

النقائص التشريعية القوانين الأحوال الشخصية المغربية في مسألة النسب*

د. تشوار جيلالي¹

تعد قوانين الأحوال الشخصية من ضمن التشريعات الكبرى في الدول المغربية، ولقد حاول المشرعون من خلال نصوص هذه القوانين أن يضعوا الأحكام التي تضبط التوازن واستقرار الخلية الأساسية للمجتمع، ومن ثم استقرار وتوازن المجتمع الذي يبنى عليها، حتى يتمكن من أن ينهض به ويحقق التطور والرفي ويضل به إلى بر الأمان تجنباً للصراعات التي تكثفها ويعرفها المجتمع المغربي والمتوالدة عن الاختلاف في الإيديولوجية الواجبة الاتباع في المسائل الأسرية.

فوضع المشرعون مجموعة النصوص التي تحكم نشأة عقد القران وشروطه وتكوينه وآثاره وكيفية انحلاله، وذلك كون أن هذا العقد يعد من أهم النظم الاجتماعية والقانونية وأخطرها على الإطلاق، وهذا بالنظر إلى النتائج التي تترتب عليه، من ثبوت للنسب وقيام

(¹) : مداخلة في المنتدى المغربي الذي نظمته كلية الحقوق بن عكنون حول قوانين الأحوال الشخصية المغربية وذلك يومي 4-5 ماي 2002 .

(²) : أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان.

لموانع الزواج وثبوت التوارث زيادة على ما ينشئه من حقوق وواجبات لكل من الزوجين تجاه الآخر.

على أنه يعد من أهم هذه النظم باعتباره أيضا يقي المجتمع من الظواهر والآفات الخطيرة ويهدف إلى صيانة المجتمع والفرد من الوقوع في الرذائل والمنكرات، ويصونه من عواقب هذه الأمراض الاجتماعية. ففي حدود الأسرة وفي نطاق الزواج يتيح الإسلام للطاقة الجنسية مجالها الطبيعي المعقول، لذلك نجد أنه أحاط هذه العلاقة بسياج من القدسية حفاظا على الأنساب.

ولكن بالرغم من تشريع الشارع الحكيم هذا النظام وترغيبه فيه، غير أننا نجد أن بعض المشرعين المغاربة قد أوجزوا أحكامه، حين أغفلوا وإن لم يكن ربما ذلك عن قصد تحديد أحكام بعض المسائل الهامة المتعلقة بالنظام الأسري، خاصة منها نسب الطفل غير الشرعي.

وكما أنه بعد تمحيص قوانين الأحوال الشخصية في كل من الجزائر والمغرب وتونس وليبيا والمواد المنظمة للنسب تبين أن بعض الأحكام التي جاءت بها تحتاج إلى إعادة النظر شكلا وموضوعا.

آ- الإغفال التشريعي في مسألة النسب غير الشرعي

بادئ ذي بدء نود أن نتساءل معكم لماذا لم يعالج المشرعان الجزائري والتونسي، خلافا للتشريعين المغربي والليبي، نسب الطفل غير الشرعي؟ أو بعبارة أخرى لماذا لم ينظم المشرعان العلاقة

النسبية لهذه الفئة من الأشخاص، بدلا من أن يبقى ساكتين عنها كما في قانون الأسرة الجزائري¹ ومجلة الأحوال الشخصية التونسية² ؟ وتستلزم الإجابة على هذا التساؤل أن نطرح تساؤلا آخر يكمن في معرفة عما إذا كانت هذه الطائفة من الأطفال منعدمة الوجود في المجتمعين الجزائري والتونسي ؟ وذلك راجع إلى أننا نعيش في مجتمع إنساني كريم نقي من الرذائل وبعيد عن المفاصد ومجتنب الانحلال.

والواقع إن الإجابة عن هذا السؤال هي بالنفي القاطع إذ أن الأمر يسري على خلاف ذلك، حيث إن غيبة الفكر الديني والأخلاقي عن دنيا الناس، وتعطل حاكمية الله في الأرض، وهيمنة النظريات المادية أصبحت العامل الأساسي في انحراف سير القافلة البشرية عن الطريق السوي.

¹ وما يجب توضيحه هنا هو أن الفقرة الرابعة من المادة 64 من قانون الحالة المدنية نص: "على ما يلي : " يعطى صايط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصحح أية أسماء. يعين الطفل مجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي ". وكما نص المادة 120 من قانون الأسرة على أنه " يجب أن يحتفظ الولد المكفول بسببه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية " غير أن المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 يناير 1992 على أنه " يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة، ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب، بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولقائده، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي. وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل شرعي بالطلب ". بشأن هذه المسألة، انظر، تشوار حيلالي، أحكام الأسرة بين الاحتهاد والتقنين، مجلة الإحياء، 2001، عدد 4، ص. 232 وما بعدها.

² ومع العلم أن المادة 152 من المجلة التونسية نصت صراحة على أنه " يرث ولد الزنا من الأم وقرابتها وترثه الأم وقرابتها "، هل يفهم من هذا أن ابن الزنا ينتسب إلى أمه في التشريع التونسي ؟

والواقع هو أن الإحصاء يدل على كثرة الأطفال فير الشرعيين اليوم، إذ تزد نسبتهم في البلدين سنة بعد سنة، ودلت الإحصاءات التالية على اطراد تزايدهم¹، ونؤكد، نظرا للأوضاع السخيفة الراهنة، أن هذه النسب ستكون مستقبلا في تزايد مستمر. فلا داعي إذن لأن تكون مسألة مهمة، لأن الإهمال هنا ليس بالإهمال النافع، وإنما أثره يدفع بالقضاة إلى البحث عن الحكم المناسب الذي يتحقق بمقتضاه العدل والعدالة.

وإذا ابتعد المشرع الجزائري، خلافا للمشرع التونسي، في هذا الإطار عن منهجية تقديس النص، مستهديا في ذلك بمنهجية جيني، أي منهجية العلم والصياغة، فإنه يكون بذلك قد دفع بالقاضي إلى البحث والتنقيب عن حكم نسب الطفل غير الشرعي من المنبع الأساسي لقانون الأسرة والمتمثل في مبادئ الشريعة الإسلامية، بحيث نصت المادة 222 منه على أنه " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".

وهكذا يبقى واضحا أنه رغم سكوت المشرع الجزائري عن المسألة التي نحن بصدددها، إلا أن المحكمة فهي مجبرة بإخضاع حكمها للنصوص الشرعية. ويتضح للمتتبع لأحكام الشرع، بخصوص

¹ « Voici quelques chiffres relevés dans la presse¹² : mars 1987 « Durant le premier trimestre 1986 sur sept wilayas du pays, en plus d'un seul secteur au niveau d'Alger, notent 170 mères célibataires dont l'âge varie entre 13 et 45 ans ». De Guelma, sur toute l'année, le nombre parvenu au siège du Ministère de la protection sociale est de 48 mères célibataires âgées de 16 à 28 ans ». Cf. L. Aslaoui, Le statut juridique de l'enfant au Maghreb, R.A.S.J.E.P., 1990, n° 2, p.254.

نسب هذا الطفل، مدى الحماية التي أقرتها هذه الأحكام للمركز القانوني للطفل غير الشرعي باعتبارها وسيلة وقائية ووسيلة إثبات النسب بطريقة لا تقبل الشك، وهو ما يتأكد من خلال استعراضنا لهذه الأحكام.

اتفق الفقهاء على أن الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة ينسب إلى زوجها، غير أنه إذا جاء الطفل نتيجة لعلاقة غير شرعية، فنسبه يكون على خلاف ذلك، ففي هذه الحالة ينتسب إلى أمه. إذ أن نسب الولد من أمه ثابت في كل حالات الولادة شرعية كانت أم غير شرعية، منعا من تغير الحقائق، وحفاظا لحقوق الآباء والأولاد من الضياع، وتوفيراً لوحدة الانسجام في الأسرة¹.

وهكذا أبطلت الشريعة الإسلامية ما كان في الجاهلية من إلحاق الأولاد عن طريق الزنا، فقال صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر "². وهذا ما يتضح كذلك من الموقف الذي تبنته المحكمة العليا الجزائرية، حيث قضت في قرارها الصادر في 17 ديسمبر 1984 بأن " ابن الزنا لا ينتسب إلى أبيه " ³.

كذلك فإنه لا مجال هنا للتوازي بين الزنا والعلاقة الشرعية بشأن نسب الطفل، إذ " من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو مجرد

¹ انظر وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ص. 674-675.

² رواه الجماعة إلا الترمذي انظر، السنوكاني، بل الأوطار، ح. 6، ص. 279.

³ مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 1984/12/17، ملف رقم 35087، المجلة القضائية، 1990، عدد 1، ص. 86.

عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد " ¹؛ وكما أنها قضت " من المقرر شرعا أن الاتصال الجنسي قبل العقد يعد زنا،... " ².

وكان قرار المحكمة العليا أكثر تحديدا لما يعتبر من أثر العلاقات غير الشرعية عندما قال " أن العلاقة التي تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إسهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإحاق نسب الولد بأبيه... خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية " ³.

وتأكيدا لكل ذلك قضت المحكمة ذاتها في قرارها الصادر 22 يناير 1990 بأنه إذا كانت " مدة الحمل للمطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانونا، فإن قضاة المجلس بقضائهم إحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون " ⁴.

وكما أن محكمة النقض التونسية ⁵ قد قضت في قرارها الصادر في 31 ديسمبر 1963 بأن إقرار الأب لا يسري مفعوله بحيث يبين بوضوح الأصل غير الشرعي للطفل. وهذا ما استقر عليه قضاء

¹ مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 1984/11/19، ملف رقم 34046، المجلة القضائية، 1990، عدد 1، ص. 67.

² مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 1984/12/17، ملف رقم 35087، المجلة القضائية، 1990، عدد 1، ص. 86.

³ مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 1984/10/08، ملف رقم 34137، المجلة القضائية، 1989، عدد 4، ص. 79.

⁴ محكمة عليا، غ.أ.ش.، 1990/01/22، ملف رقم 57756، المجلة القضائية، 1992، عدد 2، ص. 71.

⁵ Cf. Cf. S. Benhalima, Les problèmes de l'enfant naturel, R.A.S.J.E.P.,

محكمة النقض التونسية¹، واتبعتها في ذلك المحاكم الأدنى درجة². حيث أكدت المحكمة ذاتها في قرارها الصادر في 6 مارس 1973 بأن القانون لا يسمح بإقامة النسب الشرعي لولد غير شرعي ناتج عن علاقات ما قبل الزواج الشرعي، أو في مرحلة الخطبة، ذلك أنه لا ينسب الولد لأبيه إلا إذا كان هناك عقد زواج بصفة قانونية وشرعية³.

أما القانون المغربي، فيقضي صراحة أن ينسب الطفل غير الشرعي إلى أمه، وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من الفصل 83 من مدونة الأحوال الشخصية بقولها "البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب فلا يترتب عليها شيء من ذلك إطلاقاً⁴ وهي بالنسبة للأم كالشرعية لأنه ولدها".

لكن إذا كان هذا هو الذي اتجهت إليه المدونة المغربية، إلا أن المنشور رقم 352 الصادر عن وزارة الداخلية في 11 ديسمبر 1978 والمنشور رقم 130 الصادر عن الوزارة ذاتها بتاريخ 31 ماي 1979، قررا بأن الطفل غير الشرعي ينسب إلى أمه شريطة أن لا يعترض،

¹ انظر، محكمة النقض التونسية، 1965/02/23، م.ت.ق.، 67/1966، ص. 200؛ 1968/04/12،

م.ت.ق.، 70/1969، ص. 214؛

² انظر، محكمة القصرين، 22 أبريل 1965، المحلة التونسية للقانون، 1965، ص. 97.

³ انظر، محكمة النقض، 6 مارس 1973، أ. ن.، 1973، ص. 142.

⁴ وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف الرباط في قرارها الصادر في 10 مارس 1961، بأن النسب غير الشرعي لا ينشئ أية علاقة قانونية بين الأب الطبيعي وابه. انظر، محكمة استئناف الرباط، 1961/03/10، المحلة المغربية للقانون، 1961، ص. 312.

على ذلك أبوها أو القريب الذكر من عائلة الأم الأكبر سنا. وفي حالة الاعتراض هذا، يختار له لقباً آخر ما عدا لقب أمه¹.

ومن زاوية حماية الطفل البارئ لا يبدو مستقيماً مع روح الشرع ومع المنطق منع الطفل أن ينتسب إلى أمه بسبب اعتراض أب أو أي شخص آخر، لأن نسبه هنا أمر غير مشكوك فيه، بل يرتكز على ظاهرة ثابتة وغير ارتيائية وهي الولادة. وزيادة على ذلك ينبغي في هذا الصدد التنبيه إلى أمر له دلالاته، وهو أن القاضي يحكم فيما يتعلق بالقضية المطروحة أمامه، بما يتفق ومبدأ تدرج القوانين، فهل من التطبيق السليم للنصوص القانونية أن نأخذ بما جاءت به المناشير ونترك ما قرره التشريع العادي؟

ويختلف القانون الليبي هنا عن القانون المغربي في أنه يعترف صراحة بثبوت نسب الطفل إلى أمه دون قيد ولا شرط، حيث نصت المادة السادسة والخمسون من القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما الصادر في 19 أبريل 1984 على أنه "يثبت نسب كل مولود إلى أمه بمجرد ثبوت الولادة بغير إقرارها دون قيد أو شرط، ويترتب على هذا النسب جميع نتائجه المتفرعة من الأمومة والبنوة، مالية كانت أو غير مالية".

وإذ يظهر من النصوص والقرارات المتقدمة مدى إبقاء العمل من قبل التشريعات والقضاء المغربية بما جاءت به مبادئ الشرع

¹ Cf. F. Serhane, Législation de droit comparé, Maroc, Juris-Class., 1999, n° 8, fasc. 2-1, parag. n° 266, p. 25.

الإسلامي في هذا المضمار، فإن هذا أمر يسجل لهم بكل فخر. إذ ما كان يجب لبيئة، تنظر بعين الغضب لمحاولات الانحطاط والانحلال الخلقي، أن تهدر وسيلة مؤكدة في مجال كهذا، وخاصة أن المجتمعات التي خرقته لم تعرف عناصرها بعد الفلاح ولا الراحة النفسية في المسائل الأسرية، بل أصابها التفكك والانحلال بفعل عدة عوامل، منها خاصة انعدام رابطة الأبوة والأمومة، ذلك أن الغربيين قد إلتجأوا إلى ما يسمى اليوم بشرعية النسب بواسطة الزواج اللاحق La *légitimation post nuptio ou par mariage subséquent* ، والتبني، وإلى وسائل أخرى، مستعاضين بذلك عن البنوة الشرعية.

ومن هنا وترتبا على ذلك فقد أثرت التساؤلات الهامة التالية : هل يلتزم القضاة بتطبيق الفقه الذي يمنعهم من الحكم على الأب الطبيعي بتحمل نفقة الطفل ؟ وإذا كانت ظاهرة أبناء الزنا قد استقلحت في المجتمع المغربي فهل حمايتهم ولو نسبيا تعد خرقا للأحكام الفقهية ؟ وبعبارة أدق هل من المنطق أن نترك الأب الطبيعي يجري وراء شهواته دون قيد ولا مسؤولية ؟

وإذا كان الأمر قد انتهى في الفقه الإسلامي بعدم جواز إلقاء المسؤولية على عاتقه نظرا لشدة العقوبة الجنائية المسلطة عليه¹، فإن هذه الواقعة يمكن أن تثير جدلا قانونيا كبيرا في موضوع لا يخلو من الجدة والحداثة على الفقه القانوني.

¹ انظر، عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987، ص.

والواقع أننا هنا أمام اعتبارين ينبغي أن نوازن بينهما لتطبيق ما يمكن أن يجعل حدا نوعا ما للانحلال الخلقي الذي تعشه المجتمعات المغاربية في الوقت الراهن، ينبغي العودة إلى ما قرره الشرع بشأن عقوبة الزنا. غير أن الإصرار بتطبيق ما جاءت به قوانين العقوبات المغاربية في هذه الدول يدفعنا إلى التمسك بإلقاء المسؤولية على الأب الطبيعي من حيث الإنفاق على ابنه دون انتظار¹، وندلل بهذا الرأي بالأسباب التالية :

أولا : إن فوانين العقوبات المغاربية قد أهملت الحدود المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية، فالعلاقة الجنسية مثلا مباحة في أحكامها مادام لا إكراه فيها وقد تم ذلك بين شخصين غير متزوجين فوق سن 18 سنة بالنسبة للتشريع الجزائري. ومن ثم، يمكن القول بأن في نظر هؤلاء المشرعين فالزنى معناه خيانة العلاقة الزوجية ولا كل صلة جنسية محرمة بين رجل وامرأة² كما هو الشأن في الشريعة الإسلامية³. وعلى هذا الأساس فإن هذا العاصي يفلت من العقوبة الجنائية.

ثانيا : إن الاتجاهات المادية فشلت فشلا ذريعا في تحقيق الراحة النفسية والاستقرار للكائن البشري، بل أدت إلى الانحرافات

¹Loisel a dit « qui a fait l'enfant doit le nourrir ».

² وهكذا، فمن عجائب القانون الوضعي، هو أن المشرع المدني يجعل المرأة غير أهل للتصرف في مالها إلا إذا بلغت 19 سنة (المادة 40 من القانون المدني والمادة 83 من قانون الأسرة)، وأباح لها المشرع الجنائي أن تسلم في عرضها من بلغت سن 18 سنة، عرض في شرع القوانين الوضعية أهون من المال.

³ انظر، علي علي منصور، مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الفتح، بيروت، ص. 46-49.

الجنسية الخطيرة التي آل إليها المجتمع الجزائري. إن تصحيح الواقع الاجتماعي والأخلاقي لا يتحقق بمجرد استهجان القبيح واستنكاره، وإنما بتقويم المجتمع وبنائه على أسس متينة، منها مسؤولية الأب الطبيعي حتى لا يظل مائعا منحلا غارقا في الشهوات.

ثالثا : وإذا كانت دعوى النفقة هي دعوى تقوم على أساس توافر ما يشير إلى أن الطفل يمكن أن يكون أبوه الشخص المدعى عليه، فإنه في الوقت الحاضر وفي ظل النتائج الحديثة للبصمات الوراثية¹، يمكن للقاضي أن يلجأ لهذا الدليل العلمي لتحديد من من بين هؤلاء الذين كانوا على صلة بأب الطفل، يمكن أن يكون الأب الطبيعي بطريقة مؤكدة².

وبناء على ذلك فإن هذا الموقف لم يأت لتأييد ما نهجه المشرعون بشأن تحديده لمعنى جريمة الزنا والعقوبة المسلطة على مرتكبيها، وإنما لجعل حد لعدم جواز إلقاء المسؤولية على شخص قد تسبب في عناء وشقاء طفل برئ وضحية لمجتمع لا ينظر إليه إلا بعين السخاء والاستنكار.

هي إذن ذات الأسباب لتحمل الأباء الطبيعيين نفقة الأطفال الأبرياء، لأنها أقرب إلى تحقيق العدالة. ولا شك أن الالتجاء إلى

¹ اطر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، د.م.ج، 2001، ص.،

² Sur cette question, cons. G. Ncolau, L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation, Presse Universitaire de Bordeaux, 1991 ; A. Miras, M. Mali et D. Malicier, L'identification en médecine légale, édi. A. Lacassagne, Lyon, 1991.

المحكمة لطلب النفقة فيه ضمانات لحماية الطفل والأسرة معا من أن تعصف بها الأنواء والأهواء.

وليس من واجب قوانين الأحوال الشخصية أن يقرروا الانحراف بشأن النسب وأن يستجيبوا لمتطلبات اجتماعية طارئة، فالقانون ملتزم بالعدل، ولا يجوز أن نطالبه بأن يكون مرآة لمجتمع منحرف، كما لا يمكن أن يكون مناقضا لأحكام الشريعة الإسلامية ومنافيا لقيمتها.

وبعد ذلك، وخاصة في حالة السكوت التشريعي بشأن التشريعين الجزائري والتونسي، يبرز دور القاضي في تفسير الأحكام، فالقاضي هو القادر على تفسير النص بطريقة تأخذ بالاعتبار روح القانون وقيمه العادلة، وذلك حتى تكون النصوص القانونية مستجيبة للمصلحة الاجتماعية شريطة أن يتم التمييز هنا بين الأحكام الثابتة التي لا تقبل التغيير وبين ما ارتبط حكمه بالمصالح والأعراف. ومن هنا، لا يجوز أن تعطى للأراء الاجتهادية مكانة النصوص المقدسة.

ومع ذلك فإن عدم تبيان نسب الطفل غير الشرعي ليس هو العيب الوحيد في كل من التشريعين الجزائري والتونسي، فلم يذكر كل منهما موانع الزواج المنبثقة عن الزنى، ومن ثم هل توجب مثلا هذه الجريمة من التحريم في المصاهرة ما يوجبه النكاح أم لا؟ بيد أن الحل المغربي، وكذلك الحل الليبي، هو حل وسط إذ يقرر المبدأ العام دون التفصيل بشأن هذه المسألة، فقد نص الفصل 83 فقرة 2 من المدونة المغربية على أن " البنوة غير الشرعية... هي بالنسبة للأمم كالشرعية لأنه ولدها"، وقضت المادة 56 من القانون الليبي بأنه "

يثبت نسب كل مولود إلى أمه بمجرد ثبوت الولادة...، وتترتب على هذا النسب نتائج المتفرعة من الأمومة والبنوة، مالية كانت أو غير مالية".

ومع العلم أن السكوت عن هذه المسألة لا يتماشى مع طبيعة الأمور ولا مع متطلبات العصر، وخاصة وأن للفقهاء الإسلامي عدة آراء بشأنها. فقد قال مالك في القول المعتمد والشافعي إن الزنى لا تثبت به حرمة المصاهرة، فمن زني بامرأة لا يحرم عليه الزواج بأمرها ولا بإحدى بناتها، كما هي لا تحرم على أصوله ولا فروعه، ولو زني الرجل بأم زوجته أو ببنتها لا تحرم عليه زوجته، غير أنه خلافاً لذلك، يرى الحنفية وأحمد بن حنبل إن الزنى تثبت به حرمة المصاهرة بجميع أنواعها¹.

وإذا كان هناك ليس ما يمنع من استحداث أحكام فقهية جديدة، تتسجم مع روح الإسلام ولا تتناقض نصوصه الثابتة، إذا دعت إلى ذلك مصلحة اجتماعية مقررة، فإن ذلك ينطبق بحذافيره على مسألة النسب الشرعي كون أن أحكامه ثابتة من حيث اشتراط قيام علاقة الزواج بين الرجل والمرأة.

¹ انظر، الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ج. 2، ص. 258؛ الإمامين موقف الدين اس قدامي وشمس الدين اس قدامي، المغني والشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، ح. 7، ص. 482؛ بدران أبو العيسى ندران، الفقه المغارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ح. 1، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص. 92-93.

ب.- نقائص النصوص التشريعية المغاربية المنظمة للنسب الشرعي

إذا كان البدء في دراسة الجوانب المختلفة لأحكام النسب الشرعي في التقنيات المغاربية يمليه النقص التشريعي، فإنه مع ذلك لا نخفي إحساسنا بالرهبة بسبب ما يراودنا من نية اقتراح بعض التعديلات التي يملوها تغيير الزمان خاصة في مسألة تعد من أسمى الروابط الإنسانية وأقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، بل إحدى الكليات الخمس التي أحاطتها الشريعة الإسلامية بسياج يمنع أي عدوان عليها.

ولكن إعمالا بقوله عليه الصلاة والسلام " من اجتهد وأصاب فله أجران ومن اجتهد وأخطأ فله أجر واحد"، فتضاءلت تلك الرهبة، حيث لم يبق على كنف الباحث إلا التدقيق والتحصيص في النصوص القانونية والالتزام بالمبادئ ومسايرة النصوص مع التطور الإيجابي.

والملاحظ أن المشرعين المغاربة¹، على غرار الشريعة الإسلامية¹، قد قاموا علاقة وطيدة بين رابطة النسب ورابطة الزواج.

¹ وهذا ومع ذلك أضفى المشرع التونسي الصبغة القانونية على التبني إذ نص الفصل 14 لقانون عدد 27 لسنة 1958 الصادر في 04 مارس 1958 والمتعلق بالولاية العمومية والكمال والتبني على أنه " يحمل المتبني لقب المتبني..."، وكما نص الفصل 15 من ذات القانون على أن " للمتبني نفس الحقوق التي للابن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات وللمتبني إزاء المتبني نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما..."

Sur cette question, cons. E. de Gaudin de Lagrange, L'adoption ou une ancienne pratique tunisienne devenue loi, R.A.S.J.E.P., 1968, n° 4, pp. 1143 et s.; M. Bekli, L'enfant dans le droit tunisien, R.J.L. 1989, 10, pp. 7 et s.

فجعلوا الثانية سببا لثبوت الأولى. فإذا أثمرت مخالطة الرجل بالمرأة نسلا فإنه ينسب للزوج، إذ فكل نسل ينتج منها يعد ابنا شرعيا لهما. فالبنوة تثبت إذن للزوج الذي يربطه بمن أنجبت عقد قران قبل علوق الحمل الذي نشأ عنه ذلك المولود.

ولذلك فقد وضع الفقه الإسلامي، نظرا لخطورة هذه المسألة، من الأحكام ما يكفل حماية الولد من الضياع، ويحظر من اختلاط الأنساب، ويصون الأعراض. وتطبيقا لذلك يثبت نسب الولد من الزوج دون حاجة إلى إقراره، أو بينة تقيمها الزوجة². ويلحق بالزواج الصحيح الزواج الفاسد، حيث أن هذا الأخير يأخذ حكم الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب. ويطبق عين الحكم بشأن الوطاء بشبهة³ من حيث أن الولد الذي تأتي به المرأة ينسب للرجل الذي خالطها.

جميع هذه القواعد والمبادئ التي سطرها الفقه الإسلامي اعتنقتها قوانين الأسرة المغربية، حيث نصت المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على ما يأتي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبنية وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا

¹ فسي الشريعة الإسلامية ينسب المولود بالفراش الصحيح، ويقصد بالفراش الصحيح العلاقة الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة مس وقت إبرام عقد الزواج وإمكانية الدخول. وأساس هذا الحكم هو قوله عليه الصلاة والسلام: "الولد للفراش، وللعاهر الحجر"

² انظر، بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، ص. 17؛ محمد مصطفى

شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، 1983، ص. 684 وما بعدها.

³ الشبهة أن يقارب الرجل امرأة تحرم عليه مع جهله بالتحريم.

للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون "؛ وكما نص الفصلان 68 و 71 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه " يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر "، " وإذا ولدت الزوجة لتمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا يثبت النسب من الزوج ". وأما المدونة المغربية نصت في الفصل 85 على أن " الولد للفراش... "، وفي الفصل 86 على أن " ولد الزوجة من زواج فاسد بعد الدخول... يثبت نسبه إلى الزوج حسب الفصل 37 "، وفي الفصل 87 بأن " الخالية من الزواج إذا وطئت بشبهة... يثبت نسبه من الوطئ ". وفي نفس السياق، نصت المادتان 53 و 54 من القانون الليبي على أنه يثبت نسب الولد إلى أبيه في الزواج الصحيح... وفي الزواج الفاسد...

ومع ذلك، كما يقول علي علي سليمان، " فإن رجال القانون بمعاهد الحقوق، وهم نظريون أكثر منهم عمليون، لا يقنعون أبدا، ويبتغون الكمال، والكمال لله وحده، وتدفعهم مهنتهم إلى نقد النصوص مهما بلغ حظها من الكمال والإتقان، والنقد، كما يقول مثل فرنسي، سهل بينما الإنشاء عسير " *La critique est aisée, mais l'art est difficile* ". غير أن رجل القانون يقتضيه ضميره أن يقول كلمة القانون دون أن يخشى لومة لائم، لأن الحق أحق أن يتبع ¹

¹ انظر، علي علي سليمان، حول قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1986، عدد 2، ص. 443.

وعلى هدى ما تقدم، فإنه من باب الاستحسان إيداء بعض الملاحظات الشكلية والموضوعية على المادة 40 السالفة الذكر والمواد التي تاليها، خاصة منها المواد 41، و42، و43 من ذات القانون التي نظم المشرع بمقتضاها النسب الشرعي.

و الملاحظة الأولى في هذا الصدد حاجة نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري إلى إعادة النظر فيما يتعلق بالصياغة التي جاء بها، فهو معيب شكلا. ومما لا ريب فيه فإنه بجانب عنصر المضمون في القاعدة القانونية، وهو ما يطلق عليه جوهر القاعدة، يوجد عنصر آخر متم له هو عنصر الشكل، وأن هذا الأخير يتحقق عن طريق الصياغة القانونية، علما أنه كلما كانت الصياغة موفقة وملائمة زادت فرص نجاح القاعدة القانونية في التطبيق.

وما يعاب على هذا النص أنه أقر ثبوت النسب بنكاح الشبهة وبكل نكاح فاسد في آن واحد. لسنا ندري كيف يفهم من هذا النص ما قصده قانون الأسرة منه، لأن المعنى الظاهر منه وهو أن نكاح الشبهة شئ والنكاح الفاسد شئ آخر، وهذا المعنى فاسد وغير صحيح، لأن النكاح الفاسد ما هو إلا نوع من أنواع نكاح بشبهة بدليل أن الفقه الإسلامي يقسم الشبهة إلى قسمين : شبهة العقد، وهو أن يتم إبرام عقد زواج بين رجل وامرأة، ثم يتبين فساد العقد لسبب من الأسباب الموجبة للفساد؛ وشبهة الفعل، وهو أن يختلط الرجل بامرأة جنسيا من غير أن يكون بينهما عقد صحيح ولا فاسد كمن تزوج بامرأة لم يرها وتزف إليه أخرى وهو لا يدري فيدخل بها.

ومن هنا نرى أن الأمور قد اختلطت على المشرع الجزائري، إذ كان عليه أن يتكلم عن الوطاء بشبهة بدلا من النكاح بشبهة مادام أنه أقر ثبوت النسب بالنكاح الفاسد في النص ذاته. وهذا هو المعمول به فقها، حيث يثبت النسب وفقا لمبادئه بالزواج الصحيح، وبالنكاح الفاسد وبالدخل بشبهة. وهذا ما ذهبت إليه أيضا المدونة المغربية، بخلاف المجلة التونسية والقانون الليبي اللذين سكتا عن هذه الحالة، علما أنهما يتميزا بأنهما لم يحيدا القاضي إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية عند انتقاء النص التشريعي¹، فوضع الأحكام يبقى من اختصاص الدولة والدولة فقط، مما يقتضي القول بأن التشريع التونسي والليبي لا يعترفان بثبوت النسب بالوطاء بشبهة.

وأمام هذه الملاحظات، لا مناص إذن من إعادة صياغة المادة 40 من قانون الأسرة، بحيث تصبح على النحو التالي " يثبت النسب بالزواج الصحيح، وبالزواج الفاسد، وبالإقرار وبالبينة وبالوطاء بشبهة"، ولا داعي لإعادة تفصيل للنكاح الفاسد ما دامت المواد 32، و33، و34 قد تولت تفصيل البعض منه.

وبهذا التعديل يتسق نص المادة 40 مع النصوص الأخرى، خاصة منها ما يتعلق بالنكاح الفاسد وما يتعلق بالمصدر الذي استنبط منه قانون الأسرة أحكامه، ويكون بذلك المشرع الجزائري قد حقق الهدف الذي سعى إلى تحقيقه الفقه الإسلامي من تيسير ثبوت النسب

¹ Cf. K. Meziou, Législation comparée, Tunisie, Mariage et filiation, Juris.-Class., 1997, Fasc. 1, parag. 7, p. 5.

بالزواج الصحيح وما يلحق به، وهو المخالطة بناء على عقد فاسد، أو بالدعوى في وطء بشبهة. وهذا التعديل ذاته ينبغي أن يطرأ على الفصل 89 من المدونة المغربية الذي اقتصر وسائل ثبوت النسب على الفراش أو إقرار الأب أو شهادة عدلين أو بينة السماع. وكما أنه حتى نصل إلى نفس الغاية، كان على المشرع التونسي أن يعدل نص الفصل 68 من المجلة، باعتباره المبدأ العام لثبوت النسب الشرعي، ويُدْرَج فيه صراحة الزواج الفاسد، بحيث تصبح صياغته كما يلي " يثبت النسب بالفراش وبالزواج الفاسد وبإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر "، وبهذا يتسق هذا النص مع نص الفصل 71 من ذات المجلة. وأما التشريع الليبي لم يأتي بنص خاص جامع لكل حالات النسب الشرعي.

ويؤخذ على المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري أيضا من

حيث الشكل أنها قد استعملت في النص المدون بالفرنسية اصطلاح " Apparent" للتعبير على نكاح الشبهة، ونعتقد أن هذه ليست بالترجمة الموفقة، إذ كان ينبغي لقانون الأسرة أن يختار اصطلاحا آخر لتسمية نكاح الشبهة الذي وضعه، حتى لا يلتبس هذا الاصطلاح " بالزواج الظاهر " إذ يخشى أن يفهم من هذا المصطلح بمفهومه الدقيق الحالة التي يكون فيها رجل وامرأة يسكنان بيتا واحدا ويعاشر كل واحدا منهما الآخر معاشرة الأزواج حتى يظهر في ذهن الأشخاص والجيران على أنه زواج وما هو بزواج كالعلاقة الحرة " L"union libre " . فليس من السائغ أن يكون لاصطلاح الشبهة معنيان في قانون

واحد. ولذلك، فيعبر البعض عن الشبهة في الفرنسية باصطلاح " La vraisemblance " ¹.

يضاف إلى ما يؤخذ على نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري، أنه حصر ترتيب ثبوت النسب بالزواج الفاسد على الأنكحة التي تم فسخها بعد الدخول وفقا للمواد 32، و33، و34 من هذا القانون، و الحصر هنا غير موفق، لأنه يتنافى ومصلحة الطفل ويتعارض مع صيانة أحد حقوقه السامية المتمثلة في نسبه لأبيه. وإذن فلكي تتوافر الحكمة التي توخاها المشرع عند وضعه لهذا النص، كان ينبغي، على غرار التشريعات المغاربية الأخرى، أن يكتفي بالتصحيح على ثبوت النسب بالزواج الفاسد بدلا من ذكر المواد المتعلقة به، لأن التفسير الضيق لنص المادة 40 المذكورة أعلاه يؤدي إلى حرمان الطفل من النسب بالنسبة لحالات الفساد غير الواردة في تلك المواد. ومن قبيل هذه الحالات، نجد زواج المسلم دون علمه بالمشاركة، وكذلك زواج الشخص الذي اتخذ قراره بالتعاقد عن غير اختبار كاف، أما نتيجة غلط وأما نتيجة تدليس، الخ.

وكذلك من المآخذ الموضوعية على نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري وعلى الفصلين 22 و71 من المجلة التونسية وعلى المادتين 54 و16 فقرة ب من القانون الليبي ما يبدو لأول وهلة من التصحيح على التساوي من حيث ثبوت النسب بين الزواج الباطل،

¹ Cf. Y. Linant de Bellefonds, *Traité pratique de droit musulman comparé*, édit. Mouton et Co, Paris, 1965, T. 3.

كنكاح المرأة المتزوجة أو المعتدة أو زواج المسلمة بغير المسلم، الذي كان فيه الرجل عالماً بالحرمة وبين الذي لم يكن عالماً بها، كما قضت بذلك المادة 34 من قانون الأسرة.

غير أنه مما لا ريب فيه أن جمهور الفقهاء اعتبر الوطء في الزواج الباطل زناً ووجب الحد، ولا يثبت النسب إذا كان الرجل عالماً بالتحريم¹. وتأكيداً لذلك قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 24 فبراير 1986 بما يلي " حيث أن الطاعن أثبت خلال مراحل النزاع أن زوجته كانت في عصمة زوج آخر بموجب عقد مؤرخ في 1981/11/02، ولم تطلق منه وكان جاهلاً هذه الحالة. حيث اعتماداً على أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص إلى المحصنة تحرم على الزوج الثاني وأن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب..."². وكما قضى المجلس ذاته في قراره الصادر في 13 ماي 1986 بأنه " يعتبر زناً حالة الزوجة التي لم تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها والتي تزوجت مع شخص آخر بالفاثحة"³.

¹ انظر، اس حوزي، القوايين الفقهية، طبع تونس، 1926، ص. 204-211؛ اس رشد، بداية الاجتهاد، ج. 2، ص. 31-39 و57-59؛ الدرديس على مختصر خليل، الشرح الكبير، ج. 2، ص. 236-241؛ الشريبي الخطيب، معني المحتاج شرح المهاج، مطبعة عيسى الباي الحلبي، 1933، ج. 3، ص. 142؛ الشيرازي، المهذب، مطبعة عيسى الباي الحلبي، 1343 هـ، ج. 2، ص. 46-47؛ اس قامة، المعني، ج. 6، ص. 455 وما بعدها.

² انظر، مجلس أعلى، ع.أ.تر.، 1986/02/24، ملف رقم 39362، غير منشور.

³ انظر، مجلس أعلى، ع.ج.، 1986/05/13، ملف رقم 271، غير منشور.

فكيف يسوع إذن التوفيق بين تلك النصوص وهذه القرارات ونص المادة 222 من قانون الأسرة الذي يحيل القاضي إلى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية عند انتفاء النص التشريعي، ولذلك فإننا نعتقد أنه يراد بنص المادة 40 أن يقال: " يثبت النسب بالزواج الباطل والزواج الفاسد مهما كانت نية الزوج"، ولكن إذا كان هذا هو المعنى المراد بالنص فإنه يعتبر تحصيل حاصل، لأن المسألة هي مسألة نسب الطفل لأبيه وهي مسألة حماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة. فهذا الحل تقتضيه مصلحة الطفل ومصلحة المجتمع في آن واحد.

وخلافاً لذلك، قد فرقت المدونة المغربية بين الزواج الفاسد المجمع على فساده والزواج الفاسد غير المجمع على فساده، فأقرت بثبوت النسب بالنسبة للأول إلا في حالة جهل المانع من قبل الزوج، أما في الحالة الثانية تمسكت بثبوت النسب بصرف النظر عن نية الزوج. وهذا ما أفصح عنه الفصل 37 من المدونة المغربية، المحال إليه بالفصل 86 من ذات المدونة، حيث نص على أنه " كل زواج مجمع على فساده كالمحرمة بالصهر منفسخ بدون طلاق قبل الدخول وبعده ويترتب عليه تعيين الاستبراء وثبوت النسب إن كان حسن القصد...".

ويؤخذ كذلك على قانون الأسرة الجزائري من حيث الموضوع أنه أتى في نص المادة 41 بشروط وقيود في مسألة النسب الشرعي لا يمكن أن تتماشى مع الأحكام التي نص عليها في المادة 40 منه، وكما

أنها تتعارض مع التطور العلمي الذي عرفته وسائل الحمل المعاصرة، حيث نصت المادة 41 على أنه " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"¹. وهو نفس النقد يوجه إلى الفصل 85 من المدونة المغربية، لما نصت على أن " الولد للفراس إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل وأمكن الاتصال.

أما من حيث التعارض بين النصوص، يتبين من نص المادة 41 أنه يقضي صراحة بثبوت نسب الطفل لأبيه إلا إذا كان الزواج شرعي أي صحيح، في حين تنص المادة 40 على ثبوت نسبه حتى ولو كان الزواج فاسدا أو جاء نتيجة لوطء بشبهة، أي حتى إذا كان غير شرعي أو غير قائما تماما. وبتعبير آخر، لقد ساوت المادة 40 بين الزواج الصحيح والزواج الفاسد والوطء بشبهة بشأن نسب الطفل فاعتبرته شرعيا في كل الحالات، في حين أن المادة 41 تقضي، بمفهوم المخالفة، أن الطفل لا ينسب لأبيه إذا كان الزواج غير صحيحا.

أما من حيث عدم تماثيها مع ما توصلت إليه التطورات العلمية في المجال الطبي والبيولوجي ، علقت المادة 41 في شطرها الثاني والفصل 85 من المدونة ثبوت النسب الشرعي بعبارة " وأمكن الاتصال " المعبر عنها بالفرنسية باصطلاح " de la possibilité des rapports conjugaux " أي " les rapports intimes "، بمعنى المخالطة

¹ وفي هيدا تنص المادة 28 من القانون المدني الجزائري على أنه " يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص بلحق أولاده ".

الجنسية بين الزوجين¹، علما أنه يمكن أن تصبح المرأة حاملا دون الاتصال الجنسي، وذلك عن طريق التلقيح الاصطناعي. وعلى ذلك فينبغي على المشرعين المغربي أن يحددوا لنا الطرق الشرعية للتلقيح الاصطناعي، سواء تعلق الأمر بالتلقيح الاصطناعي الداخلي أم التلقيح الاصطناعي الخارجي، إذ أنه يخشى أن يفهم من النصوص السابقة بمفهوم المخالفة أنه لا يثبت النسب بهذه الوسيلة الحديثة للحمل مع أن قانون الصحة الجزائري يسمح اللجوء إليها²، بل أن هناك العديد من المراكز الاستشفائية أصبحت متخصصة في عملية التلقيح الاصطناعي في الدول المغربية.

وكذلك من المآخذ الموضوعية على المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري وعلى الفصل 91 من المدونة والفصل 75 من المجلة أنها جاء على التوالي بعبارة " ما لم ينفه بالطرق المشروعة " أو بعبارة " على جميع الوسائل المقرر شرعا في نفي النسب "، أو بعبارة " جميع

¹ يرى ابن تيمية بأنه لا يكفي لتحقق النسب إمكان التلاقي بل لابد من الدخول الحقيقي وتعليله في ذلك هو أنه كيف تأتي الشريعة بالحق السب من لم يدخل بامرأته ولا اجتمع بها مجرد إمكان ذلك، وهذا الإمكان قد يقطع بانتفائه عادة، فلا تصير المرأة فراشا إلا بدخول محقق. في حين اكتفى الأحناف بعقد الزواج الصحيح دون اشتراط ثبوت اتصال الزوجين وتلقيحهما؛ إذ يرى هذا المذهب مادامت مطبة الاتصال بينهما قائمة، أي كان التزاؤهما ممكنا عقلا، فإن الولد الذي تضعه الزوجة يسب لزوجها. وأما في الرواج الفاسد، ينتشر الدخول الحقيقي لثبوت النسب. انظر، ابن عابدين، حاشية، ج. 2، ص. 247. أما جمهور الفقهاء الذي يرى بأنه لا يثبت نسب الولد من الزوج في عقد الزواج الصحيح، طالما لم يثبت إمكان التلاقي الفعلي بين الزوجين.

² وذلك بموجب المادة 68 من القانون رقم 85-05 الصادر في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، حيث نصت على ما يلي: تتمثل حماية الأمومة والطفولة في جميع التدابير الطبية والاجتماعية والإدارية التي تستهدف على الخصوص في حماية الأم بتوفير أحسن الطبية والاجتماعية لها قبل الحمل وحلاله وبعده، وبموجب المادة الثالثة من القرار رقم 97 الصادر عن وزارة الصحة والسكن بتاريخ 1995/09/04 والمتضمن إنشاء مراكز المساعدة الطبية للإناث

وسائل الإثبات الشرعية "، وهي عبارات تكتسي عدة معاني، لذلك يسوغ لنا أن نتساءل عما إذا كانت وسائل نفي النسب مقتصرة على اللعان أم هناك، إلى جانب هذا الطريق، طرق أخرى لم يفصح المشرع عنها في قانون الأسرة، تاركا بذلك المهمة للمحكمة؟ إذن، ما هي هذه الطرق؟

ويضاف إلى ما يؤخذ على نص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري وعلى التشريعات المغاربية الأخرى أنها تعتبر اللعان كوسيلة ظنية لنفي نسب الطفل¹، ولكن دون تبيان الإجراءات الواجب اتباعها في هذا الإطار، وما هي الآثار المترتبة على تأدية اليمين بشأن العلاقة الزوجية وما سيترتب عنها، هل تحرم المرأة بعد ذلك على زوجها السابق تحريما أبديا أم مؤقتا؟ فيما عدا المجلة التونسية التي نصت في الفصل 76 منها على أنه " إذا أثبت الحاكم نفي الأبوة طبق أحكام الفصل السابق فإنه يحكم بقطع النسب والفراق الأبدي بين الزوجين ".

وأخيرا تنص المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري على أن " أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر "، مما يعني أنه لا يمكن ثبوت نسب الطفل لأبيه إذا جاءت به الزوجة قبل مضي الستة الأشهر من تاريخ إبرام العقد وعشرة أشهر من تاريخ الانفصال بوفاة أو طلاق أو بطلان (المادة 43 من قانون الأسرة)، وهذا غير واضح

¹ وهذا ما أكدته المادة 138 من ذات القانون بقولها " يمنع من الإرث اللعان والردة "

لأنها، على غرار المجلة التونسية¹ والمدونة المغربية² من جهة، وعلى خلاف المادة 53 فقرة أ من القانون الليبي³ من جهة أخرى، لم تحديد التقويم الواجب العمل به في هذه المسألة. ولذلك يحق لنا أن نتساءل هنا عما إذا كانت السنة أشهر الواردة في هذا النص تحسب على أساس التقويم الهجري أم على أساس التقويم الميلادي، علما أن المادة الثالثة من القانون المدني الجزائري تنص على أنه " تحسب الأجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " ؟

سدا لهذا الفراغ التشريعي، جرى العمل في محاكمنا بمختلف درجاتها بالتقويم الميلادي، وهذا ما يؤكدته القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23 نوفمبر 1993، حيث قضت فيه " بأنه بالفعل فإن قضاة الموضوع قد قضوا بصحة الزواج العرفي الواقع في شهر نوفمبر 1988 لتوافر أركانه طبقا للمادة 9 من ق.أ. لعدم وجود أي نزاع بشأنه ولا بشأن الدخول الذي تم يوم 16/11/1988 وتاريخ ولادة الولد يوم 05 جوان 1989 بعد تاريخ الدخول والبناء بأكثر من ستة أشهر وأن المادة 42 من ق.أ. تنص بأن أقل مدة الحمل ستة أشهر "

" 4 .

¹ بصر الفصل 71 من المحلة على أنه " إذا ولدت الزوجة لتمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا ينتسب الولد من الزوج "

² بصر الفصل 84 من المدونة على أن " أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنة مع مراعاة ما ورد في الفصل 76... "

³ حيث نصت هذه الفقرة على أن " أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية وأكثرها سنة "

⁴ انظر محكمة عليا، غ.أ.ش. 1993/11/23، ملف رقم 99000، الاجتهاد القضائي لمعرفة الأحوال الشخصية،

وهذا ما لا يتماشى والنصوص الشرعية¹، حيث أنه بالنسبة لأقل مدة للحمل فلقد أجمع الفقهاء على أنها ستة أشهر قمرية². وهذا ما ذهبت إليه أغلبية التشريعات الإسلامية. ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة 166 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي بقولها بأن "أقل مدة للحمل ستة أشهر قمرية".

أما فيما يتعلق بأقصى مدة للحمل الذي يثبت به النسب، مادام لا يوجد بشأنها قرآن أو سنة، فلا مانع من أن تكون هذه المدة عشرة أشهر شمسية كما في القانون الجزائري³، أو سنة شمسية كما في القوانين المغاربية الأخرى⁴ وبهذا لم تكن التشريعات المغاربية بعيدة عن التأثير بما تمليه المستجدات العلمية الطبية والبيولوجية في شأن هذه المسألة⁵.

¹ والسند في ذلك قوله تعالى " ووصيا الإنسان نوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا " (سورة الأحقاف، آية 15)، وقوله تعالى " ووصيا الإنسان نوالديه حملته أمه وهما على وهن وفصاله في عامين " (سورة لقمان، آية 14). ووجه الاستدلال بين هاتين الآيتين أن الأولى تدل على أن مدة الحمل والرضاع ثلاثون شهرا، والآية الثانية تدل على أن مدة الرضاع حولان، وبصم الإثنين بعضهما إلى بعض وإسقاط مدة الرضاع يكون الباقي للحمل ستة أشهر.

² انظر، البيهقي، النس الكبرى، ج. 7، ص. 442؛ الدسوقي، حاشية، ج. 2، ص. 474؛ الشيرازي، المهذب، ج. 2، ص. 143؛ الرازي، التفسير الكبير، ج. 6، ط. 3، دار إحياء التراث العربي، ص. 119.

³ حيث تؤكد المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري على أن " عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة "

⁴ انظر، المادة 69 والمادة 35 فقرة 2 من المجلة التونسية، والمادتين 84 و76 من المدونة العربية، والمادة 53 فقرة أ من القانون الليبي.

⁵ ولسلك خلافا للفقهاء الإسلامي الذي اختلف في تحديدها، حيث فهي عند أبي حنيفة سنتان (انظر، اس عابدين، حاشية، ج. 3، ص. 539؛ الكاساني، بدائع الصائغ في ترتيب الشرائع، ج. 3، دار الكتاب العلمية، بيروت، 1986، ص. 211)، وعد الشافعية أربعة سوات (ابن قدامة، المعني، ج. 9، ص. 116)، وفي فقه مالك خمس سنين وقيل أربع (

وإذا كانت أغلبية القوانين المغاربية قد حددت الحد الأقصى للحمل ولم ترد عليه أي استثناء، فإنه مع ذلك قررت المدونة المغربية عكس ذلك، حيث نصت في الفصل 76 منها على أن " أقصى أمد الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة فإذا انقضت السنة وبقيت الريبة في الحمل رفع من يهمله الأمر أمره إلى القاضي ليستعين ببعض الخبراء من الأطباء على التوصل إلى الحل الذي يقضي إلى الحكم بانتهاء العدة أو امتدادها إلى أجل يراه الأطباء ضروريا لمعرفة ما في البطن هل علة أم حمل "

فإنه يمكننا القول بأن العمل بما جاء به هذا الفصل من المدونة المغربية يمكن أن يفتح الباب على بعض التأويلات غير السليمة وغير المستقيمة مع مصالح الناس، مما قد يؤدي إلى إفراغ الشطر الأول من الفصل 84 من ذات القانون من كل أثر له بشأن الحد الأقصى للحمل، وتعطيل تماشي الأحكام الشرعية مع التطورات العلمية، وخاصة وأنها لم تنص في أي فصل من فصولها على نظرية الطفل النائم " la théorie de l'enfant endormi " التي عرفها الفقه الإسلامي¹. لأنه ليس من النص السليم أن نأتي بالاستثناء في مسألة كهذه وخاصة وأن

البيهقي، السس الكبرى، ج. 7، ص. 1442) وقال محمد ابن الحكم من المالكية إنما سة قمرية (ابن رشد، بداية المجتهد وهاية المقتصد، ج. 2، ص. 352) وحددها ابن حزم بتسع أشهر (الخلي، ج. 10، ص. 316-317).

¹ انظر، أحمد إبراهيم، الأحوال الشخصية، 1941، ص. 487 وما بعدها؛ بدران أبو العيين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، طبعة مؤسسة شباب الجامعة، ص. 9 و10، وأن هذا الاعتقاد لارال ساندلا في المجتمع المغربي. انظر بشأن ذلك،

المشرع المغربي قد أخذ بأطول مدة للحمل وهي سنة، ومع العلم أن العلوم الطبية تقر بأن الجنين لا يمكث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلا نادرا¹.

وإذا نظمت التشريعات المغاربية تاريخ بداية سريان الحدين الأدنى والأقصى للحمل، غير أنه لم يكن موقفها من هذه الحالة واحدا، فمنها ما سكت إطلاقا عن تاريخ بداية سريان الحد الأدنى كما هي الحال في التشريع الجزائري سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا²، ومنها ما ساوى بين الزواج الفاسد والزواج الصحيح مقرا، على غرار جمهور الفقهاء ورأي في الحنفية³، بأن الحد الأدنى يبدأ من تاريخ إبرام العقد كما في التشريع التونسي⁴. في حين أخذ كل من التشريعين المغربي⁵ والليبي⁶ بحل واحد تقريبا، فقد أقر، على غرار الرأي

¹ وفي هذا يقول الدكتور أحمد إبراهيم "إني تعرضت لهذه المسألة... وخلاصة ما قلته، بعد مداخلة كثير من كبار الأطباء والاشتراف معهم في البحث أن الحمل لا يمكث في بطن أمه أكثر من المدة المعتادة وهي 277 يوما ثم يولد حيا. وقد يمكث نادرا إلى ثلاثمائة يوم، وقد يريد عشرة أيام على الأكثر إذا وجد عائق، ولذا رأيت هناك أن أقصى مدة للحمل يجب أن تكون أحد عشر شهرا فقط ولكن أرى الآن أنه يجب أن تكون عشرة أشهر أي ثلاثمائة يوم، فإن من وراء ذلك من أصدر النادر". انظر، د/ أحمد إبراهيم، الموارث، ط. 1942، ص. 286.

² تنص المادة 42 من قانون الأسرة على أن "أقل مدة الحمل ستة أشهر..."

³ وهو رأي أبي حنيفة وأبو يوسف، انظر، أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة والقانون، إعداد واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، 1994، 493 وما بعدها.

⁴ ينص الفصل 71 من المجلة التونسية للأحوال الشخصية على أنه "إذا ولدت الروجة لثمان سنة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا..."

⁵ انظر المواد 84، 85، و86 من مدونة الأحوال الشخصية.

⁶ انظر المادة 33 فقرة أ و ب، من القانون الليبي لسنة 1984.

الثاني عند الأحناف¹، بأن أقل مدة للحمل ستة أشهر تبدأ من تاريخ العقد في الزواج الصحيح ومن تاريخ الدخول في الزواج الفاسد، مع هذا الفارق أن التشريع الليبي اعترف حتى بالخلو الصحيحة بشأن الزواج الفاسد².

فإذا تأملنا في الحلول الواردة في هذه التشريعات الأربعة، فإننا لا نقر من سكت عن سكوتها، بل فضل الحل الذي تبنته المجلة التونسية من حيث كون أن بدء حساب المدة يكون من يوم إبرام العقد، وذلك بالنسبة للزواج الصحيح أو الزواج الفاسد.

وبجانب المآخذ الموضوعية سالف الذكر، يعاب كذلك على التشريعات المغربية (الجزائري والتونسي والليبي) عدم تعرض نصوصها إطلاقاً لتاريخ بدء حساب المدة الخاصة بالوطء بشبهة، فيما عدا المدونة المغربية التي نصت في الفصل 87 على أن " الخالية من الزواج إذا وطئت بشبهة وجاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها...". ومع ذلك فهذا الأخير فهو لا يخلو بدوره من عيب إذ وإن نص على الحد الأدنى والحد الأقصى للحمل بالنسبة للوطء بشبهة، غير أنه لم يحدد هو الآخر متى يبدأ حسابهما. ومن ثم، فكان ينبغي، في نظرنا، أن تأخذ هذه التشريعات بتاريخ الدخول لحساب الحدين ولا من تاريخ العقد، إذ يذهب الفقه الإسلامي إلى حساب مدة الستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي وحتى الولادة. ومن

¹ وهو رأي محمد بن الحسن. انظر، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، دار الكتاب الإسلامي لإحياء ونشر التراث الإسلامي، ج. 3، ص. 171.

² انظر المادة 34 من القانون الليبي لسنة 1984.

ثم إذا خالط الرجل المرأة بشبهة، ثم أتت بولد قبل مضي الستة أشهر فلا يثبت النسب.

وكذلك فإذا تأملنا في الحل الوارد في التشريع الجزائري بشأن بدء حساب المدة الأقصى للحمل، يظهر لنا أن هناك نوع من الإبهام بين المادة 43 والمادة 60 من قانون الأسرة، فقد نصت الأولى على أنه " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة " المعبر عنها بالفرنسية بعبارة " suivant la date de la séparation ou du décès "، في حين تقضي المادة 60 بأن " ... ، أقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة ". فهل فكر المشرع ما هو الفرق بين اصطلاح " الانفصال " واصطلاح " الطلاق " ؟ أليس من المتصور أن يتم الانفصال الجسدي بين الزوجين ويبقى مع ذلك متزوجين طالما لم يصدر حكم يقضي في حقهما بالطلاق، فمتى يبدأ الحساب هنا من تاريخ الانفصال أم من تاريخ الطلاق ؟ والحلان المغربي والليبي لا يقل كل منهما عيبا عن الحل السابق، إذ استعملت المدونة المغربية تارة اصطلاح " الفراق " ¹، وتارة مصطلحات " الطلاق و التطلق والفسخ والمفارقة " ²، وأما القانون الليبي لسنة 1984 استعمل اصطلاحين " طلاق و فراق " في المادة 52 فقرة هـ دون تحديد الحالات التي يخضع لها كل واحد منهما.

¹ انظر المادة 86 فقرة 2 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

² انظر المادة 78 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

وهكذا، إذا توخت هذه التشريعات الدقة والتحري في صياغة بعض المصطلحات التي أقيمت فيها دون أن تكون منسجمة مع باقي المصطلحات الواردة في النصوص الأخرى، فكان ينبغي توضيح بعد المصطلحات التي تكون ربما مشتركة في اللفظ ولكن مختلفة في المعنى وحسم الاختلاف بينهما.

خاتمة

وتبعاً لكل ما قيل أعلاه فإن السعي لمراجعة قوانين الأحوال الشخصية المغربية يبقى أمراً مرغوباً فيه، لتنسجم النصوص مع المعطيات الجديدة للمجتمع المغربي، وذلك عن طريق إصلاح ما فيها من أخطاء، أو تغيير أو تبديل أو حذف ما لا يناسب التطور الواقعي أو إضافة ما يسد سيرة الأسرة المغربية طبقاً لما تتطلبه الحقائق المغربية الخالية شريطة أن لا يخالف ذلك الثوابت الشرعية خاصة فيما يتعلق بروحها.

ومن ثم، فإذا كنا نروم حلاً مغربياً موحداً في هذا الصدد فيجب أن يقوم هذا الحل، في نظرنا، على عدم التقيد بمذهب مالك وحده كما هي الحال في المدونة المغربية، وعلى عدم تقديس النص كما في المجلة التونسية، بل ينبغي التفتح على مختلف المذاهب الفقهية ووضع نص يوفر للقاضي الحرية في اختيار الحل المتماشي مع متطلبات العصر، لأن أي قانون أو مذهب لا يستطيع أن يستوعب جميع

Il y a d'autre part des mesures destinées à réparer les conséquences dommageables des atteintes à l'environnement essentiellement la compensation et la remise en l'état des lieux .

Conclusion

Il reste à dire que cette brève étude n'avait pour d'autre objectif que de présenter d'une manière succincte les différentes problématiques que soulève la particularité du droit de l'environnement dans son aspect pénal . On peut apprécier l'efficacité de ce droit pénal de l'environnement ,car cela suppose l'existence d'une jurisprudence en ce domaine . Ce qui n'est pas le cas en Algérie du moins à notre connaissance .

المسائل التي يراد سن ذلك القانون من أجلها، وإن بلغ واضعوه من العلم والفقہ أسمى مكان وأرفع منزلة.

وذلك كله يتطلب القيام بتكوين القضاة تكويناً جيداً ذو مستوى عالي كي تتكون لدى القاضي ملكة فقهية تمكنه من استيعاب المسائل المطروحة عليه ولا يجد نصاً في التشريع فيغوص في أعماق المذاهب الفقهية المختلفة التي يكون قد استوفى ما يمكنه من استخراج حكم في المسألة غير مخالف للتشريع الإسلامي ومتماشياً مع المعروض عليه ومع معطيات ومتطلبات العصر.

وبهذه المنهجية نستطيع أن نجد الحلول المتعلقة بمسائل النسب الشرعي وغير الشرعي وما يترتب عليهما من نتائج، مالية كانت أو غير مالية.