

نسب الحمل الناشئ أثناء الخطبة دراسة لإشكالات المادة 156 من مدونة الأسرة(1).

البشير عدي
كلية الحقوق أكادير

أثارت مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة جدلا واسعا بين المشتغلين و المنشغلين بالشأن الأسري، و فتحت المجال بصياغتها المرتبكة و عدم مراعاتها لسياقاتها الشرعية و التشريعية، و بتداخلها و تعارضها مع مقتضيات العديد من موادها، لتعدد الآراء و اختلافها بشأن ما تثيره من إشكالات إلى حد التعارض و التناقض، إن على المستوى الفقهي النظري، أو على مستوى العمل القضائي المواكب لتنزيلها على أرض الواقع.

فوصل الأمر ببعض العمل القضائي في المادة الزجرية إلى حد تقرير إباحة الاتصال الجنسي الرضائي بين طرفي الخطبة، وامتدت الأطماع إلى حد المطالبة القضائية بالتعويض الاتصال الجنسي بعد العدول عن الخطبة، و تعالت الأصوات للمطالبة بتمتع الخطبة بحصانة الزوجية، و تمتع الخاطب و المخطوبة بما يتمتع به القانون الجنائي الزوجين، من استثناءات زجرية وظروف تخفيف.

و سنتناول أبرز الإشكالات التي تطرحها هذه المادة، من خلال مبحثين نخصص أولهما لنسب الحمل الناشئ عن الخطبة قبل مدونة الأسرة، و الثاني لنسب الحمل الناشئ عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة.

¹ الدراسة جزء من مؤلف قيد الطبع تحت عنوان: الخطبة و إشكالاتها الفقهية و القانونية.

المبحث الأول: نسب الحمل الناشئ أثناء الخطبة قبل مدونة الأسرة

إذا كان النظر كما أسلفنا في المبحث التمهيدي، محدوداً وبشروط، وكانت الخلوة المنفردة محرمة نظراً لطبيعة العلاقة التي تربط الخاطب بالمخطوبة، والتي تسري عليها أحكام علاقة الأجنبي بالأجنبية، فإن أي معايشرة أو مباشرة بينهما تعتبر غير شرعية وتترتب عليها أحكام الزنا، ما لم تكن المخطوبة مكرهة أو مغرراً بها(2).

يقول الأستاذ إبراهيم بحماني، معلقاً على مضمون المادتين السادسة و السابعة من مدونة الأسرة: " ويفهم من هاتين المادتين أن الخطبة ليست زواجا وهو ما نصت عليه سابقا مدونة الأحوال الشخصية في الفصل 2، ولكن هذه العبارة حذفت في مدونة الأسرة، ورغم حذفها فإن المشرع لم يبيح للخطيبين الاتصال جنسيا ببعضهما قبل عقد الزواج، لأن ذلك الاتصال قبل العقد يعتبر زنا من الناحية الشرعية." (3).

وكل حمل نتج عن ذلك تسري عليه أحكام الحمل في سفاح، ولا يترتب عنه أي أثر من آثار الزواج بما في ذلك النسب ولو أقر الخاطب بكون الحمل منه. وهذا ما عليه جمهور الفقهاء(4)، وجرت به الفتوى في المغرب كله، كما هو الشأن في الربوع السوسية.

ففي أجوبة العلامة محمد بن أحمد الحضيكي: "وسئل عن رجل تزوج امرأة فولدت عنده لأربعة أشهر وقبل الولد، واعترف أنه يطأها بعد الخطبة و القبول، هل يلحق الولد لقبوله إياه و اعترافه أم لا؟ وهل تحل بهذا النكاح أم لا بد من عقد آخر أو لا يحل له أصلا؟ فأجاب الحمد لله تعالى وعليكم السلام، أما بعد فلا خلاف في فسخ هذا النكاح... والولد

2 أو كان الخاطب غير بالغ، أو كانت المخطوبة صغيرة لا يوطئ مظلها.

3 الأستاذ إبراهيم بحماني " من أهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق مدونة الأسرة بشات الخطبة " عرض مقدم للندوة الجهوية الثانية للذكرى الخمسينية لإنشاء المجلس الأعلى المقامة بمدينة مكناس مارس 2007. ص51.

4 خلافا لبعض فقهاء الصحابة و التابعين الذين يقولون بإمكانية استلحاق ولد الزنى، كعروة بن الزبير و سليمان بن يسار و الحسن البصري و إسحاق بن راهويه، و هو مذهب العلامة ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، وفي ذلك يقول هذا الأخير: " ... كان إسحاق بن راهويه يذهب إلى أن المولود من الزنى إذا لم يكن مولودا على فراش يدعيه صاحبه، وادعاه الزاني ألحق به. و أول قول النبي صلى الله عليه و سلم: " الولد للفراش " على أنه حكم بذلك عند تنازع الزاني و صاحب الفراش. وهذا مذهب الحسن البصري، رواه عنه إسحاق بإسناده في رجل زنى بامرأة فولدت ولدا فادعى ولدها فقال: " يجلد و يلزمه الولد". وهذا مذهب عروة بن الزبير و سليمان بن يسار، ذكر عنهما أنهما قالا: " أيما رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له، و أنه زنى بأمه و لم يدع ذلك الغلام أحد فهو ابنه"، و احتج سليمان بأن عمر بن الخطاب كان يليط (أي: يلحق) أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام". زاد المعاد في هدي خير العباد. ج4 ص214/215.

غير لاحق" (5).

فلا لحوق ولو أقر الخاطب بالوطء بعد الخطبة والقبول واعترف بالحمل.
أما إذا أنكر أن يكون الحمل منه، فلا تثار مسألة اللحوق أصلاً ولو اشتهرت الخطبة وعلمت، بل ولو حصل الإيجاب والقبول بين الطرفين وحدهما على انعقاد النكاح.
ففي أجوبة العلامة العباسي: "وسئل عن امرأة طلبها أخو الهالك عنها بالتزويج، ثم ظهر بها حمل وزعمت أنه دخل عليها يوماً وقال: قد وقع عقد النكاح بيننا هذا اليوم وأنت زوجتي، وراودها عن نفسها فقالت له: لا علم لي بذلك، فقال لها إذا حضرت العقد فلا يضر عدم علمك به، وزعمت أنه صادق وطاوعته بما راودها به فحملت منه، فلما ظهر لها عدم صدقه اشتكت على بعض جيرانها بذلك، هل يسقط عنها الحد بما ذكرت أم لا؟ والمدعي عليه أنكر، هل عليه يمين أم لا؟ فأجاب رضي الله عنه: يقبل قول المذكورة فيما ادعته من العذر فور ظهور عدم الصدق لها، وذلك شبهة تدرأ عنها الحد. والله أعلم." (6).

ولا عبرة في لحوق النسب قبل العقد بالإيجاب والقبول، ولا بالاعتراف بالوطء والحمل، ولا عبرة للعقد الحاصل بعد الوطء إلا بعد الاستبراء، بل إن مجرد المباشرة من غير إيلاج يوجب الاستبراء للشبهة. ففي أجوبة المتأخرين للعلامة عبد الله بن إبراهيم التملي: "جوابكم عن رجل يخطب امرأة فوقق بها قبل أن يعقد عليها النكاح بين فخذيهما، ثم تزوجها بعد ذلك قبل استبراء وولد معها أولاد (7) ثم طلقها وارتجعها، هل نكاحه صحيح أم لا؟

فأجاب أن النكاح المذكور غير صحيح لتزوجه لها قبل الاستبراء من الوطء المذكور، لاحتمال أن يسري الماء إلى المحل، ثم إن تحقق أن الأولاد من مائه بعد أن تحيض لحقوا به، وإن كانوا مما قبل الحيضة لم يلحقوا به." (8).

وهذا ما درج عليه القضاء الشرعي ببلادنا، حيث جاء في حكم للقاضي العماري بهذا الصدد ما نصه: "إذا أقر كل من الرجل و المرأة بمعاشرتهما لبعضهما مدة دون عقد نكاح صحيح و لو كانا قد

⁵ أجوبة الحضيكي، م س، ص 41/40.

⁶ أجوبة العباسي. م س ص 62.

⁷ كذا في الأصل و الصواب أولاداً.

⁸ أجوبة المتأخرين للعلامة عبد الله بن إبراهيم التملي مخطوط بالخزانة الأزاريقية. ص 53.

اتفقا على الزواج برضا والد المرأة، فيعتبر هذا منهما إقرارا بالزنا. " (9).

و هو ما استقر عليه العمل القضائي بالمغرب إلى غاية دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق، ولم يعرف من الفقهاء مخالف، إلا ما كان من الفقيه محمد الجواد الصقلي الحسيني، في حاشيته على مدونة الأحوال الشخصية حيث يقول: "إذا ظهر حمل بالخطيبة قبل الإشهاد بالعقد أو وضعت الحمل بعد الإشهاد لأقل من ستة أشهر، فالحكم اللحوق بالخطيب بشروط أربعة وهي: إذا أمكن اتصال الخطيب بالخطيبة، وتوفرت الخطبة على الإيجاب والقبول، وفشا بينهما، ولم ينف ذلك الحمل أو الولد بلعان، و إلا فلا لحوق." (10).

ويؤيده في هذا الأستاذ الغازي الحسيني ويعلل ذلك بقوله: "والعلة في ذلك هي أن العقد الرضائي قد تحقق بين الخطيبين، و خصوصا عندما تتوالى الخلوات بينهما في الحضر و السفر، و تطول العشرة، فكل ذلك دليل على أنهما زوجان في الواقع، لأنهما يتعاشران معاشرة الأزواج." (11).

وفي هذا الاتجاه تقريبا يسير الدكتور الخليلي حيث يقول: "في حالة الحمل وإبرام عقد الزواج فعلا أمام عدلين يلحق الولد بالزوج، وإن تم وضعه في أقل من ستة أشهر من إسهاد العدلين لأن توثيق العقد واعتراف الأب يؤكدان وجود الإيجاب والقبول قبل الاتصال الناتج عنه الحمل و هما كافيان لإثبات النسب." (12).

ويرى الأستاذ أحمد باكو إمكانية التوسع في هذا الرأي ليشمل حالة المرأة التي تحمل نتيجة لوعده كاذب بالزواج، حيث يقول بهذا الخصوص: "وأميل شخصيا إلى التوسع في هذا الرأي ليشمل حالة المرأة التي تحمل نتيجة لوعده كاذب بالزواج، يستعمله المغرر بها لاستدراجها إلى وطره و أولى إذا كان صادقا في وعده، ثم بدا له أن ينكل عنه، عند ظهور الحمل، وهي ظاهرة شائعة عمت بها البلوى في عصرنا، كما يقال، فكان لا بد من علاج وحل قانوني لإنقاذ ما يمكن إنقاذه من أنساب عشرات المواليد الذين يخرجون إلى الوجود بسببها فتضيع أنسابهم بغير حق" (13).

⁹ مجموعة الأحكام الشرعية للقاضي الحسن بن الحاج العمارتي. مراجعة و تعليق و تقديم و تقديم ذ عبد العالي العبودي. المركز الثقافي

العربي الدر البيضاء ط1/1991، ص 128.

¹⁰ انظر أحمد الغازي الحسيني: الولد للفراس "، م س، ص 47.

¹¹ نفسه، ص 45.

¹² التعليق، م س، ص 36.

¹³ الأستاذ أحمد باكو: "الإشهاد على الزواج بمقتضى الفصل 05 من مدونة الأحوال الشخصية" تعليق على قرار للمجلس الأعلى.

منشور في مجلة المحاكم المغربية عدد 59 ص 39.

ومع أن هذا الرأي الفقهي قد تحمس له العديد من المهتمين بالشأن الأسري، إلا أنه لم يعرف طريقه للتقنين رغم تبنيه من طرف واضعي مشروع تعديل مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1981 بعدما نصت المادة 191 منه على أنه: "إذا ثبت أن الخطيب يخلو بالخطيبة خلوة كاملة وقبل الإشهاد و ظهر بها حمل فيلحق الحمل بالخطيب ما لم يثبت ما ينافي ذلك"، دون أن يتم الأخذ به بمناسبة تعديل مدونة الأحوال الشخصية سنة 1993. (14).

و كان محل رفض و تصد من قبل المجلس الأعلى في العديد من قراراته و التي جاء في بعضها بهذا الشأن: "لما كانت المحكمة قد تأكدت من أن المرأة وضعت مولودها بعد الزواج بأربعة أشهر فقط وألحقت مع ذلك نسب هذا المولود بالزواج بناء على ما ثبت من أنه كان يعاشرها معاشرة الأزواج قبل أن يعقد بها أخذا بالنظرية الفقهية القائلة بجواز اعتبار الحمل الذي يظهر بالخطيبة قبل أن يعقد عليها الخطيب ولحقوق النسب بالخطيب إذا أمكن الاتصال، تكون المحكمة بصنيعها هذا قد خالفت أصول الفقه المعمول به والحديث الشريف الولد للفراش أي للعقد الصحيح بعد إمكان الوطء وجاءت به لسته أشهر من العقد" (15). بعدما اعتمده أحكام يتيمة صادرة عن بعض محاكم الموضوع دون سند قانوني، كما هو الحال في الحكم الصادر عن استنافية الجديدة و الذي جاء فيه: " إن عقد الزواج بين الطرفين عقد صحيح و ليس عقدا فاسدا لتحريره في وقت كانت فيه الزوجة حاملا، لثبوت تقدم العقد الرضائي بينهما و معاشرتهما معا معاشرة الأزواج بعد فترة الخطوبة، لأن تأخر العقد الشكلي على العقد الرضائي لا يضر، و لأن الفقه الحديث أخذ بالمبادئ الشرعية و اعتبر الحمل الذي يظهر بالخطيبة قبل الإشهاد بالزوجية يكون لاحقا بالخطيب". (16).

14) نظر: د. عبد المجيد غميحة: موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية. ص 537. وقد انتقد الدكتور محمد الكشور هذا الرأي قائلا: "فبالإضافة إلى أنه لا يدخل في الاعتبار باقي شروط الزواج الأخرى" من ولاية و صداق وإشهاد، فهو يخرق قاعدة الولد للفراش ثم أنه ينزل الخطبة منزلة الزواج والقاعدة شرعا و قانونا أنها وعد بالزواج و ليست بزواج". قانون الأحوال الشخصية، م س، ص 400.

15) مدونة الأسرة و العمل القضائي، ذ محمد بفقير، ص 18.

16) وهذا ما كانت عليه بعض محاكم الموضوع في تونس حيث قضت ابتدائية سوسة مثلا بثبوت نسب مولود أثناء الخطبة في الحكم الصادر عنها بتاريخ 1970/05/04، تحت عدد 15249 و الذي جاء فيه: "وحيث إن الوقائع تفيد أن المدعي أعلن رغبته في الزواج بالمرأة، و بعد الاستشارة اتفقا على ذلك و اندفعا في هذا السبيل كخطيبين و أصبحا يتصلان ببعضها علانية و يتزوران و يختليان بمحلها على هذا الأساس... و طالت المخالطة بينهما على هذه الصورة مدة تزيد عن الست سنوات إلى أن ولد الطفل المطلوب إلحاق نسبه بالعارض..

وحيث إن القانون يعتبر انعقاد الزواج بتراضي الطرفين و اتفاقهما عليه، و نتيجة لذلك كان الاتصال الجنسي الواقع بعد الانعقاد الحاصل بدون إشهاد، لا تعتبر ثمرته حاصلة من سفاح و إنما تعتبر ناتجة عن علاقة غير صحيحة قانونا و يثبت بها نسب الولود".

المبحث الثاني: نسب الحمل الناشئ أثناء الخطبة في ظل مدونة الأسرة.

بتقنين مدونة الأسرة ، تبنى المشرع المغربي رأي الفقيه محمد الجواد الصقلي الحسيني، و مناصريه في هذا المضممار(17)، وذلك بالتنصيص في المادة 156 من مدونة الأسرة ، على أنه: "إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج، و ظهر حمل بالمخطوبة ينسب للخاطب للشبهة إذا توفرت الشروط التالية:

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

ب- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة.

ج- إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما.

تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن.

إذا أنكر الخاطب أن يكون الحمل منه أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات

النسب".

فهذه المادة تخول إثبات النسب للحمل الناشئ أثناء الخطبة بالشروط التي حددتها أعلاه.

غير أنه وبإمعان النظر في محتوى هذه المادة يتضح مدى الارتباك الحاصل في صياغتها، فضلا عن

تداخلها وتعارضها مع مقتضيات العديد من مواد المدونة ذاتها(18).

فتارة تتحدث عن خطبة، وأخرى عن زواج حالت ظروف قاهرة دون توثيقه، وتارة تصف المرأة فيها

بالزوجة وأخرى بالخطبية.

و القراءة المتأنية لمقتضيات هذه المادة تضعنا أمام احتمالين:

كما قضت أيضا إحدى محاكم الاستئناف بتونس بإثبات نسب بنت بعد إلغاء الحكم الابتدائي القاضي برفض الطلب على أساس كون بنت زنى وعللت قرارها بكون المدعى عليه أقر في محاضر البحث الجنائي أنه سبق و أن وعد المدعية بالزواج مما حدا بها إلى تمكينها من نفسها، معتبرة أن مجرد اتفاق الطرفين على الزواج يكفي لإثبات نسب البنت دون الحاجة إلى توفر زواج شرعي.

غير أن محكمة التعقيب التونسية نقضت الحكم واعتبرته مشوبا بضعف التعليل ومخلا بالقانون إخلالا فاحشا، معتبرة البنت المراد إثبات نسبها نتيجة اتصال جنسي غير شرعي، وعلى أساس علاقة خناء أكدتها المعقب ضدها ونفاها الطاعن ولم يكن على أرضية فراش شرعي جمع بين الأب و الأم أي زواج شرعي كيفما كان وجه انبرامه. " . نقلا عن: د. عبد المجيد غميحة، م س، هامش الصفحتين 541/542.

17 انظر الأستاذ إبراهيم بحماني " من أهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق مدونة الأسرة بشأن الخطبة " عرض مقدم للندوة الجهوية الثانية للذكرى الخمسينية لإنشاء المجلس الأعلى المقامة بمدينة مكناس مارس 2007 . و الدكتور محمد الكشور في كتابه شرح مدونة الأسرة ج 01 ص 128 هامش 65 حيث يذهب إلى أن الآراء السابقة هي التي تبناها المشرع المغربي فقي صياغة المادة 156 من مدونة الأسرة.

(18) أنظر: الأستاذ عبد الرحمان اللمتوني: إثبات النسب بشبهة خلال مرحلة الخطبة، م س، ص 131 وما بعدها.

الأول: أن المادة تتحدث عن حالة قيام علاقة زواج مستجمعة لكافة عناصرها باستثناء الصداق والتوثيق، فيكون الإيجاب والقبول الذي تحدثت عنه المادة منصبا على الزواج الذي حالت ظروف القاهرة دون توثيقه. وهو ما توحى به عبارات من قبيل: "وحصل الإيجاب و القبول"، و: "وحالت ظروف القاهرة دون توثيق عقد الزواج" و: "ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء".

- الثاني أن المادة تتحدث عن الخطبة وهو ما توحى به عبارات: "وظهر حمل ينسب للخاطب"، و"إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة"، و"إذا أقر الخطيبان"، فلم يتحول الخاطب إلى زوج ولم تتحول المخطوبة إلى زوجة، رغم حصول الإيجاب والقبول وحيلولة ظروف القاهرة دون توثيق عقد الزواج. وقد أدى ما ذكر إلى خلاف جذري في تأويل وتنزيل مقتضيات هذه المادة بين أهل الفقه و رجال القضاء، وفي تحديد أساس الشبهة التي يثبت بها النسب بمقتضاها.

و سوف نتناول بالدرس هذه المسألة من خلال ثلاثة مطالب نتناول في الأول التكييف الفقهي و القانوني لهذه المادة، و نتحدث في الثاني عن أساس الشبهة المنصوص عليها فيها و عن موقف الفقه و القضاء من الشروط الواردة فيها، و نتناول في الثالث علاقة هذه المادة بمقتضيات نصوص القانون الجنائي ذات الصلة.

المطلب الأول: التكييف القانوني لمقتضيات المادة 156 .

يتأرجح التكييف الفقهي و القانوني لمقتضيات هذه المادة بين الزواج غير الموثق و الخطبة، حيث يذهب اتجاه فقهي و قضائي ، وهو الغالب، إلى أن الأمر يتعلق بزواج صحيح لا ينقصه سوى التوثيق. بينما يذهب اتجاه مقابل إلى أن الأمر لا يتعلق سوى بمجرد خطبة، قد تكون في أحسن الأحوال خطبة من نوع خاص. وقد سبقت الإشارة إلى دور الارتباك الحاصل في صياغة هذه المادة ، وكذا تداخل مقتضياتها وتعارضها مع مقتضيات العديد من مواد المدونة، في الخلاف القائم بهذا الشأن فقها و قضاء. غير أن تفسير محل الإيجاب و القبول المذكورين في المادة، هو أهم الأسس التي يبني عليها كل فريق رأيه و ينتصر به لمذهبه في المسألة، وسنعرض لكلا الموقفين على النحو الآتي:

البند الأول: التكييف على أساس الزواج غير الموثق.

ذهب أغلب الفقه إلى أن المادة تتحدث عن حالة قيام علاقة زواج مستجمعة لكافة عناصرها باستثناء الصداق والتوثيق، فيكون الإيجاب والقبول الذي تحدثت عنه المادة منصبا على الزواج الذي حالت ظروف القاهرة

دون توثيقه.

وفي هذه الحالة فإننا نكون إزاء زواج تفويض لم يسم فيه المهر ولم يتم توثيقه، وهو زواج يثبت به النسب دونما حاجة إلى الشبهة. خاصة وأن المدونة لم تشترط تسمية الصداق واكتفت بالتنصيص على عدم الاتفاق على إسقاطه من جهة، وتماشيا مع المستقر عليه في المذهب من كون الإشهاد شرطا في الدخول لا في العقد، والنسب يثبت وإن حصل الدخول من غير إشهاد، من جهة ثانية.

ففي قرار للمجلس الأعلى: "ينعقد الزواج بالإيجاب و القبول، و إن عدم توفر شروط صحة الزواج المنصوص عليها في الفصل الخامس، لا يتنافى مع ثبوت ركن العقد الذي يترتب عليه في حالة عدم توافر شروط صحته آثار النكاح الفاسد، التي من جملتها وجوب النفقة قبل الحكم بفسخه وثبوت نسب الولد." (19).

ويرى هذا التيار أن الإيجاب و القبول المذكورين في هذه المادة منصبان على إرادة إنشاء عقد الزواج، فنكون أمام زواج صحيح حالت ظروف قاهرة دون توثيقه، فيثبت به النسب للشبهة بتوفر الشروط المذكورة في المادة ويتنفي بانتفائها.

وفي هذا الشأن يقول الدكتور محمد الكشور: "وعليه فبالقراءة المتأنية لهذا النص التشريعي يتضح أنه يشترط لإثبات النسب...: - أن يوجد إيجاب و قبول بين المخطوبين بشأن إبرام عقد الزواج، والإيجاب و القبول هو الذي يقرب الخطبة في الحالة التي نحن بصدددها من عقد الزواج، لأنهما يمثلان مجتمعين الركن الأساسي لذلك العقد...." (20).

وعلى هذا النحو أيضا يفسر الأستاذ الأزهر مقتضيات هذه المادة حيث يقول: "... والمشرع هنا اشترط ضرورة اقتران الإيجاب بالقبول، وما دام كذلك فإن الزواج يكون صحيحا إذا توفرت شروط صحته، تبقى مسألة التوثيق هي من الشروط الشكلية للعقد..." (21)

و هذا ما تجنح إليه الأستاذة حفيظة توتة بقولها: "أوجدت المادة 156 من مدونة الأسرة إطارا تشريعا لإثبات النسب يتجلى في..... الانتقال إلى مرحلة الزواج بتبادل الإيجاب والقبول، إلى قيام أسباب قاهرة

(19) قرار عدد 74 و تاريخ 12 ماس 1973. نقلا عن: إدريس بلمحجوب: الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، 9 شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع الرباط ط1/1995 ص. وأمام هذا الوضع القائم، فإن مقولة الأستاذ الممتوني: "إذا كانت علاقة السفاح التي تقوم بين رجل وامرأة في السر لا تستمد شرعيتها من أي قانون أو شرع سماوي فإنه لا يمكن أن تسوى بالعلاقة التي اشتهرت و ظهر أطرافها بمظهر الأزواج أمام الناس، و توفرت فيها نفس الأركان التي يتطلبها عقد الزواج الصحيح ولا ينقصها إلا توثيق العقد"، م س، ص 125. هي من المسلمات فقها و قضاء منذ زمن بعيد. ولا ننتظر هذه المادة للفت الأنظار إليها.

(20) د. محمد الكشور: البنية و النسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية، ص 78/76.

(21) د. محمد الأزهر: شرح مدونة الأسرة، ج 1 ص 245/244.

حالت دون سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه...، وفي هذا الإطار يعاشر كل منهما الآخر معاشرة الأزواج، لأن عقد الزواج تحقق في جانبه الرضائي بالنسبة لهما، فيظهر بالمخطوبة أو يزداد لها ولد، فينسب للخاطب للشبهة،....." (22).

وهو ما انتهى إليه كذلك الدكتور عبد الخالق أحمدون، القائل بهذا الشأن: " يبدو من خلال هذه المادة أن الأمر يتعلق بزواج استوفى أركانه الشرعية ولكنه لم يوثق لظروف قاهرة حالت دون ذلك" (23).

وبهذا يقول العديد من الباحثين القضاة كالأستاذ عبد الرحمان اللمتوني الذي يقول بهذا الصدد: "والحقيقة أن ما تضمنته المادة 156 من مدونة الأسرة لا يختلف في شيء عن أحكام عقد الزواج الصحيح، ذلك أن الفصل المذكور يتطلب توافر الإيجاب والقبول وهما ركنا عقد الزواج، ويتطلب اشتهاار الخطبة وموافقة الولي وهما شرطان من شروط صحة عقد الزواج. ومتى توفرت الأركان و الشروط المذكورة لم يبق لقيام عقد الزواج سوى تسمية الصداق و توثيق العقد لدى عدلين منتصبين للإشهاد." (24).

وهو ما يؤكد بهجاء القاضي الباحث الأستاذ يونس زهري بقوله: " إن عبارة حصول الإيجاب و القبول تنصرف للزواج لا إلى الخطبة، ذلك أن المشرع عند تنظيمه للخطبة لم يتحدث فيها عن الإيجاب و القبول، و إنما اعتبرها تواعدا بالزواج وأن تطابق الإيجاب و القبول، معناه انعقاد الزواج استنادا إلى مقتضيات المادة العاشرة من مدونة الأسرة... وعلى ضوء ما ذكر نخلص إلى أن المشرع و لو أنه استعمل عبارة الخطبة في المادة 156 فهو يقصد بها الزواج غير الموثق."

وهذا هو موقف المجلس الأعلى من المسألة، كما يتضح من خلال قراراته الصادرة في هذا الشأن و التي جاء في أحدها: "البيّن من تصريحات الشهود وجود الخطبة واشتهارها بين الناس دون أن تكون في هذه التصريحات ما يفيد انعقاد الزواج بحصول الإيجاب والقبول وبالشكل المقرر قانونا إذا تمت الخطبة وحصل حمل من المخطوبة ينسب للخاطب بشروط، والتي كان على المحكمة أن تتحقق من توفرها وتترتب عليها آثارها بدل أن تطبق مقتضيات المادة 16 من مدونة الأسرة التي لا يوجد في تصريحات الشهود ما يفيد تحقق شروطها فخرقت بذلك القانون." (25).

ومع أن هذا الرأي أقرب إلى الصواب و أظهر حجة من غيره، إلا أنه يصطدم مع ما كرسه المدونة بمقتضى المادة السادسة منها و التي تنص على أنه: " يبقى الطرفان في مرحلة الخطبة إلى حين الإشهاد على

(22) ذة حفيظة توتة المادة 156 من مدونة الأسرة بين النص والتطبيق، مجلة محاكم مراكش، العدد 1، مارس 2007 ص 65.

(23) عبد الخالق أحمدون: الزواج والطلاق في مدونة الأسرة، مطبعة طوب بريس بالرباط، الطبعة الأولى 2006، ص 261.

(24) ذ. عبد الرحمان اللمتوني، م س، ص 129.

(25) قرار صادر بتاريخ 18 /3/ 2009 نشرة قرارات المجلس الأعلى -غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 4-2010.

الزواج. "والمقتضى المادة السادسة عشرة، التي تنص من جهة على كون عقد الزواج هو الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج ، ومن جهة أخرى مع تحديدها خمس سنوات من دخولها حيز التنفيذ حدا أقصى لسماع دعوى ثبوت الزوجية، دون الحديث عن مآل مقتضيات هذه المادة بعد انصرام أمد الفترة الانتقالية لسماع دعوى ثبوت الزوجية.

هذا فضلا عن كون مقتضيات المادة لا ترتب عن هذه العلاقة بعد استجماعها للشروط المذكورة، غير ثبوت النسب دون باقي آثار الزوجية الأخرى.

البند الثاني: التكييف على أساس الخطبة

في مقابل الموقف الأول يعتبر بعض الباحثين و منهم بعض قضاة الموضوع الممارسين بأقسام قضاء الأسرة، أن الإيجاب و القبول في هذه المادة منصبين على إرادة إنشاء الخطبة في حد ذاتها كدلالة على تمام الخطبة، وفي ذلك يقول أحدهم: "إذا كان مشروع المادة 156 قد راعى توجيه قواعد النسب من التيسير، وعمد للبحث عن مصلحة الأبناء في أن لا يجرموا من رابطتهم من رابطتهم بأبائهم رابطة شرعية حتى عند الخطبة فإنه حدد لذلك فروضا و أوجب شروطا لا يثبت النسب بدونها، ونجملها في تمام الخطبة... بتبادل الإيجاب والقبول...، والخطبة لا تعتبر متحققة في غياب تبادل للإيجاب والقبول، إيجاب يمثل وعدا بالزواج و قبولاً به،... لأجل ما ذكر فإن تبادل الإيجاب والقبول لا يفترض فيهما ما يفترض في عقد الزواج،... وما توصلنا إليه يساندنا فيه ما نص عليه مشروع المدونة نفسه في المادة السادسة منها أنه: "يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج" (26).

و ما أشار إليه هذا الباحث من كون الخطبة لا تعتبر متحققة في غياب تبادل للإيجاب و القبول- وإن كان غير مسلما به على إطلاقه، اعتبارا لتحقق الخطبة لغة و عرفا بمجرد إيجاب الخاطب- ، فهو لا ينطبق على مفهوم الخطبة وفق مقتضيات مدونة الأسرة عموما، ولا على مفهوم تمام الخطبة وفق مقتضيات المادة 156 على وجه الخصوص.

إذ إن تعريف الخطبة بمقتضى المادة 5 من المدونة بالتواعد، يفيد تطابق الإرادتين بتبادل الإيجاب و القبول. فيكون مجرد إطلاق لفظ الخطبة دون ذكر التمام في المادة 156 ، كاف للدلالة على حصول الإيجاب و القبول.

26 ذ. رشيد حيايي: إثبات النسب للشبهة، عرض ألقى ضمن برنامج المائدة المستديرة، بمحكمة الاستئناف بالرباط في موضوع مستجدات مدونة الأسرة و تطبيقاتها العملية. العدد 2010/2 ص44/46 بتصرف.

أما و الحال أن المشرع قرن الخطبة في هذه المادة بالتمام بالقول: "إذا تمت الخطوبة"، باعتبار التمام تعبيرا عن قبول الطرف الثاني بعد إيجاب الأول. فإن ذلك يفيد قطعاً قيام الإيجاب و القبول، ويغني عن ذكرهما و التأكيد عليهما بعد ذلك، لأن الخطبة لا تصير تامة إلا بحصولهما.

واعتباراً لكون المادة تتحدث عن حصول الإيجاب و القبول بعد تمام الخطبة، بقولها: " إذا تمت الخطوبة و حصل الإيجاب والقبول..."، فلا يمكن القول إلا أن حصول الإيجاب و القبول يتجاوزان مرحلة الخطبة، ولا يتعلقان بها.

وما ذكره من السند بشأن مقتضيات المادة السادسة من المدونة بقولها: "يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج"، وإن كان حقيقة بادية للعيان ، فإنه لا يمكن أن يحجب حقيقة أخرى تجد سندها في مقتضيات الفقرة الأولى من المادة الخامسة من المدونة التي تعرف الخطبة بالتواعد بقولها: " الخطبة تواعد رجل و امرأة على الزواج"، مفاد هذه الحقيقة أن الإيجاب و القبول المذكورين في المادة 156 يتجاوزان مرحلة الخطبة و لا يتعلقان بها .

و يذهب بعض الباحثين، إلى حد القول أن هذا الإشكال لا ينبغي طرحه أساساً لأن المادة تتحدث من بدايتها إلى نهايتها عن الخطبة و لا مكان فيها للزواج، و أن أي تفسير يتبنى رأياً مخالفاً ، هو تفسير مغالى فيه و يحمل النص أكثر من دلالاته وطاقته (27).

و لا ندري عن أي دلالة يتحدث هذا الباحث، فالدلالة اللغوية و القانونية فضلاً عن الشرعية و المنطقية، لا تفيد سوى ارتباط الإيجاب و القبول بالزواج، أو على الأقل لا تفيد مطلقاً ارتباطهما بالخطبة. لأن دلالة مصطلح الخطبة في مفهوم مدونة الأسرة، فضلاً عن دلالة تمامها في اصطلاح الفقه القانوني، يعني في حد ذاته قيام الإيجاب و القبول، دونما حاجة إلى تأكيدهما بالنص. وإلا لكان تعريف المدونة للخطبة بالتواعد غير ذي معنى و لا دلالة له، و لكان تمييز الفقه للخطبة المجردة عن الخطبة التامة، مجرد لغو و ترف فقهي ليس إلا.

فتعريف المدونة كما أسلفنا للخطبة بقولها في الفقرة الأولى من مادتها الخامسة: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج"، يعني قيام الإيجاب و القبول، لأن التواعد يكون بين طرفين بصدور إيجاب من طرف و قبول من آخر.

وهو ما يؤكد تعريف الأستاذ أحمد الخليلي للخطبة حتى في ضل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة و التي لم تعرف الخطبة سوى بالوعد، بقوله: " عرض الرجل رغبته في الزواج من امرأة و عدم رفض هذه الأخيرة

للعرض، و تواعدهما على إبرام عقد الزواج الرسمي." (28).

أما الفقه فلا يعبر بتمام الخطبة إلا بعد التأكيد على قبول المخطوبة بعد إيجاب الخاطب، وفي هذا السياق يندرج تعريف الدكتور محمد الكشور للخطبة بقوله: " طلب الرجل التزوج من امرأة معينة لا يحرم عليه الشرع أن يتزوجها. فإذا أجيبت هذه الرغبة بقبول من المرأة، أو ممن له صفة شرعية في النيابة عنها، تمت الخطبة بينهما." (29).

فتكون المادة 156 و الحالة ما ذكر متضمنة لثلاثة أزواج من الإيجاب و القبول، أحدها مصرح به، و الثاني و الثالث مستتران، أحدهما يتضمنه مفهوم الخطبة و فق تعريف المدونة، و الثاني يفيد تعريف الفقه لتمام الخطبة.

وهذا يعني، أن الإيجاب و القبول الواردين في المادة، يتجاوزان مرحلة الخطبة و يتعلقان بشيء آخر غيرها، أي الزواج الذي حالت ظروف قاهرة دون توثيقه . وهو ما تؤكد و او العطف التي ربط بها المشرع بين تمام الخطبة و بين الإيجاب و القبول في ذات المادة.

و يؤيد الأستاذ أنس سعدون في موقف متذبذب (30) هذا الرأي الأخير ، قائلاً: " ويبدو أن هذا الرأي الأخير هو الأقرب للصواب إذ ينسجم مع إرادة المشرع التي أتجهت للاعتراف بنسب الأطفال المزدادين خلال فترة الخطبة." (31).

غير أن تبرير هذا الباحث للموقف بالانسجام مع إرادة المشرع المنصبة في هذا الشأن على الاعتراف

28 د. أحمد الخمليشي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية ج 1 ص 35.

29 د محمد الكشور: شرح مدونة الأسرة، ج 1 ص 125

30 يشكل الموقف المتذبذب لهذا الباحث نموذج التخطيط الذي وقع فيه أنصار هذا التيار وهم يناقشون مقتضيات المادة 156 و الشروط التي تتطلبها لإثبات النسب للشبهة، فنجد مثلاً في الصفحة الأولى من مقدمة كتابه يتحدث عن: " علاقة خطبة اشتهرت داخل المجتمع و توفرت فيها كل شروط الزواج ما عدا شرط توثيق العقد."، ثم يتذبذب في الصفحة الرابعة و يتحدث عن حالة: " تبدو قريبة من حالة الزواج غير الموثق."، لينقلب رأساً على عقب في الصفحة التاسعة و الأربعين و هو يتحدث عن شرط موافقة الولي عند الافتضاء قائلاً: " استعمال هذه العبارة لا ينزل العلاقة التي تتم في إطار المادة 156 من المدونة منزلة الزواج."، ثم يعود في الصفحة التاسعة و الخمسين في معرض الرد على موقف العلامة محمد الناويل، وهو قامة علمية ممن تشد إليهم الرجال في الفقه و أصوله و ممن أعضاء اللجنة الملكية المكلفة بصياغة المدونة، بشأن بطلان القول باعتبار وطء الخاطب شبهة تدرأ الحد و يلحق بها النسب، قائلاً: " ومن الواضح أن هذا الرأي ناقش مفهوم الوطاء في الخطبة، و لم يناقش هذا المفهوم في المادة 156 حيث اجتمعت كل عناصر عقد الزواج و تخلف ركن الإشهاد فقط نظراً لوجود ظرف قاهر."، وهو الموقف الذي تبث عليه لبعض الوقت في الصفحة الثانية و الستين و هو يناقش مسألة بطلان العقد اللاحق على الخطبة و المرأة حامل متحدثاً عن الحالة التي تتوفر في شروط المادة 156 ، قائلاً: " وأرى أنه لا داعي للتصريح ببطلان عقد الزواج لأن كل عناصر الزواج الشرعي و التي ذكرت في المادة تبدو حاضرة، وإنما تخلف فقط شرط التوثيق."، قبل أن يرجع إلى سابق قوله في الصفحة الثالثة و السبعين قائلاً: " المادة 156 من مدونة الأسرة تتعلق بمجملها بفترة الخطبة."

31 ذ أنس سعدون: النسب الناتج عن الخطبة، مكتبة دار السلام الرباط، ط 2012/1 ص 40.

بنسب الأطفال المزدادين خلال فترة الخطبة، لا ينهض حجة للانتصار لهذا الرأي، لأن إرادة المشرع بهذا الشأن لا تشمل سوى نسب الأطفال المزدادين في إطار الزواج غير الموثق لأسباب قاهرة.

وهو ما عبر عنه بوضوح مضمون الخطاب الملكي المعتبر ديباجة مدونة الأسرة، على اعتبار مقتضيات الشرعية للمدونة من اختصاص أمير المومنين، والذي جاء فيه: "لقد توخينا، في توجيهاتنا السامية لهذه اللجنة، وفي إبداء نظرنا في مشروع مدونة الأسرة، اعتماد الإصلاحات الجوهرية التالية: ...

تاسعا: حماية حق الطفل في النسب، في حالة عدم توثيق عقد الزوجية، لأسباب قاهرة، باعتماد المحكمة البيئات المقدمة في شأن البتة،...".

ويعضد هذا أن المشرع لم يتحدث في هذه المادة عن حصول الحمل إلا بعد حديثه عن حصول الإيجاب و القبول، و حيولة ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج، قائلا في تسلسل منطقي يشكل عين العقل و الشرع: "إذا تمت الخطوبة و حصل الإيجاب والقبول و حالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج، و ظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب...".

فالمنطق و هو عين العقل و الشرع يقول: خطبة ف زواج ف نسب. لا خطبة ف نسب ف زواج، و بالأحرى خطبة ف نسب دون زواج. وذلك مصداقا لقول الباري تعالى: "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا و خلق لكم من أزواجكم بنين وحفدة و رزقكم من الطيبات، أفبالباطل يومنون وبنعمة الله يكفرون." (32).

و القول بغير هذا يناقض دلالة النص و منطق العقل و الشرع من جهة، و يحتاج من جهة أخرى إلى إثبات نسبة هذه الإرادة إلى المشرع، و إلا لكان لأي كان أن يسند أي موقف لإرادة المشرع، التي لا يتم الإفصاح عنها بشكل مباشر، أمام غياب المذكرات التوضيحية و النصوص المرجعية للتشريعات المقننة، إلا إذا فسرنا إرادة المشرع برأي أحد أعضاء اللجنة المكلفة و أجملائها في إرادته أو إرادة بعض زملائه، أو بما يروجه كل من هب و ذب في أرصفة الصحافة و وسائل الإعلام.

ومع ما ذكر، فإننا نرى أنه رغم وضوح النص بعدم تعلق الإيجاب و القبول بالخطبة، إلا أن تداخل هذه المادة و تعارضها مع مقتضيات العديد من مواد المدونة، وخاصة المادة 6 و المادة 16، فضلا عن الارتباك الحاصل في صياغتها، يجعل مؤسسة الخطبة طاغية و حاضرة و بقوة، و هو ما توحى به عبارات من داخل المادة ذاتها من قبيل: "و ظهر حمل ينسب للخاطب"، و "إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة"، و "إذا أقر

الخطيبان، فلم يتحول الخاطب إلى زوج ولم تتحول المخطوبة إلى زوجة، رغم حصول الإيجاب والقبول وحيلولة ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج.

وهذا ما يستدعي تدخلا تشريعا لتعديل نص هذه المادة بما يمنع من اتخاذ مؤسسة الخطبة مرتعا للفساد، و مجالا خصبا لكل من لا تتوفر فيه شروط صحة الزواج و الإذن بعقده، و بما يضمن تطبيق المبتغى التشريعي منها و يقطع الطريق أمام كل تأويل أو تفسير قد يخرجها عن سياقها. تأكيدا لإرادة المشرع المنصبة على الحالة التي يتعذر فيها على الخاطب و المخطوبة توثيق زواجهما، لأسباب قاهرة، بعدما اتجهت إرادتهما إلى عقده مع ما يترتب عن ذلك من آثار، كما عبر عن ذلك بوضوح ما جاء في الخطاب الملكي المعتبر ديباجة مدونة الأسرة المجلس الأعلى في قراراته الواضحة في هذا الشأن، وأكدته محكمة النقض في قراراتها الواضحة في هذا الشأن.

المطلب الثالث: أساس شبهة المادة 156 المثبتة للنسب و موقف الفقه و القضاء من

الشروط الواردة في المادة.

الحقيقة أن أساس قيام الشبهة المثبتة للحمل بمقتضى هذه المادة أمام ربطها بجملة الشروط المباشرة و غير المباشرة المقررة ، لا يثير كبير إشكال، إن لم نقل لا يثير أي إشكال خاصة من المنظور الشرعي، لأن ما ذكر من الشروط يجعل من الخطبة زواجا غير موثق، و هو كما أسلفنا فراش يثبت به النسب. ولا حاجة بعد ذلك للبحث عن شبهة و عن أساس تقريرها.

وهذا في الحالة التي يتم فيها احترام هذه الشروط و التأكد من قيامها في مطلق النوازل التي تعرض بشأنها على القضاء، و اعتبار الهيئات التي تنظرها الإيجاب و القبول الواردين في المادة منصبان على إرادة إنشاء الزواج، أو على الأقل التأكد من حصول واقعة الحمل بعد تعذر توثيق الزواج لظروف قاهرة.

أما في الحالة التي لا يتم فيها التحقق من توفر كافة الشروط الواردة بهذه المادة في النوازل المعروضة أمام القضاء، وخاصة ما تعلق بشرط تعذر توثيق الزواج بعد اتجاه الإرادة إلى إبرامه لظروف قاهرة، و كذا حصول الحمل بعد ذلك، فإن هذه الشبهة تطرح إشكالا كبيرا يتعلق بشرعية الاتصال الجنسي بين الطرفين و أساس اعتماد الشبهة المذكورة لدرء الحد عن الطرفين وإسقاط متابعتهما من أجل علاقة لا يمكن أن تكيف شرعا إلا على أنها زنا و سفاح بواح، وإن كانت مسألة ثبوت النسب تجدها أساسا عند القائلين بجواز استلحاق ابن الزنا.

وهذا ما سيقودنا إلى الحديث عن الأساس الشرعي و القانوني لشبهة هذه المادة، و عن موقف الفقه و

القضاء من الشروط الواردة في المادة 156. و ذلك من خلال البنود الثلاثة التالية:

البند الأول : أساس شبهة المادة 156 المثبتة للنسب

الشبهة لغة: الالتباس(33)، وفي الاصطلاح الشرعي: ما التبس أمره فلا يعلم أحلال هو أم حرام(34). وهي في مجال بحثنا هذا عبارة عن اتصال جنسي بين رجل و امرأة، على وجه يلتبس فيه الاعتقاد بشرعيته بعدم شرعيته، بما يشكل شبهة تنزل منزلة الفراش الذي يثبت به النسب و ينتفي معه الحد على وجه الاستثناء(35).

والشبهة التي يثبت بها النسب و يدرأ بها الحد في الفقه الإسلامي: إما شبهة المحل، و هي شبهة حكمية و تسمى كذلك شبهة الملك، و تنطبق على الحالة التي يقوم فيها دليل شرعي يفيد حل الوطاء بجانب دليل شرعي أقوى منه يفيد تحريمه، مما يورث شبهة في حكم الشرع المتعلق بالتحريم. وإما شبهة الملك كموافقة أب جارية ابنه طائفا بإباحتها له. و إما شبهة العقد، و تنطبق على الحالة التي يقوم فيها العقد شكلا لا حقيقة، كمن يطأ محرمة عليه بعد العقد عليها و هو غير عالم بذلك كما إذا تبين أن المدخول بها أخته من الرضاع. أو شبهة الفعل، و تنطبق على الحالة التي يحصل فيها اشتباه لدى الواطئ يظن معه حل الفعل، كما لو تبين له بعد الدخول بمن ظنها زوجته أنها ليست زوجته أو كان جاهلا للحكم الشرعي بأن كان حديث عهد بالإسلام. (36).

وهذا ما استقر عليه المجلس الأعلى، حيث جاء في قرار له بهذا الشأن: "الشبهة التي يثبت بها النسب هي إما: شبهة الملك و تسمى أيضا شبهة الحكم كموافقة أب جارية ابنه طائفا منه بإباحتها له، و إما شبهة العقد كما إذا تبين أن المدخول بها أخته من الرضاع أو شبهة الفعل كما إذا تبين له بعد أن دخل بمن ظنها زوجته أنها ليست له زوجة " (37) .

وهو ما أكدته المشرع المغربي في الدليل العملي لمدونة الأسرة في تعليقه على المادة 155(38). وهو يفسر الاتصال بشبهة بأنه "الاتصال غير الشرعي بين رجل وامرأة مع اعتقاد الرجل شرعية الاتصال نتيجة غلط

33 القاموس المحيط، م س، باب الهاء: فصل الشين. ص 1124.

34 التعريفات للشريف الجرجاني، باب الشين. ص 90 طبعة دار الفكر بيروت 1998.

35 د محمد الكشور: البنية و النسب في مدونة الأسرة، م س، ص 80/79.

36 حاشية الدسوقي، م س، ج 317/2 و ما بعدها، المواق: التاج و الإكليل، م س، ج 517/3. الهوتي: كشاف القناع، م س، ج 3 ص 96. الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4 ص 122 و ما بعدها.

37 قرار عدد 23 صادر بتاريخ: 1967/10/31 منشور ضمن مجموعة قرارات المجلس الأعلى - مادة الأحوال الشخصية - من

1965 إلى 1986 ص 108.

38 تنص هذه المادة على أنه " إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل وولدت المرأة ما بين اقل مدة الحمل و أكثرها تبث نسب الولد من المتصل. يثبت النسب الناتج عن الشبهة بجميع الوسائل المقررة شرعا " .

في الواقع أو في الشخص أو في الحكم الشرعي" (39).

و الوطاء في الخطبة لا ينطبق على أي من هذه الحالات فلا هو بغط في الواقع و لا في الشخص و لا في الحكم الشرعي.

وقد حاول بعض المهتمين تفسير الشبهة المذكورة في هذه المادة، فتحدث الفقيه عبدالله ابن الطاهر عن شبهة الخلاف (40)، أي الخلاف القائم حول مدى اعتبار الخطبة عقدا من عدمه باعتبار الخلاف شبهة. وذهب الأستاذ عبد الرحمان اللمتوني إلى أن هذه الشبهة تنبني على أساس الحد الأدنى من المشروعية التي يكتسبها تنسل الولد من صلب الخاطب استنادا إلى توافر نية الإحصان لدى الطرفين و اشتهاار الخطبة بينهما (41).

وتحدث الدكتور إدريس حمادي عن شبهة الظروف القاهرة التي حالت دون توثيق العقد قائلا: "وأما ثبوته عن طريق الشبهة التي مثلت لها المدونة بما إذا ظهر حمل أثناء فترة الخطوبة، فإن هذا الحمل ينسب إلى أبيه لشبهة الظروف القاهرة التي حالت دون توثيق العقد، شرط أن تشتهر الخطوبة بين أسرتي الخاطب والمخطوبة، وأن يوافق ولي المخطوبة عليها، وأن يظهر الحمل أثناء الخطبة، وأن يقر الخطيبان أن الحمل منهما... إن هذه الشروط بتضافرها تجعل العلاقة بين الخاطب والمخطوبة في مستوى العلاقة الزوجية." (42).

ويذهب جانب من الفقه إلى أن الأمر يتعلق بشبهة تحقق الشروط المنصوص عليها في المادة 156، وبه يقول الأستاذ يونس زهري، الذي يرى أن هذه الشبهة لا يقصد بها فقط الوطاء بشبهة كما هو معروف في الفقه الإسلامي، بل يشمل أمرا جديدا لا يمكن معرفته بمعزل عن مقتضيات المادة 156 من المدونة (43)، وهو ما يتبناه كذلك الدكتور عبد الكريم شهبون الذي يرى أن الشبهة المفضية إلى نسبة الحمل للخاطب تقوم إذا حالت ظروف القاهرة دون توثيق عقد الزواج و توفر الإيجاب و القبول، و كذا الشروط المنصوص عليها في

³⁹ دليل عملي لمدونة الأسرة. منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية سلسلة الدلائل والشروح. وزارة العدل. العدد الأول سنة 2004، ص 99 .

⁴⁰ عبد الله ابن الطاهر، شرح مدونة الأسرة، ج3 ص53. لم يوضح الفقيه ما عناه بهذا الخلاف، وهو لا يعدو أن يكون أحد أمرين، إما الخلاف القائم حول استلحاق أبناء الزنا، فيكون هذا من باب مراعاة الخلاف، وهو أمر مستبعد، لأن القائلين به لا يدرؤون الحد عن الزاني، و بالتالي تنفي الشبهة، فضلا عن كون مؤلف الفقيه دراسة في ظل مدونة الأسرة التي تعرف النسب باللحمة الشرعية مستعدة بذلك النسب غير الشرعي. وإما الخلاف حول طبيعة الخطبة كما تناوله في الجزء الأول من سلسلة شرحه للمدونة، وهو الراجح و الله أعلم.

(41) ذ. عبد الرحمان اللمتوني، م س، ص131.

(42) د إدريس حمادي: البعد المقاصدي في إصلاح مدونة الأسرة. طبعة أفريقيا الشرق 2005 ص 124.

(43) ذ يونس الزهري: آثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة. مجلة المنتدى ع 5 ص 93.

هذه المادة (44).

وفي ضوء هذا التوجه يسير معظم قضاء الموضوع فقد جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بمراكش: " و حيث بخصوص تمسك المدعى عليها بمقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة بثبوت نسب الابن سليمان للمدعي، فإنه من الثابت قانوناً أن الشبهة المفوضية إلى نسبة الحمل للخاطب إنما تتعلق بتحقق الشروط المنصوص عليها في المادة المذكورة... (45).

في حين يرى البعض أنها شبهة خاصة أوجدها المشرع بنص القانون بمقتضى هذه المادة، و لا علاقة لها بمفهوم الشبهة المعروفة في الفقه الإسلامي و لا بآثارها.

وفي ذلك يقول الأستاذ رشيد حبابي: "الشبهة المقصودة في المادة 156 لا علاقة لها من حيث المفهوم -وبالتالي من حيث الآثار- بالشبهة المعلومة لدى الفقه والتي بوجودها يسقط الحد عن الوطاء، وإنما هي شبهة من نوع خاص: شبهة مخصصة بالمادة المذكورة أوجدها المشرع لتحقيق مصلحة معلومة (46) في إطار السياسة الشرعية، وأنه إن كانت كذلك فلا ينبغي إجباراً إسقاط أحكامها على ما قرره الشرع وأثبته المشرع من أحكام تخص الشبهة، والأمر لا يحتاج كبير عناء لمن تفحص الأمر وقلبه من كل الوجوه، وهذا منتهى قولنا ومبلغ اجتهادنا والله أعلم." (47).

والذي يمكن أن نخلص إليه من خلال قراءة متأنية للنص، و من خلال استعراض الآراء السالفة، أن الشبهة التي تحدثت عنها المادة 156 غير مندرجة تحت أي نوع من أنواع الشبه التي يثبت بها النسب فقها، فلا هي شبهة ملك و لا هي بشبهة عقد أو شبهة فعل.

كما أنه لا عبرة بما ذكره الفقيه ابن الطاهر، من شبهة الخلاف، لأن الخلاف القائم حول مدى اعتبار الخطبة عقداً من عدمه باعتبار الخلاف شبهة، خلاف غير معتبر، لأن الخلاف المعتبر إنما هو في الحالة التي

44 د. عبد الكريم شهون: الشافي في شرح مدونة الأسرة، م س، ج 1 ص 376.

45 حكم صادر بتاريخ: 2005/06/06.

46 هذه المصلحة المعلومة التي تحدثت عنها هذا الباحث هي مصلحة الأطفال نتاج هذه الولادات، وهي شماعة العديد ممن تحمس لهذا التوجه وانتصر له، وإن على حساب المقتضيات الشرعية، والنظام العام.

ومعلوم أن مصلحة هؤلاء الأطفال مرعية شرعاً وطبعاً. والفقه الإسلامي زاخر بالأحكام الشرعية الكفيلة بحمايتها، كما أن تاريخ المجتمعات الإسلامية حافل بنماذج من هؤلاء ممن صاروا قيادات و أكابر في مختلف مناحي الحياة الاجتماعية و العلمية و السياسية. جاء في هذا الصدد في حكم للمحكمة الابتدائية بكلميم: "وحيث إن خطورة الخوض في قضايا النسب المبنية على الاحتياط والحزم... تقتضي الالتزام بظاهر النصوص الشرعية والقانونية... فلا يسوغ بحال إهدار تلك النصوص بمقولة حماية حقوق الطفل...، لأن حقوق الطفل مصادرة بثبوت نسبه لأمه، وجواز إضافة أحد أسماء العبودية لله مكان اسم أبيه عند قيده في كناش الحالة المدنية، مع استفادته من مطلق الحقوق المدنية دون أي استثناء، فلا يكون له أكثر من ذلك مهما وسعنا ضيقاً." د عادل حاميدي: تأملات في قضايا أسرية، م س، ص 187/188.

47 د. رشيد حبابي، م س، ص 43.

تجهل فيها عادة أهل البلد، والعادة في المغرب كله أن الخطبة مجرد توطئة للزواج. فضلا عن كون المدونة حسمت أمرها في هذا الباب. حينما اعتبرت الخطبة وعدا بالزواج، مع بقاء الطرفين في حالة خطبة إلى حين الإشهاد على العقد.

ولا يمكن أن تعتبر شبهة نكاح مجرد توفر الإيجاب و القبول المنصبين على إرادة إنشاء الخطبة بينهما، على رأي من قال إنها شبهة خاصة مرتبطة بالإيجاب و القبول، لأن النكاح لم ينعقد بهما بعد في فترة الخطوبة و حتى بعد الوطاء المفضي للحمل. و الإجماع منعقد على حرمة الاستمتاع بين الخاطب و المخطوبة في مرحلة الخطبة.

وكذلك الشأن لشبهة الحد الأدنى من المشروعية التي تحدث عنها الأستاذ اللمتوني، إذ لا يفصل في المشروعية شرعا بين حد أدنى و أقصى، كما لا تنفع نية الإحصان من جانب الخاطب و لا منهما معا ولا تشفع لهما للإقدام على حرام(48)، ولا يمكن أن تضي الشرعية على الاتصال الجنسي الواقع بينهما. كما لا يفيد التوسع في مفهوم الشبهة ليشمل أمثال هذه الحالات تحت مسميات من قبيل الشبهة المخصوصة و الشبهة بقوة القانون، و إن كان هذا يقرر واقع هذه الشبهة و لا يفسره، لأنه كما قال العلامة محمد التاويل توسع دون سند و لا دليل(49).

لأنه حتى لو تم التسليم لهذا الرأي فإن الأصل أن الاختصاص لا ينعقد لمشرع المدونة ليشرع شيئا يثبت بها النسب و يسقط بها الحد، غير تلك المنصوصة عليها شرعا بمقتضى ضوابط و أسس شرعية مقبولة. ولا ينهض مجرد ذلك للتسليم بها و قبولها، باعتبارها شبهة من نوع خاص، و بقوة القانون. أما ما ذكر من شبهة الظروف القاهرة التي حالت دون توثيق العقد بعد اتجاه الإرادتين إليه واستجماع أركانه و شروطه، وهو أساس تقرير المشرع لهذه الشبهة فعلا ، فهذا تثبت به الزوجية المرتبة لكافة آثارها، بما فيها ثبوت النسب، وهو ما يعني قيام الفراش المعتر أصلا في ثبوت النسب الذي لا يحتاج معه للشبهة للقول بثبوت النسب.

البند الثاني: موقف الفقه و القضاء من الشروط الواردة في المادة.

يجمع كافة المهتمين بالشأن الأسري على أن مقتضيات المادة 156، تعد من الاستثناءات التي جاءت بها مدونة الأسرة بشأن ثبوت النسب.

(48) د محمد التاويل: الخبرة الطبية و أثرها في ثبوت النسب و نفيه في المنظور الإسلامي، جريدة المحجة، ع 263 الصادر في

16 أكتوبر 2006، ص 11.

(49) نفسه

ومعلوم أن الأصل في الاستثناء عامة وفي أمثال هذه المسائل على وجه الخصوص، التضييق و عدم التوسع في التفسيره و التأويل كما قال الدكتور محمد الكشور(50). و أن يكون التعامل مع هذا الاستثناء بنوع من التشدد كما عبر الأستاذ يونس زهري(51).

وقد ضمن المشرع هذه المادة شروطا لا يتصور الحكم بثبوت نسب المخطوبة للشبهة بمقتضى هذه المادة في غيابها. بل إن المشرع طالب بشكل غير مباشر المحكمة بمعاينة هذه الشروط و بالتالي التأكد من توفرها بقوله: " تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي."، حتى إن الدكتور محمد الكشور صنف هذه المعاينة ضمن الشروط المطلوبة في هذه المادة للقول بثبوت النسب.

مما يجعل الحكم وفق مقتضيات هذه المادة منوطا بتوفر كافة الشروط التي تضمنتها، فضلا عن مستلزماتها وفق باقي نصوص المدونة.

وهذا ما عليه شرح المدونة كالأستاذ الكشور الذي يقول بهذا الخصوص: " و عليه فبالقراءة المتأنية لهذا النص التشريعي يتضح أنه يشترط لإثبات النسب...: 1- أن يكون الرجل والمرأة في فترة خطوبة، لا قبلها ولا بعد انتهائها، لأننا أمام استثناء يجب تفسيره بكيفية ضيقة جدا،... 2- أن يوجد إيجاب وقبول بين المخطوبين بشأن إبرام عقد الزواج، والإيجاب والقبول هو الذي يقرب الخطبة في الحالة التي نحن بصددنا من عقد الزواج، لأنهما يمثلان مجتمعين الركن الأساسي لذلك العقد 3- أن تحول ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج.. 4- أن تشتت الخطبة بين أسرتي كل من الخاطب و المخطوبة و أن يوافق عليها ولي المخطوبة عند الاقتضاء.. 5- أن يقر الخطيبان معا أن الحمل منهما... " (52).

وهو ما يؤكد كل من الدكتور عبد الكريم شهبون(53)، والدكتور محمد الأزهر أيضا، حيث يقول هذا الأخير: "... والمشرع هنا اشترط ضرورة اقتران الإيجاب بالقبول، وما دام كذلك فإن الزواج يكون صحيحا إذا توفرت شروط صحته، تبقى مسألة التوثيق هي من الشروط الشكلية للعقد، ويعتبر حجة إثباتية قوية، فإذا كانت هناك ظروف قاهرة حالت دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة ينسب الحمل إلى الخاطب للشبهة شريطة أن تتوفر الشروط الآتية: 1- إشهار الخطبة بين الأسرتين... 2- أن يكون الحمل خلال الخطبة... 3- إقرار الخطيبين بالحمل... خلال فترة الخطبة... أما إذا أنكر الخاطب أن ذلك الحمل منه... " (54). وهو ما

(50) د محمد الكشور: البنية و النسب في مدونة الأسرة، م س، ص 80/79.

(51) ذ يونس الزهري: آثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة. مجلة المنتدى ع 5 ص 94.

(52) د محمد الكشور: البنية و النسب في مدونة الأسرة، م س، ص 80/79.

(53) د عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح مدونة الأسرة، م س، ج 1 ص 376.

(54) د. محمد الأزهر: شرح مدونة الأسرة، م س، ج 1 ص 245/244.

يؤكد ذلك الدكتور أحمد زوكاغي بالقول: "وهنا تجب الإشارة إلى أن المادة 156 المذكورة، و إن كانت تتحدث عن نسب الحمل الذي يظهر بالخطبية أثناء الخطبة، و تقضي بضرورة إسناده إلى الخاطب؛ إلا أنها تعلق ذلك على تحقق مجموعة هامة من الشروط...، و نتيجة لذلك إذا انتفى شرط من الشروط المقررة لثبوت النسب امتنع نسب الحمل إلى الخاطب...". (55).

و هو ما يؤكد ذلك الدكتور إدريس حمادي(56)، و كذا العديد من الباحثين القضاة ، كالأستاذ عبد الرحمان اللمتوني الذي يقول بهذا الشأن:"ولكن المدونة بالمقابل ألحقت النسب بالخطاب بمقتضى المادة 156 متى توفرت مجموعة من الشروط حددتها المادة المذكورة"(57).

وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض، من خلال قراراتها التي تؤكد على ضرورة توافر كافة الشروط المنصوص عليها في هذه المادة، حيث جاء في أحد ها: "لئن أجازت المادة 156 من مدونة الأسرة نسبة حمل المخطوبة للخاطب للشبهة، فإن ذلك رهين بأن تتم الخطوبة ويحصل الإيجاب والقبول واشتتار الخطبة بين أسرتيهما وحمل المخطوبة أثناء الخطبة وإقرار الخطيبين بأن الحمل منهما وإلا وقع اللجوء إلى وسائل الإثبات الشرعية في حالة إنكاره."(58).

وهو ما درجت عليه أغلب محاكم الموضوع، فقد جاء على سبيل المثال في حكم لاستئنافية وجدة بهذا الخصوص ما نصه:"حيث إن المحكمة وبعد اطلاعها على وثائق الملف ودراستها لعلل الحكم المستأنف، وما أثير بشأنه من أسباب تبين لها بأن ما نعاها الطاعن ليس من شأنه تغيير وجهة نظر هذه المحكمة فيما انتهى إليه قضاء محكمة أول درجة، ذلك أنه وفق مقتضيات الفصل 156 من مدونة الأسرة فإنه إذا تمت الخطوبة، و حصل الإيجاب و القبول إلا أن عقد الزواج لظروف قاهرة لم يتم توثيقه و ظهر بالمخطوبة حمل تنسبه للخاطب للشبهة، و اشتهرت الخطبة بين الطرفين و أسرتيهما، و أن الحمل وقع أثناء الخطبة، إلا أن الخاطب أنكره، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية لإثبات النسب." (59).

كما جاء في حكم لابتدائية تيزنيت ما نصه:"وحيث إن وثائق الملف خالية من أية حجة أو دليل يفيد أن الطرفين كانا في حالة خطبة قبل تقديم طلب الإذن بالزواج للسيد قاضي الأسرة المكلف بالزواج و أن الولدين أعلاه ازدادا فعلا في فترة الخطوبة فضلا عن عدم ثبوت القوة القاهرة التي حالت

(55) د أحمد زوكاغي: نسب الحمل الناشئ أثناء الخطبة: تعليق على حكم قضائي، مجلة القصر، ع 27 - 2010/9، ص 129.

(56) د إدريس حمادي: البعد المقاصدي في إصلاح مدونة الأسرة. طبعة أفريقيا الشرق 2005 ص 124.

(57) ذ. عبد الرحمان اللمتوني، م س، ص 129.

(58) المجلس الأعلى، قرار مؤرخ في 3 دجنبر 2008 مجلة رحاب المحاكم العدد 4-2001 ص 139.

(59) حكم صادر بتاريخ: 2007/02/01. غير منشور.

دون توثيق العقد في إبانته، وعليه تكون الشروط المقررة في المادة أعلاه غير ثابتة بما يقتضيه القانون لذا يكون الطلب غير مؤسس، ويتعين التصريح برفضه." (60).

وإذا كان هذا الاتجاه هو الغالب فقها و قضاء، فإن بعض الباحثين ، يرون أن في التطبيق الحرفي لمقتضيات هذه المادة تشدد لا معنى له، و مجافاة و تنكب لمقصد المشرع في سن هذه المادة، و غاية حفظ أنساب الأبناء المزدادين في مرحلة الخطبة.

وعلى هدي هذه الآراء تسير بعض محاكم الموضوع ، وتتوسع في تأويل مقتضيات هذه المادة، كما تتساهل في التثبت من تحقق بعض شروطها أو جعلها متى ثبتت الخطبة، وهو ما يؤدي في النهاية إلى تعطيل مقتضيات هذه المادة ، وإهمال الشروط التي أحاط بها المشرع ما يترتب عليها من آثار.

ومرد ذلك عند بعض الباحثين القضاة أن باقي الشروط، بما فيها حيولة ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج، إنما هي شروط أراد المشرع خلالها التثبت من جدية الخطبة كمقدمة للزواج، حتى لا ينسب الحمل للخاطب بمجرد وجود الخطبة، و في هذا يقول الأستاذ رشيد حبايي: "فبرأينا أن المشرع بنصه على ضرورة تبادل الإيجاب والقبول وحيولة ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج، فإنه يريد التأكيد على ضرورة التثبت والتحري من جدية الخطبة التي تنصرف نية طرفيها للارتباط، لدرجة أوشكوا على إبرام العقد لولا ظروف قاهرة حال بينهم وبين ذلك، وذلك حتى لا ينسب الحمل للخاطب بمجرد وجود الخطبة...وما توصلنا إليه يساندنا فيه ما نص عليه مشرع المدونة نفسه في المادة السادسة من أنه: "يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج" (61).

فنجد بعض الأحكام تتساهل في تحديد و تقدير الطرف القاهر الذي يحول دون توثيق عقد الزواج، وبعضها لا يناقش هذ الطرف و لا يتأكد من قيامه أساسا.

و بعضها لا يناقش شرط توفر الإيجاب و القبول لا في علاقته بالخطبة و لا بالزواج، والحال أنه عصب هذه المادة والأساس الذي تستمد منها شرعيتها.

و العديد منها لا يولي أية أهمية لشرط حصول الحمل أثناء الخطبة، و هو شرط من الأهمية بمكان. وبعضها يفسر شرط اشتهاار الخطبة بين أسرتي الخاطب و المخطوبة، بمجرد الشهرة فقط، فلا تشترط أن تكون بين الأسرتين كما نصت عليه المادة ما دامت مشتهرة بين الأعيان، وأحيانا بين طرفيها فقط، بل إن

(60) حكم صادر بتاريخ: 2007/02/01. غير منشور.

(61) ذ. رشيد حبايي: م س، ص 46.

منها ما لا يثبت من توفر شرط الشهرة على الإطلاق(62).

و الحقيقة أن إهدار هذه الشروط أو بعضها سواء بإهمالها أو تأويلها بما يفرغها من محتواها، هو الذي يعد تنكبا و مجافاة لمقصد المشرع في سن مقتضيات هذه المادة و ترتيب آثارها، و إفراغا للنص من محتواه، و تجريدا للشبهة التي يلحق بها النسب بمقتضى هذه المادة من الأساس الذي تستند إليه. في الوقت الذي تتناسل فيه الدعوات المطالبة بشرعنة المطالبة بدرء الحد و إسقاط المتابعات عن طرفي الخطبة و تمتيعهما بظروف التخفيف المخولة للزوجين بمقتضى نصوص القانون الجنائي المطبقة حال قيام الزوجية.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المضمار، هل يحق لمحاكم الموضوع، التي أوكل لها المشرع مهمة مراقبة توفر الشروط المطلوبة قانونا في القضايا المعروضة عليها إن على مستوى الشكل أو الجوهر، أن تغض الطرف عن مدى توفر شرط من الشروط التي يشترطها القانون لإلحاق النسب الناشئ أثناء الخطبة بمقتضى هذه المادة؟

وهل يحق لها إهمال بعض مقتضيات هذه المادة، و الاجتهاد في تفسيرها و تأويلها، على فرض غموض النص ، دون استحضار حالة الاستثناء التي تطبع هذه المادة، و دون اعتماد الضوابط المعتمدة في تفسير و تأويل المقتضيات القانونية، وفي معزل عن القواعد المتعارفة في رفع التعارض بين النصوص و مقتضياتها؟

وهل يحق لها تعطيل مقتضيات النص، و إفراغه من محتواه، و إخضاع الناس للقناعات و التوجهات الشخصية لأعضاء الهيئات المشكلة لهذه المحاكم، عوض خضوعهم للنص القانوني و قاعدته العامة و المجردة، ، تحت مسمى المصلحة الفضلى للطفل، و التي لا ينبغي أن يزايد بها أحد مهما كانت صفتها و موقعه، أو يستأثر بالدفاع عنها و يجرد الجميع و إن عن غير قصد عن تبنيتها و الدفاع عنها؟. أو تحت مسمى استحضار الغاية التشريعية وإرادة المشرع و مقاصده التي تبقى عامة و فضفاضة، مع أن هذه الإرادة واضحة و معبر عنها بشكل جلي في الخطاب الملكي المعتبر ديباجة للمدونة كما أسلفنا من خلال قول جلالته: " لقد توخينا، في توجيهاتنا السامية لهذه اللجنة، وفي إبداء نظرنا في مشروع مدونة الأسرة، اعتماد الإصلاحات الجوهرية التالية: ...

تاسعا: حماية حق الطفل في النسب، في حالة عدم توثيق عقد الزوجية، لأسباب قاهرة، باعتماد

الحكمة البيئات المقدمة في شأن البنوة،...".

خلاصة القول في المسألة:

الخطبة مجرد وعد بالزواج فلا يترتب عنها أي أثر من آثار الزواج، كما لا تخول طرفيها ما يخوله الزواج من الحل والخلوة والاستمتاع والمباشرة. إذ لا تعدو أن تكون العلاقة بينهما علاقة أجنبي بأجنبية، والإيجاب والقبول

62 انظر بشأن هذه الأحكام: ذة حفيظة توتة، م س، ص 58 و ما بعدها. و ذ أنس سعدون: النسب الناتج عن الخطبة، مكتبة دار السلام الرباط، ط 2012/1 ص 94 و ما بعدها.

فيها لا يعدوان أن ينصبا على تواعد لوقت الإشهاد على العقد حال الميول و التراكن واتخاذ القرار لإبرامه. وكل معاشرة أو مباشرة تمت خلالها فهي محرمة شرعا وكل حمل نتج عنها فهو في سفاح لا يثبت به النسب بحال. ولما كانت إرادة المشرع منصبة على الحالة التي يتعذر فيها على الخاطب و المخطوبة توثيق زواجهما، لأسباب قاهرة، بعدما اتجهت إرادتهما إلى عقده مع ما يترتب عن ذلك من آثار، كما عبر عن ذلك المجلس الأعلى في قراراته الواضحة في هذا الشأن، وعبر عنه بوضوح ما جاء في الخطاب الملكي المعتبر ديباجة مدونة الأسرة والذي جاء فيه:

" لقد توخينا، في توجيهاتنا السامية لهذه اللجنة، وفي إبداء نظرنا في مشروع مدونة الأسرة، اعتماد الإصلاحات الجوهرية التالية: ...

تاسعا: حماية حق الطفل في النسب، في حالة عدم توثيق عقد الزوجية، لأسباب قاهرة، باعتماد المحكمة البيئات المقدمة في شأن البنوة،...".

ولما كان هناك من يحاول تفسير المادة 156 على غير هذا المقتضى، الذى عليه أغلب الفقه وشرح المدونة، بل ويجد هذا التوجه صداه لدى القضاة وفي الأحكام القضائية الصادرة بهذا الشأن؛ ولما كانت صياغة نص هذه المادة تسعف هذا الطرف الأخير وإن بتكلف، ودون مراعاة سياقاته الشرعية و التشريعية، ودون مراعاة ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في شخص أعلى الهرم القضائي المفترض تمتع قراراته بنوع من الإلزام ولو أخلاقيا اعتبارا للحنكة و التجربة و الدربة و التمرس.

فإنه نرى لزاما على المشرع ضرورة التدخل لتعديل نص هذه المادة بما يضمن تطبيق المبتغى التشريعي منها و يقطع الطريق أمام كل تأويل أو تفسير قد يخرجها عن سياقها، ويؤدي إلى الوقوع في المحاذير الشرعية في أدق أبواب حرمت الحق العام الشرعي، ألا و هو باب اللحمة الموسومة بالشرعية وهي النسب، مع ربطها بالآثر المترتب عن إيقاف سماع دعوى الزوجية بانصرام الأجل المضروب لذلك.