

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقرر المعتمد في مادة الولادة ونتائجها

النسب

النسب هو الرباط الواصل واللحمة الدائمة التي لا تتفصم بين أفراد أسرة مّا، إما بسبب من زوجية أو بصلة من عموم القرابة سواء كانت قرابة مباشرة وهي التي تكون بين الأصول والفروع ، أو قرابة غير مباشرة وهي القائمة من غير العلاقة العمودية (من الأصل إلى الفرع) كقرابة الشخص بأخيه أو أخته أو عمه أو عمتها أو ما تفرع عنهم. وبذلك فإن النسب هو بذرة الهوية على التحقيق الذي عليه تتأسس باقي صلات الفرد بالآخرين المكونين لذلك الوشاج المتين.

ولما كان النسب بذلك الأهمية فإن ذلك الرباط مما امتن الله تعالى به على عباده لقوله عز وجل (وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا)¹. ولعل عظم خطر النسب هذا هو ما استشفه علماؤنا بأصول الشريعة حتى جعلوا رعايته من مقاصد الشريعة الخمسة التي تحمى من جانب العدم كما تحمى من جانب الوجود ؛ لذلك حرمت نظام التبني وأبطلته، وأول ما أبطلت من ذلك تبني النبي صلى الله عليه وسلم قبل النبوة لزيد بن حارثة – رضي الله عنه – ، فقد كان يدعى زيد بن محمد إلى أن نزل قوله تعالى (مَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذُلْكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ . ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانَكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيَكُمْ) ².

¹ سورة الفرقان، آية 54

² سورة الأحزاب، آية: 5-4

و كما منع النبي ف قد منع أيضا انتساب الولد لغير أبيه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام)³ ، كما منع النساء من ذلك أيضا تحصينا لهذه اللحمة من كل مداخل الخلل لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم (أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله تعالى منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين يوم القيمة)⁴ .

و إذا كان النسب بهذا التحصين المشار إليه في الشريعة فإن ذلك قد تجلى بوضوح في الكتاب الثالث من مدونة الأسرة المغربية – قانون رقم 70.03 -

و أول ذلك التجلی الذي يغله كثير من المختصين عدا من دونهم من عموم المطلعین هو أن مسائل النسب مسیحة بسیاج الشرع الحکیم ، فمنه المبتدأ وإلیه المفزع .

ولهذا فإن كان القسم المخصص للنسب من كتاب الولادة ونتائجها من المدونة قد افتح بمواد متحديثة عن البنوة (مادة 142 ما يليها) ليختتم بمواد مفصلة في وسائل إثبات النسب (المادة 162 وما قبلها) فإن المادة 150 التي جاء فيها أن " النسب لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف " هي عمود الرحى الذي حوله تدور مباحث النسب وعلى أساسه تفهم . و معنى ذلك بالعبارة الأوضح أن إلحاح المشرع على الصفة الشرعية يُنْهِي كثیرا من القضايا التي يستشكلها الكثیرون في المدونة بكثیر من التسرع ، كما يعني أن الرأیز في مسائل النسب سعة الشريعة وتخفيفها، لا مقتضى المنطق الديكارتي أو مستحدثات التطورات المعاصرة، فهذه وذاك يستأنس بهما و لا يعول عليهما إلا بما سمحت به الشريعة .

وإذا تم تمثل هذه المقدمة الخطيرة بوضوح أمكننا أن نعرض باختصار مجمل القضايا الواردة في الكتاب الثالث، على النحو التالي:

- البنوة وأحكامها .

- النسب وسائل إثباته .

³ أخرجه البخاري و مسلم و أبو داود عن سعد بن أبي وقاص و أبي بكرة

⁴ أخرجه أبو داود و النسائي من حديث أبي هريرة

- الحضانة.

- النفقة

أولاً البنوة : أحکامها وإثباتها

الأصل أن الحديث عن البنوة حديث عن النسب وأنهما وجهان لعملة واحدة، مادام الأساس الحقيقي للنسب هو الصلة الرابطة بين الأب وولده نزولاً أو بين الابن وأبيه صعوداً، لأن تحقق قرابة النسب ينشأ من الانحدار من أصل مشترك. وبسبب هذه البداهة لم يكن الفقهاء يميزون البنوة من النسب ولا يعرضون لها منفصليين، بل إن المدونة الملغاة نفسها لم تقم هذا الفصل، بحيث قُنِّتْها معاً تحت مسمى واحد وهو النسب⁵. ومن هنا فإن السؤال يصير وجيهها عن مقاصد المشرع في مدونة الأسرة بتخصيص البنوة بباب مستقل ضمن كتاب الولادة ونتائجها ؟

لن نستعجل الإجابة قبل تجميع ودراسة مقتضيات المواد المنظمة للباب؛ وهي من المادة 142 إلى المادة 149.

عبرت المدونة عن البنوة في المادة 142 على أنها نتاجة تتسل الولد من أبويه معاً، وهي بذلك تجعل البنوة أعم من النسب الذي هو فاصل في الأصل على صلة بين الولد وأبيه في زوجية صحيحة، بحيث لا يتحقق النسب إلى الأم أو إلى الأب في غير الزواج الصحيح إلا استثناء.

و مما يذكر في تلك التوسعة أن عبرت المادة عن ذلك التحقق بعبارة "التسل" "غير المعهودة". وهي العبارة التي فسحت المجال لتترتب البنوة عن الإنجاب الطبيعي الذي هو ثمرة اتصال رجل بامرأة مشروعاً كان ذلك الاتصال أم لا، كما فسحته ليترتب عن الإنجاب المصطنع بالطرق المستحدثة طبا⁶ كالإنقحاص الاصطناعي الذي قد يكون هو أيضاً شرعاً وغير شرعاً بحسب تحقق الشروط ،.

بهذا فإن البنوة المقصودة في المدونة هي واقعة الولادة نفسها، ومجمل القول فإن مراد المشرع من هذا التخصيص هو توسيع طرق إثبات البنوة متى ضاقت طرق إثبات النسب المحكومة بنصوص الشريعة ومقاصدها على وجه الحصر، لكن دون مصادمة تلك المقاصد. وهو ما جعل البنوة بمقتضى المادة 142 نفسها تكون شرعية وغير شرعية. وهكذا فإن النسب – الذي لا يكون

⁵ الفصول من : 91-83.

⁶ وربما قد يتترتب عن الاستئناف استقبلاً مادامت عبارة المدونة لا تمنع من ذلك.

إلا شرعاً ومن غير جهة الأب إلا استثناء - أضيق من البنوة . ولعل هذا ما يدعونا إلى بيان كيف تكون البنوة شرعية وغير شرعية

أ- البنوة شرعية و غير شرعية:

البنوة الشرعية هي التي يعتبرها الشرع الحنيف و يرتب آثارها اتجاه الأب، وبمفهوم المخالفة فإن البنوة غير الشرعية هي التي في حكم المعدوم من جهة الشرع و لا يرتب عليها أثراً اتجاه الوالد و إن تحققت الولادة واقعة مادية ماثلة . لكن نبهت المدونة بمقتضى المادة 143 أن البنوة تعتبر شرعية للأب والأم استصحاباً أي أنها مفترضة ابتداء إلى أن يمنع مانع من ذلك الاعتبار . فهل تكون البنوة الشرعية - بحسب هذا المقتضى - هي النسب الثابت وتكون البنوة غير الشرعية هي النسب المنفي؟

لا نفتاً ننبه إلى أن البنوة - بحسب ما اختارت المدونة- تتسلُّ من الأبوين معاً ، و هو التنبية الذي يمنعني أن نتسرع لقول إن حالات البنوة الشرعية هي حالات النسب ترادفاً. بل إن حالات البنوة الشرعية نفسها أوسع أيضاً من حالات النسب الشرعي، لأن حالات البنوة الشرعية للأم أوسع من تلك التي أسندتها إليها النسب استثناء، سواء في ذلك جهة الثبوت أو جهة الآثار كما سيأتي.

لهذه فإننا سنجاري المدونة وندرس حالات البنوة الشرعية وغير الشرعية من جهة الأبوين معاً؛ من جهة الثبوت ومن جهة الآثار.

ب- آثار البنوة بالنسبة للأب:

- البنوة الشرعية بالنسبة للأب و آثارها:

نصت المادة 144 على أن ما يجعل البنوة شرعية هو قيام سبب من أسباب النسب، وهي تلك التي حدتها المادة 152 لاحقاً في: الفراش والإقرار و الشبهة . ثم أضافت المادة 145 إمكان إثبات البنوة بحكم قضائي وهو ما يفهم منه أن ذلك ممكن في حال التنازع بجميع وسائل الإثبات التي تكون قناعة القاضي.

و المقصود بالفراش⁷ غالبا الزوجية الصحيحة و استثناء الزوجية الفاسدة أو الباطلة في
حال ثبوت حسن النية

و الإقرار فهو الإرادة المنفردة للأب التي بموجبها يعترف بنسب ولد إليه، ولا يستلزم ذلك أن
يعين المرأة أم الولد ، فإن فعل فقد مكنتها المشرع من الإقرار أو الاعتراض كما سيأتي في مباحث
النسب .

أما الشبهة فهو ما لم يستيقن أحلال هو أم حرام ، و المقصود به اختصارا اتصال بين رجل
و امرأة خارج إطار الزوجية دون أن يعتبر ذلك منهم زنا، تأسيسا على انتفاء سوء النية أو العلم
بحرمته الاتصال⁸.

فمتن توافر سبب من هذه الأسباب كانت البنوة شرعية بالنسبة للأب و ترتب كاملا آثار
النسب ، بمعنى حالة الأب هذه يتطابق فيها النسب والبنوة.

- البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب و آثارها:

و هي البنوة التي يحلو للبعض تسميتها البنوة الطبيعية تلطفيا، و على التحقيق هي حالة
التنسل الناتج عن الزنا المحض أو في العقد الباطل بعلم الزوج وسوء نيته، وكذا في حالة
الاغتصاب التي هي مثار نقاش حديث بين كثير من القانونيين، خصوصا بعدما أقرت بها المدونة
البنوة شرعية للأم دون الأب، معتبرين ذلك ظلما كما سنشير إليه في موضعه. وأما آثر هذه البنوة
من جهة الأب فهو مؤسس على ما تقدم ، ذلك أن البنوة الشرعية وحدتها التي ترتب آثارا بالنسبة
للأب؛ فكلما انتفت إحدى حالات ترتب النسب الشرعي الصحيح كانت البنوة غير شرعية اقتضاها.

لكن لا يعني ذلك أن البنوة غير الشرعية خلو من كل آثر شرعي عند الفقهاء ؛ فقد ثبت
اختلافهم في مسألة ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا؛ إذ قال الحنفية والحنابلة و ابن القاسم رواية
عن مالك في المدونة - وهو الرأي المنسوب إلى عمر و ابن عباس رضي الله عنهم و كذا إلى
جمهور التابعين - بأن من زنا بأمرأة حرمت عليه أصولها وفروعها وحرمت على الزانية هي

⁷ سيأتي تفصيله في مباحث النسب

⁸ كمن واقع امراة في الظلام ظن أنها زوجته أو كالمتصل بأخته من الرضاع دون علمهما بذلك الأخوة...

الأخرى أصول الزاني بها و فروعه. بينما قال الشافعية و مالك في الموطأ بأنه لا تثبت به حرمة المصاهرة⁹.

ت- البنوة بالنسبة للأم و آثارها: أشارت المادة 147 إلى ما تثبت به البنوة بالنسبة للأم و جعلتها ثلاثة: واقعة الولادة نفسها و الإقرار بشروطه ثم الحكم القضائي.

و هي وسائل تظهر سعة الإثبات بالنسبة للأم، دون تمييز بين كونها شرعية وغير شرعية، خاصة ما تعلق منها بالوسيلة الأولى التي هي واقعة الولادة. فهي واقعة مادية لا يشترط فيها أي شرط سوى التحقق بأي وسيلة تمت.

- البنوة الشرعية بالنسبة للأم و آثارها: ورد في الفقرة الأخيرة من المادة 147 حصر حالات البنوة الشرعية بالنسبة للأم وهي : الزوجية الذي هو الفراش، فالشبهة، ثم الاغتصاب الفراش: وقد أشرنا أن هذه الوسيلة تثبت بها البنوة للأبوبين و يتساوى فيها حقهما في نسبة الولد إليهما معا، بخلاف النسب الذي هو حق للأب حصرا. وهكذا فإن الأم التي تستند إلى الفراش في إثبات البنوة يلزمها تعين الأب سواء كان ذلك بمقتضى عقد الزوجية أو بمقتضى ما تثبت به تلك الزوجية إن كانت غير موثقة .

و الشبهة: وهي الالتباس الذي لا يتحقق منه هل الفعل الحاصل حلال أم حرام. و سنرى المسألة في ثبوت النسب بالشبهة وكذا ما ورد في المادة 156 ، غير أن ذلك لا يمنع من أن نشير إلى أن ثبوت البنوة الشرعية للأم استثناء بالشبهة لا يعني لزوم لحوق النسب بالأب كما في حالة الفراش؛ لأن الشبهة إنما تدرا الحد ولا تلحق النسب بغير الأم، بحيث إذا ثبت اتصال الشبهة بأمرأة متزوجة أمكن ذلك الزوج الشرعي من نفي النسب بكل الوسائل .

و الاغتصاب : هو جريمة بمقتضى جميع الشرائع و القوانين ، وقد عاقب عليه المشرع المغربي و جعله جنائية¹⁰. وبخصوص موضوعنا فإن البنوة تثبت شرعية بالنسبة للأم وحدها، و عبر المشرع بكونها شرعية اعتبارا لأن الاتصال كان بغير رضا المرأة، لكن ذلك لا يمنع من

⁹ انظر تفصيل المسألة في بدائع الصنائع للكاساني : 260/2 ، والمغني لابن قدامة : 577/6 و مغني المحتاج للشريبي: 3/ 175-419 . الشرح الكبير للدرير على مختصر خليل بحاشية المسوقي : 453/8 .

¹⁰ بمقتضى الفصل 486 من القانون الجنائي "الاغتصاب مواقعة رجل امرأة بغير رضاها ويعاقب عليه بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات"

الاستغراب كيف يسمح المشرع المغربي في المادة 156 بثبوت نسب للأبوبين لاتصال تم في الخطبة برضاء المرأة و لا يسمح بذلك في اتصال أكرهت عليه؟

و عموماً فإن عبارة شرعية للأم تسمح بترتيب المسؤولية المدنية على الأب غير الشرعي وإن كان مغفياً من ترتيب أي أثر شرعي، وبهذا الصدد نص قرار المجلس الأعلى رقم 381 في الملف 2005/1/29 بتاريخ 2005/7/20 - بعد أن سكت عن شرعية الحمل - بلزوم التزام الطاعن بنفقة الحمل البين من المطلوبة

- البنوة غير الشرعية بالنسبة للأم و آثارها:

بحسب ما نقدم فإن البنوة غير الشرعية بالنسبة للأم هي كل بنوة لا يمكن نسبتها إلى الأب ولا تمنع من إقامة الحد شرعاً ومن المتابعة بالفساد قانوناً، لذلك فكلما انتفت الزوجية الصحيحة أو الاتصال لشبهة أو واقعة الاغتصاب إلا اعتبرت البنوة غير شرعية بالنسبة للأبوبين معاً، سواء وقع الإقرار بذلك طواعية من الأم، أم صدر بذلك حكم قضائي ينفي النسب عن الأب.

أما ما يخص آثار البنوة غير الشرعية فالمسألة تحصيل حاصل ، ذلك أن البنوة ب نوعيها (الشرعية و غير الشرعية) ترتتب الآثار نفسها بالنسبة للأم، وهو ما أشارت إليه المدونة في المادة 146 " تستوي البنوة للأم في الآثار التي تترتب عليها سواء جاءت نتيجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية" ، بمعنى أن ثبوت واقعة الولادة كاف لترتيب جميع الآثار للأم (لحوق النسب، التوارث..) بغض النظر عن أسباب تلك الولادة وحكمها.

وبتمام هذه المباحث نستطيع أن نطمئن في الإجابة عن السؤال من مراد المشرع بتخصيص باب مستقل لمباحث البنوة، بأن مقصد هذه المباحث هو أساساً الحرص على الصفة الدينية للنسب، لكن مع معالجة حالتى الشبهة والاغتصاب بجعلهما شرعيتين بالنسبة للأم دون أن يلزم الأب بشيء من ذلك، وكذلك بفتح الباب بعبارة التسلل لأنواع الإنجاب المستحدث سواء بالتلقيح الاصطناعي أو بغيره مع مراعاة الشروط الفقهية طبعاً.

و قبل التطرق لمباحث النسب تجدر الإشارة إلى أن المدونة قد نبهت من عدم خلط التوسعة في البنوة بما ليس منها، ولهذا أشارت في المادة 149 إلى أن التبني يعتبر باطلأ لأن فيه إلحاداً ولد

علوم النسب على الغالب ، ومن ثمة فإنه لا ينتج أي أثر من آثار البنوة الشرعية، لهذا أجبت المدونة بما يوافق الشريعة في هذا الباب بأن التبني نظام محرم شرعاً وقائنا

أما تبني الجزاء أو التنزيل منزلة الولد فقد كيّفته المدونة بحيث لا تجري عليه إلا أحكام الوصية، لأن المنزل وإن احترز من الحرام وهو الكذب بالتبني فإنه يجعله كالابن في آثار النسب لذلك لم يجز له غير الثالث . وهذه إشارة مهمة إلى القضايا التي قد تلتبس بالبنوة ، لأن مدعى البنوة في بعض الحالات لا يكون دائماً أباً أو أما.

ثانياً النسب : أسباب لحوقه ووسائل إثباته

النسب لغة هو القرابة ، وقيل هو في الآباء خاصة ، وانتسب واستنساب ذكر نسبة¹¹ ، ويقوم تعريفه في الاصطلاح على تعريفه اللغوي الذي هو صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم¹² ومن ذلك قول الله تعالى (هو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسا و صهرا و كان ربك قدرا)¹³

ولقد كان حديثنا السابق في البنوة عن واقعة تترتب عليها أحكام إن في الشريعة أو في القانون، بينما الأمر مختلف في النسب إذ الأساس فيه إثباته ، فان كان الميلاد واقعة فان النسب إثبات ، و إذا كان المولود وجودا فان النسب انتفاء . ولقد نظمت المدونة الأحكام المتعلقة بالنسب في المواد من 150 إلى 162 .

قاعدتان حاكمتان:

يقر المشرع المغربي في مدونة الأسرة قاعدتين هامتين أفصحت عنهما المادتان 150 و 151، وهما :

أـ. السمة الشرعية لأحكام النسب
بـ - يتساهم في إثبات النسب بخلاف نفيه الذي لا يكون إلا بما يقرب من اليقين.
و أهمية هاذين التقريرين بالغة في كثير من المسائل اللاحقة ، وهو ما نرى أن كثيرا من المتعجلين في الحكم على المدونة يذهلون عنه. و توضيح ذلك أن القاعدتين مترابطتان ؛ فالثانية مؤسسة على الأولى . بمعنى أن المشرع قصد أن يجعل مباحث النسب محكومة بمقاصد الشريعة الإسلامية و حدودها، فإذا الفرع عند التنازع .

إذا كان النسب لحمة شرعية لا قانونية، فإن أحكام الشريعة تنص على أن النسب يكفي في إثباته مجرد الظن بخلاف نفيه وهو ما يعبر عنه بتشوف الشرع إلى إثبات النسب، و هو ما يترتب

¹¹ لسان العرب: 15 / 177

القاموسون المحيط ، ص: 211

¹² مغني المحتاج للشريبي مجل 6 ، ج 2 : 259

¹³ سورة الفرقان ، آية 54

عليه أن التحقق من النسب بالاستعانة بمستجدات وتطورات العصر ليس منكراً لكنه ليس لازماً على الدوام ، أي أن التتحقق ليس مطلوباً بقدر ما يطلب امتثال الشريعة في مقاصدها، وهو الامتثال الذي يتحقق بامتثال ما فررته من وسائل لذلك ، فتكون بذلك الوسائل المستحدثة تابعة لهذه الأحكام لا متبوعة .

ولما كان الحاكمُ في مسائل النسب هو سمتها الشرعية ، وكان المهم في النسب هو إثباته الذي هو كنهه، فإن مباحثه وفق الفاعدتين الحاكمتين تنقسمان إلى قسمين:

* الأسباب الشرعية التي يلحق بها النسب.

* وسائل إثبات النسب.

وأهمية التمييز عدم الخلط لأن بعض وسائل النسب تكون مستقلة لا تحتاج إلى إثبات فيقع ذكرها في القسمين معاً، خصوصاً الفراش والإقرار، ولهذا يلزم أن نميز بين أسباب لحقوق النسب وبين ما يثبت به. فلينتبه إلى هذا¹⁴.

1 - أسباب لحقوق النسب

ذكرت المادة 152 من مدونة الأسرة أسباب لحقوق النسب ثم فصلتها بقية المواد (من 153 إلى 157)، هذه الأسباب - بحسب المادة 152 - هي: الفراش و الشبهة و الإقرار.

- سبب الفراش:

الفراش لغة ما يبسط عادة للنوم أو الجلوس، وقد يستعمل كنایة عن الزوجة ، ويقصد به اصطلاحاً الزوجية القائمة بين رجل و امرأة ، والسبب في ثبوت النسب بالفراش دون حاجة إلى إقرار أو بينة أو أي وسيلة أخرى من وسائل الإثبات هو استقلاله بنفسه سبباً ووسيلةً لإثبات ، ذلك أن الزوجية الصحيحة في الشريعة الإسلامية ميثاق غليظ يحل بها الاتصال والاستمتعان بين الزوجين ويختص بسببها أحدهما بالآخر، فمتي جاءت الزوج بولد في قيام تلك الزوجية نسب إلى تلك الزوجية القائمة ببيقين دون بحث أو تقصٌّ؛ لأن الأصل في العلاقة بين الرجل والمرأة هي الحرمة حتى يوجد الحل شرعاً بعقد الزواج ، فإذا وجد ذلك العقد وقع موافقاً لإرادة الشرع كانت الزوج

¹⁴ انظر مقتضيات المادة 152 مقارنة بالمادة 158

فراشا لزوجها و الولد لصاحب العقد الصحيح، بقرينة حمل الزوجين على الصلاح إلى أن يثبت العكس.

و السند الشرعي لهذه القاعدة الكبرى في أحكام النسب من كتاب الله تعالى هو قوله عز وجل (هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لِهُنَّ) ¹⁵ ، غير أن الدليل اللصيق بالقاعدة هو من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم الثابتة لما أخرجه البخاري و مسلم في صحيحهما عن ابن شهاب الزهري عن عروبة بن الزبير أن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت : "اخْتَصَمْ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَاصَ ، وَعَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ فِي غُلَامٍ ، فَقَالَ سَعْدًا : هَذَا يَا رَسُولَ اللَّهِ ابْنُ أَخِي عُثْبَةَ بْنُ أَبِي وَقَاصَ ، عَاهَدَ إِلَيَّ اللَّهُ ابْنَهُ أَنْظَرَ إِلَيْ شَبَهِهِ ، وَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ : هَذَا أَخِي يَا رَسُولَ اللَّهِ ، وُلِدَ عَلَى فِرَاشِ أَبِي مِنْ وَلَدِتِهِ ، فَنَظَرَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى شَبَهِهِ ، فَرَأَى شَبَهًا بِيَبْنَ بَعْثَةَ ، فَقَالَ : هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، الْوَلْدُ لِلْفِرَاشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرِ ، وَاحْتِجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةَ بِنْتَ زَمْعَةَ ، قُلْ تَرَهُ سَوْدَةُ ، قَطُّ" ¹⁶ . ففي هذه القاعدة العظيمة التي جاء بها الحديث النبوي الشريف صون لنسب الولد وحماية لشرف أمه وعرضها من العبث به ، فما تلده المرأة من ولد على فراش الزوجية ينسب إلى أبيه دون حاجة إلى اعتراف به ، لأن ولادته على فراش الزوجية قرينة كافية لكونه من الزوج وأنه خلق من مائه. ثم لا ننسى مقتضى القاعدة الثانية وهي أن الظن كاف في إثبات النسب . وعلى هذا الأساس حصل الإجماع من فقهاء المسلمين أن الفراش سبب مستقل للحوق النسب كما هو قرينة قوية لإثباته . و هو ما ترجمته مدونة الأسرة بأن قننت القاعدة في المواد 152-153-154.

لكن لكي يكون الفراش سبباً للحوق النسب لابد من توافر شروط لم تقن منها المدونة إلا ما تعلق بأمد الحمل بين أدناه وأقصاه، غير أنها مع ذلك أوجبت اعتبار تلك الشروط مجتمعة بمقتضى عبارة المادة 153 "يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب".

وهذه الشروط باستقرارها في كتب الفقه ترجع إلى ثلاثة: انعقاد الزوجية بعقد صحيح ، وتحقق مدة الحمل المفروضة شرعاً، و إمكان ولادة الزوجة من زوجها

¹⁵ البقرة، آية 187

¹⁶ البخاري في كتاب البيوع، مسلم في كتاب الرضاع، أبو داود في كتاب الطلاق، النساء في كتاب الطلاق، الموطأ في الأقضية

- انعقد الزوجية بعقد صحيح: وهو الذي استجمع الأركان التي بدونها يبطل وسائر الشروط التي بخلافها يفسد بحسب الأحوال. فمتي كان العقد صحيحاً رتب في الحال كافة آثاره الشرعية و التي من أهمها - طبعاً- ثبوت النسب. فهو إذن السبب الشرعي لثبوت نسب الولد أثناء قيام الزوجية أو بعد الفرقة بين الزوجين من طلاق أو وفاة.

لكن إذا كان شرط الزوجية الصحيحة هو الأصل في الاعتداد بقاعدة الفراش، فهل لنا أن نستبعدها في عقدي الزواج الباطل وال fasd ، خصوصاً إذا اعتبرنا مقاصد الزوجين في العقد؟ إن ما يجعل هذا الاستفسار مهمّاً هو أن بطلان عقد الزواج أو فساده غالباً ما يكون طارئاً على أصل القصد إلى التعاقد باجتماع حسن النية و الجهل بتحقق بعض الموانع أو انتفاء بعض الشروط. ولهذا ففي هذه المسألة اختلفت أحكام الزواج عن أحكام النسب وفق ما يلي:

- الاعتداد بالفراش في الزواج الباطل.
- الاعتداد بالفراش في الزواج الفاسد.

لحوق النسب بوسيلة الفراش في الزواج الباطل:

يكون الزواج باطلاً طبقاً للمادة 57 من مدونة الأسرة في ثلاثة حالات:

- إذا اختلت الأركان المنصوصة في المادة 10
- إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول (الركنين)
- إذا وجد بين الزوجين مانع تحرير مؤبد أو مؤقت (من م 35 إلى م 39)

و لحوق النسب في هذا الزواج نظمته المادة 58 لما نصت على ترتيبه فيه بعد البناء "... كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب". مما يعني أن الزوج في زواج باطل يلحق به الحمل مطلقاً شريطة أن يكون حسن النية أي لا يعلم سبب التحرير. وبحكم أن الأصل افتراض حسن النية وأن الشريعة و القانون لا يتيحان الطعن في النسب إلا من الزوج، فإن ادعاءه في دعوى نفي النسب أنه كان سيئ النية يثير استفهاماً عن جدواه ذلك الدعوى، إذ هناك من يدعوا إلى معاقبته بنقض قضده لاستهانه بأحكام الشرع ، بمعنى أن ما اشترط من حسن النية مسألة صعب التحقق منها.

لحوق النسب بوسيلة الفراش في الزواج الفاسد :

يكون الزواج فاسدا من جهتين : لفاسد صداقه (م 60) أو لفاسد عقده (م 61) لا يمثل الزواج الفاسد لصداقه أي عقبة أمام إثبات النسب مادام يفسخ العقد قبل الدخول ويصح بعده بصدق المثل. أما في حالة الزواج الفاسد لعقده فإن الأمر يحتاج توقفاً مادام العقد يفسخ في هذا الزواج قبل البناء وبعده .

إن المشرع المغربي لم يخص الفاسد لعقده بأحكام خاصة لكن نصت المادة 64 من المدونة بصيغة العموم الشاملة أن "الزواج الذي يفسخ تطبيقاً للمادتين 60 و 61 ، لا ينبع أي أثر قبل البناء وترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه". وهو ما يفهم منه أن النسب يلحق بوسيلة بالفراش في الزواج الفاسد عموماً، وأننا في الزواج الفاسد لعقده لا نحتاج إلى البحث في نية العاقد كما فعلنا في الزواج الباطل لعموم المادة 64 . وعلى كل حال، فهذه الخلاصة المستنيرة من المدونة موافقة لما هو مقرر أصلاً في المذهب المالكي.

- أمد الحمل:

يقصد به الأمد المعتبر شرعاً بين أقصر وأطول مدة يمكن الجنين أن يبقاها في بطن أمه، وهي مدة مهمة في لحوق النسب لأن الزوجية الصحيحة وحدتها لا تكفي، فكان لزاماً أن تراعي الشريعة السمححة حقوق من قد ينزع في النسب من الزوجين نفياً وإثباتاً، لكن كل ذلك في ظل القاعدتين: النسب لحمة شرعية، وكفاية الظن في إثبات النسب .

لهذه الأمد تُسأل فيه الشريعة ابتداء، ثم من سمحت لنا بسؤاله. و على هذا الأساس نشير بعجالـة إلى المسألتين المرتبطتين بالأمد: أقل مدة الحمل، و أقصاه .

- أقل مدة الحمل: اتفق فقهاء المسلمين جميعاً على أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، استناداً من الآيتين الكريمتين قوله تعالى (وَوَصَّيْنَا إِلَيْنَا بِوَالدِّيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلَهُ وَفِصَالَهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا)¹⁷ وقوله عز وجل (وَالوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أُولَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ)¹⁸ أو قوله تعالى (وَوَصَّيْنَا إِلَيْنَا بِوَالدِّيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهُنَّ عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالَهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ اشْكُرْ لِي

¹⁷ سورة الأحقاف، الآية 15

¹⁸ سورة البقرة ، الآية 233

ولوَالدِّيْكَ إِلَىَ الْمَصِيرُ¹⁹). فمن هاتين الآيتين الكريمتين يثبت أن مدة الحمل و الرضاع ثلاثة شهراً فإذا أسقطنا منها مدة الرضاع عامين أي أربعة و عشرين شهراً بقي من المدة ستة أشهر، وهي أقل مدة الحمل. وهي أيضاً المدة التي جاءت الأبحاث الطبية الحديثة تؤيدها و تؤكد أن المولود الذي تضعه أمه لستة أشهر قابل للحياة شأنه شأن أي مولود آخر يولد بعد ذلك الأمد.

ولقد أخذت المدونة بالقاعدة في المادة 154 " يثبت نسب الولد بفراش الزوجية : 1 إذا ولد

ستة أشهر من تاريخ العقد "

- أقصى مدة للحمل: هذه اختلف فيها الفقهاء ؛ رأى الحنفية و الحنابلة أن أقصى مدة للحمل سنتان، و سندهم في ذلك حديث روي عن عائشة رضي الله عنها "ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل"²⁰ ، بينما ذهب الشافعية و أغلب المالكية وبعض الحنابلة إلى أنها أربع سنين لما روي عن مالك بن أنس أنه كان يقول: "هذه جارتنا امرأة محمد ابن عجلان امرأة صدق و زوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثننتي عشر سنة ، كل بطن في أربع سنين". بينما ذهب محمد بن الحكم من المالكية إلى أن أقصى مدة الحمل سنة قمرية ، وقال الظاهرية أقصى مدة الحمل تسعة أشهر ، ولا يزيد على ذلك .

لكن كلها أقوال متباعدة و متباudeة لم يرد فيها نص، لا في القرآن الكريم و لا في السنة النبوية، لذلك قال ابن رشد الحفيid : هذه المسألة الرجوع فيها إلى العادة والتجربة ، وقول بن الحكم والظاهرية هو الأقرب إلى المعتاد .

ويبدو أن بنصيحة ابن رشد أخذت المدونتان معاً سواء مدونة الأحوال الشخصية الملغاة أو مدونة الأسرة، فمالتا إلى رأي ابن الحكم لتقرر في المادة 154 أن أقصى مدة الحمل هي سنة، دون أن توضح هل يعتبر في ذلك التقويم الهجري أم الميلادي؟

علماً أن احترام رأي ابن الحكم يلزم منه التقيد بالعام الهجري وهو ما نرى العمل القضائي يحيد عنه .

¹⁹ سورة لقمان، الآية: 14

²⁰ سنن الدارقطني: 3/ 322

متى تعتمد أقل مدة الحمل وأقصاها؟

تعتمد أقل مدة الحمل ابتداء من تاريخ إبرام عقد الزواج بينما تحسب أقصى مدة الحمل من تاريخ انحلال ميثاق الزوجية، أي من تاريخ النسخ أو حصول الطلاق أو وفاة الزوج أو الحكم بوفاته. فذلك ما يستنتج من المادة 154 التي استعملت عبارة من تاريخ العقد لأقل مدة الحمل وعبارة تاريخ الفراق لأقصى مدة الحمل، وعلى ذلك فإن من لم يحدد التاريخين بدقة (العقد أو الانحلال) لا يستفيد قانوناً من هذه المقتضيات الشرعية المرتبطة بالزواج الصحيح، بخلاف ما إذا تعلق الأمر بحمل في عقد باطل أو وطء بشبهة²¹ فإن العبرة تكون بتاريخ البناء لا بتاريخ العقد، لأن العقد في الزواج الباطل أو الفاسد لعده في حكم المعدوم، مما صح لذلك الاعتراض به.

وتلزم الإشارة أن استفادة الزوجة المطلقة من أقصى المدة لإثبات النسب لا يؤثر فيه أن تنفي الحمل بمحضر القاضي أو في وثيقة العدلين، لأنها قد تكون حاملاً ولا تعلم، فلا يستعمل ذلك ضدها. فتبقى الزوجية و الفراش بشرطه كافيين للحوق النسب.

لكن بقي التأكيد من مسألة، بها تكتمل شروط وسيلة الفراش، وهي: شرط إمكان حمل الزوجة من زوجها.

شرط إمكان حمل الزوجة من زوجها:

ليس تطبيق قاعدة الفراش تطبيقاً خارجاً عما يقتضيه العقل السليم فرغم تنصيص الشريعة على السمة الشرعية لمسائل النسب إلا أن هذا الشرط يدل على أن ذلك لا يكون بعنت وآلية. ومقتضى هذا الشرط أن قاعدة الفراش يلزمها لتكون وسيلة كافية للحوق النسب دون حاجة إلى وسائل إضافية أن تقع داخل أمد الحمل - كما رأينا - ثم أن يتحقق حصول الحمل باتصال المرأة ببعطها، وعلى هذا فإن المعتبر في هذه الوسيلة إمكان الإنجاب وإن كان الحديث في كتب الفقه عن إمكان الاتصال، وهو تعبير بنى عليه الخلاف بين الحنفية والجمهور في المراد به. ثم إنها العبارة المختارة في المادة 154 بقولها " ..وأمكن اتصال".

و لا يثبت النسب عند المالكية و الشافعية ولم يكن قد حصل بين الزوجين تلاق ظاهر ؛ كما لو عقد رجل بالمشرق على امرأة بالمغرب. و خالفهم في ذلك مذهب الحنفية الذي يرى أن العقد

²¹ التي يأتي بيانها لاحقا

الصحيح فراش و لا حاجة لإمكان الاتصال، و وجوده يكفي لأن الاتصال لا يُطلع عليه بخلاف العقد . و الواقع أن إثبات النسب من تاريخ العقد عند الحنفية و إن لم يتحقق الدخول أو الوطء، إنما يقصد به حماية الولد من الضياع و ستر العرض و منع مشكلة اللقطاء، فالولد يلحق بمن له زوجية صحيحة ، فعندهم - مثلاً- لو أن رجلاً تزوج بامرأة و لم يلتقي بها مدة سنة، فولدت بعد ستة أشهر من تاريخ الزواج ثبت النسب لاحتمال تلاقيها، لأن الإمكان المطلوب عندهم هو الإمكان العقلي فقط . وعلى كل حال فالخلاف الآني يؤول إلى وفاق، وهو أن الحنفية والجمهور يعبرون بالاتصال و يقصدون إمكان الإنجاب وهو ما لا ينبغي أن نعدّيه إلى المدونة التي قصدت السكوت عن إمكان الإنجاب توسيعاً لثبوت النسب إلا أن يتمسّك بذلك مدعى النفي .

- سبب الشبهة: الشبهة ما لم يعلم على وجه القطع أحلال هو ألم حرام . و المقصود به في مجالنا النسبة اللاحقة من الاتصال غير المشروع في أصله، أي الذي يقع بسبب غلط يقع فيه الشخص، بحيث يكون اتصالاً غير مبني على زوجية صحيحة أو فاسدة لكن لا يعتبر زنا مع ذلك . بمعنى أن جهل المتصل بحقيقة الحرمة في هذا الاتصال لا تقتضي إقامة الحد، اعتماداً على قاعدة درء الحدود بالشبهات .

ومن الأمثلة لهذا الاتصال حالة من يتصل بامرأة في الظلام معتقداً أنها زوجته ثم تبين له عكس ذلك، أو من يعقد زواجه على امرأة ثم يتبيّن له بعد دخوله بها أنها تحرم عليه حرمة مؤبدة أو مؤقتة، ومنه أيضاً تلك الحالة المترددة كثيراً في البوادي والأرياف المغربية من التدليس على الزوج الذي لم يكن قد رأى المرأة التي عقد عليها فترف إليه أخرى حرصاً من الأولياء على زواج الكبيرة قبل الصغيرة... .

وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الاتصال الجنسي المبني على الشبهة يمحو وصف الزنا والدليل على ذلك إثباتهم النسب في حال نكاح الشبهة، لقول النبي صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر" ، وهو ما يستدعي عدم جواز الحكم على إنسان تولد من ماء إنسان أنه ابن زنا متى أمكن حمله على أنه ابن شبهة .

ولهذا فقد اعتبرت مدونة الأسرة في المادة 152 أن الشبهة سببٌ من أسباب لحقوق النسب. ويستتبع ذلك أن النسب إذا ثبت في الاتصال من شبهة ترتب عليه جميع نتائجه الشرعية والقانونية، فيمنع الزواج بالقرابة و تلزم به النفقة و يُستحق به الإرث.

وإذا كان الاتصال بشبهة وسيلة استثنائية قلما تقع، إلا أن المدونة اشترطت لا اعتبارها ما اشترط في الفراش من وقوع ذلك الاتصال داخل أمد الحمل الشرعي (بين ستة أشهر و سنة) لكن ليس من تاريخ العقد كما في الزوجية الصحيحة بل من تاريخ الاتصال، و هو ما يفهم من الفقرة الأولى من المادة 155 " إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل و ولدت المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها ثبت نسب الولد من المتصل .."

وبهذا يتضح أن هذه الوسيلة تحتاج إلى إثبات لأن الشبهة واقعة مادية، فهي بذلك من مسائل الواقع التي تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة وقناعتها، وبالتالي فإن إثباتها – كما سنرى في محله- عنصر مهم في تتحققها بخلاف وسيلة الفراش في الزوجية الصحيحة التي تعتبر وسيلة وإثباتا في آن واحد بسبب عقد الزواج.

- وجه الشبهة في مقتضيات المادة 156 :

يتشكل كثير من الخاصة - عدا العامة- صلة مقتضيات المادة 156 بوسيلة الاتصال بشبهة، خصوصا وأن المدونة قد جعلت المادة مفسّرة تابعة للمادة 155 المخصصة لحقوق النسب بالشبهة ، ثم إن المادة 156 نفسها عبرت بعبارة " .ينسب للخاطب للشبهة "، لذلك لزم البدء بأصل المسألة

- أصل المسألة:

قبل الفحص العاجل لمقتضيات المادة نود التنبيه أولاً إلى أن ما جاءت به المادة 156 ليس نقاشاً جديداً، بل هو قديم يعود إلى بداية ثمانينيات القرن الميلادي الماضي²²؛ إذ سبق أن أفتى محمد الجواد الصقلي الحسيني- رحمه الله - رئيس المجلس العلمي بفاس سابقاً- بفتوى مفادها أنه إذا تم الإيجاب والقبول بين الخاطبين وثبتت الخلوة بينهما، وفsha ذلك بين الأقارب والجيران ولم ينكر الخاطب النسب فإنه يلحق به، وعللت الفتوى بأن رضائة العقد قد تمت وإنما بقي شقها الشكلي الذي هو التوثيق الكتابي، وهو ما أغنت عنه الشهادة المطلوبة شرعاً، ثم إن الفتوى إنما اعتبرت ما

²² دون أن ننسى بعض الإشارات في مدونة ابن القاسم المالكية، لكن أثرنا لعدم وضوحها أن لا نقولها ماتقله صراحة .

يعرفه المجتمع من تأخير التوثيق أحياناً إلى حين إعداد بيت الزوجية . " فتأخير الإشهاد بعد الزواج لا يمنع من إلحاقي الحمل بالزوج حسب العقد الرضائي القائم بينه وبين أم الولد"²³ . وقد تبني مشروع مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1981 هذه النظرية لكن المشرع تردد في الأخذ بها، لذلك لم تظهر في تعديلات 1993.

وقد كان لهذه الفتوى عموماً أنصار ومعارضون من الفقهاء والقانونيين، إلى أن أخذت بها مدونة الأسرة أخيراً بالشروط التي وردت في الفتوى.

- فترة الخطبة في مدونة الأسرة:

إن ما يساعد في الفهم المتأني لمراد المادة 156 هو تحديد فترة الخطوبة على وجه الدقة في اصطلاح المدونة ، وهو ما تجيبنا عنه المادة 6 التي تنص أنه " يعتبر الطرفان في فترة خطوبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج ". وهو ما يعني أن ما قبل الإشهاد على الزواج يعتبر فترة خطوبة في اصطلاح المدونة ولو حصل طرف العقد على الإذن بالزواج من القاضي المكلف به، وتحقق منها الإيجاب والقبول وعلم لدى الناس واشتهر . وهذا ما يفسر استعمال المدونة لعبارة الخطيبين في الفقرة الأخيرة من المادة 65 لما نصت " ..رابعاً : يضمن العدalan في عقد الزواج تصريح الخطيبين هل سبق لهما ...".

- شروط م 156 للحق النسب في الخطبة للشبهة :

بعد توضيح معنى الخطبة في اصطلاح المدونة آن لنا أن نستكمل الصورة في المادة 156 بما ورد فيها من شروط مقيّدة للحق النسب بالحمل للشبهة، و هي إجمالاً:

- أن يكون الحمل واقعاً في فترة الخطبة تحديداً، لا قبلها ولا بعد انتهائهما بالعدول من أحدهما - تحقق الإيجاب والقبول بين الخطيبين بخصوص إبرام العقد ، وهو ما يزكي عنصر الشبهة مادامت المدونة قد قصرت أركان عقد الزواج في حصول الإيجاب و القبول وتطابقهما (م 10- م 11).

- أن تمنع ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج ، و هو مدخل الشبهة المانعة من نفي النسب في هذه الحالة.

²³ دعم الاستاذ الغازى الحسيني هذه الفتوى في مقال له متشرور بمجلة القضاء والقانون عدد 130 ، ص: 45 ، انظر ايضاً تفصيل القضية في بحث ذ اغنية " موقف المجلس الأعلى من ثانية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية" ، ص: 537 وما بعدها

- تحقق اشتهر الخطة بين أسرتي الخطيبين و أن يوافق عليها ولـي المخطوبة القاصر.
- إقرار الخطيبين معاً أن الحمل منهما، فإذا أنكر الخاطب أمكن للمخطوبة أن تثبت آنذاك خلاف ما يدعى به بكل الوسائل المقررة شرعاً بما فيها الخبرة الطبية.
فهذه هي الشروط التي تعain المحكمة توافرها، حتى إذا أيدت من تتحققـا أصدرت حكمها بإثبات النسب للشبهة مراعية في ذلك وقوع ذلك الحمل داخل أمد الحمل الشرعي استثناء من الزوجية الصحيحة .

- حقيقة الإشكال في المادة 156 :

إذا عرفنا أصل المسألة و وقفنا على حدود فترة الخطبة في اصطلاح المدونة و تأملنا الشروط التي سيجـت بها تطبيق هذا الاستثناء، فإنـا لا محالة سنخلص إلى أنـ الأمر لا يخرج عن عقد زواج قد استكمل كلـ أركانـه، ولمـ يتـختلفـ فيه إلاـ شـرـطـ التـوثـيقـ الذيـ هوـ شـرـطـ شـكـليـ التـزـمـتهـ المـدوـنةـ تـفعـيلاـ لـمـقتـضـياتـ المـادـةـ 16ـ الـتـيـ جـعـلـتـ وـثـيقـةـ الزـوـاجـ الـوـثـيقـةـ المـقـبـولـةـ لـإـثـبـاتـ العـقـدـ عـلـىـ أـمـلـ أـنـ تـكـونـ الـوـحـيـدةـ اـسـتـقـبـالـاـ.

لكنـ ذلكـ لاـ يـمـنـعـ منـ أنـ نـوـافـقـ مـنـ يـعـتـرـضـ عـلـىـ مـقـتـضـياتـ المـادـةـ 156ـ،ـ لـيـسـ مـنـ جـهـةـ ماـ اـعـتـمـدـتـ عـلـيـهـ مـنـ رـأـيـ وـلـاـ مـاـ تـضـمـنـتـ مـنـ شـرـوطـ،ـ وـإـنـماـ مـنـ جـهـةـ مـاـ آـلـ إـلـيـهـ عـلـمـ الـقـضـائـيـ مـنـ تـسـاهـلـ كـبـيرـ فـيـ تـقـدـيرـ هـذـاـ اـسـتـثـنـاءـ؛ـ ذـلـكـ أـنـ سـوـءـ التـنـزـيلـ مـرـتـبـتـ بـسـوءـ تـقـدـيرـ شـرـطـ"ـ الـظـرـوفـ الـقـاهـرـةـ"ـ الـذـيـ هـوـ الـأـسـاسـ فـيـ تـتـحـقـقـ صـفـةـ الـشـهـبـةـ الـمـوـجـبـةـ لـلـحـقـ النـسـبـ وـالـمـانـعـةـ مـنـ إـقـامـةـ الـحـدـ؛ـ فـمـادـامـ شـرـطاـ مـوـضـوعـيـاـ يـخـضـعـ لـلـسـلـطـةـ الـتـقـدـيرـيـةـ لـقـاضـيـ الـمـوـضـوعـ (ـالـابـتـدـائـيـ وـالـاستـئـنـافـيـ)ـ وـلـاـ رـقـابـةـ لـمـحـكـمـةـ النـقـضـ عـلـيـهـ،ـ فـإـنـ ذـلـكـ قـدـ شـجـعـ كـثـيرـاـ مـنـ الـقـضـاءـ عـلـىـ التـسـاهـلـ فـيـ اـعـتـبارـهـ اـعـتـقادـاـ أـنـ تـشـوفـ الـشـرـعـ إـلـىـ إـثـبـاتـ النـسـبـ يـسـمـحـ بـهـلـهـلـةـ الـشـرـوطـ الـوـاجـبـةـ لـذـلـكـ.

وـجـمـلةـ القـولـ أـنـ المـادـةـ 156ـ فـيـ ذـاـتهاـ اـجـهـاـدـ مـقـبـولـ فـيـ إـطـارـ تـدـافـعـ الشـكـلـيـ وـ الرـضـائـيـ الـتـيـ وـقـعـتـ فـيـهاـ المـدوـنةـ،ـ وـيـجـانـبـ الصـوابـ مـنـ يـتـعـجلـ وـيـحـكـمـ عـلـىـ المـادـةـ نـفـسـهاـ بـمـخـالـفـتـهاـ صـرـيـحـ الـشـرـيعـةـ،ـ وـلـكـنـ لـاـ نـسـتـطـيعـ إـلـاـ أـنـ نـوـافـقـهـ إـنـ تـعـلـقـ الـأـمـرـ بـمـاـ عـلـيـهـ الـعـلـمـ الـقـضـائـيـ.

سبب الإقرار: الإقرار لغة هو الإذعان للحق والاعتراف به ، و في الاصطلاح "إختار الإنسان بحق عليه للغير" . و الإقرار بالنسبة هو أن يخبر شخص بوجود قرابة بينه وبين شخص آخر ، وهذا الإخبار إما أن يكون:

- بين الأصول²⁴ و الفروع بالقرابة المباشرة فيسمى "الإقرار على نفس المقر" ، وهو الذي نظمته المدونة في المواد 160-161-162 .

- بين قرابة الحواشي الذين يجمعهم أصل مشترك ويسمى "الإقرار المحمول على غير المقر" كما لو قال الرجل إن فلاناً أخي أو ابن أخي .. وهذا الإقرار لا يصلح بمفرده لإثبات النسب، لذلك نصت المادة 161 على أن النسب لا يثبت به عندها. لذلك فإن الإقرار الذي يعنينا هو الإقرار على النفس فقط.

شروط الإقرار :

الإقرار تصرف منفرد لذلك تسري عليه أحكام الالتزام بالإرادة المنفردة. ولهذا فإن ترتيب آثار الإقرار يوجب توافر جملة شروط ضمنتها المدونة المادتين 161-160

1- أن يكون المقر أباً عاقلاً:

- شرط الذكر: هذا الشرط لم يرد واضحاً في المدونة رغم ورود الشرط بعبارة : الأب" و تنصيص المادة 161 على ذلك بقولها " لا يثبت النسب بغير إقرار الأب" مع أن شرط الذكرة هو المشهور في المذهب المالكي ويوافقهم الشافعية في ذلك بحجج أن المرأة تكتفي بإثبات واقعة الولادة، ثم إن حصر الإقرار بالنسبة في شخص الأب الوالد دون الأم مبنيٌ على أن الحمل ينسب إلى هذه الأخيرة في جميع الأحوال، سواء أنت به من طريق شرعي أو غير شرعي، بخلاف الأب الذي لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة إليه أي اثر من آثار البنوة الشرعية²⁵ .

فهذا عموماً ما كانت تأخذ به مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، غير أن مدونة الأسرة خرجمت عن ذلك للأم بإثبات النسب بالإقرار إذا ما تعذر عليها إثبات واقعة الولادة، وهو ما يفهم من المادة 147 التي تحيل على مقتضيات المادة 160 بقولها" - إقرار الأم طبقاً لنفس الشروط المنصوص عليها في المادة 160" بمعنى أن بإمكانها أن تقر بنسب الولد إليها ولو في مرض

²⁴ من الأب أساساً او من الأم على خلاف بين الفقهاء وليس داخلاً فيه الإقرار الذي يكون بين الأجداد و الحفدة
²⁵ المادة 148

الموت، شريطة أن تكون عاقلة وأن لا يكون الولد معلوم النسب و إلا يكذب إقرارها عقل ولا عادة ، ثم أن يوافق من استحققه بعد رشه. مع فارق مهم بين الإقرارين وهو أن إقرار الأب يلزم أن يكون مجرداً من التصريح بأنه من زنا بخلاف الأم التي يمكنها أن تقر بذلك دون أن يمنع من لحقونا بالنسب ، لأن البنوة تثبت لها من طريق شرعي أو غير شرعي .

- شرط العقل: هذا الشرط جاء واضحاً بحيث يقصد به أن يكون المقر كامل الأهلية، وهو من بلغ سن الرشد (18 سنة شمسية) مباشراً لحقوقه ومحتملاً للتزاماته ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها²⁶. بحيث يكون مدركاً لتصريحاته، فلا يكون صبياً ولا مجنوناً ولا معتوها ولا مكرها.

ويستثنى من ذلك حالتان : حالة الإقرار في مرض الموت وحالة إقرار السفيه . بالنسبة للإقرار في مرض الموت فقد أجازته المادة 160 تغليباً لقاعدة تشوف الشرع إلى لحقونا بالنسب واستبعاداً لسوء القصد الذي هو الذريعة التي لأجلها تستبعد تصرفات المريض مرض الموت، ذلك أن الغالب أن يكون سبب الإقرار في هذه الحالة أوبة المقر إلى خالقه إقبالاً عليه سبحانه وتحللاً من ذنب قديم .

أما إجازة إقرار السفيه فالمسألة معلومة الأصل عند الفقهاء على اعتبار أن السفه عيب يصيب التصرف المالي للشخص و لا يؤثر في إدراكه وسلامة عقله.

2- أن يكون المقر به مجهول النسب:

وهو من لا يعرف له نسب إلى أبي آخر قبل وقوع الإقرار، على الأقل في البلد الذي ولد فيه أو وجد فيه، بحسب تدقيق الحنفية. فمتى عرف نسب الشخص من أبي معين لم يصح الإقرار. واستثنى الفقهاء ولد الملاعن لأن استحقاقه بالإقرار يعني ضمناً أن أمّه كانت زانية ، وهذه ليست بباقين مقاصد اللعان المحصورة في درء الحد و الستر على المرأة وعدم نسبة الولد الملاعن إلى الزنا وإن حصل التفريق و نسبة إلى أمّه.

3- إلا يكذب المقر عقل أو عادة:

وهو ما يعبر عنه الفقهاء بتصديق الحس، بمعنى أن يكون ما ورد في الإقرار محتمل الثبوت ، فلا يقبل العقل السليم – مثلاً- أن يقر رجل بأبوة شخص قاطن ببلد لم يزره أبداً ، أو أن يكون المستلحّ أكبر سناً من المُقر، أو أن يكون فارق السن مما لا يمكن من أن يولد مثل المستلحّ لمثل المُقر، وفي هذا الصدد فإن الحنفية قد جعلوا السن التي يمكن للشخص أن يلد فيها هي سن الثانية عشرة، ولو جاء ذو عشرين سنة يقر ببنوته ولد ذي عشر سنين لم يقبل عندهم إقراره .

وتبقى مسألة تكذيب الحس هذه مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة ولا رقابة لمحكمة النقض عليها إلا من جهة انعدام التعليل. ومن ذلك أن الاجتهد القضائي في المغرب قد دأب على عدم رد إقرار من ثبت أنه لا يستطيع الإنجاب لأن ذلك بحسب بعض القرارات لا يستبعد احتمال حمل زوجه منه²⁷ .

4- تصديق المُقر له :

هذه من المسائل التي اختلف فيها الفقهاء على ما يراه كل مذهب في تمام الالتزامات المنفردة ، فقال المالكية إن تصديق المقر له ليس شرطاً لأن ثبوت النسب بالإقرار مستغن عن تصديق الغير مادام حقاً للأب للمُقر لا لغيره؛ فهو من سيمنح نسبة لمن لا يعرف له نسب. بينما يرى جمهور الفقهاء أن الإقرار بالنسبة متوقف على تصديق الابن المستلحّ إذا كان راشداً، أما إن كان صغيراً أو مجنوناً فلا عبرة بتصديقه.

وموقف المدونة في المسألة هو الخروج مرة أخرى عن مذهب مالك باشتراط الرشد في المادة 160 ، بل وتجاوز مذهب الجمهور أيضاً لما سمحت للقاصر برفع دعوى نفي ذلك الاستلحاق الذي طاله بالإقرار إذا ما بلغ سن الرشد . ولعله من نافلة القول أن نذكر بأن هذا التوجه مظهر جلي لتأثير اتفاقية حقوق الطفل أكثر مما هو ترجيح مذهبي.

5- عدم اعتراض الأم إن عُينت في الإقرار:

هذا شرط مستحدث، لذلك لم تشر إليه المادة 160 صراحة بصفة الشرط، ومؤداته أنه متى عين الأب المُقر أم الولد صار من حقها أن تعترض مدلية بما يثبت نقىض المدعى به. وعلى هذا

فإن الأولى للأب في الإقرار أن لا يعين الأم إن أيقن من اعترافها، خصوصاً وأن المدونة لا تلزمه بذلك.

بقيت الإشارة هنا إلى أن التعين مشروط بأن لا يعين المقر الأم من جهة الزنا بها وإن سقط إقراره دونما حاجة إلى اعترافها . لذلك فتعين الأم ينبغي ألا يخرج وصفها عن كونها زوجة في زوجية صحيحة، أو في زوجية فاسدة أو باطلة، أو في وطء لشبهة.

و جملة القول في الإقرار أنه متى استوفى الشروط الآنفة الذكر لا يقبل الرجوع فيه، ذلك أنه يصير وسيلة مستقلة من وسائل لحوق النسب، ومرتبًا لجميع الآثار التي تترتب بوسيلة الفراش، رغم وجود اختلاف في قوة الإثبات وحجية كل وسيلة ، وهو ما سنشير إليه بعد بإيجاز .

وسائل إثبات النسب

لم نسر على ما اعتاده الكاتيون من فصل وسائل الإثبات عن وسائل النفي ، لأن خصوصية النسب تقتضي عدم التمييز بينهما، ذلك أن التنازع في النسب يؤدي حتما إلى إثباته لجهة ونفيه عن أخرى ، لكن ذلك لا يجعلنا نذهب عن القاعدة الكبرى و التي مفادها أن النسب يكفي في إثباته الظن ويلزم لنفيه الدليل القوي .

يعرف الإثبات في الفقه بأنه" هو تأكيد حق متنازع فيه له أثر بأي دليل يسمح به المشرع أمام القضاء" ²⁸. فالإثبات إذن هو الوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم.

و ليس الإثبات كما هو واضح- ركنا من أركان الحق ، لأن هذا الأخير قد يوجد دون أن تتوافر الوسيلة إلى إثباته؛ بمعنى أن الإثبات ليس الحق ذاته وإنما هو الواقعة القانونية التي تعتبر مصدرا له، لذلك فالغالب أن يكون الإثبات غير مباشر و أن يستفاد من وقائع مجاورة للواقعة المنشئة للحق. وعليه فإنه لا يمكن وضع معيار عام يحدد أساس الصلة التي يجب أن تقوم بين الواقعه المراد إثباتها و الواقعه المنشئة للحق المدعى به، لأن ذلك يختلف باختلاف ظروف كل قضية.

ولهذا فإن بعض الوسائل تكون إثباتا مستقلا لازما غير متعد أو محتاج إلى غيره، ولعل أهم هذه الوسائل المستقلة وسيلة الفراش .

إثبات النسب بالفراش:

ثبتت النسب بالزواج كما ذكرنا سواء كان صحيحاً أصلحة أو صحيحاً بعد الدخول، فقرينة الفراش تبقى قرينة قاطعة لا تقبل النقض بدليل آخر إلى أن تسقط الشروط المكونة التي سبق أن فصلناها. فمتي توافر عقد الزواج سواء كان موثقاً توثيقاً رسمياً أو صحيحاً شرعاً من غير كتابة، فإن نفي النسب في هذه الوسيلة لا يمكن - عند متقدمي الفقهاء على الأقل- إلا من طريقين :

- إثبات اختلال شروط الفراش . - نفي النسب باللعنان.

ثم أضافت المدونة وسيلة الخبرة الطبية بشروط تأتي إن شاء الله.

²⁸ الوسيط، السنوري، ج 2، ص 15

أ- أما ما يخص إثبات اختلال الفراش، فإن على ذي المصلحة (الذي قد يكون زوجاً أو ولداً أو مجرد وارث):

- إثبات انعدام عقد الزوجية : وهو ما لا يكفي فيه الدفع بعدم توثيق الزواج، لأن هذا الأخير شرط شكلي يمكن إثباته بكل الوسائل للفسحة المتاحة بمقتضيات الفقرة في المادة 16، ثم لما سمحت به المادة 156 بخصوص الحمل في الخطبة ، لذلك يلزم نافي الفراش أن يثبت انعدام الشرطين الموضوعيين وهما الإيجاب والقبول تحققًا وتطابقًا (لما تقتضيه المادتين 10 و 11).

- إثبات وقوع الولادة خارج الأمد المعتبر في الحمل شرعاً : وهو أن تأتي المرأة بالولد إما قبل ستة أشهر من تاريخ العقد أو بعد سنة من تاريخ الفراق. فلا يحتاج في أقل مدة الحمل بتاريخ الدخول ولا في أقصى الأمد الذي هو سنة بمجرد تاريخ انقطاع الاتصال .

- إثبات استحالة حمل الزوجة من زوجها: وهذه الحالة قد تهدم قرينة الفراش إذا ثبت لها بمقتضى البداهة والعقل السليم - وقد قلنا أن النسب لا ينفي إلا بما يقرب من اليقين – أن المرأة لا يمكنها أن تحبل من زوجها ، كما لو أيدنا أن الزوج لم يتصل بزوجته فقط، لأن يكون قد تزوجها وكالة ولم يكن قد دخل أرض الوطن لما ظهر حملها

ب- نفي النسب في الزوجية الصحيحة باللعان

اللعان من اللعن وهو في اللغة الإبعاد ويقصد به اصطلاحاً "يمين الزوج على زوجته بزني أو نفي حملها أو ولدها، ويمين الزوجة على تكذيبه".

وقد اعتبرته المدونة بصفة مجملة سبباً قوياً لنفي النسب في المادة 153 دون أن توضح أحکامه ولا أن تفصل في المدة المتاحة للزوج كي يتثير اللعان لدى القاضي، خصوصاً وأن المسالة ليست محل وفاق حتى بين فقهاء المالكية؛ فمنهم من جعله يوماً واحداً ومنهم من جعله يومين إلى ثلاثة. لكن المستفاد منهم جميعاً هو اشتراط التعجيل وأن يكون بمجرد علم الزوج بالحمل أو الولادة إن لم يكن حاضراً²⁹.

²⁹ انظر مثلاً الشرح الكبير للدردير على المختصر: 396/3 . البهجة بشرح التحفة: 230/1

و مسألة اللعان هذه يستهجنها بعض المتفقين اللذين هم في حكم العوام بمنظور الشرع فيعتبرونها تخلفا صارخا، لذلك تلزم الإشارة إلى بعض مقاصدتها قبل بيان مسoterتها.

إن حد القذف شرع لمن رمى إنسانا بالزنى ولم يقم ببينة على ذلك . والبينة أن يأتي بأربعة شهاء رأوا بأعينهم عملية الزنا وهي تحدث دون تجسس منهم على الزاني، وهذا شبه مستحيل .

ما يعني أن الشريعة لا تتعاقب إلا المجاهر، لأن الستر مقصدها الأساس . لكن الشريعة أيضا قد استثنى بصريح الآيات من سورة النور الأزواج الذين يرمون زوجاتهم ولم يكن لهم شهاء إلا أنفسهم ، إذ جعل لهم باللعان عوضا عن مشقة جمع الشهود رحمة بهم و اعتبارا لمشاعرهم دون أن يكون في تلك المراعاة مس بكرامة المرأة ولو كانت مخطئة، وهي المعانى السامية من قوله تعالى (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ نُمْ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءٍ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدًا وَلَا تَقْبِلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَأْبُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ . وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءٍ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبُعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنْ لَعَنَّ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَبْرُأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَابٌ حَكِيمٌ³⁰).

فائدة اللعان - إذن-أن يفترق الزوجان و ينسب الولد إلى أمه وقد ستر على المرأة، فلم يعرف إن كانت هي الكاذبة أم مفارقتها، ولم يعرف إن كان الولد ابنه حقيقة أم لا ، وفي هذا كما قال الفقهاء المصلحة الفضلى للولد.

أما كيف يجري اللعان، فإن المحكمة تستدعي الزوجين بحيث يلزم حضورهما طبقاً للمادة 179 من المسطورة المدنية، فتشريع بتطبيق أحكام اللعان كما وردت تباعاً في سورة النور ، ثم تصدر بذلك مقرراً يقضي بحصول اللعان وترتيب آثاره ؛ وهي لحوق نسب الولد إلى أمه و التفريق بين الزوجين فرقاً مؤبداً استناداً إلى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم " المتلاعنان إذا افترقا لا يجتمعان أبداً"³¹.

ج - نفي النسب في الزوجية الصحيحة بالخبرة الطبية :

³⁰ سورة النور، آية: 4-10

³¹ سنن الدارقطني، ورواه أبو داود في المسن بلفظ آخر

بظهور البصمة الوراثية أصبح ممكنا تحليل الدم و معرفة الولد إن كان من صلب الرجل أم لا. وقد حاول المشرع المغربي أن يستجيب لدعوات الاستناد إلى نتائج هذه الوسيلة الحديثة، دون أن يحيد عن مقاصد الشريعة في النسب.

وهي خبرة لا يعتمد في إثبات أو نفي النسب بها على فصيلة الدم بل على تحليل الجينات الوراثية حيث يتم الحصول على عينة من الدم أو مسحة من الغشاء المخاطي المبطن لتجويف الفم لفحص عدد من المواقع بحيث يكون نصفها مطابقا للأب والنصف الآخر يطابق الأم ، و هي نتيجة تظهر خلال أسبوعين على أبعد تقدير، ونسبة الدقة فيها تبلغ 99,99٪، لكن برغم تلك الدقة إلا أنها بصدق عمل بشري قابل للخطأ، كما أن هذه الخبرة ليس دليلاً كافياً بذاته لإثبات النسب إذ أن نتيجته قد يتربّ عليها إثبات النسب لغير الأب الحقيقي، إذ قد يتعداه إلى شخص آخر هو والد هذا الشخص أو أخيه لاتحاد الجينات الوراثية بينه وبينهما وبين الطفل المراد إثبات نسبه ، وبهذا يثبت انتفاء وسيلة بشرية مؤكدة النتائج .

ثم إن للنسب مقاصد خاصة ، أهمها ما سطر في القاعدتين من كفاية الظن لإثباته بخلاف النفي الذي يلزمـه استصدار حكم قضائي، كما أن الزوجية تلزم بالحفظ على كيان الأسرة، لهذا نميل إلى رأي كثير من الفقهاء من يرى أن يستجاب للزوج إذا طلب الاحتکام إلى البصمة الوراثية، لأنـه يفوت على المرأة ما يوفره اللـعـانـ من السـترـ عـلـيـهاـ وـ عـلـىـ ولـدـهـاـ، الذي هو منـاطـ المقصد الشرعي من اللـعـانـ . أما إذا طلبتـهاـ المرأةـ فيـستـجابـ لهاـ لأنـهاـ لاـ تـفـعـلـ ذـلـكـ إـلاـ إـذـاـ كـانـ مـوـقـنـةـ منـ بـرـاءـتـهاـ. ومنـ هـنـاـ يـظـهـرـ التـشـوـفـ الـملـحـ لـلـشـرـيـعـةـ فـيـ إـثـبـاتـ نـسـبـ الطـفـلـ. ولـقـدـ كـانـ المـجـلـسـ الأـعـلـىـ - بـتـسـمـيـتـهـ الـقـدـيمـةـ - قدـ أـصـدـرـ قـرـارـاـ بـغـرـفـهـ السـتـ يـؤـكـدـ هـذـاـ المـقـضـىـ لـكـنـ بـدـأـ فـيـ قـرـارـاتـهـ الأـخـيـرـةـ يـعـدـ عـنـ ذـلـكـ التـضـيـيقـ فـيـ الـاسـتـنـاءـ، لـلـضـغـطـ الـكـبـيرـ الـذـيـ يـتـعـرـضـ لـهـ رـبـماـ.

لكـنـ معـ ذـلـكـ فـقـدـ بـقـيـ بـعـضـ التـشـدـيدـ فـيـ إـعـمالـ هـذـهـ الـمـسـطـرـةـ بـحـسـبـ ماـ إـذـاـ كـانـ الـأـمـرـ مـتـعـلـقاـ بـنـفـيـ قـرـيـنـةـ الـفـرـاشـ أـمـ بـغـيـرـهـ مـنـ الـوـسـائـلـ كـالـإـقـرـارـ أـوـ شـهـادـةـ الشـهـودـ، بـحـيثـ اـشـتـرـطـتـ المـدوـنـةـ أـنـ يـدـلـيـ الزـوـجـ بـدـلـائـلـ قـوـيـةـ حـتـىـ تـسـمـعـ دـعـواـهـ لـنـفـيـ الـفـرـاشـ، لـأـنـهـ إـعـمالـ اـسـتـنـاءـ فـيـ وـسـيـلـةـ لـمـ تـمـكـنـ الـشـرـيـعـةـ مـنـ نـفـيـهـاـ فـيـ الـأـصـلـ إـلـاـ بـوـسـيـلـةـ الـلـعـانـ، بـخـلـافـ ماـ إـذـاـ تـعـلـقـ الـأـمـرـ بـشـهـادـةـ الشـهـودـ أـوـ بـالـإـقـرـارـ. مـثـلاـ - فـلـاـ حـاجـةـ إـلـىـ الشـرـوـطـ الـوـارـدـةـ فـيـ المـادـةـ 153ـ.

مسطرة إعمال الخبرة الطبية في المدونة:

الخبرة الطبية وسيلة نفي ولا حاجة إليها على الأصل في الإثبات، لذلك لزم أن تسرى عليها قاعدة أن لا ينتفي النسب إلا بحكم قضائي .

ومن هنا يتضح أن الشرط المسطري الأساس هو أن يصدر بها حكم قضائي يسمح بإجرائها. وهذا يثير سؤال لماذا لا يكون إعمال الخبرة الطبية في هذه الوسيلة باعتماد طرق البحث المقررة لدى القاضي أثناء سريان الدعوى ؟

لقد أشرنا أن المدونة اشترطت أن يصدر بها حكم ، لكن بقي الأساس الدافع إلى ذلك هو أن القاعدة القانونية تقول إن القاضي يستأنس بالخبرة لتكوين قناعته، وهذه مسألة داخلة في سلطته التقديرية، بحيث قد يأمر القاضي بخبرة طبية ثم يستبعدها في حكمه، وهذا مخالف للمطلوب في باب النسب. لهذا كان طلب إجراء الخبرة طلباً أساساً يجب أن يتقدم به الطاعن بمقابل أصلي ، شرطية أن يدللي بدلائل قوية هي التي تكون محطة السلطة التقديرية للقاضي في الاستجابة لإجراء الخبرة من عدمها.

ولهذا فقد يطلب الشخص إجراء خبرة البصمة الوراثية لنفي النسب لكن قبل أن تحكم له المحكمة بها قد تأمر بإجراء خبرة تتحقق بها مما إذا كان بمقدور الطاعن الإنجاد دون أن يغنى هذا الإجراء الأخير عن استصدار الأمر بالطلب الأصلي .

الإثباتات بوسيلة الإقرار:

الإقرار حجة قاصرة على المقر فقط لا تتعداه إلى الغير، لكنها حجة قوية في ذاتها وفي حال عدم التنازع؛ فلا يحتاج كما أسلفنا إلى الإدلة بوثيقة الزوجية ولا يلزم منه تعين الأم و لا يحق للمحكمة أو القاضي أن يستفسر صاحبها .

و من قوتها أيضاً أنه لا يقبل فيها تراجع المقر ولو أدلى بخبرة طبية. وقد اشترطت المدونة لسد باب التراجع أن يكون الإقرار بإشهاد رسمي أي أن يكون بإدلة المقر بشهادته لدى عدلين منتصبين للإشهاد أو أن يصادق على وثيقة مكتوبة لدى المصالح المختصة حتى تحوز الوثيقة صفة الرسمية، وإذا لم يصادق على الإمضاء أو يشهد لدى العدلين فلا أقل من أن تكون شهادته مكتوبة

بخط يديه ليصح الاحتجاج بها أو ردها بدعوى الزور لكل ذي مصلحة في ذلك بطلب تحقيق الخطوط.

الإثبات بشهادة الشهود و ببينة السماع:

نصت المادة 158 على أن النسب يثبت بشهادة عدلين أو أكثر و استثناء ببينة السمع اعتمادا على ما جرى به العمل في المذهب المالكي.

أ- الشهادة "هي إخبار الإنسان بحق لغيره على غيره" ، وهي واجبة شرعاً لقوله تعالى (ولَا تكتموا الشهادة وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ أَثِمٌ قُلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلَيْمٌ)³²، إلا أنه يشترط لقبولها في إثبات النسب معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد، أما عن نصابها المقرر شرعاً فهو رجلان أو رجل وامرأتان. وقد توسع الفقهاء في هذا النصاب اعتباراً للواقع التي يتذرع أن يشهدها الرجال، ومنها واقعة الولادة التي هي معقد النسب، إذ منهم من قال بالاكتفاء بشهادة النساء فيها لتذرع أن يقف الرجال على ذلك في الغالب.

ب - أما ببينة السمع وهي التي يكفي فيها التسامع استثناء لأنها "شهادة من لا يحصل بخبرهم العلم" و قد أطلقت مجازاً على الوثيقة التي تضمن بها شهادة عدد من الناس هم في الغالب اثنا عشر شخصاً و هو ما يطلق عليه أيضاً اسم البينة إلا أن لفظ البينة أعم لكل ما يبين الحق ويظهره. ووجه الاستثناء في العمل بهذه الشهادة هو أنها لا تقوم مقام شهادة العدلين، لأن شهودها عدد من الناس لا تشترط فيهم العدالة وإن كان يحصل مع بخبرهم العلم تغليباً لعدم توافقهم على الكذب عادة ، فهي مما جرى به العمل عند متاخر فقهاء القرن العاشر في المغرب ، بمعنى أن أصلها العرف لا الوحي، لذلك كانت أضعف فنصت المدونة على أن الإثبات بها استثناء، وهو ما تؤكده المادة 16 بوضوح أكبر.

و عموماً فإن شهادة الشهود أو ببينة السمع الاستثنائية تعدان من طرق إثبات النسب لكنها طريق وسط بين وسيلة الفراش ووسيلة الإقرار؛ بمعنى أن ثبوت الفراش يحجب وسيلة شهادة الشهود و ببينة السمع من باب أولى ، لأن وسيلة الفراش أقوى الوسائل ثم إن أصل ثبوتها هو تأسيسها على حضور العدول مجلس العقد بلا حاجة لشهادتهم في الفرع الذي هو النسب. أما ما

³² سورة البقرة، آية: 282

يخص وسيلة الإقرار فإن شهادة السماع أقوى منها لأنها حجة متعدية بخلاف الإقرار الذي هو حجة فاصرة على نفس المقر لا تتعداه كما رأينا ، فكلما اتعرض إليها بأي وسيلة من الغير جاز استبعادها.

وعلى هذا فإن النسب إذا ثبت بموجب شهادة الشهود فلا حاجة لبحث ما إذا كان المطلوب إثبات نسبة كان نتاج زواج صحيح، إذ يكفي ثبوت النسب بأحد الطرق المقررة شرعاً.

الحضانة

الحضانة: التعريف و السند الشرعي

أخذت الحضانة لغة من الحضن وهو الجنب فهي بذلك الضم إليه مما دون الإبط. وحضر الشيء جعله في حضنه أي ضمه إلى صدره. وتعرف في الاصطلاح بتعريفات كثيرة منها تعريف ابن عرفة "حفظ الولد في نفسه ومؤونة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسده" ، وهي للإناث دون الرجال لأنهن أشدق وأصبر وأشد ملازمنة للأطفال. لذلك فإننا نميل إلى تعريف الحضانة بعبارة مختصرة وهي "الحضانة حاجة الطفل إلى النساء".

يعتمد أغلب الفقهاء في الدلالة على السند الشرعي للحضانة بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : "أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وَعَاءً، وَتَدْبِي لَهُ سِقَاءً، وَحَجْرٌ لَهُ حِوَاءً، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلْقِنِي، وَأَرَادَ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنِّي؟! فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تُنْكِحِي" رواه أحمد وأبو داود وصححه الحاكم³³.

ومن الأثر ما روى سعيد بن المسيب رحمه الله: أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ طَلَقَ أَمَّ عَاصِمَ، ثُمَّ أَتَى عَلَيْهَا وَعَاصِمًا فِي حَجْرِهَا، فَأَرَادَ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْهَا فَتَجَادَبَا بَيْنَهُمَا حَتَّى بَكَى، فَانْطَلَقا إِلَى أَبِي بَكْرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَقَالَ لَهُ: يَا عُمَرُ! مَسْحُهَا، وَحَجْرُهَا، وَرِيحُهَا خَيْرٌ لَهُ مِنْكَ، حَتَّى يَشِبَّ الصَّبَّيُّ، فَيَخْتَارَ لِنَفْسِهِ³⁴.

على أن هناك أدلة أخرى تستفاد من القرآن الكريم ومن السنة الصحيحة سنشير إلى بعضها في الخلاف في مسألة سقوط الحضانة بزواج الأم الحاضنة.

الحضانة غير الولاية: نجد كثيرا من الكاتبين يحاول تقريب الحضانة في شبها بالولاية، لذلك وجب التنبية أن ليست للحضانة أية علاقة بالولاية على الطفل ولا على أمواله، وإنما هي رعاية من أجل تربيتها وصيانتها في المدة التي يحتاج فيها إلى النساء ، ولهذا قلنا إنها حاجة معنوية، وهو ما عبر عنه الأثر عن أبي بكر رضي الله عنه. وفي ذلك الرد الجلي الذي لا غيش فيه على من يتسرع ويقول إن الفقهاء لم يشيروا في الحضانة إلا لجانبها المالي .

أما الولاية فهي تدبير شؤون القاصر أو المحجور ومراقبة أحواله، وهي تكون أصلا للأب في حياته ولوصيه بعد مماته إن ترك ذلك الوصي أما إن لم يتركه فللمقدم أو للقاضي.

فالحضانة إذن هي المحافظة على الطفل من كل ما يضره والقيام بلوازمه إلى أن يستغني عن خدمة النساء.

ولعل عبارة ابن عاصم صاحب التحفة لا تشير إلا لما قلناه من اعتبار الفقهاء - متقدمين ومتأخرين- للجانب المعنوي:

وصرفها للنساء أليق * لأنهن في الأمور أشدق
و إذا اتضحت هذا أمكن أن ندرج على ما اختارتة المدونة تعريفا، فنقول:

³³ انظر تخریج مفصل للحیدث في نصب الراية للزیلیعی: 3 / 26 ، انظره أيضا في تخریج مشکاة المصایب لللبناني رحمة الله - الرقم: 3312 من روایة عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وحكمه عليه بالتحمیین . وهو ذات حکمه على روایة عبد الله بن عمرو بن العاص للحادیث في صحيح سنن أبي دواد: 2276 .

³⁴ ابن حجر: الدرایة في تخریج أحادیث الہدایة: 81/2

لقد احتفظ المشرع بتعريف الحضانة في المادة 163 بما ورد في المدونة الملغاة بقوله "الحضانة حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالح"، لكنه أضاف فقرة ثانية هي بمثابة شرح وتفصيل لما أجمل في التعريف، فنص في الفقرة "على الحاضن أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات الالزمة لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ونفسه والقيام بمصالحه في حالة غيبة النائب الشرعي وفي حالة الضرورة إذا خيف ضياع مصالح المحضون".

و هذه الزيادة في المبني زيادة في المعنى؛ إذ يثير الاهتمام صواعق فعل الخوف للمجهول "إذا خيف" بحيث يرتب ذلك توسيعا في المتتدخلين في مسائل الحضانة. وهي المسألة التي تلزم التنبية إلى العوامل التي حكمت المشرع في الصياغة النهائية لمدونة الأسرة .

ثلاثة عوامل حاكمة:

إن الزيادة المشار إليها في التعريف وما يبني عليها في كل مستجدات باب الحضانة حكمتها

ثلاثة عوامل مؤثرة، وهي:

- مصادقة المغرب على اتفاقية حقوق الطفل.
- توسيع دور القضاء
- الدور الجديد للنيابة العامة .

ولفهم هذه العوامل مجتمعة لابد أن نشير إلى أن المطالبة بالحضانة كانت من أكثر القضايا رواجا أمام المحاكم، كما كانت مأساتها من أعنف ما يقع بين الطليقين. ثم إن ما زاد قضاياها تعقيداً كونها - بالأساس - حقاً معنوياً لأطفال تضرروا من ممارسة الآبوبين لحق حل ميثاق الزوجية. لذلك ثارت نقاشات كبيرة في العمل القضائي عن نجاعة الحلول التي كانت تقدم في إطار المدونة الملغاة أو حتى بعد تعديلات 1993 التي جاءت حينها بحلول مهمة منها تعديل الفصل 99 فيما يخص ترتيب الحاضنين وكذا الفصل 102 المحدد لأمد الحضانة ولحق اختيار المحضون لحاضنه.

لكن بقيت تلك القضايا نقاشاً محصوراً بين المهتمين بالاجتهد القضائي إلى أن صار الهمسُ

جهراً لما انضمت المملكة المغربية رسميًا إلى اتفاقية حقوق الطفل³⁵، فكان لزاماً أن يحاول الانسجام مع مقتضياتها. و من أهم التأثير الذي للاقتفاقية هو حسمها في الأحق بالحضانة، بحيث جعلته حقاً خالصاً للمحضون لقاعدة الأساس في الاتفاقية وهي "اعتبار المصلحة الفضلى للطفل"، بينما كان الفقه مختلفاً في ذلك – كما سنرى في موضعه -. وبهذا الحسم تأثرت جملة قضايا أهمها تحديد سن الحضانة و حقوق الاختيار والتدخل.

أما بالنسبة لتوسيع دور العمل القضائي فإن هذه من تلك، إذ باعتبار الاتفاقية واحترام مقتضياتها كان لزاماً لا تبقى يد القضاة مغلولة بقيود المدونة الملغاة التي كانت تجعلهم عاجزين عن التدخل، سواء في إسناد الحضانة للأصلاح أو في التدخل لرفع الضرر عن المحضون وهو في يد المستحق قانوناً لحاضنته. لذلك فإن قاعدة "اعتبار المصلحة الفضلى للطفل" جعلت تدخل القضاء بسلطته التقديرية واسعاً ومؤثراً .

وأما ما يخص دور النيابة العامة، فإن مقتضيات المادة الثالثة من المدونة التي جعلتها طرفاً رئيساً في قضايا الأسرة ألزمتها بتحمل مسؤولياتها كاملة في تتبع رعاية المحضون في الحالات التي لا يقدر فيها القضاء على ذلك، مما يعني أن دور النيابة العامة صار استباقياً وواقياً، ولا

³⁵ اعتمتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989 ودخلت حيز التنفيذ على المستوى الدولي بتاريخ 2 شتنبر 1990. وانضم المغرب إليها رسمياً بالتوقيع سنة 1993 وإن تحفظ أذاك على ما جاءت به المادة 14 من هذه الاتفاقية المتعلقة بالحرية الدينية لطفل. وقد نشرت لاحقاً بالجريدة الرسمية عدد 4440 بتاريخ 19 دجنبر 1996.

يمكن لمستحق الحضانة أن يدفع بأن النيابة العامة غير مختصة وأن استحقاقه للحضانة يمنع تدخل الأغيار، لأن المادة الثالثة من المدونة – كما أشرنا - جعلت النيابة العامة طرفا رئيسا، مما يعني قانونا أنها ذات مصلحة ولها الحق بسب ذلك في رفع الدعوى ضد من يمس تلك المصلحة بحسب ما يقتضيه قانون المسطرة المدنية في فصلها الأول.

وباعتبار ما سبق فقد قننت مدونة الأسرة أحكام الحضانة في المواد : من 163 إلى 186 ، وهي مواد جاءت أكثر تفصيلا مما كان عليه الحال في المدونة الملغاة، على أنه تفصيل أملأه الجسم في جملة قضايا كانت متعددة بين أقوال الفقهاء وتنوع الاجتهاد القضائي، لذلك نتناول مجملها بكثير من الإيجاز .

- الحضانة حق أم واجب؟

لا خلاف أن الحضانة واجب الزوجين معا حال قيام الزوجية و استقرارها وهو المؤكد في المدونة بمقتضى المادة 164 ، لكن المسألة تأخذ طابعا آخر بانفصام ذلك الميثاق. فما موقف المدونة في ضوء العوامل الثلاث ؟

تشير أولا أن الفقه قد اختلف في المسألة، فدأب المالكية المشهور في المذهب على اعتبار الحضانة حقا خالصا للحاضن وهو الرأي المتردد عند الشافعية وأغلب الفقهاء. بينما ذهب الحنفية إلى أنها حق مشترك بين الحاضن والمحضون مع رجحان حق المحضون.

ولم تبين المدونة الملغاة طبيعة الحضانة لكن يظهر أنها قد اختارت رأي المالكية لما جوزت الخلع للزوجة بشيء يتعلق به حق الأولاد، وهو ما رتب مسؤولية أثقلت العمل القضائي فجعلته مكبلة حائرا، خصوصا إذا تم الاتفاق على إسقاط الحضانة بين الزوجين – مادامت حقا للحاضن-؛ فهل يعمل القاضي بمقتضى الاتفاق فيخالف مقتضى المدونة الملغاة التي تلزمه باتباع ترتيب المستحقين، أم يحترم القانون و يطبقه منكرا لشريعة المتعاقدين؟ ثم ما جدوى التنازل، والقانون يلزم باتباع الترتيب في الاستحقاق؟

كلها أسئلة وغيرها فرفضت مراجعة مباحث الحضانة في ضوء العوامل الثلاث، لذلك جاء الجسم واضحا في مدونة الأسرة، بحيث يفهم ذلك جليا في المادة 186 أساسا ثم في المادة 164 و في الفقرة الثانية من المادة 170. إذ بالجمع بين مقتضياتها، فإن المحكمة صارت ملزمة بمراعاة مصلحة المحضون في تطبيق مواد الحضانة، ومن ثمة يحق لها طلب من يعيه الأمر أو النيابة العامة أن تقرر اختيار من تراه صالحًا من أقارب المحضون أو غيرهم أو إحدى المؤسسات المؤهلة لذلك إذا لم يوجد بين مستحقي الحضانة من يقبلها، أو وجد ولم تتوفر فيه الشروط. كما صار من حق المحكمة أن تعيد النظر في إسناد الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة المحضون .

- أمد الحضانة :

هي أيضا من المسائل التي طالها التعديل بسبب مقتضيات اتفاقية حقوق الطفل التي جعلت المدونة ملزمة بتحديد سن الرشد وتسوية الذكور و الإناث فيه.

ولقد كانت المسألة عند الفقهاء موضع اجتهاد متعدد بحسب ما أسلوا عليه تقدير الحضانة؛ فقال المالكية إن الحضانة تبتدئ من الولادة وتستمر للغلام حتى البلوغ، بينما لا تسقط في حق الأنثى إلا بزواجهها (وبالدخول تحديدا لأن به تجب نفقة الزوجية كما سنرى)، بينما قال الحنفية أن مدة الحضانة سبع سنين للذكر و تسع للأنثى، أما الحنابلة فقللوا أنها تسع سنين دون تمييز بين الذكر والأنثى على أن لهما حق الاختيار بعد السبع. ويبقى رأي الشافعية أوسع الآراء و أقربها لما

ستعتمد مدونة الأسرة لاحقاً لما اعتبروا مدة الحضانة غير محدودة، وأن الطفل يبقى عند أمه حتى يمّيز فيختار آنذاك.

ولقد كانت المدونة آخذة بما عليه رأي المالكية، لكنها صارت ملزمة بتعديل السن التي تسقط ببلوغها أجرة الحضانة، وذلك لداعبين كبيرين:

أولهما تأثير اتفاقية حقوق الطفل التي تعتبر الطفولة مستمرة إلى بلوغ سن 18 سنة، وأن كل تقليص لهذه السن العالمية أو أي تمييز بين الذكور والإناث فيها هو مساس بحقوق الطفل.

ثانيهما ضرورة التزامها بمقتضيات المادة 209 من المدونة نفسها التي تتنص على أن سن الرشد القانوني هو 18 سنة شمسية كاملة. وهو التحديد الذي صار لازماً في جميع القوانين المغربية، وهو ما ظهر جلياً حتى في ولادة العهد في الدستور المعدل أخيراً، بمعنى أن المشرع المغربي صار ملزماً بتوحيد سن الرشد في جميع المجالات بعدما كانت المسألة موضوع اضطراب كبير قبل صدور المدونة.

لذلك جاء التعديل في المادة 166 بتوحيد مدة الحضانة بالنسبة للذكر والأنثى ورفعها إلى سن الرشد القانوني وهو ثمانية عشر سنة بعد أن كان 12 سنة للذكر و 15 سنة للأنثى في المدونة الملغاة. ثم إن توحيد هذه السن لم يخل من أثر لقاعدة "مصلحة الطفل الفضلى" وذلك حين قررت حق المحضون الذي أتم الخامس عشرة سنة - الذكر والأنثى على حد سواء - في اختيار من يحضنه من أبويه.

وإذا كان لمسألة الاختيار هذه أصل في الفقه الإسلامي - خاصة عند الشافعية والحنفية - فإن الجديد هو إمكان اختيار المحضون لحاضنه من أحد أقاربه بتوافق شروط هي:
- عدم وجود أبويه.
- لا يتعارض ذلك مع مصلحته

- موافقة نائب الشرعي أو بت القاضي في حالة عدم الموافقة وفق مصلحة القاصر.

مشمولات الحضانة: ويعبر الفقهاء عن المسألة ضمن بحثهم لأجرة الحضانة؛ ومن ثمة قال المالكية إن الحاضن لا يستحق أجرة، وذلك مؤسس عندهم على كون النفقة شاملة لمجمل النفقات دون فصل بين النفقة والحضانة، وخالفهم بقية الفقهاء لما أقرروا بأقوال متقاربة حق الحاضنة - أمّا كانت أم لا - في طلب أجرة الحضانة مستقلة عن النفقة وأنه إذا كان للصغير مال ظاهر - بحسب الشافعية والحنفية - جاز اقتطاع تلك الأجرة منه، وإلا فمن مال من تجب عليه نفقته.
ولقد كانت المدونة الملغاة تخص الحضانة بأجرة مستقلة، إلا أنها كانت تتلزم رأي المالكية في جعل سكنى المحضون من مشمولات النفقة.

لكن صار تضمن السكنى في التقدير الإجمالي مسألة مؤلمة للجميع بالنظر لحساسية موضوع السكن و للأزمة التي صارت لصيقة به في المجتمع المغربي؛ إذ كان الأب يسارع مطالباً بإفراغ الحاضنة لانقضاء عدتها، ولكونه يؤدي المقدر من سكنى المحضون ضمن المستحقات المترتبة عن الطلاق بما فيها أجرة الحضانة. بينما كانت تتعلل الحاضنة بأن سكناها تابعة لسكن المحضون وأن ذلك من واجبات الأب التي لا يجوز للقضاء أن يحررها منها.

وبحكم أن المتراضين لا ينتظرون حلول القضاء البطيء، فإن الأب كان يبادر إلى تعمد تراكم الوجبية الكرائية إذا تعلق السكن بمنزل مؤجر، لتنقابل الحاضنة بدعوى الإفراغ المتعلقة بحق المكري الذي لا يمكن أن نحشره في مشاكل الزوجين. أو يعمد إلى بيع المنزل بمن فيه، إذا ما تعلق

الأمر بمنزل مملوك له. فتبقي النتيجة واحدة، وهي: مأسى بالجملة كانت تقف المحاكم المغربية عاجزة عن منع حدوثها.
ولقد حاول آنذاك المجلس الأعلى - محكمة النقض حالياً - أن يجد حلولاً للمسألة، لدرجة أنه قد أدرج المسألة في الاجتماع الثاني لمجلس رؤساء الغرف بتاريخ 19-4-1995، لكن ذلك لم يمنع بقاء التضارب بين رأي من دعا إلى تمكين الحاضنة من بيت الزوجية وبين رأي من قال إن في ذلك ظلماً وتعدياً على حق الزوج بدون موجب.

لكل تلك الحيثيات جاء حسم المادة 168 من مدونة الأسرة بمجموعة من التدابير الدائرة على حل جديد هو تقدير سكنى الحضانة بشكل مستقل عن التقدير المجمل لأجرتي النفقة و الحضانة، وهو حل مكن منه الدور الجديد للقضاء و قاعدة مصلحة الطفل الفضلى، و لقد أرفقت المدونة هذا الحل بجملة تدابير جديدة لا أثر لها في المدونة الملغاة ، و هي:
- يجب على الأب أن يهبي لأولاده محل سكناهم ويؤدي مبلغ كرائه إذا كان مكترياً حسب تقدير المحكمة لأجرة الكراء.

- لا يفرغ المحضون من بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكنى المحضون، و لا يكون التنفيذ إلا بما يفيد توفير تلك السكنى الخاصة
- تلزم المحكمة بإرافق حكمها ببيان الإجراءات الكفيلة التي اتخذتها ضماناً لاستمرار تنفيذ الأب للحكم الخاص بتوفير سكنى المحضون من قبل المحكوم عليه.
- أسند المشرع للمحكمة في المادة 172 حق الاستعانة بمساعدة اجتماعية تقوم بزيارة السكن المخصص للمحضون وإنجاز تقرير حول ما يوفره من الحاجيات الضرورية للمحضون
- مسكن الرضيع المحضون في مدة الرضاع هو حجر أمه وليس بحاجة لسكن مخصوص لأنه لصيق بها. وأنه لا حق للحاضنة - سواء كانت أم أم لا - في تكاليف سكنى الرضيع المحضون، لذلك لا تحكم به المحاكم إن طلب . ثم إن المدونة لم تشر إلى الرضاع في الباب وإن أشارت إليه في النفقه، و الظاهر أن المدونة اعتبرت حاجات الرضيع مادية بينما الحضانة هي حاجة معنوية كما نبهنا إلى ذلك في مقاصدها، وبذلك تكون المدونة قد أجبت من يثير المسألة ويتهمها بالسکوت عنها

ترتيب مستحقى الحضانة:

نكتفي في هذه المسألة بالحديث عن مستجد الترتيب أما الاستحقاق فقد اجبنا عنه ضمناً في مسألة طبيعة الحضانة أحق هي أم واجب .
لكن قبل ذلك ذكر بمسألتين مقيدين لفهم القضية:

- إن أحکام الحضانة أغليها اجتهادي لا نص قاطع في أغلب مسائلها، ومنها مسألة ترتيب الحاضنين، فهي لذلك داخلة في باب الأولى لا في باب الأوجب بعبارة الفقهاء.
- إن اختلاف الفقهاء في الترتيب هو بحسب ما كانت عليه المجتمعات المسلمة من تلامح ومن توسيع في مفهوم الأسرة التي تحتضن المرأة بمحضونها.

بناء على ذلك، فقد كان اختيار المدونة الملغاة في مادتها 99 مستندا إلى المشهور من رأي المالكية في ترتيب الأولياء، وكانت ترتب مستحقى الحضانة حسب الشكل التالي :الأم- ثم أمها- ثم أم أمها- ثم أخت أمها الشقيقة - ثم التي لأمها- ثم للأب ..

وهو اختيار كان موائماً لطبيعة الأسر المغربية أو وسط القرن الميلادي الماضي، مما كان معهوداً من تلاحم في نسق عائلي قريب من النسق القبلي. لكن بتطور المجتمع المغربي - الذي يلزم المشرع مواكبته - صار ذلك الترتيب عقبة كبيرة في تحقيق مقاصد الحضانة والمصلحة الفضلى للطفل؛ فقد كان الأب وهو الملزم بالإنفاق يجد عنta وعbiثا برفع دعوى إسقاط حضانة الأم - السيدة السمعة مثلاً. فيقدم الأدلة والبراهين على ذاك ليجد الحكم الذي اقتنع بما جاء في دعواه ملزماً بإسناد الحضانة لأم الحاضنة المحكوم ضدها، فيكون الأمر عوداً على بدء.

وهي حالة لم تكن تغيب الأب وحده، بل إن القضاة نفسه كان يجد دوره لاغياً وتدابيره مكبلة بمقتضى المادة 99 التي تحصره في السهر على الانتقال الآلي للحضانة دون اعتبار لمصلحة الطفل. لذلك جاءت المادة 171 بالمستجد الذي ارتفق كثيراً وهو إعادة النظر في ترتيب المستحقين مع توسيع دور القضاة في ظل مصلحة الطفل الفضلى . وهكذا حصر الترتيب المستحقين في ثلاثة أشخاص: الأم، الأب، أم الأم ليسندها القضاء بعد ذلك لمن يراه أصلح وأوفق لمصلحة الطفل. ثم إن مراعاة ترتيب الثلاثة لم تعد تعني الاستبداد بالحق، بل يكون ذلك وفق تحقق شروط نراها في الفقرة التالية.

و عموماً فإن المدونة لما جعلت الأب في المرتبة الثانية بعد الأم تكون قد تجاوزت عبئية دعوى إسقاط الحضانة التي لا تفييد الأب رغم إثباته فساد عائلة برمتها، كما اعتبرت باقي الأقارب في مرتبة واحدة - سواء كانوا من جهة الأم أو من جهة الأب - بحيث صاروا خاضعين للسلطة التقديرية للمحكمة التي تنظر في طلبهم الحضانة وفق قاعدة المصلحة الفضلى للمحضون. لكن بقيت الإشارة إلى طبيعة الترتيب. هل لا بد للمستحق من الثلاثة أن يتقدم بطلب للمحكمة قبل ممارسة ذلك الحق أم أنه يستبد به بقوه القانون؟

يجب عن المسألة بأن الحضانة صارت واجباً في كل الأحوال على المستحق - أي سواء كانت الزوجية قائمة أم لا - بمعنى أن ممارسة الواجب لا تحتاج إلى إذن في أساسها . ولا ينافي هذا ما جاء في المادة 176 "سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالبناء يسقط حضانته إلا لأسباب قاهرة ". بل يذكره؛ بمعنى أن الأب لا يحتاج إلى رفع دعوى قضائية كي يبادر إلى استعمال هذا الحق قبل مرور السنة، بل يستبد بذلك لأنه واجب مقدر عليه، و القاعدة الفقهية تقتضي أن "من قدر على شيء فله أخذة ما لم يكن عقوبة أو من فتنه أو رديلة". وقد ترجم الفقهاء هذه القاعدة بعبارة "الظفر" بمعنى أن الإنسان إذا كان له حق عند غيره وقدر على أخذة فإنه يجوز له أخذه منه.

شروط الاستحقاق والإسقاط

تقدم الحديث في الفقرة السابقة عن كون استحقاق الحضانة بالترتيب لم يعد حقاً مطلقاً، بل يمكن للمحكمة بسلطتها التقديرية وطلب من له مصلحة - نيابة عامة أو عموم الأقارب- أن تعيد النظر في شروط الاستحقاق . لذلك فقد صارت هذه الشروط في غاية الأهمية، بدليل النقاش الذي ثار بخصوص جملة منها لما قدم مشروع المدونة بالبرلمان المغربي، خاصة ما تعلق بشرط الرعاية الدينية.

وهكذا فقد نصت المواد 173-174-175 على شروط الاستحقاق مع تمييز بين ما إذا كان الحاضن من الأبوين أم لا. وعليه فإن الشروط العامة المطلوبة في الحاضن، هي:

- الرشد القانوني.

- الاستقامة والأمانة.

- القدرة على تربية المحسضون وصيانته ورعايته ديناً وصحة وخلقًا وعلى مراقبة تدرسه.

- عدم زواج طالب الحضانة من الإناث، إلا:

× إذا كان زوجها قريباً محراً أو نائباً شرعاً للمحسضون

× إذا كانت نائباً شرعاً للمحسضون.

لكن هذه الشروط تكون موضع ترخيص خاص بالأبوين ، وللأم الحاضنة بصفة أخص. ومن ثمة فإن بلوغ سن الرشد ليس شرطاً لاستحقاق الأبوين الحضانة، انسجاماً مع حق الزواج دون تلك السن.

كما أن إلزام عامة الحاضنين بمراقبة تدرس المحسضون لا يلزم الحاضن من الأبوين، خاصة الأم. ولعل مراد المشرع بذلك أن لا يكون التغير الطبيعي في تدرس المحسضون المتأثر ضرورة بطلاق والديه ذريعة يسارع بها المستحق التالي في الترتيب لطلب إسقاط الحضانة. وتبقي رخصة عدم إسقاط الحضانة بالزواج أوسع ما في الترخيص، بحيث إن الأم الحاضنة تتمنى بـ رخصتين إضافيتين، لا تسقط بهما حضانتها:

- إذا كان المحسضون صغيراً لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراقها.

- إذا كانت بالمحسضون علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم .

ولما كانت مسألة الزواج هذه أوسع الرخص كما قلنا ، فلا بأس من بيان أصلها وكيف كان الحال في ظل المدونة الملغاة.

زواج الأم الحاضنة:

لقد كانت الأم الشابة الحاضنة مضطرة في ظل المادة 105 من المدونة الملغاة أن تضحي مبكراً بحقها في الزواج، مخافة أن يسقط ذلك حضانتها. ولقد كان الاعتماد كلياً على ما نص عليه الحديث النبوى المتقدم من سقوط الحضانة بالزواج المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم " ما لم تتكح ".

واعتباراً مرة أخرى لما ترتب عن ذلك من اضطراب قضائي، فإن مدونة الأسرة حاولت التوفيق بين المصالح، مصلحة المحسضون وحق الحاضنة معاً، فجاءت المادة 175 بالمقتضيات المذكورة. خاصة لما صارت محاكم الدرجة الأولى تضرب بعرض الحائط مقتضيات المادة 105 حتى في ظل سريان مقتضياتها قانوناً؛ من ذلك مثلاً الحكم الشجاع الصادر عن المحكمة الابتدائية بأكادير قبل صدور مدونة الأسرة ، والذي اعتمد فيه على الفصل الثالث من اتفاقية حقوق الطفل باعتبار مصلحة الطفل الفضل بدل الفصل 105 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة. ومما جاء في تعليق الحكم "...إن مصلحة المحسضون باعتباره أولى بالرعاية و الحماية القانونية لحقوقه

تستدعي التحقق من عدم المساس بهذه المصلحة. وحيث اعتباراً للمصلحة الفضلى للبنت المحضونة تقرر عدم الاستجابة لطلب إسقاط الحضانة وتصرخ برأفه³⁶.

فهذا الحكم سبق المقتضيات الجديدة في المدونة التي أقرت أن الزواج لا يسقط حضانة الأم إذا كان المحضون صغيراً لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراها. لكن رب قائل يقول: إن جديد المدونة و معتمد الاجتهاد القضائي قد خالف صريح الحديث النبوي الواضح في سقوط الحضانة عن الأم مباشرةً بعد زواجها.

والجواب عن ذلك يبدأ بالتبني إلى أن المسألة ليست من القطعيات، حتى لا تجوز مخالفتها. فإن كان مذهب جمهور الفقهاء مستنداً إلى قوله صلى الله عليه وسلم: "أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي"، معللين ذلك الاختيار بكون الولد قد يلحقه جفاء من زوج أمه ويضيق عليه في النفقه فيتضرك بذلك، وأن الحضانة إنما ثبتت في الأصل للأم لزيادة شفقتها وحنانها، فإذا تزوجت انشغلت بزوجها وأضاعت شيئاً من حق ولدها، فزال بذلك حقها في الحضانة . فإن هناك رأياً قوياً للظاهرية يقابل رأي الجمهور ذاك، فينسبونه للحسن البصري رحمه الله و أنه مروي عن عثمان رضي الله عنه ، فيقررون ببقاء الحضانة ولو بزواج الحاضنة، مستدلين لذلك بقول الله تعالى في آية المحرمات من النساء "وَرَبَائِبُكُمُ الَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ الَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ" ³⁷. كما استدلوا من السنة بحال أنس رضي الله عنه حين قال: قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة ليس له خادم، فأخذ أبو طلحة رضي الله عنه بيديه، فأنطلق بي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله! إنَّ أَنْسًا غُلامٌ كَيْسٌ، فَلَيَخْدُمْكَ. قال: فَخَدَمْتُهُ... الحديث" وكذلك بحال عمر بن أبي سلمة رضي الله عنه حين قال: كُنْتُ في حجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت يدي تطيش في الصّحْفَةِ، فقال لي: "يَا غُلامُ سَمْ اللَّهُ، وَكُلْ بِيَمِينِكَ وَكُلْ مِمَّا يَلِيكَ". على أن وجه الدلالة في الحديثين أن النبي صلى الله عليه وسلم قد علم ببقائهما معاً في حالة أميهما المتزوجتين ولم ينه عنه؛ فلو كانت الحضانة تنتقل من الأم إذا تزوجت بأجنبي، لبين ذلك النبي صلى الله عليه وسلم ولما سكت عنه .

لكن ورغم وجود الرأيين معاً في الفقه الإسلامي إلا أننا نجد المشرع المغربي لم يمل كلية لأحدهما دون الآخر، بل حاول الجمع بين الرأيين ثم التوفيق بينهما وبين مقتضيات اتفاقية حقوق الطفل بقاعدتها الأساسية "المصلحة الفضلى للطفل" ، وهكذا جاءت مقتضيات المادة 173 ملقة بين الجانبين لكن بتوفيق كبير في مراعاة مصلحة الجميع، بدليل أن الملزم بالأجرة قد استفاد هو نفسه من المقتضيات الجديدة، بحيث صارت تسقط عنه - بمقتضى الفقرة الأخيرة من 175 - تكاليف سكن المحضون وأجرة الحضانة كلما تزوجت الأم الحاضنة، فلا يبقى ملزماً إلا بنفقة المحضون. وقد أثار البعض بسبب هذا المقتضى الجديد سؤالاً عن إمكان تمتيع الأب الملزم بهذا الإسقاط أيضاً في الحالة التي يكون المحضون هو من اختار ببلوغه خمس عشرة سنة. و الحقيقة أنه ليس بالفقرة الأخيرة من المادة 175 ما يدل على التخصيص ، بل جاء فيها المقتضى عاماً ولا شيء قد صرفه عن عمومه ، مما يعني أنه يلزم تطبيق إسقاط الالتزام المالي للأب بمجرد زواج الحاضنة، سواء رغبت في بقاء حضانة طفلها بإرادتها أم اختارها المحضون، لأن الإسقاط في المادة مرتبطة بمستجد الزواج لا بالاختيار، فلو اختار البقاء مع أمه وهي متزوجة فإن ذلك يسقط عن الأب أجرة

³⁶ حكم غير منتشر ملف عدد 97/352 بتاريخ 4/6/98.

³⁷ سورة النساء الآية 23

الحضانة و سكناها دون أن يسقط حقها في الحضانة ، وهو ما جاء واضحا في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 31/05/2006 ذهب فيه إلى الإقرار ببقاء الحضانة للأم وأن بلوغ المحسوبون سن الاختيار لا يسقط حضانة أمه إن اختار الاستمرار في حضانتها ولو تزوجت بغير محرم.

التدابير المرافقة لاختلال شروط الحضانة:

أشرنا آنفا إلى أن مجرد الاستحقاق لا يمنع من إسقاط الحضانة سواء بإرادة المستحق أو رغمما عنه، و ذلك بتأثير اتفاقية حقوق الطفل مع ما رافقها من توسيع دور النيابة العامة و لسلطة القاضي التقديرية، لهذا أتاح المشرع في المادة 165 الحق لكل من له المصلحة من الأقارب أو النيابة العامة في رفع دعوى لاختيار المحكمة من تراه مناسبا للقيام بالحضانة إما من أقارب المحسوبون أو من غيرهم أو إحدى المؤسسات المؤهلة كلما توافرت الحالتان التاليتان:

- إذا لم يوجد بين مستحقي الحضانة من يقبله.
- إذا لم تتوفر الشروط في مستحقي الحضانة.

كما أن المدونة زادت من إحاطة المحسوبون بالتدابير الكفيلة لتحقيق مصلحته الفضلى بتنصيصها في الفقرة الأخيرة من المادة 173 على أنه كلما وقع تغيير في وضعية الحاضن خيف منها إلحاد الضرر بالمحسوبون إلا و سقطت الحضانة وانتقلت إلى غيره.

كما ألزمت في المادة 177 الأب وأم المحسوبون والأقارب وغيرهم بإخطار النيابة العامة بكل الأضرار التي يتعرض لها المحسوبون لتقوم بواجبها بما في ذلك إسقاط الحضانة.

السفر بالمحسوبون

من توابع إسقاط الحاضنة التي تم تعديلها الحالة المتعلقة بالسفر بالمحسوبون، إذ جاءت المستجدات مميزة السفر بالمحسوبون داخل الوطن من السفر به خارجه ؛ بحيث لا تسقط الحضانة بانتقال الحاضنة إلى بلدة أخرى داخل المغرب مع مراعاة مصلحة المحسوبون، بعكس الانتقال خارج المغرب الذي يسقط الحضانة ما لم يوافق نائبه الشرعي، وهكذا فقد جاء في المادة 179 أنه يمكن للمحكمة أن تقرر منع السفر بالمحسوبون إلى خارج المغرب دون موافقة نائبه الشرعي إما بناء:

- على طلب النيابة العامة.

- أو طلب من النائب الشرعي للمحسوبون.

وتتولى النيابة العامة تبليغ هذا القرار إلى الجهات المختصة قصد اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذها. غير أن الحاضنة يمكنها أن تراجع هذا المقرر نفسه - أي المتعلق بمنع السفر بالمحسوبون خارج الوطن- بطلب استعجالى للمحكمة كلما كان ضارا بحق المحسوبون، كما لو تعاق مثلا بتطبيبه أو بعطلة وجيزة تتعدى فيها أمام القضاء بإرجاعه.

تنظيم زيارة المحسوبون

مسألة زيارة المحسوبون من الحقوق المحفوظة لغير الحاضن، لكن كانت مرتعا لتعسف كبير من مستحق الحضانة في ضوء المدونة الملغاة، إذ كانت الأم غالبا مما تتذرع بأسباب واهية لتنتحل مما أقرته أمام القاضي فتمنع الزيارة أو تفتعل خصومات جديدة تنتهي بفتح مساطر جنحية تكون

أشد إيلاماً للمحضون و عائدة بنتيجة عكسية على ما فُصّد من الزيارة، لذلك جاءت المادة 184 من مدونة الأسرة صارمة في اقتضاء سقوط حق الحضانة عن المتهايل كلما ثبت في حقه إخلال أو تحايل في تفويض الاتفاق المنظم للزيارة المحضون .

ولقد حاولت المدونة من جهة أخرى إيفاء الزيارة كامل مقاصدها، وذلك لما مكنت من تحقيقها ولو باللجوء إلى طرف ثالث محابٍ تتم لديه. ثم إن مما أظهرت به المدونة مراعاة مصلحة الطفل الفضلى أنها قررت في المادة 185 عدم قطع صلة المحضون بعموم أقاربه من والديه في حالة وفاة أحدهما، بحيث يحل أبواه محله في حق الزيارة.

النفقة

1- التعريف و السند الشرعي :

النفقة لغة الإخراج يقال : نفقة الدابة إذا خرجت من ملك صاحبها بالبيع أو الهلاك. كما يقال : نفقة السلعة إذا راجت بالبيع، وهي في اصطلاح الفقهاء "إخراج الشخص مؤنة من تجب عليه نفقته"³⁸، و لا خلاف أن حكمها الوجوب إذا توافرت شروطها، لكن يقدر ذلك الحكم بحسب الأحوال الطارئة على المنفق أو على مستحق النفقة.

ولقد أجمل الفقهاء أسباب وجوبها في ثلاثة : الزوجية والقرابة والملك، لثبوت النفقة لهؤلاء بالكتاب والسنة والإجماع، كما في قوله تعالى (لَيُنْفِقُ دُوْسَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَنْ فَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقٌ فَلَيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا)³⁹ و قوله عز وجل (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنُوكُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا نُضَارُو هُنَّ لِلضَّيْقَوْا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفَقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعُنَ حَمْلَهُنَّ)⁴⁰. و قوله عز وجل: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ)⁴¹ و قوله سبحانه (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)⁴² إلى غيرها من الآيات الدالة على وجوب النفقة على الزوجة والأولاد والوالدين والأقارب .

وأما من السنة الحاثة على الإنفاق، فمنها ما أخرجه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وابداً بمن تعول)⁴³ ومنها أيضاً قوله صلى الله عليه وسلم في خطبة حجة الوداع (اتقوا الله في النساء، فإنهن عوان عندكم ولا يملكن لأنفسهن شيئاً، ولهم عليكم كسوتهن ورزقهن بالمعروف).⁴⁴ ومنها أيضاً حديث جابر رضي الله عنه حين قال: أعتق رجل من بنى عذرة عبداً له عن دبر - أي بعد وفاته - فبلغ ذلك رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: ألك مال غيره؟ فقال: لا. فقال من يشتريه مني؟ فاشتراه نعيم بن عبد الله العدوى بثمانمائة درهم، ف جاء بها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فدفعها إليه ثم قال: ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلأهلتك، فإن فضل عن أهلك شيء فلذبي قرابتك، فإن فضل شيء فهكذا وهكذا، يقول: فبین يديك، وعین يمينك وعن شمالك⁴⁵.

³⁸ مغني السحتاج : 425/3

³⁹ بدائع الصنائع : 417/3

⁴⁰ سورة الطلاق، آية : 7

⁴¹ سورة الطلاق آية : 6

⁴² سورة النساء، آية: 34

⁴³ سورة البقرة ، آية: 233

⁴⁴ أخرجه البخاري في كتاب الزكاة برقم 1337 - والنسائي في كتاب الزكاة من السنن، رقم 2487 - أبو داود في كتاب الزكاة أيضاً رقم 1427 - الإمام أحمد في باقي مسند المكثرين برقم 6858

⁴⁵ من خطبة حجة الوداع أخرجهها مسلم بعنوانها في كتاب الحج رقم الحديث 2137 وأبو داود في المسند رقم 1628

⁴⁶ أخرجه مسلم في كتاب الزكاة رقم 1663 الحديث والنسائي في كتابي: الزكاة رقم 2499 والبيوع رقم 4573 .

2 - أحكام النفقة العامة في المدونة:

نظمت مدونة الأسرة أحكام النفقة من المادة 187 إلى المادة 205 ، و لقد احتفظت فيها بأنواع النفقات كما وردت عند الفقهاء مع استبدال نفقة الملك بنفقة الالتزام، لكنها صدرت تفصيل تلك الأنواع بأحكام عامة تسري عليها جميعها، وهي التي نشير إليها باقتضاب:

- أسباب وجوب النفقة.

تحكم أسباب وجوب النفقة قاعدتان أشارت إليهما تباعا الفقرة الأولى من المادة 187 و المادة 188، وهما:

- الأصل أن نفقة كل إنسان في ماله، ولا يستحق الإنفاق عليه إلا استثناء.

- لا تلزم نفقة الغير بما فيهم الأهل والأولاد إلا بتحقق كفاية النفس.

وببناء عليها فإن الإنفاق على الغير استثناء لا أصل، لذلك لم تخرج أسباب النفقة على الغير عن ثلاثة أسباب، وهي:

- نفقة الزوجية: وهي نفقة مؤسسة على الالتزام بالعقد، فعقد الزوجية هو سبب وجوب النفقة على الزوجة، ولا الخلط بين سبب الوجوب وبين وقت الوجوب الذي هو الدخول في هذه النفقة كما سيأتي.

- نفقة القرابة: وهي نفقة يقع الالتزام بها بإلزام الشرع الحكيم كما رأينا من الأدلة. لكن مادامت المدونة قد صيرت أحكام الأحوال الشخصية قانونا فإن الالتزام بنفقة الأقارب يصير إلزاما بمقتضى القانون.

- الالتزام بالنفقة: أشرنا سابقا إلى أن الفقهاء لا يشieren إلى هذا النوع من النفقات ضمن الأسباب الموجبة للإنفاق عندهم، وإنما كانوا يشieren إلى نفقة الملك. وبحكم انقطاع الملك بذلك المعنى فإن المدونة قد استعاضت عنه بالالتزام العام بالنفقة والذي تقصد به الالتزام بالإرادة المنفردة، بناء على قاعدة من التزم بشيء لزمه.

وقت وجوب النفقة وترتيب المستحق إن سبب النفقات الثلاثة مختلف عن وقت استحقاقها، مما يعني أن السبب لا يستلزم وجوب النفقة بمجرد تتحققه. وعلى ضوء ذلك تفهم مقتضيات الفصلين 121 و 130 التي تنص على أن النفقات لا تستحق في مجملها إلا بالمطالبة ؛ فنفقة الزوجة تستحق من تاريخ الإمساك عن أدائها ولا تسقط بمضي المدة، و تستحق نفقة الأولاد على الأب أو الأم الغنية عند عجز الأب من تاريخ الامتناع عن أدائها، أما نفقة الأبوين فمن تاريخ الإدعاء وترتبط بوقت الاستحقاق مسألة ثانية، وهي: أي النفقات أولى بالأداء عند تراحمها وترتباها جميعا في ذمة المُلزم ؟

إن الإجابة عن هذا السؤال سيفيد حتما في بيان ترتيب النفقات من حيث درجة قوتها وأهميتها، ولعل ذلك ما يستفاد من المادة 193 التي نصت على تقديم نفقة الزوجة عند التراحم لأنها نفقة لازمة بمقتضى العقد، ثم تليها النفقة التي بمقتضى القانون – مقتضى الشرع على التحقيق- وهي نفقة الأقارب ، على أن تقدم نفقة الأبناء (الصغار ثم الإناث فالذكور) ثم الأم فالآباء. لتبقى النفقة الواجبة بمقتضى الإرادة المنفردة - ما تسميه المدونة في المادة 205 "الالتزام بالنفقة"ـ أضعف النفقات حين التراحم.

مشمولات النفقة :

اهتم الفقهاء رحمة الله بما تشمله النفقة عند الإطلاق، ويلاحظ أن المسألة تثار عندهم بشدة في نفقة الزوجية دون غيرها. وهكذا فإن هذه النفقة عند عامتهم هي: الإطعام والكسوة والإسكان، ثم اختلفوا في أيها أوجب. فقال الحنفية - مثلاً - إن الإطعام هو الأوجب على الزوج لزوجته وأنه يقدر لها حسب حالها، بينما يرى المالكيّة أن تفرض النفقة على الزوج لزوجته بأنواعها الثلاثة، وأن ينظر في الإطعام وما يلزم منه إلى تقدير العادة، وأن شرط المسكن أن يشتمل على المنافع الالزامية، بل ذهبوا إلى أن اشتراط الزوج في العقد إسكانها مع ذويه لا يغنه عن تخصيصها بمحل خاص.

لكن إذا كان غالب حديث الفقهاء في المسألة محصوراً فيما تشمله نفقة الزوجية، فإن المدونة حاولت أن تجعل المشمولات من الأحكام العامة التي تسري على جميع النفقات، كما أنها وسعت في المادة 189 تلك المشمولات لتضم ضروريات مستجدة لم تكن البلوى قد عمت بها عند الفقهاء المتقدمين، فجعلت نفقة العلاج وتعليم للأولاد من النفقات الضرورية التي تضاف إلى الأنواع المعتادة: الغذاء والكسوة والمسكن.

تقدير النفقة :

تظهر جدواً تقدير النفقة كلما امتنع الملزم عن الإنفاق، بمعنى أن الحاجة إليها حاجة القاضي.

وتتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء لم يهملوا هذا الجانب، وقد كان اهتمامهم به أظهر في نفقة الزوجية من غيرها كما أشرنا سابقاً. لكن ذلك لا يمنع من أن تستشف القاعدة العامة في كل مذهب، فنقول إن الحنفية يعتبرون النفقة غير مقدرة شرعاً وإنما تجب على الملزم بقدر ما يكفي المستحق، وهو ما يفيد أنهم يعتبرون حالياً الملزم والمستحق وكذا اختلاف الأزمنة والأمكنة. بينما يرى الشافعية النفقة مقدرة شرعاً، لكن لا يعتبر فيها إلا حال الملزم. أما المالكيّة فقد جعلوا التوسط هو الملاذ عند الاختلاف، مما يعني أنهم مكروا القاضي من سلطة تقديرية أوسع.

ولقد بقىت المدونة وفيه لمنهج المالكيّة في تقدير النفقة بأن جعل التوسط قاعدة قارة في تقدير النفقة، سواء حال الرضا أو حال المنازعة، مما يعني تحويل القاضي سلطة التقدير. لكن الجديد في مدونة الأسرة مقارنة بالمدونة الملغاة هو محاولة ضبط هذه السلطة بجملة ضوابط:

- أولها، وإن جاء ثانياً في ترتيب مادتي التقدير⁴⁶، هو جعل تصريح طرف في الخصومة الأساس الأول في التقدير، فإن لم يستطع القاضي الوقوف على ذلك الأساس ليبني عليه تقديره يمكن الاستعانة بخبرة محاسب لتوسيعه دون أن تلزمـه. لكن بتحديد الأساس يصير القاضي مخولاً بتقدير النفقة وفق المعايير الواردة في الفقرة الأخيرة من المادة 189

- اعتبار حال الملزم بالنفقة: يقصد به اعتبار ماله الظاهر والمستتر مع النظر إلى عموم دخله مقارنة بديونه أو باقي التزاماته المالية التي قد تكون أحق وأقوى من الالتزام المطلوب - حال المستحق من جهة الغنى والفقير، وهذا المعيار يطبق في التزام الزوجية أكثر من غيره. - تحكيم العرف والاستناد إلى عادات أهل البلد التي ينبغي على القاضي أن يكون ملماً بها، ومن ذلك أيضاً أن يراعي الأحكام السابقة والصادرة عن المحكمة نفسها التي يعمل بها.

⁴⁶ جاء متآخراً في المادة 190 مع أن بقية أساس التقدير التي يفترض أن تكون لاحقة جاءت في الفقرة الأخيرة من المادة 189

-مراقبة أحوال المجتمع والأسعار به من شدة ورخاء، لأن القاضي مطالب بالتوسط في التقدير فلا بد أن يراعي مقتضى الزمان، فلا يحمد على تقدير واحد بل يجعله طيعاً للتغيرات.

السمة الاستعجالية لقضايا النفقة:

لم تكن المدونة بضبط معايير تقدير النفقة التي قد تظهر وكأنها تخفي لمصلحة الملزم بالنفقة دون المستحق. بل شددت على ضرورة التعجيل بالبت في دعوى النفقة اعتباراً للضرر الذي يلحق المستحق من كل تأخير، لذلك حدد المشرع للمحكمة أجل شهر للبت في القضايا المتعلقة بالنفقة حفاظاً على مصالح المستحق، خصوصاً وأنه لم يقدم على طلبها إلا لحصول العنت. ولقد حاولت المدونة بذلك تجاوز عيوب المسطرة المعهودة في ظل المدونة الملغاة لكن هذا التشديد لم يحل دون استمرار البطء في النطق بالأحكام لطول مساطر التبليغ وإجراءات البحث.

وتجدر الإشارة بهذا الصدد إلى بعض الامتيازات التي ما تزال مراقبة لهذه الدعوى أهمها أن تنفيذها لا يمنع منه أن لا تكون الأحكام نهائية؛ بمعنى أن مجرد تبليغ الحكم الابتدائي يتيح مباشرة مسطرة التنفيذ دون انتظار انصرام أجل الاستئناف ولا القرار الاستئنافي، كما أن عباء الإثبات يقع على كاهل المدعي عليه.

3- نفقة الزوجية :

اختلاف الفقهاء في الأساس الذي تلزم به هذه النفقة، وهو اختلاف له تأثير في مختار المدونة، فلا بأس من الإشارة إليه ليفهم في سياقه.

قال جمهور الفقهاء إن علة لزوم نفقة الزوجة هي الزوجية نفسها، بينما قال الحنفية إن العلة هي الزوجية مع الحبس. فمدار الخلاف على العلة التي رأها كل فريق في جوب النفقة، غير أن ذلك لم يمنع من اتفاقهم جميعاً على أن شرط النفقة صحة العقد وتمكين الزوجة نفسها. غير أن الحنفية زادوا شرط الحبس الثابت بالنكاح، فقالوا إن المرأة بما هي محبوسة بحبس النكاح حقاً للزوج ممنوعة عن الاكتساب بحقه، فإن كفayıتها عليه، وقادوا ذلك على قاعدة : الخراج بالضمان. قال صاحب البدائع "ولأنها إذا كانت محبوسة بحبسه ممنوعة عن الخروج للكسب بحقه فلو لم يكن كفayıتها عليه لهلكت ولهذا جعل للقاضي رزق في بيت مال المسلمين لأنه محبوس".⁴⁷

وإذا أجملنا فائدة هذا الخلاف فإننا نجد الفقهاء قدمو لنا قاعدة اقتراحية مهمة تكون بحسب الأحوال والظروف والأزمان، ثم إن الجمهور القائلين بعلة التمكين لا يقصدون المعنى البسيط - أو الآلي بلغة العصر -، بل مقصودهم التعبير عن سريان نتائج العلاقة الزوجية في حالاتها العادية. فيكون بذلك القول بالتمكين أو بالحبس معتبراً من الجانبيين، وأن ما يوجب النفقة هو دوام ميثاق الزوجية.

أما مدونة الأسرة فإنها وإن بدت وكأنها اختارت رأي الجمهور في المادة 187 حين جعلت الزوجية سبباً للإنفاق؛ إلا أن ذلك لم يمنعها أن تستثنهم رأي الحنفية والظاهرية في مسألة إعسار

الزوج، ثم لا ننسى مقتضيات المادة 4 التي تجعل الزواج "ميثاق ترابط شرعي غايتها الإحسان و العفاف و إنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين.." .

وقت وجوب النفقة

ميزت المدونة بوضوح سبب الوجوب من وقت الوجوب؛ فالزوجية سبب تستحق به الزوجة النفقة، لكن ذلك مشروط بتحقق الدخول أو بالدعوة إليه، لذلك نصت المادة 194 على أن نفقة الزوجة تجب على زوجها بمجرد البناء، و إذا دعته إليه. وهذا منسجم مع ما سبقت الإشارة إليه في الأحكام العامة .

وهكذا فإن النفقة تحتسب من تاريخ طلب نفقة الزوجية لا من تاريخ العقد، ولقد دأب الاجتهاد القضائي على اعتبار مجرد رفع الطلب إلى المحكمة دعوةً ضمنية للدخول، وفي ذلك منع للزوج من التمسك بهذا المقتضى الذي يصعب إثباته.

-تقدير نفقة الزوجية

اختلف الفقهاء في تقدريها للاختلاف الذي اشرنا إليه في الأحكام العامة؛ فقال الحنفية إذا كان الزوجان موسرين أو معسرین فلا خلاف في تقديرها بحسب الحالين. أما إذا كانا مختلفين حالاً، كأن يكون أحدهما معسراً والآخر موسراً، ففيه تفصيل إلى رأيين؛ الأول أنه يعتبر حال الوسط من حاليهما، فتكون زائدة عن حال الفقر دون حال الموسر. الثاني أنه يعتبر حال الزوج فقط فإن كان غنياً وهي فقيرة ففرضت عليه نفقة الموسرين وإذا كان فقيراً وهي غنية فرضت عليه نفقة المعسرين. ورأى المالكية بحسب موقفهم من وجوب أنواع النفقات الثلاثة أن الاعتبار لحال الزوجين معاً، أي حال الوسط ، سواء كانوا غنيين أم فقيرين أو أحدهما غنياً والآخر فقيراً. و قريب من هذا الرأي قول الحنابلة. أما الشافعية فإنهم ذهبوا إلى أن الإطعام والكسوة يقدران بحسب حال الزوج أما المسكن فيفرض لها بحسب حال الزوجة.

أما مذهب المدونة فقد سبق تقريره - هو الآخر - في الأحكام العامة، لكن بقيت الإشارة إلى أن ذلك لم يمنع المشرع من مراعاة الطرف الضعيف و إن اعتمد رأي المالكية في التوسط، فقد حدّ من سلطة القاضي التقديرية لما ألم به - بحسب ما تقدم- بمراعاة يسر الزوج و أن يستكمel قناعته بتعزيز البحث في وضعية الزوج المالية وحالته الاجتماعية بما يستطيع من وثائق و مستندات إثباتية.

وينبغي التنبيه إلى أن تقدير النفقة يُستثنى من القاعدة العامة التي تمنع على القاضي أن يحكم بأكثر مما طلب منه؛ بحيث يستطيع لسلطاته التقديرية أن يخفض منها أو يزيد بأكثر أو أقل مما طلب المستحق.

لكن المشرع حرص في المقابل على استقرار التقدير في النفقات مراعاة لحال الملزم فنصت المادة 192 على أنه: " لا يقبل طلب الزيادة على النفقة المتفق عليها أو المقررة قضائياً أو التخصيص منها قبل مضي سنة إلا في ظروف استثنائية"؛ لكن القاضي مرة أخرى ليس مقيداً تقليداً مطلقاً بهذا الأجل، إذ يمكن خرقه كلما كان الحكم بخلافه معللاً.

سقوط نفقة الزوجية:

نفقة الناشز: النشوز عند جمهور الفقهاء هو الخروج من بيت الزوجية بغير إذن الزوج وبدون عذر، وهو تصرف كاف لإسقاط النفقة. بينما يرى الحنفية النشوز مرتبًا بعدم التمكين من النفس ولو لم يقع الخروج من بيت الزوجية. ويرتبط النشوز في العمل القضائي بالدعوى الموازية التي يرفعها الزوج وسبل لإبطال دعوى النفقة التي تواجهه بها زوجته، تأسيسا على رأي جمهور.

لكن بالنظر للصيغة الكيدية التي اصطبغت بها في الممارسة القضائية سارع المشرع للحد من التوسيع في التأويل ، فلم يعتبر خروج المرأة بأولادها لبيت ذويها نشوزا ، كما جعل إسقاط النفقة في دعوى الرجوع لبيت الزوجية متوقفا على صدور حكم نهائي بها مع تحقق امتلاع الزوجة عن تنفيذ حكم الرجوع بمحضر يحرره أعيان التنفيذ.

نفقة المطلقة في طلاق رجعي: لا تسقط نفقة الزوجية عن المطلقة رجعيا لأن الطلاق الرجعي إنما هو إنذار بالطلاق، فيزيل الاستمتاع دون الملك، فالمرأة ما تزال زوجة فتبقي لها النفقة وسكنى العدة. وهو مقتضى شددت عليه المدونة تحقيقاً لمقاصد الشريعة من الطلاق الرجعي. فلا يسقط حقها في السكنى دون النفقة إلا إذا انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول.

نفقة المطلقة طلاقاً بائنا : إذا كانت المطلقة طلاقاً بائنا حاملاً تستمر نفقتها إلى أن تضع حملها، وإذا لم تكن حاملاً فإن لها فقط حق السكنى إلى أن تنتهي عدتها، أخذها برأي جمهور الفقهاء.

تنفیذ نفقة الزوجية

4 - النفقة على الأولاد

لماهـ الفقهاء في وجوب نفقة الأولاد على والدهم تفصـيل يـشهد هو الآخر لـتمـاسـكـ نـظرـ هـمـ في فـقهـ الأـسـرـةـ. ولـقـدـ عـلـلـواـ سـبـبـ وجـوبـ هـذـهـ النـفـقـةـ بـعـلـةـ الـولـادـةـ لأنـ بـهـ "تـثـبـتـ الجـزـئـيـةـ وـ الـبعـضـيـةـ وـ الـإـنـاقـ علىـ الـمـحـتـاجـ إـحـيـاءـ لـهـ وـ يـجـبـ عـلـىـ الـإـنـسـانـ إـحـيـاءـ كـلـهـ وـ جـزـئـهـ". وـ فـصـلـوـاـ أـيـضاـ فـيـ الـقـدرـ

⁴⁸ الذي يتيح للزوجة طلب الطلاق ما لم تكن عالمة بعسره قبل الزواج

الواجب من هذه النفقة، كما تعرضوا للعوارض التي تمنع الأب عن النفقة، فميروا تمييزاً دقيقاً الامتناع من الإعسار، فاتفقوا على أنه إن كان موسراً وامتنع عن النفقة على أولاده حبس في نفقتهم، وأنه إذا كان معسراً فإنه يكلف بالتكسب والإنفاق، فإن عجز عن التكسب والإنفاق وجب على أقارب الأولاد الإنفاق بحسب القرب.

ولم يحصر الفقهاء صور الإنفاق فيما إذا كان الأولاد صغاراً، بل أوجبوا عليهم أيضاً نفقة بعض الكبار في بعض الحالات التي يجمعها شرط العجز.

ولقد استلهمت المدونة سمو نظرهم فألزمت بنفقة الأبناء من تاريخ التوقف عن الأداء لمقتضى المادة 200 وللقاعدة المسطرة في الأحكام العامة، باستثناء أجرة الرضاعة التي تلزم ابتداء بما يفهم من المادة 201 وتحتسب في حال انحلال ميثاق الزوجية من ضمن المستحقات المترتبة عن وقوع الطلاق.

ومن اعتماد المدونة على نظر الفقهاء في المادة 138 أن أبقيت الأب ملزماً بنفقة أبنائه إلى حين بلوغ الولد الذكر سن الرشد القانوني وإلى حين حصول الولد الأنثى على مال ظاهر تنفق منه على نفسها أو بانتقالها إلى بيت زوجها. ويستثنى من ذلك المقتضى من يتبع دراسته من الذكور، إذ يستفيدون من تمديد حق الإنفاق إلى بلوغ الخامسة والعشرين، كما يستثنى منه الأبناء المعافون الذين لا تنقطع نفقتهم في كل الأحوال إلا بوفاة المستحق أو بوفاة الملزم أو عسره.

وتتجدر الإشارة إلى أن البعض رأى في تمييز المادة 138 بين الذكر والأنثى خروجاً من المدونة عن مبدأ المساواة في سن الرشد بين الذكر والأنثى، لكننا نرى فيه تغليباً للصفة الشرعية في الالتزام بنفقة الأولاد.

- توقف نفقة الأب

إن استمرار نفقة الأب على أولاده - بحسب المقتضيات المتقدمة - قد تعرض لها عوارض إرادية وغير إرادية تتأثر بها طرق الاستخلاص:

- الإمساك عن النفقة بغير عذر :

إذا كان التوقف عن الإنفاق بإرادة الأب من غير عذر ولا إعسار، اعتبر منه ذلك امتناعاً يستوجب تطبيق أحكام إهمال الأسرة، علماً أن المادة 202 قد حددت أجل الشهر أبداً أقصى للتوقف عن الإنفاق دون عذر.

ويعتقد بتطبيق أحكام إهمال الأسرة اعتبار ذلك الامتناع جريمة تستدعي تطبيق الفصول المخصصة لها من القانون الجنائي المغربي⁴⁹، وهو ما يعني معاقبة الممتنع بدون عذر بعقوبة سالبة للحرية تتراوح بين شهر إلى سنة وبالغرامة من 200 إلى 2.000 درهم أو بإحدى العقوبتين.

ولئن كان طابع هذا المقتضى زجرياً إلا أن الممارسة القضائية أظهرت قلة نجاعته، خصوصاً وأنه لا يفيد مستحق النفقة في شيء، إذ حاجته إلى ما يسد به ضعفته لا إلى عقاب الملزم. ولعل ذلك ما جعل المشرع المغربي يفكر في أساليب بدائلة تحدّ من تضرر المستحق، فصدر بهذا الصدد القانون رقم 10.41 المتعلق بتحديد شروط ومساطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي الذي كان حقه أن يواكب صدور مدونة الأسرة لا أن يتأخر عنها.

⁴⁹ وهي الفصول: من 479 إلى 482

و قد حددت المادة الثانية من القانون أحوال الاستفادة في:

- تأخير تنفيذ المقرر القضائي المحدد للنفقة أو تعذره .

- إثبات عوز الأم المطلقة.

وأما الفئة المستفيدة من الصندوق فقتصرت على الأم المعوزة المطلقة، ومستحقي النفقة من الأطفال بعد انحلال ميثاق الزوجية. وحدد مبلغ الاستفادة المخصص للفرد الواحد فيما لا يتجاوز قيمة 350 درهم، على أن لا يتجاوز مجمل المبلغ في حال تعدد المستحقين من الأسرة الواحدة مبلغ 1050 درهم.

ويبقى الحكم على هذه الوسيلة البديلة أمرا سابقا لأوانه ، لأن العمل القضائي هو مختبر القوانين وهو الكفيل بكشف قصور هذه الوسيلة أو نجاعتها، و إن كنا نظن أن بوادر النقص في هذا المقتضى مما لا تخطئه عين .

- الإمساك عن النفقة لعذر:

قد يكون موجب توقف الأب عن نفقة ابنائه سقوط تلك النفقة عنه شرعاً أو موت أحد الطرفين أو تحقق عذر مانع وفق قاعدة "لا تجب نفقة الغير إلا بعد تحقق كفاية النفس". لكننا لا نقصد هنا إلا الامتناع الذي يكون بسبب إعسار الزوج مع تتحقق بيسار الزوجة، فهل تسقط هذه النفقة اعتباراً لكونها لا تجب على غير الأب أم تقوم الأم الموسرة مقام زوجها أو طليقها المعسر ؟

قبل بيان جديد المدونة لابد من التنبيه إلى أن لبعض الفقهاء المتقدمين بسطاً وافياً للمسألة مع تعليل رصين، ولعل أقواها مذهب ابن حزم الذي يقول: "إن عجز الزوج عن نفقة نفسه و امرأته غنية كلفت النفقة عليه، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إن أيسر.. برهان ذلك قول الله عز وجل (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها، ولا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده و على الوارث مثل ذلك) قال: الزوجة وارثة فعليها النفقة بنص القرآن"⁵⁰. أما ما اختارته المدونة، فإنه مضمن في المادة 199 التي جاء فيها : "إذا عجز الأب كلياً أو جزئياً عن الإنفاق على أولاده ، وكانت الأم موسرة وجب عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه أب". ويستفاد من ذلك أن الأب كلما أثبتت عسره وكانت الأم موسرة إلا وصارت هي الملزمة بنفقة أولادهم . والأدهى من ذلك أن كل امتناع منها يستوجب تطبيق أحكام إهمال الأسرة في حقها لعموم المادة 202 و لتشديد المادة 4 من المدونة على مشاركة الزوجة زوجها في رعاية الأسرة.

5- النفقة على الوالدين:

اختلاف الفقهاء في الأصل الذي تلزم به هذه النفقة؛ فذهب الحنفية إلى أن نفقة الآباء واجبة على أبنائهم وجوباً عاماً وإن علوا، وأن على الولد الإنفاق على أبيه وجده لأبيه وجده لأمه أيضاً بشرط الإعسار. بينما ذهب الشافعية و المالكية إلى أن النفقة الواجبة هي النفقة المنصوصة، وهي التي تحصر في الوالدين والمولودين، أما من سواهم فإنه ما لم يلحق في الولادة وأحكامها فإنه لا يلحق في وجوب النفقة . وذهب الحنابلة إلى وجوبها على كل وارث للمنافق بفرض أو بعصب إن كان من غير عمود النسب أي من غير الأصول والفروع، إلا أن نفقة الوالدين تجب على الأولاد

عندهم بشرط ثبوت عسرهم وعجزهم عن الكسب، كما اشترطوا أن يفضل من قوته وقوته زوجاته وأولاده ودابته وخدمته المحتاج إليهما، فإن لم يفضل منه شيء فلا تجب عليه نفقتها . ولقد اختارت مدونة الأسرة مذهب المالكية فقصرت المستحق على الآباء المباشرين الذين ثبت عسرهم، وأن المحكمة لا توجبها إلا من تاريخ الطلب.

غير أن المادة 203 جعلت الإلزام بها تضامناً بين الأبناء بحسب بيسيرهم لا بحسب إرثهم، فلا تطبق - مثلاً - قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين؛ فقد يكون للبنات مال أظهر وأوفر من أخيها الذكر فيعد القاضي إلى إلزامها بأكثر مما ألزمها به أو قد يلزمها هي وبعض أخواتها ويعفي البعض الآخر من ثبت لديه إعسارهم.

6- نفقة الالتزام (بالإرادة المنفردة):

تبني هذه النفقة على قاعدة "من التزم بشيء لزمه" المؤسسة على أمر الله تعالى العام في الآية الأولى من سورة المائدة (يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعهود) . فمن التزم نفقة الغير لمدة محددة لزمه ما التزم به، ولا يسقط عنه إلا بالعجز أو الوفاة غير أن نفقة الالتزام لا تترتب علينا في ذمة الملتم إلا بعد أن يفي ماله بحاجات نفسه و حاجات نفقة الزوجية والأقارب، تأسيساً على قواعد التقديم عند التزاحم.

ووضحت المادة 205 من مدونة الأسرة أن هذا الالتزام قد تكون مدته محددة وقد لا تكون؛ فإن كانت محددة لزمت الملتم إلى تمامها، أما إن كانت غير محددة ووقع خلاف بسبب ذلك عمدة المحكمة إلى تحديدها بناء على العرف وقاعدة لا ضرر ولا ضرار