سلسلة « أعمال جامعية »

المركز القانوني للبنوة غير الشرعية

في ظل التعددية المرجعية

دراسة في ضوء نصوص التشريع وقواعد الفقه
مسبوكة بأهم الاجتهادات القضائية

ذ. رشيد لعنب

دكتور في القانون الخاص

نائب أول لوكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بتطوان

تقديم

د. ابراهيم بحماني

رئيس غرفة الأحوال الشخصية والميراث بمحكمة النقض

مجلة القضاء المدني

دار نشر المعرفة
للنشر والتوزيع

الفهرس

تقديم 5

مقدمة 7

أولا: دوافع اختيار موضوع البحث 11

ثانيا: أهمية موضوع البحث وقيمته العلمية 13

ثالثا: إشكال البحث 15

رابعا: الصعوبات التي اعترضت مسار البحث 18

خامسا: «المحاولات» السابقة والإضافة المعرفية 20

سادسا: المناهج المتبعة في البحث 22

سابعا: خطة البحث 26

الباب الأول: وضعية البنوة غير الشرعية في النظام القانوني المغربي 27

الفصل الأول: الإطار المرجعي للبنوة غير الشرعية في القانون المغربي 30

المبحث الأول: التحديد المفاهيمي للبنوة غير الشرعية ضمن السياق القانوني المغربي 31

المطلب الأول: ماهية البنوة غير الشرعية 32

الفقرة الأولى: تحرير مفهوم «البنوة غير الشرعية»: دراسة في المصطلح 32

أولا: مدلول البنوة غير الشرعية 32

ثانيا: تمييز وضع البنوة غير الشرعية عما يشابهه 38

الفقرة الثانية: أسباب تفشي ظاهرة البنوة غير الشرعية 47

أولا: العوامل الواقعية المساعدة على انتشار ظاهرة الولادة غير الشرعية 47

ثانيا: صلة البنوة غير الشرعية بظاهرة «الأمهات العازبات» 54

المطلب الثاني: علاقة البنوة غير الشرعية بالنظام العام المغربي 59

الفقرة الأولى: مركز البنوة غير الشرعية ضمن منظومتي القيم والأخلاق 60

أولا: انعكاس التحولات القيمية على وضع البنوة 60

ثانيا: تأثير البعد الأخلاقي في التنظيم القانوني للبنوة 65

الفقرة الثانية: وضع البنوة غير الشرعية في إطار تنازع القوانين 68

أولا: القانون واجب التطبيق عند التنازع بشأن قضايا البنوة غير الشرعية 69

ثانيا: مسألة الدفع بالنظام العام في النزاعات الدولية الخاصة بالبنوة 76

المبحث الثاني: المرجعيات الأصولية المؤطرة للبنوة غير الشرعية في القانون المغربي..... 84
المطلب الأول: دور المرجعية الدينية في تنظيم أحكام البنوة غير الشرعية..... 85
الفقرة الأولى: البعد الديني لرابطة البنوة في النظام الأسري المغربي..... 85
أولا: تأثير مقتضيات الشريعة الإسلامية في القواعد القانونية المنظمة للبنوة..... 85
ثانيا: مقوّمات التصور الشرعي لقضية البنوة غير الشرعية..... 90
الفقرة الثانية: استثمار الاجتهاد الفقهي في تأطير أحكام البنوة غير الشرعية..... 95
أولا: موقف المالكية من قضية البنوة غير الشرعية..... 96
ثانيا: إمكانية الاجتهاد الاستصلاحي والنظر المقاصدي لأحكام البنوة..... 100
المطلب الثاني: دور المرجعية الكونية في «تطوير» وضع البنوة غير الشرعية..... 106
الفقرة الأولى: أثر الاتفاقيات الدولية في صياغة معالم جديدة لنظام البنوة..... 106
أولا: المبادئ الحقوقية المناط بها حماية الولد غير الشرعي..... 107
ثانيا: تجليات تأثير الاتفاقيات الدولية في تجويد النظام القانوني للبنوة..... 114
الفقرة الثانية: إشكالات تطبيق الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني المغربي..... 121
أولا: مدى ملاءمة القواعد القانونية المنظمة للبنوة مع الاتفاقيات الدولية؟..... 121
ثانيا: أولوية الاتفاقيات الدولية في التطبيق عند تعارضها مع القانون الوطني..... 127
الفصل الثاني: أثر التجاذب المرجعي على حق الولد غير الشرعي في الهوية..... 135
المبحث الأول: حدود حق الولد غير الشرعي في النسب..... 136
المطلب الأول: أثر إعمال القواعد الشرعية على نسب الولد غير الشرعي..... 137
الفقرة الأولى: قصور السبل الشرعية للنسب عن تنسيب الابن غير الشرعي..... 137
أولا: تنافي قاعدة الفراش مع وضع البنوة غير الشرعية..... 137
ثانيا: مدى إمكانية الاستناد إلى الإقرار لتنسيب الولد غير الشرعي..... 146
ثالثا: مناط إعمال الشبهة في إثبات النسب وصلته بالبنوة غير الشرعية..... 154
الفقرة الثانية: أثر إعمال بعض القواعد الفقهية في نسب الولد غير الشرعي..... 162
أولا: مناط تنزيل قاعدة «الولد للفراش»..... 163
ثانيا: ضوابط إعمال قاعدة «الشرع متشوف للحوق الأنساب»..... 170
ثالثا: نطاق تطبيق قاعدة «لا يجتمع حد ونسب»..... 177

الفقرة الثالثة: موقف الفقه الإسلامي من قضية تنسيب ولد الزنا لأبيه.....182
أولا: مؤيدات الاتجاه الفقهي المعارض لثبوت نسب المولود خارج رابطة الزواج.....183
ثانيا: مسوغات الاتجاه الفقهي المؤيد لثبوت نسب المولود خارج رابطة الزواج.....187
ثالثا: الرأي المختار بعد المناقشة والترجيح وتحديد ضوابطه.....193
المطلب الثاني: مدى إمكانية إثبات نسب الولد غير الشرعي في ظل المستجدات العلمية.....200
الفقرة الأولى: إشكالية اعتماد الخبرة الجينية في إثبات نسب الولد غير الشرعي.....200
أولا: أهمية الخبرة الجينية ومنزلتها ضمن وسائل إثبات النسب.....201
ثانيا: أثر استخدام البصمة الوراثية في إثبات نسب الابن غير الشرعي.....208
الفقرة الثانية: مستقبل نظام النسب في ظل طرق الاستيلاد الجديدة.....217
أولا: التلقيح الاصطناعي للرحم وتأثيره على النسب.....217
ثانيا: نظام النسب الشرعي وتقنية الاستنساخ.....224
المبحث الثاني: حق الولد غير الشرعي في الهوية في ظل قانوني الجنسية والحالة المدنية.....229
المطلب الأول: صيانة هوية الولد غير الشرعي في إطار قانون الجنسية.....230
الفقرة الأولى: شمول إسناد الجنسية الأصلية للابن غير الشرعي.....230
أولا: تأسيس جنسية الولد غير الشرعي الأصلية على رابطة الدم.....231
ثانيا: تخويل الولد غير الشرعي الجنسية الأصلية على أساس ولادته في المغرب.....234
الفقرة الثانية: اكتساب الولد غير الشرعي الجنسية المغربية بحكم القانون.....237
أولا: حق الولد غير الشرعي في اكتساب الجنسية بالولادة والإقامة في المغرب..237
ثانيا: حق الولد غير الشرعي في اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة.....240
المطلب الثاني: حق الولد غير الشرعي في الهوية في إطار قانون الحالة المدنية.....244
الفقرة الأولى: حق الولد غير الشرعي في التقييد في سجلات الحالة المدنية.....244
أولا: مسطرة تقييد الولد غير الشرعي في سجلات الحالة المدنية.....245
ثانيا: دور النيابة العامة في حماية هوية الولد غير الشرعي في ظل قانون الحالة المدنية.....251
الفقرة الثانية: دور وثائق الحالة المدنية في ترسيخ هوية الابن غير الشرعي.....254
أولا: مدى حجية وثائق الحالة المدنية في إثبات نسب الابن غير الشرعي.....255
ثانيا: دور وثائق الحالة المدنية في إثبات باقي بيانات هوية الابن غير الشرعي.....261

الباب الثاني: واقع الحماية القانونية المقررة للبنوة غير الشرعية في ظل التعددية المرجعية 267

الفصل الأول: تجليات الحماية المدنية والجنائية المقررة للابن غير الشرعي 270

المبحث الأول: مظاهر الحماية الجنائية المقررة للابن غير الشرعي 271

المطلب الأول: التدابير الوقائية لحماية الابن غير الشرعي قبل الولادة 272

الفقرة الأولى: فعالية التجريم الوقائي في الحؤول دون وقوع الحمل خارج إطار الزواج 272

أولا: تجريم كافة أشكال العلاقات الجنسية خارج إطار الزواج 273

ثانيا: تجريم إجهاض الأحمال: تعارض الحرية في الجسد مع الحق في الحياة 285

الفقرة الثانية: دور السياسة الجنائية في مجال الولادات خارج إطار الزواج 298

أولا: أي دور للسياسة الجنائية المغربية في ظل مجتمع متعدد المرجعيات 299

ثانيا: ملامح السياسة الجنائية المغربية بشأن الولادات خارج إطار الزواج 304

المطلب الثاني: التدابير الجنائية المقررة لحماية الابن غير الشرعي بعد الولادة 310

الفقرة الأولى: الحماية الزجرية لحياة الطفل غير الشرعي وسلامته 310

أولا: جريمة قتل الوليد حديث الولادة 310

1- جريمة قتل الأم لوليدها 313

2- جريمة قتل الطفل حديث الولادة من غير الأم 315

ثانيا: تجريم ترك الأطفال وتعريضهم للخطر 317

1- جريمة تعريض أو ترك طفل في ظروف خطيرة 318

2- جريمة بيع وشراء الأطفال 323

الفقرة الثانية: دور سياسة التجريم في حماية هوية الابن غير الشرعي 325

أولا: الزجر عن الجرائم المرتبطة بعدم التصريح 325

ثانيا: تجريم الحؤول دون التعرف على هوية الطفل 331

المبحث الثاني: مظاهر الحماية المدنية المقررة للابن غير الشرعي 336

المطلب الأول: الحقوق ذات الطبيعة المالية المخولة للابن غير الشرعي 337

الفقرة الأولى: تهميش حقوق الابن غير الشرعي في مجال المسؤولية والتعويض 337

أولا: مدى أحقية الابن غير الشرعي في الحصول على النفقة 338

ثانيا: حقوق الابن غير الشرعي الناتجة عن نظام المسؤولية المدنية 345

ثالثا: حقوق الابن غير الشرعي المتفرعة عن نظام التعويضات المدنية 354

الفقرة الثانية: حقوق الابن غير الشرعي المتفرعة عن نظام الميراث..... 360
أولا: هل من حق للابن غير الشرعي في التوارث؟..... 360
ثانيا: حق الابن غير الشرعي في الاستفادة من الوصية والتنزيل..... 367
ثالثا: مسألة إرث الولد غير الشرعي في ضوء القانون الدولي الخاص..... 373
المطلب الثاني: الحقوق ذات الصبغة المعنوية المخولة للابن غير الشرعي..... 376
الفقرة الأولى: حدود تخويل الابن غير الشرعي بعض حقوق الرعاية الأسرية..... 376
أولا: حقوق الابن غير الشرعي المستمدة من نظام الرعاية الأبوية..... 377
ثانيا: حقوق الابن غير الشرعي المستمدة من نظام التنشئة الاجتماعية..... 384
الفقرة الثانية: مدى تمتع الابن غير الشرعي بالحقوق المعنوية الناتجة عن القرابة..... 388
أولا: تهميش تطبيق نظام موانع الزواج بالنسبة للابن غير الشرعي..... 389
ثانيا: مدى إمكانية إسناد الاسم العائلي الأبوي للابن غير الشرعي..... 394
الفصل الثاني: واقع الرعاية البديلة المخولة للابن غير الشرعي..... 397
المبحث الأول: حدود دور مؤسسة الكفالة في توفير الحماية للابن غير الشرعي..... 398
المطلب الأول: معالم البعد الحمائي في الكفالة إزاء الابن غير الشرعي..... 399
الفقرة الأولى: حقيقة دور الكفالة في رعاية الابن غير الشرعي..... 399
أولا: مفهوم كفالة الأطفال المهملين كمظهر لمبدإ الحق في الأسرة..... 399
ثانيا: مركز الكفالة في حماية الابن غير الشرعي ضمن أنظمة الرعاية البديلة..... 404
الفقرة الثانية: دور القضاء في إطار تفعيل دور كفالة الأطفال المهملين..... 411
أولا: المراقبة القضائية لشروط إسناد الكفالة المتطلبة في الكافل..... 411
ثانيا: الإشراف القضائي على إجراءات كفالة الطفل المهمل..... 417
المطلب الثاني: آثار إسناد الكفالة على المركز القانوني للابن غير الشرعي..... 421
الفقرة الأولى: آثار إسناد الكفالة بالنسبة لطرفيها..... 421
أولا: تحمل الكافل لأعباء الكفالة إزاء المكفول..... 421
ثانيا: الحقوق المخولة للطفل المكفول بمناسبة الكفالة..... 426
الفقرة الثانية: وضعية الكفالة في إطار الروابط الدولية الخاصة..... 430
أولا: إشكالية تحديد القانون واجب التطبيق في مسائل الكفالة..... 430
ثانيا: وضعية حماية الطفل المكفول خارج التراب المغربي..... 436

المبحث الثاني: دور الرعاية المؤسساتية في حماية الابن غير الشرعي 441
المطلب الأول: وضعية الطفل غير الشرعي داخل مؤسسات الرعاية البديلة 442
الفقرة الأولى: الإطار النظري والقانوني لمؤسسات الرعاية المؤسساتية بالمغرب 442
أولا: أي فلسفة لمؤسسات حماية الطفولة بشأن الرعاية البديلة 442
ثانيا: تأثير أسلوب الرعاية المؤسساتية الإيوائية على وضعية الابن غير الشرعي 448
الفقرة الثانية: بعض أساليب الرعاية المؤسساتية المتاحة للابن غير الشرعي بالمغرب 457
أولا: حدود نجاعة قرى الأطفال المسعفين (S.O.S) عن تحقيق الإيداع الصائب 458
ثانيا: أرجحية أسلوب الأسر المستقبلة كبديل جديد للحماية المؤسساتية 462
المطلب الثاني: تقييم البرامج الوطنية والدولية الموجهة لحماية الطفل غير الشرعي 468
الفقرة الأولى: دور الخطط الوطنية في مجال توفير الحماية للطفل غير الشرعي 468
أولا: بعض الخطط الوطنية الرامية إلى تحسين وضعية الأطفال غير الشرعيين 469
ثانيا: تقييم مرحلي للخطط الوطنية المتخذة بشأن حماية الطفل غير الشرعي 477
الفقرة الثانية: بعض التجارب المقارنة في مجال الحماية البديلة للطفل غير الشرعي 482
أولا: بعض التجارب العربية الموجهة لرعاية فئة الأطفال غير الشرعيين 482
ثانيا: بعض التجارب الغربية المؤطرة لرعاية فئة الأطفال غير الشرعيين 488
خاتمة 493
أولا: الاستنتاجات والملاحظات: 495
ثانيا: الاقتراحات والتوصيات: 505
الفهرس 513

سلسلة « أعمال جامعية »

المشرف العام

زكرياء العماري

دكتور في الحقوق

أستاذ باحث بجامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء

حري بالذكر أن أي بنوة إنما تكون نتاجا تكوينيا لاتصال جنسي بين رجل وامرأة. ولذلك، فإن الابن المَأتيّ به من هذه الولادة يكون منسوبا إليهما باعتبار الرابطة البيولوجية، والمعبرّ عنها تشريعيا بالتّنسل. غير أن التشريعَ المغربي، وضع ضوابطَ خاصة بهذه العلاقة؛ حفاظا على نظافة الأصلاب وطهارة الأنساب، فحدد المسالك التي تثبت بها شرعيةُ البنوة؛ وهي الزواج وما ألحقَه به، وأبطل ما وراء ذلك، ومن هنا أضحت البنوة على شاكلتين؛ نوع يأتي في إطار علائق معترف بها شرعا وقانونا، ونوع آخر يحدث كنتيجة لعلاقة جنسية منفلتة عن تلك الضوابط؛ فتكون غيرَ شرعية وغير معترف بها. فهل من سبيل الى رفع التناقض بين الحقيقة البيولوجية الدموية من جهة، وبين الحقيقة الشرعية القانونية من جهة أخرى؟ سعيا لفرض المطابقة القانونية بين المراكز القانونية والوقائع المستجدة في مجال العلوم الإحيائية. لكن، دون تنكب عن مقصد حفظ الأصلاب وحرمتها.

ولا غرو أنه ليس من اليسير الحديث عن موضوع البنوة في ظل النظام القانوني المغربي، وذلك لاتصاله بظاهرة بالولادات خارج إطارالزواج؛ باعتبارها وواقعا مجتمعيا معقدا. فضلا عن أن القوانين المرتبطة بالبنوة تتأسس على مفاهيمَ شرعية وقانونية واجتماعية وأخلاقية متعددة؛ تنعكس آثارها على مركزيتها القانونية. ولعل ما يكرس هذا الوضع، هو الازدواجية القانونية المقررة في التشريع الأسري، الذي يتأسس على قواعدَ حقلين متمايزين، وهما؛ النظامُ الشرعي المستنبط من قواعد الشريعة والفقه الإسلامي، والنظامُ الحقوقي المستمد من مبادئ الاتفاقيات الدولية، الأمر الذي أفرز ازدواجيةً في الخطاب، بين خطابين يصعب احتواؤُهما نظريا وانتظامُهما قانونيا في نسق منسجم..

ولعل مما حملني على تحرير مسائل البنوة؛ كونها تشكل صفوةُ المواضيع الأسرية، بل هي بمنزلة واسطة العقد منها. فضلا عن راهنية الموضوع وطابعه الجدلي، الذي كثرُت فيه القالة، ولم يخلُ من جدل الخاصة ولغط العامة،قديما وحديثا، تبعا لتعدد الانطباعات والأفهام والمدارك. وهو الأمر الذي رغبني في طرح أفكار جدية تُسهم في معالجة بعض إشكالات البنوة غير الشرعية، وخاصة أنها أضحت تطفو بكثرة على ساحة النقاش العمومي؛ بلغت معه، في أحايين كثيرة، درجة من اللّجاج واللّدد.

ذ. رشيد لعنب

دار نشر المعرفة للنشر والتوزيع
10 شارع الفضيلة، الحي الصناعي، يعقوب المنصور – الرباط
الهاتف : 02 57 79 37 05 (212) - 38/14 69 79 37 05 (212)
الفاكس: 43 03 79 37 05 (212)
E-mail : darnachrmaarifa@menara.ma
darnachrelmaarifa@gmail.com
Site web : www.darnachralmaarifa.ma

9 789920 589482

170 د

مطبعة المعارف الجديدة/الرباط 2023 - CTP