

The lineage of an illegitimate child in Moroccan law and its impact on judicial
work

نسب الولد غير الشرعي في القانون المغربي وأثره على العمل القضائي

الباحث: للا بديعة لخواجة - كلية الآداب والعلوم الإنسانية القاضي عياض مراكش، المغرب
تحت إشراف الأستاذ الدكتور عبد الرحمن العمراني

تاريخ النشر: ٢٠٢٤/٨/١٥

تاريخ القبول: ٢٠٢٤ /٧/٢٨

تاريخ الاستلام: ٢٠٢٤/٧/١٢

الملخص:

وبناء عليه، لخص الباحث الدراسة الحالية بأن الناظر في هذين الحكمين القضائيين يظهر له التشابه الكبير بين أحداث النازلتين، وحسب المنطق يلزم الحصول على نفس الحكم، غير أن الأمر كان خلاف ذلك؛ حيث تم قبول طلب إثبات النسب في كل من الحكمين الابتدائي والاستئنافي بمحكمة الرباط، في حين تم رفضه في استئنافية طنجة على الرغم من وحدة المرجع القانوني، وهذا ما يجعلنا نطرح التساؤل التالي: هل الحكم بإثبات النسب خارج إطار الزواج يخضع للسلطة التقديرية للقاضي؟ أم أن القرارات تتبني على أحكام قانونية وعلمية محكمة؟

الكلمات المفتاح: نسب الولد، غير الشرعي، القانون المغربي، العمل القضائي.

Abstract

Accordingly, the researcher summarized the current study by saying that the observer of these two judicial rulings shows him the great similarity between the events of the two incidents, and according to logic, it is necessary to obtain the same ruling, but the matter was otherwise; as the request to prove lineage was accepted in both the initial and appellate rulings of the Rabat Court, while it was rejected in the Tangier Appeal Court despite the unity of the legal reference, which makes us ask the following question: Is the ruling to prove lineage outside of marriage subject to the discretionary authority of the judge? Or are the decisions based on sound legal and scientific rulings?

Keywords: lineage of the child, illegitimate, Moroccan law, judicial work.

المقدمة:

إن النسب باعتباره صلة الإنسان بمن ينتمي إليه من الآباء والأجداد يدور حول محورين أساسيين؛ وهما الإثبات بمعنى تثبيت حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق، والنفي وفق الشروط والضوابط الشرعية والقانونية.

وقد نظم المشرع المغربي أحكام النسب في المواد ١٥٠ إلى ١٦٢ ضمن الباب الثاني من الكتاب الثالث بمدونة الأسرة، والتي جاءت بمستجدات هامة في مقدمتها الخبرة الطبية لإثبات النسب، والتي تعتبر من التطورات العلمية لمعرفة مجاهيل الجسم البشري.

والطفل غير الشرعي أو الولد غير الشرعي أو الناتج خارج إطار الزواج، هو ذلك الطفل الذي نتج عن علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة لا تربطهما علاقة زواج باعتباره الإطار الشرعي الوحيد للعلاقات الجنسية، ومهما اختلفت التسمية فإن ذلك لا يغير شيئاً من وضعيته، فكل طفل ثمره علاقة جنسية خارج إطارها الشرعي، يعد طفلاً غير شرعي لا يعترف به الشرع ولا القانون.

إن وصف الولد بأنه شرعي أو غير شرعي، يرتب آثاراً متباينة من الناحية القانونية والشرعية، فهو في الحالة الأولى يتمتع بكافة حقوقه التي خولها له القانون من جهة أبويه معاً، بينما لا يتأتى له في الحالة الثانية إلا ما يكتسبه من أمه فقط، وهي مفارقة وتمييز يمس الطفولة وينتج أوضاعاً غير متوازنة بين الأطفال، وهو ما يؤثر بصفة غير مباشرة على حقوقه التي أقرتها الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية وبعدهما مدونة الأسرة.

إشكالية الموضوع:

تتجلى إشكالية البحث في الآتي:

- هل حاول المشرع المغربي حماية الولد غير الشرعي من خلال ما جاءت به مدونة الأسرة في باب اثبات النسب؟
- كيف تعامل القضاء مع أحكام نسب الأولاد غير الشرعيين؟

أهمية الموضوع :

تتجلى أهمية دراسة إشكالية نسب الولد غير الشرعي في التشريع المغربي على في ضوء العمل القضائي في إبراز الأسس القانونية التي جاءت بها مدونة الأسرة في موضوع النسب خاصة ما يتعلق بالمستجدات الجديدة المتعلقة به، والوقوف على مختلف الإشكالات الواقعية التي أفرزها الواقع المعيش، وكيف تعاملت معها محاكم التدريب، ومدى مسابقتها لمواقف المجلس الأعلى بهذا الخصوص.

منهجية البحث:

إن دراسة موضوع إشكالية إثبات النسب في التشريع الأسري للولد غير الشرعي في ضوء العمل القضائي يقتضي ضرورة اعتماد منهجية معينة لمعالجة هذا الموضوع، ومن هنا اعتمدت منهجية التحليل من خلال تحليل مجموعة من النصوص المتعلقة بالنسب والمضمنة في مدونة الأسرة، وأيضاً القرارات والأحكام الصادرة عن المحاكم المغربية في نفس الموضوع.

خطة البحث:

ينطوي هذا البحث على مبحثين رئيسيين:

. المبحث الأول : تعريف مصطلحات العنوان

. المطلب الأول : تعريف النسب

. المطلب الثاني : تعريف الولد غير الشرعي

. المبحث الثاني : نسب الولد غير الشرعي بين مدونة الأسرة والعمل القضائي

. المطلب الأول : نسب الولد غير الشرعي من جهة الأم

. المطلب الثاني : نسب الولد غير الشرعي من جهة الأب

. المطلب الثالث : نماذج قضائية من أحكام نسب الولد غير الشرعي

. المبحث الأول : تعريف مصطلحات العنوان (النسب، الولد غير الشرعي)

. المطلب الأول : تعريف النسب

أولاً : النسب في اللغة

انضوت معاجم اللغة العربية على جملة من المعاني الواردة في مدلول النسب، منها :

١. النسب بمعنى الاتصال، والاشترار بين شيئين : والمقصود هو اتصال شيء بشيء؛ سواء فيما بين الأقارب، أو في الشعر الذي يتشعب الشاعر فيه بالمرأة، أو في اتصال الطريق المستقيم الذي يتصل بعضه ببعض : يقول ابن فارس: "النون والسين والباء كلمة واحدة قياسها اتصال شيء بشيء، ومنه النسب، سُمِّيَ لاتصاله وللاتصال به، تقول: نسبت أنسب، وهو نسيب فلان، ومنه النسيب في الشعر إلى المرأة، كأنه ذَكَرَ يتصل بها، ولا يكون إلا في النساء، تقول منه: نسبت أنسب، والنسيب: الطريق المستقيم؛ لاتصال بعضه من بعض." ١

١. معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين بن فارس، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر 1393م/1979هـ، ج 5 ص : 425.423

٢. النسب يأتي بمعنى القرابة، و يكون في الآباء خاصة :

أ . جاء في المصباح المنير : " ثم استعمل النسب وهو المصدر في مطلق الوصلة بالقرابة، فيقال : بينهما نسب أي قرابة. " ٢

ب . يقول ابن منظور " :النسب: نسب القرابات، وهو واحد الأنساب، ابن سيده: النَّسْبَةُ والنَّسْبَةُ والنسب: القرابة، وقيل: هو في الآباء خاصة... ونسبت فلاناً إلى أبيه أنسبه وأنسبه نسباً: إذا رفعت في نسبه إلى جدّه الأكبر، الجوهري: نسبت الرجل أنسبه، بالضم، نسبة ونسباً: إذا ذكرت نسبه، وانتسب إلى أبيه: أي: اعتزى. " ٣

٣ . النسب اشترك من جهة أحد الأبوين : يقول الراغب الأصفهاني : " النسبُ والنسبة : إشتراك من جهة أحد الأبوين، وذلك ضربان : نسب بالطول كالأشتراك من الآباء والأبناء، ونسبٌ بالعرض كالنسبة بين بني الإخوة، وبني الأعمام " ٤.

٤ . القرابة التي تشمل جهتي الأب والأم : يقول ابن السكيت : " ويكون . أي النسب . من قبل الأب و الأم. " ٥

و مما تقدم ينكشف أن ابن السكيت زاد على من سبقه من اللغويين الذين جعلوا النسب من جهة الأب فقط، مضيفاً معنى دلالياً صريحاً يجعل النسب شاملاً لما كان من جهة الأب و الأم ، ولا فرق بينهما لأن الولد من صلبهما معاً.

٢٢٨٠ . المصباح المنير، لأحمد بن محمد الفيومي، ص

٣. لسان العرب، ابن منظور، مادة " نسب "، دار المعارف، القاهرة، ج ٤٩/ص ٤٤٠٥

٤ . المفردات في غريب القرآن، الحسين بن محمد الراغب الأصفهاني، تحقيق صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية، الطبعة 1، 1412 هـ، ص :

٥ . تاج العروس من جواهر القاموس، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، ١/٤٧٣ هـ

ثانيا: النسب في الاصطلاح القانوني

١ . النسب في مدونة الأسرة المغربية:

عرفت مدونة الأسرة النسب في المادة (١٥٠) منها بأنه: "لَحْمَةٌ شرعية بين الأب وولده، تنتقل من السلف إلى الخلف." أي صلة شرعية بينهما وتنتقل من الأب إلى الأبناء فالأحفاد، وهكذا من السلف إلى الخلف فهو تعريف يقترب نوعا ما من تعريف الوراثة^٦.

وقد عرّفها الدليل العملي لمدونة الأسرة على أنه: "رابطة شرعية تربط الفروع بالأصول، في إطار الضوابط والقواعد الشرعية المبنية على القرابة بين إنسانين في ولادة قريبة أو بعيدة، ويُنسب الولد فيها لوالده؛ سواء ترتب عن زواج صحيح، أو فاسد، أو شبهة^٧."

وانطلاقا من هذا التعريف الذي أعطته مدونة الأسرة للنسب من خلال المادة السابقة، نخلص إلى النتائج المؤطرة لأحكام النسب في المدونة على الشكل الآتي :

١ . إثبات السمة الشرعية للنسب والأحكام المتعلقة به، وهو المعبر عنه باللحمة الشرعية.

٢ . النسب لحمة شرعية لا قانونية، وهو الذي سيظهر فيما بعد في المواد التي تنص على أن النسب يكفي في إثباته مجرد الظن بخلاف نفيه، وهذه المسألة تتفرع عنها مسألة أخرى، تتمثل في الاستعانة بمستجدات وتطورات العصر من أجل التحقق من النسب؛ إذ الاستعانة بها ليس منكرا مرفوضا، ولكنه ليس لازما على الدوام، فقد يقول البعض: إن الاستعانة بمثل هذه المستجدات يساهم من التحقق مما لا يدع مجالا للريبة والشك في النسب، كما هو الحال في الخبرة الطبية.

٢ . النسب عند بعض فقهاء القانون :

أ - " النسب رابطة شرعية بين شخصيين يثبت لكليهما بمقتضاه مجموعة من الحقوق، ويجب عليه مجموعة من الالتزامات، وتبنى عليها الشرعية^٨."

٦. الوراثة هي انتقال خصائص السلف إلى الخلف عن طريق التناسل؛ ينظر : موضوع النسب في الشريعة والقانون، أحمد حمد الله أحمد، بيروت، دار القلم، ط 1403 هـ ، ص : 25

٧. الدليل العملي لمدونة الأسرة، وزارة العدل، المملكة المغربية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد الأول، ٢٠٠٤، ص : ٩٨

٨. التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، أحمد مُجْد لطفى أحمد، القاهرة، 2006، ص : 190

ب . كما عرفه البعض بأنه : " الرابطة التي تقوم بين المولود ووالديه نتيجة لزواج صحيح بينهما تعطي المولود حق الانتساب إليهما وحق بيان " أنه ولد من " وبالتالي حق اكتساب الحقوق الآلية إليه لاحقا تبعا لهذا الانتساب وما يترتب عليه اتجاههما من حقوق وواجبات مستقبلية " ٩ .

ج . وعرفه الأستاذ العربي بالحاج بقوله : " هو الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون والدين والحضارة، وينبني عليه الميراث، وتنتج عنه موانع الزواج، وتترتب عليه حقوق وواجبات أبوية وبنوية " ١٠ .

المطلب الثاني : تعريف الولد غير الشرعي

أولا : تعريف الولد

١ . الولد في اللغة : يقول ابن فارس : " الواو واللام والذال : أصل صحيح، وهو دليل النجل والنسل، ثم يقاس عليه غيره. من ذلك الولد، وهو للواحد والجميع، ويقال للواحد أيضا، والوليدة الأنثى والجمع ولائد. ١١ . ويقول ابن منظور : " والولد يكون واحدا وجمعا. ابن سيده : الولد والولد بالضم : ما ولد أيا كان، وهو يقع على الواحد والجمع والذكر والأنثى، وتولد الشيء عن الشيء : حصل عنه... " ١٢ .

٢ . الولد في القانون المغربي

في النطاق القانوني سنتحدث عن البنوة بصفة عامة وهي تشمل الولد والابن وهي ذات طبيعة مزدوجة من حيث كونها حقا أولا ثم من حيث كونها في نفس الوقت صفة قانونية تنجم عنها آثار تأخذ شكل حقوق وواجبات متبادلة.

وإذا كان المشرع لم يدل بتعريف دقيق وشافي للبنوة فإنه في مقابل ذلك على الأقل تدخل من أجل تصنيفها إلى صنفين أولهما بنوة شرعية وثانيها بنوة غير شرعية ١٣ .

تعتبر البنوة طبقا لأحكام مدونة الأسرة شرعية سواء بالنسبة للأب أو الأم إلى أن يثبت العكس، وعليه فإن المشرع عند تنظيمه لهذه المؤسسة ومما لا شك فيه أخذ بعين الاعتبار مصلحة الطفل، فحاول تمديد

٩ . في الأحوال الشخصية، أحمد المصطفى، لبنان، المؤسسة الحديثة، ٢٠٠٨، ص : ١٩٢

١٠ . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا)، أحكام الزواج، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط٦، ٢٠١٠، ج١/ص : ٣٦٨

١١ . معجم مقاييس اللغة، ج ٦، ص : ١٤٣

١٢ . لسان العرب، ج ١١، ص : ٤٠٢

١٣ . تنص المادة ١٤٧ من مدونة الأسرة على أنه : " تتحقق البنوة بتنسل الولد من أبويه، وهي شرعية وغير شرعية "

مجموعة من القواعد المنظمة للبنوة الشرعية لتشمل الأطفال الناتجين عن علاقات خارج الزواج الصحيح ورتب عنها آثار البنوة الشرعية.

ثانيا : الولد غير الشرعي (كمركب إضافي)

إذا كان الولد الشرعي هو الولد الذي لا يثبت نسبه للواطئ إلا إذا كان الوطء مستنداً إلى نكاح صحيح أو فاسد أو نكاح شبهة أو ملك يمين أو شبهة ملك يمين. ١٤

ولقد أضاف الدكتور الخشن ١٥ إضافات قيمة في تعريف الولادة الشرعية وغير الشرعية، يقول ١٦ : " بأنه ليس كل ولد يتمخض عن مقارنة محرمة بين الرجل والمرأة فهو ولد غير شرعي، فلو قارب الرجل زوجته في حالة الإحرام أو الحيض وفرض أنها أنجبت ولدا فلا يكون ولدا غير شرعي، وإنما الولد غير الشرعي هو الطفل الناتج عن مقارنة حقيقية (فلا يكفي التلقيح الصناعي مثلا) ومتعمدة، مع علمهما بالتحريم (فلا يدخل ولد الشبهة) بين الرجل والمرأة الأجبيين اللذين لا تربطهما علاقة شرعية أكانت عقدا أو ما يقوم مقامه ."

إن وصف البنوة بأنها غير شرعية فذلك يعني أن الشرع لا يعترف بها مطلقا بالنسبة للأب؛ أي أنه لا يترتب عليها أي أثر قانوني، ومن ذلك البنوة الطبيعية الناتجة عن محض الزنا دون شبهة ١٧، فهي وإن تحققت فعلا، تكون مجرد علاقة بيولوجية، لا شرعية لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا. ١٨

التعريف المختار : إذا كان الولد الشرعي هو الولد الذي لا يثبت نسبه للواطئ إلا إذا كان الوطء مستنداً إلى نكاح صحيح أو فاسد أو نكاح شبهة أو ملك يمين أو شبهة ملك يمين، فإن الولد غير الشرعي . بمفهوم المخالفة . هو الولد الذي ينتج عن وطء لا يستند إلى نكاح صحيح ولا نكاح شبهة أو ملك يمين...فهو نتيجة علاقة سفاح.

١٤ . فتاوى اللجنة الدائمة ، 20 / 387

١٥ . عالم دين شيعي من لبنان، من مواليد ١٩٦٦، حاصل على الدكتوراه في الفلسفة والاهليات من الجامعة العالمية للعلوم الإسلامية لندن ٢٠١٥، أستاذ الدراسات العليا في ماديّ الفقه والأصول في المعهد الشرعي الإسلامي.

١٦ . الولد غير الشرعي في الإسلام دراسة نقدية في التراث الفقهي والروائي والكلامي، حسين الخشن، ص : ١٩

١٧ . شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، الجزء الثالث الولادة ونتائجها، عبد الله السوسي الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء ٢٠١٠، ص : ١٦

١٨ . البنوة والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية دراسة قانونية وشرعية مقارنة، محمد الكشيبور، طبعة ٢٠٠٧، ص : ٢٠

المبحث الثاني : نسب الولد غير الشرعي بين مدونة الأسرة والعمل القضائي

المطلب الأول : نسب الولد غير الشرعي من جهة الأم

الفرع الأول : تساوي ثبوت البنوة الشرعية و غير الشرعية بالنسبة للأم

الأم تستوي لديها البنوة الشرعية والبنوة غير الشرعية سواء كانت العلاقة الجنسية بينها وبين الرجل شرعية أم غير شرعية فهي بنوة ثابتة في حق الأم، مرتبة لكافة آثارها بالنسبة لها، بغض النظر عن وصفها، وهو ما أشارت إليه مدونة الأسرة في المادة ١٤٦ حيث جاء فيها أنه : " تستوي البنوة للأم في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية " ١٩.

وبالتالي فإن الفرق بين البنوة الشرعية وغير الشرعية بالنسبة للأم إنما يكون في الصفة المعنوية والحكمية فقط، فالبنوة الشرعية مصدرها الحلال وغير الشرعية مصدرها الحرام، أما في الواقع وفي الأحكام التي تترتب عليها من الانتساب، والحرمة، والنفقة، والحضانة، وغير ذلك فلا فرق بينهما.

الفرع الثاني : أسباب قيام البنوة بالنسبة للأم

تختلف أسباب قيام البنوة باختلاف المصدر الذي نتجت عنه، فأسباب البنوة بالنسبة للأم ليست هي أسباب البنوة بالنسبة للأب، خاصة عند الحديث عن البنوة غير الشرعية التي لا ترتب أية آثار بالنسبة للأب، وبما أن البنوة تستوي بالنسبة للأم كيفما كانت طبيعتها فإنه لا فائدة من التمييز بين أسباب قيامها بالنسبة لها، فقد نصت المادة ١٤٧ من مدونة الأسرة على أنه تثبت البنوة بالنسبة للأم عن طريق :

. واقعة الولادة

. إقرار الأم طبقاً لنفس الشروط المنصوص عليها في المادة ١٦٠ بعد.

. صدور حكم قضائي بها.

. تعتبر بنوة الأمومة شرعية في حالة الزوجية والشبهة والاعتصاب.

يتضح من خلال هذه المادة السابقة أن أسباب البنوة بالنسبة للأم هي الولادة والإقرار وصدور حكم قضائي والزوجية أو الفراش والشبهة والاعتصاب، وهي نفسها أسباب لحق النسب بالنسبة للأب ما عدا الاعتصاب والولادة، حيث نصت المادة ١٥٣ من مدونة الأسرة على أنه : " أسباب لحق النسب : الفراش، الإقرار، الشبهة "، كما أن المشرع نص في الفقرة الأخيرة من المادة السالفة (١٤٧) بأن البنوة تكون شرعية

١٩ . مدونة الأسرة، المادة ١٤٦، صيغة محكمة بتاريخ ٢٩ يوليو ٢٠٢٣، ص : ٦٩

في حالة الزوجية والشبهة والاختصاب، مع العلم أن آثار البنوة الشرعية هي نفسها آثار البنوة غير الشرعية بالنسبة للأم مما يجعل الفقرة الأخيرة من المادة ١٤٧ مجرد حشو لا غير، وفي ما يلي ذكر لهذه الأسباب :

١ . **الفرش** : الفرش أو الزوجية حسب تعبير المادة ١٤٧ من مدونة الأسرة يعد سيد الأدلة في مجال

لحقوق النسب والبنوة الشرعيين، أما باقي الوسائل الأخرى فقد جاءت على سبيل الاحتياط ليس إلا. ٢٠. وفي مجال إثبات البنوة بالفرش تتساوى أحقية الأب مع أحقية الأم، حيث إن الولد ينسب إليهما معا، وفي ذات الوقت؛ لأن الأب الذي يستند إلى الفرش في إثبات البنوة عليه أن يعين الأم، والأم التي تستند على الأمومة على ذات السبب عليها أن تعين الأب ٢١، ويتم ذلك عادة بإثبات العلاقة الزوجية بينهما طبقا لأحكام المدونة.

وبذلك تعد قاعدة الولد للفرش من أهم الأصول المقررة في الشريعة الإسلامية، وهي أصل ثبوت البنوة والنسب، وسبب ذلك أن عقد الزواج يبيح الاتصال الجنسي بين الزوجين ويجعلهما مختصين ببعضهما، فإذا جاء بولد فاحتمال أنه منهما أقوى من غيرهما، لأن الأصل هو حمل الناس على الصلاح إلى أن يثبت العكس، ويترتب على ذلك أن الولد الذي يولد على فرش الزوجية يلحق بأبويه دون حاجة إلى إقرارهما أو الإدلاء ببينة على ذلك، فالأصل كما سبق الذكر حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الولد للفرش " ٢٢، وهو ما كرسه المشرع المغربي في مدونة الأسرة وقبلها قانون الأحوال الشخصية. ٢٣

٢ . **الشبهة** :

الشبهة في هذا المجال لا تختلف في أحكامها عن ما تم ذكره سلفا عن الشبهة في الفقه الإسلامي، والمقصود بالوطء المبني على الشبهة ألا يكون زنا، وأن لا يكون ملحقا بالزنا، ولا يكون بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد، ومثال على الغلط في القانون أن يتزوج رجل امرأة يعتقد أنه يجوز له التزوج بها ثم يتبين أنها محرمة عليه.

٢٠ . البنوة والنسب في مدونة الأسرة، مُجد الكشيبور، ص : ١٢

٢١ . البنوة والنسب في مدونة الأسرة، ص : 22

٢٢ . سبق تخرجه

٢٣ . دعاوى البنوة من خلال العمل القضائي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، سناء المغراوي، طبعة، السنة الجامعية 2009. 2010، ص : 18. بتصرف

فكل شبهة مثل هذه الحالة تمحو وصف الزنا عن الرجل والمرأة، لذلك إذا حصلت الشبهة ونتج عن هذه العلاقة بنوة فإن الولد ينسب إلى الواطئ بشبهة، كما يلحق بأمه في جميع الحالات ولو جاءت به خارج المدة المحددة شرعا ورغم انعدام وجود الفراش الشرعي بينهما. ٢٤

كما أن شرط تحقق الشبهة التي ترفع الحد هو الوطء، ويثبت بها النسب والبنوة كما هو الحال في فراش الزوجية، لذلك يشترط في إلحاق النسب والبنوة بها توفر حسن النية، أي عدم العلم بالحرمة، لذلك فهي نادرا ما تقع في الحياة اليومية ٢٥، وقد أكدت مدونة الأسرة على هذه الوسيلة في المادة ١٤٧ التي نصت على أنه: " تثبت البنوة ب... الشبهة " كما نصت المادة ١٥٣ منها على أن أسباب لحوق النسب هي الفراش والإقرار والشبهة، وهو نفس المقتضى الذي كانت تنص عليه مدونة الأحوال الشخصية في الفصل ٨٧ منها، حيث نصت على أنه: " الخالية من زواج إذا وطئت بشبهة وجاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها يثبت نسبه من الواطئ ".

ويلحق بموضوع الشبهة باعتبارها طريقا من طرق ثبوت البنوة الحالة التي يظهر فيها حمل بالمخطوبة وهذا الموضوع سنفرد له مبحثا خاصا في القادم من البحث إن شاء الله.

3. الإقرار

نظم المشرع المغربي الإقرار بالبنوة في المواد ١٦١ و ١٦٢ من مدونة الأسرة، إلا أنه يتحدث في هذه الفصول على إقرار الأب فقط، ولعل هذا الموقف استمده من الاتجاه الغالب في المذهب المالكي ٢٦، وهو الموقف الذي كان سائدا في مدونة الأحوال الشخصية من قبل، إلا أن الملحوظ أن مدونة الأسرة قد تراجعت عن هذت الموقف عندما نصت في المادة ١٤٧ على أنه تثبت البنوة بالنسبة للأم عن طريق الإقرار طبقا للشروط المنصوص عليها في المادة ١٦٠ من مدونة الأسرة، وهو ما يدل على أن المشرع قد راعى الخلاف وأخذ برأي الفقه الحنفي في اعتبار إقرار الأم إلى جانب إقرار الأب ٢٧، فمفهوم الإقرار في المذهب الحنفي أوسع من مفهومه عند فقهاء المالكية، حيث يشمل إقرار الأب بالبنوة، وإقرار الأم بالبنوة، وإقرار الولد المجهول

٢٤. ينظر: ثبوت النسب ونفيه في مدونة الأسرة/ مجلة القضاء والقانون، مجلد المهدي، عدد ١٥٤، ص: ١١١

٢٥. آثار الولادة والأهلية والنيابة الشرعية، جميلة أوحيدة، طبعة ٢٠٠٧، ص: ٩

٢٦. بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب أحمد الدردير، الشيخ أحمد الصاوي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ٣/٣٤٣

٢٧. الأحوال الشخصية، مجلد أبو زهرة، مطبعة دار الفكر العربي، ص: ٤٦٤

النسب بالأبوة، وإقراره بالأمومة، وهو نفس الموقف الذي سار عليه فقهاء الظاهرية^{٢٨} في صحة إقرار الأم بالبنوة.

٤ . الاغتصاب

إن المشرع المغربي جعل من الاغتصاب وسيلة من وسائل إثبات البنوة الشرعية بالنسبة للأم، من خلال المادة ١٤٧ من مدونة الأسرة، وهو أكد عليه حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتطوان، حيث جاء فيه : " لئن كانت المادة من مدونة الأسرة اعتبرت بنوة الأمومة تكون شرعية في حالة الاغتصاب، إلا أنها في المادة ١٤٤ جعلت البنوة الشرعية بالنسبة للأب تكون في حالات قيام سبب من أسباب النسب، ورتبت عنها جميع الآثار المترتبة على النسب شرعا " ٢٩. وتفاصيل ذلك وغيره سنستعرضه بتفصيل فيما سيأتي من مباحث هذا الفصل إن شاء الله.

٥ . واقعة الولادة

الولادة هي الوسيلة الطبيعية المألوفة التي تنجب بها المرأة، إذ لم يكن يتصور أن يتم الإنجاب دون هذه الوسيلة، وقد تتم هذه الأخيرة بصورة طبيعية، كما يمكن أن تتم عن طريق تدخل طبي بإجراء عملية جراحية يتم من خلالها إخراج الجنين من غير موضع خروجه المعتاد.

تثبت الأمومة بمجرد الحمل الظاهر والوضع ولا تطرح صعوبات في الإثبات، ولا تستوجب وجود الفراش من عدمه لذلك يجوز الالتجاء للشهادة لإثبات البنوة، كما يجوز من جهة أخرى إثبات الأمومة بمضمون الولادة كحجة رسمية ودليل قاطع على تحقق واقعة الميلاد. ٣٠

ويختلف مفهوم الشهادة في إثبات الأمومة عن مفهومها في إثبات الأبوة، لأن الأولى تقتصر على إثبات واقعة الولادة في حين إثبات الأبوة يعني إثبات الزواج الشرعي أو الفاسد أو الوطء بشبهة. والشهادة في إثبات الأمومة تكون بحضور امرأتين تبعا للفقهاء المالكي الذي يسمح بشهادتها في الولادة التي لا يطلع عليها إلا النساء.

٢٨ . المحلى بالآثار، ابن حزم الأندلسي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ١٩٨٤، ٣٢٣/١٠

٢٩ . حكم المحكمة الابتدائية بتطوان، ملف رقم 1437/07/13، حكم رقم 536 مؤرخ في 31/03/2008، منشور في سلسلة دراسات وأبحاث 2، قضايا الأسرة إشكالات راهنة ومقاربات متعددة، 1/242.

٣٠ . الأمومة والبنوة في أحكام الأحوال الشخصية، عماد فرحات، مجلة الأحوال الشخصية : أصالة وحداثة، مركز البحوث والدراسات والتوثيق للمرأة، تونس 2006، ص : 169

ومن الناحية القانونية، لا مانع يمنع اعتماد شهادة المولودات عموماً والأطباء الذين أشرفوا على عملية الولادة على وجه الخصوص، متى كانت هذه الشهادة مضبوطة لا يتسرب إلى مضمونها أي شك، ولم يوجه إليها أي طعن جدي، واقتنع قاضي الموضوع بفحواها. ٣١

وإذا ثبتت واقعة الولادة عن طريق الشهادة كانت صالحة لتكون وسيلة إثبات البنوة بالنسبة للأم، وهو ما أكدت عليه مدونة الأسرة في المادة ١٤٧ التي تنص على أن البنوة بالنسبة للأم تثبت عن طريق :
. واقعة الولادة ...

الفرع الثالث : تسجيل ابن الزنا بالاسم العائلي لأمه في سجلات الحالة المدنية

إن القوانين المنظمة للحالة المدنية بالمغرب لا تفرق فعلاً بين الطفل الشرعي وغير الشرعي . ابن الزنا . فيما يخص التصريح بولادتهما، فكان المفروض أن يتم تسجيل الثاني باسمه الشخصي طبعاً وبالاسم العائلي لأمه، ما دام أن الفصل ٦ من ظهير ١٩٥٠ ينص على أنه : " يترتب على التقييد في سجلات الحالة المدنية اختيار اسم عائلي من طرف المصريح إذا كان لا يتوفر على هذا الاسم "، ويكتسب ابن الزنا الاسم العائلي لأمه، بمقتضى نص الفصل ٨٣ من المدونة الذي ينص على : " أن البنوة غير الشرعية بالنسبة للأم كالشرعية لأنه ولدها، ومن المعلوم أن البنوة الشرعية المحال عليها ترتب الحق في الاسم بشقيه الشخصي والعائلي " .

وفعلاً فإن دورية وزارة الداخلية بتاريخ ١١ دجنبر ١٩٧٨ باتصال مع وزارة العدل قد أتاحت إعطاء الطفل غير الشرعي الاسم العائلي لأمه، ولكنها اشترطت لذلك حصولها على موافقة أبيها أو إخوانها إن وجدوا، وتطلبت أن تكون هذه الموافقة كتابية لتفادي أي تعرض قد يقع فيما بعد، وعند وجود الخلاف واستحالة التوفيق، يتعين كما أكدت على ذلك أيضاً الدورية رقم ١٣٠ بتاريخ ٣١ ماي ١٩٧٩، على ضابط الحالة المدنية أن يختار اسماً عائلياً لا ينتمي لأحد من كشاف الأسماء العائلية...٣٢.

على أن هناك إشكالا آخر يتمثل في أن الطفل غير الشرعي لا يكون له أب، وإنما أمه هي التي تقوم بالتصريح بولادته لدى ضابط الحالة المدنية، فيسجل باسمه متبوعاً باسم أمه الشخصي وباسمها العائلي إذا حصلت على الموافقة المطلوبة، ويبقى رسم الولادة مع ذلك خالياً من الإشارة إلى اسم الأب عملاً بمقتضيات

٣١ . البنوة والنسب في مدونة الأسرة، محمد الكشور، ص : ٣٦/٣٧

٣٢ . أحكام النسب في مستجدات قانون الأسرة، مقال الأستاذ الحسين بلحساني، نشر بصفحة مركز إدريس الفاخوري للدراسات والأبحاث في العلوم القانونية وجدة، بتاريخ ١ يوليوز ٢٠١٧.

ظهر ١٢ شنتبر ١٩٢٢ الذي يمنع أن تكتب برسوم الحالة المدنية لأولاد السفاح عبارة "أم مجهولة" أو "أب مجهول" أو غير مسمى أو ما شابه. فالأب يبقى مجهولا بالنسبة للطفل ولو كانت الأم تعرفه، وهو ما يؤدي إلى المساس بهويته، لذلك يقترح بعض الفقه أن تختار الأم باتفاق مع ضابط الحالة المدنية عند التصريح بالولادة اسما شخصيا صوريا للأب حتى يكون لهذا الطفل نسخة كاملة من رسم ولادته، ولكن يجب على ضابط الحالة المدنية أن يشير بصفة سرية بسجلات الحالة المدنية إلى أن الطفل مولود من أب مجهول. ٣٣

المطلب الثاني : نسب الولد غير الشرعي من جهة الأب

الفرع الأول : واقعة الزنا في القانون المغربي

إن المشرع المغربي عاقب على الزنا باعتبارها جريمة فساد بمقتضى الفصل ٤٩٠ من مجموعة القانون الجنائي، وعلى اعتبار أنها تخالف النظام العام الذي لا تكون لأي مجتمع قائمة بدونه، وكما هو معلوم في القانون المغربي أن العمل الواحد تترتب عليه مسؤوليتان؛ مسؤولية جنائية جزاؤها العقوبة، ومسؤولية مدنية جزاؤها التعويض، وهذا ما ينطبق بالضبط على عقوبة الزنا.

وبمقتضى الفصلين ٧٧ و ٧٨ من قانون الالتزامات والعقود ٣٤، تترتب المسؤولية المدنية على من يتسبب في إنجاب ولد طبيعي نتيجة خطئه، وقد يتحمل الأب الطبيعي وحده الخطأ كما في حالة الاغتصاب، وقد تتحملة الأم بالمشاركة مع الأب كما في حالة الفساد، وإذا تحققت المسؤولية يتعين الحكم على مرتكب الضرر بالتعويض، والتعويض بالنسبة للولد غير الشرعي يكون بالالتزام بالنفقة عليه وتعليمه إلى أن يبلغ سن الرشد القانوني. ٣٥

ويشترط لتحقيق جريمة الفساد حسب الفصل ٤٩٠ من مجموعة القانون الجنائي توفر ثلاثة أركان :

١ . علاقة جنسية

٣٣ . الإسم العائلي بالمغرب، مُجد الشافعي: 1999 دار وليلي للطباعة والنشر، مراكش، ص : 49

٣٤ . ينص الفصل ٧٧ من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي : " كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر، وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر. "

. ينص الفصل ٧٨ من نفس القانون على ما يلي : " كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر . والخطأ هو ترك م كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر. "

٣٥ . آفاق تطور قانون الأسرة خلال العشرين سنة القادمة، إبراهيم بحماني، مجلة في رحاب المحاكم، العدد 4، فبراير 2010، ص : 263

٢ . انتفاء العلاقة الزوجية بين الطرفين

٣ . القصد الجنائي

وتتحقق العلاقة الجنسية بفعل الواقعة، وعدم ارتباط الطرفين بعلاقة زواج، وأن لا يكون أحد الطرفين متزوج لأنه يكيف الفعل آنذاك خيانة زوجية، كما يشترط ألا يتصف الفعل الجنسي بوصف آخر كالاغتصاب أو هتك العرض، على أن يتوفر القصد الجنائي المتمثل في توجيه الجاني إرادته نحو ارتكاب الواقعة المكونة للركن المادي مع إحاطته بحقيقة فعله من الوجهة الواقعية والقانونية. ٣٦

الفرع الثاني : الرؤية القانونية للولد غير الشرعي

إذا كان المشرع المغربي بموجب المادة ١٤٦ من مدونة الأسرة والتي جاء فيها أنه : " تستوي البنوة للأم في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية "، فهو بذلك قد ساوى الطفل غير الشرعي وجعله في نفس المرتبة مع الطفل الشرعي في مواجهة والدته، لكنه في المقابل ميز بين هذا الطفل والطفل الشرعي بخصوص طبيعة وآثار علاقته بوالده حسب المادة ١٤٨ التي تنص على أنه : " لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية "، وهو بذلك يكون قد محق كل علاقة له بوالده.

إضافة إلى ذلك قام المشرع بتمييز واضح بين النسب والبنوة، وهذا ما يتضح من خلال المادتين ١٤٢ و ١٥٠ من مدونة الأسرة ٣٧، فيكون بذلك قصر النسب على الأب دون الأم، فالأب لا تثبت له إلا البنوة الشرعية، حيث جاء في المادة ١٤٤ من مدونة الأسرة أنه : " تكون البنوة شرعية بالنسبة للأب في حالة قيام سبب من أسباب النسب وتنتج عنها جميع الآثار المترتبة عن النسب شرعا ".

وبهذا يكون القانون المغربي واضحا وصريحا في تبنيه لموقف جمهور الفقهاء في مسألة نسب الولد غير شرعي والذي لازال محط خلاف فقهي، وبذلك تكون بنوة الطفل الذي ولد خارج إطار الزواج للأب البيولوجي غير مبررة لا شرعا ولا قانونا، ويحرمه بهذا من كل حقوقه المادية والمعنوية. وبالرغم من أن القانون المغربي يعتمد الخبرة الجينية لإثبات النسب، إلا أنه يحصرها فقط في القضايا والحالات المتعلقة بالبنوة الشرعية، . سواء زواج أو خطوبة . ويستثنى أبناء العلاقات غير الشرعية.

٣٦. محمد أشو، ص : ١٢٦

٣٧. تنص المادة ١٤٢ من مدونة الأسرة على أنه : " تتحقق البنوة بتنسل الولد من أبويه، وهي شرعية وغير شرعية ".

تنص المادة ١٥٠ من مدونة الأسرة على أنه : " النسب لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف ".

المطلب الثالث : نماذج قضائية في إثبات نسب الولد غير الشرعي

تنوعت الأحكام القضائية بالمغرب فيما يخص إثبات نسب ولد الزنا، وفقا لتكوين القاضي وتجربته، ومدى تشعبه بثقافة حقوق الإنسان، وإيمانه بالاجتهاد القضائي الذي قد يتجاوز في بعض الأحيان النص التشريعي أو الشرعي. والدليل على ذلك ما نشهده من أحكام قضائية مغربية متعلقة بالطفل المزداد خارج إطار الزواج و التي ترددت بين مؤيد لضرورة انتساب الولد لأبيه البيولوجي وبين رافض لذلك.

وسأقف وقفة تحليلية على نموذجين استثنائيين خارج المعمول به في القانون المغربي والمحاکم المغربية؛

والذي يخص :

- حكم ابتدائي قضى بثبوت صحة الزوجية، وبالتالي ثبوت النسب خارج إطار مؤسسة الزواج، وذلك باعتماد إجراء خبرة على الخلايا الوراثية، في ملف قضائي عرض على ابتدائية الرباط منذ عام ٢٠٠٤؛ وهو الحكم الذي أكدته استئنافية الرباط بتاريخ ٢٦/٦/٢٠٠٨.

- وقضية إثبات بنوة طفلة خارج إطار الزواج بالمحكمة الابتدائية بطنجة سنة ٢٠١٦؛ حيث قضت المحكمة بثبوت البنوة بين الطفلة وبين المدعى عليه اعتمادا على نتائج الخبرة الطبية التي أثبتت العلاقة البيولوجية بينهما، مميزة في هذا الصدد بين البنوة والنسب، مع دفع تعويض للمدعية نتيجة مساهمة المدعى عليه في إنجاب طفلة خارج إطار الزواج، إلا أن محكمة الاستئناف رفضت هذا القرار وكذلك محكمة النقض. تفاصيل ذلك وغيره في القادم من الكلام :

الفرع الأول : حكم ابتدائية الرباط سنة ٢٠٠٦

أثناء بحثي في مختلف المراجع الواقعية والافتراضية و كذلك على وسائل الإعلام عن الأحكام القضائية المتعلقة بثبوت نسب الولد خارج إطار الزواج أجد دائما الحكم القضائي عن المحكمة الابتدائية بطنجة يتصدر المنابر الإعلامية كونه سابقة قضائية بالمغرب... والحقيقة أن السبق في هذه الحالة كان للمحكمة الابتدائية بالرباط العاصمة وذلك منذ ٢٠٠٦.

حيث عرضت على ابتدائية الرباط ٣٨ منذ عام ٢٠٠٤ وكان لها السبق في الحكم بثبوت نسب الطفل نوفل لأبيه خارج مؤسسة الزواج باعتماد إجراء خبرة الخلايا الوراثية، بعدما أقرت بثبوت صحة الزوجية ٣٩،

٣٨ - حكم صادر بتاريخ 13/04/2006، ملف 10/1291/2003، منشور بمجلة قضاء الأسرة، العدد الثالث، دجنبر 2006.

٣٩ - إن الحكم الابتدائي القاضي بثبوت صحة الزوجية الصادر بتاريخ 13/04/2006 ملف 10/1291/2003 نشر بمجلة قضاء الأسرة العدد الثالث دجنبر 2006.

وهو الحكم الذي أيدته استئنافية الرباط بتاريخ ٢٨/٠٦/٢٠٠٦، وتتلخص وقائع هذه النازلة في كون سيدة كانت على علاقة منذ سنة ١٩٩٤ بشخص دون عقد زواج متزوج وله أبناء، وأثمرت هذه العلاقة عن إنجاب طفل بتاريخ ٠١/٠١/١٩٩٦ إلا أنه عندما أصبح الطفل في سن التمدرس فأتحت الأم والده في أمر مستقبله الدراسي، غير أن هذه الدعوة قوبلت من طرف الأب بالتغاضي وعدم الجدية إلى أن هجرها هي وابنها ٤٠. استأنف الحكم المذكور بتاريخ ٢٤/١٠/٢٠٠٧ حيث قضت محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ ٢٦/٠٦/٢٠٠٨ بتأييد الحكم الابتدائي وأن هذا القرار الأخير تم الطعن فيه بالنقض.

الفرع الثاني : قضية محكمة طنجة

نظرا لاشتهار هذه النازلة بين الرأي العام وعموم الخوض في تفاصيلها ومسائلها بالتحليل والتدقيق، فقد وقفت في غير ما موضع على أهم أبعادها القانونية خلاف القضية السابقة التي كلفتني بهذا ووكدا للوصول إلى بعض حقائقها، وهذه أهم تفاصيل قضية ثبوت النسب الطفلة غير الشرعية بمحكمة طنجة :

أولا : تفاصيل وقائع الحكم الابتدائي

- ١ . أقوال المدعي : وقد تقدمت امرأة بدعوى أمام قسم قضاء الأسرة بطنجة أواخر سنة ٢٠١٦، تعرض فيها أنها أنجبت بنتا من المدعى عليه، خارج إطار الزواج، ورفض الاعتراف بها، رغم إثبات الخبرة الطبية نسبها إليه، ملتزمة من المحكمة بالحكم ببنوة البنت لأبيها، وأدائه لنفقتها منذ تاريخ ولادتها.
- ٢ . أقوال المدعى عليه : وأجاب المدعى عليه بكون طلب المدعية غير مؤسس قانونا، على اعتبار الخبرة الطبية المدلى بها في الملف، وإن أثبتت العلاقة البيولوجية بينه وبين البنت، فإنها لا تثبت العلاقة الشرعية، وبأن النسب في مدونة الأسرة يثبت بالزواج الشرعي، وبأن البنوة غير الشرعية ملغاة للأب، ولا يترتب عنها أي أثر.
- ٣ . حكم المحكمة الابتدائية بطنجة : أصدرت المحكمة بتاريخ ٣٠ يناير ٢٠١٧ حكما معتمدة على حيثيات غير مسبوق، ومعلقة قرارها بنصوص من اتفاقيات دولية، ومن دستور المملكة؛ حيث جاء في حكمها:

- بالنسبة للاتفاقيات الدولية : حيث يؤخذ من الفقرة الأولى من المادة الثانية من اتفاقية حقوق الطفل التي صادق عليها المغرب بتاريخ ١٩٩٣/٦/٢١، أن القضاء يتوجب عليه إيلاء الاعتبار الأول لمصالح

٤٠ . إثبات النسب خارج إطار الزواج بين الواقع والقانون، سلمى مبتكر، طالبة باحثة بسلك الدكتوراه في القانون جامعة ابن زهر، أكادير، مقال في المجلة الإلكترونية : مغرب القانون، ٢٠٢١/٠٥/٠٢.

الأطفال الفضلى عند النظر في النزاعات المتعلقة بهم ٤١. كما تنص المادة ٧ من نفس الاتفاقية على أن الطفل يسجل بعد ولادته فوراً ويكون قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما. ٤٢ وتنص الاتفاقية الأوروبية بشأن حماية حقوق الطفل الموقعة بستراسبورغ بتاريخ ٢٥/١/١٩٩٦، والتي صادق عليها المغرب بتاريخ ٢٧/٣/٢٠١٤، في الفقرة الأولى من المادة السادسة على ما يلي: " في الإجراءات التي تشمل الطفل . تقوم السلطة القضائية . قبل اتخاذ القرار بدراسة هل لديها معلومات كافية تحت يدها من أجل اتخاذ قرار لصالح الطفل، وعند الضرورة الحصول على معلومات إضافية ."

وتنص المادة السابعة من نفس الاتفاقية والمتعلقة بواجب العمل بسرعة على أن: " في الإجراءات التي تشمل الطفل، تعمل السلطة القضائية بسرعة لتجنب أي تأخير غير لازم، وتكون الإجراءات مناسبة لضمان تنفيذها على وجه السرعة، وفي الحالات العاجلة تكون للسلطة القضائية الصلاحية، متى كان ذلك مناسباً، لاتخاذ القرارات التي تنفذ على الفور ."

- بالنسبة للدستور : تنص الفقرة الثالثة من المادة ٣٢ من دستور ٢٠١١ على أن: " الدولة تسعى لتوفير الحماية القانونية والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال بكيفية متساوية بصرف النظر عن وضعهم العائلي ."

وبناء على هذه النصوص، قضت المحكمة :

. الاعتراف بالبنوة من دون النسب : قضت المحكمة بثبوت البنوة بين الطفلة وبين المدعى عليه اعتماداً على نتائج الخبرة الطبية التي أثبتت العلاقة البيولوجية بينهما، مميزة في هذا الصدد بين البنوة والنسب الذي لا يؤخذ به وبمفاعيله إلا في حال البنوة الشرعية. ٤٣

٤١ . المادة 2 من اتفاقية حقوق الطفل : " تحترم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من أنواع التمييز، بغض النظر عن عنصر الطفل أو والديه أو الوصي القانوني عليه أو لوهم أو جنسهم أو لغتهم أو أصلهم القومي أو الإثني أو الاجتماعي، أو ثروتهم، أو عجزهم، أو مولدهم، أو أي وضع آخر ."

٤٢ . المادة 7 : " 1 . يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسية، ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما ."

2 . تكفل دول الأطراف أعمال هذه الحقوق وفقاً لقانونها الوطني والتزاماتها بموجب الصكوك الدولية المتصلة بهذا الميدان، ولا سيما حيثما يعتبر الطفل عديم الجنسية في حال عدم القيام بذلك ."

٤٣ . موقف الفقه والقضاء من البنوة غير الشرعية، المتدين سناء، باحثة في القانون الخاص، مقال من موقع مغرب القانون 24 شتنبر 2022.

التعويض للأُم بدلا عن النفقة للإبنة : وقد رفضت المحكمة طلب المدعية بإلزام المدعى عليه بتحمل نفقة البنت، وعللت المحكمة قرارها بكون النفقة من آثار النسب الشرعي، لكنها وفي أول سابقة لجأت إلى إعمال قواعد المسؤولية التصيرية ٤٤ لتلزم الأب البيولوجي بدفع تعويض للمدعية، نتيجة مساهمته في إنجاب طفلة خارج إطار الزواج.

فالتوجه الذي سارت إليه المحكمة يؤيدها فيه الدليل العملي الذي أنجزته وزارة العدل لتقريب المفاهيم وتوحيد التطبيق السليم لمقتضيات مدونة الأسرة والذي أقر : " إمكانية الرجوع إلى تطبيق القواعد العامة في باب تعويض الضرر الصادر عن الشخص الذي كان السبب في ولادة خارج الإطار المسموح به قانونا " ٤٥. **المسؤولية الجنائية للمدعى عليه :** حيث يؤخذ من الحكم الجنحي عدد ٤٣٤٥ بتاريخ ٢٠١٦/٠٣/١٦ في الملف ٢٠١٢/١٦/٢٧٨ الصادر عن المحكمة أن المدعى عليه توبع من أجل جنحة الفساد، وأدين بشهر واحد موقوف التنفيذ، وهو الحكم الذي أصبح نهائيا بعد تأييده استئنافيا

ولما ثبتت المسؤولية الجنائية للمدعى عليه بارتكابه للفعل الجرمي المذكور والذي نتج عنه ولادة الطفلة تكون العناصر القانونية لقيام المسؤولية المدنية ثابتة في نازلة الحال، وفقا لما ينص عليه الفصل ٧٧ من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه : " كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار ومن غير أن يسمح به القانون، وأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض عن الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر " ٤٦.

وهكذا ارتأت المحكمة بعد ثبوت علاقة البنية بين البنت والمدعى عليه، وما يستلزمه ذلك من رعايتها والقيام بشؤونها ماديا ومعنويا والحفاظ على مصالحها كمحضونة، وما يتطلب ذلك من مصاريف أن تمنح المدعية تعويضا يحدد في مائة ألف درهم.

٤٤ . يقصد بالمسؤولية عند إطلاق هذا المصطلح تحمل الشخص لنتائج وعواقب التقصير الصادر عنه أو عمن يتولى رقابته والإشراف عليه، أما في القانون المدني فتعني المؤاخذة عن الأخطاء التي تضر بالغير وذلك بإلزام المخطئ بأداء التعويض للطرف المتضرر وفقا للطريقة والحجم الذي يحددهما القانون، ويجب توفر ثلاثة عناصر لقيام المسؤولية عن الفعل الشخصي وهي : 1. الخطأ 2. الضرر 3. العلاقة السببية بينهما.

٤٥ . الدليل العملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1، 2004، ط الثانية، يناير 2006، ص : 97

٤٦ . موقف الفقه والقضاء من البنية غير الشرعية، مرجع سابق

ثانيا: حكم محكمة الاستئناف

أبطلت محكمة الاستئناف الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بطنجة، وبالتالي ألغى الحكم، وصدر قرار بتحمل الأم المدعية مصاريف المحكمة في الدرجتين، وهو الأمر الذي دفعها إلى نقل الملف إلى الدرجة الثالثة وهي محكمة النقض؛ حيث ارتأت الهيئة القضائية بمحكمة الاستئناف بتاريخ ٢٠١٧/١٠/٠٩، أن الحكم الابتدائي المطعون فيه وإن قضى بثبوت بنوة البنت للمشتكى به طبيعيا، فإن عدم حملها لاسمه العائلي واسمه الشخصي في رسم الولادة ودون أن تحظى برعايته ماديا ومعنويا كتلك التي يقرها القانون للأبناء الشرعيين كالمعدوم. ٤٧

وقد بنت محكمة الاستئناف قرارها على مجموعة من الحثيات ٤٨ :

- المشرع لو أراد أن يثبت الابن البيولوجي لمن تتصل منه لنص على ذلك صراحة، ولترتب آثارا على البنوة البيولوجية أسوة بالبنوة الشرعية، وأضاف القرار : " فضلا عن ذلك فإنه لما ثبت بأن العلاقة بين الطرفين كانت علاقة فساد (زنا)، فإنه من المعلوم فقها وقانونا أن ابن الزنا لا يلحق بالفاعل ولو ثبت بيولوجيا أنه تخلق من نطفته... ويكون الحكم مطعون فيه لما قضى بثبوت بنوة البنت للطاعن غير مرتكز على أساس، مما تقرر معه إلغاؤه ."

. اعتبار البنت أجنبية عن المستأنف عليه؛ أي الأب البيولوجي، وأن البنوة غير الشرعية لا يترتب عنها أية آثار كما نصت عليها المادة ١٤٨ من مدونة الأسرة، والآثار شاملة ولا يمكن أن نقصرها على الآثار المؤسسة للنسب. وأكد الحكم أن كلمة " آثار " يمكن أن تتصرف إلى غيرها، واستشهد بنص لابن حزم يقول فيه : " ابن الزنا لا يلحق مطلقا بأبيه فلا يترتب عن البنوة غير الشرعية أي أثر من آثار علاقة القرابة إطلاقا، فلا يرث الابن أباه ولا يرثه هو، ولا له عليه حق الأبوة، لا في بر ولا في نفق ولا في تحريم ولا في غير ذلك وهو منه أجنبي " ٤٩ .

وخلص قرار محكمة الاستئناف إلى أن الحكم الابتدائي الذي قضى ببنوة البنت لأبيها البيولوجي خارج مؤسسة الزواج غير مصادف للصواب فيما قضى به من تعويض لفائدة البنت، لذلك تقرر إلغاؤه، وقضت بإلغائه وتحميل الأم المصاريف على الدرجتين.

٤٧ . المرجع نفسه

٤٨ . المرجع نفسه

٤٩ . المحلى، 5/225

ثالثا: قرار محكمة النقض

- قضت محكمة النقض بتأييد الحكم الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف بطنجة والذي ألغى أول حكم يقضي ببنوة الابن الطبيعي وبتعويض لأمه، معتمدة على العلل التالية ٥٠:
- مبدأ سمو الاتفاقيات الدولية المصادق عليها على التشريعات الداخلية المنصوص عليه في ديباجة الدستور مشروط بضرورة العمل على ملاءمة هذه التشريعات مع ما تستوجبه عملية المصادقة عليها؛
 - الفصل ٣٢ من الدستور ينص على أن " الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي هي الخلية الأساسية للمجتمع "، والفصل ١٤٨ من مدونة الأسرة ينص على أنه: " لا يترتب عن البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية "، مما يجعل الحكم ببنوة الطفلة المولودة خارج إطار الزواج لأبيها البيولوجي حكما غير مبرر لا شرعا ولا قانونا؛
 - الفصل ٣٢ من الدستور ينصرف إلى المساواة بخصوص التمتع بالحقوق المدنية وتوفير الحقوق التي خولها المشرع كل في الإطار الذي حدده القانون؛
 - محكمة الاستئناف طبقت قواعد القانون وقواعد الفقه الإسلامي التي تعد بدورها بمثابة قانون، وهي تقر بأن ولد الزنا يلحق بالأم لانفصاله عنها بالولادة، بغض النظر عن سبب الحمل شرعي أو غير شرعي، ولا يلحق بالأب.
- وعليه قضت محكمة النقض بموجب قرارها الصادر بتاريخ ٢٩/٠٩/٢٠٢٠ برفض طلب النقض المقدم من طرف المدعية.

خاتمة:

إن المتمعن في وضعية الولد غير الشرعي في القانون المغربي والعمل القضائي يجد أن أحكامه متناثرة ومشتتة بين نصوص مختلفة، بحيث تتجاذبه عدة مقتضيات قانونية متباينة خصوصا في العمل القضائي.

ويمكن تلخيص ما توصلنا إليه من خلال هذا البحث فيما يلي :

- تنوعت المعاني الواردة في مدلول النسب بين معاني لغوية وأخرى قانونيا لنخلص إلى تعريف مختار فحواه أن النسب رابطة شرعية تربط المولود بوالديه نتيجة زواج صحيح بينهما، وهو الأمر الذي لا يستقيم من الناحية الإنسانية، فلا يمكن وصف الناس بمعيار الشرعية، أو القول مثلا هذا الطفل حلال والآخر حرام، فالشرعية لا تنقص شيئا من شرعيتهم.
- إن أول شيء قد يضر بالطفل هو وصفه بأنه غير شرعي، بما يحمله هذا المصطلح من حمولة قدحية قد لا يتحمل معها الطفل الضغط الذي سيتولد عليها.
- ومما استنتجناه في هذا البحث أن المشرع عطل النصوص الخاصة بالمسؤولية في مجال البتة غير الشرعية، بشكل أزم وضعية الولد غير الشرعي وحرمه من تعويض قد يخفف عنه المعاناة على الأقل من الناحية المادية، وحمل المسؤولية للأم وحدها في تربية الطفل بالرغم من أن الأب البيولوجي قد شاركها في الفعل الذي أدى إلى ولادة الطفل.
- التمييز بين البتة والنسب في العمل القضائي، وضرورة إزالة الغموض الذي يعتريهما، بحيث يجعلهما مفهومين لمفهوم واحد.

المصادر والمراجع

- معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين بن فارس، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر ١٣٩٣م/١٩٧٩ هـ،
المصباح المنير، لأحمد بن محمد الفيومي، المكتبة العلمية - بيروت
لسان العرب، ابن منظور، مادة " نسب "، دار المعارف، القاهرة،
المفردات في غريب القرآن، الحسين بن محمد الراغب الأصفهاني، تحقيق صفوان عدنان الداودي، دار القلم،
الدار الشامية، الطبعة ١، ١٤١٢ هـ،
تاج العروس من جواهر القاموس، محمد مرتضى الحس
يني الزبيدي، وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت، ٢٠٠١
الدليل العملي لمدونة الأسرة، وزارة العدل، المملكة المغربية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية
والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد الأول، ٢٠٠٤
التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، أحمد محمد لطفي أحمد، القاهرة، ٢٠٠٦،
في الأحوال الشخصية، أحمد المصطفي، لبنان، المؤسسة الحديثة، ٢٠٠٨
الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)،
أحكام الزواج، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط٦، ٢٠١٠
الولد غير الشرعي في الإسلام دراسة نقدية في التراث الفقهي والروائي والكلامي، حسين الخشن،
شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة،
الجزء الثالث الولادة ونتائجها، عبد الله السوسي التتاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء ٢٠١٠
البنوة والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية دراسة قانونية وشرعية مقارنة، محمد الكشور،
طبعة ٢٠٠٧
دعاوى البنوة من خلال العمل القضائي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، سناء
المغراوي، طبعة، السنة الجامعية ٢٠٠٩ . ٢٠١٠
ثبوت النسب ونفيه في مدونة الأسرة/ مجلة القضاء والقانون، محمد المهدي، عدد ١٥٤
أثار الولادة والأهلية والنيابة الشرعية، جميلة أوحيدة، طبعة ٢٠٠٧
بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب أحمد الدردير، الشيخ أحمد الصاوي، دار الكتب
العلمية بيروت لبنان
الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة، مطبعة دار الفكر العربي

- المحلى بالآثار، ابن حزم الأندلسي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ١٩٨٤
- الأمومة والبنوة في أحكام الأحوال الشخصية، عماد فرحات، مجلة الأحوال الشخصية : أصالة وحداثة، مركز البحوث والدراسات والتوثيق المرأة، تونس ٢٠٠٦
- الإسم العائلي بالمغرب، محمد الشافعي: ١٩٩٩ دار وليلي للطباعة والنشر، مراكش
- آفاق تطور قانون الأسرة خلال العشرين سنة القادمة، إبراهيم بحماني، مجلة في رحاب المحاكم، العدد ٤، فبراير ٢٠١٠
- إثبات النسب خارج إطار الزواج بين الواقع والقانون، سلمى مبتكر، طالبة باحثة بسلك الدكتوراه في القانون جامعة ابن زهر، أكادير، مقال في المجلة الإلكترونية : مغرب القانون، ٢٠٢١/٠٥/٠٢
- موقف الفقه والقضاء من البنوة غير الشرعية، المتدين سناء، باحثة في القانون الخاص، مقال من موقع مغرب القانون ٢٤ شتنبر ٢٠٢٢