

القانون الواجب التطبيق على النسب في عقود الزواج الدولية

Law applicable to filiation in international marriage contracts



د. عبد الكريم موكة¹،

¹ كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل.

تاريخ الاستلام: 2021/05/04 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/12 تاريخ النشر: 2021/06/30



ملخص:

يعتبر موضوع النسب من بين المواضيع الحساسة في مجال تنازع القوانين نظرا للإشكالات المتعلقة بإثباته في العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي أو بالأحرى في عقود الزواج المختلط، ومن بين الأحكام المستحدثة في تعديل القانون المدني الجزائري لسنة 2005 ذات الصلة بتنازع القوانين إضافة مادة في القانون الشخصي وهي المادة 13 مكرر التي تعتبر قاعدة إسناد خاصة بالنسب الشرعي من أجل مواجهة إشكالات الزواج المختلط للجزائريين والجزائريات مع الأجانب، إلا أن هذه الأخيرة تثير إشكالات قانونية من الناحية العملية.

الكلمات المفتاحية: النسب، الزواج المختلط، الدولي، القانون واجب التطبيق، تنازع القوانين.

Abstract :

Among the sensitive questions in the field of conflicts of laws, we find the question of parentage and the problems of its proof in international private relations, or rather in mixed marriage contracts, and among the new provisions introduced in the amendment of the Algerian Civil Code in 2005, the rule relating to conflicts of laws in determining the law applicable to parentage, article 13 bis, which is considered as an adequate conflict rule regarding legal parentage to deal with the problems of marriage mixed Algerians with foreigners. But the aforementioned article raises legal problems in practice.

Keywords; filiation, mixed marriage, international, applicable law, conflict of laws.

مقدمة:

تمثل الحلول المقترحة في مواضيع القانون الدولي الخاص في أي دولة انعكاس السياسة التشريعية الوطنية على المستوى الدولي، على اعتبار أنها حلول نابعة من عنصر السيادة الوطنية التي تعبر عن الاهتمامات الوطنية لتنظيم بعض المسائل والقضايا ذات البعد الدولي، كما أنها وسيلة للحفاظ على المعالم الحيوية الوطنية المرتبطة بالنظام العام للدولة الجزائرية¹، وإذا كانت الحلول المقترحة من طرف المشرع الجزائري في مجال تنازع القوانين حلولاً وطنية يفترض فيها كفاية التطبيق وشمولها لمختلف المجالات خاصة مجال الأحوال الشخصية الذي له ارتباط خاص بالشريعة الإسلامية، فإن المشرع في هذه الحالة يتخير من خلال الحلول المعتمدة أفضل تنظيم لها وغالباً ما تكون الحلول مرتبطة بالمستحدث وما استقر عليه الاجتهاد القضائي.

لذلك فإنه من بين المواضيع الحساسة في مجال تنازع القوانين نجد موضوع النسب وإشكالات إثباته في العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي أو بالأحرى في عقود الزواج المختلط، ومن بين الأحكام المستحدثة في تعديل القانون المدني ذات الصلة بتنازع القوانين إضافة مادة في القانون الشخصي وهي المادة 13 مكرر التي تعتبر قاعدة إسناد خاصة بالنسب الشرعي من أجل مواجهة إشكالات الزواج المختلط للجزائريين والجزائريات مع الأجانب.

يعتبر النسب من مواضيع الأحوال الشخصية الهامة نظراً لاختلاف القواعد المنظمة للنسب. ويعد النسب جزء لا يتجزأ من حالة الشخص ولهذا يطبق عليه القانون الشخصي. ولقد فرق الفقه بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي، فالأول نضمه المشرع الجزائري ضمن قواعد قانون الأسرة، ووضع له قواعد ووسائل حتى يمكن التحقق من شرعيته. أما النسب الطبيعي فلم يتطرق له قانون الأسرة الجزائري، بينما تم إثارة المسائل المرتبطة به خاصة على مستوى القضاء.

لما 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 اختلافاً كبيراً، وتزداد صعوبته كلما كان أطراف النزاع من جنسيات أو ديانات مختلفة، أو كلما غيروا جنسيتهم فيما بين يوم الحمل أو الولادة ويوم رفع دعوى البنوة أو الأبوة، وهذا الأمر يثير إشكالية أساسية تتعلق بتحديد القانون المختص للفصل في النزاعات المتعلقة سواء بتحديد النسب أو إثباته. والمشرع الجزائري كيف

¹ - زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للنشر، الجزائر، 2010، ص 246.

النسب على أنه من آثار الزواج وأخضعها بموجب المادة 12/ف1 قانون مدني، إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، على أن يطبق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج (المادة 13 ق م)، إلا أن النسب ورغم اعتباره من آثار الزواج، فقد استأثر بقاعدة إسناد خاصة به (المادة 13 مكرر)، 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، مما يثير إشكالية القانون المختص. هذه الورقة البحثية تثير إشكالية أساسية في مجال العلاقات الخاصة الدولية المرتبطة بموضوع النسب، ألا وهي ما هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النسب في عقود الزواج الدولية أو خارج علاقات الزواج؟ سيتم الإجابة على الإشكالية السالفة الذكر من خلال تحليل النصوص القانونية والاجتهادات القضائية ذات الصلة بالموضوع وفقاً لأحكام القانون الجزائري وبعض التشريعات المقارنة، من خلال التطرق إلى النقاط المحورية الآتية:

أولاً: ضبط إشكالية النسب في عقود الزواج الدولية.

ثانياً: القانون المختص لإثبات النسب في عقود الزواج الدولية

أولاً: ضبط إشكالية النسب في عقود الزواج الدولية.

تعتبر رابطة البنوة أو النسب بالنسبة لوضعية الطفل الناتج عن طرفين أجنبى عن الروابط التي تخضع لمبدأ القانون الشخصي للأجنبى والذي يحدد بدوره الحالات التي يتحقق من خلالها رابطة النسب والمتمثلة بالبنوة الطبيعية إضافة للبنوة الشرعية، كما تبقى إشكالية البنوة والنسب بالنسبة للطرفين الأجنبى 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 وإسم وميراث. وهذه المسائل الأخيرة المذكورة تعتبر من بين الإشكالات القانونية التي تعترى 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.

1/ مفهوم النسب

يعتبر النسب من مواضيع الأحوال الشخصية الهامة في مجال العلاقات الخاصة الدولية نظراً لاختلاف القواعد المنظمة للنسب بين مختلف الدول واختلاف الحلول المقررة لتنازع القوانين فيه. ويعد 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 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 الجزائري¹، بشرط ميلاد الطفل في مدة أقلها 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر طبقا للمادة 42 من قانون الأسرة الجزائري، وعدم نفيه بالطرق الشرعية كاللعان مثلا².

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 وامرأة³.

2/ 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.

أ- المقصود بإثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري.

تنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على ما يأتي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبكاح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون". 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

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

² - وتنص المادة 28 من القانون المدني على ما يلي: "يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده".

³ - محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 146 وما بعدها.

الأجانب)، إذا تم احترام النصوص التنظيمية الخاصة به، خاصة ما يتعلق بالحصول على الرخصة الإدارية وفقا لما تقرره خاصة المادة 31 من قانون الأسرة المعدل سنة 2005¹.

لنسب علاقة وثيقة بصحة الزواج لذا يثبت النسب بإثبات صحة الزواج، بمعنى لا بد من العودة إلى الشروط الموضوعية والشكلية لإبرام عقد الزواج². 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"³.

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 لأبيه⁴.

في هذا الصدد لا بد علينا من التنويه أن المحكمة العليا في أحد قراراتها سنة 2006 أقرت بأنه لا يجب الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي وإلحاق النسب في العلاقة غير الشرعية⁵.

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 الطبيعية⁶,

¹ - المحكمة العليا الجزائرية سنة 2016، توجب الأحكام التنظيمية في زواج الجزائري او 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.

² - عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص، الجزء الاول -تنازع القوانين، دار هومة للنشر، الجزائر، 2011، ص 246.

³ - المجلس الأعلى ملف رقم 35087، قرار صادر بتاريخ 17/12/1984، المجلة القضائية العدد 01 لعام 1990، ص 86-88.

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

⁶ - **La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée :**

1° Dans le cas d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque des faits se rapportera à celle de la conception ;

2° Dans le cas de séduction, accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles ;

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 الطبيعي¹، 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 الشرعي². كما أنه بعد التعديل الخاص بموضوع النسب سنة 1993 ثم سنة 2006 أكد المشرع الفرنسي على إمكانية إثبات النسب غير الشرعي (خارج علاقات الزواج) عن طريق القضاء³.

ثانيا: 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 والقضاء⁴، ولما كانت مسألة النسب تتعلق بحالة الشخص فإنها تعد من الأحوال

3° Dans le cas où il existe des lettres ou quelque autre écrit émanant du père prétendu, propres à établir la paternité d'une manière non équivoque ;

4° Dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu pendant la période légale de la conception en état de concubinage, impliquant, à défaut de communauté de vie, des relations stables et continues ;

5° Dans le cas où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien, à l'éducation ou à l'établissement de l'enfant en qualité de père.

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/>

³ - **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**".

⁴ - نميز في هذه النقطة في موقف الفقه حول موضع القانون الواجب التطبيق على النسب بين ثلاثة اتجاهات:

* اذ ميز الاتجاه الأول: بين النسب الشرعي الذي يخضع إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج لان الطفل الشرعي يعتبر احد أفراد الأسرة التي تكونت من خلال الزواج الصحيح ومن الأفضل خضوع الأسرة كاملة لقانون واحد، والنسب غير الشرعي -النسب الطبيعي- يخضع لقانون جنسية الطفل. والقضاء الفرنسي في هذا الصدد طبق هذا الحل الأخير قبل قانون 3 جانفي 1972 على النسب الشرعي الذي أخضعه إلى قانون الذي يحكم آثار عقد الزواج، بينما النسب الطبيعي تم إخضاعه إلى قانون جنسية الطفل .

* الاتجاه الثاني: الذي يتزعمه الفقيه الفرنسي والذي اقر بخضوع النسب بنوعيه الشرعي والطبيعي الى قانون جنسية الطفل كون ان الأمر يتعلق بحالة الطفل دون الأسرة.

* الاتجاه الثالث: اعتمد هذا الاتجاه حلا مغايرا تماما أين اقر بإخضاع النسب إلى قانون جنسية الأم لكونها النقطة المحورية لكل دعاوى النسب، وذلك لكون الأم دائما معلومة بينما يكون الأب في غالبية الأحيان مجهولا -حالة الطفل الطبيعي- وهو التوجه الذي سلكه التشريع الفرنسي وطبقه القضاء، أين تم إخضاع النسب بنوعيه الشرعي وغير الشرعي إلى قانون جنسية الأم، وفي

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 البتة أو الأبوة.

1/ تطبيق قانون جنسية الأب.

يكيف النسب على أنه من آثار الزواج ولقد أخضع المشرع الجزائري آثار الزواج بموجب المادة 1/12 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.

أ- موقف المشرع الجزائري في المادة 13 مكرر ق م.

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 قواع التنازع قبل تعديل القانون المدني سنة 2005، فإنه قد حسم ذلك صراحة من خلال المادة 13 مكرر قانون مدني، التي تقضي بـ "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."

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 لقانوني الأبوين، ومتى تبين أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على النسب استنادا إلى المادة 13 مكرر سالف الذكر، فإن المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة الجزائري هي التي تنظم هذه المسألة. وقد اختار المشرع قانون جنسية الأب وقت

حالة جهالة الأم يتم الاعتماد على قانون جنسية الطفل، أكثر تفصيل في النقطة راجع: أعرب 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.

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 أجل تحديد القانون المختص، المعيار الشخصي المتعلق بجنسية الأب والمعيار الزمني المرتبط بزمن ميلاد الطفل، وإذا توفي الأب قبل ميلاد الطفل يتم الاعتراف بجنسية الأب وقت وفاته، كما أنه 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 مدني¹. كما تثار إشكالية أخرى ترتبط بتخلي الأب عن الجنسية الجزائرية قبل ميلاد الطفل مما يؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي الذي قد يكون يتنافى وحقوق الطفل في نسبه إلى أبيه من جهة، ومن جهة أخرى قد يكون القانون الأجنبي يمس بالنظام العام الجزائري.

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

¹ - تنص المادة 22 تقنين مدني جزائري على أنه : *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 إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول.

* وفي حالة انعدام الجنسية، يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة.

في المادة 07 المعدلة والمتممة من قانون الجنسية في فقرتها الأولى¹: يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر - 1: الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين "...، ففي هذه الحالة قد يتنازع قانونين فأكثر، قانون الولد وقانون أبويه.

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 اثبات النسب أو الاعتراف به أو انكاره، ذلك أن دعاوى النسب عادة هي دعاوى موضوعها هو إما اثبات النسب أو انكاره 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 الميلاد¹.

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/ 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، فبناء على ذلك لو أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي فلن تطبق أحكامه الخاصة بإثبات النسب الطبيعي لأنه في هذا مخالفة للنظام العام الجزائري.

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 اثبات نسبه بشرط ميلاد الطفل بين أقل مدة حمل 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر². وبالتالي القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو

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 يحيى، جيجل، السنة الجامعية 2018-2019. ص 72.

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

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 بالزامية الحصول على الرخصة بالنسبة للجزائريات اللواتي يردن الزواج بالأجنبي، مما يؤدي إلى بطلان عقد الزواج². 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 عليه المشرع الجزائري حيث يثبت النسب في الزواج الباطل وفقا لقرينة الولد للفرش، وطبقا كذلك لنص المادة 40 من قانون الأسرة حرصا على ضياع نسب الولد³.

بالعودة إلى اجتهادات المحكمة العليا الجزائرية نجد لها موقفا سنة 1997، إذ أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/10/28 وجوب حماية الولد وذلك من أجل عدم المساس وضياح 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

¹ - كرمي ريمة، المرجع السابق، ص 73.

² - موقف المحكمة العليا الجزائرية سنة 2016، توجب الأحكام التنظيمية في زواج الجزائري أو الجزائرية مع الأجنبي، الحصول على رخصة إدارية 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 وأجنبي دون تقديم الرخصة الإدارية، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، الملف رقم 1028971، قرار بتاريخ 07-12-2016، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2016، ص ص 211-215.

³ - 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.

إثبات النسب وجود زواج صحيح بل يثبت حتى بالإقرار وبالبيينة أي شهادة الشهود وبناكح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقاً لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعتبر إحياء له ونفيه قتلا له¹.

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 الى 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 المناسب لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي.

* **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 الى القانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفل (الربط بين المعيار الزمني والمعيار الشخصي لتحديد القانون المختص)، وفي حالة جهالة الأم يتم تطبيق قانون جنسية الطفل².

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

² - Article 311-14, "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 ", Modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 3 () JORF 6 juillet 2005. Voir aussi: *François Mélin* « Aux termes de l'article 311-14 du code civil, la filiation est régie par 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^{re}, 4 mars 2020, FS-P+B+I, n° 18-26.661, in: <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/loi-applicable-filiation-admission-du-renvoi>.

الخاتمة

يعتبر موضوع النسب وإثباته في العلاقات الزوجية الدولية من بين المواضيع المتشعبة التي تستوجب تفعيل قواعد الإسناد من أجل 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 الورقة البحثية توصلنا إلى مجموعة النتائج التي يمكن تكون محلا لتوصيات موجهة للهيئة التشريعية الجزائرية بما يحقق التناسق مع التشريعات المقارنة، كالآتي:

*إذا كان المشرع الجزائري قد اخضع النسب إلى القانون الشخصي للأب وقت ميلاد الطفل أو إلى قانونه الشخصي وقت وفاته في حالة سبق واقعة الوفاة لواقعة ميلاد الطفل وفقا لما تقرره نص المادة 13 مكرر تقنين مدني. كان من الأولى إعادة النظر في مضمون نص المادة 13 مكرر بما يحقق الحماية الفضلى للطفل خاصة عندما يتعلق الأمر بإنكار الأب للنسب. وتقدم الأم لإثبات نسب الطفل إليها وبالتالي كان الأولى إخضاع ذلك إلى قانون جنسية الطفل.

* وجب تعديل نص المادة 13 مكرر من خلال إضافة القانون الشخصي للطفل، خاصة عندما يرتبط الأمر بتخلي الأب عن جنسيته الجزائرية مما يؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي الذي قد يمس بمصلحة الطفل.

* 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.

قائمة المراجع والمصادر:

أولاً: باللغة العربية:

• الكتب:

- 1- زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للنشر، الجزائر، 2010.
- 2- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009 .
- 3- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول -تتازع القوانين، دار هومة للنشر، الجزائر، 2011.
- 4- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول- تتازع القوانين - الطبعة الثامنة، دار هومة للنشر، 2006، 263-265، سعادي محمد، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

• الرسالة الجامعية:

- يوبي سعاد، تتازع 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، بجاية، ص 200.

• الاجتهاد القضائي:

- 1- المحكمة العليا الجزائرية سنة 2016، توجب الأحكام التنظيمية في زواج الجزائري او 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.
- 2- قرار المحكمة العليا: ملف رقم 355180، قرار بتاريخ 05/03/2006، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، عدد 1/2006، ص 469.
- 3- غرفة شؤون الأسرة والمواريث، الملف رقم 1005800، قرار بتاريخ 13-07-2016، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2016، ص 207-210.

• النص القانوني:

1- قانون 84-11، مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

• **Articles Scientifiques :**

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/>

• **Texte Juridique :**

- 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.