وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة مولاي الطاهر–سعيدة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم:الحقوق

أثر العيوب والأمراض على صحة واستمرارية عقد الزواج

- دراسة مقارنة-

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص

تخصص:قانون الأسرة

من إعداد الطالبة:

دواش إيمان

تحت إشراف الأستاذ:

–عبد الرحمان عثماني

أعضاء لجنة المناقشة

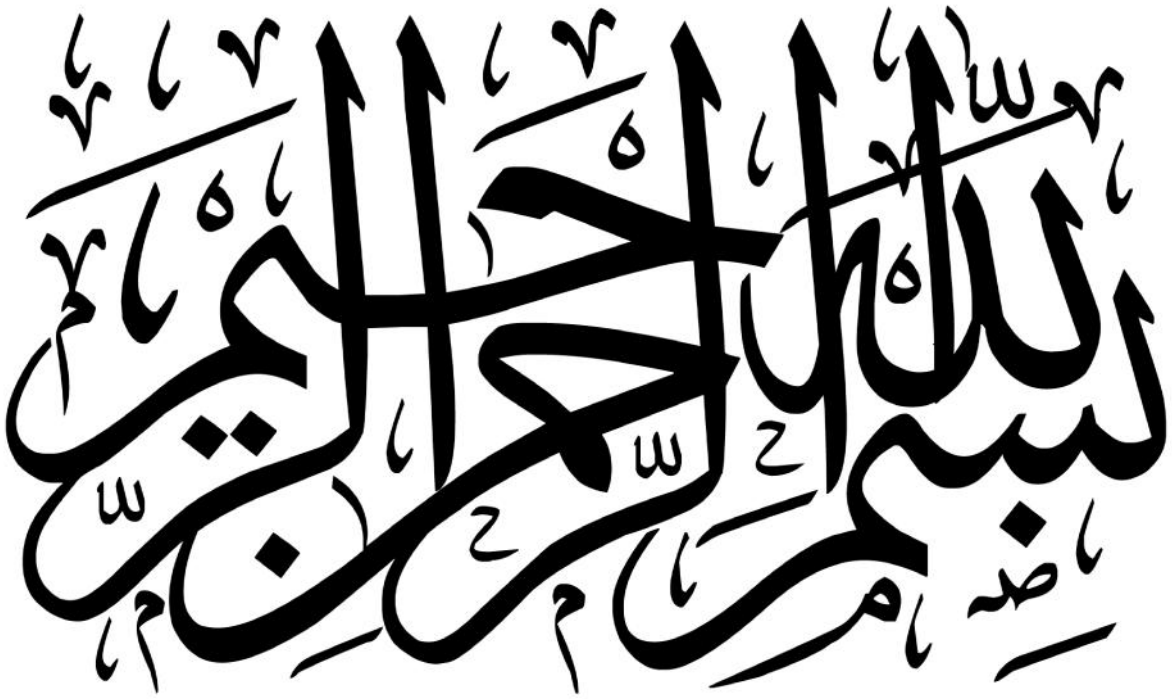
– الأستاذة:سويلم فضيلة.....رئيسا

– الأستاذ:عبد الرحمان عثماني.....مشرفا ومقررا

– الأستاذ:حمامي ميلود.....مناقشا

– الأستاذ:فليح كمال محمد عبد المجيد.....مناقشا

السنة الجامعية:2018/2017


بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

الحمد الله رب العالمين و الصلاة و السلام على خاتم الأنبياء و المرسلين أهدي هذا العمل إلى:

من ربتني و أنارت دربي و أعانتني بالصلوات و الدعوات، إلى أغلى إنسان في هذا الوجود أمي الحبيبة.

إلى من عمل بكد في سبيلي و علمني معنى الكفاح وأوصلني إلى ما أنا عليه أبي الكريم أدامه الله لي.

إلى أخوي محمد و أحمد ياسين وفقهم الله ، و أخواتي حنان و زوجها العربي،و جميلتي مريم .

إلى من عمل معي بكد بغية إتمام هذا العمل إلى زوجي العزيز زرارقي سعيد ، و ابني حبيب قلبي العربي منصف.

و إلى كل صديقاتي و بالأخص :أيات، هيام ، منال ،حنان ، سهام ، سهيلة ...و تحية لكل زملاء دفعة قانون الأسرة2018/2017.

شكر و عرفان

كلمة شكر لابد منها .

لا يطيب الشر إلا به .

لا تطيب اللحظات إلا بذكره.

سبحانه و تعالى نحمده على توفيقه و نستعين به بعبارات الشكر هذه أتقدم و بكل عرفان

إلى أساتذتي الكرام و عمال المكتبة في رحاب كلية الحقوق بسعيدة، الذين أمدوا لنا بعلمهم ،

كما أتوجه بالشكر إلى من لم يبخل عليا و تفضل بإشرافه على مذكرتي ووجهني في عملي

المتواضع إلى أستاذي المحترم"عبد الرحمان عثماني"، و كذا الأستاذة "سويلم فضيلة" على دعمها

و مساعدتها ، و أتقدم بالشكر للأساتذة المشرفين على المناقشة .

مقدمة

لقد شرع الله لنا الدين و جعله رحمة للعالمين، فما من خير إلّا و دعا إليه و ما من شر إلّا و حذر منه ، فقد رسم للإنسان منهجا متكاملا فأقام المجتمع على نظام محكم و قرار مكين ، ومن أجل خلق وحدة طبيعية أساسية للمجتمع، اقتضت الإرادة الإلهية إقرار نظام الزواج كسبيل مشروع لتكوين الأسرة باعتبارها الخلية الأولى في تشكيل المجتمع، لقوله تعالى:" **وَاللَّهُ جعل لَكُم من أَنفسكُم أَزواجا وجعل لَكُم من أَزواجكُم بنين وحفدة ورزقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ ۚ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ.**"[1]

أولى ديننا الحنيف عناية منقطعة النظير بالأسرة من حيث تكوينها و حمايتها و رعايتها و تحقيق التآلف و المحبة فيما بين أفرادها و الله تعالى يقول في هذا الشأن:" **وَمِنْ آياته أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْواجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْها وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذلِكَ لَآياتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** ."[2]

جاءت الشريعة الإسلامية بأدق التفاصيل الممكنة في موضوع الزواج كالنظر إلى المخطوبة و اختيار الولود الودود، و التخيير للنطفة، و اختيار سليمة البدن و العقل، صحيحة الجسم التي تنجب أولاد أصحاء، و نفس الأمر كذلك بالنسبة للمرأة التي عليها أن تختار شريك حياتها بنفس المواصفات المطلوبة، لأن مقصد الشارع من ذلك هو إعداد أجيال سليمة متميزة أصلية بعيدة عن كل ضعف أو مرض.

كان النكاح في بداية العصر الإسلامي و ما بعده من العصور الإسلامية الوسيطة، يتّسم بالصدق و الإخلاص و الأمانة و الوضوح، مما دفع الناس إلى الاعتراف بما لديهم من عيوب و أمراض و جسدية و نفسية خوفا من الله تبارك و تعالى ، فلم تكن بحجة إلى إلزام المقبلين على

1- سورة النحل، الآية 72 .

2- سورة الروم، الآية 21

الزواج بالخضوع إلى الإجراءات و تدابير احترازية في هذا الشأن، كما هو حاصل في زماننا اليوم، بسبب ما طرأ من تغييرات على مختلف الأصعدة.

من بين التغييرات، تراجع الصدق و قلة الأمانة و اهتزاز الثقة ناهيك عن انتشار الأمراض و العيوب و العاهات بشكل كبير مع اتساع سبل انتقال العدوى ، بالرغم مما صاحب ذلك من تطور علمي ملحوظ في ميدان العلوم الطبية و اكتشافها لحقائق تؤكد وجود أمراض وراثية و أمراض معدية خطيرة، و عوامل كامنة، يمكن أن تؤثر سلبا على صحة الأزواج و الذرية عند قيام العلاقة الزوجية، فكل هذه العوامل أرّقت الكثير من الدول و أصبحت ترهق مواردها المختلفة كما تتسبب في معاناة المصابين بها.

أدت هذه الظروف بولي الأمر أو السلطة العامة إلى التفكير مليا في اتخاذ إجراء احترازي لا يمنع المريض من الزواج، و لكنه يكرس نظام صحي وقائي يقلل من المتاعب الصحية المنعكسة سلبا على الأسرة و المجتمع، حيث اشترطت التشريعات الوضعية ضرورة خضوع المقبلين على الزواج لفحوصات طبية ، تنتهي إلى تحرير شهادة طبية تضاف كوثيقة أساسية في ملف العقد المدني للزواج.

و لم تقتصر عناية التشريع بالعقد فقط، بل كانت العناية بالفرق التي تنهي ذلك العقد بارزة وواضحة ، ذلك أنّ التشريع لم يجعل عقد النكاح عقد غير قابل للإنهاء بصورة من الصور، بل جعل طرقا و وسائل لإنهائه عند عدم إمكان الاستمرار فيه، و ليس من الحكمة أن يبقى العقد سيفا مسلطا على العاقدين إذا كانت الحياة بين الزوجين في إطاره تكاد أن تكون مستحلية بل من الحكمة إيجاد الوسائل التي ينتهي بها، قال الله عز وجل:" **وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا**.[1]

1- سورة النساء،الآية 130.

وتنتهي هذه الوسائل التي ينتهي بها العقد ، فمنها ما يرجع إلى إرادة الزوج وحده، و منها ما يرجع إلى إرادة الزوج و الزوجة، و منه ما يرجع إلى إلزام الشارع ، و مها ما يرجع إلى رغبة أحدهما عن طريق اللجوء إلى القضاء، ومن هذا النوع الأخير التفريق بسبب العلل أو العيوب .

و التفريق بسبب العيوب يبرز حرص التشريع الإسلامي أن تسود العلاقة الزوجية السكينة و المودة ، و كلما وجد ما ينغص هذه العلاقة أو يشوش عليه بحيث لا تكون قادرة على يق الهدف من العقد فينبغي إعطاء المتضرر من هذا الأمر الحق في إنهاء العقد إن رغب في ذلك، و إيجاد الوسائل الإجرائية الكفيلة بضمان وضع هذا الحق موضع التطبيق، إذ قيل : لا فائدة من حق لا تحميه دعوى.

ومن هنا تبرز أهمية بحث هذا الموضوع من ناحية الفقهية و القانونية، باعتبار أن القانون هو ترجمة الفقه الإسلامي إلى الواقع و تنزيله عليه، و بهذا يحيا الفقه الإسلامي و ينمو و سواء كان متصلا بالناحية الموضوعية أو من الناحية الإجرائية، و هنا يثور البحث من آن إلى أخر عن النص القانوني الذي وضع هل مزال محققا للمقصد الشرعي الذي وضع من أحله، أو ينبغي النظر فهو و العدول عنه إلى حكم أخر يتحقق به الهدف الذي نريد تحقيقه في المجتمع.

و على هذا الأساس فإن اختيارنا لدراسة مسألة أثر العيوب على عقد الزواج ، لم يكن اعتباطا أو عشوائيا ، بل بسبب ما له من ارتباط وثيق بواقع الحياة الأسرية لأفراد و باعتبارها ن مسائل الزواج التي تهم العام و الخاص، و كذا التفريق بسبب هاته العيوب و الذي يعتبر حق من الحقوق المكفولة لكل الأزواج.

لقد تطرقنا إلى هذا الموضوع عن طريق استقراء و تحليل النصوص الفقهية و القانونية،و باعتماد المنهج التحليلي الاستقرائي بذكر ما جاء في المذاهب الفقهية الإسلامية و كذا الجزائري و قوانين العربية الأخرى.

و بما أن الموضوع يتطرق إلى مسالة أثر العيوب على صحة العقد الزواج و استمراريته، وجب معرفة أثر هذه العيوب قبل حدوث الزواج أي أثناء تحضير العقد، و أثر هاته العيوب على الحياة الزوجية و ما تؤدي إليه من تفريق بين الزوجين ، وذلك نبحثه في فصلين :

الفصل الأول: الحماية من الأمراض قبل الزواج.

الفصل الثاني:التفريق بين الزوجين بسبب العيوب .

الفصل الأول: الحماية من الأمراض قبل الزواج

قد أحاط الإسلام الحياة الزوجية بسياج عظيم من حيث تكوينها و حمايتها ، وتحقيق التالف و المودة و الرحمة بين أفرادها , واهتمت بأدق تفاصيله,كالنظر إلى المخطوبة , و اختيار المرأة الودود الولود ,لان مقصد الشارع هو إعداد أجيال سليمة متميزة بعيدة عن كل ضعف و خمول ,لكون الأسرة المنبع الذي تحدد من خلاله ملامح الشخص و صفاته ,و منها يكتسب سلوكياته ,وتشكل أفكاره و كثر اتجاهاته.

الحديث في الآونة الأخيرة عن الفحص الطبي قبل الزواج ,باعتباره أحد الدعائم الأساسية لتحقيق السعادة الزوجية ,فموضوع الفحص الطبي قبل الزواج في الحقيقة صورة غابت ن الأنظار في جل المجتمعات المعاصرة , وأصبحنا في أمس الحاجة إلى البحث و التوعية بأهميته و توجيه المقبلين على الزواج بضرورة إجرائه.

المبحث الأول: ماهية الفحص الطبي قبل الزواج.

إنّ الجانب الطبي للفحص الطبي قبل الزواج أمر مهم و ضروري ،لأنه يمّكننا من معرفة الحكم الشرعي له ،فالحكم على الشيء فرع عن تصّوره ,و التصور من خلال معرفة مفهوم الفحص الطبي قبل الزواج[1](المطلب الأول) و كذلك مدى مشروعيته(المطلب الثاني)

المطلب الأول:مفهوم الفحص الطبي قبل الزواج.

الفحص الطبي قبل الزواج من أهم المواضيع و أحدثها في كل الأبعاد الطبية و الشرعية و القانونية ،ولدراسة هذا الموضوع لابد من إعطاء تعريف له من الناحية اللغوية و الاصطلاحية (الفرع الأول),ثم التطرق إلى مجموعة من الأدلة الشرعية لمعرفة مدى مشروعية الفحص الطبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الفحص الطبي قبل الزواج.

إنّ الفحص الطي قبل الزواج وسيلة وقائية التي تحدّ من انتشار الأمراض المختلفة (الوراثية و المعدية)،و التي يعتبر فيها الزواج أسرع وسيلة و أسهلها لانتقال هذه الأمراض إما لأحد الزوجين أو إلى أطفالهم و إما إلى الاثنين معا، فيستلزم تعريف الفحص الطبي قبل الزواج و إعطاءه صورة واضحة و دقيقة عنه و ذلك بتحديد معناه اللغوي (أولا) ثم تحديد معناه الاصطلاحي (ثانيا).

1-عبد الفتاح أحمد أبو كليلة ، الفحص الطبي قبل الزواج "االاحكام الفقهية المتعلقة به" ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2008، صفحة66.

أولا:تعريفه لغة

يتكون مصطلح الفحص الطبي من شقين, كلمة (الفحص) و كلمة (الطبي).

فالفحص لغة : (فحصت) القطاه فحصا من باب حفرت في الأرض موضع تبيض فيه ,و اسم ذلك الموضع مفحص بفتح الميم ة الحاء,و منه قيل فحصت عن الشيء إذا استقصت في البحث عنه و تفحصت مثله.[1]و فحص الطبيب المريض, جسه ليعرف ما به من علة, و فحص الكتاب أي دقق النظر فيه ليعلم كنه.[2](طبه): طبقا من باب قبل داواه و في المثل :

(اعمل عمل من طب لمن حب),و الاسم الطب بالكسر و النسبة الطبي على لفظه و هي نسبة لبعض أصحابنا ,فالعامل طبيب الجمع أطباء , و يقال وصف بالمصدر متطبب و فلان يستطب لوجهها يستوصف و يقال للعام بالشيء و للفحل لماهر بالظراب و طبب أيضا.[3]

ثانيا:تعريفه اصطلاحا

وردّت بشأن الفحص الطبي قبل الزواج عدة تعريفات فقهية، إلا أن هذه التعريفات تتفق في نقطة واحدة ألا و هي إقبال الراغبين على الزواج في التوجه إلى الطبيب من أجل معرفة حالتهم الصحية.

لكن بالنسبة المشرع الجزائري نجد أنه لم يعطي تعريفا للفحص الطبي ,إنما اكتفى بإعطاء كيفية القيام به.

1- أحمد بن محمد بن علي الفيومي ،المصباح المنير مؤسسة المنير للنشر و التوزيع ، مصر ،2008، صفحة 297.

2-ابن منظور لسان العرب ، مادة الفحص.

3-أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، المرجع السابق، صفحة221.

وبين شروطه التي حددها في المواد (01الى07)من المرسوم التنفيذي رقم 05-154الذي يحدد شروط و كيفيات العمل بأحكام المادة 07 مكرر [1]ولعل أبرز هذه التعريفات التي أوردها العلماء كالآتي:

-الفحص الطبي هو الكشف الذي يجريه الطبيب للمريض يقصد معرفة العلة و الوصول الى تشخيص المرض , و يتضمن الكشف معاينة علامات المرض أو أعراضه ,و غالبت ما يستكمل ببعض الفحوصات المخبرية أو الصور الشعاعية أو غيرها من الوسائل التي تساعد الطبيب في الوصول إلى التشخيص .[2]

-الفحص الطبي قبل الزوج : هو عبارة عن مجموعة من الفحوصات المخبرية و السريرية التي يقترح عملها ي شريكين قبل الزواج ,وذلك لتقديم النصح لهما بهدف الوصول إلى حياة زوجية سعيدة و أطفال أصحاء و بالتالي أسرة سعيدة و مجتمع سليم .[3]

-تقديم استشارات طبية إجبارية للخاطبين المقبلين على الزواج ,تستند إلى فحوصات مخبرية أو سرسرية تجري لهم قبل عقد الزواج .[4]

1- المرسوم التنفيذي 06-154 المؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427الموافق ل 11 مايو سنة 2006 يحدد شروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1402 الموافق لسنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالامر رقم05-02المؤرخ في 27 فبراير 2005.

2-عثمان محمد عبد الحق الريس ،أحكام المعقود عليها قبل الدخول (في الفقه الإسلامي)، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن،2011، صفحة 101.

3-مسعود هلالي ،التجديد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري ، رسالة دكتوراه في العلوم الشريعة و القانون ، كلية الشريعة و الاقتصاد ،جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة ،2014 ، صفحة 328.

4- عبد الحميد القضاة ، رسالة إلى الشباب الفحص الطبي قبل الزواج ضرورة أم ترف؟، المكتبة الوطنية ، جمعية العفاف الخيرية ، عمان ،2003، صفحة 09.

كما عرف الفحص الطبي بأنه مجموعة من الإرشادات النفسية و الثقافية و الاجتماعية , وكذا الفحوصات الطبية , فهي استشارة كاملة لما قبل الزواج و رصد لمرحلة التاريخ الطبي السابق لدى المتقدم , و بالتالي يهدف إلى إعطاء المقبلين على الزواج المشورة حول إمكانية نقل الأمراض إلى الأبناء , و كذا إعطاء الإمكانيات و البدائل أمام الشريكين للتخطيط لبناء أسرة سليمة و صحية.

الفرع الثاني : مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج

بما المشرع الجزائري أخذ بمشروعية الفحص الطبي قبل الزواج ,لذا سوف نقتصر على الرأي المؤيد لمشروعيته لأنه يتبع مبادئ الشريعة الإسلامية , حيث استندوا إلى جملة من الأدلة النقلية من الكتاب و السنة(أولا) و كذا القواعد الفقهية (ثانيا).

أولا: الأدلة من الكتاب و السنة

1-الكتاب :

أ-قول الله تعالى(**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**).[2]

-وجه الدلالة أن الزواج مظهر من مظاهر تكريم الإنسان و ذلك من أجل الحفاظ على النسل من الأمراض الوراثية و المعدية بين طرفي العلاقة , و هذه العناية لم تقف عند تشريع الزواج فقط و إنما أرشدت إلى أسباب نجاحه , و لتحقيقه ينبغي حسن احتيار الزوجين لبعضهما و الأخذ بعين ا تبار المعايير التي من شأنها تحقيق هذه المعاني التي تبلغ بالزواج أعلى مستويات النجاح.

1- سورة الروم ، الآية 21.

2-فاتن البوعيشي الكيلاني ، الفحوصات الطبية للزوجين قبل عقد الزواج ،أسانيدها و مقاصدها-دراسة مقارنة –دار النفاس للنشر و التوزيع ،الاردن ،2011،صفحة 44.

ب –قوله تعالى:" وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِين "[1]

–وجه الدلالة أن الله عز وجل ينهى كل الإنسان يورد نفسه إلى الهلاك ,و تجنب كل أسباب العدوى وانتقال المرض إلى شخص آخر ,ولهذا الآية دلالة على حرمة إلقاء النفس إلى التهلكة ,لذلك فان الفحص الطبي قبل الزواج سيل كشف الأمراض قبل الزواج وهذه الآية دليل على مشروعية الفحص الطبي .[2]

ج–قال الله تعالى: (هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ).[3]

وجه الدلالة أنّ من أهداف الزواج هو تكاثر النسل نسلا صالحا و طيبا فمن خلال هذه الآية نجد حتى الأنبياء يدعون الله عز وجل أن يقر أعينهم بذرية طيبة , ولتحقيق نسل سليم و خال من العيوب و الأمراض و التشوهات يتم ذلك بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج , و بالتالي فان لهذه الآية دلالة على مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج.[4]

1– سورة البقرة ، الآية 195.

2– سارة لشطر ، الفحوصات الطبية قبل الزواج و آثارها –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي– رسالة ماجستير في الشريعة و القانون ، كلية أصول الدين و الشريعة، جامعة الامير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة ،2014،صفحة 31.

3– سورة أل عمران ، الآية 38.

4– صفوان محمد عيضات، الفحص الطي قبل الزواج –دراسة شرعية قانونية تطبيقية– دار الثقافة للنشر و التوزيع ،2011، صفحة89–99.

2- السنة النبوية:

و يظهر من خلة أحاديث كثيرة نذكر منها:

أ-قل الرسول صلّ الله عليه و سلم (تزوجوا الودود الولود ,فاني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة).[1]

وجه الدلالة أنّ النبّي حثّ على اختيار الزوجة التي تتصف بإنجاب الأولاد , و الفحص الطبي يساهم في تحقيق حسن الاختيار و الصحيح و الأنسب سواء للرجل أو المرأة .[2]

ب- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال كنت عند النبّي فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج من امرأة من الأنصار, فقال. أنظرت إليها .قال : لا , قال فأذهب فأنظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئا).[3]

ج- عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أنه خطب امرأة فقال له النبّي:" أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما[4]"

وجه الدلالة من الحديثين: أنّ النبّي أمر بالتوقي من الأمراض , عدم مخالطة أصحابها مما ينجم على هذه المخالطة من انتقال العدوى .

1-أحمد بن علي البهيقي ، السنن الكبرى (كتاب النكاح ،باب استحباب التزوج الودود الولود ، رقم 13604)، دار الهجر للطباعة و النشر و التوزيع و الاعلام ، الجزء 14،مصر ، 2011، صفحة 10.

2-صفوان محمد عيضات ، المرجع السابق ، الصفحة 108.

3-مسلم بن الحجاج، صحيح المسلم (كتاب النكاح ، باب ندب النظر إلى وجه المرأة و كفيها لمن يريد الزواج ، رقم الحديث 1424)، دار الاصالة للنشر و التوزيع ، الجزائر ،2010،الصفحة 326.

4-عيسى بن سورة الترمذي ، في السنن (كتاب النكاح ، باب ما جاء في النظر الى المخطوبة ، رقم الحديث 1087)، دار الاعلام ، الاردن 2001، الصفحة 253.

و الفحص الطبي قبل الزواج يحقق ذلك , لأن الغرض منه هو الوقاية من الأمراض الوراثية و المعدية.[1] فقد حث على حسن اختيار المرأة, و لا يقتصر هذا الاختيار على صلاح الدين و الخلق, وإنما يمتد ليشمل الصفات الخلقية , و نحن نعلم أن الصفات الخلقية لا تتبين إلا بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج , ذلك من أجل التأكد من عدم وجود الأمراض الوراثية و المعدية التي يمكن أن تنتقل إلى الذرية.[2]

د-قال الرسول عليه أفضل الصلاة و السلام : (فروا من المجذوم كما تفروا من الأسد).[3]

وجه الدلالة :هذا الحديث يدل على أن مرض الجذام مرض خطير ,فهناك توجيه من النبي بالابتعاد و اجتناب الأشخاص المصابين بهذا المرض ,و إرشاد إلى اتقاء بؤر المرض , و هذا الحديث دليل على مشروعية الوقاية من الأمراض , والفحص الطبي قبل الزواج لا يعتبر افتئانا على الحرية الشخصية , لأن فيه مصلحة تعود على الفرد و المجتمع و بالتالي فهو السبيل الأمثل في حق الزوجين و النسل .[4]

1-حسين عبيد عون الله ، أحكام سرية المعلومات الخاصة – دراسة مقارنة- ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر ، 2005، الصفحة 388.

2- عماد الدين حماد عبد الله المخلاوي ،الجينات الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مكتبة حسن العصرية ، لبنان ، 2014، الصفحة 190-191.

3-محمد بن عيسى البخاري، صحيح البخاري (كتاب الطب ، باب الجدام رقم الحديث 5707) مكتبة الثقافية الدينية مصر ، 2007، الصفحة 683.

4-فاتن البوعيشي الكيلاني ، المرجع السابق الصفحة 65.

ثانيا: القواعد الفقهية

-قاعدة الضرر يزال

هي من القواعد الخمس الكبرى , ومعناه أن الضرر واجب الإزالة شرعا مهما كان نوعه أو صورته , و الأصل في القاعدة ما روى مالك وابن ماجة و غيرها عن أبي سعد ألخدري أن الرسول قال " لا ضرر لا ضرار" , فإذا وقع الضرر بأحد دفعه و الإزالة أيضا تعني وجوب قبل وقوعه , و كذلك وجوب إزالة الضرر بعد وقوعه , إذا لم يقم أحد الطرفين بإجراء الفحص قبل الزواج , ثم تبين أنه يحمل مرضا معديا أو وراثيا كان للطرف الأخر أن يزيل هذا الضرر بطلب الفسخ.[1]

-قاعدة درء المفاسد أولى من جلب المصالح

إن هذه القاعدة متفرعة عن قاعدة "الضرر يزال " ويظهر وجه الارتباط بينهما أن المفاسد و المصالح هي أساس النظر في تطبيق الفحص الطبي قبل الزواج أو عدم تطبيقه, و بالتالي يمنع تطبيق الفحص , فإذا رجحت مفاسده على مصالحه قدم درء المفاسد و بالتالي يمنع تطبيق الفحص , و إذا رجحت مصالحه على مفاسده ومن ثم طبقنا الفحص قبل الزواج , فنجد الفحص الطبي فيه درء لمفاسد انتشار الأمراض الوراثية و المعدية في المجتمعات , و اضطراب الحياة الزوجية .[2]

1- حسن صلاح الصغير عبد الله ، مدى مشروعية الالتزام بالفحص الطبي قبل الزواج – دراسة مقارنة –دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2007، الصفحة 64-65-66.

2- عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، المرجع السابق ، الصفحة 115.

-قاعدة الأمور بمقاصدها :

أن الحكم على تصرفات المكلفين يكونها أو عادة وبالحل و الحرمة و الصحة و الفساد , و يكونها طباعة أو معصية , كل هذا يكون بحسب قصد الإنسان و نيته في التصرف قولا و فعلا.

و الأصل في هذه القاعدة ما روى عمر بن الخطاب قال : سمعت رسول الله يقول : "إنما الأعمال بالنيات"[1].

و ارتباط هذه القاعدة بالفحص الطبي قبل الزواج من جهة أن الفحص الطبي قبل الزواج يحد من انتشار الأمراض الوراثية و المعدية إلى الطرف الأخر , أو إلى الذرية , كما له مقصد أخر و هو استمرار العلاقة الزوجية .[2]

-قاعدة تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة:

هذه القاعدة متعلقة بالسياسة الشرعية في إدارة الدولة , و تنظيم شؤونها , فإجراء الفحص

لطبي يساهم في حماية الزوجين أنفسها من انتقال الأمراض من من أحدهما إلى الأخر , و فيه بضا حماية المجتمع من جيل متخلف و مريض , لكن هذه المصلحة لا تعد مصدر لتشريع ما لم تتوفر الشروط التالية :

1-اخرجه البخاري ، (كتاب بدء الوحي ، باب كيف بدء الوحي الى الرسول صلى الله عليه وسلم ، حديث رقم01)، المرجع السابق ، الصفحة 09.

2- حسن صلاح الصغير عبد الله ، المرجع السابق ، الصفحة 61-62.

3- مصلح عبد الحي النجار ، الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي ، مجلة الجامعة الملك سعود ، قسم العلوم التربوية و الدراسات الإسلاميات ، السعودية 1425، الصفحة 1153-1154.

أ-أن تكون ملائمة لمقاصد الشريعة الإسلامية حيث أن الفحص الطبي قبل الزواج يحافظ على النسل و يقي من الأمراض المعدية و الوراثية , و هذا من المصالح المقصودة شرعا.

ب- أن تكون المصلحة شخصية: إذ أن الفحص الطبي قبل الزواج من المصالح التي تحقق الخير للأمة و للأطراف العلاقة.[3]

5-الضرر يرفع بقدر الإمكان :

هي قاعدة متفرعة عن "الضرر يزال " حيث أن هذه القاعدة تفيد بذل جهد في دفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل, لان دفعه من باب الوقاية فالفحص الطبي قبل الزواج يساهم في الكشف عن الأمراض و خلوها في طرفي العلاقة وإذا كان يحمل أحدهما أو كلاهما بعض الأمراض فينجم عن هذه العلاقة ذرية غير سليما , و بالتالي منع زواجهم يحقق مصلحة لهما و للمجتمع , و إذا أقدما على الزواج دون إجراء الفحص الطبي , فهي مغامرة منهما.[1]

المطلب الثاني : حيثيات الفحص الطبي قبل الزواج .

إن المشرع الجزائري نظرا لأهمية هذا الموضوع قد أفرد له مرسوما تنفيذيا رقم 06-154الذي يحدد شروط وكيفية تطبيق المادة07مكرر.[2]

وذلك من أجل تحديد الإجراءات الواجب إتباعها و الشكلية المطلوبة في الوثيقة المقدمة لنتائج الفحص .وفيما يلي بيان بالتفصيل لشروط و زمان ومكان إجراء الفحص الطبي, (الفرع الأول), وكذا بيان الأمراض محل الفحص الطبي (الفرع الثاني).

1- مصلح عبد الحي النجار ، المرجع السابق ، الصفحة 1155.

2-المرسوم التنفيذي رقم 06-154المؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427الموافق ل 11 مايو سنة 2006 يحدد شروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون رقم من 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1402 الموافق لسنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالامر رقم 05-02 المرخ في 27 فبراير 2005.

الفرع الأول: شروط الفحص الطبي قبل الزواج

باستقرائنا للمواد 2-3-4إلى غاية المادة07 من المرسوم التنفيذي رقم 06-156الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة07مكرر.نجد أن المشرع قد وضع شروط خاصة للمقبلين على الزواج و شروط بالنسبة للطبيب وكذلك شروط أخرى بالنسبة لضابط الحالة المدنية ,و أيضا بالنسبة لوقت القيام بهاته الفحوصات .

أولا : الشروط الخاصة بأشخاص الفحص الطبي .

1-الشروط الخاصة بالأطراف :

بعد الرجوع إلى المواد 2-3 من المرسوم التنفيذي السابق الذكر[1], وإجراء الفحص الطبي نجد أن الشروط الواجب توفرها في الأشخاص المقبلين على إجراء الفحص الطبي هي:

- الحضور الشخصي لمركز إجراء الفحص الطبي .

- حضور الشخص و هو صائم من أجل السيرة الصحيح لعملية الفحص الطبي.

- إحضار الوثيقة المحررة رسميا من أجل القيام بالفحص الطبي و التي يقدمها ضابط الحالة المدنية.

- إحضار كذلك بعض الوثائق بالمركز الفحص و المتمثلة في (صورة رسمية+صورة طبق من بطاقة التعريف+بطاقة الزمرة الدموية).

1-المرسوم التنفيذي رقم رقم 06-154الذي يحدد شروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر السابق الذكر.

2-الشروط الخاصة بالطبيب:

الفحص الطبي هو عمل الطبيب و يتمثل في فحص المريض لملاحظة العلامات و الدلائل السريرية و لذلك وجب توافر شروط في الطبيب أو معانية (المصور الأشعة ,محلل المختبري و غيرهم),أن يكونوا مؤهلين في العمل الذي يقومون به ,فيحرم الإقدام على ذلك من الجاهل و لو كان مختصصا في مجال طبي آخر , كما يحرم على أن يحيل المريض على غير مؤهل مع علمه بعدم أهليته ,و تتحمل المستشفيات الحكومية أهلية المسؤولية الكاملة للأشخاص الذين تنصبهم للقيام بهذه المهام[1] و الحفاظ على سرية نتائج الفحص.[2]

ولا يحل للطبيب أو غيره أن يطالب المريض بالكشف عن عورته إلا إذا تعذر وجود الوسائل التي يمكن بواسطتها تحقيق مهمة الفحص بدون كشف العورة, و بهذا بالنسبة للشروط العامة الواجبة توفرها في الطبيب أما بالرجوع إلى نص المواد 2-3-5من المرسوم التنفيذي 06-154فقد أوجب على الطبيب بعض الشروط و هي :

- أن يسلم الشهادة وقف النموذج المطلوب في المرسوم التنفيذي و التي يقدمها ضابط الحالة المدنية.

- عدم تسليم الشهادة الطبية إلا بناء على نتائج فحص عيادي شامل و تحليل فصيلة الدم .

- إعلام الأطراف بأخطار عدوى الأمراض التي سيجرى عليها الفحص.

- إبلاغ الشخص الذي قام بالفحص بالملاحظات و النتائج التي تم إجرائها بطريقة لطيفة في حالة إذا كانت النتائج سلبية.

- تسليم الشهادة للمعني شخصيا.

1- فهد عبد الله ، الوجيز في أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها ، ب.ج.جامعة افيمان – صنعاء ،ب.ط. الصفحة14.

2-صفوان محمد عضيات ، المرجع السابق ، الصفحة 115.

3-الشروط الخاصة بضابط الحالة المدنية :

بالرجوع إلى المادة02و المادة06و07من المرسوم التنفيذي السابق الذكر ,نجد أن ضابط الحالة المدنية و الموثق قد حدد له شروط من أجل إبرام عقد الزواج بناء على وثيقة الفحص الطبي و عليه كان على ضابط الحالة المدنية أو الموثق لالتزام بهذه الشروط و إلا تعرض لجزاءات المسؤولية التقصيرية.

وهذه الشروط هي:

-لا يجوز لضابط الحالة المدنية أو الموثق أن يبرم عق الزواج إلا إذا تأكد أن الطرفين قد قاما بإحضار الشهادة الطبية.

- يجب أن يتأكد من أن الشهادة لا تقل عن 3أشهر , و تلك أن المدة ثلاثة أشهر كفلية بتغيير حالة من حالة أخرى ذلك حسب المعلومات الطبية.[1]

- التأكد من سماع الطرفين في نفس الوقت يعني في نفس المجلس نتائج الفحص الطبي.

و هذا فيه جانب إيجابي إذ يخشى إخفاء أحد طرفين العلاقة نتائج الفحص الطبي و هذا يؤدي إلى الإضرار بعد الزواج.

-لا يجوز لضابط الحالة المدنية الامتناع عن إبرام عقد الزواج في حالة إصرار الطرفين رغم وجود العيوب الطبية.

1-المرسوم التنفيذي رقم 06-154الذي يحدد شروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة07.

وينبغي الإشارة إليه في هذا الصدد أنه في 2003/12/17 أصدرت وزارة الشؤون الدينية رخصة بمقتضاها سمحت للأشخاص المصابين بالسيدا الزواج شريطة ألا تحمل المرأة أي أن تستعمل مانع الحمل.[1]

4-الشروط الخاصة بالشهادة الطبية:

إن الأهمية الكبيرة للمحررات الرسمية الصادرة عن أي سلطة من سلطات الدولة الشأن الكبير في إعطاء الشهادة الطبية الإطار القانوني لها من حيث استعمالها ومن حيث كيفية تقديمها و مدى حجيتها عند تقديمها لذلك قد خصص المشرع الجزائري لها شروط خاصة وألزم القيام بها ,هذه الشروط هي :

- أن تقدم من طرف ضابط الحالة المدنية أو الموثق للمقبلين على الزواج.
- أن تكون وفق النموذج المقرر في المرسوم التنفيذي رقم 06-154.
- أن لا يقل تاريخها عن ثلاثة (03)أشهر.
- أن لا تسلم هذه الشهادة من قبل الطبيب إلا بناء على نتائج الفحص.
- أن يكون التسليم للمعني فقط دون غيره من أجل استماع للنتائج هذه الفحوصات من الطبيب الذي يملك الطريقة الصحيحة في إيصال نتائج الفحص دون غيره.[2]

1-تشوار الجيلالي ، قانون الاسرة الجزائري ، جامعة تلمسان ، منتدى الجلفة 2015/03/10، الصفحة 21.

2-المرسوم التنفيذي رقم رقم 06-154الذي يحدد شروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر.

ثانيا:وقت إجراء الفحص الطبي:

إن مسألة الوقت الذي فيه الفحوصات الطبية كان محل نقاش معظم الفقهاء و الباحثين ذلك لما فيه أهمية كبيرة وترجع هذه الأهمية في الخيارات يستطيع طرفي العلاقة اتخاذها في ظل ظهور نتائج غير مشجعة لإكمال العلاقة.

فقد ذهب الشافعية إلى أن الوقت المفضل للنظر قبل الخطبة و بعد العزم على النكاح و استدلوا بالحديث الشريف " يل معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج.

وذهب الحنفية إلى القول إن وقت بعد العزم على الخطبة, أما المالكية فوقت النظر في أثناء الخطبة و قبل العقد.

إن الإجراء الطبي اللازم للتأكد من سلامة الخاطبين من الأمراض هو الذي يكون في أثناء الخطبة لا قبلها و لا بعد الزواج و هذا ما إليه الجمهور.[1]

أما أغلبية الباحثين ينصحون و يجتهدون أن يكون قبل العقد مباشرة أي زمن الخطبة, حتى لا يكون المرض الطارئ للخاطبين بعد العقد أو لأحدهما مبررا كافيا للطلاق و كذلك حتى يحافظ على حرمة هذا الفحص و حرمة شرف المخطوبة و أسرتها من أي انتقاص أو إيذاء أو حرج في شخصيتها أو أنوثتها و عفافها , وحتى يتمكن صاحب العلاقة خاطبا أو مخطوبة من اختيار البديل فيما لو كانت النتيجة غير مشجعة.[2]

1- ياسين محمد غادي ، شروط الفحص الطبي من منظور شرعي ، مجلة جامعة دمشق ، المجلد 17 ، العدد الاول ، سوريا ، 2001، ص 207.

2- عبد الفتاح أحمد أبو كليلة ، المرجع السابق، ص 107.

وهذا ما ذهب إليها المشرع الجزائري فقد أوجب إجراء الفحص الطبي قبل إبرام عقد الزواج في مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر ذلك حسب نص المادة 02من المرسوم التنفيذي رقم 06-154 الذي يحدد شروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 07 من القانون رقم 84-11المتضمن قانون الأسرة.[1]

ثالثا– مكان إجراء الفحص الطبي:

من الشروط كذلك و ما لا يختلف فيه هو أن توجد أماكن مخصصة تتم فيها مراجعة الخاطبين لأصحاب العلاقة من الأطباء لإجراء الفحوصات الطبية قبل الزواج ,مادام أن مبدأ الفحص وأهميته راسخة في أذهان الخاطبين , أو أي قبول وثيقة لدى ضابط الحالة المدنية أو الموثق لا تتم إلا بعد إحضار الوثيقة الطبية.[2]

فيجب أن يكون متصف بالأمانة و الصدق و الخبرة و المعرفة الكافية و كذا الكفاية العلمية.[3]ويحرص على سرية الفحوصات و لا يطلع عليها إلا من لهم العلاقة بذلك وأن يكون مزود بالمعدات الفنية اللازمة مع عدم التغافل و النسيان من قبل الأطباء ,أما الأماكن الغير المؤهلة لذلك ذات المصالح التجارية أو التي تكون من غير إشراف طبي وتجمع خليطا من الاطباء و غيرهم فلا أن يتم فيها الاجراءات الفحص الطبي ولا ترتيباته لما تنطوي عليه من تقارير غير دقيقة لعدم الكفاءة.[4]

1– المرسوم التنفيذي رقم 06-154 الذي يحدد شروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 07 المكرر.

2– ياسين محمد غادي ، المرجع السابق ، الصفحة 287.

3–عبد الناصر موسى أبو البصل ، الضوابط الشرعية للفحص الطبي قبل الزواج ، مجلة جامعة الشارقة ، الإمارات العربية المتحدة ، ص91.

4–عبد الفتاح أحمد كليلة ، المرجع السابق ، الصفحة 108.

المشرع الجزائري لم يضع شروط ولم يحدد مكان تواجد مراكز إجراء الفحوصات الطبية ولا الشروط التي يجب أن تكون عليها, وهذه النقطة يجب تداركها لما نشاهده في الواقع يثبت خطورة اختيار المكان الغير المناسب للقيام بالفحص.

الفرع الثاني : الأمراض محل الفحص الطبي قبل الزواج

أولا:الأمراض الوراثية

تعرف الأمراض الوراثيّة بأنّها الأمراض التي يورثها الآباء للأبناء مثل: مرض السكري والسرطان، وأيضاً الأمراض العصبيّة والنفسية، ولا يشترط إذا كان الآباء مصابين بمرضٍ معين أن يصاب به الأبناء، ولكن فإنّ احتمال إصابتهم يزيد في حالة كان الآباء مصابين بأحد هذه الأمراض.[1] والأمراض الوراثيّة تولد مع الجنين ويقدّر له أن يموت فيها أو أن يعيش كلّ حياته مصاباً منها، وقد لا يكون الآبا مصابين بهذه الأمراض ولكن هناك تاريخٌ مرضيّ في العائلة يجعل من احتمالية الإصابة كبيرةً، وتزداد الاحتماليّة إذا كان أحد الآباء مصاباً.[2]

أقسام الأمراض الوراثيّة :

يمكن أن نقسّم الأمراض الوراثيّة إلى ثلاثة أنواعٍ حسب علماء الجينات والأحياء، وهي:

– **الأمراض الجينية:** وهذه الأمراض التي تتعلّق بالجينات؛ ففي الجينات يتكوّن الكروموسوم، وهذا الكروموسوم يتكوّن من تلاصق مجموعةٍ من الجينات ببعضها البعض، وهذه الجينات يكون كلّ جينٍ منها يتحكّم في صفةٍ من صفات الإنسان، وبالنسبة للأمراض الجينية ينتج عنها خللٌ في الجينات نفسها مع بقاء الكروموسوم كما هو دون أن يُصاب بأيّ خللٍ أو مرض.[3]

1–فاتن البوعيشي، المرجع السابق، ص 20–26

2–نجاة ناصر ، ظاهرة زواج الأقارب و علاقته بالأمراض الراثية، مذكرة ماجستير في أنثروبولوجيا الصحة، كلية العلوم الإنسانية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2012، ص 97.

3–فاتن البوعيشي ، المرجع لسابق، ص 27.

–أنواع الأمراض الجينيّة

الأمراض الجينية التي تسمى بالسائدة وهذه الأمراض تنتقل بالأجيال؛ أي من الأم إلى الأطفال، أو من الأب إلى الأطفال، ولمعرفة هذه الأمراض هنالك دلالاتٌ معيّنة وهي: أن يكون الذي يحمل هذا المرض هو أحد الوالدين، وأن لا تكون أعراض المرض ظاهرة. يصاب كلٌ من الجنسين من ذكر وأنثى بالمرض بالتساوي. يكون المريض في التحاليل المخبرية يحمل فقط جيناً واحداً للمرض المصاب به.[1]

الأمراض الجينيّة التي تسمّى (المتنحية)، وأيضاً هنالك دلالات لمعرفتها، وهي: يكون المرضى في هذه الحالة حاملين للجين المرضي. يصاب كلا الجنسين من ذكر وأنثى بالتساوي من هذا المرض، ويكون هذا المرض سائداً في زواج الأقارب. يكون الوالدين طبيعيين مع حملهما للجين المرضي.

وفي كلّ حمل تحمله الأم والّتي تكون حاملةً لهذا النوع من الأمراض تكون الاحتمالات هي: 50% من المولودين يحملون المرض ولا تظهر أعراضه عليهم، و25% من المولودين يولدون طبيعيين غير مصابين بأيٍّ من هذه الأمراض، و25% من المولودين يولدون مصابين بالمرض وتظهر عليهم أعراضه.[2]

الأمراض الكروموسوميّة :وهي الأمراض التي يحدث التغيير فيها على عدد الكروموسومات من نقصٍ أو زيادةٍ في أزواج الكروموسومات، وهذه التغيّرات تقسم إلى نوعين: تغيّراتٌ في العدد، كما في متلازمة " داون "، وفي هذا النوع يكون التغير في عدد الكروموسومات من نقصٍ أو زيادة ·التغيّرات في شكل الكروموسومات أو هيكلها.

1ـ علي محي الدين داغي، الفحص الطبي من منظور الفقه الإسلامي ، دراسة علمية فقهية ، الدوحة ، قطر ، عن الموقع الالكتروني:.www.e-cfr.org ، مجلة المجلس الأوروبي للإفتاء، ع 07، 2004، ص 09.

2ـ صفوان محمد عيضات، المرجع السابق، ص 07.

كما أن الأمراض الوراثيّة هيَ أمراضٌ تُصيب الإنسان، وتنتقلُ إليه عن طريق الجينات، بحيث تزيدُ إمكانيّة إصابة الشخص بالمرض الوراثيّ إذا كانَ أحد أفراد عائلته مُصاباً بهِ من قبل، وهُنالِكَ العديد من هذهِ الأمراض والتّي تُعتبرُ شائعة بدرجةٍ كبيرة، وتكونُ غالباً مُزمنة لكن ليست خطيرة على الصحّة العامّة، ولكن بعض الأنواع الأُخرى منها قد تكونُ خطيرةً وتُهددُ الحياة، وفيما يلي سنذكر بعض أنواع هذهِ الأمراض:

أ– مرض التوحّد: أو ما يُسمّى باضطرابات طيف التوحّد، وهيَ من الحالات الخاصّة التّي تظهرُ لدى الطفل مُنذُ الصغر، ويُعاني فيها المريض من صعوبة التواصل مع الأشخاص من حوله، ومشاكل في التواصل اللفظيّ وغير اللفظيّ، وتكونُ أنشطتهُ محدودة جدّاً، وقد يكونُ عدوانيّاً مع الآخرين، وقد يكونُ هذا المرض مُكتسباً في بعض الحالات نتيجة تعرُض الطفل لبعض العوامل والمشاكل النفسيّة، ولكنّهُ غالباً ما يكونُ وراثيّاً وتزدادُ نسب الإصابة به في حال إصابة أحد أفراد الأُسرة بهِ من قبل. [1]

ب–سرطان الثدي: إنَّ سرطان الثدي من الأمراض الشائعة جدّاً بينَ النساء، وتظهرُ غالباً في سن اليأس وبعدَ توقُّف الحيض، وتُعتبرُ أيُّ امرأة مُعرضة للإصابة بهذا النوع من السرطان، ولكن قد تزدادُ قابليّة إصابتها إذا كانَ وراثيّاً في عائلتها، لذلِكَ يجب البدء في الفحص بعدَ تعدّي سن العشرين؛ حتّى يتم اكتشافه في مراحله المُبكرة وللحصول على العلاج المُناسب.

1–نجاة ناصر، المرجع السابق ، ص 115.

2– صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة و أثرها علي استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، ط01 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، فلسطين،2012،ص158–159.

ج–مُتلازمة داون: لأنَّ الأشخاص المُصابين بمُتلازمة داون يعانون من صعوبات في التعلم، والتخلّف العقلي، وملامح وجه مميزة، وضعف عام في العضلات في مرحلة الطفولة، وتُعتبرُ هذهِ الحالة وراثيّة، وتنتقل من جيلٍ إلى آخر، فتزداد فُرص إصابة الجنين بِها، إذا كانَ هُنالكَ تاريخٌ عائليّ للإصابة بها.[1]

د–الهموفيليا (مرض بالدم): الهيموفيليا هوَ اضطرابٌ في النزيف، بحيث يُبطّئ من عمليّة تخثر لدم، والأشخاص المصابون بهذا المرض غالباً ما يُعانونَ من النزيف لفتراتٍ طويلة بعدَ تعرُضهم لإصابةٍ ما، أو قد يحصُل النزيف من تلقاء نفسه في العضلات والمفاصل. [2]

ثانيا: الأمراض الجنسيّة

تُعتبَر الأمراض المنقولة جنسياً بالإنجليزيّةSexually transmitted diseases :

لأمراض التي يتمّ الإصابة بها عن طريق الاتّصال الجنسي؛ حيث تنتقل الكائنات الحية الدقيقة المسبّبة لها مثل الفطريات، والبكتيريا، والفيروسات عن طريق سوائل الجسم كالدّم، والسائل المنويّ، والإفرازات المهبلية وغيرها. [3]

1- نجاة ناصر، المرجع السابق، ص105.

2- شيماء المليجي، الفحص الطبي قبل الزواج، مجلة زمن الاسرة ، العدد 376، مصر ، ص 29.

3- عبد الفتاح أبو كليلة ، المرجع السابق، ص 98.

وقد تنتقل هذه الكائنات بطرق أخرى غير الاتّصال الجنسيّ؛ كانتقالها من الأم إلى جنينها عن طريق الحمل أو الولادة، أو انتقالها عن طريق نقل الدّم أو مشاركة الإبر المستخدمة بين الأشخاص[1].من الأمثلة على الأمراض الجنسيّة ما يأتي:

–الكلاميديا بالإنجليزيّة :Chlamydia يُعتبَر من أكثر الأمراض المنقولة جنسيّاً انتشاراً، وذلك بسبب عدم ظهور أعراض للإصابة به في كثير من الأحيان، وفي حال ظهرت أعراض للمرض فإنّها تظهر عادةً بعد أسبوع إلى ثلاثة أسابيع من الاتّصال الجنسيّ. قد تنتقل العدوى من الأم الحامل إلى طفلها خلال الولادة، ويؤدّي ذلك إلى إلحاق الضّرر بالطفل.[2]

–السّيلان بالإنجليزيّة :Gonorrhea قد يصيب هذ المرض الأعضاء التناسلية، والشرج، والحلق. ولا تظهر على بعض الرجال المصابين أيّ أعراض على الإطلاق، وفي أغلب الأحيان لا تُظهر النّساء أعراضاً للإصابة به، وعند ظهور أعراض له قد يتمّ تشخيصها بشكل خاطئ على أنّها التهاب في المثانة أو المهبل، وقد يتنقل من الأم الحامل إلى الطفل خلال ولادته.[3]

–الزّهري (بالإنجليزيّة :Syphilis): يُعتبر من الأمراض التي قد تتسبّب في إحداث مضاعفات ومشاكل صحيّة خطيرة في حال لم تتم معالجته. يُقسَم المرض إلى عدة مراحل، تتميز المرحلة الأولى بظهور نُدب وتقرّحات حول مكان الإصابة كالأعضاء التناسليّة، والفم، والشرج.[4]

1ـ عبد الفتاح أبو كليلة ، المرجع السابق ، ص98ـ99.

2ـ نجاة ناصر، المرجع السابق، ص102.

3ـ عبد الفتاح أحمد أبو كليلة، المرجع السابق ،ص 102.

4ـ صفوان محمد عيضات المرجع السابق / ص78.

أمّا المرحلة الثانية فيظهر فيها طفح جلديّ، وقد تظهر بعض الجروح في الأغشية المخاطيّة كالفم، والمهبل، والشرج.[1] ولا تظهر أيّ أعراض في المرحلة اللاحقة، وفي حال انتقال المريض إلى المرحلة الأخيرة، يتعرّض المريض لمشاكل صحيّة خطيرة كحدوث مشاكل في القلب، والدّماغ، والجهاز العصبيّ وغيرها. قد يتمّ انتقال المرض للطفل قبل الولادة، وتؤدي الإصابة به إلى زيادة نسبة احتماليّة إنجاب طفل منخفض الوزن، والولادة المبكرة، أو ولادة طفل ميت، لذا يجب إجراء الفحص مرةً واحدةً على الأقل خلال الحمل، وفي حال كانت نتيجة الفحص موجبةً لا بدّ من البدء بتلقّي العلاج فوراً.

– **التهاب المهبل البكتيريّ** (بالإنجليزيّة :(Bacterial Vaginosis وفيه تحدث اضطرابٌ في الاتّزان الطبيعيّ بين البكتيريا النافعة والبكتيريا الضارّة الموجودة في المهبل. ومن المعروف أنّ تعدّد الاتصال الجنسيّ أو وجود شريك جديد قد يسبّب إحداث اضطراب في اتّزان البكتيريا المهبليّة، وفي حال ظهرت أيّ أعراض فيجب استشارة الطبيب لتلقي العلاج، وقد يعود المرض مرةً أخرى حتّى بعد العلاج.[2]

– **الإيدز أو متلازمة نقص المناعة المكتسبة** (بالإنجليزيّة Acquired Immune : يتسبّب في هذا المرض فيروس نفص المناعة البشري الذي ينتقل عبر سوائل الجسم المختلفة، ويؤثر المرض في الخلايا التائيّة في جهاز المناعة في الجسم، وهي الخلايا التي تساعد جهاز المناعة على القضاء على الالتهابات، ويقلّل من عددها، ممّا يجعل الجسم معرّضاً بشكل كبير لالتقاط العدوى، وحدوث الالتهابات، وبعض أنواع السرطانات المتعلّقة بوجود التهابات وعدوى.[3]

1- محمد عيضات ، المرجع السابق، ص 77-78.

2- سارة لشطر، ص10.

3- صالح حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص189.

– **الهربس** بالإنجليزيّة :(Herpes يوجد نوعان من هذا الفيروس؛ يُصيب النوع الأول منطقة الفم والوجه، أما النوع الثاني فهو الذي يصيب الأعضاء التناسليّة، وينتقل عن طريق الاحتكاك الجسدي، وإدخال الفيروس عبر الأغشية المخاطية كعنق الرحم أو عن طريق الشقوق الجلدية. في كثير من الأحيان لا تظهر أعراض للمرض، ولكن في حال ظهرت الأعراض فلها تأثير واضح في الصّحة العامّة للمريض، وقد تعود الإصابة مرة أخرى، وقد يتسبّب في حدوث مضاعفات خطيرة عند الأفراد منخفضي المناعة.[1]

– **التهاب الكبد الوبائي** نوع "ب" و "ج": هو التهاب فيروسيّ يصيب الكبد، ويتم انتقاله عادةً عن طريق الاتصال المباشر بدم الشخص المصاب، وينتقل بنسبة قليلة عن طريق الاتصال الجنسيّ، إذ قد يوجد الفيروس في السائل المنويّ أو الإفرازات المهبليّة.[2]

1- صفوان محمد عيضات المرجع السابق / ص77.

2- صالح حسين أبو زيد، المرجع السابق،ص215-216.

المبحث الثاني:آثار الفحص الطبي قبل الزواج

يترتب عن الفحص الطبي قبل الزواج آثار عديدة، حيث أنه إذا كان أحد الأطراف المقبلين على الزواج أو كليهما يحمل مرض أو أمراض تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، يكون للطرف المتضرر الحق في العدول عن الخطبة أو طلب فك الزوجية إذا تم الدخول (المطلب الأول)، كما أن هناك جزاءات تترتب على أطراف الفحص الطبي قبل لأنه لا يتم ضمان فعالية و نجاح القاعدة القانونية، إلا إذا كانت مقترنة بجزاء لأنه يعتر خاصية أساسية من خصائص القواعد القانونية [1](المطلب الثاني).

المطلب الأول : آثار الفحص الطبي قبل الزواج وآثار عدم إجراءه

إذا تم الفحص الطبي و تبنيت النتائج سلبية ، بحيث أن أحد الزوجين أو كلاهما يحمل مرض أو أمراض تحول دون تحقيق الهدف أو الغاية من الزواج ، في هذه الحالة يمكن للطرف المتضرر العدول عن الخطبة (الفرع الأول)و كذا أثار عدم إجراء الفحص الطبي على صحة عقد الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العدول عن الخطبة لوجود العيب

إذا أسفرت نتائج الفحص قبل الزواج عن وجود عيوب أو أمراض في أحد المقبلين على الزواج أو كليهما ، فإنه بإمكان الطرف المتضرر العدول عن الخطبة بسبب مرض الطرف الأخر، و هذا العدول في حد ذاته يرتب ثلاث آثار مختلفة ، يتعلق الأثر الأول باسترداد المهر إذا تم دفعه (أولا) ، و يظهر أثر آخر في استرداد الهدايا (ثانيا)، وفي حالة وقوع الضرر فيجوز للطرف المتضرر طلب التعويض (ثالثا).

1-محمد سعيد جعفور ، مدخل إلى العلوم القانونية ، الوجيز في نظرية الحق ، دار هومة ، الجزائر ، 2004، صفحة 27-34.

أولا–أثر العدول في استرداد المهر :

اتفق الفقهاء أنه في حالة فسخ الخطبة و كان الخاطب قد قدم مهرا لخطبيته، فله أن يسترده سواء كان قائما أو هالكا أو مستهلك ، وفي حالة الاستهلاك أو الهلاك يرجع بقيمته إذا كان قيما، و بمثله إذا كان سبب العدول سواء كان من جانب أو من جانب المخطوبة فلا تستحق المخطوبة شيئا منه، أما إذ حدث خلاف بين الخاطبين في كون المرسل هدية أم مهرا فقالت المخطوبة هدية ، و قال الخاطب من المهر فالقول للخاطب لأنه المالك و العارف بجهة التمليك.[1]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اعتبر الخطبة وعد بالزواج و يجوز للخاطبين العدول عنها و ذلك طبقا للمادة 05 من قانون الأسرة الجزائري ،غير أنه إذا قبضت المخطوبة المهر أثناء فترة الخطوبة و تم الـ ، عنها سواء من طرفها أو من طرف الخاطب ، فإنها ملزمة برده للخاطب ، وفي حالة الهلاك أو الاستهلاك ، فإن المهر يرد بقيمته إن كان قيميا أو بمثله إن كان مثليا أيا كان سبب العدول ، و ذللك تطبيقا لمبدأ عدم الإثراء بلا سبب مشروع.

ثانيا–أثر العدول في استرداد الهدايا المقدمة:

جرت العادة في فترة الخطوبة أن يقدم أحد الخاطبين للآخر أو كلاهما هدايا تودد و محبة له، غير أنه لظرف ما كظهور مرض في أحد الأطراف الذي يشكل عائق في استمرار هذه العلاقة تنتهي الخطبة بالفسخ، ففي هذه الحالة هل تسترد الهدايا المقدمة أم لا؟

1–عبد الفتاح أحمد أبو كلية ، مرجع سابق ، صفحة 177.

2–طاهري حسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ن طبعة 01، دار الخلدونية ، 2009 الصفحة 13.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة عن أقوال نذكرها على النحو التالي:

1- رأي الحنفية:

ذهب الحنفية للقول بأن الهدايا تأخذ حكم الهبة، و يجب ردها لأن الهبة لا يجوز الرجوع فيها ، و على هذا الأساس إذا كانت الهدية قائمة في ملك المهدي بعينها و لم يتصرف فيها ، فله الرجوع عنها و استردادها، و أما إذا كانت هالكة أو تم التصرف فيها ، استرداد مثلها أو قيمتها .

2-رأي الشافعية: انقسم الشافعية في هذه المسألة إلى قولين:

أ-القول الأول: رأى باسترجاع الهدايا في جميع الأحوال، سواء كانت هذه الهدايا قائمة أو مستهلكة، أو كان العدول من المهدي له.

ب- القول الثاني : ذهب هذا القول إلى الأخذ بنية و قصد المهدي ، فإن كان المهدي يقصد بهديته الزواج فله حق استردادها ، أما إذا كان قصده من الهدية غير غرض الزواج فليس له الحق في استردادها.[1]

3- **رأي المالكية:** انقسموا كذلك إلى قولين:

أ-القول الأول : يقضي بعدم رجوع الخاطب على مخطوبته بشيء من الهدايا ولو كان العدول من جهتها، و بالتالي ليس لها الحق في استرداد الهدايا سواء كانت قائمة أو مستهلكة، و نفس الشيء ينطبق على المخطوبة.

1-عبد الفتاح أحمد أبو كلية، مرجع سابق ، الصفحة 182.

4-القول الثاني: ذهبوا للقول أنه كان العدول من جانب المهدي فليس له الحق في استردادها و لو كانت قائمة بحالها، أنا إذا كان العدول من جانب المهدي إليه فعليه أن يردها إن يردها كانت قائمة و قيمتها إن كانت مستهلكة، إلا إذا كان هناك شرط بينهما يقضي بعدم استرداد الهدايا في حالة لم يتزوجا، أو كان هناك عرف سائد يقضي بعدم استرداد الهدايا التي من هذا النوع لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا و هذا هو القول الراجح عند المالكية .[1]

سار المشرع الجزائري في هذه المسألة على مذهب الإمام مالك فجاء في الفقرتين 04 و05من المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداه إن كان العدول منه و عليه أن يرد ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمته".[2]

ثالثا: أثر العدول في التعويض عن الضرر الناشئ عنه

لم يتعرض الفقهاء القدامى بصورة واضحة و دقيقة لمسألة التعويض عن فسخ الخطبة لندرة انتشارها في ذلك الوقت، و لكن بعد أن أخذت هذه المسألة حكم الظاهرة العادية و حدوثها في غالب الأحيان

تم تأصيل الحكم في هذه المسألة عملا بقواعد الشريعة العامة، بحيث انقسم العلماء ثلاثة أقول راجحة و هي كالتالي:

أ-القول الأول: يرى بعدم وجوب التعويض عما لحق بالطرف الآخر من ضرر و ليس للقاضي أن يحكم به لأن العدول عن الخطبة حق للخاطب بلا قيد و لا شرط، هذا لأن الذي وقع في الضرر من

1-عبد الفتاح أحمد أبو كلية ،مرجع سابق ، الصفحة 181.

2- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، مرجع السابق ، 99.

الطرفين يعلم أن الطرف الآخر له حق العدول في أي وقت شاء لأن جواز العدول عن الخطبة شرعا ينافي الحكم بالتعويض، استدلالا بالقاعدة الفقهية "الجواز ينافي الضمان".

ب–القول الثاني: ذهبوا للقول بوجوب التعويض و إلزام العائد بتعويض الطرف الآخر عند عدوله، ويرون أن التعويض ليس على مجرد العدول عن الخطبة، لكنه عوض له عن الضرر الناشئ عن العدول لأنه من المقرر في الشريعة أن " لا ضرر و لا ضرار" و "الضرر يزال" و طريق إزالته هو التعويض.

ج–القول الثالث: وسط بين القول الأول و الثاني، و يقضي بأن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سبب للتعويض لأنه حق و الحق لا يترتب عليه تعويض، و لكن ربما الخاطب قد تسبب بأضرار للمخطوبة أو العكس، في هذه يعوض الطرف المتضرر أدبيا و ماديا لأنه تغرير و التغرير يوجب الضمان.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 05من قانون الأسرة أنه:" إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض "، إلا أنه يشترط إعمالا لقواعد الشريعة و لقواعد المسؤولية أن يكون للعادل دخل في الضرر الذي لحق الطرف الآخر بسبب عدوله.[1]

يلاحظ أن المشرع الجزائري قد نص على جواز التعويض و ليس وجوبه رغم أن المتعارف عليه في القواعد العامة أن المتسبب يلزم بالتعويض (المادة 124من القانون المدني).

1- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، مرجع السابق ، 100.

الفرع الثاني: آثار عدم إجراء الفحص على الطبي صحة عقد الزواج

يترتب عن إجراء الفحص الطبي قبل الزواج آثار عديدة منها: عدم إبرام و تسجيل عقد الزواج (أولا)،إبقاء العقد صحيحا إذا تم الدخول (ثانيا)، وحق الطرف السليم في طلب فك الرابطة الزوجية(ثالثا).

أولا: عدم إبرام و تسجيل عقد الزواج

منعت النصوص القانونية المنظمة لعقد الزواج المختصين بإبرامه و تسجليه (الموثق أو ضابط الحالة المدنية) من الموافقة على تسجيل عقد الزواج دون استلام الشهادة الطبية المثبتة بأن الطرفين الراغبين في الزواج قد خضعا لهذا الفحص، لأن هذه الشهادة تعتبر من بين الوثائق الأساسية في ملف عقد الزواج ، و غير ذلك يعتبر مخالف للقانون مما يعرضهم إلى العقاب الإداري و الجزائي.[1]

بينما إذا أقدم الطرفين على الزواج دون عقد مدني، فإن زواجهما صحيح شرعا إلا أنه من الناحية القانونية سيفقدان بعض الحقوق و الامتيازات التي تظهر في حالة قيام نزاع بينهما إنجابهما للأطفال، فعوضا من اكتساب هذه الحقوق تلقائيا يفقدانهما بسبب عدم تسجيل عقد لدى مصالح الحالة المدنية، مما يؤدي بهما إلى الاتجاه نحو إثبات هذا الزواج بحكم قضائي حتى يكون لهما الحق في تسجيله، أي التعرض إلى جهد م مشقة كبيرة كان بالإمكان تجنبها سلفا.[2]

1- عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل الجديد ، دار هومة، الجزائر، 2007، الصفحة 53.

2- عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الاسرة الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 1996، الصفحة110.

ثانيا– إبقاء العقد صحيحا إذا تم الدخول:

يصح الإقدام على الزواج في حالة توفر الشروط الشرعية له أو ما يسمى بالزواج العرفي، فهو يبقى أمرا واقعا ينبغي فقط إتباع إجراءات قانونية معينة لإثباته و تسجليه و ذلل حفاظا على مصالح الزوجين و النسل مستقبلا، و على هذا الأساس يمكن للمقبلين على الزواج التهرب من لفحص الطبي في ظل غياب جزاء صريح عن عدم إجرائه، ومنه فسح المجال أمام التدليس و الغش عند تكوين هذه الرابطة العقدية .

يرى بعض الشراح [1]أنه يستحسن في هذه الحالة تقرير جزاء و ليكن غرامة أو نحوها، حيث نجد أن معظم تشريعات الدول تلح على إفراغ الزواج في عقد مدني الذي يستتبع بشكل آلي خضوع الأطراف لهذا الفحص و ذلك من أجل القضاء على آثار الزواج العرفي .

أصبح هذا الزواج (العرفي) منتشرا بشكل ملفت للانتباه في معظم الدول بما فيها الجزائر التي تزايدت فيها قضايا إثبات الزواج أمام القضاة، خاصة منذ سنة 2005 بسبب تقييد المشرع للتعدد، فلم يعد شرط موافقة الزوجة السابقة يجدي نفعا و لا الترخيص القضائي أيضا، بما أن الزواج العرفي فتح الباب للتحايل على القانون، عن طريق بتثبيته أمام القضاء بعد الدخول.

إن تنظيم عقد الزواج وفق هذه الإجراءات من اشتراط الشهادة الطبية قبل الزواج لا يعتبر إلا إجراء احترازيا و تكميليا، هدفه تنظيم الحقوق و الواجبات، و حماية مصالح الجميع.[2]

1– علي محي الدين القرة داغي و علي يوسف المحمدي ، القضايا الطبية المعاصرة ، الطبعة الثانية ، دار البشائر، لبنان ، 2006، الصفحة 288.

2– علاق عبد القادر، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج –دراسة مقارنة –، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات درجات دكتوراه في القانون ، جامعة أبو بكر بلقايد، تخصص قانون الخاص، تلمسان ، الجزائر،2013/2012، الصفحة278.

ثالثا–حق الطرف السليم في طلب فك الرابطة الزوجية :

يمكن أن يتم الزواج دون إجراء الفحص الطبي قي ظل الزواج العرفي، ثم تكتشف فيما بعد أمراض واقعة قبل الزواج من شأنها أن تضر بأحد الزوجين أو كلاهما أو نسلهما ففي هذه الحالة يحق للطرف السليم باعتباره الطرف المتضرر طلب الطلاق (المادة 48من قانون الأسرة الجزائري)، أو التطليق (المادة 53من قانون الأسرة الجزائري)بما أنه لم يرض بهذه الأمراض و لم يعلم بها أصلا خاصة إذا تأكد طبيا من الاصابة بها قبل الزواج، وأن العدوى انتقلت إليه من الطرف المريض يسبب المعاشرة الزوجية.[1]

و هنا يحق لكل من الطرفين طلب فسخ العقد في حالة الغلط الجوهري الواقع في صفة أحدهما و هذا يعتبر كجزاء عدم إجراء الفحص الطبي السابق للزواج ، فلو تم إجراؤه و اكتشف العيب أو المرض سلفا لاجتنبت العديد من المشاكل و إن من الممكن إتباع أفضل الخيارات كتأخير الزواج مثلا، حتى يعالج الطرف المريض أو العدول عن الزواج بأكمله، حتى يتجنب أطراف العلاقة مختلف الانعكاسات غير المحمودة العواقب .

المطلب الثاني : أثار الإخلال بقواعد الفحص الطبي قبل الزواج

رغم أن معظم التشريعات القانونية الخاصة بالفحص الطبي قبل الزواج لم تنص صراحة على الجزاءات المترتبة في حالة الإخلال بهذا الفحص ن و خير مثال على ذلك المشرع الجزائري الذي لم يذكر هذه الجزاءات لا في المادة 07مكرر من قانون الأسرة و لا في المرسوم التنفيذي 154/06، لكن هذا لا يعني انعدام الجزاء كليا بل يعتبر إحالة لتطبيق قواعد القانون العام (قانون العقوبات)و القانون الخاص (قانون الحالة المدنية).

1–علاق عبد القادر ، المرجع السابق، الصفحة 279.

نذكر في هذا الصدد مسؤولية الطبيب الفاحص (الفرع الأول)، و مسؤولية الموظف المؤهل قانونا لتسجيل عقد الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: آثار الإخلال بقواعد الفحص الطبي بالنسبة للطبيب الفاحص

يتعرض الطبيب في حالة عدم التزامه بقواعد مهنته إلى المسائلة القانونية ، فهو يعتبر بذلك مسؤول عن الأخطاء الصادرة من طرفه و هذه المسؤولية من الناحية القانونية تصنف إلى نوعين: مسؤولية عقدية و هي ناتجة عن الإخلال بالالتزام التعاقدي أو عدم الوفاء ، و مسؤولية تقصيرية و التي يقصد بها الإخلال بالواجب القانوني أي قيام الطبيب بفعل غير مشروع.[1]

و باعتبار الفحوصات الطبية السابقة للزواج من بين الأعمال الطبية المسندة للأطباء ، فإن القانون قد نظم أعمالهم و فرض عليهم وجوب إتباع قواعد مهنة الطب، بحيث يترتب عن خرق هذه القاعد جزاءات قانونية وفقا للأحكام و القواعد المختلفة و جزاء حالة الخطأ في التشخيص(أولا)، و في حالة تزوير النتائج (ثانيا) ، و في حالة إفشاء سر الفحص الطبي (ثالثا).

أولا– جزاء الخطأ في التشخيص

يعتبر التشخيص المرحلة الأولية للعمل الطبي فعلى ضوئه يقف الطبيب الفاحص على ماهية ِض و درجة خطورته و مدى تطوره، و بهذه المعطيات يصل الطبيب إلى اتخاذ قرار سليم يفيد الحالة المعروضة .

1–محمد صبري السعدي، شرح قانون المدني الجزائري، ج01، ط02، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 327.

لكن إذا فشل الطبيب في التشخيص تصبح الأعمال اللاحقة خاطئة وليست في محلها [1]مثل وصف دواء خاطئ أو مباشرة علاج لا يلزم المريض، و هذا الخطأ في التشخيص قد يكون بسبب الإهمال من طرف الطبيب ن مما يثير مسؤوليته لاسيما إذا كان هذا الخطأ جسيم ناتج عن جهله بالعلوم الطبية ، كأن تكون أعراض المرض بادية ، أو عدم استعمال بعض التجهيزات الطبية المتاحة في الفحص و التشخيص.[2]

غير أن هذه المسؤولية تقع في جميع الأحوال على الطبيب الفاحص فقط، تقع كذلك على المستشفى المجرى فيه الفحص سواء كان في القطاع العام أو الخاص و سواء كان الخطأ من طرف الفريق الطبي أو من قبل العاملين فيه.[3]

يكيف التزام الطبيب الفاحص حسب طبيعة التحاليل المجرات، فإذا تعلق الأمر بتحاليل طبية عادية اعتاد الطبيب الفاحص على إجرائها، فهنا يقع على عاتقه الالتزام بتحقيق نتيجة لانتفاء عنصر الاحتمالية و الخطورة في هذا العمل ، و على هذا الأساس يجب أن تكون التحاليل

1- شريف أحمد الطباخ، جرائم الخطأ الطبي و التعويض عنها في الفقه و القضاء، دار الفكر و القانون، مصر 2011، ص 37.

2- طاهري حسين، الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة (دراسة مقارنة الجزائر-فرنسا)، دار هومة ، الجزائر، 2002، ص24-25

3- علي عصام غصن ، الخطأ الطبي ، ط02، منشورات زين الحقوقية و الأدبية، لبنان، 2010، ص19.

سليمة و دقيقة، غير أنه إذا تعلق الأمر بتحاليل طبية معقدة و صعبة فإن الطبيب يلزم فقط ببذل عناية.[1]

إلا أن المعيار لم يستقر إعماله ، حيث صار التزام الطبيب الفاحص بتحقيق نتيجة و لو كانت التحاليل المطلوب إجراؤها صعبة و معقدة .

على اعتبار أن الفحص عن داء الحميراء من أهم الفحوصات الطبية المقررة قبل الزواج نجد أن أغلب التشريعات نصت على إجرائه قبل الزواج ، نذكر من بينهم القانون الجزائري الذي أورد في نموذج الشهادة الطبية قبل الزواج ضرورة إجراء الفحص الخاص بداء الحميراء الوارد في المرسوم التنفيذي رقم154/06 المفسر لأحكام المادة 07مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

يجب على الطبيب الفاحص على هذا الأساس أن يخضع المقبلين على الزواج لهذه الفحوصات الأولية الضرورية ، و يسعى إلى اكتشاف الأمراض و العلل المؤثرة في العلاقة الزوجية وفقا للتشريعات الخاصة بالفحص الطبي السابق للزواج التي منها من حددت هذه الفحوصات بشكل كلي و منها من ذكرت بعضها على سبيل المثال فقط ، هدفها تجنب نقل العدوى أو المرض إلى الطرف أو الذرية مستقبلا.[3]

ثانيا– جزاء تزوير نتائج الفحص الطبي قبل الزواج:

يدخل في إطار جزاء تزوير نتائج الفحص الطبي عامة جزا ء تزوير نتائج الفحص الطبي قبل

1–عشوش كريم، العقد الطبي ، دار هومة ، الجزائر ،2007،ص 101.

2–عادل العشابي، المرجع السابق ص125.

3–علاق عبد القادر ،المرجع السابق، ص261

الزواج ،لان تحرير شهادة طبية خاصة بالزواج لا تخرج عن نطاق تحرير أي شهادة طبية أخرى ،فهي تتعلق بإصدار وثيقة إدارية تتضمن إشهادا مكتوبا عن الحالة الصحية ذات أثار هامة بالنسبة للمعني بها أو غيره.

يحضر لهذه الأسباب على لطبيب عام كان أو خاص ،القيام بأعمال تتنافى مع أخلاقيات ممارسة مهنة الطب كتزوير شهادة طبية مثلا ،ألانه قد يسال عن إلحاق الضرر بالغير مما يتطلب جبر ذلك، كما قد يتعدى الأمر نطاق المسؤولية التأديبية و المدنية فيسال جزائيا .[1]

لقد أود المشرع الجزائري أحكام عامة بتطبيق عقوبات جزائية ضد من يقوم بتزوير الشهادات مهما كانت طبيعتها، حيث تخل ضمنها الشهادة الطبية قبل الزواج باعتباره وثيقة إدارية و ذلك تطبيقا لأحكام قانون العقوبات [2]، إذ خصص في القسم الخامس منه المعنون ب : التزوير ، ثمانية مواد(من المادة 222إلى المادة229) تتعلق بتحديد طبيعة العقوبة المناسبة لكل فعل مجرم قانونا.

أكد مضمون المادة 222من قانون العقوبات أنه إذا ما حرر الطبيب مثلا شهادة طبية لا يخول له القانون تحريرها و تسليمها للمعنى دون وجه حق، كأن يشهد فيها على وقائع مزيفة

بإصدار شهادة طبية مزورة عن طريق التغيير في حقيقتها و جوهرها ، أو كما سماه البعض بأنه صورة من صور المسؤولية الطبية التي تقوم على القصد الجنائي .[1]

1-عادل العشابي ، مرجع السابق ، ص 126.

2-أمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/02/08 يتضمن قانون العقوبات ، معدل و متمم.

3-حمليل صالح، المسؤولية الجزائية الطبية ، دراسة مقارنة، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، كلية الحقوق ، جامعة ملود معمري ، الجزائر ، 23-2008/01/24،ص 104.

يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يكتف بتخصيص جزاءات ضد الطبيب الفاحص المرتكب لهذا الفعل فحسب ،بل اقر أيضا جزاءات ضد الشخص المفحوص بصفته المتحصل على هذه الشهادة الطبية بغير حق .

يمكن من جهة أخرى متابعة الطبيب الفاحص مدنيا وفقا للقواعد العامة ،أما على أساس المسؤولية المدنية التقصيرية بإثبات الخطأ و الضرر ووجود علاقة سببية بينهما وفقا للمادة 124.

من القانون المدني ، أو على أساس المسؤولية العقدية في حالة وجود عقد طبي بين الطبيب الفاحص و الشخص المفحوص ، في حالة إ خلال الطبيب بالتزامه التعاقدي و ذلك بسبب القوة الملزمة التي اكتسبتها العقد الناشئ بينهما.[2]

كل هذه الجزاءات تقاس عليها الشهادة الطبية السابقة للزواج ، و هذا ما نجده في معظم التشريعات لعدم تخصيصها لقواعد خاصة بالشهادة الطبية قبل الزواج بل جاءت معظمها متفرقة لأنها أصلا كثيرة و متنوعة و تخضع لنفس الجزاءات .

-علاق عبد القادر ، مرجع السابق، ص 265.

2-علاق عبد القادر ، مرجع السابق، ص167.

ثالثا–جزاء إفشاء سر الفحص الطبي قبل الزواج:

يقتضي المبدأ العام حفظ و صون سرية الحياة الخاصة للفرد بما فيه حالته الصحية التي يمكن أن تكون محل فحص أو علاج من قبل لأطباء،و كل من الفحص و العلاج الطبيبين سران بطبيعتهما لا يحق للطبيب كشفهما للغير ، عليه تقوم عند إفشائه و لو لجزء من هذا السر لان فشاء السر يعد من الجرائم الواقعة على الأشخاص .

يستلزم لقيام هذه المسؤولية توافر الأركان العامة للجريمة و هي الركن الشرعي و المادي و المعنوي فإذا ما اجتمعت قانت جريمة إفشاء السر في حق الطبيب و من ثمة وجب عقوبته [1]،ونفس الشيء ينطبق على على إفشاء سر الفحص الطبي قبل الزواج للغير فهو سر شخصي ينحصر فقط بين أطرافه.

الفرع الثاني : آثار قواعد الفحص الطبي بالنسبة للموظف المؤهل قانونا بتسجيل عقد الزواج

الاختصاص في إبرام عقود الزواج في الجزائر إلى الموثق أو ضابط الحالة المدنية بصفتهما موظفان مؤهلان و ذلك طبقا للمادة 18من قانون الأسرة الجزائري ، و بالتالي يكون واجب عليهما التأكد قبل إبرام عقد الزواج من خضوع الطرفين المقبلين على الزواج إلى الفحوصات الطبية المقررة في المادة 07 مكرر من نفس القانون ، و يتم ذلك بتقديم المقبل على الزواج شهادة طبية تثبت خضوعه للفحص الطبي بغض النظر عن مضمونه.

1–عبد الرحيم صباح، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء السر المهني ، مجلة دفاتر السياسية و القانون، ع04، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة ، الجزائر ،2011، ص02.

فإن قام على هذا الأساس الموثق أو ضابط الحالة المدنية بإبرام عقد الزواج دون استلام هذه الشهادة ، فإنه يتم مسائلته على أساس الإخلال بالتزامات قانونية صريحة .[1]

تنص المادة 46 من قانون الحالة المدنية [2]بأنه تبطل العقود إذا كانت البيانات الواردة مزورة حتى و إن كان العقد صحيحا شكلا ، و يكون قابلا للإبطال إذا حرر بصورة غير قانونية حتى وإن كانت بياناته صحيحة. [3]

بالتالي قيام الموثق أ, ضابط الحالة المدنية بإبرام و تسجيل عقد الزواج دو استلام شهادة طبية خاصة بالزواج باعتباره من الوثائق التي تصدرها الإدراة العمومية ، يعتبر من باب الإخلال بالقواعد العامة (المادة222من قانون العقوبات) من جهة ، و القواعد الخاصة (المادة 07مكرر،18 من قانون الاسرة الجزائري و الماد من 71إلى 77من قانون رقم 20/70المتعلق بالحالة المدنية المعدل و المتمم)من جهة أخرى.

يتعرضان لهذه الاسباب لنفس العقوبة التي يتعرض لها الطبيب الفاحص عند إصداره لشهادة طبية مزورة و في حالة مخالفتهما للإجراءات المنصوص عليها في المادة 77الفقرة 02من قانون الحالة المدنية المعدل و المتمم يعلقبان بغرامة مالية و ذلك بموجب حكم قضائي.[4]

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة، مرجع سابق ، ص 137.

2- قانون رقم 20/70 المؤرخ في 1970/02/19 المتضمن قانون الحالة المدنية، ج.ر.ج.ج، ع21، الصادر في 1970/02/27 معدل و متمم.

3- علاق عبد القادر، مرجع السابق، ص 274.

4- بلحاج العربي ، الوجيز في قانون الأسرة ، مرجع السابق ، ص 137.

الفصل الثاني: التفريق بين الزوجين بسب العيوب

التفريق بسب العيوب الذي أخذت به قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية و الإسلامية مصدره التشريع الإسلامي . وهو يبين حرص الشريعة الإسلامية على أن تسود العلاقة الزوجية السكينة و المودة و الرحمة ، فإذا وجد عيب ينغص هذه و يكدرها بحيث لا يتحقق الهدف من العقد ، فإن أكثر فقهاء الشريعة الإسلامية قد أعطوا للمتضرر من العيب الحق في إنهاء العقد إن رغب في ذلك.

و قد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في العيوب التي تجيز لأحد الزوجين طلب التفريق بين موسع و مضيق و مانع ، و بعبارة أخرى بين المجيز لتفريق بين الزوجين لكل عيب ينفر منه أحد الزوجين ، وبين مانع لا يجيز التفريق بالعيب مطلقا ، و بين متوسط حصر العيوب المجيزة للتفريق في نوعين عيوب التناسلية و الثاني عيوب المنفرة أو الضارة .

المبحث الأول: موقف الشريعة الإسلامية من التفريق للعيب

الأصل في عقد النكاح اللزوم على سبيل التأبيد و عدم ثبوت الخيار، و لكن قد يوجد في أحد الزوجين عيب يعكر العلاقة الزوجية و يصعب معه تحقق المقصود من العقد أو تستحيل معه الحياة الزوجية، فهل يكون لهذا العيب أثر الحق في التفريق ؟.

المطلب الأول: مشروعية التفريق بين الزوجين

ولما كان في إنشاء الزواج وديمومته مراعاة لمصلحة عامة من حيث أنّ الأسرة نواة المجتمع و تماسكها عماد تماسكه، حاول المشرع التضييق من نطاق العمل بالتفريق للعيوب. فذهب رأي فقهي إلى محاولة إغلاق أي باب يفضي إلى توسيع هذا النطاق الضيق بظنه بالقول أن لا خيار في غير العيوب المذكورة في كتب فقه الأقدمين، من حيث إنّ حكم الخيار قاصر على ما ذكر فيها من العيوب، وبالتالي لا يجري القياس عليها. بينما ذهب أنصار الرأي الآخر إلى القول بعدم قصر التفريق على ما ذكر من العيوب عند المتقدمين، من حيث إن هذه العيوب جاءت بصيغة التمثيل لا الحصر، لأنّ الجامع فيها أنّ مصالح النكاح لا تقوم معها أو تختلّ بها، وبالتالي هي معللة بالضرر الفاحش، أو بالضرر بسبب العدوى، أو بالضرر المعنوي لعدم القدرة على الوطء، ومن ثم جاز القياس عليها.[1]

الفر ع الأول : تعريف العيب :

لغة: العيب،الوصمة،و النقيضة،و يخلو عنه أصل الفطرة السليمة [2]،و الجمع عيب

1- أحمد حسن الطه،مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء، الطبعة الأولى، دار الفجر للطباعة و النشر، 2016، العراق، ص82.

2- شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، التفريق القضائي بين الزوجين للعلل أو العيوب دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة لوفاء القانونية ، الاسكندرية، مصر ، 2010، ص 09.

لفظ العيب عموما يدور حول معنى النقص الذي يعترى الإنسان أو الشيء المتعاقد عليه.

اصطلاحا: عرف الشيخ على حسب الله العيب في الزواج بأنه نقص بدني أو عقلي في أحد الزوجين يمنع من تحصيل مقاصد الزواج و التمتع بالحياة الزوجية.

وعرفه بعضهم بأنه نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين، يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة أو قلقة لا استقرار فيها.[1]

و منهم من عرفه: بأنه نقصان بدني أو عقلي في الزوج يمنع من تحصيل مقاصد الزواج و التمتع بالحياة الزوجية.[2]

وواضح أن تأثر التعريفين الأخيرين بالتعريف الأول ، غير أن التعريف الأخير حصر النقصان البدني أو العقلي في الزوج فقط ، و هذا يعني أن حق طلب التفريق للعيب عنده للزوجة فقط ، كما يؤخذ عليها أن العيب قد يكون في كلا الزوجين حيث يكون فيهما نفس العيب ، أو يكون فيهما عيبان مختلفين ، و كلاهما يطالب التفريق .

و يمكن تعريف العيب النكاح بأنه: كل ما يمنع الجماع و أو يمنع لذته, أو ينقصها. و إنما ذكرنا نقصان اللذة ، لأن سبب اختلاف الفقهاء في بعض العيوب مرده إلى أن هل المراعى في العيوب ما يمنع اللذة كلها ، أو ما يمنع من كمالها ؟.

1- أحمد حسن الطه، المرجع السابق، الصفحة 271.

2- شوقي إبراهيم عبد الكريم علام،المرجع السابق، الصفحة11.

الفرع الثاني: من يثبت له حق التفريق بالعيب

إن وجود عيب بأحد الزوجي يضعف الحياة الزوجية و يقضي على المودة و الألفة بينهما، و إلزام الزوج و الزوجة بإبقاء الزواج فيه إرهاق لهما, و قد تستحيل لحياة الزوجية بينهما بسبب هذا العيب. وقد اختلف آراء الفقهاء في التفريق بين الزوجين بسبب العيوب إلى مذهبين إجمالا و إلى ثلاثة على التفصيل و فيما يلي بيان هذه المذاهب:

المذهب الأول : و هو مذهب الظاهر ، و الشوكاني (ت.سنة 1250هـ) و يرى أصحابه أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين بأي كان ، و سواء أكان العيب بالزوج أم بالزوجة ، لأنه لم يصح في نظرهم ما يصلح الاستدلال به على جواز التفريق بين الزوجين إذا وجد أحدهما بصاحبه عيبا ، يكون العقد مفسوخا لا خيار له في إجازته ، و لا صداق فيه و لا ميراث ، و لا نفقة ، دخل بها أو لو يدخل.[1]

المذهب الثاني : وهو مذهب بعض التابعين ، كالقاضي (شريح ت.78هـ) وابن شهاب الزهري (ت سنة 127) و أبي ثور (ت سنة240هـ) و القاضي حسين (سنة 462هـ)من الشافعية ,و يرى هؤلاء أن العيب الذي يجيز التفريق الزوجين هو كل عيب ينفر أحد الزوجين , ولا يحصل به مقصودة الزواج من المودة و الرحمة ، و من العيوب العقم ، العاهات البدنية كالخرس ، و العرج و الطرش ، و العمى، و العور ، و قطع اليدين أو الرجلين أو أحدهما الأنف أو الأذن ...وهو اختيار ابن القيم (ت. سنة 751هـ)و مذهب محمد بن الحسن الشيباني (ت. سنة189هـ) من الحنفية ، لكنه يوافق الأحناف في أن الحق في طلب التفريق خاص بالزوجة ، لأنها لا تملك الطلاق بخلاف الزوج ، و يلاحظ على هذا المذهب أنه يحصر

1- عبد الباقي بدوي، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العيوب في لفقه الإسلامي و بعض قوانين الأحوال الشخصية لعربية، مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، لعدد 38، المجلد 30،2016، الصفحة 97-98.

العيوب في نوع معين و لا في عدد معين ، بل أعطى للسليم من الزوجين يحصر طلب الفرقة بسبب أي عيب ينفر منه ولا يتحقق به مقاصد الزواج.

المذهب الثالث : و هو مذهب جمهور الفقهاء ، وهو وسط بين المذهبين السابقين ، فلم يمنعوا الرد بالعيب مطلقا كأصحاب المذهب الأول ، و لم يجيزوا الرد بأي عيب قد تنفر النفس منه كأصحاب المذهب الثاني ، بل حصروا الرد في عيوب معينة ، و مع اتفاقهم على جواز التفريق الزوجين بسبب العيوب. إلا أنهم اختلفوا في العيوب التي يثبت بها حق طلب التفريق .[1]

الفرع الثالث: العيوب التي تجيز التفريق عند الفقهاء

أولا: لعيوب التي تختص بالرجال

يختص الرجل بعدة عيوب للنكاح، من أهمها ما يلي:

1- العنّة:وهي لغة: مصدر عنّ ،ومنه قولهم:عن له الشيء عنّاً وعنوناً:ظهر أمامه،واعترض.

وعنّ ولي الأمر،أوعنّ بفكري الأمر:إذا عرض،وعنّ الشيء:إذا أعرض،وانصرف،وعنّ الرجل عنّة:عجز عن الجماع لمرض يصيبه،فهو معنون، وعنين.

وسمي العنين عنيناً؛لأنه يعن ذكره-أي يعترض- لقبل المرأة من عن يمينه وشماله،فلا يقصده[2].

والعنة اصطلاحاً: عجز لا يقدر معه الرجل على جماع زوجته مع وجود الآلة وعدم المانع.

والعنين: من لا يقدر على جماع زوجته،مع وجود الآلة؛لمانع منه،ككبر سن،أو سحر أو مرض[3].

1-عبد الباقي بدوي ، المرجع السابق98.

2- نوال محمد الشاكر، التفريق بين الزوجين للعيوب ، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية و بعض القوانين العربية، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ،قسم الشريعة الاسلامية، جامعة الإسكندرية، مصر ، سنة2001، ص52.

3-موقع الباحث العربي ، قاموس عربي عربي ،باب العنة.

ورأى المالكية أن العنة هي متعلقة بصغر الذكر بما يحول دون الجماع،وأطلقوا مصطلح "الاعتراض حيال الذكر غير الصغير،لكن آفته عدم الانتشار.[1]

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن العنة هي العجز عن الوطء في الفرج خاصة؛لعدم انتشار الآلة،ولو كان لديه قدرة على الوطء في الدبر[2].

2- الجب:وهو لغة: مصدر جبّ،يقال: جبّه،يجبه جباً ،وجباباً:إذا قطعه.

ومنه:جببته،فهو مجبوب،إذا استؤصلت مذاكيره،فهو أجب،والجمع جُب،والاجتباب استئصال الخصية[3].

واصطلاحاً: قطع الذكر كله،أو بعضه،بحيث لم يبق منه ما يطأ به [4].

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الجُبّ هو من قطع ذكره كله ،أو كان دون الحشفة،بحيث لا يستطيع الجماع[5].

وذهب المالكية إلى أن الجُبّ هو من قطعت خصيتاه،أي:ذكره وأنثياه[6].

3- **الخصاء**:وهو لغة:مصدر خصي،يقال:خصاه يخصيه خصياً،وخصاء:سل خصيته،فمدار الخصاء في اللغة على: السل،والترع المتعلقين بالخصية،ويكون في الناس والدواب[7].

وفي الاصطلاح: من نزعت خصيتاه وكان ذكره لا ينتشر.

1-عبد الفتاح أحمد أبو كليلة، المرجع السابق ، ص 293.

2-عبد الفتاح أبو كليلة ، المرجع السابق ، ص 301.

3-عبد الباقي بدوي ، التفريق القضائي،المرجع السابق،ص 100.

4- موقع الباحث العربي، قاموس عربي عربي ، مادة الجب .

5-عبد الفتاح أبو كليلة ، المرجع السابق ،ص288.

6-تشوار الجيلالي ، المرجع السابق ، ص 151، الهامش رقم 03.

7عبد الفتاح أبو كليلة ، المرجع السابق، الصفحة 289.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخصاء هو ذهاب الخصيتين مع بقاء الذكر،وعكس ذلك المالكية ،فهو عندهم:مقطوع الذكر دون الخصيتين [1].

ثانيا: العيوب التي تختص بالنساء

تتعدد عيوب النكاح لدى الأنثى،ومن أهمها:

1- الرتق:وهو لغة:ضد الفتق،وهو التحام الفتق وإصلاحه، والرتقاء:المرأة ضيقة الفرج [2].

وفي الاصطلاح: الرتق هو تلاحم الشفرتين،بحيث يكون الفرج مسدوداً بلحم أو بعظم تتعذر معه المعاشرة [3].

- القرن:وهو لغة:-بسكون الراء- النتوء الموجود أعلى رأس الكبش،أو الثور،وفي فرج المرأة،وقد يكون من لحم مرتق ،أو غدة غليظة[4].

وفي الاصطلاح:انسداد محل الجماع من المرأة بشيء يبرز في فرجها،يشبه قرن الشاة، تارة يكون عظماً فيعسر علاجه،وتارة يكون لحماً وهو الغالب فلا يعسر علاجه[5].

1-عبد الباقي بدوي ، التفريق القضائي بسبب الامراض الجنسية ،المرجع السابق، ص100.

2- شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق ، ص22.

3-عدلان مطروح، التفريق للعيوب بين الزوجين و أثره على الصداق-دراسة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، مجلة الشريعة والإقتصاد، العدد 04، المجلد 02 ، 2013، ص69.

4-عدلان مطروح، المرجع السابق ، نفس الصفحة.

5-عبد الباقي بدوي ، التفريق القضائي بسبب الامراض الجنسية ، الصفحة 101.

3- العفل:وهو لغة: لحم يخرج من رحم المرأة،ولا يصيبها إلا بعد ما تلد[1] .

واصطلاحاً: ورم يكون في اللحمة التي بين مسلكي المرأة،فيضيق منه فرجها،فلا ينفذ فيه الذكر،وقيل: رغوة في الفرج تحدث عند الجماع،وتمنع لذته .

4- الإفضاء:وهو لغة:من الفضاء،وهو المكان الواسع من الأرض،والمرأة المفضاة:مختلطة لمسلكين .

وفي الاصطلاح:هو انخراق ما بين مجرى البول ومجرى المني،وقيل: ما بين القبل والدبر،ويطلق عليه الحنابلة الفتق[2] .

5- الفتق:وهو لغة:مصدر فتق،يقال: فتق الشيء فتقاً:شقه،والفتق ضد الرتق،وامرأة فتقاء،المنفتقة الفرج[3] .

واصطلاحاً:اختلاط مسلكي البول والغائط حتى يصيرا مسلكاً واحداً .

6-**البخر**:وهو في اللغة:نتن يكون في الفم ،وغيره.يقال: بخر الفم بخراً:إذا أنتن،وتغير ريحه،فهو أبخر[4] .

وفي الاصطلاح: البخر ،وجود رائحة نتنة لفرج المرأة تثور عند الجماع .

7-القروح السيّالة:وهي لغة: جمع قرح وقرحة،يقال: قرحه قرحاً:إذا جرحه،فهو قريح.والقرح كالألم والجرح. والقرحة:الثرة إذا دب فيها الفساد[5] .

ولم يذكر الفقهاء لها تعريفاً خاصاً،وجاء في المطلع على أبواب المقنع:"والقروح معروفة" .

1- عبد الفتاح أبو كليلة ، المرجع السابق ، ص 311.

2- نوال محمد الشاكر، التفريق بين الزوجين للعيوب، المرجع السابق، الصفحة 55.

3-عبد الفتاح أبو كليلة ، المرجع السابق ، ص 312.

4-عبد الباقي بدوي ، التفريق القضائي بسبب للعيوب ، المرجع السابق، 108ص.

5-عبد الباقي بدوي ، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العقم في الشريعة الإسلامية و قوانين الأحوال الشخصية، مجلة الحضارة الاسلامية ، العدد 29، المجلد 17، جوان 2016، الصفحة 699.

والقروح السيّالة في اصطلاح الأطباء:إصابة مرضية لا يغطيها الجلد،وقد تكون بمثابة قرحة زهرية،تظهرعلى الأعضاء التناسلية لكلا الجنسين،والقروح التي تسيل من فرج المرأة يصاحب وجودها تورم،ثم تنفجر تاركة وراءها قروحاً تبدأ بالنضج لعدة أسابيع،وإذا لم تعالج فقد يطول زمانها،وتتحول إلى قرحة زهرية.

8- **الاستحاضة**:وهي لغة:استفعال من الحيض،يقال:استحيضت المرأة فهي مستحاضة:بأن يسيل دمها،لا من المحيض.

فمدار الاستحاضة على استمرار خروج دم المرأة بعد أيام حيضها المعتاد.واصطلاحاً: سيلان الدم في غير أوقات الحيض من مرض،وفساد[1].

9- سرطان الرحم:

وهو تقرحات تظهر في الرحم،وتنتشر لتصل إلى المهبل،والمثانة،والمسالك البولية،والمستقيم[2].

ثالثا: العيوب المشتركة بين الجنسين

هناك جملة من العيوب المشتركة بين الرجال والنساء،منها ما يلي:

1-الجنون:

وهو لغة:الستر،يقال:جنّ الشيء يجنّه جنّاً:ستره،ويقال: جنّ عليه الليل،أي ستره[3].

وعند الفقهاء:زوال العقل ،واختلاطه بحيث يمنع وقوع الأفعال والأقوال على النهج المستقيم إلا نادراً،وقد يكون مطبقاً،أي:ممتداً،وقد يكون الجنون غير مطبق.

1-أحمد حسن الطه، المرجع السابق، الصفحة 401.

2- صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة و أثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2012، فلسطين، الصفحة 151.

3- عبد الباقي بدوي، التفريق بسبب العيوب ، المرجع السابق، الصفحة 103.

2–الجذام:لغة:من جذم،والجذم:القطع،والأجذم مقطوع اليد،والجذام من الداء علة تجذم الأصابع وتقطعها[1] .

وعند الفقهاء: علة تعفن منها الأعضاء وتشنجها وتقرحها،فيحمر منها العضو ،ثم يسودّ،ثم يتقطع ويتناثر من شدة التقيح، ويتصور في كل عضو،لكنه في الوجه أغلب .

3–البرص:لغة: هو بياض يقع في الجسد والرجل أبرص،والمرأة[2] .

وعند الفقهاء:داء ينتج عنه بياض شديد يقع في الجسد على شكل بقع.وقيل:مرض يحدث في الجسم قشراً،وتبقّع أبيض في الجلد،ويسبب للمريض حكاً مؤلما .

4–العذيطة:لغة:يقال:عذيط،بمعنى أخرج حاجته على غير العادة،يقال: رجل عذيوط،وامرأة عذيوطة.

واصطلاحاً:هو الذي يخرج منه بول أو غائط عند الجماع .[3]

5–الناسور و الباسور:

لغة:من النسر وهو القطع،والنقص،والكشط .

واصطلاحاً: قروح غائرة تحدث في المقعدة،يسيل منها الصديد،ويخرج الريح بلا إرادة .

لغة: من البسر،وهو علة تحدث في المقعدة،وفي داخل الأنف،وغير ذلك،والأكثر حدوثها في المقعدة .

اصطلاحاً:داء في المقعدة،ومنه ما هو ناتئ كالعدس ،أو الحمص،أو العنب،أو التوت،ومنه ما هو غائر داخل المقعدة،وكل ذلك إما سائل،أو غير سائل[4].

1– عبد الباقي بدوي، التفريق بسبب العيوب ، المرجع السابق، الصفحة 103.

2– أحمد حسن الطه، المرجع السابق، الصفحة 313.

3– عبد الباقي بدوي ، التفريق القضائي بسب العيوب، المرجع السابق، الصفحة 107.

4–عبد الباقي بدوي ، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العقم ، المرجع السابق، الصفحة 699.

وقيل: الباسور،مرض يحدث فيه تمدد وريدي في الشرج،أما الناسور–بضم السين– قرحة بشكل أنبوبة ضيقة الفتحة تمتد في الجسم،وخصوصاً حول المقعدة.

المطلب الثاني: الشروط اللازمة للتفريق بالعيوب

لا يكفي مجرد وجود العيب في أحد الزوجين حتى يثبت التفريق بينها، بل لابد من وجود شروط معينة اشترطها الفقهاء لوقوع الفرقة به و سنها التشريع و كبقها القضاء، و الغاية من ذلك التأكد من وجود التغرير و التدليس على أحد الزوجين من الطرف الآخر،و التحقق من الخلل الذي يعوق مقاصد العلاقة الزوجية .و من هذه الشروط ما يتعلق بالطرف الطالب التفريق ، و ما يتعلق بالعيب ، و ما يتعلق بالطرف المعيب، و ما يتعلق بزمن حدوث العيب، و هو ما نتطرق له على النحو الآتي.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بطالب التفريق

يشترط أن يكون طالب التفريق غير عالم بالعيب و غير راض به بعد العلم، و هذا شرط متفق عليه بين الفقهاء, كما **يشترط** كذلك أن يكون سليما من العيوب التي يثبت بها الرد، و هذا شرط مختلف فيه بين الفقهاء.

أولا:شرط عدم العلم و الرضا

فقد اشترط الفقهاء فمن يطلب التفريق ألا عالم بالعيب وقت العقد و مفهوم هذا الشرط أن أحد الزوجين لو كان علما العيب قبل العقد فلا خيار وهو كذلك, وهذا أمر لا خلاف فيه. لان إقدامه على التعاقد مع علمه بالعيب دليل رضاه و الرضا مسقط للحق.[1]

1– شوقي إبراهيم عبد الكريم علام ،التفريق القضائي بين الزوجين للعلل أو العيوب عند الفقهاء، الطبعة الأولى ، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية ، 2010، ص 87.

و يأخذ الحكم ذاته –في الخيار له– إذا علم بالعيب بعد العقد ولم يرضى به لان بعض قد لا يكون العلم بها وقت العقد, و ن ثم يثبت الخيار وقت العلم بها، طالب كان سابقا في وجوده على العقد .[1]

و الرضا بالعيب قد يكون صريحا، وقد ضمنيا , فالصريح بأن يصدر منه لفظ الصريح في الرضا كقوله : رضيت ، أو قبلت ,نحو ذلك ، ضمني مثل أن تمكنه من نفسها أو يتلذذ بها بعد بالعيب.

ثانيا: قابلية العيب العلاج

المقصود من ثبوت التفريق بالعيب هو رفع الضرر عن أحد الزوجين، و التخلص من العقد الذي أصبح مع وجود العيب عبئا ثقيلا على الزوجين ، بل إن الحياة الزوجية لم ممكنة إمكانا يحقق المقصود من العقد في ظله.

و على الأساس فإنه إذا كان العيب الذي يحقق أحد الزوجين مما يمكن علاجه –و من ثم يمكن رفع الضرر المترتب عليه و لو مستقبلا- فلا عليه أن يمهل المعيب تكفي للعلاج، و لبيان المال و تكون أي هذه المدة – غير مضرة بالطرف الآخر ، بأن كان العلاج للعيب لا يتم بعذر من طويل.

أما إذا كان العيب مما لا يمكن علاجه و برؤه بحال فالضرر الناتج عنه لا يمكن رفعه بحال أيضا، و من فموجب التفريق متحقق ، فلا حاجة إلى إعطاء مهملة للعلاج أو لتداوي، لأنها تكون من باب العبث حينئذ، و تأخير للفصل في القضايا اتضح فيها الحق.[2]

1- شوقي إبراهيم عبد الكريم علام ، المرجع السابق، الصفحة 88.

2-أحمد حسن طه، المرجع السابق، ص 336.

و الحكم بإمكان العلاج أو عدمه يرجع فيه بلا ريب إلى أهل الاختصاص و الخبرة فما قالوا بإمكان العلاج فيه يجب فيه الإمهال و ما لا فلا. و هو كله تطبيق لما ذكره الفقهاء في العيوب الموجبة للتفريق ،أو المثبتة للخيار.

فقد اتفقوا على تأجيل العنين ، أو المعترض عند المالكية ، لقضاء الصحابة بذلك، بل هو إجماعهم. و الحق به لمالكية ، و الزركشي الشافعي، كل عيب يمكن علاجه.[1]

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالعيب نفسه

هناك عدة شروط في العيب الذي به الخيار، و يمكن إجمالها في مقدار العيب و مدى قابلية للعلاج:

أولا: قدر العيب

نقصد بقدر العيب خصوص الشروط هنا الحالة التي يتصور العيب فيها من كونه صغيرا، أو في مراحله الأول، أو استفحل و صار عظيما و كان في مراحله المتأخرة، و نحو ذلك.[2]

و الضابط في ذلك هو وجود العيب محقق لا يمكن معه تحقق المقصود من النكاح، أو لا تستقيم معه الحياة الزوجية إلا بضرر بالغ.

وإذا وجد أصل العيب محققا فيستوي قليله و كثيرة عند المالكية ، لأن وجود الأصل فيه مظنة الاستمرار فيقضي إلى الأكثر فينزل غير الموجود ن منزلة الموجود في ثبوت الخيار، لغلبة الظن في تحققه .

1- شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق، ص 100.

2- عبد الباقي بدوي ، التفريق بسبب العيوب، ص 109.

و جعل الشافعية، و الحنابلة أيضا وجود العيب بأصله محققا مثبتا للخيار بصرف النظر عن قدره، و حاله ، و ذلك في عيب الجنون ، لأن الجنون يضفي إلى الجناية على السالم منهما، تعكس سواه من العيوب ، و هكذا منهج الفقهاء في غال العيوب هو النظر إلى العيب ، و ما إذا كان موجود محققا كما هو معروف به أولا ، إذا كانت تؤدي إلى قوات المقصود من النكاح ، أو إلى إحداث النفرة أو العدوى، و هذا كله قد لا يكون متحققا بأوائل العيب ، بل يتطلب بلوغ العيب مرحلة معينة.[1]

و تحديد قدر العيب يرجع فيه لأهل الاختصاص ، أو العرف الجاري حسب نوع العيب أو العلة.

والأصل عدم في العيوب التي تخفى ولا تظهر عادة ، وعلى هذا فلو ادعى أحد الزوجين عدم علمه بعيب صاحبه هذا يصدق في قوله لأنه يسانده أصل.

لكن يستثنى من ذلك زوجة العنين ، فيثبت لها الخيار حتى ولو علمت قبل العقد ، بل لو علمت بعد العقد و الدخول و سكتت مدة و مكنته منها , فسكوتها لا يفسر على أنه رضا مسقط للخيار، نه يحمل سكوتها طوال هذه المدة و تمكينه على رجاء الشفاء و برئه ولم يحصل ، فلها الخيار .

و ذهب الحنابلة إلى توسيع هذا الاستثناء، فيثبت حتى ولو علمت بعنته بعد الدخول فسكتت عن المطالبة مدة طويلة, ثم طالبت بعد ذلك فلها الخيار، و هذا مبني عندهم على حق المطالبة على التراضي.[2]

1- عبد الباقي بدوي، التفريق بسبب العيوب ، المرجع السابق ، ص110.

2- عبد الباقي بدوي ، التفريق القضائي بسبب الأمراض الجنسية ، المرجع السابق، الصفحة ، 87.

ثانيا :سلامة من العيوب

إذا قام أحد الزوجين بطلب التفريق لعيب في الأخر فهل يشترط أن يكون الطالب سليما من العيوب حتى يفرق القاضي بينهما.

وفي هذه الحالة يجب التفرقة بين الحالتين:

أ-إذا كان العيب أحدهما يختلف عن عيب الآخر.

ب-إذا كان عيب أحدهما من جنس عيب الآخر.

ففي الحالة الأولى اتفق فقهاء المالكية ، الشافعية ، و الحنابلة و الإباضية ، و الإمامية، و الزيدية، على أنه لا يشترط في طالب الرد أن سليما العيوب، بل يجوز له طلب التفريق و لو كان به عيب يجيز للطرف الآخر التفريق و لو كان عيب أحدهما مختلفا عن الآخر.

في الحالة الثانية اختلف الفقهاء الأربعة :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء ،فقهاء المالكية، و هو قول الإباضية ، ووجه عند الشافعية، ووجه عند الحنابلة، إلى عدم اشتراط السلامة ، ومن ثم الخيار لكليهما,وذلك لأن أساس التفريق للضرر وهو موجود في الجانبين ، هذا بالإضافة إلى أن الإنسان قد يعاف من غيره ما لا يعافه من نفسه.[1]

القول الثاني : ذهب اللخمي من المالكية إلى التفرقة بين ما إذا كان هو طالب فلا يشترط هذا الشرط,،بل يثبت الخيار له، وبين ما إذا كانت الزوجة هي الطالبة تشترط فيها السلامة من العيوب حتى يثبت لها الخيار ، لأن الزوج بذل صداقا للسلامة فوجدها مما يكون صداقا أقل من ذلك.[2]

1-2- شوقي ابراهيم عبد الكريم علام ، المرجع السابق ، ص105.

القول الثالث : ذهب الشافعية في وجه ثان، وجه ثان أيضا عند الحنابلة، إلى اشتراط السلامة من العيوب المماثلة حتى يثبت الخيار لأي منهما ، ومن ثم لو كان منهما معيبا بمثل عيب الآخر فلا خيار لواحد منهما ،لأن كل منهما مكافئ للأخر في عيبه، وليس نقص أحدهما بأولى من نقص الآخر.[1]

القول الرابع : ذهب الحنفية إلى اشتراط سلامة المرأة من الرتق و القرن حتى يثبت لها الخيار ، و من لو كانت قرنا أو ارتقاء فلا خيار لها ، لتحقق المانع منهما ، ولأنه لاحق في الجماع .

والواقع أن كثيرا من العيوب التي كانت مستعصية على العلاج في السابق أصبح علاجها الآن في الإمكان مع تطور الطب وتقدمه كما هو مشاهد، ولهذا ينبغي النظر إلى هذا و تغيير الأحكام المبنية على هذا الأساس إلى الواقع و المشاهد .[2]

الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالمعيوب و وقت حدوث العيب

ما يتعلق بالمعيوب من شروط هو مفرع على الشروط المتعلقة بالعيب نفسه ، فلابد من التحقق من كون هذا العيب مثبتا للخيار أو لا ، و إذا ثبت أنه موجب للخيار تحقق في الشخص المصاب به وصف المعيوب، و هذا ينطبق على كل العيوب طالما موجبة للخيار ، لكننا نركز على العيوب التناسلية لما يترتب عليها من عجز من قامت به عن المباشرة بينه و بين الزوج الآخر.[3]

يلزم لثبوت الخيار و التفريق بالعيب أن يكون غير قادر أصلا على المباشرة ، و هذا الشرط متعلق بالعيوب التناسلية.

1- شوقي ابراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق ، ص 106

2- شوقي ابراهيم عبد الكريم علام ، المرجع لسابق،نفس الصفحة.

3- عبد الباقي بدوي ، التفريق بسبب العيوب ، المرجع السابق ، ص112.

و تطبيق هذا الشرط يكون في عيب العنة و الجب من عيوب الرجال باتفاق الفقهاء ، و في الرتق و القرن و الفتق من ع ب المرأة باتفاق الجمهور ما عدا الحنفية ، إذ انهم لا يرون التفريق بعيوب المرأة أصلا .[1]

لعيوب التي يثبت بها الخيار إما أن تكون سابقة في حدوثها على العقد ، أو تكون طارئة عليه ،و في هذه الحالة الاخيرة إما أن يحدث العيب قبل الدخول أو بعده .

أولا–العيوب الحادثة قبل العقد وبعده

لا خلاف بين العلماء في ثبوت الخيار بالعيوب الحادثة قبل العقد طالما لم يحصل رضا بها، أما العيوب الحادثة بعد العقد فاختلف الفقهاء في ثبوت التفريق بها .

أما العيوب الحادثة بعد العقد فاختلف الفقهاء في ثبوت التفريق بها: فذهب الشافعية إلى ثبوت الخيار لكلا الزوجين، لا فرق بين عيب الرجل و عيب المرأة، و حجتهم القياس على العيوب المقارنة للعقد و التي يثبت بها الخيار. [2]

و ذهب الإباضية في قول إلى عدم ثبوت الخيار في هذه الحالة، و قد استندوا إلى أن الأصل في العقود متى عقدت سالمة عما يفقدها لزومها فالأصل اللزوم، و هنا العقد انعقد سالما من ذلك، و العيب طرأ بعد العقد ، و الطارئ لا أثر له على العقد.[3]

أما قول المالكية فذهبوا إلى التفرقة بين عيوب المرأة و عيوب الرجل ، فأما عيوب المرأة فلا ت للرجل بها الفسخ، بل هي مصيبة نزلت به، فلا يثبت له خيار الرد، كما أن الزوج قادر على فراقها بالطلاق إن تضرر لأن العصمة بيده.[4]

1–عبد الباقي بدوي ، التفريق بسبب العيوب ، المرجع السابق ، ص112.

2– شوقي ابراهيم علام، المرجع لسابق ، ص 108.

3–أحمد حسن طه ، نفس المرجع ، ص 342.

4– شوقي ابراهيم علام ، المرجع السابق، ص 108.

ثانيا – العيوب الحادثة بعد الدخول

الدخول هو مرحلة كشف بين الزوجين و اطلاع كل منهما على الآخر ، و لهذا فإنه يتصور بمجرد الدخول أن يعلم كل من الزوجين حال الأخر، و ي هذه الحالة قد يطلع أحدهما على عيب الأخر ، و الغالب أن هذا العيب كان موجودا قبل الدخول، و هو إما أن يكون قبل العقد أو بعده .[1]

أما إذا حدث العيب بعد الدخول فقد اختلف الفقهاء في ذلك:ذهب المالكية إلى أنه ما كان حادثا عد العقد و ثبت به الخيار يثبت به أيضا لو حدث بعد الدخول.

ب الشافعية إلى التفرقة بين إذا كان العيب بالزوج أو الزوجة، فإن كان العيب بها فللزوج الفسخ، وإن كان العيب في الزوج نظر إن كان العيب جنونا أو جذاما أو برصا فلها الفسخ ، و إن كان عنة فلا فسخ لها ، لأنها عرفت قدرته وأخذت حظها ، و إن كان العيب جبا فلها الفسخ على الأصح.[2]

أما الحنابلة فذهبوا إلى ثبوت الخيار بالعيب في هذه الحالة و تعليلهم لذلك هو تعليلهم السابق في العيوب الحادثة بعد العقد، و هو القياس على العيب المقارن للعقد .[3]

1- شوقي ابراهيم علام، المرجع السابق، ص109.

2- عبد الباقي بدوي ، التفريق القضائي بسبب الأمراض الجنسية ، ص

3- شوقي ابراهيم علام، المرجع السابق، ص 109.

المبحث الثاني: موقف القانون الجزائري و بعض القوانين العربية من التفريق للعيب

أثيرت مسألة التفريق للعيوب من طرف الفقه الإسلامي كثيرا و حيث اتفقوا على بعض المسائل و اختلفوا في بعضها ، كما نقشت هاته المسألة في عدة مجالس و منظمات إسلامية و علمية لمناقشة الأمراض و العيوب الحديثة الظهور ، و سارت القوانين على نفس التطور رغم أن بعض القوانين لم تحدد العيوب بإسهاب و إنما تركت المسالة تقديرية ، و سوق نتطرق لموقف المشرع الجزائري بكل جوانبه (المطلب الأول)، و كذا بعض القوانين الأحوال الشخصية العربية(المطلب الثاني).

المطلب الأول :موقف المشرع الجزائري من التفريق بسبب العيوب

لقد أخذ القانون الأسرة الجزائري بجواز التطليق للعيوب، حسب ما يتضح من المادة 53الفقرة 02حيث أعطى للزوجة حق طلب التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، أخذا بما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، بجواز التفريق للعيوب شريطة توفر جملة من الشروط سوف نوردها لاحقا.

وقد ذهبت المحكمة العليا ف عدة أحكام لها إلى ذلك منها:

1-من المقرر قانونا و قضاءا، أنه يجوز للزوجة طلب التطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج، لتكوين أسرة و تربية الأبناء ، و لما أسس قضاة لموضوع قرارهم بالتطليق على : عدم إمكانية إنجاب الأولاد، استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنهم قد وفروا لقائهم الأسباب الشرعية الكافية.[1]

1-م.ع.غ.أ.ش في 22-12-1992 ، ملف رقم87301 م ق1995-عدد 02 ص92.

2-من المقرر في الفقه الإسلامي، و ماجرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من العلاج، وإن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها و بعد انتهائها، فإن لم يتحسن حالة مرضه ، حكم للزوجة بالتطليق ، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية .[1]

الفرع الأول :صاحب الحق في اختيار المفارقة :

و لعل المشرع الجزائري يقصد بعبارة "العيوب التي تحول دون تحقيق من الهدف من الزواج "، العناية و المراد لذي من أجله شرع الزواج، و هو حفظ النسل ، و الاستمتاع و بقا الزوجة مع زوجها المعيب بعيب جسدي أو معنوي عقلي نفسي يضرها أيما ضرر ، حيث لا يعاشرها معاشرة الأزواج لزوجاتهم، و التالي يجب إعطائها وسيلة للتخلص مما هي فيه من معاناة ، أي تطلب التطليق مادامت العصمة في يد الرجل.

إن المشرع الجزائري قد أخذ بما أجمع عليه الفقهاء، وترك ما اختلفوا فيه ، فأباح حق طلب التطليق للزوجة دون الزوج ، كما يقول في نص المادة 53السابقة الذكر ، فمصطلح العيوب واسع المعنى أي كل عيب يمنع من تحقيق أهداف الزواج ، و هي حسب لمادة الأربعة 04من قانون الأسرة الجزائري :"تكون الأسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان لزوجين و المحافظة على الأنساب ".و لعل أثر الأمراض المختلفة و العيوب الجنسية ، كالجب و العنة و الخصاء ، تحول دون تحقيق ذلك و هذا هو منطق العدل و الإنصاف تعبيرا عن روح الشريعة الإسلامية .[2]

1-فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، " الزواج و الطلاق"، الجزء الأول 1985، المؤسسة الوطنية الكتاب، الجزائر، ص 276.

2-م.ع.غ.ش في 19-11-1984 ملف رقم 34784، م.ق 1989، عدد03، ص 73.

فعندما ندقق النظر في المادة 53 الفقرة 02من قانون الأسرة نلاحظ بأن سلامة لزوج من العيوب شرط أساسي للزوم الزواج ، أي أنه إذا تبين لها وجود فيه كان لها الحق في أ، ترفع أمرها إلى القاضي تطلب التطليق ، و يستوي ، و يستوي أ، يكون العيب عقليا أو معنويا كالجنون مثلا ، أو ماديا جسديا ،كالعلل الجنسية أو الجذام و السل ، و البرص .

الفرع الثاني: شرط العيب المبرر للتطليق في القانون الجزائري :

1-أن يكون العيب دون الزوجة، لأن العيوب إذا كانت في المرأة فلا خيار للرجل في فسخ الزواج، لأنه يملك تطليقها في أي وقت يشاء طبقا لإرادته المنفردة ، و ذلك ما تنص عليه المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري بقولها:" الطلاق حل لعقد الزواج و يتم بإرادة الزوج....".

2-أن يكون العيب متصلا بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق هدف الزواج ، أي تمنع الدخول أو الاستمتاع الجنسي ، و كذا الأمراض الضارة، و المنفرة التي تعكر صفوة الحية الزوجية القائمة على الألفة و المودة ، و لم يحدد المشرع العيب ، و لم يذكر الأمثلة و ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي على أساس معير موضوعي .[1]

3-كم يجب أن يكون المرض ناتج اعت مرض مستمر دائم لا يتوقع شفاءه أبدا ، كالجب و العنة مثلا أما إذا كان المرض من الأمراض التي يمكن شفاءها ، خلال أج يراه الأطباء معقولا، فإن على المحكمة أن تمهله و تمنحه أجلا لمواصلة العلاج أصلا في الشفاء.[2]و عند الأس من الشفاء يحكم للزوجة بالتطليق من الزوج المعلول، و لكن المرض الذي يصيب الزوج ليس من شأنه الحيلولة دون تحقيق هدف الزواج ، مثل المرض الذي يمنع الزوج من الحركة بسبب حادث، كأن يصاب في لرجليه أو يديه و نحو ذلك أو مثل الصرع المؤقت الطارئ المتقطع الذي يأتي الزوج حينا و يتركه أحيانا ، فإنه لا يجوز لزوجة طلب التطليق بسببه ، لأنه حتما مثل هذا

1-العربي بلحاج، الوجيز شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول(الزواج و الطلاق)، الطبعة الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 282.

2-عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق ف ق.أ.ج، الطبعة الثانية ،دار البعث، قسنطينة، ص 277.

المرض لا يحول دون تحيق الهدف من الزواج.

4- ، ترفع دعوى التطليق لدى القاضي و هو الأمر القاطع للشك أنها غير راضية عن الحياة المشتركة مع الزوج المعيب.

5-أن يتأكد القاضي ما تدعيه بخبرة الخبراء و الأطباء لاختصاصين، و أي وسيلة أخرى ، كالإقرار.[1]

وهذا و قد ذهبت المحكمة العليا في عدة اجتهادات إلى منح حق طلب التطليق للزوجة تطبيقا نص المادة 53الفقرة 02منها:

1-" من لمقرر شرعا أنه لا يسوغ فك العصمة الزوجية بين الزوجين بكلب الزوجة وحدها إلا ذا ثبت الإضرار بها.و من ثم فإن القضاء بما يخلف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد الشريعة لامية، و أشارت الزوجة في مقالاتها المتعددة بعجوز الزوج عن ممارسة العلاقة الجنسية معها.

فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية و قانونية قبل التصريح كمهم ، غير أنهم لما قضوا بالتطليق اعتمادا على نفور الزوجة م امتناعها من العودة إليه، فإنهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية ،و متى كان الأمر كذلك استوجب نقض القرار المطعون".[2]

2-"...أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة، و ترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ، ومن ثم فإن القضاء بما يخلف هذا لمبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية...".[3]

1-فضيل سعد شرح قانون الأسرة الجزائري" الزواج و الطلاق"، المرجع السابق، ص279.

2-م.ع.غ.أ.ش14-5-84 ملف رقم 33275. م ق 1990عدد 2، ص75.

3-م.ع.غ.أ.ش19-11-84 ملف رقم 34784. م ق 1989 عدد3، ص 73.

و من خلال هذه الأحكام القضائية للمحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ، نلاحظ أن القضاء الجزائري قد كرس ما جاء في المادة 53 الفقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري و منح الزوجة حق طلب التطليق دون الزوج ، أخذا بما تم الاتفاق عليه بين الفقهاء ، تاركا ما اختلفوا فيه و هو نفس النهج الذي انتهجه غالبية القوانين العربية.

الفرع الثالث :اشتراط السلامة من العيوب :

لقد سمح المشرع الجزائري للزوجين بالاشتراط في عقد الزواج ، ما يشاءان من الشروط التي يراها كل منهما تسعده أو تخدم مصلحته، شريطة ألا تحل حراما ، أو تحرم حلالا أو تتناقض مع الشريعة الإسلامية و أحكامها ، باعتبارها الأصل التشريعي للقانون الأسرة الجزائري خاصة المذهب المالكي، و ذلك ما يتضح جليا من خلال نص المادة 19التي تقضي وتنص على أنه " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون".

جاءت بعض الاجتهادات القضائية وفقا للمحكمة العليا بهذا الخصوص كتطبيقات قضائية لمضمون المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر منها.

1-حيث أنه من المقرر فقها و قضاءا، جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط أن لا تحلل حراما أو تحرم حلالا و يشترط أن لا يتناقض مع روح العقد، و حيث أن قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي أسندت إلى الزوج استنتجوا من الوقائع و من الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج التي تلزم مما يترتب عليه فك العصمة، و عليه فإنه لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي و يعتبر الوجه- وجه طعن غير سديد.[1]

1-المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص 3-3-71: النشرة القضائية 1972 عدد 2، ص 39.

2-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية25-6-84: ملف رقم 33715 م ق1989 عدد 4، ص 99.

2-من المقرر شرعا أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة، بسبب فقد ما قبل البناء بها ، إلا إذا كان الزوج اشترط ذلك في عقد الزواج، و لا يحكم بفسخ النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا.

و هكذا يعطي حق الاشتراط في الامور بسيطة، فمن باب أولى الاعتداد بالشروط الخاصة بالعيوب قياسيا.

الفرع الرابع :التفريق للعيب فسخ أم طلاق

إن المشرع الجزائري ترك الأمر غامضا، عندما نص على أن ما يوقعه القاضي من طبقا للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري يكون طلاقا، فقد جاء في نص المادة 48 المادة من قانون الأسرة الجزائري "الطلاق حل عقد الزواج، و يتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في في حدود ما ورد في المادتين 53و54 من هذا القانون".

ثم جاءت بعدها المادة 50 من نفس القانون " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد و من راجعها بعد صدور لحكم بالطلاق قد يحتاج إلى عقد جديد".

ويتضح من هذه النصوص أن نوع الفرقة للعيب في القانون الجزائري هو طلاق بائن، أخذا بما ذهب إليه المذهب المالكي باعتباره المصدر التشريعي لقانون الأسرة الجزائري. هذا من و من جهة أخرى فإن المشرع الجزائري لم يوضح ما إذا كان الطلاق بائن ببينونة صغرى أو كبرى، و القاعدة أن الطلاق يكون رجعيا إلا إذا ورد نص من المشرع باعتباره بائنا، مما يجعل الأمر غامض ، و من المستحسن تحديده.[1]

و الواضح جليا أن نوع الفرقة للعيب و الضرر هو طلاق بائن، و ذلك ما ذهبت إليه المحكمة العليا في بعض اجتهادات القضائية، حيث قالت في إحدى أحكامها " من المتفق عليه.[2]

1-فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري"الزواج و الطلاق " ، المرجع السابق ، ص278.

2-المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، 10-2-86: ملف رقم 39463 م ق 1989عدد 1، ص115.

كما قضت أيضا بأن" من راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد، و من فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون".[1]

المطلب الثاني :بعض مواقف قوانين الأحوال العربية الشخصية من التفريق

لقد سارت التشريعات الوضعية العربية في أغلبها على نهج السلف، حيث أنهم لم يحصر العيوب أو العلل الموجبة للخيار التفريق ، و اختلفوا فيها بين مسهب في الشرح و التمييز و بين جامع للعموم بحكم واحد .فا اختلفوا فيه و ما اتفقوا عليه و بأي مذهب أخذوا كالقانون الأردني(الفرع لاول)، و القانون المصري(الفرع الثاني)، القانون الإماراتي(الفرع الثالث)، و القانون المغربي(الفرع الثالث).

الفرع الأول: موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني

لقد تناول قانون الأحوال الشخصية رقم (36) لسنة 2010 العيوب والعلل المجيزة لطلب التفريق أو فسخ الزواج في الفصل الرابع منه في المواد (128 – 138) مستندا أن عقد الزواج يبنى ويقم على أساس السلامة من العيوب ومن كل عيب في أحد الزوجين ينفر منه الآخر يمنع حصول مقصود النكاح من الرحمة والمودة والوفاق فإذا انتفت السلامة فقد ثبت الخيار وبما أن مذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد هو أن لكل من الرجل والمرة طلب التفريق إذا وجد أحدهما في الآخر عيباً جنسياً أو عيباً منفراً ، حيث لا يمكن المقام معه بلا ضرر.[1]

بما أن من مقاصد الشرع في مصادره ومواده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخفَ عليه رجحان هذا القول لذلك اخذ المشرع الأردني به ووضعت المواد (128) إلى (138) من قانون الأحوال الشخصية لبيان العلة المجيزة لطلب فسخ النكاح من أحد الزوجين.

1-قانون الأحوال الشخصية الاردني رقم(36) لعام 2010م ،الموقع الالكتروني لدائرة قاضي القضاة.

وظاهر من نصوص المواد (128، 129، 130) لها خاصة بكون الزوج معتلاً بعيب من عيوب المقاربة وهذه العيوب المقصود بها عيوب التناسل أو العيوب الجنسية وهي الجب والعنة والخصاء وقد اشترطت المادة (128) لكي تطلب الزوجة التفريق بسبب عيب من هذه العيوب ألا تكون هي مصابة بعيب من عيوب التناسل فإن كانت مصابة بعيب تناسلي فلا يحق لها طلب التفريق بسبب إصابة زوجها بعيب آخر من هذا القبيل ، ويشترط أيضاً في هذه المواد أن تطلب الزوجة التفريق من القاضي وأن يحكم القاضي بالتفريق إذا لم يرض الزوج أن يطلقها.[1]

كما يشترط ألا تكون رضيت بالعيب فإن كانت رضيت به فلا يكون لها حق طلب التفريق بسببه ماعدا عيب العنة فإن الاطلاع عليها قبل الزواج لا يسقط حق الخيار.

والخيار ليس من الضروري أن يحصل على الفور بل إن الزوجة لها أن تؤخر الدعوى مدة ولها أن تتركها مدة بعد رفعها (المادة 148) والعلة الجنسية إن كانت غير قابلة للزوال فإن القاضي يفرق بينهما بالحال[2] ، وإن كانت قابلة للزوال فإن القاضي ينتظر سنة على التفصيل الوارد في المادة 130.

و العلة الجنسية إن كانت غير قابلة للزوال فإن القاضي يفرق بينهما بالحال، وإن كانت قابلة للزوال فإن القاضي ينتظر سنة على التفصيل الوارد في المادة130.

أما العيوب الأخرى فقد مثلت المادة 131 لها بالجذام والبرص والسل والزهري وذكرت المادة 135جنون الزوج.

وظاهر من نص المادة 131 المذكورة أن التعداد فيها على سبيل التمثيل لا الحصر وإنما

1-أحمد حسن الطه، مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء، المرجع السابق ، الصفحة 430.

2-عبد الباقي بدوي ، التفريق القضائي بين الزوجين بسب الأمراض الجنسية في الشريعة و بعض القوانين الأحوال الشخصية العربية، مجلة الإحياء ، العدد الاول ، المجلد 18، جوان 2017، ص 57.

اشترطت ، العلة الموجبة للتفريق ألا يكون من الممكن الإقامة بها مع الزوج بلا ضرر ؛ فإذا طلبت الزوجة التفريق بسبب هذه العلة فإن كان هناك أمل في زوالها يؤجل القاضي الدعوى سنة واحدة فإذا لم تزل خلال هذه السنة وأصرت الزوجة على طلبها التفريق يفرق بينهما القاضي والذي قيل في العيوب المذكورة في المادة 131 يقال في سبب جنون الزوج الذي يحصل بعد عقد الزواج في المادة 135. [1]

و ظاهر من نص المادة 136 الخاصة بالعقم أن القانون أعطى للزوجة الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها وبشروط محددة..

و العقم هو عجز أحد الزوجين أو كليهما عن الإنجاب مع استكمال المتعة الجنسية بينهما حدد القانون كيفية إثبات العيب الجنسي المانع من الدخول بتقرير طبي من الطبيب المختص و شهادته أمام القاضي المادة (134)من قانون الأحوال الشخصية وهذا فحوى كلام الفقهاء وجاء في القرار ألاستئنافي رقم (11567) تاريخ 25/7/ 1961 بتصرف أن المرجح في تحقق إمكان زوال العلة أو عدمه في العلل التي يمكن أن تصل إلى درجة عدم إمكان الشفاء كالسل والزهري ، هو أهل الفن والخبرة.[2]

وجاء في نفس القرار السابق أيضاً : " التفريق بين الزوجين لمجرد قول المدعى عليه الزوج أنه لا يرجى له الشفاء من العنة لا وجه له لأن العنة من العلل القابلة للزوال ؛ والشريعة الإسلامية أعطت صاحبها مهلة معينة وهي سنة كما تضافرت على ذلك النصوص الشرعية ، وإقراره بعدئذ بأن عنته غير قابلة للزوال لا يغير المشروع خصوصاً. [3]

1-عبد الباقي بدوي، المرجع السابق ، الصفحة 58.

2- عبد الباقي بدوي ، التفريق القضائي بسبب العقم في الشريعة و قوانين الأحوال الشخصية ، مجلة الحضارة الاسلامية ، العدد 2، المجلد 17، جوان 2016، ص703.

3-قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم (1961/11567) ،منشورات مركز عدالة..

الفرع الثاني : موقف قانون الأحوال الشخصية المصري

نظّمت المواد 9 و10 و11 من القانون رقم 25 لسنة 1920[1]، أحكام التطليق للعيب على النحو التالي :

-مادة 9 :"للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها، إذا وجدت عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه، أو يمكن بعد زمن طويل، ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر؛ كالجنون والجذام والبرص، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحةً أو دلالةً بعد علمها فلا يجوز التفريق ."

-مادة 10:"الفُرقة بالعيب طلاق بائن".

-مادة 11:"يُستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يُطلب فسخ الزواج من أجلها. "

ويستفاد من ذلك أن نصوص القانون عالجت فقط العيوب غير التناسلية والمنفّرة، أما العيوب التناسلية فإن القضاء يتعامل معها بالمذهب الحنفي الذي ذكر ثلاثة عيوب بالزوج تتيح لزوجته طلب التفريق منه؛ وهي: العنّة والجبّ والخصاء .أما العيوب غير التناسلية (كالجنون والبرص والجذام)؛ فإنها تعطي للزوجة حق طلب التفريق بالشروط التالية:

1. أن يكون العيب مستحكماً لا يمكن الشفاء منه، أو يمكن الشفاء لكن بعد فترة طويلة.
2. ألا يمكن البقاء من الزوج إلا بضرر، سواء كان الضرر للزوجة وحدها أم كان يشمل الأبناء كذلك، وتلك مسألة يحددها أهل الخبرة من الأطباء.
3. ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب وقت إبرام عقد زواجها، وإلا فلا يكون من حقها طلب التطليق[1].

1-القانون رقم 25 لسنة 1920، المعدل بقانون رقم 10 لسنة 2004 قانون الاحوال الشخصية المصري.

-2جابر عبد الهادي سالم – د. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، مطابع السعدني، الإسكندرية، 2009.

4. ألا تكون قد رضيت بالعيب بعد أن علمته بعد الزواج، سواء كان الرضاء صراحةً أو ضمناً.

و لم يتعرض القانون المصري لحالة ما إ ذا وجد الزوج عيبا في الزوجة ، ومن ثم يرجع بشأنها إلى أرجح الأول في المذهب الحنفي عملا بالمادة الثالثة ، و المذهب الحنفي ينص في هذه الحالة على أنه لا يجوز للرجل طلب التفريق لأجل العيب ، يملك إيقاعه بنفسه دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء.حتى لا يتم التشهير بالمرأة في ساحات المحاكم دون مقتضى من الضرورة.[1]

وقد تضمن قرار وزير العدل رقم 1727لستة 2000أنه يجب على المأذون ، أي موثق عقود الزواج، قبل توثيق عقد الزواج أن يحصل على إقرار من الزوجين بخلوهما من الأمراض التي تجيز التفريق بعد تبصرهما بهذه الأمراض، و خاصة الايدز،والعنة و الجنون، و الجذام، و البرص.

الفرع الثالث: موقف قانون الأحوال الشخصية الإماراتي

أجاز قانون الأحوال الشخصية الإماراتي[2] لكل من الزوجين أن يطلب فسخ الزواج إذا وجد في الأخر علة منفرة أو مضرة كالجنون و الجذام ، و البرص ، أو علة تمنع المتعة الجنسية ، كالعنة في الرجال، و القرن في النساء ، سواء كانت تلك العلة موجودة قبل العقد أو حدثت بعده ، شريطة أن تكون العلة مستحكمة ، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 122من القانون المذكور على ما يلي:" إذا وجد أحد الزوجين في الأخر علة مستحكمة من العلل المنفرة أو المضرة ، كالجنون ، و البرص ، و الجذام أو التي تمنع حصول المتعة الجنسية،كالعنة ، و القرن ، و نحوها ، جاز له أن يطلب فسخ الزواج ، سواء أكانت تلك العلة موجودة قبل العقد أم حثت بعده".

1-منى سعودي، الوسيط في أحكام دعاوى التطليق، آل طلال للنشر والتوزيع، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2015، ص 65.

2-قانون الاحوال الشخصية الإماراتي، رقم 28 لسنة 2005، دولة الإمارات العربية المتحدة.

و نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: " يسقط حقه في الفسخ إذا علم بالعلة قبل العقد أو رضي بها بعده ".

و استثنت الفقرة الثالثة من سقوط حق الفسخ المنصوص عليه في الفقرة الثانية : حق الزوجة في طلب الفسخ للعلة المانعة من المتعة الجنسية حيث نصت على أنه لا يسقط بحال ، بمعنى أن لها حق الفسخ مطلقا، و لو كانت عالمة راضية ، أو كانت علة الزوج الجنسية طارئة بعد الدخول ، صيانة لها و هو مذهب ثور. و نظر المحكمة في دعوى فسخ الزواج للعلل الجنسية في جلسة سرية ، و هو ما نصت عليه الفقرة الخامسة .

كما نصت المادة 113على أن العلل المذكورة في المادة 112 إذا كانت غير قابلة للزوال تفسخ المحكمة لزواج في الحال دون إهمال .

و لقد أخذت المادة 112 بالمذهب المالكي و الشافعي و الحنبلي في أن لكل واحد من الزوجين حق فسخ الزواج إذا وجد بصاحبه عيبا، و أخذت برأي ابن القيم في أن العيوب غير محصورة، إذ ذهبت إلى أن معيار العلل المقصودة هنا هو : كل عيب ينفر أو يضرر منه أحد الزوجين ، أو يمنع من حصول المتعة الجنسية .و قد رأي المشرع الإماراتي أنه من العدل أن يكون التفريق للعلة فسخا محضا لا طلاقا ، طبقا لمذهب الشافعي و أحمد ، فلا ينقص به عدد الطلقات ، و لا يترتب عليه من الآثار المالية ، إلا ما يترتب على الفسخ[1].

1- عبد الباقي بدوي ،التفريق القضائي بسبب الأمراض الجنسية المرجع السابق، ص87.

الفرع الرابع: موقف مدونة الأسرة المغربية

نظم المشرع المغربي التطليق للعيب في المواد 107، 108، 109، 110، 111 من مدونة الأسرة.[1]

"107تعتبر عيوبا مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية وتخول طلب إنهائها: العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية.

الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته التي لا يرجى الشفاء منها داخل سنة"

108يشترط لقبول طلب أحد الزوجين إنهاء علاقة الزوجية للعيب:

1-ألا يكون الطالب عالما بالعيب حين العقد.

2-ألا يصدر من طالب الفسخ ما يدل على الرضا بالعيب بعد العلم بتعذر الشفاء.

-المادة109 "لا صداق في حالة التطليق للعيب عن طريق القضاء قبل البناء، ويحق للزوج بعد البناء أن يرجع بقدر الصداق على من غرر به، أو كتم عنه العيب قصدا"

-المادة 110"إذا علم الزوج بالعيب قبل العقد وطلق قبل البناء لزمه نصف الصداق"

-المادة111"يستعان بأهل الخبرة من الأخصائيين في معرفة العيب أو المرض"

انطلاقا من هذا نرى بأن المشرع المغربي ميز بين عيوب الفرج التي لا يمكن البرء منها والأمراض الأخرى المزمنة التي تحدث للزوجة ضررا بالغا، فبينما الأولى تبيح الحكم بالتطليق في الحال، فإنه بالنسبة للأمراض المزمنة الأخرى يجب على القاضي أن يمهل الزوج المريض لمدة سنة حتى يشفى من مرضه وإلا طلقت الزوجة عليه ومن البديهي أن إثبات هذه الأمراض لا يطرح من الناحية العملية أي مشكل مادام أنه بالإمكان دائما الاستعانة بالخبرة الطبية في هذا المجال.[2]

1-الجريدة الرسمية، عدد 5184 بتاريخ 14ذو الحجة 1424(05 فبراير2004)، بتنفيذ قانون 03، 70 بمثابة مدونة الأسرة.

2- عبد الباقي بدوي ، التفريق القضائي بسبب العقم في الشريعة و قوانين الأحوال الشخصية، المرجع السابق ، ص710.

كما أن الزوجة إذا كانت قبل العقد أو بعده عالمة بالعيب ورضيت به صراحة أو دلالة ويقصد بها غالبا تمكين الزوجة نفسها من زوجها بعد اعتراضها على العيب فليس لها أن تطلب التطليق للعيب وعلى الزوج إذا ما ادعى ذلك العلم أن يتبنه بالوسائل المقبولة شرعا، غير أن مثل هذا الحكم إذا كان مقبولا بالنسبة لبعض العيوب كالبرص مثلا فهو غير مقبول بالنسبة لأخرى وخاصة عيوب الفرج أو التناسل التي قد تجعل المرأة —مع استمرار المعاشرة الزوجية– عرضة للفتنة والفساد وعلى الرغم من ذلك فإننا نعتقد أنه يبقى للمرأة وخاصة فيما يتعلق بإصابة زوجها بعيوب الفرج أن تطلب التطليق للضرر الذي تستحيل معه العشرة، كما أن المشرع المغربي إذا كان لم يورد عيوب الفرج، وهي محصورة في الفقه المالكي بالجب والخصاء والعنة، فإنه قد أورد الأمراض الأخرى على سبيل المثال فقط ومعنى ذلك أن الأولى تقيد القاضي بينما له أن يقيس على الثانية خاصة أن المشرع استعمل ''ك'' وهي أداة للتشبيه، والقياس لا يصح إلا إذا تحققت في المرض [1] الشروط الآتية:

–أن يكون العيب مستحكما

–أن يكون البرء من المرض غير ممكن أو ممكنا ولكن بعد مرور سنة.

–أنه لا يمكن للزوجة أن تقيم مع زوجها إلا بضرر.

–أن يؤجله القاضي لمدة سنة.

د–رد الزوجة للعيب:

إذا كان بالزوجة بعض العيوب التناسلية التي تحول دون الوطء أو دون تحقيق مقاصد الزواج، لحداء الفرج أو بها عيوبا أو أمراضا كالجنون والجذام والبرص والسل، وهي عيوب تجيز طلب التطليق للعيب، لاكتشافها نجد الفقه المالكي يذهب إلى جواز النظر إلى فرج المرأة، لمعرفة العيب طالما دعت إليه الضرورة، قال الأباضية والحنابلة، إلا أنهم يكتفون بشهادة امرأة واحدة عدله لأنه محل حاجة، ولأحوط اثنان ومسألة الإثبات تثار في حالة ما إذا غرته أو غره وليها.[2]

1– عبد الباقي بدوي ، التفريق القضائي بسبب العقم في الشريعة و قوانين الأحوال الشخصية، المرجع السابق ، 712.

2– شوقي ابراهيم عبد الكريم علام ، المرجع السابق ، ص 112.

وهكذا فإن الزوج يمكن أن يبقى على الزوجة أو أن يطلقها إذا ظهر بها عيبا من العيوب كالتالي:

1-إذا علم بالعيب قبل الدخول وفيه فرضيتين:

-إن شاء طلق ولا شيء عليه

-إن شاء دخل و لزمه الصداق كاملا.

2-إذا لم يعلم إلا بعد الدخول وفيه فرضيتين كذلك:

-أبقى عليها إن شاء.

-أن يردها، ويسترد مازاد على أقل المهر وتعيد له مازاد على أقل المهر إن كانت هي التي غرت به، وإن كان رجع عليها بما دفعه.

و هذا ما أكده الفقه المالكي، وعن عمر رضي الله عنه قال: إذا تزوجها، فرأى جداما أو برصا فإن لها المهر بحسيسه إياها، ووليها ضامن الصداق ويرون أن الوالي يغرم لأنه غرر به، هذا إذا كان يعلم بالعيب، أما إذا لم يكن يعلم فالتغرير يؤكد في هذه الحالة من المرأة فيرجع عليها بجميع الصداق.[1]

1- عبد الباقي بدوي ، التفريق القضائي بسبب العقم في الشريعة و قوانين الأحوال الشخصية، المرجع السابق ، ص713.

الخاتمة

و ختاما لموضوعنا راينا أنّ نعطي بعض النتائج و التوصيات الهامة التي استنتجتاها من خلال عضنا لهذا البحث.

أولاً:أهم النتائج:

1- أن عيوب النكاح هي وصف بدني أو عقلي مذموم يقتضي العرف سلامة الزوجين منه غالباً،يمنع من تحصيل مقاصد النكاح،والتمتع بالحياة الزوجية.

2- ن الفحص الطبي علامة أو أمارة حيوية يعرف بها أحوال بدن الإنسان من جهة الصحة والمرض،أو يستدل به على أمر ما في الجسم أو النفس،ويستفاد منه في الطب الشرعي وغيره.

3- أن من عيوب النكاح الخاصة بالرجل: العنة،والجب،والخصاء.

4-أن من عيوب النكاح الخاصة بالنساء:الرتق،والقرن،والإفضاء،والعفل،والفتق،وبخر الفرج،والقروح السيالة،والاستحاضة،وسرطان الرحم.

5- أن من عيوب النكاح المشتركة بين الرجل والمرأة:الجنون ،والجذام،والبرص،والعذيطة،والناسور،والباسور،والسيلان،والإيدز،والهربس،والزهري،والعقم،وأمرا ض الدم الوارثية،والسرطان،والكبد الوبائي،والخنوثة،وشرب الخمر وتعاطي المخدرات.

6-أن من العيوب ما يكون ظاهراً قبل الزواج وبعده،ومنها ما لايمكن اكتشافه إلا بعد الزواج.

7- أن كل عيب يسبب نفرة أحد الزوجين من الآخر يثبت به خيار الفسخ على الراجح،وأن الفرقة بالعيب تحتاج إلى حكم حاكم لرفع الخلاف.

8- أن العيوب في النكاح لا يمكن إثباتها إلا بتقرير معتبر من أطباء متخصصين موثوقين.

9-أن الاعتماد على الفحص الطبي في إثبات عيوب النكاح يتطلب نظرة جديدة في حصر وتصنيف تلك الفحوص بغية الوصول إلى الفحص الطبي الملائم الذي يصلح كدليل على كل عيب من تلك العيوب.

10- أنه لا يمكن حصر الأمراض التي تعتبر من عيوب النكاح في أمراض بعينها مع تنوع الأمراض وتعددها واختلاف أشكالها.

11- أهمية الفحص الطبي قبل الزواج،حيث يكشف كثيراً من الأمراض والعيوب التي قد تكون في أحد الزوجين،وذلك مما يعد ضرورة شرعية لازمة لإزالة الغرر والتعرف المسبق على عيوب النكاح ،وهو مما يفيد مقصود الشارع في تحقيق السكينة والوئام وإشاعة روح الألفة والمودة بين أفراد العائلة.

12- أن فحص الدم،والبصمة الوراثية،وفحص المني،والفحص الداخلي للمرأة،والأشعة بأنواعها المختلفة لها أثرها القوي في إثبات عيوب النكاح،لا سيما مع تطور العلم الحديث ،واعتمادها على أسس علمية يقل فيها الخطأ.

13- أن الأطباء بمختلف تخصصاتهم ومنهم الأطباء المتخصصون في أمراض النساء خبراء يُعتمد على خبرتهم في القضاء والحكم،ويستعين القاضي بخبرتهم فيما يشكل عليه من أجل تحقيق العدالة.

ثانياً:أهم التوصيات:

1- أوصي بوجوب العناية بمثل هذه الموضوعات المهمة في حياة الأمة،وزيادة البحث في المجال الفقهي والطبي ،والتواصل بين الأطباء وعلماء الشريعة بما يخدم هذا المجال لمعرفة الجديد في علم الطب،ومعرفة الحكم الشرعي فيه بأدلته .

2- أوصي الفقهاء وطلاب العلم الشرعي والقضاة بتتبع ما يستجد من فحوص طبية ،وتحديد أثرها في المسائل الفقهية والقضاء الشرعي،لما قد يترتب على ذلك من ضرورة إعادة النظر في تلك المسائل والخروج برؤى وأحكام جديدة تخدم الإسلام والمسلمين.

3- أوصي بالاهتمام بالوسائل التي تساعد على تطوير وترقية أدوات الفحص الطبي للحصول على تقارير طبية مفيدة في إثبات عيوب النكاح.

4- أوصي بتكثيف التعاون بين الهيئات الطبية والشرعية لدراسة ما يستجد من تطورات متسارعة في هذا المجال.

القران الكريم

المراجع:

النصوص التشريعية:

1-الأمر رقم 75-58المؤرخ في رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 متضمن قانون المدني الجزائري لمعدل و المتمم.

2-الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة ، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

3-الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم.

4-الأمر رقم 70/03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية ج.ر.م.م.ع 5184المؤرخ بتاريخ 05 فبراير 2004 المعدل بقانون رقم 09/08 ج.ر.م.م.ج الصادر 5859 الصادر بتاريخ 26 يوليو 2010.

5-قانون رقم 36 لسنة 2010 المتضمن قانون الاحوال الشخصية الاردني.

6--القانون رقم 25 لسنة 1920،المعدل بقانون رقم 25 لسنة 1929، المعدل رقم 01لسنة 2000، المعدل بقانون رقم 10 لسنة 2004 المتضمن قانون الاحوال الشخصية المصري.

المراسيم:

1-المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق 11 مايو 2006 يحدد شروط و كيفيات تطبيق المادة 7 مكرر من قانون رقم 84-11 المؤرخ في رمضان 1402 الموافق سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

الكتب و المؤلفات:

1- أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير مؤسسة المنير للنشر و التوزيع ، مصر ،2008.

2-عبد الفتاح أحمد أبو كليلة ، الفحص الطبي قبل الزواج "الأحكام الفقهية المتعلقة به" ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2008.

3-عثمان محمد عبد الحق الريس، أحكام المعقود عليها قبل الدخول (في الفقه الإسلامي)، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن،2011 .

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

5-فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، " الزواج و الطلاق"، الجزء الأول 1985، المؤسسة الوطنية الكتاب، الجزائر

6-فاتن البوعيشي الكيلاني ، الفحوصات الطبية للزوجين قبل عقد الزواج ،أسانيدها و مقاصدها-دراسة مقارنة –دار النفاس للنشر و التوزيع ،الأردن ،2011

7-صفوان محمد عيضات، الفحص الطي قبل الزواج –دراسة شرعية قانونية تطبيقية-دار الثقافة للنشر و التوزيع ،2011،

8-أحمد بن علي البهيقي ، السنن الكبرى ، دار الهجر للطباعة و النشر و التوزيع و الإعلام ، الجزء 14،مصر ، 2011.

9-مسلم بن الحجاج، صحيح المسلم ،دار الأصالة للنشر و التوزيع ، الجزائر ،2010،

10- عيسى بن سورة الترمذي ، في السنن ، دار الإعلام ، الأردن 2001

11-حسين عبيد عون الله ، أحكام سرية المعلومات الخاصة – دراسة مقارنة- ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر ، 2005.

12-عماد الدين حماد عبد الله المحلاوي ،الجينات الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، مكتبة حسن العصرية ، لبنان ، 2014.

13-محمد بن عيسى البخاري، صحيح البخاري ،مكتبة الثقافية الدينية مصر ، 2007

14-حسن صلاح الصغير عبد الله ، مدى مشروعية الالتزام بالفحص الطبي قبل الزواج – دراسة مقارنة –دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2007

15-فهد عبد الله ، الوجيز في أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها ، ب.ج.جامعة فيمان – صنعاء ، بدون طبعة. الصفحة14..

16-صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة و أثرها علي استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، ط01 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، فلسطين،2012

17-محمد سعيد جعفور ، مدخل إلى العلوم القانونية ، الوجيز في نظرية الحق ، دار هومة ، الجزائر ، 2004

18-طاهري حسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ن طبعة 01، دار الخلدونية ، 2009

19-عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل الجديد ، دار هومة، الجزائر، 2007.

20-عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 1996.

21-علي محي الدين القرة داغي و علي يوسف المحمدي ، القضايا الطبية المعاصرة ، الطبعة الثانية ، دار البشائر، لبنان ، 2006.

22- محمد صبري السعدي، شرح قانون المدني الجزائري، ج01، ط02، دار الهدى، الجزائر، 2004

23- شريف أحمد الطباخ، جرائم الخطأ الطبي و التعويض عنها في الفقه و القضاء، دار الفكر و القانون، مصر 2011.

24-طاهري حسين، الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة (دراسة مقارنة الجزائر-فرنسا)، دار هومة ، الجزائر، 2002.

25-عشوش كريم، العقد الطبي ، دار هومة ، الجزائر ،2007.

26-تشوار الجيلالي ، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ن الجزائر ، ط01، سنة 2001.

27-صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة و أثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2012، فلسطين.

28-شوقي إبراهيم عبد الكريم علام ،التفريق القضائي بين الزوجين للعلل أو العيوب عند الفقهاء، الطبعة الأولى ، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية ، 2010.

29-منى سعودي، الوسيط في أحكام دعاوى التطليق، آل طلال للنشر والتوزيع، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2015.

30-جابر عبد الهادي سالم - د. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، مطابع السعدني، الإسكندرية، 2009.

الرسائل الجامعية

1-نوال محمد الشاكر، التفريق بين الزوجين للعيوب ، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية و بعض القوانين العربية، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ،قسم الشريعة الاسلامية، جامعة الإسكندرية، مصر ، سنة2001.

2-مسعود هلالي ،التجديد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري ، رسالة دكتوراه في العلوم الشريعة و القانون ، كلية الشريعة و الاقتصاد ،جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة ،2014.

3-سارة لشطر ، الفحوصات الطبية قبل الزواج و آثارها –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي- رسالة ماجستير في الشريعة و القانون ، كلية أصول الدين و الشريعة، جامعة الامير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة ،2014،

4-نجاة ناصر ، ظاهرة زواج الأقارب و علاقته بالأمراض الراثية، مذكرة ماجستير في أنثروبولوجيا الصحة، كلية العلوم الإنسانية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2012.

5-علاق عبد القادر، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج –دراسة مقارنة –، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات درجات دكتوراه في القانون ، جامعة أبو بكر بلقايد، تخصص قانون الخاص، تلمسان ، الجزائر،2013/2012.

المقالات العلمية

1 - عبد الحميد القضاة ،رسالة إلى الشباب الفحص الطبي قبل الزواج ضرورة أم ترف؟، المكتبة الوطنية، جمعية العفاف الخيرية ، عمان ،2003.

2-عبد لباقي بدوي ، التفريق القضائي بين الزوجين بسب الأمراض الجنسية في الشريعة و بعض القوانين الأحوال الشخصية العربية، مجلة الإحياء ، العدد الاول ، المجلد 18، جوان 2017.

3-عبد الباقي بدوي ، التفريق القضائي بسب العقم في الشريعة و قوانين الأحوال الشخصية ، مجلة الحضارة الاسلامية ، العدد 2، المجلد 17، جوان 2016.

4- عدلان مطروح، التفريق للعيوب بين الزوجين و أثره على الصداق-دراسة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، مجلة الشريعة والإقتصاد، العدد 04، المجلد 02 ، 2013.

5-حمليل صالح، المسؤولية الجزائية الطبية ، دراسة مقارنة، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، كلية الحقوق ، جامعة ملود معمري ، الجزائر ، 23-2008/01/24.

6-شيماء المليجي، الفحص الطبي قبل الزواج، مجلة زمن الاسرة ، العدد 376، مصر، دون سنة نشر.

7-علي محي الدين داغي، الفحص الطبي من منظور الفقه الإسلامي ، دراسة علمية فقهية ، الدوحة ، قطر ، عن الموقع الالكتروني:.www.e-cfr.org ، مجلة المجس الأوروبي للإفتاء، ع 07، 2004.

8-تشوار الجيلالي ، قانون الاسرة الجزائري ، جامعة تلمسان ، منتدى الجلفة 2015/03/10.

9-مصلح عبد الحي النجار ، الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي ، مجلة الجامعة الملك سعود ، قسم العلوم التربوية و الدراسات الإسلاميات ، السعودية 1425.

10- ياسين محمد غادي ، شروط الفحص الطبي من منظور شرعي ، مجلة جامعة دمشق ، الجلد 17 ، العدد الاول ، سوريا ، 2001،

11-عبد الناصر موسى أبو البصل ، الضوابط الشرعية للفحص الطبي قبل الزواج ، مجلة جامعة الشارقة ، الإمارات العربية المتحدة، دون سنة النشر.

الفهرس

مقدمة----------1

الفصل الأول: الحماية من الأمراض قبل الزواج---------- 5

المبحث الأول: ماهية الفحص الطبي قبل الزواج.----------5

المطلب الأول:مفهوم الفحص الطبي قبل الزواج.----------5

الفرع الأول: تعريف الفحص الطبي قبل الزواج.----------5

الفرع الثاني : مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج----------9

المطلب الثاني:حيثيات الفحص الطبي قبل الزواج----------15

الفرع الأول: شروط الفحص الطبي قبل الزواج----------16

الفرع الثاني : الأمراض محل الفحص الطبي قبل الزواج ----------22

المبحث الثاني:آثار الفحص الطبي قبل الزواج----------29

المطلب الأول : آثار الفحص الطبي قبل الزواج وآثار عدم إجراءه ----------29

الفرع الأول: العدول عن الخطبة لوجود العيب ----------29

الفرع الثاني: آثار عدم إجراء الفحص على الطبي صحة عقد الزواج ----------34

المطلب الثاني : أثار الإخلال بقواعد الفحص الطبي قبل الزواج ----------36

الفرع الأول: آثار الإخلال بقواعد الفحص الطبي بالنسبة للطبيب الفاحص --------37

الفرع الثاني : آثار بقواعد الفحص الطبي بالنسبة للموظف المؤهل قانونا بتسجيل العقد-42

الفصل الثاني: التفريق بين الزوجين بسب العيوب ----------44
المبحث الأول: موقف الشريعة الإسلامية من التفريق للعيب----------45
المطلب الأول: مشروعية التفريق بين الزوجين----------45
الفر ع الأول : تعريف العيب----------45
الفرع الثاني: من يثبت له حق التفريق بالعيب ----------47
الفرع الثالث: العيوب التي تجيز التفريق عند الفقهاء----------48
المطلب الثاني: الشروط اللازمة للتفريق بالعيوب----------54
الفرع الأول: الشروط المتعلقة بطالب التفريق ----------54
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالعيب نفسه----------56
الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالمعيوب و وقت حدوث العيب ----------59
المبحث الثاني: موقف القانون الجزائري و بعض القوانين العربية من التفريق للعيب--- -62
المطلب الأول :موقف المشرع الجزائري من التفريق بسبب العيوب ----------62
الفرع الأول :صاحب الحق في اختيار المفارقة----------63
الفرع الثاني: شرط العيب المبرر للتطليق في القانون الجزائري----------64
الفرع الثالث :اشتراط السلامة من العيوب----------66
الفرع الرابع :التفريق للعيب فسخ أم طلاق----------67
المطلب الثاني :بعض مواقف قوانين الأحوال العربية الشخصية من التفريق --------68
الفرع الأول: موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني ----------68

الفرع الثاني : موقف قانون الأحوال الشخصية المصري----------71

الفرع الثالث: موقف قانون الأحوال الشخصية الإماراتي----------72

الفرع الرابع :موقف مدونة الأسرة المغربية المغربي----------74

الخاتمة ----------77

المراجع ----------79