الترقيم الدولي المعياري للدورية: ISSN : 2773-3580

مجلة البحوث الأسرية

المجلد: 1، العدد: 2، السنة:2021. ص.ص: 09 - 22.

# مبادئ نشأة العلاقة الزوجية

## The principles of marital relationship

**الدكتور بلقاسم مطالبي*[1]**

[1] كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة البليدة2 ، الجزائر

b.metalbi@univ-blida2.dz

الاستلام: 02 / 09 / 2021 . المراجعة: 28 / 09 / 2021 . القبول: 01 / 10 / 2021 .

**ملخص:**

إن المشرع الجزائري قد حمى الأسرة في منشئها ، حيث أسسها على مبدإ فطري كوني يقوم على أساسين اثنين ، أساس التمايز الجنسي ، والأساس الشرعي ، موضحا بذلك موقفه من الأنماط الأسرية الأخرى . وعليه سنحاول في هذه الورقة البحثية بيان ما يتعلق بهذين الأساسين من أحكام، في القانون الجزائري وبعض القوانين المقارنة.

**الكلمات المفتاح :**

أسرة- أساس شرعي – تمايز جنسي.

**Abstract:**

The Algerian legislator protected the family at its origin, he founded it on an innate universal principle based on two bases, the basis of sexual differentiation and the legal basis, thus explaining his position on other family styles. In this article, we will try to explain the provisions of these two bases, in Algerian law and some comparative laws.

**Keywords:**

family; legal basis; sexual differentiation.



* المؤلف المرسل.

**مقدمة المقال:**

تطالعنا الأدبيات المعاصرة عن وجود أنماط " أسرية " مختلفة، تتفاوت المنظومات القانونية الدولية في الاعتراف بها، وهذه الأنماط منها ما هو متماثل الأطراف، ومنها ما هو قائم على المساكنة والمخادنة، ومنها ما هو قائم على أساس التمايز والشرعية، وهذه الأخيرة هي الأسرة الفطرية، أو التي أسميها بالأسرة الكونية.

وإذا كان الاتجاه الغالب في عالمنا المعاصر ينحو للتضييق على هذه الأسرة (الفطرية) وحصر دائرتها تمهيدا للقضاء عليها ، حيث ورد في تصريح لممثل صندوق السكان لدى الأمم المتحدة في هولندا آري هوكمان ما يبين سعادته بانهيار الأسرة على المستوى العالمي ، إذ يقول : " إن ارتفاع معدلات الطلاق ، وكذا ارتفاع معدلات المواليد خارج نطاق الأسرة يعد نصرا كبيرا لحقوق الإنسان على البطرياركية "[1]. ولذلك يشير التقرير الصادر عن هيئة الأمم المتحدة عام 1975 أن الأسرة بمعناها الإنساني المتحضر (الفطري) لم يعد لها وجود إلا في العالم الإسلامي[2]، وهي جزء من الصراع الدائر بين العالم الغربي والعالم الإسلامي، ولهذا وجب حمايتها من الفناء، والحفاظ عليها باعتبارها مكسبا مهما في الإقلاع الحضاري والنهوض من الكبوة.

ولعل معرفة الأسس التي تقوم عليها هذه الأسرة يسهم ولو بشيء يسير في تحقيق هذا الهدف، ومن هذا المنطلق فإن إشكالية هذه الورقة البحثية تتمحور حول معرفة الأسس التي تقوم عليها الأسرة الفطرية وموقف مختلف التشريعات والأنظمة القانونية منها، مع بيان الأثر المترتب عن الخلل في هذه الأسس.

ونظرا للطبيعة القانونية المقارنة لموضوع البحث؛ فقد اتبعت المنهج المقارن من خلال مقارنة بعض التشريعات العربية مع بعض التشريعات الأوروبية وبالخصوص التشريع الفرنسي ؛ نظرا لتأثيره المباشر على تشريعنا، ثم الاستعانة ببعض الأحكام والقرارات القضائية ذات الصلة بموضوع البحث، لأصل في النهاية إلى بلورة البحث وفق الخطة الآتية ، حيث قسمته إلى مبحثين اثنين ، تناولت في المبحث الأول مبدأ التمايز الجنسي الفطري ، وقسمته إلى مطلبين تناولت في المطلب الأول الحديث عن موقف القوانين المقارنة الأوروبية والعربية من مبدأ التمايز الجنسي، وخصصت المطلب الثاني لموقف التشريع الجزائري من هذا المبدأ، أما المبحث الثاني فتناولت فيه المبدأ الثاني وهو المبدأ الشرعي ، حيث قسمته بدوره إلى مطلبين، في المطلب الأول تحدثت عن مفهوم الأساس الشرعي ومقوماته (بالتركيز على البعد المقاصدي)، وفي المطلب الثاني



مجلة البحوث الأسرية، الصادرة عن مخبر قانون الأسرة، جامعة الجزائر -1-.

تحدثت عن انحراف القضاء عن هذا المبدأ من خلال عرض نموذجين قضائيين صادرين عن المحكمة العليا الجزائرية .

هذا وقد صدرت البحث بمقدمة تضمنت التعريف بموضوع البحث وإشكاله ومنهجه، ثم ختمتها بخاتمة تضمنت أهم النتائج المتوصل إليها مع بعض المقترحات.

## المبحث الأول: مبدأ أساس التمايز الجنسي الفطري

إن الله سبحانه وتعالى حين خلق الخلق أقامه على ثنائية متمايزة متناغمة متكاملة، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَمِن كُلِّ شَيۡءٍ خَلَقۡنَا زَوۡجَيۡنِ لَعَلَّكُمۡ تَذَكَّرُونَ ٤٩ ﴾ [ الذاريات 49 ] . فكل شيء في هذا الكون قائم على الثنائية المختلفة المتكاملة ( ذكر، أنثى)، وإن بني البشر باعتبارهم جزءا من من هذا الكون لا يشذون عن هذه السنية، يقول سبحانه وتعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلۡنَٰكُمۡ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْۚ إِنَّ أَكۡرَمَكُمۡ عِندَ ٱللَّهِ أَتۡقَىٰكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٞ ١٣ ﴾ [ الحجرات 13 ]. وقوله أيضا : : ﴿ وَأَنَّهُۥ خَلَقَ ٱلزَّوۡجَيۡنِ ٱلذَّكَرَ وَٱلۡأُنثَىٰ ٤٥﴾ **[ النجم : 45] .**

ورغم فطرية هذا المبدأ وكونيته ؛ إلا أننا نرى المجتمع الدولي قد أبدى ليونة وتساهلا اتجاه هذا المبدأ ، تارة تحت غطاء حماية حقوق الإنسان ، وتارة تحت غطاء القضاء على أشكال التميز العنصري ضد المرأة ، وهذا ما نلحظه في أعمال الكثير من المؤتمرات الدولية المتعلقة بالأسرة [3] ، وهو ما ترجمته بعض المدونات القانونية.

وعلى هذا الأساس سنحاول في هذه الورقة البحثية بيان موقف القوانين المقارنة من هذا المبدأ بما فيها أحكام القضاء (مطلب أول ) ، ثم نتناول موقف القانون الجزائري ( مطلب ثاني ) .

### المطلب الأول : موقف القوانين المقارنة

نتناول في هذا المطلب موقف القوانين المقارنة من مبدأ التمايز الجنسي لنشأة الأسرة، حيث خصصت الفرع الأول لموقف القوانين الأوروبية ، وفي الفرع الثاني لموقف القوانين العربية .

#### الفرع الأول : موقف القوانين الأوروبية

نلاحظ أن معظم التشريعات الأوروبية قد خرجت عن هذا المبدأ الفطري الكوني وأقرت في قوانينها المدنية، بل والدستورية جواز زواج المثليين ومختلف الأنماط الأخرى، فنجد أن دولة إيرلندا تعتبر أول دولة في العالم تقنن زواج المثليين في الدستور عام 2015، وفي بريطانيا تم توقيع قانون الأزواج المثليين عام 2013، وهو الشيء نفسه الذي حدث في اسكتلندا عام 2014، وفي ألمانيا عام 2017، وفي النمسا عام 2019[4].

وقد كانت معظم هذه الدول تجيز للشخص تغيير جنسه ( سواء الخنوثة العضوية أو النفسية ) بإجراء العمليات الجراحية ، حيث أجاز ذلك القانون السويدي عام 1972، والألماني سنة 1980 ، والهولندي عام1984، والدانيماركي عام 1989 [5].

وإذا كانت بعض هذه التشريعات قد خرقت مبدأ التمايز الجنسي مبكرا؛ حيث أجازت تغيير الهوية الجنسية ، وأباحت الزواج المثلي؛ فإن القانون الفرنسي كان يعتبر مبدأ التمايز الجنسي من النظام العام ، وإن أي إجراء يتعارض معه يعتبر مساسا بالنظام العام، ولذلك وجدنا القضاء ممثلا في محكمة النقض قد رفض رفضا قاطعا عملية التغيير الجنسي، الأمر الذي حدا بالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى إدانة فرنسا في قرارها الصادر في: 1992/03/25 ؛ نظرا لمخالفتها المادة ( 3/8 ) من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان ، ما جعل محكمة النقض تغير رأيها وتجيز التغيير الجنسي ، وهدا في قرارها الصادر في 1992/12/11 ؛ تفاديا للعقوبة مرة أخرى [6] .

وأمام هذا المد المتصاعد وشيه الإجماع الأوربي تخلت فرنسا عن التمسك بهذا المبدأ، حيث أجازت الزواج المثلي تشريعيا سنة 2013، وهذا ما يتضح من نص المادة 143 من القانون المدني ، والتي تعرف الزواج بأنه: " عقد بين شخصين من جنس مختلف أو متماثل " [7]، وهذا بعد أن كان القانون المدني يستخدم مصطلح المرأة والرجل.[8]

كما اعترفت بحق الشخص في تغيير هويته الجنسية، حيث أدخل القانون الصادر في 18 نوفمبر 2016 تعديلا على القانون المدني، وأضاف إليه فصلا بعنوان:

section 2 bis : « de la modification de la mention du sexe à l'état civile [9]

وأدرج ضمنه موادا تضمنت أحكام وإجراءات هذا التغيير. وبهذا يكون القانون الفرنسي قد تخلى عن مبدأ التمايز الجنسي في نشأة الأسرة، بعد أن كان يعتبره من قواعد النظام العام.

**الفرع الثاني : موقف القوانين العربية**

أغلب المدونات القانونية العربية المنظمة للأسرة مستقاة أحكامها من الشريعة الإسلامية، ولذلك لا يمكن تصور أن تبيح هذه التشريعات الزواج المثلي، بل يعتبر مبدأ التمايز الجنسي في قيام ونشأة العلاقة الزوجية ركنا أصيلا وضابطا فطريا، يجعل مخالفه معتديا ومصادما للنظام العام، ولا غرو في هذا أن نجد بعض هذه التشريعات تعرف الزواج بأنه: " ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة " [10].

ونجد بعضها الآخر تبنى أحكام الأسرة على ثنائية المرأة والرجل [11].

وبهذا نرى أن أغلب القوانين العربية تلتزم بمبدأ التمايز الجنسي أساسا في نشأة العلاقة الزوجية، ومع هذا فإن قضاء بعض هذه الدول قد عرضت عليه مسألة لها ارتباط وتأثير على مبدإ التمايز ـ وهي قضية التغيير الجنسي، حيث كان الحكم فيها متباينا بين مؤيد لها ورافض، وهو ما يعتبر مساسا بمبدإ التمايز الجنسي، وهذه الدول هي: مصر ، تونس، الكويت.

فالقضاء المصري قد عرضت عليه قضية " سالي عبد الله" الذي تعرض للفصل من كلية الطب بالأزهر الشريف، حيث صدر في القضية عن القضاء الإداري حكم استعجالي يرفض وقف تنفيذ قرار الفصل، مع إحالته القضية إلى الجهة المختصة للنظر في موضوع الإلغاء، حيث أصدرت المحكمة حكمها في 1991/07/02 يقضي بلغاء قرار الفصل من الكلية الصادر عن كلية الطب بالأزهر الشريف لوقوعه على غير محله؛ على أساس أن جميع الشهادات التي قدمها الطالب هي شهادات رسمية، تفيد وتثبت تغيير جنسه. ما يعني أن الحكم قد أقر تغيير الجنس وبنى على هذا الأساس حكمه.

وقد عرضت القضية أكثر من مرة على القضاء الإداري ن وكان في كل مرة يقر التغيير الجنسي [12]، وأخيرا صدر عن المحكمة الإدارية العليا قرار سنة 2006 وقد أقر هو الآخر التغيير الجنسي [13] ، الأمر الذي

استدعى تدخل وزارة العدل حيث قامت بفصل الهيئة القضائية بأكملها ؛ لكون القرار الذي أصدرته يتنافى والنظام العام في مصر [14].

أما القضاء التونسي فقد جاء في حكم لمحكمة استئناف تونس بتاريخ: 1992/12/22 ما يأتي: "إن ما قام به الشخص لا يعتبر حالة من حالات الضرورة التي تخول له تغيير جنسه، وكان بإمكانه التداوي لدى طبيب نفساني لكسب التوازن في شخصيته، بل تسرع لإجراء عملية الحصول تغيير اصطناعي في جسمه ؛ فإنه قد غير الموروث الحضاري والأخلاقي للأمة ، وهو ما يعبر عنه قانونا بالنظام العام والأخلاق الحميدة... " [15] . إن هذا الحكم لا يقر ولا يعترف بالتغيير الجنسي ؛ لأنه يتنافى والنظام العام، وهذا يعتبر دعما لمبدأ التمايز الجنسي الفطري في إنشاء العلاقة الأسرية .

بيد أن هذا الموقف قد تغير بعض الشيء ، أو يمكن القول إنه يحمل إرهاصات إجازة وإباحة التغيير الجنسي، حيث إنه بتاريخ 9 جويلية 2018 صدر حكم قضائي تحت رقم 12304 عن المحكمة الابتدائية بتونس (الدائرة السابعة والعشرون) في مادة الأحوال الشخصية ، وهذا في قضية " لينا " التي غيرت جنسها إلى " ريان" ، حيث قبلت المحكمة تغيير جنسها ، معللة ذلك بقولها : " لإعادة التكيف بين المؤشرات التي يرسلها إليها (إليه) دماغها (دماغه) وما يظهر على جسدها (جسده) من جنس مغاير لهويتها الجنسية ، وجب تصحيح المضمون لمطابقة الحقيقة" [16].

وفي محاولة لعدم الإخلال بالنظام العام ذكرت المحكمة أن هذه القضية تتوفر فيها شروط الضرورة، "والضرورات تبيح المحظورات"، ومع ذلك فإن هذا الحكم يعتبر بادرة نحو إقرار التغيير الجنسي ؛ لأن المحكمة اعتمدت في حكمها أيضا المرجعية الغربية وبخاصة فقه القضاء الفرنسي ، والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان [17]، وهو ما يعتبر إخلالا بمبدأ التمايز الجنسي الفطري .

أما القضاء الكويتي فقد عرضت عليه قضية شخص يدعى أحمد قام بإجراء عملية جراحية لتغيير جنسه إلى الجنس الأنثوي، وهذا بتاريخ 29/ 06/ 2000، حيث قضت بأحقية المدعي في تغيير جنسه من ذكر إلى أنثى ؛ على أساس أن الشخص يعاني من حالة مرضية ، وهي اضطراب الهوية الجنسية ، وقد بذل المدعي جهدا للتكيف مع حالته الجنسية ، ولكن دون جدوى ، وهو ما يجعل شرط الضرورة متوفرا ، ومعلوم أن الضرورات تبيح المحظورات ، وليس في هذا تغيير لخلق الله ، بل هو تغيير لحالة مرضية ؛ حتى يعود المريض لجنسه الغالب . وقد تم استئناف

الحكم ، حيث خلصت محكمة الاستئناف إلى قبول الدعوى شكلا ورفضها موضوعا ، أي إنها ألغت حكم المحكمة الابتدائية ، على أساس أن هذا تغيير لخلق الله ، وهو غير جائز شرعا ، إذ الشخص المدعي يحمل هوية جنسية ذكرية داخلية وخارجية ، ولا تنطبق عليه أحكام الخنثى المبررة للتدخل الطبي ، وهو ما يجعل حالة الضرورة منتفية في حقه . بعد ذلك تم الطعن في الحكم بالنقض أمام محكمة التمييز ، حيث قبلت هذه الأخيرة الدعوى شكلا ، ورفضت الطعن موضوعا ، مؤيدة في ذلك حكم محكمة الاستئناف ؛ لأن القضية فيها تحويل جنسي منهي عنه شرعا ، ولا تتوفر فيه حالة الضرورة ، أو المرض المبيح للتدخل الجراحي ، الأمر الذي يجعل محكمة الاستئناف على صواب فيما حكمت به [18] .

وبهذا تكون محكمة الدرجة الأولى قد أصدرت حكما يتعارض والنظام العام، وينتج عنه آثار ستؤدي إلى خرق مبدأ التمايز الجنسي في إقامة العلاقة الأسرية، على خلاف حكم محكمتي الاستئناف والتمييز، الذي يتماشى ومبدأ التمايز الجنسي، ويبقي على فطرتها وأصل نشأتها.

### المطلب الثاني: موقف القانون الجزائري

إن المشرع الجزائري يعتبر مبدأ التمايز الجنسي ركنا أساسيا في نشأة العلاقة الزواجية الأسرية، ولا يمكن تصور قيام هذه العلاقة من دونه، وهذا ما يظهر من نص المادة 4 من قانون الأسرة، التي جعلت الزواج لا يقوم إلا بين شخصين من جنس مختلف، رجل وامرأة . ومما هو معلوم قانونا أن طالبي الزواج يثبتون تمايزهم الجنسي عن طريق عقد الميلاد، الذي يقدم لضابط الحالة المدنية أو الموثق، وعقد الميلاد يتضمن أساسا تاريخ ومكان واسم وجنس المولد ، وبالتالي فإن الزواج الناشئ بين متماثلي الجنس لا يعتبر معدوما فحسب ، بل معاقب عليه قانونا وفق نص المادة 338 من قانون العقوبات ، التي تجرم الشذوذ الجنسي [19]. وهو ما يؤيد ويدعم مبدأ التمايز في نشأة الأسرة.

أما مسألة التغيير الجنسي فالمشرع الجزائري لم ينظمها بنصوص خاصة، وإنما نص في المادة 4 من قانون الأسرة على أن العلاقة الزوجية تنشأ بين ثنائية متمايزة الرجل كما خلقه الله ، والمرأة كما خلقها الله ، وإن أي تغيير يطرأ على جنس الشخص عن طريق العمليات الجراحية يعتبر في نظر القانون باطلا؛ بل ومعاقب عليه وفق قانون العقوبات بموجب نص المادة 264، والمادة 274 .[20]

هذا عن النصوص التشريعية ، أما عن موقف القضاء - فإنه حسب اطلاعي - لا أعلم أن مثل هذه القضايا قد عرضت على مستوى القضاء ؛ لكونها مصادمة للفطرة السليمة ومخالفة للنظام العام، وبالتالي نخلص إلى أن القانون الجزائري لا يعترف إلا بالأسرة الناتجة على أساس التمايز الجنسي الفطري ، ومن ثم فإنه لا يجوز لضابط الحالة المدنية أو الموثق إبرام عقد زواج بين شخصين متماثلين أو مغيرين جنسيا .

## المبحث الثاني: المبدأ والأساس الشرعي

يعتبر الأساس الشرعي أهم مبدأ تقوم عليه الأسرة الفطرية ، إذ لا يكفي أساس التمايز الجنسي لوجودها، بل لابد من الصبغة الشرعية، ولست في هذا المقام أنوي الحديث عن الأحكام الفقهية لمقومات هذا المبدأ ، وإنما سأتحدث عن البعد المقاصدي من وجوده ، ولذلك قسمته إلى مطلبين تناولت في المطلب الأول المفهوم والمقومات ( البعد المقاصدي ) ، وفي المطلب الثاني خصصته للانحراف القضائي عن هذا المبدأ من خلال نموذجين قضائيين.

### المطلب الأول: المفهوم والمقومات في البعد المقاصدي

لقد ذكر المشرع الجزائري ألأساس الشرعي في نص المادة 04 من قانون الأسرة ، وهذا بمناسبة تعريفه للزواج، حيث جاء فيها أن : " الزاوج هو عقد رضائي بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي " فعبارة الوجه الشرعي هي الدالة على الأساس الشرعي ، الذي يقصد به أن تنشأ العلاقة بين الرجل والمرأة على وفق ما شرعه الله وأقره من شروط شرعية [21].

وهذه الشروط هي التي تعطي للعلاقة بين الرجل والمرأة الصبغة الشرعية ، وتبتدئ هذه الشروط بالرضا ، الذي يمثل حجر الزاوية في كل المعاملات والتصرفات ، ولكونه أمرا مكنونا في النفس لا يمكن الوقوف عليه؛ إلا إذا ارتبط بمظهر خارجي ، ولذلك كانت الصيغة ( الإيجاب والقبول) هي هذا المظهر الخارجي الدال على وجود الرضا .

ثم يأتي المهر وهو عنوان كرامة المرأة وصدق نية الرجل في الارتباط والبذل ، وقيمته تكمن في رمزيته المعنوية أكثر من قيمته المادية ، ولذلك ندب عدم المغالاة فيه ؛ حتى لا يتحول إلى مجرد ثمن لسلعة ، ولعل هذا هو المعنى من قول الفقهاء : " إن الزواج مبني على المكارمة لا المشاحة" [22] .

ثم بعد ذلك يأتي الولي، الذي يعتبر بمثابة السياج الداخلي، أو الرقابة الداخلية لنشأة الأسرة، إذ من معانيه اللغوية الناصر والمعين، ولا ينبغي أن نحصره في دائرته الفقهية الضيقة ، بين هل يجوز للمرأة أن تعقد دون ولي أم لا [23] - رغم أهمية هذا الجانب - ولكن يجب أن نستصحب المعنى الاجتماعي والنفسي له [24] ؛ حتى يكون حكمنا صائبا ونظرتنا غير ناقصة ولا عرجاء .

فالولي ذو بعد تاريخي واجتماعي ضارب في أعماق التاريخ منذ الأزل، حيث تلقته الإنسانية بالقبول، ولهذا فإن الشرع حين قننه ، إنما قنن شرطا اجتماعيا فطريا مركونا في النفس البشرية ، لا يمكن تجاوزه ، إذ في تجاوزه مفسدة عظيمة ، وشر مستطير، ولعل أبرز هذه المفاسد اعتبار العلاقة بين الرجل والمرأة تندرج ضمن دائرة الحرية الفردية ، التي لا شأن للغير بها، أبا كان أو غيره ، الأمر الذي أدى إلى انتشار نمط المساكنة أو المخادنة، وهو النمط الذي أصبح السمة البارزة التي تطبع العلاقة بين الرجل والمرأة لدى المجتمعات الغربية ، وقلما تكلل هذه العلاقة بالزواج، وهذا كله نتيجة لتهميش وتغييب الولي ودوره الأساس ، واعتبار الزواج شأنا خاصا، وبذلك غدت المرأة في هذه المجتمعات كلأ مباحا وسقط متاع لتفريغ الشهوة، ثم بعد ذلك تلفظ وتستبدل بغيرها.

وإذا كان علماء الاجتماع القانوني يقرون بأن :"مشروعية القانون لا يمكن إلا أن نستمدها من مكنونات البنية المجتمعية، التي تنشأ فيها القاعدة القانونية نشوء قانونيا من السلوك المعتاد ، وهذا ما يساهم في إحداث التناسق المأمول بين الأحكام التشريعية وبين مستوى تطور المجتمع ، الذي يحول دون وقوع أي قطيعة مجتمعية، فيكون دور القانون بذلك منحصرا في تثبيت ما هو كائن وكشف الواقع " [25] ، ومعنى هذا الكلام أن القانون حتى يكون فاعلا في حياة الناس "لابد أن يكون نابعا من الواقع الاجتماعي الذي يعمل فيه ، وبالمعنى العكسي، أن لا يكون غريبا عن واقع المواطنين ومجتمعهم وقيمهم وعاداتهم وتقاليدهم ، فكلما كان القانون واقعيا وموضوعيا؛ أي قريبا من أفهام الناس ، كلما كان المواطنون أكثر استيعابا لمفرداته وأكثر احتراما لأحكامه وتنفيذا لنصوصه، الأمر الذي يساهم في تكريس الاستقرار الاجتماعي المأمول" [26].

ومع هذا فإن المشرع الجزائري قد أغفل هذا المعنى وتجاهل هذه القاعدة الاجتماعية ، حيث جاءت نظرته للولي نظرة عرجاء قاصرة ؛ إذ إنه عمل على أن يوفق بين نظرتين متعارضتين ومتناقضتين، نظرة خارج السياق والبيئة الاجتماعية ، وهي نظرة الأقلية التي تريد فرض النمط الغربي باستبعاد الولي واعتبار الزواج

حرية شخصية ، ونظرة داخل السياق والبيئة المجتمعية ، وهي نظرة السواد الأعظم المتمسك بموروثه الاجتماعي الحضاري، وهذا ما نتج عنه في النهاية مواد متذبذبة ذات محتوى مفرغ من روحه، جعلت الولي مجرد إطار شكلي، وهذا أمر له خطر على نمط الأسرة الفطري في المدى البعيد، لذلك ينبغي إعادة النظر في المواد المكملة لشرط الولي؛ حتى نحافظ على هذا الأساس الشرعي.

وأخيرا يأتي دور الشهود، وهم بمثابة السياج الخارجي، أو الرقابة الخارجية للمجتمع ممثلة في شرط الشهود، وفي هذا الشرط إخراج للزواج من دائرة الكتمان والسرية إلى دائرة العلن، وهذا حتى تكون العلاقة بين الرجل والمرأة معروفة لدى الناس، ما يجعلها تبتعد عن كل ريبة وشك.

ومما يلفت النظر في هذا المقام ما تذكره المحكمة العليا في بعض قراراتها من اعتبار الزواج مبنيا على الشهرة والعلانية [27]، خاصة في مجال الإثبات ، فهذا الحكم مأخوذ من المذهب المالكي [28] ، وهو حكم أراه صائبا ووجيها ؛ لأن فيه إخراج الزواج من دائرة السرية والكتمان إخراجا كليا إلى دائرة الشهرة والعلن، وتلك هي رقابة المجتمع للزواج الشرعي.

وبهذا الشرط، بالإضافة إلى شرط الخلو من المحرمات تكتمل صورة الأساس الشرعي الذي تنشأ به الأسرة الفطرية، وتتميز عن غيرها من الأنماط الشاذة، خاصة نمط المساكنة، الذي يخضع لاتفاق الطرفين فقط، وهو النمط السائد في أغلب الدول الغربية.

وبهذا نرى أن المشرع الجزائري لا يعترف إلا بالنمط الفطري للأسرة.

**المطلب الثاني: انحراف القضاء عن الأساس الشرعي**

إذا كان القضاء الجزائري، تبعا للمشرع لا يعترف إلا بالنمط الأسري الفطري المبني على الأساس الشرعي، سواء في نشأته أو نتائجه و أثاره، وهذا ما يظهر في كثير من قرارات المحكمة العليا، ومع ذلك فإنه قد حاد عن هذا الأساس في الآونة الأخيرة، ويتجلى ذلك من خلال نموذجين اثنين:

فالنموذج الأول يتعلق بالقرار رقم 355180 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 2006/03/05 ، حيث جاء فيه : " يمكن طبقا للمادة 40 من ق أ إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية ( الحمض النووي DNA

)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي ( المادة 41 من نفس القانون) وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية " [29] .

فهذا القرار يثبت النسب عن طريق الخبرة الطبية لعلاقة ينعدم فيها الأساس الشرعي، وهذه سابقة خطيرة في تاريخ القضاء الجزائري، ومناقضة صريحة لما درج عليه الاجتهاد القضائي في هذا الشأن [30]، ولست أنوي في هذا المقام الخوض في الجانب الفقهي، وإنما سأقف عند مآلات هذا الحكم .

إن هذا القرار وإن استند إلى رأي قديم لا مانع لديه في إثبات نسب الزنا؛ إلا أنه لا ينبغي سحب هذا الرأي على عصرنا، بل وجب فهمه في سياقه التاريخي والاجتماعي[31]؛ لأنه سيؤدي فتح هذا الباب على المدى المتوسط والبعيد إلى تغيير الخريطة النسبية للمجتمع[32]، وهذا هو المحذور الناتج عن انعدام الأساس الشرعي، والذي وقعت في شراكه المجتمعات الغربية [33]. كما أن اعتماد البصمة الوراثية بهذه الشاكلة فيه الكثير من المجازفة ، ذلك أن " الحقيقة العلمية قابلة دائما للتغير ـ فكيف نعتمد عليها بصورة مطلقة ...ونحن نعلم أن فريقا مختصا من علم الأعصاب وصل إلى نتائج مذهلة عام 2012 من خلال قيامه ببعض التجارب التي أثبتت من خلالها أن العصبونات التي تسيرنا أظهرت قدرتها العجيبة على خلط قسم لا باس به من جيناتنا على حد تغيير الهوية الجينية للشخص كما هي مسجلة بصورة طبيعية في كل خلية من خلاياه " [34] .

أما النموذج الثاني فيتعلق بالقرار رقم: 617374 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ : 2011/05/12، حيث جاء فيه : " الاغتصاب الثابت بحكم قضائي يعد وطأ بالإكراه ويكيف بكونه نكاح شبهة يثبت به النسب"[35].

إن هذا القرار مثل سابقه فيه مخالفة صريحة لمبدأ الأساس الشرعي؛ إذ إن الاغتصاب يعتبر زنا، فقط أن من وقع عليه الإكراه تنتفي عنه العقوبة، وقد تتبعت في دراسة لي منشورة [36] نكاح الشبهة في الفقه الاسلامي فلم أر له تعلقا بالاغتصاب، ولا أدنى علاقة .

**خاتمة المقال:**

كخلاصة لما سبق فإن الأسرة الفطرية تتأسس وتنشأ بالاستناد على أساسين اثنين لا ينفصلان عن بعضهما البعض، أساس التمايز الجنسي، والأساس الشرعي، وقد رأينا أن التشريعات العربية بما فيها التشريع الجزائري لا تعترف إلا بالأسرة المؤسسة على هذين المبدأين، في حين تعترف التشريعات الأوروبية بمختلف الأنماط الأسرية الأخرى الشاذة كالمثلية والمساكنة، الأمر الذي نتج عنه تغير في الخريطة النسبية للمجتمع الأوروبي.

وبالإجمال وبعد عرض جوانب البحث وجزئياته، فإن النتائج والمقترحات المستخلصة تتمثل في النقاط الآتية :

**أولا : النتائج**

1. الأسرة الفطرية هي أسرة كونية؛ لأنها متناغمة ومتماثلة مع سنة الزوجية الموجودة في الكون.
2. تتأسس الأسرة الفطرية على مبدأين اثنين: مبدأ التمايز الجنسي الفطري، والمبدأ الشرعي.
3. يعتبر مبدأ التمايز الجنسي الفطري قيدا لإخراج الأنماط ذات الجنس المتماثل من مفهوم الأسرة.
4. يعتبر المبدأ الشرعي قيدا لإخراج نمط المساكنة والمخادنة من مفهوم الأسرة.
5. تعتبر المادة 04 في قانون الأسرة من الأصول الثابتة، التي لا ينبغي حذفها، أو تغيير محتواها.
6. إثبات نسب ولد الزنا فيه تعارض مع المبدأ الشرعي، ومن مآلاته تغيير الخريطة النسبية للمجتمع.

**ثانيا: المقترحات**

1. إضافة نصوص قانونية في قانون العقوبات تمنع التغيير الجنسي وتجرمه.
2. إعادة النظر في المواد المتعلقة بالولي، وهذا من أجل تفعيله وإعادة الدور الرقابي المنوط به ، مع مراعاة أن نفهم وجوده ضمن الدائرة الاجتماعية.

هذا والله من وراء القصد، وهو يهدي السبيل.

**التهميش:**

[1] كاميليا حلمي ، مصطلح الأسرة في أبرز المواثيق الدولية - دراسة تحليلية – بحث مقدم في مؤتمر الخطاب الإسلامي المعاصر 28-29 يوليو 2011 ، ص 01 . ينظر في هذا المقال الموقع الإلكتروني : https : // site . google . com >socioalger1>drasat-qanwnyte. تاريخ الدخول 12. 09. 2019 . الساعة : 00 : 23

[2] المرجع نفسه ، ص 01 .

[3] من ذلك مؤتمر القاهرة للسكان والتنمية عام 1994 . ينظر : المرجع نفسه .

[4] ينظر الموقع على الشبكة العنكبوتية: حقوق المثليين في أوروبا /http://ar.wikipedia.orgLwiki . تاريخ الدخول إلى الموقع: 2019/09/14، الساعة 07:00.

[5] أنس محمد إبراهيم بشار ، تغيير الجنس وأثره في القانون المدني والفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراه ، إشراف عبد الفتاح أبو العينين و محسن عبد الحميد بيه ، جامعة المنصورة ، كلية الحقوق ، 2003 ، ص 130 ، 134 ؛ تشوار جيلالي، محاضرات في قانون الأسرة، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2009، ص12 ؛ سميرة أقرورو ، المسؤولية الجنائية للأطباء في ظل التطور العلمي الحديث ، رسالة دكتوراه ، إشراف أحمد عوض بلال ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، 2010/2009 ، ص 457 .

[6] أنس محمد إبراهيم بشار، المرجع السابق ، ص 176 ، 181 ، 182 .

[7] Article 143 : « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe » loi n° 2013- 404 du 17 mia2013 . Journal officiel du 18 mai 2013 . P 8253 .

[8] راجع نص المادة 144 من القانون المدني قبل تعديل 2013 ، حيث جاء فيها :

« L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus». Loi nº 2006-399 du 4 avril 2006 art. 1 Journal Officiel du 5 avril 2006.

[9] Loi n° 2016 - 1547 du 18 novembre 2016, article 56 . Journal officiel n°0269 du 19 novembre 2016 .

[10] المادة 10 من مدونة الأسرة المغربية 03 . 70 المؤرخة في 03 فبراير 2004 ، الجريدة الرسمية ، صادرة بتاريخ 5 فبراير2004، عدد 5184، ص418 .

[11] راجع مجلة الأحوال الشخصية التونسية (أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 المعدل والمتمم يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي التونسي ، صادر بتاريخ: 17 أوت 1956 ، عدد٦٦ ، ص 1544 ) .

[12] أنس محمد إبراهيم بشار ، المرجع السابق ، ص 199 وما بعدها .

[13] ينظر الموقع الالكتروني : http://ar.m.wikipedia.org/wiki تاريخ الدخول : 2020/02/16 على الساعة : 23:00.

[14] جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص12.

[15] عامر نجيم ، تغيير الجنس بين المنع والإباحة - دراسة مقارنة - مجلة الفقه والقانون ، المملكة المغربية ، يوليوز 2015 ، عدد 33 ، ص 79 ، 80 .

[16] أمين الجلاصي ، حكم قضائي تونسي بشأن " التحول الجنسي " : الهوية الجندرية بين حماية الحياة الخاصة وحماية النظام العام ، مجلة المفكرة القانونية . ينظر الموقع الإلكتروني : https : //legal.agenda.com/article.php?id=4793 . تاريخ الدخول : 2019/09/16 . الساعة : 23:07

[17] المرجع نفسه.

[18] فهد سعد الرشيدي أ أثر اضطراب الهوية الجنسية في مشروعية عملية التحول الجنسي وبيان ما أخذ به القضاء الكويتي ، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا ، جامعة الأزهر ، 2008، ج2، عدد 23 ، ص 1470 وما بعدها ؛ وانظر أيضا : حكم تغيير الجنس، دراسة في القانون الكويتي، منشورة على الموقع الإلكتروني:?http://www.lango.net/vb/showthread.php . تاريخ الدخول للموقع: 2019/09/17 . الساعة : 07:30 .

[19] تشوار جيلالي ، المرجع السابق، ص11 .

[20] المرجع نفسه ، ص 12 ؛ عامر نجيم ، المرجع السابق ، ص 80 .

[21] نص المشرع الجزائري على هذه الشروط في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة المعدل ( أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27-02-2005 ، الجريدة الرسمية ، الصادرة في 27-02-2005 ، عدد 15 ، ص 18 ) .

[22] شهاب الدين النفراوي ، الفواكه الدواني ، دار الفكر، بيروت ، دط، 1995 ، ج2 ، ص37.

[23] رغم أن الفقه الحنفي في رأي أبي حنيفة يجيز للمرأة أن تعقد زواجها بنفسها، إلا إن هذا الأمر خلاف الأولى، حيث ينسبون لهذه المرأة الوقاحة الاجتماعية ، ولذلك يحبذون للولي أن يعقد بدلا عنها تفاديا لهذا، كما يعطون للولي حق الاعتراض خاصة في حال الإخلال بمبدأ الكفاءة (ابن نجيم، البحر الرائق، دار الكتاب الاسلامي، بيروت، ط2، دت، ج3، ص117. ) لذلك ينبغي عند الأخذ بنظرة المذهب الحنفي أن نأخذ بها كاملة غير مبتورة .

[24] المعنى الاجتماعي: تلقي المجتمع لشرط الولي ودوره منذ أمد بعيد، وفي مختلف المجتمعات الانسانية ، أما المعنى النفسي فمن الصعب نفسيا أن يتقبل الأب أو الأخ تجاوزه واستشارته في إبرام زواج ابنته أو أخته .

[25] أحمد بولقصيبات ، الواقعة القانونية والحقيقة القضائية في ميدان الأحوال الشخصية ، رسالة دكتوراه ، إشراف عبد الحفيظ طاشور ، جامعة الأمير عبد القادر بقسنطينة ، كلية الشريعة والاقتصاد، تخصص شريعة وقانون ، 2016/2015 ، ص 113.

[26] أحمد بولقصيبات ، المرجع السابق ، ص 114 .

[27] غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، 1990/04/30 ، قرار رقم 75344 ، المجلة القضائية ، 1992 ، عدد 4 ، ص 65.

[28] ابن عبد البر، المعونة ، تحقيق حميش عبد الحق ،المكتبة التجارية مصطفى أحمد الباز ، مكة ، دط ، دت ، ج1 ، ص 746.

[29] غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، 2005/03/05 ، قرار رقم 355180 ، مجلة المحكمة العليا ، 2006 ، عدد1 ، ص469 .

[30] من ذلك : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، 1998/11/17 ، قرار رقم 210478 ، اجتهاد قضائي، 2001 ، عدد خاص ، ص85 .

[31] هو قول بعض الفقهاء كعروة بن الزبير ، والحسن البصري، وابن القيم، وهو رأي يستند إلى الإقرار، أما إذا لم يقر به فلا يثبت النسب له ( ينظر : ابن القيم ، زاد المعاد ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط27 ، 1994 ، ج5 ، ص 381).

والمقصود بالسياق التاريخي والاجتماعي أن ذلك الزمن الذي قيل فيه هذا الرأي يغلب على أهله الصلاح والعفة وحضور الوازع الديني، فتكون هذه الحالات قليلة مقارنة بالسواد الأعظم ،على عكس عصرنا الذي يغلب عليه الانفلات وقلة الوازع، ومن شروط تطبيق الأحكام الفقهية النظر في مآلاتها والموازنة بين المفاسد والمصالح ، ولا شك أن مفسدة هذا الرأي أكبر من مصلحته .

[32] في إحصاءات نشرت مطلع أكتوبر 2020 تثبت تغير الخريطة النسبية في المجتمع الفرنسي ، حيث بلغت نسبة المواليد خارج علاقة الزواج إلى 59.7 % . ينظر في :

http://www .lepoint.fr/societe/naissances-en-France-hors-mariage-et-plus-mixte-01-10-2020-2394527_23.php . ( تاريخ الدخول 2021/09/26 على الساعة 8:00 ) .

[33] فمثلا في الو م أ ذكرت دراسة أن نسبة الأمهات غير المتزوجات قد بلغت 47 بالمئة من عدد الأمهات . ينظر الموقع الإلكتروني: http://site.google.com/site/kamaljoude3 تاريخ الدخول: 2019/09/19، الساعة: 08:55.

[34] أحمد بولقصيبات ، المرجع السابق ، ص 148 .

[35] غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، 2011/05/12 ، قرار رقم 617374 ، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد1، ص294.

[36] بلقاسم مطالبي، مقاربة نقدية للقرار رقم 617374 الصادر عن المحكمة العليا، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة البيدة2 ، جوان 2017، ج1 ، العدد12، ص169.