

اللعان بين المنظور القانوني والعمل القضائي

[Lea'an between the legal perspective and the judicial work]

Mohamed EZZITI¹, Abdellah ZEROUAL¹, Aissa ELMAJDOLI², and Almouncif LKRISSE¹

¹Department of Islamic Studies,
Cadi Ayyad University, Faculty of Arts and Humanities, Marrakech, Morocco

²Mohamed Ben Abdellah University, Faculty of Arts and Humanities, Sais-Fes, Fez, Morocco

Copyright © 2018 ISSR Journals. This is an open access article distributed under the **Creative Commons Attribution License**, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

ABSTRACT: This article highlights a significant problem in personal status, especially regarding the proof of filiations or exile, It came a comparative study between law and Sharia, indicating the means followed, Medical expertise and Lea'an, explaining the difference between them, we follow their applications by the family jurisdiction, which will prioritize Lea'an or medical expertise? The result found that the Moroccan judiciary gives priority to the medical expertise than Lea'an.

KEYWORDS: Lea'an, Sharia, family jurisdiction, Medical expertise, personal status.

ملخص: هذا المقال يسلط الضوء على قضية مهمة في الأحوال الشخصية، وخاصة ما يتعلق بإثبات النسب أو نفيه، فجاءت دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، مبينا الوسيلة المتبعة في ذلك، اللعان والخبرة الطبية، موضحا الفرق بينهما متتبعا لمدى تطبيقهما من قبل قضاء الأسرة، وهل يقدم الخبرة الطبية على اللعان فكانت النتيجة ان محاكم الأسرة والتطبيق القضاء المغربي أهمل اللعان على حساب الخبرة الطبية وتقديمها عليه.

كلمات دلالية: اللعان، الشريعة، قضاء الأسرة، الخبرة الطبية، الأحوال الشخصية.

1 تقديم

إن من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية، الحفاظ على النسب و العرض، فهو مقصد يعتبر من الضروريات التي أوجب الله الحفاظ عليها، فشرع لإيجاده ودوام بقائه الزواج، قال تعالى: { يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَكُمْ وَبَثَّ مِنْهُمُ رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً، وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ، إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا } [1]، وقال سبحانه: { وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَقْسُطُوا فِي الْبَيْتِ الْمَأْتَمَرِ فَانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم } [2]. وفي الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: { يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء } [3].

والإسلام دين اهتم بعلاقة الزوج بزوجه، فأحاط هذه العلاقة بقواعد وأحكام، تضمن بقاءها، وتمنع كل ما من شأنه أن يفسدها، فاعتبر هذه العلاقة ميثاقا غليظا، ووصف الزوجة بالإحصان، وجعله الأصل فيها، ووضع جزاء لم يتعرض لهذا الأصل بالاتهام، فشرع حد القذف، قال عز وجل: { والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة، ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون } [4].

فإذا اتهم رجل امرأة أجنبية عنه، ليست زوجة له، بالزنا وكانت المرأة عفيفة لم يعلم عنها ذلك، ولم يأت على تهمته بأربعة شهود يشهدون بصحتها، فإنه يحد حد القذف وهو ثمانون جلدة، جزاء له على انتهاكه أعراض الطاهرات العفيفات، وزجر لأمثاله عن الإقدام على هذه الجريمة.

أما إذا كانت المرأة التي رماها بالزنا، أو نفى حملها اللازم له زوجة له، ولم يأت بأربعة شهداء يشهدون على صحة ما ادعاه، فإن الزوج لا يحد حد القذف وإنما يلتجئ إلى اللعان الذي شرعه الله له.

قال تعالى: { والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين } [5].

لكن قد يقول قائل: ما الحكمة من تشريع اللعان بين الأزواج دون غيرهم؟ يجب عنه بأن الزوج لا يمكنه أن يتهم زوجته بالزنا أو ينفي ولدها منه، إلا إذا تيقن ذلك، أو كان عنده شك قريب من اليقين، وإلا فإن ذلك سيجعله في مرتبة دنيا بالنسبة للغير.

واللعان نظام إسلامي خالص، يهدف من بين ما يهدف إليه، نفي النسب، وسقوط حد القذف عن الزوج، وحد الزنا عن الزوجة، فهو حكم ثابت في القرآن لا نجده في باقي التشريعات السماوية الأخرى، والقوانين الوضعية غير الإسلامية.

وبالرغم من أن هناك اتجاهها فقهي يرى بأن اللعان ترك العمل به في المغرب والأندلس، فإن مدونة الأسرة نصت علي باعتباره وسيلة من وسائل نفي النسب، وذلك في المادة 153، كما نصت عليه مدونة الأحوال الشخصية قبلها في الفصل 25 باعتباره مانعا من الموانع المؤبدة بين الزوجين.

في هذا المقال سنناقش أحكام اللعان من المنظور القانوني والعمل القضائي بالمغرب في ظل مدونة الأحوال الشخصية المعدلة ومدونة الأسرة الحالية (مبحث أول)، كما سنشير إلى مسألة تنازع البصمة الوراثية واللعان في ضل مدونة الأسرة (مبحث ثان)، وسنختم هذا الفصل بالحديث عن مسطرة إجراء اللعان بالنسبة للزوج الملاحن، وبالنسبة للزوجة الملاحنة (مبحث ثالث).

2 المبحث الأول: المنظور القانوني لللعان في ظل مدونة الأحوال الشخصية، ومدونة الأسرة

يضم هذا المبحث مطلبين، خصص الأول منهما للحديث عن اللعان في ظل مدونة الأحوال الشخصية المعدلة، بينما نتطرق في المطلب الثاني للمنظور القانوني لللعان في ظل مدونة الأسرة الحالية.

2.1 المطلب الأول: المنظور القانوني لللعان في ظل مدونة الأحوال الشخصية

لقد أشار المشرع من خلال مقتضيات الفصل 25 من مدونة الأحوال الشخصية [6] إلى اللعان باعتباره مانعا من الموانع المؤبدة بين الزوجين، كما نص عليه أيضا في باب النسب من خلال الفصل 91 من المدونة [7] حيث فسح المجال أمام القاضي بأن يعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب، مما يعطي فرصة للقاضي للتحري والتقصي وينفي الولد عن أبيه بمجرد إجراء الملاحنة.

وواضح أن اللعان يعتبر من الوسائل المقررة شرعا التي يمكن للقاضي أن يعتمد عليها في نفي النسب. "لكن مما يلاحظ على العمل القضائي أنه لم ينشر أي قرار للمجلس الأعلى قضاء باللعان، في حين نشر الكثير من القرارات الصادرة بنقض أحكام استئنافية قضت باللعان، وأحيانا يكون النقض غير واضح التعليل، فهل يأخذ المجلس الأعلى - ضمنا لا صراحة - بما ذهب إليه صاحب العمل الفاسي بقوله: واترك لفاسق وغيره اللعان، وعده صاحب لامية الزقاق مما جرى به العمل: وترك لعان مطلقا أو لفاسق" [8]. ولعل أهم الأسباب التي جعلت المجلس الأعلى لم ينشر أي قرار يقضي باللعان، - بل صدرت قرارات بنقض أحكام استئنافية قضت باللعان - ترجع إلى عدم توفر شروط اللعان، بحيث لا يمكن للقاضي أن يحكم باللعان لنفي الحمل، أو الولد إلا إذا توفرت مجموعة من الشروط:

في حالة اللعان بسبب الزنا يشترط أن تكون الزوجة في العصمة إما حقيقة أو حكما.

أما في حالة اللعان بسبب نفي الحمل أو الولد، فلا يشترط أن يكون الرجل والمرأة ما زال مرتبطين بعلاقة زواج، وفي هذا الصدد صدر قرار للمجلس الأعلى جاء فيه: "ليس من شروط إقامة مسطرة اللعان أن يكون الرجل والمرأة ما زال مرتبطين بعلاقة زواج" [9]

ويشترط أيضا ألا يتصل الزوج بزوجه بعد استقراره على ملاحنتها، وأن يقوم باستنابها بحيضة واحدة أو بثلاث حيضات فإذا اتصل بها بطلت دعوى اللعان، فلا بد من وجوب تقديم الاستبراء بالوسائل الشرعية، وهو ما أكدته قرار المجلس الأعلى الذي جاء فيه: "إن قواعد الفقه المالكي تشترط لتمكين الزوج من ملاحنة زوجته عند ادعائه رؤية الزنا ونفي الحمل، أن يتقدم ذلك استبراء الزوجة بالوسائل الشرعية، وأنه ما لم يتم هذا الاستبراء فإنه لا يجوز الحكم بنفي نسب الولد" [10].

ويشترط أن يسارع الزوج إلى رفع دعوى اللعان مباشرة بعد تأكده من الواقعة التي تستوجب اللجوء على تحريك مسطرة اللعان، وألا يتصل جنسيا بامرأته، وقد قرر المجلس الأعلى انطلاقا من الفقه المعمول به في هذا الصدد أنه: "إذا علم الزوج الحمل وسكت، فلا يسمع قوله بنفي النسب، ولا يمكن من اللعان" [11] وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى: "دعوى اللعان يجب أن تثار بمجرد رؤية الحمل، في النازلة فإن المدعي لم يطعن في النسب إلا بعد الولادة وأداء النفقة، للمولود مما تعتبر معه الدعوى لم ترفع في أوانها. وإن وطئ الرامي زوجته بعد علمه بوضع أو حمل اليوم أو اليومين، قال الشارح: أو أكثر بلا عذر امتنع لعانه... فإن كان له عذر فله القيام [12]، كما أن الزوجة لا تلزم بإعلام الزوج بالحمل، حيث إن طرق حصول العلم به كثيرة ومتعددة، وقد قرر ذلك المجلس الأعلى في قرار له جاء فيه: "لا تلزم المدعية بإعلام المدعي عليه بالحمل إذ طرق هذا العلم جد متعددة" [13].

ومن شروط إقامة دعوى اللعان، ألا يكون الولد غير لاحق شرعا بالزوج، كما لو أتت به الزوجة لأقل من ستة أشهر بعد العقد عليها، أو أتت به لأكثر من أقصى أمد الحمل، وهو سنة بعد الفراق حسب الفصل 84 من مدونة الأحوال الشخصية [14]. وجاء في قرار للفرقة الشرعية بالمجلس الأعلى: "الوضع لأقل من ستة أشهر ينفي النسب بغير لعان، ويفسخ النكاح ولا يتأبد تحريمها، إن كان من زناه.

الادعاء بأن الوضع تم خلال المدة غير القانونية، يستلزم تكليف المدعي بالإدلاء بشهادة الوضع لمعرفة الحقيقة، ويطلب فسخ عقد النكاح، والملاحنة ولكل أحكامه، قال ابن عرفة: "اللعان هو حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له... إلى أن قال: كما لو أتت به لأقل من ستة أشهر فإنه منتف من غير لعان" [15].

وفي قرار آخر للمجلس الأعلى جاء فيه: "من المتفق عليه أن الوضع لأقل من ستة أشهر ينفي النسب بغير لعان، لقيام المانع الشرعي على نفيه" [16].

كما لا يحق للزوجة أن تلحق نسب ابنها المزداد بعد مضي سنة من تاريخ الفراق لزوجها الذي فارقها، وفي هذا الصدد صدر قرار للمجلس الأعلى جاء فيه: "لما اعتبرت المحكمة أن الزوجية قد انقضت عراها بالطلاق ورفضت اعتبار الحجة التي أدلت بها المدعية، لإثبات أن الزوج قد ارتجعها فلا يحق لها مع ذلك أن تلحق بالمطلق نسب الولد، الذي وضع بعد سنة من تاريخ الطلاق" [17].

فالولد المزداد بعد مضي أقصى أمد الحمل من تاريخ الفراق، لا يمكن إلحاقه بالمطلق وينتفي عنه بغير لعان، لأن الولد في مثل هذه الحالة غير لاحق أصلا، وبالتالي لا يحتاج إلى نفي من طرف الزوج المطلق.

ومن الصور التي يكون فيها الولد غير لاحق بالزوج شرعا، وينتفي عنه بغير لعان:

- أن يكون الزوج مجبوبا، أي مقطوع الذكر والأنثيين.

- أن يحول بينهما حائل يمنعهما من الاتصال بعد العقد إلى أن يظهر بها حمل، أو إلى أن تلد، كأن يعقد عليها وبينهما مسافة بعيدة يتعذر عليه مها الاتصال بها، وكان يكون أحدهما محبوبا في سجن لا يمكنه الخروج منه، ولا يمكن للأخر الدخول إليه.

- أن يكون لزوج غير بالغ [18].

ومن الشروط التي تشترط أيضا لسلوك مسطرة اللعان، ألا يكون الزوج قد اعترف صراحة أو ضمنا بالنسب الذي يلاعن بسببه، كأن يعترف صراحة بأن الحمل أو الولد منه، أو ضمنا كأن يقبل التهينة من الناس بالمولود، ففي الحالتين معا لا يمكن من اللعان.

من خلال القرارات السابقة يتبين أن المجلس الأعلى لم ينشر أي قرار قضى باللعان، مما يبقى معه التساؤل مطروحا عن مدى إمكانية نفي النسب بالخبرة الطبية التي تثبت عدم انتساب الولد إلى الزوج المزداد على فراشه؟

تنص المادة 91 من مدونة الأحوال الشخصية على أنه: "يمكن للقاضي أن يعتمد في نفي النسب جميع الوسائل المقررة شرعا" فالمشرع لم يبين الوسائل التي يمكن اعتمادها في نفي النسب، الأمر الذي يجعلنا نتساءل، هل الخبرة الطبية تدخل في تلك الوسائل أم لا؟

بالرجوع إلى قرارات المجلس الأعلى نجده يأخذ بالخبرة الطبية في حالة إذا كانت هناك ريبية في الحمل بعد انقضاء السنة من تاريخ الفراق، ولا يلتجئ إليها في نفي النسب، وفي هذا الصدد صدر قرار للغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى جاء فيه: "يلتجأ إلى التحليل الطبي لمعرفة ما في الرحم علة أو حملا إذا بقيت الريبية في الحمل بعد انقضاء السنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة، ولا يلتجأ إلى هذه الوسيلة في نفي النسب" [19]، وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى: "إن قاعدة الولد للفراش، لا يجوز ضحضا إلا بالوسائل المقررة شرعا لنفي النسب عن طريق اللعان، ولا يجد لنفيه الاستناد إلى خبرة طبية لإثبات عدم قابلية الزوج للإخصاب" [20].

يميز الأستاذ أحمد الخليلي بين نوعين من التحليلات الطبية:

النوع الأول: أن تؤكد التحليلات الطبية أن الزوج غير قادر على الإنجاب، وهذا يرتبط بشرط إمكانية الاتصال بين الزوجين، وهنا يمكن قبولها لنفي إمكانية الاتصال متى أفادت اليقين، وبالتالي نفي نسب الولد، ولكن في هذه الحالة ينفي النسب لعدم توفر أحد الشروط الفراه، وليس لقبول حجة مضادة لفريضة الفراه.

النوع الثاني: أن تقول الخبرة إن هذا الولد ليس من هذا الزوج اعتمادا على الفصيلة الدموية، أو بصمات الوراثة، أو غيرها من الوسائل، نتيجة الخبر هنا ولو أفادت اليقين من الناحية العلمية لا يمكن قبولها لنفي النسب لأن فريضة الفراه لا يسمح بإثبات ولو تعلق الأمر بوسيلة إثبات يقينية [21].

يستفاد مما سبق أن القضاء المغربي في ظل مدونة الأحوال الشخصية استبعد الخبرة الطبية كوسيلة من الوسائل المعتمدة لنفي النسب، لأن قاعدة "الولد للفراه" لا يمكن ضحضا إلا بالوسائل الشرعية، وذلك عن طريق اللعان.

وواضح أن القضاء المغربي لم يثبت عنه أن قضى باللعان في نفي النسب، إلا أنه لا يفهم من ذلك أن المجلس الأعلى لم يأخذ باللعان، وإنما ذلك راجع إلى عدم توفر شروطه، وتعقد مسطرته.

فإذا كان هذا الوضع في ظل مدونة الأحوال الشخصية، فما هو الوضع إذن في ظل مدونة الأسرة؟ هل بقي المجلس الأعلى على نحو ما كان عليه في ظل المدونة المعدلة، في عدم الأخذ بالخبرة الطبية في مجال النسب، أم أن الأمر غير ذلك؟

2.2 المطلب الثاني: المنظور القانوني للعان في ظل مدونة الأسرة

من المتفق عليه أن الفراه متى توفرت شروطه، يعتبر حجة قاطعة على ثبوت النسب [22]، ولا يمكن الطعن في نسب الولد المزداد على فراه الزوجية إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع متى توفرت شروطها. وهو ما نص عليه المشرع في المادة 153 من مدونة الأسرة التي جاء فيها: "يعتبر الفراه بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين:

- إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعاءه.

- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة.

فالمشرع من خلال هذه المادة، قرر نفي النسب عن طريق اللعان صراحة، أو بواسطة الخبرة متى توفرت شروطها وهو ما ذهب المجلس الأعلى - على عكس ما كانت عليه مدونة الأحوال الشخصية -، حيث أخذ بالخبرة الطبية في مجال النسب إثباتا ونفيا، حسب ما يستفاد من أحد قراراته الذي جاء فيه: "حيث صح ما عابه الطالب على القرار المطعون فيه، ذلك أنه وإن كان الفراه الشرعي قرينة قاطعة على إثبات النسب، فذلك مشروط بأن تكون الولادة ثابتة بالتاريخ وداخل الأمد المعتبر شرعا، بشكل لا مراء فيه ولا جدال، وبما أن موضوع الخصومة يدور حول ادعاء المطلوبة أنها طلقت من الطاعن بتاريخ 20 دجنبر 1989 ووضعت الابن س...المطلوب نفقته بتاريخ فاتح يناير 1990 وقدمت شهادة ولادة محررة بتاريخ 20 يوليوز 2000 من قائد القيادة بإفادته من الشيخ وتصريح شرف منها ونفى الطالب نسب الابن المذكور إليه، لكونه لم يعلم بوجوده إلا بتاريخ 15 أكتوبر 2002 أي بعد توصله بدعوى المطالبة بنفقته وكونه أيضا عقيما، وأدلى بوثائق طبية لتأكيد ذلك، والتمس إجراء خبرة طبية عليه وعلى الابن المذكور لتحديد نسبه، وتاريخ ازدياده، وهل هو من صلبه أم لا؟ وأنه أمام اختلاف الزوجين بشأن تاريخ ازدياد الابن المذكور فإنه كان على المحكمة أن تبحث بوسائل الإثبات المعتمدة شرعا، ومنها الخبرة التي لا يوجد نص قانوني صريح يمنع المحكمة من الاستعانة بها، والمحكمة ولما اكتفت بالقول ردا على ملتزم إجراء الخبرة بأن ما تمسك به الطالب يخالف أصول الفقه والحديث الشريف

حول اعتماد نص قاطع في الموضوع، فإنها لم تضع لما قضت به أساسا، وعرضت قرارها بذلك للنقض" [23].

وأكد الدكتور محمد الكشور أن هذا النزاع بدأت أطواره في ظل مدونة الأحوال الشخصية، وأن الطعن فيه أمام المجلس الأعلى قد تم في ظل مدونة الأسرة، حيث قرر ذلك المجلس أنه ليس هناك ما يمنع محكمة الموضوع من اعتماد الخبرة الطبية في مجال النسب، انطلاقا من التوجه الجديد لهذه المدونة الأخيرة [24].

وفي قرار آخر للمجلس الأعلى جاء فيه: "الخبرة الطبية من وسائل الطعن في النسب إثباتا ونفيا" [24].

من خلال هذين القرارين يستشف أن العمل القضائي بالمغرب في ظل المدونة الجديدة، اعتمد الخبرة الطبية في مجال النسب إثباتا ونفيا، في حين لم تعثر على أي قرار أو حكم قضى بنفي النسب عن طريق اللعان، ولعل ذلك راجع إلى صعوبة إجراء اللعان وتعقد مسطرته، انعدام شروطه.

لكن ليس الأمر دائما على هذه الشاكلة فقد تتوفر للزوج الشروط المطلوبة لإجراء اللعان، وكنتيجة لإجرائه يقطع نسب المولود ولا ينسب (للأب) رغم أن الفراش متحقق بشروطه. ويزداد الأمر خطورة إذا كان سبب اللعان يعزى إلى مجرد الشك الذي يختلج نفي (الأب) المتسرع، فينتفي عنه النسب بطريقة مبهمة لا يعرف من خلالها أهو الأب الحقيقي أم لا؟ [25].

وعلى هذا الأساس اعتمد المجلس الأعلى الخبرة الطبية، إلا أنه لم يقبل بها هكذا مطلقة ومجردة، بل قيدها بمجموعة من الشروط لا بد من توفرها، وتستفاد هذه لشروط من مقتضيات المادة 158 من مدونة الأسرة، [26] وهي:

1- أن يكون الولد لاحقا شرعا بالأب: ويقص بهذا الشرط أن يكون الولد موضوع النفي لاحقا شرعا بالزوج، أما إذا ثبت اختلال شرط الفراش النصوص عليها ضمن مقتضيات المادة 154 من مدونة الأسرة [27] فإن الولد في هذه الحالة الأخيرة يكون غير لاحق بالزوج بقوة الشرع، بحيث لا يحتاج في هذه لللعان أو للخبرة الطبية من أجل نفي نسبه عنه.

2- إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه.

وذلك حتى لا ينفى النسب بكيفية تهدم قاعدة "الولد للفراش"، فكان لازما على الزوج أن يدلي أمام محكمة الموضوع بدلائل تثبت ما يدعيه.

إلا أن تحديد هذه الدلائل يبقى داخلا في إطار السلطة التقديرية لمحاكم الموضوع، ذلك أن المشرع لم يحدد بدقة المقصود بهذه الدلائل [26].

ومن تلك الدلائل أن يدلي الزوج المعني بالأمر -لنفي النسب- بشواهد طبية تثبت عقمه، أو بمحاضر للشرطة القضائية تفيد أن زوجته تتعاطى بكيفية اعتيادية للخيانة الزوجية، أو يتأكد أن الغير قد اتصل بها عن طريق الشبهة، أو يتضح للمحكمة أن أقل مدة الحمل أو أقصاها غير مضبوطة، أو يقوم لديها شك في إمكانية الاتصال، أو يحصل اختلاط مولودين داخل مستشفى الولادة ويتعذر التأكد من هويتهما.

وعليه ففي غياب الدلائل القوية، يمتنع اللجوء إلى الخبرة لنفي النسب المستند إلى فراش صحيح [26].

3- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة: بأن يصدر أمر عن المحكمة بإجراء الخبرة من جهة مختصة، بحث من غير المقبول مثلا أن تقبل من الزوج خبرة طبية اتفافية لم يسبق للمحكمة أن أمرت بها. وطبيعي أن الأمر الصادر عن المحكمة يجب أن يسبقه التأكد من الدلائل القوية.

4- قطعية الخبرة: يجب أن تفيد الخبرة الطبية القضائية القطع - أي لا يطالها أي شك - لأن الشك في قطعية هذه الخبرة محتمل، إما عن طريق الخطأ الإنساني، أو عدم جاهزية المختبر، ومن هنا ليس هناك ما يمنع من اللجوء إلى خبرة تكميلية أو مضاد، وهو ما يجب على المشرع أن يهيئ سبله [26].

لقد اتضح أن المشرع المغربي في ظل المدونة الجديدة، اعتمد الخبرة الطبية، كوسيلة من وسائل الطعن في النسب، إثباتا ونفيا، وهي وسيلة علمية محضة، إلى جانب اللعان وهي وسيلة شرعية لنفي النسب عن الزوج بالخصوص، ويظهر ذلك من خلاب المادة 153 من مدونة الأسرة.

إذا كان الأمر كذلك، فما العمل حينما تتعارض نتائج الخبرة الطبية مع اللعان، بأن يتمسك الزوج بسلوك مسطرة اللعان، وتتمسك الزوجة بالخبرة الطبية؟

3 المبحث الثاني: تعارض نتائج البصمة الوراثية واللعان في ظل مدونة الأسرة.

بالرجوع إلى المادة 153 من مدونة الأسرة والتي جاء فيها: "...يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج، عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين: إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه، وصدور أمر قضائي بهذه الخبرة."

من خلال هذا النص التشريعي نحن أمام وسيلتين لنفي النسب: اللعان، وهي وسيلة شرعية، والخبرة الطبية، وهي وسيلة علمية وطبية حديثة.

والإشكال المطروح هو ما الحل الواجب الاتباع إذا ما تعارض اللعان مع الخبرة الطبية؟ وهل يمكن الاعتماد على الويلتين معا؟ وبعبارة أخرى، هل يصح نفي النسب بالبصمة الوراثية إذا جاءت النتائج تؤكد ذلك، ويكتفي بها، أم لا بد من اللعان؟؟

لقد اختلف الفقهاء المعاصرون بشأن هذه المسألة، ويمكن اختزال آرائهم في موقفين اثنين: موقف يرفض البصمة الوراثية ويرى أنها لا تقدم على اللعان، وهو موضوع المطلب الأول، وموقف يرى أنه يمكن الاستغناء عن اللعان، والاكتفاء بالبصمة الوراثية في نفي النسب، (المطلب الثاني)، بينما سأتطرق في المطلب الثالث إلى موقف القضاء المغربي من تنازع الخبر الطبية مع اللعان.

3.1 المطلب الأول: الاتجاه الفقهي الرافض للخبر الطبية.

لقد ذهب هذا الاتجاه الفقهي إلى القول بأن النسب الشرعي الثابت بالفراش، لا ينتفي إلا باللعان فقط، ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، وعل هذا الرأي عامة الفقهاء المعاصرين، منهم الدكتور محمد التناويل [28]، وعليه قرار المجمع الفقهي الإسلامي، فقد صدر عنه قرار في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من 21 إلى 26 أكتوبر 2002، متضمنا أنه: " لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان" [29].

واستدل القائلون بأن النسب لا ينفى إلا باللعان فقط بعدديد من الأدلة، أهمها:

- قوله تعالى: {والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهادا إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين} [5].

ووجه الدلالة أن الآية الكريمة ذكرت أن الزوج إذا لم يملك الشهادة إلا نفسه، يلجأ إلى اللعان، وإحداث البصمة الوراثية بعد الآية تزيد على كتاب الله، ومن أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد،

- حديث عائشة رضي الله عنها قالت: {اختصم سعد وابن زمعة، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: هو لكياعيد ابن زمعة، الولد للفراش واحتجبي منه ياسودة} [30]

ووجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم أهدر الشبه البين، وهو الذي يعتمد على البصمة الوراثية، وأبقى الحكم الأصلي، وهو "الولد للفراش" فلا ينتفي النسب إلا بلعان فحسب.

- كما استدلوا بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلا لآعن امرأته في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وانتفى من ولدها، ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة [31]. ووجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم، نفى الولد عن الزوج وألحقه بالأم بموجب اللعان، ولم يحكم بغيره كالقيافة، فدل ذلك على أن نفيه لا يكون إلا بطريق واحد هو اللعان، فلا يجوز إبطاله، وترك العمل به لدلالة البصمة الوراثية، بل لا بد من دليل نصي مثله وهو غير ممكن [32].

وذكر الدكتور محمد التاويل أن مبدأ اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية لنفي النسب - خاصة نسب من ولد على فراش الزوجي - عن الزوج دون لعان، هو إجراء غير مشروع، وباطل لا يصح، لأنه مخالف لكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وقضاء الخلفاء الراشدين من بعده، ومذهب الصحابة وإجماع الأمة، كما أنه مخالف لروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها ونصوصها، والقواعد الأصولية والفقهية، ثم هو ظلم صارخ للزوجة والولد معاً، ويشكل تهديداً لاستقرار الأمة وسلامة المجتمع. فهو مخالف لكتاب الله تعالى وحكمه، فيمن قذف زوجته ونفى حملها أو ولدها منه، وهو وجوب اللعان المنصوص عليه في قوله تعالى: {والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهادت إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين} [5]، فإن هذه الآيات عامة فيمن رمى زوجته بالزنا، وفيمن رماها بنفي حملها أو ولدها منه، وهو الذي يدل عليه الإطلاق في لفظ الرمي، إذ الرمي صادق بالرمي بالزنا، والرمي بنفي الحمل فالآية تدل على مشروعية اللعان لنفي الحمل، وأنه واجب في حال القذف ونفي الحمل بقوة الشرع، لا خيار للزوجين فيه ولا رأي لهما فيه، كما تدل على أنه الحل الوحيد والسبيل المشروع لنفي الزوج من ولد على فراش الزوجية، لأنه لو كان هناك سبيل آخر غير اللعان يعطي للزوج الحق في نفي ولده لذكره الله تعالى مع اللعان، وليبينه كما بين اللعان، ولم يسكت عنه.

كما أنه مخالف لقضائه صلى الله عليه وسلم في ابن زمة حين اختصم في سعد ابن أبي وقاص، وعبد ابن زمة، فإنه صلى الله عليه وسلم لم يعرض الولد المنتزاع في على القيافة، (لخبرة المتعارف بها يومئذ) كما أن أقصى ما تفيد الخبرة الطبية الظن بأن هذا الولد ليس من نطفة هذا الزوج، في حالة تخلقه من نطفة غيره، ولا وجود لخبرة تفيد القطع، لأنها علمياً تحتمل الخطأ في التحليل والتلاعب في النتائج، والاحتمال وإن ضعف فإنه ينافي القطع. ولأنها خبر أحاد ضرورة أنه لا يجريها عدد التواتر من الخبراء، وخبر الواحد إنما يفيد الظن، ولا يفيد العلم والقطع كما يقول الأصوليون.

فأين هو القطع الذي تعطيه خبرة خبير واحد، أو اثنين أو ثلاثة، قد لا تتحقق فيهم شروط الشهادة في أبسط الحقوق، فكيف بالنسب الذي لم يقبل في الشهادة بثبوته إلا رجلان عدلان، ولم يقبلوا فيه الشهادة على نفيه من أحد. كما أنه مخالف للقاعدة الأصولية "لا تعارض بين مظنون ومقطوع" وأن القطع يقدم على الظن، وللقاعدة المجمع عليها "الحكم بالظاهر والله يتولى السرائر" وأنه مخالف لروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها، لأن من أهم مقاصدها، المحافظة على أنساب الناس وأعراضهم وستر عوراتهم ما أمكن، والخبرة الوراثية وسيلة لفصح عورات المسلمين، وقطع أنسابهم، وضرب من التجسس عليهم، فلا يجوز الإقدام عليها إلا بدليل خاص ولا وجود له.

كما أن اعتماد الخبرة الطبية في نفي النسب من شأنه تهديد استقرار الأسرة، والتلاعب بأنساب الأطفال، وتعرض كثير منهم إلى حرمانهم من نسبهم، وفتح لباب الشر في وجه العابثين بحقوق الناس، والمتعاطشين لأموالهم، خاصة وأن احتمال الخطأ في الخبرة ممكن، واحتمال التلاعب في النتائج أكثر احتمالاً وأقرب وقوعاً في مجتمعات غارقة في التلخف والفساد. [33]

والإتجاه الفقهي الرافض للخبرة الطبية في مجال نفي النسب، هو ما سلكه المشرع المغربي في ظل مدونة الأحوال الشخصية المعدلة، وعليه قرار المجلس الأعلى، فقد جاء في قرار له الصادر بتاريخ 15/09/1981م "...القاضي يعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعاً في نفي النسب، وليس من بين هذه الوسائل وسيلة التحليل الطبي..."، كما أن القضاء المغربي كان يرجح الوسائل الشرعية على الخبرة الطبية عند التنازع في مجال النسب، ففي قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 25/01/1905م تم في ترجيح نفي النسب باللعان على الخبرة الطبية، حيث ج

جاء في حثيئته: "إن العبرة بموافقة الحكم الفقهي الذي اعتمده الحكم الابتدائي، نقلاً عن الزرقاني في باب اللعان، حيث قال: لا تعتمد على العقيم حتى يلاعن" [34]. وهكذا نجد القضاء المغربي في ظل مدونة الأحوال الشخصية، قد استبعد الخبرة الطبية في دعاوى النسب، بل أكثر من ذلك رفض الشهادة الطبية التي تثبت العقم وقضى بثبوت النسب بالرغم من وجود هذه الشهادة [35]. لكن، هل القضاء المغربي بعد صدور مدونة الأسرة، استمر على هذا الموقف، أم أن الأمر كان غير ذلك؟

3.2 المطلب الثاني: الإتجاه الفقهي المؤيد للخبرة الطبية

يرى هذا الإتجاه، أنه يمكن الاستغناء عن اللعان والاكْتفاء بالبصمة الوراثية، إذا تيقن الزوج أن الحمل ليس منه، وهذا الرأي ذهب إليه بعض الفقهاء المعاصرين من بينهم الدكتور يوسف القرضاوي، وقد أظهر رأيه أثناء مناقشة موضوع البصمة الوراثية بالمجمع الفقهي السادس عشر بمكة المكرمة عام 1422هـ/2002م [36].

واستدلوا بجواز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، والاستغناء بها عن اللعان، أو تقديمها عليه عند التعارض، بالأدلة التالية:

- قوله تعالى: {والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهادت إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين} [37]. ووجه الاستدلال بهذه الآية عندهم، أن اللعان يكون عند ما ينعدم الشهود، وليس ثمة شاهد إلا الزوج فقط، حينئذ يكون اللعان، أما إذا كانت مع الزوج بينة كالْبصمة الوراثية تشهد لقوله فليس هناك موجب للعان أصلاً لاختلال الشرط في الآية.

- وكذلك قوله تعالى: {وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين، فلما رأى قميصه قد من دبر قال إنه من كيدكن إن كيدكن عظيم} [38].

ووجه الدلالة أن شق القميص من جهة معينة اعتبرت نوعاً من الشهادة، والبصمة الوراثية تقوم مقام الشهادة.

- كما استدلوا أيضاً بقوله سبحانه: {أدعوهم لأبائهم هو أوسط عند الله} [39]. ووجه الدلالة أن إحقاق نسب الطفل بأبيه مقصد عظيم من مقاصد الشريعة الإسلامية، فإذا أثبتت البصمة الوراثية نسب الطفل، وأراد الأب لأوهام وشكوك، أو للتبره من النفقة، أو لأي غرض آخر - مع ضعف الذم في هذا الزمان فإن العدل يقتضي أن تلحق الطفل بأبيه، ولا يمكن الأب من اللعان، لئلا يكون سبباً في ضياع نسب الطفل.

- واستدلوا أيضاً بالحديث الذي أخرجه البخاري في قصة هلال بن أمية، قذف امرأته بشريك بن سمحاء، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: {أبصروها فإن جاءت به على صفة كذا فهو لشريك بن سمحاء}. ووجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل عدم مشابهة الولد للزوج، دليلاً على أنه ليس منه، وأنه منفي عنه بدليل قوله صلى الله عليه وسلم: {أبصروها فإن جاءت به على صفة كذا...}، وفي هذا اعتبار للشبه، حيث جعله النبي صلى الله عليه وسلم دالاً على نفي النسب عن الزوج وهذا هو عين ما تقوم به البصمة الوراثية في هذا الباب [32].

وقد أخذ المشرع المغربي بهذا الرأي مع صدور مدونة الأسرة الحالية، حسب ما يستفاد من المادة 153 المشار إليها سابقاً، وقد أكد ذلك العمل القضائي المغربي حسب ما يستفاد من قراراته، حيث جاء في قرار له: "إذا غادرت الزوجة بيت الزوجية لمدة سنتين، ثم ادعت الحمل يكون من حق الزوج نفي نسب هذا الحمل إليه بواسطة الخبرة الطبية إعمالاً للمادة 153 من مدونة الأسرة" [40]. وجاء في قرار آخر: "الخبرة الطبية من وسائل الطعن في النسب إثباتاً ونفياً" [41].

يظهر أن القضاء المغربي تعامل بليونته مع الخبرة الطبية، تفعيلاً لمقتضيات مدونة الأسرة. إلا أن هذا الرأي انتقده بعض الفقهاء كالدكتور محمد التاويل، الذي طرح مجموعة من التساؤلات تبين التناقضات والمخالفات التي يجرب إليها القول باعتماد البصمة الوراثية في النسب:

السؤال الأول: إذا أثبتت الخبرة صحة النسب بعد إنكار الزوج ولده، فهل يحدونه كذف الزوجية، أم يعفونه من الحد؟ فإن حدوه أصابوا السنة وأنصفوا المرأة، وإن عفوه من الحد خالفوا قوله تعالى: {والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة} [42]. فإنها آية عامة شاملة للأزواج وغيرهم، وخالفوا قوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية حين كذف زوجته {البينة وإلا حد في ظهرك}، وخالفوا إجماع الأمة على حد الزوج إذا كذف زوجته ولم يأت بأربعة شهداء ولم يلاعن.

السؤال الثاني: إذا لم يقبل الزوج النتيجة وطلب اللعان لنفي الولد عنه رغم تأكيد الخبرة الطبية ثبوت نسبه وإحاقه به، فهل يمنعون من اللعان، اعتماداً على الخبرة الطبية أو يمكنونه منه؟؟ فإن مكنوه من اللعان فلا تبقى للخبرة الطبية فائدة حينئذ، وإن منعه خالفوا الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن للزوج الحق في اللعان لنفي الولد عنه، وللآيات السابقة، {والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم...}

السؤال الثالث: إذا أثبتت الخبرة نفي الولد عن الزوج، فهل يعفون الزوج من الحد أم يحدونه؟؟ فإن عفوه اعتماداً على الخبرة الطبية، خالفوا الكتاب والسنة وإجماع الأمة على حد الزوج إذا كذف زوجته ولم يأت بأربعة شهداء ولم يلاعن، وإن حدوه تناقضوا، لأن نفي الولد يقتضي زنا الزوجة، ونفي الحصانة عنها، وعدم حد قاذفها، وحده يقتضي براءتها، فالجمع بين الحكم بنفي الولد، ووجوب الحد، جمع بين متناقضين [43].

إذا تضح أن الفقهاء اختلفوا بخصوص استعمال الخبرة الطبية في ميدان النسب، وأغلب الفقهاء على عدم مشروعيتها، وعدم تقديمها على اللعان متى توفرت شروطه، فكيف كان موقف القضاء المغربي وهو يبيث في قضية التنازع بين الخبرة الطبية واللعان؟ هل رجح نظام اللعان باعتباره حكماً ثابتاً بالقرآن، ومنصوص عليه في القانون، أم العكس؟

3.3 المطلب الثالث: موقف القضاء المغربي من التنازع بين الخبرة واللعان

لقد تعامل القضاء المغربي بليونته مع الخبرة الطبية، خصوصاً بعد ظهور مدونة الأسرة، والذي يبدو أنه يرجح الخبرة الطبية على اللعان في حالة التنازع، حيث أعطى للزوجة إمكانية المطالبة بإجراء الخبرة الطبية لإثبات نسب الطفل في الحالة التي يقوم فيها الزوج بنفي النسب عن طريق اللعان، وهو ما يتضح من خلال حيثيات حكم المحكمة الابتدائية بالحسي عيّن الشق، الذي جاء فيه: "...وبناء على المقال الإصلاحي والتوضيحي المدلى به خلال جلسة فاتح دجنبر 2003 من طرف نائب المدعي، والذي يعرض فيه كون العارض لم يكن له علم بالحمل إلى أن فاجأته به الزوجة في جلسة الصلح بتاريخ 2003/10/13، فبادر إلى رفع دعوى اللعان هاته، ونفى النسب في اليوم التالي 2003/10/14، وهذا هو الشرط الذي يتطلبه الشرع والقانون، فضلاً عن قبول وضع طلبه لدى القاضي قد اعتزلها مباشرة بعد طهرها من الحيض ولم يجامعها منذ ذلك الحين، إلى حين تقديمه الطلب لدى القاضي، وإذا به يفاجأ بتاريخ 2003/10/13 بادعائها الحمل، وإدلائها بشهادة طبية، ولم يتأخر المدعي ولو يوماً واحداً حيث رفع دعوى اللعان ونفى النسب هاته في اليوم التالي 2003/10/14، لذلك فإنه يلتزم تطبيق مسطرة اللعان كما ينص عليها القانون لتوفر شروطها، والمدعي كما جاء في المقال مستعد للخضوع لمقتضيات مسطرة اللعان التي ينص عليها القرآن والفقه والقانون، وبالتالي الحكم بعد مسطرة اللعان بالطلاق والتفريق بينهما بحكم ينص على التفريق بينهما والطلاق والحكم بنفي نسب الحمل التي تدعي المدعي عليها أنه من المدعي الذي صرحت به في جلسة الصلح لدى القاضي بتاريخ 2003/10/13 وتصر على التصريح به، مع تحميلها الصائر واعتبار الحكم نافذاً.

وبناء على المذكورة الجوابية المدلى بها من طرف دفاع المدعي عليها والتي يعرض فيها... وحيث إن شروط اللعان وأركانها غير متوفرة في النزاع، ذلك أن الزوجية تمت بتاريخ 2003/07/19، وأن أمر المدعي عليه الذي زعم فيه أنه فوجئ بقضية الحمل كان يوم 2003/10/13، وأنه بإجراء عملية حسابية بسيطة بين تاريخ حصول الزواج 2003/07/19 وبين تاريخ حضور الطرفين أمام السيد قاضي التوثيق 2003/10/13 عندما فوجئ المدعي عليه حسب زعمه بالحمل سوف تلاحظ المحكمة أنه مر على عقد الزواج بين أطراف الخصومة مدة ثلاثة شهور، أليست هذه المدة كافية لوقوع حمل العارضة، رفقته شهادة طبية للدكتور اللعبي عبد العالي ليوم 2003/10/13 المحررة يوم حضور الأطراف أمام قاضي التوثيق، والتي تؤكد حمل العارضة لمدة ستة أسابيع سابقة، إذن فإن الادعاء بعزل العارضة قبل وضع طلب اللعان ونفي النسب 2003/10/14 يبقى ادعاءً باطلاً ولا أساس له من الصحة واقفاً وقانوناً، وذلك لكون أمر العزل لاحقاً بعد حصول الحمل ولفترة جد متأخرة كانت فيه العارضة حاملاً من ستة أسابيع، وعليه فإن دعوى اللعان ونفي النسب لا تتوفر على أركانها وشروطها المحددة...

وبناء على المذكورة التعقيبانية المدلى بها من طرف نائب المدعي والتي يعرض فيها...

وبناء على المذكورة الجوابية المدلى بها من طرف نائبة المدعي عليها والتي تؤكد فيها دفعاتها السابقة... لذلك فإنها تلتزم استبعاد الدفوعات وما سبق أن أثاره المدعي وتأكيد العارض لجميع ما سبق، وتلتزم احتياطياً الأمر بإجراء بحث مع حضور كل من المدعي والعارضة، واحتياطياً جداً الأمر بإجراء التحاليل الطبية اللازمة وتحليل الحمض النووي للمدعي لمقارنته بأعضاء الجنين ودمه.

وبناء على الطلب التي تقدمت به المدعية بواسطة نائبتها والتي تلتزم فيه الأمر بإجراء خبرة طبية في موضوع القضية الرامية إلى نفي النسب واللعان وذلك تطبيقاً للفقرة الأخيرة من الفصل 153 من مدونة الأسرة.

وبناء على ما جاء في تقرير الخبير البروفسور الوهالية، من كونه تعذر القيام بالخبرة الطبية لتخلف السيد مصطفى بنغزال عن الحضور، والذي أدلى بمذكرة جوابية مؤرخة بتاريخ 2004/07/12 يتعرض فيها على إجراء الخبرة الطبية ويتمسك بمسطرة اللعان لنفي النسب.

وبناء على المذكورة التوضيحية التي أدلت بها المدعي عليها بواسطة نائبتها والتي تلتزم فيها أساساً إرجاع المهمة إلى السيد الخبير الدكتور الوهالية سعيد قصد القيام بالمهمة المسندة إليه، مع استدعاء الطرف المدعي عن طريق الشرطة وفي حالة رفضه اعتبار الدعوى كيدية والفصل فيها بالرفض واحتياطياً، بناء على استعداد العارضة للخضوع لأمر المحكمة لإثبات حسن نيتها ونسب طفلها لأبيها المدعي، الحكم ببرد دعوى المدعي لعدم جديتها وبالتالي رفضها مع الحكم بإثبات نسب الطفلة... إلى المدعي مع ما يترتب عن ذلك من التزامات وحقوق للطفلة...

وبناء على إدراج القضية بجلسة 2005/02/17 حضرتها نائبة المدعي عليها التي أدلت بطلب يرمي لاستدعاء المدعي لإجراء خبرة عن طريق النيابة العامة، وتخلف نائب المدعي رغم التوصل والتمس ممثل النيابة العامة بتطبيق القانون مما تقرر معه اعتبار القضية جاهزة وجعلها في مداولة قصد النطق بالحكم... وحيث بناء

على امتناع المدعى عليه عن الامتثال للخبرة الطبية المأمور بها بمقتضى الحكم التمهيدي، وكذلك بناء علة ما جاء في مضمون الشواهد الطبية المشار لها أعلاه... مما يجعل طلب المدعى لكل ذلك غير مؤسس قانوناً، ويتعين بالتالي رفضه" [44].

4 المبحث الثالث: مسطرة إجراء اللعان

سنرى في هذا المبحث مسطرة إجراء اللعان بالنسبة للزوج (مطلب أول)، ومسطرة إجراء اللعان بالنسبة للزوجة (مطلب ثان).

4.1 المطلب الأول: مسطرة إجراء اللعان بالنسبة للزوج الملاحن

إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا أو نفى حملها اللازم له، فإن محكمة الموضوع تستدعيه هو وزوجته وفقاً للقواعد المضمنة في قانون المسطرة المدنية [45]، ويطلب عليه الأحكام الواردة في آيات اللعان في سورة النور.

وذلك بأن يحلف الزوج أربع مرات إنه لمن الصادقين، ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، قال تعالى: {والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين} .

وقد أوجز ابن عاصم الغرناطي هذه المسطرة فقال:

ويبدأ الزوج بالالتعان لدفع حد أربع من الأيمان

إتباتاً أو نفياً على ما وجباً مخمساً بلعنة إن كذباً

قال الشارح: "والمعنى أن صفة اللعان بين الزوجين أن يبدأ الرجل باللعان لدفع الحد عنها إن كانت الزوجة حرة مسلمة، أو الأدب إن كانت أمة أو كتابية، فيحلف أربع أيمان على ما وجب عليه من الإثبات في الرؤية، أو نفي الحمل، فيقول: أشهد بالله لقد رأيتها تزني أربع مرات، أو ما هذا الحمل مني كذلك، ويصل خامسة بلعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيهما.

وظاهره أن الزوج يبدأ بالالتعان وجوباً وهو قول أشهب، وعليه إذا بدأت هي تعيده، وقال ابن القاسم: يبدأ الزوج استحباباً، فإن بدأت هي فلا تعيد، وفي إعادتها إن بدأت خلاف، ومحلها ما لم تحلف بصيغة: لقد كذب، وإلا أعادت بلا خلاف [46].

وفي المدونة الكبرى: "قلت لابن القاسم: رأيت الإمام إذا لاعن بين الزوجين المسلمين... كيف يلاعن بينهم، بمن يبدأ؟ قال: يبدأ بالرجل فيحلف أربع شهادات بالله لرأيتها تزني، أشهد بالله لرأيتها تزني، يقول ذلك أربع مرات، والخامسة يقول الزوج: لعنة الله علي إن كنت من الكاذبين [47].

وقد يقال ما العلة من تقديم الزوج في اللعان؟ قيل: "لأن الحد متوجه عليه إذا كانت ممن يحد قاذفها، فله أن يخلص نفسه منه باللعان، ولذلك يدين بالالتعان، لأن الحد متوجه عليه بالظاهر، وبذلك ورد النص، ولأنه صلى الله عليه وسلم بدأ بهلال بن أمية في اللعان، ولأن الزوج هو القاذف، واللعان يخلصه من القذف فإن أتى به وإلا حد، فوجب تبديته [48]. وفي كيفية اللعان يقول الشيخ خليل: "وشهد بالله أربعاً لرأيتها تزني، أو ما هذا الحمل مني، ووصل خامسة بلعنة الله عليه إن كان من الكاذبين [49].

وقد ورد في موسوعة الفقه المالكي: "كيفية اللعان أن يقول الحاكم للملاحن: قل أشهد بالله لرأيتها تزني، ورأيت فرج الزاني في فرجها، كالمروء في المكحلة، وما وطنتها بعد رؤيتي، وإن شاء قال: لقد زنت وما وطنتها بعد زناها، يرد ما شاء من هذين اللفظين أربع مرات، فإن نكل عن هذه الأيمان، أو عن شيء منها حد، وإن نفى حملها قال: أشهد بالله لقد استبرأتها وما وطنتها بعد وما هذا الحمل مني، ويشير إليه، يحلف بذلك أربع مرات ويقول في كل يمين منها، وإني لمن الصادقين في قولي هذا عليها، ثم يقول له في الخامسة، قل: علي لعنة الله إن كنت من الكاذبين، وإن شاء قال: إن كنت كاذباً فيما ذكرت عنها، فإن فعل ذلك سقط عنه الحد، وانتفى عنه الولد، وأما الفرقة فلا تقع إلا بعد تلاعنها جميعاً [50].

ويجب وجوباً شرطاً: أن يلاعن المسلم بالمسجد الجامع، لأنه أشرف الأماكن فيغلظ فيه به [51]، والدليل أنه فعل النبي صلى الله عليه وسلم، فقد لاعن بين عويمر العجلاني وزوجته بالمسجد، وقال: {فاذهب فأتبها}، قال سهل: "فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم [52].

4.2 المطلب الثاني: مسطرة إجراء اللعان بالنسبة للزوجة الملاحنة

إذا انتهى الزوج من لعانه، أمر القاضي الزوجة بأن تقوم وتحلف بالله أربع شهادات إن زوجها لكاذب، أو إنه لمن الكاذبين فيما ادعاه، وتقول في الخامسة: علي غضب الله إن كان من الصادقين، وتستفاد هذه المسطرة من قوله تعالى: {ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين} [53].

ولقد لخص ابن عاصم هذه الإجراءات في التحفة فقال:

وتحلف الزوجة بعد أربعاً لتندراً الحد بنفي ما ادعاه

تخميسها بغضب إن صدقاً ثم إذا تم اللعان افترقاً

قال الشارح: "والمعنى أن الزوجة تحلف بعد لعان الزوج فتقول: أشهد بالله ما رأيتني أزني، أو ما زنت، أربع مرات، وأن هذا الحمل منه كذلك، أو تقول: لقد كذب فيهما أربع مرات أيضاً، وتحصل خامستها بغضب الله عليها إن كان من الصادقين أو إن صدق [54].

وفي المدونة الكبرى: "... ويدرأ عنها العذاب أن تشهد، فتقول: أشهد بالله ما رأيتني أزني، أشهد بالله ما رأيتني أزني، قال: تقول ذلك أربع مرات، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين [49].

وفي كيفية لعان الزوجة يقول صاحب موسوعة الفقه المالكي: "إذا فرغ الرجل من لعانه، قامت المرأة بعده، فحلفت بالله أربع أيمان، تقول فيها: أشهد بالله أنك كاذب، أو أنك لمن الكاذبين فيما ادعاه علي، وذكره عني، وإن كانت حاملا قالت: وإن حملي هذا منه، ثم تقول في الخامسة: وعلي غضب الله إن كان صادقا، أو إن كان من الصادقين في قول ذلك، وإن شاءت قالت: أشهد بالله ما زنيت، تكرر ذلك أربع مرات، ثم تقول في الخامسة: غضب الله عليها إن كان من الصادقين [48]."

قال الشيخ خليل: "وشهدت ما رأني أزي، أو ما زنيت أو لقد كذب فيهما، وفي الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين [48]."

يتبين من خلال الآية الكريمة ومن هذه النصوص الفقهية، أنه يتعين على الزوجة الملائنة، وكذا الزوج الملائع أن يلتزما بلفظ "أشهد" في الأربع مرات، وأن يلتزم الزوج بلفظ "اللعن" في الخامسة، وتلتزم الزوجة بلفظ "الغضب" في الخامسة. والدليل على ذلك أن آية اللعان نصت على هذه الألفاظ، فهي ألفاظ مخصوصة وردت من عند الشارع لا ينبغي استبدالها. وإلى ذلك أشار الشيخ خليل: "ووجب: أشهد، واللعن والغضب"، قال الشارح "ووجب على الزوجين في أيمان اللعن لفظ "أشهد" في صحتها، فلا يجوز: أحلف، أو أقسم أو يعلم الله، ووجب اللعن في خامسة الرجل، لأنه مبدع لأهله ولولده، فإن خمس بالغضب فلا يجزئ، ووجب الغضب في خامسة المرأة لأنها أغضبت ربها وزوجها وأهلها، فإن خمست باللعن فلا يكفي [48]."

ويجب أن يكون اللعان بأشرف وبحضور جماعة من الناس أقلها أربعة، قال الشيخ خليل: "وبأشرف البلد وبحضور جماعة أقلها أربع"، أي ووجب اللعان بأشرف موضع في البلد وهو المسجد، لأنها أيمان مغلظة [55]. وحكى ابن عبد البر أن اللعان لا يكون إلا في المسجد الجامع، قال: "وهذا إجماع من العلماء على أن اللعان لا يكون إلا في المسجد الجامع لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا عن بين المتلاعنين في مسجده [55]. فلا بد من أن يكون لعام المسلم في المسجد وبحضور جماعة أقلها أربعة - عند المالكية - أما الشافعية والحنفية فقالوا يستحب أن يكون اللعان بمحضر جماعة من المسلمين مبالغة في الزجر. ويكون اللعان بحضور القاضي أو نائبه، وإن تراضا الزوجان بغير الحاكم بإجراء اللعان بينهما لم يصح ذلك، لأن اللعان مبني على التعليل والتأكيد، فلم يجز بغير الحاكم [48]."

ويستحب أن يقع اللعان بعد صلاة، كما يندب تخويف الزوجة عند الخامسة، بأن يقول لها القاضي: إنها الموجبة، وكذلك الزوج، وقد أشار الشيخ خليل إلى هذه المنذوبات فقال: "وندى إثر صلاة، وتخويفهما، وخصوصا عند الخامسة، والقول بأنها موجبة العذاب"، قال الشارح: وندى إثر صلاة، ابن وهب: وبعد العصر أحب إلي، وندب للإمام تخويفهما، أي الزوجين قبل اللعان بعذاب الآخرة الشديد الأليم، الذي لا يطيقه المخلوق، لجزمنا بكذب أحدهما، وأما عذاب الدنيا فخفيف زائل، وخصوصا عند الخامسة... وندب القول لكل منهما بأنها أي الخامسة، موجبة العذاب على الكاذب [56]."

ويمكن حصر مندوبات اللعان من خلال قول خليل في خمس مندوبات، وهي:

- 1- يندب إيقاعه إثر صلاة، والأفضل بعد صلاة العصر، لأنه أشد الأوقات في اليمين.
- 2- يندب تخويف المتلاعنين بالوعظ، بأن يقال لهما: إن الإقدام على الحلف بالله كاذبا، فيه الوبال الأخروي والدنيوي، والاعتراف بالحق فيه النجاة.
- 3- يندب تخويفهما عند الخامسة، بأن يقول لهما القاضي: إنها الموجبة للعذاب، بنزول اللعنة أو الغضب على الكاذب.

فإذا تم اللعان بهذه الكيفية تترتب عنه آثاره الشرعية، كإسقاط حد القذف عن الزوج، وإسقاط حد الزنا عن الزوجة، ونفي النسب، ولحوق الولد بأمه... وغيرها من الآثار التي سبق بيانها.

5 خلاصة

اللعان بين الزوجين يتخذ صورتين أساسيتين: إما أن يتم الزوج زوجته بالزنا، وإما أن ينفي نسب الولد أو الحمل اللازم له، وفي كلتا الحالتين لا يمكن الزوج من سلوك مسطرة اللعان المنصوص عليها في الشرع إلا بتوفر مجموعة من الشروط، هذه الشروط تحدث عنها الفقهاء، وجعلوها نوعين: شروط وجوب اللعان، أي إذا فقد شرط منها يصبح اللعان في حكم العدم، وشروط صحة، لا يكون اللعان صحيحا إلا بتوفرها.

فإذا توفرت هذه الشروط ومكن الزوج من اللعان، وأخذ صورته الشرعية والقانونية، وتمت مسطرته كما حددها القرآن الكريم، فإن الحاكم يفرق بين الزوجين، إلا أن الفقهاء اختلفوا في طبيعة هذا الفرق، فمنهم من يرى أنها فسخ، ومنهم من يرى أنها طلاق بانن، والراجح أنها فسخ، لقوله صلى الله عليه وسلم: "المتلاعنان لا يجتمعان أبدا"، وتقع هذه الفرقة بمجرد فراغ الزوج والزوجة من اللعان عند المالكية، خلافا للشافعي الذي يرى بأن الفرقة تقع بمجرد فراغ الزوج من اللعان وحده دون الزوجة. هذه واحدة من الآثار المترتبة عن اللعان، وهناك آثار أخرى مرتبطة بالزوج كسقوط حد القذف عنه، وقطع النسب، وإيجاب حد الزنا على الزوجة إن لم تلاعن، والبعض الآخر مرتبط بالزوجة الملائنة، منها: سقوط حد الزنا عنها إن لاعنت، وفسخ النكاح، وتأبيد الحرمة بينها وبين زوجها.

هذا من الناحية النظرية الفقهية، أما فيما يخص المنظور القانوني لللعان في التشريعات المغربية، وموقف القضاء منه، فقد اتضح أن المشرع في ظل مدونة الأحوال الشخصية كان ينص على اللعان باعتباره مانعا من موانع الزواج المؤبدة بين الزوجين، وباعتباره وسيلة من الوسائل التي يمكن الاعتماد عليها لنفي النسب، إلا أنه نظرا لانعدام توفر شروطه، وتعقد مسطرته، لم نجد قرارا للمجلس الأعلى قضى بنفي النسب عن طريق اللعان.

وفي مدونة الأسرة نص المشرع من خلال المادة 153 على اللعان باعتباره وسيلة من وسائل الطعن في النسب، إلى جانب الخبرة الطبية متى توفرت شروطها، إلا أن التنصيص على اللعان يبقى مجرد حبر على ورق، بحيث لم نجد قرارا للمجلس الأعلى قضى باللعان، وإنما يعتمد على الخبرة الطبية لنفي النسب، كما جاء في أحد قراراته: "الخبرة الطبية وسيلة للطعن في النسب إثباتا ونفيا". وإذا كان المشرع أعطى الحق للزوج في الطعن في النسب عن طريق اللعان والخبرة الطبية معا، فما العمل إذا تعارضتا، بأن تمسك الزوج بسلوك اللعان، وتمسكت الزوجة بالجوء إلى الخبرة الطبية؟ هناك جدل فقهي بخصوص اعتماد الخبرة الطبية أو اليصمة الوراثية في مجال النسب، فقد ذهب البعض إلى اعتماد الخبرة الطبية دون اللعان، على أساس أن الخبرة وسيلة علمية حديثة يقينية، وذهب عامة الفقهاء إلى أن النسب المزداد على فراش الزوجية لا يمكن نفيه إلا عن طريق اللعان، دون غيره من الوسائل مهما كانت صحتها، لأن اللعان حكم قرآني لا يمكن تعطله. أما فيما يخص القضاء المغربي في مسألة التنازع بين الخبرة الطبية واللعان، فيبدو أنه يرجح الخبرة الطبية على اللعان.

المراجع العربية

- [1] سورة النساء الآية - 1 .
- [2] سورة النساء الآية - 3
- [3] أخرجه الإمام البخاري - كتاب النكاح - باب: من لم يستطع الباءة فليصم، رقم الحديث 5066
- [4] سورة النور الآية - 4
- [5] سورة النور الآيات 6 - 7 - 8
- [6] الفصل 25 "موانع الزواج قسمان: مؤبدة ومؤقتة، المؤبدة: القرابة والمصاهرة، والرضاع، ووطء العاقد في العدة ولو بعدها، واللعان، والمؤقتة تعلق حق الغير بزواج أو عدة"
- [7] الفصل 91 "يعتمد القاضي في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب "
- [8] أحمد الخليلي "التعليق على قانون الأحوال الشخصية" دار نشر المعرفة، الطبعة الأولى 2 / 50
- [9] قرار رقم 96 بتاريخ 1982/02/09 منشور مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 4 - 5 ص 71
- [10] قرار رقم 180 بتاريخ 1971/07/05 منشور مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 23 ص 34.
- [11] قرار المجلس الأعلى الصادر في 1975/07/05 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 23 ص: 34.
- [12] قرار رقم 1802 الصادر بتاريخ 5 دجنبر 1989 ملف شرعي 88/5052 مجموعة قرارات المجلس الأعلى - مادة الأحوال الشخصية -
- [13] - قرار شرعي صادر عن المجلس الأعلى في 8 يناير 1968 منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 88 و 89 ص:
- [14] الفصل 84 "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنة مع مراعاة ما ورد في الفصل 76 فيما يخص الريبة"
- [15] قرار رقم 145 بتاريخ 1987/02/03 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 65 و 89 ص 446
- [16] قرار عدد 464 بتاريخ 2002/06/10 ملف شرعي عدد 2002/1/2/140 منشور بمجلة الصقر العدد 7 يناير 2004 ص: 175
- [17] قرار المجلس الأعلى عدد 36 بتاريخ 2 ذي العقدة 1391هـ/ منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 140 الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية ص 59
- [18] محمد بن معجوز - أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية طبعة 1418هـ/1998م 1/269.
- [19] قرار عدد 527 بتاريخ 1981/09/15 منشور بمجلة قضاء المجاس الأعلى عدد 30 ص 95
- [20] قرار عدد 96 بتاريخ 1982/02/09 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 37 ص: 97
- [21] التعليق على مدونة الأحوال الشخصية لأحمد الخليلي 84/2 (هامش)
- [22] محمد الأزهر "شرح مدونة الأسرة" مطبعة النشر المغربية طبعة 2006م ص 67
- [23] محمد الكشيبور "البينة والنسب في مدونة الأسرة قراءة في المستجدات البيولوجية دراسة قانونية وشرعية مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة" طبعة 2007 ص: 18 .
- [24] محمد الكشيبور "البينة والنسب في مدونة الأسرة" ص: 185-255.
- [25] الأستاذ محمد كفيل "إعمال الخبرة الطبية في دعاوى النسب" مجلة المحاكم المغربية عدد 118 ص: 70
- [26] محمد الكشيبور "البينة والنسب في مدونة الأسرة" ص: 203-312.
- [27] تنص المادة 154 على ما يلي: " يثبت نسب الولد بفراش الزوجية
- [28] محمد التاويل "موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه" مطبعة أنفو - برانت 2007 .
- [29] القرار السابع من قرارات المجمع الفقهي الصادر في دورته 16 المنعقدة بمكة المكرمة عام 1422هـ/2002م
- [30] أخرجه البخاري كتاب: الحدود، باب: للعاقر الحجر، رقم الحديث 6817
- [31] أخرجه البخاري ، كتاب الفرائض - باب: ميراث الملاعنة، رقم الحديث 6748
- [32] حسني محمود عبد الدايم - "البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات" دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - الطبعة الأولى 2008 : 797-810
- [33] موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه، لمحمد التاويل ص: 14 وما بعدها (بتصرف)
- [34] بحث حول: إعمال الخبرة الطبية في دعاوى النسب. ذ محمد كفيل، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 118 ص: 59 وما بعدها.
- [35] قرار عدد 96 بتاريخ 1982/02/09 منشور بمجلة المحاكم المغربية - عدد 37 ص: 97
- [36] البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، لحسني محمود عبد الدايم ص: 798
- [37] سورة النور الآيات 6 - 7 - 8
- [38] سورة يوسف الآيات 26 - 27
- [39] الأحزاب الآية 5
- [40] قرار عدد 39 مؤرخ في 18 يناير 2006 ملف شرعي عدد 2005/1/2/353
- [41] قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 18 يناير 2006 ملف شرعي عدد 2005/1/2/108
- [42] سورة النور الآية 4 .
- [43] موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه. لمحمد التاويل ص: 45 وما بعدها (بتصرف)
- [44] حكم رقم 06/1581 بتاريخ 10/03/2005 ملف عدد 03/767 منشور بمجلة قضاء الأسرة، العدد الثالث، دجنر 2006 ص: 160
- [45] عبد السلام التسولي "البهجة في شرح التحفة على تحفة ابن عاصم" 539/1
- [46] المدونة الكبرى للإمام مالك 1065/3
- [47] عبد الوهاب البغدادي - "المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي" 901/2
- [48] خليل لأحمد بن محمد عليش "منح الجليل شرح على مختصر" 4/181، 4/182، 4/183، 4/184.
- [49] خالد عبد الرحمان العك "موسوعة الفقه المالكي" 612/1
- [50] لحبيب بن طاهر " الفقه المالكي وأدلته" 169/4
- [51] أخرجه الإمام مالك ، باب: ماجاء في اللعان

- [52] سورة النور الآية - 7
[53] البهجة في شرح التحفة للتسولي 540/1
[54] المدونة الكبرى للإمام مالك 1065/3
[55] ابن عبد البر الاستذكار 17/202، 17/203
[56] الفقه المالكي وأدلته للحبيب بن طاهر 169/4