وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة بلحاج بوشعيب عين تموشنت

كلية الحقوق

القانون الواجب التطبيق علي النسب في القانون الدولي الخاص

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون خاص

إعداد الطالبين:

منهوج سفيان هواري

جريوات يحياوي

تحت إشراف الدكتور : بوجاني عبد الحكيم

تحت إشراف الأساتذة

بدير يحي	أستاذ محاضر "أ"	رئيسا
بوجاني عبد الحكيم	أستاذ محاضر "أ"	مشرف و مقرر
خرشي عثمان	أستاذ مساعد "ب"	ممتحنا 1
بن دريس سمية	أستاذة مساعدة "ب"	ممتحنا 2

السنة الجامعية : 2023 – 2024

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله كثيرا حتى يبلغ الحمد منتهاه والصلاة والسلام علي أشرف مخلوق أناره الله بنوره و اصطفاه.

وانطلاقا من باب من لم يشكر الناس لم يشكر الله، أتقدم بخالص الشكر والتقدير للأستاذ المشرف الدكتور " **بوجاني عبد الحكيم** " على إرشاداته وتوجيهاته الذي لم يبخل به علينا يوما.

و كل المجهودات المبذولة من طرفه.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى من رافقنا في هذا العمل سواء من قريب أو من بعيد.

كما لا أنسي أن أشكر جميع الأساتذة و المؤطرين الذين قدموا لنا يد المساعدة والي كل الزملاء الذين تتلمذنا على أيديهم وأخذنا منهم الكثير، و على رأسهم الأستاذ الدكتور " **بدير يحي** " و الأستاذ الدكتور" **مستاري محمد الأمين**".

الإهـــــــــداء

أحمد الله عز وجل على منه و عونه لإتمام هذا البحث.

إلى الذي وهبني كل ما يملك حتى أحقق له آماله، إلى من كان يدفعني قدما نحو الأمام لنيل المبتغى، إلى الإنسان الذي أمتلك الإنسانية بكل قوة، إلى الذي سهر على تعليمي بتضحيات جسام مترجمة في تقديسه للعلم، إلى مدرستي الأولى في الحياة، أبي الغالي على قلبي أطال الله في عمره؛ إلى التي وهبت فلذة كبدها كل العطاء و الحنان، إلى التي صبرت على كل شيء، التي رعتني حق الرّعاية و كانت سندي في الشدائد، و كانت دعواها لي بالتوفيق، تتبعني خطوة خطوة في عملي، إلى من ارتحت كلما تذكرت ابتسامتها في وجهي نبع الحنان أمي أعز ملاك على القلب و العين جزاها الله عني خير الجزاء في الدارين؛ إليهما أهدي هذا العمل المتواضع لكيّ و إلى كل من يؤمن بأن بذور نجاح التغيير هي في دواتنا و في أنفسنا قبل أن تكون في أشياء أخرى...

قال الله تعالى : "إن الله لا يغير ما بقوم حتى يغيروا ما بأنفسهم"الآية 11من سورة الرعد

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل

قائمة أهم المختصرات

ص: صفحة

ط: طبعة

ع: عدد

ق.د قانون دولي

ق. إ. ج: قانون الإجراءات الجزائية

م. ق: مجلة قضائية

مـــــقدمـــــة

يشكل النسب واحدة من أهم المسائل في مجال القانون الدولي الخاص، حيث يتطلب تحديده التعامل مع جوانب قانونية متعددة ومعقدة، تتأثر بعوامل مثل الجنسية، الموطن، ومكان الإقامة. يعتبر النسب علاقة قانونية ترتبط بأصل الفرد وحقوقه وواجباته تجاه والديه، مما يجعل هذه المسألة ذات أهمية قصوى في المجتمعات المعاصرة. إن تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب يهدف إلى تحقيق التوازن بين احترام القوانين الوطنية وضمان حقوق الأطراف المعنية، وخاصة مصلحة الطفل الفضلى.

في ظل تنامي العولمة وزيادة حالات الزواج المختلط والهجرة، أصبح من الضروري وضع قواعد واضحة ومحددة في القانون الدولي الخاص لمعالجة مسائل النسب التي تتجاوز الحدود الوطنية. هذا الأمر يتطلب التنسيق بين الأنظمة القانونية المختلفة وتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص لضمان عدم تعارض القوانين وتحقيق العدالة بين الأطراف.

عادة ما يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب من خلال مجموعة من المعايير المتعارف عليها في القانون الدولي الخاص، والتي تشمل قانون الجنسية، قانون الموطن، وقانون محل الإقامة الفعلية. كما يمكن أن تلعب الاتفاقيات الدولية دوراً مهماً في هذا السياق، مثل اتفاقية لاهاي بشأن حماية الأطفال والتعاون في مجال التبني الدولي، والتي تهدف إلى توفير إطار قانوني موحد لحماية حقوق الأطفال عبر الحدود.

و تعتبر الرابطة الزوجية أساس قيام الأسرة التي تعتبر الخلية الأساسية للمجتمع. وتتفق الشرائع السماوية و القوانين الوضعية المستنبطة من الشريعة الإسلامية على ضرورة ضبط العلاقة بين الرجل والمرأة، و لما كان الإنسان هو غاية كل قانون فإن المشرع الجزائري من خلال المادة الرابعة من قانون الأسرة كرس تلك الغاية في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة و التعاون وإحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب، ومن ذلك اشترط القانون لقيام هذه الرابطة توافر عدة شروط جوهرية أساسية لقيام العلاقة الصحيحة و من هنا فهي ترتب آثار فيما بين الطرفين ومن هذه الآثار التي تمس الأبناء فهي الاعتراف بالنسب.

فيعتبر النسب من أهم المسائل البالغة الأهمية فهو يعد من بين الحقوق اللصيقة بالطفل و فالنسب يرتب حقوقا للفرد وللمجتمع ككل فهو يمثل العمود الفقري الذي يشكل التوازن داخل الأسرة وخارجها و لقد أولت الشريعة الإسلامية لمسألة إثبات النسب عناية خاصة و أحاطتها بسياج منيع من الأحكام لضمان إثباته وحفظه إذ نجد أن الشرع قد ألغى كل نسب خارج إطار العلاقة الشرعية. ولقد فرق الفقه بين النسب الشرعي

والنسب الطبيعي، فالنسب يعتبر من أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة وترتبط بها أفرادها برباط دائم من الصلة.

النسب 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 من أهمية في القانون الدولي الخاص حينما تكون بصدد زواج مختلط مبني على علاقة شرعية أو 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 إن كانت مسألة النسب محكومة بقانون الجنسية فإن الأمر يعترض ببعض الصعوبات للقاضي عند تطبيقه للقانون المختص على العلاقة ذات العنصر الأجنبي كان يكون الشخص المراد تطبيق جنسيته متعدد الجنسيات. هنا القاضي يطبق جنسية واحدة من بين الجنسيات المتنازعة.

ولكي يتسنى لنا تحديد القانون الواجب التطبيق لابد من تحديد المقصود بالنسب الشرعي و مسألة النسب هي من مسائل الأحوال الشخصية و لقد انحاز المشرع الجزائري و أغلب التشريعات العربية لقانون الجنسية بوضوح فإن موضوع النسب من بين أهم المواضيع التي تستوجب البحث والدراسة كون النسب حق من الحقوق التي أثبتتها الشريعة الإسلامية و كونه يتعلق بشرف وكرامة الأفراد ويعبر عن الوجود الإنساني و أهم ما دفعنا للبحث في هذا الموضوع هو اهتمام المشرع الجزائري به لان النسب في القانون الجزائري يعد من أهم المواضيع الحساسة فأحكامه مستمدة من الشريعة الإسلامية 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.

في ظل التعدد القانوني والثقافي العالمي، **كيف يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب في القانون الدولي الخاص، خاصة عندما يتعارض أنظمة القوانين الوطنية مع بعضها البعض؟**

و من هذه الإشكالية هناك عدة نقاط مهمة تتعلق بتفاصيل وتطبيقات هذا النوع من القانون حيث أنه توجد التساؤلات الفرعية التي يمكن أن تناولها من خلال :

كيفية تحديد القانون المعمول به في مسألة النسب؟

ما هي الأسس التي يجب أن يُعتمد عليها لتحديد القانون الذي ينبغي تطبيقه في حالات النسب بين أفراد من دول مختلفة؟

ما هو تأثير التشريعات الوطنية على تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب؟

كيف يؤثر التنوع القانوني والثقافي بين الدول على تحديد القوانين المعمول بها في قضايا النسب؟

ما هي الآليات المتاحة لتسوية النزاعات القانونية بشأن النسب بين الدول؟

هل هناك آليات دولية أو إقليمية تساعد في حل النزاعات الناشئة عن تعارض القوانين الوطنية في قضايا النسب؟

أهداف دراسة

دراسة القانون الواجب التطبيق على النسب في القانون الدولي الخاص تهدف إلى تحقيق عدة أهداف أساسية تتعلق بحماية حقوق الأفراد والأطفال وتوفير إطار قانوني يسهم في تسوية النزاعات عبر الحدود. إليكم بعض الأهداف الرئيسية لهذه الدراسة: ضمان تحديد النسب بشكل صحيح يساهم في حماية حق الطفل في الهوية والاعتراف القانوني به و تأمين حقوق الأطفال في الحصول على الجنسية، والميراث وغيرها من الحقوق القانونية المتعلقة بالنسب بالإضافة إلى فهم كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق في حالات تنازع القوانين بين الدول المختلفة، مما يسهل حل النزاعات ويقلل من التعقيدات القانونية و فهم كيفية تطبيق الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية لاهاي لحماية الأطفال والتعاون في مجال التبني الدولي، وتعزيز التعاون الدولي في حماية حقوق الأطفال وتوفير الحماية المناسبة و كذلك تحقيق عدالة أكبر في التعامل مع قضايا النسب، ومنع التمييز بين الأفراد على أساس النسب أو الجنس أو أي عوامل أخرى و تأمين حقوق الوالدين في الاعتراف بنسب أطفالهم والمشاركة في حياة أطفالهم بشكل كامل ومناسب.

فهم القوانين المتعلقة بالتبني الدولي والمحلي، وتحسين الإجراءات لضمان حقوق الأطفال والأسر في هذه العمليات و كذلك تزويد الأفراد والأسر بالمعلومات اللازمة حول حقوقهم والإجراءات القانونية المتعلقة بالنسب وتبني الأطفال.

أهمية الدراسة

دراسة القانون الواجب التطبيق على النسب في القانون الدولي الخاص تحمل أهمية كبيرة، نظراً للأبعاد القانونية والاجتماعية والإنسانية المرتبطة بهذه القضايا. حيث تتداخل الأنظمة القانونية الوطنية والدولية في تحديد القواعد التي تحكم مسائل النسب، مما يخلق تحديات وفرصاً لتحقيق العدالة وحماية حقوق الأفراد، خاصة الأطفال. إليكم بعض النقاط التي تبرز أهمية هذه الدراسة: ضمان تحديد نسب الطفل بدقة يسهم في حماية حقه في الهوية والاعتراف القانوني، وهو أمر جوهري في تحديد حقوقه الأخرى مثل الجنسية والميراث و دراسة القوانين المختلفة تمكن من الاختيار الأنسب الذي يحقق المصلحة الفضلى للطفل، خصوصاً في حالات التبني أو النزاعات الأسرية و تساعد في تحديد القانون الأنسب الذي يجب تطبيقه عند وجود نزاع بين قوانين الدول المختلفة، مما يقلل من التناقضات القانونية ويحقق العدالة و كذلك دراسة كيفية تطبيق القوانين المختلفة يمكن أن تقلل من التعقيدات والإجراءات الطويلة في حل النزاعات المتعلقة بالنسب. و تشجع على تنسيق وتوحيد القوانين بين الدول المختلفة لتسهيل حل النزاعات عبر الحدود، بالإضافة إلى ضمان الدراسة حماية حقوق جميع الأطراف المعنية، بما في ذلك حقوق الوالدين في الاعتراف بنسب أطفالهم وحقوق الأطفال في الحصول على الدعم والرعاية و مساعدة على منع التمييز وتحقيق المساواة من خلال تطبيق قوانين تتماشى مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان و الإسهام في تحقيق شفافية أكبر وإنصاف في التعامل مع قضايا النسب، مما يعزز الثقة في النظام القانوني و تمكين من حل النزاعات بفعالية أكبر من خلال فهم دقيق للقوانين المختلفة وتطبيقها بشكل مناسب.

المنهج المستخدم :

استنادا إلى 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 وتعريف النسب الغير شرعي.

2. المنهج التحليلي

وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية كنص المادة 13 مكرر قانون مدني وتبيان موقف المشرع الجزائري، لكن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي لقانون الأسرة الجزائري.

3. المنهج المقارن

أبرزنا بعض مواقف المحكمة العليا من المسائل المتعلقة بهذا الموضوع.

أسباب اختيار الموضوع :

الاهتمام الشخصي بحقوق الإنسان وحماية حقوق الأطفال بشكل خاص .

الرغبة في فهم التحديات القانونية الدولية و كذا المساهمة في البحث القانوني و الرغبة العمل في مجال القانون الدولي.

صعوبات البحث :

تعارض القوانين بين الدول المختلفة. تختلف التشريعات الوطنية بشكل كبير فيما يتعلق بمسائل النسب، مما يجعل من الصعب تحديد القانون الواجب التطبيق.

تداخل الاختصاص القضائي، حيث يمكن لأكثر من دولة ادعاء الاختصاص بالنظر في قضية النسب

إلى جانب ذلك قلة المراجع التي تتناول هذا الموضوع بالتحديد .

تقسيم البحث :

وبناء على ما تقدم يطرح موضوع الدراسة إشكالية مفادها ما هو القانون الواجب التطبيق علي النسب في القانون الدولي الخاص وللإجابة على الإشكالية المطروحة أعلاه يتم تقسيم الموضوع إلى فصلين وهما :

الفصل الأول الإطار القانوني لمفهوم النسب في القانون الدولي

أما الفصل الثاني فقد جاء بعنوان الفصل الثاني : قاعدة التنازع في موضوع النسب

الفصل الأول

الإطار القانوني لمفهوم النسب

في القانون الدولي

تمهيد :

تعتبر رابطة البنوة أو النسب بالنسبة لوضعية الطفل الناتج عن طرفين أجانب عن الروابط التي تخضع المبدأ القانون الشخصي للأجانب والذي يحدد بدوره الحالات التي يتحقق من خلالها رابطة النسب والمتمثلة بالبنوة الطبيعية إضافة للبنوة الشرعية، كما تبقى إشكالية البنوة والنسب بالنسبة للطرفين الأجنبيين مع اختلاف جنسيتها أو اتحادهما، وأهم ما يترتب عن الزواج بالنسبة للأولاد هو تحديد نسبهم لأب معين وأم معينة، بالإضافة إلى ما ينطوي عليه من اعتبارات أدبية واجتماعية ونفسية وعاطفية على درجة كبيرة من الأهمية، فإنه يرتبط بآثار قانونية من حضانة ونفقة واسم وميراث. وهذه المسائل الأخيرة المذكورة تعتبر من بين الإشكالات القانونية التي تعتري العلاقات الخاصة الدولية والتي يفرزها خاصة عقد الزواج المختلط والتي يقع على القاضي البحث عن القانون الأنسب لحكم العلاقة بما يحقق العدالة للأطراف المتنازعة والتطبيق الصحيح للقانون و من خلال هذا الفصل سنقسمه إلى مبحثين ، المبحث الأول تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب أما المبحث الثاني فكان حول آثار الدفع بالنظام العام وتطبيقاته على النسب.

المبحث الأول:

مفهوم إثبات النسب.

إثبات النسب هو العملية القانونية التي تُستخدم لتأكيد العلاقة البيولوجية والقانونية بين الطفل و والديه. يشمل هذا الإجراء تقديم الأدلة التي تثبت أن شخصاً معيناً هو الأب أو الأم البيولوجية للطفل. يعتبر إثبات النسب أساسياً لضمان حقوق الطفل القانونية والمدنية و من خلال هذا المبحث سنقسمه إلى مطلبين المطلب الأول مفهوم إثبات النسب و أهميته أما المطلب الثاني أهميته إثبات النسب بالبصمة الوراثية و تحليل الدم.

المطلب الأول:

مفهوم إثبات النسب

لقد أولت الشريعة الإسلامية النسب عناية فائقة لكونه مقصداً من مقاصد الدين، وحفظ هذا المقصد من المصالح التي تقيم أركان الشريعة، ولا بد أن يقف الباحث على المعنى اللغوي والاصطلاحي للنسب و أهميته.

الفرع الأول :

مفهوم إثبات النسب لغة و إصلاحا

أولا : لغة

الإثبات لغة من ثبت الشيء يثبت ثبوتاً دام واستقر، وثبت الأمر : صح، والثبت الحجة. [1]النسب لغة القرابة، والجمع أنساب والنسبة مصدر الانتساب.[2] قال تعالى: وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَله نسبا

[1]الرازي: مختار الصحاح 48 والفيومي المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، 1/80.

[2]مجمع اللغة العربية، إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة القاهرة، الطبعة الثانية، 2/916. الزبيدي، أبو الفيض محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، الملقب بمرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، 4/260

وصهرا [1]، أي: هو الذي خلق من مني الرجل والمرأة ذرية ذكوراً وإناثاً، فنشأ من هذا قرابة النسب وقرابة المصاهرة، [2]فالنسب أن يجتمع مع آخر في أب وأم قرب ذلك أو بعد[3]. مصطلحات لها علاقة بالنسب :[4]

الولاء : الملك والقرب والقرابة والنصرة والمحبة، وهو ثبوت حكم شرعي بالعتق أو تعاطي أسبابه،[5] والصلة بينهما أن كلا منهما سبب للإرث .الرحم موضع تكوين الولد ثم سميت القرابة والوصلة من جهة الولاء رحما، وهو كل قريب والصلة بينهما أن كلا منهما سبب للإرث.

المصاهرة تطلق على قرابة النكاح والصلة بين النسب والمصاهرة أنه يثبت بالمصاهرة بعض أحكام النسب.

الرضاعة: اسم الحصول لبن المرأة أو ما حصل من لبنها في جوف طفل بشروط مخصوصة والصلة بين النسب والرضاعة أنه يثبت بالرضاعة بعض أحكام النسب العدد القريب من الآباء إلى الجد الأكبر، العصبة بنوه وقرابته لأبيه، سموا بذلك، لأنهم عصبوا به، أي أحاطوا به.

ثانيا : إصلاحا

الإثبات بمعناه العام هو الحكم باستقرار شيء الآخر[6].

الإثبات بمعناه الخاص : إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يجدها القانون على صحة واقعة قانونية يدعيها أحد طرفي الخصومة وينكرها الطرف الآخر[7].

---

[1]الفرقان: 54

[2]القرطبي : أبو عبد الله محمد بن أحمد بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن – تفسير القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية – القاهرة، الطبعة الثانية 1384هـ – 1964م، 13/59

[3]أبو حيان محمد بن يوسف بن علي بن يوسف بن حيان أثير الدين (ت: 745هـ)، البحر المحيط في التفسير، تحقيق : صدقي محمد جميل، دار الفكر – بيروت، 1420هـ ، 8/119

[4]الموسوعة الفقهية الكويتية 40/233 و 3/42

[5]المعجم الوسيط، 2/1058

[6]الجرجاني علي بن محمد بن علي الزين الشريف (ت 816هـ)، التعريفات دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى 9.1403هـ 1983م،ص9.

[7]أبو بكر: عوض عبد الله نظام الإثبات في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، العدد 147،58.

وقد اتفق الفقهاء [1]على أن الحجج الشرعية التي يعتمد عليها القاضي ويبني حكمه بها هي:

الإقرار، الشهادة، اليمين، والقسامة، ثم اختلفوا فيما وراء ذلك[2]*

أما النسب في الاصطلاح فلا يكاد يخرج عن المعنى اللغوي للنسب وهو القرابة فعرفه الحنفية بأنه الانتساب إلى الآباء[3].

والمالكية: عرفوا النسب بالقرابة والانتساب لأب معين[4].

وعرفه الشافعية بقولهم: هو القرابة[5].

---

[1]حاشية ابن عابدين 462/4، بداية المجتهد 512/2، نهاية المحتاج، 314/8، كشاف القناع،ص 367/6.

[2]ذهب جمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه يقضي بالشاهد مع اليمين في الأموال أو ما يؤول إليها، وأنكر ذلك أبو حنيفة والأوازعي (بداية المجتهد (507/2) وزاد أبو اليسر محمد بن محمد بن خليل المعروف بابن العرس من الحنفية القرينة الواضحة البحر الرائق 224/7) ومن الفقهاء كإبراهيم بن علي بن محمد المعروف بابن فرحون (تبصرة الحكام (2/111)من لم يحصر طرق الإثبات في أنواع معينة، واعتبر أن كل ما يبين الحق ويظهره يكون دليلاً للقاضي ببني عليه

[3]ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي (ت 1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر- بيروت الطبعة الثانية، 1412هـ - 1992م، 2/540

الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي (ت 1241هـ)، بلغة السالك الأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، 4/616

الشربيني شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب (ت 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1415هـ - 1994م، 3/304

ابن أبي تغلب عبد القادر بن عمر بن عبد القادر بن عمر بن أبي تغلب بن سالم التغلبي (ت 1135هـ)، نيل المآرب يشرح دليل الطالب، تحقيق د. محمد سليمان عبد الله الأشقر رحمه الله ، مكتبة الفلاح الكويت، الطبعة الأولى 1403هـ- 1983، 55/2

الأحزاب : 5

البخاري : صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب من ادعى إلى غير أبيه (6766)، 8/156.

[4]ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي (ت 1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر- بيروت الطبعة الثانية، 1412هـ - 1992م، 2/540

[5]الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي (ت 1241هـ)، بلغة السالك الأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، 4/616

أما الحنابلة فعرفوا النسب بأنه القرابة، وهي الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة[1].

جميع التعريفات السابقة لمفهوم النسب قد اشتركت في القرابة وصلة الإنسان بأبيه وأجداده، قال تعالى: ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللهِ ،[2] وقال رسول الله (صلى الله عليه و سلم): من ادعى إلى غير أبيه، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ غَيْرُ أبيه، فَالْجَنَّةُ عَلَيْه حرام،[3] فقد أمر الله تعالى أن ينسب الشخص إلى أبيه وهو النسب الحقيقي وحرم التبني، وقد نهت الشريعة الإسلامية عن انتساب الأشخاص إلى غير آبائهم. وثبوت النسب الذي هو موضوع الرسالة ويقصد به استقرار النسب ولزومه على وجه تترتب عليه آثاره الشرعية بشروط خاصة[4].

الفرع الثاني

أهمية إثبات النسب في حفظ النسل و حفظ أفراد الأسرة

إثبات النسب هو عملية حاسمة في النظام القانوني والاجتماعي، حيث يهدف إلى تأكيد العلاقة البيولوجية والقانونية بين الطفل ووالديه. تتجلى أهمية إثبات النسب في عدة جوانب تتعلق بحفظ النسل وحماية حقوق أفراد الأسرة.

أولا : أهمية إثبات النسب في حفظ أفراد الأسرة والمجتمع.

لقد حرص الإسلام على حفظ النسل الذي يؤدي إلى حفظ المجتمع الإسلامي وتماسكه و إعماره، وجعل النسب رابطة عظيمة وحافظ عليها ولم يتركها إلى الأهواء والفساد والاضطراب خاصة في العصر الحديث، وما تعاني منه المجتمعات الغربية من أزمة أخلاقية وأسرية، خاصة بعد الانتشار الكبير للعلاقات المحرمة بين الرجل والمرأة وضياع الأطفال وفساد الأخلاق وكثرة إجهاض الأجنة للتخلص من أطفال العلاقات المحرمة، فأسس قواعدها على أسس سليمة واعتنى بها أشد عناية. وقد شرع الإسلام تشريعات من شأنها أن تحافظ على سلامة الأنساب، وإيجاد أسر ومجتمعات إسلامية قوية يسودها الاستقرار و الوحدة.

---

[1] الشربيني شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب (ت 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1415هـ - 1994م،ص 304.

الاحزاب الاية رقم 05.

[3] البخاري : صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب من ادعى إلى غير أبيه (6766)، ص156.

[4] اخلاف عبد الوهاب (ت 1375هـ)، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار الكتب المصرية القاهرة الطبعة ص 13-16

ومن هذه التشريعات:

1تشريع الزواج والترغيب فيه: لقد شرع الله الزواج لحكم كثيرة، منها: حفظ الأنساب من الاختلاط والضياع وصيانة الأزواج من الوقوع فيما حرمه الله تعالى، قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾

،[1] وقال أيضا : " ﴿ انْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا﴾2.

–2التحذير من الزنا والقذف[3] وفرض العقاب على مقترفه إذ يعد الزنا مضيعة للأنساب واختلاطها، فأوجد الإسلام حد الزنا وجعله عقوبة رادعة على من تسول له نفسه اقترافه، قال تعالى : **الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخَذُكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بالله واليوم الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ[4].**

وحذر الشارع من هتك الأعراض وقذف المسلمات وعده من كبائر الإثم والفواحش، وأوجب الحد على القاذف، قال تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ، وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ** ،[5] فأوجب الشارع على القاذف إن لم يقم بينة على كلامه ثلاثة أحكام، وهي: أن يجلد ثمانين جلدة وأن ترد شهادته وأن يكون فاسقاً ليس بعدل لا عند الله ولا عند الناس، [6]وهي عقوبة رادعة لكل من يتهاون في أعراض المسلمين ووسيلة من وسائل حفظ النسل.

---

[1]النساء: 1.

[2]النساء: 3

[3]القذف لغة: الرمي عن بعيد ثم استعير للمشتم، وشرعاً رمي مخصوص هو الرمي بالزنا والنسبة إليه. البركتي: محمد عميم الإحسان المجددي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1424هـ – 2003، ص172

[4]الدور : 2

[5]النور : 4

[6]ابن كثير: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري الدمشقي (ت 774هـ) ، تفسير القرآن العظيم، التحقيق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 1420هـ – 1999م، 6/14

3- التحذير من العزوف عن الزواج وما يسبب من انتشار للفتن والفواحش وتفشي المنكرات فالنفس البشرية بطبعها تميل إلى الزواج خلقة وإيجاد النسل، والغريزة الجنسية لا يمكن لأحد بترها أو الاستغناء عنها، وقد ضبطها الإسلام بالزواج ومنع الرهبانية وحذر منها، فقد جاءَ ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي (ع)، يَسْأَلُونَ عَنْ عِبَادَةِ النَّبِيِّ (2)، فَلَمَّا أَخْبِرُوا كَأَنَّهُمْ تقالوها ، فقالوا : وأَيْنَ نَحْنُ مِنَ النَّبِيِّ (ا)؟ قد غفر له ما تقدم مِنْ ذَنْبِهِ وَمَا تَأَخَّرَ، قَالَ أحدهم: أما أنا فإنِّي أصلي الليل أبدا، وقال آخر : أنا أصُومُ الدَّهْرَ وَلَا أَفْطِرُ، وَقَالَ آخَرُ: أَنَا اعْتَزِلُ النِّسَاء فلا أتزوج أبدًا ، فَجَاءَ رَسُولُ الله (ع) إِلَيْهِمْ، فَقَالَ: «أَنْتُمُ الَّذِينَ قُلْتُمْ كَذَا وَكَذَا، أما والله إلى لأَخشَاكُم لله وأتقاكم له، لكني أصوم وأفطر، وأصلي وَأَرْقَدْ، وَأَتَزَوْجُ النِّسَاءَ، فَمَن رغبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي[1].

تحريم قتل الأولاد وإجهاض الأجنة : قال تعالى: ﴿ولا تقتلوا أَوْلادَكُمْ خَشْيَة إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ

إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا ﴾،[2] و ، وقوله تعالى: ﴿ يا أيها النبي إذا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يُبَايِعْنَكَ عَلَى أَن لا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شيئاً ولا يسرقن ولا يزنين ولا يمكن أولدَهُنَّ وَلا يَأْتِينَ به ان يفترينه بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ وَلَا يَعْصِيكَ فِي مَعْرُوفٍ فبايعهُنَّ وَاسْتَغْفِرْ لَهُنَّ اللهَ إِنَّ اللهَ غَفُورٌ رحيم ﴾،[3]وهنا نهى الشارع عن قتل الأبناء سواء كان القتل بعد ولادته كما كان الأمر عليه في الجاهلية يقتلون أولادهم خشية الإملاق (أي الافتقار)،[4] أو قتله قبل ولادته أي قتله وهو جنين في رحم أمه بإجهاضه كما تفعل بعض النساء في العصر الحديث، إما للتخلص من المفسدة التي ارتكبتها عن طريق الزنا أو الأسباب أخرى.[5]

الترغيب في تكثير النسل والإنجاب قال صلى الله عليه وسلم: تزوجوا الْوَدُودَ الْوَلُودَ فَإِنِّي مكَاثِرُ بِكُمُ الأمم،[6] والنهي عن اتباع وسائل طبية من شأنها إيقاف الإنجاب أو تحديده، ومنها:

---

[1]البخاري : صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح (5063) 7/2.

[2]الإسراء: 31.

[3]الممتحنة: 12.

[4]الرازي زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي (ت 666هـ)، مختار الصحاح، التحقيق : يوسف الشيخ محمد المكتبة العصرية – الدار النموذجية، بيروت صيدا، الطبعة الخاصة 1420هـ – 1999م، الإملاق: حذر ملق وتعني الافتقاره ص298

[5]ابن كثير : تفسير القرآن العظيم، 8/100

[6]أبو داود، سنن أبى داود كتاب النكاح، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء، وقال الألباني في السلسلة الصحيحة 2050،حديث ص220.

1 –تحديد النسل: ويقصد به اتخاذ وسائل وقائية مانعة للحمل كاللولب الرحمي أو العقاقير بهدف التقليل من النسل. وقد نهى الإسلام عن ذلك إلا إذا كانت هناك حاجة لذلك.

2– الإخصاء: وهو سل الخصيتين ومنع الأعضاء التناسلية من القيام بوظائفها بشكل إجباري ودائم بأن يجعل الشخص نفسه غير قادر على الإنجاب بإرادته[1].

التعقيم هو اللجوء إلى معالجة أحد الزوجين أو كليهما معاً علاجاً يمنع الإنجاب نهائياً.

6 –الاهتمام بإنشاء أسر مسلمة على أسس وقواعد سليمة كون الأسرة اللبنة الأولى التي تحتضن الأطفال والعناية بالأمهات الحوامل والزام الوالدين بتوفير العناية الفائقة والاهتمام الكبير بتربية الأبناء تربية سليمة واحتضانهم والإنفاق عليهم وصيانة حقوقهم الأساسية كالتعليم والصحة والعلاج والرعاية[2].

ثانيا : أهمية إثبات النسب في حفظ النسل.

لقد حرصت الشريعة الإسلامية على حفظ مقاصد الشريعة الخمسة التي تتمثل في حفظ الإنسان الدينه ونفسه وعقله ونسله وماله، والتي تعد من الضروريات التي لا يستطيع الإنسان الاستغناء عنها بأي حال من الأحوال، وقد أكدت الشريعة الإسلامية على حفظها بما يكفل وجودها في المجتمعات الإسلامية وبقائها واستمرارها.

لقد اهتم الإسلام اهتماماً كبيراً في الحياة الزوجية بين الرجل والمرأة وتنظيمها وترتيبها؛ لضمان استمرارها واستقرارها وإيجاد نسل سليم، ولحفظ النوع الإنساني، قال تعالى: فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم ّمنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ، فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا تعدلوا فواحدة أو ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ، ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تعولوا،[3] وقال صلى الله عليه و سلم:تزوجوا الوَدُودَ الْوَلُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرُ بِكُمُ الْأمم، [4]فشرع الإسلام الزواج؛ الضمان سلامة الأنساب وتكثير النسل، ورغب فيه، و قال صلى الله عليه و سلم من استطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوْجُ، فإنه أغض للبصر،

[1]" الزبير : الزين يعقوب، موقف الشريعة الإسلامية من تنظيم النسل، دار الجيل – بيروت، الطبعة الأولى 1411هـ – 1991م، 18

[2]مجلة مجمع الفقه الإسلامي 5/436.

[3]النساء : 3

[4]أبو داود أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (ت 275هـ)، سنن أبي باولي، كتاب النكاح، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء، وقال الألباني حديث صحيح في السلسلة الصحيحة التحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد المكتبة العصرية، صيدا بيروت (2050) ص220

وأحصن للفرج، ومن لم يستطع مِنكُمْ فعليه بالصوم، فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءَ،[1] وحرم كل لقاء جنسي خارج إطار الزواج الذي لا يكون ضمن الضوابط والشروط الشرعية لعقد الزواج الصحيح، وحرم الاعتداء على الأعراض، وفرض عقوبات رادعة، قال تعالى: الزانية والزَّانِي فَاجْلِدُوا كل واحد منهما مائة جلدة) .[2]

ومن مظاهر اهتمام الإسلام بالنسب أيضاً تحريم التبني ،[3] فالنسب يكون للأب قال تعالى: ادْعُوهُمْ آبائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللهِ فَإن لم تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتُم بِه ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيما " [4]أي انسبوا أدعياءكم لآبائهم وهذا الأعدل والأقوم عند الله، وإذا تعذر عليكم معرفة آبائهم الحقيقيين فهم إخوانكم في الدين ومواليكم فيه، وقد نزلت هذه الآية في زيد ابن حارثة، وهو رجل كان قد سبي صغيراً، واشترته خديجة بنت خويلد وعندما تزوجها النبي (ا) وهبته له، وطلبه أبوه وعمه فاختار زيد البقاء مع رسول الله ، وزوجه النبي زينب بنت جحش، ولما طلقها زيد بعد فترة، أمر الله نبيه أن يتزوجها حتى ينفي المفهوم الخاطئ لدى العرب أن آثار التبني هي نفس آثار البنوة الحقيقية يرث ويعامل كالابن الحقيقي، فأنزل الله هذه الآية بتحريم التبني، ونسب زيد منذ ذلك الحين إلى أبيه الحقيقي[5].

المطلب الثاني:

إثبات النسب بالبصمة الوراثية و تحليل الدم

إثبات النسب بالبصمة الوراثية وتحليل الدم يعتبران من أهم الوسائل المستخدمة لتحديد العلاقة البيولوجية بين الأفراد، ولكل منهما مميزاته واستخداماته الخاصة وعليه سنقسم مطلبنا إلى فرعين الفرع الأول مفهوم البصمة الوراثية أما الفرع الثاني إثبات النسب بتحليل الدم.

---

[1]وجاء دق عروق خصيتيه بين حجرين ولم يخرجهما أو رضهما حتى تنفضها فيكون شبيها بالخصاء فهو واجي، المعجم ،الوسيط2/1012.

[2]ابو داود: سنن ابى داود كتاب النكاح باب التحريض على النكاح، وقال عنه الألباني في السلسلة الصحيحة: حديث صحيح 2046ً.ص219.

[3]النور : 2

[4]الأحزاب: 5

[5]ابن جرير : محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري (ت 310هـ)، تفسير الطبري – جامع البيان عن تأويل أي القرآن، تحقيق: د. عبد الله بن عبد الحسن التركي، دار هجر الطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى ص119/14

الفرع الأول:

مفهوم البصمة الوراثية.

أولا : مفهوم البصمة الوراثية

البصمة الوراثية لغة من (بصم) بضم الباء ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، والبصمة أثر الختم بالإصبع،[1] والوراثية من (ورث) فلاناً المال ومنه وعنه يرثه (ورثاً وارثاً ورثة ووراثة صار إليه ماله بعد موته، وتوارثوا الشيء ورثه بعضهم من بعض، و الوراثة) (علم الوراثة) العلم الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر وتفسير الظواهر المتعلقة بطريقة هذا الانتقال . [2]

البصمة الوراثية في الاصطلاح لم يعرف الفقهاء المتقدمين البصمة الوراثية نظراً لحداثة هذا المصطلح، وقد عرفها العلماء المعاصرون بعدة تعريفات، منها:

1تعريف الدكتور سعد الدين الهلالي البصمة الوراثية هي العلامة المخلوقة في خلايا الإنسان والمعينة لهويته والتي تسمح بالتعرف على أصوله وفروعه بصفة أساسية[3].

2وعرفها الدكتور الزحيلي بأنها المادة المورثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية، وهي مثل تحليل الدم أو بصمات الأصابع أو المادة المنوية أو الشعر أو الأنسجة وتمثل مدى التشابه والتماثل بين الشيئين أو الاختلاف بينهما، وتجزم بوجود الفرق بين المختلفات، عن طريق معرفة التركيب الوراثي للإنسان في ظل علم الوراثة[4].

3تعريف مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشرة البصمة الوراثية هي البنية الجينية نسبة إلى الجينات أي المورثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه.

---

[1] إبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط 1/600 الفيروزآبادي القاموس المحيط 1/1080

[2] إبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط 2/1024 الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس 5/381

[3] هلالي: سعد الدين مسعد البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية أفاق فقهية وقانونية جديدة دراسة مقارنة، جامعة الأزهر. دار الكتب المصرية القاهرة مصر 2010م،ص 10

[4] الزحيلي وهبة مصطفى العصمة المالية ومجالات الاستفادة منها، دمشق، سوريا، ص15

إن جميع التعريفات السابقة اتفقت في أن البصمة الوراثية هي المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية والتي تحدد صفات الإنسان وتنتقل منه إلى أبنائه.

وهذه المعلومات لا يمكن الوصول إليها إلا عن طريق الطب الشرعي وهو تطبيق علم الطب على المسائل المستجدة في الوقت الحاضر كإثبات البنوة والأبوة و العلة والإصابات والموت المسبب من حوادث العنف[1].

ثانيا : حكم البصمة الوراثية في إثبات النسب وشروط ذلك.

ذهب مجمع الفقه الإسلامي وثلة من العلماء المعاصرين كالدكتور أحمد السعدي، والدكتور أحمد حسيني والأستاذ محمد الألفي[2] إلى القول بحجية البصمة الوراثية والأخذ بها في إثبات النسب بعد استنفاد وسائل إثبات النسب المتقدمة كالفراش والإقرار والبيئة، وبالقياس على القيافة التي أخذ بها جمهور الفقهاء وبالاستدلال بأدلة الأخذ بالقيافة[3].

أما فيما يخص نفي النسب بالبصمة الوراثية فقد إختلف فيه العلماء إلى عدة أقوال[4]:

ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى القول بأن البصمة الوراثية يمكن اللجوء لها في حال نفي النسب دون إجراء اللعان الشرعي، فلو أراد أحد التأكد من نسب ابنه له وأجرى فحص(DNA) .

وظهرت النتيجة أن الولد ليس ابنه انتفى عنه[5] واستدل الدكتور هلالي أن شرط اللعان عدم وجود دليل شرعي لدى الزوج كما بينته الآية، قال تعالى : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إلا أَنفُسَهُمْ

---

[1] الطيار وآخرون: الفقه الميسر، 13/91

[2] مجمع الفقه الإسلامي: قرار رقم (194) (9/20) بشأن الاثبات بالقرائن والأمارات والمستجدات الدورة العشرون بوهران الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، من 26 شوال – 2 ذي القعدة 1433هـ / 13–18 سبتمبر 2012م، ص662

[3] السعدي: أحمد محمد سعيد، اثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية، دراسة فقهية مقارنة مجلة الأبحاث الشرقية الإلكترونية2014م، العدد 12،ص 75

[4] الألفي: محمد جبر، اثبات النسب ونقيه بالبصمة الوراثية، كرسي الشيخ عبد الله بن إبراهيم التويجري لدراسات الأحوال الشخصية، السعودية، 1436هـ– 2015،ص39.

[5] هلالي: سعد الدين مسعد البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى، 2010، 358

فشهادة أحدهم أربع شهادات باللهِ ، إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ) [1]والزوج هنا يملك دليلاً قوياً أن الولد ليس منه وهذا الدليل هو البصمة الوراثية.[2]

القول الثاني قال به مجمع الفقه الإسلامي[3] وجمهور المعاصرين كالدكتور عمر السبيل والدكتور على الكعبي أنه لا يجوز شرعاً تقديم البصمة الوراثية على اللعان ولا يمكن نفي النسب الثابت بالفراش إلا بطريق واحد وهو اللعان، واستدلوا بأن اللعان يعد حكماً شرعياً ثابتاً في الكتاب والسنة والإجماع، ولا يجوز تقديم أو إحلال غيره محله، بالإضافة إلى أن تقديم البصمة الوراثية على اللعان يؤدي إلى مفاسد عظيمة، حيث يفتح المجال أمام كل من يشك في نسب ابنه لأي سبب كان أن يقوم بإجراء الفحص الطبي، وبالتالي فإن ذلك يؤدي إلى فقدان الثقة بين الأزواج وإلى مشاكل أسرية وضياع الأنساب. [4]

و نتجه إلى ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني في عدم جواز تقديم البصمة الوراثية على اللعان؛ لقوة أدلتهم وموافقتها للشرع الحكيم، وعدم جواز تقديمها على وسائل الإثبات في النسب، وذلك لأنه الأنسب في الحفاظ على الأسرة من التفكك وعلى الأطفال من الضياع، بالإضافة إلى أن الشارع الحكيم يتشوف إلى إثبات النسب بأي طريقة ويحتاط له، وسداً لباب الذريعة في الخوض في أعراض الناس، وذلك لما يترتب عليها من آثار سلبية في حال تقديمها على وسائل إثبات ونفي النسب الشرعية، وهي:

1-الاستغناء عن نص شرعي صريح الولد للفراش وللعاهر الحجر واستبداله بالبصمة الوراثية، فالبصمة وسيلة لتخدم الحكم لا لتحل محله.

2- دفع منكر النسب على تقديم البيئة بإجرائه فحص (DNA) دون النظر إلى القاعدة القانونية البيئة على المدعي واليمين على من أنكر .

---

[1]النور : 6.

[2]السبيل: عمر بن محمد البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجنابة، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1423هـ - 2002م،ص 41

[3]الكعبي : خليفة على البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار النفائس النشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى 1426هـ - 2006م، ص451. 450

[4]هلالي : البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، ص 358

3- قوة الهدف المقصود من إثبات النسب وهو دفع العار عن الولد ورفع شأنه اجتماعياً، إذ يعد هذا الإجراء تشهيراً بالوالدين أو بأحدهما.

4- خطورة انتشار فحص (DNA) لإثبات النسب أو نفيه وجعله عادة مع مرور الوقت لما ينتج عنه من إلحاق ولد الزانية المتزوجة بالزاني إذا أثبت الفحص أنه من ماء الزاني، ونفي نسبه عن الزوج.

5- إسقاط عقوبة حد القذف إذا قذف الرجل زوجته واستبدال اللعان بإجراء فحص الحمض النووي

وهذا تحايل على أحكام الشريعة الإسلامية. [1]

وقد أثبتت التجارب العلمية الطبية الحديثة أن خلية الإنسان التي تحوي النواة تحتوي على (46) كروموسوماً التي تتكون منها المادة الوراثية، [2]وكل كروموسوم يحتوي على عدد كبير من الجينات الوراثية التي تؤثر في صفات الإنسان، وكل إنسان يختص بجينات بشرية تختلف عن غيره ولا يمكن أن تتشابه مع أحد، وهذه الكروموسومات هي خليط ما يرثه الابن عن أمه وأبيه، حيث يرث من أمه (23) كروموسوماً عن طريق البويضة، ويرث من أبيه (23) كروموسوماً عن طريق الحيوان المنوي، وهذه تكون صفات الإنسان التي تتشابه مع أمه وأبيه ولكن لا تصل إلى حد التطابق الكلي معهما، فإذا تشابهت الأحماض الأمينية المأخوذة من الابن مع أمه وأبيه ثبت بما لا يدعو للشك أنه ابنهما .

وتعد البصمة الوراثية من القرائن القطعية التي تكاد تخلوا من الخطأ في التحقق من الوالدية البيولوجية وشخصية الإنسان، وبالقياس على القيافة التي أخذ بها وأصبح القضاء الغربي يبني عليها الكثير من الأحكام في مجال الجرائم وإثبات هوية المجرم في مسرح الجريمة، وكذلك في إثبات نسب الأشخاص ومعرفة هوية الأشخاص المفقودين، من خلال أخذ عينة صغيرة من أجزاء الجسم كاللعاب والشعر والعظم والدم والمني والبول والسائل الأمينيوسي للجنين وأي خلية من الجسم فهذه الأجزاء تحتوي على النواة الموجودة في خلايا الجسم البشري والذي بدوره يحتوي على عدد لا يقدر من الخلايا وكل خلية تحتوي على النواة التي تحمل

[1]البخاري: صحيح البخاري كتاب الفرائض، باب الولد للفراش، حرة كانت أو أمة، (6749) ص8/153

[2]البخاري: صحيح البخاري، كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، فالبيئة على المدعي، واليمين على المدعى2514.ص 143.

المادة الوراثية التي تكون على شكل أحماض أمينيه وهي الصبغيات، التي يطلق عليها (DNA) ، وتكون في نواة الخلية الموجودة في الكروموسومات التي تحتوي الصفات الوراثية المنتقلة من الأب والأم[1].

فبذلك تكون البصمة الوراثية قرينة مقبولة في مجال إثبات النسب ونفيه،[2] وقطعت الطريق أمام المتلاعبين بالأنساب، وذهب الفقهاء المعاصرون إلى الاعتماد على البصمة الوراثية في تحديد نسب الإنسان إلى والديه الحقيقيين، وتحديد هوية الشخص لمنع انتحال شخصيته، وكشف المجرمين[3].

وتستخدم تقنية البصمة الوراثية لإثبات النسب في عدة حالات، وهي : [4]

-1إذا كان الزوج على يقين بأن حمل زوجته ليس منه، كمن إستبرأها بحيضة ولم يمسها بعد أن طهرت ثم حملت بعد ذلك، أو حملت زوجته لأقل من ستة أشهر بعد الزواج.

2 إذا اختلط مولود بغيره في المستشفيات وتنازع الآباء في الأطفال المختلطين، وهذا قد يحدث نتيجة الخطأ من قبل القابلات أو بشكل متعمد، فيصعب على الآباء والأمهات التمييز بين ابنهم الحقيقي والأجنبي.

3 -إذا اختلف حكم القافة، وصورة ذلك أن يتم الاستعانة بأكثر من قائف، وكل منهما يصدر حكماً مختلفاً عن الآخر في نسب الشخص الواحد فيتعارضا، فيتم اللجوء إلى البصمة الوراثية للحسم في هذه القضية.

4- في حالة الكوارث والحروب وما ينتج عنها اختلاط الأطفال فيصعب على الآباء التعرف على أبنائهم، وفي هذه الحالة تقوم البصمة الوراثية بتحديد نسب كل طفل إلى أبيه.

5- في حالة نسب شخص طفلاً لقيطاً إليه، ثم ظهر والداه الحقيقيان ومعهم الأدلة أنه ابنهم، فيتم اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات نسبه من والديه.

---

[1] السبيل عمر بن محمد البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجنابة، دار الفضيلة للنشر والتوزيع2002 الرياض ص11-10.

[2] الشحود علي بن نايف، موسوعة البحوث والمقالات العلمية 1/1.

[3] الزحيلي : البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، ص16.

[4] المرجع السابق نفسه، صفحة 16 وما بعدها.

6- في حالة التنازع على مجهول النسب، كأن يدعى رجلان نسب طفل إليهما، وتتساوى الأدلة بينهما أو تتعارض وتسقط، فلا بد في هذه الحالة الاستعانة بالبصمة الوراثية المعرفة والده الحقيقي ونسبته إليه.

في حال وطء رجل امرأة أجنبية بشبهة في طهر مستها فيه زوجها وحملت، فلا يمكن نسب الولد الصاحب الفراش لوجود الوطء بشبهة، فيتم الاستعانة بالبصمة الوراثية في تحديد الأب الحقيقي ونسب الطفل إليه[1].

ويرى علماء الطب الشرعي أن إثبات أبوة أو بنوة شخص ما أو نفيه يكون بإجراء فحص لجيناته الوراثية حيث تقدر نسبة النجاح في إثبات النسب إلى قريب القطع بنسبة 99% تقريباً وتصل نسبة النجاح في نفي النسب حد القطع بنسبة%. 100[2].

ويشترط لاستخدام هذه التقنية عدة شروط وضوابط علمية، منها[3]:

1 -أن يكون لتحليل البصمة الوراثية مختبرات مختصة وموثوق بها، ويكون إجراء تحليل الحمض النووي بأمر من القضاء للحصول على نتائج مضمونة وصحيحة، وأن تكون الدولة هي المشرف المباشر على هذه المختبرات والالتزام بكافة الضوابط والقوانين المعمول بها محلياً وعالمياً بخصوص هذا الموضوع.

2- يشترط فيمن يتولى إجراء فحص (DNA) الشروط التي يجب توافرها في القائف، وهي: الإسلام والعدالة والخبرة في مجال تخصصه، والخلو من موانع الشهادة.

3- ألا يتم اللجوء إلى البصمة الوراثية إلا بعد استنفاد طرق إثبات ونفي النسب الشرعية التي نص عليها الفقه الإسلامي.

4 -أخذ أكثر من عينة من الأحماض الأمينية؛ لضمان دقة النتائج قدر الإمكان.

---

[1] المصدر السابق نفسه ص 17-18. ناجي أنس حسن محمد البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في اثبات النسب الدراسة. مقارنة في ضوء القانون الوضعي والشريعة الإسلامية دار الجامعة الجديدة للنشر 2010ص 33-37

[2] داغي على محبى الدين القرء، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 16، الدوحة 1421هـ- 2000ص52-51.

[3] الطباخ شريف: موسوعة الطب الشرعي (جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال 2015،ص 5/8-9

5 –الاحتفاظ بنسخ موثقة عن كل خطوة من خطوات تحليل الحمض النووي، من لحظة أخذ العينات إلى ظهور النتيجة، ضماناً لصحة النتائج وسلامتها.

6–ألا يؤخذ عدد جينات أكثر من القدر المطلوب لتحليل البصمة الوراثية خوفاً من التلاعب بالجينوم البشري.

7 –أن تتم هذه العملية من قبل مختصين وعلماء ذوي خبرة في تخصصهم، بالإضافة إلى توافر أهلية قبول شهادتهم، قياساً على القائف[1].

الفرع الثاني:

إثبات النسب بتحليل الدم.

أولا :مفهوم تحليل الدم

التحليل لغة: حلل العقدة حلها، والشيء: أرجعه إلى عناصره، وحلل الدم أو البول أو نفسية فلان: درسها لكشف خباياها، واحتل المكان حل به واستولى عليه، والتحليل تحليل الجملة بيان أجزائها ووظيفة كل منها، وتحليل الدم: بيان أجزائه ووظائفه . الدم لغة من (الدمي) وهو سائل أحمر يسري في عروق الحيوان، والمسفوح منه السائل، والمحتدم شديد الحمرة إلى السواد المحترق، والدم في جناية الحج ذبح حيوان من الإبل والبقر والغنم[2].

و إصلاحا هو فحوصات و كشوفات طبية تشمل الأب والأم والمولود للتأكد من زمرة دمهم الرئيسية والفرعية.

[1]ابن صغير مراد حجية البصمة الوراثية ودورها في الثبات النسب (دراسة تحليلية مقارنة لمدى انسجام تعديلات قانون الأحوال الشخصية الجزائري الحديثة مع الفقه الإسلامي، الجزائر، دفاتر السياسية والقانون العدد التاسع 2013، ص264 265 الزحيلي البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، ص 17–18

[2]إبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط ص 1/194.

ثانيا : حكم استخدام تحليل الدم في إثبات النسب[1].

بعد فحص الدم وسيلة علمية حديثة لإثبات دعوى النسب، حيث بدأت المحاكم الأمريكية عام 1948م بالأخذ بفحص الدم كوسيلة للإثبات، حيث ادعت امرأة أن أحد رجال الدولة السياسيين هو والد ابنها ذي الستة أشهر، فأرسلت المحكمة القضائية في أمريكا عينات من دم الرجل السياسي والطفل والأم إلى مختبر مختص لإجراء فحص الدم، وبعد إجراء الفحص تبين أن ادعاء المرأة كاذب؛ لأن نتيجة الفحص أثبتت أنه لا يمكن أن يكون هذا الرجل والد الطفل. والشريعة الإسلامية[2] تتشوف إلى إثبات النسب لما في ذلك دفع الضرر والعار عن الطفل، وبناء على ذلك إذا وجد لقيطاً زوجان وادعيا أنه ابنهما، وبعد إجراء تحليل الدم لهم جميعاً تبين أنه يمكن أن يكون ابنهما، ولوجود أشخاص كثر يحملون نفس فصيلة الدم فإنه ينظر، فإذا لم ينازعهما أحد آخر في نسب الطفل، فإنه يثبت نسبه منهما؛ لأن إثبات النسب من أهم مقاصد الشريعة، أما إذا ادعى نسب اللقيط أكثر من شخص وأجري فحص فصيلة الدم وكان النتيجة أن الابن يمكن أن يكون ابن أحدهما ولا يمكن أن يكون ابن الثاني فإنه ينسب إلى الذي في صالحه النتيجة، أما إذا كانت النتيجة لصالح الاثنين أو اشتركا في نفس النتيجة فهنا لا بد من إجراء تحليل البصمة الوراثية المعرفة الأب الحقيقي للطفل[3].

بالإضافة إلى أنه بالإمكان تحديد فصيلة الدم ومقارنتها بفصائل دم الأبوين للوصول إلى مدى صحة النسب، أو بمقارنتها بدم المجني عليه أو المتهم، أو تحليل البقع الدموية عن طريق الأشعة فوق البنفسجية أو بالفحص الميكروسكوبي، لما يخدم الإثبات الجنائي أو المدني[4].

وعند اللجوء إلى تحليل الدم لبيان مسألة الأبوة المتنازع بها لا بد من بيان احتمالات التوارث في فصيلة الدم بين الأبناء والآباء، فمثلاً إذا كانت فصيلة دم كل من الأب والأم (0) فإن دم الأبناء حتما سيكون من نفس فصيلة الأب والأم، ولا يمكن أن يحمل الأبناء فصيلة دم (A) أو B أو.(AB وإذا كان الطفل يحمل فصيلة الدم (A) أو (B) أو (AB) فمن الممكن أن يكون هذا الطفل لهذين الأبوين، ولكننا لا نستطيع الجزم؛

---

[1]إبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط 1/298، والبركتي: التعريفات الفقهية ص 97

[2]هاشم: يوسفات على أثر تحاليل الدم في ضبط النسب، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة العقيد أحمد دراية أدرار الجزائر، العدد 6، ص280.

[3]هاشم اثر تحاليل الدم في ضبط النسب،ص 281-285

[4]المنياوي: محمد بدر القرائن في الفقه الإسلامي على ضوء الدراسات القانونية المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الثاني عشر،ص 12/925

لاحتمال أن يكون هذا الطفل لأبوين آخرين يحملان نفس فصائل الأبوين الأولين، ومن ذلك نستنتج أن تحليل الدم يمكن الاستعانة به في نفي النسب وليس في إثباته[1].

المبحث الثاني

تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

في القانون الدولي الخاص، يبرز تحدي تحديد القانون المناسب لمعالجة مسائل النسب عندما تتداخل الأنظمة القانونية المختلفة. فكل دولة قد تتبنى مجموعة من القواعد والمبادئ التي تحدد كيفية تطبيق قانونها الوطني على قضايا الزواج المختلط، مما قد يؤدي أحياناً إلى تنازع القوانين، للتعامل مع هذا التحدي، يتم الاستناد إلى مجموعة من المعايير المعترف بها دولياً والتي تهدف إلى تحقيق التوازن والعدالة بين الأطراف المعنية و من خلال هذا سنقسم مبحثنا إلى مطلبين المطلب الأول ضبط إشكالية النسب في عقود الزواج المختلط أما المطلب الثاني فخصصناه لقانون المختص لإثبات النسب في عقود الزواج المختلط.

المطلب الأول

ضبط إشكالية النسب في عقود الزواج المختلط

تعد إشكالية النسب في عقود الزواج المختلط من القضايا المهمة التي تتطلب عناية خاصة نظرًا لتعدد القوانين والأنظمة المطبقة في مختلف البلدان وتنوع الثقافات والتقاليد. لضبط هذه الإشكالية، ومن خلال هذا المطلب سنقسمه إلى فرعين ، الفرع الأول مفهوم النسب أما الفرع الثاني تناولنا إثبات النسب .

الفرع الأول

مفهوم النسب

يعتبر النسب من مواضيع الأحوال الشخصية الهامة في مجال علاقات الزواج المختلط نظرا لاختلاف القواعد المنظمة للنسب بين مختلف الدول واختلاف الحلول المقررة لتنازع القوانين فيه. وبعد النسب جزء لا يتجزأ من حالة الشخص ولهذا يطبق عليه القانون الشخصي عادة قانون الجنسية. ولقد فرق الفقه بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي، فالأول نضمه المشرع الجزائري ضمن قواعد قانون الأسرة، ووضع له قواعد

[1] المرزوقي: اثبات النسب في ضور المعطيات العلمية المعاصرة دراسة فقهية وتشريعية مقارنة ص 278.

ووسائل حتى يمكن التحقق من شرعيته كما وضع له مادة قانونية خاصة به في قواعد التنازع بينما النسب الطبيعي فلم يتطرق له قانون الأسرة الجزائري.

أ –المقصود بالنسب الشرعي.

بالعودة الى أحكام قانون الأسرة الجزائري يظهر المقصود بالبنوة الشرعية، نسبة الولد لأبويه نتيجة لعقد زواجهما الصحيح شرعا طبقا للمادة 41 من قانون الأسرة الجزائري ، بشرط ميلاد الطفل في مدة أقلها 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر طبقا للمادة 42 من قانون الأسرة الجزائري، وعدم نفيه بالطرق الشرعية كاللعان مثلا[1].

ب – المقصود بالنسب الطبيعي.

يقصد بالنسب الطبيعي أو النسب غير الشرعي ميلاد الطفل خارج الإطار الشرعي أي خارج الرابطة الزوجية، أي هو ناتج عن علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة.

الفرع الثاني

المقصود بإثبات النسب.

إثبات النسب هو عملية قانونية تهدف إلى تحديد العلاقة القانونية بين الطفل ووالديه. يعتبر هذا الموضوع ذا أهمية بالغة في القانون الدولي الخاص، حيث تتداخل الأنظمة القانونية المختلفة وتتطلب آليات دقيقة لحل المنازعات المتعلقة بالنسب. تتباين الطرق والمعايير المستخدمة لإثبات النسب من دولة إلى أخرى.

1 المقصود بإثبات النسب.

لقد سطر المشرع الجزائري للنسب قواعد وأحكام يحفظ من خلالها هذه الرابطة المقدسة التي تجمع الأبناء بالآباء، وهذه القواعد تتمثل في طرق شرعية يمكن من خلالها إثبات النسب حتى يكون خالي من أي شك أو ريبة حول وجوده من عدمه.

[1]وتنص المادة 28 من القانون المدني على ما يلي : يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده.

أ- المقصود بإثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري.

تنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على ما يأتي: يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيئة وبنكاح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون[1].

يستنتج من هذه المادة أن النسب المعترف به في القانون الجزائري هو النسب الشرعي أي انتساب الولد إلى أبوين قامت بينهما علاقة زواج، والأمر ذاته بالنسبة لعقد الزاج المختلط زواج الجزائري أو الجزائرية مع

الأجانب، إذا تم احترام النصوص التنظيمية الخاصة به، خاصة ما تعلق بالحصول على الرخصة الإدارية وفقا لما تقرره خاصة المادة 31 من قانون الأسرة المعدل سنة 2005[2].

للنسب علاقة وثيقة بصحة الزواج لذا يثبت النسب بإثبات صحة الزواج، بمعنى لابد من العودة إلى الشروط الموضوعية والشكلية لإبرام عقد الزواج. [3]وذلك ما قرره القضاء الجزائري في قرار صادر عن المجلس الأعلى:" أنه من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح وأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر ومن ثم فإن الولد الذي ولد بعد 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش[4]."

أما بالنسبة لإثبات نسب طفل عن علاقة غير شرعية فهو أمر غير مقبول وغير جائز باتفاق جمهور الفقهاء الشريعة الإسلامية مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر". والواضح من أحكام المحكمة العليا أنها أخذت برأي جمهور الفقهاء بعدم انتساب ابن الزنا لأبيه[5].

---

[1]تنص المادة 41 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، على أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة

[2]المحكمة العليا الجزائرية سنة 2016، توجب الأحكام التنظيمية في زواج الجزائري أو الجزائرية مع الأجانب، الحصول على رخصة ادارية سواء كان ذلك لتسجيل الزواج أو لإثباته غرفة شؤون الأسرة والمواريث، الملف رقم 1005800، قرار بتاريخ 13 210-20707-2016، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2016، ص207

[3]عليوش قربوع كمال القانون الدولي الخاص، الجزء الأول تنازع القوانين دار هومة للنشر، الجزائر، 2011، ص 246.
المجلس الأعلى ملف رقم 35087، قرار صادر بتاريخ 17/12/1984، المجلة القضائية العدد 01 لعام 1990، ص 86

[4]يوبي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009/2010، ص 50

[5]للمزيد من التفصيل حول هذه النقطة انظر قرار المحكمة العليا: ملف رقم 355180، قرار بتاريخ 05/03/2006، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، عدد 1/2006، ص 469.

في هذا الصدد لابد علينا من التنويه أن المحكمة العليا في أحد قراراتها سنة 2006 أقرت بأنه لا يجب الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي و إلحاق النسب في العلاقة غير الشرعية.

ب – المقصود بإثبات النسب في القانون الفرنسي.

كان القانون الفرنسي يستبعد كل قانون أجنبي يجيز إثبات البنوة الطبيعية أي النسب الغير شرعي قبل عام 1972، أما بعد هذا التاريخ عدلت المادة 340 من القانون المدني الفرنسي حالات إثبات البنوة الطبيعية، فأصبح تدخل النظام العام يقتصر على استبعاد القانون الأجنبي الذي ينص على غير الحالات المذكورة في هذه المادة كما أنه قبل عام 1972 ، كان النظام العام الفرنسي لا يحول دون تطبيق القانون الأجنبي الذي يمنع إثبات النسب الطبيعي أو يمنع الاعتراف بالابن الطبيعي، وهذا راجع إلى أن نظرة المحاكم الفرنسية في تلك الفترة من هذه الموانع أنها تهدف لحماية الأسرة الشرعية لكن بعد صدور قانون 3 جانفي 1972 سوى المشرع الفرنسي بين البنوة الشرعية والطبيعية وأخضعها لنفس القانون على أساس مبدأ المساواة بين الابن الشرعي والغير الشرعي. كما انه بعد التعديل الخاص بموضوع النسب سنة 1993 ثم سنة 2006 أكد المشرع الفرنسي على إمكانية إثبات النسب غير الشرعي خارج علاقات الزواج عن طريق القضاء[1].

المطلب الثاني

القانون المختص لإثبات النسب في عقود الزواج الدولية

يعتبر موضوع تحديد القانون الشخصي في موضع النسب وإثباته القانون المختص من بين المسائل التي اختلف حولها الفقه والقضاء، ولما كانت مسألة النسب تتعلق بحالة الشخص فإنها تعد من الأحوال الشخصية، ومن ثم يغلب أن يحكمها القانون الشخصي لواحد من أطرافها، الوالد المراد الانتساب إليه أو الولد المراد إثبات نسبه وهو ما تختلف فيه التشريعات اختلافا كبيرا، وتزداد صعوبته كلما كان أطراف النزاع من جنسيات أو ديانات مختلفة، أو كلما غيروا جنسيتهم فيما بين يوم الحمل أو الولادة و يوم رفع دعوى البنوة أو

[1] Article 340: Transféré par ordonnance, n°2005-759 du 4 juillet 2005-art 2 modifié par Loi n°93-22 du 8 janvier 1993 art. 23 () JORF 9 janvier 1993, "La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée. La preuve ne peut en être rapportée que s'il existe des présomptions ou
indices graves

الأبوة، و قسمنا مطلبنا إلى فرعين الفرع الأول تطبيق قانون جنسية الأب أما الفرع الثاني القانون الواجب التطبيق على إثبات نسب طفل ناتج عن زواج مختلط

الفرع الأول

تطبيق قانون جنسية الأب.

يكيف النسب على أنه من آثار الزواج ولقد أخضع المشرع الجزائري آثار الزواج بموجب المادة 12/1 قانون مدني، إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، على أن يطبق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج المادة 13 ق م)، إلا أن النسب ورغم اعتباره من آثار الزواج، فقد استأثر بقاعدة إسناد خاصة به لاعتباره علاقة ثلاثية الأطراف تربط الابن والأب والأم، والتي قد تكون ناتجة عن علاقة زوجية شرعية وصحيحة، وقد تكون ناتجة عن علاقة غير شرعية لا يقرها الشرع ولا يعترف بها القانون.

موقف المشرع الجزائري في المادة 13 مكرر ، سيتم التطرق إلى شرح موقف المشرع الجزائري من خلال مضمون المادة 13 مكرر قانون مدني من خلال التطرق إلى نقطتين أساسيتين هما:

-القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب الشرعي

إن المشرع الجزائري، بعدما كان ملتزما الصمت إزاء مسألة النسب في قواعد التنازع قبل تعديل القانون المدني سنة 2005، فإنه قد حسم ذلك صراحة من خلال المادة 13 مكرر قانون مدني، التي تقضي ب" : يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره، قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل. وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة[1].

يرجع تفضيل المشرع الجزائري لقانون جنسية الأب على قانون جنسية الأم إلى الدور المعترف للرجل به

وفقا لما تقرره أحكام الشريعة الإسلامية، كما يصعب تصور تطبيق الجامع القانوني الأبوين، ومتى تبين أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على النسب استنادا إلى المادة 13 مكرر سالفة الذكر، فإن المواد

[1]حالة جهالة الأم يتم الاعتماد على قانون جنسية الطفل.. أكثر تفصيل في النقطة راجع أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري الجزء الأول – تنازع القوانين – الطبعة الثامنة دار هومة للنشر 2006 263-265 سعادي محمد، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر ، 2008 ، الهامش 1، ص 124

من 40 إلى 46 من قانون الأسرة الجزائري هي التي تنظم هذه المسألة. وقد اختار المشرع قانون جنسية الأب وقت الميلاد لأن في هذا الوقت بالذات تتحقق فيه رابطة النسب، أما إذا مات الأب قبل الميلاد فتكون العبرة بقانون جنسية الأب عند الوفاة ويستند في ذلك أن الأب هو الذي أوجد الابن.

وفي هذه الحالة يستوجب على القاضي الفاصل في الموضوع أن يربط بين معيارين من اجل تحديد القانون المختص المعيار الشخصي المتعلق بجنسية الأب والمعيار الزمني المرتبط بزمن ميلاد الطفل، وإذا توفي الأب قبل ميلاد الطفل يتم الاعتداد بجنسية الأب وقت وفاته، كما انه قد يثار إشكال في هذه الحالة عند اقتران النسب بتعدد الجنسية لدى الأب، في هذه الحالة يجب على القاضي اللجوء إلى تفعيل نص المادة 22 تقنين مدني. كما تثار إشكالية أخرى ترتبط بتخلي الأب عن الجنسية الجزائرية قبل ميلاد الطفل مما يؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي الذي قد يكون يتنافى وحق الطفل في نسبه إلى أبيه من جهة، ومن جهة أخرى قد يكون القانون الأجنبي يمس بالنظام العام الجزائري[1].

القانون الواجب التطبيق لإثبات النسب الطبيعي إذا كان إثبات البنوة الشرعية لأحد الوالدين هو في ذاته إثبات للبنوة للوالد الآخر، فإن الأمر غير ذلك بالنسبة للبنوة الطبيعية، إذ قد تكون قاصرة على الانتماء إلى أحد الوالدين دون الآخر.

النسب ليس مجرد علاقة دموية فحسب، بل لثبوتها لابد أن تكون علاقة شرعية، ذلك أن انتساب الولد لأمه يثبت في غالب الحالات بمجرد الولادة، سواء كانت شرعية أو غير شرعية . وحسب الشريعة الإسلامية، لا يترتب عن النسب غير الشرعي آثار النسب الشرعي، لكن في قوانين الأسرة في البلدان الأجنبية المطبوعة بمبادئ الحرية في العلاقات بين الرجل والمرأة، أفرزت نوع من التجاذب بين نماذج مختلفة من المؤسسات الأسرية، وعليه أضحى النسب الطبيعي يحتل مكانة مهمة داخل هذه المجتمعات، إذ تم الاعتراف للطفل غير الشرعي بنفس حقوق الطفل الشرعي، سواء تعلق الأمر بالنفقة أو الجنسية أو الاسم والإرث.

أما عن موقف المشرع الجزائري، لم يعترف المشرع الجزائري إلا بنسب الابن الشرعي الآتي من علاقة شرعية بناء على زواج صحيح غير أنه تثور الصعوبة بالنسبة للنسب غير الشرعي في الزواج المختلط، في

[1]تنص المادة 22 تقنين مدني جزائري على انه : في حالة تعدد الجنسيات، يطبق القاضي قانون الجنسية الفعلية غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كان للشخص في وقت واحد بالنسبة للجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة الى دولة او عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول.

تلك الحالة التي يرفع فيها صاحب الشأن دعوى لتثبيت حاله ضد أبويه، إذ يثور التساؤل عن الشخص الذي يتوجب الاعتداد بجنسيته في هذا الصدد، ويمكن تصور ذلك في التشريع الجزائري في الحالة المنصوص عليها.

في المادة 07 المعدلة والمتممة من قانون الجنسية في فقرتها الأولى : يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر : الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين ..... ففي هذه الحالة قد يتنازع قانونين فأكثر، قانون الولد وقانون أبويه[1].

ب المسائل التي تدخل في قانون جنسية الأب.

حددت المادة 13 مكرر من التقنين المدني الجزائري أنواع الدعاوى التي يمكن رفعها فيما يخص النسب وهي دعوى إثبات النسب أو الاعتراف به أو إنكاره، ذلك أن دعاوى النسب عادة هي دعاوى موضوعها هو إما إثبات النسب أو إنكاره أو الاعتراف به أما دعاوى الإقرار والاعتراف بالنسب فهي التي يعترف فيها أحد الأبوين فيها بالأبوة الشرعية للابن بخلاف دعوى إنكار النسب التي ينكر فيها أحد الأبوين عادة الأب ادعاء البنوة . ففي كل هذه الحالات القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الأب وقت الميلاد. بالنسبة لمسائل التي تدخل في نطاق قانون جنسية الأب فهي محل الإثبات وعبئ الإثبات وكذا في شأن ما يقبل من الأدلة وذلك لقيام رابطة التبعية بين الإجراء والموضوع في هذا الصدد[2].

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على إثبات نسب طفل ناتج عن زواج مختلط

تجدر الملاحظة إلى أن المشرع الجزائري عندما تحدث عن القانون الواجب التطبيق على النسب في نص المادة 13 مكرر من ق م لم يميز في إثبات النسب بين النسب الشرعي وغير الشرعي، ولكن نظرا لأن المشرع لم يعترف في قانون الأسرة بنسب الطفل الغير شرعي متبعا في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية، فبناءا على ذلك لو أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي فلن تطبق أحكامه الخاصة بإثبات النسب الطبيعي لأنه في هذا مخالفة للنظام العام الجزائري.

[1] كرمي ريمة، محاضرات في مادة تنازع القوانين في مسائل الأسرة ملقاة على طلبة السنة الثانية ماستر – تخصص قانون الأسرة – كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، السنة الجامعية 2018–2019، ص 72.

[2] انظر نص المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر.

أ- إثبات نسب طفل ناتج عن علاقة زواج صحيحة وشرعية.

إذا كان الطفل المراد إثبات نسبه ناتج عن علاقة زواج صحيحة شرعا سواء كان هذا الزواج صحيحا بموجب عقد زواج رسمي أو بإثبات واقعة الزواج إذا كان زواجا عرفيا، وذلك بالتأكد من توافر الشروط الموضوعية التي يشترطها قانون الأسرة الجزائري (المادة 9 والمادة 9 مكرر). فيمكن إثبات نسبه بشرط ميلاد الطفل بين أقل مدة حمل 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر. وبالتالي القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة قانون جنسية الأب وفقا لما تقرره المادة 13 مكرر يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره، قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل. وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل، يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة.[1]

ب إثبات نسب طفل ناتج عن علاقة زواج باطلة شرعا.

من بين الإشكالات التي يثيرها الزواج المختلط هو حدوث بعض الممارسات الخارجة عن القانون، عندما يتعلق الأمر بعدم احترام بعض الإجراءات التي يستوجبها القانون، خاصة ما يتعلق باحترام النصوص التنظيمية المتعلقة بإلزامية الحصول على الرخصة بالنسبة للجزائريات اللواتي يردن الزواج بالأجانب، مما يؤدي إلى بطلان عقد الزواج.[2] ومثال عن الزواج الباطل شرعا هو زواج المسلمة بأجنبي غير المسلم فيثور السؤال هنا هل يثبت نسب الأطفال الآتين من مثل هذا الزواج؟

عند البحث في التشريعات المقارنة في هكذا موضوع، نجد أن القاعدة العامة في معظم التشريعات أن البطلان في العقود يسري بأثر رجعي، ليعتبر العقد وكأنه لم يكن ولا يرتب أية آثار قانونية، ونفس الشيء بالنسبة لعقود الزواج الذي تكون بين زوجة مسلمة جزائرية وزوج أجنبي غير مسلم فحكمه هو زواج باطل، على أن يكون هذا الحكم منذ لحظة صدور قرار الحكم ببطلان الزواج ولا يكون له أثر رجعي. ويصطلح على الفترة الممتدة من بداية الزواج إلى غاية الحكم ببطلانه بالزواج الظني أو الوهمي. وهو المبدأ الذي سار

[1] كرمي ريمة المرجع السابق، ص 73

[2] موقف المحكمة العليا الجزائرية سنة 2016، توجب الأحكام التنظيمية في زواج الجزائري أو الجزائرية مع الأجانب، الحصول على رخصة ادارية سواء كان ذلك لتسجيل الزواج أو لإثباته غرفة شؤون الأسرة والمواريث الملف رقم 1005800، قرار بتاريخ 13-07-2016، مجلة المحكمة العليا، العدد 02 لسنة 2016، ص 207-210، كذلك لا يمكن تثبيت زواج عرفي مبرم بين جزائرية واجنبي دون تقديم الرخصة الإدارية غرفة شؤون الأسرة والمواريث الملف رقم 1028971، قرار بتاريخ 07-12-2016 215-211

عليه المشرع الجزائري حيث يثبت النسب في الزواج الباطل وفقا لقرينة الولد للفراش، وطبقا كذلك لنص المادة 40 من قانون الأسرة حرصا على ضياع نسب الولد[1].

بالعودة إلى اجتهادات المحكمة العليا الجزائرية نجد لها موقفا سنة 1997، إذ أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 28/10/1997 وجوب حماية الولد وذلك من اجل عدم المساس وضياع نسبه، إذ جاء في مضمون القرار ما يلي: ... اختلط فيه الأمر على قضاة الموضوع بين إثبات الزواج وبين دعوى إثبات النسب معتقدين بأن النسب لا يثبت إلا في حالة الزواج الصحيح مع أن الشريعة الإسلامية لا تشترط في إثبات النسب وجود زواج صحيح بل يثبت حتى بالإقرار وبالبيئة أي شهادة الشهود وبنكاح الشبهة و الأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعتبر إحياء له ونفيه قتلا له.

ج موقف بعض التشريعات المقارنة

نستدل في هذا العنصر ببعض التشريعات المقارنة فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على النسب في عقود الزواج مع الأجانب، موقف التشريع التونسي بالعودة إلى مجلة القانون الدولي الخاص التونسية نجد الفصل 52 منها ينص على انه يطبق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل من بين – القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقره – القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره وتخضع المنازعة في البنوة للقانون الذي نشأت بمقتضاه". إذ منح المشرع التونسي للقاضي سلطة الاختيار في القانون الواجب التطبيق على النسب من اجل الوصول إلى حل أفضل بما يتناسب والقضية المطروحة أمامه، سواء القانون الشخصي للمطلوب الأب أو الأم أو مقرهما أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، وهذا الأمر يعتبر من بين أحسن الحلول الوضعية كون يجب أن تكون قاعدة الإسناد يسترشد بها القاضي للوصول إلى الحل الناسب لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي[2].

موقف القانون الفرنسي: الحق المشرع الفرنسي موضوع القانون الواجب التطبيق على النسب بالقانون الشخصي للام أو الطفل، إذ تنص المادة 311-14 من التقنين المدني الفرنسي على خضوع النسب إلى

[1] آيت مولود ذهبية، إشكالات إثبات النسب في الزواج المختلط الباطل شرعا بين التشريع وعوائق التطبيق، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص 2015، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص 200.

[2] قرار المحكمة العليا: ملف رقم 172333، قرار بتاريخ 28/10/1997، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد 1997/1، ص 44 كرمي ريمة المرجع السابق.

القانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفل الربط بين المعيار الزمني والمعيار الشخصي لتحديد القانون المختص)، وفي حالة جهالة الأم يتم تطبيق قانون جنسية الطفل[1].

[1] l'enfant si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant ",Modifié par Ordonnance 0 JORF 6 juillet 2005. 2005 juillet n°2005-759 du Voir aussi: François Mélin << Aux termes de l'article 311-14 du code civil, la filiation est régie par 4 art. 3 la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant. Ce texte, qui énonce une règle de conflit bilatérale et neutre, n'exclut pas le renvoi. ». "La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation a introduit dans le code civil des règles de conflit de lois et notamment l'article 311-14, qui dispose que << la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant ». Civ. 1", 4 mars 2020, FS-P+B+I, n° 18-26.661, in: https://www.dalloz-actualite.fr/flash/loi-applicable-filiation-admission-du-renvoi.

خلاصة الفصل

يتسم الإطار القانوني لمفهوم النسب في القانون الدولي الخاص بالتعقيد والتنوع، نظراً لتداخل الأنظمة القانونية الوطنية والدولية وتأثيرها على حقوق الأفراد. الهدف الأساسي من هذا الإطار هو تحقيق التوازن بين حماية حقوق الأطفال والأطراف المعنية وبين احترام السيادة القانونية للدول.

يتطلب الإطار القانوني لمفهوم النسب في القانون الدولي الخاص تنسيقاً دقيقاً بين القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية والمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص. الهدف هو تحقيق العدالة والمساواة وحماية حقوق جميع الأطراف المعنية، وخاصة حقوق الأطفال. الالتزام بالتعاون الدولي والاحترام المتبادل للأنظمة القانونية المختلفة هو أساس هذا الإطار القانوني لضمان حقوق الأفراد وتحقيق العدالة عبر الحدود.

الفصل الثاني

قاعدة التنازع في موضوع النسب

تمهيد:

يعرف تنازع القوانين بأنه تزاحم قانونين أو أكثر بشأن عالقة قانونية ذات عنصر أجنبي.[1] و موضوع النسب خصه المشرع الجزائري بقاعدة إسناد 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]."

و من الصعوبات التي يعرفها النسب هو إشكالية القانون الواجب التطبيق عليه، و تبعا لذلك سنتناول في المبحث الأول: التكييف القانوني للنسب في العالقات الخاصة الدولية و إسناد موضوع النسب إلى قانون الجنسية كمبحث ثاني.

[1]محمد سعادي ، القانون الدولي الخاص و تطبيقاته في النظام القانوني، الطبعة الأولى ، الجزائر،2019، ص.3

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

المبحث الأول

آثار الدفع بالنظام العام وتطبيقاته على النسب.

يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام أثر هام هو استبعاد أحكام القانون الأجنبي المتعارضة مع النظام العام في دوله القاضي، فالهدف الرئيسي من هذا الدفع هو عدم السماح لقواعد القانون الأجنبي بالاندماج في النظام القانوني الوطني ، نظرا للتنافر القائم بينهما، وعليه سنحاول تبيان هذه الآثار المترتبة عن استبعاد القانون الأجنبي(المطلب الأول) وتطبيقات النظام العام على النسب (المطلب الثاني).

المطلب الأول

آثار الدفع بالنظام العام.

الدفع بالنظام العام هو مبدأ قانوني يمكن للدول أن تستند إليه لرفض تطبيق قانون أجنبي أو تنفيذ حكم قضائي صادر عن محكمة أجنبية إذا كان ذلك يتعارض مع المبادئ الأساسية والأخلاقية للنظام القانوني الداخلي. في سياق القانون الدولي الخاص، يعد النظام العام أداة مهمة لحماية السيادة الوطنية والقيم الأساسية للدولة و سنقسم مطلبنا إلى فرعين ، الفرع الأول الدفع بالنظام العام بشأن علاقة نشأة أو يراد إنشاؤها في دولة القاضي أما الفرع الثاني اثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة..

الفرع الأول

الدفع بالنظام العام بشأن علاقة نشأة أو يراد إنشاؤها في دولة القاضي .

يفرق الفقهاء في هذا الشأن بين آثار الدفع بالنظام العام في مرحلة إنشاء الحقوق في دولة القاضي وآثاره بشان الحقوق التي نشأة في الخارج ويراد الاحتجاج بآثارها في دولة القاضي وهذه التفرقة هامة لاختلاف قوة ردة فعل النظام العام في كلا الحالتين.

الدفع بالنظام العام بشان علاقة نشأة أو يراد إنشاؤها في دولة القاضي: أن هذا التعارض ما بين القانون الأجنبي والنظام العام في دولة القاضي يمكن تصوره من ناحيتين إما سلبيا وإما إيجابيا ، فالأولى : تتمثل في أن القانون الأجنبي يجيز مسالة لا يقرها النظام العام في بلد القاضي مثال ذلك أن يطلب فرنسي مسيحي نصيبه من الإرث من قريبه الفرنسي أمام القضاء الجزائري فيرفض القاضي الجزائري طلبه لعدم جواز

التوارث في هذه الحالة استنادا إلى قاعدة عدم جواز التوارث بين المسلم وغيره وهي قاعدة من النظام العام في التشريع الجزائري أما الثانية: أن يمنع القانون الأجنبي أمرا ويكون في هذا المنع مخالفة للنظام العام في بلد القاضي كمنع الزوج المسلم من الطلاق، وهنا إضافة إلى استبعاد القانون الأجنبي إحلال قانون القاضي محله ليحكم العلاقة، وللفقه أراء مختلفة لكل حالة .[1]

الفرع الثاني

اثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة

أولا: الأثر السلبي للنظام العام.

كما سبق ذكره فالأثر السلبي للنظام العام هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا القواعد الإسناد الوطنية بالنسبة لمسالة يجيزها القانون الأجنبي و لا يقرها النظام العام في بلد القاضي، إلا أنه قد يحدث وأن يكون القانون الأجنبي برمته غير مخالف للنظام العام ، الأمر الذي يطرح التساؤل التالي : هل القاضي يستبعد من القانون الأجنبي الجزء فقط المخالف للنظام العام أم أنه يستبعد القانون الأجنبي بكامله ؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد أن تعرض إلى الآراء الفقهية المختلفة في هذا المجال وهي كما يلي:

الفريق الأول : استبعاد القانون الأجنبي برمته (الاستبعاد الكلي).

يرى هذا الفريق من الفقه أن يتعين على القاضي أن يستبعد القانون الأجنبي في كافة أحكامه فطالما تعارضت احد هذه الأحكام مع النظام العام الوطني فلا مفر من وجوب استبعاد القانون الأجنبي برمته ، إذ أن القول بغير ذلك من شأنه المساس بوحدة التشريع الأجنبي . [2]

الفريق الثاني: عدم استبعاد القانون الأجنبي كليا (الاستبعاد الجزئي).

---

[1]زروتي طيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري) في ضوء القانون 05/10 المؤرخ في 20 جوان2005 دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي ، جزء الأول ، تنازع القوانين ، مطبعة الفسيلة ، الدويرة، سنة 2008ص 281.

[2]إبراهيم احمد إبراهيم القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين "، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 1997، ص 285

بينما يؤكد الفقه الغالب في مختلف الدول .[1] أن الأثر السلبي لفكرة النظام العام ليس من شانه استبعاد أحكام القانون الأجنبي بصورة كلية ، وإنما ينحصر هذا الأثر في استبعاد الجزئية التي تتعارض فيه مع مفهوم فكرة النظام العام في دولة القاضي، ونشير بأن محكمة النقض الفرنسية قد أخذت في بعض أحكامها بهذا الحل ، فاستبعدت الجزء المخالف للنظام العام وأبقت على الأجزاء الأخرى غير المخالفة له.

ومن هذه الأحكام حكمها في قضية fayeulle في 08 نوفمبر 1943، فقد استبعدت طرق إثبات النسب الطبيعي المقررة في القانون الألماني المختص، ولكنه لم يستبعد تطبيق هذا القانون فيما يتعلق بآثار هذا النسب لكون الآثار في نظره غير مخالفة للنظام العام الفرنسي .[2]

في هذه الحالة مادام القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق أصلا على النزاع بوصفه أكثر ما يتعارض فعلا مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، القوانين ملائمة للمسألة المعروضة فان الأقرب إلى حكمة التشريع هو ألا يستبعد أحكامه إلا ما يتعارض فعلا مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي.

إلا انه بخلاف ذلك فقد يصعب في بعض الأحوال استبعاد الجزء المخالف للنظام العام لكون هذه الأجزاء مرتبطة ببعضها البعض، فهنا لا مناص من استبعاد القانون الأجنبي برمته، لان الاكتفاء باستبعاد الجزء المخالف للنظام العام يستلزم بالضرورة استبعاد بقية أجزاء القانون الأجنبي المرتبطة به ويمكن تشبيه هذه الحالة بالعقد الذي يتضمن شرطا غير مشروع ، فإذا كان الشرط غير مشروع يمثل الباعث الحافز للعقد بحيث لا يمكن أن تقوم للعقد قائمة بدونه تعين إبطال العقد برمته .[3]

ثانيا : الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام.

إذا ما تم للقاضي استبعاد القانون الأجنبي الذي تتعارض أحكامه مع النظام العام فعليه بعد ذلك أن يتصدى لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد ، فان السؤال الذي يطرح نفسه ، متى وجد القاضي أن

---

[1] بلقاسم أعراب ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، (تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 2002، ص 177.

[2] بلمامي عمر : " دفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة ، ماجستير في العقود والمسؤولية, معهد الحقوق ، بن عكنون ، جامعة الجزائر، 1986.، ص 173

[3] أنضر عبد المنعم رياض، سامية رشاد، المرجع السابق، ص. 198

القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام فامتنع عن تطبيقه ما القانون الذي يتعين عليه تطبيقه في هذه الحالة ؟

يقول الفقه في الإجابة عن هذا السؤال: " إن الحل المسلم به في العالم والذي لا يقبل الجدل هو تطبيق قانونه الوطني على النزاع. " [1] وإذا كانت هذه الحقيقة مسلمة في الفقه التقليدي على هذا النحو فان هذا لا يمنع من وجود اتجاهات أخرى في الإجابة عن السؤال ومن هذه الاتجاهات ما يلي:

الرأي الأول : البحث عن البديل في ضل القانون الأجنبي. هذا الرأي الذي يدعو إلى إيجاد البديل على ضوء القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمعنى أن المسالة تقتضي فقط تطبيق نص من النصوص القانون الأجنبي الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي .[2]

ويبرر الفقه الألماني هذا الاتجاه بالرجوع إلى المبدأ القائل بان اثر فكرة النظام العام يجب أن ينحصر في استبعاد النص الأجنبي المخالف لهذه الفكرة ، ولا يصح أن يترتب عليه استبعاد القانون الأجنبي في مجموعه ، و على ذلك يبدوا لهذا الاتجاه أن إحلال القانون الوطني بدلا من النص المخالف للنظام العام يتعارض مع هذا المبدأ وسبق لمحكمة الرايخ الألمانية أن اعتمدت هذا الحل .[3]

إلا أن هذا الرأي لم يسلم من النقد ذلك أن احترام مبدأ الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي الذي يخالف النظام العام في دولة القاضي دون استبعاد القانون الأجنبي في مجموعه، إما عن إحلال نص آخر من القانون الأجنبي محل النص المستبعد باسم النظام العام بدلا من تطبيق قانون القاضي فهذه مسألة لا شان

[1] أنضر إبراهيم أحمد إبراهيم " القانون الدولي الخاص" ، المرجع السابق، ص 286

[2] هشام علي صادق و الوكيل شمس الدين المركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، (دراسة مقرنة) ، في تطبيق القانون الأجنبي أمام محكمة الموضوع ورقابة المحكمة العليا عليا على تفسيره ومسخه، منشاة المعارف ، الإسكندرية، بدون طبعة، 1968 ص 214

[3] وتتلخص وقائع القضية في أن الدين يخضع للقانون السويسري الذي يقرر عدم قابليته للتقادم ، واتضح للقاضي الألماني أن هذه الفكرة تتعارض مع النظام العام في ألمانيا ولكن المحكمة قررت أن يتعين قبل تطبيق القانون الألماني محاولة إكمال النقص المترتب على استبعاد فكرة عدم قابلية الدين للتقادم بالإسناد إلى القانون السويسري ذاته فإذا اتضح استحالة ذاك تعين تطبيق قاعدة القانون الألماني الأكثر اتفاقا مع القانون السويسري ويكون ذلك بالا خد بأطول مدة للتقادم يعرفها القانون الألماني أنضر بلمامي عمر ، المرجع السابق، ص 174

لها بالمبدأ السابق . أضف إلى ذلك فلا مفر من تطبيق قانون القاضي في حالة عدم وجود النص البديل فلا مفر من تطبيق قانون القاضي . [1]

الرأي الثاني: استبعاد القانون الأجنبي بدون تعويض.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول باستبعاد القانون الأجنبي دون تعويضه وان كانت هذه الفكرة بدون مغزى إذ أن استبعاد القانون الأجنبي ، دون أن يحل محله قانون آخر يؤدي إلى فراغ قانون لابد من سده .[2]

الرأي الثالث : تطبيق المبادئ القانونية العامة.

بينما ذهبت بعض الرؤى انه ينجر عن إعمال أثار الدفع بالنظام العام تطبيق مبادئ قانونية العامة محل تطبيق القانون الأجنبي وصور ذلك أن يكون قانون القاضي غير ملائم للتطبيق ، فتطبق مثلا مبادئ القانون الطبيعي أو الأعراف .[3]

وتبنى هذا الموقف القضاء المغربي وعليه استقر هذا القضاء على انه في حالة التعارض القانون الأجنبي المختص مع الشعور العام يتعين على القاضي في هذه الحالة استبعاد هذا الأخير، واللجوء إلى المبادئ العامة وحلول العدالة والقانون الطبيعي محله". [4]

الرأي الرابع تطبيق قانون القاضي.

اقترح البعض في حالة استبعاد القانون الأجنبي المختص أصلا في النزاع يحل محله القاضي محل القانون الأجنبي الذي استبعدت أحكامه ولإعمال هذا الرأي يستلزم توفر شرطين.[5]

قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، وهذا هو موقف القضاء الفرنسي .

---

[1]أنضر صادق على هشام دروس في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق ص 214

[2]أنضر محمد اللافي مبروك المرجع السابق، ص 84.

[3]أنضر الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص" ، المرجع السابق، ص 284

[4] V. ISSAD MOUHAND, DROIT INTERNATIONALE PRIVE, tomel, LES REGLE DE CONFLIS, O.P.U, ALGER, EDITION; p201

[5]محمد مبروك اللافي ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة ، 1994، ص 170

الشرط الأول: هو وجود قانون أجنبي واجب التطبيق، بمعنى أن يكون القانون الواجب التطبيق أشارت بتطبيقه قاعدة التنازع الوطنية.

الشرط الثاني: فيتمثل في ضرورة وجود حكم في قانون القاضي المعروض أمامه النزاع يسمح بان يحل محله القانون الأجنبي الذي استبعدت أحكامه باسم النظام العام، ويصلح بالتالي أن يحل محل القانون الأجنبي المستبعد.

وان كان هذا الحل الأخير الأكثر ترجيحا في القانون المقارن ، إذ كاد ينعقد الإجماع في القانون المقارن على تطبيق قانون القاضي عندما يتم استبعاد القانون الأجنبي ، على اثر الدفع بالنظام العام ويكون قانون القاضي في حالة الاختصاص الاحتياطي. وتبنت معظم التشريعات هذا الحل ونصت على ذلك صراحة عدة دول في قوانينها والقانون وتشريعاتها كالقانون الكويتي التونسي وقد قنن المشرع الجزائري هذا الرأي صراحة في المادة 24 فقرة 2 المتممة حيث تقضي بما يلي: يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب[1]" .

اثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة. في هذه الحالة فان النظام العام يتدخل بشان حق نشا في دولة ما وينتقل إلى دولة أخرى للاعتراف به أو بمعنى أن النزاع المطروح أمام القاضي يشكل الاحتجاج بحق اكتسب في الخارج. وان نفاذ هذا الحق والاعتراف بآثاره يطلق عليه الأثر المخفف للنظام العام، كما أن هناك ما يسمى بأثر الانعكاسي للنظام العام، و إلى جانب هذه المسميات المسمى الحديث للنظام العام النظام العام القريب من قانون القاضي).

أولا: مفهوم الأثر المخفف للنظام العام.

يقصد به عدم إعمال الدفع بالنظام العام إزاء الحقوق التي تنشا في الخارج بنفس الشدة أو الصرامة التي تطبق على الحقوق التي تنشأ داخل دولة القاضي.

[1]المادة 73 من القانون الكويتي: " لا يجوز تطبيق أحكام القانون الأجنبي الذي عينته النصوص الواردة في هذا الباب إذا كانت الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في الكويت، ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي".
المادة 36 من القانون الدولي الخاص التونسي 98-79 تنص : " لا يمكن للقاضي أن يلجأ إلى الدفع بالنظام العام إلا إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعين تتعارض مع الاختيارات الأساسية للنظام العام التونسي

إن أول من تكلم عن الأثر المخفف للنظام العام هو القضاء الفرنسي، حيث ذهب منذ أواخر القرن الثامن عشر إلى إقامة التفرقة بين حالتين

الحالة الأولى: يراد بها إنشاء مركز قانوني جديد أمام قانون القاضي المعروض أمامه النزاع فلا يمكن للقاضي أن يسمح بإنشاء هذا المركز القانوني وقانونه لا يجيز ذلك.

الحالة الثانية : وهو الوضع الذي يتم فيه نشوء الحق المخالف للنظام العام في الخارج نشوءا صحيحا وفقا لقانون الدولة تقره، ثم يراد بعد ذلك الاعتراف بآثار هذا الحق أو الاحتجاج بها في دولة القاضي.[1]

فالأمر في الحالتين ليس على سواء ، إذ قد يكون نشأ الحق في دولة القاضي مخالفا للنظام العام بينما لو نشا هذا الحق ذاته في الخارج ، وأريد الاحتجاج بآثاره كلها أو بعضها في بد القاضي لامكن الاعتراف بها والتمسك بآثاره إذا لم تكن متعارضة مع مقتضيات النظام العام أي لا يمكن الدفع بالنظام العام إزاء المراكز التي نشأة في الخارج بنفس الدرجة التي يتم بها إعماله تجاه المراكز التي يراد إنشاؤها في دولة القاضي. ومن أمثلة ذلك أن النظام العام الفرنسي يمنع الاحتفال بالزواج المتعدد لأنه مساس بالنظام العام الا انه لا يحول دون الاعتراف ببعض آثاره متى تم صحيحا في الخارج وفقا للقانون المختص فمثلا فقد اعترف القانون الفرنسي للزوجة الثانية في طلب النفقة الزوجية وبحقها في الإرث في هذه الحالة يرى القضاء الفرنسي أن الآثار التي تم التمسك بها في فرنسا ليست هي ذاتها مخالفة للنظام العام الفرنسي رغم أنها آثار لمراكز قانونية (تعدد الزوجات) لا يمكن إنشاؤها في فرنسا. كما هو شأن الزوجة الثانية التونسية التي رفعت دعوى أمام القضاء الفرنسي للمطالبة بحقها في النفقة اتجاه زوجها وفقا للقانون التونسي فسمحت لها محكمة النقض الفرنسية بذلك على أساس أن العلاقة التعدد نشأة في خارج التراب الفرنسي أي تمت علاقة الزواج الشرعي الثاني بتونس .[2]

وإذا كان الأثر المخفف للنظام العام يحد كثيرا من صرامة الدفع بالنظام العام ويسمح للقانون الأجنبي بالامتداد إلى بلد القاضي وبالإقرار للحقوق المكتسبة في ظله أخذا بعين الاعتبار استقرار المراكز القانونية والمعاملات الدولية ، إلا أن النظام العام قد يستعيد دوره مجددا في الحالات الخطيرة ويتصدى بصرامة للحقوق المكتسبة في الخارج خصوصا وانه لا يوجد معيار دقيق ثابت للتمييز بين حالات الأثر المخفف وما

[1] أنضر جميل عبده غصوب ، " محاضرات في القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص 140.

[2] Cass.civ.28 janvier 1958, v mouhand issad.op.cit.p203

عداها من الأحوال الأخرى مما يمنح القضاء سلطة واسعة في تقدير مقتضيات النظام العام على هدى مقتضيات المصلحة العامة العليا للمجتمع في كل زمان ومكان.[1]

وقد سايرت المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص فكرة الأثر المخفف للنظام العام ونصت في الفصل 38 على ما يلي: " يتم الاعتراف بالبلاد التونسية بآثار وضعيات نشأت بالخارج وفق القانون الذي عينته قاعدة التنازع التونسية ما لم تكن هذه الآثار متعارضة مع النظام العام الدولي التونسي".

ثانيا: الأثر الانعكاسي للدفع بالنظام العام.

يعتبر الفقيه "بيه" من الفقه الذي ابتدع هذا المصطلح ، [2]والذي يثار بالمشكل التالي هل يجوز للقاضي أن يعتبر من النظام العام في دولته ما يعتبر من النظام العام في دولة أخرى (ثالث)؟. لتوضيح ذلك مثلا تزوج بولونيان في بلجيكا وفقا للقانون البلجيكي الذي حل محل قانونهما البولوني المختص والذي استبعد لمخالفته النظام العام ، لأنه لا يسمح بالزواج بين مختلفي الديانة فهل يجوز الاحتجاج والتمسك بهذا الزواج في فرنسا؟

يذهب جانب من الفقه إلى القول بان فكرة النظام العام فكرة وطنية ، وان قانون الدولة الأجنبية الذي يطبق إعمالا لفكرة النظام العام لا يتعدى أثره إلى دولة أخرى حتى ولو كان مفهوم النظام العام في كلتهما غير مختلف ، وعليه لا يمكن التمسك في بلد القاضي بآثار الحق الذي اكتسب في دولة أجنبية وفقا لنظامه العام وخلافا يقتضي به القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي ، ففي المثال السابق لا يمكن للزوجين البولونيين التمسك بآثار زواجهما في فرنسا على الرغم من اتحاد مفهوم النظام العام بين فرنسا وبلجيكا. [3]

غير أن هذه النتيجة تبدوا مجافية لمنطق الأشياء، ذلك أن اتفاق مفهوم النظام العام في كل من دولة القاضي والدولة الأجنبية سيترتب عليه الوصول قاضي الدولة إلى نفس النتيجة التي لو كان النزاع قد

---

[1]أنضر طيب زروتي ، المرجع السابق ص 285

[2]يوسفي فتيحة ، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، دراسات قانونية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، العدد 05 سنة 2008 المرجع السابق ، ص 106.

[3]بلقاسم أعراب ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 183.

طرح عليه .[1]

ويذهب الفقه الحديث إلى التفرقة بين الحالة التي يكون فيها النظام العام للدولة الأجنبية متطابقا مع النظام العام في دولة القاضي والحالة التي لا يكون فيها متطابقا معه .[2]

الحالة الأولى : يصبح الاحتجاج في دولة القاضي بآثار الحق المكتسب في الدولة الأجنبية وفقا المقتضيات نظامهما العام لتطابقهما، وخلافا لما يقضي به القانون المختص وعليه فانه يمكن في المثال السابق للزوجين البولونيين التمسك في فرنسا بآثار زواجهما الذي تم وفقا لمقتضيات النظام العام البلجيكي والتي هي نفسها في فرنسا.

الحالة الثانية: فانه لا يصح الاحتجاج بآثار الحق المكتسب في دولة أجنبية طبقا لمقتضيات نظامها العام لعدم تطابق هذه المقتضيات مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي.

وهذا الحل الأخير وان كان يتعارض في ظاهره مع مبدأ وطنية النظام العام إلا أنه لا يخل بجوهر المبدأ ذاته ، والقول بغير ذلك من شانه الإضرار بالمعاملات الدولية دون مبرر ، إذ سيترتب على الأخذ به إبطال العلاقات ذات الطابع الدولي التي نشأة في الخارج بالرغم من أن نشوءها جاء متفقا مع الأفكار القانونية في دولة القاضي ذاتها.[3]

ثالثا: النظام العام القريب من القانون القاضي :(l'ordre public de proximité إن هذا المفهوم الجديد للنظام العام يتمثل في أن نسبية النظام العام تقتضي من القاضي أن يستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لصالح قانون القاضي كلما وجد عامل الربط بين العلاقة المتنازع فيها و فليمه ، ويرجع الفضل في وجود هذا المفهوم إلى الفقه الألماني ن ويطلق على هذه.>> [4]inlandsbeziehung الصلة اصطلاح

[1]فؤاد عبد المنعم سامية راشد المرجع السابق، ص 207

[2]أنضر بلقاسم أعراب ، ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 184.

[3]أنضر فؤاد عبد المنعم ، سامية راشاد المرجع السابق ، ص 208

[4]أنضر فؤاد عبد المنعم وسامية رشاد ، المرجع السابق نص 208

فهم يرون أنه لا يجوز الاعتداد بتعارض القانون الأجنبي مع النظام العام الوطني إلا إذا كانت صلة كافية ، بين هذا النزاع وبين دولة القاضي ، فإذا لم تتوافر هذه الصلة كان من غير المستساغ إعمال القاضي لفكرة النظام العام إذ أن النزاع لا يعني دولة القاضي حينئذ في شيء . [1]

المطلب الثاني

تطبيقات الدفع بالنظام العام على النسب.

إن أكبر مجال عرف تطبيق كبير للنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص هو مجال الأحوال الشخصية ، والنسب من المسائل الحساسة في هذا المجال ، فأهمية النظام العام في رابطة النسب تعظم أكثر من المجالات الأخرى لأنها رابطة قبل أن تكون قانونية في رابطة اجتماعية ذات أسس خلقية أو دينية ، و إن الطابع الديني أو العلماني للنسب في قانون ما يشكل وسيلة لاستبعاد القانون المنافي له ، ويوسع من دائرة تدخل قانون القاضي باسم النظام العام من هذا المنطلق سنحاول دراسة تطبيق فكرة النظام العام على النسب من خلال موقف كل من المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي.

الفرع الأول

القانون الجزائري.

إن تشريع الجزائري كما سبق تباينه في الفصل الأول، لا يعرف سوى النسب الشرعي ويتنكر لغيره من النسب الطبيعي ونظام التبني. فقانون الأسرة مستخلص من مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية التي ترفض جميع العلاقات الخارجة عن الإطار الشرعي ، منعا لاختلاط الأنساب والحفاظ عليه من الفساد . [2]

ومسألة النسب الطبيعي هي التي تثير أكبر الصعوبات للتناقض الموجود بين الدول فالدول ذات الطابع الديني الإسلامي (الجزائر) سوف ترفض لا محال كل طلب يبيح محظور بالاسم النظام العام . ومن ذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 23/04/1991 [3] الذي قض" فان القاضي الجزائري قد قرر بان إثبات النسب للأب وفقا لما قض به القاضي الفرنسي وفقا لقانونه يكون مخالفا للنظام العام الجزائري حيث أن

---

[1] انظر تطبيقات الدفع بالنظام العام في القضاء الفرنسي ص15

[2] أنظر الفصل الأول مفهوم النسب الشرعي ومفهوم النسب الطبيعي ، ص64

[3] . المحكمة العليا ، قرار صادر بتاريخ 23/04/1991، غير منشور ، نقلا عن عليوش كمال قربوعة ص 83

قانون الأسرة الجزائري لا يقر النسب إلا بالزواج الصحيح طبقا لأحكام المادة 41 قانون الأسرة وبالتالي يكون القاضي الجزائري قد استخلف القانون الأجنبي واحل محله القانون الجزائري...

وهكذا فمسألة البنوة الغير الشرعية هي التي تشكل المساحة الأكبر للدفع بالنظام العام . فالطابع الديني للتشريع الجزائري يجعل منه أكثر تشددا من غيره من التشريعات العلمانية فماه إذن موقف التشريع الفرنسي من المسألة ؟

الفرع الثاني

القضاء الفرنسي

إذا كان القضاء الجزائري استبعد تطبيق القانون الفرنسي (لعدم اعترافه بالنسب الطبيعي)، فانه على العكس من ذلك استبعد القضاء الفرنسي تطبيق القوانين الإسلامية حتى لو كانت هي الواجبة التطبيق لمخالفتها للنظام العام الفرنسي تطبيقا لمبدأ المساواة بين الولد الشرعي والغير الشرعي من القانون الفرنسي بموجب قانون 03 جانفي 1972 وفي هذا المجال جاء قرار محكمة النقض الفرنسية كما يلي : " أن قوانين الدول السلامية يمنع مثلا إثبات النسب خارج الزواج اتجاه الأب عندما يعرف ، ولكي يسمح للطفل المقيم بصورة ومعتادة في فرنسا ، والذي له جنسية الفرنسية عن طريق أمه أن يتمكن من إثبات نسبه اتجاه والده الطبيعي والمنتمي إلى دول المغرب ، فتطبيقا لفكرة النظام العام الفرنسي ، استبعد القانون العربي الإسلامي الواجب التطبيق ، وإحلال محله القانون الفرنسي الذي يجيز هذا الإثبات" [1].

إلى جانب ذلك صدور قانون 08 جانفي 1993 ، حول البحث عن الحقيقة البيولوجية ، قد وسع من مجال إثبات دعوى النسب الأبوي خارج إطار الزواج ، بحيث أصبح معيار تدخل النظام العام في القانون الفرنسي مصلحة الطفل[2].

وقد عبر القضاء الفرنسي عن معيار تدخل النظام العام في القانون الدولي في قضية أساسية رأى فيها معيار مزدوج ، موضوعي وإجرائي كالأتي:

---

[1] نقلا عن يوسفي فتيحة ، المرجع السابق ، ص 192.

[2] cass.civ, 9 oct. 1984, rev.crit, D.I.P, 1985.643, note j. foyer, J.D.I 1985, 905, note m.Simon – Depitre.

"La conception de l'ordre public internationale n'interdit pas la recherche en France de la paternité selon une loi étranger compétente qui ne prévoit pas les cas d'ouverture de l'art, 340c.civ, dés lors que cette loi présente de sérieuse garanties en ce qui concerne de la vérité biologique et permet au père d'assurer efficacement sa défense."(1)

كما أن المفهوم الحديث للنظام العام القريب من القاضي L'ORDRE PUBLIC DE PROXIMTE وسع من استعمال الدفع بالنظام العام من طرف القضاء الفرنسي فانتفاء عامل الربط دفع بالقضاء الفرنسي برفض الدعوى واستبعادها من الحكم الصادر بتاريخ 2006 والذي تتلخص وقائعه في أن الطفلة " مريم " المولودة بالجزائر والمقيمة بالجزائر وهي طفلة غير شرعية ، رفعت أمها الجزائرية دعوى إثبات نسبها من الأب الطبيعي ، وقامت محكمة الدرجة الأولى باستبعاد تطبيق قانون الأم الجزائري (على الرغم من انه الواجب تطبيق حسب القانون الفرنسي) ، تطبيقا لمبدأ المساواة بين النسب الطبيعي والنسب الشرعي ، إلا أن محكمة النقض الفرنسية رأت نظرة أخرى إلى القضية فالطفلة ليست لها الجنسية الفرنسية وغير مقيمة بفرنسا ، فبانتفاء عامل الربط دفع بمحكمة النقض الفرنسية إلى رفض طلب الأم.

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 إثبات النسب وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الأول كما قد تعرض القاضي عدة إشكالات في تطبيقه لهذا القانون و هذا ما سندرسه في المطلب الثاني تحت عنوان إشكالات تطبيق قانون الجنسية[1].

[1] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 108

المطلب الأول

دور ضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على إثبات 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 الأحوال الشخصية لتعلق هذا القانون بالشخص أينما ذهب لذلك أثيرت إشكالات حول أي القانون أصلح وأفضل للشخص قانون الموطن القانون الجنسية..

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 المهاجرين أن يسهل اندماجهم في رعايا الدولة وإلحاقهم بمواطنيها بدلا من أن يظلوا أجانب عنها!.

.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 . [1]

.تطبيق قانون الموطن يساعد المهاجرين على الانصهار والتأقلم مع المجتمع الذي يعيشون فيه. [2]

---

[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

.يعتبر قانون الموطن في الغالب قانون القاضي فتطبيقه أسهل مقارنة مع قانون الجنسية الذي يعد أجنبيا وقد يخطئ القاضي في تفسيره وتحديده 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[1].

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..

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، لأنها الأنسب لحكم أحوالهم الشخصية[2].

.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.[3]

.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[4].

تقدير حجج كل من الطرفين إن الحجج التي رأيناها والمقدمة لصالح اختصاص قانون آخر 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

[1]رحماني فايزة ، مفاضلة من قانون الجنسية و الموطن و القانون الواجب التطبيق على الحالة الأهلية ، تم الاطلاع في 2021/04/2921.30- على الساعة www. Djelfa.info

[2]محمد وليد المصري، المرجع السابق، 109

[3]رحماني فايزة www.djelfa.info – المرجع السابق.

[4]علي علي سليمان المرجع السابق، ص 57.

الجنسية يفرض نفسه عليها فرضا ذلك أنه من غير المعقول أن يخضع في الخارج إلى قانون لاتكي شخص ينتمي إلى بلد أين قانون الأحوال الشخصية له صبغة دينية مقدسة[1].

ومنه 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[2].

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري من ضابط الجنسية في إثبات 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 إذ تم الاعتماد في كلا الموضوعين على ضابط الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق[3]..

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،

[1] أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ص 204 205.

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

[3] 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.

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. [1]

الفرع الثالث :

موقف التشريعات المقارنة في مجال إثبات النسب

يقصد بالنسب الشرعي كما عرفناه سابقا هو نسب الولد لأبويه الحقيقيين بمعنى أنه عبارة عن بنوة ناتجة عن عقد زواج شرعي صحيح. وقد اختلفت الآراء الفقهية والتشريعية حول قانون الواجب التطبيق على هذا الأمر وسنوضح هذه الآراء كما يلي:

-1-تطبيق القانون الشخصي للابن.

يذهب هذا الرأي إلى تطبيق القانون الشخصي للولد المراد إثبات نسبه بغض النظر عن كونه ذكر أو أنثى، فالبنوة رابطة قانونية بين الولد و أبيه و أمه و تنجم عنها حقوق و التزامات متبادلة و لكل 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.

2 -تطبيق القانون الشخصي للأم

ذهب هذا الرأي إلى إخضاع البنوة الشرعية الجنسية الأم على اعتبار أنها في غالب الأحيان المحور الأساسي لكل الدعاوى المتعلقة بالنسب، كما أنها من الناذر أن تكون مجهولة بخلاف الأب وهذا الرأي أخذ به المشرع الفرنسي بعد تعديل 1972، وقد أخضع المشرع الفرنسي البنوة الشرعية و الطبيعية لقاعدة إسناد

[1] أمحمدي بوزينة أمينة، المرجع السابق، ص ص 15، 16

أساسية و أخرى احتياطية فهي خاضعة لعدة قوانين حسب ما نصت عليه المادة 311/14 من القانون المدني الفرنسي. [1]

تطبيق القانون الشخصي للأب

وهو القائل بإخضاع البنوة للقانون الشخصي للأب وقت ميلاد الطفل و يستند هذا الرأي إلى أن الأب هو الذي أوجد الابن و إلى أن إثبات البنوة 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[2].

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 إنكاره و لا يهم أي قانون كان بشرط أن لا يكون مخالف للنظام العام لدولة القاضي وأن لا يكون صارم في حقه.[3] ومن التشريعات التي أخذت بهذا الرأي المادة 52 من القانون الدولي الخاص.27/11/1998 [4]

التونسي رقم 98/97 الصادر في القانون الذي يطبق على النسب باعتباره أثر من آثار الزواج يرى هذا الاتجاه أن النسب الشرعي يعد أثرا من آثار الزواج فيخضع لذات القانون الذي يحكم هذه الآثار وهو ما أخذ به القانون الدولي التركي في مادته 15 و كذلك قانون المرافعات المصري الصادر عن 1949 في مادته01/905[5].

[1]رشا على الدين القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد 09، كلية الحقوق – جامعة المنصورة 2016، ص ص 32/33

[2]يوبي سعاد المرجع السابق، ص 58.

[3]مجد الدين خربوط القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، 2008، ص 246.

[4]يوبي سعاد المرجع السابق، ص 60.

[5]رشا علي الدين المرجع السابق، ص.19

-تطبيق القانون الشخصي للوالدين

يخضع هذا الاتجاه البنوة الشرعية للقانون الشخصي باعتبار أن الابن المراد إثبات نسبه هو نتاج العلاقة الزوجية الصحيحة وهو ما أخذ به القانون الدولي الخاص النمساوي في مادته 21 بصفة أصلية واحتياطية والقانون الشخصي هو قانون الدولة التي يتوطن 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 الطفل فإذا كانا مختلفا الجنسية فمكان إقامتهما المعتاد فإن لم يكن لهما محل إقامة معتاد فقانون محل إقامة الطفل. وذات الأمر جاءت به نصوص قانون المدني اليوناني فنصت على أن القانون الشخصي للأب والأم عند ولادة الطفل هو الواجب التطبيق على نسبه و لكن عاد ليضع

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

تطبيق جنسية الأب والابن معا.

إلى جانب الآراء المقدمة ذهب هذا الاتجاه إلى القول بإخضاع البنوة لقانون جنسية الأب وقانون جنسية الابن معا تطبيقا جامعا وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن له قيمة نظرية فقط لكنه غير عملي، كما يعيب أيضا على أن هذا الرأي يؤدي في واقع الأمر إلى تطبيق الأحكام المتفقة في قوانين دون تلك المتعارضة مع أن الخرج الذي يتعين الخروج منه هو بالنسبة للمتعارضة . [2]

وكخلاصة لموقف التشريعات المقارنة في مجال إثبات النسب نجد أن معظم التشريعات اختلفت في تنظيم هذه المسألة اختلافا جوهريا إذ ذهب الاتجاه الأول تشيكوسلوفاكيا و بولونيا وألمانيا، بترجيح إخضاع البنوة الشرعية لقانون جنسية الابن بينما يرى المشرع النمساوي بتطبيق القانون الأصلح للابن باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة،

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

[2] أكرم خوني المرجع السابق، ص 37.

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. [1]

أما المشرع الجزائري فبعدما كان ملتزما الصمت إزاء مسألة النسب فإنه قد حسب ذلك صراحة بنص المادة 13 مكرر قانون المدني التي تقتضي بأن يرى على النسب والاعتراف به و إنكاره، قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل ... وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة [2].

المطلب الثاني

إشكالات تطبيق قانون الجنسية في إثبات 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 أخرى لدول أخرى إذ يعتبر أن هذا الشخص متمتع بجنسية تلك

[1] 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 203 202.

[2] المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري

الدولة أي لديه حقوق و عليه واجبات ، و قد واجه هذا التعدد عدة إشكالات فيجد القاضي صعوبة في حل النزاع المتعدد الجنسية حيث يصعب عليه تحديد المعايير التي يعتمد عليها و هذا ما سنقوم بالتفصيل فيه[1].

يعتبر تعدد الجنسية من أصعب الإشكالات 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، 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 يختار القاضي الجنسية الجزائرية ، [2]و فيما يخص تطبيق قانون جنسية القاضي إذا كانت من بين الجنسيات المتواجدة من الضروري تطبيقها و التخلي على الجنسيات الأخرى دون النظر إذا كان هذا الشخص دو علاقة جدية بهذه الدولة من الناحية الإقليمية أم لا بالإضافة إلى المصالح التي تربطه بها . [3]

معيار الجنسية الفعلية

يقصد بالجنسية الفعلية الأخذ بالجنسية الأصلية للشخص وهذا ما استنتجه القاضي من خلال بعض الصفات التي تتوافر في الشخص كاللغة، أما إذا كانت إحدى 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 [4].

---

[1]عبد الحفيظ بن عبيدة الجنسية و مركز الأجانب في الفقه و التشريع الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، بوزريعة 215الجزائر

[2]أمينة رحاوي، المرجع سابق، ص 10.

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

[4]عبد الحفيظ بن عبيدة المرجع السابق، ص 255

كما يمكن تعريفها كذلك بأنها " هي جنسية الدولة التي اندمج الفرد فعلا في جماعتها و عاش في كنفها و استعمل فيها الحقوق التابعة لها وتحمل التزاماته، يحددها القاضي و هو يدور في ميدان الواقع و ليس ميدان القانون و يتخذها وسيلة لتفضيل إحدى الجنسيات المتنازعة عن الأخرى[1].

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[2].

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. [3]

الفرع الثاني

انعدام الجنسية

يحصل التنازع السلبي للجنسيات عندما لا تدعي أية دولة السيادة على جنسية شخص معين لوقوعه في اللاجنسية هنا يقع على عاتق القاضي المطروح أمامه بتطبيق قانون الجنسية على شخص مجرد من كل 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، [4]بمعنى أن جميع الدول لا تعترف به كشخص ينتمي إليها أو مواطن فيها أي أنه لا ينتمي لأي دولة،

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 130

[2] يوبي سعاد ، المرجع السابق، ص 76،77.

[3] المادة 22 قانون مدني جزائري

[4] عبيدة عبد الحفيظ الرجع السابق، ص 256

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 .[1]

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 دولة من الدول بصفة مطلقة و لا يقع من ثمة تنازع بين دولة وأخرى على اعتباره من رعاياها[2].

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 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 ، [3]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 ، [4]و من الأسباب كذلك الانعدام المعاصر للميلاد الذي هو اختلاف الأسس التي تأخذ بها الدول في شأن فرض جنسيتها الأصلية فقد يتصور إذا ولد الشخص خارج الدولة التي ينتمي إليها أبواه في إقليم دولة لا تأخذ بحق الإقليم و كانت دولة الأبوين لا تمنح جنسيتها بناء على حق الدم في حالة الميلاد الواقع في الخارج مثلا،[5] وتعتبر من الأسباب أيضا التجريد من الجنسية على سبيل العقاب بإسقاطها عن الوطني الأصيل أو سحبها من الأجنبيين المتجنسين، كما أنه على كل دولة إيجاد 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 ينص على معاقبة الشخص بسحب جنسيته أو تجريده منها لأن مثل هذه الأمور ستزيد

---

[1]حفيظة السيد الحداد الوجيز في القانون الدولي الخاص المبادئ العامة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية 2010، ص 73

[2]عكاشة محمد عبد العال المرجع السابق، ص 178

[3]غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن 2010 278، ص278

[4]فضة براهيمي، المرجع السابق، ص 48.

[5]أكرم خوني، المرجع السابق، ص 52

1- المشكلة و لن يقضى على مثل هذه الظواهر[1].

2 -الحلول الفقهية المعتمدة لحل مشكلة انعدام الجنسية

اختلف الفقهاء بشأن 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 أنه 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 إذ 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 إذ أنه 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.

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

[1] أعراب بلقاسم المرجع السابق ، ص 175.

[2] يوبي سعاد المرجع السابق، ص 85

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

2 –الحلول الفقهية المعتمدة لحل مشكلة انعدام الجنسية

اختلف الفقهاء بشأن 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 أنه 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

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 إذ 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.

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 إذ أنه 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[1].

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[2].

موقف المشرع الجزائري من انعدام الجنسية

[1] يوبي سعاد المرجع السابق، ص 85

[2] أكرم خوني المرجع السابق، ص 55.

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من انعدام الجنسية يظهر من خلال مرحلتين السابقة واللاحقة للقانون رقم 05/10 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 64/173 المؤرخ في 08 جوان 1964 وهي تقضي بإسناد الأحوال الشخصية لعديم الجنسية لقانون الموطن[1].

أما بعد تعديل القانون المدني الجزائري بموجب القانون رقم 05/10 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 [2].

الفرع الثالث

الإحالة

قد تشير قاعدة الإسناد 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 الإسناد 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 الإسناد في القوانين و كان التنازع سلبيا بينهما [3] وتعرف كذلك بأنها تخلي القانون المسند إليه بموجب قواعد إسنادها عن الاختصاص المسند إليه من قواعد إسناد قانون القاضي لحساب القانون الأخير أو الحساب لقانون آخر مع قبول الأخير . [4]

---

[1]يوبي سعاد، المرجع السابق، ص 87.

[2]المادة 22 من القانون المدني الجزائري

[3]الطيب زروتي القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الطبعة الثانية مطبعة الكاهنة، الجزائر 114 2000

[4]عبد الرسول عبد الرضا الأسد، أحكام التنازع الدولي للقانونين، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 52لبنان

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

أولا: الإحالة الدولية

3- تتمثل الإحالة الدولية في الإحالة من الدرجة الأولى فحسب هذا النوع تتجلى قاعدة الإسناد في قانون الدولة الأجنبية التي أنعقد لها الاختصاص لقانون القاضي و تكون الإحالة من الدرجة الأولى لما تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الاختصاص إلى قانون القاضي[1].

وهذا النوع من الإحالة يعيد القانون المختص الذي تقرر تطبيقه في النزاع المشوب بعنصر أجنبي إشارة من قواعد الإسناد في قانون القاضي، حل مسألة قانون القاضي نفسه فهي تتولد من اختلاف قواعد الإسناد في قانون دولتين حول موضوع واحد وهذا النوع من الإحالة أكثر شيوعا في التطبيق العملي 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 الإسناد الوطنية باختصاص قانون دولة تتعدد فيها الشرائع تعددا داخليا والتعدد على هذا النحو قد يكون إقليميا أو تعددا شخصيا . [3]

حيث أننا نكون أمام تعدد إقليمي عندما تختص كل شريعة بنطاق إقليمي معين كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا، 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، 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، كما انه إذا كان القانون

[1] عكاشة محمد عبد العال المرجع السابق، ص 188

[2] غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 126.

[3] هشام على صادق القانون الدولي الخاص الجنسية) تنازع الاختصاص القضائي) دار المطبوعات الجامعية مصر 119

المختص أو المعين قانون دولة تعددت فيها الشرائع تعددا إقليميا أو شخصيا فإنه يتسنى للقاضي التعرف على الأحكام الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع إلا إذا تبين أولا الشريعة التي يجب الرجوع إليها من بين تلك الشرائع كما أن أمر تعيين الشريعة الواجبة التطبيق موكل للقانون المختص ذاته أي دون أي تدخل لقانون القاضي في هذا التحديد،[1] و تنص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري ..... غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص هذا النص قد جاء في صياغة عامة شاملة تسمح باتساعه لصور التعدد الإقليمي 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 لأنها استثناء من الأصل وعلى 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 يخص المشرع الوطني أخذ بالإحالة بالدرجة الأولى ولكنها مستبعدة في الأحوال الشخصية، كي لا نصطدم بتطبيق قانون الأسرة الجزائري المستمد جل أحكامه من الشريعة الإسلامية على شخص غير مسلم مسيحي مثلا، وبما أن النسب يعد من الأحوال الشخصية فيستبعد تطبيق الإحالة من الدرجة الأولى على موضوع إثبات النسب أمام القاضي الجزائري.

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

[1] علیوش قربوع كمال المرجع السابق، ص 110.

[2] المادة 23 مكرر 1 قانون مدني جزائري.

[3] علیوش قربوع كمال المرجع السابق، ص 110.

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

القانون الفرنسي 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 أن ذلك الاختصاص كان نتيجة لتحايل على القانون وهذا ما سنقوم بمناقشته.

أولا : الدفع بالنظام العام

تتفق معظم التشريعات الدولية على أنه 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 المعين لحل النزاع المعروض عليه ولقد بدل الفقهاء والمفكرين في تحديد المقصود بالنظام العام.

أ. تعريف الدفع بالنظام العام

نذكر من أهم التعريفات ما يلي:

عرفه الدكتور أحمد مسلم : " النظام العام في دولة ما هو إلا الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية و الديمقراطية 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/

[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، ص 184.

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

ولكن غالب الفقهاء يعرفونه بأنه تلك الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية وإحلال القانون الوطني محله بسبب اختلافه مع هذا الأخير اختلافا جوهريا بحيث يتنافى مع المصالح الحيوية للدولة[1].

أما 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 ".[2]

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 والوقوف عند هذا الأثر و الاكتفاء به يؤدي إلى عدم فض النزاع وفق القانون المختص و عدم تعيين قانون آخر يحل محله يعتبر إنكار للعدالة لا يمكن قبوله و لتحاشي هذه النتيجة يلزم فض النزاع وفق قانون يحل محل القانون المستبعد[3].

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 أنها 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 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[4].

[1] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 184.

[2] المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

[3] حسن الهداوي المرجع السابق، ص 190

[4] عليوش قربوع كمال، الرجع السابق، ص 180

الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام

إن استبعاد القانون الأجنبي جزئيا أو كليا يستتبع بالضرورة تطبيق قانون آخر ليتمكن القاضي من البث في النزاع، كما قد أشارت بعض المحاكم في الدول الأنجلوسكسونية 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. [1]

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[2].

توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام بالمعنى الذي حددناه يكون معه تطبيق القانون الأجنبي غير مقبول بعبارة أخرى يلزم أن يكون هناك تعارض صارح و تنافر بين القانون الأجنبي والأسس الجوهرية التي يقوم عليها القاضي .

يعد 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 ثم فإن الطابع الديني أو العلماني للنسب في قانون ما يشكل وسيلة لاستبعاد القانون المنافي له و يوسع من دائرة إعمال النظام العام.

[1] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 267

[2] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 237. عكاشة محمد عبد العال المرجع السابق، ص 577 عكاشة محمد عبد العال المرجع السابق، ص 579

خلاصة الفصل الثاني

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 إسناد ترشده إلى القانون الواجب التطبيق وقد أخضعها المشرع إلى قانون القاضي ثم تعرضنا إلى الصعوبات التي واجهت القاضي في الاعتماد على ضابط الجنسية في إثبات النسب.

خاتمة

يعتبر موضوع النسب وإثباته في العلاقات الزوجية الدولية من بين المواضيع المتشعبة التي تستوجب تفعيل قواعد الإسناد من اجل تحديد القانون واجب التطبيق، والقاضي في هكذا مسائل يجد نفسه أمام صعوبة في إيجاد الحلول العملية بما يحقق العدالة وتحقيق روح قواعد الإسناد.

من خلال هذه المذكرة توصلنا إلى مجموعة النتائج التي يمكن تكون محلا لتوصيات موجهة للهيئة

التشريعية الجزائرية بما يحقق التناسق مع التشريعات المقارنة، كالآتي:

وجب على المشرع الجزائري منح سلطة تقديرية واسعة للقاضي الفاصل في منازعات النسب المرتبطة بعقود الزواج المختلطة من خلال سعيه إلى البحث على القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية المطروحة أمامه بما يحقق الحماية خاصة بالنسبة لنسب الطفل، لذلك كان عليه الاقتداء بالمشرع التونسي، بما يحقق حماية نسب الطفل وحماية النظام العام الجزائري.

نتائج الدراسة :

1. الاعتراف بالنسب :إذا تم الاعتراف بالزواج والنسب في كل من البلدان المتعلقة، فإن النتيجة الأساسية هي اعتراف الأطراف بالنسب بطريقة شرعية وقانونية.
2. قد تواجه الأطراف تحديات قانونية في بعض الأحيان، خاصة إذا كان هناك تضارب بين القوانين المحلية فيما يتعلق بالنسب أو إذا كان هناك اختلاف في التفسير القانوني لشروط الزواج أو النسب بين البلدين.
3. قد تؤدي النتائج المتعلقة بالنسب في عقود الزواج الدولية إلى عواقب اجتماعية متنوعة، مثل تأثيراتها على حقوق الأبناء أو الحصول على الجنسية أو الإقامة في بعض البلدان.
4. يمكن أن تؤثر النتائج المتعلقة بالنسب على الحقوق المالية و الميراثية للأطراف المعنية، حيث تختلف هذه الحقوق بين البلدان بناءً على القوانين المحلية.
5. يتطلب الاعتراف بالنسب في عقود الزواج الدولية غالبًا تسجيلًا رسميًا وإثباتًا قانونيًا في السجلات المدنية أو الأخرى المعنية في كل من البلدين.

6. قد تتطلب بعض الحالات النتائج المتعلقة بالنسب إجراءات قانونية إضافية مثل اختبارات الحمض النووي لتأكيد النسب، خاصة في حالات النزاع أو الشك.

بالنظر إلى هذه النتائج المحتملة، يظهر أهمية احترام القوانين والإجراءات المحلية والدولية والتشاور المبكر مع متخصصين قانونيين لضمان حقوق جميع الأطراف المعنية وتجنب المشاكل القانونية والاجتماعية المحتملة.

قائمة المصادر و المراجع

القرآن الكريم.

المصادر

قوانين و مراسيم

القانون رقم 75-8 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن قانون المدني المعدل و المتمم سنة 2007

القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم ، سنة 2007.

قانون 11 يوليو 1966 المعدل بالقانون الصادر في 8 يناير 1993.

القانون عدد 27 لعام المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة وللتبني، الفصل

قانون 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق ل 20 جوان 2005 المعدل و المتمم للقانون المدني.

القانون رقم 16-01 المؤرخ في 02 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 8 مارس 2016

المراجع

الكتب

إبراهيم احمد إبراهيم القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين "، دار الفكر الجامعي الإسكندرية،1997.

أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية، القاهر،2008.

أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر، الجزء الأول، الجزائر،2005.

أعراب بلقاسم القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول – تنازع القوانين – الطبعة الثامنة، دار

أمين حسين يونس، أثر الزاني في مسائل الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010.

بلقاسم أعراب ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، (تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 2002

بلمامي عمر : " دفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة ، ماجستير في العقود والمسؤولية, معهد الحقوق ، بن عكنون ، جامعة الجزائر، 1986.

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.

دريال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010

زروتي الطيب دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للنشر، الجزائر، 2010.

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

الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص ، علما و عملا،، ط1، الجزائر ، 2010.

الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص ، مطبعة الفسيلة، الدويرة ، ط2، جزء الأول، سنة 2008.

عليوش قربوع كمال القانون الدولي الخاص الجزء الأول تنازع القوانين، دار هومة للنشر الجزائر، 2011.

فؤاد عبد المنعم رياض سامية راشد الوسيط في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين الجزء الثاني، دار النهضة العربية القاهرة 1974.

محمد مبروك اللافي ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة ، 1994.

محمد وليد المصري الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية

ممدوح عبد الكريم القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان2005.

هشام علي صادق و الوكيل شمس الدين المركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، (دراسة مقرنة) ، في تطبيق القانون الأجنبي أمام محكمة الموضوع ورقابة المحكمة العليا عليا على تفسيره ومسخه، منشاة المعارف ، الإسكندرية، بدون طبعة، 1968

هومة للنشر، 2006 263-265 سعادي محمد القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام

والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009 .

.الرسالة الجامعية

أسامة يعقوب الأيوبي، الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة، شهادة ماجستير، غزة، 2009.

بودومي عبد الرحمن، التبني و الكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة، أطروحة دكتوراه، قسم قانون الخاص، الجزائر 2016.

بوعشة عقيلة، الكفالة في القانون الأسرة و الشريعة الإسلامية المعهد الوطني للقضاء مديرية التربصات ، دفعة الثانية عشر ، 2004-2001

حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية الأسرة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، تلمسان، 2005.

خليفة جاب الله، التبني في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مذكرة ماستر ، تخصص أحوال شخصية ، بسكرة، 2015.

رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص ، شهادة ماجستير تلمسان، 2011.

زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، شهادة ماجستير في القانون الدولي الخاص، تلمسان

صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، شهادة ماجستير قانون خاص ، الجزائر ، 2007.

علال آمال ، التبني و الكفالة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي)، مذكرة ماجستير ، حقوق، قانون الأسرة، تلمسان، 2009.

علال برزوق ،آمال أحكام النسب بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي ، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، تلمسان، 2015.

محمد أشو، الولد غير الشرعي في القانون المغربي الحماية و القصور ، رسالة ماستر، مكناس، 2013.

وداد باقي الكفالة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة، شهادة ماجستير، عقود المسؤولية، بومرداس، 2009.

يوبي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة ماجستير تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009/2010

.المقال العلمي

آيت مولود ذهبية، إشكالات إثبات النسب في الزواج المختلط الباطل شرعا بين التشريع وعوائق التطبيق المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص 2015، جامعة عبد الرحمان ميرة 200 بجاية،.

.الاجتهاد القضائي:

– 1المحكمة العليا الجزائرية سنة 2016 ، توجب الأحكام التنظيمية في زواج الجزائري أو الجزائرية مع الأجانب الحصول على رخصة ادارية سواء كان ذلك لتسجيل الزواج أو لإثباته. غرفة شؤون الأسرة والمواريث الملف رقم 1005800 ، قرار بتاريخ 13-07-2016 ، مجلة المحكمة العليا،

غرفة شؤون الأسرة والمواريث الملف رقم 1005800 ، قرار بتاريخ 13-07-2016، مجلة المحكمة207-210.

ثانيا : بالغة الفرنسية:

1-Marie-Louise Engelhard-Grosjean, The French Law of Filiation, louisiana law review, n° 2, vol 67, 1977, p 703. Available at: https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol37/iss3/4.

2-Niel Paul-Ludovic, L'admission inconditionnel de la théorie du renvoi en droit international privé de la filiation, Actu-Juridique, publié le 25/05/2020,p. 6-8, in https://www.actu-juridique.fr/

Ordonnance, n°2005-759 du 4 juillet 2005- art 2 - modifié par Loi n°93- 22 du 8 janvier 1993-art. 23 () JORF 9 janvier 1993.

الفهرس

العنوان	
تشكرات	أ
الإهداء	ب
قائمة أهم المختصرات	ج
مقدمة	
الفصل الأول الإطار القانوني لمفهوم النسب في قانون دولي	
تمهيد	**8**
المبحث الأول : مفهوم إثبات النسب.	**9**
المطلب الأول : مفهوم إثبات النسب	**9**
الفرع الأول : مفهوم إثبات النسب لغة و إصلاحا	**9**
الفرع الثاني : أهمية إثبات النسب في حفظ النسل و حفظ أفراد الأسرة	**12**
المطلب الثاني : إثبات النسب بالبصمة الوراثية و تحليل الدم	**16**
الفرع الأول : مفهوم البصمة الوراثية.	**17**
الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على إثبات نسب طفل ناتج عن زواج مختلط.	**23**
المبحث الثاني : تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب	**25**
المطلب الأول: ضبط إشكالية النسب في عقود الزواج المختلط	**25**
الفرع الأول : مفهوم النسب	**25**
الفرع الثاني : المقصود بإثبات النسب.	**26**
المطلب الثاني : القانون المختص لإثبات النسب في عقود الزواج المختلطة	**28**

الفرع الأول : تطبيق قانون جنسية الأب.	**29**
الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على إثبات نسب طفل ناتج عن زواج مختلط	**31**
خاتمة الفصل :	**35**
الفصل الثاني : قاعدة التنازع في موضوع النسب	
تمهيد	**37**
المبحث الأول: آثار الدفع بالنظام العام وتطبيقاته على النسب.	**38**
المطلب الأول: آثار الدفع بالنظام العام.	**38**
الفرع الأول: الدفع بالنظام العام بشأن علاقة نشأة أو يراد إنشاؤها في دولة القاضي .	**38**
الفرع الثاني: اثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة	**39**
المطلب الثاني: تطبيقات الدفع بالنظام العام على النسب .	**47**
الفرع الأول: القانون الجزائري.	**47**
الفرع الثاني: القضاء الفرنسي	**48**
المبحث الثاني: إسناد موضوع النسب إلى قانون الجنسية	**49**
المطلب الأول: دور ضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب	**50**
الفرع الأول: المفاضلة بين قانون الجنسية وقانون الموطن	**50**
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من ضابط الجنسية في موضوع النسب	**52**
الفرع الثالث: موقف التشريعات المقارنة حول موضوع النسب	**53**
المطلب الثاني : إشكالات تطبيق قانون الجنسية في إِثبات النسب	**56**

الفرع الأول: تعدد الجنسيات	**56**
الفرع الثاني: انعدام الجنسية	**58**
الفرع الثالث: الإحالة	**62**
الفرع الرابع: استبعاد تطبيق قانون الجنسية	**65**
خلاصة الفصل	**68**
خاتمة	**70**
قائمة المراجع	**73**
الفهرس	**79**
ملخص	

ملخص :

القانون الواجب التطبيق على النسب في القانون الدولي الخاص يتعامل مع قضايا تحديد النسب والعلاقات الأسرية عبر الحدود الوطنية. هذا المجال يستند على مبادئ وقواعد مختلفة تحدد كيفية تحديد القانون المعمول به في حالات النسب بين أفراد من دول مختلفة. ويهدف هذا الأخير إلى تنظيم العلاقات الأسرية عبر الحدود الوطنية وضمان حماية حقوق الأفراد، خاصة الأطفال، بشكل عادل وفعال. يعتمد تطبيقه على التعاون الدولي والمعايير الدولية لضمان العدالة والتوازن في مثل هذه القضايا الحساسة.

يعتبر موضوع النسب وإثباته في العالقات الزوجية الدولية من بين المواضيع المتشعبة التي تستوجب تفعيل قواعد الإسناد من اجل تحديد القانون واجب التطبيق، والقاضي في هكذا مسائل يجد ناسه أمام صعوبة في إيجاد الحلول العملية بما يحقق العدالة وتحقيق روح قواعد الإسناد.

الكلمات المفتاحية : النسب –القانون الدولي الخاص

Absract :

The applicable law on filiation in private international law addresses issues of determining filiation and family relationships across national borders. This field is based on various principles and rules that define how to determine the applicable law in cases of filiation involving individuals from different countries. It aims to regulate family relationships across national borders and ensure the protection of individuals' rights, especially those of children, in a fair and effective manner. Its application relies on international cooperation and international standards to ensure justice and balance in such sensitive issues.

The subject of filiation and its proof in international marital relationships is among the complex topics that necessitate the activation of conflict-of-law rules to determine the applicable law. Judges in such matters often face difficulties in finding practical solutions that achieve justice and uphold the spirit of conflict-of-law rules.

Keywords: filiation, private international law