الكشف الطبي قبل الزواج وأثره على الرضا
وفق قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي.

لموشي عادل

أستاذ مساعد قسم أ

جامعة محمد لمين ذباغين سطيف 2

مقدمة

يعتبر عقد الزواج من أبرز العقود التي اعتنى بها الشارع الحكيم فلم يتركه لعباده لتنظيم أحكامه و موجباته ومن ثمة آثاره, بل أرسى دعائمه و كذا أركانه و شروطه, فلم يكفي أن يتوافر الرضا حتى ينعقد صحيحا كسائر العقود الأخرى, بل أضاف إلى جانب هذا الأخير أركان أخرى وهي الولي للمرأة و الشاهدان و الصداق وهو ما أكده المولى عز وجل في كتابه الحكيم و سنة نبيه المصطفي.

و لقد حذت التشريعات العربية حذو الكتاب و السنة و إن اختلفت فيما بينها لاختلاف مذاهبهم إلا أنهم لا يخرجون عن أركانه الأربعة ذلك أن عقد الزواج عقد خاص بطبيعته و ما يخلفه من آثار , إلى جانب مقاصده النبيلة التي لا تتوقف عند الزوجان بل تتعداهما إلى أهليهما و المجتمع ككل, ولما كان ذلك أولت التشريعات العربية عناية خاصة و كان يحكمها البطء في الإقدام على كل تعديل يطال عقد الزواج بدواع عدى لعل من أبرزها التطور الجيني و الوراثي ونخص بالذكر الفحوصات الطبية التي استحدثت قبل إبرام عقد الزواج, فبات لزاما على كل مقدم على الزواج إجراء هذه الفحوصات.

المنارة للاستشارات

إن الفحوصات الطبية كإجراء لم يكن وليد الصدفة, فكثرة الأمراض سواء كانت الوراثية منها أو المعدية أنهكت ميزانيات الدول, مما حذا بهذه الدول للبحث عن أسبابها فوجدت من بينها عقد الزواج ولا نعني عقد الزواج في حد ذاته و إنما تقارب المريضان أو أحدهما بالزواج مما يقود حتما لانتقال المرض ليس لأطراف العقد بل يتعداه للأولاد, فاهتدت التشريعات إلى هذا الإجراء يقوم به كل مقبل على الزواج.

إن الفحص الطبي قبل الزواج كان وليد التطور العلمي في المجال البيولوجي, فارتأت التشريعات العربية و منها المشرع الجزائري – عن طريق قانون الأسرة – إلى اشتراط هذا الفحص قبل الزواج إذا ما توافر في عقد الزواج أركانه للأسباب السابق بيانها.

إن الحديث عن الفحص الطبي قبل الزواج يقودنا لطرح عديد الإشكالات والتي منها:

دليله في الفقه الاسلامي ومدى إلزاميته وأثره في التراضي.

للإجابة عن هذه الإشكالات سوف نقسم الدراسة إلى ما يلي:

المبحث الأول: دليل الكشف الطبي.

المطلب الأول: دليله في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: دليله في القانون.

المبحث الثاني:أثر الكشف الطبي على الرضا في عقد الزواج.

المطلب الأول: طبيعة الإلزام بالكشف الطبي.

المطلب الثاني: الآثار القانونية للكشف الطبي.

المنارة للاستشارات

المبحث الأول :دليل الكشف الطبي:

يعتبر الكشف الطبي قبل الزواج من بين الاجراءات الحديثة التي دعتها الضرورة في الوقت الحاضر ، فكثير من الامراض الوراثية والتي تعاني منها الاجيال نجد سببها ذلك التقارب –الذي يحصل به الزواج- الذي يظهر لنا به جيل جديد، فما كانت هذه الامراض لتظهر لولا هذا الزواج.[1]

ان من مزايا الكشف الطبي قبل الزواج بيان حالة كلا الزوجين وما من شأنه أن يتخذ في حالة الزواج لتفادي أمراض قد تحدث.

ان حفظ النفس وحفظ النسل على درجة من الاهمية، جعلتهما الشريعة الاسلامية من الاسس والمقاصد الكبرى والتي وضعت لاجل ترسيخ حمايتها من الضوابط والاحكام ما يعزز تلك الحماية ويرتقي بها الى اعلى المراتب ، واذا كان الامر كذلك ، فليس من حق الانسان وهو يباشر حقه في الزواج أن يهدر حياته وحياة الاخرين، فدعوة الشارع الى حفظ النفس والنسل تتضمن النهي عن كل ما يؤدي بالنفس الى الهلاك.[2]

قبل التطرق الى دليل الفحوصات الطبية نورد بعض الاسباب الداعية الى عزوف مقبلي الزواج على هذه الفحوصات والتي منها:

أولا:التكلفة المادية: والتي يتعذر على الكثير الاضطلاع بها وتختلف هذه التكاليف تبعا لعدد الامراض المراد الكشف عنها اذ تزداد بازديادها. وهذا من شانه زيادة اعباء اضافية على المقبلين على الزواج.

ثانيا: انه في ظل تخوف كثير من الناس من نتيجة الفحوص من المحتمل أن يؤدي الاخبار على الاختبار الوراثي عند الاقدام على الزواج الى أن يبرر كثير من الشباب في اتمامه ، لعدم القبول النفسي من كثير منهم لهذا الاختبار وتخوفا من النتيجة التي سيفصح عنها بيانا لما سيلحق بذريتهم .[3]

ثالثا: ان نتائج الفحص الطبي مهما بلغت دقتها لا تخرج عن دائرة الاحتمال، خصوصا وان انتقال الامراض الوراثية الى الذرية ليس مقطوعا به، فمن الوارد ان

المنارة للاستشارات

يكمن الجين للمرض ولايعبر عن نفسه في الذرية، ولا شك أن هذا سيجعل الكثيرين يحجمون عن الزواج بمجرد الاحتمال .[4]

ان الامراض الوراثية هي مجموعة من الامراض لها نظام معين في التوارث في أسرة ما، لعدة أجيال ويكون سببها عيبا في تركيب الكروموسومات او الجينات، أو عيب في الوظيفة النهائية الناتجة للجين .[5]

رابعا: ان الفحص الطبي قبل الزواج لا يعني وقاية الناس من كل الامراض الوراثية، لانه يبحث في الغالب الا على مرضين أو ثلاثة منتشرة في مجتمع معين، ويبقى احتمال الاصابة بامراض أخرى غير معروفة قائما. وهذا يجعل الفحص الطبي قبل الزواج عديم الجدوى .[6]

غابا ما نجد من يقمون بالفحص الطبي قبل الزواج يعتقدون انهم في منعة من الأمراض خاصةالوراثية منها، طلك أن الفحص الطبي يعد بالنسبة لهم تأشيرة تسمح لهم بولوج الحياة الزوجية في أمن، غير أن هذا لا يمكن الركون إليه تماما، فقد يحدث و أن يثبت الطب الحديث أمراض وراثية لاحقة عن الكشف الطبي.

لكن هذا ليس مدعاة للتقليل من قيمة هذا الإجراء، فهو في أحسن الأحوال قد يجنبنا أمراضا يمكن تلافيها بوقاية بسيطة.

و هنا يمكن التنبيه إلى أمر هام بالنسبة للمتخوفين من الكشف الطبي بالإقدام على تزوير

نتيجة الفحوصات الطبي بالحصول على شهادة تثبت خلوهم من أي عيب وراثي حتى يتسنى لهم الزواج بسهوله.

فمثلا بالجزائر نجد مستخرجا يتسلمه المقدم على الزواج (رجل أو إمرأة) ويسمى الكشف الطبي قبل الزواج . حتى يؤشر عليه الطبيب، هذا الاخير لا يقوم بالتأشير الا بعد استفاء جملة من التحاليل الخاصة بامراض وراثية معينة.

المنارة للاستشارات

قد يحدث وأن يؤشر الطبيب على المستخرج دون طلب التحاليل وهو الغالب عندنا فما مدى مسؤولية الطبيب لو ظهرت لنا اجيال تحمل امراض كان يمكن تفاديها لو اجرينا التحاليل الطبية.

المطلب الاول: دليل الفحوصات الطبية

من القرآن الكريم:

قوله عزوجل **" يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء واتقول الله الذي تساءلون به والارحام ان الله كان عليكم رقيبا"** النساء (الاية 1)

وقال ايضا " ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق " الإسراء (الاية3) فمرد النهي وان ورد في قتل الولد خشية الانفاق عليه الا انه شامل لكل فعل يؤدي الى قتل الولد خشية الانفاق أوغيرذلك من الاسباب، وربما يكون في اهمال الفرد المقبل على الزواج للفحص الطبي وعدم خضوعه له-وخاصة اذا كانت عائلة احد الازواج تعاني مرضا وراثيا – تقصير في رعاية الولد وتضييع لفرصة الحصول على العناية والرعاية الطبية التي قد تجنب الاهل المعاناة وتؤمن للاولاد حياة افضل .[7]

ان غاية الزواج هو الاحصان لكلى الزوجين وغايتهما الولد لما يتحقق به السعادة الزوجية، وحفظ النسل وهذا قد لا يتحقق لو خلق الزواج أولاد مرضى لا يحصل بهم النسل المطلوب لذى يكون الاباء في سعي دائم لان يكون أولادهم في صحة جيدة ، وهو ما يقرره المولى عزوجل في قوله : " هناك دعا زكرياء ربه قال رب هب لي من لدنك ذرية طيبة انك سميع الدعاء" آل عمران الأية (38). حيث جاء في تفسيرقوله " ذرية طيبة " أي نسلا صالحا وطيبا أي صالحة مباركة، فدلت هذه الاية على طلب الولد و أنه في الوصول الى ذلك على الانسان ان يتضرع الى خالقه في الدعاء بالهداية والصلاح والعفاف لولده وزوجه وتقديم الرعاية لهما بان يكونا معينين له على دينه ودنياه حتى تعظم منفعته بهما في الدنيا والآخرة.[8]

المنارة للاستشارات

نستشف من معاني هذه الآيات التي تدعو الى زواج على أسس مثينة زادها المودة والرحمة وقد يصعب تحقيق هذا مع ما يتهددنا من خطر انتشار الامراض وعدم الاستطاعة على علاج بعضها والنظر لهذا بعمق يقودنا الى ضرورة ايجاد وسيلة تحد من خطر هذه الامراض، ولان النفس امانة وإعمار الارض امانة وأن على المسلم ان يؤدي هذه الامانات ويرعاها حق رعايتها وان كانت الاسرة اللبنة الأولى فهي أوكد هذه الأمانات، وهو ما يتفق مع قوله تعالى: " لا تلقوا بأيديكم الى التهلكة " سورة البقرة الآية (195). فقد نهى المولى عز وجل أن يورد الانسان نفسه مورد التهلكة. بأن يتعاطى الاسباب المؤدية الى الهلاك. فهو نهي شامل لكل موارد التهلكة ولا يختص بسورة منها، حيث ثبت أن من الأمراض ما هو معد ومن الامراض ما هو متوارث، فإن تجنب أسباب العدوى ووراثة الامراض يكون مأمورا به ومنهيا عن عدمه.[9]

من السنة النبوية :

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا يوردن ممرض على مصح "[10].

قال الشوكاني –رحمه الله- قال العلماء: الممرض : صاحب الابل المراض، المصح: صاحب الابل الصحاح.

فمعنى الحديث لا يورد صاحب الابل المراض ابله على صاحب الابل الصحاح لانه ربما اصابها المرض بقدر الله.[11]

كما ثبت عن عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله: " لا ضرر ولا ضرار " فنجد هذا الحديث من الاسس العظيمة التي تقوم عليها الشريعة الاسلامية لحفظ كلياتها ورعاية مصالح العباد فالضرر ممنوع في الشرع وازالته واجب وتفاذي حدوثه أولى بالاعتبار.

يعرف الضرر في الاصطلاح : " الاذى الشديد الواقع باحدى الضروريات الخمس: الدين، النفس، العقل ، العرض والمال".

المنارة للاستشارات

وجاء في الموافقات للشاطبي القول: فإن الضرر والضرار مثبوت منعه في الشريعة كلها في وقائع جزئيات وقواعد كليات . منها التعدي عن النفوس والاموال والاعراض وعن الغضب والظلم وكل ما هو في معنى إضرار أو ضرار ويدخل تحت الجناية على النفس أو العقل او النسل أو المال، فهو معنى في غاية العموم في الشريعة.[12]

ومن تطبيقات القاعدة تطبيق يرد كثيرا في كتب الفقهاء ويتعلق بمسألة محل البحث، يتلخص محتواه في : الطبيب الذي يريد أن يجري عملية جراحية لمريض وجب عليه أن ينظر أولا في نتائج العملية قبل الاقدام عليها ،فان وجد أن المصلحة فيها أقوى من المفسدة أقدم على اجرائها والا فلا.وهذه المسأله ترد تحديدا عند الحديث عن فرع من فروع هذه القاعدة الكبرى وهو " اذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها بارتكاب اخفها ".[13]

ولنا أن نكيف هذه القاعدة الفقهية على ما نحن بصدد دراسته عن الفحص الطبي قبل الزواج فإنها بشكل أو بآخر تحوي معنى من معاني رفع الضرر ومنعه اذا كان بالمستطاع، فقد يصبح الزواج مطية لانتشار الامراض الوراثية، وبالتالي فان رفع الضرر ومنعه ان أمكن قد يتحقق بالكشف الطبي،وبالتالي فالاحوط اجراء هذا الكشف دفعا لضرر قد يحدث.

روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صل الله عليه وسلم:" فر من المجذوم كما تفر من الأسد "[14]

وعن عبد الله بن ابي أوفى عن النبي صلى الله عليه وسلم : " كلم المجذوم وبينك وبينه قيد رمح أو رمحين "

وجاء في تعليق لابن القيم: هذه العلة–يعني الجذام – عن الاطباء من العلل المعدية المتوارثة ومقاربة المجذوم وصاحب السل يسقم برائحته – أي بنفسه – فالنبي صلى الله عليه وسلم لكمال شفقته على الامة ونصحه لهم نهاهم عن الاسباب التي تعرضهم لوصول العيب والفساد الى اجسامهم وقلوبهم ، ولا ريب أنه قد يكون في البدن تهيؤ

المنارة للاستشارات

واستعداد كامن لقبول هذا الداء وقد تكون الطبيعة سريعة الانفعال قابلة لاكتساب من ابدان من تجاوره وتخالطه، فانها نقالة ، وقد يكون خوفها من ذلك ووهمها من أكثر الاسباب في اصابة تلك العلة لها. فإن الوهم مستولٍ على القوى والطبائع، وقد تصل رائحة العليل الى الصحيح فتسقمه ، وهذا معاين في بعض الامراض و الرائحة أحد أسباب العدوى ومع هذا كله فلا بد من وجود استعداد البدن وقبوله لذلك الداء.[15]

وعليه فإن المجذوم بصورة عامة يمنع من مخالطة الاصحاء مخافة انتقال المرض وتفشيه .[16]

اما بشأن اختيار المرأة فقد جاءت الاحاديث كلها على اختيار المرأة ذات الدين والاقل مؤونة غير أن الذي يهمنا هنا هو ما ثبت عن الرسول صلى الله عليه وسلم في اختبار المرأة الولود وفق ما رواه معقل بن يسار رضي الله عنه قال: " جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: اني اصبت امرأة ذات جمال وحسب وانها لا تلد أفأتزوجها؟ قال لا ، ثم أتاه الثانية فنهاه ، ثم أتاه الثالثة فقال له : "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم " 17

وقال العلماء تعرف الولادة بشيئين : الاول سلامة جسمها من الامراض التي تمنع الحمل ويستعان لمعرفة ذلك بالمختصين ، والثاني النظر في حال أمها وحال أخواتها المتزوجات ، فإن كن من الصنف الولود فعلى الغالب هي تكون كذلك [18]

فالغالب أن المرأة الولود تكون بصحة جيدة.

قد يقال أن الكلام السابق كله في مراعاة متعلقة في المراة دون الرجل ، مع ان الكلام عن الفحص الطبي يقتضي مراعاة ذلك في الزوجين؟ والجواب هو أن الاصل في الزواج قوله عز وجل **"ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف "** سورة البقرة الاية 228 ، فكل أمر مقرر للرجل هو أيضا مقرر للمرأة ثم إن المقصد الشرعي واحد . فالولادة والنسل مقصد من مقاصد الشرع في الزواج ،ومن ثمة فإن مراعاة هذا المقصد يقتضي النظر في صلاحيته كلا الزوجين للتكاثر والانجاب وهو ايضا واضح في عدم الزواج بالقريبات ، فإنه يقتضي ذلك في الاقارب في الرجال [19]

المنارة للاستشارات

المطلب الثاني : الحكم الشرعي من الالزام بالفحص الطبي قبل الزواج

ان فكرة الفحص الطبي قبل الزواج وكذا الزاميته محل نقاش بين فقهاء القانون وفقهاء الشرع بين من يراه لازما – خاصة فقهاء القانون – ويجب أن يتعدى فكرة النصيحة وبيان للحقيقة الى وجوبه لانعقاد العقد ، في حين يرى فقهاء الشريعة بانه تدبير اجرائي حتى نضع المتعاقدان أمام أمر واقع فنؤثر على الرضى في تعاقدهم .

ان فكرة الفحص الطبي وما تنطوي عليه فوائد وايجابيات على المستوى الفردي والجماعي وما قد يثار بشأنها من سلبيات20 هو لسبب التساؤلات والنقاشات الحادة بين الفقهاء وتعدى هذا النقاش للاطباء لاعتبارهم الاقدر في الموضوع من غيرهم لو نظرنا للأمور بمنظور مادي محض دون تغليب الجانب الشرعي ، وهو ما يتأكد لنا بقوله عز وجل " **وأسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون** ".

يلجا العلماء الى التوفيق بين الاعتبارات المتعارضة في مسألة الفحص الطبي ، وهذا المسلك اولى من تغليب اعتبار على آخر لانه يحاول إعمال الايجابيات وتفاذي السلبيات قدر الإمكان [21]

ان الكشف الطبي قبل الزواج لا يثير اشكالا في حد ذاته وانما تكمن الاشكالية في أصل مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج وبين مشروعية الالزام به.

1* موقف الفقه من مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج:

ان الوسائل تأخذ حكم الغايات، والمقصد والغاية من اجراء الفحص الطبي الجيني مقصد مشروع ولا دليل على حرمة هذه الوسيلة بحسب الاصل، بل انها مصالح مأمور بها ومقصودة شرعا على ما ظهر من الأدلة من االكتاب والسنة .[22]

يعتبر الكشف الطبي قبل الزواج من المستجدات التي اهتدى اليها مشرعو زماننا ، فمن المعلوم أنه لم تكن هناك حاجة لبحث هذا الموضوع قديما من قبل فقهاء الشريعة الاسلامية بما تميز المسلمون من صفة الامانة في الإخبار عن العيوب ، ولعدم وجود

المنارة للاستشارات

الامكانيات العلمية التي تمكنهم من اجراء الفحص الطبي ، اما العلماء المعاصرون فقد ذهبوا في ذلك مذهبين بين التأكيد وعدمه [23]

يقول في ذلك الشيخ عبد الرحمان الصابوني في توضيحه لضرورة الفحص الطبي " اصابة احد الزوجين بمرض معد ينتقل للزوج الاخر فيه من الضرر ملا يخفى ، كما أن فيه تغريرا للسليم منهما ، اذ ربما لو علم بمرض زوجه لما وافق على الزواج به، واني اقترح ان يضيف المشرع الى هذه الشهادة تقريرا يتضمن فحص فصيلة دم كل من الزوجين . فقد أثبت الطب الحديث بما توصل اليه المختبر من دقة في التحليل عن أن فصيلة دم الزوجة اذا لم تكن على وفاق مع فصيلة دم الزوج فقد يحصل تشويه في الجنين أو اجهاض قبل الاوان ، أوينشأ الولد مريضا الى غيرذلك من الامور التي يمكن للطب حاليا ان ينبئ عنها نتيجة فحص زمرة دم كل من الزوجين.ان تقريرا من طبيب لا يؤخرزواجا ولكنه يعطي صورة واضحة لكل من راغبي الزواج .[24]

ان الفحص الطبي ليس فيه ما يدعو للريبة طالما انه تدبير اجرائي ملخصه بيان وتوضيح لحالة المقبلين على الزواج ، وقد لا نجد فيه تعارضا مع الشريعة الاسلامية من هذا الباب. وبه نتجنب ما قد ينجرعن كتمان أحد الزوجين عن حقيقة وضعه الصحي وقد ندرجه ضمن باب التدليس الذي يترتب عليه فسخ العقد عموما، أما بالنسبة لعقد الزواج فالفسخ فيه يختلف عن باقي العقود نظرا لخصوصية عقد الزواج والآثار التي لا يمكن معها اعادة الاطراف الى ما كانوا عليه قبل التعاقد.

غير اننا اذا ناقشنا فكرة الفحص الطبي قبل الزواج للبحث عن أمراض للمتعاقدانليست بظاهرة ولا يمكن معرفتها الا بالفحص الطبي فانه محل خلاف بين الفقهاء خاصة ما ذهبت اليه المملكة العربية السعودية بان هذا الفحص لا حاجة اليه ، لانه ينافي احسان الظن بالله ويعطي نتائج غيرصحيحة .[25] ذلك ان عقد الزواج عقد خاص تولى المولى عزوجل وضع شروطه . والاثار المترتبة عنه وعن تخلف احد هذه الشروط ، كل خوض فيه كفتح باب للزيادة فيه تحت أي مبرر فهو أمرغيرجائز.[26]

المنارة للاستشارات

2* موقف القانون من مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج :

ان اثارة هذه النقطة حول موقف القانون من فكرة الفحص الطبي قبل الزواج ليست اشكالا ذاك انه في الغالب أن القانون يقرر احكاما ثم يبحث بعدها عن مدى مشروعية هذه الاحكام تجاه الشريعة الاسلامية.

فالكشف الطبي مقرر قانونا لكن هل تقريره هنا جاء بصيغة الامر اي يفيد الوجوب وماذا ينجر عن تخلف هذا الاجراء ؟

قبل الخوض في هذه الاشكالية نذكر الجانب القانوني من الكشف الطبي.

2-1*الجانب القانوني : على الرغم من أن الكشف الطبي قبل الزواج من الامور المستحدثه الا ان المشرع الجزائري قد سايره على غرار عديد الدول ، هذا و نجد تردد كبير من بعض التشريعات لدول عربية كالمشرع الكويتي والبحريني.[27]

تنص المادة 7 مكرر من قانون الاسرة الجزائري على انه " يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من اي مرض او اي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج ، يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية ان يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطريفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من امراض أو عوامل تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج ، تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم" .

علما أن المادة 7 مكرر المذكورة آنفا أضيفت بالامر رقم 05/02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتضمن تعديل قانون الاسرة ثم جاء المرسوم التنفيذي رقم : 06/154 المؤرخ في: 11 ماي 2006 الذي بين كيفية تطبيق هذه المادة .المبحث الثاني: أثر الكشف الطبي قبل الزواج على الرضى في عقد الزواج

لا مجال للحديث أن الرضى قوام العقود، وهو اساس اي التزام قانوني. وتكاد كل التشريعات تجمع على نقطة مفادها أن أركان أي التزام تكمن في الرضى ، قد يصدق هذا الى حد بعيد على الرغم ما تثيره فكرة الشكلية في قيام العقد من دونه .

المنارة للاستشارات

لكن يظل عقد الزواج عقد خاص، لابد له من رضى لانعقاده صحيحا. لكن محل العقد هنا هو حل الاستمتاع، وبالتالي فهو يحقق غاية الاحصان . هذا المحل من آثاره النسل كأحد أهداف الزواج والذي به يتحقق الحفاظ على النسل والسؤال الذي يطرح هنا ماذا لو كان بأحد الزوجين مرض يتعارض مع الزواج ؟ فهل يقع الزواج ؟

للاجابة على هذا السؤال نستعرض طبيعة الإلزام وآثاره.

المطلب الأول:طبيعةالإلزامبالكشف الطبي

ان طبيعة الالزام بالفحص الطبي لا يعدو كونه شرطا اجرائيا لابرام عقد الزواج ، وان الالزام به لا يعني بطلان العقد عند عدمه فلا يملك ولي الامر- السلطة المختصة في الدولة - منع غير الملتزمين به من الزواج أو الفحص بينهم فهو شرط اجرائي فقط يلتزم به الزوجان ، وتترتب مسؤولية الموثق لعقد الزواج عند عدم ادراج الشهادة الطبية التي تثبت خلو الزوجين من الامراض الوراثية أو المعدية ضمن اوراق التوثيق أو دون حصوله على الشهادة الطبية عند ادراجه ما يفيد خلو الزوجين من الامراض في البند الخاص به في وثيقة العقد، على فرض الزام القانون له بهذا أو ذاك [28] مما يعني أن التكييف القانوني للفحص عند تقرير الدوله الإلزام به لا يعطي الحق في منع الزواج أو فسخه عند عدم الالتزام به وتقديم ما يفيد ذلك عند توثيق العقد ، وليس هذا فحسب بل ان عدم الالتزام بنتائج الفحص هو الاخريفضي الى الاثار نفسها .[29]

من خلال ما عرض يتبين لنا انهلمعرفة طبيعة الالتزام بالفحص الطبي يجب الوقوف على الاثار التي تنجم عن تخلف هذا الاجراء ثم تبين مرض احدهما بمرض يفضي لاستحالة الاستمرار فما يتقرر للطرف الاخر هذا من جهة ومن جهة ثانية ماذا لو التزم به الطرفان واثبت الفحص مرض احدهما او كلاهما ثم رضيا فما موقف القانون وماذا يتقرر لهما فيما بعد وما مسؤوليتهما لو انجبا اولاد مرضى ؟

وسنجيب على هذه التساؤلات ضمن عنوان الآثار القانونية للفحص الطبي.

المنارة للاستشارات

المطلب الثاني:الآثار القانونية للفحص الطبي

الفرع الأول: تخلف الفحص قبل الانعقاد

كما سبق البيان أن كشف الطبي قبل الزواج اجراء شكلي يجب توفره قبل عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق .

***بالنسبة للتشريع الجزائري :** عند مراجعة المادة 7 مكرر من قانون الاسرة المتمم بالامر 05/02المؤرخ في 27 فيفري . تجعل من اجراء الكشف الطبي أو تقديم شهادة طبية التي تفيد خلو المتعاقدان من أي مرض قد يتنافى وعقد الزواج.

وفقا للفقرة الأولى من المادة جعلت من تقديم الشهادة تحت طائلة الوجوب للقائم على عقد الزواج فهو اجراء شكلي وجوبي فلا ينعقد العقد دونه.

السؤال يطرح ماذا لو انعقد عقد الزواج دون هذه الشهادة ؟

ينعقد عقد الزواج. أما بخصوص تخلف الشهادة فيخضع للمساءلة من قام بابرام العقد دون أن تكون مسؤولية للزوجين .[30]

*** بالنسبة للتشريعات العربية:**

- في العراق: اشترط قانون الاحوال الشخصية على المتقدم للزواج أن يرز تقريرا طبيا يؤكد سلامته من الامراض السارية والتي حددت هذه الامراض باجتماع لجنة من وزارة العدل والصحة وحددت هذه الامراض.[31]

- في الامارات العربية المتحدة: اصدر مجلس الوزراء قرار بشأن الزام المواطنين والمقيمين الراغبين في الزواج بالكشف الطبي لاجل حماية المجتمع وتحصينه من الامراض المعدية.

- في فلسطين: صدرتعميم من ديوان قاضي القضاة يلزم الخاطبين باجراء فحص طبي يخص مرض الثلاسيميا ومرض الايدز.

المنارة للاستشارات

- في الاردن : نص على أنه يتوجب على طرفي عقد الزواج قبل توثيق العقد اجراء الفحص الطبي قبل الزواج لدى اي مركز من المراكز الطبية المعتمدة .[32]

يمكن القول أن كل الدول العربية عموما منهجها منهج التشريع الجزائري كون اجراء الفحص الطبي اجراء شكلي توفره يقع على مسؤولية القائم بتوثيق عقد الزواج.

لكن بالنسبة للمملكة العربية السعودية لم يرق الفحص الطبي قبل الزواج الى مرتبة التشريع اذ صدر قرار من مجلس الوزراء يهدف الى تنظيم حملة صحية توضح فائدة الفحص الطبي قبل الزواج ومدى خطورة الأمراض المعدية والوراثية. ان ما اتخذه مجلس الوزراء نابع عن فتوى الشيخ ابن بازرحمه الله بخصوص الكشف الطبي.
[33]

عموما مما سبق فان الفحص الطبي بالنسبة للدول العربية – عدى تلك التي لم تعتمده في تشريعها – اجراء شكلي وجوبي فلا يمكن توثيق العقد دونه .

تخلف الفحص الطبي بالنسبة للزواج العرفي.[34]

ان من أسباب انتشار الزواج العرفي هو التعدد الى جانب اسباب اجتماعية اخرى ، فمتى تم الزواج العرفي والذي حتما لن يتم أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق فهؤلاء الاشخاص هم من يتحرون وجود الكشف الطبي، فمن الاكيد ان الكشف الطبي لن يكون .

والزواج العرفي لا بد له من تثبيت والذي يكون بحكم قضائي . فيقع على القاضي قبل تثبيت عقد الزواج اشتراط تقديم وثيقة طبية تثبت خلو الطرفين من أي مرض، وعليه فالقاضي سوف يستدرك هذا الاجراء. لكن القاضي هنا امام امرواقع فهل يؤثر الكشف الطبي على الزواج في تثبيت الزواج؟

الكشف الطبي في هذه الحاله لن يؤثر على رضى الطرفين وانما لن يرق عن كونه بيان عن الصورة الصحية للطرفين ولهم الخيار بعدها في الاستمرار أو الفرقة مع أن الزواج سوف يثبت.

المنارة للاستشارات

الفرع الثاني: اثر الفحص الطبي بعد الزواج

طالما أن الفحص الطبي اجراء شكلي يتقيد به القائم بابرام عقد الزواج فإن توفره وجب على محرر العقد اعلامالعاقدين بنتائج الفحوصات الطبية وأثبت الفحص مرض كليهما أو احدهما [35] ثم لم يعارض اتمام العقد. فرضاهما يحول دون اعتراض محرر العقد. ذلك ان قوام عقد الزواج هو الرضى.

فنص المادة السابعة في فقرتها الاخيرة من المرسوم التنفيذي 06/ 154 المؤرخ في 11 ماي 2006 صريحة في ذلك اذ تنص على ما يلي:" لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض ابرام عقد الزواج لاسباب طبية خلافا لارادة المعنيين "

يتبن لنا من خلال نص المادة ان الفحص الطبي قبل الزواج لا يرق كما سبق ذكره الى كونه اجراء شكلي فلا تأثيرلنتائجه على ابرام عقد الزواج.

وطالما كان الامركذلك فما جدوى طلب الفحص الطبي قبل الزواج؟

ان فائدة الفحص الطبي قبل الزواج هو بيان الصورة المرضية لكل مقبل على الزواج ومن خلاله يتضح امكانية الزواج ، وهو الغاية المنشودة من الكشف الطبي فلو أثبت الفحص أن أحد الزوجين أو كلاهما مريض سواء كانا مريضين أمراضا معدية أو أمراض وراثية – وهو غالبا ما يبحث عنه الكشف الطبي – فيستحيل معها الزواج لما للمرض من خطرعلى الزوج أو الزوجة خاصة تلك الامراض المعدية. [36]

الكشف الطبي سواء في الجزائر أوباقي الدول العربية اجراء فقط لا يتعدى ا لنصح وتوجيه ارشادات للمقبلين على الزواج . ويترك للاطراف الحرية في ابرام عقد الزواج. اذ لا تأثيرله على الرضى، مما يؤكد حقيقة أن عقد الزواج عقد رضائي.

جعلت التشريعات العربية و منها الجزائري الفحص بيان مرض الاطراف وخطر المرض على كليهما وعلى الجيال فيخلق لدا العاقدين ارتباكا مما يؤدي بهما الى تقليب الامور وخلق نوع من التردد.وهذا في حد ذاته مكسب للمشرع كمرحلة اولى. على ان يجعل ما يفرزه الفحص من نتائج تأثيرفي ابرام العقد من عدمه.

المنارة للاستشارات

قد يكون هذا الافتراض صحيح الى حد ما. كما قد يقودنا هذا الى تفعيل دور الولي في الزواج خاصة بالنسبة للمرأة ، فاذا اقر الفحص مرض يتنافى معه الزواج ، فلو أطلقنا العنان للرضى وغيبنا العقل، ما كان للقائم بابرام العقد الامتناع عن اتمام العقد مهما اقر الفحص من نتائج ولعل العقل هنا يمثله الولي.

فالولي وفق ما أقره الشرع قريب الزوجة فيزن الامور بمنظور العقل والشرع والمصلحة لموليته فله ان يمنع موليته من الزواج ومبرره في ذلك ان الزوج لا يصلح بها لعلة تتعارض والغاية الشرعية من الزواج وهي المرض الذي افضى به الفحص الطبي . فيكون الولي محكم العقل امام الرضى الجامح بمثابة السد الذي يقف عائقا امام الرضى الجامح . فالمرأة غالبا لا تزن الامور بعواقبها وتحكم الهوى على عكس وليها غير أن ما ذكر بشأن الولي قد يصدق بالنسبة للزوجة لو كان من يود الزواج مريضا. ماذا لو كان العكس فكانت المرأة المريضة وقبل الراغب فيها بالزواج فما دور الولي هنا ؟

المنارة للاستشارات

الخاتمة

درءا لأي مرض ومنعا لانتشاره سعت التشريعات الحديثة خاصة الغربية إلى فرض الفحص الطبي قبل الزواج إعتقادا منها أن من أسباب انتشار هذه الأمراض هي تلك الرابطة الزوجية فحذت الدول العربية حذوها،فجعلت على كل مقبل على الزواج القيام بالفحص الطبي قبل الزواج من باب اللزوم نستثني من ذلك المملكة العربية السعودية التي لا ترى حاجة أو جدوى لأنه يتنافى و إحسان الظن بالله وترددت بعض الدول كالمشرع الكويتي و البحريني، ويعتبر المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة قد ساير هذا التطور بفرضه من خلال المادة 7 مكرر من قانون الأسرة التي جاء فيها:"يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، يتعين على الموظف أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية و من علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل تشكل خطرا يتعارض مع الزواج و يؤشر بذلك في عقد الزواج، تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم."ثم جاء المرسوم التنفيذي رقم 06 /154 المؤرخ في: 11 ماي 2006 الذي بين كيفية تطبيق المادة المذكورة اعلاه

من خلال دراستنا تبين لنا الاختلاف الفقهي بشان الفحص بين من يؤيده يرى وجوبه من خلال ما ساقوه من أدلة من القرآن و السنة، و بين من يعارضه ويراه إحداث في الدين ولهم حججهم التي ليس لها ما يمرقها،غير أنه من خلال النص القانوني في التشريع الجزائري و المرسوم التنفيذي يتبين لنا أن الفحص الطبي لا يعدو كونه إجراء ملخصه بيان و توضيح لحالة المقبلين على الزواج ، و مهما ترتب عن الفحص من نتائج كمرض أحد الزوجين أو كليهما أو حملهما للمرض، فإن دور الموظف أو ضابط الحالة المدنية هو إبلاغ الأطراف بما أسفرت عنه الكشوف الطبية دون أن يتعدى ذلك إلى منعهما من الزواج، إذ بالإبلاغ يجعل من إتمام عقد الزواج متروكا للمتعاقدين.

المنارة للاستشارات

و عليه فإن الفحص الطبي لن يكون حائلا بين رضا الطرفين ، وغاية ما قد يحدثه هو إثارة التردد للمتعاقدين إن حكم أحدهما أو كليهما ، إذ عقد الزواج لن يتوقف عند أطراف العقد فحسب بل يتعداهما ليشمل أهليهما بدرجة أقل و النسل من بعدهم بدرجة أكبر، وهذا مدعاة لكل من يود الزواج الوقوف عند هذا الإجراء بجدية و بذل عناية اكبر به.

الهوامش:

1 يتبادر للكثير أن الإمراض التي تصيبالاولاد سببها زواج الأقارب معللين اعتقادهم لحديث نسب للرسول صلى الله عليه وسلم مفاده "باعدوا تصحوا" وهو قول لا أصل له لم يثبت عن الرسول قولا. وما يفند هذا القول أيضا زواج علي وفاطمة رضي الله عنهما . فلو ثبت هذا الحديث ما كان لهذا الزواج أن يحصل،"ليس هناك أحاديث صحيحة تمنع زواج الأقارب"قال علماء اللجنة الدائمة للإفتاء و حصول الإعاقة إنما يكون بقضاء الله و قدره،وليس من أسبابه الزواج بالقريبات كما يشاع،ولا يجوز منع الإنجاب خوفا من الإعاقة،بل يجب التوكل على الله سبحانه و إحسان الظن به المصدر:فتوى اللجنة الدائمة 18/14.

2 فاتن البوعيشي الكيلاني ، الفحوصات الطبية للزوجين قبل ابرام عقد الزواج، اسانيدها ومقاصدها دراسة مقارنة – دار النفائس للنشر والتوزيع ،الأردن 2011 ص 10 - 11.

3 حسن صلاح الصغير عبد الله . مدى مشروعية الالزام بالفحص الطبي قبل الزواج .دراسة مقارنة . دار الجامعة الجديدة . مصر .2007 ص 22.

4 حسن صلاح الصغير عبد الله . مدى مشروعية الالزام بالفحص الطبي قبل الزواج . دراسة مقارنة . دار الجامعة الجديدة . مصر 2007 ص 23.

المنارة للاستشارات

5 فاتن البوعيشي الكيلاني ، الفحوصات الطبية للزوجين قبل ابرام عقد الزواج اسانيدها ومقاصدها – دراسة مقارنة – دار النفائس . الاردن ص 25 .

يمكن التنبيه إلى نقطة مفادها التمييز بين المصاب و الحامل للمرض فهذا الاخير هو شخص يحمل صفة المرض و لا تظهر عليه الاعراض الخاصة به، و يمكن لهذا الشخص أن يتزوج من شخص سليم و لا هطر في ذلك على الاولاد و لكن يظهر الخطر فقط عند زواجه من شخص مصاب أو حامل لنفس المرض، في حين أن المصاب فهو شخص يعاني أعراض المرض الوراثي، و هذا يمكنه إنجاب أبناء أصحاء عند زواجه من شخص سليم، أما عند زواجه من حامل للمرض أو مصاب به فأن معدلات الإصابة بالنسبة للابناء تكون مرتفعة فمثلا:الانيميا المنجلية الذي يعد مرضا وراثيا من فئة أمراض الدم الوراثية يمكن الوقاية منه عند إجراء الفحص الطبي بالتأكد من خلو أحد الخاطبين من صفة المرض لأن سلامة أحدهما تكفي لإنجاب أطفال أصحاء.أنظر في هذا فاتن البوعيشي الكيلاني، المرجع نفسه،ص:27.

6 حسن صلاح الصغير عبد الله . مدى مشروعية الالتزام بالفحص الطبي قبل الزواج. دراسة مقاربة ص:23.

7 حسن صلاح الصغير عبد الله ، مدى مشروعية الالتزام بالفحص الطبي قبل الزواج ، المرجع السابق ص 44.

8 القرطبي . الجامع لاحكام القرآن الكريم الجزء 4، ص -72 74

9 حسن صلاح الصغير عبد الله . مدى مشروعية الالزام بالفحص الطبي قبل الزواج. المرجع السابق ص 32.

10 صحيح البخاري الجزء 5 ص 2177، صحيح مسلم الجزء 4 ص 1743 .

11 نيل الاوطار للشوكاني، الجزء 7، مكتبة دار التراث بالقاهرة، ص 187 .

12 أبو اسحاق الشاطبي، الموفقات، الجزء 3 ، ص 1342.

المنارة للاستشارات

13 فاتن البوعيشي الكيلاني . الفحوصات الطبية للزوجين قبل ابرام عقد الزواج، اسانيدها ومقاصدها، مرجع سابق، ص 60.

14 صحيح البخاري الجزء 5 ص 2158.

15 محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزيةزاد الميعاد في هدى خير العباد الجزء 3 ، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، 1998بيروت، ص 172.

16 لنا نتساءل بشأن هذا المرض وحالة المريض وكيف له أن يقضي مآربه جاء في نبل الأوطارللشوكاني قوله : واختلفوا في انه ماذا كثروا هم يؤمرون أن يتخذوا لأنفسهم موضعا منفردا خارج عن الناس ولا يمنعون التصرف في منافعهم وعليه أكثر الناس ام لا يلزمهم التنحي ، وقال ولم تختلفوا في القليل منهم ...، إستضر أهل قرية فيهم جذمى بمخالطتهم في الماء ، فان قدروا على استنباط ماء بلا ضرر أمروا له و إلا استنبطه لهم الآخرون أوأقاموا من يستفي لهم ، والا فلا يمنعون . نيل الاوطارللشوكاني، الجزء 7، ص 187

17 سنين أبو داوود، الجزء 2،ص220.

18 حسن صلاح الصغير عبد الله ، مدى مشروعية الالزام بالفحص الطبي قبل الزواج ، المرجع السابق ، ص 49-48.

19 حسن صلاح الصغير عبد الله. مدى مشروعية الالزام بالفحص الطبي قبل الزواج . المرجع السابق . ص 50 قد لا نتفق مع الكاتب في شان زواج الاقارب وما قد ينجر عنه أمراض وراثية تنافى والمقصد والباعث من الزواج وسنده ذلك الحديث الذي سبق ذكره في ص 201 باب الكشف الطبي وهو "باعدوا تصحوا"و التعليق عليه أنظرما سبق ص 1.

20 ولعل من ابرز سلبيات الفحص الطبي قبل الزواج هو حالة اكتشاف أن الزوجين مريضين أو حاملان للمرض والذي ينتقل حتما للذرية فنكون بين أمرين أولهما : أن ينعقد الزواج فنحقق رعية الزوجين تحقيق مصلحة في مقابل مفسدة ممثلة في

المنارة للاستشارات

إنجاب أولاد مرضى فنكون أمام ضرر أكبر .الامر الثاني : نمنع الزواج وهو امر سلبي للزوجين لعدم تحقق مرادهما .

21 حسن صلاح الصغيرعبد الله . المرجع السابق . ص 87 .

22 حسن صلاح الصغيرعبد الله ، مدى مشروعية الفحص الطبي ، المرجع السابق، ص 106 .

23 محفوظ بن صغير . احكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الاسرة الجزائري المعدل بالامر 02/05 . دار الوعي للنشروالتوزيع الجزائر 1434هـ/2013 م ص 298

24 عبد الرحمان الصابوني ، أحكام الزواج في الشريعة الاسلامية ، ص 299 .

25 التأكد من تقوى الامام ابن بازرحمه الله.

26 محفوظ بن صغير . احكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالامر 05/02، ص 300 .

27 انظرتهميش كتاب فاتن البوعيشي الكيلاني، المرجع السابق ، ص 135.

28 حسن عبد الله الصغير . المرجع السابق 125 .

29 فاتن البوعيشي الكيلاني . المرجع السابق ص 158 .

30 غالبا نجد أن العقد الذي يحرره ضابط الحالة المدنية كثيرا ما يحرص على تأشير الطبيب على الكشف ويعتبر الكشف ضمن أهم وثيقة تقدم لإبرام عقد الزواج . بغض النظرعما تحمله الوثيقة من بيانات غيرأن تخلف الكشف الطبي قبل الزواج قد نجده لو حرر العقد الموثق.

31 انظر فاتن البوعيشي الكيلاني، المرجع السابق ص 168 والتهميش الثاني من الصفحة ذاتها وبعد النظر الجيد في التشريع العراقي إذ لم يحدد هذه الامراض قد أحسن فعلا وذلك كل الأمراض التي تحتاط منها التشريعات تتعلق بالايدز – مرض

المنارة للاستشارات

فقدان المناعة – في حين نجد أمراضاأخربأكثر فتكا كمرض التحلل الدموي الذي يصيب الاجنة .

32 فاتن البوعيشي الكيلاني . المرجع السابق . ص 169.

33 ما جاء في الحديث القدسي: ((أنا عند ظن عبدي بي)) [رواه البخاري، كتاب التوحيد، باب قول الله تعالى: {ويحذركم الله نفسه}، (7405)، ومسلم، كتاب الذكر والدعاء، باب الحث على ذكر الله تعالى، (6981)]، ووجه الدلالة: أن المتقدم للزواج ينبغي أن يحسن الظن بالله، ويتوكل على الله ويتزوج، والكشف يعطي نتائج غيرصحيحة أحيانًا [انظر: جريدة المسلمون، العدد 597، بتاريخ 12 يوليو 1996م، والاستدلال، الشيخ عبد العزيزبن بازرحمه الله].

34 الزواج العرفي هو ذلك الزواج الذي توفرت أركان وشروطه وتخلفت الشكلية هذه الأخيرة التي لا تعد شرطا لاعتبار عقد الزواج عقد رضائي لا تلزمه الشكلية و إنما دعت إليهاالتشريعات الحديثة حفاظا على رابطة الزواج وتحقيق مصلحة المرأة عموما، للمزيد من المعلومات الاطلاع، راجع: حامد الشريف، الزواج العرفي من النواحي القانونية والشرعية والاجتماعية . دار المطبوعات الجامعية . الاسكندرية. مصر 1992 ص 15.

35 مرض كلا الطرفين أوأنهما حاملان للمرض فاحتمال إصابةالأبناء كبيرة جدا أما إن كان احدهما فقط مريض أو حاملا للمرض فاحتمال الاصابه للأبناء ضئيلة .

36 فاحتمال إصابة الطرف الآخر كبيرة جدا بينما الامراض الوراثية فاحتمال انتقالها للاجيال مبيروبالتالي انشاء جيل مريض ينهك الارواح ناهيك عن الدولة.

المنارة للاستشارات