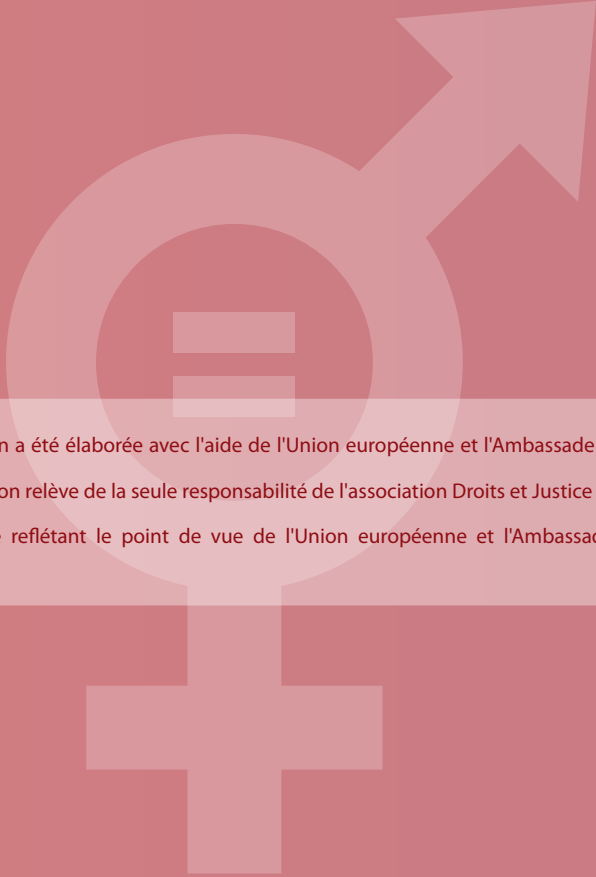


# Promouvoir la réforme judiciaire pour la parité homme-femme au Maroc 2016/2019



## Filiation, garde et tutelle



la présente publication a été élaborée avec l'aide de l'Union européenne et l'Ambassade Royale de Norvège. le contenu de la publication relève de la seule responsabilité de l'association Droits et Justice et ne peut aucunement être considéré comme reflétant le point de vue de l'Union européenne et l'Ambassade Royale de Norvège.

## INTRODUCTION

La valeur de l'égalité entre hommes et femmes n'a jamais été et ne sera jamais une chose acquise ni un aboutissement définitif, c'est plutôt un processus de lutte continue sur tous les plans : juridique, humanitaire et judiciaire d'une part, politique, économique, social et culturel d'une autre part.

La dégradation de la situation sociale et l'aggravation de l'état d'exclusion et de marginalisation dont souffre la moitié de la société sont le résultat de « l'incapacité » de l'Etat comme de la société à mener de façon parallèle, d'un côté, la production des biens et des richesses et le développement économique et de l'autre, la répartition équitable des fruits de ce développement entre hommes et femmes.

Cette situation nécessite que l'on abandonne l'attitude consistant à se fier à la seule valeur d'égalité inscrite dans la Constitution, pour une mise en œuvre véritable de cette valeur sur les niveaux législatif, politique, économique, social et culturel. Cela ne saurait se faire sans l'adaptation de toutes les lois aux dispositions constitutionnelles et aux critères internationaux, et sans mise en œuvre de ces lois sur les plans de la vie quotidienne comme de la pratique judiciaire afin de parvenir à l'éradication de toutes les formes de discrimination législative et pratique à l'égard des femmes.

Le projet « Promouvoir la réforme judiciaire pour la parité homme-femme au Maroc » qui représente un des niveaux d'engagement de l'Association « Droits et justice » dans le processus de réalisation de l'égalité est ainsi lancé dans le but de créer un environnement juridique favorable au respect des droits de la femme, à travers l'analyse des textes juridiques qui constituent une discrimination à l'égard de la femme.

Cet article de synthèse s'inscrit dans le cadre d'une consultation avec l'association droit et justice dont le but du projet « Promouvoir la réforme judiciaire pour la parité hommes/femmes au Maroc », est cofinancé par l'Union Européenne est mise en place par l'association Droit et Justice. L'objectif de l'article est de porter une attention non exhaustive, en s'intéressant spécifiquement sur les trois thématiques d'études, filiation, garde et tutelle.

L'enjeu de l'article synthétique qui se base en premier lieu sur notre rapport, est d'analyser les contradictions juridiques dans la Moudawana au niveau de la filiation légitime/illégitime, garde des enfants et tutelle parentale. Pour la réalisation de notre rapport, nous nous sommes appuyés sur différents documents juridiques (littératures grises, études, rapports associatifs) En 2004 le code de la famille a connu une réforme, dans « une perspective de modernisation de l'institution familiale, qui devient plus égalitaire au profit des femmes et renforce les droits de l'enfant ». Celui-ci marque une rupture avec l'ancien code de la famille, il s'inscrit dans le processus de démocratisation que connaît le Maroc. La réforme du droit de la famille avait pour objectif de concilier impératifs de la religion islamique et la reconnaissance du principe d'égalité des sexes . Cela dit, que le code de la famille d'une part nous permet d'étudier les mutations sociales au niveau juridique.

Interroger la filiation dans le code de la famille, c'est questionner la construction de la famille marocaine, ses changements et ses contraintes. A l'heure, nous comptons examiner l'analyse de la filiation d'un point de vue théorique et pratique.

Selon le dictionnaire juridique, le mot "filiation" désigne le rapport de famille qui lie un individu à une ou plusieurs personnes dont il est issu. L'article 142 du code de la famille stipule qu'elle « se réalise par la procréation de l'enfant par ses parents. Elle est légitime ou illégitime.

La filiation légitime ou naturelle est celle transmise par la parenté légitime : les parents sont mariés et leur union conjugale est reconnue par la loi marocaine.

Selon les articles 152, 147, 160, la présomption de la parenté a des critères qui sont la cohabitation des deux époux, la reconnaissance (al istilhak) et la présomption, ainsi la consommation du mariage (Al waladu lil frache). Cela dit que la filiation légitime repose d'abord sur une relation conjugale légitime entre les époux pour que l'enfant puisse bénéficier de ces droits qui sont le nom, la pension alimentaire et l'héritage selon le texte coranique qui dicte que : les règles de l'héritage réside que l'enfant soit légitime. Ajoutons à cela que la filiation biologique revêt également l'importance de la succession dans la tradition religieuse et juridique.

Une avancée dans le code de la famille lorsqu'il s'agit de la reconnaissance de la paternité d'un enfant né d'une grossesse pendant les fiançailles « le fiancé est présumé être le père de l'enfant sous certaines conditions (article 156) et la constatation de ces conditions s'effectue par décision judiciaire non susceptible de recours. »

La décision judiciaire qui décide de reconnaître l'enfant sous certaines conditions qui sont : le couple est officiellement fiancé par la présence des parents des deux familles ou des proches, les connaissances, toutes personnes est au courant de leurs fiançailles, ainsi témoigner des photos pour appuyer leur dossier devant le juge. Ainsi, est c'est le point essentiel celui de la reconnaissance législative d'un concept préexistant, le rapport sexuel "par erreur". Le deuxième point, si le fiancé nie que la grossesse lui est imputable, on peut recourir à tous moyens de preuve légaux pour établir la filiation paternelle dont l'expertise judiciaire.

Les fiançailles, sont considérées comme une sorte de pré-mariage par le code de la famille, puisque les enfants de fiançailles ont le droit le nom du père et d'hériter des titres et biens de leurs parents, à la différence des enfants nés hors mariage.

La filiation illégitime est c'est là où on retrouve des résistances d'évolution en matière de droit, la filiation non légitime s'explique par une naissance hors mariage et/ ou « une relation par erreur ». La religion musulmane ne reconnaît pas les naissances hors mariage, autrement dit l'adultère, zina. Elle est strictement punie par la religion y compris la loi marocaine.

Dans la Moudawana la filiation non légitime ne crée aucun lien de parenté vis-à-vis du père et ne produit, d'une façon générale, aucun des effets de la filiation légitime : l'héritage, et la pension alimentaire et le nom, car on ne peut pas avoir de succession dans ce cas.

L'enfant illégitime ne peut pas bénéficier de la reconnaissance paternelle. En revanche, l'article 146 reconnaît la filiation à la mère, « qu'elle résulte d'une relation légitime ou illégitime ». La filiation maternelle est considérée comme naturelle, car l'enfant appartient biologiquement à sa mère. Du côté maternelle la filiation peut être uniquement appréhendée au niveau biologique.

Partant de cela, les rapports sociaux de sexes sont régis par une inégalité constante, expliqué par une société patriarcale et un code de famille aussi inégalitaire en faveur des femmes. Toutefois, le statut des mères célibataires se retrouvent dans une double contrainte et une domination qui se situe entre la loi et une société marocaine inégalitaire.

Les relations sexuelles hors mariage sont punies par le code pénal 490, les grossesses hors mariages entraînent la sanction des personnes en question.

L'exclusivité du code de la famille est que la mère célibataire peut transmettre sa filiation en inscrivant son fils dans l'état civil. Afin qu'elle puisse intégrer son enfant dans la société par un nom de famille. Or, elle est tenue de choisir un nom avec l'épithète « abd » parmi une liste qu'on lui aura présenté. Cette situation est stigmatisant envers l'enfant illégitime qui ne peut pas donner son nom de famille paternel.

Le bien être des mères célibataires et des enfants illégitimes est bafoué par le droit marocain, et la société. Ces femmes se retrouvent démunies et excluent de leurs sociétés portant en elle le stigmate d'une grossesse par erreur.

D'un point de vue pratique, l'inscription à l'état civil est une procédure compliquée pour les mères célibataires, dont la majorité sont analphabètes et économiquement fragiles (elles sont incapables de payer la caisse).

Les effets de la filiation illégitime soulèvent deux problèmes dans l'inscription à l'état civil, le paiement de la caisse et le circuit judiciaire que les femmes célibataires ne saisissent pas rapidement.

## Garde et tutelle légale:

La société marocaine est une société patriarcale où l'homme perpétue la lignée et le lien social. La tutelle légale est notamment l'une des formes de subordination des femmes, enfants aux hommes.

En effet, la notion d'autorité parentale n'existe pas dans le droit marocain, la mère ne bénéficie pas des mêmes prérogatives que le père :

La tutelle se définit comme l'obligation des « parents » de veiller sur le confort de la personne et la représenter légalement pour protéger ses biens. Dans un cadre de mariage le père est le tuteur de ses enfants, en cas de dissolution du mariage, les enfants restent sous la tutelle paternelle. Quand est-ce que la tutelle paternelle n'est plus valable ? C'est à partir du décès du père ou lorsque le mineur devient majeur, il atteint l'âge de 18 ans, ou en cas d'une violence avérée envers les enfants mineurs.

Du côté de la mère ne peut jamais devenir ou être la tutrice légale de ses enfants. En revanche, au décès du père, celle-ci peut être nommée en tant que représentante légale : la personne qui est chargée de défendre les intérêts des enfants.

L'article 231 du Code de la famille marocain mentionne l'ordre dans lequel est désigné le tuteur légal : « La représentation légale est exercée par : le père majeur ; la mère majeure à défaut du père ou par suite de la perte de la capacité de ce dernier ; le tuteur testamentaire désigné par le père ; le tuteur testamentaire désigné par la mère ; le juge ; le tuteur datif désigné par le juge. »

En premier lieu, on retrouve la mère. Ensuite le père peut, dans son vivant désigner un tuteur pour ces enfants mineurs, il s'appelle le tuteur testamentaire. « Dès le décès de la mère, l'acte de tutelle testamentaire est soumis au juge aux fins d'en vérifier la validité et de la confirmer<sup>4</sup> ». Le juge dans ce cas là se chargera de désigner le tuteur pour les enfants mineurs selon l'article 244 du code de la famille.

---

*Le Code de la famille marocain (CFM) établit une distinction entre les droits détenus par le représentant légal de l'enfant (le tuteur) et les missions confiées à celui qui en assure la garde .*

<sup>3</sup>Chapitre 6, droit et famille, références complètes

<sup>4</sup>Tutelle et garde dans le droit marocain

Nous rappelons ici les conditions pour exercer la tutelle wilaya ou la déchoir :

- Pour le père : le père est d'office tuteur légale de ces enfants. Par ailleurs, une décision judiciaire peut retirer la tutelle en cas de violences avérées.
- Pour la mère : la tutelle légale exercée par la mère est prévue à l'article 238 du Code de la famille marocain : « La mère peut exercer la tutelle sur ses enfants à condition : 1. qu'elle soit majeure, 2. que le père, par suite de décès, d'absence, de perte de capacité, ou pour tout autre motif ne peut assumer la tutelle.

A ce titre, la tutelle/ la représentation légale est l'organisation juridique de la vie du mineur et veiller sur sa protection. L'amour, la tendresse se sont des notions non employés dans le code de la famille, ce qui prime dans le code de la famille est la préparation sociale de l'enfant tel que l'entend l'article 244 du CFM.

## **Garde et tutelle légale:**

Selon l'article 163 alinéas 1 du CFM, « la garde consiste à préserver l'enfant de ce qui pourrait lui être préjudiciable, l'éduquer et veiller à ses intérêts. »

Il y'a une distinction entre la garde et la tutelle, celle-ci consiste à élever l'enfant dans des bonnes conditions et assurer son éducation. La tutelle consiste d'exercer des droits au nom de l'enfant.

La garde de l'enfant est une question qui se pose lors de la dissolution du Mariage, elle incombe naturellement à la mère. « Le codificateur est resté fidèle aux enseignements de l'école Malékite en accordant la priorité à la mère et après elle, à la parenté maternelle par les femmes. »

La garde est d'abord octroyé à la mère, ensuite au père en cas de remariage de la mère par exemple et ou cas où elle n'assume pas la garde convenablement.

La durée de la garde est un point essentiel à ce qui permet de voir les différences entre les garçons et les filles. La garde dure pour le garçon jusqu'à l'âge de 12 ans et pour la fille jusqu'à l'âge de 15 ans selon l'article 102. Dès lors, la tradition malékite dicte que la garde pour la fille est jusqu'à la consommation du mariage et pour le garçon jusqu'à la puberté.

---

<sup>5</sup> *ibid*



## **La sortie du mineur du territoire marocain**

Le statut du père en tant que tuteur de l'enfant lui octroie le privilège de quitter le territoire avec son enfant, sans l'autorisation de la mère, en revanche la mère a besoin d'une autorisation de la part du père pour quitter le Maroc.

La mère ne peut pas voyager sans le consentement du père. Néanmoins, si le père est inconnu décédé, la mère peut quitter le territoire et voyager avec son enfant légalement.

Le paradoxe est que la mère est contrainte de chercher souvent son ex époux pour lui donner l'autorisation afin de quitter le territoire et si l'époux vit dans un autre pays ou une autre ville. Cela dit, qu'il s'agit d'un blocage judiciaire, également des insuffisances administratives.

## **La sortie du mineur du territoire marocain**

La CEDAW vient compléter la Déclaration sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 7 novembre 1997, elle a été ratifiée par le Maroc qu'en 1993 avec un nombre de réserves concernant plusieurs articles de la convention. Certaines touchaient directement le contenu de certains articles (article 9, en rapport aux droits relatif au Mariage, et l'article 16 qui se rattache au droit à la nationalité dans le cas des mariages mixtes).

Dans son préambule, la CEDAW se dit préoccupée de constater « que, en dépit des progrès accomplis en ce qui concerne l'égalité des droits, les femmes continuent de faire l'objet d'importantes et qu'il est nécessaire de faire reconnaître universellement, en droit et en fait, le principe de l'égalité des hommes et des femmes, que la discrimination à l'égard de la femme, du fait qu'elle nie ou limite l'égalité des droits de la femme avec l'homme, est fondamentalement injuste et constitue une atteinte à la dignité humaine et les empêche de participer à la vie sociale, politique, économique et culturelle »

## Les lacunes judiciaires et la CEDAW

Le code de la famille assigne un statut discriminatoire envers la femme. Parallèlement, l'appareil judiciaire néglige la ratification et l'exécution de la convention internationale. Nous retrouvons des réticences et des contradictions, en termes d'exemple, nous avons :

- « L'intérêt des enfants est la condition primordiale dans tous les cas. »
- l'article 16 stipule que « les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants; dans tous les cas, l'intérêt des enfants sera la considération primordiale ».
- l'égalité juridique et civile (propriété, administration des biens, capacité juridique à conclure des contrats, libre circulation, libre choix de la résidence et du domicile, etc.) (Article 15) ;
- l'égalité en droit de la famille (article 16).

Entendu par la CEDAW, le code de la famille ne reconnaît pas ces articles ni au niveau théorique ou pratique. L'exercice du droit est particulièrement fondé sur le code de la famille uniquement.

## Comparaison avec le Code du statut personnel :

Le code du statut personnel « majallat al ahwal al shakhsiya » fut promulgué le 13 Aout 1956. L'histoire du Code du statut personnel semble saturée par la figure emblématique d'un homme d'État, Habib Bourguiba, et se confondre avec son action tutélaire . Il abolit la polygamie et la répudiation et il institue la majorité légale à 20 ans.

Dans le code du statut personnel, nous retrouvons l'emploi de la notion du bien être de l'enfant. Le processus de la réforme est issu plus au moins d'une articulation entre la société et le droit. A l'instar du code de la famille qui est loin de relier les transformations sociales dans la constitution du droit. Il n'est pas temps que le droit intègre, les mutations sociales qui risque d'être en décalage avec cette dernière ?

---

Le concept arabe de « ahwal shakhsiya », concept moderne forgé à la fin du XIXe siècle, semble-t-il par Mohamed Qadri Pacha dans son ouvrage, *al ahkam al-shar'iya fi al ahwal al-shakhsiya*, (1881), Saïed Kais, « Constitution et statut personnel », rapport introductif (en Arabe), Association tunisienne de droit constitutionnel, Faculté des Sciences juridiques politiques et sociales, Tunis, 2003 (en cours de publication).  
<https://anneemaghreb.revues.org/89> (références complètes , auteur, années , titre de l'article)

## Bibliographie :

- Alain Roussillon, Fatima-Zahra Zryouil, (2006) Etre femme en Egypte, au Maroc et en Jordanie.
- Alya Cherif Amari, le statut des femmes dans le monde, 1er Mars, 2017 CEDAW, convention sur l'élimination de toute discrimination à l'égard des femmes, Nations unies.
- Dominique Mougonot, Principe du droit judiciaire privé, 2009.
- Droit de la famille des femmes françaises & maghrébines La tutelle et la garde en droit marocain CICADE – 2015 / [www.cicade.org](http://www.cicade.org).
- Le code du statut personnel, Décret du 13 août 1956 (6 moharem 1376), portant promulgation du Code du Statut Personnel.
- Le guide pratique du code de la famille établi par le ministère marocain de la justice et des libertés, en 2005, un an après la promulgation de la loi.
- Le Maroc des mères célibataires, ampleur et réalité actions, représentations itinéraires et vécus. Avril-Décembre 2010.
- Le Nouveau code de la famille marocain, Rapport établi par des magistrats français à l'issue d'un voyage d'étude (du 19 au 29 juin 2007) sur l'application de cette législation.
- Malika Benradi, (2006) Prospective « Maroc 2030 », Dynamiques sociales et évolution des statuts des femmes au Maroc, HCP.
- Sana Ben Achour, « Le Code tunisien du statut personnel, 50 ans après : les dimensions de l'ambivalence », L'Année du Maghreb [En ligne], II | 2005-2006, mis en ligne le 08 juillet 2010, consulté le 20 avril 2017.  
URL : <http://anneemaghreb.revues.org/89> ; DOI : 10.4000/anneemaghreb.89
- Sous la direction de B. Dupret, Z. Rhani, A. Boutaleb, J-N Ferrié, (2015) Le Maroc au présent : d'une époque à l'autre, une société en mutation.
- Aziza Darghouth medimegh, droits et vécu de la femme en Tunisie, 1992.

أوراق  
إدارية



صندوق  
التكافل العائلي



131 Aprt N° 21 - Casablanca - Maroc, boulevard Abdelmoumen, 5ème étage  
Tél. : +212 522 25 82 66 - Fax : +212 522 25 23 06

Centre d'écoute juridique pour les femmes.  
Tel:05.22.25.34.66 - Fax:05.22.25.23.0

Adresse: 77,boulevard du 9 Avril,quartier Maârif, Casablanca.

131, شارع عبد المومن, الطابق الخامس الشقة رقم 21, الدار البيضاء - المغرب  
الهاتف : 522 277 688 (+212) - الفاكس : 522 252 306 (+212)

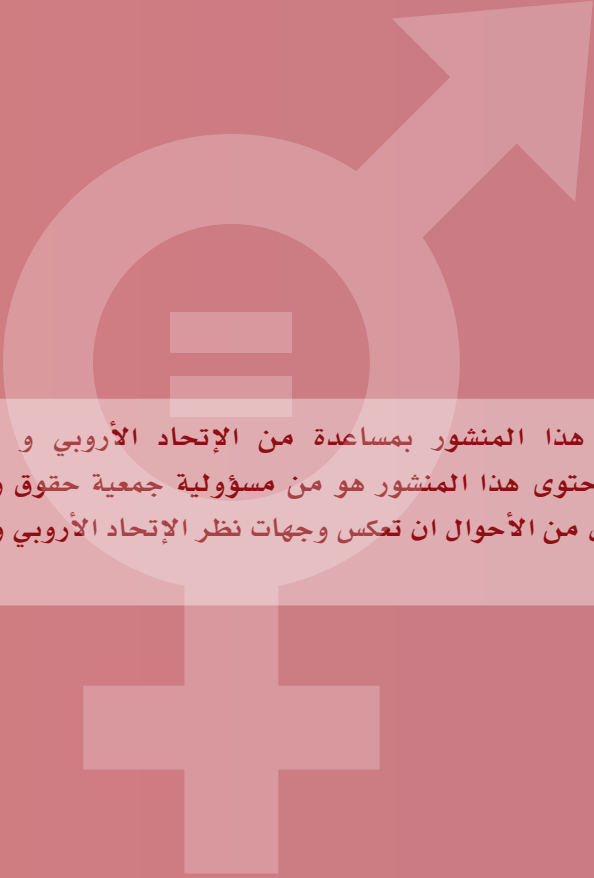
مركز الاستماع القانوني للنساء  
الفاكس: 05.22.25.23.06 - الهاتف: 05.22.25.34.66  
العنوان: شارع 9 أبريل رقم 77 حي المعاريف الدار البيضاء

# تعزيز نظام المساواة في النظام القضائي بالمغرب 2016/2019



## النسب، الحضانة و الوصاية





لقد تم إعداد هذا المنشور بمساعدة من الإتحاد الأوروبي و سفارة المملكة النرويجية. إن محتوى هذا المنشور هو من مسؤولية جمعية حقوق و عدالة و لا يمكن بأي حال من الأحوال ان تعكس وجهات نظر الإتحاد الأوروبي و سفارة المملكة النرويجية

## دراسة حول التمييز ضد المرأة في سدونة الأسرة والقانون الجنائي بالمغرب

### تمهيد

لم تكن قيمة المساواة بين الرجال والنساء ولن تكون معطى بديها، أو مكتسبا نهائيا، أو نتيجة حتمية، بل مسألة صيرورة لصراع مستمر على جميع المستويات القانونية والحقوقية والقضائية من جهة، والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية من جهة أخرى. إن تفاقم الأوضاع الاجتماعية، وتزايد حدة الإقصاء والتهميش لنصف المجتمع، جاء كنتيجة لـ "عجز" الدولة والمجتمع معا عن المزاوجة بين إنتاج الخيرات والثروات والنمو الاقتصادي من جهة، وبين توزيعها بشكل عادل ومتساوي بين النساء والرجال من جهة أخرى. لقد اقتضت هذه الأوضاع ولازالت تقتضي وبالضرورة، الانتقال من وضعية الارتكان لقيمة المساواة المجردة المنصوص عليها دستوريا، إلى تفعيل هذه القيمة على جميع المستويات التشريعية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وهو ما يستلزم حتما ملائمة جميع القوانين للمقتضيات الدستورية وللمعايير الدولية من جهة، والحرص على تفعيلها على مستوى الممارسة العملية وعلى مستوى العمل القضائي من جهة أخرى، للوصول إلى إلغاء جميع أشكال التمييز ضد النساء تشريعا وممارسة.

ويأتي مشروع " تعزيز نظام المساواة في النظام القضائي بالمغرب " باعتباره إحدى مستويات انخراط جمعية " حقوق وعدالة " في صيرورة ومسار تحقيق المساواة، بهدف إنشاء بيئة قانونية ملائمة لاحترام حقوق المرأة، من خلال تحليل النصوص القانونية التي تشكل تمييزا ضد النساء من أجل إعداد توصيات بشأنها ، وتنظيم تكوينات للموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين من أجل تطبيق جيد لها ، وإنشاء مركز استماع قانوني لفائدة النساء ، بالإضافة إلى تنظيم قوافل عدالة من أجل تحسيس المرأة القروية بحقوقها.

إن موضوع الدراسة يدخل في باب المكون الأول من مكونات المشروع، والمتعلق بتحليل النصوص القانونية التي تشكل تمييزا ضد النساء، للقطع مع جميع أشكال التمييز ضد النساء، على المستوى التشريعي من جهة وعلى مستوى العمل القضائي من جهة أخرى، سواء في المادة الجنائية أو في المادة الأسرية، حيث تشكل هذه المواد البؤر المركزية للتمييز ضد النساء.

عرفت مدونة الأسرة في سنة 2004 إصلاحاً<sup>1</sup> يهدف إلى تحديث المؤسسة العائلية لتصبح أكثر مساواة لفائدة المرأة وتعزز حقوق الطفل<sup>1</sup>. وتجدر الإشارة إلى أن تجديد مدونة الأسرة أحدث قطيعة مع المدونة القديمة، وذلك في إطار عملية التحول الديمقراطي التي يعرفها المغرب من أجل تعزيز دولة الحق والقانون. يمثل إصلاح مدونة الأسرة خطوة كبيرة إلى الأمام تهدف إلى التوفيق بين متطلبات الدين الإسلامي والاعتراف بمبدأ المساواة بين الجنسين<sup>2</sup> لضمان تحرر المرأة وحماية الأطفال في حالة الطلاق. تدخل مدونة الأسرة في إطار عملية إرساء الديمقراطية بالمغرب. ويعتبر تطور وضع المرأة واحداً من أدوات تقييم تنمية ودمقرطة البلاد. أما بالنسبة لإصلاح قانون الأسرة فقد كان يهدف إلى التوفيق بين ضرورات الدين الإسلامي من فقه الشرعية القانونية والاعتراف بمبدأ المساواة بين الجنسين<sup>(2)</sup>. لذلك، هل يمكن أن نتحدث عن تعزيز حقوق المرأة المغربية في مدونة الأسرة 2004 بينما لا يزال يحمل النص تحفظات بشأن مسألة النسب والحضانة والوصاية؟ وماذا عن تعزيز حقوق المرأة المغربية تحت رعاية مدونة الأسرة لعام 2004؟ مع العلم أن هذه المدونة لا تزال تتضمن تحفظات حول قضايا مثل النسب والحضانة والوصاية؟

أولاً، نقترح دراسة النسب ثم الحضانة فالوصاية. في البداية، سوف نركز على دراسة النسب وبعدها سنركز على دراسة الحضانة فالوصاية من وجهة القانون المغربي، وتحديد مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004.

1. جان فيليب برا، إصلاح مدونة الأسرة في المغرب والجزائر: أي تقدم للديمقراطية؟ كرنيك أنترناسيونال، 2007، عدد 37.  
2. مريم نديلي، العلاقات الاجتماعية للجنسين وإنتاج قانون الأسرة في السنغال والمغرب، كايي دو جونر، 2014.



في القانون، "يعرّف النسب تقليديا على أنه الرابط القانوني الذي يربط بين الطفل وأمه وأبيه. ويكتسي هذا الرابط أهمية كبيرة لأنه يشكل، بالإضافة إلى جنس الشخص، واحدا من العناصر المؤسسة لهوية الشخص".<sup>3</sup>

في النظام القانوني المغربي، نلاحظ تمييزا بين نوعين من النسب: النسب الشرعي وغير الشرعي.

## النسب الشرعي:

يتأسس النسب الشرعي أو "الطبيعي" تجاه الآباء فقط بموجب المادة 143 من المدونة. وتخضع شبهة البنوة لمعيارين وهما: تعايش الزوجين والبناء (الولد للفراش) والإقرار (الاستلحاق).

إن البناء هو أحد المعايير الأساسية للإقرار بالنسب وفقا للقانون المغربي والمادة 143 التي تضمن للطفل حقوق النفقة والإرث (التوريث من خلال الاسم) والنفقة (في حالة طلاق الأبوين).

ووفقا لقواعد الشريعة الإسلامية، لا يعترف إلا بالنسب الشرعي. وفي الواقع، تنص الفقرة 1 من المادة 83 من هذه المدونة على أن "النسب الشرعي هو الذي يحصل من خلاله الطفل على بنوة أبيه ويتبع دينه". وهو أساس حقوق الميراث وتنتج عنه عوائق الزواج وكذلك حقوق وواجبات الأب والأطفال.

وعلى الرغم من أن الزواج الإسلامي للأبوين (أطفال الفراش) هو الطريقة الرئيسية لإثبات النسب الشرعي، فإن هناك طرقا أخرى لإثبات النسب سنذكرها لاحقا. وهذه الطريقة التي تتمثل في الزواج الإسلامي تجد جذورها في المادة 152 من مدونة الأسرة التي تنص على أن النسب الشرعي (البنوة) ينبع من الفراش.

والأطفال الذي يولدون من هذا الفراش يسمون "أطفال الفراش" وفقا للمادة 154.4 وعلاوة على ذلك، من بين الأشياء الجديدة التي أتت بها مدونة الأسرة لعام 2004، القدرة على الإقرار بينوة الطفل المولود من حمل خلال فترة الخطوبة. وفي الواقع، تنص المادة 152 على أن "الخطيب يفترض أن يكون والد الطفل في ظل ظروف معينة، وتتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن". ويتعلق الأمر هنا بالإقرار بالعلاقة الجنسية "عن طريق الخطأ" (الشبهة). ويشمل هذا المفهوم وجود علاقة جنسية بين رجل وامرأة. ويتطلب الإقرار بالبنوة شروطا أخرى.

3. رينيه جويال القرابة والأبوة والنسب: أسئلة حاسمة لمستقبل أطفالنا ومجتمعنا. مقالة في مجلة طفولة وأسر وأجبال، رقم 5، الخريف، 2006، ص. 116-1.

4. كارمن رويز سوتيل الأثار "الشهادة" للأبوة الشرعية المغربية في إسبانيا: قضية بتعين حلها. رقم 4، مجلة مغربية إسبانية للقانون الدولي والعلاقات الدولية، 2016.

وفي الواقع، تصف المادة 156 الشروط التالية:

(أ) إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء؛

(ب) إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة،

(ج) إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما. ويتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن. غير أنه إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب كما هو الحال في نص الحمض النووي الذي سيقدم في الصفحات التالية.

غير أن النسب الشرعي هو "مسألة اسم"<sup>5</sup>، إذ للأب وحده حق إعطاء اسمه لذريته عن طريق التصريح بولادة الطفل لدى ضابط الحالة المدنية الذي يسجله في سجلاته.

## النسب غير الشرعي

النسب غير الشرعي هو إحدى العقبات الرئيسية التي توجد فيها أوجه قصور من حيث التطور في الميدان القانوني. ويعرف ذلك بالولادة خارج إطار الزواج و/أو "العلاقة الخاطئة". وفي المغرب، العلاقات الجنسية خارج إطار الزواج (الزنا) يعاقب عليها القانون الجنائي المغربي بصرامة، وذلك بموجب المادة 490 التي تنص على أنه: "كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة الزوجية تكون جريمة الفساد ويعاقب عليها بالحبس من شهر واحد إلى سنة".

وتجدر الإشارة إلى أن النسب غير الشرعي لا يخلق من جهة الأب أي رابطة بنوة ولا تنتج عنه أي آثار من آثار البنوة الشرعية على الإطلاق، سواء فيما يتعلق بالميراث والنفقة والاسم لأنه في هذه الحالة لا تكون هناك أية خلافة. ويكون الطفل غير الشرعي معترفاً به بيولوجياً من قبل أمه، إذ تستوي البنوة للأم في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية، وفقاً للمادة 146 من مدونة الأسرة المغربية. ونلاحظ أيضاً أن المادة 146 وما يليها من مدونة الأسرة تفرض وضعاً غير متكافئاً وتمييزي على الأمهات العازبات، بما أننا لا نعترف بالمساواة في الحقوق ونلاحظ استبعاداً صريحاً للأمهات العازبات.

5. إميلي بارو "النسب الشرعي في مواجهة التغيرات الاجتماعية بالمغرب العربي"، قانون وثقافات، 2010/59، 282-255.

## تسجيل الطفل في الحالة المدنية

وفقا لوزارة العدل، يمكن أن يستفيد المواليد خارج إطار الزواج من التسجيل في الحالة المدنية. وهذا ما يلي: "إذا تعلق الأمر بمولود من أبوين مجهولين، أو بمولود وقع التخلي عنه بعض الوضع يصرح بولادته وكيل الملك بصفة تلقائية أو بناء على الطلب من السلطة المحلية، أو من كل من يعنيه الأمر، معززا بتصريحه بمحضر منجز في هذا الشأن، وبشهادة طبية تحدد عمر المولود على وجه التقريب، ويختار له اسم شخصي واسم عائلي وأسماء أبوين أو اسم أب إذا كان معروف الأم، ويشير ضابط الحالة المدنية ببطرة رسم ولادته إلى أن أسماء الأبوين أو الأب، حسب الحالة، قد اختيرت له طبقا لأحكام هذا القانون"، وفقا للباب الرابع من القانون رقم 99-37 الصادر بتنفيذه الظهير رقم 239-02-1 بتاريخ 25 رجب 1423 (3 أكتوبر 2002).

وفي إطار الاستشارة، أجرينا مقابلات مع النساء المتقاضيات أمام محكمة الأسرة في الرباط واللواتي يصرّحن بجهلهن بتسجيل أطفالهن. وتظهر عدة أسباب العقبات التي تواجهها الأمهات في تسجيل أطفالهن في الحالة المدنية. فالأمهات اللواتي يعشن في وضع غير مستقر ليس لديهن الوسائل اللازمة لدفع تكاليف الملف (50 درهم) للصندوق.

وهكذا، ونظرا للجهل ونقص الدعم القانوني، لا تدرك النساء إجراءات التسجيل في الحالة المدنية.

## تحرير الأبوة البيولوجية للطفل غير الشرعي: الحمض النووي

مع المدونة الجديدة، يسمح الآن الاعتراف بالأبوة بواسطة اختبار الأبوة الذي يعتبر قانونيا لتأكيد أو انقضاء النسب أو نفيها، وذلك للحصول على أو إلغاء النفقة. "ويمكن استخدام اختبار الحمض النووي لتحديد الأبوة أو النسب أو أية علاقة قرابة أخرى أو ارتكاب أو عدم ارتكاب جريمة أو وجود اعتداء جنسي أو عدمه. وقد يكون مفيدا على وجه الخصوص [...] في المنازعات المتعلقة بحضانة الطفل أو حمايته".<sup>6</sup>

ولبدء المسطرة، يجب تقديم طلب إلى قاضي الأسرة لدى المحكمة الابتدائية بمؤازرة محام. ثم تأمر المحكمة بأن يخضع الفاعل لاختبار الحمض النووي. وهي عملية تسمح للطفل بأن يعرف هوية والده وأن يكون له اسم عائلي في سجل الحالة المدنية. وبالتالي فإن اختبار الحمض النووي يسمح للطفل بأن ينتقل من صفة طفل غير شرعي إلى طفل شرعي.

6. لوبريس سونيا "أوديسة في قلب البصمات الوراثية" في كريستيان هينوا-هوبليت ويرا ماريا نوبير، محرران، التحليل الوراثي لأغراض الأدلة وحقوق الإنسان - الجوانب الطبية والعلمية والأخلاقية والقانونية، بروكسيل، بروبلانت، 1997، ص. 7 إلى 11 (لوبريس "أوديسة" في هينوا-هوبليت ونوبير).

وعلى وجه التحديد، فإن رسوم اختبار الحمض النووي تتحملها الأمهات العازبات أو الفاعل (الأب المسئول) ويمكن أن تصل إلى مبلغ 7.000 درهم، وفقا لتصريح المساعدة الاجتماعية لدى المحكمة الابتدائية بالرباط. ويمنع المبلغ المذكور عدة أمهات عازبات من اللجوء إلى القانون لإثبات صلة الأبوة في غياب الافتقار إلى الموارد المالية. وهكذا تكون مصلحة الطفل مفهوما لا يتم احترامه أو أخذه بعين الاعتبار نظرا لهذا المبلغ الكبير الذي يتطلبه اختبار الحمض النووي والذي يعيق إثبات النسب. للطفل الحق في معرفة والده واستخدام دليل الحمض النووي عندما تكون حالات إثبات الأبوة مخصصة للطفل بشكل خاص.

## آثار النسب الشرعي: حضانتَ الطفل

عرّفت مدونة الأسرة الحضانة في الفقرة 1 من المادة 163 من مدونة الأسرة المغربية كالتالي: "الحضانة حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصلحته." وبعد فسخ الزواج، تمنح حضانة الطفل بشكل أولوي للأم. ويجب على هذه الأخيرة أن تكفل الحماية المعنوية والنفسية للطفل، مع العلم أن المادة 169 تنص على أن "على الأب أو النائب الشرعي والأم الحاضنة، واجب العناية بشؤون المحضون في التأديب والتوجيه الدراسي، ولكنه لا يبيت إلا عند حاضنته، إلا إذا رأى القاضي مصلحة المحضون في غير ذلك". أما بالنسبة للعناية ودفع نفقة الطفل التي تشمل السكن والغذاء والكساء والتعليم والأعياد فهي على عاتق الأب. وفي الواقع، تنص المادة 168 على أنه "يجب على الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكناهم، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه، مراعية في ذلك أحكام المادة 191 بعده".

النفقة هي واجب من واجبات الأبوة (الوالد الذي لا يملك الحضانة ولا يتحمل العبء العاطفي للطفل) ويتم تحديد مبلغها من قبل القاضي. ولهذا الأخير صلاحية تحديد الجدول. وفي حالة رفض النفقة، يجوز للأم اللجوء إلى القضاء وطلب دفع النفقة لها.

وأظهرت دراسة حديثة<sup>7</sup> أجراها باحثون في محكمة الأسرة الابتدائية بالرباط أنه فيما يتعلق بتغطية الاحتياجات الغذائية للأطفال أن "مبلغ النفقة يتراوح ما بين 600 و6000 درهم في الحالات التي تم البت فيها وفقا لعدد الأطفال ولكن خاصة وفقا لدخل الأب. وتدفع هذه النفقة شهريا من قبل أب الأطفال. ولا يزال المبلغ يتم تحديده حسب تقدير القاضي ويتوقف على الوضع الاجتماعي والاقتصادي للزوجين السابقين في وقت الطلاق".

وهكذا فإن الرضاعة الطبيعية حددت في سنتين كما ورد ذلك في الآية القرآنية. وفي الواقع، تنص أحكام المادة 54 من مدونة الأسرة على ما يلي: "إرضاع الأم لأولادها عند الاستطاعة؛ ويمكن للأم أن تطلب اجرا عن الرضاعة، حسب الحالة، كما يمكن للقاضي أن يقرر أجر الرضاعة واحتياجات الطفل في هذه الفترة من الطفولة".

7. يزيد بن هوني، مريم الشيخ، ليلي بنشيدة ونوري روبرت، قانون الأسرة في المغرب وتطبيقه داخل قسم شؤون الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالرباط: تقرير بحث، مركز جاك بريك ومؤسسة فريدميش إيبيرت، الرباط، 2017.

ومع ذلك، تمنح الحضانة وفقا للدليل العملي لمدونة الأسرة، حسب الترتيب التالي: الأم ثم الأب فجددة الأم للطفل. وفي حالة عدم توفر هؤلاء، يخوّل القاضي نفسه اختيار القريب الذي سيتعين عليه حضانة الطفل. وتستمر حضانة الأطفال حتى يبلغ الطفل المعني سن الرشد القانوني الذي حدّده المشرع في ثمانية عشر عاما كاملة، سواء كان ذكرا أو أنثى. وفي حالة انتهاء العلاقة الزوجية، يجوز للطفل في سن الخامسة عشرة اختيار أي من الوالدين سيحضنه.

وفي حالة زواج الأم من جديد، ينبغي العلم أن ذلك يؤدي إلى فقدان الحضانة إلا في بعض الاستثناءات، وفقا للمادة 175 من مدونة الأسرة:

- (أ) إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراقها؛
- (ب) إذا كانت بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم؛
- (ج) إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون؛
- (د) إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون.

حضانة الطفل من مسؤولية الأم إذا كان الطفل يعاني من عاهة، رغم أن ولادة الطفل ثمرة لعلاقة الأب والأم. ويتحمل كلا الوالدين التزامات تجاه الطفل مع العلم بأن حضانة الأم لطفل معاق يتطلب أعباء ورعاية يمكن أن تتجاوز الأم وقدراتها. وفي هذه الحالة، لا بد من زيادة نفقة الطفل ودفع أجره "رعاية" الأم.

## الولاية

الولاية الشرعية على أنها واجب "الوالدين"<sup>8</sup> لضمان راحة الشخص وتمثيله قانونا لحماية ممتلكاته. وفي حالة الزواج، يكون الأب ولي أطفاله. وفي حالة فسخ الزواج، يظل الأطفال تحت ولاية الأب. وإزاء القانون، يتعين على الأطفال، من خلال أمهم، أن يطلبوا من الأب الحصول على إذنه لممارسة أنشطة خارج المناهج الدراسية أو التسجيل بالمدارس أو الحصول على جواز السفر أو مغادرة الأراضي المغربية.

نذكر هنا بظروف ممارسة الولاية أو إلغائها:

• بالنسبة للأب: الأب هو ولي أولاده تلقائيا. وبالإضافة إلى ذلك، يجوز للقاضي أن يسحب الولاية في حالة وقوع أعمال عنف مثبتة.

• بالنسبة للأم: تنص المادة 238 من مدونة الأسرة المغربية على الولاية التي تمارسها الأم: "يشترط لولاية الأم على أولادها:

1- أن تكون راشدة؛

2- عدم وجود الأب بسبب وفاة أو غياب أو فقدان للأهلية، أو بغير ذلك"<sup>9</sup>.

وفقا للمادة 148، نلاحظ أن "الشخص الذي يمارس الولاية هو، حسب القانون، أب الطفل القاصر أو القاضي. ويشار إليها باسم "الولي".

وتخصّص مدونة الأسرة فصلا كاملا لوصف سلطة الأب ووصف من هو الولي على هؤلاء الأطفال القاصرين. وهذا الأب هو المسؤول عن إدارة ممتلكات أبنائه، وفقا بمقتضى أحكام المادة 231. وإذا كان الأب غير قادر على القيام بهذا العمل، فإنه يعيّن نائبا شرعيا ليحل محل الأب خلال حياته، ويمكن أن تكون الأم هذا النائب الشرعي.

وبالإضافة إلى ذلك، تخضع الأم لإشراف قاضي القاصرين. وهو المسؤول عن تتبع ومراقبة الإشراف على ممتلكات الطفل. ولذلك، يجب على الأم تقديم حساب مصري في تدعيمه جميع الوثائق الداعمة. ومن خلال هذا التعريف، يتم التخليص من ممارسة الأم للولاية بما أن الأم تبقى تحت المراقبة القضائية.

وباختصار، فإن الوضع القانوني للمرأة الأم أو الزوجة أو الزوجة السابقة يقوم على التمييز القائم على الجنس الذي يعكس حقا مشوبا بأعراف اجتماعية وثقافية. ولا تأخذ مدونة الأسرة مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الاعتبار، الشيء الذي يعوق ممارسة دولة القانون.

إن المغرب من الدول الموقعة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي تدعو إلى تحقيق المساواة بين الجنسين. كما نلاحظ أيضا أن المادة 19 من الدستور تنص على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في ممارسة جميع الحقوق الأساسية. غير أنه لا يزال عدم المساواة بين الجنسين قائما في مدونة الأسرة سواء في هذه القوانين أو في تطبيقها. ونلاحظ، علاوة على ذلك، عدم وجود إرادة من جانب الحكومة المغربية والسلطات القانونية لتنسيق "القواعد القانونية"<sup>9</sup> التي ثبت أنها لا تتفق مع الدستور واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

وتبين الدراسة المتعلقة بالنفقة أن مفهوم "مصلحة الطفل" غائب، إذ لا يزال "شعارا" بدون محتوى في مدونة الأسرة المغربية. ويجد الطفل غير الشرعي نفسه أقل شأنًا من غيره ومصالحته لا تحترمها مدونة الأسرة. ومن ثم نطرح السؤال التالي: كيف نضمن تطبيق الوالدين للقانون مع الحفاظ على رفاة الطفل؟

## (التوصيات:

- تعديل المادة 146 من مدونة الأسرة التي تميز بين الأطفال الشرعيين وغير الشرعيين ولا تعترف بالنسب الأبوي. وتحرم المادة 148 الطفل غير الشرعي من النسب الأبوي وتضع الأمهات العازبات في أوضاع مزرية.
- تعديل المادة 147 التي لا تزال تتضمن عدم المساواة بين الرجل والمرأة في إثبات النسب.
- تعديل المادة 236 التي تميز ضد الأمهات في ممارسة النيابة الشرعية على أولادهن. والأمر الهام هنا هو مراعاة المصلحة العليا للطفل.
- تعديل المادتين 174 و175 لكي لا يترتب على زواج الأم من جديد إلغاء حضانة الطفل ويجب إعطاء حق الاختيار للطفل. ويتمثل ذلك في أعمال الحق في التعبير لفائدة الطفل لكي يتم الاستماع إليه ويأخذ في الاعتبار من جانب السلطات القانونية. وبالنسبة للطفل المعاق، ينبغي أن تكون الحضانة مشتركة بين الوالدين.
- إنشاء العديد من المختبرات لاختبار الحمض النووي والمعتمدة من قبل وزارة العدل.
- قيام الحكومة المغربية بدفع رسوم الحمض النووي للنساء اللواتي يعانين من الضعف الاقتصادي.
- إدماج مفهوم الأسر وحيدة الوالدين في مدونة الأسرة لمكافحة التمييز الذي يؤثر على الأمهات العازبات وأطفالهن.
- إنشاء مؤشر وطني للنفقة خاص بموظفي القطاع العام يهدف إلى تحسين تنسيق قرارات القضاة.
- فيما احترام تام لمصلحة الطفل، يعدّل القاضي ترتيبات الحضانة، من حضانة نسائية حصريا إلى حضانة مشتركة بين الأب والأم.
- رفع مستوى الوعي حول مدونة الأسرة من خلال تدريب المدرسين بدعم من وزارة التربية الوطنية.

9. الولاية والحضانة في القانون المغربي

- عائشة الحجامي، تقارير عن الأنشطة، النسب في شمال أفريقيا، "عملية إصلاح مدونة الأسرة وجديدها، خاصة المتعلقة بالأبوة والأمومة وحقوق الطفل"، دفاثر مركز جاك بيرك، 2016.
- سوتيل رويز كارمن، الآثار "المنحرفة" للنسب الشرعي المغربي في إسبانيا: قضية يتعين حلها، العدد 4، 2016.
- قانون الأسرة للمرأة الفرنسية والمغربية، الولاية والحضانة في القانون المغربي، سيكاد -2015 www.cicade.org
- بارود إميلي، "النسب الشرعي في مواجهة التغيرات الاجتماعية في المغرب العربي"، قانون وثقافة، 59/2010، ص. 255-282.
- براس جان فيليب، إصلاح قانون الأسرة في المغرب والجزائر: ما التقدم المحرز في الديمقراطية؟، كريتيك إنترناسيونال، 2007، عدد 37.
- قانون الأحوال الشخصية، المرسوم المؤرخ 13 غشت 1956 (6 محرم 1376) بمثابة قانون الأحوال الشخصية.
- الدليل العملي لمدونة الأسرة الذي وضعته وزارة العدل والحريات المغربية في عام 2005، بعد سنة واحدة من صدور القانون.
- ندياي مريم، العلاقات الاجتماعية للجنسين وإنتاج قانون الأسرة في السنغال والمغرب، كايي دو جونر، 2014.
- جويال رنيه، القرابة والأبوة والنسب: أسئلة حاسمة لمستقبل أطفالنا ومجتمعاتنا، مقال في مجلة إنفانس، فامي، جينيراسيون، العدد 5، خريف 2006، ص. 1-16
- لوبري سونيا، "أوديسة في قلب الحمض النووي" في كريستيان هينو-هولي وبارثا ماريا كنوبرس، مديرة، التحليل الجيني لأغراض الأدلة وحقوق الإنسان - الجوانب الطبية والعلمية والأخلاقية والقانونية، بروكسيل، برويلانت، 1997، ص. 7-11.
- تحت إشراف ب. دابريت، ز. غني، ع. بوطالب، ج.ن. فيري، المغرب في الحاضر: من عصر إلى آخر، مجتمع متغير، مركز جاك بيرك، مؤسسة الملك عبد العزيز آل سعود للدراسات الإسلامية والإنسانية، 2015.
- بنشدهة ليلي، بن هونيت يزيد، شيخ مريم، روبرت نوري، قانون الأسرة في المغرب وتطبيقه في قسم الأسرة بالحكمة الابتدائية بالرباط: تقرير بحث، مركز جاك بيرك، مؤسسة فريدريش إبرت، الرباط، 2017.