

محمد أشو

# الولد غير الشرعي في القانون المغربي

الحماية والقصور

رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

مكناس 2013

## مقدمة:

يتزايد الاهتمام بالطفل يوما بعد يوم، بعدما تأكد دوره في الأسرة وتأثيره على المجتمع، فهو دخر الوطن بسواعده تتحقق استمرارية خطط التنمية، فهو إنسان في طور النمو، ورجاء المستقبل بالنسبة لأسرته ومجتمعه ووطنه.

لذا نجد جل التشريعات تحرص على هذه اللبنة المستقبلية للمجتمع وتحيطها بالحماية في قوانينها المدنية والاجتماعية والجنائية، لكي تمنعه من عواقب الانحراف وتسلك به الطريق السوي إلى الغاية التي ينشدها كل شخص في حياته.

وقد أكدت جل الشرائع السماوية على حماية الطفل تطبيقا لمبادئ حماية الإنسان، لما لهذا الأخير من مكانة في هذه الديانات، وأفردت له أحكاما وقواعد خاصة تعيد له الاعتبار وتحد من الممارسات التي كانت تمارس عليه من قبل، وقد أرست الشريعة الإسلامية مبادئ لرعاية الطفولة، وحرصت على رعايتها في جميع مراحل وجودها من خلال تنظيم محكم، بحيث لم تترك مجالا لانتهاك حقوقها، وأحاطتها بسياس منيع من المقتضيات الحمائية التي أعادت لها الاعتبار بعدما كانت في وضعية دنيا تنتهك فيها حقوقها لأبسط الأسباب، فقال تعالى: "ولا تقتلوا أولادكم من إملاق نحن نرزقكم وإياهم"<sup>1</sup>، كما أقرت حق الطفل في الحياة واستنكرت الممارسات الشنيعة التي كانت تمارس عليه قبل الإسلام فقال تعالى: "وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ"<sup>2</sup>، و يقول تعالى: "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"<sup>3</sup>.

ولم يكن المجتمع الدولي بمعزل عن هذه الحماية، حيث توسعت اهتماماته بوضعية الطفل بعد الحروب التي عرفها العالم والتي خلفت وراءها ملايين الأطفال اليتامى والمشردين، فتم

<sup>1</sup>: سورة الأنعام، الآية 152.

<sup>2</sup>: سورة التكاوير، الآية 8.

<sup>3</sup>: سورة البقرة، الآية 233.

إبرام عدة مواثيق دولية، و مجموعة من الإعلانات العالمية التي قررت تمتيع الطفل بالحماية اللازمة.

وقد بدأ الاهتمام بوضعية الطفولة منذ عشرينيات القرن الماضي مع إعلان جنيف لسنة 1924، والذي ظهرت معه البوادر الأولى لحماية الطفولة، حيث نص المبدأ الأول من الإعلان على أنه: " يجب أن يتمتع الطفل بجميع الحقوق المقررة في هذا الإعلان، ولكل طفل بلا استثناء أن يتمتع بهذه الحقوق دون أي تفريق أو تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي سياسيا أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو النسب أو أي وضع آخر يكون له أو لأسرته"، وبعد الحربين العالميتين زاد الاهتمام بهذه الفئة عن طريق إعلان هيئة الأمم المتحدة لحقوق الطفل لسنة 1959، الذي تضمن من بين مبادئه حق جميع الأطفال بالتمتع بالحقوق دون أي تمييز، والذي جاء مكملًا للإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 دجنبر 1948، الذي أكد على إحاطة الطفل بالحماية الاجتماعية الخاصة سواء كان هذا الطفل ثمرة علاقة شرعية أم غير شرعية، حيث ينص البند الثاني من المادة 25 من هذا الإعلان على أنه: " للأمومة والطفولة الحق في مساعدة ورعاية خاصتين، وينعم كل الأطفال بنفس الحماية الاجتماعية سواء أكانت ولادتهم ناتجة عن رباط شرعي أو بطريقة غير شرعية"، بالإضافة إلى العهدين الدوليين المتعلقين بالحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966، التي عززت الحماية السابقة.

لما كانت وضعية الطفل على الصعيد الدولي مستقرة في مركزها السابق حيث لم تؤثر المواثيق على وضعيته داخل أغلب الدول لأسباب مختلفة، قرر المنتظم الدولي إصدار اتفاقية خاصة بحقوق الطفل بتاريخ 20 نوفمبر 1989 التي جاءت من جهة لتوحيد المعايير وتبيان الحد الأدنى من الحقوق التي يمكن أن يتمتع بها هذا الأخير، وبمثابة الدليل أمام تشريعات الدول وسياسات الأمم بشأن حقوق صغار السن، سواء على مستوى ضبط الممارسات في مجال التعامل مع هذه الفئة، أو من أجل توفير ما يحتاجون إليه من رعاية،

بالإضافة إلى توفير الحماية القانونية لهم في ظل ظروف تسودها الحرية و الكرامة والأمن من جهة أخرى.

والطفل حسب اتفاقية حقوق الطفل هو ذلك الشخص الذي لم يتجاوز بعد الثامن عشر سنة من عمره، وهي الفترة الممتدة من ولادته إلى أن يصبح قادرا على القيام بشؤونه بنفسه. وبما أن المغرب طرف في إتفاقية حقوق الطفل التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نونبر 1989، التي صادق عليها في 12 يوليوز 1993،<sup>1</sup> فإنه عمل على إدخال عدة تعديلات على قوانينه الداخلية بشكل تحترم معه المعايير الدولية لرعاية الطفل. لكن مع تعقد الحياة الاجتماعية وتغير أنماطها، بفعل التطور المستمر الذي يعرفه المجتمع في جميع المجالات، برزت فيه الحاجة إلى مزيد من الحماية لهذه الفئة الهشة من المجتمع.

وكنتيجة لهذه التغيرات أيضا ظهرت في المجتمع فئة من الأطفال لا تشملها الحماية لعدة أسباب، هذه الفئة يصطلح عليها "الأطفال غير الشرعيين"، والتي تشكل مظهرا من مظاهر الاختلالات المجتمعية الأكثر حساسية، وهي ظاهرة عالمية لا يكاد يخلو منها أي بلد من البلدان، إلا أن دائرة حجمها تختلف باختلاف ضابط القيم داخل كل مجتمع.

والطفل غير الشرعي أو الولد غير الشرعي أو الطفل الناتج خارج مؤسسة 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 لن يغير شيئا من وضعيته. فكل طفل ثمره علاقة جنسية خارج إطارها الشرعي، يعد طفلا غير شرعي لا يعترف به الشرع ولا القانون.

<sup>1</sup>: الجريدة الرسمية عدد 4440، بتاريخ 8 شعبان 1417، 19 دسمبر 1996، ص 2847.

وقد تطرقت مدونة الأسرة<sup>1</sup> للطفل غير الشرعي من خلال الكتاب الثالث المتعلق بالولادة ونتائجها، عند تنظيمها لمقتضيات البنوة وذلك في المواد من 142 إلى 149، حيث ميزت بين البنوة الشرعية وغير الشرعية، وعرفت المادة 142 البنوة بأنها: "تتحقق البنوة بتتسل الولد من أبويه، وهي شرعية وغير شرعية" فهي بذلك تتحقق بالعلاقة المادية أو البيولوجية بين الولد وأبويه، و تكون البنوة مرتبطة ارتباطا وثيقا بمؤسسة الزواج، فتكون شرعية في وجودها وتكون غير شرعية في عدم وجودها، كما أنها ترتبط ارتباطا وثيقا بالنسب، في شقها المتعلق بعلاقة الولد بأبيه.

وإذا كانت البنوة الشرعية تستلزم توفر أسباب قيام النسب، فإن البنوة غير الشرعية بالعكس تكون عند انعدام هذه الأسباب، ويعبر عادة عن الطفل في هذه الحالة بالطفل غير الشرعي، أو الولد الناتج خارج إطار الزواج، أو ابن الزنا، أو اللقيط، فكلها مصطلحات تدخل ضمن مؤسسة البنوة غير الشرعية، وهو موضوع البحث الذي سنتناوله، فيما ما سيأتي بعده، وإن اخترنا له عنوان "وضعية الولد غير الشرعي في القانون المغربي"، فقد راعينا فيه الاعتبارات اللغوية والقانونية، فعبارة "الولد" إسم يجمع الواحد والكثير والذكر والأنثى، بعكس عبارة "الطفل" أو "الإبن" التي تنعكس على جنس الذكر فقط دون الأنثى.

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

وقد أصبغ المشرع المغربي حمايته على الطفل ابتداء من أسمى قانون في البلاد المتمثل في الدستور<sup>2</sup> والذي نص على ضرورة الاهتمام بالأسرة كلبنة أساسية للمجتمع، وأكد على

<sup>1</sup>: ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة.

<sup>2</sup>: ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور.

الأسرة الشرعية التي تشكل المناخ الطبيعي والملائم للطفل، والذي يوفر له الحماية، كما أكد على توفير الحماية القانونية والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال، بكيفية متساوية، بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية،<sup>1</sup> ومن بعده مدونة الأسرة خاصة المادة 54 منها، و قانون الجنسية والحالة المدنية في ما يتعلق بهويته، وقانون الكفالة والقانون الجنائي والقانون المدني وقوانين أخرى.

ومن هنا يتضح مدى أهمية دراسة موضوع الولد غير الشرعي، خاصة على المستوى القانوني لعدة أسباب:

أولاً: وجود تباين قانوني في الحقوق المعترف بها للطفل انطلاقاً من معيار الشرعية، الذي يميز بين الأطفال على أساس طبيعة المصدر المنشئ لهم، مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية متفاوتة في حماية الطفل، والحفاظ على حقوقه المعترف بها دولياً وشرعاً وقانوناً.

ثانياً: الوضعية المزرية التي تعيشها الطفولة بصفة عامة والأطفال الناتجين عن علاقات خارج الزواج بصفة خاصة، وضعف الرعاية القانونية والاجتماعية المخولة لهذه الفئة والتي كرسَتْ لنظرة المجتمع القذحية لها.

ثالثاً: تزايد أعداد الأطفال غير الشرعيين بشكل دقت معه منظمات المجتمع المدني المهمة ناقوس الخطر، وتزايدت معه المطالبات بتسوية وضعيتهم، بالإضافة إلى نظرة المجتمع لهذه الفئة العريضة، بحيث لم تجد لها مكان بعد لتستقر فيه.

رابعاً: ضعف الضمانات القانونية التي منحها المشرع للطفل غير الشرعي، وانعكاسها على المجتمع، مما أدى إلى ظهور ظواهر اجتماعية مرتبطة بالبنوة غير الشرعية، تزود الشارع بجيوش من الأطفال في وضعية صعبة، مما يستنزف معه طاقة الدولة التي تحاول محاربة هذه الظواهر.

---

<sup>1</sup>: ينص الفصل 32 من دستور المملكة المغربية على أنه: "الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي هي الخلية الأساسية للمجتمع. تعمل الدولة على ضمان الحماية الحقوقية والاجتماعية والاقتصادية للأسرة، بمقتضى القانون، بما يضمن وحدتها واستقرارها والمحافظة عليها. تسعى الدولة لتوفير الحماية القانونية، والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال، بكيفية متساوية، بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية. التعليم الأساسي حق للطفل وواجب على الأسرة والدولة. يحدد مجلس استشاري للأسرة والطفولة."

**خامسا:** يشكل موضوع الطفل غير الشرعي، من بين المواضيع التي لم تتل الاهتمام اللازم من طرف الدراسات الأكاديمية والجامعية، بحيث لم يعره الباحثون القانونيون أي اهتمام بالرغم من أنه يرتبط ارتباطا وثيقا بالواقع المعيش، باستثناء الدراسات الاجتماعية التي حاولت رصد تطور هذه الظاهرة في المجتمع.

**سادسا:** صعوبة الخوض في موضوع الطفل غير الشرعي، لأنه يشكل موضوعا من المواضيع المسكوت عنها في المجتمع بالرغم من انتشارها انتشار النار في الهشيم، وذلك راجع لارتباطها بالأخلاق والقيم التي يقوم عليهما النظام العام المغربي.

ومن تم كان الباعث في اختيار الموضوع مرتبط أساسا من أهميته الحالية والمستقبلية، وكذا تغذية الرغبة في البحث عن وضعية الطفل غير الشرعي من خلال مؤسسة البنوة، وارتباطها بالنسب، وبمؤسسات أخرى قريبة منها.

ويطرح الموضوع إشكالية محورية تتمثل في: ما هي وضعية الولد غير الشرعي في القانون المغربي؟ وتتناول عن هذا الإشكال مجموعة من التساؤلات نوردتها على الشكل التالي:

من هو الطفل غير الشرعي؟ وما الفرق بينه وبين غيره من الأطفال من الناحية اللغوية والقانونية؟

ما هو مركز الطفل غير الشرعي في مدونة الأسرة؟ هل استطاع المشرع من خلالها حماية الأطفال الناتجين عن علاقات غير شرعية؟

إلى أي مدى وفرت الحماية الاجتماعية المتمثلة في الكفالة والرعاية الاجتماعية الاستقرار النفسي والمادي للطفل غير الشرعي؟

ما هو مركز الولد غير الشرعي في قانون الحالة المدنية؟ و ما موقعه في قانون الجنسية؟ وإلى أي حد استطاع القانونين حماية الطفل في هويته؟

تم ما علاقة الإنجاب الصناعي بالولد غير الشرعي؟ وكيف تعامل المشرع المغربي مع هذا المستجد العلمي؟

أين تتجلى حدود الحماية التي خولها المشرع للولد غير الشرعي؟ وما هي انعكاسات هذه المحدودية على حقوقه ؟

لمن ينسب الولد غير الشرعي؟ وما هو دور الخبرة الطبية في حماية نسبه وإثباته؟ وكيف تعامل المشرع مع قواعد المسؤولية في مجال البنوة غير الشرعية؟  
هل استطاع المشرع الجنائي الحد من الانتهاكات التي يتعرض لها الولد غير الشرعي قبل وبعد ولادته؟ ما هي أوجه الحماية وما هي أوجه القصور؟

لمحاولة الإجابة عن كل هذه الأسئلة الرئيسية والفرعية وغيرها والتي يثيرها موضوع " الولد غير الشرعي في القانون المغربي"، ارتأينا اعتماد منهج وصفي تحليلي ونقدي ومقارن، من خلال وصف ما هو كائن في المنظومة القانونية المغربية، وتحليله بأسلوب نقدي موضوعي، مع الاستشهاد بأحكام الفقه الإسلامي والقانون المقارن، وذلك من خلال تقسيمنا للموضوع إلى فصلين، نتطرق في **الفصل الأول** إلى تجليات الحماية التي خولها المشرع للولد غير الشرعي من خلال مدونة الأسرة، وقانون كفالة الأطفال المهملين والرعاية الاجتماعية، وفي جنسيته وحالته المدنية، وفي **الفصل الثاني** سنتطرق إلى محدودية الحماية التي اقرها المشرع المغربي للولد غير الشرعي، من خلال إبراز ملامح القصور التي تعترى القانون المغربي بالمقارنة مع بعض القوانين الأخرى، سواء في ما يتعلق بتقرير النسب واعتماد الخبرة الطبية كآلية لتعزيز حمايته، أو في ما يخص قواعد المسؤولية في مجال البنوة غير الشرعية، أو في ضعف الحماية الجنائية للولد غير الشرعي وذلك على الشكل التالي:

**الفصل الأول: تجليات الحماية القانونية المقررة للولد غير الشرعي.**

**الفصل الثاني: محدودية الحماية التي اقرها المشرع للولد غير الشرعي.**

## الفصل الأول : تجليات الحماية المقررة للولد غير الشرعي.

إلى عهد قريب لم يكن الولد غير الشرعي يشكل موضوعا مؤرقا، ولا الناس كانوا يهتمون بحقوقه وواجبات المجتمع اتجاهه، لكن مع تعقد الحياة الاجتماعية، تبعا لتغير أنماطها، تفاقمت قضية الولد غير الشرعي وبات يشكل موضوعا يؤرق المجتمع و يبين الوضعية الهشة التي يوجد عليها الطفل بصفة عامة، بل ويزود الشارع بجيوش من صغار السن محرومة من أبسط حقوقها.

فكان من اللازم إفراد هذه الفئة بعناية خاصة وحماية قانونية زائدة، وتوفير الجو الملائم لحسن تربية وتكوين هذا النشء وتهيئته لمواجهة الحياة، ويأتي التشريع في المقام الأول لأنه بدون إجبار قد لا يلتزم الكبار باحترام الواجبات الملقاة على عاتقهم تجاه الصغار.

وهو ما كان ولايزال يصبوا إليه المشرع المغربي من خلال تنصيبه على عدة مقتضيات تصب في حماية هذا الأخير، من خلال حمايته في أسرته وفي محيطه، وما يتشعب عليها من حقوق وواجبات، وذلك تطبيقا لقواعد الشريعة الإسلامية التي تدعوا إلى العناية بالطفل وتهيئ كل الظروف ليعيش حياة كريمة.

أما القانون الوضعي فنجد يدعوا بإلحاح للاهتمام بالطفل طاقة المستقبل من خلال حمايته في هويته وفي جنسيته و حالته المدنية، وإعطاءه الحق في أسرة بديلة في حالة فقدان أسرته الأصلية، وتخويله الحماية الاجتماعية أسوة بجميع الأطفال الصغار .

وقد ارتأينا تقسيم هذه الحماية إلى الحماية الاجتماعية والكفالة في (مبحث ثاني)، وحمايته في هويته المتمثلة في الجنسية والحالة المدنية في (مبحث ثالث)، لكن قبل ذلك تحدثنا عن نطاق الولد غير الشرعي من حيث المفهوم والأحكام في (مبحث أول).

## المبحث الأول: نطاق الولد غير الشرعي من حيث المفهوم والأحكام.

تكتسي البنوة بصفة عامة طبيعة مزدوجة من حيث كونها حقا أولا ثم من حيث كونها في نفس الوقت صفة قانونية تتجم عنها أثارا تأخذ شكل حقوق وواجبات متبادلة.

و إذا كان المشرع لم يعطي تعريف دقيقا وشافيا للبنوة فإنه في مقابل ذلك على الأقل تدخل من أجل تصنيفها إلى صنفين أولهما بنوة شرعية وثانيها بنوة غير شرعية.<sup>1</sup>

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 مجموعة من القواعد المنظمة للبنوة الشرعية لتشمل الأطفال الناتجين عن علاقات خارج الزواج الصحيح ورتب عنها أثار البنوة الشرعية، كما اعتبر البنوة شرعية بالنسبة للأم ترتب آثارها بغض النظر عن مصدرها، وعليه سنتطرق لماهية البنوة غير الشرعية في مطلب أول، ولدور وسائل الإنجاب الحديثة في تغيير المفهوم التقليدي للبنوة في مطلب ثاني.

### المطلب الأول: ماهية البنوة غير الشرعية.

للبنوة مفهوم محدد في اللغة والاصطلاح، وهي قد تكون شرعية وقد تكون غير شرعية ، كما أن لها أسباب تثبت بها وتنتفي بانتفائها ، وهي التي تحدد المركز القانوني والشرعي للأبناء الناتجين عنها فإذا كانت بنوة شرعية كان الأولاد أبناء شرعيين والعكس صحيح ، وبالتالي فهي تشكل الوعاء الحمائي بالنسبة للأبناء، والبنوة غير الكفالة بحيث أن هذه الأخيرة مؤسسة مستقلة بذاتها كما أنها في نفس الوقت مكملة لمؤسسة البنوة، وهو ما سنوضحه فيما سيأتي.

### الفقرة الأولى: مفهوم الولد غير الشرعي ووسائل ارتباطه بأمه.

<sup>1</sup>: تنص المادة 147 من مدونة الأسرة على انه: " تتحقق البنوة بتتسل الولد من أبويه وهي شرعية وغير شرعية."

سنقسم الحديث عن ماهية البنوة غير الشرعية إلى تعريفها في بند أول وأسباب قيامها في بند ثان.

### أولاً: تعريف البنوة غير الشرعية.

البنوة في التعريف اللغوي كلمة مشتقة من الإبن، والإبن الولد و أصله بني أو بنو ويجمع على أبناء.

وقد جاء في لسان العرب : "والإسم البنوة مصدر الإبن ، ويقال ابن بين البنوة ويقال تبنيته ، أي ادعيت بنوته وتبناه اتخذه ابناً، وقال الزجاج: تبني به يريد تبناه، وفي حديث أبي حذيفة: أنه تبني سالماً، أي اتخذه ابناً وهو تفعل من الإبن، والنسبة إلى الأبناء بَنَوِيٍّ وَأَبْنَاوِيٍّ..."<sup>1</sup>.

ومن الناحية الاصطلاحية ، اعتبرت المادة 142 من مدونة الأسرة أن البنوة تتحقق عادة بتنسل الولد من أبويه معا ، وهي قد تكون شرعية وقد تكون غير شرعية حسب الأحوال ، ومن هنا يتبين أن البنوة تمثل النتيجة الطبيعية للتوالد الذي يكون ثمرة اتصال جنسي بين ذكر وأنثى - أي رجل وامرأة - حيث يكون الولد في هذه الحالة ابناً طبيعياً لطرفي العلاقة التي كانت سبباً في وجوده ، والمقصود هنا العلاقة الجنسية التي تمت بينهما ، والتي تحتاج إلى شروط محددة أخرى كي تكون شرعية<sup>2</sup>.

هذا فيما يخص البنوة بصفة عامة، أما وصف البنوة بأنها غير شرعية فذلك يعني أن الشرع لا يعترف بها مطلقاً بالنسبة للأب، أي أنه لا يرتب عليها أي أثر قانوني، ومن ذلك البنوة الطبيعية الناتجة عن محض الزنا دون شبهة<sup>3</sup>، فهي وإن تحققت فعلاً، تكون مجرد علاقة بيولوجية، لا شرعية لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>: ابن منظور ، لسان العرب، المجلد الأول، الهمة- الجيم ، ص 364 وما بعدها.

<sup>2</sup>: محمد الكشور، البنوة والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية دراسة قانونية وشرعية مقارنة، دون ذكر المطبعة، طبعة 2007-1428، ص 19.

<sup>3</sup>: عبد الله السوسي التتاني، شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي و أدلتها، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، الجزء الثالث الولادة ونتائجها، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2010، ص 16.

<sup>4</sup>: محمد الكشور، م س، ص 20.

وعليه فإنه إذا لم يتوفر للأب سبب قانوني مما يجعل البنوة شرعية بالنسبة إليه، كالفراش أو الإقرار أو الشبهة، كانت هذه البنوة غير شرعية، أي مجرد علاقة بيولوجية لا يعترف بها المشرع ولا يرتب عليها بالنسبة لهذا الأب أي أثر قانوني، بعكس الأم التي 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،<sup>1</sup> وهو ما أشارت إليه مدونة الأسرة في المادة 146 حيث جاء فيها أنه: "تستوي البنوة للأم في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية". 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، والتوارث، والحرمة، والنفقة، والحضانة، وغير ذلك فلا فرق بينهما.<sup>2</sup>

ومتى تأكدت البنوة غير الشرعية فإنه لا تقبل التصحيح مطلقاً، ما لم يتم ذلك عن طريق الإستلحاق أو عن طريق شبهة الخطبة في حالة توفر شروطهما بعكس بعض الأنظمة القانونية التي تقبل بتصحيح البنوة متى نشأت غير شرعية.<sup>3</sup>

وتتحقق البنوة حسب مدونة الأسرة عن طريق تتسل الولد من أبويه، وهذا التتسل يختلف بحسب الجهة المتتسل منها، فتتسله من أمه يكون بخروجه من رحمها، عن طريق الولادة عادة، سواء في إطار زواج أو شبهة أو اغتصاب أو زنا، فكل مولود جاء من إحدى هذه الطرق هو ابن للمرأة التي ولدته، أما تتسله من أبيه فيكون بتخلقه من مائه، سواء في إطار زواج أو شبهة أو اغتصاب أو زنا، فكل مولود خلق من ماء الرجل في إحدى هذه

<sup>1</sup> Omar Mounir, La Moudawana le nouveau Droit de la Famille au Maroc, présentation et analyse texte intégral en français, Edition MARSAM, Rabat 2005, p79.

<sup>2</sup> عبد الله السوسي التتاني، م س، ص 18.

<sup>3</sup> الفصل 329 من القانون المدني الفرنسي:

"Lorsque la présomption de paternité a été écartée en application de l'article 313, chacun des époux peut demander, durant la minorité de l'enfant, que ses effets soient rétablis en prouvant que le mari est le père. L'action est ouverte à l'enfant pendant les dix années qui suivent sa majorité".

الحالات يعتبر ابنا له<sup>1</sup>، مع التميز بين البنوة الشرعية وغير الشرعية حسب الحالات المذكورة.

انطلاقا مما سبق يمكن أن نحدد الحالات التي يكون فيها الولد "غير شرعي"، بنظر الشرع والقانون في:

- الحالة التي ينتج فيها عن علاقة غير شرعية، أي خارج إطار العلاقة الشرعية المتمثلة في رابطة الزواج، أي عن محض الزنا.
- الحالة التي تكون فيها علاقة زواج، و يتقرر نفي نسبه بواسطة اللعان أو اختلال شرط من شروط الفراش.
- الحالة التي يثبت فيها أن الولد ليس من ماء الزوج بواسطة الخبرة الطبية، عن طريق نفي نسبه.
- الحالة التي يثبت خطأ في حالة التلقيح الاصطناعي بسبب اختلاط المني أو النطفة أو البويضة الملقحة مع أخرى.
- حالة التي ينتج فيها عن الزواج الباطل مع ثبوت سوء نية الأب ( بمفهوم المخالفة للمادة 58 من مدونة الأسرة).

**ثانيا: أسباب قيام البنوة بالنسبة للأم.**

تختلف أسباب قيام البنوة باختلاف المصدر الذي نتجت عنه هذه البنوة فأسباب البنوة بالنسبة للأم بذلك 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 147 من مدونة الأسرة على انه تثبت البنوة بالنسبة للأم عن طريق:

- واقعة الولادة.

<sup>1</sup>: سناء المغراوي، دعاوى البنوة من خلال العمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، طنجة، السنة الجامعية 2009.2010، ص 12.

- إقرار الأم طبقاً لنفس الشروط المنصوص عليها في المادة 160 بعده.

- صدور حكم قضائي بها.

تعتبر بنوة الأمومة شرعية في حالة الزوجية والشبهة والاغتصاب".

يتضح من خلال هذه المادة السالفة أن أسباب البنوة بالنسبة للأم هي الولادة و الإقرار و صدور حكم قضائي و الزوجية أو الفراش والشبهة والاغتصاب وهي نفسها أسباب لحق النسب بالنسبة للأب باستثناء الاغتصاب و الولادة ، حيث نصت المادة 153 من مدونة الأسرة على أنه: "أسباب لحق النسب: الفراش ، الإقرار، الشبهة"، كما أن المشرع نص في الفقرة الأخيرة من المادة السالفة (م 147) بأن البنوة تكون شرعية في حالة الزوجية والشبهة والاغتصاب ، مع العلم أن آثار البنوة الشرعية هي نفسها آثار البنوة غير الشرعية بالنسبة للأم مما يجعل الفقرة الأخيرة من المادة 147 مجرد حشو لا غير وفي ما يلي ذكر لهذه الأسباب:

#### • الفراش أو الزوجية.

الفراش أو الزوجية حسب تعبير المادة 147 من مدونة الأسرة يعد سيد الأدلة في مجال لحق البنوة والنسب الشرعيين أما باقي الوسائل الأخرى فقد جاءت على سبيل الاحتياط ليس إلا<sup>1</sup>.

ويقصد بالفراش عادة إما عقد الزواج ، وإما أثره الذي يسمح للزوجين بالمواقعة في إطار شرعي ، بحيث يصيران فراشا لبعضهما ، تستمتع الزوجة بزوجه و يستمتع الزوج بزوجه ، كما يعبر عنه بأنه الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة<sup>2</sup>.

والسند الشرعي لاعتماد الفراش في إثبات البنوة والنسب هو ما رواه البخاري ومسلم عن ابن شهاب الزهري عن عروة أن السيدة عائشة أم المؤمنين قالت : " كان عتبة

<sup>1</sup>: محمد الكشور ، البنوة والنسب في مدونة الأسرة ، م س ، ص 12.

<sup>2</sup>: أحمد الخليلي ، التعليق على قانون الأحوال الشخصية ، الجزء الثاني ، " آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية " ، دار نشر المعرفة ، الطبعة الأولى 1994 ، ص 34.

عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة مني، فاقبضه إليك، فلما كان عام الفتح أخذه سعد فقال: ابن أخي عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة، فقال: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فتساوقا إلى النبي صلى الله عليه وسلم: يا رسول الله ابن أخي قد كان عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر، ثم قال لسودة بنت زمعة: احتجبي منه، لما رأى من شبهه بعتبة، فما رآها حتى لقي الله<sup>1</sup>.

وفي مجال إثبات البنوة بالفراش تتساوى أحقية الأب مع أحقية الأم ، حيث أن الولد ينسب إليهما معا ، وفي ذات الوقت ، لأن الأب الذي يستند على الفراش في إثبات البنوة عليه أن يعين الأم ، والأم التي تستند على الأمومة على ذات السبب عليها أن تعين الأب<sup>2</sup> ، ويتم ذلك عادة بإثبات العلاقة الزوجية بينهما طبقا لأحكام المدونة.

وبذلك تعد قاعدة الولد للفراش من أهم الأصول المقررة في الشريعة الإسلامية ، وهي أصل ثبوت البنوة والنسب ، وسبب ذلك أن عقد الزواج يبيح الاتصال الجنسي بين الزوجين ويجعل الزوجين مختصين ببعضهما، فإذا جاء بولد فاحتمال أنه منهما لا من غيرهما ، لأن الأصل هو حمل الناس على الصلاح إلى أن يثبت العكس، ويترتب على ذلك أن الولد الذي يولد على فراش الزوجية يلحق بأبويه دون حاجة إلى إقرارهما أو الإدلاء ببينة على ذلك، فالأصل كما سبق الذكر الذي تركز عليه البنوة هو حديث الولد للفراش، وهو ما كرسه المشرع المغربي في مدونة الأسرة وقبلها قانون الأحوال الشخصية<sup>3</sup>.

والفراش المقصود طبعاً هو الزواج الصحيح ، المستجمع لأركانه وشروطه الصحيحة ، زواج تترتب عنه كل الآثار الشرعية، ومنها بطبيعة الحال ثبوت بنوة الأولاد المولودين على فراش الزوجية لصاحب الفراش دون غيره ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم " الولد

<sup>1</sup>: فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، كتاب الفرائض ، باب الولد للفراش حرة أو أمة ، حديث رقم 6749 ، الجزء 12 ، ص 31 و 32.

<sup>2</sup>: محمد الكشور ، م س ، ص 22.

<sup>3</sup>: سناء المغراوي ، م س ، ص 18.

للفراش" نص صريح يقر هذا المعنى كقاعدة مقصدها حفظ الأبناء من الإنكار و اختلاط الأنساب<sup>1</sup>.

### • الشبهة:

الشبهة هي كل ما لم يتيقن كونه حراما أو حلالا، أو هي ما يشبه الشيء الثابت مع كونه غير ثابت في الواقع، أي وجود المبيح صورة مع عدم وجوده حكما أو حقيقة<sup>2</sup>.

ويقصد بالشبهة في هذا المجال اعتقاد الرجل عند اتصاله الجنسي بالمرأة شرعية العلاقة التي تجمعهما، وهي إما شبهة في الواقع أو شبهة في الشخص أو شبهة في القانون. والمقصود بالوطء المبني على الشبهة ألا يكون زنا، وألا يكون ملحقا بالزنا، ولا يكون بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد، ومثال الغلط في الشخص، أن يجمع الرجل امرأة معتقدا عن حسن نية أنها زوجته لسبب ما، ومثال على الغلط في الواقع ، أن يعتقد المطلق عدم انتهاء عدة الطلاق الرجعي، فيجمع مطلقته بقصد الرجعة، وكمثال على الغلط في القانون أن يتزوج رجل امرأة يعتقد أنه يجوز له التزوج بها ثم يتبين أنها محرمة عليه.

فكل شبهة من هذه الحالات تمحو وصف الزنا عن الرجل والمرأة<sup>3</sup>، 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 فراش شرعي بينهما.

وقد أجاز جمهور الفقهاء ثبوت البنوة بالشبهة، وعدم توقيع حد الزنا على الوطاء عند ثبوت شبهة من الشبهات دون تفرقة بينها استنادا إلى الحديث: "ادعوا الحدود بالشبهات"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>: عبد الله أبو عوض ، أثر الاجتهاد الفقهي و القضائي في تعديل مدونة الأسرة المغربية - دراسة تأصيلية في المادة 400 - ، طبعة 2011 ، ص 307.

<sup>2</sup>: جمعة محمد فرج بشير، النسب إثباته ونفيه في الفقه الإسلامي والقانونيين الليبي والمغربي "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون ، الجزء الأول ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1996.1997، ص 295.

<sup>3</sup>: محمد المهدي، ثبوت النسب ونفيه في مدونة الأسرة/ مجلة القضاء والقانون ، عدد 154، ص 111.

<sup>4</sup>: رواه الترمذي، الجامع الكبير، المجلد الثالث الأحكام والوصايا، باب ما جاء في الحدود، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1996، ص 95.

وشرط تحقق الشبهة التي ترفع الحد هي 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<sup>1</sup>، وقد أكدت مدونة الأسرة على هذه الوسيلة في المادة 147 التي نصت على أنه: "تثبت البنوة ب...الشبهة" كما نصت المادة 153 منها على أن أسباب لحوق النسب هي الفراش والإقرار والشبهة، وهو نفس المقتضى الذي كانت تنص عليه مدونة الأحوال الشخصية في الفصل 87 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 قبل الإشهاد بالزواج أو وضعها للحمل دون ستة أشهر من تاريخ الإشهاد<sup>2</sup>، ودون الدخول في الجدل الفقهي<sup>3</sup> الدائر حول مدى مشروعية هذه الطريقة في إثبات البنوة والنسب، فإنه لا بد من الإشارة إلى أن المشرع أخذ بمبدأ أن الشرع متشوف لإلحاق النسب وأن الخطبة عقد رضائي يختلط مع عقد الزواج فيصعب التمييز بينهما، بل أكثر من ذلك أنه إذا تحققت الشروط المنصوص عليها في المادة 156 من المدونة يتأكد بما لا يترك مجالا للشك بأن الأمر يتعلق في حقيقة الأمر والواقع بزواج صحيح من الناحيتين الشرعية والقانونية، لا ينقصه سوى شرط تحرير الوثيقة الرسمية التي تشهد بثبوته، وهي مسألة لا تؤثر في شيء في صحته ولزومه ونفاذه، ما دامت كل الشروط والأركان قائمة<sup>4</sup>، وكذلك أخذاً بالمصلحة الفضلى للطفل الناتج عن هذه العلاقة، فاعتبرها المشرع بنوة شرعية وإن

<sup>1</sup>: جميلة أوحيدة، أثار الولادة والأهلية والنيابة الشرعية، دون ذكر المطبعة، طبعة 2007، ص 19.

<sup>2</sup>: محمد المهدي، م س ، ص 112.

<sup>3</sup>: ثارت مسألة نسب الحمل الناتج عن الخطبة في منتصف القرن الحادي عشر الهجري في ما كان يعرف آنذاك بالأنكحة الإغريقية، خلال الحرب التي عرفتها منطقة واد غريس بتأجيلات وما خلفته من ضحايا في صفوف الشباب الذين هلكوا وتركوا وراءهم مخطوباتهم أياما، الشيء الذي جعل فقهاء المغرب يبحثون عن حلول حول ثبوت الزوجية بين الخاطب الهالك ومخطوبته وما ينبنى على ذلك من إرث ونسب وغيره. وفي المواقف المؤيدة نذكر فتوى الفقيه محمد جواد الصقلي، أحمد الغازي الحسيني، ( الولد للفراش ، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 130، ص 47)، ، أحمد الخليلشي، (التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2 ، أثار الولادة والأهلية والنيابة الشرعية، ط1، الرباط 1994، ص 36، أحمد باكو، الإشهاد على الزواج بمقتضى الفصل 5 من مدونة الأحوال الشخصية ، تعليق على قرار ، مجلة المحاكم المغربية، عدد 59، ص 39.

وفي المواقف المعارضة، نجد جمهور الفقهاء الذين تعرضوا لهذه المسألة عند حديثهم عن أبناء الزنا، ومن تم رفضوا نسب الابن لأبيه الطبيعي، وتبعهم في ذلك ، الأستاذ غلال الفاسي، التقريب، شرح مدونة الأحوال الشخصية، الكتاب الأول والثاني، مطبعة الرسالة بالرباط 2000، ص 105، والأستاذ محمد الكشور ( الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة 5 ، 2003، ص 437،

<sup>4</sup>: أحمد زوكاغي، نسب الحمل الناتج عن الخطبة، مجلة القضاء المدنيين العدد 1 - فبراير 2010، ص 15.

كانت قد نتجت خارج فراش الزوجية، تنتج جميع آثار العقد الصحيح، وفي مقابل ذلك فإنه غالبا ما يلجأ إلى هذه الوسيلة للتغطية على علاقة جنسية غير مشروعة مع الخاطب نفسه أو مع شخص آخر، وبالتالي تكون الخطبة مجرد ستار لروابط أخرى تدخل في إطار علاقات سفاح وزنى، سيما وأن رابطة الخطوبة قد تطول لسنوات عديدة، وأن الخطبة إنما هي واقعة قانونية لا يمكن التقيد فيها بتاريخ معين، من ثم يصعب بل و يستحيل التأكد مما إذا كان الحمل قد تحقق في أمه الأدنى.

ولعل هذا المقتضى من الأحكام الجديدة التي لم تتعرض لها مدونة الأحوال الشخصية والميراث لسنة 1957 الملغاة، والتي اتخذ منها القضاء موقفا صارما وحاسما ومشهورا، عبر عنه المجلس الأعلى في حكم بتاريخ 10 ماي 1988، أعلن فيه: "لما كانت المحكمة قد تأكدت من أن المرأة وضعت مولودها بعد الزواج بأربعة أشهر فقط، وألحقت مع ذلك نسب هذا المولود بالزوج، بناء على ما تبث لديها من أنه كان يعاشرها معاشرة الزواج قبل أن يعقد عليها، أخذا بالنظرية الفقهية القائلة بجواز اعتبار الحمل الذي يظهر على الخطيبة قبل أن يعقد عليها الخطيب ولحق النسب بالخطيب إذا أمكن الاتصال، تكون المحكمة بصنيعها هذا قد خالفت أصول الفقه المعمول به، والحديث الشريف (الولد للفراش)، أي أن العقد بعد إمكان الوطء، وجاءت به بعد ستة أشهر من العقد..."<sup>1</sup>.

وقد اعتبرت المدونة الحمل الناتج أثناء فترة الخطبة بمثابة شبهة، بصريح المادة 156 منها التي نصت على أنه: "إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج، وظهر الحمل بالمخطوبة ينسب إلى الخاطب للشبهة إذا توافرت 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."

<sup>1</sup>: قرار عدد 622 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 10 ماي 1988 في الملف الشرعي عدد 85/4308، منشور بمجلة المجلس الأعلى مادة الأحوال الشخصية الجزء الثاني، 1983 إلى 1995، ص 25

وتترتب عليه جميع آثار القرابة، فيمنع الزواج في الدرجات الممنوعة، وتستحق به نفقة القرابة، ويستحق به الإرث<sup>1</sup>، تماماً كالنتائج المترتبة على الفراش، وتجدر الإشارة إلى أنه إذا تبثت البنوة في هذه الحالة عن طريق الشبهة فإنها تكون شرعية، أي أنه لا مجال للحديث عن الشبهة في البنوة غير الشرعية التي تثبت بوسائل أخرى، وإن كان الحمل قد نتج خارج ميثاق الزوجية، فالشبهة تفترض وجود علاقة شرعية مفترضة بين الرجل والمرأة أدت إلى وقوع هذا الحمل.

#### • الإقرار:

الإقرار لغة هو الاعتراف والإذعان للحق، يقال أقر بالشيء إذا ثبت، وأقره غيره إذا أثبتته.<sup>2</sup>

واصطلاحاً: عرفه ابن عرفة بأنه "خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظ هو لفظ نائبه"<sup>3</sup>، وعرفه الجمهور بأنه: "هو الإخبار عن ثبوت حق للغير على المخبر"<sup>4</sup>، والفرق بين الإقرار والشهادة والدعوى وإن كانت كلها تعني الإخبار، فإن هذا الإخبار إذا كان حكمه قاصراً على قائله فهو الإقرار، وإذا لم يقتصر على قائله، فإما أن لا يكون للمخبر فيه نفع وهو الشهادة أو يكون له فيه نفع وهو الدعوى<sup>5</sup>.

يفهم من هذه التعاريف أن الإقرار عبارة عن إخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر، والإخبار قد يتم بوسائل عديدة، فقد يكون الإخبار عن ثبوت الحق باللفظ الصريح، وقد يكون باللفظ الذي يفهم من دلالة التعبير، وقد يكون بالكتابة أو الإشارة المفهومة من العاجز عن الكلام أو الكتابة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الطبعة الثانية 1405 هـ/1985 م، ص 689.

<sup>2</sup>: ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، الهمة- الجيم، م س، ص

<sup>3</sup>: أبو عبد الله التاودي بنسودة، شرح تحفة الحكام لأبن عاصم بهامش البهجة في شرح التحفة للتسولي، مطبعة مصطفى محمد مصر، الجزء الثاني، طبعة دار الفكر، الطبعة 1411 هـ، 1991 م، ص 317.

<sup>4</sup>: أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، المجلد الخامس، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، بدون ذكر الطبعة، ص 65 و 64.

<sup>5</sup>: شمس الدين الشيخ محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للرددير، الجزء الثالث، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، بدون ذكر الطبعة، ص 397.

<sup>6</sup>: جمعة محمد فرج بشير، م س، ص 363.

نظم المشرع المغربي الإقرار بالبنوة في المواد من 161 إلى 162 من مدونة الأسرة ، إلا أنه يتحدث في هذه الفصول على إقرار الأب فقط ، ولعل هذا الموقف أستمدته من الاتجاه الغالب في المذهب المالكي، الذي يحصر الإقرار بالنسب على النفس في الإقرار بالبنوة من الأب فقط دون غيره وهذا هو الرأي المشهور في الفقه المالكي<sup>1</sup> ، وهو الموقف الذي كان سائدا في مدونة الأحوال الشخصية من قبل، إلا أن الملاحظ أن مدونة الأسرة قد تراجعت عن هذا الموقف عندما نصت في المادة 147 على أنه تثبت البنوة بالنسبة للأم عن طريق الإقرار طبقا للشروط المنصوص عليها في المادة 160 من مدونة الأسرة، و هو ما يدل على أن المشرع قد أخذ برأي الفقه الحنفي الذي يأخذ بإقرار الأم إلى جانب إقرار الأب<sup>2</sup> ، فمفهوم الإقرار في المذهب الحنفي أوسع من مفهومه عند فقهاء المالكية ، حيث يشمل إقرار الأب بالبنوة ، وإقرار الأم بالبنوة ، وإقرار الولد مجهول النسب بالأبوة ، وإقراره بالأمومة<sup>3</sup>، وهو نفس الموقف الذي سار عليه فقهاء الظاهرية<sup>4</sup> في صحة إقرار الأم بالبنوة ، ونفس الاتجاه سار عليه المشرع الليبي من خلال المادة 59 من قانون الزواج والطلاق وآثارهما الليبي على أنه: "يثبت نسب الولد من الأم بإقرارها متى توفرت شروط إقرار الرجل بالولد ...."<sup>5</sup>، وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه المشرع الكويتي<sup>6</sup>، والمشرع الجزائري<sup>7</sup>.

## • واقعة الولادة.

الولادة هي الوسيلة الطبيعية المألوفة التي تتجب بها المرأة إذ لم يكن يتصور أن يتم الإنجاب دون هذه الوسيلة<sup>8</sup>، وقد تتم هذه الأخيرة بصورة طبيعية، كما يمكن أن تتم عن

<sup>1</sup>: الشيخ أحمد الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدردير، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، ج 3، ص 343.

<sup>2</sup>: محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، مطبعة دار الفكر العربي، بدون طبعة، ص 464.

<sup>3</sup>: جمعة محمد فرج بشير ، م س ، ص 381.

<sup>4</sup>: أبو محمد علي ابن أحمد بن سعيد ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار ، الجزء العاشر، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى 1984، ص 323.

<sup>5</sup>: جمعة محمد فرج بشير ، م س ، ص 372.

<sup>6</sup>: تنص المادة 174 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه: "أ- يثبت نسب الولد من الأم بإقرارها ، متى توافرت شروط إقرار الرجل بالولد ، ولم تكن متزوجة ، أو معتدة وقت ولادته.

ب- ويثبت نسبه من الأم بإقراره اذا توافرت الشروط الواردة في الفقرة السابق"

<sup>7</sup>: محمد أغربي، المركز القانوني للنسب في قوانين الأسرة لدول المغرب العربي -دراسة مقارنة- ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد الملك السعدي/ طنجة، السنة الجامعية 2008/2009، ص 51.

<sup>8</sup>: جميلة أوحيدة، م س، ص 4.

طريق تدخل طبي بإجراء عملية جراحية يتم من خلالها إخراج الجنين من غير موضع خروجه الطبيعي.

يختلف مفهوم الشهادة في إثبات الأمومة عن مفهومها في إثبات الأبوة لأن الأولى تقتصر على إثبات واقعة الولادة في حين أن إثبات الأبوة يعني إثبات الزواج الشرعي أو الفاسد أو الوطء بشبهة.

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.<sup>1</sup>

يتم إثبات البنوة في هذا الصدد طبقاً للقواعد العامة السائدة، مع العلم أن الفقه المالكي ونظراً لأن الولادة لا يطلع عليها إلا النساء عادة يسمح هنا بشهادة امرأتين،<sup>2</sup> حيث يقول ابن عاصم الغرناطي وهو يتحدث عن نصاب الشهادة:

وفي اثنتين حيث لا يطلع \*\*\* إلا النساء كالمحيض مقنع

ومن الناحية القانونية، لا مانع يمنع اعتماد شهادة المولّدات 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.<sup>3</sup>

ولعل من تمام الأمومة الحمل والولادة، كما قال الله تعالى: "حملته أمه كرها ووضعته كرها"،<sup>4</sup> وقوله تعالى: "إن أمهاتهم إلا الآئي ولدنهم".<sup>5</sup>

<sup>1</sup>: عماد فرحات، الأمومة والبنوة في أحكام الأحوال الشخصية، مجلة الأحوال الشخصية: أصالة وحداثة، مركز البحوث والدراسات والتوثيق والإعلام حول المرأة، تونس: الكريديف، 2006، ص 169.

<sup>2</sup>: عبد المجيد غميجة، موقف المجلس الأعلى من مدونة الأحوال الشخصية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، أكاد-الرباط، سنة 200، ص 478.

<sup>3</sup>: محمد الكشور، البنوة والنسب في مدونة الأسرة، م س، ص 36 و 37.

<sup>4</sup>: سورة الأحقاف، الآية 15.

<sup>5</sup>: سورة المجادلة، الآية 2.

وبالتالي إذا ثبتت واقعة الولادة عن طريق الشهادة كانت صالحة لتكون وسيلة إثبات البنوة بالنسبة للأُم، وهو ما أكدت عليه مدونة الأسرة في المادة 147 منها حيث تنص على أنه: "تثبت البنوة بالنسبة للأُم عن طريق:

- واقعة الولادة...".

#### • الاغتصاب.

الاغتصاب هو واقعة رجل لامرأة بدون رضاها، وهو فعل شنيع عاقب عليه المشرع المغربي بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات، ورفعته إلى مستوى الجناية الماسة بانتهاك الآداب.

جاء في لسان العرب "الغصب" هو أخذ مال الغير ظلماً، وعدوان في الحديث أنه غصبها نفسها أراد انه واقعها كرها،<sup>1</sup> فتم استعارته للجماع وهذا المعنى الأخير هو الذي شاع استعماله حتى في العرف فصار الإكراه على الجماع يسمى اغتصاباً، وعليه فالإغتصاب هو الإكراه على الزنا.

والمراد بالاغتصاب في الاصطلاح هو اتصال رجل بامرأة اتصالاً جنسياً كاملاً دون رضاها أي إكراهها على الزنا، وكما يقع على المرأة يقع على الرجل، لكن حكمه يختلف، فالمرأة إذا أقدمت على الزنا مكرهة لا يجب عليها الحد بإجماع العلماء، لأن نسب الولد لا ينقطع عنها، ولأنها مسلوبية الاختيار فلم يجب عليها الحد<sup>2</sup>، لما روي عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"<sup>3</sup>

أورد المشرع المغربي جريمة الاغتصاب ضمن الجرائم المرتكبة ضد نظام الأسرة والأخلاق العامة، والمنصوص عليها وعلى عقوباتها في الفصول 449 إلى 504 من القانون الجنائي، وعرف جريمة الاغتصاب في الفصل 486 من نفس القانون بأنه: "واقعة

<sup>1</sup>: لسان العرب، م س، المجلد الثامن، ص 437.

<sup>2</sup>: عبد الله السوسي التتاني، م س، ص 18.

<sup>3</sup>: سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، حديث رقم 2045، الجزء الأول، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، ص 659.

رجل لامرأة بدون رضاها" وقد استثنى المشرع الإكراه على الواقعة الذي قد يقع على الرجل، مما يعني أن ذلك الفعل لا يعد جريمة بمفهوم النص السابق، كما أن جريمة الاغتصاب لا تقوم إلا إذا توفر ركنيها المادي والمعنوي.<sup>1</sup>

فإذا نتج عن هذا الاغتصاب حمل المرأة المغتصبة فإنه تطرح عدة تساؤلات حول نسب هذا الحمل، هل ينسب إلى المغتصب أم أنه يبقى بدون نسب ؟

لا شك أن هذا الحمل وانطلاقاً من قاعدة الولد للفراش لا ينسب إلى المغتصب، من الناحية الشرعية ويدخل في حكم ابن الزنا، لا يجوز إلحاقه بالمغتصب، وإذا كان موقف المشرع المغربي واضحاً فيما يخص عدم إلحاق ابن الناتج عن الاغتصاب بالأب الطبيعي، وعدم ترتيب أي أثر من أثار النسب اتجاه هذا الأب، فإنه في مقابل ذلك جعله وسيلة من وسائل إثبات البنية الشرعية بالنسبة للأم، من خلال المادة 147 من مدونة الأسرة، وهو ما أكد عليه حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتطوان، حيث جاء فيه: "لئن كانت المادة 147 من مدونة الأسرة اعتبرت بنوة الأمومة تكون شرعية في حالة الاغتصاب، إلا أنها في المادة 144 جعلت البنية الشرعية بالنسبة للأب تكون في حالات قيام سبب من أسباب النسب، ورتبت عنها جميع الآثار المترتبة على النسب شرعاً.

أسباب لحوق النسب محددة على سبيل الحصر في المادة 152 وهي الفراش والإقرار والشبهة، وليس من بينها الاغتصاب الذي لا يعتبر سبباً للحقوق النسب للأب ولو أثبتت الخبرة البيولوجية نسبه إليه".<sup>2</sup>

وهكذا يتبين أن هناك مفارقة واضحة في مقتضيات مدونة الأسرة، مفادها أنه جعلت الولد الناتج عن الاغتصاب شرعياً بالنسبة للأم، ولم تجعله كذلك بالنسبة للأب، مع العلم أن الاغتصاب في نهاية الأمر محض زنا، فكيف يكون شرعياً بالنسبة لأمه، ولا يكون كذلك

<sup>1</sup>: سناء المغراوي، ص 41.  
<sup>2</sup>: حكم المحكمة الابتدائية بتطوان، ملف رقم 13/07/1437، حكم رقم 536 مؤرخ في 2008/03/31، منشور في سلسلة دراسات وأبحاث 2، قضايا الأسرة إشكالات راهنة ومقاربات متعددة، ج 1، ص 242.

بالنسبة لأبيه، فهما اشتركا في فعل الزنا؟ وهل الشرعية هنا تتجزأ؟ وهل يتصور أن يكون الولد نصفه شرعي ونصفه الآخر غير شرعي؟

كما انه كيف يعقل أن ينسب الولد الناتج عن الخطبة إلى الخاطب، مع أن المرأة سلمت نفسها عن طوعية واختيار إلى الخاطب، فاستمتع بها واستمتعت به ونتج عن ذلك حمل، مع مباركة للمشرع لهذه العلاقة، في حالة توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 156 من مدونة الأسرة، ولا ينتسب الولد الناتج عن الاغتصاب إلى أبيه، بحيث يفرض على المرأة الحمل بالاعتداء عليها جنسيا، فتتحمل وحدها نتيجة ذلك الاغتصاب طيلة حياتها بل وطيلة حياة ولدها كذلك.

### الفقرة الثانية: تمييز البنوة غير الشرعية عن النظم المشابهة.

لقد عرفت المجتمعات البشرية عدة أنظمة مرتبطة بالأسرة وبالأحوال الشخصية، ومنها مؤسسة البنوة غير الشرعية، ومع تطور هذه المجتمعات ظهرت مجموعة من الروابط والعلاقات الأخرى المختلفة، والقريبة منها بشكل يصعب التمييز بينها، وقد دأبت الشريعة الإسلامية على تعريف كل مؤسسة على حدة وبعدها التشريعات القانونية التي حاولت التمييز بين هذه الأنظمة، من تم كان من اللازم التمييز بين البنوة غير الشرعية والأنظمة المشابهة من قبيل النسب والكفالة والتبني والتنزيل والحضانة، وهو نفسه التمييز بين الولد غير الشرعي و الطفل المهمل والمتخلى عنه و اللقيط والولد الشرعي والمرضع والمحضون و المتبنى والمنزل.

### أولا. تمييز البنوة غير الشرعية عن البنوة الشرعية والنسب والكفالة.

#### 1. تمييز البنوة غير الشرعية عن البنوة الشرعية.

البنوة الشرعية هي التي يعترف بها الشرع، ويعترف بمختلف آثارها بالنسبة للأب، خلاف للبنوة غير الشرعية التي ترتب آثارا بالنسبة للأم دون الأب، وقد بين المشرع حالة البنوة الشرعية بالنسبة للأب من خلال أحكام المادة 144 من مدونة الأسرة، حيث جاء فيها

انه تكون البنوة الشرعية بالنسبة للأب في حالة قيام سبب من أسباب النسب وتنتج عنها جميع الآثار المترتبة عن النسب شرعا، وهذه الأسباب حسب نفس المدونة هي الفراش والإقرار و الشبهة، وهكذا يكون هناك تلازم بين البنوة الشرعية والأسباب المثبتة للنسب الشرعي بالنسبة للأب<sup>1</sup>، بكيفية يبدوان من خلالها بأنهما وجهان لعملة واحدة، تمثل في جانبها الشرعي الأثر الأساسي للرابطة التي تجمع بين الزوجين نتيجة العقد الذي يربط بينهما، منظورا إليها من جانب الأبناء أو من جانب الآباء على حد سواء.

أما البنوة غير الشرعية فهي التي لا يعترف بها الشرع، أي لا يرتب عليها أية آثار بالنسبة للأب، ومن ذلك مثلا البنوة الناتجة عن محض الزنا، فهي وإن تحققت فعلا، تكون مجرد علاقة بيولوجية، لا شرعية لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا.

وعليه فإن المعيار المعتمد في التمييز بين البنوة الشرعية وغير الشرعية، هو الشرع في حد ذاته انطلاقا من قواعده و أحكامه، فهو المحدد الأساسي في التفرقة بين البنوة الشرعية وغير الشرعية، كما يتم الاعتماد أيضا على مصدر هذه البنوة لتحديد مدى شرعيتها، فهي شرعية بالنسبة للأب إذا كانت ناتجة عن علاقة شرعية بين الرجل والمرأة، وهي غير شرعية إذا كانت ناتجة عن علاقة غير شرعية بين الرجل والمرأة ما عدا في حالات استثنائية نصت عليها مدونة الأسرة.

## 2. تمييز البنوة غير الشرعية عن النسب<sup>2</sup>.

النسب لغة القرابة، جمع أنساب ومن معانيه أيضا الالتحاق وإيقاع التعلق والارتباط بين الشئيين، وأصل لفظ النسب فعل نسب الرجل وصفه وذكر نسبه، وتنسب وانتسب ادعى أنه من نسب فلان أو عزا نفسه إليه.

<sup>1</sup>: محمد الكشور، البنوة والنسب في مدونة الأسرة، م س، ص 20.

<sup>2</sup>: يعد النسب والبنوة من المواضيع التي كانت تثير إشكالا وخطا في أذهان الكثيرين، إذ كانت مدونة الأحوال الشخصية قد نظمت الولادة ونتائجها وعبرت عنها بالنسب في المواد من 83 إلى 91، فإنها بالمقابل تطرقت في مقدمة هذا الباب للحديث عن البنوة الشرعية وغير الشرعية والآثار المترتبة على كل منها، فكانت تتحدث عن البنوة حيناً وعن النسب أحيانا أخرى وبتداخل بينهما ودون إعطاء أي تعريف ل كليهما، وهو ما أدى إلى صعوبة التمييز بين النظامين السابقين، وكأنهما مرادفان لمصطلح واحد.

والنسب والنسبة والنسابة: القرابة، وجاء في لسان العرب لأبن منظور النسب هو القرابة في الآباء خاصة.<sup>1</sup>

أما في الاصطلاح الشرعي نجد أن النسب قد أخذ نصيبا وافرا من الدراسة من قبل فقهاء الشريعة والقانون، إلا أنهم لم يضعوا تعريفا دقيقا لمفهومه، ومن التعاريف الرائجة، تعريف ابن جزي بأنه (أي النسب): "أن يجتمع إنسان مع آخر في أب وأم قرب ذلك أو بعد".

كما عرفه الصنهاجي بأنه "الانتساب لأب معين"، كما قال فيه ابن العربي بأنه: "عبارة عن خلط الماء بين الذكر والأنثى على وجه الشرع فإن كان بمعصية كان خلقا مطلقا ولم يكن نسبا محققا".<sup>2</sup>

هذا ويطلق على النسب أيضا عدة معاني منها: القرابة ، الصلب ، القعد ( القريب من الجد الأكبر).

وهكذا على الرغم من عدم إعطاء تعريف موحد للنسب إلا انه مع ذلك نجد جل التعريفات تصب في منحى واحد وتكاد تكون كلها متقاربة فيما بينها، إذ لا تخرج من حيث استعمالها عن رابطة الدم بين الأصول والفروع.

وإذا كانت مدونة الأحوال الشخصية السابقة لم تعط تعريفا محددا للنسب تاركة ذلك للفقهاء، فإن مدون الأسرة الحالية تجاوزت ذلك الفراغ وأعطت تعريفا للنسب فربطته بالأب مباشرة، حيث نصت المادة 150 منها على انه: "النسب لحمة شرعية بين الأب وولده ينتقل من السلف إلى الخلف"، ومعنى ذلك أن النسب رابطة شرعية تربط الفروع بالأصول في

<sup>1</sup>: ابن منظور ، لسان العرب، م س، المجلد الثالث عشر، ص 426.

<sup>2</sup>: جمعة محمد فرج بشير، م س، ص 18.

إطار الضوابط والقواعد المنصوص عليها في باب النسب ووسائل إثباته، وينسب فيها الولد إلى أبيه سواء ترتب عن زواج صحيح أو فاسد أو بشبهة<sup>1</sup>.

ومما يمكن ملاحظته من خلال هذا النص، أن النسب يقتصر على وجود الأب دون غيره، فيرتبط به وجودا وعدما، أي أن الأم لا تمنح النسب، بما أنه (النسب) علاقة شرعية تربط الأب بولده فقط، مما يدعونا للتساؤل حول حق الأطفال مجهولي الآباء و الناتجين عن علاقات غير شرعية في النسب؟ هل ينسبون إلى أمهم التي لا تمنح النسب؟ أم أن الأمر يتعلق بتمديد نسب الأم إليهم؟ مما يعني أن ذلك النسب هو نسب جدهم من أمهم، الشيء الذي قد يشكل خرقا لقواعد النسب الشرعي ويفتح المجال لاختلاط الأنساب.

من هنا يتبين الفرق بين النسب والبنوة، حيث أن النسب مؤسسة مستقلة عن البنوة، فهي كما سبق علاقة تربط الأب بابنه، أي الأصل بالفرع من جهة الذكور فقط دون النساء، بينما البنوة هي العلاقة التي تربط الأبوين بالأبناء فهي من جهة الأب أبوة ومن جهة الأم أمومة ومن جهة الأبناء بنوة، فالبنوة من هذا المنظور هي تلك الرابطة الثلاثية التي تنشأ بين رجل وامرأة ومن تتسل عنهما، وقد يطرح التساؤل أليس هذا المفهوم هو نفسه الذي يحمله النسب؟

بداية فإنه لا خلاف بهذا الشأن فالمعنى اللغوي العام للبنوة هو تقريبا الذي يحمله النسب من حيث كونهما معا ينتجان عن رابطة تنشأ بوجود ثلاث أطراف وهم الأب والأم والولد، لكن الفرق بينهما في الاصطلاح القانوني الذي أعطي لكل واحد منهما، والآثار التي رتبها عليهما المشرع،<sup>2</sup> فالنسب يكتسي طابعا شرعيا في حين البنوة تكتسي طابعا بيولوجيا ومنها ما يترتب عن علاقة شرعية ومنها ما يترتب عن علاقة غير شرعية.

<sup>1</sup> الدليل العملي لمدون الأسرة، وزارة العدل، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد الأول 2004، ص

<sup>2</sup> عبد الكبير بنسامي، حق الطفل في النسب على ضوء مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، طنجة، السنة الجامعية 2009-2010، ص 11.

### 3. تمييز البنوة غير الشرعية عن الكفالة والاحتضان العائلي.

الكفالة حسب المادة الثانية من القانون رقم 15.01 هي الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب أو الأم عادة مع أولادهما.

وهكذا فكفالة طفل مهمل تتمثل في رعاية شؤونه المادية ( النفقة من أكل ولباس و تـمدرس مثلاً) وشؤونه المعنوية (الحضانة مثلاً)، وكأننا في إطار علاقة أبوية حقيقية، على ما يستفاد من المادتين 2 و 22 من القانون المنظم لكفالة الأطفال المهملين<sup>1</sup>، وبواسطة الكفالة، يقوم زوجان، أو شخص واحد، يدعى الكافل، بتولي أمر فرد قاصر، يدعى المكفول، لأجل رعايته وتربيته، من دون أن يكتسب المكفول نسب كافله، أو يحمل اسمه العائلي، ومن دون أن يكون له الحق في إرثه، إذ يظل مرتبطاً بأواصره الطبيعية مع أسرته الطبيعية.

غير أن الكفالة لا ترتب الحق في النسب ولا الحق في الإرث، فهي بذلك مجرد عمل من أعمال البر و الإحسان، وهي بذلك تختلف عن البنوة غير الشرعية من حيث أنها تنصب على الولد المهمل بغض النظر إلى علاقته بأبويه كان ناتجاً عن علاقة شرعية أم غير شرعية، أي أن المكفول قد يكون شرعياً معلوم الأبوين لكنه مهمل، كما أن هذا الطفل المهمل لا تربطه بالكافل أية رابطة قرابة بعكس الابن غير الشرعي في علاقته بأبويه، خاصة بأمه التي تستوي البنوة الشرعية وغير الشرعية بالنسبة لها.

أما الاحتضان العائلي<sup>2</sup> المعروف في التشريع الإسباني والقريب من نظام الولاية، فيعرف حسب المدونة المدنية التي تم تعديلها بمقتضى قانون 21/1987 بتاريخ 1987/11/11: بأنه مؤسسة لحماية القاصر وجعله يشارك على نحو كامل في الحياة العائلية، وإلزام محتضنه برعايته ومرافقته وتغذيته وتربيته والعمل على إعطائه تكويناً شاملاً، ويكون إما ذا طابع مؤقت -الاحتضان العائلي البسيط- أو على وجه الدوام - الاحتضان

<sup>1</sup>: محمد الكشور، م س، ص 57.

<sup>2</sup>: أقر المشرع الإماراتي قانون اتحادي بشأن " رعاية الأطفال مجهولي النسب، والذي يتم من خلاله احتضان عائلة إماراتية مستوفية الشروط طفلاً مجهول النسب وتربيته ورعايته مدى الحياة في حال لم يظهر له أباء بيولوجيون، وهو القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2012.

العائلي الدائم - ولكنه لا ينشئ روابط بنوة جديدة، ولا يقطع الأواصر السابقة، ولا يحرم الأبوين البيولوجيين للقاصر من سلطتهما الأبوية (المادتين 173 و 173 مكرر)<sup>1</sup>، ويقترب مضمون هذه المؤسسة في جوهره مع فحوى الكفالة، وهو الحل الذي يلجأ إليه المشرع الإسباني في تحويل نظام الكفالة إلى الاحتضان العائلي تحت صيغة الولاية بهدف الوصول في النهاية إلى التبني من جديد وإقامة آصرة البنوة على نحو نهائي لا رجعة فيه، لكنه يختلف اختلافا جوهريا عن مؤسسة البنوة غير الشرعية، فيما قيل عن الكفالة سابقا.

ثانيا. تمييز البنوة غير الشرعية عن الحضانة والتبني والتنزيل واللقطة.

### 1. تمييز البنوة غير الشرعية عن الحضانة.

الحضانة لغة مأخوذة من الحضن: وهو الجنب، وهي الضم إلى الجنب، وشرعا هي: تربية الولد لمن له حق الحضانة، أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه، كطفل وكبير مجنون، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه، وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه في سن معينة ونحوها.<sup>2</sup>

و الحضانة نوع ولاية وسلطنة، لكن الإناث أليق إليها، لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال، فإذا بلغ الطفل سنا معينة، كان الحق في تربيته للرجل، لأنه أقدر على حمايته وصيانتته وتربيته من النساء.<sup>3</sup>

على غرار الفقه الإسلامي تكرر مدونة الأسرة، من خلال الفقرة الأولى من المادة 163، حضانة الطفل التي تركز على حفظه مما قد يضره والقيام بتربيته ورعاية مصالحه، وهذا التعريف هو نفسه الذي أوردته مدونة الأحوال الشخصية السابقة، وهو تعريف يجمع بين ما تقتضيه الحضانة من رعاية وتغذية ولباس وفرش ونظافة المحضون، وبين الولاية على نفسه بتربيته وتأديبه وتعليمه، لذلك نصت المادة 163 من مدونة الأسرة على أنه: "على الحاضن

<sup>1</sup>: اندريس رودريغيث بينوت، جدوى الكفالة أمام المنظومة الحقوقية الإسبانية، الكفالة والتبني في العلاقات الثنائية المغربية الإسبانية، مدريد 2009، ص 98.

<sup>2</sup>: محمد الكشور، أحكام الحضانة، دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، الطبعة الأولى 2004، ص 15 و 16.

<sup>3</sup>: وهبة الزحيلي، م س، ص 718.

أن يقدم قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ونفسه، والقيام بمصالحه في حالة غيبة النائب الشرعي، وفي حالة الضرورة إذا خيف ضياع مصالح المحضون".<sup>1</sup>

من حيث التعريف السابق يتبين أن هناك تداخل بين مؤسسة الحضانة والبنوة غير الشرعية، على الأقل من حيث المضمون فالأم إنما تقوم بحضانة أبنائها، والمحضون هو نفسه الابن، من ثم يطرح التساؤل حول المعيار في التمييز بين النظامين؟ لا شك أن الحضانة مؤسسة مستقلة عن البنوة بصفة عامة وتختلف عنها في أحكامها وقواعدها، فالحضانة كما سبق قائمة على حفظ الولد ورعايته، وبالتالي فهي وظيفة ومهمة أو بالأحرى واجب (عند بعض الفقه) يقوم به الحاضن، بينما البنوة هي رابطة بين الأم وولدها، تتحقق بتنسل هذا الولد من أمه، فالحضانة تستوجب وجود البنوة وتحققها، من تم فهي تقع عليها والعكس غير صحيح، كما أن الحضانة تقوم على البنوة الشرعية فقط بالنسبة للأب وبالتالي استثناء البنوة غير الشرعية بالنسبة لهذا الأخير.

## 2. تمييز البنوة غير الشرعية عن التبني.<sup>2</sup>

التبني<sup>3</sup> لغة: مصدر تبني على وزن تفعل وهو: إما مأخوذ من بنى يبني بناء الشيء أقام جداره، لأن التاء تزيد في تفعل للدلالة على التصنع والتكلف، فيكون المعنى: تبني فلانا أي اتخذه ابنا وبناه على نفسه متصنعا ومتكلفا دون أن يكون كذلك حقيقة، وإما مأخوذ من الابن، لأن التاء في تفعل أيضا للدلالة على أن الفاعل قد اتخذ أصل الفعل مفعولا، وأصل الابن بنو بالواو، وقيل: بني بالياء، لأنه من بنيت، لأن الابن يبني على الأب كبناء الحائط على الأساس، والأول أولى.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>: جميلة أوحيدة، م س، ص 37.

<sup>2</sup>: بالإضافة إلى الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل المعتمدة عام 1989، تم وضع معاهدة محددة عام 1993 في لاهاي في هولندا و هي تهدف إلى تحديد إطار دولي للتبني يحترم مصلحة الطفل الأمثل ويمنع محاولة المجرمين استغلال هذه القضية النبيلة من أجل بيع الأطفال أو خطفهم، الخ.

<sup>3</sup>: يمكننا القول أن الأمر يتعلق بخلق رابط عائلي (علاقة نسب وأبوة وأمومة) لا يكون من أصل بيولوجي. بحيث يعلن رسميًا أن طفلاً لم يعد لديه عائلة (لأنه يتيم، لأن والديه قد تخلوا عنه،...) هو ابن أو ابنة زوجين (أو حتى شخص واحد، في البلدان التي تسمح بذلك) لا تربطه بهم أي علاقة

<sup>4</sup>: عبد الله بن الطاهر السوسي التتائي، م س، ص 32.

ومعناه شرعا مأخوذ من معناه لغة وهو: إلحاق شخص بنسبه شخصا آخر دون أن يكون من صلبه حقيقة، أو أيضا استلحاق شخص ولدا معروف النسب لغيره أو مجهول النسب كاللقيط أو ابن الزنا ويصرح بأنه يتخذه ولدا له، مع أنه لا تربطه به علاقة بنوة حقيقية في الأصل،<sup>1</sup> وعادة التبني كانت شائعة بين الأمم، وكذلك في الجاهلية عند العرب، وفي بداية الإسلام، فكان الرجل إذا أعجبه أحد تبناه، وألحقه بنسبه، فيتوارث وإياه، فيعرف بين الناس باسمه، ويدخله في أسرته، ومن التبني الواقع في أول الإسلام تبني النبي صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة، وتبني السود بن عبد يغوث المقداد، وتبني الخطاب بن نفيل عامر بن ربيعة، وتبني أبي حذيفة بن عتبة سالما.<sup>2</sup>

ولما شرع الإسلام في تنظيم علاقات الأسرة على الأساس الطبيعي لها، ويحكم روابطها، ويجعلها صريحة لا خلط فيها ولا تشويه نسخ حكم التبني وأبطل عاداتها، فقد جاء في قوله تعالى: « مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمْ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا »،<sup>3</sup> وقوله تعالى: « مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ وَلَكِنْ رَسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا »<sup>4</sup>

ومن هنا يتضح الفرق بين التبني والبنوة غير الشرعية فالعلاقة التي تربط بين الأب والابن في الحالة الثانية هي علاقة بنوة حقيقية أي أن الابن ناتج من ماء الأب وتربطه به علاقة دم بيولوجية بحيث يحمل صفاته الوراثية، إلا أن هذه البنوة نتجت عن علاقة جنسية غير شرعية بين الأم والأب، بينما في حالة التبني فإن الأب لا تربطه بالابن أية علاقة

<sup>1</sup>: محمد الكشيبور، البنوة والنسب في مدونة الأسرة، م س، ص 40، أحال بدوره على مؤلف محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص

703.

<sup>2</sup>: عبد الله بن الطاهر السوسي التتائي، م س، ص 32.

<sup>3</sup>: سورة الأحزاب، الآية 4 و 5.

<sup>4</sup>: سورة الأحزاب، الآية 40.

بيولوجية أو أية رابطة دموية وإنما هي رابطة قانونية أنشأها الشخص على نفسه في اتخاذ شخص آخر ابنها له دون أن تربطه به أية رابطة.

### 3. تمييز البنوة غير الشرعية عن التنزيل.

التنزيل في اللغة من فعل نزل ويقال نزل الشيء مكان الشيء: أقامه مقامه.<sup>1</sup>

وفي الاصطلاح الفقهي معناه "إلحاق شخص غير وارث بوارث وإنزاله منزلته" في الإرث.

و قد عرفت المادة 315 من مدونة الأسرة التنزيل بأنه "إلحاق شخص غير وارث بوارث وإنزاله منزلته"

وبعدما قرر المشرع في المادة 149 الفقرة الأولى أن التبني العادي ملغى ولا ينتج عنه أية آثار من آثار البنوة، عاد لينص في الفقرة الثانية من نفس المادة على: "أن تبني الجزء أو التنزيل منزلة الولد لا يثبت به النسب وتجري عليه أحكام الوصية"، أي أنه أقر بمشروعية التنزيل دون أن يجعل منه سببا لثبوت النسب،<sup>2</sup> وإنما جعله فقط وسيلة بيد المنزل الذي يريد أن يفيد المنزل من ميراثه بعد وفاته في حدود ما تقتضي به أحكام الوصية وهو لا يقصد بذلك التنزيل التام منزلة الوارث لأن فيه اعتداء على أحكام الشريعة التي تقضي بأنه عطية في الإرث بدون نص، لكنه كيف كوصية في حدود الثلث وما زاد عن ذلك يتوقف على إجازة الورثة الرشداء.<sup>3</sup>

وبالتالي يتضح أن التنزيل لا يعني الإقرار بالولد غير الشرعي، وإنما هو تصرف يستهدف منه المنزل بالكسر عمل إنساني قصد تقديم العون والمساعد لشخص معين عن طريق هذه الوسيلة في إطار أحكام الوصية وقواعدها.

<sup>1</sup>: ابن منظور ، لسان العرب، م س، المجلد الثاني، ص 17.

<sup>2</sup>: عبد الكبير بنسامي، م س، ص 55.

<sup>3</sup>: عبد الرحمان بلعكيد، علف الفرائض ( الموارث، الوصية، تصفية التركة)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1995، ص 287.

#### 4. تمييز الولد غير الشرعي عن الطفل اللقيط.

غالبا ما يقع الخلط بين الولد غير الشرعي والطفل اللقيط، مما يجعل البعض يطلق عبارة اللقيط على الولد غير الشرعي بالرغم من أن هناك فرق جوهري بين المفهومين، وهو ما يجعل الباحث في حيرة من أمره في كيفية التمييز بينهما.

فاللقيط لغة هو فعيل من اللقطة وهو اللقاء، بمعنى المفعول هو الملقوط وهو الملقى أو الأخذ أو الرفع فيقصد به لغة ما يلتقط أي يرفع من الأرض، واللقيط جمع ألقاط ما نجده ملقى على الأرض فنلتقطه، فهو شيء متروك لا يعرف له مالك ولا أهل.

وفي الاصطلاح هو الإنسان المولود الذي يعثر عليه حيا ولا يعرف له نسب بغض النظر عن الأسباب التي أوجدته في هذا الوضع، فقد يكون متروكا بسبب الفقر أو بسبب الضياع ترك خشية العار لكونه ابن زنا، وقد يوجد نتيجة القوة القاهرة ويضيع بسبب الحروب والكوارث الطبيعية التي قد تصيب المجتمع،<sup>1</sup> أو بمعنى أدق هو ذلك المولود الحي الذي طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنا.<sup>2</sup> أما الولد غير الشرعي كما سبق الذكر فهو الذي يولد سفاحا أي عن علاقة غير شرعية أي ابن زنا، وبالتالي فهو يختلف عن اللقيط باعتبار أن هذا الأخير يمكن أن ينتج عن علاقة زوجية شرعية لكن ترك لسبب آخر مثل الفقر أو التشوه الخلقي (الإعاقة).

#### المطلب الثاني: تأثير وسائل الإنجاب الحديثة على البنية.

مما لا شك فيه أن التطورات العلمية الهائلة التي حققتها البشرية خلال العقود الخمس الماضية في كافة الميادين وتحديدا في مجال البيولوجيا قد فاقت كل التوقعات، بل يمكن القول عنها أنها تجاوزت إنجازات الإنسان لآلاف السنين كل ذلك بفعل الثورة العلمية التكنولوجية وتسخيرها في خدمة الأبحاث الطبية، خاصة ما يتعلق منها بالأمراض و

<sup>1</sup>: خالد رمول، المركز القانوني للطفل اللقيط "دراسة مقارنة"، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحاصلة والمعوقات، أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة، يومي 15 و 16 مارس 2007 بكلية الحقوق وجدة، سلسلة الندوات 2، 2008،

ص 207.

<sup>2</sup>: شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء العاشر، الطبعة الثانية، مطبعة السعادة، مصر 1331هـ، ص 209.

مواضيع هامة كالخصوبة والإنجاب، وما يتفرع عنها من مسائل علمية لها بها علاقة مباشرة كالهندسة الوراثية.

لما كانت هذه التطورات ذات علاقة مباشرة بالإنسان، وبمفهوم الحياة والكرامة الإنسانية وانعكاسات ذلك على الأسرة والمجتمع، فإن طبيعة هذه التطورات وأبعادها الأخلاقية والاجتماعية والدينية والفلسفية والقانونية، قد أحدثت هزة عنيفة أصابت الجميع اجتماعيين ومفكرين ورجال دين وقانون بل أناس عاديين بالصدمة أو فقدان التوازن الفكري والنفسي تجاه ما يجري وما قد سيحدث في المستقبل، خاصة تلك المتعلقة بإمكانية تغيير الجنس، وزرع الأعضاء والتبرع بها، وكذا المساعدة الطبية على الإنجاب، قصد تخطي ومعالجة حالات عدم الخصوبة لدى أحد الزوجين، ولعل هذا الميدان الأخير هو الذي لقي إقبالا كبيرا من قبل من ينشدون الإنجاب، وتخطي نقص الخصوبة الذي أعاقهم في تحقيق رغبتهم، ومنها تقنية التلقيح الاصطناعي، الذي شكل ثورة حقيقية في ميدان الإنجاب، ولئن ظهرت هذه التقنيات في الطب الإنجابي في البلدان المتقدمة علميا، إلا أن صداها وصل إلى البلدان الأخرى، ومنها المغرب.

بالإضافة إلى هذه التقنية التي وإن لقيت استحسانا من لدن تشريعات البلدان التي تعتمد الشريعة الإسلامية كمرجعية أساسية في سن قوانينها، فإن الطب بصفة عامة والطب الإنجابي على الخصوص عرف تقنية متقدمة أخرى يطلق عليها الاستنساخ أو الاستنسال التي لم تعرف بعد الانتشار الذي لقيته التقنية الأولى، نظرا لتعارضها مع مفهوم الحياة ولانعكاساتها السلبية على الأسرة والمجتمع.

وعليه كان لابد على التشريعات تنظيم هذه التقنيات وأخذ مواقف واضحة منها، وبما أن هذه التقنيات لها ارتباط وثيق بالإنجاب فإنه لابد من طرح عدة تساؤلات حول الأبناء الناتجين عن هذه التقنيات الحديثة، وما موقف التشريعات الإسلامية منها، وما هي طبيعة هذه التقنيات؟

## الفقرة الأولى: موقف المشرع من التلقيح الاصطناعي.

شهد تطور البحث العلمي عدة جوانب منها ما يهم مكونات الجسد، كالتحليل الدموي وإمكانية اعتماده في مجال النسب، وكذا التي تتعلق بالتحليل الجيني، وكذلك المساعدة الطبية على الإنجاب قصد تخطي ومعالجة حالات عدم الخصوبة لدى أحد الزوجين ، ولتحقيق هذه الغاية (الإنجاب) فإن الطب الإنجابي ابتكر تقنية لتجاوز العقم ونقص الخصوبة، وهي ما يطلق عليه التلقيح الاصطناعي، وهي تقنية طبية حديثة استحدثت لحل مشكل العقم، كمرض يتطلب العلاج، وهو أيضا إخصاب بويضة المرأة بغير الطريق الطبيعي، أي بغير طريق الاتصال الجنسي، ويتم هذا في الغالب عن طريق استخراج البويضة وتلقيحها بالحيوان المنوي للرجل ثم إعادة زرعها في رحم المرأة<sup>1</sup>.

وهناك نوعان من من التلقيح: تلقيح صناعي داخلي، وتلقيح صناعي خارجي، ويدخل في هذا الأخير ما يسمى بأطفال الأنابيب، وطرق أخرى متنوعة من الإستهلاك<sup>2</sup>.

التلقيح الصناعي الداخلي: وهي تقنية يتم بواسطتها إدخال الحيوان المنوي للرجل - المحصل عليه عن طريق الاستمناء - في الجهاز التناسلي للمرأة بمساعدة قسطرة خاصة، و يعرف أيضا بأنه : عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق حقن السائل المنوي لزوجها - أو لأحد الأغيار - في رحمها، حيث تقوم هذه الوسيلة على استبعاد الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة كوسيلة للإنجاب ليحل محله الحقن<sup>3</sup>.

ويتم التلقيح الاصطناعي الداخلي وفق أسس ومعايير طبية دقيقة، بعد إجراء الكشف والفحوصات ، ثم يقوم الطبيب المعالج بأخذ السائل المنوي من الزوج و فصل الحيوانات المنوية عن باقي السائل المنوي، وتوضع في وسط تكون قدرتها فيه على التحرك كبيرة وسرعة اندفاعها أكبر لتتمكن من اختراق جدار البويضة، بعدها يتم حقنها داخل رحم

<sup>1</sup>: عبد السلام النعموش، الحماية الجنائية للجنين في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، مكناس، ص 98.

<sup>2</sup>: مصطفى سلامة، تنظيم النسل في ضوء الفقه الإسلامي ومستجدات العصر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة، فاس، السنة الجامعية 1422هـ، 2001م، ص 342.

<sup>3</sup>: نور الدين العمراني، التجارب البيوطبية على الإنسان: مقارنة قانونية تطبيقية في ضوء القانون المغربي والمقارن أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، أكدال الرباط، السنة الجامعية 2004.2005، ص 117.

المرأة بواسطة طريقة طبية تسمى "القسطرة"، وبعدها تبدأ عملية التلقيح، وتكرر العملية عند فشل التلقيح مرة ثانية وثالثة حتى تتم العملية بنجاح<sup>1</sup>.

ويتخذ التلقيح الاصطناعي عدة صور، سواء بين الزوجين أي في إطار العلاقة الزوجية، وهذا هو الأصل إلا أنه قد يمتد التلقيح إلى الأغيار عن العلاقة الزوجية، كتدخل طرف ثالث في العملية، كما يحصل أن يتم هذا الأخير على غير المتزوجين، و تتحقق هذه الصور:

• التلقيح الاصطناعي الداخلي للزوجين أثناء قيام العلاقة الزوجية، هذه الحالة لا تثير إشكالات قانونية وعملية ما دام الولد ناتج من ماء الزوج، وينسب إليه تطبيقا لقواعد النسب، وعليه إذا لقحت الزوجة بماء زوجها وحملته في رحمها دون تدخل طرف ثالث فإن الجنين الولد الناتج عن هذه العملية ينسب للزوج، فيكون هو الأب، تطبيقا للحديث الشريف "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، هذه الصورة تعد المألوفة والأسبق من حيث التطبيق، وترمي إلى مساعدة الأزواج المحرومين من نعمة الأبوة والأمومة، لأسباب مرضية كنقص في الخصوبة لدى الزوجين أو العقم لأحد الأزواج أو لأسباب أخرى، وهذا النوع من التلقيح الاصطناعي هو المباح غالبا في بعض القوانين مثل القانون التونسي الذي حصر إمكانية اللجوء إلى تقنيات الطب الإنجابي في علاقة الزواج فحسب، كشرط أساسي من بين الشروط المنصوص عليها في الفصل 3 من قانون 7 أوت 2001<sup>2</sup>، وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه المشرع الجزائري حيث اشترط في المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، أن يكون الزواج شرعيا ، وأن يكون برضاها أثناء حياتهما، وأن يتم بمني الزوج وبويضة الزوجة ورحمها دون غيرها.

<sup>1</sup>: عبد السلام النغوش، ص 106.

<sup>2</sup>: محمود حسن، النظام القانوني للطب الإنجابي في التشريع التونسي، مجلة المحاكم المغربية، العدد 102، يونيو 2006، ص 72.

• التلقيح الصناعي الداخلي في حالة الزوج المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية، هذه الحالة مشابهة للحالة الأولى، بمعنى وجود علاقة زوجية بين الزوجين، وحدث التلقيح من ماء الزوج، وتطور الجنين في أحشاء الزوجة.

• التلقيح الصناعي الداخلي بماء الزوج بعد وفاته، ولم يتم التوصل إلى هذا الأسلوب إلا بعد تمكن الأطباء من حفظ الحيوانات المنوية مجمدة لمدة طويلة حيث أمكن بذلك الفصل بين العملية الجنسية الطبيعية والإنجاب، من خلال بنوك المني التي يحتفظ فيها بنطفة الزوج المتوفى وتخزينها، لاستخدامها فيما بعد في تلقيح الزوجة الأرملة، متى أعلنت عن رغبتها في استرجاع المني المحفوظ لزوجها المتوفى لإجراء التلقيح بواسطته وإتمام الحمل<sup>1</sup>، وهذه الحالة تثير العديد من الإشكاليات القانونية، خاصة في تحديد نسب هذا الوليد، لأن العملية تتم بعد انقضاء الزوجية بالوفاة، في هذه الحالة إذا أتت الزوجة بالمولود خلال سنة من تاريخ الوفاة فإنه ينتسب إلى الزوج المتوفى، على اعتبار أنه ولد على فراشه، أما في حالة إذا أتت به بعد مرور سنة على الوفاة، فإنه لا ينسب إلى هذا الأخير.

• التلقيح الاصطناعي الداخلي من غير الزوج، وتتحقق هذه الحالة في تدخل طرف ثالث أجنبي عن العلاقة الزوجية، عن طريق التبرع بالنطفة، حيث يحل محل الزوج العقيم الذي ليست لديه القدرة على الإخصاب، أو لإصابته بمرض يخشى انتقاله إلى خلفه<sup>2</sup>، ويحقن تلك النطفة في رحم المرأة في الوقت المناسب من الدورة، وهذه الطريقة واسعة جدا في الغرب<sup>3</sup>، خاصة مع ازدياد بنوك حفظ المني التي تعرف انتشارا واسعا لاسيما في الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا وتحقق أرباحا طائلة، وهذه الطريقة من الناحية الشرعية غير جائزة خاصة في الدول التي

<sup>1</sup>: نور الدين العمراني، م س، ص 120.

<sup>2</sup>: نور الدين العمراني، م س، ص 121.

<sup>3</sup>: مصطفى سلامة، م س، ص 343.

تعتمد الشريعة الإسلامية كمرجعية أساسية في قوانينها، لأنها تؤدي إلى اختلاط الأنساب.

• التلقيح الاصطناعي الداخلي لامرأة غير متزوجة، في هذه الحالة يتم تلقيح امرأة غير متزوجة بمني شخص آخر، رغبة منها في الإنجاب بدون إتباع الوسيلة الطبيعية أي عن طريق الزواج، وقد يتم تلقيحها بمني رجل متبرع معلوم ، أو عن طريق استعمال بنوك المني، المنتشرة في العالم.

في جميع هذه الحالات التي سقناها سابقا يتضح مدى أهمية التمييز بينها، في استنباط الحكم الشرعي منها، مع العلم أن المشرع المغربي لم يتخذ موقفا واضحا من التلقيح الاصطناعي ولم يحمل نفسه عناء تنظيم هذه التقنية الحديثة في الإنجاب إلى غاية اليوم، على الرغم من وجود مؤسسات خاصة بالتلقيح الاصطناعي، إضافة إلى تزايد الوافدين على هذه التقنية من الراغبين في البنات والبنين.

التلقيح الاصطناعي الخارجي: إذا كان التلقيح الاصطناعي الداخلي يتم داخل رحم المرأة، فإن التلقيح الاصطناعي الخارجي هو الذي يتم فيه تلقيح بويضة المرأة خارج جهازها التناسلي بماء الرجل<sup>1</sup>، في أنبوب اختبار أو وعاء مخبري، حتى إذا تم الإخصاب وتم الانقسام المناسب، أعيدت البويضات الملقحة إلى رحم المرأة، لتنمو فيه نموا طبيعيا إلى حين موعد الولادة، وقد اشتهرت هذه الطريقة بإسم "أطفال الأنبيب" وهو حسب أستاذنا نور الدين العمراني تعبير غير سليم،<sup>2</sup> لأن البويضة الملقحة تمر بمرحلة قصيرة من حياتها خارج الرحم في أنبوب الاختبار، (يومين أو ثلاثة) ثم تنتقل إلى الرحم، فهي لا تنمو في الأنبوب كما يتصور، وتتخذ هذه التقنية أساليب مختلفة فهي إما:

• أن تؤخذ الحيوانات المنوية من الزوج، والبويضة من الزوجة، ويتم التلقيح في أنبوب الاختبار، وتنتقل البويضة الملقحة إلى رحم الزوجة صاحبة الزوجة، فتعلق

<sup>1</sup>: المرجع السابق، ص 345.

<sup>2</sup>: نور الدين العمراني، م س، ص 122 و 123.

في جدار الرحم ليبدأ الحمل إلى غاية الولادة<sup>1</sup>، وينطبق على هذه الحالة ما ذكرناه آنفا في التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين دون تدخل الغير.

- أن يتم التلقيح بين نطفتي الزوجين في أنبوب الاختبار، تم تنقل البويضة الملقحة إلى رحم امرأة أخرى غير صاحبة البويضة، وهو ما يجري عادة في حالة تأجير الأرحام<sup>2</sup>، هذه الأخيرة التي تتخذ صورتين ممكنتين، الأولى أن يتم تلقيح خارجي في وعاء اختبار بين بدرتي زوجين، تم تزرع اللقحة في رحم امرأة تتطوع بحمله، والثانية: هي ذاتها الصورة الأولى، لكن تكون المتطوعة بالحمل هي زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة، أي أن المتطوعة هي ضرة الزوجة صاحبة النطفة، وهنا يثور التساؤل حول نسب هذا الولد المزداد من هذا الخليط من العلاقات؟ ولمن تثبت بنوة هذا الأخير؟

لقد انقسمت الآراء حول حكم هذه الحالة بين رأيين:

رأي اعتبر أن الأم هي صاحبة البويضة، ورأي آخر اعتبر أن الأم هي صاحبة الرحم التي تبرعت بالحمل والتي تكون الجنين في رحمها، تم أتمت الحمل إلى أن ولدت<sup>3</sup>، وقد استند أصحاب الرأي الأول على الأسباب التالية:

. أن العلم أثبت أن الجنين بعد زرعه في رحم المرأة المستعارة أو المؤجرة، أشبه ما يكون بطفل تغذى من غير أمه.

. أن السجل الوراثي الحقيقي للوليد قد جاء أساسا من الخلايا الجنسية للأبوين، فكل خلية بمثابة ميكرو فيلم للمخلوق، وهذا انه لن يأخذ من الصفات غير تلك التي يتميز بها أبويه صاحبي النطفة الملقحة.

<sup>1</sup>: عبد السلام النغوش، م س، ص 107.

<sup>2</sup>: تأجير الأرحام، أو الأمهات البديلة، يعني أن يتم تلقيح خارجي بين مني الزوج، وبويضة مأخوذة من الزوجة، ثم تزرع اللقحة في رحم امرأة أخرى متطوعة بحملها، وهذا يعني أن المرأة صاحبة الرحم أعارت رحمها للغير، سواء قامت بذلك طوعا أو بمقابل مالي.

<sup>3</sup>: حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة 2007، ص 256.

. أن النسب يقوم بوجه عام على الحقيقة البيولوجية، فالنطفة هي بداية خلق الإنسان، وإذا كان الولد ينسب للرجل صاحب النطفة، فإنه ينسب أيضا للمرأة صاحبة النطفة، فقد جاء في قوله تعالى: {وأنه خلق الزوجين الذكر والأنثى من نطفة إذا تمنى}<sup>1</sup>، وهو الموقف الذي اتخذه المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، حيث اعتبر أن نسب المولود يتبع صاحبة البذرة، أما الزوجة المتطوعة بالحمل، فتكون في حكم الأم المرضعة للمولود، لأنه اكتسب من جسمها وعضويتها أكثر مما يكتسب الرضيع من مرضعته في نصاب الرضاع الذي يحرم به ما يحرم من النسب<sup>2</sup>.

واستند الرأي الثاني على الأسباب التالية:

. أن القول باعتبار المرأة صاحبة البويضة هي الأم فيه إفساد لمعنى الأمومة ويتعارض مع المعنى المقصود من الأمومة الحقيقية.

. قوله تعالى: {إن أمهاتهم إلا الآتي ولنهم}<sup>3</sup>، في إشارة إلى أن الأم الحقيقية هي التي تلد، ولا شك أن المرأة المتطوعة بالحمل هي التي ستلد ذلك الولد، بالإضافة إلى آيات أخرى، تصب في نفس الاتجاه.

وبالرجوع إلى التشريعات القانونية نجد أنه لا مجال للحديث عن هذه الحالة ما دامت ممنوعة قانونا في العديد من القوانين<sup>4</sup>، سواء كان ذلك صراحة في قوانين خاصة أو عن طريق تطبيق النظام العام المرتكز أساسا على الشريعة الإسلامية، هذه الأخيرة التي تحرم هذه العملية لانعدام الرابطة الزوجية بين أطراف عقد إجارة الرحم.

<sup>1</sup>: سورة النجم، الآيتان 44 و 45.

<sup>2</sup>: حسني محمود عبد الدايم، م س، ص 262.

<sup>3</sup>: سورة المجادلة، جزء من الآية رقم 2.

<sup>4</sup>: نظام الطب الإنجابي في التشريع التونسي، قانون 7 أوت 2001، الذي اشترط في الفصل 3 منه توفر علاقة زوجية للجوء إلى الطب الإنجابي، وتنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "لا يجوز للجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

• أن يتم التلقيح في أنبوب الاختبار بين نطفة مأخوذة من الزوج، وبويضة مأخوذة من مبيض امرأة غريبة لا تربطه بها رابطة شرعية (متبرعة)، وبعد أن تلقح البويضة تزرع في رحم الزوجة<sup>1</sup>، وهذه الحالة هي عكس السابقة، حيث يتم التبرع بالبويضة وليس بالرحم، نفس الإشكال الذي تطرقنا له في الحالة السابقة، حول إلى من تثبت بنوة الولد؟ في الحقيقة وأمام الفراغ التشريعي، والمواقف الفقهية المتضاربة، فإنه لا يسعنا إلا تطبيق النظام العام المنبثق من الشريعة الإسلامية، والذي يحرم تدخل أي طرف آخر في عملية التنازل بين الأزواج، ويسري عليها ما يسري على تأجير الأرحام، بحيث تثبت البنوة لصاحبة النطفة وليس لصاحبة الرحم، كما أن نسبه لا يمتد إلى أبيه ما دام ناتج عن علاقة غير شرعية طبقاً لأحكام مدونة الأسرة.

• أن يتم التلقيح بين نطفة رجل و بويضة امرأة لا تربطهما أية علاقة شرعية، (متبرعين معاً)، ثم بعد ذلك يتم زرع هذه النطفة الملقحة في رحم امرأة ثانية متزوجة، إذا كان الزوجين الأخيرين لا يستطيعان الإنجاب بسبب العقم، وفي هذه الحالة تكون الزوجة هي من استأجرت رحمها وبالتالي فإن بنوة هذا الوليد تلحق بالمتبرعين، وليس للزوجين.

• أن يتم تلقيح بويضة الزوجة، ونطفة رجل آخر غير زوجها (متبرع)، كما قد تحصل عليه من بنوك المني، في أنبوب الاختبار ثم عند اكتمال الإخصاب يتم زرعها في رحم الزوجة، في هذه الحالة تعد المرأة أما للولد، لأن البويضة منها والحمل منها، من ثم فإن البنوة تثبت لها وإن كانت غير شرعية، بينما لا ينسب هذا الولد لأبيه صاحب النطفة لأنه في حكم ابن الزنا<sup>2</sup>، لكن هل يمكن أن ينسب لصاحب الفراش تطبيقاً لقاعدة الولد للفراش؟ فالولد هنا ليس من ماء الزوج، مع أنه صاحب الفراش؟ الجواب عن هذا السؤال يختلف من حيث حجية الأخذ بالخبرة الطبية كوسيلة لإثبات أو نفي النسب في جميع الحالات حتى في حالة وجود فراش.

<sup>1</sup>: عبد السلام النغموش، م س، ص 108.

<sup>2</sup>: أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 180.

وعليه يمكن القول أن كل من التلقيح الاصطناعي يعدان من وسائل علاج العقم، أو عدم الإخصاب ، غير أن اللجوء إلى التلقيح الداخلي لا يتم إلا بعد استيفاء جميع محاولات الحمل الطبيعية، كما أن اللجوء إلى التلقيح الخارجي لا يمكن اللجوء إليه إلا بعد فشل محاولات التلقيح الداخلي من الناحية الواقعية والمنطقية، فلا يعقل أن يلجأ الأزواج إلى هذه التقنية ما دام بإمكانهما الإنجاب بطريقة طبيعية، وإلا اعتبر ذلك استهتارا ولهوا.

## الفقرة الثانية : موقع الاستنساخ البشري في التأثير على البنوة.

### أولاً: علاقة الاستنساخ بالبنوة الطبيعية.

لعل الاستنساخ<sup>1</sup> البشري هو أهم مشكلة أثارتها الثورة البيولوجية الحديثة ، حيث تجاوز التوقعات فبينما الجدل في أوجه حول أحكام البنوة الشرعية وغير الشرعية والنتيجة خارج إطار الزواج بين رجل وامرأة، ظهر احتمال وجود بنوة من نوع آخر ليست لها دلالة في اللغة بعد، ويمكن أن نطلق عليه عبارة "الابن الخلية"، وهي البنوة التي قد تنتج عن عملية الإستنساخ البشري.

الاستنساخ ظاهرة معروفة تستخدم في علم الأحياء لوصف الظاهرة المعروفة الواسعة الانتشار في الطبيعة لتكاثر بعض أنواع المخلوقات الحية بانشطار الخلية، أي دون اتصال جنسي ، وقد عرف الإستنساخ في بداية الأمر في النباتات منذ فترة ليست بقريبة ، وكانت نتائجه هائلة على مستوى المنتوجات الزراعية ، ثم انتقل إلى الحيوانات حيث شكل الإعلان عن استنساخ الشاة "دولي"<sup>2</sup> حدثاً بارزاً هز العالم بأسره، ودق ناقوس الخطر معلناً

<sup>1</sup>: الإستنساخ (KLON) كلمة يونانية الجذور، معناها اللغوي البرعم الوليد أو النجاج الوليد، وتقابلها في اللغة الفرنسية (Clonage)، وفي الإنجليزية (Cloning)، وتعني في بعدها الدلالي التكاثر اللاجنسي أو التعدد اللاتزاوجي ، والمصطلح الذي أقرته لجنة اللغة العربية بأكاديمية المملكة المغربية في اجتماعها يوم 13 مارس 1997 كترجمة لكلمة (Clonage) هو "الإستنسال" بدلاً من مصطلح الإستنساخ الشائع، ويعرف هذا الأخير بأنه حسب تعريف مجمع الفقه الإسلامي بأنه: "توليد كائن معين أو أكثر إما بنقل النواة من خلية جسدية إلى بويضة منزوعة النواة، وإما بتشطير بويضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء". كما يقسم علماء الهندسة الوراثية الإستنساخ الجيني إلى قسمين: استنساخ جنسي يتم بواسطة خلية جنسية ( حيوان منوي وبويضة)، واستنساخ جسدي أي من خلية جسدية فقط:

– الاستنساخ الجيني : وهو تقنية تتم عن طريق الإستنساخ أو التشطير التقني للبويضة المخصبة قبل زرعها في الرحم، ويبدأ ببويضة مخصبة منقسمة إلى خليتين أو أكثر، فتنحرف كل خلية من هذه الخلايا إلى البدء من جديد وكأنها الخلية الأم، وتصير كل واحد جنيناً مستقلاً، وينتج عن ذلك أن جميع الأجنة المكونة ستكون متطابقة جينياً، لصدورها عن بويضة واحدة.

– الإستنساخ الجسدي: وهو يتم بأخذ خلية بشرية غير جنسية من ذكر أو أنثى، وغرسها في بويضة مفرغة من محتواها، وزرعها في الرحم.

<sup>2</sup>: في يوم 24 فبراير 1997 أعلن الباحث باسم معهد روزلين باسكتلندا البروفسور والعالم الإحيائي "إيان ويلموث Ian Wilmut" في مؤتمر صحفي أنه تمكن هو ورفاقه في المعهد من استنساخ نعجة أطلقوا عليه اسم "DOLLY" نسبة إلى المغنية الشهيرة الأمريكية "دولي بارتن".

أن استنساخ الإنسان أصبح قاب قوسين أو أدنى، لكون العملية قد تمت على إحدى الثدييات، التي ينتمي إليها الإنسان فلا يستبعد أن يستنسخ غدا، وتظهر أشكال بشرية مستنسخة<sup>1</sup>.

وتتلخص عملية استنساخ النعجة دولي بأخذ خلية من نعجة بالغة ، و ثم اخذ الخلية وهي في دورتها الانشطارية، وتم نزع نواتها التي تشمل على الكروموزومات والحامض النووي الذي يحتوي على الصفات والخصائص الوراثية، ثم قام الباحثون بأخذ بويضة نعجة ثانية وأخرجوا نواتها، أي أفرغوها من محتواها الوراثي، و ثم دمج النواة الأولى المنزرعة وإحامها في البويضة المفرغة عبر عملية كيميائية معقدة، وتمت العملية عبر سلسلة من المس الكهربائي، في الأخير أتى الباحثون بنعجة ثالثة استأجروا رحمها وادخلوا فيها البويضة فطورت إلى أن خرجت إلى الوجود نسخة طبق الأصل من النعجة التي أخذوا الخلية من ضرعها، معلنة عن نجاح التجربة ووصولها إلى مرحلة الكمال<sup>2</sup>، ليتم الإعلان عن ولادة أول حيوان ثديي في التاريخ البيولوجي بطريقة التكاثر اللاجنسي<sup>3</sup>.

من ثم فإن ما هو ممكن بالنسبة لنعجة، يمكن أن يطبق مبدئيا على الأقل على الإنسان، لأن كل الثدييات قريبة جينيا، مع الأخذ بعين الاعتبار تطور تقنية الإستنسال وتعدد طرقه وأساليبه التقنية، كما توالى الإنجازات والأحداث المسجلة في هذا المجال، حيث بلغ التحدي مداه عندما عقد العلماء العزم على الانتقال من الإستنسال في المجال الحيواني - بعد تطبيقه على النعاج والأبقار والخنازير والقردة وغيرها - إلى الإستنسال البشري، بما يشكله ذلك من مخاطر وتحديات غير مسبوقة في تاريخ الطب والبيولوجيا<sup>4</sup>.

لعل أهم إشكال قد يثار في هذا الشأن ، إشكالية نسب الجنين المستنسخ، وطبيعة بنوته وعلاقته بأصله، فالبنوة كما نصت على ذلك المادة 142 من مدونة الأسرة تحقق بتنسل

<sup>1</sup>: شرف عشيق، الإستنساخ البشري في المنظور الديني والقانوني، مجلة الدفاع، العدد الرابع شتبر 2005، ص192.

<sup>2</sup>: نفس المرجع، ص 192 و 193.

<sup>3</sup>: نور الدين العمراني، م س، ص218.

<sup>4</sup>: نفس المرجع، ص219.

الولد من أبويه، كما تم تعريف النسب بأنه لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف، كما انه محكوم بقواعد شرعية وقانونية، وهو حق للزوجين والأبناء معا، ولذلك فهو يجد إطاره الشرعي والقانوني في الأسرة، ويقتضي لثبوته أن ينتسب الولد إلى أبيه في إطار علاقة شرعية، ومما لا شك فيه أن الاستنساخ قد تطاول على هذه القواعد مما يزعزع مؤسسة الأسرة فهو توالد لاجنسي كما هو معلوم، يؤدي إلى إستيلاد طفل من شخص وحيد و من دون تلقيح، ومن ثم يطرح التساؤل حول طبيعة العلاقة القانونية القائمة بين الطفل المستنسل، والشخص الأصلي، الذي أخذت منه الخلية موضوع الإستنسال<sup>1</sup>، وبالتالي فإن هذا الطفل وليد المختبرات العلمية، وليس فراش الزوجية، وبما أنه يدخل ضمن نطاق البنوة غير الشرعية فإن السؤال هو لمن تثبت بنوة هذا الطفل ونسبه، أم أنه مجهول النسب؟ وهل يمكن تطبيق قواعد الولد للفراش، وإلحاق الولد بصاحب الفراش؟

إذا أمكن الاستنساخ فعلا في المجال البشري، فإن نسبه يمكن وتمديدا للقواعد المتعلقة بالنسب أن نميز بين عدة حالات:

أ. في حالة اخذ الخلية من جسد الزوج وتم معالجتها بطريق الإستنساخ وأخذ بويضة من زوجته بعد نزع نواتها ودمجها ثم تزرع في رحم الزوجة، فإن هذا الإنسان المستنسخ لا يعد ابنا له من الناحية العلمية لأن ما تم هو نوع من التكاثر للخلية الأولى التي كانت سببا في إنجاب الزوج فيصبح هذا الطفل المستنسخ أخا لهذا الزوج وابنا لوالد الزوج، أما الزوجة فهي مجرد حاضنة للجنين في رحمها وليست لها علاقة به من ناحية الصفات الوراثية، لأن نواة بويضتها تم نزعها وتم تعويضها بأخرى<sup>2</sup>.

ب. في حالة إذا تم أخذ خلية جسدية من أنثى ووضعت في رحمها بعد تلقيحها ببويضتها المنزوعة النواة، فإذا كانت هذه الأنثى بدون زوج فإن نسب هذا الجنين وصفاته الوراثية، تعود إلى نسب تلك الأم، وهو أخ لها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>: نفس المرجع، ص 224.

<sup>2</sup>: عبد السلام النغموش، م س، ص 174.

<sup>3</sup>: نفسه.

ت. أما إذا تم اخذ خلية من أنثى و تم دمجها في بويضة أنثى أخرى بعد نزع نواتها ووضع اللقيحة في رحم أنثى ثالثة ، فيصعب إلحاق النسب في هذه الحالة مع العلم أن النسب خاصة في القانون المغربي لا يلحق إلا للأب باعتباره لحمه شرعية تربط الأب بولده، إلا انه وبما أن الخلية أخذت من الأنثى الأولى فإنه ينسب إلى أبيها.

في الحقيقة أن هذا النسب الذي تحدثنا عليه آنفا لا يمكن تصوره من الناحية القانونية والشرعية، وإنما أوردناه على سبيل الافتراض، لأنه وفي كافة الأحوال تبقى هوية الطفل المتسل غير معلومة ومضبوطة بالمقارنة مع الطفل المزداد بطريقة عادية وفي إطار علاقة زوجية شرعية، مما يجعل من الصعوبة بمكان إخضاعها للأحكام الشرعية التي تحدد الروابط النسبية، وللاثار القانونية المترتبة عن ثبوت النسب، كأحكام النفقة والحضانة، وقواعد الميراث والوصية<sup>1</sup>.

هذه الحالات وغيرها من المسائل، وما يمكن أن ينتج عنها من مشاكل، ستهدد لا محالة كيان الأسرة واستقرار المجتمع، وستقضي على مفهوم الأبوة والبنوة والأمومة، كما سينفلت معها النسب من ربة التنظيم الشرعي، ليلج ميدان الفوضى والتغريب<sup>2</sup>.

### ثانيا: موقف التشريع المغربي من الاستنساخ.

إن خلو القانون المغربي من نصوص تحدد موقفه من قضية الإستنساخ البشري ليس إلا من باب تحصيل حاصل، فقد اختار المشرع المغربي التزام الحياد تجاه العديد من التطورات العلمية، خصوصا في مجالات الطب والبيولوجيا على الرغم من أن نتائجها قد تجاوزت مجالات التجربة والاختبار، وأضحت حقائق جلية على مستوى الواقع مثل عمليات تحول الجنس والتلقيح الاصطناعي أو أطفال الأنابيب وزرع الأعضاء البشرية وغيرها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>: نور الدين العمراني، م س، ص 226.

<sup>2</sup>: محمد كراة، الحق في الأسرة: محاولة في التأسيس والحماية، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، فاس السنة الجامعية 2002.2003، ص 57.

<sup>3</sup>: شرف عشقي، م س، ص 207.

وعليه لم تشر مدونة الأسرة ومدون الأحوال الشخصية قبلها إلى هذه المسألة، وهو أمر طبيعي ما دام الإستتساخ في مجاله المتعلق بالإنسان مجرد افتراض لم يتحقق بعد من الناحية الواقعية، فكيف يمكن الحكم على شيء مستقبلي يفترض وقوعه كما يفترض عدم وقوعه، لذلك فإن دراسته لا تعدو ان تكون مجرد مقارنة افتراضية لما يمكن أن يستجد في هذا الموضوع.

من ثم إذا ثبت يوما أن حصل استتساخ إنسان، خاصة في المغرب فإنه مبدئيا يتم تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبارها المرجعية الأساسية المنظمة للأحوال الشخصية للمغاربة، وكذا القواعد المتعلقة بالاتفاقيات الدولية في هذا المجال، وبذلك يمكن القول أن موقف المشرع المغربي من الإستتساخ هو نفسه موقف الشريعة الإسلامية الذي لا يختلف كثيرا عن موقف الديانات الأخرى<sup>1</sup>.

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لا نجد بشأنها نص قطعي في القرآن ولا في السنة، إلا أن استخلاص الحكم الشرعي للإستتساخ البشري ينبني على تطبيق القواعد الأصولية في ظل المقاصد الكبرى للشريعة الإسلامية، وذلك من خلال رصد مجموع المنافع المؤكدة المتوخاة من العملية، قياسا على مجموع الأضرار والمخاطر المؤكدة والمتوقعة منها<sup>2</sup>، ودون الدخول في المواقف الفقهية الانفرادية، وكذا الفتاوى الفردية وخلاصات الندوات والمؤتمرات الفقهية التي تناولت الموضوع، فإن المواقف السائدة اتخذت منحنيين اثنين: أحدهما اتفق على تحريم الإستتساخ البشري، وخاصة عندما يتم إقحام طرف ثالث في العلاقة الزوجية، سواء كان رحما أو حيوانا منويا أو بويضة أو خلية جسدية للإستتساخ، والموقف الآخر تردد في الحسم فيه برأي قاطع ونهائي خشية الوقوع في الزلل، والترنم منطق

<sup>1</sup>: تعتبر الديانة المسيحية الإستتساخ البشري امرا مرفوضا، لأنه تحد للذات الإلهية وضرب للكرامة الإنسانية، وهو الموقف الذي أخذ الفاتيكان، أعلى مؤسسة دينية بالنسبة للكنيسة الكاثوليكية حيث اعتبر أن هذه التجارب ضد الدين، وتدخل في قدرة الله ومحاوله احتلال مرتبته، وهو الموقف نفسه الذي أخذته كل من الكنيسة الانكلوكانية ببريطانيا ، و الكنيسة القبطية بمصر.

أما الديانة اليهودية، فيمكن ان نستنتج موقفها من خلال القدسية التي يملكها الزواج في هذه الديانة حيث اعتبرت أن الشخص الذي لا يدخل إلى مؤسسة الزواج يتهم بإراقة الدماء ويغير صور الله، من ثم فإن الإستتساخ مرفوض لأنه تطاول على قدرة الله واختصاصه في الخلق، كما أنه ضرب لمؤسستي الزواج والأسرة في الصميم.

<sup>2</sup>: شرف عشيقي، م س، ص 195 و 196.

التمهل والتريث، من ثم يبقى الأمر مبهما. بالإضافة إلى أن القانون الجنائي المغربي وتطبيقا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فإنه لا يسوغ متابعة أو مآخذة أحد على فعل لا يعد جريمة بصريح القانون ولا معاقبته بعقوبات لا يقرها القانون<sup>1</sup>، وبالتالي يبقى تجريم الإستنساخ معلقا على صدور نص ينظم هذا الأخير، وهو ما سارعت إليه بعض التشريعات المقارنة التي جرمت الإستنساخ البشري<sup>2</sup> ومنها المشرع الأمريكي و الألماني والفرنسي<sup>3</sup> والبريطاني، كما اتخذت قضية الإستنساخ البشري بعدا دوليا، من خلال اتفاقية من أجل حماية حقوق الإنسان وكرامة الكائن البشري في مواجهة التطبيقات الطبية والبيولوجية، بتاريخ أبريل 1997، بالإضافة إلى المقترح الذي تقدمت به ألمانيا وفرنسا إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن حظر الإستنساخ البشري واتخاذ ما يلزم قانونا لوقفه<sup>4</sup>.

ووجه الحماية في ما سبق والتي يمكن تمديدها إلى الطفل غير الشرعي بصفة خاصة، تلك المقتضيات التي تمنع وتجرم وتحرم الإستنساخ البشري، لما لهذا الأخير من تأثير على الطفل في هويته ومركزه القانوني وكرامته الإنسانية، وتقوض حقوقه المدنية والاجتماعية، وكذا مصلحته الفضلى التي تأخذ قبل كل اعتبار، ومما لاشك فيه أن مصلحته الفضلى ليست في استنساخه وجعله في وضعية شاذة غير كاملة تفقده أهم ما في الحياة من نعم.

<sup>1</sup>: ينص الفصل الثالث من القانون الجنائي المغربي على أنه: "لا يسوغ مؤاخذة أحد على فعل لا يعد جريمة بصريح القانون ولا معاقبته بعقوبات لم يقرها القانون".

<sup>2</sup>: A VIS No 202 (1997) relatif au projet de protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, portant interdiction du clonage d'êtres humains (<http://assembly.coe.int>).

<sup>3</sup>: **Code de la santé publique - Article L2151-2**: (La conception in vitro d'embryon ou la constitution par clonage d'embryon humain à des fins de recherche est interdite.

La création d'embryons transgéniques ou chimériques est interdite).

<sup>4</sup>: شرف عشيق، م س، ص 205 و 206.

## المبحث الثاني: المركز القانوني للولد غير الشرعي في الحماية الاجتماعية والكفالة.

تعتبر الرعاية الاجتماعية من أهم ما يمكن أن يمنح للطفل الموجود في وضعية صعبة بسبب تنكر أبويه له أو أحدهما، بحيث أنها تحقق له الأمن الاجتماعي وترسخ في الأذهان فكرة التضامن والتآزر بين مكونات المجتمع، وبالتالي من شأنها أن تقلص من جيوش المهمشين وأطفال الشوارع ومن كل الظواهر التي تؤرق المؤسسات الحكومية، ولا شك أن مساعدة الأم على تربية ولدها أو تخويله رعاية بديلة في أسرة بديلة قد يحد من هذه الظواهر، ومن تم كانت الحماية الاجتماعية وسيلة في يد المشرع في مساعدة الأم الأجيبة في تربية أولادها من خلال نظام الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي ونظام التغطية الصحية الأساسية، (المطلب الأول)، كما منح للولد غير الشرعي إمكانية الحصول على أسرة بديلة من خلال مقتضيات القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: حق الطفل غير الشرعي في الحماية الاجتماعية.

بدأ التفكير بشؤون التأمين الاجتماعي عقب تأسيس منظمة الشغل الدولية، التي أصدرت عدة توصيات تتعلق بالأمومة والبطالة وحوادث الشغل والأمراض المهنية والعجز والوفاة، وهو ما شكل نواة لبروز قانون الضمان الاجتماعي لأول مرة في أمريكا سنة 1937 لينتقل بعد ذلك إلى باقي بلدان العالم، ومنها المغرب الذي سن نظام الضمان الاجتماعي من خلال ظهير 31 دجنبر 1959 الذي دخل حيز التنفيذ في فاتح أبريل 1961، والذي أدخلت عليه تغييرات وألغي بعد مرور عشر سنوات بصدور ظهير 27 يوليوز 1972.<sup>1</sup>

وبذلك فإن الحماية الاجتماعية تحرر العامل من الحاجة والفقر ومن كل ما يهدد أمنه الاقتصادي ولما كانت حياة المرأة العاملة تتأثر إلى حد كبير بدورها كأم، بحيث يشكل الحمل والأمومة وتربية الأطفال منظور آخر لحياة امرأة عاملة، كان من اللازم تعويض المرأة

<sup>1</sup>: محمد العروصي، المختصر في الحماية الاجتماعية، منشورات مختبر الأبحاث والدراسات حول قانون العمال والمقاولات، الطبعة الأولى 2009، ص 13.

على العبء الذي يجب أن تتحمله بمناسبة قيامها بهذا الدور، ولما كانت الأم أجيرة فإن المشرع لم يميز بين طبيعة أمومتها فكانت الحماية تشملها في جميع الحالات.

غير أن استفادة المرأة الأجيرة من تعويضات الضمان الاجتماعي متوقف على توفر شروط نص عليها هذا النظام (فقرة أولى)، ويبقى لها في حالة عدم استجماع تلك الشروط أن تستفيد من مقتضيات مدونة التغطية الصحية الأساسية على الأقل من الناحية الصحية (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: حماية الأمومة في نظام الضمان الاجتماعي.

مع أن الحمل والأمومة يخصان المرأة بشكل بيولوجي، بحيث بات الإنجاب بحد ذاته وظيفة يجب حمايتها وباتت حماية الأمومة ضرورية لتحقيق تكافؤ الفرص والمعاملة بين الرجل والمرأة في الاستخدام، فإنها في نفس الوقت حماية للحمل والولد الذي سينتج عن هذا الحمل، وهذه التدابير مصممة لضمان عدم تقييد المرأة في ممارسة حقها في العمل بسبب الأمومة، كما لا يجب أن تشكل أساسا للتمييز ضدها. فبقدر ما يضع الحمل والأمومة المرأة في وضع تكون فيه عاجزة مؤقتا عن أداء عمل مأجور فإنه يقرر لها حماية اجتماعية خاصة تعكس الاهتمام الذي يوليه المجتمع للأمهات.<sup>1</sup>

وتكون عادة حماية المرأة العاملة خلال الحمل والأمومة منصوص عليها في ظل قانون العمل الذي يغطي شروط العمل والاستخدام والصحة والسلامة المهنية، كما تعتبر أنظمة الضمان الاجتماعي ضرورية ومكملة، وتدعو معايير منظمة العمل الدولية إلى الحق بأجازة أمومة تؤخذ بعد الولادة وتوفير فوائد نقدية لاستبدال الدخل المفقود وضمان الوظيفة خلال أجازة الأمومة وتوفير فترات استراحة للإرضاع، وهو ما أكد عليه المشرع المغربي حيث عالج أحكام الأمومة في الفصول 37 و 38 و 39 من ظهير 1972، وقد جاء في الفصل 37 أنه: "أن المؤمن لها التي تثبت قضاء أربعة وخمسين يوما متصلة أو غير متصلة من

<sup>1</sup>: سحر مهدي الياسري، الحماية الاجتماعية والقانونية للأم العاملة والحامل، أكتوبر 2008، 16:32، مقال منشور بالموقع الإلكتروني (www.rafid.net).

الاشتراك خلال العشرة أشهر المدنية للتسجيل السابقة لتاريخ التوقف عن العمل الذي يقتضيه اقتراب موعد الولادة تستفيد من تعويضات يومية خلال عشرة أسابيع منها ستة على الأقل بعد تاريخ الولادة بشرط التوقف عن كل عمل تؤدي عنه أجرة خلال مدة الاستفادة من التعويض والتوفر على محل سكنى بالمغرب"، فمن خلال هذا الفصل يتضح أنه لاستفادة المرأة الأجيعة من التعويض عن الولادة لابد من توفر الشروط التالية:

أولاً: أن تتوفر على مدة من التأمين أو الاشتراك.

ثانياً: أن تتوقف عن كل عمل مأجور.

ثالثاً: أن تكون قاطنة بالمغرب.

رابعاً: بالإضافة إلى الشروط السابقة فإنه يجب على الأجيعة أن تقوم بإخبار الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، وذلك تطبيقاً للفصل 39 من ظهير 1972 المعدل بظهير نونبر 2004، الذي يحيل على الفقرة الأولى من الفصل 33 المتعلق بالتزام العاملة المريضة بإشعار الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بحالة مرضها.<sup>1</sup>

بالإضافة إلى التعويضات العائلية التي تركز على مبدأ المساعدة الاجتماعية، و هي تعويضات يتحمل فيها المشغل وحده مبلغ الاشتراك و تعفي المؤمن له اعتماداً على اقتطاع من الكتلة الإجمالية للأجور دون تحديد السقف، والتي تستفيد منها الأجيعة التي أثبتت قضاء مدة اشتراك لا تقل عن 108 أيام خلال ستة أشهر مدنية الموالية للتسجيل، على أن تكون الأجيعة تتقاضى أكثر من 60 % من الأجر الأدنى المضمون في الصناعة والفلاحة، بحيث تستفيد من تعويض مقدر في 200 درهم عن كل طفل بالنسبة لثلاث أطفال الأولين و 36

<sup>1</sup>: لمبسي عبدة، الوضع القانوني للمرأة الأجيعة في إطار الضمان الاجتماعي، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، مكناس، السنة الجامعية 2009/2010، ص 87.

درهم عن الباقيين في حدود ثلاث أطفال، ولم يميز المشرع بين الأطفال في الاستفادة من التعويضات العائلية حيث جاء في الفصل 5 من ظهير 30 دجنبر 1972<sup>1</sup> أنه:

تمنح التعويضات عن:

- الأولاد الشرعيين من فراش الزوجين أو من زواج سابق لأحدهما.
- الأولاد المتبنين والأولاد غير الشرعيين المعترف بهم المستفيد من التعويض أو زوجته طبق الشروط والكيفيات المنصوص عليها في نظام الأحوال الشخصية الجاري عليه.
- الأولاد اليتامى فاقد الأب والأم المتكفل بهم المستفيد من التعويض العائلي أو المعهود إليه بهم إما بحكم قضائي أو بعقد قانوني يجعل الولد تحت نفقته ولاسيما بإيعاز من مؤسسات للإسعاف العمومي.

وعليه يلاحظ من خلال الفصل السابق أن المشرع لا يميز بين الأولاد الشرعيين وغير الشرعيين بل أكثر من ذلك أدرج الأطفال المتبنين بالرغم من أن التبني غير معترف به في القانون المغربي، وهو ما يدل على أن المشرع لم يحين مقتضيات نظام الضمان الاجتماعي الذي اقتبسه من القانون الفرنسي الذي يعترف بمؤسسة التبني، ليتلاءم مع القانون المغربي.

### الفقرة الثانية: حق الولد غير الشرعي في التغطية الصحية.

إن حماية صحة المرأة العاملة الأم والحامل هي منطلق أساسي للحماية الاجتماعية للولد غير الشرعي بما أن أنها من يتكفل بهذا الأخير، ويجب أن توفر الدولة بنى صحية متطورة وسياسات صحية عامة شاملة وتقديم فحوصات طبية انتظامية للمرأة الحامل والأطفال الصغار ودفع كلفة العناية والاستشفاء خلال الحمل والولادة وما بعد الولادة كجزء

<sup>1</sup>: و ينص الفصل 40 من الظهير رقم 1.04.127 صادر في 21 من رمضان 1425 ( 4 نوفمبر 2004) بتنفيذ القانون رقم 17.02 على أنه: "إن المؤمن له المتوفر على محل للسكنى بالمغرب والذي يثبت قضاء مائة وثمانية أيام متصلة أو غير متصلة من الاشتراك خلال ستة أشهر مدنية من التسجيل ، يستفيد من تعويض عن كل ولد متكفل به مقيم في المغرب، غير أنه يمكن عدم مراعاة واجب الإقامة المقرر في المقطع أعلاه طبق الشروط المحددة بمرسوم، ولا يمكن للمؤمن له أن يتقاضى التعويض إلا عن ستة أولاد على الأكثر فيما يخص الأولاد المصرح بهم في الحالة المدنية، وإذا كان مؤمنا لكل من الزوج والزوجة وكان في إمكانها الاستفادة من التعويضات العائلية ، فإن مدة التعويضات لا تؤدي إلا للزوج، وفي حالة هجران فراش الزوجية أو في حالة انفصام عرى الزوجية ، فإن التعويضات العائلية تؤدي في جميع الحالات إلى الشخص المعهود إليه بحضانة الأولاد، وفي جميع الحالات لا يمكن منح تعويضات عائلية مضاعفة بالنسبة لنفس الولد، ويمكن أن يتوقف الحق في تحويل التعويضات العائلية على تقاضي أجره شهرية دنيا يحدد مبلغها بمرسوم يتخذ باقتراح من الوزير المكلف بالتشغيل والوزير المكلف بالمالية".

من ضمانها الاجتماعي وأن توسع ترتيبات مناسبة لتقاسم الكلفة بين الدولة وأصحاب العمل والمرأة العاملة المستهدفة بالعناية الصحية.<sup>1</sup>

وتشكل مدونة التغطية الصحية الأساسية الحماية الاجتماعية للفرد في ميدان الصحة، وتتضمن هذه المدونة الصادرة في 3 أكتوبر 2002 في طياتها شق مهم له فعاليته، ويتعلق الأمر بالتغطية الصحية الإجبارية، ويخضع لنظام التأمين الإجباري عن المرض الذي يديره الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي الأشخاص غير المشمولين بتغطية صحية اختيارية وكذلك أفراد أسرهم الذين هم تحت كفالتهم بشرط أن لا يستفيدوا من أي تأمين عن المرض وهم حسب المادة 5 من قانون 65.00 المعتبر بمثابة مدونة التغطية الصحية:

زوج أو زوجة أو زوجات المؤمن.

الأولاد المتكفل بهم من لدن المؤمن والبالغين من العمر 21 سنة على الأكثر، مراعاة أحكام الفقرة الأخيرة من المادة 2 أعلاه.

الأطفال المتكفل بهم طبقا للتشريع الجاري به العمل.

غير أن حد السن يمكن تمديده إلى 26 بالنسبة للأولاد غير المتزوجين الذين يتابعون دراسات عليا، شريطة الإدلاء بما يثبت ذلك.

ويعتبر في حكم الشخص المتكفل به دونما تحديد للسن، أولاد المؤمن المعاقون جسديا أو ذهنيا والأطفال المتكفل بهم الموجودون في نفس الوضعية الذين يستحيل عليهم القيام بصورة كلية دائمة ونهائية، بمزاولة أي نشاط مأجور.

ويمكن للمؤمن أن يطلب تمديد الاستفادة من نظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض الذي ينتمي إليه لفائدة أبويه شريطة أن يتحمل واجب الاشتراك المتعلق بهما"

<sup>1</sup>: سحر مهدي الباسري، م س، بدون صفحة.

من هنا يتضح أن أولاد المؤمن يستفيدون من التأمين الإجباري عن المرض سواء منهم الذين يستفيدون بشكل مؤقت أم أولئك الذين ينعمون بتغطية مستمرة ودائمة.<sup>1</sup>

إن مفهوم الأسرة أو العائلة في إطار المدونة الأنفة الذكر لا يحتمل إلا تفسيراً ضيقاً، بحيث إن المشرع المغربي حدد ذوا حقوق المؤمن بناء على التحملات العائلية، لأن المؤمن هو الذي يعيل العائلة، وقد عبر عنه بالزوج أو الزوجة، وهو ما يدل على أن المؤمن لا يمكن أن يكون إلا الزوج أو الزوجة، وهو ما يخرج الأم غير المتزوجة من دائرة المادة الخامسة السالفة الذكر، وذلك عكس ما جاءت به مقتضيات القانون الفرنسي المتعلق بالتأمين عن المرض، بحيث إن هذا الأخير يوفر الحماية لكل شخص يعيش مع المؤمن، شريطة أن لا يكون قادراً على تأمين نفسه ضد المرض.<sup>2</sup>

وتتضح شمولية مفهوم العائلة في القانون الفرنسي من خلال توفير الحماية للزوجة المطلقة والتي لم تقدم على الزواج من جديد، بل الأكثر من ذلك كونه يحمي أيضاً أبناء الزوجة من زوج آخر، وخليلة المؤمن وأبنائها أيضاً، ويعزى هذا التوسع في مفهوم العائلة بفرنسا إلى سيطرة مفهوم العائلة الذرية "La famille atomique"

لكن بالرجوع إلى نفس المادة لا نجد ما يمنع صراحة المرأة الأجيعة غير المتزوجة من أن تستفيد من التغطية الصحية الإجبارية، إذا توفرت فيها الشروط المنصوص عليها في نفس القانون، ذلك أن الحماية الاجتماعية من أهم الوسائل الهامة لمواجهة المخاطر الاجتماعية المخولة لجميع الأجراء وذويهم.

<sup>1</sup>: عيسى أطريح، التغطية الصحية" التأمين الأساسي لإجباري عن المرض" نموذجاً، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وجدة 2006/2007، ص 19.

<sup>2</sup>: نفس المرجع، ص 19.

## المطلب الثاني : نظام الكفالة كبديل حمائي للولد غير الشرعي.

اعترفت اتفاقية حقوق الطفل الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1989/11/20 ، في البند 3 من المادة 20،<sup>1</sup> بالكفالة كأحدى الوسائل الهادفة إلى حماية الطفل المحروم من بيئته العائلية ، علما أن هذه المؤسسة تحظى داخل الأنظمة الحقوقية القائمة في البلدان الإسلامية بتأصيل مستمد من الشريعة الإسلامية<sup>2</sup> ، وهو ما أكد عليه المشرع المغربي بتاريخ 13 يونيو 2002 حيث أصدر ظهير شريف رقم 1.02.172 بتنفيذ القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين ناسخا في مقتضياته الختامية جميع مقتضيات الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.93.165 الصادر في 10 سبتمبر 1993 المتعلق بالأطفال المهملين ، وقد تضمن هذا القانون أحكاما عامة تناولت بالإضافة إلى تحديد المقصود بالطفل المهمل ، مفهوم الكفالة في نطاق أحكامه ، وبيان ما يجب القيام به في حالة العثور على طفل وُلِد ، ودور النيابة العامة والقاضي المكلف بشؤون القاصرين في علاقتهم بمؤسسة الكفالة و وضعيته القانونية والشروط المطلوبة للتكفل به ومسطرته ، وآثار الأمر المتعلق بإسناد الكفالة ، وانتهائها ، وكل هذه المقتضيات تنصب في اتجاه خلق أكبر قدر ممكن من الحماية لهذه الفئة المهمة من المجتمع.

### الفقرة الأولى: الوضعية القانونية للطفل مجهول النسب في قانون الكفالة.

#### أولا: مفهوم الكفالة:

تعرف الكفالة بأنها عمل إنساني يرمي بالأساس إلى ضمان حياة عادية وسليمة للطفل ، سواء كان معروف الأبوين ومتخلى عنه ، أو كان مولودا من سفاح ، فالهدف

<sup>1</sup>: تنص المادة 20 من اتفاقية حقوق الطفل على أنه: "1. للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية أو الذي لا يسمح له، حفاظا على مصالحه الفضلى، بالبقاء في تلك البيئة، الحق في حماية ومساعدة خاصتين توفرهما الدولة.

2 تضمن الدول الأطراف، وفقا لقوانينها الوطنية، رعاية بديلة لمثل هذا الطفل.

3 يمكن أن تشمل هذه الرعاية، في جملة أمور، الحضانة، أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، أو التبني، أو، عند الضرورة، الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال. وعند النظر في الحلول، ينبغي إيلاء الاعتبار الواجب لاستصواب الاستمرارية في تربية الطفل ولخلفية الطفل الإثنية والدينية والثقافية واللغوية."

<sup>2</sup>: اندريس رودريغيث بيدوت ، جدوى الكفالة أمام المنظومة الحقوقية الإسبانية ، الكفالة والتبني في العلاقات الثنائية المغربية الإسبانية ، مدريد 2009، ص 85.

المتوخى من الكفالة هو القيام بهذا العمل لضمان حياة اجتماعية مستقرة لطفل متكفل به،<sup>1</sup> وكذلك إعطاء فرصة للذين أرادوا أداء هذا العمل الخيري على وجه البر والإحسان تقربا إلى الله عز و جل ، للتكفل بطفل متخلى عنه أو مهمل وذلك من أجل تربيته وتنشئته والإنفاق عليه كما يفعل الأب مع ولده دون أن يترتب عن هذه الكفالة حق في النسب ولا في الإرث تفاديا للوقوع في التبني ، الذي حرّمته الشريعة الإسلامية كيفما كانت صورته نظرا لاعتبار الطفل المتبنى ابنا ينتسب إلى متبنيه كما ينتسب إليه أبناؤه من صلبه وما يترتب عن البنوة الشرعية من آثار.<sup>2</sup>

لذلك نجد الشرع الإسلامي يدعو إلى الإنفاق والتكفل بالأطفال، فقال تعالى: "لَيْسَ الْبِرُّ أَنْ تُولُوا وَجُوهَكُمْ قَبْلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا" ،<sup>3</sup> كما جاء في حديث رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة انه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الساعي على الأرملة والمسكين كالمجاهد في سبيل الله"،<sup>4</sup> كما روي عن سهل بن سعد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة وقرن بين أصبعيه الوسطى والتي تلي الإبهام".<sup>5</sup>

فبواسطة الكفالة ، يقوم زوجان (رجل وامرأة) ، أو شخص واحد (رجل كان أو امرأة) ، يدعى الكافل يتولى أمر فرد قاصر يدعى المكفول لأجل رعايته وتربيته من دون أن

<sup>1</sup> : Rajaà NAJ El Makkaoui, La Moudawanah Le référentiel et le conventionnel en Harmonie, T 1, le Mariage et le Filiation, Bourgreg Rabat 2005, p 274.

<sup>2</sup> : محمد الشافعي ، كفالة الأطفال المهملين ، الطبعة الأولى ، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش 2007 ، ص 13.

<sup>3</sup> : سورة البقرة، الآية 177.

<sup>4</sup> : صحيح البخاري: 2237/5، صحيح مسلم، 246/14.

<sup>5</sup> : صحيح البخاري، 417/18، صحيح مسلم، 247/14.

يكتسب المكفول نسب كافله أو يحمل اسمه العائلي<sup>1</sup> ومن دون أن يكون له الحق في ارثه ، إذ يظل مرتبطا بأواصره الطبيعية مع أسرته الأصلية<sup>2</sup>.

وقد عرفت المادة الثانية من القانون رقم 15.01 كفالة طفل مهمل بأنها الالتزام برعايته وتربيته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث ، وانطلاقا من ذلك لا يحق للكافل مطلقا أن يعطي اسمه ونسبه للمكفول لأن الكفالة لا تعتبر تبنيًا ولا تنتج عنها آثار البنوة الشرعية.

أما المشرع الجزائري فقد عرف الكفالة من خلال المادة 116 من القانون رقم 11.84 الصادر في 1984/06/09 الذي جرى تعديله وتتميمه بمقتضى أمر صادر بتاريخ 2005/02/27 على أنها: " الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية كقيام الأب بإبنه وتتم بعقد شرعي" ونص على أن الكفالة تثبت أمام المحكمة، أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان ، ومن المقرر قانونا في التشريع الجزائري أن الكفالة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة ولو كان جائزا إثبات الالتزام الأصلي بالبينة<sup>3</sup>.

### ثانيا : مركز الولد غير الشرعي في نظام الكفالة.

لقد اعتبر قانون الكفالة الأشخاص الخاضعين له كل الأطفال من كلا الجنسين لم يبلغ سنهم ثمان عشر سنة شمسية ، حيث نصت على ذلك المادة الأولى / فقرة 1 من الظهير بقولها :

"يعتبر مهملًا الطفل من كلا الجنسين الذي لم يبلغ سنه ثمان عشر سنة شمسية كاملة إذا وجد في إحدى الحالات التالية..."

<sup>1</sup>: إذا كانت الكفالة لا تؤدي إلى تغيير الاسم العائلي للمكفول ولقبه ، فإن المعمول به في المغرب أنه يجوز للكافل ، بعد أن تستند إليه الكفالة أن يطلب من السلطة القضائية الممثلة في قاضي شؤون القاصرين تغيير لقب الطفل ليتطابق لقب الكافل ، وتثبت المحكمة في الطلب مع مراعاة مصلحة الطفل القاصر ، وفي الجزائر أجاز مرسوم وزاري صادر في 1992/01/13 للشخص الذي يتكفل بطفل قاصر ومولود من أب مجهول أن يطلب مطابقة الاسم العائلي للمكفول لإسمه ، لكن بشرط رضا الأم إذا كانت معروفة ولا زالت على قيد الحياة".

<sup>2</sup>: اندريس روبريغيت بينوث ، م س ، ص 85.

<sup>3</sup>: المحفوظ سعدون ، الاختصاص في قضايا الحالة المدنية وكفالة الأطفال المهملين، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، طنجة، السنة الجامعية 2010.2011 ، ص 123.

والملاحظ على هذه المادة أنها أبقت على نفس المرحلة العمرية التي كان يعتمد عليها  
ظهير 10/09/1993 المتعلق بالأطفال المهملين، والتي هي ثمان عشر سنة شمسية كاملة  
، مع تعويض مصطلح الحدث بالطفل، ويتم تحديد هذه السن بالتقويم الميلادي الذي يعتمد  
على الشهور الشمسية، وليس بالتقويم الهجري الذي يقوم على الشهور القمرية، مع العلم أن  
هناك فرق بين التقويمين قد يصل إلى عدة أيام في السنة<sup>1</sup>.

كما أشارت نفس المادة السالفة الذكر إلى ثلاث حالات يعتبر الطفل فيها طفلا  
مهملا، من بين هذه الحالات إذا ولد من أبوين مجهولين، أو من أب مجهول وأم معلومة  
تخلت عنه بمحض إرادتها، وهي الحالة التي يكون فيها الطفل مجهول النسب من جهة  
الأبوين مما يفترض أنه قد نتج عن زواج صحيح وتم التخلي عنه فيكون في هذه الحالة  
شرعيا بالرغم من عدم العلم بنسبه ، ذلك أن علته الوحيدة أن بنوته الشرعية أو غير الشرعية  
من والديه غير ثابتة ، فالمولود من أبوين مجهولين إذن ليس هو الذي لا يعرف والديه في  
الواقع بل هو الذي لم تثبت بنوته قانونا منهما، فكثيرا ما يكون الوالدين معروفين ولكن  
مادامت البنوة غير ثابتة فالولد يعتبر من أبوين مجهولين<sup>2</sup>، كما أنه يفترض أن يكون غير  
شرعي وتم التخلي عنه، وقد أشارت المادة 1 بعبارة واضحة إلى الإبن غير الشرعي أو ما  
يعبر عنه في الفقه الإسلامي باللقيط، و نعتته بالطفل المولود من أب مجهول و أم معلومة  
تخلت عنه بمحض إرادتها، وبالتالي يكون الطفل غير الشرعي هو نفسه الطفل المهمل في  
شق منه بحيث يشملته ويدخل ضمنه مع العلم أن مفهوم الطفل المهمل أوسع وأكبر من  
الأول.

### ثالثا: حماية الطفل المهمل من خلال شروط الكفالة.

سعيًا من المشرع المغربي إلى حماية أكثر للطفل المحروم من الأسرة وتأمين الرعاية  
البديلة له نص على مجموعة من الشروط التي يجب أن تتوفر في الجهة التي ترغب في

<sup>1</sup>: عبد القادر قرموش ، كفالة الأطفال المهملين ، دراسة تحليلية نقدية لظهير 13 يونيو 2002 على ضوء أحكام مدونة الأسرة ، الطبعة الأولى  
2008 ، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع ، الرباط ، ص 22.

<sup>2</sup>: عبد القادر قرموش ، م س ، ص 29.

رعاية الطفل وكفالته، حيث حدد في المادة 9 من قانون كفالة الأطفال المهملين الأشخاص والهيئات والمؤسسات التي تسند إليها كفالة الأطفال الذين صدر الحكم بإهمالهم، كما حدد الشروط والأوصاف المطلوبة في هؤلاء الأشخاص والهيئات، وذلك وفقا لما يلي: " تسند كفالة الأطفال الذين صدر حكم إهمالهم إلى الأشخاص والهيئات الآتي ذكرها:

### 1. الزوجان المسلمان اللذان استوفيا الشروط التالية:

- أ. أن يكونا بالغين لسن الرشد القانوني، صالحين للكفالة أخلاقيا واجتماعيا ولهما وسائل مادية كافية لتوفير احتياجات الطفل.
  - ب. ألا يكون قد سبق الحكم عليهما معا أو على أحدهما من أجل جريمة ماسة بالأخلاق أو جريمة مرتكبة ضد الأطفال.
  - ت. أن يكونا سليمين من كل مرض معد أو مانع من تحمل مسؤوليتهما.
  - ث. أن لا يكون بينهما وبين الطفل الذي يرغبان في كفالته أو بينهما وبين والديه نزاع قضائي، أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة المكفول.
2. المرأة المسلمة التي توفرت فيها الشروط الأربعة المشار إليها في البند الأول من هذه المادة.

3. المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال، والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي المعترف لها بصفة المنفعة العامة المتوفرة على الوسائل المادية والموارد والقدرات البشرية المؤهلة لرعاية الأطفال وحسن تربيتهم وتنشئتهم تنشئة إسلامية".

والملاحظ أن المشرع اشترط أن يكون طالبي الكفالة متزوجين، وأن يكونا مسلمين،<sup>1</sup> ويظهر أن المشرع في هذه الحالة قد غلب مصلحة الطفل المكفول عندما أسند كفالته إلى أسرة بديلة تتوفر على طرفيها الرئيسيين (الزوج والزوجة) وذلك لتعويض الطفل المكفول عن أسرته الأصلية المفقودة (في حالة ما إذا كان الطفل مجهول الأبوين) أو

<sup>1</sup>: مما يعني أن الزوجين المغربيين اليهوديين و المسيحيين لا يحق لهما التكفل بالطفل المسلم المهمل.

تعويضه الدور الذي لم تستطع أسرته الأصلية القيام به على أتمه (كما في الحالة الثانية والثالثة من حالات الإهمال) كل ذلك من أجل مساعدة هذا الطفل على استعادة توازنه الاجتماعي ، وحمايته من أخطار التشرد والانحراف<sup>1</sup>، ولم يشترط مضي مدة معينة على الزواج كما كان عليه الحال في القانون الملغى، الذي كان يشترط مرور ثلاث سنوات على زواج الكافلين، هذا التعديل الذي أتى به ظهير 13 يونيو 2002 وإن كان من شأنه التخفيف من الشروط القانونية للتكفل بطفل مهمل، وبالتالي التوسيع من دائرة الأشخاص الكافلين مما يزيد في الحماية، إلا أنه في الواقع قد ينطوي على نتائج تكون في غير صالح هذا الطفل المكفول،<sup>2</sup> نظرا لحدثة هذه الأسرة وقلة تجربة الزوجين الكافلين في الحياة الزوجية مما قد يضر بالطفل المكفول.

وكما يفهم من هذا الشرط أن غير المتزوج لا يجوز له التكفل بطفل مهمل مع أنه يبدو أن لا مبرر لهذا المنع في بعض الحالات التي يكون فيها طالب الكفالة غير متزوج، فمثلا الأرملة التي تتوفر على الإمكانيات المادية اللازمة وعلى السلوك والأخلاق الحسنة وترغب في التكفل بطفل أو طفلة لا يبدو مانعا شرعيا أو منطقي من حرمانها من هذا الحق، خاصة إذا كانت مؤسسات إيواء الأطفال المهملين مكتظة وغير قادرة على استيعاب هؤلاء الأطفال،<sup>3</sup> هذا من جهة أما من جهة أخرى فالمشرع أعطى نفس الحق للمرأة المسلمة التي تتوفر على نفس الشروط الأربعة المشار إليها في البند الأول من المادة 9 مما يجعل البند الأول من المادة دون جدوى ولا فائدة .

ولعل التنصيص على المرأة المسلمة و استثناء الرجل المسلم الذي تتوفر فيه الشروط المشار إليها في البند الأول من المادة 9، هو أمر لا يستقيم مع توجهات العصر ومتطلبات المساواة في الحقوق والواجبات بين الرجل والمرأة مع ما يحمله من دلالات تصب نحو خلق الهوية والتمييز بين الجنسين، ونعتقد انه كان على المشرع أن يغلب مصلحة

<sup>1</sup>: عبد القادر قرموش ، م س ، ص 101.

<sup>2</sup>: عبد القادر قرموش ، م س ، ص 102.

<sup>3</sup>: محمد اكيد ، كفالة الأطفال المهملين في التشريع المغربي ، مجلة القضاء والقانون عدد 174 سنة 2003 ، ص 97.

الطفل الماهل؁ ويسند كفالته كذلك إلى الرجل المسلم الذي توفر فيه كل الشروط القانونية الواردة في البند الأول من المادة 9 من الظهير؁ لأنه بالرجوع إلى المادتين 25 و 26 منه نجده أعطاه الحق في كفالة الطفل الماهل؁ ولكن بطريقة غير مباشرة في حالة موت الزوجة فإن الكفالة تستمر مع الزوج إلى حين انتهائها؁ كما نصت المادة 26 من الظهير على انه إذا انفصمت عرى الزوجية بين الزوجين الكافلين؁ اصدر قاضي شؤون القاصرين بناء على طلب من الزوج أو الزوجة أو من النيابة العامة أو تلقائيا أمرا إما باستمرار الكفالة لأحدهما؁ وقد يكون الزوج الكافل أي الرجل المسلم؁ مما يدعو للتساؤل ما المانع من إعطاء الحق للرجل في التكفل بالطفل الماهل ابتداءً؁ بما أنها قد تؤول إليه انتهاء<sup>1</sup>.

كما أن المادة 9 لم تشترط أن يكون طالبي الكفالة مقيمين بالمغرب؁ مما فتح المجال أمام ذوي النوايا السيئة للسفر بالطفل المتكفل به إلى حيث لا عودة؁ وهو الأمر الذي تفتنت له الجهة المعنية بحماية الأطفال؁ حيث تم إصدار منشور يوم 19 شتنبر 2012 من طرف وزارة العدل والحريات إلى الوكلاء العاميين للملك لدى محاكم الاستئناف ووكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية الذي يمنع إسناد الكفالة للأجانب المقيمين بالخارج حيث أصبح يشترط في الكافل الإقامة الاعتيادية بالمغرب<sup>2</sup> وحول هذا الموضوع صدر حكم قضائي عن محكمة الاستئناف بمكناس؁ جاء فيه : "... ثم تطرقا إلى المنشور الوزاري عدد : 4 المؤرخ في 2011/9/19؁ ملاحظين أنه موجه إلى أعضاء النيابة العامة وليس لقضاة الحكم بمن فيهم القضاة المكلفين بشؤون القاصرين؁ كما أن السيد وزير العدل سبق أن وجه منشورا رقم 16 س 2/ك.ع وتاريخ : 2005/3/28؁ إلى السادة الرؤساء الأولين لمحاكم الاستئناف؁ والسادة الوكلاء العاميين بها؁ والسادة رؤساء المحاكم الابتدائية والسادة وكلاء الملك بها؁ والقضاة المشرفين على أقسام قضاء الأسرة بالمحاكم الابتدائية؁ مفاده التأكد

<sup>1</sup>: عبد القادر قرموش؁ م س؁ ص103

<sup>2</sup>: منشور وزاري صادر عن وزير العدل عدد 4؁ المؤرخ في 2011/9/19.

من كون الأجانب الذين يرغبون في كفالة الأطفال المهملين يتوفرون على مؤهلات الكفالة ، ولهم من الضمانات ما يجعل الرقابة القضائية تمتد لتتبع أحوال الطفل المكفول.

واستنادا لما ذكر أعلاه، يكون الأمر المستأنف قد جاء معللا تعليلا كافيا ومصادفا للصواب فيما قضى به مما يتعين تأييده،<sup>1</sup> وفي نفس الاتجاه صدر قرار عن نفس المحكمة بتاريخ 2013/1/14،<sup>2</sup> وبالتالي فإن هذا المرسوم لا تأثير له على قرارات القضاء عند النظر في قضايا السفر بالمحضون.

كما أسند المشرع نفس المهمة إلى المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال، والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي المعترف بها بصفة المنفعة العامة المتوفرة على الوسائل المادية والموارد والقدرات البشرية المؤهلة لرعاية الأطفال وحسن تربيتهم وتنشئتهم تنشئة إسلامية.<sup>3</sup>

وقد فرق المشرع بين الطفل المراد كفالته البالغ 12 سنة وبين الطفل الذي لم يتجاوز تلك السن، بحيث اشترط لكفالة الطفل الذي تجاوز سنه اثنا عشرة سنة موافقته الشخصية، لأن الكفالة ولاية على النفس وتخضع لمقاييس واعتبارات شخصية تتعلق بالمكفول.<sup>4</sup>

وأخيرا ومن شروط صحة الكفالة وفق هذا الظهير المتعلق بالأطفال المهملين توفر الكافلين على الصلاحية الأخلاقية والاجتماعية، وهذا لا يعني التخلق بأخلاق المتصوفة الناسكين، والابتعاد عن كل نقيصة أو هفوة، وإنما القصد من ذلك هو التمسك في السلوك العام بالقيم الحميدة والترفع عن التصرفات المثيرة للنفور الأخلاقي والاجتماعي التي قد تسيء إلى الطفل المكفول خلقا وتربية ، وأن يكون الزوجين سليمين من كل مرض معد أو أي مانع يمنعهما من القيام بالكفالة على أحسن وجه ممكن ومن ذلك مثلا عجزها الجسماني

<sup>1</sup>: قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 19 بتاريخ 2013/1/7، ملف عدد 1617/13/23، غير منشور.

<sup>2</sup>: قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 87، بتاريخ 2013/1/14، ملف رقم 1671/13/64، غير منشور.

<sup>3</sup>: وعليه فإن المشرع المغربي قد سد الباب على المؤسسات الخصوصية المكلفة برعاية الأطفال إن وجدت لكونها لا تتمتع بصفة المنفعة العامة وبالتالي لا يحق لها التكفل بصفة قانونية بالطفل المهمل.

<sup>4</sup>: نور الدين الشرقاوي الغزواني ، قانون كفالة الأطفال المهملين ، الطبعة الأولى ، يونيو 2003 ، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الرباط ، ص 27.

كأن يكونا طاعنين في السن بحيث لا يقويان على تحمل أعباء التربية والرعاية والتهذيب،<sup>1</sup> كما منع على مرتكبي إحدى الجرائم الماسة بالأخلاق أو الجرائم المرتكبة ضد الأطفال، التكفل بهم لأن من يقترب إحدى الأفعال الواردة في الفصول من 497 إلى 504 من القانون الجنائي في حق الطفل لا يكون أهلا لتحمل التكاليف الأدبية والمعنوية والمادية اتجاه الطفل المهمل.

### الفقرة الثانية: آثار إسناد الكفالة وانتهاءها.

#### أولا : الآثار المترتبة عن الأمر الصادر بإسناد الكفالة.

يترتب على الأمر الصادر عن القاضي المكلف بشؤون القاصرين المتعلق بإسناد كفالة طفل مهمل، جميع الآثار القانونية التي تنتج عن سائر الأحكام القضائية فهو ملزم لطرفي العلاقة ومن جملة ما يترتب على الكفالة:

تحمل الكافل أو المؤسسة أو الهيئة أو الجمعية أو المنظمة المعنية بالطفل المكفول وحضائته ورعايته وضمنان تنشئته في جو سليم، مع الحرص على تلبية حاجياته الأساسية المادية والمعنوية كالتعليم والصحة والكسوة إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني ، مع الضبط والإرشاد والتنشئة وفق تعاليم الشريعة الإسلامية،<sup>2</sup> طبقا للمقتضيات القانونية الواردة في مدونة الأسرة<sup>3</sup>، ومما يفهم مما سبق أن الكفالة تعد بمثابة الولاية على النفس إذ هي تستلزم السهر على العناية بالولد في تهيين غذائه وتنظيف لباسه وفراشه وحفظه مما قد يتعرض له من خطر في جسمه وسلوكه وصحته والسهر على مصالحه التي يعجز عنها بحكم صغر سنه ، وهكذا تكون الكفالة وفقا لهذا الظهير مرادفة للولاية على النفس ولا أدل على ذلك من

<sup>1</sup>: نفس المرجع ، ص 20.

<sup>2</sup>: عبد المالك زعزاع ، قانون كفالة الأطفال المهملين التطبيقات والصعوبات ، مجلة المقال ، العدد الثاني 2010 ، ص 42.

<sup>3</sup>: استعمل مشروع قانون الكفالة عبارة " مدونة الأحوال الشخصية" عوض مدونة الأسرة وذلك راجع إلى صدور قانون الكفالة في وقت لم يكن هناك وجود لمدونة الأسرة ، مما يستوجب اليوم على المشرع تعويض عبارة الأحوال الشخصية بعبارة مدونة الأسرة ، وتوحيد المصطلحات في مختلف القوانين وخاصة تلك التي لها علاقة بمدونة الأسرة.

أن المشرع جعلها تمتد إلى حين بلوغ الطفل الماهل سن الرشد القانوني بصريح المادة 22 منه.<sup>1</sup>

أما من حيث ممارسة الولاية على المكفول، فطبقا لما ينص عليه القانون رقم 15/01، فإنه لا يمكن اعتبار الطفل الماهل ابنا للزوجين الكافلين أو المرأة الكافلة فلا يترتب عن هذه الكفالة رابطة النسب بين الكافل والمكفول، كما أن الأخير لا يحمل الإسم العائلي للكافل،<sup>2</sup> بل يبقى أجنبيا عنه، ومن دون أن يكون لهما الحق في التوارث،<sup>3</sup> رغم ذلك فإنه يمكن للكافل أن يلجأ إلى إعمال أحكام التنزيل أو الوصية أو الصدقة أو الهبة، التي من شأنها التعويض على الطفل المتكفل به من إقصاءه من الإرث، وذلك كله تحت أنظار ومراقبة السيد القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

وبما أن توسع العلاقات العائلية في تزايد مستمر على الصعيد الدولي فقد أدى ذلك إلى تكاثر حالات إسناد الكفالة من قبل السلطات لفائدة أشخاص مغاربة و أجانب مقيمين خارج المغرب، ولأجل ضمان استمرارية الوضعية القانونية لمؤسسة الكفالة العابرة للحدود فإنه يفترض أن ينتقل المكفول مع كافله إلى موطنه سواء كان مقيما في المغرب أو خارجه حيث سيكون مقر إقامته،<sup>4</sup> وهو ما تعرض له المشرع في المادة 24 من الظهير، التي سمحت للكافل أن يغادر التراب المغربي صحبة المكفول لغرض الإقامة في الخارج بصفة دائمة،<sup>5</sup> بعد الحصول على إذن القاضي المكلف بشؤون القاصرين، على أن يكون ذلك لمصلحة الطرفين، وفي حالة الموافقة يعهد للمصالح القنصلية المغربية بمحل إقامة الكافل بدور تتبع الطفل ومراقبة مدى وفاء كافله بالتزاماته الواردة في المادة 22 من ظهير كفالة الأطفال المهملين.<sup>6</sup>

<sup>1</sup>: نور الدين الشرقاوي الغزاوي، م س، ص 48.

<sup>2</sup>: محمد الشافعي، قانون الأسرة المغربي بين الثبات و التطور، ط 1، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، 2004. ص 163.

<sup>3</sup>: المحفوظ سعدون، م س، ص 164.

<sup>4</sup>: أندريس رودريغيث بينوث، م س، ص 86.

<sup>5</sup>: منشور وزارة العدل صادر بتاريخ 2003/06/01 حول الإذن بالسفر بالطفل المكفول للإقامة خارج أرض الوطن.

<sup>6</sup>: تنص المادة 24 من قانون رقم 15/01 على أنه: " يمكن للكافل السفر بالطفل المكفول للإقامة الدائمة خارج المملكة المغربية، بعد حصوله على إذن بذلك من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين وذلك لمصلحة الطرفين.

كما أن الكافل يستفيد من التعويضات والمساعدات الاجتماعية المخولة للوالدين عن أولادهم من طرف الدولة أو المؤسسات العمومية أو الخصوصية أو الجماعات المحلية وهيئاتها والتي تقدمها على قدم المساواة مع الولد الشرعي، باستثناء التعويضات الاجتماعية المخصصة للطفل "اليتم" التي لا يستفيد منها إلا الأبناء الشرعيين باعتبارها نصيب من الإرث الذي تركه الأب،<sup>1</sup> بخلاف المشرع الإسباني الذي لا يميز في هذه الحالة بين الإبن الشرعي وغير الشرعي مادام يعترف بمؤسسة التبني وما ينجم عنها من آثار،<sup>2</sup> وهو ما أكدته حكم صادر عن المحكمة العليا في إقليم مدريد بتاريخ 2008/01/31 والذي قضى بأحقية المكفول في معاش اليتيم بعد وفاة كافله على أساس أن القانون الشخصي للطفل المغربي حال دون نشوء رابطة البنوة بالتبني،<sup>3</sup> في حين ذهب حكم صادر عن المجلس الأعلى للقضاء الإسباني بتاريخ 2004/04/03، برفض طلب الاستفادة من معاش اليتيم لفائدة المكفول المتوفى عنه كافله، بدعوى أن البنوة تختلف عن الاحتضان العائلي (الكفالة) إذ هما مؤسستان متباينتان من حيث طبيعة كل منهما وتأسيسها والآثار المترتبة عنها.<sup>4</sup>

وإذا أخل الكافل بالتزامات الولاية الملقة عليه فإنه يعاقب تطبيقاً لفصول القانون الجنائي، من ذلك مثلاً ترك ذلك الطفل عاجزاً لا يستطيع أن يحمي نفسه لسبب حالته الجسمية أو العقلية في مكان خال من الناس أو حمل غيره على ذلك ، والذي يعاقب عليه القانون الجنائي بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات.<sup>5</sup>

---

ترسل نسخة من إذن القاضي عند صدوره، إلى المصالح القنصلية المغربية بمحل إقامة الكافل للقيام بدور تتبّع وضعية الطفل المكفول ومراقبة مدى وفاء كافله بالتزامات المنصوص عليها في المادة 22 أعلاه، وذلك بجميع الوسائل التي تراها مناسبة، مع إخبار القاضي المكلف بشؤون القاصرين المختص بكل إخلال يطرأ على هذه الالتزامات. يوجه القنصل إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين تقارير تتعلق بحالة الطفل و يمكنه أن يقترح على القاضي كل التدابير التي يراها ملائمة و منها إلغاء الكفالة.

يمكن للقاضي عند الضرورة وبناء على التقارير المذكورة أن يتخذ كل الإجراءات التي يراها ملائمة لمصلحة الطفل إما تلقائياً أو بناء على طلب من وكيل الملك أو ممن له مصلحة في ذلك، ويمكنه أن يستعين لهذه الغاية بالإنيابة القضائية. يرجع الاختصاص المحلي إلى القاضي الذي أصدر أمر إسناد الكفالة".

<sup>1</sup>: أنه كينوينيس اسكاميث ، حماية القاصر المستقدم إلى إسبانيا تحت الكفالة : من الكفالة إلى التبني عند الاقتضاء ، مدريد 2009، ص 116.  
<sup>2</sup>: تنص المادة 175 من قانون الضمان الاجتماعي الإسباني على أن معاش اليتيم يكون للأولاد الهالك كيفما كانت طبيعتهم بنوتهم بشرط أن تقل أعمارهم عن 18 سنة أو يكونوا يكونوا عاجزين عن الكسب عند وفاته.

<sup>3</sup>: حكم صادر عن المحكمة العليا بإقليم مدريد - الغرفة الاجتماعية - عدد 58/2008 الطعن رقم 2423/2007 ، أشارت إليه: أنه كينوينيس اسكاميث ، م س ، ص 117.

<sup>4</sup>: حكم المجلس الأعلى للقضاء الإسباني - الغرفة الاجتماعية الرابعة - بتاريخ 2004/11/03 الطعن رقم 2345/2003 ، أشارت إليه أنه كينوينيس اسكاميث ، م س ، ص 116.

<sup>5</sup>: نور الدين الشراوي الغزوي ، م س ، ص 49.

وقد جاء في أمر صادر عن قاضي شؤون القاصرين بالرشيدية متعلق بإسناد الكفالة بأن: "كفالة الطفلة المهملة هي التزام برعايتها وتربيتها وحمايتها والنفقة عليها كما يفعل الوالد والوالدة مع بنتهما، ولا يترتب عنها حق في النسب ولا في الإرث... وأن الكافلة تعتبر مسئولة مدنيا عن المكفولة، وتطبق على هذه المسؤولية مقتضيات الفصل 85 من ق.ل.ع...".<sup>1</sup>

### ثانيا : انتهاء الكفالة.

لقد حدد المشرع الأسباب المؤدية إلى انتهاء كفالة الأطفال المهملين في المواد من 25 إلى 29 من القانون رقم 15/01، وهو الأمر الذي لم يتطرق له القانون الملغى لسنة 1993، وقد أكدت هذه المواد على أن انتهاء الكفالة يتم بأمر قضائي يصدره القاضي المكلف بشؤون القاصرين، بناءا على التقارير التي يتوصل بها،<sup>2</sup> وهذه الأسباب تتلخص في بلوغ المكفول سن الرشد القانوني ذلك أنه بمجرد بلوغ المكفول سن 18 سنة شمسية كاملة، الذي حددته المادة 209 من مدونة الأسرة لبلوغ سن الرشد القانوني، تسقط عنه الكفالة ليصبح ولها على نفسه كامل الأهلية، وهذا ما نصت عليه المادة 210 من مدونة الأسرة،<sup>3</sup> و تستمر الكفالة إذا كان الطفل المكفول أنثى حيث تجب لها النفقة إلى أن تتزوج، أو شخص معاق أو عاجز عن الكسب إلى أن ترتفع عنه هذا العجز أو بزواج المتكفل بها، وتنتهي الكفالة أيضا بوفاة الزوجين الكافلين أو المرأة الكافلة، مما يهدد بحرمان الطفل من الحماية اللازمة حيث يبقى الطفل في وضع هش لأن الكفالة لا تسمح باندماجه قانونيا في الأسرة الكافلة، مع العلم أن القانون الجزائري<sup>4</sup> منح إمكانية انتقال الكفالة إلى ورثة الكافل بعد موته، لكن على سبيل الجواز لا الوجوب، مما يجد الطفل معه نفسه تحت رحمة المؤسسات

---

- تنص المواد 30 و 31 من ظهير كفالة الأطفال المهملين على أنه: "تطبق على الكافل عند ارتكابه جريمة في حق المكفول مقتضيات القانون الجنائي التي تعاقب الوالدين على الجرائم التي يرتكبونها في حق الأولاد. تطبق على المكفول عند ارتكابه جريمة في حق الكافل مقتضيات القانون الجنائي التي تعاقب على الجرائم التي يرتكبها الأولاد في حق الوالدين.

يعاقب الشخص الذي يمتنع عمدا عن أن يقدم لطفل ولید مهمل، المساعدة أو العناية التي تستلزمها حالته أو عن إخبار مصالح الشرطة أو الدرك أو السلطات المحلية لمكان العثور عليه، بالعقوبات المقررة في القانون الجنائي".

<sup>1</sup>: أشار إليه المحفوظ سعدون ، م س ، ص 164.

<sup>2</sup>: Rajaà NAJ El Makkaoui, op cit, p 286.

<sup>3</sup>: تنص المادة 210 من مدونة الأسرة على أن: "كل شخص بلغ سن الرشد ولم يبق به سبب من أسباب نقص أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه و تحمل التزاماته".

<sup>4</sup>: المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري.

الخيرية بعد موت الكافل،<sup>1</sup> كما تنتهي الكفالة بفقدان الكافل لأهليته، وبحل المؤسسة أو الهيئة أو المنظمة أو الجمعية الكافلة، أو بإلغاء الكفالة بأمر قضائي في حالة إخلال الكافل بالتزاماته أو تنازله عن الكفالة أو إذا اقتضت ذلك المصلحة الفضلى للطفل.<sup>2</sup>

إذا تأكد ما سبق فإنه مما قد يلاحظ على مقتضيات المتعلقة بقانون كفالة الأطفال المهملين أنها أجابت على العديد من الإشكاليات التي كانت تعترى ظهير 1993، بشكل يمكن القول عنه أنه من شأنه أن يحول دون انتهاك حرمة الطفل الذي لا دخل له في هذه الوضعية التي يوجد عليها، بحيث يعد بحق نقلة نوعية في مجال حماية الأطفال المتخلى عنهم، مما يبين مدى حرص المشرع على قطع دابر ذوي النوايا السيئة الذين يريدون الاتجار بالأطفال الصغار فلذات الأكباد الذين ضاق بهم الحال وتعرضوا لنكبات الدهر ومكر الزمان، إلا أنه مع ذلك فإن الواقع والممارسة أنتجا أساليب احتيالية قد تقوض الحماية المقررة للطفل سواء من الناحية القانونية أو الواقعية، كغياب الدقة في التعبير في كثير من نصوص الظهير أولها في تقديرنا عبارة الأطفال "المهملين" التي توجي إلى حماة الأقدام والنفايات والمهملات وهو أمر لا يستقيم مع القيمة الإنسانية الثمينة لهذا الكائن البريء، وكان بالأحرى الاكتفاء بعبارة "الأطفال المتخلى عنهم"، وكذلك عدم تفعيل بعض المقتضيات على أرض الواقع بشكل يضمن حقوق الأطفال المتخلى عنهم، ويحميهم من كل مظاهر النقص والحرمان مثل عدم تفعيل مؤسسة المساعدة الاجتماعية المذكورة في المادة 18 من القانون، وكذا آلية المراقبة والمتابعة خاصة عندما يكون الطفل خارج التراب الوطني، و كذلك السفر بالمكفول خارج الوطن وما ينتج عن ذلك من آثار على هوية هذا الطفل مع العلم أن من الدول من لا يستسيغ الكفالة ولا يعترف بها، مما يؤدي إلى تحويل الكفالة إلى تبني طبقا لقوانينها التي تعترف بهذه المؤسسة، ولعل التهافت على كفالة الإناث دون الذكور

<sup>1</sup>: انه كينيونيس اسكاميث ، م س ، ص 113.

<sup>2</sup>: محمد الكشور ، البنية والنسب في مدونة الأسرة، م س ، ص 63.

يطرح أكثر من علامة استفهام وهو ما يدل بدون شك على عملية منظمة لاختطاف الأطفال  
و الاتجار بهم.



## المبحث الثالث: مركز هوية الولد غير الشرعي.

يشكل حق الطفل في الهوية واحدا من أهم الحقوق التي استرعت اهتمام المجتمع الدولي منذ بداية القرن العشرين، اهتمام تجسدت بدايته مع عصبة الأمم التي لفتت الأنظار إلى الطفل، وهو النهج الذي تابعت منظمة الأمم المتحدة منذ إنشائها.

واقتناعا من المنتظم الدولي بأن صيانة حق الطفل في الهوية وتسجيله بالحالة المدنية ومنحه جنسية وطنه، يشكل منطلقا أساسيا لكونه المفتاح الذي يمكن من خلاله ممارسة جميع الحقوق الأخرى وبتيح للطفل إمكانية النمو بشكل سوي ما دام هو رجل الغد وعماد المستقبل، تم إصدار مجموعة من المواثيق والاتفاقيات<sup>1</sup> ابتداء من سنة 1924 وحتى بداية القرن الواحد والعشرين، تهتم من بين ما تهتم به، حق الطفل في الهوية، حيث نصت المادة 8 من اتفاقية الطفل لسنة 1989 على أنه: "تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته واسمه، وصلاته العائلية، على النحو الذي يقره القانون..."، و تتحدد الهوية ذاتيا باسم معين يحمله وتحديدًا إلتمائيا بحالته الدولية أو العائلية، و مكانيا بمقره القانوني أو موطنه الذي يستقر فيه،<sup>2</sup> وبالتالي فالهوية تتضمن مما تتضمنه الحق في الجنسية والانتماء إلى وطنه (مطلب أول)، كما تتضمن أيضا منحه اسما وتسجيله في الحالة المدنية للتعبير عن شخصيته ومكانته في المجتمع (مطلب ثاني).

### المطلب الأول: جنسية الولد غير الشرعي.

إن اكتساب الشخص جنسية دولة معينة تمنحه حق الإقامة الدائمة فيها ، وانتسابه إلى هذه الدولة ، ويتمتع بحمايتها والتوطن فيها، وهي بذلك علاقة قانونية سياسية بين الفرد والدولة تترتب عليها آثار قانونية، منها حماية الدولة للأفراد الذين يحملون جنسيتها، كما تترتب عليهم حقوقا والتزامات متبادلة، وقد نظم المشرع المغربي موضوع الجنسية بموجب

<sup>1</sup>: تنص المادة 7 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 على أنه: "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".

<sup>2</sup>: محمد الزهري ، حق الطفل في الهوية الحالة المدنية نموذجاً ، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، فاس ، السنة الجامعية 2006/2005 ، ص 10.

الظهير الصادر بتاريخ 6 شتبر 1958 كما تم تعديله وتنظيمه بالقانون رقم 06.62، وقد جاء هذا الأخير بمقتضيات عديدة لصالح الأبناء كيفما كانت طبيعتهم، شرعيين أو غير شرعيين، ويكتسي هذا القانون أهمية خاصة، من خلال تعزيز المكاسب الحقوقية للمرأة والطفل داخل الوطن وخارجه، ولعل أهم محور تضمنه القانون، يتمثل في توسيع حالات إسناد الجنسية المغربية الأصلية بناء على رابطة الدم وتمكين الابن المعني بها من خيار التخلي عليها،(الفقرة الأولى) بالإضافة إلى حقه في اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الولادة في التراب المغربي(الفقرة الثانية).

**الفقرة الأولى: الجنسية الأصلية القائمة على رابطة الدم و الولادة بالمغرب.**

**أولا : جنسية الولد غير الشرعي القائمة على الولادة بالمغرب.**

يقصد بالجنسية الأصلية المبنية على أساس الرابطة الترابية تلك الجنسية المخولة للفرد بقوة القانون لحظة ميلاده داخل إقليم المملكة، وهو ما دفع البعض إلى تسميتها بجنسية الميلاد، وتسد للشخص نظرا لارتباطه بأرض الدولة التي يتمتع بجنسيتها لكونه ولد فوق ترابها، وبناء على الفصل السابع<sup>1</sup> من ظهير 6 شتبر 1958 بعد تعديله بقانون رقم 62.06 فإنه: "يعتبر مغربيا:

الولد المولود في المغرب من أبوين مجهولين.

غير أن الولد المولود في المغرب من أبوين مجهولين يعد كأنه لم يكن مغربيا قط إذا ثبت خلال قصوره أن نسبه ينحدر من أجنبي وكان يتمتع بالجنسية التي ينتمي إليها هذا الأجنبي طبق قانونه الوطني.

يعد مجهول الأبوين في المغرب مولودا فيه ما لم يثبت خلاف ذلك".

<sup>1</sup>: الذي يقابله الفصل 21 من قانون 9 يناير 1972 المتعلق بالجنسية الفرنسية والذي ينص على أنه: "يعتبر فرنسيا الولد المزداد في فرنسا من أبوين مجهولين".

ويتبين من الفصل السابق أن الجنسية الأصلية تسند للطفل بناء على ضابط الميلاد "حق الإقليم" في حالة واحدة فقط، وهي أن يولد في المغرب من أبوين مجهولين، الشيء الذي يعني أن الأمر يتوقف على تحقق شرطين رئيسيين:

- أن يولد الطفل في المغرب، ويقصد بالمغرب حسب الفصل 5 من قانون الجنسية مجموع التراب المغربي والمياه الإقليمية المغربية والسفن والطائرات ذات الجنسية المغربية، كما أنه يمكن إقامة الدليل على حدوث الولادة في المغرب باعتبارها واقعة مادية بكل وسائل الإثبات، وإذا تعذر إثباتها في بعض الحالات فإن المشرع نص على أنه يعد مجهول الأبوين في المغرب مولودا فيه ما لم يثبت خلاف ذلك،<sup>1</sup> أي أن وجود الولد في المغرب قرينة على كونه ولد مغربي إلى أن يثبت العكس، ولا يعني العثور على طفل في هذه الصورة أنه مقيد بمرحلة عمرية معينة، كأن يكون حديث الولادة مثلا، بل يعني أنه مهما كانت المرحلة العمرية التي بلغها، فإنه يكتسب الجنسية المغربية بقوة القانون، بناء على حق الإقليم، حتى لو تأخر علم السلطات بواقعة العثور عليه.<sup>2</sup>

- أن يكون مجهول الأبوين، يندرج ضمن هذه الحالات الطفل المتخلى عنه، الذي نبذه أهله بسبب الخوف من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا، أو ما شابه ذلك، ويقتضي هذا الشرط أن يكون الأبوين معا مجهولين، فإذا كان أحدهما معلوما فإنه يلحق جنسيته بولده طبقا للفصل 6 من قانون الجنسية،<sup>3</sup> غير أنه إذا كان الأب المغربي مسلما فلا يكفي أن يكون معلوما فقط بل يجب أن يثبت له نسب ذلك الولد طبقا لمقتضيات مدونة الأسرة، بعكس الأب المغربي اليهودي الذي تعني جهالته أنه غير معروف.

<sup>1</sup>: كان مجهول الأبوين في عهد الاستعمار يسجل بمقتضى ظهير 4 شتنبر 1915 المتعلق بالحالة المدنية في سجلات الأجانب، ويطبق عليه القانون الفرنسي، في ميدان الأحوال الشخصية، غير أنه بعد صدور نظام الحالة المدنية، أصبح بموجبه ضابط الحالة المدنية يملك سلطة تقديرية لمعرفة حالة الطفل، هل تعود لأصل أجنبي أو لأصل مغربي، فيقيده في سجلات الأجانب أو في سجلات المغاربة حسب اجتهاده. (محمد المهدي، م س، ص 69).

<sup>2</sup>: محمد المهدي، الجنسية المغربية في ضوء مستجدات القانون 62.06، الطبعة الأولى 2010، ص 69.

<sup>3</sup>: نفس المرجع، ص 70.

## ثانيا : منح الجنسية المغربية للرابطة الدموية.

### أ. تعزيز دور رابطة الدم في إسناد الجنسية المغربي من جهة الأم.

كان إسناد الجنسية المغربية الأصلية في ظل 1958، يتم بناء على رابطة الدم في حالتين: الازدياد من أب مغربي، بغض النظر عن جنسية الأم والازدياد من أم مغربية وأب مجهول.<sup>1</sup>

وكانت هذه الجنسية تسند بناء على رابطتي الدم والإقليم معا، في حالتي الطفل المزداد بالمغرب من أم مغربية وأب عديم الجنسية أو من أبوين مجهولين،<sup>2</sup> فالمولود يستمد جنسيته من نسبه لأبيه، أي أن نسبه يفرض عليه جنسية الأب منذ ولادته، بغض النظر أولا عن المكان الذي ولد أو ازداد به، سواء تم ذلك داخل الوطن أم خارجه، وبغض النظر ثانيا عن جنسية الأم، سواء كانت تحمل نفس جنسية الأب أم أجنبية،<sup>3</sup> تطبيقا للقاعدة الفقهية التي تقضي بأن الولد يتبع أباه في الدين والنسب.<sup>4</sup>

ولم يعرف هذا القانون تغييرا مهما منذ ذلك التاريخ وقد أثارت الحالات المحدودة التي تمنح فيها الأم المغربية جنسيتها لطفلها انتقادات الفقه والأحزاب السياسية<sup>5</sup> والجمعيات النسائية المغربية، داخل المغرب وخارجه، حيث عابت على هذا الوضع عدم مسايرته لدينامية الإصلاحات التي دشنها المغرب في مجال حقوق الإنسان.<sup>6</sup>

واستجابة لهذه النداءات تم تغيير وتتميم قانون الجنسية بالقانون رقم 62.06 وبموجبه أصبح الفصل 6 منه يحمل عنوان "الجنسية المترتبة على النسب والبنوة" وقد جاء

<sup>1</sup> : Omar Mounir, op cit, p 75.

<sup>2</sup> : عبد الرزاق مولاي رشيد ، دروس في مادة القانون الدولي الخاص ، كلية الحقوق اكدال الرباط ، ص 27.

<sup>3</sup> : Mohamed CHAFI, L'enfant né hors mariage au Maroc, Revue Marocaine de Droit et D'économie du Développement , N° 19/1989, p 140.

<sup>4</sup> : فريدة بناني وزينب معادي، جنسية أبناء المرأة، بين منطق الإنتساب إلى الأمة الإسلامية ومنطق الانتماء إلى المجموعة الدولية، برنامج المم المتحدة الإنمائي مشروع ادارة الحكم في الدول العربية، بدون طبعة.

<sup>5</sup> : مقترح لتعديل قانون الجنسية قدم من لدن الفريق التحالف الاشتراكي للقوات الشعبية في تاريخ 2002/12/25 ثم سنة 2004...؟؟؟ظ

<sup>6</sup> : عبد المنعم الفلوس ، القانون رقم 62.06 القاضي بتغيير وتتميم قانون الجنسية وجهة نظر بعد اربع سنوات من التطبيق ، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، عدد 100.99 ، يوليو - أكتوبر 2011 ، ص 193.

فيه أنه:" يعتبر مغربيا: الولد المولود من أب مغربي أو أم مغربية"<sup>1</sup>، وتماشيا مع هذا التعديل، أصبح لرابطة الدم دور مهم في إسناد الجنسية المغربية الأصلية، إذ أصبح بإمكان المرأة المغربية إسناد جنسيتها لأبنائها ولو ترتب ازديادهم خارج إطار الزوجية، تماشيا مع مدونة الأسرة التي تنص في المادة 146 منها على أنه "تستوي البنوة للأُم في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية".

وقد ساعدت هذه المقتضيات الأمهات العازيات المقيمات بالخارج بشكل كبير في تسوية وضعية أطفالهن إزاء الإدارة المغربية: كالتسجيل في سجلات الحالة المدنية والإقامة أو تجديدها وغيرها من المشاكل كتمدرس أطفالهن وتنقلهم، والحصول على جواز السفر وغيرها من الوثائق، بعدما كن يعانين صعوبات جمة في هذا الصدد.<sup>2</sup>

بناء على كل ما سبق يمكن الجزم بأن المشرع المغربي قد كسب فعلا رهان المساواة بين الرجل والمرأة على مستوى إسناد الجنسية الأصلية، وهو ما اعتبر عن حق بمثابة تحول جوهري في النظام القانوني الذي كان يحكم موضوع الجنسية، فرضته بشكل أو بآخر اعتبارات متعددة المنطلقات والأبعاد،<sup>3</sup> وهو أيضا ترجمة واقعية لجملة المواثيق الدولية التي عنيت بالمرأة ومنع أشكال التمييز ضدها.<sup>4</sup>

## ب. شروط إسناد الجنسية بناء على رابطة الدم من جهة الأم.

ولكي يحظى الطفل بجنسية أمه المغربية في ضوء الفصل 6 من قانون الجنسية لابد من توافر الشروط التالية:

---

<sup>1</sup>: من القوانين التي تنص على نفس المقتضى :  
قانون الجنسية التركي لسنة 1981، فقد جاء فيه أنه : " يعتبر تركيا من ولد لأب تركي أو لأم تركية بالداخل أو الخارج"  
قانون الجنسية الإسباني لسنة 1982 ، وقد جاء فيه أنه : " يكونوا إسبانيين بالأصل الأطفال المولودين لأب إسباني أو أم إسبانية".  
قانون الجنسية الإيطالي لسنة 1983، الذي ينص على أنه:" يعتبر إيطاليا منذ الميلاد الطفل المولود لأب إيطالي أو لأم إيطالية".  
قانون الجنسية الفرنسي لسنة 1973 و المعدل في 1993 و1998 وسنة 2004 وقانون الجنسية المصري رقم 154 لسنة 2004 ، وقانون الجنسية الجزائري لسنة 2005.

<sup>2</sup>: عبد المنعم الفلوس ، م س ، ص 195.

<sup>3</sup>: محمد بوزلافة ، قانون الجنسية ومقاربة النوع الاجتماعي ، مجلة الاقتصاد والقانون ، عدد 25 أبريل 2011 ، ص 61.

<sup>4</sup>: محمد المهدي ، مدى حق المرأة في نقل جنسيتها إلى أولادها بناء على حق الدم - دراسة مقارنة -، مجلة الملحق القضائي ، العدد 40 ، يناير

2007 ، ص 47.

1. أن تكون هذه الأم مغربية لحظة ازدياد، بصرف النظر عن كونها مغربية بمقتضى جنسية أصلية أو بمقتضى جنسية مكتسبة، كانت حاملة الجنسية المغربية وحدها أو تحمل معها جنسية أخرى، وبغض النظر عن كون الولد ازداد في المغرب أو خارجه.

2. ثبوت بنوته إليها، ويكفي أن تكون الأم معروفة من حيث الواقع، لأن البنوة تستوي عندها في الآثار سواء كانت شرعية أو غير شرعية، وتثبت البنوة بالنسبة للأم بواقعة الولادة وبالإقرار و بحكم قضائي صادر بها، حسب المادة 147 من مدونة الأسرة.

و يهم حق إسناد الجنسية المغربية الأصلية بناء على حق الدم من جهة الأم جميع الأشخاص المولودين من أمهات مغربيات، بصرف النظر عن كونهم ازدادوا قبل نشر قانون 62.06 بالجريدة الرسمية،<sup>1</sup> وهو الأمر الذي أكدته دورية مشتركة بين وزارة العدل ووزارة الداخلية ووزارة الشؤون الخارجية والتعاون صادرة بتاريخ 4 يونيو 2007 إذ يمكن لكل من أسندت إليه الجنسية المغربية بناء على هذه المقتضيات الجديدة، الحصول على شهادة الجنسية تثبت ذلك، مسلمة من طرف السيد وكيل الملك للمحكمة الابتدائية المختصة.

#### **الفقرة الثانية: إمكانية اكتساب الولد المتكفل به الجنسية المغربية عن طريق الكفالة.**

إن اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة يعتبر من المستجدات التي جاء بها القانون 62.06، وذلك في إطار الملائمة مع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالطفل، فقد نص الفصل 9 من قانون الجنسية المغربي على أنه: "... ثانيا - اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة :

<sup>1</sup>: محمد المهدي ، الجنسية المغربية ، م س، ص 60.

يمكن للشخص المغربي الجنسية الذي يتولى كفالة مولود ولد خارج المغرب من أبوين مجهولين مدة تزيد عن خمس سنوات، أن يقدم تصريحاً لمنح المكفول الجنسية المغربية، ما لم يعارض في ذلك وزير العدل طبقاً للفصلين 26 و 27 من هذا القانون.

غير أنه يمكن للمكفول الذي توافرت فيه الشروط المذكورة أعلاه، والذي لم يتقدم كافله بتصريح بعد مرور خمس سنوات على الكفالة، أن يقدم بصفة شخصية تصريحاً للحصول على الجنسية المغربية خلال السنتين السابقتين لبلوغه سن الرشد، وذلك مع مراعاة حق وزير العدل في المعارضة طبقاً للفصلين المذكورين أعلاه.

ولعل مضمون هذا الفصل يشير إلى حالة المغربي الذي يتولى كفالة الطفل المهمل ولد بالخارج من أبوين مجهولين وعليه لمعرفة مدى قابلية هذا المقتضى للتفعيل، يتعين الاحتكام لقوانين بلد ولادته وإقامة هذا الطفل، فهي التي ستحدد ما إذا كان الطفل مجهول الأبوين أم لا، وما إذا كان في وضعية إهمال أم لا، وهي التي ستحدد طبيعة الحماية التي يحتاجها وكذا المسطرة المتبعة والواجب إتباعها للتكفل به ورعايته،<sup>1</sup> ويبدو أن اكتساب الجنسية بناء على الكفالة قد لا يطرح أي إشكال، فهذه المؤسسة الإسلامية التي تحمي الطفل، أصبحت مقبولة في التشريع الدولي، الذي نص عليها كنظام من أنظمة الرعاية البديلة للطفل المحروم من الأسرة، بعد أن أدمجت في منظومة الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الطفل، كاتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل<sup>2</sup> (المادة 20) واتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختصاص والقانون المطبق والتنفيذ والتعاون في مجال مسؤولية الأبوين وإجراءات حماية الطفولة التي انظم إليها المغرب بتاريخ 19/10/1996.<sup>3</sup>

ويشترط أن يكون الكافل مغربياً، بصرف النظر عن طبيعة جنسيته أصلية أم مكتسبة، وأن يكون المكفول من أبوين مجهولين، غير أن هذه الحالة ليست تلك المشار إليها

<sup>1</sup>: عبد المنعم الفلوس ، م س ، ص 195.

<sup>2</sup>: فاتحة الطلحاوي ، رعاية الطفل المحروم من الأسرة في التشريع المغربي ، مجلة الملف عدد 18 ، أكتوبر 2011 ، ص 163.

<sup>3</sup>: صادق عليها المغرب في 17 نوفمبر 2002 وصدر ظهير شريف رقم 136.02.1 وورخ في 22 يناير 2003 بنشرها في الجريدة الرسمية عدد 5108 بتاريخ 2003/05/15.

في الفصل 7 من القانون، كما يشترط أن يكون المكفول قد ولد خارج المغرب وتم استقدامه إليه، أما إذا ولد في المغرب فإنه لا يحتاج إلى كافله ليكسبه الجنسية، مادام يمكنه القانون منها طبقا للفصل 7 منه، وإن تزيد مدة الكفالة على خمس سنوات، على أنه يجب أن يقدم الكافل تصريحاً إلى وزير العدل لطلب الجنسية المغربية مضمناً بالوثائق والشواهد والمستندات المطلوبة قانوناً، والتي من شأنه أن تثبت توفره على الشروط المطلوبة،<sup>1</sup> على أنه إذا لم يقدم الكافل التصريح بعد مرور خمس سنوات على الكفالة، يمكن للمكفول أن يقدم التصريح بصفة شخصية للحصول على الجنسية المغربية خلال السنتين السابقتين لبلوغه سن الرشد.

#### الفقرة الثالثة : آثار إسناد اكتساب الجنسية المغربية على الولد غير الشرعي.

يترتب على إسناد الجنسية الأصلية كل الآثار التي ترتبها هذه الأخيرة بالنسبة للمغاربة، مثل الشعور بالولاء الدائم للدولة والدفاع عنها في حالة الحرب والسلم، وكذلك تتولد عنها حقوق والتزامات كحق الترشح للهيئات التمثيلية الوطنية أو الجهوية، وحق تقلد الوظائف العمومية ومناصب السلطة، وأداء الخدمة العسكرية وبذل النفس في سبيل الوطن، و يترتب على اكتساب الولد الجنسية المغربية تمتعه بهذه الجنسية ابتداء من تاريخ اكتسابها بجميع الحقوق المتعلقة بالصفة المغربية والتزامه بالواجبات التي تفرضها عليه هذه الصفة، إلا أن الولد الذي يكتسب الجنسية المغربية عن طريق التجنيس يبقى محروماً من بعض الحقوق التي يتمتع بها المغاربة خلال مدة التجربة وفي هذا الإطار ينص الفصل 17 من قانون الجنسية على أنه: " يخضع الأجنبي المتجنس طيلة خمس سنوات للقيود في الأهلية الآتية:"

أولاً - لا يجوز أن تسند إليه وظيفة عمومية أو نيابة انتخابية يشترط فيمن يقوم بهما التمتع بالجنسية المغربية.

<sup>1</sup>: محمد المهدي، الجنسية المغربية، م س، ص 86، 87.

ثانيا - لا يجوز أن يكون ناخبا إذا كانت الصفة المغربية شرطا للتسجيل في اللوائح الانتخابية.

على أنه يجوز أن يعفى من هذه القيود كلها أو بعضها بمقتضى ظهير فيما إذا خولت الجنسية بمقتضى ظهير أو بموجب مرسوم يتخذه المجلس الوزاري فيما إذا خولت الجنسية بموجب مرسوم<sup>1</sup>.

كما أن الجنسية المغربية تستدعي أن يطبق القانون المغربي على جميع المغاربة سواء أمام القضاء المغربي أو القضاء في دول أخرى ، خاصة في مادة الأحوال الشخصية، بصريح المادة الثانية من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: "تسري أحكام هذه المدونة على:

1. ...

2. ...

3. العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا.

4. العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.

وهذه المادة تكرر ما يعرف بامتياز الجنسية والدين ، على حساب قواعد قانون آخر ، أو قانون طرف على حساب طرف آخر في الروابط المختلطة ، وهو ما اعتبره البعض<sup>2</sup> أنه يمثل خرقا صريحا لمبادئ وقواعد التحليل التنازعي، التي تفترض احترام القوانين المتنازعة ووضعها في نفس المرتبة، تم ترجيح إحداها بناء على إسناد موضوعي سابق التحديد في قواعد تنازع قواعد القاضي الذي ينظر في الدعوى، وهو ما جعل القضاء في الكثير من الدول الأوروبية على الخصوص، يعتمد مباشرة مقتضيات الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وباقي الاتفاقيات الدولية لاستبعاد تطبيق مقتضيات القانون المغربي والأحكام والقرارات القضائية التي استندت إليه<sup>3</sup>، ومن بين الأحكام التي طبقت القانون الأجنبي على

<sup>1</sup>: أحمد حموي ، محاضرات في قانون الجنسية المغربية ، فاس ، السنة الجامعية 2010/2009 ، ص 37.

<sup>2</sup>: خالد برجوي ، تقييم مدونة الأسرة من زاوية القانون الدولي الخاص ، سلسلة إصلاح القانون والتنمية السوسيواقتصادية ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية 2010 ، ص 285.

<sup>3</sup>: نفس المرجع.

حساب القانون الوطني للطفل قرار صادر عن محكمة محافظة برشلونة بتاريخ 2008/07/08، "حيث قبلت المحكمة طلب تبني قاصر مغربي مقيم باسبانيا،<sup>1</sup> واستتجت المحكمة أن القضاء الإسباني مختص بتأسيس التبني في هذه الحالة (المادة 14) وأن القانون المطبق هو القانون الإسباني (المادتان 18 و 19 مجتمعيتين)."، وذلك على حساب القانون الوطني للطفل الذي لا يعترف بالتبني كيفما كان نوعه.<sup>2</sup>

ومن بين الإشكاليات التي قد يثيرها موضوع الجنسية وارتباطا بالولد غير الشرعي، تلك المتعلقة بازدواج الجنسية وما يترتب عنها من آثار، خاصة بالنسبة للمهاجرين المغاربة المقيمين في الخارج، وذلك بسبب اختلاف التشريعات والقوانين و تباينها، فالمشرع المغربي في إطار مدونة الأسرة، لا يعترف إلا بالأسرة القائمة على الزواج الصحيح، وفي حالات نادرة أخرى، وما ينتج عنه من آثار، وبالعكس من ذلك فإن القوانين التي لا تعتمد الشريعة الإسلامية كمرجعية لها وخاصة القوانين الأوروبية والغربية،<sup>3</sup> التي تأخذ بمبدأ المساواة بين الولد الشرعي والولد الطبيعي والولد بالتبني إعمالا للمادة 2 من اتفاقية حقوق الطفل، مما يخلق حالة من التباين بالنسبة لهذا الولد في حالة إذا ولد لأبوين من جنسيات مختلفة، كأن يولد من أم مغربية وأب فرنسي لا تربطهما علاقة زوجية، أو أن يولد من أم مغربية مسلمة و أب غير مسلم، في هذه الحالة تترتب هذه البنية جميع آثارها في فرنسا بالنسبة للأبوين معا، أما في المغرب فلا تترتب هذه الآثار إلا بالنسبة للأم بدعوى أن المشرع المغربي لا يعترف بالبنوة الطبيعية بالنسبة للأب، مما يجعل الولد في وضعيتين مختلفتين الأولى تمنحه جميع الحقوق من نسب و هوية و إسم و إرث وغيرها من جهة الأبوين معا داخل التراب الفرنسي، بينما لا تمنحه الوضعية الثانية تلك الحقوق إلا من جهة أمه المغربية داخل المغرب.

<sup>1</sup>: أشارت إليه أنه كينيونيس إسكاميث ، م س ، ص 129.

<sup>2</sup>: وكانت محكمة محافظ برشلونة قد أصدرت في مناسبة سابقة ، وفي نفس السياق ، قرار بتاريخ 2006/03/28 نطقت فيه لصالح تبني طفل مغربي مكفول لدى إسبانيين ومقيم معهما في كاتلونيا ويمارسان الولاية عليه بمقتضى الكفالة : " ترى الغرفة أن ما يسمى الكفالة يمكن أن يؤخذ كمساو للولاية لغرض المادة 117 من قانون الأسرة حتى يتسنى انشاء التبني محليا ( في اسبانيا) ".

وف شأن تطبيق قانون الإقامة على حساب القانون الوطني للطفل جاء قرار آخر للمحكمة الابتدائية ببرشلونة المؤرخ في 2008/04/15 والذي جاء فيه ما يلي : " ولما كان متعذرا اعتبار الكفالة كالتبني ... طلبت العارضة تأسيس تبنيها للطفل من جديد ، ولهذا الغرض وجب الرجوع إلى مقتضيات مدونة الأسرة الكاثوليكية ، بناء على أن الطفل يقيم باسبانيا وسيكتسب الجنسية الإسبانية بحكم التبني".

<sup>3</sup>: أدبية بوازيل ، مصلحة الفضلى للطفل ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، فاس، السنة الجامعية 2005-2006، ص 50.

## المطلب الثاني: الحالة المدنية للولد غير الشرعي.

إن حيوية مرفق الحالة المدنية في عصرنا الحاضر تكمن في دوره للتعريف بكل شخص عن طريق ضبط هويته بجمع كافة المعلومات المتعلقة به ابتداء من تاريخ ولادته واسمه وكنيته واسم والديه ومكان ازدياده وباقي البيانات الأخرى، والأهداف المتوخاة من ضبط الحالة المدنية كبيرة وتعتبر هي الأساس في كل تخطيط للبلاد، فتوثيق الأحوال المدنية يحدد هويات الأفراد ويقيم النظام داخل العائلات وفي المجتمع، وكان أول قانون ينظم الحالة المدنية هو الصادر في 1915/9/4، الذي أباح للفرنسيين وسيلة توثيق ولاداتهم ووفياتهم و إبرام زيجاتهم، ثم ظهر 1922/9/13 وقرار 1922/12/23، إلى أن صدر ظهر 1950/3/8<sup>1</sup> الذي كان الأرضية الصلبة التي بني عليها ظهر 03 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 99.37 المتعلق بالحالة المدنية، و المعمول به لغاية اليوم، ومن مقتضيات التي جاء بها هذا القانون حق الطفل في إسم يميزه عن غيره الذي يشكل أحد العناصر التي تكون هويته، إلى جانب حقه في التسجيل في الحالة المدنية كيفما كانت بنوته شرعية أو غير شرعية .

ويرتبط حق الطفل غير الشرعي في الاسم ارتباطا وثيقا بحقه في الحالة المدنية لأن هذا الأخير لا يتم إلا على أساس حصول الطفل على اسم يتميز به عن غيره (الفقرة الثانية) كما أن تسجيله في الحالة المدنية تكتسي أهمية بالغة، إذ بها تتحدد شخصيته القانونية (الفقرة الأولى).

## الفقرة الأولى: التسجيل في الحالة المدنية.

إن إقرار الشرع والقانون بالنسب الشرعي وحده، ليس المقصود منه أن يعيش الطفل غير الشرعي بدون هوية ، فالذي سعى له الإسلام ليس نبذ الأطفال غير الشرعيين، بل

<sup>1</sup>: عبد القادر لطفي، الحالة المدنية وإثبات النسب، مجلة الدفاع، العدد الثالث فبراير 2002، ص 14.

سعى لمحاربة اختلاط الأنساب وزواج المحارم وشيوع الفاحشة واستثراء الزنا،<sup>1</sup> أي استئصال الشر من جذوره، وعليه فقد ألزم المشرع المغربي على بعد الأشخاص التصريح بهذه الولادات، وعاقب على عدم التصريح بها بعقوبات جنائية (أولا)، كما أفرد مسطرة خاصة بتسجيل الأطفال غير الشرعيين في سجلات الحالة المدنية (ثانيا).

### **أولا : الأشخاص الملزمون بالتصريح بازدياد الولد غير الشرعي.**

لا يوجد في القوانين المنظمة للحالة المدنية بالمغرب نص يمنع الطفل غير الشرعي من تقييده بسجلات الحالة المدنية، بل تقضي المادة 16 من القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية بأنه تصرح بالإبن مجهول الأب أمه أو من يقوم مقامها، ويجب أن يقع هذا التصريح داخل أجل 30 يوما ابتداء من تاريخ وقوع الولادة لدى ضابط الحالة المدنية المختص الذي يحزر بناء على ذلك رسما لهذه الواقعة،<sup>2</sup> والواضح أن المشرع أعطى واجب التصريح بازدياد الطفل غير الشرعي للأب أو من يقوم مقامها، في الدرجة الأولى من حيث المبدأ، وفي حالة استثنائية ينتقل هذا الواجب إلى النيابة العامة.

#### **أ. تصريح الأم أو من في حكمها بازدياد الطفل من حيث المبدأ.**

من المعلوم أن الولد غير الشرعي ليس له أب معلوم من الناحية الشرعية والقانونية، وإن كان معلوما من الناحية الواقعية، أو أنه معروف حقيقة، لذلك ظل الولد مرتبطا بأمه ارتباطا وثيقا، لأنه نتج في أحشائها وكبر إلى أن ازداد حيا أو ميتا، ومن ثم ظلت الأم صاحبة الصفة الأولى في التصريح بازدياد ولدها الذي نتج خارج مؤسسة الزواج، وعليه فالأم لها أن تباشر ذلك بنفسها أو توكل عليها من تشاء للقيام بذلك خاصة وأن المشرع أعطى لها هذه الإمكانية بتنصيبه على عبارة "أو من يقوم مقامها" وبالتالي فلا أحد يقوم مقامها إلا بموجب وكالة تمنحها الأم لمن يقوم مقامها في حالة إذا تعذر عليها

<sup>1</sup>: رجاء ناجي مكاوي ، حقوق الطفل مواجهة بالمتغيرات العمرانية والسوسيواقتصادية ، سلسلة إصلاح القانون والتنمية السوسيواقتصادية ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية 2010 ، ص 296.

<sup>2</sup>: محمد الشافعي ، الإسم العائلي والشخصي في نظام الحالة المدنية بالمغرب ، سلسلة البحوث القانونية ، الطبعة الأولى ، مراكش 2004 ، ص

التصريح بازدياد ولدها نتيجة تدهور حالتها الصحية بسبب الولادة،<sup>1</sup> وبما أن المشرع لم يحدد الشخص الذي يقوم مقامها بصفة محددة مع العلم أن مدلول هذه العبارة واسع فإن واجب التصريح قد ينتقل إلى وكيل الأم أو وصيها ، باعتبارها صاحبة الولاية على ولدها، فلها أن توكل من ينوب عليها في واجب التصريح بازدياد ولدها، خاصة وأن المشرع أجاز مثل هذا التوكيل صراحة بمقتضى المادة 16 أعلاه والتي جاء فيها: " يقوم الوكيل في ذلك مقام موكله" أو تعين وصيا عنها يتولى واجب التصريح بالازدياد عنها، وفي حالة تخلي الأم عن ولدها بمحض إرادتها لدى مساعدة اجتماعية، فإن واجب التصريح ينتقل للنيابة العامة بعد إشعارها من طرف هذه الأخيرة،<sup>2</sup> زيادة على ذلك يمكنها أن تكلف وصيها أو توكل أي شخص ولو لم يكن من الأشخاص المحددين في الفصل 16 من قانون 37.99، بشرط أن يستوفي شروط الوكالة.

كما أن المشرع حدد أجل ثلاثين يوما الموالية لتاريخ وقوع الولادة،<sup>3</sup> للتصريح بها إلى ضابط الحالة المدنية المختص الذي يحزر بناء على ذلك رسما لهذه الواقعة، و لتعزيز حماية حق الطفل في التسجيل في الحالة المدنية، عاقب القانون الجنائي على الجنايات و الجنح التي تحول دون التعرف على هوية الطفل في الفصول 468 و 469 منه، فجرم الفصل 468<sup>4</sup> عدم التصريح بالازدياد في الأجل القانوني وحدد الأشخاص المعنيين في الأب والطبيب أو الجراح أو ملاحظة الصحة أو الحكمة أو المولدة أو القابلة أو أي شخص حضر الولادة أو وقعت في محله ، وعاقب هذا الفصل على الفعل المذكور بالحبس من

<sup>1</sup>: محمد المكناسي ، حقوق الطفل في نظام الحالة المدنية بالمغرب ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص ، طنجة ، السنة الجامعية 2006.2007 ، ص 118.

<sup>2</sup>: عبد الحكيم أهوشي ، م س ، ص 152 و 153.

<sup>3</sup>: بينما حددها المشرع الفرنسي في ثلاثة أيام بمقتضى المادة 55 من القانون المدني الفرنسي، وخمسة عشر يوما بالنسبة للولادة الواقعة خارج فرنسا ، في حين حددها المشرع التونسي في عشرة أيام بمقتضى الفصل 22 من قانون الحالة المدنية ، أسوة بالمشرع الجزائري الذي حددها في عشرة أيام فقط.

<sup>4</sup>: ينص الفصل 468 من القانون الجنائي ، على أنه : " الأب وعند عدم وجوده، الطبيب أو الجراح أو ملاحظة الصحة أو الحكمة أو المولدة أو القابلة أو أي شخص الولادة أو وقعت بمحله، يعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين وبغرامة من مائة وعشرين إلى مائتي درهم، إذا لم يقم بالتصريح بالازدياد في الأجل القانوني، وذلك في الحالات التي يكون فيها التصريح واجبا".

شهر إلى شهرين، وبغرامة لا تقل عن مائتي درهم إذا لم يقع التصريح بالازدياد في الأجل القانوني وذلك في الحالات التي يكون فيها التصريح واجبا.<sup>1</sup>

لكن الملاحظ أن الضمانات التي نص عليها المشرع في الفصل 468 من القانون الجنائي والتي تصب في حماية حق الطفل في التسجيل في سجلات الحالة المدنية، يفهم منها أنها تخص الطفل الشرعي، ولا تتسحب إلى الطفل غير الشرعي، لأن الأم الملزومة بالتصريح به في هذه الحالة لم ترد ضمن لائحة الأشخاص الواردة في الفصل 468 أعلاه والذين تشملهم العقوبة الجنائية في حالة عدم التصريح، وهو ما يعني بمفهوم المخالفة أن غير المذكورين في الفصل 486 لا ضير في إمساكهم عن التصريح بازدياد الأطفال، ومن غير المذكورين الأم كما سبق الذكر، وهو ما قد يضيع معه حق الطفل في التسجيل خاصة إذا كان ناتج عن علاقة غير شرعية، مع العلم أنه غالبا ما تلجأ الأسر إلى التستر على وقوع مثل هذه الولادات، هذا الفراغ التشريعي سواء كان عن قصد (كأن يكون المشرع راعى وضعية الطفل في حالة سجن أمه التي لم تصرح بزيادته فيكون قد وسع من ضعف الحماية في هذه الحالة) أو عن غير قصد، غير أن بعض الفقه ذهب إلى إدخال الأم في عبارة "أو أي شخص حضر الولادة" على اعتبار أن الأم في مقدمة من يحضر الولادة،<sup>2</sup> إلا أن صمت المشرع على التنصيص على الأم صراحة يدعونا إلى القول أن غايته من ذلك تدل على استثناء الأم من لائحة الأشخاص الذين يشملهم الفصل 468 من القانون الجنائي، مما يدفعنا للقول بأنها لا تدخل حتى في عبارة "أو أي شخص حضر الولادة"، ثم إنه لو كان أراد معاقبة الأم التي لم تصرح بازدياد طفل غير شرعي لنص على ذلك صراحة، إلا أنه وفي مثل هذه الحالة يمكن الرجوع إلى الفصل 31 من قانون الحالة المدنية التي تنص على أنه: "يعاقب بغرامة مالية من 300 إلى 1200 درهم كل من وجب عليه التصريح بولادة أو وفاة طبقا لأحكام المادة 16 والمادة 24 ولم يقم بهذا الإجراء، داخل الأجل القانوني"، الذي

<sup>1</sup>: عبد الحكيم أهوشي، م س، ص 153.

<sup>2</sup>: خالد بنيس، دعاوى الحالة المدنية، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، مطبعة المعارف الجديدة، طبعة 1994، ص 33.

يوضح قصد المشرع في استثنائها من الفصل الجنائي، حيث ارتأى إنزال الغرامة المالية فقط على الأم التي لم تصرح بالولادة دون العقوبة الحبسية المنصوص عليها في الفصل 468 من القانون الجنائي ما دام الفصل 31 يشمل كل من وجب عليه التصريح بالولادة.

وقد ذهبت وزارة الداخلية في الدليل المتعلق بالحالة المدنية إلى إمكانية قبول تصريح الجد والجدة بالرغم من عدم ذكرهما في المادة 16 من قانون الحالة المدنية.

وتخفيفا للعبء على المواطنين المغاربة المقيمين بالخارج فقد سمح لهم المشرع بالتصريح بولاداتهم في القنصليات المتواجدة بأماكن إقامتهم ، كما تم السماح لهم بتجاوز المدة المحددة قانونا في ثلاثين يوم من أجل القيام بذلك في أحسن الظروف ، وهكذا فقد حددت هذه المدة بالنسبة للمغاربة القاطنين بكندا مثلا في 12 شهرا كاملة.<sup>1</sup>

أما إذا حصلت الولادة لمغربي أثناء سفر بحري أو جوي وجب التصريح بها لدى ضابط الحالة المدنية المغربي الكائن في أول ميناء أو مطار مغربي رست به الطائرة أو الباخرة، أو لدى القنصل المغربي أو العون الدبلوماسي في جهة الوصول، أو لدى ضابط الحالة المدنية لمحل السكنى بالمغرب، وذلك خلال أجل ثلاثين يوما من تاريخ الوصول، كما ينص على ذلك الفصل 17 من قانون الحالة المدنية.

#### **ب. واجب النيابة العامة في التصريح بولادة الطفل غير الشرعي.**

بالرغم من أن الأم هي صاحبة الصفة بالتصريح بولدها لدى ضابط الحالة المدنية، فإنه قد يقع ألا تقوم هذه الأخيرة بالتصريح، أو تتخلى عنه في مكان ما مباشرة بعد الوضع، هنا ينتقل واجب التصريح إلى النيابة العامة، بحيث أن وكيل الملك هو الذي له صلاحية التصريح بازدياد هذا الطفل، وتسجيله في سجلات الحالة المدنية، إما تلقائيا أو بناء على طلب من السلطة المحلية أو كل من يعنيه الأمر.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>: فاطمة الزهراء اعابو ، المقاربة الحمائية للطفل في إطار المادة 54 من مدونة الأسرة ، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص مكناس ، السنة الجامعية 2010.2011 ، ص 80.

<sup>2</sup>: عبد القادر قرموش، م س ، ص 216.

وهذا ما يستفاد صراحة من مقتضيات الفقرة الرابعة من المادة 16 من ظهير 3 أكتوبر 2002 التي نصت على انه: "إذا تعلق الأمر بمولود أبوين مجهولين، أو بمولود وقع التخلي عنه بعد الوضع، يصرح بولادته وكيل الملك بصفة تلقائية، أو بناء على طلب من السلطة المحلية، أو من يعنيه الأمر...".<sup>1</sup>

لقد حرص المشرع على تحصين وترسيم هوية الطفل وحفظها من الضياع، إذ جعل مهمة تسجيل المولود الذي لم تقم أمه بالتصريح به، على عاتق النيابة العامة، إذ أن وكيل الملك هو الذي يملك الاختصاص بالتصريح بازدياده والأمر بتسجيله في سجلات الحالة المدنية، وتتخذ النيابة العامة في دعوى التصريح صفة الطرف الرئيسي،<sup>2</sup> بما أنها من تتقدم بالتصريح بالازدياد، وهذا ما يتضح من خلال مقتضيات الفصل 217 من قانون المسطرة المدنية.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يجعل مهمة التصريح بازدياد الولد غير الشرعي والمتخلى عنه من واجبات النيابة العامة، وإنما أوكلها إلى المسؤول أو المسؤولة عن مصلحة الإسعاف العمومي، التي تقوم بتسجيله في سجل خاص بطريقة تحيطها السرية، ثم تقدم بيان كتابي بذلك إلى ضابط الحالة المدنية، الذي يقوم بتسجيله في سجلات الحالة المدنية استنادا إلى ذلك البيان أو التصريح الذي تقدمه مصلحة الإسعاف العمومي والمعلومات المرفقة به، ووفقا للشكل الذي نصت عليه المادة 30 من قانون الحالة المدنية الجزائري.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>: فاطمة الزهراء اعبابو ، م س ، ص 87 و 88.

<sup>2</sup>: لقد وقع خلاف حول طبيعة تدخل النيابة العامة في قضايا الحالة المدنية بين رأيين:  
الاتجاه الأول : يقول بأن دورها يظل دورا رئيسيا في جميع الأحوال وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه الاجتهاد القضائي ، كما ان النيابة العامة تبادر إلى استئناف الحكام التي تصدر خلافا لملتسماتها الكتابية ، واعتبر هذا الاتجاه أن قضايا الحالة المدنية من النظام العام ، وأنها ما دامت كذلك فإن النيابة العامة تكون طرفا أصليا ، وهو نفسه الاتجاه الذي سار عليه القضاء المدني الفرنسي.  
الاتجاه الثاني: يرى بان تدخل النيابة العامة في قضايا الحالة المدنية ذو طبيعة مزدوجة ، فهي تتخذ صفة الطرف الرئيسي كلما بادرت بنفسها إلى رفع الدعوى أمام المحكمة بصفتها مدعية ، كما هو الشأن لطلبات التصريح بالازدياد أو بالوفاة ، طبقا للمادة 30 من قانون 37.99 و الفصل 217 من قانون المسطرة المدنية ، وكذا طلب إلغاء الرسوم في حالة التسجيل المضاعف ، وهو تأكيد على دورها في الحفاظ على مصلحة المجتمع و أمنه ، كما تتخذ صفة الطرف المنظم عندما تكون في موقع المدعى عليها سواء في الطلبات الرامية إلى تصحيح الأخطاء الجوهرية ، وهذا الاتجاه يستند على الفصل 218 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على أنه : " يتعين تبليغ المقال إلى النيابة العامة إذا لم تكن هي التي أحالته على المحكمة لتبدي رأيها بمستنتجات كتابية".

<sup>3</sup>: عبد العزيز سعد ، نظام الحالة المدنية في الجزائر ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة الثانية 2001.

وعليه فإنه ما عدا أصحاب الصفة بالتصريح بازدياد الطفل غير الشرعي المذكورين، سابقا (الأم أو من يقوم مقامها، والنيابة العامة) يظل باقي الأشخاص الوارد ذكرهم في الفصل 468 من القانون الجنائي المغربي غير ذي صفة في التصريح بازدياده، طبقا لمقتضيات القانون رقم 37.99، المتعلق بالحالة المدنية.

#### ثانيا: مسطرة تسجيل الولد غير الشرعي.

يتم تسجيل الطفل غير الشرعي عن طريق سلوك المسطرة المباشرة أو الإدارية والتي تتم أمام ضابط الحالة المدنية لمحل الولادة، أو عن طريق سلوك مسطرة قضائية من خلال استصدار حكم قضائي يأمر بتقييد المولود.

#### أ.المسطرة الإدارية:

تنص المادة 15 من مرسوم 9 أكتوبر 2002 على أنه: "يقع التصريح بكل ولادة أو وفاة داخل أجل ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ وقوع الولادة أو الوفاة لدى ضابط الحالة المدنية المختص الذي يحرر بناء على ذلك رسما لهذه الواقعة".

وعليه فإنه وحتى يتسنى لضابط الحالة المدنية المختص من تسجيل ولادة الطفل غير الشرعي المصرح بازدياده بسجلات الولادات للسنة الجارية التي ولد فيها يتعين على الأم أن تتقدم بالتصريح في الأجل المحدد قانونا، وتعزيز طلبها بمجموعة من الوثائق أهمها:

◆ شهادة الولادة مسلمة من الطبيب، أو من السلطة المحلية إذا تمت الولادة خارج المستشفى.

◆ كناش الحالة المدنية أو الدفتر العائلي في اسم الأم.

◆ التزام أحد الأقارب من جهة الأم يصرح بمقتضاه عن رضاه بإعطاء الطفل الإسم العائلي لأمه.

وبعد تقديم هذه الوثائق ، يتأكد ضابط الحالة المدنية من الاختصاص المكاني، ومن الأجل القانوني للتصريح ثم يقوم بتسجيل رسم الولادة مباشرة بسجل الولادات للسنة الجارية في الأصل والنظير، مع تضمينه بالمقتضيات المنصوص عليها في الفصل 18 من المرسوم،<sup>1</sup> كما يشير إلى هوية المصريح بالازدياد مع توقيعه على رسم الولادة إلى جانب توقيع المصريح بيده فقط، وما على هذا الأخير إلا أن يقوم بتأسيس رسم الولادة للطفل غير الشرعي محترماً كافة الضوابط القانونية المنصوص عليها في هذا الباب.

### ب.المسطرة القضائية:

قد يحدث في أحيان كثيرة أن يدلي المصريح بطلب التصريح بازدياد الولد غير الشرعي بعد انصرام أجل الثلاثين يوم، فيفاجأ بقرار الرفض الصادر عن ضابط الحالة المدنية نتيجة لعدم احترام الأجل، الشيء الذي يعني ضرورة المرور بالمسطرة القضائية من أجل تأسيس رسم الولادة للمعني بالأمر ، وقد نص الفصل 217 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "يمكن لكل شخص له مصلحة مشروعة أو للنيابة العامة أن يطلب من المحكمة الابتدائية إصدار تصريح قضائي بازدياد أو بوفاة لم يسبق تقييده بدفاتر الحالة المدنية"، كما أكدت على ذلك المادة 30 من قانون 37.99.

وعليه تبدأ مسطرة استصدار الحكم التصريحي بولادة المولود غير الشرعي بتقديم مقال افتتاحي أمام المحكمة المختصة، متضمناً جميع المعلومات المرتبطة بالواقعة، خاصة الظروف التي حالت دون إجراء التصريح في أجله القانوني، مرفقاً بجميع الوثائق التبوتية التي تعزز صحة واقعة الولادة، بعدها يقوم القاضي بدراسة الطلب ويطلع على مستنتجات النيابة العامة، ويستمع إلى الأطراف المعنية بالأسرة وقد يجري عند الاقتضاء أبحاثاً لإقامة الحجة على صحة الوقائع المعروضة عليه بجميع الوسائل القانونية، ويبث إما بالقبول أو الرفض.

<sup>1</sup>: محمد المكناسي ، م س ، ص 127.

الفقرة الثانية: منح الطفل غير الشرعي اسم شخصي وعائلي وحجية تسجيله.

أولاً: حق الطفل غير الشرعي في الاسم.

الحق في الإسم من الحقوق الشخصية، إذ أنه الوسيلة التي تمكن الطفل من تمييز ذاته وتعيين شخصية وتلافي الخلط بينه وبين غيره في هذا المجال،<sup>1</sup> وقد كان ظهير 8 مارس 1950 يلزم المغاربة الذين يطلبون التسجيل في سجل الحالة المدنية أن يختاروا إسمًا عائليًا يصبح وراثيًا،<sup>2</sup> وقبله تناول الإسلام جانب الألقاب حيث حرم المناداة بالألقاب التي فيها تنقيص وسخرية من الإنسان فقد قال عز وجل في كتابه العزيز: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَسْخَرُوا قَوْمًا مِنْ قَوْمٍ عَسَى أَنْ يَكُونُوا خَيْرًا مِنْهُمْ وَلَا نِسَاءً مِنْ نِسَاءٍ عَسَى أَنْ يَكُنَّ خَيْرًا مِنْهُنَّ وَلَا تَلْمِزُوا أَنْفُسَكُمْ وَلَا تَنَابَزُوا بِالْأَلْقَابِ بِئْسَ الْأَسْمُ الْمُسُوقُ بَعْدَ الْإِيمَانِ وَمَنْ لَمْ يَتُبْ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ".<sup>3</sup>

وهكذا لم يعرف نظام الحالة المدنية على الشكل الحديث إلا في عهد الإستعمار فبينما كان اختيار الإسم الشخصي لا يشكل أية صعوبة فإن اختيار الإسم العائلي ليس كذلك بالنسبة للمغاربة الذين كان جلهم لا يتخذون أسماء عائلية إذ يعرفون بأسماء الشخصية و أسماء آبائهم كما ينسبون إلى قبائلهم أو حواضرهم أو بواديهم، إلا بعد صدور ظهير 8 مارس 1950 الذي أوجب الفصل 6 منه أن يكون لكل شخص بالإضافة إلى اسمه الشخصي إسم عائلي، وعليه فإن الطفل الجديد يأخذ الاسم العائلي لأبيه، لأن الولد يتبع أباه في النسب، وهو ما لا يتأتى للطفل غير الشرعي الذي لا يعرف نسبه.<sup>4</sup>

عند التصريح بواقعة الولادة، يكون المولود غير الشرعي حاملًا لإسم شخصي يسجل به مصحوبًا باسم أمه الشخصي بدون اسم عائلي ولا لإسم الأب، ولم يكن في مدونة الأحوال الشخصية وكذلك في القوانين المتعلقة بالحالة المدنية بالمغرب قبل صدور قانون (37.99) نص خاص بتزويد الطفل غير الشرعي باسم أمه العائلي.

<sup>1</sup>: بويقن الحسن ، الاسم العائلي والشخصي في نظام الحالة المدنية بالمغرب ، مجلة الملحق القضائي ، عدد 19 ، 1988 ، ص 59.

<sup>2</sup> : Mohamed CHAFI, op cit, P 136.

<sup>3</sup>: سورة الحجرات الآية 10.

<sup>4</sup>: Mohamed CHAFI, op cit, p 137.

غير انه وتفاديا للمشاكل التي عرفها ضباط الحالة المدنية المتلقين للتصريح بولادة الأطفال غير الشرعيين، صدرت دورية بتاريخ 8 ماي 1962 عن الأمين العام للحكومة يطلب فيها من ضباط الحالة المدنية أن يتبعوا الإسم الشخصي للطفل باسم أمه العائلي عند ما تكون هذه الأم معروفة، تم بعدها أصدرت وزارة العدل بتاريخ 11 دجنبر 1978 دورية تسطر فيها الحل المتعين على ضباط الحالة المدنية سلوكه لمعالجة مشكل تزويد الطفل غير الشرعي باسم عائلي، ويتمثل هذا الحل في إمكانية إعطاء الطفل الاسم العائلي لأمه بعد حصولها على موافقة أبيها أو إخوانها إن وجدوا، ويجب أن تكون هذه الموافقة كتابية لتفادي أي تعرض قد يقع فيما بعد،<sup>1</sup> وفي حالة التعرض على الإجراء من الأب أو الأشخاص الأكبر سنا في العائلة، فإنه يتعين على ضابط الحالة المدنية في هاته الحالة أن يختار إسما عائليا لا ينتمي لأحد من كشاف الأسماء العائلية ويقيد هذا الاسم في أصل الرسم ويخضع للمسطرة المعهودة لاختيار الأسماء العائلية، وهو ما أكدته الدورية الثانية الصادرة عن وزارة الداخلية بتاريخ 11 نونبر 1978.<sup>2</sup>

وعلى الرغم من تزويد الأطفال غير الشرعيين بأسماء بما فيها الشخصية والعائلية بعد موافقة الجد أو أكبر الأشخاص في عائلة أمه، فإن رسم ولادته يبقى خاليا من الإشارة إلى اسم الأب حيث كان يمنع أن تكتب برسوم الحالة المدنية لأولاد السفاح عبارة من "أم مجهولة" أو من "أب مجهول" أو "غير مسمى" أو ما شابه هذه العبارات فالأب يبقى مجهولا بالنسبة للطفل ولو كانت أمه تعرفه، لأن القانون المغربي ينفي طبقا للشريعة الإسلامية، إلحاق أبناء السفاح بأبائهم ولا تلتفت إلى إقرار الآباء إلا بما ولد لهم من نكاح شرعي.<sup>3</sup>

غير أن خلو رسم الولادة من الإسم الشخصي للأب، يتسبب للطفل في عدة مشاكل عاطفية ونفسية خلال دراسته وكذلك في حياته العملية والشخصية، وغالبا ما تؤدي هذه المشاكل إلى المس بهويته وبالتالي عدم استفادته بحالة مدنية كاملة، وهذا ما تنبه له المشرع

<sup>1</sup>: محمد الشافعي ، م س ، ص 71.

<sup>2</sup>: Mohamed CHAFI , op cit, p 136.

<sup>3</sup>: محمد الشافعي ، م س ، ص 72.

بعد نداءات متكررة من عدة حقوقيين وجمعيات، حيث تدخل بموجب قانون رقم 37.99 ونص في المادة 16 منه على أنه: "إذا تعلق الأمر بمولود من أبوين مجهولين، أو بمولود وقع التخلي عنه بعد الوضع، يصرح بولادته وكيل الملك بصفة تلقائية، أو بناء على طلب من السلطة المحلية...، ويختار له اسم شخصي واسم عائلي، وأسماء أبوين أو اسم أب إذا كان معروف الأم، ويشير في بطاقة ولادته إلى أسماء الأبوين أو الأب، حسب الحالة.."

يتضح من هذه المقتضيات أن هدف المشرع هو عدم ترك رسم ولادة الطفل غير الشرعي خاليا من اسمه الشخصي وخاصة من اسم عائلي واسم شخصي للأب وبالتالي استفادته من حالة مدنية تامة على غرار باقي الأطفال في المجتمع.

بالإضافة إلى ذلك لم يغفل القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية وضعية المسجلين بالحالة المدنية دون بيان اسم الأب أو الأبوين معا، حيث أجاز لكل شخص غير معروف الأب أو الأبوين معا وسجل بالحالة المدنية دون بيان اسم الأب أو الأبوين معا أن يطلب هو أو من ينوب عنه إضافة اسم الأب أو الأبوين وفق ما جاء في الفقرة الخامسة من المادة 16 من هذا القانون وذلك عن طريق حكم قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية لمحل الولادة.

وإذا كانت أم الطفل غير الشرعي تتسلم كناش التعريف والحالة المدنية في ظل ما كان يجري به العمل سابقا وطبقا للدورية الصادرة عن وزارة الداخلية بتاريخ 18 شتنبر 1978، فإن المادة 23 من قانون الحالة المدنية الحالي، لم تنص على تسليم الدفتر العائلي لأم الطفل غير الشرعي حيث حددت الفقرة الرابعة من هذه المادة الأشخاص الذين لهم الحق في الحصول على نسخة من هذا الدفتر مصادقا على مطابقتها للأصل دون الإشارة إلى أم الطفل غير الشرعي مما يستوجب سد هذا الفراغ أو النسيان حسب تعبير بعض الفقه.<sup>1</sup>

<sup>1</sup>: محمد الشافعي، م س، ص 74 و 75.

وفي نفس الاتجاه يتمتع الطفل الطبيعي في القانون الفرنسي بنفس الحقوق التي يتمتع بها الطفل الشرعي في علاقته مع أبويه إن اعترفا ببنوته ، سواء كانت ناتجة عن علاقة زواج صحيحة أو خارج مؤسسة الزواج ، غير أن الاسم العائلي يتوقف على إقرار الأب به، وفي حالة عدم إقراره به فإنه مبدئياً يأخذ اسم أمه العائلي، كما أنه إذا أقر الأب بالبنوة لاحقاً، يأخذ الطفل إسمه عن طريق إحلال الاسم par substitution، وإذا تزامن إقرار الأبوين معا بالبنوة يأخذ الطفل بحكم القانون إسم الأب، على الرغم من إقرار مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، لا يزال القانون الفرنسي يفرق بينهما داخل الأسرة الطبيعية لأن إسم الأب يظل المرجع الوحيد للتعريف القانوني للطفل، كما تستمر الإشارة إلى هذا الاسم في سجلات الحالة المدنية.<sup>1</sup>

ويقضي القانون التونسي عدد 81 لسنة 1985 بإسناد لقب عائلي للأطفال مجهولي النسب أو المهملين، وطبقا لهذا القانون يكلف الولي العمومي للأطفال مجهولي النسب أو المهملين باختيار اسم و لقب عائلي لهؤلاء الأطفال إذا لم يطالب أحد من أهلهم إقامة رابطة القرابة معهم في ظرف ثلاثة أشهر بعد قبولهم من طرف السلطة المختصة.<sup>2</sup>

ويتم إسناد اللقب العائلي من الولي العمومي طبقا لأحكام القانون عدد 53 لسنة 1959 المؤرخ في 26 ماي 1959 المتعلق باللقب العائلي، ويقع إتمام رسوم الولادة وترسيم الألقاب طبقا للإجراءات المنصوص عليها في نفس القانون.<sup>3</sup>

### ثانيا: القيمة الإثباتية للتسجيل في سجلات الحالة.

إن التساؤل عن القيمة الإثباتية لسجلات الحالة المدنية، وما إذا كانت صالحة لإثبات بعض الوقائع المرتبطة بها، خاصة في ميدان إثبات النسب، وحجية هذه السجلات في إثبات جنس المولود وتاريخ ميلاده، من خلال الوثائق التي يسلمها ضباط الحالة المدنية، ويقصد

<sup>1</sup>: الفقرة الأولى من المادة 334 من القانون المدني  
<sup>2</sup>: ينص الفصل الأول من القانون المذكور: "على الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب أن تسند له اسما ولقبها العائلي أو أن تطلب الإنن بذلك طبق أحكام مجلة الحالة المدنية."  
<sup>3</sup>: محمد الشافعي ، م س، ص 83.

بهذه الوثائق تلك السجلات الممسوكة من قبل ضابط الحالة المدنية والتي غالبا ما تعطى عنها نسخ أو نظائر على شكل شهادات، تلك السجلات التي تحفظ نظائر عنها لدى النيابة العامة بعد مراقبتها، ويقصد بها أيضا شهادة الميلاد أو عقد الازدياد أو الدفتر العائلي الذي يسلمه ضابط الحالة المدنية، ومعلوم أن شهادة الميلاد هاته تتجزأ بناء على تقييد يتم في إطار تصريح مباشر أمام ضابط الحالة المدنية إذا حصل هذا التصريح داخل الأجل القانوني، أو بناء على أمر قضائي يسمح بالتقييد، نابع من اعتبار شهادة الميلاد وثيقة رسمية لها حجية قاطعة طبقا للفصل 418 من ق.ل.ع، لذا سنقسم الحديث عن القيمة في ميدان النسب، ثم نعرض لحجيتها في إثبات بعض الجوانب المرتبطة بالحالة المدنية.

#### أ. حجية سجلات الحالة المدنية في إثبات النسب.

كان الفصل الثامن من ظهير 8 مارس 1950 ينص على أنه: "لا يمكن بحال من الأحوال أن تمس مقتضيات ظهيرنا الشريف هذا بما جرى به العمل من القواعد لدى المحاكم الراجع لها النظر في الأحوال الشخصية والميراث"<sup>1</sup>، وهو الموقف الذي بقي متمسكا به إلى يومنا هذا حيث نص في المادة الثانية من قانون 37.99 على أنه: "تكتسي رسوم الحالة المدنية نفس القوة الإثباتية التي للوثائق الرسمية، مع اعتبار الشروط الشرعية في إثبات النسب والأحوال الشخصية" بالرغم من أن الشهادة تعتبر وثيقة رسمية لصدورها عن موظف عمومي مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها، وتتضمن بيانات هامة كاسم المولود واسم الأب واسم الأم والولادة وتاريخها ومكانها، إلا أن المشرع في الفصل السابق اعتبرها ذكرت لمجرد تمييز المولود من غيره من المواليد، هذه البيانات التي يقع تدوينها بناء على تصريح من عدة أشخاص قد يكون من بينهم الأب أو الأم أو الابن نفسه أو النيابة العامة عند الاقتضاء.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>: عبد الحكيم أهوشي، م س، ص 170.

<sup>2</sup>: عبد القادر لطفي، م س، ص 54.

خلافًا للمشرع المغربي نجد المشرع الفرنسي في فصله 319 يعتبر رسم الحالة

المدينة المسجل في سجلات الحالة المدنية وسيلة لإثبات نسب الأولاد غير الشرعيين.<sup>1</sup>

وإذا كانت هذه البيانات لا تملك الحجية الكافية في إثبات النسب حسب ما ذهب إليه الفصل السابق يبقى السؤال ألا يمكن اعتبار التصريح الذي يتقدم به هؤلاء الأشخاص بمثابة إقرار بالنسب من جهة الأب إذا كان هو المصرح بالولادة لدى ضابط الحالة المدنية، أو إقرار على تحميل النسب على الغير إذا صرح أحد الأشخاص الآخرين المذكورين بالأب لدى ضابط الحالة المدنية؟ بتعبير آخر لماذا أخذ المشرع المغربي بإقرار الأب الذي يتم بواسطة إشهاد رسمي أو بخط اليد (المادة 162 من مدونة الأسرة) ولا يأخذ بإقراره الذي يتم أمام ضابط الحالة المدنية؟

لقد تضارب الفقه والقضاء في هذا المقتضى فمنهم من ذهب إلى القول بأن التصريح الذي يصدر عن الأب، لا يمكن اعتباره إقرارا بمعناه الفقهي الصحيح لأن التصريح قد يكون صادقاً وقد يكون كاذباً على اعتبار أن ضابط الحالة المدنية عندما يتلقى هذا التصريح، فهو لا يراعي قواعد النسب المنصوص عليها في مدونة الأسرة، ولا يتحرى عن توفر شروط الإقرار، الشيء الذي ينقص من قيمة الإقرار المصرح به أمامه في إطار التصريح المذكور في حالة وقوع منازعة قضائية، ولا يعتد بالإقرار المذكور إذا ما تعارض واصطدم مع قواعد إثبات النسب أو نفيه المنصوص عليها في المواد 150 إلى 162 من مدونة الأسرة،<sup>2</sup> بالإضافة إلى ذلك يرى أصحاب هذا الرأي بأنه وإن كانت سجلات الحالة المدنية وثائق إدارية رسمية، لا يمكن اعتبارها وسيلة قاطعة على إثبات النسب أو نفيه ، بدعوى أنه يمكن دائماً لذوي المصلحة إثبات عكس ما ضمن في تلك السجلات عن طريق الوسائل المقررة شرعاً، وهو ما تؤكد الإمكانية المخولة قانوناً لتصحيح رسوم الحالة المدنية خاصة عندما نظم إجراءات تصحيح هذه الرسوم ضمن الفصول 217 إلى 220 من قانون المسطرة

<sup>1</sup>: محمد المكناسي ، م س ، ص 154.

<sup>2</sup>: عبد القادر لطفي ، م س، ص 55، - محمد الكبور ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ، م س، ص 490 ، - عبد المجيد غميحة ، م س ، ص 480.

المدينة، والباب التاسع من قانون الحالة المدنية المتعلق بتنقيح بيانات رسوم الحالة المدنية،<sup>1</sup> وهو ما ينم على أن المشرع افترض عدم سلامة التقييدات التي تقع بسجلات الحالة المدنية،<sup>2</sup> وهو ما أكد عليه قرار للمجلس الأعلى، حيث جاء فيه: "والمحكمة لما عللت اقتناعها بثبوت نسب الولد إلى المطلوب في النقص بسند من القول بأنه مسجل بدفتر الحالة لوالده بنفس الاسم العائلي وانطلاقا من الحجج المدلى بها دون أن تبين في قرارها تلك الحجج وما استخلصته منها يكون قرارها مشوبا بالقصور معرضا للنقض".<sup>3</sup>

وهو التوجه الذي سار عليه في قرار آخر صادر عنه بتاريخ 2005/02/16 جاء فيه أنه: "أن سجلات الحالة المدنية تعتبر غير محتكرة... وتسجيلها بحالته المدنية لا يثبت نسبها إليه...".<sup>4</sup>

وفي مقابل هذا الموقف الرافض لأن تكون لوثائق الحالة المدنية أية قيمة إثباتية في مجال النسب، دعا البعض إلى ضرورة اعتبار سجلات الحالة المدنية سندا قانونيا لثبوت الوقائع التي تتضمنها واقعة النسب المستفادة من تسجيل اسم الأب فيها، لذلك ينبغي أن تعتبر سجلات الحالة المدنية والرسوم المستخرجة منها المصدر القانوني والأساسي في ثبوت واقعة النسب، خاصة وإن المنطق يدعو إلى أن تأخذ هذه الوثائق أمام القضاء نفس القيمة التي تحظى بها أمام الإدارات و المؤسسات العمومية مادام إثبات الأبوة والبنوة أمام هذه المؤسسات يتم في الغالب برسم من رسوم الحالة المدنية.<sup>5</sup>

وفي مقابل هاذين الاتجاهين ذهب المجلس الأعلى في قرار صادر بتاريخ 2008 بأن التسجيل في الحالة المدنية يعد حجة على النسب ما لم يثبت ما يخالف تلك الحجة، ومما

<sup>1</sup>: تنقيح بيانات رسوم الحالة المدنية، الفصول من 35 إلى 43 من قانون 37.99 المتعلق بالحالة المدنية.

<sup>2</sup>: عبد الحكيم أهوشي، م س، ص 171.

<sup>3</sup>: قرار المجلس الأعلى عدد 328 ملف شرعي عدد 2001.2.2.486 صادر بتاريخ 2002.05.02، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى - الإصدار الرقعي، دجنبر 2004 - عدد 62، ص 66.

<sup>4</sup>: قرار عدد 80، ملف عدد 04/1/2/32، المؤرخ في 2005/02/16، أورده إبراهيم، العمل القضائي في قضايا الأسرة، م س، ص 355.

<sup>5</sup>: أحمد الخليلشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، م س، ص 100.  
- محمد ناصر منيوي مشكوري، إثبات وقائع الحالة المدنية في إطار القانون الدولي الخاص المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، فاس، السنة الجامعية 1993-1994، ص 178.  
- محمد الكشور، البنوة والنسب في مدونة الأسرة، م س، ص 55.

جاء فيه: "إن المحكمة لما اعتمدت في قضائها على تسجيل المطلوبة في الحالة المدنية للهالك باعتبار أن ذلك التسجيل يعتبر إقرارا من الهالك بأبوته لها، مع أن التسجيل في الحالة المدنية يكون حجة على ثبوت النسب ما لم يثبت ما يخالفه بالبينة المقبولة، وبالتالي فإن المحكمة لما لم تناقش الوثائق التي تثبت ما يخالف ذلك، والتي لم تكن محل طعن من طرف المطلوبة، وقضت على النحو المذكور فإن قرارها جاء ناقص التعليل".<sup>1</sup>

كما أن المنطق يفرض أيضا أن تعطى للأحكام التصريحية القاضية بتسجيل الطفل في سجلات الحالة المدنية نفس القيمة الإثباتية لوسائل إثبات النسب، خاصة أنه ليس هناك ما يمنع من الأخذ بهذه الأحكام في مجال إثبات النسب إذا كانت تتضمن إقرارا ببنوة الولد القاضي بتسجيله في سجلات الحالة المدنية.<sup>2</sup>

وعلى غرار الطفل غير الشرعي، لا يعتبر رسم الحالة المدنية حجة على إثبات نسب المتكفل به لكافله ولو كان الطفل مجهول الأبوين، لأن الهدف من الكفالة هو القيام بشؤون المتكفل به، دون أن ينتج عن ذلك لحوق للنسب أو أن يكون سببا في الإرث، وهو ما جعل المشرع ينص على ضرورة الإشارة إلى سند الكفالة في بطاقة رسم ولادة المكفول،<sup>3</sup> وهو ما جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2006/05/17، ومما جاء فيه أنه: "التسجيل في الحالة المدنية لا يثبت النسب لا سيما وأن الهالك المطلوب الانتساب إليه قد أشهد أن الطاعن قد حازه من أمه بقصد كفالته...".<sup>4</sup>

#### ب. حجية سجلات الحالة المدنية في إثبات جنس المولود وتاريخ ميلاده.

يقصد بالجنس كون المولود ذكرا أو أنثى من حيث بنيته الطبيعية، وجنس الطفل ظل لأمد طويل عنصرا أساسيا في الحالة المدنية للشخص، وكون الطفل ذكرا أو أنثى وإن

<sup>1</sup>: قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2008/4/30 تحت عدد 228 في الملف الشرعي عدد 07/113، أشار إليه محمد بقيقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية سلسلة القانون والعمل القضائي المغربي، الطبعة الثانية 2011، ص 202.

<sup>2</sup>: عبد الحكيم أهوشي، م س، ص 173.

<sup>3</sup>: محمد المكناسي، م س، ص 165.

<sup>4</sup>: قرار عدد 342 ملف عدد 06/1/2/65، المؤرخ في 2006/05/31، نشره إبراهيم بحماني، العمل القضائي في قضايا الأسرة، م س، ص

تساوى اليوم قانونيا من الناحية المبدئية، إلا أن هناك اختلافا بينهما خاصة من حيث الآثار، كما أن الجنس يعد عنصرا جوهريا في تحديد هوية الفرد،<sup>1</sup> و من تم يمكن التساؤل عن مدى حجية رسم التسجيل في تحديد جنس الطفل؟ مع العلم أن ضابط الحالة المدنية يتلقى التصريح مع بعض الوثائق الإدارية والطبية بازدياده من دون معاينة المولود ، وعليه يمكن القول أن رسم الحالة المدنية يعتبر حجة على جنس المولود من حيث كونه ذكرا أو أنثى، غير أن إثبات عكس ذلك لا يحتاج إلى سلوك مسطرة الزور، بل يمكن التمسك بخطأ الضابط أو إغفال وقع منه أثناء التسجيل.

ومن الحالات التي تثير الإشكال في هذا المجال تلك المتعلقة بتغيير الجنس والولد الخنثى، وهنا يعتمد ضابط الحالة المدنية على الشهادة الطبية التي يسلمها له المصرح التي تبين جنس الولد، إلا أنه إذا حدث أن تغير جنس المولود بعد ذلك، فإن البيان المتعلق به يتغير بحكم تنقيحي صادر عن المحكمة المختصة.<sup>2</sup>

تعتبر دعاوى تغيير و إصلاح تاريخ الولادة الأكثر رواجاً أمام المحاكم، بالنظر إلى الآثار الاجتماعية والقانونية التي يمكن أن تترتب عنها بالنسبة للمعني بالأمر، ويختلف طلب تصحيح تاريخ الولادة عن طلب تغييره، لأن الأول يفترض وجود خطأ وقع أثناء التصريح بالازدياد، أما التغيير فيقصد به الزيادة أو النقصان في السن دون أن يكون هناك موجب لذلك، وإذا كانت الأولى تحضاً بالقبول أمام المحاكم فإن الثانية ترفض في حالات عدة منها:

1. إذا كان التصريح بالولادة قد وقع داخل الأجل القانوني، لافتراض وقوع مطابقة

تاريخ الولادة للحقيقة والواقع.

<sup>1</sup>: تنص المادة 18 من المرسوم رقم 665.99.2 الصادر في شعبان 1432 لتطبيق القانون رقم 99.37 المتعلق بالحالة المدنية على أنه: "يتضمن رسم الولادة رقم الرسم وتاريخ الولادة محددا باليوم والشهر والسنة بالهجري والميلادي والساعة والدقيقة التي وقعت فيها الولادة ومكان وقوعها وجنس المولود وجنسيته إذا كان أجنبيا والاسم الشخصي الذي أعطي له والاسم العائلي...."

<sup>2</sup>: محمد المكناسي، م س، ص 169.

2. إذا كان تاريخ الازدياد محددًا باليوم والشهر والسنة، لأن هذا التحديد الدقيق يعد قرينة قاطعة على مطابقة البيان للواقع.

3. إذا سبق إصلاح أو تغيير تاريخ الازدياد بناءً على أمر قضائي.

4. إذا كان طلب تغيير تاريخ الازدياد مبالغ فيه من حيث عدد السنوات المراد نقصها أو ازديادها.

وهو ما يدل على أن التسجيل في الحالة المدنية يعد حجة على ثبوت الولادة لكونها وثائق رسمية، وإن هذا التاريخ لا يقبل التغيير وإنما الإصلاح فقط، إذا ما توافرت موجباته ضماناً لحجية السجلات المذكورة،<sup>1</sup> وقطعا للطريق على المتلاعبين بها لأغراض غير مشروعة التي من شأنها التأثير على مستقبل الطفل خاصة غير الشرعي نظراً لخصوصية وضعه الاجتماعي والقانوني.



<sup>1</sup>: محمد المكناسي، م س، ص 172.

## الفصل الثاني : محدودية الحماية المخولة للولد غير الشرعي.

لقد نص المشرع على عدة مقتضيات تصب في حماية الولد الناتج عن علاقة غير شرعية كما تمت الإشارة إليها في الفصل الأول، بشكل حاول من خلالها تفادي وضعيته في القوانين السابقة، وذلك بعد مصادقة المغرب على عدة اتفاقيات دولية متعلقة بالطفولة خاصة اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، التي تشكل المرجعية الدولية في حقوق الطفل، والتي أكدت على ضرورة احترام حقوقه بدون تمييز بين الطفل الشرعي وغير الشرعي.

لكن بالرجوع إلى واقع الطفولة في المغرب يتضح جليا مدى تفشي الظواهر الاجتماعية المرتبطة بها، وهو ما يدل على ارتباطها بمحدودية الحماية المخولة له في القانون المغربي سواء من خلال مدونة الأسرة أو من خلال القوانين الأخرى، فمن حيث مدونة الأسرة يتبين مدى تهميش المشرع وبعده القضاء لدور الخبرة الطبية في اعتمادها في النسب، كما يتضح أيضا ضعف آلية النسب في حماية هؤلاء الأطفال، وكذا عدم تقرير المسؤولية كأداة لتعويض الولد غير الشرعي عن الضرر الذي لحقه (المبحث الأول).

وإذا كان المشرع قد راعى وضعية الولد غير الشرعي المحروم من أسرته الطبيعية فسمح له في الاندماج في أسرة بديلة تعوضه من الحرمان المعنوي والمادي، إلا أن هذه الحماية تبقى محدودة في الآثار التي أقرها لها المشرع، وبالتالي تبقى غير كاملة ولا تستوفي الولد غير الشرعي جميع حقوقه (المبحث الثاني).

وبالرغم من أن المشرع الجنائي لم يميز بين الولد غير الشرعي والولد الشرعي عند تنصيبه على الحماية الجنائية للطفل، فإنه مع ذلك نجده يستهين بحياته في بعض الحالات التي بين الواقع فيها على أن هذه الجرائم تقع عليه بصفة خاصة (المبحث الثالث).

## المبحث الأول: تهميش مركز الخبرة الطبية والمسؤولية في مجال البنوة.

في ظل مدونة الأحوال الشخصية السابقة لم يتم وضع نص خاص بالخبرة الطبية في مجال النسب فلا التشريع ولا القضاء كان يعترف لها بأية مكانة بين وسائل إثبات النسب ونفيه، إلا أنه لم يكن هناك أيضا نص يمنع من اللجوء إليها في هذا المجال، فتعامل القضاء بنوع من الصرامة مع هذه الوسيلة ولم يأخذ بها على مر تطبيق مدونة الأحوال الشخصية، إلا أن ما حققه التطور العلمي في الميدان البيولوجي، والنتائج المذهلة التي حققتها الخبرة الجينية المعتمدة على تحاليل البصمات الوراثية في ميدان النسب، دفع بالمشرع إلى التنصيص على اعتماد هذه الوسيلة في مدونة الأسرة سواء في مجال إثبات النسب أو نفيه، من أجل مواكبة التطور العلمي والتقدم البيولوجي في هذا الميدان، إلا أن اللجوء إلى هذه الوسيلة ظل محتشما و لايزال القضاء متخوف من تطبيقها بشكل دفعه إلى تهميش مركزها القانوني على حساب الوسائل الشرعية الأخرى (مطلب أول)، كما أنه لم يأخذ بهذه الوسيلة في تطبيق قواعد المسؤولية المدنية التقصيرية على الخصوص، في حالة أثبتت هذه الخبرة علاقة الولد بأبيه البيولوجي، مما جعل هذا الأخير في ضيق من أمره، وحمل الأم كامل المسؤولية دون الأب مع أنهما اشتركا في الفعل الذي نتج عنه (مطلب ثاني).

### المطلب الأول: تهميش مركز الخبرة الطبية في مجال البنوة.

يمكن تعريف الخبرة الطبية بأنها الإجراء الذي يستهدف الاستعانة بذوي الاختصاص والاسترشاد بأرائهم لجلاء مسألة غامضة يحتاج فيها إلى دراية علمية فنية تخرج عن إطار التكوين العام للقاضي.

وقد نظم المشرع المغربي إجراءات الخبرة ضمن إجراءات التحقيق، وتحديد الفصول من 59 إلى 66 من قانون المسطرة المدنية، أما في مدونة الأسرة فقد أضافها المشرع إلى الخبرة الطبية كوسيلة من وسائل إثبات ونفي النسب وذلك في المادتين 153 و 158 منها، ويعتبر فحص فصائل الدم الوسيلة التقليدية في الخبرة الطبية، ولكن ومع عجز هذه الوسيلة

في خدمة القضاء لكونها تنفي النسب ولا تثبته، ظهر مع التقدم العلمي والتقني استخدام البصمة الوراثية، كأحد أهم الأدلة في علم الطب الشرعي لما لها من مميزات.

ولكن ومع تطبيق هذه التقنية في إثبات ونفي النسب أدى إلى تعارضها في بعض الأحيان مع الوسائل التقليدية لإثبات ونفي النسب (الفقرة الثانية)، كما بينت الممارسة العملية على مشاكل إجرائية مرتبطة بإجراء الخبرة الطبية في مجال النسب (الفقرة الأولى)

#### **الفقرة الأولى: إشكالات اعتماد الخبرة في مجال النسب والبنوة.**

بقراءة النصوص المتعلقة بالخبرة كوسيلة لإثبات النسب، لا نجدها تبين إجراءات اعتماد هذه الوسيلة أمام القضاء، باستثناء ما جاءت به المادة 153 من مدونة الأسرة التي نصت على بعض الشروط الواجب توافرها لكي تسمح المحكمة بإجراء الخبرة، وهو ما خلق صعوبات في تطبيق مقتضيات النصوص القانونية المتعلقة بالخبرة.

وهكذا نصت مدونة الأسرة على هذه الوسيلة إلى جانب الوسائل الأخرى دون تحديد لأحكامها الإجرائية، فقد نصت المادة 16 من مدونة الأسرة والخاصة بثبوت الزوجية على أنه: "تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر الوسائل الإثبات وكذا الخبرة".

وجاء في المادة 153 ما يلي: "يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع وبشرطين:

▪ إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه.

▪ صدور أمر قضائي بهذه الخبرة".

ونصت المادة 158 على أنه: "يثبت النسب... وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة الطبية"، هذه النصوص اكتفت بالتأكيد على الخبرة كوسيلة لإثبات النسب ونفيه ولم تحدد نوعها ولا إجراءاتها باستثناء ما تضمنته المادة 153 من قطعية الخبرة والدلائل القوية وصدور أمر قضائي بهذه الخبرة.

وبالرغم من ذلك فإن العمل القضائي غالبا ما يلجأ إلى البصمة الوراثية دون تحاليل الدم، انطلاقا من مجموع الأحكام القضائية والقرارات الصادرة عن المجلس الأعلى.<sup>1</sup>

كما أن المشرع لم يبين إجراءات هذه الخبرة هل تخضع لشروط الخبرة بصفة عامة كما هي منظمة في قانون المسطرة المدنية؟ أم أنها خبرة من نوع خاص تخضع لقواعد خاصة؟، لكن وبالرجوع إلى العمل القضائي نجده يتعامل مع الخبرة في مجال النسب والبنوة طبقا للقواعد العامة المنظمة للخبرة، وهو ما أكدته حكم ابتدائية تطوان حيث جاء فيه انه: "فإن إجراء الخبرة يكون وسيلة للتحقيق في الدعوى ولا يقدم كطلب أصلي أمام محكمة الموضوع".<sup>2</sup> وفي نفس الاتجاه جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء انه: "كما أدلى محامي المستأنفة بطلب لإجراء خبرة جينية طبقا للفصل 89 من قانون المسطرة المدنية للتحقق من انتساب الابن بوشعيب إليهما...".<sup>3</sup>

وإذا كان العمل القضائي قد بين طبيعة الخبرة المقصودة في مدونة الأسرة فإنه في مقابل ذلك لم يبين المشرع مسطرة طلب الخبرة، هل تطلب وفق طلب أصلي أم إضافي وهل يمكن طلبها بشكل احتياطي، وهل يكمن الدفع بها أثناء سريان دعوى النسب؟

لعل غياب نص قانوني ينظم الخبرة الطبية هو ما يثير هذه الإشكالات القانونية، وبالرجوع إلى العمل القضائي نجد أن أغلب النزاعات يلتجئ أطرافها أساسا إلى طلب إثبات النسب أو نفيه واحتياطيا إجراء خبرة طبية، وطلب الخبرة بشكل احتياطي يعني أن المحكمة ليست ملزمة بالبحث في الطلب إذا ما ظهر لها حل النزاع دون اللجوء إلى هذه الخبرة، وهو ما يعني أن الخبرة الطبية يجب أن تقدم إلى المحكمة وفق مقال مؤدى عنه ولا يكفي في

<sup>1</sup>: عبد النور البكري، م س، ص 188.

<sup>2</sup>: حكم لابتدائية عدد 1282، صادر بتاريخ 2007/10/8 ملف عدد 13/7/3935، أشار إليه عبد النور البكري، تطور موضوع النسب في الاجتهاد القضائي المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر، طنجة 2009/2008، ص 189.

<sup>3</sup>: قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 1823 صادر بتاريخ 2006/9/27، أشار إليه عبد النور البكري، م س، أحال بدوره على محمد الكشور، م س، ص 291.

ذلك مجرد إثارة الدفع، كما أنها يجب أن تقدم إلى جانب طلب أصلي يرمي إلى إثبات النسب أو نفيه ولا تقدم كطلب أصلي.<sup>1</sup>

كما أنه يمكن للمحكمة اللجوء إلى الخبرة الطبية تلقائياً في الحالة التي لا تتمكن فيها المحكمة من إثبات النسب في فترة الخطبة فتلجأ تلقائياً إلى الخبرة لإثبات النسب أو نفيه خلال هذه الفترة وتجد سندها القانوني في المادة 156 من مدونة الأسرة، التي سمحت للمحكمة باللجوء إلى هذه الوسيلة في حالة إنكار الخاطب للحمل.

كما يطرح السؤال أيضاً حول تقرير الخبرة الطبية التي تثبت أو تنفي بصفة قطعية للنسب؟ من ثم كيف تعاملت المحكمة مع نتائجها و ما هي قوتها في مواجهة السلطة التقديرية للقاضي والذي ليس من الواجب عليه الأخذ برأي الخبير حسب الفصل 66 من قانون المسطرة المدنية؟

لا شك أن اللجوء إلى الخبرة الطبية متوقف على شروط ألزمها المشرع على طالبيها خاصة تلك المتعلقة بإدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه، كما أنه لا يلجأ إلى هذه الوسيلة إلا في حالة وجود نزاع حول النسب ولا يوجد حل آخر غير الخبرة الطبية، من ثم فإن الأمر هنا بمثابة مراقبة قبلية لهذه الوسيلة وبالتالي فإنه يمكن للمحكمة أن تقبل أو ترفض طلب اللجوء إليها، وعليه فإنه من المفترض أن يأخذ بنتائج هذه الخبرة بما أنه قبل اللجوء إليها كوسيلة إثبات أو نفي،<sup>2</sup> وهو ما يظهر من خلال العمل القضائي الذي يحكم بنتائج الخبرة كلما توفرت شروط إجراءاتها حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2007/07/21 ما يلي: " لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما اعتمدت في قضائها على الدليل المتمثل في الحكم الجنحي، الذي أذان أخ الزوج المطلوب في النقص 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

<sup>1</sup>: عبد النور البكاري، م س، ص 191.

<sup>2</sup>: عبد النور البكاري، م س، ص 194.

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 فجاء قرارها بخصوص ما ذكر معللا بما فيه الكفاية".<sup>1</sup>

وعليه فإن الخبرة الجينية التي تأمر المحكمة باللجوء إليها يقتصر دورها في تحديد العلاقة بين الولد و والديه أي وجود علاقة بيولوجية من عدمها، ويبقى تكييف العلاقة التي تربط بينهما من اختصاص المحكمة، حيث أن المحكمة يمكنها أن تستغني عن نتائج هذه الوسيلة إذا ظهر لها اختلال في إجراء الخبرة، مع العلم أن الخلل قد يأتي من جانب الخطأ الإنساني، أو عدم جاهزية المختبر، ومن هنا ليس هناك ما يمنع من اللجوء إلى خبرة تكميلية أو مضادة.<sup>2</sup>

إلا أن إجراء هذه الخبرة قد يصطدم مع رفض الطرف المطلوب لإجرائها عن القيام بهذا الإجراء، وهي مسألة تتصل بحرمة الجسد، وهو ما يعتبر بمثابة تقديم الشخص دليلا ضده وهو مما لا يجوز، فقد أعتبر البعض أن رفض إجراء الخبرة الطبية أو الحضور لإجرائها عليه، وبدون عذر مقبول، قرينة على زيف دعواه ومزاعمه، وهو ما أكدته عدة أحكام صادرة عن المحاكم المغربية، منها ما جاء في حكم صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بأن: "عدم حضور المستأنف لدى الجهة المكلفة بانجاز الخبرة المأمور بها رغم استدعائه ودون إدلائه بأي عذر مقبول يعتبر إقرارا منه بنسب الإبن"،<sup>3</sup> لكن المجلس الأعلى سار في عكس ذلك حيث جاء في قرار صادر عنه بتاريخ 2010/8/31 أن: "عدم حضور المدعى

<sup>1</sup>: قرار المجلس العلى عدد 586، الصادر بتاريخ 2007/11/21، في الملف عدد 2007/1/2/315، أشار إليه عمر بنعش، تطور قواعد النسب في القانون المغربي، الرباط 2013، ص 114.

<sup>2</sup>: محمد الكشور، البنية والنسب في مدونة السرة، م س، ص 209

<sup>3</sup>: قرار محكمة الإستئناف بالدار البيضاء، عدد 1177 صادر بتاريخ 29 ماي 2006، في الملف عدد 2003/1698، أشار إليه أنس سعدون، النسب الناتج عن الخطبة دراسة على ضوء العمل القضائي، الطبعة الأولى 2012، ص 55.

جاء في حكم المحكمة الابتدائية بتطوان عدد 745 بتاريخ 05-05-2008 في ملف رقم 1046-06-13، أنه: "واقصر إنكاره على كون الولد ليس من صلبه، فإن المحكمة أحالت الطرفين على خبرة طبية لم تنجز بسبب امتناع المدعى عليه من إجرائها رغم إنذاره من طرف المحكمة مما يعد امتناعه المذكور إقرارا منه ضمنا بكون الولد من صلبه"، ذكره أنس سعدون، م س، ص 54.

عليه الخبرة الجينية المضادة للأمور بها إستئنافا لا يصح أخذه من المحكمة كإقرار منه بنسب الولد إليه...".<sup>1</sup>

فامتناع الزوج أو الزوجة عن إجراء الخبرة الطبية يفسره القضاء المغربي على أنه إقرار بالنسب في حالة واحدة هي عند إنكار الخاطب أن الحمل منه، وهو ما ينسجم مع القاعدة الفقهية التي تعتبر الشرع متشوف لحلق النسب.

### الفقرة الثانية : الترجيح بين الخبرة والوسائل التقليدية الأخرى.

لم تعرض مدونة الأسرة لكيفية الترجيح بين الوسائل التقليدية لإثبات البنوة وإثبات ونفي النسب بنص صريح وكذلك الفقه الإسلامي لم يشمل هذه الحالة بالشرح والدراسة، وعليه إذا ما تعارضت إحدى الوسائل التقليدية مع الخبرة الطبية المتمثلة أساسا في البصمة الوراثية فأيهما أحق بأن تأخذ بعين الاعتبار في المرتبة الأولى، أم أن الترتيب يتم اعتبارا للترتيب الذي جاءت بها مواد مدونة الأسرة؟

#### أولاً: الترجيح بين الخبرة الطبية ووسائل إثبات النسب.

##### أ. الترجيح بين الخبرة الطبية والفراش.

يعتبر الفراش قرينة قاطعة على ثبوت النسب تطبيقا للحديث الشريف: "الولد للفراش.."، وذلك إذا توفرت شروطه، فإذا أختل أحد شروطه جاز للزوج أن ينفي عنه الولد دون اللجوء إلى اللعان،<sup>2</sup> أما إذا توفرت شروط الفراش فإن العمل بالبصمة الوراثية قد يثير عدة إشكالات حول مواجهتها لقرينة الفراش.

وقد ذهب البعض إلى اعتبار الفراش وسيلة لا تفيد القطع، فالزوجة قد تعاشر غير زوجها، وقد ينتج عن هذه المعاشرة حمل وقد يغيب الزوج مدة طويلة لا يتصل فيها بالزوجة

<sup>1</sup>: قرار المجلس العلى عدد 388 مؤرخ في 2010/8/31 ملف شرعي عدد 2009/1/2/172، منشور في مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، قضايا الأسرة إشكالات راهنة ومقاربات متعددة، ج 1، ص 149.

<sup>2</sup>: FRANCOI-PAUL BLANC, La Présomption AL-WALAD LI-L-FIRAS, et les tests ADN, la position du droit marocain, (à propos de l'arrêt Bellakhdim contre Ijourj rendu par la cour d'appel d'EL JA DIDA Le 29 avril 2003), Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p 250.

جنسيا ومع ذلك تفاجئه هذه الأخيرة بحمل لا دخل له فيه، فإذا كانت الشريعة الإسلامية تسعى إلى حفظ الأنساب فهي تنهي أيضا عن اختلاط الأنساب كما أن الأنساب التي يجب التحوط لحفظها هي الأنساب الحقيقية، ويجب بالتالي أن يفتح المجال لإثبات العكس حتى لا يظلم أحد، فليس هناك ظلم أكبر من أن يفرض على زوج أن يتحمل نسب ولد ليس من صلبه.<sup>1</sup>

والفراش الشرعي تعبير عن حالة اجتماع الرجل والمرأة في إطار شرعي، وهذه الحالة التي هي الجماع تحتاج في إثباتها إلى دليل وهو متعذر شرعا وعقلا إلا من جهة الزوجين لبناء علاقتهما على الستر فاكتفي بمظنته وهو قيام حالة الزوجية الممكنة، فكان أول دليل لإثبات الفراش الشرعي هو قيام حالة الزوجية في الواقع المشاهد ويعبر الفقهاء عن هذا الدليل الذي هو قيام حالة الزوجية" بقولهم " دليل الفراش" حتى ظن البعض أن الفراش دليل لإثبات النسب بينما هو في الحقيقة تعبير عن قيام حالة الزوجية وإشارة مهيبة إلى الجماع،<sup>2</sup> والخبرة الطبية هي تدعيم لقاعدة "الولد للفراش"، إذ أنه في الماضي لم توجد وسيلة يقينية يعتمد عليها في حل مثل هذه المسائل والقضايا و أما اليوم بعد التقدم الهائل الذي أحرزته التقنيات الطبية الحديثة التي تم التوصل من خلالها إلى نتائج يقينية في نفي النسب وإثباته، حيث تقدم لنا الدليل الشافي في هذا الصدد، فالزوج الذي يعلم انه الأب الحقيقي لن يفيد التحايل في إثبات عدم التلاقي أو الغيبة عن الزوجة ظاهريا، أو في إثبات انه كان صغيرا أو أنه غير قادر على الإنجاب للوصول إلى التوصل من نسب الولد الذي جاءت به زوجته مادامت هناك وسيلة تثبت العكس.

أما عن الموقف المرجح للفراش على الخبرة، في حالة تعارضهما، فإنهم يستدلون بأنه متى كان الفراش قائما ويقبل اللعان فلا يجب أن يعارضه ما هو أضعف منه، ومعنى هذا أن كل نسب قائم على الفراش ويقبل اللعان فلا أثر للبصمة الوراثية عليه، ومتى كان الفراش قائما

<sup>1</sup>: محمد أغربي، م س، ص 113.

<sup>2</sup>: سعد الدين مسعد هلال، ملخص ورقة العمل عن البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية المقدمة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 3، 2000/05/04م، ص20.

لا يقبل اللعان، كالذي لا يولد له لفشله أو مقطوع الخصيتين، فينتفي الولد هنا بغير ملاعنة، وإذا انتفى الولد بغير ملاعنة فلا أثر للبصمة الوراثية نهائيا لأن الحكم أقيم على حكم آخر وهو اختلال شرط من شروط ثبوت النسب، وهو أن يولد لمتله، فلما انعدم هذا الشرط كان منفيًا بغير لعان.<sup>1</sup>

وبالتالي فإن البصمة الوراثية مسموح بها في غير حالات معينة هي وجود فراش صحيح، ولا يمكن إعتداد الخبرة في إثبات أو نفي نسب ولد على فراش، وكذلك في التنازع على نسب الولد بأن يدعيه رجلين استنادا إلى الفراش كأن يكون الأول قد طلق والآخر تزوج فأنتت به الزوجة في فترة يصعب تحديد لمن ينسب له الولد، أو في حالة التنازل عن الولد من كلا الطرفين فيلجا إلى الخبرة لتحديد الأب الحقيقي للولد، كأن يطلق الزوج زوجته بعد دخوله بها، فتتزوج في الحال برجل آخر، ثم تأتي بولد بعد سبعة أشهر من الزواج، فهو في هذه الحالة ولد للزوج الأول لأنه لم تنقضي سنة على الفراق، وهو ولد للزوج الثاني لولادته لأكثر من ستة أشهر من الزواج فيدعيه كلاهما، فحسب مدونة الأسرة فهو ولدهما معا، إلا أن حل هذه المسألة يستدعي الاعتماد على الخبرة لتقديم ادعاء على آخر.

وقد حسم المجلس الأعلى في هذا الاختلاف بحيث رفض اعتماد الخبرة في حالة وجود فراش صحيح من خلال قرار مشهور بت فيه بجميع غرفه حيث جاء فيه أنه: "لذلك فإنها قد ولدت داخل سنة من تاريخ الفراق، وأن نسبها ثابت لأبيها الطالب... اعتمادا على دراسة الدم وتحليله لنفي نسب البنت المذكورة عن المدعي عليه، إلا أن ذلك مخالف لمقتضيات الفصل 76 المذكور، كما أنه كان في وسع الزوج الطاعن نفي النسب عن طريق اللعان..."<sup>2</sup>، مما يعني أن إرادة المجلس الأعلى من خلال هذا القرار اتجهت إلى قطع الطريق في وجه أي اتجاه يرغب في اعتماد أي وسيلة أخرى من الوسائل الشرعية لإثبات النسب وخاصة منها الخبرة الطبية، إذ من شأن الانحراف عن وسائل الإثبات الشرعية واعتماد الخبرة في النسب

<sup>1</sup>: محمد أغربي، م س، ص 113.

<sup>2</sup>: قرار عدد 658 صادر بتاريخ 30 دجنبر 2004، في الملف الشرعي عدد 2003/1/2/556، منشور في مجلة الملحق القضائي، عدد 40 يناير 2007، ص 18-25.

نسف الحديث الشريف " الولد للفراش "،<sup>1</sup> ومن تم حرص المشرع على تغليب الحكم الشرعي الذي يقضي بان الولد للفراش، وخاصة في غياب الدلائل القوية المنصوص عليها ضمن مقتضيات المادة 153 من مدونة الأسرة، إذ أن تلك الدلائل شرط أساسي لقبول الطعن في قاعدة الولد للفراش، وإن كان ذلك لم يتضح على مستوى الحيثية التي اعتمدها ذلك المجلس لرفض طلب النقض.<sup>2</sup>

ولعل ما يدعوا للاستغراب هو أخذ المشرع لاحقا بالخبرة الطبية لنفي النسب، ومن تم فإنه من الواجب على المشرع تحديد موقفه بشكل يواكب التطور العلمي الحاصل، بما يتلاءم مع الواقع، فكيف يمكن للشخص أن يقوم على تربية ولد يعرف أنه ليس من صلبه ولا تربطه به أية علاقة بيولوجية، فلا شك أن هذه الرابطة ستتفتي، كما أن الموقف الذي اتخذه المجلس الأعلى سيؤدي إلى اختلاط الأنساب وهو ما قام بمباركته في القرار السابق، وهو ما يجعل المشرع ملزم في اتخاذ موقف صريح في اعتماد الخبرة الطبية في المرتبة الأولى متى تعارضت مع الفراش الذي يعتبر حجة قاصرة من الناحية الواقعية، لأنه في حاجة إلى وسيلة تثبت وجوده.

#### ب. الترجيح بين الإقرار والخبرة الطبية.

قد يحدث في الواقع أن ينقطع الأب عن ولده لسبب من الأسباب قبل أن يسجل ولده ويعترف به، فيصبح الولد مجهول النسب، لذلك اعتمد الفقهاء الإستلحاق أو الإقرار، كوسيلة شرعية لإثبات النسب الشرعي، كما أخذ به المشرع ونظمه بالمواد، 160، 161، 162، من مدونة الأسرة، إلا أنها لم تعرض للحالة التي يتعارض فيها الإقرار مع الخبرة الطبية، مع العلم أن الإقرار وسيلة ظنية لا تفيد القطع واليقين في الإثبات، وهو أمر معلوم لدى الفقهاء، وكانوا يدركون جيدا أن الإقرار بالنسب لا يفيد الصدق دائما من المقر، أي أن هناك احتمال في مطابقته للواقع، بحيث اشترطوا أن يكون محتمل الثبوت، وبكفي أن لا يكذب المقر

<sup>1</sup>: أحمد زوكاغي، إثبات النسب قراءة في حكم الغرف المجتمعة بالمجلس الأعلى رقم 658 بتاريخ 30 دجنبر 2004 ملف جنائي، عدد 2003/1/2/556، مجلة الملحق القضائي، عدد 40، 2007، ص 9.

<sup>2</sup>: محمد الكشور، البنية والنسب في مدونة الأسرة، م س، ص 212.

بالنسب في إقراره هذا عقلا أو عادة، كأن يكون مثلا المقر والمقر به في نفس السن، ومما تكذبه العادة أن يقر رجل بنسب ولد من بلد أو مكان لم يسبق له أن أقام فيه، وعليه فإنه في حالة تراجع الأب المقر بالولد مع أنه لا يجوز، فهل يمكن الأخذ بالخبرة في هذه الحالة؟ كما في حالة تنازع المقر بالنسب مع شخص آخر استنادا إلى الخبرة الطبية.<sup>1</sup>

لأشك أن إلحاق النسب عن طريق الإقرار يعد وسيلة شرعية أقرها الشرع الإسلامي وبالتالي فإنه لا يمكن اللجوء إلى الخبرة الطبية لنفي النسب عن المقر، بل يبقى دور البصمة الوراثية في الكشف عن صدق المقر من عدمه، حيث أن كشف التحليل الجيني، يبين في حالة مطابقة الصفات الوراثية للأب، مع الصفات الوراثية للابن، فهي بالتالي دليل على صدق المقر أو كذبه، وهو ما قد يشكل كون المقر يكذب عقلا وبالتالي عدم الأخذ بإقراره، أما الترجيح بين الإقرار كوسيلة للإثبات و الخبرة الجينية فلم يرد فيه نص صريح ولم يتطرق له الفقه الإسلامي ولا القانوني، غير أن العمل القضائي غالبا ما يستبعد الخبرة الطبية في حالة إثبات النسب في وجود الوسائل الشرعية الأخرى كالفراش والإقرار والشبهة ، وهو ما يستفاد من قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 26 أكتوبر 2005، حيث مما جاء فيه أنه: "من أقر بالنسب لا يمكنه أن ينفية بعد بدعوى اكتشاف أنه عقيم لا يلد..<sup>2</sup> وقد ذهبت محكمة الاستئناف بطنجة في نفس الاتجاه حيث جاء في حكم صادر عنها بتاريخ 2006/03/30 أنه: "لما كان رسم ثبوت الزوجية المدلى به في الملف والذي يتوفر على كافة شروط صحته، يتضمن إقرار المستأنف عليه ببنته للبننتين...، أو التمسك بكونه عقيم لا يلد حسب الشواهد الطبية التي أدلى بها، إذ أن إقراره بالبنته يبقى مرجحا على ما سواه من وسائل الإثبات".<sup>3</sup>

<sup>1</sup>: كريمة مغات، إثبات ونفي النسب بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي ومدونة الأسرة، دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، سطات، 1430هـ - 2009م، ص 112 و 113.

<sup>2</sup>: قرار المجلس الأعلى، عدد 492 بتاريخ 26 أكتوبر 2005، ملف شرعي عدد 2005/1/2/293، منشور في مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات و أبحاث 2، قضايا الأسرة إشكالات راهنة ومقاربات متعددة، ج 1، ص 173.

<sup>3</sup>: قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 257 مؤرخ 2006/03/30 ملف عدد 7/05/492، منشور في مجلة القضاء المدني، م س ، ص 200.

إلا انه قد تتواجد المحكمة أمام وضعيات خاصة تدفعها إلى اعتماد الخبرة الطبية، كما لو أقر شخصان في نفس الوقت بنسب ولد مجهول النسب وليس هناك بينة ترجح كفة شخص على آخر، أو أن يتنازع شخصان في الإقرار كأن يدعيه أحدهما وينفيه آخر، فلا تجد المحكمة حلاً إلا اللجوء إلى الخبرة الطبية، وبالتالي فإنه لا يكفي أن تكون البصمة الوراثية، موازية فقط للإقرار فتصدقه أو تنفيه، بل لابد من الأخذ بها قبل كل الوسائل الأخرى، لما لها من قوة ثبوتية و يقينية في إثبات النسب أو نفيه بعكس الإقرار الذي يغلب عليه الظن والاحتمال، من أجل الحيلولة دون اختلاط الأنساب.

### ج. الترجيح بين الشبهة والخبرة الطبية.

الشبهة كما سبق هي ما يشبه الثابت وليس بثابت في نفس الوقت أو هي وجود المبيح صورة مع عدم حكمه أو حقيقته، ويتحقق الاتصال بشبهة في صورة غير مشروعة للاتصال الجنسي تلتبس بصورته المشروعة، فهو لا يكون زناً ولا يلحق بها من جهة ولا يكون بناء على نكاح صحيح أو نكاح فاسد من جهة أخرى<sup>1</sup> ومن بين صورها ما نصت عليه المادة 156 والمادة 155 من مدونة الأسرة في الحالة التي تتم الخطوبة ويحصل الإيجاب والقبول وتحول ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج، ويظهر حمل بالمخطوبة فإنه ينسب للخاطب للشبهة، بشروط خاصة نصت عليها مدونة الأسرة، وهي مسألة لا خلاف فيها في الفقه الإسلامي.<sup>2</sup>

وإذا كانت الشبهة من الوسائل الشرعية الاجتهادية في لحوق النسب فإنها قد تتعارض مع الخبرة الطبية في عدة مواقع، مما يطرح على القضاء مسألة الترجيح بينهما.

بقراءة الفقرة الأخيرة من المادة 156 من مدونة الأسرة يتضح انه في حالة المنازعة في الشبهة من قبل الخطيب أجاز للمخطوبة اللجوء إلى الوسائل الشرعية الأخرى لإثبات النسب، وعليه فإنه يمكن دحض الشبهة إذا ثبت أن الولد ليس من الخاطب، كما أنه يثبت

<sup>1</sup>: أنس سعدون، النسب الناتج عن الخطبة، دراسة على ضوء العمل القضائي، الطبعة الأولى 2012، ص 57.  
<sup>2</sup>: محمد المهدي، أسباب لحوق النسب في ضوء مدونة الأسرة محاولة في التأصيل، مجلة الملف العدد 12/ مارس 2008، ص 72 - 73.

الشبهة إذا أكدت الخبرة العلاقة بين الولد الناتج عن الخطبة والخاطب، مما يعني أن المشرع قد قام بترجيح الوسائل الأخرى ومنها الخبرة على الشبهة في حالة تعارضهما، وهو ما يتضح من خلال العمل القضائي حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى أنه: "دون أن تبحث في تحقق الشروط المنصوص عليها في المادة ودون أن تأمر بإجراء خبرة جينية التي طالب بها الطاعن طبقا لمقتضيات المادة 158 من نفس القانون تكون قد أقامت قضاءها على غير أساس، مما يعرض قرارها للنقض".<sup>1</sup>

#### د. الترجيح بين الخبرة والبيئة الشرعية.

يقصد بالبيئة هنا الإشارة إلى الشهادة، وهي شهادة أو أكثر و بيئة السماع، وهي مقررة شرعا بقوله تعالى: "وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ"،<sup>2</sup> وهي إحدى وسائل إثبات النسب، بعد الفراش والإقرار والفرق بينها وبين الفراش أن هذا الأخير السبب المنشئ للنسب أما البيئة فهي أمر كاشف بالشهادة مثلها مثل الإقرار.

بالرغم من أن المشرع قد اعتبر الشهادة حجة كافية وحدها لإثبات النسب إلا أنه لم ينظمها تنظيما محكما، كما فعل مثلا مع الفراش والإقرار، وبالتالي فإنه يتم الرجوع في أحكامها إلى الفقه الإسلامي حسب المادة 400 من مدونة الأسرة.<sup>3</sup>

والقاعدة العامة أن شهادة الشهود التي يثبت بها النسب في الفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي خصوصا، هي شهادة رجلين، أو شهادة رجل و امرأتين،<sup>4</sup> على أنه متى تعلق الأمر بإثبات الولادة، وهي قد تؤدي أحيانا إلى إثبات البنوة والنسب بالنسبة للمرأة، فيمكن مبدئيا أن يقع الإثبات عن طريق شهادة امرأتين فقط، عند المالكية وأربع نساء لدى الشافعية، وامرأة

<sup>1</sup>: قرار المجلس العلى عدد 565 بتاريخ 2008/12/3، ملف شرعي عدد: 2006/1/2/263، منشور في مجلة رحاب المحاكم ، العدد 4، ص 139.

<sup>2</sup>: سورة الطلاق، الآية 2.

<sup>3</sup>: كريمة مغت، م س، ص 115.

<sup>4</sup>: محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الثاني، انحلال ميثاق الزوجية و آثاره، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2006، ص 355.

واحدة عند الحنفية،<sup>1</sup> على أساس أن الولادة مما لا يطلع عليه إلا النساء أحياناً، دون الرجال.<sup>2</sup>

والبينة حجة متعدية لا يقتصر أثرها على المدعى عليه، بل يثبت في حقه وحق غيره، أما الإقرار فهو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره، وثبوت النسب بالبينة أقوى من الإقرار، لأن البينة أقوى الأدلة، ولأن النسب وإن ظهر بالإقرار فهو غير مؤكد، فاحتمل البطلان بالبينة،<sup>3</sup> وبما أن البينة ليست وسيلة مباشرة في إثبات النسب فهل يمكن رد الشهادة عن طريق الاعتماد على الخبرة الطبية؟.

كما هو الشأن بالنسبة لوسائل إثبات النسب الشرعية الأخرى تقدم الشهادة على الخبرة الطبية لأنها ثابتة بالقرآن والسنة والإجماع، وتقديم البصمة الوراثية على البينة الشرعية فيه تعطيل للنصوص الشرعية، بالرغم من أن الشهادة تنصرف إلى إثبات السبب الحقيقي للنسب وهو الفراش وهي أيضاً لا تسلم من عيوب تجعلها وسيلة ظنية في إثبات النسب نظراً لما قد يتخلل الشهادة من تغيير للحقيقة،<sup>4</sup> من جانب آخر لا تعدو البصمة الوراثية أن تكون إلا بمثابة قیافة في مفهوم الفقه الإسلامي، والبينة أقوى من القیافة عند الجمهور.

لكن قياس القیافة كما هو متعارف عليها في الفقه الإسلامي بالخبرة الطبية أمر لا يستقيم ذلك أن الخبرة تثبت بما لا يدعو مجال للشك و بشكل دقيق وبصفة قطعية علاقة الأب بولده وما إذا كان ولده أم لا، بعكس القیافة التي تعتمد على الفراسة والملاحظة وقياس الشبه بين الأب وولده مما يجعلها وسيلة ظنية تحتل الخطأ، وهو الأمر نفسه بالنسبة للبينة، فهي وسيلة قاصرة يشوبها الخطأ والنسيان مما يجعل منها وسيلة ظنية في إثبات النسب نظراً

<sup>1</sup>: وهبة الزحيلي، م س، ص 679.

<sup>2</sup>: عبد المجيد غميحة، م س، ص 478.

- جاء في شرح التلحة للتسولي، ص 180 : (وفي اثنتين حيث لا يطلع \*\*\* إلا النساء كالمحيض مقنع: أي قناعة كائنة بامراتين في المحل الذي لا يطلع على المشهود به أحد غالباً إلا النساء، وذلك كالحيض والرضاع والاستهلال والولادة والحمل وإرخاء السرير وعيوب الفرج...)".

<sup>3</sup>: وهبة الزحيلي، م س، ص 695.

<sup>4</sup>: محمد أغربي، م س، ص 117.

لما قد يتخللها من تغيير للحقيقة، حيث يملك الشهود الرجوع في شهادتهم، مع احتمال تطابقها مع الواقع.

أما البصمة الوراثية، والتي تسمى بالشاهد الصامت لأنها تمثل شهادة أجسام المدعى عليهم، أو المدعين على أنفسهم، وهو دمه أو سوائله أو أنسجة جسده، فهي تعتمد على قواعد علمية ثابتة، لذلك فنتائج البصمة الوراثية تعتبر قرينة لا تقبل الرد ولا يجري عليها التبديل بمرور الزمن مقارنة مع الشهادة، وعليه فإنه يجب الأخذ بالبصمة الوراثية في حالة تعارضها مع بيئة الشهادة.<sup>1</sup>

وإن كانت مدونة الأسرة لم تشر صراحة إلى الترجيح بين وسائل النسب فإنه يمكن استقراء موقفها من خلال المادة 158 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: "يثبت النسب بالفراش أو إقرار الأب أو بشهادة عدلين أو بيئة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة الطبية"، ومما يمكن ملاحظته على المادة السابقة، أن نسبة الولد إلى والده لا يمكن اللجوء فيه إلى التحليل الطبي لأن البنوة الشرعية تثبت بالفراش كما تثبت بإحدى الوسائل التي عدتها المادة المذكورة مستقلة عن الأخرى ووقع فيها العطف بأو- وليست من بينها الخبرة الطبية التي تم عطفها على تلك الوسائل كلها بحرف الواو- ومعنى ذلك أن الخبرة الطبية لا يلتجأ إليها إلا في حالة النزاع أو في حالة الإخلال بشروط الفرش، أو نكاح الشبهة أو تعذر معرفة من ينسب إليه الولد.

#### ثانيا: الترجيح بين الخبرة واللعان في نفي النسب.

يعتبر اللعان نظام إسلامي خالص، لا وجود له في أي تشريع أو ديانة أخرى وقد خصته الشريعة الإسلامية السمحة بالتنظيم من خلال آيات القرآن الكريم وأحاديث السنة النبوية الشريفة.

<sup>1</sup>: جريمة مغتات، م س، ص 117.

واللعان في اللغة مصدر لاعن من اللعن، وهو: الطرد والإبعاد من الخير ويقال لعنه

الله أي أبعد من رحمته و لاعن الرجل زوجته إذ قذفها أو رماها برجل أنه زنا بها،<sup>1</sup>

والأصل في وجوب اللعان، هو ما جاء في محكم كتاب الله العزيز: "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ

أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ، وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ ، عَنْهَا الْعَذَابُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ

، وَالْخَامِسَةُ أَنَّ عُصَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ"<sup>2</sup> وقد أجمع فقهاء الإسلام على مشروعية اللعان وأنه حجة ضرورية لنفي النسب انطلاقاً من الآيات السابقة.

ومن السنة النبوية يستدل بما أخرجه البخاري عن طريق عكرمة ابن عباس: (ابن

هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي: البينة أو حد ظهرك،

فقال يا رسول الله إذ أرى أحد مع امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة؟ فجعل النبي يقول البينة أو

حد ظهرك، فقال هلال: والذي بعثك بالحق أني لصادق ولينزل الله ما يبيري ظهري من الحد،

فنزل جبريل فأنزل الله عليه" والذين يرمون أزواجهم.." فقرأ حتى بلغ " إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ".

وسواء تعلق الأمر بقانون الأحوال الشخصية الملغى أو مدونة الأسرة الحالية، وهو

بصدد وضع قواعد نفي النسب لم يتعرض لقواعد اللعان بالتفصيل كوسيلة شرعية لنفي

النسب، ولم يبين أحكامه، واكتفى بالإحالة على قواعد الفقه، من مذهب الإمام مالك

والاجتهاد، حسب ما نصت عليه المادة 400 م مدونة الأسرة.

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي<sup>3</sup> نجد أن الملاحن لا يمكن أن يكون إلا الزوج سواء في

زواج صحيح أو فاسداً أو بشبهة، وسواء كانت الزوجة لا زالت في عصمته أو في عدة من

<sup>1</sup>: عاقب الشرع على قذف النساء بالزنا وبرميهن بدون حجة، حماية لأعراضهن من ألسنة السوء، بعقوبة شديدة حيث جاء في سورة النور: "والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً، أولئك هم الفاسقون"، إلا أن الله سبحانه وتعالى، ولا اعتبارات لا يعلمها إلا هو، قد استثنى الأزواج الذين يبادرون إلى التمسك بلعان زوجاتهم أمام القضاء بالكيفية المحددة شرعاً، من الخضوع لحكم الآية أعلاه.

<sup>2</sup>: سورة النور، الآيات 6-7-8-9.

<sup>3</sup>: جاء في تحفة ابن عاصم الغرناطي: وإنما للزوجين أن يلتعنا ويبدأ الزوج بالإلتعان إثباتاً أو نفياً على ما وجبا وتحلف الزوجة بعد أربعاً تخميساً بغضب إن صدقا لنفي حمل أو لرؤية الزنا. لدفع حد أربع من الأيمان مخمسا بلعنة إن كذبا لتدرا الحد بنفي ما عدا ثم إذا تم اللعان افترقا

طلاق رجعي، ويشترط فيه أن يكون مسلماً عاقلاً ممن يمكن أن يطأ، كما أن الملاعنة لن تكون إلا الزوجة من زواج صحيح أو فاسد، ولا يشترط فيها سوى البلوغ والعقل وأياً كان دينها، أما عن سبب اللعان فقد حدده الفقه في دعوى القذف والزنا، وكذا نفى الحمل، كما أن الصيغة في اللعان هي إيمان خمسة يؤديها كل من الزوجين حسب ما جاءت به آيات اللعان في سورة النور.

أما عن شروط اللعان فإنه لا يتم عادة إلا بحكم يصدر عن محكمة مختصة بذلك وبناء على طلب من الزوج صاحب المصلحة في الحالتين التاليتين:<sup>1</sup>

1. أن يدعي انه رأى زوجته تزني.

2. أن ينفي حملها منه.

وإذا حصل اللعان تقع الفرقة بين الزوجين بحكم من المحكمة بعد أداء أيمان اللعان، وينفسخ نكاحهما بدون طلاق، ويسقط عن الزوج حد القذف ويسقط عن الزوجة حد الزنا، وبالتالي يحرم على المتلاعنين الزواج تحريماً مؤبداً، كما ينتفي النسب عن الولد بمجرد تلاعن الزوجين، فلا ينسب إليه كما لا تجب عليه نفقته ولا ينشأ بينهما حرمة إلى غير ذلك،<sup>2</sup> وهو ما أشار إليه صاحب التحفة بقوله:

ويسقط الحد وينتفي الولد ويحرم العود إلى طول الآبد

والفسخ بعد اللعان ماض دون طلاق وبحكم القاضي.<sup>3</sup>

وقد نظمت مدونة الأسرة من خلال الفقرة الثانية من المادة 153 اللعان وجعلته وسيلة لنفي النسب حيث نصت على أنه: "يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع، بشرطين:

<sup>1</sup>: محمد الكشور، البينة والنسب في مدونة الأسرة، م س، ص 156. (وهو ما أكدته قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2006/03/01، عدد 145 ملف عدد 2005/1/2/496، منشور في العمل القضائي في قضايا الأسرة، م س، ص 427).

<sup>2</sup>: خالد بنيس، اللعان، مجلة الملحق القضائي، العدد 20 فبراير 1989، ص 156.

<sup>3</sup>: أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، م س، ص 530 و 531.

-إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه.

- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة."

كما قضت بعض المحاكم المغربية بنفي النسب عن طريق اللعان في عدة أحكام وهو يلاحظ من خلال حيثيات القرار الذي صدر عن المجلس الأعلى حيث جاء فيه: "حيث تبين صحة ما عاب به الطالب القرار ذلك بمقتضى المادة 153 من مدونة الأسرة، فإنه يمكن الطعن في النسب من طرف الزوج عن طريق اللعان..."<sup>1</sup>.

أما عن دور الخبرة الطبية في نفي النسب فإن المادة 153 أكدت على اعتماد الخبرة الطبية بشرطين:

- إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه.

- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة.

ويدخل في الدلائل مثلاً نفي النسب بشواهد طبية تثبت عقمه أو بمحاضر للشرطة تفيد أن زوجته تتعاطى بكيفية اعتيادية للخيانة الزوجية، أو يتضح للمحكمة أن أقل مدة الحمل أو أقصاه غير مضبوطة، وتبقى الدلائل القوية المذكورة في المادة السابقة مسألة واقع لا مسألة قانون، وإن كانت تحتاج إلى تعليل، كما أن الخبرة تقرر عن طريق حكم يصدر عن المحكمة المختصة بشأنها، على أن تفيد القطع.<sup>2</sup>

وعليه لم يحسم المشرع في ترجيح وسيلة على أخرى في نفي النسب وبالتالي اختلف الفقه حول تطبيق إحداها عند التعارض إلى مواقف متباينة:

**الرأي الأول:** يرى أن البصمة الوراثية تحل محل اللعان لأن نتائجها مضمونة ويقينية، إذا اثبت أن الولد ليس من الزوج فينتفي ذلك الولد بالبصمة الوراثية وليس باللعان، لأنه يشكل الاستثناء وليس القاعدة، وقد استدل أصحاب هذا الرأي بأن الزوج يلجأ إلى اللعان لنفي

<sup>1</sup>: قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 2007/10/10، في ملف رقم 2006/1/2/581، تحت عدد 505، أورده محمد بقيق، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، م س، ص 181.

<sup>2</sup>: عبد السلام البوزيدي، إشكالية الخبرة الطبية في إثبات النسب أو نفيه، ندوة: مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحصيلية والمعوقات، سلسلة الندوات 2، 2008، ص 199 و 200.

النسب عند فقد من يشهد له بما رمى به زوجته من أن الحمل ليس منه، وهذا معنى قوله تعالى " وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ"<sup>1</sup> ومع وجود البصمة الوراثية لم يبق الزوج مضطرا للجوء إلى اللعان، لأن له من سيشهد له ويؤكد مزاعمه، والشاهد هنا هو الخبرة الطبية،<sup>2</sup> كما استدلووا بكون اللعان وسيلة ظنية وليست قطعية في نفي النسب، ذلك أنه من المستحيل على الزوج حتى ولو كان متأكدا وصادقا في اتهامه لزوجته بواقعة الزنا أن يجزم قطعاً أن الولد ليس منه، مما جعلهم يقرون شروطاً لإعمال هذا الإجراء إذا كان محله نفي النسب،<sup>3</sup> كما أن الحديث الذي شرع اللعان يتحدث عن ادعاء الزنا ودرئ الحد، ولم يذكر صاحب الحديث وجود حمل من عدمه ولم ينازع فيه وإنما كان يدعي زنا زوجته في معرض لم يكن له من يشهد له، وبالتالي فيجب عليه حد القذف، لقوله تعالى: " وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ".<sup>4</sup> فلو أتى بالشهود لوجب على الزوجة حد الزنا وهو سبب نزول آيات اللعان.

بل أكثر من ذلك فإن هناك من قال بضرورة إلغاء اللعان كوسيلة شرعية لنفي النسب استناداً إلى أن اللعان يعتبر من الأحكام المعبر عنها بالوسيلة الصرفة، وهي أحكام تتميز بكونها ليست مقصودة لذاتها نهائياً ومن تم فهي قابلة للتغيير إذا فقدت الوسيلة قيمتها ووظيفتها، إن تيسرت وسائل أخرى أفضل منها وأكثر تحقيقاً للمقصود، وهو ما ينطبق على اللعان، ذلك أنه كان ملائماً لمستوى التطور الاجتماعي حين إقراره، أما وقد أتاح العلم اليوم بدائل ناجعة وفعالة فإن إحلال أحكامها وإحلالها محل ما جرى به العمل في الأول عمل مشروع وغير ممنوع.<sup>5</sup>

**الرأي الثاني:** يرى أن البصمة الوراثية لا تقدم على اللعان ولا يجوز أن تمنع اللعان، ولا تستخدم في نفي النسب، وإنما يكون الاعتماد عليها من أجل التقليل من حالات اللعان، إذا

<sup>1</sup>: سورة النور، الآية 6.

<sup>2</sup>: كريمة مغات، م س، ص 138.

<sup>3</sup>: محمد أغربي، م س، ص 119.

<sup>4</sup>: سورة النور، الآية 6.

<sup>5</sup>: الحسين بلحساني، قواعد إثبات النسب والتقنيات الحديثة، المجلة المغربية للقضاء والقانون، عدد السادس، 2002، ص 106.

اطمأن الزوج لذلك، واستندوا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر"، ذلك انه طالما ثبت الفراش، فلا يعارضه إلا أقوى منه وهو اللعان، وبالتالي لا مجال للبصمة الوراثية، وعليه فإن اعتماد الخبرة هو مخالف لكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم،<sup>1</sup> ذلك أنه لم يأخذ بالشبه في نفي النسب، في قضية من ولدت غلاما أسود، فجاء الزوج يعرض إلى الرسول بنفيه فلم يرخص له في الانتفاء منه.

**الرأي الثالث:** يعتبر أن البصمة الوراثية لا تلغي اللعان بل يلحق بها، من حيث لا يهمل اللعان كوسيلة لنفي النسب على إثر اكتشاف الخبرة الطبية، وبالمقابل لا يلقي عرض الحائط ما وفره العلم الحديث في ميدان الطب الجيني، لذلك كان لابد من اعتمادهما معا في نفي النسب بشكل تكمل فيه الخبرة اللعان، فإذا تأكد بالخبرة الطبية أن الولد ليس من صلب الزوج جاز اللجوء إلى اللعان لنفي النسب، أما إذا تأكد أنه ولده فلا يمكنه اللجوء إلى اللعان لنفي النسب،<sup>2</sup> وهو ما أكدته قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2006/01/18، حيث جاء فيه: "لما أدى الطاعن يمين اللعان ورفضت المطلوبة أدائها أو الحضور لأدائها وطلب الطاعن إجراء خبرة لإثبات النسب أو نفيه ورفضت المطلوبة ذلك، وردت المحكمة طلب إجراء الخبرة بأنها ليست من وسائل إثبات النسب فإنها لم تبين قضاءها على أساس، وعرضت قرارها للنقض".<sup>3</sup>

وعليه فإن الرأي الذي نراه راجحا في هذا المجال هو الذي يزوج بين اللعان والخبرة الطبية، فاللعان يقوم بالتفريق بين الزوجين، أما الخبرة فهي تتم لمعرفة ما إذا كان الأب المعلن هو الأب الحقيقي للولد أم لا ، فإن جاءت نتيجة الخبرة تؤكد نفي النسب، يصبح إذاً اللعان سببا موجبا للتفرقة وبنسب عن الزوج وهكذا يقع أثر اللعان، أما إن كانت نتيجة الخبرة الطبية تؤكد ثبوت النسب من الزوج المعلن حكم القاضي بثبوت النسب بناء

<sup>1</sup>: أحمد يعقوبي، مدونة الأسرة بين الخطاب الشرعي والخطاب القانوني، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، ظهر المهرارز فاس، السنة الجامعية 2010/2009، ص 246.

<sup>2</sup>: محمد أغربي، م س، ص 120.

<sup>3</sup>: قرار عدد 37، المؤرخ في 2006/01/18، ملف شرعي عدد 2005/1/2/108، إبراهيم بجماني، العمل القضائي في مدونة الأسرة، طبعة 2008، ص 415. (وهو ما يؤكد قرار آخر للمجلس العلى عدد 504 بتاريخ 2006/09/06، ملف عدد 2004/1/2/393، نشره إبراهيم بجماني، م س، ص 473).

على أنه كذب في ادعائه في نفي نسب ولده منه مما يؤدي إلى ثبوت النسب لوجود الشاهد على أنه الأب الحقيقي من تم عدم إعمال اللعان، وبذلك تكون الخبرة وسيلة لتقوية الأصل الشرعي الولد للفراش، دون أن تتعارض مع إبقاء اللعان قائما.

### المطلب الثاني: ضعف مؤسسة النسب في حماية الولد غير الشرعي.

لقد أولى الإسلام للنسب أهمية بالغة فجعله مقصدا من مقاصد الشريعة الإسلامية الخمسة التي على الإنسان حفظها وحقا من الحقوق المشتركة بين الأبوين والولد، باعتباره رابطة سامية وصلة عظيمة على جانب كبير من الخطورة لذا تولاهما المشرع بتشريعه وأعطاهما جانبا كبيرا من التنظيم انطلاقا من أحكام الشريعة الإسلامية، حيث قال تعالى: "ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آبائهم فأخوانكم في الدين"<sup>1</sup>، إلا أنه بالرغم من ذلك فقد اختلف الفقهاء حول نسب الولد الناتج خارج إطار الزواج، فمنهم من ألحقه بأبيه البيولوجي انطلاقا من الآية السابقة، وآخرون ألحقوه بأبيه الذي ولد على فراشه، وبهذا الموقف الأخير أخذت مدونة الأسرة (الفقرة الأولى)، وجعلت النسب لحمة شرعية بين الأب وولده، ومن تم يبقى الولد الذي لا أب له بدون نسب (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: الخلاف الفقهي حول نسب ابن الزنا (الولد غير الشرعي).

من المجمع عليه فقها وقانونا أن ماء الرجل في حالة الزوجية يعتبر سببا موجبا للحقوق لمن خلقه الله منه، ما دام ثمرة علاقة شرعية، الإطار العادي والمشروع للمعاشرة بين الرجل والمرأة، أما في غير هذه الحالة أي العلاقات خارج نطاق مؤسسة الزواج، فيمكن تصورها في حالتين:

الأولى هي التي يولد فيها الولد خارج نطاق مؤسسة الزواج بالمفهوم الاصطلاحي المشار إليه أعلاه، لكن اعتبارا لحسن النية ولعدم تعمد انتهاك حدود الله، واعتبارا لكون المشرع متشوف للأنساب، لما في ذلك من آثار ايجابية بالنسبة للولد والمجتمع، فإن المشرع

<sup>1</sup>: سورة الأحزاب، الآية 5.

خرج عن قاعدة الولد للفراش، وأقر بنسب الولد لأبيه في حالتين هما الإقرار والشبهة، أما الحالة الثانية وهي العلاقة غير الشرعية، أي الاتصال الجنسي الذي يتم بين الرجل والمرأة والذي لا يحتويه أي إطار شرعي، وهي الحالة التي أثارت الكثير من الجدل الفقهي من حيث إمكانية إلحاق النسب للأب أم لا<sup>1</sup>.

وسبب هذا الجدل يرجع إلى اختلاف الفقهاء في اعتبار ماء الرجل كاف لوحده للحقوق النسب، أم أن الأمر يستلزم وجود إطار شرعي لهذا الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة، أي وجود عقد زواج؟

وقد انقسم الفقهاء إلى مذاهب متباينة:

**المذهب الأول:** يرى بأن ابن الزنا ينسب للزاني.

وإليه ذهب الشعبي وإسحاق بن راهوية وذكره عن عروة ابن الزبير وسليمان بن يسار، والحسن البصري وبه قال بعض المالكية، ونسبه بعضهم إلى القرطبي، وذهب ابن تيمية إلى قريب من ذلك<sup>2</sup>.

حيث يرى أصحاب هذا القول أن الولد الناشئ عن علاقة سفاح، يثبت نسبه إلى الزاني إذا لم يكن مولودا على فراش يدعيه صاحبه، وأول قول النبي صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش" على أنه حكم بذلك عند تنازع الزاني و صاحب الفراش، واعتباره صلى الله عليه وسلم للشبه الدال على صاحب الماء و ليس الدال على صاحب الفراش، وأمر سودة بالاحتجاب ، فلو لم يكن هناك اعتبار لصاحب الماء لما أمرها بالاحتجاب، وهو ما جعل أصحاب هذا الرأي يستدلون بالحديث على انه لم يلحق الولد بزمنعة لأنه لو ألحقه به لكان أبا لسودة، والأخ لا يأمر بالاحتجاب منه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>: نزهة الخلد، الخبرة الجينية والعلاقة خارج مؤسسة الزواج، مجلة القانون المغربي، العدد 15 مارس 2010، ص 50 و 51.

<sup>2</sup>: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، م س ، ج 35/2.

<sup>3</sup>: عبد الحكيم أهوشي، م س، ص 128 و 129.

ودليلهم من السنة أيضا حديث أنس عن المتلاعنين أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أبصروها فإن جاءت به أبيض سبطا فهو لزوجها، وإن جاءت به أكحل جعدا فهو للذي رماها به"، فجاءت به على النعت المكروه، فقال: **لولا الأيمان لكان لي ولها شأن**<sup>1</sup>. ومعنى ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم احتكم لصاحب الشبه وهو صاحب الماء.

أما دليلهم من المعقول فيمكن فيما يلي:

- أن تتسبب الولد لصاحب الماء أفضل من أن يترك بدون نسب لأب.
- قياس ماء الزنا على ماء النكاح لعموم الحديث "الولد للفراش".
- قياس ماء الزنا على ماء الشبهة، الذي اتفق الفقهاء أنه يلحق بها النسب.
- أن الجمهور الذين ذهبوا إلى عدم تتسبب ولد الزنا للزاني، أثبتوا بالزنا حرمة المصاهرة، فلا يجوز عند أكثرهم للزاني أن يتزوج بأُم الزانية أو ابنتها منه أو من غيره، وإذا ثبت للزنا هذا الأثر ألا يثبت له أثر النسب مراعاة للصغار الضائعين<sup>2</sup>.
- ويضيف ابن القيم الجوزية بأن القياس الصحيح يقتضي بأن الأب أحد الزانين وهو إذا كان يلحق بأُمه وينسب إليها وترثه ويرثها ويثبت النسب بينهما وبين أقارب أمه مع كونها زنت به، وقد وجد الولد من ماء الزانين معا وقد اشتركا فيه واتفقا على أنه ابنهما فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدعيه غيره؟<sup>3</sup>.

وقد اختار هذا المذهب من المعاصرين: الدكتور احمد الغازي الحسيني<sup>4</sup>، والأستاذ خالد بنيس<sup>5</sup>، والأستاذ أحمد الخليلي<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>: سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب اللعان، حديث رقة 2067، ص 668.

<sup>2</sup>: نزهة الخلد، م س، ص 53.

<sup>3</sup>: ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، م س، الجزء الرابع، ص 119.

<sup>4</sup>: أحمد الغازي الحسيني، الولد للفراش، مجلة القضاء والقانون، عدد 30، سنة 1980، ص 46.

<sup>5</sup>: خال بنيس، اللعان، م س، ص 147.

<sup>6</sup>: أحمد الخليلي، وجهة نظر، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الجزء الثاني، 1998.

**المذهب الثاني:** يقول بنسب ابن الزنا إلى الزاني إذا تزوج المزني بها وهي حامل، أما إذا لم يتزوجها حتى وضعت، أو كان الحمل ليس منه، فلا ينسب لأبيه وإنما ينسب لأمه التي ولدته وإلى هذا ذهب أبو حنيفة ومحمد وعليه الفتوى في المذهب وبه قال ابن عباس.

وحجتهم من القرآن الكريم قوله تعالى: "الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحَرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ".<sup>1</sup>

كما يجب لتحقيق نكاح الزاني من الزانية أن يستبرئ رحمها من ماء غيره مصداقا لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره".<sup>2</sup>

على أن حجتهم من المأثور ما روي عن ابن عباس أنه سئل عن الرجل يزني بالمرأة ثم يريد نكاحها؟ فقال أول أمرها سفاح وآخره نكاح، وفي رواية أخرى: "إن تابا فإنه ينكحها".

**المذهب الثالث:** وإليه ذهب أكثر الفقهاء، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية، يقول بعدم نسب ابن الزنا إلى الزاني.

وحجتهم من السنة ما ورد في نفي ولد الملاعنة، وفي ما أخرجه مالك عن نافع ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين رجل وامرأة، وانتفى من ولده، ففرق بينهما وألحق الولد بالمرأة،<sup>3</sup> وولد الزنا أسوأ حال منه، فيأخذ حكمه.

أخرج أبو داود عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده (عبد الله بن عمرو بن العاص) قال: قام رجل فقال لما فتحت مكة: إن فلانا إبني، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "لا دعوة في الإسلام، ذهب أمر الجاهلية، الولد للفراش وللعاهر الحجر"، وهذا الحديث قال عنه ابن عبد البر انه من أصح ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم، جاء عن بضعة وعشرين نفسا من الصحابة.

أما أدلتهم من المعقول فهم يستدلون بأن:

<sup>1</sup>: سورة النور، الآية 3.

<sup>2</sup>: سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في وطء السبايا، ج 3، حديث رقم 2158، ص 485.

<sup>3</sup>: سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب اللعان، ج 3، حديث رقم 2259، ص 572.

ماء الزنا هدر لا حرمة له، فلا يرتب أثرا.

الزاني تعدى حدود الله في طريق المعاشرة الحلال، فلو ألحقنا الولد به لكان ذريعة لكل متفحش لم يصل إلى المرأة برضاها ورضا أهلها أن يصيبها ويكون الولد له، فكان لا بد أن يعامل بنقيض قصده.

الأبوة وصف شرف لا يستحقها إلا من سلك إليها الطريق الحلال، قال الله تعالى: "والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم كتاب الله عليكم واحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين"<sup>1</sup>.

يصعب التأكد من أن ابن الزنا من الزاني، لأن التي طأعته ساقطة المروءة، ويمكن أن تفعل مع غيره ما فعلت معه، فمن أين يتمخض نسب الولد له؟.

هذا ما أخذ به جمهور العلماء من المذاهب الأربعة وغيرها عبر الأجيال، بل حكا فيه بعضهم الإجماع، حتى صار كأنه قاعدة مسلمة لا يجوز مخالفتها، أو كأنه جاء بها نص قطعي الورود والدلالة.

ورغم هذا الإجماع على عدم لحوق ابن الزنا بنسب أبيه إلا أن الفقهاء اختلفوا حول بعض الآثار عن هذه العلاقة، فانقسموا إلى قولين:

**القول الأول:** يذهب إلى عدم اللحق المطلق لابن الزنا بأبيه فلا يترتب عن البنوة غير الشرعية أي أثر من آثار علاقة القرابة إطلاقاً، فلا يرث الإبن أباه ولا يرثه هو، ولا له عليه حق الأبوة، لا في برٍ ولا في نفقة ولا في تحريم ولا في غير ذلك وهو منه أجنبي<sup>2</sup>، بل أكثر من ذلك سمح أصحاب هذا القول للأب بأن يتزوج من أبنته من الزنا<sup>3</sup>، بحيث يعتبرون الولد أجنبياً عن أبيه الطبيعي، يترتب على ذلك كل ما يمكن أن يترتب بين أشخاص لا تربطهما علاقة قرابة.

<sup>1</sup>: سورة النساء، الآية 24.

<sup>2</sup>: ابن حزم، المحلى، الجزء السابع، م س، ص 302.

<sup>3</sup>: قول الشافعي والإمام مالك، أنظر أبي الوليد محمد بن أحمد ابن محمد ابن أحمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، م س، ص 34.

بينما يرى أصحاب القول الثاني أنه رغم نفي النسب عن ولد الزنا إلا أنهم رتبوا بعض الآثار عن البنوة غير الشرعية، ومنها حرمة الزواج، وذهبوا بالقول بثبوت أحكام البنوة ولا يستثنى إلا ما وقع الإجماع على استثنائه.<sup>1</sup>

ورغم هذا الاختلاف فإن أصحاب هذا القول أجمعوا على أن ولد الزنا قطع الشرع نسبه، ولا يلحق بالزاني، ولا يرثه فهو ولد أمه يتبعها في نسبها وفي الميراث.<sup>2</sup>

أما عن موقف المشرع المغربي سواء في مدونة الأسرة الحالية أو مدونة الأحوال الشخصية السابقة، فقد أخذ بموقف جمهور الفقهاء القائل بانتفاء نسب الولد المزداد عن علاقة سفاح، حيث نصت المادة 148 من مدونة الأسرة بأنه: "لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية".

وهو نفسه الموقف الذي سار عليه القضاء المغربي حيث جاء في عدة أحكام قضائية في مختلف محاكم المملكة، ابتداء من القرار الذي أجمعت عليه غرف المجلس الأعلى في قضية بلخديم<sup>3</sup> والذي يكرس القراءة التي اعتمدها هذا المذهب في تفسير حديث "الولد للفراش"، بشكل يستبعد معه كافة الوسائل الأخرى في لحوق النسب.<sup>4</sup>

يتضح مما سبق انه لا يوجد أبدا الإجماع على أن ولد الزنا لا يلحق بأبيه، ويكفي لإثبات ذلك أن يكون من بين المخالفين للإجماع ثلاثة من كبار التابعين، هذا فضلا على أن القول بانتفاء النسب هنا يعتبر حكما شاذا لا نظير له في أحكام الشريعة ومبادئها، فالزنا محرم على الرجل والمرأة معا وعقوبتها عليه واحدة وعندما يقتطفانه وينتج عنه الولد يقال أن هذا الولد يفرض انتسابه إلى الأم قبلت أو رفضت ويمنع انتسابه إلى الأب قبل أو رفض، وفي هذا يقول الأستاذ أحمد الخمليشي: "الرأي القائل بالإعتراف بالنسب يقوم على قياس واضح وهو ما اجمع عليه الفقه من الإعتراف للأم بنسب الولد غير الشرعي إليها، ويتعذر

<sup>1</sup>: ابو أحمد عبد الله ابن احمد الأنصاري القرطبي، تفسير القرطبي، الجزء الخامس، دار الكتب المصرية، القاهرة 1938، ص 115.

<sup>2</sup>: سناء المغراوي، م س، ص 47.

<sup>3</sup>: قرار عدد 658 المؤرخ في 17 ذي القعدة 1425 موافق ل 2004/12/30، ملف شرعي عدد 2003/1/2/556، منشور بمجلة الملحق القضائي، عدد 40، 2007 ص 20.

<sup>4</sup>: FRACOIS-PAUL BLANC, op cit, p 254 et 255.

إيجاد سند لاختلاف الحكم بين الرجل والمرأة المخاطبين معا وبالتساوي بآيات تحريم الزنا والعقاب عليه".<sup>1</sup>

وتقول الأستاذة نادية أيت زعي في نفس الاتجاه: "ما يلاحظ أن الأم تعامل وكأنها الوحيدة التي ارتكبت جريمة الزنا، فهناك غياب (وغير عادل) لمحاكمة الرجل الزاني، في حين أن الحديث الشريف "الولد للفراش وللعاهر الحجر" واضح جدا في تفسيراته ومتمته بمعاقبته للزاني أيضا بالخيبة".<sup>2</sup>

فالقول بانتفاء النسب يوهم بأن الشريعة الإسلامية تحمل الأم كامل المسؤولية في حين تعفي الزاني من كامل المسؤولية وهذا لا يجوز .

كما أن قاعدة أن ولد الزنا قطع الشرع نسبه، توجي بتحميل الولد قسطا من المسؤولية وأن ذلك القطع كان جزاء كونه ولد من علاقة غير شرعية، والحال أن الشريعة حرمت الزنا وعاقبت عليه أما الولد فلم تؤاخذ به بشيء مما جناه أبواه انطلاقا من قوله تعالى: " كل نفس بما كسبت رهينة"<sup>3</sup> بل هو كباقي بني البشر الذين قال عنهم الله تعالى: " يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم".<sup>4</sup>

من تم فإن الشريعة الإسلامية لم تقطع نسب الولد غير الشرعي بشكل قاطع بل هو حكم قرره الفقهاء نزولا عند مقتضى الحال، خوفا من اختلاط الأنساب وضمان لوجود نسب للولد غير الشرعي في نفس الوقت عن طريق الفراش، (لتفادي تهرب الآباء من إلحاق أبنائهم)، وذلك راجع لانتهاء وسيلة تثبت تلك العلاقة بين الأب وابنه مما قد يجعل النسب ملهاة في يد المتداعين به، ولكن اليوم ومع وجود وسيلة تثبت بما لا يدع مجال للشك

<sup>1</sup>: أحمد الخليلشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، آثار الولادة والأهلية والبيابة القانونية، الطبعة الأولى 1994، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط، ص 90.

<sup>2</sup> : nadia ait zai ,L'enfant illégitime dans la société musulmane, Revue Algérienne des sciences juridiques et politiques, N° 2, Année 1990, p 237.

<sup>3</sup>: سورة المدثر، الآية 38.

<sup>4</sup>: سورة الحجرات، الآية 13.

وبصفة يقينية رابطة الأبوة والبنوة والمتمثلة في الخبرة الطبية لم يعد هناك مجال لقطع نسب هذا الولد عن أبيه البيولوجي.

### الفقرة الثانية: ضعف آلية النسب في حماية الولد الطبيعي في مدونة الأسرة.

من النعم التي أنعم الله بها على الإنسان أن جعل له نسبا يعرف به بين الناس كما شرع له الزواج والمصاهرة سبيلا لتمكينه من هذه الصلة، بحيث قال تعالى: " وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ريك قديرا"<sup>1</sup> وله أهمية كبيرة لأنه يتفرع منه العديد من الحقوق الخاصة بالطفل من حقه في الرعاية والنفقة والتربية والميراث، وبالتالي فهو ضرورة ملحة تمكن الطفل من العيش في ظل الجماعة التي تربطه به صلة وتشده إليه أواصر القرى، وإلا عاش هذا الطفل رفيق العزلة ودائم الإكتئاب، وحياته ملؤها الشك والحيرة والحدق على المجتمع، والإنسان متى كان بدون نسب إلا وكان ذلك طريقا للشعور بالنقص.

كما أن النسب يجعل الطفل شخصية مستقلة وكيانا محترما، لهذا نجده يحب أن ينسب إلى أصوله ويكره أن يقدح في نسبه إليهما، والإنسان بفطرته تواق إلى الانتساب لأصله وعشيرته، وأنه محتاج منذ ولادته لأب وأم يعينانه ويرعيانه، ورابطة النسب هي أسمى رابطة تكفل للأطفال التربية الحسنة والنشأة الصالحة وتخصصهم بالرعاية والحنان، بل إنها أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة وبرباطها يرتبط الأفراد على أساس وحدة الدم والجزئية والبعضية، فالولد جزء من أبيه والأب بعض من ولده، ورابطة النسب كما يقول بعض الفقه، هي نسيج الأسرة التي لا ينفصم عراه.<sup>2</sup>

وقد عملت الشريعة الإسلامية على تنظيم هذه المؤسسة وخصت لقواعده دراسة واسعة، ونظمت أحكامه فوضعت له إطارا عاما وقوالب وقواعد حكمته في الماضي و تحكمه في الحاضر، واعتبره من الكليات الخمس الواجب المحافظة عليها، وقد جاءت آيات عديدة

<sup>1</sup>: سورة الفرقان الآية 54.

<sup>2</sup>: عبد الكبير بنسامي، م س، ص 9.

توضح قواعده، فقد قال تعالى: "وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا"<sup>1</sup> كما قال عز وجل: "ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ، فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ، وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيهَا أَخْطَاكُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ، وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا"<sup>2</sup>.

تنص المادة 8 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 على أنه: "تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته، بما في ذلك جنسيته واسمه وصلاته العائلية على النحو الذي يقره القانون..."، والحفاظ على صلاته تقتضي اتخاذ كل التدابير لإقرار حق الطفل في نسبه إلى أبيه.

وعليه من المفترض أن يكون لكل إنسان نسب يعرف به و يربطه بأصله، وهو ما لا يتوفر بالنسبة للولد غير الشرعي، بمعنى أنه وفي ظل هذه القواعد المنظمة للنسب سواء في الفقه الإسلامي أو في مدونة الأسرة، لا ينسب هذا الولد إلى أبيه الذي نتج من مائه، بالرغم من وجود وسائل تثبت علاقته بهذا الأخير، وبالتالي فإن ولد الزنا لا نسب له بما أنه حق للأب وتكريما له دون الأم، الأمر الذي يجعلنا نقول أن هذا الولد ليس له الحق في النسب في الاتجاه الغالب في الفقه الإسلامي، وخاصة الذي يجعله حق للأب لأنه نتج من مائه.

الأمر الذي يجعلنا نتساءل لماذا ينسب الولد إلى الأب ولا ينسب إلى الأم مع أنها هي من تحمله جنينا في بطنها 9 أشهر و هي من تعاني و تتألم و في الغالب هي من يتحمل مسؤولية هذا الطفل بالكامل؟ أليست هي الأحق بالنسب؟ وهل هناك سند شرعي في هذا الإلحاق أم أنه مجرد اجتهاد لفقهاء الشريعة الإسلامية؟

لعل الأمر لا يقتصر على البلدان الإسلامية بل هو مبدأ عالمي يأخذ به الغرب والشرق، فحتى في الدول الغربية غير الإسلامية يلحق الأولاد بأبائهم ويأخذون ألقابهم بل وتلحق حتى الزوجة بالزوج، وتأخذ نسبه.

في الحقيقة ليس هناك ما يمنع من انتساب الطفل إلى أمه في حالة عدم وجود نسب

<sup>1</sup>: سورة الفرقان، الآية 54.

<sup>2</sup>: سورة الأحزاب، الآية 4.

ينسب إليه، سواء من الناحية الشرعية ولا من الناحية القانونية اللهم ما نصت عليه المادة 150 من مدونة الأسرة التي جعلت النسب لحمة بين الأب وولده، وليس بين الأم وولدها، لكن في مقابل ذلك عبر عن الرابطة بين الأم وولدها بالبنوة وهي نسب في حد ذاتها لأنها تنتج آثار النسب بالنسبة للأم، فالطفل ينسب إلى أمه يرثها ويحمل اسمها ويتلقى رعايتها، ولتفادي المشاكل القانونية التي تنشأ عن هذه الوضعية يتوجب إعطاء المرأة إمكانية منح النسب لولدها وجعله لحمة شرعية بينها وبين ولدها، كما هو الحال بالنسبة للأب، في حالة عدم وجود هذا الأخير خصوصا وأنه ليس هناك مانع شرعي يمنع من ذلك.

### المطلب الثالث : قصور قواعد المسؤولية في مجال البنوة غير الشرعية.

من المعلوم أن المسؤولية تهدف أساسا إلى جبر الضرر والمساءلة لإقامة العدل ولتطبيق القانون، والمسؤولية كنظام قانوني متعارف عليه في جميع المجالات ومنذ زمن غير بعيد وفي جميع القوانين، وقد أدخلت المسؤولية بشقيها المدنية والجنائية لمدونة الأسرة، في عدة مواد سواء خلال إنشاء ميثاق الزوجية، أو خلال حل هذا الميثاق، وهذا التداخل بين مدونة الأسرة والقوانين الأخرى يهدف إلى التكامل بين القوانين وعدم تعارضها، فقد جاءت المدونة بعدة مقتضيات جديدة غيرت بها عدة مفاهيم على مستوى الأحوال الشخصية، فقد أباحت بعض الأفعال التي كانت مجرمة من قبل كما بينت على محدودية تطبيق المسؤولية في عدة مواقع منها، سواء المسؤولية الجنائية (الفقرة الأولى)، أو المسؤولية المدنية (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى : إشكالية المسؤولية الجنائية المرتبطة بالبنوة غير الشرعية.

تعني المسؤولية الجنائية تحمل الشخص لتبعات أفعاله الجنائية المجرمة بمقتضى نص في القانون كالقتل والسرقة والفساد والخيانة الزوجية، وعليه ترتبط المسؤولية الجنائية ارتباطا وثيقا بالعقاب ولا تنفصل عنه.

وعليه فإن إتيان أحد هذه الأفعال المنصوص عليها في القانون الجنائي يستدعي المسائلة ومن تم العقاب، ولا شك أن الفعل الذي نتج عنه الولد غير الشرعي لم يكن مباحا في الأصل بل عاقب عليه المشرع الجنائي بنص خاص، فقد نص الفصل 490 من مجموعة القانون الجنائي المغربي على انه: "كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة زوجية تعد فسادا ويعاقب عليها بالحبس من شهر إلى سنة.."، ومن الإشكاليات التي يثيرها تطبيق هذا الفصل إمكانية تطبيقه على الأم غير المتزوجة أو ما يصطلح عليها بالأم العازية، على اعتبار أن الولادة قرينة على وقوع الفعل الجرمي المتمثل في الفساد؟

بداية يشترط لتحقيق جريمة الفساد حسب الفصل أعلاه، توفر ثلاث أركان:

- علاقة جنسية
- انتفاء العلاقة الزوجية بين الطرفين.
- القصد الجنائي.

وتتحقق العلاقة الجنسية بفعل الوقاع، أي إيلاج عضو تنكير الرجل في عضو تأنيث المرأة، وهو يكفي لتكوين الركن المادي للجريمة، وقد استثنى المشرع العلاقات الزوجية، حيث اشترط توفر جريمة الفساد عدم ارتباط الطرفين بعلاقة زواج، وأن لا يكون احد الطرفين متزوج بالغير، لأنه يكفي الفعل أُنذاك 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<sup>1</sup> والقانونية.

يتضح مما سبق أن أركان جريمة الفساد متوفرة في حالة البنوة غير الشرعية سواء في حق الأم أو في حق الأب البيولوجي للولد غير الشرعي، لكن يلزم توفر عنصر مهم في إعمال الفصل 490 من ق.ج.م، وهو وسيلة إثبات الركن المادي للجريمة.

<sup>1</sup>: أحمد أجوييد، محاضرات في القانون الجنائي الخاص المغربي، بدون طبعة، ص 91 و 92.

وقد حصرت المادة 493 من ق.ج.م وسائل إثبات الفساد والخيانة الزوجية في ثلاث أدلة

وهي:

1. حالة التلبس يثبتها ضابط الشرطة القضائية في محضر رسمي.<sup>1</sup>
2. اعتراف كتابي تضمنته مكاتب أو أوراق صادرة عن المتهم.
3. اعتراف قضائي.

وعليه فمن خلال الفصل أعلاه يتبين أنه من غير الاعتراف الكتابي أو القضائي الصادرين عن الأم أو الأب بارتكابهما جريمة الفساد، فإنه لا يمكن متابعتها بعد مرور الفعل الجرمي لأن التلبس حسب المادة 56 من ق.ج.م مرتبط بمدة زمنية محددة وبشروط معينة، وبذلك لا تعد الولادة قرينة على حصول الفساد بما أنها ليست من بين وسائل الإثبات المنصوص عليها في الفصل 493 من ق.ج.م المغربي.

من تم يبقى السؤال عن إمكانية متابعة الخطيبين الذين اعترفوا بوقوع علاقة جنسية بينهما مما نتج عنه حمل أثناء الخطبة، بما أن هذه العلاقة تكيف حسب القانون الجنائي محض زنا يدخل في الركن المادي لجريمة الفساد، لكنه لا يعد كذلك بالنسبة لمدونة الأسرة مما يستدعي الأخذ بعين الاعتبار باقي النصوص التي تتقاطع مع القانون الجنائي.

لذلك ولتحديد مدى مشروعية العلاقة بين الرجل والمرأة لا بد من الرجوع لنصوص المدونة، فالإستناد لظاهر الفصل 490 من ق.ج.م المغربي دون الأخذ بعين الاعتبار مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة والقول بأن علاقة الخطيب الجنسية هي علاقة فساد ومن تم إدانتها سيؤثر على الحكم الصادر عن أقسام قضاء الأسرة عند البت في نسب

<sup>1</sup>: تنص المادة 56 من قانون المسطرة الجنائية على أنه: "تتحقق حالة التلبس بجناية أو جنحة:

أولاً: إذا ضبط الفاعل أثناء ارتكابه الجريمة أو على إثر ارتكابها؛

ثانياً: إذا كان الفاعل ما زال مطارداً بصياح الجمهور على إثر ارتكابها؛

ثالثاً: إذا وجد الفاعل بعد مرور وقت قصير على ارتكاب الفعل حاملاً أسلحة أو أشياء يستدل معها أنه شارك في الفعل الإجرامي،

أو وجد عليه أثر أو علامات تثبت هذه المشاركة.

يعد بمثابة تلبس بجناية أو جنحة، ارتكاب جريمة داخل منزل في ظروف غير الظروف المنصوص عليها في الفقرات السابقة إذا

التمس مالك أو ساكن المنزل من النيابة العامة أو من ضابط للشرطة القضائية معاينتها".

الحمل الناتج عن الخطبة بحيث ستم مواجهتهما بالحكم الجنحي الذي أدانها من أجل الفساد.<sup>1</sup>

لذا يتعين القول بعدم قيام جريمة الفساد في حالة اتصال الخطيب جنسيا بالمخطوبة وتوافر الشروط المتطلبة قانونا، بناء على وجود الشبهة وهو اتجاه سلكته بعض محاكم الموضوع المغربية، حيث جاء في قرار لمحكمة الإستئناف بالرباط: "...وحيث أن النص الخاص - مدونة الأسرة- أجاز اللقاء الجنسي بين الخطيب ومخطوبته متى توفر الرضا، فلم تعد الخطبة تواعد بالزواج بل هي زواج ينتج آثار الولادة، بما فيه النسب.

وحيث أن مصلحة الطرفين والولد المزداد والمجتمع أولى بالرعاية والحماية من مجرد متابعة قد تعصف بوضع نظامي قار عبر عنه المشرع في مدونة الأسرة الجديدة".<sup>2</sup>

وإذا كان الأمر كذلك فإنه قد تطرح عدة أسئلة مرتبطة بالخطبة والمادة 156 من مدونة الأسرة، حول إمكانية تمديد المادتين 418 و 491 من القانون الجنائي لتشمل أيضا الخطيبين،<sup>3</sup> من خلال منحهما العذر المخفف للعقوبة في حالة وجود قتل أو ضرب أو جرح ناتج عن خيانة أحد الخطيبين، وجعل الخيانة في الخطبة من الجرائم الشكلية التي تشترط وجود شكاية من أجل تحريك المتابعة، واعتبار العلاقة التي تقدم عليها المخطوبة مع غير الخاطب علاقة خيانة خطبة وليست فساد، وذلك تماشيا مع المادة 156 من مدونة الأسرة.

### الفقرة الثانية : تهميش دور المسؤولية المدنية في مجال البنوة.

إذا سلمنا باستحالة نسب الولد غير الشرعي الناتج عن الزنا أو الاغتصاب للأب الزاني أو المغتصب من الناحية الشرعية والقانونية، لعدم تحقق شرط الفراش، ألا يمكن في إطار قضاء متفتح، وملتزم بالضوابط الشرعية الثابتة من جهة، وبأدبيات الواقع الحياتي من

<sup>1</sup>: أنس سعدون، النسب الناتج عن الخطبة، دراسة على ضوء العمل القضائي، مكتبة السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2012، ص 70.

<sup>2</sup>: قرار محكمة الإستئناف بالرباط عدد 485 صادر في الملف رقم 22/07/1011 بتاريخ 2008/06/03، أورده أنس سعدون، م س، ص 70 و

71.

<sup>3</sup>: أنس سعدون، النسب الناتج عن الخطبة، م س، ص 71.

جهة أخرى التلطف قليلا من حدة هذا الحكم بإلزام المغتصب أو الزاني، الذي أثبتت الخبرة الجينية بأنه الأب الطبيعي والبيولوجي للطفل، بالنفقة لفائدة هذا الأخير، الذي لا دخل له في طبيعة العلاقة أو الاتصال الجنسي الذي كان ثمرة له، وذلك تفعيلًا لحقوقه المنصوص عليها في المادة 54 من مدونة الأسرة.<sup>1</sup>

وبالرغم من أن الزنا و الاغتصاب لا يدخلان ضمن أسباب النفقة المحددة في المادة 187 من مدونة الأسرة في الزوجية والقربة والالتزام، فإنه يمكن معالجة الموضوع في إطار المسؤولية المدنية، وذلك بإجراء تحليل طبي على المولود، إذا ثبت أنه من ماء المتهم فإنه يمكن إلزامه بالإنفاق عليه في حالة اغتصاب أمه إلى أن يبلغ قادرا على الكسب كما في حالة التكفل، وكذلك في حالة ازدياد مولود نتيجة جريمة فساد وثبت أنه من ماء من ساهم مع أمه في الفساد فإنه يتعين إلزامهما معا بالإنفاق عليه إلى أن يبلغ قادرا على الكسب وذلك استنادا لقواعد المسؤولية المدنية ( الفصل 77 من ق.ل.ع).<sup>2</sup>

فالمادة 77 من ق.ل.ع تنص على أنه: " كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار من غير أن يسمح به القانون، فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر إذا اثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر، وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر".

كما تنص المادة 78 من نفس القانون على أنه: " كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضا، وذلك عند ما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر، وكل شرط مخالف يكون عديم الأثر".

وبتطبيق هذين النصين على البنوة غير الشرعية يتضح بما لا يدعوا مجال للشك أن قواعد المسؤولية تنطبق على الأب البيولوجي الذي تسبب في حدوث البنوة وبالتالي يتوجب

<sup>1</sup>: نز هة الخلدي، م س، ص 60.

<sup>2</sup>: إبراهيم بحماني، نسب الأبناء في الزواج الفاسد، مجلة القضاء والقانون، العدد 149، 2004، ص 58.

عليه جبر الضرر الحاصل للأب والابن عن طريق التعويض الذي قد يأخذ شكل نفقة تدفع لهذا الولد، لأنه أولاً:

- بالنسبة للولد الذي لا دخل له في طبيعة العلاقة التي جمعت بين أبيه الطبيعي وأمه، وبالتالي ليس من العدل أن يتحمل هذا المخلوق الضعيف آثار هذه العلاقة السلبية مادياً ومعنوياً مدى حياته.

- بالنسبة للأب أيضاً، فإعمالاً للقاعدة الفقهية " الغرم بالغنم " فعليه كما غنم اللذة الجنسية خارج نطاقها الشرعي أن يتحمل مسؤولية خطئه ويلتزم بموجب حكم قضائي بتربية ابنه والنفقة عليه، مع العلم أنه ليس هناك ما يمنع من أعمال مقتضيات المسؤولية في هذه الحالة لا من الناحية القانونية ولا من الناحية الشرعية.

وبمقتضى هذين الفصلين إذن تترتب المسؤولية المدنية على من يتسبب في إنجاب ولد طبيعي نتيجة خطأه، 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 الطبيعي يكون بالالتزام بالنفقة عليه وتعليمه إلى أن يبلغ سن الرشد القانوني،<sup>1</sup> وإلى أن يبلغ سن الخامس والعشرين إذا كان يتابع دراسته، كما تستمر النفقة بالنسبة للبنات والولد المعاق.

وقد سبق للقضاء المغربي أن حكم على شخص إلّتم بالإنفاق على حمل امرأة كانت معه في علاقة فساد ثم حاول التخلص من التزامه بعلّة أن الولد غير شرعي، لكن القضاء أجابه بأنه بمقتضى المادة 205 من مدونة الأسرة فإن من إلّتم بنفقة الغير صغيراً كان أو كبيراً لمدة محدودة لزمه ما إلّتم به وإن كانت لمدة غير محدودة اعتمدت المحكمة على العرف في تحديدها، ولم تتطرق المحكمة لشرعية البتوة لأن سبب النفقة في هذه الحالة هو الالتزام.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>: إبراهيم بحماني، آفاق تطور قانون الأسرة خلال العشرين سنة القادمة، مجلة في رحاب المحاكم، العدد الرابع - فبراير 2010، ص 263.

<sup>2</sup>: قرار رقم 381، في 20/7/2005 ملف 29-2-2005، أورده الأستاذ إبراهيم بحماني، العمل القضائي، المرجع السابق، ص 263.

وإقرار هذا الالتزام على الزاني أو المغتصب فيه ردع لكل من تسول له نفسه ارتكاب إحدى جريمتي الزنا أو الفساد أو الاغتصاب، مما قد يحد من انتشارها في المجتمع، ويرفع العبء الواقع على الأم في تربية الولد غير الشرعي، فلا يعقل تطبيق قواعد المسؤولية في باقي المجالات واستثناءها في حالة البنوة التي يشكل خطأ الأب فيها النصيب الأعظم خاصة في الاغتصاب.

وقد أخذ القضاء اللبناني بهذا الحل في حالة مماثلة، حيث جاء في قرار صادر عن محكمة التمييز اللبنانية الثالثة تحت عنوان: "تعويض الوالد لأبنته غير الشرعية على أنه: في حالة علاقات جنسية غير مبنية على عقد زواج، فإن الوالد ملزم بالتعويض بالاستناد إلى التبعة الناجمة عن الخطأ الشخصي (المادة 122 - 123 موجبات وعقود).

وأن محكمة الاستئناف تركيزاً على هذه المبادئ قدرت التعويضات السابقة للحكم بمبلغ شهري قدره مائة ليرة لبنانية حتى بلوغ الابنة سن الرشد".<sup>1</sup>

وبالرجوع إلى قواعد المسؤولية المدنية نجد إطلاق هذا المصطلح يقصد به تحمل الشخص لنتائج وعواقب التقصير الصادر عنه أو عن يتولى رقبته والإشراف عليه، أو المؤاخذه عن الأخطاء التي تضر بالغير وذلك بإلزام المخطئ بأداء التعويض للطرف المضرور وفقاً للطريقة والحجم الذين يحددهما القانون.<sup>2</sup>

وتقسم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية هذه الأخيرة التي تترتب على الإخلال بالواجبات القانونية سواء كان منصوصاً عليها في بنود تشريعية أو كانت نابعة من نظام التعايش الاجتماعي كضرورة احترام حقوق الجوار، وعدم المساس بسلامة الأفراد، فالقاعدة الكلية تقتضي بعدم الإضرار بالغير، وكل من تسبب في وقوع هذا الضرر إلا ويلزم بأداء التعويض للطرف المضرور.

<sup>1</sup>: أورده إبراهيم بحماني، العمل القضائي، م س، ص 58.

<sup>2</sup>: عبد القادر العرعري، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني المسؤولية المدنية، الطبعة الثالثة 2005، ص 7.

وبتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية فإن الشخص الذي تسبب بخطئه في وقوع حمل عن طريق علاقة لا يسمح بها القانون، يكون قد أضر أولاً بالمرأة التي وقع عليها الفعل وثانياً بالولد الذي قد ينتج عن هذا الخطأ، ذلك أن قيام المسؤولية عن الفعل الشخصي يلزم توافر الأركان الثلاثة التي هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وهي ضرورية لتحقيق المسؤولية وهي متوفرة في حالتنا هذه.

● **الخطأ:** تعرف الفقرة الثانية من الفصل 78 من ق.ل.ع الخطأ بأنه: "والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه وذلك من غير قصد لإحداث الضرر"، وعليه يتشكل الخطأ من عنصر الفعل الموجب لتحمل المسؤولية، وعنصر معنوي يتوفر عند إمكانية نسبة الفعل التعدي إلى جهة مسؤولة في نظر القانون، ولا يكون الشخص مسؤولاً إلا إذا أخل بالالتزامات التي يفرضها عليه القانون أو العرف وتسبب بذلك في إلحاق ضرر بغيره من الأشخاص كما أشار إلى ذلك الفصلين 77 و 78 من ق.ل.ع، وبالتالي فإن عنصر الإخلال بالالتزام القانوني هو الذي يشكل العنصر المادي للخطأ، لا فرق في ذلك أن يكون هذا الأخير مقصوداً (التعدي) أو غير مقصود في ذاته (الإهمال أو التقصير)، بل يتعدى العنصر المادي للخطأ ذلك ليشمل الإخلال بالتزامات غير قانونية ولكنها مستقاة من ضوابط التعايش الاجتماعي بين الأفراد، من ثم فإن العنصر المادي للخطأ في البنية غير الشرعية متمثل في إتيان العلاقة الجنسية دون موجب قانوني أو خارج مؤسسة قانونية والوسيلة الوحيدة التي يعترف بها القانون هي العلاقة الزوجية، أما العنصر المعنوي في الخطأ فيتمثل في إدراك الشخص لنتائج أفعاله لا فرق في ذلك أن يكون الفعل مقصوداً أو غير مقصود، وبالتالي فإن الإدراك والتمييز يعتبر مناط لقيام المسؤولية،<sup>1</sup>

<sup>1</sup>: عبد القادر العرعاري، م س، ص 67.

وهو ما أكد عليه الفصل 96 من ق.ل.ع،<sup>1</sup> بحيث أن القصور في السن يعني من المسؤولية وكذا الجنون ويخضع لنوع آخر من المسؤولية، وعليه متى كان الأب البيولوجي على درجة من الإدراك والتمييز أثناء قيامه بالفعل الذي أحدث الضرر مادام هذا الفعل غير مباح وجب عليه التعويض في حق من تضرر من هذا الخطأ.

• **الضرر:**<sup>2</sup> هو الركن الثاني في المسؤولية التقصيرية، والضرر بمفهومه الواسع يشمل الجانب المادي والمعنوي، والضرر المادي هو الذي يصيب الناحية المالية لزمة الشخص المضرور، ويكون بالإخلال بمصلحة مالية للطرف المضرور وإما أن يكون في شكل تفويت فرصة أو كسب عليه، وبالتالي فإن على من أوقع هذا الضرر المادي أن يجبر هذا الضرر الحاصل، والأب البيولوجي يكون قد ألحق الضرر في حق الولد الذي نتج عنه خارج مؤسسة الزواج، بحيث تضرر هذا الأخير من هذه الوضعية التي لا تمنحه كافة حقوقه المادية من نفقة وحضانة و تغذية وصحة... إلخ، كما أنه قد فوت عليه فرصة التواجد في وضعية أفضل من تلك التي لا تمنحه حقه الطبيعي في الرعاية، أما الضرر المعنوي فيتمثل في الأذى الذي يلحق الشخص في كرامته وشرفه أو قيمته الأخلاقية ووضعيته في المجتمع، ولا شك أن كرامة وشرف الولد غير الشرعي قد أصيبت بهذا الوصم الاجتماعي بسبب لم يكن له أي دور في حصوله.

• **العلاقة السببية بين الخطأ والضرر:** بالإضافة إلى الركنين السابقين فإنه يلزم توافر العلاقة السببية بين العنصرين المذكورين، بأن يكون الضرر متولداً عن الخطأ المنسوب للشخص المسؤول مباشرة أو تسبياً، وقد يقع أن تتعدد الأسباب التي أدت إلى الضرر كما يقع أن تتعدد الأضرار الناتجة عن الخطأ الواحد فيطرح مشكل

<sup>1</sup>: ينص الفصل 96 من ق.ل.ع على أنه: "الذي ورد فيه: القصر عديم التمييز لا يسأل مدنياً عن الضرر الحاصل بفعله ويطبق نفس الحكم على فاقد العقل بالنسبة للفعال الحاصلة في حالة جنونه وبالعكس من ذلك يسأل القاصر عن الضرر الحاصل بفعله غذا كان له من التمييز الدرجة اللازمة لتقدير نتائج إعماله".

<sup>2</sup>: يعرف الفصل 98 من ق.ل.ع بأنه: "الضرر في الجرائم وأشبه الجرائم، هو الخسارة التي لحقت المدعي فعلاً والمصروفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب إضراراً به، وكذلك ما حرم منه من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل".

تحديد المسؤول و الضرر الواجب جبره، إلا أن الرأي استقر على الأخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض السبب المباشر الذي نتج عنه الضرر دون الأسباب العرضية الأخرى، كما أن التعويض يكون على الضرر المباشر ويرجع تحديده للسلطة التقديرية للقاضي، كما يحصل أن يشترك عدة أشخاص في إلحاق الضرر بالغير وهو ما يتمثل أساساً في البنوة غير الشرعية لاشتراك الرجل والمرأة في إلحاق الضرر بالولد الناتج عن خطأهما، فيفترض في هذه الحالة مسائلة هؤلاء فيما بينهم بالتضامن وهو ما يؤكدّه الفصل 99 من ق.ل.ع، إلا إذا أثبت المسؤول وجود حالة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، أو خطأ الغير لدفع المسؤولية عنه،<sup>1</sup> هذه الحالات التي لا يمكن تصورها في حالة البنوة غير الشرعية لأن الخطأ أتاه الرجل والمرأة عن بيئة واختيار طلبا في اللذة الجنسية لا غير.

قد يستغرب أن لا ينص المشرع المغربي على تطبيق قواعد المسؤولية المدنية وبالأخص المسؤولية التقصيرية في مجال البنوة غير الشرعية، بالرغم من أنها تتوفر على جميع الأسباب القانونية المتطلبة في تطبيق قواعد هذه المسؤولية، مع العلم أنه سبق التنصيص عليها في مدونة الأسرة في القسم المتعلق بالخطبة و القسم المتعلق بالتطليق للشقاق، وبالتالي فإنه ليس هناك ما يمنع لا من الناحية الشرعية ولا من الناحية القانونية من تمديد قواعد المسؤولية التقصيرية في الحالات التي يتسبب فيها الشخص في ازدياد ولد عن طريق علاقة غير شرعية، مما يفترض تعويضه على الأقل بالنفقة عليه إلى أن يتمكن من الإنفاق على نفسه، إذا كان نسبه إليه غير ممكن من الناحية الشرعية، وعليه لابد من إضافة مادة فريدة إلى مدونة الأسرة تنص على مسؤولية الآباء البيولوجيين على الإنفاق على أولادهم إذا أثبتت الخبرة الطبية رابطة البنوة بينهما، لأنه لا يعقل أن تتحمل الأم كامل المسؤولية عن خطأ اشتركت فيه مع الغير، أو أجبرت عليه في حالة الاغتصاب، وذلك

<sup>1</sup>: عبد القادر العرعاري، م س، ص 111 وما بعدها.

حماية للطفل على الأقل من الناحية المادية ولكي لا يبقى عائلة بين أيدي الناس، وللمحد من عدة ظواهر اجتماعية مرتبطة بالبنوة غير الشرعية.

لذلك فإنه نقتراح إضافة سبب المسؤولية المدنية إلى أسباب النفقة المنصوص عليها في المادة 187 من مدونة الأسرة على الشكل التالي: "نفقة كل إنسان في ماله، إلا ما استثنى بمقتضى القانون.

أسباب وجوب النفقة على الغير: الزوجية والقرابة والالتزام والمسؤولية".

أو إضافة مادة فريدة إلى مدونة الأسرة تنص على أنه: "يعتبر الأب والأم مسؤولين بالتساوي بالإنفاق على ولدهما الذي نتج عنهما في علاقة غير شرعية إلى أن يبلغ سن الرشد أو إتمام الخامسة والعشرين إذا كان يتابع دراسته، وفي جميع الأحوال لا تسقط نفقة البنت إلا بتوفرها على الكسب، كما تستمر النفقة بالنسبة للأولاد المصابين بإعاقة والعاجزين عن الكسب إلى غاية زوال الإعاقة أو العجز".

## المبحث الثاني: ضعف الرعاية البديلة للولد غير الشرعي.

الحق في الانتساب إلى أسرة لا يتوقف مداه عند حمل اسمها، وإنما يتعداه إلى مجموعة حقوق يكتسبها الطفل بمجرد ولادته ويتحملها الأبوان، وعلى رأسها حقه في الأبوة والأمومة، وحسب جل التشريعات الوضعية تثبت بنوة الطفل متى كان ثمة زواج شرعي صحيح، وهو ما لا يتوفر بالنسبة للأطفال غير الشرعيين، مما دفع هذه التشريعات إلى خلق أسرة بديلة عن الأسرة الطبيعية، تقوم مقامها وتلعب دورها، و يهدف نظام الأسرة البديلة أو الرعاية البديلة إلى توفير الرعاية الاجتماعية والتربوية والنفسية والصحية للطفل المحروم من الأسرة.

تعرف الرعاية البديلة بأنها إجراء لإقامة الطفل خارج أسرته مع أسرة بديلة أو في إحدى المؤسسات المتخصصة، لفترة معينة تنتهي باستقلال الطفل واعتماده على نفسه، أو بتعبير آخر هي الوسائل التي تتخذ لتربية الطفل بعيدا عن أسرته الطبيعية تحت إشراف وتوجيه السلطات المختصة.

بغض النظر عن مفهوم الرعاية البديلة، فإنها تبقى حقا من حقوق الولد المحروم من هذه المؤسسة، وهذه الأسرة يمكن أن تنشأ عن طريق التبني أو الكفالة بمفهوم التشريع الإسلامي (المطلب الأول)، كما تنشأ أيضا عن طريق الوصية والتنزيل فيما يتعلق بالجانب المادي لحياة الطفل غير الشرعي (المطلب الثاني)، مع أنها ليست كافية في تعويض هذا الأخير عن أسرته الطبيعية، كما يتم استغلال بعض هذه المؤسسات في الاتجار بالأطفال وتغيير مصيرهم.

### المطلب الأول: ضعف نظام التبني كآلية لتعويض الأسرة.

التبني كصورة من صور الرعاية البديلة هو اتخاذ الشخص ابنا له من غير صلبه، أو بمقتضاه يستلحق شخص طفلا مجهول النسب أو معلوم النسب ويمنحه بنوته الأصلية، ويتخذ ولدًا له، دون أن تربطه به علاقة أبوة ولا أمومة، وهو نظام معروف في الدول الغربية على الخصوص، وفي بعض الدول الإسلامية. وإن كان لهذا النظام مزايا متعددة في

تعويض الولد غير الشرعي في أسرة بديلة تمنحه العطف والحنان و التربية والرعاية، فإنه كذلك له جوانب سلبية تتمثل في استغلال الطفولة في الأعمال الإجرامية والاتجار بهم على المستوى الدولي، وعليه سنبين حكم التشريع المغربي من هذه المؤسسة في (المطلب الأول) على أن نبين تنظيمه في التشريع المقارن في (مطلب ثان).

### الفقرة الأولى: نظام التبني في القانون المغربي.

التبني هو تصرف قانوني منشئ للنسب تختلف أحكامه عن النسب الحقيقي وفيه يتخذ الرجل والمرأة ولدا مع علمه أنه ليس بولده فينسبه إليه، سواء كان الولد له نسب ثابت أو مجهول النسب فيترتب عن ذلك كل الآثار الناتجة عن البنوة الشرعية.<sup>1</sup>

وقد كان التبني سائدا منذ القدم حيث قال تعالى في سورة يوسف على لسان عزيز مصر: "أكرمي مثواه عسى أن ينفعنا أو نتخذه ولدا"، كما عرف في الجاهلية عند العرب، وقد أبطله الإسلام، فاعتبره كذب وافتراء على الله والناس كما صرح بذلك القرآن الكريم في قوله تعالى: "وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ".<sup>2</sup>

ولقد نزلت هذه المقتضيات القرآنية في شأن زيد بن حارثة، الذي كان النبي صلى الله عليه وسلم قد تبناه قبل البعثة النبوية، حيث كان يعرف آنذاك بزيد بن محمد، فأراد الله تعالى أن يحرم هذا الإلحاق وهذه النسبة بقوله تعالى: "وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ"، وقال "ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَهِكُمْ"، أي أن التبني مجرد قول لا يمكن أن يحول الولد المتبنى إلى ابن حقيقي ما دام أنه من صلب رجل آخر.<sup>3</sup>

وتمسكا بهذا النص القرآني، نصت الفقرة الأولى من المادة 149 من مدونة الأسرة على أنه: "يعتبر التبني باطلا ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية"، وهو نفس المقتضى

<sup>1</sup>: جمعة محمد فرج بشير، م س، ص 446.

<sup>2</sup>: سورة الأحزاب، الآية 4.

<sup>3</sup>: محمد الكشور، البنوة والنسب، م س، ص 41 و 42.

الذي كانت تأخذ به مدونة الأحوال الشخصية السابقة، حين كان ينص الفصل 83 منها على أنه: "3- والتبني العادي ملغى لا ينتج عنه أثر من آثار البنوة".<sup>1</sup>

بل أكثر من ذلك جعل الفصل 466 من ق.ج. التبني والوساطة فيه جنحة يعاقب عليه بالحبس من شهر إلى ستة أشهر، حيث جاء فيه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من مائتين إلى خمسة آلاف درهم من ارتكب بقصد الحصول على فائدة أحد الأفعال الآتية: ... قدم أو حاول أن يقدم وساطته للتكفل بطفل وليد أو سيولد لتبنيه".

فالمغرب إذن من البلدان التي نفت نظام التبني على الإطلاق واعتبرت الإبن المتبني أجنبيا عن الأسرة المتبنية وبالتالي فهو لا يتمتع بأي حق من الحقوق المترتبة عن البنوة الحقيقية باعتباره دخيلا على الأسرة ليس بإمكانه أن يحل محل الولد الشرعي،<sup>2</sup> وهو نفسه موقف المشرع المصري الذي رفض أي أثر من آثار التبني.<sup>3</sup>

وقد يختلط التبني والإقرار بالنسب، إلا أنه هناك فرق كبير بين النظامين فالتبني قد وقع الحكم بتحريمه بنص قطعي الدلالة في كتاب الله، لأنه استلحاق شخص ولدا معروف النسب لغيره أو مجهولا كاللقيط، ويصرح بأنه يتخذه ولدا له، مع كونه ليس ولدا له في الحقيقة، أما الإقرار بالبنوة فهو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب، فالمستلحق (بالكسر) هنا يعترف ببنوة ولد مخلوق من مائه فيكون ابنا له ثابت النسب منه وليس له نسب آخر، يتساوى مع ولده من الفراش، لا فرق إلا في الإثبات، فتثبت له كافة الحقوق والواجبات الثابتة للأولاد الشرعيين، من نفقة وإرث و حرمة المصاهرة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>: بالرغم من ذلك كان بعض القبائل في المغرب تعرف التبني، خاصة عند قبيلة إيغزران بالأطلس المتوسط، "حيث في الغالب ما يتم تبني أيتام صغار مساكين لا عائلة لهم أو لقطاع أو رجال بالغون راشدون لا مال عندهم ولا تعلق لهم بأحد، ولا يجوز التبني إلا بوثيقة كتبت بحضور اثني عشر شاهدا فتثبت تلك الوثيقة أن المتبني صار ينتسب إلى عائلة المتبني وتصير حينئذ حقوقه وواجباته حقوق الولد الشرعي وواجباته ومن الواجب أن يشترط أن يكون حظ المتبني في الإرث كحظ ولد الصلب، وشروطه معلومة في العرف السائد، بحيث إذا أراد أحد أن يتبنى ولدا لا يسوغ العرف لأحد أن يعارضه لا من أزواجه ولا من أولاده ولا من أقاربه، ويفسخ التبني بإرادة المتبني وربما كذلك بعد طلب من المتبني، فيكفي أن يصرح بذلك بحضور اثني عشر شاهدا"، أورده توربي وعريه عبد الرحمان بيرري، المجلة المغربية للقوانين والمذاهب والحكام الأهلية (المذهب المالكي والعرف البربري والقانون الإسرائيلي)، العدد 5، السنة الثانية 1937/1938، ص 1 و 2.

<sup>2</sup>: مغنية رشدي، حق الطفل في النسب، ديپلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق فاس، سنة 2002/2003، ص 202.

<sup>3</sup>: الفصل 354 من أحكام الأسرة المصرية.

<sup>4</sup>: محمد الكشور، م س، ص 43.

ومن هذا المنطلق واعتبارا أن أهم خصائص التبني أنه يغير حقيقة الأنساب ويكون وضعاً غير مرغوب فيه في كيان الأسر لما يسببه من مشاكل،<sup>1</sup> فهو بذلك لا يشكل حلاً سليماً لوضعية معلومي النسب والأبوين لأنه سيساهم في طمس هويتهم، وهو ما أكدت عليه الآية الكريمة بقولها أدعوهم لأبائهم، فهل ينطبق نفس الأمر على مجهولي النسب من الأبوين معاً، أو المتخلي عنهم؟ لقد أجابت الآية السابقة عن هذا السؤال حيث جاء في قوله تعالى: "فإن لم تعلموا آبائهم فأخوانكم في الدين".

لكن بما أن الكفالة لا تكفل الحماية الكاملة بالنسبة للولد غير الشرعي، ولا مؤسسة النسب تمنح له حقه في الأسرة الكاملة، وكذلك البنوة التي تعطيه نصف حقه فقط في الهوية من جهة أمه، وكذا النسب الصوري الذي يلجأ إليه في نظام الحالة المدنية لم يجدي نفعاً، وأن الضرورات تبيح المحظورات، وأن المصلحة العامة من أقوى أدلة الشرع، فإنه كان على المشرع أن يلطف من قواعده ويجيز التبني الذي يكفل للولد مصلحة فضلى تتجيه من غيابات الفقر والتشرد، والتي نعتقد أن هذه المصلحة تتجلى في التبني البسيط والذي تظل فيه العلاقة قائمة بين الابن المتبنى وعائلته الأصلية، ويحافظ في إطارها على كافة حقوقه الأسرية، ولا يكون نهائياً بل يجوز التخلي عنه في أي وقت، كما هو منظم في المادة 363 من التشريع الفرنسي الحالي، لأنه أقرب إلى الكفالة المسموح بها في الشريعة الإسلامية، لسبب بسيط هو أن هذا الولد منبوذ في المجتمع الذي كان من المفروض عليه أن يحميه ويرعاه، تطبيقاً للآية الكريمة "فإن لم تعلموا آبائهم فأخوانكم في الدين ومواليكم" الآية التي نجد تطبيقها غائباً عن السواد الأعظم في المجتمع، وبالتالي كان على المشرع أن يسمح لهذا الولد بإنشاء أسرة بديلة تضمن له العيش الكريم و تمنحه الحنان والعطف المحروم منهما، خاصة إذا كانت هذه الأسرة بدون أولاد بسبب العقم أو أية أسباب أخرى، ولهم من الإمكانيات ما يسمح لهما بالاعتناء بهذا الولد.

<sup>1</sup> : Omar Mounir, op cit, p 80.

## الفقرة الثانية : نظام التبني في القانون المقارن.

تأخذ أغلب التشريعات الغربية بمؤسسة البنية كحل بديل للأطفال الذين لا يتوفرون على أسر، ونخص بالذكر المشرع الفرنسي، وقد أخذت به بعض التشريعات التي تأخذ بالشريعة الإسلامية كمرجعية في سن قوانينها، كالتشريع التونسي.

وقد ظهر التبني في فرنسا مع الثورة الفرنسية (1789)، حيث نظمت مدونة نابليون للقانون الفرنسي لسنة 1804، وكان دور التبني آنذاك يتجلى أساسا في ضمان الاستمرارية لإسم المتبنى أو في انتقال ثروته أكثر مما هو وسيلة لإنشاء النسب، ولم يكن يهم إلا الأطفال الراشدين الأمر الذي كان يستلزم رضاهم، وبعد الحرب العالمية وما نتج عنها من كثرة اليتامى والمشردين، تدخل المشرع الفرنسي لتنظيم التبني بموجب عدة قوانين كان آخرها قانون 11 يوليوز 1966 المعدل بالقانون الصادر في 8 يناير 1993 متوخيا من ذلك توفير وسط عائلي وعاطفي للأطفال اليتامى أو المتخلى عنهم، وتحقيق رغبة عدة أزواج لا يتوفرون على أطفال في تبني هؤلاء الأطفال من جهة أخرى، وخصص له القانون الفرنسي الفصلين 343 إلى 359 مفرقا بين التبني التام<sup>1</sup> والتبني العادي<sup>2</sup>.

فالتبني التام لا يجوز إلا في حالة التخلي عن الأطفال برضا الأبوين الذي يعبر عنه في عقد رسمي أمام المحكمة أو الموثق، ويبقى لهما أجل شهر من تاريخ التخلي لاسترداد ابنهما أو برضا الدولة بالنسبة ليتامى الدولة ممثلة في مصلحة المساعدة الاجتماعية للطفولة، أو بتصرف قضائي بالنسبة لأطفال الذين لا يدخلون في إحدى الحالات السابقة.

ويشترط لقبول التبني أن يكون الزوجان أو أحدهما أكثر من 30 سنة وأن يمر على زواجهما 5 سنوات كدليل على عقمهما، كما أن هناك إمكانية التبني بالنسبة للأعزب بشرط أن يتجاوز سنه 30 سنة وأن يكون الفرق في السن بينهما 15 سنة إلا إذا كانت هناك

<sup>1</sup>: تنص المادة 356 من القانون المدني الفرنسي على أنه:

(L'adoption (plénire) confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine : l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang.)

<sup>2</sup>: محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، دراسات قانونية وحالات شاذة، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2001، ص 73 و 74.

أسباب مشروعة تبرر التبني، كما يشترط أن يكون سن المتبنى أقل من 15 سنة حتى يتسنى له الاندماج في الأسرة التي تبنته.<sup>1</sup>

فمتى توفرت هذه الشروط وكان التبني في مصلحة الطفل أصدرت المحكمة حكمها بقبول التبني الذي يعمل ضابط الحالة المدنية بتسجيله في سجلات الحالة المدنية لمكان ولادة المتبنى، ومن ثم فإن التبني التام يمنح الطفل نسبا يعوض نسبه الأصلي المبني على الدم وبه ينقطع انتماء المتبني عن عائلته الأصلية باستثناء موانع الزواج التي تبقى قائمة، فيلحق بذلك المتبني نهائيا بعائلة المتبني وتكون له نفس الحقوق وعليه نفس الواجبات تجاه متبنيه على غرار ما يجري به العمل بالنسبة للطفل الشرعي في الأسرة الشرعية من إرث ونفقة وولاية و نسب وحضانة... إلخ، كما أن هذا التصرف يعد تصرفا نهائيا لا رجعة فيه لا من طرف العائلة الأصلية للمتبني ولا من طرف المتبني ومهما كانت الأسباب التي أدت إليه ولو كانت خطيرة، بحيث لا يمكن هدم الرابطة التي خلقتها المحكمة بين المتبني والمتبني.<sup>2</sup>

أما التبني العادي أو التبني البسيط فتطبق بشأنه نفس شروط التبني التام ما عدا بعض الشروط التي يختص بها هذا التبني، حيث لا بد من رضا المتبني إذا تعدى سنه 13 سنة، ومتى كان قاصرا فإن رضا أبويه يكون ضروريا أو رضا مجلس العائلة متى كان مسجلا كيتيم لدى الدولة، ويقيد هذا الرضا أمام المحكمة أو في عقد رسمي لدى موثق، وبعد مرور مدة 15 يوم من التاريخ الحكم يقوم ضابط الحالة المدنية بالإشارة إليه في سجل الحالة المدنية، وعلى عكس التبني التام لا يقيد التبني العادي في السجلات بل يشار إليه فقط في هامش سجلات الحالة المدنية لمكان ولادة المتبني، فلا يحل الحكم بالتبني محل رسم ولادة المتبني بل يبقى محافظا على رسمه الأصلي، إلا إذا كان مجهول الأبوين فيعتبر في هذه

<sup>1</sup>: الفصلين 343 و 344 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>2</sup>: مغنية رشيد، م س، ص 189.

الحالة المتبنين هم أبويه، فينتج التبني العادي نفس آثار التبني التام فيما يخص الانتساب للمتبنّي.<sup>1</sup>

وبخلاف التبني التام لا يكتسب التبني البسيط الطابع النهائي، بمعنى أنه يمكن الرجوع فيه لأسباب خطيرة يرجع تقديرها للمحكمة التي تراعي فيها مصلحة الطفل.

هكذا عن طريق التبني التام والبسيط تحل إشكالية مجهولي الأبوين أو الأب في التشريع الفرنسي، ولكنه في نفس الوقت قد يؤدي التبني إلى الاتجار في الأطفال واختطافهم ويصبح كوسيلة لإحياء الرق في صورة حديثة، تهدف إلى توفير قطع غيار بشرية أو استخدام الأطفال الفقراء في أعمال الدعارة والنشاطات الجنسية المحرمة أو لتزويد العائلات بأطفال يقومون بأعمال الخدمة المنزلية.

وقد نهج المشرع التونسي نهج المشرع الفرنسي حيث أقر بجواز التبني وأفرد له قواعد خاصة نظمها من خلال المواد 8 إلى 16 من القانون رقم 28 الصادر في 4 غشت 1958 لغرض حماية الطفولة من خطر التشرد والإجرام.<sup>2</sup>

وهو منهج استمد أحكامه من التشريعات الغربية، وبذلك فإجراء التبني يشترط نفس الشروط المقررة في التشريع الفرنسي حيث يجب أن يكون فرق السن بين المتبنّي والمتبنّي 15 سنة، وأن يكون المتبنّي راشداً ومتزوجاً إلا إذا اقتضت مصلحة الطفل تبنيه من أعزب، وأن يكون المتبنّي صاحب أخلاق وقادراً على القيام بشؤون المتبنّي، ويصير التبني نهائياً بصدور الحكم بذلك والذي يسجله ضابط الحالة المدنية بطرة رسم ولادة المتبنّي، ونتيجة لذلك يدخل المتبنّي في عائلة المتبنّي ويحمل لقبه وتنتج بينهما الآثار التي تنتج بين الأب وولده الشرعي باستثناء موانع الزواج فتبقى معمول بها بين الولد و محارمه من أسرته

<sup>1</sup>: محمد الشافعي، م س، ص 85 و 86.

<sup>2</sup>: Dr. JAMAL.J.A. NASIR, The Islamic Law of Personal Status, BRILL, Leiden. Boston 2009, p 153.

الأصلية، كما أن هذه الموانع لا تترتب في علاقته مع الأسرة المتبنية حيث يجوز له الارتباط بأخته من التبني عكس المشرع الفرنسي.<sup>1</sup>

وهكذا قرر المشرع التونسي دون باقي التشريعات التي تعتمد الشريعة الإسلامية كمرجعية أساسية في تشريعاتها حيث أعطى تفسيراً مختلفاً للآيات التي تحرم التبني، وأجازته من تم جعله كمؤسسة تغني عن النسب لمجهولي الأبوين أو الأب، وجعلها من الوسائل الشرعية التي يثبت بها النسب.



<sup>1</sup>: حكيمة الحطري، م س، ص 281.

## المطلب الثاني: محدودية الوصية والتنزيل في تعويض الابن ماديا.

يتمتع الطفل بمركز قوي داخل العائلة المستقرة والكاملة، من خلال رعاية أبويه له، وهو يستمد موقعه هذا بوجودهما معا، فإن توفي أحدهما فهو يرثه ولا يبقى عالة بين أيدي الناس، لكن الأمر ليس كذلك بالنسبة للولد غير الشرعي، فهو لا يرث في أبيه ولا يتمتع بكامل حقوقه المادية المترتبة عن الأبوة، وإن كان يرث من أمه، لذلك شرعت الوصية والتنزيل لتعويض الأطفال في مثل هذه الحالات، إذا ما أراد الأب أن يوصي له أو ينزله منزله ولده، وبالتالي يمنحه حقا حرم منه بسبب وضعيته غير الشرعية، لكن بمقارنة هذه المؤسستين البديلتين مع الإرث الشرعي لغيره من الأطفال تتضح محدودية هذه الوسائل في إعطاء الولد غير الشرعي إرثه الكامل لو أنه لم يوجد في تلك الوضعية.

وعليه فالوصية التي يمكن أن يستفيد منها الولد غير الشرعي لا يجب أن تتجاوز الثلث من تركة المالك (الفقرة الأولى)، وهو الأمر نفسه بالنسبة للتنزيل منزلة الولد (الفقرة الثانية).

## الفقرة الأولى: قصور الوصية في تعويض الولد غير الشرعي ماديا.

تحتل الوصية مكانة بارزة بين أبواب الفقه الإسلامي، فهي من أعمال البر والإحسان، وبها ينال الموصي ثواب الدار الآخرة، كما أنها تؤدي وظيفة اجتماعية قوامها إسعاد فئة من الأقربين وذوي الأرحام غير الوارثين، ولا سيما إدخال الغبطة على من نكدهم الدهر من الحفدة في وفاة أبيهم قبل أو مع والده.<sup>1</sup>

والوصية هي الإيصاء، وتطلق لغة بمعنى العهد إلى الغير في القيام بفعل أمر، حال حياته أو بعد وفاته، يقال: أوصيت له أو إليه: جعلته وصيا يقوم على من بعده، وهذا المعنى اشتهر فيه لفظ: الوصاية، وتطلق أيضا على جعل المال للغير، يقال وصيت بكذا أو أوصيت، أي جعلته له، والوصايا جمع وصية تعم الوصية بالمال، والإيصاء أو الوصاية

<sup>1</sup>: عبد الله أبو العوض، أثر الاجتهاد الفقهي والقضائي في تعديل مدونة الأسرة المغربية - دراسة تأصيلية في المادة 400، الطبعة 2011، ص

والوصية في اصطلاح الفقهاء: تمليك مضاف إلى بعد الموت بطريق التبرع، سواء أكان المملك عينا أم منفعة.<sup>1</sup>

وتعرف الوصية بأنها عقد يوجب حقا في ثلث عاقده تلزمه بموته أو نيابة عنه بعد موته، وهي عند الأحناف تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على وجه التبرع، وقال آخرون أنها تبرع بحق مضاف ولو تقديرا إلى ما بعد الموت.<sup>2</sup>

وقد أجمع الفقهاء على إجازة الوصية قولاً وفعلاً، وجعلها سببا من أسباب الملكية، باعتبارها تصرف قانوني، فلا يتم إلا بإرادتين هما إرادة الموصي وإرادة الموصى له، كما أنها تتم بإرادة الموصي فقط و ترد برد الموصى له، عند الأحناف، لأن الوصية عندهم تمليك يقوم على الرضائية، على خلاف الإرث الذي يكون التمليك فيه جبرا على الوارث، وقد عرفت مدونة الأسرة الوصية في المادة 277 منها بأنها: "عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزمه بموته".

ويرجع السند الشرعي فيها إلى قوله تعالى: "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت، إن ترك خيرا، الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف، حقا على المتقين"، وقوله سبحانه: "من بعد وصية يوصي بها أو دين"، وأما من السنة فروى سعد بن أبي وقاص، قال: جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع، من وجع اشتد بي، فقلت: يا رسول الله، قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة، أفأصدق بثلاثي مالي؟ قال: "لا"، فقلت: فبالشطر يا رسول الله؟ قال: "لا"، قل: فبالثلث؟ قال: "الثلث والثلث كثير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس" وحديث: "إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم، بثلاث أموالكم، زيادة لكم في أعمالكم"، وكذلك حديث أب

<sup>1</sup>: وهبة الزحيلي، ج 8، م س، ص 8  
<sup>2</sup>: أحمد نصر الجندي، م س، ص 331.

عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " ما حق امرئ مسلم يبني بيتين، وله شيء يريد أن يوصي فيه، إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه"، (متفق عليهما).<sup>1</sup>

وإذا كان الأصل في الوصية أنها إرادية، ولا وصية بغير إرادة الموصي على ما عليه الجمهور فإن ثمة استثناء عرفته القوانين الوضعية تتجلى فيما يعرف بالوصية الواجبة،<sup>2</sup> وذلك مراعاة لمصلحة الحفدة الذين توفي أبوهم قبل جدهم سواء كانوا أولاد إبن أو أولاد بنت دون تمييز بينهم، حيث أفرد لهم الفقه وصية واجبة يستحقون بها نصيب ما يرثه أبوهم الهالك في جدهم أو جدتهم، على ألا يتجاوز هذا النصيب مقدار الثلث من التركة، وألا يكون أولئك الأحفاد وارثين لأصل مورثهم جدا كان أو جدة، أو أن يكون قد أعطاهم أثناء حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة، إما عن طريق الصدقة أو الهبة أو غيرهما من التبرعات.<sup>3</sup>

ويمكن اعتبار الوصية بمثابة ميراث يمكن أن يستفيد منه الولد غير الشرعي، من جهة أبيه إذا هو أراد أن يوصي لهذا الأخير بنصيب من تركته، بما أنه لا يرث منه شرعا لانقضاء سبب الإرث المتمثل في القرابة أو بالأحرى عدم شرعية هذه القرابة، وبالتالي يمكن للأب البيولوجي أن يوصي لولده غير الشرعي في حدود الثلث، ولا شيء يمنعه من ذلك حيث يستوي الولد مع الأغيار في علاقته مع والده، إلا أن ما يمكن ملاحظته على هذا النظام أنه أمر اختياري غير لازم للأب، كما أنه لا يوفي للولد غير الشرعي حقه كاملا في الإرث، بحيث تم حصره في الثلث، كما أن الوصية الواجبة لا تكون إلا للحفدة الشرعيين فلا يمكن أن يستفيد منها الحفيد غير الشرعي، إلا من جهة أمه، من هنا يتضح ضعف هذه الوسيلة البديلة في تعويض الأولاد غير الشرعيين في حقهم في الإرث الذي يستحقونه لو أنهم لم يوجدوا في هذه الوضعية.

<sup>1</sup>: سنن أبي داود، كتاب الوصايا، حديث 2116، ج3، ص 573.

<sup>2</sup>: عمرو لمزرع، الشعاع الفاضل في علم الفرائض فقها وعملا، الطبعة الثانية، بونير 2006، مطبعة أنفو- برانت، الليدو- فاس، ص 35.

<sup>3</sup>: عبد الغني سليم، الحماية المادية للطفل في مدونة الأسرة، ندوة مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحسيلة ولأفاق، سلسلة الندوات 2، طبعة 2008، ص 258.

وتجدر الإشارة إلى أن الولد غير الشرعي يرث في أمه بصفة شرعية وبكامل نصيبه في الإرث كما يرث في أقاربه من جهة أمه، فهو يرث إخوته وأخواته و كل أقاربه من جهة أمه، كما أنه يستفيد من الوصية الواجبة في جده وجدته من جهة أمه في حالة وفاتها قبلهما أو معهما، من ثم يتبين أن هذا الأخير إنما يرث نصف ما سيرثه لو أنه كان في وضعية شرعية، أي أنه بالمقارنة مع الولد الشرعي الذي يرث في أبيه وأمّه فإن الولد غير الشرعي يرث نصف ما يرثه الأول.

### الفقرة الثانية : الحدود القانونية للتنزيل منزلة الولد.

من بين المؤسسات التي أقرها الشارع الحكيم أيضا للأشخاص مجهولي النسب مؤسسة التنزيل ، أو ما يسمى أيضا بتبني الجراء، أو تبني الوصية، وتعني أن يقرر الشخص بتنزيل ابن ليس من صلبه منزلة ولده باعتباره في مرتبة ابنه من الصلب وتمتيعه بالحقوق التي يتمتع بها ابنه من الصلب في مجال الإرث، مع تغيير طفيف وهو جعل نصيبه من الإرث في حدود الثلث فقط حيث يعتبر وصية كسائر الوصايا لا تتجاوز الثلث إلا بموافقة الورثة.

وقد عرفت مدونة الأحوال الشخصية التنزيل من خلال الفصل 212 بما يعني أنه مؤسسة جديدة بأنه: "مسألة التنزيل أن يقول المنزل فلان وارث مع ولدي أو مع أولادي أو ألقوه بميراثي أو ورثوه في مالي أو يكون له ابن ابن قد مات أبوه فيقول ورثوه مكان أبيه وهي كسائر الوصايا لا تتجاوز الثلث إلا بالإجازة".

وقد أبقت مدونة الأسرة على هذا التعريف فنصت المادة 315 منها على أنه: "التنزيل إلحاق شخص غير وارث بوارث وإنزاله منزلته"، كما تنص المادة 316 من نفس المدونة على أنه: "ينعقد التنزيل بما تتعقد به الوصية مثل قول المنزل -كسرا- فلان وارث مع ولدي

أو مع عدد أولادي أو ألقوه بميراثي أو ورثوه في مالي أو يكون له ولد ابن أو ولد بنت فيقول ورثوه مع أولادي، وهو كالوصية تطبق عليه أحكامها ما عدا التفاضل.<sup>1</sup>

ومن الواضح أن التنزيل لا يعدو أن يكون وصية يترتب عنها الإرث من مال الهالك مع أولاده من الصلب كباقي الأشخاص الأجانب الموصى لهم وبالتالي فهذا لا يعني إقراراً من الهالك بهذا الولد، كما أن التنزيل لا يعني أن المنزل (بالفتح) يرث ما يرثه الولد الشرعي، بل يرث الثلث فقط أو أكثر من ذلك إذا أجازة الورثة، وبالتالي فهو لا يستفيد من نصيبه الحقيقي لو أنه تم إلحاقه بأبيه،<sup>2</sup> ومن هنا يمكن القول أن هذا النوع من التبني لا يحل المشكلة بالنسبة للولد غير الشرعي ما دام محروماً من الإرث الكامل والانتساب للمتبنى بالرغم من أنهم قد يوجدون في أسرة واحدة.

فالإسلام إذ أقر هذا النوع من التبني فمراعاة منه للطفل المحروم من أبويه أو المتخلى عنه قصد استفادته من هذا النظام الإسلامي في تحسين وضعيته المادية، من باب الإحسان والصدقة في نطاق أحكام الوصية، ولذلك نجده منع الانتساب عن طريقه إلى الهالك، لأنه يختلف عن التبني الحقيقي الذي حرّمته الشريعة، انطلاقاً من مبدأ عدم اختلاط الأنساب.

ومن تم فإن التنزيل مجرد عمل خيري ينم عن الإحسان ولا يعبر عن النسب ولا يغني عنه حيث يبقى المنزل (بالفتح) مجهول النسب، وهو ما أكدت عليه مدونة الأسرة في الفقرة الثانية من المادة 149 التي تنص على أنه: "تبني الجزاء أو التنزيل منزلة الولد لا يثبت به النسب وتجري عليه أحكام الوصية".

أما عن الرضاعة فقد عرفها ابن عرفة<sup>3</sup> بأنها: "وصول لبن ادمي لمحل مظنة غداء آخر"، ومعناه أن الرضاعة عبارة عن وصول لبن امرأة إلى جوف شخص آخر يكون ذلك اللبن غذائه لفترة معينة، والمقصود بها كمؤسسة بديلة قيام امرأة ما بعمل خيري بإرضاع

<sup>1</sup>: تنص المادة 315 من مدونة الأسرة على أنه: "التنزيل إلحاق شخص غير وارث بوارث وإنزاله منزلته".

<sup>2</sup>: مغنية رشدي، م س، ص 181.

<sup>3</sup>: ابن عرفة، ج 2، ص 503.

الوليد الذي عثر عليه أو متخلى عنه أو فقد والديه أو غير ذلك، دون أن يكون ابنها من صلبها.

والسند في الرضاعة قوله تعالى: "وأمهاتهم الآتي أرضعناكم وأخواتكم من الرضاعة"،<sup>1</sup> وقوله تعالى: "فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن"<sup>2</sup> والحديث الذي رواه علي ابن أبي طالب عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إن الله حرم من الرضاع ما حرم من النسب"<sup>3</sup>، ويدل مما سبق أن الرضاعة تنشئ التحريم في الزواج كما في النسب بحيث يعتبر المرضع (بالفتح) بمثابة ابن للرضعة يحرم عليه الزواج من بنتها لأنها أخته من الرضاعة ومن أختها لأنها خالته من الرضاعة بل أكثر من ذلك يعتبر زوج المرضعة أبا للرضع (بالفتح) من الرضاعة، ولا يشمل هذا التحريم إخوته الآخرين اللذين يجوز لهم الزواج من محارمه من الرضاعة لأنهم لم يرضعوا معه، لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: جاء عمي من الرضاعة يستأذن علي وأبيت أن أدن له حتى اسأل رسول الله عن ذلك، فجاء الرسول فسأله عن ذلك فقال: إنه عمك فأذني له فقالت: فقلت يا رسول الله إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فقال: إنه عمك فليج عليك قالت عائشة: وذلك بعدما ضرب علينا الحجاب".<sup>4</sup>

وقد نصت مدونة الأسرة على الرضاعة في المادة 38 على أنه: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة، يعد الطفل الرضيع خاصة، دون إخوته وأخواته ولدا للرضعة وزوجها".

من هنا يتضح أن مؤسسة الرضاعة ترتب فعلا أواصر متينة بين الطفل المرضع والأسرة المرضعة و المحتضنة، فهو يندمج في الأسرة فيصبح ابنا من الرضاعة للأم المرضعة وزوجها وأخا لأبنائها لا يحل التزاوج بينهما، غير أن هذه الروابط لا تنتج آثارها إلا في ما يخص الزواج بحيث تعد من الموانع المؤبدة للزواج من تم لا ينتج أية آثار فيما

<sup>1</sup>: سورة النساء، الآية 23.

<sup>2</sup>: سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>3</sup>: سنن أبي داود، كتاب النكاح، حديث 2055، ج3، ص 398.

<sup>4</sup>: الإمام مالك بن أنس، الموطأ، كتاب الرضاع، باب رضاعة الصغير، حديث رقم 1278، ص 297.

يخص النسب، فهو لا ينسب إلى المرضعة ولا إلى زوجها، وإنما يعتبر بمثابة ابن لهما فيما يخص موانع الزواج فقط.<sup>1</sup>

كما أن هذه الرضاعة محددة بمدة معينة، لا تتجاوز المدة التي يحتاج فيها الطفل للرضاعة وهي الحولين الأولين ابتداء من الولادة، لقوله تعالى: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة"<sup>2</sup>، وعند انتهائها يرجع الولد إلى أبويه الحقيقيين أو إلى المؤسسة الخيرية إذا لم يكن له أبوان، مما يعني هذه المؤسسة غير كافية لرعاية الولد غير الشرعي لأنها تزول بزوال أسبابها كما أنها لا ترتب الآثار التي يرتبها النسب ولا تتج عنها الحقوق الواجبة على الأبوين الحقيقيين.



<sup>1</sup>: مغنية رشدي، م س، ص 179 و 180.  
<sup>2</sup>: سورة البقرة، الآية 233.

## المبحث الثالث : محدودية الحماية الجنائية للولد غير الشرعي.

يعتبر البقاء على قيد الحياة أساس استمرارية الوجود الفعلي والقار للإنسان، فهو مقدمة أساسية وضرورية لحماية النفس البشرية من الاندثار والهلاك، إذ أن وجود النفس حية يعني وجود المحل الذي يكتسب الحق والالتزام بصونه والذود عنه ليستمر الكيان قائماً، باعتباره مدخلاً رئيسياً لجميع أنواع حقوق الإنسان الأخرى.

لذلك كان الإنسان محور النشاط القانوني، ومحل للحماية القانونية الجنائية والطفل أو الصبي أو الجنين هو باختصار "إنسان في طور النمو"، لذلك يحرص المشرع على هذه اللبنة المستقبلية ويحيطها بالحماية في تشريعاته المختلفة، ولقد تناولت حماية الطفولة في التشريع الجنائي مختلف مراحلها منذ نشأته جنيناً إلى حين بلوغه مرحلة الكمال والنمو التام، وذلك توافقاً مع ما نصت عليه المادة 6 من اتفاقية حقوق الطفل بالنسبة للحق في الحياة، التي توجب على الدول الاعتراف بأن لكل طفل حق في الحياة، وتكفل الدول الأطراف إلى أقصى حد ممكن بقاء الطفل ونموه.<sup>1</sup>

والولد غير الشرعي أحوج ما يكون إلى هذه الحماية باعتباره أكثر المستهدفين في حقه في الحياة وحمايته من كل الممارسات التي قد تمسه في سلامته البدنية والنفسية، بل في وجوده ككل بما أنه منبوذ اجتماعياً وثقافياً، وقد أحسن المشرع في عدم تمييزه بين الولد غير الشرعي والولد الشرعي، فقرر الحماية للطفل كيفما كانت طبيعته وهي حماية في حد ذاتها خولها المشرع للأطفال الناتجين عن العلاقات غير الشرعية، بحيث لم يفرق بينهم واعتبرهم إنساناً سوي يحتاج إلى الحماية، لكن بالرجوع إلى هذه المقتضيات الجنائية نجدها عاجزة و قاصرة على حماية الأطفال وإحاطتهم بسياسات متينة من المقتضيات الحمائية اللازمة، هذا القصور نلمسه قبل ولادة الطفل ابتداءً من كونه جنيناً في بطن أمه مروراً بولادته وكذلك بعد ولادته وهو ما سنتطرق إليه بنوع من التفصيل في المطلبين التاليين:

<sup>1</sup>: محمد شهبون، مدى تكريس مدونة الأسرة للاتفاقيات الدولية في الباب المتعلق بآثار الطلاق، مجلة الملف العدد الحادي عشر / أكتوبر 2007، ص 106.

## المطلب الأول: نكوس الحماية المخولة للطفل قبل الولادة.

لا شك أن الحماية التي منحها المشرع الجنائي للطفل يهيمن عليها نوع من الانتكاسة التي بين عليها الواقع العملي للطفولة، خاصة الطفولة المشردة التي تتشكل غالبيتها من أطفال وضعتهم الأقدار في وضعية أسماها المشرع الأسري غير الشرعية، وغياب هذه الحماية يكون أساسا في مرحلة خطيرة في وجودهم وتكوينهم أي في المرحلة الجنينية، من خلال جرائم الإجهاض و القتل و البيع والإهمال، هذا الواقع المنبثق من سياسة جنائية معيبة لا تحقق الأهداف المتمثلة في الردع والحماية المستهدفان من العقوبات الجنائية.

### الفقرة الأولى: الإجهاض بين الإباحة والتجريم.

يعتبر الإجهاض (Avortement) من أكثر المواضيع الشائكة التي أثارها القانون الجنائي المعاصر، فحضت باهتمام كبير من طرف الجميع، فهو من الناحية الاجتماعية يحقق ضررا مؤكدا في إنهاء حياة الجنين، أو إعدامه قبل أن تكتمل خلقته وينفصل عن جسم أمه، وإن لم ير النور بعد ولم يكتسب سائر حقوق الأحياء، فإن القضاء عليه مخالف للفطرة السليمة، فلا يمكن أن يكون من حق الأم أو الأب، أو غيرهما<sup>1</sup>.

وقد أجمع أئمة الفقه الإسلامي<sup>2</sup> على تحريم الإجهاض أيا كان الدافع إليه، على أن وجود القاعدة الفقهية التي تقضي بأن "الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف" قد تسمح بإمكانية الإجهاض بهدف انقاذ حياة الأم<sup>3</sup>، أما في التشريعات الجنائية المقارنة، فإن المبدأ

<sup>1</sup>: مفتاح محمد اقريط، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى 2004، ص207 و208.

<sup>2</sup>: في الديانة اليهودية لم يرد ذكر الإجهاض في التوراة، إلا في معرض إسقاط الجنين الحاصل بالتعدي على المرأة من الغير عن غير عمد، فيعاقب الفاعل بالغرامة التي يفرضها الزوج وتدفع أمام القضاء، أما إذا كان الفعل قد ارتكب عمدا فإن العقوبة تكون النفس بالنفس والعين بالعين والسن بالسن، حيث جاء في سفر الخروج: (...وإذا تخاصم رجال وصدموا امرأة حبلى فسقط ولدها ولم تحصل أذية، تعطى نفسا نفسا، عينا عينا، وسنا سنا بسن، ويذا بيد، ورجلا برجل وكيا بكى وجرح بجرح ورضا برضا).

وقد حرمت الديانة المسيحية الإجهاض وعاقبت على ارتكابه، انطلاقا من الفلسفة المسيحية التي ترى أن الزواج شر لا بد منه وخطيئته لا يبررها إلا النسل، وأن الجنين يجب أن يولد حيا ليعمد، فترتفع عنه هذه اللعنة الأبدية، وأن قتل الجنين يعتبر قتلا عمديا، لدرجة اعتباره أشد اجراما من قتل الطفل بعد ولادته وتعميده، لأن الجنين يفقد حياته الروحية بينما لا يفقد الطفل المعمد سوى حياته الجسدية. (عبد العزيز محمد حسن، المرجع

اللاحق). وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول إجهاض الحمل الناتج عن الاغتصاب فشكّلوا فريقين الأول يقول بالإجازة وفريق يحرم الإجهاض ولو كان الحمل ناتج عن الاغتصاب، حول هذا الاختلاف يمكن الرجوع إلى مؤلف الدكتور عبد الفتاح بهيج عبد الدايم علي العواري، جريمة اغتصاب الإناث والثار المترتبة عليها دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى 2010، ص 489 وما بعدها.

<sup>3</sup>: عبد العزيز محمد حسن، الحماية الجنائية للجنين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية القاهرة، ط 1418هـ/ 1998م، ص6.

العام هو العقاب على الإجهاض، استثناء التشريع الصيني بصورة خاصة الذي ذهب إلى حد إجبار الأم على الإجهاض في محاولة للحد من النمو الديموغرافي.<sup>1</sup>

ويميز الطب بين الإجهاض والولادة المبكرة، فالإجهاض هو طرد الجنين الذي يحصل داخل المائة والثمانين يوما الأولى من الحمل، وهنا قد يكون الإجهاض عفويا، أي طبيعيا، أو نتيجة حادث، أو على العكس قد يكون ماثرا، وفي هذه الحالة الثانية يمكن أن يكتسي مظهرا علاجيا أو مظهرا إجراميا إذا كان الهدف المتوخى منه آثم، أما الولادة المبكرة فتعرف طبيا بأنها طرد الجنين من رحم أمه بعد ستة أشهر من الحمل<sup>2</sup>، وهنا أيضا يميز بين ما إذا كان التوليد المبكر تلقائيا أو ماثرا، مع ملاحظة أنه من النادر جدا أن تتم عملية الولادة المبكرة لغايات إجرامية.

أما رجل القانون الجنائي فلا يتبنى هذا التمييز الطبي، وإنما يستعمل مفهوما واحدا هو الإجهاض، بحيث لا يراعي زمن الحمل الذي طرد فيه الجنين خارج رحم أمه، وهكذا فالإجهاض قانونيا هو مفهوم أكثر ضيقا ما دام لا يحدد سوى أفعال معاقب عليها جنائيا، وفي نفس الوقت هو مفهوم أكثر اتساعا مادام يشمل كل مدة الحمل، وعليه يمكن تعريف الإجهاض بأنه تلك الجريمة التي تمكن في أفعال آثمة مرتكبة بغرض الطرد المصطنع لثمرة الحمل.<sup>3</sup>

وبما المشرع لم يعرف الإجهاض فقد أخذ شراح القانون المبادرة في محاولة منهم لوضع تعريف للإجهاض، هذا الاهتمام نتج عنه عدة تعريفات تتلخص في كون الإجهاض عملية تهدف إلى إسقاط الجنين بوسائل مختلفة قبل ميعاد ولادته الطبيعية، بشكل عمدي أو عفوي.

ونظرا لما لجريمة الإجهاض من مخاطر تهدد الجنين وأمه ومجتمعه، جرم المشرع الجنائي الإجهاض في الفصلين 449 و454 من القانون الجنائي المغربي، حيث

<sup>1</sup>: مبارك السعيد بن القايد، القانون الجنائي الخاص، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى الرباط 2000، ص 176.

<sup>2</sup>: هلالى عبد الله أحمد، الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 1989، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 80.

<sup>3</sup>: مبارك السعيد بن القايد، م س، ص 175.

نص الفصل 449 على أنه: "من أجهض أو حاول إجهاض امرأة حبلى أو يظن أنها كذلك، برضاها أو بدونه سواء كان ذلك بواسطة طعام أو شراب أو عقاقير أو تحايل أو عنف أو أية وسيلة أخرى، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و غرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم، وإذا نتج عن ذلك موتها، فعقوبته السجن من عشر إلى عشرين سنة".

وجاء في الفصل 454 منه بأنه: "تعاقب... كل امرأة أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو قبلت أن يجهضها غيرها أو رضيت باستعمال ما رشدت إليه أو ما أعطي لها لهذا الغرض".

يتبين من خلال الفصول المنظمة لجريمة الإجهاض، أنه لقيام هذه الجريمة لابد من توفر ثلاث أركان، تتمثل في وجود حمل الذي هو محل للجريمة، وركن مادي يتمثل في النشاط الإجرامي، وكذا ركن معنوي يشكل القصد الجنائي للفاعل.

وبما أن الإجهاض من الجرائم الشكلية لأنها حدث مجرد لا يمكن نعتة بالضرر لعدم وقوعه على من يعتبر كائنا حيا، فالحدث واقع على جنين لم يخرج بعد إلى الوجود، ويعتبر نواة إنسان لم يصبح بعد إنسانا، وهو ما يستدعي بداهة وجود حمل يكون محلا لفعل الإسقاط، بحيث إذا غاب الحمل كمحل لجريمة الإجهاض فإن هذه الأخيرة لا تقوم، إلى أن هذا الغياب لا يعني انتفاء الجريمة مطلقا، لأن المشرع الجنائي المغربي يعاقب على الإجهاض سواء كان الحمل فعليا أو افتراضيا، إذ تقع بهما جريمة معا بمجرد اعتقاد الجاني بوجود ذلك الحمل (الفصل 449).<sup>1</sup>

بالإضافة إلى أن هذه الجريمة تستدعي استعمال وسائل من شأنها توقيف الحمل و إحداث الإجهاض، غير أنه لا يعتد بنوع الوسيلة المستعملة التي استخدمها الجاني في ممارسة نشاطه الإجرامي، فمقتضيات القانون الجنائي المغربي أسوة بالمشرع الفرنسي والمصري جاءت عامة، حيث تنصرف عبارة "...أو أي وسيلة أخرى" المنصوص عليها في الفصل 449 منه إلى كافة الوسائل طالما أن الوسيلة صالحة لإحداث النتيجة متى كانت

<sup>1</sup>: عبد السلام النغموش، م س، ص 34.

متجهة إلى الإجهاض،<sup>1</sup> وهذا يعني أن أي وسيلة هي محظورة مادامت قد تسبب إجهاضا، كما أن هذه الوسيلة قد تكون ذات طبيعة كيميائية أو معدنية أو ميكانيكية مباشرة عن طريق قتل البويضة أو المضغة أو الجنين والتسبب في إبعاده خارج الرحم،<sup>2</sup> على أن يكون الهدف من استعمال تلك الوسيلة هو توقيف الحمل، ولا يهم أن يكون الجنين المطرود من الرحم حيا أو ميتا، قابلا للحياة أم لا، وهو ما يستوجب معه وجود قصد جنائي لأن الإجهاض جريمة عمدية فيلزم تبعا لذلك توافر الإسناد المعنوي لدى الجاني، وقوام هذا القصد هو العلم والإرادة، وبالتالي إذا حصل الإجهاض نتيجة خطأ فلا عقاب عليه.<sup>3</sup>

وقد عاقب المشرع الجنائي المغربي على جريمة الإجهاض بعقوبات مختلفة حسب وصفها وصورها المحددة في الفصول من 449 إلى 458 من مجموعة القانون الجنائي، فنص الفصل 449 منه على أنه: "من أجهض أو حاول إجهاض امرأة حبلى أو يظن أنها كذلك برضاها أو بدونه سواء كان ذلك بواسطة طعام أو ...، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات..." وقد قرر المشرع في هذا الفصل العقوبة الجنحية في الصورة المبسطة للإجهاض، وهي الحالة التي يعمد فيها الغير إلى ارتكاب الجريمة على المرأة، وهي السجن من سنة إلى خمس سنوات، و الحبس من ستة أشهر إلى سنتين بالنسبة للمرأة التي تعمدت إجهاض نفسها، كما عاقب المحرض على الإجهاض حتى ولو لم يرتب أثره، بالحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة من مائتي درهم إلى ألفي أو بإحداهما وتطبق نفس العقوبة على كل من باع أو وزع أدوية أو مواد أو أجهزة أو أشياء كيفما كان نوعها أو عرضها للبيع أو للتوزيع بأي طريقة كانت مع علمه بأنها معدة للإجهاض حتى ولو كانت هذه الوسائل غير قادرة عمليا على تحقيقه.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>: عبد السلام النغموش، م س، ص 36.

<sup>2</sup>: مبارك السعيد بن القايد، م س، ص 177 و 178.

<sup>3</sup>: نور الدين العمراني، شرح القسم الخاص من القانون الجنائي، مطبعة سجلاسة مكناس، الطبعة 2010، ص 210.

<sup>4</sup>: مبارك السعيد بن القايد، م س، ص 179.

على أن هناك ظروفًا مشددة تغير وصف الجريمة من جنحة وترفعها إلى مصاف الجنايات، وهي السجن من عشر سنوات إلى عشرين إذا نتج عنه موت المرأة الحامل، أو السجن من خمس سنوات إلى عشرة إذا كان الجاني معتادًا على ممارسة الإجهاض، وفي حالة الاعتياد الذي ينجم عنه موت الحامل، فإن العقوبة تصبح هي السجن من عشرين إلى ثلاثين<sup>1</sup>.

وكذلك نجد أن التشريعات الجزائية في كثير من الدول قد عاقبت مرتكب هذه الجريمة، وشددت العقوبة إذا كان مرتكب الفعل طبيبًا، فمثلاً نجد المواد (321 و 322 و 323) من قانون العقوبات الأردني تمنع الإجهاض وتعاقب مرتكبه مهما كانت صفته، كما نجد أن التشريع المصري في المادة 263 عاقب الأطباء على ارتكابهم الإجهاض بقوله: "إذا كان المسقط طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة يحكم عليه بالأشغال الشاقة المؤقتة"<sup>2</sup>.

إلا أن هذه العقوبات لا تطبق بحيث وردت استثناءات على المبدأ في بعض الحالات نص عليها الفصل 453 من القانون الجنائي، فيصبح الإجهاض فيها مباحاً لا يعاقب عليه، وهما حالتان:

**الحالة الأولى:** إذا كانت حياة الأم في خطر،<sup>3</sup> وارتأى الطبيب أن إجهاضها يساعد على إنقاذها، ويمكن للطبيب هنا أن يقوم بذلك تلقائياً دون إذن أو موافقة الزوج، وكل ما يتطلبه القانون هو إشعار الطبيب الرئيس للعمالة أو الإقليم، بأي وسيلة، سواء قبل أو بعد عملية الإجهاض.

**الحالة الثانية:** إذا استوجبت ضرورة المحافظة على صحة الأم، وهنا إذا وافق الزوج باشر الطبيب الإجهاض دون أي إجراء آخر، ولا يهم أن تكون الموافقة شفهية أو كتابية، وذلك لزيادة تسهيل الإجهاض وتبسيط إجراءاته، أما إذا كان الزوج غائباً أو امتنع عن الموافقة،

<sup>1</sup>: الفصول 449 و 450 و 451 من القانون الجنائي.

<sup>2</sup>: منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، الطبعة الأولى، الرياض، 1425هـ/2004م، ص 94.

<sup>3</sup>: محمود إبراهيم محمد مرسي، نطاق الحماية الجنائية للمينوس من شفتهم والمشوهين خلقياً في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة 2009، ص 639.

فإن الطبيب لا يقوم بالإجهاض إلا إذا حصل على شهادة مكتوبة من الطبيب الرئيس للعمالقة أو الإقليم يصرح فيها بأن صحة الأم تتطلب الإجهاض.<sup>1</sup>

وإذا كان الإجهاض المسموح به يستند إلى حالة الضرورة كفعل مبرر للجريمة حينما يكون هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة الأم من الخطر أمرا مقبولا، فإنه بالمقابل لم يستسغ البعض الإجهاض المسموح به قانونا لمجرد أنه استلزمته ضرورة المحافظة على صحة الأم، مما يعني أن الإباحة لم تعد تستند إلى حالة الضرورة كما هي متعارف عليها تقليديا، فحالة الضرورة لا تقوم قانونيا إلا إذا كانت المصلحة الواجب المحافظة عليها أكثر قيمة وأهمية من المصلحة المضحية بها أو على الأقل مساوية لها، وهو ما قد لا يتحقق في الحالة السابقة،<sup>2</sup> كما أن المشرع لم يحدد طبيعة هذا الخطر ولا آثاره مما يعطي للطبيب سلطة تقديرية واسعة في غياب نص تشريعي يسمح بمراقبته، لدرجة أنه يصبح معها الإجهاض مباحا من الناحية العملية، أو كوسيلة للإفلات من العقاب، مادام أنه من الثابت أن الحمل في جميع الأحوال يؤثر على صحة الأم.<sup>3</sup>

إلا أن الملاحظ من خلال الفصل 453 من القانون الجنائي، أنه اشترط موافقة الزوج في القيام بالإجهاض، مع العلم أن الإجهاض في الغالب الأعم ما تلجا إليه غير المتزوجات من الحوامل فكيف يشترط المشرع على غير المتزوجة موافقة الزوج أو الحصول على إذنه في حين أنه غير موجود حقيقة؟

ولعل المشرع يخاطب من خلال هذا الشرط المتزوجات من الحوامل، ذلك أنه إذا استدعت الضرورة إجهاض المرأة غير المتزوجة حسب الحالات المنصوص عليها في الفصل 453 فإن الطبيب غير ملزم بهذا الشرط، مادامت الحامل لا تتصف بالزوجية، ولأنه من شأن ذلك أيضا أن يحول دون وفاتها، والقول بعكس ذلك يعني الدفع بالحامل إلى الهلاك لسبب فراغ تشريعي لم يراعي تلك الوضعية.

<sup>1</sup>: مبارك السعيد بن القايد، م س، ص 180 و 181.

<sup>2</sup>: نفس المرجع، ص 180.

<sup>3</sup>: عبد السلام النغموش، م س، ص 60.

لكن بالرجوع إلى الفصل (454 ق.ج) نجده ينص على تمتيع الأم التي أجهضت نفسها عمداً أو حاولت ذلك أو قبلت أن يجهضها غيرها أو رضيت باستعمال ما رشدت إليه، أو ما أعطي لها لهذا الغرض بعذر مخفف للعقوبة.<sup>1</sup>

وهو ما يدعونا بأنه يجب إلغاء هذا العذر المخفف للعقوبة، لأنه مهما كان المبرر الذي دفع المرأة لارتكاب الإجهاض، فإنه لن يصل إلى جسامته وخطورة الجرم المرتكب في حق الحياة البشرية، لأن مجرد وجود الجنين في بطن أمه يكون قد نال حرمة يعتبر قتله، قتلًا للنفس البشرية ويدخل في حكم الآية الكريمة "من قتل نفساً بغير حق أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً".<sup>2</sup>

ومادام الإجهاض من الناحية الواقعية يقع على الحمل الناتج عن علاقات غير شرعية، لأسباب متعددة اجتماعية وثقافية واقتصادية... إلخ، وهو ما يستتف من عدة أحكام قضائية، حيث جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بالرباط أنه: "حيث يتبين من وقائع القضية... إذ اعترفت بالعلاقة الجنسية مع الشخص الذي افتض بكارتها..."<sup>3</sup>، ولأن الحامل المتزوجة نادراً ما تلجأ إلى الإجهاض إلا إذا دفعتها أسباب أخرى كأن يكون الجنين مشوهاً خلقياً، فكان الولد غير الشرعي محلاً لهذه الجريمة الشنيعة التي تسلبه حياته في بداية نشأته، هذا الواقع ما هو إلا نتيجة للعقوبات المخففة على جريمة الإجهاض وللصياغة المعيبة التي جاء بها الفصل 453 من القانون الجنائي، التي تشكل مخرجاً للأطباء لإجراء عمليات الإجهاض بدعوى المحافظة على صحة الأم، وبالتالي فإنه لا بد من تشديد العقوبة على كل من تجرأ على التعدي على حرمة الجنين وحياته، لأن حرمة الكائن في بداية نشأته لا تستوي مع حرمة بعد ولادته فهو أحوج ما يكون إلى الحماية قبل ولادته، فكيف يسوغ أن يعاقب البريء الذي لم يأتي أي ذنب.

<sup>1</sup>: محمد عزوزي، الحماية الجنائية للطفل ضحية سوء المعاملة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ظهر-المهراز، فاس، السنة الجامعية 2005-2006، ص 19 و 20.

<sup>2</sup>: سورة المائدة الآية: 32.

<sup>3</sup>: حكم المحكمة الابتدائية بالرباط، عدد 3967 بتاريخ 2010/07/23، ملف جنحي رقم 22-947-010، أشار إليه عبد السلام النغموش، م س، ص 51.

لكن من ناحية أخرى نجد المشرع المغربي متشددا بالمقارنة مع التشريعات الأخرى، كالتشريع الفرنسي الذي سمح بالإجهاض في حالات أخرى غير الحالة العلاجية، من قبيل الإجهاض الممارس لتحسين النسل، والإجهاض الاجتماعي، وكذلك المشرع التونسي الذي توسع في إجازة الإجهاض حيث نص الفصل 214 من المجلة الجنائية التونسية، على إمكانية إبطال الحمل خلال الثلاث أشهر إذا خشي من انهيار صحة الأم أو توازنها العصبي أو كان يتوقع أن يصاب الوليد بمرض أو آفة خطيرة.

### الفقرة الثانية: عجز السياسة الجنائية في حماية الولد غير الشرعي.

نظرا للأهمية القصوى للنسل والنسب فإن المشرع منع كل علاقة جنسية خارج الزواج الشرعي ولا يسمح بالتوالد إلا في إطار الزواج ويعاقب كل التصرفات التي تمس بالأسرة، ولعل هاجس حماية النسب والانشغال الكبير للمشرع به جعله يولي أهمية كبرى لجنس المرأة لحماية ولادتها في الإطار الشرعي لضمان الأنساب وحفظها، ولذلك عاقب على الزنا وهي أهم جريمة تقف ضد الأخلاق واستقرار الزواج و الأنساب،<sup>1</sup> ففرض الفصل 490 من ق.ج.م. المغربي بالسجن من شهر إلى سنة عن جريمة الفساد وهي كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة الزوجية، وقد حدد الفصل 493 من ق.ج.م. وسائل إثبات كل من الفساد والخيانة الزوجية في محضر التلبس أو الاعتراف، وهو ما يحول دون اكتشاف هذه الحالات ويساعد على ممارستها بحرية دون رقيب ولا حسيب، مما يزيد من حدة وقوع الحمل وبالتالي أولاد غير شرعيين، مع العلم أن الطرفين ليس من مصلحتهما الإفصاح عن هذه الأفعال، وذلك راجع حسب بعض الفقه<sup>2</sup> إلى رغبة المشرع من حماية الأشخاص من الاتهام الكاذب، وعدم تدنيس نسب الأولاد بجريمة الزنا.

<sup>1</sup>: أحمد أجوييد، جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، 1985-1986، ص 54.

<sup>2</sup>: Khadija Mosleh, La procréation Naturelle au Maroc, mémoire du D.E.S en sciences juridiques, Faculté des sciences juridiques économiques et sociales de Rabat Agdal, 1992-1993, p 123.

وقد عاقب أيضا المشرع الجنائي على اختطاف المرأة المتزوجة، مما قد ينتج عن هذا الاختطاف من اغتصاب أو هتك عرض يؤدي إلى حمل هذه الأخيرة بولد المختطف، وذلك طبعاً بدافع حماية الولادة في الإطار الشرعي، وقد شدد العقوبة في الفصل 475 من ق.ج.م.غ. إذا وقع هذا الفعل على فتاة قاصرة لما له من آثار سلبية على هذه الأخيرة.<sup>1</sup> مع العلم أنه كان يكفي للمختطف أن يتزوج من المختطفة ليدراً عنه العقوبة، قبل أن يقع تعديل هذا الفصل وإلغاء الفقرة الأخيرة منه التي كانت تنص على هذه الإمكانية.

كما عاقب الفصل 486 من ق.ج.م.غ. على الاغتصاب الذي من شأنه بدوره أن يؤدي إلى الولادة، وضاعف العقوبة متى كانت الضحية قاصرة أو نتج عن ذلك افتضاض، وذلك لهدف الحيلولة دون تحول القاصرة من طفلة تحتاج إلى العناية إلى أم عازبة غالباً ما تتخلى عن مولودها.

وفي نفس السياق عاقب الفصل 498 كل من توسط أو استخدم الأشخاص في البغاء والدعارة، وتضاعف العقوبة إذا كانت الجريمة في حق قاصرة دون الثامنة عشرة سنة أو استعمل الإكراه في ذلك، ولخطورة الأمر اعتبر الفصل 497 من ق.ج.م.غ. المحرض فاعلاً أصلياً في جريمة التحريض على الفجور أو الدعارة وليس شريكاً فيها،<sup>2</sup> ومن علل هذه الجريمة أنها قد تؤدي إلى أولاد غير شرعيين مهملين، فالطفل الناشئ عن الدعارة رغم اعتراف الأم به والعناية به لن يكون له الحق في الانتساب للأب ولا في الحياة الكريمة وبالتالي يصبح مجهول الأب.<sup>3</sup>

يتضح من القراءة الأولى لهذه النصوص أن المشرع حال دون تفشي ظاهرة الأولاد غير الشرعيين أو على الأقل حاول ذلك، لكن بإعادة القراءة يتأكد بأن هذه النصوص تشوبها عدة نواقص تؤثر على الحماية التي خولها المشرع لهؤلاء الأطفال، كما ينقصها البعد

<sup>1</sup>: وينص الفصل 475 من ق.ج.م.غ. على أن "من اختطف أو غرر بقاصر تقل سنه عن 18 سنة بدون استعمال عنف ولا تهديد ولا تدليس أو حاول ذلك، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم."

<sup>2</sup>: أحمد الخمليشي، القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، مطبع المعارف الرباط، الطبعة الثانية 1985، ص 179.

<sup>3</sup>: مغنية رشيد، م س، ص 169.

الواقعي في التعامل مع هذه الجرائم، ولا أدل على ذلك تفشي وكثرة الأولاد غير الشرعيين وظاهرة الأمهات العازبات، فالعقوبات المقررة فيها لا تحقق الردع المطلوب خاصة في الحالات العادية لهذه الجرائم والتي تشكل المصدر الرئيسي لهذه الولادات إذا ما علمنا أن جريمة الفساد و الدعارة المنبع الرئيسي للولادات غير الشرعية، سواء من حيث العقوبات ولا من حيث إجراءات إثبات هذه الجرائم وعليه لا بد من تشديد هذه العقوبات لتوازي الأضرار الناشئة عنها.

وفي نفس الاتجاه نجد المشرع قد شدد العقوبة في بعض الحالات مثل وقوع هذه الجرائم على القاصر و عند الافتضاض والإكراه ولا نجد من بينها حالة واحدة تقضي بتشديد العقوبة في حالة حصول الحمل و لا حديث للمشرع عن المسؤولية في هذه الحالة، الشيء الذي يدعونا للقول بأن المشرع غابت عنه الرؤية الإستراتيجية لحماية الأولاد الناتجين عن هذه الجرائم، فوجه اهتمامه إلى المرأة التي وقع عليها الفعل دون الولد الذي نتج عن هذا الفعل، كما أن هؤلاء الأطفال والذي يلقي بهم في الشارع لا يجب أن يؤذوا لوحدهم ثمن استثناء الرذيلة و اللامسؤولية في المجتمع، بل لا بد من إنصافهم عن طريق خلق جدار منيع من الحماية والرعاية الجنائية، وتوفير ضمانات واسعة للبقاء خاصة عند الولادة في مرحلة يكون أحوال فيها إلى الحماية من غيرها.

### **المطلب الثاني: نقص الحماية المقررة للوليد بعد الولادة.**

أسوة بالمشرع الوضعي المقارن كفل المشرع المغربي حق الإنسان في الحياة وعاقب على جريمة القتل العمد في صورتها البسيطة بالسجن المؤبد، أو بالإعدام في حالة اقترانها بظرف من ظروف التشديد، وبما أن وقع الجريمة على المجتمع يختلف فهي لا تثير درجة واحدة من الاستهجان، وانطلاقا منه فقد تضمن القانون الجنائي المغربي في حالات محددة من القتل العمد النص على عدد من الظروف المشدد والمخففة يترتب على توافر أحد شروط تطبيقها تقرير إما عقوبة أخف أو تشديد العقوبة، وتفايدا منه للوصول لهذه الجريمة انطلاقا

من مقولة الوقاية خير من العلاج، نص على مقتضيات كفيلة للحد من وقوع هذه الجريمة خصوصا في حق الأطفال حديثي الولادة.

### الفقرة الأولى: تجريم قتل المواليد المبدأ والاستثناء.

الواقع أن جريمة قتل الطفل الوليد Infanticide من أشد الجرائم ارتباطا بأوضاع المجتمعات، سواء من جهة العادات والمعتقدات السائدة، أو من جهة القوانين السارية، وقد اتجهت التشريعات في العقاب على هذه الجريمة مشارب مختلفة، بين اعتبار وقوع القتل على طفل حديث العهد جريمة مستقلة و من اكتفى بمقتضيات القتل العمد في سORTE البسيطة أو المشددة، وما لصفة الفاعل من اعتبار في تشديد العقوبة أو تخفيفها.

وأمام هذا الاختلاف البين في حالات جرائم القتل، لم يجد المشرع الجنائي المغربي بدا من تنويع الجزاءات المستحقة وفق ما يقتضيه مبدأ تفريد العقاب<sup>1</sup>. كما هو الشأن في حالة قتل الأم لطفلها الوليد التي تعتبر من الحوادث النادرة، ذلك أن عاطفة الأمومة تغطي على النساء بصفة عامة فمن النادر أن تتجرأ أم على قتل وليدها، إلا إذا قام لديها سبب أدى بها إلى الإقدام على قتل وليدها<sup>2</sup>.

من ثم فإن تشديد العقوبة أو تخفيفها يختلف حسب اختلاف الزاوية المنطلق منها، فإذا نظر إليه من زاوية الطفولة البريئة والمستضعفة وجب تشديد العقاب على الجاني واعتبار جريمته قتلا عمديا مشددا، وإذا نظر إليه من زاوية الأم الخاطئة والتي تلجئها الظروف إلى التخلص من نتاج خطيئتها قصد تجنيبها وطفلها سيئ الحظ مغبة الشقاء المحتم وإخفاءها للعار وحفاظا على الشرف عد الفعل قتلا عمدا مخففا<sup>3</sup>.

ومراعاة للاعتبارين السابقين لم يجد المشرع المغربي بدا من التنصيص في المادة 397 على تشديد عقوبة قتل الوليد كلما اقترفه شخص غير الأم، وعلى تقرير عذر مخفف إذا

<sup>1</sup>: عبد الحفيظ بلقاضي، جريمة قتل الأم لطفلها الوليد، مجلة المحاكم ع 88-89 س 2001 ص:74.

<sup>2</sup>: أحمد أجوييد، الموجز في شرح القانون الجنائي الخاص، مرجع سابق، ص:27.

<sup>3</sup>: عبد الحفيظ بلقاضي، م س، ص 76 و 77.

كانت الأم هي المساهمة في الجريمة بصورة أصلية أو تبعية حيث جاء فيه: "من قتل عمدا طفلا وليدا يعاقب بالعقوبات المقررة في الفصلين 392 و 393 على حسب الأحوال المفصلة فيهما.

إلا أن الأم، سواء كانت فاعلة أصلية أو مشاركة في قتل وليدها، تعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر، ولا يطبق هذا النص على مشاركيها ولا على المساهمين معها".

وهو نفسه التوجه لبعض السياسات الجنائية الحديثة بشأن قتل الأم لوليدها، الذي قرر العذر المخفف اعتبارا لباعث محدد وراء إقدام الأم على هذا الفعل قوامه انتقاء العار والتستر على الفضيحة بسبب الحمل الناتج عن علاقة غير مشروعة، وقد ذهبت بعض التشريعات المقارنة إلى الأخذ بهذا العذر فخففت عقوبة الأم التي تقتل وليدها، كما هو الشأن بالنسبة للفصل 551 من قانون العقوبات اللبناني وقانون الجزاء الكويتي (م159) وقانون العقوبات العراقي (م407) وجانب من الدول الغربية كقانون العقوبات الإيطالي (م578)، والقانون السوري الذي ينص في المادة 537 منه على أنه: "تعاقب بالاعتقال المؤقت الوالدة التي تقدم على انتقاء العار، على قتل وليدها الذي حبلت به سفاحا".<sup>1</sup>

وتخفيف العقوبة حسب هذا الاتجاه يجد أساسه في اعتبارات معينة مؤداها الحرج الاجتماعي البالغ والشقاء النفسي المرير اللذان تقع فيهما الأم التي تضع وليدها وضعا غير شرعي مما يدفعها إلى التخلص منه تحريرا لنفسها من الشعور بالخطيئة.

أما التوجه الثاني فهو يقضي بتشديد العقوبة لما تولده هذه الجريمة من سخط واستنكار اتجاه من لا يتردد في القضاء على حياة كائن ضعيف ومجرد تماما من وسائل الدفاع عن نفسه، مما يتحمل المجتمع معه واجب القيام بتوفير أسباب الحماية والرعاية الخاصة، لا أن يكون هذا المجتمع بنظرته السلبية إلى هذا الكائن الضعيف سببا في وقوع الجرم، بحيث لم يتعرض مؤيدو هذا الاتجاه على حكم خاص لقتل الطفل حديث الولادة، سواء كان من الأم

<sup>1</sup>: عبد الحفيظ بلقاضي، م س، ص 80، ونور الدين العمراني، م س، ص 153.

أيا كان غرضها من القتل أو سواء كان من الأب أو ذوي الأم لو كان اتقاء للعار، وهو موقف المشرع المصري.<sup>1</sup>

لكن السند الذي استدل به الاتجاه الأول لا يصمد كثيرا، لأنه إذا سلمنا بأن الأم أقدمت على فعل القتل بدعوى الخوف من العار والتستر على الفضيحة، ألم يكن من المفروض تمتيع الأقارب من الأب والأم والإخوة الذين شملهم العار والفضيحة؟ ثم إن الحق في الحياة لا يمكن أن يوزن بمقيار الشرف والعار والحسب والنسب فهو حق خالص كفله الشرع والقانون ويدخل في قوله تعالى: "ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق"<sup>2</sup> وبالتالي لا يجوز التصرف في هذا الحق سواء من الأم أو من غيرها، وإلا فإن الحق في الحياة سيخضع لمعايير معينة ومختلفة حسب توجه التشريعات المختلفة، فيجوز القتل آنذاك لأسباب واهية، كما أنه لا يعقل أن يتم تجنب خطيئة بخطيئة أعظم فالولادة غير الشرعية لا يمكن مقارنتها بالقتل فهو أعظم إثما وأكثر جلبا للعار والفضيحة.

لكن هل هذا العذر يخص الولد غير الشرعي فقط أم أنه يشمل جميع المواليد؟ بالرجوع إلى التوجه الذي سار عليه المشرع المغربي أسوة بالمشرع الفرنسي لا يشترط لقيام جريمة قتل الوليد سوى نية إزهاق الروح دونما تطلب لذلك القصد الجنائي الخاص الذي قوامه ارتكاب الجريمة بغرض التستر على الفضيحة، وبناءا على ذلك، تتمتع الأم بالعذر المخفف، في ظل القانون المغربي حتى في حالة قتل وليدها الشرعي، وإن كان هذا مستبعد الحدوث إلا في حالات نادرة كولادة الطفل مشوها أو رغبة الأم في قطع علاقتها نهائيا بزوجها السابق.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>: محمد عزوزي، م س، ص 23.

<sup>2</sup>: سورة الأنعام، الآية 151.

<sup>3</sup>: أحمد الخليلي، م س، ص 68، نور الدين العمراني، م س، ص 155.

## الفقرة الثانية : ضعف الرادع الجنائي في الجرائم المرتكبة ضد الأطفال.

هناك عدة أفعال إجرامية من شأنها أن تحول دون التعرف على هوية الطفل أو تكون سببا لتغيير هويته الحقيقية مما يسفر عن أضرار جد خطيرة في مقدمتها اختفاء النسب وما يترتب عنه من آثار لا تخفى عواقبها وقد يتم تغيير نسب طفل بعدة وسائل كالتزوير في الأوراق الرسمية المتعلقة بالهوية، أو عن طريق الإدلاء ببيانات أو شهادات أو معلومات غير صحيحة، والفصل 470 من ق.ج.م. الذي يتضمن عدة صور لظروف يتم من خلالها الحيلولة دون التعرف على هوية الطفل.

وينص الفصل 470 من ق.ج.م. على أنه : " من تعمد في ظروف من شأنها أن تعوق التعرف على الهوية، نقل طفل أو إخفائه أو تغييره أو استبداله بطفل آخر أو تقديمه ماديا على أنه ولد لامرأة لم تلده يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات".

وفي نفس الاتجاه يعاقب الفصل 466 من ق.ج.م. بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من مائتين إلى خمس آلاف درهم من حرص الأبوين أو أحدهما على التخلي عن طفلها الوليد أو الذي سيولد أو لتبنيه بقصد الحصول على فائدة لأن في هذه الأفعال تضليل لهوية الطفل، فإما يقع خلط في الأنساب حينما يحرم الطفل من نسبه الحقيقي عن طريق التبني، أو أنه يصبح مجهول الأبوين بالتخلي عنه بالمرّة إما بمقابل أو بدونه، وهو تقريبا نفس السياق الذي يسير فيه الفصل 467 حيث يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من مائتين إلى خمس آلاف درهم من حمل الوالدين أو أحدهما على التعهد في عقد بالتخلي عن طفل سيولد لهما أو حاول ذلك، وكذا من أحرز مثل هذا العقد أو استعمله أو حاول استعماله، ولخطورة الفعل سوى المشرع بين ارتكاب الفعل ومحاولة ذلك.<sup>1</sup>

من ذلك أيضا الفصل 459 الذي يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات كل من عرض أو ترك طفلا في مكان خال من الناس أو حمل غيره على ذلك، وترفع العقوبة إلى

<sup>1</sup>: مغنية رشدي، م س، ص 167.

الحبس من سنتين إلى خمس سنوات متى كان الفاعل أحد أصول الطفل ا احد الأشخاص الذين لهم سلطة عليه أو المكلفين برعايته، في حين تخفض العقوبة متى كان الترك في مكان خال من الناس في الحالة الأولى إلى الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وفي الحالة الثانية من ستة أشهر إلى سنتين ( الفصل 462).

كما يعاقب الفصل 465 من ق.ج من شهر إلى ستة أشهر بغرامة من مائتين إلى ألفي درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط من حمل إلى مؤسسة خيرية طفلا يقل عمره عن سبع سنوات كاملة كان قد عهد إليه للعناية أو لأي سبب آخر، ويدخل في هذا الإطار بالطبع حديثي الولادة الشيء الذي يعني حماية نسبهم وهويتهم.

وفي نفس الاتجاه يعاقب الفصل 482 أحد الأبوين إذا تسبب في إلحاق ضرر بالغ بأطفاله أو بواحد أو أكثر منهم وذلك نتيجة سوء المعاملة أو إعطاء القدوة السيئة في السكر أو سوء السلوك أو عدم العناية أو التقصير في الإشراف الضروري من ناحية الصحة أو الأمن أو الأخلاق، ويدخل في مضمون عدم العناية أو التقصير في الإشراف المؤدي للضرر، التخلي عن الوليد، وهو ما يعني المساس بحقه في النسب.

بالإضافة إلى ذلك عاقب المشرع الجنائي على عدم التصريح بالازدياد في الأجل القانوني، حيث ينص الفصل 468 من ق.ج على أنه: "الأب وعند عدم وجوده الطبيب أو الجراح أو ملاحظة الصحة أو الحكمة أو المولود أو القابلة أو أي شخص حضر الولادة أو وقعت بمحله يعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين وبغرامة لا تقل عن مائتين درهم إذا لم يقم بالتصريح بالازدياد في الأجل القانوني وذلك في الحالات التي يكون فيه التصريح واجبا"، الذي تم نسخه بالمادة 31 من قانون 37/99 المتعلق بالحالة المدنية التي تقضي بأنه: "يعاقب بغرامة مالية من 300 إلى 1200 درهم كل من وجب عليه التصريح بولادة أو وفاة طبقا لأحكام المادة 16 والمادة 24 ولم يقم بهذا الإجراء داخل الأجل القانوني"، ولعل هذه المادة أكثر حماية لنسب الطفل من الفصل 468 من ق.ج لأنها جعلت الأم من الأشخاص

المسؤولين عن التصريح بالازدياد وفي مرتبة مساوية للأب حيث ستطبق عليها نفس العقوبة خلافاً للفصل 468 من ق.ج، لأن إعفاء الأم من المتابعة زجريا قد يدفعها إلى ترك هذا المولود خصوصاً متى كان من سفاح،<sup>1</sup> من جهة أخرى يعاقب المشرع شهر إلى شهرين وغرامة لا تقل عن مائتي درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط من عثر على وليد ولم يخطر به ضابط الحالة المدنية ولا السلطات المحلية.

لقد أحسن المشرع عندما لم يميز بين الولد الشرعي وغير الشرعي عند إقراره لحماية الجنائية للطفل في الهوية والنسب، فنص على حماية الطفل كيفما كانت العلاقة التي أنشأته، لكن الواقع يميز بينهما مع الأسف لسبب واحد هو أن الأب الذي سيعاقب لإتيانه تلك الأفعال أو امتناعه عن إتيان أفعال تصب في حماية ولده، إما أنه غير موجود أو أنه لا يعترف به المشرع وبالتالي فإن المخاطب في النصوص الجنائية السابقة في حالة الولد غير الشرعي هي الأم لوحدها، وهو ما يدل على حماية ناقصة بالمقارنة مع الولد الشرعي الذي يكتسب حمايته الجنائية من أبويه معا.

هذا بالإضافة إلى كون العقوبات المنصوص عليها في الفصول السابقة لا تحقق الردع المطلوب، نظراً لضعف العقوبة السجنية وكذا الغرامات المالية التي لم تكن يوماً رادعا في ارتكاب الجرائم فالغرامة التي تتراوح بين 300 درهم و 1200 درهم، لن تنقص بشيء من أموال أصحابها خاصة بالنسبة للأشخاص الأغنياء.

<sup>1</sup>: محمد عزوزي، م س، ص 58.

## خاتمة:

إن المتمعن في وضعية الولد غير الشرعي في القانون المغربي، يجد أن أحكامه جاءت متناثرة ومشتتة بين نصوص مختلفة، بحيث تتجاذبه عدة مقتضيات قانونية متباينة، فبعضها يقرر الحماية ويكرس حقوق الطفل كما هي متعارف عليها دوليا، ومقتضيات أخرى تقلص من هذه الحماية، و يشوبها غموض في مضمونها.

و مما توصلنا إليه من خلال هذا البحث أن وضعية الطفل غير الشرعي تبرز بداية من خلال تسميته بعبارة "غير الشرعي" والتي عبرت عنها مدونة الأسرة بالبنوة غير الشرعية، للدلالة على الأطفال الناتجين خارج إطار الزواج، وهو أمر لا يستقيم من الناحية الإنسانية، فلا يمكن وصف الناس بمعيار الشرعية، أو القول مثلا بأن هذا شخص حلال وهذا شخص حرام، لأن الناس متساوون من هذه الناحية، فالشرعية لا تنقص شيئا من إنسانيتهم، أما الذي يوصف بأنه شرعي أو غير شرعي فهي التصرفات والأعمال التي يأتيها هؤلاء وبالتالي فإن الطفل قد ينتج عن علاقة شرعية كما انه قد ينتج عن علاقة غير شرعية، وهذه الوضعية ترتبط أساسا بالأحكام التي جاءت في الفقه الإسلامي والتي أكدت عليها مدونة الأسرة، والتي وإن كانت قد أحاطت الطفل بالتنظيم والدراسة وأقرت له حماية واسعة النطاق، فإنها في مقابل ذلك لم تنظم أحكام الطفل غير الشرعي بما يكفي لحمايته، ذلك أنها تناولت أحكام النسب بشكل واسع بعكس أحكام البنوة التي لم تتطرق لها إلا بشكل عابر، وهو ما يبين مدى ضعف مركزه القانوني و الاجتماعي.

كما أن الطفل غير الشرعي يجد متنفسا من الحماية من خلال مجموعة من المقتضيات التي جاءت مع تزايد ظاهرة الأطفال غير الشرعيين، فواكبها المشرع بقواعد قانونية تسمح بإدماجه في المنظومة الاجتماعية، من خلال تسجيله في الحالة المدنية و منحه الجنسية وكفالتة. بالإضافة إلى حقوقه الأخرى المدرجة بالمادة 54 من مدونة الأسرة، وبعض

المقتضيات الزجرية وإن كانت غير كافية في تقرير الحماية اللازمة له في ظل الأوضاع التي يعيشها، وهو الجانب الذي أغفله المشرع، في حماية هذه الفئة فقد جعلهم بدون قصد في فئة منعدمي النسب، وفي محاولة منه للحد من معاناتهم من خلال مؤسسة النسب وقع في التناقض، بحيث قسم الأطفال إلى أطفال غير شرعيين ناتجين أثناء الخطبة فآلحق نسبهم بالأب البيولوجي، وترك الفئة الأخرى خارج هذا الإستلحاق، مع أنهم من نفس الطينة أي ناتجين عن علاقات خارج إطار الزواج.

ومما استتجنه أيضا من خلال هذا البحث أن المشرع عطل النصوص الخاصة بالمسؤولية في مجال البنوة غير الشرعية، بشكل أزم وضعية الطفل غير الشرعي وحرمه من تعويض قد يخفف عنه المعانات 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.

ولما لاحظ المشرع ضعف الحماية المدنية للطفل غير الشرعي، أفرد له ضمانات جنائية من شأنها أن تحميه على الأقل في وجوده وحياته وجسمه و عرضه، إلا أن هذه الحماية بدورها تعرضت لانتكاسة على المستوى الواقعي لضعف الرادع الجنائي من خلال العقوبات التي نصها عليها المشرع الجنائي والتي تسمح في بعض الحالات بالقضاء على حياة هذا الأخير بمباركة من الفصل الجنائي.

وعليه فإننا وانطلاقا من دراستنا لموضوع الطفل غير الشرعي ندرج مجموعة من الاقتراحات، من شأنها أن تخفف من معانات هذه الفئة الهشة من المجتمع، إذا تم الأخذ بها في حالة وجدت أذانا صاغية تأخذها بعين الاعتبار.

1. إن أول شيء قد يضر بالطفل هو وصفه بأنه غير شرعي، بما يحمله هذا المصطلح من حمولة قذحية قد لا يتحمل معها الطفل الضغط الذي سيتولد عليها والذي سيفرغه في المجتمع، ونقترح تغيير تلك العبارة بعبارة "مجهول النسب" أو

"الطفل الطبيعي" على أساس أنه نتج عن ظاهرة طبيعية متمثلة في الولادة الطبيعية.

2. إعطاء حجية للتسجيلات التي تتم لدى ضباط الحالة المدنية، باعتباره إقرار من طرف الأب الذي يقوم بتسجيل ولده في سجلات الحالة المدنية، واتخاذ موقف صريح بذلك.

3. ترجيح الخبرة الطبية على باقي الوسائل الأخرى عند التعارض لما للخبرة من حجية باعتبارها وسيلة تثبت الروابط العائلية بشكل قطعي ودقيق، وأن الوسائل الأخرى كلها وسائل ظنية تحتاج دائما إلى ما يثبت صحتها.

4. التمييز بين البنوة والنسب، بما يزيل الغموض الذي يعتريهما، بشكل يجعلهما مفهومين لمفهوم واحد، بالرغم من أن هناك فرق بينهما خاصة من حيث الآثار، مع إعطاء الطفل نسب أبيه الحقيقي لا المزور، إذا أثبت تلك الأبوة بوسيلة قاطعة كالخبرة الطبية، في حالة لم يكن هناك فراش، وفي حالة وجود فراش يتعين تقرير آثار البنوة الشرعية فيما يخص تحريم الزواج بين الأقارب، فلا يعقل أن يتزوج الأب بابنته الطبيعية أو أن تتزوج هي من أخيها البيولوجي، فهذا مخالف للفطرة السليمة، مع إعطاء الأم إمكانية منح النسب بالموازاة مع الأب في حالة عدم وجود الأب مع ما يترتب عليه من آثار.

5. تقرير حماية جنائية أوسع للطفل غير الشرعي بتشديد العقوبة الجنائية في حالة قتل الأم لوليدها، وتشديد العقوبة كذلك في جميع الجرائم الواقعة على الطفل باعتباره الحلقة الأضعف في سلسلة الهرم البشري، ولأنه أحوج لهذه الحماية من غيره.

6. اتخاذ موقف صريح من التطور العلمي الحاصل في مجال الإنجاب، خاصة الاستئساخ البشري بمنعه لما له من سلبيات مع إمكانية اعتماده في أمور أخرى متعلقة بالعلاج من الأمراض المستعصية، و تنظيم التلقيح الاصطناعي من خلال

قواعد قانونية تبين مجالات تطبيقه ومجالات عدم تطبيقه، بشكل يتماشى مع قواعد مدونة الأسرة، والقوانين الأخرى الجارية.

7. نقترح إضافة سبب المسؤولية المدنية إلى أسباب النفقة المنصوص عليها في المادة 187 من مدونة الأسرة على الشكل التالي: "نفقة كل إنسان في ماله، إلا ما استثنى بمقتضى القانون.

أسباب وجوب النفقة على الغير: الزوجية والقرابة والالتزام والمسؤولية".

أو إضافة مادة فريدة إلى مدونة الأسرة تنص على أنه: "يعتبر الأب والأم مسؤولين بالتساوي بالإنفاق على ولدهما الذي نتج عنهما في علاقة غير شرعية إلى أن يبلغ سن الرشد أو إتمام الخامسة والعشرين إذا كان يتابع دراسته، وفي جميع الأحوال لا تسقط نفقة البنت إلا بتوفرها على الكسب، كما تستمر النفقة بالنسبة للأولاد المصابين بإعاقة والعاجزين عن الكسب إلى غاية زوال الإعاقة أو العجز".

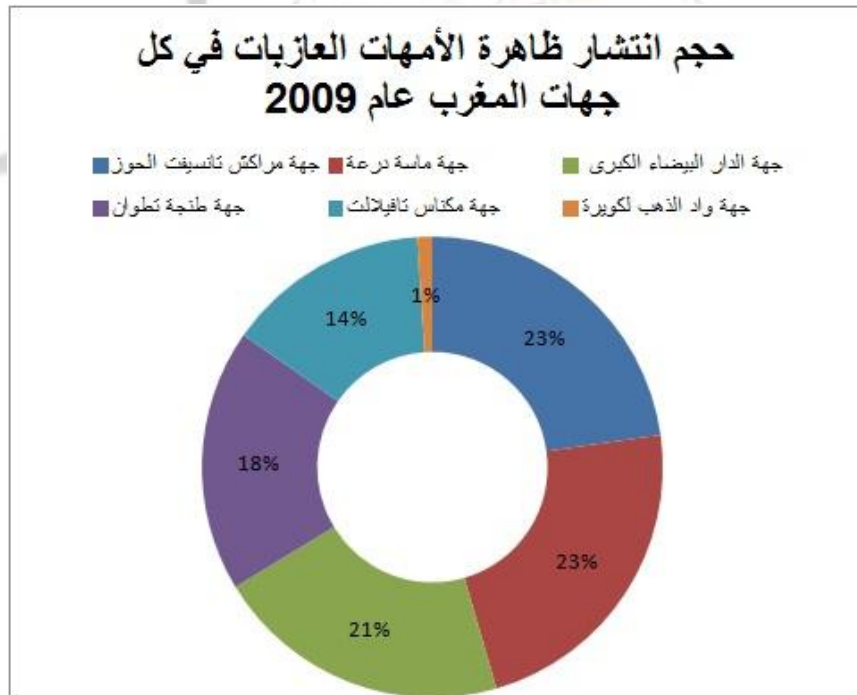
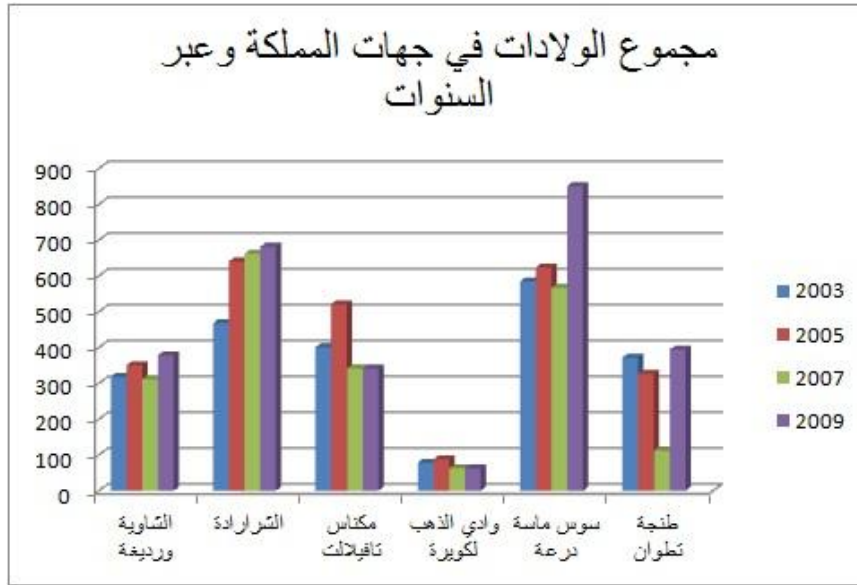
# ملحق

✓ بعض الإحصائيات المتعلقة بالولادات خارج مؤسسة الزواج، والأمهات العازبات.

✓ بعض الأحكام القضائية.

✓ موقف المجمع الفقهي الإسلامي من الاستنساخ البشري.

## إحصائيات حول تطور الولادات غير الشرعية:<sup>1</sup>



<sup>1</sup>: هذه الإحصائيات نتيجة دراسة ميدانية استغرقت ستة أشهر-مارس إلى دجنبر عام 2010- تحت رعاية جمعية "إنصاف" المهمة بمساندة المرأة والطفل في وضعية صعبة وعرضت نتائجها يوم السبت 30 أبريل 2011، أرقام مهمة كشفت عنها الدراسة: 83 أما عازبة تلد بالمغرب يوميا 153 طفلا خارج مؤسسة الزواج، وعدد هؤلاء الفتيات الأمهات تجاوز 27 ألفا أنجبن أزيد من 45 ألف طفل عام 2009، منقول من موقع: <http://www.childrenofwhom.com>



بناء على المقال الإستئنافي الذي تقدم به المستأنف السيد وكيل الملك ، إلى كتابة ضبط المحكمة الابتدائية بخنيفرة بتاريخ : 2012/12/25 ، المعفى من أداء الرسوم القضائية ، والذي يطعن بمقتضاه في الأمر الصادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية المشار إليها أعلاه ، بتاريخ : 2012/12/20 في الملف الشرعي عدد : 10/2113 والقاضي بإسناد كفالة الطفل المهمل مروان العمرأوي المزداد بتاريخ : 2011/12/21 بالمقاطعة الحضرية الثانية عشر ، من والدته فاطمة [REDACTED] والذي اختير له اسم أب من أسماء العبودية لله عبد العالي إلى كريمة بنت [REDACTED] بن أحمد ، المغربية المزدادة بتاريخ : 1966/2/30 بمكناس من والدتها [REDACTED] ، متزوجة ، أجيعة تقطن موسميا بزقة [REDACTED] رقم 22 شقة [REDACTED] حسب شهادة السكنى عدد : 2012/6724 / 222 / ف ش المسلمة من المقاطعة الحضرية الثانية بتاريخ : 2012/12/4 والحاملة لبطاقة التعريف الوطنية الالكترونية عدد : [REDACTED] د ، وزوجها [REDACTED] الفرنسي الجنسية مزداد بتاريخ : 1942/7/16 بفوس سير مير فرنسا من والديه [REDACTED] وماري [REDACTED] متزوج ، متقاعد ، يقطن بحي سير موندو لوس لأكروا هوط فرنسا ، والمقيم بفرنسا بزقة سير [REDACTED] ليس لأكروا هوط فرنسا.

### الوقائع :

بناء على الطلب الذي تقدمت به السيدة كريمة بنت [REDACTED] ، وزوجها السيد [REDACTED] روني اتيان الفرنسي الجنسية إلى السيد القاضي المكلف بشؤون القاصرين بقسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بخنيفرة ، عرضا فيه أنهما يرغبان في كفالة الطفل المهمل المتخلى عنه المسمى مروان [REDACTED] ، المزداد بتاريخ : 2011/12/21 بالمقاطعة الحضرية الثانية بخنيفرة ، من والدته فاطمة بنت [REDACTED] والذي اختير له اسم أب من أسماء العبودية لله عبد العالي .

وبعد انتهاء الإجراءات أصدر القاضي المكلف بشؤون القاصرين بقسم قضاء الأسرة بالمحكمة المذكورة أعلاه ، أمره المطعون فيه المشار إلى مضمونه أعلاه .

### أسباب الإستئناف :

وحيث أسس المستأنف استئنافه إلى ما يلي :

إن المصلحة الفضلى للطفل تقتضي ألا تسند الكفالة إلا للمقيم بصفة اعتيادية فوق التراب الوطني لمجموعة من الإعتبارات .

- إمكانية التأكد بشكل فعال من الشروط المستلزمة في طلب الكفالة ، خاصة ما يتعلق منها بالصلاحيات الأخلاقية والاجتماعية لطالبي الكفالة والقدرة على تنشئته تنشئة إسلامية.

- قدرة القاضي المكلف بشؤون القاصرين من تتبع وضعية المكفول ومدى وفاء الكافل بالتزاماته ، وهو ما يحفظ المكفول ، ومدى وفاء الكافل بالتزاماته ، وهو ما يحقق غاية المشرع من الحفاظ على المصلحة الفضلى للمكفول ، طالبا إلغاء الأمر المستأنف والحكم تصديا برفض الطلب .

وحيث أدرجت القضية بجلسة : 2013/1/14 وبها حضرت السيدة نعيمة [REDACTED] ي وأدلت بوكالة مصادق عليها بتاريخ : 2012/12/16.

وبعد أن أكد السيد الوكيل العام للملك المقال الإستئنافي ، تقرر حجز القضية للمداولة والنطق بالحكم لجلسة يومه .

### **وبعد المداولة طبقا للقانون .**

**\* من حيث الشكل :** وحيث صدر الأمر المستأنف بتاريخ : 2012/12/20 واستؤنف من طرف السيد وكيل الملك بابتدائية خنيفرة بتاريخ : 2012/12/25 .

وحيث إنه بمقتضى الفصل 134 من ق م م الفقرة الثالثة منه "" أنه إذا تعلق الأمر بقضايا الأسرة ، فإن استئناف الأحكام الصادرة بشأنها يجب تقديمه داخل 15 يوما ، وبيدئ هذا الأجل من تاريخ التبليغ إلى الشخص نفسه ، أو في موطنه الحقيقي أو المختار، أو التبليغ بالجلسة إذا كان ذلك مقررًا بمقتضى القانون .

وحيث إن قضايا كفالة الأطفال المهملين تدخل ضمن قضايا الأسرة ، كما أن النيابة العامة تعتبر طرفا رئيسيا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام مدونة الأسرة .

وحيث إنه وتطبيقا للفقرة الأخيرة من المادة 19 من القانون رقم 15/01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين ، يكون الأمر قابلا للطعن بالإستئناف ، وتبت المحكمة في الإستئناف في غرفة المشورة .

واستنادا لما ذكر أعلاه ، يكون الإستئناف مقبدا وفق الشروط المتطلبة قانون ، وداخل الأجل القانوني مما يتعين قبوله شكلا .

**\* من حيث الموضوع :** وحيث أسس المستأنف استئنافه إلى ما أشير إليه أعلاه .

وحيث تقدم المستأنف عليهما بطلب إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين بقسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بخنيفرة ، يرمي إلى إسنادهما كفالة الطفل المهمل مروان [REDACTED] المزداد بتاريخ : 2011/12/21 ، وعززا طلبهما بالوثائق التي تشترطها المادة 9 من القانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين .

وحيث إن المادة المذكورة ، لم تشترط أن يكون طالبا الكفالة مقيمين بالمغرب ، وأن كل ما جاء في المادة 24 من القانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين ، هو توقف سفر الطفل المكفول للإقامة الدائمة خارج المغرب ، على إذن بذلك من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين ، وأن الغاية من الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من القانون المذكور ، أن السماح بكفالة طفل مسلم من طرف غير مسلم ، سواء كان داخل المغرب أو خارجه ، يؤدي بالطفل إلى اعتناق الدين الذي عليه كافله غير المسلم ، وفي نازلة الحال فإن المستأنف عليها السيدة [REDACTED] مغربية ، مزودة بمكناس ، مسلمة أبا عن جد وزوجها السيد [REDACTED] روني اتيان والذي اعتنق الإسلام ، حسب رسم اعتناق الإسلام والمضمن أصله تحت عدد : 14 ص 8 وتاريخ : 2006/3/8 كناش باقي الوثائق 120 ، وبالتالي يتبين أن زوج المستأنف عليها ليس حديث عهد بالإسلام .

وحيث إن الأبحاث المنجزة من طرف اللجنة المنصوص عليها في الفصل 16 من القانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين ، أجمعت على أن المستأنف عليهما صالحين لكفالة الطفل المهمل موضوع الكفالة .

وحيث إن العلة التي بنى عليها المستأنف استئنافه ، كون المستأنف عليهما يقيمان خارج أرض الوطن ، وهو ما يصعب معه تتبع وضعية الطفل المكفول ، والتأكد من مدى وفاء الكافلين من التزاماتهما اتجاهه ، لكن حيث إن المادة 24 من القانون المذكور ، وضعت آليات في يد القاضي المكلف بشؤون القاصرين لمراقبة أحوال الطفل المكفول خارج أرض الوطن .

حيث إنه بعد منحه الإذن بالسفر ، يقوم القاضي بتوجيه نسخة من الأمر بإسناد الكفالة إلى المصالح القنصلية المغربية لمحل إقامة الكافل ، وفي هذا الباب ألزمت المادة المشار إليها أعلاه ، المصالح القنصلية الموجودة في محل أو مكان إقامة الكافل

على احترام الكافل التزاماته اتجاه الطفل المكفول ، حيث يعمل القنصل المغربي على توجيه تقارير حول وضعية المكفول ، وتضمينها كل الملاحظات التي تساعد القاضي الذي اسند الأمر بإسناد الكفالة على معرفة حالته ويمكنه بناء على هذه التقارير الموجهة إليه أن يتخذ الإجراءات التي يراها في مصلحة المكفول ، إما تلقائيا أو بطلب من السيد وكيل الملك أو كل من له مصلحة في ذلك .

وحيث إن المصالح القنصلية المغربية توجد بمحل إقامة الكافلين - الولايات المتحدة الأمريكية ، وبالتالي فإن تعذر وصعوبة تتبع مدى وفاء الكافلين بالتزاماتهما اتجاه الطفل المكفول ليس من الصعوبة كما يدعيه المستأنف .

واستنادا لما ذكر أعلاه ، يكون الأمر المستأنف قد جاء معللا تعليلا كافيا ومصادفا للصواب فيما قضى به مما يتعين تأييده .

وحيث يتعين تحميل الخزينة العامة الصائر .

### **لهذه الأسباب**

إن محكمة الإستئناف وهي تقضي حضوريا انتهائيا بغرفة المشورة .

**في الشكل:** بقبول الإستئناف .

**في الموضوع:** بتأييد الأمر المستأنف ، وتحميل الخزينة العامة الصائر

بهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه ، بالقاعة العادية للجلسات بمقر محكمة الإستئناف بمكناس ، دون أن تتغير الهيئة الحاكمة أثناء الجلسات .

**إمضاء**

كاتب الضبط

الرئيس المقرر



وبعد الإستماع إلى مستنتاجات النيابة العامة والمداولة طبقاً للقانون .

بناء على المقال الإستئنافي الذي تقدم به السيد وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بمكناس ، إلى كتابة ضبط المحكمة المذكورة بتاريخ : 2013/1/2 ، المعفى من أداء الرسوم القضائية ، والذي يطعن بمقتضاه في الأمر الصادر عن القاضي المكلف بشؤون القاصرين بقسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس الصادر تحت عدد: 12/151 وتاريخ : 2012/12/26 ( ملف رقم 2012/176 ) ، والقاضي بإسناد كفالة الطفل المسمى نوفل خلفي المزداد في 2012/2/28 بـبوفكران للسيد محمد مقرب سيد وزوجته السيدة السعدية سيد ، وذلك ليقوما بحضنته ورعايته والقيام بجميع شؤونه والنفقة عليه ، وتلبية جميع حاجياته الأساسية ، وترسيخ مبادئ الإسلام والعقيدة لديه بتسجيله في مدارس قرآنية لتعليم وحفظ ما تيسر من القرآن ، إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني مع مراعاة مقتضيات قانون مدونة الأسرة المتعلقة بالحضانة ونفقة الأولاد ، وتعيين الكافلين مقدمين على المكفول المذكور ، وأمر الكافلين المذكورين التقيد بالمادة 22 من قانون كفالة الأطفال المهملين .

### الوقائع :

وحيث تتلخص وقائع النازلة أن المستأنفين محمد مقرب سيد وزوجته السيدة السعدية سيد تقدما بطلب مؤرخ في 2012/12/24 إلى السيد القاضي المكلف بشؤون القاصرين بقسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس ، عرضا فيه أنهما يرغبان في كفالة الطفل نوفل خلفي المقيم بمؤسسة غيتة زنيير للأطفال المتخلى عنهم بمستشفى محمد الخامس بمكناس ، وذلك لكفالاته والقيام بتربيته على أحسن وجه ، وتوفير جميع احتياجاته اليومية من ت مدرس وكسوة وغيرها ، مضيفين أنهما مسلمي الديانة من جنسية أمريكية وأصل باكستاني ، وقد سبق لهما أن تكفلا بطفلة من دولة باكستان ، طالبين إصدار أمر بإسنادهما كفالة الطفل المذكور ، على أساس تعهدهما بتربيته تربية جيدة وفق التعاليم الإسلامية الصحيحة والقيم الممتازة ، والأخلاق الفاضلة التي يحث عليها الإسلام. وبعد انتهاء الإجراءات أصدر القاضي المكلف بشؤون القاصرين بقسم قضاء الأسرة بالمحكمة المذكورة أعلاه ، أمره المطعون فيه بالإستئناف المشار إلى مضمونه أعلاه .

### حول أسباب الإستئناف :

وحيث أسس وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بمكناس ، بعد عرض موجز للوقائع ، استئنافه على ما يلي:

أن المستأنف عليهما من جنسية باكستانية ، وقيمان بصفة دائمة بالولايات المتحدة الأمريكية ، وهو ما يصعب معه تتبع وضعية الطفل المكفول ، والتأكد من مدى وفاء الكافلين بالتزاماتهما اتجاهه ، طالما سينتقل للعيش معهما بعد صيرورة الأمر نهائيا .  
إن عيش الطفل المكفول مع أجنبيين - وإن كانا مسلمين - لا يتقن اللغة العربية سيجعله ينشأ نشأة لا تتماشى وعادات مجتمعا المغربي .

ان الأمر المستأنف جانب الصواب عندما استجاب للطلب بعله أن الطالبين مسلمين ديننا وعقيدة ، وأن تواجد الطفل المكفول سواء كان داخل المغرب أو خارجه لن يكون عائقا أمام تربيته ورعايته تنفيذا للإلتزامات الناشئة عن الكفالة ، أو مانعا لتلقيه مبادئ الدين الإسلامي ، دون أن يراعي أن الكافلين لن يخضعا للرقابة الدائمة والمستمرة للقاضي المكلف بشؤون القاصرين ، طالبا بعد استدعاء المستأنف عليهما ، إلغاء الأمر المستأنف القاضي بإسناد كفالة الطفل المهمل نوفل خلفي للمستأنف عليهما ، وبعد التصدي التصريح برفض الطلب ، وتحميل المستأنف عليهما الصائر .

وأجاب المستأنف عليهما بواسطة نائبهما الأستاذ سعيد بنسعيد ، أن الأمر المستأنف لم يسند لهما كفالة الطفل المهمل ، إلا بعد أن تأكد بأنهما وإن كانا من جنسية أمريكية ، فإنهما مسلمين أبا عن جد ، يتوفران على الشروط المطلوبة قانونا لكفالة طفل مهمل ، المنصوص عليها في المادة 9 من قانون كفالة الأطفال المهملين ، كما أن المسطرة المتبعة لكفالة طفل مهمل سليمة ، ثم تطرقا

إلى المنشور الوزاري عدد : 4 المؤرخ في 2011/9/19 ، ملاحظين أنه موجه إلى أعضاء النيابة العامة وليس لقضاة الحكم بمن فيهم القضاة المكلفين بشؤون القاصرين ، كما أن السيد وزير العدل سبق أن وجه منشورا رقم 16 س 2/ك.ع وتاريخ : 2005/3/28 ، إلى السادة الرؤساء الأولين لمحاكم الإستئناف ، والسادة الوكلاء العامين بها ، والسادة رؤساء المحاكم الابتدائية والسادة وكلاء الملك بها ، والقضاة المشرفين على أقسام قضاء الأسرة بالمحاكم الابتدائية ، مفاده التأكد من كون الأجانب الذين يرغبون في كفالة الأطفال المهملين يتوفرون على مؤهلات الكفالة ، ولهم من الضمانات ما يجعل الرقابة القضائية تمتد لتتبع أحوال الطفل المكفول .

التنسيق بين السادة القضاة المكلفين بشؤون القاصرين ، وبين المصالح القنصلية والسفارات المغربية التابع لها محل إقامة الكافل ، من أجل السهر على تنفيذ ما يتعلق بكفالة الأطفال المغاربة الذين يتم تسليمهم للكافلين المقيمين بصفة دائمة خارج أرض الوطن ، وخاصة الكافلين الأجانب ، وتتبع وضعيتهم ومراقبة مدى وفاء الكافلين بالالتزامات المنصوص عليها في القانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين ، مضيفين أنهما يتوفران على جميع الشروط المطلوبة قانونا ، وأن الأمر الصادر بإسناد الكفالة لم يستجب لطلبهما إلا بعد أن تأكد من كونهما يتوفران على جميع المؤهلات المادية والمعنوية التي يجعلهما قادرين على تحمل مسؤولية الطفل الماهل دينا وخلقاً ، وبخصوص تتبع الكافلين ، فإنهما يقطنان قريبا من القنصلية المغربية بالولايات المتحدة الأمريكية ، كما أن هذه الأخيرة انضمت إلى الإتفاقيات الدولية ، والتي تلزمها بمراقبة الكفالة وتتقيد بأي قرار من يصدره القاضي المكلف بشؤون القاصرين ، ملتصين تأييد الأمر المستأنف .

وحيث أدرجت القضية بجلسة : 2003/1/7 وبها حضر الأستاذ سعيد بنسعيد عن المستأنف عليهما وأدلى بمذكرة جوابية ، تسلم السيد الوكيل العام للملك نسخة منها وبعد أن أكد السيد الوكيل العام للملك المقال الإستئنافي تقرر حجز القضية للمداولة والنطق بالحكم لآخر الجلسة .

### **وبعد المداولة طبقا للقانون .**

**من حيث الشكل :** وحيث إن الأمر المستأنف صدر بتاريخ : 2012/12/26 واستأنف من طرف السيد وكيل الملك الإبتدائية مكناس بتاريخ : 2013/1/2 .

وحيث إنه بمقتضى الفقرة الثالثة من الفصل 134 من ق م م أنه إذا تعلق الأمر بقضايا الأسرة فإن استئناف الأحكام الصادرة في شأنها يجب تقديمه داخل 15 يوما ، وبيئتئ هذا الأجل من تاريخ التبليغ إلى الشخص نفسه ، أو في موطنه الحقيقي أو المختار ، أو بالتبليغ بالجلسة إذا كان ذلك مقرا بمقتضى القانون .

وحيث إن قضايا كفالة الأطفال المهملين تدخل ضمن قضايا الأسرة كما أن النيابة العامة تعتبر طرفا رئيسيا في جميع القضايا الرامية ، إلى تطبيق أحكام مدونة الأسرة .

وحيث إنه وتطبيقا للفقرة الأخيرة من المادة 19 من القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين ، يكون الأمر قابلا للطعن بالإستئناف ، وتبت المحكمة في الإستئناف في غرفة المشورة .

واستنادا لما ذكر أعلاه يكون الإستئناف مقدما وفق الشروط المتطلبة قانونا وداخل الأجل القانوني مما يتعين قبوله شكلا .

**من حث الموضوع:** وحيث أسس المستأنف استئنافه إلى ما أشير إليه أعلاه .

وحيث إنه من الثابت من وثائق الملف ومستنداته أن المستأنف عليهما تقدما بطلب إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين بقسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس يرمي إلى إسنادهما كفالة الطفل المهمل نوفل خلفي المزداد بتاريخ : 2012/2/28 وعززا طلبهما بالوثائق التي اشترطتها المادة 9 من القانون .

وحيث إن المادة المذكورة أعلاه ، لم تشترط أن يكون طالبا الكفالة مقيمين بالمغرب ، وأن كل ما جاء في المادة 24 من القانون المذكور ، هو توقف سفر الطفل المكفول للإقامة الدائمة خارج المغرب على إذن بذلك من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين ، وأن الغاية من الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من القانون المذكور ، أن السماح بكفالة طفل مسلم من طرف غير مسلم ، سواء كان داخل المغرب أو خارجه ، يؤدي بالطفل إلى اعتناق الدين الذي عليه كافله غير المسلم ، وفي نازلة الحال فإن المستأنف عليهما ليس حديثي العهد بالإسلام بل مسلمين أبا عن جد ، وهو ما يتجلى من خلال الوثائق الموجودة بالملف ولا سيما كتاب المندوب الجهوي للشؤون الإسلامية لجهة مكناس تافيلالت المسجل تحت عدد: 12/5415 وتاريخ : 2012/12/25 الموجه إلى السيد وكيل الملك بابتدائية مكناس ، والذي جاء فيه أن المستأنف عليهما مسلمين ديناً وعقيدة .

وحيث إن العلة التي بنى عليها المستأنف استئنافه ، كون المستأنف عليهما يقيمان خارج أرض الوطن ، وهو ما يصعب معه تتبع وضعية الطفل المكفول ، والتأكد من مدى وفاء الكافلين بالتزاماتهما اتجاهه ، لكن حيث إن المادة 24 من القانون المذكور ، وضعت آليات في يد القاضي المكلف بشؤون القاصرين لمراقبة أحوال الطفل المكفول خارج أرض الوطن ، حيث إنه بعد منحه الإذن بالسفر ، يقوم بتوجيه نسخة من

الأمر بإسناد الكفالة إلى المصالح القنصلية المغربية لمحل إقامة الكافل ، وفي هذا الباب ألزمت المادة المشار إليها أعلاه المصالح القنصلية المغربية الموجودة في محل أو مكان إقامة الكافل على احترام الكافل التزاماته اتجاه الطفل المكفول ، حيث يعمل القنصل المغربي على توجيه تقارير حول وضعية المكفول ويضمنها كل الملاحظات التي تساعد القاضي الذي أسند الأمر بإسناد الكفالة على معرفة حالته ، ويمكنه بناء على هذه التقارير الموجهة إليه أن يتخذ الإجراءات التي يراها في مصلحة المكفول ، إما تلقائيا أو بطلب من السيد وكيل الملك أو كل من له مصلحة في ذلك .

وحيث إن المصالح القنصلية المغربية توجد بمحل إقامة الكافلين - الولايات المتحدة الأمريكية ، وبالتالي فإن تعذر وصعوبة تتبع مدى وفاء الكافلين بالتزاماتهما اتجاه الطفل المكفول ليس من الصعوبة كما يدعيه المستأنف . واستنادا لما ذكر أعلاه ، يكون الأمر المستأنف قد جاء معللا تعليلا كافيا ومصادفا للصواب فيما قضى به مما يتعين تأييده . وحيث يتعين تحميل الخزينة العامة الصائر .

### **لهذه الأسباب**

إن محكمة الإستئناف وهي تبث في الإستئناف بغرفة المشورة حضوريا انتهائيا.

**في الشكل:** بقبول الإستئناف .

**في الموضوع:** بتأييد الأمر المستأنف ، وتحميل الخزينة العامة الصائر .

بهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه ، بالقاعة العادية للجلسات بمقر محكمة الإستئناف بمكناس ، دون أن تتغير الهيئة الحاكمة أثناء الجلسات .

**إمضاء**

كاتب الضبط

الرئيس المقرر

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين

قرار رقم: 94 (10/2).

بشأن

### الاستنساخ البشري

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره العاشر بجدة بالمملكة العربية السعودية خلال الفترة من 23 - 28 صفر 1418هـ الموافق 28 حزيران (يونيو) - 3 تموز (يوليو) 1997م، بعد اطلاعه على البحوث المقدمة في موضوع الاستنساخ البشري، والدراسات والبحوث والتوصيات الصادرة عن الندوة الفقهية الطبية التاسعة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، بالتعاون مع المجمع وجهات أخرى، في الدار البيضاء بالمملكة المغربية في الفترة من 9 - 12 صفر 1418هـ الموافق 14 - 17 حزيران (يونيو) 1997م، واستماعه للمناقشات التي دارت حول الموضوع بمشاركة الفقهاء والأطباء، انتهى إلى ما يلي:

#### مقدمة:

لقد خلق الله الإنسان في أحسن تقويم، وكرمه غاية التكريم فقال عز من قائل: ((وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا)) [الإسراء: 70] زينه بالعقل، وشرفه بالتكليف وجعله خليفة في الأرض واستعمره فيها، وأكرمه بحمل رسالته التي تنسجم مع فطرته بل هي الفطرة بعينها لقوله سبحانه: ((فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ) [الروم: 30]، وقد حرص الإسلام على الحفاظ على فطرة الإنسان سوية من خلال المحافظة على المقاصد الكلية الخمسة: الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وصونها من كل تغيير يفسدها، سواء من حيث السبب أم النتيجة، يدل على ذلك الحديث القدسي الذي أورده القرطبي من رواية القاضي إسماعيل: "إني خلقت عبادي حنفاء كلهم، وإن الشياطين أتتهم فاجتالهم عن دينهم... إلى قوله: وأمرتهم أن يغيروا خلقي" [تفسير القرطبي: 389/5].

وقد علم الله الإنسان ما لم يكن يعلم، وأمره بالبحث والنظر والتفكير والتدبر مخاطباً إياه في آيات عديدة: ((أَفَلَا يَرَوْنَ)، (أَفَلَا يَنْظُرُونَ))، (أَوَلَمْ يَرِ الْإِنْسَانُ أَنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ نُطْفَةٍ))، (إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ))، (إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَعْقِلُونَ))، (إِنَّ فِي ذَلِكَ لَذِكْرَى لَأُولِي الْأَلْبَابِ))، (اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ).

والإسلام لا يضع حجراً ولا قيداً على حرية البحث العلمي، إذ هو من باب استكناه سنة الله في خلقه. ولكن الإسلام يقضي كذلك بأن لا يُترك الباب مفتوحاً بدون ضوابط أمام دخول تطبيقات نتائج البحث العلمي إلى الساحة العامة بغير أن تمر على مصفاة الشريعة، لتمرر المباح وتحجز الحرام، فلا يسمح بتنفيذ شيء مجرد أنه قابل للتنفيذ، بل لابد أن يكون علماً نافعاً جالباً لمصالح العباد ودارناً لمفاسدهم. ولا بد أن يحافظ هذا العلم على كرامة الإنسان ومكانته والغاية التي خلقه الله من أجلها، فلا يتخذ حقلاً للتجريب، ولا يعتدي على ذاتية الفرد وخصوصيته وتميزه، ولا يؤدي إلى خلخلة الهيكل الاجتماعي المستقر أو يعصف بأسس القربات والأنساب وصلات الأرحام والهيكل الأسرية المتعارف عليها على مدى التاريخ الإنساني في ظلال شرع الله وعلى أساس وطيده من أحكامه.

وقد كان مما استجد للناس من علم في هذا العصر، ما ضجت به وسائل الإعلام في العالم كله باسم الاستنساخ. وكان لابد من بيان حكم الشرع فيه، بعد عرض تفاصيله من قبل نخبة من خبراء المسلمين وعلمائهم في هذا المجال.

### تعريف الاستنساخ:

من المعلوم أن سنة الله في الخلق أن ينشأ المخلوق البشري من اجتماع نطفتين اثنتين تشتمل نواة كل منهما على عدد من الصبغيات (الكروموسومات) يبلغ نصف عدد الصبغيات التي في الخلايا الجسدية للإنسان. فإذا اتحدت نطفة الأب (الزوج) التي تسمى الحيوان المنوي بنطفة الأم (الزوجة) التي تسمى البويضة، تحولتا معاً إلى نطفة أمشاج أو لقيحة، تشتمل على حقبة وراثية كاملة، وتمتلك طاقة التكاثر. فإذا انغرست في رحم الأم تنامت وتكاملت وولدت مخلوقاً مكتملاً بإذن الله. وهي في مسيرتها تلك تتضاعف فتصير خليتين متماثلتين فأربعاً فثمانياً.. ثم تواصل تضاعفها حتى تبلغ مرحلة تبدأ عندها بالتمايز والتخصص. فإذا انشطرت إحدى خلايا اللقيحة في مرحلة ما قبل التمايز إلى شطرين متماثلين تولد منهما

توأمان متماثلان. وقد أمكن في الحيوان إجراء فصل اصطناعي لأمثال هذه اللقائح، فتولدت منها توائم متماثلة. ولم يبلغ بعد عن حدوث مثل ذلك في الإنسان. وقد عد ذلك نوعاً من الاستنساخ أو التنسيل، لأنه يولد نسخاً أو نسائل متماثلة، وأطلق عليه اسم الاستنساخ بالتشطير.

وثمة طريقة أخرى لاستنساخ مخلوق كامل، تقوم على أخذ الحقيبة الوراثية الكاملة على شكل نواة من خلية من الخلايا الجسدية، وإيداعها في خلية بيضة منزوعة النواة، فتتألف بذلك لقيحة تشتمل على حقيقة وراثية كاملة، وهي في الوقت نفسه تمتلك طاقة التكاثر. فإذا غرست في رحم الأم تنامت وتكاملت وولدت مخلوقاً مكتملاً بإذن الله. وهذا النمط من الاستنساخ الذي يعرف باسم "النقل النووي" أو "الإحلال النووي للخلية الببيضية" وهو الذي يفهم من كلمة الاستنساخ إذا أطلقت وهو الذي حدث في النعجة "دوللي"، على أن هذا المخلوق الجديد ليس نسخة طبق الأصل، لأن بيضة الأم المنزوعة النواة تظل مشتملة على بقايا نووية في الجزء الذي يحيط بالنواة المنزوعة. ولهذه البقايا أثر ملحوظ في تحوير الصفات التي ورثت من الخلية الجسدية، ولم يبلغ أيضاً عن حصول ذلك في الإنسان.

فالاستنساخ إذن هو: توليد كائن حي أو أكثر إما بنقل النواة من خلية جسدية إلى بيضة منزوعة النواة، وإما بتشطير بيضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء.

ولا يخفى أن هذه العمليات وأمثالها لا تمثل خلقاً أو بعض خلق، قال الله عز وجل: (أَمْ جَعَلُوا لِلَّهِ شُرَكَاءَ خَلَقُوا كَخَلْقِهِ فَتَشَابَهَ الْخَلْقُ عَلَيْهِمْ قُلِ اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ وَهُوَ الْوَاحِدُ الْقَهَّارُ) [الرعد: 16]، وقال تعالى: (أَفَرَأَيْتُمْ مَا تُمْنُونَ \* أَأَنْتُمْ تَخْلُقُونَهُ أَمْ نَحْنُ الْخَالِقُونَ \* نَحْنُ قَدَرْنَا بَيْنَكُمْ الْمَوْتَ وَمَا نَحْنُ بِمَسْبُوقِينَ \* عَلَى أَنْ نُبَدِّلَ أَمْثَالَكُمْ وَنُنشِئَكُمْ فِي مَا لَا تَعْلَمُونَ \* وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ النَّشْأَةَ الْأُولَى فَلَوْلَا تَذَكَّرُونَ) [الواقعة: 58 – 62].

وقال سبحانه: ((أَوَلَمْ يَرَ الْإِنْسَانُ أَنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ \* وَضَرَبَ لَنَا مَثَلاً وَنَسِيَ خَلْقَهُ قَالَ مَنْ يُحْيِي الْعِظَامَ وَهِيَ رَمِيمٌ \* قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِي أَنْشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ وَهُوَ بِكُلِّ خَلْقٍ عَلِيمٌ \* الَّذِي جَعَلَ لَكُم مِّنَ الشَّجَرِ الْأَخْضَرِ نَارًا فَإِذَا أَنْتُمْ مِنْهُ تُوقَدُونَ \* أَوَلَيْسَ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ بِقَادِرٍ عَلَى أَنْ يَخْلُقَ مِثْلَهُمْ بَلَىٰ وَهُوَ الْخَلَّاقُ الْعَلِيمُ \* إِنَّمَا أَمْرُهُ إِذَا أَرَادَ شَيْئًا أَنْ يَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ) [يس: 77-82].

وقال تعالى: ((وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ \* ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ \* ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا \* ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ)[المؤمنون: 12 - 14].

وبناء على ما سبق من البحوث والمناقشات والمبادئ الشرعية التي طرحت على مجلس الجمع، قرر ما يلي:

أولاً: تحريم الاستنساخ البشري بطريقتيه المذكورتين أو بأي طريقة أخرى تؤدي إلى التكاثر البشري.

ثانياً: إذا حصل تجاوز للحكم الشرعي المين في الفقرة (أولاً) فإن آثار تلك الحالات تعرض لبيان أحكامها الشرعية.

ثالثاً: تحريم كل الحالات التي يقحم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية سواء أكان رَحماً أم بويضة أم حيواناً منوياً أم خلية جسدية للاستنساخ.

رابعاً: يجوز شرعاً الأخذ بتقنيات الاستنساخ والهندسة الوراثية في مجالات الجراثيم وسائر الأحياء الدقيقة والنبات والحيوان في حدود الضوابط الشرعية بما يحقق المصالح ويدرك المفسد.

خامساً: مناشدة الدول الإسلامية إصدار القوانين والأنظمة اللازمة لعلق الأبواب المباشرة وغير المباشرة أمام الجهات المحلية أو الأجنبية والمؤسسات البحثية والخبراء الأجانب للحيلولة دون اتخاذ البلاد الإسلامية ميداناً لتجارب الاستنساخ البشري والترويج لها.

سادساً: المتابعة المشتركة من قبل كل من مجمع الفقه الإسلامي الدولي والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية لموضوع الاستنساخ ومستجداته العلمية، وضبط مصطلحاته، وعقد الندوات واللقاءات اللازمة لبيان الأحكام الشرعية المتعلقة به.

سابعاً: الدعوة إلى تشكيل لجان متخصصة تضم الخبراء وعلماء الشريعة لوضع الضوابط الخلقية في مجال بحوث علوم الأحياء (البيولوجيا) لاعتمادها في الدول الإسلامية.

ثامناً: الدعوة إلى إنشاء ودعم المعاهد والمؤسسات العلمية التي تقوم بإجراء البحوث في مجال علوم الأحياء (البيولوجيا) والهندسة الوراثية في غير مجال الاستنساخ البشري، وفق الضوابط الشرعية، حتى لا يظل العالم الإسلامي عالة على غيره، وتبعاً في هذا المجال.

تاسعاً: تأصيل التعامل مع المستجدات العلمية بنظرة إسلامية، ودعوة أجهزة الإعلام لاعتماد النظرة الإيمانية في التعامل مع هذه القضايا، وتجنب توظيفها بما يناقض الإسلام، وتوعية الرأي العام للتثبت قبل اتخاذ أي موقف، استجابة لقول الله تعالى: (وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ) [النساء: 83].

والله أعلم ؛؛



## لائحة المراجع:

### المصادر:

- القرآن الكريم.
- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري الجعفي، الجامع الصحيح، المطبعة الأميرية مصر، 1311هـ.
- الإمام مالك بن أنس، الموطأ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى 2009.
- الإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، دار الرسالة العالمية، دمشق - الحجاز، الطبعة الأولى 2009.
- الإمام الحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1996.
- الإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المسند الصحيح، دار طيبة للنشر والتوزيع الرياض، الطبعة الأولى 2006م.

### الكتب الفقهية:

- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، مطبعة دار الفكر بيروت 2001.
- ابن قدامة أبو محمد عبد الله المقدسي، المغني، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، مطبعة المنار مصر 1984.
- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، دار صادر بيروت، الطبعة الأولى 1400هـ.
- أبو عبد الله التاودي بنسودة، شرح تحفة الحكام لابن عاصم بهامش البهجة في شرح التحفة للتسولي، مطبعة مصطفى محمد مصر، الجزء الثاني، طبعة دار الفكر، الطبعة 1411هـ، 1991م.
- أبو عبد الله محمد ابن احمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (تفسير القرطبي)، الجزء الخامس، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، 1938م.

- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، الجزء الثامن، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الثالثة 1997.
  - أبو محمد علي ابن أحمد بن سعيد ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، الجزء العاشر، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى 1984.
  - أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة تحفة الحكام لابن عاصم الغرناطي، الجزء الأول والثاني، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى 1418هـ-1998م.
  - أبي الوليد محمد بن أحمد ابن محمد ابن أحمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، الطبعة السادسة 1982م-1402هـ.
  - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، المجلد الخامس، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، بدون ذكر الطبعة.
  - الإمام الحافظ أحمد ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب الفرائض، الجزء الثاني عشر، دار المعرفة، بيروت لبنان، بدون ذكر الطبعة.
  - شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء العاشر، الطبعة الثانية، مطبعة السعادة، مصر 1331هـ.
  - شمس الدين الشيخ محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، الجزء الثالث، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، بدون ذكر الطبعة.
  - الشيخ أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدردير، دار الكنب العلمية بيروت-لبنان، الجزء الثالث، دار المعارف، القاهرة، 1986.
  - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الطبعة الثانية 1405هـ 1985م.
- الكتب القانونية:

- إبراهيم بحماني، العمل القضائي في قضايا الأسرة مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، مكتبة دار السلام الرباط، طبعة 2008.
- أحمد أجوييد، محاضرات في القانون الجنائي الخاص المغربي، بدون طبعة.
- أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، "أثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية"، دار نشر المعرفة، الطبعة الأولى 1994.
- أحمد الخمليشي، القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، مطبع المعارف الرباط، الطبعة الثانية 1985.
- أحمد الخمليشي، وجهة نظر، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الجزء الثاني 1998.
- أحمد حموي، محاضرات في قانون الجنسية المغربية، فاس، السنة الجامعية 2010/2009.
- أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- أنس سعدون، النسب الناتج عن الخطبة، دراسة على ضوء العمل القضائي مكتبة السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2012.
- جميلة أوحيدة، أثار الولادة والأهلية والنيابة الشرعية، 2007.
- حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة 2007.
- خالد بنيس، دعاوى الحالة المدنية، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية مطبعة المعارف الجديدة، طبعة 1994.
- الدليل العملي لمدون الأسرة، وزارة العدل، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية، الطبعة الأولى 2004.
- عبد الرحمان بلعكيد، علف الفرائض (المواريث، الوصية، تصفية التركة) مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1992.
- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة الثانية 2001.

- **عبد العزيز محمد حسن**، الحماية الجنائية للجنيين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة 1418هـ/ 1998م.
- **عبد القادر العرعاري**، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية مطبعة الكرامة الرباط، الطبعة الثالثة 2005.
- **عبد القادر قرموش**، كفالة الأطفال المهملين، دراسة تحليلية نقدية لظهير 13 يونيو 2002 على ضوء أحكام مدونة الأسرة، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الرباط، الطبعة الأولى 2008.
- **عبد الله أبو عوض**، أثر الاجتهاد الفقهي و القضائي في تعديل مدونة الأسرة المغربية دراسة تأصيلية في المادة 400، طبعة 2011.
- **عبد الله السوسي التتاني**، شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي و أدلته، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، الجزء الثالث الولادة ونتائجها، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2010.
- **علال الفاسي**، التقريب، شرح مدونة الأحوال الشخصية، الكتاب الأول والثاني، مطبعة الرسالة بالرباط 2000.
- **عمر بنعيش**، تطور قواعد النسب في القانون المغربي، الرباط 2013
- **عمرو لمزرع**، الشعاع الفائض في علم الفرائض فقها وقانونا، مطبعة آنفو- برانت، الليدو فاس، الطبعة الثانية، نونبر 2006.
- **فريدة بناني وزينب معادي**، جنسية أبناء المرأة، بين منطق الانتساب إلى الأمة الإسلامية ومنطق الانتماء إلى المجموعة الدولية، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي مشروع إدارة الحكم في الدول العربية، بدون ذكر الطبعة.
- **مبارك السعيد بن القايد**، القانون الجنائي الخاص، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى الرباط 2000.
- **محمد أبو زهرة**، الأحوال الشخصية، مطبعة دار الفكر العربي. بدون ذكر الطبعة.
- **محمد الشافعي**، الأسرة في فرنسا، دراسات قانونية وحالات شاذة، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2001.

- **محمد الشافعي**، الإسم العائلي والشخصي في نظام الحالة المدنية بالمغرب ، سلسلة البحوث القانونية، الطبعة الأولى، مراكش 2004.
- **محمد الشافعي**، قانون الأسرة المغربي بين الثبات و التطور ، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2004.
- **محمد الشافعي**، كفالة الأطفال المهملين، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2007.
- **محمد العروصي**، المختصر في الحماية الاجتماعية، منشورات مختبر الأبحاث والدراسات حول قانون العمال والمقاولات، الطبعة الأولى 2009.
- **محمد الكشبور**: أحكام الحضانة، دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2004.
- **محمد الكشبور**، البنية والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية دراسة قانونية وشرعية مقارنة، طبعة 2007م.
- **محمد الكشبور**، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الثاني، انحلال ميثاق الزوجية و آثاره، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2006.
- **محمد الكشبور**، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الخامسة 2003.
- **محمد المهدي**، الجنسية المغربية في ضوء مستجدات القانون 62-06، الطبعة الأولى 2010 .
- **محمد بفقير**، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية سلسلة القانون والعمل القضائي المغربيين، الطبعة الثانية 2011.
- **محمود إبراهيم محمد مرسى**، نطاق الحماية الجنائية للميئوس من شفائهم والمشوهين خلقيا في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار الكتب القانونية، مصر الطبعة 2009.
- **مفتاح محمد أقريط**، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2004.

- منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجناية في الأخطاء الطبية، الطبعة الأولى الرياض، 1425هـ/2004م.
  - نور الدين الشرقاوي الغزواني ، قانون كفالة الأطفال المهملين ، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الرباط، الطبعة الأولى، يونيو 2003.
  - نور الدين العمراني، شرح القسم الخاص من القانون الجنائي، مطبعة سجلماسة مكناس الطبعة 2010.
  - هلاي عبد الله أحمد، الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية . دراسة مقارنة، ، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 1989.
- الأطروحات :**
- أحمد أجوييد، جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، 1985-1986.
  - أحمد يعقوبي، مدونة الأسرة بين الخطاب الشرعي والخطاب القانوني، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق ظهر المهرارز-فاس، السنة الجامعية 2009/2010.
  - جمعة محمد فرج بشير، النسب إثباته ونفيه في الفقه الإسلامي والقانونيين الليبي والمغربي "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون، الجزء الأول، السنة الجامعية 1996/1997.
  - عبد المجيد غميحة، موقف المجلس الأعلى من مدونة الأحوال الشخصية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس أكادال-الرباط، سنة 2000.
  - محمد ناصر متيوي مشكوري ، إثبات وقائع الحالة المدنية في إطار القانون الدولي الخاص المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم

القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ظهر المهرار، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، - فاس، 1993-1994.

• **مصطفى سلامة**، تنظيم النسل في ضوء الفقه الإسلامي ومستجدات العصر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة، كلية الشريعة، جامعة القرويين، فاس، السنة الجامعية 2001م.

• **نور الدين العمراني**، التجارب البيوطبية على الإنسان: مقارنة قانونية تطبيقية في ضوء القانون المغربي والمقارن أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس/أكال الرباط، السنة الجامعية 2004/2005.

#### الرسائل:

• **أديبة بواضيل**، مصلحة الفضلى للطفل ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، ظهر المهرار فاس، السنة الجامعية 2005-2006.

• **المحفوظ سعدون**، الإختصاص في قضايا الحالة المدنية وكفالة الأطفال المهملين ، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي/ طنجة، السنة الجامعية 2010.2011.

• **رشيد مغنية**: حق الطفل في النسب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ظهر المهرار، فاس سنة: 2002 / 2003.

• **سناء المغراوي**، دعاوى البنوة من خلال العمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي/ طنجة، السنة الجامعية 2009/2010.

• **عبد الكبير بنسامي**، حق الطفل في النسب على ضوء مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي/ طنجة، السنة الجامعية، 2009-2010.

• **عبد السلام النغموش**، الحماية الجنائية للجنين في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2010/2011.

• **عيسى أطريح**، التغطية الصحية" التامين الأساسي لإجباري عن المرض" نموذجاً، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول/ وجدة، السنة الجامعية 2006/2007.

• **فاطمة الزهراء اعبابو**، المقاربة الحمائية للطفل في إطار المادة 54 من مدونة الأسرة، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة مولاي اسماعيل، مكناس، السنة الجامعية 2010-2011.

• **كريمة مغات**، إثبات ونفي النسب بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي ومدونة الأسرة، دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية، رسال لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول سطات، 1430هـ - 2009م.

• **لميسي عبدة**، الوضع القانوني للمرأة الأجيبة في إطار الضمان الاجتماعي، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة المولى اسماعيل مكناس، السنة الجامعية 2009/2010.

• **محمد أغربي**، المركز القانوني للنسب في قوانين الأسرة لدول المغرب العربي -دراسة مقارنة-، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي/ طنجة، السنة الجامعية 2008/2009.

• **محمد الزهري** ، حق الطفل في الهوية الحالة المدنية نموذجاً، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ظهر المهرار، جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، السنة الجامعية 2005/2006.

• **محمد المكناسي** ، حقوق الطفل في نظام الحالة المدنية بالمغرب ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي طنجة، السنة الجامعية 2006.2007.

• **محمد عزوزي:** الحماية الجنائية للطفل ضحية سوء المعاملة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ظهر المهرز - فاس، السنة الجامعية 2006/2005.

• **محمد كراة،** الحق في الأسرة، محاولة في التأسيس والحماية، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله / فاس، السنة الجامعية 2003/2002.

• **هنا منتصر،** إثبات ونفي النسب بين العلوم الشرعية والعلوم الطبية - قضية بلخديم نموذجاً -، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2007/2006.

**المقالات والندوات:**

- **إبراهيم بحماني،** آفاق تطور قانون الأسرة خلال العشرين سنة القادمة، مجلة في رحاب المحاكم، العدد الرابع - فبراير 2010.
- **إبراهيم بحماني،** نسب الأبناء في الزواج الفاسد، مجلة القضاء والقانون، العدد 149، 2004.
- **أحمد الغازي الحسيني،** الولد للفرش، مجلة القضاء والقانون عدد 30، السنة 1980.
- **أحمد باكو،** الإشهاد على الزواج بمقتضى الفصل 5 من مدونة الأحوال الشخصية، تعليق على قرار، مجلة المحاكم المغربية، عدد 59، سنة 1989.
- **أحمد زوكاغي،** إثبات النسب قراءة في حكم الغرف المجتمعة بالمجلس الأعلى رقم 658 بتاريخ 30 دجنبر 2004 ملف جنائي، عدد 2003/1/2/556، مجلة الملحق القضائي عدد 40، 2007.
- **أحمد زوكاغي،** نسب الحمل الناتج عن الخطبة، مجلة القضاء المدني، العدد الأول، فبراير 2010.
- **اندريس رودريغيث بينوت،** جدوى الكفالة أمام المنظومة الحقوقية الإسبانية، الكفالة والتبني في العلاقات الثنائية المغربية الإسبانية، مدريد 2009.

- **أنه كينويونيس اسكاميث** ، حماية القاصر المستقدم إلى اسبانيا تحت الكفالة، من الكفالة إلى التبني عند الإقتضاء، الكفالة والتبني في العلاقات الثنائية المغربية الإسبانية، مدريد 2009.
- **بلحساني الحسين**، قواعد إثبات النسب والتقنيات الحديثة، المجلة المغربية للإقتصاد والقانون، عدد 6، أكتوبر 2002.
- **بويقن الحسن**، الإسم العائلي والشخصي في نظام الحالة المدنية بالمغرب، مجلة الملحق القضائي ، عدد 19 سنة 1988 .
- **توربي وعريه عبد الرحمان بيري**، المجلة المغربية للقوانين والمذاهب والحكام الأهلية(المذهب المالكي والعرف البربري والقانون الإسرائيلي)، العدد 5، السنة الثانية 1938/1937.
- **خالد برجايوي** ، تقييم مدونة الأسرة من زاوية القانون الدولي الخاص ، سلسلة إصلاح القانون والتنمية السوسيواقتصادية ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية 2010.
- **خالد بنيس**، اللعان، مجلة الملحق القضائي، العدد 20 فبراير 1989.
- **خالد رمول**، المركز القانوني للطفل اللقيط "دراسة مقارنة"،مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحاصلة والمعوقات، أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة، يومي 15 و 16 مارس 2007 بكلية الحقوق وجدة، سلسلة الندوات 2، 2008.
- **رجاء ناجي مكاوي** ، حقوق الطفل مواجهة بالمتغيرات العمرانية والسوسيواقتصادية، سلسلة إصلاح القانون والتنمية السوسيواقتصادية ، الجزء الأول، الطبعة الثانية 2010.
- **سحر مهدي الياسري**، الحماية الاجتماعية والقانونية للأم العاملة والحامل، أكتوبر 2008، 16:32، مقال منشور بالموقع الإلكتروني (rafid.net).
- **سعد الدين مسعد هلالي**، ملخص ورقة العمل عن البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية المقدمة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 3، 04/05/2000م مجلة كتابة الضبط، عدد 16، أكتوبر 2007.
- **شرف عشيق**، الإستنساخ البشري في المنظور الديني والقانوني، مجلة الدفاع، العدد الرابع شتبر 2005.

- **عبد الحفيظ بلقاضي**، جريمة قتل الأم لطفلها الوليد، مجلة المحاكم عدد 88 89 سنة 2001.
- **عبد السلام البوزيدي**، إشكالية الخبرة الطبية في إثبات النسب أو نفيه، ندوة: مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحاصلة والمعوقات، سلسلة الندوات 2، 2008.
- **عبد الغني سليم**، الحماية المادية للطفل في مدونة الأسرة، ندوة مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحاصلة وآفاق، سلسلة الندوات 2، طبعة 2008.
- **عبد القادر لطفي**، الحالة المدنية وإثبات النسب، مجلة الدفاع العدد الثالث، فبراير 2002.
- **عبد المالك زعزاع**، قانون كفالة الأطفال المهملين التطبيقات والصعوبات، مجلة المقال، العدد الثاني 2010.
- **عبد المنعم الفلوس**، القانون رقم 62.06 القاضي بتغيير وتنظيم قانون الجنسية وجهة نظر بعد أربع سنوات من التطبيق، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 99 و 100، يوليو، أكتوبر 2011.
- **عماد فرحات**: الأمومة والبنوة في أحكام الأحوال الشخصية، مجلة الأحوال الشخصية: أصالة وحداثة، مركز البحوث والدراسات والتوثيق والإعلام حول المرأة، تونس: الكريديف، 2006.
- **فاتحة الطلحاي**: رعاية الطفل المحروم من الأسرة في التشريع المغربي، مجلة الملف عدد 18، أكتوبر 2011.
- **مجلة المجلس الأعلى** مادة الأحوال الشخصية الجزء الثاني، 1983 إلى 1995.
- **محمد أكديد**: كفالة الأطفال المهملين في التشريع المغربي، مجلة القضاء والقانون عدد 147، سنة 2003.
- **محمد المهدي**: أسباب لحوق النسب في ضوء مدونة الأسرة محاولة في التأصيل، مجلة الملف العدد 12/ مارس 2008.
- **محمد المهدي**: ثبوت النسب ونفيه في مدونة الأسرة/ مجلة القضاء والقانون، عدد 154، 2007.

- **محمد المهدي:** مدى حق المرأة في نقل جنسيتها إلى أولادها بناء على حق الدم، دراسة مقارنة، مجلة الملحق القضائي، العدد 40، يناير 2007.
- **محمد بوزلافة:** قانون الجنسية ومقاربة النوع الاجتماعي، مجلة الاقتصاد والقانون، عدد 25 أبريل 2011.
- **محمد شهبون:** مدى تكريس مدونة الأسرة للاتفاقيات الدولية في الباب المتعلق بآثار الطلاق، مجلة الملف العدد الحادي عشر / أكتوبر 2007.
- **محمود حسن:** النظام القانوني للطب الإنجابي في التشريع التونسي، مجلة المحاكم المغربية، العدد 102، يونيو 2006.
- **نزهة الخلدي:** الخبرة الجينية والعلاقة خارج مؤسسة الزواج، مجلة القانون المغربي، العدد 15 مارس 2010.

#### Les Ouvrages:

- **Dr. JAMAL.J.A. NASIR,** The Islamic Law of Personal Status, BRILL, Leiden. Boston 2009.
- **FRANCOI-PAUL BLANC,** ISLAM ET DROIT, La Présomption AL- WALAD LI-L-FIRAS, et les tests ADN, la position du droit marocain, (à propos de l'arrêt Bellakhdim contre l'jourk rendu par la cour d'appel d'EL JADIDA Le 29 avril, 2003) Presses de l'université de Perpignan, Presses de L'université des sciences sociales de Toulouse, 2005.
- **Khadija Mosleh,** La procréation Naturelle au Maroc, mémoire du D.E.S en sciences juridiques, Faculté des sciences juridiques économiques et sociales de Rabat Agdal, 1992-1993.
- **Mohamed CHAFI,** L'enfant né hors mariage au Maroc, Revue Marocaine de Droit et D'économie du Développement, Numéro 19/1989.

- **Nadia ait zai**, L'enfant illégitime dans la société musulmane, Revue Algérienne des sciences juridiques et politiques, N° 2, Année 1990.
- **Omar Mounir**, La Moudawana le nouveau Droit de la Famille au Maroc, présentation et analyse texte intégral en français Edition MARSAM, Rabat 2005.
- **Rajaà NAJI El Mekkaoui**, La Moudawanah (Code Marocain de la Famille), Le Référentiel et le Conventionnel en Harmonie T1, Le Mariage et la Filiation, Rabat, Bourgreg 2009.

Les sites internet :

<http://assembly.coe.int>

<http://www.radef.net>

<http://www.legifrance.gouv.fr>

<http://www.childrenofwhom.com>

## الفهرس.

|         |                                                                                |
|---------|--------------------------------------------------------------------------------|
| 1.....  | مقدمة                                                                          |
| 8.....  | الفصل الأول : تجليات الحماية المقررة للابن غير الشرعي                          |
| 9.....  | المبحث الأول: نطاق الابن غير الشرعي                                            |
| 9.....  | المطلب الأول: ماهية البنية غير الشرعية                                         |
| 9.....  | الفقرة الأولى: مفهوم الولد غير الشرعي ووسائل ارتباطه بأمه                      |
| 10..... | أولا. ماهية البنية غير الشرعية                                                 |
| 12..... | ثانيا. أسباب قيام البنية بالنسبة للأم                                          |
| 23..... | الفقرة الثانية: تمييز البنية غير الشرعية عن النظم المشابهة                     |
| 23..... | أولا. تمييز البنية غير الشرعية عن البنية الشرعية والنسب والكفالة               |
| 28..... | ثانيا. تمييز البنية غير الشرعية عن الحضانة والتبني والتنزيل واللقطة            |
| 32..... | المطلب الثاني: تأثير وسائل الإنجاب الحديثة على البنية                          |
| 34..... | الفقرة الأولى: موقف المشرع من التلقيح الاصطناعي                                |
| 41..... | الفقرة الثانية : موقع الاستنساخ البشري في التأثير على البنية                   |
| 41..... | أولا: علاقة الاستنساخ بالبنوة الطبيعية                                         |
| 44..... | ثانيا: موقف التشريع المغربي من الاستنساخ                                       |
| 47..... | المبحث الثاني: المركز القانوني للولد غير الشرعي في الحماية الاجتماعية والكفالة |
| 47..... | المطلب الأول: حق الطفل غير الشرعي في الحماية الاجتماعية                        |
| 49..... | الفقرة الأولى: حماية الأمومة في نظام الضمان الاجتماعي                          |
| 50..... | الفقرة الثانية: حق الولد غير الشرعي في التغطية الصحية                          |
| 53..... | المطلب الثاني : نظام الكفالة كبديل حمائي للأبناء غير الشرعيين                  |
| 53..... | الفقرة الأولى: الوضعية القانونية للطفل مجهول النسب في قانون الكفالة            |
| 53..... | أولا: مفهوم الكفالة                                                            |
| 55..... | ثانيا: مركز الولد غير الشرعي في نظام الكفالة                                   |
| 56..... | ثالثا: حماية الطفل المهمل من خلال شروط الكفالة                                 |

|         |                                                                                    |
|---------|------------------------------------------------------------------------------------|
| 61..... | الفقرة الثانية: آثار إسناد الكفالة وانتهاءها.                                      |
| 61..... | أولا : الآثار المترتبة عن الأمر الصادر بإسناد الكفالة.                             |
| 64..... | ثانيا : انتهاء الكفالة.                                                            |
| 66..... | المبحث الثالث: مركز هوية الابن غير الشرعي.                                         |
| 66..... | المطلب الأول: جنسية الولد غير الشرعي.                                              |
| 67..... | الفقرة الأولى: الجنسية الأصلية القائمة على رابطة الدم و الولادة بالمغرب.           |
| 67..... | أولا : جنسية الولد غير الشرعي القائمة على الولادة بالمغرب.                         |
| 69..... | ثانيا : منح الجنسية المغربية للرابطة الدموية.                                      |
| 69..... | أ. تعزيز دور رابطة الدم في إسناد الجنسية المغربي من جهة الأم.                      |
| 71..... | ب. شروط إسناد الجنسية بناء على رابطة الدم من جهة الأم.                             |
| 71..... | الفقرة الثانية.. إمكانية اكتساب الولد المتكفل به الجنسية المغربية عن طريق الكفالة. |
| 73..... | الفقرة الثالثة: آثار إسناد واكتساب الجنسية المغربية على الولد غير الشرعي.          |
| 76..... | المطلب الثاني: الحالة المدنية للولد غير الشرعي.                                    |
| 77..... | الفقرة الأولى: التسجيل في الحالة المدنية.                                          |
| 77..... | أولا : الأشخاص الملزمون بالتصريح بازدياد الولد غير الشرعي.                         |
| 77..... | أ. تصريح الأم أو من في حكمها بازدياد الطفل من حيث المبدأ.                          |
| 80..... | ب. واجب النيابة العامة في التصريح بولادة الطفل غير الشرعي.                         |
| 82..... | ثانيا: مسطرة تسجيل الولد غير الشرعي.                                               |
| 82..... | أ.المسطرة الإدارية:                                                                |
| 83..... | ب.المسطرة القضائية:                                                                |
| 84..... | الفقرة الثانية: منح الطفل غير الشرعي اسم شخصي وعائلي وحجية تسجيله.                 |
| 84..... | أولا: حق الطفل غير الشرعي في الاسم.                                                |
| 88..... | ثانيا: القيمة الإثباتية للتسجيل في سجلات الحالة.                                   |
| 88..... | أ. حجية سجلات الحالة المدنية في إثبات النسب.                                       |
| 92..... | ب. حجية سجلات الحالة المدنية في إثبات جنس المولود وتاريخ ميلاده.                   |
| 95..... | الفصل الثاني : محدودية الحماية المخولة للولد غير الشرعي.                           |

|                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------|-----|
| المبحث الأول: تهميش مركز الخبرة الطبية والمسؤولية في مجال البنوة.....         | 95  |
| المطلب الأول: تهميش مركز الخبرة الطبية في مجال البنوة.....                    | 95  |
| الفقرة الأولى: إشكالات اعتماد الخبرة في مجال النسب والبنوة.....               | 96  |
| الفقرة الثانية : الترجيح بين الخبرة والوسائل التقليدية الأخرى.....            | 100 |
| أولاً: الترجيح بين الخبرة الطبية ووسائل اثبات النسب.....                      | 100 |
| ثانياً: الترجيح بين الخبرة واللعان في نفي النسب.....                          | 108 |
| المطلب الثاني: ضعف مؤسسة النسب في حماية الولد غير الشرعي.....                 | 114 |
| الفقرة الأولى: الخلاف الفقهي حول نسب ابن الزنا(الولد غير الشرعي).....         | 114 |
| الفقرة الثانية: ضعف آلية النسب في حماية الولد الطبيعي في مدونة الأسرة.....    | 121 |
| المطلب الثالث : قصور قواعد المسؤولية في مجال البنوة غير الشرعية.....          | 123 |
| الفقرة الأولى : إشكالية المسؤولية الجنائية المرتبطة بالبنوة غير الشرعية.....  | 123 |
| الفقرة الثانية : تهميش دور المسؤولية المدنية في أحكام البنوة غير الشرعية..... | 126 |
| المبحث الثاني: ضعف الرعاية البديلة للابن غير الشرعي.....                      | 134 |
| المطلب الأول: ضعف نظام التبني كآلية لتعويض الأسرة.....                        | 134 |
| الفقرة الأولى: في القانون المغربي.....                                        | 135 |
| الفقرة الثانية : في القانون المقارن.....                                      | 138 |
| المطلب الثاني: محدودية الوصية والتنزيل في تعويض الابن مادياً.....             | 142 |
| الفقرة الأولى: قصور الوصية في تعويض الولد غير الشرعي مادياً.....              | 142 |
| الفقرة الثانية : التنزيل منزلة الولد.....                                     | 145 |
| المبحث الثالث : محدودية الحماية الجنائية للابن غير الشرعي.....                | 149 |
| المطلب الأول: نكوس الحماية المخولة للطفل قبل الولادة.....                     | 150 |
| الفقرة الأولى: الإجهاض بين الإباحة والتجريم.....                              | 150 |
| الفقرة الثانية: عجز السياسة الجنائية في حماية الولد غير الشرعي.....           | 157 |
| المطلب الثاني: نقص الحماية المقررة للوليد بعد الولادة.....                    | 159 |
| الفقرة الأولى: تجريم قتل المواليد المبدأ والاستثناء.....                      | 160 |
| الفقرة الثانية : ضعف الرادع الجنائي في الجرائم المرتكبة ضد الأطفال.....       | 162 |

|          |               |
|----------|---------------|
| 164..... | خاتمة:        |
| 169..... | ملاحق         |
| 188..... | لائحة المراجع |
| 201..... | الفهرس        |

