

تاريخ القبول: 2020/12/03

تاريخ الإرسال: 2020/11/12

النَّسب والخبرة: إشكالاتُ التصوُّر والتَّعريف، وضوابطُ الإعمال والتَّوظيف

-بحثٌ في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي المغربي-

Lineage and expertise: problems of perception and definition, and parameters of use - a study of family legislation and Moroccan jurisprudence-

د. أحمد المدني لكلمي^{1*}ahmed.laklimi@um5a.ac.ae، الإمارات العربية المتحدة،¹**المُلخَص**

يهدف هذا البحث إلى تحليل مفهومي النسب والخبرة، ومعالجة مختلف ما يرد عليهما من إشكالات نظرية في مستويي الفهم والتنزيل، انطلاقاً من المبادئ والنصوص الشرعية، ومن التشريع الأسري والتجربة العملية للاجتهاد القضائي بالمغرب. وقد خلص إلى جملة نتائج منها:

- 1- أهمية التمييز في الأحكام الفقهية المقررة بين ما هو موضوعي وما هو إجرائي، لما يتيح ذلك من فتح آفاق الاجتهاد في تكييف الأحكام الإجرائية مع مستجدات واقع البحث العلمي.
- 2- أن الطابع القطعي لنتائج الخبرة الطبية يقتضي إيلاءها ما تستحقه من الأولوية على ما سواها من الوسائل التقليدية الظنية.
- 3- أن الاجتهاد القضائي ينبغي أن ينفذ على الثروة الفقهية الضخمة التي تضمنتها مصادر المذاهب الفقهية، وأن يحرص على انتقاء ما يستجيب منها لمتجدد أحوال المجتمع.

* المؤلف المرسل

4- أن الاجتهاد القضائي في قضايا النسب بما هو واقع تحت رقابة محكمة النقض يمكنه التأسيس لعمل قضائي يضمن لثوابت التشريع خاصية الاستمرار والملاءمة لمتغيرات الأحوال.

الكلمات المفتاحية: الخبرة، النسب، الفقه، الإثبات، النفي، التشريع، الاجتهاد القضائي، العمل القضائي.

Abstract:

In this research an analysis of the concepts of lineage and experience, based on the principles and Sharia texts, and from family legislation and the practical experience of the jurisprudence in Morocco.

He concluded a number of results, including:

- 1- The importance of distinguishing between what is objective and procedural in the established jurisprudential rulings in opening the door to diligence in adapting procedural rulings to the developments in the reality of scientific research.
- 2- The definitive nature of the results of medical expertise requires that it be given the priority it deserves over other presumptive traditional means.
- 3- That the jurisprudence should be open to the various sources of jurisprudence schools, especially those that respond to the needs of contemporary society.
- 4- The jurisprudence in the cases of lineage can establish a judicial work that guarantees the characteristics of the legislation continuity and suitability to the variables of conditions

Keywords: Expertise-Parentage-Jurisprudence-Evidence-Disavowal - Legislation-Holding of the court-Juristic act

مقدمة:

ظلت أحكام الأسرة عامة وما يتعلق منها بالنسب خاصةً مُستَمَدَّةً من الفقه المالكي منذ استقرار العمل به لدى المغاربة، وبدخول المغرب عهد التقنين، استصحَبَ المشرعُ الالتزام بهذا الفقه استبقاءً لما يحققه ذلك من الأمن القانوني للأفراد، والاستقرار للمصادر المادية التي يعتمد عليها نظام القضاء، فكان التشريع الأسري ممثلاً في مدونة

الأحوال الشخصية، صورة تقنين حديثٍ لما استقر عليه الفقه المالكي في أحكام المناكحات والمواريث، مما به الفتوى مما جرى عليه العمل أو الراجح أو المشهور. وإذا كانت مدونة الأسرة مظهراً للحدائث القانونية التي اقتضى الاستجابة لها ما استجد من أوضاع اجتماعية، وحاجات حقوقية مطلع الألفية الثالثة، فإنها مع ذلك استطاعت أن تحافظ على نفس أصالتها، لما اتخذت الشرع الإسلامي الحنيف المصدر المادي الأساس لجميع الأحكام المتضمنة في مختلف أبوابها وأقسامها وموادها. ومن أهم ما تتجلى فيه تلك الأصالة أحكام النسب المنصوص عليها في القسم الأول من الكتاب الثالث المتعلق بالولادة ونتائجها.

ذلك أنها يتضح فيها بجلاء حرصُ المشرع الأسري على إيلاء النسب ما يتناسب مع مكانته في المدونات الفقهية والنصوص الشرعية.

ومما تجلى فيه بعدُ نظر المشرع الأسري في هذا الباب أن تمسكه بالأصالة لم يكن مانعاً له من الاستجابة لروح الحدائث القانونية التي تقتضي الانفتاح على ما جادت به الأبحاث العلمية في مجال الإثبات.

فكان من أهم مميزات التشريع الأسري إدراجه الوسائل العلمية ممثلةً في نصه على اعتماد الخبرة القضائية في مادة النسب.

وإذا كان النسبُ عموماً من جملة ما علم تشوف الشارع إلى توسيع نطاق التمتع به، ففي فتح المشرع المغربي الباب أمام الأخذ بالخبرة القضائية ما يتناسب مع هذا التوجه الشرعي العام.

إشكالية البحث:

إن أخذ التشريعات الحديثة عموماً بالخبرة القضائية لا يخلو من إشكالات نظرية تترتب عليها مصاعب في مقام التنزيل.

ومن جملة تلك الإشكالات:

- ما يتعلق بمفهوم النسب نفسه من حيث ما هي حقيقته الشرعية وطبيعته القانونية؟ لاسيما في ضوء تفريق المشرع المغربي بينه وبين "البنوة"، ولا شك أن مما

يزيد هذا الإشكال خطورةً ما يترتب على توسيع مجال إثبات النسب أو نفيه اعتماداً على الخبرة الطبية.

- أن الخبرة الطبية نفسها مثار إشكالات نظرية من حيث مفهومها وطبيعتها القانونية وتكييفها الشرعي ومناطق الأخذ بها، لا سيما مع ما يؤكد العلم من قطعية نتائجها.

- هل يمكن أن يعتمد على الخبرة الطبية في حالات التنازع بين الأرواح التي سنت فيها الشريعة للعان؟ وماذا يمكن أن يترتب على إطلاق العمل بها بديلاً عن ذلك من هنك حُجْب السّر وما إلى ذلك.

أهداف البحث:

إن هذه الإشكالات النظرية وآثارها التطبيقية العملية هي التي يهدف البحث إلى تناولها بالدراسة والتحليل، وذلك في أفق تحقيق النتائج الآتية:

- تحديد طبيعة النسب، هل هو علاقة شرعية أم لحمية طبيعية؟
- فهم مسلك المشرع المغربي في تفرقة بين البنوة والنسب.
- الاستفادة من تجارب الاجتهاد القضائي في تحقيق مبادئ العدالة والإنصاف لفئة المواليد على غير فراش الزوجية ولأمهاتهم، من خلال اعتماد الخبرة الطبية كوسيلة لإلحاق البنوة بالأباء البيولوجيين الطبيعيين، وترتيب آثار التعويض المادي عليهم، ومشاركتهم الأمهات في تحمل غرم وتبعية العلاقة غير الشرعية.
- استخلاص ما يمكن اعتباره أسساً لعمل قضائي مكمل للتشريع، من خلال تجارب الاجتهاد القضائي من قبل مختلف محاكم الأسرة، وقرارات محكمة النقض، فيفدُ القضاة في معالجتهم لما يعرض على أنظارهم من قضايا النسب والبنوة، بما لا يعارض ثوابت الشريعة ومقاصدها ولا يصادم مبادئ العدالة والإنصاف.

منهجية البحث:

اعتمد البحث في مقاربة ما يطرحه الموضوع من مختلف الإشكالات منهجاً جامعاً بين التأصيل والتحليل، وصاغ مادته العلمية بعد المعالجة في مبحثين: اعتنى أولهما بمعالجة الإشكالات النظرية التي تتعلق بالنسب والخبرة في مستوى التنظير، بينما اهتم

لهم وتَجَنُّ عليهم، وسواءً في ذلكِ الجَوْرِ والتَجَنِّي، أن يكونَ بالإهمالِ أو بالتنبُّي، فكلاهما حائِذٌ عن سبيل العدلِ، واقعٌ موقعَ الجور؛ ولذلك ورد في قصة نزول هذه الآية أن أبا بكره قال: "أنا ممن لا يعرف أبوه.."، قال بعض رواة هذا الأثر: "والله إني لأظنه لو علم أن أباه كان حماراً لانتفى إليه"⁵.

فيكون النسب بهذا من معاني الفطرة والخلق، لا من متعلقات التكليف والأمر.

فكيف نظر إليه المشرعُ الأسري المغربي؟

يلاحظ أن المادة: 150 من مدونة الأسرة عرفت النسب بأنه: "لحمة شرعية بين الأب وولده، تنتقل من السلف إلى الخلف".

فجعلتْ رابطةً بين الأصل والفرع تنتج عن علاقة شرعية بين الأب والأم، ثم اعتبرت المادة: 142 من مدونة الأسرة العلاقة البيولوجية بين الأصل والفرع الناتجة عن علاقة غير شرعية بين الأب والأم "بنوة" لا "نسباً"، مرتبة على ذلك قصر ثبوت البنوة وآثارها على الأم خاصة، ووقف ثبوت النسب وآثاره للأب على شرط الفراش أو شرعية الارتباط بينه وبين الأم، كما نصت على ذلك المادتان: 146 و148 من مدونة الأسرة.

وهذا التمييز بين "البنوة" و"النسب" ناشئ عن تأثر المشرع الأسري بمسلك جمهور فقهاء الشريعة؛ إذ كانوا يتخذون هذا التمييز أساساً في التعريف، كما في قول ابن العربي المالكي (ت: 543 هـ) : "النسب هو عبارة عن مَرَجٍ -أي: خلط- الماء بين الذكر والأنثى على وجه الشرع، فإن كان بمعصية كان خلطاً مطلقاً، ولم يكن نسباً محققاً"⁶.

بيد أن هذا التمييز لو أُرْجِعَ إلى مَنْشئِهِ لُلُّوْحِظَ أَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْمُنَاقَشَةَ؛ إذ إننا استنبطه الفقهاء من حديث: {الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ}⁷، والنظر في سياق وروده يفتح مجالاً لتأوله على عدة أوجه، ذلك أنه -أعني: سياق ورود الحديث- يبدو أنه لا يفيد أن القصد منه إفادة ذلك التمييز؛ لأنه ورد مورد الفصل في نازلة تعارضت فيها دعويان:

أولاهما: دعوى مستندة إلى أصلٍ مستصحب، وهو: أن الولدَ للفراشِ، وأن الفراشَ قرينةٌ على النسب.

والثانية: دعوى مستندة على شبهة دليل، وهي الشبهة.

فلما قويت شبهة الدليل فأشبه الولدَ عتبة ابن أبي وقاص، ولم يكن صاحب الفراش، روعي ذلك في جانب من جوانب الحكم، كما روعي الأصل المستصحب في جانب آخر منه، ففضى النبي صلى الله عليه وسلم بما يلائم الجانبين لمّا تعذر عليه دحضُ الشكِّ باليقين، ففضى بالولد المتنازع عليه لمن ولد على فراشه، وألزمَ أخته سودة أن تحتجب منه مراعاةً لشبهه بعتبة الذي كان قد أقر به وعهد به إلى أخيه سعد.

فكانت الغاية من هذا الحكم بيان أن الفراش قرينةٌ على ثبوت النسب، لكنها تبقى قابلةً لإثبات العكس؛ لذلك أعملت قرينة الشبه كذلك، فروعى مقتضاها في الحكم، دلالةً على تساوي القرينتين إذا تعذر تغليب مقتضى أحدهما على مقتضى الآخر، أخذاً بمبدأ الاحتياط في موضع الاشتباه.

فكان في قضاء النبي صلى الله عليه وسلم في تلك النازلة تفسير الشك والاشتباه لصالح من تمسك بالأصل، ومراعاة مقتضى مقابله، لما تعذرت سبيل الحسم والقطع. وقد علل السرخسي الحنفي الأخذ بقرينة الفراش باستحالة معرفة حقيقة من صاحب الماء الذي تخلق منه الولد، مشيراً إلى كون تلك الاستحالة مناطاً الأخذ بقرينة الفراش، فقال: "وثبوت النسب من الرجل باعتبار الفراش، لا بحقيقة انخلاقه من مائه؛ لأن ذلك لا طريق لمعرفته"⁸.

وإذن ففي استنباط وجوب نفي ولد الزنا عن أبيه من هذا الحديث نظر.

ومن مداخل التأويل التي يحتملها هذا الحديث أيضاً، كونه معارضاً بما هو أقوى منه، وهو آية سورة الأحزاب المتقدمة، التي ورد فيها الأمر بإلحاق الأعداء بأبائهم الطبيعيين، بأقوى أوجه الدلالة عليه، وهو الأمر الصريح، وفي هذه المعارضة إضعاف للقول بنفي ولد الزنا عن أبيه..

وحتى لو سلم بهذا القول فإنه يبقى منوطاً بحالة الزنى بامرأة متزوجة؛ إذ الحديث نصٌّ على الفراش، أما لو كان الزنى من غير فراش، فهل يستقيم أن يحكم فيه هذا الحديث؟

لاشك أن تعدية حكم أنيط بالفراش إلى ما لا فراش فيه تسوية بين ما حقه أن يراعى اختلاف المناط فيه..

ولذلك كان من عميق فقه بعض الأئمة لمح هذا الملمح من التفريق بين الحالتين، وقد عزا ذلك ابن القيم إلى إسحاق بن راهويه، والحسن البصري، وعروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، قال ابن القيم: "وهذا المذهب كما تراه قوة ووضوحاً، وليس مع الجمهور أكثر من: "الولد للفراش"، وصاحب هذا المذهب أول قائل به، والقياس الصحيح يقتضيه، فإن الأب أحد الزانيين، وهو إذا كان يلحق بأمه، وينسب إليه، وترثه ويرثها، ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه مع كونه زنت به، وقد وجد الولد من ماء الزانيين، وقد اشتركا فيه، واتفقا على أنه ابنهما، فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدعه غيره؟"⁹.

على أن الباحث يجد هذه المسألة تحيله على إشكال آخر، يمكن أن نسميه إشكال اختلال بعض الأنساق الفقهية، ذلك أن جمهور الفقهاء القائلين بتعليق النسب على شرط الفراش أخذوا بقاعدة: "الولد للفراش"، نجد كثيراً منهم يقولون بتنزيل النسب الطبيعي منزلة النسب الشرعي في تعدية آثار "النسب" إلى "البنوة"، بينما يرى آخرون خلاف ذلك، فالفقه المالكي مثلاً وهو موافق لرأي الجمهور في التفرقة بين "البنوة" و"النسب" - راعى ما تقتضيه تلك التفرقة من عدم تعدية أحكام النسب وآثاره إلى البنوة الطبيعية، فقرر أنه لا تحرم البنوت من الزنى على أبيها، ولا تحرم عليه أم ولا بنت من زنى بها؛ إذ الحرام لا يحرم الحلال، قال ابن العربي: "ولم يدخل تحت قوله: أأنتي تي □¹⁰ ابنته من الزنا؛ لأنها ليست ببنت في أصح القولين لعلمائنا"¹¹.

خلافاً لمذهب أحمد ابن حنبل الذي تقرر فيه أنه تحرم على الرجل ابنته من الزنى، لأنها خلقت من مائه.

والذي حدا بالحابطة إلى القول بذلك هو نظرهم إلى ضعف ما بنى عليه الجمهور قولهم بإناطة النسب بالفراش، وتعدية ذلك إلى حالات عدم وجود الفراش أصلاً، قال سبط ابن جوزي مبيناً ذلك: "هذه ابنته بالنص -يعني: بنص آية الأحزاب-، فتحرم عليه، وأما الحديث -يعني حديث: {الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ} الذي عدّه الجمهور نصاً في قطع

إضافة نسب ابنة الزنى إلى أبيها- فخيرُ أحاد ورد على مخالفة الكتاب، ولا نسلم أنه لقطع الإضافة، بل لقطع الأحكام التابعة، كالمالك ونحوه¹².

ومرجع الخلاف في ذلك هو دلالة لفظ النكاح في قول الله تعالى: ﴿...﴾¹³

هل هو حقيقة في الوطاء مجاز في العقد أم العكس؟

فعلى القول بكونه في الوطاء حقيقة يتعين تعدية آثار النكاح الصحيح على الوطاء بزنى، فتحرمُ على الرجل ابنته من الزنى، وعلى القول بكونه في العقد حقيقة لا تحرمُ عليه، ولا تسري بسبب وطئه إياها الأحكام المنوطة بالعقد على البنات أو الأمهات..

والملاحظ على الفقه هنا قصرُ اهتمامه على البحث في مدى ترتب آثار النكاح والمصاهرة والعقوبة على وقائع الزنا، دون أيما التفات إلى ما يترتب على تلك الوقائع من آثار المسؤولية عن الأطفال، وحقوقهم في الرعاية المادية والاجتماعية.

وهنا تبرز أهمية ما أثاره ابن القيم من الخلاف في مسألة إلحاق ابن الزنا بأبيه؛ لما يدل عليه من توجه حقوقي يحاول لفت النظر الفقهي إلى ما ينتظر منه من استصلاح أحوال النساء، والعناية بتمتعيم بحقوقهم، لكنه توجه لم يكتب له أن يصمد في وجه التوجه العام المتمسك بمقرر الأحكام.

ولأجل ذلك نرى المشرع لا يكاد يستجيب للنزعة الحقوقية في مسائل الأسرة إلا على استحياء، حيثُ قصر ذلك على بعض الحالات التي رأى أنها لا تثير مخالفة واضحة لمقرر الأحكام.

وموقفه من المولود على غير فراش الزوجية أظهر مثال على ذلك، ذلك أن المادة: 148 من مدونة الأسرة نصت -كما تقدم- على أنه لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية.

فهذه المادة تعكس تمسك المشرع بالتوجه العام لجمهور الفقهاء في مسائل النسب.

لكن النظر إلى آثار هذا التوجه في الواقع الاجتماعي ربما يبعث على التساؤل عن مدى مصلحيته؟ لا سيما مع تناقض تلك الآثار مع قيم العدل والمساواة، وهي قيم إسلامية بل كونية كلية.

وهنا يثار التساؤل الآتي: ألا يمكن أن يكون تناقضُ هذه الآثار مع ما روح التشريع الأسري متمثلة في قيم العدل والمساواة موجبا لوقوع ما انبنى من الأحكام والقرارات القضائية على المقررات الفقهية التي تمسك بها المشرع الأسري تحت طائلة البطلان، بناء على أن ذلك يؤول إلى خرق القانون الداخلي، وفق ما نص عليه الفصل: 359 من قانون المسطرة المدنية؟

ومن جانب آخر، ألا يكون المشرع الأسري قد وقع في التناقض لما سنّ المادتين: 146 و148 المكرستين لنظرة التمييز ضد المرأة بإعفائهما الأب البيولوجي من جميع آثار البنوة غير الشرعية، وتحميل أولاهما الأم جميع آثار البنوة وإن ترتبت من علاقة غير شرعية، وفي نفس الوقت سنّ المادة: 400 التي نص فيها على تحقيق قيم العدل والمساواة؟

ثم لماذا فتح المشرع الأسري المجال للأخذ بهاتين القيمتين في حدود ما لم ينص عليه من حالات؟

ألم يكن الأولى أن يحتكم فيما سن من المواد إلى هاتين القيمتين عوض التمسك برأي فقهي نشأ في واقع اجتماعي لم يعد قائما؟

هذه التساؤلات تقفنا على جملة من المفارقات التي اقتضاها حرص المشرع الأسري على موافقة تصور الجمهور عامة والفقهاء المالكي خاصة لمفهوم النسب.

ويبدو أن هذه المفارقات يمكن تلافيها من خلال الانفتاح على مختلف نظريات الثروة الفقهية، وما تقترحه من حلول تتيح إمكانات هائلة تمكن القضاء الأسري من حلول لا تعارض النظام العام، كما لا تناقض مقتضيات المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الطفل والمرأة، وتستجيب للتحويلات الاجتماعية المعاصرة.

كما يمكن ذلك أيضا من خلال إعمال آلية الاجتهاد اعتماداً على المبادئ الشرعية الكلية، واتخاذها أصولاً تعالج بها القضايا والواقعات، ومن تلك المبادئ:

- مبدأ المعاملة بنقيض المقصود الفاسد: فيمكن إجراء هذه القاعدة وطردُها في حالة الأبوة الطبيعية غير الشرعية، تحميلاً للأب الطبيعي مسؤوليته عن ولده على وفق ميزان العدل والإنصاف، كما تتحملها الأم.

- **قاعدة الغنم بالغرم:** حتى لا تخلص للأب لذة الوطء ويعفى من أية مسؤولية عن خطئه، لتبقى تلك المسؤولية ملقاةً على الأمّ لوحدها، تنوء بتحملها ما يلاحقها من معرفة الوصم بالزنى والمنبوذية.

- **أصل اعتبار المآل:** بالنظر في المآلات، قبل البت في الوقعات، وهو أصلٌ شرعي مبني على فقه الواقع، ومراعاة معطياته في التشريع والقضاء والفتوى معا، وله عظيم الأثر على تحقيق هذه الثلاثة لمقاصدها.

فيبدو لنا أن أعمال هذه القواعد والمبادئ وغيرها مما يستفاد من الانفتاح على الثروة الفقهية لمختلف المذاهب الإسلامية مدخل إلى ما نراه كفيلا بتحقيق مقاصد التشريع الأسري، من تجسيد قيم العدل والمساواة.

ولعل ذلك ينتج من أصول التكليف وأسس التخريج ما يمكن به الاستجابة لما اقترحه بعض الباحثين علاجاً للواقع الذي تفتشت فيه ظواهر "أطفال الشوارع"، و"الأمهات العازبات"، و"جنوح الأحداث"، و"جرائم اغتصاب الأطفال"¹⁴، وهو تعديل المادة: 148، وذلك بجعل البنوة الغير الشرعية كالبنوة الشرعية تنتج نفس الآثار المترتبة عن عقد زواج صحيح¹⁵.

المطلب الثاني: إشكالات الخبرة:

من مستجدات التشريع الأسري المغربيّ في نسخته الأخيرة المتمثلة في "مدونة الأسرة" إقرار المشرع بالخبرة الطبية، خلافاً لما كان عليه في مرحلة "مدونة الأحوال الشخصية" من عدم اعتمادها في مادة النسب، مع أن صياغة الفصل: 91 من تلك المدونة كانت فيها سعة مجال للاعتماد عليها، بإدخالها في مفهوم "الوسائل المقررة شرعاً"¹⁶.

وإذا كان الفقه المالكي لا يمكن طبعاً أن يتصور فيه وجود نصّ على حكم اعتماد الخبرة الطبية في مجال النسب، فإن المفروض ألا يناقش في ذلك أحد، ما دامت نتائج الخبرة قطعية بشهادة أهل الاختصاص.

وفي ذلك تبدو مصلحة إعمالها؛ لما سترتب عليها من توسيع وعاء النسب، وصون حق فئة واسعة من الأطفال فيه، لا سيما في حالات التناكر والتنازع أو الاختلاط والاشتباه.

وذلك يقتضي بدهاء القول بجواز إعمالها والأخذ بنتائجها مبدئياً.

لكن بعض الفقهاء المعاصرين ذهبوا إلى الجزم بعدم جواز قبول الخبرة في مجال النسب عموماً، معللاً رأيه بعدم ورود النص عليها في الشرع، أخذاً بمبدأ عدم جواز تأخير البيان عن وقت الحاجة¹⁷، وبما رأى من أنها: "وسيلة لفضح عورات المسلمين وقطع أنسابهم، وضرب من التجسس عليهم، فلا يجوز الإقدام عليها إلا بدليل خاص ولا وجود له"¹⁸.

لا شك أن هذا الرأي سمح مراعاة ما يجب لشخص صاحبه لجلالة قدره من الاحترام والتقدير - ناشئ عن خطأ في تصور مفهوم الخبرة؛ إذ الحكم على شيء فرع عن تصوره كما قالت المناطقة، فيقتضي ذلك بيان مفهوم الخبرة وطبيعتها القانونية ومناط سماح المشرع الأسري للأخذ بنتائجها.

- مفهوم الخبرة:

لا يجد الباحث تعريفاً للخبرة منصوصاً عليه في التشريع الأسري؛ إذ إن ذلك خارج عن اختصاصه، معهود به إلى فقهاء القانون، الذين يعرفون المصطلحات القانونية عادة ببعدها العملي الإجرائي.

وقد عرف د. محمد التازي الخبرة بأنها: "الرأي التقني الصادر من أهل الاختصاص في مسألة فنية ليست في تناول العلم العام للقاضي، يتوقف عليه الحكم في خصومة معروضة عليه وفق ما يتطلبه القانون"¹⁹.

فهذا التعريف يستفاد منه أن الخبرة عمل اجتهادي يفيد القاضي علماً بما يمكن أن يبني عليه حكمه، فهي بمثابة استشارة يعمد القاضي إلى الاستعانة بها في تقديره للجوانب الفنية التي يتوقف على معرفتها حسن تصوره لملازمات القضية المعروضة أمام نظره. وقد أصبحت الخبرة تتبوأ مكانة هامة في العمل القضائي، باعتبار دورها في الإثبات والنفي، لا سيما في ظل التطور التقني الهائل الذي تعرفه البشرية في سائر المجالات.

وتتأكد أهمية تلك الاستشارة كلما اشتدَّ تعلقُ فهم معطيات الوقائع والقضايا بجوانب فنية وتقنية خارجة عن اختصاص القاضي.

ولذلك نص الفصل: 59 من قانون المسطرة المدنية على وجوب التزام كل من القاضي والخبير بحدود اختصاصه، فعلى القاضي "أن يحدد النقط التي تجرى الخبرة فيها، في شكل أسئلة فنية لا علاقة لها مطلقاً بالقانون، ويجب على الخبير أن يقدم جواباً محدداً وواضحاً على كل سؤال فني، كما يمنع عليه الجواب على أي سؤال يخرج عن اختصاصه الفني وله علاقة بالقانون".

- الطبيعة القانونية للخبرة:

يوقفنا البحث في تعريف الخبرة على ملاحظة ازدواجية طبيعتها القانونية، ذلك أنها تنتاز عنها صبغتان:

- الصبغة الشكلية الإجرائية التي اكتسبتها من موقعها في قانون المسطرة المدنية الذي عدها من جملة إجراءات التحقيق²⁰؛ ولأجل ذلك عرفها كثير من فقهاء القانون تعريفات ركزت على هذا البعد الشكلي الإجرائي، كتعريفها من قبل الأستاذ محمد المجدوبي بقوله: "إجراء من إجراءات التحقيق، يعهد بواسطتها القاضي إلى شخص مختص بمهمة تدوير معارفه في المسائل التقنية أو الفنية التي يتوقف على إدراكها الفصل في النزاع"²¹.

- الصبغة الموضوعية الإثباتية التي أضفاها عليها المشرع الأسري بموجب المادة: 158 من مدونة الأسرة، إذ نص على كونها وسيلة من الوسائل المعتمدة قانوناً لإثبات النسب.

وإذا كانت الصبغة الأولى قد وسعت مجال إعمالها، لما جعلتها وسيلة إجرائية في مختلف المنازعات، فإن الصبغة الثانية أكسبتها قوةً إثباتيةً تبوأَتْ بها مكانةً مرموقةً فيما أصبح المشرع الأسري يميل إليه من اعتماد نظام الإثبات الذي يتخذ المزاوجة بين الأخذ بالحقائق العلمية والواقعية أساساً له ومرتكزاً.

لكن هذه الازدواجية في الطبيعة القانونية للخبرة، التي نتجت عن تجاذب تنظيمها بين قانون شكل هو المسطرة المدنية، وقانون موضوع وهو مدونة الأسرة، مثار إشكال من حيث ما يترتب عليها من آثار، في مستوى قيمة نتائجها.

وقد أثرت هذه الازدواجية على موقف محكمة النقض منها؛ إذ نجد أنها في بعض قراراتها تعتبرها "وسيلة من وسائل الإثبات، تملك معها المحكمة سلطة تقديرية لا تخضع لرقابة محكمة النقض"²²، بينما نجدها في قرار آخر تتشدد في اعتبارها "وسيلة تحقيق، وليست وسيلة إثبات"²³.

فكيف يمكن تدبير هذا التعارض بين القرارين؟

يسعنا أن نستعين بألية التكييف الفقهي في التعامل مع هذا الإشكال؛ إذ قد وُجد في التراث الفقهي المالكي ما يمكن أن يحتذى به في ذلك.

ذلك أن المالكية ناقشوا الطبيعة الشرعية للقائف، هل هو شاهد أم مخبر أم حاكم؟ قال التسولي عند قول المتحف:

"وواحد يُجزى في باب الخَبَرِ واثنتان أولى عند كل ذي نظر"

معلقا على قول القرافي في الذخيرة: "المتردد بين الشهادة والخبر سبع: القائف والترجمان، والكاشف عن البنيان، وقائس الجرح، والناظر في العيوب كالبيطار والطبيب والمستنكّه للسكران": "ولما اجتمعت في هذه الأمور ونحوها شائبتا الخبر والشهادة كانت مترددة بينهما،..فالقائف والترجمان مثلا من حيث إن في قوليهما إلزاما لمعين صارا كالشاهد، ومن حيث إنهما منتصبان انتصابا عاما لجميع الناس صارا كالراوي المخبر، وأيضا فإنهما أشبهتا الحاكم من حيث إنه وجههما لذلك"²⁴.

وأثر هذا الخلاف يتجلى في أنه إذا اعتُبر القائفُ شاهداً وجب اشتراط التثنية في العمل بمقتضى القيافة، أما إذا اعتُبر مخبرا أو حاكما فلا يجب ذلك.

فيمكن أن نحل إشكال الطبيعة القانونية للخبرة في ضوء هذا التكييف الفقهي للقيافة، بمحاولة التوفيق بين الطبيعتين بما يعصم مقتضى إحداهما من التعارض مع مقتضى الأخرى.

فقول: إن الخبرة وسيلة قانونية تبعية لا أصلية، ذلك أن المشرع الأسري وإن عدها ضمن وسائل الإثبات في المادة: 158، إلا أنه جعلها دون بقية وسائل الإثبات قوة، لما علق الاستعانة بها على شرطين، نصت عليهما المادة: 153، هما: أن يدلي الزوج بدلائل قوية على دعواه، وأن يصدر بها حكم قضائي.

ومعنى هذا أنها وإن عدت من جملة وسائل الإثبات إلا أن شائبة الإجراءات فيها أقوى من شائبة الاستقلال بالإثبات.

- مناط العمل بالخبرة:

يلاحظ على مسلك المشرع الأسري في مجال النسب أنه نحا نحو تقييد العمل بالخبرة بنطاق النفي.

ذلك أنه في المادة: 151، توسع في إثبات النسب حين أجاز أن يكتفى فيه بالظن، بينما ضيق في الانتفاء، حين علقه على شرط صدور حكم قضائي به.

وهنا أيضا مثار إشكال في تصور مفهوم الخبرة، ومناطق أعمالها كذلك.

فإذا كانت الخبرة التي عناها المشرع هي البصمة الوراثية-ولا يمكن أن يقصد القيافة لكونها متجاوزة- فإن في إناطة ثبوت النسب بالظن إيماءً إلى عدم اعتماد الخبرة في ذلك؛ إذ هي قطعية²⁵.

والقواعد الشرعية تقضي بأن "القطعي لا مجال للنظر فيه بعد وضوح الحق في النفي والإثبات"²⁶، فلا يبقى اعتبار بالظن إذا وُجد القطع.

وقد صرح السرخسي الحنفي بقصر مناط ثبوت النسب على حالة استحالة معرفة حقيقة من انخلق الولد من مائه²⁷، مما يعني أنه لو وُجدت البصمة الجينية في زمن الواقعة لما تأخر النبي صلى الله عليه وسلم عن أعمالها والأخذ بها في فض النزاع.

ويبدو أن المشرع قد لحظ هذا الملحظ فعمد إلى تداركه لما نص في المادة: 158 على أنه "يثبت النسب بالفراش.... وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة الطبية".

لكنّ في صياغة هذه المادة نظراً؛ لما فيها من تكرار بعض أسباب النسب المذكورة في المادة: 152 قبلها، ومن خلط بين الأسباب ووسائل الإثبات²⁸، وهنا أيضاً مثار الإشكال المذكور أعلاه في الطبيعة القانونية للخبرة.

فكان الأولى أن تفرد هذه المادة بتقرير الوسائل المقررة شرعاً لإثبات النسب، كما أفردت المادة: 152 بتقرير الأسباب التي يثبت بها النسب ابتداءً، دفعا لتوهم اعتبار الخبرة سبباً يثبت به النسب استقلاً، كما أن الأولى أن تعدل صيغة المادة: 152 بما لا يفهم منه قصر أعمال الخبرة على حالة النفي دون حالة الإثبات.

وفي ضوء قراءة المواد: 153-155-156-158 يمكن أن نستخلص ضوابط لإعمال الخبرة الطبية في مجال النسب.

ذلك أنه يلاحظ أن هذه المواد الأربعة متعلقة بحالات التنازع في نسب الحمل أو المولود نتيجة تنكر الزوج أو الخاطب له، أو الاشتباه فيه بسبب الاتهام بالزنى أو الوطء بشبهة، أو في حالات اختلاط المواليد في مستشفيات الولادة، وفي ذلك يقول الأستاذ عبد السلام البوزيدي: إن "الخبرة الطبية لا يلتجأ إليها إلا في حالة النزاع، أو في حالة الإخلال بشروط الفراش، أو نكاح الشبهة، أو تعذر معرفة من نسب إليه الولد"²⁹.

والمعنى المشترك بين هذه الحالات هو قيامُ الشبهة، فيمكن اعتباره مناط الأخذ بالخبرة الطبية فيها.

على أن الشبهة في هذه الحالات تتصور على نحوين:

- أن تكون ناتجة عن تكافؤ دعويين في حالات تنازع رجلين في ولد مجهول النسب، فيدعيه كل منهما لنفسه، من غير دليل له على صحة ادعائه، فلا مناص في هذه الحالات من الالتجاء إلى الخبرة، لنقوم مقام الحكم الفصل لتقضي بالترجيح³⁰.
- أن تنشأ عن ملابسات محيطية بما أدلى به مدعي ثبوت النسب من بقية وسائل الإثبات كشهادة الشهود أو اللفيف مثلاً، فيتمسك المنازع المعترض بتلك الملابسات مطالباً بإجراء خبرة طبية، فلا يكون أمام القضاء إلا إصدار حكم بذلك، واعتماد ما ستسفر عنه تلك الخبرة من نتيجة النفي أو الإثبات.

والأصل في تفصيل هذه الحالات هو التكييف الفقهي مع ما ذهب إليه الفقهاء من العمل بمقتضى القيافة في مثيلاتها، قال الإمام القرافي: "القيافة إنما تكون من حيث يستوي الفراشان"³¹، ونص الباجي على أن الشبه الذي هو أصل مشروعية القيافة يرجح به عند تساوي الأسباب المثبتة للنسب³²

المبحث الثاني: الخبرة في الاجتهاد القضائي بين رقابة النقض وضوابط التوظيف:

تقدمت الإشارة إلى أن من عوائق التوسع في الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة تمسك المشرع بمقرر الأحكام الفقهية خاصة في نطاق المذهب المالكي، كما سبق الإلماع إلى ما يثيره ذلك من إشكالات نظرية طرحت تساؤلاً عن مدى حرص التشريع الأسري على تحقيق قيم العدل والمساواة في كثير مما نص عليه في مواده من أحكام. لكن التنزيل العملي لهذه الأحكام هو أجلى مظهر لمدى ذلك الحرص؛ لانطلاقه من وقائع مادية مشخصة، تترجم مدى نجاعة التشريع في صون الحقوق وحمايتها، وتمكين أهلها منها.

وإذا كان الاجتهاد القضائي في قضايا النسب يسعى في كثير من الأحيان إلى التحليق في آفاق تلك القيم السامية التي يراد من التشريع أن يحققها، تأسيساً لعمل قضائي مكمل للتشريع، فإن هذا الاجتهاد يبقى معرضاً لمقص الشذيب من قبل محاكم الموضوع من الدرجة الثانية، ممثلة في غرفة الأحوال الشخصية والميراث بمحاكم الاستئناف أو لمقصلة النقض، حينما يحال على محكمة القانون ممثلة في محكمة النقض.

ويبدو أن ذلك أهم عائق عملي يحول دون تحقيق الاجتهاد القضائي لدوره في التوفيق بين مقاصد التشريع ومتطلبات الواقع، تأميناً لمواكبة التشريع لتطورات الحياة الاجتماعية من خلال تطبيق القواعد بروح جديدة.

وفيما يلي عرض وتحليل لنماذج من الاجتهادات القضائية في مجال الأخذ بالخبرة الطبية في قضايا النسب، يتجلى في زمرة منها بوضوح ما غلب عليها من نزعة مصلحة حقوقية تحاول بها القصد إلى الأخذ بروح التشريع، وما تقابل به تلك الاجتهادات من قرارات النقض كلما لوحظ فيها ما يخالف النظام العام، كما تتبين في

زمرة أخرى معالم ما تحاول محكمة النقض التأسيس له من عمل قضائي عبر ممارستها رقابتها القانونية على الاجتهادات القضائية.

المطلب الأول: رقابة النقض على أعمال الخبرة في الاجتهاد القضائي:

ظل الاجتهاد القضائي عقوداً من الزمن فيما قبل صدور "مدونة الأسرة" يستبعد الخبرة الطبية عن مجال النسب، نظراً لكونها غير معدودة من وسائل الإثبات، وإن كانت صيغة الفصل: 91 من مدونة الأحوال الشخصية تحتل أن تشملها بعمومها.

من ذلك ما ورد في قرار للمجلس الأعلى من التصريح بأنه إنما "يلتجأ للتحليل الطبي لمعرفة ما في الرحم أكلة هو أم حمل إذا بقيت الريبة في الحمل بعد انقضاء السنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة، ولا يلتجأ إلى هذه الوسيلة لنفي النسب"³³، وجاء في بعض قراراته ما يفيد وجوب التمسك بالوسائل التقليدية في قضايا النسب، وأنه لا يسوغ الاستغناء عنها بحال، ولو بالخبرة الطبية، فنص أحد القرارات على أنه "إذا كان الشرع والقانون يعتدان بأهل الخبرة من الأطباء في عدة مسائل، فإنهما لم يعتدا برأيهما فيما يرجع لنفي النسب استناداً إلى عدم قابلية الزوج للإخصاب ما دام في وسعه نفي النسب عن طريق اللعان"³⁴.

ولا تزال محكمة النقض تسير في هذا الاتجاه؛ إذ قالت في قرار لها رفضت بموجبه إجراء خبرة قضائية لتعزيز طلب الرجوع في الإقرار: "الثابت من القرار المطعون فيه أن الطالب سبق وأن أقر ببنوة الابن المذكور، وأنه لم يطعن في تاريخ ازدياده أثناء قيام العلاقة الزوجية بين الطرفين، ومعلوم فقها أن المستند في نسبه لوالده إلى فراش الزوجية أو إقرار الوالد لا ينتفي نسبه عن هذا الوالد بادعاء العم المكتشف حديثاً بزعمه، وإنما لا بد من سلوك مسطرة اللعان بشروطها الشرعية"³⁵.

ويلاحظ على هذا الاتجاه إهماله ما تقرر فقها من أن اللعان -وهو الوسيلة الشرعية التقليدية لنفي النسب- قد جرى العمل على إيقاف العمل به منذ القرن الرابع الهجري، حتى حكى صاحب الصلة أن آخر لعان وقع في الإسلام لعان الفقيه ابن الهندي ت: 399هـ زوجته سنة: 388هـ بقرطبة³⁶، وحتى نص الزقاق في لاميته على أن وقف العمل به جرى عليه عمل فاس.

وإذا كانت حكمة اللعان أن يعصم الزوجان من الحد، فيبدو أنه لا وجه للأخذ به وقد أوقف العمل بالحدود؛ إذ لا يسوغ أن يفصل عن آثاره.

ومن جهة أخرى يتعين -فيما نرى- أن يُصار إلى القول بثبوت النسب مع اللعان؛ إذ ليس القول بانقضاء محل اتفاق بين الفقهاء، وقد قال النووي: "فأما نفي الولد فإن غلب على ظنه أنه ليس منه نفاه، وإن غلب على ظنه أنه منه لم يجز نفيه"³⁷.

فجعل غلبة الظن أساساً في الإلحاق بعد اللعان، ومن باب أولى أن تتخذ الخبرة لقطعيتها أساساً في ذلك؛ لانباء الأنساب على الإلحاق، وتشوف الشريعة إلى لحوق الأنساب.

ومما يتجلى فيه حرص محكمة النقض على موافقة مقرر الأحكام الفقهية في باب النسب، عدم تجويزها للإقرار بنسب مولود على غير فراش، وهو نفسه ما كان عليه المجلس الأعلى في ظل أحكام مدونة الأحوال الشخصية، ففي قرار له بتاريخ: 30 مارس 1983، أن: "البنات لا تلحق بنسب أبيها المدعى عليه ولو أقر ببنوتها وكانت من مائه؛ لأنها بنت الزنا لا يصح الإقرار ببنوتها"³⁸.

وفي قرار لمحكمة النقض: أن "الإقرار بالاتصال الجنسي بين الطرفين قبل إبرام عقد الزواج الناتج عنه ازدياداً مولود في أدنى مدة الحمل الشرعي لا يوجب أثراً؛ لأن الولد يثبت نسبه الشرعي لواده إذا وُلد على الفراش الصحيح أو ما يلحق به، لا يثبت بعلاقة فساد"³⁹.

وهذا المسلك وإن كان هو الغالب على الفقهاء يرد عليه ما تقدم من الملاحظ على مفهوم النسب في المبحث الأول من هذا البحث؛ إذ هو مبني على التفرقة الاصطلاحية بين مفهومي: "البنوة" و"النسب"، وهي فيما محل نظر؛ لما ذكر من أنها ليست محل اتفاق بين الفقهاء.

فكان الأولى تشجيع الاجتهاد القضائي على الانفتاح على مختلف الآراء الفقهية، ما دامت فيها إمكانات لتوسيع نطاق النسب، سعياً إلى تمتيع الطفولة من حقها الفطري في الرعاية الاجتماعية والمادية، وصوناً لها من التشرذم والضياع.

ومن النماذج الواضحة التي تتجلى فيها النزعة المحافظة لمحكمة الدرجة الثانية ممثلة في غرف الأحوال الشخصية إلغاء محكمة الاستئناف بطنجة الحكم الصادر عن قسم قضاء الأسرة لدى ابتدائية نفس المدينة، والذي أثار جدلا لدى الرأي العام، والقاضي بثبوت البنوة للمدعى عليه، وبأداء تعويض قدره: 100000 درهم اعتمادا على تقرير الخبرة الجينية المنجز من طرف مختبر الشرطة العلمية، ومما جاء فيه: "حيث خلص تقرير الخبرة إلى وجود علاقة بنوة بيولوجية بين الطفلة (...). ووالدها المدعى عليه، وحيث تبعا للعلل التي تم بسطها تكون رابطة البنوة... ثابتة في النازلة"⁴⁰، فاعتبر القرار الاستئنافي ألقية لهذا التقرير في الدعوى بعدما: "ثبت أن العلاقة بين الطرفين كانت علاقة فساد (زنا) فإنه من المعلوم فقها وقانونا أن ابن الزنا لا يلحق بالفاعل ولو ثبت بيولوجيا أنه تخلق من نطفته؛ لأن هاته الأخيرة لا يترتب عنها أثر يذكر، ولا يحتاج إلى إثباتها، ويكون الحكم المطعون فيه لما قضى بثبوت بنوة البنت (...). للطاعن؛ للعلل الواردة به غير مرتكز على أساس"⁴¹.

والملاحظ أن هذا الحكم أنبنى على أساس التفرقة بين البنوة والنسب، وهي النظرة التي تبنتها مدونة الأسرة واستمدتها من الفقه، كما لا يبدو من نص الحكم الملغى أنه قضى بشرعية الرابطة بين الطفلة ووالدها البيولوجي؛ إذ نص على أنها علاقة "بنوة بيولوجية" لا "نسب شرعي".

وهو في تقديرنا اجتهاداً قضائياً وإن قُضي عليه بالإلغاء، فقد رام التأسيس لعمل قضائي، يبحث عن محامل اجتهادية تضمن تحقيق قيم العدل والأنصاف لفئة المواليذ على غير فراش، والمساواة في تحمل المسؤولية عن الخطأ وعن نتيجته بالنسبة للأبوين.

يتبين من هذه النماذج إذن أن لمحكمة النقض توجهها معيناً نحو نموذج لعمل قضائي رأت هذه الاجتهادات القضائية وغيرها متقاصرة عن مستوى ذلك العمل الذي تستشرفه وتتطلع إليه، ويمكن أن نقف على مجمل معالمه من خلال التأمل في بعض القرارات، فلنفرذ ذلك بمطلب نجعله مسك ختام هذا البحث.

المطلب الثاني: معالم العمل القضائي المنشود في ضوء قرارات محكمة النقض:

يستفاد مما تقدم إيراده من نماذج قرارات محكمة النقض أن لها تصوراً خاصاً لمعالم الاجتهادات القضائية الممكن اعتبارها أسساً لعمل قضائي مكمل للتشريع في مادة النسب، ومن شأن الوقوف عليها معرفة الأسباب التي من أجلها تنقض الأحكام مع ما يرى فيها من موافقة روح التشريع الأسري ومقاصده في هذه المادة، خاصة منها ما نحا منحى التوسع في أعمال الخبرة وسيلة لإثبات النسب.

هذه المعالم يمكن استخلاصها من جملة من القرارات القضائية المشار إليها فيها نصاً أو استنباطاً، ويسعنا أن نعرضها منظمة في ضوابط على النحو الآتي:

أولاً: انعدام الحسم في النزاع فقهاً وقانوناً:

هذا الضابط معناه أنه لا مجال لمخالفة الأحكام القضائية لما استقر الأخذ به من مقررات الأحكام، من ذلك مثلاً ما ورد في أحد القرارات من التنبيه على وجوب الاكتفاء في تحقق شرط الفراش أن تأتي الزوجة بالولد لأقل مدة الحمل بعد العقد، أو داخل أجل سنة بعد الطلاق أو الوفاة، وأن ذلك يغني عن إجراء الخبرة الطبية، يقول القرار: "فما دام حمل الزوجة قد وقع أثناء فترة عقد الزواج وأمكن الاتصال وازداد الولد أثناء المدة المعتبرة شرعاً، فإن المحكمة لم تكن في حاجة إلى إجراء أي تحليل طبي؛ لأن حل النزاع محسوم فقهاً وقانوناً"⁴².

ومن ذلك أيضاً تأييد محكمة النقض حكم محكمة بعدم سماع دعوى ثبوت النسب وطلب إجراء خبرة طبية بشأنه، في حالة مولود لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد؛ وذلك أخذاً بالمقرر فقهاً من أنه لا يثبت نسب الولد بفراش الزوجية في هذه الحالة، كما نصت عليه المادة: 154 من مدونة الأسرة، فقد جاء في قرار لها أن "البين من أوراق الملف أن الطالبة وضعت حملها لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد، فإن المحكمة لما اعتبرت الولد "بدر" غير لاحق بنسب المطلوب في النقض الذي ينفيه عنه تكون قد طبقت المادة المحتج بها، ولم تكن في حاجة إلى إجراء خبرة طبية في هذا الشأن"⁴³.

ثانيا: ضابط انتفاء معارضة قاعدة: "لا يجتمع حد ونسب":

هذا الضابط يضمن سلامة الأحكام القضائية من التناقض، ذلك أن لها آثاراً تتعلق بها، ولا يجوز تأخرها عنها.

ومعنى قاعدة: "لا يجتمع حد ونسب" أن العلاقة الجنسية الخارجة عن مؤسسة الزواج مجرّمة في الشرع، موجبة العقوبة الحدية، وكل ما وجبت فيه عقوبة حدية امتنع فيه ثبوت النسب.

ولأجل هذا اعتبرت محكمة النقض المصرية أن: "السفاح لا ينتج نسبا؛ لأن الولد للفراس وللعاهر الحجر، والخبرة على الزمر الدموية لطرفي الدعوى والولد لا تصلح دليلا لإثبات النسب ولا نفيه مهما كانت النتيجة التي انتهت إليها ولو جاءت بصيغة الجرم"⁴⁴.

والأحكام الجنحية قائمة مقام الحدود الشرعية؛ فذلك قيد اللجوء إلى الخبرة الطبية في إثبات النسب بقيد انتفاء إدانة أطراف العلاقة بجنحة الفساد، وذلك ما يشير إليه قرار لمحكمة النقض تقول فيه: "الأحكام الزجرية لها حجيتها أمام القضاء المدني إذا أصبحت نهائية"⁴⁵، وفي قرار آخر: "إن المحكمة لما قضت برفض طلب ثبوت النسب بعلّة أن العلاقة التي جمعت بين الطرفين غير شرعية، حسب القرار الجنحي الاستثنائي الذي أدانها من أجل جنحة الفساد، تكون قد طبقت الفقه المعمول به الذي بمقتضاه لا يمكن الجمع بين حد ونسب"⁴⁶.

ثالثاً: ضابط مراعاة مراتب أسباب النسب:

ومعنى ذلك أنه لا يجوز إعمال الخبرة بعد استقرار الأنساب بموجب قيام أسبابها؛ إذ لا مصلحة في الطعن فيها ولو بما يمكن أن تسفر عنه الخبرة الجينية من نتائج قطعية؛ ولذلك رفضت محكمة النقض طلب نقض قرار استثنائي منع من إجراء خبرة قضائية لتعزيز طلب الرجوع في الإقرار، وجاء في قرارها: "الثابت من القرار المطعون فيه أن الطالب سبق وأن أقر ببنوة الابن المذكور، وأنه لم يطعن في تاريخ ازدياده أثناء قيام العلاقة الزوجية بين الطرفين، ومعلوم فقها أن المستند في نسبه لوالده إلى فراس الزوجية أو إقرار الوالد لا ينتفي نسبه عن هذا الوالد بادعاء العم المكتشف حديثاً

بزعمه، وإنما لا بد من سلوك مسطرة اللعان بشروطها الشرعية، والمحكمة لما ردت على الدفع بنفي النسب بعلّة الإقرار المشار إليه، والذي يعتبر وحده ملزماً للطالب وحاسماً للنزاع، فإنها تكون استبعدت ضمناً طلب إجراء خبرة لعدم جدواه في مثل هذه النازلة⁴⁷.

فلانعدام الضوابط المذكورة سابقاً خاصة منها ضابط مراعاة مراتب الأسباب قوبل طلب النقض بالرفض في هذا القرار.

رابعاً: ضابط النظر في مآل أعمال الخبرة والأخذ بنتائجها.

ومعناه أنه لا ينبغي الحكم بإجراء الخبرة إلا بعد تقدير ما تستفر عنه من نتائج الثبوت أو الانتفاء، وما يتوقع ترتبه على ذلك من المصلحة الفضلى للطفل خاصة.

من ذلك مثلاً: حكم المحكمة الابتدائية ببركان في دعوى التماس مدعية الحكم بلحوق نسب طفلة بأبيها المدعى عليه استناداً إلى إقراره ببنتها، الوارد بمحضر الضابطة القضائية، خلافاً لما أصبح يتمسك به - بعد سبق ذلك الإقرار منه - من أن البنت نتجت عن علاقة غير شرعية، فقررت المحكمة اللجوء إلى خبرة طبية وجاء في حيثياتها: "حيث إن الخبرة الطبية المنجزة من طرف مختبر الشرطة العلمية أثبتت بنوة الطفلة .. للمدعى عليه.

وحيث إنه - والحال ما ذكر - فإنه يتعين الاستجابة لطلب المدعية والحكم بثبوت نسب الطفلة "رجاء" لنسب المدعى عليه"⁴⁸.

ففرى أن هذا الحكم قد تأسس على أساس صحيح من أعمال قرينة أكدتها وسيلة إثبات قطعية، هذه القرينة هي إقرار المدعى عليه بنسب المولودة، الذي هو مثبت بمحضر الضابطة القضائية، وهي قرينة تضعف إذا ما نُظر إلى سياق ورودها، وهو سياق الاستماع عليه حال المواجهة بتهمة الفساد، مما يقوي الشك في أن الغاية من إقراره إنما هي دفع التهمة عن نفسه لئلا يتابع بجنحة الفساد، لكنه لما تراجع عن إقراره أمام قضاء الأسرة، قوي الظن في أنه كان يقصد إلى التخلص من مسؤوليته عن الطفلة والواقعة التي نتجت عنها.

ولما كان التشوف للحوق الأنساب أصلاً، فُدم مقتضى ذلك على مقتضى قرار محكمة النقض بأن التصريحات الواردة أمام الضابطة القضائية لا حجية لها أمام القضاء المدني؛ لعدم التنصيص عليها ضمن وسائل الإثبات الواردة في الفصل: 404 من قانون الالتزامات والعقود⁴⁹.

وتأكيداً لذلك تم تصحيح الإقرار، والاحتكام إلى الخبرة الطبية التي أكدت صدق مقتضاه، وهو ثبوت نسب الطفلة من المدعى عليه.

وفي هذا الحكم إعمال لقواعد فقهية مبنية على أصل اعتبار المآل، كقاعدة المعاملة بنقيض المقصود الفاسد، التي تقضي بتحميل الأب ما توسل إلى التملص منه من مسؤوليته عن الطفلة بالتراجع عن الإقرار، وهو ما أكدته الخبرة الطبية التي أثبتت مناط تحمل تلك المسؤولية وهو ثبوت النسب.

فهذه جملة من الضوابط المستقرأة من مُثُلٍ منتقاة من القرارات القضائية الصادرة عن أعلى سلطة قضائية في مؤسسات النظام القضائي المغربي، وردت مورد التنبيه على أن هناك من القواعد غير المدونة في التشريع الأسري ما تقتضيه روح ذلك التشريع⁵⁰.

وعلى البحث العلمي الجاد المعول في مواكبة حركة الاجتهاد القضائي وما تمارسه محكمة النقض من سلطة الرقابة عليه، في استكمال بناء ذلكم العمل الذي تتضافر على تأسيسه جهود القضاء الأسري بنوعي مؤسساته، أعني: محاكم الموضوع ومحاكم القانون، بما يستجيب لمستجد التطورات الاجتماعية، ضماناً لاستقرار التشريع واستمراره.

خاتمة:

تحصلت مما تقدم جملة من النتائج نعرضها كما يأتي:

- 1- أن جملة من الأحكام الفقهية المتعلقة بجوانب إجرائية في مجال النسب ينبغي الاجتهاد في تكييفها مع مستجدات الوسائل التي يسفر عنها البحث العلمي المتطور.

2- أن التشريع الأسري بانفتاحه على الخبرة الطبية وسيلة للإثبات في مجال النسب، قد استجاب لمستجدات احتياجات الحياة الاجتماعية المعاصرة، التي صارت أعقد مما كانت عليه فيما مضى.

3- أن الخبرة الطبية إذا كانت قطعية في نتائجها فإن ذلك يقتضي إيلاءها ما تستحقه من الأولوية على ما سواها من الوسائل التقليدية في الإثبات؛ لما يتحقق بها من الاستجابة لتشوف الشارع إلى لحوق الأنساب من جهة، وللمطالب الحقوقية التي تروم تمتيع كل طفل بحقه في الاعتراف الاجتماعي والرعاية المادية.

4- أنه لما كانت الخبرة ربما آل أمر التوسع في أعمالها بحالات نص عليها، وهي حالات تطرق الالتباس إلى الأنساب، فجعلها وسيلة إثبات "تبعية"، كما حرص كذلك على تقييد سلطة القضاء في السماح باللجوء إليها؛ لما يترتب على ترك ذلك التقييد والتضييق من مفسد تربو على ما يمكن أن يتحقق بها من فوائد.

5- أن الاجتهاد القضائي ينبغي أن يفتح على الثروة الفقهية الضخمة التي تضمنتها مصادر المذاهب الفقهية، وأن يحرص على انتقاء ما يستجيب منها لمتجدد أحوال المجتمع.

6- أنه إذا كان الاجتهاد القضائي مظهر نجاعة الأحكام في تحقيق مقاصد التشريع فإن في ممارسة محكمة النقض لرقابتها عليه ما يتم به ترشيد مختلف ما يصدر عن محاكم الموضوع من أحكام، كما أنها مصدر يُتشوف منه إلى التأسيس لعمل قضائي مبني على الجمع بين مقررات الأحكام الممثلة للنظام العام، ومتطلبات الوقائع المستجدة، من شأنه أن يضمن لثوابت التشريع خاصية الاستمرار والملاءمة لمتغيرات الأحوال.

وبالله التوفيق

5. المراجع

المراجع

1. الإثبات وسلطة القاضي في الميدان المدني، دراسة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، سعيد الكوكبي، دار القلم، 2005م.
2. أحكام القرآن، أبو بكر ابن العربي المعافري، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الفكر.
3. إشكالية الخبرة الطبية في إثبات النسب أو نفيه، ندوة مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق: الحصيلة والمعوقات، أشغال اللجنة الدولية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة، يومي: 15-16 مارس 2007م، بكلية الحقوق بوجدة، ط: 2008/1م.
4. إيثار الإنصاف، في آثار الخلاف، يوسف بن قزأوغلي بن عبد الله شمس الدين سبط ابن الجوزي، تحقيق: ناصر العلي الناصر الخلفي، دار السلام-القاهرة، ط: 1408/1هـ.
5. البهجة في شرح التحفة، أبو الحسن التسولي، دار الكتب العلمية.
6. التحرير والتنوير، الطاهر بن عاشور، دار سحنون-تونس.
7. تفسير القرآن العظيم، الحافظ ابن كثير، دار إحياء التراث العربي-بيروت.
8. توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، عثمان التوزري الزبيدي، المطبعة التونسية، ط: 1339/1هـ.
9. الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله القرطبي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط: 1427/1هـ-2006م.
10. دور الخبرة الطبية في دعوى النسب: الضوابط الموضوعية والمسطرية، د. محمد التازي، دار نشر المعرفة-الرباط، 2019م.
11. روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكرياء محيي الدين النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي-بيروت-دمشق-عمان، ط: 1412/3هـ-1991م.

12. زاد المعاد في هدي خير العباد، ابن قيم الجوزية، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط: 1998/3م.
13. السلطات الولائية في القضاء وطرق الطعن بقراراتها، محمد زكي شمس، دار الحكمة للطباعة والنشر.
14. شرح مدونة الأسرة، محمد الكشور، مطبعة النجاح الجديدة-البيضاء، ط: 1427/1ه-2006م.
15. الصلة، ابن بشكوال، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب المصري-القاهرة، ودار الكتاب اللبناني-بيروت، ط: 1410/1ه-1989م.
16. ضوابط الأسرة وحقوقها على ضوء مدونة الأسرة والتشريع الإسلامي والعمل القضائي، ذ. عبد العزيز هدوي، المطبعة والوراقة الوطنية-مراكش، ط: 2017/1م.
17. الفروق، أبو العباس القرافي، عالم الكتب.
18. قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو بمجموع الغرف، إدريس بلمحجوب، مطبعة الأمنية-الرباط، ط: 2007/2.
19. قرارات مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات ، القرار السابع، من الدورة السادسة عشرة، ط: 2.
20. المبسوط، شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة-بيروت، 1414هـ-1993م.
21. مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، محمد بفقير، منشورات دراسات قضائية، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، 2006م.
22. المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد الباجي، مطبعة السعادة-مصر، ط: 1332/1هـ.
23. الموافقات في أصول الشريعة، أبو إسحاق الشاطبي، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط: 1417/1هـ-1997م.
24. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية-الكويت، ط: 1404ه إلى 1427هـ.

25. موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية، العلامة الدكتور محمد التاويل، منشورات البشير بنعطية-فاس، ط: 1440/1هـ-2019م.
26. الولد للفراش، في فقه النوازل والاجتهاد القضائي المغربي، د. عبد السلام الرفعي، أفريقيا الشرق-المغرب.

- 1-سورة الأحزاب، الآية: 5.
- 2-سورة الأحزاب، الآية: 5.
- 3-سورة الأحزاب، الآية: 5.
- 4- الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، دار سحنون-تونس، 261/21.
- 5- الحافظ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 466/3.
- 6- أبو بكر ابن العربي المعافري، أحكام القرآن، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الفكر، 1426/3.
- 7-أخرجه الإمام مسلم من حديث أبي هريرة، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، رقم الحديث: 2737.
- 8- السرخسي، المبسوط، دار المعرفة-بيروت، (1414هـ-1993م)، 70/17.
- 9- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط: 3 (1998م) ، 381/5.
- 10- سورة النساء، الآية: 23.
- 11- ابن العربي، أحكام القرآن، 1426/3، والمسألة مسألة خلاف مذهبي؛ لأن ابن العربي من أعلام "محدثي المالكية" فسار على منهجهم في المسألة، وبينهم وبين "أهل الفقه" خلاف، ومن أهل الفقه عبد الرحمن ابن القاسم العتقي، وقد روى في هذه المسألة خلاف ما نقل ابن العربي، وروايته هي المشهورة؛ قال القرطبي: "لا تحل أم المزني بها، ولا بناتها، لأباء الزاني ولا لأولاده، وهي رواية ابن القاسم في المدونة" انظر: الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله القرطبي، تحقيق: عبد الله

- بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط: 1/1427هـ-2006م، ج: 189/6-192، وقال التوزري: "يحرم على التأبيد خمسة أنواع: النوع الأول: المقاربة، وهي السبع الوارد فيها نص الكتاب العزيز في قول الله عز وجل: (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم...) إلى آخر الآية، وهي: أصول الرجل وفصوله وفصول أو أصوله، وأول كل فصل من كل أصل وإن علا، فالأصول الأمهات وإن علون، والفصول: البنات وإن سفلن لابن أو بنت، والمنفية بلعان، والمخلوقة من ماء الزنى على المشهور"، انظر: التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، المطبعة التونسية، ط: 1(1339هـ)، 2/15.
- 12- سبط ابن الجوزي، إنبار الإنصاف، في آثار الخلاف، تحقيق: ناصر العلي الناصر الخلفي، دار السلام-القاهرة، ط: 1، (1408هـ)، 107، وانظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية-الكويت، 8/214.
- 13- سورة النساء، الآية : 22.
- 14- ذ. عبد العزيز هديوي، ضوابط الأسرة وحقوقها على ضوء مدونة الأسرة والتشريع الإسلامي والعمل القضائي، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط: 1 (2017م)، 186.
- 15- ذ. عبد العزيز هديوي، ضوابط الأسرة وحقوقها على ضوء مدونة الأسرة والتشريع الإسلامي والعمل القضائي، 171.
- 16- نص الفصل 91 من مدونة الأحوال الشخصية على أنه: "يعتمد القاضي في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب".
- 17- الدكتور محمد التاويل، موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية، منشورات البشير بنعطية-فاس، ط: 1(1440هـ-2019م)، 33.
- 18- المرجع نفسه ص: 58.

- 19- د. محمد التازي، دور الخبرة الطبية في دعوى النسب: الضوابط الموضوعية والمسטרية، دار نشر المعرفة-الرباط، (2019م)، 16.
- 20- خصص قانون المسطرة المدنية المغربي الفرع الثاني من الباب الثالث الخاص بإجراءات التحقيق للخبرة، فنص على مختلف جوانبها الإجرائية في ثمانية فصول، بدءاً بالفصل: 59، وانتهاءً بالفصل: 66.
- 21- سعيد الكوكبي، الإثبات وسلطة القاضي في الميدان المدني، دراسة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار القلم، (2005م)، 163.
- 22- قرار عدد: 352، المؤرخ ب: 2004/05/29، الملف المدني عدد: 02/2373، منشور بمجلة المعيار، عدد: 41، ص: 245.
- 23- قرار عدد: 352، المؤرخ ب: 2004/01/29، الملف المدني عدد: 02/2373 منشور بمجلة المعيار، عدد: 31، ص: 230.
- 24- أبو الحسن التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 181/1.
- 25- ورد في قرار لمجمع الفقه الإسلامي الدولي بمكة المكرمة أن: "نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين، أو نفيهم عنهم... فهي أقوى بكثير من القيافة العادية التي هي إثبات النسب بوجه الشبه الجسماني بين الأصل والفرع، وأن الخطأ في البصمة الوراثية ليس وارداً من حيث هي، وإنما الخطأ في الجهد البشري، أو عوامل التلوث ونحو ذلك"، انظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات: من الأولى إلى السابعة عشرة، القرار السابع، من الدورة السادسة عشرة، ط: 2، ص: 343.
- 26- أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط: 1/1417هـ-1997م، ج: 5/115.
- 27- السرخسي، المبسوط، 70/17.

- 28- "والحق أن الإقرار والشبهة وسيلتان لا سببان، والفرأشُ وحده هو السبب" انظر :
د. عبد السلام الرفعي، الولد للفرأش، في فقه النوازل والاجتهاد القضائي المغربي،
أفريقيا الشرق-المغرب، ص: 52.
- 29- إشكالية الخبرة الطبية في إثبات النسب أو نفيه، ندوة مدونة الأسرة بعد ثلاث
سنوات من التطبيق: الحصيلة والمعوقات، أشغال اللجنة الدولية المنظمة من طرف
مجموعة البحث في القانون والأسرة، يومي: 15-16 مارس 2007م، بكلية
الحقوق بوجدة، ط: 2008/1م، ص: 196.
- 30- محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة-البيضاء، ط:
1(1427ه-2006م)، 318/2.
- 31- أبو العباس القرافي، الفروق، عالم الكتب: 102/4.
- 32- أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة-مصر، ط:
1(1332ه-)، 10/6.
- 33- قرار عدد: 527، بتاريخ: 15/09/1981م، ملف جنائي عدد: 92299.
- 34- قرار عدد: 96، بتاريخ: 09/02/1982م.
- 35- قرار عدد: 492، بتاريخ: 26/10/2005، ملف شرعي عدد:
293/1/2/2005، قضاء المجلس الأعلى، عدد: 64-65، ص: 184-185.
- 36- ابن بشكوال، الصلة، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب المصري-القاهرة،
ودار الكتاب اللبناني-بيروت، ط: 1(1410ه-1989م)، 43/1.
- 37- أبو زكرياء محيي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير
الشاويش، المكتب الإسلامي-بيروت-دمشق-عمان، ط: 3(1412ه-1991م)،
331/8.
- 38- انظر: ذ. عبد العزيز توفيق، التعليق على مدونة الأحوال الشخصية، 96.
- 39- صدر بتاريخ: 10 ماي 2006م تحت عدد: 193.

- 40-الحكم الصادر بتاريخ: 2017/01/20م، في الملف عدد: 273 و246 و2017/1613/422، غير منشور.
- 41-قرار صادر بتاريخ: 2017/10/04 في الملف عدد: 273 و246 و2017/1613/422، غير منشور.
- 42- محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، (2006م)، 134-136.
- 43-ذكره إبراهيم بحماني، مرجع سابق، ص: 48.
- 44- محمد زكي شمس، السلطات الولائية في القضاء وطرق الطعن بقراراتها، دار الحكمة للطباعة والنشر، ط: 449.
- 45-قرار عدد: 571، بتاريخ: 2007/11/14، ملف شرعي عدد: 07/1/2/146.
- 46-قرار عدد: 167، بتاريخ: 2016/02/16، ملف شرعي عدد: 2015/1/2/712.
- 47-قرار عدد: 492، بتاريخ: 2005/10/26، ملف شرعي عدد: 2005/1/2/293، قضاء المجلس الأعلى، عدد: 64-65، ص: 184-185.
- 48-الحكم عدد: 2006/350، بتاريخ: 2006/04/13، ملف رقم: 04/271، قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية ببركان (غير منشور).
- 49-قرار عدد: 2223 الصادر بغرفتين بتاريخ: 8 نونبر 1989م، انظر: قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو بمجموع الغرف، إدريس بلحمجوب، مطبعة الأمنية-الرباط، ط: 2 (2007م)، 115/1 وما بعدها.
- 50- د. محمد التازي، دور الخبرة الطبية في دعوى النسب: الضوابط الموضوعية والمسطرية، دار نشر المعرفة-الرباط، (2019م)، 18.