

التفريق بين الزوجين للأمراض والعيوب في قانون الأسرة الجزائري دراسة تأصيلية لأحكام المادة 7 مكرر

Spouses Separation Due to Diseases and Defects

Article 7 bis in Algerian Family Law – Foundation Study

بربير محمد (الجزائر)، Mohamed.briber31@gmail.com

(مخبر قانون الأسرة) جامعة الجزائر 1 (الجزائر)، Droit.labofamille@univ-alger.dz

تاريخ النشر: 2024/04/30

تاريخ القبول: 2024/04/19

تاريخ الاستلام: 2024/03/26

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى البحث عن الأصول الشرعية لأحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، والمتعلقة بالفحص الطبي قبل الزواج، فلم يترك الفقه الإسلامي مسألة من مسائل الحياة إلا وأفضى فيها بالحكم الذي يناسبها، ولما كانت النفس البشرية تتسم بالنقص وحب الذات، يلجأ الكثير من الأزواج إلى التدليس على الزوج الآخر فيخفي من العيوب والأمراض ما قد يدفع الطرف الآخر إلى العدول عن الزواج منه إن علم بها، فأجازت الشريعة الإسلامية الرد للعيوب، وذهب المشرع الجزائري إلى فرض الفحص الطبي قبل الزواج للكشف عن الأمراض والعيوب التي تحول دون تحقيق الغاية من الزواج، مع ترك الحرية للزوجين في إتمام العقد وتحمل مسؤولياتهم عن آثار ذلك موافقا للفقه الإسلامي في ذلك.

كلمات مفتاحية: قانون الأسرة، فقه إسلامي، عيوب، أمراض، فحص طبي.

Abstract:

This study aims to research the legal origins of the provisions of article 7 bis of the Algerian Family Code Concerning the premarital medical examination.

There should be no issues in life that have been left bare of suitable provision in Islamic jurisprudence. However, as imperfection and self-esteem characterize human psyche, many are the spouses who deceit their partners through concealing their defects and diseases, leading therefore to the partner's refrainment from marriage if uncovered. The Islamic law therefore allows the defective spouse return, and the Algerian legislator imposes a medical examination, prior to marriage, aiming at detecting the diseases and defects that potentially prevent to attain marriage purpose itself. Meanwhile, the spouses are left free to accomplish the engagement, but kept responsible as for its consequences in accordance with the Islamic jurisprudence.

Keywords: Family law; Islamic jurisprudence; Defects; diseases; Medical examination.

مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسوله الكريم، أما بعد؛

اعتبر المشرع الجزائري أحكام الشريعة الإسلامية المصدر الثاني للقانون بعد التشريع على العموم دون تخصيص لمادة قانونية معينة¹، ولما كان لقانون الأسرة² الأهمية البالغة والأثر العميق في كيان مجتمعنا الإسلامي، كان لزاما على المشرع الجزائري أن يستمد أحكام هذا القانون من الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبها دون تحديد، وفي حالة عدم النص فيه على حكم مسألة ما يُرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 منه.

إن عدم التقيد بمذهب معين في وضع قواعد قانون الأسرة يجعل منها متعددة الأصول الشرعية في بعض المسائل، بل وقد يجتمع في مسألة واحدة حكم أكثر من مذهب، وقد يكون الحكم يتعلق بمسألة لم يتطرق إليها العلماء القدماء، فتعتبر نازلة فقهية، أو مسألة فقهية مستجدة تقتضي الاجتهاد من علماء العصر.

وقد ظهرت في عصرنا الحالي العديد من الأمراض التي تنتقل بين الناس عن طريق العدوى أو تُورث إلى الأبناء، وأكثر من يتضرر منها هم الأزواج بحكم العلاقة الزوجية وأبنائهم، وقد تظهر عيوب جنسية بأحد الزوجين تحول دون إدراك الغاية من الزواج.

وأجاز المشرع الجزائري للزوجة أن تطلب التطليق في حالة ظهور عيب بالزوج يحول دون تحقيق الهدف من الزواج في نص المادة 53 من قانون الأسرة، بيد أنه لم يتطرق بطريقة مباشرة إلى العيوب التي تحول دون تحقيق الغاية من الزواج، والتي يمكن لأحد الزوجين طلب الفرقة لأجلها، فألزم المقبلين على الزواج بتقديم شهادة طبية تبين خلوها من الأمراض والعوامل التي تشكل خطرا على أحدهما وعلى ذريتهما من خلال نص المادة 7 مكرر من قانون الأسرة، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن المصدر الشرعي الذي استمد منه المشرع الجزائري أحكام هذه المادة؟

وتهدف هذه الدراسة إلى تبيان الأصول الشرعية التي اعتمد عليها المشرع الجزائري في وضع أحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة، والتي تشترط الفحص الطبي قبل الزواج، في ظل إجازته للقاضي بالعودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية في

1. الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، نصت المادة 1 على أنه: يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

2. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24، مؤرخة في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05_02 المؤرخ في 15 فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 15.

حالة عدم النص على حكم مسألة ما في قانون الأسرة، وإعطائه الحق للزوجة في أن تطلب التطليق من القضاء بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الغاية من الزواج.

وللإجابة عن هذه الإشكالية اتبعت المنهج التحليلي المقارن في هذه الدراسة من خلال تحليل النص القانون بالبحث عن مدلول مضمونه ومقارنة أحكامه مع أحكام الشريعة الإسلامية، فاستهلت بالبحث عن مقصود المشرع الجزائري بالأمراض والعوامل المشمولة بالفحص الطبي من خلال دراسة الأحكام القانونية للفحص الطبي، ثم تأصيل حكم المشرع الجزائري في هذه المادة، وفقا للخطة التالية:

المبحث الأول: الفحص الطبي قبل الزواج في قانون الأسرة.

المطلب الأول: تعريف الفحص الطبي قبل الزواج.

المطلب الثاني: أحكام الفحص الطبي قبل الزواج.

المبحث الثاني: تأصيل حكم المشرع الجزائري.

المطلب الأول: تأصيل الحكم الشرعي للفحص الطبي قبل الزواج.

المطلب الثاني: التأصيل الشرعي للعوامل والأمراض.

وهو ما سيتم دراسته بالتفصيل كما يلي:

المبحث الأول: الفحص الطبي قبل الزواج في قانون الأسرة.

جعل المشرع الجزائري من الفحص الطبي أمرا إلزاميا قبل عقد الزواج، ولذلك فقبل دراسة أحكامه وجب تعريفه بالبحث عن معناه اللغوي والاصطلاحي (المطلب الأول)، ثم دراسة أحكامه القانونية (المطلب الثاني) كالتالي:

المطلب الأول: تعريف الفحص الطبي قبل الزواج.

الفحص لغة: البحث والكشف¹، والفحص أيضا كل موضع يسكن، ويقال هو فحيسي ومفاحصي وفاحصني كأن كلا منهما يبحث عن عيب أخيه².

1. ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك ابن محمد الجزري، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، أشرف عليه وقدم له علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الحلبي الأثري، ط1، دار ابن حزم، المملكة العربية السعودية، 1421هـ، (ص 693).

2. الفيروز آبادي، مجد الدين محمد ابن يعقوب، **القاموس المحیط**، تحقيق مكتبة تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، (1426هـ، 2005م)، (ص 625).

أما الطب لغة: فهو علاج الجسم والنفس، ومنه أطيبة وأطباء والمتطبب وهو متعاطي علم الطب، وهو الحاذق بأمور الطب العارف بها¹.

والفحص الطبي اصطلاحا هو الكشف عن الأمراض باستعمال الوسائل الحديثة المتاحة كالأشعة والكشف المخبري، الفحص الجيني ونحوها².

أما الفحص الطبي قبل الزواج فهو: الفحوصات التي تهدف إلى معرفة الأمراض الوراثية والمعدية والجنسية والعادات اليومية التي ستؤثر مستقبلا على صحة الزوجين، أو على الأطفال عند الإنجاب³.

المطلب الثاني: أحكام الفحص الطبي قبل الزواج.

نص المشرع الجزائري في المادة 7 مكرر من قانون الأسرة على وجوب تقديم وثيقة طبية من طرف طالبي الزواج لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

ويتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

فالمشرع الجزائري نص في هذه المادة على ضرورة الكشف عن الأمراض والعوامل التي تشكل خطرا يتعارض مع الحياة الزوجية لكنه لم يبين لنا طبيعتها، لذلك فقد استدرك ذلك بالنص على شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة في المرسوم التنفيذي رقم 06-4154 والذي يستفاد من أحكامه ما يلي:

- أن الشهادة الطبية تثبت خضوع كلا من الرجل والمرأة الراغبين في الزواج للفحوصات الطبية.
- لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج إلا بعد تقديم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها قانونا.
- يتم التأكد من علم الطرفين بنتائج الفحوصات الطبية التي خضع لها كل منهما، وبالأعراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج من خلال الاستماع إليهما في آن واحد، ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

1. الفيروز آبادي، المرجع السابق، (ص 108).

2. سعادى على، الزواج والخلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015، (ص 145).

3. الأشقر، أسامة عمر سليمان، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، زواج المسيار، الزواج العرفي، الفحص الطبي، الزواج بنية الطلاق، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، (1420هـ، 2000م)، (ص 83).

4. المرسوم التنفيذي رقم 06/154، المؤرخ في 13 ربيع الثاني 1427هـ الموافق 11 ماي 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة، جريدة رسمية 31 مؤرخة في 14 ماي 2006.

- تسلم الشهادة للمعني بعد اطلاع الطبيب على نتائج الفحوصات والتحليل والمتمثلة في: فحص عيادي شامل، تحليل فصيلة الدم.

- يمكن للطبيب أن يقترح على طالب الشهادة الطبية إجراء تحاليل إضافية قصد الكشف على الأمراض الوراثية والمعدية التي يمكن أن تنتقل إلى الزوج أو الذرية وإخباره بمخاطر العدوى منها، بالإضافة إلى السوابق الوراثية والعائلية التي يكشف عنها قصد معرفة بعض العيوب، والكشف عن قابلية الإصابة ببعض الأمراض، كما يمكن إجراء تحاليل خاصة بالحصبة الألمانية للنساء اللواتي في سن الإنجاب والتي تعرض الجنين لتشوهات خلقية إذا أصابت المرأة أثناء الحمل.

- على الطبيب إخبار المعني بالأمر بالأمراض المعدية والوراثية والتي تشكل خطرا على الزوج أو النسل ويبين له مخاطرها، فيكون على علم بما قد يصيب زوجه أو نسله ويتحمل عندئذ مسؤولية اتخاذ قراره بالزواج، ولا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية الامتناع عن إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة الزوجين.

إن ما يمكن يستنتج من أحكام الفحص الطبي قبل الزواج؛ أن المشرع الجزائري جعل منه وسيلة وقائية لحماية الطرف الآخر والنسل من الأمراض الوراثية والمعدية، حيث لا يمكن منع من أصيب بهذه الأمراض من الزواج في حالة رضا الطرفين، وهذا لكون الشهادة الطبية ليست شرطا من شروط عقد الزواج وفقا لنص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها والذي مفاده أن مرض أحد الزوجين لا يعتبر عيبا في إبرام عقد الزواج الذي يكون صحيحا متى توفر ركن الرضا وشهادة شاهدين وصادق وحضور الولي وتم إبرامه أمام موثق أو موظف مؤهل قانونا، ومتى لم يتطرق القانون لصحة الزوجين¹، وهو ما وافق الفقه المالكي والشافعي الذين قيدوا الرد للعيب بعدم العلم المسبق به والرضا.

فإذالم يمتثل ضابط الحالة المدنية أو الموثق لحكم القانون وقام بتحرير عقد الزواج دون التأكد من الشهادة الطبية، فالعقد في هذه الحالة يكون صحيحا شرعا، ولا يمكن اعتباره عقدا باطلا أو فاسدا قانونا، فإن أخفى أحد الطرفين مرضه عن الزوج الآخر بحيث امتنع عن تقديم الشهادة الطبية يعتبر الزواج صحيحا، وعلى أساس ذلك فإن للزوجة المتضررة الحق في طلب الطلاق من زوجها للعيوب أو الأمراض طبقا للمادة 48 من قانون الأسرة، أو التظليق للعيوب أو الأمراض طبقا للمادة 2/53 من قانون الأسرة، ويجوز لأحد الزوجين طلب فسخ الزواج بسبب غلط في صفة جوهرية من صفات الشخص، طبقا للمادة 9 و 33 من قانون الأسرة و المادة 82 من القانون المدني²، كما أن إخفاء عيوب وأمراض الأجهزة التناسلية كالعجز الجنسي، تخول للزوجة حق التظليق ويستجاب لطلبها دون تأجيل طبقا للمادة 53 من قانون الأسرة.

ويتضح من أحكام المادة 7 مكرر السالفة الذكر، وأحكام المرسوم التنفيذي الخاص بشروط وكيفيات تطبيق أحكامها، أن المشرع الجزائري لم يحدد الأمراض المعدية والخطرة التي يلزم الطبيب بالكشف عنها لورود نصوص المرسوم على

1. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/02/23، ملف رقم 88856، المجلة القضائية 1996، عدد 2، (ص 69).

2. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، الجزء الأول، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، (ص 137).

صيغة العموم، لكنه نص في المادة 3 من المرسوم السالف الذكر على القيام بفحص طبي شامل، ومنه فإنه يستحيل الكشف عن جميع الأمراض الوراثية لأنه قلما يخلو إنسان منها، فكل شخص يوجد به تسعمائة مرض وراثي ما يستلزم تحديد الأمراض الواجب الكشف عنها قبل الزواج¹، ولما كان الغرض من الفحص الطبي هو البحث عن أي مرض أو عامل يتعارض مع الزواج ويشكل خطرا عليه، فإن الأمراض المستهدفة والمستخلصة من حكم المادة 7 مكرر من قانون الأسرة هي الأمراض المتعلقة بعلاقة الزوج بزوجته وأبنائهما ومنها الوراثية، والمعدية التي تهدد صحة الشريك كالسل والتهاب الكبد والسيدا والجذام، والأمراض والعيوب الجنسية التي تحول دون تحقيق الغاية من الزواج كالعنة والإعراض، الخنثى، الرتق، والقرن.

المبحث الثاني: تأصيل حكم المشرع الجزائري.

إن التأصيل الشرعي لأحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة ينطوي على مسألتين وهما: تأصيل الحكم الشرعي للفحص الطبي بين الجواز وعدمه (المطلب الأول)، وتأصيل الأمراض والعوامل المشمولة بالفحص الطبي (المطلب الثاني)، وهو ما سنتطرق إليه فيما يلي:

المطلب الأول: تأصيل الحكم الشرعي للفحص الطبي.

ألزم المشرع الجزائري كل طالب للزواج بتقديم شهادة طبية تبين خلوه من الأمراض والعوامل التي تشكل خطرا على الزواج وفقا لنص المادة 7 مكرر السالفة الذكر والمادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 154/06، غير أنه بالنظر إلى نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة فإن المشرع لم يجعل من هذه الشهادة شرطا لانعقاد الزواج.

أما بالنسبة للحكم الشرعي للفحص الطبي فلم يتطرق فقهاء الشريعة الإسلامية القدماء إلى هذا الموضوع نظرا لما تميز به المسلمون قديما من أمانة، ولعدم تقدم العلم الطبي آنذاك²، أما العلماء المعاصرون فقد اختلفوا في جواز الفحص الطبي إلى رأيين، فمنهم من لم يجز ذلك³، ومنهم من أجاز⁴ وهو ما أخذ به المشرع الجزائري.

وقد استدلل أصحاب الرأي الأخير بمجموعة من الأدلة المستقاة من الكتاب والسنة والأثر:

1. الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سبق ذكره، (ص 87).
2. الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع نفسه، (ص 91).
3. منهم العلامة عبد العزيز بن باز، انظر: الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، نفس المرجع، ص (92، 93).
4. شبير، محمد عثمان، موقف الإسلام من الأمراض الوراثية، الجزء الأول، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط1، دار النفائس، (1421هـ، 2001م)، (ص 335).

أولاً: من الكتاب.

قوله تعالى: ﴿قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً﴾¹، وقوله أيضاً: ﴿رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا﴾².

ووجه الدلالة أن الشريعة الإسلامية تدعو للمحافظة على النسل باعتباره أحد الكليات الخمس، التي اهتمت بها الشريعة، فلا مانع من حرص الإنسان على أن يكون نسله المستقبلي صالحاً غير معيب، وذلك بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج لتجنب ما قد يورث للذرية من أمراض وراثية، كما لا تكون الذرية قرّة أعين إذا كانت مشوهة الخلقة، ناقصة الأعضاء، متخلفة العقل³.

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾⁴.

ووجه الاستدلال من الآية الكريمة أن الله تعالى نهي عن أن يلقي الإنسان نفسه إلى ما يهلكها، فيتجنب كل ما يؤدي إلى ذلك بأن يتخذ الأسباب ومنها الكشف الطبي عن الأمراض، وعلى أساس ذلك فإن المخطوبين إذا عرفا أنهما مريضان مرضاً ينتقل وراثياً إلى الذرية، أو كان بأحد منهما أو كليهما مرض معدي يشكل خطراً على الزوج السليم فالأحرى بهما العزوف عن الزواج⁵.

ثانياً: من السنة.

قوله **صلى الله عليه وسلم**: {تخيروا لنطفكم}⁶، وهي دعوة من النبي **صلى الله عليه وسلم** إلى اختيار الزوج الصالح، والزوجة الصالحة، ليس فقط صلاح الدين والخلق، وإنما يضاف إلى ذلك صلاح الخلقة والخلو من الأمراض التي قد تصيب الزوج أو الذرية، ولا يتحقق من ذلك إلا عن طريق الفحص الطبي⁷.

1. سورة آل عمران، الآية 38.

2. سورة الفرقان، الآية 74.

3. الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سبق ذكره، (ص ص 93-94).

4. سورة البقرة، الآية 195.

5. محمد الزحيلي، موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، مستجدات فقهية وقضايا مالية معاصرة، ج5، ط1، دار المكنّي، سوريا، (1430هـ، 2009م)، (ص 52).

6. رواه ابن ماجه، أبو عبد الله محمد ابن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ج1، ب ط، دار إحياء الكتب العربية، بدون سنة، كتاب النكاح، باب الأكفاء، رقم الحديث 1968، (ص 633).

7. عارف، علي عارف، قضايا فقهية في الجينات البشرية من منظور إسلامي، ج2، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، مرجع سبق ذكره، (ص 786).

وقوله **صلى الله عليه وسلم**: { لا تورثوا الممرض على المصح }¹.

وقوله **صلى الله عليه وسلم** أيضا: { لا عدوى ولا طيرة ولا هامة، وفر من المجذوم فرارك من الأسد }²، والأمراض المعدية في عصرنا الحالي لا تعرف إلا عن طريق الفحص الطبي.

وقوله **صلى الله عليه وسلم**: { تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم }³.

وهو حث على اختيار الزوجة من عائلة تعرف بناتها بالإنجاب في لتحقيق الغاية من الزواج، وهو المحافظة على النسل بالإنجاب، وإبقاءً له بأن يكون سليماً من الأمراض التي قد تؤدي إلى الوفاة⁴.

ومن الأدلة كذلك حث النبي **صلى الله عليه وسلم** على النظر إلى المخطوبة للحديث المروي عن جابر ابن عبد الله رضي الله عنه قال: قال رسول الله **صلى الله عليه وسلم** { إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل }، قال خطبت جارية فكنت أنجباً لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها⁵، وهذا ما يدل على ضرورة معرفة العيوب في المخطوبة⁶.

كما استدلووا بقول النبي **صلى الله عليه وسلم**: { لا تنكحوا القرابة القريبة، فإن الولد يخلق ضاويًا }⁷، وهو نهي عن زواج القرابة القريبة لما يترتب عنه من عيوب تلحق بالأولاد.

ثالثاً: من الأثر.

قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: { اغتربوا ولا تزوجوا }⁸، فحث على تغريب النكاح واجتناب الزواج بالقرابات لما يولد ذلك ضعفاً في بنية الأولاد⁹.

1. رواه مسلم، مسلم ابن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق نظر ابن محمد الفارابي أبو قتيبة، ج1، ط1، دار طيبة، 2006، كتاب السلام، باب لا طيرة ولا عدوى ولا هامة ولا صفر، ولا نوء ولا غول، ولا يورث ممرض على مصح، رقم الحديث 2220، (ص 1058).
2. رواه البخاري، أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل، صحيح البخاري، ط1، دار ابن كثير دمشق، بيروت، (1423هـ، 2002م)، كتاب الطب، باب الجذام، رقم الحديث 5707، (ص 1447).
3. رواه أبو داود، سليمان ابن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرناؤوط، محمد كامل قره بللي، شادي محسن الشيبان، ج3، طبعة خاصة، دار الرسالة العالمية دمشق- الحجاز، (1430هـ، 2009م)، كتاب النكاح، باب في تزويج الأبكار، رقم الحديث 2050، (ص 395).
4. شبير، مرجع سبق ذكره، ص 335.
5. رواه أبو داود، مرجع سبق ذكره، كتاب النكاح، باب الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها، رقم الحديث 2082، (ص 424).
6. الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سبق ذكره، (ص 95).
7. ابن الأثير، مرجع سبق ذكره، (ص 106).
8. ابن الأثير، نفس المرجع ونفس الصفحة.
9. أنظر: شبير، مرجع سبق ذكره، (ص 337). الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سبق ذكره، (ص 96).

المطلب الثاني: التأصيل الشرعي للعوامل والأمراض.

لم تكن الأمراض المعدية والوراثية التي تشكل خطرا على أحد الزوجين أو ذريتهما معلومة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية القدماء فاقصر حكمهم على ما يمكن الكشف عنه آنذاك، ومنها العيوب التي يحق لأحد الزوجين رد الطرف الآخر بها، أما الفقه المعاصر ومع التقدم العلمي وظهور العديد من الأمراض المعدية والوراثية في هذا العصر، فقد أقر بالفحص الطبي الخاص بهذه الأمراض وهو ما أخذ به المشرع الجزائري.

ولم يخالف المشرع الجزائري علماء الشريعة الإسلامية من المالكية والشافعية والحنابلة والحنفية في جواز الفرقة للعيوب والأمراض، ولكن لا يجوز فسخ عقد الزواج إذا كانت هذه الأمراض والعيوب لا تحول دون تحقيق الغاية من الزواج، فلا تمنع استمرار الحياة الزوجية، ولا تمنع تمتع الزوجين ببعضهما، فإن كانت هذه العيوب والأمراض تحول دون ذلك جاز لأحد الزوجين إن لم يرض، الرد على مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، على خلاف الحنفية الذين لم يجيزوا الرد إلا للزوجة على اعتبار أن للزوج الخيار بين أن يمسكها أو يطلقها، وتتلخص أقوالهم فيما يلي:

- **المالكية:** قيد فقهاء المالكية الرد للعيوب بعدم العلم المسبق بها وعدم الرضا، حيث ورد في أقرب المسالك أن للزوجين الخيار إذا وجد بالزوج الآخر عيب بشرط أن لم يسبق له علم ولم يرض¹.
 - **الشافعية:** وافق الشافعية المالكية في الأخذ بالرد للعيوب، فإذا وجد أحد الزوجين بالزوج الآخر جنونا أو جذاما أو برصا، ثبت الخيار في فسخ عقد الزواج².
 - **الحنابلة:** ذهب الحنابلة مذهب المالكية في ذلك، حيث أن خيار العيب ثابت على التراخي ولا يسقط، بشرط لم يسبق ما يدل على الرضى به من القول، أو الاستمتاع من الزوج، أو التمكين من المرأة³.
 - **الحنفية:** أجاز الحنفية الرد للزوجة فقط لأن الزوج بيده الطلاق، فلا يرد الرجل امرأته عن عيب بها وإن فحش عندهم ولكنه بالخيار إن شاء طلقها وإن شاء أمسكها⁴.
- وليس لأحد الزوجين الرد للمرض إلا إذا كان يمنع تحقيق الغاية من الزواج، وهي علة الرد كالعيوب الخلقية، ويفسخ عقد الزواج لذلك⁵، ومنها على الخصوص الأمراض الجنسية، حيث جاء في توصيات الندوة الدولية المنعقدة من طرف

1. الدردير، أحمد ابن محمد ابن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، طبعة 2000، مكتبة أيوب كانو، نيجيريا، (ص 65).

2. الشربيني، شمس الدين محمد ابن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، ط1، دار المعرفة بيروت لبنان، (1418هـ، 1997م)، (ص ص 267-268).

3. ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله ابن أحمد ابن محمد ابن قدامة، المغني، ج10، ط3، دار عالم الكتب الرياض، (1417هـ، 1997م)، (ص 61).

4. السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر شمس الأئمة، المبسوط، ج5، ب ط، دار المعرفة بيروت لبنان، 1989، (ص 95).

5. شبير، مرجع سبق ذكره، (ص 338).

المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الكويتية سنة 1993 تحت عنوان: رؤية إسلامية للمشاكل الاجتماعية لمرض الإيدز أنه يجوز لكل من الزوجين طلب الفرقة لإصابة الزوج الآخر بعدوى الإيدز وذلك باعتبار مرض الإيدز معد ينتقل عن طريق العلاقة الجنسية¹.

والظاهر أن قصد المشرع الجزائري بالعوامل المنصوص عليها في المادة 7 مكرر العيوب والأمراض الجنسية، فأجاز للزوجة أن تطلب التفريق القضائي بسبب العيب في الزوج²، ولم يحدد المشرع الجزائري هذه العيوب على خلاف جمهور فقهاء المذاهب الأربعة، حيث ظهرت في عصرنا الحالي بعض العيوب والأمراض التي لم تكن معروفة من قبل، وتحول حقيقة دون تحقيق الغاية من الزواج، ومنها الأمراض الخطيرة التي تنتقل بالمعاشرة الزوجية، وتنتقل إلى النسل ومنها ما يؤدي إلى الوفاة.

ومن الأمراض والعيوب ما يؤدي إلى الشقاق بين الزوجين والفرقة بينهما متى اكتشفها أحد الزوجين في زوجه³، وربما ظهرت عيوب أخرى في المستقبل فترك المشرع الأمر على عمومته بتبني معيار المنع من تحقيق الغاية من الزواج كسبب لطلب التطليق، موافقا بذلك لبعض فقهاء الحنابلة ومنهم ابن تيمية⁴ وتلميذه ابن القيم الجوزية، حيث جاء في زاد المعاد: "وأما الاقتصار على عيبن أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساو لها، فلا وجه له، فالعمى والخرس والطرش، وكونها مقطوعة اليد أو الرجلين، أو إحداها، أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات، والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش، وهو مناف للدين، والإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة، فهو كالمشروط عرفا.... والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار، وهو أولى من البيع"⁵، وكذلك الإمام محمد من الحنفية الذي ذهب إلى أن للزوجة أن تطلب التفريق من زوجها متى وجدت به أي عيب لا تستطيع مواصلة الحياة الزوجية بوجوده⁶.

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

1. الأشقر، عمر سليمان، الأحكام الشرعية المتعلقة بمرض الإيدز، ج1، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، مرجع سبق ذكره، (ص 54).
2. المادة 53 من قانون الأسرة.
3. نذير أوهاب، أثر التدخل الطبي في ثبوت خيار التفريق بالعيوب الطبية، مجلة كلية العلوم الإسلامية للبحوث والدراسات الإسلامية المقارنة الصراط، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، الجزائر، العدد 22، السنة الثالثة عشر، جانفي 2011، (ص 95).
4. ابن تيمية، كتاب الاختيارات العلمية، ب ط، مطبعة كردستان العلمية، مصر، 1329هـ، (ص 131).
5. ابن القيم، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، (1418هـ - 1998م)، (ص166).
6. انظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سبق ذكره، (ص 97)، عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، تقديم محمد أبو زهرة، مصطفى السباعي، ط2، دار الفكر، 1968، (ص 660).

أولاً: من الأثر:

ما روي عن معمر وابن جريج، عن أيوب، عن ابن سريين قال: {بعث عمر ابن الخطاب رجلاً على السعاية فأتاه، فقال: تزوجت امرأة فقال: أخبرتها أنك عقيم لا يولد لك؟، قال: لا، قال: فأخبرها، وخبرها} ¹.

ووجه الدلالة من الحديث أن عمر رضي الله عنه أمره بتخيير زوجته لعقمه، وهذا ما دل على عدم حصر العيوب الموجبة للفرقة وذلك لأن العقم من العيوب التي لم يذكرها علماء المذاهب الأربعة ممن ذهب لتحديد العيوب الموجبة للفرقة.

كما استدلووا بحديث عمر ابن الخطاب رضي الله عنه: {أما رجل تزوج امرأة، وبها جنون، أو جذام، أو برص، فمسها، فلها صداقها كاملاً، وذلك لزوجها غرم على وليها} ².

وقوله رضي الله عنه: {إذا تزوجها برصاء، أو عمياء، فدخل بها، فلها الصداق، ويرجع به على من غره}.

ودلالة الحديثين أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أجاز في الحديث الأول الرد لعيوب ذكرها، وأجاز الرد في الحديث الثاني لعيوب أخرى لم يذكرها في الحديث الأول، فدل ذلك على أن عمر لم يذكر تلك العيوب المتقدمة على وجه الحصر دون سواها ³.

ومما استدلووا به كذلك حكم القاضي شريح، قال عبد الرزاق: {عن معمر عن أيوب قال: رُفِعَ إلى ابن سيرين قال: خاصم إلى شريح رجل، فقال: إن هؤلاء قالوا لي: إنا نزوجك بأحسن الناس، فجأؤني بامرأة عمشاء، فقال: إن كان دلس عليك عيباً لم يجز} ⁴، فيقتضي ذلك أن كل عيب دلست به المرأة فللزواج الرد به.

1. رواه عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق ابن همام الصنعاني، المصنف، تحقيق ودراسة مركز البحوث وتقنية المعلومات، ج5، ط1، دار التأصيل مصر- لبنان، (1436هـ، 2015م)، كتاب النكاح والطلاق والارتجاع بغير بينة، باب الرجل العقيم، رقم الحديث 12593، (ص 228).

2. رواه الإمام مالك، الموطأ، رواية يحيى ابن يحيى الليثي، وعليه زيادات رواية أبي مصعب الزهري المدني، ورواية محمد ابن الحسن الشيباني، تحقيق كمال حسن علي، ط1، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت لبنان، (1434هـ، 2013م)، كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والخباء، رقم الحديث 1146، (ص 407).

3. ابن القيم الجوزية، مرجع سبق ذكره، (ص 167).

4. رواه عبد الرزاق، مرجع سبق ذكره، كتاب النكاح، باب ما يرد من النكاح، رقم الحديث 11427، (ص 292).

ثانيا: من القياس.

بالقياس على أحاديث عمر رضي الله عنه أن كل عيب لا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة وينفر الزوج الآخر منه، يوجب الخيار وهو أولى من البيع¹.

فكما يرد المبيع بالعيب بموجب الشرع والقانون، فإن الرد بالعيب في الزواج أولى لخطورة التدليس فيه، فإن كان النبي قد حرم على البائع كتمان العيب في المبيع، وحرم على من علمه أن يكتمه، فعقد الزواج أولى بذلك، وقد قال صلی الله علیه وسلم لفاطمة بنت قيس حين استشارته في نكاح معاوية أو أبي الجهم: {أما معاوية فصعلوك لا مال له، وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه}².

فدل على ذلك وجوب ذكر العيب، فالنبي صلی الله علیه وسلم لم يتردد ولم يحجم في ذكر عيوب كل من خطبها للزواج وإلا عد ذلك تدليسا.

وخلاصة ما يستفاد من استدلالهم:

- أن هذه الأدلة عامة لم تخص عيوباً معينة بجواز الرد لأحد الزوجين بسببها، وأن ما ذكر فيها من عيوب ورد على سبيل المثال لا الحصر، وما دل على ذلك عمل الصحابة رضوان الله عليهم الذين قالوا برد الزوج أو الزوجة للعيوب دون تحديد لها.
- قياس عقد الزواج على عقد البيع، فكما لا يجوز إخفاء العيب في المبيع، كان أولى ألا يخفى في عقد الزواج.

خاتمة:

بعد الدراسة والبحث في المسائل السابقة توصلت إلى جملة من النتائج، أجمالها كما يلي:

- يعتبر الفحص الطبي قبل الزواج أمراً مستجداً تولد نتيجة لظهور أمراض خطيرة ومعدية، وعيوب لم تكن معروفة من قبل.
- أن المشرع الجزائري أخذ برأي الفقهاء المعاصرين الذين أجازوا الفحص الطبي قبل الزواج مستدلين بمجموعة من الأدلة المستقاة من الكتاب والسنة.

1. ابن القيم، مرجع سبق ذكره، (ص 166).

2. رواه مسلم، مرجع سبق ذكره، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، رقم الحديث 1480، (ص 686).

- لم يحدد المشرع الجزائري العيوب والأمراض المعنية بالفحص الطبي قبل الزواج، وقد أحسن في ذلك، حيث أن الأمراض المعدية والمنتقلة عن طريق العلاقة الزوجية للزوج أو للذرية بالوراثة كثيرة، ويمكن أن تظهر في المستقبل أمراض أخرى.
- لم يحدد المشرع الجزائري كذلك العيوب التي تشكل خطرا على الحياة الزوجية وهي العيوب الجنسية والعيوب المنفرة، حيث أشار إليها بمصطلح العوامل، موافقا بذلك رأي ابن تيمية وتلميذه ابن القيم الجوزية من فقهاء الحنابلة، والإمام محمد من الحنفية.
- ألزم المشرع الجزائري كل طالب للزواج بالفحص الطبي في نص المادة 7 مكرر من قانون الأسرة، غير أنه لم يجعلها شرطا من شروط العقد في المادة 9 مكرر، فينعقد الزواج متى توفرت هذه الشروط مع ركن الرضا بموجب نص المادة 6 من نفس القانون.
- وبالنظر لهذه النتائج وجب التطرق إلى التوصيات التي نوردتها كما يلي:
- إن إلزام المشرع الجزائري للفحص الطبي قبل الزواج مع عدم إدراجه كشرط من شروط عقد الزواج في المادة 9 مكرر يقتضي حسم المشرع الجزائري لموقفه في ذلك، والأجدر تجريد الفحص الطبي من صفة الإلزام مع التأكيد على أهميته تجنباً لمخالفة الأحكام الشرعية المقررة في انعقاد الزواج من أركان وشروط.
- ونظرا لخطورة الأمراض الوراثية وغيرها من الأمراض والعيوب التي تمنع تحقيق الهدف من الزواج، وكذا ظهور العديد من الأمراض في عصرنا الحالي التي تهدد كيان الأسرة المسلمة، فإنه بات من الضروري فرض الفحص الطبي عنها في سن مبكرة وليس عند الزواج فقط ما يسمح بإمكانية العلاج المبكر حتى إذا بلغ أهلية الزواج كان معافى.

قائمة المراجع:

1. ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك ابن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق طاهر احمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي، ط1، المكتبة الإسلامية، (1383هـ، 1963م).
2. الأشقر، أسامة عمر سليمان، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، زواج المسيار، الزواج العرفي، الفحص الطبي، الزواج بنية الطلاق، ط1، دار النفائس، الأردن، (1420هـ، 2000م).
3. الأشقر، عمر سليمان، الأحكام الشرعية المتعلقة بمرضى الإيدز، الجزء الأول، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط1، دار النفائس، الأردن، (1421هـ، 2001م).
4. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، أحكام الزواج، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.
5. البخاري، أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل، صحيح البخاري، ط1، دار ابن كثير دمشق، بيروت، (1423هـ، 2002م).
6. الدردير، أحمد ابن محمد ابن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، طبعة 2000، مكتبة أيوب كانو، نيجيريا.
7. أبو داود، سليمان ابن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، شادي محسن الشيباب، طبعة خاصة، دار الرسالة العالمية دمشق، الحجاز، (1430هـ، 2009م).
8. الزحيلي، محمد، موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، ج5، مستجدات فقهية وقضايا مالية معاصرة، ط1، دار المكتبي، سوريا، (1430هـ، 2009م).
9. مسلم، ابن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق نظر ابن محمد الفارابي أبو قتيبة، ط1، دار طيبة، 2006.
10. مالك، ابن انس، الموطأ، رواية يحيى ابن يحيى الليثي، وعليه زيادات رواية أبي مصعب الزهري المدني، ورواية محمد ابن الحسن الشيباني، تحقيق كمال حسن علي، ط1، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت لبنان، (1434هـ، 2013م).
11. ابن ماجه، أبو عبد الله محمد ابن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ب ط، دار إحياء الكتب العربية، ب ت.
12. نذير أوهاب، أثر التدخل الطبي في ثبوت خيار التفريق بالعيوب الطبية، مجلة كلية العلوم الإسلامية للبحوث والدراسات الإسلامية المقارنة، الصراط، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، السنة الثالثة عشر، العدد 22، جانفي 2011.
13. السرخسي، محمد بن احمد بن أبي سهل أبو بكر شمس الأئمة، المبسوط، ب ط، دار المعرفة، بيروت لبنان، 1989.
14. سعادي لعل، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص 2015، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق.
15. عارف، علي عارف، قضايا فقهية في الجينات البشرية من منظور إسلامي، الجزء الثاني، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط1، دار النفائس، الأردن، (1421هـ، 2001م).

16. الفيروز آبادي، مجد الدين محمد ابن يعقوب، **القاموس المحيط**، تحقيق مكتبة تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، (1426هـ، 2005م).
17. الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق ابن همام، **المصنف**، تحقيق ودراسة مركز البحوث وتقنية المعلومات، ط1، دار التأصيل، مصر - لبنان، (1436هـ، 2015م).
18. الصابوني، عبد الرحمان، **مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية**، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، تقديم محمد أبو زهرة، مصطفى السباعي، ط2، دار الفكر، 1968.
19. ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله ابن أحمد ابن محمد ابن قدامة، **المغني**، ط3، دار عالم الكتب الرياض، (1417هـ، 1997م).
20. ابن القيم الجوزية، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، (1418هـ - 1998م).
21. شبير، محمد عثمان، **موقف الإسلام من الأمراض الوراثية**، الجزء الأول، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط1، دار النفائس، الأردن، (1421هـ، 2001م).
22. الشربيني، شمس الدين محمد ابن الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ط1، دار المعرفة بيروت لبنان، (1418هـ، 1997م).
23. ابن تيمية، **كتاب الاختيارات العلمية**، ب ط، مطبعة كردستان العلمية، مصر 1329هـ.