

مكانة النظام العام في القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب

*The place of public order in the law applicable to establishing lineage*

صورية غربي\*

قسم الحقوق بمعهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير

المركز الجامعي بوشعيب بلحاج، عين تموشنت - الجزائر -

[gherbi-soreya@hotmail.fr](mailto:gherbi-soreya@hotmail.fr)

تاريخ النشر: 2020 / 12 / 27

تاريخ القبول: 2020 / 12 / 10

تاريخ الإستلام: 2020 / 09 / 17

**الملخص:**

يشكل نسب الأطفال وجنسياتهم بؤرة لتنازع القوانين، وخاصة في الزواج المختلط بين مختلفي الجنسية ومختلفي الديانة، حيث يمنع زواج المسلمة 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 أن هناك تباين بين الأنظمة القانونية العربية المتشعبة بروح الإسلام والأنظمة القانونية الأوروبية التي تتبنى النموذج الأممي لحقوق الإنسان، فإن هذا يطرح إشكالية حادة في تنازع القوانين.

**الكلمات المفتاحية:** النسب، الزواج المختلط، قواعد الإسناد، قانون الأسرة.

**Abstract:**

*The lineage and nationality of children constitute a focus for conflict of laws, especially in mixed marriages between different nationalities and different religions, where a Muslim woman is forbidden to marry a non-Muslim, or a Muslim without writing, in order to preserve the Islamic identity of the family in the Islamic community, and to promote Sharia law. That what is not attributed to it. and since there is a discrepancy between the Arab legal systems imbued with the spirit of Islam and European legal systems that adopt the international model of human rights, this raises an acute problem of conflict of laws.*

**Key Words:** Lineage, mixed marriage, attribution rules, family law.

\* المؤلف المرسل.

**المقدمة:**

إنَّ أول حق يثبت للمولود بعد انفصاله عن أمه هو النسب<sup>1</sup>، الذي يعد أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة ويرتبط به أفرادها برباط دائم من الصلة، تقوم على أساس وحدة الدم، فالولد جزء من أبيه والأب بعض من ولده<sup>2</sup>.

ورابطة النسب هي نسيج الأسرة الذي لا تتفصم عراه، وهو نعمة عظمى أنعمها الله على الإنسان، إذ لولاها لتفككت أواصر الأسرة وانقطعت الصلات بينها، ولما بقي أثر للحنان والرحمة بين أفراد الأسرة الواحدة، لذلك منى الله علينا بالنسب لقوله تعالى: "وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا"<sup>3</sup>.

فقد خلق الله رابطة النسب ليجد الأطفال الضعفاء في ظلالها العطف والرحمة والحنان هذا ما يكفل لهم النشأة الصالحة والتربية الحسنة.

ويشكل نسب الأطفال وجنسياتهم بؤرة لتنازع القوانين، وخاصة في الزواج المختلط بين مختلفي الجنسية ومختلفي الديانة، حيث يمنع زواج المسلمة 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 أن هناك تباين بين الأنظمة القانونية العربية المتشعبة بروح الإسلام والأنظمة القانونية الأوروبية التي تتبنى النموذج الأممي لحقوق الإنسان، فإن هذا يطرح إشكالية حادة في تنازع القوانين<sup>4</sup>.

وعليه نطرح الإشكال التالي: ما هي الآليات التي انتهجها المشرع في تنظيم مسألة إثبات النسب في قواعد الإسناد؟ وما مدى تأثير تباين الأنظمة القانونية للدول في اقتراح الحلول لفض تنازع القوانين في مسألة إثبات النسب؟ وكيف تتدخل مقتضيات النظام العام في موضوع النسب من حيث إثباته أو نفيه في إطار تنازع القوانين؟

وللاجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا على المنهج التحليلي والنقدي، وقسمنا الموضوع إلى مبحثين:

<sup>1</sup> النسب لغة: مصدر نسب، يقال نسبته إلى أبيه نسبا من باب طلب عزوته إليه، جمعه أنساب مثل سبب أسباب، والنسب يكون بالأباء وإلى البلاد، ويكون في الطاعة وغير ذلك.

وانتسب واستنسب، ذكر نسبه، يقاتل للرجل إذا سئل عن نسبه، استنسب لنا أي انتسب لنا حتى نعرفك. والنسب والمناسب، والجمع نساء وأنساء، وفلانا يناسب فلانا فهو نسيبه أي قريبه، وتنسب أي ادعى أنه نسيبك، ورجل نسيب منسوب: ذو حسب ونسب، ويقال: فلان نسيبي، وهو أنسابي؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج01، دار صادر، لبنان، 1988، ص.118-119.

<sup>2</sup> أنظر، خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة والإجتihad القضائي دراسة تحليلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2010-2011، ص.02.

<sup>3</sup> سورة الفرقان، الآية 54.

<sup>4</sup> أنظر، أيت مولود ذهبية، إشكالات إثبات النسب في الزواج المختلط الباطل شرعا بين التشريع وعوائق التطبيق، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، ع.خاص، 2015، ص.194.

## مكانة النظام العام في القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب

سنتكلم في المبحث الأول عن القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط الباطل شرعا، أما المبحث الثاني فسنكلم عن إثبات النسب الناتج عن الزواج مختلط باطل شرعا.

## المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط الباطل شرعا.

من المعلوم أن نسب الولد من الأم يثبت في جميع الحالات سواء من علاقة شرعية أو غير شرعية فهي التي حملت وهي التي وضعت وبالتالي تحمل صفة الأم وتسري بينهما سائر الحقوق من نسب ورضاعة وميراث<sup>1</sup>، وهذا باتفاق فقهاء الشريعة والقانون.

فإنه كذلك من المتفق عليه أن سبب ثبوت نسب الولد من أبيه هو الزواج، فقد أقام القانون مقتنيا بذلك أثر الشريعة الإسلامية علاقة وطيدة بين رابطة النسب ورابطة الزواج فجعل الثانية سبب لثبوت الأولى، فإذا أثمرت مخالطة الرجل بالمرأة نسلا فإنه ينسب للزواج<sup>2</sup>.

وقد وضع المشرع لعقد الزواج أركاناً وشروطاً إذا استوفاهما كان صحيحاً شرعاً وقانوناً، لكن إذا اختل الركن أو أحد الشروط كان الزواج باطلاً أو فاسداً حسب الحالات، فينتقل إلى واقعة لها نظام خاص بها بموجب أحكام القانون<sup>3</sup>.

فما هي هذه الشروط الموضوعية التي يقوم عليها عقد الزواج وما هو القانون الواجب التطبيق عليها؟ خاصة إذا كنا أمام زوجين مختلفي الجنسية من أنظمة قانونية مختلفة؟

## المطلب الأول: الشروط الموضوعية لعقد الزواج.

يعتبر عقد الزواج واقعة مادية وقانونية تربط الرجل والمرأة، ولكي يكون صحيحاً يجب أن يتضمن شروطاً موضوعية تحكمه وهذا ما جرت عليه غالبية دول العالم، إلا أن هناك من اعتبره نظاماً دينياً محضاً، واعتبره آخرون نظاماً مدنياً كالقوانين العربية وبعض القوانين الغربية كالمشرع الفرنسي، وهناك من اعتبر شروطه الموضوعية شروطاً شكلية كالقانون اليوناني مثلاً<sup>4</sup>.

وهذه الاختلافات تزداد حدتها عندما يكون أطراف عقد الزواج مختلفي الجنسية ومختلفي الديانة، مما يؤدي إلى تنازع القوانين قد تؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص باسم النظام العام السائد في كل دولة.

<sup>1</sup> أنظر، الرشيد بن شويخ، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2005، رقم 03، ص. 36؛ راجع أيضاً: خيرة العرابي، حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2011، ص. 31.

<sup>2</sup> أنظر، صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2006-2007، ص. 14.

<sup>3</sup> أيت مولود ذهبية، إشكالات إثبات النسب ...، المرجع السابق، ص. 195.

<sup>4</sup> أنظر، الطيب زروتي، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتها في الزواج المختلط، تعليق على فتوى شرعية المجلس الإسلامي الأعلى، في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، ديوان النشر الجامعي، 1993، ص. 947.

## صورية غربي

وقد استمد المشرع الجزائري أحكام عقد الزواج من الشريعة الإسلامية، وتشمل هذه الشروط الموضوعية ركن الرضا وشروط الصحة والتمثلة في الولي والشاهدان والصدّاق والأهلية وخلو العقد من الموانع الشرعية للزواج وقد تكلم عنها المشرع في المادتين 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة<sup>1</sup>. فبالنسبة لركن الرضا فقد نص عليه المشرع في المادة 09 من قانون الأسرة بقولها: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، ونصت المادة 10 من قانون الأسرة على أنه: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة". فقد اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون في مختلف التشريعات الوضعية، على أن الرضا هو الركن الأساسي الذي يقوم عليه الزواج ويتوقف عليه وجوده، واختلفوا في تسميته فهناك من يطلق عليه تسمية الإيجاب والقبول وهناك من يسميه الصيغة، وهذا اختلاف لفظي فقط، أما المعنى فهو واحد<sup>2</sup>.

وفي حالة تخلف هذا الركن يرى فقهاء الشريعة الإسلامية على بطلان الزواج فهو يصبح كأنه منعدم لما أصابه من خلل، ولم يرتبوا عليه أية آثار، ولم يحلوا به الدخول، واتفقوا على وجوب التفريق بين الزوجين إذا تم الدخول بإعتباره زنا لكنهم اختلفوا في وجوب إقامة حدّ الزنا عليهما فالمالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد يقولون بإقامته<sup>3</sup>، إذا كانا عالمين بالتحريم. في حين يرى أبو حنيفة بأن الزواج الباطل في حد ذاته شبهة تدرأ الحدود، لكن هذا لا يمنع من إنزال عقوبة التعزير عليهما<sup>4</sup>، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد رتب على تخلف الرضا البطلان، في المادة 33 من قانون الأسرة بقولها: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"، فلا ينتج في هذه الحالة العقد أي أثر، ولا ينشأ عنه أي التزام على أحد الزوجين تجاه الآخر، سواء قبل الدخول أو بعده وفي جميع الأحوال فإن مثل هذا العقد الباطل يجوز للنيابة العامة ولكل ذي مصلحة أن يطعن في هذا العقد بالبطلان أمام القضاء<sup>5</sup>.

أما بالنسبة للولي فقد أوجب المشرع الجزائري على المرأة البالغة والقصر إحضار الولي في عقد الزواج وذلك طبقا للمادة 11 قانون الأسرة بقولها: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره

<sup>1</sup> القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع.24، الصادر في 12 يونيو 1984. المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005. ج.ر، ع.15.

<sup>2</sup> أنظر، محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.108.

<sup>3</sup> أنظر، زكريا البري، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص.118-119.

<sup>4</sup> أنظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.01، دار الفكر العربي، لبنان، 1957، ص.152.

<sup>5</sup> أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص.77.

## مكانة النظام العام في القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب

دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له "، فرغم أنه قد اختلف المقصود بالولي عما كان عليه الأمر قبل التعديل، إذ أصبح مفهومه كل شخص تآذن له المرأة لتزويجها أو حضور عقد زواجها، سواء بصفته وليا قريبا أم بعيدا، إلا أن المشرع جعل حضوره شرطا لتمام العقد، فلقد نص قانون الأسرة على أثر تخلف الولي في عقد الزواج في الفقرة الثانية من المادة 33 من قانون الأسرة بقولها: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدق المثل". وبالإضافة إلى الولي هناك الشاهدين والهدف منهما الإعلان والإشهار عن الزواج، لقوله عليه الصلاة والسلام: " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل "، فحضور الشاهدين دليلا لإثبات وإظهار آثار الزواج القانونية أمام القضاء، وقد رتب على تخلف هذا الشرط بفسخه قبل الدخول وثبوته بعده طبقا للمادة 33 من قانون الأسرة.

أما الصدق فيعتبر من الحقوق المالية التي رتبها الشارع الحكيم، فهو الحق المالي الذي يجب على الرجل لإمرأته بالعقد عليها أو الدخول بها ورتب على تخلفه نفس الجزاء المترتب على الشروط السابق ذكرها في المادة 33 من قانون الأسرة.

وفي الأخير اشترط المشرع إضافة إلى الشروط السابقة الأهلية وخلو العقد من الموانع الشرعية، لذلك يعتبر عقد الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة لما ينجم عنه من حقوق وواجبات اجتماعية، ولهذا حدد المشرع الجزائري سن أهلية الزواج في المادة 07 من قانون الأسرة بتمام 19 سنة للرجل والمرأة ويمكن أن يتم الزواج دون هذا السن لكن بشرط الحصول على رخصة من طرف القاضي.

أما بالنسبة للموانع الشرعية فإن العقد يعتبر باطلا إذا تم بإحدى المحرمات والموانع، إذ يجب التقريب بين الزوجين قبل الدخول أو بعده<sup>1</sup>، وهذه المحرمات مقسمة في الشريعة الإسلامية إلى نوعين:

- المحرمات المؤبدة وهي المحرمات بسبب القرابة والمحرمات بسبب المصاهرة والمحرمات بسبب الرضاع<sup>2</sup>.
- المحرمات المؤقتة وهي زوجة الغير والمعتدة من الغير، والمطلقة ثلاث طلاقات متتاليات ومن لا تدين بدين سماوي، والجمع بين أكثر من أربع زوجات وكذلك الجمع بين الأختين أو من في حكمهما، وهذه الموانع نص عليها المشرع الجزائري في المواد 24 و 30 و 08 من قانون الأسرة، هذا بالنسبة للشروط الموضوعية لعقد الزواج لكن ما هو القانون الواجب التطبيق على هذه الشروط؟

## المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية.

إن موضوع اختلاف الدين في الزواج لا زال من الموضوعات المعقدة، لكونها من الموانع القانونية في الجزائر، لذلك يلجأ الطرفان إلى التحايل على القانون والتكر تحت غطاء الإسلام لإتمام الزواج، أما في الخارج أمام القوانين الأوروبية، فقد يجدون المكان الملائم لتجاوز المانع الديني، فيكتفون بإبرام عقود زواجهم

<sup>1</sup> أنظر، العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج.01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص.107.

<sup>2</sup> لقوله تعالى: " حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ..."، سورة النساء، الآية 23.

## صورة غربي

طبقا للقوانين الأجنبية وخاصة عندما يتعلق الأمر بزواج مسلمة بغير مسلم، أو مسلم بغير كتابية في الخارج، وصعوبة الاعتراف به داخل الوطن لاعتباره باطلا عديم الأثر<sup>1</sup>.

أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج فقد اختلفت الآراء فهناك من يخضعها لقانون موطن الزوجين كالقانون الإنجليزي والدول الإسكندنافية، واتجاه ثاني يخضعها لقانون محل إبرام العقد دون التمييز بين شكل وموضوع الزواج، والمعتمد من قبل القانون الأمريكي وبعض دول أمريكا اللاتينية، بينما اتجه ثالث أخضعها لقانون الجنسية المشتركة للزوجين<sup>2</sup>، وأخذت به الدول العربية والقانون الألماني.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخضع الشروط الموضوعية لقانون جنسية كل من الزوجين حسب المادة 11 من القانون المدني<sup>3</sup>: " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين "، واستثناءا يطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج طبقا للمادة 13 من القانون المدني.

وعند اختلاف الزوجين في الجنسية فإننا نطبق التطبيق الموزع للزوجين الأجبيين باستثناء موانع الزواج التي يطبق فيها التطبيق الجامع نظرا لخطورتها فيكفي أن يشمل أحد القانونين على مانع يحول دون إبرام عقد الزواج، ليعتبر باطلا عديم الأثر<sup>4</sup>، وهذا البطلان يقع حتى ولو تم العقد أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، أو غيرهما من الأشخاص المؤهلين قانونا لإبرام عقود الزواج، وتم تسجيله في سجلات الحالة المدنية، فالتسجيل في هذه الحالة لا يزيل عنه صفة البطلان لكون العقد مخالف للنظام العام طبقا لنص المادة 24 من القانون المدني.

لكن السؤال الذي يمكن أن يطرح هو وضع الولد الناتج عن هذا الزواج هل يثبت نسبه أم لا؟

## المبحث الثاني: إثبات النسب في الزواج المختلط الباطل شرعا.

القاعدة العامة في معظم التشريعات، أن البطلان في العقود يكون بأثر رجعي ليعتبر العقد وكأن لم يكن فلا تترتب عنه آثار قانونية، بالتالي الباطل من الزواج لا يوجب أثرا وإن اتصل بدخول، بل إن الدخول فيه زنى يوجب الحد شرعا، ولأن زواج المسلمة بغير مسلم، أو مسلم بغير كتابية، ممنوع شرعا بالكتاب

<sup>1</sup> أيت مولود ذهبية، إشكالات إثبات النسب ...، المرجع السابق، ص.195.

<sup>2</sup> أنظر، درية أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين العربية، دفا تر السياسة والقانون، ع.04، 2011، ص.239.

<sup>3</sup> الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني، ج.ر.ع.78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر.ع.44، الصادرة في 2005/06/26.

<sup>4</sup> أنظر، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج.01، دار هوم، الجزائر، 2003، ص.230-234.

## مكانة النظام العام في القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب

والسنة والإجماع<sup>1</sup>، فإن وقع فهو باطل ولا تترتب عليه الآثار الشرعية المترتبة عن الزواج الصحيح، وأهمها أن الأولاد الناتجين عم هذا الزواج يكونون غير شرعيين<sup>2</sup>.

ويلاحظ بأن المشرع الجزائري يثبت النسب حتى من الزواج غير الصحيح مهما كانت جسامته الخلل، وفقا لقرينة الولد للفراش، حتى وإن كان الزواج باطلا فإنه ينسب للزوج طبقا لنص المادة 40 و 34 من قانون الأسرة، بقولهما: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بكناح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون"، "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الإستبراء".

وهذا على عكس الشريعة الإسلامية التي تفرق بين العلم وعدم العلم من طرف الزوج فإذا لم يكن عالم بالحرمة يثبت النسب، أما إذا كان عالم بالحرمة يعتبر زنى ولا يثبت النسب فيه.

هذا بالنسبة لإثبات النسب، لكن ما هو القانون الواجب التطبيق لإثبات النسب في الزواج الصحيح أي الولد الشرعي (المطلب الأول)، وفي الزواج غير الشرعي (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق لإثبات نسب الولد الشرعي.**

يقصد بالبنوة الشرعية نسب الولد لأبويه نتيجة لعقد زواجهما الصحيح شرعا، وقد اختلف الفقهاء وحتى التشريعات حول مسألة القانون الواجب التطبيق على البنوة الشرعية فهناك من أخذ بجنسية الأب والبعض الآخر بجنسية الأم، أو جنسية الابن وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة نجد بأن مواقف الدول متباينة في مسألة تعيين القانون الذي يحكم النسب، فبعضها يخضعه لقانون جنسية الابن على أساس أن النسب جزء من حالته الشخصية<sup>3</sup>.

كما أن الإبن هو الطرف الضعيف في العلاقة مما يجب إخضاعه لقانون الدولة التي ينتمي إليها يوم ميلاده بغض النظر عن أي تغيير لاحق في هذه الجنسية بعد ولادته بشرط ألا يكون هذا القانون مخالفا للنظام العام في دولة القاضي، وقد أخذ القانون البولوني بهذا الرأي<sup>4</sup>.

وهناك اتجاه آخر يقول بإخضاع النسب لقانون جنسية الأم على اعتبار أنها المحور الأساسي لكل دعاوى النسب كما أن ثبوت النسب من الأم نادرا ما يكون مجهولا وقد أخذ القانون الفرنسي قبل التعديل بهذا الرأي الصادر في 03 جويلية 1972<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> أنظر، عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص.117.

<sup>2</sup> أيت مولود ذهبية، إشكالات إثبات النسب ...، المرجع السابق، ص.200.

<sup>3</sup> أنظر، زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص.93-94.

<sup>4</sup> أنظر، غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط.02، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.183.

<sup>5</sup> أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص ...، المرجع السابق، ص.264.

## صورة غربي

ويرى اتجاه ثالث أن القانون الواجب التطبيق لا يخرج عن أن يكون قانون جنسية الأب وقت الزواج باعتبار أن النسب الشرعي لا يتصور فيه الانتساب إلى أحد الوالدين دون الآخر لمجرد أن الدعوى رفعت ضد واحد فقط منهما، فالنسب الشرعي لا يخرج عن أن يكون أثر من آثار الزواج. ولقد أخضع المشرع الجزائري آثار الزواج بموجب المادة 12 من القانون المدني، إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، إلا أن النسب ورغم اعتباره من آثار الزواج، فقد استأثر بقاعدة إسناد خاصة به وحسم الأمر صراحة في المادة 13 مكرر من القانون المدني والتي تقضي: " يسرى على النسب والاعتراف به وإنكاره، قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل.

وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل، يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة ". ويرجع تقضيل المشرع الجزائري لقانون جنسية الأب على قانون جنسية الأم إلى الدور المعترف به للرجل في الدول العربية، كما يصعب تصور تطبيق الجامع لقانون الأبوين، ومتى تبين أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على النسب استنادا إلى المادة 13 مكرر سالف الذكر، فإن المواد 40 إلى 46 قانون الأسرة هي التي تنظم هذه المسألة.

## المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على نسب الولد غير الشرعي

الولد غير الشرعي هو الذي ينشأ خارج إطار الزواج، أي علاقة غير مشروعة بين رجل وامرأة، وهذه الحالة تثير إشكالا كبيرا في تنازع القوانين خاصة إذا علمنا أن عدة دول إسلامية ومنها الجزائر لا تعترف بهذا النوع من البنوة.

فبالنسبة للمشرع الجزائري، فيثبت نسب الولد الطبيعي لأمه فقط سواء كان الأب معروفا أو مجهولا، فلا تسري عليه أحكام المادة 13 مكرر من القانون المدني، لعدم الاعتراف بالأسرة الطبيعية بالتالي لا يمكن تطبيق القانون الذي يحكم آثار الزواج، لعدم وجود حقوق مكتسبة لحمايتها<sup>1</sup>.

وأمام البحث عن هذا القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة يتنازع القضاء والفقه المقارن في هذا الصدد إلى عدة اتجاهات، فمنهم من ذهب إلى تطبيق قانون جنسية الولد وذلك لحماية الولد وإثبات مدى حقه في النفقة اللازمة لإستمرار حياته، كما أن الدعوى الطبيعية تتصل بحالة الولد والقاعدة أن القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص هو قانون جنسيته<sup>2</sup>.

وهناك من ذهب إلى تطبيق قانون جنسية الشخص المراد الانتساب إليه سواء كان أبا أو أما وهو ما تحتمه طبيعة البنوة غير الشرعية التي تفرض على الولد الانتساب إلى أحد الوالدين دون الآخر<sup>3</sup>. ويرى محند إسعاد أنه من الأفضل تطبيق القانون الأكثر ملاءمة لمصلحة الولد، ما لم يصطدم بالنظام العام وذلك أخذا بالحل الوظيفي الذي يجعل مصلحة الطفل فوق كل اعتبار<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> أيت مولود ذهبية، إشكالات إثبات النسب ...، المرجع السابق، ص.204.

<sup>2</sup> أنظر، صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، ط.01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص.119.

<sup>3</sup> صلاح الدين جمال الدين، نفس المرجع.

## مكانة النظام العام في القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب

وفي تقدير الأستاذ أعراب بلقاسم يستحسن تطبيق قانون القاضي لما له من اختصاص عام للتقليل من استعمال النظام العام في مواجهة القانون الأجنبي الذي يأخذ بالنسب الطبيعي، ذلك أن الشريعة الإسلامية التي هي روح النظام العام في الجزائر لا تعترف بالنسب الطبيعي<sup>2</sup>.

وصفوة القول إن المسائل المتعلقة بالنسب تعتبر من النظام العام لكونها مسائل جد حساسة تمس المجتمع وتمس الشريعة الإسلامية التي اعتبرت من الكليات الخمس التي يقوم عليها الشرع الإسلامي، لذلك على المشرع أن يكون حذرا في معالجته لمسائل النسب سواء في قانون الأسرة أو في القانون الدولي الخاص.

## الخاتمة:

وصفوة القول أن المسائل المتعلقة بالنسب تعتبر من النظام العام لكونها مسائل جد حساسة تمس المجتمع وتمس الشريعة الإسلامية التي اعتبرت من الكليات الخمس التي يقوم عليها الشرع الإسلامي، لذلك على المشرع أن يكون حذرا في معالجته لمسائل النسب سواء في قانون الأسرة أو في القانون الدولي الخاص.

خاصة وأن نسب الأطفال وجنسياتهم في الزواج المختلط سواء بين مختلفي الديانة أو الجنسية يُعد بؤرة لتنازع القوانين، لكون هذه الظاهرة قد تفتت بشكل كبير في الآونة الأخيرة في أوساط الجالية الإسلامية والجزائرية بوجه خاص في دول الغرب.

## قائمة المصادر والمراجع:

## أ- الكتب:

- 1- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج01، دار صادر، لبنان، 1988.
- 2- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج.01، دار هوم، الجزائر، 2003.
- 3- الطيب زروتي، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط، تعليق على فتوى شرعية المجلس الإسلامي الأعلى، في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، ديوان النشر الجامعي، 1993.
- 4- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج.01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

<sup>1</sup> أنظر، رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص.47.

<sup>2</sup> أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص ...، المرجع السابق، ص.265؛ أيت مولود ذهبية، إشكالات إثبات النسب ...، المرجع السابق، ص.205.

## صورية غربي

- 5-صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، ط.01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
  - 6-عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006.
  - 7-عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
  - 8-غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (تتازع القوانين)، تتازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط.02، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
  - 9-زكريا البري، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة.
  - 10-محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
  - 11-محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.01، دار الفكر العربي، لبنان، 1957.
- ب-أطروحات الدكتوراه ومذكرات الماجستير:**
- 1-خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة والإجتهد القضائي دراسة تحليلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2010-2011.
  - 2-خيرة العرابي، حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2011.
  - 3-صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2006-2007.
  - 4-زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.
  - 5-رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.
- ج-المقالات:**
- 1-الرشيد بن شويخ، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2005، رقم 03.
  - 2-أيت مولود ذهبية، إشكالات إثبات النسب في الزواج المختلط الباطل شرعا بين التشريع وعوائق التطبيق، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، ع.خاص، 2015.
  - 3-درية أمين، تتازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين العربية، دفا تر السياسة والقانون، ع.04، 2011.

مكانة النظام العام في القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب

---

د-النصوص القانونية:

- 1-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني، ج.ر.ع.78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر.ع.44، الصادرة في 26/06/2005
- 2-القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ع.24، الصادر في 12 يونيو 1984. المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005. ج.ر.ع.15.