وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد الصديق بن يحي–جيجل–
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

إشكالات تنازع القوانين في إثبات النسب

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبتين:
✓ خداش حسناء
✓ باخة فلة

إشراف الأستاذ:
كرمي ريمة

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
الهاشمي حسن	أستاذ محاضر. أ	جيجل	رئيسا
كرمي ريمة	أستاذة محاضر. ب	جيجل	مشرفا ومقررا
عزوزي عبد المالك	أستاذ محاضر. أ	جيجل	مناقشا

السنة الجامعية 2020-2021

شكر وتقدير

قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " من لم يشكر القليل لم يشكر الكثير، ومن لم يشكر الناس لم يشكر الله"

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، الحمد لله الذي منّ علينا بنعمة العلم على يد معلم البشرية الأول حبيبنا وقدوتنا رسولنا محمد صلى الله عليه و سلم و على آله و صحبه أجمعين ومن سار على هديه بإحسان إلى يوم الدين.

الحمد لله الذي جعل أجَ ل الفضائل وأشرف المزايا، وأعز ما يتحلى به الانسان، فهو أساس الحضارة ومصدر أمجاد الأمم، و عنوان سموها و تفوقها، في الحياة و رائدها إلى السعادة الأبدية و شرف الدارين.

إّ نه ليسعدنا في هذا المقام أن نتوجه بكل باقات الشكر و العرفان لآبائنا و أمهاتنا اللذين كانوا أساطير في التضحيات و بذل كل الجهد و العطاء في مساندتنا و تشجيعنا لنحقق ما نسموا إليه، فبارك الله لنا في آبائنا و أماهتنا و جزاهما الله عنا خيرا.

بكل إجلال و امتنان نقّدم جهدنا المتواضع مقرونا بالشكر و العرفان، إلى من وضعت لمساتها التصويبية، وأغنت البحث بملاحظتها القيمة، و تابعت باهتمام كل خطوات البحث لتغنيها بعلمها الواسع و خبرتها الكبيرة...**الأستاذة كرمي ريمة شكر خاص...**

كما نقّدم اعتزازنا المجبول بالفضل لكل الأساتذة الذين أناروا دربنا خلال مسيرتنا العلمية، وإلى كل أساتذة قسم الحقوق.

نشكر أعضاء لجنة المناقشة.

و أخيرا نتقدم بوافر الشكر و التقدير إلى كل من ساندنا و لو بدعوة في ظهر الغيب لإنجاز هذه الدراسة فجاز الله عنا الجميع خيرا في الدنيا و الآخرة.

قائمة المختصرات:

- ص: الصفحة.
- د. س. ن: دون سنة نشر.
- د. ط : دون طبعة.
- ق.م. ج: قانون مدني جزائري.
- ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.
- ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة.
- ق.ج: قانون الجنسية.
- ف: فقرة.
- ج. ر: جريدة رسمية

المقدمة

تعتبر الرابطة الزوجية أساس قيام الأسرة التي تعتبر الخلية الأساسية للمجتمع. وتتفق الشرائع السماوية و القوانين الوضعية المستنبطة من الشريعة الاسلامية على ضرورة ضبط العلاقة بين الرجل و المرأة، و لما كان الانسان هو غاية كلّ قانون فإنّ المشرع الجزائري من خلال المادة الرابعة من قانون الأسرة كرّس تلك الغاية في تكوين اسرة أساسها المودّة والرحمة و التعاون وإحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب، ومن ذلك اشترط القانون لقيام هذه الرابطة توافر عدّة شروط جوهرية أساسية لقيام العلاقة الصحيحة و من هنا فهي ترتب آثار فيما بين الطرفين ومن هذه الآثار التي تمسّ الأبناء فهي الاعتراف بالنسب.

فيعتبر النسب من أهم المسائل البالغة الأهمية فهو يعدّ من بين الحقوق اللّصيقة بالطفل و يعتبر من أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة و ترتبط بها أفرادها برباط دائم من الصلة.

فالنسب يرتب حقوقا للفرد و للمجتمع ككلّ فهو يمثّل العمود الفقري الذي يشكّل التوازن داخل الاسرة و خارجها و لقد أولت الشريعة الاسلامية لمسألة إثبات النسب عناية خاصة و أحاطتها بسياج منيع من الأحكام لضمان إثباته و حفظه إذ نجد أنّ الشرع قد ألغى كل نسب خارج إطار العلاقة الشرعية. ولقد فرّق الفقه بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي. فالنسب الشرعي هو ناتج عن علاقة شرعية بين الرجل والمرأة، أما النسب الطبيعي فهو ناتج عن علاقة غير شرعية بين الرجل والمرأة.

و نظرا لما للنسب أهمية في القانون الدولي الخاص حينما تكون بصدد زواج مختلط مبني على علاقة شرعية او غير شرعية أينما يتنازع أكثر من قانونين في إطار إثبات النسب فيجد القاضي صعوبة في تطبيق القانون المختص وذلك بالاستناد إلى ضوابط تساعده في الوصول إلى الحل السليم و المشكلة الأساسية في علم تنازع القوانين هي الوصول إلى القانون الواجب التطبيق و هذا هو الهدف من وضع قواعد التنازع الذي قد يكون إما قانونا وطنيا أو قانونا أجنبيا، فأدرج المشرع الجزائري قاعدة تنازع تحكم النسب التي ترمي بتطبيق القانون الشخصي للأب، كما وضع أيضا قاعدة تنازع تحكم الحالة التي يستبعد فيها القانون الأجنبي تعارضه مع النظام العام أمام القضاء الوطني، و أضاف قاعدة تنازع تتعلق بالغش

نحو القانون في حالة ما إذا تلاعب الخصوم بقواعد التنازع قصد التهرب من أحكام القانون المختص.

و إن كانت مسألة النسب محكومة بقانون الجنسية فإنّ الأمر يعترض ببعض الصعوبات للقاضي عند تطبيقه للقانون المختص على العلاقة ذات العنصر الأجنبي كأن يكون الشخص المراد تطبيق جنسيته متعدد الجنسيات. هنا القاضي يطبق جنسية واحدة من بين الجنسيات المتنازعة.

ولكي يتسنّى لنا تحديد القانون الواجب التطبيق لابد من تحديد المقصود بالنسب الشرعي و مسألة النسب هي من مسائل الاحوال الشخصية و لقد انحاز المشرع الجزائري و أغلب التشريعات العربية لقانون الجنسية بوضوح فإنّ موضوع النسب من بين أهم المواضيع التي تستوجب البحث و الدراسة كون النسب حق من الحقوق التي أثبتتها الشريعة الإسلامية و كونه يتعلق بشرف و كرامة الأفراد و يعبر عن الوجود الانساني و أهم ما دفعنا للبحث في هذا الموضوع هو اهتمام المشرع الجزائري به لان النسب في القانون الجزائري يعدّ من أهم المواضيع الحساسة فأحكامه مستمدة من الشريعة الاسلامية و بالتالي الوازع الديني خاصة فيما يتعلق بخصوص الابن الشرعي و تكمن أهميته أيضا في تحديد الضابط الذي يحكم النسب و بالتالي معرفة القانون الواجب التطبيق.

و استنادا الى الموضوع المدروس و قصد معالجته والوقوف على مختلف جوانبه تم الاعتماد على عدة مناهج و هي:

1. المنهج الوصفي:

ذلك من خلال جمع المعلومات وتحصيل أغلب ماله صلة بموضوع الدراسة وعرضها كالتطرق للنظام العام و تعريف النسب الغير شرعي.

2. المنهج التحليلي:

وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية كنص المادة 13 مكرر قانون مدني وتبيان موقف المشرع الجزائري، لكن الشريعة الاسلامية هي المصدر الاساسي لقانون الأسرة الجزائري و أخيرا

3.المنهج المقارن:

أبرزنا بعض مواقف المحكمة العليا من المسائل المتعلقة بهذا الموضوع .

وبناءً على ما تقدّم يطرح موضوع الدراسة اشكالية مفادها ما هو موقف التشريع الجزائري من مسألة إثبات النسب في العلاقات الخاصة الدولية؟

وللإجابة على الاشكالية المطروحة أعلاه يتم تقسيم الموضوع الى فصلين وهما:

. **الفصل الأول:** قاعدة التنازع في موضوع النسب

. أما **الفصل الثاني** فقد جاء بعنوان القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب في الزواج المختلط

الفصل الأول

قاعدة التنازع في موضوع النسب

تمهيد:

يعرف تنازع القوانين بأنه تزاحم قانونين أو أكثر بشأن علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي[1]و موضوع النسب خصه المشرع الجزائري بقاعدة اسناد خاصة، فتعتبر البنوة الشرعية من الأحوال الشخصية وفقا للمادة **10** من القانون المدني الجزائري "**يسري على الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم** ".[2]

ومن الصعوبات التي يعرفها النسب هو اشكالية القانون الواجب التطبيق عليه، وتبعا لذلك سنتناول في المبحث الأول: التكييف القانوني للنسب في العلاقات الخاصة الدولية و اسناد موضوع النسب إلى قانون الجنسية كمبحث ثان.

[1] - **محمد سعادي** ، القانون الدولي الخاص و تطبيقاته في النظام القانوني، الطبعة الأولى ، الجزائر،**2019**، ص**34**.

[2]- **المادة 10** من الأمر رقم **58/75**، المؤرخ في **20** رمضان **1395**هـ ، الموافق ل **26** سبتمبر **1975**، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية، عدد**78** الصادر في 24 رمضان 1395 الموافق لـ 30 سبتمبر 1975، معدّل و متمم بالأمر رقم **05-02** المؤرخ في 27 فيفري 2005.

المبحث الأول: التكييف القانوني للنسب في العلاقات الخاصة الدولية

إن التكييف القانوني في القانون الدولي الخاص هدفه تحديد قاعدة الاسناد التي تطبق على النسب بقاعدة صحيحة التي تبين للقاضي القانون الواجب التطبيق على النسب، و يكمن الهدف الأساسي من التكييف في معرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع المتمثل في اثبات النسب، و لقد نظم المشرع الجزائري التكييف في المادة **9 قانون مدني جزائري**.

المطلب الأول: قانون التكييف عند تنازع القوانين في النسب .

يعد التكييف أهم مرحلة يقوم بها القاضي للواقعة محل النزاع، ثم يتم التوصل إلى ضابط اسناد خاص بالنسب و معرفة الجنسية في تحديد ذلك القانون، و المشرع الجزائري أخذ بفكرة التكييف يحكمه قانون القاضي.

وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب متناولين الفرع الأول بعنوان التكييف يخضع لقانون القاضي أما الفرع الثاني موقف المشرع الجزائري منه.

الفرع الأول: التكييف يخضع لقانون القاضي

الفقيه بارتان هو أول من وضع نظرية متكاملة لمشكلة التكييف ، يقوم على إخضاع التكييف لقانون القاضي، و قد استند بارتان إلى دراسة للقضاء للقول بأن تحديد الوصف القانوني للمنازعات يجب ان يتم وفقا لقانون القاضي [1]و يبرر مثل هذا الموقف بثلاث حجج أولها تقوم على فكرة السيادة فتنازع القوانين ما هو سوى تنازع للسيادات و سماح المشرع الوطني بتطبيق قوانين اجنبية ، أما الحجة الثانية فقوامها أن التكييف ما هو سوى تفسير لقاعدة الاسناد الوطنية و بالتالي التكييف وفق القانون الوطني للقاضي، وتبقى الحجة الثالثة التي تقضي بأن التكييف يكون في مرحلة سابقة للإسناد اي قبل إيجاد القانون الواجب التطبيق و هذا يعني أنه في مرحلة التكييف لا نكون سوى أمام قانون واحد هو قانون القاضي. [2]

---

[1] ـ **بن عصمان جمال** ، مقياس القانون الدولي الخاص ، السنة الثالثة : قانون خاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2015/2014 ص 13.

[2] ـ **بن عصمان جمال** ، المرجع السابق ، ص ص 14/13.

وإذا كانت عملية تكييف العلاقات القانونية محل التنازع عادة ما يكون تكييفها الأولي على تمكين القاضي من التعرف على طبيعة العلاقة القانونية لوضعها في فئتها المسندة فإنه من البديهي أن يكون تكييف العلاقات الداخلية في نطاق القانون الدولي الخاص.

كما أخضع الأستاذ **كان** في ألمانيا والأستاذ **بارتان** في فرنسا التكييف لقانون القاضي و تبعهما في هذا الاتجاه جل الفقهاء الفرنسيين، و لقد عبرت محكمة النقد الفرنسية عن إخضاع التكييف لقانون القاضي بوضوح كامل في قرارها الصادر بتاريخ 1955/06/22.[1]

والمشكل في القانون الدولي الخاص ليس هو مشكل التكييف و إنما هو مشكل التنازع في التكييف ذلك أن المسألة القانونية المطروحة على القاضي لها علاقة بقوانين عدة دول ، فقبل إجراء التكييف ينتهي تحديد القانون الذي يجري وفقه التكييف و من ثم تظهر الصعوبة التي تواجه القاضي الذي يقوم بعملية التكييف .[2]

ويفرق **بارتان** بين التكييف الأولي و التكييف الثانوي، فالتكييف الأولي غرضه الاهتداء إلى قاعدة الاسناد لمعرفة القانون المختص بحكمها فيخضع لقانون القاضي ، أما التكييف الثانوي فيخضع للقانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد.

[1] - **أعراب بلقاسم**، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر 2001، ص ص79،80.

[2] - **أعراب بلقاسم** ، نفس المرجع، ص 76.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.

جاء في **المادة 09** من القانون المدني الجزائري **[يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه].**[1]

ما يمكن فهمه من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري تأثر بنظرية **بارتان** والتي تهدف إلى اخضاع التكييف إلى قانون القاضي، والتكييف الذي قصده المشرع في هذه المادة هو التكييف الأولي الذي يهدف إلى تحديد قاعدة الاسناد الواجبة التطبيق على النزاع دون التكييف الثانوي الذي يكون لاحقا بعد القيام بعملية الاسناد التي تحدد القانون المختص فإذا أشارت قاعدة إلى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة القاضي، فهنا القاضي يرجع إلى القواعد الموضوعية في دولته.[2]

وما يقصد بقانون القاضي أنه النظام القانوني للدولة بكامله حتى يشمل كل العلاقات القانونية التي يجمعها المشرع في شكل فئات الاسناد، فيتضح أن قانون القاضي هو المختص في حل العلاقة محل النزاع .[3]

فالمشرع الجزائري أخضع كل تكييف يثار أمام القضاء الجزائري للقانون الجزائري وحده، أي قضية **برتان** في التكييف و على القاضي الجزائري أن يكيف دائما حسب القوانين الوطنية.[4]

---

[1] ـ **المادة 09** من الأمر رقم **75 _58** المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يعدل و يتمم القانون رقم **05/07** المؤرخ في 13 مايو 2007 ، المتضمن للقانون المدني الجريدة الرسمية عدد **31** الصادر في 13 مايو 2007 .

[2] ـ **فضة براهيمي،** القانون الواجب التطبيق على النسب في التشريع الجزائري، مدكرة مكمّلة لنيل شهادة الماستر، قسم الحقوق جامعة العربي بن مهيدي _أم البواقي _ 2018/2017، ص 17.

[3] ـ **فاتح قيش،** المرجع السابق ، ص 25 .

[4] ـ **كروي الزهرة،** التكييف في القانون الدولي الخاص، مدكرة مكمّلة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: القانون الخاص للأعمال، قسم الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، ص16.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للنسب في العلاقات الخاصة الدولية.

لعقد **الزواج** الصحيح عدة آثار و تختلف باختلاف التشريعات فالمشرع الجزائري يهتم بالنسب و يظهر ذلك جليا في **المادة 13** مكرر من القانون المدني الجزائري **[يسري على النسب و الاعتراف به و انكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل . و في حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة].**[1] و يفهم من خلال هذه المادة أنها اسندت النسب إلى قانون جنسية الأب.

ومن هنا سنتطرق إلى دراسة آثار الزواج كفرع أول وآثار الطلاق كفرع ثان.

الفرع الأول: من آثار الزواج

لقد عرفت المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري" **الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و إمرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين المحافظة على الأنساب** ".[2]

كما نص المشرع الجزائري على جملة من الشروط يجب توافرها ليتم الزواج صحيحا من بينها الشروط الموضوعية و قد تختلف من دولة الى أخرى و على هذا الأساس تكيف ما هو موضوعي من الشروط يرجع لقانون القاضي [3]

ويقصد بالشروط الموضوعية للزواج تلك التي يتوقف الزواج على وجودها و ينعدم في حالة انعدامها فهي الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الزواج [4] و المشرع الجزائري أسند الشروط الموضوعية لعقد الزواج لقانون الجنسية و عبر عنه بالقانون الوطني و هذا ما أشارت اليه المادة 11 من القانون المدني الجزائري المعدلة بنصها " **يسري على الشروط**

---

[1] ـ **المادة 13** مكرر من القانون المدني الجزائري.

[2] ـ **المادة 4** من قانون الأسرة الجزائري.

[3] ـ **عليوش قربوع كمال**، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع ،2011، ص 215 .

[4] ـ **رجاوي آمنة** ، الحق في الزواج المختلط و اشكالية تنازع القوانين ، جامعة جيلالي الياس ، سيدي بلعباس، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، ص 109.

الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين [1]ويفهم من هذه المادة أن الزواج يخضع للقانون الوطني لكل من الزوجين.

وتنص المادة **97** من الأمر **20/70** المتعلق بالحالة المدنية على ما يأتي **[إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري و أجنبية يعتبر صحيحا اذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج]**[2] وما يفهم أيضاً أن الشروط الموضوعية للزواج تخضع للقانون الوطني و منه فإنه لا يثار أي إشكال اذا كان الزوجين من نفس الجنسية ، بل المشكل يثار في حالة اختلاف الزوجين في الجنسية وفي هذه الحالة ظهر اتجاهين: اتجاه يدعو إلى تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقا جامعا، وآخر يرى بتطبيق موزعاً.[3]

1- التطبيق الجامع

تخضع الشروط الموضوعية لقانون جنسية كل من الزوجين معاً، حيث يجب أن تتوفر الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسية الزوجة وقانون جنسية الزوج معاً، غير أنّ هذا الرأي صعب التطبيق عمليا. [4]

2- التطبيق الموزع

يجب أن تتوافر الشروط الموضوعية الصحيحة بالنسبة لكل من الزوجين على انفراد[5]، فإذا تم الزواج في الخارج بين جزائرية و جزائري فإن القاضي يطبق القانون الجزائري لأنّه قانون الجنسية المشتركة فيما بين الزوجين، أما إذا تم الزواج بين جزائري وأجنبية فإنّ

---

[1] **المادة 11** من القانون المدني الجزائري.

[2] **المادة 97** من القانون رقم **126/62** المؤرخ في 13 ديسمبر 1962، المتضمن قانون الحالة المدنية، جريدة رسمية، عدد 08، المؤرخة بتاريخ:14 ديسمبر 1962، معدل ومتمم بالأمر رقم **20/70**، المؤرخ في 19 فيفري 1970، جريدة رسمية، عدد **21**، المؤرخة بتاريخ 27 فيفري 1970.

[3] **ـ رحاوي آمنة**، المرجع السابق، ص 110.

[4] **ـ يوسف مسعودي**، القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي، تامنغست، الجزائر، 2012، ص 61.

[5] **ـ عليوش قربوع كمال**، المرجع السابق، ص 216 .

الشروط الموضوعية تخضع لنص المادة 11 قانون المدني الجزائري غير أن المادة 13 من نفس القانون قد استثنت ذلك إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص الأهلية.[1]

ويقصد بآثار عقد الزواج تلك الحقوق التي تنشأ عن عقد الزواج الصحيح، فإذا انعقد الزواج و كان صحيحاً نافذاً لازماً فإنّ آثاره تترتب عليه في الحال[2]، وبما أن النسب يعد من آثار الزواج و هو ذات علاقة ثلاثية الأطراف تربط الابن والأب والأم والتي قد تكون ناتجة عن علاقة زوجية شرعية و صحيحة ، فلا بد من اخضاعه إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إبرام عقد الزواج[3]، وهو ما نص عليه القانون المدني في المادة 1/12 "**يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار الشخصية و المالية التي يترتبها عقد الزواج** "[4]، بمعنى أنه متى كان الأب جزائريا وقت إبرام عقد الزواج و تم عرض النزاع أمام القاضي بشأن مسالة النسب ، فعلى القاضي تطبيق القانون الجزائري على هذا النزاع حتى و لو تم تغيير الجنسية بعد الزواج [5].

الفرع الثاني: من آثار الطلاق.

نص المشرع الجزائري على قاعدة الاسناد الخاصة بانحلال الزواج (فك الرابطة الزوجية) في المادة 02/12 " **يسري على انحلال ازواج و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى** "[6]، و منه فإن القاضي الجزائري اذا أمامه دعوى طلاق وجب عليه تطبيق قانون جنسية الزوج ، كما وضع أيضا المشرع الجزائري استثناء يحمي فيه الزوجة الجزائرية استنادا إلى نص المادة 13 قانون مدني و يقتضي هذا الاستثناء أنّه اذا كان الزوج أو الزوجة من رعايا الجزائر عند انعقاد الزواج فإن

---

[1] ـ **عليوش قربوع كمال**، المرجع السابق، ص219.

[2] ـ **أعراب بلقاسم** ، لمرجع السابق، ص 248 .

[3] ـ **محمد وليد المصري**، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009 ص 146.

[4] ـ **المادة 12** من القانون المدني الجزائري.

[5] ـ **فضة براهيمي**، المرجع السابق ، ص 39.

[6] ـ **المادة 12** ، قانون مدني جزائري .

القانون الجزائري وحده يسري على انحلال الزواج [1]، و الطلاق يخلف آثار في علاقة الوالدين بأبنائهما و التي تعتبر من أهم المسائل التي يجب أن ينظر إليها القاضي خلال النطق بالحكم و تتمثل في : النفقة، الحضانة، النزاع في متاع البيت .....إلخ.[2]

وكخلاصة القول يعدّ النسب من آثار الزواج فهو علاقة ثلاثية الأطراف تربط بين الابن والأب والأم، وقانون جنسية الأب هو الذي يحكم آثار الزواج.

1- النفقة

حسب ما تضمنته المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري " **تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول و تستمر في حالة ما اذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب** "[3].

وتعتبر النفقة الوقتية التي يحكم بها القاضي لصالح الزوجة المطلقة ريثما يفصل في الدعوى المتعلقة بالطلاق بمثابة إجراء يقوم به القاضي لصالح الزوجة من أجل المحافظة على الحد الأدنى لمعيشتها والقانون الذي يحكمها هو قانون القاضي، والقانون الجزائري لم يكن يحدد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الوقتية إلى حين صدر التعديل الجديد للقانون المدني الذي اضاف المادة **21 مكرر1** و التي أخضعها لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع و فيما يتعلق بأموال الزوجين يسري عليها القانون الذي يحكم آثار الزواج [4]،و فيما يتعلق بمسألة طلاق الزوجة من زوجها طلاقا تعسفيا يرى الراي الراجح بأن هذا العمل

---

[1]- **سنينات عبد الله** ، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية و انحلالها في إطار القانون الدولي الخاص ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الخاص ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، كلية الحقوق ، 2008 / 2007 ص 122.

[2] - **سنينات عبد الله** ، المرجع السابق ، ص 107 .

[3] - **المادة 75** من قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق.

[4] - **درية أمبن**، تنازع القوانين في مجال الزواج و انحلاله بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة ، دفاتر السياسة و القانون ، العدد **4**، جامعة مولاي الطاهر سعيدة ، الجزائر، 2017، ص 245.

الذي قام به الزوج خطأ يجب عليه التعويض و يطبق بشأنه قواعد المسؤولية التقصيرية و بالتالي يخضع لقانون البلد الذي وقع فيه الضرر[1].

2- الحضانة

عرفت **المادة 62** من قانون الأسرة الجزائري(**الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك**).[2]

ومن المقرر فقها وقضاء أنه يجب أن تتوافر في الحاضنة الشروط الواردة في الشريعة الإسلامية [3] فالقانون الجزائري لم يخص الحضانة بقاعدة إسناد صريحة توضح القانون الواجب التطبيق عليها وبما أنّ تكييفها يخضع لقانون القاضي طبقا للمادة **9 قانون مدني جزائري** فإن الحضانة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية، لأنّ المشرع الجزائري قد تناولها في الفصل الثاني من قانون الأسرة الجزائري المتعلق بآثار الطلاق، وباعتبار الحضانة من آثار انحلال الزواج فإنّه يسري عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقا للمادة **2/12 قانون مدني**[4]، ومبدئيا فإنّ الحضانة تمنح للأم حسب **المادة64** من نفس القانون إذا كانت الأم أجنبية تقيم في الخارج فإن القاضي الجزائري سحب منها الحضانة بسبب أن الولد يجب تربيته على دين أبيه[5]، وإذا كان الأبوان يقيمان في بلاد أجنبية فذلك لا يطرح إشكالاً بل يطرح الأشكال عندما لا يقيمان الأبوان في بلد واحد و غالبا ما تكون الأم في هذه الحالة فتسقط الحضانة على الأم، حيث يتبين من أسباب سقوط الحضانة عن الأم أنّها تقيم ببلد أجنبي والأب مقيم بالجزائر فيتعذر عن الأب الإشراف عن أولاده و كذا حق الزيارة لبعد المسافة.[6]

---

[1] ـ **درية أمين**، المرجع السابق، ص 246.

[2] ـ **المادة 62**، قانون الأسرة الجزائري.

[3] ـ **بلحاج العربي**، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة ، الطبعة 4 ، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص327.

[4] ـ **درية أمين**، المرجع السابق، ص 248.

[5] ـ **سنينات عبد الله** ، المرجع السابق، ص 111.

[6] ـ **عليوش قربوع كمال**، المرجع السابق، ص ص242،241.

المبحث الثاني: إسناد موضوع النسب إلى قانون الجنسية

يعتبر موضوع النسب من المواضيع التي يثار بشأنها منازعات عديدة وذلك لاختلاف التشريعات و لقد اختار المشرع الجزائري قانون الجنسية من أجل معالجة مثل هذه المشاكل ذلك لأن قانون الجنسية يمتاز بالاستقرار وهو قانون الوسط الاجتماعي فلضابط الجنسية دور مهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على اثبات النسب و هذا ما سنتطرق إليه في المطلب الأول كما قد تعرض القاضي عدة اشكالات في تطبيقه لهذا القانون و هذا ما سندرسه في المطلب الثاني تحت عنوان إشكالات تطبيق قانون الجنسية.

المطلب الأول: دور ضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على اثبات النسب .

لضابط الجنسية دور مهم في إبراز القانون الواجب التطبيق فهو يسهل على القاضي الفصل في منازعات الأحوال الشخصية المعروضة أمامه وذلك لعدة اعتبارات من أبرزها الوازع الديني لأن أغلب حلول مشاكل الأحوال الشخصية مستمدة من هذه المسألة و هذا ما سنقوم بالتفصيل فيه فيما يلي.

الفرع الأول: المفاضلة بين قانون الجنسية وقانون الموطن.

يطبق القانون الشخصي على مسائل الاحوال الشخصية لتعلق هذا القانون بالشخص أينما ذهب لذلك أثيرت اشكالات حول أي القانون أصلح وأفضل للشخص قانون الموطن أم قانون الجنسية [1].

حجج مناصري قانون الموطن:

• قانون الموطن أصلح من قانون الجنسية بالنسبة إلى المهاجرين الذين توطنوا في إقليم آخر إذ يكون من مصلحتهم أن يسري عليهم قانون الموطن الذي يعرفونه دون قانون جنسيتهم وربما كانوا يجهلون ببعدهم عن إقليم دولتهم ثم إن من شأن سريان قانون الموطن على

[1]- **محمد وليد المصري**، المرجع السابق، ص 108.

المهاجرين أن يسهل اندماجهم في رعايا الدولة وإلحاقهم بمواطنيها بدلا من أن يظلوا أجانب عنها.[1]

• يضمن قانون الموطن مصلحة الأفراد ذلك أنه يجنبهم من جهة الخضوع لنظام قانوني يختلف عن النظام القانوني الذي يعيشون في وسطه ومن جهة أخرى يجنبهم مفاجأة تطبيق عليهم قانون أجنبي لم يخطر ببالهم اختصاصه بالإضافة إلى جهلهم بمحتواه.[2]

• تطبيق قانون الموطن يساعد المهاجرين على الانصهار والتأقلم مع المجتمع الذي يعيشون فيه.[3]

• يعتبر قانون الموطن في الغالب قانون القاضي فتطبيقه أسهل مقارنة مع قانون الجنسية الذي يعد أجنبيا وقد يخطئ القاضي في تفسيره و تحديده كما الراجح ومستقرا فقها و قضاء على اعتماد قانون المواطن إضافة لصعوبة تحديد قانون الجنسية فيما تخص عديمي الجنسية و كذا القانون الواجب التطبيق في حال تعددها.[4]

حجج مناصري قانون الجنسية:

• ضرورة استقرار الأحوال الشخصية وثباتها، فيما أن الجنسية ثابتة مستقرة عسيرة التغيير، فإن القانون الذي يرتبط بها يكون أثبت وأصلح من قانون الموطن لحكم الأحوال الشخصية، بينما الموطن غير مستقر ولا ثابت إذ هو كثيراً ما يتغير.[5]

---

[1]- **علي علي سليمان**، مذكرات في القانون الخاص لطلبة الفصلين الدراسيين السابع والثامن، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2008 ص 58.

[2]- **أعراب بلقاسم**، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 204.

[3]- **محمد وليد المصري**، المرجع السابق، ص 109.

[4]- **رحماني فايزة** ، مفاضلة من قانون الجنسية و الموطن و القانون الواجب التطبيق على الحالة الأهلية ، تم الاطلاع في 2021/04/29. على الساعة 21.30 www. Djelfa.info.

[5] - **علي علي سليمان**، المرجع السابق، ص 57.

• إن قانون الجنسية يأتي انعكاسا للقيم السائدة في الدولة فهي تضعه أخذتا بحسابها الطوائف والعقائد في المجتمع لذا كان من الطبيعي أن تتبع هذه القوانين مواطني المجتمع أينما ذهبوا، لأنّها الأنسب لحكم أحوالهم الشخصية.[1]

• الجنسية عبارة عن رابطة زوجية بين الأفراد والدولة وهي أهم من رابطة الموطن المادية المؤقتة لذا فالأخذ إسناد ينمي الشعور القومي في نفوس رعاياها كضابط عنه و يجعلهم مرتبطين بموطنهم رغم بعدهم.[2]

• تضع الدولة قوانين الأحوال الشخصية لرعاياها دون سواهم من الأجانب ويجب أن تتبع هذه القوانين رعاياها أينما انتقلوا، وهي لا تتبعهم خارج الدولة إلا إذا ارتبطت بجنسيتهم.[3]

تقدير حجج كل من الطرفين:

إن الحجج التي رأيناها و المقدمة لصالح اختصاص قانون اخر ليس لها قيمة مطلقة ذلك أن المزايا العملية لكل قانون بالنسبة للآخر ليست إلا نسبه، و لكن الشيء المؤكد هو أن الدول التي فيها عقد الزواج لايزال مرتبطا بالدين كالجزائر فإنها لا تستطيع أن تأخذ بقانون الموطن، فإن قانون الجنسية يفرض نفسه عليها فرضا ذلك أنه من غير المعقول أن يخضع في الخارج إلى قانون لائكي شخص ينتمي إلى بلد أين قانون الأحوال الشخصية له صبغة دينية مقدسة.[4]

ومنّه نستنتج أن سهولة تغيير الموطن وصعوبة تحديده ترتبان نتيجة خطيرة و هي عدم ثبات القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية للفرد و صعوبة التعرف عليه لذلك يفضل إعطاء الاختصاص في الأحوال الشخصية لقانون الجنسية و به يتحقق الاستقرار في العلاقات العائلية.[5]

---

[1]. **محمد وليد المصري**، المرجع السابق،109.

[2]. **رحماني فايزة**، www.djelfa.info المرجع السابق.

[3]. **علي علي سليمان**، المرجع السابق، ص 57.

[4]. **أعراب بلقاسم** ، المرجع السابق ص204 205 .

[5] . **أمحمدي بوزينة أمينة**، مطبوعة محاضرات لطلبة السنة الثانية ماستر تخصص قانون أسرة، 2020/1920،ص 14.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من ضابط الجنسية في اثبات النسب.

يعتبر ضابط الجنسية ضابط الامتياز الذي يستعمل في مجال الأحول الشخصية بعدما كان في القديم يخضع لضابط الموطن، هنا لا نجد أي اختلاف بين الضابط المستعمل في نص المادتين **11** و **12 قانون مدني جزائري** وذلك المعتمد عليه في نص المادة **13** من نفس القانون ،اذ تم الاعتماد في كلا الموضوعين على ضابط الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق.[1]

ولقد اختار المشرع الجزائري ضابط الجنسية لحل المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بصفة أساسية من أجل تطبيق القانون الجزائري على الجزائريين والجزائريات أينما كانوا ذلك من أجل حماية مصالحهم، وقد استند المشرع الجزائري إلى ضابط الجنسية أو قانون الجنسية لأن الأحوال الشخصية مستمد من الشريعة الإسلامية، فاعتماد ضابط الجنسية يسمح بتطبيق القوانين الإسلامية على المسلمين المقيمين في الخارج إضافة إلى أن الجنسية رابطة تمتاز بالاستقرار من خلال صعوبة تغييرها لأنها تحتاج لعدة إجراءات، و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري عبر على قانون الجنسية كضابط وحيد يحكم الأحوال الشخصية فمن المعلوم أن النسب من مسائل الأحوال الشخصية أحاطها المشرع الجزائري بضابط الجنسية لتكون هي الواجبة التطبيق على الأطراف أينما كانت محل إقامتهم.[2]

الفرع الثالث: موقف التشريعات المقارنة في مجال اثبات النسب

يقصد بالنسب الشرعي كما عرّفناه سابقا هو نسب الولد لأبويه الحقيقين بمعنى أنّه عبارة عن بنوّة ناتجة عن عقد زواج شرعي صحيح. وقد اختلفت الآراء الفقهية والتشريعية حول قانون الواجب التطبيق على هذا الأمر وسنوضّح هذه الآراء كما يلي:

---

[1]- **سعداني بوعلام**، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، مجلة سداسية متخصصة محكمة، عدد خاص، 2015، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، ص 187.

[2]- **أمحمدي بوزينة أمينة**، المرجع السابق، ص ص 15، 16.

1- تطبيق القانون الشخصي للابن.

يذهب هذا الرأي إلى تطبيق القانون الشخصي للولد المراد إثبات نسبه بغض النظر عن كونه ذكر أو أنثى، فالبنوّة رابطة قانونية بين الولد و أبيه و أمّه و تنجم عنها حقوق و التزامات متبادلة و لكلّ من الطرفين مصلحة فيها و لا محلّ هنا للاعتداد بجنسية الوالدين و من التشريعات التي أخذت بهذا الرأي القانون التشيكوسلوفاكي الصادر عام 1963 في مادته 23 و القانون الألماني الصادر عن 1965 في مادته 18، كما يقصد بالقانون الشخصي للابن قانون الدولة التي يكون بها محل الإقامة للابن وهو ما أخذت به المادة 68 من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر عام 1987.[1]

2- تطبيق القانون الشخصي للأم

ذهب هذا الرأي إلى اخضاع البنوّة الشرعية لجنسية الأم على اعتبار أنها في غالب الأحيان المحور الأساسي لكل الدعاوى المتعلّقة بالنسب، كما أنّها من الناذر أن تكون مجهولة بخلاف الأب وهذا الرأي أخذ به المشرّع الفرنسي بعد تعديل 1972[2]، وقد أخضع المشرع الفرنسي البنوّة الشرعية و الطبيعية لقاعدة إسناد أساسية و أخرى احتياطية فهي خاضعة لعدّة قوانين حسب ما نصّت عليه المادة 311 /14 من القانون المدني الفرنسي.[3]

3- تطبيق القانون الشخصي للأب

وهو القائل بإخضاع البنوّة للقانون الشخصي للأب وقت ميلاد الطفل و يستند هذا الرأي إلى أنّ الأب هو الذي أوجد الابن و إلى أن إثبات البنوّة لهم الأب أكثر من الأب ومن التشريعات التي أخذت به بنص صريح القانون الكويتي و ذلك في المادة 41 من القانون الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي و كذا قانون العراقي و القانون القطري.[4]

---

[1] ـ **رشا علي الدين**، القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد**09**، كلية الحقوق ـ جامعة المنصورة، 2016، ص ص32 /33.

[2] ـ **يوبي سعاد**، المرجع السابق، ص58.

[3] ـ **أكرم خوني**، المرجع السابق، ص35.

[4] ـ **أكرم خوني**، المرجع السابق، ص ص 37-38.

4- تطبيق قانون جنسية الأصلح لنسب الابن .

يرى هذا الاتجاه أنه لابد من إخضاع نسب الطفل إلى القانون الأصلح له من أجل حماية مصلحته، لأن هذا القانون هو الذي يقرر ثبوت نسبه وشرعيته لا نفيه أو انكاره و لا يهم أي قانون كان بشرط أن لا يكون مخالف للنظام العام لدولة القاضي وأن لا يكون صارم في حقه.[1] ومن التشريعات التي أخذت بهذا الرأي المادة 52 من القانون الدولي الخاص التونسي رقم97/98 الصادر في 1998/11/27.[2]

5- القانون الذي يطبق على النسب باعتباره أثر من آثار الزواج

يرى هذا الاتجاه أنّ النسب الشرعي يعدّ أثرا من آثار الزواج فيخضع لدات القانون الذي يحكم هذه الآثار وهو ما أخذ به القانون الدّولي التركي في مادته 15 و كذلك قانون المرافعات المصري الصادر عن 1949 في مادته 01/905.[3]

6- تطبيق القانون الشخصي للوالدين .

يخضع هذا الاتجاه البنوة الشرعية للقانون الشخصي باعتبار أن الابن المراد اثبات نسبه هو نتاج العلاقة الزوجية الصحيحة وهو ما أخذ به القانون الدولي الخاص النمساوي في مادته 21 بصفة أصلية واحتياطية والقانون الشخصي هو قانون الدّولة التي يتوطّن بها الوالدان إن اختلفت جنسيتهما و هو ما أخذ به القانون الخاص اليوغوسلافي في مادته 40 و قد أخذ القانون الهولندي بقانون الجنسية المشتركة للزوجين وقت ولادة الطّفل فإذا كانا مختلفا الجنسية فمكان إقاماتهما المعتاد فإن لم يكن لهما محل إقامة معتاد فقانون محل إقامة الطفل. وذات الأمر جاءت به نصوص قانون المدني اليوناني فنصّت على أن القانون الشخصي للأب والأم عند ولادة الطفل هو الواجب التطبيق على نسبه و لكن عاد ليضع

---

[1]- **مجد الدين خربوط**، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، 2008، ص 246.

[2]- **يوبي سعاد**، المرجع السابق، ص 60.

[3]- **رشا علي الدين**، المرجع السابق، ص39.

ضابطا اختياريا آخر وهو قانون الدولة التي تنظّم العلاقة الخاصة بين أمّ الطفل و زوجها إذا كان الزوج قد انتهى[1]

7- تطبيق جنسية الأب و الابن معا.

إلى جانب الآراء المقدّمة ذهب هذا الاتجاه إلى القول بإخضاع البنوّة لقانون جنسية الأب وقانون جنسية الابن معا تطبيقا جامعا وقد انتُقِد هذا الرأي على أساس أنّ له قيمة نظرية فقط لكنّه غير عملي، كما يعيب أيضا على أنّ هذا الرأي يؤدي في واقع الأمر إلى تطبيق الأحكام المتّفقة في قوانين دون تلك المتعارضة مع أن الخرج الذي يتعيّن الخروج منه هو بالنّسبة للمتعارضة.[2]

وكخلاصة لموقف التشريعات المقارنة في مجال إثبات النسب نجد أنّ معظم التشريعات اختلفت في تنظيم هذه المسألة اختلافا جوهريا إذ ذهب الاتجاه الأول تشيكوسلوفاكيا و بولونيا وألمانيا، بترجيح إخضاع البنوّة الشرعية لقانون جنسية الابن بينما يرى المشرّع النمساوي بتطبيق القانون الأصلح للابن باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة، في حين يأخذ القانون الفرنسي بقانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفل و في حال عدم معرفة الأم فيسري قانون جنسية الطفل على أن يبقى الاتجاه الغالب مائل إلى تطبيق قانون جنسية الشخص المطلوب الانتساب إليه.[3]

أما المشرع الجزائري فبعدما كان ملتزما الصمت إزّاء مسألة النسب فإنّه قد حسب ذلك صراحة بنص المادة 13 مكرر قانون المدني التي تقتضي بـ[يرى على النسب والاعتراف به و إنكاره، قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل ... وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبّق قانون جنسية الأب وقت الوفاة] [4]

---

[1] ـ **رشا علي الدين**، المرجع السابق ، ص ص،38/37.

[2] ـ **أكرم خوني**، المرجع السابق، ص37.

[3] ـ **سعيداني بوعلام**، تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 57، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر،2015، ص ص 202،203.

[4] ـ **المادة 13** مكرر من القانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني: اشكالات تطبيق قانون الجنسية في اثبات النسب

تعتبر الجنسية عنصر جوهري في مقومات كل دولة مما جعل هذه الأخيرة تضع أحكام خاصة لاكتسابها وقد واجهت تلك الأحكام عدة صعوبات مما جعل المشرع الجزائري يحسم أمره محددا القانون الواجب التطبيق على النسب مما جعل قانون جنسية الأب وقت الميلاد أو عند الوفاة كضابط وحيد لحل مثل هذه المشاكل لكن هذا لا يعني حل نهائي و هذا ما سنتطرق إليه من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول: تعدد الجنسيات

يقصد بتعدد الجنسيات أن يتمتع الشخص بأكثر من جنسية لأكثر من دولة ، بمعنى أنه بالإضافة إلى الجنسية الأصلية قد تتوفر لديه جنسيات اخرى لدول أخرى اذ يعتبر أن هذا الشخص متمتع بجنسية تلك الدولة أي لديه حقوق و عليه واجبات ، و قد واجه هذا التعدد عدة اشكالات فيجد القاضي صعوبة في حل النزاع لمتعدد الجنسية حيث يصعب عليه تحديد المعايير التي يعتمد عليها و هذا ما سنقوم بالتفصيل فيه .

1- معايير تعدد الجنسيات

يعتبر تعدد الجنسية من أصعب الاشكالات التي واجهت القاضي في النزاعات المعروضة عليه و التي يكون متعدد الجنسية طرفا فيها فيصعب عليه تحديد المعيار الذي يعتمد عليه و من بين المعايير نجد:

- **معيار جنسية دولة القاضي:**

بما أن القاضي الجزائري تسري عليه قوانين الدولة الجزائرية فهو ملزم بتطبيق جنسية دولته على غرار الجنسيات الأخرى[1]، لأن العبرة هنا بالجنسية الجزائرية التي يكون تطبيقها تطبيقا إقليميا ، فالمشرع الجزائري هو من يقوم بتحديد شروط زوالها فهذا الرأي خاص بمسألة التنازع الإيجابي أينما يكون الشخص يحمل جنسية جزائرية بين عدة جنسيات هنا

[1]- **عبد الحفيظ بن عبيدة**، الجنسية و مركز الأجانب في الفقه و التشريع الجزائري، دار هومة للنشر و التوزيع، بوزريعة الجزائر، 2005، ص215.

يختار القاضي الجنسية الجزائرية [1]، و فيما يخص تطبيق قانون جنسية القاضي اذا كانت من بين الجنسيات المتواجدة من الضروري تطبيقها و التخلي على الجنسيات الأخرى دون النظر اذا كان هذا الشخص دو علاقة جدية بهذه الدولة من الناحية الاقليمية أم لا بالإضافة إلى المصالح التي تربطه بها.[2]

- **معيار الجنسية الفعلية:**

يقصد بالجنسية الفعلية الأخذ بالجنسية الأصلية للشخص و هذا ما استنتجه القاضي من خلال بعض الصفات التي تتوافر في الشخص كاللغة، أما اذا كانت احدى الجنسيات المتنازعة هي الجنسية الوطنية بالنسبة لقانون القاضي فيجب على القاضي تفضيل هذه الجنسية و لو لم تكن هذه الجنسية الفعلية على أساس أن القاضي يجب عليه احترام الاعتبارات التي من أجلها منح المشرع الوطني للفرد الجنسية [3].

كما يمكن تعريفها كذلك بأنها " هي جنسية الدولة التي اندمج الفرد فعلا في جماعتها و عاش في كنفها و استعمل فيها الحقوق التابعة لها و تحمل التزاماته، يحددها القاضي و هو يدور في ميدان الواقع و ليس ميدان القانون و يتخذها وسيلة لتفضيل احدى الجنسيات المتنازعة عن الاخرى".[4]

بالإضافة إلى ذلك من الصعب إعمال معيار الجنسية الفعلية على فرض تحرره من كل الغموض و مرد ذلك أن إعمال الجنسية الفعلية يصطدم بحقيقة وضعية ، هناك العديد من التشريعات التي تفرض الحل بترجيح جنسية دولة القاضي المثارة أمامه مسألة تنازع الجنسيات متى كانت جنسيته من بينها.[5]

---

[1] ـ **أمينة رحاوي**، المرجع سابق، ص 10 .

[2] ـ **عكاشة محمد عبد العال**، (تنازع القوانين) دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 117.

[3] ـ **عبد الحفيظ بن عبيدة**، المرجع السابق، ص 255.

[4] ـ **أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص 130.

[5] ـ **يوبي سعاد** ، المرجع السابق، ص 76،77 .

ولقد وضع المشرع الجزائري موقفه من متعدد الجنسية من خلال المادة 22 قانون مدني جزائري التي نصت[.. **غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق اذا كان للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية و بالنسبة إلى دولة أخرى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول**].[1]

الفرع الثاني: انعدام الجنسية

يحصل التنازع السلبي للجنسيات عندما لا تدّعي أيّة دولة السيادة على جنسية شخص معيّن لوقوعه في اللاّجنسية هنا يقع على عاتق القاضي المطروح أمامه بتطبيق قانون الجنسية على شخص مجرّد من كلّ جنسية فهي من المشاكل التي تواجه مجال تنازع القوانين من حيث تحديد قانون الواجب التطبيق على الشخص في الدول التي يأخذ بضابط الجنسية كضابط للإسناد في الأحوال الشخصية.

1- تعريف انعدام الجنسية

يقصد بانعدام الجنسية هو ذلك الشخص الذي يعتبر أجنبيا من وجهة نظر قوانين الجنسية في جميع الدول[2]، بمعنى أن جميع الدول لا تعترف به كشخص ينتمي إليها أو مواطن فيها أي أنه لا ينتمي لأي دولة، وهذا ما يسمى بحالة اللاجنسية ، كما تعرف كذلك " عديم الجنسية هو الشخص الذي يجد نفسه مند ميلاده أو في تاريخ لاحق على ميلاده مجردا من حمل جنسية أي دولة من الدول".[3]

كما تسمى هذه الظاهرة كذلك بتسمية التنازع السلبي للجنسيات على الرغم مما يحيط بهذه التسمية من عدم الدقة وذلك لأن عديم الجنسية يكون في مركز لا يتمتع فيه بجنسية أية

---

[1]- **المادة 22** قانون مدني جزائري

[2]- **عبيدة عبد الحفيظ**، الرجع السابق، ص 256.

[3]- **حفيظة السيد الحداد**، الوجيز في القانون الدولي الخاص **(المبادئ العامة في تنازع القوانين)**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص 73.

دولة من الدول بصفة مطلقة و لا يقع من ثمة تنازع بين دولة و أخرى على اعتباره من رعاياها.[1]

كما عرف عديم الجنسية كذلك على أنه ذلك الشخص الذي يعتبر أجنبيا من وجهة نظر قوانين جنسية جميع الدول، بمعنى أنه لا يمكن أن يطلق عليه صفة الوطني في أي دولة ما".[2]

ومن بين أهم أسباب انعدام الجنسية هو تجريد الشخص من الجنسية من أجل عقابه و ذلك بإسقاطها عنه أو عن طريق سحبها من شخص أجنبي ثم تجنسه بها ، بالإضافة إلى ذلك أن الزوجة كان قانون جنسيتها يقضي بأن كل من تزوجت بأجنبي ما عليها إلا فقد جنسيتها و كان قانون الزوج لا يعطيها الجنسية فتجد نفسها عديمة الجنسية و لهذا فكل شخص فقد حقه في الجنسية فإنه يصبح أجنبيا[3]، و من الأسباب كذلك الانعدام المعاصر للميلاد الذي هو اختلاف الأسس التي تأخذ بها الدول في شأن فرض جنسيتها الأصلية فقد يتصور اذا ولد الشخص خارج الدولة التي ينتمي إليها أبواه في اقليم دولة لا تأخذ بحق الاقليم و كانت دولة الأبوين لا تمنح جنسيتها بناء على حق الدم في حالة الميلاد الواقع في الخارج مثلا[4]، و تعتبر من الأسباب أيضا التجريد من

الجنسية على سبيل العقاب بإسقاطها عن الوطني الأصيل أو سحبها من الأجنبيين المتجنسين[5]، كما أنّه على كل دولة ايجاد حل لهذه المسألة من خلال السماح لكل شخص ولد من أبوين مجهولين الجنسية التمتع بجنسيتها و إعطاء الحقوق لكل شخص تكون أمه تحمل جنسية ذلك البلد حتى لو كان الأب مجهول الجنسية و كذلك تغيير ذلك القانون الذي

---

[1]- **عكاشة محمد عبد العال**، المرجع السابق، ص 178.

[2]- **غالب علي الداوودي**، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن 2010، ص 278.

[3]- **فضة براهيمي**، المرجع السابق، ص 48.

[4]- **أكرم خوني**، المرجع السابق، ص 52.

[5]- **عبيدة عبد الحفيظ**، المرجع السابق، ص 570 .

ينص على معاقبة الشخص بسحب جنسيته أو تجريده منها لأن مثل هذه الأمور ستزيد المشكلة و لن يقضى على مثل هذه الظواهر.[1]

2- الحلول الفقهية المعتمدة لحل مشكلة انعدام الجنسية

اختلف الفقهاء بشأنّ وضع حل نهائي لمشكلة انعدام الجنسية فكثرت الآراء فكل رأي ينادي بفكره وهذا ما سنقوم بمناقشته.

•الرأي الأول: قانون آخر جنسية لعديم الجنسية

يرى أنصار هذا الرأي العمل بقانون آخر جنسية كان يحملها الشخص بيده ولكنه أعيب على أساس أنّه يبقى على رابطة غير موجودة و هو ما لا يصح وفقا لأحكام القانون الدولي، بالإضافة إلى أن هذا الرأي يعجز على مواجهة الفرض الواقع فيما لو كان عديم الجنسية معاصر للميلاد.[2]

الرأي الثاني: جنسية الدولة التي ولد بها

يدور هذا الرأي حول اعتماد الجنسية التي كان يحملها الشخص أثناء ولادته أي مكان الميلاد وقد انتقد أيضا اذ أن مكان الميلاد قد لا يمت للشخص بصلة غير أنه ولد فيه و فقط ثم كيف يمكن إعطاءه جنسية ليست ثابتة له وفقا لقانون جنسية الدولة التي ولد فيها.[3]

الرأي الثالث: تطبيق قانون الجنسية المجرد منها عديم الجنسية

ذهب هذا الرأي إلى تطبيق قانون جنسية الدولة التي جرد منها بطريقة تعسفية، وهذا الرأي بدوره منتقد إذْ أنّه يعول على رابطة لم تعد قائمة من وجهة نظر الدولة التي ينتمي إليها وبمقتضى ذلك كله إن الحل قاصر من ناحية على مواجهة الغرض الذي يكون فيه للشخص جنسية سابقة سحبت منه.[4]

---

[1]- **أعراب بلقاسم**، المرجع السابق ، ص 175.

[2]- **عكاشة محمد عبد العال**، المرجع السابق، ص 191.

[3]- **عكاشة محمد عبد العال**، المرجع السابق، ص 723.

[4]- **يوبي سعاد**، المرجع السابق، ص 85.

الرأي الرابع: تطبيق قانون القاضي

يرى أنصار هذا الرأي بتطبيق قانون القاضي الذي يحكم النزاع وهذا الرأي بدوره معيب.

الرأي الخامس: تطبيق قانون الموطن

استقر الرأي الراجح فقها وقضاء على اعتماد معيار يؤكد الانتماء الواقعي لعديم الجنسية بتطبيق قانون دولة موطنه و قانون المحل.[1]

*موقف المشرع الجزائري من انعدام الجنسية:

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من انعدام الجنسية يظهر من خلال مرحلتين السابقة واللاحقة للقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني ففيما سبق للتعديل المذكور، فتوجه إلى نفس اتجاه التشريعات العربية التي أوكلت للقضاء مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق فترك بذلك للقضاء سلطة تقديرية في هذه الحالة متجاهلا أحكام اتفاقية نيويورك المبرمة 28/ أوت /1954.(المادة 12) والتي انضمت إليها الجزائر بموجب مرسوم رقم 173/64 المؤرخ في 08/ جوان 1964 وهي تقضي بإسناد الأحوال الشخصية لعديم الجنسية لقانون الموطن.[2]

أما بعد تعديل القانون المدني الجزائري بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 تم إعادة صياغة الفقرة الثانية من المادة 22 من القانون المدني الجزائري على الشكل التالي " **في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة** ".[3]

ومن هنا نجد أن المشرع وجد حل يتماشى مع الحل الذي أخذته الاتفاقية .

---

[1] - **أكرم خوني**، المرجع السابق، ص55.

[2] - **يوبي سعاد**، المرجع السابق، ص87.

[3] - **المادة 22** من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثالث: الإحالة

قد تشير قاعدة الاسناد إلى تطبيق قانون دولة مركبة تتكون من عدة دويلات لكل منها قانونها الخاص بها كالولايات المتحدة الأمريكية و هذا ما يسمى بالتعدد الإقليمي ، كما أنه قد تشير قاعدة الاسناد تطبيق قانون دولة أجنبية تعددت فيها الشرائع و الملل كلبنان، و يمكن تعريف الإحالة على أنها" نظرية تقضي بتطبيق القانون الأجنبي المختص طبقا لقانون القاضي في اختلاف ضابطي الاسناد في القوانين و كان التنازع سلبيا بينهما "[1] وتعرف كذلك بأنّها" تخلي القانون المسند إليه بموجب قواعد إسنادها عن الاختصاص المسند إليه من قواعد اسناد قانون القاضي لحساب القانون الأخير أو لحساب لقانون آخر مع قبول الأخير.[2]

والإحالة نوعيّن الإحالة الداخلية والإحالة الدولية وهذا ما سنقوم بمعالجته فيما يلي:

أولا: الإحالة الدولية

تتمثل الإحالة الدولية في الإحالة من الدرجة الأولى فحسب هذا النوع تتجلى قاعدة الإسناد في قانون الدولة الأجنبية التي أنعقد لها الاختصاص لقانون القاضي[3] و تكون الإحالة من الدرجة الأولى لما تحيل قواعد الاسناد في القانون الأجنبي الاختصاص إلى قانون القاضي.[4]

وهذا النوع من الإحالة يعيد القانون المختص الذي تقرر تطبيقه في النزاع المشوب بعنصر أجنبي إشارة من قواعد الاسناد في قانون القاضي، حل مسألة قانون القاضي نفسه فهي تتولد من اختلاف قواعد الاسناد في قانون دولتين حول موضوع واحد وهذا النوع من

---

[1]- **الطيب زروتي**، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، الطبعة الثانية، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 114.

[2]- **عبد الرسول عبد الرضا الأسد**، أحكام التنازع الدولي للقانونين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2012، ص 52.

[3]- **عكاشة محمد عبد العال**، المرجع السابق، ص 188.

[4]- **أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص 98.

الإحالة اكثر شيوعا في التطبيق العملي[1] و مثال على ذلك أن يقوم انجليزي مقيم بفرنسا بتصرف متعلق بأهليته فيطبق عليه القانون الفرنسي قانون جنسيته وهو القانون الانجليزي، و لكن قواعد التنازع في القانون الانجليزي يحيل إلى قانون الموطن و هو قانون فرنسا.[2]

ثانيا: الإحالة الداخلية

قد تشير قواعد الاسناد الوطنية باختصاص قانون دولة تتعدد فيها الشرائع تعددا داخليا، والتعدد على هذا النحو قد يكون اقليميا أو تعددا شخصيا.[3]

حيث أننا نكون أمام تعدد إقليمي عندما تختص كل شريعة بنطاق اقليمي معين كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية و سويسرا، و نكون أمام تعدد شخصي عندما تخص كل طائفة من المتمتعين بجنسية دولة كما هو الشأن في مصر و لبنان و معظم دول الشرق الأوسط و غالبا ما يكون التعدد الشخصي على اعتبار الديانة أو الجنس[4]، الواقع أن الإحالة بمعناها العام تثبت فيها الولاية لقانون دولة معينة، و لكن هذا القانون يتخلى عن ولايته هذه لقانون آخر، أما الإحالة الداخلية فلا يتخلى فيها قانون الدولة عن ولايته و إنما هذه الولاية تكون موزعة بين شرائع متعددة و يكون من المتعين أن يرجع إلى القانون الداخلي في هذه الدولة لتعيين الشريعة الواجب تطبيقها من بين تلك الشرائع[5]، كما انه اذا كان القانون المختص او المعين قانون دولة تعددت فيها الشرائع تعددا اقليميا أو شخصيا فإنه يتسنى للقاضي التعرف على الأحكام الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع إلا اذا تبين أولا الشريعة التي يجب الرجوع إليها من بين تلك الشرائع كما أن أمر تعيين الشريعة الواجبة التطبيق موكل للقانون المختص ذاته اي دون أي تدخل لقانون القاضي في هذا التحديد[6]، و

---

[1]- **غالب علي الداوودي**، المرجع السابق، ص 126.

[2]- **علي علي سليمان**، المرجع السابق، ص49.

[3]- **هشام علي صادق**، القانون الدولي الخاص، الجنسية (تنازع الاختصاص القضائي)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، الاسكندرية، 2004/2003، ص 119.

[4]- **عليوش قربوع كمال**، المرجع السابق، ص 110.

[5]- **محمد وليد المصري**، المرجع السابق، ص 98.

[6]- **سعيد يوسف البستاني**، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، لبنان، 2004، ص 176.

تنص **المادة 23** مكرر 1 من القانون المدني الجزائري ".... غير أنّه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص"[1] هذا النص قد جاء في صياغة عامة شاملة تسمح باتساعه لصور التعدد الاقليمي والشخصي على حد سواء.[2]

من الانتقادات التي تعرضت لها هذه المادة أنها من الأفضل لو اتبعت القضاء الفرنسي الذي أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى. وتعرض المشرع الجزائري للانتقاد كذلك من خلال أنه لم يتعرض للإحالة لا بالقبول ولا بالرفض فينبغي أن نقول أن الأصل عدم الأخذ بالإحالة لأنّها استثناء من الأصل و على ذلك إذا عرض على القضاء الجزائري نزاع تخلى فيه القانون الجزائري عن حكم فيجب الرجوع إلى القواعد الداخلية في القانون الأجنبي و تطبيقها على هذا النزاع، دون الرجوع إلى قواعد التنازع في هذا القانون الأجنبي و تطبيقها على هذا النزاع دون الرجوع إلى قواعد تنازع في هذا القانون الأجنبي.[3]

وفيما يخصّ المشرع الوطني أخذ بالإحالة بالدرجة الأولى ولكنّها مستبعدة في الأحوال الشخصية، كي لا نصطدم بتطبيق قانون الأسرة الجزائري المستمد جلّ أحكامه من الشريعة الاسلامية على شخص غير مسلم مسيحي مثلا، وبما أنّ النسب يعدّ من الاحوال الشخصية فيستبعد تطبيق الإحالة من الدرجة الأولى على موضوع إثبات النسب أمام القاضي الجزائري.

أمّا المشرع الفرنسي فلقد أصبح يطبق الإحالة من الدرجة الأولى على موضوع إثبات النسب حسب قرار محكمة النقض الفرنسية الصادرة بتاريخ 2020/03/04.[4] فإذا ما كان النزاع مرفوض أمام القاضي الفرنسي اسندت قواعد الإسناد في القانون الفرنسي القانون الواجب التطبيق على النسب إلى قانون أجنبي ثم هذا القانون الأجنبي رفض الاختصاص حسب قواعد الاسناد التي في قانونه الداخلي واحال الاختصاص الى القانون الفرنسي

---

[1]- **المادة 23** مكرر **1** قانون مدني جزائري.

[2]- **عليوش قربوع كمال**، المرجع السابق، ص 110.

[3]- **علي علي سليمان**، المرجع السابق، ص 56.

[4]-Cass,Ire civ,04mars2020, no 18 – 26661,FS-PBI .

المرفوع أمامه النزاع فعلى القاضي الفرنسي أن يقبل الاختصاص و بالتالي يكون قبل الإحالة من الدرجة الأولى في موضوع إثبات النسب.[1]

الفرع الرابع: استبعاد تطبيق قانون الجنسية

هناك العديد من الحالات قد تواجه القاضي عند تطبيق القانون المختص حيث نجد صعوبة في تطبيقه على النزاع المرتبط بعنصر أجنبي ويكون هذا العنصر مخالف للنظام العام أو انّ ذلك الاختصاص كان نتيجة لتحايل على القانون وهذا ما سنقوم بمناقشته.

أولا: الدفع بالنظام العام

تتفق معظم التشريعات الدولية على أنّه إذا كان أحد القوانين الأجنبية مخالف للنظام العام في تلك الدولة وجب استبعاده لأن النظام العام من أهم الدفوع التي يستخدمها القاضي الوطني لاستبعاد القانون الأجنبي المعيّن لحلّ النزاع المعروض عليه ولقد بدل الفقهاء والمفكرين في تحديد المقصود بالنظام العام.

أ. تعريف الدفع بالنظام العام

نذكر من أهم التعريفات ما يلي:

عرّفه الدكتور أحمد مسلم: " النظام العام في دولة ما هو إلّا الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديموقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون واحترام أفكار أساسية أو نحوها من المبادئ و الأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية.[2]

---

[1]-NIEL,(paul-ludovie), ladmission inconditionnelle de la théorie du renvoi en droi international privé de la -filiation, publié le 25/05/2020, in www,actujuridique, fr/ international/droit- international-privé.

[2]- **حسن الهداوي**، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني "دراسة مقارنة" الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص184.

ويمكن تعريفه بأنّه مجموع المبادئ الأساسية العليا للنظام العام القانوني النافذ في الدّولة التي يقوم عليها نظام المجتمع سياسيا واجتماعيا واقتصاديا وأخلاقيا ويكون للدستور دور حاسم في تكون النظام العام.[1]

ولكن غالب الفقهاء يعرفونه بأنّه تلك الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية وإحلال القانون الوطني محلّه بسبب اختلافه مع هذا الأخير اختلافا جوهريا بحيث يتنافى مع المصالح الحيوية للدولة.[2]

أمّا المشرع الجزائري فهو أيضا لم يضع تعريفا واضحا للنظام العام بل اكتفى بنص المادة **24** من القانون المدني الجزائري " **لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر** ".[3]

ب. آثار الدفع بالنظام العام

إن النظام العام يرتب أثرا في منع تطبيق الأحكام الموضوعية للقانون الأجنبي الذي يختلف ومفاهيم النظام العام للبلد المراد تطبيق القانون فيه، و الوقوف عند هذا الأثر و الاكتفاء به يؤدي إلى عدم فض النزاع وفق القانون المختص و عدم تعيين قانون آخر يحل محله يعتبر انكار للعدالة لا يمكن قبوله و لتحاشي هذه النتيجة يلزم فض النزاع وفق قانون يحل محل القانون المستبعد.[4]

• الأثر السلبي للدفع بالنظام العام

نصت المادة 24 من القانون على القانون المدني الجزائري على استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، غير أنّها لم تبين هل يستخلف القانون المستبعد بقانون آخر أم لا وقال بهذه الفكرة بعض الفقهاء أي استبعاد القانون الأجنبي دون استخلافه بقانون آخر، و قد تعرض لانتقاد و هو أن هذا الحل غير منطقي

---

[1]- **ممدوح عبد الكريم**، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2005، ص 196.

[2]- **حسن الهداوي**، المرجع السابق، ص 184.

[3]- **المادة 24** من القانون المدني الجزائري.

[4] - **حسن الهداوي**، المرجع السابق، ص 190.

بحيث أنه استبعد القانون الأجنبي فيجب أن يستخلف بقانون آخر لحل النزاع و هو ما يعبر عليه بالأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام أي أن يحل آخر محل القانون المستبعد.[1]

• الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام

إن استبعاد القانون الأجنبي جزئيا أو كليا يستتبع بالضرورة تطبيق قانون آخر ليتمكن القاضي من البث في النزاع[2]، كما قد أشارت بعض المحاكم في الدول الأنجلو سكسونية في حال استبعاد القانون الأجنبي على إعلان عدم اختصاصها مستندة إلى نظرتها للنظام العام باعتباره مسألة إجراءات و ليس مسألة موضوعية و في مثل هذه الحالات كانت تكتفي المحاكم الذكورة باستبعاد أحكام القانون الأجنبي المخالف للنظام العام وتحويل الخصوم إلى محكمة أخرى للنظر في النزاع.[3]

ج. شروط الدفع بالنظام العام

من بين أهم الشروط التي وضعت من أجل الدفع بالنظام العام نجد:

• أن تشير قاعدة التنازع إلى تطبيق قانون أجنبي أي كانت طبيعة هذه القواعد فإذا كان من المقدور استبعاد القانون الأجنبي المختص بالنظر إلى مضمونه يتنافى بصورة صارخة مع الأسس التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي بالآثار المترتبة على الأعمال و القرارات التي تصدر عن دولة أجنبية.[4]

• توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام بالمعنى الذي حددناه يكون معه تطبيق القانون الاجنبي غير مقبول بعبارة اخرى يلزم ان يكون هناك تعارض صارح و تنافر بين القانون الأجنبي والأسس الجوهرية التي يقوم عليها القاضي.[5]

---

[1] ـ **عليوش قربوع كمال**، الرجع السابق، ص 180.

[2] ـ **محمد وليد المصري**، المرجع السابق، ص 267.

[3] ـ **سعيد يوسف البستاني**، المرجع السابق، ص 237.

[4] ـ **عكاشة محمد عبد العال**، المرجع السابق، ص 577.

[5] ـ **عكاشة محمد عبد العال**، المرجع السابق، ص 579.

يعدّ تطبيق النظام العام في مجال الأحوال الشخصية من أكثر المجالات أهمية فالنسب من المسائل الحساسة في هذا المجال فلهذا تزداد أهمية النظام العام في إثبات النسب لأنها رابطة لها أسس خلقية ودينية قبل أن تكون قانونية ومن ثمّ فإنّ الطابع الديني أو العلماني للنسب في قانون ما يشكل وسيلة لاستبعاد القانون المنافي له و يوسّع من دائرة إعمال النظام العام.

ثانيا: الغّش نحو القانون

يعدّ القانون الدولي الخاص المجال الخصب للغش نحو القانون بسبب تنوّع الأنظمة القانونية للدول المعنية بالنّزاع، ويستخدم الأفراد هذا النوع للتهرب من القانون المختص بحكم العلاقة بحيث يضعوا أنفسهم بشكل مصطنع تحت سلطة قانون الآخر يتوافق مع مصالحهم بصورة أفضل.[1]

أ. تعريف الغش نحو القانون

حتى نكون أمام تحايل أمام القانون يجب أن يقوم أطراف العلاقة القانونية باستبدال ضابط الاسناد الذي يحدد القانون الواجب التطبيق بهدف تغييره من اجل التهرب من أحكام قانون دولة ما كان متشددا أو أنّه لم يكن في صالحهم حيث نجد أحد أطراف النزاع يقوم بتغيير الظروف المتصلة بالعنصر الرئيسي الخاص بالعلاقة بهدف خلق ظروف جديدة، هذه الأخيرة يترتب عليها أثر هام فهو تغيير ضابط الاسناد لكي يسهل عليهم التملص من احكام قانون دولة ما الذي يكون مختص بالنزاع.[2]

ب. شروط الغش نحو القانون

لهذه النظرية شرطين أساسيين تقوم عليهما الأول وهو الشرط المادي و يتمثل في إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد أما الثاني فمعنوي يتمثل في توافر نية الغش أو التحايل نحو القانون.

---

[1]- **محمد وليد المصري**، المرجع السابق، ص274.

[2]- **فؤاد عبد المنعم، رياض سامية راشد**، الوسيط في القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين) الجزء الثاني، دار النهضة العربية القاهرة، 1974، ص ص 215،216.

• **إجراء تغيير إرادي في ضابط الاسناد**

يشترط القضاء الفرنسي لإمكان الدفع بالغش نحو القانون أن يتوافر العنصر المادي في الغش وهو إجراء تغيير إداري في ضابط الاسناد عندما يكون هذا الضابط قابلا للتغيير كتغيير الجنسية أو تبديل الموطن أو موقع المنقول مثلا و يشترط لتحقق هذا الشرط أن يكون التغيير إرادياً، فعلياً ومشروعاً.[1]

• نية التحايل أو الغش نحو القانون

لا يكفي أن يكون تغيير ضابط الإسناد فعلياً ومشروعا و منتجاً بل يتعين أن يهدف الشخص من وراء هذا التغيير إلى الافلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً و يستدل القاضي على توافر هذا العنصر المعنوي من خلال ما تضمنه من ظروف و ملابسات النزاع بحيث يتأكد له أن التغيير قد تم، و قد ذهب البعض إلى أنّه ليس ثمة ما يدعو إلى اشتراط هذا الشرط اذ دفعوا بصعوبة إثبات النية والبحث في نفسية الأشخاص و لكن الرأي الغالب يتجه إلى وجوب توافر هذا الشرط.[2]

ج. الجزاء المترتب على الغش نحو القانون

• عدم الاعتداد بالنتيجة الغير المشروعة

حيث يقول الفقيه فيدال إن جزاء الغش يتمثل في عدم فاعليته فعند لجوء أطراف النزاع لعملية الغش نحو القانون هنا القاضي يوقف الغاية التي أراد الأطراف الوصول إليها[3]، بالإضافة إلى ذلك حرمان الأشخاص من الهدف المنشود دون النظر إلى الوسيلة المعتمدة لأنها تبقى على حالها، يستفيد الأشخاص من الهدف المنشود دون النظر إلى الوسيلة المعتمدة لأنّها تبقى على حالها يستحيل على القاضي أن يبطل جنسية شخص ثم تجنسه

---

[1] **سعيد يوسف البستاني**، المرجع السابق، ص 167،176.

[2] **صلاح الدين جمال الدين**، فكرة النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة بين القوانين الوضعية و الشريعة الاسلامية ، دار الفكر الجامعي، مصر، الاسكندرية، 2004 ، ص ص 363،364.

[3] **عبد الرسول عبد الرضا الأسدي**، المرجع السابق، ص152.

بجنسية دولة أجنبية لأنه يعتبر من رعايا هذه الدولة فاذا قام بإبطالها فهنا يعد كأنه اعتدى على سيادة الدولة الجزائرية.[1]

- **عدم الاعتداد بوسيلة الغش**

قد تكون الوسيلة التي تم بموجبها تغيير ضابط الاسناد مجرد واقعة مادية كما لو نقل المال من بلد إلى آخر وقد تظهر تلك الوسيلة عن طريق تصرف قانوني كالتجنس أو بيع العقار.[2]

[1]- **دربال عبد الرزاق**، الوافي في القانون الدولي الخاص، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 147.

[2]- **محمد وليد المصري**، المرجع السابق، ص 281.

خلاصة الفصل الأول:

نستخلص من خلال هذا الفصل أن التكييف من أول الخطوات التي يقوم بها القاضي في تحديد طبيعة النزاع من أجل إدراجه في أحد الفئات التي تساعده على الوصول إلى قاعدة اسناد ترشده إلى القانون الواجب التطبيق و قد أخضعها المشرع إلى قانون القاضي، ثم تعرضنا إلى الصعوبات التي واجهت القاضي في الاعتماد على ضابط الجنسية في اثبات النسب.

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب في الزواج المختلط

تمهيد

إنّ الزواج المختلط هو عقد يتم بين شخصين مختلفين الجنسية ويشترط لانعقاده توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية، والشروط الموضوعية تخضع لقانون الجنسية.

إلا أن هذا الزواج يشكل مشكلة تنازع القوانين خاصة ما يتعلق بنسب الأطفال وجنسيتهم ولما كان النسب من آثار الزواج فقد سُند إلى قاعدة اسناد خاصة لأنه ذات علاقة ثلاثية الأطراف تربط الابن والأب والأم وناتجة عن علاقة زواج صحيح شرعا، كما قد تكون في علاقة زواج باطلة شرعا وهذا ما سنتطرق إليه خلال هذا الفصل.

نتناول في البحث الأول: القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب في علاقة زواج صحيح شرعا ونتولى في المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب في علاقة زواج باطلة شرعا.

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب في علاقة زواج صحيح شرعا

إنّ الزواج الصحيح هو ذلك الزواج الذي يتم بين الرجل والمرأة وحق العقد صحيح وشروط الصحة منصوص عليها في المادتين 9 و 9 مكرر ق الأسرة ج.

وأولت الشريعة الاسلامية عناية كبيرة بمسألة النسب وإحاطته بسياج منيع من الأحكام وأقرت بأن الولد الذي يولد على فراش زوجية صحيحة هو ابن شرعي.

فأمر الله عزّ وجل الإنسان بالنسب فتكون العلاقة الصحيحة سبب شرعي لثبوت نسب الولد أثناء قيام العلاقة الزوجية.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على شروط صحة الزواج المختلط .

إنّ الزواج عقد رضائي بين رجل والمرأة على الوجه الشرعي، وليكون الزواج صحيحا يقوم على شروط موضوعية، وقبل تحديد القانون الواجب التطبيق سنقوم بتحديد الشروط أولا وهذا ما سنتناوله من خلال هذا المطلب.

كفرع أول: تحديد الشروط الموضوعية للزواج حسب القانون الجزائري.

وكفرع ثاني: القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية.

الفرع الأول: تحديد الشروط الموضوعية للزواج حسب القانون الجزائري

الشروط الموضوعية هي تلك الشروط التي يتوقف وجود الزواج على وجودها وينعدم في حالة انعدامها إذن هي الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الزواج ويجب توافرها لانعقاد الزواج صحيحا، وبالتالي يمكن إثبات النسب.

وبعد تعديل سنة **2005** أصبح هناك ركن وحيد و هو ركن الرضا الذي تنص عليه **المادة 09** من قانون الاسرة الجزائري **[** ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين[1]**]** و كل زواج خلا من الرضا يكون باطلا، أمّا في باقي عناصر العقد اعتُبِرت شروط. فماهي الشروط الموضوعية حسب قانون الأسرة الجزائري؟

1- الأهلية (أهلية الزواج)

اعتبر القانون الجزائري من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة، لما يترتب عليه من الالتزامات المالية و الواجبات الاجتماعية العائلية، و معرفة بشؤون الحياة و الأعباء الزوجية.[2] و نصت على الأهلية المادة **7** من قانون الأسرة الجزائري **[** تكتمل أهلية الرجل و المرأة بالزواج بتمام **19** سنة **]** و بالتالي لا يجوز إبرام عقد الزواج غلا ببلوغ سن 19 سنة كاملة او بناء ترخيص مسبق يصدر من رئيس المحكمة المختصة و هذا ضمانا لمصلحة الشاب و لمصلحة المجتمع و يكون الزواج قبل اكتمال الأهلية باطلا بطلانا مطلقا و يكون تقدير السن الشرعي للزواج وقت انعقاد العقد و ليس وقت الدخول ويشرط في أهلية الزواج العقل و البلوغ.[3]

فالمشرع الجزائري حدّد السن القانونية لاكتمال الأهلية كأصل عام و لكن تطلبت الحاجة للترخيص بالزواج كصفة استثنائية فلا يكون ذلك إلا بإجازة الولي[4] و ترخيص من القاضي **(مادة 07 و 38 من قانون الأسرة)**

ولقد قررت المحكمة العليا في حكمها الصادر في **07 ديسمبر 1966** على أنّه في حالة عدم وجود الولي فإنّه يمكن للقاضي الزواج بموافقة مجلس العائلة أو رئيس المحكمة،

---

[1] ـ **المادة 09** من قانون الأسرة الجزائري.

[2] ـ **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية (الزواج و الطلاق)، الجزء الأول، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 62.

[3] ـ **بلحاج العربي**، نفس المرجع، ص 62-63.

[4] ـ **بلحاج العربي**، أحكام الزواج في ضوء الأسرة الجديدة، الطبعة01، دار الثقافة ، عمان، الأردن، 2012، ص62.

وأنّ الزواج بدون هذه الموافقة هو زواج باطلا بطلانه مطلقا يمكن للقاضي الحكم به من تلقاء نفسه.[1]

2- الصداق

الصداق في عقد الزواج أكدته **المادة 14** من قانون الأسرة الجزائرية على أن [الصّداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود او غيرها من كلّ ما هو مباح شرعا. وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء] [2]

فالصّداق حق من حقوق الزوجة والحكمة منه واضحة في إكرام المرأة و تمكينها من أن تتهيأ للزواج بما يلزم لها من لباس و نفقات.[3]

و يتناول المشرع الجزائري في اثر تخلف الصّداق في المادة 33 من قانون الأسرة الجزائرية فقد حدّدت هذه المادة حالة تخلف شرط الصداق قبل الدخول بأنه يترتب عليه فتح عقد الزّواج، و إذا تم الدخول فالزواج يثبت و يكون صحيحا و تستحق الزوجة بذلك صداق المثل.[4]

3- شرط الولي في عقد الزواج

يعد الولي شرطا من شروط عقد الزواج والذي جعله المشرع في (المادة 11 من قانون الاسرة الجزائرية) بالمعنى أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر هي تختاره.[5]

---

[1] - **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، المرجع السابق، ص 63.

[2] - **المادة 14** من قانون الأسرة الجزائري.

[3] - **بلحاج العربي**، المرجع السابق، ص100.

[4] - **عبيد فاطمة الزهراء**، عقد الزواج في ظل الشريعة الاسلامية و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون خاص معمق، 2018/2017، ص62.

[5] - **محمدي بوزينة آمنة**، المرجع السابق، ص 149.

فالولاية في الزواج هي مساعدة للحماية والمحافظة على حقوق فاقد نسب الأهلية أو ناقصها و حقوق و مصالح الفتاة الصغيرة تسبب عدم تجربة حياة الزواج و وظيفة الولي هي رعاية القاصر و الإشراف على مختلف شؤونه و اختيار الأصلح له.[1]

فبالنسبة للمرأة الراشدة ليس هناك تحديد ولا ترتيب للأولياء. أما بالنسبة للقاصرة أبقى المشرع الجزائري على الترتيب الأب أحد الأولياء (الأقارب) و القاضي ولي لمن لا ولي له.

4- الشاهدان

تنصّ **المادة 09** من قانون الأسرة الجزائرية على شرط الشهود إذ لا ينعقد الزواج غلا بوجود الشاهدين، وذلك لأن عقد الزواج له خطره القانوني الاجتماعي لما يترتب عليه من مصالح دينية و دنيوية و حقوق و التزامات متبادلة بين الزوجين.[2]

و يكون الشاهد بالغا كامل الأهمية مسلما في عقد الزواج.

5- خلو الزوجين من الموانع الشرعية للزواج

قد تكون موانع مؤيدة و قد تكون موانع مؤقتة، و تجب الإشارة إلى الموانع من النظام العام فقد نصّت **المادة 23** من قانون الأسرة على ما يلي [يجب أن يكون كلّ من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤيدة و المؤقتة]

و قد تختلف هذه الشروط من دولة إلى دولة و على هذا الأساس فتكييف ما هو موضوعي من شروط الزواج يرجع لقانون القاضي طبقا للقاعدة العامة **(مادة 24** من قانون الأسرة الجزائرية)[3]

[1] - **بلحاج العربي**، المرجع السابق، ص121.
[2] - **بلحاج العربي**، مرجع سابق، ص129.
[3] - **عليوش قربوع كمال**، المرجع سابق، ص215.

6- توثيق عقد الزواج

ويقصد بتوثيق عقد الزواج في محرر رسمي مكتوب أمام موظّف مختص بتوثيق عقود الزواج فهو وسيلة رسمية و ضعها المشرع لإثبات عقد الزواج عند النّزاع و إنكاره أمام القضاء.[1]

وبالرجوع إلى **المادة 01** من قانون الأسرة الجزائري بخضوع الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون جنسية الزوجين وقت إبرام الزواج يؤدي تطبيق هذه المادة إلى فرضين إثنين.

الفرض 01: إذا كان الزوجان من جنسية واحدة

لا يكون أي إشكال في تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لصحة الزواج إذ يخضع الزواج في هذه الحالة إلى قانون الجنسية المشتركة بين الزوجين.[2]

الفرض02: إذا كانا من جنسين مختلفين (أحد الطرفين جزائري)

هنا المشرع الجزائري أورد استثناء في **المادة 13** مفادها خضوع العقل للشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون الجزائري فقط دون الحاجة لتطبيق الشروط المنصوص عليها في قانون الطرف الآخر بمعنى أنّه متى توافر في الطرف الجزائري الشروط الموضوعية في قانون الاسرة الجزائرية كان كافيا لصحة عقد الزواج حتى وإن لم تتوفر في الطرف الآخر الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه.[3]

وإذا ما توافرت هذه الشروط ترتّب عنها أنّ الزواج صحيح، وبالتالي نكون أمام زواج مختلط صحيح من الناحية الشرعية، و الزواج الصحيح حسب قانون الأسرة الجزائري المستمدّة جُلّ أحكامه من الشريعة الاسلامية هو الزواج الذي يثبت فيه النّسب باعتباره أثرا

---

[1] - **جابر عبد الهادي سالم الشافعي**، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الاسلامي و القانون و القضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، جامعة الاسكندرية، 2011، ص 147.

[2] - **عليوش قربوع كمال**، مرجع سابق، ص 215.

[3] - **بن عصمان جمال**، المرجع السابق، ص 93.

من آثار الزواج، وعليه إذا ما أُثيرت مسألة إثبات النسب في علاقة زواج مختلط لابد من البحث عن القانون الذي يحكم هذه المسألة بناءًا على قواعد الاسناد في القانون الجزائري وهو ما سنتطرّق اليه في النقطة الموالية.

الفرع الثاني: القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية

لقد اختلفت الآراء في المقارنة حول تحديد ق الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج، وإذا كانت هذه الشروط تخضع لقانون الجنسية وفقا لما تقضي به **المادة 11** من قانون م ج و نصت على ذلك أيضا **المادة 97** من قانون ح م و مفادها أن كل عقد زواج يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو جزائري و أجنبية يعتبر صحيحا بشرط عدم مخالفة الطرف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان الزواج.[1]

وإذا كانت الشروط الموضوعية المذكورة صحيحة فما هو القانون الواجب التطبيق عليها، ولتحديد القانون المختص ظهرت ثلاث اتجاهات وهي:

الاتجاه الأول: إسناد هذه الشروط لقانون جنسية كل الزوجين و هو الذي أخذت به كلّ من فرنسا و ألمانيا و حتى اتفاقية لاهاي 1902 (المادة الأولى منها) وكذلك القانون الجزائري في المادة 11 التي نصت على [أنه يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين].

الاتجاه الثاني: يتجه إلى إخضاع الشروط الموضوعية إلى موطن الزوجين ومن ذلك ق الانجليزي و بعض قوانين الدول الاسكدنافية.[2]

أما الاتجاه الثالث: يسندها إلى قانون محل إبرام الزواج وهو الحل المعتمد في القانون الأمريكي و بعض دول أمريكا اللاتينية، و طبقا للاتجاه الأول يطبق قانون جنسية الزوجين

2- **أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص 229.

3- **الطيب زروتي**، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة الدويرة، الجزائر،2008، ص162،161.

وقت إبرام الزواج و يحتفظ بصحنه و لإشكال إذا كان الزوجان من جنسية واحدة إذ يطبق على زواجهما قانون جنسيتهما الوطني.[1]

وتظهر الصعوبة إذا كانوا مختلفين الجنسية أي كان زواجا مختلطا، بحيث يجب أن تتوافر في الزوج كلّ الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته و قانون جنسية الزوجة، كما يجب أن توافر في الزوجة كذلك كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيتها و قانون جنسية الزوج و هذا ما يسمى بالتطبيق الجامع، و أنّه يكفي أن تتوافر في كل منها الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته فقط و هذا ما يسمى بالتطبيق الموزّع.[2]

ويميل بعض الفقهاء إلى الأخذ بالرأي الجامع على أساس أن الشروط التي وضعها القانون خاصة بتنظيم رابطة الزوجية و حتى لا يكون لأحد القوانين امتياز على القانون الآخر، غم أنّ هذا الرأي صعب التطبيق عمليا و يؤدي إلى التصنيف من حالات انعقاد الزواج المختلط صحيحا، لذلك استقر الرأي الراجح على التطبيق الموزّع و من ثمّ يكفي أن تتوفّر فيه كل من الزوجين الشروط الموضوعية التي يتطلّبها قانونه وحده .[3]

وبخصوص المشرع الجزائري قد أخذ بالتطبيق الموزّع فيما يخصّ الشروط الموضوعية و يتبيّن ذلك من خلال نص (**المادة 97** من قانون الحالة المدنية).

وباعتبار قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الاسلامية نجد أنّ نطاق اِعمال فكرة النظام العام بالنسبة للشروط الموضوعية أوسع نطاقا من البلدان الأخرى، و غالبية الفقه اتجه نحو إخضاع الشروط الموضوعية إلى جنسية كلّ طرف على حدا و هو التطبيق الموزّع.[4]

---

[1]- **الطيب زروتي**، نفس المرجع، ص 161.
[2]- **أحمد عبد الحميد عليوش**، القانون الدولي الخاص، المستوى الرابع، فصل دراسي ثاني، مصر، ص 314.
[3]- **الطيب زروتي**، المرجع السابق، ص 161.
- **محمدي بوزينة آمنة**، المرجع السابق، ص155.[4]

المطلب الثاني: تطبيق قانون جنسية الأب على إثبات النسب

بما أن الطفل يسند إلى أبيه حسب المشرع الجزائري أمره من خلال نصّ المادة 13 مكرر بتطبيق جنسية الأب حول نسب الولد فإذا كان الأب حيّا فالجنسية التي يحملها الأب وقت ميلاد الطفل وإذ لم يكن حيّا يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة.

الفرع الأول: تحليل نص المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري.

المادة 13 مكرر [يسري على النسب و الاعتراف به و إنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل. وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة **]**وحتى في حالة اختلاف الجنسية يُفهم أنّ المشرع الجزائري يطبق قانون جنسية الأب وقت الميلاد.

بعد التطرق إلى مضمون نص **المادة 13** مكرر من القانون المدني يتضح أن المشرع الجزائري يطبق قانون جنسية الأب.

وهناك رأي يقول بقانون جنسية الأم حسب قانون المدني الفرنسي ، أما رأي آخر القانون الأصلح لمصلحة الابن حسب **المادة 21** من القانون النمساوي، أما الرأي الأخير قانون جنسية الأب على أساس أنّ إثبات الأبوة يؤثر على حالة الاب و يترتب عليه حملة من الحقوق و الالتزامات.

فمن خلال ما سبق نفهم أنّ المشرع الجزائري يطبق قانون جنسية الاب وقت الميلاد.

الفرع الثاني: المسائل التي تدخل في قانون جنسية الأب

حدّدت **المادة 13** مكرر قانون المدني جزائري أنواع الدعاوي التي يمكن رفعها فيما يخصّ النسب وهي دعاوي إثبات النسب والاعتراف به وإنكاره، ذلك أنّ دعاوي النسب عادة هي دعاوي موضوعها إما إثبات النسب او إنكاره أو الاعتراف به. أما دعاوي الإقرار والاعتراف بالنسب فهي التي يعترف فيها أحد الأبوين فيها بالأبوة الشرعية للابن بخلاف

إنكار النسب التي ينكر فيها أحد الأبوين ادعاء الأبوة. ففي كلّ هذه الحالات القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الأب وقت الميلاد.

وتعد البنوّة من الحالة الشخصية للوالدين والأولاد معا. فالبنوّة الشرعية يثبت النسب فيها بالزواج الصحيح والإقرار بالبينة وبكلّ نكاح تمّ فسخه بعد الدخول وفقا **للمواد** 34.**32.33** من قانون الأسرة و ذهب بعض الفقهاء غلى خضوع الاعتراف بالنسب وإنكاره لقانون جنسية الطرفين و تطبيقها تطبيقا جامعا إلا أنّ هذا الرأي صعب التطبيق علاوة على أنّ جنسية الولد قبل البلوغ تظل دائما تابعة لجنسية والده في أغلب التشريعات. وعليه أسند المشرع الجزائري النبوة وإثبات النسب لقانون جنسية الأب **المادة 13** مكرر من القانون المدني الجزائري.[1]

إنّ القانون الجزائري لا يعترف سوى بالنبوة الشرعية و بالتالي الأولوية للنبوة الشرعية تطبيقا لنص **المادة 41** من قانون الأسرة تنصّ على أنّ **{** ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة **}**

وللنسب علاقة وطيدة بصحة الزواج لذا يثبت النسب بإثبات صحة الزواج بالرجوع إلى الشروط الموضوعية لإبرام الزواج. ذلك ما قرره القضاء الجزائري في بعض القضايا جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى أنّه من المقرر شرعا أنّ الولد للفراش الصحيح وأنّ أقل مدة للحمل هي ستة أشهر ومن ثم فإنّه الولد الذي ولد بعد 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش.[2]

فالنسب الشرعي يكون نتيجة زواج صحيح، أما إذا لم يكن الزواج شرعيا وصحيحا فينسب الولد إلى أمه. وفي القضية المطروحة على المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ **1991/04/23** فلما فشل الأب في إثبات الزواج الصحيح نسبت البنتان إلى أمهما.

[1] ـ **محمد العايب**، مذكرة القانون الدولي الخاص لطلبة السنة الثالثة شريعة وقانون، قسم الشريعة، كلية العلوم الاسلامية، باتنة، 2020/2019، ص70.
[2] ـ **عليوش قربوع كمال**، المرجع السابق، ص 246.

أمّا إثبات النّسب بالإقرار لقد نصّ المشرع الجزائري على الإقرار كطريق لإثبات النسب، ويجب أن يكون الطفل محل الإقرار من زواج صحيح و شرعي إذا نتج طفل عن علاقة غير شرعية بعد ذلك تزوجا و أقرّ ببنونه فيما بعد فإنّ هذا الإقرار يكون صحيحا و قانونيا و يثبت النّسب به.[1]

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب في علاقة زواج باطلة شرعا

يعتبر الزواج من اوسع المجالات في العلاقات القانونية، سواء كانت على المستوى الداخلي أو على صعيد العلاقات الدولية الخاصة التي تتعدّد فيها المسائل القانونية ويثور بصددها تنازع القوانين ومن ثمّ تثور صعوبة تحديد القانون الذي يحكمها باعتبار أنّ الزواج هو المجال الخصب لتنازع القوانين وعليه قسّمنا هذا المبحث إلى مطلب أول بعنوان مفهوم علاقة زواج باطلة شرعا أما الثاني فخصّصناه لدراسة أثر بطلان الزواج على طبيعة نسب الأطفال.

المطلب الأول: مفهوم علاقة زواج باطلة شرعا

يقصد بعلاقة زواج باطلة شرعا تلك العلاقة الناتجة عن عقد زواج فقد ركن من أركانه الأساسية أو الذي احتل فيه أكثر من شرط واحد من الشروط التي اعتبرها المشرع من شروط الصحة وحكم هذا أنّه لا يترتب عليه أثر شرعي لأنّ وجوده وعدمه سواء وعلى الزوجين الافتراق حالا ولو بعد الدخول.[2]

وقد قسّمنا هذا المطلب إلى فرعين الأول تحت عنون أثر اختلاف ديانة الزوجين على بطلان النسب والفرع الثاني عرّفنا فيه النسب غير الشرعي.

---

[1] ـ **إجعاد سيلية**، دعوى إثبات النسب، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص المهن القانونية والقضائية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2019، ص25.

[2] ـ **بلحاج العربي**، المرجع السابق، ص 290.

الفرع الأول: أثر اختلاف الديانة على بطلان عقد الزواج

يقصد بأثر اختلاف الديانة على بطلان عقد الزواج هي تلك الآثار التي تترتب على زواج جزائري مسلم بألمانية مسيحية أو زواج جزائرية مسلمة من فرنسي غير مسلم، إنّ كل زواج مختلط أُبرم بالجزائر وفقا لمبادئ قانون الأسرة، يعتبر صحيحا مرتبا لكافة آثاره، فإنّ القانون الجزائري ينصّ على احترام القانون الوطني لكلّ من الزوجين، كما أنّه يمنع إبرام زواج جزائرية مسلمة بأجنبي غير مسلم.(**المادة 30** من قانون الأسرة المعدلة)[1]

كما أنّنا نجد **المادة 31** من قانون الأسرة الجزائري تنصّ على أنه لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم و نصّت في الفقرة الثانية منها أن يخضع زواج الجزائريين و الجزائريات بالأجانب من الجنس إلى إجراءات تنظيمية، و كان القرآن الكريم قد نصّ في الآية **220** من سورة البقرة **{**و لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا**}** ومنه نستنتج أنّ كل من القانون السماوي و قانون الأسرة المؤيد له ينهيان عن زواج المسلمة بغير المسلم نهي تحريم، وهذا يعني أنّ أي عقد زواج بين أية امرأة مسلمة و أي رجل لا يؤمن بالإسلام يعتبر عقدا باطلا لا وجود له مطلقا في نظر الشريعة الاسلامية أو نظر قانون الأسرة الوطني على السواء رغم أنّ القانون لم ينص صراحه على بطلانه.[2]

وطبقا **للمادة 13** من القانون المدني (المعدّلة بالقانون رقم **10/05** المؤرخ في **2005/06/20**)، فإنّه يسري القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج في الأحوال المنصوص عليها في **المادتين 11و 12** من نفس القانون (و هي الشروط الموضوعية الخاصة بصحّة الزواج و كذا الآثار الشخصية و المالية التي يرتّبها عقد الزواج)، إلّا فيما يخصّ أهلية الزواج.[3]

---

[1]- **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص284.

[2]-**عبد العزيز سعد**، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 1996، ص108.

[3] - **بلحاج العربي**، المرجع السابق، ص284.

كما أنّ الشريعة الاسلامية لا تعتبر اختلاف الدين مانعا من موانع الزواج إلاّ أن تعلق الأمر بزواج مسلمة من غير مسلم فهنا يبطل الزواج، أمّا إذا تمّ الزواج بين مسلم ومسيحية أو بين مسيحي ويهودية فإنّه يكون صحيحا.[1]

تنصّ **المادة 31** من قانون الأسرة الجزائري أنهّ لا يجوز زواج مسلمة بغير مسلم]

حيث أنّه مع افتراض وجود هذا الزواج فإنّ عقده سواء كان عرفيا أو رسميا يقع باطلا غير منعقد، فإذا تم الزواج بين جزائري وأجنبية، فإنّ القاضي يطبق القانون الوطني لكلّ من الزوجين، أمّا إذا تم بين جزائرية مسلمة وأجنبي غير مسلم فإنّ القاضي سيتعبد تطبيق القانون الجزائري المبني على أساس التمني الديني، أمّا إذا تم الزواج في الجزائر بين الأجانب سيطبق قانون كل من الزوجين بشرط أن لا يتعارض مع النظام العام الجزائري.[2]

الفرع الثاني: تعريف البنوة غير الشرعية (الطبيعية)

هي انتساب الولد إلى أبوين لا تقوم بينهما علاقة شرعية عن طريق الزواج وتجيز بعض القوانين كالقانون الفرنسي للأب والأم الاعتراف بهذا الولد و جعله شرعيا بزواجهما اللاحق، كما يعطي هذا القانون الولد الحق بإقامة دعوى لإثبات الأبوة الطبيعية من شخص معين أو لإثبات الأمومة من أم معينة.[3]

كما يقصد بها تلك العلاقة التي تنشأ عن علاقة غير مشروعة بين الوالدين. و إذا كان إثبات البنوة الشرعية لأحد الوالدين هو في ذاته إثبات للبنوة للوالد الآخر فإنّ الأمر غير ذلك بشأن البنوة الطبيعية إذ قد تكون قاصرة على الانتماء إلى أحد الأبوين دون الآخر؛ بمعنى

[1] ـ **محمد حيس منصور**، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الاسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر ، الاسكندرية ،2003، ص192.
[2] ـ **عليوش قربوع كمال**، المرجع السابق، ص 217-218.
[3] ـ **محمد وليد المصري**، المرجع السابق، ص147.

هو ربط الولد بوالده قانونا مما يرتّب عدّة التزامات على عاتق الولد أهمها التزامه بالنفقة على الولد.[1]

يقصد بالبنوّة الطبيعية والتي تمثّل ثمرة علاقة غير شرعية بين الرجل والمرأة، فإنّ هذه الحالة تثير إشكالا كبيرا في تنازع القوانين خاصّة إذا علمنا أنّ عدّة دول إسلامية ومنها الجزائر لا تعترف بهذا النّوع من البنوّة.[2]

وقد جاء في الشريعة الإسلامية أنّه لا يترتّب عن النّسب غير الشرعي آثار النسب الغير شرعي لكن في بعض قوانين الأسرة في البلدان الاجنبية المتمتّعة بالحرية والمساواة حين أصبح النّسب يحتل مرتبة مهمّة في المجتمعات ذلك أنّه أصبح يعترف بالطفل الغير الشرعي كما يعترف بالطّفل الشرعي.[3]

كما يقصد بالبنوّة غير الشرعية هي البنوة الناتجة خارج إطار الزّواج أو من زواج باطل تثبت فيه مسؤولية الزّوجين، وإذا كان إثبات البنوّة الشرعية لأحد الوالدين هو ذاته إثبات للبنوّة للوالد الآخر فإنّ أمر غير ذلك بالنسبة للبنوة الطبيعية إذ قد تكون قاصرة على الانتماء لأحد الوالدين دون الآخر.[4]

أما عن موقف المشرع الجزائري ففي أول الأمر لم يتناول أحكام البنوّة الغير شرعية في القانون الجزائري فيما يتعلق بجنسية الولد (**المادة 06** فقرة **01** الحالة الثانية من قانون الجنسية لسنة **1970**) لأنّ هذه البنوّة ناجمة عن علاقة سفاح و لا تعترف بها الشريعة الاسلامية، مما يستدعي اِسنادها للقانون الشخصي للولد مادامت تخصّ حالته و تتعلق بحمايته و قد ساد هذا الرأي في فرنسا فقها و قضاء فضلا عن أنّ قانون جنسية الأب لا

---

[1] ـ **صلاح الدين جمال الدين**، القانون الدولي الخاص الجنسية و تنازع القوانين،(دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر الإسكندرية، 2008، ص433-434.

[2] ـ **يوبي سعاد**، المرجع السابق، ص62.

[3] ـ **آيب مولود ذهبية**، إشكالات اثبات النسب في الزواج المختلط الباطل شرعا في تشريع و عوائق التطبيق، الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان، بجاية، 2014/06/23.24، ص191.

[4] ـ **بوقريقة ابتسام**، القانون الواجب التطبيق على آثار عقد الزواج في القانون الدّولي الخاص، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الدّولي الخاص، جامعة محمد الصّديق بن يحي ، كلية الحقوق، جيجل،2016، ص41.

يصلح ليكون مرجعا في البنوّة الطبيعية عند اختلاف جنسية الوالدين لأنّ أهمّ جانب في هذه البنوّة هو علاقة الولد الطبيعي بالأم.[1]

إلاّ أنّ حسم الأمر بنص صريح وذلك في نصّ **المادة 13** مكرر من القانون المدني الجزائري التي تقتضي بأنّه[يسري على النّسب والاعتراف به وانكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطّفل وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد جنسية الاب وقت الأب وقت الوفاة] [2]

ومنه نستنتج أنّ المشرّع الجزائري يثبت نسب الولد الطبيعي لأمّه فقط سواء كان الأب معروفا أو مجهولا فلا تسري عليه أحكام المادة 13 مكرر لعدم الاعتراف بالأسرة الطبيعية وبالتالي لا يمكن تطبيق القانون الذي يحكم آثار الزواج لعدم وجود حقوق مكتسبة أصلا.[3]

المطلب الثاني: أثر بطلان الزواج على طبيعة نسب الأطفال

الزواج الباطل لا يترتب عليه بشيء من الزواج الصحيح ذلك أنّه " عقد زواج فقد ركنا من اركانه الأساسية، أو الذي اختل فيه اكثر من شرط واحد من الشروط التي اعتبرها المشرع من شروط الصحة "؛ بمعنى أنّه متى اختل ركن من أركان الزواج المنصوص عليها في القانون يعتبر الزواج باطلا.

الفرع الأول: من الناحية الشرعية

تعتبر الشريعة الاسلامية النسب صلة عظيمة على جانب من الخطورة فإذا تبيّن أنّ الولد لا يتمتع بقرينة الشرعية انقطع نسبه عن أبيه و لم يتبقى له سوى الانتساب لأمه و قرابتها، فالقاعدة العامة أنّ البطلان في العقود يكون بأثر رجعي، لتعتبر العقد و كأن لم يكن فلا تترتب عنه آثار قانونية بالتالي الباطل من الزواج لا يوجب أثرا و إن اتصل بدخول بل

---

[1] ـ **الطّيب زروتي**، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص190.

[2] ـ **مزروق تاسكديث**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة البويرة، تخصص قانون الأسرة، الزّواج المختلط في التشريع الجزائري، 2016، ص29

[3] ـ **سعيداني بوعلام**، المرجع سابق، ص205.

إنّ الدخول فيه زنا يوجب الحدّ شرعا و لأنّ زواج بغير المسلم أو مسلم بغير كتابية، ممنوع شرعا بالكتاب و السنة و الإجماع، فإن وقع فهو باطل و لا تترتب عليه الآثار الشرعية المترتبة عن الزواج الصحيح.

إنّ الأولاد الناتجين عن هذا الزواج يكونون غير شرعيين، على أن يكون هذا الحكم منذ لحظة الحكم بالبطلان دون أن يسري بأثر رجعي، وما هو الحال في الفترة الممتدّة بين سريان الزّواج والحكم ببطلانه و هو ما اصطلح على تسميته بالزّواج الظني أو الوهمي.[1]

الفرع الثاني: من الناحية القانونية

الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول لكنّه فيما يخصّ نسب الأطفال فهي تترتب ثبوت النّسب رعاية لحقوق الولد وهذا ما نصت عليه **المادة 34-40** من قانون الاسرة الجزائري. فإنّه إذا كان الزّوجان يسيء القصد والنّية بأن يكونا على علم تام بأن زواجهما محرّم باطل فإنّ الحدّ يطبق عليهما و الولد لا يحقّ بالزّواج لأنه ابن زنا **(المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري)**، و كان ينبغي على المشرع الجزائري ضمن تعديلات عام 2005 وفي اطار المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري ووفقا لأحكام الفقه الاسلامي، الإشارة إلى أنّه يشترط في ثبوت النّسب أن يكون الزوجان حسني النية، بأن يكونا على غير علم بأنّ زواجهما محرّم.[2]

كما أنّه بمجرّد التصريح ببطلان الزواج تستبرأ المرأة، ويلحق نسب الأبناء، فإذا أثبت الرجل حسن القصد والنّية كأن يتزوج امرأة محرّمة عليه شرعا دون علمه فإنّ الولد يلحق بالزواج و ينتج الزواج آثاره فيما يخصّ حرمة المصاهرة و لا يطبق الحدّ عليهما للشبه.

والملاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يأخذ بحسن أو سوء نيّة الزوجين لإثبات النّسب في الزواج الباطل حماية للطفل الذي يظلّ بريئا من آثار ما يمارسه والديه، فلا تتوقف حقوقه

[1] ـ أ **محمدي بوزينة آمنة**، المرجع سابق، ص ص ،174/173.
[2] ـ **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، طبعة 06، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص292-293.

على حسن أو سوء بينهما لأن الأمر نسبي يصعب الكشف عنه وباعتبار النسب العمود الفقري داخل الأسرة يجب أن لا يتأثر باي مظهر من مظاهر الفساد و البطلان.[1]

إنّ القاعدة العامة في معظم التشريعات أنّ البطلان في العقود يسري بأثر رجعي، ليعتبر العقد وكأنّه لم يكن ولا يرتّب أية آثار قانونية، ونفس الشيء بالنسبة لعقود الزواج الذي تكون بين زوجة مسلمة جزائرية و زوج أجنبي غير مسلم فحكمه زواج باطل على أن يكون هذا الحكم منذ لحظة صدور قرار الحكم لبطلان الزواج و لا يكون له أثر رجعي. ويُصطلح على الفترة الممتدة من بداية الزواج إلى غاية الحكم ببطلانه بالزواج الظني أو الوهمي. إذن هذا هو المبدأ الذي سار عليه المشرع الجزائري حيث يثبت النسب في الزواج الباطل وفقا لقرينة الولد للفراش، وطبقا كذلك لنصّ المادة 40 من قانون الأسرة حرصا على ضياع نسب الولد.[2]

و هو ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/10/28، إذ جاء فيه:" اختلط فيه الأمر على قضاة الموضوع بين إثبات الزواج و بين دعوى إثبات النسب معتقدين بأنّ النسب لا يثبت إلا في حالة الزواج الصحيح مع أنّ الشريعة الاسلامية لا تشترط في إثبات النسب وجود زواج صحيح بل يثبت حتى بالإقرار و بالبيّنة أي شهادة الشهود و بنكاح الشبهة و الأنكحة الفاسدة و الباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأنّ ثبوت النسب يعتبر إحياء له و نفيه قتلا له".

[1] ـ **أ محمدي بوزينة آمنة**، المرجع السابق، ص174.
[2] ـ **آيت مولود ذهبية**، مرجع سابق، ص200.

خلاصة الفصل الثاني

إنّ الزواج المختلط يعتبر من أهم مسائل الأحوال الشخصية ومن أوسع الروابط العائلية مثالا لتنازع القوانين ويتدخل القاضي عن طريق التكيف و تحكيمه فيما يعبر بالزواج وما هو خارج عن إطار الزواج. ولا يزال يثير الكثير من الاشكالات و التعقيدات وهذا راجع إلى التباين الموجود ما بين الزوجين وهذا ما دفع بالدول إلى إيجاد حلول تتمثل في تحديد فئات في فكرة مسندة و ذلك بإسنادها إلى قانون معين يسمى ضابط الاسناد و يجب لانعقاد الزواج الصحيح أن تتوافر فيه شروط موضوعية ، و قد واجه هذا الزواج ظاهرة جديدة تعرف بظاهرة مختلفي الديانة هي ليست بجديدة حيث انتشرت بسرعة كبيرة خاصة في صفوف الجالية الاسلامية التي تتموطن بالدول الغربية و هذا الزواج يثير عدّة اشكالات في مجال الأحوال الشخصية خاصة النسب حيث يصعب على القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق على نسب ذلك الطفل.

الخاتمة

من هنا نصل إلى ما قمنا بدراسته بأنّ مسألة النسب من المسائل الشائكة حيث يصعب على القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق عليها مبدأ أولا بالتكييف الذي يعتبر من أهم المراحل الإلزامية التي يرجع إليها القاضي من أجل تحديد طبيعة النزاع بهدف إدراجه في أحد الفئات المسندة التي خصص لها المشرع الجزائري قاعدة إسناد توجه القاضي القانون الواجب التطبيق على ذلك المسألة، كما أنّه أخضع التكيف إلى قانون خاص و هو قانون دولة القاضي من خلال المادة 09 من القانون المدني الجزائري.

كما نستخلص من دراستنا هذه أنّ لضابط الجنسية دور مهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب حيث أنّ المشرع الجزائري اختاره لحل النزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بصفة اساسية من أجل تطبيق القانون الجزائري على الجزائريين و كذلك حماية مصالحهم لكن التشريعات الدولية الأخرى اختلفت في اعتماد ضابط الاسناد المتعلق بتنازع القوانين في مسائل الاحوال الشخصية فهناك من يرى باعتماد القانون الشخصي للابن في حين يرى آخر بتطبيق القانون الشخصي للابن غير أنّ المشرع الجزائري قد حسم أمره بنص المادة 13 مكرر من القانون المدني.

ولقد واجهت ضابط الجنسية عدة صعوبات و اشكالات من أهمها تعدد الجنسيات حيث يعتمد القاضي على معيارين الفصل في هذا الأمر وهما معيار دولة القاضي ومعيار الجنسية الفعلية أما الصعوبة الثانية فتتمثل في التنازع السلبي للجنسيات الذي يقصد به انعدام الجنسية، أما الصعوبة الثالثة فتتمثل في الإحالة الى دولة تعددت فيها الشرائع و قد أخذ المشرع الجزائري لحل هذه المسألة بالرأي الراجح تاركا للقانون الداخلي للدولة المتعددة الطوائف في تحديد الشريعة الواجب التطبيق في حال عدم وجود حل داخلي و بعد محاولة القاضي تطبيق القانون الأجنبي مخالف للنظام العام السائد في الدولة، و قد تطرّقنا لفكرة النظام العام من خلال إدراجنا لتعريفات الفقهاء لهذه المسألة و كذلك التطرّق لآثار و شروط الدفع بالنظام العام، كما قمنا بدراسة مسألة الغش نحو القانون التي تعتبر المجال الخصب

بنسب تنوع الأنظمة القانونية، بالإضافة إلى دراسة قاعدة التنازع في موضوع النسب قمنا كذلك بدراسة القانون الواجب التطبيق على أنّه يحكم الشروط الموضوعية و كذا القانون الواجب التطبيق على علاقة زواج باطلة شرعا ذلك من خلال تعريفنا لها و توضيح مسألة مختلفي الديانة التي لا تعتبر بالجديدة و أثرها على بطلان الزواج وأثر بطلان هذا الأخير على طبيعة نسب الأطفال .

ومنه نصل إلى أنّ المشرع الجزائري كان صارما في وضع القوانين المتعلقة بإثبات النسب.

قائمة المراجع

أولا: الكـــتب

2- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة ـ مصر، د س.

1-أحمد عبد الحميد عليوش، القانون الدولي الخاص (المستوى الرابع)، فصل دراسي ثاني، مصر، د س.

3-بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع الاختصاص القضائي الدولي الجنسية)، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

4-حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،1997.

5-حفيظة السيد الحداد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلي الحقوقية، 2010.

6-سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلي، لبنان، 2004.

7-صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، (الجنسية و تنازع القوانين، دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر،2008.

8-صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة بين القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2004.

9-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة الدويرة، الجزائر، 2008.

10- الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

11- عبد الحفيظ بن عبيدة، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر،2005.

12- عبد الرزاق دربال، الوافي في القانون الدولي الخاص، د ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

13- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.

14- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.

15- عبد الهادي سالم الشافعي جابر، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج،(في الفقه الاسلامي و القانون و القضاء)، دراسة قوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، جامعة الاسكندرية،2011.

16- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (الزواج و الطلاق)، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

17- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء الأسرة الجديدة، الطبعة الاولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2012.

18- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.

19- العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، معلق عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2010.

20- علي علي سليمان، مذكرة في القانون الخاص الدولي، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

21- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيد الأحكام الأجنبية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن،2013.

22- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

23- فؤاد عبد المنعم، رياض سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص،(تنازع القوانين)، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1940.

24- كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2011 .

25- مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية، حلب، 2008.

26- محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الاسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الاسكندرية، مصر، 2003.

27- محمد سعداوي، القانون الدولي الخاص و تطبيقاته في النظام القانوني، الطبعة الأولى، المصرية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2019.

28- محمد عبد العال عكاشة، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

29- محمد موساوي، قاعدة الاسناد في القانون الدولي الخاص المغربي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الطبعة الوطنية، د ب، د س.

30- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

31- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.

32- هشام علي صادق، القانون الدولي، الجنسية، (تنازع الاختصاص القضائي)، دار المطبوعات الجامعية، مصرن الاسكندرية، 2004/2003.

ثانيا: المقـالات

1- درية أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة، العدد الرابع، دفاتر السياسة والقانون، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر،2017.

2-رشا علي الدين، القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، عدد09، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2016.

3- سعداني بوعلام، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلة سداسية متخصصة محكمة، عدد خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015.

4-صورية غربي، مكانة النظام العام في القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد05، العدد02، قسم الحقوق بمعهد العلوم الاقتصادية، الجزائر، 2020.

5-يوسف مسعودي، القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، 2012.

ثالثا: الرسائل والمذكرات

- **رسائل الماجيستر**

1-أكرم خوني، القانون الواجب التطبيق على النسب في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجيستر، تخصص قانون دولي خاص شعبة الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي،2016/2015.

2-سعاد يوبي، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان 2010.

3-سنينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية و انحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2009/2008.

4-كروي الزهرة، التكييف في القانون الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون ، تخصص القانون الخاص للأعمال، قسم الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2017/2016.

- **مذكرات الماستر**

5-إبعاد سيلية، دعوى إثبات النسب، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص المهن القانونية و القضائية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2019.

6-بوقريفة ابتسام، القانون الواجب التطبيق على آثار عقد الزواج في القانون الدولي الخاص، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل،2016.

7-عبيد فاطمة الزهراء، عقد الزواج في ظل الشريعة الاسلامية و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018/2017.

8-مزروق تاسكديث، الزواج المختلط في التشريع، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة البويرة، 2016.

رابعا: النصوص القانونية

1-الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدّل والمتمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 15، الصادرة في 2005.

2-أمررقم75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005.

3-قانون رقم 62-126 المؤرخ في 13 ديسمبر 1962، المتضمن قانون الحالة المدنية جريدة رسمية، عدد08، المؤرخة بتاريخ 14 ديسمبر 1962، معدّل ومتمم بأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970، جريدة رسمية، عدد 21، المؤرخة بتاريخ 27 فيفري 1970.

4-قانون رقم 84-11، المؤرخ في جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد24، الصادرة في 12 جوان 1984، المعدّل والمتمم بموجب قانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 ماي 2007.

خامسا: الملتقيات

1-آيت مولود ذهبية، اشكالات إثبات النسب في الزواج المختلط الباطل شرعا بين تشريع و عوا ئق التطبيق، الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014.

2-Cass,lre civ,04mars2020, no 18 – 26661,FS-PBI.

3-NIEL,(paul-ludovie), l admission inconditionnelle de la théorie du renvoi en droi international privé de la filiation, publié le 25/05/2020, in www,actujuridique, fr/ international/droit-international-privé.

سابعا: المحاضرات

1- أمحمدي بوزينة أمينة، مطبوعة محاضرات لطلبة السنة الثانية ماستر، تخصص قانون أسرة، 2020/2019.

2- بن عصمان جمال، مقياس القانون الدولي الخاص، السنة الثالثة، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2014.

3- رحاوي آمنة، الحق في الزواج المختلط واشكالية تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة جيلالي الياس، سيدي بلعباس.

4- قديري محمد توفيق، محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاصن كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيارت،2020/2019.

5- قيس فاتح، محاضرا في مادة القانون الدولي الخاص مقدمة لطلبة السنة الثالثة، شريعة وقانون.

ثامنا: المواقع الالكترونية

1- رحماني فايزة، مفاضلة من قانون الجنسية والموطن و القانون الواجب التطبيق على الحالة الأهلية، تم الاطلاع في: www.djelfa.info على الساعة: 9:30

فهرس
المحتويات

المحتويات .....الصفحة

قائمة المختصرات.....01

مقدمة 02- 05

الفصل الأول

قاعدة التنازع في موضوع النسب

تمهيد.....07

المبحث الأول: التكيف القـــانوني للنسب في العلاقـــات الخـــاصة الدولية.....08

المطلب الأول: قانون التكيف عند تنازع القوانين في النسب..... 08

الفرع الأول: التكيف يخضع لقانون القاضي..... 08- 09

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.....10

المطلب الثاني: الطبعة القانونية للنسب في العلاقات الخاصة الدولية.....11

الفرع الأول: من آثار الزواج.....11- 13

الفرع الثاني: من آثار الطلاق..... 13- 15

فهرس المحتويات.....

المبحث الثاني: إِسناد موضوع النسب إلى قانون الجنسية.....16

المطلب الأول: دور ضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب.....16

الفرع الأول: المفاضلة بين قانون الجنسية وقانون الموطن..... 16- 18

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من ضابط الجنسية في موضوع النسب 19

الفرع الثالث: موقف التشريعات المقارنة حول موضوع النسب ..... 19 -22

المطلب الثاني: إِشكالات تطبيق قانون الجنسية في إِثبات النسب.....23

الفرع الأول: تعدد الجنسيات.....23- 25

الفرع الثاني: انعدام الجنسية 25- 28

الفرع الثالث: الاحالة.....29

أولا: الاحالة الدولية.....29 -30

ثانيا: الاحالة الداخلية..... 30- 32

الفرع الرابع: استبعاد تطبيق قانون الجنسية.....32

أولا: الدفع بالنظام العام 32- 35

ثانيا: الغش نحو القانون.....35- 37

خلاصة الفصل الأول.....38

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب في الزواج المختلط

تمهيد.....40

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب في علاقة زواج صحيح شرعا.....41

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على شروط صحة الزواج المختلط.....41

الفرع الأول: تحديد الشروط الموضوعية لزواج حسب قانون الجنسية..... 41- 46

الفرع الثاني: القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية..... 46- 47

المطلب الثاني: تطبيق قانون جنسية الأب على إثبات النسب.....48

الفرع الأول: تحليل نص المادة 13 مكرر ق.م.....48

الفرع الثاني: المسائل التي تدخل في قانون جنسية الأب..... 48- 50

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب في علاقة زواج باطلة شرعا.....50

المطلب الأول: مفهوم علاقة زواج باطلة شرعا.....50

الفرع الأول: أثر اختلاف ديانة الزوجين على بطلان الزواج.....51- 52

الفرع الثاني: تعريف النسب الغير شرعي (الطبيعي)..... 52- 54

المطلب الثاني: أثر بطلان الزواج على طبيعة نسب الأطفال.....54

الفرع الأول: من الناحية الشرعية..... 54- 55

الفرع الثاني: من الناحية القانونية.....55- 56

خلاصة الفصل.....57

الخاتمة.....58- 60

قائمة المراجع..... 61- 68

فهرس المحتويات.....69- 73

الملخص

1-الملخص باللغة العربية:

يشكل نسب الأطفال وجنسيتهم بؤرة لتنازع القوانين، وخاصة في الزواج المختلط بين مختلفي الجنسية ومختلفي الديانة، حيث يمنع زواج المسلم بغير المسلم، أو المسلم بغير كتابية حفاظا على الهوية الإسلامية للأسرة في المجتمع الإسلامي وإلى تنزيه الشريعة الغراء من أن ينسب إليها ما ليس منها.

وبما ان هناك تباين بين أن الأنظمة القانونية العربية المتشبعة بروح الإسلام والأنظمة القانونية الأوربية التي تتبنى النموذج الأممي لحقوق الإنسان فإن هذا يطرح إشكالية حادة في تنازع القوانين.

Résumé :

La filiation et la nationalité des enfants constituent un foyer de conflit de lois, en particulier dans les mariages mixtes entre différentes nationalités et différentes religions, où il est interdit à une femme musulmane d'épouser un non-musulman ou un musulman sans écrire, afin de préserver l'identité islamique de la famille dans la communauté islamique et de promouvoir la charia c'est ce qui ne lui est pas attribué. Et comme il existe un décalage entre les systèmes juridiques arabes imprégnés de l'esprit de l'islam et les systèmes juridiques européens qui adoptent le modèle international des droits de l'homme, cela pose un problème aigu de conflit de lois.