جامعة ابن زهر
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
أكادير

بحث لنيل شهادة الإجازة
تحت عنوان:

وسائل إثبات النسب ونفيه بين الشريعة والقانون المغربي

من إنجاز الطالبات:

البوركي مينة

الفاتحي الزوهرة

العيادي رشيدة

تحت إشراف الأستاذ:

عبد الرزاق أيوب

السنة الجامعية:
2013-2012

إهداء

بسم الخالق الذي أضاء الكون بنوره البهي وحده نعبده وله وحده نسجد خاشعات شاكرات لنعمته وفضله علينا في إتمام هذا الجهد

...إلى

صاحب الفردوس الأعلى وسراج الأمة المنير وشفيعها النذير البشير محمد (صلى الله عليه وسلم) فخرا واعتزازا

...إلى

من سهر الليالي ... ونسي الغوالي ... وظل سندنا الموالي ... وحمل همنا غير مبالي ... بدر التمام ... آباؤنا الغوالي

...إلى

من أثقلت الجفون سهرا ... وحملت الفؤاد همًّا ... وجاهدت الأيام صبرا ... وشغلت البال فكرا ... ورفعت الأيادي دعاءا ... وأيقنت بالله أملا أغلى الغوالي وأحب الأحباب ... أمهاتنا العزيزات الغاليات

...إلى

ورود المحبة... وينابيع الوفاء ... إلى من رافقونا في السراء والضراء إلى اصدق الأصحاب... إخواننا و أخواتنا

...إلى

القلعة الحصينة التي نلجأ إليها عند شدتنا

أصدقائنا الأعزاء

نهدي ثمرة جهدنا المتواضع

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

كلمة شكر

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، فهو سبحانه ولي النعم ، وبتوفيقه ورعايته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الرسل والأنبياء، وعلى آله وصحبه ومن سار على هديه من الأتقياء.

وبعد...

امتثالا لقول الله تعالى:"وقال رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحا ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين" سورة النمل الآية 19

فإننا نشكر الله سبحانه وتعالى أن يسر لنا طريق العلم وأعاننا بفضله وجود كرمه على إنجاز هذا البحث المتواضع فلله الحمد أولا وأخرا.

ثم إن من تمام شكر الله تعالى شكر الناس لقوله صلى الله عليه وسلم :" لا يشكر الله من لا يشكر الناس"، والاعتراف لذوي الفضل بفضلهم ولذا فإننا نتقدم بخالص الشكر والتقدير والاحترام إلى فضيلة الدكتور عبد الرزاق أيوب الذي تفضل مشكورا بقبول الإشراف على هذا العمل ، فكان نعم الأستاذ بتوجيهه ونصحه الدائم، ولم يبخل علينا بإرشاداته المتواصلة التي زادت الحسن حسناً وأضفت على هذا البحث روعة وجمالا ونفعا وفائدة.

كما لا يفوتنا أن نرسل باقة معطرة ومفعمة بأسمى معاني الوفاء والإخلاص والمحبة إلى:

- آبائنا وأمهاتنا الأعزاء أطال الله أعمارهم، فهم سندنا بعد الله ومنبع العطاء والجود..
- إخواننا وأخواتنا الأحباء مصدر النصح والإرشاد والمساعدة الدائمة والمستمرة..
- أصدقائنا الأفاضل الذين تحملوا معنا عناء إعداد هذا البحث ولم يبخلوا علينا بمدنا ببعض المراجع والمواقع..

والشكر موصول أيضا إلى موظفي محكمة الاستئناف بآكادير، والمحكمة التجارية، وقسم قضاء الأسرة بإنزكان، الذين لم يترددوا بتزويدنا ببعض القرارات والأحكام القضائية وكذلك الكتب.

وفي النهاية نشكر كل من ساعدنا، وكل من مد يد العون لنا، وليسامحنا الجميع إن لم يتسع المجال لذكرهم، ولكنها دعواتنا سترافقهم أبدا، خير لهم من الدنيا وما فيها، فجزآهم الله جميعاً عنا خير الجزاء.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

فك الرموز

ص	الصفحة
م.س	مرجع سابق
ق.ج	القانون الجنائي
م.غ.م	مطبعة غير متوفرة
م.ط.غ.م	مكان الطبع غير متوفر
س.غ.م	سنة الإصدار غير مذكورة
ط.غ.م	طبعة غير مذكورة

موقع العلوم القانونية

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

"ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ 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"

سورة الأحزاب الآية 5

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

مقدمة

الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوكل عليه، ونطلب منه الهداية والتوفيق والسداد، ونسأله أن يصلي على نبينا وشفيعنا وحبيبنا سيدنا محمد عليه الصلاة والسلام، الذي جاء بنور الهدى ودين الحق، فأنار به الطريق إلى السعادة في الدارين، وأخرج الإنسان من براثن الجهل إلى آفاق العلم، وأزال عنهم المعتقدات الكاذبة والأعراف الباطلة، حيث جاءهم بتشريع من السماء نظم به حياتهم بطريقة عادلة بإعطاء كل ذي حق حقه، وبلغ شريعة الله التي جاءت بأفضل و أرقى وسيلة للعيش وتأسيس حياة شريفة قوامها التكافل والمحبة بين أفرادها وحفظا للأنساب من الضياع،وذلك بسنها لنظام الزواج الذي من خلاله يعيش الطفل داخل أسرة متماسكة تضمن له الرعاية والتنشئة السليمة .

فالإسلام أولى عناية بحماية حق الطفل في النسب وأحاطته بسياج من التنظيم والضبط، لأن الأولاد هم ثمرة المستقبل ومنبع العطاء وصونهم فيه محافظة على قيام المجتمع وصيانة الأفراد من الوقوع في الفساد عن طريق الزواج، قال سبحانه وتعالى في سورة النجم الآية45 : " **وأنه خلق الزوجين الذكر والأنثى**"، ويقول عز وجل في سورة النساء الآية 1 : "**يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منها رجالا كثيرا ونساء**".

وبذلك يعرف الزواج في اللغة بكونه اقتران أحد الشيئين بالآخر أو ارتباطهما مصدقا لقوله تعالى " **وزوجناكم بحور العين** " سورة النساء الآية 3، أي قرناهم بهن وذلك على سبيل الدوام و الاستمرار، والزواج والنكاح بمعنى واحد، يقال تناكحت الأشجار إذا تمايلت، وانضم بعضها إلى بعض، والنكاح في اللغة معناه الضم، وهو الأكثر شيوعا في الشريعة والفقه، ومن ذلك قوله تعالى في سورة النور الآية 32 " **وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم و إمائكم وإن يكونوا فقراء يُغنِهم الله من فضله والله واسع عليم**." وقوله صلى الله عليه وسلم: " **لا نكاح بدون ولي** " رواه الترمذي.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

و أما معناه شرعا فهو عقد بين رجل و امرأة يفيد حل استمتاع أحدهما بالآخر على الوجه المشروع، وعرفه محمد أبو زهرة بكونه : **"عقد يفيد حل العشرة بين رجل و امرأة، يحققا ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة، ويحدد ما لكليهما من حقوق وواجبات ."** و عرفه المشرع المغربي في المادة 4 من مدونة الأسرة : **" ميثاق تراضي وترابط شرعي بين رجل و امرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف و إنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين " .**

وتجدر الإشارة إلى أن المدونة عبرت بكلمة ميثاق عن العقد، و أساس ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: **"لا نكاح بدون ولي."** رواه الترمذي

ولا تقتصر أهمية الزواج بين الرجل و المرأة في التوالد والتساكن الشرعي، وإنما هو وسيلة الله عز وجل للحفاظ على النوع البشري وتعمير الكون وخلافة الله في الأرض،قال تعالى في سورة النساء الآية 1 : **"يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساءواتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبا."**

والأصل في الزواج أنه مباح إذا كان الشخص يخشى على نفسه الوقوع في الفاحشة لو لم يتزوج، أي معتدل الطبيعة وقادر على العدل بين زوجاته ، كما قد يكون الزواج واجبا إذا كان الشخص قادرا على أعبائه المادية والمعنوية، ولا يخشى ظلم زوجته ومتيقن أنه سيقع في الزنا إذا لم يتزوج، وفي هذه الحالة يكون الزواج إعفافا لنفسه وحفظا لها من الحرام، وقد يكون مكروها إذا غلب على ظنه أنه سيظلم زوجته، أو لا يقوم بأعباء الحياة الزوجية إما لعجزه عن الإنفاق أو سوء العشرة مثلا، وبالإضافة إلى هذه الأحكام قد يكون الزواج حراما في حالة الشخص الذي يكون عاجزا عن القيام بأعبائه كاملة المادية والمعنوية، أو إذا تحقق من ظلم الزوجة إذا تزوج، وعن هذه الأحكام قال أحد العلماء :

وواجب على الذي يخشى الزنا تزوج لكل حالا أمكـــــــــــــنا

وزيد في النساء فقد المـــــال وليس منفق سوى الرجـــــــال

وفي الضياع ولجب النفقـــــة من الخبيث حرمة متفـــــــــقة

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

لراغب أو راج نسل ينـــــدب وإن به يضيع ما لا يـــجـــــــب

ويكره إن به يضيع الفـــــــل وليس فيه رغبة أو نســـــــــــل

وإن انتقى ما يقتضي مـــضى جاز النكاح بالسوي في المرتضى

فالزواج هو وسيلة تضفي المشروعية على تلك العلاقة الرابطة بين الزوجين، لتحل للطرفين الاستمتاع ببعضهما لتحقيق الغاية التي جاء من أجلها الزواج وهي التناسل، وبذلك يعتبر الولد الناتج عن هذه العلاقة ابنا شرعيا يثبت حقه في النسب بكافة الوسائل المعتبرة شرعا وقانونا، على خلاف البنوة غير الشرعية التي لا يعترف بها لا الشرع ولا القانون مطلقا، ولا يترتب عليها أي أثر قانوني للأب، لكن تبقى ثابتة للأم وتنتج كافة أثارها الشرعية بالنسبة لها ومنها الحضانة، في حين أن البنوة الشرعية يترتب عنها جميع أثار القرابة، فيمنع الزواج بالمصاهرة أو الرضاع و تستحق بها نفقة القرابة والإرث،كما يعتمدها المشرع كشرط أساسي لثبوت نسب الأولاد لأبيهم في حالة وجود نزاع بين الزوجين، وبذلك يعد النسب أول ما يثبت لهم من حقوق، وفق ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية ليكون المجتمع طاهرا نقيا ودفعا لاختلاط الأنساب وضياعها، فحرمت بذلك التبني لقوله تعالى في سورة الأحزاب الآية 5 : **"أدعوهم إلى أبائهم هو أقسط عند الله."**، وانتساب الولد لغير أبيه فقال الرسول صلى الله عليه وسلم في معرض التحذير من ذلك وبيان الوعيد الشديد على فاعله: **" من ادعي إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام."** رواه البخاري في صحيحه.

إن اهتمام الإسلام بالنسب اهتماما بالغا مرده في ذلك اعتباره ركن من أركان الأسرة المسلمة التي هي لبنة من لبنات المجتمع و ركيزة من ركائزه يقوم عليها كل مجتمع متوازن، حيث أقرت الشريعة الإسلامية قواعدها ، وأسسها حماية للنسب من الضياع والفساد و الرذيلة و أحاطته بسياج منيع ليظل النسب شامخا بعيدا عن الشبهات.

و باعتبار النسب أثر من أثار الزواج الصحيح،فإن معناه يتحدد ؛ لغة بالقرابة، وهو في الآباء خاصة، ونسبت الرجل ذكرت نسبه، و انتسب إلى أبيه أي : اعتزى، و نسبت الرجل أنسِبُه بالضم نسبة ونسبا إذا ذكرت نسبه، و انتسب إليك أي : ادعى أنه نسيبك، ويقال للرجل إذا سئل عن نسبه استنسب لنا أي : هو منهم والجمع أنساب.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

و اصطلاحا نجد بأنه ضاق عند البعض ليقتصر على القرابة التي هي بين الآباء والأبناء خاصة،واتسع عند آخرين ليشمل مطلق القرابة كالعصبة والرحم، فيعرف على النحو التالي: **"النسب هو القرابة وهي اتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قربية أو بعيدة،وقال الأبي : هو الانتساب إلى الأب."**

وقيل كلمة نسب تشمل العصبة، وهي قرابة الذكور من ولد الميت و آبائه و أولادهم والصلة بين النسب والعصبة أن النسب أعم.

والنسب هو صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم، وبالنظر إلى التعريفات السابقة نجد أن التعبير عن النسب بالقرابة له وجه عام يتسع ليشمل مطلق النسب أو القرابة،فتتضمن كلمة النسب العصبة والرحم كما قال الشربيني، كما أن للنسب وجه خاص،وهو نسب الشخص لأبيه وهذا هو المقصود والغالب في الاستعمال وهو محل دراستنا.

وبالتالي فالحفاظ على النسب غايته الحفاظ على النوع الإنساني وحماية الحقوق المتعلقة به باعتبارها مشتركة، فيدخل فيها حق الله تعالى، لأنه يتصل بحرمات أوجب الله تعالى رعايتها، وحقوق أطراف النسب وهم الأب والذي يترتب على ثبوت نسب الولد ثبوت ولايته عليه مادام صغيرا، وحق ضمه إليه عند انتهاء حضانة الأم له، وحق إرثه إذا مات الولد قبله، وحقه في إنفاق الولد عليه مادام محتاجا والابن قادرا.

أما كونه حقا للأم فإن في إثبات نسب الولد من أبيه ما يدفع عنها تهمة الزنا ودفع العار عنها وعن أسرتها، وكونه حقا للولد فلأنه يرتب له حقوقا بينها الشارع كحق النفقة والحضانة والإرث، ولدفع العار عن نفسه بكونه ولد زنا.

ومما لا شك فيه أن دراسة هذا الموضوع لا تخلو من أهمية وتتجلى في:

- إبراز حق الطفل في النسب من الزاوية الفقهية والقانونية مع البحث عن الآليات الكفيلة المخولة لحماية هذا الحق.
- دراسة مدى إمكانية تطبيق النصوص الشرعية في مجال النسب داخل منظومة القضاء .
- تبيان دور البصمة الوراثية وفحص فصائل الدم كمستجدات بيولوجية علمية في إثبات النسب، والبحث عن مكانتها مقارنة مع الوسائل الشرعية.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

- إبراز معالم الشريعة الإسلامية واستجلاء مواقفها من الحقائق العلمية، ومدى مشروعية تسخيرها لخدمة مستجدات الفقه الإسلامي.

وبالتالي فاختيارنا لهذا الموضوع خصوصا جاء لرغبتنا الجامحة في إعطاءه حقه من الأهمية،نظرا لخصوصيته وحساسيته من الناحية الفقهية والإنسانية والاجتماعية، في محاولة منا لجمع أكبر قدر ممكن من المعلومات من المنظور الفقهي و القانوني، وإعادة صياغتها في شكل عم ل متواضع يتيح إمكانية الاطلاع عليه لمن يهمه الأمر في كل ما يتعلق بالنسب.

وفي خضم ذلك واجهتنا عدة صعوبات، أهمها يتجلى في كون هذا البحث هو أول تجربة لنا في إطار البحث العلمي، حيث لم تكن لدينا فكرة مسبقة حول كيفية الاشتغال ولا منهجية البحث، إضافة إلى قلة المراجع داخل خزانة الكلية والمكتبات العمومية المحلية،كما أنه في إطار البحث عن المعلومات في رحاب المحاكم، واجهنا بعض رجال القانون بقولهم أن الموضوع صعب ومتشعب يصعب الإلمام به من جميع الجوانب، إلا أن هذا لم يكن حاجزا أمامنا في مواصلة البحث، بل كان نقطة قوة بالنسبة لنا، وأخيرا وجدنا تحدي وصعوبة في التوفيق بين حضور المحاضرات والتحضير للامتحانات والبحث العلمي.

ولكي يكون بحثنا بحثا علميا فقد اعتمدنا في صياغته على المنهج التحليلي المقارن، والذي يبرز من خلال تحليل ووصف بعض النصوص القانونية، وكذا ما هو كائن في الشريعة الإسلامية والمنظومة القانونية المغربية، وأخيرا انتقاد ما يشكل ثغرة أو نقص قد يلحق ضررا بحق الطفل في النسب أو بكرامة المرأة.

وعليه فالإشكالية المركزية للبحث تتحدد في :

- **ما مدى مسايرة المشرع المغربي للنصوص الشرعية التي أقرتها الشريعة الإسلامية؟ أم أنه يتبنى رأي مخالف؟**
- **كيف يمكن إثبات ونفي النسب في القانون المغربي؟ وما هي الوسائل الموظفة لذلك؟**

وقد ارتأينا تناول هذا الموضوع في فصلين على الشكل التالي :

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

الفصل الأول: وسائل إثبات النسب

الفصل الثاني: وسائل نفي النسب

موقع العلوم القانونية

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

الفصـــل الأول: وسائـــــل إثبات النســـــــــــب

- المبحث الأول: وسائل الإثبات التقليدية
- المبحث الثاني: وسائل الإثبات الحديثة

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

الفصل الأول: وسائل إثبات النسب.

يعتبر النسب من أهم الحقوق التي اعتنى بها الإسلام، ونظمها المشرع في نصوص تشريعية حيث عمل على تحديد وسائل إثباتها حماية للأعراض ودفعا لاختلاط الأنساب، ولإبراز ذلك سنعمل على تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: وسائل إثبات النسب التقليدية

المبحث الثاني: وسائل إثبات النسب بالوسائل التقليدية

موقع العلوم القانونية

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

المبحث الأول: وسائل الإثبات التقليدية

تناول المشرع في إطار المادة 152 من مدونة الأسرة ما يلي:

"أسباب لُحُوق النسب:

١. الفراش
٢. الإقرار
٣. الشبهة."

و تنص المادة158 من مدونة الأسرة:

"يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع، أو بكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا... "

بناءا على مضمون المادتين أعلاه، نستخلص أن من أهم الوسائل التقليدية لإثبات النسب : الفراش ، الإقرار، الشبهة، شهادة العدلين أو بينة السماع ، وبما أن المادة 158 من المدونة نصت على **"... بكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا "** فقد ارتأينا دراسة القيافة كوسيلة لإثبات النسب.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

المطلب الأول : إثبات النسب بالفراش

يعد الفراش من الأسباب الأولى لإثبات النسب شرعا وقانونا ولإبراز ذلك سنقوم بمعالجة هذا المطلب وتقسيمه إلى ثلاث فقرات:

مفهوم الفراش (كفقرة أولى)، السند الشرعي للفراش (كفقرة ثانية)، ثم شروط الفراش (كفقرة ثالثة).

الفقرة الأولى: مفهوم الفراش

*** لغة:** ما يبسط عادة للنوم أو للجلوس ، ويطلق هذا اللفظ أحيانا على المرأة التي يستمتع بها زوجها [1]، وعرفه محمد الأزهر: **"من فرشت البساط، وجمعه فرش، افترشه وطئه، فالفراش في اللغة هو الوطء."** [2] ، استنادا لقوله تعالى: **"وفرش مرفوعة إنا أنشأنهن إنشاء فجعلناهن أبكارا عربا أترابا لأصحاب اليمين."** [3]

*** اصطلاحا :** يقصد بالفراش الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة، أو كون المرأة معدة للولادة من رجل معين.[4]

وقد اختلف الفقهاء حول مفهوم الفراش ، فعرفه الجمهور على أنه اسم المرأة، ويعبر به عن حالة الافتراش، وقال أبو حنيفة إنه اسم الزوج ، ونقل الأبي عن القاضي عياض أن المقصود بالفراش: **"هو الفراش المعهود أو الولد للحالة التي يكون فيها الافتراش أي التأتي من الوطء."** [5]

وبالتالي يعتبر الفراش حجة قاطعة لثبوت النسب، لا يمكن التشكيك فيه مادامت الزوجة مختصة بزوجها وتحت عصمته، بمقتضى عقد زواج يخول له حق الاستمتاع بها

---

[1] - محمد الكشبور .البنوة والنسب في مدونة الأسرة .قراءة في المستجدات البيولوجية . ط 1428-2007. مطبعة النجاح الجديدة .الدار البيضاء .2007. ص66

[2] - محمد الأزهر.شرح مدونة الأسرة –أحكام الأسرة .تقديم عبد الواحد شعير .الطبعة الأولى .مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء2004

[3] - سورة الواقعة .الآية من 34 الى 38

[4] - مصطفى شلبي .أحكام الأسرة في الإسلام .طبعة1977.دار النهضة العربية .لبنان."س.غ.م".ص684

[5] - عبد الكريم شهبون .الشافي في شرح مدونة الأسرة . الجزء الأول.الزواج، الولادة ونتائجها ، الطلاق .الطبعة الأولى .مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء .1427-2006.ص 369

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

دون غيره، والحمل الناتج عن هذه العلاقة لاحق به شرعا مصدقا لقوله صلى الله عليه وسلم " **الولد للفراش...**"[٦]

الفقرة الثانية : السند الشرعي للفراش

يوجد في كتاب الله وسنة رسول الله الأدلة الكافية التي تجعل من الفراش قرينة قوية لثبوت النسب.

أولا : الدليل من الكتاب

يقول سبحانه وتعالى: " **والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة.**"[٧]

ويقول تعالى: "**هن لباس لكم وأنتم لباس لهن.**"[٨]

يقول عز وجل: " **وفرش مرفوعة إنا أنشأنهن إنشاء فجعلناهن أبكارا عربا أترابا لأصحاب اليمين.**"[٩]

ثانيا : الدليل من السنة النبوية الشريفة

ورد في الصحيحين عن السيدة عائشة رضي الله عنها أنها قالت " **اختصم سعيد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد : هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إلي أنه ابنه، أنظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله، ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه، فرأى شبها بينا بعتبة، فقال: هو لك يا عبد، الولد للفراش وللعاهر الحجر، احتجبي منه يا سودة بنت زمعة." قالت فلم ير سودة قط.** [١٠]

---

[٦]- رواه الجماعة إلا أبا داود

[٧]- سورة النحل .الآية 52

[٨]- سورة البقرة. الآية 187

[٩]- سورة الواقعة. الآية من 34 الى 38

[١٠]- رواه البخاري ومسلم في الصحيحين

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

فباستقرائنا لما ورد في الكتاب والسنة نجد أن من مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ النسب والعناية به كحق من الحقوق من خلال المكانة التي أولتها للفراش كسبب مباشر للحوق نسب الأولاد المزدادين على فراش الزوجية بأبيهم.

فالفراش يعبر عن حالة الزوجية، فهو يبيح للرجل مخالطة المرأة ويقصرها عليه وحده، حيث تعتبر المرأة في هذه الحالة فراشا، فإن أتت بحمل فهو منه ولا ينسب إلى غيره، دونما حاجة إلى إقرار من الزوج أو بينة تقيمها الزوجة .

لكن المشرع المغربي جاء شروط تحكم الفراش المثبت للنسب، فما هي إذن هذه الشروط؟

الفقرة الثالثة: شروط الفراش

إن اعتبار الفراش دليل قاطع وحجة قوية لإلحاق الولد بأبيه، فإن ذلك لا يتأتى إلا بتوفر ثلاث شروط أساسية تتمثل في:

١. إبرام عقد زواج صحيح
٢. شرط المدة
٣. إمكانية حمل الزوجة من زوجها

أولا: إبرام عقد زواج صحيح:

١. المبدأ

الزواج الصحيح هو الذي استجمع كافة أركانه وكل شروط صحته، وهو زواج مرتب لآثاره الشرعية، ولعل من أهم هذه الآثار ثبوت نسب الأولاد الذين يولدون على فراش الزوجية لصاحب الفراش دون غيره[١١] .

حيث نصت مدونة الأسرة في المادة على ما يلي **" إذا توفرت في عقد الزواج أركانه وشروط صحته، وانتفت موانعه، فيعتبر صحيحا وينتج جميع أثاره من الحقوق و الواجبات التي رتبتها الشريعة بين الزوجين والأبناء والأقارب. "** وهذه القاعدة طبقة في الشرع الإسلامي انطلاقا من حديث الرسول صلى الله وعليه وسلم : **" الولد للفراش**

[١١]- محمد الكشبور.الوسيط في شرح مدونة الأسرة .الكتاب الثاني .انحلال ميثاق الزوجية وآثاره.(ط).2 .1430-2009 .مطبعة النجاح الجديدة.الدار البيضاء . (س.إ.غ.م).ص113

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

وللعاهر الحجر" [12] ،فهذا الحديث صريح في إثبات نسب الأولاد بفراش الزوجية حفظا لهم من الضياع والإنكار، ولا يمكن الطعن فيه إلا من طرف الزوج عن طريق اللعان.

إذا كان النسب يثبت بالفراش كقاعدة، إلا أن الضرورة اقتضت أن يثبت النسب استثناء في حالتين: الاتصال بشبهة و الزواج الفاسد.

٢. الاستثناء

أ- ثبوت النسب في الاتصال بشبهة

❖ **تعريف الشبهة:**

- لغة : مشتقة من فعل شبه، يقال الشبه والشبيه ويقصد بذلك المثل ، والجمع أشباه ، وأشبه الشيء الشيء ماثله، وفي المثل من أشبه أباه فما ظلم، وتشابه الشبان واشتبها ، أشبه كل منهما صاحبه.

وشبه عليه: خلط عليه الأمر حتى اشتبه بغيره، وشبه الشيء إذا أشكل، واشتبه الأمر إذا اختلط[١٣].

- اصطلاحا: هو الاتصال الغير شرعي بين رجل وامرأة، مع اعتقاد الرجل شرعية الاتصال نتيجة غلط في الواقع كالتزوج بمن تحرم عليه نسبا أو رضاعا أو مصاهرة وهو لا يعلم العلاقة الرابطة بينهما التي تشكل مانعا للزواج، أو في الشخص أو في الحكم الشرعي مثل العقد على امرأة في العدة، أو بعد أن طلقها ثلاث مرات وقبل أن تتزوج غيره جاهلا أن الشريعة تمنع هذا الزواج[١٤].

❖ **أنواع الشبهة**

الشبهة بمعناه العام هي كل ما لم يتيقن منه، هل هي حلال أم حرام، وحددت أنواع الشبهة التي يثبت بها النسب في ثلاث:

- **شبهة الملك:** ويطلق عليها أيضا شبهة الحل، وتعد حكمية لارتباطها بحكم الشارع، ومن أمثلتها مواقعة الأب لجارية ابنه ظنا إباحتها له، لقوله صلى الله علية وسلم: **" أنت مالك لأبيك" رواه الإمام احمد**، كما تتجسد أيضا في مخالطة الرجل لمطلقته طلاقا

---

[12]- أخرجه مسلم في صحيحه. كتاب الرضاع .باب الولد للفراش وتوقي الشبهات . حديث 3688 .171/4

[13]- محمد الكشبور.الوسيط في شرح مدونة الأسرة. الكتاب الثاني.انحلال ميثاق الزوجية و آثاره. م.س. ص 312 وما بعدها

[14]- عبد الكريم شهبون . م.س. ص.373

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

بائنا [15] وهي في عدتها منه ظنا أن ذلك جائز ومشروع مستندا في ذلك على حديث سيدنا عمر رضي الله" **الكناية رواجع**" [16].

فما يستفاد من هذين الحديثين أنهما اشتملا على الشبهة : الجارية و الأب في الحديث الأول، والمرأة المطلقة في الحديث الثاني، ولذلك فإن الحد في هاتين الصورتين يدرأ بهذه الشبهة، استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم: " **ادرؤوا الحدود بالشبهات ما استطعتم.**"[17]

- **شبهة العقد**: هي التي تكون مقرونة بوجود العقد صورة لا حقيقة، كحالة الرجل الذي يعقد على امرأة، ثم تبين له فساد العقد لوجود سبب من الأسباب الموجبة لفساده، ومن أمثلة ذلك: عقد رجل على معتدة الغير، أو على من هي محرمة عليه رضاعا، أو مصاهرة أو نسبا، وهو يظن الحل لجهله بكونها محرمة عليه .

- **شبهة الفعل**: وتسمى أيضا شبهة اشتباه، وتتحقق في حالة من اشتبه عليه الحل والحرمة، كأن يظن الرجل ما ليس بدليل ، بمعنى دليل موجب لفعله دون أن يكون ذلك في الواقع، وهذه الشبهة تسقط الحد، كحالة المرأة التي زفت إلى رجل وقيل له هي زوجتك فوطئها ولم تكن كذلك[18].

❖ **آثار الشبهة:**

يترتب عن الوطء بشبهة آثار، ولتوضيح ذلك لابد من استقراء ما جاءت به بعض المذاهب الفقهية بهذا الخصوص :

* *الجعفرية:* أكدوا أن الوطء بشبهة سواء سبقه عقد أو لا يلحق النسب بالواطئ، وذلك إذا توفرت الشروط التي ثبت بها النسب بالفراش، باشتراط الدخول الحقيقي، ومضي ستة أشهر بين الوطء والولادة ولا تزيد على أكثر مدة الحمل من حيث المفارقة.

---

[15] - الطلاق البائن : هو الذي لا يحق للزوج أن يرتجع مطلقته إلا برضاها وبعقد جديد، وينقسم إلى طلاق بائن بينونة كبرى حيث لا يحل للمطلق إرجاع مطلقته حتى تنكح زوجا جديدا، والنوع الثاني هو الطلاق البائن بينونة صغرى لا يحل فيه للمطلق إرجاع مطلقته إلا بعقد جديد، فهو زواج جديد (الرضى،الإذن، المهر)

[16] - مشار إليه عند محمد ابن معجوز في كتاب أحكام النسب في الشريعة الإسلامية.م.س .ص32

[17] - مشار إليه عند محمد جار الله الصعدي .النوافح العطرة .تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا.المجلد الأول.الطبعة الثالثة.مؤسسة الكتب الثقافية.1993.ص 25

[18] - عبد الكريم شهبون. م.س.ص 374

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

* *الحنفية:* فأقرت بأنه إذا ثبت نسبه لا ينتفي من الواطئ بانتفاء، بل يلزم به قهرا عنه، وقيل هي زوجتك ولم تكن كذلك[١٩].

* *المذهب المالكي*: ألحق النسب بالزوج في مجموعة من الحالات نوردها تبعا كالتالي:

- من تزوج امرأة سبق له أن طلقها ثلاثا، دون أن تنكح زوجا غيره
- من يتزوج بخامسة حالة وجود أربعة في العصمة.
- من يتزوج امرأة تحرم عليه نسبا أو رضاعا أو صهرا [٢٠] .

وبالتالي فإن الولد الذي يكون ناتج عن الوطء بشبهة، فإن الحكم فيما يتعلق بنسبه يختلف باختلاف حالتين:

- الحالة الأولى : المرأة التي ليس لها زوج، فإن هذا الولد ينسب إلى الرجل الذي وطئها، شرط أن تكون ولادته بعد أقل مدة الحمل وقبل مرور أقصاها، وهذا ما أقرته مدونة الأحوال الشخصية الملغاة في الفصل 89 " الخالية من الزوج إذا وطئت بشبهة وجاءت بولد ما بين أقل مدة و أكثرها يثبت نسبه من الواطئ. "

- الحالة الثانية :المرأة التي لها زوج، فالحكم في هذا الصدد يختلف بين الفقهاء :

* *المالكية والحنفية* :الولد يلحق بالزوج، ولا ينسب إليه في حالة إذا نفاه باللعان، تطبيقا لقوله صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش" سواء كان زوجها قد وطئها في نفس الطهر الذي جامعها فيه ذلك الرجل أو لا، وسواء أن يكون زوجها قد اعتزلها بعد أن جامعها هذا الرجل أو لم يعتزلها[٢١] .

---

[19]- عبد الكريم شهبون .م.س.ص375

[20]- محمد الكشبور.الوسيط في شرح مدونة الأسرة.الكتاب الثاني.م.س. ص 314

[٢١]- في هذا الإطار وجب الإشارة إلى ما يلي : إذا كانت الزوجة غير حامل فوطئت يزنى أو بشبهة في حالة طهر لم يحصل فيها جماع بزوجها، وجب عليه الإستبراء، كما يحرم على الزوج أن يجامعها ولا أن يستمتع بها بما دون الجماع، لكن يمكن أن تبقى مقيمة معه، أما إذا كانت الزوجة حاملا فزنت أو وطئت بشبهة فلا يجب الإستبراء ، لأن الولد الذي في بطنها يلحق بزوجها ، حيث يمكن لزوجها أن يجامعها ، ويقال أنه يجب الإستبراء، لأنه قد يكون أن من ظن أنه حمل ليس حملا في الواقع، فإذا جامعها الزوج بعد وطء غيره لها قبل مرور مدة الإستبراء، ثم طهر بها حمل بها حمل فلا يدري هل ذلك الحمل من وطء الغير لها أو من زوجها، ففي هذه الحالة كان الحمل من وطء غير زوجها، ثم جامعها زوجها قبل ولادتها، يكون بذلك قد سقى زرع غيره بمائه وهو منهي عنه.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

* *المذهب الحنبلي:* أقر بأن المرأة إذا وطئت بشبهة وهي في حالة طهر لم يجامعها زوجها فيه، فاعتزلها زوجها بعد وطء غيره، فالولد يلحق بالواطئ لا بالزوج الذي لا يحتاج إلى لعان في هذه الحالة، إذا ولدته بعد ستة أشهر من ذلك الوطء[٢٢]

رغم أن الفقهاء أقروا بإلحاق الولد بأبيه في الوطء بشبهة ، إلا أن ذلك لا يتأتى إلا بعد التأكد من توفر الشروط التي تخول هذا الانتساب، لأنهم يحرصون على طهارة النسب وحفظه باعتباره حق مشروع للولد الذي يلحق بأبيه الذي تولد منه نتيجة علاقة لا يعتبرها الشرع محرمة كالزنا .

أما مدونة الأسرة في مادتها 155 جاءت بما يلي : **"إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل وولدت المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها، ثبت نسب الولد من المتصل ..."**

فنص هذه المادة أقر صراحة بثبوت النسب في الاتصال بشبهة، موضحا أن الرجل إذا دخل بامرأة معتقدا بأنها زوجته، ثم تبين له أنها ليست حلاله " أي **إشبه عليه الأمر** " فإذا نتج عن هذا الاتصال بشبهة حمل، فإن نسب الولد يثبت في حالة إذا أنجبته بين أقل مدة الحمل وأقصاها .

كما أكدت نفس المادة في فقرتها الثانية **" يثبت النسب الناتج عن الشبهة بجميع الوسائل المقررة شرعا".**

وبالتالي فإن النسب في الاتصال بشبهة يثبت حيث إن المشرع وسع من وسائل إثباته من خلال الاستعانة بالتحاليل والخبرات المعتمدة لذلك.

❖ **إثبات النسب بالشبهة في الخطوبة :**

جاءت المادة 156 من مدونة الأسرة بما يلي **" إذا تمت الخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توفرت الشروط التالية :**

أ- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء

ب- إذا تبين أن بالمخطوبة حملت أثناء الخطبة

---

[٢٢]- محمد ابن معجوز .أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية.الجزء الثاني.الولادة ونتائجها: الأهلية والنيابة الشرعية.(ط.غ.م). مطبعة النجاح الجديدة.1994.ص 33 وما بعدها

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

ج- إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما

تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن

إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب."

ويبدو جليا أن مدونة الأسرة أضافت حالة أخرى لثبوت النسب الناتج عن الاتصال بشبهة، لم يتناولها الفقه المالكي وهي حالة نسبة الحمل الذي يظهر بالمخطوبة إلى الخاطب للشبهة[٢٣] .

وبرجوعنا إلى ما ورد في المادة أعلاه نجدها تنص على الشبهة التي تقع في فترة الخطوبة، وينتج عنها اتصال جنسي يكون ثمرته حملا ما بين أقل مدة الحمل والتي هي ستة أشهر وأقصاها سنة، والمشرع اشترط شروط لكي يلحق الولد للخاطب، والمتمثلة أساسا في: تمام الخطبة يكون باقتران الإيجاب القبول بين الطرفين " الخاطب والمخطوبة "، مع ضرورة إشهارها بين الأسرتين، حيث يصبح معروفا أنهما مخطوبين، ووسائل الإشهار تبدأ من يوم الخطبة، ويعبر عنها بإقامة حفل أو تجمع أسري... ، وتكون أيضا بموافقة ولي بالمخطوبة عليها عند الاقتضاء، وفي حالة وجود أسباب قاهرة حالت دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة أي بعد الخطبة وبعد الإيجاب والقبول، فيجب أن يكون في أقل مدة الحمل من تاريخ إشهار الخطبة مع ضرورة إقرار الخطيبان أن الحمل منهما، فالخاطب يقر بأن الحمل كان منه نتيجة اتصال جنسي، وتقر بالمخطوبة بالأمر وبأنه لم يمسسها شخص غيره، وتشير إلى أن هذا المسيس كان في فترة الخطوبة[٢٤].

فالشروط السابق ذكرها تتم معاينتها بمقرر قضائي غير قابل للطعن، لكن هناك احتمال أن ينكر الزوج هذا الحمل، ففي هذه الحالة أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل المقررة شرعا.

فمتى ثبت النسب في الاتصال، تترتب عليه من الناحية القانونية جميع النتائج المتعلقة بالقرابة، فيمنع الزواج بسبب المصاهرة أو الرضاع، وتستحق به نفقة القرابة وكذا الإرث، وهذا ما نصت عليه مدونة الأسرة في المادة 157 **"متى ثبت النسب ولو في**

---

[٢٣]- محمد برادة غزيول .حسين العلمي وجماعة من المؤلفين . الدليل العلمي لفقه الإرث وتوزيع التركات .سلسلة الدلائل العلمية .العدد الثالث.الطبعة الثانية.مطبعة البلابل.2011. ص 90

[24]- محمد الأزهر.م.س. ص 245

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

زواج فاسد أو بشبهة أو بالإستلحاق، تترتب عليه جميع نتائج القرابة، فيمنع الزواج بالمصاهرة أو بالرضاع وتستحق به نفقة القرابة أو الإرث."

ب- ثبوت النسب في الزواج الغير الصحيح :

برجوعنا إلى مقتضيات المادة 56 من مدونة الأسرة نجدها تميز بين نوعين من الزواج غير الصحيح، الزواج الفاسد والزواج الباطل.

الزواج الفاسد: هو الزواج الذي ثم ركنه بالإيجاب والقبول، لكن اختل شرط من شروط صحته، ويميز الفقه الإسلامي بين الزواج الفاسد لصداقه والزواج الفاسد لعقده وهو نفس ما أقرته مدونة الأسرة في المادتين60 و61.

- الزواج الفاسد لصداقه : هو الذي اختل فيه شرط من الشروط التي يجب أن تتوفر في الصداق، بمعنى أن يسمى للزوجة صداق مما لا يصح التعامل به شرعا وقانونا، كأن يكون لحم خنزير أو قارورة خمر أو سموم[٢٥].

وبالتالي فهذا الزواج لا يطرح أي إشكال على مستوى النسب، حيث أنه يفسخ قبل الدخول ويصحح بعد الدخول بصداق المثل،[٢٦] وبناءا على مقتضيات المادة 60 من مدونة الأسرة التي تنص على ما يلي : **"يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصحح بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين."**

- الزواج الفاسد لعقده : هو الزواج الذي اختل فيه شرط من شروط صحته ويفسخ قبل البناء وبعده، كمن يتزوج امرأة خامسة، أو الزواج الذي يتفق فيه على إسقاط الصداق أو عدم الأخذ بإذن الولي ... ، ويتحقق في الحالات المقررة في المادة 61 من المدونة، وأولى حالاته:

- إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين، إلا أن يشفى المريض بعد الزواج؛
- إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا؛
- إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه؛

---

[25]- محمد الشافعي. الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية.الطبعة الرابعة .مطبعة الوراقة الوطنية .مراكش .2001. ص270

[26]- محمد الكشبور.البنوة والنسب في مدونة الأسرة .م.س .ص 84

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

إلا أن آراء الفقهاء تضاربت وتباينت حول مدى صحة هذا الزواج، والذي قد تعتبره المالكية "كلهم أو بعضهم" فاسدا لاختلال ركن من أركان صحته في حين يعتبر صحيحا في بعض المذاهب التي لا تعتد بذلك الركن المفقود في العقد، ومن أمثلة ذلك: الزواج بدون ولي فالمالكية يتفقون على أن انعدام الولي يجعل الزواج فاسدا، إلا أن الحنفية يعتبرونه صحيحا، وكذلك نكاح السر الذي تعتبره المالكية فاسدا، أما الشافعية والحنفية فقد أقرتا بصحته، أما زواج المريض مرضا مخوفا فإن الراجح في المذهب المالكي أنه يفسخ قبل الدخول وبعده مادام المرض قائما، بينما يرى بعض المالكية أن المرض المخوف ليس مانعا من الزواج، مما يفيد أن من تزوج وهو مريض مرضا مخوفا، فإن زواجه يعتبر صحيحا[٢٧] .

وثبوت النسب في الزواج الفاسد لعقده لم يشر إليه المشرع صراحة، وإنما نص في المادة 64 من المدونة وبشكل ضمني على ما يلي: **"الزواج الذي يفسخ تطبيقا للمادتين 60 و 61 أعلاه، لا ينتج أي أثر قبل البناء، وتترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه ."**

وما يستشف من نص المادة أن الزواج الفاسد لعقده يرتب جميع آثاره العقد الصحيح متى تم البناء بالزوجة، وبالتالي فالنسب يثبت ويلحق الولد بأبيه دون اعتبار لنية الزوج سواء أكانت حسنة أو سيئة[٢٨] .

الزواج الباطل: هو الزواج الذي اختل أحد أركانه، أو وجود حرمة بين الزوجين، وحالات بطلانه ثلاث وفق ما هو مقرر في المادة 57 من مدونة الأسرة التي تقضي بما يلي:

"يكون الزواج باطلا:

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

2 -إذا وجد بين الزوجين مانع من الموانع المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39 أعلاه[٢٩]

3 -إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول ."

---

[27]- محمد ابن معجوز .أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية.(م.س). ص23

[28]- محمد الكشبور.الوسيط في شرح مدونة الأسرة.الكتاب الثاني.م.س. ص320

[٢٩]- هذه المواد تتعلق بالموانع المؤبدة" المحرمات بالقرابة والمحرمات بالمصاهرة " والموانع المؤقتة" الجمع بين أختين أو المرأة وعمتها أو الزيادة في الزوجات على العدد المسموح به شرعا أو زواج المسلمة بغير المسلم..."

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

وينتج عن هذا الزواج آثار أهمها ثبوت النسب طبقا للمادة 58 من مدونة الأسرة في فقرتها الثانية **" يترتب على الزواج بعد البناء الصدق الإستبراء، كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة"**

وهكذا فإذا نتج عن الزواج الباطل حمل، فإن ثبوت النسب يتوقف على قصد الزوج، فإذا كان حسن النية (أي إنه جاهلا بسبب التحريم)، ينسب الولد إليه ويترتب على هذا النسب جميع الآثار المتعلقة بالقرابة وتتحقق به نفقة الإرث والنفقة، أما إذا كان سيء النية (أن يكون عالما بالسبب ومتيقن منه)، فإن الولد لا يلحق به، ويبقى نسبه شرعي من جهة الأم لأنه ابنها[30] .

فالغاية إذن من ثبوت النسب سواء في الاتصال بشبهة أو في الزواج غير الصحيح بنوعيه "الفاسد والباطل "، وهو الحرص على أن يكون لكل ولد نسب شرعي يتحصن به ويحميه من الانتساب إلى الزنا.

ثانيا :انصرام مدة الحمل

سبق وأن تناولنا في الفقرة السابقة السبب الأول من أسباب لحوق النسب وهو الزواج الصحيح، إلا أنه غير كافي مما يستوجب توفر شرط ثاني وهو تحقق مدة الحمل المفروضة شرعا وقانونا، ولشرط المدة حدان: "أدنى وأقصى"

١ -أقل مدة الحمل :

يقول تعالى في محكم آياته **" ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه كرها ووضعته كرها وفصاله ثلاثون شهرا"**[31].

ويقول عز وجل **"والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة"**[32].

---

[30]- محمد الشافعي.(م.س). ص272

[31]- سورة الأحقاف .الآية 14

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

اعتمادا على مضمون الآيتين اتفق الفقهاء على أن أقل مدة هي ستة أشهر، فالآية الأولى حددت مدة الحمل والفصال في ثلاثون شهرا، والآية الثانية دلت على أربعة وعشرون شهرا كمدة للفصال ، فبطرح مدة الفصال الواردة في الآية الثانية "عامين" من مدة "ثلاثون شهرا" تبقى مدة ستة أشهر .

ونورد في هذا الإطار حادثة وقعت في عهد عثمان بن عفان أن رجلا تزوج بامرأة، فولدت بعد ستة أشهر من إبرام العقد، فأمر الخلفية عثمان رضي الله عنه برجمها، إلا أن ابن العباس عارضه قائلا: **"لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم "** مستدلا بالآيات السالفة ذكرها، فدرأ عنها سيدنا عثمان رضي الله عنه الحد ، وثبت نسب الولد للزوج.

ارتئ المشرع السير على النحو الذي جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية حتى لا يكون هناك خلاف، فأقر في المادة 154 من مدونة الأسرة: **" يثبت النسب بفراش الزوجية**

1 -إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد... "

فمدة الحمل إذن حسب المادة أعلاه هي ستة أشهر من تاريخ العقد لا من تاريخ الدخول، حيث جاء في كتاب النوازل للعلمي: **"المعتبر في مبدأ الستة أشهر يوم العقد لا يوم الدخول "** [٣٣]، ونورد في هذا الصدد قرار للمجلس الأعلى: **"لكن حيث إن المادة 154 من مدونة الأسرة تنص على أنه يثبت نسب الولد لفراش الزوجية إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد..."** [٣٤]

فبالإضافة إلى المادة 154 من مدونة الأسرة، نجد حتى مدونة الأحوال الشخصية الملغاة في مادتها 85 تنص على ما يلي: **"الولد للفراش إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل"**، وقد حددت المادة 84 من نفس المدونة أقل مدة الحمل في ستة أشهر.

واضح أن هذه المادة اعتمدت هي الأخرى تاريخ عقد الزواج لاحتساب وتحديد مدة الحمل في ستة أشهر، اعتبارا أن تاريخ العقد يكون مضمنا في عقد الزواج الذي يحرره العدلان، وإذا تخلف الإشهاد يحدد تاريخ العقد الحكم الذي يصدر بثبوت الزوجية،

---

[32] سورة البقرة.الآية231

[33]- محمد الكشبور.الوسيط في شرح مدونة الأسرة.الكتاب الثاني. م.س. ص 321 و372

[٣٤]- قرار المجلس الأعلى.عدد939.الصادر بتاريخ 15/11/2006 . منشور في المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة.الجزء الأول. منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية سلسلة الشروح والدلائل .العدد العاشر .فبراير 2009.ص 227

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

وبالتالي فبمجرد تحديد تاريخ إبرام العقد يفيد أنه لا أهمية فيما إذا تم الدخول أو لم يتم[٣٥] .

إذن فالولد المزداد قبل انتهاء ستة أشهر من تاريخ إبرام العقد لا يثبت نسبه، ولو اعترف به الزوج، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى **" لما كان الولد المطعون في نسبه للطالب، ولد بعد شهرين تقريبا من تاريخ العقد، فإن ولادته تكون وقعت خارج الأجل المحدد، ومن تم يكون نسبه غير ثابت."**[٣٦]

2 - أقصى مدة الحمل :

إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد اتفقوا بخصوص أقل مدة الحمل وحددوها في ستة أشهر، إلا أنهم اختلفوا اختلافا واضحا حول أقصى مدة الحمل، ونورد في ذلك رأي *المذهب الحنفي* والذي حدد أقصى مدة الحمل في سنتان، مستندا في ذلك على قول السيدة عائشة رضي الله عنها " لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين: ولو بفركة مغزل " ذكره الدارقطني، أما بخصوص *المذهب المالكي* فقد ورد في كتاب النوازل للعلمي: **" أقصى مدة الحمل عند مالك سبع سنوات وقيل خمس..."** ، وبهذا تكون المالكية مخالفة لما جاء به المذهب الحنفي، حيث قال الإمام مالك لما بلغه قول السيدة عائشة منكرا عليها، مستندا في قوله على ما ورد في حاشية ابن عابدين **:" عن الوليد بن مسلم قال: قلت لمالك بن أنس : أني حدثت عن عائشة، إنها قالت: لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل المغزل، فقال: سبحان الله !من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان، امرأة صدق و زوجها رجل صدق، تحمل أربع سنين، ابن عجلان نفسه بقي في بطن أمه أربع سنين "** رواه الدارقطني عن الوليد بن مسلم.

وهذا القول مشهور أيضا في *المذهبين الشافعي والحنبلي* ، حيث حددوا أقصى مدة الحمل في أربع سنوات، أما *المذهب الظاهري* في شخص ابن حزم الذي قال **" روي عن عمر رضي الله عنه قوله، أيما رجل طلق زوجته، فحاضت حيضة أو حيضتين ثم قعدت، فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها، فإن لم يستبين حملها في تسعة أشهر، فلتقعد بعد التسعة أشهر، ثلاثة أشهر عدة التي قعدت عن الحيض."** رواه سعيد بن المسيب عن عمر رضي الله عنه.

---

[٣٥] - محمد الخمليشي. التعليق على قانون الأحوال الشخصية.الجزء الأول.آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية.الطبعة الأولى.مطبعة المعارف الجديدة.الرباط.1994.ص 34

[36] - قرار المجلس الأعلى.منشور في المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة. م.س. ص 170

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

يبدو جليا أن المغالاة في تحديد أقصى مدة الحمل يلحق ضررا بالطرفين، فالزوج قد ينسب له ولد قد لا يكون من صلبه بعد موته أو طلاقه أو غيبته لمدة طويلة، وفيه أيضا ضرر للمرأة حيث لا يمكنها أن تتزوج إذا كانت في العدة أو في فترة الإستبراء[٣٧].

وبخصوص المشرع المغربي نجده أخذ برأي بعض فقهاء المالكية ومنهم ابن الحكم، وجعل أقصى مدة في سنة قمرية، وهو رأي جد منطقي، خاصة وأن العلم الحديث يؤيده[٣٨] ، حيث جاء في المادة154 من مدونة الأسرة :

"يثبت نسب الولد بفراش الزوجية :

1- ...

2- إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق. "

و في هذا الصدد نورد قرار للمجلس الأعلى: **" ثبت للمحكمة من شهادة الوضع أن البنت ازدادت بتاريخ 28/10/97، وداخل سنة من تاريخ الطلاق الواقع بتاريخ 5/3/97، وألحقتها بنسب الطالب."**[٣٩]، فولادة البنت داخل سنة من تاريخ الطلاق قرينة على ثبوت نسبها .

وجاء في حكم أخر للمحكمة الابتدائية : **" إنه بالرجوع إلى وثائق الملف يتضح أن المدعي طلق زوجته المدعى عليها بتاريخ 24 يناير 2002، في حين وضعت هذه الأخيرة حملها بتاريخ 21 غشت 2002، أي داخل أقل من سنة من وقوع الفراق مما يكون معه حملها السالف الذكر لاحق بالمدعى ."**[٤٠]

---

[٣٧]- خالد بنيس.مدونة الأحوال الشخصية.الولادة ونتائجها.دراسة فقهية وقضائية.ط.غ.م. شركة بابل. الرباط.1989.ص 27 وما بعدها.

* "حدث أن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يتقصى أمور رعيته ،فسمع امرأة تقول شعر مفاده أنها اشتاقت إلى زوجها ، ولولا حبها الشديد له لخانته ،وعندما سمع سيدنا عمر رضي الله عنه عن حال هذه المرأة علم أن زوجها في غزوة ،فذهب عند ابنته حفصة زوجة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ،وسألها عن المدة القصوى التي يمكن فيها للزوجة أن تصبر عن فراق زوجها، فأجابته رضي الله عنها بأن المرأة العفيفة التي تحب زوجها لا تقدر على فراقه أكثر على فراقه أكثر من أربعة أشهر ، فأمر سيدنا عمر رضي الله عنه أن يرجع كل جندي من مواقع الحرب لزيارة أهله مرة كل أربعة أشهر ، فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم ، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم" .مشار عند خالد بنيس .نفس المرجع

[38]- محمد الكشبور.البنوة والنسب. م.س. ص90

[٣٩]- قرار صادر عن المجلس الأعلى.بتاريخ 25/1/2006. ملف عدد 2005/1/2/220.منشور في المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة.م.س. ص229

[٤٠]- حكم المحكمة الابتدائية.فجيج بوعرفة .عدد 04/170 . الصادر بتاريخ 08/06/2005 . منشور في المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة. ص254

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

وفي نفس الاتجاه صار المشرع المصري، حيث أصدر مرسوم سنة 1962 اعتمد فيه على تقرير الخبرة لمجموعة من الأطباء المختصين، تجعل أقصى مدة الحمل 365 يوما من تاريخ الطلاق[٤١].

3 - كيفية تحديد أقل مدة و أقصى مدة للحمل

إن تحديد أقل مدة للحمل، يجعلنا نتساءل متى تعتمد أقل مدة للحمل ومتى تعتمد أقصى مدة، إن أقل مدة للحمل يتم اعتمادها ابتدءا من تاريخ إبرام عقد الزواج، وأقصى مدة ابتدءا من تاريخ انتهاء عقد الزواج، وأيا كان السبب طلاقا أو فسخا أو وفاة[٤٢] .

لكي يثبت نسب الطفل المولود أثناء قيام الفراش يلزم أن تأتي ولادته لستة أشهر، فهذه المدة كافية ليلحق الحمل بالزوج، وتاريخ احتساب المدة يختلف بحسب ما إذا كنا بصدد زواج فاسد أم زواج صحيح أم شبهة[٤٣] ، حيث إنه في الزواج الصحيح تحتسب مدة ستة أشهر من وقت العقد الصحيح، ولسنا في حاجة إلى إقرار الزوج أو بينة الزوجة.

أما إعمال مدة الحمل بخصوص نسب الولد بعد الطلاق، فجمهور الفقهاء[٤٤] ، يرى أنه لا فرق بين ولد المطلقة "سواء طلاقا رجعيا أو طلاقا بائنا"، أو المتوفى عنها زوجها، فمتى كانت المدة المنقضية بين الطلاق أو الوفاة وبين الولادة هي أقصى مدة للحمل فإن النسب يثبت من المطلق أو من الزوج المتوفى[٤٥] .

اعتمادا على ما جاء به الفقه الإسلامي في هذا الصدد، نجد المشرع المغربي صار على نفس النهج فالمادة154 من مدونة الأسرة تنص صراحة على الآتي:

" يثبت نسب الولد بفراش الزوجية ؛

---

[41]- خالد بنيس . م.س .ص29

[42]- محمد الكشبور.البنوة والنسب .م.س .ص 92

[٤٣]- في الزواج الفاسد نجد اختلاف في نفس المذهب: فالحنفية مثلا منهم من قال ؛ تحتسب مدة ستة أشهر من وقت العقد، وحتى الولادة قياسا على العقد الصحيح والاحتياط في النسب، أما الرأي الثاني فيرى حساب المدة من وقت الدخول الحقيقي لا من وقت العقد "كما في العقد الصحيح الذي يعتبر أداة لتحليل العلاقة الزوجية وتمتع كل منهما بالآخر" أما العقد الفاسد فلا يحل القيام بهذه العلاقة ولا تصير المرأة فراشا ، ومن تم لا يعد سببا لثبوت النسب ، وإنما بالدخول الحقيقي يتحقق ذلك، أما في حالة الشبهة فإن الفقهاء يذهبون إلى احتساب مدة الستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي وحتى الولادة .

[٤٤]- باستثناء المذهب الحنفي الذي يرى أن ثبوت نسب الولد يتوقف على ولادته خلال مدة معينة ، إلا أن هذه المدة تختلف في قدرها وبدء سريانها باختلاف نوع الفرقة وتبعا لوجوب العدة من عدمه ،وعلى هذا ميزوا بين نسب ولد المطلقة طلاقا رجعيا ، ونسب ولد طلاقا بائنا.

[٤٥]- عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي.إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة .دراسة فقهية وتشريعية مقارنة .رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه .جامعة القاهرة .كلية دار العلوم .قسم الشريعة الإسلامية .1421-2000. ص 43

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

١ ـ إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال سواء كان العقد صحيحا أم فاسدا.

٢ ـ إذا ولد خلال سنة من تاريخ الطلاق. "

وبالتالي فالمشرع بناءا على المادة أعلاه أقر بأن أقل مدة للحمل تكون من تاريخ العقد، وأقصى مدة من تاريخ الفراق، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى: **"...إن النسب المدعى به لابد فيه من تحديد تاريخ ازدياد المستأنف بدقة حتى يتمكن القول بأنه ازداد داخل أو خارج المدة المعتبرة شرعا للحوق النسب، وأن هذا الأمر غير ثابت بأي سند قطعي يثبت يوم وسنة ازدياد المستأنف وأن شهادة المستمع إليهم ابتدائيا عجزوا عن تحديد تاريخ الازدياد وأن الحجة عدد 318 لا تحدد بدقة يوم ازدياد المستأنف وأن رسم الإراثة عدد 34 يشير فقط إلى سنة بالتقريب، الشيء الذي يفيد أن كافة الحجج المدلى بها غير قطعية في ثبوت النسب المدلى به مما يجعل الوسيلة بفروعها غير جديرة بالاعتبار الأمر الذي يستلزم رفض الطلب."**[٤٦]

إن ما يستفاد من هذا القرار هو ضرورة تحديد تاريخ إبرام العقد وتاريخ وقوع الطلاق، حتى يتم تحديد أقل مدة للحمل وأقصى مدة، حي ث يستفيد منها الطرف الذي تقدم برفع دعوى إثبات النسب.

4- أقصى مدة الحمل وإشكالية الريبة فيها

تنص المادة134 من مدونة الأسرة على الآتي :

" في حالة إدعاء المعتدة الريبة في الحمل،وحصول المنازعة في ذلك ، يرفع الأمر إلى المحكمة التي تستعين بذوي الاختصاص من الخبراء للتأكد من وجود الحمل وفترة نشوئه لتقرير استمرار العدة أو انتهائها ."

تجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي وإن لم يتبنى موقف بعض فقهاء المذهب المالكي بخصوص أقصى مدة الحمل والتي حددت في أربع أو خمس سنوات، فإنه وفق مقتضيات النص أعلاه لم يستطع التحلل منه مطلقا، إذ إن هذه الفرضية مازالت منتشرة في الأوساط الشعبية فيما يصطلح عليه "بالراقد".

[٤٦]- قرار المجلس الأعلى.صادر بتاريخ 28 أكتوبر 1997. منشور بمجلة قضاء المجلي الأعلى .العدد 55. مشار إليه في كتاب الوسيط في شرح مدونة الأسرة.الكتاب الثاني.م.س. ص327

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

لكن مع التقدم العلمي الذي أصبحت بعض العلوم، وخصوصا في مجال الطب لن يدع مجالا للشك مطلقا، وهذا ما جعل المشرع في المادة أعلاه يستعين بخبرة الأطباء، خصوصا وأنه قد تنقضي السنة كأقصى مدة للحمل سواء بعد الطلاق أو الوفاة دون حدوث الولادة[٤٧] ، فالفيصل هنا هم ذوو الاختصاص لكي يقرروا أن ما في بطن المعتدة حمل أو مجرد علة، ونفس المنحى سلكه المشرع المصري كما سبق الإشارة إليه، حيث جاء في المادة15من قانون رقم25 لسنة1929 **" لا تسمع دعوى النسب لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة وقت الطلاق أو الوفاة."**[٤٨]

فالقاعدة الثابتة والتي لا محيد عنها، هي أن الحمل لا يمكن أن يستمر أكثر من تسعة أشهر، والحالة التي تخرج عن هذا المبدأ تعد نادرة الوقوع .

ثالثا: إمكانية حمل الزوجة من زوجها

تتضاف حالة الولادة إلى الشرطين السابق ذكرهما، لنستكمل بذلك شروط فراش الزوجية الصحيح .

فإمكانية حمل الزوجة من زوجها تتحقق بأمرين :

1-إمكانية الاتصال:

اتفق جمهور العلماء على أن إمكانية التلاقي بين الزوجين هو أحد شروط ثبوت النسب بالفراش، إلا أنهم اختلفوا حول مدى هذا الإمكان ، *فالحنفية* لا يشترطون الدخول ولا إمكانه ، وإنما يكتفون في إثبات النسب بالعقد نفسه، مستدلين على رأيهم بما يلي:

" إن ثبوت النسب من أحكام العقد لأن الدخول أمر خفي لا نطلع عليه حقيقة، فأقمنا العقد مقامه "، وكذلك التمكن من الوطء أمر لا يكمن الوقوف عليه لاختلاف طبائع الناس فيه وفي أوقاته"[٤٩].

وبهذا تكون *الحنفية* مخالفة لما أجمعت عليه *المالكية والشافعية والحنبلية* على أن عقد الزواج يحلل للرجل مخالطة المرأة ويجعلها فراشا للزوجية،فإذا جاءت الزوجة بولد

---

[٤٧]- استثناءا في حالات نادرة الوقوع ، مادام وجود قاعدة عامة في الشريعة الإسلامية محددة بنص قرآني " وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن" سورة الطلاق. الآية 4

[48]- محمد الكشبور.البنوة والنسب .م.س. ص97

[49]- عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي. م.س .28

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

فهو منه واحتمال أنه من غيره أمر مرفوض، أما إذا انتفى التلاقي وجاءت الزوجة بولد فإنه لا يلحق به .

وحتى مدونة الأسرة من خلال المادة 154 السالفة الذكر سايرت رأي جمهور الفقهاء حيث أقرت بإمكانية الاتصال، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى: **"...وإذا جاءت المرأة بالولد بعد أقل مدة الحمل وأمكن الاتصال فإنه يلحق بالزوج، ولو قالت أنه ليس منه مدام لم ينعه عنه بالوسائل الشرعية ويعتد بقولها لأنه اعتداء على حق الطفل ."**[٥٠]

ويدخل أيضا ضمن أحكام المادة 154 حالة الطلاق قبل الدخول، فإن النسب يثبت من المطلق متى كانت المدة المنقضية بين الولادة والطلاق أقل من ستة أشهر.

الواضح مما سبق ذكره أن المشرع اعتد بإمكانية الاتصال دون تحققه الفعلي على اعتبار أنه من خصوصيات الزوج و زوجته والتي لا يمكن الإطلاع عليها[٥١].

2-إمكانية الإنجاب

يقصد به إمكانية الاتصال المعنوي، والملاحظ أن المشرع المغربي لم يذكر هذه الإمكانية ، غير أن الفقه المالكي اشترط هذه الإمكانية للحوق النسب بالزوج حيث يمثل لهذه الحالة بما إذا كان الزوج صغيرا أو عديم الأنثيين أو العضو التناسلي .جاء في مدونة الإمام مالك : **"قلت أرأيت امرأة الصبي إذا كان مثله يجامع ومثله لا يولد له، فظهر بامرأته حمل، أيلزمه أم لا ؟ قال لا يلزمه إذا كان لا يحمل لمثله وعرف ذلك، قلت فإن مات هذا الصبي عنها فولدت بعد موته بيوم أو بشهر، هل تنقضي عدتها بهذا الولد؟ قال لا تنقضي عدتها إلا بعد أربعة أشهر وعشر من يوم مات زوجها ولا ينظر في هذا إلى الولادة، لأن الولد ليس ولد الزوج... قلت هل يلزم الخصي أوالمجبوب الولد إذا جاءت به امرأته؟ قال سئل مالك عن الخصي هل يلزمه الولد ؟ قال مالك أرى أن يسأل أهل المعرفة بذلك، فإن كان يولد لمثله لزمه الولد وإلا لم يلزمه ."**[٥٢]

وينضاف إلى الحالات السابقة حالة العقم والتي يمكن أن تعطل إمكانية الإنجاب، وبالتالي فمدونة الأسرة اعتمدت الخبرة لتأكد من وجود العقم أو عدم وجوده، ورد قرار للمجلس الأعلى : **"اعتبرت المحكمة إدلاء الزوج بشواهد طبية تثبت عقمه قرائن قوية**

---

[٥٠]- قرار صادر عن المجلس الأعلى.رقم 304.الصادر في 12/06/2003.منشور في كتاب العمل القضائي في قضايا الأسرة مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية لإبراهيم بحماني .ص85

[51]- محمد الكشبور .البنوة والنسب .م.س. ص.99

[52]- أحمد الخمليشي.م.س. ص39

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

تثبت إدعائه، فأمرت بإجراء خبرة جينية ، قضت بناءاً عليها بعدم ثبوت نسب الطفلة إليه." [٥٣]

ففي نهاية هذا المطلب وجب الإشارة إلى أن فراش الزوجية يعد قاعدة شرعية وقانونية تبنتها مدونة الأسرة في عدة نصوص قانونية منها المواد152 و153 و154،كما تم شرحها وتفصيلها في ثنايا هذا المطلب، وخير ما نختم به هو قرار صادر عن المجلس الأعلى : **" الولد للفراش مادام قد ولد أثناء العلاقة الزوجية التي لم تكن محل أي طعن من طرف الزوج."** [٥٤]

موقع العلوم القانونية

[53]- قرار صادر عن المجلس الأعلى .بتاريخ 16 يوليوز2008.منشور في كتاب الاجتهاد القضائي لمحمد الشافعي. ص129

[٥٤]- قرار للمجلس الأعلى. ملف عدد 2007/1/2/562 تحت عدد 326.بتاريخ 11/6/2008. نقلا عن أهم قرارات المجلس في تطبيق الكتاب الثالث من مدونة الأسرة. إعداد وتقديم عبد الرحيم شكري. ص137

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

المطلب الثاني: إثبات النسب بالإقرار

أشرنا في المطلب الأول أن الفراش يعتبر حجة قاطعة على ثبوت النسب بنص القانون من خلال المادة 153 من مدونة الأسرة في فقرتها الأولى التي أقرت ما يلي: **"يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية؛**

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

كما أجمعت المذاهب الفقهية على أن النسب يثبت بالفراش أصلا[55] ، إلا أن هذا لا ينفي وجود وسائل أخرى جاء بها الشرع وكرسها القانون، وأهمها الإقرار أو الإستلحاق، والذي نصت عليه مدونة الأسرة في المادة 152[56] ،حيث سنخصص هذا المطلب لدراسته بالتفصيل.

الفقرة الأولى: مفهوم الإقرار و أنواعه

أولا: مفهوم الإقرار

*** لغة:**

هو الاعتراف،[57] وهو الإذعان للحق والاعتراف به، والإقرار أفعال من أقر يقر- بضم المضارع الزيادة-لأن أصله قرّ يقِر ، من السكون والثبات ، وهوالاعتراف[58] .

*** اصطلاحا:**

قال ابن رشد حقيقة الإقرار: الإخبار عن أمر يتعلق به حق الغير.

"وقال الدسوقي في الفرق بين الإقرار، والشهادة،والدعوى، إن الثلاثة كلها أخبار، والفرق بينهما أن الإخبار إن كان حكمه قاصرا على قائله فهو الإقرار [59]."، وعند ابن

---

[55]- محمد الكشبور.البنوة والنسب.م.س . ص 103

[56]- أسباب لحوق النسب ؛ 1-الفراش ، 2-الإقرار، 3-الشبهة

[57]- خالد بنيس.م.س. ص 104

[58]- عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي. م.س. ص 48

* جاء في لسان العرب لابن منظور :"الإقرار الإذعان للحق والاعتراف به ، أقر بالحق أي اعترف به ، وقد قرره عليه وقرر بالحق غيره حتى أقر" ورد في كتاب البنوة والنسب لمحمد الكشبور .ص 104

[59]- محمد ابن معجوز.وسائل إثبات النسب. (ط.غ.م).(م.ط.غ.م).1995. ص21

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

عرفة: "الإقرار خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط." [٦٠]، والإقرار هو اعتراف وإدعاء الرجل بأنه أب لولد معين، وقد أقرته الشريعة الإسلامية، وعلقته على حقيقة أو مظنة حتى لا يلتبس بالزنا[٦١] .

ومن الدلائل الشرعية على حجية الإقرار قوله : **"يا أيها الذين أمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم."**[٦٢]

ثانيا: أنواع الإقرار

الإقرار أربعة أنواع : الإقرار المباشر،الإقرار غير المباشر، الإقرار بالأمومة، الإقرار بالأبوة، إلا أن المشرع المغربي لم يشر إلا للنوعين الأولين فقط، وهو ما سنتطرق إليه أيضا اقتفاءا لأثر المشرع .

١. <u>الإقرار المباشر</u>:

والمقصود به هو الإقرار بالنسب على نفس المقر، أي إقرار الرجل لطفل أنه ابنه شريطة أن يكون هذا الطفل مجهول النسب، [٦٣] وبالتالي يثبت نسبه إلى هذا المقر، وهو ما صرحت به المادة 160 من مدونة الأسرة: " يثبت النسب بإقرار الأب ببنوة المقر به ولو في مرض الموت."

يستنتج من هذه المادة أن المقصود هنا هو الإقرار المباشر الصادر عن الأب ببنوة الابن، حتى لو كان عاجزا وعبرت المدونة عن ذلك بمرض الموت .

وقد اتفق الفقه على مبدأ الأخذ بالإقرار في ثبوت النسب ، إلا أنهم اختلفوا في حدود تطبيقه وشروطه: *فالإمام مالك* أخذ بإقرار الأب لوحده دون غيره لإثبات النسب، أما *أبو حنيفة* فقد وسع من قاعدة الأشخاص الذين يحق لهم الإقرار بالنسب ، فيصح الإقرار من الأصل إلى الفرع، ومن الفرع إلى الأصل وبذلك ما صار عليه *الإمام مالك*، لكن الإقرار الذي يثبت به النسب هو الإقرار الصادر من الأب للابن، أما الإقرار الصادر من الأخوة والعمومة فلا يثبت به النسب، وإنما يستحق به الإرث .

---

[60]- ورد في كتاب مدونة الأحوال الشخصية لخالد بنيس.م.س . ص92

[٦١]- المعطي الجبوبي.القواعد الموضوعية والشكلية لإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج.الطبعة الأولى .مكتبة النجاح الجديدة.الدار البيضاء.2002.ص 46

[62]- سورة النساء.الآية 35

[٦٣]- محمد الأزهر. م.س .ص250

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

أما رأي *الإمام الشافعي* فهو لا يخرج عما أقره الإمام مالك، أي اقتصاره على إقرار الأب، إلا أنه أضاف شرط أن لا يكذبه الحس أو الشرع[٦٤] .

ويتفق *المذهب الحنبلي* مع *المذهب الحنفي* في جواز إقرار الأب بالولد، وكذا بإقرار الابن بأبيه شرط أن لا يكذبه الحس أو الشرع، وأن يصدقه المقر به إذا كان بالغا عاقلا، وأن لا ينازعه في إقراره منازع[٦٥] .

٢. <u>الإقرار غير المباشر</u>:

معناه تحميل النسب على غير المقر من القرابة، ويسمى الإقرار بفرع النسب، كالإقرار بالأخوة والأعمام والأجداد وأولاد الأولاد، وهو ما يسميه الفقهاء، إقرار فيه حمل النسب على غير المقر ابتداء ثم يتعدى إليه نفسه [٦٦] ، ومثاله إذا أقر إنسان بأن هذا حفيدي، فإن هذا الإقرار فيه تحميل النسب على ابنه[٦٧].

وبالرجوع إلى مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، تنص في الفصل 93 بشكل مباشر على هذا النوع من الإقرار: **" الإقرار بما فيه تحميل النسب على الغير، كابن الابن والجد والإخوة والعمومة وبنوة العم لا يثبت به النسب وإنما يؤخذ به المال بعد التأني مع اليمين وبيان الوجه من الأحقية وغيرها ."**

وهذا ما يفيد أن الإقرار غير المباشر لا يثبت به النسب، مادام هذا الإقرار غير صادر من الأب، وإنما يثبت به الإرث للمقر له من المقر فقط.

وجاء في المادة 161 من مدونة الأسرة : **" لا يثبت النسب بإقرار غير الأب ."** وبالتالي فالإقرار المعتبر في القانون المغربي وهو ذلك الصادر من الأب.

وبخصوص المذاهب الفقهية فقد تباينت آراؤهم، فذهب *أبو حنيفة* إلى القول بأنه لا يثبت النسب بإقرار وارث، لأن الإقرار بالأخوة إقرار على غيره، لما فيه حمل نسب غيره على غيره، في حين قال *ابن يوسف وكذلك الكورخي*، أنه يثبت به النسب لأن إقرار

---

[٦٤]- محمد الأزهر.م نفسه.ص 250

*يقصد بعدم تكذيب الشرع أن لا يكون الولد ثابت النسب شرعا إلى غيره

[65]- أحمد الخمليشي. م.س. ص 52

[66]- عبد الكريم شهبون .م.س .ص 388

[٦٧]- دعا بعض الشافعية إلى ثبوت النسب بهذا الإقرار استنادا إلى حديث السيدة عائشة رضي الله عنها :{ كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه إليك ، لما كان عام الفتح أخذ سعد بن أبي وقاص وقال : ابن أخي قد كان عهد إلي فيه ، فقام إليه عبد بن زمعة ، فقال أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه ، فتساوقا إلى النبي عليه الصلاة والسلام :هو لك يا عبد بن زمعة ، ثم قال رسول الله عليه السلام :" الولد للفراش وللعاهر الحجر"ثم قال لسودة احتجبي منه } رواه البخاري

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

الواحد مقبول في حق الميراث، فيكون مقبولا في حق النسب، كإقرار الجماعة، أما إذا كان أكثر من واحد فالنسب يثبت باتفاق *الحنفية*، لأن شهادة رجل أو رجلين وامرأتين مقبولة في النسب، أما *المالكية* فتقول بأن مثل هذا الإقرار لا يثبت به النسب[٦٨] .

وبذلك فالمشرع لم يخرج عن هذا المبدأ كما سبق الإشارة إليه.

الفقرة الثانية:شروط الإقرار وأركانه

أولا: شروط الإقرار

يشترط لصحة الإقرار أربعة شروط، كما هو وارد في المادة 160 من مدونة الأسرة: **"يثبت النسب بإقرار الأب ببنوة المقر به ولو في مرض الموت، وفق الشروط الآتية:**

١ ـ أن يكون الأب المقر عاقلا،
٢ ـ أن يكون الولد المقر به معلوم النسب،
٣ ـ أن لا يكذب المستلحق (بكسر الحاء)عقل أو عادة،
٤ ـ أن يوافق المستلحق (بفتح الحاء) إذا كان راشدا حين الإستلحاق،..."[٦٩]

وفي ما يلي شرح لكل شرط على حدة :

* <u>فأن يكون المقر ذكرا معناه مكلف غير مكره</u>، وهو أن يدعي الأب أن هذا الولد ابنه، حيث يكون القصد منه الاعتراف بالأبوة لشخص أخر، كأن يقول هذا ابني أو أبو هذا ابني، أما إذا قال الشخص هذا أبي لم يكن إستلحاقا[٧٠] ، وكذلك إذا قالت المرأة هذا ابني فإننا لا نكون بصدد الإستلحاق [٧١] ، غير أن هذا النوع أجازه *المذهب الحنفي* واعتبره إقرارا بالأمومة[٧٢] .

---

[68]- محمد الأزهر. م.س. ص252

[٦٩]- تتمة ما جاءت به المادة :-وإذا ما إستلحق قبل أن يبلغ سن الرشد ،فله الحق في أن يرفع دعوى نفي النسب عند بلوغه سن الرشد،
-إذا عين المستلحق الأم ، أمكنها الاعتراض بنفي الولد عنها ، أو الإدلاء بما يثبت عدم صحة الإستلحاق،
-لكل من له مصلحة، أن يطعن في صحة توفر شروط الإستلحاق المذكورة ، مادام المستلحق حيا.

[70]- محمد ابن معجوز.أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية.م.س. ص45

[71]- خالد بنبس .م.س. ص97

[٧٢]- ويوافق فقهاء الشافعية فقهاء المالكية في عدم صحة الإستلحاق الصادر من الصادر من الأم ، وإن كان يصح عندهم الإستلحاق الصادر من الجد، وحجتهم في عدم صحة إستلحاق الصادر من الأم مرده إلى أنه بإمكانها أن تقيم البينة على الحمل والولادة بالشهادة سواء كانت متزوجة أم لا.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

* أن يكون المقر عاقلا : فالأصل في جميع التصرفات أن يكون الإنسان متمتع بكامل قواه العقلية، و إلا كان التصرف باطلا وعديم الأثر، وكمال الأهلية في التشريع المغربي يتحدد في سن 18 سنة شمسية كاملة، بناءا على نص المادة 209 من مدونة الأسرة التي تنص: **"سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة"**

وبناءا عليه لا يصح إقرار المجنون اتفاقا، وكذلك المعتوه لأنه قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التبذير[٧٣] .

أما إقرار السفيه فهو صحيح لأن السفيه هو المبذر وبالتالي لا أثر للتبذير على اعتراف الأب بابنه[٧٤] .

* أن يكون المقر مجهول النسب : أي أن يكون المستلحق مجهول النسب لأب معين، فلا يحق إستلحاق معلوم النسب ولا ولد الزنا، لأن الشرع لا يعتد بنسب ابن الزنا لقوله تعالى: **"أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند** الله **"**[٧٥]، ولقوله صلى الله عليه وسلم: **"...وللعاهر الحجر."**[٧٦]، وكذلك الولد المنفي بلعان من فراش نكاح صحيح فلا يصح إستلحاقه[٧٧] .

* أن لا يكذب المستلحق عقل أو عادة : والمقصود بذلك كأن يكون المقر والمقر به في نفس السن، أو بينهما فرق بسيط جدا في السن لا يسمح لأحدهما عقلا أن يكون ابنا للآخر، أما ما تكذبه العادة أن يقر رجل نسب ولد من بلد أو مكان لم يسبق له مطلقا أن زاره، أو أن يثبت أن الرجل المقر لم يسبق له مطلقا أن تزوج، أو أنه مخصي أو مجبوب أو عنين[٧٨] .

وقد ورد في المادة160 من مدونة الأسرة الأشخاص الذين يحق لهم الطعن في الإستلحاق وهم :

---

[٧٣]- المبذر هو الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه وفيما يعده العقلاء عبثا.
[74]- خالد بنيس.م.س. ص97
[75]- سورة الأحزاب.الآية 5
[76]- رواه البخاري .كتاب الحدود.باب للعاهر الحجر.الحديثان رقم6817-6818 ص 1174
[77]- عبد الكريم شهبون.م.س.ص360
[78]- محمد الكشبور.البنوة والنسب.م.س.ص 111

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

- الولد المستلحق : يحق له الطعن في الإستلحاق إذا كان راشدا، أما إذا إستلحق قبل أن يبلغ سن الرشد فله أن يرفع دعوى نفي النسب عند بلوغه سن الرشد القانوني المحدد في 18 سنة شمسية كاملة .

- الأم: إذا الأب المستلحق امرأة وادعى أنها أم ولده وهي ليست كذلك، يكون لها الحق في الاعتراض بنفي الولد لها وذلك بالإدلاء بما يثبت عدم صحة الإستلحاق .

- كل من له مصلحة في الطعن في صحة الإستلحاق من الورثة : إذا تبين لهم أن هذا الإستلحاق مشبوه أو أن شروطه غير صحيحة، ربما الهدف من ذلك مزاحمتهم في الإرث في حالة وفاة المستلحق[٧٩] ، فيكون لهم حق الطعن في هذا الإقرار[٨٠].

ثانيا: أركان الإقرار

للإقرار عدة أركان منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء، وما هو مختلف فيه، أما بخصوص المتفق عليه نذكر:

- المُقِّر : هو الأب الذي اعترف بحق على نفسه لغيره .

- المقِّر له : هو الولد المجهول النسب، الناتج عن زواج صحيح أو زواج فاسد أو وطء بشبهة، وليس ولد زنا.

- المقِّر به: البنوة أي ما وقع عليه الاعتراف، أي الولد المقر به هو إبن أو بنت المقِّر.

- الصيغة: ويراد بها اللفظ الذي صدر به الإقرار متضمنا ما أقر به[٨١] .

أما المختلف فيه هو الذي انفرد به البعض، فإنه المقِّر عنده ويقصد به من يصير الحق عنده محفوظا، لأن الإقرار إما أن يكون أمام شهود فهم يتحملون الشهادة، وإما أن يكون أمام حاكم يلزمه بما أقر به، وهذا ما ذهب إليه بعض *الشافعية*[٨٢] .

الفقرة الثالثة: وسائل إثبات الإقرار وآثاره

---

[79]- عبد الكريم شهبون .م.س.ص 388

[٨٠]- أنظر قاعدة قرار القرار عدد192 المؤرخ في 2002/03/13 ملف عقاري عدد99/1/2/412... نص :" دعوى في النسب عمن أقر الهالك ببنوته ،ونسبه إليه تسمع من ورثة المقر مادام لم يثبت الأب الحقيقي ببينة قاطعة. " إبراهيم بحماني.م.س. ص 120

[81]- عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي . م.س .ص 50

[82] -عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي. م.س. ص50

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

أولا : وسائل إثبات الإقرار

جاء في نص المادة162 من مدونة الأسرة : **"يثبت الإقرار بإشهاد رسمي أو بخط يد المقر الذي لا يشك فيه."**

يبدو جليا من خلال المادة أعلاه أن هناك وسيلتين فقط يثبت بهما الإقرار :

1- الإشهاد الرسمي : لكي يكون الإقرار صحيحا لابد من توثيقه في محرر رسمي عن طريق عدلين منصبين للإشهاد، وذلك بوثيقة تتضمن أركان وشروط الوثيقة العدلية والموقع عليها من طرف القاضي، أو الموثق العمومي حتى تكتسب الصفة الرسمية، مادام أن المشرع نص على رسمية الإشهاد لإثبات الإقرار ولتحري إرادة المقر، الذي يجب أن يقر وهو في كامل قواه العقلية[٨٣] .

2- خط يد المقر الذي لا يشك فيه : هو أن يكتب المستلحق بخط يده دون غيره أنه يقر بإستلحاق فلان، ويجب أن تتوفر في هذا المكتوب التي تجعله مقبولا، بأن يتضمن اسم ونسب المستلحِق، واسم المستلحق في الإستلحاق بشكل واضح وجلي لا غموض فيه ولا إبهام، ويثبت أن هذا المكتوب هو خط المستلحق وذلك بأن يوقعه ويقدمه إلى السلطة المختصة لتشهد بصحة الإمضاء، ونفس المبدأ ورد في قانون الالتزامات والعقود من خلال الفصل426 الفقرة الثانية والذي جاء فيه: **" ويلزم أن يكون التوقيع بيد الملتزم نفسه وأن يرد في نفس الوثيقة ..."**، وإما بأن لا تقع معارضة من أي أحد ممن له الصلة بهذا الموضوع في أن هذا الخط هو خط المستلحق، وإما بتقرير الخبراء الاختصاصين ويترتب عليه كل آثاره كما هو مقرر في الفقه من أن الكتابة تعتبر وسيلة من وسائل الإثبات، وأن من كتب شيئا بخط يده يكون ملزم بما فيه[٨٤] .

ثانيا : آثار الإقرار

أوضح المشرع الآثار التي تترتب على الإقرار بالنسب في المادة 157 من مدونة الأسرة والتي جاء فيها : **"متى ثبت النسب ولو في زواج فاسد أو بشبهة أو بالإستلحاق، تترتب عليه جميع نتائج القرابة، فيمنع الزواج بالمصاهرة أو الرضاع، وتستحق به نفقة القرابة والإرث."**

---

[83] - محمد الأزهر.م.س. ص252

[84] -أحمد الخمليشي. م.س.ص50

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

نستنتج من هذه المادة أن أثر الإقرار بالنسب هو نفس أثر النسب الثابت شرعا والذي تترتب عليه جميع نتائج القرابة، فيمنع الزواج بالمصاهرة أو الرضاع وتستحق به نفقة القرابة والإرث .

إن الولد المستلحق يثبت نسبه لمن إستلحقه ويلحق به، ويترتب على ذلك كل ما يترتب على النسب الشرعي من آثار وأهمها: الولد يعتبر مسلما بإسلام أبيه، كما تجب نفقته على أبيه إن كان فقيرا ونفقة أبيه المعسر عليه، وتجب حرمة الزواج من المحرمات بالقرابة والرضاع والمصاهرة، ويثبت التوارث بين الطرفين[٨٥] .

في هذا السياق نورد حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بانزكان قسم قضاء الأسرة:**"حيث إن الطلب يرمي إلى الحكم بثبوت نسب الابن حسن للطرفين.**

وحيث إن وطبقا لمقتضيات الفصل 158 من مدونة الأسرة، فإن المحكمة تعتمد في سماع دعوى النسب على إقرار الأب، وحيث أكد الطالب والمطلوبة أثناء جلسة البحث وكذا الشاهد المستمع إليه أن الابن حسن من صلب الطرفين، وحيث إنه وتبعا لذلك فإن الموجبات الشرعية لإثبات النسب طبقا لمقتضيات الأسرة متوفرة في النازلة الش يء الذي يكون معه الطلب مرتكز على أساس ويتعين الاستجابة له، وحيث يتعين إبقاء الصائر على رافعها."[٨٦] .

وجاء في القرار عدد 538 المؤرخ في 2005/11/30 ملف شرعي عدد 1/2/2005 ص177: **"لكن ردا على ما ورد في أسباب النقض فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه تبث لها من دراستها لمعطيات القضية وحجج الطرفين أن نسب المطلوب في النقض ثابت لوالدة الهالك (ط.ط)، واستندت في ذلك على مقتضيات المادة 153 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج ووفق الطرق القانونية مصرحة على تعليل قرارها بأن رد نسب الولد متروك للأب الذي أقر بولادته على فراشه وأشرف على تربيته ورعايته باعتباره ازداد من زوجته (أ.ب)، كما جاء في رسم ثبوت الزوجية المؤرخ في 30/08/ 1984 المقام بإذن القاضي وبطلب من الزوجين معا.**

---

[٨٥] - مرجع نفسه .ص49

* لكن إذا إستلحق الرجل ولدا ميتا، فإن الأب المستلحق لا يرثه إلا في حالتين :

-أن يكون لهذا الولد المستلحق ولد فأكثر، سواء كان هذا الولد وارثا في أبيه ، أو لم يكن وارثا فيه في حالة وجود مانع من موانع الإرث

-أن يكون ما تركه هذا الولد من مال قليلا ، فإن لم يكن لهذا الميت المستلحق ولد ، أو ترك مالا كثيرا فإن الأب الذي إستلحقه بعد موته لا يرثه، لأنه يتهم بأنه إستلحقه ليرث فيه بخلاف إذا ما ترك الولد ولدا.

[86]- حكم المحكمة الابتدائية بانزكان.ملف عدد 10/517 بتاريخ 29/03/2011 . (غير منشور)

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

وإن المحكمة لما عللت قرارها على النحو المذكور فقد جاء قضاؤها أيضا على ما نقله الفقيه الونشريسي عن الإمام مالك من أن الناس في أنسابهم على ما حازوا أو عرفوا به كحيازة ما يملكون، وقد أصاب الحاكم حين لم يكلف المقول له إثبات نسبه فإنه ما حاز من نسبه وشهر به، وأما ما أورده القرار من باقي علله فهي زائدة يستقيم بدونها استنادا لما تم بيانه وتوضيحه ، وأن صفة المطلوب ثابتة أثناء حضوره جلسة البحث، ولا يضره تصريحه بأن أباه يسمى (ط.ط) مادام أنه على عكس ما أثاره الطاعنون، كما أنه على عكس ما أثاره فإن المطلوب حينما ثبتت بنوته فقد أصبح ولدا شرعيا للهالك يتبع أباه في نسبه ودينه ويتوارثان طبقا للمادة 145 من مدونة الأسرة."[٨٧] .

وجاء في قرار آخر لمحكمة الاستئناف: **" وحيث إن المادة 152 من مدونة الأسرة تفيد أن النسب يثبت بالفراش والإقرار والشبهة والشيء نفسه أكدته المادة 158 من نفس القانون التي جاء فيها {يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب...} وإذا كان الفراش لا يمكن اعتماده في هذه النازلة لكون الطفل ازداد قبل إبرام عقد الزواج فإن المعول عليه في ثبوت نسب الابن هو إقرار الأب الذي لا مطعن فيه من أحد ولم يتسرب إليه الشك ويتوفر على جميع شروطه الواردة في المادة 160 من مدونة الأسرة مادام أن الطفل لم يثبت نسبه لأحد غير المستأنف عليهما مما يبقى معه الحكم المستأنف مصادفا للصواب فيما قضى به ويتعين تأييده."**[٨٨] .

---

[٨٧]- إبراهيم بحماني.العمل القضائي في قضايا الأسرة مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة.المجلد الأول.الطبعة الثانية.مكتبة دار السلام.الرباط.2009.ص177

[88]- قرار محكمة الاستئناف بأكادير.عدد 11/173.بتاريخ 06/03/2012.(غير منشور)

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

المطلب الثالث: إثبات النسب عن طريق شهادة عدلين أو بينة السماع

تندرج شهادة العدلين أو بينة السماع ضمن الوسائل التقليدية لإثبات النسب إلى جانب الإقرار والفراش اللذين سبق ذكرهما، وهذا ما قرره المشرع بشكل صريح في المادة 158 من مدونة الأسرة .

الفقرة الأولى:شهادة العدلين كوسيلة لإثبات النسب

أولا: مفهومها

الشهادة لغة اسم مشتق من المشاهدة، وهي المعاينة، لأن الشاهد يخبر عما شاهده وعاينه، وقيل الشهادة مأخوذة من الإعلام من قوله تعالى: " شهد الله أنه لا إله إلا هو" أي علم، لا يحل لأحد أن يشهد إلا بعلم والعلم يحصل بالرؤيا أو السماع أو باستفاضة فيما يتعذر علمه غالبا بدونها [89] ، كما يقال لها أيضا البينة، وهي مأخوذة من الناحية اللغوية من البيان والوضوح، واستبان الصبح وضح، وهو على بينة من أمره، أي على وضوح[90] .

والشهادة في حقيقتها إخبار الناس بحق ما لغيره على غيره [91]، ومن هنا يتضح اختلافها عن الإقرار الذي يعد في جوهره إخبار الناس بحق لغيره على نفسه، إضافة إلى أنها "أي الشهادة" تعتبر واجبة من الناحية الشرعية وذلك تطبيقا لقوله تعالى: **" ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه والله بما تعملون عليم"**[92]

ثانيا: موقف الفقهاء من شهادة العدلين

وقد تباينت آراء الفقهاء حول الشهادة التي يتبث بها النسب، *فالمذهب الحنفي* أخذ بشهادة رجلين أو رجل و امرأتين، لأن هذا هو الأصل في نصاب الشهادة[93] ، وهو ما أيده *الفقه المالكي*، إلا أنه إذا تعلق الأمر بإثبات واقعة الولادة والتي قد يؤدي إثباتها أحيانا

---

[89]- عبد الكريم شهبون. م.س.ص380
[90]- محمد الكشبور.البنوة والنسب.م.س. ص127
[91]- محمد الكشبور.الوسيط في قانون الأحوال الشخصية.الطبعة الخامسة.مطبعة النجاح الجديدة.الدار البيضاء.1421-2000.ص426
[92]- سورة البقرة.الآية 282
[93]- محمد الأزهر.م.س.246

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

إلى إثبات النسب خاصة بالنسبة للمرأة، فيمكن مبدئيا أن يقع الإثبات عن طريق شهادة امرأتين فقط على اعتبار أن هذه الواقعة من الأمور التي لا يطلع عليها الرجال[٩٤].

إلا أن الجمهور يرى بأن إثبات النسب يكون بشهادة رجلين عدلين، كما هو معروف في الفقه الإسلامي عموما، ويعتبر عدلا من يتصف بالصلاح في الدين والاستقامة في السلوك والفطنة في المعاملات، وعند *أبي حنيفة*، المسلم المحمول على العدالة حتى يُدعى عليه العكس، بينما عند *الإمام مالك والإمام الشافعي* لا يعد عدلا حتى يزكى، والملاحظ في الحياة العملية أن القضاء تخلى عن إعمال طريقة التزكية لإضفاء صفة العدل بالمفهوم الفقهي على شاهد عادي، كما أنه من ناحية ثانية لم يعد يملك تجريد الموثق من صفة "العدل" مادام يمارس هذه المهمة بصفة الرسمية، وإن لاحظ عليه القاضي بعض الأوصاف المتنافية مع وصف العدل كما هو متعارف عليه[٩٥] .

وبالتالي فالنسب لا يثبت بغير العدول، لأنه إقرار على الغير وهذا لا يتحقق إلا بشهادة اثنين، بخلا ف المقر الذي لا تشترط فيه العدالة، وما يمكن ملاحظته أن هذا الإقرار لا يسمى إستلحاقا لأن الإستلحاق إنما يكون من الأب فقط، كما أنه من قبيل الشهادة وتشترط فيه العدالة ولا يثبت بشهادة الواحد[٩٦] .

ولعل من أبرز الشروط التي يجب توفرها في الشاهد تلك التي ذكرها إبن عاصم الغرناطي في البيوت التالية:

وشاهد صفته المرعيــة تيقظ عدالة حريـــــة

والعدل من يجنب الكبائرا ويتقي في الغالب الصغائـرا

وما أبيح فهو في العيــان يقدح في مروءة الإنســان. [٩٧]

ومن خلال ما سبق ذكره، يمكن القول بأن شهادة الشهود حجة غير قاصرة لها حكمها الثابت، بل تعتبر وسيلة أقوى في الإثبات من الإقرار الذي يعد حجة قاصرة على

---

[٩٤]- محمد الكشبور.البنوة والنسب.م.س.ص130
* وأضاف أيضا : قد جاء في تحفة الحكام ؛
وفي اثنتين حيث لا يطلع إلا النساء كالحيض المقنع
[95]- أحمد الخمليشي .م.س.ص 59 وما بعده
[96]- محمد الكشبور.البنوة النسب.م.س.ص 128
[97]- مرجع نفسه.ص130

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

المقر لا تتعداها إلى غيره، وبالتالي فلو تعارض إقرار وبينة ودعوى النسب لرجح صاحب البينة[٩٨] .

الفقرة الثانية: بينة السماع؛ مفهومها، أنواعها، شروطها

أولا: مفهومها

بالإضافة إلى شهادة العدلين يمكن إثبات النسب عن طريق بينة السماع كما جاء في مدونة الأسرة [٩٩] ، ويقصد بشهادة السماع من الناحية الفقهية، إخبار الشاهد أمام القضاء أنه سمع سماعا فاشيا بأن واقعة ما قد تحققت، وفي الوقت الحاضر أن يشهد شاهد أنه قد سمع سماعا فاشيا أن فلانا ابن فلان، أو أن فلانا أبا لفلان[١٠٠] .

كما تعني: اللفيف الذي يشهد فيه اثنا عشر شاهدا بأنهم يسمعون سماعا فاشيا بالواقعة موضوع الشهادة، أي أنهم لا يشهدون بعلمهم المباشر بالواقعة، كما أنهم لا يرونها أو ينقلونها عن شخص أو أشخاص معينين ، وإنما يعتمدون فيما يشهدون به على السماع الفاشي والمنتشر بين الناس[١٠١] .

وتعرف أيضا أنها استفاضة الخبر واشتهاره بين الناس، وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز إثبات النسب بشهادة السماع، كما هو الشأن في الزواج أو الزفاف والدخول بالزوجة والرضاع والولادة والوفاة، وهو ما وضحه ابن عرفة باعتباره شهادة السماع لقب لما يصرح الشاهد فيه، بإسناد شهادته لسماع من غير معين، فتخرج شهادته البث والنقل، أي تخرج شهادة البث من قوله ، ويقول ابن عاصم في تحفته:

وأعملت شهادة السمـــــاع في الحمل والنكاح والرضـــاع

والحيض والميراث والميلاد وحال إسلام أوارتـــــــــــداد[١٠٢]

ومن خلال هذه الأبيات يتضح أن شهادة السماع تشترك مع شهادة العدلين في كثير من الأحكام، خصوصا تلك المتعلقة بجانب إثبات النسب .

---

[98]- عبد الكريم شهبون.م.س.ص 380

[99]- المادة 158 من مدونة الأسرة

[100]- محمد الكشبور. الوسيط في قانون الأحوال الشخصية.م.س .ص429

[101]- أحمد الخمليشي .م.س. ص61

[102]- محمد الأزهر.م.س.ص 247

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

ثانيا: أنواعها

١ - الشهادة الأصلية

وهي التي يكون مضمونها وموضوعها من إملاء العاقد المشهود عليه أو "المتعاقدين المشهود عليهما"، على الشاهد العدل أو "الشاهدين العدلين"، الذي يقتصر دوره على تسجيل ما يسمعه والشهادة عليه، كما هو الأمر في عقد البيع أو الهبة، والزواج أو الطلاق .

وتكون شهادة ثبوت النسب ببينة السماع أصلية إذا تلقاها العدلان من اللفيف وتكون علمية إذا أملاها العدلان من علمهما، دون أن يشهد بها لديهما اثنا عشر رجلا .

والأصل في شهادة السماع أن تكون بالمعاينة، مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: "إذا رأيت مثل الشمس فاشهد و إلا فدع." إلا أن الأئمة والفقهاء استثنوا من ذلك الشهادة بالنسب، والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي، فيمكن للشاهد أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به[١٠٣].

٢ - الشهادة الاسترعائية

هي التي يمليها العدل من حفظه ويسندها إلى علمه أي إن العدل يشهد بما يعلم، وهذا النوع يطلق عليه كذلك "الشهادة العلمية" وتبتدئ بإحدى العبارات الآتية: **"يشهد من يضع اسمه عقب تاريخه بكذا ..."**، **"يعلم من يضع اسمه عقب تاريخه كذا ..."**

والشهادة الاسترعائية تطلق كذلك على ما يسمى بشهادة الاستحفاظ، وهي شهادة يقيمها المشهود له "وليس الشاهد العدل" ليحتفظ بحقه فيما يمكن أن يبرمه من العقود أو التبرعات عن إكراه أو تخويف أو غيره مما يضر بمصلحته، كما هو الأمر بالنسبة للزوج الذي يمتنع عن تطليق زوجته ما لم تشهد عدلين على تنازلها عن حقوقها كالحضانة، أو نفقة الأطفال وغيرها، ففي هذه الحالة تدلي المرأة بعد حصولها على الطلاق بشهادة الاستحفاظ الاسترعائية التي أقامتها قبل وقوع الطلاق وذلك داخل أجل محدد لإبطال ما أكرهت عليه من تنازلات[١٠٤].

---

[103]- عبد الكريم شهبون.م.س. ص381

[104]- خالد بنيس.م.س. ص45

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

ثالثا: شروطها

إن البينة أو شهادة السماع بنوعيها المشار إليهما، تستوجب توفر شروط معينة، لكي ترتب آثارها بكيفية صحيحة، ومن بين هذه الشروط نذكر:

1- ***الاستفاضة:*** وهي في اللغة من مصدر استفاض، يقال استفاض الحديث، والخبر فاض بمعنى داع ونشر، وأصل الإفاضة الزيادة، يقال فاض الماء أي كثر حتى سال، ويقصد بها أن يكون من نقلت عنه الشهادة غير معين ولا محصور العدد[١٠٥].

2- ***ألا تكون في شهادة السماع ريبة***: فإن وجدت فيها ريبة لم تقبل، ومن ذلك أن يشهد شخصان بأن الدار الفلانية وقف، ويكون في البلد أشخاص كثيرون لهم نفس سن الشاهدين أو أكبر منهما، لأنه لو كان الشاهدان قد سمعا ذلك حقا، لسمعه الآخرون ممن هم في سن أكبر منهم[١٠٦].

3- ***أداء اليمين:*** باعتبار شهادة السماع تعتمد على قول الشاهد، فهي شهادة ضعيفة لذلك يستوجب تكملتها بأداء اليمين والحلف عليها.

4- ***طول الزمن:*** يشترط طول الزمن لتبرير الاستغناء عن الشهود الذين عاينوا الواقعة موضوع الشهادة والاكتفاء بالشهود الذين سمعوا منهم فقط [١٠٧] ، وقدر هذا الطول في الزمن الذي يجب أن يكون الشاهدان قد سمعا خلاله المشهود به عشرون سنة على ما حدد ابن القاسم[١٠٨].

5- ***عدم تسمية الشهود المنقول عنهم:*** يجب عدم تسمية من وقع السماع منهم وإلا أصبحت شهادة نقل [١٠٩]، كما يجب أن يكون الشاهدان قد سمعا ما يستشهدان به من العدول ومن غيرهم، لكن المشهور أن شهادة السماع تقبل ولو سمع الشاهدان ذلك من غير العدول، يكفي فقط أن يقولا سمعنا سماعا فاشيا، ولو استند إلى غير العدول، لأن المقصود هو حصول الظن للشاهدين بما يشهدان به، والظن يحصل حتى بقول غير العدول، ولو من النساء[١١٠] .

---

[105]- محمد الكشبور.م.س. ص 133-134

[١٠٦]- محمد ابن معجوز.وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي .م.س. ص76

وقد أضاف أحمد الخمليشي : "كأن يكون هناك من هو أقرب إلى العائلة ، ويصرحون بأنهم لم يسمعوا بذلك أبدا." م.س. ص 40

[107]- أحمد الخمليشي .م. نفسه .ص61

[108]- محمد ابن معجوز.م.نفسه.ص76

[109]- أحمد الخمليشي.م.نفسه.ص 61

[١١٠]- محمد ابن معجوز.م.نفسه.ص 76 وما بعدها

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

إضافة إلى ما سبق الإشارة إليه، فقد اشترطت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لقبول الشهادة، **"أن يصرح الشهود بأن الولد ابنه ولد على فراشه من زوجته."**[111]، حيث إن الجزم بثبوت بنوة ولد إلى شخص معين، لا يمكن الاستناد فيه إلى القرائن مثلا أو المخالطة أو القرابة أو الإطلاع على الأحوال ...، وإنما الوسيلة الوحيدة لذلك هو العلم بازدياد الولد على فراش الأب.

فالمشرع إذا أجاز اللجوء إلى شهادة العدلين وبينة السماع لإثبات النسب بصريح المادة158من مدونة الأسرة، إلا أنه لم يشر إلى القيافة بطريقة صريحة كما هو الشأن بالنسبة للوسائل الأخرى،إنما اكتفى بعبارة ،**"وبكل الوسائل المقررة شرعا"**، وتدخل القيافة ضمنها كوسيلة كانت تستعمل لدى العرب، وحتى الشريعة الغراء إهتمت بها، والتي ستكون محل دراسة في هذا المطلب الأخير.

موقع العلوم القانونية

-هناك شروط أخرى تنضاف إلى ما سبق ذكره وأهمها: "كأن يشهد عدلان بالسماع فأكثر ، وأن يكونا الشاهدان ذكرين ، فلا تقبل شهادة النساء بالسماع ،وأن يقولا عند الأداء سمعنا أو لا نزال نسمع من الثقات."

[111]- الفصل 89 من مدونة الأحوال الشخصية

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

المطلب الرابع: ثبوت النسب بالقيافة

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بأمر الحكم وولاية القضاء، كما اهتمت بوسائل إثبات الحق وطرقه لحسم التنازع بين الخصوم، ومنها "وسيلة القيافة"، وهي على قسمين: قيافة الأثر وقيافة البشر، وسنكتفي بالتطرق إلى قيافة البشر.

الفقرة الأولى:مفهوم القيافة

تعتبر القيافة وسيلة لإثبات النسب، ويطلق على من يقوم بها القائف الذي يتتبع الآثار ويتعرف على الذين سلكوها [112] ، والقيافة هي الاستدلال على أن أحد الشخصين أب للآخر بالنظر إلى أقدامهما، كما تعتبر نوعا من الخبرة تحتاج إلى دراية ومعرفة، وقد اشتهر بذلك بعض العرب، وبالأخص بني مدلج، حيث كانوا يستطيعون أن يعرفوا بمجرد النظر إلى أقدام الأشخاص، ما إذا كانت بينهم علاقة قرابة أم لا، ولم يكن يظهر من هؤلاء الأشخاص إلا أقدامهم، وكان العرب يصدقون القافة نظرا لخبرتهم، وينقطع النزاع بمجرد إبدائهم لرأيهم[113].

الفقرة ثانية: السند الشرعي للقيافة

لقد تم الأخذ بالقيافة كوسيلة من وسائل إثبات النسب في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، وذلك أن زيد بن الحارثة كان رجلا أبيضا، ولما ولد له ولد أسود هو أسامة، ارتاب بعض الناس من ذلك، وشكوا في أبوة زيد لأسامة، وتكلموا فيهما بما استاء منه الرسول صلى الله عليه وسلم إلى أن دخل ذات يوم رجل من بني مدلج اسمه مجزز إلى المكان الذي يوجد به زيد و أسامة وهما مضطجعان، وقد غطيا رأسيهما، وبدت أقدامهما، فقال ذلك الرجل، إن هذه الأقدام بعضها من بعض، فلما سمع الرسول صلى الله عليه ذلك أعجبه وسر به، ودخل على عائشة رضي الله عنها فأخبرها بذلك، وفي ذلك تقول السيدة عائشة رضي الله عنها : **"إن رسول الله دخل علي مسرورا تبرق أسارير وجهه، فقال: ألم تري أن مجززا أنفا إلى زيد بن الحارثة وأسامة ابن زيد فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض."**[114]

---

[112]- محمد الكشبور.الوسيط في قانون الأحوال الشخصية.م.س. ص462

[113]- محمد ابن معجوز.م.نفسه. ص217

[114]- أحمد الخمليشي.م.س .ص 40

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

وهذا الحديث يدل على أن القيافة وسيلة لإلحاق نسب الابن بأبيه، كما هو الأمر بالنسبة لزيد وأسامة، وحتى الرسول صلى الله عليه وسلم أعجبه قول القائف لأنه سيزيل الشك من نفوس الناس ويقطع كلام السوء عن زيد و ابنه، وبذلك فصحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدون من المؤكد أنهم سيأخذون بالقيافة لأن النبي عليه السلام لم يعترض عليها .

ومما لا شك فيه أن عامل الوراثة يجعل كل طفل يحمل خصائص أبيه ومميزاته، بحيث يأتي كل طفل شبيها بأبيه في الغالب، أو شبيها بأمه، تبعا لما إذا سبق ماء الرجل ماء المرأة أو العكس، وهذا ما بينته أحاديث كثيرة، ومن بينها ما جاء في صحيح البخاري من حديث أنس، **"أن عبد الله بن سلام بلغه مقدم النبي صلى الله عليه وسلم، فأتاه، فسأله عن أشياء، فقال صلى الله عليه وسلم: وأما الولد فإذا سبق ماء الرجل ماء المرأة نزع الولد، وإذا سبق ماء المرأة ماء الرجل نزعت الولد."**[١١٥]

ولهذا يمكن القول إن الشبه حجة قاطعة على إثبات النسب عندما لا تعارضه حجة أقوى منه، وبالتالي فلا يتم الالتجاء إليه إلا في حالات مبينة في الأمثلة التالية:

أ - إذا تنازع رجلان حول ولد ادعى كل منهما أنه ابنه أو أنكر كل واحد منهما أن يكون ابنه، كما لو افترضنا أن ولدين صغيرين كان يلعبان على الشاطئ فغرق أحدهما، وادعى كل واحد من أبوي الطفلين أن الناجي ابنه.

ب - عندما يثبت أن رجلين وطئا امرأة أجنبية بشبهة في طهر واحد، فولدت ولدا بعد مرور أقل مدة الحمل من وطئها .

ت -إذا ولدت زوجتا رجلين ولدين أو بنتين، واختلطا فلم يستطع أي واحد من الأبوين تعيين ولده (كما يقع في المستشفيات)، ففي هذه الحالات لا يمكننا أن نحكم بالولد لأحد الرجلين، من غير أن نعتمد على حجة في ذلك، والحجة المعتمدة في ذلك هي قول القائف الخبير بمعرفة دقائق الشبه إذ هو الذي يمكنه أن يطلع على ما يترجح لديه بواسطته أن الولد إبن أحد الرجلين دون الآخر[١١٦].

الفقرة الثالثة: آراء الفقهاء بخصوص القيافة

لقد انقسمت آراء الفقهاء إلى مؤيد للقيافة، و معارض لها.

---

[115]- محمد ابن معجوز.م.نفسه .ص218 وما بعدها

[116]- أحمد الخمليشي .م.س.ص 42

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

1- الاتجاه الرافض للقيافة : ذهب *الحنفية* إلى أن عدم الأخذ بالقيافة في إثبات النسب، وتبريرهم لذلك أن القائف يعتمد على الشبه، والشبه قد يقوم بين الأجانب الذين لا نسب بينهم، كما قد ينتفي عن الأقارب الذين يجمعهم نسب واحد، ثم أن الشبه مدرك بالبصر ، فإن رأيناه بين شخصين، وحصل لنا بالمشاهدة فلا حاجة لقول القائف لأنه لم يزدنا علما لا نعلمه، أما إذا لم نجده بالمشاهدة فكيف يصدق القائف، مع إدعائه أنه أدركه ببصره ولم ندرك نحن بأبصارنا .

كما أن قصة زيد وأسامة ليست دليلا مثبت للنسب، وأن النبي صلى الله عليه وسلم يحتج في ذلك لقول أحد، لأن أسامة كان نسبه ثابتا لأبيه قبل ذلك، وإنما تعجب لقول مجزز المد لج ي، لأن الجاهلية كانت تقدح في نسب أسامة بسبب اللون، فلما قضى القائف إلحاق نسبه وكانت العرب تعتمد قول القائف فسر رسول الله صلى الله عليه وسلم، لكونه جزم لهم على الطعن في النسب، وأن الحكم بالقيافة مجرد الشبه المبني على الظن والتخمين[١١٧].

2- الاتجاه المؤيد للقيافة: وهو رأي الجمهور، *مالك والشافعي وابن حنبل*، فقد جاء في المدونة الكبرى *للإمام مالك* : **" أرأيت إن وطأها في حال الإستبراء، ثم جاءت بولد وقد سبق ووطئها آخر قبله أيضا، كيف يصنع بهذا الولد ؟ قال مالك أن القافة تدعى له، وإن ولدته أكثر من ستة أشهر من وطئها من طرف الرجل الأخير، وإن ولدته في أقل من ستة أشهر لحق بالأول إذا أقر بالوطء."**

فالفقه المالكي يقر بالأخذ بالقيافة إلا أنه حصرها في أولاد الإماء دون الحرائر لعدم تساوي فراش الأمة مع الحرة، إذ أن ولد الحرة ينتفي نسبه باللعان ولا يمكن أن تعارضه قرينة القيافة بينما ولد الأمة ينتفى نسبه بقول القائف.

ويشترط للأخذ بالقيافة بالنسبة لهؤلاء الفقهاء، الإسلام باعتبار أن القائف بمثابة الحاكم أو الشاهد، ولكل منهما ولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلمة، إلا أن هذا الشرط لم تشترطه *المالكية* باعتبار أن القيافة خبرة بغض النظر عن الدين، كما يشترطون أيضا العدالة، حيث لا يعتد بقول الفاسق، إلا أن *المالكية* اعتبرت القيافة علم يؤديه القائف فيحددوا اختصاصه، وبذلك لم يعتبرها شرطا، كما اشترطوا الذكورة، نظرا

---

[117]- محمد ابن معجوز.م.نفسه.ص299

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

لكون القائف مثله مثل القاضي، غير إن *المالكية* أجازوا قول المرأة كخبيرة إذا كانت بين النساء[١١٨] .

والقيافة تبعا لما ذكر تبقى مجرد حدس وتخمين والحدس لا تبنى عليه الأحكام في الشريعة الإسلامية، لذا وجب الأخذ بالوسائل العلمية الحديثة التي قطع العلماء أشواطا لاكتشافها، بالإضافة إلى أن المشرع لم يعلن أثناء تعداده لوسائل إثبات النسب عن القيافة في حين نص على الخبرة مما يفيد أنها حلت محلها اعتبارا لقطعية نتائجها.

موقع العلوم القانونية

[١١٨] - مأخوذ من موقع التالي:
http://www.marocdroit.comالقيافة-ودورها-في-إثبات-النسب_a2361.html / **consulté le 20/04/2013**

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

المبحث الثاني: وسائل الإثبات الحديثة

بفضل التطورات العلمية الحديثة والمجهود البشري الفاعل، تم التوصل إلى حقائق واكتشافات مستحدثة وظفت في الكثير من المجالات، ومنها الأحكام الشرعية والتي لا تتعارض مع ما جاء به الإسلام من خصائص وقواعد صالحة للتطبيق في كل زمان و مكان، فما تم التوصل إليه علميا يعزز ما جاءت به الشريعة الغراء ومن مستجدات ما توصل إليه العقل البشري نذكر فحص فصائل وكذا البصمة الوراثية التي تم الاعتماد عليها في مجال النسب إثباتا أو نفيا .

حيث سنتناول في هذا المبحث مطلبين، نخصص المطلب الأول للحديث عن إثبات النسب عن طريق فحص فصائل الدم، أما المطلب الثاني سنتطرق فيه إلى إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية.

موقع العلوم القانونية

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

المطلب الأول: إثبات النسب عن طريق فحص فصائل الدم

يتشوف الإسلام إلى إثبات النسب باعتباره حق من الحقوق، يندرج ضمن المقاصد التي تولى الشرع حمايتها بوسائل شرعية، دون إغفال ما توصلت إليه العلوم الحديثة من دلائل علمية يقينية، تنفي أو تثبت نسبة الولد إلى أبيه.

ومن المستجدات الطبية التي تم توظيفها في مجال النسب، نذكر فحص فصائل الدم.

ومن أجل توضيح دور فصيلة الدم في إثبات النسب أو نفيه، يستدعي الأمر إعطاء تعريف للدم وتركيبه (كفقرة أولى)، ثم تبيان أنواع هذه الفصائل ودلالتها في إثبات النسب (كفقرة ثانية)، وأخيرا مشروعية اعتماد فحص فصائل الدم في إثبات النسب (كفقرة ثالثة).

الفقرة الأولى : مفهوم الدم وتركيبه

أولا : مفهوم الدم

الدم عبارة عن سائل أحمر اللون من ضمن أشكال النسيج الضام، يجري داخل الجسم خلال الأوعية الدموية (الأوردة والشرايين والشعيرات الدموية)، ويقوم بنقل الأكسجين وإمداده لجميع الخلايا وأنسجة الجسم، وهو نسيج يتألف من مجموعة من الخلايا تسبح وسط سائل لزج يسمى البلازما.[١١٩]

ثانيا: مكونات الدم

يحتوي الدم على العناصر التالية:

1-البلازما: عبارة عن سائل مائي القوام، ذو لون أصفر تسبح فيه مكونات الدم الأخرى، ويشكل نسبة 55 في المئة من حجم الدم.

وتتركب البلازما من عدة عناصر :

- الماء يمثل 90 في المئة من بلازما الدم.

[119]- رمزي الناجي، عصام الصفدي.علم وظائف الأعضاء. ط.غ.م .دار اليازودي العلمية.الأردن.2005.ص 82

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

- البروتينات تشكل نسبة 8 في المئة من كتلة البلازما وتتجسد في ثلاث عناصر؛ الألبيومين، جلوبيولين، فيبرونيوجين.
- مواد كيماوية تكون بنسب مختلفة؛ كالجلوكوز والدهون والأملاح غير العضوية ومواد نيتروجينية، وتضطلع البلازما بعدة وظائف نجملها في ما يلي :
  - تدخل في عملية تجلط الدم
  - يتجسد دورها في مناعة الدم
  - تنقل بعض المواد في الدم؛ كالفيتامينات والهرمونات وبعض الأدوية[١٢٠] .

2- كريات الدم الحمراء:

عبارة عن خلايا قرصية الشكل، مقعرة لها غشاء خلوي عادي لكن ليس بها أنوية، ويوجد بها مركب الهيموجلوبين يتكون من بروتين وحديد، وسبب تسميتها بكريات الدم الحمراء بدل الخلايا هو عدم احتوائها على نواة وعلى مركبات الخلية الحية، ومعدلها يختلف تبعا لنوع الشخص، فبالنسبة للرجل قد تصل إلى "4-5 مليون خلية"، أما المرأة قد تصل إلى "4-4,5 مليون خلية" لكل مليمتر مكعب واحد من الدم .

ومن وظائفها :

- نقل الأكسجين من الرئة إلى خلايا الجسم، وتحمل ثاني أكسيد الكربون من الأنسجة إلى الرئتين للتخلص منه.
- الحفاظ على مادة الهيموجلوبين حتى لا تحلل، وتتحول صبغات صفراوية أو تفرز في البول.
- الحفاظ على لزوجة الدم[١٢١] .

---

[120]- عايش زيتون.علم حياة الإنسان "بيولوجيا الإنسان".ط الأولى.دار الشروق-عمان.2005.ص 335

[١٢١]- مأخوذة من موقع:

www.marefa.org/index.php/دم

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

3- *كريات الدم البيضاء :*

تدعى بالخلايا البيض، مستديرة الشكل وعديمة اللون، لعدم احتوائها على مادة الهيموجلوبين، وتتميز بكبر حجمها وقدرتها على الانقسام، وتعتبر الخلايا البيض خلايا دفاعية، تعمل كخط دفاع في الجسم، حيث تعمل على قتل الميكروبات.

من وظائفها :

- تفرز مادة الهيبارين التي تمنع تجلط الدم
- الدفاع ضد غزو الميكروبات
- تفرز الأجسام المضادة التي إما أن تعادل سموم المكروبات أو تعمل على ترسب الميكروبات
- تفرز مادة الهستامين التي تؤثر على الأوعية الدموية[١٢٢] .

4- *الصفائح الدموية:*

هي أجسام صغيرة جدا، بيضاوية الشكل، عديمة النواة، يتراوح عددها ما بين150 إلى 400 ألف صحيفة في المليمتر المكعب من الدم، وهي أجزاء من السيتوبلازم الموجودة داخل النخاع العظمي،وتسمى أيضا بالخلايا المتجلطة.

ومن وظائفها :

- وقف النزيف حيث تعمل كحاجز أو شبكة تلتصق بفتحة الجرح، وتمنع النزيف.
- إفراز مادة الهستامين والسيروتونين والأدرينالين، والتي لها دور في انقباض الأوعية .
- تساعد في عملية البلعمة[١٢٣] .

الفقرة الثانية: فصائل الدم ودلالتها في إثبات النسب

---

[122]- رمزي الناجي،عصام الصفدي.مرجع سابق.ص88

[١٢٣]- عائشة إبراهيم أحمد المقادمة.إثبات النسب في ضوء علم الوراثة. رسالة ماستر.الجامعة الإسلامية بغزة.كلية الشريعة والقانون.غزة-فلسطين. 2012-1433.ص40

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

انطلاقا من هذه الفقرة سنقوم بدراسة أنواع الفصائل الدموية عند الإنسان (أولا)، ثم سنبين كيف يتم اعتمادها في مجال النسب؛ هل يتم اعتمادها في الإثبات دون النفي ؟ أم يتم توظيفها كدليل قاطع للنفي فقط؟(ثانيا)

أولا : فصائل الدم

يعتمد في تحديد فصائل الدم نظامين أكثر انتشارا في العالم؛ نظام ABO المتعلق بالفصائل الدموية التي يشترك فيها جميع البشر { O. AB. B.A }، ونظام الريزوس الذي يعطي احتمالان {موجب وسالب}[١٢٤] .

وفصائل الدم تتحدد انطلاقا من البروتين المتواجد على سطح كريات الدم الحمراء، والتي تتحدد بواسطة المعلومات الوراثية المرسلة من قبل أشكال جينية هي {A.B.O}، ويعد كل من الجين Aو B سائدان علىO.

والتراكيب الجينية الوراثية للفصائل الأربعة موزعة على الشكل المبين في الجدول:

الفصائل الدموية	التراكيب الجينية
A	AA أو AO
B	BB أو BO
AB	AB
O	OO

حيث إنه إذا تم مزج نوعين مختلفين من الدماء، فإنهما لا يمتزجان، ويمتزجان إذا كانا من نوع واحد، على اعتبار أنه إذا أدخلت مادة بروتينية إلى الدم فإن ذلك يثير جهاز المناعة ويُكون ما يعرف بالأجسام المضادة في بلازما الدم، والمادة الروتينية التي سببت تكون الأجسام المضادة بالأنتجين، فإن ذلك يسبب انسداد في الأوعية الدموية وبالتالي موت الفرد.[١٢٥]

[١٢٤]- تم اكتشاف نظام فصائل الدم من طرف الطبيب النمساوي كارل لاندستينز، عام 1900 حيث تم وضع الأساس الكيمائي الذي على أساسه صنف الدم البشري إلى الفصائل الأربعة المعروفة .
*هناك أيضا فصيلة HO وهي نادرة، وتوجد بنسبة تتراوح ما بين 3-1 لكل مليون نسمة، ولا ينقل الدم إلى صاحبها إلا ممن له نفس فصيلته.

[١٢٥]- محمد الربيعي.الورثة والإنسان-أساسيات الوراثية البشرية والطبية. سلسلة كتاب عالم المعرفة .عدد100 يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بالكويت .أبريل 1986.ص66

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

والجدول التالي يوضح فصائل الدم، وما يقابلها من الأنتجينات و الأجسام المضادة والتراكيب الجينية؛

التراكيب الجينية	الأجسام المضادة	الأنتجينات	الفصيلة الدموية
AA نقي AO هجين	B	A	A
BB نقي BO هجين	A	B	B
AB	-	A و B	AB
OO	A و B	-	O

* فكريات الدم إذا احتوت على بالأنتجين A، فينتمي الدم إلى المجموعة A، ويحمل في بلازما دمه أجساما مضادة للأنتجين B

* كريات الدم إذا احتوت على بالأنتجين B فقط، فينتمي الدم إلى المجموعة B، ويحمل في دمه أجسام مضادة للأنتجين A

* كريات الدم إذا احتوت على بالأنتجين A و B، فينتمي الدم إلى المجموعة AB، ولا يوجد في دمه أي أجسام مضادة لأي من الأنتجينات.

* إذا لم تحتوي كريات الدم على الأنتجينات، فينتمي الدم إلى المجموعة O، ويحمل في بلازما دمه أجساما مضادة لكل من بالأنتجين A وB. [١٢٦]

ثانيا : دلالة فحص فصائل الدم في مجال النسب

[126]- عايش زيتون.م .س .ص499 وما بعدها

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

تتميز الفصائل الدموية بكونها مشتركة بين جميع الناس، ومن الطبيعي أن فصيلة دم الابن تتأثر بنوع فصيلة دم أبيه وأمه، سواء كان الأبوين من فصيلة واحدة أو من فصيلتين مختلفتين، وهذا ما يعطي قاعدة ثابتة تتجلى في كون فصيلة دم الابن لا تخرج عن التركيب الجيني لفصيلة الأبوين .

وبناءا على ذلك، فإذا عرفت فصيلة دم الأب والأم يمكن معرفة فصيلة دم الابن، وكذلك إذا وجدت فصيلة دم الابن وفصيلة دم الأم، فيمكن معرفة فصيلة دم الأب [١٢٧]، مما يعطي إمكانية أخرى، أنه إذا عرفت مجموعة دم الأبوين أمكن تعيين المجموعات الغير المتوقعة للأولاد .

والجدول التالي يوضح الفصائل المتوقعة وغير متوقعة لدم الأولاد بناءا على معرفة فصائل دم الأبوين.

فصائل دم الأبوين	فصائل الدم المحتملة	فصائل الدم المستحيلة
A+A	O, A	AB, B
A+B	O, AB, B, A	لا يوجد
AB+A	AB, B, A	O
O+A	O, A	AB, B
B+B	O, B	AB, A
AB+B	AB, B, A	O
O+B	B, O	AB, A
AB+AB	AB, B, A	O
O+AB	B A	AB O

فبناءا على المعطيات أعلاه يتضح أنه إذا كانت فصيلة دم الأب والأم A فإنه لا يمكن إنجاب طفل يحمل فصيلة دم B أو AB .

[127]- محمد الربيعي.م.س .ص68-69

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

فلو أتت الزوجة في هذا المثال بولد فصيلته AB أو B، فإنه دليل على أن الولد من غير الزوج، أما إذا كان للمولود فصيلة دم A أو B أو AB فنقول بأنه من الممكن أن يكون هذا المولود لهذه العائلة، وليس جزما نظرا لوجود إمكانية أن يكون لعائلة أخرى[١٢٨].

وبالتالي ففصيلة الدم يستعان بها لنفي النسب لا لإثباته، بصيغة أخرى ففحص فصيلة دم الأبوين والولد يحيل على أحد الفرضين:

* الفرض الأول: ظهور فصيلة دم الولد مخالفة لمقتضيات تناسل الزوجين دليل على أن الزوج ليس هو الأب الحقيقي للطفل وذلك على وجه التأكيد.[١٢٩]

فمثلا إذا كانت فصيلة دم الزوجين O وكانت فصيلة دم الطفل A، فهذا يعني أن هذا الطفل ليس من هذا الأب.

* الفرض الثاني: ظهور فصيلة دم الولد متوافقة لمقتضيات تناسل فصيلتي دم الزوجين، معناه أن الأب قد يكون الأب الحقيقي وقد لا يكون، وذلك أن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون، ويحتمل أن يكون الأب واحدا منهم[١٣٠].

فإذا كانت فصيلة الأبوين والطفل A فهذا ليس دليلا مؤكدا وقاطع على إثبات نسبه إلى الزوج باعتباره أبا حقيقيا لوجود آباء لديهم نفس فصيلة الدم.

من خلال ما سبق توضيحه، تبين لنا أن فحص الدم يمكن اعتمادها كدليل قاطع للنفي، لكن لا يمكن اعتبارها دليل إثبات لإثبات النسب تأكيدا، بل هي تفتقد البرهان.

وبالتالي فاعتماد نتائج الفحص في حالة المنازعة في نسب الطفل يكون لصالح من تمسك بالنفي لأن نتائجها قطعية لا تحتمل الشك، وهي بذلك تدخل ضمن وسائل نفي النسب[١٣١].

---

[١٢٨] - مازن إسماعيل هنية. أحمد دياب شويدح. نفي النسب في الفقه الإسلامي ودور الحقائق العلمية المعاصرة فيه. مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية).المجلد السادس عشر.العدد الثاني.ص15

[129]-عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي.ص279

[١٣٠]-إبراهيم أحمد عثمان .دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنائية. المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي.جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية –الرياض.1428-2007 .ص13 [١٣٠]

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

وبرجوعنا إلى مقتضيات مدونة الأسرة لم نجد أي نص قانوني صريح يحيل اعتماد فصائل الدم في مجال النسب إثباتا أو نفيا، رغم أن المشرع أقر بأن النسب يثبت بكل الوسائل المقررة شرعا وقانونا بما في ذلك الخبرة الطبية والتي حدد شروطها، إلا أننا لم نعثر على موقف إيجابي أو سلبي بخصوص اعتماد المحكمة على سلك فحص فصائل الدم كدليل لنفي النسب فقط لا للإثبات[١٣٢] .

إن عدم إمكانية اعتماد فحص فصائل الدم كدليل للإثبات لوجود علة توافق الفصيلة الدموية بين عدة أشخاص، حفز العلماء للمزيد من البحث عن وسائل أخرى لا يتم اعتمادها في الإثبات والنفي كدليل مؤكد كالبصمة الوراثية مثلا.

الفقرة الثالثة: الرأي الشرعي في اعتماد فحص فصائل الدم

إن دراسة مدى اعتماد فكرة الأخذ بتحليل فصائل الدم كدليل في مجال إثبات النسب أو نفيه مع مبادئ الشريعة الإسلامية، يستوجب أن نتطرق إلى ما يعرف في الفقه الإسلامي بالقيافة.

والقيافة كما عرفناها سابقا هي تتبع الآثار ومعرفتها، وكذا النظر بفراسة في وجه الشبه بين شخصين، لمعرفة ما إذا كان بينهما صلة أم لا.

وقد انقسم الفقه في ذلك إلى اتجاهان بشأن الأخذ بها في مجال النسب :

فالذين يعتبرونها وسيلة للإثبات هم جمهور الفقهاء " *مالك والشافعي وأحمد بن حنبل*"[١٣٣]، ويستندون في ذلك على حديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت : **"دخل علي رسول الله مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال : ألم تسمعي ما قال مجزز المد لجي لزيد وأسامة ورأى أقدامهما فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض."**[١٣٤]

ومن هنا كان استدلال جمهور الفقهاء على أن القيافة علم صحيح يجب الأخذ به في مجال الأنساب، لأنها لو كانت باطلة لما أخذ بها الرسول صلى الله عليه وسلم .

---

[131]- عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي. م.س. ص269

[132]- محمد الكشبور. الوسيط في شرح مدونة الأسرة.م.س .ص403

[133]- عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي .م.نفسه. ص285

[١٣٤]- رواه البخاري في كتاب الفرائض وفي كتاب المناقب ، وأخرجه مسلم وأبو داوود والترمذي والنسائي . مشار إليه عند محمد الكشبور في كتاب شرح مدونة الأسرة .الكتاب الثاني. م.س.ص304

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

أما *الأحناف* فيعارضون الأخذ بالقيافة في إثبات النسب، ويبررون ذلك بأن القيافة تقوم على الشبه المبني على الظن والتخمين، وعن تحليلهم لسرور النبي صلى الله عليه وسلم، راجع لكون نسب زيد وأسامة كان ثابتا بالفراش من قبل وكلام القائف قطع ألسنة الطاعنين في نسب أسامة.

والدافع الذي جعل *الحنفيين* يرفضون الاعتماد على القيافة هو أنها تقوم على الحدس والتخمين لا على اليقين.

غير أن هذا الدافع قد فُقِد في الوقت الحالي، فأسلوب القيافة قد تطور وأصبح موضوعا واسعا لدراسات دقيقة، ونحن نعلم ما وصلت إليه العلوم الطبية حيث تم اكتشاف أن لكل شخص مميزات وراثية لا يشترك فيها مع غيره.

وبعد التوصل من خلال فحص فصائل الدم إلى نتائج تفيد نفي النسب قطعا أو إثباته بطريقة تقارب اليقين المطلق، وبالتالي فهذا الأسلوب العلمي على ضوء هذا التطور يعد وسيلة يقينية لا ضير من استخدامها في مجال النسب.

فهذه الحقائق العلمية المتوفرة حاليا ما كان ليرفضها فقهاء *الحنفية* لو كانت تحت أيديهم في زمانهم.

فالقيافة كانت مبنية على الشبه والحدس، ورغم ذلك أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم والفقهاء، وفي عصرنا الراهن فمن باب أولى الاعتماد على نتائج فحص فصائل الدم لأنها علمية ومؤكدة للنفي، فهي أوثق للتعرف على حقيقة النسب في الوقت الحاضر ، والاعتماد عليها لا يعد خروجا على أحكام الشريعة الإسلامية لأن هذه الأخيرة تدعوا للحاق بالركب العلمي في جميع مجالات الحياة.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

المطلب الثاني: إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية

تعتبر البصمة الوراثية من المستجدات العلمية التي جاء بها الطب الحديث، بعد أن كان يعتمد في البداية على نتائج فحص فصائل الدم التي تفيد في الحصول على نفي قاطع للنسب دون الإثبات .

ومع هذا التطور الملحوظ، **" لم يكن لمدونة الأسرة أن تدير ظهرها للنتائج الباهرة التي حققها العلم في مجال إثبات الرابطة البيولوجية بين الآباء والأبناء ."** [١٣٥] ومن أجل توضيح دور البصمة الوراثية في مجال النسب إثباتا أو نفيا سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فقرات:

الفقرة الأولى : مفهوم البصمة الوراثية وتركيبها

أولا : مفهوم البصمة الوراثية

* **البصمة لغة:** من بصم، والبصمة هي العلامة، نقول بصم القماش بصما أي: رسم عليه، وهو من كلام العامة، والبصم ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، يقال: رجل ذو بصم أي غليظ.

* **الوراثة لغة** : من الفعل ورث يرث إرثا وميراثا، والميراث جمع مواريث، وأصله يوارث قلبت الواو ياء لانكسارها قبلها.[١٣٦]

والبصمة الوراثية حسب تعريفها العلمي : هي التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحمض النووي لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالة الوراثية.

وتعرف أيضا بكونها تلك الصفات التي تنتقل من الأصول إلى الفروع، والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من الحمض النووي الذي تحتوي عليه خلايا جسده[١٣٧] .

وقد ساير المشرع المغربي التطور العلمي الحديث من خلال اعتماد البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب، وذلك من خلال المادة 158 من مدونة الأسرة التي جاء

---

[135]- محمد الكشبور. شرح مدونة الأسرة.الجزء الثاني. م.س.ص 306

[١٣٦]- سهير سلامة حافظ الأغا.قوادح النسب في ضوء علم الوراثة المعاصرة.رسالة ماستر في الفقه المقارن .كلية الشريعة والقانون. الجامعة الإسلامية-غزة.2010 .ص84

[137]- محمد الكشبور. البنوة والنسب. م.س. ص190

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

فيها: **"يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب، أو بشهادة العدلية، أو بينة السماع وبكل الوسائل المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية."**

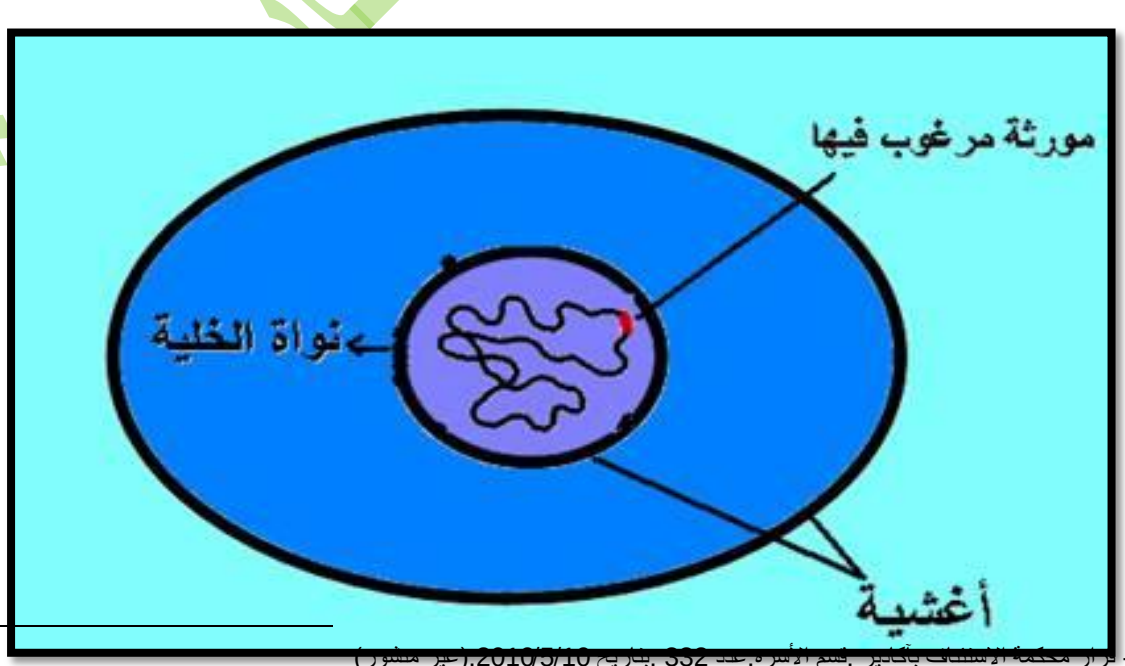
وجاء في قرار لمحكمة الاستئناف بآكادير: **" وحيث اتضح لمحكمة الاستئناف من خلال مناقشة ذلك ودراسة وثائق الملف أن شروط الخطبة المتطلبة بالمادة 156 من مدونة الأسرة المبررة لثبوت النسب محققة بين الطرفين بتصريحات الشهود المستمع إليهم ابتدائيا، وكان بالتالي لجوء المحكمة الابتدائية للخبرة الجينية لإثبات النسب مبررا.**

والتي أكدت انتساب البنت (م) للمستأنف ولا جدوى مما أثاره من قيام المانع الشرعي بالعلاقة غير الشرعية لعدم ثبوت ذلك خاصة وأنه لم يصدر أي حكم يقرر قيام ذلك المانع."[١٣٨]

والملاحظ من خلال هذا القرار أن المشرع المغربي ساير التطور العلمي الذي يعرفه مجال النسب، من خلال الأخذ بها في العديد من الأحكام والقرارات سواء كوسيلة للإثبات أو للنفي.

ثانيا: تركيب البصمة الوراثية

تعد الخلية هي الوحدة البنائية الأساسية المكونة لجسم الإنسان، وكل خلية تحتضن نواة هي المسؤولة عن حياة الخلية ووظيفتها، والرسم أسفله يوضح شكل الخلية.



138- قرار محكمة الاستئناف بآكادير .قسم الأسرة.عدد 332 .بتاريخ 2010/5/10.(غير منشور)

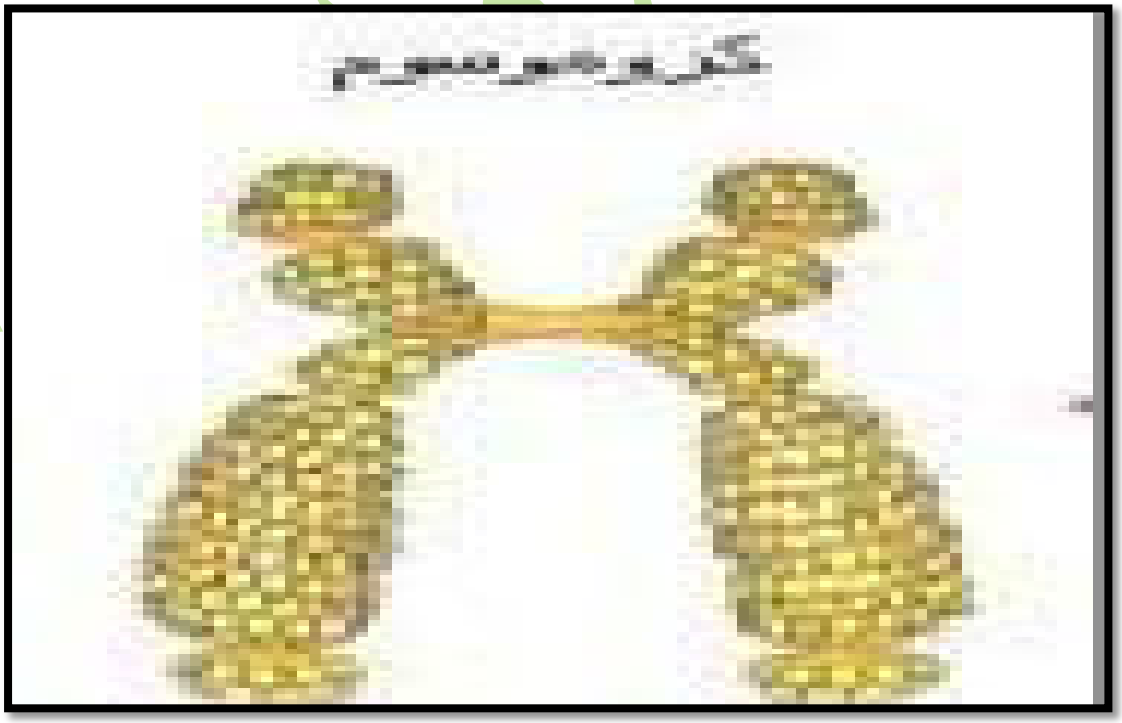
Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

وصفات الإنسان تتقرر بفعل عوامل وراثية تسمى جينات مرتبة على جسيمات تعرف بالصبغيات أو الكروموسومات وهذه الأخيرة تكون عند معظم الكائنات الحية، عبارة عن خيوط متشابكة من جزئيات متصلة بالحامض النووي (dna) .

وهذا الحامض النووي يحتوي على ترتيب معين من الأحماض الأمينية التي تقوم بتصنيع البروتينات، وعدد الأحماض النووية يصل إلى حوالي 20 ألف حمض في أي كائن، ولاحظ العلماء أن هذه الأحماض الأمينية تترتب داخل الكروموسوم الواحد بترتيب معين يطلق على هذا الترتيب اسم الجينات وهي التي تحمل الصفات الوراثية داخل الكروموسومات .

وقد أخذ اسم (dna) من الأحرف الأولى للحمض النووي المؤكسد باللغة الإنجليزية (Deoxyrib Nucleic Acide)، والأحماض الأمينية (Nucleic Acide) مركبة من سلسلة متراصة من الأحماض النووية المسماة النيوكليدات(Nucléotides) .

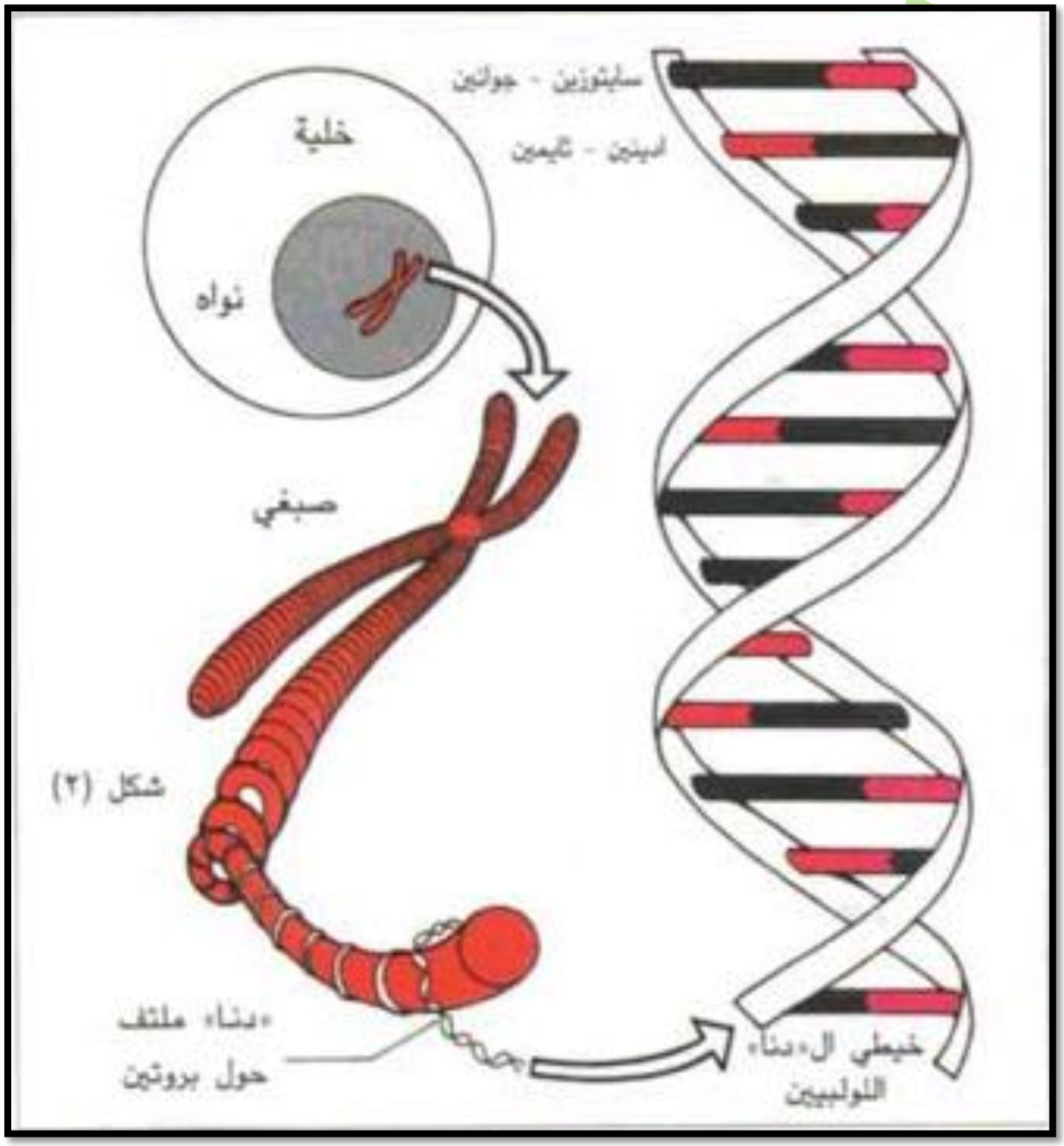
والرسم أسفله يبين شكل الكروموسوم



Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

وتتألف وحدة النيوكليدات في(dna) من سكر خماسي، فوسفات، قاعدة نيتروجينية تتكون من أربع قواعد: الأدنين، الجوانين، السيتوزين، الثايمين، يترابط الأدنين مع الثايمين برابطين، والجوانين مع السيتوزين بثلاث روابط، وبهذا الترابط تتشكل البنية المزدوجة لشريط (dna).

أنظر الشكل الموالي:

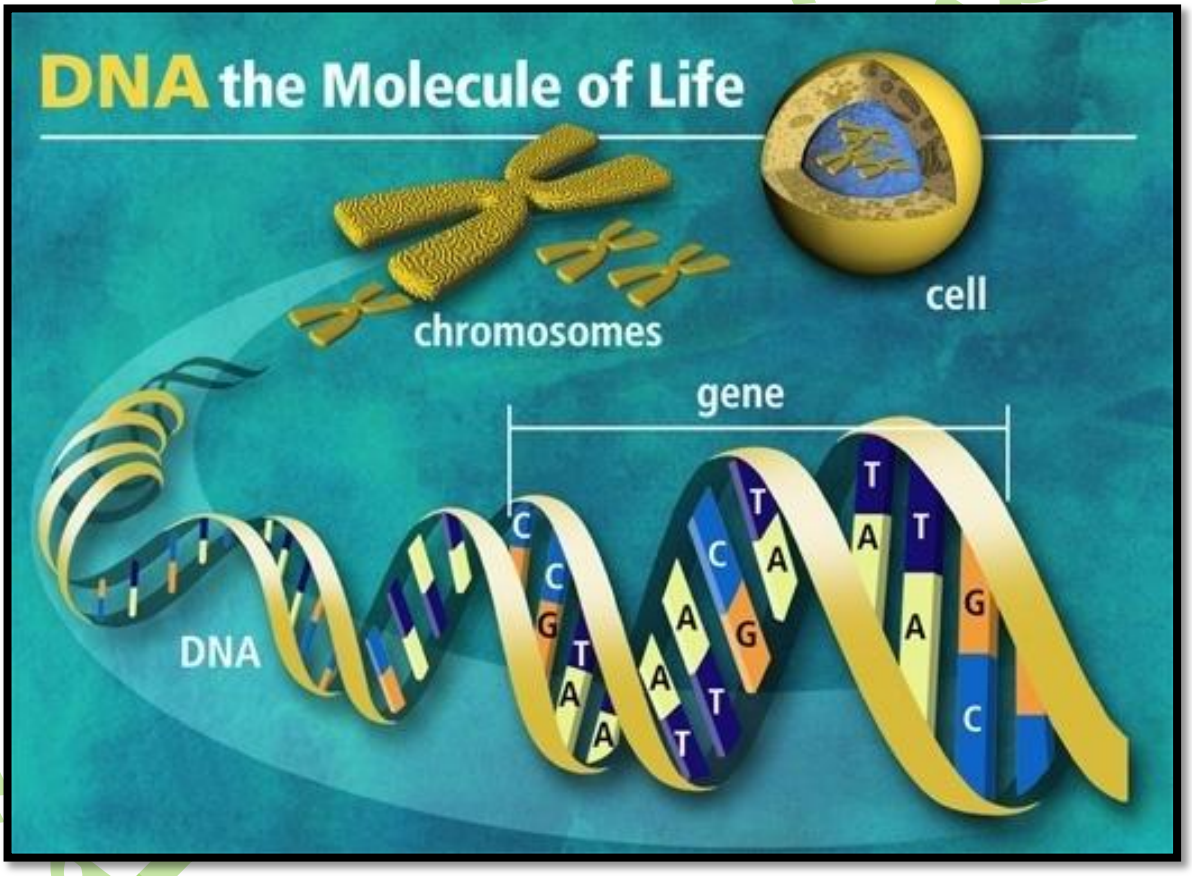


شكل (٢)

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

و dna عبارة عن خيطين من النيوكليدات متلاصقين ومجدولين، وذلك بشكل محكم ودقيق، واتضح للعلماء أن الخيطان يلتفان حول نفسيهما باتجاه عقارب الساعة لتشكيل حلزون مزدوج بحيث يوجد عشر نيوكليدات في كل لفة، يأخذ الإنسان خيطا من الأم وخيطا من الأب، وفي حالة عدم التطابق بين الابن و والديه فيعني نفي أصل الولادة بينها على جهة اليقين.

الرسم أسفله يوضح شكل dna[١٣٩] .



الفقرة الثانية : دور البصمة الوراثية في إثبات النسب وسندها الشرعي

إن للبصمة الوراثية باعتبارها وسيلة للإثبات أو النفي في مجال النسب دور في غاية الأهمية، وقد اعتمدها المشرع المغربي إلى جانب الوسائل المقررة شرعا وقانونا والتي سبق التطرق لها.

[139]- سهير سلامة حافظ الأغا. م.س. ص86-87

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

أولا : دور البصمة الوراثية في إثبات النسب

تعتبر البصمة الوراثية من بين المستجدات العلمية التي كرستها مدونة الأسرة بخصوص إثبات النسب، لكونها تضمنت مجموعة من الحقوق لفائدة الطفل معززة مكانته داخل الأسرة، وذلك بتثبيت حقه في الانتساب إلى أبيه [١٤٠]، وقد اعتمدها المشرع المغربي كوسيلة لإثبات النسب أو نفيه [١٤١]، وقد أشارت مدونة الأسرة في المادة 158 إلى أن البصمة كوسيلة لا يلتجأ إليها إلا في حالة النزاع، أو في حالة اختلال شروط الفراش، أو إذا تعذر معرفة من ينسب إليه الولد.

كما أشارت المادة153 من نفس المدونة إلى أن الفراش حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من طرف الزوج عن طريق اللعان، أو خبرة تفيد القطع بشرطين؛ أولهما إدلاء الزوج بدلائل قوية على إدعائه، ثم صدور أمر قضائي بهذه الخبرة.

وقد جاء في حكم للمحكمة الابتدائية: " **إن الفراش بشروطه يعتبر حجة قاطعة على ثبوت النسب لا يمكن الطعن فيه إلا من طرف الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة طبية تفيد القطع بشرطين: إدلاء الزوج بدلائل قوية على إدعائه وصدور أمر قضائي بهذا الخبرة.**"[١٤٢]

وجاء في حكم آخر للمحكمة الابتدائية :

"لا يمكن للمحكمة أن تأمر بإجراء خبرة طبية إلا إذا عزز الزوج إدعائه بقرائن قوية ترجح صدقه فيه، وهو ما كان مسافرا أو غائبا عن زوجته منذ تاريخ إقترانه بها، فضلا على أنه في حالة ثبوت ذلك السفر داخل المغرب لا يمنع اتصال الزوج بزوجته ولا يفيد استحالة ذلك."[١٤٣]

---

[140]- مجلة قضاء الأسرة .العدد الثالث . منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية .2006. ص27

[141]- أنظر القرار الصادر عن المجلس الأعلى .بتاريخ 28/9/2006 .ملف شرعي عدد 2005/1/2/108.2

[١٤٢]- حكم المحكمة الابتدائية. صادر بتاريخ 28/9/2006 .الملف عدد3/06/245 .منشور في المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة. م.س.ص 255

[١٤٣]- حكم المحكمة الابتدائية بالراشدية. بتاريخ 2006/09/28. ملف عدد 3/06/245.المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة.م.نفسه.ص255

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

كما جاء في قرار للمجلس الأعلى:

"اعتبرت المحكمة إدلاء الزوج بشواهد طبية تثبت عقمه قرائن قوية تثبت إدعائه، فأمرت بإجراء خبرة جينية، وقضت بناء عليها بعدم ثبوت نسب الطفلة إليه." [١٤٤]

ففي ظل غياب هذه القرائن القوية التي تؤيد ادعاء الزوج، يمتنع القضاء عن اللجوء إلى الخبرة الطبية لنفي النسب.

فاللجوء إلى الخبرة يقتضي توفر شرطين :

أ- أن يكون الولد لاحق شرعا بالأب ؛ في هذه الحالة يقتضي اللجوء للخبرة أن يكون الولد موضوع النفي لاحقا شرعا بالزوج، أما إذا ثبت اختلال شروط الفراش المنصوص عليها ضمن مقتضيات المادة 154 من مدونة الأسرة، فإن الولد في هذه الحالة يكون غير لاحق بالزوج بقوة الشرع، ومن تم لا نحتاج إلى اللعان أو الخبرة من أجل نفي النسب عنه، ما لم يتعلق الأمر بحالات استثنائية ثبت فيها النسب خارج العلاقة الزوجية، كما هو الأمر في حالة الاتصال بشبهة، وحالة الزواج الباطل والفاسد، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى : **" لما كانت مقتضيات الفصل 154 من مدونة الأسرة تنص على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر من تاريخ العقد، وكان البين من أوراق الملف أن الطاعنة وضعت حملها بتاريخ 16/12/ 2000 ولأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد المبرم بتاريخ 20/10/ 2000، فإن المحكمة لما اعتبرت أن الولد غير لاحق بنسب المطلوب في النقض تكون قد طبقت الفصل المحتج به تطبيقا صحيحا، ولم تكن في حاجة إلى إجراء خبرة طبية في هذا الشأن..."**[١٤٥].

ب- لا نفي للنسب بدون دعوى: يعتبر تقرير الخبرة عنصرا من عناصر الإثبات ويخضع لتقدير محكمة الموضوع التي لها الاعتماد عليه إذا رأت فيه ما يقنعها [١٤٦]، ونظرا لما للنسب من أهمية قصوى فإن نفيه لا يتم إلا بحكم صادر من المحكمة، وهذا ما نصت عليه مدونة الأسرة في المادتين151و 153 على أن النسب لا ينفى إلا بحكم قضائي .

---

[١٤٤]- قرار صادر عن محكمة الابتدائية عن المجلس الأعلى.بتاريخ 16 يوليوز2008. ورد في كتاب مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي لمحمد الشافعي.م.س. ص129

[145]- أورده محمد الكشبور. البنوة والنسب.م.س. ص216-217

[١٤٦]- نزيه نعيم شلالا. دعاوى الخبرة والخبراء .دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية.الطبعة الأولى .م.إ.غ.م .2005. ص40

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

فإثبات النسب أو نفيه خلافا لباقي النزاعات التي تدور بين شخصين مدعي ومدعى عليه، يقتضي إبراز شخص ثالث هو الطفل الذي يجب أن ينص منطوق الحكم الصادر من قسم قضاء الأسرة على هويته كاملة، دفعا لأي لبس قد يؤدي إلى صعوبة التنفيذ، ولأن المشرع متشوف للحوق الأنساب كان عليه أن يحدد مدة تقادم دعوى نفي النسب بواسطة الخبرة الطبية[١٤٧] .

ثانيا : مشروعية البصمة الوراثية

قال تعالى : **"سنريهم آياتنا في الآفاق وفي أنفسهم حتى يتبين لهم أنه الحق أو لم يكن بربك أنه على كل شيء شهيد، ألا أنهم في مرية من لقاء ربهم ألا إنه بكل شيء محيط."**[١٤٨] .

وهكذا فإن ما توصل إليه العلم الحديث هو بتوفيق من الله، ويندرج اكتشاف البصمة الوراثية في هذا الإطار، والقرآن الكريم حث على النظر والتفكر وإعمال العقل، فهو بذلك يشجع البحث العلمي، بمعنى أن كل اكتشاف علمي إيجابي يحظى بتأييد الإسلام شرط ألا يتعارض مع نصوص الكتاب أو مقاصد الشريعة.

وعلى المستوى الفقهي يقول ابن القيم وهو يتحدث عن البينة:

"فإذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع ودينه والله سبحانه وتعالى أحكم من أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه و أماراته بشيء ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة... بل قد يبين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين وليست مخالفة له."[١٤٩]

ومما يفتح الباب لقبول البصمة الوراثية في إثبات النسب، أن القيافة مقبولة عند جمهور الفقهاء *"مالك،الشافعي،ابن حنبل"* كدليل لإثبات النسب، فكيف لا يتم قبول البصمة الوراثية؟

---

[147]- محمد الكشبور.البنوة والنسب. م.س .ص216-217

[148] -سورة فصلت. الآية 53-54

[١٤٩] - أسماء منكيط.لطيفة بابج.سعيدة حميتي .بحث حول وسائل نفي النسب.كلية الآداب والعلوم الإنسانية.ماستر الخطاب الشرعي وقضايا العصر. آكادير.2012-2013 .ص7-8.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

فقد ذهب الجمهور من *المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية* ، كما روي عن ابن العباس و أنس بن مالك وعطاء و زيد بن عبد الملك و الأوزاعي والليث إلى ثبوت النسب بالقيافة عند النزاع، وفي حالة عدم وجود الدليل الذي يستند إليه بحسب الأصل في إثبات النسب وهو الفراش، الإقرار، البينة، وفي ظل التقدم العلمي الذي أبرز طابع اليقين الذي تتسم به البصمة الوراثية نظرا لكون نتائجها قطعية ومؤكدة بخلاف القيافة التي تعتمد الظن والتخمين[١٥٠] .

والإثبات بالبصمة الوراثية يجد مكانته بقوة داخل نظام الإثبات في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي على حد سواء، وهو ما تبناه المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة أيام 5-7 ماي 2002، وجاء في مقدمة هذه الفتوى ما يلي: **"فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في المدة 5-10/1/ 2002 ، وبعد التعريف الذي سبق للمجمع اعتماده في دورته الخامسة عشر ونصه على إن البصمة الوراثية هي البصمة الجينية (نسبة إلى الجينات أي المورثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه، وأفادت البحوث والدراسات العلمية أنها وسيلة أنها من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة، لتسهيل مهمة الطب الشرعي ويمكن أخذها من خلية بشرية كالدم واللعاب أو المني)، وبعد الإطلاع على ما اشتمل عليه تقرير اللجنة التي كلفها المجمع بإعداده من خلال إجراء دراسة ميدانية مستفيضة للبصمة الوراثية، والإطلاع على البحوث التي قدمت في الموضوع من الفقهاء والأطباء والخبراء والاستماع إلى المناقشات التي دارت حوله تبين من ذلك كله أن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في إثبات نسب الأولاد أو نفيهم عنهما، وفي إسناد العينة (من الدم ،أو المني، أو اللعاب) التي توجد في مسرح الحادث إلى صاحبها، فهي أقوى بكثير من القيافة العادية، وأن الخطأ في البصمة الوراثية ليس واردا من حي ث هي، وإنما الخطأ في الجهد البشري ونحو ذلك."**[١٥١]

الفقرة الثالثة : موقف بعض التشريعات بخصوص التقدم العلمي البيولوجي

تباينت مواقف التشريعات بخصوص التقدم العلمي البيولوجي من خلال استعمال الخبرة الطبية المعتمدة على البصمة الوراثية كوسيلة لنفي أو إثبات النسب.

***أولا : التشريعات المتفقة حولاعتماد البصمة الوراثية كدليل للنفي والإثبات**

---

[١٥٠]- محمد المختار سلامي.التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الإثبات.مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون .جامعة الإمارات العربية المتحدة .كلية الشريعة والقانون .المجلد الثاني .5-7 ماي 2002.ص457

[151]- مشار إليه عند محمد الكشبور.الوسيط في شرح مدونة الأسرة.الجزء الثاني.م.س. ص113

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

لقد اتفقت بعض التشريعات حول اعتماد البصمة الوراثية كدليل للنفي والإثبات فهي بذلك لم تبقى بعيدة عن التقدم العلمي، وإنما حاولت تستفيد منه على المستوى القانوني وخاصة فيما يتعلق بإثبات النسب ونفيه، وفي هذا الصدد نورد كنموذج المشرع الفرنسي، والمشرع الإماراتي .

فبالنسبة للمشرع الفرنسي، فبواسطة القانون رقم 94/633 الصادر في 29 يوليوز 1994، أضاف ثلاث مواد إلى القانون المدني الفرنسي وتتمثل هذه المواد في :

*المادة 16-10 : والتي نصت على أن البحث الجيني المحدد لخصائص الشخص لا يمكن ممارسته إلا لأسباب طبية أو علمية، ويجب الحصول على موافقة الشخص المعني قبل إجراء التحليلات الجينية عليه.

*المادة 16-11: أقرت على أن تحديد هوية الشخص عن طريف بصمته الجينية لا يمكن أن يتم إلا في إطار إجراءات التحقيق التي دعوى قضائية أو خدمة أهداف طبية أو علمية.

* المادة16-12: وقد جاء فيها أن التحليلات الجينية لا يمكن أن تتم إلا من جانب أشخاص مقبولين لذلك ومسجلين بجدول الخبراء.

وقد أعاد المشرع الفرنسي التأكيد على نفس الأحكام من خلال القانون رقم 96-152 الصادر في 28 ماي 1896 المضمن حاليا بالفصل 15-145 من التقنين المتعلق بالصحة العمومية[١٥٢] .

كما يسمح المشرع الإماراتي باعتماد الخبرة في مجال النسب إثباتا ونفيا، حيث نظم القانون رقم 28 لسنة 2005 بشأن قانون الأحوال الشخصية المنفذ حاليا في دولة الإمارات العربية المتحدة أحكام النسب في المواد من 89 إلى 97.

فبخصوص إثبات النسب نصت المادة 29 على أنه **" يثبت النسب بالفراش أو بالإقرار أو بالبينة أو بالطرق العلمية إذا ثبت الفراش."**

أما بخصوص نفي النسب نصت الفقرة الأخيرة من المادة 97 على ما يلي: **"للمحكمة الاستعانة بالطرق العلمية لنفي النسب بشرط ألا يكون قد تم ثبوته قبل ذلك."**[١٥٣]

---

[152]- محمد الكشبور .البنوة والنسب.م.س. ص193-194

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك بعض التشريعات اعتمدت الخبرة الطبية المتعمدة على البصمة الوراثية كوسيلة لنفي النسب دون إثباته، كما هو الشأن بالنسبة للقانون الكويتي، فقد أفتت إدارة الفتوى في وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت بأن البصمة الوراثية يجوز الحكم بها لنفي النسب دون إثباته من الأب، وقد جاء استبعاد البصمة كدليل للإثبات إلى أن تطابق الجينات الوراثية بين الابن و أبيه قد ينتج عن علاقة غير مشروعة، وولد الزنا لا يلحق شرعا[١٥٤] .

كما أن هناك بعض القوانين لم تعر أي اهتمام للخبرة الطبية، ونذكر على سبيل المثال:

أ- القانون رقم 20 لسنة 1992 الخاص بالأحوال الشخصية السائد حاليا بجمهورية اليمن، وقد نظم أحكام النسب في المواد من 121 إلى 131.

ب- القانون العماني رقم 34 لسنة 1978 بشأن الأحوال الشخصية المطبق حاليا في سلطنة عمان، وقد نظم أحكام النسب في المواد من 70 إلى 79 .

ج- القانون رقم 22 لسنة 2006 بشأن قانون الأسرة النافذ حاليا في دولة قطر وقد نظم أحكام النسب في المواد من 68 إلى 100[١٥٥] .

***ثانيا : التشريعات المرجحة للبصمة الوراثية كدليل للإثبات دون النفي**

في هذا الإطار سنكتفي بموقف قانون الأسرة الجزائري من خلال:

أ- الوضع قبل صدور الأمر 05-02: فقبل صدور هذا الأمر كان التشريع الجزائري ينسجم كليا مع مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بخصوص إثبات النسب ونفيه.

وهكذا فالنسب يثبت في التشريع الجزائري بالفراش وبالإقرار وبالبينة وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و34 من قانون الأسرة.

وقد سكت هذا القانون عن الوسائل التي ينتفى بها النسب، مما يستدعي تطبيق المادة 222 منه، وقد جاء فيها : **"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"** ، وتطبيقا لهذه المادة، رفضت المحكمة العليا إعمال الخبرة

---

[153]- المرجع نفسه.ص 196

[154] - مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون.م.س.ص474

[155]- محمد الكشبور. البنوة والنسب.م.س. ص195

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

لإثبات النسب ونفيه، جاء في أحد قراراتها : **"... المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من علمه به وخلال المدة المحددة شرعا وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا..."**

ب- الوضع بعد صدور الأمر 05-02: أدخل المشرع تعديلات كثيرة على قانون الأسرة، لا يهمنا في هذا الصدد ألا تلك الخاصة بالمادة 40، والتي أضيفت إليها فقرة أخيرة جاءت كما يلي: **"يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب "** فمن الملاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بالتحليلات الطبية، إلا أنه قصرها على إثبات النسب دون نفيه، الذي يظل خاضعا (وتطبيقا للمادة 222) لأحكام الشريعة الإسلامية، حيث لا يمكن التمسك إلا بوسيلتين وهما: اختلال شروط الفراش ثم اللعان.[١٥٦]

موقع العلوم القانونية

[156]- المرجع نفسه . ص196 وما بعدها
*وللإطلاع على المزيد من القرارات حول موقف المشرع الجزائري أنظر :
العيش فضيل. قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا.ديوان المطبوعات الجامعية.بن عنكون.الجزائر .2007.ص37 وما بعدها

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

الفصـــل الثانـي: وسائـــل نفي النســـــــــب

المبحث الأول: نفي النسب عن طريق اختلال شروط الفراش

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

المبحث الثاني: نفي النسب بواسطة اللعـــان

الفصل الثاني: وسائل نفي النسب

تناولنا في الفصل الأول كما سبق وسائل إثبات النسب، كما حددها المشرع المغربي من خلال مجموعة من المواد153و158 من مدونة الأسرة[١٥٧].

وسوف نناقش من خلال هذا الفصل، الوسائل التي حددها المشرع لنفي النسب، والتي وجعلها أقل عددا من وسائل الإثبات، إضافة إلى أن القضاء قد وضع مجموعة من الشروط على هذه الوسائل والتي من شأنها أن تحد من إمكانية إعمالها، وهو ما نصت عليه **المادة 151 من مدونة الأسرة: "يثبت النسب بالظن ولا ينتفي إلا بحكم قضائي."**

وبالتالي فالملاحظ أن المشرع يتوسع في إثبات النسب ويضيقه فيما يتعلق بمجال النفي، ولعل ذلك من مبادئ الفقه الإسلامي، الذي يتشوف للحوق الأنساب، ومن جهة أخرى حفظ حق الولد حتى لا يضيع نسبه وحفظ أعراض النساء من الشبهات .

وسوف نتناول هذا الفصل من خلال مبحثين :

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

المبحث الثاني: نفي النسب بواسطة اللعان.

---

[157]- المادة 153 من مدونة الأسرة: يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

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

يعتبر الفراش أقوى الأسباب القانونية لثبوت للنسب، وقاعدة الولد للفراش هي مستمدة في أصلها من حديث نبوي شريف، لقوله صلى الله عليه وسلم في خطبة يوم حجة الوداع[١٥٨] ،**"الولد للفراش وللعاهر الحجر."**[١٥٩]

وهكذا فإن الفراش يعتبر حجة قاطعة على ثبوت النسب إذا ما توفرت شروطه مجتمعة وذلك بصريح المادة153 و154 من مدونة الأسرة.

وأول هذه الشروط وجود عقد زواج صحيح بين الزوجين، وثانيها تحقق مدة الحمل الشرعية، وثالثها أن يتمكن الزوج من الاتصال بزوجته وإنجابها منه[١٦٠] .

إلا إنه في غياب هذه الشروط التي ذكرناها يجعل الحمل أو الولد لا ينسب إلى الزوج ولا تترتب عليه أي آثار، ومن مظاهر اختلال شروط الفراش نجد:

---

[158]- محمد الكشبور. الوسيط في شرح مدونة الأسرة.م.س.ص366

[159]- ورد بصحيح البخاري. كتاب الحدود باب للعاهر الحجر.الحديثان رقم 6817-6818.ص1174

[160]- محمد الكشبور.شرح مدونة الأسرة.الجزء الثاني.انحلال ميثاق الزوجية.الطبعة الأولى.مطبعة النجاح الجديدة.الدار البيضاء.2006.ص279

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

المطلب الأول:عدم وجود عقد زواج صحيح.

يعتبر عقد الزواج هو مناط الفراش، بوجوده يوجد الفراش وبعدمه ينعدم الفراش، حتى أصبح عقد الزواج لدى رجال الفقه مرادفا للفراش، فالزنا جريمة و النسب نعمة والجريمة لا ترتب نعمة أبدا [١٦١]، لقوله تعالى: **"الزانية و الزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رحمة في دين الله إن كنتم تومنون بالله و اليوم الآخر."** [١٦٢] وقال تعالى: **"الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين."** [١٦٣]

وبالتالي فإنه يمكن لكل لشخص أن ينفي النسب عنه كلما استطاع إثبات عدم وجود رابطة زوجية أثناء الحمل أو الولادة، وهذا ليس حكرا على الرجل و المرأة لوحدهما، وإنما هو حق ثابت لكل ذي مصلحة في نفي الحمل أو الولد؛ ومن ذلك الورثة بعد وفاة الرجل أو المرأة منه[١٦٤].

وجاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى :

"كما ثبت أن الزواج كان بعد الوضع فإن المولود لا يلحق بنسب المدعى عليه ولو أقر ببنوته..." [١٦٥]

وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى:

"يكون تعليلا صحيحا و كافيا الحكم الذي يقضي برفض الطلب في دعوى يطلب فيها زوجان تسليم بنت بالاستناد إلى أنهما أبواها شرعا، بعلة عدم إثبات المدعين ازدياد البنت من صلبهما وهما على فراش الزوجية..." [١٦٦]

---

[161]- محمد الكشبور.شرح مدونة الأسرة.الجزء الثاني.انحلال ميثاق الزوجية. مرجع سابق.ص279

[162]- سورة النور الآية 2

[163]- سورة النور.الآية 3

[١٦٤]- محمد الكشبور.البنوة والنسب في مدونة الأسرة.مرجع سابق.ص144وما بعدها

*والذي يحدث في الواقع العملي أن المرأة ترفع دعوى نفقة ولدها، أو وجوب تسجيله بالحالة المدنية على من تدعي أنه أبوه، فيدفع ه ذا الأخير بأنه لا علاقة له بتلك المرأة، ومن تمت نفي نسب الولد عنه.

[١٦٥]- قرار المجلس الأعلى.الصادر في 30 مارس1983.منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى.العدد39.ص190 وما بعدها.نقلا عن محمد الكشبور.البنوة والنسب.ص145

[١٦٦]- قرار المجلس الأعلى.الصادر بتاريخ27 أكتوبر1979.منشور بمجلة المحاماة.العدد17.ص122 وما بعدها.نقلا عن محمد الكشبور.البنوة والنسب.م.س.ص145

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

المطلب الثاني: أن تأتي الزوجة بالولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ إبرام عقد الزواج.

يقصد بأقل مدة الحمل، هي المدة الأقصر التي يمكن أن تلد فيها المرأة ابتدءا من تاريخ إبرام عقد الزواج وليس من تاريخ الدخول.

ولقد سبق أن أشرنا أن رجال الفقه رغم اختلاف مذاهبهم، فهم يتفقون حول أقل مدة الحمل وحددوها في ستة أشهر من تاريخ إبرام العقد، ونفس الشئ أكدته المادة154 من مدونة الأسرة التي جاء في فقرتها الأولى :

"يثبت نسب الولد بفراش الزوجية:

1- إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا..."

وفي نفس السياق جاءت المادة 155من مدونة الأسرة والتي تنص على : **"إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل وولدت المرأة بين أقل مدة الحمل وأكثرها، ثبت نسب الولد من المتصل..."**[١٦٧]

وعليه فمتى ولدت الزوجة قبل مرور ستة أشهر من تاريخ العقد عليها، فإن النسب لا يلحق بالزوج كقاعدة عامة[١٦٨] .

وفي هذا السياق جاء في قرار للمجلس الأعلى:

"لكن حيث إنه لما كانت مقتضيات المادة 154من مدونة الأسرة تنص على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر من تاريخ العقد، وكان البين من أوراق الملف أن الطالبة وضعت حملها بتاريخ 16/12/ 2000 ولأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد المبرم بتاريخ 20/10/ 2000 فإن المحكمة لما اعتبرت أن الولد (ب) غير لاحق بنسب المطلوب في النقد و الذي بنفيه عنه تكون قد طبقت الفصل المحتج به تطبيقا صحيحا ولم تكن في حاجة

---

[١٦٧]- المادة 155 من مدونة الأسرة: " إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل وولدت المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها،ثبت نسب الولد من المتصل. يثبت النسب الناتج عن الشبهة بجميع الوسائل المقررة شرعا."

[168]- محمد الكشبور.الوسيط في شرح مدونة الأسرة.الجزء الثاني.م.س.ص281

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

إلى إجراء خبرة طبية في هذا الشأن مادام قد تم إبرام عقد الزواج وهي حامل، الأمر الذي يجعل تطبيق مقتضيات المادة 155 مستبعد، مما كانت معه الوسيلة بدون أساس."[١٦٩]

وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى:

"لكن ردا على ما ورد في النعي أعلاه، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ثبت لها أن المطلوب في النقض عقد على الطاعنة وهي حامل، بحيث إن عقد الزواج أبرم بين الطرفين في 26 مارس 2002 وازداد الولد في 10/06/ 2002 ومن ثمة فإن الولادة كانت قبل أقل مدة الحمل التي هي ستة أشهر، كما لم يثبت لها الدخول المدعى به من طرف الزوجة ولا شروط الخطبة المنصوص عليها في المادة 156 من مدونة الأسرة.

بناء على البحث الذي قامت به بحضور الطرفين، وأن الطاعنة لم تُقِم بينة على ذلك، وقضت تبعا لذلك بفسخ عقد النكاح المبرم بين الطرفين، كما قضت بعدم لحوق نسب الولد المطعون في النقض وبإرجاع الصداق لعدم ثبوت الدخول، كما لم تقضي بنفقة الطاعنة بناء على النفقة الواجبة للزوج على زوجته، وبدلك تكون المحكمة قد عللت قرارها تعليلا كافيا."[١٧٠]

---

[169]- مشار إليه عند إبراهيم بحماني.م.س.ص405

[170]- قرار المجلس الأعلى.بتاريخ 2006/5/10.عدد2005/1/2/598.مأخوذ من المنتقى من عمل القضاء.م.س.ص231

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

المطلب الثالث: أن تأتي الزوجة بالولد بعد سنة من تاريخ انتهاء العقد.

يقصد بأقصى مدة الحمل، وهي أكبر مدة يمكن أن يبقى فيها الجنين داخل بطن أمه، وبخلاف أقل مدة الحمل التي هي ستة أشهر من تاريخ إبرام العقد والتي أجمع عليها الفقهاء كما سبق بيان ذلك، فإن أقصى مدة الحمل عرفت تضاربا في المواقف إلى حد أن وقع الاختلاف داخل المذهب الواحد كما سبق ذكر ذلك في الفصل الأول .

وبالتالي فإن اختلال هذا الشرط في عقد الزواج، يجعل الولد الذي ازداد بعد سنة من تاريخ انتهاء الزواج أو الوفاة لا يلحق بالزوج، وهذا بصريح المادة 154من مدونة الأسرة[١٧١].

وعليه فمتى فارق الزوج زوجته لكونه قد طلقها أو توفي عنها، ثم أتت بولد بعد سنة من وقت الفراق، فإن النسب لا يثبت كقاعدة عامة[١٧٢] .

حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى :

"ردا على ما أثير أعلاه، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، لما قضت برفض طلب نفقة الابن لعدم ثبوت نسبه بالمطلوب، في النقض قد عللت قرارها بأن العلاقة الزوجية قد انفصلت بين الطرفين بمقتضى حكم عدد 267 وتاريخ 2 /5/ 2000 المؤيد استئنافيا بمقتضى القرار عدد 556 وتاريخ 15/12/ 2000، والذي قضى بفسخ عقد النكاح المضمن بعدد 180 صحيفة 171 وتاريخ 16/7/ 1997 وإبطال جميع الآثار المترتبة عليه ولم يقع الطعن فيه بالنقض، وأن الابن المذكور ازداد خلال فترة الفسخ المذكورة، وبالتالي فإنه لا يلحق بالمستأنف، الشيء الذي كان ما عللت به صوابا في محله لموافقته للقواعد الفقهية والقانونية المعمول بها في النازلة و يبقى السبب غير قائم على أساس."[١٧٣]

وقضى المجلس الأعلى في قرار أخر له :

---

[١٧١]- المادة 154 تنص على ما يلي: "يثبت نسب الولد بفراش الزوجية؛
1- إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأكمن الاتصال، سواء أكان العقد صحيحا أم فاسدا.
2- إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق."

[172]- محمد الكشبور.الوسيط في قانون الأحوال الشخصية.م.س.ص441

[173]- قرار المجلس الأعلى.بتاريخ 2006/4/26.الملف عدد2005/1/2/539.مأخوذ من المنتقي في عمل القضاء.م.س.ص228

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

"لما اعتبرت المحكمة أن الزوجية قد انفصمت عراها بالطلاق و رفضت اعتبار الحجة التي أدلت بها المدعية لإثبات أن الزوج قد ارتجعها فلا يحق لها مع ذلك أن تلحق بالمطلق نسب الولد الذي وضع بعد سنة من تاريخ الطلاق..." [١٧٤]

المطلب الرابع: عدم إمكانية حمل الزوجة من الزوج

جاء في المادة 154 من مدونة الأسرة، في فقرتها الأولى **:"يثبت نسب الولد بفراش الزوجية:**

١ إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال، سواء أكان العقد صحيحا أم فاسدا..." [١٧٥]

وعبارة (أمكن الاتصال) يفسرها فقهاء *المذهب المالكي* بالخصوص بإمكانية الاتصال المادي، وذلك ردا على رأي *أبي حنيفة* ، الذي يقول أن النسب يثبت للولد الذي ازداد بعد ستة أشهر من العقد ولو لم يكن هناك اتصال بين الزوجين، كما إذا كان أحدهما بالمشرق و الأخر بالمغرب.

ومفهوم (إمكانية الاتصال) قابلة للتفسير بإمكانية الاتصال المادي بين الزوجين، وكذا إمكانية الاتصال المعنوي، أي إمكانية الإنجاب، إضافة إلى ذلك فإن تعذر الاتصال قد يتحقق عقب العقد مباشرة، وقد يتحقق بعد بدء الحياة الزوجية[١٧٦] .

وإثبات عدم إمكانية الاتصال بعد بدء الحياة الزوجية فهو أكثر صعوبة.

فوجود عقد زواج بين الرجل والمرأة يعد قرينة على أن الحمل أو الولد الذي جاءت به الزوجة هو للفراش، وهي قرينة لا يمكن دحضها متى تحققت شروطها[١٧٧] .

وهو ما نصت عليه المادة153من مدونة الأسرة[١٧٨] .

---

[١٧٤]- قرار عدد 535.الصادر في 25 دجنبر1979 في ملف شرعي.عدد72935 (قرار غير منشور) مشار إليه عند محمد الكشبور في كتاب البنوة والنسب.ص151

[١٧٥]- المادة 154 تتمة :

2- "إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق "

[176]- أحمد الخمليشي.م.س.ص34 وما بعدها

[177]- محمد الكشبور.الوسيط في شرح مدونة الأسرة.الجزء الثاني.م.س.ص284

[١٧٨]- المادة 153 تنص على ما يلي: "يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية.

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

1-إدلاء الزوج بدلائل قوية على إدعائه

2-صدور أمر قضائي بهذه الخبرة."

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

غير أنه يمكن هدم القرينة السابقة أعلاه إذا ما استطاع الزوج إثبات أن شروط الولد للفراش أو إحداها لم يتحقق.

ولنفي النسب عنه، يمكنه أن يثبت أنه غير مؤهل للإنجاب كما لو كان مخصيا أو مجبوبا، أو لم يكن كذلك، أو أنه لم تتح له عمليا وبيقين فرصة الاتصال بزوجته، كما لو كان يقطن بالخارج و تزوج عن طريق الوكالة، مثلا، وثبت يقينا أنه لم يحضر إلى المغرب أبدا خلال مدة الحمل[١٧٩] .

وجاء في حكم للمحكمة الابتدائية بآكادير:

"وحيث إن الطفل لم يكن ناتجا عن فراش الزوجية، ولم يكن هناك أي اتصال بين الزوجين لوجود الزوج في حالة اعتقال...وبذلك فإن النسب غير لاحق بالزوج..." [١٨٠]

وجاء في قرار للمجلس الأعلى :

"إن المحكمة قدرت ما قدم لها من وثائق، كما أجرت بحثا مع الطرفين و استخلصت من كل ذلك، ومما عللت به قرارها، أن نسب الطاعن إلى الهالك غير ثابت طالما أنه لم يثبت العلاقة الزوجية بين والدته وبين الهالك المذكور." [١٨١]

وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى :

"لكن ردا على ما ورد في النعي أعلاه، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ثبت لها أن المطلوب في النقض عقد على الطاعنة وهي حامل، بحيث إن عقد الزواج أبرم بين الطرفين في 2002/03/26 وازداد الولد في 2002/06/10 ومن ثمة فإن الولادة كانت قبل أقل مدة الحمل التي هي ستة أشهر، كما لم يثبت لها الدخول المدعى به من طرف الزوجة، ولا شروط الخطبة المنصوص عليها في المادة 156 من مدونة الأسرة، بناء على البحث الذي قامت به بحضور الطرفين، و أن الطاعنة لم تقم بينة على ذلك، وقضت تبعا لذلك بفسخ عقد النكاح المبرم بين الطرفين، كما قضت بعدم لحوق نسب الولد المطلوب في النقض و بإرجاع الصداق لعدم ثبوت الدخول..."[١٨٢]

---

[179]- محمد الكشبور.البنوة والنسب في مدونة الأسرة.م.س.ص152

[180]- حكم المحكمة الابتدائية بآكادير.مأخوذ من المنتقى من عمل القضاء.م.س.ص261

[181]- قرار المجلس الأعلى.بتاريخ 2006/06/28.ملف عدد 2003/1/2.687.مأخوذ من المنتقى من عمل القضاء.م.س.ص232

[182]- قرار المجلس الأعلى.صادر بتاريخ2006/5/10.عدد.2005/1/2.598.منشور في المنتقى من عمل القضاء.م.س.ص231

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

المبحث الثاني: نفي النسب بواسطة اللعان

بالإضافة إلى ما سبق ذكره في المبحث الأول، يعتبر اللعان وسيلة شرعية أخرى لنفي النسب عن الزوج بالخصوص، وهو نظام إسلامي خالص لا نظير له في باقي التشريعات الوضعية الأخرى.

موقع العلوم القانونية

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

المطلب الأول: مفهوم اللعان وصوره وسنده الشرعي

الفقرة الأولى: مفهوم اللعان

اللعان من حيث اللغة مصدر من اللعن، بمعنى الطرد والإبعاد من رحمة الله تعالى[١٨٣]، ولاعن الزوج زوجته إذا قذفها بالفجور، أي اتهمها بالزنا[١٨٤].

أما من حيث الاصطلاح، فيقصد به حلف الزوج على زنى زوجته، أو نفيه حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض[١٨٥].

ومعنى هذا التعريف أن اللعان هو أن يحكم القاضي على كل من الزوج بأن يحلف أيمانا معينة على ما يدعيه من زنا زوجته، أو نفي حملها أو ولدها الذي ينتسب إليه لولا اللعان، وعلى الزوجة بأن تحلف أيمانا معينة لتكذيب زوجها فيما اتهمها به، لتدرأ بذلك عن نفسها الحد الواجب عليها فيما إذا نكلت[١٨٦].

واللعان هو شهادات أربع مؤكدات بالإيمان يؤديها الزوج مقرونة بالدعاء على نفسه باللعنة فتقوم مقام حد القذف في حقه، وتؤديها الزوجة بالدعاء على نفسها بالغضب فتقوم مقام الزنا في حقها [١٨٧]، وهذا ما أكده الله سبحانه وتعالى في قوله: **"والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين"**[١٨٨]

وقد جعل المشرع المغربي من خلال مقتضيات المادة 158 من مدونة الأسرة اللعان من بين الأسباب التي يعتمد في نفي النسب، لكن دون أن يبين مفهومه أو يحدد مسطرته و أحكامه.

183- محمد الشافعي. الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية. مرجع سابق. ص110.
184- محمد الكشبور. الوسيط في قانون الأحوال الشخصية. مرجع سابق. ص444.
185- محمد ابن معجوز. وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي. مرجع سابق. ص413.
186-محمد ابن معجوز. أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية. مرجع سابق. ص258.
187- محمد الشافعي. مرجع سابق. ص111.
188- الآية 6 و 7 من سورة النور.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

ونظرا لما قد تخلفه هذه الوسيلة من ضرر، وجب على الزوج عدم الالتجاء إليها إلا عند تيقنه من أن الحمل ليس منه، ومن ناحية أخرى، فالله حتم على المسلم ستر معصية أخيه، لذلك كان من الأولى للزوج الذي يثبت له أن زوجته قد زنت (ولم تحمل من ذلك الزنا) أن يسترها وعدم التشهير بها بملاعنتها، إذ يمكنه أن يفارقها بالطلاق، أما إذا كان يريد من اللعان نفي الحمل أو الولد، فهو واجب عليه، لأن تركه في هذه الحالة يؤدي إلى انتساب الولد إلى الزوج، ويترتب على ذلك اختلاط الأنساب وحرمان الورثة مما كانوا سيرثونه لولا هذا الولد[١٨٩].

الفقرة الثانية: صور اللعان وسنده الشرعي

أولا: صور اللعان

يعتبر اللعان طريقا شرعيا يتم سلوكه في حالتين فقط لخصهما ابن عرفة في تعريفه للعان عندما قال بأنه **"حلف الزوج على زنى زوجته أو نفي حملها اللازم له"** [١٩٠]، وهما كالتالي:

الحالة الأولى: **اتهام الزوج زوجته بالزنا**: إذا رمى الرجل امرأته بالزنا و اعتمد في رميه هذا على معاينته لها تزني كالمرود في المكحلة [١٩١]، فلا خلاف في أحقيته في اللعان شريطة ألا يطأها بعد الرؤية [١٩٢]، وبه قال الجمهور ومنهم *الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وداود* وغيرهم، أما *الإمام مالك* فالمشهور عنه أن اللعان لا يجوز بمجرد الاتهام بالزنا، وفي حال أجري اللعان وحدث أن ظهر بعده حمل فله رؤيتان إحداهما تقول بسقوط الحمل عنه، والثانية تقول بلحوقه به، أما ابن القاسم فقد روى قولا آخر عنه، أجاز فيه اللعان بمجرد حصول الاتهام[١٩٣] .

الحالة الثانية: **نفي الحمل أو الولد:** وفي هذه الحالة يمكن للزوج المطالبة باللعان، عندما يتأكد من أن الحمل الذي ببطن زوجته أو الوليد الذي وضعته ليس منه، شريطة أن يدعي الإستبراء وهذا ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية [١٩٤] . أما إذا ادعى نفي الحمل دون أن يقرن نفيه هذا برمي زوجته بالزنى، ودون أن يتأكد من تحقق

189- محمد ابن معجوز. أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية. مرجع سابق. ص258.
190- محمد الشافعي. مرجع سابق. 110.
191- المرجع نفسه. ص111 وما بعدها
192- خالد بنيس. مدونة الأحوال الشخصية الولادة ونتائجها. ص57 وما بعدها.
193- لحسن خضيري. الوجيز في أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية.(م.غ.م).(م.ط.غ.م). 1995. ص140-141.
194- أبو القاسم محمد بن أحمد الكلبي الغرناطي. القوانين الفقهية.741هجرية.ليبيا.تونس.1992.ص248

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

الإستبراء[١٩٥] ، فالمشهور عن مالك أن اللعان لا يجب، خلافا *للشافعي وداود* الذين عللو رأيهم بالجواز، بكون المرأة قد ينزل منها الدم ومع ذلك تكون حاملا.

وقد تباينت آراء الفقهاء أيضا بخصوص الزمن المحدد لنفي الحمل، حيث ذهب الجمهور إلى ضرورة حصول النفي أثناء الحمل، وذهب *أبو حنيفة* إلى عكس ذلك، حيث أجل النفي إلى ما بعد الوضع، بينما *الشافعي* لم يجز للزوج اللعان بعد الوضع، إذا كان عالما بالحمل ومكنه الحاكم منه ولم يلاعن، أما بخصوص *الإمام مالك* فقد قرر أن ممارسة الزوج لحق اللعان يجب أن يتم بمجرد علمه بالحمل وإذا علم به وتأخر عن طلب الملاعنة دون عذر مشروع إلى أن يحصل الوضع سقط حقه في اللعان.

وهذا ما يجري العمل به حاليا من طرف القضاء حيث استقر رأيه على ضرورة مباشرة دعوى اللعان بمجرد علم الزوج تحت طائلة عدم قبولها[١٩٦] .

ثانيا: السند الشرعي للعان:

لقد أجمع الفقهاء على مشروعية اللعان كوسيلة لنفي النسب، وذلك لقوله تعالى:

"والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله لمن الصادقين، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين"[١٩٧] .

كما ثبت في صحيح البخاري وغيره أن اللعان وقع في عهده عليه السلام وبأمره، كما هو الأمر بخصوص واقعة هلال بن أمية، فقد قال عبد الله بن عباس لما نزلت الآية **"والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا"**[١٩٨] .

---

[195]- فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى " **قضى فيه بنقض قرار محكمة الاستئناف لكون قواعد الفقه المالكي تشترط لتمكين الزوج من ملاعنة زوجته عند ادعائه الزنا ونفي الحمل أن يتقدم ذلك استبراء الزوجة بالوسائل الشرعية، وأنه مما لم يتم ذلك الإستبراء لا يجوز الحكم بنفي نسب الولد**"
- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 5 يوليوز 1971 تحت عدد 128. نشر في مجلة قضاء المجلس الأعلى. عدد 22. ص 34.

[196]- لحسن خضيري. مرجع سابق. ص 140-141.

[197]- سورة النور.الآية 6 و7 و8 و9.

[198]- سورة النور. الآية 4.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

سأل سعد بن عبادة النبي صلى الله عليه وسلم، عن ما يقتضيه قول الله تعالى، فيمن رمى زوجته بالزنا، فقال سعد للنبي **:« فوالله لآتي بهم حتى يقضي حاجته»** أي الشهداء، ثم بعد ذلك جاء هلال بن أمية للنبي عليه السلام فقال: **« يا رسول الله إني جئت أهلي عشاء فوجدت عندها رجلا، فرأيت بعيني وسمعت بأذني، فكره النبي صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه...»** ثم قال هلال: **« والله إني لأرجوا أن يجعل الله لي منها مخرجا.»**، و بعد ذلك نزل الوحي على رسول الله عليه السلام، ونزلت **"والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم..."** [199] . فقال صلى الله عليه وسلم: **"أبشر يا هلال، فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا"** فقال صلى الله عليه وسلم **" ... أرسلوا إليها .."** ثم قال: **"لا عنوا بينهما"** [200] .

كما أن واقعة اللعان تجد سندها أيضا فيما رواه العلامة ابن رشد وحكم فيها صلى الله عليه وسلم نقلا عن الإمام مالك أنه: **" ... جاء إلى عاصم بن عدي العجلاني رجل من قومه فقال له: يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته أيقتله فتقتلونه ؟ أم كيف يفعل ؟ سل يا عاصم في ذلك رسول الله عليه السلام ، فسأل عاصم عن ذلك رسول الله، فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر فقال: يا عاصم ماذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ فقال لم تأتني بخير، قد كره رسول الله عليه السلام المسألة التي سألته عنها. فقال : والله لأنتهي حتى أسأله عنها. فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله عليه السلام وسط الناس فقال: يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه ؟ أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله: قد نزل فيك وفي صاحبتك قرآن فاذهب فآت بها. قال سهل، فتلاعنا، وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلما فرغا من تلاعنهما، قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها بثلاث قبل أن يأمره بذلك رسول الله..."** [201]

---

[199] سورة النور. الآية 6 و7 و8 و9.

[200] أورده محمد ابن معجوز. وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي. ص 413 وما بعدها.

[201] - الموطأ للإمام مالك بن أنس. حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه الشيخ كامل محمد عويضة. الطبعة الأولى.مكتبة التقوى. 1421-2001.ص 404 وما بعدها.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

المطلب الثاني: شروط اللعان ومسطرته الشرعية

اللعان عادة لا يتم إلا بواسطة حكم يصدره القضاء بناءا على دعوى يقيمها الزوج، والمحكمة لا تحكم في دعوى اللعان إلا بعد أن تتحقق من شروط أساسية، على أساسها يتم تحديد المسطرة المتبعة.

الفقرة الأولى: شروط اللعان

يستوجب اللعان كمسطرة، توفر شروط سيتم إدراجها على النحو التالي:

الشرط الأول: قيام الزوجية حقيقة أو حكما بين القاذف والمقذوفة [٢٠٢] ، لقوله تعالى: **"والذين يرمون أزواجهم "**[٢٠٣] ، أي لابد من أن يكون الشخص الذي اتهم بالزنا زوجا لها، سواء كان هذا الزواج مبني على عقد صحيح أو فاسد[٢٠٤] .

غير أن *لأبي حنيفة* يشترط أن يكون العقد صحيحا لأن الموطوءة بنكاح فاسد لا يحد قاذفها، ويأخذ الوطء بشبهة حكم الزواج. كما يمكن اللعان في عدة الطلاق الرجعي والبائن خلافا لمذهب أبي حنيفة الذي يبيح اللعان في عدة الطلاق الرجعي فقط، وهذا بالنسبة لدعوى رؤية الزنا[٢٠٥] .

أما في دعوى نفي الحمل، فله أن يلاعنها ولو انتهت عدتها إلى أقصى مدة الحمل[٢٠٦] .

الشرط الثاني: لا بد للزوج أن يدعي رؤية الزنا، وأن لا يمس زوجته بعد هذه الرؤيا فإن جامع الزوج زوجته بعد رؤية الزنا بطلت دعوى اللعان من أساسها[٢٠٧] .

ومن القرائن التي يعتمد عليها الزوج لنفي الولد أن يدعي أنه استبرأها بحيضة واحدة بقول *مالك*، لأن الحيض قرينة على براءة الرحم من الحمل.

202- محمد الشافعي. مرجع سابق. ص118 وما بعدها.
203- سورة النور. الآية 6.
204- محمد ابن معجوز. أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية. مرجع سابق.ص259.
205- خالد بنيس. مدونة الأحوال الشخصية. الولادة ونتائجها. مرجع سابق. ص60 وما بعدها.
206- محمد ابن معجوز. أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية. مرجع سابق. ص 259.
207- محمد الشافعي. مرجع سابق. ص118 وما بعدها.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

جاء في قرار للمحكمة الابتدائية: " **بناء على ما جاء في مضمون الشواهد الطبية، والتي تبين من خلالها أن بداية حمل المدعى عليها ترجع لتاريخ 29/ 08/ 2003، في حين أقر المدعي أنه ظل على اتصال بزوجته ويعاشرها معاشرة الأزواج إلى غاية متم شهر غشت 2003، أي إلى غاية 31 غشت 2003، مما يتبين معه كون اعتزال المدعي لزوجته لم يتم إلا بعد وقوع الحمل، وبالتالي تبقى دعوى اللعان مفتقرة لأهم شروطها المتمثلة في استبراء الزوجة، واعتزال الزوج لها مباشرة بعد طهرها من الحيض**"[٢٠٨] .

الشرط الثالث: يجب ألا تكون العادة تقضي باستحالة أن يكون الولد من الزوج كما لو أتت به الزوجة لأقل من ستة أشهر بعد العقد عليها، أو لأكثر من السنة بعد الفراق، أو تأكد للمحكمة أنه لم يكن هناك اتصال أصلا بين المتنازعين كما لو كان يحول بينهما حائل، كأن تكون بينهما مسافة بعيدة أو كان الزوج مجبوبا أو محبوسا في سجن لا يمكنه الخروج منه[٢٠٩] .

وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى:" **من المتفق عليه أن الوضع لأقل من ستة أشهر ينفي النسب بغير لعان، لقيام المانع الشرعي على نفيه. قال ابن عرفة: اللعان هو حلف الزوج على زنى زوجته أو نفي حملها اللازم له... إلى أن قال كما لو أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم العقد فإنه منتف من غير لعان** "[٢١٠] ، لأن مجيء الزوجة بالولد في أقل من ستة أشهر قرينة على عدم ثبوت نسبه للزوج، ولا يحتاج إلى نفي نسبه بواسطة اللعان.

كما جاء في قرار آخر لمحكمة الاستئناف: " **إن الزوجة التي وضعت بعد ستة عشر شهرا من غيبة الزوج، واستحال الاتصال ولم يثبت أنها في ريبة، فالولد غير لاحق ليس تطبيقا لمسطرة اللعان بل لأن مدة الحمل أقصاها سنة** "[٢١١] .

الشرط الرابع: التعجيل برفع دعوى اللعان، أي يجب أن يقع اللعان بمجرد رؤية الزنا أو ظهور الحمل والعلم به، وقد أعطى *المالكية* أجل يوم أو يومين لرفع دعوى اللعان.[٢١٢] ولا يقبل اللعان بعد مرور هذا الأجل لأن سكوت الزوج حينئذ قرينة على كذبه وهو اعتراف ضمني بالنسب، وهذا ما استقر عليه العمل القضائي المغربي، ومن قرارات

---

[208]- قرار المحكمة الابتدائية بالحي الحسني عين الشق حكم رقم 06/1581 بتاريخ 2005/03/10 ملف عدد 03/767 مجلة قضاء الأسرة العدد 2006/3

[209]- محمد ابن معجوز. مرجع سابق. ص259.

[210]- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2002/06/19 تحت عدد 464 الملف عدد 2002/140. مدونة العمل القضائي ص 136.

[211]- قرار صادر عن استئنافية آكادير تحت عدد 252 صادر بتاريخ 1995/06/02 في الملف عدد 94/28 مجلة المرافعة العدد 7 دجنبر 1997.

[212]- محمد الكشبور. البنوة والنسب. مرجع سابق. ص 156 و157 و158.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

وأحكام القضاء في هذا الشأن نذكر القرار الصادر عن المجلس الأعلى والذي جاء فيه: **" إذا علم الزوج بالحمل وسكت فلا يسمع قوله بنفي النسب، ولا يمكن من اللعان "**[٢١٣] .

كما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف:" **إن الوسيلة المثارة من طرف المستأنف ليس من شأنها التأثير على صوابية الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض الطلب، لأن دعوى يجب أن تثار بمجرد رؤية الحمل أو مشاهدة الزنا، وهذا أمر لم يلجأ إليه المستأنف إلا بعد مضي سبع سنوات عن تاريخ الوضع مع علمه بالحمل، وذلك بإقراره عند حضوره بجلسة البحث الذي أجري من طرف المحكمة في المرحلة الابتدائية مع الطرفين، دون أن يكون له عذر يمنعه من سلوك مسطرة اللعان "**[٢١٤] .

وجاء في حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء: " **إن المدعي علم بالحمل منذ تاريخ 22/04/ 2004، ولم يعمد إلى رفع دعوى اللعان إلا بتاريخ 08/06/ 2004، أي بعد حوالي شهرين من تاريخ علمه بالحمل، وسكوته طيلة هذه المدة تسقط حقه في ممارسة دعوى اللعان، وهو قرينة على اعترافه بالنسب "**[٢١٥] .

كما جاء في حكم المحكمة الابتدائية بمراكش: " **دخول الزوج بزوجته حاملا في شهرها السادس حيث الحمل ظاهر وواضح، وسكوته دون عذر، ثم استمراره في الاتصال بها وعدم لجوئه إلى المطالبة بنفي النسب وسقوط مسطرة اللعان، قرائن تدل على اعترافه بأن الحمل من صلبه "**[٢١٦] .

وجاء في حكم آخر للمحكمة الابتدائية بالعرائش:" **إنه من الثابت من خلال جلسة البحث وبإقرار المدعي نفسه، أن الطفل المراد نفي نسبه يبلغ سبع سنوات، وأن المدعي علم بالحمل في إبانه أي منذ سبع سنوات، وأنه هو من نقل زوجته إلى المستشفى من أجل الوضع، وأقام حفل العقيقة لهذا الولد "**[٢١٧] .

فسكوت المدعي طيلة هذه المدة بدون عذر، وإقامته مع زوجته بعد الوضع، وإقامة حفل العقيقة للولد، قرائن على اعترافه بنسب الولد إليه.

---

[213]- قرار المجلس الأعلى صادر في 1970/12/29 بعدد 56. مجلة القضاء والقانون عدد 130 محرم 1401 نونبر 1980.
[214]- قرار صادر عن استئنافية طنجة في 2005/12/29 الملف عدد 311-7/05. (انظر المنتقى من عمل القضاء ص 237).
[215]- قرار المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 2006/01/03. مجلة قضاء الأسرة (العدد الثالث دجنبر 2006).
[216]- حكم المحكمة الابتدائية مراكش في 1986/11/25 تحت عدد 826 (انظر مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي لمحمد بفقير. ص138).
[217]- حكم صادر عن ابتدائية بالعرائش في 2005/04/12 الملف عدد 242-5/04(المنتقى من عمل القضاء.ص247.)

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

الشرط الخامس: يجب ألا يكون الزوج قد اعترف صراحة أو ضمنا بالنسب الذي يلاعن بسببه[٢١٨] ، ويعتبر اعترافا شراء الزوج بعض معدات وملابس الوليد، نفس الشيء إذا لم يعلم إلا بعد وضع الحمل، فيجب عليه ألا يشتري المهد ألا يقيم حفلة العقيقة وألا يقبل التهاني.

وإذا اعترف بالحمل أو الولد بعد وضعه، فلا يجوز له أن ينفيه بعد ذلك، فإن فعل أقيم عليه حد القاذف، ولا لعان وثبت النسب[٢١٩] .

وأخيرا لا يشترط في اللعان أن يكون الزوج قد بنى بزوجته، وإنما له أن يلاعنها قبل وبعد البناء[٢٢٠] .

الفقرة الثانية: مسطرة اللعان

إذا عاين الزوج ارتكاب الزنا كالمرود في المكحلة، بدون أن يكون له أربعة شهود عليها، لم يبق من سبيل أمامه، سوى رفع الدعوى أمام المحكمة، ففي هذا الصدد، تختلف مسطرة اللعان عما يعرفه الشرع الإسلامي، حيث كان اللعان يخضع لعدة شروط من حيث المكان والزمان.

فمن حيث المكان: ينبغي أن يتم في المسجد بحضور جماعة أقلها أربعة شهود.

ومن حيث الزمان: يتم اللعان بعد صلاة العصر لأن اليمين الكاذبة أشد عقوبة بعدها، لقوله صلى الله عليه وسلم:" **ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم... ومنهم رجل حلف يمينا كاذبة بعد العصر يقتطع بها مال امرئ مسلم** "[٢٢١] .

أما في الوقت الحاضر، فإن دعوى اللعان ترفع أمام المحكمة الابتدائية بحيث لا ينتفي نسب الولد عن الرجل أو حمل الزوجة منه إلا بحكم قضائي، والقاضي الذي رفعت أمامه دعوى اللعان يقوم باستدعاء الطرفين معا، طبقا لقواعد المسطرة المدنية، وتطبق بصددهما الأحكام المضمنة في آية الملاعنة بسورة النور [٢٢٢] ، بحيث يبدأ الزوج بالأيمان فيقول أربع مرات أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، ويقول

---

[218]- محمد الكشبور. شرح مدونة الأسرة. مرجع سابق. ص294.
[219]- خالد بنيس. مرجع سابق. ص 62 وما بعدها.
[220]- محمد الكشبور. مرجع سابق. ص295.
[221]- أورده محمد الشافعي. مرجع سابق. ص118 وما بعدها.
- أنظر أيضا :محمد ابن معجوز. وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي . مرجع سابق. ص296 و297
[222]- محمد الكشبور. شرح مدونة الأسرة. مرجع سابق. ص288.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

في الخامسة لعنة الله علي إن كنت من الكاذبين مشيرا في كل ذلك إلى الزوجة، ثم تقول الزوجة بعد ذلك، أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا أربع مرات، ثم تقول في الخامسة غضب الله علي إن كان من الصادقين مشيرة في كل ذلك إلى الزوج[٢٢٣] .

وفي هذا الصدد يوجز ابن عاصم الغرناطي هذه المسطرة قائلا:

ويبـدأ الـزوج فيه بالإلتعـــــان لدفــع حد أربــع من الأيمـــــان

إثبــاتا أو نفيـا على ما وجـــب مخمســا بلعنــة إن كذبـــــــا

وتحلــف الزوجــة بعد أربعـــا لتـدرأ الحــد بنفـي ما ادعـــــا

تخميســا بغضــب إن صدقـــا ثـم إذا تـم اللعـان افترقـــــا [٢٢٤]

[223]- محمد ابن معجوز. أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية. مرجع سابق. ص261 وما بعدها.
[224]- محمد الشافعي. مرجع سابق. ص118 وما بعدها.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

المطلب الثالث: آثار اللعان وحكم النكول عنه:

إن دعوى اللعان التي يقيمها الزوج لملاعنة زوجته، تترتب عنها مجموعة من الآثار، ما لم يكن هناك نكول من جانب أحد الطرفين.

الفقرة الأولى: آثار اللعان

إذا تمت إجراءات اللعان داخل المحكمة، ترتب عن ذلك آثار معينة وهي:

أولا: تقع الفرقة بين الزوجين ويفسخ نكاحهما ولا يجوز لهما أن يتراجعا، أو أن يتزوج أحدهما الآخر بعد ذلك، لأن اللعان من الموانع المؤبدة للزواج وهذا هو رأي جمهور الفقهاء.

كما أن الأحاديث التي وردت عن النبي صلى الله عليه وسلم في اللعان تنص على أنه فرق بينهما، وقال ابن شهاب فيما رواه عن مالك عنه: " **فكانت تلك سنة المتلاعنين** " وكذا قوله عليه السلام: " **لا سبيل لك عليها** "[٢٢٥] ، وحجة الجمهور أنه قد وقع بينهما من التنافر والتباغض وإبطال حدود الله ما أوجب ألا يجتمعا بعدها أبدا [٢٢٦] ، وهذا ما اعتمدته المالكية باستنادها لما رواه الدارقطني عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " **المتلاعنان إذا افترقا لا يجتمعان أبدا** "[٢٢٧] .

ثانيا: متى تحققت شروط اللعان، يسقط عن الزوج حد القذف إذا حلف أيمان اللعان الخمسة، كما يسقط عن الزوجة حد الزنا إذا حلفت الأيمان كذلك[٢٢٨] .

ثالثا: ينتفي النسب بمجرد أداء الزوج الأيمان الخمسة، لما ورد عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين رجل وامرأة، فانتفى من ولدها ففرق بينهما، وألحق الولد بالمرأة [٢٢٩]. إلا أنه يمكن للزوج أن يستلحق ذلك الولد بعد اللعان فيما إذا كذب نفسه فيما رمى زوجته به، ويحد حينئذ حد القذف ويلحق به ذلك الولد [٢٣٠] ، إلا إذا أثبت بأنه كان ضحية تدليس أو إكراه مثلا، لقوله صلى الله عليه وسلم: " **رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه** ".

225- أورده محمد ابن معجوز. وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي. مرجع سابق. ص 298 وما بعدها.
226- أبو الوليد ابن رشد.بداية المجتهد ونهاية المقتصد. تحقيق فريد عبد العزيز الجندي. الجزء الثاني." ط.غ.م" .ص 90 وما بعدها.
227- أورده محمد الكشبور. شرح مدونة الأسرة. مرجع سابق. ص 295.
228- خالد بنيس. مرجع سابق. ص 85 وما بعدها.
229- المرجع نفسه. ص 85 وما بعدها.-
230- محمد ابن معجوز. أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية. مرجع سابق. ص 259 وما بعدها.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

وقد أشار إلى هذه الآثار صاحب التحفة بقوله:

ويسقـــط الحـد وينتفـي الولـــد ويحـرم العـود إلى طـول الأبـــد

والفسـخ من بعد اللعــان ماض دون طـلاق ويحكـم القاضـي [231] .

الفقرة الثانية: حكم النكول عن اللعان

يهدف الزوج من خلال رفعه لدعوى اللعان إلى نفي حمل الزوجة، أو اتهامها بالزنا، وهذا ما يقتضي منه أداء إيمان اللعان كاملة كما هي موضحة في آية الملاعنة [232] لكن إذا ما حصل وامتنع عن أداء الإيمان كاملة، فإنه يسجن إلى أن يلاعن، فإن استمر على امتناعه ولم يحلف، أو حلف بعض الأيمان ونكل عن الباقي، ولو عن يمين واحدة فقط، فإنه يحد حد القذف ولا ينفسخ النكاح، ويلحق به الولد الذي نفاه، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء [233] ، وقد استدلوا عليه بقوله تعالى في الآية الرابعة من سورة النور: **"والذين يرمون المحصنات "**، وهذا يقتضي أن يحد من قذف سواه، سواء قذف زوجته أو أجنبية عنه، وقد جعل اللعان للزوج مقام الشهود، وهذا يقتضي أنه إذا نكل كان بمنزلة من لا شهود له فيحد [234] ، وفي هذا الصدد يقول ابن عاصم الغرناطي:

ويسجن القاذف حتى يلتعــن وإن أبى فالحد حكم يقتـــرن [235]

وإذا حلف الزوج أيمان اللعان تم امتنعت الزوجة أن تلاعنه بعد أن كذبته فيما رماها به، أو حلفت بعض الأيمان، وامتنعت عن الباقي فإنها تحد، وحدها الرجم، إن كان دخل بها ووجدت فيها شروط الإحصان، وإن لم يكن دخل بها فالجلد، على قول الشافعي ومالك وأحمد وجمهور الفقهاء. أما أبو حنيفة فيرى أن الزوجة إذا نكلت وجب حبسها إلى أن تلاعن أو تصدق زوجها، فإذا صدقته اندفع اللعان عنها، ولا حد عليها. وحجته قوله صلى الله عليه وسلم: " **لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: زنا بعد إحصان، أو كفر بعد إيمان، أو قتل نفس بغير نفس** "[236] .

---

[231]- خالد بنيس. مرجع سابق. ص85 و86 و87
وقد أشار أبو القاسم إلى هذه الآثار بكيفية مختصرة أنظر القوانين الفقهية. مرجع سابق. ص 248.
[232]- سورة النور. الآية 6 و7 و8 و9.
[233]- محمد ابن معجوز. مرجع سابق. ص 261 وما بعدها.
[234]- ابن رشد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. مرجع سابق. ص89-90.
[235]- محمد الكشبور. شرح مدونة الأسرة. مرجع سابق. ص 298.
[236]- ابن رشد.مرجع نفسه. ص89-90.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

وعلى هذا تكون الحجة الموجبة للحد على الزوجة مركبة من: إقدام الزوج على اتهام زوجته بالزنا، وحلفه أربع مرات على أنه صادق، والدعوة على نفسه باللعنة إن كان كاذبا، ثم نكول الزوجة عن الأيمان التي ترد بها أيمان الزوج وتدرأ بها العذاب عن نفسها[٢٣٧] .

وتجدر الإشارة إلى أنه في الفقه المالكي وحسب الإمام ابن القاسم، أن الزوج إذا لاعن وحدث أن توفيت الزوجة قبل أن تلتعن، فإنه يرثها مادامت في عصمته لأن اللعان لم يتم كاملا، ويرى الإمام مالك أن الزوج متى التعن ثم مات، فإنه وجب على الزوجة الإلتعان لدرء العذاب عنها أي حد الزنا، فإن نكلت فإنها ترثه لأنها بقيت في عصمته، مادام اللعان لم يتم، وإن كانت تعرض نفسها للحد بسبب نكولها[٢٣٨] .

[237]- محمد ابن معجوز. وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي. ص 298.
[238]- محمد الكشبور.شرح مدونة الأسرة. ص 298.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

المطلب الرابع: إشكاليات اللعان:

نظرا للمكانة السامية التي يحظى بها اللعان من الناحيتين الشرعية والقانونية، باعتباره وسيلة لنفي النسب فور تحقق شروطه، إلا أن ذلك لا ينفي وجود إشكالات ونزاعات مرتبطة به، والتي ستطرق لها من خلال فقرتين: التنازع بين اللعان والوسائل التقليدية (كفقرة أولى)، والتنازع بين اللعان والوسائل الحديثة البصمة الوراثية نموذجا(كفقرة ثانية).

الفقرة الأولى: التنازع بين اللعان والوسائل التقليدية في مجال النسب:

انطلاقا من المادة152 من مدونة الأسرة، والتي تنص على أن:

" أسباب لحوق النسب

١ ـ الفراش؛
٢ ـ الإقرار؛
٣ ـ الشبهة؛ "

فهذه الوسائل تعتبر من القرائن التقليدية والشرعية لثبوت النسب، وهي أساس الإشكالية التي ستنبني عليها دراسة التنازع بينها وبين اللعان كوسيلة لنفي النسب، وذلك وفق الشكل التالي:

أولا: التنازع بين الفراش واللعان:

ما هي الحالة التي يمكن أن يحدث فيها التنازع بين اللعان كوسيلة لنفي النسب، والفراش كحجة قاطعة لثبوت النسب؟

إن حدوث التنازع بين الفراش واللعان لن يغيب إلا في حالة واحدة، وهي عدم وجود الفراش كحجة قاطعة على ثبوت النسب، وبالتالي يتعذر نفيه شرعا سواء بواسطة اللعان أو الخبرة الطبية إن توفرت شروطها.

فالحالة التي يزداد فيها الولد على فراش الزوجية وفي أثناء قيام العلاقة الزوجية تكون حجة على ثبوت النسب ما لم يسلك الزوج الوسائل المقررة شرعا لنفيه عن طريق اللعان، لأن من ضمن شروطه ضرورة توفر عقد زواج مثبت لقيام علاقة شرعية، فدعوى اللعان إذا مقرونة بوجود عقد زواج.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

والسؤال الذي يطرح في هذا الإطار هو: ***هل تصح منازعة الزوج في فراش الزوجية بتوافر عقد زواج ثابت شرعا وقانونا بأي حجة ولأي سبب؟***

رغم توفر فراش الزوجية كأساس لتبني مسطرة اللعان، إلا أنه يعتبر قاصرا خصوصا عند إدلاء الزوج بأدلة تمكنه من المنازعة فيه وبالتالي نفي النسب عنه، مثلا كأن يدلي بعدم توفر شرط الإمكانين العادي و الشرعي، بمعنى أنه لم يتصل بزوجته منذ ازدياد الابن الأول، أي أنه استبرأها، وبالتالي فيمين اللعان ستنازع توفر شرط الفراش الصحيح القائم بين الزوجين، ويتم نفي النسب[٢٣٩] .

ثانيا: التنازع بين الإقرار واللعان

القاعدة تقول أن للزوج الحق في طلب إجراء اللعان لنفي نسب الطفل الذي وضعته زوجته، لكن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات وقيود تتمثل في: ألا يكون الزوج قد سبق له أن أقر بالنسب، فالإقرار المعتبر شرعا يكون صريحا كأن يقول هذا الولد لي، أو أن يكون حاضرا عند الولادة ولم ينكره، ومن أمثلته أيضا الحالة التي تلد فيها الزوجة توأمين فيقر الزوج بنسب أحدهما وينفي الثاني، فإقراره بنسب أحدهما هو إقرار بالآخر، لأنهما خلقا من ماء واحد.

ولو افترضنا أن الزوج قد رجع في إقراره، ***فما هو الحل الواجب التطبيق؟***

في هذه الحالة يحق للزوجة طلب إجراء اللعان، لأن رجوعه في إقراره يعتبر مهانة لها واتهاما بالزنا، ولتدافع عن شرفها وجب عليها سلوك مسطرة اللعان بينها وبين زوجها، فالملاعنة في هذه الحالة لا تؤدي إلى نفي النسب، حيث أن الولد يبقى نسبه ثابت شرعا وقانونا، وإنما تجرى دفعا للعار عن الزوجة، وقد قضت المادة 337 من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية على أنه:" **إذا أقر الزوج بنسب الولد صراحة أو دلالة، فإن النسب لا ينتفى وإن تلاعن الزوجان وفرق القاضي بينهما** "[٢٤٠] وبالتالي فلا مجال لاعتماد اللعان في مواجهة الإقرار، حتى ولو أتت الزوجة بالولد لثلاثة أشهر من تاريخ النكاح، لأنه حجة لا تنازعها أي وسيلة أخرى من وسائل نفي النسب ولا مجال للحديث عن قاعدة أمد الحمل وأقصاه، لأن الإقرار يعتبر سيد الأدلة،

---

[239]- عزيز باكريم. يوسف أديب. وسائل إثبات النسب ونفيه ما بين الشريعة والقانون المغربي. دراسة البصمة الوراثية كمستجد علمي بيولوجي ينازع اللعان كلازمة شرعية في مجال النسب. بحث نيل شهادة الإجازة في القانون الخاص. جامعة ابن زهر. سنة 2010/2009. ص71.

[٢٤٠]- عائشة سلطان. إبراهيم المرزوقي. إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة. دراسة فقهية وتشريعية مقارنة. مرجع سابق. ص 289 و290.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

وحجة مسبقة لا تلحقها لاحقة، حيث " **لا يمكن الطعن في النسب إذا صدر حكم بات بإثباته بناء على إقرار الطاعن، ولا يعتد بادعائه دون أقل مدة الحمل بعد العقد** "[٢٤١]

ثالثا: التنازع بين الشبهة واللعان:

بناءا على المادة على المادة 152 من مدونة الأسرة، نجد بأن الشبهة من وسائل إثبات النسب، كما أن المادة 155 من نفس المدونة اشترطت في الاتصال بشبهة والذي ينتج عنه حمل، أن يكون مابين أقل مدة وأقصاها من أجل أن يثبت النسب من المتصل، مما يفترض معه وجود شرط الفراش المشوب بشبهة.

والسؤال الذي يطرح في هذا المضمار هو: ***هل يمكن للمتصل بشبهة أن يثبت انتفاءها أو عدم تحقق شروطها عن طريق اللعان؟***

لنفرض مثلا أنه ثم الاتصال بشبهة ونتج عنه حمل، وثبت نسب الولد من المتصل، ولم يلجأ إلى مسطرة اللعان، وبعد مدة أراد أن ينفي الحمل عن طريق يمين اللعان. ففي هذه الحالة لا يحق له ذلك، حيث إنه من ضمن شروط اللعان سلوكه بمجرد رؤية الزنا أو الشك في الحمل. فالمنازعة بين اللعان والشبهة في هذه الحالة غير مفترضة، لكن إذا كانت الشبهة تثبت بجميع الوسائل المقررة شرعا، فإنه من الممكن نفيها بالوسائل الموضوعة لذلك، إلا أنه فيما يخص اللعان فإنه مستبعد في هذه الحالة التي بين أيدينا[٢٤٢] .

الفقرة الثانية: التنازع بين اللعان والوسائل الحديثة

تعتبر البصمة الوراثية من أهم الوسائل الحديثة المقررة لإثبات النسب، والتي نص عليها المشرع المغربي في نصوص عدة، أبرزها المادة 153 و152 من مدونة الأسرة، إلى جانب اللعان كلازمة شرعية لنفي النسب فقط، فوجود وسيلتين لنفس الغاية وهي نفي النسب، يشكل صعوبة في اختيار الوسيلة الأنجع، مما يفضي إلى التعارض والتنازع بينهما، وهذا هو ما سنناقشه.

أولا: التنازع بين اللعان والبصمة الوراثية:

تنص المادة153 من مدونة الأسرة على ما يلي:

---

[241]- قرار عدد 126. المؤرخ في 2003/03/27. ملف شرعي عدد 98/01/297. العمل القضائي في قضايا الأسرة مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية.إبراهيم بابحماني. ص64 و65.

[242]- عزيز باكريم. يوسف أديب. مرجع سابق. ص 72.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

" يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية

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

١ - إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه
٢ - صدور أمر قضائي بهذه الخبرة "[٢٤٣] .

فحسب ما ورد في المادة أعلاه، فكل طفل يولد أثناء العلاقة الزوجية، يثبت نسبه إلى الزوج بقرينة قانونية ثابتة غير قابلة للعكس، إلا أنه يمكن للزوج أن يطعن في نسب الطفل عن طريق المطالبة باللعان أو بخبرة طبية [٢٤٤] تفيد القطع بوجود أو عدم وجود علاقة بيولوجية بينه وبين الطفل مع ضرورة توفر قرائن قوية تعزز إدعائه.

كما أن هذه المادة زاوجت بين وسيلتين لنفي النسب تتمثلان في اللعان وهو وسيلة شرعية منصوص عليها في كتاب الله، والخبرة كمستجد بيولوجي لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

فالبصمة الوراثية نتائجها إيجابية وقطعية، وتعد دليلا مؤكدا في نفي النسب، وكثيرا ما يلجأ الزوج إلى التنصل من ثبوت نسب طفل منه، بإجراء اللعان إذا توفرت شروطه، والذي من بين آثاره نفي النسب عنه وإلحاق الطفل بأمه.

وهذا ما يوحي لنا وجود تنازع بين لجوء الزوجة لاستخدام البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات نسب مولودها لأبيه[٢٤٥]، وبين طلب الزوج الرامي إلى تطبيق مسطرة اللعان، والتي يترتب عنها التفريق بين الزوجين، وإلحاق الولد بالأم، ***فما الحل الواجب الإتباع عند حصول مثل هذا التعارض؟ وهل يمكن اعتماد الوسيلتين معا والتوفيق بينهما ؟***

فأمام هذا الجدل القائم بخصوص هذه المسألة، وبرجوعنا إلى مدونة الأسرة، نجد أن المشرع المغربي لم يتعرض لها بجلاء، يقول الدكتور محمد الكشبور " **مسألة لم يتعرض لها المشرع ومن الصعب إيجاد حل لها على مستوى الفقه الإسلامي** "[٢٤٦] ، لكن

---

[٢٤٣]- تجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي لم يستعمل مصطلح البصمة الوراثية في المادة 153، وإنما وظف الخبرة التي تعتبر من باب الكل الذي يتضمن الجزء، ويقصد بها هنا خبرة الطبيب الذي يعتمد على التطورات العلمية، والمرتكزة على البصمة الوراثية
محمد الكشبور. الوسيط في شرح مدونة الأسرة. الكتاب الثاني. مرجع سابق. ص.407

[244]- أول مرة تم اللجوء إلى تحليل الجينات الوراثية بالمغرب كانت في سنة 1994.

[245]- وقد نصت على ذلك مدونة الأسرة من خلال المادة 158.

[246]- محمد الكشبور. شرح مدونة الأسرة. الجزء الثاني. مرجع سابق.ص407.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

الواقع العملي تمخضت عنه آراء فقهية يمكن اختزالها في إطار دراستنا إلى ثلاث موافق:

١ ـ الموقف المرجح للعان على البصمة الوراثية:

دعا أصحاب هذا الموقف إلى عدم تقديم الأدلة العلمية، كالبصمة الوراثية على اللعان، لأن من شأن ذلك أن يؤدي إلى تعطيل نص قطعي في كتاب الله [٢٤٧] ، وإلحاق الحيف والظلم بالزوجة، وحرمان الطفل من بعض الحقوق التي خولها له الشرع بواسطة اللعان، حيث أن بعض الفقه شكك في حجية البصمة الوراثية، لكونها ما تزال في طور التجربة، واحتمال وقوع الخلل من الناحية الفقهية أثناء إجراء التحاليل وارد بناءا على قول أهل الخبرة والاختصاص، لأن غاية الشارع هي إثبات النسب، ولا ينفيه إلا بأقوى الأسباب وهو اللعان، ونورد في هذا الصدد قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر، والذي جاء فيه: **" لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان، ولا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعا، ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض عقوبات لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصونا لأنسابهم "**[٢٤٨]

كما ورد في مقال في مجلة الإشعاع والذي جاء فيه ما يلي: **" هناك من يقول بأن اللعان لم يبق له أي فائدة في وقتنا الحاضر وبأنه لا يمكن نفي الحمل أو الولد به خصوصا وأن الوازع الديني قد قل "** ويرد على هؤلاء بأن اللعان موجود في القرآن الكريم، حيث قال الله سبحانه: **" والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله لمن الصادقين، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين "**[٢٤٩] ، وهو صالح لكل زمان ومكان، وحكم به رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة من بعده[٢٥٠] .

---

[247]- محمد الكشبور. البنوة والنسب. مرجع سابق. ص 214.

[248]- قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر رقم 95(7/16) بشأن البصمة الوراثية في مكة المكرمة في 1422/10/26.

[249]- سورة النور.الآية 6 و7 و8 و9.

[250] مجلة الإشعاع. العدد 38/37. 2010. ص194-195.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

فالآية أكدت على أن الزوج إذا لم يملك الشهادة إلا نفسه فيلجأ إلى اللعان، أما البصمة فهي جاءت بعد هذه الآيات، وفيها ضرب من ضروب الظلم للزوجة وحرمانها من الحقوق المقررة لها شرعا والمتمثلة في:

٣ - حقها في الدفاع عن نفسها وشرفها ودرأ العذاب عنها، والاكتفاء منها بمجرد أيمانها لرد أيمان الزوج بالمثل دون تدخل أية جهة أو طرف قد يخطئ في النتائج، ودون أية تكاليف مادية قد تثقل كاهل أحد الأطراف المتنازعة.

٤ - سقوط دعوى الزوج عنها وبطلان اتهامه لها. فلا يدري الناس من الكاذب منهما بناءا على قوله صلى الله عليه وسلم: "الله يعلم أن أحدهما كاذب " رواه الترمذي والبخاري.

٥ - احتفاظها بصفة العفاف والحصانة التي كانت تتمتع بها قبل قذفها ولعانها من طرف الزوج.

فأصحاب هذا الموقف يرون أن اللعان ستر لها ولأهلها وعدم فضحها، في حين أن البصمة الوراثية فضيحة لها ولأهلها، وفيها أيضا إضرار بالولد وحرمانه من حقوقه المضمونة باللعان، كإمكانية إستلحاقه بحيث يلحق الولد بأبيه بعد اللعان، وذلك عند ندم الزوج أو اعترافه بكذبه، بخلاف الخبرة الطبية التي لا تتحقق معها هذه الإمكانية، إذ لا يمكن للزوج إذا نفى نسب الطفل أن يعاود إستلحاقه، وفيه أيضا حماية له من القذف، حيث ورد عن ابن العباس أن النبي صلى الله عليه وسلم: " **قضى أن لا ترمى الملاعنة ولا يرمى ولدها** "[٢٥١] .

وبما أن النسب يثبت بالطرق المنصوص عليها شرعا والمتفق عليها (الفراش، البينة، الإقرار)، فإن نفيه لا يكون إلا عن طريق اللعان، والذي لا يجوز وضعه في درجة واحدة مع البصمة الوراثية في نفي النسب، حيث أكدت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في إحدى توصياتها أنه: " **لا تعتبر البصمة الوراثية دليلا على فراش الزوجية، إذ أن الزوجية تثبت بالطرق الشرعية** "، وحتى ولو لم تتحقق شروط اللعان والتي يكون من الصعب أحيانا تحققها، فإنه لا يمكن اللجوء إلى الخبرة كبديل لأنه بسقوط دعوى اللعان يلحق النسب ولا يمكن نفيه بعد ذلك، لكن في المقابل يمكن الاستعانة بالبصمة الوراثية في حالة إجراء اللعان بين الزوجين كقرينة من القرائن التي تؤيد الزوج في طلبه للعان، أو قد تدل على عدوله عن اللعان[٢٥٢].

---

[251]- مأخوذ من مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي:
http://www.blog.saeeed.com/2011/05/combinaison-liaan-expertise-medicale/ **consulté le 2013/04/11**

[٢٥٢]- عبد الحق الإدريسي. مقال حول نفي النسب بين اللعان والخبرة الطبية في ضوء القانون الوضعي. جامعة أكدال. سنة 2010/2009. ص.6.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

وفي هذا الإطار يقول الدكتور علي محي الدين القرة داغي: " **بأن مقصد الشارع في تشريع اللعان هو سد لأبواب الخوض في أعراض الناس، لتفادي الاضطراب والفوضى، حيث أن من رغب في نفي نسب ولد ثابت بالفراش لا بد من سلوكه لمسطرة اللعان باعتبارها الوسيلة الوحيدة المثارة لهذا الغرض، كما أن الملاعن لا يقدم عليه إلا في حالة الضرورة نظرا لقيمته الوازنة، وما له من تأثير على المستوى الشخصي و الاجتماعي، فلا بد من أن يكون لديه استعداد لأداء أيمان اللعان، مع استحضار الوازع الديني، فالغاية المتوخاة هي بقاء النسب على ما هو عليه دون أن يتعرض للجرح والخدش، لذلك لا يمكن أن تحل محله البصمة الوراثية فينتفى بها النسب دون اللعان، لكن يمكن أن تدرأ اللعان وتمنعه عندما تكون نتيجة البصمة الوراثية تدل على إثبات النسب، فحينئذ لا يجوز للزوج أن يصر على اللعان** "[٢٥٣]. هذا من الناحية الفقهية، أما فيما يخص العمل القضائي فنجد مجموعة من الأحكام الصادرة تحيل على مسطرة اللعان، عندما يلتمس الزوج الحكم بنفي النسب، لكن في مرحلة التطبيق العملي يتم التصدي برفض الطلب بدعوى عدم توفر الشروط كما تم النص عليها فقهيا، ونورد في هذا الصدد قرار صادر عن المحكمة الابتدائية بتارودانت والذي جاء في إحدى حيثياته: "**... وحيث تبين من خلال فترة العلاقة الزوجية وأنه طبقا للمادة 153 من مدونة الأسرة فإن كل طفل يولد أثناء فترة العلاقة الزوجية المحددة في هذه المادة يثبت نسبه إلى الزوج بقرينة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات العكس من أي كان، ما عدا الزوج نفسه الذي يمكن أن يطعن في نسب الطفل إليه عن طريق المطالبة باللعان ...** "[٢٥٤]، حيث أن عدم سلوكه لهذه المسطرة، واختلال ولو شرط من الشروط المقررة لتطبيقه يجعل دعواه مرفوضة. فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى: " **...إذا علم الزوج بالحمل وسكت فلا يسمع قوله بنفي النسب ولا يمكن من اللعان...**"[٢٥٥] .

فمثل هذه القرارات الرامية إلى اعتماد اللعان لنفي النسب غالبا ما يتم نقضها من طرف محاكم الموضوع و المجلس الأعلى، والذي لم نجد له ولو قرار قضى بتطبيق مسطرة اللعان شكلا ومضمونا، إذ غالبا ما يتم الاعتذار بغياب شرط من الشروط المقررة لتطبيقه[٢٥٦] .

---

[٢٥٣]- موقع الدكتور محي الدين القرة داغي.
http://www.qaradaghi.com/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=175:-n-&catid=26:2009-06-21-07-33-01&Itemid=36/**consulté le 15/04/2013**

[254]- قرار صادر عن المحكمة الابتدائية بتارودانت بتاريخ 2008/03/24. ملف عدد 07/311. مأخوذ من المنتقى من عمل القضاء . ص 252

[255]- قرار المجلس الأعلى عدد 23.مأخوذ من المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة.الجزء الأول العدد 10. مرجع سابق. ص253

[256]- أسماء منكيط. لطيفة بابج. سعيدة حميتي. بحث حول وسائل نفي النسب ماستر" الخطاب الشرعي وقضايا العصر".ص

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

خلافا لهذا الرأي نجد موقفا ثانيا ينادي بإحلال البصمة الوراثية محل اللعان، ***فما هي إذا الأسس التي اعتمد عليها أصحاب هذا الموقف لتبرير قولهم؟***

٢ -***الموقف المرجح للبصمة الوراثية على اللعان:***

يرى أصحاب هذا الموقف أن البصمة الوراثية تحل محل اللعان في حالة التعارض والتنازع بينهما، لأن نتائجها قطعية، أما اللعان فأساسه مبني على الشك والظن، وبالتالي فهي تعتبر أقوى القرائن، وأقوى حتى من الشهادة والإقرار، باعتبارها دليل مادي مبني على العلم، وقواعدها ثابتة ويقينية، يمكن من خلالها الجزم إما بإثبات النسب أو بنفيه، مبررين قولهم بأن وسائل إثبات النسب ليست أمور تعبيرية حتى يتم إقصاء البصمة الوراثية من دائرتها، وأن اعتمادها لا يعني إهمالا للوسائل الشرعية [٢٥٧] ، ويقول القاضي وليد العاكوم: " **بأنه لا يوجد نص شرعي يمنع أو يحرم استخدام هذه الطرق، كما لا يوجد في استخدامها ما يعارض القرآن والسنة، بل إن في هذه التحاليل ما يجعل الطب في منزلة الإيمان. وهذا ما يزيد من الإيمان بقدرة الله تعالى التي لا ينكرها إلا الجاهل، حيث أصبحت هذه التحاليل يقينية وصارت أدلة معترف بها عالميا** "[٢٥٨].

والدليل على حجية البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب ما هو وارد في كتاب الله وسنة رسول الله وكذا القياس. قال تعالى: " **والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله لمن الصادقين**"[٢٥٩] .

فهذه الآية تدل على أن الزوج يلجأ إلى اللعان في حالة عدم وجود من يشهد معه، ففي هذه الحالة إذا دلت نتائج البصمة الوراثية على صحة قول الزوج، فهي تكون بمثابة الشهود تدعم صدق قول الزوج فيما يدعيه من نفي النسب.

أما في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ما رواه ابن عباس في قصة هلال بن أمية قول النبي صلى الله عليه وسلم: " **أنظروها، فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الإليتين، خدلج الساقين فهو لشريك بن سمحاء** " فجاءت به كذلك، فقال النبي عليه السلام: " **لولا ما مضى لكان لي ولها شأن** ".

---

[257]- قرار صادر عن المجلس الأعلى في 3 فبراير 1987 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 40. ص 167 وما بعدها

[٢٥٨] - وليد العاكوم. البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات. أشغال مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون. جامعة الإمارات. 5-7 مايو 2002. ص 542

[259]- سورة النور الآية 6.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

فانطلاقا من هذا الحديث الشريف نجد أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الشبه دليلا على نفي النسب، لأن المرأة جاءت بالولد على الوصف الذي ذكره الرسول صلى الله عليه وسلم، وبالتالي فالشبه دليل يترتب عليه نفي النسب، وهذا ما يحيل على اعتبار البصمة الوراثية كذلك[٢٦٠] .

أما بخصوص القياس، فقد ذهب الفقه إلى قياس البصمة الوراثية على القيافة، واعتبروا أن عمل القائف يتسم بنوع من الشك ويقوم على الحدس والتخمين والصفات الظاهرة التي قد يتشارك فيها الكثير، في حين أن نتائج البصمة الوراثية قطعية، ولا تعتمد على الأوصاف الظاهرة في ثبوت النسب، وهو ما ورد في كتاب مغني المحتاج: **"ولو ألحقه قائف بالأشباه الظاهرة، وآخر بالأشباه الخفية كالخلق و تشاكل الأعضاء، فالثاني أولى من الأول، لأن فيها زيادة حذق وبصيرة.** " فرغم أن نتائج القيافة لا تصل حد اليقين ولا تقترب من النتائج التي تتوصل لها البصمة الوراثية، إلا أن الفقه أخذ بها وعمل على قياس البصمة على القيافة كدليل لإثبات النسب، بل تعتبر من باب أولى.

ودائما في إطار حجية البصمة الوراثية، نجد حتى القضاء انصرف عن التطبيق العملي للعان، وهذا ما أقره المجلس الأعلى، حيث أن النسب راجع للشروط المتعلقة به، والتي تحول دون تطبيقه وتحد من نطاقه بالنسبة لشخص يجهل قواعد الفقه الإسلامي المؤطرة له، فتأخر الملاعن بيوم واحد يحول دون تطبيق اللعان، كما أن أجل يومين لا يتناسب مع وقتنا الحاضر خصوصا مع تشعب المساطر وكثرتها، علما أن الشخص العادي غير عالم بهذا الأجل أصلا بخلاف الشخص الملم بأحكام الفقه وما يخص شروط اللعان، فإنه سيلاعن طبقا لما هو مضمن في الفقه الإسلامي، ولن يجد المجلس الأعلى آنذاك أي تعليل للرفض[٢٦١] .

إن هذا الرأي يجانب الصواب، إلا أن عدول المجلس الأعلى عن تطبيق مسطرة اللعان يكمن وراءه دافع قوي، لأنه باطلاعنا على القرارات المنشورة والغير المنشورة، لم نجد أي قرار أو حكم قضى بتطبيق مسطرة اللعان، مما يفسر أن المجلس الأعلى شديد الحرص على الحفاظ على مركز الطفل خوفا من ضياع الأنساب بناءا على دعوى قد تكون كاذبة، أو تعد مجرد انتقام من الزوجة. وبالتالي لم يجد غير الأخذ بالبصمة الوراثية لصحة وقطعية نتائجها، والتي لا يشوبها شك رغم وجود بعض المعيقات [٢٦٢] ، إلا

---

[٢٦٠]- سهير سلامة حافظ الأغا. م.س.ص 93-94.

[261]-عبد الحق الإدريسي. مقال حول نفي النسب بين اللعان والخبرة الطبية في ضوء القانون الوضعي. 2010/2009. ص 08.

[262]- تتمثل هذه المعيقات في أتعابها المكلفة والتي قد تبلغ إلى 3000 أو 4000 درهم، إضافة إلى مصاريف التنقل نظرا لوجود مختبرين فقط على الصعيد الوطني هما مختبر الشرطة العلمية بالدار البيضاء ومختبر الدرك الملكي بفاس.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

أن ترجيحها راجع إلى صحة نتائجها والتي تصل إلى 99.99%، فوجود هذين الموقفين المختلفين تمخض عنه موقف ثالث يرجح أحد المواقف أو يجمع بينهما.

٣ -الترجيح بين الموقفين:

يقول الدكتور محمد الكشبور: " **في نظرنا البصمة الوراثية تظل وسيلة احتياطية لا يمكن اللجوء إليها إلا بعد التحقق من شروطها إلا في حالة عدم الاحتكام إلى اللعان** "[٢٦٣]

فما ذهب إليه الدكتور يعد صوابا خصوصا إذا استحضرنا مقاصد الشرع الإسلامي في اللعان فالعدول عنه بصفة نهائية والاحتكام إلى الخبرة يعد ظلما للزوجة وإضرارا بالولد كما سبق أن فصلنا ذلك، حيث ينبغي عدم إلغاء اللعان لأنه منصوص عليه في كتاب الله وسنة رسول الله، كما يمكن الاستعانة بالخبرة الطبية إذا توفرت شروط إجرائها.

ويتضح هذا جليا من خلال موقف القضاء المصري حول قضية تتعلق بنفي نسب البنت، وتم اللعان بين الزوجين بناءا على طلب الزوج، وبعد ذلك استجابت المحكمة لطلب الزوجة بإجراء خبرة جينية، التي أثبتت نسب البنت للزوج الملاعن، وأمام هذا التضارب عرضت المحكمة القضية على دار الإفتاء المصرية فقررت ما يلي:

١ - يفرق بين الزوجين المتلاعنين ولا يجتمعا أبدا
٢ - يثبت نسب الطفلة إلى والدها الملاعن[٢٦٤] .

وهكذا تم التوفيق بين الوسيلتين في نفس الحكم القضائي.

ويظهر جليا أنه حتى القضاء المغربي لا يعترض على الجمع بين اللعان والخبرة الطبية، وهو ما جاء به المجلس الأعلى من خلال قراره: " **حيث صح ما عابه السبب ذلك أن الفراش حجة قاطعة على ثبوت النسب شرط تحقق الإمكانين المادي والشرعي، والثابت من أوراق الملف أن الطاعن نازع في نسب الابن إليه وادعى أنه لم يتصل بالمطلوبة منذ ازدياد الابن الأول أي أنه استبرأها بعد هذا الوضع، وأدى يمين اللعان على ذلك، في حين رفضت المطلوبة كذلك أداءه رغم توصلها، كما رفضت الحضور أثناء أداء اليمين، ورفضت كذلك الخبرة. والتمس إجراء خبرة قضائية لإثبات عدم نسب المولود إليه، وتمسك بها والمحكمة عللت قرارها بأن الخبرة ليست من وسائل نفي النسب شرعا في حين أن**

---

[263]- محمد الكشبور. الوسيط في شرح مدونة الأسرة. الكتاب الثاني. مرجع سابق. ص 316.
[264]- محمد الكشبور. البنوة والنسب. مرجع سابق. ص 215-214.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

المادة 153 من مدونة الأسرة والواجبة التطبيق تنص على أنها من وسائل الطعن في النسب، وبالتالي أقامت قضاءها على غير ذي أساس ولم تعلله مما يعرضه للنقض"[٢٦٥] .

موقع العلوم القانونية

[٢٦٥] - قرار المجلس الأعلى الصادر في 2006/01/18. الملف عدد 2005/1/2/108. تحت عدد 37. منشور في المنتقى من عمل القضاء. ص 252

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

خاتمة

بعد تمام دراسة موضوع البحث من الناحية الفقهية والقانونية، تكونت لدينا حصيلة من الاستنتاجات، وأهمها أن الشريعة الإسلامية كانت سباقة إلى حفظ الأنساب، وذلك من خلال آيات محكمات أوردها الله في كتابه العزيز ، يقول تعالى في سورة النور الآية 2: "**الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولاتأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر.**"، كما أن السنة النبوية هي الأخرى تضمنت العديد من الأحاديث النبوية الشريفة، والتي كان الهدف من ورائها إقرار الحق وإبطال الباطل لقوله صلى الله عليه وسلم: **" الولد للفراش وللعاهر الحجر"**، وذلك للحفاظ على الأسرة المسلمة كلبنة أساسية لقيام مجتمع صالح بعيد عن الفساد والشبهات التي تلحق الأنساب.

وعلى نفس النهج سار المشرع المغربي، حيث ظل متوافقا مع ما جاءت به الشريعة بخصوص النسب في بعض وسائل إثباته ونفيه، وهذا لا يعتبر تقصير أو تقليد من المشرع المغربي لما جاء به الفقه الإسلامي، وإنما هو نتيجة التفكير العميق والمنطقي على اعتبار أن ما جاءت به الشريعة الإسلامية صالح لكل زمان ومكان، أخذا بعين الاعتبار مصالح أفراد الأسرة بشكل تراتبي، الولد بالدرجة الأولى؛ بلحوق نسبه بأبيه على امتداد حياته، والزوجة حفظا لشرفها من لحوق العار بها أيا كانت وضعيتها، كما راعت مصالح الزوج من خلال إقرار نظام الزواج الذي يمكنه من حفظ شرفه ونسب أجداده في ولده.

والملاحظ أن هذا التوافق لم يجعل المشرع المغربي حبيس النص الفقهي، وإنما كانت له اجتهادات علمية تمثلت في البصمة الوراثية كمستجد علمي بيولوجي لا يدع مجالا للشك في إثبات النسب أو نفيه، وهذا لا يتعارض مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية التي تشجع العمل و تحث عليه .

فرغم هذه المزايا الحسنة التي تسجل للمشرع المغربي إلا أنها لا تعفيه من الانتقادات، و التي تتجلى في تخليه عن بعض وسائل إثبات النسب التي عمل بها العلماء قديما ومنها القيافة والقرعة، حيث لم يوظفها المشرع بشكل صريح في المدونة، وربما دافعه في ذلك أن هذه الوسائل لا تتوافق و النهضة العلمية الحالية، وإنما جاء ببدائل عنها تواكب متطلبات العصر والتغيرات الطارئة على المجتمع.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

ويؤخذ عليه أيضا أنه في المادة 153 لم يحدد مدة معينة لممارسة دعوى نفي النسب بواسطة الخبرة القضائية، بالإضافة إلى تكاليفها الباهظة التي تثقل كاهل المطالب بإجرائها، مما يجعل المتقاضين لا يلجئون إليها في غالب الأحيان، إلا إذا ألزمتهم المحكمة بذلك .

إضافة إلى ذلك هناك ثغرة قانونية بين القانون الجنائي ومدونة الأسرة، ففي مادتها147 نجد أن الأمومة تكون شرعية للأم حتى في حالة الاغتصاب الذي يكون ناتج عن الإكراه، وهذا الأخير يعتبر عيبا من عيوب الرضاء، وبالتالي فالممارس عليه لا يتحمل تبعات الفعل الممارس، أما المغتصب فقد منحه المشرع الجنائي الخيار بين العقوبة الحبسية أو الزواج بمن اغتصبها، وبالتالي فقضاءه للعقوبة الحبسية تحول دون تحمله لأية مسؤولية تجاه المغتصبة والولد الناتج عن فعله الدنيء.

وهذا الفراغ القانوني لابد للمشرع أن يحذر منه حتى يردع ذوي النفوس الدنيئة والنيات السيئة التي تفضل السجن دون تحمل مسؤولية فعل كان يعتبر مجرد نزوة عابرة، مما يجعل المغتصبة تتحمل مسؤولية وليدها الشرعي في نظر القانون وغير الشرعي في نظر مجتمع لا يرحم يعظم خطأ المرأة ولو لم ترتكبه .

إلا أن إمكانية الاختيار التي كانت متاحة للفاعل لم تعد ممكنة، نتيجة وعي و إدراك المرأة لجسامة الحيف الواقع في حقها وحق ابنها الذي يفقد حقه في الانتساب إلى والده الأصلي، نتيجة توالي الاحتجاجات المطالبة بإلغاء الفصل 475 من "ق.ج، وتشديد العقوبة على الفاعل، لأنه في حالة زواج المغتصبة من مغتصبها لا يتحقق الاستقرار النفسي حيث إنه في غالب الأحيان تتعرض للمزيد من العنف والمهانة، ويبقى مجرد زواج صوري، وبالتالي فهذا الحراك الاجتماعي بالدرجة الأولى جعل المشرع يفطن إلى ضرورة إحداث إصلاح في منظومة القانون الجنائي، وذلك بحذف الفصل 475، وحصر العقوبة في السجن دون الزواج، كما أن هذا التغيير سيمُسُ لا محالة بعض المواد في مدونة الأسرة .

كما لا يفوتنا الإشارة إلى بعض الشائعات المنتشرة داخل المجتمع المغربي، لما يصطلح عليه "بالراقد" وهو بقاء الجنين في بطن أمه أكثر من المدة المحددة علميا، والتي قد تصل إلى 3 أو 4 سنوات ، ففي أثناء بحثنا عن الأحكام والقرارات القضائية دار نقاش بيننا وبين كاتب الضبط السيد الحسين أخراز بمحكمة الاستئناف بخصوص هذا الموضوع الذي صرح لنا أنه في سنة 2011 عرضت على المحكمة قضية تدعي فيها

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

الزوجة المطلقة بعد خمس سنوات أنها حامل من مطلقها، وتؤكد بقاء الجنين في بطنها طول هذه المدة، علما أنها لم تتزوج بعد طلاقها، حيث طالبت بإجراء خبرة طبية لإثبات نسب ولدها من مطلقها ، إلا أن المحكمة قضت برفض الطلب ونفي النسب عن الزوج المطلق ، إلا أننا لم نعثر على نسخة من الحكم تمكننا من الإطلاع على حيثياته بشكل دقيق وكذا تبريرات المحكمة لرفض الطلب لتعزيز موقفنا هذا الذي يبقى مجرد قول يعوزه البرهان.

وبالتالي فحدوث مثل هذه الحالة يبدوا أنه ممكن، قياسا على قوله تعالى في سورة الطلاق الآية 4 : **"وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن"** ، لكن بنسبة ضئيلة لأن الطب كفيل بمعرفة ما إذا كان ما تدعيه المرأة حملا أو مجرد علة .

وختاما فعملنا هذا، حاولنا من خلاله تسليط الضوء على أمهات المسائل المتعلقة بالنسب، إثباتا ونفيا، من المنظور الفقهي والقانوني.

ونتمنى أن نكون قد وفينا في إعطاء هذا البحث حقه من الدراسة والتحليل ليكون قيمة مضافة للمهتمين بمجال النسب، فعذرنا أننا بذلنا فيه قصارى جهدنا، فإن أصبنا فذاك مرادنا، وإن أخطئنا فلنا شرف المحاولة والتعلم.

و لا نجد أفضل ما ننهي به بحثنا المتواضع من قوله تعالى في سورة الكهف الآية 110 **"فمن كان يرجو لقاء ربه فليعمل عملا صالحا ولا يشرك بعبادة ربه أحدا."**

آملين أن ينال القبول ويلقى الاستحسان

انتهى بعون الله وتوفيقه

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

المراجع الخاصة بالبحث

الكتب:

- إبراهيم بحماني.العمل القضائي في قضايا الأسرة مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة.المجلد الثاني.الطبعة الثانية.مكتبة دار السلام.الرباط2009
- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الأندلسي .بداية المجتهد ونهاية المقتصد. الجزء الثاني.الطبعة الأولى.دار الجيل .بيروت1989
- أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي.القوانين الفقهية.طبعة693-741هـ.ليبيا-تونس1992.
- خالد بنيس.مدونة الأحوال الشخصية-الولادة ونتائجها-.دراسة فقهية وقضائية."ط.غ.م".شركة بابل.الرباط1989
- خليفة علي الكعبي.البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية.دراسة فقهية مقارنة.الطبعة الأولى.دار النفائس.الأردن2006
- رمزي الناجي،عصام الصفدي.علم وظائف الأعضاء."ط.غ.م".دار الياروزي العلمية.الأردن2005
- عايش زيتون.علم حياة الإنسان."بيولوجيا الإنسان".الطبعة الأولى.دار الشروق.عمان2005
- عبد الكريم شهبون.الشافي في شرح مدونة الأسرة.الجزء الأول.الزواج والولادة ونتائجها والطلاق.الطبعة الأولى.مطبعة النجاح الجديدة.الدار البيضاء2006
- العيش فضيل.قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا."ط.غ.م".ديوان المطبوعات الجامعية.بن عكنون.الجزائر2007
- لحسن خضيري.الوجيز في أحكام الزواج في ضوء مدونة الأسرة. طبعة1995. "م.غ.م"." م.ط.غ.م"."س.غ.م".
- محمد ابن معجوز.أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية.الجزء الثاني.الولادة ونتائجها.الطبعة الأولى.دار الحديث الحسنية."م.ط.غ.م"1994

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

- محمد ابن معجوز.وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي."ط.غ.م".دار الحديث الحسنية."م.ط.غ.م"1995
- محمد الأزهر.شرح مدونة الأسرة.أحكام الأسرة.تقديم عبد الواحد شعير.الطبعة الأولى.مطبعة النجاح الجديدة.الدار البيضاء2007
- محمد الخمليشي.التعليق على قانون الأحوال الشخصية.الجزء الأول.آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية.الطبعة الأولى.مطبعة المعارف الجديدة.الرباط1994
- محمد الشافعي.الأسرة في مدونة الأحوال الشخصية.الطبعة الرابعة.مراكش2001
- محمد الكشبور.البنوة والنسب في مدونة الأسرة.قراءة في المستجدات البيولوجية. "ط.غ.م".مطبعة النجاح الجديدة.الدار البيضاء2007
- محمد الكشبور.الوسيط في شرح مدونة الأسرة. الكتاب الثاني. انحلال ميثاق الزوجية وآثاره.الطبعة الثانية.مطبعة النجاح الجديدة.الدار البيضاء2009
- محمد الكشبور.الوسيط في قانون الأحوال الشخصية
- مصطفى شلبي.أحكام الأسرة في الإسلام.طبعة 1977.مطبعة دار النهضة العربية.لبنان. "س.إ.غ.م"
- المعطي الجبوبي.القواعد الشكلية والموضوعية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج.الطبعة الأولى.مكتبة النجاح الجديدة.الدار البيضاء2002
- الموطأ للإمام مالك بن أنس رضي الله عنه.حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه كامل محمد عويضة.الطبعة الأولى.مكتبة التقوى."م.ط.غ.م"2001
- نزيه نعيم شلالا.دعاوي الخبرة والخبراء.دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية.الطبعة الأولى.منشورات الحبلي الحقوقية."م.ط.غ.م"2005

الرسائل والأطروحات:

- سهير سلامة حافظ الأغا .قوادح إثبات النسب في ضوء علم الوراثة المعاصرة.رسالة ماجستير في الفقه المقارن.كلية الشريعة والقانون.الجامعة الإسلامية.غزة2010.
- عائشة إبراهيم أحمد المقادمة.إثبات النسب في ضوء علم الوراثة.رسالة ماستر.الجامعة الإسلامية.كلية الشريعة والقانون.غزة-فلسطين2012.

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

- عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي.إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة.دراسة فقهية مقارنة.رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه .جامعة القاهرة.كلية دار العلوم.قسم الشريعة الإسلامية2000.
- عزيز باكريم-يوسف أديب.وسائل إثبات النسب ونفيه ما بين الشريعة والقانون المغربي-دراسة البصمة الوراثية كمستجد بيولوجي ينازع اللعان كلازمة شرعية في مجال النسب.بحث لنيل شهادة الإجازة في القانون الخاص.جامعة ابن زهر.كلية الحقوق2009/2010

المقالات

- إبراهيم أحمد عثمان دور البصمة الوراثية في قضايا النسب والجرائم المالية.المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي.جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية.الرياض2007/1428
- أسماء منكيط-لطيفة بابج-سعيدة حميتي.مقال حول وسائل إثبات النسب.ماستر الخطاب الشرعي وقضايا العصر.كلية الآداب والعلوم الإنسانية-آكادير2012/2013
- عبد الحق الإدريسي.مقال حول نفي النسب بين اللعان والخبرة الطبية في ضوء القانون الوضعي.جامعة أكدال-الرباط2009/2010
- مازن إسماعيل هنية-أحمد دياب شويدح.نفي النسب في الفقه الإسلامي ودور الحقائق العلمية المعاصرة فيه.مجلة الجامعة الإسلامية-سلسلة الدراسات الإسلامية-المجلد 16. العدد الثاني
- محمد الربيعي.الوراثة والإنسان-الأساسيات الوراثية البشرية والطبية-سلسلة كتاب عالم المعرفة.عدد 100.يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بالكويت.أبريل1986
- محمد المختار سلامي.التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الإثبات.مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون.جامعة الإمارات العربية المتحدة.كلية الشريعة والقانون.المجلد الثاني.5-7 ماي2002
- نجم عبد الله عبد الواحد.البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتا أو نفيا.أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي.مكة المكرمة.المجلد 3. 1424/2003.
- وليد العاكوم. البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات. أشغال مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون. جامعة الإمارات. 5-7 مايو2002

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

مجلات ودوريات

- الدليل العلمي لفقه الإرث وتوزيع التركات.سلسلة الدلائل العلمية.العدد 3.الطبعة الثانية.مطبعة ومكتبة البلابل1432/2011
- قضاء الأسرة.مجلة متخصصة.العدد الثالث.جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية.دجنبر2006
- المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة.سلسلة الشروح والدلائل. الجزء الثاني.عدد10.جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية.

المدونات والقوانين

- قانون الالتزامات والعقود
- القانون الجنائي
- مدونة الأحوال الشخصية
- مدونة الأسرة

المواقع الإلكترونية

- http://www.blog.saeeed.com/2011/05/combinaison-liaan-expertise-medicale/
- www.marefa.org/index.php/دم
- http://www.marocdroit.com-القيافة-ودورها-في-إثبات-النسب_a2361.html
- http://www.qaradaghi.com/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=175:-n-&catid=26:2009-06-21-07-33-01&Itemid=36

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

الفهرس

المقدمة.....5
الفصل الأول:وسائل إثبات النسب.....11
المبحث الأول:وسائل الإثبات التقليدية.....12
المطلب الأول: إثبات النسب بالفراش.....13
الفقرة الثانية: السند الشرعي للفراش.....14
أولا: الدليل من الكتاب.....14
ثانيا: الدليل من السنة النبوية.....14
الفقرة الثالثة: شروط الفراش.....15
أولا: إبرام عقد زواج صحيح.....15
1- المبدأ.....15
2- ا لإستثناء.....16
أ-ثبوت النسب في الاتصال بشبهة.....16
ب-ثبوت النسب في الزواج غير الصحيح.....20
ثانيا: انصرام مدة الحمل.....23
1-أقل مدة الحمل.....23
2-أقصى مدة الحمل.....25
3-كيفية تحديد أقل مدة وأقصى مدة للحمل.....26

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

4-أقصى مدة الحمل وإشكالية الريبة فيها.....28
ثالثا: إمكانية حمل الزوجة من زوجها.....29
1-إمكانية الاتصال.....29
2-إمكانية الإنجاب.....30
المطلب الثاني: إثبات النسب بالإقرار.....31
الفقرة الأولى: مفهوم الإقرار وأنواعه.....31
أولا: مفهوم الإقرار.....31
ثانيا: أنواع الإقرار.....32
1-الإقرار المباشر.....32
2-الإقرار غير المباشر.....33
الفقرة الثانية:شروط الإقرار وأركانه.....34
أولا: شروط الإقرار.....34
ثانيا:أركان الإقرار.....36
الفقرة الثالثة: وسائل إثبات الإقرار وآثاره.....36
أولا: وسائل إثبات الإقرار.....36
1-الإشهاد الرسمي.....37
2-خط يد المقر الذي لا يشك فيه 37
ثانيا: آثار الإقرار.....37
المطلب الثالث:إثبات النسب عن طريق شهادة العدلين أو بينة السماع.....40

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

الفقرة الأولى: شهادة العدلين كوسيلة لإثبات النسب.....40
أولا: مفهومها.....40
ثانيا: موقف الفقهاء.....40
الفقرة الثانية: بينة السماع؛ مفهومها، أنواعها، شروطها.....42
أولا: مفهومها.....42
ثانيا: أنواعها.....43
1-الشهادة الأصلية.....43
2-الشهادة الاسترعائية.....43
ثالثا: شروطها.....44
1-الاستفاضة.....44
2-ألا تكون في شهادة السماع ريبة.....44
3-أداء اليمين.....44
4-طول الزمن.....44
5-عدم تسمية الشهود المنقول عنهم.....44
المطلب الرابع: ثبوت النسب بالقيافة.....46
الفقرة الأولى: مفهوم القيافة.....46
الفقرة الثانية:السند الشرعي للقيافة.....46
الفقرة الثالثة: آراء الفقهاء بخصوص القيافة.....47

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

1-الموقف الرافض للقيافة.....47
2-الموفق المؤيد للقيافة.....48
المبحث الثاني: وسائل الإثبات الحديثة.....50
المطلب الأول: إثبات النسب عن طريق فحص فصائل الدم.....51
الفقرة الأولى:مفهوم الدم وتركيبه.....51
أولا: مفهوم الدم.....51
ثانيا: تركيب الدم.....51
1-البلازما.....51
2-كريات الدم الحمراء.....52
3-كريات الدم البيضاء.....53
4-الصفائح الدموية.....53
الفقرة الثانية: فصائل الدم ودلالتها في إثبات النسب.....53
أولا: فصائل الدم.....54
ثانيا: دلالة فحص فصائل الدم في مجال النسب.....55
الفقرة الثالثة: الرأي الشرعي في اعتماد فحص
فصائل الدم.....58
المطلب الثاني: إثبات النسب عن طريق البصمة
الوراثية.....60
الفقرة الأولى: مفهوم البصمة الوراثية وتركيبها.....60
أولا: مفهوم البصمة الوراثية.....60

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

ثانيا: تركيب البصمة الوراثية.....61

الفقرة الثانية: دور البصمة الوراثية في إثبات النسب

وسندها الشرعي.....60

أولا: دور البصمة الوراثية

في إثبات النسب.....65

ثانيا: مشروعية البصمة الوراثية.....67

الفقرة الثالثة: موقف بعض التشريعات بخصوص التقدم العلمي

البيولوجي.....68

أولا: التشريعات المتفقة حول اعتماد البصمة الوراثية كدليل للنفي

والإثبات.....68

ثانيا: التشريعات المرجحة للبصمة الوراثية كدليل للإثبات

دون النفي.....70

الفصل الثاني: وسائل نفي النسب.....73

المبحث الأول: نفي النسب عن طريق إثبات اختلال شروط

الفراش.....74

المطلب الأول: عدم وجود عقد زواج صحيح.....75

المطلب الثاني: أن تأتي الزوجة بالولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ

إبرام عقد الزواج.....76

المطلب الثالث: أن تأتي الزوجة بالولد بعد سنة من تاريخ إنتهاء

العقد.....78

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

المطلب الرابع: عدم إمكانية حمل الزوجة من الزوج.....79
المبحث الثاني: نفي النسب بواسطة اللعان.....81
المطلب الأول: مفهوم اللعان وصوره وسنده الشرعي.....82
الفقرة الأولى: مفهوم اللعان.....82
الفقرة الثانية:صور اللعان وسنده الشرعي.....83
أولا: صور اللعان.....83
ثانيا: السند الشرعي للعان.....84
المطلب الثاني: شروط اللعان ومسطرته الشرعية.....86
الفقرة الأولى: شروط اللعان.....86
الفقرة الثانية: مسطرة اللعان الشرعية.....89
المطلب الثالث: آثار اللعان وحكم النكول عنه.....91
الفقرة الأولى: آثار اللعان.....91
الفقرة الثانية: حكم النكول عن اللعان.....92
المطلب الرابع: إشكاليات اللعان.....94
الفقرة الأولى: التنازع بين اللعان والوسائل التقليدية في مجال النسب.....94
أولا: التنازع بين الفراش واللعان.....94
ثانيا: التنازع بين الإقرار واللعان.....95
ثالثا: التنازع بين الشبهة واللعان.....96

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.

الفقرة الثانية: التنازع بين اللعان والوسائل الحديثة.....96
أولا: التنازع بين اللعان والبصمة الوراثية.....96
1-الموقف المرجح للعان على البصمة الوراثية.....98
2-الموقف المرجح للبصمة الوراثية على اللعان.....100
3-الترجيح بين الموقفين.....102
خاتمة.....104
لائحة المراجع.....107
الفهرس.....111

موقع العلوم القانونية

Copyright © 2014Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques.