جامعة العقيد آكلي محند أولحـــاج ـ البويرة

كليّة الحقوق والعلـوم السـياسية

قسم القانون الخاص

إشكاليات الانجاب خارج إطار عقد الزواج
على ضوء
التشريع والقضاء في الجزائر والمغرب

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالب

يعقوبي عبد الرزاق

تحت إشراف الأستاذة

صـونيا آيـت بن عمر

لجنة المناقشة

الأستاذ (ة): فؤاد غجاتي..... رئيسا

الأستاذ (ة): صونيا آيت بن عمر.....مشرفا ومقررا

الأستاذ (ة): فتيحة بشور..... ممتحنا

نوقشت بتاريخ 21جوان 2020

شكر وتقدير

الحمد والشّكر لله تعالى الذي أعانني على إنجاز هذا العمل و بارك لي في نعمة الوقت لإتمامه و تقديمه، ثمّ إنّ الواجب يفرض عليّ إسناد الشكر لأصحاب الفضل من أساتذتي المحترمين الذين كانوا على العهد في إتقان مهمّة التلقين والتدريس ، وأخصّ بالذكر أستاذتي المحترمة : آيت بن عمر صونيا التي تفضّلت بقبول الإشراف على مذكرتي ومتابعتها المستمرة لها منذ كانت فكرة إلى أن وفّقني الله عز وجلّ وتجسّدت في مذكرة ماستر جامعية.

كما أتوجه بالشكر إلى جميع الأساتذة الذين تشرفت بالدراسة عندهم و أخصّ بالذكر الأساتذة الكرام : غجاتي فؤاد ،ربيع زهيّة ،عثماني الحسين، ضريفي الصادق ، بن تونس زكرياء، ذياب جفال إلياس.

إهداء

أُهدي هذا العمل الى روح والدي رحمه الله ، وإلى والدتي شفاها الله وأطال في عمرها ،والى زوجتي وأبنائي : آدم ،ياسمين ،ومحمّد أيّوب.

وإلى كلّ زملاء الدفعة تخصص قانون الأسرة 2020/2018.

قائمة الرموز والمختصرات

م أ ج ..... المجلس الأعلى الجزائري

م أ م ..... المجلس الأعلى المغربي

م ع ج ..... المحكمة العليا الجزائرية

م ن م ..... محكمة النقض المغربية

غ أ ش م ..... غرفة الأحوال الشخصية والمواريث

غ ش أ م ..... غرفة شؤون الأسرة والمواريث

ج ر ..... الجريدة الرسمية

ط ..... الطبعة

د ط ..... دون طبعة

ج ..... الجزء

ص ..... الصفحة

بسْم اللَّه الرَّحْمن الرَّحيم

" ما جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَما جَعَلَ أَزْواجَكُمُ اللاَّئِي تُظاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهاتِكُمْ وَما جَعَلَ أَدْعِياءَكُمْ أَبْناءَكُمْ ذلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْواهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ (4) ادْعُوهُمْ لِآبائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آباءَهُمْ فَإِخْوانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُناحٌ فِيما أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلكِنْ ما تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا(5) "

[سورة الأحزاب: الآيات 4- 5]

مقدمة

لم تغفل الأنظمة القانونية المقارنة على وضع تشريعات تخص فئة : الأطفال مهما كان وضعهم ، لاسيما بعد أن أصبح تنظيم حقوق هذه الفئة محلّا للعديد من الاتفاقيات الدّولية على غرار اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لسنة 1989[1] التي لم تفرق عند تطرقها لمختلف الحقوق بين وضعيات الأطفال الاجتماعية ، وعلى خلاف ذلك تأخرت بعض من الدول ومنها : الجزائر والمغرب في معالجة حقوق هذه الفئة بالتكريس نصّا وعملا ، وفي إزالة التفرقة والتمييز بين الاعتراف المطلق بحقوق الطفل المولود في إطار علاقة الزواج من حق في النسب والجنسية وغيرهما ، وبين التردّد والترنح في الاعتراف بحقوق غيره من الأطفال المولودين خارج تلك العلاقة بسبب التوجّهات السياسيّة في الدّولتين وكذلك مرجعاتهما الفكريّة.

هذه المرجعيات الفكرية بوصف هذا الطفل بالولد غير الشرعي تعكس الرؤية السلبية له في نظر المجتمع والذي ميز عقليّات الأجداد التي تجزم بعدم تصور بقاء الطفل غير الشرعي مع والديه حفاظا على الشرف المزعوم و لا اعتراف هنا بأية حقوق للطفل الطبيعي[2]

ويأتي موضوع إشكاليات الإنجاب خارج إطار عقد الزواج كأحد المواضيع المسكوت عنها ؛ والتي شكّلت إلى وقت ليس بالبعيد طابوها لا يُمكن الخوضُ فيه ، لكن ومع انتشار العلاقات الجنسيّة خارج إطار هذا العقد مدفوعة بتأثير العولمة واختراق تكنولوجيا الإعلام لمجتمعاتنا وما نتج عنه من ازدياد معتبر في أعداد الأبناء المولودين من تلك العلاقات كان لابدّ من تصدي المشرّع في البلدين لهذه الظّاهرة والنّص على حماية حقوق هذه الفئة من

1- اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في: 20 نوفمبر 1989 وبدأ نفادها في: 02 سبتمبر 1990 حسب المادة 42 منها.

2- Yamina Houhou. **« La Kafala en Droit Algérien et ses effets en Droit Français »**. thèsede Doctorat spécialité droit prive droit de la famille . université de Pau et des Pays de l'Adour .France . soutenue le : 24/01/2014 .p 18.

الأبناء وعدم عقابهم بتصرفات آبائهم وأمهاتهم بما يتوافق ومصادر التشريع في النظامين (الجزائر والمغرب) ؛ وبما يُجسِّد تنفيذ التزامات البلدين اتِّجاه المجتمع الدُّولي اللَّذان انضمَّا وصادقا على اتفاقياته الدُّولية في مجال حقوق الإنسان بصفة عامة واتفاقيات حماية حقوق الأطفال بصفة خاصّة و اتفاقية الأمم المتحدة لحماية حقوق الطفل[1] بصفة أساسيّة .

وتكمن أهمية دراسة هذا الموضوع في إلقاء الضوء على تعامل المشرع في البلدين مع هذه الفئة الهشة من المجتمع ، و مدى توفيره للحماية الجادّة لها بتقرير نفس الحقوق المكفولة لغيرهم من الأطفال فيما يتعلق بمسائل النسب والبنوة ، و منح الجنسية وتسجيلهم في سجلات الحالة المدنية و منحهم الأسماء و الألقاب ، ويمكن حصر بعض الأهداف من تقديم هذا الموضوع فيما يلي:

أولا: إبراز أوجه الاتفاق والاختلاف في معاملة فئة الأطفال المولودين خارج إطار العلاقة الزوجية في النظامين: القانوني والقضائي في الجزائر والمغرب.

ثانيا: الوقوف على الجوانب التي تناولها أحد النظامين التشريعيين دون الآخر ومصادرها ، وإمكانية الاستفادة منها بإعمال الاجتهاد القضائي في النظام الآخر.

ثالثا: الجمع بين مسائل : النسب ، الحالة المدنية والجنسية للأطفال المولودين خارج إطار عقد الزواج ، ودراستها في إطار موضوع واحد لتكامل تلك المسائل ووجود نصوص قانونيّة عديدة تحكُمها ك:قانون أو مدونة الأسرة وقانون الحالة المدنية وقانون الجنسية وغيرها.

رابعا: تحديد مدى إعمال السلطة التقديرية للقضاة في قضايا نسب الأطفال المولودين خارج إطار عقد الزواج .

وقد لاقتني صعوبات جمّة في جمع المّادة العلمية لإنجاز هذا البحث ، من خلال نقص المراجع التي عالجت بشكل مقارن هذا الموضوع بين التشريعين الجزائري والمغربي من جهة

1- صادقت عليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم :92 . 462 المؤرخ في: 19 ديسمبر 1992 ، ج ر العدد 92 صادر بتاريخ :23ديسمبر 1992 ، وصادق عليها المغرب بتحفظ بموجب الظهير الشريف رقم : 34.493 المؤرخ في:14 جوان1993 ، المنشورة بموجب الظهير الشريف رقم : 363.93.1 المؤرخ في: 21 نوفمبر 1996 ، ج ر العدد 4440 صادر بتاريخ:19 ديسمبر 1996 .

و إلى اقتصار أغلب المراجع على تناول الموضوع بشكل مختلف كالاقتصار على تناول موضوع النسب دون الجنسية او نظام الحالة المدنية للأطفال المجهولين دون النسب وغيرها في نفس البلد أو دون إجراء المقارنة بين الأنظمة التّشريعية في هذا المجال من جهة أخرى وأخص بالذكر :

مذكرة نهاية تمرين للالتحاق بالعمل القضائي للطالبة المغربية : تورية عتو وعنوانها إشكاليات الحمل خارج مؤسسة الزواج تناولت فيها العناصر الثلاثة :النسب، الحالة المدنية و الجنسية لمجهول النسب في التشريع المغربي .

مذكرة لنيل شهادة الماجستير للطالب الجزائري : بلبشير يعقوب و عنوانها : حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية و قد تناول فيها مسألة نسب الابن غير الشرعي في الدول المغاربية الثلاثة الجزائر ، تونس والمغرب .

كما سجلت صعوبة أخرى عند محاولتي إسقاط جوانب الموضوع النظرية على الواقع القضائي العملي في الحصول على الأحكام و القرارات ذات الصّلة في البلدين فاكتفيت بذكر بعض منها الذي وقع في المتناول واستعملته في متن هذه المذكرة.

وحتى لا يتشعب البحث وأفقد معالمه المتمثلة في دراسة أحكام الإنجاب خارج إطار عقد الزواج أي الناتجة عن العلاقات الجنسية غير الشرعية ؛ كان لابدّ من استبعاد بعض المواضيع المشابهة له ، كأحكام الإنجاب في إطار عقود الزواج الباطلة أو الفاسدة أو الناتجة عن إلغاء النّسب للتبني وغيرها.

ولتناول هذا الموضوع بجميع حلقاته كان لزاما الإجابة على الاشكالية التالية:

هل أقرّ المشرع في البلدين (الجزائر والمغرب) بحماية خاصة لمسائل الحالة المدنية للأطفال المولودين خارج اطار العلاقة الزوجية ؟ وكيف تعامل القضاء مع تلك المسائل؟.

وقمت في سبيل الإجابة على هذه الإشكالية باعتماد على 4 مناهج اساسية في تناول الموضوع وهي :

المنهج التحليلي : وذلك بعرض الأدلة من النّصوص القانونيّة وتحليلها و ربطها بالجانب التطبيقي في العمل القضائي من خلال كذلك عرض الأحكام و القرارات القضائية للخروج بالنتائج ذات الصلة.

المنهج المقارن : من خلال عرض النصوص التشريعية والتطبيقات القضائية للمسائل المدروسة :(النسب ، الجنسية ، الهوية و التسجيل) في البلدين ، و اجراء المقارنات اللازمة داخل نفس النظام زمانيا او بين النظامين في البلدين ،و عرض النتائج المتوصّل إليها بما يخدم هدف البحث.

المنهج الوصفي: من خلال تعريف بعض المصطلحات القانونية وشرح محتوياتها.

المنهج الجدلي: من خلال مناقشة بعض الاتجاهات والآراء بذكر البرهان ونقيض البرهان بين تشريعي البلدين او بين أحكام القضاء.

وبما أنّني سأتقيّد بالمسائل الثلاثة أعلاه فقد ارتأيت تقسيم البحث الى فصلين أُعالج في الفصل الاول منه :الإشكاليات المقترنة بالمركز القانوني للحمل خارج إطار عقد الزواج وفيها مسألة نسب الحمل اثناء فترة الخطبة وأحكامه في التشريعين الجزائري و المغربي ومسألة نسب الحمل الناجم عن الاغتصاب والحمل الناتج عن الزنا ، وكيف تعامل القضاء في البلدين مع طلب اللجوء الى الخبرة لإثبات نسب تلك الفئات ، أمّا الفصل الثاني فأُعالج فيه إشكاليات الهوية المستقبلية للحمل المولود خارج العلاقة الزوجية، المتعلقة أساسا بمسألتي :تسمية الأبناء وتسجيلهم بسجلات الحالة المدنية ، و مدى منحهم للجنسية الأصلية في التشريعين المقارنين، مع بيان أوجه الاختلاف بينهما والنتائج المتوصل إليها في دراسة التعامل القانوني مع تلك الفئة في النظامين.

الفصل الأول

الإشكاليات المقترنة بالمركز القانوني للحمل خارج إطار عقد الزواج

كان من نتائج اعتماد المشرع الجزائري في تأسيس أحكام النسب على شرعية العلاقة بين الرّجل و المرأة إغفاله لتنظيم أحكام نسب الأبناء المتولدين من العلاقات خارج هذا الإطار في نصوص قانون الأسرة [1] ، على خلاف ذلك فقد تطرق المشرع المغربي في مدونة الأسرة[2] لأحكام النسب المتولد من العلاقات غير الشرعية وضبط مسألة إثبات نسب الحمل الناتج أثناء فترة الخطوبة بشروط وأمام إغفال المشرع الجزائري من جهة وتقييد المشرع المغربي لإثبات نسب تلك الفئة بقواعد و شروط كان لابدّ علينا من تقصّي تعامل الجهات القضائية في البلدين مع الحالات المعروضة عليها في هذا الصّدد استنادا إلى أحكام الفقه الإسلامي المالكي في إحالة مدونة الأسرة المغربية بنص المادة:400 منها و إلى أحكام الفقه الإسلامي بصفة عامّة في إحالة قانون الأسرة الجزائري بنص المادة :222 منه (المبحث الأول).

كما نعرض من خلال هذا الفصل أيضا إلى تعامل القضاء في البلدين مع دعاوى إثبات النسب المتولد عن العلاقات خارج أُطر الزواج ونفيه بواسطة اللجوء إلى الخبرة العلمية (المبحث الثاني).

1- قانون رقم 84 .11 مؤرخ في:09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة ،ج ر العدد 24 صادر بتاريخ: 12جوان 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في: 27 فبراير 2005 .

2 - قانون رقم 70.03 بتاريخ: 03 فيفري 2004 بمثابة مدونة الأسرة ، الصادر بشأن تنفيذه ظهير شريف رقم 22.04.1 بتاريخ : 03 فيفري 2004 ، ج ر العدد 5184 الصادر بتاريخ: 05 فيفري 2004 .

المبحث الأول

الإشكاليات المتعلقة بالنسب.

يعتبر النسب رابطة شرعيّة بامتياز ، يثبت من خلالها علاقة الأبناء بآبائهم ، قال تعالى :((وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا))[1] ، وذكر الإمام القرطبي في تفسير هذه الآية قول ابن العربي: أن النّسب عبارة عن خلط المّاء بين الذّكر والأنثى على وجه الشّرع فإن كان بمعصيّة كان خَلْقًا مُطْلَقًا ، ولم يكن نَسَبًا مُحَقّقًا[2]

ووجه الشّرع المتقدّم هو علاقة الزّواج وحدها دون غيرها والتّي يثبت بها نسب الابن إلى أبيه و أمّه معا ، أمّا النسب المُتَولِّدُ من العلاقات غير الشرعيَة فلم يعترف به المشرع الجزائري للأب ، لذلك رأى بعض الأساتذة[3] أنّ المشرّع هنا تبنّى معيارا تمييزيا ضدّ هذه الشريحة من الأطفال .

كما أن المشرع المغربي هو الآخر اعتبر النسب المتولّد في إطار العلاقة الزوجية هو الأساس[4]،وقيّد نسب الولد المولود أثناء فترة الخطبة وقبل الزواج لأبيه بقواعد وشروط طبقّها القضاء بصرامة (المطلب الأول)

1- سورة الفرقان الآية 54 .

2 - أبو عبدالله محمد إبن أحمد بن أبي بكر القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنّة وآيّ القرآن** ، تحقيق :عبدالله بن عبدالمحسن التركي ، ج15 ، ط1 ، مؤسسة الرسالة بيروت ،لبنان ، 2006 ، ص452.

3 - مليكة بريكة منادي ، **تنظيم قانون الأسرة للحقّ في النّسب بناء على معيار تمييزيّ**، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة ، العدد 12 ،جوان 2019 ، ص 192

4- محمد الكشبور ، **البنوّة والنّسب في مدوّنة الأسرة ، قراءة في المستجدّات البيولوجية ،دراسة قانونية وشرعية مقارنة** ، ط14، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة ، مراكش ، المملكة المغربية ، 2007 ، ص67.

وأمام التشدّد في موقف المشرع الجزائري النّابع من أهمية النسب نفسه ، وأمام وجود حالات خاصة أمام القضاء الجزائري ، اهتدى هذا الأخير إلى وضع حلول لها بإدخالها ضمن النسب المتولد عن زواج أو نكاح الشبهة والتوسع في المسألة ؛ كما هو الحال بالنسبة للاعتراف بنسب ابن المغتصبة والذي لاقى النّقد من جانب كبير من الأساتذة والفقهاء كما سنأتي على ذكرها فيما بعد(المطلب الثاني).

المطلب الأول

المركز القانوني للحمل الناتج أثناء فترة الخطبة.

اعتبر المشرع الجزائري الخطبة وعدا بالزواج وليست زواجا حتى و إن اقترنت بقراءة الفاتحة[1] ولم يتناول مسألة نسب الحمل الناتج أثناءها ، انطلاقا من اعتباره للخطبة مُجرّدَ وعدٍ بالزّواج ولا تَرْق إلى عقد الزواج ذاته لترتب نفس آثاره، (الفرع الأول) وهو الأمر الذي سارت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها.

جاء في احد قراراتها[2]"...من المقرر قانونا أن الخطبة هي وعد بالزواج ولكلّ من الطرفين العدول عنها ،ولصحة الزواج لابدّ من توافر أركانه من رضا الزوجين وولي وشاهدين وصداق ،ولما ثبت في قضية الحال ان الشهود الذين وقع الاستماع إليهم أكدوا حضورهم لوليمة الخطبة وتمت قراءة الفاتحة وعلموا بأنّ الحفل يخصّ الطرفين غير أن قضاة الموضوع خلطوا بين الخطبة والزواج ولم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود هل هو خطبة على معنى المادة 5 من قانون الأسرة أم هو مجلس عقد على معنى المادة 09 من قانون الأسرة ممّا يعرّض قرارهم للقصور في التسبيب ومخالفة المادة 09 اعلاه مما يستوجب نقض القرار".

1- عبدالرزاق يعقوبي ، **قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة مرفق بشرح مختصر لبعض المواد** ، ط1 ، دار هومة للنشر والتوزيع ،الجزائر ،جوان 2018 ، ص18.

2 . م ع ج ،غ أ ش م ، ملف رقم 81129 ، بتاريخ: 17 مارس 1992 ، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية ،عدد خاص ، 2001 ،ص 30 .

وأكدت المادة 06 من قانون الأسرة الجزائري أن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعدّ زواجا إلاّ إذا اقترنا بمجلس العقد بتوافر ركن الرضا وشروط صحة الزواج ، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في احد قراراتها [1]بأن:" ...الاصل في الخطبة انها مقدمة للزواج وليست زواجا ،غير انها تتعدى مرحلة التماس النكاح الى نكاح شرعي وتصبح زواجا شرعيا اذا واكبها تحديد شروطه وتحقيق اركانه وهذا باحتوائه على إيجاب وقبول حاملين صيغة الزواج ومحضر الوالد الذي تولى إنكاح ابنته...".

أما بالنسبة للمشرع المغربي فاعتبر الخطبة تواعدا بالزواج طبقا للمادة :05 من مدونة الأسرة ، وتضمن نص المادة:06 منها على ان الطرفين يعتبران في فترة خطبة الى حين الإشهاد على عقد الزواج واثبت للخاطب نسب الولد الناتج اثناء فترة الخطوبة للشروط التي نتناولها أدناه(الفرع الثاني).

الفرع الأول: عدم إقرار المشرع الجزائري بنسب الحمل الواقع اثناء الخطبة

إنّ أساس النسب هو وجود علاقة الزّواج الشرعيّة بين الرجل والمرأة ، ولا تعتبر الخطبة إلاّ مقدّمة للزواج و وعدٌ به مثلما نصت عليه المادة 05 من قانون الأسرة ، و بالنتيجة فكلّ علاقة قبل إبرام عقد الزواج لا يتولّد منها النسب، و قد سار القضاء على نهج التشريع بعدم الاعتراف بالعلاقات الجنسية القائمة قبل هذا العقد و لو حصلت أثناء فترة الخطوبة فجاء في نفس قرار المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) المذكور سابقا : [2] " ... من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية ، بل هو مجرّد عمل غير شرعيّ لا يثبت عنه نسب الولد ...".

كما جاء في قرار آخر[3] :"... من المقرر قانونا انه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة ومن ثمة فان القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون ... ولما كان من الثابت في قضية الحال ان الطاعنة لم تثبت أي حالة من الحالات التي نص عليها قانون الاسرة فان قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج واثبات نسب

1 . م أ ج ،غ أ ش م ، ملف رقم 64043 بتاريخ: 19 نوفمبر 1984،المجلة القضائية ، العدد 1 ، 1990 ،ص 67

2 -م أ ج ،غ أ ش م ، ملف رقم 64043 بتاريخ: 19 نوفمبر 1984 ، المجلة القضائية ، العدد 1 ،1990 ، ص 67.

3- م ع ج ،غ أ ش م ، ملف رقم 74712 بتاريخ :21 ماي 1991 ،المجلة القضائية ،العدد 2 ، 1994 ،ص56 .

البنت قد طبقوا صحيح القانون ، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".

إذن نستنتج أن المشرع الجزائري لم يعترف بنسب الابن المتولد اثناء فترة الخطوبة وهو حكم المادة :41 من قانون الأسرة التي تنص أنه :" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيّا وأمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة " ،وهو الأمر الذي سار عليه القضاء أيضا والذي اعتبر العلاقة الجنسية قبل إبرام عقد الزواج هي علاقة غير شرعية لا يثبت بها نسب الولد لأبيه مطلقا.

الفرع الثاني: شروط إثبات نسب الولد الناتج أثناء فترة الخطبة في التشريع المغربي:

لقد كان للمشرع المغربي سبق الانفراد في معالجة هذه المسألة بذكر قواعدها وشروطها على خلاف المشرع الجزائري ، فقد وضع ضمن مدونة الأسرة نصًّا يحكم المسألة ، وهو نص المادة : 156 منها :" إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر الحمل بالمخطوبة ،يُنسب للخاطب للشُبهة إذا توافرت الشروط التالية :

. إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء .

. إذا تبيّن أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة .

. إذا أقرّ الخطيبان أنّ الحمل منهما .

وتتمّ معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن .

وإذا أنكر الخاطب ان يكون ذلك الحمل منه أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب.".

يرى بعض الأساتذة و الشرّاح أن هذا النص متفرّد في أغلب القوانين العربيّة[1] و هو نص مستحدث لم يكن مذكورا في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، حيث أراد تكريس أمر واقع على حساب الأحكام الشرعيّة التّي لا تبيح التلاقي بين الرجل والمرأة إلّا من خلال الزواج الصحيح.

1- لتفصيل ذلك أُنظر: ربيحة الغات ،**حالات ثبوت ونفي النسب (دراسة مقارنة)**، مجلة حوليات جامعة الجزائر ،عدد23 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1 ، جوان 2013 ، ص204.

إذن فالمشرع المغربي اعترف بثبوت نسب الابن المولود أثناء فترة الخطبة لأبيه واعتبره صورة من صور النسب الثابت بنكاح الشبهة [1]الذي يثبت به النسب فجاء في قرار للمجلس الأعلى :[2] "... الوسائل التي يثبت بها النسب ثلاث الفراش والإقرار والبينة و إن الشبهة التي يثبت بها النسب فهي إمّا شبهة الملك أو شبهة العقد أو شبهة الفعل ... وأن استناد قسم الاستئناف بالدار البيضاء على ان مصدر حق النسب المدعى به هو الزوجية التي لم تثبتها المدعية بل بالعكس أكذبت بنفسها ما حاولت به إثباته و أن المستأنف ينكر الزوجية من أصلها ،وأن استنادهم بالحكم بلحوق الولد سعيد من نص الحديث: ادرؤوا الحدود بالشبهات في غير محلّه إذ ليس في الحكم ما يفيد ترتّب الحد على المستأنف المنكر للزوجية رأسا ؛ مادام لم يثبت ببيّنة تامّة شرعا أو بإقراره وطؤه للمستأنف ضدّها أو خلوته بها و تدّعيه هي و لأن موضوع النص الفقهي هو النكاح الثابت إلا انه فاسد ...ولما فعلوا ذلك فقد خالفوا مقتضيات النصوص الفقهية وطبقوا النصوص تطبيقا خاطئا .".

واشترط القضاء ثبوت الخطبة أولاّ لبحث شروط إثبات النّسب المتولد إثناءها ، فجاء في قرار آخر[3] :" ...حيث تبيّن صحة ما عاب الطالب القرار ذلك بأنه بمقتضى المادة 154 من مدونة الأسرة فإن نسب الولد يثبت بفراش الزوجية اذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وكان الاتصال ممكنا سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا، ولمّا كان الولد المطعون في نسبه للطالب ولد بعد شهرين تقريبا من تاريخ العقد فإن ولادته تكون قد وقعت خارج الأجل المحدد في المادة المذكورة كما أن المطلوبة لم تثبت ما يفيد وجود خطوبة فيما بينها و بين الطالب فضلا عن أن الحمل الذي ظهر بها خلال الفترة السابقة للعقد على فرض انها فترة خطوبة

---

1 -وزارة العدل ، **دليل عملي لمدونة الأسرة** ، العدد 1 ، جمعية المعلومة القانونية والقضائية للنشر، المحمدية ،المملكة المغربية ،2004 ،ص100

2 -م أ م، حكم شرعي عدد 23 بتاريخ: 31 اكتوبر 1967 ، مجلة قضاء المجلس الاعلى، 1968،العدد 1، مركز النشر والتوثيق القضائي ، المملكة المغربية ،2000، ص 49.

3 -م أ م ، ملف رقم 2004/1/2/666 بتاريخ :2006/02/15 نقلا عن : الطيب الشرقاوي ، **أهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق الكتاب الثالث من مدونة الاسرة (البنوة والنسب ، الحضانة والنفقة)**، د ط ، دار إدكل للطباعة والنشر ،الرباط ،المملكة المغربية ،2007 ، ص73

فانه لا يلحق بالطالب الا بإقراره طبقا للمادة 156 من المدونة و الطالب لم يقر به والمحكمة لمّا أسست قضاءها على خلاف ما ذكر فإنّها تكون بذلك قد خرقت مقتضيات المادتين المشار إليهما ، وعللّت قرارها تعليلا ناقصا وعرضته للنقض.".

يبقى أن أشير الى أن المشرع المغربي اشترط شروطا لإثبات نسب المولود أثناء فترة الخطبة لأبيه تتعلق بإقرار الطرفين بنسبه ، و ثبوت وقوعه أثناء فترة الخطوبة تلافيّا وتفاديا لتمديد حكم المادّة وسحبها على حالات حمل سابقة للخطبة ، ومدة الحمل المقررة في مدونة الأسرة المغربية محدّدة بسنة طبقا للمادة : 135 منها ، و أيضا اشترط المشرع وجود موافقة من الولي عند الاقتضاء ، وهي الشروط التي يتحقق منها القاضي لإثبات النسب مثلما سنقف عليه في السندين القضائيين المذكورين أدناه.

جاء في احد القرارات القضائية [1] : " لكن حيث إنه بمقتضى المادة :156 من مدونة الأسرة فإن من ضمن شروط إلحاق النسب بالخاطب للشبهة ثبوت الخطبة الناتج عنها الحمل ، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه رفضت طلب إلحاق النسب بالمطلوب لعلّة أنّه لا مجال لتطبيق مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة لمّا ثبت لها عدم حصول الخطبة بين الطرفين و أن الحمل ناتج عن علاقة فساد فتكون بذلك أسّست قضاءها على أساس.".

كما جاء في حكم آخر :[2] "... وحيث ان المدعي يستهدف من دعواه الحكم بثبوت نسب البنت إليه والإذن لضابط الحالة المدنية بتسجيلها بكناش الحالة المدنية الخاص به ، وان ازدياد البنت كان بتاريخ: 23 افريل 2005 وان عقد زواج الطرفين كان بتاريخ11فيفري 2005 ... وحيث أن الطرفين أقرّا بأنه وقع اتصال جنسي بينهما أثناء فترة الخطبة نتج عنه حملها بالبنت المذكورة وأنه تطبيقا للفصول : 153 و156 و160 من مدونة الأسرة فان البنت تكون قد ازدادت من صلب المدعي أعلاه وأمّها ...".

1-م أ م ، عدد 264 بتاريخ:24 افريل 2006 ، نقلا عن : محمد العربي لعبيدي ،**إشكالية إثبات النسب ونفيه في التشريع المغربي على ضوء العمل القضائي** ، بحث نهاية التمرين ،المعهد العالي للقضاء ، المملكة المغربية ،2011/2009 ، ص24.

2-محكمة وجدة الابتدائية، ملف رقم 05/959 بتاريخ: 20 فيفري 2006 ، نقلا عن تورية أعتو ،**إشكاليات الحمل خارج مؤسسة الزواج** ، بحث نهاية التمرين ،المعهد العالي للقضاء ، المملكة المغربية ،2015/2014 ، ص13.

المطلب الثاني

قواعد إثبات نسب الحمل في العلاقات غير الشرعية.

في ظلّ عدم الاعتراف التشريعي بنسب الأبناء المولودين من خلال العلاقات الجنسيّة غير الشرعية ، وُجدت حالات معروضة على القضاء اجتهد[1] فيها هذا الأخير لتنزيل أحكام تتناسب وطبيعتها الخاصة ومن بينها حالات نسب الأبناء المولودين بعد تعرّض أمهاتهم للاغتصاب (الفرع الأول) أو نسب الأبناء المتولدين من علاقة الزّنا (الفرع الثاني)، فلم يسلم باتجاهه ذلك من دائرة النّقد والتجريح .

الفرع الأول : نسب ابن المُغْتَصَبَة:

عرّف المشرع المغربي جريمة الاغتصاب في نص الفصل: 486 من القانون الجنائي[2] :" الاغتصاب هو مواقعة رجل لامرأة بدون رضاها ... "، في حين لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف هذه الجريمة و اكتفى بالتطرق فقط إلى عقوبتها في نص المادة 336 من قانون العقوبات[3] .

---

1 -يُطلق البّعض مصطلح :الاجتهاد القضائي على كل ما يصدره القضاء في المسائل والنوازل المعروضة بساحته ، ويَعنُون به: استفراغ القاضي جهده في إنزال الحكم على الواقعة المعروضة عليه مهما كانت منزلته في تسلسل أنواع المحاكم وهو المفهوم الواسع لمعنى الاجتهاد القضائي ، في حين يرى البعض من القانونيين أن الاجتهاد القضائي ينصرف فقط إلى ما تقرّره المحكمة العليا في مسألة او نازلة ما وباجتماع جميع غرفها؛ وفقا للإجراءات والشكليات المنصوص عليها بالنظام الداخلي لعمل المحكمة العليا.

2-ظهير شريف رقم 1.59.413 مؤرخ في: 26 نوفمبر 1962 المتضمن المصادقة على مجموعة القانون الجنائي ج ر العدد 2640 مكرر صادر بتاريخ:05 جوان 1963 .

3- أمر رقم 66 . 156 مؤرخ في :08 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات معدل ومتمم ، ج ر العدد50 صادر بتاريخ:11 جوان 1966.

الملاحظ أن التعريف الذي أورده المشرع المغربي لجريمة الاغتصاب يتوافق مع تعريفات الفقهاء للجريمة من اشتراط الإكراه وعدم موافقة الأنثى ، فالاغتصاب هو :[1] [مواقعة أنثى بدون رضاها من إشباع رغبة جنسّية] ، لكن المتصفح لأحكام القضاء المغربي يجد أنه توسّع في نطاق هذه الجريمة الى تطبيقها على المواقعة بين الزوجين ، فجاء في أحد الأحكام[2]:"...و حيث أنّ المشرع المغربي في تعريفه للاغتصاب لم يستثن المرأة المتزوجة في عبارة المرأة ، فيسري عليها النص و يقع بين شخصين تجمعهما علاقة زوجية ...وحيث أنه اذا كانت الزوجة مدعوة بحكم الرابطة الزوجية لتمكين زوجها من نفسها فهو مدعو أيضا لحماية شريكة حياته من الأفعال الفاحشة الماسة بعورتها لا أن يمارسها عليها بدون رضاها ...",

إنّ الاغتصاب من أشنع وأبشع الجرائم التي تمس حرمة المرأة الجسدية والمعنويّة ، وقد أفرد لها المشرع في البلدين أغلظ العقوبات[3] .

لم يتناول التشريع ولا القضاء المغربي مسألة نسب الولد النّاجم عن جريمة الاغتصاب شأنهما شأن المشرع الجزائري ، إلاّ أنّ القضاء في الجزائر أثبت للولد المولود من علاقة اغتصاب نسبه لأبيه ، وأدخلها ضمن حالات لحوق النسب للشبهة ، واعتبر ان الاغتصاب الثابت بحكم قضائي يُعدّ وطأً بالإكراه ويكيّف بأنه نكاح شبهة يلحق به النسب وجاء في حيثيات أحد قرارات القضاء [4]:"...حيث يتبين ان قضاة الموضوع اسقطوا نسب البنت عن

---

1 -نبيل صقر، **الوسيط في جرائم الأشخاص** ،ط1 ، دار الهدى للنشر والتوزيع ، عين مليلة ، الجزائر ،2004 ،ص 292.

2 -محكمة الاستئناف بطنجة ، غرفة الجنايات الاستئنافية ، ملف رقم 2612/2019/203 بتاريخ: 2019/04/09 ، قرار غير منشور .

3 -أطلق عليها المشرع الجزائري مصطلح : هتك العرض في نص المادة 336 من قانون العقوبات ، وكيّف وصفها على أنها جناية وعاقب مرتكبها بعقوبة السجن من خمس الى عشر سنوات ،واذا كانت الضحية قاصرا لم تكمل السادسة عشر فترفع العقوبة من عشر سنوات الى عشرين سنة سجنا ، في حين احتفظ المشرع المغربي بمصطلح : اغتصاب بموجب الفصل 486 من القانون الجنائي المعدل بتاريخ:25 مارس 2019 وكيّف الفعل على أنه جناية عقوبتها السجن من خمس الى عشر سنوات وترفع الى السجن لمدة ثلاثين سنة اذا كان الفاعل أصلا للضحية او له سلطة عليها وكان عمرها يقل عن ثمانية عشر سنة أو كانت عاجزة او معروفة بضعف قواها العقلية او كانت حاملا.

4 م ع ج، غ ش أ م ،ملف رقم 617374 بتاريخ : 2011/05/12 ،مجلة المحكمة العليا ، العدد 1 ، 2012 ،ص 294

المطعون ضده اعتمادا على أن البنت ولدت بعد شهر وثلاثة أيّام من انعقاد الزّواج ؛ واستنتجوا من ذلك انه كان نتيجة علاقة غير شرعيّة...وحيث أن النسب وكما يثبت بالزواج الصحيح فانه يثبت بالإقرار والبينة وبنكاح الشبهة وبالتالي فانه كان على قضاة الموضوع التحقق مما دفعت به الطاعنة من أن المطعون ضده هو من قام بتسجيل البنت باسمه بعد تعرضها للاغتصاب منه وإبرامه لعقد زواج لاحق على الحمل في محاولة للتهرب من المتابعة الجزائية لأنه في حالة ثبوت الاغتصاب بحكم قضائي يُعدّ وطءً بالإكراه يُكيّف بأنّه نكاح شبهة يَثبت به النّسب ...),

وجاء في حيثيات قرار آخر [1]:" ... إغراء المعاقة ووطؤها الثابت بالحكم القاضي بإدانة المعني بجريمة الإغراء وفساد الأخلاق المؤرخ في : 2010/02/11 عن محكمة سوق أهراس المؤيد بقرار المجلس بتاريخ : 2010/06/07 يعدّ من قبيل الوطء بالإكراه ويأخذ حكم وطء الشبهة يثبت به نسب البنت النّاتجة عن هذا الوطء."

يتوافق اتجاه المحكمة العليا في مسألة نسب ابن المغتصبة بمن اغتصب والدته بما ذهب اليه الشيخ جاد الحق علي جاد الذي افتى بجواز ذلك بتاريخ:27 أكتوبر 1980 . بعد الكتاب الوارد للدار بتاريخ :11 أكتوبر 1980 من مدير نيابة أحداث القاهرة بشأن متابعة متهم بهتك عرض بنت . ب: [2]:" لمّا كان من القواعد الشرعية والمستقرة و المتفق عليها في الفقه الإسلامي أن الضرر لا يُزال بضرر؛ وانّ الضرورات تبيح المحظورات ، و لمّا كان مؤدّى القاعدة التّنظيمية المقرّرة في لائحة المأذونين :أنه لا يثبت نسب الحمل الذي كان ثمرة اعتداء المتّهم واتّصاله بالمجني عليها؛ بل و فيه تشجيع على العلاقات الجنسية غير المشروعة ، فإنه بمقتضى القواعد الشرعية يجب دفع الضرر بالمعايير الواردة في الشريعة الإسلامية ، ولمّا كان إثبات النسب يتبع انعقاد زواج المتهم من المجني عليها ويُقبل منه شرعا هذا الإقرار بالنسب لهذا الحمل إليه واكتساب أبوته ، وكان على المحكمة أن تباشر تزويج الطرفين بحضور الشهود وتوثيق العقد بإقرار صريح صحيح من الجاني

1-م ع ج، غ ش أ م ، ملف رقم 1027105 بتاريخ : 2016/12/07 ،مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2016،ص 228

2 - دار الإفتاء الاسلامية ، **الفتاوى الاسلامية** ،المجلد الأول ، طبع المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، جمهورية مصر العربية ، 1980،ص 2944

بأبوته لهذا الحمل ونسبته إليه ... ليصبح هذا المحضر وثيقة رسمية في ثبوت الزوجية والنسب وآثارهما."

الفرع الثاني : نسب الابن النَّاتج عن الزّنا

لا يعترف المشرّع في البلدين بمسألة ثبوت نسب الولد الطبيعي أو النّاتج عن العلاقات الجنسية غير الشرعية لأبيه ، والتّي تتمّ برضا طرفي العلاقة ، و هو الأمر الذّي وجد فيه المنادون بالمساواة مجالا خصبا لإطلاق أسهم النّقد للتّشريع في البلدين سواء المنظّمات الدّولية الحقوقيّة أو الجمعيّات داخل البلدين، وهو الأمر الذي ينمّ عن عدم فهمهم لمسائل إثبات النسب ولحوقه ، فإذا كان النسب لا يثبت إلا بالزواج الصحيح وفقا لما بينّاه فإن مسألة إلحاق أو استلحاق النسب في العلاقات خارج إطار عقد الزواج لا يمكن أن تُحمل على الرفض بحجة عدم وجود عقد الزواج ، فالنسب كما يثبت بالعقد الصحيح يثبت بالإقرار والبينة أو بالشبهة تطبيقا للمادتين: 40 من قانون الاسرة الجزائري و :152 من مدونة الأسرة المغربية ،فيُلحق الولد بوالده حال ثبوت أو إثبات سبب من الأسباب المذكورة أعلاه .
وقد جاء قضاء المحكمة العليا الجزائرية متردّدا و متناقضا في تطبيق نص المادتين :40 و41 من قانون الأسرة بين الاتجاه الرافض مطلقا لإلحاق نسب الولد المُتنسّل من علاقة غير شرعيّة لأبيه ، وبين إقرار نسبه إليه طبقا للمادة 40 من نفس القانون ، فجاء في أحد قراراتها[1]:" من المقرر قانونا أنّ أقلّ مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر
ومن ثم فان القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون ... ولمّا كان من الثابت في قضيّة الحال أن مدّة حمل المطعون ضدها اقل من الحد الأدنى المقرر قانونا فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ".

كما جاء في قرار آخر [2]:"من المقرر قانونا ان اقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ... ومتى تبين في قضية الحال أن مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة لأنّ

1 . م ع ، غ أ ش م ، ملف رقم 57756 بتاريخ : 22 جانفي 1990، المجلة القضائية ، العدد 2 ، 1992، ص 71.
2 . م ع ج ،غ أ ش م ،ملف رقم 210478 بتاريخ: 17 نوفمبر 1998 ،مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية ، عدد خاص ،2001 ،ص 85.

الزواج تم بتاريخ:02 ماي 1994 والولد وُلد في 07 ماي 1994 ،كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مدير الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به لأن الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار ؛ وعليه فان قضاة الموضوع لمّا قضوا برفض دعوى إثبات النسب لأنّ النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".

في حين تراجعت عن ذلك الموقف وأفردت لقاعدة : تشوّف الشّرع للحوق النسب والتسامح في إحياء نسب الولد بناء على الإقرار و دون ثبوت عقد الزواج جانبا في قرار

آخر[1]:" من المقرر شرعا أنّ النسب يثبت بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار :ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة...كما ان إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك ... طبقا لقاعدة احياء الولد...و متى تبين في قضية الحال أنّ المطعون ضده أقرّ بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ:06 أفريل 1997...كما انه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وبالدفع بالمادة 41 من قانون الأسرة التي تحدد مدة الحمل ،لأن الإقرار في حالة ثبوته (الزواج) يغني عن أي دليل آخر ولا يحقّ للمقر أي يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار ... وعليه فان القضاة لما لم ينتبهوا لوجوب سماع جماعة الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق فإنهم خالفوا الشّرع والقانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب.".

وفرقّت من جهة أخرى بين إثبات النّسب في الزواج الشرعي وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية فجاء في قرار آخر لها [2] :" المبدأ: يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الاسرة اثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي) ولا ينبغي الخلط بين اثبات النّسب في الزّواج الشّرعي طبقا للمادة 41 من قانون الاسرة وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية ...وحيث انه بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف يتبين منه ان قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى الحاق نسب المولود للمطعون ضده باعتباره اب له كما اثبتته الخبرة العلمية (آ دي آن) معتمدين في

1-م ع ج ،غ أ ش م ،ملف رقم 202430 بتاريخ: 15 ديسمبر 1998 ، المجلة القضائية، العدد 1 ،1999،ص 122 .

2 - م ع ج ،غ ش أ م، ملف رقم 355180 بتاريخ : 05 مارس 2006 ،مجلة المحكمة العليا، العدد 1 ،2006، ص 469.

ذلك على المادة 40 من قانون الاسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد انه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البينة ،ولمّا كانت الخبرة العلمية أثبتت أنّ الطفل هو إبن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بابيه وهو الطاعن وألّا تختلط عليهم الأمور بين الزّواج الشّرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النّسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة أن كلاهما يختلف عن الأخر ولكل واحد منهما آثاره الشرعية ولما تبين في قضية الحال أن الولد من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فانه يلحق به الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه...".

وأمام تناقض قرارات المحكمة العليا[1] في إلحاق نسب ابن الزنا لأبيه جاء العمل القضائي على مستوى المحاكم و المجالس متناقضا هو الآخر بين من تقبل دعاوى إلحاق نسب ابن الزنا لأبيه ، وبين من ترفض إلحاقه .

وقد لاقى الاتجاه الثاني للمحكمة العليا المعترف بإلحاق نسب الابن لأبيه في العلاقة غير الشرعية النقد اللاذع لتناقضه مع أحكام الفقه الإسلامي القائل بأن ابن المغتصبة هو ابن زنا وابن الزنا لا ينسب لأبيه وإنّما لأمّه حتى و لو ثبت ذلك بالوسائل العلمية القاطعة على اعتبار أنّ ماء الزنا هدر [2] ، مع الإشارة إلى وجود آراء فقهية أجازت استلحاق نسب ابن الزنا بأبيه بشروط [3] :" ألاّ تكون المرأة الزّانية متزوجة وأن يستلحقه الزاني لقول ابن القيم الجوزية في زاد المعاد :[إنّ المولود من الزّنى ما لم يكن مولودا على فراش يدّعيه صاحبه وادعاء الزاني يلحقه]، ولرأي ابن تيمية الذي مفاده :[أنّ ابن الزنا لا ينسب للزاني

---

1 - إنّ دور المحكمة العليا المنوط بها بنص المادة :171 من الدستور هو تقويم عمل الجهات القضائية و توحيد الاجتهاد القضائي، وبتناقض قراراتها وعدم اجتماع غرفها للفصل في العديد من المسائل والنوازل فإنها فتحت المجال واسعا لزيادة التناقض في عمل تلك الجهات دون رقيب ولا حسيب الأمر الذي أدى إلى وجود حالات متشابهة بأحكام مختلفة بين من تقبل مسألة الحاق نسب ابن الزنا لأبيه وبين من ترفض ذلك ، ما أدى الى عدم استقرار في المعاملات القضائية بالتجاء المتقاضين الى الجهات القضائية التي تقبل بالحاق النسب ؛ أمام عدم اعتبار قواعد الاختصاص الإقليمي من قواعد النظام العام كقاعدة عامة .

2 - شابحة اعمر سعيد ، عيسى إمعيزة ، **مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري** ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، المجلد 7 العدد 06 ، معهد الحقوق ، المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى آق آخاموك ، تامنغست ، 2018 ، ص438,

3 لتفصيل ذلك أنظر : فاطمة الزهراء تبوب... ، **نسب إبن المغتصبة :(تعليق على قرار المحكمة العليا رقم : 734072 المؤرخ في: 15 مارس 2012 الصادر عن غرفة شؤون الاسرة والمواريث)** ، المجلة القضائية ، العدد 1 ، 2013 ، ص 113

إلاّ أن يستلحقه.]."

وبخلاف القضاء في الجزائر ، لم يعترف المشرع و القضاء في المغرب بإلحاق نسب ابن الزنا لأبيه ، وحتى نسبه لأمّه الثابت من نص المادتين:146 و147 من المدونة فتجدر الإشارة إلى وجود منشورين صادرين عن وزارة الداخلية المغربية الاول صادر بتاريخ: 11 ديسمبر 1978 تحت رقم : 352 ، و الثاني بتاريخ:31 ماي 1979 تحت رقم: 130 اشترطا لمنح الولد المتولد من علاقة غير شرعية لقب أمه عدم وجود اعتراض على ذلك من والد البنت او القريب الذكر من عائلة الأم الأكبر سنّا ،و في حالة الاعتراض هذا يختار له لقبا آخر ما عدا لقب أمه[1]، ومعنى ذلك أن اللّقب . وهو دليل النسب وعنوانه . إذا اعترض والد الأمّ العزباء على منحه فلا يمكن أن يحمل ابن الزنا لقب أمه باعتراض أبيها أو من طرف الأشخاص الذين ذكرهم المنشوران.

جاء في قرار المجلس الأعلى [2]:" لا يُلحق نسب البنت المولودة قبل عقد النكاح وإن أقرّ الزوج ببنوتها ، لأنّها بنت زنى ، و ابن الزّنا لا يصحّ الإقرار ببنوته ولا استلحاقه لقول خليل : إنّما يُستلحق الابن مجهول النّسب ، قال الزرقاوي :[لا مقطوعة كولد الزّنا لأنّ الشّرع قطع نسبه] ، و أن اتفاق المدعيّة والمدعى عليه على ازدياد هذه البنت بعد عقد النكاح بينهما نحو شهر على فرض صحّته وموافقته للواقع ، فإنّ هذه البنت لا تلحق بنسب المدعى عليه...".

ويدخل ضمن العلاقات غير الشرعية ما يحصل من علاقات عند رجوع المرأة لزوجها بعد الطلاق الواقع بحكم قضائي بدون عقد جديد طبقا للمادة :50 من قانون الأسرة وهو ما اشترطه القضاء إذ جاء في احد قراراته [3]:" من المقرر قانونا انه بعد صدور الحكم بالطلاق فان المراجعة لا تتم الا بعقد جديد ... ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلقت بسبب

---

1 -جيلالي تشوار ، **النقائص التشريعية لقوانين الاحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب** ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، الجزء39 ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2002 ، ص 131

2 -م أ م ، قرار مؤرخ في: 30 مارس 1987 ، نقلا عن : وليد صالح أحمد عبدالربّ ، إدريس عبابسي ، **الحماية القانونية لحق الطفل في النسب من خلال مدونة الأسرة والحالة المدنية** ، بحث لنيل الاجازة في الحقوق ، جامعة محمد الخامس السويسي ، الرباط ، المملكة المغربية ،2009/2008 ، ص12.

3- م ع ج ، غ أ ش م ، ملف رقم 239349 بتاريخ: 22 فيفري 2000، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية ، عدد خاص ،2001 ص 107.

الضرر الحاصل من طرف الزوج فان قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الزوجة طبقوا صحيح القانون ،وفي هذه الحالة تكون مراجعة الزوجة بعقد جديد ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن "، وأقرّ بأن المواقعة الجنسية بينهما في غياب أركان عقد الزواج تعتبر علاقة غير شرعية لا ترتب أي أثر[1]: "من المقرر شرعا وقانونا ان الزواج يثبت بالشهود...ولما كان ثابتا في قضية الحال ان الطاعنة أقرّت على نفسها بان علاقتها مع المطعون ضده لم تكن شرعية ولم تقم على عقد مبني على الأركـان المعروفة في الزواج فان قضاة الموضوع برفضهم لطلب الطاعنة الرامي إلى إثبـات زواجها لم يخالفوا الشريعة ولم ينتهكوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".

أمّا الولد المولود من هذه العلاقة فيُعامل معاملة الابن المتولد خارج إطار عقد الزواج مادام أن القانونين في البلدين يستندان إلى أحكام الفقه الإسلامي فإنه لا يمكن الاعتراف بالنسب إلا في إطار العلاقة الزوجية[2].

تبقى الإشارة فقط إلى الأحكام القانونية التي تضمنتها مدونة الأسرة المغربية في تحديد ميعاد زمني لتثبيت الزيجات العرفية المنصوص عليها بالمادة 16 فقرة أخيرة منها على وجوب أن تُرفع تلك الدّعاوى في ميعاد 15 سنة من سريان المدونة تحت طائلة عدم قبول الدعوى ،فهذا الحكم القانوني يطرح إشكالا يتعلق بمصير نسب الأبناء المتولدين من زواج عرفي منعقد قبل 15 سنة من انتهاء الأجل المحدد في المدونة أي بعد 05 فبراير 2019 حسب تاريخ صدور الجريدة الرسمية بنشر المدونة ، فَرَفْضُ القضاء . وهو المطلوب قانونا . لإثبات الزيجات العرفية الواقعة بعد انقضاء هذه المهلة ينعكس بالضرورة و بالنتيجة على عدم اعتراف القانون بنسبهم إلى آبائهم ، لكن القضاء استبعد تطبيق هذا النص فجاء في احد أحكامه:[3] " ...وحيث يُعمل بدعوى سماع الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمسة عشر سنة ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ ...و أن واقع الحال أفرز استمرار تسجيل القضايا المتعلقة بثبوت الزوجية مما يستدعي مراعاة الظروف بوجود

1 -م ع ج ، غ أ ش م ، ملف رقم 48184 بتاريخ: 29 فيفري 1988 ،المجلة القضائية،العدد1، 1991 ، ص 50.

2- Asmaa Mazouz. **« La réception du code marocain de la Famille de 2004 par le Droit International prive Français : le mariage et ses effets »**. thèse de Doctorat spécialité : droit International privé. Université de Strasbourg. Soutenue le : 16/12/2014 .p 18.

3 -المحكمة الابتدائية بمراكش ، قسم قضاء الاسرة ، ملف 538/1611/2019 بتاريخ: 27 ماي 2019 ، غير منشور.

أبناء أو حمل ناتج عن العلاقة وان نظر القضاء هو الحفاظ على مصالح الأبناء و المرأة المطلوبة في ثبوت الزوجية ما يستدعي إعمال قواعد العدل والإنصاف و قاعدة :الضرر يُزال ،و أنه لا ضرر أكبر من عدم قبول علاقة شرعية تامة الأركان نتج عنها وجود أبناء ... وأنّ من شأن عدم قبول الدعوى متابعتهما بالفساد ، واعتبار الأطفال وُلدوا خارج إطار العلاقة الشرعيّة ما يجعلهم في نظر القانون أطفالا غير شرعيين ...".

أما عندنا في الجزائر فليس هناك ميعاد قانوني لسقوط الدعوى؛ فجاء في احد قرارات المحكمة العليا [1]:" من المبادئ المستقر عليها قضاء وقانونا ان دعوى اثبات الزواج غير محددة بمهلة معينة... ولما كان من الثابت أن المطعون ضدها رفعت دعواها لإثبات الزواج بعد عشرين سنة من انعقاده وبعد وفاة الزوج فان القضاة الذين اثبتوا هذا الزواج بناء على شهادة الشهود ولتوفره على جميع أركانه وقرائن تسجيل الولدين باسم أبيهما اثناء حياته دون ان يعترض على ذلك يكونون قد طبقوا صحيح القانون ، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن ".

كخاتمة لهذا المبحث ، يمكن القول أن المشرع في البلدين حاول التوفيق بين اتجاهين متعارضين على إثر إصدار مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004 ، أو إصدار الأمر رقم 02/05 لسنة 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري ،بين الاتجاه الذي يدعو إلى الحث على احترام الدولتين لالتزاماتهما الدولية بمصادقتهما على اتفاقيات حقوق الإنسان ذات الصلة و بالنتيجة إذابة الفوارق و أشكال التمييز المختلفة ومن ضمنها أحكام التمييز واللامساواة بين الأب والأم في أحكام النسب[2] ، و بين الاتجاه المتمسك بالالتزام بقواعد الشريعة الإسلامية التي تشكل مرجعية أصلية و أوليّة في وضع أي قواعد أو تشريعات تخصّ العلاقة بين الرجل والمرأة وآثارها والتي لا تكون إلّا في إطار علاقة الزواج الشرعي وما يترتب عنه من أوضاع النسب والميراث وغيرهما.

---

1 - م ع ج ، غ أ ش م ، ملف رقم 71732 بتاريخ : 23 افريل 1991،المجلة القضائية، العدد2 ،1993 ، ص 51 .

2 - الهادي خضراوي ، آمال بوحوية ، **إلحاق نسب الاولاد بين الأب والأم ، المساواة في الرذيلة واللامساواة في الفضيلة** ، مجلة الفكر القانوني والسياسي ، العدد 2 ، نوفمبر 2017 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عمار ثليجي الاغواط ، ص 5.

اذن لابدّ من العودة إلى خمسة مرتكزات أساسية[1] في وضع النّصوص والتعامل مع القضايا الأسرية ومن ضمنها قضايا النسب وهي :

1. المرجعية الشرعية :(الكتاب والسنّة) انطلاقا من أننا نعيش في مجتمع مسلم فاختيار مرجعيات أخرى دخيلة على المجتمع لمعالجة قضايا هي في الأصل ذات منطلق شرعي يعني الحكم عليها بالفشل مع وجود تداعيات معاكسة للمقصود من المعالجة.

2. حساسيّة القضايا ونوعيتها ، فلا يمكن تطبيق طرق المعالجة التي نعتمدها في القضايا التجارية او العمّالية ، فهي قضايا أسرية تحتاج إلى معالجة من نوع خاص.

3. الاعتبار بالواقع وعدم القفز عليه .

4. الاعتداد بالعرف السائد لاختيار الأنسب من الحلول لمعالجة النوازل المستجدة على الحياة الأسرية مع الأخذ بعين الاعتبار عدم مخالفته للشّرع.

5. فقه الأولويات : فقد يقع التعارض بين القضايا فنكون بحاجة إلى فقه تقديم الأولويات.

إذن على المشرع في البلدين أن يختار بين المرجعية الشرعية في الأحكام المتعلقة بالنّسب في جميع صوره ؛ أوبين ما يتماشى مع الاتفاقيات الدولية التي التزمت بها دولته تجاه المجتمع الدولي سيما فيما يتعلق بالمساواة بين الرجل والمرأة بخصوص مسألة النسب لأنّ التّوفيق بين الاتجاهين المتعارضين غير ممكن في هذه المسألة .

1 - صادق ضريفي، **قضايا أسرية**، محاضرات موجهة لطلبة السنة الثانية ماستر تخصص قانون الأسرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة آكلي محند أولحاج البويرة ، 2020/2019 ص 18.

المبحث الثاني

الإشكاليات المتعلقة بقواعد اللجوء إلى الخبرة العلمية في مجال النسب

لقد قدّمت التكنولوجيا الحديثة العديد من الحلول لإشكاليات عجز الإنسان عبر العصور من إدراكها ، وشكل علم البيولوجيا الرافد الأساسي لتطبيق قواعدها ، فأجريت التجارب في البدء على الحيوانات وبعد توصل العلماء الى تثبيت العديد من الحقائق العلمية ، اتجهوا إلى تطبيق تلك التجارب على البشر .

ويأتي موضوع تطبيق قواعد الخبرة العلمية في مسائل إثبات و نفي النسب ضمن هذا الاتجاه ، لكن في المجتمعات المسلمة على غرار الجزائر والمغرب لم يتم تطبيق قواعد الخبرة العلمية بتلك السهولة والسلاسة التي عرفها تطبيقها في المجتمعات الغربية ؛ على اعتبار أنّ الشريعة هي مصدر رسمي لتشريعي الأسرة في البلدين لم يثبت على اعتماد رأي محدّد في الاعتماد على الخبرة العلمية وعلى نتائجها في مقابل وجود أدلة أخرى أولى بالانتهاج وباعتبار طريق اللعان أو الملاعنة الطريق الوحيد لنفي النسب .

بالرغم من تكريس التشريعين في البلدين لإمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية في مسائل النسب (المطلب الأول) إلّا أن القضاء لم يرسو على الأمر ، فاختلفت أحكامه بين رفض اللجوء إليها و بين من يعتمد عليها وعلى نتائجها في اثبات النسب و نفيه (المطلب الثاني

) رغم ما لهذه التقنيات من نتائج يتحدّد بها نسب الولد بصفة قطعية وعدم نهوض أي مانع شرعي في استثمار هذه التقنيات في إثبات النسب[1] .

و من هنا يمكن إدراك صعوبة البتّ في حجيّة نتائج الطرق العلمية في إثبات ونفي نسب الولد المتولد من العلاقات خارج إطار عقد الزواج من النّاحية القانونية بعيدا عن دقة نتائجها من النّاحيّة العلميّة.

المطلب الأول

الإطارين: الفني والتشريعي للطرق العلمية المستعملة في مجال النسب

لم يُحدّد تشريع الأسرة في البلدين المقصود بالطرق العلميّة في إثبات النّسب لذلك سنقف في البداية عند تحديد مفهوم تلك الطرق و أنواعها في البداية (الفرع الأول) ، ثمّ نحاول حصر النصوص القانونية المتعلقة بالخبرة العلمية في مجال النسب و شروط تطبيقها في التشريعين (الفرع الثاني).

الفرع الأول :المقصود بالطرق العلمية في مسائل النسب:

إنّ المتوغل في بحث هذه الطرق يجد العديد منها تحت مسميّات علميّة كثيرة لكن ما يستوقفنا هو وجود نوعين منها بحسب دقة نتائجها ؛ فهناك الطرق العلمية القاطعة وهناك الطرق العلمية غير القاطعة ، و هذه الأخيرة كثيرة جدا لا يمكن حصرها في مجال هذا البحث[2] ، كما أن تطبيق هذه الطرق تعترضه بعض العوائق مختلفة المصدر تحول دون اتساع رقعتها.

1- فؤاد غجاتي ، **الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة** ، سلسلة محاضرات لطلبة السنة الثانية ماستر /تخصص قانون الأسرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج ، البويرة ،2014/2013 ،ص 11.

2-رشيد مقراني ، **البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الاثبات** ، مذكرة تخرج ،الدفعة 13 ، المعهد الوطني للقضاء ، الابيار، الجزائر ، 2003/2002 ،ص 14

أولا: أنواع الطرق العلمية:

يمكن التّمييز بين نوعين من الطرق العلميّة ؛ الطرق العلميّة القاطعة وهي الطرق التي تتسم بدقة نتائجها واستحالة وجود الخطأ فيها ، وهناك الطرق العلمية غير القاطعة والتي لا يمكن الوثوق في نتائجها بسبب طبيعتها او مجال تطبيقها .

1 . الطرق العلمية القطعية:

تتعلق مسألة القطعية بدقة نتائج الطريقة ، ففي مجال النسب يمكن الجزم بعدم خطئها في تحديد نسب الابن لأبيه الحقيقي ، و إظهار العلاقة الطبيعية التي أصلها ماء الرّجل وبويضة الأنثى[1] ، ولعلّ من أهم تلك الطرق : نظام فحص الحمض النووي الريبي أو ما يُصطلح عليه بنظام البصمة الوراثية، و كذلك نظام الأنظمة المتشابكة للمناعة.

أ . نظام البصمة الوراثية DNA:

إن بناء جسم أي إنسان يبدأ علميّا باندماج نطفتين ، احدهما حيوان منوي للرجل والأخرى بويضة للمرأة ، وينتج عنها بويضة ملقحة تبدأ بالانقسام وأول ما ينقسم من الخليّة الحيّة هي نواتها التي تحتوي على عدد من الصِّبغيّات (الكروموزومات) تَحمل تجمّعات للحمض النّووي تشكل هويّة كل إنسان والناتجة عن التقاء ماء الرجل وبويضة المرأة[2]وجاءت العبارة اختصارا للمصطلح الطبي العلمي:

الحمض النووي الريبي منقوص الأوكسجين[3].

---

1 -يعقوب بلبشير ،**حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية** ، مذكرة ماجستير ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة وهران ،2013/2012 ،ص 14

2 -نبيل سليم ، **البصمة الوراثية وتحديد الهوية** ، مجلة حماة الوطن ، العدد 265، وزارة الدفاع ، الكويت ،2004 ،ص 204.

3 -ابراهيم صادق الجندي ، **تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي** ، ط1، اكاديمية نايف للعلوم الامنية ،الرياض ، المملكة العربية السعودية ،2002 ،ص50.

DeoxyriboNucleicAcid

ب . نظام المناعة HLA:

يطلق عليها الاسم العلمي The HumanLeukocyteAntigen ويقابله مصطلح : معقد التوافق النسيجي الكبير ، وهي عبارة عن جينات مرتبطة بالجهاز المناعي ، و توجد في الصبغة السادسة و تحمل الشفرة الوراثية لكل إنسان ولا يمكن أن يوجد شبيه لها في إنسان آخر مطلقا فهي خاصية مميزة له[1] .

يتميز هذين الطريقين بدقة النتائج ما يجعلهما الأصلح في اللجوء اليهما بغرض اثبات أو نفي النسب .

2 . الطرق العلمية غير القطعية أو الظنيّة :

هذه الطرق كثيرة لكنها تشترك في كون نتائجها غير دقيقة ، ورغم قيمتها العلمية فلا يمكن الاعتماد عليها وحدها لإثبات أو نفي النسب وفي معظم الأحيان لا يتم اللجوء إليها ومن بينها :

أ . نظام تحليل الدم : ABO :

تقوم هذه الوسيلة على تحليل محتويات الخلايا الدموية للشخص الذي يدعي النسب محتواة به خلايا الدم الحمراء للشخص المدعى عليه بناء على مبدأ توارث الفصائل الدموية من الأبوين فيكون أثرها دليل قاطع على نفي نسب الابن لأحد الزوجين في حين يكون دليلا

1 -نذير براهمية ، **إثبات النسب في ضوء تعديلات الأمر 05 . 02** ، مذكرة تخرج ،الدفعة 18 ، المدرسة العليا للقضاء ، الابيار الجزائر ، 2009 ،ص 41

احتماليا في حالة اثبات النسب لأحد الزوجين ، أي أن الطريق يصلح للنفي ولا يصلح لإثبات النسب[1] .

ب . نظام مجموعة البروتين :Les Groupes de Protéines

نظام متعدد ومتغير بتعدد وتغير البروتينات الموجودة في المصل وانزيمات الكريات الحمراء ولديه نتائج أدق من نظام تحليل الدم نظرا لقدرته العالية للتمييز البيولوجي بين الاشخاص ، لكن يبقى نظام قاصر وغير دقيق في مجال اثبات النسب ونفيه [2]

الى جانب هذين الطريقين هناك العديد من الطرق العلمية الظنية لا يسعني المجال لشرحها

كما هو الشأن بالنسبة لنظام المفرزات اللعابية وانظمة kell-Duffv-Kidd

ثانيا: العوائق القانونية والمادية لتطبيق الخبرة العلمية في مجال النسب

بغض النظر عن مسألة جواز استعمال الطرق العلمية في مجال النسب فان اللّجوء الى تلك الطرق غالبا ما يصطدم بعائقين كبيرين ، أحدهما شخصي يرجع إلى حماية حرمة الحياة الشخصية ، والأخر مادي ويرجع إلى نقص المخابر العلمية واحتكار الدولة لها في البلدين.

1. حرمة الحياة الخاصّة :نص الدستور في البلدين على حرمة الحياة الخاصّة للشخص فنصت المادة : 40 من تعديل دستور الجزائر لسنة 2016[3] : " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الانسان "، كما نص الفصل 24 من دستور المغرب لسنة 2011[4] ": لكلّ شخص الحق في حماية حياته الخاصة " ، فلا يمكن إجبار شخص على التقدم ضد إرادته لنزع عينات من دمه أو نسيجه لإجراء الخبرة العلمية فيمكنه الامتناع عن التقدم لتنفيذ الخبرة

1 -فاطمة عيساوي ، **حجية البصمة الوراثية في النسب** ، مجلة معارف ، العدد الثامن ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة العقيد اكلي محند أولحاج ، البويرة، جوان 2010، ص 71..

2 - نذير براهمية ، **المرجع السابق** ،ص 44.

3 -قانون رقم 16 . 01 مؤرخ في : 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري ،ج ر عدد 14 صادر بتاريخ: 7 مارس 2016 .

4 -ظهير شريف رقم 1.11.91 بتاريخ : 29 يوليو 2011 صادر بتنفيذ نص الدستور ، ج ر عدد 5964مكرر صادر بتاريخ: 30 يوليو 2011.

وهذا العائق يمنع من إجراء الخبرة ،ومع ذلك فإن القضاء صنّف هذا الامتناع على أساس أنه إقرار بطلبات الخصم.

2. قلّة المخابر العلمية وارتفاع مصاريفها: يوجد في الجزائر مخبرين مختصين في اجراء الخبرة باستعمال البصمة الوراثية الأول تابع لوزارة الداخلية ممثلة في مديرية الامن الوطني والكائن بشاطوناف بالجزائر العاصمة ، والثاني تابع لوزارة الدفاع الوطني ممثلا في القيادة العامة للدرك الوطني والكائن بالشراقة الجزائر العاصمة ، و كذلك الحال بالنسبة للمغرب فهناك مختبر الشرطة العلمية التابع لوزارة الداخلية الكائن بالدار البيضاء ، ومختبر الدرك الملكي التابع لوزارة الدفاع.

تبقى الإشارة إلى أنّ المرسوم المنشئ لمعهد الأدلة الجنائية التابع للدرك الوطني[1] نص على تخويل الجهات القضائية الجزائية وحدها صلاحية تسخير المعهد لإجراء الخبرات في إطار التحقيقات الجزائية ومنع جهات القضاء المدني من تسخيره ، و هذا يعني أنه لا يمكن للجهات القضائية الفاصلة في دعاوى النسب اللجوء إليه لإجراء الخبرات العلمية .

ويبدو ملاحظا أن حصر الهيئات القائمة على إجراء هذا النوع من الخبرات العلمية في يد الدولة ينطلق من أهمية الموضوع ؛ فإذا جئنا إلى النسب فحساسيته و خشية التلاعب في نتائج الخبرات لو وضعت في غير يد الدولة ، و هو الأمر الذي حثّ عليه مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر و الذي أوصى بأن تكون الخبرات في مخابر الدولة وان تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاولة هذا الفحص لما يترتب عن ذلك من المخاطر الكبرى[2]

أما بالنسبة لمصاريف هذه المخابر فهي باهظة جدّا لا يستطيع الأطراف دفعها في كثير من الأحيان الأمر الذي وقف عائقا أمام اللجوء إليها.

---

1 -مرسوم رئاسي 04 . 183 مؤرخ في: 26 جوان 2004 يتضمن احداث المعهد الوطني للأدلة الجنائية وعلم الإجرام للدرك الوطني وتحديد قانونه الأساسي ، ج ر عدد 49 صادر بتاريخ: 27 جوان 2004.

2 - المجمع الفقهي الاسلامي ، قرار رقم 07 ،الدورة 16 ، مكة المكرمة ،الفترة من 05 الى 10 جانفي 2002 بشأن البصمة الوراثية ومجالات استخدامها ، نقلا عن ، فاطمة عيساوي ، **المرجع السابق** ، ص 75.

الملاحظ بعد عرض هذه الطرق أن المشرع في البلدين قصد الطرق العلمية القطعية التي لا يساورها أدنى شك في صحة نتائجها ، و التّي يمكن من خلالها معرفة الأب البيولوجي للولد بصفة قطعية بغض النظر عن طبيعة العلاقة التّي نتج عنها.

الفرع الثاني : الإطار التشريعي المتضمن اللجوء الى الطرق العلمية في مسائل النسب:

لابدّ من الإشارة في البداية أن النص باعتماد الطرق العلمية في إثبات النسب جاء متأخرا جدّا في تشريعي الأسرة في البلدين فلم يعتمده المشرع الجزائري إلا بمناسبة إصدار نص تعديل قانون الأسرة سنة 2005 وتعديله لنص المادة 40 منه (أولا)، و لم ينص المشرع المغربي على الطرق العلمية لإثبات النسب في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة ، ونص عليها في مدونة الأسرة المستحدثة سنة 2004 في المادة :138 منها (ثانيا) ، لذلك سنحاول الوقوف على النصوص القانونية ذات الصلة في التشريعين ،والى إمكانية اللّجوء إلى الخبرة العلمية في إثبات ونفي نسب الطفل المولود خارج إطار عقد الزواج وموقف القضاء من ذلك.

أولا: اللجوء الى الخبرة العلمية في مسائل النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة 40 من قانون الاسرة : "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تمّ فسخه بعد الدخول طبقا للمواد32،33 و34 من القانون.
يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.".
إنّ أول ملاحظة شكلية على نص الفقرة الثانية من المادة أعلاه ، أنها تضمّنت في نصها باللغة العربية : أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ، فَيُفهم من عبارة (لإثبات النسب) أن اللجوء إلى استعمال الطرق العلمية لا يكون إلّا إذا تعلق الأمر بإثبات النسب دون نفيه ، على خلاف نص الفقرة باللغة الفرنسية التي كانت دقيقة بذكرها لعبارة :(EN MATIERE DE FILIATION) ، أي في مواد النسب سواء كان للإثبات أو

للنفي بالاعتماد على النّص بلغته العربية فانه لا يمكن اللجوء الى الخبرة العلمية الا اذا تعلق الأمر بإثبات النسب فقط ، مع استبعاد اللجوء إليها في دعاوى نفي النسب ، كما يُستشف من النص أن مسألة الرّكون إلى الخبرة العلمية لا تكون إلاّ من طرف القاضي ، فلا يكون للخبرة التي يُجريها الطرفان خارج باحة القضاء أي حجيّة في مسألة النسب[1] .

أمّا بالنسبة لمرتبة الخبرة العلميّة ضمن وسائل إثبات النسب الأخرى فلم يوضحها المشرع الجزائري ولم يحسم الخلاف الفقهي والقانوني بين من يقول بإمكانية تقديم هذا الدليل القاطع على باقي الأدلة التقليدية، و بين من يعترض على ذلك لاسيما إذا تعارض نتائج الخبرة العلمية مع البينة أو مع الإقرار مثلا[2]، الأمر الذي أتاح للقضاء الفصل في هذه المسألة باضطراده على تقديم وسائل إثبات النسب التقليدية على وسيلة الخبرة العلمية ، مع بقاء القاعدة بعدم الاعتراف بنسب الطفل الطبيعي لأبيه سواء وقعت ولادته قبل الزواج أو أثناء الانفصال أو حتى بعد الطلاق[3].

ثانيا: قواعد اللجوء الى الخبرة القضائية العلمية في مدونة الأسرة المغربية:

لم تكن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة تنص على هذه الوسيلة؛ فكانت أحكام وقرارات القضاء ترفض اللّجوء أو التعامل بالخبرة العلمية بشكل مطلق سيما في غياب ما يثبت قيام العلاقة الزوجية بين الطرفين ، لكن بصدور مدونة الأسرة سنة 2004 استحدث المشرع المغربي نص المادة :158 منها الذي جاء فيه : " يثبت النسب بالفراش ، أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين ، أو ببينة السماع وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية.".

1-نصيرة شرقي ، **إثبات النسب في القانون الجزائري** ، مذكرة ماستر ، تخصص :عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج البويرة ،2012 /2013 ،ص59.

2-لتفصيل أكثر يُنظر : زبيدة إقروفة ، **الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب** ، ط1،دار الامل للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر ، 2012 ،ص 327.

2- Malika Bouziane . **« les Règles de filiation et leur Application par les Tribunaux en Algérie »**. les cahiers du LADREN. Numéro 1.Volume 3 décembre 2012. faculté de droit et sciences politiques . université d'oran2. p 75.

المقصود بالخبرة في النص: ينصرف إلى خبرة الأطباء المعتمدة على أحدث التطورات المرتكزة على البصمة الوراثية المعروفة في علم الجينات ، و هذا ما سارت على تأكيده وزارة العدل في دليلها العملي لمدونة الأسرة[1] .

تبقى الإشارة الى أن المشرع المغربي كنظيره الجزائري نص على عدم الاعتداد بالخبرة في مجال النسب إلا إذا كانت بناء على أمر قضائي و تمّ إجراؤها في المعامل المختصّة والمعتمدة رسميا[2].

هذا ما يخصّ الإطار التشريعي للخبرة العلمية في مجال النسب في تشريعي الأسرة في البلدين ، و أنتقل الآن الى دراسة موقف القضاء في التعامل مع طلبات الخبرة في مجال النسب بالتركيز على جزئية إثبات نسب الولد الناتج عن العلاقات غير الشرعية .

المطلب الثاني

موقف القضاء من الخبرة العلمية لإثبات النسب غير الشرعي

إنّ المتفحص لأحكام القضاء و قراراته في البلدين يقف على حقيقة واضحة وهي اختلاف مجال اللجوء للخبرة العلمية في مواد النسب أين لم يرسو القضاء عندنا في الجزائر على اعتبارها وسيلة إثبات أو نفي ،ولم تستقر أحكامه إلى حدّ الساعة بسبب غموض نصي المادتين:40 و41 من قانون الأسرة (الفرع الأول) ، فيما اعتبرها القضاء المغربي وسيلة للإثبات والنفي معا منطلقا من وضوح نص المادة 158 من المدونة (الفرع الثاني).

الفرع الأول : موقف القضاء الجزائري من استعمال الطرق العلمية في مواد النسب

1- خالد برجاوي ، **تطور قواعد النسب في القانون المغربي** ، مجلة فكر العلوم الاقتصادية القانونية والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية جامعة الرباط ، العدد1 ،فبراير 2008 ، المملكة المغربية ،ص166.

2 - سعد عبد اللاوي ، **الحجية القانونية للبصمة الوراثية في إثبات أو نفي النسب** ، رسالة ماجستير ، تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي ،2015/2014 ،ص 113.

إذا جئنا لقضاء المحكمة العليا باعتبارها تمثل أعلى جهة في الهرم القضائي العادي نجد أنها لم تستقر على تحديد مجال لاستعمال الطرق العلمية في مواد النسب المستحدثة على إثر تعديل قانون الأسرة سنة 2005 إن كان مجالها الإثبات فقط أو النفي و الإثبات معا وإن كان نطاق اللجوء اليها متعلقا فقط بالنسب في إطار العلاقة الزوجية أو خارجها.

في البداية نجد أنها خاطبت قضاة المجالس والمحاكم بضرورة التفريق وعدم الخلط بين اثبات النسب في اطار علاقة الزواج و بين إلحاق النسب في العلاقة غير الشرعية فجاء في قرارها [1] :" المبدأ: يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي) ولا ينبغي الخلط بين اثبات النّسب في الزّواج الشّرعي طبقا للمادة 41 من قانون الأسرة وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية ...وحيث انه بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي الى إلحاق نسب المولود للمطعون ضده باعتباره أب له كما أثبتته الخبرة العلمية (آ دي آن) معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الاسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد انه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البيّنة

ولمّا كانت الخبرة العلمية أثبتت ان الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بابيه وهو الطاعن وألّا تختلط عليهم الأمور بين الزّواج الشّرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النّسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة أنّ كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثاره الشرعية ، ولمّا تبين في قضية الحال أن الولد من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فانه يُلحق به ، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه..."

وفي تعليق لها على هذا القرار ذهبت الأستاذة بولنوار مليكة[2] إلى أن المحكمة العليا تبّنت في هذا القرار ودون إفراط في الشرح فكرة ثبوت النسب البيولوجي للطفل المولود خارج إطار العلاقة الزوجية وما يترتب عنه من آثار.

1- م ع ج ، غ ش أ م ،ملف رقم 355180 بتاريخ :05 مارس 2006 ،مجلة المحكمة العليا، العدد 1 ،2006 ص 469.

2- Malika Boulanouar Azzemou. **« Observations sur l'arrêt de la Cour suprême chambre du Statut Personnel du 5 Mars2006 »** .les cahiers du LADREN. Numéro 1.Volume 4. 31 décembre 2013. Faculté de droit et sciences politiques. Université d'oran2. p 77.

لكنها وبعد هذا القرار تراجعت عن موقفها وأكدّت في العديد من القرارات اللاحقة أن الخبرة العلمية هي وسيلة إثبات للنسب وليس لنفيه فجاء في احد قراراتها[1]: " ...النسب الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان المقصود في المادة 41 من قانون الأسرة ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان بطلب من الزوج ... بدعوى أن الطاعن وبمجرد علمه أمام المحكمة بادعاء المطعون ضدها انها حبلى منه انكر نسب الجنين وتقدم بطلب إجراء التحليل للحمض النووي ولم يستجب له لا المحكمة ولا المجلس... لكن حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين ان قضاة المجلس أشاروا في حيثيات قرارهم إلى أن المطعون ضدها حُبلى من الطاعن في الشهر الرابع وألزموه بمصاريف العلاج ومتابعة الفحوصات وبقضائهم ذلك يكونون قد ردوا ضمنا على طلب الطاعن بخصوص نفي النسب بتحاليل الحمض النووي وانتهوا إلى رفضه ضمنا وطبقوا في ذلك صحيح القانون لان النسب الثابت بالفراش لا ينتفي الا باللعان فقط وهو الطريق المشروع الذي قصدته المادة 41 من قانون الاسرة ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان بناء على طلب الزوج وان نص المادة 40 فقرة 02 مقرر للإثبات وليس للنفي والحال أنّ النسب ثابت هنا بالفراش مما يجعل الوجه غير سديد ويستوجب الرفض".

في هذا القرار اعتبرت المحكمة العليا أن الطرق العلمية المنصوص عليها بالمادة 40فقرة 02 أعلاه مقررة لإثبات النسب وليس لنفيه، وبحسبه فلا مجال للالتفات الى طلب الخبرة الطبية لنفي النسب، وسارت على هذا المنوال في قراراتها اللاحقة ومنها :[2]" المبدأ: نفي النسب لا يكون إلا بدعوى اللعان، وليس بالبصمة الوراثية ... وحيث أنه من المقرر قانونا وحسب المادة 40 فقرة 2 من قانون الأسرة فإنه يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية في إثبات النسب وبالتالي فإنه لا يجوز اللجوء إلى البصمة الوراثية لنفي وإبطال الأبوة الثابتة بالطرق الشرعية أو التشكيك فيها وأن ذلك لا يكون إلى بدعوى اللعان حسب المادة 41 من قانون الأسرة مما يجعل الوجهين غير سديدين ويتعين رفضهما ورفض الطعن.".

1 - م ع ج ، غ ش أ م ،ملف رقم828820 بتاريخ: 13 ديسمبر 2012 ،مجلة المحكمة العليا، العدد1،2014، ص 323 .

2 - م ع ج ، غ ش أ م ، ملف رقم1269341 بتاريخ : 2019/01/09 غير منشور.

اذا تفحصنا قرارات المحكمة العليا المتناقضة سنقف على حقيقة أنّها قدمت اللعان كوسيلة لنفي النسب على غيره من الأدلة بل وجعلته الوسيلة الوحيدة لنفي النسب في العلاقة الزوجية الشرعية ، ومنه فلا يمكن اللجوء الى اللعان لإثبات او نفي نسب الولد الناجم عن العلاقات خارج اطار عقد الزواج ، ما يجعل قرارها الاول . الذي خاطبت فيه القضاة بضرورة التفريق وعدم الخلط بين ثبوت النسب في العلاقة الزوجية والذي لا يمكن نفيه إلا باللعان ، وبين إلحاق النسب المتولد من العلاقات غير الشرعية والذي يمكن إثباته ونفيه بغير طريق اللعان و منها وسيلة الخبرة العلمية . هو القرار الأقرب للتطبيق في بحث نسب الابن المتولد خارج إطار عقد الزواج .

الفرع الثاني : موقف القضاء المغربي من استعمال الطرق العلمية في مجال النسب

كما سبقت الإشارة إليه ، فان وضوح نصوص مدونة الأسرة المغربية المتعلقة باللّجوء إلى الخبرة العلمية في مجال النسب إثباتا ونفيا سواء تعلق الأمر بالنسب المتولد في إطار العلاقة الشرعية أو خارجها انعكس على وضوح واستقرار قرارات القضاء .

جاء في أحد القرارات القضائية [1]:" حيث تبين صحة ما عاب به الطالب القرار ، ذلك أنه بمقتضى المادة 153 من مدونة الأسرة فانه يمكن الطعن في النسب من طرف الزوج عن طريق اللعان ، او بواسطة خبرة تفيد القطع ، اذ أدلى الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه، وصدر أمر قضائي بهذه الخبرة ، والثابت أن الطالب تقدم بطلب نفي الحمل المذكور بمجرد علمه به ، كما هو مبين اعلاه وبعد تأكيده عدم معاشرة المطلوبة مدة ثلاثة اشهر عن تاريخ علمه بالحمل المذكور كما تمسك بإجراء خبرة على الحامض النووي وان المطلوبة لم تمانع في ذلك وأكدت موافقتها عليها ، والمحكمة لم تأخذ ما ذكر بعين الاعتبار واكتفت في تعليلها بان الطالب لم يدعم طلبه بأي دليل ولم ينف الحمل مطلقا مع انه بادر الى رفع دعوى نفي الحمل في 02 جوان 2003 بعد علمه بالحمل في 29 ماي 2003 فيكون بذلك قرار المحكمة فاسد التعليل ومعرضا للنقض."

---

1 - م أ م ، ملف رقم 2006/1/2/581 عدد505 بتاريخ: 2007/10/10 ،نقلا عن : الطيب الشرقاوي، **المرجع السابق** ،ص 58.

كما جاء في قرار آخر [1]: " المبدأ: يمكن للمحكمة الاعتماد على نتيجة الخبرة الجينية لنفي النسب ... لكن حيث أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما اعتمدت في قضائها على الدليل المتمثل في الحكم الجُنحي الذي أدان أخ الزوج المطلوب في النقض من اجل جنحة المشاركة في الخيانة الزوجية مع الطاعنة واعتبرت أن هذه الحجة دليل على ادعائه وقررت بناء على ذلك إجراء خبرة جينية أثبتت أن الولد المتنازع في نسبه ليس من صلب الزوج لعدم وجود أي علاقة بيولوجية بين الطرفين وقضت تبعا لذلك بنفي نسب الولد عنه تكون قد طبقت المادة المحتج بها تطبيقا صحيحا ، ولم تخرق القانون فجاء قرارها بخصوص ما ذكر معلّلا بما فيه الكفاية ويبقى السبب غير مؤسس."، وهذا معناه أن المجلس تبنى اللجوء الى الخبرة القضائية بوجود الحكم الجزائي الذي توبع فيه أخ الزوج وزوجة هذا الاخير بجنحة الزنا وفعلا فقد أثبتت الخبرة أن الولد ليس من صلب الزوج المضرور.

وأكد المجلس الاعلى على هذا الطرح في قرار أخر [2] : " المبدأ : يمكن للمحكمة اعتماد الخبرة الطبية لنفي النسب متى أفادت القطع... وحيث أن الدعوى مؤسسة على نص المادة 153 من مدونة الأسرة وقدم المطلوب دلائل قوية تتمثل في تحليلات طبيّة تفيد عقمه ، وان المحكمة لمّا أمرت بخبرة جينية أفادت بعدم ثبوت نسب البنت الى المطلوب في النقض وقضت تبعا لذلك بتأكيد ما انتهى إليه الحكم المستأنف من نفي نسب البنت ... تكون قد أجابت الطاعنة عما أثارته من دفوع ولم تخرق القانون .".

إذن فالقضاء المغربي أخذ بالخبرة العلمية كوسيلة لإثبات النسب و نفيه دون التفريق بين ما إذا كان النسب شرعيا ، أو لمعرفة النسب البيولوجي للولد الناتج عن العلاقات خارج إطار عقد الزواج و اشترط أن يتم الإدلاء بدلائل قوية على الادعاء وأن تكون الخبرة المأمور بها صادرة بحكم قضائي طبقا للمادة :153 من مدونة الاسرة .

وقد لاقى هذا الاتجاه النقد اللاذع من بعض الفقهاء والأساتذة ومنهم الفقيه : محمد التاويل الذي رأى بعدم مشروعية اعتماد الخبرة العلمية في مسائل النسب المتولد خارج إطار عقد

1 - م أ م ، الملف رقم 2007/1/2/315 بتاريخ: 2007/11/21 عدد 586 ،نقلا عن :الطيب الشرقاوي، **المرجع نفسه**، ص59

2 -م أ م ، الملف رقم 2008/1/2/302 عدد 5 ، نقلا عن الطيب الشرقاوي ،**المرجع السابق** ، ص 63.

الزواج بقوله [1]" ...وان لم يكن هناك نكاح ثابت معلوم ، وإنّما هناك مجرد خطبة أو وعد بالزواج دون عقد أو مجرد دعوى الزوجية أو اغتصاب أو زنا محض ؛ فإنّه لا عبرة

بنتائج الخبرة ولا التفات إليها لأن أقصى ما تفييده وتُثبته أن هذا الولد المتنازع فيه تخلّق من نطفة هذا الرجل الذي تدّعي المرأة الحمل منه وأنه الأب الطبيعي له ،وهذا لا يثبت به نسب ولا يلحق به الولد في الإسلام ... فإذا كان لا يلحق الولد بأبيه مع اعترافه وتصديق أمّه فكيف يُلحق به بمجرّد الخبرة وهو يُنكره وينفيه ويتبرأ منه ...".

كخاتمة لهذا المبحث و أمام تضارب قرارات القضاء في البلدين في الأخذ بنتائج البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب ونفيه ، فقد اقترح البعض[2] حصر مجال الأخذ بنتائج البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب في المجالات التالية :

1. حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء عند انتفاء الأدلة أو تساويها .

2. حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية المواليد والأطفال ونحوها والاشتباه في أطفال الأنابيب.

3. حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث والكوارث وتعذر معرفة أهلهم.

وأن هذه الحالات يتوجب فيها الركون الى الخبرة العلمية وليس فقط جواز ذلك؛ لأنها حالات تتطلب الفصل فيها على وجه التأكيد لإرجاع الأوضاع إلى حالتها، لذلك وجب تقنينها ضمن تشريعي الأسرة ، وفيما عدا هذه الحالات فإنّ دور الاجتهاد القضائي لابدّ أن يستند الى آراء الفقهاء التّي تراعي قواعد الشّرع ولا تُهمل ظروف الواقع ومتطلبات الحياة الراهنة وتعقيداتها.

---

1 - محمد التاويل ، **موقف الشريعة الإسلامية من إعتماد الخبرة الطبيّة والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه** ، د ط ، مطبعة آنفو. برانت ، فاس المملكة المغربية ، 2007 ، ص59.

2 - عمر بن محمد السبيل ، **البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية** ، مجلة المجمع الفقهي الاسلامي ، العدد 15 ، السنة 13 ، المملكة العربية السعودية ، 2002، ص62.

كملخص لهذا الفصل فقد وقفت على انفراد المشرع المغربي بالنص على إمكانية إثبات نسب الابن الناتج أثناء فترة الخطوبة لأبيه بشروط المادة156 من المدونة فيما لجأ القضاء في الجزائر الى بناء أحكام بلحوق نسب ابن المغتصبة لأبيه باعتباره نكاح شبهة بالعنف والقوة ودون إرادة من الطرف الضعيف وهي المغتصبة و هو الموقف الذي لم يسلم من النقد بالقول بمخالفته لأحكام الفقه الإسلامي في هذه المسألة ، ثم تناولت بصفة مختصرة الإطار الفني والتشريعي للخبرة العلمية في مجال النسب و وقفت فيه على مجال الاختلاف في التشريع بين البلدين وأثره على تناقض واستقرار الأحكام القضائية فيهما بإعطاء نماذج تطبيقية مختلفة.

بالنظر إلى التردّد الملاحظ على اتجاه القضاء في الاعتراف بدور الطرق العلمية في إثبات نسب الولد غير الشرعي لوالده البيولوجي[1] ، أرى أن مجرّد معرفة الأب الطبيعي من طرف ذلك الولد يشكل استجابة لحقه في معرفة والديه بغض النظر عن عدم الاعتراف بنسبه إلى والده أو ترتيب حقوق له عليه كالنفقة والتربية وغيرهما ، وهو الحق المكرس في المادة :07 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 المصادق عليها من البلدين والمذكورة في مقدمة هذا البحث.

1-Malika BoulanouarAzzemou. **« preuve scientifique et filiation quelles perspectives en droit algerien ؟ »** .les cahiers du LADREN. Numero 1.Volume 3 decembre 2012. faculte de droit et sciences politiques . universite d'oran2. p 65.

الفصل الثاني

الفصل الثاني

إشكاليات الهوية المستقبلية للطفل المولود خارج إطار عقد الزواج

على خلاف الطفل المولود من علاقة زواج شرعية ، الذي يُستقبل بفرحة لا توصف فان الطفل مجهول النسب يُستقبل بوجوم و حزن و رفض ،و ربّما تجري محاولات للتخلص منه برميه امام أحد المساجد أو على قارعة الطريق ، وحتى وان لم يحدث ذلك فقد تجد الأم أنها في ورطة مع وجود هذا الطفل مجهول الأب[1] فتتركه وراءها مهملا بلا هوية مستقبلية بلا اسم ولا لقب، بلا موطن ولا جنسية .

تلك الهوية الغائبة سأقوم بمعالجتها في إطار الإجابة على الإشكالية الرئيسية للبحث المتعلقة بمدى تمتّع الطّفل المتولد من العلاقات خارج إطار الزواج بنفس المركز القانوني الذي يتمتع به الطفل المولود ضمن إطار العلاقة الشرعية ، فيأتي هذا الفصل مكمّلا لموضوع الفصل الأول المتعلق بنسبه ، وأتناول فيه حقه في منح اسم له وتسجيله في سجلات الحالة المدنية (المبحث الأول) و أخيرا حّقه في الجنسيّة (المبحث الثاني).

1 - مسعودة خالدي ،**الأطفال مجهولي النسب بين رحلة البحث عن الهوية وإشكالية الحصول على الحقوق المدنية** مجلة تطوير العلوم الاجتماعية مجلد 10 ، العدد01 ، جامعة زيان عاشور الجلفة 2017 ، ص 261 .

المبحث الأول

تسمية الأبناء المولودين خارج إطار عقد الزواج وتسجيلهم

يعتبر نظام الحالة المدنية من مهام السيادة في أي دولة تمارس بواسطة ضباط للحالة المدنية في الداخل والخارج لحسابها ، وتشمل الحالة المدنية كل القواعد التي تنظم التواجد القانوني للشخص سواء باعتباره فردا داخل الأسرة أو باعتباره فردا في مجتمعه ببيان جميع المراحل التاريخية في حياته بدءا من ميلاده وانتهاء بوفاته مرورا بأهّم المحطات التي تتخللهما من زواج وطلاق وحجر وتقديم وغياب وفقدان ، ولا يخفى ما لذلك من أهمية بارزة في جميع المخططات التنموية في البلاد فهي وسيلة تساهم في تقديم المعطيات والإحصائيات اللازمة وبناء تلك المخططات وتنفيذها.

وتشكل فئة المواليد خارج إطار عقد الزواج كتلةً لا بأس بها في منظومة الحالة المدنية في البلدين، إلاّ أنّ أولى الملاحظات التي أقف عندها أن تشريع الحالة المدنية في البلدين تضمن أحكاما خاصة بمنح الاسماء لهذه الفئة (المطلب الأول) وتسجيلها في سجلات الحالة المدنية (المطلب الثاني) وذلك دون أن يجعل لها سجلات خاصة بها من باب المساواة وتفادي التمييز بين فئات الأطفال الاجتماعية على خلاف بعض القوانين العربية التي نصت على تخصيص سجلات باسم هذه الفئات كسجل ميلاد اللقطاء ومجهولو النسب وأبناء الزّنا ومنها القانون العراقي الذي نص على تخصيص سجلات بهكذا أسماء[1]، وهذا الأمر فيه تمييز ظاهر في تنظيم الحالة المدنية الخاصة بهذه الفئة.

1 - نصت المادة 51 من القانون رقم 26 لسنة 1965 المتضمن نظام تسجيل الاحوال المدنية :(يسجل اللقيط ومجهول النسب في سجل اللقطاء ومجهولي النسب ...) وقد الغي هذا القانون بموجب القانون رقم : 65 بتاريخ:25 مايو 1972 المتعلق بالاحوال المدنية الا أنه لم يلغي تخصيص هذا السجل بالاسم نفسه في المادة 33 منه .

المطلب الأول

قواعد وشروط منح الاسم

يعتبر الاسم حقّا من حقوق الطَفل الذّي يتميّز به عن غيره ، ويقع واجب تسمية الولد في الفقه الإسلامي على عاتق الأب فهو حق وواجب عليه دون الأم إلاّ اذا اتفقا، فإذا تنازعا فهي للأب [1] ، لأنّ نسب الولد يتبع أباه فَحَقَّ أن يكون للأب حق تسميته[2] و هذا الأمر فتح الباب أمام النّقد من جانب دعاة المساواة بين الرجل والمرأة في مناداتهم بالتنصيص على مساواة الزوجين في حق تسمية أولادهما ، و لم يطرح هذا الأمر على القضاء في البلدين . على حدّ اطلاعي . اللَهم إلاّ إذا تعلق الأمر بطلبات تصحيح أو تغيير الأسماء إذا دعت المصلحة المشروعة إلى ذلك كأن يحمل اسم الولد ما يتضمن تحقيرا له أو اسما مخالفا للنظام العام و الآداب العامة ، على خلاف ما سارت عليه بعض الأنظمة القضائية العربية بالنسبة لتطبيق مبدأ المساواة بين الزوجين في تسمية أولادهما ويمكن هنا الاستشهاد بقرار قضائي صادر عن المحاكم الأردنية جاء في بعض حيثيات ذلك الحكم [3] :" ... و الثابت في سائر أوراق هذه الدعوى أن المدّعية و منذ ولادتها قام والدها بتسميتها بإسم (فلحا)، و لمّا كان هذا الاسم يُسبّب لها الخجل سواء في منزل أهلها أو أمام الطالبات في المدرسة ،و لمّا كان أهلها ينادونها باسم (ملاك) فقد تقدّمت بهذه الدعوى لتغيير اسمها ... و أن المحكمة بالرجوع إلى اتفاقيتي القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية تجد أن والدة المدعيّة لم يكن لها رأي أو مشورة في تسمية ابنتها المدعية حيث خاطبها زوجها :[لا تفرضي رأيك علي]، يدلّ على وجود نوع من التمييز بين الرجل والمرأة و من المتوجب استبعاد هذا النوع من

---

1 - بوزيد بن عبدالله بكر ، **تسمية المولود آداب أحكام** ،ط3 ، دار العاصم للنشر والتوزيع ، المملكة العربية السعودية ، 1995 ، ص28,

2 - محمود باسل الحافي ، **فقه الطفولة: أحكام النفس دراسة مقارنة** ،ط1 ، دار النور ، بيروت لبنان، 2008 ص 183.

3 - محكمة صلح الطفيلة ، الملف رقم 2010/836 ، بتاريخ : 2010/11/30 نقلا عن: سامية بوروبة ، **الاجتهادات القضائية العربية في تطبيق الاتفاقيات الدولية للحقوق الإنسانية للمرأة** ، طبع معهد راؤول ولينبرغ لحقوق الانسان والقانون الانساني ، السويد 2016 ، ص 140.

التمييز و يتعين تطبيق الاتفاقيات الدّولية على أساس أنّها أسمى مرتبة من القوانين وأولى بالتطبيق وقررت تغيير اسم المدعية من (فلحا) الى (ملاك)..."

سأتناول في هذا المطلب قواعد منح الأسماء للأطفال المولودين خارج إطار عقد الزواج سواء تعلق الأمر بمجهول نسب الأب أو بمجهول الأبوين في قانوني الحالة المدنية في الجزائر (الفرع الأول) وفي المغرب (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تسمية المواليد خارج إطار الزواج في قانون الحالة المدنية الجزائري:

يعتبر الحق في الاسم من الحقوق اللصيقة بشخصية الانسان بدون تمييز بين جنس وآخر أو بين فئة وفئة أخرى محمي من كل أشكال الاستغلال وغير قابل للتنازل[1].

بالرجوع إلى أحكام الأمر المتعلق بالحالة المدنية [2] ، نجد أنّه نص على أحكام خاصة بتسمية الأطفال المولودين من أبوين مجهولين أو من أب مجهول ، فنصت المادة 64 منه:

" يختار الأسماء الأب أو الأم وفي حالة عدم وجودهما المصرح .

يجب أن تكون الأسماء اسماء جزائرية .

ويجوز أن يكون غير ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين معتنقين ديانة غير الديانة الإسلامية .

تمنع جميع الأسماء غير المخصصة في الاستعمال أو العادة.

يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء و الاطفال المولودين من أبوين مجهولين و الذين لم ينسب لهم المصرح أي أسماء ، ويعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي.".

1- AhlemTabet-Derraz et Farida HamadiKaddous. **« Abandon d'enfant et Droit au Nom »** .les cahiers du LADREN. Numero 1.Volume 1.31 décembre 2008. faculte de droit et sciences politiques . université d'oran2. p 202.

2 - أمر رقم 70 . 20 مؤرخ في: 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية معدل ومتمم ، ج ر عدد 21 صادر بتاريخ: 1970/02/27.

بالرجوع إلى نص المَادة المذكورة أعلاه ، فإن الأشخاص المخولون لمنح وإعطاء اسم للطفل مجهول الأب هم : الأم ، أو المصرح في حالة عدم وجودها ، وبالنسبة للطفل مجهول الأبوين وفي حالة عدم إعطاء المصرح به أي اسم يتولى ضابط الحالة المدنية منحه مجموعة أسماء يتخذ آخرها لقبا عائليا مستقبلا.

واشترطت المادة أن يكون الاسم الممنوح إسما جزائريا ، وعلى أساسه تم إعداد دليل للأسماء المعتمدة من قبل وزارة الداخلية والجماعات المحلية موجود في مصلحة الحالة المدنية بكل بلدية عبر القطر الوطني ، يتم الرجوع إليه في حالة الشكّ في جزائرية الاسم أو في مدلوله ، وهو الدليل المنشئ بموجب أحكام المرسوم رقم : 26/81[1] الذي نص في مادته الثالثة على إعداد قاموس رسمي للأسماء على أساس القائمة الوطنية طبقا لأحكام المادة: 64 من القانون المدني و المادة: 28 من قانون الحالة المدنية، كما أضافت المادة الرابعة منه بوجوب تسجيل كل اسم لشخص ما بالاستناد إلى هذا القاموس فقط .

تجدر الإشارة إلى أنه صدر منشور وزاري مشترك[2] بخصوص تطبيق أحكام المادة 64 من قانون الحال المدنية ألزم ضباط الحالة المدنية بأن يكون الاسم الثالث للأنثى مجهولة الأبوين اسما ذكرا وليس أنثى فجاء فيه :" ان الغرض من أحكام المادة السالفة الذكر يكمن في إمكانية إدماج هؤلاء الأطفال في السلك الاجتماعي ...وان استعمال اسم أنثى كلقب عائلي بالنسبة للأطفال الإناث يدلّ على ظروف ولادتهنّ وعلى وضعيتهنّ وذلك سواء بالنسبة للأطفال أنفسهم أو بالنسبة للمجتمع ... ولهذا الغرض فإنّه يُطلب من السادة ضباط الحالة المدنية السهر على أن يكون آخر اسم وهو الاسم الذي سوف يُتخذ كلقب عائلي اسم ذكر حتما بما فيه الأطفال الإناث ..."

1 - مرسوم رئاسي رقم 81 . 26 مؤرخ في: 07 مارس 1981 يتضمن إعداد قاموس وطني لأسماء الاشخاص ، ج ر عدد 10 صادر بتاريخ : 10 مارس 1981.

2 - منشور وزاري مشترك (وزير الداخلية ، وزير الحماية الاجتماعية ووزير العدل) مؤرخ في: 17 جانفي 1987 يتعلق بالحالة المدنية للأطفال المولودين من أبوين مجهولين ، **مدونة النصوص التشريعية والتنظيمية الخاصة بالأطفال** ، طبع المدرسة العليا للقضاء ، 2004 ص 170.

لكن من الناحية الواقعية فكثيرا ما يتم القفز على هذا القاموس و بالنتيجة على نص الفقرة المذكورة من المادة 64 أعلاه ، و على القاموس الوطني فنجد أسماء غريبة عن المجتمع الجزائري و ليس لها أية صلة لا بطبيعة هذا المجتمع ولا بقيمه ولا بتاريخه ولا بدينه .

يختص ضابط الحالة المدنية في حالة عدم منح الأم أو المصرح لاسم للولد مجهول الأب أو في حالة الولد مجهول الأبوين بإعطائه اسما خاصا يتشكّل من عدد من الأسماء دون أن يُحدّد المشرّع طبيعة تلك الأسماء اللهم إلاّ ما تعلق بضرورة اختيارها من ضمن ما ورد في القاموس الوطني ، و هي الأسماء التي يتخذ الولد من آخرها لقبا له ك: مصطفى عبد الكريم مثلا فيتخذ اسم عبد الكريم لقبا له ، و بتلك الأسماء يتم تسجيله في سجلات الحالة المدنية كما سنراه لاحقا.

الفرع الثاني : تسمية المواليد خارج إطار الزواج في قانون الحالة المدنية المغربي:

بالرجوع لنص المادة 21 من قانون الحالة المدنية المغربي[1] فقد أوجبت أن يكتسي الاسم الشخصي الذي اختاره من يقدم التصريح بالولادة قصد تقييده في سجلات الحالة المدنية طابعا مغربيا و ألا يكون إسما عائليا أو إسما مركّبا من أكثر من اسمين أو اسم مدينة أو قرية أو قبيلة و ألا يكون من شأنه أن يمس بالأخلاق أو النظام العام ، وألا يكون مشفوعا بأي كُنية أو صفة مثل:" مولاي" أو "سيدي" أو "لالة".

كما تضمنت المادة 20 من نفس القانون أحكاما غريبة تتعلق بمجال اختيار الاسم العائلي او اللقب؛ فإذا كان اشتراط عدم مخالفة الاسم العائلي لاسم الأب و عدم مخالفته للنظام والأخلاق العامة مفهوما فبماذا يُفسَرُ اشتراطه في اختيار اسم عائلي شريف بوجوب إثباته بشهادة يسلمها نقيب الشرفاء المختص ، و لماذا يكون الاسم العائلي الخاص بتلك العائلات حكرا عليها ودون اعتراضها ؟ ليشترط القانون تقديم شهادة من نقيبهم تثبت أن هذا

1 -ظهير شريف رقم 1.02.239 مؤرخ في: 03 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 99.37المتعلق بالحالة المدنية ، ج ر عدد 5054 صادر بتاريخ: 07 نوفمبر 2002 .

الشخص من سلالة العائلات الشريفة ، لذلك رأى البعض[1] أن قانون الحالة المدنية في هذه النقطة مبني على معايير تمييزية في اختيار الألقاب والأسماء العائلية.

هذا بالنسبة للإطار العام لتسمية المواليد ، لكن بخصوص منح الأسماء للأطفال المولودين خارج إطار عقد الزواج ، و الذين قد يكونون من مجهولي الأب أو من مجهولي الأبوين فقد تضمن قانون الحالة المدنية المغربي إجراءات خاصة، فنصت المادة 16 فقرة 07 منه أن الولد مجهول الأب تختار له أمه اسما شخصيا واسم أب مشتقا من أسماء العبودية لله تعالى و إسما عائليا خاصا به ، ومعنى ذلك أن والدة الطفل مجهول الأب تختار له ثلاثة أسماء ، الأول شخصي يُنادى به ، والثاني اسم أب له يجب أن يُشتق من أسماء العبودية ك:عبدالرحمان وعبد الكريم و عبدالله ... الخ ،و الاسم الثالث هو الاسم العائلي وهذا الأخير هو ما وقع الخلاف في تحديد معناه وشروط منحه.

مثلما سبقت الإشارة إليه في الفصل الأول إلى وجود منشورين صادرين عن وزارة الداخلية المغربية الاول صادر بتاريخ: 11 ديسمبر 1978 تحت رقم : 352 ، و الثاني بتاريخ :31 ماي 1979 تحت رقم : 130 اشترطا لمنح الولد المتولد من علاقة غير شرعية لقب أمه عدم وجود اعتراض على ذلك من والد البنت أو القريب الذكر من عائلة الأم الأكبر سنّا ،وفي حالة الاعتراض هذا يختار له لقبا آخر ما عدا لقب أمه[2]
ذلك أن اعتراض والد الأمّ العزباء على منحه لا يمكن معه أن يحمل ابن الزنا لقب أمه و اعتراض سائر الأشخاص الذين ذكرهم المنشوران ، و بتطبيق هذين المنشورين من طرف ضباط الحالة المدنية وقعت العديد من المشاكل بسبب رفض أولياء المرأة منح ولدها غير الشرعي لقبها العائلي ، إلا أنه قد صدرت دورية حديثة عن وزير الداخلية المغربي[3] أجازت لضباط الحالة المدنية تسجيل الولد غير الشرعي بالاسم العائلي للأم ومن ضمن

1 - حسان بوعنيق ، رئيس الغرفة العقارية بمجلس قضاء الجلفة ، مقابلة بتاريخ: 19 فيفري 2020 على الساعة العاشرة والنصف صباحا.

2- الحسن بوبقين ، **الاسم العائلي والشخصي في نظام الحالة المدنية بالمغرب** ، مجلة الملحق القضائي ،العدد 19 ، وزارة العدل ، المملكة المغربية ، أكتوبر 1988 ص 64.

3 -دورية رقم 1/7832 مؤرخة في :25 أوت 2010 تتعلق بإعطاء الإسم العائلي للأم لإبنها مجهول الأب ، غير منشورة .

ما جاء فيها :" ... إلاّ أن المقتضيات القانونية التي جاءت بها مدونة الأسرة التي نصت في المادة 397 منها على نسخ جميع الأحكام المخالفة لها أقرت في نفس الوقت حقوقا للأطفال على أبويهما طبقا للمادة 54 منها أهمها: العمل على تثبيت هوياتهم والحفاظ عليها بالنسبة للإسم والجنسية والتسجيل في الحالة المدنية لذلك فإن كان الطفل الشرعي يكتسب الإسم العائلي لأبيه الزاميا فإن الامر يختلف بالنسبة للطفل غير الشرعي الذي يتبع أمه في إسمها العائلي انسجاما و تطابقا مع ما جاء في المادة 146 من المدونة التي نصت :[تستوي البنوة للأم في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية] ، لهذا فإن إعطاء الأم لاسمها العائلي لابنها مجهول الأب يدخل ضمن الآثار المترتبة عن ولادة الابن غير الشرعي و هو الاجتهاد الذي تبنّته بعض المحاكم ... لذلك فالمرجو إبلاغ فحوى هذه الدورية إلى ضبّاط الحالة المدنية بتسجيل الاسم العائلي لأم الطفل المجهول الأب متى اختارته ليكون إسما عائليا لابنها في سجلات الحالة المدنية ، والسلام "

اذن أصبح بإمكان ضابط الحالة المدنية تسجيل الولد غير الشرعي على اسم عائلة أمّه متى اختارت هي ذلك.

كما تجدر الملاحظة إلى الأحكام التي تضّمنتها الفقرة الرابعة من المادة 16 من قانون الحالة المدنية المغربي التي منحت صلاحية اختيار اسم الطفل مجهول الأبوين أو الولد الذي وقع التخلي عنه بعد الوضع إلى وكيل الملك أين يختار له اسما شخصيا ، و أسماء أبوين أو اسم أب إذا كان معروف الأم ، فهذه الصلاحية التي منحها المشرع الجزائري لضابط الحالة المدنية قد منحها المشرع المغربي لوكيل الملك وحده .

المطلب الثاني

تسجيل الأطفال المولودين خارج اطار عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية

عمليّة تسجيل المواليد في سجلات الحالة المدنية هي عملية لاحقة لميلاد الطفل ، يتولاها ضابط الحالة المدنية ، فيتلقى جميع التصريحات بالولادات و يقوم بتحرير العقود المتعلقة بها ضمن مواعيد زمنية محددة[1] ،لا يمكن له ان يتلقاها أو يسجلها خارج هذه المواعيد تحت طائلة المساءلة التأديبية ،ولذوي الصفة والمصلحة في هذه الحالة اللجوء الى القضاء لقيد الميلاد بناء على حكم .

بناء على ما تم ذكره ، سأتناول في هذا المطلب إجراءات تسجيل ميلاد الطفل مجهول الأب أو الأبوين ودور ضابط الحالة المدنية في تلك العملية ، وحالات اللجوء الى القضاء لتسجيل ميلادهما في تشريعي الحالة المدنية في البلدين.

الفرع الاول: تسجيل ميلاد الطفل المولود خارج إطار عقد الزواج في التشريع الجزائري:

يختص ضابط الحالة المدنية نوعيا[2] بتلقي التصريحات بالولادات و تحرير العقود المتعلقة بها ، وبالرجوع الى نص المادة 03 من الأمر المتضمن قانون الحالة المدنية نجدها منحت لضابط الحالة المدنية صلاحية تلقي التصريحات بالولادات و تحرير العقود المتعلقة بها ضمن مسطرة ومواعيد خاصة(أولا) تحت طائلة التوجه للتصريح والتسجيل بواسطة القضاء (ثانيا).

---

1 - عبدالقادر نعمان ،يوسف جمام ، **ضرورة إعادة النظر في نظام الحالة المدنية في الجزائر** ، مذكرة ليسانس ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة 08 ماي 1945 قالمة ، 2006/2005 ، ص 32 .

2 - عائشة نبيلة درقاوي ، **النظام القانوني للحالة المدنية في الجزائر** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون الأسرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة ، 2015/2014 ، ص 11.

أولا: الأشخاص المخولون بالتصريح بالميلاد ومواعيده:

لم يقف المشرع الجزائري عند حدّ تعداد مجموعة الأشخاص بصفاتهم والمخولون بواجب التصريح بالميلاد ، بل وسع الأمر لكلّ شخص حضر واقعة الميلاد ، و فرض أن يتمّ التصريح في ميعاد قانوني محدد لا يمكن تجاوزه تحت طائلة العقوبات.

1 . الأشخاص المخولون بالتصريح بالميلاد :

بالرجوع الى نصوص الأمر المتعلق بالحالة المدنية نجد أنه ذكر طائفة من الأشخاص خصهم بواجب التصريح بميلاد الاطفال المولدون خارج إطار العلاقة الزوجية ، وأدخلها ضمن الظروف الخاصة للميلاد[1] .

نصت المادة 62 :" يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم ، و إلاّ فالأطباء والقابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة ، وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشخص الذي ولدت الأم عنده .

إذن يتبين أن عملية التصريح بالميلاد عموما غير متعلقة بوجود عقد زواج والدي الطفل فيمكن لأب الطفل المولود خارج إطار العلاقة الزوجية أن يصرح به دون أن يتم تسجيله باسمه ، كما يمكن لأم ذلك الطفل التصريح بميلاده وتسجيله باسمها .

بالنسبة لتصريح الأطباء والقابلات فالغالب أنّه يرتبط بالنشاط المصلحي للمستشفيات أين تُخصّص مصلحة فيها لهذه العملية تمنح لها صلاحية التصريح بالأطفال المولودين داخلها و لا فرق في ذلك بين المولودين في إطار العلاقة الزوجية أو خارجها ، أين يتم تسجيل الطفل بداية في سجل مصلحة التوليد يتضمن توقيت الولادة بالضبط ، اسم المولود، جنسه ، وزنه ، طبيعة الولادة عاديّة أم قيصرية ، والديه عند الاقتضاء، وحالته الصحية وعلى أساس التسجيل المذكور يتم التصريح بالمولود لدى ضابط الحالة المدنية لمكان الميلاد من طرف العون المكلف من إدارة المستشفى .

---

1 - يحي مرابط ، **تنظيم وسير مرفق الحالة المدنية في الجزائر** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص دولة ومؤسسات عمومية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف المسيلة ، 2017/2016 ، ص 22.

كما تضمنت الفقرة الأولى من نص المادة 67 طائفة أخرى ممن يتوجب عليهم التصريح بالعثور ، وهم الأشخاص الذين يجدون مولودا حديثا أين يقع عليه واجب التصريح بميلاده لضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه.

تجدر الإشارة الى أن المشرع لم يُقِمْ أي تمييز في إجراءات تسجيل المواليد من مجهولي النسب أو المولودين خارج إطار عقد الزواج، و في هذا الإطار و بالنسبة لتنظيم الحالة المدنية في الخارج فلا بدّ من التنويه بالتعليمتين رقم :24805 بتاريخ 1984/12/24 ورقم : 051673 بتاريخ: 1986/06/22 الصادرتين عن وزير الخارجية تسمح لرؤساء

البعثات الدبلوماسية و رؤساء المراكز القنصلية المشرفون على دائرة قنصليّة بتسجيل الطفل المولود لأم جزائرية خارج إطار عقد الزواج بشرط اعترافها به[1] .

من الناحية الواقعية فكثيرا من الأمهات العازبات من تدخلن المستشفيات لوضع مواليدهن إلاّ أنهن وبمجرد وضعهن يقمن بالمغادرة و التخلي عن أولادهن تحت تأثير الخوف من ردة فعل الأسرة والمجتمع ومحاولة منها لاستدراك الفضيحة[2] ، فيتم اعلام السيد وكيل الجمهورية الواقع في دائرة اختصاصه مكان المستشفى بحالة هذا الطفل المتروك ، أين يقوم بتحرير عريضة طفل في حالة خطر موجهة لقاضي الأحداث بنفس المحكمة على قاعدة المواد : 32،2 من قانون حماية الطفل[3] ، يلتمس من خلالها التدخل لحماية هذا المولود ، ويقوم قاضي الأحداث بالنظر الى سن الطفل بوضعه في مركز لرعاية الطفولة

المسعفة بموجب أمر مؤقت طبقا لنص المادة 36 من نفس القانون ،و يواصل التحقيق في الملف بسماع كل من يرى فائدة في سماعه ويتوجب عليه زيارة المركز الذي وضع فيه

---

1 . وزارة الشؤون الخارجية ،الحالة المدنية، http://www.mae.gov.dz/Etat-civil تاريخ وساعة الاطلاع: 2020/02/20 على الساعة :15:55.

2 - خديجة دخينات ، **وضعية الأطفال غير الشرعيين في المجتمع الجزائري (دراسة ميدانية في مدينة باتنة)**، مذكرة ماجستير ، تخصص : علم الاجتماع العائلي ، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الاسلامية ،جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2012/2011 ، ص52 .

3 - قانون رقم 15 . 12 مؤرخ في: 15 جولية 2015 يتعلق بحماية الطفل ، ج ر عدد 39 صادر بتاريخ: 19 جويلية 2015 .

الطفل للاطلاع على ظروفه ، وعند الانتهاء من التحقيق غالبا ما يستعين قاضي الأحداث بمديرية النشاط الاجتماعي بالولاية لتمكينه من قائمة للعائلات الجديرة المذكورة بالمادة 40 من نفس القانون ، أين يقوم بإجراء تحقيق حول سيرة كل عائلة بالترتيب ويستدعي من يقع عليها الاختيار بالنظر الى مصلحة المولود ، فيقوم بسماع الزوجين معا ويطالب بتقديم جميع الوثائق المثبتة لقدرتهما على رعاية الطفل ،و يقوم بتسليمه لهما بموجب أمر نهائي طبقا لنفس المادة.

يبقى الإشارة باختصار الى ان العائلة الجديرة التي سُلِّم لها الطفل المولود خارج إطار عقد الزواج والمتخلي عنه ؛ يُمكنها أن تتكفل به بتحرير عقد كفالة أمام الموثق أو بموجب أمر يصدره قاضي شؤون الأسرة لمكان إقامة طالب الكفالة[1] طبقا للمواد :116،117 120 من قانون الأسرة و 492،493 ،494،495 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية[2] و من ثمة يمكن لتلك العائلة تقديم طلبها لإلحاق لقب الولد المكفول بلقبها وفقا للإجراءات التي فصّل فيها المرسوم المتعلق بتغيير اللقب[3].

2 . مواعيد التصريح بالميلاد وجزاء الامتناع عنه :

نصت المادة :61 من قانون الحالة المدنية :" يصرح بالمواليد خلال خمسة أيام من الولادة الى ضابط الحالة المدنية للمكان و إلا فرضت العقوبات المنصوص عليها بالمادة 442 في الفقرة الثالثة منها .

لا يجوز لضابط الحالة المدنية عندما لم يعلن عن ولادة في الأجل القانوني أن يذكرها في سجلاته إلاّ بموجب حكم يصدره رئيس محكمة الدائرة التي ولد فيه الطفل و بيان الملخص

1 - حورية مالكي ، نسيبة شيشة ، **مجهولي النسب في التشريع الجزائري** ، مذكرة ماستر ، تخصص قانون الأحوال الشخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلالي بونعامة ، 2015/2014 ، ص91

2 - قانون رقم 08 . 09 مؤرخ في: 25فيفري2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ، ج ر عدد 21 صادر بتاريخ: 23أفريل2008

3 - مرسوم تنفيذي رقم 92 . 42 مؤرخ في: 13جانفي1992 يتمم المرسوم رقم 157.71 مؤرخ في : 03 جوان 1971 المتعلق بتغيير اللقب ، ج ر عدد 05 صادر بتاريخ: 22جانفي1992

في الهامش لتاريخ الولادة ، وإذا كان مكان الولادة مجهولا فيختص رئيس محكمة محل إقامة الطالب .

وتحدد المدة المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه بعشرين يوما من الولادة بالنسبة لولايات الجنوب ، ويجوز تمديد هذا الأجل في بعض الدوائر الإدارية أو القنصلية بموجب مرسوم يحدد إجراء وشروط هذا التمديد.

لا يحسب يوم الولادة في الآجال المحددة في الفقرات السابقة وعندما يصادق آخر يوم من هذا الأجل يوم عطلة يمدد هذا الأجل إلى أول يوم عمل يلي يوم العطلة .".

إذن فالأصل او القاعدة العامة هي أن يتم التصريح بالميلاد في أجل خمسة أيام ، باستثناء التصريح بولايات الجنوب أين تحدد المدة بعشرين يوما ، و كذلك الشأن بالنسبة لإمكانية تمديد اجال التصريح في بعض الدوائر الادارية او القنصلية بموجب مرسوم.

بالرجوع لنص المادة 442 فقرة 03 من قانون العقوبات فقد أفردت عقوبات تحت وصف المخالفة لكل من حضر ولادة طفل و لم يقدّم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون في المواعيد المحددة وكل من وجد طفلا حديث العهد بالولادة ولم يسلمه الى ضابط الحالة المدنية ،وتتمثل تلك العقوبات في الحبس من عشرة أيام الى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8000دج الى 16000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين ،وعلى هذا الأساس يمكن أن تعاقب الأم بعنوان هذه المخالفة إذا لم تبادر للتصريح بميلاد طفلها المولود خارج إطار عقد الزواج باعتبارها من الأشخاص الذين خولهم القانون واجب التصريح.

ثانيا: التسجيل القضائي لعقد الميلاد:

نصت الفقرة الثانية من المادة 61 من قانون الحالة المدنية :"لا يجوز لضابط الحالة المدنية عندما لم يعلن عن ولادة في الاجل القانوني ان يذكرها في سجلاته إلاّ بموجب حكم يصدره رئيس محكمة الدائرة التي ولد فيه الطفل مع بيان الملخص في الهامش لتاريخ الولادة ، واذا كان مكان الولادة مجهولا فيختص رئيس محكمة محل اقامة الطالب .".

إذا لم يتم التصريح بميلاد الطفل المولود خارج إطار عقد الزواج في الآجال القانونية يتم قيد ميلاده بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة[1] أو القاضي المكلف بقسم الحالة المدنية بالمحكمة ،أين يتم تقديم طلب تسجيل ميلاده من كل ذي مصلحة سواء كانت النيابة العامة أو قاضي الأحداث الذي تم إخطاره بحالة الطفل أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي

البلدي وغيرهم ، و يقوم رئيس المحكمة أو القاضي المكلف بالحالة المدنية بكل إجراء مناسب للتحقيق في الطلب ، ويتم إصدار أمر بقيد ميلاد الطفل يتضمن تاريخ و مكان ميلاده وكل البيانات المحصلة أثناء التحقيق عند الاقتضاء ,

تقوم النيابة العامة ممثلة بالسيد وكيل الجمهورية بتنفيذ الأمر بإرساله لضابط الحالة المدنية للعمل على تسجيله في سجل المواليد وإعطائه رقم خاص في السجل وهو الرقم الذي يتبع وثيقة ميلاده مستقبلا.

يُطرح الإشكال بالنسبة للأطفال المولودين خارج إطار عقد الزواج والذين تم التكفل بهم من طرف عائلات وتسجيلهم كأبناء لتلك العائلات في وثائق الحالة المدنية وهو الأمر الذي يتعلق بمدى اعتبار ذلك التسجيل بمثابة تَبَنٍ بغض النظر عن الجانب الجزائي للمسألة الذي يشكل جنحة تقديم ولد على أنه ولد لامرأة لم تضع حملا طبقا للمادة321 من قانون العقوبات[2] ؟

لاشكّ أن لسجلات الحالة المدنية ووثائقها الحجية الرسمية فيما تضمنته ، فهي دليل على نسبة الأبناء لآبائهم و حملهم لألقابهم ، لكن إذا تعلق الأمر بإثبات واقعة التبني فإنه يُعمد الى طلب إبطال التبني وبالنتيجة إبطال وثيقة الميلاد عملا بالمادة 46 من قانون الأسرة التي تنصّ :" يُمنَعُ التبني شرعا وقانونا".

1 - عائشة نبيلة درقاوي ، **المرجع السابق** ، ص 64.

2 - حكم محكمة المسيلة ، قسم الجنح بتاريخ: 18جوان2013 رقم الملف :13/1937 ، رقم الفهرس : 13/04009 ، غير منشور.

جاء في أحد القرارات القضائية[1] : "... لا تكون شهادة الميلاد في حالة التبني دليلا قاطعا على النسب إذ ما هي إلا تصريح يمكن إبطاله بجميع وسائل الإثبات ... و حيث أن قضاة الموضوع اعتبروا أن نسب المطعون ضده (س ع) للمرحوم (س م) ثابت بناء على وثائق الحالة المدنية أي على شهادة ميلاد المطعون ضده مع أن النسب له قواعد إثبات خاصة وعقد الميلاد لا يقوم حجة أمام شهادة الشهود لأن عقد الميلاد ما هو إلا مجرد

تصريح يمكن أن يكون خاطئا أو غير صحيح من طرف من صرح به أمام ضابط الحالة المدنية ويمكن إبطاله بأية وسيلة و منها شهادة الشهود لأن المادة 46 من قانون الحالة المدنية تنص على حالات إبطال العقود وبالتالي فإن قضاة المجلس لمّا قضوا بإلغاء الحكم المستأنف الذي أبطل تبني المطعون ضده و اعتبروا أن شهادة ميلاده تثبت نسبه أخطأوا في تطبيق القانون والشريعة خصوصا وأن المطعون ضده أقرّ بنفسه أمام المحكمة أنه ليس الابن الشرعي للمرحوم (س م) الذي قام بتبنّيه ...".

الفرع الثاني :تسجيل ميلاد الطفل المولود خارج إطار عقد الزواج في التشريع المغربي:

تضمن قانون الحالة المدنية المغربي بعض الأحكام المتعلقة بكيفيات تسجيل الأطفال المولودين خارج إطار عقد الزواج أو مجهولي الاب أو الأبوين ابتداء من تلقي التصريح بميلادهم والأشخاص المخول لهم ذلك (أولا) ، و وصولا إلى قيد عقود ميلادهم قضاء (ثانيا).

أولا: الأشخاص القائمون على التصريح بالميلاد وميعاده:

حدد المشرع المغربي طائفة من الأشخاص و فرض عليهم واجب إعلام ضابط الحالة المدنية بكل مولود ليتم تسجيله ، و حدد من جهة أخرى ميعاد الاعلام (1) ، و وضع عقوبات جزائية ضمن قانون الحالة المدنية على كل من يمتنع على الإعلام و التصريح بالميلاد في الأجل القانوني(2).

1 -م ع ج ، غ أ ش م ، ملف رقم 259953 بتاريخ : 20 جوان 2001 ، المجلة القضائية ، العدد1، 2004 ص 254.

1 . الأشخاص المخولون بالتصريح بالميلاد:

كان المشرع المغربي أكثر دقّة من نضيره الجزائري في تحديد أصناف المصرحين بالميلاد ، فجاء في المادة 16 من قانون الحالة المدنية :" يقوم بالتصريح بالولادة لدى ضابط الحالة المدنية لمحل وقوعها أقرباء المولود حسب الترتيب : الأب أو الأم ، وصي الأب ، الأخ ، ابن الأخ ، ويقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب ،ويقدم هذا الاخير على الأخ لأم ، كما يُقدّم الأكبر سنا على من هو أصغر منه متى كانت له

القدرة الكافية على التصريح ، و ينتقل واجب التصريح من أحد الأشخاص المذكورين إلى الذي يليه في المرتبة متى تعذر التصريح من الأول لسبب من الأسباب ، و يقوم الوكيل في ذلك مقام موكله.

اذا تعلق الأمر بمولود من أبوين مجهولين أو بمولود وقع التخلي عنه بعد الوضع يصرح بولادته وكيل الملك بصفة تلقائية أو بناء على طلب من السلطة المحلية أو من كل من يعنيه الأمر معززا تصريحه بمحضر منجز في هذا الشأن وبشهادة طبية تحدّد عمرالمولود على وجه التقريب و يختار له اسم شخصي واسم عائلي وأسماء أبوين أو اسم أب اذا كان معروف الأم ، ويشير ضابط الحالة المدنية بِطُرَّة[1] رسم ولادته إلى أن أسماء الأبوين أو الأب حسب الحالة قد اُختيرت له طبقا لأحكام هذا القانون .

يبلغ ضابط الحالة المدنية وكيل الملك بالولادة التي سجّلت بهذه الكيفية داخل أجل ثلاثة ايام من تاريخ التصريح .

تُصرِّحُ بالابن مجهول الأب أُمُّهُ أو من يقوم مقامها كما تختار له إسما شخصيا و اسم أب مشتق من أسماء العبودية لله تعالى واسما عائليا خاصا به ".

من خلال هذه المادة يمكن استنتاج ما يلي :

---

1 - المقصود بها في النص هامش عقد الميلاد ، جاء في القاموس المحيط: **الطُرّة:** بضم الطاء جانب الثوب وشفير النهر والوادي وطرف كل شيء ، أنظر في ذلك : مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ،**القاموس المحيط** ، تحقيق واشراف : محمد نعيم العرقسوسي ، ط8 ، مؤسسة الرسالة بيروت ، 2005 ص: 430.

أ . أن التصريح بميلاد الطفل المولود خارج إطار عقد الزواج يكون من طرف أمه أو من يقوم مقامها فقط ، و يقع على وكيل الملك واجب التصريح به إذا تخلت عنه أمّه بعد الوضع.

ب . أن المشرع المغربي في ترتيب الأشخاص المخولين بالتصريح بالميلاد ذكر الأب ولم يذكر الجد ، وذكر وصي الأب ولم يذكر وصي الجد وهذا الأمر يرجع إلى أنه أحال الى تطبيق أحكام الفقه المالكي في المادة 400 من مدونة الأسرة ، و الفقه المالكي لا يعتدّ بولاية الجد على مال أحفاده[1] ومن باب أولى وصيّ الجدّ ،ولانسجام النصوص لم يتم ذكر الجدّ ووصيِّه هنا.

ت . أنّ المشرع المغربي حصر الأشخاص المكلفون بالتصريح بالميلاد في الأقرباء حسب الترتيب الوارد في المادة أعلاه ، وفي وكيل الملك فقط ، ولم يضع واجب التصريح على الأطباء والقابلات و كل من حضر واقعة الميلاد كما فعل المشرع الجزائري ،و في ذلك رفع لمسؤولية الأطباء و القابلات عن هذا الجانب الإداري المرتبط بمصلحة الفئات المذكورة في النص .

2 . ميعاد التصريح بالميلاد وجزاء الامتناع عنه :

نصت المادة :15 من المرسوم المطبق لقانون الحالة المدنية[2] : " يقع التصريح بكل ولادة أو وفاة داخل أجل ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ الولادة أو الوفاة لدى ضابط الحالة المدنية المختص الذي يحرر بناء على ذلك رسما لهذه الواقعة."

إذن القاعدة العامة هي أن يتم التصريح بالميلاد في أجل ثلاثين يوما على خلاف المشرع الجزائري الذي حدّده بخمسة أيام فقط ، ويستوي في هذا الميعاد كل ولادة تمت أثناء سفر بحري أو جوي طبقا للمادة 17 من قانون الحالة المدنية المغربي .

---

1 - وهبة الزوحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ،ج 7، ط2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، دمشق الجمهورية العربية السورية، 1985 ص 749.

2 - ظهير رقم 655.99.2 مؤرخ في: 09 أكتوبر 2002 لتطبيق القانون رقم 99.37 المتعلق بالحالة المدنية ج ر عدد 5054 صادر بتاريخ: 2002/11/07.

إذا لم يتم التصريح في هذا الميعاد وجب تقييد الميلاد عن طريق حكم قضائي تصدره المحاكم الابتدائية المختصة بالمملكة.

بالرجوع الى نص المادة 31 من قانون الحالة المدنية فقد عاقبت بغرامة من: 300 إلى : 1200 درهم كل من وجب عليه التصريح بولادة أو وفاة و لم يقم بهذا الإجراء داخل الأجل القانوني ، وهنا نلاحظ أن المشرع المغربي على خلاف نضيره الجزائري لم ينص على عقوبة الحبس في مخالفة واجب التصريح بالميلاد.

على أساس المادة المذكورة أعلاه يمكن أن تعاقب الأم بعنوان هذه الجريمة إذا لم تصرح بميلاد طفلها المولود خارج إطار عقد الزواج باعتبارها من الأشخاص الذين خولهم القانون واجب التصريح.

ثانيا: التسجيل القضائي لرسم[1] الميلاد:

نصت المادة 30 من قانون الحالة المدنية :" إذا لم يقع التصريح بالولادة أو الوفاة داخل أجل يُحدَد بنص تنظيمي ، فلا يمكن تسجيل الرسم الخاص بالواقعة إلا بناء على حكم تصريحي بالولادة أو الوفاة تصدره المحكمة الابتدائية المختصة و يقدم الطلب بذلك من طرف أي شخص له مصلحة مشروعة أو من طرف النيابة العامة.".

إنّ الأجل المحال إلى تحديده بموجب نص تنظيمي هو ثلاثون يوما طبقا للمادة 15 من المرسوم المطبق لقانون الحالة المدنية المذكور أعلاه.

إذا لم يتم التصريح بميلاد الطفل المولود خارج إطار عقد الزواج داخل الأجل المذكور يتم قيد ميلاده بموجب حكم قضائي صادر عن قاضي قسم الأسرة بمحكمة مكان الولادة وهو حكم ابتدائي يخضع لجميع طرق الطعن على خلاف الأوامر الصادرة بقيد الميلاد في الجزائر فهي أوامر ولائية يتم تسجيلها بمجرد صدورها وتخضع للإبطال بنفس الأشكال التي صدرت بها .

1 -يقصد برسم الميلاد هنا وثيقة الميلاد ، فيقال : " التأشير بذلك بطرة رسم ميلاد المعني" ، أي بهامش عقد ميلاده .

ثار الإشكال كذلك في القضاء المغربي حول حجية تسجيل واقعة الميلاد في سجلات الحالة المدنية ومدى اعتبارها في النسب خصوصا إذا تعلق الأمر بإبطال التبني[1]؛ بين من يميل الى عدم اعتماد وثيقة الميلاد في إثبات النسب ،وبين من يعتمدها في ذلك ،وبين رأي

ثالث يعتبرها حجة في اثبات النسب الى غاية ثبوت ما يخالفها بدليل مقبول ، وهذه الآراء الثلاثة يمكن استنباطها من احكام وقرارات القضاء في المغرب.

فقد اتجه المجلس الأعلى إلى استبعاد أن يكون لوثيقة الميلاد أي حجية في إثبات النسب ولم يعتبرها قرينة على إقرار بالأبوة فجاء في أحد قراراته[2] :" ... من المقرر في الفقه والقضاء أن النّسب لا يثبت إلا بالوسائل التي أوردها المشرع في نص الفصل: 89 من مدونة الأحوال الشخصية ،ولا يوجد من ضمنها رسم الميلاد ، وأن تسجيل المولود بسجل الحالة المدنية لا يعتبر إقرارا بالبنوة ممن قام به ...".

أما الرأي الثاني الذي تبنّاه المجلس الأعلى بالقول بحجية وثيقة الميلاد في إثبات النسب فقد جاء في أحد قراراته[3] :" ... ولقد ثبت من ملف النازلة أنّ الإقرار الذي قدّمه الأب كان متجسدا في قيامه بتسجيله لولده حال حياته في سجل الحالة المدنية بحكم من المحكمة ، وهو إقرار يضع حدّا لادعاء الغير بنفي نسب ذلك الولد عنه باعتبار أن رسم الميلاد هو وثيقة مثبتة للنسب وهي مقدمة على الشهادة النافية له..." .

بالنسبة للرأي الثالث المتمسك بحجيّة وثيقة الميلاد في إثبات النّسب ما لم يثبت خلاف ذلك بدليل قانوني مقبول فيمكن ذكر أحد القرارات القضائية التي جاء فيها [4]:"... و الثابت في النازلة أن المحكمة اعتمدت في قضائها على تسجيل البنت في كناش الحالة المدنية للهالك

---

1 - إبراهيم والعيز ، **التبني بين الشريعة الإسلامية وقانون مدونة الأسرة** ، مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية ، العدد 2 ، المملكة المغربية، أكتوبر 2017 ، ص 100.

2 - م أ م ، ملف عدد رقم :20,91.2004 بتاريخ : 08جوان2004 نقلا عن : محمد بفقير ، **مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي** ،ط1 ، دار النجاح الجديدة للطبع والنشر والتوزيع ، الدار البيضاء المغرب ،2006، ص 170.

3 - م أ م ، ملف عدد رقم :74.2004 بتاريخ : 18 فيفري 2004 نقلا عن : محمد بفقير ، **المرجع السابق** ، ص 200.

4 - م ن م ، ملف عدد رقم :412.2011 بتاريخ : 16أوت2011 ، نشرة قرارات محكمة النقض ، عدد 10، وزارة العدل وحقوق الإنسان ، المملكة المغربية ، 2012 ،ص 83.

باعتبار أن ذلك التسجيل يعتبر إقرارا منه بأبوته لها و تغاضوا أنّ التسجيل في الحالة المدنية يكون حجة على ثبوت النسب ما لم يثبت ما يخالف ذلك ببينة مقبولة ، و لمّا لم تناقش المحكمة الوثائق المقدمة لإثبات خلافها و التي لم تكن محل دفعٍ أو طعن من طرف البنت وقضت على النحو المذكور فإن قرارها جاء ناقص التعليل...".

ويبدو في الأخير أن الرأي الثالث هو الأقرب للمنطق القانوني السّليم باعتبار أن الأصل في الذمة البراءة ، وعلى من يدّعي خلاف ذلك أن يثبت العكس ، فنستصحب هذا الأصل إلى أن يرد الدليل على خلافه ، و كذلك الأمر بالنسبة لشهادة الميلاد فهي دليل و عنوان على النّسب مبدئيّا إلى غاية إثبات خلاف ذلك بالنظر إلى مآل النزاع .

كخاتمة لهذا المبحث ؛ يمكن التوصل الى أن مسألة تسجيل الأبناء المولودين خارج إطار عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية لم تعالج بصفة تمييزية من خلال عدم وضع سجلات خاصة بهم في مقابل سجلات الحالة المدنية لغيرهم من الفئات من جهة ، و من جهة أخرى فإنه يمكن تسجيل أن المشرع الجزائري عندما حدد ميعاد التصريح بالميلاد بخمسة أيام فقط كقاعدة عامّة فاته أن هذه المدة كثيرا ما لا تكون كافية خاصة بالنسبة للولادات الواقعة خارج المستشفيات وعيادات التوليد و الواقعة في القرى و المداشر في المناطق الداخلية والهضاب العليا أمام شساعة القطر الوطني على خلاف المشرع المغربي الذي رأينا أنّه حدد ميعادا واحدا دون إيراد أي استثناءات و هو أجل ثلاثين يوما وهو الميعاد الكافي لعملية التصريح ، و كذلك الشأن بالنسبة لتخويل المشرع الجزائري ضابط الحالة المدنية صلاحية تسمية الأبناء مجهولي الأبوين و هو الأمر الذي يتماشى مع تسهيل

اجراءات العملية وعلاقة ضابط الحالة المدنية المباشرة بواقعة الميلاد ، لكن هذه المهمة أو الصلاحية منحها المشرع المغربي لوكيل الملك وحده ، وفي ذلك إطالة للعمليّة وتكليف للنيابة وإشغالها بأمور تراها ثانوية بالنسبة لعملها الأصلي.

يبقى في الأخير أن أشير إلى ما توصلت إليه من خلال تكريس المشرع المغربي لنص خاص بمعاقبة فعل الامتناع عن التصريح بالميلاد في آجاله القانوني داخل قانون الحالة المدنية ونصّه فقط على عقوبة الغرامة على خلاف المشرع الجزائري الذي أحال إلى تطبيق

قانون العقوبات ، وجَمَعَ هذه الجريمة مع عدد آخر من الجرائم بنفس العقوبات في نص المادة 442 منه .

المبحث الثاني

إشكالية منح الابن المولود خارج اطار العلاقة الزوجية للجنسية

لقد أدّى نشاط الجمعيّات المدافعة عن حقوق المرأة من خلال البرامج الأمميّة داخل المجتمع المدني في البلدين ، ونقله إلى داخل المؤسسات الرسمية فيهما من جهة ، و التزام الدولتين تجاه التعهدات الدولية اللّتان انضمتا إليها من جهة أخرى إلى التأثير بشكل مباشر في إصدار تشريعات تُكرّس المساواة بين الجنسين و من ضمنها التعديلات القانونية التي طرأت على تشريعي الجنسية في البلدين سنتي 2005 بالنسبة للجزائر (المطلب الاول)، و2007 بالنسبة للمغرب (المطلب الثاني) ، أين أصبح بإمكان المرأة بغض النظر عن طبيعة العلاقة التي نشأ عنها ولدها وبدون أي شروط أن تمنح هذا الأخير جنسيتها مثلما سنفصله في المطلبين التاليين:

المطلب الاول

جنسية المولود خارج إطار عقد الزواج في التشريع الجزائري

يعتبر موضوع جنسية الطفل المتولد من العلاقات خارج إطار عقد الزواج و مدى إمكانية نقل أمه لجنسيتها الجزائرية له من المواضيع التي لم تلق الأهمية الكبيرة في البحث والدراسة في الجزائر اللهم إلاّ ما تمّت الإشارة إليه عرضا عند التطرق لموضوع الجنسية كإطار عام.

يمكن التمييز بين مرحلتين :المرحلة الأولى والتي سبقت تعديل قانون الجنسية سنة 2005 (الفرع الأول) وبين المرحلة التي واكبت إصدار نص التعديل وما أعقبها (الفرع الثاني).

الفرع الاول :وضعية المولود قبل تعديل قانون الجنسية سنة 2005:

بالرجوع الى أحكام قانون الجنسية[1] كان ينّص في مادته السادسة :" يعتبر من الجنسية الجزائرية بالنسب :

1 . الولد المولود من أب جزائري.

2 . الولد المولود من أم جزائرية وأب مجهول .

3 . الولد المولود من أم جزائرية وأب عديم الجنسية ".

كما نصت الفقرة الأولى من المادة 32: " عندما يدعي شخص الجنسية الجزائرية كجنسية أصلية يمكن اثباتها عن طريق النسب بوجود أصلين ذكرين من جهة الأب مولودين في الجزائر ومتمتعين بالشريعة الاسلامية ".

يلاحظ على المادة الأولى أن المشرع الجزائري اشترط في منح الجنسية للابن عن طريق أمه أن لا يكون والده معروفا ، فكان ذلك الأمر مدعاة للطعن في القانون بالقول أنه يحمل طابعا تمييزيا في منح الجنسية بين الجنسين ،فكيف تنص الفقرة الأولى على منح الجنسية الجزائرية الاصلية للولد المولود من أب جزائري بدون أي شرط ؟ ، و لا تُمنح له من أمه إلا أذا ثبت أنه مجهول الأب ، و الأمر نفسه إذا تفحصنا نص المادة 32 أعلاه ، فلو أراد الولد المولود لأم جزائرية و أب مجهول أن يثبت جنسيته الجزائرية الأصلية فلا يستطيع ذلك لكون النص يشترط أن يثبت أن أبوه وجدّه مولودين في الجزائر و متمتعين بالشريعة الاسلامية ، وليس له أن يَعرف والده و وَالِدَ والده وهو مجهول الأب!!.

إذا جئنا لمسألة إثبات الجنسية في التشريع الجزائري نجد أنه موضوع ذو أهمية بالغة خاصة أنه لا يوجد سجل خاص بالوطنيين على خلاف ما هو مقرر في كثير من دول

المشرق العربي التي يوجد فيها ما يسمى بسجل النفوس[1] ، وغياب هذا السجل يفتح الباب أمام العديد من النزاعات القضائية لإثبات الجنسية الأصلية الجزائرية خاصة مع شساعة

1 -أمر رقم 70 . 86 مؤرخ في: 15 ديسمبر 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائرية ،ج ر عدد 105.

البلاد ووجود حالات سيما في المناطق الجنوبية لها لم يستقر بها الوضع بعد بخصوص تسجيلها في الحالة المدنية ، كما أن أهمية البحث في مسألة الجنسية قد يتعلق من جانب آخر بمسائل أولية مرتبطة بنزاعات مطروحة على مختلف الجهات القضائية مثلما نصّت عليه المادة 37 من قانون الجنسية أين يتوجب على الجهة التي قُدّم أمامها الدفع المتعلق بالجنسية أن تُرجِئ الفصل في الدعوى الى غاية فصل الجهة المختصة في مسألة الجنسية و مثال ذلك أن يُقدَّم الشخص المولود بالجزائر خارج إطار عقد الزواج أمام المحكمة العسكرية بجرم: عدم الالتحاق بالخدمة الوطنية و يدفع أمامها بأنّه من جنسية أجنبية فيتوجب على المحكمة إرجاء الفصل إلى غاية الفصل في هذه المسألة من طرف القضاء المختص بموجب دعوى يرفعها صاحب الدفع في أجل شهرين وإلا أُهمل دفعه .

الفرع الثاني: وضعية المولود بعد تعديل قانون الجنسية سنة 2005:

لقد تم تعديل المادتين : 06 و32 من قانون الجنسية بموجب أمر رئاسي في سنة 2005[2] ليكرّس المساواة التامة بين الرجل والمرأة في منح ولدهما جنسيتهما دون أي شرط أو قيد.

نصت المادة : 06 بعد التعديل :" يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو وتلعنأم جزائرية ".

ونصت المادة 32 منه :" عندما يدّعي شخص الجنسية الجزائرية كجنسية أصلية يمكن إثباتها عن طريق النسب بوجود أصلين ذكرين من جهة الأب أو الأم مولودين في الجزائر ومتمتعين بالشريعة الإسلامية.".

إذن أصبح ممكنا منح الولد المتولد من علاقة خارج إطار عقد الزواج جنسية أمه الأصلية عن طريق الدّم متى ثبت أنّها جزائرية ، و لم يُصبح الإشكال مطروحا بخصوص سعي

---

1 - مقني بن عمار ، **طرق إثبات الجنسية وفقا للقانون الجزائري والمقارن** ، مجلة الحقيقة للعلوم الانسانية والاجتماعية ، العدد3 ، جامعة أحمد دراية ، أدرار الجزائر ، سبتمبر 2018، ص 240.

2 - أمر رقم 05 . 01 مؤرخ في: 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 70 . 86 المؤرخ في: 15 ديسمبر 1970 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية ، ج ر عدد 15 صادر بتاريخ : 27 فيفري 2005.

مجهول الأب لإثبات جنسيته طبقا للمادة 32 من قانون الجنسية المعدلة مقصورا على تقديمه لما يفيد وجود أصلين ذكرين من جهة أبيه ، و أصبح بالإمكان تقديم عقد ميلاد والدته و معه عقدي ميلاد والدها و جدّها المولودين بالجزائر لإثبات جنسيته الجزائرية وكذلك الأمر اذا تعلق بميلاد طفل مولود خارج اطار عقد الزواج بالجزائر معروف الأم فلا يهمّ هنا إن كانت جنسية والدته أصلية أو مكتسبة لتنقلها اليه[1].

مع الاشارة الى حق الطفل مجهول الابوين او من ذكرت امه في عقد ميلاده دون بيانات اخرى في اكتساب الجنسية الاصلية عن طريق رابطة الاقليم .

المطلب الثاني

جنسية المولود خارج إطار عقد الزواج في القانون المغربي

لا يختلف الأمر بالنسبة للمشرع المغربي عمّا ذكرناه في قانون الجنسية الجزائري ،فيمكن أيضا التمييز بين مرحلتين تاريخيتين مهمتين بخصوص إمكانية منح الطفل المولود خارج إطار عقد الزواج جنسية أمه بدون شرط أو قيد ، المرحلة الأولى قبل سنة 2007 (الفرع الاول)، أمّا المرحلة الثانية فهي التي واكبت إصدار نص تعديل سنة 2007 وما أعقبه (الفرع الثاني).

1 -ليلى رحال ، **اثبات الجنسية والاحكام المتعلقة بها في القانون الجزائري** ، مذكرة ماستر ، تخصص : قانون دولي خاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي ، 2017/2016 ، ص 13.

الفرع الاول : وضعية المولود قبل تعديل قانون الجنسية سنة 2007:

بالرجوع الى أحكام قانون الجنسية[1] كان ينّص في فصله السادس على ما يلي : " يعتبر مغربيا:

1 . الولد المنحدر من أب مغربي.

2 . الولد المزداد من أم مغربية وأب مجهول ".

لا يوجد في قانون الجنسية المغربي ما يقابل نص المادة 32 من قانون الجنسية الجزائرية التي كانت تشترط في اثبات الجنسية الأصلية الجزائرية اثبات وجود أصلين ذكرين من جهة الأب ، لذلك اقترح بعض الأساتذة والشراح[2] حينها أن يحذو المشرع المغربي حذو المشرع الجزائري و ينص على ذلك.

ما تم تقديمه من ملاحظات حول نص المادة 6 من قانون الجنسية الجزائرية قبل تعديله يمكن تعميمه عن نص الفصل 6 أعلاه ؛ فقد اشترط المشرع المغربي في منح الجنسية للابن عن طريق أمه أن لا يكون والده معروفا ، ولم تنص في فقرتها الثانية على اشتراط عدم معرفة أم الولد في منح الجنسية المغربية الأصلية للولد المولود من أب مغربي فكان هذا الأمر سندا للجمعيات المدافعة عن حقوق المرأة في إعلاء صوتها للمطالبة بإلغاء المادة المذكورة و تكريس نص يتضمن المساواة المطلقة بين الرجل و المرأة في جميع المناحي بما فيها منح وانتقال جنسيتهما الى ابنائهما دون قيد أو شرط.

---

1 - ظهير شريف رقم 1.158.250 مؤرخ في: 06 سبتمبر 1958 بمثابة قانون الجنسية المغربية ، ج ر عدد 2395 صادر بتاريخ: 19 سبتمبر 1958 .

2 - أحمد زوكاري ، **إثبات الجنسية الأصلية عن طريق الحالة الظاهرة** ، مجلة الملحق القضائي ،العدد 19 ، أ وزارة العدل ، المملكة المغربية ، أكتوبر 1988 ، ص 25.

الفرع الثاني : وضعية المولود بعد تعديل قانون الجنسية سنة 2007:

على إثر تعديل قانون الجنسية المغربي سنة 2007 [1] تم النص في الفصل 6 منه على : " يعتبر مغربيا الولد المولود من أبٍ مغربي أو أم مغربية.".

إن الإصلاح الذي جاء به التعديل شعارُه وهَدَفُه المساواة بين الذكر والأنثى بالنسبة لميدان الجنسية، أي التسوية بين الأب والأم في إمكانية نقل جنسيتهما الوطنية إلى الأبناء[2] والذي نتج عنه عدم الاعتداد بشرط جهل الأب في اكتساب الولد لجنسية أمه، وهو ما تم الإشارة إليه في تقرير المجلس الوطني لحقوق الانسان بخصوص وضع المرأة في المغرب اذ جاء فيه :[3]" اعترف قانون الجنسية المغربي بعد تعديله سنة 2007 للمرأة بحق نقل جنسيتها بشكل تلقائي الى أبنائها وبأثر رجعي ...".

وتنفيذا للتعديل المذكور صدرت دورية مشتركة بين وزارة العدل ووزارة الداخلية ووزارة الشؤون الخارجية و التعاون الدولي تخص كيفيات تسجيل الأبناء الذين تم منحهم جنسيات أمهاتهم في سجلات الحالة المدنية[4] و التي وجهت في الحصول على شهادة الجنسية بهذه الطريقة من طرف وكيل الملك المختص مجرد تقديم بيان هوية الشخص و ما يفيد علاقته بأمّه

---

1 - قانون رقم 06 . 62 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 80.07.1 مؤرخ في: 23 مارس 2007 ، يتعلق بتغيير وتتميم الظهير الشريف رقم 1.58.250 المؤرخ في: 6 سبتمبر 1958 بسن قانون الجنسية المغربية ، ج ر عدد 5513 صادر بتاريخ : 02 أفريل 2007 .

2 - أحمد زوكاغي ، **إصلاح قانون الجنسية المغربية بمقتضى القانون رقم 62.06 مساواة لم تكتمل** ، مجلة الملحق القضائي ، العدد 45 ، وزارة العدل والحريات المملكة المغربية ، 2013 ص 7.

3-المجلس الوطني لحقوق الإنسان، **وضعية المساواة والمناصفة في المغرب(صون غايات وأهداف الدستور وإعمالها)**، طبع ونشر المجلس الوطني لحقوق الإنسان ، المملكة المغربية ، 2015 ، ص 15.

4 - دورية مشتركة :(وزير الداخلية ، وزير العدل ، وزير الشؤون الخارجية والتعاون)، بتاريخ: 11 جويلية 2007 حول مسطرة تسجيل الاشخاص المسندة إليهم الجنسية المغربية عن طريق رابطة البنوة من جهة الأم بسجلات الحالة المدنية ، غير منشورة.

متمثل في رسم ولادته وما يفيد أن أمّه مغربية بتقديم نسخة من رسم ميلادها ، أمّا تسجيل الشخص في الحالة المدنية فجاء في البند السادس منها النص على ضرورة : تقديم شهادة جنسية لأمه المغربية ورسم ولادتها، وشهادة ولادة للمعني و نسخة من عقد الزواج عند وجوده فقط.

إذن كملخص لهذا المبحث يمكنني القول أن كلاّ من المشرع الجزائري و المشرع المغربي سارا في اتجاه واحد في تعديل تشريعي الجنسية وفي فترة زمنية متقاربة جدّا بالنسبة للتنصيص على حق الولد . وعلى الأخص الولد المولود خارج إطار العلاقة الزوجية . في اكتساب الجنسية الأصلية عن طريق أمّه دون الالتفات للشرط السابق المتعلق بوجوب ثبوت أنّه مجهول الأب ، وهو الأمر المكرّس واقعا في استصدار هذه الفئة لشهادة الجنسية أين يكفي تقديم المعني عقد ميلاده وعقود ميلاد: أمّه ووالدها وجدّها لتمنح له تلك الشهادة.

كخاتمة لهذا الفصل يمكنني استنتاج أن المشرع في البلدين لم يُقِمْ أيّة عوائق تمييزيّة خاصّة بفئة الأطفال المولودين خارج إطار العلاقة الزوجية بخصوص تسجيلهم في سجلات الحالة المدنية أو بخصوص حصولهم على الجنسية الأصلية عن طريق أمهاتهم بعد تعديلي 2005 و2007 في البلدين ، والأكثر من ذلك أن التشريعين تضمّنا نصوصا خاصّة بكيفيات التصريح بولادتهم وبتسميتهم الهدف منها اذابة الفوارق بينهم وبين غيرهم من الأطفال و تحضيرهم للإدماج في المجتمع دون أية عقد أو خوف من الإرهاصات التي قد يسببها هذا الجانب الإداري من تسمية وتسجيل وجنسية في حياتهم المستقبلية .

خاتمة

من خلال دراسة موضوع إشكاليات الإنجاب الواقع خارج إطار العلاقة الزوجية بما تعلق فيها بمسائل النسب و التسجيل في سجلات الحالة المدنية والجنسية ، و من خلال المقارنة بين التشريعين في الجزائر والمغرب و ما سار عليه القضاء فيهما توصلت إلى عدة نتائج حول التعامل التشريعي والقضائي في البلدين مع هذه المسائل ، و بناء على تلك النتائج و الخلاصات توصلت إلى بعض الاقتراحات التي ارتأيت أنها ذات أهمية في تحسين الأداء التشريعي والقضائي في التعامل مع فئة الأطفال المولودين خارج إطار عقد الزواج

أولا: النتائج المستخلصة من البحث:

1 . انفرد المشرع المغربي بالنص صراحة على إمكانية نسبة الطفل المولود أثناء فترة الخطبة الى والده بشروط خاصة تضمنتها المادة 158 من مدونة الأسرة السارية المفعول وهو تحول مفاجئ وغير متوقع منه بعد سكوته عن المسألة و اعتبار القضاء لكل مولود اثناء الخطبة بمثابة ابن غير شرعي طيلة ما يقارب أربعين سنة من العمل بمدونة الأحوال الشخصية الملغاة ، و في مقابل ذلك سكت المشرع الجزائري عن تنظيم هذه المسألة فسار القضاء على اعتبار العلاقات السابقة عن عقد الزواج بما فيها العلاقات الجنسية الواقعة اثناء فترة الخطبة مجرّد علاقات جنسية غير شرعية لا يثبت بها أي نسب.

2 . في غياب النص القانوني الذي يحكم نسب الأطفال المولودين نتيجة اغتصاب أمهاتهم ابتدع القضاء الجزائري حلولا اجتهادية بإنزال واقعة الاغتصاب منزلة نكاح الشبهة الذي يثبت به النسب ، و قد بدأ في تطبيق هذا النهج عند معالجته لقضايا الأطفال المولودين نتيجة اغتصاب أمهات من طرف الجماعات الارهابية اثناء العشرية السوداء، ليستقر على اعتبار كل اغتصاب نتج عنه ميلاد طفل فانه ينسب لأبيه المغتصب ، و توسع في المسألة ليشمل بحكمها حتى وقائع الإغراء والتحريض على الفسق و فساد الأخلاق الواقع على البنت المختلة عقليا مثلما قمت بعرضه ، وعلى عكس ذلك لم يستثن المشرع المغربي ولا

القضاء هناك مسألة ابن المغتصبة ، فكل علاقة جنسية خارج إطار عقد الزواج فيما عدا الحمل الواقع أثناء الخطبة بشروطه يعتبر حملا غير شرعيا لا يلحق بأبيه.

3 . تكريس المشرع المغربي لإمكانية اللجوء الى الخبرة العلمية في اثبات و نفي النسب نجم عنه استقرار في قضاء الجهات القضائية في التعامل مع دعاوى اثبات و نفي النسب سواء تعلق الأمر بنسب الطفل المولود في إطار العلاقة الزوجية أو خارجها ، فالخبرة العلمية دليل إثبات ونفي و مجالها العلاقات الشرعية وغير الشرعية ، وبنقيض ذلك وأمام عدم وضوح نص المادة: 40 من قانون الأسرة الجزائري ، و نصها على جواز استعمال الخبرة العلمية في اثبات النسب و ليس في نفيه بحسب صياغة النص ، الأمر الذي أدى إلى تضارب الأحكام والقرارات القضائية بين من يعتمدها في الإثبات وحسب ، و بين من يعتمدها في الإثبات والنفي معا مثلما قمت بعرضه، وهو الأمر الذي أدى إلى تناقض تلك الأحكام والقرارات بخلاف القصد من إصدارها في إطار تحقيق الأمن القانوني و القضائي

4 . اتفق المشرعان على تخويل أم المولود مجهول النسب (الأب) واجب التصريح بميلاده وتسميته ، واختلفا فيمن يتولى تسميته في حالة تركه أو إهماله ، فنص المشرع الجزائري على تخويل هذا الحق لضابط الحالة المدنية وحده في إعطاء الطفل مجموعة أسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي له ، في حين منح المشرع المغربي هذه الصلاحية لوكيل الملك الذي يختار للطفل اسما شخصيا واسما ثانيا من اسماء العبودية لله تعالى ،فيما يختار له اسما ثالثا يكون بمثابة اسم عائلي أو لقب له .

5 . نص المشرع الجزائري في قانون الحالة المدنية على أجل: 05 أيام للتصريح بميلاد الطفل كقاعدة عامة ، تمدد لعشرين يوما بالنسبة لولايات الجنوب ،ووسع واجب التصريح بميلاده الى الأطباء والقابلات وكل شخص حضر عملية الولادة ، وأحال إلى تطبيق أحكام قانون العقوبات على كل من يمتنع عن التصريح في الأجل القانوني المحدد و عاقبهم بالحبس والغرامة ، في حين حدد المشرع المغربي أجل التصريح بميلاد الطفل ب: 30 يوما في جميع الحالات و بدون النص على استثناءات على تلك المدة ، و قام بإيراد مجموعة من الأشخاص بترتيب يقوم على درجة القرابة للطفل يقع على عاتقهم واجب التصريح بميلاده و دون أن ينص فيها على الأطباء والقابلات و غيرهم من الأشخاص

الذين حضروا واقعة الميلاد رفعا لمسؤولية الأطباء و القابلات عن هذا الجانب الإداري وحصره مهامهم في العمل الطبي فقط، ونص في نفس القانون على عقوبة الغرامة دون الحبس على كل من يمتنع عن التصريح بالولادة.

6 . تعديل المشرعين لقانون الجنسية كان في زمن متقارب جدا ، و قد تضمن تكريس مساواة المرأة للرجل في منح جنسيتها لابنها بغض النظر عن العلاقة التي نشأ نتيجتها نزولا عند ضغوط الجمعيات المدافعة عن حقوق المرأة و أدوارها في المجتمع المدني والمؤسسات الرسمية في البلدين من جهة ، و استجابةً لالتزاماتهما تجاه المجتمع الدولي بانضمامهما إلى صكوكه الدولية لحماية حقوق الإنسان و في مقدمتها مصادقتهما على اتفاقية الأمم المتحدة للقضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة ، و هو دليل على تأثر المشرّعين بنفس الظروف في نفس الزمان تقريبا.

ثانيا: الاقتراحات والتوصيات:

1 . يمكن تعميم الجوانب التيتناولها أحد النظامين التشريعيين أو القضائيين دون الآخر ومصادرها والاستفادة منها بإعمال الاجتهاد القضائي في النظام الآخر؛فمثلا يمكن للقضاء المغربي بعدم وجود النص الذي يحكم مسألة نسب الطفل المولود نتيجة الاغتصاب أن يسترشد بأحكام القضاء الجزائري و مصادره من فتاوى وأقضيّة ، و كذلك الشأن بالنسبة للقضاء الجزائري الذي يمكنه أن يسترشد بأحكام القضاء المغربي في اللجوء الى الخبرة العلمية في مسألة إثبات أونفي نسب الطفل المولود خارج إطار العلاقة الزوجية ومصادره خاصة اذا علمنا أن المشرع الجزائري لم يحدد مذهبا فقهيا محددا واجب الرجوع اليه في المادة 222 من قانون الأسرة كما فعل المشرع المغربي في تحديده للمذهب المالكي في المادة 400 من مدونة شؤون الاسرة سارية المفعول فيمكن للقضاء الجزائري الاستفادة مما توصل اليه القضاء المغربي في هذه المسألة و البحث في آراء المذاهب الفقهية في المسألة.

2 . تعديل بعض النصوص القانونية : ومن ضمنها :

أ . المادة :61 من قانون الحالة المدنية الجزائري : من خلال :

. تمديد أجل 5 أيام المنصوص عليه للتصريح بالميلاد و جعله في مدة منطقية تتناسب وظروف البلاد وأحوال الأشخاص ، فكثيرا من الأحيان لا تكون هذه المدة كافية للتصريح وتسجيل الميلاد سيما اذا وضعنا في الحسبان وجود ولادات عديدة تتم خارج المستشفيات و عيادات التوليد في المناطق الداخلية النائية والجبلية ، فيمكن تحديد أجل واحد كما فعل المشرع المغربي دون وضع أي استثناءات كالتنصيص على جعل التصريح بالميلاد يكون في أجل ثلاثين يوما في كل الحالات.

. وضع ترتيب للمصرحين يتماشى ودرجة القرابة بالنسبة للمولود ، كما فعل المشرع المغربي بالنص على الأب والأم ، الجد ، الاخوة و الاخوات ... الخ ، وحذف الأطباء و القابلات من قائمة المصرحين لتعلق عملهم بالجانب الطبي لا الإداري ، أو التنصيص على إلقاء هذا الواجب على عاتق مدير المستشفى أو عيادة التوليد بدل الأطباء والقابلات.

. التنصيص على الجزاء و العقاب في نفس المادة أو في مادة أخرى ضمن قانون الحالة المدنية و عدم اعتماد الإحالة كما هو واقع على قانون العقوبات ، اين تم اعتبار الامتناع عن التصريح بالميلاد في الأجل القانوني جريمة يعاقب عليها بالحبس و/ أوالغرامة بين طائفة أخرى من جرائم القانون العام طبقا للمادة 442 منه ، و كان الأحرى بالمشرع الجزائري كما فعل نظيره المغربي أن ينص على الجزاء ضمن نفس القانون ، وان يختار الغرامة وحدها في العقوبة.

ب . المادة 16 فقرة 04 من قانون الحالة المدنية المغربي التي منحت صلاحية اختيار اسم الطفل مجهول الأبوين أوالولد الذي وقع التخلي عنه بعد الوضع الى وكيل الملك بأن تعدّل ويتم منح هذه الصلاحية لضابط الحالة المدنية تجنبًا لإطالة عملية التسمية و التسجيل ولعدم إشغال ممثل النيابة العامة بمسائل يوجد ما هو أهم منها في نطاق وظيفته من جهة ولكون تخويل ضابط الحالة المدنية بهذه الصلاحية ينطلق من كونه قائما في الأصل بمهام تلقي التصريحات بالميلاد و تسجيلها بسجلات الحالة المدنية التي يمسكها ويسهر على المحافظة عليها من جهة أخرى ، فهو الأقرب والأدرى بوضعية الطفل فيكون من الأجدى أن توكل له صلاحية تسمية الطفل مجهول الأبوين أو الولد الذي وقع التخلي عنه.

ت . المادة : 40 فقرة 02 من قانون الاسرة الجزائري :من خلال اعادة صياغتها بالنص على

جواز اللجوء الى الخبرة العلمية في مواد النسب اثباتا ونفيا ،وهو الأمر الذي سيساهم في استقرار الاحكام والقرارات القضائية ،و يكرس حقّ الطفل في معرفة والديه بغض النظر عن الاعتراف أو عدم الاعتراف بنسبه لأبيه.

ث . إلغاء الطابع التمييزي في منع حمل الأسماء العائلية الشريفة في قانون الحالة المدنية المغربية و وضع ترتيبات خاصة بضمان حقوق هذه الفئة من العائلات من خلال إلغاء أو تعديل نص المادة 20 منه.

3 . إدراج بعض النصوص :

. النص على اللّجوء الوجوبي إلى الخبرة العلميّة في مسائل اثبات و نفي النسب في الحالات التي اتفق عليها الفقهاء مثلما بينته في متن المذكرة كحالات اختلاط الأطفال في المستشفيات أو في حالات الكوارث وغيرهما.

. النص على الجزاء المترتب على امتناع أحد الطرفين تنفيذ الحكم أو القرار القضائي الصادر باللجوء الى الخبرة العلمية.

. النص على تجريم خاص للنعوت التمييزية الموجهة للأطفال المولودين خارج العلاقة الزوجية كنعتهم بالأبناء غير الشرعيين وأبناء الزنا وغيرها مع تعليق المتابعة على شكوى الضحية المضرور، وجعل صفحه يضع حدّا لكل متابعة وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى العمومية.

4 . محاربة بعض الممارسات من خلال :

. منع ضباط الحالة المدنية من التأشير على عقود ورسوم ميلاد الأطفال المولودين خارج إطار عقد الزواج بعبارة :" مجهول الأب " لحملها طابعا تمييزيا ضد هذا الولد ، والاكتفاء بترك خانة الأب فارغة للتدليل على عدم معرفة أبيه.

. الحدّ من نشاط وسائل الإعلام في استغلال وضعية هذه الفئة للمتاجرة بمآسيها وتجريم هذه الوقائع ، و على العكس من ذلك تشجيع كلّ مبادرة إعلامية تهدف الى التحسيس والتوعية بحقوق هذه الفئة ودور المجتمع في إدماجها.

. التقليل من البيروقراطية الإدارية فيما يتعلق بطول إجراءات منح الكفالة على الأطفال من هذه الفئة وحصر سلطة منحها على القضاة فقط دون الموثقين ، والمقصود بهم قضاة

الأحداث وقضاة شؤون الأسرة ، وتبسيط اجراءات الحاق لقب الكفلاء بمكفوليهم من هذه الفئة .

. الزام الجهات الادارية التابعة لوزارة التضامن الوطني في الجزائر بالإسراع في إعداد القائمة الوطنية للعائلات الجديرة باستلام الأطفال المتخلى عنهم من هذه الفئة لتسهيل عمل قضاة الأحداث في تسليمهم إليها.

المصادر والمراجع

المصادر :

1. القرآن الكريم.

2أبو عبدالله محمد ابن أحمد بن أبي بكر القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنّة و القرآن ، تحقيق :عبدالله بن عبدالمحسن التركي ، ج15 ، ط1 ، مؤسسة الرسالة بيروت ،لبنان ، 2006 .

3مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ،القاموس المحيط ، تحقيق واشراف : محمد نعيم العرقسوسي ، ط8 ، مؤسسة الرسالة بيروت ، 2005

المراجع :

أولا: المراجع باللغة العربية:

أ . الكتب :

1. الطيب الشرقاوي ، أهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق الكتاب الثالث من مدونة الاسرة (البنوة والنسب ، الحضانة والنفقة)، دط ، دار إدكل للطباعة والنشر ،الرباط ،المملكة المغربية ،2007 .

2. المجلس الوطني لحقوق الإنسان ، وضعية المساواة والمناصفة في المغرب(صون غايات وأهداف الدستور وإعمالها)، طبع ونشر المجلس الوطني لحقوق الإنسان ، المملكة المغربية ،2015.

3 . بوزيد بن عبدالله بكر ، تسمية المولود آداب أحكام ، دار العاصم للنشر والتوزيع ، ط3 ، المملكة العربية السعودية ، 1995 .

4 . دار الإفتاء الاسلامية ، الفتاوى الاسلامية ،المجلد الأول ، طبع المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، جمهورية مصر العربية ، 1980

5 . زبيدة إقروفة ، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب ، ط1، دار الامل للطباعة و النشر و التوزيع ،الجزائر ، 2012 .

6 . سامية بوروبة ، الاجتهادات القضائية العربية في تطبيق الاتفاقيات الدولية للحقوق الإنسانية للمرأة ، طبع معهد راؤول ولينبرغ لحقوق الانسان والقانون الانساني ، السويد 2016 .

7 . عبدالرزاق يعقوبي ، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة مرفق بشرح مختصر لبعض المواد ، ط1 ، دار هومة للنشر والتوزيع ،الجزائر ،جوان 2018 .

8 . محمد التاويل ، موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبيّة والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه ، مطبعة آنفو. برانت ، فاس المملكة المغربية ، 2007

9 محمد بفقير ، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي ،ط1 ، دار النجاح الجديدة للطبع والنشر والتوزيع ، الدار البيضاء المغرب،2006.

10 . محمود باسل الحافي ، فقه الطفولة : أحكام النفس دراسة مقارنة ،ط1 ، دار النور ، بيروت لبنان، 2008.

11 . نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص ،ط1، دار الهدى للنشر والتوزيع ، عين مليلة ، الجزائر ،2004

12 . وزارة العدل ، دليل عملي لمدونة الأسرة ، العدد 1 ، جمعية المعلومة القانونية والقضائية للنشر، المحمدية ، المملكة المغربية ،2004.

13 . وهبة الزوحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 7 ، ط2 ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، دمشق ،1985.

ب . المحاضرات:

1 . صادق ضريفي، قضايا أسرية ، محاضرات موجهة لطلبة السنة الثانية ماستر تخصص قانون الأسرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة آكلي محند أولحاج البويرة ، 2019/2020

2. فؤاد غجاتي ، الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة ، سلسلة محاضرات لطلبة السنة الثانية ماستر /تخصص قانون الأسرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة العقيد آكلي محند أولحاج ، البويرة ،2014/2013

ت - الرسائل والمذكرات :

***مذكرات الماجستير:**

1. خديجة دخينات ، وضعية الأطفال غير الشرعيين في المجتمع الجزائري (دراسة ميدانية في مدينة باتنة)، مذكرة ماجستير ، تخصص : علم الاجتماع العائلي ، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الاسلامية ،جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2012/2011

2. سعد عبداللاوي ، الحجية القانونية للبصمة الوراثية في إثبات أو نفي النسب ، رسالة ماجستير ، تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي ،2015/2014

3 . يعقوب بلبشير ، حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية ، مذكرة ماجستير ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة وهران ،2013/2012

***مذكرات الماستر :**

1 . حورية مالكي ، نسيبة شيشة ، مجهولي النسب في التشريع الجزائري ، مذكرة ماستر ، تخصص قانون الأحوال الشخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلالي بونعامة ، 2015/2014

2 . عائشة نبيلة درقاوي ، النظام القانوني للحالة المدنية في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون الأسرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة ، 2015/2014 .

3 . ليلى رحال ، اثبات الجنسية والاحكام المتعلقة بها في القانون الجزائري ، مذكرة ماستر ، تخصص : قانون دولي خاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي ، 2017/2016

4 . نصيرة شرقي ، إثبات النسب في القانون الجزائري ، مذكرة ماستر ، تخصص : عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج البويرة ،2012 /2013 .

5 . يحي مرابط ، تنظيم وسير مرفق الحالة المدنية في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص دولة ومؤسسات عمومية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف المسيلة ، 2017/2016

***مذكرات الليسانس:**

عبدالقادر نعمان ،يوسف جمام ، ضرورة إعادة النظر في نظام الحالة المدنية في الجزائر ، مذكرة ليسانس ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة 08 ماي 1945 قالمة ، 2006/2005

***مذكرات التخرج القضائية:**

1. رشيد مقراني ، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الاثبات ، مذكرة تخرج ،الدفعة 13 ، المعهد الوطني للقضاء ، الابيار الجزائر ، 2003/2002.

2 . تورية أعتو ،إشكاليات الحمل خارج مؤسسة الزواج ، بحث نهاية التمرين ،المعهد العالي للقضاء ، المملكة المغربية ،2015/2014

3 . محمد العربي لعبيدي ،إشكالية إثبات النسب ونفيه في التشريع المغربي على ضوء العمل القضائي ، بحث نهاية التمرين ،المعهد العالي للقضاء ، المملكة المغربية ،2011/2009

4. نذير براهمية ، إثبات النسب في ضوء تعديلات الأمر 02/05 ، مذكرة تخرج ،الدفعة 18 ، المدرسة العليا للقضاء ، الابيار الجزائر ، 2009 .

***الإجازات:**

وليد صالح أحمد عبدالربّ ، إدريس عبابسي ، الحماية القانونية لحق الطفل في النسب من خلال مدونة الأسرة والحالة المدنية ، بحث لنيل الاجازة في الحقوق ، جامعة محمد الخامس السويسي ، الرباط ، المملكة المغربية ،2009/2008 ،

ث . المقالات :

1 . ابراهيم صادق الجندي ، تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي ، ط1 ، اكاديمية نايف للعلوم الامنية ،الرياض ، المملكة العربية السعودية ،2002 .

2 . إبراهيم والعيز ، التبني بين الشريعة الإسلامية وقانون مدونة الأسرة ، مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية ، العدد 2 ، المملكة المغربية ، أكتوبر 2017.

3 . أحمد زوكاري ، إثبات الجنسية الأصلية عن طريق الحالة الظاهرة ، مجلة الملحق القضائي ،العدد 19 ، وزارة العدل ، المملكة المغربية، أكتوبر 1988 ،

4 . أحمد زوكاغي ، إصلاح قانون الجنسية المغربية بمقتضى القانون رقم 62.06 مساواة لم تكتمل ، مجلة الملحق القضائي ، العدد 45 ، وزارة العدل والحريات المملكة المغربية ،2013.

5 . الحسن بوبقين ، الإسم العائلي والشخصي في نظام الحالة المدنية بالمغرب ، مجلة الملحق القضائي ،العدد 19 ، وزارة العدل ، المملكة المغربية، أكتوبر 1988.

6 . الهادي خضراوي ، آمال بوحوية ، إلحاق نسب الاولاد بين الأب والأم ، المساواة في الرذيلة واللامساواة في الفضيلة ، مجلة الفكر القانوني والسياسي ، العدد 2 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عمار ثليجي الأغواط ، نوفمبر 2017

7 . جيلالي تشوار ، النقائص التشريعية لقوانين الاحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، الجزء39 ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2002 .

8 . خالد برجاوي ، تطور قواعد النسب في القانون المغربي ، مجلة فكر العلوم الاقتصادية القانونية والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية جامعة الرباط ، العدد1 ، المملكة المغربية، فبراير 2008 .

9 . ربيحة إلغات ،حالات ثبوت ونفي النسب (دراسة مقارنة)، مجلة حوليات جامعة الجزائر ،عدد23 ،جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1، جوان 2013.

10 . شابحة اعمر سعيد ، عيسى إمعيزة ، مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، المجلد 7 العدد 06 ، معهد الحقوق ، المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى آق آخاموك ، تامنغست ، 2018 .

11 . عمر بن محمد السبيل ، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية ، مجلة المجمع الفقهي الاسلامي ، العدد 15 ، السنة 13 ، المملكة العربية السعودية ، 2002

12 . فاطمة الزهراء تبوب ، نسب ابن المغتصبة :(تعليق على قرار المحكمة العليا رقم : 734072 المؤرخ في: 15 مارس 2012 الصادر عن غرفة شؤون الاسرة والمواريث) ، المجلة القضائية ، العدد1 ،2013.

13 . فاطمة عيساوي ،حجية البصمة الوراثية في النسب،مجلة معارف ،السنة الخامسة / العدد الثامن ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة العقيد اكلي محند أولحاج ، البويرة. جوان 2010

14 . محمد الكشبور ،البنوّة والنّسب في مدوّنة الأسرة ، قراءة في المستجدّات البيولوجية ،دراسة قانونية وشرعية مقارنة ، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة ، ط14 ، مراكش ، المملكة المغربية ، 2007 .

15 . مسعودة خالدي ، الأطفال مجهولي النسب بين رحلة البحث عن الهوية وإشكالية الحصول على الحقوق المدنية ، مجلة تطوير العلوم الاجتماعية مجلد 10 ، العدد01 ، جامعة زيان عاشور الجلفة،2017

16 . مقني بن عمار ، طرق إثبات الجنسية وفقا للقانون الجزائري والمقارن ، مجلة الحقيقة للعلوم الانسانية والاجتماعية ، العدد3 ، جامعة أحمد دراية ، أدرار الجزائر، سبتمبر 2018

17 . مليكة بريكة منادي، تنظيم قانون الأسرة للحقّ في النّسب بناء على معيار تمييزيّ، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ، العدد 12 ، جامعة عباس لغرور خنشلة، جوان 2019.

18 . نبيل سليم ، البصمة الوراثية وتحديد الهوية ، مجلة حماة الوطن ، العدد 265، وزارة الدفاع ، الكويت ،2004

ج . الأحكام والقرارات القضائية:(حسب ورودها).

*** أحكام وقرارات القضاء الجزائري :**

1 . المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ، ملف رقم 81129 ، بتاريخ: 17 مارس 1992 ، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية ،عدد خاص ، 2001.

2 . المجلس الاعلى ،غرفة الاحوال الشخصية والمواريث ، ملف رقم 64043 بتاريخ: 19 نوفمبر 1984،المجلة القضائية العدد1، 1990 .

3 . المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 74712 بتاريخ :21 ماي 1991 ،المجلة القضائية العدد2، 1994 .

4 . م ع ج، غ ش أ م ، ملف رقم 617374 بتاريخ : 2011/05/12 ،مجلة المحكمة العليا،العدد1، 2012 .

5 - المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة والمواريث ، ملف رقم 1027105 بتاريخ : 2016/12/07 ،مجلة المحكمة العليا،العدد2، 2016 .

6 . المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية والمواريث ، ملف رقم 57756 بتاريخ : 22 جانفي 1990، المجلة القضائية ،العدد2، 1992 .

7 . المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية والمواريث ، ملف رقم 210478 بتاريخ: 17 نوفمبر 1998 ،مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية عدد خاص ،2001 .

8 – المحكمة العليا ،غرفة الاحوال الشخصية والمواريث ، ملف رقم 202430 بتاريخ: 15 ديسمبر 1998 ، المجلة القضائية، العدد1999،1.

9 . المحكمة العليا ،غرفة الاحوال الشخصية والمواريث ، ملف رقم 355180 بتاريخ : 05 مارس 2006 ،مجلة المحكمة العليا، العدد2006،1 .

10 . المحكمة العليا ،غرفة الاحوال الشخصية والمواريث ، ملف رقم 239349 بتاريخ: 22 فيفري 2000، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية عدد خاص ،2001 .

11 - المحكمة العليا ،غرفة الاحوال الشخصية والمواريث ، ملف رقم 48184 بتاريخ: 29 فيفري 1988 ،المجلة القضائية، العدد 1، 1991.

12 . المحكمة العليا ،غرفة الاحوال الشخصية والمواريث ، ملف رقم 71732 بتاريخ : 23 افريل 1991 ،المجلة القضائية ،العدد2،1993 .

13 . المحكمة العليا ،غرفة شؤون الأسرة والمواريث ، ملف رقم 355180 بتاريخ : 05 مارس 2006 ،مجلة المحكمة العليا،العدد2006،1.

14 . المحكمة العليا ،غرفة شؤون الاسرة والمواريث ، ملف رقم828820 بتاريخ: 13 ديسمبر 2012 ، مجلة المحكمة العليا،العدد1، 2014.

15 .المحكمة العليا ،غرفة شؤون الأسرة والمواريث ، ملف رقم 1269341 بتاريخ : 2019/01/09 غير منشور.

16 . حكم محكمة المسيلة ، قسم الجنح بتاريخ: 18جوان2013 رقم الملف :13/1937 ، رقم الفهرس : 13/04009 ، غير منشور.

17 - م ع ج ، غ أ ش م ، ملف رقم 259953 بتاريخ : 20 جوان 2001 ، المجلة القضائية ،العدد1، 2004.

***أحكام وقرارات القضاء المغربي:**

1 . المجلس الاعلى ، حكم شرعي عدد 23 بتاريخ: 31 اكتوبر 1967 ، مجلة قضاء المجلس الاعلى، 1968 ، العدد 1، مركز النشر والتوثيق القضائي ، المملكة المغربية ،2000.

2 . المجلس الأعلى ، ملف رقم 2004/1/2/666 بتاريخ :2006/02/15 .

3 . المجلس الأعلى ، ملف عدد 264 بتاريخ:2006/04/24

4 محكمة وجدة الابتدائية، ملف رقم 05/959 بتاريخ: 20 فيفري 2006 .

5 . محكمة الاستئناف بطنجة ،غرفة الجنايات الاستئنافية ،ملف رقم 2612/2019/203 بتاريخ: 2019/04/09 ، قرار غير منشور

6 . المجلس الأعلى ، قرار مؤرخ في: 30 مارس 1987 ،

7 . المحكمة الابتدائية بمراكش ، قسم قضاء الاسرة ، ملف 538/1611/2019 بتاريخ: 27 ماي 2019 ، غير منشور.

8 . المجلس الأعلى ، ملف رقم 2006/1/2/581 عدد505 بتاريخ: 2007/10/10.

9 . المجلس الاعلى ، الملف رقم 2007/1/2/315 بتاريخ: 2007/11/21 عدد 586.

10 . المجلس الأعلى ، الملف رقم 2008/1/2/302 عدد 5.

11 . المجلس الأعلى ، ملف عدد رقم :20,91.2004 بتاريخ : 08 جوان 2004 .

12 . المجلس الأعلى ، ملف عدد رقم :74.2004 بتاريخ : 18 فيفري 2004

13 . محكمة النقض ، ملف عدد رقم :412.2011 بتاريخ : 16 أوت 2011 ، نشرة قرارات محكمة النقض، عدد 10، وزارة العدل وحقوق الإنسان ، المملكة المغربية،2012.

ح . المقابلات:

مقابلة مع السيد : حسان بوعنيق : رئيس الغرفة العقارية بمجلس قضاء الجلفة بتاريخ: 20 فيفري 2020 على الساعة 10:00 صباحا بمقر مجلس قضاء الجلفة.

خ . النصوص القانونية والتنظيمية:

***الجزائر:**

1 . أمر رقم : 66 . 156 مؤرخ في :08 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم ، ج ر العدد50 صادر بتاريخ:11 جوان 1966.

2 . أمر رقم 70 . 20 مؤرخ في: 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم ، ج ر العدد 21 صادر بتاريخ: 1970/02/27.

3 . أمر رقم 70 . 86 مؤرخ في: 15 ديسمبر 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائرية ، ج ر عدد 105.

4 . قانون رقم 84 . 11 مؤرخ في: 09 جوان 1984المتضمن قانون الأسرة ، ج ر عدد 24 الصادر بتاريخ : 12 جوان 1984.

5 . أمر رقم 05 . 01 مؤرخ في:27 فيفري 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 70 . 86 المؤرخ في: 15 ديسمبر 1970 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية ، ج ر عدد 15 صادر بتاريخ: 27 فيفري 2005 .

6 قانون رقم 08 . 09 مؤرخ في: 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ، ج ر عدد 21 صادر بتاريخ: 23 أفريل 2008

7 . قانون رقم 15 . 12 مؤرخ في: 15 جويلية 2015 يتعلق بحماية الطفل ، ج ر عدد 39 صادر بتاريخ: 19 جويلية 2015.

8 . قانون رقم 16 . 01 مؤرخ في: 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري ، ج ر عدد 14 صادر بتاريخ: 07 مارس 2016 ,

9 . مرسوم رئاسي رقم 81 . 26 مؤرخ في: 07 مارس 1981 يتضمن إعداد قاموس وطني لأسماء الاشخاص ، ج ر عدد 10 صادر بتاريخ : 10 مارس 1981.

10 . مرسوم الرئاسي رقم 92 . 462 مؤرخ في: 19 ديسمبر 1992 يتضمن المصادقة بتحفظ على اتفاقية حقوق الطفل، ج ر عدد 92 صادر بتاريخ :23ديسمبر 1992 .

11 . مرسوم تنفيذي رقم 92 . 42 مؤرخ في: 13 جانفي 1992 يتمم المرسوم رقم 157.71 مؤرخ في : 03 جوان 1971 المتعلق بتغيير اللقب ، ج ر عدد 05 صادر بتاريخ: 22 جانفي 1992

12 . مرسوم رئاسي 04 . 183 مؤرخ في: 26 جوان 2004 يتضمن احداث المعهد الوطني للأدلة الجنائية وعلم الإجرام للدرك الوطني وتحديد قانونه الأساسي ج ر عدد 49 صادر بتاريخ: 27 جوان 2004.

13 . منشور وزاري مشترك (وزير الداخلية وزير الحماية الإجتماعية ووزير العدل) مؤرخ في: 17 جانفي 1987 يتعلق بالحالة المدنية للأطفال المولودين من أبوين مجهولين

***المغرب:**

1 . قانون رقم 70.03 بتاريخ: 03 فيفري 2004 بمثابة مدونة الأسرة ، الصادر بشأن تنفيذه ظهير شريف رقم : 22.04.1 بتاريخ : 03 فيفري 2004 ، ج ر العدد 5184 الصادر بتاريخ: 05 فيفري 2004 .

2 . قانون رقم 06 . 62 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 80.07.1 مؤرخ في: 23 مارس 2007 ، يتعلق بتغيير وتتميم الظهير الشريف رقم 1.58.250 المؤرخ في: 6 سبتمبر 1958 بسن قانون الجنسية المغربية ، ج ر عدد 5513 صادر بتاريخ : 02 أفريل 2007

3 . ظهير شريف رقم 1.158.250 مؤرخ في: 06 سبتمبر 1958 بمثابة قانون الجنسية المغربية ، ج ر عدد 2395 صادر بتاريخ: 19 سبتمبر 1958

4 . ظهير شريف رقم 1.59.413 مؤرخ في: 26 نوفمبر 1962 المتضمن المصادقة على مجموعة القانون الجنائي ج ر العدد 2640 مكرر صادر بتاريخ:05 جوان 1963 .

5 . ظهير شريف رقم 34.493 مؤرخ في:14 جوان1993 يتضمن المصادقة بتحفظ على اتفاقية حقوق الطفل، المنشور بموجب الظهير الشريف رقم : 363.93.1 المؤرخ في: 21 نوفمبر 1996 ، ج ر العدد 4440 الصادر بتاريخ:19 ديسمبر 1996 .

6 . ظهير شريف رقم 1.02.239 مؤرخ في: 03 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 37/99 المتعلق بالحالة المدنية ،ج ر عدد 5054 صادر بتاريخ: 2002/11/07.

7 ظهير شريف رقم 655.99.2 مؤرخ في: 09 أكتوبر 2002 لتطبيق القانون رقم 99.37 المتعلق بالحالة المدنية ج ر عدد 5054 صادر بتاريخ: 2002/11/07

8 . ظهير شريف رقم 1.11.91 بتاريخ : 29 يوليو 2011 صادر بتنفيذ نص الدستور ، ج ر عدد 5964مكرر صادر بتاريخ: 30 يوليو 2011.

9 . دورية مشتركة :(وزير الداخلية ،وزير العدل ووزير الشؤون الخارجية والتعاون) بتاريخ: 11 جويلية 2007 حول مسطرة تسجيل الاشخاص المسندة إليهم الجنسية المغربية عن طريق رابطة البنوة من جهة الأم بسجلات الحالة المدنية.

10 . دورية رقم 1/7832 مؤرخة في :25 أوت 2010 تتعلق بإعطاء الإسم العائلي للأم لابنها مجهول الأب

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

A – THESES DE DOCTORAT

1- Yamina Houhou. « La Kafala en Droit Algérien et ses effets en Droit Français ». thèsede Doctorat spécialité droit prive droit de la famille . université de Pau et des Pays de l'Adour .France . soutenue le : 24/01/2014

2- Asmaa Mazouz« La réception du code marocain de la Famille de 2004 par le Droit International prive Français : le mariage et ses effets ». thèse de Doctorat spécialité : droit International privé. Université de Strasbourg. Soutenue le : 16/12/2014

B - REVUES

1- AhlemTabet-Derrazet Farida HamadiKaddous. « Abandon d'enfant et Droit au Nom » .les cahiers du LADREN.Numero 1.Volume 1. 31 décembre 2008. faculte de droit et sciences politiques . université d'oran2.

2- Malika BoulanouarAzzemou. « Observations sur l'arrêt de la Cour suprême chambre du Statut Personnel du 5 Mars2006 » .les cahiers du LADREN. Numéro 1.Volume 4 . 31décembre 2013. Faculté de droit et sciences politiques. Université d'oran2
3- Malika BoulanouarAzzemou. « preuve scientifique et filiation quelles perspectives en droit algerien ؟ » .les cahiers du LADREN. Numero 1.Volume 3 decembre 2012. faculte de droit et sciences politiques . universite d'oran2
4- Malika Bouziane . « les Règles de filiation et leur Application par les Tribunaux en Algérie ». les cahiers du LADREN. Numéro 1.Volume 3 décembre 2012. faculté de droit et sciences politiques . université d'oran2.

ت . مواقع الإنترنات :

http://www.mae.gov.dz/Etat-civil .le: 20/02/2020 a:15:55 .

ملخص

- ملخص بالعربية :

يعتبر موضوع إشكاليات الإنجاب خارج إطار عقد الزواج كأحد المواضيع المسكوت عنها ؛ والتي شكّلت إلى وقت ليس بالبعيد طابوها لا يُمكن الخوضُ فيه ، لكن ومـع انتشار العلاقات الجنسيّة خارج إطار هذا العقد مدفوعة بتأثير العولمة و اختراق تكنولوجيا الإعلام لمجتمعاتنا وما نتج عنه من ازدياد معتبر في أعداد الأبناء المولودين من تلك العلاقات كان لابدّ من تصدي المشرّع في البلدين لهذه الظّاهرة و النّص على حماية حقوق هذه الفئة من الأبناء وعدم عقابهم بتصرفات آبائهم وأمهاتهم بما يتوافق ومصادر التشريع في النظامين في الجزائر والمغرب ؛ وبما يُجسِّد تنفيذ التزامات البلدين اتِّجاه المجتمع الدُّولي اللَّذان انضمَّا وصادقا على اتفاقياته الدُّولية في مجال حقوق الإنسان بصفة عامة واتفاقيات حماية حقوق الأطفال بصفة خاصّة و اتفاقية الأمم المتحدة لحماية حقوق الطفل بصفة أساسيّة. وتتعلق هذه الحقوق بصفة خاصة بحق الطفل في معرفة نسبه بجميع الوسائل وحقوقه في التسجيل في سجلات الحالة المدنية وتسميته وحقه في الجنسية .

- Abstract :

The issue of childbearing outside the Framework of the marriage contract is one of the issues that are not tolerated. Which formed until not long ago, its taboo cannot be delved into, but with the spread of sexual relations outside the framework of this decade driven by the impact of globalization and the penetration of media technology for our societies and the resulting significant increase in the numbers of children born of those relations, the legislator in the two countries must address this The phenomenon and the provision to protect the rights of this group of children and not to punish them for the actions of their fathers and mothers in accordance with the sources of legislation in the two systems in Algeria and Morocco; In what embodies the implementation of the obligations of the two countries towards the international community that have joined and

ratified its international conventions in the field of human rights in general and the conventions for the protection of children's rights in particular and the United Nations Convention for the Protection of the Rights of the Child primarily. These rights relate in particular to the child's right to know his lineage by all means and his rights to register in the civil status records and give him a family name and his right to a nationality.

فهرس الموضوعات:

العنوان	الصفحة
مقدمة	2
الفصل الأول: الإشكاليات المقترنة بالمركز القانوني للحمل خارج إطار عقد الزواج	
المبحث الأول: الإشكاليات المتعلقة بالنسب	9
المطلب الأول: المركز القانوني للحمل الناتج أثناء فترة الخطبة	10
الفرع الأول: عدم إقرار المشرع الجزائري بنسب الحمل الواقع اثناء الخطبة	11
الفرع الثاني: شروط إثبات نسب الولد الناتج لأثناء فترة الخطبة في التشريع المغربي	12
المطلب الثاني: قواعد إثبات نسب الحمل في العلاقات غير الشرعيّة	15
الفرع الأول: نسب إبن المغتصبة	15
الفرع الثاني: نسب الابن الناتج عن الزنا	18
المبحث الثاني: الإشكاليات المتعلقة بقواعد اللّجوء الى الخبرة العلمية في مجال النسب	25
المطلب الأول: الإطارين: الفني والتشريعي للطرق العلمية المستعملة في مجال النسب	26
الفرع الأول: المقصود بالطرق العلمية في مسائل النسب	26
أولا: أنواع الطرق العلمية	27
1 . الطرق العلمية القطعية	27
2 . الطرق العلمية الظنية	28
ثانيا: العوائق القانونية والمادية لتطبيق الخبرة العلمية في مجال النسب	29
1 . حرمة الحياة الخاصة	29
2 . قلة المخابر العلمية وارتفاع مصاريفها	29
الفرع الثاني: الإطار التشريعي المتضمن اللجوء الى الطرق العلمية في مسائل النسب	31
أولا: اللجوء الى الخبرة العلمية في مسائل النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري	31
ثانيا: قواعد اللجوء الى الخبرة القضائية العلمية في مدونة الأسرة المغربية	32
المطلب الثاني: موقف القضاء من الخبرة لإثبات النسب غير الشرعي	33
الفرع الأول: موقف القضاء الجزائري من استعمال الطرق العلمية في النسب	33
الفرع الثاني: موقف القضاء المغربي من استعمال الطرق العلمية في النسب	36
الفصل الثاني: إشكاليات الهوية المستقبلية للطفل المولود خارج إطار عقد الزواج	

المبحث الأول: تسمية الأبناء المولودين خارج إطار عقد الزواج وتسجيلهم	43
المطلب الأول: قواعد وشروط منح الإسم	44
الفرع الأول: تسمية المواليد خارج عقد الزواج في قانون الحالة المدنية الجزائري	45
الفرع الثاني: تسمية المواليد خارج عقد الزواج في قانون الحالة المدنية المغربي	47
المطلب الثاني: تسجيل الأطفال المولودين خارج إطار الزواج في سجلات الحالة المدنية	49
الفرع الأول: تسجيل ميلاد الطفل المولود خارج إطار عقد الزواج في التشريع الجزائري	50
أولا: الأشخاص المخولون بالتصريح بالميلاد ومواعيده	51
ثانيا: التسجيل القضائي لعقد الميلاد	54
الفرع الثاني: تسجيل ميلاد الطفل المولود خارج إطار عقد الزواج في التشريع المغربي	56
أولا: الاشخاص القائمون على التصريح بالميلاد وميعاده	56
ثانيا: التسجيل القضائي لرسم الميلاد	59
المبحث الثاني: إشكالية منح الإبن المولود خارج إطار العلاقة الزوجية للجنسية	62
المطلب الأول: جنسية المولود خارج اطار عقد الزواج في التشريع الجزائري	62
الفرع الأول: وضعية المولود قبل تعديل قانون الجنسية سنة 2005	63
الفرع الثاني: وضعية المولود بعد تعديل قانون الجنسية سنة 2005	64
المطلب الثاني: جنسية المولود خارج اطار عقد الزواج في التشريع المغربي	65
الفرع الأول وضعية المولود قبل تعديل قانون الجنسية سنة 2007	66
الفرع الثاني: وضعية المولود بعد تعديل قانون الجنسية سنة 2007	67
خاتمة	70
المصادر والمراجع	77
ملخص	91
الفهرس	94