور : م.س، ص 133.

([5]) قرار المجلس الأعلى عدد 12 بتاريخ 58/10/29 منشور بمجلة قضاء المجلس ا؟لأعلى عدد 10، ص 49

استندت في ثبوت نسب المطلوب للهالك على الإراثة عدد8 التي تعتبر بينة شرعية... فقد بنت قضاءها على أساس"([1]).

و جاء في قرار آخر له: " والبين من وثائق الملف وخصوصاً الموجب عدد... والذي يشهد شهوده بأن الطالب والمطلوبة كان يتعاشران معاشرة الأزواج إلى أن ازداد ابنهما... وأن سندهم في ذلك المخالطة والمجاورة وبعضهم السماع الفاشي المستفيض، والكل بشدة الاطلاع على الأحوال ولما قامت بإلحاق الابن المذكور بنسب الطالب استنادا إلى ما ذكر. .. فإن قرارها جاء مبنياً على أساس([2]).

وقد سارت محكمة الاستئناف بمكناس في نفس توجه المجلس الأعلى بحيث جاء في إحدى قراراتها " وحيث إن بينة ثبوت النسب أنجزت بتاريخ 2004/3/30، وأن المحكمة استنتجت من خلال الاستماع لشهودها أن العلاقة الزوجية بين طرفي النزاع ابتدأت منذ ما يفوق 6 سنوات من تاريخ الإشهاد. مما يجعل البنت ... والتي ازدادت بتاريخ 1999/8/15، ازدادت على فراش الزوجية وفي إطار شرعي ونسبها لاحق بالمستأنفة والمستأنف عليه"([3]).

وهكذا يتضح من خلال الحيثيات أعلاه أن النسب يثبت بشهادة عدلين أو ما يقوم مقامها من بينة السماع شريطة، أن تكون صالحة وذلك باكتمال نصابها.

وفي هذا الصدد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى " ولما قضت (أي المحكمة) بنفي نسبه تبعاً لذلك تكون قد استبعدت ضمنياً بينة النسب عدد 135 التي لم تعد حجة صالحة في إثباته بعد رجوع سبعة من شهودها عن شهادتهم وبقي

([1]) قرار المجلس الأعلى عدد 498 بتاريخ 2008/10/29 في الملف عدد06/1/2/589 منشور بكتاب أهم قرارات المجلس الأعلى، م.س، ص 98.

([2]) قرار المجلس الأعلى عدد 6 صادر بتاريخ 08/1/2 في الملف 2006/1/2/591 منشور بأهم قرارات المجلس الأعلى م.س، ص 96.

([3]) قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 3590 والصادر بتاريخ 2007/11/27 في الملف عدد 8/07/754، غير منشور

منهم خمسة شهود. وهو نصاب لا يستقل الحكم به في دعوى النسب التي لا تثبت إلا بشهادة عدلين أو ما يقوم مقامها كما جرى به العمل فقها وقضاء وباعتبار رجوع من تراجع عن رجوعه غير معتبر لما هو مقرر فقها من أن الرجوع في الرجوع غير مقبول و يؤدي إلى إبطال الشهادة"([1]).

غير أنه في بعض الأحيان قد تتعارض شهادة العدول مع شهادة اللفيف، ففي هذه الحالة فالأسبقية لشهادة العدول لأنها شهادة قطع لا شهادة نقل، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى "إن ما شهد به العدول مقدم على ما شهد به اللفيف([2]).

وجدير بالذكر في آخر هذا المحور إلى أن الخبرة القضائية تعتبر وسيلة من وسائل إثبات النسب حسب مدونة الأسرة إلا أنني سأرجئ الحديث عنها إلى المحور الموالي المتعلق بنفي النسب مخافة التكرار.

([1]) قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 2006/6/28 في الملف عدد 2003/1/2/687 منشور بكتاب المنتقى، م.س، ص 232

([2]) قرار المجلس الأعلى عدد 354 بتاريخ 1983/6/23 م.ج.ع 88871 أشار إليه محمد الكشبور، م.س، ص 137

المحور الثاني: وسائل نفي النسب

لقد ذهب الفقه المالكي وكذا مدونة الأسرة إلى أن هناك وسيلتين شرعيتين لنفي النسب وهما: اختلال شرط من شروط الفراش، واللعان، وقد أضافت هذه الأخيرة وسيلة علمية حديثة نصت عليها في المادة 153 منها " يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية.

يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين:

- إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على إدعائه.
- صدور أمر قضائي بهده الخبرة
- وهكذا بعدما سأتناول نفي النسب عن طريق إثبات اختلال أحد شروط الفراش أو باللعان (المبحث الأول) سأنتقل للحديث عن نفي النسب بواسطة الخبرة الطبية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: نفي النسب عن طريق إثبات اختلال أحد شروط الفراش أو باللعان

بعدما سأتعرض لنفي النسب عن طريق إثبات اختلال أحد شروط الفراش (المطلب الأول) سأعرج على نفي النسب باللعان (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نفي النسب عن طريق إثبات اختلال احد شروط الفراش

إذا كان الفراش يعتبر قرينة قاطعة لا تقبل إثبات عكسها في ميدان إثبات النسبـ فإن إعمالها رهين بتوفر شروطها مجتمعة كما يستفاد صراحة من مقتضيات المادة 154 من مدونة الأسرة.

وهكذا فإن قرينة الفراش تختل في الحالات التالية:

أولا : عدم وجود عقد زواج صحيح

إن عقد الزواج هو مناط الفراش يدور معه وجوداً وعدماً حتى صار عقد الزواج لدى جانب من الفقه مرادفاً للفراش. ومن هنا يمكن للشخص أن ينفي النسب عنه كلما استطاع إثبات عدم وجود الرابطة الزوجية أثناء الحمل أو الولادة. وهذا الإثبات ليس في حقيقته حكراً على الرجل والمرأة المعنيين بأمر الحمل أو الولد مباشرة وإنما هو حق ثابت لكل ذي مصلحة في نفي الحمل أو الولد. ومن ذلك الورثة مثلا بعد وفاة الرجل أو المرأة لاستبعاد ذلك الحمل أو الولد من نطاق الإرث حيث تكون الدعوى في هذه الحالة الأخيرة مالية لا دعوى نسب"(.[1])

وعليه يمكن لكل شخص له مصلحة أن ينفي النسب عنه أو عن غيره كلما استطاع إثبات عدم وجود رابطة الزوجية أثناء الحمل أو الولادة. وفي هذا الإطار جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس "وحيث إن من شروط ثبوت النسب للفراش وجود عقد سواء أكان صحيحاً أو فاسداً حسبما يستفاد من المادة 154 من مدونة الأسرة وحيث إن اللفيف المدلى بنسخة منه لإثبات قيام العلاقة الزوجية والمنجز سنة 1993 لا يقوم حجة على وجود عقد بين الطرفين أي زواج بمفهومه الشرعي وما يشترط فيه من إيجاب وقبول كشرطي انعقاد. ذلك انه منجز من طرف المدعية فقط ولا تتوفر فيه شروط المادة 16 من مدونة الأسرة...

وحيث إنه اعتباراً للعلل أعلاه مجتمعة فإن طلب المدعية الرامي إلى إثبات النسب للفراش غير مؤسس قانوناً"([2]).

وقد ذهب المجلس الأعلى في العديد من قراراته إلى تأكيد هذه القاعدة بحيث ذهب إلى القول في إحدى حيثياته "... لما ثبت أن الزواج كان بعد الوضع فإن المولود لا يلحق بنسب المدعى عليه، ولو أقر ببنوته" ([1]).

([1]) محمد الكشبور: م.س، ص 144.

([2]) حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس عدد 11/2001 صادر بتاريخ 2011/9/3. في الملف رقم 5/2526ج/2008، غير منشور.

فمن خلال حيثيات العمل القضائي أعلاه يتضح أن الاتصال الجنسي الذي يحصل بين رجل وامرأة خارج نطاق عقد الزواج الصحيح أو ما يدخل في حكمه لا يرتب عليه القانون لحوق النسب في حالة نشوء حمل أو ولادة عن هذه العلاقة مع الأخذ بعين الاعتبار المستجد الجديد الذي جاءت به المادة 156 من مدونة الأسرة بالإضافة إلى القواعد الخاصة بالاستلحاق.

ثانيا : عدم تحقق مدة الحمل المعتبرة شرعاً

إن المدة المعتبرة شرعا للحمل ترتبط بأقل مدة الحمل وأقصاها، وعليه فإذا أتت الزوجية بالولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ إبرام عقد الزواج، أو أكثر من سنة من تاريخ انتهاء عقد الزواج، فإن النسب لا يلحق بالزوج كقاعدة، بل أكثر من ذلك فإن نفي نسب الولد هنا لا يحتاج إلى لعان.

وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بمكناس "وحيث إن المستأنفة اعترفت بوضع الحمل لمدة دون مدة أقل الحمل التي هي ستة أشهر.. فلا يلحق النسب لأن الولد وضع بتاريخ 89/12/4 وتاريخ عقد النكاح هو 10 غشت 1989، فتكون مدة حمله أقل من المدة الشرعية المنصوص عليها للحوق النسب"([2]). وجاء في قرار آخر لنفس المحكمة "وحيث إنه وفق الشهادة الطبية المرفقة بالمقال الافتتاحي فإن البنت المذكورة مزدادة في 2001/9/5 وهذا ما تأكد بعقد ازديادها عدد... بمعنى أن البنت المذكورة قد ازدادت بعد حوالي أكثر من شهرين بعد سنة من يوم العلم بالطلاق.

([1]) قرار المجلس الأعلى عدد 446 الصادر في 30 مارس 1983. منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 39 ص 109.

([2]) قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 3357 صادر بتاريخ 2004/12/13 في الملف الشرعي عدد 8/04/48 غير منشور.

وحيث لذلك وما دام قد مر أكثر من سنة على الازدياد المذكور فإن نسب البنت لا يلحق المستأنف شرعاً...([1])

وفي نفس الاتجاه نجد المجلس الأعلى يؤكد من خلال العديد من قراراته على نفي النسب في حالة عدم تحقق مدة الحمل المعتبرة شرعاً، حيث جاء في إحدى قراراته " حيث إنه لما كانت مقتضيات الفصل 154 من مدونة الأسرة تنص على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر من تاريخ العقد، وكان البين من أورق الملف أن الطالبة وضعت حملها بتاريخ 200/12/16 والأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد المبرم بتاريخ 2000/10/20، فإن المحكمة لما اعتبرت أن الولد... غير لاحق بنسب المطلوب في النقض الذي ينفيه عنه تكون قد طبقت الفصل المحتج به تطبيقا صحيحاً ولم تكن في حاجة إلى إجراء خبرة طبية في هذا الشأن....([2]) وجاء في قرار آخر له "... والثابت من وثائق الملف أن الطالبة طلقت من المطلوب في 98/10/13 ولم يراجعها من هذا الطلاق إلا في 2002/7/18 أي بعد انتهاء عدتها... والابن المذكور لم يولد إلا في 2000/10/19 أي بعد انتهاء أجل السنة من تاريخ الطلاق المذكور وقبل مراجعتها بسنة ونصف تقريباً. والمحكمة لما اعتبرت أن نسب الابن المذكور لا يلحق بالمطلوب استنادا إلى ما ذكر فإن قرارها جاء مبنيا على أساس. ولم تكن في حاجة إلى إجراء الخبرة الجينية أو مسطرة اللعان طالما أن المحكمة كانت تتوفر على العناصر الكافية للحسم في الموضوع..."([3]).

([1]) قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 1716 صادر بتاريخ 2009/05/12 في الملف الشرعي عدد 8/04/2782 غير منشور.

([2]) قرار المجلس الأعلى عدد 213 والصادر بتاريخ 2005/4/13 في الملف الشرعي عدد 2004/1/2/356، أشار إليه ذ. مصطفى زروقي في ميزان الذهب في قواعد اللعان والنسب من خلال قرارات المجلس الأعلى ط/1، 2007، مطبعة سيرينور فاس، ص 175 وما بعدها.

([3]) قرار المجلس الأعلى عدد 152 والصادر بتاريخ 2009/4/8 في الملف رقم 1/2/293/ 2008، أهم قرارات المجلس الأعلى م.س، ص : 81.

فمن خلال الحيثيات أعلاه فالقضاء تعامل بنوع من الصرامة فقد تبث له أن الزوجة التي ولدت لأقل مدة الحمل المعتبرة شراعاً قد عقد عليها زوجها وهي حامل من غيره وبالتالي لا ينبغي أن ينسب له الولد طالما أنه ينكره ولا يقر به وينفي أن يكون الحمل منه وعقد عليها وهو عالم بذلك، وهو الأمر الذي يغني المحكمة من إجراء خبرة جينية ويعفي الزوج من اللجوء إلى مسطرة اللعان وهو نفس الأمر بالنسبة للمطلقة والتي ولدت بعد مرور أكثر من سنة على طلاقها حيث يدل ذلك على أن الولد ليس ماء المطلق بل من ماء غيره.

ثالثا : عدم إمكانية الاتصال بين الزوجين

إن قرينة الفراش يمكن هدمها وذلك بإثبات عدم إمكانية حمل الزوجة من زوجها كما لو كان مخصياً أو مجبوباً أو لم يكن كذلك إلا أنه لم تكن له مناسبة الاتصال بزوجته كأن عقد شخص يقطن بدولة أخرى على امرأة تسكن بدولة أخرى عبر توكيل ولم يحضر إلى بيت الزوجية إلا بعد مرور مدة معينة وعند حضوره يجدها حامل أو وضعت حملها.

والقضاء يؤكد على شرط إمكان الاتصال كشرط أساسي لثبوت النسب. مما يعني بمفهوم المخالفة انتفاء النسب باختلال هذا الشرط بالتبعية. وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى "حيث صح ما عابه السبب، ذلك أن الفراش يكون حجة قاطعة على ثبوت النسب شرط تحقق الإمكانين العادي والشرعي. والتا بث من أوراق الملف أن الطاعن نازع في نسب الابن إليه. وادعى أنه لم يتصل بالمطلوبة منذ ازدياد الابن الأول، أي أنه استبرأها بعد هذا الوضع . وأدى يمين اللعان على ذلك .. ورفضت الزوجة أداءها رغم توصلها والمحكمة لما عللت قضاءها بأن الخبرة ليست من وسائل نفي النسب شرعاً تكون قد أقامت قضاءها على غير أساس" ([1]) وجاء في قرار آخر له "حيث صح ما عابه الطاعن على القرار ذلك أن الفراش يكون حجة قاطعة على ثبوت النسب . شرط تحقق الاتصال الشرعي

([1]) قرار المجلس الأعلى عدد 37 صادر بتاريخ 2006/01/18 في الملف رقم 2005/1/2/108، أهم قرارات المجلس الأعلى ، م.س، ص 51.

والثابت من أوراق الملف... أن الطاعن ادعى على أنه لم يتصل بالمطلوبة خلال الفترة التي قضاها بعيدا عن زوجته بدولة ايطاليا واستدل على ذلك بموجب لفيف ... الشيء الذي يؤكده أيضا جواز سفره ولم تنكره المطلوبة والتمس إجراء خبرة... والمحكمة لما قضت برفض طلبه... تكون قد أقامت قضاءها على غير أساس"([1]).

فمن خلال حيثيات هذين القرارين للمجلس الأعلى يتضح أنه نقض قرار محكمة الاستئناف التي لم تستجب لطلب إجراء خبرة لنفي النسب عن الزوج والذي أدى يمين اللعان ورفضت الزوجة أدائها بدون مبرر أو التي لم تستجب لها بعدما لم تتحقق من الاتصال الشرعي وذلك بغياب الزوج عن زوجته خارج البلد الذي تقيم فيه.

والملاحظ أن القضاء المغربي لا يتساهل في مسألة إثبات عدم إمكانية الاتصال ويلقيها على عاتق الزوج، علاوة على أنه لا يقبل شهادة الشهود لإثبات عدم الدخول، وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى " شهادة الشهود إنما تعتمد في إثبات واقعة الزنا بشروطها المحددة شرعاً ولا يعتد بها في إثبات عدم الاتصال الجنسي بين الزوجين إذا أمكن الاتصال..."([2]).

والملاحظ أن القضاء المغربي لا يأخذ بإدعاء الزوج العقم إلا إذا عززه بأدلة قوية ، وفي هذا الإطار جاء في حكم لقسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بفاس " وحيث أقرت أي المدعى عليها بأن المدعي كان عاقراً ولم تنجب معه أبناء خلال فترة زواجهما...

([1]) قرار المجلس الأعلى عدد 554 صادر بتاريخ 2006/09/27 في الملف رقم 2006/09/27، أهم قرارات المجلس الأعلى ، م.س، ص 53.

([2]) قرار المجلس الأعلى عدد 578 صادر بتاريخ 2000/5/30 في الملف رقم 1995/5/2/458، أورده ذ. إبراهيم بحماني، م.س، ص : 277-278.

وحيث وجدت المحكمة في هذه الإفادة دلائل قوية ارتأت على ضوءها إجراء خبرة جنينية...([1]).

وفي قرار للمجلس الأعلى..." والطاعن ادعى العقم واستدل على ذلك بشواهد طبية وتحليلات مخبرية تؤيد ادعاءه والمحكمة لما اعتبرت هذه الحجج قوية وأمرت بإجراء خبرتين... واللتين أثبتا بصفة قطعية بأن البنت... ليست من صلب المطلوب وقضت تبعاً لذلك بنفي نسبها عنه...جاء قرارها معللا تعليلا كافيا." ([2]).

كما ذهب المجلس الأعلى إلى أن العيب الجنسي بالزوج لا يمنع زوجته من الحمل منه، وأن الزوجة يمكن أن تحمل دون افتضاض بكارتها([3]).

المطلب الثاني: نفي النسب باللعان

اللعان نظام شرعي يهدف من ضمن ما يهدف إليه إلى نفي النسب، وهو نظام إسلامي خالص لا نظير له مطلقا في باقي التشريعات السماوية أو القوانين الوضعية غير الإسلامية الأخرى، لذلك فهو لا يقبل التطبيق على معتنقي الديانة اليهودية والنصرانية إلا إذا ارتضوا ذلك صراحة أمام قضائنا المسلم ([4]).

([1]) حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بفاس عدد 1205 صادر بتاريخ 2009/3/2 في الملف رقم 07/1/3704، غير منشور

([2]) قرار المجلس الأعلى عدد 46 صادر بتاريخ 09/01/28 في الملف رقم 2008/1/2/232، أهم قرارات المجلس الأعلى ، م.س، ص 64.

([3]) قرار المجلس الأعلى عدد 44 صادر بتاريخ 06/1/25 في الملف رقم 2004/1/2/65، الكشبور : م.س، ص 275. وما بعدها

([4]) محمد الكشبور ، م.س، ص 153.

واللعان لغة: يفيد البعد: يقال عادة لعنه الله أي أبعده عنه فهو لعين وملعون ([1]).

وفي الاصطلاح عرفه الفقه المالكي بأنه : حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض([2]).

ومن خلال مقتضيات المادة 153 من مدونة الأسرة اعتبر المشرع المغربي اللعان سببا لنفي النسب دون أن يضع له أحكاما خاصة، مما لا مناص معه من الرجوع إلى أحكام الفقه المالكي تطبيقا للمادة 400 من مدونة الأسرة.

وهكذا بعد ما سأقف عند إجراءات وشروط اللعان (أولا) سأنتقل لدراسة اللعان على ضوء العمل القضائي (ثانيا).

أولا : إجراءات اللعان وشروطه

بداية فاللعان يجب أن لا يتم إلا بحكم يصدر عن محكمة مختصة بذلك بناء على طلب من الزوج صاحب المصلحة في حالتين اثنتين:

أ- أن يدعي انه رأى زوجته تزني

ب- أن ينفي حملها عنه.

وعلى المحكمة التي رفعت دعوى اللعان أمامها أن تستدعي الطرفين – أي الزوج والزوجية – وفقاً للقواعد المضمنة في قانون المسطرة المدنية وتطبق بصددها الأحكام المضمنة في آية الملاعنة المنصوص عليها في سورة النور وصورتها: أن يحلف الزوج أربع مرات أنه صادق في اتهامه لزوجته، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان كاذباً في ادعائه، وإن أصرت الزوجة على تكذيبه فيجب عليها بدورها أن تحلف أربع مرات بأنه كاذب فيما يدعيه، وفي الخامسة أن غضب الله عليها إن كان صادق فيما رماها به.

([1]) ابن منظور : " لسان العرب" م.س ج13، ص 387.

([2]) الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، تونس ، ص 210.

والمحكمة المختصة وفقا لما استقر عليه الفقه المالكي لا يمكنها مطلقاً أن تقضي باللعان إلا بعد تحققها من الشروط الفقهية الآتي بيانها:

(1) في حالة اللعان بسبب الزنا يشترط أن تكون الزوجة في العصمة إما حقيقة أو حكماً، أما في حالة نفي الحمل فيشترط أن يكون هذا الحمل لاحقا بالملاعن كما هو الحال في الاتصال في حالة الشبهة والزوج الباطل والفاسد.

(2) ألا يتصل الزوج مطلقاً بزوجته بعد استقراره على ملاعنتها، وأن يقوم باستبراءها بحيضة واحدة في قول للإمام مالك أو بثلاث حيضات في قول آخر له([1])

(3) يجب ألا يكون الولد غير لاحق شرعاً بالزوج كما لو أتت به الزوجة لأقل مدة من أدنى مدة الحمل بعد العقد عليها أو لأكثر من مدة من أقصى أمد الحمل، أو لم يكن هنالك اتصال أصلا بين الزوجين المتنازعين أو كان الزوج مما لا يولد لمثله.

(4) أن يسارع الزوج إلى رفع دعوى اللعان مباشرة بعد تأكده من الواقعة التي تستوجب شرعاً اللجوء إلى تحريك مسطرة اللعان.

(5) يجب ألا يكون الزوج قد اعترف صراحة أو ضمناً بالنسب الذي يلاعن بسببه.

كما لا يشترط في اللعان أن يكون الزوج قد بنا بزوجته وإنما له أن يلاعنها قبل البناء وبعده.

وإذا تمت وانتهت إجراءات اللعان فرق القاضي بين الزوج وزوجته وحرمت عليه حرمة مؤبدة وسقط الحد، وكذا النسب عن الزوج وعدم اعتبار الحمل أو الولد أنه قد تخلف عن واقعة زنا.

---

[1]- ابن جزي: " القوانين الفقهية"، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان (بدون تاريخ)، ص 161.

وإذا نكل الزوج عن اللعان فإن جمهور الفقهاء يرون حسبه حتى يلاعن أو حده بسبب القذف وتبقى الزوجة في عصمته ويلحق به الحمل أو الولد. أما إذا نكلت الزوجة فإنها تحد للزنا وينتفي الولد عن الزوج الملاعن وتبقى الزوجة في عصمته([1]).

ثانيا : نفي النسب باللعان على ضوء العمل القضائي

يظهر من القرارات الشرعية الصادرة عن محكمة الاستئناف بمكناس أنها تعتبر اللعان مسطرة شرعية لنفي النسب متى توفرت شروطه، ومنها ضرورة الإسراع برفع دعوى اللعان مباشرة بعد العلم بالحمل (بواسطة مقال مؤدى عنه لا في إطار دفع) وإلا فالنسب يلحق بالزوج. وهكذا جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمكناس" وحيث فيما يرجع لنفي نسب الولد فهذا من شروطه رفع الدعوى بصورة مستعجلة وداخل ثلاثة أيام من تاريخ العلم بالوضع"([2]). وجاء في قرار آخر لها "وحيث إن نفي النسب كان يتطلب ممارسة دعوى اللعان داخل الأجل المعمول بها فقها وقضاء. وأن عدم ممارسة ذلك يجعل دفوعات المستأنف لا تنبني على أساس"([3]). كما جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس"يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب ولا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، إلا أن المدعي لم يسلك هذه المسطرة خاصة أنه لم يلجأ إلى نفي النسب إلا بعد سبع سنوات من تاريخ ولادة البنت...([4]).

فمن خلال هذه الحيثيات يتضح جلياً أن الزوج الذي يعلم بحمل زوجته ولا يعجل بطلب نفي النسب لا تقبل منه دعوى اللعان إلا إذا أثبت أن له عذر في تأخير

([1]) محمد الكشبور : م.س، ص 157 وما بعدها

([2]) قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 737 وتاريخ 2005/3/14 في الملف الشرعي عدد 4/04/2884 ، غير منشور

([3]) قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 590 وتاريخ 2009/2/24 في الملف الشرعي عدد 8/08/3019 غير منشور

([4]) حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس عدد 2183 وتاريخ 2010/6/8 في الملف رقم 5/2078ج/2008، غير منشور

ذلك. هذا العذر الذي يترك للقاضي تقديره مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الزمانية والمكانية وشخص المتلاعن من الناحية الاجتماعية والثقافية والاقتصادية، فسلوك مسطرة اللعان لنفي النسب يستلزم الفورية و الزوج في حالة تأخره في رفع دعوى اللعان عليه أن يثبت عدم علمه بحمل الزوجة ، وهذه الأخيرة لا تلزم بإعلامه.

وفي هذا الصدد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمكناس "... وأن تذرعه باللعان ونفي النسب في مدة لاحقة للوضع أي 05/3/9 أي بعد تسعة أشهر ونيف من الولادة، كان طلبه لا يسمع لعدم تقديمه مدعم بما يثبت استحالة العشرة ولعدم دعمه أيضا بما يثبت العلم بالمحل..."([1]). وجاء في قرار للمجلس الأعلى "لا تلزم المدعية بإعلام المدعى عليه بالحمل فطرق هذا العلم جد متعددة"([2]).

هذا وقد ذهبت محكمة الاستئناف بمكناس إلى أن الزوج الذي يتصل بزوجته بعد علمه بالحمل أو الولد لا تسمع منه بعد ذلك دعوى نفي النسب باللعان، وهكذا جاء في أحد قراراتها ما يلي : " وحيث إنه من الثابت فقها في المذهب المالكي أن اللعان حجة ضرورية لنفي النسب ولا عذر لزوج تأكد من أن الحمل ليس منه. ثم استمر في معاشرة زوجته رغم ذلك ولا يسمع منه بعد ذلك دعوى نفي النسب أو غيرها ولكون النسب نسبه لا ينتفي عنه بأقوال صادرة عن الزوجة بنفيه عنه ([3]).

([1]) قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 3262 وتاريخ 07/10/30 في الملف الشرعي عدد 8/07/628، غير منشور

([2]) قرار شرعي صادر عن المجلس الأعلى في 1968/01/8، منشور بمجلة القضاء والقانون العددان 89/88- ص : 400.

([3]) قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 2902 بتاريخ 2007/9/25 في الملف الشرعي عدد 8/06/2675 ن غير منشور.

وفي نفس الإطار جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى "... لكن حيث إنه بخلاف ما أثاره الطالب فإن المحكمة لما اعتبرت أن شروط اللعان غير متوفرة ، وهو التحقق من عدم معاشرة الطالب المطلوبة بعد طهرها باعتبار أنهما كانا معاً ببيت الزوجية، وأن إمكانية المعاشرة مستمرة بينهما وبذلك فالمحكمة لما قضت برفض الطلب استناداً إلى ما ذكر تكون قد عللت قرارها تعليلا كافياً ([1]).

وهكذا فمحكمة الاستئناف بمكناس لما ثبت لها إمكانية المسيس في النازلة أعلاه قضت بعدم قبول دعوى اللعان من الزوج لما هو مقرر فقها من شرط عدم المسيس بعد رؤية الزنا أو العلم بالحمل لممارسة دعوى اللعان وأيضاً ادعاء الاستبراء الذي يقوم مقام العدة بالنسبة لمن تم الاتصال بها جنسياً خارج إطار العلاقة الزوجية، وفي هذا الصدد جاء في قرار للمجلس الأعلى "... لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما عللته بان الطاعن يؤكد في مقاله المرفوع من طرفه في دعوى سابقة بأنه حاز زوجته بعد العقد عليها في بيت الزوجية مدة 14 يوما تقريباً وغادرته بتاريخ 2002/1/30 وطالب الحكم عليها بالرجوع، بينما لم يرفع هذه الدعوى التي ترمي إلى اللعان إلا في 2006/6/14 الشيء الذي يكذب إدعاءه عدم الخلوة. وانه ما دام لم يدع الاستبراء طبقاً لما هو مقرر فقها ولم يدع عدم المسيس والخلوة معتبرة شروط اللعان غير متوافرة في النازلة... تكون قد عللت قرارها بما فيه الكفاية"([2]).

وهكذا فالمجلس الأعلى أيد قرار محكمة الاستئناف فيما قضت به لما ثبت لها عدم توفر شرط ادعاء الاستبراء وهو ما يؤكد أن المجلس الأعلى يتعامل بدقة مع مسطرة اللعان ويتشدد في إعمال الشروط الواردة في الفقه المالكي لصحة اللعان ويثيرها تلقائيا لتعلق قواعد النسب بالنظام العام . وهذا ما يندرج كمبدأ عام

([1]) قرار المجلس الأعلى عدد 46 الصادر بتاريخ 2007/01/17 في الملف الشرعي عدد 2006/1/2/244 ، أهم قرارات المجلس الأعلى، م.س، ص 55.

([2]) قرار المجلس الأعلى عدد 96 والصادر بتاريخ 2008/02/27 في الملف الشرعي عدد 2005/1/2/161، المرجع نفسه ص : 60.

في إطار مبادئ الفقه الإسلامي التي تجعل الشارع دائماً متشوف للحوق النسب وهو نفس ما يمكن قوله بالنسبة لمحكمة الاستئناف بمكناس من خلال القرارات الصادرة عنها أعلاه.

المبحث الثاني: نفي النسب عن طريق الخبرة الطبية

تعتبر الخبرة الطبية بمثابة استشارة فنية يستعين بها القاضي في مجال الإثبات لمساعدته في المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها إلى دراية علمية وتتميز عن بقية وسائل الإثبات بطابعها العلمي([1]).

وفي إطار مدونة الأسرة تطرق المشرع المغربي إلى الخبرة القضائية كوسيلة من وسائل إثبات ونفي النسب، والمقصود بها الخبرة الطبية، التي لم تبق مقتصرة على الفحوصات الأولية فحسب وإنما تطورت إلى فحص دم الفصيلة التي ينتسب إليها دم الزوجين والولد، حيث أفادت الحقائق العلمية المسلم بها في الطب الشرعي مؤخرا أن تحليل فصائل الدم قد تفيد في التحقق من انتفاء النسب عند المنازعة فيه، أما بشأن ثبوته فالأمر مجرد احتمالات، واليوم تقدمت العلوم البيولوجية فأصبح ممكنا عن طريق اختبارات علم الوراثة التحقق من ثبوت النسب لا انتفائه فقط([2]).

لهذا ارتأيت تناول هذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب أخص الأول لأنواع الخبرة الطبية في مجال النسب، والثاني لشروط اللجوء إلى الخبرة الطبية، والثالث للإشكالات العملية المثارة بشأن اعتماد الخبرة الطبية لنفي النسب.

المطلب الأول: أنواع الخبرة الطبية في مجال النسب

([1]) – المنتدى مدونة الأسرة تقييم ومعالجة، مجلة دورية يصدرها منتدى البحث القانوني، مراكش العدد 5- 2005، ص 185.

([2]) – محمد محمد أبو زيد: دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، منشور بمجلة الحقوق الكويتية السنة العشرون، العدد الأول، مارس 1996، ص 272.

إلى زمن قريب كانت الخبرة الطبية في مجال النسب تعتمد على تحليل الفصائل الدموية للزوجين والولد، إلا أنها كانت لا تفيد إلا التحقق من نفي النسب، وبتطور العلم تم اكتشاف ما يسمى بالبصمة الوراثية بحيث أصبحت الخبرة الطبية تفيد القطع في إثبات النسب ونفيه.

أولا: فصيلة الدم

لقد أظهرت الأبحاث العلمية منذ مدة ليست بالقصيرة أن دم الإنسان يتنوع إلى فصائل عدة([1]). وأن لكل فصيلة خصائصها المحددة، وعن طريق هذا الفحص أمكن التوصل إل أحد الفرضين:

- الفرض الأول: ظهور فصيلة دم الطفل مخالفة لمقتضيات تناسل فصيلتي دم الزوجين، وهذا معناه أن الزوج ليس الأب الحقيقي للطفل بكيفية مؤكدة.

- الفرض الثاني: ظهور فصيلة دم الطفل موافقة لمقتضيات تناسل فصيلتي دم الزوجين وهذا معناه أن الزوج قد يكون الأب الحقيقي وقد لا يكون، ذلك أن

([1]) – تتنوع فصائل الدم إلى أربعة أنواع وهي: A-B-AB-O غير أن هذه الفصائل في الغالب ما تكون مضافة إليها مادة RH فإذا كانت هذه المادة موجودة في الدم يرمز إليها بعلامة + وتكتب هكذا A^{RH+} وإذا كان الدم خاليا منها يرمز إلى الفصيلة بعلامة – وتكتب حينئذ هكذا A^{RH-}، وباعتبار المادة المذكورة تكون مجموع فصائل الدم ثمانية. عبد السلام بوزيدي: إشكالية الخبرة الطبية في إثبات النسب أو نفيه مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق: الحصيلة والآفاق، أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة يومي 16/15 مارس 2007 بكلية الحقوق وجدة، الطبعة الأولى، مطبعة الجسور، وجدة 2008، سلسلة الندوات 2، ص 191.

الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون يحتمل أن يكون الزوج المدعى عليه واحدا منهم.

وكنتيجة لهذه المعطيات العلمية المتاحة في ذلك الوقت تبين أن فصائل الدم تفيد في نفي قاطع ولكنها لا تفيد في الحصول على إثبات مؤكد([1]).

ثانيا: البصمة الوراثية

البصمة الوراثية هي تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض الدنا المتمركز في نواة أية خلية من خلايا جسمه([2]).

وهكذا على إثر اكتشاف حمض معين يسكن في نواة الخلية في جسم الإنسان، أمكن في ذات الوقت اكتشاف جزء معين في تركيب هذا الحمض، الذي يتكون من خيطان يحملان الصفات الوراثية الخاصة بكل إنسان والتي تظل ملازمة له مدى حياته. فمعرفة البصمة الوراثية لشخص ما يتم عن طريق فحص الحمض النووي (ADN) لأحد المواد السائلة في جسمه (كالدم، والمني واللعاب)، أو لأحد أنسجة الجسم (اللحم أو الجلد) أو مواد أخرى (كالشعر أو العظام)([3]).

وعليه فالابن يحمل خيطان واحد من الأب والآخر من الأم، وعند تحليل الحمض النووي له ولأبيه ينبغي أن يكون هناك تطابق في نصف ADN عند الرجل مع النصف الموجود عند الابن.

وهكذا أمكن الاستفادة من هذا الكشف العلمي الرائد في التوصل إلى ما إذا كان الأثر الآدمي الخاضع للفحص يخص شخصا معينا أم لا، فحسب المتخصصين

([1]) – المرجع السابق، ص 191.

([2]) – سعد الدين مسعد هلالي: البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، مجلة النشر العلمي، جامعة الكويت، سنة 2001، ص 7.

([3]) – محمد الكشبور: م.س، ص 187 وما يليها.

تعتبر البصمة الوراثية هي أدق وسيلة عرفت حتى الآن في تحديد هوية الإنسان وذلك لأن نتائجها قطعية لا تقبل الشك والظن وذلك بنسبة 100%([1]).

المطلب الثاني: شروط اللجوء إلى الخبرة الطبية في مدونة الأسرة

جاء في المادة 153 من مدونة الأسرة:"يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية.

يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين:

- إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه.

- صدور حكم قضائي بهذه الخبرة".

وهكذا حسب مقتضيات هذه المادة، فإن اللجوء إلى الخبرة الطبية لنفي النسب لا يتم إلا بشرطين:

أولا: إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه

لم يحدد المشرع المغربي من خلال المادة 153 من مدونة الأسرة المقصود بالدلائل القوية وترك ذلك للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، وقد فسرها الفقه بما إذا كانت الزوجة تتعاطى بكيفية اعتيادية للخيانة الزوجية، أو أن يتأكد أن الغير قد اتصل بها عن طريق الشبهة أو أن يدلي بشهادة طبية تثبت عقمه أو أن يتضح أن أقل مدة الحمل أو أقصاها غير مضبوطة([2]).

وهكذا فقد ذهبت محكمة الاستئناف بمكناس إلى رفض طلب إجراء خبرة طبية لنفي النسب بعلة عدم إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه، حيث جاء في إحدى قراراتها "وحيث إن الفراش بتوافر شروطه يعتبر حجة قاطعة على ثبوت

([1]) – خليفة علي الكعبي: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2004، ص 28 وما بعدها.

([2]) – ذ. سعد أصبان: النسب بين قواعد الشريعة ونتائج الخبرة، عرض قدم لطلبة المعهد العالي للقضاء، الفوج 34، ص5.

النسب ولا يطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة بشرط إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعاءه.

وحيث إن المستأنف عليه لم يدل بأي دليل يدعم ادعاءه حتى يستجاب لطلبه"([1]). وذلك ردا على ادعاء الزوج بكونه يعاني من العقم دون تعزيز ذلك بشواهد طبية، وأيضا كون زوجته تتعاطى للفساد.

وجاء في قرار آخر صادر عنها "وحيث التمس المستأنف إجراء خبرة للتأكد من صحة النسب إلا أن المادة 153 من قانون الأسرة تشترط لذلك شرطين: إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه، وصدور أمر قضائي بهذه الخبرة، فهذا الفصل ينص على أنه ليستجاب لعرض الابن على خبرة يجب أن يدلي الأب بدلائل قوية لصدق ادعائه وهو لم يدل بشيء فيتعين التأييد"([2]). وذلك ردا على ادعاء الأب بكونه مريض جنسيا ولا يستطيع الإنجاب ودون تعزيز ذلك بشواهد طبية، كما جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس "وحيث إن المدعي لم يلجأ لمسطرة اللعان المنصوص عليها فقها وقانونا، كما أنه لم يدل بدلائل قوية تفيد بأن البنت... ليست من صلبه.

وحيث إنه في غياب الدلائل القوية يمتنع اللجوء إلى الخبرة لنفي النسب المستند إلى الفراش صحيح"([3]). وجاء في حكم آخر صادر عنه "ومن جهة أخرى لم يدل بدلائل قوية على ادعائه بنفي النسب حتى تستجيب المحكمة لطلب الخبرة القضائية استنادا للمادة 153 من المدونة وأن ما أثاره المدعي كون المدعى عليها

([1]) – قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 1286 والصادر بتاريخ 2006/04/25 في الملف الشرعي 8/05/3398 غير منشور.

([2]) – قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 737 والصادر بتاريخ 2005/03/14 في الملف الشرعي عدد 8/04/2884 غير منشور.

([3]) – حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس عدد 1524 بتاريخ 2006/05/09 منشور بمجلة قضاء الأسرة العدد 3- دجنبر 2006، ص 143 وما بعدها.

تغادر مرارا بيت الزوجية دون علمه لا يمكن اعتباره بأي حال من الأحوال سببا قويا لنفي النسب"([1]).

فمن خلال حيثيات العمل القضائي أعلاه، فإن الدلائل المقدمة من الزوج تبقى خاضعة للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، فإذا لم ترقى إلى مستوى الدليل القوي، كشهادة الشهود بنفي النسب أو إثبات أن الزوج مصاب بعقم أو مجبوب أو عنين أو أسير وكل الحجج التي تفيد عدم إمكانية اتصال الزوج بزوجته امتنع الاستجابة لطلب اللجوء إلى الخبرة لنفي النسب المستند إلى فراش صحيح.

وهذا المعطى أكده المجلس الأعلى في عدة قرارات صادرة عنه، حيث جاء في أحد قراراته "حيت صح ما عابه الطاعن على القرار ذلك أنه لئن كانت المادة 153 من مدونة الأسرة تعتبر الفراش حجة قاطعة على ثبوت النسب فإنها أجازت دحضه عن طريق اللعان أو بواسطة طلب إجراء خبرة طبية المعززة بدلائل قوية"([2]). وجاء في قرار آخر صادر عنه "والبين من أوراق الملف أن البنت المطلوب نفي نسبها ازدادت أثناء قيام العلاقة الزوجية بين الطرفين، والزوجة في عصمته، وكانت مقيمة معه والمحكمة لما لم تستجب لطلب الخبرة أمام عجز الطاعن عن الإدلاء بدلائل قوية على ادعائه تكون قد طبقت مقتضيات المادة 153 من مدونة الأسرة التطبيق السليم، وعللت قرارها تعليلا كافيا"([3]).

وتجدر الإشارة إلى أن المجلس الأعلى ذهب في كثير من قراراته إلى اعتبار إدلاء الزوج بشواهد طبية تفيد عقمه من الأدلة القوية التي تبرر الاستجابة لطلبه بإجراء خبرة وهكذا جاء في إحدى قراراته "والطالب نازع في نسب البنت

([1]) – حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس عدد 2183 والصادر بتاريخ 2010/06/08 في الملف رقم 5/2078ج/2008 غير منشور.

([2]) – قرار المجلس الأعلى عدد 504 صادر بتاريخ 2006/09/06 في الملف الشرعي عدد 4/1/2/393 نشره ذ. إبراهيم بحماني: م.س، ص 467.

([3]) – قرار المجلس الأعلى عدد 144 والصادر بتاريخ 2009/04/01 في الملف رقم 2008/1/2/546 أهم قرارات المجلس الأعلى: م.سن ص 66.

إليه وادعى أنه عقيم، واستدل بتحليل طبي على ذلك، والمحكمة لما لم ترد على طلبه سلبا أو إيجابا في هذا الخصوص تكون قد أساءت تطبيق القانون"([1]). كما اعتبر إدانة الزوجة بالخيانة الزوجية دليل قويا أيضا وفي هذا الإطار جاء في إحدى قراراته "حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، لما اعتمدت في قضائها على الدليل المكتمل في الحكم الجنحي الذي أدان أخ الزوج المطلوب في النقض من أجل جنحة المشاركة في الخيانة الزوجية مع الطاعنة، واعتبرت أن هذه الحجة دليل على ادعائه وقررت بناء على ذلك إجراء خبرة جينية أثبتت أن الولد المتنازع في نسبه ليس من صلب الزوج لعدم وجود أي علاقة بيولوجية بين الطرفين وقضت تبعا لذلك بنفي نسب الولد عنه تكون قد طبقت المادة المحتج بها تطبيقا صحيحا ولم تخرق القانون"([2]).

وغني عن البيان أن الخبرة تفيد في التوصل إلى وجود علاقة بيولوجية بين الولد والأب المحتمل دون الحسم في مسألة النسب، وفي هذا الصدد جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس "وحيث إنه وإن كانت نتائج الخبرة الجينية قد بينت وجود علاقة بنوة بيولوجية بين الطفل... والمسمى... إلا أن هذه البنوة لا يترتب عليها أي اثر من آثار البنوة الشرعية مادامت أن البنوة غير شرعية، وذلك باعتراف المدعية نفسها استنادا لمقتضيات المادة 148 من مدونة الأسرة"([3]).

فمن خلال حيثيات هذا الحكم أرى أن المحكمة لم تكن في حاجة لإجراء خبرة طبية مادام قد ثبت لها أن البنت مزدادة من علاقة غير شرعية باعتراف المدعية. كما أن الزوج لا يحتاج في مثل هذه الحالة إلى اللجوء إلى اللعان أو

([1]) – قرار المجلس الأعلى عدد 504 صادر بتاريخ 2006/09/06 ملف شرعي عدد 4/1/2/393 نشره ذ. إبراهيم بحماني: م.س، ص 467.

([2]) – قرار المجلس الأعلى عدد 586 والصادر بتاريخ 2007/11/21 في الملف الشرعي عدد 2007/1/2/315 نشره ذ. إبراهيم بحماني: م.س، ص 531 وما بعدها.

([3]) – حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس عدد 1134 وتاريخ 2011/03/22 في الملف عدد 5/1037ج/2010 غير منشور.

الخبرة الطبية لنفي النسب عنه مادام الولد غير لاحق شرعا بالزوج، ذلك أن الخبرة يكون لها محل في ما إذا ازداد الولد على فراش صحيح أو الحالات الملحقة به مثل حالة الاتصال بشبهة وحالة الزواج غير الصحيح، وهو ما يفيد أن الخبرة ليست وسيلة مستقلة يثبت بها النسب لأن من شأن ذلك إلحاق أبناء الزنا بآبائهم.

وأختم هذه النقطة بكلام نفيس للأستاذ إبراهيم بحماني رئيس الغرفة الشرعية لدى المجلس الأعلى أنه يتعين اللجوء إلى الفحوص الطبية لمعرفة من ينسب إليه الولد عند الاقتضاء، ولكن ذلك لا يكون إلا في الحالة التي يقع فيها نزاع حول نسبه ولا يوجد حل قانوني لذلك النزاع، أما إذا وجد الحل القانوني بفراش صحيح فإنه لا يبقى مبرر للجوء للفحص الطبي لأن الولد للفراش ولأن البنوة الشرعية مقدمة على البنوة الطبيعية، كما يرى أنه في حالة عدم ثبوت البنوة الشرعية بالنسبة للأب معالجة الموضوع بإجراء تحليل طبي على المولود، فإذا ثبت أنه من ماء المتهم في حالة الاغتصاب يمكن إلزامه بالإنفاق عليه إلى أن يبلغ قادرا على الكسب استنادا لقواعد المسؤولية التقصيرية (الفصل 77 من ق.ل.ع.م) [1].

ثانيا: صدور أمر قضائي بهذه الخبرة

عند اقتناع المحكمة بالدلائل القوية المدلى بها من طرف الزوج تصدر حكما تمهيديا بإجراء خبرة جينية يخضع لها كل من الزوج والزوجة والولد المراد نفي نسبه، وفي هذا الإطار جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بميسور" وحيث أن المدعي ينفي نسب الابن على اعتبار أن المدعي عليها حملت به وهي خارج بيت الزوجية وأنجبته لأكثر من سنة من تاريخ مغادرتها لهذا البيت في وقت لم يتصل بها خلالها.

وحيث إن المادة 153 من مدونة الأسرة تنص على أن...

([1]) – إبراهيم بحماني: مقال نسب الأبناء في الزواج الفاسد...، م.س، ص 39 و58.

وحيث إن المحكمة حكمت تمهيديا بإجراء خبرة طبية جينية لإثبات ما إذا كان الطفل... يتنسل من صلب المدعي... أم لا.

وحيث إن تقرير الخبرة الطبية المنجز من طرف مختبر الشرطة العلمية بالدار البيضاء، خلص فيه من خلال نتائجها وبعد سلسلة من الفحوصات إلى عدم ثبوت بنوة الطفل... للمسمى..." ([1]).

وجدير بالذكر إلى أنه في حالة غياب الزوج أو امتناعه عن إجراء خبرة طبية عليه في دعوى نفي النسب فإن ذلك يعد قرينة على عدم صحة ادعائه إذا كان مدعيا وقرينة على صحة ما جاء في مقال المدعية إذا كان مدعى عليه([2]). أما في حالة وفاته فيمكن اللجوء إلى وسائل الإثبات المقررة شرعا لما هو مقرر من أنه لا تعجيز في النسب، كما يمكن إجراء الخبرة على بقايا عظام الهالك، علما أن عدم أداء أتعاب الخبرة يعد سببا موجبا لصرف النظر عن الخبرة التي يمكن للمحكمة أن تأمر بها تلقائيا([3]).

وتجدر الإشارة إلى أن الخبرة الطبية يجب أن تفيد القطع للأخذ بنتائجها خصوصا وأن الأمر يتعلق بمجال خطير وهو نفي النسب والشرع متشوف للحوقه، علما أنه يمكن اللجوء إلى خبرة تكميلية أو مضادة، وفي هذا الإطار جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بميسور "وحيث إن تقرير الخبرة الطبية جاء مستوفيا لكافة الشروط الشكلية المتطلبة قانونا ولم يكن محل طعن من طرف المدعى عليها، مما يتعين معه الأخذ بنتائجه.

([1]) – حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بميسور عدد 75 والصادر بتاريخ 2007/03/12 في الملف الشرعي عدد 2006/71 غير منشور.

([2]) – وفي هذا الإطار جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بفاس "وحيث إن تخلف المدعى عليهم عن إجراء الخبرة رغم توصلهما بصفة قانونية وبدون عذر مقبول تعتبره المحكمة قرينة قوية على صحة ادعاءات المدعين"، حكم عدد 769 والصادر بتاريخ 2009/02/09 في الملف الشرعي عدد 06/01/2766 غير منشور.

([3]) – عمر لمين: م.س، ص 14 وما بعدها.

وحيث إنه لا يسع المحكمة تبعا لذلك سوى الحكم بنفي نسب الابن...عن المدعي"([1]).

وجاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس "وحيث إن الخبرة المذكورة لم تكن محل أي طعن شكلي أو موضوعي مما جعل المحكمة تعتمدها"([2]).

والملاحظ أن المشرع أعطى المحكمة وحدها الحق في إصدار الأمر بإجراء الخبرة الطبية وأن تكون مختصة وكل ذلك لحساسية موضوع النسب، وهو الأمر الذي يدفع المحاكم إلى إسناد مهمة الخبرة الطبية لجهات تتوفر على الإمكانيات التقنية والمؤهلات البشرية اللازمة كالمختبر الوطني العلمي للشرطة بالدار البيضاء.

وأشير في آخر هذه النقطة إلى أن المجلس الأعلى ذهب إلى عدم اشتراط مدة معينة لنفي النسب بواسطة الخبرة الطبية، وهكذا جاء في أحد قراراته "والمحكمة لما قضت برفض طلبه بعلة أنه عاد إلى المغرب وزوجته حامل في شهرها الثامن وسكت عن ذلك ولم يمارس دعوى اللعان ونفي النسب داخل الأجل المقرر شرعا والحال أن المادة 153 من مدونة الأسرة لم تشترط مدة معينة لممارسة دعوى نفي النسب بواسطة خبرة قضائية تفيد القطع فإنها تكون بدلك قد أقامت قضائها على غير أساس ولم تعلل قرارها تعليلا سليما ما يعرضه للنقض"([3]).

([1]) – حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بميسور عدد 75 والصادر بتاريخ 2007/03/12 في الملف الشرعي عدد 2006/71 غير منشور.

([2]) – حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس عدد 806 والصادر بتاريخ 10/03/08 في الملف الشرعي عدد 5/373ج/2010 غير منشور.

([3]) – قرار المجلس الأعلى عدد 554 والصادر بتاريخ 2006/09/27 في الملف الشرعي عدد 2005/1/2/391 أهم قرارات المجلس الأعلى، م.س، ص 54.

المطلب الثالث: الإشكالات العملية المثارة بشأن اعتماد الخبرة الطبية لنفي النسب

لقد أدى إيجاد مؤسسة الخبرة الطبية كوسيلة علمية جديدة في مدونة الأسرة لإثبات ونفي النسب إلى طرح مجموعة من الإشكالات العملية لم يتعرض لها المشرع المغربي بنص صريح وهو ما سأحاول إبرازه من خلال النقط التالية:

أولا: تعارض نتائج الخبرة الطبية مع قاعدة الولد للفراش

إذا كان النسب ثابتا بالفراش والخبرة الطبية أكدت عكس ذلك فمن يرجح على الآخر؟

لم يتطرق المشرع لهاته المسالة إلا أن المجلس الأعلى قد حسم في هذه النقطة من خلال قضية بلخديم التي عرضت عليه، حيث جاء في إحدى حيثيات القرار "لكن حيث إن المحكمة المطعون في قرارها قد بنت قضاءها على أنه إذا ولدت الزوجة بعد فراق يثبت نسب الولد إذا جاءت به خلال سنة من تاريخ الفراق مع مراعاة ما ورد في الفصل 76 من مدونة الأحوال الشخصية... مؤيدة الحكم الابتدائي فيما قضى به معللا بأن الحكم الأجنبي المحتج به والذي حكم بأن المدعي عليه ليس أبا للطفلة اعتمادا على دراسة الدم وتحليله إلا أن ذلك مخالف لمقتضيات الفصل 76 المذكور"([1]).

فهذه النازلة طرحت مسألة التعارض بين قاعدة شرعية واكتشاف علمي حديث ورجح المجلس الأعلى قرينة الفراش إلا أن المجلس كان عليه أن يبرز أن القضاء الفرنسي لم يتأكد من شرط إدلاء الزوج بدلائل قوية للجوء إلى الخبرة الطبية لنفي النسب وهو مسألة جوهرية في القانون المغربي.

ونعتقد أن الاتجاه الذي سار عليه المجلس الأعلى هو عين الصواب، إذ لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعا وذلك

([1]) – قرار المجلس الأعلى عدد 658 صادر بجميع غرفه في 2004/12/30 في الملف الشرعي عدد 2003/1/2/556 نشره محمد الكشبور: البنوة والنسب: م.س، ص 243.

حماية لأعراض الناس، فمن المقاصد الأصولية والفقهية أن درء المفاسد يقدم على جلب المصالح، وقاعدة "احكم بالظاهر والله يتولى السرائر"، وكل ذلك يقتضي منع اعتماد الخبرة أو البصمة الوراثية لنفي نسب ثابت شرعا... فالنسب الثابت بالفراش لا يقبل الانتفاء إذا توفرت سائر شروطه ولا ينتفي الولد عن الزوج مادامت شروط الفراش متوفرة من مدة حمل وإمكان الاتصال بنوعيه المادي والمعنوي([1]).

ثانيا: تعارض نتائج الخبرة الطبية والإقرار بالنسب

يثار الإشكال في هذه النقطة في حالة ما إذا أقر شخص بولد مجهول النسب مع توفر باقي الشروط الأخرى ثم عاد وطلب نفي النسب اعتمادا على البصمة الوراثية.

من الناحية الفقهية لا يقبل الرجوع في الإقرار لكون الشرع متشوف للحوق النسب وهو نفس ما كرسه المجلس الأعلى إذ يلزم المقر بما أقر به من لحوق النسب إليه، ولا يقبل منه تراجعه في ذلك بدعوى أنه عقيم ولا يقبل منه طلب إجراء خبرة طبية لإثبات ذلك، وهكذا جاء في إحدى قراراته "إن الثابت من القرار المطعون فيه أن الطالب سبق أن أقر ببنوة الابن المذكور سواء بموجب رسم الطلاق... أو في معرض جوابه عن الدعوى السابقة والتي كانت المطلوبة قد رفعتها لمطالبته بواجبات نفقة وحضانة الابن المذكور حيت اكتفى بالجواب بعدم الإنفاق على الابن المذكور دون تحفظ... ومعلوم فقها وقانونا أن المستند في نسبه لوالده إلى فراش الزوجية وإقرار الوالد لا ينتفي نسبه عن هذا الولد بادعاء العقم المكتشف حديثا بزعمه وإنما لابد من سلوك مسطرة اللعان بشروطها الشرعية... والمحكمة لما ردت على الدفع بنفي النسب بعلة الإقرار المشار إليه والذي يعتبر

([1]) – قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى: الندوة الجهوية الثانية المنظمة بالقصر البلدي، مكناس أيام 8-9 مارس 2007، مطبعة الأمنية الرباط، ص 278 وما يليها.

وحده ملزما للطالب وحاسما للنزاع، فإنها تكون قد استبعدت ضمنيا طلب إجراء خبرة لعدم جدواها في مثل هذه النازلة... وعللت قراراها تعليلا قانونيا"([1]).

فالمجلس الأعلى من خلال حيثيات هذا القرار قدم الإقرار بالنسب على النفي بالبصمة الوراثية تغليبا لحق الطفل المجهول النسب، والذي تدعمه قاعدة أن الشرع متشوف للحوق الأنساب.

وأرى أن الإقرار بالنسب إذا توفرت سائر شروطه القانونية والشرعية لا يقبل الانتفاء بعد ذلك إلا إذا أدلى المستلحق بدلائل قوية على ادعاءه.

ثالثا: تأثير الخبرة الطبية على العمل باللعان

كل طفل يولد أثناء فترة العلاقة الزوجية المحددة في المادة 154 من مدونة الأسرة يثبت نسبه إلى الزوج بقرينة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات العكس من أي كان ماعدا الزوج نفسه الذي يمكنه أن يطعن في نسب الطفل إليه عن طريق المطالبة باللعان أو بخبرة طبية تفيد القطع بوجود أو عدم وجود العلاقة البيولوجية بينه وبين الطفل المعني، وذلك مثل تحليل الحامض النووي الذي يعبر عنه بالبصمة الوراثية.

وفي حالة اقتصار الزوج على المطالبة باللعان يمكن للزوجة أن تطالب بالخبرة السالفة الذكر لإثبات كذبه في إنكار نسب الحمل أو الطفل([2]).

ففي هذه الحالة هل يمكن اعتماد الوسيلتين معا لنفي النسب؟ وما الحل الواجب الأخذ به في حالة تعارض نتائجهما؟

بداية أشير إلى أنه على الزوج أن يختار إحدى الوسيلتين لنفي النسب، ومن اختار لا يرجع، فإن اختار اللعان أمكن للزوجة اللجوء إلى الخبرة الطبية، إلا

([1]) – قرار المجلس الأعلى عدد 492 والصادر بتاريخ 2005/10/26 في الملف الشرعي عدد 2005/1/2/293 أورده محمد الكشبور: البنوة والنسب، م.س، ص 237 وما بعدها.

([2]) – الدليل العملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1- 2004، الطبعة الثالثة فبراير 2007، ص 98-99.

أن المجلس الأعلى لم يعترض على جمع اللعان والخبرة الطبية، بل أقر ذلك على ما يتضح من القرار الآتي: "والثابت من أوراق الملف أن الطاعن نازع في نسب الابن وادعى أنه لم يتصل بالمطلوبة، وأدى يمين اللعان على ذلك في حين رفضت المطلوبة أدائها رغم توصلها كما رفضت الحضور أثناء أدائه اليمين، ورفضت كذلك الخبرة، والتمس إجراء خبرة قضائية لإثبات عدم نسبة المولود إليه وتمسك بها، والمحكمة لما عللت قرارها بأن الخبرة ليست من وسائل نفي النسب شرعا، في حين أن المادة 153 من مدونة الأسرة النافذة المفعول بتاريخ القرار المطعون فيه والواجبة التطبيق تنص على أن الخبرة القضائية من وسائل الطعن في النسب إثباتا أو نفيا تكون قد أقامت قضاء على غير أساس"([1]).

فالمجلس الأعلى من خلال حيثيات هذا القرار سمح بالجمع بين اللعان والخبرة الطبية، إلا أنه في حالة تعارض نتائجهما ومادامت الخبرة الطبية وسيلة احتياطية ولا يمكن اللجوء إليها إلا بعد توفر شروطها وتخضع للسلطة التقديرية للمحكمة، في حين أن اللعان وسيلة شرعية ولا يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة عند توفر شروطه وإعمال مسطرته فهو مقدم على الخبرة.

([1]) – قرار المجلس الأعلى عدد 39 والصادر بتاريخ 2006/01/18، كتاب المنتقى: م.س، ص 225.

خاتمة:

هكذا أصل إلى نهاية هذا البحث بعد أن قضيت على امتداد صفحاته السابقة وقتا غير يسير والذي وقفت من خلاله على قضية من أهم القضايا المعروضة على المحاكم المغربية (ابتدائية واستئنافية مكناس وابتدائية ميسور) في المجال الأسري وهي مسألة إثبات النسب ونفيه، هذه اللحمة البشرية التي خصها الشرع الإسلامي والقانون الوضعي بأهمية بالغة سدا لذريعة اختلاط الأنساب، ولقد خلصت من خلال ذلك إلى النتائج التالية:

* أن مدونة الأسرة أحدثت طفرة نوعية من خلال المضامين الجديدة التي جاءت بها في النسب، ومن ذلك مثلا ما يخص إثبات النسب ونفيه بواسطة الخبرة الطبية التي تعتمد على التحليلات الجينية (ADN)، ومن ذلك ما يخص إثبات نسب الحمل أو الولد الذي كان ثمرة علاقة جنسية تمت بين مخطوبين في فترة الخطوبة، وهو ما يبرز من خلال اعتماد الخبرة انفتاح المشرع الأسري المغربي على وسيلة علمية أفضى إليها البحث العلمي الحديث من أجل الاستعانة بها للبت في المنازعات المرتبطة بالنسب.

* أن المشرع الأسري وسع من وسائل إثبات النسب وضيق من وسائل نفيه، والتي وضع لها قيود للتضييق كثيرا من نطاقها وفي مقدمة هذه القيود وجوب تدخل المحكمة بحكم قضائي في الموضوع، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على تماشي المشرع مع تشوف الشريعة الإسلامية للحوق النسب وحفظ حق الطفل في النسب.

* أن محاكم التدريب أعلاه ومعها المجلس الأعلى وإن كانا يتساهلان في إلحاق النسب، فإنهما يتشددان في نفيه ويلحقانه ليس في الزواج الصحيح فحسب بل حتى في الزواج الفاسد، وكذا الباطل أو للشبهة إذا توفرت شروطهما.

* أن محاكم التدريب أعلاه ومعها المجلس الأعلى لعبا دورا في تكريس حق الطفل في النسب من خلال إيجاد الحلول المناسبة للإشكاليات التي أفرزها التطبيق القضائي في قضايا النسب.

* يعاب على التشريع الأسري كونه لم يحدد ضوابط وأحكام الترجيح بين الخبرة الجينية وحجيتها عند تعارضها مع وسائل الإثبات أو النفي المقررة شرعا وكل ذلك من أجل توحيد الاجتهاد القضائي في هذا الشأن.

* من خلال محاكم التدريب لم أقف على تنفيذ عملي لمسطرة اللعان، بل فقط بعض الأحكام والقرارات التي لم تتم الاستجابة فيها لطلب نفي النسب باللعان لتخلف شرط من شروطه، علما أن المشرع فتح باب اللجوء إلى الخبرة الطبية.

* إن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس لا يكلف نفسه عناء البحث في وجود الظروف القاهرة التي حالت دون توثيق عقد الزواج، كما تنص على ذلك المادة 156 من مدونة الأسرة عكس ما عليه الأمر بابتدائية ميسور.

* إن محاكم التدريب تسير في نفس اجتهادات المجلس الأعلى المتواترة بخصوص النسب.

* إن محاكم التدريب تأخذ وقتها الكافي واللازم وتسلك كل ما يمكن من وسائل التحقيق قبل البث في ملفات النسب لخطورة وأهمية هذا النوع من الملفات، علما أن سلوك مسطرة الخبرة يكلف المتقاضين كثيرا ويضع الدولة أمام تحدي توفير مراكز للتحاليل الجينية بالشكل الكافي من حيث العدد والتجهيزات الخاصة وعدد الأطر المتخصصة.

* إن محاكم التدريب تعمل سلطتها التقديرية في اللجوء إلى الخبرة الطبية أو عدم اللجوء إليها وكذلك الأمر بالنسبة للعمل بنتيجتها.

تلكم كانت أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث الميداني بمحاكم التدريب، وأشيرا إلى أن كل سهو أو إغفال أو تقصير فمن نفسي، فإني حاولت الاجتهاد ما استطعت والله المستعان، وإني أستحضر مقولة العماد

الأصفهاني الذي يقول فيها "إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غذه لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم ذاك لكان أفضل، ولو ترك ذلك لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر".

نسأل الله أن ينفعنا بهذا العمل وينفع به وأن يوفقنا لما فيه الخير آمين.

(سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم) صدق الله العظيم.

قائمة المصادر والمراجع

- **القرآن الكريم برواية ورش عن نافع**

- ***الكتب الفقهية واللغوية***

- ابن جزي: القوانين الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، تاريخ/ بدون.
- الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، تونس ط.ت/بدون.
- ابن منظور: لسان العرب، دار صادر بيروت ج 6 و5 و13.

- الكتب القانونية:

- أحمد الخمليشي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2 ط/1 1994، المعارف الجديدة الرباط.
- إبراهيم بحماني: العمل القضائي في قضايا الأسرة؛ مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، ط 2008، مكتبة دار السلام- الرباط.
- محمد الكشبور: البنوة والنسب في مدونة الأسرة قراءة في المستجدات البيولوجية دراسة قانونية وشرعية مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة 14 طبعة 2007.
- محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ط/2 1973.
- مرزق أيت الحاج: الوجيز في التوثيق العدلي، ط/1 2005، مطبعة طوب بريس.
- مصطفى رزقي: ميزان الذهب في قواعد اللعان والنسب من خلال قرارات المجلس الأعلى ط/1 2007، مطبعة سيرنيور- فاس.

- خليفة علي الكعبي: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية 2004.
- أهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق الكتاب الثالث من مدونة الأسرة ط/ بدون إدكل للطباعة والنشر- الرباط 2007.
- إشكالية الخبرة الطبية في إثبات النسب أو نفيه، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحصيلة والآفاق، أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة، يومي 15-16 مارس 2007 بكلية الحقوق بوجدة ط/1، مطبعة الجسور وجدة 2008، سلسلة الندوات 2.
- المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء 1، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 10 فبراير 2009 ط/ بدون.
- الدليل العملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل العدد 2004/1، ط /3 فبراير 2007.
- قضايا الأسرة من خلال اجتهاد المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثانية المنظمة بالقصر البلدي مكناس أيام 8-9 مارس 2007، مطبعة الأمنية الرباط.

- المجلات:

- مجلة القضاء والقانون العدد 149-88-89.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 55-83-86.
- مجلة قضاء الأسرة العدد 3 دجنبر 2006.
- مجلة الحقوق الكويتية، السنة العشرون العدد الأول مارس 1996.
- مجلة النشر العلمي جامعة الكويت سنة 2001.
- المجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية العدد 50 سنة 2004.

▪ المنتدى مدونة الأسرة تقييم ومعالجة مجلة دورية يصدرها منتدى البحث القانوني مراكش العدد 5-2005.

- المحاضرات والرسائل:

▪ سعد أصبان: النسب بين قواعد الشريعة ونتائج الخبرة، عرض قدم لطلبة المعهد العالي للقضاء، الفوج 34.

▪ عمر لمين: محاضرة تتعلق بالنسب تم إلقاؤها في ندوة بالمعهد العالي للقضاء سنة 2007 للفوج 34.

▪ عزيزة حميدي: إثبات النسب ونفيه من خلال العمل القضائي بالدائرة الاستئنافية بفاس، بحث نهاية التمرين، الفوج 34.

▪ مغنية رشيدي: حق الطفل في النسب دراسة فقهية تشريعية قضائية د.د.ع.م في القانون الخاص، وحدة الأسرة والطفولة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله- فاس 2002-2003.

فهرس الموضوعات

مقدمة ---------- 1

المحور الأول: وسائل إثبات النسب ----------5

المبحث الأول: إثبات النسب بالفراش---------- 5

المطلب الأول: ثبوت النسب في الزواج الصحيح---------- 6

أولا: إبرام عقد زواج صحيح---------- 6

ثانيا: مدة الحمل المعتبرة شرعا---------- 9

ثالثا: إمكانية الاتصال بين الزوجين ---------- 14

المطلب الثاني: ثبوت النسب في الزواج غير الصحيح

والوطء بشبهة ---------- 15

أولا: ثبوت النسب في الزواج غير الصحيح ---------- 16

1- الزواج الباطل ---------- 16

2- الزواج الفاسد---------- 18

ثانيا: ثبوت النسب للشبهة (المادة 156 من م.الأسرة نموذجا) ---------- 20

المبحث الثاني: إثبات النسب بالإقرار والبينة الشرعية ---------- 27

المطلب الأول: إثبات النسب بالإقرار---------- 27

أولا: شروط الإقرار بالنسب---------- 28

ثانيا: إثبات الإقرار بالنسب ---------- 31

المطلب الثاني: إثبات النسب بالبينة الشرعية---------- 34

أولا: ماهية شهادة عدلين وبينة السماع ---------- 34
ثانيا: موقف القضاء من شهادة عدلين وبينة السماع---------- 35
المحور الثاني: وسائل نفي النسب---------- 38
المبحث الأول: نفي النسب عن طريق إثبات اختلال أحد شروط
الفراش أو باللعان ---------- 38
المطلب الأول: نفي النسب عن طريق إثبات اختلال أحد
شروط الفراش ---------- 38
أولا: عدم وجود عقد زواج صحيح ---------- 39
ثانيا: عدم تحقق مدة الحمل المعتبرة شرعا---------- 40
ثالثا: عدم إمكانية الاتصال بين الزوجين---------- 42
المطلب الثاني: نفي النسب باللعان ---------- 45
أولا: إجراءات اللعان وشروطه---------- 45
ثانيا: نفي النسب باللعان على ضوء العمل القضائي ---------- 47
المبحث الثاني: نفي النسب عن طريق الخبرة الطبية---------- 50
المطلب الأول: أنواع الخبرة الطبية في مجال النسب ---------- 51
أولا: فصيلة الدم---------- 52
ثانيا: البصمة الوراثية---------- 52
المطلب الثاني: شروط اللجوء إلى الخبرة الطبية في مدونة الأسرة --------- 53
أولا: إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه---------- 54
ثانيا: صدور أمر قضائي بهذه الخبرة ---------- 58
المطلب الثالث: الإشكالات العملية المثارة بشأن اعتماد

الخبرة الطبية لنفي النسب ---------- 61
أولا: تعارض نتائج الخبرة الطبية مع قاعدة الولد للفراش ---------- 61
ثانيا: تعارض نتائج الخبرة الطبية والإقرار بالنسب ---------- 62
ثالثا: تأثير الخبرة الطبية على العمل باللعان ---------- 63
خاتمة ---------- 65
قائمة المصادر والمراجع ---------- 68