

اشتراط الشهادة الطبية وأثرها في عقد الزواج على ضوء قانون الأسرة الجزائري

The requirement of medical certificate and its impact on the marriage contract in the light of Algerian family law

تاريخ الارسال: 2019/04/21 تاريخ القبول 2019/05/25 تاريخ النشر 2019/06/11

ميدون مفيدة طالبة دكتوراه

- جامعة محمد خيضر بسكرة-

mmidoune2021@gmail.com

معمري إيمان طالبة دكتوراه

- جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي-

imane.m1990@gmail.com

الملخص:

إن إجراء الشهادة الطبية قبل الزواج من الموضوعات الفقهية والقانونية المعاصرة ذات الأثر البالغ في حياة الإنسان ومستقبل الأجيال القادمة، خاصة أنها تطرح جملة من الإشكالات رغم أن القانون يؤكد على ضرورة القيام بها من طرف الزوجين لإتمام عقد الزواج، وإقرار مثل هذا الإجراء جاء من منطلق الحفاظ على الصحة العمومية ووضع حد للتدليس المحتمل الوقوع عبر اكتشاف أمراض يمكن أن يعاني منها أحد الطرفين أو كلاهما أو وجود عيب من العيوب الذي يسعى أحد الطرفين لإخفائه، لأن الكثير من الأمراض الوراثية باتت تنتشر في المجتمع جراء ذلك، مع النقص الواضح في وعي أفراد المجتمع في التعامل والالتزام بالشهادة الطبية، ومنه جاءت هذه الدراسة لتبيان أهمية ومركز الشهادة الطبية في عقد الزواج.

الكلمات المفتاحية: الشهادة الطبية؛ الفحص الطبي؛ عقد الزواج؛ العيوب.

Abstract:

Having a pre-marital medical certificate is one of the jurisprudential and legal contemporary subjects that have a tremendous impact on the human life and the future of the next generations. Particularly because it bears a set of problems, although the law affirms that is necessary for both groom and bride to do it in order to accomplish the marriage contract. The statement of such procedure came from a standpoint to protect the public health and put an end to the possibly happening fraudulent, through diagnosing the illnesses that one or both of them may possibly have, or the existence of a flaw that one of them is seeking to hide, because many genetic diseases are spreading all over the society as a result of that and with the

evident lack of conciousness in society members in dealing and adhearing to the medical certificate in the marriage contract.

Keywords: Medical certificate, Medical Examination, Marriage contract, Defects.

المقدمة:

إن الإسلام قد أحاط الحياة الزوجية بسياج عظيم من حيث تكوينها وحمايتها، ومن مظاهر هذه العناية أنه أحاطه بسياج من الإجراءات الضرورية، واهتم بأدق التفاصيل في اختيار الزوجة كالنظر إلى المخطوبة وغير ذلك، لأن مقصد الشارع هو إعداد أجيال سليمة خالية من الأمراض والمشاكل الصحية، كون الأسرة هي المنبع الذي تتحدد منه ملامح الشخص وصفاته، ومنه جاء التنصيص على الشهادة الطبية كشرط لإبرام عقد الزواج باعتباره من الدعائم الأساسية لتحقيق السعادة الزوجية.

فظهور بعض الأوبئة والأمراض المعدية أو الوراثية التي أصبحت تشكل خطرا على الزواج، أو تتعارض مع أحد أهدافه جعلت المشرع الجزائري يسعى جامدا للاستفادة من التطور العلمي الهائل الذي مس جميع المجالات بما فيها المجال الطبي، وخاصة علم الوراثة وهندسة الجينات، التي يمكن بواسطتها الكشف المبكر عن الأمراض المعدية، ومعرفة الأشخاص الحاملين لجينات الأمراض الوراثية، وخاصة المقبلين على الزواج، من أجل إمكانية تجنب انتقال هذه الأمراض سواء إلى الطرف الآخر الذي يراد الارتباط به، أو إلى الأطفال الذين سينتجون عن هذه العلاقة المقدسة، وبالتالي حماية النسل من التشوهات الخلقية والإعاقات العقلية والجسدية، وهذا ما جعل المشرع يشترط على المقبلين على الزواج تقديم شهادة طبية تثبت خلوهما من أي مرض قد يشكل خطرا يتعارض مع هذا الزواج كوثيقة أساسية تضاف إلى ملف العقد المدني في الزواج، باعتبارها من أهم الطرق الوقائية للكثير من الأمراض الوراثية والجنسية المعدية، وبهذا تكون الشهادة الطبية سببا من أسباب استقرار الأسر وحماية النسل.

وتبرز أهمية الموضوع في كونه يحمل في طياته العديد من الأهداف المتنوعة من بينها حفظ النفس والنسل التي تعتبر من الكليات الخمس التي حث الشارع على الحفاظ عليها، حيث يجنب العديد من الأمراض التي أصبحت سريعة الانتشار في مجتمعنا، كذلك نقص الثقافة القانونية لدى الأفراد حول أهمية الشهادة الطبية قبل الزواج لهذا فإن دراسة هذا الموضوع تسعى للتقليل من هذه المشاكل.

وقد اعتمدنا في دراسة هذا الموضوع على المنهج التحليلي الذي يتجلى في تحليل المواد القانونية الواردة في المرسوم التنفيذي رقم 154/06، وكذا المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري وفي نفس الوقت اعتمدنا على المنهج المقارن وذلك حتى يتسنى لنا وضع الأحكام المتعلقة بالشهادة الطبية قبل الزواج في إطارها التشريعي مقارنة بأحكام الشريعة القانونية فيما يخص الموضوع، محاولين بذلك الكشف عن أوجه التشابه والاختلاف، وأنهيينا البحث بخاتمة تضم أهم النتائج المتوصل إليها والتي من خلالها قدمنا بعض الاقتراحات، وعلى هذا الأساس توصلنا إلى طرح الإشكالية

التالية: إلى أي مدى يمكن اعتبار الشهادة الطبية كشرط من أجل إبرام عقد الزواج في القانون الجزائري؟

وعليه سنتولى دراسة هذا الموضوع وإثارة إشكالاته القانونية والتطبيقية من خلال بحثين نتناول في الأول منهما: ماهية الشهادة الطبية والإطار القانوني المنظم لها، وفي الثاني: الآثار الناتجة عن القيام بالشهادة الطبية قبل الزواج. المبحث الأول: ماهية الشهادة الطبية والإطار القانوني المنظم لها.

لتحديد ماهية الشهادة الطبية المقررة لفائدة الأشخاص المقبلين على الزواج، وجب علينا الوقوف عند معناها، بالإضافة إلى التعرض لأهمية هذه الشهادة الطبية في الكشف عن الأمراض التي من شأنها أن تحول دون تحقيق هذا الزواج.

المطلب الأول: النظام القانوني للشهادة الطبية قبل الزواج.

لم يرد في قانون الأسرة الجزائري نص خاص بالحالة الصحية للزوجين، وبالرجوع لنص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة فإن توفر المقبلين للزواج على صحة جيدة لا يعتبر شرطا من شروط صحة الزواج، غير أنه وبمقتضى نص المادة 7 مكرر من قانون الأسرة أصبح الإدلاء بالشهادة الطبية قبل الزواج إلزاميا بالنسبة لكل من أراد أن يتزوج، ومن هنا نتساءل عن المقصود بالشهادة الطبية؟

الفرع الأول: التعريف بالشهادة الطبية قبل الزواج.

الفحص الطبي قبل الزواج هو عبارة عن فحص المقبلين على الزواج قبل إبرام العقد للكشف عن احتمالية حملها لأمراض وراثية أو معدية أو مضرّة يترتب عليها الأمراض. عدم استقرار الحياة الزوجية وتقديم الاستشارة المناسبة لحالتها عن طريق ما يعرف بالشهادة الطبية¹، فقد نصت المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها على ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج"، بمعنى أن المشرع اشترط لإبرام عقد الزواج شهادة طبية توضح الحالة الصحية لكل من الزوجين، وذلك من باب اتخاذ الاحتياطات الطبية اللازمة أو الوقائية ولتجنب الأمراض التي قد تؤثر مستقبلا على صحة الزوجين.

وقد أحسن المشرع الجزائري صنعا بإلزام المقبلين على الزواج بهذا الفحص الطبي كإجراء وقائي قبل الزواج دفعا للأضرار المادية والمعنوية الناتجة عن التفريق بعد الزواج، فإنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، وقد علل ابن رشد من المالكية رد النكاح بالعيوب والأمراض خوفا من سريانها على الأبناء².

إلا أن المشرع الجزائري لم يدرج الشهادة الطبية ضمن الوثائق والبيانات الضرورية لإبرام عقد الزواج المنصوص عليها في نصوص المواد 74-75-76 من قانون الحالة المدنية³.

هذا ولم يتطرق قانون الأسرة لصحة الزوجين كشرط من شروط عقد الزواج (المادة 4، 9، 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري)، فلا يعتبر مرض أحدهما عيبا في إبرام هذا العقد⁴، كما أن عقد زواج المريض مرض الموت صحيح قانونا إلا أنه يعد من الأنكحة الفاسدة التي لا ميراث فيها⁵، وعلى هذا الأساس فإن المادة 7 مكرر من قانون الأسرة هي

¹ موسى مرمون، الفحص الطبي قبل الزواج مستجدات قانون الأسرة 11/84 لسنة 1984 بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم له، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة1، الجزائر، مجلد ب، العدد 41، جوان 2014، ص 484.

² أبي الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي (520- 595 هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت- لبنان، دار المعرفة، الطبعة 6، الجزء 2، 1982 م - 1402 هـ، ص 51.

³ الأمر رقم 20/70 مؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بقانون الحالة المدنية الجزائري.

⁴ قرار رقم 88856 صادر في 1993/02/23، المجلة القضائية، 1996، عدد 2، ص 69، عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، الطبعة 1، الجزء 2، 2013، ص 835.

⁵ تنص المادة 131 من القانون 11/84 لسنة 1984 بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم له المتضمن قانون الأسرة الجزائري على أنه: "إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين".

إجراء وقائي قبل الزواج من باب السياسة الشرعية، لا يؤثر في صحة العقد فالعقد صحيح قانونا إذا تكاملت فيه شرط الانعقاد الأخرى⁶، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا من أن صحة الزوجين لا تعتبر شرطا من شروط صحة الزواج، غير أنه يمكن أن يؤخذ بعين الاعتبار هذا الشرط عندما تكون الحالة الصحية وخاصة الجنسية لأحد الأطراف قد أثرت بشكل مباشر على رضا الطرف الآخر، كما هو الشأن عند عقم الزواج، أو عند العجز الجنسي⁷. ومنه فالعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، كالأضرار المعدية والعيوب الجنسية التي تمنع الدخول، تجيز لكلا الزوجين طلب فسخ الزواج أو الطلاق أو التطليق وهذا سواء كان العيب قبل العقد أو بعده متى تأكد القاضي من وجوده ومدى تأثيره على الحياة الزوجية، ويجوز له الاستعانة بالخبرة الطبية.

الفرع الثاني: أهمية الشهادة الطبية قبل الزواج في الكشف عن بعض الأمراض والعيوب المؤثرة في العلاقة الزوجية.

الشهادة الطبية التي يجريها الخاطبين قبل الزواج تهتم بالبحث عن مجموعة الأمراض التي يمكن تجنب وقوعها قبل الدخول في مراحل الزواج، وذلك حرصا على صحة وسلامة النسل من الأمراض والتشوهات والعيوب الخلقية، ويمكن تقسيم الأمراض التي يشملها الفحص الطبي قبل الزواج إلى أمراض وراثية، وأمراض معدية.

أولا: الأمراض الوراثية التي يمكن تجنبها عند القيام بالشهادة الطبية.

تعرف الأمراض الوراثية بأنها مجموعة غير متجانسة من الأمراض المزمنة ذات الأعراض الصحية المستعصية على العلاج الناجح، ويتم توارثها من الوالدين إلى الأبناء عن طريق تناسل المادة الوراثية، ويقسم الأطباء أسباب العيوب الخلقية والأمراض الوراثية إلى ثلاثة أقسام رئيسية: الأمراض الناتجة عن خلل في الجينات، والأمراض المتعلقة بالكروموسومات، والأمراض المتعددة الأسباب⁸.

1. الأمراض الناتجة عن خلل في الجينات: تتضمن الأمراض التي تنتقل بصفة سائدة والأمراض التي تنتقل بصفة متنحية، مثل مرض فقر الدم المنجلي، الثلاسيميا والودانة.
2. الأمراض المتعلقة بالكروموسومات: هذه الأمراض في العادة ليس لها علاقة بالقرابة بين الزوجين، وهي تنتج عن خلل في تركيب الكروموسومات، وذلك عن زيادة أو نقص في عددها، ومن أشهر هذه الأمراض: مرض متلازمة داون ومرض متلازمة كليفنتر.
3. الأمراض المتعددة الأسباب: هي الأمراض التي تتفاعل فيها عوامل البيئة مع عوامل الوراثة، فتؤدي إلى تشوهات خلقية بسيطة أو شديدة، وتعمل بصورة خاصة على إحداث تغييرات تركيبية في الكروموسومات مما يؤدي إلى حدوث طفرة في الأب أو الأم، وذلك يؤدي بدوره إلى أن يكون هناك خلل في الحيوان المنوي أو البويضة فيكون الناتج ذرية مصابة بتشوهات خلقية أو مرض وراثي، وفي بعض الأحيان يكون الجيل الأول سليما ولكنه يحمل المرض

⁶ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (أحكام الزواج)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة، الجزء الأول، 2010، ص 127.

⁷ قرار رقم 87301 صادر في 1992/12/22، المجلة القضائية، 1995، عدد 2، ص 92، عن جمال سايس، مرجع سابق، ص 808.

⁸ عبد الفتاح أحمد أبوكيلة، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به، مصر، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2008، ص 81.

الوراثي ولا يظهر المرض إلا في الجيل الثاني، وتعتبر العوامل المتعددة في الوراثة مسؤولة عن معظم حالات التشوهات الخلقية والأمراض الوراثية⁹، كمرض الشوكة المشقوقة.

ثانيا: الأمراض المعدية التي يمكن تجنبها عند القيام بالشهادة الطبية .

المقصود بها الأمراض التي تنتقل من مريض إلى آخر بأحد طرق العدوى العديدة، وهي إما بواسطة التنفس، أو عن طريق الاتصال الجنسي، أو عن طريق الملامسة¹⁰، وتنقسم هذه الأمراض حسب الأهمية لقسمين:

- أمراض الرئيسية: مثل مرض الايدز، الزهري، مرض التهاب الكبد الوبائي ومرض الحصبة الألمانية (الحميراء).

- أمراض الغير رئيسية: كمرض المكورات النجمية، مرض المبيضات.

المطلب الثاني: الأحكام الموضوعية للقيام بالشهادة الطبية قبل الزواج.

لم يتضمن قانون الأسرة الجزائري نص خاص بالحالة الصحية للزوجين، كما أن توفر المتزوجين على صحة جيدة لا يعتبر شرطا من شروط صحة الزواج وفقا لمضمون المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، غير أنه في إطار تحديث المنظومة التشريعية الجزائرية، أصدر المشرع الجزائري أحكام جديدة لم تكن موجودة في قانون الأسرة قبل تعديله؛ وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى تنظيم وتداعيات القيام بالشهادة الطبية قبل الزواج.

الفرع الأول: تنظيم الشهادة الطبية قبل الزواج.

نص المشرع الجزائري في المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على إلزامية الإدلاء بالشهادة الطبية لكل مترشح للزواج، لا يزيد تاريخها عن (03) أشهر، تثبت خضوعه للفحوصات الطبية قصد الزواج، وأنه لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها قانونا، ومن ثم يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد، من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما، وبالأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤثر بذلك على عقد الزواج.

هذا ولا يمكن للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية إلا بعد اطلاعه على نتائج التحليلات والفحوص التي قام بها المعني بالأمر، والمتمثلة في فحص عيادي شامل، وتحليل فصيلة الدم (ABC+ Rhésus)، وزيادة على ذلك يمكن أن يقترح على المعني بإجراء فحوصات إضافية للكشف على الأمراض الوراثية والعائلية، والأمراض المعدية أو الخطرة التي يمكن أن تنتقل إلى الزوج أو الذرية، وإخضاع النساء اللواتي لازلن في سن الإنجاب للفحوص الخاصة بالحميراء (Rubéole)، وكذلك لفحص فصيلة الدم (Groupe sanguin)، فإن عدم وجود المناعة ضد الحصبة الألمانية المعروفة بالحميراء لدى المرأة قد يعرض الجنين للتشوهات الخلقية، إذا أصيبت الأم بهذه الحصبة أثناء الحمل.

وكذلك ينص القانون، على أن يقوم الطبيب بإبلاغ المعني بالأمر بملاحظاته عن نتائج الفحص الطبي، وإعلامه بالأمراض الوراثية والمعدية ومخاطر العدوى منها، وهكذا يكون المعني على علم بما أصابه وبما سيصيب قريته أو ذريته، وبالتالي يقرر إما العدول عن مشروعه في الزواج، أو أن يتزوج رغم إصابته بأمراض معدية أو خطيرة،

⁹ محمد علي البار، العدوى بين الطب وحديث المصطفى صل الله عليه وسلم، جدة، دار السعودية، الطبعة الرابعة، 1981، ص 306.

¹⁰ محمد علي البار، مرجع سابق، ص 24.

ويتحمل عندئذ المسؤولية الكاملة ومن ثم فإنه لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين¹¹.

بالإضافة إلى المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 11 ماي 2006¹² الذي نظم الشهادة الطبية في سبع مواد فقط تضمنت على شروط الشهادة الطبية وهي كالتالي:

- 1- أن لا تتجاوز مدة الشهادة الطبية ثلاثة أشهر من يوم إجراء الفحص، فبمفهوم المخالفة إذا كانت الشهادة أقل من ثلاثة أشهر يرفض ضابط الحالة المدنية أو الموثق إبرام عقد الزواج .
- 2- يجب أن يقوم الطبيب إجباريا بفحص عيادي شامل، و المقصود به الفحص الخارجي دون إجراء تحاليل أو أمور أخرى، وأن يقوم الطبيب بالتعرف على فصيلة دم المقبل على الزواج سواء كانت (A-B-O).
- 3- يمكن للطبيب بصفة اختيارية وليس إجبارية، أن يقوم بإجراء فحوصات أخرى للكشف عن الأمراض التي قد تشكل خطر الانتقال إلى الزوج أو الذرية وإخطاره بمخاطر العدوى منها، بالإضافة إلى السوابق الوراثية والعائلية التي يتم الكشف عنها من أجل معرفة بعض العيوب أو قابلية الإصابة ببعض الأمراض.
- 4- بعد التحصل على النتائج من واجب الطبيب أن يعلم المعني بالفحص بنتائج هذه الفحوصات، والمتمثلة في الفحص العيادي الشامل وفصيلة الدم فقط .
- 5- بعد الحصول على الشهادة الطبية يقوم ضابط الحالة المدنية و الموثق بالاستماع إليهما، والتأكد من علمهما بنتائج الفحص وبالأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر ذلك في عقد الزواج.
- 6- لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام العقد لأسباب طبية إذا الطرفين وافقا على الزواج رغم المرض.

لكن في حالة عدم تقديم الشهادة الطبية من طرف المقبلين على الزواج، فجزاء هؤلاء يتمثل في امتناع الموثق أو ضابط الحالة المدنية من تحرير العقد ويحيط الزوجين علما بأنه لا يجوز له تحرير عقد الزواج مع تخلف أو إغفال شرط اشترطه القانون، وهو شرط تقديم الشهادة الطبية¹³.

يتضح من أحكام القانون الجزائري المنظم للشهادة الطبية قبل الزواج أن دورها وقائي لا غير لحماية الزوجين والأبناء من الأمراض الوراثية والأمراض المعدية التي تحول دون القيام بالواجبات الزوجية، وبالرغم من النص على إلزاميتها (المادة 7 مكرر من قانون الأسرة)، إلا أنها ليست شرطا من شروط انعقاد الزواج (المادة 9 مكرر من قانون الأسرة)، فالزواج المبرم دون الشهادة الطبية لا يعتبر باطلا وإنما يبقى صحيحا، غير أنه يجوز للطرف المتضرر في هذه الحالة أن يعتمد على إخفاء المرض من طرف زوجه لطلب الطلاق للعيوب والأمراض (المادة 48 من قانون الأسرة)، أو

¹¹ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 136-137.

¹² المرسوم التنفيذي رقم 06 / 154 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1927 الموافق ل 11 ماي 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84 / 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 31، الصادر في 14 ماي 2006.

¹³ صورية غربي، دراسة حول المادة 7 مكرر من قانون الأسرة بين الأصل الشرعي وضرورة التعديل، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، خنشلة، العدد الرابع، جوان 2015، ص 279-280.

التطبيق للعيوب أو الأمراض¹⁴؛ كما أنه يجوز له طلب فسخ الزواج بسبب غلط في صفة جوهرية من صفات الشخص وهذا على اعتبار أن القدرة على العلاقات الجنسية هي الصفة أو السبب الرئيسي للتعاقد في عقد الزواج، كما أن إخفاء عيوب وتشوهات وأمراض الأجهزة التناسلية كالعجز الجنسي يخول للزوجة حق التطبيق، ويستجاب لطلبها بدون تأجيل.

وعليه مادام الزواج الذي تم بدون الشهادة الطبية التي تثبت إجراء الفحوصات اللازمة صحيح وليس هناك عقوبة حقيقية تسلط على الأطراف، فالعقوبة في هذه الحالة تسلط على ضابط الحالة المدنية أو الموثق وهي المنصوص عليها في المادة 459 من قانون العقوبات "يعاقب بغرامة من 30 إلى 100 دج، ويجوز أن يعاقب أيضا بالحبس لمدة ثلاثة أيام على الأكثر كل من خالف المراسيم أو القرارات المتخذة قانونا من طرف السلطة الإدارية إذا لم تكن الجرائم الواردة فيها معاقب عليها بنصوص خاصة".

أما بالنسبة للطبيب الذي يصرح في الشهادة الطبية بخلو المريض المقبل على الزواج من مرضه، فإنه يعاقب هو الآخر طبقا للمادة 226 من قانون العقوبات التي تنص على ما يلي: "كل طبيب أو جراح أو طبيب أسنان أو ملاحظ صحي أو قابلة قرر كاذبا بوجود أو بإخفاء وجود مرض أو عاهة أو حمل أو أعطي بيانات كاذبة عن مصدر مرض أو عاهة أو عن سبب الوفاة وذلك أثناء تأدية أعمال وظيفته وبغرض محاباة أحد الأشخاص يعاقب بالحبس لمدة من سنة إلى ثلاث سنوات ما لم يكون الفعل إحدى الجرائم الأشد المنصوص عليها في المواد 126 إلى 134 من قانون العقوبات، ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر"¹⁵.

كما يجب الإشارة بأن هذا الفحص أو الشهادة الطبية التي تحتوي على بيانات الفحص ليست متعلقة بالعدنية كما يعتقد مجتمعنا، وإنما هي للكشف عن الأمراض، لكن ليس هناك مانع لو ضمن الفحوصات تم الكشف عن العدنية، ومن هنا يتبادر لنا السؤال الذي قد يطرح وهو في حالة ما إذا كانت الزوجة غير عذراء والفحوصات الطبية كشفت عن ذلك والطبيب بحكم سرية مهنته لم يفصح عن ذلك، فهل إذا علم الزوج بعد الزواج أن زوجته غير عذراء أو قامت بعملية رتق العدنية، فهل يجوز له مقاضاة الطبيب أم يبقى الطبيب محافظ على السر المهني؟

أما بالنسبة للتنظيم المتعلق بالشهادة الطبية الذي جاء به المشرع هو تنظيم ناقص، ويتمثل النقص فيما يلي:

- أن عدد المواد التي جاء بها المشرع وهي سبع (7) مواد قليلة جدا حتى نعتبره ينظم الشهادة الطبية.
- أن مدة ثلاثة أشهر الخاصة بصلاحيات الشهادة الطبية مدة طويلة جدا، والسبب هو أنه قد يحصل خلال هذه المدة علاقة جنسية غير شرعية قد ينتج عنها أمراض عديدة، لذلك من المستحسن لو أن المشرع ينقص من هذه المدة بحيث لا يزيد تاريخها عن أسبوع أو أسبوعين .

¹⁴ تنص المادة 2/53 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق للأسباب الآتية: ... العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ..."، لكن المشرع الجزائري لم يعرف العيب ولا نوعه، بل أورده بصفة مطلقة وأحسن ما فعل المشرع، لأن العيوب التي لا تحقق الأهداف التي شرع من أجلها الزواج كثيرة مما يصعب حصرها؛ يراجع: منصور نور، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، الجزائر، دار الهدى، ص 48-49.

¹⁵ القانون رقم 23/06 مؤرخ في 29 ذي القعدة 1427 الموافق لـ 20 ديسمبر 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 84، الصادرة في 24 ديسمبر 2006.

- يعاب على المشرع أنه جعل التحليل للكشف عن الأمراض المعدية و الوراثة خاضع للسلطة التقديرية للطبيب لأنه قال "يمكن" طبقا للمادة 4 من المرسوم التنفيذي السابق، وبالتالي قد يكون الشخص مريض بمرض خطير ولا يظهر عليه كمرض السيدا الذي تكون مدة حضانه المرض من شهرين إلى 10 سنوات ولا يقول للطبيب وقد لا يطلب منه ذلك، بل أكثر من ذلك حتى لو طلب منه الطبيب لا يمكن إجباره على ذلك .

- الشهادة قد خلت من بند أو نص قانوني يتضمن رأي الطبيب في إمكانية زوال الأمراض المكتشفة في الخاطب عن طريق العلاج الطبي، ومدى تأثيرها في الطرف الآخر أو في الذرية وهذا أمر مهم، لأن هناك بعض الأمراض كالتهاب الكبد يمكن الزواج به ولا تنتقل للطرف الآخر لكن بشرط أن يقوم الزوج السليم بالتلقيح ضد استقبال هذا المرض لمدة ثلاثة أشهر حتى أربعة أشهر، وبعد ذلك يمكن له الزواج بصفة عادية .

لذا يجب إضافة مادة قانونية جديدة، يكون نصها كالتالي: " تتضمن الشهادة الطبية التي يحررها الطبيب المعني بفحص الخاطبين بيانا وافيا عن الأمراض الخطيرة المكتشفة، ومدى انتقالها بالعدوى إلى الطرف السليم، وتأثيرها في النسل وقابليتها للعلاج الطبي من عدمه وكذلك اقتراح الطبيب المدة المناسبة للعلاج".

كما نلاحظ أن المشرع في المادة 2/7 من المرسوم التنفيذي، قد جاء بشرط خطير وهو أنه لا يمكن لضابط الحالة المدنية أو الموثق أن يمنع الخاطبين من إبرام الزواج إذا كانا عالمين بالمرض و موافقين عليه، لذلك من المستحسن من المشرع أن يلغي هذه الفقرة ويقوم بإعطاء الموثق أو ضابط الحالة المدنية سلطة في تأجيل موعد إبرام عقد الزواج، التي ثبت من خلال الفحص أن أحد طالبيه أو كلاهما مصاب بمرض خطير قابل للانتقال إلى السليم ويشكل خطرا على الذرية، ولورضي كلاهما بإبرامه ويكون التأجيل لفترة مناسبة للعلاج .

وعليه نقترح أن تكون الفقرة الثانية كالتالي: "ولا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنين، غير أنه يجوز تأجيل إبرام العقد إذا ثبت له أن المرض فتاك وقابل للانتقال يقينا إلى الطرف السليم، ويشكل خطرا مؤكدا على الذرية، ويكون التأجيل لفترة مؤقتة بمناسبة العلاج ولو أراد إبرام العقد في الحال"¹⁶.

فالمشرع التونسي قد منح الحق إلى هذا الطبيب بأن يرفض تسليم الشهادة الطبية ما قبل الزواج، إذا ثبت له أن هذا الزواج غير مرغوب فيه ولا يفي الغرض منه لأسباب مرضية، أو أن يؤجل تسليم الشهادة الطبية إلى أن يزول خطر العدوى من المريض، أو تصير حالته الصحية غير مضررة للطرف الآخر ولذريته.

وبالتالي كان على المشرع الجزائري أن يحذو حذو ما ذهب إليه المشرع التونسي في هذه المسألة الجوهرية، وبذلك نجد الحل والإجابة على كل التساؤلات المطروحة سابقا وتتحقق الغاية التي توخاها المشرع الجزائري من نص المادة السابعة مكرر من قانون الأسرة¹⁷.

لكن في حالة ما إذا كان كلا الطرفين مريضا بنفس المرض المعدي كمرض فقدان المناعة المكتسبة (السيدا) الذي لا شفاء منه، هل يجوز لهما الزواج و هل لضابط الحالة المدنية الحق في تزويجهما أم لا؟.

في الحقيقة هناك تعليمة من وزارة الشؤون الدينية بتاريخ 2003/12/14 تجيز للمرضى بالسيدا الزواج لكن بشرط أن يكون الخاطب والمخطوبة كلاهما مرضى بنفس المرض، وأن يتعهدا بعدم إنجاب أطفال حتى لا ينتشر المرض وذلك

¹⁶ بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعتمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2013/2014، ص 63-65.

¹⁷ موسى مرمون، مرجع سابق، ص 493.

باستعمال الواقيات، لكن نظرا للتطور الهائل للعلم ظهرت مضادات الآن تستعمل في الدول المتقدمة، تجعل مرض فقدان المناعة المكتسبة لا ينتقل إلى الطرف السليم حتى ولو مارس معه العلاقة الجنسية بل ولا ينتقل إلى الأولاد .
- كما يعاب على المشرع أنه لم يحدد لنا الأمراض المعدية أو الوراثية التي يستحيل معها الزواج، حتى يكون ضابط الحالة المدنية على علم، لأن هذا الأخير غير مختص من الناحية الطبية فقد يذكر له في الشهادة الطبية مرض ما لكن بحكم أنه غير مختص، قد لا يعلم بأنه خطير و معدي .

- لم يتكلم المشرع كذلك عن الاضطرابات العصبية، والفحوصات الخاصة بالكشف عن ما إذا كان الفاحص مدمن على المخدرات والمشروبات الكحولية، وغيرها من الأمراض، وهذا ما ذهب إليه المشرع التونسي.

- لم يحدد لنا المشرع الأطباء المؤهلين للقيام بهذا الفحص، والمختصين بتسليم الشهادات الطبية هل هم القطاع العام أم الخاص، و بالتالي الراغبين في الزواج لهم الاختيار في التوجه نحو القطاع العام المتمثل في المستشفى أو التوجه إلى العيادات الخاصة، ويمكن لكل طرف اختيار طبيبه الخاص، مما يفتح مجالاً للتلاعب بنتائج الفحص عن طريق التدليس والمحابة والرشوة ... ، وهذا ما أحسنه المشرع التونسي حيث نص على هذا النوع من الأطباء وهم التابعون إلى وزارات الصحة العمومية، وكذلك المخبر والمستشفيات العمومية¹⁸ .

الفرع الثاني: تداعيات القيام بالشهادة الطبية قبل الزواج.

أولاً: فوائد إجراء الشهادة الطبية قبل الزواج.

لاشك أن للفحص الطبي فوائد كثيرة من أهمها ما يأتي:

1. تعتبر الفحوصات الطبية قبل الزواج من الوسائل الوقائية جدا، في الحد من الأمراض الوراثية الشائعة في المجتمع، التي قد تؤدي لتشوه الأجنة وأمراض الدم المختلفة من باب إعلام الزوجين ضمنا لاستمرار العلاقة الزوجية. وحماية الصحة العامة للمجتمع، مع ترك الأطراف أمام مسؤولياتهم لإتمام الزواج من عدمه¹⁹ .
2. إذا كانت نتائج الفحص الطبي سلبية فإنها تتيح الفرصة لكل من الخاطبين أن يعدل عن الخطبة قبل العقد، إذا كان هناك ما يدعو إلى ذلك، وهذا أفضل وأيسر بكثير من حصول الطلاق أو الفرقة لهذا العيب أو ذلك بعد الدخول.
3. معالجة بعض الأمراض الخفية التي يمكن أن تكتشف بالفحص الطبي قبل الزواج، فيساعد ذلك على إزالة هذه الأمراض وعلاجها في وقت مبكر قبل استفحالها، وقبل حصول الزواج مما يجنب الحياة الزوجية مضار هذه الأمراض وأثارها المدمرة²⁰ .
4. التحقق من قدرة كل من الخاطبين المقبلين على الزواج من قدرته على ممارسة علاقة جنسية سليمة مع الطرف الآخر، وعدم وجود عيوب مرضية تقف أمام هذا الهدف المشروع لكل من الزوجين²¹ .
5. التحقق من وجود أمراض مزمنة قد تؤثر على مواصلة الحياة الزوجية واستقرارها بعد الزواج مثل السرطانات وداء السكري وغيرها.

¹⁸ صورية غربي، مرجع سابق، ص 281-285.

¹⁹ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 131.

²⁰ نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، عمان، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2008، ص 216-217.

²¹ صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج (دراسة شرعية قانونية تطبيقية)، الأردن، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2009، ص

6. التأكد من سلامة الخاطبين من الأمراض الجنسية (التناسلية) السارية والمعدية، وتحديد قابليتها للإنجاب من عدمه، وبالتالي ضمان إنجاب أطفال أصحاء عقليا وجسديا.

7. التقليل من الكوارث التي تحدث هزات مالية وإنسانية للأفراد والأسر والمجتمعات، خاصة عند ارتفاع نسبة المعاقين والمرضى في المجتمع، وتأثيره المالي والإنساني، من كون متطلباتهم أكثر من حاجات الأفراد الآخرين²². وعلى العموم فإن الفحص الطبي قبل الزواج له أهداف صحية واجتماعية وإنسانية، لحماية الصحة العمومية للمجتمع؛ ومن باب الوقاية العامة لا غير، لأن الزواج لا يمكن حصره في الجانب الاجتماعي فقط، بل هو أولا وقبل كل شيء حق يحميه القانون، وعنصر من العناصر الأساسية للحرية الشخصية، فإنه لا يجوز منع المريض من الزواج حتى وإن كان على فراش الموت²³.

فاشترط المشرع الجزائري للشهادة الطبية التي تثبت خضوع طرفي عقد الزواج للفحص الطبي يكون بذلك قد التحق بموكب التشريعات الأجنبية التي سبقته في هذا المجال و خاصة العربية منها بعد أن تأكد من الآثار الايجابية التي يترتبها هذا الشرط على مستوى الأسرة والمجتمع، خاصة بعد تزايد انتشار الأمراض الوراثية والأمراض الجنسية المعدية، إضافة إلى التقدم الهائل في مجال الكشف المبكر عن هذه الأمراض²⁴.

فالفحص الطبي قبل الزواج يعد مطلب صحي تدعوا إليه ضرورة المصلحة العامة، وذلك بالنظر إلى تركيبة المجتمع الجزائري التي لازالت في غالبها عشائرية، وللزواج العائلي أو بين الأقارب مكانة مرموقة²⁵، ولقد ثبت علميا بأن هذا النوع من الزواج يتسبب في وجود العديد من الأمراض و العاهات الوراثية الخطيرة لدى الأبناء، فلا تكاد تذكر الأمراض الوراثية، إلا ونجد من يحذر من زواج الأقارب، ويستشهد على ذلك بالأبحاث و الدراسات العلمية الحديثة التي تبنت علاقة زواج الأقارب بهذا النوع من الأمراض²⁶.

ثانيا: تخلف الالتزام بإجراء الشهادة الطبية قبل الزواج.

يستخلص من خلال استقراء نصي المادتين 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 154/06 أن المشرع الجزائري جعل شرط تقديم الشهادة الطبية إجراء إلزاميا لكلا الطرفين المقبلين على الزواج، من أجل إتمام إبرام عقد قرانهما من طرف الموثق أو ضابط الحالة المدنية، في حين ألقى على عاتق هذين الأخيرين واجب قانوني يتمثل في وجوب التأكد من إجراء الشخصين المقبلين على الزواج للفحوص الطبية المشتركة قانونا، ومن علمهما بنتائج تلك الفحوصات، ثم التأشير بذلك في عقد الزواج بغرض تحديد المسؤوليات.

²² بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 132.

²³ قرار رقم 251656 بتاريخ 23 ماي 2001. المجلة القضائية، 2002، العدد 1، ص 305، عن جمال سايس، مرجع سابق، ص 1172-1173.

²⁴ سارة لشطر، الفحوصات الطبية قبل الزواج وأثارها دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة الإسلامية والقانون، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، الجزائر، 2009/2008، ص 83.

²⁵ موسى مرمون، مرجع سابق، ص 486.

²⁶ صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي (السرطان-الايديز-التهاب الكبد البوابي)، الأردن، دار الثقافة والتوزيع للنشر، 2012، ص 45.

غير أنه إذا تقدم المخطوبان إلى الموثق أو ضابط الحالة المدنية من أجل إبرام زواجهما دون تقديمهما للشهادة الطبية المشترطة قانوناً فإنه يجب على هذا الموثق أو ضابط الحالة المدنية الامتناع عن تحرير هذا العقد، مع ضرورة إعلامهما بأنه لا يجوز له تحرير عقد قرانهما في حالة تخلف شرط إلزامي اشترطه القانون وهو شرط تقديم الشهادة الطبية، أما إذا تجاهل الموثق أو ضابط الحالة المدنية هذا الشرط وقام بتحرير عقد زواج شخصين دون استلامه لهذه الشهادة فإنه يكون بفعله هذا قد خالف القانون، وبالتالي تقوم مسؤوليته الإدارية، إضافة إلى إمكانية متابعتها جزائياً²⁷، في حين يبقى عقد الزواج الذي تم تحريره بالرغم من عدم استلام الموثق أو ضابط الحالة المدنية للشهادة الطبية التي تثبت قيام طرفيه بالفحوصات المحددة بموجب القانون عقداً صحيحاً، بمعنى أن هذا العقد ينعقد صحيحاً متى كان طرفاه خاليان من الأمراض التي قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج، أو متى كانا على علم متبادل بشأن إصابة أحدهما أو كلاهما بهذه الأمراض، أما إذا كان أحد طرفي عقد الزواج الذي تم تحريره دون الالتزام بشرط تقديم الشهادة الطبية أو كلاهما حاملاً لإحدى الأمراض المعدية أو الجينات الناقلة للأمراض الوراثية، فإن هذا العقد يعتبر عقداً قابلاً للإبطال بسبب اختلال ركن الرضا لدى أحد طرفيه الذي وقع ضحية عيب الغلط أو التدليس²⁸.

وبالرجوع إلى القانون المدني في المواد المتعلقة بالمسؤولية في المواد 124 وما يليها، نجد أنه كل من أخل بالمسؤولية وجب عليه التعويض حسب الضرر، وأن عدم التزام الطرفين بإجراء فحص يسقط أحقية كل منهما في طلب التفريق إذا تبين وجود مرض من الأمراض التي ينص الفحص على الكشف بشأنها عند تفاقم المرض، وهذا فيه نوع من التنازل عن الحق الذي خوله لهم المشرع في حالة وجود عيب وذلك حسب المادة 2/7 من المرسوم التنفيذي رقم 154/06 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق المادة 07 مكرر من قانون الأسرة²⁹.

إضافة إلى المسؤولية المترتبة على الزوجين جراء التزوير في الشهادة، أو مسؤولية من دلس منهما وزور، والمسؤولية عن نقل عدوى المرض، بإعطاء الطرف الآخر الحق في طلب التفريق نتيجة التدليس، ويعد التدليس من عيوب الرضا خصوصاً إذا توفر السبب للشخص الذي تعاقد بسبب ما دلس عليه، فيجب إنهاء العقد، ومع غياب النص القانوني في قانون الأسرة الجزائري حول التدليس في العقد، يمكن تطبيق المادة 1/86 من القانون المدني على أنه "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد"؛ إذن من شروط لزوم العقد أن يكون خال من التغيير، وعلى هذا إذا غر الزوج الولي أو موليته التي تزوجها بأنه غير معيب ثم ظهر العكس فحق الفسخ ثابت لمن دلس عليه.

المبحث الثاني: الآثار الناتجة عن القيام بالشهادة الطبية قبل الزواج.

للشهادة الطبية دور في استقرار الأسرة والعلاقات الاجتماعية، وكذا الحد أو بالأحرى التقليل من انتشار الأمراض الوراثية والمعدية، حيث أنه إذا كانت نتائج الفحص الطبي قبل الزواج إيجابية يستكمل الزواج في ظل الطمأنينة والرضا بينهما، وقد يترتب على هذا الفحص آثار عند ظهور عيب من العيوب سواء في فترة الخطبة أو بعد الدخول، كأن يحمل أحد الطرفين أو كلاهما مرضاً يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، ففي فترة الخطبة يستطيع أن

²⁷ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الجزائر، دار هومة، 2009، ص 53.

²⁸ بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2007، ص 118.

²⁹ تنص المادة 7 من المرسوم التنفيذي 154-06 على أنه: " لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافاً لإرادة المعنيين".

يتراجع أحد الطرفين عن إتمام مشروع الزواج، أي يكون للطرف المتضرر الحق في العدول قبل الدخول (الفرع الأول)، وله كذلك بدائل لإتمام زواجه رغم وجود العيوب في الشهادة الطبية (الفرع الثاني).

المطلب الأول: العدول عن الخطبة في حالة ظهور عيب من العيوب في الشهادة الطبية قبل الزواج.

مما سبق فإن المشرع الجزائري لم يعطي أحكاماً للفسخ و العدول في حالة وجود عيب صراحة، ولكن من الرجوع لنصوص المواد في القانون المدني وهو الشريعة العامة لباقي القوانين استطعنا الوصول إلى أنه يحق للطرف السليم حق العدول عن الخطبة وحق الفسخ في حالة التدليس، كما يجوز لأي من الخاطبين العدول عن الخطبة في حال ظهور مرض أو عيب، ولكن في حالة العدول عن الخطبة ينتج آثار والمتمثلة في مصير الهدايا والمهر، وكذلك التعويض عن الضرر في حالة وجوده.

الفرع الأول: أثر العدول عن الخطبة في حالة ظهور عيب من العيوب في الشهادة الطبية قبل الزواج بالنسبة للمهر.

لم يختلف فقهاء الشريعة في هذه المسألة، ففي حالة فسخ الخطبة وكان الخاطب قد قدم مهرا لخطيبته، فله أن يسترده سواء كان قائما أو هالكا أو مستهلك، وفي حالة الاستهلاك أو الهلاك يرجع بقيمته إذا كان قيما، وبمثله إذا كان مثليا أي كان سبب العدول سواء كان من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة، لأن المهر من آثار عقد الزواج الصحيح وحق من حقوق الزوجة المدخول بها، أما إذا حدث خلاف بين الخاطبين في كون المرسل هدية أو مهرا، فقالت المخطوبة هدية، وقال الخاطب مهرا فالقول للخاطب لأنه المالك والعارف بجهة التملك³⁰.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنجد أنه لم يتعرض لمسألة المهر بعد العدول عن الخطبة لا صراحة ولا ضمنا، إنما تعرض إلى حالة استحقاق الزوجة لكل المهر أو نصفه من خلال نص المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"، انطلاقا من هذه المادة يتضح أنه لا تستحق المخطوبة المهر إذا لم يتم العقد عليها، فإذا تم العدول عن الخطبة فإن المهر يرجع إلى صاحبه ولا تستحق المخطوبة منه شيئا.

إلا أن المشرع الجزائري اعتبر الخطبة وعد بالزواج ويجوز للخاطبين العدول عنها³¹، غير أنه إذا قبضت المخطوبة المهر أثناء فترة الخطوبة وتم العدول عنها سواء من طرفها أو من طرف الخاطب فإنها ملزمة برده للخاطب، وفي حالة الهلاك أو الاستهلاك، فإن المهر يرد بقيمته إن كان قيما أو بمثله إن كان مثليا أي كان سبب العدول، وذلك تطبيقا لمبدأ عدم الإثراء بلا سبب مشروع³².

الفرع الثاني: أثر العدول عن الخطبة في حالة ظهور عيب من العيوب في الشهادة الطبية قبل الزواج بالنسبة للهدايا.

جرت العادة في فترة الخطبة، أن يقدم أحد الخاطبين للآخر أو كلاهما هدايا توددا ومحبة له، غير أنه لظروف ما كظهور مرض في أحد الأطراف؛ الذي يشكل عائق في استمرار هذه العلاقة تنتهي الخطبة بالفسخ، فاختلف الفقهاء حول استرداد الهدايا المقدمة في هذه الحالة وتعددت أقوالهم، على النحو التالي:

³⁰ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، مرجع سابق، ص 177.

³¹ المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري نصت على: "الخطبة وعد بالزواج. يجوز للطرفين العدول عن الخطبة....".

³² طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2009، ص 13.

1- ذهب الحنفية للقول بأن الهدايا تأخذ حكم الهبة، ويجب ردها لأن الهبة يجوز الرجوع فيها، وعلى هذا الأساس إذا كانت الهدية قائمة في ملك المهدي بعينها ولم يتصرف فيها، فله الرجوع عنها واستردادها، وأما إذا كانت هالكة أو تم التصرف فيها، فيتم استرداد مثلها أو قيمتها³³.

2- وذهب 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 أو المهدي له.

ب- القول الثاني: ذهب إلى الأخذ بنية وقصد المهدي، فإن كان المهدي يقصد بهديته الزواج فله حق استردادها، أما إذا كان قصده من الهدية غي غرض الزواج فليس له الحق في استردادها³⁴.

3- وذهب المالكية كذلك إلى قولين:

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

ب- القول الثاني: إذا كان العدول من جانب المهدي فليس له الحق في استردادها ولو كانت قائمة بحالها، أما إذا كان العدول من جانب المهدي إليه فعليه أن يردها إن كانت قائمة وقيمتها إن كانت مستهلكة، إلا إذا كان هناك شرط بينهما يقضي بعدم استرداد الهدايا إن لم يتزوجا، أو كان هناك عرف سائد يقضي بعدم استرداد الهدايا التي من هذا النوع لأن المعروف عرفا كالشروط شرطا وهذا هو القول الراجح عند المالكية³⁵.

أما المشرع الجزائري في هذه المسألة سار على مذهب الإمام مالك، فجاء في الفقرتين الرابعة والخامسة من المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري بأنه: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداه إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمته"³⁶.

ومنه نستنتج أنه في حالة إجراء الشهادة الطبية قبل الزواج واكتشاف عيب أو مرض معين في أحد الخطيبين، كان للطرف السليم حق العدول دفعا للضرر المحتمل، غير أن قانون الأسرة لم يشير إلى الحالات التي يكون فيها العدول بسبب العيب سواء تم اكتشافه في الخاطب أو المخطوبة، لأن العدول حق لكليهما.

الفرع الثالث: أثر العدول عن الخطبة في حالة ظهور عيب من العيوب في الشهادة الطبية قبل الزواج في التعويض عن الضرر.

يمكن القول أنه إذا كانت القاعدة العامة هي أن العدول عن الخطبة في حد ذاته لا يشكل أي ضرر، ولا يكون سببا لأي تعويض باعتبار أن العدول عن الخطبة حق لكل من الخاطب والمخطوبة وأن استعمال الحق لا ينتج عنه أي ضرر لا يرتب عليه أي تعويض مبدئيا، فإن استعمال الحق الناتج عن التعسف والمسبب للضرر يمكن أن يوجب التعويض حسب ما نصت عليه المادة 124 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، ذلك لأنه إذا كان الخاطب قد تصرف

³³ علاء الدين أبو بكرين مسعود الكاساني، بدائع الصنائع، بيروت، دار الفكر، الطبعة 1، الجزء 6، 1996، ص 194.

³⁴ أسامة منصور الجموي، آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الشريعة جامعة دمشق، العدد الثالث، 2011، ص 420.

³⁵ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، مرجع سابق، ص 181.

³⁶ طاهري حسين، مرجع سابق، ص 98.

تصرفا زائدا على مجرد العدول وسبب ضررا ماديا أو معنويا للمخطوب الآخر، أو ظهر أنه قد أساء استعمال حقه في العدول غير المبرر فإنه يحق للمضرور أو محاميه أن يطلب الحكم له بتعويض ما أصابه من ضرر، ويجوز لقاضي شؤون الأسرة أن يحكم بالتعويض للطرف المضرور كلما أثبت له أن الضرر ناتج عن التعسف في استعمال حق العدول³⁷.

وفي هذا المعنى نصت المادة 3/5 من قانون الأسرة على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

غير أنه يعاب على المشرع الجزائري أنه كرس الحق في طلب التعويض عن الضرر لمجرد العدول الذي هو حق قانوني كرسته المادة 2/5 من قانون الأسرة، فمن جهة يعطي الحق في العدول للخطاب ومن جهة أخرى يطالبه بالتعويض عما يرتبه العدول من نتائج، إلا أنه يشترط إعمالا لقواعد الشريعة ولقواعد المسؤولية التقصيرية أن يكون للعدول دخل في الضرر الذي لحق الطرف الآخر بسبب عدوله³⁸.

ومنه يتبين أن أساس التعويض في العدول عن الخطبة، هو اقتران العدول بأفعال وظروف طارئة ألحقت ضررا بالطرف الآخر، إلا أن هذه المادة تركت السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر، بحيث نجد أن المشرع الجزائري أقر صراحة على التعويض سواء كان الضرر ماديا أو معنوي.

المطلب الثاني: بدائل إتمام الزواج رغم وجود العيوب في الشهادة الطبية قبل الزواج.

هناك عدة بدائل وخيارات إذا أراد أحد الأشخاص أن يتزوج بامرأة وكان أحدهما أو كلاهما مريضا، أو مصابا بأي مرض لتجنب الوقوع في الضرر عليهما وعلى ذريتهما.

الفرع الأول: استعمال موانع الحمل الدائمة أو المؤقتة لتجنب الحمل.

يقصد بموانع الحمل الدائمة تلك الوسائل التي تعمل على وقف التناسل بصفة دائمة بحيث لا يستطيع الإنسان أن يعود إلى الإنجاب مرة أخرى نهائيا، وهذه الوسائل إما أن تكون عبارة عن استئصال الأماكن المسؤولة عن إفراز ما به الحمل أو تكون بإبطال عملها نهائيا، وإما أن تكون باستئصال موضع الحمل، أما بالنسبة للموانع المؤقتة فهي توقف الإنجاب فترة معينة من الزمن بوسيلة لا يراد منها إحداث عقم، أو القضاء على طبيعة جهاز التناسل كالعزل، وتناول العقاقير³⁹.

الفرع الثاني: الانتقاء بعد التلقيح خارج الرحم وإجراء الفحوصات الطبية ومن ثم إدخال النطفة إلى الرحم.

وهو إحدى طرق التلقيح الصناعي الخارجي حيث يتم الإخصاب في وسط معلمي يؤخذ فيه الماء من الزوج والزوجة فتوضع في أنبوب اختبار طبي حتى تلقح نطفة الزوج بويضة زوجته إلى أن تنمو ثم تفحص وراثيا، فإذا كانت معيبة تركت، وإن كانت سليمة أعيدت إلى الرحم، وهذه الطريقة هي أسلوب من أساليب الطفل الأنبوبي والذي يسمى بالتلقيح الصناعي الخارجي، وهو ما يقصد به التقاء نطفة الرجل للبيضة المرأة بطريقة صناعية أو بغير الاتصال الجنسي المباشر، وذلك لغرض الحمل⁴⁰.

³⁷ عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، الجزائر، دار هومة، 2013، ص 64-65.

³⁸ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر، 2015، ص. 236.

³⁹ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، مرجع سابق، ص 211.

⁴⁰ المرجع نفسه، ص 231-232.

وهناك نوع آخر من التلقيح الصناعي يستعمل في حالات معينة للمرأة ويعرف بالتلقيح الصناعي الداخلي: وهو إدخال السائل المنوي في المجاري التناسلية عند المرأة بهدف الإنجاب عن طريق حقن كمية ضئيلة منه داخل عنق الرحم بعد الكشف عليه وتعقيمه، وتحقن الكمية المتبقية من السائل المنوي في قعر المهبل خلف عنق الرحم، وتبقى المرأة بعد ذلك مستلقية على ظهرها ساعة أو ساعتين⁴¹، وهذا النوع من التلقيح يعتبر الأسلوب الأول ظهوراً في تقنية الإخصاب الصناعي، وفي الغالب يلجأ إليه في حالة كون سبب العقم مستحکم في الزوج دون الزوجة إذ تمنعه أحد الأسباب من إيصال مائه إلى الموضع الأصلي للإخصاب بالطريق الطبيعي للتكاثر، فيعمد إلى التدخل الطبي لإنجاح العملية عن طريق تولى الطبيب المختص سحب الخلايا الجنسية من الزوج، ثم حقنها في رحم الزوجة ليتم الإخصاب ونمو الجنين بالصورة المعهودة⁴².

الفرع الثالث: الانتقاء والتحكم في نوع الجنين لتجنب نوع الطفل المتوقع إصابته بالأمراض الوراثية من خلال إجراء الفحوصات الطبية على الجنين خلال فترة الحمل.

مع تقدم العلم وخاصة في السنوات الأخيرة، فقد أصبح بالإمكان متابعة نمو الجنين داخل الرحم، والتعرف على صحته وتسجيل ما يطرأ عليه من تغيرات ومن ذلك أيضاً تشخيص بعض التشوهات الخلقية وهذه المتابعة لها وسائل منها التشخيص قبل الحمل وذلك بمعرفة التاريخ الوراثي للأمراض الأسرة وهذا ما يعرف بالفحص الطبي قبل الزواج وذلك أفضل، وأيضاً بالتشخيص أثناء الحمل⁴³.

ويقرر علماء الوراثة بأن عملية تحديد جنس الجنين (التحكم في جنس الجنين) من الناحية التكوينية، تعود إلى إلقاء زوج من الصبغيات (الكروموسوم) على وفق ترتيب معين، ينتج عنه المولود الذكر، وترتيب آخر ينتج عنه المولود الأنثى⁴⁴.

خاتمة:

لا خلاف في أن المشرع الجزائري، من خلال استحداثه للمادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالشهادة الطبية، والمرسوم التنفيذي رقم 154/06 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيقها، قد كرس حماية قانونية للطرفين المخطوبين من خلال اشتراط إجراء الفحوصات والشهادة الطبية قبل الزواج، ولكن ورغم ذلك فقد أغفل المشرع في نفس الوقت عدة مسائل، وأورد عدة تناقضات وثغرات قانونية يمكن حصرها من خلال النتائج والتوصيات الواردة في النقاط التالية:

النتائج:

1. الشهادة الطبية قبل الزواج تهدف للمحافظة على الأسرة وسلامتها.

⁴¹ محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1999، ص 77.

⁴² زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، عين مليلة-الجزائر، دار الهدى، 2010، ص 43.

⁴³ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، مرجع سابق، ص 241.

⁴⁴ محمد بن يحيى بن حسن النجفي، "تحديد جنس الجنين"، الدورة الثامنة عشر للمجتمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي المجتمع الفقهي، ص 5.

2. اشتراط الشهادة الطبية من قبل المشرع الجزائري كانت له خلفية شرعية لوجود نصوص في القرآن الكريم والسنة النبوية تدل على اهتمام الشارع بأصل خلقة الإنسان، وأصل المادة الوراثية فيه وكيفية انتقال الصفات الوراثية من الآباء إلى الأبناء.

3. إجراء الشهادة الطبية قبل الزواج له فوائد طبية (يكون النسل قويا)، واجتماعية (التقليل من حالات الطلاق)، واقتصادية (توفير المبالغ المرتبة على عالج بعض الأمراض التي يمكن تفاديها)، ونفسية (تجنب الاضطرابات النفسية التي قد تحدث نتيجة وجود أمراض وراثية لدى الأبناء).

4. اشتراط الشهادة الطبية قبل الزواج جاء للمحافظة على بقاء النوع الإنساني ولتكاثر النسل، فالجدير بالإنسان المحافظة على هذا المقصد باعتباره من مقاصد الشريعة الإسلامية، فهي إجراء وقائي قبل الزواج للمحافظة على النسل.

5. فائدة الشهادة الطبية ما دامت شكلية في الزواج قد لا تظهر لنا حتى الأمراض الموجودة في أحد أو كلا الطرفين.
التوصيات:

1. العمل على زيادة الوعي من قبل الدولة وبالأخص وزارة الصحة حول فوائد الشهادة الطبية قبل الزواج بالتنسيق مع ووسائل الإعلام، وبيان الإيجابيات المترتبة على إجراء الفحوصات والشهادة الطبية، وبالتالي تجنب المشكلات الصحية بطرح حلول وبدائل لها.

2. الإسراع لإدراج الأحكام القانونية المتعلقة بالشهادة الطبية قبل الزواج في قانون الأسرة الجزائري، وما يترتب عليها من آثار.

3. استحداث مراكز متخصصة للاستشارات الطبية، وتشجيع الناس للإقدام عليها لتقليص نسبة انتشار الأمراض الوراثية في المجتمع، وبالتالي التخفيف من عبء عالجها.

4. العمل على مواكبة التطور العلمي في مجال الأمراض الناتجة عن إجراء الشهادة الطبية قبل الزواج خاصة معالجة الأمراض الوراثية بما لا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

5. على المشرع تحديد قائمة للإمراض المعدية والوراثية التي تنتقل بالمعايشة الزوجية وتقييدها، بإجراء الفحوصات والشهادة الطبية قبل الزواج في مراكز طبية متخصصة لتسهيل العملية على المقبلين على الزواج، وذكر الفحوصات اللازمة للكشف عن الأمراض التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

6. إيجاد حل للتناقض الموجود في قانون الأسرة خاصة في حالة تطبيق المادة 2/6 منه التي لازالت تعترف بالزواج العرفي أين نجد انعدام دور الشهادة الطبية في هذه الحالة، وبالتالي يجب إعادة تنظيم الجانب القانوني للشهادة الطبية قبل الزواج لسد كل الثغرات القانونية.

7. وجوب زيادة التثقيف والوعي الصحي بين الناس عن طريق وسائل الإعلام والندوات والمحاضرات لتحسين مستوى الثقافة الصحية لديهم، وذلك بالبحث على ضرورة الفحوصات الطبية الدورية العادية التي تكون مرة أو مرتين سنويا بغية الاطمئنان على الصحة، فهذه الفحوصات قد تساعد الكثيرين في تدارك الأمراض وعلاجها في المراحل الأولى، وتمنح الشاب الثقة وعدم الخوف من إجراء الشهادة الطبية قبل الزواج، وبالتالي نكون قد ساهمنا في حماية الفرد والمجتمع.